

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**GEÇMİŞE ETKİLİ OLARAK SONA EREN SÖZLEŞME
İLİŞKİLERİNİN TASFİYESİ**

DOKTORA TEZİ

Başak ERDOĞAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

ARALIK 2024

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**GEÇMİŞE ETKİLİ OLARAK SONA EREN SÖZLEŞME
İLİŞKİLERİNİN TASFİYESİ**



DOKTORA TEZİ

Başak ERDOĞAN

ARALIK 2024

ÖNSÖZ

Bu tezin konusunu geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerde tasfiye sorunu oluşturmaktadır. Dört bölümden oluşan tezde tasfiye sorunları ve bunlara getirilen çözüm önerileri ile, özellikle çok tartışılan tekli tasfiye rejimi incelenmiştir.

Tezime değerli Hocalarımla, meslektaşlarımla, arkadaşlarımla ve ailemin desteğı ile devam edebildim. Tez sürecinde desteklerini esirgemeyen değerli Hocalarımla Prof. Dr. H. Murat Develioğlu başta olmak üzere, Prof. Dr. Baki İlkay Engin, Prof. Dr. Havva Karagöz, Prof. Dr. Burak Özen, Prof. Dr. İpek Sağlam, Prof. Dr. Mehmet Erdem ve Prof. Dr. Ekrem Kurt'a en içten teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca MEF Üniversitesi'nde bulunduğum dönem boyunca her zaman yanımda olan kürsü hocalarımla Prof. Dr. Kadir Berk Kapancı ve Dr. Öğr. Üyesi Pelin Işıntan ile çalışma arkadaşlarımla Ar. Gör. Nesli Şen Özçelik Özer ve Ar. Gör. Hilal Sargın'a da destekleri için minnettarım.

Tez sürecini ailemin desteğı olmadan atlatamazdım. Aileme ne kadar teşekkür etsem azdır. Bu tezi annem Nursel Erdoğan'ın anısına ithaf ediyorum.

Başak Erdoğan

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR CETVELİ	ix
RÉSUMÉ	xv
ABSTRACT	xxi
ÖZET	xxvi
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. İNCELEME PLANI	4
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	5
BİRİNCİ BÖLÜM – TASFİYE İLİŞKİLERİNİN GELİŞİMİ	6
I. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME	6
A. <i>Roma Hukuku</i>	7
1. <i>Condictio Talebinin Dayanağı</i>	7
2. <i>İadenin Kapsamı</i>	9
B. <i>19. Yüzyıla Kadar Olan Tarihsel Süreç</i>	10
1. <i>Condictio Taleplerinin Roma Hukuku Sonrası Gelişimi</i>	10
2. <i>Prusya Genel Kanunu ve Fransız Medeni Kanunu</i>	14
C. <i>Sebepsiz Zenginleşmenin Altın Çağı – Pandekt Hukuku ve 19. Yüzyıl</i>	15
1. <i>Savigny ve Sebepsiz Zenginleşme Öğretisi</i>	15
2. <i>Pandekt Hukuku’ndan Alman Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu’na - Sebepsiz Zenginleşmenin Kapsamı</i>	16
3. <i>Boudier Kararı ve Fransız Hukuku’nda Sebepsiz Zenginleşme</i>	18
D. <i>20. Yüzyıl</i>	18
1. <i>Bolze ve Saldo teorisinin doğuşu</i>	19
2. <i>Ayrılık İlkesi ve Edim Zenginleşmeleri ile Edim Dışı Zenginleşmeler Ayırımı</i> ...	21
II. GEÇERSİZLİK HÂLLERİ İLE İPTAL EDİLEBİLİRLİK	22
A. <i>Roma Hukuku</i>	23
1. <i>Geçersizlik Hâlleri</i>	23
2. <i>İptal Edilebilirlik Hâlleri</i>	23
B. <i>Fransız Hukuku ve Butlan Kavramının Gelişimi</i>	25
C. <i>Geçersizlik ve İptal Edilebilirlik Hâllerinin Doğuşu</i>	26
III. SÖZLEŞMEDEN DÖNME	28
A. <i>Roma Hukuku</i>	28
1. <i>Genel Olarak</i>	28
2. <i>Satış sözleşmelerinde tanınan imkânlar</i>	29
3. <i>Mortuus redhibetur kuralının doğuşu</i>	31
B. <i>19. Yüzyıla Kadar Tarihsel Süreç</i>	32
1. <i>Orta Çağ ve Kanonik Hukuk</i>	32
2. <i>Müşterek Hukuk</i>	34
3. <i>Doğal Hukuk Öğretisi</i>	35
4. <i>Fransız Hukuku</i>	37
C. <i>19. Yüzyıl</i>	38
1. <i>Genel Olarak</i>	38
2. <i>İsviçre Borçlar Kanunu</i>	39
3. <i>Alman Medeni Kanunu</i>	39
D. <i>20. Yüzyıl – Dönüşüm Teorisinin Ortaya Çıkışı</i>	43
1. <i>Dönüşüm Teorisinden Önceki Tartışmalar</i>	44

2. Stoll ve Dönüşüm Teorisi (“ <i>Umwandlungstheorie</i> ”)	46
3. Alman Medeni Kanunu Reformu	49
IV. CAYMA HAKKI	50
E. Değerlendirme	52
İKİNCİ BÖLÜM – TASFİYE İLİŞKİSİ DOĞURAN HÂLLER VE TASFİYEYE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ İÇİN YARARLANILAN İLKELER	55
I. GİRİŞ	55
II. TASFİYE İLİŞKİSİ YARATAN HÂLLER	55
A. Kesin Hükümsüzlük Hâlleri	56
1. Türk ve İsviçre Hukuku	57
a. Ehliyet	57
b. TBK m. 27’de Yer Alan Kesin Hükümsüzlük Sebepleri	61
c. Diğer Kesin Hükümsüzlük Sebepleri	63
i. Şekle Aykırılık	63
ii. Muvazaa	66
iii. Diğer Hâller	67
2. Alman Hukuku	68
a. Ehliyet	68
b. BGB §134 ve §138’de Yer Alan Kesin Hükümsüzlük Hâlleri	69
c. Diğer Kesin Hükümsüzlük Sebepleri	70
i. Şekle Aykırılık	70
ii. Muvazaa	70
iii. Diğer Hâller	71
3. Fransız Hukuku	71
B. İptal Edilebilirlik Hâlleri	71
1. Türk ve İsviçre Hukuku	71
2. Alman Hukuku	74
3. Fransız Hukuku ve Butlan Kavramı	75
a. Genel Olarak	75
b. Butlan Sebepleri	77
i. Ehliyet	77
ii. Kamu Düzenine Aykırılık	79
iii. Şekle Aykırılık	79
iv. Muvazaa	79
v. İrade Sakatlıkları	80
C. Sözleşmeden Dönme	80
1. Genel Olarak	80
a. Türk ve İsviçre hukuku	81
b. Alman Hukuku	83
c. Fransız hukuku	85
2. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonucu	86
a. Türk ve İsviçre hukuklarında	87
b. Alman hukuku	90
c. Fransız hukuku	92
3. Tazminat	94
D. İmkânsızlık	96
1. Türk ve İsviçre Hukukları	96
2. Alman Hukuku	98
3. Fransız Hukuku	99
E. İşlem Temelinin Çökmesi	100
1. Türk ve İsviçre Hukuku	100
2. Alman Hukuku	101
3. Fransız Hukuku	101
F. Cayma Hakkının Kullanılması	102
1. Türk ve İsviçre Hukukları	102
2. Alman Hukuku	105
3. Fransız Hukuku	106
G. Diğer Sebepler	107

H. Sürekli Edimli Sözleşmelerde Tasfiye Mümkün Mü?	107
III. TASFİYEYE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ İÇİN YARARLANILAN İLKELER	110
A. Sebebe Bağlılık İlkesi	111
1. Genel Olarak	111
2. Sebebe Bağlılık İlkesinin Sınırlandığı Hâller	114
a. Sözleşmeden Dönmenin Tasarruf İşlemine Etki Etmemesi	114
b. Aynı Hakların Bağımsızlığı İlkesi	115
B. Sebepden Soyutluk İlkesi	117
1. Genel Olarak	117
2. Alman Hukukunda Soyutluk İlkesinin Sınırlandığı Hâller	118
a. İşlem Birliği (“Geschäftseinheit”)	119
b. Borçlandırıcı İşlemin Tasarruf İşleminin Şartı Olması	119
C. Geçersizlik Özdeşliği	120
1. Genel Olarak	120
2. Geçersizlik Özdeşliğinin Sınırlandığı Hâller	122
a. Zilyetliğin Devren Kazanılmasının Haksız Zilyetlikte İade Hükümlerinin Uygulanmasının Önüne Geçmesi	122
b. Aynı Sözleşmenin Geçersizliğinin Taraflar Arasında İleri Sürülememesi	123
D. Fransız Hukukunda Kabul Edilen Birlik İlkesi	123
1. Genel Olarak	124
2. Birlik İlkesinin İstisnaları	124
E. İlkelerin Sözleşmelerin Tasfiyesi Açısından Değerlendirilmesi	125
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TASFİYE İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER VE BU KONUDAKİ GÖRÜŞLER	129
I. GİRİŞ	129
II. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HÜKÜMLERİ UYARINCA TASFİYE	131
A. İadenin Gerçekleşmesi	131
B. Bedel üzerinden iade esasları	133
1. Genel Olarak	133
2. Bedel Üzerinden İade Borcunun Doğduğu Hâller	134
3. İadede Esas Alınacak Değer	135
4. İadenin Esas Alınacağı An	137
C. İade İmkânsızlığı ve İade Hasarı	138
1. İkili Sebepsiz Zenginleşme Teorisi	139
2. Saldo Teorisi	140
a. Teorinin Ortaya Çıkışı	142
i. Saldo teorisine dair ilk kararlar	142
ii. Saldo teorisinin ortaya çıkışındaki etkenler	143
iii. Teorinin Mahkeme Kararları ve Doktrin Tarafından Kabulü	143
b. Teorinin Uygulanması	145
i. İlk dönem kararlarda	145
ii. Teorinin İçerik Değiştirmesi	146
iii. Zenginleşme Kavramına Geri Dönüş?	148
c. Günümüzde Saldo teorisi	148
d. Saldo Teorisinin İstisnaları	149
e. Eleştiriler	151
f. Türk ve İsviçre hukuklarında Saldo teorisi	155
3. Fiili Sinallagma Teorisi (“Lehre vom faktischen synallagma”)	157
a. Teorinin Esasları	157
b. Teorinin İstisnaları	158
c. Teorinin Doktrin ve Mahkeme Kararlarında Ele Alınması	159
d. Eleştiriler	159
4. Flume’nin Malvarlığına İlişkin Karar Teorisi (“Die Lehre des vermögensmäßigen Entscheidung”)	160
a. Teorinin Esasları	160
b. Teorinin İstisnaları	162
c. Teoriye Katılan Diğer Yazarlar	163

d. Eleştiriler.....	164
5. Tazminat Temelli Teoriler.....	165
a. von Tuhr.....	165
b. Wilburg.....	166
c. Flessner.....	168
d. Deplewski.....	170
6. Zenginleşmenin Ortadan Kalkmasına İlişkûn Hükûmün Sınırlandırılması Gerektiğini Savunan Görüşler.....	171
a. Özen ve Uyandırılan Güvene Aykırı Davranış Kriterini Esas Alan Yazarlar.....	172
i. Diesselhorst.....	172
ii. Larenz, Ulsan.....	173
iii. Wieling, Rengier.....	174
b. Canaris ve Karşı Edim Zenginleşmesi Teorisi (“die Gegenleistungskondition”) 175	
i. Teorinin Esasları.....	175
ii. Teorinin İstisnaları.....	177
iii. Canaris’in Görüşünün Doktrin Tarafından Kabulü.....	178
iv. Teoriye Getirilen Eleştiriler.....	179
c. Kohler.....	180
d. Kötüniyet Kavramının Geniş Yorumlanması.....	180
7. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	181
D. Yararların İadesi.....	182
E. Masrafların İadesi.....	183
III. SÖZLEŞMESEL TASFİYE.....	184
A. İadenin Gerçekleşmesi.....	185
B. Bedel Üzerinden İade Esasları.....	186
1. Genel Olarak.....	186
a. Türk ve İsviçre hukuklarında.....	186
b. Diğer Hukuk Sistemlerinde.....	189
c. Değerlendirme.....	192
2. Bedel üzerinden iade borcunun doğduğu hâller.....	194
3. İadede Esas Alınacak Değer.....	196
4. İadenin Esas Alınacağı An.....	199
C. İade İmkânsızlığı ve İade Hasarı.....	200
1. Türk ve İsviçre Hukuklarında İade Hasarına Kimin Katlanması Gerektiğine Yönelik Tartışmalar.....	201
a. Genel hükümlerde.....	201
b. Satış Sözleşmesinden Dönmede Hükümlerinde Yer Alan Hasar Rejimi.....	203
i. Ayıplı mal teslimi sonucu sözleşmeden dönme.....	204
(a) Yok olmaya maldaki ayıbın sebep olması.....	204
(b) Yok olmanın beklenmedik hâl veya mücbir sebepten kaynaklanması.....	205
(c) Yok olmaya alacaklının sebep olması.....	207
(i). Alıcıya yüklenebilen bir sebepten dolayı yok olma.....	207
(ii). Malın alıcı tarafından bir üçüncü kişiye devredilmiş olması.....	208
(iii). Alıcının malın biçimini değiştirmiş olması.....	209
(iv). Diğer Hâller.....	210
ii. Taksitli satış sözleşmesinden dönme.....	210
2. İade Hasarının Hangi Tarafa Yükleneceği Hususunda Ele Alınan Kriterler.....	211
a. İmkansızlığın doğduğu an.....	211
b. Casum sentit dominus/ res perit domino.....	212
c. İyiniyet.....	213
d. Kusur.....	213
e. Beklenmedik hâlden doğan sorumluluk ve temerrüde düşmede kusur.....	215
f. Satıştan dönme hükümlerinin genel hükümlere taşınması.....	215
g. Hakimiyet alanı.....	216
3. İade Hasarına Kimin Katlanacağı Sorununun Diğer Hukuk Sistemlerinde Ele Alınış Biçimi.....	217
a. Alman Hukukunda.....	217
i. Uygun kullanıma koyma.....	218

ii. İşleme veya Değişirme Sırasında Karşılaşılan Ayıbın Varlığı.....	220
iii. Ayıbın varlığı	222
iv. İmkânsızlığa iade alacaklısının sebep olması.....	223
v. Kişinin kendi işlerinde gösterdiği özene rağmen edim konusunun kötüleşmiş veya yok olmuş olması	225
b. Fransız hukukunda	230
i. Kusur	231
ii. İyiniyet.....	231
iii. Satış sözleşmesinde	232
4. Hasarın Geri İntikali Düzenlemelerine İhtiyaç Var Mıdır?	233
D. Yararların İadesi	234
E. Masrafların İadesi	238
IV. TÜKETİCİ MEVZUATI UYARINCA TASFİYE	241
A. İadenin Gerçekleşmesi	242
1. Genel Olarak	242
2. Tüketici Mevzuatında Aynen İadeye İlişkin Hükümler	243
a. İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler	243
b. Mesafeli Sözleşmeler	244
c. Taksitle Satış Sözleşmesi	244
d. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri	245
e. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri.....	245
f. Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri.....	246
g. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler.....	247
3. İfanın Cayma Hakkı Süresi Sonrasına Ertelendiği Hâller	247
4. Cayma Hakkının Kullanımının Engellendiği Hâller	248
a. Bazı Sözleşme Türleri Açısından Cayma Hakkının Engellenmesi	248
i. Tüketici Davranışının Etkili Olduğu Sözleşmeler	249
ii. Mal veya Hizmetin Niteliği Gereği Cayma Hakkının Uygun Olmadığı Sözleşmeler.....	249
iii. Malın Satışa Sunumu İtibariyle Özellikli Olan Sözleşmeler.....	250
iv. İlgili Mal veya Hizmet İçin Cayma Hakkının Kullanılmasının Uygun Bulunmadığı Sözleşmeler.....	251
b. Tüketicinin İadeyi Gerçekleştirmemesinin Cayma Hakkını Etkisizleştirmesi	253
c. Kullanım ve Hizmetten Faydalanmanın Cayma Hakkını Etkisizleştirmesi	253
B. Bedel Üzerinden İade.....	254
C. İade İmkânsızlığı ve İade Hasarı.....	256
1. Genel Olarak	256
2. İade Hasarının Girişimciye Yüklendiği Hâller	257
a. Mutad Kullanımın Söz Konusu Olması	257
b. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi	258
c. Tüketicinin Aldığı Hizmet Sonucunda Bedel Ödememesi.....	259
d. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesini Bedelsiz Sona Erdirme İmkânı	259
e. Tüketicinin Malı Muhafaza Etme Yükümlülüğünün Bulunmaması	260
3. Tüketici Sözleşmelerinde Kazadan Doğan Hasara Kimin Katlanacağı.....	260
D. Yararların İadesi	262
E. Masrafların İadesi	262
V. İSTİHKAK VE HAKSIZ ZİLYETLİKTE İADE HÜKÜMLERİ UYARINCA TASFİYE	263
A. İadenin Gerçekleşmesi	264
1. İyiniyetli Haksız Zilyetin Sorumsuzluğu	264
2. Kötüniyetli Haksız Zilyetin Tazminat Sorumluluğu	266
3. İyiniyetli Haksız Zilyedin Sorumsuzluk Alanını Daraltma Çabaları- Varlığına İnanılan Hak Kavramının Yeniden Yorumlanması.....	267
4. Sözleşmeden Dönmeye Aynı Etki Tanınmasının Yanlış Bir Örneği: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Dönme	269
B. Yararların İadesi	273
1. Genel Olarak	273
2. Kullanım Faydaları – Ecrimisil Sorunu	275
C. Masrafların İadesi	276

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM – YEKNESAK TASFİYE REJİMİ	278
I. UYUMLAŞTIRMA METİNLERİNDE TASFİYE	278
A. <i>Principles of International Commercial Contracts (PICC)</i>	279
1. Hazırlık Çalışmaları	279
2. 1994 PICC	282
3. 2004 PICC	283
4. 2010 PICC	283
5. 2016 PICC	286
B. CISG	287
C. PECL	289
D. DCFR.....	291
E. Değerlendirme.....	294
II. YEKNESAK TASFİYE REJİMİNİ DÜŞÜNMEK.....	296
A. <i>Yeknesak Tasfiye Rejimine Yönelik İhtiyaçların Nedenleri</i>	296
1. Farklı Tasfiye Rejimlerinin İadede Farklı Sonuçlar Doğurması	297
2. Tasfiyeye Yönelik Mevcut Kuralların Yetersizliği	300
3. Benzer Tasfiye Sebeplerine Farklı Sonuçlar Bağlanması.....	301
4. Asıl Amacın Tasfiyeyi Sağlamak Olması.....	304
B. <i>Çoklu Tasfiye Rejimini Savunan Görüşler</i>	305
III. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE YEKNESAK BİR TASFİYE SİSTEMİ SAĞLANABİLİR Mİ?.....	306
A. <i>Dönüşüm Teorisi</i>	307
B. <i>Sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme hukukuna aktarılması</i>	312
1. BGB § 346 a. F. düzenlemesi ile.....	312
2. BGB § 346 düzenlemesi sonrası	315
a. Dayanılan Gerekçeler.....	315
b. Hangi İstisnaların Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Taşınabileceği	317
3. Değerlendirme.....	319
IV. TEKLI TASFİYE SİSTEMİ NASIL DİZAYN EDİLMELİ?.....	320
A. <i>Tekli Tasfiye Sisteminin İçeriğine Dair Görüşler</i>	321
B. <i>Tekli Tasfiye Sistemine Doğru</i>	324
1. Yararlar ve Masraflar	324
2. Bedel Üzerinden İade	325
3. İade Hasarının İstisnaları	326
4. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Geleceği	328
SONUÇ	331
KAYNAKÇA.....	335
ÖZGEÇMİŞ	381

