

ÖNSÖZ

Hukuk eğitimime başladığım günden bu yana öğrencisi olduğum ve asistanı olmaktan onur duyduğum tez danışmanım Sayın Hocam Prof. Dr. Erden KUNTALP'e, bu mesleğe başlamam ve devam edebilmem için verdiği cesaret ve destek için minnetlerimi sunmak isterim.

Tez konumu seçmemde bana yardımcı olan ve yoğun işleri arasında değerli vaktini ayırarak tezin ilk okumasını gerçekleştiren Sayın Hocam Prof. Dr. Nami BARLAS'a, kürsü içinde sağladığı çalışma ortamı ve yardımları için teşekkür ederim.

Desteklerini her zaman hissettiğim, kıymetli görüşleriyle araştırmamda beni aydınlatan Sayın Hocalarım Prof. Dr. Hâluk BURCUOĞLU'na, Prof. Dr. Atilla ALTOP'a ve Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR'e teşekkür ederim.

Sağladığı çalışma ortamı için, Lozan'da bulunan İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürlüğü'ne ve buradaki üç aylık çalışmamı yurt dışı araştırma bursu ile destekleyen TÜBİTAK Bilim Adamı Yetiştirme Grubu'na teşekkür ederim.

Birlikte çalışmaktan mutluluk duyduğum, bu zorlu süreçte yardımlarıyla her zaman yanımda olduklarını hissettiren kürsü arkadaşlarım Yard. Dr. Ahu MORALI AYANOĞLU'na, Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN'a , Arş. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN'a ve Arş. Gör. Mert YAŞAR'a, Almanca kaynaklarımı büyük bir özveri ile Türkçe'ye çevirerek tezimi zenginleştiren, arkadaşlığından büyük bir mutluluk ve keyif aldığım, değerli arkadaşım Ticaret Kürsüsü Anabilim Dalı Arş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY'a, yine Almanca çevirilerde bana yardımcı olan bayan Christine'e, bu süre zarfında desteğini ve dostluğunu benimle paylaşan Yard. Doç. Ali DURAL'a ne kadar teşekkür etsem az kalacaktır.

Varlığıyla bana güç ve mutluluk veren, gerçek dost, "canım" , Ticaret Kürsüsü Anabilim Dalı Arş. Gör. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU'na , en umutsuz olduğum zamanlarda sevgisiyle ve desteğiyle beni yeniden canlandıran arkadaşım, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Ar. Gör. Süheyla BALKAR'a teşekkür ederim.

Son olarak, bu zorlu yolda beni hiç yalnız bırakmayan babam Cemil İPEK'e, beni her zaman yüreklendiren, cesaretine ve kararlılığına hayran olduğum annem Feruzan İPEK'e, mutluluk kaynaklarım, ablalarım Sevtap ÖZOCAK'a ve Serap GEÇİT'e, desteklerini hep hissettiğim abilerim Ahmet GEÇİT'e ve Cemal ÖZOCAK'a, "canlarım" Oğuzhan'a, Nisa'ya, İlhan Can'a ve Beyza'ya, bu sürecin zorluklarını benimle birlikte üstlenmeyi hiç çekinmeden kabul eden, sevgisiyle bana

II

huzur veren, varlığıyla kendimi şanslı hissettiren, çok sevdiğim eşim A. Cem İŞLETEN'e teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
KISALTMALAR	VII
RÉSUMÉ	XI
ABSTRACT	XIV
ÖZET	XVII

GİRİŞ

I. Sunuş	1
II. Çalışmanın amacı	2
III. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması	3

BİRİNCİ BÖLÜM

**SÖZLEŞME BOŞLUĞU, SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN OLUŞUM
BİÇİMLERİ VE BOŞLUĞUN ORTAYA ÇIKARILMASINDA
YORUMLAMA FAALİYETİ**

§1. SÖZLEŞME BOŞLUĞU ve SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	5
I. Genel Olarak	5
II. Sözleşme Boşluğunun Ortaya Çıkış Biçimleri	11
A. Taraflarca Sözleşmenin Yan Noktalarının Düzenlenmemiş Olması 15	
1. “Yan Nokta” Kavramı	15
2. Tarafların Sözleşmenin İçeriğine İlişkin Yan Noktaları Düzenlenmemiş Olmaları	20
a. Tarafların Yan Noktalara İlişkin Hususu Sözleşmeyi Yaparken Öngörmemiş Olmaları	20
b. Tarafların Yan Noktalar Üzerinde Anlaşmayı İleriye Bırakmış Olmaları	21
c. Tarafların İkinci Derece Noktaları Görüşme Konusu Yapmaları Ancak Sonuca Bağlamamaları	22
3. Sözleşmenin Esaslı Noktalarının da Tamamlanabileceğine İlişkin	

Farklı Görüşler	23
B. Kısmi Hükümsüzlük Halinde Sözleşme Boşluğunun Ortaya Çıkması.....	34
C. Uyarlama Şartlarının Gerçekleşmesi Sebebiyle Sözleşme Boşluğu Oluşması	39
III. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması Sorunu.....	42
IV. Sözleşme Boşluğunun Hâkim Tarafından Doldurulmasının Benzeri Hukuki Durumlar İle Karşılaştırılması.....	53
A. Kanun Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması ile.....	53
B. Kıyas ile	59
C. Tahvil ile	60
D. Uyarlama ile	61
E. Hâkimin Takdir Yetkisi ile.....	65
§2. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN TESPİTİ.....	68
I. Genel Olarak.....	68
II. Sözleşme Boşluğunun Tespitine Yönelik Yorumlama Faaliyeti.....	69
A. Şartları	74
1. Sözleşme Kurulmuş Olmalıdır.....	74
2.Tarafların Sözleşmenin İçeriğine Verdikleri Anlam Farklı Olmalıdır.....	77
3.Hâkim, Tarafların Birbirine Uygun Gerçek veya Farazî İradelerini Bulmalıdır	78
B. Yorumu Tâbi Sözleşmeler	89
III. Yorum İhtiyacı Doğuran Olgular: Belirsizlik	90
A. Genel Olarak	90
B. Sözleşme Hükümünde Belirsizlik	95
1. Sözdizimsel ve Dilbilgisel Belirsizlik	95
a. Sözleşme Hükümlerinin Bir Arada Değerlendirilmesi	95
b. Sözleşmeye Dayanak Yapılan Belgelerin Bir Arada Değerlendirilmesi.....	97

c. Birden Fazla Sözleşmenin Bir Arada Değerlendirilmesi.....	97
2. Sözleşmeyi Çevreleyen Koşullardan Kaynaklanan Belirsizlik.....	98
C. Tarafların İhtilaf Konusunda Sessiz Kalmaları Dolayısıyla Ortaya Çıkan Belirsizlik.....	99
IV. Şekle Tâbi Sözleşmelerin Yorumu.....	100

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDE OLUŞAN BOŞLUĞUN DOLDURULMASI

§3. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASINA YÖNELİK YORUMLAMA FAALİYETİ.....	104
I. Genel Olarak	104
II. Sözleşme Boşluğunu Dolduracak Hükümün Şekillendirilmesi Amacıyla Sözleşmenin Yorumlanması	107
A. Yorum Anlaşmaları	107
B. Yorum Yöntemleri	108
1. Tarafların Mevcut İradesine Bağlı Kalınarak Yapılan Yorum..	110
a. Tarafların Gerçek İradelerinin Sözleşmenin Lâfzı Çerçevesinde Araştırılması ve Bu Konuda Gündeme Gelen Yorum Araçları ...	112
b. Tarafların Gerçek Ortak İradelerinin Sözleşmenin Lâfzından Bağımsız Olarak Araştırılması	116
2. Tarafların Farazî Ortak İradelerinin Araştırılması ve Tespiti...	121
a. Tarafların Farazî Ortak İradesinin Araştırılması	122
b. Tarafların Ortak Niyetlerinin Yokluğu: İdeal İradenin Uygulama Alanı Bulması	125
aa. İdeal İradenin Saptanmasında Her Tip Sözleşme İçin Uygulanan Yorum Kuralları	128
bb. İdeal İradenin Saptanmasında Bazı Sözleşmeler İçin Uygulanan Yorum Kuralları	136
§4. SÖZLEŞMEDEKİ BOŞLUĞUN DOLDURULMASI	146
I. Genel Olarak.....	146

A. Alman ve Fransız Hukuklarında Boşluk Doldurma Yöntemleri.....	153
1. Alman Hukukunda.....	153
2. Fransız Hukukunda.....	158
3. Alman ve Fransız Hukukundaki Düzenlemelerin Karşılaştırılması.....	162
B. İsviçre Hukukunda	163
II. Sözleşme Kurulurken Öngörülme Yan Noktalar Sebebiyle Oluşan Boşluğun Doldurulması	169
A. Yedek Hukuk Kuralı ile Boşluk Doldurmanın Hâkimin Yaratacağı Kuralla Boşluk Doldurmanın Önüne Geçmesi, Tamamlayıcı Hukuk Kurallarının Uygulanması	170
B. Boşluğun Örf ve Âdet ve İşlem Teamülü Nazara Alınarak Hâkim Eliyle Doldurulması	180
1. Genel Olarak	180
2. Örf ve Âdet Hukuku Kuralı Sayılmanın Koşulları.....	182
3. Olaya Uygulanabilir Örf ve Âdet Hukuku Kuralları ve İşlem Teamüllerinin Tespiti	185
4. Örf ve Âdet Hukuku Kuralları ve İşlem Teamülleri Çerçevesinde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması	189
C. Boşluğun Hâkim Tarafından Yaratılacak Kural ile Tamamlanması.....	193
1. Genel Olarak	193
2. Boşluğun Farazî Taraf İradelerine Göre Hâkim Eliyle Doldurulması	199
a) Tarafların Belirlenebilir Farazî İradesi	199
b) Tarafların Farazî İradesinin, Tamamlayıcı Hükümler, MK m. 1/f. II ve Hâkimin Takdir Yetkisi ile İlişkisi	205
III. Tarafların Sözleşme Görüşmeleri ile Gündeme Getirdikleri Fakat Üzerinde Anlaşmayı İleriye Bıraktıkları Yan Noktalar Sebebiyle Oluşan Boşluğun Doldurulması	207
A. Genel Olarak	207
B. Sözleşmenin Tamamlanması Aracı Olarak “İşin Mahiyeti”.....	210

§5. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN HÂKİM ELİYLE DOLDURULMASININ SINIRLARI	214
I. İrade Özerkliği Prensibi	214
II. Sözleşmedeki Boşluğun Yan Borç Yaratılmak Suretiyle Doldurulmasında Sınırlar.....	218
§6. ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR	221
I. İsimsiz Sözleşmelerde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması	221
A)Genel Olarak.....	221
B) İsimsiz Sözleşmelerin Yorumlanması.....	223
C) İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması.....	225
II. Geçerliliği Şekle Bağlı Hukuksal İşlemlerde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması	234
III. Tek Taraflı Hukuki İşlemlerde Boşluğun Doldurulması.....	236
IV. Kısmî Hükümsüzlük Halinde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması	238
V. Genel İşlem Şartları Nedeniyle Ortaya Çıkan Boşluğun Doldurulması	241
VI. Sözleşmenin Tamamlanması Suretiyle Uyarılama	243
VII. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hata Sebebiyle İptal	245
§7. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI KONUSUNDA ORTAYA ÇIKAN USUL HUKUKU SORULARI	246
I. Re'sen Nazara Alınma	246
II. Hâkimin Yarattığı Sözleşme Hükümünün Yargıtay Tarafından İçerik Denetimine Tâbi Tutulabilip Tutulamayacağı	247
SONUÇ.....	250
KAYNAKÇA	256
ÖZGEÇMİŞ.....	289

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Ad. D.	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel
ATF	: Arrêts du Tribunal Fédéral (Recueil officiel)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b	: bend
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
B.T	: Bulletin des Transports et de la Logistique
Bull.civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour des cassation (chambre civil)
Bull. com.	: Bulletin des arrêts de la Cour des cassation (chambre commercial)
C.	: Cilt
Cass.	: Cour de cassation (Fransa)
Ass. Plén	: Assemblée plénière
CC	: Code Civil Suisse
CCF	: Code Civil Français
CVIM	: Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
cons.	: consideration
Çev.	: Çeviren
D.	: Recueil Dalloz
D.P.	: Dalloz Périodique
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
Fasc.	: fascicule

FJS	: Fisches Juridiques Suisse
FMK	: Fransız Medenî Kanunu
G. P.	: Gazette du Palais
ĞİŞ	: Genel İşlem Şartları
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İMK	: İsviçre Medenî Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JCP	: Juris-Classeur Périodique
J. Cl. Civ.	: Juris-Classeur Civil
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Türk Medenî Kanunu
n	: kenar numarası
N	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
obs.	: observations
p	: page
PE	: Principes de Droit Européen des Contrats (Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri)
R.G.	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
RO	: Recueil officiel des loi fédérales
RTDciv	: Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom	: Revue trimestrielle de droit commerciale
s.	: Sayfa
S	: Sayı
SJ	: Semaine Judiciare

T.	: Tome
TKHK	:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBGR	:Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

RÉSUMÉ

Le complètement d'un contrat n'est possible qu'en cas de lacune. Il n'y a lacune que si les parties n'ont pas réglé ou n'ont pas réglé entièrement une question qui doit nécessairement être résolue pour exécuter le contrat ou tirer les conséquences d'une mauvaise exécution.

Le complètement du contrat par le juge peut comprendre logiquement trois phases : la qualification, l'interprétation et le complètement. Généralement, le juge commence par qualifier la convention des parties. Il est important de caractériser le contrat, de manière à le rattacher à une réglementation étatique existante. Après avoir qualifié le contrat, le juge s'efforce d'en comprendre le sens pour en dégager les conséquences juridiques.

Il n'y a pas de limite claire entre l'interprétation et l'interprétation supplétive. Si les deux attitudes diffèrent sur le fond, elles sont néanmoins très proches l'une à l'autre. D'abord la nécessité de compléter un contrat se manifeste généralement lors de l'interprétation qui, révèle que le point litigieux n'a pas été réglé par les parties. Ensuite, compléter le contrat, présuppose une interprétation détaillée des clauses existantes, qui seule permet de savoir dans quel sens et avec quels moyens le complètement peut être formulé.

L'interprétation détermine la limite de pouvoir du juge de compléter un contrat lacunaire. De manière générale, le juge doit respecter autant que possible l'autonomie privée de parties. Il doit respecter leur volonté et combler les lacunes dans l'esprit dans lequel le contrat a été conclu. L'obligation du juge de respecter la volonté des parties lui interdit d'introduire dans le contrat de manière hasardeuse des éléments étrangers. Le juge aussi ne peut naturellement pas compléter le contrat en contradiction avec la volonté des parties ou y introduire une disposition qui conduirait à la nullité du contrat.

Les parties peuvent omettre de régler le point en question, par oubli, ignorance, indifférence, ou parce qu'elles ne pouvaient pas prévoir le déroulement des événements. Le désaccord latent sur un point secondaire n'empêche pas la

formation du contrat, lequel, à défaut d'une entente ultérieure des contractants, doit être complété par le juge.

En droit turc, le CO ne règle pas la question de savoir comment procéder en cas d'absence d'une règle contractuelle. Une solution seulement partielle découle de CO 2 II qui confère au juge la compétence de régler les points secondaires, à condition que les parties aient trouvé un accord sur tous les points essentiels du contrat. Malgré l'absence d'une base légale stricto sensu, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent le pouvoir du juge de compléter un contrat lacunaire.

Le fondement du pouvoir supplétif du juge réside dans CC 1 II. Quand on accepte CC 1 II, comme la base légale du pouvoir du juge de compléter un contrat lacunaire, on va voir qu'il est inévitable de déterminer les moyens pour combler les lacunes selon CC 1 II.

Selon CC 1 II, la première source à laquelle il faut se référer pour remédier les insuffisances du contrat sont les dispositions supplétives. Mais ces dispositions n'y suffisent pas toujours. Le législateur, ainsi que les contractants, n'est en mesure de prévoir toutes les difficultés qui peuvent surgir et demanderont à être résolues. Dans le silence de la loi, on doit avoir recours aux usages, mais ceux-ci non plus ne sauraient être toujours suffisantes. Seul le juge peut en définitive subvenir à l'insuffisance de l'accord des volontés.

A défaut d'une règle dispositive applicable ou des usages, le juge recherchera ce dont les contractants seraient convenus de bonne foi s'ils avaient envisagé l'hypothèse non réglée; il s'inspire de l'économie du contrat et de son but, et tient compte de l'ensemble des circonstances. C'est à dire, le contrat doit être complété par le juge selon la volonté hypothétique des parties.

Compléter le contrat individuel ou compléter le droit dispositif sont deux notions profondément différentes dans le principe. L'une consiste à formuler une règle abstraite et générale, propre à être appliquée dans toute situation semblable, l'autre, à établir une disposition particulière, valable pour un seul cas, en raison des circonstances de l'espèce. Le but à atteindre, lorsqu'on complète une convention, est

XIII

précisément une réglementation individuelle, exactement adaptée à une situation de fait, souvent unique en son genre. Cela ne signifie pas que le juge ne doit jamais formuler une règle de droit dispositif en utilisant son pouvoir créateur, mais il ne doit le faire que si les deux conditions suivantes sont remplies : a- L'espèce est assez typique pour servir de fondement à un principe général; b- la question est assez bien connue et paraît mûre pour une réglementation définitive.

Le contrat qui contient des conditions générales ne doit pas être complété par le juge selon la volonté hypothétique des parties. Parce qu'il y a différence entre les clauses individuelles d'un contrat et les conditions générales qui sont formulées d'avance et unilatéralement . Donc, le juge doit compléter le contrat avec une solution équitable, en tenant compte des intérêts réciproques des parties et l'ensemble des circonstances du cas.

On considère qu'il s'agit d'une forme de complètement lorsque survient un changement de circonstances décisif qui n'avait pas été prévu. Faute de règles contractuelles ou légales d'adaptation, il appartient au juge de décider si le contrat doit être adapté et dans l'affirmative, comment. Par sa décision d'adapter ou non le contrat, le juge remplit la lacune avec une norme qu'il formule lui-même. Lorsque le juge adapte le contrat, il procède selon les règles de la bonne foi de CC 2. Toute décision d'intervenir ou non doit s'appuyer sur des bases raisonnables, tirées de l'économie général du rapport contractuel. Le juge est tenu de respecter l'esprit du contrat et les intérêts réciproques des parties.

Finalement, on peut admettre le complètement judiciaire des éléments essentiels lorsqu'ils sont déterminables et lorsqu'il est établi que les parties ont eu la volonté concordante d'être liées contractuellement malgré l'absence d'un accord sur ce point.

ABSTRACT

The gap concept refers to the situation in which a particular contingency has been left unsettled in the parties' agreement. It must be necessary to deal with the unsettled matter in order to be able to achieve the purpose of the contract.

Completion of the contract by the judge can logically comprise three phases. These are qualification, interpretation and gap filling. Generally, the judge begins by qualifying the agreement of the parties. It is important to characterize the contract in order to relate it to an existing regulation.

After the qualification of the contract, the judge interprets the declarations of parties' intention in order to determine the content of concluded contract.

There is no clear limit between interpretation and the constructive interpretation. Even though the two attitudes basically differ, nevertheless, they are very close to each other. First of all, necessity of gap filling generally comes out during the interpretation, which reveals the issue is not settled by the parties. Then gap filling process presupposes a detailed interpretation of the existing provisions. This interpretation allows us to know in what sense and with what means gap filling can be formulated.

The interpretation determines the limit of authority of judges on an incomplete contract. In general, the judge must respect as much as possible the autonomy of parties. The judge must respect the parties' intention and the boundaries set by the existing agreement. The judge may not provide a solution that contradicts the actual intentions of the parties or the content of the contract.

Contracts may contain gaps for various reasons. The contracting parties may inadvertently overlook a matter that they would have settled if they would have thought about it. Or, they may leave a gap in the contract on purpose, in the hope of reaching agreement later. They are aware of the need to regulate a particular matter, but they leave the matter unsettled with the intention to regulate it at a later time. But, it does not matter whether the gap arose inadvertently or deliberately.

In Turkish law, the Code of Obligations does not settle the question of how to proceed in the absence of a contractual regulations. A partial solution is derived from CO 2 II, which gives the judge jurisdiction to fill the gaps in accordance with peculiarities of the case, provided that the parties have reached agreement on all essential points of the contract. This provision is inadequate to comprise the power of the judge to complete an incomplete contract .

Despite the absence of a legal basis *stricto sensu*, doctrine and jurisprudence recognize the power of the judge to fill gaps in contracts. The basis of this power of the judge is CC 1 II. When we accept CC 1 II, as the legal basis of power of the judge to complete an incomplete contract, we will see that it is inevitable to identify sources of gap filling by CC 1 II.

When a particular contingency is not dealt with by the terms of the contract, according to this article, the first place to look for a gap filling solution is the rules contained in legislation. The legislative provisions are primarily default provisions, in the sense that they apply unless the parties provide an alternative provision in the terms of their contract. When a solution can not be found in the parties' agreement and it is not possible to discover an appropriate solution in legislation, the courts must look to other techniques to fill the gap in the parties' agreement.

The legislative default provisions reflect a balance of the general interests typical to a particular transaction type . However, these default provisions can not be always sufficient. In the silence of the law, we must have recourse to common practice, but they can not be always sufficient, either.

There is only room for constructive interpretation to the extent that the contract diverges from the statutory type or if issues arise that can't be solved by legislation..

Constructive interpretation focuses on the parties' hypothetical intention, that is to say it focuses on what the contracting parties, acting as reasonable contracting parties, would have agreed upon if they would have considered the matter they left unsettled. The courts must therefore take into account variety of factors. The parties'

agreement has great informative value. The parties' agreement provide guidance as to how the gap should be filled. In addition to the existing agreement, all the relevant surrounding circumstances must be taken into account. One of the most important factors is to be found in good faith. In determining how the gap should be filled, the parties are viewed as reasonable contracting parties who act fairly and reasonably toward each other and who would have filled the gap in this spirit, taking all the circumstances into account.

The objective of constructive interpretation is to create individualized gap filling solutions. So constructive interpretation differs from the judicial development of law which is closer to creating a more generalized solution, that could be applied to contract of the same type, thus establishing a judicial default provisions. This does not mean that the judge should never create general and abstract solutions.

The contract that contains standardized terms should not be completed by the judge according to the hypothetical intention of the parties. Because, there is difference between the individual clauses of a contract and standardized terms which are formulated in advance and unilateralement. So, the judge must complete the contract with an equitable solution, taking into account the mutual interests of the parties and the relevant surrounding circumstances.

Where unforeseen circumstances impact on the performance of the contract, it can be said that the contract contains a gap, because the parties did not provide for the particular situation that has arisen. The adaptation of contract by the court can be regarded as a form of a gap filling. The adaptation of contract by the court, should be in accordance with good faith and the economy of contract must be taken into account by the judge. The courts must respect the parties' intention and the boundaries set by the existing agreement.

Finally, according to our opinion, the judge can fill the gaps concerning essential point of the contract, if it is determinable and if the parties have intention to be bound contractually, despite the absence of an agreement on this point.

Özet

Sözleşme boşluklarının hâkim tarafından doldurulması konusunda üzerinde durulması gereken hususlar öncelikle sözleşme boşluğunun ne anlama geldiğinin tespiti ve sözleşmede boşluk olduğu kanaatine varılması halinde, hâkime sözleşmeyi tamamlamasında yardımcı olacak vasıtaların ortaya konması, bu vasıtaların birbirlerine karşı bir önceliğinin olup olmadığının belirlenmesidir.

Sözleşmede düzenlenmesi gereken bir hususun hiç veya gereği gibi düzenlenmemesi sözleşme boşluğu olarak ifade edilir. Sözleşmedeki boşluğun tamamlanması için sözleşmedeki bu eksikliğin önemli bir hususa ilişkin olması gerekir. Sözleşmesel ilişkinin düzgün gelişimi ve devamı için eksikliğin tamamlanması gerekli ise, bu durumda eksik hususun önemli olduğu kabul edilir. “Eksikliğin giderilmesi gerekliliği”, bu konuda bir ölçü bulunmadığından daha ziyade hâkimin değerlendirmesine bağlıdır.

Sözleşmede boşluk bulunduğu kanaatine varılması halinde, sözleşmedeki boşluğun doldurulması üç aşamalı olarak gerçekleşir. Bu aşamalar sırasıyla “nitelendirme”, “yorum” ve “tamamlama”dır. Son aşamada hâkim, irade özerkliği ilkesi ve bunun sözleşmeler hukuku alanındaki yansıması olan sözleşme serbestisi ilkesi sınırları içinde sözleşmenin içeriğini belirlemektedir.

Sözleşmenin nitelendirilmesi ve sözleşmenin yorumlanması aşamaları sözleşmenin tamamlanması bakımından büyük önem taşır. Zira, nitelendirme ile sözleşmenin tâbi olduğu kurallar bütünü tespit edilir. Hâkim, yorum yoluyla sözleşmede bir boşluk olduğu kanaatine varırsa, tespit ettiği kurallar bütününde sözleşmedeki boşluğa uygulanacak tamamlayıcı hüküm olup olmadığını inceler. Hâkimin yorumlama faaliyeti, gerek sözleşmenin nitelendirilmesinde ve boşluğun tespitinde gerekse sözleşmenin tamamlanmasında bu aşamaların ayrılmaz bir parçası olarak kendini gösterir. Nitekim, sözleşmede boşluk bulunduğu kanaatine varılması halinde, sözleşmenin, bütünü ile örtüşen bir hüküm ile tamamlanması gerekir. İşte bu örtüşmenin var olup olmadığını tespit de yorumun işidir. Hâkim, yorum ile aslında tamamlama faaliyeti sırasındaki hareket alanını belirler; tamamlama faaliyetinin sınırını belirleyen çerçeveyi çizer. Hâkim bu çerçeveyi çizdikten sonra, bir daha sözleşmeye bu sınırın dışında ek bir yüküm getiremez. Hâkim, tamamlama yetkisini,

XVIII

sözleşme konusunu değiştirmek, taraflara sözleşme ile bağdaşmayan yükümlülükler getirmek amacıyla kullanamaz.

İşte çoğu zaman, söz konusu faaliyetlerin iç içe geçmiş olması yorumu diğer faaliyetlerden ayırmak bakımından zorluk yaratır. Bu sebeple, boşluk sorununun bir yandan yorum sorununu da içinde barındırdığını söylemek yanlış olmaz. Dolayısıyla, tamamlama kadar yorumlama faaliyeti de sözleşmenin tamamlanması bakımından önem taşır.

Her ne kadar tamamlama sorunu yorum sorununa sıkı sıkıya bağlı olsa da iki faaliyet birbirinden farklıdır. Bu farklılık, yöntemleri bakımından ortaya çıkabileceği gibi araçları bakımından da ortaya çıkabilir.

Sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması için sözleşmedeki boşluğun belli bir sebepten kaynaklanması gerekmez. Düzenleme özgürlüğü sayesinde sözleşmenin içeriğini ve tipini belirleyen sözleşme tarafları, dilerlerse kanunda düzenlenmiş bir sözleşme ile dilerlerse kendi yaratacakları isimsiz bir sözleşme ile amaçlarını gerçekleştirebileceklerdir. Ancak, taraflardan her zaman bütün ihtimalleri önceden düşünerek eksiksiz, mükemmel bir sözleşme ortaya koymaları beklenemez. Zira, bazen tecrübesizlik, bazen acelecilik ve ihmalkârlık, bazen de masraftan kaçınma arzusu, sözleşmelerin ileride ortaya çıkabilecek her türlü soruna yönelik çözüm içermemesine, dolayısıyla, bazı hususlar bakımından yetersiz kalmasına neden olur.

Türk Hukukunda sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin bütün ihtimalleri kapsayan ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Konuya ilişkin tek hüküm BK m. 2'dir. Maddede, sözleşmenin, hâkim tarafından işin mahiyetine göre tamamlanacağı düzenlenmektedir. Ancak, bu hüküm sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Hüküm sadece, ikinci derece noktaların sözleşme kurulurken taraflarca saklı tutulmaları ihtimalini düzenlemektedir. Oysa sözleşme boşluğu, yukarıda da ifade edildiği üzere tarafların, sözleşmede düzenlemeleri gereken bir hususu düzenlemeyi unutmalarından veya sözleşme kurulurken bazı hususları önceden tahmin edememelerinden veya taraflarca getirilen düzenlemenin sözleşmenin geçerliliğine etki etmeksizin geçersiz kılınmasından da kaynaklanabilir. Bu ihtimaller bakımından, BK m. 2/f. II sözleşmenin tamamlanmasında hâkimin sahip olacağı vasıtaları

düzenlemekte yetersiz kalmaktadır. BK m. 2/f. II'nin eksikliği, kanundaki diğer hükümlerden yararlanılmak suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır.

BK m. 2/f. II'nin eksikliğini gidermek amacıyla yaralanacağımız ilk madde MK m. 1/f. I'dir. Nitekim, maddede kanunun özüyle ve sözüyle değindiği bütün konulara uygulanacağı ifade edilerek, önüne gelen uyuşmazlığı çözmekle görevli hâkime, uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle kanunu uygulama mecburiyeti getirilmiştir. Hâkimin tamamlama yetkisinin MK m. 1'den kaynaklandığı yönündeki görüşlerin ağır bastığı da dikkate alınır, hâkimin sözleşmeyi tamamlarken sahip olacağı vasıtaların MK m. 1 dikkate alınmaksızın ortaya konmasının mümkün olmayacağı görülmektedir. Emredici hükümlerin zaten tartışma konusu yapılmaksızın uygulanmak zorunda oldukları göz önüne alındığında, hükmün tamamlayıcı hükümler bakımından önem taşıdığı kabul etmek gerekmektedir. Bu durumda, hâkimin uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilir bir yedek hüküm tespit etmesi halinde, uyuşmazlık MK m. 1/f. I uyarınca söz konusu hüküm ile çözüme bağlanacaktır. Tamamlayıcı hükümlere tanınan bu önceliği sözleşme boşluğuna yönelik uyuşmazlıklarda da (istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla), kabul etmek doğru olacaktır. Sözleşme boşluğuna yönelik uyuşmazlıklarda olaya uygulanabilir bir yedek hükmün bulunması halinde, hâkimin boşluğu doldurmak için kullanacağı araç öncelikle kanundaki yedek hükümler olmalıdır.

Somut olaydaki sorunu çözebilecek bir yedek hükmün bulunmaması halinde hâkimin uyuşmazlığı çözüme bağlama görevi sona ermez. Yedek hükümler ile bir sonuca ulaşamayan hâkim, sözleşmedeki boşluğu doldurmak için bir diğer araca, örf ve âdet hukuku kurallarına başvurur. Somut olaya uygulanabilir nitelikte bir örf ve âdet hukuku kuralının da tespit edilememesi durumunda, artık hâkimin elindeki tek vasıta kendi yaratacağı hükümdür. Bu durumda hâkim, kendi yaratacağı hükümle sözleşmedeki boşluğu doldurmalıdır. Bu aşamada devreye BK m. 18 girmektedir. Sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak maksatlarının aranacağını düzenleyen BK m. 18/f. I uyarınca, tarafların bilinebilen iradeleri ortaya konmalıdır.

BK m. 18'e destek olacak ve tarafların gerçek ortak iradelerinin tespit edilmemesi halinde devreye girecek bir diğer madde MK m. 2/f. I'dir. Bu hüküm uyarınca, dürüst ve makul sözleşenler sıfatı ile, olayı çevreleyen bütün koşullar da

dikkate alınmak suretiyle, tarafların o sözleşme ile neyi istemiş oldukları araştırılır. Bu irade tarafların farazî iradesi olarak ifade edilir. Böylece, MK m. 2/f. I, dolaylı olarak farazî ortak iradeyi hâkimin sözleşmeyi tamamlaması araçlarından biri olarak ortaya koymaktadır. Hâkimin bu faaliyeti İsviçre Hukukunda “bireysel tamamlama”, Alman Hukukunda ise “tamamlayıcı yorum” olarak ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, hâkimin kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi tamamlaması hâkimin tarafların iradesinden tamamen bağımsız hareket edeceği anlamını taşımaz. Hâkim, kendi kuralını yaratırken tarafların farazî iradesini dikkate almak durumundadır. Farazî iradenin, “taraflar sözleşmenin kurulması sırasında sözleşmedeki boşluğu fark etmiş olsalardı, dürüst ve makul sözleşenler olarak MK m. 2/f. I çerçevesinde nasıl bir çözüm kabul ederlerdi?” sorusunun cevabı olarak ifade edildiği göz önüne alındığında, dürüstlük kuralı, hâkimin sözleşmeyi tamamlarken kullanacağı en önemli araçlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tamamlamadan farklı olarak sözleşmenin yorumlanması ise, doğrudan sözleşmenin ifadelerinin veya zımnî kayıtların saptanması suretiyle sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ve söz konusu kayıtların nasıl anlaşılması gerektiğinin tespiti anlamını taşımaktadır. Yorumda, yorum konusu hükmün anlam ve amacının dışına çıkmak söz konusu olmadığından hâkimin değerlendirme alanı da sınırlıdır. Buna karşılık, hâkimin kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi tamamlamasında ise hâkimin yetki alanı daha geniştir.

Sözleşmenin hâkimin koyacağı kural ile tamamlanmasında, hâkimin yaratacağı kuralın kanun boşluklarının doldurulmasında olduğu gibi genel ve soyut mu yoksa sadece uyumsuzluk konusu sözleşme için geçerli olacak şekilde somut ve özel mi olması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, genel ve soyut kural koymanın yeterli olduğu hallerde hâkimin bu yönde hükmünü oluşturması gerekmektedir. Ancak, somut olayın özelliklerinin genel ve soyut kural ile sözleşmenin doldurulmasına elverişli olmaması halinde sözleşmenin doğası da göz önüne alınarak, sadece o sözleşme için geçerli, somut ve özel bir hükmün oluşturulmasının daha doğru olacaktır. Bu noktada hâkim tarafların farazî ortak iradesinden yararlanacaktır. Hâkim somut sözleşme taraflarının, dürüst ve makul sözleşenler olarak, hâl ve koşullar da dikkate alındığında nasıl bir hüküm getirecek

olduklarını tespit etmeye çalışacaktır. Farazî ortak iradenin belirlenemediği hallerde ise, artık, somut sözleşme taraflarının değil, sözleşmeye yabancı dürüst ve makul üçüncü kişilerin nasıl bir hüküm getirecek olduklarını araştıracaktır. Farazî iradenin araştırılması ile bulunan sonuçtan farklı olarak, burada bulunan çözümün adil olması gerekmektedir. Oysa, farazî iradenin adil bir sonuca yönelmesi şart değildir.

Genel işlem şartı içeren sözleşmelerde, hâkimin, somut sözleşmeye özgü hüküm getirirken genel kuraldaki gibi tarafların farazî iradesinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmalıdır. Sözleşme taraflarının eksik hususu düzenleselerdi nasıl bir hüküm getirecek olduklarını tespit etmek, genel işlem şartlarının tek taraflı olarak hazırlandıkları düşünüldüğünde anlam ifade etmeyecektir. Genel işlem şartı içeren sözleşmelerin yapısı gereği tarafların farazî ortak iradesinden bahsedilememesi ve genel işlem şartlarına getirilen denetlemenin amacının ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması olması, hâkimin yaratacağı hükmün farazî iradeye dayanmasına engel olacaktır. Hâkim, genel işlem şartlarının yok sayılması sebebiyle ortaya çıkan boşluğu, somut olayın şartlarını ve tarafların menfaatlerini dikkate alarak en adil çözümü tespit edecektir.

Kanımızca, uyarılma halinde bir riziko boşluğu olduğundan hâkim sözleşmeyi uyarlayarak tamamlayacaktır. Hâkim, dürüstlük kuralı uyarınca; sözleşmenin ruhunu ve tarafların karşılıklı menfaatlerini düşünerek, hakkaniyete uygun olarak uyarlamayı gerçekleştirmelidir.

İsimsiz sözleşmeler ise, kendilerine has anlam yapısına en uygun hüküm ile tamamlanmalıdır. İsimsiz sözleşmeler kanunda düzenlenmediğinden öncelikle, MK m. 1/f. II uyarınca bu konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığı incelenmeli, yoksa, kanundaki benzer veya aynı menfaat çatışmasını düzenleyen hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle sözleşmedeki boşluk doldurulmalıdır. Böyle bir kuralın da tespit edilememesi halinde, hâkimin MK m. 1/f. II'e göre kanun koyucu gibi hareket ederek sözleşmeyi tamamlamalıdır.

Bunun dışında, sözleşmenin esaslı noktalarda da tamamlanabilmesi için edimin belirlenebilir olması ve tarafların sözleşme ile bağlanma iradelerinin de tespit edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Edimin belirlenebilir olması karakteristik edim

bakımından önem taşır. Zira, karşı edimin renksiz edim olması halinde, renksiz edim paranın her zaman belirlenebilir olması, hâkim tarafından tamamlanmasının kabulünü kolaylaştırır. Bu sebeple “*Edimin belirlenebilir olması ve tarafların bağlanma iradesinin sabit olması durumunda, sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca kararlaştırılmayan esaslı unsurlar hâkim tarafından belirlenir.*” şeklinde bir hükmün BK m. 2’ye eklenmesinin tartışmaların ortadan kalkmasını sağlayacağı inancındayız.

GİRİŞ

IV. Sunuş

En önemli borç kaynaklarından biri olan sözleşmeler, bu alana hâkim sözleşme serbestisi prensibi sayesinde kişilere büyük özgürlükler sunar. Kişiler bu ilke sayesinde, hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak kaydıyla, diledikleri sözleşmeyi, diledikleri kişilerle ve diledikleri içerikte yapma imkânı elde ederler. Böylece kişiler, özel borç ilişkilerini sözleşmeler vasıtasıyla kendi iradelerine göre biçimlendirirler. Konumuz bakımından önem taşıyan sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğü de Borçlar Hukuku alanına hâkim bu temel ilkenin bir görünümüdür. Dolayısıyla, konuyu bu ilkeyi göz ardı etmeksizin, iyi tahlil ederek incelemenin doğru sonuca ulaşmak bakımından önem taşıdığı inancındayız.

Düzenleme özgürlüğü sayesinde sözleşmenin içeriğini ve tipini belirleyen sözleşme tarafları, dilerlerse kanunda düzenlenmiş bir sözleşme ile dilerlerse kendi yaratacakları isimsiz bir sözleşme ile amaçlarını gerçekleştirebileceklerdir. Ancak, taraflardan her zaman bütün ihtimalleri önceden düşünerek eksiksiz, mükemmel bir sözleşme ortaya koymaları beklenemez. Zira, bazen tecrübesizlik, bazen acelecilik ve ihmalkârlık, bazen de masraftan kaçınma arzusu, sözleşmelerin ileride ortaya çıkabilecek her türlü soruna yönelik çözüm içermemesine, dolayısıyla, bazı hususlar bakımından yetersiz kalmasına neden olur.

Günümüzde sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında, bu gelişmelere uygun olarak ortaya konan yeni sözleşmelere ayak uydurmak güçleşmiş, ticari hayatın gerektirdiği hızla birlikte eksiksiz sözleşme yapma ihtimali oldukça azalmıştır.

Bu sebeple, taraflar arasındaki sözleşmenin eksik olması halinde nasıl bir yöntem izleneceği, sözleşmedeki eksikliğin sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine etki edip etmeyeceği, hâkimin yetkisi bakımından sözleşme serbestisi ilkesinin bu aşamada nasıl rol oynayacağı büyük önem taşır.

V. Çalışmanın Amacı

Sözleşmedeki eksiklik, sözleşmenin içeriğine ilişkin bir hususun hiç veya gereği gibi düzenlenmemesinden ortaya çıkar ve bu durum sözleşme boşluğu olarak ifade edilir. Sözleşmedeki boşluğun tamamlanması için sözleşmedeki eksikliğin önemli bir hususa ilişkin olması gerekir. Sözleşmesel ilişkinin düzgün gelişimi ve devamı için eksikliğin tamamlanması gerekli ise bu durumda eksik hususun önemli olduğu kabul edilir¹. Boşluk, alelade yorum (*normatif yorum*) ve tamamlayıcı yorumu birbirinden ayıran unsurdur. Bu ayırımı yapmak önemlidir, zira, bu ayırım sayesinde, yorum yapmak bahanesi altında yorum yapanın hakkaniyete dayanarak sözleşmeyi değiştirmesi engellenmiş olur.

Boşluk, söz konusu hususun taraflarca daha sonra düzenlenmek maksadı ile sözleşme kurulurken açık bırakılmasından ve ileride de bu konuda uzlaşılammış olmasından kaynaklanabileceği gibi tarafların bu hususu düzenlemeyi unutmalarından, sözleşme kurulurken bazı hususları önceden tahmin edememelerinden veya taraflarca getirilen düzenlemenin sözleşmenin geçerliliğine etki etmeksizin daha sonradan geçersiz hale gelmesinden kaynaklanabilir.

Toplumsal hayatta büyük öneme sahip sözleşmelerin eksik olarak düzenlenmeleri halinde eksikliğin giderilmesinde nasıl bir yöntem izleneceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme Türk Borçlar Kanununda mevcut değildir. Konu ile ilgili tek hüküm Borçlar Kanununun ikinci maddesidir. Ancak, söz konusu hüküm, sözleşme boşluğunun sadece bir görünümünü, ikinci derece noktalar üzerinde anlaşmanın saklı tutulması ihtimalini ele alması sebebiyle diğer sözleşme boşluğu halleri bakımından yetersiz kalmıştır. Türk Hukukunda doktrinin de bu konu üzerinde yeterince durmaması, mahkeme kararlarının yeteri kadar gerekçelendirilmemiş olması, hatta mevcut düzenlemenin dahi iyi tahlil edilmemesi

¹ “Eksikliğin giderilmesi gerekliliği” bakımından bir ölçü yoktur bu sebeple gereklilik daha ziyade hâkimin değerlendirmesine bağlıdır. Alman Hukukunda bu ölçünün çok yüksek tutulmamasına dikkat ettiği ifade edilir. Bkz. **JALUZOT**, s. 439 vd. Nitekim, Alman Federal Mahkemesi bir kararında, sözleşmedeki eksikliğin giderilmesi için sözleşme ile güdülen amacın bütün olarak tehlikeye düşmesinin gerekmediğini belirttikten sonra, eksiklik sebebiyle sözleşmenin taraflardan biri için katlanılmaz olması gibi bir şartın da aranmayacağını ifade etmiştir. BGHZ 29, s. 107, 110.

kanımızca konunun ele alınmasını gerektirmiştir.

Bu sebeple, sözleşmede boşluk ortaya çıkması halinde gündeme gelecek sorunları tespit etmek ve bu sorunların mevcut düzenleme ile ne şekilde çözülebileceğini irdelemek, bunu yaparken de mevcut düzenlemeyi detaylı inceleyerek akıllarda oluşan soru işaretlerini gidermek, düzenlemenin yeterli olmadığı hallerde benzer veya farklı hukuk sistemlerinde benimsenen yöntemleri de dikkate alarak, hangi hukuki temele dayanarak nasıl bir çözüm önerilebileceğini ortaya koymak amacıyla bu çalışmayı gerçekleştirmiş bulunuyoruz.

VI. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması

Yukarıda ifade ettiğimiz amaç doğrultusunda çalışmamız iki ana bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Birinci bölümde, sözleşme boşluğu kavramı, sözleşme boşluğunun ortaya çıkış biçimleri ve sözleşmedeki boşluğun tespitinde yorumlama faaliyetine yer verilmiştir.

Birinci bölümün ilk paragrafında, sözleşme boşluğu kavramından ne anlaşılması gerektiği ve hangi hallerde sözleşme boşluğundan söz edebileceğimiz ortaya konmuş, boşluk türlerine kısaca değinilmiştir. Bunun yanı sıra, ayrıntılı bir açıklamaya girmeden önce sorunu bir bütün olarak görebilmek adına, boşluk doldurma sorununa değinilmiş ve ardından sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulmasının benzer hukuki müesseseler ile karşılaştırılmasına yer verilmiştir. Son olarak birinci bölümün ikinci paragrafında, sözleşmenin tamamlanması faaliyeti ile ayrılmaz bir bütün olan ve bu sebeple çoğu zaman tamamlama faaliyeti ile karıştırılan ve hatta bazı yazarlarca aralarındaki sınırın çizilmesinin mümkün olmadığı ifade edilen yorumlama faaliyetine ilişkin temel esaslar, sözleşme boşluğunun tespitinde gerekli olması bakımından ortaya konmuştur. Bu esaslar, hâkimin sözleşmeyi yorumlayarak sözleşmede boşluk olup olmadığını tespit etmesini sağlayacağından konumuz açısından büyük öneme sahiptir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde sözleşmede boşluğun tespit edilmesi halinde bu boşluğun nasıl doldurulacağı incelenmiştir. Üçüncü paragrafta yine sözleşmenin

yorumlanmasına yer verilmiş, ancak burada, sözleşmedeki boşluğun tespitinden farklı olarak, sözleşmedeki boşluğun doldurulmasına yönelik yorumun nasıl yapılacağı ortaya konmuştur. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmenin tamamlanması birbirinden ayrılmaz bir bütündür. Sözleşme ancak yorumlanması neticesinde bütünlüğünü bozmayacak bir hükümle tamamlanacaktır. O halde sözleşmeye uygulanması mümkün gözüken yedek hükmün sözleşmenin bütünü ile uyumlu olup olmadığı veya hâkim tarafından yaratılacak hükmün içeriğinin sınırı yorum ile belirlenecektir. Bu sebeple üçüncü paragrafta sözleşmenin nitelendirilmesi ve yorumlanması incelendikten sonra dördüncü paragrafta sözleşmedeki boşluğun doldurulması yöntemleri, boşluğun kaynaklandığı sebepler dikkate alınarak incelenmiş, hâkimin boşluk doldururken kullanacağı vasıtalar ayrıntılı olarak irdelenmiştir. Beşinci paragrafta ise, sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulmasının sınırları ortaya konmuştur. Altıncı paragrafta boşluk doldurma hususunda özellik arz eden durumlar incelenmiş, yedinci paragrafta ise boşluk doldurma faaliyetinde ortaya çıkan usul hukuku sorunlarına değinilmiştir.

Sonuç bölümünde ise, konu genel hatları ile ortaya konmuş ve çalışma neticesinde saptanan sorunlara ilişkin çözüm önerilerimiz belirtilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME BOŞLUĞU, SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN OLUŞUM BİÇİMLERİ VE BOŞLUĞUN ORTAYA ÇIKARILMASINDA YORUMLAMA FAALİYETİ

Ş1. SÖZLEŞME BOŞLUĞU ve SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

II. Genel Olarak

Sözleşme boşluğunu doğru olarak tanımlayabilmek ve tanıma uygun olarak sözleşmede bir boşluğun varlığından bahsedebilmek için, öncelikle hangi hallerde sözleşmenin kurulmuş, hangi hallerde yok veya kesin hükümsüz sayılacağından söz etmek gerekir. Zira, ancak bir sözleşmenin mevcudiyeti halinde sözleşme boşluğundan bahsedilebilir².

Sözleşme, Borçlar Kanununun 1. maddesinde de belirtildiği üzere, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki işlemdir³.

İrade beyanı, *beyan* ve *irade* olmak üzere iki temel unsurdan oluşur. Dış dünyada kendini gösteren *beyan*, belirli bir hukuki işlemi yapmak isteyen kimsenin bu iradesini başkalarına bildirmek ve iç iradesini gerçekleştirmek için ortaya koyduğu hareket tarzıdır⁴. İş hayatındaki görüş ve âdetlere veya tarafların anlaşmasına dayanılarak söz konusu hareket tarzından, hareketi yapan kişinin belirli

² **CORBOZ**, s. 269-287; **EREN**, Genel Hükümler, s. 433; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 153, dpn. 501; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 178 vd; **TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 75 vd; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 34; **AKSOY DURSUN**, s. 82; **KAPLAN**, Müdahale, s. 109 vd.

³ **von TUHR**, s. 175 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 95 vd; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 39 vd; **OSER / SCHÖNENBERGER**, s. 36 vd; **DURAL/ SARI**, s.168 vd; **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 318 vd; **TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 51 vd; **HATEMİ**, s. 143 vd; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s. 312 vd; **TUNÇOMAĞ**, C. I, s. 136, 183 vd; **REİSOĞLU**, s. 56 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 37 vd; **BAUDOUIN**, s. 33 vd; **DESSEMONTET**, CR, Art. 1, s. 7 vd.

⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 130 vd.

hukuki işlemi yapmak iradesinin bulunduğu sonucuna varılabilir⁵.

İkinci unsur olan ve iç olguyu teşkil eden *irade* ise, fiil (eylem) iradesi, beyan (açıklama) iradesi ve hukuki sonuç (işlem) iradesi olmak üzere üç unsuru kapsar⁶. “Fiil iradesi”, iradeyi dış âleme yansıtmak amacıyla yapılan fiile yönelik iradedir. Beyan sahibinin bilerek ve isteyerek beyanda bulunması “fiil iradesi”ni oluşturur. “Beyan iradesi”, iradeyi dış âleme bildirmek, yürürlüğe koymak isteğidir. “Hukuki sonuç iradesi” ise belirli bir sonuca (bu sonuç hukuki, ekonomik, maddi veya sosyal bir sonuç olabilir) yönelmiş, beyanın içeriğini oluşturan iradedir⁷.

Söz konusu unsurlar, iradenin, dolayısıyla da irade beyanının ve sözleşmenin mevcudiyetini etkileyeceğinden bunların dikkatle incelenmeleri gerekir. Zira, hipnotize edilmiş kişilerin beyanlarında olduğu gibi, fiil iradesinin bulunmaması halinde, her ne kadar görünüşte bir irade beyanı varmış gibi gözükse de, gerçekte irade beyanı yoktur⁸. Bütün hukuki muamelelerde kurucu unsur olan irade beyanı yoksa sözleşme de mevcut değildir⁹; bu durumda, sözleşme boşluğundan, dolayısıyla, sözleşmenin tamamlanmasından da bahsedilemez.

Hukuki sonuç iradesinin veya beyan iradesinin bulunmaması halinde ise, ne olacağı, beyan sahibinin iradesi dışında yapılan beyan fiillerinde olduğu gibi, kesin değildir. İrade beyanının güven nazariyesi uyarınca değerlendirilmesi gerekir¹⁰. Karşı

⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 130 vd.

⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 131 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 168 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 62; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 22 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 119 vd; **PATRY**, s. 172 vd.

von Tuhr, eserinde fiil (eylem) iradesini ayrı bir unsur olarak incelememektedir. Bkz. **von TUHR**, s. 150.

⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 131 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 119 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 168 vd; **von TUHR**, s. 150; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 62.

⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 24; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 131.

⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 131 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 119 vd. Sözleşmenin tamamlanması amacıyla hâkime başvurulduğunda, hâkim, hukuki muamelenin yokluğunu tespit ederse, yokluğu hiç kimse ileri sürmemiş olsa bile re’sen nazara almak durumundadır. Bkz. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 167 vd; **DURAL/SARI**, s. 178 vd; **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 232.

¹⁰ **OĞUZMAN /BARLAS**, s. 168; **PATRY**, s. 172 vd; **EREN**, Genel Hükümler , s. 121 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 216.

Ancak, güven ilkesinin uygulanması bakımından, hukuki sonuç iradesinin bulunmadığı hallerde ve beyan iradesinin bulunmadığı hallerde farklılık söz konusudur. Hukuki sonuç iradesinin

tarafın haklı güvenini korumayı amaçlayan güven nazariyesi uyarınca, irade beyanının anlamı, karşı tarafın kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları dürüstlük kuralı uyarınca değerlendirmesi neticesinde beyana vermesi gereken anlam olarak ifade edilir¹¹. Belirtmek gerekir ki, karşı tarafın güveninin korunması, beyan sahibinin korunmadığı anlamına gelmez. Beyan sahibinin de, gerekli özeni göstermek suretiyle oluşturduğu beyanına, makul ve dürüst sözleşenler tarafından verilmesi gereken anlamın verileceğine dair haklı güveni korunur¹². Ancak, güven nazariyesi ile yapılan değerlendirme sonucunda irade beyanının varlığı kabul edilebiliyorsa, bu takdirde, varsa diğer kurucu unsurların ve geçerlilik şartlarının da mevcut olması halinde, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğundan bahsedilebilir. Böylece, sözleşmede bir boşluğun bulunması varsayımında bu boşluğun hâkim tarafından tamamlanması mümkün olur. Güven nazariyesinin uygulanması neticesinde, beyan sahibinin istemediği, hatta hiç düşünmediği bir sözleşme ile bağlı tutulmasındaki sakınca bazı hallerde hata hükümlerine başvurabilme imkânının kabul edilmesiyle giderilmeye çalışılır¹³.

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan sözleşmeler, serbest iradenin ortaya çıkmasına yarayan en önemli hukuki araçlardır. Bu sebeple de sözleşmeler, irade özerkliği prensibinin özel hukuktaki görünümü olarak kabul edilirler. Zira, bireyler, BK m. 19'da çizilen sınırlar dahilinde, şahsi menfaatlerini esas alarak kurdukları sözleşmeler sayesinde, geleceklerini plânlama, bir anlamda da kendi kaderlerini kendileri belirleme imkânını elde ederler¹⁴. Bu sebeple, sözleşmeler

bulunmadığı hallerde karşı tarafın haklı güveni her zaman korunurken, beyan iradesinin bulunmadığı hallerde, ancak beyan sahibinin ihmâlinin bulunması halinde karşı tarafın haklı güveni korunur. Bu farklılığın sebebi olarak, güven ilkesinin tarafların menfaatleri arasında denge kurma amacı güden bir ilke olması gösterilir. Bu konuda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 131, 142 vd.

¹¹ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 8 vd; **ESENER**, Akitlerin İnikadı, s. 174; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 72 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 62 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 429.

Karşı tarafın kendisine yapılan beyanı gerekli özeni göstermemesi sebebiyle fiilen yanlış anlamlandırmasının önem taşımadığı yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 134 vd.

¹² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 134 vd; 140; **EREN**, Genel Hükümler, s. 122 vd; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 8 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 72 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 168 vd; **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 213 vd.

¹³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 72 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 169; **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 213 vd.

¹⁴ **İPEK**, s. 22 vd;

tarafların kanunu olarak kabul edilir¹⁵. Nitekim, herkes sözleşme ile üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır¹⁶.

Sözleşme boşluğunun temelinde, irade özerkliğinin sözleşmeler hukukuna yansımaları olan sözleşme serbestisi ilkesi yer alır. Sözleşme boşluğu çoğunlukla sözleşme serbestisi ilkesinin kabul edildiği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Zira, sözleşme taraflarının en fazla serbest hareket etme imkânına sahip olduğu alan, bu ilkenin geçerli olduğu alandır. Nitekim, Borçlar Kanununun 19. maddesinin birinci fıkrasında, bir akdın mevzuunun kanunun sınırları çerçevesinde serbestçe belirleneceği düzenlenerek sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilirken, maddenin ikinci fıkrasında sözleşme serbestisine sınırlar getirilir. Dikkat etmek gerekir ki, Borçlar Kanununun 19. maddesinde ifadesini bulan sözleşme serbestisi ilkesi, özel hukuka ilişkin tüm sözleşmelerde geçerli olan bir ilke değildir. Aile Hukukuna ilişkin hükümlerin büyük bir çoğunluğunun emredici olması, Eşya Hukukunda da aynı haklar bakımından sınırlı sayı ve sınırlı içerik ilkelerinin geçerli olması, bu alanlarda sözleşme boşluğu ile karşılaşma şansını oldukça azaltır. Dolayısıyla, bu alanlarda sözleşme boşluğu ve sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması sorunu ile karşılaşmak pek mümkün olmaz. Nadiren de olsa sözleşme boşluğu ile karşılaşılması halinde ise, ilgili hukuk dalının özel hükümlerinin de dikkate alınması ve boşluğun ona göre doldurulması, genel tamamlama ilkelerinin ise boşluk içeren sözleşmenin yapısı ile uyumlu olması halinde uygulanması gerekir¹⁷.

Borçlar Hukuku sözleşmelerinde tam anlamıyla geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi, taraflara hem kuruluş hem de düzenleme serbestisi tanır¹⁸. Düzenleme serbestisi sayesinde taraflar, BK m. 19/f. II de ifade edildiği üzere, emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmamak kaydıyla hem sözleşmenin konusunu hem de sözleşmenin muhtevasını diledikleri gibi düzenleme fırsatı elde ederler.

¹⁵ **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 220 vd. Fransız Medenî Kanununun 1134. maddesinde, sözleşmenin tarafların kanunu olduğu açıkça ifade edilmiştir.

¹⁶ **BAUDOIN**, s. 36 vd. Verilen söze bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) ile ilgili ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 212, 220 vd.

¹⁷ **von TUHR**, s. 243 vd; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 15; **SİRMEN**, s. 447 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 3 vd; **İPEK**, s. 22 vd.

¹⁸ **SİRMEN**, s. 446 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 233 vd; **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 313 vd; **TUNÇOMAĞ**, C. I, s. 240 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 54 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 1.

Sözleşmenin tipinin belirlenmesi de, sözleşme serbestisi ilkesi içinde yer alan serbestilerden biridir¹⁹. Kısaca “anlam yapısı” olarak adlandırılan tip, benzer sosyal olayların müşterek karakteristik unsurlarını, bu olayların niteliklerini, özelliklerini ve yapısal farklılıklarını ortaya çıkaracak şekilde birleştirir²⁰. Tip belirleme serbestisi sayesinde taraflar, tipik akitlerin hiçbirinde yer almayan unsurları bir araya getirmek suretiyle *sui generis* bir akit yapabilecekleri gibi, tipik sözleşmelere ait unsurları farklı bir biçimde bir araya getirmek suretiyle veya kısmen kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarını, kısmen de kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerin unsurlarını bir araya getirmek suretiyle karışık muhtevalı bir sözleşme oluşturabilirler. Böylece, tip serbestisi sayesinde taraflar ekonomik ve sosyal gelişmeler karşısında ihtiyaçlarını giderebilecek sözleşmeler kurabilir ve bu gelişmelere ayak uydurabilirler²¹. Emredici hükümlerle düzenlenmiş alanlarda ve sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu durumlarda, sözleşmenin içeriğini düzenleme, tipini belirleme serbestisinden bahsetmek mümkün olmaz. Bu alanlarda, taraflar sözleşmeyi kurmak bakımından serbest olsalar bile, sözleşmenin tipini belirlemede veya içeriğini düzenlemede serbest davranamazlar.

Bu aşamada görülmektedir ki, sözleşme boşluğunu ve bu boşluğun hâkim tarafından doldurulabileceğini kabule imkân sağlayan ilke sözleşme serbestisi ilkesidir. Şu halde, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanabilmesinin temelinde irade özerkliği, dolayısıyla, sözleşme serbestisi ilkesinin yer aldığını ifade etmek yerindedir.

Buraya kadar anlatılanlar sözleşmenin subjektif, bir başka deyişle bireysel olduğunu göstermektedir. Ancak, kabul etmek gerekir ki, sözleşme, her ne kadar tarafların iradesi ile yaratılsa da, çoğu zaman sonradan eklenen ve bu iradelerden farklı, objektif unsurlar ile varlığını sürdürür²². Sözleşmeyi bireysellikten uzaklaştırdığı kabul edilen bu objektif unsurlar; kanundaki tamamlayıcı hükümler,

¹⁹ **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 15; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 233 vd; **Yarg. 4. HD**, 20.12.1978, 4091/14524 için bkz. **KARAHASAN**, s. 227 vd; **REİSOĞLU**, s. 113 vd; **TUNÇOMAĞ**, C. II, s. 6 vd; **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 320 vd; **İPEK**, s. 25 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1134, s. 3.

²⁰ **KUNTALP**, s. 41 vd.

²¹ **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 321 vd.

²² **YUNG**, Akitlerde Objektif Unsurlar, s. 517 vd. *Tercier*, sözleşmenin günümüzde sadece iradeye dayanmadığını, hukuki güvenlik ve bireylerin korunması ihtiyacı neticesinde, artık bireysel irade ve müdahalelerin birleşiminden ileri geldiğini kabul eder. Bkz. **TERCIER**, Le contrat, s. 214 vd.

ticarî örf ve âdetler, içeriği önceden kanunla tespit edilmiş sözleşmelerde, kanunun, tarafların açık iradelerine karşın, iradelerinin aksi yönünde sözleşmeye müdahalesi ve sözleşme boşluğunun mevcut olması halinde, hâkimin tamamlayıcı yetkisini kullanarak sözleşmeye müdahalesi olarak belirtilir²³.

Akdi objektifleştiren unsur olarak gündeme gelen sözleşme boşluğu, tarafların sözleşmesel ilişkinin düzgün gelişimi ve devamı için gerekli olan bir hususu hiç veya gereği gibi düzenlenmemiş olmaları halidir²⁴. Sözleşme boşluğu, daha çok kanunun tamamlayıcı hükümler öngördüğü alanlarda söz konusu olur. Zira, kanun bazı alanlarda tamamlayıcı hükümler getirmek suretiyle taraflara iradeleri doğrultusunda diledikleri düzenlemeyi getirebilme yetkisi tanır. Emredici hükümlerle düzenlenen alanlarda ise, sözleşme boşluğundan söz edilemez.

Sözleşmedeki boşluk, tarafların sözleşme kurulurken bazı hususları düzenlemeyi unutmalarından veya ileride ortaya çıkabilecek sorunları önceden tahmin edememelerinden kaynaklanabileceği gibi, bazı hususların taraflarca daha sonra düzenlenmek düşüncesi ile sözleşme kurulurken açık bırakılıp, ileride bu konuda uzlaşma sağlanamamasından da ileri gelebilir²⁵. Ayrıca, sözleşme boşluğu, tarafların uyuşmazlık konusu hususa ilişkin getirdiği düzenlemenin, sözleşmenin geçerliliğine etki etmeksizin geçersiz olmasından da doğabilir²⁶.

Sözleşmedeki boşluklar da, kanun boşluklarında olduğu gibi, gerçek - gerçek olmayan boşluk veya bilinçli - bilinçli olmayan boşluk olarak karşımıza çıkar²⁷. Sözleşmede bir hususun taraflarca hiç düzenlenmemiş olması halinde gerçek boşluktan (*Praeter Contractum*) bahsedilir²⁸. Bu tür boşlukların, dışarıdan hemen

²³ **YUNG**, Akitlerde Objektif Unsurlar, s. 520 vd; Sözleşmenin objektifleşmesi hususunda bkz. **LOKIEC**, s. 84 vd; **ENGEL**, Cent ans de contrat, s. 33 vd.

²⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153 vd; **KIRCA**, Sorumluluk, s. 87 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 431 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 174 vd; **CORBOZ**, s. 279 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 111 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 238; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, N. 1248; **BK-KRAMER**, Art 18, N. 213 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 90 vd; **JÄGGI/GAUCH**, art. 18 N. 486 vd; ATF 115 II 484, cons. 4a= JdT 1990 I 210, karar için bkz. www.admin.ch .

²⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153 vd; **KIRCA**, Sorumluluk, s. 88 dpn. 469; **ARAT**, s. 36; **EREN**, Genel Hükümler, s. 431 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 493 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 175 vd.

²⁶ **ATAMER**, Düşünceler, s. 175 vd; **KIRCA**, Sorumluluk, s. 88 dpn. 469.

²⁷ **EREN**, Genel Hükümler, s. 432; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 118; **KAPLAN**, Müdahale, s. 92; **LARENZ**, s. 738; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 493-494; **ATAMER**, Düşünceler, s. 175 vd.

²⁸ **EREN**, Genel Hükümler, s. 432; aynı yönde bkz. **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 118; **KAPLAN**,

fark edilen, görülebilen mantıksal boşluklar olduğu ifade edilir²⁹. Gerçek boşluklar, tarafların sözleşmede belli bir hukuki meseleyi isteyerek düzenlememelerinden ileri gelebileceği gibi, tarafların ihmâlerinden veya söz konusu hususu önceden öngörememelerinden de kaynaklanabilir³⁰.

Sözleşmede tarafların bir hususu ayrıntıya girmeksizin genel hatları ile düzenlemeleri halinde, gerçek olmayan boşluktan (*Intra Contractum*) söz edilir. Bu durumda, uyumsuzluk konusu hususa ilişkin sözleşmede bir düzenleme mevcuttur; ancak, bu düzenleme sorunun çözümü için yeterli değildir³¹; bir başka deyişle, soruna tatmin edici bir cevap getirememektedir.

Sözleşmedeki boşluğu bilinçli – bilinçli olmayan boşluk ayırımı bakımından incelersek, sözleşme taraflarının bir hususu bilerek ve isteyerek düzenlememeleri halinde bilinçli boşluk, sözleşmedeki eksikliğin, sözleşme kurulurken gerek tarafların hiç düşünmemeleri, gerekse düşünmelerine karşın bu konuda düzenleme getirmeyi unutmaları nedeniyle ortaya çıkması halinde ise, bilinçli olmayan boşluk söz konusu olur³².

II. Sözleşme Boşluğunun Ortaya Çıkış Biçimleri

Sözleşmenin varlığından bahsedebilmemiz için sadece karşılıklı irade beyanlarının varlığı yeterli olmaz; ayrıca bu beyanların birbiri ile uyumlu olmaları da gerekir. Bu uyum, tarafların beyanları ile gerçek iradeleri arasında sağlanabileceği gibi, bazen tarafların fiilen uyuşma sağlayamadığı hallerde, normatif olarak da sağlanabilir³³. Tarafların gerçek iradelerini yansıtan beyanların birbiri ile uyumlu olması halinde veya taraflardan birinin yanlışlıkla gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmasına karşın, diğer tarafın, onun yanlışlığını ve gerçek iradesinin ne

Müdahale, s. 92; **LARENZ**, s. 738; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 493-494; **ATAMER**, Düşünceler, s. 175 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 79 vd.

²⁹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 92; **AKSOY DURSUN**, s. 79 vd.

³⁰ **KAPLAN**, Müdahale, s. 92; **AKSOY DURSUN**, s. 80 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 493 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 305 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 175 vd.

³¹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 92; **EREN**, Genel Hükümler, s. 432; **AKSOY DURSUN**, s. 80 vd **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 494.

³² **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 37, **AKSOY DURSUN**, s. 80 vd.

³³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 172; **EREN**, Genel Hükümler, s. 122.

olduğunu anlaması halinde, fiili uyuşmadan, tarafların fiilen uyuşmadıklarının söylenebileceği hallerde ise, normatif uyuşmadan söz edilmektedir³⁴. Bu son halde, güven nazariyesi uyarınca, irade beyanları değerlendirilmekte ve karşı tarafın iradesine uymayan, ancak, diğer tarafın bu beyana vermesi gereken anlam korunarak, farazî, varsayımsal bir uyuşmanın varlığı kabul edilmekte³⁵ ve sözleşmenin kurulduğuna karar verilmektedir.

Sözleşmenin kurulması için hangi noktalarda uyuşmanın gerektiği BK m. 2/f. I de düzenlenir. Hükümde “*İki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sükûtle geçilmiş olsa bile akde mün’akid olmuş nazariyle bakılır*” denilmek suretiyle, Borçlar Kanununun 1. maddesini tamamlayacak şekilde, sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için tarafların uyuşması gereken asgari içerik ortaya konmuştur³⁶. Söz konusu madde uyarınca, yan noktalara ilişkin uyuşmanın ileriye bırakılmış olup olmadığına bakılmaksızın, esaslı noktalarda uyuşmanın sağlanmış olması sözleşmenin kurulması bakımından yeterli kabul edilmektedir³⁷.

³⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 171 vd.

³⁵ Muhatabın, kendisince bilinen şartları dürüstlük kuralı uyarınca değerlendirmek suretiyle beyana vermesi gereken anlam araştırılarak normatif uyuşmanın söz konusu olup olmadığına, dolayısıyla, sözleşmenin kurulup kurulmadığına bakılır. Sözleşmenin kurulduğu kanaatine varılması halinde, diğer taraf BK m. 23 uyarınca sözleşmeyi hata sebebiyle iptal hakkına sahip olacaktır. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 172.

³⁶ **TERCIER**, Obligations, s. 113 vd; **MORIN**, La formation du contrat, s. 465 vd; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 31 vd.

³⁷ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 65 vd.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 2’deki ifade Türk Borçlar Kanununun 2. maddesindeki ifadedden farklıdır. İBK m. 2/f. I, esaslı noktalarda uyuşma sağlandıktan sonra yan noktalar üzerinde uyuşmanın saklı tutulması halini düzenlerken, Türk Borçlar Kanunu m. 2/f. I’de “*saklı tutulma*” ifadesi yerine “*ikinci derece noktaların sükûtle geçilmesi*” ifadesi yer alır. Bu bilgiler için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 172.

Alman Hukuku BGB § 154, İBK m. 2 ve BK m. 2’den farklı bir tutum sergiler. BGB § 154’e göre sözleşmenin kurulması için tarafların esaslı ve yan noktalarda anlaşmış olması gerekir. Aksi takdirde sözleşme kurulmaz. Görüldüğü üzere Alman Hukuku, bu konuda İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinden katı bir yaklaşım ortaya koyar. İsviçre Hukukundaki bu ılımlı yaklaşımın sebebinin “*favor contractus*” ilkesi olduğu kabul edilir; bu yönde bkz. **DELFORGE**, s. 252 vd. Bu yöndeki benzer açıklamalar için bkz. **MORIN**, La formation du contrat, s. 465 vd; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 31 vd.

Türk Hukukunda **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** (bkz. s. 77), bazı noktalarda henüz anlaşmış olmayan ve müzakerelere devam arzusu duyan tarafları bir olup bitti ile karşı karşıya getirmenin doğru olmayacağını, taraflardan herhangi birinin, başkalarına ikinci derece görülen bir noktayı (bu hususta herhangi bir açıklama yapmış olmasa bile) çok önemli hatta hayatî telâkki edebileceğini ifade ettikten sonra, “... *Belirlenmesi ileriye bırakılan böyle bir noktada hakkında anlaşmaya varılmaksızın sözleşmeye kurulmuş gözü ile bakmak, irade özgürlüğü prensibini –hiçbir toplumsal gerek olmadan- kısıtlamaktadır*” diyerek Alman Hukukundaki sisteme yaklaşırlar.

BK m. 2/f. I, tarafların esaslı noktalarda uyuşmaları halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağına ilişkin karine getiren bir hükümdür³⁸. Karinenin uygulama alanı bulması için üzerinde anlaşılması gereken esaslı noktaların sadece objektif bakımdan esaslı noktalar olduğunu kabul etmek kanımızca daha doğru olacaktır. Zira, hem sübjektif hem de objektif esaslı noktalarda uyuşma sağlanmasının aranması halinde, artık karinenin kullanılmasına gerek kalmayacağından, BK m. 2/f. I de anlamsızlaşacaktır³⁹. Dolayısıyla, taraflar hem sübjektif hem de objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşılırsa sözleşme kesin olarak kurulacak ve karineye gerek kalmayacak; sadece objektif bakımdan esaslı noktalar üzerinde uzlaşma sağlanmaları halinde ise, ister diğer noktalar üzerinde uzlaşmayı ileriye bıraksınlar, ister bu hususları sükût ile geçmiş olsunlar, BK m. 2/f. I'deki karine devreye girecek ve sözleşme kurulmuş sayılacaktır⁴⁰. Son ihtimalde karşı taraf her zaman karinenin aksini ispat edebilecektir. Bunun için de, karineyi çürütmek isteyen tarafın, sözleşme müzakereleri sırasında görüşülen bazı yan noktaların kendisi için sözleşmenin kurulması bakımından olmazsa olmaz şart niteliğinde olduğunu ve bunun diğer tarafça bilindiğini ispat etmesi gerekecektir⁴¹.

Bu açıklamalar göz önüne alındığında, tamamlamanın söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaya varıldığı, ancak, yan noktalar üzerinde uyuşma sağlanamadığının kabulü gerekecektir. Nitekim, klasik görüş olarak adlandırılan görüşe göre⁴², esaslı noktalardan birinin eksikliği halinde

³⁸ **ENGEL**, *Traité des obligations*, 219; **AKSOY DURSUN**, s. 58 vd; bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 118 II p. 32= JdT 1993 I 387 (www.admin.ch).

BK m. 2/f. I'in karine koyan ve ispat yükünü düzenleyen bir hüküm olduğu hususunda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 176; benzer yönde **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 212.

BK m. 2/f. I'in yorumlayıcı bir kural getirdiği, yorumlayıcı hukuk kuralının etkisinden kurtulmak isteyen tarafın, yan noktaları ileriye bırakırken sözleşmeyi ileride kurmayı kastettiklerini ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 75.

von Tuhr da, İBK m. 2/f. I'in karine getirdiğini, karinenin irade beyanının içeriğine ilişkin olması halinde karineyi tesis eden hükmün yorum kuralı sayılabileceğini belirtmiştir. Bu konuda bkz. **von TUHR**, s. 156, dpn. 49.

³⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 176 dpn.10; **AKSOY DURSUN**, s. 43; **ATAMER**, *Giş*, s. 118; Aksi yönde bkz. **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 212.

⁴⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 176 vd.

⁴¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 176 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 79 vd.

⁴² RO 90 II 235 = JdT 1965 I 145; RO 107 II 411= JdT 1982 I 165; **OFTİNGER**, *Jurisprudance*, s. 9 vd; İsviçre Hukuku bakımından bkz. **DELFORGE**, s. 233 vd; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 248; özellikle s. 247 vd; Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, satılan şeyin bedelinin sözleşmenin kurulduğu sırada belirli veya belirlenebilir olması gerektiğini, ödeme koşullarının

veya ikinci derecedeki noktaların taraflarca müzakere edilmiş olmasına rağmen, bunun sonuçlandırılmasını ileriye bırakmaksızın bu hususlarda bir anlaşmaya varılamamış olunması halinde, sözleşme kurulmamış sayılacağından, artık sözleşme boşluğundan, dolayısıyla, sözleşmenin tamamlanmasından söz edilemeyecektir⁴³. Diğer bir ifade ile, sözleşmenin esaslı noktalarındaki eksiklik, sözleşmenin kurulmasını engelleyeceğinden artık sözleşmenin tamamlanması yolu ile giderilemeyecektir.

Belirtmek gerekir ki, klasik görüş olarak ifade edilen, esaslı noktalarda sözleşmenin tamamlanamayacağı görüşüne karşı son zamanlarda bazı yazarlar⁴⁴ hâkimin esaslı noktalarda da sözleşmeye müdahale ederek sözleşmeyi tamamlayabileceğini ileri sürmektedirler. Biz, önce mevcut hukuk sistemimizde halen kabul gören klasik görüş uyarınca konuyu inceleyecek, daha sonra farklı hukuk sistemlerinde klasik görüşten ayrılan diğer yaklaşımları ele alıp konuya ilişkin kendi görüşümüzü ortaya koyacağız⁴⁵.

ikinci derece unsurlardan olduğunu ve bu sebeple sözleşmenin kurulmasından sonra belirlenebileceğini, ancak, aynı şeyin esaslı noktalar bakımından kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla, satım sözleşmesinde esaslı unsur olan satılan şeyin bedelinin iradelerin karşılıklı açıklandığı sırada belirli olması gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. BGE 83 II 522, **UYGUR**, s. 543 vd.

Türk Hukukunda klasik görüşü benimseyen yazarlar, **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 65 vd; **TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 78 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153; **EREN**, Genel Hükümler, s. 433 vd; klasik görüşü benimsemekle birlikte istisnai hallerde sözleşmenin esaslı noktalarda da tamamlanabileceğini kabul eden yazarlar, **AKYOL**, Genel Hükümler, s. 114 vd; benzer yönde bkz. **DOĞAN**, s. 135 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 202.

Belirtmek gerekir ki, kanunda düzenlenmiş özel sözleşmelerin bir çoğunda yasa koyucu sözleşmenin geçerliliğini fiyat üzerinde anlaşmaya bağlamaktan açıkça vazgeçmiştir. Karzda faiz miktarının tayin edilmemesi halinde faiz miktarını belirleyen BK m. 308/f. I, iş sahibinin ücret borcunu düzenleyen BK m. 321/f. I, neşir mukavelesinde eser sahibinin bedel hakkına ilişkin BK m. 380/f. II, vekâlet sözleşmesine ilişkin BK m. 386/f. III esaslı unsur olan bedelin kararlaştırılmadığı hallerde nasıl tayin edileceği hususunda düzenlemeler içeren maddelerden sadece birkaç tanesidir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri (PE) m. 6: 104 sözleşmelerde fiyatın belirlenmesine yönelik düzenleme içermektedir. Söz konusu madde uyarınca, fiyat veya fiyatın belirlenme yöntemi önceden belirlenmemiş ise, tarafların makul bir fiyatta anlaşmış oldukları kabul edilir.

⁴³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 75 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 435, 436; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 36; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 248.

⁴⁴ İsviçre Hukukunda, **ROUILLER**, s. 562 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 545; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1276,1277; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 145 vd. Fransız Hukukunda, **PANCRAZI-TIAN**, s. 53 vd; **DRAPIER**, s. 352 vd; **SCHMIDT**, s. 35.

Türk Hukukunda istisnai olarak sözleşmenin esaslı noktalarda da tamamlanabileceğini kabul eden yazarlar, **AKYOL**, Genel Hükümler, s. 114; **DOĞAN**, s. 135 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 68, 202.

⁴⁵ Bkz. Birinci Bölüm, §1, II, A, 3.

D. Taraflarca Sözleşmenin Yan Noktalarının Düzenlenmemiş Olması

1. “Yan Nokta” Kavramı

Sözleşme boşluğundan, dolayısıyla, sözleşmenin tamamlanmasından bahsedebilmemiz için uyumsuzluk konusu noktaların yan noktalara ilişkin olması gerektiğini kabul eden klasik görüş uyarınca, eksik unsurun esaslı unsurlardan mı yoksa yan noktalardan mı olduğunun tespiti büyük önem taşır.

Sözleşmede yer alan noktalar doktrin ve uygulamada “*Essentialia negotii*” (esaslı noktalar), “*Naturalia negotii*” (tabii veya doğal noktalar), “*Accidentalia negotii*” (arızî noktalar) olmak üzere üçlü bir ayırımı tabi tutulur⁴⁶

Esaslı noktalar (*essentialia negotii*), kanunda düzenlenmiş sözleşme tipinin söz konusu olduğu hallerde sözleşmenin mevcut sayılabilmesi için zorunlu olan, sözleşmenin amacını tanıtmak için bulunması zorunlu asgari içeriği oluşturan ana unsurlardır⁴⁷. Esaslı noktalar sadece sözleşmenin kurulması için tarafların üzerinde uzlaşmak zorunda oldukları hususların tespiti bakımından değil, hukuki ilişkinin tipinin belirlenmesi bakımından da önem taşır. Nitekim, söz konusu unsurlar sözleşmeye tipini veren unsurlar olduklarından tipik unsurlar olarak da adlandırılır⁴⁸. Satım sözleşmesinin kurulması için gerekli esaslı unsurlar satılan mal ve bedel iken, kira sözleşmesinde, kiralanan mal ve kira bedelidir.

Kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin esaslı unsurlarının tespit edilebilmesi, bu tür sözleşmelerin tanımlarına kanunda yer verilmesi sebebiyle zor değildir. Ancak,

⁴⁶ von TUHR, s.147 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 174 vd; PIOTET, Formation du contrat, s. 32, dpn. 4; ENGEL, Traité des obligations, s. 218; KANI, s. 26 vd; DESSEMONTET, CR, Art. 2, s. 26 vd; AKYOL, Genel Hükümler, s. 105 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 209 vd; ESENER, Borçlar Hukuku, s. 31 vd; ATF 119 II. 347= JdT 1994 I s. 609 (karar için bkz. www.admin.ch) .

⁴⁷ von TUHR, s.147 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 174 vd; REİSOĞLU, s. 57; OĞUZMAN/ÖZ, s. 64 vd; AKYOL, Genel Hükümler, s. 105 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 32 vd; s. 210 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 75 vd; KANI, s. 26; ENGEL, Traité des obligations, s. 219; PANCRAZI-TIAN, s. 57 vd; DESSEMONTET, CR, Art. 2, s. 26 vd; GUGGENHEIM, T. I , s. 85 vd; ESENER, Borçlar Hukuku, s. 31; HADZIMANOVIC, s. 100.

⁴⁸ KANI, s. 26; EREN, Genel Hükümler , s. 210 vd.

hukuken düzenlenmemiş, kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerde esaslı unsurları belirlemek, hangi unsurun sözleşmenin kurulmuş sayılması için zorunlu olduğunu tespit etmek, sözleşme kanunen düzenlenmiş bir tipe bağlı olmadığından kolay olmaz⁴⁹. Bu tür sözleşmelerde esaslı unsurların neler olduğu sözleşmenin anlam ve niteliğinden anlaşılabilir. Bunlar da sözleşmeye rengini veren hâkim edimlerdir⁵⁰. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin söz konusu olduğu hallerde, anlamlı bir bütün oluşabilmesi için iş hayatında aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine dikkat edilmesi gerekir⁵¹.

Görüldüğü üzere, sözleşmenin kurulabilmesi için gereken asgarî unsurlar, sözleşmenin objektif esaslı noktalarıdır⁵². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu esaslı noktalar objektif bakımdan esaslı noktalardır. Tarafların anlaşarak bunları esaslı nokta olmaktan çıkarmaları, ancak sözleşmenin tipini değiştirmeleri halinde mümkündür.

Sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan noktalar ikinci derece noktalar, bir başka ifade ile yan noktalar. *Naturalia negotii* (tabîi veya doğal noktalar) ve *Accidentalia negotii* (arızî noktalar) objektif açıdan yan noktalar⁵³.

Naturalia negotii, sözleşmenin içeriğine dolaylı şekilde dahil oldukları ve tarafların da bunları mevcut sayarak sözleşmelerini yaptıkları kabul edilen, taraflarca düzenlenmemiş hususlarda uygulama alanı bulan, kanunun “tamamlayıcı hükümleri”dir⁵⁴. Bu hükümlerin taraflarca ayrıca kararlaştırılmaları mümkündür.

⁴⁹ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 86 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 175 vd; **SCHMIDT**, s. 33.

⁵⁰ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 87; **AKYOL**, Genel Hükümler, s.106; **EREN**, Genel Hükümler , s. 211, *Schmidt*, isimsiz sözleşmelerde sözleşmenin ekonomik amacının gerçekleşmesi için kaçınılmaz olarak nitelendirilen borçların esaslı unsur olarak kabul edileceğini belirtir. **SCHMIDT**, s. 33.

⁵¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 175; Aynı yönde, **BK-KRAMER**, Art. 2, N. 7; **GÜRZUMAR**, s. 8 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 69.

Sözleşme anlamlı bir bütün oluşturuyorsa asgari içeriğinin eksik olduğu hususunda bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 540.

⁵² **MORIN**, La formation du contrat, s. 464; **TERCIER**, Obligations, s. 113 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 218.

⁵³ **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 26 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 209 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 42, dpn. 39; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 218; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 175.

⁵⁴ **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 26 vd; **KANI**, s. 26 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 218; **EREN**, Genel Hükümler, s. 210; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 175.

Tarafların bu konuda suskun kaldığı her durum sözleşme boşluğu olarak nitelendirilmez. Nitelikli susmanın söz konusu olmadığı hallerde, konuya ilişkin tamamlayıcı hükümler uygulama alanı bulur⁵⁵. Borcun yerine getirilmemesinin sonuçları, mesela, para borçlarında borçlunun temerrüdü halinde faiz ödenmesi, satım sözleşmesinde garanti borcu, tabîî noktalara örnek olarak gösterilebilir.

Accidentalialia negotii (arızî nokta) tarafların kanundaki düzenlemelere ek olarak veya yedek hükümlerden ayrılarak getirdikleri düzenlemelerdir. Arızî noktalar, satım sözleşmesinde tarafların semeni nakden ödemek (tabîî nokta) yerine çekle ödemeyi kararlaştırmalarında olduğu gibi tarafların tabîî noktalardan ayrılması şeklinde ortaya çıkabilir veya ifanın gecikmesi halinde cezaî şartın ödeneceğinin kararlaştırılması (arızî nokta) durumunda olduğu gibi tabîî noktayı tamamlar nitelikte olabilir. Sözleşmenin şarta bağlanması veya ifa yerinin değiştirilmesi de arızî noktalarda meydana getirilen değişikliklerdir⁵⁶. Tarafların bu konularda anlaşmamış olmaları sözleşmenin kurulmasını engellememektedir.

Sözleşme kurulurken arızî ve tabîî noktalar üzerinde konuşulmamış olması sözleşmenin kurulmasına etki etmez. Ancak, sözleşmenin tarafları, irade özerkliği prensibi sayesinde söz konusu noktaları esaslı nokta haline getirebilirler; bunları sözleşmenin kurulması için zorunlu unsur sayabilirler⁵⁷. Bu unsurların tespitindeki kriter objektif olmadığından, yani, bunlar tarafların iradesi ile esaslı unsur haline getirildiklerinden, sübjektif esaslı nokta adını alırlar. Yan noktaların sübjektif esaslı nokta haline getirilmesi durumunda, artık sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için bu hususlarda da anlaşmaya varılmış olması gerekir⁵⁸. Zira, sözleşmenin kurulması için gerekli olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanından bahsedebilmek, ancak, objektif ve sübjektif yönden esaslı olan bütün noktalarda uyuşmuş olması

⁵⁵ **VON TUHR**, s.147 vd; **KANI**, s. 27; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 218; **BK-KRAMER**, Art. 18, 216-217.

İsimsiz sözleşmelerde bu noktaların taraflarca düzenlenmemiş olması halinde, hâkimin sözleşmeyi BK m. 1/f. II uyarınca tamamlayacağı yönünde bkz. **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 26 vd.

⁵⁶ **VON TUHR**, s.147 vd; **KANI**, s. 27; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 175 vd; **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 210 .

⁵⁷ **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 211; **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 26 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 219; ATF 118 II 32 cons. 3d; ATF 127 III 248 c. 3d,e,f; kararlar için bkz. www.admin.ch.

⁵⁸ **GUGGENHEIM**, T.I, s. 87 vd; **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 26 vd.

halinde mümkündür⁵⁹.

Hatta, geçerliliği şekle bağlı sözleşmelerde, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edilebilmesi için subjektif ve objektif esaslı noktaların, kanun tarafından öngörülen şekilde yer alması gerekmektedir⁶⁰. Biri kanunen şekle tâbi diğeri tâbi olmayan iki sözleşmenin unsurları birleştirilerek karışık muhtevalı bir akit düzenlenmiş ise, bu durumda, şekle tâbi sözleşmenin karakteristik edimini içeren kısmın şeklin kapsamında bulunması yeterli ve gereklidir⁶¹.

Burada üzerinde hassasiyetle durmamız gereken husus, birbirleri ile sıkça karıştırılan iki kavramı, ikinci derece noktalar ile yan borçlar kavramlarını birbirinden ayırd etmektir. Sözleşmenin birinci derece ve ikinci derece noktaları kavramı Borçlar Kanununun 2. maddesinde ifadesini bulur. Yan borçlar ise, sözleşme tarafının kişiliğinin veya malının korunması, belirli hususları bildirme, belirli belgeleri verme, borcun ifasında iş birliği içinde bulunma, sözleşme kapsamında edinilen sırları saklama, sözleşmenin devamı ve sonrasında rekabet etmeme hallerinde olduğu gibi dürüstlük kuralından kaynaklanabilir⁶². Bir anlamda, doğruluk ve güven kuralı, borç ilişkisinden kaynaklanan edim borcunun çevresini genişletir⁶³. Yan noktalar ve yan edimleri birbirinden ayıran husus, yan noktaların sözleşmenin kurulmasında, yan edimlerin ise sözleşmenin hüküm ve sonuçlarında gündeme gelmesidir.

⁵⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 175 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 212; **GUGGENHEIM**, T.I, s. 87 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 218.

Sözleşmenin zorunlu içeriğine yönelik Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 127 III 248 cons. 3d,e, karar için bkz. www.admin.ch.

⁶⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 214; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 125; **TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 130 vd.

⁶¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 125.

⁶² Yan borçlar temelini sözleşmeden veya yasalardan almıyorsa dürüstlük kuralından kaynaklanabilir. Bu durum hukuki işlemlerin, özellikle de sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması bakımından önemli ve belirleyici olur. Bu konuda bkz. **CHAPUIS**, Les devoirs accessoires, s. 81 vd; **JALUZOT**, s. 511 vd; özellikle s. 523 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 11 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 318 dnp. 138; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 217 vd; **DURAL/SARI**, s. 206 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 35 vd; **GUGGENHEIM**, T. I, s. 21; **DESCHENAUX**, s. 165 vd.

⁶³ Sözleşme taraflarının borç ilişkisinden kaynaklanan edim borçlarını ve doğruluk ve güven kurallarından doğan mükellefiyetlerini birlikte ifade etmek için “tüm edim” kavramı da kullanılır. Bu durumda “yan edim”, tüm edim içinde tali nitelikteki bağımsız borcu ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KUNTALP**, s. 85 vd.

Yan borçlar, özel olarak kanun tarafından öngörülmesi sebebiyle sözleşmeye dahil olabilirler (kiracıya yönelik olarak BK m. 251/f. I, BK m. 256/f. I ve komisyoncuya yönelik olarak BK m. 417/f. D). Ayrıca, yan borçların taraflarca sözleşmede kararlaştırılması da mümkündür (mobilyalı bir evin kiralanmasında hizmet borcunun yan edim olarak kararlaştırılması, çalışma masasının satımı ile beraber kurulmasının yan edim borcu olarak üstlenilmesi, BK m. 348 uyarınca, işçi ve işveren arasında yapılacak hizmet sözleşmesine rekabet yasağına ilişkin bir kaydın konması)⁶⁴. Yan noktalar gibi yan borçlar da sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması bakımından önem taşır. Zira, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması sırasında sözleşmeye yan borçların dahil edilmelerine sıklıkla rastlanır⁶⁵. Yan noktalar, sözleşmede belirlenmediyse, kanun koyucunun konuya ilişkin tamamlayıcı yedek hüküm getirip getirmediğine bakılmaktadır⁶⁶.

Objektif ve sübjektif esaslı noktalar belirlendikten sonra yan unsurların tespit edilmesi daha kolaydır. Ne objektif bakımdan ne de sübjektif bakımdan esaslı olarak nitelendirilmeyen unsurlar (ikinci derece) yan noktalar olarak kabul edilirler⁶⁷. Yan noktalar tespit edildikten sonra, bu hususlarda sözleşmede boşluk olduğu kanaatine varılırsa, hâkim, sözleşmeye müdahale ederek söz konusu boşluğu tamamlamak durumunda kalır.

⁶⁴ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 21, 90; **CHAPUIS**, Les devoirs accessoires, s. 77 vd; **JALUZOT**, s. 523 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 318 dnp. 138; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 217 vd.

Taraflara bu yetkiyi sağlayan sözleşme serbestisi ilkesinin bir yönünü ifade eden içerik serbestisidir. Bu ilke sayesinde taraflar diledikleri edimi sözleşmelerine yan edim olarak dahil edebileceklerdir. Bu konuda bkz. **KUNTALP**, s. 88 vd.

Yan edim borçlarından farklı olarak, davranış mükellefiyetleri veya koruma mükellefiyetleri için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 12 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 39 vd.

⁶⁵ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 215; **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 232.

Alman Hukukunda da, dürüstlük kuralı uyarınca yapılacak yorum yoluyla yan borçlar getirilerek sözleşmenin içeriğinin hâkim tarafından tamamlanması kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **JALUZOT**, s. 523.

⁶⁶ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 90.

⁶⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 175 vd; **MORIN**, La formation du contrat, s. 464 vd.

2. Tarafların Sözleşmenin İçeriğine İlişkin Yan Noktaları Düzenlememiş Olmaları

Yan noktaların taraflarca düzenlenmemiş olması ihtimali, yan noktalara ilişkin hususun sözleşme kurulurken taraflarca öngörülmemiş olması nedeniyle bu konuda bir düzenleme getirilmemesinden veya tarafların yan noktalar üzerindeki anlaşmayı ileriye bırakmalarından ya da tarafların düzenlediği yan noktalara ilişkin hükmün geçersiz olmasından kaynaklanabilmektedir.

a) Tarafların Yan Noktalara İlişkin Hususu Sözleşmeyi Yaparken Öngörmemiş Olmaları

Tarafların yan noktalara ilişkin hususu öngörememeleri ve bu hususta sözleşmeye düzenleme getirmemeleri en sık karşılaşılan sözleşme boşluğu türlerindedir. Zira, tarafların her ihtimali düşünerek eksiksiz bir sözleşme ortaya koymaları kendilerinden beklenemez; böyle bir beklenti hayatın akışına da uygun olmaz. Gerek tarafların her konuda boşluk içermeyen bir sözleşme kurabilecek kadar tecrübe sahibi olmalarının mümkün olmaması, gerek eksiksiz bir sözleşme kurmanın ticarî hayatın gerektirdiği hızın aksine uzun zaman alması ve bazı durumlarda maliyetli olması, kusursuz bir sözleşme kurulmasını imkânsızlaştırmasa bile oldukça zorlaştırmaktadır. Nitekim, Borçlar Kanunu m. 2, bu zorlukları göz önüne alarak esaslı unsurlarda anlaşmanın sözleşmenin kurulması için yeterli olduğunu, yan noktaların ileride sözleşme kurulduktan sonra da tamamlanabileceğini düzenler. Her ne kadar mehz İBK m. 2'nin özel bir durumu, yan noktaların saklı tutulduğu ihtimalini düzenlediği kabul edilse de, doktrin, hükmün kıyas yolu ile yan noktaların saklı tutulmadığı gizli uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulacağını kabul eder⁶⁸.

⁶⁸ İsviçre doktrini, **von TUHR**, s. 185; **PATRY**, s. 225; *Kramer*, İBK m. 2/f. II dışındaki boşluk hallerinde de sözleşmenin tamamlanmasının kabul edildiğini, buna yasal temel olarak İMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralının, güven nazariyesinin veya MK m. 1'de ifade bulan hâkimin hukuk yaratma yetkisinin gösterilebileceğini ileri sürer. Bkz. **BK-KRAMER**, Art. 2, N. 212.

Piotet, diğer yazarlardan farklı olarak gizli uyuşmazlıklarda da sözleşmenin tamamlanmasını İBK m. 2'nin kıyasen uygulanmasına değil, İBK m. 20/f. II'nin kıyasen uygulanmasına bağlamaktadır. Zira, yazara göre İBK m. 2 tarafların gerçek iradesine yönelik bir ispat hükmü iken İBK m. 20/f. II tarafların var olmayan iradelerinin yerini alan bir hükümdür. Aynı zamanda İBK m. 2 ikinci derece hususların saklı tutulması hali için geçerli olan bir hükümdür ve bu hüküm uyarınca hâkim sözleşmeyi işin mahiyetine göre tamamlayacaktır. Oysa, hâkim üzerinde ileride anlaşılacağına dair bir sözleşme olmasa da İBK m. 20/f. I dolayısıyla ortaya çıkan boşluğu BK m. 20/f. II uyarınca tarafların sözleşme ile bağlı olduklarını kabul etmeleri halinde doldurabilecektir. Bu da gizli uyuşmazlık hali ile benzeşmektedir ve hâkim bu durumda farazî

Ancak, daha önce de ifade ettiğimiz üzere BK m. 2, mehz kanundan farklı olarak yan noktaların saklı tutulmasına değil, sükût ile geçilmesi olasılığına değinmektedir. Bu sebeple Türk Hukuku bakımından böyle bir ayırıma gitmenin gereği kalmaz. Yan noktalarda suskun kalınması, ister bu hususların unutulmasından veya saklı tutulmasından, ister sözleşme kurulurken öngörülememiş olmasından ileri gelsin, BK m. 2 uygulama alanı bulur. Sözleşmenin tamamlanması faaliyeti de sözleşmenin ikinci derece noktalarının saklı tutulması hali ile sınırlı değildir. Gizli uyuşmazlık halinde de hâkim sözleşmeyi tamamlama yoluna gidebilecektir.

Yan noktalara ilişkin hususun öngörülememesi ihmâl sonucunda doğabilir. Tarafların sözleşmeyi kurarken ihmalkâr davranmaları sebebiyle sözleşmede boşluğun ortaya çıkması, sözleşmenin tamamlanmasına engel teşkil etmez. Bu durumda tarafların sadece objektif bakımdan esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları kabul edilecektir. Bu durumda sözleşme kurulmuştur. Ancak, sözleşmenin yetersiz kaldığı hususlarda boşluğun varlığından söz edilebilir ve bu boşluğun doldurulması gerekebilir⁶⁹. Bu ihtimalde sözleşmenin nasıl tamamlanacağı ileride ayrıntılı olarak açıklanacağından burada üzerinde durulmayacaktır⁷⁰.

b) Tarafların Yan Noktalar Üzerinde Anlaşmayı İleriye Bırakmış Olmaları

Tarafların sözleşmenin objektif bakımdan esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları, ancak, bazı yan noktalar hususunda uzlaşmayı ileriye bırakmaları halinde, BK m. 2 uyarınca sözleşme kurulmuş sayılır. Bu durumda, taraflar uyuşmayı sonraya bıraktıkları konu hakkında ileride bir uzlaşma sağlayamazlarsa, sözleşmede bu konuda bir boşluk olduğu kabul edilir ve hâkimin sözleşmeye müdahale ederek söz konusu boşluğu işin mahiyetine göre tamamlaması gerekir⁷¹. Ancak, BK m. 2/f. I hükmünün ispat yüküne ilişkin bir düzenleme olduğunu ve sözleşmenin kurulmuş

irade ile sözleşmeyi tamamlayacaktır. Ancak, yazar sözleşmenin tamamlanmasında izlenecek bu iki yöntem arasındaki farkın çoğu zaman teoride kaldığını da belirtir. Zira yazara göre, taraflar nasıl bir çözüm benimserlerdi sorusunun cevabının ortaya konabildiği hallerde hâkimin işin doğasını bahane ederek farklı bir çözüm benimsemesi söz konusu olmaz. Bu bilgiler için bkz. **PIOTET**, Formation du contrat, s. 148 vd; özellikle s. 150.

⁶⁹ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 493, dpn. 8; **KAPLAN**, Müdahale, s. 92 vd.

⁷⁰ Bkz. İkinci Bölüm, §2, I.

⁷¹ **ATAMER**, Düşünceler, s. 176; **AKSOY DURSUN**, s. 165 vd; **KOCAYUSUFFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 178 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 76 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 435 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154 vd.

sayılacağına ilişkin bir karine getirdiğini, dolayısıyla, karinenin aksinin ispat edilmesinin mümkün olduğunu hatırlatmakta fayda vardır⁷². Taraflardan biri, üzerinde uyuşma sağlanamamış hususların sübjektif esaslı nokta olduğunu ve bu hususlarda anlaşmanın sağlanamaması halinde sözleşmeyi hiçbir zaman yapmayacak olduğunu ispat ederse, BK m. 2/f. I deki karinenin aksini ispat etmiş olacak ve artık sözleşmenin varlığından söz edilemeyecektir. Ancak, resmî şekle tâbi sözleşmelerde, sözleşme ile bağlanma iradesi resmi memur önünde imza atılmak suretiyle ortaya konduğundan, artık gerekli şekle uygun olarak yapılan sözleşmenin BK m. 2/f. I hükmüne dayanarak kurulmadığını ispat etmek mümkün olmayacaktır⁷³.

c) Tarafların İkinci Derece Noktaları Görüşme Konusu Yapmaları Ancak Sonuca Bağlamamaları

Tarafların, sözleşme müzakereleri sırasında görüşmelerine rağmen anlaşmaya varamadıkları her hususun, sübjektif esaslı nokta olarak kabul edilip, üzerinde uyuşma sağlanamaması sebebiyle sözleşmenin kurulmadığından bahsetmek her zaman doğru olmaz. Zira, doğal olarak taraflar kendi menfaatleri doğrultusunda kabul edilebileceği ihtimalini nazara alarak birbirlerine çeşitli tekliflerde bulunurlar, fakat, sözleşmenin kurulmasını engelleyeceği düşünülürse bu tekliflerinde ısrar etmezler. Bu sebeple, görüşme konusu yapılan, ancak, üzerinde uyuşulmayan noktaların sübjektif esaslı nokta olduğunu kabul etmek ve sözleşmenin kurulmasını engelleyeceğinden bahsetmek için karinenin aksini ispat edecek olan tarafın, güven nazariyesi gereği, üzerinde uyuşma sağlanamamış hususların kendisi açısından sübjektif esaslı nokta olduğu ve bu hususlarda anlaşmanın sağlanamaması halinde sözleşmeyi hiçbir zaman yapmayacak olduğu yönündeki iradesini sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafa bildirmiş veya bu yöndeki iradesinin karşı tarafça bilinebilir olması gerekir⁷⁴. Yukarıdaki ihtimalden farklı olarak burada taraflar, uyuşmayı ileriye bırakmazlar; sadece birbirlerine kendi menfaatlerine yönelik tekliflerde bulunurlar; teklifler kabul edilmeyince de sözleşmenin kurulması yönündeki menfaatleri daha ağır bastığından tekliflerinde ısrar etmeksizin konuyu kapatırlar.

⁷² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 176; AKSOY DURSUN, s. 45 vd.

⁷³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 178 vd.

⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 177 vd; DESSEMONTET, CR, Art. 2, s. 29 vd.

İşte görüşülmesine rağmen üzerinde ısrar edilmemiş, düzenlenmesi bilinçli olarak ileriye bırakılmamış ve taraflarca da sübjektif esaslı nokta olarak kabul edilmemiş hususlarda ileride uyuşmazlık çıkması halinde, taraflarca yine bir anlaşma sağlanamaz ise bu durumda ortaya çıkacak sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulması yoluna gidilecektir. Her ne kadar BK m.2/f. II sınırlı bir hali kapsıyor gibi görünse de, bu hususun da kapsamına girdiğinin kabul edilmesi yerindedir⁷⁵.

3. Sözleşmenin Esaslı Noktalarının da Tamamlanabileceğine İlişkin Farklı Görüşler

Son zamanlarda doktrin⁷⁶ tarafından sıkça tartışılan, sözleşmelerde esaslı noktalarda boşluk bulunması halinde hâkimin bu boşluğu doldurup dolduramayacağı sorunu konumuz bakımından önem taşımaktadır. İlk bakışta hukukun temel ilkeleri ve mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında mevcut hukuk sistemine aykırı gözükken bu durumun kabul edilebilir olup olmadığını söyleyebilmek için hukukun temel ilkesi olan irade özerkliği prensibini, hâkimin yetki alanını ve sözleşme özgürlüğü ilkesine müdahalesinin sınırlarını iyi değerlendirmek gerekir.

Objektif esaslı noktaların belirlenmesinin tarafların iradesine bağlı olmadığını savunan ve klasik görüş⁷⁷ olarak adlandırılan görüş uyarınca, esaslı noktalardan birinin eksikliği halinde veya ikinci derece noktaların taraflarca müzakere edilmiş olmasına rağmen bu hususlarda bir anlaşmaya varılamaması halinde sözleşme kurulmayacağından, bu noktaların hâkim tarafından tamamlanması da söz konusu olmayacaktır⁷⁸.

⁷⁵ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 212.

⁷⁶ Fransız Hukukunda, **DEMOGUE**, n. 724- 742; **PANCRAZI-TIAN**, s. 53 vd; Fransız Hukukunda istisnai olarak, parasal edimlerin taraflarca belirlenmediği bazı hallerde, hâkim tarafından belirlenmesinin kabul edildiği yönünde bkz. **SIMLER**, fasc. 20, s. 15, n. 53 vd; İsviçre Hukukunda, **ROULLER**, s. 562 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 545; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1276,1277; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 145 vd; **SCHMIDT**, s. 35; Türk Hukukunda, **AKYOL**, Genel Hükümler, s. 114; **DOĞAN**, s. 135 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 68.

⁷⁷ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 67 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 207 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 64; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 78 vd; **TUNCOMAĞ**, C. I, s. 201 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s.180, **DOĞAN**, s. 125 vd; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 248; **von TUHR**, s. 185 vd.

⁷⁸ 18 juill. 1967, *Bull.* III No. 299, s. 286; RTD civ. 1968, s. 707 obs. Chevallier; Fransız Hukukunda da kural olarak kanunda belirtilen özel haller dışında esaslı noktaların hâkim

Buna karşılık, modern görüş olarak adlandırılan bir diğer görüş, sözleşmenin esaslı noktalarda da hâkim tarafından tamamlanabileceğini ileri sürmektedir. Ne var ki, farklı hukuk sistemleri konuya farklı gerekçelerle yaklaşmaktadır. Bu sebeple, hukuk sistemlerini ayrı ayrı ele almak kanımızca yerinde olacaktır.

Esaslı noktaların hâkim tarafından tamamlanabileceği düşüncesi Fransız Hukukunda yakın bir zamana kadar, sadece istisna ve vekâlet sözleşmeleri için, parasal edim bakımından kabul edilmiştir⁷⁹. Hâkimin, vekâlet ve istisna sözleşmelerine ücretin belirlenmesi hususunda müdahale edebilmesine gerekçe olarak, bir yandan bu tip sözleşmelerde ücretin kesin olarak önceden taraflarca belirlenmesinin güç olması, diğer yandan, kötü niyetli tarafın yükümlülüklerinden kaçınmak amacıyla sözleşmenin kurulmadığını ileri sürmesi engellenerek, verilen sözün yerine getirilmesinin sağlanması gösterilmiştir⁸⁰.

Vekâlet ve istisna sözleşmelerinden farklı olarak, FMK m. 1591'in, semenin taraflarca belirleneceğine ilişkin ifadesi, hâkimin bu konuda satım sözleşmesine müdahalesini dışarıda bırakmıştır. Ancak, satım sözleşmesi dışındaki sözleşmeler bakımından benzer bir hükmün bulunmaması, satım sözleşmesindeki yasağın onlar bakımından da geçerli olup olmadığı konusunda tereddüt yaratmıştır.

tarafından belirlenmesinin ve sözleşmenin bu yönde tamamlanmasının kabul edilmediği, ancak, sözleşmenin ikinci derece noktalarında sözleşmenin tamamlanmasının söz konusu olacağı yönünde bkz. **SCHMIDT**, s. 32 vd.

⁷⁹ **PANCRAZI-TIAN**, s. 66 vd; **DRAPIER**, s. 351 vd; **MAZEAUD**, s. 101; **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 287 vd; *Schmidt*, yasal esaslı unsurlarda sözleşmenin tamamlanmasının istisna olduğunu belirttikten sonra, vekâlet sözleşmesinde vekâlet ücretinin hâkim tarafından belirlenmesini örnek olarak gösterir. Bkz. **SCHMIDT**, s. 35.

Vekalet sözleşmesine ilişkin kararlar için bkz. Cass. Civ. 3 ème, 20 février 1973, *Bull.* III, No. 145; Cass. Civ. 1ère, 19 juin 1990, *Bull.* I No. 170; istisna sözleşmesine yönelik aynı yöndeki kararlar için bkz. Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1973, *Bull.* I No. 202; Cass. Civ. 18 janvier 1977, *Bull.* III, No. 25; Cass. Civ. 1ère novembre 1993, *Bull.* I, No. 339, *RTD civ.* 1994, s. 631, obs. P.Y. Gautier.

⁸⁰ **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 287 vd; *Drapier*'e göre, bu tür sözleşmelerde hâkimin sözleşmeyi tamamlamasının kabul edilmesinin sebebi, verilen sözlerin yerine getirilmesini sağlamaya katkıda bulunmak olup, sözleşmelerin sürekli niteliği ve ifanın başlamış olması, sözleşmenin sona erdirilmesini tek tarafın iradesine bırakmak istemeyen yargıcın sözleşmeye müdahalesinin gerekçesini oluşturmaktadır. Ayrıca, yazara göre, bu durumda tarafların iradesinin tespitine ve buna saygı gösterilmesine mutlak öncelik tanınmış olacaktır. Bkz. **DRAPIER**, s. 354, 357 vd; benzer yönde **SCHMIDT**, s. 35.

Belirtmek gerekir ki, her iki sözleşmede de, tarafların, ücretin belirlenmesini sözleşmeleri için belirleyici unsur olarak kabul etmeleri mümkündür. Buna rağmen sözleşmede ücrete yer verilmemişse, artık, sözleşmenin kurulduğundan bahsetmek mümkün olmaz. Bkz. **PANCRAZI-TIAN**, s. 66, 69 vd.

Borcun konusunun belli veya belirlenebilir olması gerektiğini öngören FMK m. 1129/f. II geniş yorumlanarak, semenin hâkim tarafından belirlenmesi yasağı satım sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmeler bakımından da uygulanmıştır⁸¹. Fakat, Fransız Temyiz Mahkemesi, Fransız Medenî Kanununun 1129. maddesinin ücret belirlenmesinde uygulanmayacağı yönünde kararlar vermiştir⁸². Bu kararlar neticesinde, FMK m. 1129'un sadece karakteristik edimler bakımından uygulama alanı bulacağı kabul edilmiş ve ücrete ilişkin anlaşmanın eksikliğini yargısal tamamlama ile giderilmesi yolu açılmıştır⁸³.

Nitekim, her ne kadar satım sözleşmesi bakımından FMK m. 1591 semenin hâkim tarafından belirlenmesini açıkça yasaklasa da, bu alanda da hâkimin yaratıcı yetkisini kullandığı ileri sürülmektedir⁸⁴. Hâkimin, bu tür davalarda bazen semenin belirlenmemesi sebebiyle sözleşmenin kurulmadığına karar verdiği, bazen de yorum adı altında gerçek bir yaratıcı faaliyette bulunduğu belirtilmektedir⁸⁵.

Bugün, Fransız Hukukunda parasal edimin hâkim tarafından belirlenmesinin kabul edildiği bir diğer alan da kira sözleşmeleridir⁸⁶.

⁸¹ Cass. com., 1er décembre 1981, *Bull* IV, No. 423; Taşıma sözleşmeleri için bkz. Cass. com., 8 novembre 1983, *Bull* IV, No. 302; Franchise sözleşmesi bakımından, Cass. com., 12 janvier 1988, *Bull* IV, No. 31; Cass. civ. 1 ère, 2 mai 1990, D. 1991, s. 41 note Gavalda, JCP 1991, II 21655, note J. Stoufflet.

⁸² Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, *Bull.* cass. ass. plén., n. 9; D. 1996.13, note Aynès; JCP 1996.II.22565, note Ghestin; JCP 1996. II.776, note Leveneur; Cass. civ. 1re, 20 févr. 1996, *Bull.* civ. I, n. 91; Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, *Bull.* civ. I, n. 54; RTD civ. 2004.925, obs. Mazeaud.

Bu konuda ayrıca bkz. **MALAUERIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK**, s. 295; **THIOYE**, s. 267 vd. **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 290 vd; Nitekim, *Pancrazi-Tian* da, Fransız Medeni Kanununda 1129. maddenin, “borcun konusu” nun belirlenmesi gerekliliğini, parasal edim için zorunlu kılan genel bir madde olmadığını ifade eder. Bkz. **PANCRAZI-TIAN**, s. 58 vd.

⁸³ **PANCRAZI-TIAN**, s. 63 vd; **THIOYE**, s. 267 vd; **MAZEAUD**, s. 96 vd; **MALAUERIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK**, s. 295; **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 293 vd. **MAZEAUD**, s. 99.

⁸⁴ **PANCRAZI-TIAN**, s. 66 vd; *Drapier*, bu yöntemin satım sözleşmeleri için de kabul edilmesini eksik kurulmuş satım sözleşmesinin yetkinleştirilmesi yönündeki eğilime bağlamıştır. Bkz. **DRAPIER**, s. 364 vd.

Cass. com. 8 mai 1972, JCP, 1972, II 17 193; Cass. 1re civ. 19 janvier 1999: D.1999, s. 56.

⁸⁵ **PANCRAZI-TIAN**, s. 66 vd; *Drapier*, hâkimin ücreti belirleyebilmesi için, tarafların, ücretin belirlenmemiş olmasına rağmen sözleşmenin kurulduğu hususunda karşılıklı uyuşmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **DRAPIER**, s. 368 vd.