KISALTMALAR CETVELİ

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ALR	Prusya Genel Kanunu/ Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten
A.Ş.	Anonim Şirket
AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ADHGB	Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht 1881/ Önceki İsviçre Borçlar Kanunu
ATF	Les Arrêts Principaux du Tribunal Fédéral
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
b.	bent
BankA	Bank-Archiv - Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BeckOK	Beck Online Kommentar zum BGB
BeckOGK	Beck Online Großkommentar zum BGB
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1 August 1896
BGB a. F.	Bürgerliches Gesetzbuch alte Fassung
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts: Amtliche Sammlung
BGH	Bundestgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
bkz.	Bakınız
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BR	Baurecht
bs.	Bası
BSK	Basler Kommentar

BÜHFD	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	Cilt
Cass. civ.	Cassation civile
aCC	Ancien Code Civil
CC	Code Civil
CdC	Code de la Consommation
CECL	Commentaries on European Contract Laws
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods / Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu
CISG-DK	CISG Danışma Kurulu
CR	Commentaire Romand
çev.	Çeviren
ÇÜHFD	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
D.	Digesta
D.	Recueil Dalloz
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
dn.	Dipnot
drl.	Derleyen
DTUSTHY	Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmetleri Yönetmeliği
E.	Esas
e.t.	Erişim Tarihi
ed.	Editör
ELR	Edinburgh Law Review
ERPL	European Review of Private Law
f.	Fıkra
FHİMSY	Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
Gai.	Gaius
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts – Hrsg. Von J. A. Gruchot
Grüneberg	Grüneberg Kommentar zum BGB

GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HK BGB	Handkommentar zum BGB
HKK	Historisch Kritischer Kommentar
İAÜHFD	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İçtihatları Birleştirme Kararı
İHM	İstanbul Hukuk Mecmuası
İİBF	İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İİK	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
Inst.	Institutiones
Ius.	Iustinianus
İstŞ	İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu
İÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İYDKSY	İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
JA	Juristische Arbeitsblätter
JdT	Journal des Tribunaux
JRdcsh	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KuKO	Kurz Kommentar
Lab.	Labeo
LHD	Legal Hukuk Dergisi
m.	Madde
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖ	Milattan önce

MS	Milattan sonra
MSY	Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
MÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHFD HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKO	Münchener Kommentar
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW RR	NJW Rechtssprechungs-Report Zivilrecht
NK BGB	Nomos Kommentar zum BGB
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	İsviçre Borçlar Kanunu
öBK	818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
ÖÖKSHY	Ön Ödemeli Konut Satışı Hakkında Yönetmelik
öTKHK	4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
Örn.	Örneğin
Palandt	Palandt Kommentar zum BGB
para.	Paragraf
PECL	Principles of European Contract Law / Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts / Milletlerarası Ticari Sözleşmeler İlişkin UNIDROIT Prensipleri
pr.	Principium
R.	Das Recht. Übersicht über schrifttum und Rechtsprechung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht (Alman İmparatorluk Mahkemesi)
RG	Resmi Gazete
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	Das bürgerliche gesetzbuch: mit besonderer berücksichtigung der Rechtsprechung des reichsgerichts
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil

s.	Sayfa
S.	Sayı
SemJud	Semaine Judiciare
Seuff.	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten/ Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
SJZ	Schweizerische Juristen-zeitung
ss.	Sayfa aralığı
Soergel	Soergel Kommentar zum BGB
Staudinger	Staudinger Kommentar zum BGB
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TKHK	07.11.2013 ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TKSY	Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği
TMK	22.01.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSSHY	Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik
TTK	13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UAÜHFD	Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ulp.	Ulpinianus
ULR	Uniform Law Review
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
Vor./ Vorb.	Vorbemerkungen
VR-RL-UG	Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie, zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufsrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung
Warn.	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen - Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts: soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist

Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZbjV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	İsviçre Medeni Kanunu vom 10 Dezember 1907
ZK	Zürcher Kommentar
ZOG	Zürich, Obergericht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift des schweizerischen Rechts
ZSS-RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung

RÉSUMÉ

L'objet de cette thèse est la question des principes de restitution dans les contrats terminés avec effet rétroactif. Il arrive que l'ordre juridique considère un contrat comme invalide, ou que les parties puissent annuler le contrat afin de ne pas être liées par le contrat, résilier le contrat, ou s'il s'agit d'un contrat auquel un consommateur est partie, le consommateur peut exercer le droit de rétractation. Dans tous ces cas, si les obligations contractuelles ont déjà été exécutées, ces obligations seront restituées.

Si les parties sont capables de restituer leurs prestations, il n'y a pas de problème majeur. Toutefois, au cours de la période qui s'est écoulée entre l'exécution et la restitution de la prestation, il peut y avoir eu des changements dans la prestation. Les biens peuvent avoir été détruites, consommées ou détériorées. Le débiteur de la restitution peut avoir effectué des dépenses pour la prestation soumise à restitution ou, au contraire, avoir tiré des avantages de cette prestation. Il peut également s'agir d'une prestation immatérielle telle qu'un service ou un usage. Dans tous ces cas, la question est de savoir comment la restitution aura lieu. Dans notre système juridique, les dispositions relatives à la restitution en cas de possession injustifiée ou d'enrichissement sans cause sont appliquées dans le cadre de la restitution des contrats qui sont résiliés avec effet rétroactif. En outre, les règles du droit des contrats applicables à la restitution des contrats manquent d'une réglementation détaillée. Il existe une tendance, tant en droit turc que dans les systèmes juridiques étrangers, à ce que la restitution se fasse dans le cadre de règles uniformes et contractuelles. En effet, en droit français, des règles uniformes ont été introduites en ce qui concerne les dispositions applicables à la restitution des contrats mutuels. En droit allemand, il y a également des discussions fréquentes sur la nécessité d'un système unique de restitution. À ce stade, la question de savoir si une réglementation sur un régime de restitution unifié est nécessaire et, en cas de réponse affirmative, comment ce régime devrait être envisagé, constitue le principal problème que cette thèse tente de résoudre.

La thèse se compose de quatre chapitres. Le premier chapitre traite de l'évolution des différents systèmes de restitution au cours de l'histoire. Dans ce contexte, il est montré comment les motifs d'enrichissement sans cause, de la résolution, de nullité et

d'annulabilité ont évolué depuis le droit romain jusqu'à nos jours. En particulier en ce qui concerne les dispositions relatives à l'enrichissement sans cause, il a été évalué comment la défense du désenrichissement à restituer a pris sa place dans les lois. En ce qui concerne la résolution d'un contrat, il a été observé qu'un droit général de résolution d'un contrat a été discuté pendant de nombreux siècles, mais que les réglementations en la matière n'ont été introduites qu'au 19^e siècle. La conclusion de la première partie est que le problème de la liquidation des contrats terminés avec effet rétroactif doit être considéré comme un problème relativement nouveau. En effet, le premier article dans lequel cette question est abordée en détail pour la première fois date de 1890.

Dans notre système juridique actuel, les raisons qui peuvent conduire à restitution d'un contrat sont diverses et les règles à appliquer à la procédure de restitution diffèrent également. En général, les motifs de restitution peuvent être regroupés en nullité, annulabilité, résolution du contrat et exercice du droit de rétractation. La deuxième partie de la thèse examine les motifs qui donnent lieu à la procédure d'annulation. Dans ce contexte, les conditions dans lesquelles les cas de nullité, d'annulation, de résolution, d'impossibilité, de l'imprévisité et d'exercice du droit de rétractation donnent lieu à la relation de liquidation sont discutées. La deuxième partie du chapitre deux est consacrée à l'évaluation des principes guidant la détermination des dispositions applicables à la procédure de dénouement. A cet égard, les principes de causalité et d'abstraction, ainsi que les exceptions à ces principes sont analysés. En outre, le concept de *Fehleridentität* et son importance sont évalués. Enfin, la portée du principe d'unité en droit français est expliquée. Dans ce contexte, il est établi que l'application du principe de causalité crée une inégalité entre les parties. Ce problème peut être partiellement surmonté par le principe d'abstraction. Dans notre système juridique, le droit de propriété est davantage protégé que les services ou l'argent, et cette inégalité ne peut être surmontée que dans une certaine mesure. Dans ce contexte, le fait que la procédure de restitution soit une source d'obligation distincte peut contribuer à résoudre ce problème.

La troisième partie de la thèse est consacrée à la manière dont la restitution est réalisé et dont le système existant tente de résoudre les problèmes relatifs à la

restitution des contrats qui ont été terminés avec effet rétroactif. Dans ce contexte, il est tout d'abord expliqué comment la restitution est réalisée en fonction de chaque système, dans quelle mesure et sous quelles conditions l'obligation de restitution en valeur naît, et comment la restitution des bénéfices et des coûts est réalisée. Ensuite, les problèmes créés par chaque institution dans la procédure de restitution et les suggestions pour les résoudre sont discutés. Les règles applicables à la procédure de la restitution en droit turc et en droit suisse sont les règles de restitution en cas de possession illicite, d'enrichissement sans cause et de liquidation contractuelle avec l'acceptation de la *Umwandlungstheorie* en raison de la résolution du contrat. Les problèmes relatifs à la restitution sont analysés sous ces groupes dans cette thèse. Tout d'abord, le plus grand problème concernant la restitution en termes de dispositions sur l'enrichissement sans cause est l'Art. 79/f. 1 du TCO, qui permet à l'enrichisseur de bonne foi d'être libéré de l'obligation de restituer. Face aux difficultés que cette disposition va engendrer, différentes théories ont été avancées. L'une de ces théories, à savoir la théorie de *Saldo*, est utilisée en droit allemand depuis plus de cent ans. Selon cette théorie, les deux prestations sont prises en compte pour déterminer la valeur de l'enrichissement, et la différence entre les prestations constitue cet enrichissement. Ce fondement de la théorie a fait l'objet de nombreuses critiques. De nombreux auteurs ont donc développé leurs propres points de vue et théories pour pallier les insuffisances de la théorie de *Saldo*. Parmi ces théories, celle de Canaris concernant l'exception d'enrichissement en cas de contre-prestation a la justification la plus raisonnable en termes de restitution. Après les dispositions relatives à l'enrichissement sans cause, les principes de la restitution contractuelle sont discutés. Malheureusement, les dispositions applicables à la restitution contractuelle ne sont pas réglementées en détail dans notre droit. C'est pourquoi les systèmes de restitution contractuelle en droit allemand et en droit français sont analysés. Dans ce contexte, l'obligation de restitution en valeur devrait être acceptée en droit turc et en droit suisse également. En ce qui concerne le transfert du risque, il est conclu que les dispositions contractuelles de restitution sont considérées comme raisonnables en droit comparé, si la destruction résulte du défaut des marchandises et si les marchandises périssent de la main du débiteur de la restitution. Un autre système de dénouement est la liquidation des contrats de consommation. Ici, il serait approprié de mentionner un système de restitution indépendant en raison des dispositions protégeant le consommateur. La question importante dans la restitution des contrats de consommation est de savoir si

le consommateur sera responsable de l'utilisation des biens au-delà de l'usage habituel. À ce stade, il est admis que le consommateur ne doit pas être responsable de la restitution de la valeur en cas de destruction accidentelle et que l'entrepreneur doit supporter le dommage de retour. Enfin, les principes de liquidation en cas de possession injustifiée conformément aux dispositions relatives à la restitution sont évalués. Dans ce contexte, le concept de « droit réputé exister » dans le Code civil a été interprété de manière large et les avis qui tentent de restreindre le vaste domaine de non-responsabilité du possesseur injustifié de bonne foi ont été examinés. À ce stade, il est établi que cette interprétation est insuffisante pour résoudre tous les problèmes liés à la procédure de la restitution. En outre, la jurisprudence concernant la résiliation ex tunc des contrats de construction en échange d'un partage des terres est analysée. L'une des conclusions importantes de la jurisprudence est que, avec la résiliation du contrat, les transferts effectués à des tiers en ce qui concerne les parts de terrain seront également considérés comme invalides. Cette conclusion est critiquée dans la jurisprudence. Bien qu'il y ait de nombreuses discussions sur les problèmes liés à chaque système de dénouement, aucune de ces discussions ne peut fournir un système de restitution uniforme.

Le dernier chapitre de la thèse est consacré au système de restitution unique. Dans les différents systèmes juridiques, il est soutenu que la procédure de restitution doit être soumise à des dispositions uniformes. Tout d'abord, les réglementations issues des textes d'harmonisation internationaux sont évaluées. En particulier, il a été discuté s'il y a des principes qui peuvent être dérivés de ces textes en ce qui concerne la solution des problèmes de restitution. Il a été établi que ces textes abordent la question de la restitution de différentes manières, mais qu'il existe une tendance à prévoir une obligation de restitution en valeur qui ne soit pas fondée sur une faute. La deuxième partie de ce chapitre aborde la question de savoir s'il est possible de mettre en place un régime uniforme de restitution dans le système existant. Tout d'abord, il s'agit de déterminer pourquoi il est nécessaire d'avoir un système de restitution uniforme. Dans le système actuel, les dispositions relatives à la restitution en cas de possession injustifiée et d'enrichissement sans cause diffèrent en ce qui concerne l'étendue de la restitution, la restitution en valeur, la partie qui supportera le transfert du risque et la restitution des bénéfices et des coûts. En ce qui concerne la restitution contractuel, il n'existe pas de réglementation claire concernant l'étendue de la

restitution, la restitution en valeur, la partie qui supportera le dommage lié à la restitution, les bénéfices et le remboursement des coûts. À l'heure actuelle, les discussions de la doctrine ne permettent pas de combler de manière satisfaisante ce manque de réglementation. En outre, les événements qui donnent lieu à des régimes de restitution différents sont essentiellement similaires les uns aux autres. Les circonstances dans lesquelles cette similitude apparaît dans notre système sont brièvement examinées. D'autre part, étant donné que l'objectif de la termination retroactive des relations contractuelles est de rétablir les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'échange des prestations, il a été avancé que le système d'annulation devrait prévoir des mesures de restitution adéquates en tenant compte de cette question. Dans ce contexte, face à la nécessité de fournir la restitution, les raisons à l'origine de la procédure de restitution sont également obscurcies. Deuxièmement, il est analysé si un système de restitution contractuelle peut être mis en place dans le système existant. En particulier, *Umwandlungstheorie* et les points de vue sur le transfert des dispositions relatives à la résolution du contrat au domaine de l'enrichissement sans cause en droit allemand sont analysés. Dans la dernière partie, on s'interroge sur la manière dont le système de liquidation uniforme devrait être organisé. En conséquence, il est conclu qu'il est nécessaire d'adopter une réglementation dans laquelle la restitution en valeur est déterminée indépendamment de la raison de la liquidation et où le risque de restitution est, en règle générale, entre les mains du débiteur restituant. Quant au transfert du risque, il devrait être possible lorsque les parties sont réputées égales, si le dommage est causé par le défaut des marchandises et que le dommage est causé par le créancier restituant. Cependant, il existe des exceptions à cette règle dans chaque système juridique. Il a été conclu que les réglementations relatives à la capacité et à la protection des consommateurs devraient être prises en considération. Afin de protéger la personne frappée d'incapacité, tous les systèmes juridiques examinés ont abouti à des solutions différentes. Dans ce cas, il a été déterminé que ces personnes ont besoin d'une protection supplémentaire. En ce qui concerne les contrats de consommation, on constate que la base des réglementations récentes est de garantir que le consommateur n'est pas responsable des dommages causés par le consommateur en dehors d'une utilisation ordinaire. Par conséquent, une autre exception au système de restitution uniforme serait les principes de protection des consommateurs. En dehors de ces deux

exceptions, il sera possible de réaliser la procédure de la restitution de manière uniforme.



ABSTRACT

The subject of this thesis is the unwinding of contractual relationships that have been terminated with retroactive effect, in other words, the question of the principles of restitution in cases where the exchange of performance has taken place, but the contractual relationship has ceased to exist. Sometimes a contract is legally deemed invalid, or sometimes the parties may avoid the contract in order not to be bound by the contract, terminate the contract, or if there is a contract to which a consumer is a party, the consumer may exercise the right of withdrawal. In all these cases, if the contractual obligations have already been performed, these obligations will be restituted.

If the parties are able to return their performances in full, there is no major problem. However, during the period between the performance and the return of the performance, there may have been some changes in the performance. The goods may have been destroyed, consumed or deteriorated. The obligor of restitution may have made some expenditures for the performance subject to restitution or, on the contrary, may have obtained some benefits from this performance. Or the performance may be an intangible performance such as a service or use. In all these cases, the question is to be determined as to how the restitution will take place. Under our legal system, the provisions of restitution in wrongful possession or unjust enrichment are applied in the unwinding of contracts that are terminated with retroactive effect. In addition, the rules of contract law applicable to contractual unwinding lack a detailed regulation. There is a tendency both in Turkish law and in foreign legal systems that the unwinding should take place within the framework of uniform and contractual rules. As a matter of fact, in French law, uniform rules have been introduced in terms of the provisions applicable to the unwinding of mutual contracts. In German law, there are also frequent discussions on the necessity of a single system of unwinding. At this point, whether a regulation on a unified restitution regime is required, and if this question is answered in the affirmative, how this regime should be envisaged, constitute the main problem that this thesis tries to solve.

The thesis consists of four chapters. In the first chapter, the development of different liquidation systems in the historical process is discussed. In this context, it is shown how the grounds of unjust enrichment, rescission, nullity and annulability have developed from Roman Law to the present day. Especially in terms of unjust enrichment provisions, it has been evaluated how the defense of the disenrichment to return has taken its place in the laws. In terms of rescission of a contract, it has been observed that a general right to rescind a contract has been discussed for many centuries, but the regulations on this subject were only introduced in the 19th century. The conclusion reached in the first part is that the problem of liquidation of contracts terminated with retroactive effect should be considered as a relatively new problem. In fact, the first article in which this issue is discussed in detail for the first time is dated 1890.

In our current legal system, the reasons that may lead to unwinding are various and the rules to be applied to the unwinding procedure also differ. In general, the reasons for unwinding can be grouped as nullity, annulability, rescission of the contract and exercise of the right of withdrawal. The second part of the thesis examines the reasons that give rise to the unwinding procedure. In this context, the conditions under which the cases of invalidity, avoidance, rescission, impossibility, hardship, and the exercise of the right of withdrawal, give rise to the liquidation relationship are discussed. The second part of Chapter Two is devoted to the evaluation of the principles guiding the determination of the provisions applicable to the unwinding procedure. In this respect, the principles of causality and abstractness, and the exceptions to these principles are analyzed. In addition, the concept of *Fehleridentität* and its importance are evaluated. Finally, the scope of the principle of unity in French law is explained. In this context, it is determined that the application of the principle of causation creates an unequal position between the parties. This problem can be partially overcome by the principle of abstractness. In our legal system, the right to property is subject to more protection than services or money, and this inequality can only be overcome to some extent. In this context, the fact that unwinding procedure is a separate source of obligation may contribute to the solution of this problem.

The third part of the thesis is devoted to how the unwinding is realized and how the existing system attempts to solve the problems regarding the unwinding of contracts that have been terminated with retroactive effect. In this context, firstly, it is explained how restitution is realized in terms of each unwinding system, to what extent and under what conditions the obligation of restitution arises, and how the restitution of benefits and costs is realized. Then, the problems created by each institution in the unwinding procedure and the suggestions for their solution are discussed. The rules applicable to the unwinding procedure under Turkish and Swiss law are the rules of restitution in wrongful possession, unjust enrichment and contractual liquidation with the acceptance of the *Umwandlungstheorie* because of the termination of the contract. Problems with regard to the unwinding are analyzed under these groups in this thesis. First of all, the biggest problem with regard to the restitution in terms of unjust enrichment provisions is Art. 79/f. 1 of the TCO, which allows the good faith enricher to be released from the obligation of restitution. Various theories have been put forward in the face of the difficulties that this provision will create. One of these theories, namely the Saldo theory, has been used in German law for more than a hundred years. According to the Saldo theory, both performances will be taken into account while determining the enrichment value, and the difference between the performances will constitute such enrichment. This basis of the theory has been the subject of much criticism. Thereupon, many authors have developed their own views and theories to overcome the deficiencies of the Saldo theory. Among these theories, Canaris' theory regarding the enrichment defense of counter performance has the most reasonable justification in terms of liquidation. After the unjust enrichment provisions, the principles of contractual restitution are discussed. Unfortunately, the provisions applicable to contractual restitution are not regulated in detail in our law. Therefore, the contractual restitution systems in German and French law are analyzed. In this context, the obligation to restitution in value should be accepted in Turkish and Swiss law as well. In terms of the re-passage of the risk, it is concluded that contractual restitution provisions are deemed to be reasonable in comparative law, if the destruction arises from the defect in the goods and the goods perishes at the hand of the restitution obligor. Another unwinding system is the liquidation of consumer contracts. Here, it would be appropriate to mention an independent liquidation system due to the provisions protecting the consumer. The important issue in the unwinding of consumer contracts is whether the consumer will be liable for the use of the goods

exceeding the usual use. At this point, it is accepted that the consumer should not be responsible for a restitution in value in case of accidental destruction, and that the entrepreneur should bear the return damage. Finally, the principles of liquidation in wrongful possession in accordance with the restitution provisions are evaluated. In this context, the concept of the “right that is deemed to exist” in the Civil Code has been interpreted broadly and the opinions that try to narrow the wide area of non-responsibility of the good faith wrongful possessor have been reviewed. At this point, it is determined that this interpretation is insufficient to solve all problems with regard to the unwinding procedure. In addition, the case law regarding the termination *ex tunc* of construction contracts in return for land share is analyzed. One of the important conclusions reached by the case law is that, with the termination of the contract, the transfers made to third parties in respect of the land shares will also be deemed invalid. This conclusion is criticized in the case law. Although there are many discussions on the problems in terms of each unwinding system, none of these discussions can provide a uniform restitutionary system.

The last chapter of the thesis is devoted to the single liquidation system. It is argued in different legal systems that unwinding procedure should be subject to uniform provisions. First of all, regulations from international harmonization texts are evaluated. In particular, it has been discussed whether there are principles that can be derived from these texts regarding the solution of restitution problems. It has been determined that these texts address restitution in different ways, but there is a tendency to provide an non-fault based obligation for restitution in value. In the second part of this Chapter, the question of whether a uniform unwinding regime can be realized in the existing system is addressed. First, it is tried to determine why there is a need for a uniform restitutionary system. In the existing system, the provisions on restitution in wrongful possession and unjust enrichment differ in terms of the scope of restitution, restitution in value, the party who will bear the re-passage of risk, and restitution of benefits and costs. As for contractual unwinding, there is no clear regulation regarding the scope of restitution, restitution in value, the party who will bear the restitution damage, the benefits and the refund of the costs. At this point, the discussions in the doctrine do not satisfactorily close this lack of regulation. In addition, the events giving rise to different liquidation regimes are essentially similar to each other. The circumstances under which this similarity arises in our system are briefly discussed.

On the other hand, since the purpose of unwinding contractual relations is to restore the parties to the state before the exchange of performance, it has been argued that the unwinding system should provide adequate restitutionary remedies by considering this issue. In this context, in the face of the necessity to provide restitution, the reasons giving rise to the unwinding procedure are also obscured. Secondly, it is analyzed whether a system on contractual restitution can be achieved in the existing system. In particular, *Umwandlungstheorie* and the views on the transfer of the provisions on termination of contract to the field of unjust enrichment in German law are analyzed. In the last part, it is questioned how the uniform liquidation system should be organized. As a result, it is concluded that there is a need for a regulation in which the restituted value is determined irrespective of the reason for liquidation and the return risk with regard to the restitution is, as a rule, in the hands of the restitutionary debtor. As for the re-passage of risk, it should be possible where the parties are deemed equal, if the damage is caused by the defect in the goods and the damage is caused by the restitutionary creditor. However, there are exceptions to this rule in every legal system. It has been concluded that the regulations on capacity and consumer protection should be taken into consideration. In order to protect the incapacitated party, all of the legal systems examined have yielded to different solutions. In this case, it has been determined that these persons need an extra protection. In terms of consumer contracts, it is seen that the basis of the recent regulations is to ensure that the consumer is not responsible for the damage caused by the consumer outside of ordinary use. Therefore, another exception to the uniform unwinding system would be the consumer protection principles. In cases other than these two exceptions, it will be possible to realize the unwinding procedure in a uniform manner.

ÖZET

Bu tezin konusunu geçmişe etkili sona eren sözleşme ilişkilerinde tasfiye, bir başka deyişle, edim değiş tokuşunun gerçekleştiği, ancak sözleşme ilişkisinin ortadan kalktığı hâllerde iadenin nasıl esaslara tabi olması gerektiği sorunu oluşturmaktadır. Bazen hukuk düzeni bir sözleşmeyi geçersiz addeder, ya da bazen taraflar bu sözleşme ile bağlı kalmamak için sözleşmeyi iptal edebilir, sözleşmeden dönebilir, ya da bir tüketicinin taraf olduğu bir sözleşme varsa tüketici cayma hakkını kullanabilir. Tüm bu durumlarda, eğer sözleşmeden doğan edimler halihazırda ifa edildiyse, bu edimlerin iadesi söz konusu olacaktır.

Taraflar edimlerini aynen iade edebiliyorsa büyük bir sorunun varlığından söz edemeyiz. Ancak, edimlerin ifası ile iadesi arasında geçen sürede, edim konusunda bazı değişiklikler gerçekleşmiş olabilir. Edim konusu mal yok olmuş, tüketilmiş veya kötüleşmiş olabilir. İade borçlusu, iade konusu edim için bazı harcamalar yapmış ya da tam tersi bu edimden bazı yararlar elde etmiş olabilir. Ya da edim bir hizmet veya kullanma gibi gayrimaddi nitelikte bir edim olabilir. Tüm bu hâllerde iadenin ne şekilde sağlanacağı sorunu gündeme gelecektir. Hukukumuzda geçmişe etkili sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde haksız zilyetlikte iade veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır. Buna ek olarak, tasfiyeye uygulanacak sözleşme hukuku kuralları ise detaylı bir düzenlemeden yoksundur. Tasfiyenin yeknesak ve sözleşmesel kurallar çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiği yönünde hem Türk hukukunda hem de yabancı hukuklarda bir eğilim söz konusudur. Nitekim Fransız hukukunda, tasfiyeye uygulanacak hükümler açısından yeknesak kurallar getirilmiştir. Alman hukukunda da tek bir tasfiye sisteminin olması gerekliliğine yönelik tartışmalar sıklıkla yapılmaktadır. Bu noktada, tekli bir tasfiye düzenine ilişkin bir düzenlemenin gerekip gerekmediği, bu soruya olumlu cevap verilmesi hâlinde de bu tasfiyenin ne şekilde gerçekleşmesi gerektiği bu tezin çözmeye çalıştığı hukuki sorunu oluşturmaktadır.

Tez dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, tarihsel süreçte farklı tasfiye sistemlerinin ne şekilde geliştiği ele alınmıştır. Bu kapsamda, sebepsiz zenginleşme, sözleşmeden dönme ve kesin hükümsüzlük ile iptal edilebilirlik sebeplerinin Roma hukukundan günümüze nasıl bir gelişim sergilediği gösterilmiştir. Özellikle sebepsiz

zenginleşme hükümleri açısından iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkması savunmasının nasıl kanunlarda yerini aldığı değerlendirilmiştir. Sözleşmeden dönme açısından ise, genel bir sözleşmeden dönme hakkının uzun yüzyıllar boyu tartışıldığı, ancak bu konudaki düzenlemelerin 19. yüzyılı bulduğu görülmüştür. Birinci bölüm açısından varılan sonuç, geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesi sorununun nispeten yeni bir sorun olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. Nitekim bu hususun ilk defa detaylı bir biçimde ele alındığı ilk makale 1890 tarihli dir.

Bugünkü hukuk sistemimizde tasfiyeye yol açacak sebepler çeşitlidir ve tasfiyeye uygulanacak kurallar da farklılık gösterir. Tasfiye sebepleri genel olarak kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, sözleşmeden dönme ve cayma hakkının kullanımı olarak gruplandırılabilir. Tezin ikinci bölümü tasfiye ilişkisini ortaya çıkaran sebepler incelenmiştir. Bu kapsamda kesin hükümsüzlük hâlleri, iptal edilebilirlik hâlleri, sözleşmeden dönme, imkânsızlık, işlem temelinin çökmesi ve cayma hakkının kullanılması hâllerinin hangi şartlar altında tasfiye ilişkisini doğurduğu ele alınmıştır. İkinci Bölümün İkinci kısmı ise, tasfiyeye uygulanacak hükümlerin tespitinde yol gösteren ilkelerin değerlendirilmesine ayrılmıştır. Bu hususa ilişkin olarak, sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkeleri ve bu ilkelerin istisnaları incelenmiştir. Ayrıca, geçersizlik özdeşliği kavramı ve sahip olduğu önem değerlendirilmiştir. Son olarak Fransız hukukundaki birlik ilkesinin ne kapsamda ele alındığı aktarılmıştır. Bu kapsamda sebebe bağlılık ilkesinin uygulanması sonucunda taraflar arasında eşit olmayan bir konumun yaratıldığı tespit edilmiştir. Bu sorun sebepten soyutluk ilkesi ile de kısmen aşılabılır. Hukuk sistemimizde mülkiyet hakkı hizmet veya paradan daha fazla korumaya tabidir ve bu eşitsizlik ancak bir nebze kapatılabilir. Bu kapsamda tasfiyenin ayrı bir borç kaynağı olması bu sorunun çözümüne biraz da olsa katkı sağlayabilir.

Tezin üçüncü bölümü, tasfiyenin ne şekilde gerçekleştiğine ve var olan sistemde geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesine dair sorunların nasıl çözülmeye çalışıldığına ayrılmıştır. Bu kapsamda, öncelikle her bir tasfiye sistemi açısından iadenin nasıl gerçekleştiği, bedel üzerinden iade borcunun ne kapsamda ve hangi şartlarda doğduğu, yararların ve masrafların iadesinin ne şekilde gerçekleştiği

açıklanmıştır. Daha sonra her bir kurumun tasfiyede yarattığı sorunlar ve bunların çözümü için getirilen öneriler ele alınmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında tasfiyeye uygulanacak kurallar ise haksız zilyetlikte iade, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmeden dönme sonucunda dönüşüm teorisinin kabulü ile sözleşmesel tasfiye kurallarıdır. Tasfiye sorunları tezde bu gruplar altında incelenmiştir. Öncelikle, sebepsiz zenginleşme hükümleri açısından en büyük tasfiye sorunu, iyiniyetli zenginleşenin iade borcundan kurtulmasına izin veren TBK m. 79/ f. 1 düzenlemesidir. Bu hükmün karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesinde yaratacağı zorluklar karşısında çok çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden biri olan Saldo teorisi, yüz yılı aşkın bir süredir Alman hukukunda uygulanmaktadır. Saldo teorisine göre, zenginleşme esas alınırken her iki edim de dikkate alınacak ve edinler arasındaki fark zenginleşmeyi oluşturacaktır. Teorinin bu dayanağı çok fazla eleştiri konusu olmuştur. Bunun üzerine, pek çok yazar Saldo teorisinin açıklarını gidermek için kendi görüş ve teorilerini geliştirmiştir. Bu teoriler arasında *Canaris*'in karşı edim zenginleşmesi görüşü, tasfiye açısından en makul gerekçelendirmeye sahiptir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinden sonra, sözleşmesel tasfiyenin esaslarına değinilmiştir. Hukukumuzda sözleşmesel tasfiyeye uygulanabilecek hükümler maalesef detaylı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, Alman ve Fransız hukuklarındaki sözleşmesel tasfiye sistemleri incelenmiştir. Bu kapsamda, bedel üzerinden iade borcunun Türk ve İsviçre hukukları açısından da kabul edilmesi gereklidir. Hasarın geri intikali açısından ise, sözleşmesel tasfiye hükümleri karşılaştırmalı hukukta yok olmanın maldaki ayıptan doğması ve iade alacaklısında gerçekleşmiş olması hâlinde makul olacağı sonucuna varılmıştır. Bir başka tasfiye sistemi tüketici sözleşmelerinin tasfiyesidir. Burada tüketici koruyan hükümler nedeniyle bağımsız bir tasfiye sisteminden bahsetmek yerinde olacaktır. Tüketici sözleşmelerinin tasfiyesinde önem taşıyan husus, malın mutad kullanımını aşan kullanımlar açısından tüketicinin sorumlu olup olmayacağı meselesidir. Bu noktada, kazadan doğacak yok olmalarda tüketicinin bedel üzerinden iade ile sorumlu olmaması, iade hasarına ise girişimcinin katlanması gerektiği kabul edilmiştir. Son olarak, haksız zilyetlikte iade hükümleri uyarınca tasfiye esasları değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, varlığına inanılan hak kavramının geniş yorumlanarak iyiniyetli haksız zilyedin geniş sorumsuzluk alanını daraltmaya çalışan görüşlere yer verilmiştir. Bu noktada, bu yorumun da tasfiye sorunlarını bütüncül olarak çözmekte yetersiz kaldığı saptanmıştır. Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönmenin aynı etkisine yönelik içtihatlar incelenmiştir.

Bu içtihatların vardığı bir önemli sonuç, sözleşmeden dönme ile, arsa payları açısından üçüncü kişilere yapılan devirlerin de geçersiz kabul edileceğidir. İçtihatlarda kabul edilen bu sonuç eleştirilmiştir. Her bir tasfiye sistemi açısından, tasfiye sorunlarına yönelik pek çok tartışma yapılmakla birlikte, bunlardan hiçbiri yeknesak bir tasfiye sistemini sağlamaya yaramamaktadır.

Tezin son bölümü ise, tekli tasfiye sistemine ayrılmıştır. Tasfiyenin yeknesak hükümlere tabi olması gerektiği farklı hukuk sistemlerinde ileri sürülmektedir. Öncelikle uluslararası uyumlaştırma metinlerinde örnek düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle bu metinlerden tasfiye sorunlarının çözümüne dair çıkarılabilecek ilkeler olup olmadığı araştırılmıştır. Bu metinlerin tasfiyeyi farklı şekillerde ele aldığı, ancak kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade borcu sağlama yönünde bir eğilim bulunduğu tespit edilmiştir. Bu Bölümün ikinci kısmında yeknesak tasfiyeynin var olan sistemde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorunu ele alınmıştır. İlk önce, yeknesak bir tasfiye sistemine yönelik ihtiyacın neden doğduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Var olan sistemde, haksız zilyetlikte iade ve sebepsiz zenginleşme hükümleri iade kapsamı, bedel üzerinden iade, iade hasarına katlanacak taraf, yararlar ve masrafların iadesi bakımından farklılık göstermektedir. Sözleşmesel tasfiyeye yönelik olarak ise iade kapsamı, bedel üzerinden iade, iade hasarına katlanacak taraf, yararlar ve masrafların iadesi bakımından açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, doktrinde yapılan tartışmalar da bu düzenleme eksikliğini tatmin edici bir biçimde kapatmamaktadır. Buna ek olarak, farklı tasfiye rejimlerini doğuran olaylar esasında birbirini ile benzerlik taşımaktadır. Sistemimizde bu benzerliğin hangi hâllerde doğduğu kısaca ele alınmıştır. Öte yandan, tasfiyenin amacı tarafları edim değil tokuşundan önceki hale getirmek olduğundan, tasfiye sisteminin iadeyi bu husus gözetilerek sağlaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, iadenin sağlanması gerekliliği karşısında, tasfiye ilişkisini doğuran sebeplerin neler olduğu da silikleşmektedir. İkinci olarak, sözleşmesel tasfiyenin var olan sistemde sağlanıp sağlanamayacağı irdelenmiştir. Özellikle dönüşüm teorisi ve Alman hukukunda ileri sürülen sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme alanına aktarılmasına yönelik görüşler incelenmiştir. Son kısımda ise, yeknesak tasfiye sisteminin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği sorgulanmıştır. Sonuç olarak, tasfiye sebebinden bağımsız bir bedel üzerinden iade borcu ve iade hasarının kural olarak iade borçlusunda olduğu bir düzenleme ihtiyacı olduğu sonucuna varılmıştır. İade hasarının geri intikali ise,

tarafların eŖit olduğu kurguda, hasarın maldaki ayıptan meydana gelmesi ve hasarın iade alacaklısı tarafından yaratılmış olması hâllerinde mümkün olmalıdır. Ancak, bu kurala her hukuk sisteminde getirilmiş istisnalar vardır. Bunlardan ehliyet ve tüketicinin korunması düzenlemelerinin dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ehliyetsiz tarafı korumak amacıyla incelenen hukuk sistemlerinin hepsi farklı çözümler üretmiştir. Bu durumda bu kişilerin ekstra bir korumaya ihtiyacı olduğu tespit edilmiştir. Tüketici sözleşmeleri açısından ise, son dönemdeki düzenlemelerin temelinde tüketicinin olağan kullanımlar dışına vermiş olduğu zarardan sorumlu olmamasının hedeflendiği görölmektedir. Bu nedenle de yeknesak tasfiye sistemine getirilebilecek bir diğ er istisna tüketicinin korunması esasları olacaktır. Bu iki istisnai durum dışında kalan hâllerde, tasfiyenin yeknesak bir biçimde gerçekleşebilmesi mümkün olacaktır.

GİRİŞ

Rebecca Curtis'in *Twenty Grand* adlı öyküsünde otoyol ücretini yanında başka parası kalmadığı için eski bir bozuk para ödemeyi teklif eder. Kahraman daha sonra bu paranın eski ve değerli bir Ermeni parası olduğunu anlar ve parayı geri ister.¹ *Zadie Smith*'in “*İmza Toplayan Adam*” adlı romanında ise kahraman, ünlü bir oyuncuya ait olduğunu iddia ettiği imzaları yüksek bedelle satar. Ancak imzalar oyuncuya ait değildir.²

Edebiyatta hukuk için örnek alabileceğimiz olaylar çok fazladır. Ancak bu öyküleri sadece bir hukuk olayına indirgeme riskine düşmeden bu tezin konusundan bahsetmek yerinde olacaktır. Bazen hukuk düzeni bir sözleşmeyi geçersiz addeder, ya da bazen taraflar bu sözleşme ile bağlı kalmamak için sözleşmeyi iptal edebilir, sözleşmeden dönebilir, bozucu şartın geriye etkili olarak sonuç doğuracağı varsayımında bu şart gerçekleşebilir ya da bir tüketicinin taraf olduğu bir sözleşme varsa tüketici cayma hakkını kullanabilir. Tüm bu durumlarda, eğer sözleşmeden doğan edimler halihazırda ifa edildiyse, bu edimlerin iadesi söz konusu olacaktır. Bu tezin konusunu da geçmişe etkili sona eren sözleşmelerde iadenin nasıl esaslara tabi olması gerektiği sorunu oluşturmaktadır.

I. KONUNUN TAKDİMİ

Bir sözleşmenin geçersiz ya da iptal edilmiş olmasına veya sözleşmeden dönülmesine, ya da cayma hakkının kullanılmasına rağmen sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmiş olması, bu edimlerin iadesi borcunu doğuracaktır. Bu denli basit bir cümlenin hukuk dünyasındaki karşılığı çok çetrefilli tartışmaların hüküm sürdüğü bir alandır. Taraflar edimlerini aynen iade edebiliyorsa büyük bir sorunun varlığından söz edemeyiz. Ancak, edimlerin ifası ile iadesi arasında geçen sürede, edim konusunda bazı değişiklikler gerçekleşmiş olabilir. Edim konusu mal yok olmuş, tüketilmiş veya

¹ Rebecca Curtis, *Twenty Grand*, <https://www.newyorker.com/magazine/2005/12/19/twenty-grand> (E.t. 10.06.2024).