⁸⁶ **SCHMIDT**, s. 35; Belediyenin kesimevini kullanan kasabın ücret borcunun hâkim tarafından belirleneceğine ilişkin karar için bkz. Lyon 10 mars 1864, D. 1864.5.296.

Görülmektedir ki, Fransız Hukukunda da hâkimin, sözleşmenin esaslı noktalarında yaratıcı yetkisine yönelik getirilen eleştiriler, boşluğun parasal edime veya parasal edimin belirlenmesi şekline ilişkin olması halinde ortadan kalkmaktadır⁸⁷.

Hatta *Pancrazi-Tian* bir adım daha giderek, parasal edim dışında esaslı noktalarda sözleşmenin tamamlanması konusunda hâkimin yaratıcı yetkisini sistematik olarak yok saymanın dürüstlük kuralına aykırı davranılmasına ve düzmece anlaşmalara yol açacağını kabul etmektedir. Yazara göre, hâkimin görevi sözleşmeyi kurmak veya onu geliştirmek değil, uyuşmazlıkları çözmek olduğundan, sorun hâkimin görevinin sınırı ile ilgilidir ve bu sınırın çizilmesi gerekir⁸⁸; hâkimin yaratıcı yetkisinin temelinde de söz konusu boşluğun önemi, ciddiyeti yer alır⁸⁹, dolayısıyla, sözleşmedeki boşluğun esaslı noktaya veya yan noktaya ilişkin olup olmadığı kriteri geri planda kalmaktadır⁹⁰.

Durumu İsviçre Hukuku açısından incelediğimizde sorunun İBK m. 2'nin yorumu çerçevesinde çözülmeye çalışıldığını görürüz. Sorunu İBK m. 2'nin yorumu çerçevesinde çözmeye çalışılan yazarlara göre, İsviçre Hukukunda esaslı noktaların tamamlanmasını doğrudan yasaklayan bir kanun hükmü mevcut değildir⁹¹. İBK m. 2/f. I, ikinci noktalar üzerinde anlaşma ileriye bırakılmış olsa bile esaslı noktalar üzerinde uyuşma söz konusu ise sözleşmenin kurulmuş sayılacağını ifade etme amacını taşımaktadır⁹². İBK m. 2/f. II ise hâkimin ikinci derece noktaları ne şekilde tespit edeceğine ilişkin yöntemi belirlemektedir. İBK m. 2/f. II'nin uygulama alanı maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere, sadece ikinci derece noktaların saklı tutulduğu haller ile sınırlıdır⁹³. Ayrıca, İBK m. 2, esaslı noktaların tanımını

⁸⁷ **PANCRAZI-TIAN**, s. 58 vd; **SIMLER**, fasc. 20, n. 54; **MALAUERIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK**, s. 295.

⁸⁸ **PANCRAZI-TIAN**, s. 55;

⁸⁹ **PANCRAZI-TIAN**, s. 373 vd.

⁹⁰ **PANCRAZI-TIAN**, s. 374.

⁹¹ **ROUILLER**, s. 562 vd; **JÄGGİ/GAUCH**, Art. 18, N. 540-545; Türk Hukukunda *Doğan*, BK m. 2/f. I'in, esaslı noktaların çözümünün ileriye bırakılmayacağını göstermediğini ifade eder. Bkz. **DOĞAN**, s. 135 vd.

⁹² **ROUILLER**, s. 562 vd.

⁹³ **ROUILLER**, s. 562 vd.

Türk Hukukunda, BK m. 2/f. II'nin metninde açıkça belirtilmediği halde sadece sözleşme taraflarının ikinci derece noktalara ilişkin anlaşmayı ileriye bırakmaları ancak daha sonra bu hususlarda anlaşma sağlayamamaları halinde hâkimin işin mahiyetine göre sözleşmeyi

vermediğinden objektif bakımdan esaslı nokta kavramı doktrin tarafından yaratılmıştır ve yasa, esaslı noktaların tarafların esaslı kabul ettikleri hususlar olduğunu kabule elverişlidir⁹⁴. Bunun yanı sıra, söz konusu madde, esaslı noktalar üzerinde uyuşma sağlanamamış sözleşmeleri kurulmuş saymayı reddeden bir düzenleme içeren genel kural değildir⁹⁵. Bu sebeplerle, tarafların anlaşması objektif olarak alışılmış esaslı noktaları içermese bile, taraflar sözleşme ile bağlanmak istiyorlarsa ve sözleşme anlamlı bir bütün oluşturuyorsa, bu durumda irade özerkliğine saygı gereği bu anlaşmalarının korunması gerekmektedir⁹⁶.

Bu yazarlardan farklı olarak *Piotet*, modern teoriyi geliştirmiş ve somutlaştırmıştır. Yazar, klasik teorinin iddialarını yeniden ele almak yerine, eldeki pozitif hukuk hükümlerinin (*de lege feranda*) olması gereken çözümü kabule elverişli olup olmadığını araştırmıştır⁹⁷. Yazara göre, hâkimin sözleşmeyi tamamlamasının iki türü vardır. Bunlardan biri sözleşmenin hâkim tarafından genel tamamlanması (*complètement général*); diğeri ise bireysel tamamlanmasıdır (*complètement individualisé*). “Genel tamamlama”, hâkimin sözleşmenin tipini dikkate alarak, buna aynı tipteki bütün sözleşmeler için geçerli olan yasal veya

tamamlayacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 76-77; **EREN**, s. 214; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 178 vd.

⁹⁴ **ROUILLER**, s. 562 vd.

Gauch'a göre, taraflarca düzenlemesi gerekmeyen noktalar objektif bakımdan esaslı olmayan noktalardır. O halde objektif esaslı noktalar, taraflarca düzenlenmedikleri takdirde, kanun hükümleriyle, örf ve âdet hukuku kuralıyla veya hâkim tarafından tamamlanması mümkün olmayan noktalardır. Diğer bir ifade ile, objektif esaslı noktalar, mutlaka taraflarca düzenlemesi gereken noktalardır. Bu noktalarda uyuşma sağlanamadığı zaman sözleşme kurulmamış sayılacağından sözleşmenin tamamlanması da söz konusu olmaz. **Peter GAUCH**, Von den wesentlichen Vertragspunkten, Recht 1991, s. 47 vd (**AKSOY DURSUN**, s. 65'den naklen).

⁹⁵ **ROUILLER**, s. 562 vd; **İBK m. 2/ f. I'in**, sözleşmenin sadece objektif esaslı noktalarında uzlaşma sağlanırsa bağlayıcı olacağını düzenleyen genel bir kural olmadığı, bu sebeple sırf bu fıkradan yola çıkarak yan noktalar dışındaki noktaların tamamlanamayacağını ileri sürülemeyeceği görüşü için bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 , N. 545.

⁹⁶ **ROUILLER**, s. 562 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 , N. 540-545. *Aksoy Dursun*, *Gauch*'un “anlamlı bir bütün” kavramını objektif esaslı olmayan nokta kavramından hareket ederek somutlaştırdığını belirtir. Yazar ayrıca, “sadece taraflarca kararlaştırılabilecek noktalar”dan “karakteristik edim”in anlaşılması gerektiğini de ifade eder. Bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 65 vd.

Ancak *Jäggi/Gauch*'un sözleşmenin anlamlı bir bütün oluşturması halinde esaslı noktalarda da tamamlanabileceğine ilişkin görüşleri, *Winiger* tarafından kendi kendisi ile çeliştiği ileri sürülerek reddedilmiştir. Zira, *Winiger*'e göre sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarının yokluğu halinde anlamlı bir bütünden de bahsedilemeyecektir. Bkz. **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 114. Esaslı noktalarda sözleşmenin tamamlanamayacağı yönünde bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 248.

⁹⁷ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 145 vd.

yargısal genel hükmü uyguladığı hallerdir⁹⁸. Somut olaya özel, olayın şartlarına göre en uygun çözüme yönelik hükmün yaratılması veya seçilmesi ise, yazar tarafından, hâkimin iki faaliyetini birbirinden ayırt etmek için, “bireysel tamamlama” olarak ifade edilmiştir⁹⁹. Yazar, sözleşme tipinin hâkim tarafından belirlenmesi suretiyle sözleşmenin tamamlanmasını kabul etmemektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, taraflar bir şeyin teslimi hususunda anlaşıp, bunun satım mı, ödünç mü, yoksa bağışlama mı olduğu kararını hâkime bırakarak sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanmasını talep edemeyeceklerdir. Yazara göre, hâkim sadece esaslı noktalar belirli veya belirlenebilir ise, diğer bir ifade ile, sözleşmenin tipi taraflarca belirlenmiş ise sözleşmeyi tamamlayabilecektir¹⁰⁰. Bu noktada *Piotet*'nin kullandığı *essentialia negotii* kavramına dikkat etmek gerekecektir. Zira, yazar bu kavramı farklı bir şekilde tanımlamaktadır.

Yazara göre, sorunun çözümü, İBK m. 2'de kullanılan esaslı nokta ve ikinci derece nokta kavramlarının ne ifade ettiğine bağlıdır¹⁰¹. İBK m. 2'de bu iki kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama söz konusu olmadığından, yazar, esaslı nokta (*essentialia negotii*) kavramını, sözleşmenin kurulması için taraflardan birinin üzerinde anlaşmayı olmazsa olmaz şart olarak gördüğü nokta olarak tanımlamaktadır¹⁰². Bu durumda, taraflardan biri kendisi için önem arz eden unsurlarda diğer taraf ile anlaşamaz ise ya sözleşmenin kurulmasını ileriye bırakacak ya da sözleşmenin kurulduğunu, ancak, bu hususlarda sözleşmenin sonradan tamamlanacağını kabul edecektir. Nitekim, İBK m. 2, uyuşmazlık konusu noktaların esaslı veya ikinci derece nokta olduğuna ilişkin bir karine de içermemektedir¹⁰³. Yazar, ikinci derece noktaları ise, taraflar için sözleşmenin kurulmasının olmazsa olmaz şartı olarak değerlendirilmeyen hususlar olarak tarif eder. Dolayısıyla, yazara göre, bir nokta sözleşmenin kurulmasında taraflar için olmazsa olmaz şart olarak

⁹⁸ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 31 vd.

⁹⁹ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 31 vd.

¹⁰⁰ *Piotet*, taraflarca düzenlenmemiş her noktada sözleşmenin hâkim tarafından genel tamamlama yöntemi ile tamamlanmasının doğru olmadığını ifade eder. Yazara göre, kanundaki yedek hükümlerin tarafların iradelerine ters düşmesi halinde sözleşmenin bireysel yöntemle tamamlanması gerekir. Bkz. **PIOTET**, Formation du contrat, s. 32 vd.

¹⁰¹ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 145 vd.

¹⁰² **PIOTET**, Formation du contrat, s. 146 vd; *Becker*, *Piotet*'den farklı olarak esaslı nokta ve ikinci derece noktaların koşullar ve teamüleri uyarınca belirleneceğini ifade ederek salt objektif bir tanım yapar. Bkz. **BECKER**, Art. 2, N. 3.

¹⁰³ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 146 vd.

değerlendirilmiyorsa, İBK m. 2 uyarınca sözleşme kurulmuş sayılır ve saklı tutulan noktalar ileride hâkim tarafından tamamlanabilir¹⁰⁴.

Piotet'ye göre, esaslı nokta kavramının, sözleşmenin kurulması için taraflardan birinin üzerinde anlaşmayı olmazsa olmaz şart olarak gördüğü nokta olarak tanımlanması halinde, tarafların sözleşmenin tipini belirlemeleri, hâkimin esaslı noktalarda da sözleşmeyi tamamlaması için yeterlidir¹⁰⁵. Zira, uyuşmazlık konusu noktalar taraflarca sözleşmenin kurulmasına etki edecek ağırlıkta değerlendirilmeyebilir¹⁰⁶.

Yazar, bu durumu verdiği şu örneklerle¹⁰⁷ açıklar: A ve B, makine satımı sözleşmesi yapmayı tasarlarlar, ancak, bedel konusunda anlaşamazlar. Biri 10.000 fr., diğeri 9500 fr. teklif eder. Bir başka örnekte, X ve Y yine makine satım sözleşmesi yapmayı tasarlarlar, bedelin 10.000 fr. olacağı hususunda anlaşılır. Ancak, X ve Y, 500 fr. tutarındaki taşıma ücretini kimin ödeyeceği konusunda anlaşamazlar. Bir diğere örnekte ise, X ve Y her hususta anlaşılır, fakat, cezai şart konusunda anlaşma sağlayamazlar. Biri cezai şartın 500 fr. olmasını isterken diğeri cezai şart için başka bir miktar önerir.

Piotet'ye göre, bu örneklerde taraflar, uyuşmazlık konusu hususların çözümü ileriye bırakılmak kaydıyla, sözleşme ile bağlı kalmak istiyorlarsa ve ileride bu boşlukları tamamlama konusunda anlaşamazlarsa, her olayda hâkimin rolü aynı olacaktır. Yazara göre, gerek A ve B, gerek X ve Y bakımından, anlaşma sağlanmayan noktalar sözleşmenin kurulmasına etki edecek kadar önem taşıyabilir, dolayısıyla, yargısal tamamlamanın önemi tarafların zihninde aynı olabilir. Yazara göre, A ve B arasında kurulan sözleşmenin, uyuşmazlık konusu noktanın esaslı nokta (*essentialia negotii*) olması sebebiyle hâkim tarafından tamamlanamayacağını, oysa, X ve Y arasında kurulan sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanabileceğini kabul etmek, çok şekilci bir yaklaşım olacaktır¹⁰⁸. Bu sebeple

¹⁰⁴ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 36, özellikle s. 148.

¹⁰⁵ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 33-36.

¹⁰⁶ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 34 vd.

¹⁰⁷ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 35 vd.

¹⁰⁸ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 33 vd; Sözleşmenin yan noktalarının bazen taraflar için esaslı noktalardan daha önemli olabileceği hususunda bkz. **PIOTET**, JdT 1983 I 101, bkz.

yazar, tarafların tipini belirledikleri bir sözleşme ile, “*essentialia negotii*” üzerinde anlaşmamış olsalar bile, bağlanmayı kabul edebilecekleri görüşündedir¹⁰⁹.

Piotet, objektif bakımdan esaslı noktaların tamamlanmasının yenilik olmadığını, zaten kısmî hükümsüzlük halini düzenleyen BK m. 20/f. II'nin bunu öngördüğünü belirtir¹¹⁰. Yazara göre, hukukta yeknesaklığın sağlanması bakımından, kısmî hükümsüzlük dışında da bu prensibin uygulanması gerekmektedir. Zira, klasik teori BK m. 20/f. II ile çelişki içindedir¹¹¹. *Piotet*'ye göre, İBK m. 20/f. II uyarınca, sözleşmenin devamına ilişkin kriter, tarafların farazî iradesidir ve İBK m. 20/f. II, geçersiz kılınmış noktanın esaslı noktaya ilişkin olup olmadığı ile ilgilenmemektedir. Dolayısıyla, yazar, İBK m. 20/f. II uyarınca esaslı noktaya ilişkin hükmün iptali halinde sözleşmeye geçerlilik tanınırken, bu konuda anlaşma sağlanamaması ihtimalinde sözleşmenin kurulmadığının kabul edilmesini yasa koyucunun ihmâli olarak değerlendirmektedir¹¹².

Bugün, İsviçre Hukukunda sözleşmenin esaslı noktalarda da tamamlanacağını kabul eden modern görüş taraftarları¹¹³, objektif esaslı nokta tanımının objektif olarak belirlenmesinin sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğunu, esaslı nokta kavramına göreceli bir tanım getirmenin daha doğru olacağını ileri sürmektedirler¹¹⁴.

www.swisslex.ch.

Rouiller de Piotet gibi, klasik teorinin şekilci olduğunu, nitekim, yan noktaların sübjektif öneminin gerçekte bazen esaslı noktalardan daha ağır olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **ROUILLER**, s. 564 vd.

¹⁰⁹ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 36.

¹¹⁰ **PIOTET**, JdT 1983 I 101 vd; bkz. www.swisslex.ch.

¹¹¹ **PIOTET**, JdT 1983 I 101 vd; bkz. www.swisslex.ch; aynı yönde **ROUILLER**, s. 564 vd.

Kısmî hükümsüzlük halinde tarafların farazî iradeleri uyarınca sözleşmenin tamamlanacağına ilişkin Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 107 II 216 cons. 3a; Kısmî hükümsüzlüğün esaslı noktalara ilişkin olması halinde de BK m. 20/f. II'nin uygulanacağı hususundaki Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 120 II 341 cons. 5d; aynı yönde ATF 120 II 35 cons. 4a (www.swisslex.ch).

¹¹² *Piotet*'ye göre, taraflar objektif bakımdan esaslı noktaları yan nokta olarak görüyorlarsa, sözleşmenin bu noktalar bakımından da tamamlanacağını kabul etmek sözleşmeler hukukunun en temel ilkesi olan irade özerkliğinin gereğidir. Bu bağlamda yazar, kira bedeli hâkim tarafından belirlenemezken, ödünç verenin, işçinin, müteahhidin, eser sahibinin, veya vekilin ücretinin belirlenmesinin niye kabul edilmiş olduğunu sorgulamaktadır. **PIOTET**, JdT 1983 I 101 vd; bkz. www.swisslex.ch. *Piotet*'nin bu yaklaşımı *Jäggi/Gauch* tarafından da paylaşılmaktadır; bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 541 vd.

¹¹³ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, N 1275-1277; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 541 vd; **BUCHER**, AT, s. 187; **ROUILLER**, s. 562vd.

¹¹⁴ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1276; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 540-545; **BUCHER**, AT, s. 118, 187; **SCHÖNENBERGER/JÄGGI**, Art. 1, N. 84.

Rouiller'e göre bu çözüm, PE 6.104 ve 2. 101 I lit. a ile de uyumludur. Bunun yanısıra, CVIM m. 55 sözleşmenin kurulmuş olması kaydıyla hâkimin semeni (CVIM m. 14/f. I uyarınca semen

Nitekim, klasik görüşün objektif esaslı nokta tanımı isimsiz sözleşmeler bakımından da yetersiz kalmaktadır. Modern görüşü savunan yazarlar, tarafların, sözleşmenin kurulduğu andan sonraki davranışlarından sözleşme ile bağlı olma iradelerinin anlaşılması ve sözleşmenin anlamlı bir bütün oluşturması halinde, klasik görüşün esaslı nokta tanımı ile bağlı kalmadan sözleşmenin kurulduğunu kabul etmektedirler. Bu doğrultuda, sözleşmenin tamamen veya kısmen ifasının hâkimin sözleşmeyi tamamlama yetkisinin genişlemesi bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir¹¹⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşmenin esaslı noktalarında da tamamlanabileceğine ilişkin açık bir kararı mevcut değildir. Ancak, Mahkeme, istisnai olarak, kira süresinin uzatıldığı, ancak, bedelinin taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde hâkimin kira bedelini belirleyeceği yönünde kararlar vermiştir¹¹⁶. Federal Mahkeme bir başka kararında ise, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kuruluşunu kabul etmemiş, fakat, şeyin kullanıldığı geçmiş dönem için kira bedelinin hâkim tarafından kararlaştırılacağını belirtmiş, ancak ileriye yönelik olarak sözleşmenin tamamlanmasını reddetmiştir¹¹⁷.

Meseleye Türk Hukuku açısından baktığımızda, baskın görüş uyarınca sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşması ve esaslı noktaların da belli veya belirlenebilir olması gerekmektedir¹¹⁸. Türk Hukukunda edimin belirlenebilir olmasının sözleşmenin kurulması bakımından yeterli olacağı kuralı bütün sözleşmeler için geçerli olan genel bir hükümle getirilmemiştir¹¹⁹. BK

esaslı unsur olsa bile) belirlemesini kabul etmektedir. Önemli olan, tarafların, semen üzerinde anlaşamamış olmalarına rağmen bağlanma iradelerinin tespit edilmesidir. Bkz. **ROUILLER**, s. 571 vd.

¹¹⁵ **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 27; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, N. 1276 vd; **BUCHER**, AT, 187.

¹¹⁶ Kira sözleşmesinin dürüstlük kuralı uyarınca tamamlanacağına ilişkin bkz. ATF 100 II 330 = JdT 1975 I 609; aynı yönde ATF 108 II 112 cons. 4 = JdT 1982 I 531 vd; karar için bkz. www.swisslex.ch. **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 27; Türk Hukukundaki benzer gelişmeler için bkz. **BURCUOĞLU**, Uyarlama, s. 28 vd.

¹¹⁷ ATF 119 II 347= JdT 1994 I s. 609-610, karar için bkz. www.swisslex.ch. *Rouiller*, Mahkeme'nin bu kararında, tarafların kira bedeli hususunda anlaşamamış, ancak, sözleşme ile bağlı olacaklarını kabul etmiş olmaları ihtimalinde, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanabileceği görüşünü açıkça reddetmediğini ileri sürmüştür. Bkz. **ROUILLER**, s. 569 vd; kararın benzer yorumu için bkz. **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 114.

¹¹⁸ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 67 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 207 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 64; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 78 vd; **TUNCOMAĞ**, C. I, s. 201 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s.180, **DOĞAN**, s. 125 vd.

¹¹⁹ Belirtmek gerekir ki, objektif esaslı noktaların belirlenmesine ilişkin hükümlerin somut olaya

m. 182/f. III, satım sözleşmelerinde semenin belirlenmediği haller için getirilmiş bir düzenlemedir. Ancak, diğer sözleşmeler için de geçerli olduğu ileri sürülmektedir¹²⁰.

Bunun yanı sıra, Türk Hukukunda edimi belirleme yetkisinin taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılabileceğine ilişkin genel bir düzenleme de mevcut değildir¹²¹. Alman Hukuku, Türk Hukukundan farklı olarak bütün borçlar hukuku sözleşmeleri için genel nitelikte hükümler içermektedir. Edimi belirleme yetkisinin taraflardan birine verilmesi ihtimalini düzenleyen BGB § 315, bu yetkinin hakkaniyete uygun kullanılmaması veya sebep olmaksızın kullanılmaması halinde edimi belirleme yetkisinin hâkime geçeceğini belirtmektedir¹²². Edimi belirleme yetkisinin üçüncü bir kişiye tanınması BGB § 317’de ifadesini bulmaktadır. Bu yetkinin hakkaniyete uygun olarak kullanılmaması veya sebepsiz yere yetkinin kullanılmasından kaçılması durumunda, edimin hâkim tarafından belirlenmesi esası BGB § 319’da benimsenmiştir¹²³. Alman Hukukuna ilişkin bu düzenlemeler, her ne kadar Türk Hukukunda kanun hükmünde somutlaşmış değilse de, öğretiden tarafından kabul edilmektedir¹²⁴. Alman Hukukunda bir diğer düzenleme de BGB § 316’da yer almaktadır¹²⁵. Söz konusu düzenlemeyle, karşı edimin belirlenmemesi ve nasıl belirleneceğinin de kararlaştırılmamış olması halinde, edimi belirleme yetkisinin, edimi talep edecek olan tarafa ait olacağı öngörülmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz hükümlerden farklı olarak, BGB § 316 Türk Hukukunda uygulanmamaktadır¹²⁶.

mutlak surette uygulanacağı söylenemez. Tarafların iradesi ya da işin niteliği söz konusu hükmün olaya uygulanmasına engel olabilir. Bu durumda sözleşme kurulmaz.

¹²⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 208; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 9 vd; **VON TUHR**, s. 185; **DOĞAN**, s. 126; **AKSOY DURSUN**, s. 32.

¹²¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 64; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 79; **SUNGURBEY**, s. 530, özellikle 539 vd; **AKMAN**, s. 96 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 180; **DOĞAN**, s. 126.

¹²² **BASEDOW/ KNEIP**, s. 118 vd; **AKMAN**, s. 96 vd; **ALTOP**, Finansal Kiralama, s. 135.

¹²³ **BASEDOW /KNEIP**, s. 118 vd.

¹²⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 64; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 79; **SUNGURBEY**, s. 530, özellikle 539 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 180; **DOĞAN**, s. 126. BGB § 315’deki sonuca BK m. 70/c.2 ile varılacağı hususunda bkz. **ALTOP**, Finansal Kiralama, s. 135; **AKMAN**, s. 97.

¹²⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (R.G. 18.2.2000, S. 23968) 5. maddesinin üçüncü fıkrasında, tek taraflı bir belirleme yetkisi tanıyan hükme yer verilmiştir. Maddede “... *Aksine bir teamül, ticari örf veya âdet yoksa, satıcı bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz*” denilir. Ancak bu kanun sadece tüketici sözleşmeleri bakımından geçerli olduğundan BGB § 316 gibi genel ve geniş bir alanda kullanılamaz.

¹²⁶ *Aksoy Dursun*, BGB § 316’da ifade edilen kuralın Türk Hukukunda uygulanmasının mümkün olmadığını, bu konuda tek taraflı yetki verilmesinin kural olarak kabul edilmesinin haksız sonuçlar doğurabileceğini kabul eder. Bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 34 vd. Biz, hakkın kötüye

Türk Hukukunda esaslı noktaların tamamlanması konusunda baskın görüşten farklı olarak, *Aksoy Dursun*, isimli sözleşmelerde karakteristik edimin mutlaka belirli ya da belirlenebilir olması yanı sıra, sözleşmenin tarafları, tipi, edimin karşılıklı olup olmadığı hususunda uzlaşma sağlanması gerektiğini, karşı edimin üzerinde uyuşma olmadan sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için tarafların sonraki davranışlarından veya halin icabından bağlanma iradesinin kesin bir şekilde anlaşılmasının şart olduğunu kabul etmektedir¹²⁷. Yazar isimsiz sözleşmeler bakımından ise teamüllere bakılmak suretiyle uyuşmanın anlamlı bir bütün oluşturup oluşturmadığına bakılmasını ve bağlanma iradesinin araştırılmasını gerekli görmektedir¹²⁸.

Türk Hukukuna baktığımızda, BK m. 1'in, sözleşmenin iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette iradelerini beyan etmeleri halinde kurulacağını kabul ettiği görülmektedir. İradelerin birbirine uygunluğu ise ancak esaslı noktaların belirli veya belirlenebilir olması halinde saptanabilecektir¹²⁹. Nitekim, BK m.2/f. I'de de sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşma sağlanması halinde, sözleşmenin kurulmuş sayılacağına ilişkin karine yer almaktadır. Dolayısıyla, BK m.2/f. I, esaslı noktaların belirlenebilir olması ve tarafların da bağlanma iradelerinin tespit edilebilmesi halinde sözleşmenin kurulabileceği ihtimalini reddeden bir düzenleme içermemektedir¹³⁰. Ayrıca, kanun koyucunun, getirdiği bazı özel hükümler de göz önüne alındığında, esaslı noktaların hâkim tarafından belirlenebilmesine uzak durmadığı da görülmektedir¹³¹. Kanunun belirlenebilir olmayı yeterli görmesi, gerçekte kurala getirilen bir istisnadır. Özellikle eser sözleşmelerinde hiç bedel karşılaştırılmadığı

kullanılması yasağı ile bu riskin bertaraf edilmesinin mümkün olduğu, ayrıca, böyle bir düzenlemenin, tarafları, edimin belirlenmesi konusunda daha hassas davranmaya zorlayacağı inancındayız.

¹²⁷ **AKSOY DURSUN**, s. 69.

¹²⁸ **AKSOY DURSUN**, s. 68 vd.

¹²⁹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 208; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 65 vd; **DOĞAN**, s. 128.

¹³⁰ Nitekim, 18.11.1964 günlü Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, karşılıklı borçları kapsayan sözleşmelerde karşılıklı borçlardan birisinin sözleşme taraflarınca belli edilmemiş olması halinde bu borcun mahkemece rayiç esas tutularak belirleneceği kabul edilmiştir. Kararda ayrıca, satım sözleşmesinde mal parası yahut kira sözleşmesinde kira parası, hizmet sözleşmesinde işçi parası, istisna sözleşmesinde ise iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıkların rayiç göre hükmedileceği belirtilmiştir. **Yarg. İBK**, 18.11.1964, 2/4, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazaci.com.tr).

¹³¹ BK m. 209/f. I, BK m. 323; BK m. 366, BK m. 386 ve m. 390/f. III bu konuda özel düzenleme içeren kurallardandır. **EREN**, Genel Hükümler, s. 208, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 64; **KAPLAN**, Müdahale, s. 110 vd; **Yarg. İBK**, 18. 11. 1964, 2/4, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazaci.com.tr).

halde, sözleşmenin geçerli olarak kurulması bu yönde atılmış önemli bir adımdır.

Esaslı nokta kavramını göreceli olarak tanımlayarak sorunu çözüme bağlamaya çalışmanın ticari hayattaki hız gerekliliğini karşıladığı kuşkusuzdur. Ne var ki, esaslı nokta kavramını farklı tanımlamak kanımızca, hem hukuk birliğini zedeleyecek hem de ortaya çıkacak belirsizlik hukukun kesinliği ve güvenilirliğini zayıflatacaktır. Bu sebeple biz esaslı nokta kavramının göreceli tanımlanarak sorunun çözülmesini doğru bulmamaktayız.

Tarafların esaslı noktaları belirlememelerine karşın sözleşme ile bağlı olmayı istemeleri de, kanımızca, karşımıza sıkça çıkabilecek bir durum değildir. Hatta, taraflar, belirlenmeyen esaslı noktanın karakteristik edim olması halinde genellikle sözleşme ile bağlı olmayı da istemeyeceklerdir. Ancak, istisnai de olsa, böyle bir durumda tarafların sözleşme ile bağlanma iradelerinin tespiti ve karakteristik edimin belirlenebilir olması halinde, hâkimin esaslı noktayı belirleyerek sözleşmeyi tamamlamasını kabul etmek yerinde olacaktır. Taraflarca belirlenmeyen esaslı noktanın parasal edim olması ve tarafların parasal edimin belirlenmemesine rağmen sözleşme ile bağlanma iradelerinin bulunması daha sık karşılaşılabilecek bir ihtimaldir. Bu konuya ilişkin kanun hükümleri dikkate alındığında, parasal edimin belirlenebilirliğinin, hâkimin bu noktadaki yaratıcı yetkisinin daha kolay kabul edilmesine yol açtığı görülmektedir. Ancak, karakteristik edimin de belirlenebilir olması halinde, hâkimin, sözleşmeyi bu noktada tamamlayacağını kabul etmek uygun olacaktır.

Netice olarak, yukarıda ifade ettiğimiz sebeplerle, tarafların bağlanma iradelerini ortaya koydukları sözleşmeler bakımından, esaslı noktanın belirlenebilir olması halinde, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanmasına imkân tanımının taraflar bakımından faydalı olacağı ve bu çözüm ile irade özerkliği prensibine de uygun davranılmış olunacağı görüşündeyiz.

E. Kısmî Hükümsüzlük Halinde Sözleşme Boşluğunun Ortaya Çıkması

Her ne kadar yan noktalar taraflarca düzenlenmiş olsalar bile, ilgili hükmün kesin hükümsüz olması ihtimali her zaman mümkündür. Kısmî hükümsüzlük, basit

kısmî hükümsüzlük, değiştirilmiş ve genişletilmiş kısmî hükümsüzlük olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur¹³². Basit kısmî hükümsüzlükte tarafların farazî iradeleri uyarınca sözleşmenin sadece sakat kısmının hükümsüzlüğüne karar verilir, sözleşmenin kalan kısmı bu sakatlıktan etkilenmez, geçerlidir. Basit kısmî hükümsüzlükte sözleşmenin tamamlanması söz konusu değildir; hâkim sadece sakat kısmın hükümsüzlüğüne karar verir; sözleşmede herhangi bir değişiklik yapmaz¹³³.

Diğer kısmî hükümsüzlük türü genişletilmiş kısmî hükümsüzlüktür. Tarafların sakat kısım olmaksızın sözleşmenin geçerli kısımlarından bazılarını da yapmayacak oldukları hallerde söz konusu olur. Tarafların farazî iradesi incelenerek bu sonuca ulaşılır¹³⁴.

Kısmî hükümsüzlüğün bir diğer türü de değiştirilmiş kısmî hükümsüzlüktür. Sözleşmede geçersiz kılınan kısmın yerine yeni bir kural getirilir¹³⁵. Sözleşmenin içeriği değiştiğinden, bu durum değişik kısmî hükümsüzlük olarak da ifade edilir¹³⁶. Bu sebeple, konumuz bakımından önem taşıyan kısmî hükümsüzlük türü değiştirilmiş kısmî hükümsüzlüktür. Bu ihtimalde, yan noktaya ilişkin hükmün geçersiz kılınması ile o hususta bir boşluk meydana gelmektedir. Böylece sözleşmenin geçersiz kılınan hükmü yerine, kanunun emredici, tamamlayıcı hükmünün veya tarafların farazî iradesine dayanarak hâkimin yarattığı hükmün getirilmesi söz konusu olmaktadır¹³⁷.

Kısmî hükümsüzlük, genel işlem şartı içeren sözleşmelerde karşımıza sıkça çıkar. Genel işlem şartları, kurumlarca önceden tek taraflı olarak ve birden fazla kişi

¹³² BAŞPINAR, s. 149 vd; *Zufferey-Werro*, kısmî hükümsüzlüğü basit ve değiştirilmiş olmak üzere ikiye ayırmaktadır. ZUFFEREY-WERRO, s. 343.

¹³³ BAŞPINAR, s. 150 vd; ZUFFEREY-WERRO, s. 343 vd.

¹³⁴ BAŞPINAR, s. 172 vd; PIOTET, *invalidité partielle*, s. 633 vd; *Kocayusufpaşaoğlu*, bu kısmî hükümsüzlük türünün de BK m. 20/f. II'de yer almadığını ancak, *favor negotii* ilkesine uygun olduğunu ifade eder. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 26 vd; TANDOĞAN, *nullité*, s. 95.

¹³⁵ Değiştirilmiş kısmî hükümsüzlüğün BK m. 20/f. II' de açık şekilde yer almadığı, ancak kurumun *favor negotii* ilkesine uygun olduğu hususunda bkz. BAŞPINAR, s. 153 vd; ZUFFEREY-WERRO, s. 345 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 26.

¹³⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 25 vd.

¹³⁷ BAŞPINAR, s. 153 vd; ZUFFEREY-WERRO, s.355.

Dikkat etmek gerekir ki, BK m. 20/f. II emredici bir hüküm değildir. Taraflar butlan anlaşması yapmak suretiyle sözleşmenin bir kısmının batıl olduğu hallerde tamamının batıl sayılacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bu konuda bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 308 vd.

için hazırlanmış aynı tipteki sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel ve soyut şartlardır¹³⁸. Genel işlem şartları genellikle sözleşmenin yan unsurlarına yöneliktir¹³⁹. Her ne kadar yan unsurlara yönelik olsalar da, genel işlem şartlarının geçerlik kazanabilmeleri ve hukuki sonuç doğurabilmeleri, sözleşme taraflarının ortak iradeleri ile sözleşmeye dahil edilmelerine bağlıdır¹⁴⁰. Fakat, genel işlem şartlarının, önceden, diğer tarafla görüşülmeksizin ve tartışılmaksızın, sadece hazırlayanın çıkarlarına yönelik olduğu, dolayısıyla, tarafların ortak iradeleri ile sözleşmeye dahil edilemedikleri görülür. Bu da sözleşmenin bir tarafının adil pazarlık imkânını kaybetmesine, dolayısıyla, sözleşmeden beklenen adalet düşüncesinin ortadan kalkmasına, hukukun temel ilkelerinden olan irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkelerinin sadece kağıt üstünde kalmasına, bu ilkelerin tek taraflı uygulanabilir hale gelmesine sebep olur. Tüm bu nedenler genel işlem şartlarının denetlenmesi gerektiği düşüncesini ortaya çıkarmıştır.

Gerçi, Türk Hukukunda genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin bir hüküm mevcut değildir¹⁴¹; ancak, uygulamada¹⁴² dürüstlük kuralı, ahlâka aykırılık, gabin, emredici hükümlere aykırılık düzenlemelerinden yararlanılarak genel işlem şartlarının yaratacağı olumsuzlukların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Şaşkınlık yaratan hükümlerin geçersizliği/olağan dışılık gibi İsviçre ve Alman Hukuklarında kabul edilen kriterlerden de MK m. 2 de yer alan dürüstlük kuralı sayesinde yararlanılmaktadır¹⁴³. Böylece, açık olmayan, taraflar arasındaki menfaat dengesini

¹³⁸ **REHBINDER**, s. 647 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 155 vd. **TEKİNALP**, s. 125 vd; **AKMAN**, s. 87 vd; **HAVUTÇU**, Karar, s. 30.

¹³⁹ Genel işlem şartlarının sözleşmenin objektif bakımdan esaslı veya sübjektif bakımdan esaslı unsurlarına yönelik olması da mümkündür. Objektif bakımdan esaslı noktalara ilişkin olması halinde taraflar arasında uyuma sağlanamamış ise sözleşmenin kurulmadığı kabul edilir. Genel işlem şartının sözleşmenin sübjektif esaslı noktasına ilişkin olması halinde ise sözleşmenin kurulmadığını iddia eden tarafça söz konusu unsurun sübjektif esaslı unsur olduğu ve bu konuda taraflar arasında anlaşma sağlanamadığının ispatlanması gerekir. Bu konuda bkz. **AKSOY DURSUN**, s. s. 54 vd; **ATAMER**, GİŞ, s. 118 vd.

¹⁴⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 157 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 22 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 168; **TEKİNALP**, s. 135; **İPEK**, s. 104 vd.

¹⁴¹ Genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin genel bir hüküm olmasa da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. , 7., 9. ve 10. maddelerinde yine Türk Ticaret Kanununun 776. ve 1266. maddelerinde genel işlem şartlarına yönelik hükümler yer almaktadır.

Şubat 2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda genel işlem koşulları ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Tasarının 21. maddesinde yazılmamış sayılma düzenlenirken, 25. maddede içerik denetimine yer verilmiştir.

¹⁴² **Yarg.HGK**, 3.7.1981, E. 1979/1775, K. 1981/563, karar için bkz. YKD 1981, C. VII, S. 11, s. 1389; **Yarg.13.HD**, 7.4.1981, 1045/2514, karar için bkz. YD. Mayıs 1981, s. 658 vd.

¹⁴³ **TEKİNAY**, s. 147; **AKMAN**, s. 94 vd; **ALTOP**, *Finansal Kiralama*, s. 132; **KAPLAN**, Genel

adil olmayacak şekilde düzenleyen, sözleşmeyi hükümlerini tartışma imkânı bulmaksızın kurmak durumunda kalan taraf için şaşırtıcı kabul edilen, alışılmışın dışındaki şartlar “yok” sayılmaktadır¹⁴⁴.

Genel işlem şartlarının bağlayıcı olmadığı kabulü üzerine ortaya bir başka sorun çıkmıştır. Bu sorunun çözüm yöntemi, genel işlem şartlarının geçersiz sayılması halinde sözleşmede bir boşluk doğup doğmayacağı sorusunda da belirleyici olmaktadır. Zira, sözleşmenin bağımsız hükmünün geçersiz sayılması ile kısmî butlanın objektif şartı gerçekleşmiş sayılır¹⁴⁵. Ancak, taraflardan birinin, söz konusu hüküm olmasaydı sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu yönündeki farazî iradesi ispat edilerek sözleşmenin tamamının geçersiz kılınmasına ilişkin subjektif şartın, genel işlem şartı içeren sözleşmeler bakımından kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Kanımızca, bu soruna olumlu cevap vermek genel işlem şartlarının denetlenmesi amacına ters düşecektir¹⁴⁶. Söz konusu hüküm olmasaydı, sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğunun kabulü, hem zayıf korumak amacıyla ortaya konan bu denetim mekanizmasının faaliyetlerinin boşa çıkmasına yol açacak hem de genel işlem şartını kullanan işletmeler karşısında zayıf durumda olan tarafların sözleşmenin geçersiz kılınması ile daha da büyük zarara uğramasına neden olacaktır. Bu sebeple, geçersizlik hükmünün amacının taraflardan birinin korunması olduğu da dikkate alındığında, sözleşmenin bütününe geçersiz kılınması, bu amaç ile bağdaşmadığından, kanımızca kabul edilmemelidir¹⁴⁷. Nitekim, Borçlar Kanunu

İşlem Şartları, s. 56 vd; **ATAMER**, GİŞ, s. 114 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 162 vd; **TEKİNALP**, s. 147; **HAVUTÇU**, Karar, s. 36; **İPEK**, s. 108 vd; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 21. maddesinin ikinci fıkrasında şaşırtıcı kayıtların yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir.

¹⁴⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 237 vd; **ATAMER**, GİŞ, s. 223 vd; **ALTOP**, Tasarı, s. 19.

Genel işlem şartları kabul eden tarafın bekleyemeyeceği derecede umulmadık ise, şartın hükümsüz sayılacağı yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 22; **AKMAN**, s. 94 vd; Aynı yönde, **Yarg. HGK**, 4.12.1996, 3-717/850, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr); **Yarg. 3. HD**, 22.1.1996, E. 1995/14823, K. 1996/3463, YKD. C. 22, S. 5, Mayıs 1996, s. 711 vd.

Yargıtay, bir kararında alışılmamış kayıtların geçersiz sayılacağını, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğine dahil sayılmayacağını belirtmiştir. Biz, her iki deyim de aynı şeyi ifade ettiğini düşündüğümüzden, ikili bir ayırma gidilerek kayıtların farklı yaptırımlara bağlanmasını doğru bulmuyoruz. Karar için bkz. **Yarg. 3. HD**, 2.6.1998, 4263/6098, Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

¹⁴⁵ **ATAMER**, GİŞ, s. 223 vd.

¹⁴⁶ **ATAMER**, GİŞ, s. 224.

¹⁴⁷ *Akman*, yasak ile hedeflenen amaca ulaşmak için, sözleşenlerin iradesi ne olursa olsun, batıl kısımdan sözleşmenin tamamının etkilenmemesi gerektiğini, aksi takdirde, alacaklının korunması

Tasarısı'nın 22. maddesinde, düzenleyenin yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceğine açıkça yer verilmiştir¹⁴⁸.

İşte genel işlem koşullarının geçersiz kılınmasıyla birlikte, düzenleyen tarafından sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu ileri sürülemeyeceğinden, geçersiz kılınan şartlara ilişkin hususlarda sözleşme boşluğu ortaya çıkmaktadır¹⁴⁹. Bu durumda, taraflar hâkimden bu boşluğun doldurulmasını talep edebileceklerdir.

Her ne kadar genel işlem şartı içeren sözleşmelerde bu ihtimale sıkça rastlansa da, genel işlem şartı içermeyen sözleşmelerde de karşımıza kısmî hükümsüzlük sebebi ile bir boşluk çıkabilir¹⁵⁰. BK m. 20/f. II uyarınca sözleşme şartlarından bir kısmının imkânsızlık, hukuka veya ahlâka aykırılık sebebi ile geçersiz kılınması ve tarafların iradelerinin geçersiz kılınan şarta rağmen sözleşmenin devamı yönünde olması halinde ortaya çıkan boşluğun hâkim tarafından doldurulması talep edilebilmektedir.

gayesine ulaşılamayacağını ve borçlunun sorumluluktan dolayı olarak kurtulmuş olacağını ifade eder. Bkz. **AKMAN**, s. 109; benzer yönde, **ATAMER**, GİŞ, s. 225 vd. Nitekim, emredici hükümlere aykırılık sebebi ile sözleşme şartının geçersiz kılınması halinde BK m. 20/f. II, c.2 nin uygulanmayacağı yönündeki görüş ve aynı tutumun kamu düzenine aykırılık sebebiyle genel işlem şartının iptali halinde de izlenmesi gerektiği yönündeki görüş de genel işlem şartının iptali halinde farazî iradeye dayanarak sözleşmenin bütününe geçersiz kılınmasının kabul edilmemesi gerektiği yönündeki düşünceyi haklı kılmaktadır. Görüşler için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 30; **BAŞPINAR**, s. 155 vd.

TTK, 1266/f. II'nin sadece sigorta alanında değil her alandaki bütün genel işlem şartlarında kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 165; **ALTOP**, Finansal Kiralama, s. 137.

¹⁴⁸ *Kuntalp*, söz konusu maddenin düzenleyen için ağır bir hüküm getirdiğini, düzenlemenin tüketiciler bakımından rahatlıkla kabul edilebilse de profesyoneller bakımından tereddüte yol açacağını ileri sürer. Bkz. **KUNTALP/BARLAS/AYANOĞLU MORALI/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/İPEK/YAŞAR/KOÇ**, m. 22, s. 29.

Türk Hukukundan farklı olarak, Alman Hukukunda genel işlem şartları önce özel bir kanun ile düzenlenmiş, ancak, daha sonra bu Kanun'un maddi hükümleri BGB'nin içine alınmıştır. BGB § 306'da, BGB § 139'da yer alan düzenlemeden farklı olarak, genel işlem şartlarının geçersiz olması halinde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmayacağı, geri kalan kısmın geçerli olacağı düzenlenmiştir.

¹⁴⁹ **ATAMER**, GİŞ, s. 224, 226 vd; **BAŞPINAR**, s. 159; **AKSOY DURSUN**, s. 185 vd.

¹⁵⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 26 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 176, **AKSOY DURSUN**, s. 178; sorunun BK m. 19/20 kapsamında çözülmesi gerektiği hususunda bkz. **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 649 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi de kısmî hükümsüzlük halinde sözleşme boşluğunun varlığını ve bu boşluğun tarafların farazî iradeleri ile doldurulacağını kabul eder. Bu yönde bkz. ATF 107 II 411= JdT 1982 I 166 (www.admin.ch).

F. Uyarılama Şartlarının Gerçekleşmesi Sebebiyle Sözleşme Boşluğu Oluşması

Uyarılama, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen ancak taraflarca önceden öngörülemeyen haller sebebiyle, edimler arasındaki dengenin taraflardan biri için çekilmez derecede bozulması sonucunda sözleşmenin değişen koşullara uydurulması veya feshedilmesidir¹⁵¹. Uyarılama müessesesi ahde vefa (*Pacta Sunt Servanda*) olarak ifade edilen, sözleşmenin gereklerinin her koşulda yerine getirileceği prensibinin karşısında yer almaktadır.

Uyarılama için gereken şartların¹⁵² varlığı halinde, sonradan meydana gelmiş sözleşme boşluğundan bahsedilir¹⁵³. Bu durumda, hâkimin kendi koyduğu kurallar uyarınca sözleşmeyi yeni duruma uyarlaması, ancak, ne kanunun ne de sözleşmenin uyarılama hususunda bir hüküm içermemesi halinde söz konusu olabilir¹⁵⁴. Bu halde

¹⁵¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1006 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 156 vd; **EREN**, Genel Hükümler, 437 vd; **SEROZAN**, İfa engelleri, s. 264 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 129 vd; **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 348; **KILIÇOĞLU**, s. 182 vd; **TUNÇOMAĞ**, Borcun İfasında Aşırı Güçlük, s. 894 vd; **DURAL/SARI**, s. 207 vd; **REİSOĞLU**, s. 368 vd; **ARAT**, s. 94 vd; **TOPUZ**, s. 54 vd; ATF 97 II 390= JdT 1973 I 80; karar için bkz. www.swisslex.ch.

¹⁵² Devam eden sözleşmesel ilişkide, tarafların edimleri arasındaki dengenin, borçludan sonuçları yüklenmesi istenemeyecek derecede bozulmuş olması, edimler arasındaki bu değişikliğin sözleşme kurulurken öngörülemeyen, olağanüstü sebeplerden ileri gelmesi, yeni durumun taraflardan birinin fiilinden kaynaklanmaması ve edimlerin henüz ifa edilmemiş olması, hâkimin sözleşmeyi uyarlaması için gerçekleşmesi gereken şartlardır. Bu konuda bkz. **BAYSAL**, Uyarılama, s. 143 vd; **TOPUZ**, s. 248 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 368 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 156 vd; **EREN**, Genel Hükümler, 437 vd; **ARAT**, s. 94 vd; **SEROZAN**, İfa engelleri, s. 264 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 129 vd; özellikle s. 147 vd; **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 348; **KILIÇOĞLU**, s. 184 vd; **TUNÇOMAĞ**, Borcun İfasında Aşırı Güçlük, s. 894 vd; ATF 100 II 345= JdT 1975 I s. 614 vd.

¹⁵³ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 37 vd; **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 352, 356. Hâkimin sözleşmedeki boşluğu doldurarak sözleşmeyi uyarlayacağı yönünde bkz. **SCHÖNLE**, s. 432 vd; **ARAT**, s. 126, 129; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 591.

Larenz'in muamelenin temeli ve sözleşmenin ifası adlı eserinde yer verdiği muamelenin sübjektif ve objektif temeli görüşünü kendi makalesinde ele alan *Tunçomağ*, *Larenz*'in, tarafların, sözleşmenin anlamına veya sözleşmede denkleştirici adalet fikrine göre göz önünde bulundurulması gerekli bir hal için hüküm koymamaları durumunda sözleşmede boşluk olduğunu kabul ettiğini belirtir. Yazar, *Larenz*'in sözleşmedeki boşluğun tamamlayıcı değil fakat düzeltici yorum ile doldurulacağı görüşünde olduğunu da ifade eder. *Larenz*'e göre bu faaliyetin BGB §§ 157 ve 242'ye birlikte dayandırılması gerekir. Zira, sözleşmenin yorumlanması ve hatta sözleşmedeki boşluğun doldurulması sözleşmede yer alan denkleştirici adalet esasına bağlıdır. *Tunçomağ*, *Larenz*'in bu durumda düzeltici yorum ile bağlantı kurmasını eleştirmiş, sadece tamamlayıcı yorumun söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, Borcun İfasında Aşırı Güçlük, s. 902 vd.

¹⁵⁴ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 119; ATF 93 II 97 c. 3, karar için bkz. www.admin.ch. Tarafların sözleşmeye koyacakları bir kayıt ile uyarlamayı dışarıda bırakmaları halinde, hâkim, MK m. 2/f. II uyarınca yine de sözleşmeyi uyarlayabilir. **SCHÖNLE**, s. 437. Aynı yönde bkz. **ARAT**, s. 135.

“uyarlama boşluğu (riziko boşluğu)” ndan bahsedilir¹⁵⁵. Yasal veya sözleşmesel bir uyarlama kuralı mevcut değilse, bu durumda uyarlamanın gerekli olup olmadığı ve bunun nasıl olacağına karar verme yetkisi hâkimindir¹⁵⁶. Hâkim sözleşmeyi tamamlayarak, düzelterek veya sona erdirerek uyarlamayı gerçekleştirebilecektir. MK m. 4’te ifade bulan hâkimin takdir yetkisi, uyarlamayı ne şekilde gerçekleştireceğine ilişkin seçiminde hâkime dayanak oluşturmaktadır¹⁵⁷.

Uyarlama (“*emprevizyon teorisi*”nin uygulanması) halinde sözleşme boşluğunun bulunduğu İsviçre Federal Mahkemesi kararları mevcuttur¹⁵⁸. Doktrin de, sözleşmenin kuruluşundaki menfaatler dengesinin, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemeyen ve olağanüstü sebepler dolayısıyla bozulması üzerine sözleşme koşullarında hâkim tarafından gerçekleştirilen değişiklikleri sözleşmenin tamamlanması olarak kabul etmiştir¹⁵⁹.

“...Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK m.2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda, sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. İşlem temelini çöküşüne ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesinde kaynak olarak Medenî Yasanın 1,2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelini çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla, durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur...”

Yarg. 13. HD, 24.10.1994, 6791/9014, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

¹⁵⁵ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 591; **ENGEL**, traité s. 790; **EREN**, Genel Hükümler, s. 440 vd; **TOPUZ**, s. 278 vd; *Kaplan*, intibak boşluğu ifadesini kullanmaktadır. **KAPLAN**, s. 129.

Baysal, uyarlama boşluğunu kabul etmemektedir. Zira yazara göre, intibak boşluğunun kabulü halinde, sözleşmenin tamamlanması ile sözleşmenin uyarlanması arasında pratikte bir farkın varlığı ileri sürülemeyecektir. Bkz. **BAYSAL**, Uyarlama, s. 117; Uyarlama halinde sözleşmede bir boşluk bulunmadığını kabul eden diğer bir görüş ise, bu durumda sözleşmenin yorumlanmasının veya tamamlanmasının değil, sadece sözleşmenin değiştirilmesinin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 23 vd; **GÜRSOY**, s. 18 vd.

¹⁵⁶ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 119; İstisna akdinde ücretin miktarına ilişkin BK m. 365/f. II, kira bedelinin düşürülmesine ilişkin BK m. 282/f. I yasal intibak hükümlerine örnektir. Bu konuda bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 129.

¹⁵⁷ **SCHÖNLE**, s. 438.

¹⁵⁸ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 649 vd; BK m. 2' nin, uyarlamaya ilişkin hâkimin müdahalesinde olduğu gibi, sözleşmenin ayakta tutulması prensibinin kapsamını belirlemeye ilişkin kriterleri de gösterdiğine dair bkz. **MORIN**, La formation du contrat, s. 473 vd; ATF 127 III 304 cons. 5b= JdT 2001 I 239, karar için bkz. www.swisslex.ch.

¹⁵⁹ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 526, 620; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 322, 325; **MERZ**, Art. 2, N. 220.

Yargıtay da uyarlama ihtiyacı doğan hallerde sözleşmede boşluk bulunacağını kabul etmektedir¹⁶⁰. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.2.1997 tarihli kararında¹⁶¹, sözleşmenin uyarlanması gerektiği kanaatine varılması halinde, hâkimin sözleşmedeki intibak boşluğunu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları ışığında, kanun boşluğunda olduğu gibi, Medeni Kanun'un 1. maddesindeki yetkiye dayanarak, kendisinin yarattığı bir kuralla doldurmaya çalışacağı ifade edilmiştir¹⁶².

Görüldüğü üzere, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması da sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması araçlarından biri olarak kabul edilir¹⁶³.

Sözleşmede uyarlama kaydının mevcut olması halinde artık bir boşluktan bahsedilemez. *Akyol*, kira sözleşmelerinde sıklıkla karşılaştığımız kira parasının toptan eşya endeksine göre artacağına yönelik kayıtları uyarlama kaydı olarak değerlendirmekte ve bu gibi durumlarda sözleşme boşluğu bulunmadığını ileri sürmektedir¹⁶⁴. Yazar, kira parasının şartlara göre artırılacağı yönünde bir kaydın ise uyarlamanın nasıl olacağını göstermemesi sebebiyle uyarlama kaydı olarak değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla da sözleşmede bu konuda boşluk ortaya çıkacağını belirtmektedir¹⁶⁵.

Kanımızca, sözleşmede uyarlama kaydının bulunması halinde sözleşmede boşluk bulunduğu bahsedilemez. Ancak, yukarıda kira sözleşmesine ilişkin

¹⁶⁰ “ ...yorum sonucu, tarafların denkleştirici adaletin göz önünde tutulması gereken haller için tedbirler almadıkları nedeniyle sözleşmede bir boşluk olduğu sonucuna varılmakta, diğer yandan da boşluk doldurulmaktadır (MK m. 1). İşte bu boşluğun doldurulması sözleşmenin düzeltilmesidir. Değişen durumların sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için tedbir almadıklarından, sözleşmede boşluk vardır ve bu boşluğun doldurulması için, sözleşmenin anlamı göz önünde tutularak, yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulacaktır” . **Yarg. 13. HD**, 26.11.1982, 6186/7199, sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (www.kazanci.com.tr); benzer yönde, **Yarg. 14. HD**, 06.07.2006, 4025/8017, karar için bkz. YKD Nisan 2007, C. 33, S. 4, s. 698 vd; **Yarg. HGK**, 15.10.2003, 13-599/599 sayılı karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (www.kazanci.com.tr).

¹⁶¹ **Yarg. HGK**, 26.2.1997, E. 1996/9-679, K. 1997/119, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (www.kazanci.com.tr).

¹⁶² Kira uyarlamasına ilişkin aynı yöndeki kararlar için bkz. **Yarg. HGK**, 11.2.1998, 13-4/87 ve **Yarg. HGK**, 18.11.1998, 13-815/83, Kazancı İçtihat Bankası, (www.kazanci.com.tr); **Yarg. 13.HD**, 24.10.1994, 6791/9014, karar için bkz. YKD Aralık 1994, C. 20, S. 12, s. 1939 vd.

¹⁶³ **THÉVENOZ**, s. 183 vd.

¹⁶⁴ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 36.

¹⁶⁵ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 36.

verilen örnekteki kaydın bir uyarılma kaydından ziyade kira parasının belirlenmesine yönelik bir kayıt olduğu, yoksa şartların olağanüstü ve öngörülemeyen bir şekilde değişmesi halinde kira parasının nasıl belirleneceğine yönelik bir kayıt olmadığı kanaatindeyiz.

“Riziko boşluğu” teriminin de sorunu ifade etmek bakımından yerinde olduğunu düşüncesindeyiz. Zira sözleşmede, sözleşme koşullarının sonradan taraflardan biri için katlanılamayacak derecede bozulması halinde, ortaya çıkacak rizikoya kimin katlanacağına ilişkin bir boşluk vardır.

III. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması Sorunu

Sözleşmedeki boşluğun doldurulması üç aşamalı olarak gerçekleşir. Bu aşamalar sırasıyla “nitelendirme”, “yorum” ve “tamamlama”dır. Son aşamaya, yani tamamlamaya gelindiğinde, hâkimin yapabilecekleri tarafların iradesi ile sınırlıdır. Hâkim, irade özerkliği ilkesi ve bunun sözleşmeler hukuku alanındaki yansıması olan sözleşme serbestisi ilkesi sınırları içinde sözleşmenin içeriğini belirlemektedir¹⁶⁶.

Sözleşmenin nitelendirilmesi ve sözleşmenin yorumlanması aşamaları sözleşmenin tamamlanması bakımından büyük önem taşır. Zira, nitelendirme ile sözleşmenin tâbi olduğu kurallar bütünü tespit edilir. Hâkim, yorum yoluyla sözleşmede bir boşluk olduğu kanaatine varırsa, tespit ettiği kurallar bütününde sözleşmedeki boşluğa uygulanacak tamamlayıcı hüküm olup olmadığını inceler. Hâkimin yorumlama faaliyeti, gerek sözleşmenin nitelendirilmesinde ve boşluğun tespitinde gerekse sözleşmenin tamamlanmasında bu aşamaların ayrılmaz bir parçası olarak kendini gösterir. Çoğu zaman, söz konusu faaliyetlerin iç içe geçmiş olması yorumu diğer faaliyetlerden ayırmak bakımından zorluk yaratır. Bu sebeple, boşluk sorununun bir yandan yorum sorununu da içinde barındırdığını söylemek yanlış olmaz¹⁶⁷. Sorunu kanun boşluğu bakımından inceleyen *Metin*, boşluğun bulunup

¹⁶⁶ CORBOZ, s. 269 vd.

¹⁶⁷ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “sözleşmede boşluk bulunması halinde sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak” doldurulacağını ifade etmiştir. **Yarg. HGK**, 11.2.1998, 13-4/87, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

bulunmadığının belirlenmesinin bir yorum sorunu olduğunu, bu yüzden de yorumun boşluğu öncelediğini ifade eder¹⁶⁸. Dolayısıyla, tamamlama kadar yorumlama faaliyeti de konumuz bakımından önem taşır.

Her ne kadar tamamlama sorunu yorum sorununa sıkı sıkıya bağlı olsa da iki faaliyet birbirinden farklıdır. Bu farklılık, yöntemleri bakımından ortaya çıkabileceği gibi araçları bakımından da ortaya çıkabilir. Bu nedenle, boşluk doldurma faaliyetine derinlemesine girmeden önce, soruna kuşbakışı bakabilmek ve sınırlarını daha iyi kavrayabilmek bakımından önce boşluk doldurma sorununda hâkimin sahip olduğu araçlardan genel hatları ile bahsetmek, daha sonra da sözleşme boşluğunun doldurulmasının sözleşmenin yorumlanmasından farkına değinmek yerinde olacaktır.

Türk Hukukunda sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin bütün ihtimalleri kapsayan ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Konuya ilişkin tek hüküm BK m. 2'dir. Maddede, sözleşmenin, hâkim tarafından işin mahiyetine göre tamamlanacağı düzenlenmektedir. Ancak, bu hüküm sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Hüküm sadece, ikinci derece noktaların sözleşme kurulurken taraflarca saklı tutulmaları ihtimalini düzenlemektedir¹⁶⁹. Oysa sözleşme boşluğu, tarafların, sözleşmede düzenlemeleri gereken bir hususu düzenlemeyi unutmalarından veya sözleşme kurulurken bazı hususları önceden tahmin edememelerinden veya taraflarca getirilen düzenlemenin sözleşmenin geçerliliğine etki etmeksizin geçersiz kılınmasından da kaynaklanabilir. Bu ihtimaller bakımından, BK m. 2/f. II sözleşmenin tamamlanmasında hâkimin sahip olacağı vasıtaları düzenlemekte yetersiz kalmaktadır. BK m. 2/f. II'nin eksikliği, kanundaki diğer hükümlerden yararlanılmak suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır.

BK m. 2/f. II'nin eksikliğini gidermek amacıyla yaralanacağımız ilk madde MK m. 1/f. I'dir. Nitekim, maddede kanunun özüyle ve sözüyle değindiği bütün konulara uygulanacağı ifade edilerek, önüne gelen uyuşmazlığı çözmekle görevli hâkime, uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle kanunu uygulama mecburiyeti

¹⁶⁸ **METİN**, s. 226 vd. Yorum ile sözleşmeyle bağlılığın sınırlarının ve sözleşme boşluğunun tespit edildiği yönünde bkz. **HENCKEL**, s. 116.

¹⁶⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 179; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 214, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 76 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 156 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 96; **ATAMER**, Düşünceler, s. 183.

getirilmiştir¹⁷⁰. Hâkimin tamamlama yetkisinin MK m. 1'den kaynaklandığı yönündeki görüşlerin ağır bastığı da dikkate alınır, hâkimin sözleşmeyi tamamlarken sahip olacağı vasıtaların MK m. 1 dikkate alınmaksızın ortaya konmasının mümkün olmayacağı görülmektedir. Emredici hükümlerin zaten tartışma konusu yapılmaksızın uygulanmak zorunda oldukları göz önüne alındığında, hükmün tamamlayıcı hükümler bakımından önem taşıdığını kabul etmek gerekmektedir. Bu durumda, hâkimin uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilir bir yedek hüküm tespit etmesi halinde, uyuşmazlık MK m. 1/f. I uyarınca söz konusu hüküm ile çözüme bağlanacaktır. Tamamlayıcı hükümlere tanınan bu önceliği sözleşme boşluğuna yönelik uyuşmazlıklarda da (istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla), kabul etmek doğru olacaktır¹⁷¹. Sözleşme boşluğuna yönelik uyuşmazlıklarda olaya uygulanabilir bir yedek hükmün bulunması halinde, hâkimin boşluğu doldurmak için kullanacağı araç öncelikle kanundaki yedek hükümler olmalıdır.

Somut olaydaki sorunu çözebilecek bir yedek hükmün bulunmaması halinde hâkimin uyuşmazlığı çözüme bağlama görevi sona ermez. Yedek hükümler ile bir sonuca ulaşamayan hâkim, sözleşmedeki boşluğu doldurmak için bir diğer araca, örf ve âdet hukuku kurallarına başvurur. Somut olaya uygulanabilir nitelikte bir örf ve âdet hukuku kuralının da tespit edilememesi durumunda, artık hâkimin elindeki tek vasıta kendi yaratacağı hükümdür. Bu durumda hâkim, kendi yaratacağı hükümle sözleşmedeki boşluğu doldurmalıdır. Bu aşamada devreye BK m. 18 girmektedir. Sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak maksatlarının aranacağını düzenleyen BK m. 18/f. I uyarınca, tarafların bilinebilen iradeleri ortaya konmalıdır¹⁷².

BK m. 18'e destek olacak ve tarafların gerçek ortak iradelerinin tespit edilmemesi halinde devreye girecek bir diğer madde MK m. 2/f. I'dir. Bu hüküm uyarınca, dürüst ve makul sözleşenler sıfatı ile, olayı çevreleyen bütün koşullar da dikkate alınmak suretiyle, tarafların o sözleşme ile neyi istemiş oldukları araştırılır. Bu irade tarafların farazî iradesi olarak ifade edilir. Böylece, MK m. 2/f. I, dolaylı olarak farazî ortak iradeyi hâkimin sözleşmeyi tamamlaması araçlarından biri olarak

¹⁷⁰ OĞUZMAN/BARLAS, s. 41 vd.

¹⁷¹ OFTINGER, Auslegung, s. 199-200; BK-KRAMER, Art. 18, N. 231; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N. 503, KAPLAN, Müdahale, s. 95.

¹⁷² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 332 vd.

ortaya koymaktadır. Hâkimin bu faaliyeti İsviçre Hukukunda “bireysel tamamlama”, Alman Hukukunda ise “tamamlayıcı yorum” olarak ifade edilmektedir¹⁷³.

Görüldüğü üzere, hâkimin kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi tamamlaması hâkimin tarafların iradesinden tamamen bağımsız hareket edeceği anlamını taşımaz. Hâkim, kendi kuralını yaratırken tarafların farazî iradesini dikkate almak durumundadır. Farazî iradenin, “taraflar sözleşmenin kurulması sırasında sözleşmedeki boşluğu fark etmiş olsalardı, dürüst ve makul sözleşenler olarak MK m. 2/f. I çerçevesinde nasıl bir çözüm kabul ederlerdi?” sorusunun cevabı olarak ifade edildiği göz önüne alındığında, dürüstlük kuralı, hâkimin sözleşmeyi tamamlarken kullanacağı en önemli araçlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁴. Medeni Kanunun ikinci maddesi incelenirken maddenin dürüstlük kuralına ilişkin birinci fıkrası ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ikinci fıkrası arasındaki ilişki araştırılmış ve bir grup yazar, iki fıkranın da birbirine bağlı olduğunu, aynı hususun birinci fıkrada olumlu ikinci fıkrada da olumsuz ifadelerle belirtildiğini ileri sürmüştür¹⁷⁵. Ancak, diğer bir görüş ise, MK m. 2/f. I, kanunun ve sözleşmelerin yorumlanmasına ve boşlukların tamamlanmasına hizmet ettiğini; dolayısıyla, iki fıkranın birbirinden farklı işlevleri olduğunu ileri sürmüştür¹⁷⁶.

Kanımızca, hakkın kötüye kullanılması yasağı dürüstlük kuralının özel bir görünümüdür. MK m. 2/f. I’in genel ifadesi, dürüstlük kuralının uygulama alanını oldukça genişletmektedir. Hukukî işlemlerin yorumlanması ve tamamlanması da dürüstlük kuralının uygulama alanı bulduğu hususlardır¹⁷⁷. Ancak, bunlar dürüstlük kuralının tek uygulama alanı değildir. O halde, söz konusu hükmün işlevinin MK m. 2/f. II’den farklı olduğunu kabul etmek doğru olacaktır. Bununla birlikte, Türk Hukuku bakımından dürüstlük kuralının sadece kanunun ve sözleşmelerin yorumlanmasına ve boşlukların tamamlanmasına hizmet ettiğini söylemek mümkün değildir. Kanımızca, MK m. 2/f. I’in, kanunun ve sözleşmelerin yorumlanmasına ve

¹⁷³ PIOTET, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 653; LARENZ, s. 737; **Münchener Komm/MAYER-MALY/BUSCHE**, BGB § 157 N. 1.

¹⁷⁴ İMRE, s. 306 vd; TEKİNAY, s. 171; EDİS, *Medenî Hukuk*, s. 329; AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 42 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 242; ÖZSUNAY, s. 311.

¹⁷⁵ SCHWARZ, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 199; OĞUZMAN/BARLAS, s. 239.

¹⁷⁶ İMRE, s. 306 vd; TEKİNAY, s. 171; EDİS, *Medenî Hukuk*, s. 326; AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 23; DESCHENAUX, s. 136 vd.

¹⁷⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s. 242 vd; AKYOL, *Dürüstlük Kuralı*, s. 7 vd; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 164; EDİS, *Medenî Hukuk*, s. 307 vd.

boşlukların tamamlanmasına hizmet ettiğini benimseyen yazarlar, dürüstlük kuralını sadece sözleşmelerin yorumu ve ifası bakımından ele alan Fransız ve Alman Medenî Kanunlarından etkilenmişlerdir¹⁷⁸.

Bu noktada karşımıza çıkabilecek önemli bir husus, sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında MK m. 2'nin uygulanmasının taraflarca yapılacak bir anlaşma ile bertaraf edilip edilemeyeceğidir. Doktrinde tartışmalı olan bu konuda, bir grup yazar¹⁷⁹, böyle bir anlaşmanın kural olarak mümkün olduğunu, ancak, anlaşmanın, kişilik haklarına aykırı nitelik taşıması halinde kesin hükümsüz sayılacağını ileri sürerken, diğer bir grup yazar¹⁸⁰, MK m. 2'nin uygulanmasının taraflarca yapılacak bir sözleşme ile bertaraf edilemeyeceğini kabul eder. Kanımızca, MK m. 2 hükmü ahlâki temellere dayanan ve kamu düzenini sağlamaya yönelik bir hükümdür. Zira, herkesi dürüstlük kuralına uygun davranmaya yöneltir. Bizce, maddenin emredici olması gerekliliği de hükmün bu amacından kaynaklanır. Nitekim, maddenin “*Herkes...zorundadır*” şeklindeki ifadesi de hükmün emredici olduğunu gösterir. Bu durumda, emredici bir hükmün taraflarca yapılacak bir anlaşma ile bertaraf edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, sözleşme taraflarına sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında böyle bir imkânın tanınması, hukukun yeknesaklığını zedeleyeceği gibi, kişilere dürüst davranmama hakkının tanınması anlamına gelir ki, bu da ne MK m. 2 ile ne de adalet düşüncesi ile bağdaşabilir.

Tamamlamadan farklı olarak sözleşmenin yorumlanması ise, doğrudan sözleşmenin ifadelerinin veya zımnî kayıtların saptanması suretiyle sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ve söz konusu kayıtların nasıl anlaşılması gerektiğinin tespiti anlamını taşımaktadır¹⁸¹. Yorum, hem içeriği hem de içeriğe ilişkin sonuçları

¹⁷⁸ Fransız Hukukunda, FMK m. 1134 ve m. 1135, Alman Hukukunda ise BGB §§ 157 ve 242 sözleşmelerin yorumu ve borçların ifası bakımından dürüstlük kuralına yer veren hükümlerdir.

¹⁷⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 261; aynı yönde DESCHENAUX, s. 195; EDİS, Medenî Hukuk, s. 294 vd; ARAT, s. 167.

¹⁸⁰ AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 7 vd; özellikle s. 10; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 164.

¹⁸¹ PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, s. 653; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 331 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 148 vd; KAPLAN, Yorum, s. 421 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 423 vd.

Simler, sözleşmenin yorumlanmasından bahsedebilmek için bahse konu sözleşmeyi düzenleyen hükümlerin yedek hukuk kuralı niteliği taşıması gerektiğini, sözleşmenin emredici hükümlerle düzenlenmesi halinde emredici hükümlere başvurulacağını belirtir. Bkz. SIMLER, fasc. 10, n.

kapsar¹⁸². Yorumda, yorum konusu hükmün anlam ve amacının dışına çıkmak söz konusu olmadığından hâkimin değerlendirme alanı da sınırlıdır. Buna karşılık, hâkimin kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi tamamlamasında ise hâkimin yetki alanı daha geniştir¹⁸³.

İçeriğin ve içeriğe ilişkin sonuçların belirlenmesinde sadece sözleşmedeki açık ifadeler değil, zımnî iradeler de önemli rol oynar. Zımnî irade, her bir sözleşenin, diğerinin, ihtilaf konusu şarta ilişkin kabul iradesini açıkladığını veya aktif olarak açıklamak istediğini kabul edebilmesi ya da kabul etmesi gerekmesi halinde söz konusu olmaktadır¹⁸⁴. Belirtmek gerekir ki, yorum yolu ile araştırılan iradenin örtülü de olsa mutlaka dış âlemde açığa vurulmuş irade olması gerekmektedir. Yoksa, sadece ilgilinin bildiği, dış aleme yansımamış iradenin yorumlanması söz konusu olamaz¹⁸⁵.

Yorum için çeşitli ayrımlar söz konusudur; ancak biz konumuz ile bağlantılı olarak basit yorum/tamamlayıcı yorum ayrımını temel alarak açıklamalarımızı gerçekleştireceğiz.

Basit yorum (*einfache Auslegung*), açıklayıcı yorum (*erläuternde Auslegung*) olarak da ifade edilmekte ve sözleşmede yer alan kayıtların gerçek anlamını ortaya çıkarmak amacıyla gerçekleştirilmektedir¹⁸⁶. Basit yorum ile tarafların ortak iradelerinin içeriği, dürüstlük kuralı ve teamüller dikkate alınarak belirlenmeye çalışılır¹⁸⁷. Hâkim sözleşme kayıtlarının içeriğini, tarafların irade açıklamalarının

10 vd.

¹⁸² **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 148 vd; **KAPLAN**, Yorum, s. 421 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 423 vd.

Nitekim, Yargıtay 8.11.2002 tarihli bir kararında dava konusu uyuşmazlığın davacıların işleminin niteliğinin ne olduğu hususunda toplandığını belirttikten sonra, yorumun, hukuki işleminde yer alan irade açıklamalarının içeriği ve bunların hukuki sonuçlarının saptanması olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Yarg. 11. HD**, 8.11.2002 , 6877/10121, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

¹⁸³ Özellikle, hâkimin MK m. 1/f. II uyarınca sözleşmeyi tamamlayabileceği hallerde hâkime tanınan hareket alanı daha geniş olacaktır.

¹⁸⁴ **PIOTET**, s. Le complètement judiciaire du contrat , 372; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 144 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 170 vd; **DURAL/SARI**, s. 166.

¹⁸⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 332 vd; **KAPLAN**, Yorum, s. 421; **KANETİ**, s. 19 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 144.

¹⁸⁶ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 27; **AKSOY DURSUN**, s. 16 vd.

¹⁸⁷ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 27; **MERZ**, Art. 2, N. 139.

yapıldığı andaki anlamını araştırarak tespit eder. Basit yorumun konumuz bakımından önemi, hâkimin sözleşmede boşluk olup olmadığını tespiti sırasında ortaya çıkmaktadır¹⁸⁸. Sözleşmede boşluk olup olmadığı yeterince açık değilse, hâkim önce basit yorum kurallarından ve yöntemlerinden yararlanarak sözleşmedeki belirsizliği gidermeye çalışacaktır. Basit yorum neticesinde hâkim sözleşmede boşluk olduğu kanaatine varırsa artık sözleşmeyi tamamlama aşamasına geçecektir.

Tamamlayıcı yorum (*ergänzende Auslegung*) ise sözleşmede bir hususun düzenlenmemesi sebebiyle ortaya çıkan boşluğun, tarafların farazî iradeleri ile doldurulmasıdır¹⁸⁹. Sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun sözleşmenin yorumlanmasından farklı bir faaliyet olup olmadığı hususunda değişik görüşler mevcuttur. Bir grup yazar¹⁹⁰, tamamlayıcı yorum kavramına gerek olmadığını ileri sürer. Bu görüşe göre, tamamlayıcı yorum, basit yorumdan farklı bir faaliyet değildir. Diğer bir grup yazar¹⁹¹ ise, tamamlayıcı yorumun, yorumun bir türü olmadığı, tamamlayıcı yoruma, yorumun aksine, ancak, sözleşmede bir düzenleme bulunmaması halinde başvurulacağı görüşündedir.

Bu görüşlere kısaca değinecek olursak, Fransız Hukukunda *Simler*, “sözleşmenin yorumlanması” ile “içeriğinin belirlenmesi”nin teoride farklı kavramlar olduğunu belirtmektedir¹⁹². Yazara göre, sözleşme boşluklarının doldurulması sözleşmenin yorumlanmasından ziyade sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ile ilgilidir. Zira, sözleşme boşluklarının doldurulması daha genel anlamda sözleşmenin içeriğinin belirlenmesidir. Yazar, bu saptamanın Fransız Hukukunda kanun tarafından da teyit edildiğini belirtmektedir. Fransız Medeni Kanununun sözleşmenin

¹⁸⁸ HENCKEL, s. 116.

¹⁸⁹ BK-KRAMER, Art. 18, N. 224; JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 498-501; HENCKEL, s. 107.

¹⁹⁰ MERZ, Art. 2, N. 137. Sözleşmenin tamamlanmasını nitelikli yorum olarak ifade eden görüş için bkz. OFTINGER, Auslegung, s. 197.

Türk Hukukunda da *Tunçomağ*, sözleşmenin tamamlanmasını yorumun özel hali olarak kabul eder. Bkz. TUNÇOMAĞ, C. I, s. 287. *Henckel* de, sözleşmedeki boşluğun doldurulmasının, yorumun özel bir hâli de olsa sözleşmenin içeriğinin yorumu olduğu görüşündedir. Bkz. HENCKEL, s. 107.

¹⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY, N. 1263, JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N. 557; GELOT, s. 191; BK-KRAMER, Art. 18 N. 220-225; PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat s. 652 vd.

Türk Hukukunda bu yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 150 vd; KAPLAN, Müdahale, 114- 115; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, s. 360 vd; EREN, s. 432 vd; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 37; AKSOY DURSUN, s. 19.

¹⁹² SIMLER, fasc.10 , n. 10 vd.

yorumlanmasına ilişkin 1156. ve devamı maddeleri, borçların sonuçlarına ilişkin bölümün, sözleşmenin yorumlanması başlıklı V. ayırımında yer alırken, sözleşmenin içeriğine ilişkin 1135. madde aynı bölümün genel hükümler başlıklı I. ayırımındadır. Böylece, yazara göre, FMK'nın 1135. maddesinin lâfzı dikkate alındığında sözleşmenin içeriğinin belirlenmesini sadece niyetlerin araştırılmasına indirgemek doğru olmaz. Sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi niyetlerin araştırılmasından farklı bir husustur¹⁹³. FMK m. 1135'de hakkaniyete, teamüle ve kanuna atıf yapılarak objektif veriler sözleşmesel alana dahil edilmektedir. Böylece, sözleşmenin sadece açıkça ifade edilen borçlar bakımından değil, kanun, teamül veya hakkaniyetten kaynaklanan borçlar bakımından da bağlayıcı olduğu belirtilir. Ancak *Simler*, pratik bakımından incelendiğinde yorum ve tamamlama faaliyetleri arasındaki ayrımın çok zor olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁴. Yazara göre, uygulamada nelerin iradelerin yorumlanmasından ileri geldiğini, nelerin objektif düşüncelerden kaynaklandığını belirlemek çok zor, hatta imkânsızdır¹⁹⁵. Yazar, bu zorluğun mahkemelerin irade özgürlüğünü ihlâl eden tutumları ile daha da arttığını, zira, mahkemelerin iradelerin yorumlanması örtüsü altına saklanarak sözleşmeyi hakkaniyet uyarınca tamamladıklarını ileri sürmektedir¹⁹⁶.

Bugün, Fransız Medenî Kanununun 1156. vd. maddelerinde, kanun subjektif kriterlerden ziyade objektif kriterler getirdiğinden, doktrinde bir çok yazar, FMK m. 1135'i ve sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin FMK m. 1156-1164 maddelerini ayrı ayrı incelemekten vazgeçmişlerdir¹⁹⁷. Bu da, yorum ve tamamlama faaliyetlerinin ne kadar iç içe olduğunu ortaya koymaktadır.

İsviçre Hukukunda bu konu üzerinde ayrıntılı çalışmalar yapan *Piotet*, yorum ve tamamlama faaliyetlerinin farklı olduğunu kabul etmektedir. *Piotet* 'ye göre,

¹⁹³ **SIMLER**, fasc.10 , n. 10 vd; aynı yönde bkz. **GELOT**, s. 221 vd.

¹⁹⁴ **SIMLER**, fasc.10 , n. 11 vd.

¹⁹⁵ **SIMLER**, fasc.10 , n. 11 vd; Nitekim, hakkaniyetten esinlenen açıklayıcı yorumun söz konusu olduğu hallerde de sözleşmeye yeni borç eklenmez, sadece irade beyanı açıklanmaya çalışılır; ancak, bu durumda hakkaniyetten esinlenilmesi nedeniyle dikkate alınan irade yapay olur. Bkz. **GELOT**, s. 191. Hâkimlerin hakkaniyete uygun niyetleri taraflara isnat ettiklerine ilişkin bkz. **MAZAEUD/CHABAS**, n. 351.

¹⁹⁶ **SIMLER**, fasc.10 , n. 11 vd.

¹⁹⁷ **SIMLER**, fasc. 10, n. 12 vd; **GHESTIN/JAMIN/BILLIAU**, s. 7 vd; **MALEVILLE**, s. 253 vd; **STARCK/ROLAND/BOYER**, contrat, n. 189; **TERRE/SIMLER/LEQUETTE**, s. 451, 457; **MAZAEUD/CHABAS**, n. 347; **FLOUR/AUBERT/SAVAUX**, s. 289.

içerik, ileride üzerinde ayrıntılı olarak duracağımız çeşitli yorum araçları¹⁹⁸ ile belirlenirken, içeriğin dışında kalan her husus tamamlamanın bir parçası olabilir¹⁹⁹. Yazara göre çözüm, sırf sözleşmenin somut içeriğinin mantıksal sonucu olduğu için kabul edildiğinde, artık sözleşmenin yorumundan değil sözleşmenin tamamlanmasından bahsedilir²⁰⁰. *Piotet*'ye göre yorumda, tarafların ortaya koydukları iradelerinden hareket edilirken, tamamlamada tarafların ortaya koyduğu bir irade yoktur, tarafların farazî iradelerine başvurulur²⁰¹.

Yung da *Piotet* gibi yorum ve tamamlama faaliyetlerinin farklı faaliyetler olduğunu kabul eder²⁰². Yazar, eksikliğin giderilmemesi halinde, sözleşmenin dayanılmaz haksızlıkların kaynağı olarak değerlendirilmesi veya sözleşmenin ifasının, MK m. 2'de düzenlenen, dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı olması hallerinde sözleşmede bir boşluk olduğundan söz edebileceğini ileri sürmektedir²⁰³.

Yung'a göre, sorun sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ve yorumu arasındaki sınırın çizilememesinden kaynaklanmaktadır²⁰⁴. Yazar, iki kavramın farklı olduğunu ve sözleşmenin sadece lafzından anlaşılan borçlardan ibaret olmadığını, sözleşmedeki kayıtların mantıksal sonucu olarak kabul edilmesi gereken kurallar ile taraflardan birinin sözleşmesel düzenlemeleri diğeri zararına bertaraf etmesini engellemek için kabul edilmeleri zorunlu olan kuralların, sözleşmenin içeriğini oluşturduğunu belirtir²⁰⁵. Dolayısıyla, yazara göre hâkimin incelemesi neticesinde ortaya konan hak ve borçların sözleşmedeki bir kelime, bir cümle veya bir sözleşme kaydına bu şekilde bağlanabilmesi halinde, sözleşmenin yorumundan, aksi halde sözleşmenin tamamlanmasından söz etmek gerekmektedir²⁰⁶. Yazara göre tamamlama, hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin amacı ve ruhu

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. §5, II, B.

¹⁹⁹ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 651 vd.

²⁰⁰ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 652 vd.

²⁰¹ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 652 vd; **von TUHR**, s. 272.

²⁰² **YUNG**, *L'interprétation supplétive des contrats* s. 43 vd.

²⁰³ **YUNG**, *L'interprétation supplétive des contrats* s. 43 vd.

²⁰⁴ **YUNG**, *L'interprétation supplétive des contrats*, s. 46 vd. İki kavram arasında mantık bakımından bir sınır bulunmadığı, zira, hâkimin, hakkaniyet gereği kabul ettiği neticeleri taraflarca zımnen kabul edilmiş gibi kendilerine izafe ettiği husunda bkz. **von TUHR**, s. 272.

²⁰⁵ **YUNG**, *L'interprétation supplétive des contrats*, s. 47 vd.

²⁰⁶ Tarafların beyanlarına yüklenen anlamların bilincinde olmalarının aranmayacağına ilişkin bkz. **YUNG**, *L'interprétation supplétive des contrats*, s. 46 vd.

gerektirdiği için hâkim tarafından sözleşmeye hak ve borçların dahil edilmesidir²⁰⁷.

Yung'un bu ifadeleri göz önüne alındığında, *Piotet* tarafından, taraflarca gerçekten konulmuş bir kaydın tespitinin söz konusu olmaması sebebiyle tamamlama olarak kabul edilen durumun, *Yung* tarafından yorumlama olarak nitelendirildiği görülmektedir²⁰⁸.

Piotet'nin verdiği bir örnekte, aradaki farkın sadece terminolojik olmadığı açık olarak ortaya çıkmaktadır²⁰⁹. Komşusunun göl manzarasını kapatmamak için çatısına radyo anteni koymama borcu altına giren bir kimse hakkında dava açıldığında, hâkim, hiç şüphesiz TV anteni koymaktan imtina edilmesi gerektiğine karar verecektir. Fakat, hâkimin bu kararının niteliği, *Piotet*²¹⁰ için sözleşme boşluğunun tamamlanması iken, *Henckel*²¹¹ için sözleşmenin yorumudur.

Kanaatimizce, yorum, sözleşmede yer alan bir kaydın gerçek, somut içeriğini belirlemek iken tamamlama sözleşmede yer almayan bir norm yaratmaktır. Yorumda, sözleşme kaydının gerçek içeriği araştırılır. Oysa tamamlamada, sözleşmede öngörülmemiş bir hüküm yaratılır²¹². Her iki halde de varsayım söz konusudur; ancak, bu varsayımların niteliği farklıdır²¹³. Yorumda, uyuşmazlık konusu hususun sözleşmedeki kaydın kapsamına girdiğinin kabul edilebilip edilemeyeceği veya kabul etmenin gerekip gerekmeyeceği ortaya konmaya

²⁰⁷ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 48.

²⁰⁸ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 46 vd; **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 373.

²⁰⁹ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 653 vd.

²¹⁰ Zira, sözleşmede düzenlenen hüküm ve sonradan ortaya çıkan sorun aynı değildir; dolayısıyla, kanun boşluğunun doldurulmasında izlenen kıyas yönteminin sözleşme boşluğunun doldurulmasında da izlenmesinde bir sakınca yoktur. Bu bilgiler için bkz. **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 653 vd.

²¹¹ *Henckel*, *Piotet*'nin verdiği örneğe çok benzeyen bir başka örnekte sözleşmede boşluk bulunmadığını ileri sürmüştür. Yazara göre, kira sözleşmesine evde köpek beslenemeyeceğine ilişkin bir hüküm konmuşsa, kiracı evde maymun da besleyemeyecektir. Zira, evde evcil hayvan beslenmesi yasak ise, vahşi bir hayvanın da beslenemeyeceği sonucuna sözleşmenin yorumu neticesinde ulaşılacaktır. Bkz. **HENCKEL** s. 116 vd.

²¹² Zımnî iradenin yorum yolu ile ortaya konmasının, sözleşmenin muhtevasının ilk defa sözlerle ortaya konması bakımından tamamlama ile yorumun farkını neredeyse ortadan kaldırdığı hususunda bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 559-560. *Kaplan*, kapalı irade beyanı daha önce taraflarca bilindiğinden bunun maddi tamamlama değil şekli tamamlama olduğunu belirtir. Yazara göre, bu aşama sözleşmenin ilk defa biçimlendirilmesini gerektirir ve sözleşmenin maddi olarak tamamlanmasına geçiş teşkil eder. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 41, 115.

²¹³ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 653 vd.

çalışılırken, tamamlamada ise, sözleşmede öngörülmeleyen bir konu taraflarca nasıl düzenlenirdi sorusunun cevabı aranmaktadır. Çoğu zaman sözleşmenin tamamlanabilmesi için öncelikle yorumlanması gerekeceğinden iki kavramı birbirinden ayırd etmek kolay olmaz. Nitekim, Alman Hukukunda hâkimin sözleşme boşluğunu doldurmak maksadıyla hüküm yaratmasının “tamamlayıcı yorum” olarak ifade edilmesi, yorum ile tamamlamanın sınırının kesin olarak çizilememesinden kaynaklanmaktadır²¹⁴. Tamamlayıcı yorum ifadesi her ne kadar söz konusu faaliyete yorumun bir türü izlenimini verse de gerçekte ortada yorum faaliyeti değil tamamlama faaliyeti vardır.

Tamamlayıcı yorumda hâkim, genel ve soyut, benzer bütün olaylar için uygulanabilecek bir hüküm getirmez, sadece uyuşmazlık konusu olaya özgü, bireysel bir hüküm yaratır²¹⁵. Görülmektedir ki, “tamamlayıcı yorum” kavramı “basit yorum (gerçek yorum)” kavramı ile karışmaktadır. Ancak, “objektif tamamlama (geniş anlamda tamamlama)” olarak ifade edilen “sözleşme boşluğunun doldurulması” kurumundan farkının ortaya konması bakımından “tamamlayıcı yorum” kavramı önem taşımaktadır. Tüm bunları dikkate aldığımızda, yukarıdaki TV anteni örneğinde kanımızca bir yorum değil, tamamlama söz konusudur. Tarafların iradesinde bir belirsizlik mevcut değildir; sadece eksiklik vardır. Zira, işlemin taraflarca öngörölmüş yapısına, anlam ve amacına göre, çözüme bağlanması gereken bir sorun açık bırakılmıştır²¹⁶. Bu eksikliği de hâkim tamamlama yolu ile giderecektir.

Buraya kadar, sözleşmenin tamamlanması faaliyetine geçmeden önce sözleşme boşluğu sorununa ve sözleşmenin tamamlanmasında kullanılacak araçlara kısaca değinirken sözleşmenin yorumlanması ile sözleşmenin tamamlanması faaliyetlerinin farkını ortaya koymaya çalıştık. Amacımız, tamamlama faaliyetinin hangi kurum ve kavramlarla ilişkili olduğunu kısaca göz önüne getirmek, sorunu öncelikle bir bütün

²¹⁴ **LARENZ**, s. 737. Sözleşmelerin dürüstlük kuralı ve teamüller dikkate alınarak yorumlanacağını düzenleyen BGB § 157'nin tamamlayıcı yorumun dayanağı olarak gösterilmesi de tamamlayıcı yorumun bazı yazarlarca yorumun bir türü olarak gösterilmesine yol açmıştır. Bkz. **Münchener Komm/MAYER-MALY/BUSCHE**, BGB § 157 N. 1.

²¹⁵ Tamamlayıcı yorum, “bireysel tamamlama”, “hâkimin tamamlaması ” olarak da adlandırılır. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 557; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 32; **KAPLAN**, Müdahale, s. 115; **AKSOY DURSUN**, s. 18 vd.

²¹⁶ **KANETİ**, s. 24.

olarak görmeyi sağlamaktır. Hâkimin, sözleşmenin tamamlanmasında yorumdan ne ölçüde yararlanacağını ve tamamlama sırasında kullanabileceği araçlar arasında tercih hakkının olup olmadığını, varsa bu tercih hakkını şekillendiren unsurların neler olduğunu sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin bölümde ayrıntılı olarak ele alacağız²¹⁷.

IV. Sözleşme Boşluğunun Hâkim Tarafından Doldurulmasının Benzeri Hukuki Durumlar İle Karşılaştırılması

A. Kanun Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması ile

Kanun boşluğu, uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilecek bir kanun hükmünün bulunmamasıdır²¹⁸. Ancak, hemen eklemek gerekir ki, kanun boşluğundan bahsedebilmek için konunun kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konu olması icap eder. Hukuk kuralı dışındaki kurallarca düzenlenen alanlarla ilgili kanun hükmünün bulunmaması, o konuda kanun boşluğunun mevcut olduğu anlamına gelmez. Örneğin, din kurallarınca veya görgü kurallarınca düzenlenen bir konuda, kanun hükmünün bulunmaması kanun boşluğu olarak nitelendirilemez²¹⁹. *Canaris*, hukuk düzeninin bir kuralın varlığını gerektirmesine rağmen, konunun ne

²¹⁷ Bkz. II Bölüm.

²¹⁸ **DURAL/SARI**, s. 108 vd; **İMRE**, s. 172 vd; **KEYMAN**, s. 65 vd; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s. 126 vd.

Görünürde bir kanun hükmü bulunmasına rağmen, söz konusu hükmün, kanunun amacı veya hukuki ilişkinin mahiyeti bakımından yetersiz veya tutarsız olması halinde uygulanması mümkün olmayacağından, bu durumda örtülü kanun boşluğunun varlığından söz edileceği hususunda bkz. **TEKİNAY**, s. 63 vd; **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 256 vd.

Kanunda lafzı ile ruhu bağdaşan, başka bir hükümle çatışmayan ve uygulanması dürüstlük kuralına aykırılık taşımayan bir hükmün bulunmasına rağmen hükümde öngörülen çözümün yetersiz görülmesi veya beğenilmemesi halinde ortaya çıkan kanun boşluğuna örtülü boşluk kavramından daha geniş bir kavram olan gerçek olmayan boşluk adı verildiği hususunda bkz. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 87 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 124 vd.

İmre de, kanundaki örtülü boşluklar ile kanunun tatmin edici olmamasından kaynaklanan boşlukları eksik boşluk olarak adlandırmış ve kanunun tatmin edici olmamasının, hukuk politikası bakımından bir boşluk doğuracağını, böyle bir kuralın uygulanması halinde ise hakkın kötüye kullanımının söz konusu olacağını ifade etmiştir. Bkz. **İMRE**, s. 177 vd.

Örtülü kanun boşluğunu açık boşluk gibi *praeter legem* kanun boşluğu (gerçek kanun boşluğu) sayan ve dolayısıyla, gerçek boşluğun alt türü sayan farklı bir ayırım için bkz. **HATEMİ**, s. 97 vd; *Kırca* da örtülü boşlukların gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. Yazar, örtülü boşlukların kanunun amacının gerektirdiği istisnaların eklenmesi veya geniş kanun lafzının somut olaya uygulanmaması yoluyla doldurulacağını belirtir. Bkz. **KIRCA**, Örtülü Boşluk, s. 91, 114 vd.

²¹⁹ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 88 vd; **İMRE**, s. 173 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk , s. 117 vd; **KIRCA**, Örtülü Boşluk, 91 vd.

kanun ne de örf ve âdet hukuku kuralları ile düzenlenmemesi halini, pozitif hukukun plâna aykırı eksikliği olarak ifade eder²²⁰.

Bir konunun hukuk düzenince düzenlenip düzenlenmediğinin tespiti her zaman önem taşır. Zira, konuya ilişkin hükmün bulunup bulunmadığı her zaman kolaylıkla belirlenemez. Nitekim, bazı hallerde konuyu açık olarak düzenleyen hüküm mevcut olmamasına rağmen, zıt anlamı itibariyle konuyu kapsayan bir hükmün bulunması mümkündür. Dolayısıyla, kanunun bir konuda suskun kaldığından bahsedebilmek için konunun sadece düz anlamı itibariyle hiçbir kanun hükmünün kapsamına girmemesi yetmez; ayrıca, zıt anlamı itibariyle de herhangi bir hükmün kapsamına girmemesi aranır. Bu da bizi, bazı hallerde kanun koyucunun iradesinin araştırılmasına kadar götürür. Bir başka ifade ile, kanunda boşluk bulunup bulunmadığı kanunun yorumlanması sonucunda tespit edilebilir²²¹. Kanun hükmünden kanun koyucunun düz anlam dışında kalan hususları kanunun himayesi dışında bıraktığı anlaşılıyorsa (*argumento a contrario*- kavramdan veya kuraldan aksine sonuç çıkarma) yine kanun boşluğundan bahsedilemez²²².

Kanun boşluğunun mevcut olduğunun tespiti, bu halde uyumsuzluk konusu hususun çözümü için izlenecek yöntem bakımından önem taşır. Kanun boşluğundan bahsedilmesi halinde hâkim, MK m. 1 uyarınca, örf ve âdet hukukuna göre karar verir. Bir hareket tarzının örf ve âdet hukuku kuralı olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu davranışa uymanın toplumda genel bir alışkanlık haline gelmesi, hareket tarzının hukuk kuralı olduğu ve buna uymanın zorunlu olduğu yönünde yaygın bir

²²⁰ **CANARIS**, s. 33, 39.

Plâna aykırı eksiklikten söz edilebilmesi için kanundaki düzenlemenin amacına ve ruhuna bakılarak eksik olduğu ve tamamlanmaya ihtiyaç gösterdiği kanaatine varılması gerekir. Plâna aykırılık ölçüsü, pozitif hukukun temelinde yer alan değerler ve amaçlar olarak ifade edilir. Belirtmek gerekir ki, olması gereken hukuk açısından ortaya konan talepler plâna aykırı eksiklik olarak kabul edilmezler. Bunlara ilişkin boşluğun doldurulması kanun koyucunun yetkisindedir. Bu bilgiler için bkz. **KIRCA**, Örtülü Boşluk, 92.

²²¹ **İMRE**, s. 172 vd; **DURAL/SARI**, s. 109 vd. *Gény* de, kanunun bir iradenin ürünü olduğunu ve kanun koyucunun iradesini göz ardı etmenin, kanunun temelini ve var oluş sebebini inkâr etmek anlamına geldiğini belirtmiştir. Bkz. **GÉNY**, s. 263 vd.

²²² Bu haller, kanun koyucunun hükmün kapsamı dışında kalan diğer hususları hükmün koruması dışında bıraktığı kabul edildiğinden bilinçli susma olarak adlandırılır. Bilinçli susmanın varlığı halinde kanun boşluğu söz konusu değildir. Örneğin, boşanmanın sebeplerine ilişkin hükümde sayılan sebepler sınırlı sayıdadır. Kanun koyucunun amacı, bu sebepler dışında kalan sebeplerle boşanmanın mümkün olmadığını belirtmektir. Sayılan sebeplerin başlıca boşanma sebebi örneği olduğunu kabul etmek hukuken doğru değildir. Bkz. **TEKİNAY**, s. 64 vd; **OĞUZMAN /BARLAS**, s. 88 vd; **İMRE**, s. 173 vd; **EDİŞ**, *Medenî Hukuk*, s. 117 vd; **DURAL/SARI**, s. 109 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 133.

kanaatin bulunması gerekir²²³. Dikkat edilmesi gereken husus, toplum hayatında ve iş çevresinde meydana gelmiş alışkanlıklar olarak kabul edilen ve kanun hükmünde açıkça kendilerine atıfta bulunularak objektif bir hukuk kuralı haline getirilmedikçe uyulması zorunlu olmayan alelâde âdetler ve teamüllerin örf ve âdet hukuku ile karıştırılmamasıdır.

Örf ve âdet hukukunda herhangi bir kuralın bulunmaması halinde, artık kanun boşluğundan değil hukukta boşluk kavramından bahsetmek gerekir²²⁴. Hukukta boşluk bulunması halinde hâkimin nasıl davranacağı yine MK m. 1’de düzenlenmiştir. Bu durumda, hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir²²⁵.

Hukuk boşluğunun bulunması halinde hâkime tanınan hukuk yaratma yetkisinde önemli olan, hukuk yaratılırken uygulanacak olan metottur. MK m. 1 uyarınca hâkim, kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre davranacağından, öncelikle benzer olaylara uygulanabilecek, genel ve soyut nitelikte bir kural koyar. Böyle bir kural koyabilmek için de, hâkim, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit etmek durumundadır²²⁶. Tarafların menfaatlerinden kasıt,

²²³ OĞUZMAN/BARLAS, s. 95 vd; İMRE, s. 182 vd; KÖPRÜLÜ, s. 107 vd; ARAL, s. 100 vd; KEYMAN, s. 71 vd; HATEMİ, s. 67 vd; DESCHENAUX, s. 96.

Toplumun hareket tarzının örf ve âdet hukuku olarak değerlendirilebilmesi için yukarıda belirttiğimiz şartlara ek olarak uygulamanın yargı organlarının benimsenmiş olması şartını da arayan görüşler için bkz. TEKİNAY, s. 66 vd; DURAL/SARI, s. 80 vd; VELİDEDEOĞLU, s. 35; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 89 vd; ATAAY, Medenî Hukuk, s. 119 vd.

²²⁴ DURAL/SARI, s. 114 vd; ESENER, Hukuk Başlangıcı, s. 257; KEYMAN, s. 68; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 131; EDİS, Medenî Hukuk, s. 115 vd.

Bu kavrama ihtiyaç bulunmadığı ve kullanılmasının pratik yararı olmadığı görüşü için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 88.

²²⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s. 88 vd; TEKİNAY, s. 70 vd; İMRE, s. 184 vd; EDİS, Medenî Hukuk, s. 116 vd; KEYMAN, s. 65 vd; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 131 vd.

Bu düzenleme bir anlamda Anayasa m. 36/ f. II’de ifadesini bulan “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki dâvaya bakmaktan kaçınmaz” hükmünün Medeni Hukuktaki yansımasıdır. Böylece hâkimin kanunda uyuşmazlık konusu meseleye uygulanacak bir hüküm bulunmaması sebebiyle uyuşmazlığı çözmekten kaçınması mümkün olmayacaktır. Aksi takdirde, hâkim HUMK m. 573/b.6 uyarınca sorumlu tutulacaktır. Ayrıca, MK m. 1 ile, hukuk kuralı yaratma yetkisi sadece hâkimlere tanınarak, bu yetkinin Anayasa’da öngörülmeyle başka bir organa devredilmesinin de önüne geçilmiştir. Bkz. ESENER, Hukuk Başlangıcı, s. 260 vd; DURAL/SARI, s. 114 vd; DESCHENAUX, s. 101 vd.

²²⁶ İMRE, s. 185 vd; EDİS, Medenî Hukuk, s.128 vd; TEKİNAY, s. 70 vd; ARAL, s. 206 vd; DURAL/SARI, s. 115 vd; KEYMAN, s. 68 vd; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 133 vd; DESCHENAUX, s. 101; METİN, s. 229 .

Menfaat içtihatçılığı akımının çıkış noktası, hukuk kuralı yaratırken temel alınan menfaatlerin değerlendirilmesidir. Menfaat içtihatçılığı akımı, kanunun yorumunda ve boşlukların

tarafların içinde buldukları özel şartların değerlendirilmesi suretiyle elde edilen menfaat durumu değil, bu özel şartlar dışında, tipik, belirli grup teşkil eden durumların göz önüne alınması neticesinde ulaşılan karşılıklı menfaat durumudur²²⁷. Hâkim korunması gereken menfaati belirlerken adil davranmak, hayatın ihtiyaçlarını göz önünde tutmak ve hangi sosyal amaca hizmet edeceğini düşünerek hareket edip hukukî güvenliği sarsmamak durumundadır. Dolayısıyla, hâkim sadece somut olayda uyuşmazlığı giderebilecek bir çözüm yaratmaktan, var olan hukuk düzenine hâkim birliği ve uyumu bozacak basit yorum yöntemlerinden kaçınmalıdır²²⁸.

“Eşyanın tabiatı” hâkimin hukuk yaratırken yararlanacağı araçlardandır. Menfaatin değerlendirilmesi suretiyle doğru ve adil, uygar hukukun bulunması eşyanın tabiatının değerlendirilmesi düşüncesinden kaynaklanır²²⁹. Zira, “eşyanın tabiatı”ndan anlaşılması gereken, belirli bir zamanda ve belirli bir toplumda, doğru veya iyi ve adil olan, insanın tabiatından, her türlü faaliyetinden ve sosyal olaylardan çıkan tabii kanunlardır. Yaşam ilişkilerinin kendi ölçü ve düzenlerini kendi içlerinde taşıdıkları, nesnenin kendi içinde düzeni olduğu kabul edilir²³⁰. Pozitif bir normun bulunmaması veya bulunsa bile eksik olması veya açık olmaması halinde eşyanın tabiatına başvurulur. Bu tabii kanunları tanımak, olayı ve unsurlarını daha net görebilmeyi ve menfaat değerlendirmesinin daha adil sonuçlanmasını sağlar²³¹. Eşyanın tabiatının göz önüne alınması doğru ve adil çözüm için önemli bir kriter olsa da tek kriter değildir. Hâkimin ayrıca, toplumun gerçeklerine ve kamu menfaatine uygunluk, pozitif hukuk kuralları ile çelişkiye düşmeyerek hukuk güvenliğini sağlamak gibi unsurları da hesaba katması gerekir²³².

doldurulmasında bir yandan menfaatleri esas alırken, diğer yandan da kanuna bağlılığı kabul eder. Bkz. **METİN**, s. 117 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 104 vd; **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 108 vd.

²²⁷ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 104 vd; **İMRE**, s. 188 vd; **ARAL**, s. 207 vd; **DURAL/SARI**, s. 115 vd; **KEYMAN**, s. 68; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 133 vd; **DESCHENAUX**, s. 102 vd.

²²⁸ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 105; **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 261 vd; **TEKİNAY**, s. 70 vd; **ARAL**, s. 206; **DURAL/SARI**, s. 115 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 134 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 127 vd; **İMRE**, s. 18.

²²⁹ **DESCHENAUX**, s. 103; **İMRE**, s. 189 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 127 vd; **ÖZSUNAY**, s. 216.

²³⁰ **ÖZSUNAY**, s. 216; **ARAL**, s. 207, dpn. 153.

²³¹ **İMRE**, s. 189 vd; **DESCHENAUX**, s. 103; Aksi halde hâkimin koyacağı kuralın toplumun gereksinimlerini karşılayamayacağı görüşü için bkz. **ÖZSUNAY**, s. 216.

²³² **DESCHENAUX**, s. 103; **İMRE**, s. 189 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 127 vd; **METİN**, s. 229.

Kanun boşluğunun mevcut olması halinde hâkim olaya esaslı derecede yakınlık gösteren, fakat, farklı bir durum için getirilmiş düzenlemeden kıyas yolu ile yararlanabilir²³³. Boşluğun kıyas yolu ile doldurulabileceğine dair bir hüküm mevcut değil ise, söz konusu kıyasen yararlanma MK m.1/f. II anlamında bir hukuk kuralı yaratılması anlamına gelir²³⁴. Kıyas (örnekseme, analogi) yolu ile kanundaki mevcut hükümler, temel düşünceleri ile benzerlik taşıyan, fakat, kanunda düzenlenmemiş diğer olaylara da uygulanır. Böylece bu konuda ortaya çıkan boşluğun hâkim tarafından doldurulmasına imkân tanınmış olur²³⁵. Bir kanunun birden çok hükmünden kıyas yolu ile yararlanılabileceği gibi, birden çok kanun arasında da kıyas yolundan yararlanılabilir²³⁶. Bunun yanı sıra, sadece yazılı hukuk kurallarından değil, örf ve âdet hukuku kurallarından ve hâkimin yarattığı kurallardan da kıyas yolu ile yararlanarak hukuktaki boşluk doldurulabilir²³⁷.

İfade etmek gerekir ki, hakkında kanuni bir hüküm bulunmakla beraber, mevcut hükmün somut olaya uygulanması kanunun ruhu, metni veya sistemi bakımından yönelmiş olduğu amaca aykırı düşerse yine kanun boşluğunun varlığını kabul etmek gerekir²³⁸.

²³³ **DESCHENAUX**, s. 105 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 106; **İMRE**, s. 191 vd; **DURAL/SARI**, s. 116.

²³⁴ **İMRE**, s. 191 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 106; **DURAL/SARI**, s. 116.

Örnekseme yolundan yararlanılması halinde kanun boşluğundan söz edilemeyeceği hususunda bkz. **TEKİNAY**, s. 64; **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 216.

Kanımızca, kıyas, kanunda düz ve zıt anlamı itibarıyla uyumsuzluğa uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmaması halinde ortaya çıkan kanun boşluğunun doldurulmasında yararlanılacak yöntemlerden biri olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla, bu durumda kullanılan yöntem bakarak artık kanun boşluğu bulunmadığından söz etmek hukuken doğru olmaz. Hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir hüküm koyacak idiyse ona göre hukuk kuralı yaratmakta yetkili ve görevlidir. Örnekseme yöntemi sadece adil, soyut ve genel nitelikte bir kural yaratabilmek için kullanılan araçtır.

²³⁵ Örnekseme metodunun ne zaman kullanılacağı önemli bir husustur. Zira, birbirine benzer fakat esaslı noktalarda farklılıklar içeren olaylarda söz konusu metod kullanılamaz. Bu yüzden örnekseme metodunun kullanılabilmesi için öncelikle kanunda düzenlenmiş olan olaya ilişkin olarak kıyasen yararlanılacak hükmün içeriğinde yer alan menfaat çatışması ile kanunda düzenlenmemiş olaydaki menfaat çatışması karşılaştırılarak, esaslı noktaların tespit edilmesi gerekir. Esaslı noktaların tespitinden sonra, iki olayın bu noktalarda da uyduğu kabul edilebiliyorsa artık kıyas yoluna gidilebilir. Bkz. **ARAL**, s. 211 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 133 vd; **KUNTALP**, s. 140 vd.

²³⁶ **ARAL**, s. 209.

²³⁷ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 134 vd.

²³⁸ **TEKİNAY**, s. 65; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 93; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 135; **KIRCA**, Örtülü Boşluk, s. 91 vd; BGE 60 II 178 = JdT 1934 I 589.

Buraya kadar ifade ettiklerimizi de göz önüne alarak kanun boşluğu ve sözleşme boşluğu arasındaki ilişkiyi incelersek, doktrinde bir görüş, aslında kanun boşluğu ve sözleşme boşluğu kavramlarının çok da farklı olmadığını, nitekim her ikisinde de boşluk doldurmak amacıyla izlenen yöntemin ve amacın aynı olduğunu savunur²³⁹.

Diğer bir görüş ise, sözleşmedeki boşluğun aslında hukuk düzeninde bir boşluk olduğunu, zira, kanunda boşluk olmasaydı sözleşme boşluklarının kanunların emredici veya yedek hükümleri ile doldurulacağını ileri sürer²⁴⁰.

Kanımızca, kanun boşluğu ve sözleşme boşluğu kavramları her ne kadar bazen aynı yöntemler ile doldurulmaya çalışılsa da farklı kavramlardır. Her ikisinde de izlenen yöntemin her zaman aynı olduğundan bahsedilemeyeceği gibi, izlenen amaç da aynı değildir²⁴¹. Zira, sözleşme ne kadar bireysel ve özel ise, kanun o kadar genel ve soyuttur. Kanunun amacı, aynı nitelikteki aynı tip bütün olaylara uygulanabilir bir çözüm getirmektir. Kanun belirli bir kişiye veya olaya has çözüm üretmez²⁴². Oysa sözleşme, tarafları arasında uygulama alanı bulur ve sadece tarafları bağlar. Bu sebeple de taraflara yönelik düzenlemeler içerir. Kişiler sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği yasal sınırlamalar çerçevesinde kalmak kaydıyla diledikleri içerikte sözleşme yapmakta serbesttirler. Bu durumda, sözleşme boşluğu doldurulurken tarafların iradeleri önem taşırken, kanun boşluğu doldurulurken toplumsal bir ihtiyacın giderilmesi amacıyla hareket edilir. Hâkim, önüne gelen somut olay neticesinde kanun boşluğu olduğuna kanaat getirirse, boşluğu doldururken uyuşmazlık konusu ilişkinin taraflarının iradelerini dikkate almaz, genel ve soyut nitelikte bir hüküm yaratır.

²³⁹ Zira, genelleştirilmeye müsait, çok sayıda benzer olayda karşılaşılabilecek bir problem için çözüm aranıyorsa, hâkimin, hukuk kuralı yaratmaktan başka çözümü olmadığı yönünde bkz. **OFTINGER**, Auslegung , s. 197 vd; özellikle s. 200.

²⁴⁰ *Mangold*, tamamlayıcı yorumun aslında kanun boşluğunun doldurulması anlamına geldiğini ileri sürmektedir. Bkz. **MANGOLD**, s. 2284. Benzer yönde bkz. **BUCHER**, AT, s. 186. Kanun boşluğu olmasaydı tamamlayıcı yorum sorunundan bahsedilemeyeceği, zira, bu durumda her sözleşme boşluğunun tamamlayıcı hükümler ile doldurulacağı yönünde bkz. **HENCKEL**, s. 122.

²⁴¹ **MALINVAUD**, s. 301 vd; **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 110 vd.

²⁴² **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 110 vd; **METİN**, s. 229.