² Zadie Smith, *İmza Toplayan Adam*, 2. Bası, Everest Yay., 2002, s. 163.

kötüleşmiş olabilir. İade borçlusu, iade konusu edim için bazı harcamalar yapmış ya da tam tersi bu edimden bazı yararlar elde etmiş olabilir. Ya da edim bir hizmet veya kullanma gibi gayrimaddi nitelikte bir edim olabilir. Tüm bu hâllerde iadenin ne şekilde sağlanacağı sorunu gündeme gelecektir. Hukukumuzda geçmişe etkili sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde³ kural olarak haksız zilyetlikte iade veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır. Buna ek olarak, tasfiyeye uygulanacak sözleşme hukuku kuralları ise detaylı bir düzenlemeden yoksundur. Bu noktada, tekli bir tasfiye düzenine ilişkin bir düzenlemenin gerekip gerekmediği, bu soruya olumlu cevap verilmesi hâlinde de bu tasfiyenin ne şekilde gerçekleşmesi gerektiği bu tezin çözmeye çalıştığı hukuki sorunu oluşturmaktadır.

Bu sorun yalnızca Türk ve İsviçre hukuklarında değil, başka hukuk sistemlerinde de karşımıza çıkar. Alman hukukunda da tasfiyeye uygulanacak hükümler çeşitlidir. Buna karşılık, 2016 yılından itibaren Fransız hukukunda geçmişe etkili sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde yeknesak kurallar benimsenmiştir. Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan “*Tasfiye*” (“*Restitutions*”) hükümleri hem sözleşmenin butlanında hem de sözleşmeden dönme sonucu oluşan tasfiye ilişkisinde uygulanacaktır.

Alman hukukunda da tekli bir tasfiyenin gerçekleşmesi yönünde görüşlerin sayısı oldukça fazladır.⁴ Bazı yazarlar bu amaca sözleşmeden dönmeye ilişkin

³ Bu kapsamda, sözleşme ilişkisinin sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulduğu, ancak daha sonra geçmişe etkili olarak sona erdirildiği hâllerin yanında, sözleşmenin geçersiz ve bu geçersizliğin geçmişe etkili olduğu hâller bir arada incelenmiştir. Örneğin, kesin hükümsüzlük gibi sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu hâller de bu çerçevede değerlendirilmiştir. Öte yandan, sözleşmeden dönme ve cayma hakkının kullanılması gibi geçmişe etkili sona ermenin tartışmalı olduğu hâller de yine bu kapsama alınmıştır.

⁴ Ulrich Huber, “Leistungsstörungen”, **Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz)**, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges.mBH, 1981, C. 1, s. 735; Reinhard Zimmermann, “Restitutio in integrum — Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles und dem Avant-projet eines Code Européen des Contrats”, **Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer**, ed. Heinrich Honsell, Basel, Genf, München: Helbing & Lichtenhahn, 2004, s. 746; Phillip Hellwege, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem: deutsches, englisches und schottisches Recht in historisch-vergleichender Perspektive**, Mohr Siebeck, 2004; Reinhard Zimmermann, “The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010”, **Uniform Law Review**, C. 16, S. 3, 2011, ss. 563-87; Tobias Ott, **Das Bereicherungsrecht im Draft Common Frame of Reference (DCFR) aus deutscher Sicht**, Baden-Baden: Nomos, 2013; Pietro Sirena, “The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law”, **ERPL**, C. 6, 2011, ss. 191-92; Nikolaos Zaprinos, **Die Rückabwicklung der Verbraucherverträge nach Ausübung des Widerrufsrechts: eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Verbraucherrechte-Richtlinie**

hükümlerin sebepsiz zenginleşme alanına taşınması ile sağlanacağı görüşündedir.⁵ Tekli tasfiye sistemine yönelik tartışmalar daha az alevli olsa da İsviçre hukukunda da yapılmakta ve burada da tekli bir tasfiye sisteminin benimsenmesine yönelik görüşlerin sayısı artmaktadır.⁶

Türk hukukunda da tasfiye ilişkisine yönelik sorunlar az sayıda yazar tarafından ele alınmıştır. *Rona Serozan*'ın 1969 yılında yayınlanan iki makalesi⁷ ile 2004 yılında yayınlanan bir makalesi⁸ bu konuda Türk hukukunda yayınlanan ilk eserleri oluşturmaktadır. Buna ek olarak 2010 yılında *Vedat Buz*,⁹ 2018 yılında *Tuba Akçura Karaman*,¹⁰ son olarak 2019 yılında *Nurcihan Dalcı Özdoğan* tasfiye sorununu

und des Entwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Baden-Baden: Nomos, 2016, s. 364; Malte Clauss, **Rechtsfolgendifferenz im Recht der Vertragsrückabwicklung: zu Umfang und Legitimation inhaltlicher sowie institutioneller Unterschiede zwischen Rücktritts-, Widerrufs- und Bereicherungsrecht**, Baden-Baden: Nomos, 2016; Sonja Meier, **Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen**, RabelZ, C. 80, S. 4, 2016, s. 851 vd.

⁵ Barbara Grünwald, "Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht", **Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004**, ed. Franz Häuser vd., Berlin: De Gruyter Recht, 2004, ss. 33-40; Andreas Thier, "Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite von § 346 Abs. 3 S.1 Nr.3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge", **Festschrift für Andreas Heldrich: zum 70. Geburtstag**, ed. Stephan Lorenz, München: Beck, 2005, ss. 439-56; Herbert Roth, "Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion", **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, ed. Andreas Heinrich, München: Beck, 2007, ss. 1131-48; Frank Bockholdt, "Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge", **AcP**, C. 206, S. 5, 2006, ss. 769-804; Timo Fest, **Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge**, München: Verlag C. H. Beck München, 2006; Bernd Linke, **Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge**, Baden-Baden: Nomos, 2007.

⁶ Stephan Hartmann, **Die Rückabwicklung von Schuldverträgen: kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln**, Schulthess, 2005; Daniel Glasl, **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht - Ein Beitrag zum vertraglichen Sanktionensystem in der Schweiz**, Zürich: Schulthess, 1992; Nicolas Rouiller, **Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst**, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2002; Gilles Petitpierre, "Vertragsrecht und Bereicherungsrecht - La rupture est-elle définitivement consommée? Plaidoyer pour une réconciliation", **Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht**; **Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag**, ed. Pierre Tercier, Zürich; Basel; Genf: Schulthess, 2004, ss. 529-37; Domenico Acocella, "Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge", **SJZ**, C. 99, 2003, ss. 494-96.

⁷ Rona Serozan, "Die Rückabwicklung Unwirksamer Kaufverträge", **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, 1969, ss. 335-38; Rona Serozan, "Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi", **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, 1969, ss. 187-213.

⁸ Rona Serozan, "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan**, 2004, ss. 195-207.

⁹ Vedat Buz, "Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, İstanbul: Beta, 2010, ss. 611-62. Buz'un İsviçre'de Almanca yayınlanan diğer makalesi için bkz. Vedat Buz, "Rückabwicklung gescheiterter Verträge", **SJZ**, C. 111, 2015, ss. 565-76.

¹⁰ Tuba Akçura Karaman, "Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi", **GSÜHFD**, C. 69, S. 1, 2018, ss. 285-333.

inceleyen bir makale¹¹ yayınlamıştır. Doğrudan bu konuyu ele alan bir yüksek lisans veya doktora tezi ise bulunmamaktadır.

Bu tez ile diğer hukuk sistemlerindeki gelişme ve tartışmaları Türk hukuku açısından ele almak ve bu önemli konunun tartışılması için bir basamak oluşturmak amaçlanmıştır.

II. İNCELEME PLANI

Tez dört bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölüm’de, tarihsel süreçte farklı tasfiye sistemlerinin ne şekilde geliştiği anlatılacak ve farklı tasfiye sistemlerinin var olmasındaki tarihsel etkenler tespit edilmeye çalışılacaktır.

Tezin İkinci Bölümü’nde tasfiye ilişkisi yaratan nedenler ile tasfiyeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi için yol gösterecek ilkeler ele alınmıştır. Bu kapsamda kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, sözleşmeden dönme, imkânsızlık, işlem temelinin çökmesi ve cayma hakkı kavramları ile tasfiyeye yol açabilecek diğer sebepler incelenecektir. Bu Bölüm’ün İkinci Kısımında ise, tasfiyeye uygulanacak hükümlerin tespitinde kılavuz işlevi görecek sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk kavramları ile bu iki kavramın arasındaki ayrımı ortadan kaldıracak güçteki geçersizlik özdeşliği kavramı ele alınacaktır. Ayrıca Fransız hukukundaki birlik ilkesi ve tüm bu ilkelerin tasfiye açısından etkisi değerlendirilecektir.

Tezin üçüncü bölümü tasfiyenin ne şekilde gerçekleştiğine ve var olan sistemde geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesine dair sorunların nasıl çözülmeye çalışıldığına ayrılmıştır. Bu kapsamda, öncelikle her bir tasfiye sistemi açısından iadenin nasıl gerçekleştiği, bedel üzerinden iade borcunun ne kapsamda ve hangi şartlarda doğduğu, yararların ve masrafların iadesinin ne şekilde gerçekleştiği değerlendirilecektir. Her bir tasfiye sisteminde tasfiye sorunlarının ne şekilde

¹¹ Nurcihan Dalcı Özdoğan, “Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların Tespiti”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 6, 2019, ss. 13-20.

özöldüğü, bu konuda ileri sürölen tartışmalar ve önerilen çözüm yolları ile birlikte incelenecektir.

Tezin son bölümü ise, tekli tasfiye sistemine ayrılmıştır. Öncelikle tekli tasfiye sistemini savunan görüşler incelenecek, daha sonra uluslararası uyumlaştırma metinlerinde örnek düzenlemelere yer verilecektir. Bu bölümün son kısmında ise tekli tasfiye sisteminin ne şekilde olması gerektiğı değeriendirilecektir.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Tez konusu itibariyle bahsedeceğimiz çok fazla hukuki kurum yer almaktadır. Çoğu durumda bu kurumların yalnızca tasfiye ilişkisi üzerinde yarattıkları etki dikkate alınmıştır.

Tezin konusu itibariyle geçmişe etkili sona eren sözleşmelerde tasfiyeyi ele almakla beraber, bu sona ermeyi yaratan sebeplerden ayrıntılı olarak bahsedilmeyecektir. Öte yandan, sözleşmeleri ileri etkili olarak sona erdiren fesihden ve sonuçlarından da sürekli borç ilişkilerinde tasfiye sorunu dışında bahsedilmemiştir.

Bu kapsamda, bu sebeplerin yalnızca tasfiye konusunda yarattığı hukuki sonuçlara değinilecektir. Tasfiye sistemleri açısından da bu kurumlar etrafında yapılan tartışmaların hepsi değil, tasfiye özelinde yapılan tartışmalar incelenmiştir. Tasfiye ilişkisine uygulanacak hükümlerde de temel amaç bunların iade ilişkisini nasıl gerekleştğini ortaya koymak olup, her bir tasfiye modalitesi ile ilgili iade ile bağlantılı olmayan konular ele alınmamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM – TASFİYE İLİŞKİLERİNİN GELİŞİMİ

Geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesi bugün çok fazla tartışmayı barındırır, güncel bir sorundur. Bu sorunun temel nedenlerini anlamamıza hukuk tarihi yardımcı olabilir. Tasfiye ilişkisine uygulanan çeşitli kurallar, bu kuralların tarihi gelişimlerinin birbirinden farklılığından kaynaklanabilir. Bugün tasfiye açısından tespit ettiğimiz sorunların bazılarının kaynağına bu sorunların nasıl ortaya çıktığını tespit ile ulaşmak mümkün olabilir.

Bu bölümde tasfiye ilişkisi oluşturan hâllerden bazılarının tarihsel süreçte ne şekilde ele alındığı incelenecektir. Öncelikle, sebepsiz zenginleşme talebinin gelişimi, daha sonra iptal edilebilirlik ve geçersizlik kavramlarının doğuşu ile sözleşmeden dönme kurumunun tarihsel süreçteki yeri ele alınacaktır. Son kısımda ise cayma hakkının gelişimi incelenecektir.

I. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME

Bu başlıkta sebepsiz zenginleşme hukukunun gelişimine yer verilmiştir. Roma hukukunda kaynağını bulan sebepsiz zenginleşme, bugün özellikle soyutluk ilkesinin hâkim olduğu sistemlerde pek çok teorik tartışmaya kapı aralayan bir alandır. Bu tartışmaların konumuz açısından kaynağına inebilmek için, sebepsiz zenginleşme kurumunun geçirdiği aşamalar Roma hukukundan günümüze kısaca ele alınacaktır. Bu kapsamda, sebepsiz zenginleşmeye dair tarihi açıdan önemi olmuş tüm tartışmalara değinilmesi mümkün olmayacaktır.¹² Bu nedenle, konumuz açısından önemi olan hususlara, özellikle de zenginleşme talebinin kapsamına ve iyiniyetli zenginleşen borçlunun iade borcunun ortadan kalkması imkânına yoğunlaşmış, yan hususlarda genel bilgi verebilmek adına özellikle özet açıklamalar yapılmıştır.

¹² Örneğin kapsamı çok tartışılan borç olmayan şeyin ifasında hatanın etkisine yönelik tartışmalar ile her bir zenginleşme talebinin dayanaklarına yönelik görüşler kapsam dışı tutulmuştur. Bu konular için bkz. HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822; Heinrich Honsell, **Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte**, München: Beck, 1974, s. 62 vd. Frank L. Schäfer, **Das Bereicherungsrecht in Europa**, Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

A. Roma Hukuku

Sebepsiz zenginleşme taleplerinin temelini Roma hukukundaki *condictio* oluşturmaktadır.¹³ Ancak, bugün sistemlerimizde var olan sebepsiz zenginleşme kurumu Roma hukukundan farklı bir konumdur.¹⁴

1. Condictio Talebinin Dayanağı

Roma hukukunda *condictio*, kaynağını *legis actio per condictioem* adlı davadan almaktadır.¹⁵ Bu dava ile bir miktar paranın veya bir eşyanın iadesi talep edilebilmekteydi.¹⁶ Bu dava, *actio stricti iuris*¹⁷ grubuna dâhil olan bir dava imkânıydı¹⁸ ve soyut bir dava olarak bilinmekteydi,¹⁹ zira bu davada, dava konusu dava formulasında yer almazdı.²⁰ *Condictio* davasının doğması, esasında alacaklının belli bir alacağını dava formulasında belirtmeden talep etmesini sağlamaya yönelik bir ihtiyaca dayanmaktaydı.²¹ Bu şekilde, dava geniş bir uygulama alanına sahip olmaktadır.²² *Condictio*, ayrıca şahsi bir dava idi.²³

¹³ Max Kaser, **Das römische Privatrecht**, 2., neubearb. Aufl München: Beck, 1971, s. 593; Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb, **Römisches Recht**, Berlin: Springer-Verlag, 1987, s. 351; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996, s. 857; Robert von Mayr, **Ungerechtfertigte Bereicherung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich**, Wien: Manz, 1902, s. 1.

¹⁴ Bu husus, 19. yüzyıl doktrini ve pandekt hukukunun etkisiyle olmuştur. Nils Jansen, “Farewell to Unjustified Enrichment?”, **ELR**, C. 20, S. 2, 2016, s. 125, doi:10.3366/elr.2016.0339; Mélodie Combet, **Quasi-contrat et enrichissement injustifié**, Paris: LGDJ, 2023, par. par. 33.

¹⁵ Zimmermann, **Obligations**, s. 835. Honsell ise, condictio'nun şekle bağlı olmayan karz (mutuum) akdine ilişkin davadan doğduğu görüşündedir. Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 8. bs, Berlin, Heidelberg: Springer, 2015, s. 158; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 351. Karş. Kaser, **RP I**, s. 593.

¹⁶ İadenin kapsamı cross-ref. Iustinianus döneminde

¹⁷ Türkçe’de “dar hukuk davaları” olarak adlandırılan bu davalarda hâkim, formülada belirtilen hususlar ile bağlı kalarak karar vermek zorundaydı. Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul: Beta, 1999, s. 262.

¹⁸ Kaser, **RP I**, s. 593; Zimmermann, **Obligations**, s. 836; İlhan Uluhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, 1984, s. 91; Nils Jansen, “Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny”, **ZSS-RA**, S. 122, 2003, s. 110.

¹⁹ Kaser, **RP I**, s. 593; Zimmermann, **Obligations**, ss. 835-36; Max Kaser, “I. ‘Jus honorarium’ und ‘ius civile’”, **ZSS-RA**, C. 101, S. 1, 1984, s. 52, doi:10.7767/zrgra.1984.101.1.1; Jansen, **Restitution**, s. 110. HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 7.

²⁰ Zimmermann, **Obligations**, s. 835.

²¹ Jansen, **Restitution**, s. 110; Jansen, **Farewell to Unjustified Enrichment?**, s. 126.

²² Zimmermann, **Obligations**, s. 836; Jansen, **Restitution**, s. 110.

²³ D. 44, 7, 25’te *Ulpinianus* aynı dava olan *vindicatio* ile şahsi dava olan *condictio*’dan bahsetmektedir. Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson (ed.), **The Digest of Justinian**, 1985. bs, Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press, t.y., C. 4, s. 644.; Bkz. ayrıca Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, çev.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar, Iustinianus döneminde sözleşme benzeri olarak nitelendirilmiştir.²⁴ Roma hukukunda, farklı türlerde sebepsiz zenginleşme talepleri vardı.²⁵ *Condictio indebiti*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem (vel iniustam causam)*, *condictio furtiva* yanında genel bir *condictio sine causa* talebi de *Digesta*'da yer almaktadır.²⁶ *Condictio indebiti* (borç olmayan şeyin ifası), Roma hukukunda ifanın gerçekte olmayan bir borç için gerçekleştirilmesini ifade etmekte ve borcun bulunmamasının yanı sıra, ifanın hataen gerçekleştirilmiş olması da gerekmektedir.²⁷ *Condictio causa data causa non secuta*, yani amacın gerçekleşmemesi üzerine oluşan sebepsiz zenginleşme, isimsiz sözleşmelerde taraflardan birisi edimini önce ifa ettiğinde kullanılabilecek bir iade talebiydi. İsimsiz sözleşmelerde diğer taraf edimini yerine getirmediğinde *actio prescriptis verbis* adlı dava ile ifa talep edilebilmekte veya *condictio causa data causa non secuta* talebi ile de önceden ifa edilen edimin iadesi istenebilmekteydi.²⁸ *Condictio ob turpem (vel iniustam) causam*, ahlaka aykırı olan bir edim sonucunda elde edilen zenginleşmenin iadesine yönelikti.²⁹ *Condictio furtiva* da, malı elinde bulunduran

Ziya Umur, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 102; Honsell, **RR**, s. 158; Ulsan, **İyiniyet**, s. 91; Jansen, **Restitution**, s. 106.

²⁴ Inst. III, 27, 6. Paul Koschaker, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977, s. 253; Zimmermann, **Obligations**, s. 837. *Condictio indebiti* açısından: Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 466.

²⁵ Roma hukukunda *condictio* altında düzenlenen taleplerin genellikle bugünkü edim zenginleşmesi hallerini karşıladığı hakkında bkz. Werner Flume, **Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht**, Göttingen: Schwartz, 1953, s. 137; Jansen, **Restitution**, s. 149; Jansen, **Farewell to Unjustified Enrichment?**, s. 126; Philipp Schlüter, **Rückabwicklung und Selbstbestimmung**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, s. 14. Iustinianus döneminde bazı edim dışı zenginleşme türlerinin de kabul edildiği hakkında bkz. Ulsan, **İyiniyet**, s. 93 dn. 6.

²⁶ Klasik hukukçuların bu talepler arasında bir sınıflandırma yapıp yapmadıkları tartışmalıdır. Genel eğilim klasik dönem hukukçularının farklı *condictio* taleplerini sistematize etmemiş olmalarıdır von Mayr, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, s. 287; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 136; Robert Feenstra, "Hukuk Tarihi Açısından Sebepsiz Zenginleşme Dogmatığı", **AÜHFD**, çev. Özcan Karadeniz, C. 29, S. 1-2, 1972, s. 312; Zimmermann, **Obligations**, s. 839; Karşı görüşte Fritz Schulz, **Classical Roman Law**, Oxford: Oxford University Press, 1961, s. 469. Bu nitelendirmenin zamanına ilişkin tartışmalar için bkz. Schlüter, **Rückabwicklung**, ss. 17-19.

²⁷ Kaser, **RP I**, s. 596; Koschaker, **Roma**, s. 255; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 354; Umur, **Roma**, s. 385; Zimmermann, **Obligations**, ss. 848-49; Honsell, **RR**, s. 159. Hata şartına ilişkin tartışmalar için bkz. Zimmermann, **Obligations**, s. 849. Hatanın bir talep şartı olarak *Iustinianus* hukukunda kabul edildiği hakkında bkz. a.g.e., s. 850.

²⁸ Kaser, **RP I**, s. 597; Koschaker, **Roma**, s. 255; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 354; Zimmermann, **Obligations**, s. 844; Umur, **Roma**, ss. 385-86; Honsell, **RR**, s. 160. Bu talep, *condictio ob causam datorum* veya *condictio ob rem* olarak da anılmaktadır. Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 354; Honsell, **RR**, s. 160. Bu talep, daha sonra sözleşmeden dönmenin gelişimi için de büyük bir önem taşıyacaktı. Bkz. Birinci Bölüm/ III/ B/ 1.

²⁹ Kaser, **RP I**, ss. 597-98; Koschaker, **Roma**, s. 256; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 354; Zimmermann, **Obligations**, s. 844 vd. Umur, **Roma**, s. 386; Honsell, **RR**, s. 160.

hırsıza karşı açılan iade davasıydı.³⁰ Son olarak *condictio sine causa*, Iustinianus döneminde eklenen bir dava olup, diğer talepler ile karşılanamayan sebepsiz zenginleşme iade talepleri bu dava altında toplanmıştı.³¹ Bir usûl hukuku imkânı olan *condictio*,³² daha sonraları maddi hukuka taşınmış oldu.³³

2. İadenin Kapsamı

Klasik dönemde *condictio* davası sonucunda davalı ya bir eşyanın ya da belirli bir miktar paranın iadesi ile yükümlü idi.³⁴ Davalı *condictio* davasında, iadesi istenen malın elinden çıkmış olduğunu bir savunma olarak ileri süremezdi, zira bu sistemde elde kalan zenginleşmenin iadesi söz konusu değildi.³⁵ Dava bir dar hukuk davası olduğu için hâkimin başka türlü bir karar vermesi mümkün değildi.³⁶ Para borçları açısından parayı harcamış olup olmadığına bakılmaksızın aynı miktar iade edilmeliydi.³⁷ Çeşit borcu olarak nitelendirebileceğimiz eşyalar açısından da iade borcu malın kullanılmasına veya harcanmasına rağmen devam ederdi.³⁸ Yalnızca parça borcunun iadesi objektif olarak imkansızlaşmışsa borçlunun iade borcundan kurtulması mümkün olurdu.³⁹

³⁰ Kaser, **RP I**, s. 593; Koschaker, **Roma**, ss. 255-56; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 355; Zimmermann, **Obligations**, ss. 839-40; Umut, **Roma**, s. 386.

³¹ Max Kaser, **Das römische Privatrecht**, 2., neubearb. Aufl. München: Beck, 1975, s. 423; Zimmermann, **Obligations**, s. 857; Umut, **Roma**, ss. 386-87; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 355.

³² von Mayr, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, ss. 1-2.

³³ Bu taleplerin maddi hukuka ait talepler olarak görülmesinin Iustinianus döneminde başladığı hakkında bkz. Zimmermann, **Obligations**, s. 839.

³⁴ Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 102; Kaser, **RP I**, s. 598; Ulrich von Lübtow, **Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht**, Berlin: Duncker & Humblot, 1952, s. 21; Umut, **İyiniyet**, s. 91.

³⁵ Kaser, **RP I**, s. 598; Kaser, **RP II**, s. 425; Zimmermann, **Obligations**, s. 897; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 355; Honsell, **RR**, s. 161; Andreas von Tuhr, "Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung", **Aus Römischem und Bürgerlichem Recht - Festschrift Ernst Immanuel Bekker**, Weimar: Hof-Buchdruckerei, 1907, s. 297, (Hathi Trust); Fritz Schulz, "System der Rechte auf den Eingriffserwerb", **AcP**, C. 105, S. 1, 1909, s. 472; Lübtow, **Condictio**, s. 21; Hubert Niederländer, **Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht: Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung**, Weimar: Böhlau, 1953, s. 1; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 109; Axel Flessner, **Wegfall der Bereicherung: Rechtsvergleichung und Kritik**, Hamburg, 1969, s. 5; Jansen, **Restitution**, s. 109; Karş. Koschaker, **Roma**, ss. 256-57.

³⁶ Zimmermann, **Obligations**, s. 897; Umut, **İyiniyet**, s. 95.

³⁷ Niederländer, **Bereicherungshaftung**, s. 3.

³⁸ Lübtow, **Condictio**, s. 80; Fritz Schwarz, **Die condictio im Römischen Recht**, Münster/ Köln: Böhlau Verlag, 1952, s. 280; Zimmermann, **Obligations**, s. 897; Jansen, **Restitution**, s. 110.

³⁹ Niederländer, **Bereicherungshaftung**, s. 2; Zimmermann, **Obligations**, ss. 897-98. Aynen iadenin ortadan kalktığı bazı hâllerde tazminat veya bedel üzerinden iade sorumluluğu doğduğu hakkında bkz. Lübtow, **Condictio**, s. 80. Karşı görüşte Niederländer, **Bereicherungshaftung**, s. 3. İadenin kusur ile ortadan kalktığı hâllerde değerinin ödendiği hakkında HKK BGB/ Schäfer, §§ 812 – 822, para. 172.

Bu esaslara karşın, *Pomponius*'a D. 12, 6, 14 metninde “*Kimsenin bir başka kimsenin zararına olarak hakkaniyete aykırı bir biçimde zenginleşemeyeceğinden*”⁴⁰ bahsedilmektedir. Bu metin sahip olduğu öneme ilk olarak *Iustinianus* döneminde kavuşmuştur.⁴¹ Bu metinle sebepsiz zenginleşme davasında iadenin belirli bir mal veya paraya ilişkin olması arasında ne gibi bir bağlantı vardır? Bugün, *Iustinianus* dönemi açısından, iade borcunun kapsamı tartışmalı olmakla birlikte, bu dönemde de klasik dönemdeki ilkelerden ayrılınmadığı kabul edilmektedir.⁴²

B. 19. Yüzyıla Kadar Olan Tarihsel Süreç

1. *Condictio* Taleplerinin Roma Hukuku Sonrası Gelişimi

Roma Hukuku'ndan gelen *condictio* öğretisinin Orta Çağ'da⁴³ çok farklılaşmadan ele alındığını görmekteyiz.⁴⁴ *Glossatörler*⁴⁵ ve *postglossatörler*⁴⁶ de

Honsell'e göre zenginleşmenin ortadan kalktığı savunması Roma hukukunda yalnızca özel bir korumanın gerekli görüldüğü durumlarda kabul edilmiştir. Heinrich Honsell, “Drei Fragen des Bereicherungsrechts”, *Der Allgemeine Teil und das Ganze - Liber Amicorum für Hermann Schulin*, ed. Nedim Peter Vogt, Dieter Zobl, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2002, ss. 31-32. Benzer yönde Ulsan, *İyiniyet*, ss. 98-99.

⁴⁰ Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, 1985. bs, Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press, t.y., C. 1, s. 380. Bkz ayrıca. D. 50, 17, 206. Mommsen, Krueger, Watson, *Digest*, t.y., C. 4, s. 969.

⁴¹ Zimmermann, *Obligations*, s. 852.

⁴² Kaser, *RP II*, s. 425; Jansen, *Restitution*, s. 110 dn. 24; Flume, *FS Niedermeyer*, s. 109 vd. Niederländer, *Bereicherungshaftung*, s. 169 vd. Hans G. Leser, *Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma: Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung*, Freiburg, 1956, s. 7. Karşı görüşte Lübtow, *Condictio*, s. 22; Schwarz, *Condictio*, s. 307.

⁴³ Batı Roma İmparatorluğu sona erdikten sonra, Roma hukukunun gelişimi Doğu Roma'da devam etti. Avrupa'da yalnızca İtalya'da kilise hukukunun bir parçası olarak görülen Roma hukuku, uygulanmaya devam etti. Bununla birlikte, İtalya'da da cermen kavimlerin işgali ile birlikte, Avrupa'da Roma hukukunun ve *Corpus iuris civilis*'in birkaç yüzyıl boyunca ortadan kalktığını görmekteyiz. 11. yüzyılda *Digesta*'nın el yazısı nüshalarından bir tanesini keşfedilmesi ile birlikte Roma hukuku sistemi yeniden gün yüzüne çıkmış oldu. Andreas B. Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, çev. Türkan Rado, 7. bs, İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii A.Ş. Basımevi, 1965, ss. 157-58; Koschaker, *Roma*, ss. 35-36.

⁴⁴ Combot, *Quasi-contrat*, s. 42.

⁴⁵ Bu dönemde hukukçular, öncelikle Roma hukuku kurallarının açıklaması ile ilgilendiler. Bu faaliyetlerinden ötürü de “*Glossa*” (açıklama) kelimesinden türetilen *Glossator* olarak adlandırıldılar. Schwarz, *Roma*, s. 159; Koschaker, *Roma*, s. 36.

⁴⁶ *Glossator*ları takip eden *Postglossatorlar* (*Commentatorlar*) ise, *glossator*ların açıklama faaliyetine karşılık, *Iustinianus* külliyyatını şerhleri ile incelemişler ve bu kuralların o dönemdeki hukuki ilişkilere uygulanırılığını da ele almışlardır. Schwarz, *Roma*, s. 162; Koschaker, *Roma*, s. 38.

Roma hukuku öğretisini temel olarak değiştirmeden esas almışlardır.⁴⁷ Bununla birlikte, kanonik hukukçular ile glossatörler ve postglossatörlerin *condictio causa data causa non secuta* ile bağlantılı olarak sağladıkları asıl katkı, genel bir sözleşmeden dönme hakkı olmuştur.⁴⁸

Sebepsiz zenginleşme hukukuna ilişkin araştırmacılardan bazıları bu alanın geç skolastik felsefeye⁴⁹ ait İade (“*Restitution*”) öğretisinden etkilenmiş olduğu görüşündedir.⁵⁰ Öğreti temelini Aquina’lı Thomas’ın ve Aristo’nun hakkaniyet felsefesine dayandırmaktadır.⁵¹ Geç skolastik dönemde iadenin malvarlığı kaymalarını düzeltmek gibi bir amacı yoktur.⁵² Temeldeki hedef yapılan kötülüğün düzeltilmesi ve bu kötülük sonucunda elde edilenlerin iadesidir.⁵³ Bunun yanında iade esasları *Pomponius*’un ünlü sözü olan kimsenin başkasının zararına olarak zenginleşmemesi gerektiği ilkesini de yansıtmaktadır.⁵⁴

İade borcu, borçlunun alacaklının korunmaya değer mutlak hakları (*dominium*)⁵⁵ arasında bulunan bir malını aldığı veya bir malına zarar verdiği hâller (*restitutio ratione acceptionis*) ile *dominium*’dan bir fayda elde ettiği hâlleri (*restitutio ratione rei*) kapsamaktaydı.⁵⁶ Bu iade borcu ile Roma hukukunun *condictio* hâllerini bir araya

⁴⁷ von Mayr, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, ss. 2-8. Yazar, o dönemdeki yazarların tartışmalarının ağırlıklı olarak *condictio* taleplerinin sözleşme benzeri olup olmadığı üzerinde olduğunu aktarmaktadır.

⁴⁸ Bkz. Bölüm I/ III/ B/ 1.

⁴⁹ Skolastik felsefe, 8 ve 13. yüzyıllar arasında Avrupa’da etkili olan ve Aristo’nun felsefesi ile kilise öğretilerini bir araya getiren felsefe anlayışıdır. Abdülbâki Güçlü vd., **Felsefe Sözlüğü**, Ankara: Bilim ve Sanat, 2003, s. 1313.

⁵⁰ Jansen, **Restitution**, s. 132; Nils Jansen, “Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?”, **RabelsZ**, C. 76, S. 4, 2012, s. 921, doi:info:doi/10.1628/003372512802735084; Nils Jansen, **Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, ss. 24, 59 vd. Nils Jansen, “Gesetzliche Schuldverhältnisse - Eine historische Strukturanalyse”, **AcP**, C. 216, 2016, s. 313.; HKK BGB - Janssen, §§ 249 – 253, para. 16; HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 8 ve 27.

⁵¹ Jansen, **Spätscholastischen Lehre**, s. 50.

⁵² a.g.e., s. 93.

⁵³ a.g.e., s. 25; Jansen, **Farewell to Unjustified Enrichment?**, s. 128.

⁵⁴ Bununla birlikte, bu zenginleşmenin neyi ifade ettiğinin sınırları belli değildir. Jansen, **Spätscholastischen Lehre**, ss. 68-69.

⁵⁵ Burada *dominium* kelimesi ile mülkiyetin de dahil olduğu ve bir başkasının zarar verebileceği hakların bütünü kastedildiği hakkında bkz. Jansen, **Nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?**, s. 926.

⁵⁶ Jansen, **Restitution**, s. 133; Jansen, **Nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?**, ss. 927-28; Jansen, **Spätscholastischen Lehre**, ss. 59-138; Jansen, **Farewell to Unjustified Enrichment?**, s. 128.

getiren Doğal hukukçu Hugo Grotius, kendi sebepsiz zenginleşme öğretisini geliştirmiştir.⁵⁷

Doğal hukuk öğretisinin⁵⁸ temsilcilerinden *Hugo Grotius*, skolastik felsefedeki iade esaslarını takip ederek sebepsiz zenginleşmeyi ayrı bir borç kategorisi olarak ele almıştır.⁵⁹ Benzer şekilde sebepsiz zenginleşmeyi bir iade aracı olarak düzenleyen ve *Pomponius*'un zenginleşme engeline bu kapsamda *Grotius* da yer vermiştir.⁶⁰ Hatta bazı kaynaklarda, *Hugo Grotius*'un, tek bir sebepsiz zenginleşme borcu öngörerek, Savigny'den önce sebepsiz zenginleşme öğretisini geliştiren kişi olduğu da kabul edilmektedir.⁶¹ *Hugo Grotius*, *Inleiding* adlı eserinde, borçların kaynaklarının sözleşmeden ya da eşitsizlikten doğduğunu belirtmektedir.⁶² Yazar, eşitsizlikten doğan borçları da başkasından sağlanan menfaatten veya başkasına yapılan haksız davranıştan doğan borçlar olarak ikiye ayırmıştır.⁶³ Başkasından sağlanan menfaatten doğan borçlar sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar olarak anlaşılmaktadır.⁶⁴ Yazar, Roma hukukundaki farklı zenginleşme taleplerinden sonra genel bir sebepsiz zenginleşme borcundan da bahsetmektedir.⁶⁵

Hugo Grotius sebepsiz zenginleşmeyi ayrıca Savaş ve Barış Hukuku ("*De Jure Belli Ac Pacis*") adlı eserinin ikinci cildinin onuncu bölümünde incelemektedir. Bu

⁵⁷ Jansen, **Restitution**, ss. 137-38; Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 24.

⁵⁸ Bu doktrin, dayanağını Yunan felsefesinden almaktadır. Hugo Grotius, Samuel Pufendorf ve Christian Wolf gibi yazarların eserleri özel hukuk üzerinde de etkisini göstermiştir. Bununla birlikte, Tabii Hukuk Doktrini de özel hukuka ait esaslarını Roma hukuku kuralları üzerinde temellendirmiştir. Özellikle Tabii Hukuk Doktrini, bazı kodifikasyon hareketleri üzerindeki etkisi ile önemini gösterir. Prusya Genel Kanunu, Avusturya Medeni Kanunu ve Fransız Medeni Kanunu, Tabii Hukuk Doktrininin etkilerini taşır. Schwarz, **Roma**, ss. 168-69; Koschaker, **Roma**, ss. 38-39.

⁵⁹ Robert Feenstra, "L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit prive: quelques experiences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause", **Fata Iuris Romani - Etudes d'histoire du droit**, Leyde: Press universitaire de Leyde, 1974, ss. 348-49; Jansen, **Restitution**, s. 138. HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 28.

⁶⁰ Hugo Grotius, **The introduction to Dutch jurisprudence, with an appendix containing selections from the notes of William Schorer**, çev. A. F. S. Maasdorp, Cape Town: J. C. Juta and Co, 1888, kit. III Böl. 30, para. 3.

⁶¹ HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 11; Zimmermann, **Obligations**, s. 885; Feenstra, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 322.

⁶² Metnin İngilizce tercümesinde "inequality" ifadesi kullanılmıştır. Grotius, **Inleidinge**, kit. III Böl 30, para. 19.

⁶³ a.yer Böl. 30, para. 19.

⁶⁴ Feenstra, **L'influence**, s. 351.

⁶⁵ Grotius, **Inleidinge**, kit. III Böl. 30, paras. 15-17.; Bkz. ayrıca Feenstra, **L'influence**, s. 355; Zimmermann, **Obligations**, s. 886. HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 28

bölümde düşünür “*Mülkiyetten doğan borçları*” ele almaktadır.⁶⁶ Bu başlık altında hem istihkak talebinden doğan iade talepleri hem de sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talepleri bir arada ele alınmıştır.⁶⁷ Burada da, skolastik felsefedeki *dominum*’un izlerini ve iade ayrımlarını görmek mümkündür.⁶⁸ *Grotius*’a göre, malikler arasında yapılmış zımni bir anlaşma söz konusu olup, bu anlaşmaya göre, mal malikine iade edilmek zorundadır. Aksi hâlde mülkiyet hakkının zayıf bir koruma sağlayacağı ve malı korumanın da pahalıya mal olacağını belirtmiştir.⁶⁹ Malın aynen iadesi hâlinde, ayrıca maldan elde edilen semereler de iadeye konu olmalıdır.⁷⁰ Malın aynen iadesinin mümkün olmadığı hâllerde de, kimsenin başkasının kaybindan fayda elde edemeyeceği ilkesinden hareketle, yazar malı kullanan kişinin elde ettiği faydaları malike iade etmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷¹

Bununla birlikte diğer Doğal Hukukçular, *Grotius*’un öğretisinden farklı olarak sebepsiz zenginleşmeden doğan borçların sözleşme benzeri niteliğinde olduğu esasını kabul etmişlerdir.⁷² *Pufendorf* ve *Wolf* ayrıca sebepsiz zenginleşmeden doğan borçların karz akdi ile benzerliğinden de bahsetmişlerdir.⁷³ Bu benzerlik daha sonra Prusya Genel Kanunu’nda de ele alınmıştır. Doğal Hukuk öğretisini benimseyen diğer yazarlarda da genel bir zenginleşme yasağına dair ilkeleri görmek mümkündür.⁷⁴

Müşterek Hukuk’ta⁷⁵ Roma hukukundan gelen sebepsiz zenginleşme taleplerinin hangi grupta nitelendirileceğine dair tartışmaların yoğunluğunu

⁶⁶ Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, ed. D. Alland, S. Goyard-Fabre, çev. P. Pradier-Fodéré, Paris: Presses universitaires de France, 1999, böl. 10 s. 309.

⁶⁷ Feenstra, *L’influence*, s. 355.

⁶⁸ a.g.e., s. 359; Jansen, *Restitution*, s. 140.

⁶⁹ Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, çev. Jean Barbeyrac, 1746, C. 1, s. 389.

⁷⁰ a.g.e., C. 1, s. 390.

⁷¹ a.g.e., C. 1, s. 391.