Bazı hallerde kanun soyut, sürekli ve genel olmayan bir hüküm öngörebilir. Nitekim şekli kanun²⁴³ olarak adlandırılan kanunlar çıkarılması ya da sözleşmedeki boşluğun, somut olayın çok tekrarlanan ve benzerlerinden ayrılacak herhangi bir özellik taşımaması nedeni ile hâkim tarafından, MK m. 1/f. II uyarınca genel ve soyut, benzer olaylara da uygulanabilecek bir kural yaratılmak suretiyle doldurulması, kanun boşluğu ve sözleşme boşluğu kurumlarının aynı olduğunu göstermez, ancak, her iki boşluğun doldurulmasında da istisnai bazı hallerde aynı yöntemin izlenebildiğini ortaya koyar²⁴⁴.

B. Kıyas ile

Kıyas, kanun tarafından düzenlenmemiş bir konu hakkında, farklı bir durum için getirilmiş, fakat, düzenlenmeyen konu ile esaslı yakınlık gösteren hükümlerin uygulanmasıdır²⁴⁵. Kıyasta, hâkimin, benzer haller için getirilmiş kanun hükmünü, bir hükümle düzenlenmemiş olaya uygulaması söz konusudur. Kanun hükmünün doğrudan uygulanmasından farklı olarak burada, hüküm somut olaya benzerlik gösterdiği ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Kanun boşluğu olan hallerde söz konusu olan kıyas sözleşme boşluklarının doldurulmasında da bir yöntem olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla, kanun boşluğunun doldurulması başlığı altında kıyas yöntemi hakkında söylediklerimiz sözleşme boşluğunun doldurulması bakımından da geçerli olacaktır²⁴⁶. Sözleşmede bir boşluk bulunması halinde somut olayın şartları hâkimin boşluğu doldururken

²⁴³ **ESENER**, Hukuk Başlangıcı, s. 110 .

²⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1963 tarih ve 3/67 sayılı kararı (karar için bkz. RG. 31.5.1963, S. 11416) ile 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un kira parasının artışına ilişkin 2. ve 3. maddelerini iptal etmesi sebebiyle ortaya çıkan kanun boşluğu, Yargıtay'ın değişik tarihli kararları ile hâkimin hukuk yaratması yolu ile giderilmeye çalışılmıştır. Yargıtay'ın 18.11.1964 tarihli 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile, sözleşmede kira parasının sonraki dönemler için tespitine ilişkin hüküm bulunmaması halinde olağan rayicin esas alınması gerektiği, rayice uygun kira bedelinin tespit edilemediği hallerde ise hak ve nesafete göre uygun bir kira bedelinin kararlaştırılacağı kabul edilerek, genel ve soyut bir düzenleme ile kanun boşluğu doldurulmuştur. Bu konuda bkz. **BURCUOĞLU**, Kira Tespit Davaları, s. 3. vd. Sözleşmede kira parasının sonraki dönemler için tespitine ilişkin hüküm bulunmaması halinde kanun boşluğu ve sözleşme boşluğu çakıştığından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile bir yandan kanun boşluğu giderilirken diğer yandan da dolaylı olarak sözleşmedeki boşluk da doldurulmaktadır.

²⁴⁵ **İMRE**, s. 191 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 81; **DESCHENAUX**, s.105.

²⁴⁶ Bu konuda Bkz. § 1, IV, A.

nasıl bir yöntem izlemesi gerektiğini de belirler. Hiç şüphesiz hâkim boşluğu doldururken kıyas yönteminden yararlanabilir. Ancak, her sözleşme boşluğunun mutlak surette kıyas yönteminden yararlanılarak doldurulacağı söylenemez. Hâkim, MK m. 1 uyarınca sözleşmedeki boşluğun yedek hükümler ile tamamlanmasının mümkün olduğu hallerde somut olaya benzer bir düzenlemeden kıyasen yararlanabileceği gibi, sadece somut sözleşmeye özgü, bireysel hüküm yaratırken de kanundaki benzer hükümden kıyasen yararlanabilir. Bu son ihtimalde hâkimin sözleşmedeki bir hükümden kıyasen yararlanması da mümkündür.

C. Tahvil ile

Tahvil, hukuki işlemlerin geçerliliğini korumak amacıyla, kesin hükümsüz bir işlemin, kendisine yakın amaç güden ve aynı işlevi gören, geçerlilik şartlarını taşıdığı bir başka işleme dönüştürülmesidir²⁴⁷. Tahvil müessesesinden yararlanabilmek için, tarafların işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi yerine geçerli işlemi yapacaklarının kabul edilmesi gerekir²⁴⁸.

Tahvil ve sözleşme boşluklarının doldurulması müesseselerini birbirinden ayırt etmek uygulamada her zaman kolay olmaz. Ancak, iki müessese arasındaki en temel farklılık, tahvil müessesesinin sözleşmenin tamamen hükümsüz olması halinde devreye girmesidir. Oysa, sözleşmenin tamamlanmasından bahsedebilmek için geçerli ama boşluk içeren bir sözleşmenin varlığı gerekir²⁴⁹. Sözleşmenin kısmen geçersiz olduğu hallerde de sözleşme boşluğundan bahsetmek mümkündür. Sözleşmenin sadece bir veya bir kaç hükmünün geçersiz olması halinde ortaya çıkan boşluğun tarafların farazî iradesiyle doldurulması tahvil değil, içerik değiştirici kısmî

²⁴⁷ FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, s. 342 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 192; OĞUZMAN/ÖZ, s. 128 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 110 vd; von TUHR, 224 vd; ESENER, Hukuk Başlangıcı, s. 215 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 609 vd; KANETİ, s. 151 vd.

²⁴⁸ Tahvilin İsviçre ve Türk Hukukunda yasal bir düzenlemesi mevcut değildir. Buna rağmen öğreti ve mahkeme kararları ile kabul edilmiştir. Alman Hukukunda ise BGB § 140 tahvil müessesesini düzenlemektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 609 vd; von TUHR, 224 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 192; OĞUZMAN/ÖZ, s. 128 vd; TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP, s. 110 vd; KANETİ, s. 151 vd; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, s. 342 vd; ESENER, Hukuk Başlangıcı, s. 215 vd; SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s. 371, BAŞPINAR, s. 168.

²⁴⁹ KANETİ, s. 25 vd; WINIGER, CR, Art. 18, s. 115; ATF 103 II 176 c. 3,4 = JdT 1978 I 333; ATF 93 II 439 c. 5 = JdT 1969 I 37, kararlar için bkz. www.swisslex.ch; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 613 vd.

hükümsüzlüktür²⁵⁰.

Tahvilde geçersiz sözleşme yerine yeni bir işlem gerçekleştirilirken, sözleşme boşluğunun tamamlanmasında yeni bir işlemden söz edilmez. Sözleşme varlığını devam ettirir; sadece sözleşmedeki boşluklar hâkim tarafından tamamlanır²⁵¹.

Sözleşmedeki boşluk dolayısıyla sözleşme geçersiz ise hâkim, mümkünse tahvil ile sözleşmeyi dönüştürecek, sözleşmeyi geçersiz kılmayan bir eksikliğin söz konusu olması halinde ise, bu durumda sözleşmeyi tamamlayacaktır.

D. Uyarlama ile

Sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması araçlarından biridir. İki kavram birbiri ile çakışmaz. Zira, yeni koşullar mevcut olmasa bile, sözleşmenin boşluk içermesi mümkündür²⁵². Tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşp, ikinci derece hususlara ilişkin anlaşmayı ileriye bırakmaları veya uyumsuzluk konusu hususu sözleşme kurulurken öngörememeleri veya uyumsuzluk konusu husus ile ilgili çözümü sözleşmeye dahil etmeyi unutmaları halinde, değişen koşullardan söz edemesek de, sözleşmede bir boşluk olduğundan ve bunun hâkim tarafından doldurulabileceğinden bahsedebiliriz.

Uyarlamada ise, sözleşmesel ilişkide işlem temelinin çökmesi aranır²⁵³. Sözleşmenin kuruluşunda tarafların edimleri arasında var olan dengenin borçludan edimini yerine getirmesinin dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyeceği derecede

²⁵⁰ Tahvil ve kısmî hükümsüzlük arasındaki farklılığa değinirsek, tahvil kurumunda geçersiz sözleşme geçerlilik şartlarını taşıdığı bir başka sözleşmeye dönüştürülürken, diğer bir ifade ile, sözleşmenin tahvil ile niteliği değiştirilirken, kısmî hükümsüzlükte kısmen batıl olan sözleşmenin niteliğinin değişmesi söz konusu değildir. Sözleşmenin sadece bir veya bir kaç hükmü tahvil yolu ile değiştirilemez. Ancak, geçersiz sözleşmenin tamamının tahvil yolu ile farklı bir sözleşmeye dönüştürülmesi mümkündür. Nitekim, yoklukla malul sözleşmelerin de tahvil müessesesi ile bir başka işleme dönüştürülmesi kabul edilmez. Bu konuda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 613 vd; **KANETİ**, s. 17 vd; **BAŞPINAR**, s. 168; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 344 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 304 vd.

²⁵¹ **KANETİ**, s. 25 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 611.

²⁵² **THÉVENOZ**, La continuité des contrats, s. 183 vd; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 38; **ARAT**, s. 42.

²⁵³ **Yarg. HGK**, 19.2.1997, E. 1996/11-674, K. 1997/87; **Yarg. 14. HD**, 9.3.2006, E. 2005/8283, K. 2006/2681; **Yarg. 13. HD**, 28.6.2004, 2610/10082; **Yarg. 13. HD**, 9.6.2005, 1874/9749; **Yarg. 13. HD**, 12.6.2003, 4175/7683.

bozulmuş olması halinde, işlem temeli çökmüş sayılır²⁵⁴. Ayrıca, edimlerin arasındaki bu değişikliğin sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemeyen olağanüstü sebeplerden kaynaklanması şartı da aranır. Bu koşulların gerçekleştiğinin kabul edilmesi halinde sözleşmenin uyarlanması sözleşmenin düzeltilmesi veya tamamlanması ile mümkün olabilir²⁵⁵.

Koşulların değişmesi, tarafların bunu öngörememeleri veya öngörmelerine rağmen bu konuda düzenleme getirmeyi ihmâl etmeleri halinde sözleşmede boşluk yaratabilir. Ancak, tarafların koşulların değişmesini öngörmelerine rağmen, bu konuda düzenleme yapmayı ihmâl etmeleri ihtimalinde, tarafların suskunluğunun, göz önünde bulundurulmuş varsayımda sözleşme koşullarını değiştirmek istemedikleri anlamına gelmemesi gerekir²⁵⁶.

Aksoy Dursun, uyarlama halinde tamamlama sorunu çerçevesinde ele alındığı anlamda bir sözleşme boşluğu bulunmadığı, dolayısıyla bir tamamlama sorunu olmadığı görüşündedir²⁵⁷. Yazar, uyarlamada, tamamlamanın aksine sözleşmedeki kararlaştırılmış hükümlerin değiştirildiğini veya yürürlükten kaldırıldığını, tamamlamada ise sözleşmenin diğer hükümlerinin değiştirilmediğini belirtir. Yazar, uyarlamada hâkim tarafından risk dağılımının yapılması, bozulan edimler arası dengenin düzeltilmesi ve bu mümkün değilse sözleşmenin sona erdirilmesi gerekirken, sözleşmenin tamamlanmasında sözleşmenin değiştirilmesinin, düzeltilmesinin ya da daha adil bir sözleşme haline getirilmesinin söz konusu olamayacağını, hâkimin sözleşmenin ahengini bozmaksızın tarafların getirdiği diğer düzenlemelerle uyumlu bir hüküm getirmek suretiyle sözleşmedeki boşluğu dolduracağını ifade eder²⁵⁸. Yazar ayrıca, “taraflar edim dengesini bozan sebebi sözleşmenin kurulduğu sırada bilselerdi nasıl bir çözüm getirirlerdi?” sorusuna cevap

²⁵⁴ **Yarg. 11. HD**, 1.4.2002, E. 2001/10794, K. 2002/2870; **Yarg. 13. HD**, 9.6.2005, 1874/9749; **Yarg. HGK**, 7.5.2003, 13-332/340; **Yarg. 13. HD**, 3.4.2003, 1281/3909; **Yarg. HGK**, 13.12.2006, 13-784/796.

²⁵⁵ **THÉVENOZ**, s. 185 vd; Fransız Hukukunda farklı olarak, sözleşmelerin uyarlanmasının Alman Hukukunda olduğu gibi BGB § 242’deki dürüstlük kuralı benzeri genel bir ilkeye değil, güçsüz tarafın korunmasına ilişkin hukuki sosyal politikaya dayandığı hususunda bkz. **CASHIN-RITAINE**, s. 338 vd.

Kaplan, uyarlama halinde intibak boşluğunun veya riziko boşluğunun doldurulmasından bahseder. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 161.

²⁵⁶ **THÉVENOZ**, s. 184.

²⁵⁷ **AKSOY DURSUN**, s. 22 vd; Benzer yönde bkz. **BAYSAL**, Uyarlama, s. 117.

²⁵⁸ **AKSOY DURSUN**, s. 23 vd.

aramanın uyarılma açısından anlamsız olması nedeniyle, sözleşmelerin tamamlanması bakımından önem taşıyan farazî irade kavramının burada esas alınamayacağını ileri sürer²⁵⁹.

Kanımızca, uyarılma ile güdülen amacın, sözleşmenin değiştirilmesi, düzeltilmesi ya da adil bir sözleşme haline getirilmesi olarak kabul edilip, sözleşmenin tamamlanmasında güdülen amaçtan farklı olduğu gerekçesiyle uyarılma halinde tamamlama sorunu bulunmadığını kabul etmek pratik bir yaklaşım olmaz. Sonuçta, her iki kurum da aynı amaca hizmet eder; sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi gereği, sözleşmeyi geçersiz kılmaktansa geçerli hale getirmeyi hedefler. Uyarılma halinde amaç sonradan değişen koşullar sebebiyle bozulan dengelerin düzeltilmesi, adil bir risk dağılımının sağlanmasıdır. Bu amaç sözleşmenin hükümlerinin değiştirilmesi veya sözleşmenin sona erdirilmesi ile sağlanmaya çalışılır. Ancak, sözleşmenin sona erdirilmesi taraflardan birine zarar verecek ise sözleşmenin başka bir yöntemle ayakta tutulması ve menfaat dengelerinin bu şekilde sağlanması gerekir. Tamamlama da bu amaca hizmet eder. Kanımızca, dar anlamda sözleşmenin adil düzenini korumak amacı güden uyarılma, geniş anlamda bunu sözleşmeyi ayakta tutarak gerçekleştirmeyi hedefler ve tamamlamanın sözleşmeyi ayakta tutmaya hizmet etmesi göz önüne alındığında, geniş anlamda aynı amaçta birleştikleri görülür. Geniş anlamda aynı amacı gütmeleri elbette ki aynı kurum oldukları anlamına gelmez²⁶⁰; ama farklılıklarına rağmen zaman zaman örtüştüklerini kabul etmek gerekir²⁶¹. Nitekim, *Aksoy Dursun* da, her iki halde de ortaya çıkan boşluğun doldurulmasında hâkimin farazî ortak irade, sözleşmenin niteliği, kanunun tamamlayıcı hükümleri ve dürüstlük kuralı gibi benzer araçlardan yararlanacağını ifade ederek²⁶² aslında iki kurumun zaman zaman örtüşebileceğini benimsemektedir.

²⁵⁹ **AKSOY DURSUN**, s. 24.

²⁶⁰ *Akyol*, edimler arasında meydana gelen dengesizliğin boşluk yaratabileceğini ve bu boşluğun tamamlayıcı yorum ile ilkeleri uyarınca doldurulmasının uygun olacağını ifade ettikten sonra, tamamlayıcı yorumun daha geniş bir kavram olduğunu belirtir. **AKYOL**, Dürüstlük kuralı, s. 37; **KAPLAN**, Müdahale, s. 161 vd.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sebebe bağlı sonucun ikinci derece noktalara ilişkin olması ve sözleşmede düzenlenmemiş olması halinde sözleşmenin tamamlanmasından bahsedileceği hususunda bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 155 dnp. 510.

²⁶¹ Uyarılmanın sözleşmenin değiştirilmesi, tamamlanması veya sona erdirilmesi yolu ile gerçekleştirilebileceği yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 368.

Kira parasının zamana uydurulması durumunda tamamlayıcı yorumun kullanılabilmesi hususunda bkz. **AKYOL**, Dürüstlük kuralı, s. 36.

²⁶² **AKSOY DURSUN**, s. 22 vd.

O halde uyarlamada tamamlama sorunu olmadığından bahsetmek bizce doğru olmayacak, ayrıca, uyarlama halinde bir “intibak boşluğu” olduğundan bahsedilmesi de tamamlama sorunu olmadığı düşüncesi ile çelişki yaratacaktır.

Özellikle, uyarlama sırasında da hâkim tarafların makul sözleşenler olarak neyi kararlaştırmış olabileceklerini tespit etmeye çalışır ve bunu yaparken de tarafların menfaatini, her türlü şartı göz önüne alır²⁶³. Sözleşme taraflarının şartlar sonradan değişmese bile, sözleşme kurulurken bir hususu öngöremedikleri için düzenleme getirmemeleri halinde de, hâkim sözleşmeyi kendi koyacağı hüküm ile tamamlar. Bu durumda hâkim tarafların farazî ortak iradesine başvurur. Farazî ortak iradenin belirlenebilir olmaması halinde ise, dürüstlük kuralı gibi objektif kriterler ile farazî iradenin ortaya konacağı kabul edildiğinde, uyarlamada da tamamlama sorunu olabileceği ortaya çıkar.

Uyarlamada da tamamlama sorunu olabilmesi, iki kurumun aynı olduğu anlamına gelmez. Nitekim, uyarlama vasıtasıyla sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında, hâkim esaslı veya yan unsurlar fark etmeksizin sözleşmenin içeriğine müdahale edebilir. Diğer bir ifade ile, hâkim sözleşenlerden birinin veya her ikisinin esaslı borçlarını değiştirebilir veya ortadan kaldırabilir²⁶⁴. Buna karşılık, sözleşmenin tamamlanması kural olarak ancak, ikinci derece noktalarda söz konusu olabilir.

²⁶³ **KAPLAN**, Müdahale, s. 156 vd.

²⁶⁴ **KAPLAN**, Müdahale , s. 154. **BURCUOĞLU**, Uyarlama, s. 30 vd. Uyarlamada hâkimin sözleşmenin tümü üzerinde değişiklik yapabileceği hususunda bkz. **ARAT**, s. 42.

Ancak, Yargıtay bir kararında, “...*Emprevizyon (beklenmeyen durum) ilkesi uyarınca, sözleşme taraflarınca üstlenilen edimlerin daha sonra öngörülemeyen derecede koşulların değişerek taraflardan biri aleyhine edimler arası dengeyi temelden bozması üzerine yargıcın sözleşmeye müdahalesi istenebilir. Ancak, sözleşmenin esaslı unsurlarının değiştirilmesi sonucunu doğurucu uyarlama istenemez. Somut uyuşmazlıkta da, taraflarca kira bedelinin açıklanan biçimde hesaplanması yönünde bir irade uyuşumunu gerçekleştirmeye göre davacı artık mahkemeden başka bir ölçüt belirlenmesini isteyemez.*Anılan akaryakıt ürünlerinin ortalamasının belli bir birimle çarpımı yolu ile kira parasının saptanması öngörülmekle, kira bedelinin belirlenmesinde temel alınan bu ölçüte bağlı kalınarak, bu ölçütün bileşenlerinden birinin veya bir kaçının uyarlama koşulları varsa değişen duruma uygun kılınması yönünde bir çözüm istemine ilişkin davanın dinlenilebileceği dikkate alınmadan, salt davacının cirosu ve net kârı esas alınarak yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir...” demek suretiyle sözleşmenin esaslı unsurlarını değiştirecek şekilde uyarlama istenemeyeceği yönünde karar vermiştir. Karar için bkz. **Yarg. 11. HD**, 21.3.2002, 2002/2578, Yarg. Der. 2004, C. 30, S. 2, s. 230 vd.

E. Hâkimin Takdir Yetkisi ile

Takdir yetkisi, "... kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural-içi (*intra legem*) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdîleştirilip doldurulması yetkisi..." olarak tanımlanmaktadır²⁶⁵.

Hâkimin takdir yetkisi, Medeni Kanunun 4. maddesinde düzenlenir. Söz konusu maddeye göre, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Hakkaniyete göre karar verme, somut olayı şekillendiren bütün verilerin ele alınması, somut olayın bireyselleştirilmesidir. Somut olayın bireyselleştirilmesi için de menfaatlerin değerlendirilmesi gerekir²⁶⁶. Takdir yetkisi, somut olaydaki uyuşmazlığı çözmesi için hâkime, somut olayın şartlarını, hakkaniyeti, iyi niyeti, haklı sebepleri göz önüne alarak kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde, kanundaki hüküm içi boşluğu tamamlama yetkisi tanınması olarak da ifade edilebilir²⁶⁷.

Medeni Kanunun 4. maddesi hâkime genel yetki tanır; ancak, çeşitli kanunlarda değişik maddelerle hâkime takdir yetkisi tanındığı da görülmektedir²⁶⁸.

²⁶⁵ EDİS, Takdir yetkisi, s. 172; Doktrindeki benzer tanımlar için bkz. KÖPRÜLÜ, s. 131 vd; DESCHENAUX, s.123 vd; İMRE, s. 195 vd; ÖZSUNAY, s. 222.

²⁶⁶ ÖZSUNAY, s. 228 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 85 vd; PERRIN, s. 230 vd; DESCHENAUX,, s.124 vd; DİNÇKOL, s. 226 vd.

²⁶⁷ DESCHENAUX, s.125 vd; MORIN, Les articles 2 et 4 CC, s. 217 vd; ROY/ SCHOENENBERGER, s. 327 vd; PERRIN, s. 228 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 85 vd; VELİDEDEOĞLU, s. 65 vd; KÖPRÜLÜ, s. 130 vd; İMRE, s. 195 vd; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 143,145 vd; ÖZSUNAY, s. 227 vd; DURAL/SARI, s. 106; TEKİNAY, s. 73.

MK m. 4 ile hâkime tanınan bu yetkiyi boşluğu doldurup doldurmama bakımından bir serbesti olarak algılamamak gerekir. Hâkim, takdir yetkisini kullanması gereken şartların oluşması halinde bu yetkiyi kullanma yükümlülüğü altındadır. (HUMK 573/ b.6) Dolayısıyla, MK m. 4 ile hâkime tanınan yetki aslında bir serbesti değil bir ödevdir. Bkz. EDİS, Medenî Hukuk, s. 191; MANAİ, s. s. 57 vd; ATF 100 II 187, 188-189; karar için bkz. www.admin.ch, ATF 98 II 164 = JdT 1973 226, s. 227.

²⁶⁸ Borçlar Kanununun "*İhmal yüzünden hata*" yan başlığını taşıyan 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...hakkaniyet icabederse..." ifadesi, "*Boşanmada tazminat ve nafaka, maddi manevi tazminat*" yan başlığını taşıyan Medeni Kanun m. 174/f. II'de yer alan "...uygun miktarda...." ifadesi, yine Medeni Kanunun 698. maddesinde yer alan "...uygun olmayan zaman..." ifadesi hâkime diğer maddelerle tanınan takdir yetkisine örnektir. FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s.

Kanun koyucu, bazı hallerde getirdiği düzenleme ile genel bir sınır çizmekle yetinip, yasanın tamamlanmasını somut olayı çözen hâkime bırakır. Bu durumda kanun koyucunun isteyerek hüküm içi boşluk bırakmasından bahsedilir. Hâkim bu yetkisini hakkaniyete göre kullanır²⁶⁹. Hakkaniyet, hukuk kuralları ile somut olayın ilişkisini doğru bir şekilde kurmayı sağlayan tekniktir²⁷⁰. Dolayısıyla, hâkimin ortaya koyacağı çözüm her somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle tespit edileceğinden, bireysel bir çözüm olacaktır²⁷¹.

Hâkim, ilk olarak somut olayın koşullarını (kişileri, yeri ve zamanı) incelemekle işe başlar. Zira, bu koşullar kendisi için haklı sebep oluşturabilir. Daha sonra hâkim, menfaatleri dengelemeye, korunması gereken menfaati tespit etmeye çalışır²⁷². Diğer bir deyişle, hâkim boşluğunu doldurduğu hüküm ile bağlıdır. Hâkim bu hükmün çizdiği sınırlar çerçevesinde kararını oluşturmak durumundadır²⁷³. Takdir yetkisine görünüşte kanun koyucu tarafından bir sınır getirilmediği hallerde de, hâkim serbest değildir. Bu durumda hâkim, kuralın var oluş nedeninin sınırları içinde kalmak kaydıyla kararını oluşturmak zorundadır²⁷⁴.

16.

Hâkime tanınan takdir yetkisi olguda olabileceği gibi hukuki sonuçta da olabilir. Cezai şartın tenkisinde olduğu gibi takdir yetkisinin her ikisine ilişkin olarak tanınması da mümkündür. Zira, hâkim burada önce cezai şartın fahiş olup olmadığına, cezai şartın fahiş olduğu kanaatine varırsa daha sonra bundan ne miktarda bir indirim yapılacağına karar verir.

²⁶⁹ **KÖPRÜLÜ**, s. 131 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 145 vd; **PERRIN**, s. 208; ATF 100 II 187, 188-189; karar için bkz. www.admin.ch, ATF 98 II 164 = JdT 1973 s. 227.

Hak ve nısfetin bütün olarak hakkaniyeti ifade ettiği ve hâkimlerin görevlerini yerine getirirken dikkate almak durumunda oldukları “iç sınır” olduğu hususunda bkz. **EGGER**, s. 113 vd; **DİNÇKOL**, s. 215 vd.

Kararın sadece hakkaniyete değil, aynı zamanda hukuka da uygun olması gerekir. Hukuk ve hakkaniyet kavramları birlikte kullanılır. Hâkimin takdir yetkisinin sınırını çizen bu kavramlar birbirini tamamladıklarından, sadece birine göre karar verilmesi mümkün değildir. Bkz. **MANAİ**, s. 57, s. 86 vd.

²⁷⁰ **ROY/SCHOENENBERGER**, s. 327 vd; **DESCHENAUX**, s.131 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 146.

²⁷¹ Hâkimin takdir yetkisini kullanması hukuk kuralı yarattığı anlamına gelmez. Hâkim sadece kendisine takdir yetkisi tanıyan hükmün sınırları içinde kalarak ferdi bir çözüm bulmaya çalışır. Bkz. **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 192 vd; **VELİDEDEOĞLU**, s. 64 vd; **OGUZMAN/BARLAS**, s. 85 vd.

²⁷² **ROY/SCHOENENBERGER**, s. 328 vd.

²⁷³ **OGUZMAN/BARLAS**, s. 85 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 142 vd; **EGGER**, s. 214.

²⁷⁴ Takdir yetkisinin alanı belli bir olay, belli bir olayın unsurları veya hukuki sonuçları olarak kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Hâkime takdir yetkisi veren hükümde takdir yetkisine ilişkin bir sınır mevcut değilse, bu takdirde hâkim, söz konusu hükmün ratio legis'inin çizdiği sınırlar çerçevesinde yetkisini kullanır. Bkz. **EDİS**, Takdir yetkisi, s. 185; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 204 vd; **DİNÇKOL**, s. 218 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 142 vd.

Takdir yetkisi ile sözleşme boşluğunun doldurulması arasındaki ilişkiye gelince, takdir yetkisinde hâkim, sadece kendisine kanunen takdir yetkisi tanınan hallerde, ancak hak ve nispetle hüküm tesis edebilir²⁷⁵. Hâkim, somut olayın şartlarını göz önüne alarak en doğru çözümü bulmak için yetkilendirilir²⁷⁶. Kanunun metninden hâkime takdir yetkisi verildiği açıkça anlaşılmasa bile kanun metninin yorumundan da takdir yetkisinin tanındığı anlaşılabilir. Aksi halde, hâkim takdir yetkisini ileri sürerek kararını oluşturamaz. Ancak, belirtmek gerekir ki, hâkim takdir yetkisine içtihatların oluşturduğu kurallar gereğince de başvurabilir. Güven nazariyesi ve sözleşme boşluklarının tarafların farazî iradeleri ile doldurulması buna en belirgin örnekler olarak gösterilebilir. Güven nazariyesinde, muhatabın, kendisince bilinen tüm hâl ve şartları MK m. 2/f. I uyarınca dürüstlük kuralı ışığında değerlendirmesi neticesinde, beyana vermesi gereken anlam araştırılırken²⁷⁷, sözleşme boşluğunun tarafların farazî iradesi ile doldurulmasında, sözleşme kurulurken taraflar eksik olan hususu nasıl bir hükümle tamamlarlardı sorusunun cevabı aranır. Her iki örnekte de, olayın koşullarına gönderme yapılması hâkimin takdir yetkisine ilişkin Medeni Kanun m. 4'e yapılan açık atıf olarak kabul edilir²⁷⁸.

²⁷⁵ **EDİS**, Takdir yetkisi, s. 181 vd; **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 222 vd; *Dinçkol*, hakkaniyetin daha dar kapsamlı ve bireysel, adaletin ise daha genel ve ideal olduğunu ifade eder. Yazar ayrıca, hakkaniyetin, kuralın olaya göre şekil almasını, dolayısıyla, adaletin gerçekleşmesini sağladığını belirtir. **DİNÇKOL**, s. 229.

²⁷⁶ **ROY/ SCHOENENBERGER**, s. 328.

²⁷⁷ Hâkimin takdir yetkisi, yorumdan farklıdır. Zira, yorum ile bir metnin anlamı tespit edilmeye çalışılırken, takdir yetkisinde hâkime daha geniş bir özgürlük sunulur ve kanun metninin lafzını ve ruhunu kararlarına kriter olarak almaksızın bir çözüm bulma yetkisi tanınır. Bkz. **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 222 vd; **ROY/ SCHOENENBERGER**, s. 328; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 195; **DESCHENAUX**, s. 126, dpn. 18.

Takdir yetkisiyle hâkime tanınan özgürlüğün sınırsız bir özgürlük olmadığı yönündeki federal mahkeme kararları için bkz. ATF 63 I 264= JdT 1938 156, s. 158; ATF 73 IV 82, JdT 1947 IV 102 s. 105.

Ancak, takdir yetkisinin yorumdan tamamen bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim, hâkim kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı hüküm içi boşluğu doldururken, bu normun anlamını da mümkün olduğunca belirlemeye çalışır. Hükmün anlamını belirlerken kullanacağı araç da hiç şüphesiz yorumdur. Ancak, bir metnin anlamının belirsiz olduğu hallerde, bu belirsizliğin giderilmesi hâkimin takdir yetkisinin kapsamına değil yorumlama faaliyetinin kapsamına girer. Bkz. **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 224 vd; **MANAİ**, s. 130 vd.

²⁷⁸ **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 217 vd; ATF 83 II 297= JdT 1958 I 474; ATF 113 II 484= JdT 1990 I 210, karar için bkz. www.swisslex.ch.

Aksoy Dursun, hâkimin sözleşmeyi tamamlama yönündeki takdir yetkisini kanuni hükümlerin vermiş olabileceğini ifade ettikten sonra, bu yetkinin MK m. 4'e dayandığını, hâkime takdir yetkisi veren hüküm içi boşluk hallerinde hâkimin sözleşme boşluğunu kendi koyduğu hüküm ile tamamlayacağını belirtmektedir. Yazar daha sonra, her iki durumda da somut olayın şartlarının dikkate alınması bakımından iki kurumun birbirine benzediği söylenebilse de tamamlayıcı yorumun farazî ortak iradeye dayandığını, ancak, takdir yetkisinin farazî ortak irade ile ilgisinin olmadığını, ayrıca takdir yetkisinde hüküm içi boşluğun doldurulması hedeflenirken, tamamlayıcı yorumun sözleşmedeki boşluğu tamamlamaya hizmet ettiğini ileri sürmektedir. Bkz.

Güven nazariyesinde olduğu gibi, MK m. 3/f. II de durumun gereklerine göre, kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyi niyet iddiasında bulunamayacağını belirterek, hâkimi koşullara göre hüküm tesis etmekle görevlendirir; böylece, hâkimi MK m. 4'e gönderir²⁷⁹.

Buraya kadar söylediklerimiz göz önüne alındığında görülmektedir ki, hâkim takdir yetkisi ile hüküm içi boşluğu doldurur. Ancak, her sözleşme boşluğunun doldurulması hüküm içi boşluğun doldurulması niteliğinde olmayacağından hâkimin her tamamlama faaliyeti de hüküm içi boşluğun doldurulması anlamını taşımaz. Bunun yanı sıra, hüküm içi boşluk söz konusu olmasa da, hâkim sözleşmeyi takdir yetkisine dayanarak doldurabilir. Sözleşme boşluklarının dürüstlük kuralı uyarınca doldurulmasında hâkimin takdir yetkisi söz konusudur²⁸⁰. Sözleşmede haklı sebeple feshin öngörüldüğü hallerde, haklı sebeplerin neler olduğunun hâkim tarafından tespiti de kanımızca takdir yetkisinin kullanılması suretiyle sözleşmedeki boşluğun dürüstlük kuralı uyarınca doldurulmasına örnektir. Bunun dışında, sözleşmenin uyarılama suretiyle tamamlanacağı hallerde sözleşme adaletini sağlamaya çalışan hâkim, takdir yetkisini kullanarak bir hüküm oluşturur²⁸¹. Hâkimin takdir yetkisini kullandığı hakkaniyete dayalı bu karar, hüküm içi boşluğu doldurmasa da sözleşmedeki boşluğu doldurur.

§2. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN TESPİTİ

I. Genel Olarak

Sözleşmenin tamamlanması ve yorumlanması faaliyetlerinin farklı, ancak birbirleri ile sıkı bağlantısı olan faaliyetler olduğunu yukarıda ifade ettik. İki faaliyet arasındaki bu sıkı ilişki, gerek sözleşmede boşluk bulunup bulunmadığı araştırılırken gerek sözleşmedeki boşluğu dolduracak hüküm oluşturulurken açık bir şekilde kendini göstermektedir. Zira hâkim, önce sözleşmede bir boşluk olup olmadığını tespit etmek için yorum faaliyetinde bulunacak, bu faaliyet neticesinde sözleşmede

AKSOY DURSUN, s. 92, 143.

²⁷⁹ **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 226 vd; Bu durumda takdir yetkisinin hâkime dolaylı olarak verildiğine ilişkin bkz. **ERMAN**, s. 58.

²⁸⁰ **KÖPRÜLÜ**, s. 134.

²⁸¹ Bkz. §6, VI.

bir boşluk olduğu kanaatine varırsa, yine sözleşmeyi yorumlayarak, boşluğu dolduracak en uygun aracı ve yöntemi tespit etmeye çalışacaktır. Bu sebeple, yorum kavramına değinmeden tamamlamadan bahsetmek eksik olacağından, biz çalışmamızın bu bölümünde boşluğun tespitine yönelik yoruma, daha sonra da sözleşmedeki boşluğun doldurulmasına ilişkin yorum faaliyetine değineceğiz. Ancak, belirtmek gerekir ki, yoruma ilişkin vereceğimiz bilgiler tamamlama faaliyeti bakımından bize yardımcı olacak bilgiler ile sınırlı olacaktır.

II. Sözleşme Boşluğunun Tespitine Yönelik Yorumlama Faaliyeti

Kullanılan kelimeler ve değişik ifade tarzları çoğu zaman irade beyanın anlamını şüpheli hale getirdiğinden bu gibi durumlarda yorum daha fazla önem arz eder. Özellikle günümüzde, kişiler gerek iş hayatının gerektirdiği hız, gerekse gelişen hayatta her konuda uzmanlığa sahip olamamaları ve de hukuk ve dil bilgilerindeki zayıflık sebebiyle iradelerini eksiksiz ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koyamazlar²⁸². Bu durumda, beyanların anlamı hususunda taraflar arasında uyumsuzluklar çıkar ve uyumsuzlukların çözümünde beyanda kullanılan kelimelerin, ifadelerin olduğu gibi kabulü yeterli olmaz²⁸³.

Sözleşmenin yorumlanması, sözleşme kurulduktan sonra taraflar arasında sözleşme şartlarının anlamına ilişkin olarak ortaya çıkan uyumsuzluğun hâkim tarafından giderilmesidir²⁸⁴. Yorum ile karşılıklı beyanların ihtiva ettiği anlam tespit

²⁸² **BOSSHART**, s. 28 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 351; Dilin kullanımının yol açtığı sorunlar ve dilin boşluk oluşturmaya açık bünyeye sahip olmasının yorum ihtiyacı doğurduğuna ilişkin bkz. **METİN**, s. 144 vd.

²⁸³ **von TUHR**, s. 267 vd; **ARSEBÜK**, s. 378 vd; **KÖTZ**, s. 268 vd.

“Anlam” ve “amaç” birbirlerini tamamlar. Dolayısıyla, bunların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bir kavramın anlamının ortaya konması dilsel analiz ile mümkün olacağından, “anlam” ın temelinde bir dil problemi olduğu yönünde bkz. **METİN**, s. 148 vd.

Kullanılan kelimelerin yorumda yetersiz kalması halinde diğer yorum kurallarına başvurulacaktır. Bu kurallar, Borçlar Kanunu m. 75 (İBK m. 76), 76 (İBK m. 77), 78 (İBK m. 79) gibi tarafların iradelerinin yorumlanmasına yönelik özel yorum kuralları veya hukuken kabul edilen diğer yorum ilkeleridir. Belirtmek gerekir ki, bu kuralların da uygulama alanı bulabilmesi için yorumlayıcı hukuk kaidesindeki çözümün tarafların iradesine uygun olması gerekir. Tarafların söz konusu maddede getirilen çözümden uzaklaşmak istedikleri kabul edilebiliyorsa artık yorumlayıcı hukuk kuralı tarafların iradeleri hilafına uygulama alanı bulamaz. Bkz. **GUGGENHEIM**, T.I, s. 125 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 151.

²⁸⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 331 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 350 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 422 vd; **KAPLAN**, Müdahale, 31 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 170 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 173 vd.

edilerek sözleşenlerin amaçladıkları hukuki sonuçlar belirlenir²⁸⁵. Yorumun konusu irade beyanları olabileceği gibi “iradeyi ortaya koyan fiili davranışlar” da olabilir²⁸⁶. Hakim, mevcut sözleşme şartlarının içeriğini, tarafların irade açıklamalarını ve sözleşme bütününe göz önüne alarak belirler. Amaç, tarafların gerçek iradelerinin veya gerçek ortak arzunun²⁸⁷ tespiti mümkün değilse, farazî iradelerinin tespittir²⁸⁸.

Nispiilik ilkesi uyarınca sözleşmeden doğan hak ve borçlar sadece sözleşme taraflarını ilgilendireceğinden, hâkimin sözleşmeyi yorumlayabilmesi için sözleşme tarafları arasında bir yorum uyumsuzluğunun söz konusu olması gerekir. Taraflar arasında böyle bir yorum uyumsuzluğunun mevcut olmaması halinde, hâkimin re’sen sözleşmenin yorumlanmasına karar vermesi mümkün değildir²⁸⁹.

BK m. 18’de açıkça ifade edildiği üzere, bir akdin şekil ve şartlarını tayinde tarafların hakiki ve müşterek iradelerini aramak gerekir²⁹⁰. Gerçek iradenin tespiti

²⁸⁵ **VON TUHR**, s. 267 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 350 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 177 vd; **ARSEBÜK**, s. 377 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 150; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 331 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 148 vd; **KAPLAN**, Yorum, s. 421 vd; **KANETİ**, s. 19 vd; **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 370 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 235 vd; **BOSSHART**, s.15 vd; **GUGGENHEIM**, T. I, s. 119 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 173; **AUBRY/RAU**, s. 482 vd; **DELEBECQUE/PANSIER**, s. 202 vd.

²⁸⁶ Bir kimsenin hukuki sonuca yönelik arzusu bulunmadığı halde, tutum veya davranışı sanki o yönde irade beyanı varmış gibi değerlendiriliyor ve tutum ve davranışına hukuki sonuç bağlanıyorsa, buna “iradeyi ortaya koyan davranış” (*factum concludens*) denir. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 150 vd; **VON TUHR**, s. 156; **EREN**, Genel Hükümler, s. 427; **KAPLAN**, Müdahale, s. 31 vd.

²⁸⁷ **Yarg. 15. HD**, 30.4.1981, 502/977, , Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr); **JALUZOT**, s. 159 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 235 vd; **GAUDEMET**, s. 207 vd; **DEMOGUE**, s. 493 vd.

²⁸⁸ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 377 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 174 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 32; **GAUDEMET**, s. 207 vd; **CANARIS/ GRIGOLEIT**, s. 447; **EREN**, Genel Hükümler, s. 423 vd.

²⁸⁹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 423 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 351; **KAPLAN**, Yorum, s. 426.

Sözleşmenin yorumlanmasına yönelik açılacak davalar hakkında bilgi için bkz. §7, I.

²⁹⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 150 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 354 vd; **DESCHENAUX**, s. 157 vd; **BOSSHART**, s. 65 vd.

Winiger, İsviçre Borçlar Kanunu m. 18’in, açık bir biçimde olmasa da sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel yasal bir düzenleme içerdiğini, hatta söz konusu maddenin İsviçre Hukukunda sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin temel kural olduğunu ifade eder. Bkz. **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 83 vd.

Ancak, *Kocayusufpaşaoğlu*, yanlış belirtme zarar vermez kuralı açısından ele alındığında, BK m. 18/f. I’in gerçek bir yorum kuralı olmadığını kabul eder. Yazar, yanlış belirtme zarar vermez kuralı bakımından ele alındığında, BK m. 18/f. I’in bilinmeyen iradelerin tespitine ilişkin bir düzenleme içermediğini, oysa yorumun amacının bilinmeyen gerçek iradelerin araştırılması olduğunu ifade eder. Bununla beraber yazar, maddenin, lâfza dayalı yorumun kanun koyucu

sübjektif yorum metodu ile gerçekleştirilir²⁹¹. Taraflarca kabul edilen gerçek ve sübjektif anlam araştırıldığından, bu yöntem sübjektif yorum metodu olarak ifade edilir. Ancak gerçek iradelerin tespiti çoğu zaman mümkün değildir. BK m. 18 bilinmeyen iradenin nasıl araştırılacağına ilişkin bir hüküm içermez; fakat, doktrinde bu durumda artık farazî iradenin araştırılması gerekeceği, farazî iradenin araştırılmasının da ancak objektif yorum metodu ile mümkün olacağı kabul edilir²⁹². Zira, muhatabın, sözleşmede yer alan ve uyumsuzluk konusu olan beyana, dürüstlük kuralı uyarınca mevcut hâl ve şartlar altında vermesi gereken anlam farazî iradeyi oluşturur²⁹³. İradenin dürüstlük kuralı uyarınca değerlendirilmesi, iradenin objektifleştirilmesi olarak ifade edilir ve bu suretle elde edilen uyuşma da normatif uyuşma olarak adlandırılır²⁹⁴.

Dürüstlük kuralı ışığında dürüst ve makul sözleşenlerin kurulan sözleşme ile ne istemiş sayılacakları sorusunun cevabı, ortak anlamı tespit etmek bakımından belirleyici olacağından²⁹⁵, MK m. 2/f. I, sözleşmelerin yorumlanması bakımından

tarafından kabul edilmediğini açıkça belirttiğini, bu sebeple de yorum açısından işe yaramaz olarak da değerlendirilemeyeceğini ileri sürer. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 332.

²⁹¹ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 85 vd; **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 450 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 173 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 32, 43 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 178; **TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 148 vd. **CORBOZ**, s. 271 vd; **ROUILLER**, s. 50.

RO 95 II 547 = JdT 1971 I 55, RO 106 II 226 = JdT 1981 I 280, kararlar için bkz. www.swisslex.ch; ATF 121 III 118 c. 4b/aa, karar için bkz. www.admin.ch.

²⁹² **BOSSHART**, s. 65 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 85; **KANI**, s. 109 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 178; **KAPLAN**, Müdahale, s. 32, 40vd; **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 450 vd; **PATRY**, s.136; ATF 121 III 118 c. 4b/aa, karar için bkz. www.admin.ch.

²⁹³ **GAUDEMET**, s. 206 vd; **DESCHENAUX**, s. 157 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 40 vd.

²⁹⁴ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 52; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 135 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata , s. 11; **TERCIER**, Le contrat, s. 216 vd; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 47 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 107 vd.

²⁹⁵ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356 vd; **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 331 vd; **ERMAN**, s. 102 vd; **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 452 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 174 vd.

Güvenin korunması sosyal ve ticari ilişkinin gereğidir. Zira, kişiler ne denmek istediği ile değil ne söylenildiği ile bağlıdır. Bu konuda bkz. **KÖTZ**, s. 268 vd.

Sözleşme taraflarının çözülmesi gereken bir sorun olduğuna ve bu sorunun çözümüne dair hemfikir olmaları, fakat, buna rağmen iradelerini açığa vurmamaları halinde BK m. 1/f. II anlamında zımnî iradede bahsedilemez. Zira, tarafların ifade etmedikleri iradelerin hiçbir hukuki etkisi yoktur. Bu durumda sadece öngörülen çözümün, taraflar bu konuyu düzenleselerdi açıklayacakları iradelerine uygun olduğu sonucuna varılır. Dolayısıyla, artık zımnî iradede değil, farazî sözleşme kaydından söz edilebilir. Bkz. **PIOTET**, Le complèment judiciaire du contrat, s. 651 dñ. 11; **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 51; **von TUHR**, s. 268 vd.

BK m. 18'den daha önemli bir rol oynar²⁹⁶. Görüldüğü üzere yorum, dayanağını MK m. 2/f. I'de ifade bulan dürüstlük kuralından almaktadır²⁹⁷. Bu çerçevede, hâkimin tarafların gerçek iradelerini²⁹⁸, bu mümkün değilse farazî iradelerini tespit etmesi, sözleşmenin yorumlanmasının içeriğini oluşturur²⁹⁹.

Tarafların farazî iradesinin tespitinde, diğer bir ifade ile sözleşmenin yorumlanmasında kabul edilen bu teoriye güven teorisi adı verilir³⁰⁰. İrade açıklamasının gerçek iradeye göre yorumlanması ve anlamının tespit edilmesi ilkesi alışveriş hayatındaki işlem güvenliği gerekliliği sebebiyle güven teorisi uyarınca yumuşatılmıştır³⁰¹. Her ne kadar güven teorisi irade beyanlarının yorumlanması ile ilgili olsa da, yorum uyumsuzluğunun taraflardan birinin irade beyanına verilecek anlama ilişkin olması halinde, sözleşmelerin yorumlanmasında da bu teorinin esas alınacağı kuşkusuzdur³⁰².

Temelini, MK m. 2'de ifade edilen dürüstlük kuralından alan klasik güven teorisi³⁰³ uyarınca, somut olayda beyana verilmesi gereken anlamın tespitinde makul

²⁹⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333 vd;

²⁹⁷ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356 vd; **TEKİNAY**, s. 76 vd.

²⁹⁸ Gerçek iradenin tespiti açık irade beyanının yorumu ile gerçekleşebileceği gibi zımnî irade beyanının yorumu ile de gerçekleşebilir. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 32, 40 vd; **KIRCA**, Sorumluluk, s. 87 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 150 vd.

²⁹⁹ Farazî iradeye ancak gerçek iradelerin tespitinin mümkün olmaması halinde başvurulacağı hususunda bkz. **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 85; **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 654 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 241; **CHAPPUIS**, Le texte clair du contrat, s. 9 vd. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 106 II 226, 230= JT 1981 I s. 276, 280; ATF 111 II s. 284, 287= JT 1986 I s. 96 (www.swisslex.ch). ATF 121 III 118 c. 4b, karar için bkz. www.admin.ch.

Yarg. 15. HD, 29.5.1986, E. 1985/4058, K. 1986/2204 sayılı kararı için bkz. YKD 1986, C. 12, S. 11, s. 1681.

³⁰⁰ Güven teorisi, irade beyanlarının objektif anlamlarına bakılmaksızın, muhatabın iyi niyetle vereceği anlamın araştırılmasına üstünlük tanıdığından temelini dürüstlük kuralından almaktadır. Bkz. **TEKİNAY**, s. 76 vd. Bu teori, *Piotet* tarafından etkili görünüş teorisi (*théorie de l'apparence efficace*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **PIOTET**, Formation du contrat, s. 47 vd.

³⁰¹ **KANETİ**, s. 21 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 11.

³⁰² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 335 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356 vd; **KANETİ**, s. 21 vd; **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 213 vd.

Gerçek ortak iradenin tespiti mümkün değilse iradenin güven nazariyesi uyarınca yorumlanacağı ve bunun bir hukuk sorunu olduğu hakkındaki Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 129 III 118, cons. 2.5; aynı yönde ATF 126 III 375, cons.2e/aa. Tarafların davranışlarının güven nazariyesi uyarınca değerlendirileceğine ilişkin bkz. ATF 127 III 279, cons. 2c/ee (kararlar için bkz. www.admin.ch).

³⁰³ Doktrinde bazı yazarların, karşı tarafın beyana haklı güveninin korunması düşüncesi ile beyan nazariyesi ifadesini güven nazariyesi anlamında kullandıkları, ancak, beyana muhatabın değil de somut olaya yabancı 3. kişilerin objektif olarak verecekleri anlamın esas alınacağı sistemin de

ve dürüst düşünen üçüncü kişilerin beyana vereceği anlamın esas alınması gerçek beyan sahibinin haklı menfaatini korumadığı, yorumda subjektiflikten uzaklaşıldığı gerekçesiyle bazı yazarlarca³⁰⁴ eleştirilmiştir. Bu yazarlar, beyanın, bu sakıncaları gidermeyi amaçlayan “yeni güven teorisi” ile yorumlanması gerektiğini kabul etmektedirler³⁰⁵. Klasik güven teorisinden farklı olarak, yeni güven teorisinde artık muhatabın farazî bir üçüncü kişiymiş gibi değerlendirilmesi söz konusu değildir³⁰⁶.

Dikkat etmek gerekir ki, güven teorisi ancak özel durumlarda uygulama alanı bulur ve irade beyanının hukukî sonuçlarını doğurmasını iç iradeye bağlayan irade teorisinin yerini alır³⁰⁷. Karşı tarafın, beyan sahibinin beyanına yansımamış gerçek iradesini anlayıp kabul etmesi halinde, beyan, irade teorisine göre sonuç doğurur. Sözleşme, beyan sahibinin gerçek iradesine göre kurulur. Beyanın yorumlanması neticesinde beyan sahibinin gerçek iradesinin beyanına uymadığının anlaşılması halinde güven nazariyesi devreye girer ve karşı tarafın güvenini korumak adına beyana hukuki sonuç bağlanır³⁰⁸.

Hâkim yorum yaparken serbest değildir. Sözleşme hükümlerinden çıkan anlama ve sözleşmenin değerlendirilmesine bağlıdır³⁰⁹. Bu sebeple, yorum yapılırken

beyan nazariyesi kapsamına girdiği düşünüldüğünde, güven nazariyesinin sınırlarının daha iyi çizilerek ayrı bir isimle adlandırılması gerektiği hususunda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 7, dñn. 21. **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 50 vd.

³⁰⁴ **EREN**, Genel Hükümler, s. 141 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 43 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 72 vd; **TEKİNAY**, s. 168 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 6 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 50 vd; **ESENER**, Akitlerin İnikadı, s. 174 vd.

³⁰⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 6 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 62 vd; **TEKİNAY**, s. 168; **EREN**, Genel Hükümler, s. 141 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 73 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 43 vd; vd; **ESENER**, Borçlar Hukuku, s. 24; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 51 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 51 vd; 116; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 106 vd.

³⁰⁶ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 50 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 62 vd; **MORIN**, Les articles 2 et 4 CC, s. 213 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 141.

³⁰⁷ **PIOTET**, Formation du contrat, s. 47 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 135 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 11.

³⁰⁸ Bkz. **TERCIER**, Le contrat, s. 216 vd; **PIOTET**, Formation du contrat, s. 47 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 52; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 135 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 11.

³⁰⁹ **TERCIER**, Obligations, s. 173 vd. Sözleşme iradeye dayanmaktadır. Bu irade de serbest irade olacaktır. O halde sözleşmenin yorumlanmasında sözleşmenin temeli olan iradenin hesaba katılmaması, göz ardı edilmesi mümkün değildir. Bkz. **BOSSHART**, s. 17 vd; Nitekim, *Kaneti* de aynı fikri “...açığa vurulan irade yorum faaliyetini sınırlandırır...” ifadeleri ile ortaya koymuştur. Bkz. **KANETİ**, s. 20.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de bir kararında, sözleşmenin tarafların statüsü ve sözleşmenin yapılması sırasındaki iradelerine uygun olarak yorumlanması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.

dikkat edilmesi gereken husus, bir taraftan muhatabın beyana atfetmekte haklı olduğu anlamdan, diğer taraftan da beyanda kullanılan tabirlerden çok uzaklaşılması gerektiğidir. Bu iki husus yoruma sınır teşkil eder. Yorum esnasında, taraflarca yanlış kullanıldığı açık olan deyimlerin düzeltilmesi sırasında da dikkatli olmak gerekir. Zira, yanlış olduğu kabul edilen deyim düzeltilirken metinden çıkarılan anlamın değiştirilmesine sebep olunmamalıdır³¹⁰.

Kanunda yorumlayıcı hukuk kuralının³¹¹ mevcut olduğu hallerde, söz konusu hükmün bertaraf edilebilmesi için, tarafların ortak arzularının yorumlayıcı hukuk kuralındaki düzenlemeden farklı olduğunun tespit edilmesi gerekir³¹².

A. Şartları

1. Sözleşme Kurulmuş Olmalıdır

Sözleşmenin yorumlanmasından bahsedilebilmesi için sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Zira, ancak geçerli bir şekilde kurulmuş sözleşmelerin yorumlanması mümkün olur. Eğer sözleşmenin içeriğine değil de, kurulmuş olup olmadığına dair taraflar arasında bir uyuşmazlık söz konusu ise, artık bu durumda yorum uyuşmazlığından (*Auslegungstreit*) değil, uygunluk uyuşmazlığından (*Konsensstreit*) söz edilir³¹³. Uygunluk uyuşmazlığının varlığı halinde hâkim, tarafların esaslı noktalar üzerinde uyuşma sağlayamadıklarını tespit ederse, sözleşmenin kurulmadığına karar verir; dolayısıyla, bu aşamadan sonra yorum uyuşmazlığı ve akdin yorumlanması söz konusu olmaz³¹⁴.

Yarg. 13. HD, 3.6.1996, 4670/5536, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

³¹⁰ **ARSEBÜK**, s.379 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 149 vd.

³¹¹ Yorumlayıcı hukuk kuralları, tarafların sözleşmede kullandıkları ve ne anlama geldiğini açıklamadıkları bir hususu veya bir şahsın davranışını veya beyanını yorumlayıcı rol oynayan yedek hukuk kurallarıdır. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 79 vd; **ERMAN**, s. 43 vd; **ZEVKLİLER /HAVUTÇU/GÜRPINAR**, s. 7; **DURAL/SARI**, s. 106 vd.

³¹² **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 150 vd; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 79 vd.

³¹³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 424 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 34 vd; **LARROUMET**, s. 124 vd.

³¹⁴ Taraflar sözleşmenin, yorum uyuşmazlığı gerekçesi ile hâkim tarafından yorumlanmasını talep etmişlerse, hâkim tarafların beyanları ile bağlı olmadığından, öncelikle sözleşmenin kurulmuş olup olmadığını inceleyecek ve olumsuz sonuca varırsa sözleşmenin yorumlanması talebini reddedecektir. **TERCIER**, Obligations, s. 173 vd; **LARROUMET**, s. 124; **BOSSHART**, s. 71; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 250; **EREN**, Genel Hükümler, s. 424 vd; **KAPLAN**, Yorum, s. 429 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 350 vd. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 325.

Taraflar arasında geçerli bir akit yapılmış olmamasına rağmen, fiilî sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabul edildiği hallerde de, sözleşme boşluğunun olabileceği ve bu halde tamamlayıcı yorum yolu ile sözleşmedeki boşluğun doldurulacağı Alman Federal Mahkemesinin bazı kararlarında kabul edilmiştir³¹⁵. Fiilî sözleşme ilişkileri, irade beyanı olmaksızın sadece fiilî olgular ile sözleşme ilişkisinin kurulmasıdır³¹⁶. Bu görüş, sürekli borç ilişkilerinde geçersizliğin ileriye etkili olmasını sağlamak amacıyla ileri sürülmüş, ancak, kısmen veya tamamen ifa edilmiş sürekli borç ilişkisinin iptal edilmesi halinde, iptal beyanının fesih gibi ileriye etkili olacağı kabul edildiğinden, eylemsel borç ilişkisi kavramına gerek kalmamıştır. Fiilî sözleşme ilişkisinin uygulama alanı olarak gösterilen diğer grup ilişki de kitlesel ilişkilerde tipik davranışlarla kurulan fiilî ilişkilerdir. Bu gibi ilişkilerde ortaya çıkacak sorunun mevcut hukuki müesseseler ile çözümü mümkün olduğundan, yine eylemsel borç ilişkisi kavramına başvurma zorunluluğu kalmamıştır. Bu sebeplerle, bugün fiili sözleşme ilişkileri görüşü terk edilmiştir³¹⁷. O halde, irade beyanı olmadan, sadece fiili olguların sözleşme ilişkisi kurabileceğini ve bu hallerde de sözleşmenin yorumlanabileceğini veya sözleşme boşluğunun ortaya çıkabileceğini kabul etmek bugün için mümkün olmayacaktır³¹⁸.

Sözleşmenin kurulması için, tarafların sözleşmenin kurulduğu hususunda anlaşmaları veya tarafların sonradan belirlenen gerçek ve ortak niyetlerinin sözleşmenin kurulduğu yönünde olması veya güven nazariyesi uyarınca sözleşmenin kurulmuş sayılması gerekir.

Bu noktada, hangi hallerde güven nazariyesi uyarınca sözleşmenin kurulmuş sayılacağı önem taşır. Kısaca incelemek gerekirse, karşı tarafın beyan sahibinin

³¹⁵ BGH, NJW 1979, s. 643.

³¹⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 76; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 69; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 37 vd; **EREN**, s. 126; **TUNÇOMAĞ, C. I**, s. 208 vd; **KILIÇOĞLU**, Fiili sözleşme ilişkileri, s. 739; **YAVUZ, N.**, Eylemsel Sözleşme İlişkileri, s. 452 vd.

³¹⁷ İsviçre Hukukunda eylemsel sözleşme ilişkilerini reddeden yazarlar, **BK-KRAMER**, Art. 1 n. 21, **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1191. Türk Hukukunda bu görüşü reddeden yazarlar, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 76 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 126, **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 295, 317. *Oğuzman/Öz*, fiilî sözleşme ilişkisi teorisinin yararları olduğunu belirterek bu teoriyi benimsemektedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 38; aynı yönde bkz **KILIÇOĞLU**, Fiili sözleşme ilişkileri, s. 750; **YAVUZ, N.**, Eylemsel Sözleşme İlişkileri, s. 464. Fiilî sözleşme ilişkisi teorisinin Türk İş Hukuku açısından büyük önem taşıdığı yönünde bkz. **TUNÇOMAĞ, C. I**, s. 208 vd.

³¹⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 76.

hataya düştüğünü ve gerçek iradesinin ne olduğunu anladığı hallerde, tarafların gerçek iradeleri arasında fiilî uyuşma gerçekleşmiş ve BK m. 18 uyarınca sözleşme kurulmuş olacağından, artık güven nazariyesine başvurmak gerekmez³¹⁹. Oysa karşı tarafın, beyan sahibinin gerçek iradesini anlamadığı, ancak, gerekli özeni gösterseydi anlaması gerektiği kabul edilen hallerde, sözleşme beyan sahibinin gerçek iradesine göre kurulmuş sayılır³²⁰. Karşı tarafın beyan sahibinin hataya düştüğünü anladığı veya anlaması gerektiği, ancak, gerçek iradesinin ne olduğunu anlayabilecek durumda olmadığı hallerde, beyan geçersiz olacağından sözleşme de hiç meydana gelmez³²¹. Dolayısıyla, sözleşmenin yorumundan da bahsedilemez.

Bunun dışında, karşı taraf beyan sahibinin beyanının iradesine uymadığını bilmiyor ve dürüstlük kuralı uyarınca yapması gereken yoruma göre bilmesi de gerekmiyor ise, beyanı güven ilkesi uyarınca beyana verilmesi gereken anlama göre anlamış ise, sözleşme bu anlama göre kurulur. Bu durumda beyan sahibi, gerçek iradesine uymayan beyanda bulunmuş duruma düşeceğinden, BK m. 23 uyarınca hata sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkını kullanabilecektir. Ancak, karşı tarafın beyana güven ilkesine göre vermesi gereken anlamdan farklı bir anlam vermesi halinde, güven ilkesi ile ulaşılan sonuç, iki tarafın da iradelerinden farklı ise, güven ilkesi uygulama alanı bulmaz. Sözleşme hiç kurulmamış sayılır³²². Zira, güven ilkesi ile ulaşılan sonuç ne beyan sahibinin ne de karşı tarafın istediği bir sonuç olmadığından, sözleşmenin bu sonuca göre kurulduğunun kabul edilmesi halinde her iki tarafın da hata sebebiyle iptal etmek isteyecekleri bir sözleşmeye hayat hakkı verilmiş olacaktır³²³.

³¹⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOğLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 136 vd.

Guggenheim de İBK(BK m. 18) m. 18'in uygulanabilmesi için belirlenebilir gerçek ve ortak iradenin şart olduğunu ifade eder. Yazara göre, sözleşme taraflarından birinin gerçek iradesi ile beyanı arasında farklılık bulunması halinde, artık İBK (BK m. 18) m. 18 uygulama alanı bulmaz. Bu durumda, yorumu güven nazariyesine dayanan beyan edilmiş irade, gerçek iradeye üstün gelir. **GUGGENHEIM**, T. I, s. 121 vd.

³²⁰ Bu durumda farazî (normatif) uyuşmadan bahsedilir. **KOCAYUSUFPAŞAOğLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 137 vd; **TERCIER**, Le contrat, s. 216 vd.

³²¹ Bu durumda hatanın farkına varan karşı tarafın beyanın içeriğine güvenini koruma düşüncesi rol oynamaz. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOğLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 137.

³²² **KOCAYUSUFPAŞAOğLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 138 vd; **GUGGENHEIM**, T. I, s. 113.

³²³ **KOCAYUSUFPAŞAOğLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 138 vd.

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin güven teorisi ile sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin yorum kuralları ilişkisi tartışmalıdır³²⁴. Ancak, güven teorisi dürüstlük kuralının yorum alanında uygulanması olduğu ölçüde bu teorinin sözleşme kayıtlarının yorumlanmasında da aynı şekilde kullanılması kaçınılmazdır³²⁵.

2. Tarafların Sözleşmenin İçeriğine Verdikleri Anlam Farklı Olmalıdır

Hâkim sözleşmenin kurulduğuna kanaat getirirse, tarafların, sözleşmenin içeriğini oluşturan beyanlara verdikleri anlamın farklı olması sebebiyle sözleşmeden doğan hak ve borçlar konusunda uyuşmamaları halinde, güven nazariyesi uyarınca sözleşmenin içeriğini tespit etmeye çalışır³²⁶. Böylece, objektif yorum metodu ile tarafların farazî ortak iradesi ortaya konur³²⁷.

Eğer muhatap dikkatsizliği neticesinde kendisine yöneltilen açık ve net beyanı anlamamış veya yanlış anlamış ise bu durumda artık beyanda bulunanın beyanına verdiği anlam esas alınacaktır³²⁸.

Taraflar, yorum uyuşmazlığını, Türk Hukukunda bağımsız bir yorum davası söz konusu olmadığından, tespit davası, eda davası veya inşai dava ile ileri sürebilirler³²⁹. Eğer, sadece sözleşmenin yorumlanması talep ediliyorsa tespit davası

³²⁴ GUGGENHEIM, T.I, s. 121 vd.

³²⁵ GUGGENHEIM, T. I, s. 122 vd; Sözleşmenin yorumunda güven nazariyesi ve dürüstlük kuralına atf yapan İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 99 II 285= SJ 1974 385 = JdT 1974 I 158; ATF 107 II 163 = JdT 1981 I 582; ATF 111 II 262, (www.swisslex.ch).

“...işin özelliği ve akdin şartlarının tümü karşısında davacı, belli olmayan pek uzun bir sürece akdi yerine getirme zorunda bırakılamaz. Bu durumda fiili transfer tarihi hakkında taraflar arasında zımnî infisahî bir vade bulunduğu (akitlerin yorumlanmasında da uygulanması gereken Medenî Kanun'un 2. maddesi hükmünce) kabulü ve bu vadenin geçmesiyle de akdin ortadan kalkmış olması sayılması gerekir.” Bkz. **Yarg. HGK**, 5.10.1960, 37/37, Ad. D. 1962, s. 352 vd.

³²⁶ EREN, Genel Hükümler, s. 422 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s. 151; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 13 vd; KÖTZ/FLESSNER, s. 106 vd; “...bir akdin uygulanması sırasında veya yorumunda afakî iyi niyet esasları gereğince akitte bulunması farz edilen şartların dahi akde açıkça konulmuş sayılması, Medenî Kanunun 2. maddesi hükümlerindedir. Bu esas, yazılı akitlerde de sözlü akitlerde de tamamıyla uygulanır...” **Yarg. HGK**, 5.10.1960, 4-56/248 sayılı karar için bkz. Ad. D. 1962, s. 355.

³²⁷ KAPLAN, Müdahale, s. 24; OĞUZMAN/ÖZ, s. 151; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 13 vd; ESENER, Borçlar Hukuku, s. 23 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 426; TEKİNAY, 168 vd; KÖTZ/ FLESSNER, s. 106 vd.

³²⁸ WINIGER, CR, Art. 18, s. 106 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 137.

³²⁹ KAPLAN, Müdahale, s. 35 vd.

ile, eğer eda davası veya inşai dava açılabilir ise açılan dava ile birlikte yorum ihtilafının da giderilmesi istenmelidir³³⁰.

3. Hâkim, Tarafların Birbirine Uygun Gerçek veya Farazî İradelerini Bulmalıdır

BK m. 18 uyarınca, sözleşmenin içeriğinin tespit edilebilmesi ancak tarafların gerçek iradelerinin tespiti ile mümkün olur³³¹. Ancak, tarafların gerçek iradelerinin tespiti kimi zaman mümkün değildir. BK m. 18'de gerçek iradenin tespit edilememesi halinde nasıl bir yöntem izleneceği belirtilmediğinden, bu durumda söz konusu maddenin yardımına MK m. 2/f. I yetiştir. MK m. 2/f. I uyarınca, dürüst ve makul davranan tarafların, mevcut koşullar altında, sözleşmenin amacı da göz önüne alınarak beyanları ile ne ifade etmek istedikleri, kısaca, farazî iradeleri tespit edilmeye çalışılır. Farazî iradelerin tespitinde temeli dürüstlük kuralına dayanan “yeni güven teorisi” devreye girer³³².

Yorum ile sözleşmenin kurulduğu sıradaki iradelerin tespiti amaçlandığından, hâkimin sözleşmeyi yorumlarken sözleşmenin kurulduğu zamana gitmesi ve o zamana göre yorumu gerçekleştirmesi gerekir³³³. Hâkim, yorumu yaptığı veya uyuşmazlığın çıktığı sıradaki değil, sözleşmenin kurulduğu sıradaki gerçek iradeyi veya bu mümkün değilse farazî iradeyi araştırmalıdır.

Türk Hukukunda sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin düzenlemeyi daha iyi anlayabilmek için, Alman, Fransız ve İsviçre Hukuklarındaki paralel düzenlemelere

³³⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. §7, I.

³³¹ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 105 vd; **DESCHENAUX**, s. 157 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 151; **KAPLAN**, Müdahale, s. 40; ATF 123 III 35, cons. 2b; ATF 121 III 118 cons. 4b/aa, kararlar için bkz. www.admin.ch; **ENGEL**, RSJ 8/2000, s. 190 vd.

Fransız Hukukunda gerçek ortak iradenin araştırılması gereği FMK m. 1156'dan kaynaklanmaktadır. Ancak, gerçek iradenin tespit edilememesi halinde objektif kriterlere başvurulmasının dayanağı olarak, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde teamül, sözleşme ekonomisi, hakkaniyet gibi objektif kriterlere atıf yapan FMK 1135., 1158., 1159. maddeler gösterilmektedir. Bkz. **LARROUMET**, s. 124.

³³² **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 106 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 174 vd; **DESCHENAUX**, s. 158; **ENGEL**, RSJ 8/1999, s. 169 vd; ATF 122 III 426 cons.5; ATF 121 III 118 cons. 4b/aa, kararlar için bkz. www.admin.ch; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 238 vd.

³³³ **KAPLAN**, Yorum, s. 431 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 40 vd.; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 359; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 335; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 152; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 150.

göz atmak yerinde olacaktır.

Alman Hukukuna baktığımız zaman, irade beyanının yorumunda tarafların kullandıkları ifadelerle bakılmaksızın gerçek iradelerinin aranacağına ilişkin BGB § 133 ve sözleşmelerin işlem teamülü de nazara alınarak, dürüstlük kuralı gereklerine göre yorumlanacağına ilişkin BGB §157'nin sözleşmelerin yorumunda kullanılan maddeler olduklarını görürüz. BGB § 133, tarafların gerçek niyetini aramak suretiyle yoruma sübjektif bir yaklaşım getirirken, BGB § 157, kriterlerinin objektif olması sebebiyle objektif bir yaklaşım sergiler³³⁴.

Alman Hukukunda sözleşmelerin yorumlanmasında karşımıza çıkan bir diğer düzenleme BGB § 242'dir. Söz konusu düzenlemeye göre borçlu, edimini işlem hayatını da dikkate alarak dürüstlük kuralının gerektirdiği gibi ifa etmelidir. BGB § 242, Türk Hukukunda herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğunu düzenleyen MK m.2/f. I'e paralel bir düzenlemedir. BGB § 242'den farklı olarak, BGB §§ 133 ve 157 sözleşmelerin ifasına yönelik değil, tarafların uyuşmasına yöneliktir³³⁵.

BGB § 133 irade açıklamalarına ilişkin bir düzenleme içerirken BGB § 157 sözleşmelere özgü bir düzenleme getirir³³⁶. Ancak, sözleşmelerin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluştuğunu göz önüne aldığımızda iki paragrafın da birlikte değerlendirilmesinin kaçınılmaz olduğu görülür³³⁷. Dolayısıyla, "irade beyanı- sözleşme" ayırımı yerine "kabulü gerekli olan irade beyanı - kabulü

³³⁴ **WITZ**, Droit Privé Allemand, s.104 vd; **JALUZOT**, s. 172, 437 vd; **KORNET**, s. 96 vd; **FOSTER/SULE**, s. 387 vd.

³³⁵ **FOSTER/SULE**, s. 388 vd; BGB § 133 dışında, § 242'nin de § 157'i tamamladığı yönünde bkz. **REIFNER**, s. 74 vd; **BARLAS**, Dürüstlük kuralı, s. 67 vd.

³³⁶ **BARLAS**, Dürüstlük kuralı, s. 68 vd.

³³⁷ **PÉDAMON**, s. 127 vd; **REIFNER**, s. 74 vd. BGB § 133 ve § 157 arasında bir ayırımı yapmanın pratik bakımdan bir önemi olmadığı, zira, her ikisinin de hem irade açıklamaları hem de sözleşmeler açısından uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. **HADZIMANOVIC**, s. 89.

Barlas, her ne kadar BGB § 157'nin tek taraflı hukuki işlemlerin ve tüm irade beyanlarının yorumunda uygulanabileceğini kabul etse de, BGB § 133'ün sadece irade beyanları için değil tüm sözleşmeler ve hukuki işlemler için geçerli olduğu ve yorum faaliyetinde her iki paragrafın birlikte değerlendirilmesi gerektiği fikrini doğru bulmamaktadır. Yazar, BGB § 157'nin, BGB § 133' ü yorum faaliyeti bakımından tamamlamakla kalmayıp, BGB § 133'ten farklı olarak sözleşme boşluklarının doldurulması işlevine de sahip olduğunu belirtmektedir. Bkz. **BARLAS**, Dürüstlük kuralı, s. 69 vd.

gerekli olmayan irade beyanı” ayırımı yapmanın daha doğru olacağı kabul edilir³³⁸. Zira, kabulü gerekli olmayan irade beyanlarında, kanunun korumak istediği menfaat beyan sahibinin menfaati ve iradesi olduğundan, yorumun konusu da beyan sahibinin gerçek iradesinin tespiti olarak ortaya çıkar ve yorum BGB § 133’ün kapsamına girer. Kabulü gereken irade beyanlarında ise, sadece beyan sahibinin değil, muhatabın da menfaatlerinin korunması gerekliliği, BGB § 133 ile beraber BGB §157’nin birlikte ele alınmasını zorunlu kılar³³⁹.

Gerçi, BGB § 133’ün irade beyanlarının yorumuna BGB §157’nin ise sadece sözleşmelere ilişkin olduğu dikkate alındığında iki paragrafın bir arada değerlendirilmesi zihinlerde soru işareti oluşturabilir. Nitekim, bir yandan gerçek iradenin aranması gerektiği ifade edilirken, diğer yandan sözleşmelerin yorumu, dürüstlük kuralı gibi objektif kriterlere bağlanmaktadır. Ancak, sözleşmelerin temelini irade özgürlüğü prensibine dayandığı göz önüne alındığında, sözleşmelerin sadece objektif kriter olan dürüstlük kuralı ile yorumlanmaması gerektiği daha da iyi anlaşılmaktadır³⁴⁰.

Doktrinde³⁴¹ sözleşmenin yorumunda iki paragrafın birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilir. Bu durumda, BGB § 133 sözleşmelere, BGB § 157 de irade açıklamalarına uygulanabilecektir. Böylece, her iki tarafın da iradesi korunmuş olacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, sadece §133’ün uygulandığı haller çok sınırlıdır. Zira, taraflar genellikle sözleşmeye veya sözleşmede yer alan bir kayda farklı anlam verirler. Sözleşmeler hukukunda tarafların ortak menfaatinin dikkate alındığı göz önünde bulundurulursa, dürüstlük kuralına göre yorum, bir başka ifade ile objektif yorum öne çıkacaktır³⁴².

BGB § 133’de ifade edilen gerçek niyetten kasıt, beyan sahibinin sadece kendisinin bildiği, kafasındaki iç arzusu değildir. Söz konusu olan, beyan edilmiş iradedir. İradenin beyanda somutlaşması gerekir. Zira, muhatabın güvendiği beyan

³³⁸ PÉDAMON, s. 127 vd.

³³⁹ Sözleşmesel düzenlemelerdeki boşluğun tamamlanması halinde mahkemelerin sadece BGB § 157’ye dayandığı hususunda bkz. PÉDAMON, s. 128 vd.

³⁴⁰ KORNET, s. 97 vd.

³⁴¹ JALUZOT, s. 174; WITZ, Droit Privé Allemand, s.105 vd; MARKESINIS/ UNBERATH/ANGUS, s. 134; KORNET, s. 99; HADZIMANOVIC, s. 89.

³⁴² KORNET, s. 97 vd.

budur³⁴³. Önemli olan kullanılan ifadeler değil, tarafların bu ifadelere izafe ettikleri anlamdır³⁴⁴.

Beyan sahibinin beyana verdiği anlamın muhatap tarafından da aynı şekilde anlaşılması halinde ortak anlayıştan bahsedilebilir. Ortak anlayış sözleşmeye verilmesi gereken anlamın tespitinde belirleyicidir³⁴⁵. Bu da sözleşmenin yorumuna subjektif bir yaklaşımdır.

Beyanda bulunanın niyetini yanlış ifade etmesi, ancak, muhatabın beyanda bulunanın gerçek iradesinin ne olduğunu, beyanda bulunanın aslında ne demek istediğini anlaması halinde, “*falsa demonstratio non nocet*” ilkesi gereği, BGB § 133’e uygun olarak, kullanılan kelimelerin altında yatan anlam esas alınır³⁴⁶. Bu durumda, 3. kişilerin beyana verdikleri objektif anlam önem taşımaz. Önemli olan sözleşme taraflarının beyana verdikleri ortak anlamdır.

Netice olarak denilebilir ki, temelini BGB § 133’de bulan, irade açıklamalarındaki ifadelerin lafzî anlamının değil, kelimelerin altında yatan gerçek iradenin tespitinin gerektiği düşüncesi sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Söz konusu düzenleme daha ziyade yöneltilmeyen irade açıklamaları için uygundur³⁴⁷. Sözleşmeler gibi yöneltilmesi gereken irade beyanlarında ise, sözleşenlerin kullanılan ifadeleri farklı anlamaları halinde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi için gerçekleştirilen yorumun objektif nitelik taşıması bir gereklilik halini alır. Buna Objektif-Normatif yorum adı verilir ve BGB § 133 ve § 157’nin birleşimi olarak kabul edilir³⁴⁸.

BGB § 157’ye göre, sözleşmeler işlem teamülü de nazara alınarak dürüstlük kuralının gerektirdiği biçimde yorumlanmalıdır. Söz konusu düzenleme hem

³⁴³ **MARKESINIS/ UNBERATH/ANGUS**, s. 133 vd; **KORNET**, s. 98 vd; **LARENZ**, s. 740.

³⁴⁴ **LARENZ**, s. 740; Fransız Hukukunda yorum sırasında tarafların gerçek niyetinin araştırılması gerektiği Fransız Medenî Kanunu m. 1156’da ifade edilmiştir. **JALUZOT**, s. 174, 175 vd.

³⁴⁵ **KORNET**, s. 99 vd.

³⁴⁶ **WITZ**, Droit Privé Allemand, s. 105 vd; **MARKESINIS/UNBERATH/ANGUS**, s. 134; **KORNET**, s. 99 vd.

³⁴⁷ **KORNET**, s. 100 vd.

³⁴⁸ **MARKESINIS/ UNBERATH/ANGUS**, s.134; **KORNET**, s. 100 vd; Sözleşmedeki belirsiz ifadenin karşı tarafın haklı niyetine göre yorumlanması halinde normatif iradedden bahsedileceği hususunda bkz. **JALUZOT**, s. 177.

tarafların menfaatlerini dengelemek, hem de sözleşmeye verilmesi gereken anlamı tespit edebilmek bakımından objektif kriterler içerir³⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, BGB § 157, § 133 ile bir sonuç elde edilemediğinde devreye girer. Hâkim BGB § 133 neticesinde ortak niyeti tespit edebilmiş ise artık buna aykırı bir yorumu getirmek için BGB § 157’i kullanamaz³⁵⁰. Hâkim BGB § 157’i bahane ederek sözleşmeyi yeniden yazamaz³⁵¹.

Normatif yorumda, üzerinde durulması gereken husus, öncelikle normatif yorumun amacı, daha sonra da, sözleşmeye bu normatif anlamın nasıl verileceği, mahkemelerin normatif anlamı nasıl tespit edeceğidir. Normatif yorum, dürüstlük kuralı uyarınca ve işlem teamülü göz önüne alınarak sözleşmeye verilmesi gereken anlamın tespiti için sözleşmeyi çevreleyen ilgili bütün şartlar dikkate alınarak yapılan yorumdur³⁵². Burada artık beyan sahibinin gerçek iradesi değil, dürüstlük kuralı ve işlem teamülüne göre muhatabın beyana vereceği anlam tespit edilmeye çalışılır³⁵³.

Burada temel alınan dürüstlük kuralının fonksiyonu, bir yandan taraflar arasındaki menfaat dengesini doğru olarak sağlayabilmek, diğer yandan güvenin korunmasını sağlamaktır. Dolayısıyla, objektif yorumun çıkış noktası muhataptır³⁵⁴. Sebebi ise, beyan sahibinin beyanından sorumlu olmasıdır. Beyan sahibi kendisini açık ve net ifade etmek sorumluluğunu taşımalıdır ki, muhatap onun iradesinin ne yönde olduğunu doğru olarak anlayabilsin. Beyan sahibi, iradesini açıklarken kendisini muhatabın onu anlayacağı şekilde ifade etmelidir³⁵⁵. Nitekim, beyan sahibi beyanına atfedilebilecek anlam ile bağlıdır. Muhatabın beyana verdiği anlam araştırılırken muhatabın bilmediği veya bilemeyeceği hususlar dikkate alınmaz ve yoruma etki etmez.

³⁴⁹ **MARKESINIS/ UNBERATH/ANGUS**, s. 134; **KORNET**, s. 100; **HADZIMANOVIC**, s. 89; Alman Federal Mahkemesi de 18 Aralık 1954 tarihli kararında, BGB § 157’nin hâkime objektif kriterlere göre sözleşmenin içeriğini belirleme görevi yüklediğini belirtmektedir. BGHZ 16, s. 71, NJW 55, s. 337.

³⁵⁰ **WITZ**, Droit Privé Allemand, s. 176 vd; Bu irade özerkliği ve onun bir görünümü olan sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereğidir. **KORNET**, s. 101.

³⁵¹ **KORNET**, s. 101.

³⁵² **KORNET**, s. 101 vd; **JALUZOT**, s. 176 vd.

³⁵³ **KORNET**, s. 101 vd; **JALUZOT**, s. 176 vd.

³⁵⁴ **LARENZ**, s. 740; **KORNET**, s. 101 vd.

³⁵⁵ **KORNET**, s. 102 vd; **LARENZ**, s. 740.

Beyan sahibinin beyanında kullandığı kelimelere verdiği anlam ile beyanına atfedilen anlam arasında farklılık varsa, beyan sahibi BGB § 119/Abs.1 uyarınca hata iddiasında bulunabilir. Bu durumda beyan sahibinin menfaati korunmaya devam eder. Ancak, beyan sahibi, iptal dolayısıyla muhataba verdiği zarardan sorumlu olur.

Normatif yorumun amacının iki tarafın da menfaatlerini dengelemek olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Muhatap, beyanın kendisinin anladığı şekilde, hatta kendisine en uygun şekilde yorumlanacağını düşünmemelidir. Muhatap beyanı anlamlandırırken beyan sahibinin beyanını tespite elverişli bütün unsurları göz önüne almak ve bunu yaparken de gerekli özeni göstermek durumundadır³⁵⁶. Ancak bu takdirde güveni korunur. Muhatapın bu sorumluluğu da BGB § 157’de ifade edilen dürüstlük kuralından kaynaklanır.

Görülmektedir ki, hâkim, ne beyanda bulunanın gerçek iradesini, ne de muhatapın somut olayda beyana verdiği anlamı araştırmalıdır. Hâkim, muhatapın, somut olayın bütün hal ve şartlarını dikkate alarak, dürüstlük kuralı uyarınca beyana vermesi gereken anlamı tespit etmelidir³⁵⁷. Bu noktada Alman Hukukunun, beyanın objektif anlamını tespit etmeye çalışarak, gerçek, iç iradenin araştırılmasını öngören Fransız Medenî Kanunu m. 1156’dan uzaklaştığını söylemek doğru olur³⁵⁸.

Fransız Medenî Kanununun sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin 1156. maddesinde ise, terimlerin lafzî anlamından ziyade tarafların müşterek maksatlarının araştırılması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece, Fransız Medenî Kanunu m. 1156, tarafların ortak maksatlarını sözleşmenin temeli olarak görmüş ve her şeyin üstünde kabul etmiştir³⁵⁹.

³⁵⁶ **LARENZ**, s. 740; **KORNET**, s. 102.

³⁵⁷ *Pédamon*, bu objektif yorum yönteminin sözleşmelerdeki genel işlem şartları için de aynen geçerli olduğunu, ancak, bazı genel işlem şartlarına ilişkin karakteristik özelliklerin dikkate alınarak uygulandığını belirtmiştir. Şüphenin kaydı koyan aleyhine olacağına ilişkin BGB § 305 c al. 2 ve bireysel anlaşmaların genel işlem şartlarının üstünde olacağına ilişkin BGB § 305 b bu duruma örnek gösterilebilir. **PÉDAMON**, s. 128 vd; **CARBONNIER**, *Les Obligations*, s. 278 vd.

³⁵⁸ *Batiffol*, Alman Hukukunun daha tedbirli bir yaklaşım sergilemesine rağmen, BGB § 133’ün özünde FMK m. 1156 ile özdeş olduğunu belirtir. **BATIFFOL**, s.86 vd.

³⁵⁹ **CALLATAY**, s. 109, **FABRE-MAGNAN**, s. 320 vd; **JALUZOT**, s. 162 vd; **MARTY/RAYNAUD**, s. 252 vd; **LARROUMET**, s. 122; **SCHMIDT-SZALEWSKI**, s. 302 vd.

Sözleşmesel borçların kaynağı kural olarak iradedir. Dolayısıyla, hâkim sözleşmenin içeriğini belirlerken tarafların uyuşmazlık konusu hususu nasıl düzenlemek istediklerine bakmalıdır³⁶⁰. Fransız Medenî Kanununda yer alan yoruma ilişkin 1135. ve 1156-1164. maddeler hâkime sözleşmenin yorumlanmasında yol gösterici nitelik taşır³⁶¹.

Sözleşmenin sübjektif ve objektif yorumu kavramlarına Fransız Hukukunda da rastlanmaktadır. Ancak, bu hukuk sisteminde sübjektif yorumun sözleşmenin konusunu ortaya koyduğu, objektif yorumun ise sözleşmenin konusunu belirlediği ifade edilir³⁶². Yani, “sübjektif yorum” kavramı basit yorumu, “objektif yorum” kavramı ise sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu ifade etmek için kullanılır.

Fransız Hukukunda temel yorum prensibi Fransız Medeni Kanunu m. 1156’da yer alır³⁶³. Bu hükümde de kullanılan terimlerin lafzî anlamlarından ziyade, tarafların ortak niyetinin araştırılacağı düzenlenir. Diğer yorum maddeleri talidir. Bu yorum maddelerine, ancak, tarafların ne istediklerinin tespit edilememesi halinde başvurulabilir³⁶⁴. Burada dikkat etmek gerekir ki, madde, aynen Alman Hukukunda da kabul edildiği gibi, ifade edilmemiş iradeyi kapsamaz. Hâkimden beklenen

³⁶⁰ **PLANIOL/RIPERT**, s. 484 vd; Hâkim tarafların sözleşmeden kaynaklanan haklarını ve borçlarını tespit etmeye çalışacaktır. Bkz. **SERIAUX**, s. 157 vd; **LARROUMET**, s. 123; **MARTY/RAYNAUD**, s. 251 vd.

³⁶¹ **BARBIERI**, s. 38; **MALINVAUD**, s. 301 vd; **JALUZOT**, s. 179; **MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK**, s. 382 vd; **DUPICHOT**, s. 181 vd; **FLOUR/AUBERT/SAVAUX**, s. 288 vd; **FABREQUETTES**, s. 419 vd; **NICHOLAS**, s. 47 vd; **ROUVIÈRE**, s. 119; **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 38 vd.

³⁶² **ROUVIÈRE**, s. 118 vd; **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 10 vd.

Objektif yorum, sözleşme hükümlerinin hâkim tarafından teamüllere ve dürüstlük kuralına göre objektif olarak belirlenmesi olarak ifade edilir. Bu durumda hâkimin saf psikolojik olguları araştırarak beyanı anlamlandırmasının önüne geçilmiştir. Bu konuda bkz. **MARTY/RAYNAUD**, s. 251 vd. Böylece hâkimin, tarafların varolmayan ortak niyetlerini veya farazî iradelerini araştırmayıp, en adil çözümü araştıracağı yönünde bkz. **TERRÉ /SIMLER /LEQUETTE**, s. 452 vd.

Sözleşmenin objektif yorumu sözleşmenin aktif yorumu olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **MESTRE/ LAUDE**, s. 9.

³⁶³ **MAZEUD/CHABAS**, s. 334 vd; **MÉLIN**, s. 114 vd; **LARROUMET**, s. 123; **FLOUR/AUBERT/SAVAUX**, s. 288 vd; **TERRÉ /SIMLER /LEQUETTE**, s. 453 vd.

FMK m. 1156 da emredici nitelikte değildir. Nitekim, Fransız Temyiz Mahkemesi de FMK m. 1156’nın sözleşmelerin yorumlanması bakımından emredici nitelikte bir hüküm teşkil etmediğini, dolayısıyla, bu hükme başvurulmadan karar verilmesinin tek başına temyiz sebebi olmayacağını belirtmiştir. Karar için bkz. Cass. 1re civ., 19 dec. 1996, *Bull. civ.* I, n. 466.

³⁶⁴ **MAZEUD/CHABAS**, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 9 e. Edition Paris 1998, s. 334; **MALINVAUD**, s. 303; **FLOUR/ AUBERT/SAVAUX**, s. 288 vd; **NICHOLAS**, s. 47 vd.

kahinlik yapması değil, tarafların beyanlarına vermek istedikleri anlamı tespit edebilmesidir³⁶⁵.

Hâkim tarafların iradesini tespit etmeye çalışırken öncelikle sözleşmenin bütününe göz önüne alır. Nitekim, FMK m. 1161’de sözleşme kayıtlarının bir bütün olarak yorumlanacakları düzenlenmiştir³⁶⁶. Fransız kanun koyucusu, yorumun mantıksal ve sağduyulu karakterini FMK m. 1157 ve m. 1158’de ortaya koymuştur³⁶⁷. İlgili maddelerden ilki, bir kaydın birden fazla anlam taşıması halinde onu etkisiz kılacak anlamın değil, etkili kılacak anlamın tercih edilmesi gerektiğini, ikincisi ise, birden fazla anlama gelen kayda sözleşmenin konusuna en uygun düşen anlamın verileceğini ifade eder.

Sözleşmenin içeriğini bu suretle belirlemek her zaman kolay değildir. Taraflar bazen belirsiz ifadeler kullanarak hâkimin işini zorlaştırabilirler. Bu durumda hâkim, sözleşme dışı unsurlara başvurur, diğer bir ifade ile, tarafların sözleşme öncesi ve sonrası davranışlarına bakar³⁶⁸. Ancak tek taraflı davranışların sözleşmenin doğasını değiştirmeyeceği kabul edilir. Tarafların ortak niyetinin araştırılması gerektiği yönündeki kural, bu tip davranışların kabulünde sınır oluşturur³⁶⁹.

Hâkim tüm bu çabalarına rağmen tarafların iradesinin ne yönde olduğunu tespit edemiyorsa bu durumda artık kanuna, teamüllere ve hakkaniyete başvurur³⁷⁰.

Fransız Hukukunda iki yorum yönteminden söz edilmektedir. Bunlardan bir tanesi yukarıda bahsettiğimiz irade özerkliği ilkesine dayanan klasik yöntemdir. Yorum, sözleşmenin içeriğini belirlemek olarak ifade edilirken, sözleşmenin içeriği de tarafların iradesi olarak açıklanır. FMK m. 1156’nın ifadesi de bu yöndedir³⁷¹.

³⁶⁵ **SERIAUX**, s. 157 vd; **MAZEAUD/CHABAS**, s. 334 vd; **MALINVAUD**, s. 302 vd; **JALUZOT**, s. 159 vd; **ROUVIÈRE**, s. 117.

³⁶⁶ *Ghestin/Jamin/Billau*, FMK m. 1161’i sübjektif yorum eğilimi olarak değerlendirir. **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 36; aynı yönde **SIMLER**, fasc. 20, n. 18, 19. *Dupichot*, FMK m. 1161’i farklı olarak objektif yorum olarak değerlendirir. **DUPICHOT**, s. 195.

³⁶⁷ **MAZEAUD/CHABAS**, s. 336 vd; **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 35 vd.

³⁶⁸ **MAZEAUD/CHABAS**, s. 336 vd; **SERIAUX**, s. 157 vd; **ROUVIÈRE**, s. 117, özellikle s. 126; **MESTRE**, s. 389 vd.

³⁶⁹ **ROUVIÈRE**, s.126.

³⁷⁰ **MAZEAUD/CHABAS**, s. 336 vd; **MALINVAUD**, s. 303; **MARTY/RAYNAUD**, s. 252 vd.

³⁷¹ FMK m. 1156’da, tarafların sözleşmede kullandıkları ifadelerden ziyade, gerçek ortak

Ancak, kanun hâkimi sadece tarafların iradesi ile sınırlandırmamıştır. Hâkim, içeriği belirlerken FMK m. 1134/f. III'de belirtildiği üzere, dürüstlük kuralından yararlanabilir³⁷². Ayrıca, FMK m. 1135 uyarınca, hakkaniyet, teamüller ve kanunlar da hâkime tarafların iradesini belirlemede yardımcı olur³⁷³. Dolayısıyla, her ne kadar yorum ifadesi madde metninde kullanılmamış olsa da, FMK m. 1135'in de, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine hizmet ettiği gerekçesiyle, bir yorum maddesi olduğu kabul edilir³⁷⁴.

Klasik teorinin eleştirisi, temeli olan irade özerkliği prensibi üzerinden gerçekleştirilir. Klasik görüşü eleştirenler, yorum sırasında tarafların ortak niyetinin araştırılmasını yapay kabul ederler. Hatta klasik yöntemin bazen taraflara gerçekten onlara ait olmayan iradeleri isnat ettiği ileri sürülür³⁷⁵. Klasik görüşe getirilen bu eleştiri, temelini irade özerkliğinde bulan sözleşmeler hukukunun, gerçek iradeye tanıdığı üstünlükten vazgeçmesini sağlayamamıştır. Aksine, eleştirilen hususun sadece iradenin tespit edilmesinin mümkün olmadığı ihtimallerde söz konusu olabileceği, oysa tarafların iradesinin belirlenebilir olduğu hallerde, onu tespit etmekten vazgeçmenin sözleşmeler hukukuna hakim ilkeler ile uyuşmadığı ileri sürülmüştür³⁷⁶.

Fransız Hukukunda kanun koyucu, taraf iradelerinin belirlenebilir olmaması halinde hâkime, kanuna, teamüllere ve hakkaniyete başvurma imkânını tanımış, getirdiği yedek hükümlerle hâkimin işini kolaylaştırmıştır. Yedek hükümler iki çeşittir, bir kısmı açık veya zımnî irade ile bertaraf edilmeleri mümkün olan hükümlerdir (*lois dispositives*), bir kısmı ise sadece tarafların açık beyanı ile bertaraf

niyetlerinin araştırılması gerektiği ifade edilir. **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 34 vd.

³⁷² Alman Hukukundan farklı olarak Fransız Hukukunda dürüstlük kuralı tek yorum kriteri değildir. Sözleşmelerin dürüstlük kuralı uyarınca ifa edileceğini düzenleyen FMK m. 1134 /f. III yorum kuralı olarak kabul edilir; ancak, diğer maddelerde tarafların niyeti, sözleşmenin amacı, hakkaniyet gibi farklı kriterlere de atıf yapılır. Bu konuda bkz. **JALUZOT**, s. 171 vd.

³⁷³ **TERRE**, Introduction général, s. 416 vd; **LARROUMET**, s. 124 vd.

³⁷⁴ **JALUZOT**, s. 172; **LARROUMET**, s. 124 vd; hatta, sözleşmenin doğasını göz önüne aldığı için objektif yorum bu maddede temellendirilir. **ROUVIÈRE**, s. 118.

³⁷⁵ **MAZEAUD/CHABAS**, s. 336 vd; **TERRE**, Introduction général, s. 416 vd. Hâkim, öncelikle bütün araçları kullanarak tarafların gerçek iradesini tespit etmeye çalışmalıdır. Bkz. **CARBONNIER**, Les obligations, s. 278 vd; **MARTY/RAYNAUD**, s. 252 vd.

³⁷⁶ Hâkim tarafların ortak ve gerçek niyetini tespit etmek için elinden geleni yapmalı, ancak bunu yaparken de yorum örtüsü altında taraflara, tamamen yabancı bir iradeyi isnat etmekten kaçınmalıdır. Bu yönde bkz. **MAZEAUD/CHABAS**, s. 336 vd.

edilebilen hükümlerdir (*lois purement suppletives*)³⁷⁷. Hâkim gerçek iradeyi tespit edemezse bu tür hükümlere başvurabilir.

Tarafların zımnî olarak atıf yaptıkları kabul edilebiliyorsa, teamüllerin de yedek hükümler gibi değerlendirildikleri kabul edilir³⁷⁸ (FMK m. 1159, m. 1160). Yedek hüküm ile teamüller arasında uyuşmazlık bulunması halinde, tarafların suskun kalması teamüllere üstünlük tanınması olarak değerlendirilir³⁷⁹ (FMK m. 1135, m.1159 ve m. 1160).

Fransız Hukukunda hâkim kanuna ve teamüllere başvurmasına rağmen herhangi bir sonuç elde edemiyorsa bu durumda artık hakkaniyete başvurur³⁸⁰ (m. 1135, 1162).

İsviçre Hukukuna baktığımızda sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin olarak yorum yöntemleri veya hâkime yol gösterici yorum kuralları mevcut değildir. Ancak, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin İBK m. 18 uyarınca hâkimin sözleşmeyi yorumlayacağı kabul edilir³⁸¹. İBK m. 18, Türk Hukukundaki yoruma ilişkin BK m.18 ile aynı içeriktedir.

İsviçre ve Türk Hukuklarında İBK m. 18 ve BK m. 18’de bir akdin şekil ve şartlarını tayinde tarafların gerçek ve müşterek maksatlarının araştırılması gerektiği düzenlenmiştir. BK m. 18’in uygulaması incelendiğinde, maddenin sadece gerçek irade’nin lâfzî anlamı ile yetinmediği, bunu müşterek maksat çevresinde aradığı görülür. Dolayısıyla “gerçek ve müşterek maksat” ifadesinin bir bütün olarak ele alınması gerekir.

³⁷⁷ MAZEAUD/CHABAS, s. 337 vd.

³⁷⁸ Hâkim, teamüllere de ancak tarafların zımnî olarak gönderme yaptığı ölçüde başvurulabilir. Bkz. CARBONNIER, *Les obligations*, s. 278 vd; MARTY/RAYNAUD, s. 252 vd.

³⁷⁹ MAZEAUD/CHABAS, s. 337 vd.

³⁸⁰ MAZEAUD/CHABAS, s. 337 vd.

³⁸¹ ATF 99 II 285, SJ 1974 s. 385.

Guggenheim, aslında İsviçre Borçlar Kanunu m. 18’in yorum kuralı getirmediğini, sadece tarafların beyan edilmiş gerçek ve ortak niyetlerinin önceliğini doğrulayan bir düzenleme içerdiğini ileri sürer. İBK m. 18’e göre, tarafların beyanları gerçekte ne istediklerinin belirlenmesi için bir belirti, bir ipucu teşkil eder. Bkz. GUGGENHEIM, T. I , s. 120 vd.

Müşterek maksat, muhatabın beyanı öğrendiği sırada bildiği veya bilmesi gereken şartlara nazaran beyanda bulunan kimsenin hakiki arzusu addettiği husustur³⁸². Müşterek maksat, hakiki iradeye nazaran objektif bir karakter taşır. Sözleşmeyi çevreleyen koşulların tümünün, örneğin, hazırlık çalışmalarının, tarafların sözleşme kurulurken ve sonrasındaki davranışlarının göz önüne alınması suretiyle ortak maksat tespit edilebilir³⁸³. Ortak maksat ifadesi, her somut olayda, olayın gerektirdiği şekilde yorum yapmamızı sağlayabilecek genişlikte bir ifade tarzıdır. Ortak maksadın tespiti için elverişli her unsurun hesaba katılması ve olayın bütünü içinde değerlendirilip sonuca ulaşılması imkanını sağlar³⁸⁴. Bir başka ifade ile, ortak maksat yargıya ve doktrine somut olaya göre uygulayacakları kuralı tanımlama fırsatı sunar.

Müşterek maksadın, hakiki iradeye nazaran objektif bir karakter taşıdığını ifade etmiştik; ancak, BK m. 18'deki hakiki maksat ifadesi değişik yorumlara elverişli bir ifadedir. Hakiki maksat, bazen psikolojik iradeyi işaret ederken bazen salt objektif nitelik taşıyabilir³⁸⁵. Hakiki maksat ifadesi sadece şekli ve lâfzî yoruma karşı olmasına rağmen, psikolojik iradeden esinlendiği için yanlış anlaşılmalara sebep olabilir. Oysa, İsviçre Federal Mahkemesi'nin İBK m. 18'in, objektif yorum ilkesi ortaya koyduğuna ilişkin kararları mevcuttur³⁸⁶. Zira, hâkim İBK m. 18'i (BK m. 18) uygulayarak dürüst ve makul sözleşme taraflarının somut olayın hâl ve şartları altında, sözleşmenin amacını da göz önünde bulundurarak, beyanlarına ne anlam yüklediklerini tespit etmeye çalışacağından, artık yorum burada objektifleşecek, genelleşecektir³⁸⁷.

Burada üzerinde durulması gereken husus, sözleşmeyi yorumlayan hâkimin BK m. 18'i uygulamak zorunda olup olmadığıdır. Alman Hukukundaki düzenleme

³⁸² von TUHR, s. 269 vd; BOSSHART, s. 80 vd; DESCHENAUX, s. 158.

³⁸³ von TUHR, s. 267 vd; BOSSHART, s. 82 vd; WINIGER, CR, Art. 18, s. 84 vd; ENGEL, RSJ 8/1999, s. 169.

³⁸⁴ BOSSHART, s. 98 vd.

³⁸⁵ BOSSHART, s. 88 vd.

³⁸⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. TF, 5C.252/2004; TF, 4C.45/2003; TF, 4A.45/2007; TF, 4C.70/2003=SJ 2004 I s. 257-262; 4C.54/2001=SJ 2002 I s. 557-562, www.swisslex.ch.

³⁸⁷ Türk Hukukunda güven teorisi uyarınca yorumun objektifleştiğine ilişkin olarak bkz. KAPLAN, Yorum, s. 432 vd; Bu yöndeki mahkeme kararı için bkz. Yarg. 4. HD. , 8.11.1984, 7125/8253, www.kazanci.com.

hâkimin söz konusu hükmü uygulama zorunluluğu bakımından bir şüpheye yer bırakmamaktadır. FMK m. 1156'nın ifade tarzı göz önüne alındığında hükmün hâkime tarafların müşterek maksatlarını arama görevi yüklediği görülmektedir³⁸⁸.

Türk Hukukunda da, BK m. 18'in ".....aramak lazımdır" şeklindeki ifadesi dikkate alındığında maddenin Alman ve Fransız Hukukunda olduğu gibi hâkime tarafların hakiki ve müşterek maksatlarını arama görevi yüklediğini kabul edebiliriz. Nitekim, sözleşmeler hukukuna hakim olan irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkelerini de düşündüğümüzde, hâkimin tarafların iradeleri ile bağlı olacağını, dolayısıyla da, BK m. 18'i uygulamak zorunda olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.

B. Yoruma Tâbi Sözleşmeler

Sözleşmenin yorumlanabilmesi için mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekmez. Sözlü olarak yapılan sözleşmelerin de yorumlanması mümkündür. Ancak, taraflar, ellerinde yazılı bir delilin mevcut olmasını çoğu zaman daha güvenli buldukları için, sözleşme kanunen şekle tâbi olmasa bile, iradelerini yazılı şekilde ortaya koymak isterler. Bu sebeple, sözleşmenin yorumlanmasının daha ziyade yazılı sözleşmelerde görüldüğü izlenimi uyanır. Oysa, ister yazılı ister sözlü olsun, konu sınırlaması da olmaksızın, geçerli bir şekilde kurulduğunu kabul ettiğimiz her sözleşme yorumlanabilir.

Ancak, her sözleşmenin yorumlanabileceğinden bahsedilse bile uygulama dikkate alındığında, bazı sözleşmelerde yoruma daha sık başvurulduğu görülür. Örneğin, sigorta sözleşmeleri, önceden sigorta şirketlerince hazırlanan, katılım sözleşmeleri olmaları sebebiyle sıkça yorumlanmasına ihtiyaç duyulan sözleşmelerdir³⁸⁹. Yine, kefalet sözleşmeleri, genel ifadelerle hazırlanmaları ve

³⁸⁸ BOSSHART, s. 78 vd; LARROUMET, s. 122 vd; FABRE-MAGNAN, s. 431 vd.

³⁸⁹ *Malleville*, sigorta sözleşmelerinin doğuştan karmaşık olduğunu ifade etmektedir. Zira, bu sözleşmeler belirli ve kesin bir olayı değil, kesin olmayan ve belirlenmesi güç olayları konu almaktadır. Bkz. MALLEVILLE, s. 30 vd; Benzer yönde bkz. MESTRE/LAUDE, s. 11.

"*Sigortalı emtianın taşındığı araçta bomba patlaması ile harp halinde olmayan Azerbaycan'da oluşan riziko sebebiyle institute Strike Clauses teminatı ile güçlendirilmiş İnstitute Cargo Clauses (All Risk-Bütün Muhataralar) teminatı özel şartlı taşıma sigortasında sigorta poliçesinde teminat dışı bırakılan harp halinin yorum yolu ile harp halinde olmayan bir ülkede uygulanmak suretiyle sigorta ettiren aleyhine genişletilmesi, bu tür sigortanın amacına ters*

kapsamlarının veya sürenin net şekilde belirtilmemesi gibi sebeplerle sıkça yorumuna başvuru yapılan sözleşmelerdir³⁹⁰. Kira sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, vekâlet sözleşmeleri yorumuna sık rastlanan diğer sözleşmelerdendir.

III. Yorum İhtiyacı Doğuran Olgular: Belirsizlik

A. Genel Olarak

Hâkimin sözleşmeyi yorumlamasında önemli olan husus bir taraftan yorumu gerekli kılan koşulların neler olduğunu bilebilmek, diğer taraftan da yorumun kapsamını, sınırlarını belirleyebilmektir. Türk Hukukunda, sözleşmelerin yorumuna ilişkin BK m. 18 dışında bu konulara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmadığından, söz konusu hususların ne şekilde tespit edileceği önem kazanır³⁹¹. Bu sebeple biz incelememizde öncelikle yorum ihtiyacı doğuran temel olgu olarak belirsizliği ve belirsizliğin sözleşmenin tamamlanması ile ilişkisini, daha sonra da yorumun kapsamını ve sınırlarını ortaya koymaya çalışacağız.

Kanun her ne kadar sessiz kalsa da, akla gelen temel yorum sebebi sözleşmenin belirsiz olması halidir. Bir sözleşmenin anlamı, sözleşme metninde kullanılan ifadeler veya sözleşmede yer alan kayıtlar, değişik sözleşmesel belgeler veya sözleşmeyi etkileyen sözleşme dışı olgular ele alındığında ilk okunuşta anlaşılamiyorsa bu sözleşmenin belirsiz olduğundan bahsedilir³⁹². Böylece, sözleşmede yer alan kayıtlardan birinin veya bir kaçının belirsiz veya açık olmaması yorumu gerekli kılar. Sözleşme kaydının “açık” olmasından ne anlaşılacağı bir

düşmesi nedeniyle doğru bulunmadığına göre, mahkemenin bu tür rizikonun sigorta teminatı içerisinde kaldığı yolundaki kabulünde bir isabetsizlik yoktur”. Yarg. 11. HD, 3.7.1997, 3263/5390, karar için bkz. www.kazanci.com.

“Ferdî kaza sigortası poliçesi genel şartları; terör olarak tanımlanan eylemleri, sigorta teminatı kapsamı dışında bırakmadığına göre, olaydaki ölüm biçiminin, sigorta teminatının içinde olduğunun kabulü gerekir. Çünkü, sigorta poliçelerinde sigorta ettiren aleyhine getirilen koşulların, yorum yolu ile genişletilmesi mümkün değildir”. Yarg. 11. HD, 7.12.2004, 978/12056. Benzer yönde bir başka karar, Yarg. 11. HD, 28.6.1996, 3239/4799, kararlar için bkz. www.kazanci.com.

³⁹⁰ MALLEVILLE, s. 31 vd; MESTRE/LAUDE, s. 11.

³⁹¹ Fransız Medeni Kanununun sözleşmelerin yorumuna ilişkin hükümlerine (FMK m. 1156-1164) ilerde ayrıntılı olarak değinilecektir. Bkz. §3, II, B.

³⁹² MALLEVILLE, s. 41 vd; IVANIER, L’ambiguité dans les contrats, s. 153 vd.

tanımla ifade edilmemiştir. Kavramın kendisi belirsizdir; zira, tarafların düşüncesine göre bir kaydın açık olup olmadığı değişebilir³⁹³. “Açıklık, netlik” aynen belirsizlik kavramı gibi kendi başına var olamaz, uyuşmazlığın kapsamı ve verilere göre değerlendirilir³⁹⁴.

Bu olgudan yola çıkarak, tarafların kendi iradelerini sözleşmede açık ve net bir şekilde ifade edebildikleri durumlarda yoruma gerek olup olmadığı sorunu Türk ve İsviçre Hukukları bakımından incelendiğinde, öğreti ve uygulamada ortak olarak açık kayıtların da yoruma ihtiyaç duyabileceğinin kabul edildiği görülmektedir³⁹⁵.

Fransız Hukukunda ise durum, Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku için söylediklerimizin tam tersidir³⁹⁶. Fransız Hukukunda açık sözleşme metninin yorumlanması kabul edilmemektedir³⁹⁷. Hâkim, açık sözleşme kaydını yorumlamak suretiyle kaydın anlamını değiştirirse, bu durumda temyiz mahkemesinin yaptırımı ile karşılaşır³⁹⁸. Temyiz mahkemesinin bu yaklaşımı Fransız Medenî Kanununun 1134. maddesinin birinci fıkrasına, yani irade özerkliği ilkesine dayandırılır³⁹⁹. Geçerli olarak kurulan sözleşmenin taraflar arasında kanun hükmünde olacağını

³⁹³ **ROUVIÈRE**, s. 119; **MARTY**, s. 89; **RIEG**, *règles écrites*, s. 74.

³⁹⁴ **ROUVIÈRE**, s. 119 vd; **IVANIER**, *La lettre et l'esprit*, n. 3; **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 27 vd.

³⁹⁵ Ancak, dikkatli bir inceleme ile açık ve net kayıtların da yorum ihtiyacının ortaya konabileceği yönünde bkz. **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 445; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 333 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 368; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 47; ATF 127 III 318 = SJ 2002 I s. 153-158.

³⁹⁶ İngiliz Hukukunda, söylenen, yazılan ve yapılanın üzerinde durulmaktadır (parol evidence rule). Tarafların ne istediğinin üzerinde durulmaz. Sözleşmenin yazılı dokümanının içeriğine dahil olmayan dış unsurlara başvurmak yasaktır. Sözleşmenin metninin sözlü uyuşmayı yansıtmaması halinde sözleşme metninin düzeltilmesine yönelik bir dava hakkı tanınmaktadır. Bkz. **TREITEL**, s. 175 vd, 179; son zamanlarda bu kuralın gittikçe yumuşadığı ve basit bir karineye yaklaştığı hususunda bkz. **CHAPPUIS**, *Le texte clair du contrat*, s. 19 vd.

³⁹⁷ **KÖTZ**, s. 272; **BOSSHART**, s. 71; **FABRE-MAGNAN**, s. 433 vd; **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 445; **JALUZOT**, s.184 vd; **MAZEUD/CHABAS**, s. 334 vd; **MÉLIN**, s. 114; **MALINVAUD**, s. 304; **MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK**, s. 383 vd; **LARROUMET**, s. 123 vd; **BARBIERI**, s. 43; **ROUVIÈRE**, s. 119.

³⁹⁸ **JALUZOT**, s.184 vd; **MAZEUD/CHABAS**, s. 334 vd; **MÉLIN**, s. 114; **MALINVAUD**, s. 304; **MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK**, s. 383 vd; **LARROUMET**, s. 123 vd; **BARBIERI**, s. 43; **ROUVIÈRE**, s. 119.

Chappuis, aksinin ispat edilmesi halinde uyuşmazlık konusu kayıttan ayrılabilmesini İsviçre Hukuku ve Fransız Hukukunun birbirine yaklaştığı nokta olarak kabul eder. Yazara göre, her iki sistemde de kaydın açık olduğuna dair bir karine kabul edilir. **CHAPPUIS**, *Le texte clair du contrat*, s. 20.