⁷² Grotius ise yalnızca *condictio ob rem* hâllerini sözleşme benzeri olarak nitelendirmektedir. Schlüter, *Rückabwicklung*, s. 29.

⁷³ Flume, *FS Niedermeyer*, s. 144.

⁷⁴ Jansen, *Restitution*, ss. 143-44. HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 29 Karş. Schlüter, *Rückabwicklung*, s. 27.

⁷⁵ Almanya’da ise, 1495 tarihinde Yüksek İmparatorluk Mahkemesi (*Reichskammergericht*) kuruldu ve bu mahkemenin statüsünde mahkemenin Roma hukukuna göre karar vereceği belirtilmekteydi. Bu gelişme ile birlikte Almanya’da Roma hukukunun iktibası gerçekleşmiş oldu. Almanya’da Roma hukukunun iktibas ile, şehir ve eyalet hukukları uygulanmadığı zaman uygulamakta ve ikincil bir role sahip olmaktadır. Roma hukuku şehir ve eyalet hukukları dışında uygulanacak yeknesak hukuk sistemi olduğundan müşterek hukuk (*ius commune*) olarak adlandırılmıştır. Schwarz, *Roma*, s. 166; Koschaker, *Roma*, ss. 37-38.

görmekteyiz.⁷⁶ Roma hukukundaki sebepsiz zenginleşme türleri sözleşme benzeri, isimsiz sözleşme, haksız fiil benzeri gibi kategoriler altında değerlendirilmiştir.⁷⁷

Bu dönemde, sebepsiz zenginleşme kurumunun geldiği aşamada, sebepsiz zenginleşmenin nasıl bir borç kaynağı oluşturduğu daha çok tartışılmıştır. Öte yandan hakkaniyet temelinde oluşan bir zenginleşme yasağının izlerini görmek mümkündür.

2. Prusya Genel Kanunu ve Fransız Medeni Kanunu

1794'te yürürlüğe giren Prusya Genel Kanunu'nda genel bir sebepsiz zenginleşme düzenlemesi bulunmamaktaydı.⁷⁸ Prusya Genel Kanunu, Fransız Hukuku ile benzer şekilde *actio de in rem verso*⁷⁹ davasını düzenlemiştir. Bunun yanında, borç olmayan şeyin ifasına (*condictio indebiti*) ilişkin bir düzenleme de bulunmaktadır.⁸⁰

Fransız hukukunda sebepsiz zenginleşmenin gelişimi farklı bir seyir izlemiştir. Önceki Fransız Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri hukukçu *Pothier*'nin görüşlerinden etkilenecek hazırlanmıştır.⁸¹ *Pothier*, borç olmayan şeyin ifasının ve vekâletsiz iş görmenin bir sözleşme benzeri olduğu görüşündedir.⁸² *Pothier* ayrıca sözleşme benzerlerini hakkaniyet temeline dayandırmıştır.⁸³ Bu düşüncüyü takip eden Fransız Medeni Kanunu, genel bir sebepsiz zenginleşme talebine yer vermemiş, bununla birlikte borç olmayan şeyin ifasını ("*répétition de l'indu*") bir sözleşme benzeri ("*quasi-contrat*") olarak düzenlemiştir (aCC m. 1376). Kanundaki sözleşme

⁷⁶ Schäfer, **Bereicherungsrecht**, s. 96. HKK BGB/ Schäfer, §§ 812 – 822, para. 30.

⁷⁷ a.g.e., s. 97; Jansen, **Restitution**, s. 145 vd.

⁷⁸ Ulsan, **İyiniyet**, s. 102; Schäfer, **Bereicherungsrecht**, s. 104.

⁷⁹ Bu dava Roma hukukundan gelmektedir. Bu dava, birinin hâkimiyetinde bulunan kişilerin yapmış oldukları hukuki işlemlerde hâkimiyet sahibi kişinin bir yarar elde etmesi hâlinde, bunun iadesine yöneliktir. Daha sonra bu dava bir malvarlığı değerinin başkası yararına kullanıldığı hâllerde, bu yararlanmanın iadesine ilişkin bir davaya dönüştü. Bkz. Ulsan, **İyiniyet**, ss. 102-3.

⁸⁰ Burada iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun sona ermesi söz konusu değildi. Bkz. a.g.e., s. 103. Öte yandan, bazı yazarlara göre, geçersiz sözleşmelere uygulanacak sebepsiz zenginleşme kurallarının yokluğu haksız zilyetlikte iade hükümleri ile giderilmekteydi. Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 33.

⁸¹ HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 37; Combet, **Quasi-contrat**, par. 44. Son yazar, bunun Fransız hukuku açısından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yanlış bir kapsamda değerlendirilmesine yol açtığı fikrindedir.

⁸² R. J. Pothier, **Œuvres de Pothier - Dissertation sur Pothier, Traité des obligations**, ed. M. Dupin, Paris, 1824, s. 61.

⁸³ a.g.e., ss. 61-62; Bkz. ayrıca Combet, **Quasi-contrat**, par. 51; Zimmermann, **Obligations**, s. 876.

benzeri düzenlemesi de Pothier'nin kabul ettiği gibi hakkaniyet temeline dayanmaktadır.⁸⁴

C. Sebepsiz Zenginleşmenin Altın Çağı – Pandekt Hukuku ve 19. Yüzyıl

19. yüzyılın sebepsiz zenginleşme hukukunun altın çağı olduğunu söylemek çok abartılı bir ifade olmayacaktır. Bu dönemde Savigny etkisinde genel bir sebepsiz zenginleşme borcundan söz etmek mümkün olmuş, yine Savigny etkisiyle aynı sözleşme ve sebepten soyutluk ilkelerinin kabulü ile sebepsiz zenginleşmenin uygulama alanı genişlemiş ve iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortada kalkması diğer kurallar ile birlikte dönemin kanunlarında yer bulmuştur. Öte yandan, Fransız hukukunda mahkeme kararları ile sebepsiz zenginleşme hukukunun esasları kabul edilmiştir.

1. Savigny ve Sebepsiz Zenginleşme Öğretisi

Savigny müşterek hukuktaki farklı zenginleşme taleplerini bir grup altında toplamak istemiştir. Savigny öğretisinde tek bir sebepsiz zenginleşme talebi bulunmakta ve edim zenginleşmeleri ile edim dışı zenginleşmelere yönelik günümüzdeki ayrım yapılmamaktaydı.⁸⁵ Savigny, ayrıca sebepsiz zenginleşme öğretisini istihkak talebine bir alternatif olarak geliştirmiştir. Savigny, sebepsiz zenginleşme malikin malın mülkiyetini kaybettiği durumlarda da (“*verlorene Vindikation*”) mal varlığı değerini korumayı hedefleyen bir kurum olarak kabul etmektedir.⁸⁶ Bu şekilde farklı talep temellerinin altında “*bir malvarlığının diğeri aleyhine azalması, ancak bunun geçerli bir sebebe dayanmaması veya sonradan bu sebebin ortadan kalkması*” yatmaktadır.⁸⁷

⁸⁴ Combot, **Quasi-contrat**, par. 218.

⁸⁵ Jansen, **Restitution**, s. 107.

⁸⁶ Friedrich Carl von Savigny, **System des heutigen römischen Rechts**, Berlin, 1841, C. V, ss. 515, 518. Bugün Savigny'nin Gans'dan esinlendiği bilinmektedir. Bkz. Schäfer, **Bereicherungsrecht**, s. 128; Jansen, **Restitution**, ss. 150-51. Gans da benzer şekilde sebepsiz zenginleşmeyi “*istihkak talebinin sürrogati*” olarak nitelendirmiştir. Eduard Gans, **Ueber Römisches Obligationenrecht insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten un dem jus poenitendi**, Heidelberg: Mohr und Winter, 1819, s. 36.

⁸⁷ von Savigny, **System V**, C. V, s. 525.

Öte yandan, sebepsiz zenginleşmenin uygulama alanının sebepten soyutluk ilkesinin de kabul edilmesiyle birlikte daha da genişlediğini söylemek mümkündür. Soyutluk prensibinin *Savigny*'nin “*ayni sözleşme*” kavramını geliştirmesiyle doğduğunu söylemek mümkündür.⁸⁸ Daha sonra bu ilke *Jhering* ve *Dernburg*'un katkılarıyla soyutluk prensibi genel olarak kabul edilen bir ilke olmuştur.⁸⁹ *Savigny*'nin teorisi ilerleyen zamanlarda dönemin hukukçuları tarafından kabul gördü, hatta BGB gibi bazı kanunlarda dahi yerini aldı.⁹⁰

2. Pandekt Hukuku'ndan Alman Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu'na - Sebepsiz Zenginleşmenin Kapsamı

Pandekt Hukuku'nda sebepsiz zenginleşme esasları belirli bir malvarlığı değerinin haksız yere el değiştirmesi sonucu iadesine ilişkin olmayıp; malvarlığındaki artışın iadesi esas alınmaktaydı.⁹¹ Bu dönemde, zenginleşmenin ortadan kalkması savunmasının nasıl yerleştiği ile ilgili tartışmalar söz konusudur. *Flume*'ye göre müşterek hukuk döneminde iade borcu herhangi bir sınırlandırmaya tabi değildi ve zenginleşmenin ortadan kalkması hâlinde iade borcunun sona ermesine ilişkin görüşler 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren görülmeye başlandı. Bu dönemde yazarlar, zenginleşme isteminin, ancak malvarlığında bir zenginleşme bulunduğu takdirde iadeye konu olabileceği fikrini geliştirdiler.⁹² Zenginleşme konusunun bu şekilde bir

⁸⁸ Astrid Stadler, **Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, s. 46. Avusturya Medeni Kanunu'nu hazırlayan Martini'nin asıl fikir sahibi olduğu hakkında a.yer. Jakobs ise, ayni sözleşme kavramını ilk olarak hukukçu Hugo'nun geliştirdiğini belirtmektedir. Bkz. H. H. Jakobs, “Gibt es den dinglichen Vertrag?: Ein Epitheton zu, Wissenschaft und Gesetzgebung’ (1983)”, **ZSS-RA**, C. 119, S. 1, 2002, s. 281vd.

⁸⁹ Schlüter, **Rückabwicklung**, ss. 129-30.

⁹⁰ Stadler, **Abstraktion**, s. 51.

⁹¹ von Tuhr, **Lehre**, s. 303; Dieter Bremecker, **Die Bereicherungsbeschränkung des 818 Abs. 3 BGB bei nichtigen gegenseitigen Verträgen**, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, s. 11; Ulsan, **İyiniyet**, s. 101.

⁹² Flume, **FS Niedermeyer**, ss. 145-46. *Flume*, bu görüşleri *Glück*'e dayandırmaktadır. Bkz. ayrıca Hermann Witte, **Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts**, Halle: C. E. M. Pfeffer, 1859, s. 140'ta anılan yazarlar. Diğer yazarlar, bu doktrinin *Windscheid* etkisiyle yayıldığı fikrindedir. Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 12.; HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 175. Bkz. Bernhard Windscheid, **Lehrbuch des Pandekten II**, 4. bs, Frankfurt a.M., 1891, ss. 544-45.

sınırlandırmaya tabi tutulmaması gerektiğini savunan yazarlar olmakla birlikte,⁹³ bu fikir azınlık görüşü olarak kaldı. Zenginleşmenin ortadan kalkmasının iyiniyetli zenginleşen açısından iade borcunu sona erdirdiği Alman Medeni Kanunu'na ve İsviçre Borçlar Kanunu'na yerleşmiş oldu.

İsviçre Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce hazırlanan Munzinger Tasarısı'nda sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar ayrı bir borç kaynağı olarak düzenlenmişti.⁹⁴ Benzer şekilde 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu da 70 vd. maddelerde sebepsiz zenginleşmeyi ayrı bir borç kaynağı olarak düzenlemiş oldu. Kanun'da gerçekleşmeyen veya sona eren bir sebebe dayanan zenginleşmenin iade edileceği esas benimsendi (aOR m. 71). Ayrıca, aOR m. 72 ile borç olmayan şeyin ifası da hükme bağlandı. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun elinde kalanla sınırlı olduğuna dair bir düzenlemeye de yer verildi; kötüniyetli zenginleşen ise bu imkâna sahip değildi (aOR m. 74). Masraflara ilişkin olarak da bugünkü düzenlemenin bir benzeri yer almaktaydı. Bugün, OR m. 62'de başkasının zararına olarak bir sebebe dayanmadan elde edilen zenginleşmenin iade edileceği düzenlenmektedir. Önceki düzenlemeye ek olarak, geçersiz sebebe dayanan zenginleşmeler de eklenmiştir. Bugünkü düzenlemede de iade borcunun kapsamı bakımından iyiniyetli ve kötüniyetli zenginleşen açısından ayırım yapılmıştır. Bu esaslar İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu'nun iktibas ile hukuk sistemimizde de geçerli olmuştur.

Alman Medeni Kanunu'nun hazırlanmasında görev alan ilk komisyonda, sebepsiz zenginleşme hükümleri borç olmayan şeyin ifası, gelecekleti amacın gerçekleşmemesi, hukuka aykırı elde edilen şeyin iadesi ve sebebe dayanmayan şeyin iadesi taleplerini düzenlemekteydi.⁹⁵ Komisyon, zenginleşmenin ortadan kalkması imkânını hakkaniyet temeline dayandırmıştır. Bu açıdan iyiniyetli zenginleşen taraf korumaya değer görülmüş ve kendisine zenginleşmenin ortadan kalkması imkânı

⁹³ Witte, **Bereicherungsklagen**, s. 139 vd. G. Mandry, "Zur Lehre vom Gegenstande der Konditionen", **AcP**, C. 48, S. 2, 1865, s. 240.

⁹⁴ Theodor Bühler, **Geschichte des schweizerischen Obligationenrechts**, Schulthess, 2023, s. 135.

⁹⁵ Schäfer, **Bereicherungsrecht**, s. 280.

tanınmıştır; kötüniyetli zenginleşen ise bu imkândan mahrum bırakılmıştır.⁹⁶ İlk komisyonun çalışmalarının aldığı eleştiriler karşısında ikinci bir komisyon görev aldı.⁹⁷ İkinci Komisyon sebepsiz zenginleşme talebine ilişkin bugünkü genel düzenlemeyi hazırladı ve İsviçre hukukunun Almanca tercümesinde yer alan “başkasının malvarlığından” zenginleşme ifadesine yer vermeyerek ifa veya başka bir şekilde bir başkası zararına olarak bir sebebe dayanmadan bir şeyin elde edilmesine yönelik genel sebepsiz zenginleşme talebine yer verildi.⁹⁸ Ayrıca yürürlüğe giren BGB açısından da iyiniyetli zenginleşen borçlunun iade borcundan kurtulacağına dair hüküm korunarak, bu ilke önemli kanunlarda yerini sağlamlaştırmış oldu.

3. Boudier Kararı ve Fransız Hukuku’nda Sebepsiz Zenginleşme

Fransız Medeni Kanunu’nda genel bir sebepsiz zenginleşme davasının eksikliği, Fransız mahkemelerinin içtihatları ile giderilmiştir. Bu anlamda, sebepsiz zenginleşme talebinin dayanağı olarak gösterilen ilk karar *Boudier* kararıdır.⁹⁹ Bu kararda, kimsenin başkasının zararına zenginleşemeyeceği esası kabul edilmiş olup, fakirleşen tarafın zenginleşen tarafa bir iade talebi yöneltebileceği bir *action de in rem verso* davası açılabilceği kabul edilmiştir. Daha sonra ise, sebepsiz zenginleşme davasının ikincil nitelikte olduğuna, bir başka deyişle somut olaya uygulanabilecek başka bir kurum bulunmadığında (Fransız hukukunda buna sözleşme benzeri de dâhildir) açılabilceği ilkesi yine mahkeme kararları ile kabul edilmiştir.¹⁰⁰

D. 20. Yüzyıl

20. yüzyılda sebepsiz zenginleşme hukukunu şekillendiren iki husus bulunmaktadır. Bunların birincisi ve konumuz açısından önemli olanı, iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkmasına ilişkin düzenlemenin karşılıklı borç

⁹⁶ HKK BGB - Schäfer, §§ 812 – 822, para. 176. Özellikle Birinci Komisyon’un çalışmalarında *Windscheid*’ın da etkisi olmuştur. Werner Schubert, “Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs der BGB”, *ZSS-RA*, C. 92, S. 1, 1975, s. 187.

⁹⁷ Schäfer, *Bereicherungsrecht*, s. 296; Schlüter, *Rückabwicklung*, s. 47.

⁹⁸ Schäfer, *Bereicherungsrecht*, ss. 297-300.

⁹⁹ Cass. req., 15.06.1892 (Dalloz étudiant)

¹⁰⁰ Combot, *Quasi-contrat*, par. 229.

yükleyen sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyesinde yarattığı zorlukların gündeme gelmesidir. Bu hususu doktrinde dile getiren ilk kişi Alman hukukçu *Bolze* olmuştur. İkinci husus, tekil sebepsiz zenginleşme sisteminin ikili bir sisteme evrilmesi ve edim zenginleşmesi ile edim dışı zenginleşmeler ayrımının yerleşmesidir. Aşağıda bu hususlar kısaca ele alınacaktır.

1. Bolze ve Saldo teorisinin doğuşu

19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında yargıç *Bolze*, geçersiz bir sözleşme sonucunda ifa edilen edimlerin iadesinin her iki tarafça talep edildiğinde nasıl olacağı sorusunu irdelediği bir makale yayınlamıştır. Yazara göre kaynaklarda buna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır ve burada tespit edilmesi gereken, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeden doğan iade ile hiç hüküm doğurmamış geçersiz bir sözleşmenin iadesinin aynı esaslara tabi olup olmayacağıdır.¹⁰¹

Müşterek Hukuk’a göre, sözleşme geçersiz olduğunda edimler arasındaki bağ da ortadan kalkmış olur. Bu durumda, edimler arasındaki bağlantıyı iade aşamasında dikkate almak, sözleşmeye geçerlilik vermek anlamına gelir. Ancak *Bolze* bu fikre katılmamaktadır.¹⁰² Yazar, ödemelik def’inin sözleşme ilişkileri dışı uygulama alanına atıfta bulunarak burada ilk defa “*fili sözleşme ilişkisinden*” bahsetmiştir; böylelikle, geçersiz bir sözleşmede de edimler arasındaki bağlantı var olabilecektir.¹⁰³

Bolze’ye göre, satış bedelini iade eden satıcı, mal yok olduğu veya aynen iade edilemediği için fakirleşmemelidir.¹⁰⁴ Burada yazar, hangi davranışın iade borcunu ortadan kaldıracığını önceden bilebilmenin mümkün olmadığından bahsederek, bu nedenle iade borçlusu iyiniyetli olduğu sürece taraflar arasındaki ilişki ile bir ilgisi olmayan herhangi bir davranışın iade borcunu ortadan kaldırdılabileceğini belirtmiştir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Albert Bolze, “Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft”, *AcP*, C. 76, S. 2, 1890, ss. 238-39.

¹⁰² a.g.e., s. 241.

¹⁰³ a.yer.

¹⁰⁴ a.g.e., s. 243.

¹⁰⁵ a.g.e., s. 244. Aynı konuyu çok benzer cümlelerde 1990’lı yıllarda Canaris de ifade edecektir. Bkz. Bölüm III/ II/ C/ 6/ b.

Yazar daha sonra bir karara atıfta bulunmaktadır. Bu kararda, geçersiz bir sözleşmenin ifası sonucunda taraflar arasında bir “*nexus*” olduğundan bahsedilmektedir.¹⁰⁶ Karara konu olayda taşınmazın devrine ilişkin sözleşme noterde gerçekleşmediği için geçersizdir, ancak alıcı taşınmaz üzerinde bir ev inşa etmiştir. Kararda, mülkiyetin geçmediği ve inşa edilen kısımda da satıcının malik olduğu, ancak yan taleplerin kapsamının tartışmalı olduğu söylenmiştir. Mahkeme, ayrıca haksız zilyetlikte iadede yararların iadesine dair hükümlerin uygulama alanı bulamayacağına hükmetmiştir. Öte yandan iadenin aynen, bu mümkün değilse de onun yerini alan değer üzerinden gerçekleşeceğinden bahsedilmiştir.¹⁰⁷ Edimler arasında Saldo teorisine dayanak oluşturabilecek bir bağlantıdan bahsedilmemekle birlikte, kararda hakkaniyete uygun bir belirleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁸

Bolze daha sonra, eski hâle iade (“*in integrum restitutio*”) ile satış sözleşmesinden dönme hâllerinde iadenin kapsamı ile sebepsiz zenginleşme sonucu iadenin kapsamının farklılığına değinmekte ve bu farklılığı “zenginleşme” kavramı ile kapatabileceğini ileri sürmektedir.¹⁰⁹ *Bolze*, satış sözleşmesinden dönmeye, alıcının henüz dönme hakkına sahip olmadığını bilmediği veya henüz satış bedelinin ödenmemiş olduğu dönemde de mala gelen zararlardan sorumlu olması ile kıyas yaparak, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulandığında ise satış bedeli ödenmediğinde satıcının sorumluluğu doğmayacağını belirtmektedir. Malın alıcıya atfedilemeyecek bir nedenle yok olması hâlinde sözleşmeden dönme hakkı devam etmekte, ancak sebepsiz zenginleşmede satış bedelini talep etme hakkı ortadan kalkmaktadır. Yazar bu çok farklı sonuçların doğmasının yerindeliğini tartışmaktadır.¹¹⁰ Bu farklı sonuçları engelleyebilmek adına, yazar karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimin iadesini talep eden tarafın, kendisinden de edimin iadesinin talep edileceğini hesaba katması gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹¹

¹⁰⁶ a.g.e., s. 249.

¹⁰⁷ Seuff. Arch. Bd. 41 (1886/87), No. 108, s. 167. Burada “*sine causa*” dendiği için sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme yapılmaktadır.

¹⁰⁸ Seuff. Arch. Bd. 41 (1886/87), No. 108, s. 168.

¹⁰⁹ Bolze, *Der Anspruch*, s. 251.

¹¹⁰ a.g.e., ss. 251-52.

¹¹¹ a.g.e., s. 261.

Bolze'nin bu görüşleri daha sonra mahkeme kararlarına da yansımış ve geçersiz sözleşmelerde iadenin karşılıklı edimlerin arasındaki farka ilişkin olduğu Saldo teorisi geliştirilmiştir.¹¹² Saldo teorisi, doğumu itibarıyla yanlış¹¹³ bir teori midir? *Bolze*'nin dayanaklarından biri olan “*fülli sözleşme ilişkisinin*” karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyesi açısından esas alınması eleştirilmiştir.¹¹⁴ Ayrıca, *Bolze*, geçersiz sözleşmelerde neden buna dikkat edileceğini gerekçelendirmediği sebebiyle de eleştirilmektedir.¹¹⁵ Bu eleştirilerde haklılık payı olmakla birlikte, *Bolze*'nin dayandığı diğer gerekçelerin özellikle de farklı taleplerin farklı sonuçlar doğurmasına ilişkin eleştirisini de es geçmemek gereklidir. *Bolze*, geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde yeknesak kurallar olmadığını tespit eden ilk kişidir. Yazar, bu ayrılığı çözmek için karşı edimin dikkate alınmasını önermiş ve bunun üzerine Saldo teorisine yönelik içtihatlar gelişmiştir. Yazarın hatası olarak nitelendirebileceğimiz husus, daha sonra Saldo teorisine ilişkin olarak verilen kararı desteklemesi olabilir.¹¹⁶ Bunun dışında yazar, esasında detaylarını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyede göreceğimiz teorilerin pek çoğunda yer verilen bir esas ilk defa dile getirmiştir: geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde her bir edimi bağımsız ele almak ve farklı tasfiye sistemlerine yer vermek uygun değildir. Bu açıdan yazarın o dönemde varmış olduğu tespitler bugün dahi güncelliğini korumakta ve tartışılmaktadır.

2. Ayrılık İlkesi ve Edim Zenginleşmeleri ile Edim Dışı Zenginleşmeler Ayrımı

Bu dönemde, kanunların sisteminde olan tekil bir sebepsiz zenginleşme talebine karşı görüşler ortaya atılmaya başlamıştır. *Schulz*, *Savigny*'nin teorisindeki boşlukları doldurmak istemiştir.¹¹⁷ *Schulz* hakka yapılan müdahaleye odaklanmıştır.¹¹⁸ *Willburg*

¹¹² Bkz. Bölüm III/ II/ C/ 2.

¹¹³ Schlüter, *Rückabwicklung*, s. 242.

¹¹⁴ a.g.e., s. 246.

¹¹⁵ a.yer.

¹¹⁶ Albert Bolze, “Zum Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft”, *AcP*, C. 82, S. 1, 1894, ss. 1-11 passim.

¹¹⁷ Jansen, *Restitution*, s. 108.

¹¹⁸ Schulz, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, ss. 431-438-43.

tekli sebepsiz zenginleşme öğretisine karşı çıkmaktadır.¹¹⁹ Benzer şekilde Wilburg’a göre de ihlâl edilen hakkın tahsis içeriğine (“*Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts*”) göre yapmak gereklidir.¹²⁰ *Von Caemmerer* ise edim dışı zenginleşmeleri bir grup altında toplamıştır.¹²¹ Bu şekilde edim zenginleşmeleri geçersiz sözleşmeler sonucu ortaya çıkan iade taleplerine yönelmişken, edim dışı zenginleşmeler taraflar arasında geçerli bir sözleşme olmadan gerçekleşen zenginleşmenin iadesini kapsamıştır.

II. GEÇERSİZLİK HÂLLERİ İLE İPTAL EDİLEBİLİRLİK

Bu bölüm, geçersizlik ve iptal edilebilirlik hâllerinin hukuk tarihindeki gelişimine ayrılmıştır. Bugün geçersizlik ve iptal edilebilirliği doğuran hâller açısından Roma hukukundan bahsedilecektir. Fakat, Roma hukukundaki geçersizlik türlerinin günümüzdeki geçersizlik türleri ile uyum içinde olduğunu söyleyebilmek güçtür.¹²² Bunun yanında 19. Yüzyıla kadar olan dönemde bu kavramlara ilişkin bu tezin konusu ile ilişkilendirilebilecek farklı bir değerlendirme de bulunmamaktadır.¹²³ Geçersizlik ve iptal edilebilirlik hâlleri 19. yüzyıl ürünü terimler olduğu için bu terimlerin gelişimi yalnızca ilgili dönem açısından incelenecektir.

¹¹⁹ Walter Wilburg, **Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau**. Festschr. d. Univ. Graz 1933/34, Graz: Leuschner & Lubensky, 1934, ss. 15-16.

¹²⁰ a.g.e., s. 27.

¹²¹ Ernst von Caemmerer, “Bereicherung und Unerlaubte Handlung”, **Festschrift für Ernst Rabel. Bd:1**, ed. Hans Dölle, Max Rheinstein, Konrad Zweigert, Tübingen: Mohr Siebeck, 1954, s. 337 vd. Flume, von Caemmerer’in bu kapsamda Schulz’ten bahsetmemesini eleştirmektedir. Werner Flume, “Die ungerechtfertigte Bereicherung eine Rechtfigur der Bereicherung”, **50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft - Band 1: Bürgerliches Gesetzbuch**, ed. Claus-Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, München: Beck, 2000, s. 530.

¹²² Christian Hattenhauer, **Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, ss. 15-17. Karş. Max Kaser, “Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus”, **ZSS-RA**, C. 94, S. 1, 1977, s. 107, doi:10.7767/zrgra.1977.94.1.101.

¹²³ Bkz. Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 48.

A. Roma Hukuku

1. Geçersizlik Hâlleri

Roma hukukunda genel bir hukuki işlem teorisi bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.¹²⁴ Benzer şekilde, Roma hukukunda bugün anladığımız şekliyle bir hükümsüzlük kavramı da bulunmamaktaydı.¹²⁵ Öte yandan, bugün geçersizlik hâllerine özgü terimler iptal edilebilirliğe özgü terimlerle karışık olarak kullanılmaktaydı.¹²⁶

Bazı yazarlara göre, bugünkü geçersizlik yerine bazı işlemlerin *ius civile* hukuku uyarınca sonuçlarını doğurmaması anlaşılmaktaydı.¹²⁷ Bununla birlikte, *ius honorarium* uyarınca, *ius civile* sisteminde geçerli olarak kurulan bazı işlemlerin *praetor* tarafından geçersizliğine de hükmedilebilmekteydi.¹²⁸ ¹²⁹ Dolayısıyla, *ius honorarium* ile geçersiz bir sözleşmeden doğan hakları tanımlanabileceği gibi, tam tersi olarak geçerli bir sözleşmenin hükümlerini doğurması da engellenebilmekteydi.¹³⁰

2. İptal Edilebilirlik Hâlleri

Bugün irade bozuklukları veya aşırı yararlanma sonucunda kurulan sözleşmelerin yaptırımını olarak kullandığımız iptal edilebilirlik kavramı da Roma hukukunda yer almamaktaydı.¹³¹ Yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma

¹²⁴ Leonard Jacobi, “Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts”, *AcP*, C. 86, S. 1, 1896, s. 58; Schwarz, *Roma*, s. 231.

¹²⁵ Ludwig Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1908, s. 237; Manfred Harder, “Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen”, *AcP*, C. 173, S. 3, 1973, ss. 209-26; Kaser, *RP I*, s. 246.

¹²⁶ Franz Nelle, *Das Anfechtungs- und Rücktrittsrecht beim Verträge*, Borna-Leipzig: Noske, 1931, s. 3.

¹²⁷ Zimmermann, *Obligations*, s. 680.

¹²⁸ a.yer.

¹²⁹ Postklasik devir ile birlikte, *ius civile* ve *ius honorarium* ayrımı da ortadan kalktığına, her iki hukukta var olan yaptırımlar birbiri ile karışmıştır. Bkz. a.g.e., s. 681; Karş. Kaser, *Ius*, s. 110.

¹³⁰ Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, s. 9.

¹³¹ Harder, *Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen*, s. 210.

hâllerinin kaynağı olarak kabul edebileceğimiz Roma hukuku kurumları birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktaydı.

Örneğin, Roma hukukunda yanılma (*error*), şekle bağlı olmayan rızai akitlerin kabul edilmesi ile karşımıza çıkar.¹³² Daha önceleri, geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi gerekli katı şekil şartlarının yerine getirilmesine bağlıydı. Bununla birlikte, dışa vurulan irade açıklamasının tarafların gerçek iradesini yansıtır yansıtmadığına bakılmazdı.¹³³ Şekle bağlı olmayan sözleşmelerle birlikte, yanılma hâlinin sözleşmenin *ius civile* hukukuna göre kurulmamış olduğunu söyleyebilmek mümkündür.¹³⁴

Öte yandan, aldatma ve korkutma hâlleri ise daha farklı olarak ele alınmıştır. Aldatma hâlinde, *ius civile* uyarınca sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmekte ve taraflardan birinin iradesinin aldatma sonucu ortaya çıkmış olması dikkate alınmamaktaydı.¹³⁵ Benzer şekilde, *ius civile* uyarınca, korkutma hâlinin irade beyanına etkisi dikkate alınmaz ve korkutma sözleşmenin geçerliliğine etki etmezdi.¹³⁶ Aldatma ve korkutmanın yaptırımlarına gelecek olursak, *ius honorariuma* göre aldatılan tarafın *exceptio doli* (aldatma def'i) ileri sürerek sözleşmeyi geçersiz kılma hakkı mevcuttu.¹³⁷ Aldatılan taraf ayrıca, bir yıllık bir süre içinde *actio doli* davası da açabilmekteydi.¹³⁸ Üçüncü bir imkân ise tartışmalı olmakla birlikte *in integrum restitutio* (eski hâle iade) idi.¹³⁹ Korkutulan taraf da *praetor* hukukuna göre tanınmış

¹³² Zimmermann, *Obligations*, s. 589; Honsell, *RR*, s. 41.

¹³³ Di Marzo, *Roma Hukuku*, s. 70; Koschaker, *Roma*, s. 59; Zimmermann, *Obligations*, s. 587.

¹³⁴ Kaser, *RP I*, s. 237; Honsell, Mayer-Maly, Selb, *RR*, s. 122; Zimmermann, *Obligations*, ss. 588-89; David Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, 2. bs, Paris: Économica, 2012, s. 510; BK OR-Schmidlin, Vorb. Art. 23-27, par. 5; Honsell, *RR*, s. 41.

¹³⁵ Schwarz, *Roma*, s. 248; Kaser, *RP I*, s. 246; Koschaker, *Roma*, s. 63; Zimmermann, *Obligations*, s. 663; Honsell, *RR*, s. 45.

¹³⁶ Schwarz, *Roma*, s. 249; Koschaker, *Roma*, s. 63; Honsell, *RR*, s. 46.

¹³⁷ Koschaker, *Roma*, s. 63; Kaser, *RP I*, s. 246; Zimmermann, *Obligations*, s. 664; Honsell, *RR*, s. 40; Honsell, Mayer-Maly, Selb, *RR*, s. 128.

¹³⁸ Schwarz, *Roma*, s. 248; Koschaker, *Roma*, s. 63; Honsell, *RR*, s. 45.

¹³⁹ Schwarz, *Roma*, s. 249; Koschaker, *Roma*, s. 63. Roma hukukunda aldatma hâlinde eski hâle getirme imkânının bulunup bulunmadığı ise tartışmalıdır. Zimmermann, *Obligations*, s. 661. Wacke, aldatma hâlinde *in integrum restitutio* imkânını reddetmektedir. Andreas Wacke, "Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?", *ZSS-RA*, C. 88, S. 1, 1971, ss. 105-35. Levy ve Hartkamp ise bu imkânın varlığını kabul etmektedir. Ernst Levy, "Zur nachklassischen in integrum restitutio", *ZSS-RA*, C. 68, S. 1, 1951, ss. 360-434; Arthur Hartkamp, "Die Drittwirkung Der in Integrum Restitutio", *Daube Noster: Essays in Legal History for David Daube*, ed. Alan Watson, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974, s. 374. Georg Christian Burchardi, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Göttingen: Dieterischen Buchhandlung, 1831, s. 359 vd.

exceptio metus (korkutma def'i) ileri sürebilmekteydi. Bu def'i sonucunda iade *in integrum restitutio* (eski hâle getirme) ile sağlanırdı.¹⁴⁰ Ayrıca, korkutulan tarafa *actio quod metus causa* (korkutma davası) açma imkânı da tanınmıştı.¹⁴¹

Postklasik hukuk döneminde *ius civile* ve *ius honorarium* ayırımı ortadan kalktığı için aldatma ve korkutma hâllerinin sözleşmenin geçersizliğine yol açtığı kabul edildi.¹⁴² Öte yandan, yanılma hâllerinin sözleşmenin geçersizliğini doğuracağı kuralı tüm yanılma hâllerine hasredildi.¹⁴³

B. Fransız Hukuku ve Butlan Kavramının Gelişimi

Fransız Medeni Kanunu ve Prusya Genel Kanunu'nda yanılma, aldatma ve korkutma hâlleri için bir butlan davası açılması söz konusuydu. Fransız hukukunda butlan kavramı yanında ayrıca bir yokluk kavramının bulunup bulunmadığı da tartışma konusu olmuştur.¹⁴⁴ Doktrinde bazı yazarlar yokluk ve butlan hâlleri arasında bir ayırım yapmaktaydı; bazı mahkeme kararlarında da bu ayırma yer verilmişti.¹⁴⁵ Bu tartışmanın 2008 yılında zamanaşımına ilişkin bir kanun değişikliğinin butlan ve yokluk hâlleri için 30 yıllık bir süre öngörmesi ile sona erdiği belirtilmektedir.¹⁴⁶

Kaser'e göre *in integrum restitutio* ile *actio doli* hâlleri sonuçları açısından birbirinden ayrılmamıştır. Kaser, **Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus**, s. 154.

¹⁴⁰ Max Kaser, Karl Hackl, **Das römische Zivilprozessrecht**, 2. bs, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, s. 425.

¹⁴¹ Schwarz, **Roma**, s. 50; Kaser, **RP I**, s. 243; Koschaker, **Roma**, s. 63; Zimmermann, **Obligations**, s. 652; Honsell, **RR**, s. 40; Honsell, Mayer-Maly, Selb, **RR**, s. 126. *Actio quod metus causa* ile *in integrum restitutio* imkânı arasındaki ilişki tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu iki dava birbirinden bağımsızdır. Koschaker, **Roma**, s. 63. Bir diğer görüş bunların aynı amaca hizmet ettiği yönündedir. Iustinianus döneminde ise bu iki davanın birleştiği kabul edilmektedir. Bkz. Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 16.

¹⁴² Kaser, **RP II**, s. 90; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 14.

¹⁴³ Kaser, **RP II**, s. 87.

¹⁴⁴ Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, **Droit des obligations**, 12. bs, Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2022, par. par. 403.

¹⁴⁵ Deroussin, **Histoire**, ss. 565-66. 19. yüzyılda yoklu hâllerinin mutlak butlan halleri ile karıştırıldığı hakkında bkz. Alexis Posez, **L'inexistence du contrat - Un autre regard sur sa formation**, Université Pantheon-Assas (Paris II), 2010, s. 7 vd.

¹⁴⁶ Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 403.

Bu dönemde Fransız Medeni Kanunu'nda mutlak ve nispi butlan ayrımı bulunmamaktaydı ve bu iki kavram doktrin tarafından geliştirildi.¹⁴⁷ Butlan hâllerini tutarlı bir teori ile değerlendiren kişinin *Japiot* olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁸ *Japiot* butlan kavramı ile ilişkin olarak kanunda çok fazla açık alan bırakıldığı fikrindedir.¹⁴⁹ Yazar korunan menfaate göre ikili bir butlan sistemi geliştirmiştir: Mutlak ve nispi butlan.¹⁵⁰ 2016 yılındaki Reform ile bu ikilik Fransız Medeni Kanunu'na da taşınmış oldu. Bununla birlikte, sistemimiz ile önemli bir fark, butlana mahkemenin karar vermesidir.¹⁵¹

C. Geçersizlik ve İptal Edilebilirlik Hâllerinin Doğuşu

Sistemimizde, bugün anladığımız “iptal edilebilirlik” ve “hükümsüzlük” kavramlarının temelleri *Savigny*'ye atfedilmektedir.¹⁵² *Savigny*, geçersizlik olarak tercüme edebileceğimiz “*Ungültigkeit*” kavramı altında farklı geçersizlik türlerini incelemiştir.¹⁵³ Yazar, tam bir geçersizlik hâli olarak kesin hükümsüzlük, yani “*Nichtigkeit*” ile işlemin kendiliğinden geçersiz oluşunu ifade etmekte iken; iptal edilebilirlik (“*Anfechtbarkeit*”) ile, işlemin bir kişi aracılığıyla geçersiz kılınmasını ifade etmektedir.¹⁵⁴ Daha sonra Pandekt hukukçuları, iptal edilebilirliğin yalnızca mahkeme kararı ile değil, taraflardan birinin beyanı ile de ileri sürülebileceği fikrini geliştirdiler.¹⁵⁵

O dönemde iptal edilebilirlik kavramını reddeden görüşler de bulunmaktaydı.¹⁵⁶ Buna rağmen, *Savigny*'nin etkisi kanunlarda kendini göstermişti. Alman Medeni

¹⁴⁷ Deroussin, *Histoire*, s. 570; Anne-Sophie Lebreton, *La distinction des nullités relative et absolue*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Paris: Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, par. par. 20.

¹⁴⁸ Alexis Posez, “La théorie des nullités : le centenaire d’une mystification”, *RTD civ.*, C. 4, 2011, par. par. 1.

¹⁴⁹ René Japiot, *Des nullités des actes juridiques - Essai d’une théorie nouvelle*, Paris, 1909, s. 118.

¹⁵⁰ a.g.e., s. 536 vd.