³⁹⁹ **JALUZOT**, s. 185; Nitekim, FMK m. 1134 tarafların ortak iradesinin hakim olacağı yönünde bir prensip ortaya koyar. **MESTRE/LAUDE**, s. 9 vd.

belirten Fransız Medenî Kanunu m. 1134/f. I'in hâkimi bu konuda kısıtladığı, hâkimin açık ve net sözleşme kaydını kendi adalet ve hakkaniyet kaygısıyla değiştirip, genişletmesine engel olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁰. Nitekim, Fransız Temyiz Mahkemesi de 1872 yılında verdiği bir kararında açık ve kesin olan sözleşme koşullarının yorumlanmasını açıkça yasaklamıştır⁴⁰¹. Bu karar, daha sonra diğer mahkeme kararlarına da esas teşkil etmiştir⁴⁰².

İsviçre Hukukunda sorun kanunun yorumlanması ile ilişkilendirilerek ele alınmıştır⁴⁰³. Zira, kanun metni yorumlanırken öncelikle lâfza göre yorum yapılmaktadır. Kanun metninin lâfzı yeterince açık değilse, kanun metnine yorum yolu ile birden fazla anlam verilebiliyorsa, hâkim, hükmün diğer yasal hükümler ile ilişkisini, içeriğini, amacını, hüküm ile korunmak istenen menfaati ve yasa koyucunun, hazırlık çalışmalarından anlaşılan iradesini göz önüne almak suretiyle kanun metninin içeriğini tespit etmeye çalışmaktadır⁴⁰⁴. Federal Mahkemenin sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin kabul ettiği genel görüş de, İBK m. 18/f. I gereği, tarafların gerçek ve ortak niyetinin tespit edilememesi halinde hâkimin, objektif yorum yöntemine başvurması yani güven nazariyesini uygulaması gerektiği yönündedir⁴⁰⁵. Federal Mahkeme, burada hukuk sorunu olduğunu, dolayısıyla, bu prensibin uygulanması neticesinde iradenin, muhatabın bu irade açıklamasına verebileceği ve vermesi gereken anlama göre yorumlanacağını kabul eder⁴⁰⁶. Mahkeme ayrıca, sözleşmenin, sadece metnine ve içeriğine göre değil, sözleşmeyi çevreleyen koşullara göre yorumlanacağını da kararlarında belirtir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ **DRAPIER**, s. 247 vd; 257 vd; **SCHMIDT-SZALEWSKI**, s. 293; Civ. 1re, 12 fév. 1985, *Bull. civ.*I, n. 60.

⁴⁰¹ Civ. 15 avril 1872. D.P 1872.1.76, karar için bkz. **DELEBECQUE/PANSIER**, s. 204 vd.

⁴⁰² **MALEVILLE**, s. 25 vd; **FABRE-MAGNAN**, s. 433 vd; **DELEBECQUE/PANSIER**, s. 204 vd.

Öte yandan Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında, kamu düzeni kuralına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle açık bir hükmün yorumlanmasını kabul etmiştir. Bkz. Civ. 3e, 11 déc. 1984, *Bull. civ.* III, n. 209; RTD civ. 1985, 595.

⁴⁰³ SJ 2002 I s. 149 vd; **CHAPPUIS**, Le texte clair du contrat, s. 8 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 85 vd.

⁴⁰⁴ ATF 121 III 408 cons. 4b; ATF 119 II 353; ATF 117 Ia 328; kararlar için bkz. www.swisslex.ch; **CHAPPUIS**, Le texte clair du contrat, s. 8 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 85 vd.

⁴⁰⁵ TF, SJ 2001 I s. 541-549; ATF 125 III 305 = ZBGR 82 (2001) s. 187, kararlar için bkz. www.swisslex.ch; ATF 122 III 426, cons. 5; ATF 121 III 118 cons. 4b/aa kararlar için bkz. www.admin.ch.

⁴⁰⁶ RO 95 II 547= JdT 1971 I s. 48; RO 90 II 455 = JdT 1965 I 279 ; RO 89 II 130 = JdT 1964 I 38; RO 87 II 237= JdT 1962 I 209; kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

⁴⁰⁷ ATF 90 II 235= JdT 1965 I s.138, 145; ATF 107 II 411= JdT 1982 I s. 162; ATF 115 II 484= JdT

Sorunun kanunun yorumlanması ile ilişkilendirilmesi, BK m. 18/f. I dolayısıyla eleştirilmektedir. Söz konusu düzenlemenin, hâkime gerçek ve ortak niyeti bulma ödevi yüklediği, kullanılan ifadelerin belirsizliği üzerinde durmadığı ifade edilerek, metnin mutlak bir değerinin olmadığı, her zaman tarafların kendilerini yanlış ifade edebilme ihtimalinin olduğu ileri sürülmektedir⁴⁰⁸. Nitekim, Federal Mahkeme tarafından sözleşmelerin yorumlanması için öngörülen sübjektif ve objektif yorum yönteminden, sübjektif yöntemin kanunların yorumlanmasında geçerli olmadığı, zira, kanunların, iki veya daha fazla tarafın irade uyuşması sonucu meydana gelmediği, dolayısıyla, gerçek ve ortak niyetin kanunlar için söz konusu olamayacağı, tek ortak hususun mevcut metne bir anlam atfetmek olduğu belirtilmektedir⁴⁰⁹.

Bugün *Chappuis*, kanunların yorumlanmasında kabul edilen metin lehine karinenin sözleşmeler için de kabul edilebileceğini belirtir. Yazar, sözleşme metninin tarafların gerçek ve ortak niyetini açık olarak ifade ettiğine yönelik bir karinenin kabul edilebileceğini, ancak, karinenin çürütülebilmesi halinde sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin yöntemlere başvurulabileceğini ileri sürmektedir⁴¹⁰.

Bu konudaki mahkeme kararlarına baktığımızda, eski tarihli bir mahkeme kararında, sözleşme metninin açık olması halinde yorum yolu ile sözleşme dışı unsurlara başvurularak anlamın değiştirilemeyeceğinin kabul edildiğini görürüz⁴¹¹.

Nitekim, Federal Mahkeme başka bir kararında, her ne kadar açık bir metnin varlığı halinde ilke olarak diğer yorum metotlarının kullanılmayacağını belirterek kararına başlasa da, tarafların gerçek ve ortak niyetlerine ilişkin verilerin eksikliği sebebi ile metnin ilk görünüşteki anlamını onaylamak için metnin objektif ifadesine başvurmuştur⁴¹². Mahkeme, sözleşmede kullanılan ifadenin açık olmasını değil, söz

1990 I s. 210; kararlar için bkz. www.swisslex.ch. **CHAPPUIS**, Le texte clair du contrat, s. 9 vd.

⁴⁰⁸ **CHAPPUIS**, Le texte clair du contrat, s. 11 vd.

⁴⁰⁹ **CHAPPUIS**, Le texte clair du contrat, s. 10 vd.

⁴¹⁰ **CHAPPUIS**, Le texte clair du contrat, s. 15 vd.

⁴¹¹ Federal Mahkeme, kararında sözleşmedeki kesin ve açık ifadenin tarafların ortak niyetine uygun olmadığını, bu sebeple İBK m. 18'e uygun olarak tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespit edilmesi için gerekirse sözleşme dışı unsurlara başvurulacağını ifade etmiştir. ATF 99 II 282 c. 1, karar için bkz. www.admin.ch.

⁴¹² ATF 127 III 144 cons. 1b, 2a = SJ 2002 I 149 ; Federal Mahkeme bir başka kararında, güven nazariyesi ile, anlamı açık bir metnin görünüşteki anlamını teyit etmiştir. ATF 101 II 329 cons. 2 = JdT 1977 I 98, kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

konusu ifadenin tarafların uyuştuğu anlamın dışında anlaşılmasına yol açacak hiçbir unsurun bulunmamasını gerekçe göstererek kararını vermiştir.

1995 tarihli bir başka kararda⁴¹³ ise Federal Mahkeme anlamı açık olan metnin yorumlanamayacağı ilkesine, gösterdiği üç gerekçe ile karşı çıkmıştır. Birinci gerekçe olarak, lafzî anlamda açık bir metnin söz konusu olamayacağı gösterilirken, ikinci olarak, İBK m. 18'in sadece metnin göz önüne alınarak lafzî yorum yapılmasını yasaklaması, üçüncü olarak ise, ilk bakışta bir kaydın açık olduğu kabul edilse bile, diğer sözleşme hükümleri dikkate alındığında veya tarafların amacı ve diğer koşullar göz önüne alındığında aslında anlamın açık olmadığını ortaya çıkabilme olasılığının mevcut olması gösterilmiştir.

Türk Hukukunda da, ilk bakışta ifadeler açık olarak görülse bile yorum metotları uygulandığında farklı anlamların ortaya konabileceği gerekçesiyle, haklı olarak açık bir sözleşme hükmünün de yorumlanması gerektiği kabul edilir⁴¹⁴.

İster ilk okunuşta ister sözleşme bütün olarak ele alındıktan sonra ortaya çıksın, görüldüğü üzere sözleşmenin belirsiz olması temel ve tek yorum sebebidir. Belirsizlik, sözleşmede yer alan bir kaydın, kendisine birden çok anlam izafe edilmesine elverişli olmasından ileri gelebileceği gibi, sözleşmede yer alan terimlerin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık ve net olmamasından da kaynaklanabilir.

Bir sözleşmenin veya kaydın kendi başına anlaşılabilir olmadığından bahsedilemez. Anlaşılabilirlik, somut olayın şartlarına veya sözleşenlerin kişiliklerine göre ortaya çıkar⁴¹⁵. Sözleşmenin somut olayın şartlarına göre anlaşılabilir olmasına örnek olarak, sözleşmede yer alan bir kaydın ilk başta açık olarak nitelendirilmesi, ancak, daha sonra sözleşmenin bütünü, sözleşmede yer alan diğer kayıtlar ve/veya sözleşme dışı olgular ile karşılaştırıldığında anlaşılabilir olarak değerlendirilmesi gösterilebilir. İfadedeki farklılıkların yarattığı, terimlerin anlamında uyuşamama hali

⁴¹³ TF, 4C.325/1994 cons. 4a , karar için bkz. www.swisslex.ch.

⁴¹⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 428. .

⁴¹⁵ Dolayısıyla, hiçbir terim kendiliğinden açık veya belirsiz kabul edilemez. Bir kaydın bir olayda belirsiz nitelik taşıdığı kabul edilebilirken diğer bir olayda anlamının açık olduğu kabul edilebilir. Bu sebeple de bu kavramlara net bir tanım vermek ve birbirinden ayırd etmek kolay değildir. Bu yönde bkz. **DRAPIER**, s. 248 vd.

de, sözleşenlerin kişilikleri nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlığın bir diğer örneğidir⁴¹⁶.

Sözleşmenin belirsiz olması bilgi fazlası⁴¹⁷ veya bilgi eksikliği⁴¹⁸ dolayısıyla da ortaya çıkabilir. Bu durumda, belirsizlik ya sözleşme hükmünde kendini gösterir ya da tarafların bir konuda sessiz kalmasından ileri gelir. Tarafların sessiz kalması halinde sözleşme eksik olarak nitelendirilebilir ve bu durumda belirsizlik artık sözleşmenin tamamlanması faaliyetinin konusunu oluşturur.

B. Sözleşme Hükümünde Belirsizlik

Sözleşme hükmünün belirsiz olması, sözdizimsel ve dilbilgisel sebeplerden veya sözleşmeyi çevreleyen koşullardan kaynaklanabilir. Aşağıda ayrıca incelenecek olan tarafların sessiz kalması dolayısıyla ortaya çıkan belirsizlikten farklı olarak, burada bir beyan vardır; ancak, beyanın içeriği açık ve net olarak anlaşılammaktadır.

1. Sözdizimsel ve Dilbilgisel Belirsizlik

a) Sözleşme Hükümlerinin Bir Arada Değerlendirilmesi

Benzer sözleşme kayıtları arasındaki uyumsuzluk, sözleşmenin başlığı ve devamının uyuşmaması, kayıtlardan birinin kaldırılması halinde bu kaydın önünde veya arkasında yer alan ve kaldırılan kayıtla uyumlu olan diğer kayıtların anlamsız kalması, cümle kurgusunun yanlış olması⁴¹⁹, sözleşmede kullanılan zamanın yeknesak olmaması, sözleşme hükmünün belirsiz olmasına yol açan sebeplere örnek

⁴¹⁶ **MALLEVILLE**, s. 27.

⁴¹⁷ *Simler*'e göre, bilgi fazlası, açıklanmış niyetlerin birden fazla ve birbiri ile uyumsuz olması, birbiri ile zıt şekilde tekrarlanması, birbiri ile uyumlaştırılmamış birden fazla sözleşmesel belgenin bir arada bulunması, sözleşme grubu oluşturan birden fazla sözleşmenin veya bileşik sözleşmelerin mevcudiyeti halinde söz konusu olmaktadır. Bkz. **SIMLER**, fasc. 20, n. 11 vd; Bu yönde ayrıca bkz. **IVANIER**, L'ambiguité dans les contrats, s. 153 vd.

⁴¹⁸ Kısa ve öz sözleşme kayıtlarında da söz konusu kaydın belirsiz olması tehlikesi ile karşılaşmakta ve belirsizlik nedeni ile sözleşmenin anlaşılma ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bkz. **MALEVILLE**, s. 27; **IVANIER**, L'ambiguité dans les contrats, s. 153 vd.

⁴¹⁹ Cümle kurgularının yanlış olması, edatların doğru yerde kullanılmamasından kaynaklanabileceği gibi, noktalama işaretlerinin doğru yerde kullanılmamasından da kaynaklanabilir. Bkz. **MALLEVILLE**, s. 43 vd.

olarak gösterilebilir⁴²⁰.

Sözleşme hükmünün belirsizliği kayıtların içeriğinin belirsiz olmasından da ileri gelebilir. Bu tarz belirsizlik sözleşmede yer alan kayıtlar arasındaki doğrudan bağlantıdan veya ikincil, dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanabilir⁴²¹. Kayıtlar arasındaki doğrudan bağlantıdan kaynaklanan belirsizlik, daha çok hem genel, hem de özel kayıt içeren sözleşmelerde görülür. Örneğin, genel işlem şartı içeren sözleşmelerde genel kayıtlar ile birlikte özel kayıtlar da bulunabilir⁴²². Genel kayıtlar ile özel kayıtların çelişkili⁴²³ olması halinde, elle yazılan kayıtların veya özel kayıtların genel işlem şartlarından ayrıldığı ve bu şartlardan üstün olduğunun kabulü gerekir⁴²⁴. Bu çözüm yöntemi Fransız Hukukunda da benimsenmiştir (*specialia generalibus derogant*)⁴²⁵.

Belirsizliğin şüpheli kayıtlar, cümleler veya bir cümlede kullanılan ifadeler arasındaki dolaylı bağlantı sebebiyle ortaya çıkması halinde, ilk bakışta birbirini tutan sözleşme kayıtlarının arasındaki uyumsuzluğu ortaya çıkarmak kolay olmayacaktır. Bu durumda, açık kayıtların da yorumlanabileceği düşüncesinin ne kadar önemli olduğu daha net ortaya çıkar. Kanımızca bu halde hâkim, sözleşmeyi bir bütün olarak ele almalı, tüm sözleşme kayıtlarını birlikte değerlendirerek

⁴²⁰ **MALLEVILLE**, s. 42 vd.

⁴²¹ **MALLEVILLE**, s. 45 vd.

⁴²² Örneğin, katılım sözleşmelerinde yer alan genel kayıtlara ek olarak sözleşmeye özel kayıtların eklenmesi ve bu özel kayıtların genel kayıtlar ile çelişmesi halinde sözleşmenin tanziminde belirsizlikten söz edilir. Ancak, bu belirsizlik sözleşme kayıtlarının içeriğine de yansır. Belirsizlik sözleşmenin ifasına yönelik olabileceği gibi, sözleşmenin konusuna yönelik de olabilir. Sigorta sözleşmelerinde garantinin kapsamına ilişkin genel işlem şartı ile özel şart arasında bir uyumsuzluk olması halinde sözleşmenin konusuna yönelik belirsizlikten söz edilir. Bu bilgiler için bkz. **MALLEVILLE**, s. 47 vd.

⁴²³ Çelişki sebebi ile sözleşmenin belirsiz olması sözleşmede yer alan kayıtlardan birinin diğerinin içeriğini inkâr etmesi olarak ifade edilir. Bu yönde bkz. **MALLEVILLE**, s. 59 vd; **GELOT**, s. 281 vd.

⁴²⁴ **KAPLAN**, Müdahale, s. 73; Alman Hukukunda BGB § 305/b'de bireysel olarak görüşülmüş kayıtların genel işlem şartlarından öncelikli olduğu açıkça düzenlenmiştir.

⁴²⁵ Bu yöndeki Fransız Temyiz Mahkemesi kararları için bkz. Cass. 1re civ, 17 juin 1986, *Bull. civ.* I, n. 166; Cass. 1re civ. 12 mai 1969, *Bull. civ.* I n. 174.

TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, s. 454; **SIMLER**, fas. 20, n. 20; Elle konulan kayıtlar veya özel kayıtlar, genellikle zayıf tarafın lehinedir ve genel işlem şartlarından üstün sayılmalarının sebebi hakkaniyete daha uygun görünmeleridir. Ancak, bu tespit mutlak değildir. Katılım sözleşmelerinde katılan aleyhine özel kayıt konması da mümkündür. Özellikle sigorta sözleşmelerinde özel kayıtla bazı riskler dışarıda bırakılabilmektedir. Bu yönde bkz. **GELOT**, s. 281 vd.

sözleşme ile güdülen amacı tespit etmeye çalışmalıdır⁴²⁶. Böylece hâkim, hem sözleşme kayıtları arasındaki dolaylı bağlantıyı ortaya çıkarabilir, hem de ilk bakışta açık gözüken kayıtları yorumlayarak sözleşmedeki belirsizliği giderebilir.

b) Sözleşmeye Dayanak Yapılan Belgelerin Bir Arada Değerlendirilmesi

Sözleşme hükmünün belirsizliği bazen sözleşmeyi oluşturan belgelerin belirsiz olmasından ileri gelebilir. Bu durum, sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra hazırlanan sözleşmesel belgeler ile sözleşme arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanabileceği gibi⁴²⁷, ek sözleşme veya sözleşmeyi tamamlayıcı yazılı bir başka belge ile asıl sözleşmenin arasındaki uyumsuzluktan da doğabilir⁴²⁸.

Nitekim, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, haksız olarak tahsil edilen aylık sabit ücretlerin faizi ile birlikte tahsili talebiyle açılan, cep telefonu aboneliğinin iptali davasında, uyumsuzluğun çözümü için Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi ile bunun düzenlenmesine esas olan davalı ile dava dışı Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanmış olan “GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesiyle İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi”nin birlikte incelenerek yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir⁴²⁹.

c) Birden Fazla Sözleşmenin Bir Arada Değerlendirilmesi

Bir veya birkaç işlem için birden fazla sözleşmenin bulunması halinde muhtelif sözleşmelerin varlığı karışıklığa yol açabilir. Bu duruma örnek olarak çerçeve sözleşme ve buna dayanılarak yapılan muhtelif sözleşmeler arasındaki uyumsuzluğu

⁴²⁶ Sözleşmedeki hükümlerin bütün olarak incelenmesi veya sözleşme eklerinin sözleşme ile birlikte değerlendirilmesi sonucu sözdiziminden kaynaklanan çelişkiye rastlanılabilir. Sözleşmeye ilişkin dokümanların farklı tarihlerde düzenlenmesi veya çok sayıda ve çok çeşitli olmaları nedeniyle sözleşmenin düzgün bir şekilde kaleme alınamaması sözdizimsel çelişki sebeplerindedir. Bkz. **MALLEVILLE**, s. 61 vd.

⁴²⁷ **MALLEVILLE**, s. 50 vd.

⁴²⁸ Asıl sözleşmenin ek sözleşmeye dayanılarak yorumlanmasının da mümkün olduğu yönünde bkz. **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358.

Açıklayıcı planlar, teknik ekler veya rakamsal veriler gibi çoğu zaman sözleşme ile bir bütün oluşturmayan, ancak, sözleşmeye eşlik eden belgeler ile sözleşme arasındaki uyumsuzluk sözleşmenin belirsiz olmasına neden olur. Bu yönde bkz. **MALLEVILLE**, s. 52 vd.

⁴²⁹ **Yarg. 13. HD**, 22.11.2000, 10885/10542; benzer yönde **Yarg. HGK**, 24.12.2001, 10884/12050; kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

gösterebiliriz⁴³⁰. Çerçeve sözleşme “ileride aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli bir takım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden mutabık kalmaları” olarak tanımlanır⁴³¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, çerçeve sözleşme ileride yapılacak sözleşmelerin içeriğinin önemli bir kısmını oluşturur⁴³². Dolayısıyla, çerçeve sözleşme ile buna dayanılarak yapılan münferit sözleşmeler arasında uyumsuzluk bulunması halinde doğru çözüme ulaşılabilmesi için çerçeve sözleşme ile buna dayanılarak yapılan sözleşmenin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Çerçeve sözleşme olmaksızın birden fazla birbiri ile bağlantılı sözleşme yapılması halinde, yorum, sözleşmelerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Nitekim, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 3.6.2002 tarihli bir kararında, davalı ile davacı arasında üç adet sözleşme bulunduğu hususunda bir çekişme olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmelerin birlikte yorumlanması neticesinde 11.3.1998 tarihli sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin kararlaştırıldığı, 17.4.1998 tarihli sözleşmede ise anılan sözleşmeye atıf yapıldığı, dolayısıyla, söz konusu sözleşmede de hakem kaydının mevcut olduğu, 16.3.1998 tarihli üçüncü sözleşmede ise hakem şartının mevcut olmadığı, bu nedenle, bu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceği kanaatine varmıştır⁴³³.

2. Sözleşmeyi Çevreleyen Koşullardan Kaynaklanan Belirsizlik

Sözleşmenin belirsizliği sadece sözleşmenin kendisinden veya diğer sözleşmesel belgelerden kaynaklanmaz. Belirsizlik sözleşmeyi çevreleyen

⁴³⁰ MALLEVILLE, s. 55 vd.

⁴³¹ BARLAS, Çerçeve Sözleşme, s. 90 vd. Aynı yöndeki tanımlar için bkz. DOĞAN, s. 109 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 112 vd; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 32 dnp 63.

⁴³² Çerçeve sözleşmelerde, ileride kurulacak sözleşmelere yönelik vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler olabileceği gibi borca aykırılık halinde uygulanacak müeyyideler veya uyarlamaya ilişkin hükümler, yetkili mahkemenin neresi olacağına ve hangi hukukun uygulanacağına ilişkin kayıtlar da yer alabilir. Bu konuda bkz. BARLAS, Çerçeve Sözleşme, s. 92 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 112 vd.

⁴³³ Yarg. 19. HD, 3.6.2002, E. 2001/9357, K. 2002/4209, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

koşullardan da ileri gelebilir⁴³⁴.

Diğer belirsizlik sebeplerinden daha az sıklıkta rastlanılsa da ifayı çevreleyen şartlar nedeni ile sözleşmenin yorumlanması gerekebilir. Bu çerçevede olağanüstü ve önceden öngörülemeyen olayların aniden vuku bulması sözleşmenin yorumlanmasına yol açan koşullardandır. Ancak, ifayı çevreleyen şartların sözleşmenin yorumlanmasına yol açması için mutlaka olağanüstü ve öngörülemeyen bir olayın varlığı aranmaz. Taşıma sözleşmelerinde rastlanan, geminin yok olması gibi aslında risk olarak önceden öngörülebilen ancak arzu edilmeyen haller de yorum ihtiyacının doğmasına sebep olabilir⁴³⁵.

C. Tarafların İhtilaf Konusunda Sessiz Kalmaları Dolayısıyla Ortaya Çıkan Belirsizlik

Şimdiye kadar yorumu gerektiren olgu olarak sözleşme hükmünde belirsizlikten bahsettik. Gerçekten, çoğu zaman belirsizlik sözleşme hükümleri arasındaki çelişkiden veya birden fazla sözleşmenin birbiri ile çelişmesinden yahut da sözleşme ile sözleşmeye ek belgeler arasındaki çelişkiden kaynaklandığından çelişki ve belirsizlik kavramları birbirinden ayrı olarak değerlendirilmemiştir. Belirsizliğin sebebi çelişki olarak ifade edilmiştir. Ancak, belirtmek gerekir ki, her belirsizlik çelişkiden kaynaklanmaz. Sözleşmenin kısa ve öz düzenlemeler içerdiği için eksik olması veya kullanılan terimin anlamı üzerinde uyuşulmaması halinde sözleşmede bir çelişki yoktur; ancak, sözleşme yine de belirsizdir ve yorum ihtiyacı ortaya çıkar.

Sözleşme, sözleşme hükümlerinin yeterince açık yazılmaması veya sözleşmede yer alan kaydın kısa ve öz yazılmak istenmesi halinde, eksik olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, sözleşmenin belirsizliğinin derecesi sözleşmenin ihtilaf konusunda hiçbir açıklık içermemesi veya bu konudaki düzenlemenin yeterli olmamasına göre değişir.

⁴³⁴ MALLEVILLE, s. 56 vd.

⁴³⁵ MALLEVILLE, s. 57 vd.

Sözleşme hükümlerinin yeterince açık olmaması, sözleşmede kullanılan terimin günlük anlamı ile teknik anlamının farklılığından⁴³⁶, kullanılan terminolojinin ya da sözleşmede yer alan kayıtların belirsiz olmasından kaynaklanabilir. Örneğin, sözleşme ile üstlenilen borçların yeterince sınırlandırılmaması, sözleşmenin eksik olmasından veya bazı durumların önceden öngörülememesi sebebiyle yeterli düzenlemenin yapılamamasından ileri gelebilir⁴³⁷.

Sözleşmede ihtilâf konusu hususa ilişkin hiç bir düzenleme bulunmaması veya yeterli bir düzenleme getirilmemesi halinde, sözleşmenin tamamlanmamış, eksik olduğundan bahsedilir. Eksik sözleşme belirsizliğin en yoğun olduğu haldir⁴³⁸.

İşte bizim konumuz bakımından önem taşıyan belirsizlik hali, esas itibariyle sözleşmede ihtilaf konusu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmaması halinde ortaya çıkan belirsizlik, diğer bir ifade ile tarafların bir konuda sessiz kalması sebebiyle ortaya çıkan belirsizliktir. Bu aşamada, yorum faaliyetinin tamamlama faaliyeti bakımından ne denli büyük önem taşıdığı daha net olarak ortaya çıkar. Zira, yorumu gerektiren olgu olarak ifade edilen belirsizlik, kaynaklandığı sebebe göre tamamlama faaliyetinin konusunu oluşturabilecektir. Belirsizliğin sözleşmenin eksik olmasından kaynaklandığını tespit eden hâkim, belirsizliği giderebilmek için sözleşmeyi tamamlama yoluna başvuracaktır. Dolayısıyla, yorumdan bahsetmeden tamamlamadan bahsetmek, tamamlama faaliyetini eksik bırakmak olacaktır.

IV. Şekle Tâbi Sözleşmelerin Yorumu

Şekle tâbi sözleşmelerin geçerliliği daha önce de belirttiğimiz üzere esaslı noktaların yasa koyucu tarafından öngörülen şekilde yer almasına bağlıdır. İkinci derece noktalar bakımından böyle bir zorunluluk söz konusu değildir⁴³⁹. Bu tür

⁴³⁶ **MALLEVILLE**, s. 71 vd.

⁴³⁷ **MALLEVILLE**, s. 79 vd.

⁴³⁸ Tarafların sessiz kaldığı husus, ifa tarihine veya miktara ilişkin olabilir. **MALLEVILLE**, s. 82 vd.

⁴³⁹ Ancak, esaslı olmayan, tali sayılan, fakat hukuki işlemin özünü, temelini teşkil eden noktaların da şekle ithal edilmesi gerektiği kabul edilir. Bu sonuç, şekle ilişkin hükümlerin genişletilmiş yorumundan kaynaklanır. Dikkat etmek gerekir ki, şekil ancak hukuki işlemin elverdiği ölçüde genişleyebilir. Bu durumda, şekle tâbi olması gereken tali noktaların tespiti her işlemin kendi özelliği göz önüne alınarak ortaya konmalıdır. Bkz. **TUĞ**, s. 45.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde esaslı noktaların yanı sıra edim ve karşı edim borçlarını netleştirmeye ilişkin veya cezai şart gibi edim borcunu kuvvetlendiren kayıtların

sözleşmelerin yorumunda da daha önce ifade edilen yorum kuralları uygulama alanı bulur⁴⁴⁰. Zira, şekle tâbi olma mecburiyeti bu tür sözleşmelerin taraflarının gerçek iradelerinin veya iyi niyetlerinin korunmayacağı anlamına gelmez. Bu yüzden gerçek iradenin araştırılmasına ve iyi niyetin korunmasına getirilecek her kısıtlamaya itiraz edilmesi gerekir⁴⁴¹.

Şekle tâbi sözleşmelerin de diğer sözleşmelere uygulanan yorum kuralları ile yorumlanacağını ifade etsek de, bu teyidi sınırlamak gerekir. Zira, esaslı noktaların dikkate alınabilmesi için bunların öngörülen şekilde yer alması gerekir. Dolayısıyla, yorum yolu ile bu noktalarda gerçek ve müşterek iradeyi bürünmesi gereken şeklin dışında tutmak mümkün olmaz⁴⁴². Bu sebeple, yorum yoluyla tespit edilen anlamın sözleşme için aranan şeklin kapsamında yer alıp almadığının belirlenmesi gerekir⁴⁴³.

Şekle tabi sözleşmelerin yorumunda iki farklı yaklaşım vardır:

Bir görüşe göre, yorum ile tespit edilen iradenin en azından ima yolu ile şekle uygun beyanda bulunması gerekir. Bu görüş ima edilme teorisi (*Andeutungstheorie*) olarak ifade edilir⁴⁴⁴. Yorumun, şeklin kapsamına giren beyana göre yapılması gerektiği, şekil dışında kalan hâl ve şartların şekle tâbi olmayan sözleşmelerdeki gibi yorumlanacağı kabul edilir⁴⁴⁵.

resmi şekilde yer alması gerektiği hususunda bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 290; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 222.

⁴⁴⁰ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 129 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336 vd; **von TUHR**, s. 270 vd.

⁴⁴¹ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 129; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 337 vd. Sözleşmenin kurulması sırasındaki sözlü görüşmelerin ve sözleşmeyi çevreleyen şartların sözleşme şekle tâbi olsa bile yorumda dikkate alınacağı hususunda bkz. **DAEPPEN**, Art. 18, s. 34.

⁴⁴² **GUGGENHEIM**, T. I, s. 130; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 337 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430 vd.

⁴⁴³ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 129 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 337 vd.

⁴⁴⁴ **KAPLAN**, Müdahale, s. 86 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 478.

⁴⁴⁵ Türk Hukukunda *Kaplan*, tarafların gerçek iradelerinin tespitinde resmi şeklin muhtevasını ihtiva eden metne öncelik tanınması gerektiğini kabul eder. Yazara göre, gerçek iradenin tespitinde resmî şekle ima yolu ile de olsa yansımış irade beyanlarından yararlanılır. Yorumun, resmî şekle bağlanmış metne dayandırılması gerekir. Resmî şekle girmiş beyan ile gerçek irade arasında bağlantı kurulması halinde, aynı diğer sözleşmelerdeki gibi şeklin dışında kalan hâl ve şartlara başvurulabilir. Bkz. **KAPLAN**, Yorum, s. 458 vd.

İma edilme teorisinin İsviçre'de ölüme bağlı tasarruflar ve vasiyetnameler bakımından uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. **MERZ**, Art. 2, n. 163.

Diğer görüş ise⁴⁴⁶, bu halde yorum meselesi ile şekil meselesinin birbirine karıştırıldığını, şekle bağlı sözleşmelerin de diğer sözleşmeler gibi aynı yorum araçları ve ilkeleri ile yorumlanması gerektiğini, sadece şekle uygun beyanların değil, sözleşmenin kuruluşundaki bütün beyanların yorumun konusunu teşkil ettiğini kabul eder. Bu görüş yanlılarına göre, sözleşme yorumlandıktan sonra gerekli şekle bürünüp bürünmediğinin kontrol edilmesi gerekir. Ancak, sözleşmenin gerekli şekle bürünmediği tespit edilirse şekle aykırılığın sonuçları irdelenmelidir.

Kanımızca, şekle tâbi sözleşmelerde de diğer şekle tâbi olmayan sözleşmelerde kullanılan yorum araçları ve ilkeleri kullanılmalı, diğer bir ifade ile, sadece şekle uygun beyanlar değil, sözleşmenin kuruluşundaki bütün beyanlar sözleşmenin yorumunda göz önüne alınmalıdır. Ancak bu şekilde tarafların gerçek iradesine veya farazî ortak iradelerine ulaşılabilir. Sözleşmeye verilen anlam tespit edildikten sonra, sözleşme için aranan şekle uyulup uyulmadığı sorununun incelenmesi gerekir. Gerekli şekle uyulmamış ise, sözleşme geçersizdir. Yorum ile tespit edilen iradeler şeklin kapsamında yer alıyorsa, o takdirde sözleşmenin geçerli olduğu kanaatine varılır. Bu aşamadan sonra sözleşmede bir boşluk varsa, bu boşluk hâkim tarafından en uygun metot ile doldurulmaya çalışılır. Aksi halde, sadece şekle uygun beyanların incelenmesi ve yorumlanması halinde tarafların gerçek veya farazî ortak iradelerine ulaşamaz. Belki de irade beyanları eksik veya yanlış değerlendirildiğinden, iki tarafın da istemediği sonuçlar taraflara yüklenir. Bu sebeple, öncelikle irade beyanlarının aynen şekle tâbi olmayan sözleşmelerde kullanılan vasıtalar ve metotlardan uygun olanlar ile yorumlanması, daha sonra bu iradelerin şekle bağlanmış olup olmadığının incelenmesi kanımızca bizi daha doğru sonuca ulaştırır. İsviçre’de ölüme bağlı tasarruflar ve vasiyetnamelerin yorumlanmasında önem taşıyan ima edilme teorisi, bu işlemler bakımından özellikleri gereği uygulama alanı bulsa bile, diğer şekle tâbi işlemler bakımından yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeler nedeniyle kabul edilmemelidir.

⁴⁴⁶ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 478; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT**, N. 1243, 1247; **BK-KRAMER**, Art. 18 N. 59.

Türk Hukukunda *Kocayusufpaşaoğlu*, yorum ve şekil sorununun birbirinden farklı olarak ele alınması gerektiğini, geçerliliği şekle bağlı işlemlerin şekle tâbi olmayan işlemlerde olduğu gibi yorumlandıktan ve içerik yorum ile belli edildikten sonra tespit edilen anlamın şekle bağlanıp bağlanmadığının araştırılması gerektiğini kabul eder. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 337 vd. Benzer yönde, **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 430 vd.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir diğerk husus, Şeklin kanun tarafından öngörölmediği hallerdir. Gerçekten Şekil kanun tarafından öngörölmemiŐ ancak taraflarca kabul edilmiş ise, öncelikle, sözleşme taraflarının Şekle ne anlam verdiklerini belirlemek gerekir. BK m. 16/ f. I bu Şeklin geçerlilik Şekli olduğuna dair bir karine öngörmektedir⁴⁴⁷. Bu karine, bütün ispat araçları ile aksine döndürülebilir. Taraflarca kararlaştırılan Şekil Şartının, ispat Şartı mı, yoksa geçerlilik Şartı mı olduğu Şüphe yaratıyorsa, güven nazariyesi uygulanır. Güven nazariyesi, tarafların iradesinin ancak Şekle uyulması halinde, sözleşmenin hükümlerini doğuracağına yönelik olduğunu ortaya koyarsa, artık Şekil zorunluluğu yasa tarafından getirilmiş gibi yorum kuralları uygulama alanı bulur⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ TUĞ, s. 29 vd; GUGGENHEIM, T.I, s. 130; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s.328; EREN, Genel Hükümler, s. 243 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 135 vd; OĞUZMAN/OĞZ, s. 130 vd.

⁴⁴⁸ GUGGENHEIM, T.I, s. 130.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDE OLUŞAN BOŞLUĞUN DOLDURULMASI

§3. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASINA YÖNELİK YORUMLAMA FAALİYETİ

I. Genel Olarak

Sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması üç aşamalı olarak gerçekleştiğini, bu aşamaların nitelendirme, yorum ve tamamlama olduğunu belirtmiştik. Buraya kadar, nitelendirme ve tamamlama aşamalarının ayrılmaz parçası olan yoruma ilişkin temel esasları ele alarak, hâkimin, yorum yolu ile sözleşmede boşluk bulunup bulunmadığını nasıl belirleyeceğini ortaya koymaya çalıştık. Bu paragrafta ise, artık sözleşmede yorum yolu ile giderilecek bir belirsizliğin değil, sözleşenlerin düzenlemeleri gereken bir konuda suskun kalmaları dolayısıyla ortaya çıkan ve ancak sözleşmenin tamamlanması suretiyle giderilebilecek bir belirsizliğin olduğunu tespit eden hâkimin, bu boşluğu nasıl dolduracağı ele alınacaktır.

Sözleşmedeki boşluk tespit edildikten sonra, son aşama olan sözleşmenin tamamlanmasında, nitelendirme ve yorum aşamalarının önemi daha da belirginleşir. Zira, gerek nitelendirme gerek yorum hâkimin sözleşmeyi tamamlayacağı hükmü tespit etmesi bakımından belirleyici olacaktır.

Nitelendirme, sözleşmenin doğasının, hukuki karakterinin, tâbi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi anlamına gelir⁴⁴⁹. Sözleşmenin hukuki karakterini esaslı noktalar belirlediğinden, nitelendirme de esaslı noktalar nazara alınarak hâkim tarafından re'sen gerçekleştirilir⁴⁵⁰. Bu sebeple, nitelendirme geniş ölçüde hâkimin tutumundan etkilenir. Zira, yasal tanımların olmadığı veya yasal tanımların mevcut olmasına rağmen kesin sınırlar çizmediği hallerde, hâkim kendisine daha doğru gelen

⁴⁴⁹ **TERRÉ**, Volonté et qualification, s. 99 vd; **SIMLER**, fasc. 10, n. 18 vd; **FAGES**, s. 108 vd; **MALLEVILLE**, s. 140 vd; **MARTY**, s. 88; **von TUHR**, s. 271 vd; **JANVILLE**, s. 412 vd; **ROCHFELD**, s. 42 vd; **ROUVIÈRE**, s. 137; **MARTY/ RAYNAUD**, s. 249; **TUNÇOMAĞ, C. I**, s. 288; **KANETİ**, s. 26 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 338; **GHESTIN/ JAMIN / BILLAU**, s. 64 vd; **TERRÉ/SIMLER /LEQUETTE**, s. 450.

⁴⁵⁰ **von TUHR**, s. 271; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 338.

nitelendirmeyi yapmakta serbesttir⁴⁵¹.

Sözleşmenin nitelendirilmesi ve yorumlanması ardı ardına gelmeleri sebebiyle birbiri ile bağlı olan işlemlerdir. Ancak, nitelendirme ile yorum farklı kavramlardır. Yorum bir olgu sorunu iken, sözleşmenin nitelendirilmesi bir hukuki sorundur⁴⁵². Yorum tarafların irade beyanlarının gerçek anlamını, diğer bir ifade ile somut bireyselliğini ortaya koyarken, nitelendirme gerçek anlamı ortaya konmuş işlemi soyut hukuki kalıba yerleştirme olarak ifade edilir⁴⁵³.

Sözleşme nitelendirilirken tarafların iradeleri yorumlanarak bir sonuca varılır⁴⁵⁴. Hâkim sözleşmenin niteliğini belirlerken sözleşmenin içeriğinden yararlanır⁴⁵⁵. Fakat, her ne kadar tarafların iradelerine başvurulsa da nitelendirme taraf iradelerinin dışında kalır. Taraflar, kurdukları sözleşmeye ne isim verirlerse versinler, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hâkim sözleşmenin gerçekte hangi hukuki kategoriye girdiğini re'sen tespit eder⁴⁵⁶. Tarafların iradesi belirlenirken, sözleşmenin niteliğini belirleyen edim, sözleşmenin süresi, edimler arası bağ, edimin konusu, edimlerin değerleri arasındaki denge, tarafların hukuksal konumu, iş hayatındaki yaygın anlayış, tarafların niteliği, sözleşmenin şekli gibi kriterler dikkate alınır⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 338; **SEROZAN**, Atipik Sözleşmeler, s. 1232; **TERRÉ**, Volonté et qualification, s. 101 vd.

Bir sözleşmenin isimli veya isimsiz sözleşme olup olmadığını saptamaya ilişkin faaliyet de nitelendirmedir. Nitelendirme kavrama (*concept*) sıkı şekilde bağlıdır. Kavram da yorumun konusudur. Dolayısıyla, nitelendirme aslında bir yorum sorunudur. Bu konuda bkz. **PIAGET**, s. 989 vd; **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 450.

⁴⁵² **MALLEVILLE**, s. 140 vd; **SIMLER**, fasc. 10, n. 20 vd; **DUPICHOT**, s. 183; **MARTY/RAYNAUD**, s. 249 vd; **BOYER**, n. 205, **MARTY**, s. 88 vd.

⁴⁵³ **KANETİ**, s. 27.

⁴⁵⁴ **MALLEVILLE**, s. 140 vd; **SIMLER**, fasc. 10, n. 19 vd; **TERRÉ**, La volonté individuelle, n. 12; **von TUHR**, s. 271; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 145; **SİVRİHİSARLI**, s. 143.

Yorumu nitelendirmenin araçlarından gören Yargıtay kararı için bkz. **Yarg. 4. HD**, 31.3.1972, 972-696/2807, RKD 1973, II, 2. s. 84 vd; Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 129 III 118 cons. 2.5; ATF 99 II 313; ATF 126 III cons. 3c, s. 29; ATF 128 III 265 cons. 3a, 419 cons. 2.2 s. 422, www.admin.ch.

⁴⁵⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 338; **von TUHR**, s. 272; **KANETİ**, s. 26, dpn. 100; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 145; Sözleşme kurma iradesinin, ne tür bir sözleşme kurmak istendiğini de kapsadığı hususunda bkz. **İŞIKTAÇ**, s. 320; benzer yönde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, N. 1248.

⁴⁵⁶ Nitelendirmede, tarafların seçtikleri biçimsel kalıbın belirleyici olmadığı yönünde bkz. **SEROZAN**, Atipik Sözleşmeler, s. 1232.

⁴⁵⁷ **İŞIKTAÇ**, Sözleşme, s. 322 vd. *Serozan*, nitelendirmede somut sözleşmede izlenen amacın ve somut menfaatlerin belirleyici olacağını belirtir. Bkz. **SEROZAN**, Atipik Sözleşmeler, s. 1232;

Nitekim, BK m. 18 tarafların kullandığı tabirlerden ziyade onların iradelerinin yorumlanması suretiyle elde edilen iradeye hukuki sonuç bağlanacağını düzenler. Dolayısıyla, taraflar kurdukları sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak adlandırsalar bile, sözleşmenin içeriğinden onun bir vekâlet sözleşmesi olduğu anlaşılıyorsa, sözleşme vekâlet hükümlerine tâbi olur⁴⁵⁸.

Sözleşmenin hâkim tarafından ele alınmasında, hâkim ilk olarak sözleşmeyi nitelendirerek işe başlar. Çalışma tekniği bakımından da sözleşmenin mevcut kurallar bütününe bağlanmadan önce belirginleştirilmesi (nitelendirilmesi) daha doğru olur⁴⁵⁹.

Hâkim nitelendirme ile sözleşmenin tâbi olacağı kurallar bütününe tespit etmiş olur ve bu hükümler içinde sözleşmedeki boşluğa uygulanması gereken emredici bir hükmün bulunup bulunmadığını araştırır. Sözleşmedeki boşluğa uygulanması gereken emredici bir hüküm yoksa, hâkim, bu yönde tamamlayıcı bir hükmün var olup olmadığına bakar. İşte bu aşamada yorum tekrar devreye girer; zira, tamamlayıcı hüküm varsa, bulunan bu hükmün sözleşme ile uyumlu olup olmadığının tespiti, tamamlayıcı hüküm yoksa nasıl bir yöntem izlenmesi gerektiğinin belirlenmesi yine yorumun işidir. Bu da, yorum ve tamamlama faaliyetlerinin birbirleri ile ne denli yakın olduklarını ve sözleşmenin tamamlanması faaliyetinin sözleşmenin yorumlanmasından bağımsız değerlendirilemeyeceğini bir kez daha göz önüne serer.

Sözleşmenin nitelendirmesini yaptıktan sonra, sözleşmeden hukuki sonuçlar çıkarabilmek için sözleşmeyi yorumlamak durumunda kalmak, hâkim için zorlu bir aşama olacaktır. Zira, hâkim, toplumsal hayatta en zor işlerden biri olarak kabul edilen işi yapmaya, bir başkasını anlamaya çalışacaktır⁴⁶⁰. Biz de aşağıda bu konuda hâkime yardımcı olacak esasları ortaya koyacağız.

bu yönde ayrıca bkz. **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 74 vd.

⁴⁵⁸ İki halde tarafların kullandığı tabirlere önem verilir. Bunlardan birincisi, iki tip sözleşmenin birbirinden ayırd edilememesi ve sözleşmenin kesin kıstaslar vermemesi, diğeri ise, tabirin hukuki bilgisi olan kişi tarafından kullanılmasıdır. Bkz. **von TUHR**, s. 272.

⁴⁵⁹ *Corboz*, nitelendirmeyi sözleşmenin etiketlenmesi olarak ifade eder. Bkz. **CORBOZ**, s. 270 vd.

⁴⁶⁰ **CORBOZ**, s. 271 vd.

II. Sözleşme Boşluğunu Dolduracak Hükümün Şekillendirilmesi Amacıyla Sözleşmenin Yorumlanması

A. Yorum Anlaşmaları

Tarafların anlaşarak sözleşmelerinde çeşitli yorum kurallarına yer vermeleri veya ayrı bir yorum sözleşmesi yapmalarına hukuki bir engel yoktur. Bu tarz yorum sözleşmelerine genellikle sözleşmelerin birden fazla belgeden oluşması, uzun süreli olması yahut da sözleşmenin karışık olması halinde rastlanır⁴⁶¹. Yorum kuralları çoğu zaman sözleşme metninde yer alan terimlerin ve deyimlerin ileride ihtilaf çıkması halinde ne şekilde anlaşılması gerektiğine yönelik olur. Karışık muhtevalı sözleşmelerde veya birden fazla belgeden oluşan sözleşmelerde ya da farklı zamanlarda yapılmış birden fazla sözleşmeden oluşan sözleşmelerde ise birbiri ile bağdaşmayan kayıtlardan hangisine öncelik tanınacağına ilişkin yorum kurallarına rastlanır⁴⁶².

Yorum anlaşması, yorum kurallarının tarafların anlaşması ile önceden kararlaştırılması şeklinde veya uyuşmazlık konusu hükümün anlamının belirlenmesi veya çelişkili hükümlerden hangisinin öncelik taşıyacağı hususunun belirlenmesi yetkisinin anlaşma ile taraflardan birine bırakılması şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak, bu son halde söz konusu anlaşma kişilik haklarına ilişkin MK m. 23/f. II hükmüne aykırılık teşkil edeceğinden, sözleşme geçersiz olacaktır⁴⁶³.

Sözleşmedeki belirsizliğin sözleşmenin eksik olmasından kaynaklandığını, dolayısıyla, sözleşmede bir boşluk bulunduğunu tespit eden hâkim, taraflar arasında böyle bir yorum anlaşmasının varlığı halinde, tamamlama faaliyeti sırasında bu anlaşmadan yararlanmalıdır. Yorum anlaşması, hâkime, sahip olduğu tamamlama vasıtalarından hangisini kullanması gerektiğini tespitinde yardımcı olur. Kanunda somut sözleşmeye ilişkin yedek hüküm bulunması ve tarafların iradelerinin söz konusu hükümden ayrılmak yönünde olmadığı tespit edildiğinde, hükümün de sözleşmenin bütünü ile anlamlı bir bütün oluşturması kaydıyla, hâkim yedek

⁴⁶¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 337.

⁴⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 337.

⁴⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 337.

hükümleri uygulamak suretiyle sözleşmeyi tamamlar. Ancak, tarafların iradesinin yedek hükümlerden ayrılmak yönünde olduğu anlaşılıyorsa, bu durumda hâkim, kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi tamamlamak durumunda kalır. Bu noktada, sözleşmenin anlam bütününe uygun kuralı yaratmasında, tarafların farazî iradelerine uygun hükmün ortaya konmasında yorum anlaşması hâkime rehber olur. Hâkim, yorum anlaşmasını nazara almayacağını ileri sürerek bu anlaşmayı uygulamaktan kaçınmaz.

B. Yorum Yöntemleri

Sözleşmenin yorumu bakımından, biri subjektif yorum diğeri de objektif yorum olmak üzere iki yöntemin varlığından bahsetmiştik⁴⁶⁴.

Sübjektif yorumda hâkim, önüne getirilen deliller ışığında tarafların gerçek iradelerini keyfiliğe kaçmadan tespit etmeye çalışır. Bu tespiti hâkim, tarafların hakiki ve müşterek maksatlarının araştırılması gerektiğini düzenleyen BK m. 18 çerçevesinde gerçekleştirir. Gerçi, bu hüküm iradenin araştırılması konusunda herhangi bir yöntem öngörmüş değildir. Ancak, BK m. 18'in gerçek iradenin araştırılması doğrultusundaki ifadesi gereği, hâkim öncelikle sözleşmeyi subjektif yöntem ile yorumlamaya çalışır, bu yöntemin cevap vermemesi halinde objektif yöntemi kullanır⁴⁶⁵.

Objektif yöntem, tarafların, gerçekten ve fiilen neyi istediklerinin anlaşılmadığı hallerde, bilinmeyen iradelerinin nasıl araştırılacağına ilişkin yorum metodudur. Objektif yorum yöntemi BK m. 18'de düzenlenmemiştir. Bu yöntem ile, somut olayın bütün hâl ve şartları göz önüne alınarak, tarafların dürüst ve makul sözleşenler sıfatı ile, o sözleşmeyle neyi istemiş sayılabilecekleri araştırılarak bir sonuca varıldığından, objektif yöntem dayanağını MK m. 2/f. I'de düzenlenen dürüstlük kuralından alır⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Bkz. Birinci Bölüm, § 2, II.

⁴⁶⁵ **CORBOZ**, s. 271 vd; ATF 129 III 122 con. 2.5, 667 c, 3.1; ATF 128 III 267 con. 3A, 422 c. 2.2, kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

⁴⁶⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 332 vd; **ROUILLER**, s. 501 vd;

Aynı hukuki düzenlemeye sahip Türk ve İsviçre Hukukları bakımından, subjektif veya objektif yorumun temeli olarak gösterilen BK m. 18 (İBK m. 18) ve MK m. 2/f. I (İMK m. 2/f. I)'de yorum araçlarından ve özel veya genel yorum kurallarından bahsedilmemektedir. Alman Hukukunda da yoruma ilişkin hükümler BGB §§ 133 ve 157 de bu yönde ayrıntılı düzenlemeler içermemektedir.

Fransız Hukukunda, bu hukuk sistemlerinden farklı olarak sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin ayrıntılı maddeler mevcuttur. Fransız Medenî Kanununda yer alan yoruma ilişkin bu hükümler yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁴⁶⁷. Bunların mantık kuralları olduğu ve dürüstlük kuralından kaynaklandığı kabul edilir⁴⁶⁸. Bu hükümler, sözleşmenin yorumlanması tekniklerine ilişkin eksiksiz yasal düzenlemeler olarak değerlendirilemeyeceklerinden, sözleşmeyi yorumlayacak olan hâkimin bu durumda sözleşmenin anlamını tespit edecek yöntemi kendisinin seçeceği belirtilir⁴⁶⁹.

Türk Hukukunda her ne kadar yasal düzenlemelerde yorum araçlarından ve özel veya genel yorum kurallarından bahsedilmese de, yargı kararları ve doktrin, hâkime, yorum yoluyla, karşılıklı irade beyanlarının içerdiği anlamı tespit ederek sözleşenlerin amaçladığı hukuki sonuçları belirlemeye çalışmasında yararlanacağı araçları ve kuralları göstermektedir. Böylece Türk Hukukunda yoruma ilişkin hükümlerin eksikliği , yargı kararları ve doktrin ile giderilmektedir.

⁴⁶⁷ **SIMLER**, fasc. 10, n. 33; **IVANIER**, L'ambiguité dans les contrats, s. 156 vd; **ROCHFELD**, s. 325 vd; **GAUDEMET**, s. 206 vd; **MALLEVILLE**, s. 161 vd; **CABRILLAC**, s. 81 vd; **FAGES**, s. 98 vd; **DELEBECQUE/PANSIER**, s. 203 vd.

Sözleşmenin yorumlanmasının bir olgu sorunu olduğu, bu yüzden de hâkimin, sözleşenlerin ortak niyetini ararken göz önüne alacağı olguları değerlendirmede serbest olacağı hususunda bkz. **MELIN**, s. 114. Söz konusu hükümlerin yedek hüküm olduğu, zira, tarafların bu hükümlerin aksini kararlaştırabildikleri, ancak, böyle bir düzenleme söz konusu değilse hâkimin bu maddeleri uygulamakla yükümlü olduğu yönünde bkz. **ESMEIN/PLANIOL/RIPERT**, s. 485 vd; **SZALEWSKI-SCHMIDT**, s. 301 vd.

Callatay, baskın görüşün aksine, Fransız Medeni Kanununda yer alan yoruma ilişkin hükümlerin emredici olmadığını ileri sürmenin mantıksız olduğunu ifade eder. Yazar, her ne kadar söz konusu maddelerin emredici olduğunu kabul etse de hâkimin bunları belli bir sırada uygulama yükümlülüğü bulunmadığını, ancak, yorumun amacını işaret eden 1156. madde ile diğer yoruma ilişkin maddelerin rekabet edemeyeceğini de belirtir. Bkz. **CALLATAY**, s. 152. Söz konusu hükümlerin tavsiye niteliğinde olduğu ve aralarında da bir öncelik sırası olmadığı yönünde bkz. **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 453.

⁴⁶⁸ **MALLEVILLE**, s. 161 vd; **BARBIERI**, s. 38.

⁴⁶⁹ **MARTY**, s. 89 vd; **IVANIER**, L'ambiguité dans les contrats, s. 156 vd; **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 453.

Biz aşağıda, doktrin ve yargı kararları ile kabul edilen bu yorum kuralları ve araçlarını ele alacağız. Bunu yaparken de, BK m. 18 uyarınca, tarafların mevcut iradesine bağlı kalarak yapılan yorumdan başlayacağız. Daha sonra da, tarafların gerçek iradesinin belirlenememesi halinde başvurulacak olan farazî ortak iradenin araştırılmasında, hâkimin yararlanacağı yorum kurallarından bahsedeceğiz.

1. Tarafların Mevcut İradesine Bağlı Kalınarak Yapılan Yorum

BK m. 18, tarafların hakiki ve müşterek maksatlarının araştırılması gerektiğini belirtmekle, muvazaayı bir kenara bırakırsak, tarafların yanılarak beyanda bulunması halinde, sözleşmenin içeriğinin, yanlış belirtme zarar vermez kuralı (*falsa demonstratio non nocet*) gereği, tarafların birbirine uygun gerçek iradelerine göre belirlenmesi ihtimalini düzenler⁴⁷⁰.

Tarafların hakiki ve müşterek maksatlarının araştırılması gerektiğini düzenleyen BK m. 18 (İBK m. 18)'e benzer bir hüküm Fransız Hukukunda da mevcuttur. Fransız Medenî Kanununun 1156. maddesi, tarafların ortak niyeti ile ilgili temel yorum kuralıdır. Söz konusu hükme göre sözleşmede kullanılan terimlerin lafzî anlamlarından ziyade tarafların ortak iradelerinin araştırılması gerekir⁴⁷¹.

Fransız Medeni Kanununun sözleşmelerin yorumuna ilişkin 1156-1164 maddeleri arasında yer alan bazı hükümler Kanun'un 1156. maddesinde ifade edildiği gibi, tarafların ortak niyetlerinin araştırılmasına ilişkin iken bazıları da tarafların niyetlerinden uzaklařır⁴⁷². Sözleşme tarafları, uyuşmazlık konusunu sözleşme kurulurken öngörmemiş iseler veya tarafların sözleşmeye verdikleri anlam farklı ise, bu durumda artık tarafların var olmayan ortak niyetlerinin araştırılmasının doğru olmayacağı, böyle bir durumda hâkimin objektif doğruyu araştırması gerektiği kabul edilir⁴⁷³.

⁴⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOğLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 332.

⁴⁷¹ FAGES, s. 99 vd; DELEBECQUE/ PANSIER, s. 203 vd; Gerçek iradelerin araştırılması sözleşmeler hukukunun temeli olan irade özerkliği ilkesinin gereğidir. SIMLER, fasc. 20, n. 16; DRAPIER, s. 253 vd.

⁴⁷² MALLEVILLE, s. 161 vd; CABRILLAC, s. 81. FMK m.1135, m. 1159 ve m. 1160 teamüle atf yaptığından, sosyal faydaya yönelik maddeler olarak gösterilmiştir. FMK m. 1156, m.1161 ve m. 1158 ise tarafların iradelerini araştıran hükümler başlığı altında irdelenmiştir. Bu konuda bkz. MALINVAUD, s. 302 vd.

⁴⁷³ MALLEVILLE, s. 161 vd; FAGES, s. 99 vd; SIMLER, fasc. 10, n. 24.

FMK m. 1156’da söz konusu olan “niyet”, tarafların ortak niyeti olmalıdır. Her ne kadar madde metni bu konuda bir açıklık içermese de, ortak niyet ancak ortaya çıkarılabilir nitelikte ise araştırılabilir⁴⁷⁴. Sözleşme lâfzı veya ruhu ile net olarak ortak niyeti yansıtabiliyorsa, hâkim gerçek ortak niyeti yorum yolu ile tespit edebilir⁴⁷⁵. Aksi takdirde, ortak niyetten değil yorumcunun kendi yarattığı bir iradeden söz edilir.

Ne BK m. 18, ne İBK m. 18 ne de FMK m. 1156, ortak niyetin hangi anda aranacağına ilişkin bir düzenleme de içermez. Ancak, bu hukuk sistemlerinde sözleşmenin kurulduğu zamandaki iradenin araştırılması gerektiği kabul edilir.

Fransız Hukukunda belirsiz olan hususun, sözleşmenin kurulduğu ülkenin teamüllerine göre yorumlanacağına ilişkin FMK m. 1159’dan kıyasen yararlanılarak, sözleşmenin kurulduğu sıradaki iradelerin araştırılması gerektiği ileri sürülür⁴⁷⁶.

Türk ve İsviçre Hukuklarında, sözleşmenin, kurulduğu ülkenin teamüllerine göre yorumlanacağına ilişkin düzenleme mevcut değildir. BK m. 18 (İBK m. 18)’in ifadesinde de tarafların hangi andaki gerçek ve ortak niyetinin aranacağı yer almaz. Ancak, doktrinin görüşü, sözleşmenin kurulduğu sıradaki gerçek ve ortak niyetin tespitinin gerektiği yönündedir⁴⁷⁷.

Görüldüğü üzere, tarafların ortak niyetinin aranması gerektiğine ilişkin yorum tekniğinin evrensel olduğunu söyleyebiliriz; zira, temelini dürüstlük kuralından ve sağduyudan almaktadır⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Fransız Hukukunda niyet ve irade kavramları birbirlerinden farklı olarak kullanılmıştır. İradenin daha açık ve kesin olduğu, niyetin ise ilk okunuşta kendisini göstermediği kabul edilir. Niyetin araştırılması aslında iradenin keşfedilmesi, araştırılmasıdır. Bu bilgiler için bkz. **MALLEVILLE**, s. 163 vd.

⁴⁷⁵ **DRAPIER**, s. 256 vd; **SIMLER**, fasc. 20, n. 29 vd; **MALLEVILLE**, s. 164 vd.

⁴⁷⁶ **MALLEVILLE**, s. 165 vd; **BOSSHART**, s. 111 vd; Civ. 3 ème 12 mars 1974, *Bull.* III n. 112 s. 86.

⁴⁷⁷ Nitekim, yorumun konusu ve amacı, yorum yapılan zamana göre geçmişte kalmış olayların ve durumların tespiti olarak ifade edilir. Bu konuda bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 40; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 335; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 151 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 237; **ROULLER**, s. 497 vd.

⁴⁷⁸ **MALLEVILLE**, s. 164 vd; **CALLATAY**, s. 105 vd. Dürüstlük kuralının hem sözleşmenin hem de iradenin yorumlanmasında hâkimin rehberi olduğu yönünde bkz. **REIFNER**, s. 305 vd.

a) Tarafların Gerçek İradelerinin Sözleşmenin Lâfzı Çerçevesinde Araştırılması ve Bu Konuda Gündeme Gelen Yorum Araçları

Sözleşme açık ve belirli değilse, hâkim tarafların ortak niyetlerini öncelikle sözleşmenin terimlerinden ve sözleşmeyi çevreleyen şartlardan araştırır⁴⁷⁹. Sözleşmenin terimlerinden yola çıkılarak yapılan yorum, lafzî yorum olarak da adlandırılabilir⁴⁸⁰.

Ne Fransız Hukukunda FMK m.1156'nın, ne de İsviçre ve Türk Hukuklarında BK m. 18 ve İBK m. 18'in ifadesi lafzî yorumu dışlamaz. Dolayısıyla, her üç hukuk sistemi bakımından da sözleşmede kullanılan terimlerin analizi, tarafların ortak niyetlerinin araştırılması yöntemlerinden biridir⁴⁸¹.

Sözleşmede kullanılan terimlerin analizi suretiyle yapılan yorumu terminolojik yorum olarak ifade etmek mümkündür. Her ne kadar BK m. 18'de, bir sözleşmenin türü ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerin esas alınacağı düzenlenmiş olsa da, tarafların ifadeleri, yani sözleşme metni en önemli yorum araçlarındandır⁴⁸²; hatta ilk başvurulacak yorum aracı olarak da ifade edilebilir⁴⁸³.

⁴⁷⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333; **MALLEVILLE**, s. 165 vd; **CORBOZ**, s. 271 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 44 vd.

⁴⁸⁰ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 25; **KAPLAN**, Müdahale, s. 47.

⁴⁸¹ **KAPLAN**, Yorum, s. 441 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333; **KILIÇOĞLU**, s. 178; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 151; **MALLEVILLE**, s. 166 vd; **CORBOZ**, s. 271 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 150; **von TUHR**, s. 267 vd.

⁴⁸² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 151; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 236 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 150.

Yazılı olmayan sözleşmelerde tarafların davranış biçiminin, iradelerinin tespitinde önemli rol oynadığı hususunda bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 44 vd; **GUGGENHEIM**, T. I, s. 123 vd; **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 453; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 86 vd; **ROULLER**, s. 502 vd; ATF 117 II 609, 622= JT 1992 I 727, 740.

⁴⁸³ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 86 vd; **GUGGENHEIM**, T. I, s. 123 vd; **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 453; **ROULLER**, s. 502 vd.

Kaplan, yorum vasıtalarını birinci derece ve ikinci derece (tamamlayıcı-yardımcı) yorum vasıtaları olmak üzere ikiye ayırır. Yazar, ikinci derece tamamlayıcı yorum vasıtalarına birinci derece yorum vasıtalarından sonuç alınmaz ise başvurulabileceğini ifade eder. Sözleşmenin kuruluşuna ilişkin yer ve zaman gibi beyanın varlığını veya yokluğunu kuvvetlendiren yan hâl ve şartlar olabileceği gibi, sözleşme müzakereleri, sözleşme taslaqları, oturum tutanakları gibi sözleşmenin kurulmasından önce kaleme alınmış belgeler de doğrudan delil niteliği taşımasalar

Sözleşme metninin ilk başvurulacak yorum aracı olarak ifade edilmesi, Borçlar Kanununun 18. maddesinde benimsenen görüş ile beraber değerlendirildiğinde, ikincil yorum araçları aksi yorumu gerektirmedikçe, sözleşmenin metni esas alınarak yapılan yorumun tarafların iradelerini yansıttığı anlamına gelir⁴⁸⁴.

Terminolojik yorumda, bir ifade kural olarak alışıl gelmiş, olağan anlamıyla değerlendirilmelidir. Meğer ki, koşullar tarafların teknik anlamı kabul ettiklerini ortaya koysun⁴⁸⁵. Olağan anlamdan kasıt, sözleşmenin kurulduğu sırada, günlük konuşma dilindeki anlamdır⁴⁸⁶. Terimlerin günlük anlamı, teamül ile ortaya çıkan anlamdır. Dolayısıyla, terimlerin günlük anlamı ile ele alınması yöntemi, kullanılan terimin özel anlamına alışık olmayan, sadece günlük anlamını bilebilecek durumda olan, ortalama vatandaş lehinedir⁴⁸⁷.

Kullanılan kelimeler sözleşmenin kurulması sırasında belli bir meslek çevresinde özel bir anlama sahip ve sözleşme taraflarının her ikisi de bu meslek

da birinci derece yorum vasıtaları ile elde edilen sonucu doğrulamak için kullanılabilirler. Bu sonucu kuvvetlendirebilirler veya zayıflatabilirler. Yine, tarafların veya temsilcilerinin sözleşmenin yapılması sırasındaki veya sonrasında davranışları, tarafların menfaat durumu diğer deyişle iradenin oluşmasını etkileyen gerçek veya muhtemel sebep, saik ve beklentilerin tümü, sözleşenlerin şahsi durumu, sözleşmenin kurulması sırasında beyanı etkileyebilecek tarzdaki iktisadi, tabii ve teknik şartlar tamamlayıcı yorum vasıtalarının değişik biçimleri olarak sayılmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 45 vd. Benzer yönde **EREN**, Genel Hükümler, s. 427 vd.

⁴⁸⁴ **KAPLAN**, Müdahale, s. 71 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 428; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 87 vd; **GUGGENHEIM**, T. I, s. 123 vd.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 10.5.2000 tarihli bir kararında “ ...Davacı ve dava dışı İhlas A. Ş. Tarafından imzalanmış olan 14.09.1994 tarihli taahhütnamede davacı şirketin dava konusu sözleşmeyle ilgili olarak “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” olduğundan söz edilmiş ise de, maddi olgular BK 18. maddesi hükmüncü yorumlandığında davacının akdin tarafı olduğu sonucuna varılmaktadır. O halde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde sözleşmedeki hükümlere değer vermek gerekir. Bu bağlamda, sözleşme hükümlerine bakıldığında, davaya konu teminatın bir ceza hükmü niteliği taşımadığı açıktır...” diyerek bu görüşü desteklemiştir. **Yarg. HGK**, 10.5.2000, 19-839/879, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr) .

⁴⁸⁵ **ROUILLER**, s. 520 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 427 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 46.

Fransız Temyiz Mahkemesi, sözleşme taraflarının kelimenin özel anlamını tercih edip etmediklerinin tespit edilmesi için onların bilgi ve yeteneklerinin, sözleşmenin niteliğinin, sözleşmeyi çevreleyen koşulların göz önüne alınması gerektiğini kabul eder. Bkz. Paris 22 mars 1984, G.P. 1984.2, Som. 275.

⁴⁸⁶ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 86 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 244 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 45 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 427 vd; **ROUILLER**, s. 520 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 150; **MALLEVILLE**, s. 166 vd;

⁴⁸⁷ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 244 vd; **EGGER**, s. 88. Kullanılan kelimenin zamanla anlamının değişmesi halinde, kelimenin kullanıldığı zamandaki anlamı, yani, sözleşmenin kurulduğu andaki anlamının esas alınması gerektiğine ilişkin bkz. **MALLEVILLE**, s. 168 vd.

çevresine mensup ise, kelime veya deyimlerin özel anlamı esas alınır⁴⁸⁸. Taraflardan birinin özel anlamın kullanıldığı çevreye yabancı olması halinde, yine tarafların iradeleri kelimenin, sözleşmenin kurulduğu sıradaki günlük konuşma dilindeki anlamına göre yorumlanır⁴⁸⁹. Ancak, çevreye yabancı olan tarafa kelime veya deyimün özel anlamı anlatılmış ise, bu durumda özel anlam genel anlama üstün tutulur⁴⁹⁰.

Tarafların, sözleşme kurulurken ileride ortaya çıkacak yanlış anlaşılmalarn önüne geçmek amacıyla, kullanılan terimlerin anlamını sözleşmede belirtmeleri mümkündür. Bu durumda, kullanılan terime sözleşmede belirtilen anlamın verilmesi gerekir⁴⁹¹.

Tarafların gerçek iradelerinin sözleşmenin lâfzı çerçevesinde araştırılması bazı hallerde kelimenin etimolojik veya dilbilimsel anlamına başvurularak da gerçekleştirilebilir⁴⁹².

Sözleşmenin yabancı bir dilde yazıldığı hallerde de, hâkim sözleşmede kullanılan kelimelere sözleşmeyi anadiline çevirmek zorunda olan tarafın verdiği anlamı göz önüne alarak, kelimelerin dilbilimsel anlamını arama yoluna gitmelidir⁴⁹³. Ancak, uluslararası sözleşmelerin sıkça yapıldığı günümüzde⁴⁹⁴, dili bilmeyenin muhatabı uyarması gerekir. Bu durumda dil bilmemek kadar dile tam hakim olamama, anlama zorluğu da aynı sonucu gerektirir. Dil bilmeyen veya dili yeterince anlamayan muhatabın, beyan sahibini uyarması, anlamadığı ifadeleri beyan sahibine bildirmesi ve mesleki ifadeleri araştırması gerekliliğinin dürüstlük kuralından

⁴⁸⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333; **KAPLAN**, Müdahale, s. 46; **TEKİNAY**, Medenî Hukuk, s. 168; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 150; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 245.

⁴⁸⁹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 46; **ROUILLER**, s. 520 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş s. 333; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 245; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 86.

⁴⁹⁰ **KAPLAN**, Müdahale, s. 46; **EREN**, Genel Hükümler, s. 427.

⁴⁹¹ Bu konuda bkz. §3, II, A.

⁴⁹² **MALLEVILLE**, s. 169 vd; bu yöndeki Fransız Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. Paris, 13 juin 1984, G.P. 1984.2.374.

⁴⁹³ **MALLEVILLE**, s. 171 vd.

⁴⁹⁴ Türk Hukukunda 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun” ile Türk şirket ve müesseselerinin, Türkiye içerisindeki her türlü işlem, sözleşme ve yazışmaların Türkçe yapılması gerektiği düzenlenmiş, ayrıca, hesap ve defterlerin Türkçe tutulması zorunluluğu getirilmiştir (RG. 22.04.1926, S. 353). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BAHTİYAR**, s. 365 vd.

kaynaklandığı gözden uzak tutulmamalıdır⁴⁹⁵.

Sözleşmenin lâfzı çerçevesinde gerçekleştirilen bir diğer yorum yöntemi dilbilgisi kurallarına göre yapılan yorumdur⁴⁹⁶. Dil bilgisi kurallarına göre yorum, cümlede yer alan kelimelerin analizlerinin yapılması suretiyle kişilerin açıklamalarının anlamını ortaya koymaya hizmet eder. Kullanılan zaman, kelimenin türü (tekil-çoğul), kullanılan kip, sözleşmenin dilbilgisi kuralları uyarınca yapılan yorumu sırasında incelenen unsurlardandır⁴⁹⁷. Dil bilgisi kurallarına göre yorum az rastlanılan bir yorum yöntemidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1986 yılında verdiği bir kararda⁴⁹⁸, dayanak belgenin yorumunda belgenin doğru ve amacına uygun yorumlanabilmesi için olayın başlangıç ve gelişmesi şeklinin de göz önünde tutulması gerektiğini belirttiikten sonra, belgenin düzenlenişindeki kötü imlâ şeklinden, belirli bir kültür seviyesine sahip olmadığı anlaşılan davalının belgedeki “ödendi” tabirini gramer kuralları açısından yanlış olarak kullandığının daha önce açıklanan olgulara uygun düşmediği ve belgenin asıl düzenleniş amacının BK m. 18 uyarınca amaca uygun yorum şekliyle 80.000 liralık bono yerine 95.000 liralık bir bono alındığına ve belgelemeye yönelik olduğu gerekçesi ile direnme kararını bozmuştur.

Terminolojik yorum ve dilbilgisi kurallarına uygun yorumdan başka, sözleşmenin lâfzı çerçevesinde gerçekleştirilen diğer yorum yöntemi de sözdizimi kurallarına göre yapılan yorumdur. Bu yorum yönteminde, kelimelerin diziliş sırası, cümlelerin yapısı incelenerek bir sonuca varılmaya çalışılır. Hâkim, kelimeler ve yan cümleler ile noktalama işaretlerinin işlevini, bunların aralarındaki ilişkiyi inceler;

⁴⁹⁵ **KAPLAN**, Müdahale, s. 45 vd.

⁴⁹⁶ **SİVRİHİSARLI**, s. 87; **MALLEVILLE**, s. 172 vd; **BOSSHART**, s. 103; *Jäggi/Gauch*, dilbilgisi kurallarının bilindiğinden hareket edilmesi gerektiğini belirtirler. Bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 351.

⁴⁹⁷ **MALLEVILLE**, s. 172 vd.

Bosshart, yorum yöntemlerini gramatikal yorum ve mantıksal yorum olmak üzere ikiye ayırır ve gramatikal yorumu, sözleşmede kullanılan ifadelerin dilbilgisi kuralları ve sentaks(cümle bilgisi) bakımından incelenmesi sonucu anlamlarının tespit edilmesi olarak tanımlar. Yazar ayrıca, bu iki yöntemin karşılıklı birbirlerini tamamladıklarını ifade eder. Bkz. **BOSSHART**, s. 103 vd.

⁴⁹⁸ **Yarg. HGK**, 12.3.1986, E. 1984/11-502, K. 1986/220.

“...Anlaşmazlık taraflar arasındaki sözleşmeden çıkmaktadır. Bu noktada sözleşmenin yorumu öncelikle mantık ve gramer kurallarına göre yapılmalıdır...” **Yarg. 11. HD**, 2.3.1998, E. 1997/10396, K. 1998/1278, kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

ayrıca, cümlenin yapısındaki tutarsızlıkları gidermeye çalışır⁴⁹⁹.

Fransa'da, sigorta sözleşmesine ilişkin bir kararda noktalama işaretleri dikkate alınarak yorum yapılmış ve iki nokta üst üste işaretinden sonra yer alan ifadelerin bu noktalama işaretinden önce kullanılan terimi açıkladığı belirtilerek yanlış istifleme sonucu kamyondan düşerek hasara uğrayan malların sigorta poliçesi kapsamına girmediği kabul edilmiştir. Gerekçe olarak da, sigorta poliçesinde, eşyanın kendisinden kaynaklanan hataların sigorta kapsamına girmeyeceğinin belirtildiği ve hemen akabinde iki nokta üst üste konarak iki halin sayıldığı, bunların kötü düzenleme ve ambalaj eksikliği olduğu gösterilmiş, dolayısıyla, yanlış istifleme sonucu ortaya çıkan hasarın sigorta kapsamında olmayacağı kabul edilmiştir⁵⁰⁰.

Türk Hukukunda söz dizimine uygun yoruma ilişkin karara pek rastlanmamaktadır. Ancak, sözdizimine uygun yorum ile sözleşmenin anlamının tespit edilmesi Türk Hukuku bakımından da mümkündür.

Söz dizim kurallarına (sentaks) uygun yorumun tarafların ortak iradesine veya sözleşmenin ruhuna aykırı olması halinde, hâkim, bu yorumu uygulayamamalıdır.

Son olarak şunu da belirtmek gerekiri ki, ileride bahsedeceğimiz diğer yorum araçlarına başvurulmasına rağmen sonuca ulaşılamamış ise, yorum yine sözleşmenin lâfzına göre yapılmalıdır⁵⁰¹.

b) Tarafların Gerçek Ortak İradelerinin Sözleşmenin Lâfzından Bağımsız Olarak Araştırılması

Sözleşmeyi yorumlayan hâkimin işi, eksik ve/veya hatalı bir şekilde ifade edilmiş iradeleri açıklığa kavuşturmaktır. Dolayısıyla, tarafların gerçek ortak

⁴⁹⁹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 47; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 351; BGE 90 II 252, BGE 87 II 380, BGE 38 II 66; BGE 37 II 363; BGE 84 II 563; BGE 82 II 408; diğer hükümler ile ilişkiden BGE 81 II 507; ek belgelerden BGE 75 II 240 vd.

Aynı kelimenin bir cümlede birden fazla kullanılması halinde, Fransız Hukukunda hâkimlerin, dürüstlük kuralı uyarınca söz konusu kelimelerin aynı anlamda kullanıldığını kabul ettikleri ve yorum yapan hâkimin yanlış cümle yapısını yorum yoluyla düzeltebileceği, yanlış cümle yapısını uyumlaştırabilmek için cümleye bağlaç ekleyebileceği yönünde bkz. **MALLEVILLE**, s. 173 vd.

⁵⁰⁰ Paris 16 mars 1971, B.T. 1971.175.

⁵⁰¹ **KAPLAN**, Yorum, s. 441 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 333.

iradeleri sözleşmenin lâfzından anlaşılamiyorsa, hâkim sözleşmenin bütününe değerlendirilerek gerçek ortak iradeyi ortaya koymaya çalışmalıdır. Sözleşmenin bir bütün olduğu göz önüne alındığında tarafların gerçek ortak niyeti, sözleşmenin kayıtlarından, sözleşmeye eşlik eden belgelerden, sözleşmeyi çevreleyen şartlardan ve sözleşmenin kapsamından ortaya çıkabilir⁵⁰².

Türk Hukukunda sözleşmenin yorumlanırken bütününe değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin açık bir kural mevcut değildir. Fakat, Yargıtay'ın sözleşmenin bölümlerinin diğer bölümler de göze alınmak suretiyle yorumlanması gerektiğine ilişkin çeşitli kararları mevcuttur⁵⁰³. Türk Borçlar Kanunu m. 18 ile aynı hükmü içeren İsviçre Borçlar Kanunu m. 18'in değerlendirmesinde de sözleşmenin yorumlanırken bütününe göze alınarak bir sonuca ulaşılması gerektiği kabul edilir⁵⁰⁴.

Diğer taraftan Fransız yasa koyucu, Fransız Medenî Kanununun 1161. maddesinde, tarafların ortak iradesinin sözleşmenin bütününe aranması gerektiğini açıkça düzenler. Söz konusu düzenlemenin emredici olmadığı söylene de, doktrin sözleşmenin bütününe göre yorum kuralına diğer yorum kurallarına nazaran ayrı bir önem verir⁵⁰⁵. Sözleşmenin bütününe ele alınması suretiyle yorum yapılmasını öngören maddenin mantıksal bir yorum tekniği ortaya koyduğu kabul edilir⁵⁰⁶.

Sözleşmenin bütünü göz önüne alınarak yapılan yorumda öncelikle, sözleşmenin öğeleri uzlaştırılmaya çalışılır. Özel sözleşme kayıtları arasındaki

⁵⁰² **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 334 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 47 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 180; **ROUILLER**, s. 504 vd; **CABRILLAC**, s. 81; **GUGGENHEIM**, T. I, s. 123 vd.

⁵⁰³ **Yarg. 15. HD**, 9.5.2002, 88/2472, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr), **Yarg. 4. HD**, 26.10.1978, 13113/12134 sayılı karar için bkz. YKD 1979 S. 5 s. 636; Doktrinde bu yönde, **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 151; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 151; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 245; **ERMAN**, s. 102 vd.

⁵⁰⁴ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 123 vd; **CORBOZ**, s. 271 vd; **von TUHR**, s. 267 dpn. 9; **STAUDER**, s. 109 vd.

⁵⁰⁵ **MALLEVILLE**, s. 189 vd; **FABRE-MAGNAN**, s. 432. *Callatay*, Fransız Medeni Kanununun 1161. maddesinin de tıpkı 1156. maddesi gibi, sadece basit bir yetki veren madde olmadığını, bu maddeleri uygulamanın zorunluluk olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **CALLATAY**, s. 113 vd.

⁵⁰⁶ **MALLEVILLE**, s. 189 vd; **CARBONNIER**, s. 264.

Gelot, FMK m. 1161. maddenin, bütün sözleşme kayıtlarını uzlaştırmaya uğraşarak, yorumlama işine objektif bir görünüm sağladığını belirtmiştir. Yazara göre, sözleşmedeki kayıtların yararlılığı da, sözleşmenin bütünü ile desteklenen, pekiştirilen yarar olacaktır. Bkz. **GELOT**, s. 67 vd; özellikle s. 77 vd.

uyumsuzluk ve zıtlıklar giderilmeye çalışılarak belirsizlik içeren kayıt aydınlatılmaya çalışılır. Bu, bazen sözleşmede yer alan diğer kayıt veya kayıtlar nazara alınarak ortaya çıkabileceği gibi, bazen sözleşmeden çıkarılmış bir kayıttan yararlanılarak, bazen de söz konusu kaydın sözleşme içinde bulunduğu yere göre gerçekleştirilebilir⁵⁰⁷.

Hâkimin, birden fazla kayıt arasında çelişki olduğunu saptaması halinde bunlardan ortak niyeti en iyi yansıtanı tercih etmesi gerekir. Hangisinin ortak niyeti en iyi yansıttığı ise, sözleşme ekonomisi⁵⁰⁸ ve bütünü göz önüne alınmak suretiyle tespit edilir. Bu amaca yönelik değişik kriterler söz konusudur. Bunlardan biri özel hükümün genel hükme olan önceliğidir. Eğer sözleşmede genel hüküm ve özel hüküm arasında bir çelişki varsa bu durumda özel hüküm önceliklidir⁵⁰⁹.

Sözleşmenin öğeleri sadece sözleşme kayıtlarından ibaret değildir. Sözleşmeye ilişkin diğer belgeler, örneğin, teknik belgeler de sözleşmenin öğesidir ve sözleşmenin aydınlatılmasına yardımcı olabilirler⁵¹⁰.

Hâkimin beyandaki mevcut kelimelerin lafzî anlamını değil, beyan ile ilgili bütün unsurları değerlendirerek, beyanın ruhunu anlamlandırmaya çalışması, etkili ve akla uygun bir anlam ortaya çıkarılması sonucunu doğuracağından, bu tür yorumu mantıksal yorum olarak ifade etmek de mümkündür⁵¹¹. Böylece, sözleşmede kararlaştırılan edimler, edimler arasındaki ilişki, sözleşme ile güdülen ortak amaç, sözleşme taraflarının bireysel amaçları göz önüne alınarak sözleşmenin bütününe taşıdığı makul anlam tespit edilebilir⁵¹².

⁵⁰⁷ **MALLEVILLE**, s. 193 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 71 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 536.

⁵⁰⁸ Sözleşme ekonomisinin subjektif ve belirsiz bir kavram olduğu, ekonomi teriminin iç düzen olarak ifade edilebileceği ve sözleşme ekonomisinin sözleşmeyi düzenleyen kurallar bütünü olduğu hususunda bkz. **ZELCEVIC-DUHAMEL**, n.1, 7 vd.

⁵⁰⁹ Bkz. §2, III, B, 1a.

⁵¹⁰ **MALLEVILLE**, s. 194; **GELOT**, s. 73 vd.

⁵¹¹ **BOSSHART**, s. 103 vd; **GELOT**, s. 77 vd; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 29 vd.

⁵¹² **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 29 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 52 vd.

Genişletici ve kısıtlayıcı yorum da sözleşmenin bütününün ele alınması suretiyle yapılan yorum yöntemlerindedir⁵¹³.

Genişletici yorum, Fransız Medenî Kanununun 1164. maddesinde düzenlenir. Söz konusu madde uyarınca hâkim, sözleşmenin kapsamını, sözleşmede ifade edilmemiş benzer olaylara da yayabilmektedir⁵¹⁴.

Genişletici yorumun, kıyas ve tamamlayıcı yorumdan farkı göz ardı edilmemelidir⁵¹⁵. Zîra yorum, yorumlanacak hükmün sınırları içinde kalır ve sadece hükmün anlamını açıklamak amacı güder. Kıyasta ise, hakkında bir düzenleme bulunmayan olay veya hukuki ilişki mevcut bir hükme benzetilerek çözüme ulaşılmaya çalışıldığından, yorumda olduğu gibi sınırları içinde kalınması gereken bir düzenlemeden bahsedilemez. Dolayısıyla, yorum hükmün çerçevesinde kalırken, kıyas hükmün dışına çıkar, yeni bir hüküm bulunmasına yarar⁵¹⁶.

Tamamlayıcı yorumda ise, sözleşmede ifade olunmayan kayıtların sözleşmeye eklenmesi söz konusudur. Ancak, tamamlayıcı yorumun amacının, tarafların suskun kaldığı hususlarda tarafların esaslı hak ve borçlarını değiştirerek sözleşmenin ekonomisini bozacak kayıtlar koymak olmadığı, gözden uzak tutulmalıdır⁵¹⁷.

Türk Hukukunda genişletici yoruma ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Ancak, sözleşme metnindeki örneklerin sınırlayıcı olarak yorumlanmaması ilkesi uyarınca sözleşmede verilen örneklerin sadece hükmü açıklayıcı nitelikte oldukları kabul

⁵¹³ *Bosshart*, mantıksal yorumu, genişletici ve sınırlandırıcı yorum olmak üzere iki alt başlıkta incelemiştir. Bkz. **BOSSHART**, s. 103 vd.

⁵¹⁴ **FABRE-MAGNAN**, s. 431 vd; **MALLEVILLE**, s. 187 vd.

⁵¹⁵ Yorum ve boşluk doldurma (kıyasen uygulama) arasında nitelik ayırımı değil nicelik ayırımı olduğu, kıyas ile genişletici yorum arasındaki sınırın silik olması sebebiyle, kiminin genişletici yorum dediğine başkasının kıyas diyebileceği, hatta kıyası her zaman yorumdan sayanların da olabileceği hususunda bkz. **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 127.

⁵¹⁶ “...genişletici yorum, kanunun kelimelerle söylediği şeyin dışına çıkmakla birlikte yine de onun istemiş olduğu şeyin, hukuk politikası ile ilgili amacının çerçevesi içinde kalır; oysa analoji, kanun koyucunun kanuni düzenleme sırasında hiç düşünmemiş olduğu, amacının dışında kalan ve fakat bu amacın bağlı bulunduğu prensibe uygun olan durumların karara bağlanmasına yarar, özel deyim ile kanun boşluklarını doldurur”.Bkz. **ARAL**, s. 209 vd. Aynı yönde bkz. **METİN**, s. 227 vd.

⁵¹⁷ **ROUEN**, 29 november 1968, bkz. D.1969, 146; **SZALEWSKI-SCHMIDT**, s. 303 vd; **ZELCEVIC-DUHAMEL**, n. 11.

edilir⁵¹⁸.

Kanımızca genişletici yorum kavramına gerek yoktur. Zira, sözleşmenin yorumlanması neticesinde zaten sözleşmede yer alan kaydın kapsamı belirlenir ve sözleşmenin hangi durumları kapsayıp kapsamadığı tespit edilir. Genişletici yorum ile aslında yapılan, sözleşmedeki kaydın kapsamını belirlemekten başka bir şey değildir.

Sınırlandırıcı yorum ise, genişletici yorumun tam tersi olarak, bir kaydı veya bir terimi sözleşmenin bütünü içinde değerlendirip, kayda veya terime ondan çıkarılabilecek anlamın en azını vermektir⁵¹⁹. Bu kuralın Fransız Hukukunda *zımnî* olarak FMK m. 1163'de yer aldığı kabul edilir⁵²⁰. Aynı kural, belirsiz kanun hükümleri için de geçerlidir. Yargılanma yetkisini ortadan kaldıran kayıtların, ekonomik özgürlüğe istisna olarak getirilen rekabet etmeme yasağına ilişkin kayıtların sınırlandırıcı yorumlanmasının sebebi, bu kayıtla yükümlülük altına giren taraf bakımından söz konusu kaydın tehlike yarattığının düşünülmesidir⁵²¹. Bunun dışında bir haktan vazgeçmeye ilişkin kayıtlar da örneğin, sorumluluğu sınırlandıran veya ortadan kaldıran kayıtlar da aynı sebep dolayısıyla sınırlandırıcı yoruma tabidir⁵²². Yine alışılmışın dışındaki kayıtların ve anlaşmaların da sınırlandırıcı yorum kuralı ile yorumlanması gerekir.

⁵¹⁸ Örneklerin amacının, sözleşme hükmünün anlamını sınırlamak değil, onu açıklığa kavuşturmak olduğu yönünde bkz. **KAPLAN**, Yorum, s. 445; **KAPLAN**, Müdahale, s. 75.

⁵¹⁹ **GELOT**, s. 275 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 73 vd.

⁵²⁰ Sınırlandırıcı yorum Fransız Medeni Kanununda bazı özel maddelerde de yer almıştır. Örneğin kefaletle ilişkin FMK m. 2015'de, kefaletin açık olması gerektiği, bunun sözleşmede belirtilen sınırların dışında genişletilemeyeceği düzenlenmiştir. Vekâlete ilişkin FMK m. 1988, genel vekâletin sadece vekile tevdi edilen işin idaresine ilişkin hukuki tasarrufları kapsadığını, mülkiyetin devri veya ipotek işlemleri için vekile özel yetki verilmesi gerektiğini düzenlemiştir. *Simler*, FMK m. 2015'in aynı kanununun 1162. maddesinin uygulaması olduğunu ileri sürmektedir; bkz. **SIMLER**, fasc.20, n. 27.

FMK m. 1163 sayesinde, sınırlandırıcı yorumun uygulanacağına dair özel bir hüküm bulunmayan durumlarda da sınırlandırıcı yorum uygulanabilecektir. Söz konusu maddenin bu potansiyelinin yeni yeni keşfedildiğine ilişkin bkz. **GELOT**, s. 276 vd.

⁵²¹ **MALLEVILLE**, s. 175 vd; Sınırlandırıcı yorumun, ekonomik özgürlüğü kısıtlayan kayıtlar veya tamamlayıcı hükümlerden ayrılan kayıtlar söz konusu olduğunda İsviçre Hukukunda da kabul edildiğine ilişkin bkz. **STAUDER**, s. 110 vd; Bu yönde, ATF 91 II 344, 348= JdT 1966 I 530, 534, ATF 115 II 264= JdT 1990 I 57; ATF 122 III 118 = JdT 1997 I 805; kararlar için bkz. www.swisslex.ch; ATF 83 II 401, 404= JdT 1957 I 582, 584.

⁵²² **MALLEVILLE**, s. 181 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 178; **KAPLAN**, Müdahale, s. 74 vd .

FMK m. 1163'te açıkça ifade bulan sınırlandırıcı yorum kuralı, İsviçre Borçlar Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda açıkça yer almasa da doktrin⁵²³ tarafından kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bu kural İsviçre ve Türk Hukuklarında da uygulama alanı bulmaktadır.

Sözleşmenin yorum yolu ile anlamının ortaya konması, hâkimin artık sözleşmedeki boşluğu dolduracak kuralı şekillendirmeye başlaması bakımından önemlidir. Zira hâkim, sözleşmeden çıkardığı anlama göre, sözleşmenin bütününe uygun bir kural ile sözleşmeyi tamamlamak zorundadır. Tarafların gerçek ortak iradelerinin, lâfzî yorum yolu ile veya sözleşmenin metni dışında, sözleşmenin bütününe ele alınması suretiyle tespit edilememesi halinde, hâkimin sözleşmeyi tamamlama yetkisi ve görevi sona ermez. Bu durumda, devreye aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız tarafların farazî iradesi girer. Hâkim artık, tarafların farazî iradesini tespit eder ve bu farazî irade ile uyumlu bir kural ile sözleşmeyi tamamlar. Bu nedenle, sözleşme, tespit edilen farazî iradeye uygun olarak, konuya ilişkin örf ve âdet hukuku kuralı ile tamamlanabileceği gibi yedek hükümler ile de tamamlanabilir ya da hâkimin kendi koyacağı kural ile sözleşmedeki boşluk doldurulabilir.

2. Tarafların Farazî Ortak İradelerinin Araştırılması ve Tespiti

Sözleşmelerin yorumlanmasında sübjektif yöntem tarafların gerçek iradelerinin araştırılmasına dayanır ve gerçek iradenin araştırılması bir olgu sorunudur⁵²⁴. MK m. 6 uyarınca “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”. Dolayısıyla, herkes iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğundan, üzerinde tartışılan hususta aralarında uyuma olduğunu ileri süren tarafın iddiasını ispat etmesi gerekir. Şartların varlığına rağmen doğması gereken hakkın doğumunu engelleyen olguları veya hakkı sona

⁵²³ **KAPLAN**, Müdahale, s. 74, 77 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 152; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 152; **KILIÇOĞLU**, s. 178; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukununa Giriş, s. 336; **STAUDER**, s. 110 vd. **BOSSHART**, s. 105 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 175.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin sınırlandırıcı yoruma örnek teşkil eden kararları için bkz. ATF 25 II 450, ATF 27 II 118, ATF 31 II 389, ATF 23 II 743, ATF 44 II 427, SJ 2002 I s. 557-562, ATF 115 II 264 = JdT 1990 I 57 (www.admin.ch).

⁵²⁴ **TERCIER**, Obligations, s. 173 vd; **CORBOZ**, s. 272 vd; Zira, belirleyici olan olaya ilişkin koşullardır. **BATIFFOL**, s. 87.

erdiren olguları ispat yükü ise davalıya aittir⁵²⁵.

Ancak, bir kimsenin gerçek iradesinin ispatlanamaması halinde veya taraflardan birinin iradesinin diğerinin iradesinden ayrıldığına tespiti halinde doğrudan sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılamaz⁵²⁶.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu durumda devreye güven teorisi girer⁵²⁷. Bu teori, bir kimseye, irade açıklamasının veya bir davranışının objektif anlamını isnat etmeye yarar. Artık, kişiye, beyanı veya davranışı neticesinde isnat edilen bu objektif anlamın onun iç iradesine yani gerçek iradesine uyup uymadığı bir önem taşımaz.

a) Tarafların Farazî Ortak İradesinin Araştırılması

İrade açıklamalarının ve davranışların güven nazariyesi uyarınca incelenmesi, olayların hukuki kavramlara göre yorumlanması anlamını taşır ve hukukun sorunudur. Bu sebeple, güven teorisi artık vakıanın yerini alır⁵²⁸.

Hukukumuzda çok büyük ve mühim bir yer kaplayan, bir toplumda geçerli olan âhlaki ölçülere ve geçerli âdetlere göre bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen hareket tarzını ifade eden dürüstlük prensibinin en önemli fonksiyonlarından biri de kapsadığı güven prensibiyle hukuki muamelelerin, dolayısıyla da, sözleşmelerin yorumlanmasına yardımcı olmasıdır⁵²⁹. Nitekim, uygulamada da Yargıtay'ın sözleşmelerin yorumunun BK m. 18 ve MK m. 2 esasları gereğince ve güven nazariyesi uyarınca yapılması gerektiğine dair kararları

⁵²⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s. 275 vd; DESCHENAUX, s. 238 vd.

⁵²⁶ ENGEL, Traité des obligations, s. 239; CORBOZ, s. 272 vd.

⁵²⁷ ENGEL, RSJ 8/1999, s. 170; OFTINGER, Jurisprudence, s. 44 vd; Objektif yöntemin beyanı esas aldığı oysa güven nazariyesinin beyana verilen ortak anlam üzerinde durduğu, dolayısıyla, Türk Hukukunda esas alınan görünen durumun esas alınmasına yönelik bu sistemin karma sistem olduğu yönünde bkz. FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, s. 355 vd.

⁵²⁸ ENGEL, Traité des obligations, s. 239; CORBOZ, s. 273 vd; TERCIER, Obligations, s. 174 vd; Bu yönde, ATF 129 III 123 cons. 2.5, ATF 128 III 422 cons. 2.2, ATF 126 III 379, kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

⁵²⁹ İMRE, s. 286 vd; DURAL/SARI, s. 204 vd; HATEMİ, 79,80; ERMAN, s. 102.

Yarg. İBK, 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı kararda, dürüstlük kuralının fonksiyonlarından birinin de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görüleceği ifade edilmiştir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com).

mevcuttur⁵³⁰. Ancak, güven nazariyesi, eşyanın tabiatı ve örf ve âdetlerin varlığı dürüstlük kuralının içeriğini etkilediğinden, dürüstlük kuralının açık bir tanımı da mevcut değildir; bu sebeple uygulanırken hâkimlerin çok dikkatli davranması gerekir.

Fransız Hukukunda, sözleşme taraflarının ortak niyeti, Fransız Medenî Kanununun sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin maddeleri göz önüne alındığında sözleşmenin bütününden, sözleşmenin ifasından veya dolaylı olarak karinelere veya teamüllerden yararlanılarak ortaya konmaya çalışılır⁵³¹.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu bu konuda bir düzenleme içermese de, gerçek ortak iradenin belirlenememesi halinde devreye girecek olan farazî iradenin tespitinde, ilk olarak kelimelerin ve cümlelerin incelenmesi, daha sonra sözleşmenin bütününe ve nihayet sözleşmenin amacının dikkate alınması gerekir⁵³². Ancak, hâkim bu sırayla bağlı değildir⁵³³. Hâkim sözleşmeyi bir bütün olarak değerlendirir. Hâkime tanınan bu yetki onun keyfi davranabileceği anlamını taşımaz⁵³⁴.

Farazî iradeyi tespit edebilmek için, tarafların mevcut hâl ve şartlar altında, özellikle sözleşmenin gayesi de göz önüne alındığında, dürüst ve makul sözleşenler olarak beyanları ile neyi ifade etmek istediklerini ortaya koymak gerekir⁵³⁵.

⁵³⁰ **Yarg. İBK**, 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com).

⁵³¹ **CALLATAY**, s. 120 vd; İsviçre Hukuku bakımından da ortak niyetin araştırılması sırasında aynı araçlara başvurulduğuna ilişkin olarak bkz. **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 241 vd.

⁵³² **TERCIER**, *Obligations*, s. 173 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 236 vd; **BOSSHART**, s. 102 vd; **ROUVIERE**, s. 502 vd. Bu yöndeki mahkeme kararı için bkz. ATF 127 III 444, cons. 1b= JdT 2002 213

⁵³³ **CORBOZ**, s. 275 vd. Her ne kadar hâkim bu sıra ile bağlı değilse de, prensip olarak lâfzî anlamdan başlamak doğru olacaktır. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 128 III 265 cons. 3a, www.swisslex.ch.

⁵³⁴ Nitekim, Federal Mahkeme söz konusu yetkinin keyfilik olarak anlaşılması gerektiğini, hâkimin sözleşmede yer alan bir kelimeyi veya bir cümleyi keyfi olarak bertaraf edemeyeceğini ifade etmek suretiyle ortaya koymuştur. Bkz. ATF 129 III 122 cons. 2.5; benzer yönde, ATF 128 III 265 cons. 3a; A TF 117 II 622 cons. 6c/bb; ATF 127 III 444 cons. 1b = JdT 2002 213; kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

⁵³⁵ **KAPLAN**, *Müdahale*, s. 41; 43 vd; **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 426; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 333.

Piotet, tarafların farazî iradelerinin tespitinin çoğu zaman kesin sonuçlar verdiğini, dolayısıyla, hâkimin farazî iradeyi kesin olarak ortaya koyacak araçlara sahip olması halinde başka bir kritere başvurmaya gerek kalmayacağını savunur⁵³⁶. Yazara göre, sözleşmede boşluk bulunması halinde, tarafların farazî iradeleri, sözleşmedeki boşluğu dolduracak hükmün de sınırlarını teşkil edecektir⁵³⁷.

Kanımızca, farazî iradenin belirlenebilir olması mümkündür. Sözleşme ile güdülen amacı da göz önüne alarak, tarafların, somut olayın hâl ve şartları altında dürüst ve makul sözleşenler olarak beyanları ile neyi ifade etmek istedikleri zor da olsa tespit edilebilir. Ancak, farazî iradenin her zaman belirlenebilir olduğundan bahsetmek de doğru olmaz. Bu durumda hâkim, aynı gerçek ortak iradenin tespit edilememesinde olduğu gibi, uyuşmazlığı çözmekten kaçınamaz. Farazî ortak iradenin de tespit edilememesi halinde, hâkim sözleşmenin somut özelliklerinden bir sonuca ulaşamadığından artık genel kriterlere başvurarak bir çözüm getirmeye çalışır⁵³⁸. Bu aşamada karşımıza ideal irade kavramı çıkar.

Hâkim, irade beyanının belirsiz veya anlaşılmaz olması sebebiyle güven nazariyesi uyarınca da bir sonuca ulaşamaz ise, bu durumda artık, yorum kurallarına başvurur. Fakat belirtmek gerekir ki, ister şekle tabi olsun ister olmasın her türlü sözleşme için geçerli olan bu yorum kuralları yardımcı niteliktedir⁵³⁹.

Kanunda bazı haller için özel olarak düzenlenmiş yorum kuralları mevcuttur⁵⁴⁰. “Özel yorum kuralları” veya “kanuni yorum karineleri” olarak da adlandırılan bu kurallar, belli bir davranışın veya deyimmin ne anlama geldiğine ilişkin karineler

⁵³⁶ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 655 vd.

⁵³⁷ *Piotet*'ye göre farazî iradenin belirlenebilir olması halinde hâkim, buna uymak zorundadır. Bkz. **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 655 vd.

Yung, çoğu zaman farazî iradenin kurmaca olduğunu ifade ederken aslında bunun bazen gerçekten belirlenebileceğini de kabul eder; bkz. **YUNG**, *L'interprétation supplétive*, s. 62. *Oftinger*, *Yung*'dan farklı olarak farazî iradenin hiçbir zaman belirlenemeyeceğini savunur; bkz. **OFTINGER**, *Auslegung*, s. 200.

Fransız Hukukunda da yazarların çoğu farazî iradenin genellikle kurgudan ibaret olduğunu kabul ederler; bkz. **MALLEVILLE**, s. 235 vd; **MAZEAUD/CHABAS**, s. 336 vd; **SIMLER**, fasc. 20, n. 23; **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 452.

⁵³⁸ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 655 vd; **SIMLER**, fasc. 20, n. 24 vd.

⁵³⁹ **CORBOZ**, s. 277 vd; Yorum kurallarının her türlü sözleşme için geçerli olduğuna ilişkin, ATF 127 III 254 cons. 3c; 127 III 531 ss cons. 3c= SJ 2002 I 62, ATF 122 III 366 cons. 4; yorum kurallarının tali olduğuna ilişkin, ATF 122 III 124 cons. 2d; kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

⁵⁴⁰ **KAPLAN**, *Müdahale*, s. 67 vd; **TERCIER**, *Obligations*, s. 174 vd.

içerir. Bu karineler sayesinde yorum gerçekleştirilir. Karinenin aksi ispat edilirse, ancak bu takdirde hâkim genel yorum kurallarına başvurur⁵⁴¹. BK. 75, BK m. 182/f. II, BK m. 216 özel yorum kurallarından sadece birkaç tanesidir.

Yasal karinenin aksinin ispat edilmesi halinde olduğu gibi, yasal karinelerin söz konusu olmadığı hallerde de hâkim, yargı kararlarında kabul edilen karinelere başvurur. Kanunda öngörülme, öğreti ve uygulamanın yarattığı bu yorum esaslarına genel yorum kuralları denir. Bunlar, genel hayat tecrübelerine dayanılarak ortaya konan karinelere. Tespitleri ve uygulanmalarının Yargıtay denetimine tâbi olduğu kabul edilir⁵⁴².

Akdin yorumlanması sırasında dikkat edilmesi gereken prensiplerin tümünün temeli, dürüstlük kuralı ve onun kapsamında olan güven nazariyesinden kaynaklanır. Söz konusu prensipler sınırlı sayıda değildir. Bunlar en sık karşılaşılan ve uygulama alanı bulan prensiplerdir. Dolayısıyla, durum ve koşullara göre, temelini dürüstlük kuralında bulan yeni prensiplerin tespit edilmesi mümkündür. Özellikle de gelişen ekonomik ve sosyal şartlara göre ortaya çıkan yeni hukuki müesseseler için yeni prensiplerin oluşturulması mümkündür. Genel yorum karinelerinin, kanunda öngörülme ancak, uygulamada ve öğretilerde kabul edilen, tecrübe ile edinilmiş uygulamanın gerektirdiği yorum kuralları olduğunu dikkate alırsak bu kuralların sınırlı sayıda olmadığını daha net ortaya koymuş oluruz⁵⁴³.

b) Tarafların Ortak Niyetlerinin Yokluğu : İdeal İradenin Uygulama Alanı Bulması

Tarafların ortak niyetinin yokluğu sözleşmenin doğasından kaynaklanabileceği gibi, sözleşenlerden de kaynaklanabilir. Katılım sözleşmeleri⁵⁴⁴, sözleşmenin niteliği

⁵⁴¹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 67 vd; **KAPLAN**, Yorum, s. 436 vd.

⁵⁴² Kanunda öngörülmemelerine rağmen büyük öneme sahip olmaları ve geniş uygulama alanı bulmaları, bunun yanı sıra, yorumun hâkime özgü bir faaliyet olması genel yorum kurallarının Yargıtay'ın denetimine tâbi olmasını gerekli kılmaktadır. Bkz. **KAPLAN**, Yorum, s. 436 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 68.

⁵⁴³ **KAPLAN**, Yorum, s. 436 vd.

⁵⁴⁴ Katılım sözleşmeleri, hukuki veya fiili tekele, devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak topluma "kamu hizmeti" niteliğinde sayılan, su, elektrik, doğalgaz gibi hizmetlerin verilmesine ilişkin olan sözleşmelerdir. Bu hizmeti veren kişi veya kurumlar, kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar. Hizmeti sağlayan kişi veya kurumlar, hizmetin verilmesine

gereği ortak niyetin aranmayacağı sözleşmelerdir⁵⁴⁵. Tarafların sözleşme kurulurken uyuşmazlık konusu hususu öngörememeleri sebebiyle sorunun çözümünde sessiz kalmaları halinde veya öngörmüş olmalarına rağmen, uyuşmazlık ortaya çıktığında olası çözüm yollarının sözleşenler tarafından farklı yorumlanması halinde, ortak niyetin yokluğunun sözleşenlerden kaynaklandığı kabul edilir⁵⁴⁶.

Ortak iradenin belirlenemeyeceği hallerde hâkim artık gerçek iradeye değil, standart, ideal iradeye yönelir. İdeal irade, hâkimin, dürüst ve makul kişilerin somut şartlar altında nasıl bir çözüm getireceğini araştırarak, taraflara isnat ettiği objektif, adil ve makul çözümdür. Böylece, tarafların muhtemel iradeleri tespit edilmeye çalışılır. Aslında bu durumda, hâkimin, ortak niyet örtüsü altında sözleşmeyi dürüst ve makul bir kişinin yapacağı gibi tekrar yaptığından söz edilebilir⁵⁴⁷. Zira, sözleşenlerin ideal iradesi, aynı zamanda makul ve akla yatkın olarak kabul edilir ve bir anlamda sözleşmenin ekonomisine, sözleşme ile güdülen amaca uygun yorumdan uzaklaşılmasına hizmet eder⁵⁴⁸.

Dikkat etmek gerekir ki, sözleşme taraflarının tahmini ideal iradesine dayanan yorum tekniklerine, ancak tarafların ortak iradelerine ilişkin herhangi bir veri elde edilemediğinde başvurulabilir⁵⁴⁹.

Fransız Hukukunda kullanılan “ideal irade” kavramı Türk Hukukunda karşımıza çıkmaz. Ancak, Fransız Hukukunda tarafların ideal iradesinin tespitinde kullanılan yöntem, Türk Hukukunda da uygulama alanı bulur⁵⁵⁰. Bu sebeple, ideal irade kavramını Türk Hukuku açısından kullanmak da kanımızca yanlış olmaz.

ilişkin şartları önceden belirleyerek standart sözleşmeler hazırlarlar. Katılım sözleşmeleri, toplumun ekonomik ve sosyal gelişimi neticesinde kişilerin artan ihtiyaçlarının hızla karşılanması amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu konuda bkz. **SİRMEN**, s. 457 vd; **HAVUTÇU**, Tüketici, s. 14.

⁵⁴⁵ **CALLATAY**, s. 131 vd; **MALLEVILLE**, s. 234.

⁵⁴⁶ **MALLEVILLE**, s. 234; **CALLATAY**, s. 132 vd.

⁵⁴⁷ **CARBONNIER**, Les obligations, s. 271; **MALLEVILLE**, s. 235.

⁵⁴⁸ İdeal irade, tarafların gerçek iradesine değil de standart bir iradeye dayandığından bazı yazarlar tarafından sözleşmenin hakkaniyete göre yorumlanması olarak değerlendirilir. Bkz. **FLOUR /AUBERT/SAVAUX**, n. 394, **BOYER**, s. 217; **MAZEAUD/CHABAS**, s. 339; **MALLEVILLE**, s. 235 vd; **GAUDEMET**, s. 206-207.

⁵⁴⁹ **MALLEVILLE**, s. 236.

⁵⁵⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 26 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 151; İsviçre Hukukunda tamamlayıcı yorumda farazî iradenin belirlenememesi halinde hâkimin objektif, makul ve adil bir çözüm getireceğine ilişkin bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 241; **WIEGAND**, Art. 18, N. 79.

Hatta, ideal irade kavramının, farazî ortak iradenin belirlenmesi yönteminden farkının ortaya konması bakımından faydalı olacağı kanısındayız.

Biz, *Piotet* gibi farazî iradenin belirlenebilir olduğu hallerin söz konusu olabileceğini kabul etmekteyiz. Dolayısıyla, kanımızca, gerçek ortak irade tespit edilmiyorsa öncelikle farazî iradenin belirlenebilir olup olmadığına bakmak gerekir. Farazî irade belirlenebilir ise sorun yoktur; ancak, farazî irade belirlenebilir değilse bu durumda hâkim somut olayı çözümsüz bırakamayacağından dürüstlük kuralına başvurmalı ve ideal iradeyi tespit etmelidir.

UNIDROIT prensipleri m. 4.1’de, tarafların ortak iradesinin belirlenememesi halinde sözleşmenin makul kişilerin benzer şartlarda sözleşmeye verecekleri anlama göre yorumlanacağı ifade edilerek, ideal iradeye yer verilmektedir⁵⁵¹. Benzer hüküm “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”⁵⁵² m. 8.2’de de mevcuttur⁵⁵³. Maddede sözleşmenin yorumlanmasında ideal irade, kavram olarak kullanılsa da, dikkate alınmaktadır.

Fransız Medeni Kanununun 1157-1160 ve 1162. maddeleri ortak iradeden ayrılmış ve ideal iradeden esinlenmiştir. Aşağıda Fransız Hukukundan örnekler verilerek incelemeye çalıştığımız, ideal iradenin bulunmasında izlenecek yorum kuralları dikkate alındığında, aynı kuralların Türk ve İsviçre Hukuklarında da öğreti ve uygulama tarafından da kabul edildiği görülecektir.

aa. İdeal İradenin Saptanmasında Her Tip Sözleşme İçin Uygulanan Yorum

⁵⁵¹ 1926 yılında özel hukukun birleştirilmesi amacıyla kurulan enstitü, Institut International Pour l’Unification du Droit Privé (UNIDROIT), maddi hukuka ilişkin yeknesak yasa metinleri hazırlayan organizasyondur. Uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin prensipleri hazırlayan bu organizasyonun amacı uluslararası sözleşmelerde iç hukukların farklılıkları ve uluslararası anlaşmaların yetersiz olması sebebiyle ortaya çıkan olumsuzlukları gidermektir. Bu konuda bkz. **ÖGÜZ**, *Lex Mercatoria*, s. 27 vd; **SÜRAL**, s. 49 vd; **DUTOIT**, s. 391 vd.

⁵⁵² 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” 11 Nisan 1980 kabul edilmiştir. Konferansın Viyana’da toplanması nedeni ile söz konusu sözleşmeye “Viyana Satım Sözleşmesi” adı da verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERDEM**, s. 35 vd; **ATAMER**, *Uluslararası Satım Sözleşmesi*, s. 3 vd.

⁵⁵³ CVİM m. 8: (1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.

(2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

Kuralları

İdeal iradenin saptanmasında her tip sözleşme için uygulanan yorum kurallarından ilki, dürüstlük kuralına göre yorumdur. Fransız Medenî Kanunu m. 1134/f. III sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun ifa edileceğini düzenler. Dürüstlük kuralı da hakkaniyetin uygulanması olarak ifade edilir⁵⁵⁴. Hâkim, FMK m. 1134/f. III ve m.1135'e dayanarak sözleşmeleri dürüstlük kuralı uyarınca yorumlar⁵⁵⁵.

Dürüstlük kuralına göre yorum, Türk Hukukunda mahkeme kararlarında en sık karşılaşılan yorum prensiplerinden biridir⁵⁵⁶. Aslında akdin yorumlanması sırasında dikkat edilmesi gereken prensiplerin tümünün temeli dürüstlük kuralı ve onun kapsamında olan güven nazariyesinden kaynaklanır. Ancak, temel ilke olarak dürüstlük kuralı uyarınca yorumdan bahsetmek kanımızca yerinde olur. Dürüstlük kuralı uyarınca yapılacak yorumun en önemli sonucu yorum ile yan hak ve borçların ortaya çıkartılmasıdır⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ **MALLEVILLE**, s. 257 vd.

⁵⁵⁵ FMK m. 1134/f. III kanundaki yeri ve düzenleme şekli dolayısıyla gerçek bir yorum kuralı olup olmadığı konusunda eleştirilmiştir. Bu hükmün, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin bölümde değil de, genel bölümde, sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre ifa edileceğine ilişkin FMK m. 1135'den önce yer alması, yorum kuralı olmadığını kabul eden yazarlarca gerekçe olarak gösterilmiştir. Bkz. **RIEG**, J. Cl. Civ. Art. 1134, n. 4 et 69. Bazı yazarlar ise, dürüstlük kuralı ve hakkaniyetin sözleşmenin yorumlanması tekniği olduğunu kabul etmişlerdir. **MALLEVILLE**, s. 257 vd; **MARTY/RAYNAUD**, s. 258 vd.

Sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanacağını açıkça FMK m. 1134/f. III'e dayandıran mahkeme kararlarından biri için bkz. Lyon 27 mai 1975, D. 1976.637 note J.P.

⁵⁵⁶ **Yarg. HGK**, 15.11.1995, 15-745/965, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr); **Yarg. 4. HD**, 15.10.1957, 2017/6144, karar için bkz. **UYGUR**, s. 751; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. Borçlar Hukukuna Giriş, 335; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 307 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 69 vd; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 28; **KARAHASAN**, Sözleşmeler, s. 213.

Bosshart, dürüstlük kuralı ile birlikte hakkaniyeti de önemli yorum kuralı olarak kabul etmiş ve dürüstlük kuralı ve hakkaniyetin diğer yorum kurallarından uygulama alanlarının çok genel olması sebebiyle ayrıldığını, ayrıca bunların diğer yorum kurallarının uygulanmasını kontrol ettiğini belirtmiştir. Bkz. **BOSSHART**, s. 122 vd. Gerçekten Fransız Medeni Kanunu m. 1135'in ifadesi göz önüne alındığında Fransız hukukunda da hakkaniyetin sözleşmelerin yorumunda önemli rol oynadığı hatta örf ve adetin ve kanunların önünde geldiği görülmektedir.

⁵⁵⁷ Dürüstlük kuralı da İsviçre Hukukunda yazılı olarak olmasa da sözleşmelerin tamamlanması kriterleri arasında yer alır. Sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması işlemleri birbirine çok yakın olduğundan aynı kriterin sözleşmelerin yorumlanmasında da geçerli olduğu kabul edilir. Bkz. **CHAPUIS**, les devoirs accessoires, s. 81 vd; bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 107 II 144, c. 3= JdT 1981 I 369, www.admin.ch.

Dürüstlük ilkesinden çeşitli ilkeler çıkarmak mümkündür⁵⁵⁸. Kelimelerin lafzî anlamının değil de, gerçekte istenen anlamının esas alınması, gerçek iradenin tespitinin mümkün olmadığı hallerde, beyanın objektif anlamının esas alınması ve güven nazariyesi ile yorum, dürüstlük kuralından kaynaklanan ilkeler olarak ifade edilir⁵⁵⁹.

“Dürüstlük kuralına göre yorum”un aynı zamanda, bütün menfaatleri bağdaştırmaya imkân sağladığından “etkili ve yararlı yorum”a yaklaştığını göz ardı etmemek gerekir.

Her tip sözleşme için uygulanan ve dürüstlük kuralından kaynaklanan bir başka yorum kuralı, hâkimin sözleşmeyi yorumlarken sözleşmenin kurulduğu sırada taraflarca bilinen durum ve şartları göz önüne alması ve buna göre kullanılan söz ve deyimleri ve tarafların davranışlarını yorumlamasıdır⁵⁶⁰. Bu kural “geçmişe dönük yorum kuralı” olarak ifade edilir⁵⁶¹.

Dürüstlük kuralına göre yorumun bir diğer görünümü, sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin uzun süreden beri uygulanış biçiminin yorum yaparken göz önüne alınması gereğidir⁵⁶². Gerçekten tarafların sözleşmeyi uzun zaman uygulama biçimi onların sözleşmedeki kayıtlara verdikleri anlamın belirlenmesinde, iradelerinin ortaya konmasında önemli rol oynar. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 9.6.1978 tarihli kararında “...*Kira sözleşmesinin yorumunda BK'nun 18.*

⁵⁵⁸ **KAPLAN**, Yorum, s. 439 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 70 vd.

⁵⁵⁹ **KAPLAN**, Yorum, s. 439 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 70 vd; Dürüstlük kuralına göre yorum ilkesinin güven nazariyesinde somutlaştığı hususunda bkz. **STAUDER**, s. 110; Bu yönde, ATF 111 II 291,293= JdT 1986 I 331, 333; ATF 111 II 455, 457= JdT 1986 I, 327, kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

⁵⁶⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 335; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 308; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 30, 31 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 151; **DESCHENAUX**, s. 158; **KAPLAN**, Müdahale, s. 69; **YAVUZ, N.**, Yorum, s. 443.

Tamamlayıcı yorum kurallarından biridir. Hâkim, tarafların davranışlarını, sözleşmede kullanılan terimleri teleolojik yorum yöntemi ile sözleşmenin amacı ışığında araştırır. Bkz. **WINIGER, CR**, Art. 18, s. 87 vd; **TERCIER**, Obligations, s. 174 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 240 vd.

⁵⁶¹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 428; **KAPLAN**, Müdahale, s. 69 vd; **BOSSHART**, s. 117 vd.

⁵⁶² **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358; **KAPLAN**, Müdahale, s. 78; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 31 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 153 vd; **KAPLAN**, Yorum, s. 447 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 151; **ROUILLER**, s. 507 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 6; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 241.

Bu yönde, TF, 16.9.2004, 4C.166/2004, c.5.2; TF, 24.1.2003, 4C.325/2002, c. 2.1.; TF, 6.1.2003, 4C.283/2002, c.4; TF, 30.11.2004, 4C.202/2003, 3.4.2; kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

maddesindeki genel kural uyarınca tarafların gerçek ve ortak maksatlarını aramak gerekir. Şu hususta özellikle belirtilmelidir ki bu ortak ve gerçek maksadın tayininde sözleşmenin uygulama biçiminde göz önünde tutulması, yorum kurallarının bir gereğidir. Başka bir anlatımla tarafların sözleşmeyi uzun süre uygulama biçimi sözleşmeye verdikleri anlamın tayininde önemli bir unsur oluşturur...” demek suretiyle, evlenerek mecurdan ayrılan kiracının burayı babasına terk etmesini akde aykırılık olarak kabul etmemiş, bu hususun sözleşmenin bozulması sebebi olarak ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur⁵⁶³.

Dürüstlük kuralına göre yorum, sözleşmenin kurulması sırasındaki taraf iradelerinin ortaya konmasında önemli rol oynar, ancak, hâkimin ilkenin uygulanmasına karar verirken çok dikkatli davranması gerektiğini belirtmekte fayda vardır. Zira, tarafların sonradan sözleşmeyi değiştirmiş olmaları, tamamlamaları her zaman mümkündür⁵⁶⁴.

Dürüstlük kuralına göre yorum, aynı zamanda sağduyulu, makul yoruma da yaklaşmaktadır. Sözleşenlerin ortak iradelerinin tespit edilememesi halinde hâkim, makul bir kişinin iradesinin nasıl olması gerektiğini araştırır. Sağduyulu, makul yorum, standart, ortalama sosyal davranış ölçüsü olarak tanımlanabilir⁵⁶⁵.

Yorumun makul olması ile kastedilen, başvuru davranışın normal, ortalama herhangi bir vatandaşın davranışına uygun olması ve davranışın çoğunluğa göre değerlendirilmesidir. Her ne kadar yorumun sistematikleşmesi yorumun her olayın şartlarına göre değişmesi sebebiyle mümkün olmasa da “ortalama” kriteri sözleşenlerin davranış biçimlerinde aranır⁵⁶⁶. Makul, akla uygun yorum, bizi daha ılımlı ve ölçülü bir çözüme ulaştırır.

Ayrıntı içermeyen kısa sözleşmelerde sözleşmenin bütününe uyumunun göz önüne alınarak hareket edilmesi ve uyumsuzlukların dışlanması, sözleşme ile saçma,

⁵⁶³ **Yarg. HGK**, 9.6.1978, 6-261/567, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr). Bu yönde, **Yarg. HGK**, 18.11.1983, E. 981/6-420, K. 1173; **Yarg. 1.HD**, 29.9.1989, 9085/10692, kararlar için bkz. **KARAHASAN**, Sözleşmeler, s. 213.

⁵⁶⁴ **KAPLAN**, Müdahale, s. 78.

⁵⁶⁵ **MALLEVILLE**, s. 258 vd.

⁵⁶⁶ **MALLEVILLE**, s. 259 vd.

akıl dışı olmayan sonuçların istendiğinin kabul edilmesi, ya da, sözleşmenin sonuç doğuracağı düşüncesi ile yapıldığının kabul edilmesi hali makul yorumun görünümüdür⁵⁶⁷.

Sözleşmenin bir bütün teşkil ettiği göz önüne alınarak, yorumu gerektiren kayıtların sözleşmeyi çevreleyen koşullar ve sözleşmenin tamamı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerince de kabul edilir⁵⁶⁸. Zira, hükümlerin tek başlarına ele alınması suretiyle yapılan yorum, bağlantılı olduğu diğer kayıtlar göz ardı edildiğinden eksik kalır veya gerçeği yansıtmaz.

Sözleşme bütün olarak ele alındığında zıt hükümlerin varlığı tespit edilirse ve hükümler arasındaki zıtlık giderilemez ise, zıt hükümlerin hiçbiri geçerli kabul edilmez⁵⁶⁹. Ancak, zıt hükümlerden biri özel diğeri genel ise bu takdirde özel hükmün genel hükümden önce geleceği kabul edilir⁵⁷⁰. Sözleşmeye, hükümler arasında tezat bulunması halinde hangi hükmün öncelikli uygulanacağına ilişkin hüküm konması mümkündür. Bu durumda hâkim bu sıraya riayet etmek durumundadır⁵⁷¹. Zıt hükümlerin her ikisi de genel veya her ikisi de özel hüküm niteliğinde ise ve sözleşmede zıt hükümlerin uygulanma sırasını belirleyen böyle bir hüküm mevcut değil ise, bu durumda somut olayın şartları ve diğer yorum kuralları nazara alınarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılır⁵⁷².

⁵⁶⁷ MALLEVILLE, s. 259.

⁵⁶⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 334; EDİS, Medenî Hukuk, s. 308; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, s. 356 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 429; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 151vd; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 29; KAPLAN, Yorum, s. 441 vd; KAPLAN, Müdahale, s. 71 vd; YAVUZ, N., Yorum, s. 437; TUNÇOMAĞ, C. I, s. 284 vd; KARAHASAN, Sözleşmeler, s. 212; DESCHENAUX, s. 159; BOSSHART, s. 116 vd; MEIER-HAYOZ, FJS. No: 1134, s. 6.

Yarg. HGK, 16.6.1993, 6-94/450, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr); Yarg. 4. HD, 26.10.1978, E. 1977/13113, K. 1978/12134, karar için bkz. UYGUR, s. 758 vd = YKD 1979, S. 5 s. 636.

⁵⁶⁹ KAPLAN, Yorum, s. 442; KAPLAN, Müdahale, s. 73 vd; Hükümler arasındaki zıtlığın giderilememesi halinde zıt hükümlerin geçersiz sayılmasının sebebi tezat hükümler koyanın tutarsız, dolayısıyla, imkânsız istediğinin kabul edilmesidir. Zıt hükümlerden birinin istenmediği ortaya çıkarsa bu durumda diğer hükmün geçerli olduğu kabul edilir. Bkz. WINIGER, CR, Art. 18, s. 91 vd; SIMLER, fasc. 20, n. 20.

⁵⁷⁰ KAPLAN, Yorum, s. 442; KAPLAN, Müdahale, s. 73 vd.

⁵⁷¹ KAPLAN, Müdahale, s. 73.

⁵⁷² BOSSHART, s. 116 vd; Matbu olarak basılmış sözleşme üzerine el yazısı ile eklenen hüküm, matbu hükümlerden bir veya bir kaç ile zıt ise bu durumda el yazısı hükmün esas alınacağını hususunda bkz. PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, n. 373.

Sözleşmenin bütünü göze alınarak yapılan yorum aynı zamanda sözleşmenin amacının da dikkate alınmasını gerektirir⁵⁷³. Sözleşmede tanım verilmiş ise, sözleşmede kullanılan kelimenin sözleşmenin bütününde tanıma uygun olarak kullanıldığı kabul edilir⁵⁷⁴. Yine genel deyimlerin sözleşmenin amacı ile bağlantılı yorumlanması gerekir. Önceden kaleme alınmış sözleşme metnindeki genel ifadeler sözleşmenin amacı da göz önünde tutularak, şüpheli hallerde dar yorumlanmalıdır⁵⁷⁵.

Sözleşmenin bütünü göz önüne alınarak yapılan yorum ile ulaşılan sonuç şüphe yaratıyorsa bu durumda, sözleşmeyi geçersiz kılan yorum yerine geçerli kılan yorumun (*favor negotii*) tercih edilmesi, Türk Hukukunda ve İsviçre Hukukunda açık bir hüküm ile temellendirilmese de, yargı kararları ve öğreti ile kabul edilir⁵⁷⁶. Sözleşmenin ayakta tutulmasına yönelik yorum yapılmasının gerekçesi, sözleşme serbestisi prensibidir⁵⁷⁷. Diğer yandan bu ilke doğruluk ve dürüstlük kuralına da dayandırılır⁵⁷⁸. Söz konusu ilke ancak, diğer yorum kurallarından bir sonuç alınamaması halinde uygulama alanı bulur⁵⁷⁹; çünkü, düşünmeden yapılan sözleşmeleri bu ilke uyarınca geçerli kılmak hem adil olmaz hem de hukuk düzeninin bu ilke ile sağlamak istediği amacı aşar.

Sözleşmeyi geçerli kılan yoruma (*favor negotii*) üstünlük tanıyan ilke ile tahvil müessesesinin birbirine karıştırılmaması gerekir. Zira, yorumda içeriği belli olmayan

⁵⁷³ **KAPLAN**, Yorum, s. 441 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 72 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 6; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356.

⁵⁷⁴ **KAPLAN**, Müdahale, s. 72 vd.

⁵⁷⁵ **KAPLAN**, Müdahale, s. 73 vd.

⁵⁷⁶ **Yarg. 14. HD**, 28.9.1990, E. 1989/8074, K. 1990/7581, **Yarg. 14. HD**, T. 9.10.1990, 216/8009; **Yarg. HGK**, 31.1.1996, E.1995/11-980, K. 1996/18, kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

İMRE, s. 291; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 151 vd; **KANETİ**, s. 22 vd; **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 333; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 30, **EREN**, s. Genel Hükümler, 430; **KAPLAN**, Müdahale, s. 75 vd; **YAVUZ, N.**, s. 438 vd; **ERMAN**, s. 102 vd; **KARAHASAN**, s. 231; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 89 vd; **BOSSHART**, s. 129; **HADZIMANOVIC**, s. 90; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 241 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 443.

Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 99 II 268, c. 3f; ATF 81 II 598, c. 3, www.swisslex.ch.

⁵⁷⁷ **EREN**, Genel Hükümler, s. 430; **BOSSHART**, s. 129; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358. Söz konusu yorum kuralı Fransız Medeni Kanunu m. 1157'de açık olarak ifade edilmiştir.

⁵⁷⁸ **KAPLAN**, Müdahale, s. 75.

⁵⁷⁹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 76 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 89 vd.

taraf iradelerinin anlamlarının belirlenmesi söz konusu iken, tahvilde, tarafların iradelerinin içeriği bellidir; ancak, gerçekleştirmek istedikleri işlem bu haliyle bâttır⁵⁸⁰. Dolayısıyla, hukuki işlem ancak yoruma elverişli ise, yani taraf iradeleri şüphe ve tereddüde yol açıyorsa hukuki işlemi geçerli kılan yoruma üstünlük tanıyan ilke ile ayakta tutulabilir. Oysa tahvilde hukuki işlemin bâtil olduğu şüpheli değildir⁵⁸¹.

Guggenheim, “*favor negotii*” ilkesinin, belirsiz sözleşme kaydının yorumu amacını gütmeyeceğini, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir yorum kuralı olduğunu kabul eder. Yazara göre, bu ilke İBK m. 20/f. II’de düzenlenir⁵⁸². Yazar, İBK m. 20/f. II’de kullanılan kriterin, tarafların iradesi olduğunu ifade ettikten sonra, tarafların, sözleşmenin bir kısmının ifa edilemeyecek olduğunu bilselerdi sözleşmeyi kuracak olup olmadıklarının tespit edilmesi gerektiğini belirtir⁵⁸³. Yazar ayrıca, İBK m. 20/f. II’de ifade edilen yorum kuralının, sadece İBK 20. maddede düzenlenen hükümsüzlük hallerinde uygulama alanı bulmayacağını, bunun dışında, kıyas yolu ile şekil eksikliği dolayısıyla hükümsüzlük haline ve irade fesadı hallerine de uygulanacağını, bu sebeple de, sözleşmesel alanda genel bir yorum ilkesi olduğunu kabul eder⁵⁸⁴.

İdeal iradenin tespitinde her tip sözleşme için geçerli olan bir başka yorum kuralı da etkili ve yararlı yorumdur. Türk Hukukunda da uygulama alanı bulan⁵⁸⁵ bu

⁵⁸⁰ **KANETİ**, s. 22 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 361, **KAPLAN**, Müdahale, s. 76; **VON TUHR**, s. 224, dpn. 37.

⁵⁸¹ **KANETİ**, s. 22 vd; **VON TUHR**, s. 224, dpn. 38; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 357, dpn. 638.

⁵⁸² **GUGGENHEIM**, T. I, s. 127.

⁵⁸³ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 127, *von Tuhr*, *Guggenheim*’dan farklı olarak burada sözleşmenin yorumlanmasının değil, tarafların farazî iradesine istinaden sözleşmenin yeniden teşkilinin söz konusu olduğunu kabul eder. Bkz. **VON TUHR**, s. 223.

Hofstetter’e göre ise, *favor negotii* ilkesi sadece yorumda söz konusu olmaz, bu ilke yorumun da ötesinde işleve sahiptir. Zira, ilke hukuki işlemin içeriğini belirlemekle kalmaz, hangi ölçüde geçerli olduğunu da belirler. Bkz. **HOFSTETTER**, s. 144.

⁵⁸⁴ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 128.

⁵⁸⁵ **Yarg. HGK**, 2.2.1994, E. 1993/2-639, K. 1994/26, **Yarg. HGK**, 8.3.1985, E. 1983/14-79, K. 1985/182; **Yarg. 13. HD**, 20.9.1991, 6110/7691; kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr) ; **Yarg. 4. HD**, 13.03.1958, 9342/1315 (karar için bkz. **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358); **Yarg. HGK**, 10.2.1960, 4/6-188, **ÇENBERCİ**, s. 128.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336; **KAPLAN**, Yorum, s. 445 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 152; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 33; **KAPLAN**, Müdahale, s. 75 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358; Söz konusu kuralın İsviçre Hukukunda da yer aldığı hususunda bkz. **HOFSTETTER**, s. 130, 144; **HADZIMANOVIC**, s. 90.

yorum metodu FMK m. 1157’de yer alır. Maddede bir sözleşme kaydının iki farklı anlam çıkarmaya elverişli olması halinde, etkisi olacak anlamın hiç bir etki ve sonuç doğurmayacak anlama tercih edileceği düzenlenir. Bu maddenin faydalı ve etkili sonucu korumayı öngördüğü kabul edilir⁵⁸⁶. Önemli olan yorum neticesinde sadece sonuç doğuracak anlamın tercih edilmesi değil, faydalı sonuç doğuracak anlamın tercih edilmesidir.

Belirtmek gerekir ki, FMK m. 1157’nin işlevi sadece yorumu gereken düzenlemeye anlam verme ile sınırlı değildir. Ayrıca uygulanacak yorum metodunun seçiminde de rol oynar⁵⁸⁷.

Favor negotii ilkesinin bir görünümü olan bu ilke, dürüstlük kuralının yanı sıra şüphe halinde sözleşmeyi ayakta tutmanın yararlı olduğu görüşüne dayandırılır⁵⁸⁸. Bu yorum kuralı uyarınca şüphe halinde anlam ifade eden yorum tercih edilmelidir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, s. 457; FMK m. 1157’nin bir diğer işlevi de, yazım hatası veya unutkanlık sonucu belirsiz veya eksik olan sözleşmeleri düzeltmek olarak ifade edilir. Bkz. **MALLEVILLE**, s. 261 vd.

⁵⁸⁷ Uyuşmazlık konusu olayda hâkimin, hangi yorum kuralını kullanacağı konusunda kararsız kalması halinde, etkili ve yararlı yorum kuralı, hâkimin arasında kaldığı yorum kurallarından etkili bir sonuç verecek olanı seçmesine yardımcı olmaktadır. Bu konuda bkz. **GELOT**, s. 65 vd.

⁵⁸⁸ **DRAPIER**, s. 254 vd; **HOFSTETTER**, s. 129 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 169; **HADZIMANOVIC**, s. 90.

Piotet, dar anlamda *favor contractus* olarak adlandırılan *favor negotii* ilkesinin İsviçre’de sözleşmeler hukuku alanına hâkim olmasının iki sebebe dayandığını ifade etmiştir. Bu sebeplerden biri, hukuki işlemlerin iptalinin işlemin dışında kalan kişiler bakımından da düzensizlik yaratması, dolayısıyla, ilkenin istikrar ihtiyacına cevap vermesi ve kısmî olarak geçersiz kılınan sözleşmelerin taraflarca mümkün olduğunca devamının istenmeye değer olmasıdır (bu sebep, ilkenin sosyal boyutu ile ele alınmasını içerir). Diğer sebep ise, hukuki işlemin tamamen ortadan kaldırılmasının tarafların korunması amacını aşması, işlemin iptal edilen kısmı haricinde geri kalanının ayakta kalmaya devam etmesinin tarafların menfaatine olduğunun kabul edilmesidir (bu sebep ise, ilkenin bireysel boyut ile ele alınmasını içerir). Bkz. **PIOTET**, *La formation du contrat*, s. 31 vd.

⁵⁸⁹ **Yarg. 14. HD**, 28.9.1990, 1989/8074, K. 1990/7581; **Yarg. 13. HD**, 13.9.1994, 6066/7489; kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr); **Yarg. HGK**, 10.2.1960, 4-6/188, karar için bkz. **UYGUR**, s. 762 vd.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 336; **AKYOL**, *Dürüstlük Kuralı*, s. 33; **PIOTET**, *La formation du contrat*, s. 31 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 152; **CORBOZ**, s. 277 vd; **WINIGER**, *CR*, Art. 18, s. 89 vd; **DRAPIER**, s. 254 vd; **HOFSTETTER**, s. 129 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 169; **HADZIMANOVIC**, s. 90; **JÄGGI/GAUCH**, *Art. 18, N. 443*.

Bir haktan vazgeçmeyi kapsayan beyanların mümkün olduğu kadar dar yorumlanması ilkesi⁵⁹⁰ de makul yorumun bir diğer görünümüdür. Bu ilke genellikle sigorta sözleşmelerinde sigortalının sigorta şirketi lehine, işçinin işveren lehine verdiği ibranamelerin ve ayıba karşı sorumluluktan kurtulmaya ilişkin kayıtların yorumlanmasında uygulama alanı bulur.

Tamamlayıcı hukuk kuralından ayrılan anlaşmalar mümkün oldukça dar yorumlanmalıdır⁵⁹¹. Tamamlayıcı hükümden ayrılmak istenip istenmediği hususunda tereddüt edilmesi halinde de tamamlayıcı hükme uygun yorum yapılması gerekir. İrade açıklamasının iki anlama gelmesi ve bunlardan birinin tamamlayıcı hükme uygun olması halinde, tamamlayıcı hükme uygun olan anlam tercih edilmelidir⁵⁹². Zira, tarafların bu hükme karşı gelmek istemeleri halinde bunu açıkça ifade edecekleri hayatın akışına daha uygundur. Tarafların, bir kanun hükmünü sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dahil etmeleri halinde kanundaki anlama göre yorum yapılır. İfade ettiğimiz tüm bu ihtimaller kanuna uygun yorum ilkesinin değişik görünümleridir⁵⁹³.

Sözleşmenin ekonomik denge yapısına uygun yorum da ideal iradenin tespitinde her tip sözleşme için uygulanan yorum kurallarındandır. Belirsiz sözleşmeler yorumlanırken, hâkim, sadece sözleşmenin etkililiğini göz önüne almakla kalmaz aynı zamanda sözleşmenin genel ekonomisini de dikkate alır. Türk Hukukunda da kabul gören⁵⁹⁴ bu prensip, Fransız Hukukunda FMK m. 1158'de

⁵⁹⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336; **KAPLAN**, Müdahale, s. 74; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 152 vd; **von TUHR**, s. 270; **KAPLAN**, Yorum s. 444 vd; **YAVUZ, N.**, Yorum, s. 449; Haktan feragat gibi ağır hukuki külfetlerin yüklenenin lehine yorumlanacağına ilişkin bkz. **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 333; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 32; **STAUDER**, s. 110 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 152.

Yarg. 9. HD, 8.4.2008, E. 2007/27825, K. 2008/7827; **Yarg. 9. HD**, 18.3.2008, E. 2007/ 26232, K. 2008/5313; kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr); **Yarg. 4. HD**, 31.3.1978, 111333/4346, karar için bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 74.

⁵⁹¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, kararında ayrıık hükümlerin dar olarak yorumlanmasının, yoruma ilişkin temel kural olduğunu belirtmektedir. Bu karar için bkz. **Yarg. İBK**, 22.3.2002, 2/1, Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 335; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430; **KAPLAN**, Yorum, s. 449; **STAUDER**, s. 110 vd; **HADZIMANOVIC**, s. 90.

⁵⁹² **CORBOZ**, s. 278; **HADZIMANOVIC**, s. 90.

⁵⁹³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 335; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430; **HADZIMANOVIC**, s. 90.

⁵⁹⁴ Sözleşmenin gayesi sayesinde, metnin dar veya geniş yorumlanması gerekip gerekmediğinin kontrol edilebileceğine ilişkin olarak bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 55 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel

düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, iki anlam için de elverişli olan terimlerde sözleşmenin konusuna uygun olan anlamın tercih edilmesi gerekir. Sözleşmenin konusuna uygun yorum ile, sözleşmenin genel ekonomisinin, amacının kastedildiği ifade edilir⁵⁹⁵. Amaç, sözleşmenin genel ekonomisinden bağımsız değildir; hatta taraflarca izlenen ekonomik sonuçlar olarak ifade edilir⁵⁹⁶. Böylece, FMK m. 1158 ile izlenen metodun, tarafların iradelerini göz önüne alarak bir sonuca ulaşmayı amaçlaması sebebiyle, kişilerin iradelerine saygılı olduğunu söylemek doğru olur⁵⁹⁷.

Sözleşmenin bütünü göze alınarak yapılan yorum aynı zamanda sözleşmenin amacının da dikkate alınmasını gerektirir⁵⁹⁸. Amacı aşan yorum hem hukuk ilkelerine hem de yasaların sözü ve özü ile uygulanmasını öngören MK m. 1'e aykırı olur⁵⁹⁹.

bb. İdeal İradenin Saptanmasında Bazı Sözleşmeler İçin Uygulanan Yorum Kuralları

Teamüller, sözleşmelerin yorumlanmasında büyük önem taşır⁶⁰⁰. Fransız Medenî Kanununda üç farklı maddede sözleşmelerin teamüllere göre yorumlanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar, Fransız Medenî Kanununun belirsiz sözleşmenin, sözleşmenin kurulduğu ülkenin teamüllerine göre

Hükümler, s. 356 vd.

⁵⁹⁵ **GELOT**, s. 84, dpn. 194, **ROCHFELD**, s. 327; **KAPLAN**, Müdahale, s. 52 vd.

⁵⁹⁶ **GELOT**, s. 84 vd; **ROCHFELD**, s. 327; **KAPLAN**, Müdahale, s. 52 vd.

⁵⁹⁷ *GeLOT* ayrıca, hukuki işlemin amacına uygun yapılan yorumun sonucunda hâkimin bireylerin üstünde bir gayeye de ulaştığını, zira, çözümün dolaylı olarak tüketiciler, profesyoneller, teknisyenler vs. gibi bazı sosyal gruplar üzerinde de etkili olduğunu, tek ortak paydanın sosyal fayda olduğunu, böylece FMK m. 1158'in sosyal faydayı da tatmin ettiğini, ekonomik ve ticari ilişkilerdeki uyumu koruduğunu haklı olarak ifade etmiştir. **GELOT**, s. 86 vd; özellikle s. 88 vd. FMK m. 1158, öncelikle belirsiz sözleşmelerin kesin sınırının çizilmesine imkân tanıdığı, bunun yanında, yazımdaki yetersizliğin düzeltilmesini sağladığı, ayrıca, FMK m. 1158'in diğer yorum metodlarını tamamladığı yönünde bkz. **MALLEVILLE**, s. 268 vd.

⁵⁹⁸ **KAPLAN**, Yorum, s. 441 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 72 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 6; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 356, 358.

“Sözleşmenin niteliği” kriteri İsviçre yargı kararları ve doktrini tarafından da sözleşmenin tamamlanması kriteri olarak kabul edilmiştir. Bu ifadenin, bazen sözleşmenin bütününe göz önüne alınması gerektiği anlamında kullanılırken bazen de sözleşmenin tipine atf yaptığı hususunda bkz. **ROULLIER**, s. 513, 555 vd. ATF 72 II 29, cons. 2; ATF 115 II 484, cons. 4b; TF, 4C. 189/2004, cons. 2.5, kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

⁵⁹⁹ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358. Sözleşmenin gayesinin ikinci derece yorum vasıtası olduğu, zira, sözleşmenin muhtevassından geniş ifade edilmiş sözleşme amacının aslında sınırlandırılmış olduğunun anlaşılabilirliği yönünde bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 57 vd.

⁶⁰⁰ **MALLEVILLE**, s. 237 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 58 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 428; **Yarg. 4.HD**, 14.4.1978,7854/5000, karar için bkz. **UYGUR**, s. 565.

yorumlanacağına ilişkin 1159. maddesi; ifade edilmemiş olsalar bile teamüllerden kaynaklanan borçların sözleşmeye dahil edileceğini ifade eden 1160. maddesi ve sözleşmede açıkça ifade edilmiş yükümlülüklerin dışında hakkaniyetten, teamüllerden ve borcun niteliği gereği kanundan kaynaklanan yükümlülüklerin de söz konusu olabileceğine ilişkin 1135. maddesidir⁶⁰¹.

FMK m. 1135, aynı FMK m. 1160 gibi tarafların iradelerinin eksikliğini teamüller ile telafi eden bir yorum kuralıdır⁶⁰². Bu sebeple, FMK 1135 ve 1160. maddelerin ifadeleri göz önüne alındığında, maddelerin sözleşmedeki boşlukların doldurulmasına da hizmet ettiği kabul edilir⁶⁰³.

Fransız Hukukunda sözleşmelerin yorumlanmasında teamüllere yer verilmesi ilkesi bu konuda açık düzenlemeye sahip olmayan İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde de kabul edilmektedir⁶⁰⁴.

Gerçekten Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku açısından önemli bir diğer yorum vasıtası da ticari örf ve teamüllerdir⁶⁰⁵. Bunlar örf ve âdet hukuku kuralı niteliği taşımayan, bazı mesleki ve yerel çevrelerde gerek adî gerekse ticarî ilişkilerde

⁶⁰¹ **FAGES**, s. 76 vd.

⁶⁰² **MALLEVILLE**, s. 239.

⁶⁰³ **FAGES**, s. 76; **MALLEVILLE**, s. 238.

⁶⁰⁴ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 28; **TUNÇOMAĞ**, C.I, s. 281 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 58 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 428; **von TUHR**, s. 268; **BOSSHART**, s. 118 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 242; **STAUDER**, s. 110; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 88 vd; **DESCHENAUX**, s. 160; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 6.

“...Mezkur mevzuat incelenmek ve sözü geçen mukavelelerin koşullarının tayininde tarafların kullandıkları kelimelere bakılmayarak onların gerçek ve müşterek amaçlarını saptamak ve davacının (95.000)lira ödemesinin nedeni üzerinde durulmak ve çek dışında tediye edilen (30.000)liranın ne suretle ve kimin tarafından gönderildiği araştırılmak ve davacının, mücerret (250.000) İsviçre Frangı'nın Türkiye'ye gelmesi için hiçbir yararlanması olmadan (95.000)lira ödemesinin bir dayanağı olmayacağından gerçek amacın tahakkuk edip etmediği soruşturulmak ve mevduatın kimin tarafından yatırıldığı ve lehtar ile mukaveledeki (Eskişehir Merkez Şubesi lehine) ibaresinin anlamı ve uygulama ve (D.Ç.M)den yararlanan olup olmadığı tespit edilmek ve akdin niteliği ile tarafların vecibeleri yetkili kambiyo mercileri ile 5590 sayılı Kanun gereğince yerel ticaret odasından sorulmak ve yetenekli bilirkişiler kurulundan mütalaa da alınmak suretiyle mevcutsa ticari örf, âdet ve teamül göz önünde bulundurulmak ve irade beyanlarının yorumlanması yoluna gidilmek suretiyle uyumsuzluğun çözülmesi lazımdır...” **Yarg. 11. HD**, 30.3.1978, 1019/1601, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 94 II 157, 159, = JdT 1969 I 538-9, www.swisslex.ch.

⁶⁰⁵ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 28; **TUNÇOMAĞ**, C. I, s. 281 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 58 vd; **von TUHR**, s. 268; **BOSSHART**, s. 118 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 242; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 88 vd; **DESCHENAUX**, s. 160; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 6.

uygulama alanı bulan davranışlar olarak ifade edilir. Ticarî örf ve teamüller, örf ve âdet hukuku kuralı gibi sürekli uygulama alanına sahip değildir; uyulması zorunlu olduğuna dair toplumda yaygın bir inanış da mevcut değildir⁶⁰⁶.

Muhatap, beyanda geçen kelimeleri, o yerde mevcut ticari örf ve âdetlerde kullanılan anlamlarında anlamakta haklı, hatta mecburdur⁶⁰⁷. Teamüller yere göre değişiklikler gösterir. Bu durumda, muhatapın bulunduğu yerdeki teamüllerin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, muhatap, beyanda bulunanın bu teamülü bilmediğini veya bu teamüle tâbi olmak istemediğini biliyorsa veya bilebilecek durumda ise artık muhatapın bulunduğu yerdeki ticari teamüllere göre anlamlandırma yapılamaz⁶⁰⁸.

Ticari örf ve teamüllere göre yorum yapılmasında muhatap açısından olduğu kadar beyanda bulunan açısından da sakıncalar söz konusu olabilir. Beyanda bulunan, ticari örf ve âdetlere göre yorum yapıldığında, aslında beyanda bulunurken hiç düşünmediği şekilde sorumluluk altına girebilir. Bu durumda, beyanda bulunan, ticari örf ve âdetler ne olursa olsun bunlara tâbi olacağını belirtmemiş veya bu yönde karşı tarafta haklı bir güven uyandırmamış ise, hata sebebiyle iptal beyanında bulunabilir⁶⁰⁹.

Ancak hatırlatmak gerekir ki, hâkim irade beyanının belirsiz veya anlaşılmasız olması sebebiyle güven nazariyesi uyarınca da bir sonuca ulaşamaz ise yasal yorum karinelerine başvurur, yasal karinelerin mevcut olmaması durumunda da söz konusu yardımcı yorum vasıtalarını kullanarak sonuca ulaşmaya çalışır. İradenin açık olması halinde teamüller ileriye sürülemez⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ TTK m. 3'de ifade edildiği üzere, ticarî örf ve teamüller örf ve âdet hukuku kuralı niteliği almamış ise karara esas olmaz; ancak, irade beyanlarının ve sözleşmelerin yorumlanmasında göz önünde bulundurulmaları gerekir. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 58 vd.

⁶⁰⁷ **von TUHR**, s. 269 vd.

⁶⁰⁸ **von TUHR**, s. 269 vd.

⁶⁰⁹ **von TUHR**, dpn. 19a, s. 269 vd.

⁶¹⁰ Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, sözleşmedeki ilgili maddenin açık hükmü karşısında “...sözleşmenin 6. maddesinin davacının gemi listesi vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmasının mümkün olmadığı, ticari denizciliğin kendine özgü şartları ve yerleşmiş düzeninin de böyle bir uygulamaya elverişli olmadığı, her kaঞ্চello tarihinden önce o sefere ait gemiyi bildirme şeklinde anlaşılması gerektiği ...” yönündeki bilirkişi raporunun benimsenmesinin mümkün olmadığını belirterek davacının pişmanlık navlunu isteminin reddine karar vermiştir. **Yarg. 11. HD**, 27.12.1988, 3972/7932, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

Şüphe halinde sözleşmenin kaleme alan aleyhine yorumlanacağı ve yine şüphe halinde sözleşmenin borçlu lehine yorumlanacağına ilişkin yorum kuralları da ideal iradenin saptanmasında bazı sözleşmeler için uygulanan yorum kurallarındandır.

Fransız Medeni Kanununun 1162. maddesi, şüphe halinde sözleşmenin kaleme alan aleyhine ve borçlu lehine yorumlanacağını açıkça düzenler⁶¹¹. Madde, dengesiz, orantısız sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin düzenleme getirmiştir⁶¹². Madde talidir⁶¹³.

Sadece, edimlerinde dengesizlik bulunan sözleşmelerde değil, uyuşmazlık konusu sözleşmenin daha önceden, sözleşmenin güçlü olan tarafınca hazırlanıp, daha zayıf olan tarafa zorla kabul ettirilmesi halinde de hâkimin, FMK m. 1162'deki düzenlemeyi uyarlayarak, ekonomik bakımdan güçsüz olan taraf lehine yorum yapacağı kabul edilir⁶¹⁴. Bu durumda yorumun kişiselleştirildiği ifade edilir. Kişisel yorum, sözleşme taraflarının kişiliğinden kaynaklanabileceği gibi, bazen sözleşmenin doğasından da kaynaklanabilir. Bu durumlarda FMK m. 1162 uygulama alanı bulur.

Tarafların kişiliğinden kaynaklanan kişiselleştirilmiş yorum tüketici sözleşmelerinin yorumlanmasında karşımıza çıkar. Bu durumda hâkim, borçların dürüstlük kuralı uyarınca ifa edileceğine ilişkin FMK m. 1134'ü ihlâl etmeksizin, sözleşmeyi eşitsizliğe neden olmayacak şekilde yorumlar. Tüketici sözleşmelerinde eşitsizlik daha çok taraflardan birinin profesyonel, diğer tarafın ise tüketici olmasından kaynaklanır.

⁶¹¹ Öğretide bir grup yazar, bu maddenin ancak diğer yorum yöntemlerinin eksikliği halinde ve mutlak şüphe halinde uygulanabileceğini kabul eder; bkz. **PLANIOL/RIPERT**, n. 373; **SIMLER**, fasc. 10, n. 48; **TERRÉ**, Volonté et qualification, s. 200, n. 205; **MALLEVILLE**, s. 246.

FMK m. 1162' nin diğer yorum metotları karşısında tali olduğu fikrinin yavaş yavaş terk edildiği görüşü için bkz. **GELOT**, s. 258 vd.

Bazı yazarlar ise, maddenin bir yorum kuralı olmadığını, ispata ilişkin bir düzenleme içerdiğini ileri sürerler. Bu yazarlara göre, madde metnindeki "şüphe halinde" ibaresi delil bulunmadığı, tarafların iradelerine uygun göstergelerin tespit edilemediği halleri belirtmek için kullanılmıştır. **DUPICHOT**, s. 179.

⁶¹² Söz konusu hükmün hakkaniyet kaygısı ile ortaya konduğu hususunda bkz. **CABRILLAC**, s. 82.

⁶¹³ **MALAUURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK**, s. 382, dpn. 6; **MALLEVILLE**, s. 245.

⁶¹⁴ **MALLEVILLE**, s. 247 vd; **BATTIFOL**, s. 88 vd; Hatta FMK m. 1162'nin uygulama alanının hakkaniyetin sözleşenlerden birinin korunmasını gerekli kılması haline de yayıldığı, bu genişlemenin dayanağının hakkaniyet olarak gösterildiği hususunda bkz. **GELOT**, s. 263 vd.

Katılım sözleşmeleri ise, kişiselleştirilmiş yorumun sözleşmenin doğası gereği uygulama bulduğu sözleşmelerdir. Zira, katılım sözleşmelerinde taraflardan biri, diğer tarafa sözleşme şartlarını müzakere etme imkânı tanımaksızın, onu sözleşmeyi blok olarak kabul etmeye veya reddetmeye zorlar⁶¹⁵.

İşte bu hallerde, “ekonomik açıdan zayıf olan tarafın lehine yorum” kuralları devreye girer. Fransız Hukukunda sözleşmenin “ekonomik açıdan güçsüz tarafı lehine yorum” kuralından sadece 1162. madde gereğince değil; ayrıca, açıkça hakkaniyete gönderme yapan 1135. madde uyarınca da yararlanılabilir⁶¹⁶. Kanundaki düzenlemeden ayrılan kayıtların sınırlayıcı yorumlanması⁶¹⁷ ve el yazısı ve özel kayıtların basılmış ve genel kayıtlara nazaran üstün kabul edilmesi “ekonomik bakımdan güçsüz taraf lehine yorum” kurallarındandır⁶¹⁸. Yine, standart sözleşmeler ve genel işlem şartları için geçerli olan bir başka “ekonomik bakımdan güçsüz taraf lehine yorum” kuralı da “alınmamış kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanması” ilkesidir⁶¹⁹.

Roma Hukuku’nda “*in dubio contra stipulatorem*” olarak ifade edilen “şüphe halinde kaydı koyan kimse aleyhine yorum” ilkesi uyarınca sözleşmede kullanılan deyimlerde tereddüt edilmesi halinde sözleşmeyi kaleme alan aleyhine yorum yapılması gerektiği hususundaki ilke Türk Hukukunda da benimsenmiştir⁶²⁰. Söz

⁶¹⁵ **MALLEVILLE**, s. 247 vd; **BATIFFOL**, s. 88 vd.

⁶¹⁶ **MALLEVILLE**, s. 253 vd.

⁶¹⁷ Bu durumda hâkim, sözleşmeye katılanın aleyhine olan sözleşme kaydını, ortadan kaldırmaksızın, katı bir şekilde yorumlayacaktır. **MALLEVILLE**, s. 252 vd; **STAUDER**, s. 110; **KAPLAN**, Müdahale, s. 80 vd.

BGB 305c/T’de şüphe halinde genel işlem şartının, şartı koyan aleyhine yorumlanacağı açıkça ifade edilmiştir. *Witz*, kanun değişikliğinden önce Alman Genel İşlem Kanunu § 5’te yer alan bu kuralın kaynağının öncelikle dürüstlük kuralı, sonra da açıklık ilkesi olduğunu belirtmiş ve Genel İşlem Şartları Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de doktrinden cesaret alan mahkemelerin, ahlâka aykırı işlemlere ilişkin BGB § 138 ve dürüstlük kuralına ilişkin § 242’ye dayanarak genel işlem şartlarını kontrol ettiklerini ifade etmiştir. Nitekim, 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Birliği Direktifi’nin 5. maddesinde de şüphe halinde kaydın tüketici lehine yorumlanacağı düzenlenmiştir. **WITZ**, AGBG, s. 898 vd.

⁶¹⁸ Fransız Hukukunda sonuncu kural, temelini FMK m. 1134’den almaktadır. **MALLEVILLE**, s. 248 vd; Alman Hukukunda BGB § 305b, bireysel anlaşmaların genel işlem şartlarına nazaran öncelikli olduğunu düzenlemektedir. Bireysel düzenlemelerin önceden formüle edilmiş düzenlemelerden öncelikli olduğu İsviçre Hukukunda da kabul edilir. **STAUDER**, s. 112.

⁶¹⁹ **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 240; **MALLEVILLE**, s. 252 vd; **STAUDER**, s. 110; **KAPLAN**, Müdahale, s. 80 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 429; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336.

⁶²⁰ **KAPLAN**, Yorum, s. 448 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 78, 83; **SEROZAN**, *Medenî Hukuk*, s. 333; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430; **KILIÇOĞLU**, s. 178; **TEKİNAY/AKMAN**

konusu kural İsviçre Hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır⁶²¹. Taraflardan yalnızca biri tarafından hazırlanan, diğer tarafa müzakere etme imkânı tanınmayan formüler sözleşmelerde ve genel işlem şartlarının yorumunda sözleşmeyi hazırlayan aleyhine yorum kuralı daha da önem kazanır⁶²². Zira, sözleşme metninin taraflarca müzakere edilerek beraberce hazırlanması halinde bu yorum kuralı uygulama alanı bulmaz⁶²³.

Formüler sözleşmeler ve genel işlem şartlarına ilişkin özel yorum kuralları arasında sayabileceğimiz “kaleme alan aleyhine yorum” ilkesi de ancak diğer yorum vasıtaları ile bir sonuca ulaşılamaması halinde uygulama alanı bulur⁶²⁴. “Şüphe halinde borçlu lehine yorum” ilkesi ile aynı sebep ve gerekçelere dayanan “metni kaleme alan aleyhine yorum” ilkesinin kullanılabilmesi için söz konusu kişinin iktisadi olarak karşı taraftan güçlü olması gerekmez⁶²⁵. Önemli olan yorumlanacak kaydın sözleşmenin taraflarından biri veya onun temsilcisi veya onun teklifi ile bir üçüncü kişi tarafından metne alınmış olmasıdır⁶²⁶. Bir başka ifade ile, sözleşme, tarafların birbirinden bağımsız kaleme aldıkları beyanlar dikkate alınarak hazırlanmış ise veya önceden kaleme alınmış olmasına rağmen sözleşme koşulları müzakere edilmiş ise veya sözleşme iki tarafın da üye olduğu bir kuruluş tarafından hazırlanmış ise söz konusu yorum kuralını uygulamak söz konusu olmaz⁶²⁷.

/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 151 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 32 vd; YAVUZ, N., Yorum, s. 440; KARAHASAN, Sözleşmeler, s. 212 vd.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 23. maddesi ile genel işlem şartları bakımından, düzenleyen aleyhine yorum kuralı getirilmiştir.

⁶²¹ BOSSHART, s. 126 vd; von TUHR, s. 270; ROULLER, s. 525 vd; TERCIER, Obligations, s. 175 vd; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 151 vd; JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 451; GUGGENHEIM, T. I, s. 126; WINIGER, CR, Art. 18, s. 90 vd; MEIER-HAYOZ, FJS No: 1134, s. 6.

RO 82 II 445 = JdT 1957 360, RO 92 II 342 = JdT 1967 565, kararlar için bkz. OFTINGER, Jurisprudence, s. 48 vd.

⁶²² KAPLAN, Yorum, s. 449 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 430; GUGGENHEIM, T. I, s. 126.

⁶²³ EREN, Genel Hükümler, s. 430; KAPLAN, Müdahale, s. 78; WINIGER, CR, Art. 18, s. 90 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.157 vd.

⁶²⁴ KAPLAN, Yorum, s. 450 vd.

⁶²⁵ GELOT, s. 269. Aynı yönde anlaşılabilir, STAUDER, s. 110; KAPLAN, Müdahale, s. 82.

⁶²⁶ KAPLAN, Müdahale, s. 80 vd; STAUDER, s. 110.

⁶²⁷ KAPLAN, Müdahale, s. 81; STAUDER, s. 110; CANARIS/GRIGOLEIT, s. 462.

Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 99 II 290, 292 = JdT 1974 I 361, 364, www.swisslex.ch.

FMK m. 1162'nin inisiyatifli olan aleyhine yorum olarak ifade edildiğine ilişkin bkz. GELOT, s. 269 vd.

Görüldüğü üzere, burada önemli iki husus vardır. Birincisi, yorumlanacak olan kaydın taraflardan birince veya onun temsilcisi ya da yardımcı şahsı tarafından kaleme alınmış olmasıdır⁶²⁸. Bu durumda sözleşmenin önceden kaleme alınıp alınmadığı veya kaleme alanın iktisaden zayıf veya güçlü olması önem taşımaz⁶²⁹. İkinci olarak da açık olmayan kaydın yorumunda ortaya çıkan farklı anlamlardan biri kaleme alan aleyhine olmalıdır. Her iki tarafın da aynı ölçüde lehine veya aleyhine ise artık bu ilkenin uygulanması söz konusu değildir⁶³⁰. Eğer, kayda hiçbir anlam verilemiyorsa, yine “kaleme alan aleyhine yorum” ilkesi uygulanmaz⁶³¹.

Şüphe ve tereddüt halinde, uygulama alanı bulan bir diğer ilke “borçlu lehine yorum” ilkesidir⁶³². Borçlu lehine yorumun adaletsizliğe yol açmaması için “karşılıksız” taahhütlere uygulanması gerekir; karşılıklı taahhütlerde ise, tarafların menfaatleri arasında âdil denge kuran çözüm tercih edilmelidir⁶³³. Bu esas, *favor debitoris* ilkesi olarak da adlandırılır. Özellikle kefalet sözleşmelerinde ve rekabet yasağının kapsamı belirlenirken borçlu lehine yorum kuralının uygulanacağı kabul edilir⁶³⁴. Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi olarak “eşit muamele edilme” ilkesi gösterilmiştir⁶³⁵. İsviçre Hukukunda da benimsenen bu ilkenin, İsviçre Borçlar Kanunu m. 68 (BK m. 67), m. 72 (BK m. 71), m. 160/f. I (BK m. 158/I), m. 172’ de (

⁶²⁸ Kaydın üçüncü şahıs tarafından kaleme alındığı, ancak taraflardan birinin bu kaydın metne alınmasını teklif ettiği hallerde de açık olmayan kaydın teklif eden tarafından kaleme alınmış gibi onun aleyhine yorumlanacağı kabul edilir. Bkz. **KAPLAN**, Yorum, s. 451; **KAPLAN**, Müdahale, s. 80.

⁶²⁹ Önceden kaleme alınan metin sözleşme taraflarının her ikisinin de üye olduğu bir kuruluşa ait ise veya taraflardan birinin teklif ettiği metin diğer tarafça veya diğer tarafın menfaatleri de göz önünde bulundurularak bir mesleki kuruluş tarafından hazırlanmış ise bu durumda söz konusu ilke uygulanmaz. Bkz. **KAPLAN**, Yorum, s. 451 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 81.

⁶³⁰ **KAPLAN**, Yorum, s. 452 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 81; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430.

⁶³¹ **KAPLAN**, Yorum, s. 451 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 82.

⁶³² **KAPLAN**, Yorum, s. 447 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 77 vd; **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 358 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 151 vd; Zira, borç altına giren kimsenin borcunu mümkün olduğu kadar sınırlamak isteyeceği düşüncesi hayatın olağan akışına daha uygundur. **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 91; **BOSSHART**, s.127 vd; **von TUHR**, s. 270.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336.

⁶³³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 450.

⁶³⁴ **KAPLAN**, Yorum, s. 447 vd; **DEVELİOĞLU**, s. 87; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430.

YHGK, 7.1.1959, E. 1958/3, K. 1959/1, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

⁶³⁵ **KAPLAN**, Müdahale, s. 78.

BK m. 170) kullanıldığı belirtilir⁶³⁶.

Fransız Hukukunda katılım sözleşmelerinin FMK m. 1162 uyarınca, şüphe halinde borç altına giren lehine yorumlanmasının alacaklı aleyhine sonuçlar doğurma riski taşıdığı, bu sebeple de bu tür sözleşmelerde borçlu lehine yorumun, katılan lehine yorum olarak anlaşılması gerektiği savunulur⁶³⁷. Gerçekten de, sigorta sözleşmelerinde borçlu lehine yorum ilkesi uygulandığında, riziko gerçekleştiğinde zarar karşılama ve garanti yükümlülüğü altında olan sigortacı lehine yorum yapmak gerekir. Nitekim, borçlu lehine yorum kuralını getiren FMK m. 1162'nin kaleme alınış sebebi, iktisaden güçlü olanın iktisaden zayıf olanı suiistimal etmesinin önüne geçmektir⁶³⁸.

“Kaleme alan aleyhine yorum” ilkesinin “borçlu lehine yorum” ilkesi ile çakışması mümkündür. Metnin borçlu tarafından kaleme alındığı hallerde bu iki ilkenin çatıştığı görülür. Bu durumda, “kaleme alan aleyhine yorum” ilkesi “borçlu lehine yorum” ilkesinin önüne geçer ve o uygulanır⁶³⁹.

Standart sözleşmeler ve genel işlem şartlarına ilişkin özel yorum kurallarından bir diğeri, alışılmamış kayıtların geçersiz sayılmasıdır⁶⁴⁰. Bu ilkenin temelini dürüstlük kuralından aldığı ifade edilir⁶⁴¹. Standart sözleşmelerde veya genel işlem şartlarında alışılmamış bir kaydın yer alması halinde, dürüstlük kuralı gereğince karşı tarafın bu kaydı göz önünde bulundurduğu kabul edilmez ve alışılmamış kayıt

⁶³⁶ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 126 .

⁶³⁷ **MALLEVILLE**, s. 249 vd.

⁶³⁸ *Simler* de 1162. maddedeki düzenlemenin, katılan tarafın zayıf olmasından ve sözleşmeyi hazırlayan tarafın sözleşmedeki belirsizlik veya boşluktan sorumlu olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Ayrıca, yazara göre, sözleşmeyi kaleme alanın aleyhine yorum, ispat yüküne ilişkin kuralların da doğal sonucudur. Bkz. **SIMLER**, fasc.10 n. 49-52; aynı yönde, **MALLEVILLE**, s. 249 vd; **DELEBECQUE**, s. 15 vd.

⁶³⁹ Borçlu lehine yorumun sözleşmenin metnine dayanması, alacaklının da diğer yorum vasıtalarına dayanarak metni aşan bir anlam üzerinde durması halinde, borçlu lehine yorum ilkesinin metni kaleme alan aleyhine yorum ilkesinin önüne geçeceği ve uygulama alanı bulacağı hususunda bkz. **KAPLAN**, Yorum, s. 453 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 336.

⁶⁴⁰ **KAPLAN**, Yorum, s. 453 vd.

⁶⁴¹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 82 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 162 vd; Nitekim, Yargıtay üçüncü Hukuk Dairesi, 7.4.1981 tarihli, 1045/2514 sayılı kararında, araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya tanınan teslim süresini uzatma yetkisinin MK. m. 2 ile sınırlı olduğunu belirttikten sonra uyuşmazlığın, satıcının güven ilkesine aykırı davranış davranmadığı tespit edildikten sonra çözüme bağlanması gerektiğini kararlaştırmıştır. Karar için bkz. Yasa Dergisi , Mayıs 1981, s. 658 vd.

geçersiz sayılır. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 21/f. II'de de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarının (şartırtıcı koşullar) yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir⁶⁴². Alman Hukukunda da BGB § 305c uyarınca, genel işlem şartlarının münferit sözleşmeye dahil edilmesi şartı gerçekleşmiş olsa bile, hâl ve şartlara ve özellikle de sözleşmenin dış görünüşüne göre karşı tarafın tahmin edemeyeceği kadar alışılmamış kayıtlar yok sayılır⁶⁴³.

Geniş kapsamlı bir onay söz konusu ise veya bu onayı verene bilgi sahibi olması için imkân tanınmış ise, bu takdirde kayıtlar geçerliliğini korur⁶⁴⁴.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, önceden kaleme alınan kayıtların, sözleşmenin hâl ve şartları dikkate alınmadan yorumlanması gerekir gerekmediğidir.

Doktrinde bir görüş, genel işlem şartlarının ancak tarafların kabulüyle sözleşmeye girebildiğini, her ne kadar genel işlem şartı içerse de her sözleşme bireysel olduğunu⁶⁴⁵; dolayısıyla, genel işlem şartlarının yorumunda da hâl ve şartların göz önünde bulundurulmasının hakkaniyet gereği olduğunu ve bu şekilde güven ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilen yorumun menfaat dengelerinin sağlanması bakımından da yerinde olacağını savunur⁶⁴⁶.

Diğer bir görüş ise, genel işlem şartlarının, yasalar gibi, ilgililerin anlayış ve düşüncelerinden bağımsız, somut olayın hâl ve şartları dikkate alınmaksızın yeknesak bir biçimde yorumlanması gerektiğini ileri sürer⁶⁴⁷.

⁶⁴² Tasarının 22. maddesinde ise yazılmamış sayılmanın etkisi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

⁶⁴³ **KAPLAN**, Müdahale, s. 83 vd; **ALTOP**, Tasarı, s. 19; Maddenin çevirisi için bkz. **HAVUTÇU**, Tüketici, s. 229 vd.

⁶⁴⁴ **KAPLAN**, Müdahale, s. 84; **DAEPPEN**, Art. 18, s. 34.

⁶⁴⁵ **KAPLAN**, Müdahale, s. 84 vd.

⁶⁴⁶ **KAPLAN**, Yorum, s. 456 vd; aynı yönde bkz. **MERZ**, Art. 2, n. 171; bu yönde anlaşılabilir, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 238 vd.

⁶⁴⁷ **BAHTİYAR**, GİŞ, s. 95; **SOYER**, s. 130 vd; **HAVUTÇU**, Tüketici, s. 150 vd.

Kanımızca, böyle bir yorum kuralının getirilmesi katılım sözleşmelerinde tarafların somut durumlarının ve koşulların olaya dahil olmamasından kaynaklanır. Zira, bu tür sözleşmelerde sözleşmeyi hazırlayan taraf, diğer sözleşeni şahsi olarak bilmeden, kendi çıkarlarına hizmet eden düzenleme getirmeyi amaçlar. Hazırlanan sözleşme genel ve soyuttur. Diğer taraf da şahsi durumunu ortaya koymadan ihtiyacı olan hizmeti veya edimi almak için bu sözleşmeyi müzakere etmeksizin kabul eder. Dolayısıyla, ne sözleşmeyi hazırlayan ne de kabul eden taraf somut olayın hâl ve şartlarına göre hareket ederek sözleşmeyi kurmaz. Bu durumda, sözleşmenin yorumunda somut olayın hâl ve şartları devreye girmez. Somut olayın hâl ve şartları sözleşmenin yorumunda devreye girerse de, sözleşmede yer alan kayıtların tarafların bireysel düşüncesi ile yorumlanması standart sözleşmeyi müzakere etme şansı elde etmeksizin kabul etmek durumunda kalan tarafı zor duruma sokar. Zira, genel işlem şartı kullanılan sözleşmelerde irade özerkliği prensibi her iki taraf için de geçerli değildir; sözleşmede baskın durumda olan sözleşmeyi hazırlayan işletme olacağından, ortaya çıkacak sonuç da işletmenin iradesine uygun sonuç olacaktır⁶⁴⁸. Dolayısıyla, sözleşmenin hükümleri taraf iradelerine en uygun çözümü ortaya çıkarmaya elverişli olmayacaktır. Bu sebeple katılım sözleşmelerinde somut olayın hâl ve şartlarının bireysel düşüncelerin yorumda göz önüne alınmamasını ve orta seviyede bir müşterinin anlayışının ölçü alınmasını daha doğru buluyoruz.

Eşit ekonomik güce sahip olmayanlar arasında geçerli olan yorum kurallarından bir diğeri de, İş Hukuku sözleşmelerinde kullanılan, zayıfın korunmasına yönelik olan, işçiyi koruma ve işçi yararına yorum ilkesidir⁶⁴⁹. Aynı prensip, kira sözleşmeleri bakımından kiracının korunması amacıyla da uygulama alanı bulur.

⁶⁴⁸ **ATAMER**, GİŞ, s. 229 vd.

⁶⁴⁹ **ASLAN**, s. 2 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 430; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 153 vd; Sosyal açıdan zayıfı koruyan bu yorum ilkesinin Anayasal sosyal devlet ilkesinin gereği olduğu yönünde bkz. **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 333.

Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. **YHGK**, 24.3.1976, E. 1975/9-762, K. 1976/1164; **Yarg. 9. HD**, 9.3.2000, 104/2871, **Yarg. 9. HD**, 14.3.2004, 959/8353; **Yarg. 9. HD**, 14.3. 2004, 6955/8375; **Yarg. 9. HD**, 23.11.2005, 9-631/643; **Yarg. 9. HD**, 26.3.2002, E. 2001/19795, K. 2002/4950; **Yarg. 9. HD**, 11.7.2005, 20810/24800; **Yarg. 9. HD**, 21.4.1998, 3170/7549; **Yarg. 9. HD**, 13.4.200, 1676/5561; **Yarg. HGK**, 12.2.1992, E. 1991/10-576, K. 1992/76, www.kazanci.com.

Dikkat etmek gerekir ki, yukarıda ifade edilen tüm yorum kuralları yardımcı niteliktedir. Bu kurallar, tarafların ortak niyetinin hiçbir şekilde tespit edilememesi halinde başvurulacak yorum kurallarıdır⁶⁵⁰.

§4. SÖZLEŞMEDEKİ BOŞLUĞUN DOLDURULMASI

I. Genel Olarak

Sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanmasından bahsedebilmek için daha önce de belirttiğimiz gibi sözleşmede ikinci derece noktalara ilişkin bir boşluk bulunması gerekir⁶⁵¹. Böyle bir boşluğun varlığının tespiti halinde, sorun, sözleşmedeki boşluğun hâkim tarafından ne şekilde doldurulacağı konusunda kendisini gösterir. Diğer yönü ile sorun, hâkimin, sözleşmeyi tamamlarken kullanacağı araçlarla ilgilidir; hâkimin, uyuşmazlık konusu olaya uygulayacağı kuralları ve bunların birbirlerine karşı önceliğe sahip olup olmadıklarını tespit ederek boşluğu dolduracak kuralı bulabilmesidir⁶⁵².

Uygulanacak kuralların sırası sözleşmedeki boşluğunun kaynaklandığı sebebe göre değişeceğinden sözleşme boşluğunun hâkim eliyle doldurulması kriterleri de boşluğun kaynağına göre farklılık gösterir. Bu nedenle öncelikle, sözleşmedeki boşluğun hangi sebepten kaynaklandığının tespiti gerekir. Biz çalışmamızın bu bölümünde öncelikle, sorunu genel olarak irdeledikten sonra, en sık karşılaşılan sözleşme boşluğu hallerini tek tek ele alarak bu hallere özgü boşluk doldurma kriterlerini ve bu kriterlerin birbirlerine karşı olan öncelik sırasını ayrıntılı olarak inceleyeceğiz⁶⁵³.

Boşluk doldurma sırasında, her ne kadar uygulanacak kuralların sırasının sözleşmedeki boşluğun kaynağına veya sözleşmenin bireysel özelliğine göre

⁶⁵⁰ JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 440; BOSSHART, s. 130; CORBOZ, s. 278.

⁶⁵¹ TERCIER, Obligations, s. 175 vd; DESCHENAUX, s. 161; ENGEL, Traité des obligations, s. 238; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 174 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s. 153; TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP, s. 75 vd; ESENER, Borçlar Hukuku, s. 31; EREN, s. 434 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 178 vd; KAPLAN, Müdahale, s. 109 vd; ATF 119 II 347 c. 5a = JdT 1994 I 609, 610, karar için bkz. www.admin.ch.

⁶⁵² ATAMER, Düşünceler, s. 171 vd.

⁶⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. §4, II, III.

değişeceğinden söz etmiş olsak da, öncelikle, uyuşmazlık konusu hususu düzenleyen emredici hükmün varlığının araştırılması ve böyle bir hükmün tespiti halinde onun uygulanması gerekir. Bu halde gerçek bir sözleşme boşluğundan bahsetmek doğru olmaz. Uyuşmazlığa ilişkin emredici hükmün bulunmaması durumunda ise sözleşme hükümlerine gidilir ve bu hükümler arasında uyuşmazlığı giderecek bir düzenlemenin tespiti halinde boşluk bu düzenleme uyarınca doldurulur⁶⁵⁴. Bu durumda da yine gerçek bir boşluktan söz edilemez. Zira, görünürdeki boşluk sözleşmenin yorumlanması yolu ile giderilebilir.

Emredici hükümlerde ve sözleşme hükümleri arasında uyuşmazlığa ilişkin bir düzenleme bulunmaması ihtimalinde, hâkimin sahip olduğu araçların⁶⁵⁵ birbirine karşı önceliği hakkında her sözleşme için geçerli olacak kesin hükme varmak kanımızca doğru olmaz. Nitekim, sözleşmedeki boşluğun sebebine veya sözleşmenin özelliklerine göre tamamlama vasıtaları arasındaki öncelik değişiklik gösterebilir. Ancak, bu sıranın neye göre değişiklik göstereceğinin daha iyi anlaşılabilmesi için önce tartışmaların odağı olan, objektif ve sübjektif teorilerin irdelenmesi gerekir.

Sözleşme boşluğunun varlığı halinde, doğrudan yedek hükümlere mi gidilmesi gerektiği, yoksa yedek hükümlere hiç başvurulmaksızın doğrudan tarafların farazî iradesinin mi araştırılması gerektiği hususunda, doktrin yoğun tartışmalar yaşamıştır⁶⁵⁶.

Objektivistler olarak adlandırılan⁶⁵⁷ ve öncelikle yedek hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini kabul eden görüş yanlıları⁶⁵⁸, bu görüşlerine gerekçe olarak

⁶⁵⁴ **ATAMER**, Düşünceler, s. 177 vd.

⁶⁵⁵ Bkz. §1, III ve § 4, II, III.

⁶⁵⁶ Tartışmalara ilişkin olarak bkz. **CHAPPUIS**, L'intervention du tribunal, s. 67 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 178 vd, **OKTAY**, s. 284 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 110 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 95 vd.

Guggenheim, yedek hukuk kurallarının uygulanmasının, sözleşmenin içeriği veya amacı göz önüne alınmak suretiyle zımnî olarak engellenmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun sadece sözleşmenin yorumlanması sorunu olduğunu ve somut olaya göre değişik cevaplandırılabilirliğini ifade etmiştir. Bkz. **GUGGENHEIM**, T. I, s. 132 vd.

⁶⁵⁷ *Oktaç*, farklı olarak BK m. 2/f. II de yer alan özel durumu yani işin niteliğine göre boşluk doldurmaya objektif yöntem olarak adlandırmakta, yedek hükümlere göre sözleşmenin tamamlanmasını ise klasik yöntem adı altında incelemektedir. Bu konuda bkz. **OKTAY**, s. 284 vd; özellikle dpn. 89.

⁶⁵⁸ Katı objektivistler olarak değerlendirilen ve kanunda yedek hüküm bulunan hallerde boşluğun mutlaka yedek hükümlerle doldurulması gerektiğini kabul eden yazarlar, **HENCKEL**, s. 113 vd;

yasama ve yargının birbirinden ayrı olmasının kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği olduğunu, hâkimin yedek hükümleri uygulamaksızın sözleşme boşluklarını her sözleşmenin kendi özellikleri çerçevesinde doldurmaya çalışması halinde, yedek hükümlerin uygulanmasının hâkimlerin inisiyatifine kalacağını, bunun da hukuk kuralının etkinliğinin sağlanması gereği ile çeliştiğini, yedek hükümlerin objektif ve genel düzenlemeler ile adil bir çözüm sağlamayı hedeflediğini göstermişlerdir⁶⁵⁹. Hatta *Kramer*, farazî irade kriterinin uygulanması halinde, yedek hukuk kurallarının uygulanmasını isteyen sözleşenlerin bu hususu sözleşmede açıkça belirtmek zorunda kalacaklarını, böyle bir sonucun kabul edilemeyeceğini, zira MK m. 1/f. I uyarınca da hâkimin öncelikle kanunu uygulaması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁶⁰.

Objektif yaklaşımın katı uygulanması bazı objektivistleri rahatsız ederek teorinin biraz yumuşatılması gerektiği görüşünün ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu görüşü savunan yazarlara⁶⁶¹ göre, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, asıl olan

MANGOLD, s. 2284. *Oftinger*, kanunda yedek hüküm bulunmaması halinde kanun boşluğu ve sözleşme boşluğunun aynı yöntemle, dürüst ve makul kişiler olarak söz konusu boşluk taraflarca ne şekilde doldurulurdu sorusuna cevap aranarak, diğer bir ifade ile, dürüstlük kuralı ve teamüller dikkate alınarak tamamlanacağını kabul eder. Yazara göre başvuru yönteminin bir önemi yoktur. Zira, MK m. 1 uyarınca kanun koyucu gibi hareket edilse de, farazî ortak irade ile sözleşme tamamlanacak olsa da sonuç hep aynı olacaktır. **OFTINGER**, *Auslegung*, s. 178, 199 vd.

⁶⁵⁹ **BK-KRAMER**, Art.18, N. 232; **HENCKEL**, s. 122; **EHRICKE**, s. 680. Objektif teoriye ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 116 vd.

⁶⁶⁰ **BK-KRAMER**, Art.18, N. 232; aynı yönde **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 504.

Kocayusufpaşaoğlu, *Kramer* ile aynı görüşü paylaşır. Yazar ayrıca, yedek hükümlerin getiriliş amacının benzer olaylar arasındaki âdil menfaat dengesinin sağlanması olduğunu ve öncelikle bu hükümlerin uygulanmamasının söz konusu hükümlerin hukuk güvenliğini sağlama görevlerini yerine getirmelerini engelleyeceğini ifade eder. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 339; Aynı yönde, **ÖGÜZMAN/ÖZ**, s. 153; **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 433 vd; **ATAAY**, *Borçlar Hukuku*, s. 235.

⁶⁶¹ Bir kısım objektivist ise, yedek hükmün varlığı halinde mutlak surette yedek hükümlere gidilmesi fikrinden uzaklaşmış ve bazı durumlarda farazî iradeye başvurulmak suretiyle sözleşmenin tamamlanacağını kabul etmiştir. **VON TUHR**, s. 52, **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1254-1256; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 517; **TERCIER**, *JdT* 1979, s. 204 vd. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. ATF 115 II 484, 488= *JdT* 1990 I 210, s. 215 vd (www.admin.ch); aynı yönde, ATF 121 III 414 c.2b = *JdT* 1996 I 368, 373 (www.swisslex.ch).

Corboz da, gerçek boşluğun mevcudiyeti halinde hâkimin öncelikle yedek hükümleri uygulayacağını, yedek hükmün bulunmaması halinde ise teamüllerin söz konusu olduğu hallerde, tarafların teamülleri bilmesi ve bunları uygulamak istediklerinin kabul edilebilmesi halinde bunların uygulanacağını ifade etmiştir. Aksi halde, hâkim, sözleşmenin amacını, sözleşmeyi çevreleyen koşulların bütünü ve sözleşme ekonomisini de göz önünde bulundurarak, uyuşmazlık konusu hususu taraflar sözleşme kurulurken öngörmüş olsalardı dürüstlük kuralı uyarınca nasıl bir çözüm yolu tercih edecek idiyse onu tespit etmeye çalışacaktır. Yazar aynı yöntemin isimsiz sözleşmeler ve birleşik sözleşmeler için de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **CORBOZ**, s. 281 vd.

Chappuis, hâkimin öncelikle yedek hükümleri uygulayacağını, böyle bir hükmün bulunmaması halinde hâkim tarafından hüküm kurulacağını, bu hükmün ise bazen tarafların farazî iradeleri göz

tarafların iradesidir ve yedek hükümler her zaman tarafların iradelerine uygun düşmez. Yedek hükümlerin genel ve soyut, en adil çözümü hedefleyen düzenlemesi, tarafların bireysel, özel sözleşmesine uymayabilir. Zira, tarafların sözleşmesi her zaman en adil çözümü içermez ve içermek zorunda da değildir. Dolayısıyla, yedek hükümlerin somut olayın bütünlüğüne uymadığı hallerde mutlak olarak yedek hükümlerin uygulanacağı hususunda direnmek doğru olmaz. Bu görüşe göre bu aşamada, hâkimin kendi yaratacağı hüküm ile sözleşmeyi tamamlaması devreye girmelidir. Bu sistem ile sözleşmenin bireysel özellikleri dikkate alınacağından hakkaniyete daha uygun çözüme ulaşılabileceği kabul edilir⁶⁶².

Sübjektivistler⁶⁶³ olarak adlandırılan diğer grup yazar ise, irade özerkliğini temel alarak öncelikle tamamlayıcı yoruma başvurulması gerektiğini kabul ederler⁶⁶⁴. Bu görüş uyarınca, sözleşme taraflarının uyuşmazlık konusu hususa yönelik iradelerinin sözleşmedeki diğer hükümler de göz önüne alınarak ortaya çıkarılmasına çalışılmalıdır.

“Sözleşme taraflarının uyuşmazlık konusu hususa yönelik iradelerinin sözleşmedeki diğer hükümler de göz önüne alınarak ortaya çıkarılması”ndan maksat, “taraflar, söz konusu uyuşmazlığa yönelik bir çözüm düşünmüş olsalardı, sözleşmenin amacı, dürüstlük kuralı ve ticari teamüller uyarınca nasıl bir hüküm koyarlardı?” sorusuna bir cevap bulabilmek, böylece tarafların farazî iradelerini tespit edebilmektir⁶⁶⁵. Böylece, sadece tipik olaylar için ve ortalama menfaatler göz önüne alınarak getirilen, aksinin kararlaştırılabilmesi niteliği gereği mümkün olan

önüne alınarak, bazen de genel ve soyut, uyuşmazlık konusu husustaki kanun boşluğunu doldurur şekilde oluşturulacağını kabul etmektedir. Bkz. **CHAPPUIS**, L'intervention du tribunal, s. 66.

Türk Hukukunda da objektif teoriyi kabul eden yazarlar, yedek hükümlerin mutlak surette uygulanması gerektiğini ileri sürmezler. Bu yazarlar, bazı hallerde farazî iradeye başvurulması gerekeceğini kabul ederler. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 339 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 433 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 95 vd; **ATAAY**, Borçlar Hukuku, s. 235 vd; **ERMAN**, s. 103; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 372.

⁶⁶² **LARENZ**, die Methode, s. 101 vd.

⁶⁶³ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 654 vd; özellikle 659 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 7; Türk hukukunda **KANETİ**, Tahvil, s. 24 vd; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 42.

⁶⁶⁴ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 659 vd; Sübjektif teori ile ilgili bu yöndeki bilgiler için bkz. **OKTAY**, s. 285; **ATAMER**, Düşünceler, s. 179 vd; **AKYOL DURSUN**, s. 120 vd.

⁶⁶⁵ **KANETİ**, s. 25; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 174 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 179 vd; **LARENZ**, s. 737, 739.

yedek hükümlerden önce, farazî iradelere başvurulması sözleşme serbestisi ilkesine saygı gösterilmesini de sağlayacaktır.

Sübjektif teoriyi benimseyen yazarlara göre, ancak tarafların farazî ortak iradelerini tespit için hiçbir veri elde edilemiyorsa yedek hükümlere başvurulabilir⁶⁶⁶. Yedek hükümlere en son başvurulacak olmasının sebebi sözleşmenin kendi içinde bir bütün oluşturması ve kendi düzeninin varlığıdır⁶⁶⁷. Bu görüş uyarınca, tarafların farazî iradesi bu düzeni yedek hükümlerden daha iyi sağlar. Eğer, tarafların farazî iradesi tespit edilemiyorsa, bu durumda zaten sözleşme bireysel özellik taşımayan bir sözleşmedir. Dolayısıyla, sözleşme, yedek hükümlerdeki genel düzenlemenin uygulanması suretiyle tamamlanabilir⁶⁶⁸.

Ancak, sübjektivistlerin bu görüşü, farazî iradenin gereği gibi araştırılmaması sebebiyle, farklı olaylarda bile aynı sonuca varıldığı; hakkaniyete göre karar verme düşüncesi ile hareket eden hâkimin farazî iradeyi geri plana ittiği; boşluk içeren sözleşmelerin tamamlayıcı yorum metodu ile tamamlanmasının, irade özerkliği ile ilgili olmayıp, aslında sözleşmelerin ayakta tutulması gerektiği düşüncesi ile uygulamanın getirdiği bir çözüm olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir⁶⁶⁹.

Sübjektif teori İsviçre Hukukunda *Yung* tarafından eleştirilmektedir⁶⁷⁰. Yazar, hâkimin sözleşmedeki boşluğu tamamlama yetkisinin İMK m. 2 (MK m. 2)'den kaynaklandığını kabul eder⁶⁷¹. Yazara göre, dürüst ve makul kişiler benzer

⁶⁶⁶ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 664 vd; **MERZ**, Art. 2, N. 138; **KANETİ**, s. 24 vd.

⁶⁶⁷ **AKSOY DURSUN**, s. 120 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 179.

⁶⁶⁸ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 664 vd.

⁶⁶⁹ *Oechsler*, mahkemelerin farazî iradeyi sadece araç olarak kullandığını, aslında salt objektif esaslara dayanarak ve adil olarak kabul edilen çözümü benimseyerek bu seçimin taraf iradesine dayandığını iddia ettiklerini, böylece, gerekçe gösterme mecburiyetinden de kurtulduklarını, dolayısıyla, mahkemelerin tarafların sübjektif farazî iradelerini tespit etmek yerine, objektif olarak menfaatleri dengelemek suretiyle çözüme gittiklerini belirterek sübjektivistlerin görüşüne karşı çıkmaktadır. *Oechsler* bir adım daha giderek, tamamlayıcı yorumun, farazî ortak irade yerine sözleşmenin genel amacı, işin niteliği, teamüller veya dürüstlük kuralına göre objektif şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul eder. Bkz. **OECHSLER**, s. 236, 237. Benzer yönde **OFTINGER**, Auslegung, s. 200. Eleştiriler için ayrıca bkz. **ATAMER**, Düşünceler, s. 180 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 123.

⁶⁷⁰ Yazar, farazî iradenin araştırılmasının hayali olduğunu ifade ederek sözleşmede İBK m. 2'den farklı olarak bilinçsizce bırakılan boşluklarda da objektif yöntemin tercih edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 60; *Aksoy Dursun*, yazarı sübjektif teoriyi benimseyen yazarlar arasında göstermiştir. Bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 120 dnp. 151.

⁶⁷¹ **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 48, 50.

koşullarda dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeyi nasıl tamamlayacak idiyeler, hâkim de o şekilde sözleşmedeki boşluğu doldurmalıdır⁶⁷²; hâkimin tamamlayıcı yetkisinin amacı, sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun ifasını sağlamak olduğundan, sözleşme, dış unsurlar ile, kanun, teamül ve dürüstlük kuralı uyarınca tamamlanmalıdır⁶⁷³. Ancak hâkim, sözleşmenin nasıl olması gerektiğinden hareket etmemeli, nasıl olduğunu çıkış noktası olarak ele almalıdır⁶⁷⁴. *Yung*'a göre, hâkim irade serbestisi ilkesine saygı göstermek zorunda olduğundan, hâkimin sözleşmeye müdahalesinin ölçüsü sözleşmenin sınırları ile belirlenir. Hâkim, sözleşmenin amacı ve ruhu ile bağlıdır⁶⁷⁵. Yazara göre, bu kriterler sözleşme taraflarının eşit değerlendirilmesini sağlar ve farazî irade ile sözleşme boşluğunun doldurulmasından farklıdır. Yazar, farazî iradenin, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, ihtiyaçlarının yoğunluğu, karakterleri, görüşmelerdeki yetenekleri gibi değişik sebeplere bağlı olduğunu ve çoğu zaman belirlenemeyeceğini ifade eder; bu sebeple yazara göre, farazî iradenin araştırılması metodu ütöpiktir ve reddedilmesi gerekir⁶⁷⁶.

Görüldüğü üzere sübjektif görüşe eleştiriler, ortaya çıkan çözümün, sözleşme taraflarının farazî ortak iradesini yansıtmadığı, sadece mahkemenin onlara atfettiği adil görülen çözüm olduğu yönünde birleşir. Bunun dışında, tarafların iradesinden bahsettikten sonra taraflara hata sebebi ile sözleşmeyi iptal etme imkânının tanınmaması da eleştirilir⁶⁷⁷.

Görüşlere getirilen eleştiriler ışığında her iki görüşü de mutlak olarak uygulamanın, tamamlamadan beklenen menfaati sağlamadığını kabul etmek gerekir. Her iki görüşün de sakıncalarını gören yazarlar⁶⁷⁸, bu sakıncaları ortadan kaldıracak

⁶⁷² **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 63 vd.

⁶⁷³ *Yung*, sözleşmelerin kişilerin keyfi iradelerinin ürünü olmasına rağmen, objektif kriterler ile sözleşmedeki boşluğun doldurulmasının mantıksız gibi görüldüğünü, ancak, bu iki farklı unsurun bir araya gelmesinin kaçınılmaz olduğunu, unsurların kaynağının eşyanın doğası olduğunu ileri sürer. Bkz. **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 64.

⁶⁷⁴ **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 63.

⁶⁷⁵ **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 63.

⁶⁷⁶ **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 62 vd.

⁶⁷⁷ **BK-KRAMER**, Art.18, N. 264.

⁶⁷⁸ Uzlaştırıcı görüş yanlısı yazarlar, **HUGUENIN**, n. 284, **BK-KRAMER**, Art.18, N. 232, **LARENZ**, s. 740; Türk Hukukunda uzlaştırıcı görüşü benimseyen yazarlar **ATAMER**, *Düşünceler*, s. 183; **SEROZAN**, *Medenî Hukuk*, s. 83; **AKSOY DURSUN**, s. 139; bu yönde anlaşılabilir **OKTAY**, s. 287 vd.

şekilde görüşleri bağdaştırmaya çalışırlar. Temelini irade özerkliği ve sözleşme serbestisinden alan bu uzlaştırıcı teoriye göre sözleşmenin tamamlanması sırasında hâkimin yararlanacağı vasıtaların birbirlerine olan önceliği somut olayın özelliğine göre değişir⁶⁷⁹. Kısaca, sözleşmenin tamamlanmasında izlenecek yöntem somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir⁶⁸⁰. Bu teoriye göre, tarafların aksini düşündükleri kabul edilemediği müddetçe yedek hükümler vasıtasıyla sözleşme tamamlanmalıdır. Ancak, tarafların iradelerinin yedek hükümleri bertaraf etmek yönünde olduğu anlaşılıyor ise, bu takdirde tarafların farazî iradesine başvurulmalıdır⁶⁸¹.

Biz somut olayın şartları gerektirmedikçe yedek hükümler ile sözleşmenin tamamlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu noktada objektif görüşün yumuşatılarak uygulanması gerektiği görüş ile uzlaştırıcı görüşün bizi aynı sonuca götüreceği kanısındayız. Zira, uzlaştırıcı görüşte de tarafların iradesinin yedek hukuk kurallarından ayrıldığı hallerde, yedek hükümler ile sözleşmenin tamamlanabileceği kabul edildiği gibi kanunda yedek hüküm bulunmadığı her halde, sözleşmenin kanun boşluğunun doldurulduğu şekilde tamamlanmayacağı da belirtilir.

⁶⁷⁹ **AKSOY DURSUN**, s. 124 vd.

⁶⁸⁰ *Oktay*, makalesinde sözleşmenin bireysel özellik taşıyıp taşıyamamasına göre boşlukların tamamlanmasını farklı çözümlere bağlayan görüşü ayrıca ele alarak, uzlaştırıcı görüşe yer vermiştir. Yazara göre, sözleşmeye katılan unsurlar önemsiz ise ve sözleşme, yasal tanımının genel kavramlarını kapsıyorsa, tipe uygun bir sözleşme söz konusudur. Bu durumda, sözleşme öncelikle o sözleşme tipine ilişkin yedek hükümler ile tamamlanacaktır. Kanunda söz konusu sözleşme tipine ilişkin sözleşmeyi tamamlamaya elverişli bir hüküm yoksa, hâkim MK m.1 uyarınca, örf ve âdet hukuku kuralının mevcut olup olmadığını araştıracaktır. Sözleşmedeki boşluğu dolduracak bir örf ve âdet hukuku kuralı da mevcut değilse, hâkim, tipik sözleşme bireysel özellikler taşıyorsa sadece somut olaya ilişkin bir hüküm yaratarak, sözleşme bireysel özellikler taşımıyorsa benzer durumlarda da uygulama alanı bulabilecek genel bir hükümle sözleşmeyi tamamlayacaktır. Sözleşmeye eklenen bireysel unsurlar sebebiyle tip hukukundaki genel ve soyut düzenlemelerin sözleşmeye uymaması halinde, hâkim, tarafların farazî iradelerini göz önüne alarak, sözleşmenin bütünü ile uyumlu bir hüküm yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamlayacaktır. Yazar, farazî iradenin saptanmasının mümkün olmadığı hallerde, hâkimin , MK m. 1 uyarınca önce örf ve âdet hukuku kuralına başvuracağını, böyle bir kural mevcut değilse, kendi yaratacağı hükümle sözleşmeyi tamamlayacağını ileri sürer. **OKTAY**, s. 287 vd. Uzlaştırıcı görüşü benimseyen diğer yazarlar, **ATAMER**, *Düşünceler*, s. 183 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 124 vd.

⁶⁸¹ **AKSOY DURSUN**, s. 124 vd. Objektif teoriyi kabul etmelerine rağmen yedek hükümlerin mutlak surette uygulama alanı bulmayacağını, bazı hallerde tamamlayıcı yoruma başvurulabileceğini kabul eden ve kanımızca uzlaştırıcı görüşle aynı sonuca ulaşan yazarlar, **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 517, **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1255; Türk Hukuku bakımından, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 372; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 339 vd; **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 433 vd; **KAPLAN**, *Müdahale*, s. 95.

Sözleşmedeki boşluğu doldururken hâkimin sahip olduğu araçların öncelik sırasının neye göre değiştiğini objektif ve sübjektif teorileri inceleyerek ortaya koymaya çalıştık. Bu inceleme neticesinde bu gün hâkim olan görüşün objektif teorinin yumuşatılarak uygulanması, diğer ifade ile uzlaştırıcı görüş olduğunu söylemek doğru olacaktır.

Biz bu uzlaştırıcı görüşün Türk Hukukuna yansımalarına geçmeden önce, farklı düzenlemelere sahip Alman ve Fransız Hukuklarındaki sistemi incelemenin, Türk Hukukundaki sistemi daha iyi anlamak ve eksiklerini görmek açısından faydalı olacağı kanısındayız. Bu sebeple, önce Alman ve Fransız Hukuklarında sözleşmenin tamamlanması faaliyetini ve yasal temellerini inceleyecek, daha sonra Türk Hukuku ile benzer düzenlemeye sahip İsviçre Hukukunu ve nihayet Türk Hukukunda sözleşmedeki boşluğun sebebine göre hâkimin nasıl hareket edeceğini ve hangi hallerde ve hangi gerekçeler ile objektif yöntemin yumuşatılarak uygulanması gerektiğini ayrıntılı olarak ele alacağız.

A. Alman ve Fransız Hukuklarında Boşluk Doldurma Yöntemleri

1. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda sözleşmedeki boşluğu doldurmanın hâkimin görevi olduğu ve hâkimin bu görevini yerine getirirken izleyeceği ilk yolun sözleşmeyi yorumlamak olduğu kabul edilir⁶⁸². Yorum ile sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi bakımından bir sonuca ulaşamaması halinde, hâkim sözleşmede boşluk olduğuna kanaat getirecek ve bu boşluğu dolduracaktır. Almanya’da hakim olan görüş, yedek hükümlerin (*dispositives Recht*) diğer boşluk doldurma vasıtalarına üstün olduğu yönündedir⁶⁸³. Ancak, taraflar açık olarak yedek hükümlerin uygulanmayacağını belirtmiş iseler, artık yedek hükümler ile sözleşmedeki boşluk tamamlanamayacaktır⁶⁸⁴.

⁶⁸² JALUZOT, s. 437 vd; HADZIMANOVIC, s. 89 vd.

⁶⁸³ JALUZOT, s. 440 vd. Ancak, bunun yedek hükümlerin bulunduğu hallerde tamamlayıcı yorum yapılmayacağı anlamına gelmeyeceği hususunda bkz. MARKESINIS / UNBERATH / ANGUS, s. 142 vd; PEDAMON, s. 129 vd; WITZ, Droit Privé Allemand , s. 178.

Alman Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararları için bkz. BGH 24 juin 1982, NJW 1982 s. 2190, 2191; BGH 19 mars 1975, NJW 1975, s. 1116, 1117.

⁶⁸⁴ BGH 19 mars 1975, NJW 1975, s. 1116, 1117.

Alman Hukukunda tamamlayıcı hükümlerin önceliğe sahip olmasına üç sebep gösterilir⁶⁸⁵. Bunlardan birincisi, mahkemelerin tamamlayıcı yorum yolu ile bireysel çözüm getirme zorunluluğunun anlamsız bulunmasıdır. Nitekim, yasa koyucu, sık rastlanan ve tipik sözleşme işlemleri için yedek hükümler getirmiştir. Ayrıca, her olayda tamamlayıcı yorumun yedek hükümlere üstün geldiği kabul edilirse yedek hükümler kullanılmaz hale gelecektir⁶⁸⁶. Ancak, bireysel sözleşmenin atipik olması bu hükümlerin söz konusu sözleşme için elverişli sonucu sağlayamamalarına veya hiç çözüm sağlayamamalarına neden olabilir. Bu durumda tamamlayıcı yorumun uygulanması daha uygun gözüktür.

İkinci sebep de birinci sebeple bağlantılıdır. Her olayda bireysel çözüm getirilmesinin hukuki birliği ve kesinliği tehlikeye atacağı ifade edilir⁶⁸⁷.

Tamamlayıcı hükümlerin önceliğe sahip olmasının üçüncü sebebi, tarafların bilinçli olarak, yasa koyucunun zaten düzenlediği konuları tekrar düzenlemeye gerek görmedikleri için sözleşmede boşluk bıraktıklarının kabul edilmesidir⁶⁸⁸. Bu durumda sözleşenlerin yasa koyucunun getirdiği düzenlemeden sapmak istemedikleri varsayılır. Böylece, sözleşme kurma prosedürü kolaylaşmış olur. Bunun da yedek hükümlerin asıl amacı olduğu belirtilir⁶⁸⁹.

Alman Hukukunda, yedek hükümlerin tek kaynağı yasama değildir. Yedek hükümler yargısal olarak da getirilebilir. Bu durumda yardımcı yükümlülüklerin temeli olan BGB § 242 önemli rol oynar⁶⁹⁰.

BGB § 242, borçluya dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde işlem teamülünü de nazara alarak borcunu ifa etme yükümlülüğü getirir. Böylece söz konusu hüküm, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi tarzını belirleyerek, mahkemeleri

Tarafların yedek hükümlerin uygulanmayacağına ilişkin iradelerinin sözleşmeyi çevreleyen koşullardan da anlaşılabilmesi yönünde bkz. **JALUZOT**, s. 440 vd.

⁶⁸⁵ **KORNET**, s.109.

⁶⁸⁶ **LARENZ**, s. 740.

⁶⁸⁷ **LARENZ**, s. 740 ; **KORNET**, s.109 vd.

⁶⁸⁸ **KORNET**, s.110.

⁶⁸⁹ **KORNET**, s.110.

⁶⁹⁰ **KORNET**, s.110; bu yönde bkz. **EREN**, Genel Hükümler, s. 37 vd.

dürüstlük kuralına uygunluğa yönlendirir⁶⁹¹. Dürüstlük kuralının en önemli görevlerinden biri sözleşmeye yan yükümlülükler getirmesidir. Bu sebeple, BGB § 242'nin sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde önemli rol oynadığı kabul edilir⁶⁹².

BGB § 242 yasal-etik bir düzenleme içerir. Nitekim, sosyal kuralları, ahlâki ve etik ilkeleri hukuk alanında birleştirir⁶⁹³. İşlem teamülü “toplumda veya belirli işlem piyasasında geçerli olan ve artık o çevredeki kişilerce bilindiği farz edilen süreklilik kazanmış fiilî işlem uygulaması ve deyim anlayışı” olarak ifade edilir⁶⁹⁴. Ortak uygulamanın bütün topluma yaygın olması da gerekmez. Sadece toplumda belli bir gruba mensup olanların aynı şekilde davranması da yeterlidir⁶⁹⁵. Grup, mesleğe göre belirlenebileceği gibi, yerleşim yerine veya ticarî özelliklere göre de belirlenebilir.⁶⁹⁶

Alman Hukukunda BGB § 242 yasa koyucunun öngöremediği konularda çözüm sağlanabilmesi bakımından önemli bir araçtır. Bu sebeple, BGB § 242'nin en önemli fonksiyonu tamamlayıcı fonksiyonudur. Sözleşmeyi, asli borcun ifasını hazırlayan, ifanın başarılı bir şekilde yerine getirilebilmesi için onu koruyan haklar ve yükümlülükler ile tamamlar⁶⁹⁷. Bu yan yükümlülükler, sadakat yükümlülüğü,

⁶⁹¹ **MARKESINIS/ UNBERATH/ANGUS**, s. 125 vd; **REIFNER**, 275 vd.

⁶⁹² Ayrıca, hükmün hakkın kötüye kullanımı ile mücadelede önemli bir hüküm olduğu da kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **WITZ**, s. 522 vd; **MARKESINIS/UNBERATH/ANGUS**, s. 125 vd; **REIFNER**, 275 vd; **JALUZOT**, s. 524 vd.

BGB § 242 genel bir prensibi ortaya koyar. Ancak, paragrafta ne dürüstlük kuralının nasıl uygulanacağı ne de dürüstlük kuralının uygulanmasının yasal şartları düzenlenmiş değildir. Sadece hâkime uygun çözümü yaratması imkânı sunulmuştur. Bu yüzden de denetlenemez. Bu tür normların açık uçlu normlar olarak adlandırıldığı ve kapsamlı bir metotları olmadığından bu tür hükümlerin uygulanmasının karışık ve zor olduğu yönünde bkz. **KORNET**, s. 113 vd.

⁶⁹³ **PEDAMON**, s. 131 vd; **KORNET**, s. 114 vd.

⁶⁹⁴ **BARLAS**, Dürüstlük Kuralı, s. 69,79.

Ortak uygulamadan bahsedilebilmesi için geniş sayıda olayda tarafların aynı şekilde davranması gerekir. Ortak uygulama kanaatinde olmak başlı başına yeterli değildir. Eğer, benzer davranışlar yeteri sıklıkta değilse veya davranışlar benzer değilse veya bazı uygulamalara kural olarak izin veriliyorsa bu durumda ortak uygulamanın varlığından bahsedilemez. Ortak uygulamanın ayrıca belli bir süre gözlemlenmesi gerekir. Benzer davranışların ne kadar süregelmesi gerektiği sözleşmenin doğasına göre belirlenir. Bazı hallerde, kısa süre de ortak uygulamayı kabul etmek için yeterli kabul edilir. Özellikle kısa sürede çok sayıda işlem tekrarlanmış ise sürenin kısa olması olumsuz değerlendirilmez. Bu bilgiler için bkz. **KORNET**, s. 115 vd.

⁶⁹⁵ **KORNET**, s. 115 vd.

Teamülün uygulanabilmesi için her iki tarafın da aynı bölgeye mensup olmaları gerekir. Aynı bölgeden kasıt, teamülün geçerli olduğu işlem alanı veya yaşam alanıdır. Bkz. **BARLAS**, Dürüstlük Kuralı, s. 79.

⁶⁹⁶ Ticarî uygulamalar ve ticarî âdetler de dürüstlük kuralının uygulanmasında etkilidir. Bu konuda bkz. **KORNET**, s. 115 vd.

⁶⁹⁷ **PEDAMON**, s. 132 vd. *Jaluzot*, hâkim tarafından geliştirilen yan borçların amaçlarından birinin

bilgilendirme yükümlülüğü⁶⁹⁸, işbirliği yapma yükümlülüğü ve özen yükümlülüğü olarak ortaya çıkar⁶⁹⁹.

Tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözümüne yönelik kanunda bir hüküm mevcut değilse, hâkim, sözleşmedeki boşluğu tamamlayıcı yorum yolu ile doldurabilir⁷⁰⁰. Sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında tamamlayıcı yorum, teknik olarak, dürüstlük kuralı, işlem teamülü ve sözleşmenin amacı, somut olayın tüm şartları göz önünde bulundurularak, tarafların farazî iradesini, diğer bir ifade ile, taraflar bu şartlar altında uyuşmazlık konusu hususu nasıl düzenlerlerdi sorusunun cevabını tespit etmeyi hedefler⁷⁰¹.

Görüldüğü üzere, Alman Hukukunda tamamlayıcı yorumda bir çok faktör göz önüne alınmaktadır. Bu faktörlerin bir kısmı bireysel-sübjektif bir kısmı da normatif-objektif faktörlerdir.

Somut sözleşmesel ilişkinin sübjektif koşulları, tamamlayıcı yorumda öncelik taşır. Zira, mahkeme tarafların farazî iradesini belirlerken somut olayın bütün özelliklerini, inceliklerini göz önüne almak durumundadır⁷⁰². Başlangıç noktası olarak ele alınan sübjektif faktörlerden biri bireysel uzlaşmanın içeriğidir. Zira,

de bazı sözleşmelerin içeriğini tamamlamak olduğunu ileri sürer. Zira, yasa koyucu ve tarafların düzenlemeleri yetersiz kalabilir. Bu konuda bkz. **JALUZOT**, s. 531.

⁶⁹⁸ Bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmenin ifasını kolaylaştırmaya yönelik yükümlülüklerdendir. Ancak, karşı tarafın yasal olarak korunan menfaatini koruma amacı güder. Bilgilendirme yükümlülüğü sağlık ve mülkiyeti kapsadığından özen yükümlülüğü ile çakışır. Örneğin, banka her zaman müşterisini bilgilendirmek durumundadır. Bu onun mesleki uzmanlığının gereğidir. Sözleşmesel ilişkinin taraflarının sözleşmenin amacının gerçekleşmesi için gereken her şeyi yapması gerekmektedir. Bkz. **KORNET**, s. 124.

⁶⁹⁹ **MARKESINIS/ UNBERATH/ANGUS**, s. 125 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 315 vd.

Sadakat yükümlülüğü, bilgilendirme, özen yükümlülüğü vs. gibi yükümlülükleri de kapsar biçimde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu durumda, sadakat yükümlülüğünün diğer yükümlülüklerle çakıştığı görülür. Özen yükümlülüğü, sağlık, mülkiyet gibi sözleşme taraflarının yasal olarak korunan haklarını koruyarak, mevcut durumu koruma olarak ifade edilirken, sadakat yükümlülüğü, ifanın gerçekleştirilmesi olarak belirtilir. Malın saklanması, korunması, gönderilecek malların uygun paketlenmesi, müşteriye uyarma bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Alman Hukukunda yapılan reform ile özen yükümlülüğünün, BGB § 241'e ikinci bir paragraf eklenerek, bu paragrafın kapsamına dahil edildiği, ancak, diğer yükümlülüklerin hala BGB § 242'nin altında incelendiği hususunda bkz. **KORNET**, s. 118, 121.

⁷⁰⁰ **JALUZOT**, s. 438 vd; **MARKESINIS/UNBERATH/ANGUS**, s. 139 vd; **KORNET**, s. 131; **DOĞAN**, s. 131 vd; **KÖTZ**, s. 278.

⁷⁰¹ **MARKESINIS/UNBERATH/ANGUS**, s. 139 vd; **WITZ**, Droit Privé Allemand, s. 178; **KORNET**, s. 131; **JALUZOT**, S. 445 vd; **PEDAMON**, s. 129 vd; **DOĞAN**, s. 131 vd; **KÖTZ**, s. 278.

⁷⁰² **JALUZOT**, s. 445 vd.

tarafların anlaşması sözleşmenin amacı ve konusu bakımından yol göstericidir. Tamamlayıcı yorumun amacının, işlemin amacını ve hedefini sağlamak olduğu kabul edildiğinden, bu anlaşma boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda da hâkime rehberlik yapar⁷⁰³. İşlemin amacı ve hedefi, tarafların bireysel menfaati, ilgili çevresel koşullar da diğer sübjektif faktörlerdir.

Sübjektif faktörlerden sonra makul akla uygun olanın ne olduğunun araştırılması gerekir. Bunun için de, BGB § 157 ile uygun olarak dürüstlük kuralı⁷⁰⁴ ve işlem teamülü gibi objektif şartların göz önüne alınması gerekir⁷⁰⁵.

Akla uygun, makul davranış normatif-objektif faktörlerdendir. Diğer bir faktör de zaman faktörüdür. Nitekim, hâkimin kendisini tarafların yerine koyarken olabildiğince eskiye sözleşmenin kurulduğu zamana gitmesi gerekir⁷⁰⁶.

Alman Hukukunda tamamlayıcı yorumun temeli ile ilgili olarak iki hükmün üzerinde durulur. Bu hükümlerden biri BGB § 242'dir. Bu paragrafta, sözleşenlerin borçlarını dürüstlük kuralına göre ve işlem teamülüne göre ifa etmeleri gerektiği düzenlenir. Tamamlayıcı yorumun temeli olarak üzerinde durulan bir diğer hüküm de BGB § 157'dir. Söz konusu düzenleme, sözleşmenin yorumunda dürüstlük kuralına atıf yaparak sözleşmenin içeriğine ek yükümlülükler getirir. BGB § 157, sözleşmenin normatif yorumuna kaynak sağlamak için BGB § 133'ü tamamlayıcı nitelik taşıırken, BGB § 242 yan yükümlülüklerin kaynağını teşkil eder ve sözleşmesel borçların

⁷⁰³ **KORNET**, s. 140. Tamamlayıcı yorum sözleşmenin amacını gerçekleştirmeye hizmet ettiğinden tamamlayıcı yorum yolu ile sözleşmenin amacını değiştirmek söz konusu değildir. Bkz. **JALUZOT**, s. 443 vd; **PEDAMON**, s. 131 dpn. 45.

Alman Federal Mahkemesinin tamamlayıcı yorumun sözleşmenin konusunu genişletmeye yönelik kullanılmayacağını açık olarak belirttiği karar için bkz. BGH 24 juin 1982, NJW 1982, s. 2190.

⁷⁰⁴ Hâkim, makul ve dürüst sözleşenin benzer durumda nasıl karar vereceğini araştırmak zorundadır. Bunun yanı sıra hâkim, olayın bütün koşullarını da dürüstlük kuralı ışığında ele almalıdır. Bkz. **JALUZOT**, s. 445 vd. Bu yöndeki mahkeme kararı için bkz. BGH, 19 juin 1980, NJW 1981, s. 219.

Federal Mahkeme bir kararında, boşluk doldurulurken tarafların farazî iradesinin sözleşenlerin sübjektif beklentilerine göre belirlenmeyeceğini, objektif standartlara göre menfaat dengesi kurularak belirleneceğini kabul etmiş ve Mahkeme'nin amacının tarafların normatif farazî iradelerini tespit edebilmek olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. BGHZ 96, s. 313, 320-321.

⁷⁰⁵ **KORNET**, s. 140. Bazı sözleşmelerin örf ve âdete göre tamamlanacağı kabul edilir. Bkz. **JALUZOT**, s. 446; bu yöndeki mahkeme kararı için bkz. BGHZ 16, s. 71.

⁷⁰⁶ **KORNET**, s. 142.

dürüstlük kuralı uyarınca uygun ifasını düzenler⁷⁰⁷.

Bu gün tamamlayıcı yorumun temelini BGB § 157’de bulduğu kabul edilir⁷⁰⁸. Nitekim, söz konusu paragraf sözleşmenin yorumunda dürüstlük kuralına atıf yaparak mahkemeye sözleşmenin içeriğine ek yükümlülükler getirme imkânı sunar. Böylece, mahkemeye sözleşmenin içeriğini objektif kurallara göre belirleme yetkisi verir. Üzerinde uyuşulmamış noktaları belirleme yetkisi veren düzenleme de BGB § 157’dir. Ancak, yorumu BGB § 133, § 157 ve § 242’ nin birleşimlerine dayandıran ama yapıcı yorumun dayanağını belirtmeyen kararlar da mevcuttur⁷⁰⁹.

2. Fransız Hukukunda

Fransız Hukukuna baktığımızda, Alman Hukukundan farklı olarak Fransız Medenî Kanununun sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermesine rağmen sözleşmenin tamamlanmasından bahsetmediğini görürüz. Ancak, doktrin, hâkimin görev alanının genişlemesini olumlu karşılar. Sözleşmelerin dürüstlük kuralıca ifa edileceğini düzenleyen Fransız Medenî Kanunu m. 1134/f. III, sözleşmelerin sadece açıkça beyan edilen borçlar bakımından değil hakkaniyet, teamül ve borcun niteliği gereği kanundan kaynaklanan borçlar bakımından da bağlayıcı olduğuna ilişkin m. 1135 ve ifade edilmeseler bile teamülden kaynaklanan borçların sözleşmeye dahil edileceğine ilişkin m. 1160’ın, yapıcı yoruma (*interprétation constructive*), diğer bir ifade ile sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin maddeler oldukları kabul edilir⁷¹⁰.

Yapıcı yorumun dürüstlük kuralı, hakkaniyet, teamüller gibi objektif kavramlar ile gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilir. İradeler yeterince açık ise iradenin rolü inkar edilemez⁷¹¹.

⁷⁰⁷ **KORNET**, s. 146.

⁷⁰⁸ **HENCKEL**, s. 107; **JUNG**, L’interprétation supplétive des contrats, s. 45; **KORNET**, s. 146 vd. **PEDAMON**, s. 128, 130. BGHZ 23, 282; RGZ 107, 78; kararların İngilizce çevirisi için bkz. www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german.

Tamamlayıcı yorumun temelini BGB § 242 olduğu yönünde bkz. **MANGOLD**, s. 2287.

⁷⁰⁹ BGHZ 127, 328; BGH, NJW 1972, 1189; BGHZ 52, 194; kararların İngilizce çevirisi için bkz. www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german.

⁷¹⁰ **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 47 vd; **TERRÉ /SIMLER /LEQUETTE**, s. 452 vd; **THIBIERGE-GUELFUCCI**, s. 368.

⁷¹¹ **TERRÉ**, Introduction général, s. 417 vd; **LARROUMET**, s. 124 vd. Yapıcı yorumun objektif yöntemden esinlendiği hususunda bkz. **TERRÉ /SIMLER /LEQUETTE**, s. 452 vd. Bu yönde bkz. **THIBIERGE-GUELFUCCI**, s. 368.

Fransız Hukukunda sözleşmede boşluk bulunması halinde, boşluğun hâkim tarafından doldurulması yöntemine sık başvurulmadığı ve başvurulsa da üstü örtülü olarak başvurulduğu ifade edilir⁷¹². Fransız Hukukunda da yorum ile tamamlama arasındaki sınırın belirlenmesinin çok zor olduğu, ancak, yorum esaslı noktalar bakımından da geçerli iken tamamlamanın kural olarak ancak ikinci derece noktalar bakımından söz konusu olabileceği kabul edilir⁷¹³.

Sözleşme boşluğu kavramı görecelidir. Sözleşmede boşluk olduğundan bahsedebilmek için sözleşmenin bütününe göz önüne alınması gerekir⁷¹⁴. Sözleşme bütün olarak ele alındıktan sonra uyuşmazlık konusu hususa, tarafların ortak iradeleri araştırılmak suretiyle bir çözüm bulunmaya çalışılmış, ancak tarafların ortak iradelerinden bu konuda bir düzenleme yapmadıkları anlaşılmış ise, ki eksiklik tarafların sözleşmeyi yaparken söz konusu hususu unutmalarından veya hiç öngörmemelerinden, öngörmelerinin mümkün olmamasından ya da bilgisizliklerinden veya isteyerek düzenlememiş olmalarından kaynaklanmış olabilir, bu durumda hâkim, kanunda somut olaya uygun yedek hüküm mevcut ise onu uygulamak suretiyle uyuşmazlığı çözmek durumunda kalır⁷¹⁵. Zira, FMK m. 1135 uyarınca hâkim, sözleşmedeki boşluğu doldururken hakkaniyetten, teamüllerden ve kanundan yararlanacaktır. Ancak, tarafların yedek hükmü bertaraf etmek istedikleri anlaşılıyorsa bu durumda yedek hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır⁷¹⁶. Zira, yedek hükmün anlamı taraflarca aksinin kararlaştırılabilir olmasıdır.

Yedek hükmün bulunmaması halinde ise, hâkimin, hakkaniyete göre, hukuken en doğru çözümü bularak uyuşmazlık konusu hususu düzenleyeceği, en doğru çözümün tarafların niyetlerinin yorumlanması suretiyle tespit edileceği kabul

⁷¹² **ROCHFELD**, s. 351.

⁷¹³ **ROUVIERE**, s. 104; *Rochfeld*, tamamlama faaliyetinin yorumlama faaliyetinden bağımsız olduğu ve tipik sözleşmelerde esaslı noktaların da tamamlanacağı görüşündedir. Bkz. **ROCHFELD**, s. 348, 499 vd; benzer yönde bkz. **SIMLER**, fasc. 20, n. 46-47.

⁷¹⁴ **ROUVIÈRE**, s. 157.

⁷¹⁵ Tarafların uyuşmazlık konusu hususta sessiz kalmalarının, zımnî olarak yedek hükümlere ve teamüllere atıf yaptıkları şeklinde anlaşılacağına ilişkin bkz. **GHESTIN/JAMIN/BILLAU**, s. 48; benzer yönde bkz. **TERRÉ /SIMLER /LEQUETTE**, s. 457 vd.

⁷¹⁶ **PLANIOL/RIPERT**, s. 485 vd; Sözleşmede boşluk bulunması halinde hâkim sözleşmeyi tamamlayabilecektir. Ancak, Fransız Hukukunda da sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanabilmesi için esaslı noktalarda tarafların anlaşmış olması gerektiği husunda bkz. **DELEBECQUE/PANSIER**, s. 240 vd.

edilir⁷¹⁷. Sözleşmenin içeriğini gerçek iradeleri tespit etmek suretiyle belirlemek her zaman kolay olmaz. Taraflar bazen belirsiz ifadeler kullanarak hâkimin işini zorlaştırabilirler. Tarafların niyetinin belirsiz olması halinde, hâkim tarafların önceki ve sonraki davranışlarına bakarak hareket eder. Yine de bir sonuca varamıyorsa, artık kendisini tarafların yerine koyar ve sözleşme koşullarını göz önüne alarak muhtemel iradeleri ne yönde idi onu araştırır (*appréciation in abstracto*)⁷¹⁸. Bu, hâkimin kendi hukuk anlayışını tarafların hukuk anlayışının yerine koyacağı anlamını taşımaz. Hâkim, mevcut menfaatleri, adalet düşüncesi ve topluluk menfaatlerinin gerekleri ile karşılaştırarak karara varır⁷¹⁹. Bu da MK m.1/f. II' nin (İMK m.1/ f. II)hâkime verdiği yetkiye çok benzer.

Aslında, hâkimin kanunun suskun kaldığı hallerde nasıl davranıyor ise, sözleşmenin sessiz kaldığı hallerde de aynı şekilde davranması gerektiği kabul edilir. Zira, Fransız Medeni Kanunundaki açık ifade uyarınca sözleşmeler de tarafların kanunudur⁷²⁰.

FMK 1135. madde ele alındığında, sözleşmelerin sadece lafzından kaynaklanan, üzerinde açıkça anlaşmaya varılmış konuların değil, ayrıca borcun niteliğine göre hakkaniyetten, âdetlerden veya kanundan kaynaklanan sonuçların da yükümlülük kapsamında olduğu görülür⁷²¹. Bu sebeple, hâkimlerin sözleşmelerin içeriğine müdahale yetkilerine temel olarak FMK m. 1135 gösterilir⁷²². Böylece, teamüllere uygun olan borçlar da sözleşmenin içeriğine dahil edilebilir⁷²³.

Bilgilendirme veya muhafaza ve koruma gibi borçlar, taraflar bunları

⁷¹⁷ **PLANIOL/RIPERT**, s. 485 vd. Her ne kadar Fransız Hukukunda yoruma ilişkin hükümler mevcut olsa da hâkimin sözleşmedeki boşluğu doldururken kazuistik yöntemi izlediği ve mevcut kurallarda ısrarcı davranmadığı hususunda bkz. **JALUZOT**, s. 438; **TERRÉ /SIMLER /LEQUETTE**, s. 453 vd.

⁷¹⁸ **SERIAUX**, s. 157 vd.

⁷¹⁹ **PLANIOL/RIPERT**, s. 485 vd.

⁷²⁰ **PLANIOL/RIPERT**, s. 485 vd.

⁷²¹ **SERIAUX**, s. 160 vd; **DRAPIER**, s. 317 vd; **SIMLER**, fasc.10, n. 10,11; **DELEBECQUE**, s. 18 vd; **MALAUERIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK**, s. 384 vd; **FABRE-MAGNAN**, s. 420; Maddenin hâkimin sözleşmeye kayıt ekleyebileceğine ilişkin genel bir düzenleme içerdiği yönünde bkz. **FLOUR/AUBERT/SAVAUX**, s. 289; **ROUVIÈRE**, 182.

⁷²² **SZALEWSKI-SCHMIDT**, s. 305 vd; **JALUZOT**, s. 179 vd; **DUPICHOT**, s. 194 vd; **THIBIERGE-GUELFUCCI**, s. 368.

⁷²³ **TERRÉ**, Introduction général, s. 416 vd; **CARBONNIER**, Les obligations, s. 87 vd; **DUPICHOT**, s. 194 vd.

sözleşmede belirlememiş olsalar bile FMK m. 1135'de atıf yapılan hakkaniyet uyarınca, daha sonra hâkim tarafından sözleşmenin içeriğine dahil edilebilen klâsik borçlardandır⁷²⁴.

Sözleşmelerin içeriğinin kanunun yaptığı göndermeler uyarınca belirlenmesinde Fransız Medenî Kanunu m.1135 ve m.1134'ün birlikte göz önüne alınması gerekir. FMK m.1134/f. III, sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun ifa edilmek zorunda olduğunu belirtir.

Sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin bir başka madde de FMK'nın 1160 maddesidir⁷²⁵. Hüküm, teamülden kaynaklanan kayıtların açıkça ifade edilmemiş olsalar bile sözleşmeye ekleneceğini öngörmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Fransız Hukukunda, açık ve net kayıtların yorumlanması yasak iken, hâkimin açık ve net kayıtlara rağmen sözleşmeyi yeni borçlar getirmek suretiyle tamamlayabileceği kabul edilir⁷²⁶. Böylece, hâkim açıkça ifade edilmiş kayıtlarla çözülemeyen somut sorunu, sözleşmenin içeriğini tamamlayarak çözebilecektir⁷²⁷.

Her ne kadar Fransız Hukukunda hâkime sözleşmenin içeriğinde yer almayan sonuçları hakkaniyete dayandırmak suretiyle sözleşmeye dahil etme yetkisi tanınmış olsa da, hâkim sözleşmenin esasına uymayan bir borcu sözleşmenin tamamlanması adı altında sözleşmeye dahil edemez⁷²⁸.

⁷²⁴ **DELEBECQUE**, s. 18 vd; **ROUVIÈRE**, s. 172; **SZALEWSKI-SCHMIDT**, s. 306 vd; **SERIAUX**, s. 161 vd; **DRAPIER**, s. 317 vd; **CARBONNIER**, Les Obligations, s. 171 vd; **CASHIN-RITAINE**, s. 334; **FABRE-MAGNAN**, s. 421 vd; **TERRÉ /SIMLER /LEQUETTE**, s. 458 vd; **THIBIERGE-GUELFUCCI**, s. 368.

Fransız Mahkemelerinin bu yöndeki kararları için bkz. Civ. 1er, 11 déc. 1984, *B ull. Civ. I*, n. 332; Civ. 1er, 3 juill. 1985, *Bull. civ. I*, n. 211; RTD civ. 1986, 368, obs. Huet.

⁷²⁵ **PLANIOL/RIPERT/ BOULANGER**, s. 163; **THIBIERGE-GUELFUCCI**, s. 368.

⁷²⁶ **GELOT**, s. 227, 234; Hâkimin sözleşmeye eklediği kayıtlar emredici niteliktedir. **DRAPIER**, s. 321 vd; 323.

⁷²⁷ **DRAPIER**, s. 322 vd; **FLOUR/AUBERT/SAVAUX**, s. 289; **FABREQUETTES**, s. 422.

Hâkimin yaratıcı yorum suretiyle sözleşmeyi tamamlayabileceği, hâkimin koruma ve muhafaza borcu yaratmasının da en klasik yaratıcı yorum örneklerinden olduğu hususunda bkz. **GHESTIN/GOUBEAUX**, s. 442; bu yönde bkz. **TERRÉ**, Introduction général, 1996, s. 376.

⁷²⁸ **DRAPIER**, s. 322 vd.

3. Alman ve Fransız Hukukundaki Düzenlemelerin Karşılaştırılması

Alman Medenî Kanununda Fransız Medenî Kanunda yer alan 1135. maddenin karşılığının mevcut olmadığı, ancak, BGB § 157 ve § 242'nin FMK m. 1135 ile aynı sonuca vardığı kabul edilir⁷²⁹. BGB § 157'de sözleşmelerin işlem teamülü nazara alınarak dürüstlük kuralının gerektirdiği biçimde yorumlanacağı ifade edilir. Alman doktrini de BGB § 157'i, iradelerin yorumunda tarafların gerçek iradelerinin nazara alınacağına ilişkin BGB § 133 ile bağdaştırır. Her ne kadar BGB § 133 irade beyanları için, BGB § 157'de sadece sözleşmelere ilişkin olsa da her iki hükmün de genel ve birbirlerine paralel hükümler oldukları ileri sürülür⁷³⁰.

Tamamlayıcı yorum konusunda Alman Hukukunda bu konuda özel bir hüküm bulunmasa da Alman hukukçular tamamlayıcı yorum adı altında yaptıkları işlemi tarafların farazî iradesine dayandırmak suretiyle meşrulaştırırlar. Fransız Hukukunda bir grup yazar, Alman hukukçular tarafından izlenen bu yöntemin yapay olduğu ve Fransız Medeni Kanunu m. 1135'in taraflara sağladığı öngörülebilirlik, diğer bir ifade ile hukuki güvenlik garantisini de sağlamadığı görüşündedirler⁷³¹.

Alman Hukukunda, aynı amaca hizmet eden yasa hükmünün mevcut olması halinde tamamlayıcı yoruma gidilemez. Tamamlayıcı yoruma başvurulması halinde ise bu yorumun tarafların farazî iradesine uygun olması gerekir⁷³². İşte yedek hukuk kurallarının tamamlayıcı yorum şemasına girmemesini *Jacques*, FMK 1135. maddeye yaklaşım olarak görür ve yorumun bu şekli ile uygulanmasının FMK 1135. maddede atıf yapılan hakkaniyet ve teamül uygulaması ile denk olduğunu ifade

⁷²⁹ **RIEG**, s. 40 vd; **MARTY/RAYNAUD**, s. 251.

Jacques, FMK m. 1135 ile BGB § 157 ve § 242 nin uygulanmasının farkının basit bir hukuk tekniği farkı gibi görüldüğünü, zira, Alman Hukukunda tamamlayıcı yorum için yasal bir metne başvurulmadığını, oysa FMK'da 1135. maddenin olduğunu, dolayısıyla, bu temel farkın ilgili paragrafların uygulanması sırasında daha açık ortaya çıkacağını belirtir. Bu konuda bkz. **JACQUES**, s. 187 vd; özellikle s. 190 vd.

FMK m. 1135 ile hâkimin görevinin basit bir yorumlama faaliyetinden çıkıp sözleşmeye kayıt ekleme faaliyetine dönüştüğü yönünde bkz. **DELEBECQUE**, s. 18 vd.

⁷³⁰ BGHZ 127, 328; BGH, NJW 1972, 1189; BGHZ 52, 194; Sözleşmenin yorumunda iki hükmü birlikte ele alan bu kararların İngilizce çevirisi için bkz. www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german.

⁷³¹ **JACQUES**, s. 194 vd; Bu yönde anlaşılabilir, **MARTY/RAYNAUD**, s. 252.

⁷³² **WITZ**, Droit privé allemand, 1., n. 197.

eder⁷³³. Ancak, Alman Hukuku tarafların farazî iradesini arar. Bir başka ifade ile, tarafların uyuşmazlık konusu hususu anlaşma sırasında öngörmüş olsalardı iradeleri ne yönde olurdu sorusunun cevabının tespiti gerekir. *Jacques*'a göre 1135. madde ile olan benzerlik burada kesilir. Yazara göre, BGB § 157 ve BGB § 242'yi tarafların iradelerinin dayanağı olarak görmek mümkün değildir, zira, aranan irade farazî iradedir. Ancak, bunun aksine, Alman Hukukunda farazî iradeye gösterilen bu saygı, Alman hâkimine geniş çalışma alanı bırakmaktadır⁷³⁴.

Bu geniş çalışma alanı, FMK m. 1135 ile Fransız hâkimine tanınan alan ile karşılaştırıldığında önem taşır. Nitekim, Fransız hâkimine başvuracağı kaynaklar kanun, teamül, hakkaniyet denilmek suretiyle gösterilmiştir. Sözleşmenin doğası teriminin FMK m. 1135'in uygulama alanını belirlediği, sınırlamadığı kabul edilir⁷³⁵.

B. İsviçre Hukukunda

İki farklı hukuk sisteminin sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin yaklaşımını gördükten sonra bu konuda Türk Hukuku ile benzer düzenlemelere sahip İsviçre Hukukunu ele almak konumuz bakımından ayrı bir önem taşır. Zira, Türk Hukukunda yeteri kadar üstünde durulmayan sözleşmenin tamamlanması müessesesi, İsviçre Hukukunda esaslı tartışmalara konu olmuştur.

İsviçre Hukukunda sorun genellikle sözleşmelerin yorumlanması çerçevesinde ele alınmış, İBK m. 2 ile ilişkisi pek kurulmamıştır⁷³⁶. Çıkış noktası yine hâkime tanınan yorum yetkisi olmuştur. Bu noktada basit yorum ve tamamlayıcı yorum arasındaki farkı belirlemek sorun yaratmıştır.

Bir görüş, iki kavramın arasında bir sınır çizilemeyeceğini, bunun da zaten gerekli olmadığını kabul etmiştir⁷³⁷. Diğer görüş ise, iki faaliyetin de farklı olduğunu

⁷³³ **JACQUES**, s. 191 vd.

⁷³⁴ **JACQUES**, s. 192 vd.

⁷³⁵ Muhafaza ve koruma borcunun temelini bu kavramdan aldığı yönünde bkz. **ROUVIÈRE**, s. 176 vd.

⁷³⁶ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 45 vd.

⁷³⁷ **von TUHR**, s. 272; **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 46 vd.

ve zor da olsa aralarındaki sınırın çizilmesi gerektiğini savunmuştur⁷³⁸. *Yung*, yorum ve tamamlama kavramlarının farklı kavramlar olduğunu kabul eden yazarlardandır. Yazar, yorumun, sözleşmenin içeriğinin anlamını ortaya koyma amacı taşıdığını, sözleşmenin lafzından anlaşılanlar dışında, sözleşme hükümlerinin sözleşenlerden biri tarafından diğeri aleyhine atılmasının önüne geçmek amacıyla, mantıksal gereklilikten doğan hukuki sonuçları da içerdiğini⁷³⁹; bu durumda basit yorumun söz konusu olduğunu; tarafların beyanlarına verilen bu anlamın bilincinde olmalarının gerekmediğini⁷⁴⁰; bu hak ve borçların sözleşmenin içeriğinden kaynaklandığını; sözleşmenin açık olmamasına karşın, eksik olduğundan da söz edilemeyeceğini ileri sürer⁷⁴¹.

Örneğin, kiralaanın rızası dışında alt kirayı yasaklayan bir kaydın kiranın devrine⁷⁴² de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir kararda Federal Mahkeme her ne kadar ne boşluktan ne de tamamlamadan bahsetmiş olsa da, *Yung* bu durumda, sözleşmedeki boşluğun hâkim tarafından tamamlanmasının söz konusu olduğunu; artık irade beyanlarının içeriğinin belirlenmesinin söz konusu olmadığını; sözleşmedeki kayda, dürüstlük kuralı uyarınca hâkim tarafından ekleme yapılmasının, onun ek kayıt niteliğini değiştirmeyeceğini kabul eder⁷⁴³.

Yung, basit yorum ve tamamlamanın farkının prensipte önemli olduğunu, ancak pratikte önem taşımadığını hâkimi sözleşmeyi tamamlarken izlediği yöntemin

⁷³⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY, N. 1263; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N. 553; BK-KRAMER, Art. 18, N. 220. Bu yönde anlaşılabilir MANGOLD, s. 2287.

⁷³⁹ Bu faaliyetin yorum değil tamamlama olduğu hususunda bkz. PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, s. 652 vd.

Yung'a göre, hâkimin ileri sürdüğü hak ve borçlar, sözleşmede yer alan kelimelelere, cümlelere veya kayıtlara mantıksal gereklilik olarak eklenemiyorsa, artık sözleşmenin yorumlanmasından bahsedilmez, tamamlanmasından bahsedilir. Bu hak ve borçlar hakkaniyetin veya dürüstlük kuralının gereği olarak ortaya çıkar. Bunlar sözleşmeye hâkim tarafından, sözleşmenin amacı ve ruhunun gereği olarak eklenir. Bkz. YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, s. 46 vd.

⁷⁴⁰ YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, s. 46 vd.

⁷⁴¹ YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, s. 46 vd.

⁷⁴² Kiranın devri, kiracının kiralaanla yaptığı kira sözleşmesinden doğan kiralananı kullanma ve ondan yararlanma hakkını, üçüncü bir kişiye sözleşmeyle devretmesidir. Kiranın devrinin, alt kiradan farkı, alt kirada birbirinden bağımsız ama belirli ölçüde birbirini etkileyen iki ayrı kira sözleşmesi söz konusu iken, kiranın devrinde, birbirinden bağımsız iki ayrı hukuki ilişki doğmamasıdır. Kiranın devri alacağın temliki niteliğindedir. KAHVECİ, s. 167 vd; FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 488; TUNÇOMAĞ, C. II, 555.

⁷⁴³ YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, s. 54 vd.

aslında yorum yaparken izlediği yöntemden farklı olmadığını⁷⁴⁴, hâkimin tamamlayıcı yetkisinin İMK m. 2'den kaynaklandığını belirtir⁷⁴⁵. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmak durumundadır. Bu, hem hâkimin yetkisini belirler hem de yetkinin sınırlarını çizer. Müdahalenin sınırı da dürüstlük kuralının gerekleridir. İrade özerkliğinin korunması gerekir. Hâkimin müdahalesi sözleşmenin kendisine dayanır. Hâkim, sözleşme taraflarının çizdiği sınır çerçevesinde kalarak, sözleşmenin ekonomisine, amacına, ruhuna saygı göstermek durumundadır⁷⁴⁶.

Gerçekten de dürüstlük kuralı sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması araçları içinde en önemlilerindedir. Zira, sadece var olan yan borçların içeriğinin belirlenmesinde değil, sözleşme taraflarına yeni yan borçlar getirilmesi bakımından da önem taşır⁷⁴⁷. Özellikle vekâlet ve istisna sözleşmelerinde, kanun, vekile ve müteahhide sadakat borcu yüklemektedir. Dürüstlük kuralı vasıtasıyla bu yükümlülükten koruyucu yan yükümlülükler de çıkarmak mümkündür⁷⁴⁸.

Hâkimin, tamamlayıcı yetkisini kullanırken yedek hükümleri uygulamak zorunda olup olmadığı sorununa gelince, İsviçre Hukukunda yazarların çoğu⁷⁴⁹, kanunda uyuşmazlık konusu husus ile ilgili yedek hükmün bulunması halinde hâkimin kanun hükmünü uygulamak zorunda olduğunu kabul eder. Bu yazarlar, kanunun uygulama bakımından önceliğinin kabul edilmesini MK m. 1'e dayandırır. Hâkim sözleşmedeki boşluğu doldururken İMK m. 1'deki sırayı izlemelidir; dolayısıyla, sözleşmedeki eksikliği giderecek ilk kaynak kanundur⁷⁵⁰. Kanundaki yedek hükümler bu amacı güderler; ancak, bu hükümler her zaman yeterli olmazlar. Yedek hükmün olmaması veya somut olay ile uyumlu olmaması halinde

⁷⁴⁴ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 48 vd.

⁷⁴⁵ Eğer hâkim sözleşmenin içeriğini İMK m. 2'nin gereklerine uygun bulmaz ise o takdirde sözleşmeyi tamamlamak ve dürüstlük kuralına uydurmak için yeni bir fırsat elde etmiş olur. Bu yönde bkz. **CHAPUIS**, Les devoirs accessoires, s. 110 vd; **MORIN**, s. 157; **PIOTET**, La formation du contrat, s. 30-32; **GUGGENHEIM**, T.I, s. 21.

⁷⁴⁶ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 48 vd; aynı yönde, **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 496, 497.

⁷⁴⁷ **CHAPUIS**, Les devoirs accessoires, s. 110 vd.

⁷⁴⁸ **CHAPUIS**, Les devoirs accessoires, s. 111; **TERCIER**, contrat spéciaux, n. 4046.

⁷⁴⁹ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 515 vd; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1255; **von TUHR**, s. 52; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 230; **TERCIER**, Obligations, s. 176 vd; **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 31.

⁷⁵⁰ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 501 vd; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 217, 230.

veya tarafların yedek hükümden ayrılmak istediklerinin tespiti durumunda hâkim varsa örf ve adet hukukunu uygulayarak boşluğu dolduracak, böyle bir örf ve âdet hukuku kuralı mevcut değilse, hâkim, İMK m. 1/f. II uyarınca kendi koyacağı hükümle sözleşmeyi tamamlayacaktır⁷⁵¹. Hâkimin tamamlayıcı yetkisini kullanabilmesinin şartı, kanunda sözleşmedeki boşluğu dolduracak yedek hükmün bulunmaması veya mevcut hükmün sözleşmenin bütünü ile uyumlu olmamasıdır⁷⁵².

Hâkimin kanun koyucu gibi genel bir hüküm yaratmak suretiyle sözleşmeyi doldurabilmesi, somut olaydaki uyuşmazlık konusunun genelleştirilebilir nitelik taşıması ve sorunun kesin bir düzenleme için yeterince sık rastlanan, bilinen bir sorun olmasına bağlıdır⁷⁵³. Zira, ancak bu halde sözleşmenin tamamlanması için getirilecek kural oluşturulurken somut olayın özel şartlarının dikkate alınması gerekmez. Ancak, uyuşmazlık konusu husus genelleştirilemiyor ve somut sözleşmenin şartları sorunun çözümü bakımından önem taşıyor ise bu durumda hâkim genel bir hüküm getiremeyecek, somut olayın şartlarını da dikkate almak suretiyle sözleşmeyi kazuistik bir yöntemle tamamlayacaktır⁷⁵⁴. Bir grup yazar, bu durumda, tarafların farazî iradesine başvurulacağını kabul ederken⁷⁵⁵, diğer bir grup yazar ise işin niteliğine başvurulması gerektiğini ileri sürer⁷⁵⁶.

⁷⁵¹ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 45 vd; İsviçre Hukukunda hâkimin tamamlayıcı yetkisini kabul eden yazarlar, **EGGER**, s. 89; **von TUHR**, s. 52, **OFTINGER**, Auslegung, s. 197 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 498 vd; N. 501; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1254, 1257; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 8.

Piotet, sözleşmelerin hâkim tarafından tamamlanmasının ancak, tarafların sözleşme tipini belirlediği hallerde, sözleşmenin esaslı noktalarının belirli veya belirlenebilir olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Yazara göre, tarafların bağlı olacakları sözleşmenin tipini hâkimin belirleyeceğine karar vermeleri halinde, hâkimin kararını dayandıracağı bir temel mevcut değildir. Dolayısıyla, tarafların, hâkimin bulduğu çözümü düşündüklerini kabul etmek yazara göre çok inanılmaz olacaktır. **PIOTET**, Formation du contrat, s. 30-32.

⁷⁵² **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 515 vd; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1255.

⁷⁵³ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228; *Yung*, sözleşmedeki boşluğu dolduracak bir yedek hükmün bulunmaması halinde, hâkimin, İMK m. 1'e dayanarak kendisi bir kanun hükmü yaratarak bir yandan kanundaki boşluğu doldurduğunu, diğer yandan da dolaylı olarak sözleşmedeki boşluğu doldurduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, her iki yöntem de farklıdır. Birinde benzer her türlü olaya uygulanabilecek nitelikte genel ve soyut hüküm formüle edilirken, diğerinde somut olayın şartlarına göre sadece o olay için uygulanabilecek somut ve özel hüküm tesis edilmektedir. Bkz. **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 51, 53 vd. İki yöntemin farklı olduğu hususunda ayrıca bkz. **PIOTET**, La formation du contrat, s. 31 vd.

⁷⁵⁴ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228.

⁷⁵⁵ **JACQUES**, s. 202 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 498 vd; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 224; **CHAPUIS**, Les devoirs accessoires, s. 115; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1257.

⁷⁵⁶ **OFTINGER**, Auslegung, s. 197 vd; Tamamlamada tarafların varsayılan iradesinin mi yoksa işin niteliğinin mi tercih edilmesi gerektiği hususunda, *Yung*, objektif yöntemin tek uygulanabilir yöntem olduğunu kabul eder. Zira, *Yung*'a göre varsayılan iradenin tespiti hayalidir. Yazar, kısmî hükümsüzlük için kabul ettiği farazî irade kriterini, sözleşmenin tamamlanması bakımından

Tamamlayıcı yorumun tarafların farazî iradesine dayandığını kabul eden yazarlara göre, özel koşulların eksikliği ve farazî ortak iradenin tespit edilememesi halinde hâkim, ancak, akıllı, mantıklı insanların değerlerine başvurmalıdır⁷⁵⁷. Dikkat etmek gerekir ki, farazî irade ile bulunan cevap tarafların gerçek iradeleri değildir; dürüst ve makul sözleşenlerin, somut olayın koşulları altında nasıl hareket edeceklerine yönelik bir tespittir⁷⁵⁸. Dolayısıyla, hâkim de sözleşmenin kurulduğu ana göre hareket etmelidir. Bu durum, hâkimin tamamen serbest olduğu anlamına gelmez. Hâkim tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada çizdikleri sınır ile bağlıdır⁷⁵⁹.

Yung, mahkeme kararlarında bu iki yöntemin genellikle karıştığını belirtir⁷⁶⁰. Hâkim, tarafların farazî iradelerini arar, ancak, bunu yaparken de sözleşmeyi çevreleyen koşulları ve dürüstlük kuralını da dikkate alır. Yazara göre kural, tahmin edilebilen gerçek iradeyi bulmaktır; fakat, bu varsayımın dürüstlük kuralına uygun olması gerekir. Bu sebeple *Yung*, tarafların varsayılan iradesinin araştırılmasını ütopya olarak görür ve sözleşme boşluğunun doldurulmasında kullanılmasını reddeder⁷⁶¹.

uygun bulmaz. Yazara göre, bir kimsenin gerçek davranışlarından kendisine sunulan bir sözleşmeyi veya bir kaydı kabul edip etmeyeceği anlaşılabilir. Bu sebeple de, kısmî hükümsüzlüğe ilişkin İBK m. 20/f. II'de, farazî irade sistemi kullanılabilir. Ancak, iki taraf anlaşabilmiş olsalardı sözleşmenin içeriğinin ne olacağını tayin etmek ciddi olarak mümkün değildir. Zira, bu ilgililerin ekonomik ve sosyal durumuna, ilgi alanlarına, ihtiyaçlarına, karakterlerine, müzakerecinin becerikliliğine göre değişebilmektedir. Yazara göre, hâkimin tamamlayıcı yetkisinin amacı sözleşmenin dürüstlük kuralı uyarınca ifasının temin edilmesidir. Bu sebeple, taraflarca eksik olarak kurulan işlemler, dışarıdan getirilen kanun, teamül, dürüstlük kuralınca aydınlatılan hâkimin sağduyusu gibi araçlarla tamamlanmalıdır. Bu konuda Bkz. **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 60 vd. özellikle s. 64 vd; **YUNG**, Akitlerde Objektif Unsurlar, s. 524 vd.

⁷⁵⁷ Bunun da objektif ve rasyonel (akılcı) bir yorum olacağı yönünde bkz. **JACQUES**, s. 200 vd.

⁷⁵⁸ Farazi iradenin, tarafların tahmini iradesi olarak anlaşılması gerektiği hususunda bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 498.

Yung, sözleşmelerin objektif bakımdan esaslı noktalarının sayılı olduğunu ancak, *accidentalia negotii*'lerin sayısız olduğunu, dolayısıyla, sözleşmeler hukukuna tamamen iradi açıdan yaklaşırsa, tarafların ne istemiş olabileceklerinin ne kadar boş bir kavram olduğunu ifade eder. Yazar, tamamen iradi bu yaklaşımın gerçeğe çok da uymadığını, nitekim, sözleşmelerin, satım sözleşmesinde garanti yükümlülüğü gibi kaynağını tarafların iradesinde bulmayan kanundan kaynaklanan borçlar da doğurduğunu belirtir. Bu konuda bkz. **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 41 vd; özellikle s. 44.

⁷⁵⁹ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 498; **WITZ**, Droit Privé Allemand, s. 179; **KORNET**, s. 144; **HENCKEL**, s. 107 .

⁷⁶⁰ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 63 vd.

⁷⁶¹ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 63 vd.

Yung'a göre İBK m. 2, hâkime, işin niteliğine göre, ikinci derece noktalara ilişkin eksikliği tamamlama yetkisi vermektedir. Bu durumda hâkim, somut olayın şartlarına kanundaki yedek hükümden daha iyi cevap veren bir çözümü olaya uygulayabilecektir. Böylece sözleşmeyi, kanundaki yedek hükmü dışarıda bırakarak tamamlayabilecektir⁷⁶². İşin niteliği yedek hükmün önüne geçecektir. Hâkimin bu yetkisi, tarafların farazî veya gerçek iradesinden değil, doğrudan İBK m. 2 den doğmaktadır⁷⁶³.

Hâkime, yedek hükümlere başvurmaksızın somut olayın özelliklerine göre hüküm getirmek suretiyle sözleşmedeki boşluğu tamamlama yetkisi veren İBK m. 2, özel bir hükümdür ve tarafların ikinci derece hususlara ilişkin bir durumu öngördükleri ancak, bu konuya ilişkin çözümü ileriye bıraktıkları ihtimalini düzenler⁷⁶⁴. Bu durumda hâkim kanundaki yedek hükümler ile bağlı olmaksızın işin doğasına uygun bir hüküm ile sözleşmeyi tamamlayacaktır. Sözleşmenin işin doğasına uygun şekilde tamamlanacağına ilişkin bu hüküm hâkimin takdir yetkisini oldukça genişletir⁷⁶⁵. Acaba, bu görüşü genelleştirmek mümkün müdür?

Yung'a göre, İMK m. 2 hâkime, yedek hükümlere aykırı davranma yetkisini vermektedir. Dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde, hâkim işin niteliğine göre bulduğu çözüm kanundaki yedek hükmün çözümünden ayrılrsa bile onu uygulayabilecektir. Böylece, hâkim irade özerkliği ilkesine saygı duymuş olacak ve bireyselleştirilmiş çözüm, kanundaki çözüme nazaran öncelik taşıyacaktır⁷⁶⁶.

Sözleşmenin öncelikle yedek hükümler ile doldurulması gerektiğini kabul eden hakim görüşten farklı olarak bazı yazarlar⁷⁶⁷, sözleşme boşluğu doldurulurken izlenecek yöntemin sübjektif yöntem olduğunu ifade ederler. Bu yöntem uyarınca,

⁷⁶² **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 49 vd.

⁷⁶³ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 49 vd.

⁷⁶⁴ **GUGGENHEIM**, T. I, s. 132; **DELFORGE**, s. 250 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 220; **TERCIER**, Obligations, s. 176 vd; **YUNG**, Akitlerde Objektif Unsurlar, s. 524.

⁷⁶⁵ **DELFORGE**, s. 252 vd; **ENGEL**, Traité des obligations, s. 220; ATF 84 II 266, 275-276= JdT 1959 I 42, 46; ATF 84 II 628, 631-632= JdT 1959 I 362, 365.

⁷⁶⁶ **YUNG**, L'interprétation supplétive des contrats, s. 50 vd. *Egger* de, hâkimin sözleşmedeki boşluğu dolduracak yedek hükmün bulunmasına rağmen tamamlayıcı yetkisini kullanabileceğini ifade eder. Yazara göre, hâkim, sözleşmenin amacını ve ruhunu göz önüne alarak sözleşmeyi tamamlayacaktır. Bkz. **EGGER**, s. 89.

⁷⁶⁷ **PIOTET**, La formation du contrat, s. 150 vd.

hâkim, taraflar uyuşmazlık konusu hususu öngörmüş olsalardı nasıl bir düzenleme getirirlerdi sorusunun cevabını aramalıdır. Sübjektif görüşü benimseyen *Piotet*, açık boşluklarda bu yöntemin İBK m. 2’de yer aldığını, ama bilinçsiz boşluklarda İBK m. 20/f. II’den kaynaklandığını kabul etmektedir. Yazar, bu yöntemin irade özerkliği prensibine daha uygun olduğunu savunur⁷⁶⁸. *Piotet*’ye göre, ortak niyetin tespit edilememesi halinde, sözleşme tarafların dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeye verdikleri anlama göre yorumlanmalıdır⁷⁶⁹.

Ancak, bugün İsviçre Hukukunda baskın olan görüş, sözleşmedeki boşluğun önce yedek hükümler ile doldurulması gerektiği yönündedir⁷⁷⁰.

II. Sözleşme Kurulurken ÖngörülmeYen Yan Noktalar Sebebiyle Oluşan Boşluğun Doldurulması

Sözleşme boşluğunun en sık rastlanan hali, sözleşenlerin, sözleşme kurulurken yan noktalara ilişkin bir veya birkaç hususu öngörememiş olmalarıdır. Bu durumda sorun, sözleşmedeki boşluğun tarafların yedek hukuk kuralının uygulanmasını istedikleri kabul edilerek ve doğrudan yedek hukuk kuralları uygulanarak mı, yoksa, yedek hükümlere gidilmeksizin doğrudan tarafların farazî iradelerinin araştırılması suretiyle elde edilecek sonuca göre mi doldurulacağıdır. Doğrudan yedek hükümlere gidilmesi gerektiği kabul edilirse, bu durumda, yedek hukuk kuralının uyuşmazlık konusu hususu çözmeye elverişli olmaması halinde nasıl davranılacağı sorunu ile karşılaşılır.

Olayın özelliği göz önüne alındığında, boşluk bazı hususların sözleşme kurulurken öngörülemediği olmasından kaynaklandığından, artık, tarafların bu konudaki iradelerinden bahsedilemez; dolayısıyla, öngörmedikleri husus hakkında yedek hükümlerden ayrılmak istediklerinin düşünülmesi de söz konusu olamaz;

⁷⁶⁸ **PIOTET**, l’invalidité partielle s. 628, özellikle 634 vd. *Yung*, *Piotet*’den farklı olarak tarafların varsayılan iradesinin araştırılmasını bilinçsiz boşluklarda belirleyici olacağını kabul eder. Aksi halde, tarafların ikinci derece noktaları düzenlemeyi ileriye bırakmış olmaları halinde İBK m. 2 hâkime bunları işin niteliğine göre doldurma yetkisi vermektedir. Artık, tarafların varsayılan iradesini aramaya gerek yoktur. Bkz. **YUNG**, L’interprétation supplétive des contrats, s. 60 vd.

⁷⁶⁹ **PIOTET**, Le complètement judiciaire, s. 652 vd.

⁷⁷⁰ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 515 vd; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1255; **VON TUHR**, s. 52; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 230; **TERCIER**, Obligations, s. 176 vd; **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 31.

meğer ki, taraflardan biri veya her ikisi yedek hükümlerden ayrılmak istediklerini ispat etmiş olsun. Aksi durum ispat edilmediğinde veya edilemediğinde tarafların yedek hukuk kurallarından ayrılmak istediğinden bahsedilemez. Bu durumda, hâkimin öncelikle kanundaki tamamlayıcı hükümlere başvurması gerekir⁷⁷¹. Hâkim, ancak tamamlayıcı hükümlerde konuya ilişkin bir çözüm bulamaz ise, sözleşmedeki boşluğu kendi koyacağı kural ile tamamlama yoluna gitmelidir.

A. Yedek Hukuk Kuralı ile Boşluk Doldurmanın, Hâkimin Yaratacağı Kuralla Boşluk Doldurmanın Önüne Geçmesi, Tamamlayıcı Hukuk Kurallarının Uygulanması

Sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında, kanundaki yedek hükümlerin, tarafların farazî iradesine dayanılarak hâkim tarafından yaratılacak kuralın önüne geçmesi gerektiği düşüncesinin temelinde, “*tipolojik düşünce tarzı*” yer almaktadır⁷⁷².

Aynı düşünce tarzının Türk Hukuku bakımından geçerli olup olmayacağını söyleyebilmek de, ancak, Borçlar Kanununun sözleşmeleri ele alış biçiminin doğru olarak ortaya konmasıyla mümkün olacaktır. Borçlar Kanununun sözleşmeleri “*kavramsal yapı*” içinde mi, yoksa birer “*tip*” olarak mı ele aldığı sorusuna verilecek cevap, sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında yedek hükümler ve hâkimin yarattığı hüküm arasındaki sıranın tespitinde belirleyici olacaktır. Bu sebeple, önce “*tip*” ve “*kavram*” arasındaki farklılıkların üzerinde durmak, daha sonra da “*tip*”in sözleşme boşluğunun doldurulmasındaki etkisini ortaya koymak gerekmektedir.

“*Kavram*” belirli nesnelere hakkındaki düşünceyi temsil eder ve bunlar hakkındaki tanımların kısaltmalarından ibarettir⁷⁷³. Bir nesne veya olayın “*kavram*”ın kapsamına girdiğini söyleyebilmek, ancak, o nesne veya olayın, “*kavram*”ın tanımındaki bütün özellikleri kendisinde birleştirmesi halinde mümkün

⁷⁷¹ ATAMER, *Düşünceler*, s. 175; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 178 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s. 154 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 77 vd.

⁷⁷² KUNTALP, *Yöntem*, IV.

⁷⁷³ Kavramların sübjektif ve yapay olduğu, bunların doğru ve yanlış olduklarından değil gayeye elverişli olduklarından bahsedileceği yönünde bkz. HİRŞ, s. 102 vd.

olacaktır⁷⁷⁴. Dolayısıyla “*kavram*”, unsurlarının tamamının gösterilmesi suretiyle tanımlanabilecek; Borçlar Kanununun sözleşmeleri kavramsal yapı içinde ele aldığı kabul edilmesi halinde de, “*kavram*”ı oluşturan unsurlar ön plana çıkacak ve somut sözleşmenin hâl ve koşulları, amacı, tarafların menfaat durumları dikkate alınmaksızın “*kavram*”ın unsurlarını taşıyan her somut sözleşme, genel ve soyut sözleşme çeşidi kavramına mekanik olarak altlanacak, dolayısıyla bu sözleşme çeşidine ilişkin yedek hükümler uygulama alanı bulacaktır⁷⁷⁵.

Borçlar Kanununun sözleşmeleri kavramsal yapı içinde değil de, birer “*tip*” olarak ele alması durumunda ise, somut sözleşmenin amacının ve tarafların karşılıklı menfaatlerinin değerlendirilmesi ön plana çıkacak; böylece somut sözleşmenin kanunda düzenlenmiş sözleşme tipine ne kadar benzediği tespit edilmeye çalışılacaktır⁷⁷⁶. Somut sözleşmenin kanunda düzenlenmiş sözleşme tipiyle benzerlik taşıması veya benzerliğin zayıf olması halinde hâkimin yarattığı hüküm ile sözleşmedeki boşluk doldurulacaktır⁷⁷⁷. Görüldüğü üzere, kavramsal yapıdan farklı olarak “*tip*”te, kanunda düzenlenmiş sözleşmenin bütünü, diğer bir ifade ile, kanunda bu sözleşme için öngörülmuş bütün hükümler dikkate alınarak somut sözleşmenin bu hükümlere tâbi olup olmayacağı belirlenmektedir. “*Tip*”te ayniyet değil de, benzerlik önem taşıdığından, somut sözleşmenin birden çok sözleşme tipine benzerlik göstermesi ihtimalinde de, benzerlik gösterdiği sözleşme tiplerine ilişkin kanundaki hükümler, somut sözleşmeye uygulanabilecektir⁷⁷⁸.

Bir sözleşmenin “*tip*”i, sözleşmenin görevini, niteliğini, yapısal farklılıklarını ortaya koymaktadır. Bunu da, hukuki ilişkinin unsurlarını, söz konusu unsurların birbirleri ile olan bağılıkları içinde belirterek gerçekleştirir⁷⁷⁹. “*Tip*”, akdi ilişkilerin, kendilerine özgü anlam yapılarına uygun şekilde kavranmaları ve düzenlenmeleri

⁷⁷⁴ KUNTALP, Yöntem, IV, B.

⁷⁷⁵ KUNTALP, Yöntem, IV, A.

⁷⁷⁶ Tipte, kavramdaki gibi tek tek unsurlar değer taşımamaktadır. Önemli olan bu unsurların bağıllık biçimidir. Dolayısıyla, somut olayda tipin unsurlarının tümünün bulunması gerekmez. Bu da tipin kendi içinde farklılaşmasını mümkün kılar. Bkz. KUNTALP, Yöntem, IV, A, B.

⁷⁷⁷ KUNTALP, Yöntem, IV, A; OKTAY, s. 287 vd.

⁷⁷⁸ Bu sebeple tipin tanımından değil, tarifinden söz edilebileceği yönünde bkz. KUNTALP, Yöntem, IV, B.

⁷⁷⁹ Belli bir anlam yapısına sahip hukuki ilişki için unsurların nasıl birleşmesi gerektiği önem taşır. Somut ilişkinin, tipin ifade ettiği anlam yapısını haiz olacak unsurları içermesi yeterli olur. Bkz. KUNTALP, s. 45 vd.

imkânını verir⁷⁸⁰. Dolayısıyla, tipolojik düşünce, hayat ilişkilerinin belirli bir anlama sahip olduğunu ve bu anlamın gerektirdiği düzeni de kendi içinde bir dereceye kadar taşıdığını ifade eden eşyanın tabiatına yönelmektedir⁷⁸¹. Bu sebeple, tiplere ilişkin hükümler, tipin sahip olduğu anlama uygun kurallardır; tesadüf eseri düzenlenmiş kurallar değildir. Bunlar söz konusu hukuki ilişkinin anlam yapısını, görevini, niteliğini ve farklılığını ortaya koyan bilinçli olarak getirilmiş kurallardır⁷⁸².

Dikkat edilmesi gereken husus, “*tip*” ve “*nitelendirmeyi*” birbiri ile karıştırmamaktır. “*Tip*” ve “*nitelendirme*” farklı kavramlardır. “*Nitelendirme*”, sözleşmenin içeriğinin analizidir. Sözleşme ancak içeriğine göre bir kategoriye ve rejime tâbi olur. “*Tip*” bu sonraki kategorileştirmeden, sınıflamadan daha ileridir. “*Tip*”, tarafların iradelerinin hukuki işlemin kurulması sırasında önceden mevcut olan bir kalıba, modele girmeleri fikrini kapsar⁷⁸³. Diğer bir ifade ile “*tip*”, sadece sözleşmenin isimlendirilmesini ve tasnifini kapsamaz, ayrıca hukuk tarafından algılanmasında örnek teşkil edecek biçim (model), sunar. Dolayısıyla, tasnif konusunda “*tip*” ile “*nitelendirme*” birbirlerine yaklaşılar da biçimlendirme konusunda birbirlerinden ayrılırlar⁷⁸⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da, tipik sözleşme ile isimli sözleşmenin⁷⁸⁵ farklı anlam ifade ettiğidir⁷⁸⁶. Bugün öğreti, uygulama tarafından

⁷⁸⁰ KUNTALP, s. 42 vd.

⁷⁸¹ KUNTALP, s. 42 vd.

⁷⁸² KUNTALP, s. 42 vd; PIAGET, s. 988 vd. için bkz. www.swisslex.westlaw.com; MEIER-HAYOZ, FJS No: 1134, s. 5.

⁷⁸³ ROCHFELD, s. 42 vd.

⁷⁸⁴ ROCHFELD, s. 43 vd.

⁷⁸⁵ Fransız Hukukunda 1107. madde isimli veya isimsiz bütün sözleşmelere genel hükümlerin uygulanacağını belirtir. Dolayısıyla, Fransız Hukuku bakımından isimli isimsiz sözleşme ayrımı ve tüm sınıflandırma fikri, anlamını yitirir. Hatta Fransız Hukukunda, sözleşme serbestisi ilkesinin de her sözleşmeyi tek ve bireysel hale getirerek bu ayrımı yararsız kıldığı belirtilir; bkz. ROCHFELD, s. 49 vd; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, s. 71 vd.

Ancak belirtelim ki, son zamanlarda isimli isimsiz sözleşme ayrımının sözleşmenin nitelendirilmesi, yorumlanması ve kurallara bağlanabilmesi için önemli olduğu ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu yönde bkz. TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, s. 71 vd; FLOUR/AUBERT /SAVAUX, n. 89.

⁷⁸⁶ PIAGET, s. 988 vd; Serozan, her ne kadar kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere atipik sıfatının kullanılmasının güncel ve somut yaşam ilişkileri bakımından yanıltıcı olduğunu belirtse de, yazar eserinde kanunda düzenlenmemiş adsız (isimsiz) sözleşmeleri atipik sözleşme olarak ifade ettiğini de belirtmiştir. Diğer bir ifade ile yazar, adsız (isimsiz) sözleşme ve atipik sözleşmeyi eserinde eş anlamlı olarak kullanmıştır. Bkz. SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 54; Feyzioğlu da isimli-isimsiz sözleşme kavramının tipik-atipik sözleşme kavramı ile eş olduğunu belirtmiştir. Bkz. FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 19.

yaratılan veya yargı kararları ile tanınan sözleşmeleri, bunlar tarafından isimlendirilmiş olmalarına rağmen, isimsiz sözleşme olarak adlandırır⁷⁸⁷. Diğer bir ifade ile, isimlendirme (*nomination*) kanuna veya yönetmeliğe bağlanır. İsimli sözleşmelerin kanun veya yönetmelik tarafından isimlendirilen ve tâbi oldukları rejim bir metin ile sabit olan sözleşmeler oldukları ifade edilir⁷⁸⁸. Oysa, uygulamanın veya mahkeme kararlarının tanıdığı sözleşmelerin de tipik olduğu ileri sürülebilir. Diğer bir ifade ile, uygulama ve mahkeme kararları iradeye, önceden var olan bir model önerebilir. Böylece, yasal tiplerin dışında, uygulamanın yarattığı sosyal tipler ve kazaî tiplerden de bahsetmek mümkün olur. Bu tipler yazılı hukukta mevcut değildir; ama sosyal bir bilinç tarafından yaygın biçimde kabul edilir⁷⁸⁹.

Bazı sözleşme tiplerinin kanunda yer almasının sebebi bu sözleşmelere hayatta çok sık rastlanılmasıdır. Kanun koyucu tip yaratmaz, gerçekte var olan tipleri tanıır⁷⁹⁰. Bu da tipolojik düşüncenin gerçekte yakın ilgisini ortaya koyar. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, kanunda yer almayan akdin tipik olmadığını söylemek doğru olmaz. Örf ve âdetin yarattığı bir *sui generis* tipten de bahsetmek mümkündür⁷⁹¹.

Tipin kendi içinde farklılaşması, bir diğer tipe ilişkin unsur veya unsurlar ile birleşmesi mümkündür⁷⁹². Tipin, unsurlarının yoğunluğunun derecelendirilmesine ilişkin bu özelliği, gelişen hayat koşullarına uyum sağlamak açısından önem taşır. Ancak, sınırlarının kesin olmamasının yarattığı, hukuk güvenliğinin ve içtihat yeknesaklığının sağlanamaması riski ise, tipin esaslı unsurlarının kanun koyucu

⁷⁸⁷ ROCHFELD, s. 43 vd; DEMOGUE, s. 908; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, s. 71.

⁷⁸⁸ ROCHFELD, s. 43 vd; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, s. 70 vd.

⁷⁸⁹ ROCHFELD, s. 45 vd; Ticari hayatta sürekli uygulanma sonucu belli bir sözleşme tipinin oluşturulması mümkündür. Bu durumda, uygulamadaki örneklerin ortak noktalarından bir tanım ortaya çıkarmak mümkün olur. Böylece tanımın içerdiği esaslı unsurlar daha kolay tespit edilir. Franchise sözleşmesi ticari hayatta sık uygulanması sebebiyle tipikleşmiş ve ismi konmuş, tanımını yapılabilen sözleşmelere örnektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, s. 9 vd.

⁷⁹⁰ Ancak, kanun koyucu uygulamadaki tipleri aynen benimsemez, ahlâki ve politik değerler süzgecinden geçirerek düzenleme getirir. Bu konuda bkz. KUNTALP, s. 43 vd; PIAGET, s. 988 vd; Benzer şekilde MEIER-HAYOZ, FJS No: 1134, s. 4 vd.

⁷⁹¹ KUNTALP, s. 43 vd.

⁷⁹² Her ikisi de soyut olmasına rağmen “tip”in “kavram”dan farkı da burada ortaya çıkar. Tip, birbirine benzer sözleşmelerin genel düzenlenmesi olarak ifade edilir. Tip münferit ilişkilere göre soyuttur, zira özel bir hukuki ilişkiyi genel olarak düzenler ancak genel kavrama göre somuttur, zira özel bir durumu amaçlar. Dolayısıyla, akit tiplerinin nispi soyutluğundan söz edilir. Bkz. KUNTALP, s. 45 vd.

tarafından belirlenmesi suretiyle giderilmeye çalışılır⁷⁹³. Bu sebeple de belirli ve kanunda düzenlenmiş sözleşme tipini kurmak isteyen taraflar, kanunda o tip için öngörülmuş esaslı unsurlar (*essentialia negotii*) üzerinde anlaşmak zorundadırlar. Aksi halde, taraflar o akit tipinden ayrılmış olurlar⁷⁹⁴.

Borçlar Kanununa baktığımızda her sözleşme tipinin başında sözleşmenin esaslı unsurlarını belirterek, sözleşmeyi tanımlayan hükümlerin bulunduğunu görürüz. Açık tipin sınırlarının kesin olmamasının yarattığı, hukuk güvenliğinin ve içtihat yeknesaklığının sağlanamaması riski, tipin esaslı unsurlarının kanun koyucu tarafından belirlenmesi suretiyle giderilmeye çalışılarak, açık tip, kapalı tip haline dönüştürülmüş, böylece “tip”, “kavrama” yaklaşmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da, tanımdaki esaslı unsurları içeren somut sözleşmeler, kanunda tanımlanan sözleşme tipine ilişkin hükümlere tâbi olacaktır⁷⁹⁵. Nitekim, tipolojik düşünce sistemi hayat ilişkilerinin belirli bir anlama sahip olduğunu ve bu anlamın gerektirdiği düzeni de kendi içinde bir dereceye kadar taşıdığını ifade eden eşyanın tabiatına yöneldiğinden⁷⁹⁶, tiplere ilişkin hükümler tipin sahip olduğu anlam yapısına uygun kurallardır; tesadüf eseri konulmuş kurallar değildir. Bu kurallar, menfaat çatışmalarını gidererek sosyal düzeni kurmayı hedefler. Menfaat dengesini de eşitlik, güven, iyi niyet, ekonomik bakımdan güçsüzün korunması gibi ahlâki, sosyal ve politik değerleri esas alarak kurmaya çalışır⁷⁹⁷. Dolayısıyla, kanunda yer alan kurallar, söz konusu hukuki ilişkinin anlam yapısını, görevini, niteliğini ve farklılığını ortaya koyan, bu sebeple bilinçli bir tercih neticesinde ortaya konan kurallardır⁷⁹⁸.

⁷⁹³ Tipin kendi içinde farklılaşması mümkün iken, diğer bir ifade ile bir tipe ilişkin unsurların diğer tipe ilişkin olanlar ile karışarak karışık muhtevalı akdin ortaya çıkması mümkün iken, somut olayın kavrama tâbi tutulabilmesi için kavramı meydana getiren bütün unsurları bünyesinde taşıması gerekir; yani kavramın tip gibi kendi içinde farklılaşması söz konusu olmaz, bilâkis kesin şekilde sınırları vardır. Bkz. **KUNTALP**, s. 45 vd.

Piaget, vekaletin tanımının olduğunu, dolayısıyla, tip olarak değil kavram olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, yasal tipin tanımından bahsedilemeyeceği, tanım teriminin kavramsal düşüncenin doğasından kaynaklandığı görüşündedir. Bkz. **PIAGET**, s. 989, dph. 40.

⁷⁹⁴ Tarafların *naturalia negotii* üzerinde değişiklik yapmaları o tipin dışına çıktıkları anlamına gelmez. Sadece akit tipine ilişkin verilen tanımların içerdiği esaslı unsurlarda getirilecek farklılık tipin dışına çıkılmasına yol açar. Bkz. **KUNTALP**, s. 50 vd.

⁷⁹⁵ **KUNTALP**, Yöntem, IV,C.

⁷⁹⁶ **KUNTALP**, s. 42 vd.

⁷⁹⁷ **KUNTALP**, s. 39 .

⁷⁹⁸ **KUNTALP**, s. 42 vd; **PIAGET**, s. 988 vd.

Bu sebeplerle, yedek hükümlerin doğrudan yok sayılmayıp, bünyesine uyduğu sözleşmeye öncelikle uygulanması, dolayısıyla, hâkimin yaratacağı hukuka karşı öncelikli olması gerekir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, tipolojik düşünce sistemi kavramlar içtihadının kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Sosyal olayın farklılık ve özelliklerinin dikkate alınması da tipin ifade şeklidir⁷⁹⁹.

Tarafların kanundaki tanımlarda yer alan esaslı unsurlardan ayrılmaları, sözleşme serbestisinin bir görünümü olan tip serbestisi sayesinde her zaman mümkündür⁸⁰⁰. Dolayısıyla, kanunda yer almayan tipte bir sözleşmenin kurulması da her zaman imkân dahilindedir⁸⁰¹. Bu durumda esaslı noktalar içtihatlarla belirlenir⁸⁰². Bu sözleşme tiplerine de kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin benzerlik gösterdiği ölçüde uygulanması gerektiği kabul edilir⁸⁰³. Kıyasen uygulama sayesinde, kanuni düzenlemeye sahip tipik sözleşmeler için getirilen emredici hükümlerin, tip serbestisine dayanılarak çevresinden dolanılmasının da önüne geçilir⁸⁰⁴. Böylece kanuni tip ile benzer menfaatleri taşıyan bir sözleşmeye, kanuni tipe ilişkin emredici hüküm, benzerlik taşıdığı ölçüde kıyasen uygulanır⁸⁰⁵.

Tipolojik düşünce sistemi neticesinde sözleşmedeki boşluğa öncelikle uygulanması gerektiğini düşündüğümüz tamamlayıcı hukuk kuralları, kişilerce aksi kararlaştırılmaması halinde uygulanan yedek hukuk kurallarının bir türüdür. Bu kurallar, tarafların sözleşme kurulurken düzenlemedikleri hususlarda sözleşmeyi tamamlar; bu sebeple de, tamamlayıcı hukuk kuralı olarak adlandırılır⁸⁰⁶.

Bir grup yazar⁸⁰⁷, tamamlayıcı hukuk kurallarının genellik dereceleri ve muhtevalarına göre ayrıldıklarını kabul eder. Bu yazarlara göre, genellik derecesine göre tamamlayıcı hukuk kuralları “*genel tamamlayıcı kurallar*” ve “*özel tamamlayıcı*

⁷⁹⁹ **KUNTALP**, s. 40.

⁸⁰⁰ **KUNTALP**, s. 50 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 53 vd; **ROCHFELD**, s. 53 vd.

⁸⁰¹ **ROCHFELD**, s. 53 vd; **KUNTALP**, s. 50 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, 53 vd.

⁸⁰² **ROCHFELD**, s. 149 vd.

⁸⁰³ **KUNTALP**, s. 54 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 53 vd.

⁸⁰⁴ **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 53 vd.

⁸⁰⁵ *Serozan*, bu konuda örnek olarak rehin sözleşmesine ilişkin *lex commissoria* yasağının teminaten temlike de kıyasen uygulanmasını göstermiştir. Bkz. **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 53 vd.

⁸⁰⁶ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 69 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 157 vd; **VELİDEDEOĞLU**, s. 59 vd; **ÖZSUNAY**, s. 184; **KÖPRÜLÜ**, s. 89 vd; **BİLGE**, s. 63 vd.

⁸⁰⁷ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 506 vd; **KAPLAN**, s. 98 vd.

kurallar” olmak üzere ikiye ayrılır. Yazarlar, belirli bir sözleşme tipine ilişkin olmayan tamamlayıcı hukuk kurallarını genel; belirli bir sözleşme tipine veya onun alt tipine veya değişik sözleşme tiplerine uygulanabilen hukuk kurallarını ise özel tamamlayıcı hukuk kuralı olarak nitelendirirler⁸⁰⁸. Bu yazarlar, muhtevasına göre tamamlayıcı kuralları “esasa ilişkin tamamlayıcı kurallar” ve “başka kanun hükmüne atıfta bulunan tamamlayıcı kurallar” olmak üzere ikiye ayırırlar. Esasa ilişkin tamamlayıcı hükümler, esasa ilişkin düzenleme içeren ve hukuki soruna doğrudan cevap veren düzenlemelerdir⁸⁰⁹. Başka kanun hükmüne atıfta bulunan hükümler ise doğrudan çözüm önermeyen ancak sorunun nasıl çözülebileceğine yönelik olarak kanun hükmüne, örf ve âdet hukukuna veya hâkimin takdir yetkisine atıfta bulunan hükümlerdir⁸¹⁰.

Hükmün, yedek hukuk kuralı niteliği tespit edildiğinde, bu hükmün uygulanabilirliğini sözleşme ile güdülen amacın belirlediği görülür. Zira, uyuşmazlık konusu hususa uygulanacak emredici hükmün bulunmaması ve sözleşme hükümleri arasında da uyuşmazlığı giderebilecek bir düzenlemenin tespit edilememesi durumunda, mevcut yedek hukuk kuralının sözleşmeye mutlaka uygulanacağını söylemek doğru olmayacaktır⁸¹¹.

İster genel, ister özel nitelikte olsun, ister esasa ilişkin ister başka bir kanun hükmüne atıfta bulunan tamamlayıcı hukuk kuralı olsun, hâkim öncelikle tamamlanması istenen sözleşmenin niteliğini tespit edecek; daha sonra da bu niteliğe ilişkin bir tamamlayıcı hüküm bulunup bulunmadığını araştıracaktır⁸¹². Yedek

⁸⁰⁸ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 506-507; Aynı yöndeki ayırım için bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 98 vd.

⁸⁰⁹ *Jäggi/Gauch*, hukuki soruna doğrudan cevap veren normların tarafların farazî iradesi yerine geçtiğini, zira, bunların sözleşmenin hukuki doğasına göre çözüm getirdiğini ileri sürerler. Sözleşmenin doğasına göre çözüm getirilmesi, sözleşmenin tipi ve amacı göz önüne alınmak suretiyle sözleşmenin taraflarının farazî iradesinin yerine geçecek bir kural getirilmesi olarak açıklanır. Yazarlara göre bu tutum, aslında uygulamada geçerli olan geleneklerin kanunlaştırılmasından başka bir şey değildir. Mevcut uygulamanın kanunlaştırılması olarak ifade edilenlerin dışında bir diğer grup genel yorumlayıcı kural da, kanun koyucu tarafından adil bir çözüm getirilerek uygulamada ortaya çıkacak boşluğun giderilmesini amaçlar. Bu yönde bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 509.

⁸¹⁰ **KAPLAN**, Müdahale, s. 98 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 509-510.

⁸¹¹ **ATAMER**, Düşünceler, s. 183 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 96 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 339 vd; **OKTAY**, s. 287 vd.

⁸¹² “*Bilindiği gibi kanunun tamamlayıcı kuralları, sözleşme boşluğunun doldurulmasında bir araçtır. Hakim, MK. 1/f. 1'e göre, önce kanunun hükmünü uygulamak zorunda bulunduğundan, önce kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunup bulunmadığını veya en azından kanunun*

hükümler aslında sözleşenlerin ortalama varsayımsal iradeleri düşünülerek kaleme alınır. “Ortalama”dan kasıt olağanlık, tipik olmadır. Dolayısıyla, yedek hukuk kuralının uygulanması için aslında gereken şart işlemin bu olağan kavramına girip girmediğinin tespitidir⁸¹³. Bu sebeple, hâkim somut olay ile ilgili bir hükmün varlığını tespit ederse, söz konusu hükmün tamamlanması gereken sözleşme ile uyumlu olup olmadığını ve tarafların bu tamamlayıcı hükmü bertaraf etmek isteyip istemediklerini inceleyecektir. Böylelikle, sözleşmenin yorumlanması yöntemiyle, tamamlanacak sözleşmenin içeriği ile yedek hükmün örtüşüp örtüşmediği irdelenecektir⁸¹⁴.

Tamamlayıcı hüküm sözleşmenin diğer hükümleri ile uyumlu ise ve tarafların da bu hükmü bertaraf etme niyetlerinin olmadığı⁸¹⁵ anlaşılıyor ise, hâkim, öncelikle tamamlayıcı hükmü uygulayacaktır. Tamamlayıcı hüküm, her ne kadar adil bir çözüme yönelmiş olsa da sözleşmenin kalan içeriği ile örtüşmüyorsa bu durumda hâkim işin niteliğine göre ve tarafların farazî iradesine paralel olarak sözleşmeyi kendi koyacağı kural ile tamamlama yoluna gidecektir⁸¹⁶.

başka bir hükmüne atfın mevcut olup olmadığına bakacaktır. Bu kabulün doğal sonucu olarak da Türk Ticaret Kanununa bakmak gerekir. Yangın dolayısıyla sorumluluk sigortası TTK.nun 1309 ve 1310. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler Eski Ticaret Kanunundan aynen alınmış olup sorumluluk sigorta türüne ilişkin temel sorunları ayrıntılı ve doyurucu bir biçimde hükme bağlamıştır. 1310. maddede de doğrudan doğruya dava hakkına ve bunun sonuçlarına yer verilmiştir. Anılan madde hükmüne göre zarara maruz kalan üçüncü şahıs, doğrudan doğruya sigortacıya başvurabilmektedir. TTK.nun 1309 ve 1310. maddeleri tartışılan sigorta türü bakımından bir genel hüküm niteliğinde değil ise de, bu hükümlerin diğer sorumluluk sigortası türlerinden ileri gelen uyumsuzluklarda kıyas yolu ile uygulanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim sözleşmelerin değişen hal ve şartlara uyarlanması Hâkimin, Genel hükümler içinde yer almamasına rağmen BK.nun 365/II. maddesinden yararlanması uygulama ve öğretide oybirliğine yakın bir çoğunlukla kabul edilmektedir. Bu ilkeler doğrultusunda hakimın kıyas yolu ile TTK.nun 1309 ve 1310. maddelerinden yararlanmak suretiyle uyumsuzluğa çözüm getirmesi gerekirken yasa da uygulanabilecek hiç bir hüküm bulunmadığı, yasa boşluğu bulunduğu şeklindeki saptaması doğru olmamıştır” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.1995/11-980 K.1996/18 T.31.1.1996 sayılı kararı için bkz. www.lebibyalkn.com.tr.

⁸¹³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 340; **ATAMER**, Düşünceler, s. 182 vd; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1255.

⁸¹⁴ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 512.

⁸¹⁵ Sözleşmedeki boşluk nitelikli susma olarak değerlendiriliyorsa bu durumda sözleşme boşluğundan söz edilemez. Nitelikli susmanın kabul edilebilmesi için tarafların bu konuda düzenleme getirmek istemediklerinin net olarak tespit edilmesi gerekmektedir. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 516. Aynı yönde bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 216.

⁸¹⁶ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 513-18, 526 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 112 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 340 vd; **CANARIS/GRIGOLEIT**, s. 464, 466 vd; **DELFORGE**, s. 252; *Kramer*’e göre, hâkim ancak dört ihtimalde kendi kuralını yaratabilecektir: Birinci ihtimal, tarafların tamamlayıcı hükmü dışarıda bırakmaları, ikinci ihtimal, tamamlayıcı hükmün çözüm için elverişli olmaması, üçüncü ihtimal, tamamlayıcı hükmü kendisinin boşluk içermesi, dördüncü ihtimal, aynı BK m.2, CO 112 II, 429 II, 430 I de olduğu gibi kanunun hâkimi bu yönde yetkilendirmesi halidir. Bkz. **BK-KRAMER**, Art.18, N. 232; aynı

Kanun koyucunun yedek hükümler getirmesinin amacı, daha önce de ifade ettiğimiz üzere tipik olaylarda ortalama menfaat dengesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, bu durumun dışında bir sözleşme ile karşılaşılması halinde yedek hükmün uygulanacağı konusunda direnmek doğru olmayacak, hatta, bu durumda yedek hükmün uygulanmasında ısrarcı davranmak, uygulanacak yedek hükmün ratio legis'ini aşacaktır⁸¹⁷.

Türk Hukukunda *Kaplan*, sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulmasında kuralın tamamlayıcı hukuk kurallarına öncelik verilmesi olduğunu, ancak, istisnai hallerde işin niteliği göz önünde tutularak tamamlayıcı yorum yoluyla sözleşme boşluğunun doldurulacağını kabul etmektedir⁸¹⁸. *Kaplan*, istisna hallerini de şu şekilde saymaktadır⁸¹⁹ : Sözleşmeden tarafların tamamlayıcı hukuk kuralarından ayrılmak istediklerinin anlaşılması; bu yönde bir saptama yapılamamasına rağmen uygulanmak istenen tamamlayıcı hukuk kuralının tarafların menfaatlerine uygun bir çözüm getirmemesi; uygulanmak istenen tamamlayıcı hukuk kurallarının günümüz ilişkilerinin nitelikleriyle bağdaşmaması ve uygulanma kabiliyetlerini kaybetmiş olması; uygulanacak tamamlayıcı bir hükmün bulunmaması; kanun hükümlerinin açık bir şekilde işin niteliğine veya örf ve âdete atıf yapması; kanunun sözleşmedeki boşluğun hâkimin takdirine göre doldurulmasını emretmesi.

Dural/Sarı da, sözleşmede bir boşluğun varlığının tespit edilmesi halinde, hâkimin, öncelikle bu konuda kanunda bir yedek hüküm olup olmadığını araştıracağını, eğer bu konuda bir yedek hüküm varsa, söz konusu boşluğu öncelikle bu hüküm veya hükümler uyarınca dolduracağını ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın

yönde , **KAPLAN**, Müdahale, s. 99 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 8.

⁸¹⁷ **ATAMER**, Düşünceler, s. 182 vd. *Larenz* de bu konuyla ilgili olarak yedek hükümlerin sınırsız sayıda benzer sözleşmeler için kaleme alındıklarını, bu sebeple de, genel düzenlemeler içerdiklerini, oysa, tarafların özel durumunu, menfaatlerini ve sözleşmenin hükümlerini göz önüne alarak bir tamamlayıcı yorumun yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **LARENZ**, s. 737, 740.

Bucher, yedek hükümlerin geniş anlamda sözleşmenin içeriği olarak ele alınabileceğini, dolayısıyla, somut olaya ilişkin bir yedek hükmün bulunması halinde, boşluk doldurmadan bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. **BUCHER**, AT, s. 187.

⁸¹⁸ **KAPLAN**, Müdahale, s. 96 vd.

⁸¹⁹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 96 vd.

bu hükümlere göre çözüleceğini kabul eder⁸²⁰. Ancak, bu yazarlara göre sözleşmenin tamamlanmasından önce mutlaka doğru bir şekilde yorumlanması gerekir; sözleşmenin yorumlanması sonucunda tarafların konuya ilişkin yedek hukuk kurallarını bertaraf etmek istedikleri anlaşılıyorsa veya sözleşmede yedek hükmün düzenleniş amacından bir sapma görülüyorsa, bu durumda artık hâkim konuya ilişkin mevcut yedek hukuk kuralından yararlanamaz, boşluğu bizzat kendisi doldurur⁸²¹. Boşluğu doldururken de hâkim, dürüstlük kuralı uyarınca taraflar dürüst ve makul kişiler olarak boşluğu öngörmüş olsalardı nasıl bir çözümü benimseyecek idiyseleler ona göre karar verir⁸²².

Kocayusufpaşaoğlu, bu konuda farklı bir ayırıma gitmekte ve tamamlayıcı hükümleri alelâde (sıradan) tamamlayıcı hükümler ve bu hükümlerden daha güçlü veya daha zayıf olan tamamlayıcı hükümler olarak sınıflandırmaktadır⁸²³. Yazar, bu ayırıma göre hareket etmenin daha doğru olacağını kabul eder. Alelâde tamamlayıcı hükümlerden “daha güçlü”olan tamamlayıcı hükümler, taraflarca bertaraf edilebilmesi için açık veya yazılı bir anlaşmaya ihtiyaç duyulan hükümler olarak ifade edilir. Bu hükümlerin bir diğer özelliği de somut sözleşmeye uygun düşmedikleri ileri sürülerek uygulama dışı bırakılmamalarıdır. Bu hükmün uygulanmasını bertaraf edebilmek için tarafların arasında açık veya yazılı bir anlaşmanın bulunması şarttır⁸²⁴.

Alelâde tamamlayıcı hükümlerden “daha zayıf” tamamlayıcı hüküm olarak adlandırılan hükümler ise, somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle tamamlama yapılarak bertaraf edilebilecek hükümlerdir. Bu hükümlerin teknik nitelik taşıdığı, yoksa âdil bir düzenleme getirme amacı taşımadığı bu sebeple de öncelikle tarafların farazî iradeleri ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir çözüme ulaşılmaya çalışılacağı, bir sonuca ulaşılamaması halinde bu nitelikteki hükümlere başvurulacağı kabul edilir⁸²⁵.

⁸²⁰ **DURAL/SARI**, s. 205.

⁸²¹ **DURAL/SARI**, s. 205.

⁸²² **DURAL/SARI**, s. 205; *Kramer*, bu durumda hakimin sözleşme hükümlerinden kıyas yolu ile elde edeceği hükmü uygulayabileceğini kabul eder. Bkz. **BK-KRAMER**, Art.18, N. 235.

⁸²³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş , s. 340; **JÄGGİ/GAUCH**, Art. 18, N. 519.

⁸²⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 340; **JÄGGİ/GAUCH**, Art. 18, N. 519.

⁸²⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 340.

Buraya kadar anlatılanlar göz önüne alındığında, kabul etmek gerekir ki, yedek hukuk kuralları ve farazî iradeden hangisinin diğerine nazaran mutlak önceliğinin olduğu sorusunun kesin bir cevabı bulunmamaktadır. Kural olarak, yedek hükümlerin farazî iradeye nazaran önceliği olduğunu kabul etmek gerekir. Tarafların yedek hukuk düzenlemelerinden ayrılmak istemediklerinin tespit edilebilmesi ve yedek hükümlerin düzenleme alanına giren tipik bir sözleşmenin mevcut olması halinde, söz konusu boşluk yedek hükümler ile doldurulmaya çalışılmalıdır. Bu durumda, hâkimin yedek hukuk kuralını uygulamaması söz konusu değildir⁸²⁶. Somut olayda tarafların yedek hukuk kurallarından uzaklaşmak istediklerinin tespit edilebilmesi halinde ise (ki bu tespit tarafların iradelerinden veya sözleşmenin özelliklerinden de anlaşılabilir) tarafların farazî iradesi yedek hükmün uygulanmasını bertaraf eder⁸²⁷. Daha önce belirttiğimiz üzere yedek hukuk kurallarının da getiriliş amacının dikkate alınması gerekir. Birden fazla benzer olay için soyut olarak düzenlenen yedek hukuk kurallarının somut sözleşmeye uygulanabilmesi için ayrıca hâkimin söz konusu hükmün somut olaya uygun çözüm getirip getirmediğini incelenmesi gerekir. Özellikle uyuşmazlık konusu ile ilgili yedek hükmün günün ihtiyaçlarını karşılayamayacak halde olması durumunda hâkim yedek hükmü uygulamaktan kaçınmalıdır⁸²⁸.

B. Boşluğun Örf ve Âdet ve İşlem Teamülü Nazara Alınarak Hâkim Eliyle Doldurulması

1. Genel Olarak

Tarafların yan noktalardan bir veya birkaçını sözleşmeyi yaparken öngörmemiş olmaları halinde, sözleşme taraflarının kanundaki yedek kurallardan uzaklaşmak istemediklerini tespit ettikten ve söz konusu hükmün somut olaya uygun çözüm

⁸²⁶ ATAMER, Düşünceler, s. 185 vd; KAPLAN, Müdahale, s. 95; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 339 vd; OKTAY, s. 287 vd; AKSOY DURSUN, s. 89 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 77; OĞUZMAN/ÖZ, s. 153 ; PÉDAMON, s. 129 vd.

Yargıtay da 2004 tarihli bir kararında sözleşmedeki boşluğun Borçlar Kanununun genel hükümleri uyarınca doldurulması gerektiğini ifade etmiştir. **Yarg. 15. HD.** 9.3.2004, E. 2003/4736, K. 2004/1293, karar için bkz. Kazancı İctihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

⁸²⁷ ATAMER, Düşünceler, s. 183 vd; PÉDAMON, s. 129 vd; KAPLAN, Müdahale, s. 96 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 339 vd; OKTAY, s. 287 vd.

⁸²⁸ ATAMER, Düşünceler, s. 184 vd; KAPLAN, Müdahale, s. 96 vd; OKTAY, s. 289 vd; GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY, N. 1255; JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N.517.

getirdiği kanaatine vardıldıktan sonra hâkim, yedek hükümleri uygulayarak sözleşmedeki boşluğu doldurur⁸²⁹.

Ancak, uyuşmazlık konusu hususla ilgili bir yedek hükmün bulunmaması halinde hâkim sözleşmedeki boşluğu ne şekilde dolduracaktır? Bu durumda ortaya öncelikle çözülmesi gereken şu sorun çıkar. Acaba, hâkim MK m. 1/f. II de kanun boşluğunun doldurulması bakımından geçerli olan sırayı sözleşme boşluğunun doldurulması bakımından da izlemek zorunda mıdır? Diğer bir ifade ile, somut olaya uygun yedek hükmün bulunmaması, ancak, örf ve âdet hukuku kuralının mevcut olması halinde, hâkim, tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralını uygulamak zorunda mıdır? Bu sorun, hâkimin boşluk doldurmada sahip olduğu araçlarla ilgili bir sorundur.

Öğretide kabul edilen görüş, sözleşme boşlukları doldurulurken de hâkimin MK m. 1/f. II'de belirtilen sıra ile bağlı olacağı yönündedir⁸³⁰. Zira, hâkimin kendi kuralını yaratmasının kaynağı olarak MK m. 1 gösterilir. MK m.1 uyarınca, hâkim, kanun hükmünü uygulamakla yükümlüdür. Hâkim önüne gelen uyuşmazlığı konuya ilişkin hüküm bulunmaması sebebiyle çözmekten kaçınmaz; hatta kendisi yasa koyucuymuş gibi kural koyarak uyuşmazlığı çözüme bağlar. Hâkimin kendisinin kural yaratması ilk bakışta sadece hâkime tanınan bir yetki gibi gözükse de aslında aynı zamanda bir görevdir⁸³¹. Nitekim, HUMK m. 573/b. 6, hâkimin uyuşmazlığı çözmekten kaçınması halinde sorumlu olacağını düzenler. Dolayısıyla, nasıl ki hâkim önüne gelen uyuşmazlığı hüküm bulunmaması sebebiyle çözmekten kaçınmaz ise, aynı şekilde sözleşmede boşluk bulunması sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da aynı sebeple uyuşmazlığı çözmekten kaçınmaz; gerekirse kendi koyacağı kuralla sorunu çözer. Bu sebeple hâkimin sözleşme boşluğunu doldurma yetkisinin de MK

⁸²⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 178; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 76 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 503; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1254-1256.

⁸³⁰ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 531-533 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 339; **ATAMER**, Düşünceler, s. 189; **KAPLAN**, Müdahale, s. 101 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No: 1134, s. 7; **AKSOY DURSUN**, s. 97 vd.

Edis, hukuki işlemlerdeki boşlukların kanun boşluklarına tekabül ettiğini, bu sebeple de hukuki işlemlerdeki boşlukların doldurulmasında da kanun boşluklarının doldurulmasında izlenen yöntemin uygulanacağını kabul eder. **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 306.

⁸³¹ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 90 vd.

m. 1'den kaynaklandığı kabul edilir⁸³².

İşte örf ve âdet hukuku kuralının sözleşme boşluğunun doldurulmasındaki yeri de yukarıdaki açıklamalar ışığında MK m. 1/f. II uyarınca belirlenir. Hâkim, somut olaya ilişkin yedek hükmün bulunmaması veya bulunmasına rağmen somut sözleşme ile bütünlük arz etmemesi sebebiyle boşluğun doldurulmasında uygulanamaması halinde, öncelikle somut olayla ilgili örf ve âdet hukuku kuralının var olup olmadığını araştırır. Hâkim, örf ve âdet hukuku kuralının varlığını tespit ederse, sözleşmedeki boşluğu bu kural ile doldurur⁸³³. Ancak, hemen ifade edelim ki, somut olaya ilişkin örf ve âdet hukuku kuralının mevcut olması, bu kuralın mutlak uygulanacağı anlamına gelmez. Söz konusu kural da aynen yedek hükümler gibi ancak sözleşmenin diğer hükümleri ile uyumlu bir bütün oluşturabiliyor ise uygulanır⁸³⁴.

3. Örf ve Âdet Hukuku Kuralı Sayılmanın Koşulları

Yazılı olmayan hukuk kaynaklarından olan örf ve âdet hukuku yazılı hukuk kaynaklarından farklı olarak yetkili otorite tarafından değil, toplumsal inanç ve uygulama neticesinde kendiliğinden ortaya çıkan kurallar bütününden oluşur⁸³⁵. Bu durumda üzerinde dikkatlice durulması gereken husus, alelade bir örf ve âdet kuralının hangi hallerde hukuk kuralı niteliği taşıyacağını tespit edebilmektir. Nitekim, ancak hukuk kuralı niteliği taşıyan örf ve âdet kuralları hukuk kaynağı olarak ileri sürülebilir.

Medeni Kanunun birinci maddesi, kanunda uygulanabilir bir hükmün bulunmaması halinde hâkimin örf ve âdet hukukuna göre karar vereceğini belirtmiş; ancak örf ve âdet hukukunun tanımını vermediği gibi, unsurlarından da

⁸³² **MEIER-HAYOZ** , FJS No: 1134, s. 7; **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 53; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18. N. 531-533.

⁸³³ Nitekim, kanun boşluklarının doldurulmasında da örf ve âdet hukukunda somut olaya uygulanacak hükmün bulunması halinde hâkimin kanun yaratma yetkisinden bahsedilemez. Hâkim örf ve âdet hukukunu uygulamak zorundadır. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 90; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18. N. 532.

⁸³⁴ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18. N. 532.

⁸³⁵ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 89 vd; **ARAL**, s. 100 vd; **VELİDEDEOĞLU**, s. 34 vd; **KÖPRÜLÜ**, s. 106 vd; **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s. 39 vd; **ULUSOY**, s. 52; **TEKİNAY**, s. 66 vd; **ERMAN**, s. 47 vd.

bahsetmemiştir. Buna rağmen, öğreti ve uygulama örf ve âdet hukukunun unsurlarını maddi ve psikolojik unsurlar olmak üzere iki ayrı başlık altında toplayıp incelemektedir.

Maddi unsur, objektif unsur olarak da ifade edilen süreklilik unsurudur. Bir davranışın örf ve âdet hukuku kuralı niteliğini alabilmesi için, bir toplumda veya toplumun bir bölümünde sürekli olarak uygulanması aranır⁸³⁶. Süreklilikten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak da, MK m. 1’de herhangi bir açıklama mevcut değildir. Ancak, davranışın uygun bir süre tekrar etmesi gerektiği kabul edilir. Tekrarların da genel ve düzenli olması aranır⁸³⁷. Teknolojik gelişmeler neticesinde süreklilik unsuru bazı hallerde daha yumuşatılmış biçimde uygulama alanı bulur. Meslek kuruluşları, kartel ve tröstler buna örnek olarak gösterilir ve bu alanlarda az sayıda uygulama da yeterli kabul edilir⁸³⁸. Yine, kısa bir sürede meydana gelen ve bu kısa süre zarfında tekrarlanan bir davranışın da örf ve âdet hukuku kuralı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine, MK m. 4 uyarınca sahip olduğu yetkiye dayanarak, hâkim karar verebilir⁸³⁹.

Örf ve âdet hukuku kuralından bahsedebilmek için toplum içinde uygulanan davranışın yerleşmiş ve genellikle uygulanan bir uygulama olması gerekir. Ancak, bu örf ve âdetin bütün Türkiye’de uygulanıyor olması gerektiği anlamına gelmez⁸⁴⁰.

Örf ve âdet hukukunun maddi koşulunu oluşturan sürekli uygulama unsuru, bir davranışın örf ve âdet hukuku kuralı sayılması için tek başına yeterli değildir.

⁸³⁶ **VELİDEDEOĞLU**, s. 34 vd; **KÖPRÜLÜ**, s. 107 vd; **ERMAN**, s. 48.

Süreklilik unsuru, maddi unsur veya harici unsur olarak adlandırılmaktadır. Bu yönde bkz. **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 90 vd; **ARAL**, s. 102 vd; **ÖZSUNAY**, s. 174 vd; **AKİPEK /AKINTÜRK**, s. 86 vd; **BİLGE**, s. 32 vd; **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 94 vd; **TEKİNAY**, s. 66 vd; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU/GÜRPINAR**, s. 18 vd; **CARBASSE**, s. 17 vd; özellikle s. 21.

⁸³⁷ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 91 vd; **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s. 41 vd.

Devamlı olmayan uygulamaların teamül olarak değerlendirileceği, dolayısıyla, hukuk kaynağı olmamakla birlikte bazı hallerde kanun koyucunun bunlara hukuk kaynağı gücü tanıyabileceği hususunda bkz. **KÖPRÜLÜ**, s. 107; **GENY**, s. 357.

⁸³⁸ **KÖPRÜLÜ**, s. 108; **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s. 41 vd; **BİLGE**, s. 33.

⁸³⁹ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 92; **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s. 41 vd; **ULUSOY**, s. 53 vd. Yayın vasıtaları, basın ve sendikaların etkilerinin kuralların doğumunu çabuklaştıracağı hususunda bkz. **TEKİNAY**, s. 67.

⁸⁴⁰ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 92 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 87. Sürekli uygulamanın ülke çapında geniş kitleler tarafından benimsenmesi gerektiği hususunda bkz. **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 94 vd; **İMRE**, s. 168.

Psikolojik unsur olan hukuksal yürürlük iradesinin de bulunması gerekir⁸⁴¹. Hukuksal yürürlük iradesinden kasıt, toplumda veya ilgili grupta söz konusu davranışın “olması gereken” olarak nitelendirilmesi, diğer bir ifade ile uyulması zorunlu olarak kabul edilmesi yönünde görüş birliği oluşmasıdır⁸⁴².

Örf ve âdet hukukunda bu iki unsura ek olarak hukuk düzenince bir yaptırıma bağlanmış olma koşulunun aranıp aranmayacağı hususunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Bir grup yazar, hukuki unsur olarak adlandırılan bu devlet desteğinin yani yaptırımın olmamasının kuralın örf ve âdet hukuku kuralı haline gelmesine engel olacağı görüşündedir⁸⁴³. Diğer grup ise, hukuki unsurun örf ve âdet hukuku kuralından söz edilebilmesi için gerekli olmadığı fikrindedir⁸⁴⁴.

Biz de bu konuda ikinci gruptaki yazarların görüşüne katılıyoruz. Nitekim, devlet yaptırımının söz konusu olması halinde, artık kanun hükmünden bahsetmek gerekeceğinden, zaten “örf ve âdet hukuku kuralı”ndan söz etmek doğru olmaz.

Bu noktada, genel işlem şartlarının kullanılmasının örf ve âdet hukuku kuralı yaratıp yaratmayacağı sorunu konumuz bakımından önem taşır. Zira, bu soruya verilecek olumlu cevap, genel işlem şartlarının, müşterinin açık veya örtülü kabulüne gerek kalmaksızın sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesine yol açacak, sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında önemli rol oynayacaktır⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 93; **KÖPRÜLÜ**, s. 109 vd; **ARAL**, s. 103 vd; **ÖZSUNAY**, s. 175; **BİLGE**, s. 33; **CARBASSE**, s. 18 vd; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU/GÜRPINAR**, s. 19 vd; **ERMAN**, s. 49.

Örf ve âdet hukukunun varlığı, yazılı hukuk kuralı ile çatışmaması şartına bağlı değildir. Çatışmanın söz konusu olması halinde sadece örf ve âdet hukukunun uygulanamayacağı ileri sürülebilir. Bu konuda bkz. **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s. 42 vd; **ULUSOY**, s. 54 vd.

⁸⁴² **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 93; **VELİDEDEOĞLU**, s. 35 vd; **KÖPRÜLÜ**, s. 108 vd; **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s. 42 vd; **ULUSOY**, s. 54 vd; **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 94 vd; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU/GÜRPINAR**, s. 19 vd; **CARBASSE**, s. 18 vd; özellikle s. 26.

⁸⁴³ **ULUSOY**, s. 55 vd; **VELİDEDEOĞLU**, s. 35, **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 87; **TEKİNAY**, s. 67; **ATAAY**, Medenî Hukuk, s. 119; **BİRSEL**, s. 205; **BİLGE**, s. 34; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU/GÜRPINAR**, s. 19 vd..

⁸⁴⁴ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 93; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 97 vd; **ÖZSUNAY**, s. 174; **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet , s. 58 vd; **İMRE**, s. 182; **ERMAN**, s. 48 vd; **SCHWARZ**, Medenî Hukuk, s. 47; **ARAL**, s. 100.

⁸⁴⁵ Genel işlem şartı kullanılarak yapılan işlemin ticari iş olarak nitelendirilmesi halinde, TTK m. 1/II uyarınca, ticari örf ve âdet kuralı genel hükümlerden öncelikli olacağından, genel işlem şartlarının örf ve adet hukuku kuralı olarak değerlendirilmesi ile söz konusu şartlar sözleşmenin içeriği olarak kabul edileceklerdir. **ATAMER**, GİŞ, s 105 vd.

Sorunu doğru olarak çözebilmek için, genel işlem şartlarının, örf ve âdet hukuku kurallarının unsurları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir davranışın örf ve âdet hukuku kuralı niteliğini alabilmesi için aranan ilk unsur, bir toplumda veya toplumun bir bölümünde sürekli olarak uygulanmasıdır. Oysa, genel işlem şartları uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmadığı gibi bunları kullanan firmadan firmaya da değişiklik gösterir ve genel değildir; dolayısıyla, genel işlem şartlarının toplumun bir bölümünde uygulandığından söz etmek doğru olmaz⁸⁴⁶. Örf ve âdet hukuku kuralının ikinci unsuru, toplumda veya ilgili grupta söz konusu davranışın “olması gereken” olarak nitelendirilmesi, diğer bir ifade ile, uyulması zorunlu olarak kabul edilmesi yönünde görüş birliği oluşmasıdır. Ancak, toplumda genel işlem şartlarına uyulması gerektiği yönünde bir görüş birliğinden de bahsedilemez. Sadece genel işlem şartlarını kullananların, hatta sadece genel işlem şartlarını hazırlayanların bu kurallara uyulmasını zorunlu kabul etmeleri, söz konusu kuralların örf ve âdet hukuku kuralı olmaları için yeterli değildir. Bu sebeple, belirli bir branşta yaygın kullanım da, hukuksal yürürlük iradesi bulunmadığından zamanla genel işlem şartlarının örf ve âdet hukuku kuralı haline gelmesini sağlayamayacaktır⁸⁴⁷.

Ancak, genel işlem şartlarının kullanımının, örf ve âdet hukuku kuralı seviyesine ulaşmamış, fiili alışkanlık niteliğinde olan teamüller olarak değerlendirilmesi mümkündür⁸⁴⁸. Genel işlem şartlarının kullanımının teamül olarak değerlendirilebileceği durumlarda, söz konusu şartların sözleşmenin içeriği olabilmesi için taraflarca açık veya zımni olarak kabul edilmesi gerekir.

3. Olaya Uygulanabilir Örf ve Âdet Hukuku Kuralları ve İşlem Teamüllerinin Tespiti

Örf ve âdet hukuku kuralları veya işlem teamülünün yazılı olmamaları sebebiyle tespit edilmeleri zordur; ancak, bunların tespit edilmeleri büyük önem taşır. Zira, örf ve âdet hukuku kuralları her ne kadar yazılı olmadıkları için hâkim

⁸⁴⁶ Bu durumu, genel işlem şartlarında örf ve âdet hukuku kurallarına yer verilmesi ile karıştırmamak gerekir. Zira, bu ihtimalde söz konusu şartların bağlayıcılığı tartışma konusu olmayacaktır. Bkz. **HAVUTÇU**, Tüketici, s. 99 vd.

⁸⁴⁷ **HAVUTÇU**, Tüketici, s. 100 vd; **ATAMER**, GİŞ, s 105 vd.

⁸⁴⁸ Genel işlem şartlarının teamüllerin bir belirtisi olabileceği yönünde bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 403.

tarafından bilinmeme riski taşısalar da, hâkimin bunları re'sen uygulama zorunluluğu mevcuttur⁸⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, HUMK m. 76 uyarınca örf ve âdet hukukuna dayanan taraf dayandığı örf ve âdet hukukunu ispat etmek durumundadır. Sözleşenlerden biri tarafından ileri sürülmemiş veya herhangi bir şekilde hâkimin bilgisine sunulmamış ise hâkimin örf ve âdet hukuku kuralının bulunup bulunmadığını araştırması zorunlu değildir⁸⁵⁰. Hâkimin örf ve âdet hukukunu araştırma zorunluluğu ifade edildiği üzere, taraflarca veya sözleşenlerden biri tarafından ileri sürülmesi veya başka bir yolla hâkimin bilgisine sunulmuş olması halinde söz konusudur. Ancak, varlığı tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralının uygulanması zorunludur⁸⁵¹. Hâkim, tarafların tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralına dayanıp dayanmadıklarına, hatta bilip bilmediklerine bakmaksızın bu kuralı re'sen uygulamak durumundadır. Görüldüğü üzere, hâkimin kendi bilgisinde olmadıkça veya sözleşenlerden biri tarafından ileri sürülmedikçe örf ve âdet hukuku kuralını tespit etme zorunluluğu yoktur. Ancak, bilgisi dahilindeki veya taraflardan birinin iddiası üzerine tespit ettiği örf ve âdet hukuku kuralını tarafların rızasını aramaksızın somut olaya uygular.

Hâkimin bu araştırmayı nasıl gerçekleştireceğini ikili bir ayırım yaparak inceleyebiliriz.

Öncelikle, genel olarak bilinmeyen veya mahkemece tanınmayan örf ve âdet hukuku kuralının varlığı iddia ediliyorsa, bunların varlığını iddia eden tarafça ispat edilmesi gerekir. Ancak tarafların ispat zorunluluğu yoktur⁸⁵². İddia üzerine de hâkimin, daha önce verilen kararlardan, bilirkişilerden, ilgili mesleki çevrelerden ve mahalli kuruluşlardan yararlanarak iddianın doğru olup olmadığını tespit etmesi

⁸⁴⁹ **ARKAN**, s. 88 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 61 vd.

Örf ve âdet hukuku kurallarının ve teamüllerin yazılı olanları da mevcuttur. Mücbir sebep ve beklenmeyen halleri tespit eden Milletlerarası Ticaret Odasının 421 sayılı broşürü, akdi teminatlara ilişkin yeknesak kuralları ihtiva eden Milletlerarası Ticaret Odasının 325 sayılı broşürü, INCOTERMS vs. bunlara örnek olarak gösterilebilir. Ancak, bu durumda tespitlerine ve uygulanmalarına ilişkin bir problem çıkmadığı için bunların üzerinde durmuyoruz.

Örf ve âdet hukukuna ilişkin bazı kuralların yazılı olması bu kuralları yazılı hukuk kuralına dönüştürmez; yazılı olma sadece var olduklarına ilişkin bir ispat aracı niteliğindedir. Bkz. **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet , s. 85 vd; **ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 97 vd.

⁸⁵⁰ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 103 vd.

⁸⁵¹ Tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralının uygulanmasının maddî hukuk meselesi olduğu yönünde bkz. **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 103 vd; **ÖZSUNAY**, s. 175; **BİRSEL**, s. 205.

⁸⁵² **ARKAN**, s. 88; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 103 vd.

gerekir⁸⁵³. Nitekim, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun⁸⁵⁴ Oda meclisinin görevlerine ilişkin 17. maddesinin (e) bendinde oda meclislerine, “*alışma alanlarındaki ticarî ve sınaî örf, âdet ve teamülleri tespit ve ilan*” görevi verilmiştir. Aynı Kanun’un 39. maddesinin (d) bendinde de borsa meclislerine “*alışma alanları içindeki örf, âdet ve teamülleri tespit ve ilân etme*” vazifesi verilmiştir.

Hâkimin elindeki uyuşmazlığa ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığı yönündeki sorusuna odalarca verilen cevaba hâkimin uymak zorunda olup olmadığı doktrinde tartişmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁵⁵, odalardan gelen cevap mahkemeyi bağlayıcıdır; zira, odalara bu görev Kanun’la verilmiştir. Diğer görüşe göre ise⁸⁵⁶, cevap bilirkişi raporu niteliğindedir ve mahkeme gerek görürse örf ve âdet hukuku kuralı şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebilir.

Kanımızca, odalardan gelen cevabın bilirkişi raporu niteliğinde olduğunu ve hâkimin gerekli görürse yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle uygulamanın örf ve âdet hukuku kuralı niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendirebileceğini kabul etmek, örf ve âdet hukuku kuralının niteliğine daha uygun düşer. Zira, söz konusu kurallar zaman içinde gelişen kurallardır ve ticarî veya sosyal hayatın gelişimiyle değişikliğe uğramaları her zaman mümkündür.

Örf ve âdet kurallarının genel olarak biliniyor veya genel olarak bilinmese dahi mahkemenin uzmanlık konusu ile ilgili olması sebebiyle mahkemece biliniyor olması halinde ise, iddia veya ispat edilmesine gerek kalmaksızın mahkeme tarafından uygulanması gerekir⁸⁵⁷.

⁸⁵³ **KAPLAN**, Müdahale, s. 61 vd; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 93.

Ticaret, ziraat ve benzeri meslek odalarının örf ve âdet hukuku kurallarına yönelik tuttuğu defterlerden de yararlanılabilecektir. Bkz. **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s. 85 vd; **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 103; **KÖPRÜLÜ**, s. 117 vd.

⁸⁵⁴ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, Kabul Tarihi: 18 Mayıs 2004 , Resmî Gazete ile Neşir ve İlânı: 1 Haziran 2004 - Sayı: 25479.

⁸⁵⁵ **POROY/YASAMAN**, s. 97.

⁸⁵⁶ *Işıktaç*, bilirkişinin oy ve görüşlerinin hâkimi bağlamayacağına ilişkin HUMK m. 286’yı hâkimin oda raporlarını kabul zorunda olmadığına bir gerekçe olarak göstermiştir. Bkz. **İŞIKTAÇ**, Örf ve Âdet, s.71

⁸⁵⁷ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 103 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 61 vd.

Hem taraflar, hem de hâkim bakımından örf ve âdet hukuku kurallarının belirgin olmaması uygulanmaları bakımından güçlük yaratır. Nitekim, örf ve âdet hukuku kurallarının toplumun bilinç ve vicdanına göre ve zaman içinde olduğu göz önüne alındığında, söz konusu kuralın zaman içinde değişikliğe uğrayıp uğramadığı veya tamamen ortadan kalkıp kalkmadığının da dikkatlice tespit edilmesi gerekir⁸⁵⁸.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer önemli husus da, yargı makamlarının aynı yöndeki uygulamaları ve yine resmî kuruluşların belirli durumlar karşısındaki tutumlarının örf ve âdet hukuku kuralı niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Kanımızca, mahkemelerin belirli konularda aynı yönde verdikleri kararlar örf ve âdet hukuku kuralı niteliği alabilirler⁸⁵⁹. Nitekim, Yargıtay'ın da, faturanın kapalı fatura şeklinde hazırlanması halinde yargı organlarının, bedelin ödendiğini kabul ettiği; dolayısıyla, bu konuda örf ve âdet hukuku kuralı olduğu yönünde kararı mevcuttur⁸⁶⁰. Aynı hususu idari makamların aynı yöndeki uygulamaları bakımından da kabul etmek doğru olur. Ancak, dikkat etmek gerekir ki, ne yargı makamlarının ne de idari makamların, sosyal ve ekonomik gelişmeler gerekçe gösterilerek ortaya koydukları kanuna aykırı uygulamaların, örf ve âdet hukuku kuralı olarak uygulama alanı bulacağını kabul etmek hukuken doğru olmaz⁸⁶¹.

Bunun dışında, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, taraflardan sadece biri veya üçüncü şahıs tarafından sözleşmenin içeriği tartışılmaksızın hazırlanan katılım sözleşmelerinde yer alan genel şartlarının örf ve âdet hukuku kuralı olarak değerlendirilmesi, söz konusu genel şartların örf ve âdet hukuku kuralının psikolojik unsuru olan hukuksal yürürlük iradesinden yoksun olması ve örf ve âdet hukuku

⁸⁵⁸ IŞIKTAÇ, Örf ve Âdet, s. 85 vd.

⁸⁵⁹ SCHWARZ, Medenî Hukuk, s. 48; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 87; IŞIKTAÇ, Örf ve Âdet, s. 40 vd; ÖZSUNAY, s. 175 vd.

Köprülü, mahkemelerce ve idare yetkililerince meydana getirilen örf ve âdetin diğer alanlara nazaran daha önemli olduğunu ifade eder. KÖPRÜLÜ, s. 108 vd.

Mahkemelerin aynı yöndeki uygulamalarının örf ve âdet hukuku kuralı niteliği alması yaptırım bakımından değil, aynı yöndeki uygulamanın halkta bu yönde davranma mecburiyeti düşüncesi doğurmasından kaynaklanır. Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 98.

⁸⁶⁰ **Yarg. 19. HD**, 18.1.2001, 6236/300, karar için bkz. YKD, 2002/1, s. 88 vd; bu karara benzer şekilde, yırtılmış veya çizilmiş senedin ödeme sayılacağına ilişkin yargı kararlarının da örf ve âdet hukuku kuralı oluşturabileceğine ilişkin **Yarg. 11. HD**, 21.9.1976, 3837/3840 karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

⁸⁶¹ ÖZSUNAY, s. 176.

kuralının aksine, genel işlem şartlarının tarafların iradesi ile uygulama alanı bulması nedeniyle mümkün değildir⁸⁶².

4. Örf ve Âdet Hukuku Kuralları ve İşlem Teamülleri Çerçevesinde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

Hiç kuşkusuz, öncelikle emredici hükümler, bunların yokluğu halinde sözleşme hükümleri, sözleşme hükümlerinin mevcut olmaması halinde yedek hükümler, yedek hukuk kurallarının da söz konusu olmaması veya sözleşme ile uyumlu olmaması halinde mevcut örf ve âdet hukuku kuralı uygulama alanı bulur. Görülmektedir ki, Medeni Kanunun birinci maddesinde düzenlenen örf ve âdet hukuku kuralları genel örf ve âdet hukuku kurallarıdır ve bunlar uygulama sırası bakımından kanun hükümlerinden sonra gelir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralının somut olaya uygulanabilir olup olmadığıdır. Tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralının somut olaya uygun bir çözüm getirmemesi halinde, hâkimin, söz konusu kuralı uygulamak zorunda olduğu iddia edilemez.

Bunun dışında, örf ve âdet hukuku kurallarının somut olaya uygulanabilir olduğu hallerde de boşluk içeren sözleşmedeki taraf iradelerinin tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralından ayrılmaması gerekir. Eğer sözleşenlerin örf ve âdet hukuku kuralından ayrılmak istedikleri anlaşılıyor ise, hâkim, uyuşmazlık konusu hususa ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı tespit etmiş olsa bile, bu kuralı uygulayarak boşluğu doldurmaz. Ancak, tarafların iradesinden örf ve âdet hukuku kuralından ayrılma isteği anlaşılmıyorsa ve söz konusu kural da somut olaya uygun bir çözüm getiriyorsa, bu durumda hâkim boşluğu, tespit ettiği örf ve âdet hukuku kuralı ile doldurur⁸⁶³.

⁸⁶² **ARKAN**, s. 89; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 157; **ATAMER**, GiŞ, s. 105 vd; **HAVUTÇU**, Tüketici, s. 100 vd.

Belli alanlarda önceden hazırlanmış sözleşmelerin veya genel işlem şartlarının o konuda örf ve âdet hukuku kuralı veya teamülün varlığı hususunda bir gösterge olabileceği, ancak, genel işlem şartı ile örf ve âdet hukuku kuralı yaratılamayacağı görüşü için bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 403.

⁸⁶³ **ATAMER**, Düşünceler, s. 189 vd. Sözleşmenin örf ve âdet hukuku kuralı ile tamamlanabilmesi için tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada bu kuralı bilmeleri aranmaz. Bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 524.

Dikkat etmek gerekir ki, tarafların örf ve âdet kuralından ayrılmak istediklerinin tespit edilmemesi, onların bu kuralların uygulanmasını istedikleri anlamına gelmez ve örf ve âdet kuralını doğrudan sözleşmenin bir parçası yapmaz. Hâkim sadece tespit ettiği örf ve âdet hukuku kuralının sözleşmeye uygun bir çözüm getirdiği kanaatinde ise, bu kuralı uygular; aksi takdirde, daha uygun çözümü sağlayacak başka bir hüküm yaratabilir⁸⁶⁴. Tarafların aynı iş çevresinden olmaları, dolayısıyla, örf ve âdet hukuku kuralını bilmeleri ve fakat itiraz etmemeleri veya hâl ve şartların itiraz etmediklerini göstermesi halinde, söz konusu örf ve âdet hukuku kuralının taraflarca zımnen kabul edildiği düşünülebilir⁸⁶⁵. Aynı durum teamüller açısından da söz konusudur.

Örf ve âdet hukuku kurallarının uygulanabilmesi için söz konusu kuralların emredici hükümlere aykırı olmaması gerekir⁸⁶⁶. Tespit edilen örf ve âdet hukuku kuralının yedek hükümleri ihlal etmeleri halinde ise, örf ve âdet hukuku kuralı uygulanır. Nitekim, yedek hükümlere ilişkin hususlarda taraflar bu hükümlerden ayrılan düzenlemeler getirebildiklerine göre, sürekli uygulanma ve genel inanç gereği uyulması zorunlu kabul edilen örf ve âdet hukuku kurallarının da yedek hükümleri bertaraf edebileceklerinin kanun koyucu tarafından evleviyetle kabul edildiğini söylemek yanlış olmaz⁸⁶⁷. Buna karşın, yedek hükmün örf ve âdet hukuku kuralını saklı tutması halinde, yedek hüküm ile çelişse bile örf ve âdet hukuku kuralı

⁸⁶⁴ **KAPLAN**, s. 102 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 524.

⁸⁶⁵ **KAPLAN**, Müdahale, s. 67 vd; s. 102. Bunun dışında Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 9. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "*Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların, bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır*". Amaç ticaretin işleyişine engel olmaksızın uyumlaştırmayı sağlamaktır. Bu sebeple de, belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın teamüllerin sözleşmenin kapsamına girdiği dolayısıyla, söz konusu teamüllerin Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerinden öncelikli olduğu kabul edilir. Teamülün sözleşmenin içeriğini oluşturabilmesi için ilgili branştaki herkesin bilmesi gerekmediği gibi dünya çapında bir tanınırlık da aranmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMER**, Uluslararası Satım Sözleşmeleri s. 76 vd.

⁸⁶⁶ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 99 vd.

⁸⁶⁷ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 100.

Özsunay bu konuda emredici hüküm-yedek hüküm ayırımı yapmaksızın, örf ve âdet hukuku kuralının, MK m. 1/f. II uyarınca ikinci derece hukuk kaynağı olarak kabul edildiğini, bu durumda, kanuna aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının tespiti halinde hâkimin hiç şüphesiz öncelikle kanunu uygulamak durumunda kalacağını belirtir. Bkz. **ÖZSUNAY**, s. 176.

uygulanır⁸⁶⁸.

Medeni Kanunun birinci maddesinde anılan örf ve âdet hukuku kuralı, genel örf ve âdet hukuku kuralıdır. Ancak, belirtmek gerekir ki, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu özel örf ve âdet hukuku kurallarına atf yapabilir⁸⁶⁹. Bu özel örf ve âdet hukuku kuralları belli bir coğrafi bölgeler içerisinde veya sadece belli gruplar içerisinde geçerli olabilir⁸⁷⁰.

Ticari örf ve âdet hukuku, özel örf ve âdet hukuku kurallarındandır⁸⁷¹. Ticaret Kanununun birinci maddesinin ikinci fıkrasında, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde mahkemenin ticarî örf ve âdete, bu dahi yoksa umumî hükümlere göre karar vereceği düzenlenmiştir. Böylece, TTK m.1/ f. II, ancak, ticari örf ve âdet hukuku kuralı bulunmaması halinde genel hükümlerin uygulanacağını düzenleyerek, kanunun örf ve âdet hukukuna nazaran önceliği olduğu kuralına istisna getirmiştir. Ticari örf ve âdet hukuku kuralları da kendi içlerinde özel ve genel olmak üzere ikiye ayrılır. TTK m. 2/f. II uyarınca, özel nitelikli örf ve âdet hukuku kuralı, genel niteliktekine nazaran önceliklidir. TTK m. 2/f. III, ticari örf ve âdet hukuku kurallarının tacirler arasında doğrudan uygulama alanı bulacağını, tacir olmayanlar arasında, ancak, bilinmesi veya bilinmesi gerekmesi halinde uygulanabileceğini öngörmektedir. Taraflar ticari örf ve âdet hukuku kuralından farklı bir düzenlemeyi sözleşme ile kabul edebilirler⁸⁷². İşte tacirler arasında kurulan bir sözleşmede boşluk bulunması ve boşluğa ilişkin konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunması halinde, hâkim, bu boşluğu söz konusu ticari örf ve âdet hukuku kuralı ile tamamlayabilecektir. Ticari örf ve âdet hukuku kuralının sözleşme ile uygun

⁸⁶⁸ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 525.

⁸⁶⁹ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 93 vd. Özel örf ve âdet hukuku kurallarına atf yapan hükümlere örnek olarak MK m. 737/f. II, 815/f. I; BK, m. 257/f. I, m. 258/f. II, m 420/f. II' i gösterebiliriz.

⁸⁷⁰ *Edis*, örf ve âdet hukuku türlerini “yöresel-yaygın”, “özel-genel”, “ticarî-adî” olarak sınıflandırmıştır. **EDİS**, *Medenî Hukuk*, s. 104 vd.

Belli gruba ilişkin örf ve âdetlere tacirler arasındakiler örnek gösterilirken, belli bölgeye ilişkin örf ve âdete Ege Bölgesinde rastlanılan, üst hakkının bir çeşidi olarak ifade edilen örfü belde ve paftos kurumları gösterilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKINTÜRK/ KUNTALP**, s. 1-4, s. 493-495; **İŞIKTAÇ**, *Örf ve Âdet*, s. 69 vd; **ULUSOY**, s. 66 vd.

⁸⁷¹ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 93 vd; Toplumsal ilişkilerin en hızlı ve dinamik kesimini oluşturan ticari ilişkilerin kolaylaştırılması, düzenlenmesi ve hızlandırılması amacıyla ortaya çıkan ticari örf ve âdetin diğerlerine nazaran daha hızlı oluştuğu ve aynı sebeple daha hızlı ortadan kalktığı yönünde bkz. **ULUSOY**, s. 66 vd.

⁸⁷² **ARKAN**, s. 90; **ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI /KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 98 vd.

olmaması halinde ise, hâkim kendi koyacağı kuralla sözleşmeyi tamamlama yoluna gidecektir.

Ticarî örf ve âdet hukuku kurallarının sadece ulusal olduklarından söz edilemez. Uluslararası ticari örf ve âdet hukuku kuralları da mevcuttur⁸⁷³. Ancak uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları da ancak, Türk kanunlarının emredici hükümlerine, kamu düzenine veya genel ahlâk anlayışına aykırı olmadığı müddetçe uygulama alanı bulur⁸⁷⁴.

Dikkat edilmesi gereken bir başka husus da, “teamüller” ile “örf ve âdet hukuku kuralları”nın karıştırılmamasıdır⁸⁷⁵. Teamüller, örf ve adet hukuku kuralı mertebesine ulaşmamış eylemsel alışkanlıklardır⁸⁷⁶. Teamüller, belirli bir davranış biçiminin sürekli uygulanması ile ortaya çıkarlar. Objektif hukuk kuralı niteliği taşımazlar. Örf ve âdet hukuku kuralları birer hukuk kaynağı iken, teamüller bu nitelikte değildir. Bu sebeple de, sözleşme taraflarının teamüllerin uygulanması konusundaki iradeleri tespit edilmeden somut olaydaki boşluğun teamüller uyarınca doldurulması söz konusu olamaz⁸⁷⁷. Sözleşmenin teamüller uyarınca tamamlanabilmesi için, tarafların açık veya zımni olarak bu teamülleri kabul etmeleri gerekir⁸⁷⁸. Tarafların teamüllerin uygulanmasına yönelik iradeleri açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Böyle bir iradenin varlığı halinde ise, teamüller yedek hukuk kurallarından önce gelir.

⁸⁷³ **EDİS**, Medenî Hukuk, s. 105;

⁸⁷⁴ **Yarg. HGK**, 4.11.1964, 942/637 karar için bkz. **BATİDER** 1965 C. III S. 2, s. 332.

⁸⁷⁵ Ticari teamüller ile genel işlem şartları da birbirinden farklıdır. Genel işlem şartları da ticari hayatta, özellikle büyük şirketler tarafından sıkça kullanılmaktadır; ancak, uzun süren toplu bir uygulama neticesinde ortaya çıkmazlar. Genel işlem şartları önceden ve tek taraflı olarak hazırlan sözleşme şartlarıdır.

⁸⁷⁶ **ARKAN**, s. 90; **ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI /KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 97 vd; **ULUSOY**, s. 87 vd.

⁸⁷⁷ **ATAMER**, Düşünceler, s. 190 vd; Doktrinde bazı yazarlar, teamüllerin hakim olduğu bir faaliyetin tarafı olunmasını, tarafların bu konuda açık uyuşması olmasa bile, söz konusu teamüllerin sözleşmeye dahil edilmesi için yeterli görmektedirler. Bkz. **GUGGENHEIM**, T.I, s. 137.

⁸⁷⁸ *Guggenheim*, teamüllerin yasalarca atf yapılmak suretiyle (örn. İMK m. 5) yasal tamamlayıcı hukuk niteliğini almadıkları hallerde taraflarca açık ve zımni olarak kabul edilmedikleri müddetçe uygulama alanı bulmayacağını ifade eder. Yazar, ayrıca bu durumda “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin uygulanmayacağını, zira, teamüllerin yazılı hukuk kurallarından ve yazılı olmayan hukuk prensiplerinden farklı olduğunu belirtir. Bkz. **GUGGENHEIM**, T. I, s. 135 vd. Aynı görüşte **ATAMER**, Düşünceler, s. 189 vd.

Ancak kanımızca, bu halde de teamüllerin düzenledikleri alanlarda artık bir sözleşme boşluğunun varlığından söz edilemez. Zira, tarafların açık veya örtülü iradelerinden teamülleri sözleşmenin içeriği olarak kabul ettikleri anlaşılır. Teamüllerin düzenlediği alanlarda bir boşluk söz konusu değildir⁸⁷⁹.

Dikkat etmek gerekir ki, bazı hallerde kanun teamüllere atıf yapar. Bu gibi durumlarda artık teamüllerin normatif bir değeri olur. Bu durumda teamüller, tıpkı MK m. 1/f. II'nin atıf yaptığı örf ve âdet hukuku kuralları gibi ikinci derece, tamamlayıcı yasal hukuk kuralı haline gelir⁸⁸⁰. BK m. 111/f. II (İBK m. 112/f. II), BK m. 122/ f. III (İBK m. 124/f. III) ve BK m. 308/f. I (İBK m. 314/f. I) de borçlar hukukunun teamüllere atıf yaptığı hükümleridir. Bunun dışında, TTK'da da mahalli teamüllere atıfta bulunan hükümler mevcuttur. Böylece, taraflarca kararlaştırılmış olmasa da, hâkimin mahalli teamülü dikkate alması buna göre kararını oluşturmasını sağlar⁸⁸¹. Bu durumda, taraflar artık söz konusu teamülün sözleşmeye uygulanmasına katlanmak zorunda kalırlar. Teamülün sözleşmeye uygulanması için açık veya zımni iradeleri aranmaz⁸⁸². Ancak, yine bu durumda da sözleşme boşluğundan bahsedilemez.

C. Boşluğun Hâkim Tarafından Yaratılacak Kural ile Tamamlanması

1. Genel Olarak

Kanunun yetersiz kaldığı her alana ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunduğu bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla, sözleşme boşluğunu doldurmak isteyen hâkimin somut olaya ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulamaması veya konuya ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulmasına rağmen, kuralı, sözleşme ile bütünlük sağlayamadığı için sözleşmenin tamamlanmasında

⁸⁷⁹ ATAMER, *Düşünceler*, s. 190 vd; GAUCH/SCHLUEP /SCHMIDT/REY N. 1254; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N. 522.

⁸⁸⁰ GUGGENHEIM, T. I, s. 136 vd.

⁸⁸¹ Teamüller tarafların irade beyanlarının yorumunda doğrudan uygulanırlar. Bkz. ULUSOY, s. 87 vd.

⁸⁸² Yedek hukuk kurallarının teamüllere atıf yapması halinde artık teamülün yedek hukuk kuralı niteliğini aldığı kabul etmek gerekeceği, bu sebeple de yedek hukuk kuralının uygulanabilmesi için aranan şartların mevcudiyeti halinde sözleşmedeki boşluğun bu kural uyarınca doldurulacağı hususunda bkz. ATAMER, *Düşünceler*, s. 190 vd; GAUCH/SCHLUEP /SCHMIDT/REY N. 1254; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N. 522; GUGGENHEIM, T. I, s. 136 vd.

kullanamaması her zaman ihtimal dahilindedir.

Bu durumda, MK m. 1 uyarınca önüne gelen uyuşmazlığı çözmek zorunda olan hâkim, kendisi kural yaratmak suretiyle sözleşmedeki boşluğu doldurmalıdır⁸⁸³. Ancak, hâkimin kural yaratırken nasıl bir yöntem izleyeceğine ilişkin bir düzenleme Türk Hukukunda mevcut değildir. Her ne kadar hâkimin sözleşmedeki boşlukları doldurma görevinin kanun boşluklarının doldurulmasına yönelik düzenleme içeren MK m.1'den kaynaklandığını ve ilgili maddedeki sıranın izlenmesi gerektiğini kabul etmiş olsak da, sözleşme boşluğunun doldurulması ve kanun boşluğunun doldurulması kavramlarının farklı olduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Zira, kanun ile amaçlanan, toplumsal düzenin sağlanması iken, sözleşme, sözleşenlerin bireysel ilişkilerini düzenlemeyi hedefler.

İki kavramın farklı olması, öğretide, hâkimin boşluğu doldururken izleyeceği yöntem ile ilgili tartışmalar yaşanmasına neden olmuştur. Öğretiye göre, hâkim ya tarafların iradesini göz önüne alarak tamamlayıcı yorum yöntemini, diğer bir ifade ile kendi yarattığı hüküm ile sözleşmedeki boşluğu doldurma yöntemini tercih edecek ve kendi yarattığı, uyuşmazlık konusu sözleşmeye özgü, somut kural ile sözleşmeyi tamamlayacak ya da kanun boşluğunu doldurma yöntemini benimseyecek, yine kendisi bir kural yaratacak, ancak, bu sefer somut sözleşmeye özgü olmayan, genel ve soyut bir hüküm getirecektir⁸⁸⁴.

Hâkimin bu iki yöntemden birini tercih etme hakkı var mıdır? Yoksa bunlardan birini seçmek zorunda mıdır?

Objektif teoriyi katı bir şekilde uygulayan görüşe göre hâkimin sözleşmedeki boşluğu kanun koyucu gibi hareket ederek, genel ve soyut bir hüküm getirmek suretiyle doldurması gerekir⁸⁸⁵. Aksi takdirde, hukuk güvenliğinin sarsılacağı kabul

⁸⁸³ “...sözleşmedeki intibak boşluğu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi MK md. 1’deki yetki kulanılarak doğrudan kendisinin yaratıp takdir ettiği bir kuralla hâkim tarafından doldurulmalıdır...” **Yarg. 13. HD**, 3.3.2005, E. 2004/148 70, K. 2005/3171, ve benzer yöndeki **Yarg. 13. HD**, 26.11.1982, 6186/7199, sayılı kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

⁸⁸⁴ Bu son durumda dikkat edilmesi gereken husus, öncelikle ortada bilinçli kanun boşluğunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir. Zira, bilinçli kanun boşluğunun bulunması halinde kanundaki boşluğun doldurulmasından bahsedilemeyecektir. Bkz. **CANARIS**, s.53 vd.

⁸⁸⁵ **HENCKEL**, s. 122 vd; **MANGOLD**, s. 2284; **OFTINGER**, Auslegung, s. 199 vd; **CANARIS**,

edilir⁸⁸⁶.

Sübjektif teoriyi savunan bazı yazarlara göre ise, hâkim zaten en son çare olarak yedek hükümlere başvuracağından yedek hüküm bulunmaması halinde Medenî Kanunun 1. maddesindeki sıra izlenmeli ve hâkim kanun koyucu gibi hareket ederek sorunu çözmelidir⁸⁸⁷. Bazı yazarlar ise, yedek hükmün bulunmaması halinde, hâkimin kanun koyucu gibi hareket etmeksizin, dürüstlük kuralına başvurarak, makul sözleşenlerin getireceği çözümü tespit etmesi gerektiğini kabul ederler⁸⁸⁸.

Alman Hukukunda hâkimin bu durumda, tarafların farazî iradelerine başvurarak sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yöntemini tercih etmesi gerektiği genellikle kabul edilir⁸⁸⁹. Fakat bu halde de, hâkimlerin, her ne kadar taraf iradelerinden yola çıkarak sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yöntemine başvursalar da, aslında kanun boşluğunu doldururcasına genel kurallar getirmek suretiyle sözleşmedeki boşluğu doldurdıkları ileri sürülerek, bu davranışlarına haklı eleştiriler getirilmiştir⁸⁹⁰. Zira böylece, hâkimlerin çoğu zaman sözleşenlerin farazî iradelerinin kapsamı dışına çıkarak yükümlülükler yarattıkları, buna karşılık da söz konusu yükümlülükleri tarafların farazî iradelerine bağlayarak yazılı olmayan hukuk kuralı yaratmanın gerektirdiği gerekçe verme yükümlülüğünden de kurtuldukları ifade edilir⁸⁹¹.

İsviçre Hukukunda uyuşmazlık konusu olayın tipik özellikler taşıması halinde hâkimin boşluğu genel ve soyut bir şekilde kanun boşluğu dolduracak şekilde tamamlayacağı; diğer hallerde sözleşmenin ekonomisini, amacını, dürüst ve makul

s. 53 vd; **ATAAY**, Borçlar Hukuku, s. 235.

⁸⁸⁶ **HENCKEL**, s. 113 vd; **OFTINGER**, Auslegung, s. 200 vd; **CANARIS**, s. 53 vd.

⁸⁸⁷ **PIOTET**, Le complèment judiciaire du contrat, s. 663 vd; **MERZ**, Art. 2, n. 138; **MEIER-HAYOZ**, FJS No. 1134, s. 7.

⁸⁸⁸ **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 53 vd.

⁸⁸⁹ **HADZIMANOVIC**, s. 214, **PÉDAMON**, s. 130 vd; İsviçre Hukuku bakımından **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 112 vd; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1257. BGHZ 16, 71 hâkimin sözleşmeye müdahale ederek, sözleşme taraflarının sözleşme kurulurken düzenlemedikleri alanda taraflar için yeni borç yaratması ve bunu da dürüstlük kuralına dayandırması bakımından önemli bir karardır.

⁸⁹⁰ **OFTINGER**, Auslegung, s. 200.

⁸⁹¹ **OECHSLER**, s. 236, 237; eleştiriler için ayrıca bkz. **ATAMER**, Düşünceler, s. 186 vd.

sözleşenlerin davranışlarını dikkate alarak boşluğu tamamlayacak hükmü oluşturacağı kabul edilir⁸⁹². Sözleşme tipikse, uygulamada alışlagelmiş durumlardan farklılaşmamış ise sorun bireysel özellik arz etmediği için, genel değerlere göre kural konulması bir sorun yaratmaz⁸⁹³. Ancak, sözleşme atipik yapılandırılmış, yani bireysel özellik taşıyor ise ve sorun özellik arz ediyor ise, bu durumda artık, somut sözleşmenin özelliklerinin de dikkate alınması suretiyle yaratılacak bir kural ile sözleşmenin tamamlanması daha doğru olur⁸⁹⁴.

İsviçre Hukukunda hâkimin genel ve soyut bir hüküm oluşturduğu hallerde genel tamamlamadan bahsedilirken, sadece somut olaya uygulanabilecek bir hüküm oluşturulması halinde bireysel tamamlamadan bahsedilir⁸⁹⁵. Federal mahkeme bireysel tamamlama yöntemini tercih ederken genel tamamlama öğretisi tarafından desteklenir⁸⁹⁶. Öğreti, hâkim tarafından yaratılacak kuralın genelleştirilmeye elverişli olması gerektiğini, zira, genel ve soyut nitelikli kuralın hukuki eşitliğe ve hukuk güvenliğine hizmet ettiğini ileri sürer⁸⁹⁷. Böylelikle, hâkimlerin sözleşmelerin önemli veya önemsiz özellikleri üzerinde durarak duygusal kararlar vermelerinin de önüne

⁸⁹² **ROUILLER**, s. 551 vd. *Jäggi/Gauch*, her ne kadar öncelikle genel kural konması taraftarı iseler de sözleşmenin atipik yapılandırılması halinde tipik sözleşmelerden farklı olarak kuralın genel değerlere göre oluşturulmasına karşı çıkmaktadırlar. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 533, 534; Benzer yönde bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228.

Fransız Hukukunda da sözleşmenin tamamlanmasında sözleşmenin ekonomisinin dikkate alınacağı hususunda bkz. **ZELCEVIC-DUHAMEL**, n. 11.

⁸⁹³ Bu durumda hâkimin koyacağı genel kural bireysel özellik taşımadığı için hukuki işlemin doğası ile de bağdaşacaktır. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 534; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228, 232.

⁸⁹⁴ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 534; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228. *Piotet*, farazî iradenin belirlenebilir olduğu her halde tamamlamanın öncelikle farazî iradeye göre yapılması gerektiğini, sözleşme serbestisi ilkesinin bunu gerektirdiğini kabul eder; bkz. **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 659 vd;

⁸⁹⁵ **CHAPPUIS**, *L'intervention du tribunal*, s. 66 vd.

Sözleşmenin genel ve soyut hüküm yaratılmak suretiyle tamamlanması dolaylı tamamlama (*mittelbare Vertragsergänzung*) olarak ifade edilirken, bireysel ve sadece somut sözleşmeye özgü bir kural getirilerek sözleşmedeki boşluğun doldurulması sözleşmenin doğrudan tamamlanması (*unmittelbare Vertragsergänzung*) olarak adlandırılır. Bkz. **GAUCH**, *Anpassung*, s. 222.

⁸⁹⁶ *Jäggi/Gauch*, hâkimin kanun boşluğu doldururken var olan genel kural koyma yükümlülüğünün sözleşme boşluğu doldururken de devam ettiğini ileri sürerler. Bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 533, 535 vd.

Sözleşmenin tamamlanması sürecinin aslında kanunun tamamlanması olduğu yönünde bkz. **LARENZ**, s. 737 vd; **MANGOLD**, s. 2284; **HENCKEL**, s. 122

Yung da hâkimin koyacağı kuralın benzer sözleşmeler için uygulanabilir olması gerektiğini, bu durumda hâkimin sözleşmeyi tamamlaması faaliyetinin dolaylı bir faaliyet olduğunu kabul eder. Nitekim, hâkim önce genel ve soyut bir kuralla kanundaki boşluğu doldurur ve daha sonra bu kuralla sözleşmedeki boşluğu doldurur. Bkz. **YUNG**, *L'interprétation supplétive*, s. 53 vd.

⁸⁹⁷ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 533; **YUNG**, *L'interprétation supplétive*, s. 53 vd.

geçildiği kabul edilir⁸⁹⁸.

Türk Hukukunda MK m. 1'in hâkime hukuk yaratma yetkisi vermesi sorunun çözümünü Alman Hukukuna nazaran daha da kolaylaştırmaktadır⁸⁹⁹. Hâkim dilerse tamamlayıcı yorum yöntemini, dilerse hukuk yaratma yöntemini seçebilir. Ne var ki bu noktada hâkim bu seçiminde tamamen serbest mi yoksa seçimini belirleyecek kriterler mevcut mudur sorusu gündeme gelir.

Türk Hukukunda, bu gibi durumla karşılaşan hâkime yol gösterecek herhangi bir düzenleme söz konusu değildir⁹⁰⁰. Ancak, bizim de katıldığımız ve İsviçre hukukunda da öğreti tarafından benimsenen görüş⁹⁰¹ uyarınca, somut olaydaki ihtilaf aynı tür veya benzer olaylarda karşılaşılabilecek genel bir sorun ise, hâkim, MK m. 1/f. II uyarınca genel ve soyut bir hüküm getirmek suretiyle önce kanun boşluğunu doldurma yöntemini seçmelidir. Zîra, hukuk güvenliği bunu gerektirir. Ardından bu hükmü sözleşmeye uygulayarak sözleşmedeki boşluğu dolaylı yoldan doldurmalıdır. Ancak, ihtilaf konusu husus, somut olaya özgü, benzeri veya aynı olaylar için genelleştirilemeyecek türden ise, o halde artık genel ve soyut bir kural yaratmak yerine, hâkimin, somut olaya özel, sözleşenlerin iradelerini göz önüne alarak tamamlayıcı yorum yöntemi ile sözleşmedeki boşluğu tamamlaması daha doğru olacaktır⁹⁰². Bu durumda, hâkimin izlediği tamamlayıcı yorum yöntemi MK m. 4 uyarınca hakkaniyete göre karar verdiği hallere yakın düşmektedir⁹⁰³.

⁸⁹⁸ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 533.

⁸⁹⁹ **ATAMER**, Düşünceler, s. 187 vd.

⁹⁰⁰ Yargıtay'ın sözleşmedeki boşluğun "...sözleşmenin anlamı göz önünde tutularak, yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulacaktır.Aksi takdirde tarafların gerçek iradesi, göz önünde tutulmamış olduğu için irade serbestisi kuralı ihlal edilmiş olur..." yönündeki ifadesi göz önüne alındığında, hâkimin somut olaya ilişkin özel bir hüküm yaratması gerektiğini kabul ettiği anlaşılır. **Yarg. 13. HD**, 26.11.1982, 6186/7199, sayılı karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

⁹⁰¹ Bkz. §4, I, B.

⁹⁰² **ATAMER**, Düşünceler, s. 187 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 106 vd; **OKTAY**, s. 293; **AKSOY DURSUN**, s. 139.

⁹⁰³ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 113; **ATAMER**, Düşünceler, s. 188 vd; **CANARIS**, s. 54; **von TUHR**, s. 52.

Kanun hükmünün hâkime sözleşmedeki boşluğu takdir yetkisi uyarınca doldurmasını emrettiği hallerde tamamlayıcı hukuk kuralının uygulanması söz konusu olmaz. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 97, 101.

Hâkimin sözleşmeyi kanun koyucu gibi hareket ederek tamamlayabileceği hallerde aynı tiplere uygulanabilecek genel ve soyut nitelikte bir hükmün getirilmesi gerekir⁹⁰⁴. Bir hükmün bu nitelikleri haiz olabilmesi için de, hâkimin tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit ederek menfaat çatışmasını çözmesi, bunu yaparken de adalet duygusu içinde bu menfaatleri tartarak hayatın gereksinimlerini karşılayabilecek bir düzenleme getirmesi gerekir. Hâkimin yarattığı hüküm hukuk düzeni ile ve hukukî güvenlik ile de bağdaşmalıdır⁹⁰⁵. Hâkim hükmünü yaratırken müşterek hukuk, doğal hukuk kuralları, genel hukuk ilkeleri, yargısal içtihatlar veya doktrin gibi araçlara başvurabilir⁹⁰⁶.

Hâkimin, her zaman kanun koyucu gibi hareket ederek önce kanundaki boşluğu, daha sonra da yarattığı hükmü sözleşmeye uygulayarak dolaylı olarak sözleşmedeki boşluğu tamamlaması söz konusu olmaz. Bazı hallerde genel ve soyut kural, sözleşmedeki boşluğu doldurmak bakımından elverişli olmaz ve hâkimin, somut sözleşmeye özel, bireysel bir hüküm ile sözleşmeyi tamamlaması gerekebilir⁹⁰⁷. Bu noktada sorun hâkimin kendi koyacağı kuralı oluştururken yararlanacağı araçların neler olduğu hususunda kendini gösterir. Nitekim, hâkimin sözleşmeyi kendi yaratacağı hüküm ile (tamamlayıcı yorum ile) tamamlarken tarafların farazî ortak iradesinden mi, yoksa dürüstlük kuralı ve teamüller gibi objektif araçlardan mı yaralanacağı sorusu karşımıza çıkar.

Tamamlayıcı yorumu reddetmeden objektif teoriyi benimseyen bazı yazarlar, tarafların farazî irade sınırından bahsetmeksizin, dürüstlük kuralını, sözleşmenin ruhunu, ekonomisini ve amacını göz önüne alarak bir çözüme ulaşılabileceğini kabul eder⁹⁰⁸.

⁹⁰⁴ OĞUZMAN/BARLAS, s. 104 vd; EDİS, Medenî Hukuk, s. 126; DESCHENAUX, s. 101; MEIER-HAYOZ, FJS No: 1096, s. 2 vd; DURAL/SARI, s. 115.

⁹⁰⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s. 104 vd; EDİS, Medenî Hukuk, s. 136; DESCHENAUX, s. 101; MEIER-HAYOZ, FJS. No: 1096, s. 2 vd; SEROZAN, Medenî Hukuk, s. 123 vd; DURAL/SARI, s. 115.

⁹⁰⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s. 106 vd; MEIER-HAYOZ, FJS. No: 1096, s. 4 vd; EDİS, Medenî Hukuk s. 126.

⁹⁰⁷ Hâkimin bu faaliyeti nitelikli tamamlama olarak da ifade edilmektedir. JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N. 526.

⁹⁰⁸ YUNG, L'interprétation supplétive, s. 60 vd.

Bir başka grup yazar ise sözleşmenin farazî ortak irade ile tamamlanması gerektiğini kabul eder⁹⁰⁹.

Kanımızca, sözleşme özgürlüğü prensibinin geçerli olduğu bir alanda bu özgürlüğe her zaman saygı göstermek gerekir. Dolayısıyla, sözleşme boşluğunun doldurulmasında yedek hükümler ile bir sonuca ulaşılamıyor ise, hâkimin, yaratacağı kural için farazî ortak irade kriterini tercih etmesi, bu ilkenin sözleşme kurulduktan sonra da devamını sağlamaya yarayacağından sözleşme serbestisi ilkesi ile de uyumlu olacaktır. Zira, sözleşmenin mutlaka adil olması gerekmediğinden, doğrudan dürüstlük kuralına başvurulması sözleşme özgürlüğü ilkesi açısından yerinde olmaz.

Atipik sözleşmelerde izlenecek yöntem ilgili başlıkta ayrıntılı olarak ele alınacaktır⁹¹⁰.

2. Boşluğun Farazî Taraf İradelerine Göre Hâkim Eliyle Doldurulması

a) Tarafların Belirlenebilir Farazî İradesi

Hâkimin sözleşme boşluğunu doldururken yedek hükümlerden ayrılarak bir karar vermesi halinde, hâkimin kullanacağı yöntem ve bu yöntemin sınırları daha da önem taşır. Zira, hâkim söz konusu boşluğu doldururken tamamen serbest değildir. Bu durumda üzerinde durulması gereken ilk husus, iradenin yorumlanması, sözleşmenin anlamının ortaya çıkarılması, içeriğinin belirlenmesidir⁹¹¹.

Her ne kadar farazî ortak irade kavramının sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun olduğunu, bu sebeple de, tamamlayıcı yorumda esas alınması gerektiğini ifade etmiş olsak da, belirtmek gerekir ki, farazî ortak irade kavramının tanımında da bir birlik mevcut değildir. Dolayısıyla, “tamamlamada farazî ortak irade kriteri esas alınır” demek sorunun çözümü için yeterli olmaz. “Farazî ortak irade” kavramından ne anlaşılması gerektiği, bu kavramın nasıl ortaya konacağı üzerinde durulması gerekir.

⁹⁰⁹ AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 42; KANETİ, s. 24 vd; PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, 659 vd; BK-MERZ, ZGB Art. 2 N. 138.

⁹¹⁰ Bkz. İkinci Bölüm, § 7, I.

⁹¹¹ PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat , s. 649 vd.

Bazı yazarlar, adil ve dürüst kişilerin boşluk konusu hususu bilselerdi getirecekleri düzenlemenin, tarafların farazî iradesini oluşturacağını kabul ederler ve farazî ortak iradeyi dürüstlük kuralı, işin mahiyeti, teamüller gibi objektif kriterler ile değerlendirirler⁹¹². Bu sebeple de bu iradenin “objektif farazî irade” olarak adlandırıldığı belirtilir⁹¹³. Ancak, bu yaklaşım hem sözleşme özgürlüğünü zedelediği hem de tarafların özgür iradelerinin ürünü olan sözleşmeye objektif kriterler ile müdahalenin mantıksız olacağı gerekçeleri ile eleştirilmiştir⁹¹⁴.

Bir diğer görüş⁹¹⁵, “somut sözleşme tarafları sözleşme kurulurken sorunu bilselerdi nasıl bir çözüm önerirlerdi?” sorusunun cevabının farazî iradeyi ortaya koyacağını ifade eder. Sözleşme taraflarının bireysel özellikleri, saikleri dikkate alındığından, bu iradenin “şahsi farazî irade” olarak da ifade edildiği belirtilir⁹¹⁶. Bu görüş de, “somut sözleşme tarafları sözleşme kurulurken sorunu bilselerdi nasıl bir çözüm önerirlerdi?” sorusunun cevabını tespit etmenin mümkün olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹¹⁷.

Günümüzde kabul edilen diğer bir görüş de, hâkimin işin mahiyeti, sözleşmenin özelliklerini dikkate alarak, somut şartlar altında makul ve dürüst sözleşenlerin neyi istemiş olabileceklerini tespit etmesi gerektiğini, diğer bir ifade ile, farazî ortak iradeye subjektif kriterlerin de dikkate alınarak ulaşılabileceği fikrini benimser⁹¹⁸. Burada tarafların gerçek anlamda sahip oldukları irade söz konusu değildir. Tarafların akılcı ve dürüst hareket etmeleri olasılığında varacakları sonuç

⁹¹² Farazî iradenin objektif kriterlerle belirlendiği yönünde bkz. **BUCHER**, AT, s. 187.

⁹¹³ **AKSOY DURSUN**, s. 104.

⁹¹⁴ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1257; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 537.

⁹¹⁵ **Fritz SCHREIER**, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927, s. 81 vd (**AKSOY DURSUN**, s. 102'den naklen).

⁹¹⁶ **Hubert PILZ**, Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung, Freiburg, 1963, s. 56 (**AKYOL DURSUN**, s. 103'ten naklen).

⁹¹⁷ Nitekim tarafların saikleri ile farazî ortak iradeleri aynı değildir. **LARENZ**, die Methode, s. 102, **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 62 vd; benzer yönde eleştiriler için bkz. **AKYOL DURSUN**, s. 103.

⁹¹⁸ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 537; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1257; *Bucher*, sözleşme taraflarının mutlaka makul davranmak zorunda olmadıklarını, bu sebeple tarafların farazi iradesi belirlenirken sadece objektif kriterlere başvurmanın doğru olmayacağını belirtir. Bkz. **BUCHER**, AT, s. 187 vd.

önem taşır⁹¹⁹. Hâkimin çıkış noktası, sözleşmenin kurulduğu sıradaki içeriğidir. Hâkimin çözümüne, sözleşme çerçevesinde ortaya konan makul menfaat dağılımı ve iş hayatında geçerli olan temel kurallar esas olacaktır. Bu görüş uyarınca, sözleşmenin amacı ve esasının da dikkate alınması gerekir⁹²⁰. Böylece, bir yandan subjektif kıstaslar ile tarafların iradesi göz ardı edilmemiş olurken, diğer yandan objektif kıstaslar ile farazî iradenin belirsizliği giderilmeye çalışılır.

Bir başka görüşe göre, hâkimin sözleşme taraflarının bireysel özelliklerini, ilişkilerini, sözleşmenin amacını ve özelliklerini dikkate alarak farazî iradeyi tespit etmesi gerekir⁹²¹. Ancak bunun için sözleşmede, tarafların boşluk konusu hususu sözleşme kurulurken düzenlemiş olsalardı nasıl bir çözüm kabul edeceklerine ilişkin bağlantı noktalarının bulunması gerekir⁹²². Bu yöntem neticesinde elde edilen sonucun dürüstlük kuralına aykırı olmaması gerekir. Aksi halde, sonuç dikkate alınmaz⁹²³. Böyle bir bağlantı noktası söz konusu değilse, hâkim somut sözleşme tarafları yerine dürüst ve makul sözleşenleri esas alarak işin mahiyeti, dürüstlük kuralı ve teamüller uyarınca farazî iradeyi belirlemelidir⁹²⁴.

Birden fazla farazî ortak irade belirlenmiş ise, hâkim kanun koyucu gibi hareket ederek, MK m. 4 uyarınca takdir yetkisini kullanıp, hakkaniyete göre en uygun çözümü benimsemelidir.

Farazî iradenin tespit edilememesi halinde hâkimin artık işin mahiyetine göre objektif ve adil karar vermesi gerekir⁹²⁵. Bu durumda hâkim artık, işin mahiyetini

⁹¹⁹ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 498.

⁹²⁰ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 498.

⁹²¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 27; **AKSOY DURSUN** s. 106 vd.

⁹²² **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat , s. 654 vd; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 240; **Münchener Komm/MAYER-MALY/BUSCHE**, §157, N. 40; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 27 vd; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 42 vd; **AKSOY DURSUN** s. 106 vd.

⁹²³ Hâkimin tamamlayıcı yetkisinin emredici hükümler ile çelişmeyeceği yönünde bkz. **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 538; Dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmedeki boşluğun doldurulması halinde sözleşmenin ahlâka aykırı veya tahammül edilemez bir hüküm içerdiği sonucuna varılamayacağı hususunda bkz. **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 42 vd; aynı yönde bkz. **AKSOY DURSUN** s. 148 vd.

⁹²⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 27; **AKSOY DURSUN** s. 107 vd.

Farklı olarak subjektivistler, farazî iradenin tespit edilememesi halinde önce yedek hükümlere, oradan da bir sonuç elde edilemiyorsa MK m. 1'e başvurulması gerektiğini kabul ederler. Bkz. **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat , s. 659 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS No. 1134, s. 7.

⁹²⁵ Bu durumda hâkimin benimseyeceği çözümün objektif olacağı ve teamüllerden de

göz önüne alarak dürüst ve makul kişilerin somut sözleşmenin şartları altında nasıl bir çözüm getireceklerini tespit etmeye çalışmalıdır. Böylece, Fransız Hukukunda ifade bulan “ideal farazî irade⁹²⁶” kavramının Türk Hukukunda da aynı şekilde isimlendirilmese bile işin mahiyeti kriteri adı altında kullanıldığı bir kez daha görülmektedir.

Kanımızca, sözleşmedeki boşluğun doldurulması için farazî irade araştırılırken, öncelikle sözleşme taraflarının, dürüstlük kuralı ve teamüller ışığında sözleşmeyi çevreleyen somut koşullar altında uyumsuzluk konusu hususu sözleşme kurulurken nasıl çözecek olduklarının tespit edilmesi gerekir⁹²⁷. Belirtmek gerekir ki, bulunan bu farazî irade bazen kesin sonuç verse de, genellikle varsayımdan ibarettir⁹²⁸. Ancak, yine kabul etmek gerekir ki, bu metot, Borçlar Hukukuna ve özellikle de sözleşmeler hukukuna hakim olan irade özerkliği prensibine uygun metottur⁹²⁹.

Sözleşmelerde hâkim, karşı tarafın, dürüstlük kuralına göre bildiği veya bilmesi gerekli bütün unsurları göz önüne alarak beyana vermesi gereken anlamı tespit etmek zorundadır. Bir başka ifade ile hâkim, dürüstlük kuralı kaynaklı güven nazariyesi uyarınca, tarafların farazî iradesini tespit etmeye çalışmalı, taraflar sözleşmede bu konuda bir boşluk olduğunu öngörmüş olsalardı dürüst ve makul düşünen sözleşenler olarak nasıl bir çözüm getirecek idiyse, ona göre karar vermelidir. Dürüstlük kuralının hukuki işlemlerin tamamlanmasında önemi burada daha net olarak karşımıza çıkar. Dürüstlük kuralı yardımıyla, bir yandan açıklanmış irade yorumlanırken, diğer yandan varsayılan irade araştırılır. Böylece hukuki işlemin anlamı ve amacındaki bütünlük korunmaya çalışılır. Herhangi üçüncü kişilerin değil tarafların, mevcut koşulları bilselerdi nasıl bir çözüm kararlaştırmış

yararlanılabileceği hususunda bkz. **AKSOY DURSUN** s. 150 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 26.

⁹²⁶ Bkz. § 3 II B 2 b.

⁹²⁷ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 498-500; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, N. 1257; **EREN**, Genel Hükümler, s. 434; **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat , s. 654 vd.

Doktrinde, sübjektif bir kriter olan tarafların farazî iradesi kriterini reddederek yerine objektif bir prensip olan dürüstlük kuralını koyan görüşler mevcuttur. Bu yönde bkz. **YUNG**, Akitlerde Objektif Unsurlar, s. 525.

⁹²⁸ Gerçek ve örtülü iradeden farkı da farazî iradenin varsayımına dayalı olmasıdır. Bkz. **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat , s. 655.

⁹²⁹ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat , s. 660; **YUNG**, L'interprétation supplétive, s. 50.

olacakları sorusunun cevabı araştırılır⁹³⁰. Dürüst ve makul sözleşme tarafları farazî iradenin tespitinde esas alınmalıdır.

Kanımızca, farazî iradenin belirlenebilir olduğunu kabul edip, tarafların farazî iradesini temel alan yorumun çoğu zaman hâkim tarafından serbestçe yaratılan hukuk olduğunu, dolayısıyla da, keyfi olduğunu ileri sürerek farazî irade kriterini reddetmek doğru olmayacaktır. Zira bu eleştiri farazî irade kriterine yönelik bir eleştiri değil, söz konusu kriterin hâkim tarafından kötüye kullanılabilmesine yönelik, yani, hâkimi hedef alan bir eleştiri olacaktır⁹³¹.

Farazî ortak irade ile sözleşmenin tamamlanabilmesi, ancak farazî iradenin belirlenebilir olması halinde mümkündür. Farazî iradenin belirlenebilir olması, tarafların iradesinin ne yönde olduğuna dair ipuçlarının bulunabilmesi anlamına gelir. Her hangi bir dayanak olmaksızın, tamamen varsayımsal iradeler yaratılarak bunların farazî irade adı altında taraflara isnadı, irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi, tarafları hiç düşünmedikleri yükümlüklerin altına sokma riskine ve dolayısıyla da adil olmayan sonuçlara yol açar. Farazî irade doğrudan veya dolaylı olarak da belirlenebilir. Tarafların dinlenmesinden, yazışmalarından, görüşmelerinden, organlarının veya yetkili temsilcilerinin tanıklığından, 3. kişilerde yaratılan güvenden vs. yararlanılarak farazî irade belirlenebiliyorsa, bu durumda doğrudan bir belirlemeden bahsedilir; ancak, ekonomik gerekçeler, sözleşmenin ruhu ve amacı gibi hâkimin yüksek olasılıkla yetindiği durumlarda, dolaylı bir belirlemeden bahsetmek gerekir⁹³².

Bu gibi durumların, iki olasılıkta kendisini göstereceği kabul edilir:

Birincisi, sözleşme belirli bir eylemi yasaklıyor veya izin veriyor olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin farklı yerdeki eczanelerini birbirlerine müşterileri ile beraber devreden eczacıların daha sonra eski müşterilerinin bulunduğu yerde yeni eczane açmamaları gerektiğine ilişkin kararında durum böyledir⁹³³. Aynı husus, alt

⁹³⁰ ÖZSUNAY, s. 311.

⁹³¹ PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat , s. 655, dpn. 34.

⁹³² PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat , s. 656;

⁹³³ JdT 1929 I 258.

kiranın yasaklandığı hallerde, kiranın devrinin de kabul edilmeyeceğine ilişkin Federal Mahkeme kararında da görülmektedir⁹³⁴.

İkinci olarak, sözleşmenin amacıyla ve ruhuyla uyumlu olan birden çok çözümün bulunduğu, sözleşmenin taraflarının bunlardan hangisini seçeceğini söyleyemediğimiz, ama yine de bu çözümlerden bir tanesini seçmek zorunda olduğumuz, birden fazla çözüme ulaşılabilen haller söz konusu olabilir⁹³⁵. Bu durumda, sözleşme taraflarının farazî iradesi tek başına sözleşmeye eklenecek kaydın içeriğini belirlemeye olanak vermez, ama, hâkimin seçimini sınırlandırır. Tarafların farazî iradeleri hakimin seçimini sınırlayıcı rol oynar⁹³⁶. Dikkat etmek gerekir ki, tarafların farazî iradesinin belirlenebildiği hallerde, artık hakimin, işin doğasını gerekçe göstererek başka bir çözüm önermesi mümkün değildir⁹³⁷.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere tarafların farazî iradesini belirlemek her zaman mümkün olmaz. Bazı hallerde sözleşmeden tarafların iradesinin ne yönde olacağına ilişkin ipucu elde edilemez; ancak, hâkimin önüne gelen somut uyuşmazlığı çözme görevi devam ettiğinden, hâkimin bir çözüm üretmesi gerekir. Bu aşamada kanımızca, hâkim sözleşmenin mahiyetini göz önüne alarak hareket etmelidir⁹³⁸. Tarafların iradesini ortaya koyabilecek dayanaklar söz konusu olmadığından, artık, tarafların nasıl bir çözüm getirecekleri değil, dürüst ve makul kişilerin işin mahiyeti gereği nasıl bir çözüm getirecekleri araştırılmalıdır. Hâkimin faaliyeti bu durumda objektif nitelik kazanır. Hâkimin, sözleşmenin mahiyetine göre yarattığı hüküm de objektif ve adil bir hüküm olur. Oysa farazî iradenin belirlenebilir olması halinde buna dayanılarak elde edilen çözümün adil olması gerekmez. Zira sözleşmeler, kanunların aksine adalet düşüncesi ile kurulmazlar⁹³⁹. Emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlâka aykırı bir netice elde edilmedikçe elde edilen çözüm ile sözleşme tamamlanır⁹⁴⁰.

⁹³⁴ RO 62 II 139 ss = JdT 1941 I 521 vd.

⁹³⁵ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 657.

⁹³⁶ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 657.

⁹³⁷ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 657, dpn. 41; **PIOTET**, *La formation du contrat*, s. 151; Aksi fikir **YUNG**, *L'interprétation supplétive*, s. 60 vd.

⁹³⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Kısmî hükümsüzlük*, s. 27; **AKSOY DURSUN**, s. 151.

⁹³⁹ **PIOTET**, *Le complètement judiciaire du contrat*, s. 663.

⁹⁴⁰ **YUNG**, *L'interprétation supplétive*, s. 48.

b) Tarafların Farazî İradesinin, Tamamlayıcı Hükümler, MK m. 1/f. II ve Hâkimin Takdir Yetkisi ile İlişkisi

Farazî iradenin tamamlayıcı hükümlerden öncelikli olduğunu kabul eden görüş uyarınca tarafların açıklanmış iradeleri karşısında tamamlayıcı hükümler etkisiz kalırlar. İrade özerkliği prensibi gereğince tarafların farazî iradesi tamamlayıcı hükümlerden önceliklidir⁹⁴¹.

Ancak, tamamlayıcı hükümler farazî iradeden sonra gelse bile MK m.1/f. II uyarınca hâkim tarafından ortaya konan hükümlerden önceliklidir. Yine bu görüşe göre, tarafların farazî iradeleri, MK m. 1/f. II uyarınca hâkim tarafından yaratılan hükümlerden ve hâkimin takdir yetkisinden de üstündür⁹⁴². Hâkimin takdir yetkisi özel hukuk alanında özellikle de sözleşmeler hukuku alanında kendisini gösterir. Hâkim takdir yetkisini kullanırken tamamen serbest değildir. Hâkim, bu serbest değerlendirme yetkisini keyfi olarak kullanamaz; olayın tipik unsurlarını, olaya etki eden faktörleri göz önüne alarak karar vermek zorundadır. Hâkimin takdir yetkisi her zaman devreye girmez. Bu görüş uyarınca, tamamlayıcı hükümlerin hâkimin takdir yetkisini saklı tutmaması veya farazî iradenin belirlenebilir olması halinde artık hâkimin takdir yetkisini kullanması mümkün olmaz. Zira, farazî irade hem takdir yetkisinin, hem de tamamlayıcı hükümlerin üstünde yer alır.

Tarafların tamamlayıcı hükmün aksi yönündeki farazî iradelerinin belirlenebilir sınırları içinde yer alan çözümlerden birinin hâkim tarafından seçilmesi halinde, hâkimin takdir yetkisi, kanunun üstünde yer alacaktır⁹⁴³. Hâkimin takdir yetkisi, bunu saklı tutmayan tamamlayıcı hükümlerle sınırlandırıldığı gibi, tarafların farazî iradesi ile de sınırlandırılır. *Piotet*, hâkimin takdir yetkisinin sözleşmenin tamamlanmasında özerk bir metot olmadığını, üç gerçek metodun sınırları çerçevesinde uygulandığını, bu üç metodun da tarafların belirlenebilir farazî iradesinin kabulü, tamamlayıcı hükümlerin uygulanması ve İMK m.1/f. II uyarınca hâkim tarafından yaratılan hükmün uygulanması olduğunu kabul eder ve hâkimin İMK m. 1/f. II uyarınca yarattığı hükmün bireyselleştikçe hâkimin takdir yetkisine

⁹⁴¹ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 659; **KANETİ**, s. 24 vd.

⁹⁴² **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 661 vd.

⁹⁴³ **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 662 vd.

yaklaştığını belirtir⁹⁴⁴.

Sonuç olarak, bu görüşe göre, hâkim tarafların farazî iradesine saygılı davranmak zorundadır. Farazî irade belirlenebilir ise veya tek bir çözüme uygunsu hâkim bu çözümü benimsemek durumundadır; dolayısıyla, sözleşme öncelikle farazî iradeye göre tamamlanmalıdır. Bu irade tespit edilemiyorsa, hâkim, tamamlayıcı hükmün varlığı halinde bu hükmün uygulanması yolunu tercih etmelidir⁹⁴⁵.

Ancak biz, bu görüşten farklı olarak önce tamamlayıcı hükümlere başvurulması gerektiği düşüncesindeyiz. Tarafların iradelerinin yedek hükümdeki düzenlemeden ayrılması halinde veya yedek hükmün sözleşmenin tamamı ile anlamlı bir bütün oluşturamaması halinde, hâkim kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi tamamlamalıdır⁹⁴⁶. Dolayısıyla, tarafların iradelerinin tamamlayıcı hükümden ayrılmak yönünde olduğu ileri sürülemiyorsa, tamamlayıcı hükmün farazî iradeye nazaran öncelikli olması gerektiği kanaatindeyiz.

Tamamlayıcı hükmün bulunmaması ihtimalinde ise, kanaatimizce hâkim, sözleşmenin kanundaki bir sözleşmenin tipine uyup uymamasına, bireysel olup olmamasına göre karar vermek durumundadır⁹⁴⁷. Eğer somut olaydaki sözleşme uygulamada sık karşılaşılan isimsiz sözleşmelerden ise ve bireysel değil ise veya kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerden ise ve benzerlerinden ayrılacak herhangi bir özellik taşıyor ise, o takdirde hâkim, MK m. 1/f. II uyarınca genel ve soyut, benzer olaylara da uygulanabilecek bir kural yaratmalıdır⁹⁴⁸. Böylece, hem kanundaki boşluğu dolduracak hem de dolaylı yoldan sözleşmeyi tamamlayacaktır. Bu ihtimalde, MK m.1/f. II uyarınca hâkimin yarattığı hüküm, farazî iradeden öncelikli olacaktır.

⁹⁴⁴ PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, s. 666.

⁹⁴⁵ PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, s. 668.

⁹⁴⁶ Tarafların tamamlayıcı hükümlere tâbi olmak düşüncesi ile sözleşmeye hüküm koymamaları halinde sözleşme boşluğundan bahsedilemez. Bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 216.

⁹⁴⁷ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228; **KAPLAN**, Müdahale, s. 105 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 188 vd.

⁹⁴⁸ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228. Hâkimin yarattığı hukuk kuralı “kanun hükmü” niteliği taşımaz. Bu sebeple, diğer hâkimler ve mahkemeler bakımından bağlayıcı değildir. Fakat, aynı tip olayda, kuraldan ayrılmak isteyen hâkimin sağlam bir gerekçe göstermesi gerekir. Bu konuda bkz. **OĞUZMAN/BARLAS**, s 108.

Ancak, sözleşmenin sahip olduğu özellikler onun benzerlerinden ayrılmasına sebep oluyor, bireyselleştiriyor ise, bu takdirde hâkimin genel ve soyut kural koyarak sözleşmeyi dolaylı yoldan tamamlaması mümkün değildir⁹⁴⁹. Bu durumda, hâkim sözleşmenin doğrudan tamamlanması yoluna başvurmalıdır. Hâkim, bireysel nitelik taşıyan sözleşmenin taraflarının menfaat durumlarının gerektirdiklerini göz önüne alarak, sadece o sözleşme için geçerli olan, somut çözümler ile sözleşmeyi tamamlamalıdır⁹⁵⁰. Hâkimin tarafların belirlenebilir farazî iradesine göre sözleşmeyi tamamlaması, takdir yetkisini kullanmasından farklı değildir. Zira, farazî irade belirlenirken somut olayın hâl ve şartlarına atıf yapılması, MK m. 4'e, hâkimin takdir yetkisine yapılan atıftan başka bir şey değildir. Takdir yetkisini kullanırken de hâkim, her somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle bireysel bir çözüm yaratmaktadır. Dolayısıyla, bu ihtimalde takdir yetkisi ile farazî iradenin birbirine karşı önceliğinden bahsetmek doğru olmayacaktır. Kanımızca farazî iradenin, takdir yetkisi ile hüküm getirilmesinde bir araç olarak karşımıza çıktığını söylemek de yanlış olmayacaktır.

Nitekim, BK m. 2/f. II'de ifade bulan "işin mahiyeti" de hâkimin takdir yetkisini kullanırken sahip olduğu en önemli vasıtalardan biridir⁹⁵¹.

II. Tarafların Sözleşme Görüşmeleri ile Gündeme Getirdikleri, Fakat Üzerinde Anlaşmayı İleriye Bıraktıkları Yan Noktalar Sebebiyle Oluşan Boşluğun Doldurulması

A. Genel Olarak

BK m. 2/f. II'de yer bulan bu düzenleme uyarınca, sözleşmenin kurulması esnasında sübjektif esaslı noktalardan bir veya bir kaç üzerinde uzlaşmamış olması halinde hâkim işin mahiyetine göre sözleşmeyi tamamlar. Daha önce de belirttiğimiz üzere, İBK m. 2 ile BK m. 2'nin ifadeleri farklıdır. İBK m. 2, üzerinde anlaşma sağlanması ileriye bırakılan ikinci derece noktaların dışında, bütün esaslı

⁹⁴⁹ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228; **KAPLAN**, Müdahale, s. 106 vd; **ATAMER**, Düşünceler, s. 188 vd.

⁹⁵⁰ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 534 vd; **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 228; **KAPLAN**, Müdahale, s. 107.

⁹⁵¹ **EGGER**, s. 76.

noktalar üzerinde uyuşulması halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağına ilişkin karine kabul ederken, BK m. 2, saklı tutma ifadesini kullanmaz ve ikinci derece noktaların sükût ile geçilmesi halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağına ilişkin karine koyar. Dolayısıyla, Türk Hukuku bakımından, esaslı noktalar üzerinde uyuşmanın kabul edildiği hallerde ikinci derece noktalar üzerinde uyuşmanın ileriye bırakılıp bırakılmadığına bakılmaksızın karine uygulama alanı bulacağından, karinenin uygulama alanının daha geniş olduğunu söylemek mümkündür⁹⁵².

Nitekim, İBK m. 2'den farklı olarak ikinci derece noktaların saklı tutulmuş olması ihtimali BK m. 2'nin ifadesinde açıkça yer almasa da, her iki hükmün de ikinci fıkrasında getirilen, ikinci derece noktalarda ileride uyuşulmaması halinde hâkimin sözleşmeyi işin mahiyetine göre tamamlayacağına ilişkin düzenleme, ancak ikinci derece noktaların saklı tutulması ihtimali bakımından anlam taşıdığından, BK m. 2'nin kapsamında değerlendirilmek gerekir⁹⁵³.

İBK m. 2'deki düzenleme ile birlikte BK m. 2'nin ifadesi dikkate alındığında, Türk Hukukundaki düzenlemenin sadece tarafların ikinci derece noktalara ilişkin anlaşmayı ileri bırakmaları ihtimaline ilişkin olup olmadığı madde metninden tereddütsüz şekilde anlaşılmamaktadır. Bu sebeple de, ikinci derece noktalara ilişkin hususun öngörülebilmesi veya öngörülmesine rağmen bu konuda düzenleme getirilmesinin unutulması halinde, hâkimin, öncelikle yedek hükümlere başvurmaksızın işin mahiyetine göre bir hüküm yaratmak suretiyle sözleşmedeki boşluğu doldurup dolduramayacağı tartışmalıdır.

İsviçre'de İBK m. 2, açık ifadesi nedeniyle sadece tarafların açık uyuşmazlığı halinde uygulama alanı bulur. Maddenin, tarafların bazı ikinci derece noktalar üzerinde anlaşmayı ileriye bıraktıkları faraziyesini düzenlediği kabul edilir⁹⁵⁴. Ancak doktrin, İBK m. 2'nin kıyas yolu ile bilinçsiz boşluklara da uygulanacağını

⁹⁵² İBK m. 2/f. 1'in dar yorumunun İsviçre'de de eleştirildiği, dolayısıyla, BK m. 2'nin ifadesinde böyle bir sınırlama yokken mehzar kanundaki dar anlamın kabul edilmesi mecburiyetinin olmadığı hususunda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 173 vd; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, BK m. 2/f. 1'deki düzenlemeyi, tarafları oldu bitti ile karşı kaşıya getireceği ve irade özgürlüğü ilkesini gereksiz yere sınırlayacağı düşüncesiyle yerinde bulmamaktadırlar; bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 77.

⁹⁵³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 173 vd.

⁹⁵⁴ **DELFORGE**, s. 248 vd.

ileri sürer⁹⁵⁵. İBK m. 2/f. II nin de özel bir düzenleme olduğu ifade edilir⁹⁵⁶. Nitekim, Federal Mahkeme de bir kararında hâkimin kendi koyacağı hükümle sözleşmeyi tamamlama yetkisinin ancak taraflarca saklı tutulan noktalarda söz konusu olabileceğini, tarafların saklı tutmadıkları veya anlaşma konusu yapmadıkları ikinci derece noktaların ise yedek hükümler ile çözümleneceğini ifade ettikten sonra, ödeme koşullarının ikinci derecede olduğunu ve taraflardan hiçbirinin İBK m. 372/BK m. 364'teki kuraldan ayrıldıklarını ispat edemediklerini belirterek, İBK m. 372/BK m. 364 uyarınca ücretin teslim zamanında ödenmesi gerektiğine karar vermiştir⁹⁵⁷.

Türk Hukukunda da, BK m. 2/f. II hükmü, tarafların ikinci derece noktalara ilişkin anlaşmayı ileri bırakmaları hali ile sınırlı bir uygulama alanına sahiptir⁹⁵⁸. İkinci derece nokta üzerinde anlaşmanın ileriye bırakılması, mutlaka bu konu üzerinde konuşulmasına rağmen uzlaşma sağlanamaması anlamına gelmez. Tarafların ikinci derece noktalardan bir veya bir kaçını üzerinde hiç tartışmaksızın ileride düzenlemeyi kabul etmeleri de yeterlidir⁹⁵⁹. İkinci derece noktalara ilişkin düzenlemenin ileriye bırakılması açık ya da zımnî bir anlaşma ile gerçekleşebileceği gibi, bu anlaşmanın esas sözleşmenin şekline uygun yapılması da gerekmez⁹⁶⁰. Ayrıca, taraflar sözleşmenin kurulması sırasında veya sözleşme kurulduktan sonra

⁹⁵⁵ **DELFORGE**, s. 248 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 220; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18 N. 499; ATF 83 II s. 522-3 = JdT 1958 I s. 516-17= SJ 1958 s. 610-11.

Tarafların, sözleşmeye uyarlamaya ilişkin hüküm koymaları halinde (bu hüküm esaslı noktalara yönelik de olabilir), söz konusu hükmün hâkimin müdahalesine de kıyasen uygulanacağı kabul edilir. ATF 93 II 185, 188-189 = JT 1968 I 191-192= SJ 1968 s. 81, 87.

Piotet, farklı olarak İBK/BK m. 2 de ifade bulan ihtimal dışındaki hallerde hâkimin sözleşmeyi tamamlama yetkisinin İBK/BK m. 2'nin kıyasen uygulanmasından değil, İBK/BK m. 20'den kıyasen yararlanılmasından kaynaklandığını kabul eder. Yazara göre, nasıl ki, İBK/BK m. 20/f. II uyarınca taraflar iptal edilen şartlar olmaksızın akdin kurulmayacağını ileri sürmedikçe sözleşmenin kurulduğu kabul edilir, o takdirde bilinçsiz uyuşmazlık halinde de sözleşmenin kurulduğunu kabul etmekte bir sakınca yoktur. Bu bilgiler için bkz. **PIOTET**, *La formation du contrat*, s. 148 vd.

⁹⁵⁶ **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 111 vd; **TERCIER**, *Obligations*, s. 176 vd; **DESSEMONTET**, CR, Art. 2, s. 31; **YUNG**, *L'interprétation supplétive des contrats*, s. 60.

⁹⁵⁷ 8.10.1957 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 83 II 522, www.admin.ch.

⁹⁵⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 179; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154 vd; **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 214, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 76 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 156 vd.

⁹⁵⁹ **AKYOL**, *Genel Hükümler*, s. 115; **AKSOY DURSUN**, s. 158 vd.

⁹⁶⁰ **AKYOL**, *Genel Hükümler*, s. 115; **DELFORGE**, s. 251; Tarafların saklı tutma anlaşması yaptıkları halin icabından da anlaşılabilir. **AKSOY DURSUN**, s. 159 vd.

ikinci derece noktalarda uyuşmanın ileriye bırakılacağını kararlaştırabilirler⁹⁶¹. Bu durumda hâkim sözleşmedeki boşluğu, somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak, işin mahiyetine göre yaratacağı bir hükümle doldurur. Hâkim, kanunun tamamlayıcı hükümlerine de tarafların farazî iradelerine de başvuramaz⁹⁶². Nitekim, ikinci derece noktalarda uyuşmanın ileriye bırakılması ve daha sonradan hâkime sözleşmenin tamamlanması için başvurulması, hem tarafların bu noktalarda sonradan da uyuşmadığını, hem de uyuşmazlığı ileri bırakarak yedek hükümlerdeki düzenlemelerden ayrılmak istediklerini açıkça ortaya koyar⁹⁶³.

BK m.2/f. II'nin uygulama alanının ikinci derece noktalara ilişkin anlaşmanın sonraya bırakılması hali ile sınırlı olmasının sebebi, bu durumda taraflardan birinin veya her iki tarafın da kanunun tamamlayıcı hükümlerinde belirtilen çözümü kabul etmediklerinin, bundan ayrılmak istediklerinin kabul edilmesinin hayatın akışına daha uygun olmasından kaynaklanır⁹⁶⁴. Nitekim, taraflar tamamlayıcı hükümlerde yer alan çözümü kabul etmiş olsalardı, bu hususlara ilişkin anlaşmayı ileriye bırakmazlardı. Bu durumda, hâkimin yedek hükümler uyarınca sözleşmeyi tamamlayacağından bahsetmek doğru olmaz. Hâkim öncelikle işin mahiyetine bakarak sözleşmeyi tamamlama yoluna gitmelidir⁹⁶⁵.

B. Sözleşmenin Tamamlanması Aracı Olarak “İşin Mahiyeti”

“İşin mahiyeti” kavramı sözleşmeyi çevreleyen koşullar uyarınca dürüst ve makul sözleşenlerin sözleşmedeki boşluğu nasıl dolduracak olduklarının esas

⁹⁶¹ Tarafların, sözleşme kurulduktan sonra, sözleşme kurulurken hiç üzerinde durmadıkları bir hususun ileride düzenleneceği konusunda anlaşması dahi mümkündür. Saklı tutma anlaşmasının yan uyuşma niteliğinde olduğu yönünde bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 160, 162; **AKYOL**, Genel Hükümler, s. 115 vd.

⁹⁶² **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 220; **DELFORGE**, s. 252; **TERCIER**, *Obligations*, s. 176 vd; **YUNG**, *Akitlerde Objektif Unsurlar*, s. 524; **YUNG**, *L'interprétation supplétive*, s. 48 vd.

Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 84 II 266 = JdT 1959 I 42, 46; ATF 84 II 628, 631-632= JdT 1959 I s. 362, 365, www.admin.ch.

⁹⁶³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 76 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 163 vd.

⁹⁶⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 164 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 76 vd; **ATAMER**, *Düşünceler*, s. 183 vd.

⁹⁶⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 164 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154 vd. Ancak, tarafların kanundaki yedek hükümden ayrılmak istemediklerinin anlaşılması halinde genel sıranın takip edilmesi gerektiği, diğer bir ifade ile, yedek hükümlere başvurulması gerekir. Bu yönde bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 164.

alınarak sözleşmenin tamamlanmasını ifade eder. İşin mahiyetinden kasıt, sözleşmenin niteliği, sözleşme ile güdülen amaç ve somut olaya ilişkin özelliklerin tamamıdır⁹⁶⁶. İşin mahiyetine göre tamamlama bir yandan objektif bir yaklaşım sergilerken, diğer yandan subjektif bir yaklaşım izler. Zira, bir yandan dürüst ve mâkul sözleşenlerin anlayışı esas alınırken diğer yandan somut sözleşmeyi çevreleyen bütün koşullar, sözleşmenin bireysel özellikleri dikkate alınır. Bu açılardan bakıldığında işin mahiyetine göre tamamlama “*hakkaniyete göre tamamlama*” olarak da ifade edilir⁹⁶⁷.

İşin mahiyetine göre tamamlamada yedek hükümlere başvurulmaz. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, hâkim somut olayı ele aldığı anda yedek hükmün içerdiği düzenlemenin taraf menfaatlerini sağlamak açısından daha elverişli ve işin mahiyetine daha uygun olduğu kanısına varırsa, yedek hükmün içerdiği çözümü benimseyebilir. Bu yöntem daha ziyade, sözleşmenin ve uyuşmazlık konusunun tipik olduğu hallerde rastlanılabilecek bir çözüm yöntemidir. Yedek hükümler bakımından söylediğimiz bu husus örf ve âdet hukuku kuralı bakımından da geçerlidir. Hâkim, örf ve âdet hukuku kuralının uygulanmasını işin mahiyeti bakımından gerekli görebilir⁹⁶⁸.

Hâkim işin mahiyetini tespit ederken tarafların farazî iradelerini göz önünde bulundurmamak durumunda kalmaz⁹⁶⁹. Hâkim, tarafların farazî iradesini tespit etmeye çalışmadan, işin mahiyetinin neyi gerektirdiğine karar verir ve buna göre sözleşme boşluğunu hakkaniyet ve nesafet kurallarına uygun olarak doldurur. Görüldüğü üzere, burada sözleşmeyi en adil şekilde tamamlamak hedeflenir. Hâkim, sözleşmenin bütünü göz önüne alarak, sözleşmenin amacına⁹⁷⁰ ve tarafların

⁹⁶⁶ **EREN**, Genel Hükümler, s. 214; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 179.

⁹⁶⁷ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 499; **EREN**, Genel Hükümler, s. 214.

⁹⁶⁸ **EREN**, Genel Hükümler, s. 214; **AKSOY DURSUN**, s. 163 vd.

⁹⁶⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 77; **KAPLAN**, Müdahale, s. 94; **AKSOY DURSUN**, s. 163. Hâkimin tarafların muhtemel farazî iradelerini de göz önüne alarak karar verebileceğine ilişkin bkz. **EREN**, s. 214, 435.

⁹⁷⁰ Sözleşenlerin saiki sözleşmenin amacından farklıdır ve ancak karşı tarafın saiki bilmesi halinde dikkate alınır. Sözleşmenin münferit hükümlerinde güdülen kısmî amaç, sözleşmenin amacının yan anlamı olarak ifade edilir ve genel amacın tespitinde yardımcı olur. Genel amacın kısmî amacın ortaya konmasına yardımcı olması da mümkündür. Bu konuda bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 53 vd.

Tarafların amacı ile sözleşmenin genel amacının farklı olması halinde tarafların ortaya koydukları amaçlarına öncelik verilmesi gerektiği hususunda bkz. **AKSOY DURSUN**, s. 170.

iradelerine uygun, menfaat dengelerini⁹⁷¹ bozmayan bir hükümle sözleşmeyi tamamlar⁹⁷². Böylece, hâkim somut olayın özelliklerine uygun ve objektif, adil bir çözüm üretir⁹⁷³.

Farazî iradenin araştırılmaması gerektiği yöndeki görüşün gerekçesi tarafların bu husustaki uyuşmazlıklarının açık olmasıdır. Uzlaşmayı ileriye bırakma, sözleşme kurulurken görüşülen ancak anlaşma sağlanamayan ikinci derece noktalarda olabileceği gibi, üzerinde hiç konuşulmayan ve tartışma konusu yapılmayan ancak ileride düzenleneceği hususunda mutabakat sağlanan yan noktalarda da söz konusu olabilir. Bu durumda, ilk ihtimalde sözleşmenin işin mahiyetine göre tamamlanmasını tartışmasız kabul etmek gerekir. Zira, gerçekten tarafların farazî iradesine göre tamamlama söz konusu olmaz. Tarafların anlaşamadıkları kesindir.

Ancak, tarafların, üzerinde hiç tartışmadıkları ikinci derece noktalar üzerinde uzlaşmayı ileriye bırakmaları halinde, tarafların anlaşamadıklarının kesin olduğu, dolayısıyla, farazî iradeye başvurulamayacağı ileri sürülebilir mi? Daha önce de belirttiğimiz gibi, BK m. 2'nin ifadesi sadece ikinci derecedeki noktalar hakkında sessiz kalınması halini düzenler; ama, sessiz kalma ile neyin kastedildiğine ilişkin bir hüküm içermez. Oysa mehz İBK m. 2'nin düzenlemesi, esaslı noktalar üzerinde anlaşma sağlanması halinde, tarafların yan noktalar hususunda anlaşmayı ileriye bırakmaları durumunu kapsar⁹⁷⁴. Bu düzenleme Türk Hukuku'ndaki düzenlemeden daha dar kapsamlıdır. Türk Hukukunda, BK m. 2/f. I'ın İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi bir sınır içermediği; dolayısıyla, ister yan noktalar hiç konuşulmaksızın ileride düzenlenecekleri kararlaştırılsın, ister bu hususlar tartışma konusu yapıp uzlaşma sağlanamadığından bu konudaki anlaşma ileriye bırakılsın BK m. 2/f. I deki karinenin uygulama alanı kabul edilmektedir⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ Tarafların menfaat durumu sözleşmenin gayesinin tespiti bakımından önem taşır. Zira, tarafların iradelerinin oluşmasında menfaatin büyük etkisi vardır. Tarafların düşüncelerini, dolayısıyla, sözleşmenin kurulması sırasında iradelerini şartlandıran bütün durumlar menfaat kapsamında değerlendirilir. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 55 vd.

⁹⁷² **AKYOL**, Genel Hükümler, s. 120; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 499; **AKSOY DURSUN**, s. 164 vd.

⁹⁷³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 179; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154 vd. *Eren*, hâkimin boşluk doldururken son safhada düzenleyici kanun hükümlerini uygulayabileceği veya tarafların farazî iradelerini göz önünde bulundurarak bir hüküm oluşturabileceğini kabul etmektedir; bkz. **EREN**, Genel Hükümler, s. 214.

⁹⁷⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 173 vd.

⁹⁷⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 173 vd.

Kanımızca, bu farklılık her ne kadar karinenin uygulanması bakımından bir fark yaratmasa da, sözleşmenin tamamlanması açısından dikkatle irdelenmelidir. Zira, İBK m.2/f. II sözleşmedeki boşluğun doldurulması bakımından genel kuraldan ayrılan bir düzenleme içermektedir. Madde, tarafların yan noktalarda anlaşmayı saklı tutup ileride düzenleyeceklerini kararlaştırmalarına rağmen, ileride de uyuşma sağlayamamaları halinde, yedek hükümlere başvurulmayacağını, doğrudan işin mahiyetine gidileceğini düzenler.

Tarafların üzerinde hiç konuşmadıkları bazı yan noktalarda uzlaşmayı ileriye bırakmaları, bu konular hakkında uyuşamamalarından değil, bu hususları önemsememelerinden ya da hızlı hareket etme ihtiyaçlarından, yedek hükümler hakkında bilgileri olmamasından kaynaklanabilir. Ancak bu durumda da, tarafların söz konusu hususlarda saklı tutma anlaşması yapmış olmaları sebebiyle, anlaşamadıkları ve yedek hükümlerden ayrılmak istedikleri kural olarak kabul edilmeli, dolayısıyla, yine işin mahiyetine başvurarak sorun çözülmelidir⁹⁷⁶.

Diğer taraftan, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında müzakere konusu yaptıkları, ancak üzerinde uyuşmadıkları noktalarda saklı tutma anlaşması da yapmadıkları ihtimalde⁹⁷⁷, saklı tutma anlaşması olmaması sebebiyle hâkim önce yedek hükümlere, buradan bir sonuç elde edilemez ise ve konuyla ilgili örf ve âdet hukuku kuralı varsa bu kurallara başvurmalıdır. Bundan da sonuç elde edilemiyorsa, hâkim, en son çare olarak MK m. 1 uyarınca kanun koyucu gibi hareket etmelidir⁹⁷⁸. Sözleşme müzakereleri sırasında ortaya atılan, ancak, taraflarca müzakere edilmeyen hususlarda saklı tutma anlaşması da yoksa, bu durumda da sözleşmedeki boşluğun yedek hükümler uyarınca doldurulması gerekir⁹⁷⁹.

BK m. 2/f. I'de yer alan karinenin çürütülememesi sebebiyle sözleşmenin kurulmuş sayılması halinde de, hâkim sözleşmeyi BK m.2/f. II uyarınca işin

⁹⁷⁶ AKSOY DURSUN, s. 166.

⁹⁷⁷ Ancak, belirtelim ki, tarafların bu noktaları sübjektif esaslı nokta haline getirmeleri halinde, bu noktalarda uyuşma sağlanamaması, sözleşmenin kurulmasına engel olur.

⁹⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 154; EREN, Genel Hükümler, s. 435.

Bu yazarlardan farklı olarak *Aksoy Dursun*, uygulamada zaten saklı tutma anlaşmalarının genellikle yapılmadığını, dolayısıyla, bu durumda sözleşenlerin farklı bir düzenleme getirmek istediklerinin kabulünün hayatın doğal akışına daha uygun olduğunu, sözleşmenin yine BK m. 2/f. II uyarınca işin mahiyetine göre tamamlanacağını ileri sürer. Bkz. AKSOY DURSUN, s. 165 vd.

⁹⁷⁹ AKSOY DURSUN, s. 166.

mahiyetine göre tamamlamalıdır⁹⁸⁰.

Bunun dışında, daha önce da ifade ettiğimiz üzere⁹⁸¹, BK m. 2/f. II'nin kapsamına girmeyen boşluk doldurma hallerinde de, farazî iradenin belirlenememesi durumunda hâkim işin mahiyetini esas alarak, objektif kriterlere göre sözleşmedeki boşluğu doldurmalıdır⁹⁸².

§5. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN HÂKİM ELİYLE DOLDURULMASININ SINIRLARI

I. İrade Özerkliği Prensibi

Tarafların farazî iradelerinin belirlenebilir sınırından bahsederken, irade özerkliği prensibine olabildiğince özen göstermek gerekir. Sözleşmenin öncelikle tarafların farazî iradesi ile tamamlanacağını kabul eden sübjektif teori yanlısı yazarlar, farazî iradenin belirlenebilir sınırına dahil olan normların da tamamlayıcı hükümlerin üstünde olduğunu ifade ederler⁹⁸³.

Piotet'ye göre irade özerkliği prensibi uyarınca, sözleşmeyi tamamlamak durumunda olan hâkim, farazî iradenin belirlenebilir olması halinde ve ölçüde tarafların iradesi ile bağlı olacağından, söz konusu olaya ilişkin tamamlayıcı hükümden uzaklaşabilir⁹⁸⁴.

Tamamlayıcı hukuk kurallarının tarafların farazî iradesine uygun olduğu görüşünde olan yazarlar da vardır⁹⁸⁵. Ancak, mutlak olarak böyle bir sonuca varılacağı söylenemez. Yedek hükümler tipik olaylar ve ortalama kişiler için

⁹⁸⁰ AKSOY DURSUN, s. 167.

⁹⁸¹ Bkz. §4 II C 2 a.

⁹⁸² Objektif esaslı noktaların tamamlanabileceğinin kabul edildiği istisnai durumlarda, somut olaya özgü bir tamamlama kuralı mevcut değilse hâkimin işin mahiyeti uyarınca sözleşmedeki boşluğu dolduracağı hususunda bkz. AKSOY DURSUN, s. 167 vd .

⁹⁸³ PIOTET, *Le complètement judiciaire du contrat* , s. 660 vd. *Merz*, kanundaki yedek hükümlere ancak, sözleşmenin bireysel unsurlar içermemesi , diğer bir ifade ile farazî iradenin tespit edilememesi halinde başvurulabileceğini ileri sürer. Bkz. MERZ, Art. 2, N. 138 vd; KANETİ, s. 24 vd.

⁹⁸⁴ PIOTET, *Le complètement judiciaire du contrat* , s. 659 vd.

⁹⁸⁵ *Jäggi/Gauch*, aslında bu normların tarafların farazî iradesinin yerine geçtiğini, çünkü bunlarla taraflarca düzenlenmeyen hususa hukuki işlemin doğasına göre çözüm getirildiğini ileri sürerler. Bkz. JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 509.

getirilmiş düzenlemelerdir. Kişiler sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleme hakkına ve yetkisine sahiptirler. Dolayısıyla, kanunda göz önüne alınan tipik olaydan ayrılabilirler. Bu sebeple de, mutlak olarak kanundaki yedek hükümlerin tarafların farazî iradesine uygun olacağından bahsetmek doğru olmaz. Taraflar her zaman bu hükümden farklı esas kabul edebilir ve farklı düzenleme getirebilirler.

Biz, objektif teorinin yumuşatılarak uygulanması gerektiği görüşüne katıldığımızı daha önce de ifade etmiştik. Bu durumda öncelikle yedek hükümler uygulanarak sözleşmedeki boşluk doldurulmalıdır. Ancak bu çözüm somut olayın çözümüne elverişli olmayabilir. O halde yedek hükümlerin uygulanmasında ısrarcı davranmak doğru olmaz. İşte tarafların yedek hükümdeki düzenlemeden ayrılmak istediklerine ilişkin iradelerinin kabul edilebilmesi halinde de, yedek hükümlere başvurulmaması gerekir. Zira, yedek hükümler taraflarca aksi kararlaştırılabilen hükümlerdir; dolayısıyla tarafların iradeleri her zaman yedek hükmün getirdiği düzenlemeden önceliklidir. Tarafların bu yedek hükümden farklı düzenleme getirmek istediklerinin tespiti halinde, hâkim, dürüstlük kuralı veya sözleşmenin bütünlüğünü bahane ederek yedek hükümleri uygulayamaz⁹⁸⁶.

Tarafların bu iradesine hâkim de saygı duymak durumundadır. Kanunda somut olaya ilişkin bir yedek hüküm bulunmaması nedeniyle sözleşmedeki boşluğu kendi yaratacağı kural ile tamamlamak durumunda kalan hâkim de tarafların iradesinin sınırları dahilinde kalmak kaydıyla, istediği içerikte bir kural koyabilir. Hâkimin koyacağı kural bakımından içerik sınırı söz konusu değildir⁹⁸⁷. Hâkim somut olayın şartlarına göre ya kanundaki boşluğu doldurma yoluna gider ve daha sonra dolaylı olarak sözleşmeyi tamamlayacak ya da somut olayın özelliklerine göre sadece tamamlanacak sözleşme için geçerli olacak bir hüküm tesis eder.

Ancak, her iki ihtimalde de hâkimin tamamlayıcı hükümden uzaklaşması sözleşmeye gereksiz yere ve istediği şekilde müdahale edebileceği anlamına gelmez. Hâkim sözleşenlerin iradeleri ile bağlı kalmak kaydı ile sözleşme düzenine müdahale

⁹⁸⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 339 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 111 vd; **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 43 vd; **AKSOY, DURSUN**, s. 153 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 519.

⁹⁸⁷ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 539 vd.

edebilir⁹⁸⁸. Nitekim, taraflar sözleşmeyi en azından esaslı noktaları itibari ile düzenlemek suretiyle bir çerçeve oluşturmuşlardır. Sözleşmede boşluk bulunabilir; ancak, sözleşme bu durumda dahi anlamsal bir bütünlüğe sahiptir ve hâkim bu anlamsal bütünlüğü aşmamalıdır⁹⁸⁹. Taraflar sözleşme boşluğunu biliyor olsalardı dürüstlük kuralı uyarınca nasıl bir çözümü kabul edecekler ise hâkim onu araştırmalıdır. Yoksa hâkim kendince adil olanı aramamalıdır. Sözleşme sadece hukuk ve adalet ölçülerine uygun düşen değil, aynı zamanda sözleşmenin bireyselliği ile de örtüşen bir hükümle tamamlanmalıdır⁹⁹⁰.

Bu durumda, hâkimin yarattığı hüküm yedek hükümlerden veya sözleşme hükümlerinden farklılık arz etmez. Hâkim, hüküm yaratma yetkisine dayanarak tarafların istemedikleri bir düzenlemeyi onların aksi yöndeki iradelerine rağmen sözleşmeye dahil edemez; tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini genişletemez⁹⁹¹. Aksi halde, hâkimin taraf iradelerinden farklı bir çözüm getirmesi ile sözleşmenin ahengi ve bütünlüğü bozulur. Bunun yanı sıra, tarafların sözleşme ile güttükleri amaç da gerçekleşmez, belki de taraflar hiçbir zaman istemedikleri borçların veya yükümlülüklerin altına girerler. Böylece, irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkesi de ihlâl edilmiş olur.

İrade özerkliğine saygı gösterilmesi ile hâkimin sözleşmeye haksız müdahalesi de engellenmiş olur. Böylece, hâkimin kendi adalet düşüncesi ile hareket ederek tarafların iradelerine aykırı kurullarla sözleşmeyi tamamlamasının önüne geçilir. Hâkim, tarafların bertaraf etmek istedikleri bir tamamlayıcı hükmü onların iradesine aykırı olarak sözleşmeye uygulayamayacağı gibi tamamlayıcı hükmün bulunmaması halinde kendi fikrine göre hareket ederek tarafların iradesine tamamen zıt bir düzenlemeyle de sözleşmeyi dolduramaz.

⁹⁸⁸ **KAPLAN**, Müdahale, s.108 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 113.

⁹⁸⁹ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 496. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH 24 juin 1982, NJW 1982 s. 2190, 2191.

⁹⁹⁰ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 537. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, tamamlamanın tarafların sözleşme ile güttüğü amacın gerçekleştirilmesine hizmet ettiğini ifade etmiştir. BGH, NJW 1978, s. 695.

⁹⁹¹ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 43 vd; **KAPLAN**, Müdahale, s. 111 vd; **AKSOY, DURSUN**, s. 153 vd.

Hâkimin, tarafların BK m. 2 uyarınca saklı tutma anlaşması ile üzerinde uyuşmayı ileriye bıraktıkları ikinci derece noktaları teklifini, müzakereler sırasında kabul ettirememiş taraf lehine tamamlayamayacağı hususunda bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 253.

Görüldüğü üzere, tamamlayıcı yoruma getirilen ilk sınır tarafların gerçek niyetleri ve onların uzlaşmalarıdır. Hâkim, tarafların gerçek niyetlerine ve sözleşmenin içeriğine zıt bir çözüm getiremez⁹⁹².

Bunun dışında, tamamlayıcı yorum sadece sözleşme boşluğunun doldurulması için kullanılır. Tamamlayıcı yorum yolu ile sözleşmenin konusu değiştirilemeyeceği gibi sözleşmenin konusunun kabul edilemez şekilde genişletilmesi de söz konusu olmaz⁹⁹³.

Tarafların uyuşmasının kapsamında tamamlayıcı yorum söz konusu olabilir. Zira, amaç tarafların iradelerini korumaktır⁹⁹⁴. Nitekim, tamamlayıcı yorum beyan edilmiş iradenin değiştirilmesine, sınırlandırılmasına veya tamamlanmasına değil, sadece sözleşmenin içeriğinin tamamlanmasına yönelik olmalıdır⁹⁹⁵. Bu bağlamda tamamlayıcı yorum ile sözleşmeden kaynaklanan genişleme veya değişme söz konusu olabilir⁹⁹⁶. Tamamlayıcı yorumun söz konusu olduğu hallerde sadece genişleme veya değişmeden söz etmek de doğru olmaz. Sözleşmesel hakların veya yükümlülüklerin sınırlanması da tamamlayıcı yorum neticesinde ortaya çıkabilir⁹⁹⁷.

Yasak olan, sözleşmenin esaslı ve temel içeriğinin ötesinde, sözleşmeye bunları genişleten ek yükümlülükler getirilmesidir. Örneğin, tamamlayıcı yorum yolu ile satış fiyatının yeniden değerlendirilmesi ve artırılması, kabul edilemez genişleme

⁹⁹² **WITZ**, Droit Privé Allemand, s. 179; **KORNET**, s. 144; **HENCKEL**, s. 107.

⁹⁹³ **HENCKEL**, s. 107; **WITZ**, Droit Privé Allemand, s. 179, **JALUZOT**, s. 444; **PEDAMON**, s. 131; Tamamlayıcı yorumda amaç, taraflardan birinin unutkanlığı ya da dikkatsizliği sonucunda sözleşmede düzenlemediği hususu onun lehine sonradan sözleşmeye eklemek olamaz. Bkz. **FLUME**, s. 326.

Hâkimin tamamlayıcı yorumunun sözleşmenin konusunun genişletilmesine yol açmaması gerektiğine ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH 24 juin 1982, NJW 1982 s. 2190, 2191.

Fransız Hukukunda tamamlayıcı yorumun dayanağı olarak kabul edilen FMK m. 1160'ın, tarafların esaslı hak ve borçlarını değiştirerek sözleşmenin ekonomisini bozacak kayıtlar koymak amacıyla kullanılamayacağına ilişkin olarak bkz. **SZALEWSKI-SCHMIDT**, s. 303 vd; **ZELCEVIC-DUHAMEL**, n. 11.

⁹⁹⁴ **WITZ**, Droit Privé Allemand, s. 179, **KORNET**, s. 144.

⁹⁹⁵ **HENCKEL**, s. 107; Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararının İngilizce çevirisi için bkz. BGH, 7 fév. 1957, BGHZ 23, s. 282, www.utexas.edu/law/_academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=943.

⁹⁹⁶ **FLUME**, s. 327; BGH, 18 déc. 1954, BGHZ 16, s. 71.

⁹⁹⁷ **KORNET**, s. 145.

olarak değerlendirilir⁹⁹⁸.

II. Sözleşmedeki Boşluğun Yan Borç Yaratılmak Suretiyle Doldurulmasında Sınırlar

Yan borçlar, özel olarak kanun tarafından öngörülebilecekleri gibi (kiracıya yönelik olarak BK m. 251/f. I, BK m. 256/f. I ve komisyoncuya yönelik olarak BK m. 417/f. I), tarafların anlaşmasından da kaynaklanabilir (mobilyalı bir evin kiralanmasında hizmet borcunun yan edim olarak kararlaştırılması, çalışma masasının satımı ile beraber kurulmasının yan edim borcu olarak üstlenilmesi, BK m. 348)⁹⁹⁹.

Bunlar dışında yan borçlar dürüstlük kuralından doğabilir. Bu durum hukuki işlemlerin, özellikle de sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması bakımından önemli ve belirleyicidir. Zira sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması sırasında sözleşmeye yan borçların dahil edilmelerine sıklıkla rastlanır¹⁰⁰⁰.

Belirli hususları bildirme, belirli belgeleri verme, borcun ifasında işbirliği içinde bulunma, sözleşme kapsamında edinilen sırları saklama, sözleşmenin devamı ve sonrasında rekabet etmeme dürüstlük kuralından¹⁰⁰¹ kaynaklanan yan borçlardandır. Sözleşmenin düzgün ifası ile ilişkili yan borçlar sadakat borcundan kaynaklanır¹⁰⁰². Bir anlamda, doğruluk ve güven kuralı, borç ilişkisinden kaynaklanan edim borcunun çevresini genişletir¹⁰⁰³.

⁹⁹⁸ WITZ, Droit Privé Allemand, s. 179 .

⁹⁹⁹ GUGGENHEIM, T. I, s. 21, 90; CHAPUIS, Les devoirs accessoires, s. 77 vd; JALUZOT, s. 523 vd. Yan edim borçlarından farklı olarak, davranış mükellefiyetleri veya koruma mükellefiyetleri için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 22 vd.

Taraflara bu yetkiyi sağlayan sözleşme serbestisi ilkesinin bir yönünü ifade eden içerik serbestisidir. Bu ilke sayesinde taraflar diledikleri edimi sözleşmelerine yan edim olarak dahil edebileceklerdir. Bu konuda bkz. KUNTALP, s. 88 vd.

¹⁰⁰⁰ MORIN, Les articles 2 et 4 CC, s. 232; JALUZOT, s. 523; BK-KRAMER, Art. 18, N. 251; AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 45; AKSOY DURSUN, s. 154 vd; ATF 127 III 300= JdT 2001 I 239.

¹⁰⁰¹ CHAPUIS, Les devoirs accessoires, s. 81 vd; JALUZOT, s. 511, 523 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 11 vd; DURAL/SARI, s. 206 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 35 vd; GUGGENHEIM, T. I, s. 21; DESCHENAUX, s. 165 vd.

¹⁰⁰² GUGGENHEIM, T. I, s. 21, 90; DESCHENAUX, s. 165 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 21 vd.

¹⁰⁰³ Sözleşme taraflarının borç ilişkisinden kaynaklanan edim borçlarını ve doğruluk ve güven kurallarından doğan mükellefiyetlerini birlikte ifade etmek için “tüm edim” kavramı da kullanılır.

Yan borçlar niteliklerine göre bağımlı ve bağımsız yan borçlar olarak ikiye ayrılırlar¹⁰⁰⁴. Aslî edim yükümlülüğünün yerine getirilmesine hizmet eden, dolayısıyla da aslî edimden bağımsız olarak ifa, talep ve dava edilemeyen borçlar “bağımlı yan borçlar”¹⁰⁰⁵, aslî edim yükümlülüğünün amacına ulaşmasına yardımcı olan ve başlı başına ifa, talep ve dava edilebilen yan borçlar da “bağımsız yan borçlar” adını alır¹⁰⁰⁶.

Yan borçlar bakımından getirilen bu ayırım sözleşmenin tamamlanmasında önem arz eder. Zira, hangi yan borçların tamamlama konusu olabileceğini bu ayırım ile ortaya koyabiliriz. Bu noktada, borçlunun edimini yerine getirmek için yapmakla yükümlü olduğu bir takım borçlar yan edim olarak değerlendirilmemelidir¹⁰⁰⁷. İfaya hazırlık hareketlerinin veya bizzat ifa işlemlerinin yerine getirilmemesi edim borcunun ifa edilmemesine yol açacağından, bunlar dolayısıyla alacaklının bir talebi de söz konusu olmaz; bağımsız birer borç olmadıklarından, yan edim olarak da ifade edilemezler¹⁰⁰⁸, dolayısıyla tamamlama konusu olmazlar.

Bu durumda “yan edim” tüm edim içinde tali nitelikteki bağımsız borcu ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KUNTALP**, s. 85 vd.

¹⁰⁰⁴ **JALUZOT**, s. 513 vd; *Edis* yan borçları “özel amacı olmayan bağımlı yan yükümlülükler (ikinci derece yan yükümlülükler)” ve “özel amaçlı yan yükümlülükler (temel veya aslî yan yükümlülükler)” olmak üzere iki başlık altında incelemiştir. Bkz. **EDİS**, *Medenî Hukuk*, s. 314 vd.

¹⁰⁰⁵ **JALUZOT**, s. 513 vd; **CHAPUIS**, *Les devoirs accessoires*, s. 63 vd; **DESCHENAUX**, s. 165, dpn. 60.

Birbirleri ile hukuki ilişki içine girmiş kimselerin, aralarında oluşan güven ilişkisi dolayısıyla, birbirlerine doğru bilgi verme, birbirlerini aydınlatma, zarardan koruma gibi yükümlülükleri söz konusudur. Bu yükümlülüklerin aynen ifası talep edilemeyeceği gibi, bunlar dava da edilemezler. Ancak, tarafların bu yükümlülüklerine, bir başka ifade ile, “bağımlı yan borçlar”ına kusurlu olarak aykırı davranışları halinde tazminat talep edilebilir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 12 vd.

“Diğer davranış yükümleri (*weitere Verhaltenspflichten*)” olarak da adlandırılan bu yükümlülükler *Eren* tarafından “yan yükümler (*Nebenflichten*)” başlığı altında incelenmektedir. *Eren*, yan yükümleri de kendi içlerinde “*ifaya yardımcı yan yükümler*” ve “*koruyucu yan yükümler (Schutzpflichten)*” olmak üzere ikiye ayırmaktadır. İfaya yardımcı yan yükümler asli edimin ifasına yardım eden, ifaya hazırlık fiilleri ve ifa fiillerinin alacaklının menfaatinin uygun olarak gerçekleşmesine hizmet eden, dolayısıyla, doğrudan alacaklının ifaya olan menfaatinin korunması ve sağlanmasına yarayan yükümler olarak ifade edilirken, koruyucu yan yükümler alacaklının edim dışındaki menfaatinin korunmasına yarayan, ifa ile dolaylı olarak ilgili olan, alacaklının mal veya şahıs değerlerinin korunmasına yarayan yükümler olarak belirtilmiştir. Bu bilgiler için bkz. **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 37 vd.

¹⁰⁰⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 11 vd; **DURAL/SARI**, 206 vd; **JALUZOT**, s. 513 vd; **DESCHENAUX**, s. 165, dpn. 60.

¹⁰⁰⁷ **KUNTALP**, s. 89 vd.

¹⁰⁰⁸ *Kuntalp*, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir takım borçlar ile yan edimin karıştırılmaması gerektiğini de belirtir. Yazar, borçlunun ifa veya ifaya hazırlık sırasında sözleşmenin gayesini

Konuyu bağımlı ve bağımsız yan borçlar bakımından incelediğimizde ise, sadece bağımsız yan borçların tamamlama konusu olabileceği görülür. Bağımsız borçlardan da ancak dürüstlük kuralı ile getirilen yan borçlar tamamlama konusu olabilirler. Zira, yan borçların taraflarca veya kanun tarafından belirlenmesi halinde zaten sözleşme boşluğundan bahsedilmez.

Sözleşmede bir düzenleme bulunmaması halinde kanunda da bu yönde bir hüküm mevcut değilse, hâkim önüne gelen uyuşmazlığı dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan borcu sözleşmeye dahil ederek, diğer bir deyişle sözleşmeyi tamamlayarak çözebilir.

Böyle bir durumda, taraflardan birinin, sözleşme kurulurken ihmâl ettiği veya karşı tarafa kabul ettiremediği yükümlülükleri, sözleşmedeki boşluğu bahane ederek tamamlama yolu ile sözleşmeye dahil etmeye çalışması engellenmelidir¹⁰⁰⁹. Zira, sözleşmenin kurulması sırasında bu fırsatı kaçırmış veya bu yükümlülüğü karşı tarafa kabul ettirememiş tarafın lehine hareket etmek sözleşmenin dengesini bozacak, risk dağılımı bir taraf aleyhine değişecektir¹⁰¹⁰. Böylece taraflardan biri, hiç düşünmediği belki de hiç istemediği yan yükümlülüklerle katlanmak durumunda kalacaktır. İşte, dürüstlük kuralı uyarınca yan edim yükümlülükleri getirilirken tarafları böyle tesadüfi şartlardan korumak amacıyla, hâkimin dikkatli olması gerekecektir.

Unutmamak gerekir ki, yan borçlar tamamlama amacı ile sınırlı olarak yaratılabilir¹⁰¹¹. Hâkimin sözleşmedeki yan borçlardan kıyasen yararlanarak yeni borçlar yaratabilmesi için sözleşmede kesin dayanaklar olması gerekir¹⁰¹². Hâkim, ancak, sözleşmede açık ipuçları varsa taraflardan biri için yeni yan yükümlülükler getirebilecektir¹⁰¹³.

haleldar edecek her türlü davranıştan kaçınma borcuna yönelik müstakil bir talep hakkı olmadığından, bunların da yan edim sayılmayacağını ifade eder. Bkz. **KUNTALP**, s. 89 vd.

¹⁰⁰⁹ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 251; **KAPLAN**, Müdahale, s. 111; **AKSOY DURSUN**, s. 155.

¹⁰¹⁰ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 251; **KAPLAN**, Müdahale, s. 111 vd.

¹⁰¹¹ **AKSOY DURSUN**, s. 156.

¹⁰¹² **AKSOY DURSUN**, s. 156; **KAPLAN**, Müdahale, s. 111.

¹⁰¹³ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 251; **EHRICKE**, s. 688 -689; **KAPLAN**, Müdahale, s. 111; **AKSOY DURSUN**, s. 156.

§6. ÖZELLİK ARZEDEN DURUMLAR

I. İsimsiz Sözleşmelerde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

A. Genel Olarak

İsimsiz sözleşmelerin tamamlanmasında tipik sözleşmelere nazaran bir farklılık olup olmadığını irdeleyebilmek için öncelikle isimsiz sözleşme kavramının incelenmesi ve tipik sözleşmelerden farkının ortaya konması gerekir.

Sözleşmeler, unsurları ve bu unsurların bir araya geliş tarzı kanunda açıkça düzenlenen isimli akitler (*contrats nommés*) ve unsurlarının tamamı veya bir kısmı veya bu unsurların bir araya geliş tarzı kanunda düzenlenmeyen akitler, diğer bir ifade ile isimsiz akitler (*contrats innommés*) olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰¹⁴.

İsimsiz sözleşmelere ilişkin farklı ayırımlar söz konusudur. Doktrinde bu konuda bir birlik sağlanmış değildir. Ancak, doktrinde hâkim ayırım isimsiz sözleşmelerin, karma sözleşmeler, *sui generis* sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrıldığı yönündedir¹⁰¹⁵. Bileşik sözleşmeler de isimsiz sözleşme başlığı altında ele

¹⁰¹⁴ KUNTALP, s. 10 vd; TANDOĞAN, s. 11; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 7. Sözleşmenin *essentialia negotii*, esaslı noktalarının belirli bir yasal tipe atlanabilmesi halinde yasal kalıbın dışına çıkmamış olunacağından, isimsiz sözleşmeden bahsedilmeyeceği yönünde bkz. SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 55 vd.

Kanun tarafından adlandırılmış olmak da sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmek için yeterli olmayacaktır. Bkz. OKTAY, s. 264 vd. En azından sözleşmenin esaslı unsurlarının, tipi belirleyen asli edimlerin düzenlenmesi gerektiği hususunda bkz. EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 86 vd; aynı yönde bkz. ENGEL, Traité, s. 733 vd.

¹⁰¹⁵ Tandoğan, isimsiz sözleşmeleri, kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler (*contrats de nature propre, sui generis*) ve karma akitler (*contrats mixtes*) olmak üzere iki başlık altında incelemektedir. Karma akitleri de çift mahiyetli akitler (yazar örnek olarak kapıcı sözleşmesini verir), kombine akitler (bir otomobilin şoförü ile kiralınması), çeşitli tiplere ait unsurların birbirlerine karıştığı akitler (karma bağışlamalar) ve kendilerine yabancı yan edim içeren akitler (tiyatrodan yer tutulması) olarak dörde ayırmaktadır. Yazar, ayrıca bileşik sözleşmelerin karma sözleşmeler ile karıştırılmaması gerektiğini de ifade etmektedir. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.11, 69 vd; benzer yönde bkz. YAVUZ, s. 10 vd; OKTAY, s. 272 vd.

Serozan, isimsiz (atipik) sözleşmeleri *bileşik sözleşmeler* (cep telefonu ve telefon kartının birlikte satın alınması dolayısıyla telefon satımı ile birlikte telefon abonman sözleşmesinin de yapılmasında olduğu gibi), *karma sözleşmeler* (yazar karma sözleşmeleri de kendi içinde kombine sözleşmeler, çift tipli karma sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak üçe ayırmaktadır. Kombine sözleşmelerde değişik sözleşme edimlerinin para ödeme edimi karşılığında yan yana gelmesi söz konusu olur. Turistik gezi sözleşmeleri kombine sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Çift tipli karma sözleşmelerde ise, değişik sözleşmelere ilişkin edimlerin yan yana değil karşı karşıya gelmesi söz konusudur. Yazar, bu sözleşmelere örnek olarak da kapıcı sözleşmelerini ve arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerini örnek göstermiştir. Karma

alınsa da bu sözleşmelerin isimsiz sözleşme sayılmadığı kabul edilir¹⁰¹⁶. *Kuntalp*, isimsiz sözleşmeleri farklı bir ayrıma tâbi tutar. Yazara göre, isimsiz sözleşmeler kendi aralarında üçe ayrılır¹⁰¹⁷. Bunlardan ilki atipik (*sui generis*), akitlerdir. Atipik sözleşmelerin özelliği tipik sözleşmelere ait olmayan unsurlardan meydana gelmesidir. *Sui generis* sözleşmelerin unsurları kanunun düzenlediği akit tiplerinin hiçbirinde yoktur. Bu tip sözleşmeler “kendine has tabiatı olan akit” olarak da ifade edilir¹⁰¹⁸. Sulh sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, garanti sözleşmesi *sui generis* sözleşmelerdendir¹⁰¹⁹. Yazar isimsiz sözleşmelerin ikinci alt ayrımı olarak karışık muhtevalı akitlere (*contrat mixte*) yer vermiştir. Karışık muhtevalı akitlerde unsurların tamamı tipik akitlere aittir, fakat, bu unsurların birleşme biçimi kanuna yabancıdır¹⁰²⁰. Karışık muhtevalı sözleşmeler,

sözleşmeler olarak ifade edilen üçüncü türün de değişik işlevli sözleşmelerin öğelerinin birbirine eklenmesi suretiyle oluştuğunu ifade eder. Bu üçüncü türe de örnek olarak karma bağışlamayı örnek verir) ve *sui generis sözleşmeler* olarak üçe ayırmaktadır. Bu bilgiler için bkz. **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 62 vd. Benzer ayırım için bkz. **TUNÇOMAĞ**, C. II, s. 11 vd.

Gümüüş, *Serozan*'ın ayırımına bir de “eksik sözleşmeler”in eklenmesi gerektiği kanaatindedir. Yazar, eksik sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş belirli bir sözleşme tipine ilişkin unsurları eksik olarak içeren sözleşmeler olarak ifade etmiştir; bkz. **GÜMÜŞ**, s. 22; *Gürzumar*, farklı olarak kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerin karma sözleşmeler ve kendine özgü sözleşmeler olarak ikiye ayrıldığını, karma sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş sözleşme tiplerinin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği tarzda birarada içeren sözleşmeler, *sui generis* sözleşmelerin ise, kanunda düzenlenmemiş unsurların yine kanunda öngörülmemiş, özgün bir içsel birlik sağlayacak şekilde biraraya gelmesiyle oluşan sözleşmeler olduğunu ifade etmektedir. **GÜRZUMAR**, s. 20 dpn. 126.

¹⁰¹⁶ **EREN**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 91; **KUNTALP**, s. 10 vd; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 11; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 54.

¹⁰¹⁷ **KUNTALP**, s. 10 vd;

¹⁰¹⁸ **KUNTALP**, s. 10 vd; **GÜRZUMAR**, s. 20 dpn. 126; **GÜMÜŞ**, s. 12, 16 vd. *Serozan*, *sui generis* sözleşmeleri “kıрма” olarak adlandırmaktadır. Bkz. **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 56 vd.

Bazı yazarlar *sui generis* sözleşmeleri, esaslı unsurları kısmen veya tamamen kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin hiç birinde mevcut olmayan sözleşmeler olarak ifade eder. Bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 12 vd; **YAVUZ**, s. 12 vd; **OKTAY**, s. 273 vd; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 37; bu yönde anlaşılabilir, **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 50; **EREN**, İsimsiz sözleşmeler, s. 91; **TUNÇOMAĞ**, C. II, s. 308.

¹⁰¹⁹ Kredi açma mukavelesi atipik sözleşmelere örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. **KUNTALP**, s. 10 vd; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 12 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 74 vd; **YAVUZ**, s. 13 vd; **GÜMÜŞ**, s. 16; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 37 vd; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 39 vd.

¹⁰²⁰ **EREN**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 91. Dikkat etmek gerekir ki, karışık muhtevalı akit, genel kısımda yer alan bir tipin özel kısımda yer alan bir tiple karışmasından değil, özel kısımdaki iki tipin karışması neticesinde meydana gelir. Bkz. **KUNTALP**, s. 11, 22; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 51 vd; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 67 vd; **YAVUZ**, s. 21 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135; s. 1; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 41 vd.

Hâkim görüş olarak kabul edilen bu görüşün, dar anlamda karma sözleşmeler olarak da ifade edildiği, dolayısıyla, bu görüş uyarınca *sui generis* sözleşmeler esaslı unsurları kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü hiçbir akit tipinde mevcut olmayan sözleşmeler olarak tanımlandığı, ancak, bu ayırımın suni olduğu, zira, karma sözleşmelerde de *sui generis*

unsurları ve kendisinden doğan edimler bakımından kanunen düzenlenmiş sözleşme karakteri taşımasına rağmen, bütün olarak ele alındığında kanunen düzenlenmemiş sözleşmelerdir¹⁰²¹. Karışık muhtevalı akitte değişik tiplere ilişkin unsurlar tek bir sözleşme oluşturacak şekilde birleşirler, yoksa birden fazla müstakil sözleşmenin birleşmesi söz konusu değildir¹⁰²². İsimli sözleşmelerin üçüncü türü olarak ise, yazar, unsurlarının bir kısmı kanunda düzenlenmiş bir kısmı da kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerin unsurlarından oluşan sözleşmelere yer vermiştir¹⁰²³. Ancak, bu üçüncü ayırımın aslında karışık muhtevalı akit olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁰²⁴. Unsurlarının bir kısmının kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin olması bu tür sözleşmelere kanunen düzenlenmiş sözleşmelerin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu akla getirir¹⁰²⁵. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin tamamlanmasında da sözleşmenin bu özelliği önem arz eder ve tamamlama faaliyeti sırasında göz önüne alınması gerekir¹⁰²⁶.

B. İsimli Sözleşmelerin Yorumlanması

İsimli akitlerin yorumlanması genel olarak kanunda düzenlenen sözleşmelerin yorumlanmasından farklı değildir¹⁰²⁷. Borçlar Hukukunun genel hükümlerindeki yorum kuralları tarafların aksi yöndeki iradeleri tespit edilmedikçe isimli sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulur. Doktrinde hâkim görüş,

sözleşmelerde geçerli olan kıyas ve yaratma esaslarının geçerli olması gerektiği hususunda bkz. **GÜRZUMAR**, s. 20, dñn. 126; **GÜMÜŞ**, s. 12.

¹⁰²¹ Motelcilik sözleşmeleri bünyesinde kira, satım, istisna ve hizmet sözleşmelerine ilişkin unsurları birleştirmesi bakımından, kapıcı sözleşmesi de kira ve hizmet akdine ilişkin unsurları bünyesinde barındırması bakımından karışık muhtevalı akitlere örnektir. Bkz. **KUNTALP**, s. 11 vd.

¹⁰²² **KUNTALP**, s. 23 vd; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 51 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 66; **ZEVKLİLER/HAVUTCU**, s. 41 vd.

¹⁰²³ Bu sözleşmelere örnek olarak işletmelerin veya otellerin garsonlar ile yaptıkları sözleşmeler örnek gösterilmiştir. Sözleşmede, garsonun hizmet ediminin karşılığı olarak para ve/veya bahşiş alacağı kararlaştırılır. Garsonun bahşiş alacağına yönelik anlaşma kanuna yabancı, kanunda düzenlenmemiş unsurdur. Bkz. **KUNTALP**, s. 12 vd.

¹⁰²⁴ **MEIER/HAYOZ**, FJS. No: 1135; s. 1; **KUNTALP**, s. 64, 102. *Oktay*, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurlar ile kanunda düzenlenmemiş sözleşme unsurlarının karma sözleşme oluşturabileceğini kabul etmektedir; bkz. **OKTAY**, s. 273 vd. *Serozan*, bu tür sözleşmeler için geniş anlamda karma sözleşmeler ifadesini kullanır; bkz. **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 66 vd; *Gürzumar*'ın ayırımı da zaten bu yöndedir; bkz. **GÜRZUMAR**, s. 20, dñn. 126; aksi fikir için bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 67 vd; **ZEVKLİLER/HAVUTCU**, s. 41 vd.

¹⁰²⁵ **KUNTALP**, s. 13 vd.

¹⁰²⁶ Bkz. § 6, I, C.

¹⁰²⁷ **OKTAY**, s. 278 vd; **ENGEL**, traité, s. 742, **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1134, p.5; **ENGEL**, traité des obligations, s. 243.

mahiyetleri müsaade ettiği müddetçe isimsiz sözleşmelere de benzedikleri sözleşme tipine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönündedir¹⁰²⁸.

İsimsiz sözleşmelerde de hâkim, mümkünse tarafların beyan veya davranışlarının gerçek ve sübjektif anlamını, bu mümkün değilse güven nazariyesi uyarınca dürüst ve makul muhatabın somut olayın şartları altında beyana vermesi gereken anlamı tespit etmeye çalışacaktır¹⁰²⁹.

İsimsiz sözleşmenin anlamı veya sözleşmesel kaydın anlamı, temelini MK m. 2'de ifade bulan dürüstlük kuralından alan güven nazariyesi uyarınca belirlenecektir¹⁰³⁰. Bazı özel durumlarda, ayrıca dikkat edilmesi gereken hususlar vardır. Örneğin, sözleşme taraflarının mensubu oldukları profesyonel çevredeki örf ve teamüllerin isimsiz sözleşmelerin yorumlanmasında önemi büyüktür. Dolayısıyla, sözleşme anlamlandırılırken yorumcunun bunları göz ardı etmesi düşünülemez¹⁰³¹. Yine, yedek hükümler uygulanırken ihtiyatlı davranmak gerekir. Zira, yedek hükümler uygulandığında elde edilen çözüm, sözleşmenin amacı incelendiğinde somut olay bakımından suni kalabilir. Bu sebeple, isimsiz sözleşmeler yorumlanırken kıyas yolu ile benzer sözleşmelere ilişkin hükümlerin ihtiyatlı uygulanması gerekir¹⁰³².

Bileşik veya karışık muhtevalı akdin söz konusu olduğu hallerde *Engel*, sözleşmenin ağırlık noktasının tespit edilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁰³³. Yazara göre, sözleşme tek ve aynı sözleşme olarak ele alınmalı, ancak, birbirleri ile bağlantıları da göz ardı edilmemelidir. Sözleşmenin her bileşeninin ayrı, kendine özgü hükümlere tâbi olacağından bahsetmek mümkün değildir¹⁰³⁴.

¹⁰²⁸ KUNTALP, s. 142 vd; FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 62 vd; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 12 vd; OKTAY, s. 282; YAVUZ, s. 13; SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 72.

¹⁰²⁹ EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 105.

¹⁰³⁰ ENGEL, Traité, s. 744 vd; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 12 vd; YAVUZ, s. 13; SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 72.

¹⁰³¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 12 vd; OKTAY, s. 282; ENGEL, Traité, s. 744 vd.

¹⁰³² ENGEL, Traité, s. 743; OKTAY, s. 282; YAVUZ, s. 13; SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 72.

¹⁰³³ ENGEL, RSJ 8/1999, s. 170.

¹⁰³⁴ ENGEL, RSJ 8/1999, s. 170.

İsimsiz sözleşmelerde de kullanılan ifadelerin taraflar aynı meslekten ise aynı anlamda anlaşıldığı, aksi halde karşı tarafa gerekli bilgi verilmemiş ise, ifadenin normal anlayışa göre yorumlanacağı kabul edilir¹⁰³⁵.

C. İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması

İsimsiz sözleşmelerin tamamlanması isimli sözleşmelere nazaran daha zordur. Nitekim, isimli sözleşmelerde tarafların sadece yasa metnine atıf yapmaları yeterli olurken, isimsiz sözleşmelerde hâkimin biraz daha ince, tehlikeli bir çalışma yapması gerekir¹⁰³⁶. Hâkim, sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların hangi hükümleri uygulama niyetinde olduklarını tespit etmeye çalışır.

Serozan, kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler için atipik sözleşmeler ifadesini kullanır¹⁰³⁷. Yazar, atipik (adsız) sözleşmelere uygulanacak kuralların sırasını, yasanın zayıfı koruyucu tam ve yarı buyurucu kuralı, bireysel sözleşme kuralı, var sayılı taraf iradesine göre tamamlayıcı yorumla eklenen kural, yasada yer alan teknik yedek kural ve Borçlar Kanununun özel hükümleri arasında örnek alınan yani kıyasen uygulanan kural olarak ifade eder¹⁰³⁸.

Biz aşağıdaki sıranın uygulanması gerektiğini kabul etmekteyiz.

Atipik sözleşmeler olarak da ifade edilen *sui generis* sözleşmelerin özelliğinin tamamen tipik sözleşmelere ait olmayan unsurlardan meydana gelmesi olduğunu daha önce ifade etmiştik. O halde, bu tip sözleşmelerin kendilerine has tabiatlarının da tamamlama faaliyeti sırasında dikkate alınması gerekir. *Sui generis* sözleşmelerde Borçlar Kanununun genel hükümleri doğrudan uygulanır¹⁰³⁹. Ancak, kendilerine has

¹⁰³⁵ ENGEL, *Traité*, s. 684; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 333; OKTAY, s. 282.

¹⁰³⁶ BAUDOIN, s. 26.

¹⁰³⁷ SEROZAN, *Borçlar Özel Hukuku*, s. 59.

¹⁰³⁸ SEROZAN, *Borçlar Özel Hukuku*, s. 60 vd; SEROZAN, *Atipik Sözleşmeler*, s. 1226 vd.

¹⁰³⁹ KUNTALP, s. 140; OKTAY, s. 275 vd.

Fransız Hukukunda FMK m. 1107'de isimli veya isimsiz sözleşmelere genel hükümlerin uygulanacağına dair özel bir düzenleme mevcuttur. GUGGENHEIM, *Pratique bancaire*, s. 37 vd; Kaplan, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden hiçbirine dahil edilmesi mümkün olmayan sözleşmelerdeki boşluğun, genel hükümlere başvurularak doldurulması gerektiğini ifade etmektedir. Kanımızca, yazar burada *sui generis* sözleşmelerden bahsetmektedir. Nitekim, yazar bir üst paragrafta müşterek hesap gibi hem vedia hem de vekâlet hükümlerine tâbi karma

tabiatları, bu sözleşmelerin genel hükümlerden ziyade özel hükümlere ihtiyaç duymalarına yol açar. Zira, ancak *sui generis* bir sözleşme ile güdülen menfaatin dikkate alınması suretiyle yaratılacak bir hüküm sözleşmenin amacına ulaşılmasını sağlar. Genel hükümler, böyle özel yapıda bir sözleşmedeki menfaatin sağlanması, sözleşme ile güdülen amacın gerçekleştirilmesi için çoğu zaman yeterli olmaz¹⁰⁴⁰. Bu durumda, hâkim, MK m. 1/f. II uyarınca *sui generis* sözleşmenin özel durumuna uygun olarak, uyuşmazlığa ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını araştırır¹⁰⁴¹. Böyle bir kuralın varlığı halinde hâkim bu kuralı uygulamak durumundadır. Örf ve âdet hukuku kuralı mevcut değilse, hâkim kanunda düzenlenmiş özel sözleşme tipine ilişkin hükümleri, iki sözleşme arasındaki menfaatlerde bir benzerlik tespit ederse, kıyasen kanunen düzenlenmemiş sözleşmeye uygulayabilir¹⁰⁴². Ancak, *sui generis* sözleşmelerin tipik sözleşmelere ait olmayan unsurlardan meydana geliyor olması, *sui generis* akitlerdeki boşlukların kanunda düzenlenmiş akit tiplerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması ihtimalini de oldukça azaltır¹⁰⁴³. Karışık muhtevalı akitlerden farkı da bu noktada ortaya daha belirgin olarak çıkar. İşte *sui generis* sözleşme ile kanunda düzenlenmiş sözleşme tipleri arasında menfaat birliği yoksa, sözleşmelerin farklılıkları benzerliklerinden daha ağır basıyor ise bu takdirde hâkim kendisinin yaratacağı bir hükümle *sui generis* sözleşmedeki boşluğu doldurur¹⁰⁴⁴. Hâkim daha önce de ifade ettiğimiz üzere kuralı koyarken tamamen serbest değildir. Tarafların farazî iradelerini esas alarak kuralı oluşturmak durumundadır¹⁰⁴⁵. Oluşturduğu kural

sözleşmelerin söz konusu olduğu hallerde her iki sözleşmenin de ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **KAPLAN**, Banka Sözleşmeleri, s. 21 vd.

Kanunda düzenlenen sözleşmeler bakımından özel düzenlemelerin genel düzenlemeden öncelikli olduğu, ancak, kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler bakımından, bu sözleşmelerin niteliği gereği genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı hususunda bkz. **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1134, s. 8; Borçlar Kanununun genel hükümlerinin isimsiz sözleşmelerin boşluklarının doldurulmasında ilk planda uygulanacağı hususunda bkz. **EREN**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 108.

¹⁰⁴⁰ **KUNTALP**, s. 140 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 61 vd. *Tandoğan*, kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerin iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teâmüllere göre yorumlanacağını ve tamamlanacağını kabul eder, yazar ayrıca mahiyetleri elverdiği ölçüde benzer sözleşmelerin hükümlerinin kıyasen uygulanacağını ifade eder. Bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 12; aynı yönde bkz. **YAVUZ**, s. 13.

¹⁰⁴¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 12.

¹⁰⁴² **KUNTALP**, s. 15; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 12 vd.

¹⁰⁴³ İsimsiz sözleşmelerin özel hükümlerle doldurulamayacağını yönünde bkz. **EREN**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 108.

¹⁰⁴⁴ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 13; **GUGGENHEIM**, Pratique bancaire, s. 37 vd.

¹⁰⁴⁵ Buradaki farazi iradenin tarafların dürüstlük kuralı uyarınca doğru ve makul sözleşenler olarak sahip olmaları gereken irade olduğu yönünde bkz. **GUGGENHEIM**, Pratique bancaire, s. 38. ATF 78 II 243=JdT 1953 I 148, karar için bkz. www.swisslex.ch; aynı yönde, **KAPLAN**, Banka

da bireysel ve somut olmalıdır¹⁰⁴⁶.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, hâkimin örf ve âdet hukuku kuralı ile veya yasada düzenlenmiş sözleşmeye ilişkin bir hüküm ile somut sözleşmeyi tamamlaması, ancak, söz konusu kuralların sözleşmenin tamamı ile anlamlı bir bütün oluşturabilmesi ve taraf iradelerine aykırı neticeler doğurmaması halinde mümkündür¹⁰⁴⁷. Aksi takdirde, hâkim kendisi kural koyar ve bu kural ile sözleşmeyi tamamlar.

Karışık muhtevalı akitlerin tamamlanmasında doğru bir sonuca ulaşabilmek bakımından öncelikle bu tür akitlere uygulanacak hükümlerin neler olacağına ilişkin ortaya konmuş teorilerin irdelenmesinde fayda vardır. Karma akitlere uygulanacak hükümler hakkında çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan bir tanesi 18. yy.da ve 19. yy.ın başında geçerli olan “çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisi”dir (*théorie de l'exclusion*). Bu teoriye göre karma akitlere, unsurunu taşıdıkları sözleşmelerin hükümleri kıyasen bile uygulanmamalı, uyuşmazlıklar borçlar hukukunun genel hükümlerine göre giderilmeye çalışılmalıdır¹⁰⁴⁸. Ancak, teoride ifade olunduğu üzere hâkimin özel hükümleri uygulayamaması, hâkimin özgürce kararını oluşturmasına imkânını ortadan kaldırır. Nitekim, hâkim, somut olayda özel hükümlerin âdil sonuç doğuracağını düşünse bile bu hükümleri uygulayamaz. Bu da, hâkimin kararını özgürce oluşturamadığı anlamına gelir. Bu sebeplerle, söz konusu teori eleştirilere maruz kalmış ve bugün artık terk edilmiştir¹⁰⁴⁹.

Sözleşmeleri, s. 22.

Oktay, sui generis sözleşmelerin kanun tarafından düzenlenmeleri söz konusu olmadığından bunlarda ortaya çıkacak boşlukların güven nazariyesi çerçevesinde ve tarafların farazî iradesi dikkate alınarak tamamlanacağını kabul eder. Bkz. **OKTAY**, s. 292.

¹⁰⁴⁶ **OKTAY**, s. 291 vd; **ENGEL**, *Traité des obligations*, s. 243 vd.

İşlem hayatında sıkça kullanılan ve standartlaşmış bir sözleşme söz konusu ise, hâkimin MK m. 1/f. II uyarınca genel ve soyut bir hüküm kuracağı yönünde bkz. **GUGGENHEIM**, *Pratique bancaire*, s. 38; **KAPLAN**, *Banka Sözleşmeleri*, s. 22; **GÜMÜŞ**, s. 23; **EREN**, *İsimsiz Sözleşmeler*, s. 109.

¹⁰⁴⁷ **SEROZAN**, *Atipik Sözleşmeler*, s. 1227. *Meier-Hayoz*, genel hükümlerin, sözleşmenin niteliği ile uyumlu olması halinde sözleşmeye uygulanacağına dikkat etmek gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1134, s. 8.

¹⁰⁴⁸ **TANDOĞAN**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 71; **KUNTALP**, s. 121; **YAVUZ**, s. 12 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135, s. 4.

¹⁰⁴⁹ **TANDOĞAN**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 71 vd; **YAVUZ**, s. 12 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135, s. 4.

Bir diğ er teori “imtisas teorisi”, yani “soğurma teorisi”dir (*théorie de l'absorbition*). Bu teoriye göre, sözleşmede hangi tipe ilişkin unsur daha önemli ise o tipin hükümlerinin sözleşmeye uygulanacağı kabul edilir¹⁰⁵⁰. Ancak bu teori de, tarafları tek bir sözleşmenin hükümlerine tabi tutmak suretiyle, onların sözleşmenin konusunu serbestçe belirleme, diğ er bir ifade ile karma sözleşme yapma serbestisine ters düştüğ ü gerekçesiyle eleřtirilir¹⁰⁵¹. Nitekim, sözleşmede ağır basan unsurun atipik olması halinde de teori yetersiz kalır¹⁰⁵². *Jäggi/Gauch* da karma tipli sözleşmelerde, ağır basan ilgili tipin kurallarının uygulanmasını kabul eden soğurma teorisini reddederler¹⁰⁵³. Yazarlar, bu durumda kanuni sözleşme tipinin isimsiz sözleşmeye ne ölçüde uygulanacağını genel bir kural ile çözülemeyeceğini belirtirler. Yazarlara göre, hâkim, bu gibi durumlarda kendisi tamamlamanın nasıl gerçekleştirileceğine karar vermelidir.

“Birleştirme (terkip) teorisi” olarak adlandırılan teoriye göre ise, karma akitteki her edime, ait olduğ u akit tipine ilişkin hükmün doğrudan uygulanması gerekir¹⁰⁵⁴. Bu görüş de, karma akdin, unsurların birbirinden bağımsız olarak görülmesi sebebiyle eleştirilir. Zira, karma akitte sözleşmenin unsurları alelade bir şekilde bir araya gelmez, bir sentez oluşturur¹⁰⁵⁵.

“Kıyasen uygulama teorisi” veya “Yaratma teorisi” ise (*théorie de l'application analogique du droit, theorie creation*), söz konusu sözleşmelere yasal bir düzenlemeye sahip olmadıkları gerekçesiyle herhangi bir kanun hükmünün doğrudan uygulanamayacağını, ancak kıyasen uygulamanın mümkün olabileceğini

¹⁰⁵⁰ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 71; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 60 vd; **KUNTALP**, s. 122 vd; **YAVUZ**, s. 12 vd; **OKTAY**, s. 276; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 72; **GÜMÜŞ**, s. 23 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135, s. 4.

¹⁰⁵¹ **KUNTALP**, s. 127 vd; **YAVUZ**, s. 12 vd; **OKTAY**, s. 276; **GÜMÜŞ**, s. 23 vd; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135, s. 4.

Fezyioğ lu, bu teorinin ayrı değerlerde çeşitli edimlerin bulunduğ u karma akitlere uygulanabileceğini, ancak, aynı değerde çeşitli edimleri içeren karma sözleşmelere uygulanmasının mümkün olmadığını ifade eder. Bkz. **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 60 vd.

¹⁰⁵² **OKTAY**, s. 276.

¹⁰⁵³ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 551.

¹⁰⁵⁴ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 71; **KUNTALP**, s. 124 vd; **YAVUZ**, s. 12; **OKTAY**, s. 276; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 72; **GÜMÜŞ**, s. 24.

¹⁰⁵⁵ **KUNTALP**, s. 132 vd; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 72; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 61 vd; **OKTAY**, s. 276; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 72; **GÜMÜŞ**, s. 24; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135, s. 4 vd.

kabul eder¹⁰⁵⁶. Bu teoriye göre hâkim, karma akdin amacını ve tarafların karşılıklı menfaatlerini dikkate alacak, dilerse sadece bir tipe ilişkin hükümleri sözleşmeye kıyasen uygulayabilecektir. Hâkim, dilerse bu hükümleri bir kenara bırakıp borçlar hukukunun genel hükümleri yardımı ile de uyuşmazlığı çözebilir. Genel hükümler yolu ile de uyuşmazlık çözülemiyor ise hâkim bu defa örf ve âdet hukukuna başvurur; yine bir sonuca ulaşamaz ise bu takdirde MK m. 1 uyarınca kanun koyucu gibi hareket ederek kendisi bir kural yaratır¹⁰⁵⁷.

“Kanuni Hükümlerin Münferit Uygulanması Teorisi” ise birleştirme teorisinin devamı olarak ifade edilir¹⁰⁵⁸. Tartışmalı hususun tek başına ele alınarak hangi tip sözleşmeye göre çözüleceğinin araştırılması gerektiği kabul edilir¹⁰⁵⁹.

Biz, karışık muhtevalı akdin, unsurların kanunda öngörülmeven biçimde bileşimi suretiyle düzenlendiği göz önüne alındığında, kıyasen uygulama teorisinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Karışık muhtevalı akdin *sui generis* akitlerden farkı kanunda düzenlenmiş akitlere olan yakınlığıdır¹⁰⁶⁰. Dolayısıyla, tamamlama faaliyeti sırasında kanunda hiç düzenlenmemiş *sui generis* sözleşmelerden ayrı bir çözüm gerektirebileceği göz ardı edilmemelidir. Nitekim, karışık muhtevalı akitlerde de sözleşme boşluğu bulunması sık karşılaşılan bir durumdur. Zira, taraflar aralarında çıkacak bütün uyuşmazlıklara ilişkin hüküm öngöremezler¹⁰⁶¹. Kanunda düzenlenen sözleşmeler bakımından sorun yoktur; çünkü, kanunun bu sözleşmeler için öngördüğü özel hükümler vardır. Ancak,

¹⁰⁵⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 72; KUNTALP, s. 126 vd; YAVUZ, s. 12 ; OKTAY, s. 277; SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 72; GÜMÜŞ, s. 24 vd; MEIER-HAYOZ, FJS. No: 1135, s. 5.

¹⁰⁵⁷ KUNTALP, s. 138 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 72; FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 62; YAVUZ, s. 12; OKTAY, s. 277; GÜMÜŞ, s. 25.

Yargıtay bir kararında, çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya uygulanacağı, ancak, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmak gerekeceğini ifade etmiştir. **Yarg. 15. HD**, 25.12.1975, 4714/5159, karar için bakınız Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

¹⁰⁵⁸ OKTAY, s. 277.

¹⁰⁵⁹ OKTAY, s. 277, GÜMÜŞ, s. 24.

¹⁰⁶⁰ Karışık muhtevalı akitlerde ortaya çıkan en önemli sorun, çeşitli tiplere ilişkin hükümlerin aynı sözleşmeye uygulanmasının bazı hallerde karmaşaya neden olmasıdır. *Kuntalp*, bu sorunun Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşme tiplerinin özel hükümlerle ve ayrıntılı olarak düzenlenmesinden kaynaklandığını ifade etmiştir. Bkz. KUNTALP, s. 20.

¹⁰⁶¹ SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 59 vd; KUNTALP, 140.

karışık muhtevalı akitler bakımından böyle özel hükümlerin varlığından bahsedilemez. Bu durumda öncelikle, isimli veya isimsiz bütün sözleşmeler bakımından geçerli olan Borçlar Hukukunun genel hükümlerine gidilip gidilemeyeceği sorununun üzerinde durmak gerekir.

Aslında karışık muhtevalı akitlerin niteliği dikkate alındığında, hâkimin nasıl bir yol izlemesi gerektiği de ortaya çıkar. Karışık muhtevalı akit, “tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akit” olarak ifade edildiğine göre¹⁰⁶² bu akit tipinin genel hükümlerden farklı hükümlere ihtiyaç duyacağı şüphesizdir. Genel hükümler ile giderilebilecek bir sorun söz konusu ise, isimli isimsiz fark etmez, öncelikle sorunun çözümüne ilişkin genel hüküm uygulanır. Ancak, az önce de ifade ettiğimiz üzere, isimsiz akitlerin niteliği gereği genel hükümlerden yararlanmak her zaman mümkün olmaz ve özel bir hükme ihtiyaç duyulur. Burada sorun hâkimin özel hükümleri nasıl tespit edeceğidir. Hâkim, özel hükümleri tespit ederken MK m. 1/f. II’den yararlanır¹⁰⁶³. Öncelikle önündeki hukuki soruna yönelik bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını araştırır¹⁰⁶⁴. Uyuşmazlığa ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralının bulunmaması halinde ise benzer hukuki olayların aynı hukuki değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği esası devreye girer¹⁰⁶⁵ ve hâkim, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin hükümleri, kanunda düzenlenmeyen karışık muhtevalı akitlere, benzerlikleri ölçüsünde kıyasen uygulayarak karışık muhtevalı akitteki boşluğu doldurur.

Ancak belirttiğimiz üzere, iki sözleşme tipi arasında benzerlik bulunması gerekir ki hâkim kanundaki hükmü karışık muhtevalı sözleşmeye de uygulayabilsin. Benzerlikten kasıt, kanunda düzenlenmiş sözleşme ile kanunda düzenlenmemiş karışık muhtevalı sözleşmenin birbiri ile aynı olması değildir. İki sözleşme tipi arasında farklılıklar olduğu gibi benzerlikler de vardır. İşte kıyastan söz edebilmemiz

¹⁰⁶² KUNTALP, s. 102.

¹⁰⁶³ KUNTALP, s. 140 vd. *Schlupe*, karma sözleşmelerin güven nazariyesi uyarınca İMK m. 4 (MKm. 4)’e benzer şekilde doldurulması gerektiğini kabul eder. Bkz. SCHLUEP, s. 797.

¹⁰⁶⁴ KUNTALP, s. 140 vd. Örf ve âdet hukuku kuralı bulunmaması halinde hâkimin İMK m. 1/f. II, f. III (MK m. 1/f. II, f. III)’ teki yasakoyucu gibi hareket etmesi gerektiği yönünde bkz. SCHLUEP, s. 797 vd.

¹⁰⁶⁵ KUNTALP, s. 140 vd.

için önemli olan benzerliğin farklılıktan ağır basmasıdır¹⁰⁶⁶. Diğer bir ifade ile, hükmün düzenlenmesi sebebi kanunen düzenlenmemiş karışık muhtevalı akitte de mevcut olmalıdır¹⁰⁶⁷. İki sözleşme tipinde menfaatlerin aynı veya benzer olduğu kanaatine varılırsa, söz konusu hükmün karışık muhtevalı akde kıyasen uygulanması gerekir¹⁰⁶⁸. Karışık muhtevalı akit ve *sui generis* akit ayırımı bu noktada önem taşır, zira, karışık muhtevalı akitler nitelikleri gereği kıyasa *sui generis* sözleşmelerden daha uygundur¹⁰⁶⁹.

Kıyasen uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde, hâkim MK m. 1/f. II gereği kanun koyucu gibi hareket ederek kendisi bir hüküm yaratır¹⁰⁷⁰. Böylece, karışık muhtevalı akdin kendisine özel anlam yapısına uygun, amacını en iyi şekilde gerçekleştirebilecek hükümler yaratılmak suretiyle içerdiği boşluk doldurulur.

Bileşik sözleşmeler ise birden fazla bağımsız tipin her birinin tamamının bir araya getirilmesi ile oluşan sözleşmelerdir ve bu sözleşmelerdeki atipik özellik sözleşmelerin bir araya getiriliş tarzındadır¹⁰⁷¹. Her bir sözleşme bağımsız muhtevalarını muhafaza eder ancak edimler arasında sıkı bir bağ vardır. Sözleşmelerin geçerlilikleri birbirine bağlıdır¹⁰⁷². Her bir sözleşmeye o tipe ilişkin hükümlerin uygulanır¹⁰⁷³. Bileşik sözleşmeler de tarafların farazî iradeleri dikkate alınarak, güven nazariyesi uyarınca tamamlanır¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁶ Kanun koyucunun, söz konusu hükmü düzenlerken sadece uygun düşen noktaları göz önüne alması, farklılıkları oluşturan hususların hükmün oluşmasında bir etkilerinin olmaması uygunluğun farklılığa ağır bastığını ifade eder ve kıyastan yararlanılabilir. Bkz. **KUNTALP**, s. 141 vd.

¹⁰⁶⁷ **KUNTALP**, s. 141 vd.

¹⁰⁶⁸ **KUNTALP**, s. 141 vd.

¹⁰⁶⁹ **GÜRZUMAR**, s. 20, dpn. 126.

¹⁰⁷⁰ **KUNTALP**, s. 141 vd.

¹⁰⁷¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 73; **KUNTALP**, s. 103 vd; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 62 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 62 vd; **YAVUZ**, s. 10 vd; **GÜMÜŞ**, s. 9; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 43; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135, s. 2.

¹⁰⁷² **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 73; **KUNTALP**, s. 103 vd; **YAVUZ**, s. 10 vd; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 62 vd; **SEROZAN**, Borçlar Özel Hukuku, s. 62 vd; **GÜMÜŞ**, s. 9; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 43; **MEIER-HAYOZ**, FJS. No: 1135, s. 2.

¹⁰⁷³ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 74; **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 63-64; **KUNTALP**, s. 105 vd; **GÜMÜŞ**, s. 9; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s. 43.

¹⁰⁷⁴ **OKTAY**, s. 292. Federal Mahkeme bir kararında, bileşik sözleşmelerin boşluklarının tarafların farazî iradeleri uyarınca doldurulacağını belirtmiştir. ATF 107 II 144 c.3=JdT 1981 I 369 vd. Karar için bkz. www.admin.ch.

Bu durumda, ister *sui generis* ister karışık muhtevalı akit olsun isimsiz sözleşmelerde boşluğun doldurulmasında izlenecek yöntemin kural olarak kanunda düzenlenen sözleşmelerde izlediğimiz yöntem ile aynı olduğunu söylemek mümkündür¹⁰⁷⁵. Sadece *sui generis* sözleşmelerin niteliği gereği hâkimin somut olaya göre bireysel bir hüküm yaratması daha olası iken, karışık muhtevalı akitlerde kıyas müessesesinden yararlanabilme ihtimali daha yüksektir. Kanunda düzenlenmiş sözleşme tipleri bakımından doğrudan uyuşmazlık konusu hususa ilişkin yedek hükümlere gidilirken, isimsiz sözleşmelerde bu sözleşmelerin niteliği gereği genel hükümlerden yararlanılamıyor ise doğrudan örf ve âdet hukuku kurallarına başvurulur. Zira, örf ve âdet hukukunun uygulanabilir bir hükmünün bulunması hâkimin kendi kural yaratmasının önündedir¹⁰⁷⁶. Örf ve âdet hukuku kuralı yoksa kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin özel hükümlerden kıyasen yararlanır. Bu kurallardan yararlanabilmenin şartı da, söz konusu kuralların sözleşmenin geri kalan bölümü ile anlamlı bir bütün oluşturabilmeleri ve taraf iradelerine aykırı çözüm getirmemeleridir¹⁰⁷⁷.

Gerek *sui generis*, gerekse karışık muhtevalı sözleşmelerde, sözleşmedeki boşluğu doldurmaya çalışan hâkimin, kıyasen yararlanılacak özel hüküm bulamaması halinde kendisinin kural koyacağını ifade etmiştik. Hâkim kendisi kural koyarken nasıl bir yöntem izleyecektir?. Hâkim, sadece somut olaya ilişkin özel bir hüküm getirmek suretiyle mi yoksa somut ilişkiye benzer tüm ilişkilerde uygulanabilecek, genel ve soyut bir hüküm ile mi sözleşmeyi tamamlayacaktır?

Bu durumda, hâkimin izleyeceği yöntemi seçmesinde önemli olan boşluk içeren isimsiz sözleşmenin az rastlanan bir sözleşme olup olmadığıdır. Zira, isimsiz sözleşmede uyuşmazlık yaratan husus az rastlanan bir mesele ise veya sık rastlanmasına rağmen sözleşmenin taşıdığı özellikler genel kural getirmeye elverişli değilse, hâkimin ortaya koyacağı kural da bu sözleşmeye özel, sadece onun için

¹⁰⁷⁵ MEIER-HAYOZ, FJS. No: 1134, s. 7 vd; CORBOZ, s. 281.

¹⁰⁷⁶ JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 547.

¹⁰⁷⁷ GUGGENHEIM, T. I, s. 134; ENGEL, Traité, s. 744 vd; ATAMER, Düşünceler, s. 188, SEROZAN, Borçlar Özel Hukuku, s. 61; JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 550-551.

Kıyasen uygulamanın sözleşmenin amacına uygun düşmesi ve tarafların menfaat dengelerini bozmaması gerekmektedir. Bkz. KAPLAN, s. 113 vd.

uygulanabilecek bir kural olacaktır¹⁰⁷⁸. Hâkim bu kuralı yaratırken sözleşmeyi çevreleyen bütün koşulları, sözleşmenin sahip olduğu özellikleri göz önüne alacağından, artık ortaya konan hükmün benzer ilişkilere uygulanması da mümkün olmaz. Hüküm yaratılırken sözleşmeyi çevreleyen bütün koşulların ve sözleşmenin sahip olduğu özelliklerin göz önüne alınmasının sebebi, irade özerkliği prensibine olabildiğince saygılı davranarak tarafların iradelerine uygun çözüme ulaşabilmektir. Bu durumda, hâkim elindeki veriler ile tarafların farazî ortak iradesini tespit etmeye çalışır. Farazî ortak iradenin tespit edilememesi halinde objektif kriterler devreye girer ve hâkim, “aynı koşullarda iki dürüst ve makul sözleşen uyumsuzluğu gidermek için nasıl bir çözüm getirirdi?” sorusunun cevabını bulmaya çalışır.

İsimsiz sözleşmede karşılaşılan meselenin uygulamada sık rastlanan bir durum olması halinde ise, hâkimin yaratacağı kural genel, bu tür sözleşmelere uygulanabilecek nitelikte olacaktır¹⁰⁷⁹. Bu gibi hallerde hâkimin boşluğu iş hayatına hâkim olan örf ve teamüllere, öğretiyeye veya kendi tecrübelerine göre tamamlayacağı kabul edilir¹⁰⁸⁰.

Dikkat etmek gerekir ki, bazı isimsiz sözleşmeler (Factoring, Franchising gibi) uygulamada tipikleşmişlerdir. Bunlar, uygulama tarafından geliştirilmiş sözleşmelerdir. Bu gibi durumlarda, yani somut olarak tamamlanması gereken sözleşme uygulama gelenekleri ile geliştirilmiş tipik sözleşme ile uyuyorsa hâkim öncelikle bu sözleşmeler için geçerli olan yeknesak uygulamayı göz önüne almalıdır; daha sonra da bu tip sözleşmelerde uygulanacak bir kural yaratmalıdır. Böylece, sözleşme dolaylı yoldan tamamlanır¹⁰⁸¹. Ancak, hâkim hiçbir zaman sözleşmeyi tamamlayacak hükmün sözleşmenin doğası ile uyumu gereğini göz ardı etmemelidir. Bu sebeple, sözleşmenin doğası ile bağdaşmayacak genel ve soyut

¹⁰⁷⁸ GÜMÜŞ, s. 28 vd; OKTAY, s. 291.

¹⁰⁷⁹ GÜMÜŞ, s. 28; GUGGENHEIM, T. I, s. 134 vd.

Tarafların farazî iradesinin araştırılması gerektiği yönündeki Federal Mahkeme kararları için bkz. ATF 111 262= JdT 1986 I 94; ATF 107 II 144= JdT 1981 I 369 vd; karar için bkz. www.admin.ch.

¹⁰⁸⁰ GUGGENHEIM, T. I, s. 135; KAPLAN, Müdahale, s. 113 vd; OKTAY, s. 293.

¹⁰⁸¹ Zaman içinde yeknesaklaşacak bir içtihat hukukunun hâkim tarafından geliştirilmiş bir sözleşme tipolojisi meydana getirebileceği yönünde bkz. JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 550.

MK m. 1/f. III uyarınca hâkim tarafından oluşturulan sözleşme tipolojisi ileride benzer sorunlar çözülürken göz önünde bulundurulacaktır.

kurallar ile isimsiz sözleşmelerin tamamlanmasından kaçınılmalıdır¹⁰⁸².

II. Geçerliliği Şekle Bağlı Hukukî İşlemlerde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

Kanunda öngörülen şeklin veya taraflarca kararlaştırılan şeklin geçerlilik şartı olduğu durumlarda, öngörülen şekle uyulmaması sözleşmeyi geçersiz kılar. Hâkim, geçerlilik şartı olan şekil şartını re'sen nazara almak durumundadır; bu sebeple de önüne gelen uyuşmazlıkta sözleşmenin şekle aykırılık dolayısıyla geçersiz olduğunu tespit ederse, artık sözleşmeyi de tamamlama yoluna gidemez¹⁰⁸³.

Şekle bağlı sözleşmelerin tamamlanması hususunda iki farklı görüş vardır. Bir grup yazar¹⁰⁸⁴ resmi şeklin sadece sözleşmelerin kurulması ve değiştirilmesi ile ilgili olduğunu ve bunun sözleşmenin tamamlanması bakımından bir sorun yaratmayacağını, dolayısıyla, sözleşme gerekli şekle uyularak kurulduktan sonra hâkimin sözleşmeyi gerekli şekle bürünmemiş dayanaklar ile de tamamlayabileceğini kabul eder.

Diğer bir grup yazar¹⁰⁸⁵ ise, hâkimin ancak, şekle uygun olarak ifade edilmiş taraf iradelerinden destek bulduğu oranda sözleşmedeki boşluğu doldurabileceğini, gerekli şekilde ortaya konmuş taraf iradelerinden, tamamlanması gereken husus hakkında bir bilgi elde edilemiyorsa, bu durumda, hâkimin şekil dışında iradelere başvurarak sözleşmeyi tamamlayamayacağını ileri sürer.

Biz bu hususun yorum ile yakından bağlı olduğu kanaatindeyiz¹⁰⁸⁶. Geçerliliği şekle tâbi sözleşmelerin geçerli olabilmesi için esaslı unsurlarının tâbi oldukları şeklin içinde yer alması gerekir. Aynı zorunluluk, ikincil noktalar bakımından mevcut değildir¹⁰⁸⁷. Yorum yolu ile sözleşmenin şekil eksikliğini giderilmesi

¹⁰⁸² JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 550.

¹⁰⁸³ JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 546.

¹⁰⁸⁴ JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 546; GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY, N. 1278, SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 11, N. 75.

¹⁰⁸⁵ KAPLAN, Müdahale, s. 112 vd; MERZ, Art. 2, N. 163.

¹⁰⁸⁶ Şekle tâbi sözleşmelerin yorumu için bkz. Birinci Bölüm, § 2, IV.

¹⁰⁸⁷ GUGGENHEIM, T. I, s. 129 vd.

mümkün değildir. Şekle uyulmuş olması sözleşmenin mutlaka geçerli olduğu anlamına gelmez. Sözleşmelerde temel unsur, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır, yani, tarafların iradelerinin uyuşmasıdır. İradeler gerçek olabileceği gibi, güven nazariyesince ortaya konan farazî iradeler de olabilir. Dolayısıyla, örneğin bir taşınmaz satımı sözleşmesinde, tâbi olunan resmi şekilde ücret yer alsa da, eğer bu ücret, tarafların gerçekten sözleşmeye koymak istedikleri ücret değil ise, sözleşme geçerli olmayacaktır. Sözleşmenin şekle tâbi olması artık tarafların gerçek iradelerinin ve iyi niyetlerinin korunmadığı anlamına gelmez¹⁰⁸⁸. Esaslı noktalar bakımından, gerekli şekle uyan beyandan ayrılan gerçek ve ortak niyetin yorum yolu ile sözleşmeye dahil edilmesi mümkün olmaz¹⁰⁸⁹.

Kanımızca, hâkim, gerçek veya farazî ortak iradeyi tespit ederken sadece aranan şekilde var olan veya en azından ima edilen beyanlara dayanmak zorunda değildir. Hâkim, beyanın içeriğini ortaya koyabilecek her türlü veriden yararlanabilir¹⁰⁹⁰. Böylece, gerekli şekle bürünmesi sözleşmenin geçerliliği için şart olan unsurlar ortaya konulur. Zira, bu unsurların gerekli şekilde yer almaması halinde sözleşme geçersiz sayılacağından sözleşmenin tamamlanmasından da söz edilemez.

Hâkim, sözleşmenin objektif esaslı veya sübjektif esaslı noktalarının gerekli şekle büründüğü kanaatine varırsa, bu takdirde artık sözleşmeyi tamamlama aşamasına geçebilir. Bu durumda hâkimin, sözleşmeyi yorumlarken dikkate aldığı hususları sözleşmeyi tamamlarken göz ardı etmesi gerektiğinden söz etmek mümkün değildir. Hâkim sözleşmenin amacını ortaya koyacak her türlü veriyi dikkate alarak, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesini sağlayacak bir hüküm ile sözleşmeyi tamamlamalıdır.

¹⁰⁸⁸ GUGGENHEIM, T.I, s. 129.

¹⁰⁸⁹ GUGGENHEIM, T. I, s. 129.

¹⁰⁹⁰ DAEPEN, Art. 18, s. 34; *Eren*, şekle tâbi sözleşmelerde önce beyanların yorumlanması ve içeriklerinin tespit edilmesi ardından tespit edilen bu iradelerin gerekli şekle bürünüp bürünmediğinin araştırılması gerektiğini kabul eder. **EREN**, Genel Hükümler, s. 430 vd. Benzer yönde **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 337 vd.

Bu gün artık, ima ve dayanak kuramı olarak ifade edilen kuramın aşırı biçimci yaklaşımı sebebiyle geri çekildiği yönünde bkz. **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 332; **AKSOY DURSUN**, s. 197.

Nitekim, şekle tâbi sözleşmelerin yorumunda “*ima teorisi*”¹⁰⁹¹’ni kabul eden görüş sözleşmenin tamamlanması aşamasında da uygulanırsa, tarafların, sözleşmede bilinçli boşluk bırakmaları halinde iradelerine uygun bir çözüm ile sözleşmenin tamamlanması mümkün olsa da, ihmâl veya tecrübesizlik ya da öngörememe sebebiyle sözleşmede açık husus bırakmaları halinde, şekle yansımamış iradeleri dikkate alınmayacak, belki de hiç düşünmedikleri, hatta istemedikleri bir sonuç ortaya çıkacak ve sözleşmenin amacından sapmalar olacaktır. Zira, burada ima teorisi ile uygulanan yöntem, tarafların gerçek veya farazî iradelerinin tespitine yönelik olmayacak, sadece, mevcut şeklin iradenin ne kadarını kapsadığına ortaya koyacaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ihmâl, tecrübesizlik ya da öngörememe gibi tarafların iradelerinin şekle eksik yansıtacağı kesin olan hallerde bu yöntem ile doğru sonuca ulaşmak tesadüf olacaktır.

III. Tek Taraflı Hukuki İşlemlerde Boşluğun Doldurulması

Tek taraflı işlemdeki boşluğun doldurulabilmesi için, öncelikle irade beyanının yorumlanması gerekir. Her ne kadar BK m. 18 sözleşmelerin yorumlanmasından bahsetse de hükmün, icap, feshi ihbar, karar, vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemlere de uygulanması gerektiği kabul edilir. Bir grup yazar¹⁰⁹² BK m. 18’in, tek taraflı işlemlere doğrudan uygulanabileceğini kabul ederken, diğer grup yazar¹⁰⁹³ bu hükmün tek taraflı işlemlere kıyasen uygulanacağını ileri sürer. Biz de, BK m. 18’in, sözleşmelerin yorumlanması yan başlığı altında düzenlendiği ve tek taraflı hukuki işlemler nazara alınmadan kaleme alındığı düşünüldüğünde, tek taraflı hukuki işlemlere kıyasen uygulanması gerektiğini kabul etmekteyiz.

İrade beyanlarının yorumlanmasında güven nazariyesinden yararlanılır. Ancak, belirtmek gerekir ki, güven teorisi her tek taraflı işlemde mutlak olarak uygulanan bir teori değildir. İrade beyanının yöneltmesi gerekip gerekmediğine göre bir ayırım

¹⁰⁹¹ İma teorisi ile ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, § 2, IV.

¹⁰⁹² **TUNÇOMAĞ**, C. I, s. 278; bu yönde anlaşılabilir, **İMRE/ERMAN**, s. 106 vd.

¹⁰⁹³ **FEYZİOĞLU**, Genel Hükümler, s. 359 vd; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 84. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 115 III 323 c.2b; ATF 117 II 142 c.2c; www.admin.ch.

Fransız Hukukunda da sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin hükümlerin vasiyetnameye de uygulanacağı, bunlarda ortaya çıkacak boşlukların sözleşmelere ve sözleşmesel borçlara ilişkin hükümler ile tamamlanacağı yönünde bkz. **FABREQUETTES**, s. 425 dpn. 2, s. 426 vd.

yapılması gerekir. Zira, yöneltmesi gereken irade beyanlarında, dürüstlük kuralı uyarınca, hukuki işlemin muhatabı olan kişinin güveninin korunması asıl olduğundan, hukuki işlemin yorumlanmasında güven teorisi esas alınır¹⁰⁹⁴. Fakat, yöneltmesi gerekli olmayan tek taraflı hukuki işlemlerde güveninin korunması gereken bir kişi bulunmadığından artık güven teorisinden değil, işlemi yapanın gerçek iradesine üstünlük tanıyan irade teorisinin uygulanmasından bahsetmek gerekir¹⁰⁹⁵.

Vasiyetname, yöneltmesi gerekli olmayan beyanların en tipik örneklerindedir. Vasiyetname mahiyeti itibarıyla, sağlıkta hüküm doğuran muamelelerden farklı olduğu için yorumu da farklılık gösterir. Bu nedenle, tasarrufun, tasarrufta bulunanın varsaydığı gerçekliğe ve tasarrufun yapıldığı zamanın gerçekliğine göre biçimlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁶. Muhatabın algısının bu durumda önem taşımadığı kabul edilir¹⁰⁹⁷. İrade özerkliği ilkesi çerçevesinde öncelikle, vasiyetnamede bulunanın vasiyetnamenin içeriğini dilediği gibi belirleme yetkisine saygı gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla, vasiyetnamede yer almayan bir hususun, akılcı olması sebebi ile vasiyetnameye eklenmesi de söz konusu olamaz¹⁰⁹⁸. Vasiyetnamenin tamamlanması ancak vasiyetnamede yer alan başka bir düzenlemeden kıyas yolu ile yararlanılabilmesi ve bu suretle boşluğun doldurulabilmesi halinde mümkündür¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 262; **DURAL/SARI**, s. 203 vd; **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 331 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Miras Hukuku, s. 322; **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 649 vd.

¹⁰⁹⁵ **DURAL/SARI**, s. 203 vd; **SEROZAN**, Medenî Hukuk, s. 332; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Miras Hukuku, s. 322; **PIOTET**, Le complètement judiciaire du contrat, s. 649 vd.

¹⁰⁹⁶ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 262-263; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Miras Hukuku, s. 322; **SEROZAN/ENGİN**, s. 310 vd; **İMRE/ERMAN**, s. 108 vd.

¹⁰⁹⁷ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 262-263; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Miras Hukuku, s. 322; **SEROZAN/ENGİN**, s. 303 vd; **İMRE/ERMAN**, s. 108 vd.

¹⁰⁹⁸ **SEROZAN/ENGİN**, s. 313; **İMRE/ERMAN**, s. 109. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 104 II 337= JdT 1979 I 503-504, www.swisslex.ch.

Aynı yorum tarzının vasiyette bulunanın sonradan koşulları değiştirme imkânına sahip olmasına rağmen bu imkânı kullanmadığı hallerde de geçerli olduğu yönünde bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 263.

¹⁰⁹⁹ Bunun için miras bırakanın iradesinin belirli bir düzeyde belirlilik taşıması gerekir. Miras bırakanın farazî iradesine de aykırı davranılamaz. Bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 263. *Serozan/Engin* de, vasiyetnamede herhangi bir dayanağı bulunmayan, ima dahi edilmemiş bir isteğin varsayılmasının mümkün olmadığını ifade ederler. **SEROZAN/ENGİN**, s. 313.

Vasiyetnamenin tamamlanması ile ilgili olarak dikkat etmek gerekir ki, vasiyetnamenin metninde hiç dayanak bulmayan hususların yorum yolu ile sözleşmeye eklenmesi mümkün değildir. Ancak, vasiyetnamedeki ifadenin muğlak olması halinde bunun tamamlanması için şahidin sözlü beyanları, miras bırakanın alışkanlıkları veya arkadaşlık ilişkileri gibi vasiyetname dışındaki olgulara da başvurulabilir¹¹⁰⁰.

IV. Kısmî Hükümsüzlük Halinde Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

Sözleşmede boşluk yaratacak ve hâkimin sözleşmedeki boşluğu doldurmasını gerektirecek hükümsüzlük türü “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” tür. Sözleşme boşluğunun doldurulması neticesinde sözleşmenin hüküm ve sonuçları değişikliğe uğramış olacağından, bu hükümsüzlük değişik kısmî hükümsüzlük olarak da adlandırılır¹¹⁰¹.

Doktrinde bir kısım yazar, kısmî hükümsüzlük halinde sözleşmeye hâkim tarafından yeni kayıt getirilmesinden, sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanmasından bahsedilemeyeceğini, zira, sorunun BK m. 19 ve m. 20 kapsamında çözülmesi gerektiğini kabul ederler¹¹⁰². Diğer kısım yazarlar da, sözleşmenin hükümsüz kılınan kayıtları sebebiyle sözleşmede bir boşluk olduğunu, boşluğun hâkim tarafından tamamlanması gerektiğini ileri sürerler¹¹⁰³.

Biz kısmî hükümsüzlük halinde de sözleşmede boşluk olabileceğini kabul ettiğimizi çalışmamızın başında belirtmiştik¹¹⁰⁴. Bu sebeple, kısmî hükümsüzlük neticesinde ortaya çıkan boşluğun doldurulması sırasında öncelikle, sözleşme hükmünün geçersiz kılınması neticesinde kendini gösteren boşluğun, bu hususta emredici hükmün mevcut olması halinde emredici hükmün uygulanması suretiyle

¹¹⁰⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 322; FABREQUETTES, s. 428 vd.

¹¹⁰¹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 170 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 25 vd. Değiştirilmiş kısmî hükümsüzlük bir yandan kısmî hükümsüzlük ve *favor negotii* ilkesi ile uyumlu iken diğer yandan da sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkelerine saygının bir görünümüdür. Bkz. BAŞPINAR, s. 152 vd; EREN, Genel Hükümler, s. 305.

¹¹⁰² PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, s. 651, özellikle dnp. 9; JÄGGI/GAUCH, Art. 18, N. 488; BK-KRAMER, Art. 18, N. 214; KAPLAN, s. 91.

¹¹⁰³ ATAMER, Düşünceler, s. 176; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 25 vd; AKSOY DURSUN, s. 177 vd; Münchener Komm/MAYER-MALY/BUSCHE, § 157 N. 32.

¹¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. §1, II, B.

doldurulacağını kabul etmek gerekir¹¹⁰⁵. Nitekim, taraflardan birinin emredici hükmü bilseydi sözleşmeyi kurmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmeyi tamamıyla geçersiz kılması söz konusu olmaz¹¹⁰⁶.

İlgili hükmün emredici nitelikte değil de yedek hüküm niteliğinde olması halinde ise, sözleşme taraflarının söz konusu yedek hükümdeki düzenlemeden ayrılmak isteyip istemediklerinin tespit edilmesi gerekir. Tarafların, yedek hükmü bertaraf etmek istedikleri kanaatine varılması halinde boşluk hâkim tarafından yaratılacak bir hükümle doldurulur¹¹⁰⁷. Yedek hükümlerin uygulanmasının taraflarca istenmediğinin kabul edildiği hallerde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasına karar verileceğinden bahsetmek her zaman doğru olmaz.

Tarafların farazî ortak iradesi hâkimin yaratacağı hüküm bakımından belirleyici olur¹¹⁰⁸. Tarafların farazî iradesi belirlenirken izlenecek yöntemin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır¹¹⁰⁹. Sübjektif görüş uyarınca¹¹¹⁰, tarafların hükümsüzlüğü bilmiş olsalardı nasıl davranacaklarının ve iradelerinin ne yönde olacağını araştırılması gerektiği kabul edilirken, objektif görüş uyarınca¹¹¹¹, dürüst ve makul kişilerin söz konusu şartlar altında nasıl davranacağı araştırılır. Burada da dürüstlük kuralı, işin mahiyeti ve sözleşmenin şartları belirleyicidir. Tarafların gerçekte ne istedikleri değil, dürüstlük kuralı uyarınca neyi istemiş olabilecekleri

¹¹⁰⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s. 170 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 29 vd; BAŞPINAR, s. 153 vd; Bu duruma “kanuni ikame hükümle değiştirilmiş kısmî butlan” adı verildiği hususunda bkz. BAŞPINAR, s. 153, 155.

¹¹⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 142; AKMAN, s. 109; AKSOY DURSUN, s. 179.

¹¹⁰⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 26 vd; BAŞPINAR, s. 161 vd.

¹¹⁰⁸ BAŞPINAR, s. 159 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s.27 vd.

Sözleşmenin kısmî hükümsüzlüğü halinde ortaya çıkan boşluğun tarafların farazî iradesi uyarınca doldurulacağına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 107 II 218; BGE 114 II 159, kararlar için bkz. www.swisslex.ch.

¹¹⁰⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 26 vd; BAŞPINAR, s. 93 vd.

¹¹¹⁰ PIOTET, invalidité partielle, s. 634 vd.

Bu görüşle ilgili bilgi için ayrıca bkz. TANDOĞAN, nullité, s. 76 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 27 vd; BAŞPINAR, s. 93 vd.

¹¹¹¹ YUNG, Akitlerde Objektif Unsurlar, s. 525; Türk Hukukunda *Başpınar*, farazî iradenin belirlenmesinde başvurulacak en elverişli yöntemin objektif yöntem olduğunu kabul etmektedir. Bkz. BAŞPINAR, s. 101 vd.

Bu görüşle ilgili bilgi için ayrıca bkz. TANDOĞAN, nullité, s. 76 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmî hükümsüzlük, s. 27 vd.

tespit edilir¹¹¹². Sübjektif görüşten farklı olarak, sözleşme taraflarının davranışları, beklentileri dikkate alınmaksızın en adil düzenlemeye ulaşılmaya çalışılır. Sübjektif görüş uyarınca, tarafların psikolojik durumunu iradenin tespiti için incelenmesi gereken bir husus olarak nitelendirirken, objektif görüş yanlısı yazarlar, tarafların dürüst ve makul davranan kişiler olarak ele alınması ve buna göre farazî iradenin belirlenmesi gerektiğini kabul ederler¹¹¹³.

Sübjektif görüşü benimseyen yazarlar, farazî irade ile bir sonuca ulaşılamaması halinde, dürüstlük kuralı ve işin mahiyetine göre dürüst ve makul kişilerin söz konusu şartlar altında nasıl davranacağına araştırılması gerektiğini ileri sürerler.

Piotet ise, BK m. 20/f. II'de farazî iradeye başvurmanın hükmün getiriliş amacına uygun gözüktüğünü, ancak, farazî iradenin dürüst ve makul kişilere göre belirlenmesinin BK m. 20/f. II için bir kriter olamayacağını¹¹¹⁴ belirtir. Zira yazara göre, dürüstlük kuralı ve hakkaniyet, farazî iradede daha belirsizdir ve uygulanması pratik olmaz¹¹¹⁵. Yazar, farazî iradede farklı bir sonuca ulaşıldığı ölçüde sözleşme serbestisi prensibinin ve dolayısıyla, bütün sistemin ihlâl edildiğini ifade eder¹¹¹⁶.

Hâkim, ancak geçersiz kayıt olmadan da tarafların ikâme hükmüyle sözleşmeyi kuracakları yönünde farazî iradelerinin kabul edilebilmesi halinde sözleşmeyi hakkaniyet kurallarına göre tamamlayabilir. Tarafların belirlenebilir farazî iradesi hâkime bir sınır teşkil eder. Böylece, hâkim bu sınır içinde kalmak kaydıyla koşullara en uygun çözümü bulur. Ancak, tarafların farazî iradesi belirlenmiyorsa

¹¹¹² **TANDOĞAN**, nullité, s. 77.

¹¹¹³ *Başpınar*, hâkimin, tarafların farazî iradesini belirlerken kendisini dürüst ve makul hareket eden kişiler olarak tarafların yerine koyması gerektiğini, makul ve dürüst kişiler olarak tarafların sözleşmenin bir kısmının sakat olduğunu bilselerdi öngörecekları çözümü tespit etmeye çalışacağını ifade eder. **BAŞPINAR**, s. 89 vd; s. 161 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 27 vd; **YUNG**, Akitlerde Objektif Unsurlar, s. 525.

¹¹¹⁴ **PIOTET**, invalidité partielle, s. 634 vd; Benzer şekilde, *Yung* da, iki kişinin anlaşmayı başarabilselerdi, anlaşmalarının hangi içerikte olacağını ciddi olarak tahmin edilemeyeceği gerekçesi ile sözleşmenin tamamlanması bakımından reddettiği farazî irade kriterini, kısmî olarak geçersiz olan sözleşmelerin devamına karar verilmesi bakımından kabul eder. Bkz. **YUNG**, L'interprétation suppletive, s. 61 vd.

¹¹¹⁵ **PIOTET**, invalidité partielle, s. 634 vd.

¹¹¹⁶ *Piotet*'ye göre, BK m. 20 /f. II'de nazara alınan farazî irade, tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada, geçersiz kayıt olmadan da sözleşmeyi kabul veya sözleşmenin tamamının hükümsüz olması yönünde gerçekten sahip olmaları muhtemel iradeleridir ve farazî iradenin dürüst ve makul kişilere göre belirlenmesi sadece, tarafların gerçek farazî iradesini ispatta bir rol oynayabilir. Yazar, tarafların ikinci nokta olarak gördükleri hususa ilişkin kaydın geçersiz olması halinde sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğünü ileri sürmenin doğrulanamayacağını da belirtir. Bkz. **PIOTET**, invalidité partielle, s. 634 , s. 637.

hakkaniyete göre sözleşme tamamlanır¹¹¹⁷.

Kanımızca, bugün iki aşamalı inceleme görüşü¹¹¹⁸ olarak ifade edilen görüş, en doğru sonuca ulaşmamızı sağlayacaktır. Söz konusu görüşe göre, önce farazî ortak irade araştırılmalı, yani, dürüst sözleşme tarafları, sözleşmedeki hükmün batıl olduğunu bilselerdi nasıl bir düzenleme getirirlerdi sorusunun cevabı tespit edilmeli, farazî ortak irade tespit edilirken de tarafların davranışları, amaçları, somut sözleşmenin koşulları ve işin mahiyeti göz önüne alınmalı, bu şekilde farazî ortak irade tespit edilemiyorsa, artık dürüst sözleşme tarafları yerine, dürüst makul kişiler nasıl bir düzenleme getirirlerdi sorusunun cevabı araştırılmalıdır.

V. Genel İşlem Şartları Nedeniyle Ortaya Çıkan Boşluğun Doldurulması

Sözleşmenin taraflar arasında bağlayıcı olması, sözleşmesel hak ve yükümlülüklerin kural olarak taraf iradeleri doğrultusunda belirlenmelerinden kaynaklanır. Bu sebeple, genel işlem şartlarının da geçerlik kazanmaları, ancak sözleşenlerin ortak iradeleri ile sözleşmeye dahil edilmeleri halinde mümkün olur. Yürürlük denetimi sayesinde genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil olup olmadıkları incelenir¹¹¹⁹. Genel işlem şartlarının sözleşmeye kısmen veya tamamen dahil olmadıkları tespit edilirse, öncelikle üzerinde taraflarca uzlaşılan diğer hususların sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir¹¹²⁰. Objektif esaslı noktalarda anlaşma sağlanmış olması halinde sözleşme kurulmuş sayılır.

¹¹¹⁷ **PIOTET**, invalidité partielle, s. 635 vd.

¹¹¹⁸ *Kocayusufpaşaoğlu*, hâkimin incelemesinin iki aşamadan geçmesi gerektiğini belirtir. İlk aşamada bireysel sübjektif değerlendirme yapılacağı ve tarafların fiilen neyi istemiş sayılacaklarının irdeleneceği, bundan bir sonuç elde edilmez ise, MK m.2/f. I uyarınca makul ve dürüst sözleşenler olarak kabul etmeleri beklenecek çözümün ne olduğunun araştırılması gerektiğini ifade eder. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 27 vd; **KRAMER**, Art. 18, N. 241.

¹¹¹⁹ Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi için yerine getirilmesi gereken hususlar için bkz. **ATAMER**, GİŞ, s. 86 vd.

¹¹²⁰ Genel işlem şartları, işletmenin bunlara atıf yapmaması ve müşteriye bunların içeriğini öğrenme imkânı vermemesi halinde, sözleşmeye dahil olmayacaktır. Bunun dışında, genel işlem şartlarından bir kısmının beklenmeyen hüküm olarak değerlendirilmesi durumunda sadece bu şartlar sözleşme kapsamı dışında bırakılabilir. Genel işlem şartlarının birbiriyle çelişenleri de sözleşmeye dahil sayılmaz. Bu hallerde sözleşmenin kısmen batıl olması söz konusu olmadığından BK m. 20/f. II uygulama alanı bulmaz. Bkz. **ATAMER**, GİŞ, s. 120 vd.

Sözleşme kurulduktan sonra yapılacak içerik denetimi neticesinde, sözleşmenin içeriğine dahil olan genel işlem şartlarından birinin veya bir kısmının batıl olması halinde, BK m. 20/f. II uyarınca, genel işlem şartı kullanan tarafın farazî iradesinin ilgili hükümler olmaksızın sözleşmeyi hiç kurmayacağı yönünde olduğu ispat edilerek, sözleşmenin tümünü geçersiz kılmanın, zayıf olan tarafı daha da zor duruma düşüreceğinden kabul edilmemesi gerektiğini daha önce de belirtmiştik¹¹²¹.

Geçersiz kılınan şartların mutlaka sözleşmede tamamlanması gereken bir boşluk yaratacağı söylenemez¹¹²². Sözleşmede tamamlanması gereken bir boşluğun ortaya çıkması halinde sözleşme tamamlanacaktır. Bilindiği üzere, hâkim sözleşmeyi tamamlarken önce yedek hükümlere başvuracak, yedek hükmün sözleşmenin bütününe uygun bir çözüm önermesi halinde tespit ettiği yedek hüküm ile sözleşmeyi tamamlayacaktır¹¹²³. Yedek hüküm sözleşmenin bütünü ile uyumlu değil ise, o takdirde hâkim kendisi hüküm yaratacaktır. Sözleşme tipik özellikler taşıyorsa ve sorun sıkça karşılaşılan genelleştirmeye müsait bir sorunsu, hâkim, benzer tüm olaylar için uygulama alanı bulabilecek, genel bir hüküm yaratmak suretiyle sözleşmedeki boşluğu doldurma yoluna gidecektir. Sözleşme bireysel özellikler taşıyorsa ve sorunun çözümü genelleştirmeye uygun değilse bu takdirde hâkim sadece somut sözleşmeye özgü hüküm getirerek sözleşmedeki boşluğu tamamlayacaktır¹¹²⁴.

Burada çözülmesi gereken sorun, hâkimin, somut sözleşmeye özgü hüküm getirirken genel kuraldaki gibi tarafların farazî iradesinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Gerek genel işlem şartı içeren sözleşmelerin yapısı gereği tarafların farazî ortak iradesinden bahsedilememesi, gerek genel işlem şartlarına getirilen denetlemenin amacının zayıf tarafın korunması olması, hâkimin yaratacağı hükmün farazî iradeye dayanmasına engel olacaktır. Zira, sözleşme taraflarının bu hususu düzenleselerdi nasıl bir hüküm getirecek olduklarını tespit etmek, genel işlem şartlarının tek taraflı olarak hazırlandıkları düşünüldüğünde, anlam ifade

¹¹²¹ Bkz. § 1, II, B.

¹¹²² Tüketici kredi sözleşmelerinde kredi şartlarının tüketici aleyhine değiştirilebileceğine ilişkin genel işlem şartının geçersiz olması sözleşmede bir boşluk yaratmaz. Bkz. **ATAMER**, *GİŞ*, s. 226 vd; **AKSOY DURSUN**, s. 185 vd.

¹¹²³ **ATAMER**, *GİŞ*, s. 228 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, *Kısmî hükümsüzlük*, s. 25 vd; **BAŞPINAR**, s. 159 vd.

¹¹²⁴ **ATAMER**, *GİŞ*, s. 229 dpn. 466.

etmeyecektir. Hâkim, somut olayın şartlarını ve tarafların menfaatlerini dikkate alarak hakkaniyete en uygun çözümü tespit edecektir¹¹²⁵. Genel işlem şartlarının denetlenmesi ile amaçlanan taraflar arasındaki dengeyi bozan hükmün kaldırılması olduğundan, hâkim, bu dengeyi sağlayacak bir hüküm ile sözleşmeyi tamamlama yoluna gidecektir¹¹²⁶.

VI. Sözleşmenin Tamamlanması Suretiyle Uyarılama

Hâkim, intibak boşluğu halinde sözleşmedeki boşluğu önce yedek hükümlere başvurmak suretiyle doldurmaya çalışır. Dikkat etmek gerekir ki, yasal uyarılama kuralının boşluk içermesi de mümkündür. Bu durumda hâkim kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi uyarlar¹¹²⁷. Hâkim boşluğu doğrudan veya dolaylı olarak doldurabilir¹¹²⁸. Her iki halde de hâkimin uyarılama yetkisi boşluk doldurma yükümlülüğünden kaynaklanır¹¹²⁹.

Yedek hükmün bulunmaması halinde hâkim, MK m. 1/f. II uyarınca hareket eder¹¹³⁰. Hâkim, dürüstlük kuralı uyarınca; sözleşmenin ruhunu ve tarafların

¹¹²⁵ **ATAMER**, GİŞ, s. 230 vd; *Sivrihisarlı*, bireysel yönü ağır basan sözleşmelerde tarafların iradelerinin, olaya, tarafların ve çevrenin özelliklerine göre ortaya çıkarılacağını ve bu durumda hâkimin yorum kuralları ve delil takdirindeki tecrübe kuralları çerçevesinde serbestçe hareket edebileceğini, ancak, tipik sözleşmelerde hâkimin karşılıklı çıkar dengesi ve objektif yorum dışında takdir hakkına sahip olmayacağını belirtir. Yazar, ayrıca, aralarında söz konusu kayıtlara tâbi olma bakımından fark bulunmayan kişilerin aynı kayıtlar üzerinde değişik yorum nedeni ile ayrı rejimlere tâbi tutulmalarının hukuk güvenliğini zedeleyeceğini de ifade eder. Bkz. **SİVRİHİSARLI**, s. 145 vd.

Ancak, genel işlem şartları ile düzenlenen hususların çoğu zaman genelleştirmeye müsait olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **AKSOY/DURSUN** s. 189 vd.

¹¹²⁶ **ATAMER**, GİŞ, s. 228 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmî hükümsüzlük, s. 25 vd.

¹¹²⁷ Sözleşmede uyarılama kaydının bulunmasına rağmen söz konusu kaydın uyuşmazlık konusu hususun çözümü için yeterli olmaması halinde de geniş anlamda bir uyarılama boşluğu vardır. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 130.

¹¹²⁸ Tipik durumlarda hâkim önce genel ve soyut bir kural yaratacak, daha sonra bu kuralı somut sözleşmeye uygulamak suretiyle intibak boşluğunu dolduracaktır. Soyut kuralı oluştururken hâkimin kıyas yolu ile diğer hükümlerden yararlanması da mümkündür. Bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 153, 157.

¹¹²⁹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 153; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 627.

Farklı olarak, hâkimin sözleşmeyi uyarılmasının dayanağının MK m. 2/ f. I olduğu yönünde bkz. **ARAT**, s. 191; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 256.

Biz, uyarılama halinde bir riziko boşluğu bulunduğunu kabul ettiğimizden, hâkimin sözleşmeyi uyarılmasının temelinde MK m. 1/ f. II'nin bulunduğu kanaatindeyiz. Ancak, bu durumda MK m. 1/ f. II'yi MK m. 2/f. I'den bağımsız düşünmek de mümkün değildir. Zira, dürüstlük kuralı, uyarılamada hâkimin kararını oluştururken yararlanacağı en önemli araçlardan biri olarak karşımıza çıkacaktır. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. **Yarg. 13. HD**, 26.11.1982, 6186/7199 ve **Yarg. HGK**, 26.2.1997, E. 1996/9-679, K. 1997/119 (www.kazanci.com.tr).

¹¹³⁰ Hâkimin boşluk doldururken İBK m. 373/f. II (istisna akdinde ücrete ilişkin BK m. 365/f. II)'den

karşılıklı menfaatlerini düşünerek, hak ve nesafete uygun olarak uyarlamayı gerçekleştirir¹¹³¹. Hâkim sözleşmedeki boşluğun sözleşmenin değişen hâl ve şartlara uyarlanması suretiyle doldurulmasında da farazî iradelerden yararlanacağından¹¹³², sözleşmeyi uyarlarken serbest değildir. “Taraflar durumu öngörmüş olsalardı dürüstlük kuralı uyarınca nasıl bir çözüm getirirlerdi ? ” sorusunun cevabı, hâkimin yaratacağı hükmün de sınırını oluşturur¹¹³³. Tarafların gerçekten neyi istemiş olabileceklerini değil, dürüst ve makul sözleşenler olarak neyi istemiş olabileceklerini tespit etmeye çalışır¹¹³⁴.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu da bir kararında¹¹³⁵, sözleşmeye bağlılık ve saygının esas olduğunu belirttikten sonra, uyarlama davalarında hâkimin gözden kaçırmaması gereken hususları saymıştır. Kararda, sözleşmeye yazılan özel hükümlerin yorumlanarak taraflara sağladığı hak ve yararların değerlendirilmesi gerektiği, ekonomik değişikliklerin etkileri, kiralananın niteliği gibi somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif hâl ve koşulların kıymetlendirileceği, uyarlama yapılması kanaatine varılırsa sözleşmedeki intibak boşluğunun hak ve nesafet, dürüstlük kuralları uyarınca doldurulması gerektiği, sonuçta verilecek kararın sayılan esaslara aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Gerçekten böylece hâkim, meydana gelen zararı sadece borçluyu düşünerek değil, alacaklının sözleşmeden beklediği haklı menfaati de göz önüne alarak hakkaniyete göre paylaşmış olacaktır¹¹³⁶.

kıyasen yararlanabileceği hususunda bkz. **SCHÖNLE**, s. 433, özellikle s. 435.

¹¹³¹ **KAPLAN**, Müdahale, s. 157; **EREN**, Genel Hükümler, s. 441; **SCHÖNLE**, s. 436.

¹¹³² **Yarg. HGK**, 19.2.1997, E.1996/11-762, K. 1999/77.; **Yarg. HGK**, 17.9.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651, **Yarg. 11. HD**, 1.4.2002, E. 2001/10794, K. 2002/2870, kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

KAPLAN, Müdahale, s. 156; **EREN**, Genel Hükümler, s. 441; **SCHÖNLE**, s. 436; **WINIGER**, CR, Art. 18, s. 120; **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 651; **BK-KRAMER**, Art. 18 N. 325, 326; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, N. 1294.

İsviçre Feeral Mahkemesinin sözleşmenin uyarlanmasında tarafların farazî iradesine başvurulacağına ilişkin kararları için bkz. ATF 115 II 484 c.4b= JdT 1990 I 210; ATF 127 III 300= JdT 2001 I 239; ATF 107 II 144; ATF 111 II 260 (www.swisslex.ch).

¹¹³³ **SCHÖNLE**, s. 433; *Baysal*, uyarlama halinde sorunun çözümünün taraf iradelerinden bağımsız olarak sözleşme dışında aranmasının daha yerinde olduğu görüşündedir. Bkz. **BAYSAL**, s. 91.

¹¹³⁴ **JÄGGI/GAUCH**, Art. 18, N. 593; **KAPLAN**, Müdahale, s. 153.

¹¹³⁵ **Yarg. HGK**, 7.5.2003, 13-332/340; karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr).

¹¹³⁶ **GÜRSOY**, s. 186.

Uyarlamada hakkaniyet kaygısı ile hareket edilmiş olsa da kanımızca hâkim kendi hakkaniyet anlayışı ile hareket etmemeli; tarafların sözleşme akdedilirken kurdukları dengeyi esas almalıdır. Hâkim, sözleşme adaletini sözleşmenin bütünlüğüne zarar vermeden sağlamaya çalışmalıdır. Tarafların sözleşmeden beklenen menfaatleri sözleşme hükümlerinden bağımsız, hakkaniyet düşüncesi ile tamamen değiştirilip, onların iradelerinden farklı bir sonuca ulaşılmamalıdır. Her sözleşmenin adil olması gerekmediğinden adaleti de kendi içindedir. Hâkim daha adil bir sonuca ulaşmak için sözleşmeyi değiştirmemelidir; sözleşmenin amacına ve anlamına en uygun şekilde sözleşmeyi uyarlamalıdır. Böylece, taraf iradelerine, dolayısıyla irade özerkliği ilkesine de aykırı davranılmamış olunacaktır.

VII. Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Hata Sebebiyle İptal

Hata “...irade beyanının istenmeyerek arzuya uygun olmaması veya arzunun (iradenin) oluşmasında etken olan bir hususta düşüncenin (tasavvurun) gerçek duruma uygun olmaması...” olarak ifade edilir¹¹³⁷. Tanımdaki ilk ihtimal beyan hatası olarak adlandırılırken ikinci ihtimal saik hatası olarak adlandırılır.

Acaba, sözleşme tarafları, sözleşmenin tamamlanmasından sonra hata sebebiyle sözleşmenin iptalini talep edebilirler mi?

Sorunu iki farklı açıdan ele almak gerekir. Zira, taraflar sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanacağını bilselerdi sözleşmeyi kurmayacak olduklarını ileri sürerek temel hatası sebebiyle veya hâkimin sözleşmeyi tamamlamak için seçtiği hükümdeki hukuki sonucu istemedikleri gerekçesiyle hukuki sonuçta hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmek isteyebilirler.

Sözleşmenin kanundaki yedek hükümler uyarınca tamamlanması halinde, tarafların kurdukları sözleşmeye kanun tarafından bağlanan hukuki sonucu istememiş olmaları, diğer bir ifade ile, hukuki sonuçta yanılmaları sebebiyle sözleşmenin iptalini istemeleri, bu hatanın âdi saik hatası olarak nitelendirilmesi sebebiyle mümkün değildir¹¹³⁸. Söz konusu hatanın temel hatası niteliği kazanamaz ve

¹¹³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 80; benzer şekilde FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, s. 122 vd.

¹¹³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 420; BK-KRAMER, Art. 18, N. 264.

dolayısıyla, hukuki işlemin iptaline yol açamaz¹¹³⁹. Bu tür hataların temel hata niteliği kazanamamasının sebebi olarak, bazı hukuki sonuçların doğmasının tarafların rızasına bağlı olmadığı, sözleşmede boşluk bulunması halinde de, bunun hukuki sonucu olarak hâkimin sözleşmeyi tamamlamak durumunda olduğu ve tarafların bu sonucu bilip bilmemelerinin hâkimin faaliyetine bir etkisi olmadığı gösterilir¹¹⁴⁰.

Bunun dışında, hâkim tarafından sözleşmenin tamamlanması için ortaya konan hükmün taraflarca hiç istenmediği ileri sürülerek sözleşmenin iptalinin istenmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna kanımızca olumsuz cevap vermek gerekecektir. Tarafların farazî ortak iradesi adı altında, taraflara isnat edilen iradenin, onların iradesine hiç de uymadığı hallerde, istisnai olarak, hata sebebiyle iptal hakkının tanınması hukuken doğru olmayacaktır. Ancak, tarafları hiç istemedikleri neticeler ile bağlı saymak da adil olmayacağından ve irade özerkliği ilkesine de aykırılık oluşturacağından, bu durumda ortaya konan hükmün içeriği bakımından incelenmesi yerinde olacaktır¹¹⁴¹.

§7. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI KONUSUNDA ORTAYA ÇIKAN USUL HUKUKU SORULARI

I. Re'sen Nazara Alınma

Yorum uyuşmazlığının söz konusu olması halinde tarafların hâkimden sözleşmenin yorumlanmasını talep etmeleri gerekir. Taraflardan birinin talebi yeterlidir. Böyle bir talebinin olmaması durumunda hâkim re'sen yorumlama faaliyetinde bulunamaz. Sözleşmenin tarafı olmayan bir kimsenin hâkimden

¹¹³⁹ Zayıf bir ihtimal olsa da şartların gerçekleşmiş olması halinde bu tip hataların da esaslı hata niteliği kazanabileceği ve dolayısıyla sözleşmeyi iptal hakkı vereceği hususunda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 420, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 13.

Oğuzman/Öz, kanunun özellikle karşı tarafı korumak amacıyla bir hüküm getirmesi halinde hükmün bilinmemesi sebebiyle sözleşmenin iptal edilmesinin mümkün olmadığını kabul ederler. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 87 dpn. 174.

¹¹⁴⁰ *Henckel*'e göre, hâkimin kendi koyacağı kural ile sözleşmeyi tamamlaması halinde, irade ile açıklama arasında zaten bir sapma söz konusu olmadığından hata hükümlerine başvurulmaz. Bkz. **HENCKEL**, s. 125. *Kramer*, sözleşmedeki boşluk, sözleşmenin diğer hükümlerinden açık kıyas yolu ile yararlanılarak ortaya konmuş hüküm ile tamamlanmış ise ve kıyasen yararlanılan hükümlerin hataya esas oluşturması halinde, bir istisnanın söz konusu olabileceğini ifade eder. Bkz. **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 264.

¹¹⁴¹ **BK-KRAMER**, Art. 18, N. 264, 265.

sözleşmenin yorumlanmasını talep etmesi kural olarak mümkün değildir. Zira, sözleşme nispidir.

Hukuk sistemimizde bağımsız bir yorum davası bulunmadığından sözleşmenin yorumlanması, tespit davası, eda davası veya inşai dava ile talep edilebilir. *Kaplan*, sadece sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin davanın tespit davası adı altında açılabileceğini kabul eder¹¹⁴². Tespit davası, bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında tespit hükmü elde etmek için açılan davadır¹¹⁴³. Dikkat etmek gerekir ki, tespit davası ancak, somut bir hukuki ilişki hakkında açılabilir¹¹⁴⁴. Soyut hukuki ilişkilerin ve maddî vakıaların tespit davasına konu olması mümkün değildir¹¹⁴⁵.

Sözleşmenin tamamlanması için de talep gerekir. Dolayısıyla, hâkimin sözleşmedeki boşluğu doldurabilmesi için bu konuda uyuşmazlık olması ve taraflardan birinin hâkimden sözleşmeyi tamamlamasını talep etmesi gerekir. Hâkim önüne gelen dosyada uyuşmazlık konusu husus dışında sözleşme boşluğu olduğunu tespit ettiğini ileri sürerek bu boşluğu dolduramaz. Sözleşmedeki boşluğun hâkim tarafından doldurulması için ayrı bir dava ile talepte bulunulması gerekmez¹¹⁴⁶.

II. Hâkimin Yarattığı Sözleşme Hükmünün Yargıtay Tarafından İçerik Denetimine Tâbi Tutulabilip Tutulamayacağı

Bilindiği üzere ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı önce temyiz yoluna başvurulur. Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın hukuka ve kanuna uygunluk denetimini yapar¹¹⁴⁷. Ancak, temyiz sebepleri HUMK m. 428'de

¹¹⁴² **KAPLAN**, s. 35 vd.

¹¹⁴³ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 277 vd; **KURU**, C. II, s. 1409 vd.

¹¹⁴⁴ Tespit davasının açılabilmesi için davacının hukukî ilişkinin tespitinde hukukî yararının bulunması şarttır. Hukukî yararın kabul edilmesi üç şartın varlığına bağlıdır. Bu şartlardan ilki, davacının bir hakkının veya hukukî durumunun güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olması, ikincisi, bu tehdit nedeniyle, davacının hukukî durumunun tereddüt içinde bulunması ve bu durumun davacıya zarar verecek nitelikte olması, son şart da icraya konulamayan, yalnız kesin hüküm etkisine sahip olan tespit hükmünün tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmasıdır. Bu konuda bkz. **KURU**, C. II, s. 1424 vd.

¹¹⁴⁵ **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 279 vd. Hukuki ilişkiden maksat, bir kişi ile diğer bir kişi veya bir mal arasında somut bir olaydan doğan hukukî ilişkidir. Soyut hukukî ilişkilerin tespiti için tespit davası açılamaz. Bunun yanısıra, maddî vakıalar hukukî ilişki için ne kadar önemli olursa olsun, tespit davasının konusu yapılamaz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KURU**, C. II, s. 1411 vd.

¹¹⁴⁶ **OKTAY**, s. 284.

¹¹⁴⁷ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 545 vd; **AKCAN**, s. 14 vd.

sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebeple, sadece söz konusu maddede ifade edilen sebeplerle temyiz yoluna başvurulabilir.

HUMK m. 428/b. 1’de “Kanunun ve iki tarafın beynindeki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması” temyiz sebebi olarak ifade edilir. Yanlış uygulamadan kasıt, kanun hükmünün somut olaya yanlış uygulanması veya hiç uygulamamasıdır¹¹⁴⁸. Söz konusu temyiz sebebi maddi hukuka ilişkin sebeplerdendir.

Maddede ifade bulan “kanun” teriminden anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve örf ve âdet hukuku kurallarının anlaşılması gerektiği kabul edilir¹¹⁴⁹. Aynı zamanda antlaşma ve sözleşme hükümleri de bu kapsamda kabul edilir. Dolayısıyla, sözleşmenin kanunun yedek hükümleri ile veya örf ve âdet hukuku kuralı ile tamamlanması halinde, kuralların yanlış uygulandığı gerekçesi ile taraflar kararı temyiz edebileceklerdir.

Bir diğer temyiz sebebi de HUMK m. 428/b. 5 de “Meseleyi maddiyenin takdirinde hata” olarak ifade edilmiştir. Vakıanın mevcut delillere göre takdirinde ya da vakıanın hukuki değerlendirilmesinde hata edilmiş olması halinde maddi meselenin takdirinde hatadan bahsedilir¹¹⁵⁰. Hukuki nitelendirmenin hatalı olması halinde de hüküm temyiz edilebilir¹¹⁵¹.

Hâkimin kendi yarattığı hüküm ile sözleşmeyi tamamlaması halinde taraflar maddi meselenin takdirinde hatada sebebiyle temyiz başvurusunda bulunabilirler. Aynı şekilde yedek hükümler ile sözleşmenin tamamlanmasında da maddi meselenin takdirinde hata sebebiyle veya meselenin hukuki değerlendirilmesinde hata sebebiyle uygulanan yedek hüküm yanlış seçilmiş ise taraflar HUMK m. 428/b.5 uyarınca kararı temyiz edebilirler.

¹¹⁴⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 550. Yanlış uygulama, hukuk kuralının kanuni unsurlarının hatalı şekilde ele alınması, yorumlanması, somut olaya uygulanması gereken kanuni unsurların hiç uygulanmaması veya uygulanmaması gereken bir normun kanuni unsurlarının uygulanması şeklinde ortaya çıkabilir. Bkz. AKCAN, s. 30 vd.

¹¹⁴⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 550.

¹¹⁵⁰ Belirsiz kavramların nitelendirilmesinin denetlenmesi de doktrin tarafından maddi meselenin takdirinde hata nedenine bağlanmaktadır. Bkz. SİVRİHİSARLI, s. 79 vd.

¹¹⁵¹ Yargıtay’ın bu yolla istinaf mahkemelerinin boşluğunu doldurabilmek amacıyla delil değerlendirmelerine müdahale ettiği yönünde bkz. SİVRİHİSARLI, s. 83 vd.

Bu şekilde kanun hükmü yaratmak suretiyle dolaylı yoldan sözleşmenin tamamlanması söz konusu ise hâkimin yarattığı hukuk, Yargıtay tarafından hukuk yaratma şartları bulunup bulunmadığı, konulan kuralın isabetli olup olmadığı veya kuralın uygulanışının uygun olup olmadığı bakımından HUMK'un temyiz hükümleri çerçevesinde denetlenebilir¹¹⁵². Bazı yazarlar, hâkimin kanun hükmü yaratması halinde, bu hükmün ancak amaca uygunluk bakımından denetlenebileceğini ifade ederler¹¹⁵³.

Yine usule ilişkin temyiz sebeplerinin şartları gerçekleşmiş ise taraflar bu sebepler uyarınca kararın temyizini isteyebilirler¹¹⁵⁴.

Dikkat etmek gerekir ki, Temyiz mahkemesi kararını verirken ilk derece mahkemesinin takdir yetkisine gereksiz müdahalede bulunmamalıdır. Ancak, ilk derece mahkemesinin bariz ihmalinin bulunduğu hallerde Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin takdir yetkisine müdahale edebilir¹¹⁵⁵.

¹¹⁵² EDİS, Medenî Hukuk, s. 154; OĞUZMAN/BARLAS, s. 109.

¹¹⁵³ ÖZSUNAY, s. 220, SAYMEN, s. 163.

¹¹⁵⁴ Usule ilişkin temyiz nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKCAN, s. 52 vd.

¹¹⁵⁵ BK-KRAMER, Art. 18, N. 266.

SONUÇ

Çalışmamızın neticesinde görülmektedir ki, Türk Hukukunda sözleşmelerin yorumlanmasına ve tamamlanmasına ilişkin detaylı düzenlemeler mevcut değildir. Konuya ilişkin maddeler, sadece yorumla ilgili olarak Borçlar Kanununun 18. maddesi ve sözleşmenin tamamlanması ile ilgili olarak Borçlar Kanununun 2. maddesidir.

Yorum, doğrudan sözleşmenin ifadelerinin veya zımnî kayıtların saptanması suretiyle sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ve söz konusu kayıtların nasıl anlaşılması gerektiğinin tespitidir. Yorumla ilişkin tek madde olan BK m.18, güven nazariyesinden bahsetmeksizin, tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiğine ilişkin genel bir ilke getirir. Bu sebeple de, BK m. 18, sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel bir kural olmadığı, zira, yorumun amacının bilinmeyen gerçek iradelerin araştırılıp bulunması iken, maddenin birinci fıkrasında söz konusu gerçek iradenin bilindiği faraziyesinin düzenlendiği, maddenin, bilinmeyen iradenin ne şekilde araştırılacağına ilişkin bir düzenleme içermediği gerekçeleriyle eleştirilir¹¹⁵⁶. Gerçekten madde, yorumcunun sadece söze bakarak yorum yapamayacağını, kanun koyucunun sadece lafzî yorumu kabul etmediğini belirtir. Dolayısıyla yorumda en büyük dayanak MK m. 2/f. I'de yer alan dürüstlük kuralıdır. Böylece, tarafların gerçek iradelerinin anlaşılabilmesi halinde, olayın bütün hâl ve şartları göz önüne alınarak, dürüst ve makul sözleşenler olarak sözleşme ile neyi istemiş sayılacakları araştırılarak bir sonuca varılır. Biz, BK m. 18'e, tarafların gerçek iradelerinin tespit edilememesi halinde güven nazariyesi uyarınca tarafların farazî iradesinin araştırılacağına ilişkin bir hüküm getirilerek maddenin genel bir yorum kuralı haline getirilmesinin gerçek iradenin tespit edilememesi halinde izlenecek yöntem olarak hâkimlere yol göstermek bakımından faydalı olacağı kanısındayız.

Sözleşmenin tamamlanması, sözleşmede hiç veya gereği gibi düzenlenmediği için uyumsuzluk konusu olan ikinci derece noktaların hâkim tarafından düzenlenmesi, sözleşmedeki boşluğun giderilmesi olarak tanımlanır. Sözleşmenin tamamlanması, sözleşmenin yorumlanması faaliyeti ile çoğu zaman içi içe geçmiş olduğundan, bu

¹¹⁵⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 332 vd.

iki faaliyeti birbirinden ayırd etmek kolay olmaz. Nitekim, bu sıkı ilişki dolayısıyla sözleşmenin hâkimin koyduğu kural ile tamamlanması, “*tamamlayıcı yorum*” olarak ifade edilir. Ancak, aralarındaki bağ ne kadar sıkı olursa olsun iki faaliyet de birbirinden farklıdır. Sözleşmenin tamamlanması, sözleşmede uyuşmazlığa uygulanacak norm bulunmamasını, sözleşmenin yorumlanması ise, sözleşmeye özgü bir kuralın sözleşmede bulunmasını gerekli kılar. Böylelikle, sözleşmenin “*tamamlayıcı yorum*”u sözleşenlerin farazî iradelerinin araştırılmasını gerektirirken, sözleşmenin yorumlanması sözleşenlerin gerçek iradelerinin araştırılmasını gerekli kılar.

Bu farklılığa rağmen, sözleşmenin tamamlanması sözleşmenin yorumlanmasına sıkı bir biçimde bağlıdır. Nitekim, bir sözleşmede boşluk bulunup bulunmadığı, ancak, sözleşmenin yorumlanması ile tespit edilebilir. Hâkim uyuşmazlık konusu hususta nitelikli bir susmanın söz konusu olup olmasına göre sözleşmede boşluk olup olmadığına karar verir .

Bunun dışında, sözleşmede boşluk bulunduğu kanaatine varılması halinde, sözleşmenin, bütünü ile örtüşen bir hüküm ile tamamlanması gerekir. İşte bu örtüşmenin var olup olmadığını tespit de yorumun işidir. Yorum ile hâkim aslında tamamlama faaliyeti sırasındaki hareket alanını belirler. Tamamlama faaliyetinin sınırını belirleyen çerçeveyi çizer. Hâkim bu çerçeveyi çizdikten sonra, bir daha sözleşmeye bu sınırın dışında ek bir yüküm getiremez. Hâkim, tamamlama yetkisini, sözleşme konusunu değiştirmek, taraflara sözleşme ile bağdaşmayan yükümlülükler getirmek amacıyla kullanamaz.

Boşluğun sözleşmesel boşluk olması, diğer bir ifade ile, sözleşme çerçevesi içinde bulunması gerekir. Bunun yanı sıra, sözleşmedeki eksikliğin önemli bir hususa ilişkin olması da aranır. Sözleşmesel ilişkinin düzgün gelişimi ve devamı için eksikliğin tamamlanması gerekli ise, bu durumda eksik husus önemlidir.

Bu şekilde, sözleşmede bir boşluk tespit edildiğinde nasıl davranılacağına ilişkin tek madde yukarıda da ifade edildiği üzere BK m. 2’dir. Söz konusu madde birinci fıkrasında esaslı noktalarda uyuşmanın sağlanması halinde ikinci derece noktalar sükûtle geçilmiş olsa bile sözleşmenin kurulmuş sayılacağı hususunda bir

karine getirir. Bu sebeple, sözleşmede eksikliğin bulunup bulunmadığının, eksiklik varsa bunun ikinci derece noktalara mı yoksa esaslı noktalara mı ilişkin olduğunun tespiti önem taşır. Zira, sözleşmenin tamamlanabilmesi için uyumsuzluk konusu eksikliğin sözleşmenin ikinci derece noktalarında olması gerekir. Sözleşmenin esaslı noktalarında mevcut olan eksiklik sözleşmenin kurulmasını etkileyeceğinden, artık, sözleşmenin tamamlanmasından bahsedilemez. Klasik görüş yanlılarının aksine, modern görüşü benimseyen yazarlar, sözleşme ile bağlanma iradesinin tespiti halinde sözleşmenin esaslı noktalarında da tamamlanmasının söz konusu olabileceğini kabul ederler. Biz, sözleşmenin esaslı noktalarda da tamamlanabilmesi için edimin belirlenebilir olması ve tarafların sözleşme ile bağlanma iradelerinin de tespit edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Edimin belirlenebilir olması karakteristik edim bakımından önem taşır. Zira, karşı edimin renksiz edim olması halinde, renksiz edim paranın her zaman belirlenebilir olması, hâkim tarafından tamamlanmasının kabulünü kolaylaştırır. Bu sebeple “*Edimin belirlenebilir olması ve tarafların bağlanma iradesinin sabit olması durumunda, sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca kararlaştırılmayan esaslı unsurlar hâkim tarafından belirlenir.*” şeklinde bir hükmün BK m. 2’ye eklenmesinin tartışmaların ortadan kalkmasını sağlayacağı inancındayız.

Eksikliğin ikinci derece noktalara ilişkin olduğu her durumda da sözleşmenin tamamlanabileceğinden bahsetmek doğru olmaz. Bu durumda, öncelikle söz konusu noktaların sözleşmenin kuruluşu safhasında taraflarca müzakere konusu yapılmış olup olmadığının tespiti gerekir. Zira, taraflar sözleşmenin kuruluş aşamasında bu noktalar üzerinde durup herhangi bir anlaşmaya varamamışlarsa, söz konusu hususlar artık müzakere konusu yapılmalarından dolayı sübjektif esaslı nokta haline geleceğinden, bunların eksiklikleri sözleşmenin kurulmasını engeller. Böylece, sübjektif esaslı noktaların eksikliği sebebi ile sözleşme kurulmayacağından artık sözleşmenin tamamlanmasından da bahsedilemez. Ancak, tarafların müzakere konusu yaptıkları hususların sübjektif esaslı nokta olmadığını veya müzakereler sırasında esaslı nokta olmaktan çıkardıklarını ispat etmeleri mümkündür.

Mehaz Kanun ikinci derece noktaların saklı tutulmuş olması halini düzenler, ancak, Türk Hukuku bakımından böyle bir sınırlama söz konusu olmadığından ikinci derece noktaların, saklı tutulup tutulmadığına bakılmaksızın, düzenlenmediği her

halin madde kapsamında değerlendirilmesi, dolayısıyla, karineden yararlanması gerekir.

Türk Borçlar Kanununun mehz Kanun ile ifade farkı maddenin ikinci fıkrası bakımından önem taşır. Zira, mehz Kanun, ikinci derece noktaların saklı tutulması ve esaslı noktalarda tarafların anlaşması halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağına ilişkin bir karine getirdikten sonra ikinci fıkrada tarafların daha sonra uyuşma sağlayamadığı hallerde sözleşmenin işin mahiyetine göre tamamlanacağını hüküm altına alır. İsviçre Hukukunda da maddenin özel bir düzenleme olduğu, diğer haller bakımından hâkimin sözleşmeyi tamamlama yetkisinin MK m. 1'den kaynaklandığı kabul edilir.

Oysa, Türk Hukukuna baktığımız zaman BK m. 2'nin gerek yan başlığı gerekse metin içindeki farklı ifadesi, maddenin yan noktaların saklı tutulması haline özgü bir düzenleme içerip içermediği hususunda açık değildir. O halde sözleşme boşluklarının doldurulmasına ilişkin olarak Türk Hukuku açısından ilk ortaya konması gereken husus, BK m. 2'nin ifadesinin düzeltilmesi gerektiğidir. İkinci derece noktaların saklı tutulup tutulmadığına bakılmaksızın düzenlenmediği her halin madde kapsamında değerlendirilmesi, dolayısıyla, karineden yararlanması gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan değişikliğin BK m. 2'nin ikinci fıkrasında yapılması gerektiği inancındayız. Kanaatimizce, BK m. 2/f. II'nin ifadesinin “*Saklı tutulmuş yan noktalarda anlaşma sağlanamaması halinde hâkim işin mahiyetine bakarak sözleşmeyi tamamlar.*” şeklinde değiştirilmesi hâkimin yetkisinin sınırını daha net belirlemesi bakımından daha doğru olacaktır.

Böylece, yan noktaların saklı tutulmadığı, ancak, unutmama, öngörememe veya ihmâl gibi sebeplerle düzenlenmediği, fakat, tarafların esaslı noktalarda uyuşma sağladığı hallerde de sözleşme kurulmuş sayılacak, boşluk hâkim tarafından tamamlanabilecektir. Borçlar Kanununda hâkimin bu yetkisini düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak, hâkimin bu yetkisinin MK m. 1'den kaynaklandığı kabul edilir. Bu noktada da BK m. 2/f. II'ye ikinci bir cümle eklenerek veya BK m.2'ye üçüncü bir fıkra eklenerek “*Diğer hallerde hâkim MK m.1'deki sıra uyarınca sözleşmeyi tamamlar.*” ifadesinin getirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir düzenleme hâkimin sözleşmeyi tamamlama yetkisine ilişkin tartışmalara son

vereceği gibi, hâkime de uygulayacağı metoda ilişkin yol gösterecektir. Yan noktaların saklı tutulması halinde, doğrudan işin mahiyetine göre sözleşmeyi tamamlama yetkisi kazanan hâkim, yan noktaların düzenlenmediği diğer hallerde sözleşşenlerin yedek hükümlerden ayrılmak istediklerine dair bir veri elde edemez ise, önce yedek hükümlere başvuracak, somut olaya ilişkin yedek hüküm yoksa veya var olan hüküm sözleşşmenin diğer hükümleri ile bir bütünlük arz etmiyorsa somut olaya ilişkin bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını tespit edecektir. Meslek odalarına verilen görev neticesinde odalar hazırladıkları listelerle bu tespitte hâkime yardımcı olurlar. Olaya ilişkin örf ve âdet hukuku kuralının tespiti halinde hâkim söz konusu kural ile sözleşşmedeki boşluğu tamamlamak zorundadır. Tarafların örf ve âdet hukuku kuralını sözleşşme kurulurken bilmemeleri de hâkimin bu kuralı uygulamasına engel teşkil etmez. Ancak, yedek hükümler bakımından söz ettiğimiz ayrık uygulama örf ve âdet hukuku bakımından da geçerlidir. Örf ve âdet hukuku kuralının sözleşşmenin diğer hükümleri ile uyumlu bir bütün oluşturmaması halinde veya tarafların bu kuralın uygulanmayacağı yönündeki iradelerinin tespit edilmesi halinde, hâkim, örf ve âdet hukuku kuralını uygulamaz. Bu durumda, sözleşşmedeki boşluk artık hâkimin kendi yaratacağı kural ile tamamlanır. Hâkimin yaratacağı kuralın kanun boşluklarının doldurulmasında olduğu gibi genel ve soyut mu yoksa sadece uyuşmazlık konusu sözleşşme için geçerli olacak şekilde somut ve özel mi olması gerektiği hususunda kanaatimiz, genel ve soyut kural koymanın yeterli olduğu hallerde hâkimin bu yönde hükmünü oluşturması gerektiği, ancak, somut olayın özelliklerinin genel ve soyut kural ile sözleşşmenin doldurulmasına elverişli olmaması halinde sözleşşenin doğası da göz önüne alınarak, sadece o sözleşşme için geçerli somut ve özel bir hükmün oluşturulmasının daha doğru olacağı yönündedir. Bu noktada hâkim tarafların farazî ortak iradesinden yararlanacaktır. Hâkim somut sözleşşme taraflarının, dürüst ve makul sözleşşenler olarak, hâl ve koşullar da dikkate alındığında nasıl bir hüküm getirecek olduklarını tespit etmeye çalışacaktır. Farazî ortak iradenin belirlenemediği hallerde ise, artık, somut sözleşşme taraflarının değil, sözleşşmeye yabancı dürüst ve makul üçüncü kişilerin nasıl bir hüküm getirecek olduklarını araştıracaktır. Farazî iradenin araştırılması ile bulunan sonuçtan farklı olarak, burada bulunan çözümün adil olması gerekmektedir. Oysa, farazî iradenin adil bir sonuca yönelmesi şart değildir.

Sözleşme taraflarının bu hususu düzenleselerdi nasıl bir hüküm getirecek olduklarını tespit etmek, genel işlem şartlarının tek taraflı olarak hazırlandıkları düşünüldüğünde, anlam ifade etmeyeceğinden, genel işlem şartı içeren sözleşmelerin yapısı gereği tarafların farazî ortak iradesinden bahsedilememesi ve genel işlem şartlarına getirilen denetlemenin amacının ekonomik açıdan zayıf tarafın korunması olması, hâkimin yaratacağı hükmün farazî iradeye dayanmasına engel olacaktır. Hâkim, genel işlem şartlarının yok sayılması sebebiyle ortaya çıkan boşluğu, somut olayın şartlarını ve tarafların menfaatlerini dikkate alarak en adil çözümü tespit edecektir.

Kanımızca, uyarılama halinde bir riziko boşluğu olduğundan hâkim sözleşmeyi uyarlayarak tamamlayacaktır. Hâkim, dürüstlük kuralı uyarınca; sözleşmenin ruhunu ve tarafların karşılıklı menfaatlerini düşünerek, hakkaniyete uygun olarak uyarlamayı gerçekleştirmelidir.

İsimsiz sözleşmeler ise, kendilerine has anlam yapısına en uygun hüküm ile tamamlanmalıdır. İsimsiz sözleşmeler kanunda düzenlenmediğinden öncelikle, MK m. 1/f. II uyarınca bu konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığı incelenmeli, yoksa, kanundaki benzer veya aynı menfaat çatışmasını düzenleyen hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle sözleşmedeki boşluk doldurulmalıdır. Böyle bir kuralın da tespit edilememesi halinde, hâkimin MK m. 1/f. II'e göre kanun koyucu gibi hareket ederek sözleşmeyi tamamlamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep** : Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.
- AKINTÜRK, Turgut/** : Paftos ve Örfü Belde, AÜHFD 1962, C. 19, s. 1-4, s. 493-495.
- KUNTALP, Erden**
- AKİPEK G. Jale/ AKINTÜRK Turgut** : Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1 İstanbul 2007.
- AKMAN, Sermet** : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- AKSOY DURSUN, Sanem** : Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.
- AKYOL, Şener** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995 (Genel Hükümler).
- AKYOL, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006 (Dürüstlük Kuralı).
- ALTOP, Atilla** : Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990 (Finansal Kiralama).
- ALTOP, Atilla** : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Düşünceler ve Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Şubat 2009/2-62, s.16-19. (Tasarı).

- ARAL, Vecdi** : Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1983.
- ARAT, Ayşe** : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006 .
- ARSEBÜK, Esat** : Borçlar Hukuku, C. I-II, Ankara 1950.
- ARKAN, Sabih** : Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2007.
- ASLAN, Ersel** : Türk İş Hukukunda İşçi Lehine Yorum İlkesi, www.bilimdunyasi.com.
- ATAAY, Aytekin** : Medenî Hukukun Genel Teorisi, İstanbul 1980.
- ATAAY, Aytekin** : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1981.
- ATAMER, M. Yeşim** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001 (GİŞ).
- ATAMER, M. Yeşim** : Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler, İÜHFİM C. LXIII, S.1-2, İstanbul 2005, s. 174- 191 (Düşünceler).
- ATAMER, M. Yeşim** : Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının

Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (CISG).

AUBRY et RAU

: Cour de droit civil français, Tome IV, Paris 1902.

BAHTİYAR, Mehmet

: Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Yargıtay Dergisi, Ocak –Nisan 1996, S. 1-2, s. 76-98 (GİŞ).

BAHTİYAR, Mehmet

: 805 Sayılı, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”un Kapsamı ve Yapıtırımı Sorunu, Makaleler II, İstanbul 2008, s. 365-383.

BARBIERI, Jean-Jacques

: Vers un nouvel équilibre contractuel? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, Th.droit Toulouse 1981.

BARLAS, Nami

: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, Makalelerim, C. I, İstanbul 2008, s. 63-88 (Dürüstlük Kuralı).

- BARLAS, Nami** : Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Makalelerim C. I, İstanbul 2008, s.89-111 (Çerçeve Sözleşme).
- BASEDOW, Jürgen/KNEIP, Andréas** : *Objet, Cause et Lesion du Contrat*, Allemagne, Paris, 1980.
- BATIFFOL, Henri** : *L'interprétation des contrats en droit international privé et le Code civil français*, Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s.85-91.
- BAŞPINAR, Veysel** : *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*, Ankara 1998.
- BAUDOIN, Jean-Louis** : *Traité élémentaire de droit civil*, Canada 1970.
- BAYSAL, Başak** : *Sözleşmenin Uyarlanması*, İstanbul 2009.
- BECKER, Hermann** : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, (Art. 1-183)*, Bern 1942.
- BİLGE, Necip** : *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 2006.
- BİRSEL, Mahmut** : *Ticari Örf ve Âdet*, ABD 1968, C. 25, S. 2, s. 205-211.

- BOSSHART, Fritz** : L'interprétation des Contrats, Zurich, 1939.
- BOYER, Laurent** : Dalloz, Droit Civil, V Contrat et conventions (1971).
- BUCHER, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zurich, 1988 (AT).
- BURCUOĞLU, Halûk** : Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995 (Uyarlama).
- BURCUOĞLU, Halûk** : Kira Tespit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları, 2000 ve 2001 Yıllarında Kira Paralarının Belirlenmesine İlişkin 4531 Sayılı Yasa Gerekçesi- Komisyon Görüşmeleri Değerlendirilmesi ve Uygulaması, İstanbul 2001 (Kira Tespit Davaları).
- CABRILLAC, Rémy** : Droit des obligations, Paris 1998.
- De CALLATAY, Edouard** : Etudes sur l'interprétation des conventions, Paris 1947.
- CANARIS, Claus-Wilhelm** : Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl. Berlin 1983.

- CANARIS, Claus-Wilhelm** / : *Interprétation of Contracts, Towards a European Civil Code*, Nijmegen 2004, s. 445-469.
- GRIGOLEIT, Hans, Christoph**
- CARBONNIER, Jean** : *Droit Civil, T. 4, Les Obligations (Les Obligations)*, Paris 2000.
- CARBASSE, Jean-Marie** : *Coutûme, temps, interprétation*, *Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, s. 15-28.
- CASHIN-RITAINE, Eleanor** : *Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar*, çev. Başak BAYSAL, *İÜHFİM* 2005, C. LXIII, S. 1-2, s.321-342.
- CHAPPUIS, Christine** : *L'intervention du tribunal dans le contrat convergence entre les principes UNIDROIT et le droit suisse*, *Mélanges offerts à Claude REYMOND*, Paris 2004 (L'intervention du tribunal).
- CHAPPUIS, Christine** : *Le texte clair du contrat, Pour un droit pluriel*, *Études offertes au professeur Jean-François Perin*, Genève, Bâle, Munich 2002 (Le texte clair) .
- CHAPUIS, Olivier** : *Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat: Le régime de responsabilité applicable à la violation*

des devoirs accessoires découlant d'un contrat et notamment à la violation des devoirs de protection, Bâle, 2005 (Les devoirs accessoires).

CORBOZ, Bernard

: La réception du contrat par le juge : La qualification, l'interprétation et le complètement, Le contrat dans tous ses états Berne 2004, s. 269-287.

ÇENBERCİ, Mustafa

: Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1966.

DAEPPEN, Oscar

: Le Code Fédéral des Obligations, Art. 1 à 551, Edition Française par Charles Reymond, Zurich 1937.

DELEBECQUE, Philippe

: L'appréhension judiciaire des groupes de contrats, Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A. Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM 1993.

**DELEBECQUE, Philippe/
PANSIER, Frédéric- Jérôme**

: Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat, Paris 2003.

DELFORGE, Catherine

: La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparative, in Le processus de formation du contrat, Bruxelles, Paris, 2002.

DEMOGUE, René

: Traité des obligations en général, Les sources, T. II, Paris 1923.

- DESCHENAUX, Henri** : Le Titre Préliminaire du Code Civil, Fribourg 1969.
- DESSEMONTET, François** : Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, commentaire, Genève, Bâle, Munich, 2003 (esere, **DESSEMONTET**, CR, Art. 1, Art. 2 kısaltması ile yollama yapılmıştır).
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat** : Les garanties indépendantes examinée à la lumière des règles relatives au cautionnement, Berne 2006.
- DİNÇKOL, Abdullah** : Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında “Hak ve Nısfet” , YKD 1993 S. 3, s. 214-230.
- DOĞAN, Gül** : Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006.
- DRAPIER, Sandrine** : Les contrats imparfaits, Paris 2001.
- DUPICHOT, Jacques** : Pour un retour aux textes: Défense et illustration du “petit guide-ane” des articles 1156 à 1164 du code civil, Etudes offertes à Jacques Flour, Paris 1979, s. 179-206.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat** : Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006.

- DUTOIT, Bernard** : Le droit des contrats face à la globalisation des relations humaines, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich, Basel, 2004, s. 379-393.
- EDİS, Seyfullah** : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983 (Medenî Hukuk).
- EDİS, Seyfullah** : Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınan Takdir Yetkisi, AÜHFD 1993, C.30, S.1-4, s. 172 vd. (Takdir yetkisi).
- EGGER, Arnold** : İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, çev. Volf Cernis, Ankara, 1947.
- ENGEL, Pierre** : Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du code fédéral des obligations, Basel 1983 (Cent ans de contrat).
- ENGEL, Pierre** : Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997 (Traité des obligations).
- ENGEL, Pierre** : Contrat de droit suisse, 2e édition, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 2000 (traité).

- ENGEL, Pierre** : Le point sur la partie générale du droit des obligations, RSJ 8/1999 s. 169-171 (RSJ 8/1999).
- ENGEL, Pierre** : Le point sur la partie générale du droit des obligations, RSJ 8/2000 s. 189-192 (RSJ 8/2000).
- ERDEM, Ercüment** : Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, BATİDER 1992, C. XVI, S. 3, s. 31-104.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret** : İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2007, s. 85-112 (İsimli Sözleşmeler).
- ERMAN, Hasan** : Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul 2007.
- ESENER, Turhan** : Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Önemi, AÜHFD, C. IX, 1952, S. 1-4, s. 166-197 (Akitlerin İnikadı).
- ESENER, Turhan** : Hukuk Başlangıcı, Genel Hukuk Bilgisi, İstanbul 2004 (Hukuk Başlangıcı).
- ESENER, Turhan** : Borçlar Hukuku, Ankara 1969.

- FABRE-MAGNAN, Muriel** : Les obligations, Paris 2004.
- FABREQUETTES, P.M** : La logique judiciaire et l'art de juger, Paris 1914.
- FAGES, Bertrand** : Le comportement du contractant, Paris 1997.
- FEYZİOĞLU, N. Feyzi** : Borçlar Hukuku II. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul 1980 (Özel Borç İlişkileri).
- FEYZİOĞLU, N. Feyzi** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 1976 (Genel Hükümler).
- FLOUR, Jacques/AUBERT, Jean-Luc/SAVAUX, Éric** : Les obligations, 1. L'acte juridique, Paris, 2000.
- FLUME, Werner** : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, Berlin 1979.
- FONTAINE, Marcel** : Une régime harmonisé de la formation des contrats-Réexamen critique, in Le processus de formation du contrat, Paris 2002 (critique).
- FOSTER, Nigel G./SULE Satish** : German Legal System &Laws, Oxford 2003.
- GAUCH, Peter** : Auslegung, Ergänzung und

Anpassung schuldrechtlicher Verträge,
Die Rechtsentwicklung an der Schwelle
zum 21. Jahrhundert: Symposium zum
Schweizerischen Privatrecht, 2001, s.
209-244.

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter : Schweizerisches Obligationenrecht,
R./SCHMID, Jörg/REY, Heinz Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage,
Zuriche 2003.

GAUDEMET, Eugène : Théorie générale des obligations,
Paris 1937.

GELOT, Bertrand : Finalités et méthodes objectives
d'interprétation des actes juridiques,
Aspects théoriques et pratiques, Paris
1993.

GÉNY, François : Méthode d'interpretation et sources en
droit privé positif, T. I, Paris, 1954.

GHESTIN, Jacques/
JAMIN Christophe/BILLAU, Marc, : Traité de droit civil, Les effet du
contrat, Paris 1994.

GHESTIN, Jacques/GOUBEAUX, Gilles : Traité de droit civil, Introduction
Générale, LGDJ 1994.

GUGGENHEIM, Daniel : Les contrats de la pratique bancaire
suisse, Genève 1985 (Pratique
bancaire).

GUGGENHEIM, Daniel : Le Droit Suisse des Contrats, La

conclusion des contrats, T. I, Genève
1991 (T.I).

GÜMÜŞ, M. Alper

: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I,
İstanbul 2008.

GÜRSOY, K. Tahir

: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic
Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi,
Ankara 1950.

GÜRZUMAR, B. Osman

: Franchise Sözleşmeleri ve Bu
Sözleşmelerin Temelini Oluşturan
Sistemlerin Hukuken Korunması,
İstanbul 1995.

HADŽIMANA VIĆ, Nataša

: Auslegung und Ergänzung von
Verträgen-Vertragliche Nebenpflichten
im englischen und schweizerischen
Recht, Zürich 2006.

HATEMİ, Hüseyin

: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2004

HAVUTÇU, Ayşe

: Açık İçerik Denetimi Yoluyla
Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına
Karşı Korunması, İzmir 2003
(Tüketici).

HAVUTÇU, Ayşe

: Genel İşlem Şartlarının İçerik
Denetimi, Bir Yargıtay Kararı
Hakkındaki Düşünceler, İzmir Barosu
Dergisi, Yıl 63, Ekim 1998, s. 23-38
(Karar).

- HENCKEL, Wolfram** : Die ergaenzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960), s.106 vd.
- HIRSCH, Laurent** : Les critères de la conclusion du contrat, De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch, Gèneve 2004, s. 332-339.
- HİRŞ, Ernest** : Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Güncel dile uyarlayan Selçuk Baran Veziroğlu), Ankara 1996.
- HOFSTETTER, Josef** : Favor negotii, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, s. 129-144.
- IŞIKTAÇ, Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, İstanbul 1992 (Örf ve Âdet).
- IŞIKTAÇ, Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, İstanbul 2007 (Sözleşme).
- IVANIER, Théodore** : L'ambiguïté dans les contrats, Recueil Dalloz, Sirey de doctrine, de jurisprudence et legislation, 1976, XXIX, s. 153 vd.
- IVANIER, Théodore** : La lettre et l'esprit de la loi des partie, JCP 1981.I.3023.
- İMRE, Zahit** : Medenî Hukuka Giriş, Temel

- Kavramlar, Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, İstanbul 1980.
- İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan** : Miras Hukuku, İstanbul 2003.
- JACQUES, Philippe** : Regards sur l'article 1135 du code civil, Paris 2005.
- JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1 b, Art. 18 OR, Zürich 1980.
- JALUZOT, Béatrice** : La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais, Paris 2001.
- JANVILLE, Thomas** : La qualification juridique des faits, T. II, PUAM 2004.
- KAHVECİ, Nalan** : Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005.
- KANETİ, Selim** : Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972.
- KANI, Ali-Naghi** : La force créatrice de la volonté dans la formation du contrat, Neuchâtel, 1956.
- KAPLAN, İbrahim** : Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve

Tamamlanması, BATİDER 1987, C. XIV, S. 2, s. 1-24 (Banka Sözleşmeleri).

- KAPLAN, İbrahim** : Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER 1991, C. XVI, S. 2, s. 51-90 (Genel İşlem Şartları).
- KAPLAN, İbrahim** : Sözleşmenin Hâkim Tarafından Yorumu Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 421-457 (Yorum).
- KAPLAN, İbrahim** : Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007 (Müdahale).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit** : Türk Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul 1992.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit** : Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, İstanbul 2003 (Sözleşmeler).
- KEYMAN, Selahattin** : Hukuka Giriş, Lefkoşa 1997.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet** : Fiilî Sözleşme İlişkileri, Ankara Barosu Dergisi, 1985/5-6, s. 738-751.
- KIRCA, Çiğdem** : Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun

Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, (Teleologische Reduktion), AÜHFD 2001, C. 50, S. 1, s. 91-119 (Örtülü boşluk).

KIRCA, Çiğdem

: Bilgi Vermeden Dolayı 3. Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004 (Sorumluluk).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip

: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1985.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip

: “Değişik kısmî hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler” Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996 (Kısmî hükümsüzlük).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip

: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008 (Borçlar Hukukuna Giriş).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip

: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (Hata).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip

: Miras Hukuku, İstanbul 1987.

KORNET, Nicole

: Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives, Oxford 2006.

KÖTZ, Hein/ FLESSNER, Axel

: European Contract Law, çev. Tony

Weir, Oxford 1997.

- KÖTZ, Hein** : Interpretation of Contracts, Towards a European Civil Code, London, Boston 1998, s. 267-283.
- KÖPRÜLÜ, Bülent** : Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 1-2. Kitaplar, İstanbul 1984.
- KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno** : Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI/I, Bern 1986 (Metinde **BK-KRAMER**, Art. 18 olarak atıf yapılmıştır).
- KUNTALP, Erden** : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- KUNTALP, Erden** : Sözleşme Boşluğunun Doldurulmasında Tipolojik Yöntem, Yayınlanmamış makale, Doç. Dr. Haluk Konuralp'e Armağan'da yayınlanmak üzere verilmiştir.
- KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami /AYANOĞLU MORALI, Ahu /ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/ İPEK, Mehtap/ YAŞAR, Mert/ KOÇ, Sedef** : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- KURU, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001 (C. II).
- LARENZ, Karl** : Ergänzende Vertragsauslegung und

dispositives Recht, NJW 16, 1963, s. 737-741.

- LARROUMET, Christian** : Droit civil, Les obligations, Le contrat, T. III, Paris 2003.
- LOKIEC, Pascal** : Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, Paris, 2004.
- MALAURIE, Philippe/AYNES, Laurent/STOFFEL-MUNCK, Philippe** : Les obligations, Paris 2005.
- MALINVAUD, Philippe** : Droit des obligations, Paris 2005.
- MALLEVILLE, Marie Hélène** : Pratique de l'interprétation des contrats, étude jurisprudentielle, Publication de l'Université de Rouen, 1991.
- MANAI, Dominique** : Le Juge Entre La Loi et L'Equité, Lausanne 1985.
- MANGOLD, Wolfgang** : Eigentliche und Ergänzende Vertragsauslegung NJW 14, 1961, s. 2284-2287.
- MARKESINIS, Sir Basil/ UNBERATH, Hannes/ANGUS, Johnston** : The German Law of Contract, A comparative treatise, Oxford and Portland, Oregon 2006.
- MARTY, M** : Rôle du juge dans l'interprétation des

contrats, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1949.

- MARTY, Gabriel/RAYNAUD, Pierre** : Les obligations, T. 1, Les sources, Paris, 1988.
- MAYER-MALY, Theo/BUSCHE,Jan** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, § 1-240, Bd. 1, 4. Auflage, München 2001 (esere, **Münchener Komm/MAYER-MALY/BUSCHE**, § 157 kısaltması ile atıf yapılmıştır).
- MAZEAUD, Denis** : La matière du contrat, Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Paris 2003, s. 81-103.
- MAZEAUD, Jean/CHABAS, François** : Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale, 9 e. Edition Paris 1998.
- MEIER-HAYOZ, Arthur** : Contrats non prévus par la loi I, "Généralités- Contrats "sui generis", FJS. No: 1134.
- MEIER-HAYOZ, Arthur** : Contrats non prévus par la loi II, "Contrats mixtes", FJS. No: 1135.
- MEIER-HAYOZ, Arthur** : Application du droit III, "La suppression des lacunes par le juge", FJS. No: 1096.
- MELIN, François** : Obligations en général, RTD civ.

1999, s.376-403.

MERZ, Hans

: Berner Kommentar : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band I : Einleitung und Personenrecht. 1. Abteilung: Einleitung Artikel 1- 10 ZGB, Bern 1966 (metinde **BK-MERZ**, Art. 2 olarak atif yapılmıştır).

MESTRE, Jacques/LAUDE, Anne

: L'interprétation "active" du contrat par le juge, Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A. Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM 1993, s. 9-12.

METİN, Sevtap

: Hukuk Normunun Yorumu, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002.

MORIN, Ariane

: Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du code civil suisse, ZSR 2007 II, s. 203-237 (Les articles 2 et 4 CC).

MORIN, Ariane

: L'article 2 CO et la formation du contrat, L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Prof. Suzette Sandoz, Schultess 2006, s. 463-473 (La formation du contrat).

NICHOLAS, Barry

: The French Law of Contract, Oxford 1992.

- OECHSLER, Jürgen** : Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 1997.
- OFTINGER, Karl** : Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations, fransızca çev. Raymond Jeanprêtre, Zurich 1970 (Jurisprudence).
- OFTINGER, Karl** : Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58, 1939, s. 178-209 (Auslegung).
- OĞUZ, Arzu** : Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku, Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFD, 2001, C. 50, S. 3, s. 11-53 (Lex Mercatoria).
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami** : Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2008.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2009.

- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer**, : Eşya Hukuku, İstanbul 2006.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe**
- OKTAY, Saibe** : İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İHFM C. LV 1996, s. 263-296.
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wiehelm** : Borçlar Hukuku I. Kısım, çev. Recai Seçkin, Ankara 1947.
- ÖZSUNAY, Ergun** : Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1986.
- PANCRAZI-TIAN, Marie-Ève** : La Protection judiciaire du lien contractuel, 1996.
- PATRY, Robert** : Le principe de la confiance et la formation du contrat en suisse, Genève 1953.
- PÉDAMON, Michel** : Le contrat en droit allemand, Paris 2004.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet** : Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2008.
- PERRIN, Jean-François** : Comment le juge Suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable? Quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code Civil Suisse, Les notions à contenu variable

en droit, Bruxelles 1984, s. 201-235.

- PIAGET, Emmanuel** : Les règles du mandat face aux contrats innommés, Analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandat, AJP/PJA 2005, s. 989 vd; Bkz. www.swisslex.westlaw.com.
- PIOTET, Paul** : La formation du contrat, Berne 1956.
- PIOTET, Paul** : Le complètement judiciaire du contrat, Contributions choisies, Recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80 ème anniversaire, Genève, Zurich, Bâle 2004, s.649-668 = RDS NF 80 1961 I, p. 369 vd. (Le complètement judiciaire du contrat).
- PIOTET, Paul** : De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement en cas de vice du consentement, Contributions choisies, Recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80 ème anniversaire, Genève, Zurich, Bâle 2004, s.628-648 = ZSR, 1957, s. 197 vd. (invalidité partielle).
- PLANIOL, Marcel/ RIPERT, Georges** : Droit Civil Français, T. VI, 2e édition, 1952.

- PLANIOL, Marcel/ RIPERT, Georges/ BOULANGER, Jean** : Traité élémentaire de droit civil, T. II, Paris, 1949.
- REHBİNDER, Manfred** : Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Genel İşlem Şartlarını Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne, çev. Ömer Teoman, İÜHFİM 1977, C. XLII, S. 1-4, s. 641- 653 vd.
- REIFNER, Udo** : Good faith : Interpretation or Limitation of Contracts? The Power of German Judges in Financial Services Law, Good Faith in Contract, Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney, 1998.
- REİSOĞLU, Safa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- RIEG, Alfred** : En droits civil et commercial français, Interprétation par le juge des règles écrites, Travaux de l'Association H. CAPITANT 1978, T. XXIX, Paris 1980, s. 70-85 (règles écrites).
- RIEG, Alfred** : Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle, Sur les notions du contrat, ADP, N. 13, 1968, s. 31-49 (les doctrines allemandes) .
- RIEG, Alfred** : Force obligatoire des conventions, Contrats et obligations, J. Cl. Civ. Art.

1134, Contrats et obligations, fasc. 11.

- ROCHFELD, Judith** : Cause et type de contrat, Paris 1999.
- ROUILLER, Nicolas** : Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Lausanne 2007.
- ROUVIERE, Frédéric** : Le contenu du contrat: Essai sur la notion d'inexécution, PUAM 2005.
- Le ROY, Yves/ SCHOENENBERGER, Marie-Bernadette** : Introduction générale au droit suisse, Zurich,Bâle, Genève 2002, s. 327 vd.
- SCHLUEP, Walter R.** : Innominatverträge, Basel, Stuttgart, 1979.
- SCHMIDT, Joanna** : Négociation et conclusion de contrats, Paris 1982.
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1a (Art. 1-17), Zürich 1973.
- SCHÖNLE, Herbert** : L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations, Le centenaire du code des obligations, Fribourg 1982, s. 413-441.
- SCHWARZ, Andreas B.** : Medeni Hukuka Giriş, çev. Hıfzı Veldet, İstanbul 1946 (Medeni Hukuk).
- SCHWARZ, Andreas B.** : Borçlar Hukuku Dersleri, çev. Bülent

- Davran, İstanbul 1948 (Borçlar Hukuku).
- SERIAUX, Alain** : Droit des obligations, Paris 1992.
- SEROZAN, Rona** : Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol, İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası (Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar), Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s.1223-1232 (Atipik Sözleşmeler).
- SEROZAN, Rona** : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006 (İfa engelleri).
- SEROZAN, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006 (Borçlar Özel).
- SEROZAN, Rona** : Medenî Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2008 (Medenî Hukuk).
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay** : Miras Hukuku, Ankara 2008.
- SIMLER, Philippe** : Juris-Classeur Civil, 2001, Contrat et obligations, Art. 1156-1164, fasc.10.
- SIMLER, Philippe** : Juris-Classeur Civil 2001, Articles 1156 à 1164, Fasc. 20.
- SİRMEN, Lâle** : Modern Hukukta Sözleşme Kavramı

ve Türk Hukuku, Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, s.441-472.

- SİVRİHİSARLI, Ömer** : Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978.
- SOYER, Polat** : Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- STARCK, Boris/ROLAND, Henri/BOYER, Laurent** : Droit civil: obligations, Contrat, Paris 1998 (contrat).
- STARCK, Boris/ROLAND, Henri/BOYER, Laurent** : Introduction au droit, Paris 2000.
- STAUDER, Bernd** : Droit Suisse, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Acte du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, Paris 1991, s.96-133.
- SUNGURBEY, İsmet** : Medenî Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1980.
- SÜRAL, Ceyda** : Uluşlararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, İzmir 2008.
- SZALEWSKI-SCHMIDT, Joanna** : Droit des contrats, Jurisprudence française, Paris 1989.
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1984 (Özel Borç İlişkileri).

- TANDOĞAN, Halûk** : La nullité, l'annulation et résiliation partielles des contrats, Genève 1952 (nullité).
- TEKİNALP, Ünal** : Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan (1902-1985), BATİDER 1986, s.125-160.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi** : Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.
- TEKİNAY Selahattin S./AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilâ** : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre** : Quels fondements pour le contrat au XXIe siècle? Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, s. 209-225 (Le contrat).
- TERCIER, Pierre** : La "Clausula Rebus Sic Stantibus" En Droit Suisse Des Obligations , JdT 1979 I s. 194-212 (JdT 1979).
- TERCIER, Pierre** : Le droit des obligations, Zurich, Genève, Bâle, 2004 (Obligations).
- TERCIER, Pierre** : Les contrats spéciaux, Zurich 2003.
- TERRÉ, François** : Introduction général au droit, 3e édition, Dalloz 1996 (Introduction général).

- TERRÉ, François** : L'influence de la volonté individuelle sur la qualifications Paris 1957 (la volonté individuelle).
- TERRÉ, François** : Volonté et qualification, Archive de Philosophie du droit, Le rôle de la volonté dans le droit, Paris 1957, s. 99-123 (Volonté et qualification).
- TERRÉ, François/
SIMLER, Philippe/LEQUETTE, Yves** : Droit civil, Les obligations, Paris 2005.
- THÉVENOZ, Luc** : La continuité des contrats affectés par l'Union Economique et Monétaire selon le droit suisse, Colloque international, International Symposium, La monnaie unique et les pays tiers, The euro and non-participating countries, Zurich 1999 (La continuité des contrats).
- THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine** : Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, s. 357-385.
- THIOYE, Moussa** : Recherches sur la conception du prix dans les contrats, PUAM 2004.
- TOPUZ, Seçkin** : Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (Hâkimin Sözleşmeyi Uyarlaması), Ankara 2009.

- TREITEL, G. H.** : The law of contract, 10th ed., London 1999.
- TUĞ, Adnan** : Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977 (C. II) .
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976 (C. I).
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Alman Hukuku'nda Borcun İfasında Aşırı Güçlük ile İlgili Objektif Görüşler, İHFM, C. XXXII, S. 2-4, İstanbul 1966, s. 894-905 (Borcun İfasında Aşırı Güçlük).
- ULUSOY, Erol** : Ticari Örf ve Âdet Hukuku, İstanbul 2001.
- UYGUR, Turgut** : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I, Giriş ve madde 1-40, Ankara 2003.
- ÜLGEN,Hüseyin/TEOMAN,Ömer/
HELVACI,Mehmet/
KENDİGELEN,Abuzer/KAYA, Aslan/
NOMER ERTAN, Füsün** : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- von TUHR, Andreas** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983.

- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet** : Türk Medenî Hukuku, İstanbul 1963.
- WINIGER, Bénédic** : Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, commentaire, Genève, Bâle, Munich, 2003 (esere, **WINIGER** , CR, Art. 18 kısaltması ile yollama yapılmıştır).
- WITZ, Claude** : La protection de la volonté par le principe de transparence en droit Allemand des conditions générales d'affaires, (AGBG), Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du professeur Alfred RIEG, BRUXELLES 2000 (AGBG).
- WITZ, Claude** : Droit Privé Allemand, 1. Actes juridiques, droit subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires, Paris, 1992 (Droit Privé Allemand).
- YAVUZ, Cevdet** : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2008.
- YAVUZ, Nihat** : Bilimsel Öğretide ve Uygulamada Yorum, YD 1997, C. 23, S. 4, s. 431-464.

- YAVUZ, Nihat** : Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirel Bir Yaklaşım, YD 1984, C. 10, S. 4, s. 448-466 (Eylemsel Sözleşme İlişkileri).
- YUNG, Walter** : Akitlerde Objektif Unsurlar, çev. Prof. Dr. Halûk Tandoğan, Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. 517 vd.
- YUNG, Walter** : “L’interprétation supplétive des contrats” Revue de la société des juristes bernois, Band 97, 1961, s. 41 vd (L’interprétation supplétive).
- ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana** : La notion d’économie du contrat en droit privé, JCP 2001 I 300 s. 423-429.
- ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe** : Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla** : Medenî Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2008.
- ZUFFEREY-WERRO, Jean Baptiste** : Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Fribourg 1988, s. 343.

ÖZGEÇMİŞ

Mehtap İpek İşleten Eylül 1975'te Ankara'da doğdu. Öğrenimini, Edirne Anadolu Lisesi'nin ardından Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sürdürdü. 1999 yılında Galatasaray Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi olarak göreve başladı. 2002 yılının Ekim ayında "Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları" başlıklı yüksek lisans tezini savunarak Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programını tamamladı; Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Özel Hukuk Doktora programına başladı.

"*Anonim Ortaklıkların Temsili*" başlıklı makalesi ve Ar. Gör. Tuba KARAMAN ile birlikte İngilizceye tercüme ederek değerlendirmesini yaptığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı incelemesi, 2004 yılında çıkan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2002/2 sayısında yayınlandı.

"*Birlikte Kefalet*" başlıklı bir makalesi Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan olarak çıkan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2004/1 sayısında yayınlandı. Ayrıca Galatasaray Üniversitesi tarafından Adalet Bakanlığı'na sunulan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na ilişkin raporun hazırlanmasında görev aldı; bir takım düzeltme ve ilavelerle daha sonra kitap haline getirilerek Galatasaray Üniversitesi Yayınları'ndan "*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*" adıyla çıkan bu eserde Tasarı'nın 167-211.; 363-382.; 507-559. maddelerini inceledi.