¹⁵¹ Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, s. 150.

¹⁵² Buna karşılık, *Savigny* iptal edilebilirlik yani *Anfechtbarkeit* tanımını tam olarak yapmamıştır. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band:1, 6. bs, Frankfurt a.M.: Literarische Anstalt Rütten&Loening, 1887, s. 249; Nelle, *Anfechtungs- und Rücktrittsrecht*, ss. 6-7; Harder, *Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen*, s. 216; Karş. Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, s. 151.

¹⁵³ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1841, C. IV, s. 536.

¹⁵⁴ a.g.e., C. IV, ss. 537-38.

¹⁵⁵ Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, ss. 152-54.

¹⁵⁶ Nelle, *Anfechtungs- und Rücktrittsrecht*, ss. 11-12.

Kanunu'nun öncesinde yapılan kanun hazırlık çalışmalarında, taraflarca ileri sürülebilen bir iptal edilebilirlik hakkının kabul edildiğini görebilmekteyiz. Örneğin Sachsen Medeni Kanunu hazırlık çalışmalarında bu esas kabul edilmiştir.¹⁵⁷ Alman Medeni Kanunu da, Savigny öğretisini takip ederek iptal edilebilirlik ve hükümsüzlüğü birbirinden bağımsız kavramlar olarak düzenlemiştir.¹⁵⁸ Öte yandan, iptal edilebilirlik artık taraflarca ileri sürülebilen bir hak hâline gelmiş, geçersizlik ise hükümlerini kendiliğinden doğuran bir etkiye sahip olmuştur.¹⁵⁹ Kesin hükümsüzlük ile iptal edilebilirlik hâllerinin sonuçları açısından doğurduğu bu ayrım üzerine, doktrinde yenilik doğuran hak kavramı gelişmiştir.¹⁶⁰

İsviçre hukukunda iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük yaptırımları Alman hukukuna benzer şekilde gelişmiştir.¹⁶¹ OR'de yer alan “*ne point est obligé*” ifadesi TBK'da sözleşme ile bağlı olmama olarak yerini almıştır. aOR döneminde, ilgili hüküm bir sözleşmenin emredici hukuk kurallarına veya ahlâka aykırı olması veya imkânsız olması gerektiğini belirtiyor ve buna aykırı sözleşmelere uygulanacak yaptırım, ilgili hükmün koruma amacına göre belirleniyordu.¹⁶²

¹⁵⁷ Harder, *Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen*, s. 214; Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, s. 161.

¹⁵⁸ Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, s. 176 vd.

¹⁵⁹ Bazı yazarlara göre, eski hâle iade kurumu, sözleşmelerin tasfiyesi için tek bir iade mekanizması sağlamaya yarayabilecek bir kurum iken, iptal edilebilirlik ve geçersizlik hâllerinin artık dava yoluyla kullanılmaktan çıkıp, bir yenilik doğuran hak niteliği kazanmaları, bu kurumun yok olmasına yol açan etkenlerden biri olmuştur. Bkz. Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 451 vd. Böyle bir kurumun varlığının ortaya çıkarılması olumlu bir gelişme olarak görülebilecek olsa da, yazar çoğu yerde bu imkânın sınırlı olarak kullanıldığından bahsetmesine rağmen, yine çoğu hâlde iade borcunun varlığı ile eski hâle iade kurumunu özdeşleştirmektedir. Bu kapsamda eski hâle iade kurumunun detaylarına girilmeyecektir, ancak eski eserler incelendiğinde bu kurumun gerçekten istisnai hâllerde uygulama alanı bulduğu görülebilecektir. Örneğin Regelsberger'in *Pandekten* adlı eserinde hem hile ve korkutma hem de hata hâlleri için eski hâle iade imkânının sınırlı olduğundan bahsedilmektedir. Ferdinand Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig: Verlag von Dunckler & Humblot, 1893, C. 1, ss. 715-16. Bu konu hakkında 1831 yılında bir kitap yayınlayan Burchardi, eski hâle iade kavramının başka iade imkânları için de kullanıldığını belirtmektedir. Burchardi, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, s. 5. Nitekim, *actio de dolo* ve *actio redhibitori*adaki iade imkânlarının birbiri ile bağlantısı olmadığı bu konuyla ilgilenen yazarlar tarafından ortaya konmuştur. Yine Burchardi'ye göre, kendiliğinden geçersiz işlemlerde in integrum restitutio söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, küçüklerin her işlemi için de in integrum restitutio talep edilemez. a.g.e., ss. 90, 100, 224-47. Yalnızca bu imkânın varlığı, tasfiye sorunları açısından bir çözümün olduğu anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle de bu kurum, tekli tasfiyeyi sağlayan bir kurum olarak görülmemektedir. Schlüter, *Rückabwicklung*, ss. 11-12.

¹⁶⁰ Yenilik doğuran hak kavramının tarihsel gelişimi için bkz. Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, 2005, s. 29 vd.

¹⁶¹ Munzinger Tasarısında yanılma hâlinde sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmekteydi. İkinci tasarıda ise, yanılmanın sözleşmenin iptaline yol açacağı yer almaktaydı. BK OR - Schmidlin, Vor. 23-27", par. 364.

¹⁶² BK OR – Kramer, Art. 19/20, par. 52.

Sonuç itibariyle, 19. yüzyıl ile birlikte, kendiliğinden sonuçlarını doğuran kesin hükümsüzlük kavramı ile tarafların iptal beyanına bağlı olarak sonuçlarını doğuran iptal edilebilirlik hâlleri birbirinden ayrılmış oldu. Fransız hukukunda ise, her durumda mahkeme kararı ile ilan edilebilen butlan kavramı, hukuk sistemimizden daha farklı bir seyirde gelişti. Bu çerçevede kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik tasfiye aşamasında birbirinden farklı olarak değerlendirilen kavramlar oldu.

III. SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Bu başlık altında sözleşmeden dönmenin tarihi kısaca ele alınacaktır. Genel hükümlerde düzenlenen sözleşmeden dönme imkânı hukuk sistemlerinde nispeten yeni kabul edilen bir kurumdur. Yine de sözleşmeden dönme konusuna bakış açımızı değiştirebilecek hususları hukuk tarihinde görebiliriz. Örneğin, genel bir sözleşmeden dönme hakkına yönelik tartışmalar sandığımızdan çok daha öncesine dayanmaktadır. Sözleşmeden dönmenin günümüze kadarki gelişimi Roma hukuku'ndan itibaren incelenecektir.

A. Roma Hukuku

1. Genel Olarak

Roma hukukunda bugünkü sözleşmeden dönme kurumu ile eşleşebilecek bir kurum bulunmamaktaydı.¹⁶³ Dönme benzeri sonuç doğurabilecek bir hâl isimsiz

¹⁶³ Robert Türcke, **Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumniss von der anderen Seite**, Göttingen: Druck der Univ.-Buchdruckerei von W. Fr. Kästner., 1891, s. 5; Fritz Peters, **Begriff und Wirkungen des Rücktritts vom Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche**, Göttingen: Druck der Dietrich'schen Universitäts-Buchdruckerei, 1909, s. 3; Heinrich Stoll, **Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Bonn: Juristische Fakultät Bonn, 1921, s. 2; Henri Capitant, **De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)**, Paris: Librairie Dalloz, 1923, s. 312; Georges Boyer, **Recherches historiques sur la résolution des contrats**, Paris: Presses universitaires de France, 1924, s. 53; Nelle, **Anfechtungs- und Rücktrittsrecht**, ss. 2-3; Hans Georg Leser, **Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis u. Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen**, Mohr Siebeck, 1975, s. 2; Peter Mader, "Mortuus redhibetur?: Eine Untersuchung zum aedilischen Sachmängelrecht", **ZSS-RA**, C. 101, S. 1, 1984, s. 206; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 24. HKK BGB - Hattenhauer §§ 323-325, para. 13; HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 8.

sözleşmelerde¹⁶⁴, ifada bulunan tarafın, karşı tarafın ifayı gerçekleştirmemesi üzerine, *condictio causa data causa non secuta* talebi ile ifa edilen edimin iadesini talep edebilmesiydi.¹⁶⁵ Iustinanus devrinde *actio praescriptis verbis* adlı dava ile ilk olarak karşı edimin ifasını talep etme imkânı getirilmişti.¹⁶⁶ Ancak isimsiz sözleşmelerde *condictio* talebiyle edimin iadesini talep etme hakkı da devam etmiştir. Öğretide bu dönme hakkının yalnızca temerrüt ve edimin ifa edilemeyeceği hallerle mi sınırlı olduğu, yoksa tarafa istediği an sözleşme ilişkisinden dönme hakkı verip vermediği tartışmalıydı.¹⁶⁷ Roma hukukunda ifanın gereği gibi gerçekleşmediği hâllerde ise sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştı.¹⁶⁸

2. Satış sözleşmelerinde tanınan imkânlar

Satış sözleşmeleri açısından ise, dönme ve benzeri hak veren bazı ek anlaşmalar mevcuttu: *pactum disciplentiae*, *lex commissoria* ve *in diem addictio*.¹⁶⁹ *Pactum disciplentiae*, alıcının malı beğenmediğinde sözleşmeden istediği zaman dönebileceğine ilişkin bir yan anlaşmaydı.¹⁷⁰ *Lex commissoria*, satıcıya satış bedeli belirlenen zamanda ödenmediğinde satış sözleşmesinden dönme imkânı veren bir yan anlaşma idi.¹⁷¹ *In diem addictio* ise satıcının daha iyi bir fiyata sözleşme konusu malı satabilmesi hâlinde, alıcı ile yaptığı sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağına dair

¹⁶⁴ D.19.5.5 İsimli sözleşmeler, belirli bir isimle adlandırılmamış, bu nedenle de kendilerine özgü bir dava ile bahşedilmemiş sözleşmelerdir. İsimli sözleşmelerden doğan bir talep ancak *actio praescriptis* ile ileri sürülebilmekteydi ve bunun için de tarafın edimini yerine getirmiş olması aranırdı.

¹⁶⁵ Ismar Littmann, **Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin: Eberling, 1902, s. 4; Peters, **Rücktritt**, s. 3; Capitani, **Cause**, s. 315.

¹⁶⁶ Nelle, **Anfechtungs- und Rücktrittsrecht**, s. 4.

¹⁶⁷ a.g.e., s. 5; Littmann, **Rücktritt**, s. 5.

¹⁶⁸ Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 23; Leser, **Rücktritt**, s. 1; Bruno Schmidlin, “Der Rücktritt vom Vertrag: Von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis - ein normengeschichtlicher Wandel”, **Iurisprudentia universalis - Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag**, ed. Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer, Laurens C. Winkel, Köln; Weimar; Wien; Böhlau: Böhlau Verlag GmbH & Co., 2002, s. 679; Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, s. 440.

¹⁶⁹ Bu kurumların yalnızca satış sözleşmelerine mi uygulandığı, yoksa diğer sözleşmelerde de uygulama alanı bulup bulmadığı tartışılmış olup, 19. yüzyıl yazarları ağırlıklı olarak bu imkanların tüm sözleşmelerde tanındığı görüşündedir. Bkz. Nelle, **Anfechtungs- und Rücktrittsrecht**, s. 14. Modern literatürde bu yan anlaşmalar satış sözleşmesine özgü olarak aktarılmaktadır. Bkz. Kaser, **RP I**, s. 553 vd. Zimmermann, **Obligations**, s. 735 vd. Umur, **Roma**, ss. 365-66; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, ss. 27-28.

¹⁷⁰ Kaser, **RP I**, s. 561; Zimmermann, **Obligations**, s. 739; Umur, **Roma**, s. 366. HKK BGB- Thier §§ 346 – 359, para. 7

¹⁷¹ Kaser, **RP I**, s. 561; Zimmermann, **Obligations**, s. 738; Umur, **Roma**, s. 365. HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 7 *Lex commissoria* sonucunda iadenin hangi taleple istenebileceği tartışmalıdır. Bkz. Leser, **Rücktritt**, s. 18.

bir yan anlaşmaydı.¹⁷² Bu yan anlaşmaların doğurduğu sonuçlar ise tartışmalı olup, genel olarak sözleşmenin bozucu bir koşula bağlı olarak kurulmuş olduğu ve şart gerçekleşince sadece yan anlaşmanın değil, satış sözleşmesinin sona ermiş sayılacağı kabul edilmektedir.¹⁷³

Bu anlaşmalara ek olarak, sözleşmeden dönmeden bahsedebileceğimiz hâllerin en önemlileri ise satış sözleşmesinde karşımıza çıkmaktadır. Ayıptan doğan sorumlulukla ilişkili olarak açılan *actio redhibitoria* satış sözleşmesinden dönme benzeri bir imkân vermektedir.¹⁷⁴

Actio redhibitoria çarşı ve pazarda işlem hayatının korunması için getirilmiş bir yaptırımdır. Çarşı ve pazarlardaki denetimi sağlayan *aedilis curulis*ler hayvan ve köle satışlarına uygulanacak kurallar getirmişti.¹⁷⁵ Köle ve hayvan satışlarında ayıptan doğan sorumluluk buradan gelişip, alıcıya belirli koşullar altında satış sözleşmesinden dönme imkânı veren *actio redhibitoria*’ya evrildi.¹⁷⁶ Bu dava ile ayıplı köle ya da hayvan satışı sonucunda alıcı sözleşmeden dönerek, ödemiş olduğu satış bedelini satıcıdan talep edebilmektedir.¹⁷⁷ *Iustinianus* döneminde bu davalar, tüm satış türleri açısından kabul edildi.¹⁷⁸

¹⁷² Kaser, **RP I**, s. 561; Zimmermann, **Obligations**, s. 735; Umur, **Roma**, s. 365. HKK/ Thier §§ 346 – 359, para. 7

¹⁷³ HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 10; HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 16; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, ss. 28-29; Zimmermann, **Obligations**, s. 730 vd. Özellikle *lex commissoria* açısından sözleşmenin *ex tunc* mu yoksa *ex nunc* mu sona erdiği tartışılmaktadır. Bkz. HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 10, dn. 40’ta yer alan tartışmalar.

¹⁷⁴ *Actio redhibitoria* ile birlikte gelişen iki dava daha mevcuttur. *Actio empti*, satıcı maldaki bir ayıbı gizlediği veya malın ayıplı olduğu konusunda garanti vermesine rağmen malda ayıp bulunması hâlinde alıcıya tanınmış bir dava imkânı olup, alıcı uğradığı zararı tazmin edebiliyordu. Koschaker, **Roma**, s. 235; Zimmermann, **Obligations**, s. 309; Umur, **Roma**, s. 364. Bu şekilde gelişen bir başka dava da maldaki ayıp sonucunda alıcının satış bedelinin indirilmesini talep ettiği *actio quanti minoris* idi. Kaser, **RP I**, s. 559; Koschaker, **Roma**, s. 235; Zimmermann, **Obligations**, s. 318; Umur, **Roma**, s. 365; Leser, **Rücktritt**, s. 42.

¹⁷⁵ Kaser, **RP I**, s. 558; Zimmermann, **Obligations**, ss. 311, 318; Umur, **Roma**, s. 364.

¹⁷⁶ HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 13; Leser, **Rücktritt**, s. 41; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 26.

¹⁷⁷ Kaser, **RP I**, s. 559; Koschaker, **Roma**, s. 235; Zimmermann, **Obligations**, ss. 317, 319; Umur, **Roma**, s. 364.

¹⁷⁸ Koschaker, **Roma**, s. 236; Zimmermann, **Obligations**, s. 319; Umur, **Roma**, s. 365; Leser, **Rücktritt**, s. 41; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 27.

Actio redhibitoria sonucunda alıcı malı, satıcı da satış bedelini iade etmekle yükümlü idi.¹⁷⁹ Bunun yanında, satıcı kölenin sebebiyet verdiği zararlardan dolayı bir bedel ödemekle yükümlü olup, satış sebebiyle yapmış olduğu masrafları da karşılamalıydı.¹⁸⁰ Kölenin kullanımından elde edilen faydalar ile kölenin sayesinde elde edilen kazandırmalar iadeye tabi değildi, ancak alıcı köleye bir zarar vermişse bunu karşılamakla yükümlüydü.¹⁸¹

3. *Mortuus redhibetur* kuralının doğuşu

Actio redhibitoria sonucunda satış sözleşmesinden dönülebilmesi için, alıcının köle veya hayvanı iade edebilecek durumda olması gerekmektedir.¹⁸² Buna karşılık, metinlerde satış konusu köle, satış sözleşmesi kurulduğu sırada mevcut bulunan bir hastalık sonucunda öldüyse, alıcı yine de satış bedelinin iadesini talep edebileceğinden, bir başka deyişle iadenin köle hayattaymış gibi gerçekleşeceğinden bahsedilmektedir. Bu kural *mortuus redhibetur*¹⁸³ olarak adlandırılmakta ve günümüzde, satış konusu malın taraflara atfedilemeyecek bir sebep yüzünden iadenin imkansızlaşması hâlinde, iade hasarına satıcının katlandığı kuralların atasını oluşturmaktadır.¹⁸⁴ *Mortuus redhibetur* kuralının kapsamı ve kusursuz iade imkansızlığının doğduğu başka hâllerde bu imkânın mevcut olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, malın yok olması ayıptan doğduysa dönme hakkı devam etmekteydi.¹⁸⁵ Karşı görüş ise böyle bir sınırlama olmadığı kanaatindedir.¹⁸⁶ Öte

¹⁷⁹ Ulp. D. 21, 1, 23, 7; Ulp. D. 21, 1, 21 pr. Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson (ed.), **The Digest of Justinian**, 1985. bs, Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press, t.y., C. 2, ss. 150-51. Bkz. HKK/ Thier §§ 346 – 359, para. 13; Zimmermann, **Obligations**, s. 317. Bu davaya ilişkin metinlerde, eski hale iadenin sağlanacağından bahsedilmektedir. Bkz. örn. Ulp. D. 21, 1, 23, 7; Paul. D. 21, 1, 60. Mommsen, Krueger, Watson, **Digest**, t.y., C. 2, ss. 151, 161. Burada teknik anlamda in integrum restitutio yaptırımının mümkün olamayacağı hakkında bkz. Mader, **V. Mortuus redhibetur?**, s. 214.

¹⁸⁰ Zimmermann, **Obligations**, s. 317.

¹⁸¹ a.yer.

¹⁸² HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 14.

¹⁸³ Paul D. 21, 1, 47; Pomp. D. 21, 1, 48; Ulp. D. 21, 1, 31,5, 6. Mommsen, Krueger, Watson, **Digest**, t.y., C. 2, s. 152 vd.

¹⁸⁴ HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 14; Karş. Zimmermann, **Obligations**, s. 332; Gerhard Wagner, “Mortuus Redhibiteur im neuen Schuldrecht?”, **Festschrift für Ulrich Huber zum siebenzigsten Geburtstag**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 594.

¹⁸⁵ Heinrich Honsell, “Gefährtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung”, **MDR**, C. 9, 1970, s. 717 vd.

¹⁸⁶ Leser, **Rücktritt**, s. 191; Rosalie Lederle, **Mortuus redhibetur: Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht**, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, s. 33; Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, ss. 439-56. Lederle’ye göre, burada malı kendi kusuruyla yok eden alıcı açısından bedel üzerinden iade yükümlülüğü söz konusudur. Lederle, **Mortuus redhibetur**, ss. 22, 44.

yandan, *Iustinianus* döneminde alıcının kusuru ile satış konusu malın yok olması sonucunda *actio redhibitoria* imkanının sona ereceği de düzenlenmiş oldu.¹⁸⁷

B. 19. Yüzyıla Kadar Tarihsel Süreç

1. Orta Çağ ve Kanonik Hukuk

Orta Çağ Alman Hukuku'nda genel bir sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir¹⁸⁸. Bununla birlikte sözleşmeden dönme benzeri sonuçlar yaratan bazı kurumlar mevcuttu. *Reurechte*, belirli sözleşme türleri açısından geçerli olan ve taraflardan birinin önceden ifasına dayanan bir kurumdur. İfade bulunan taraf, alacaklı olduğu edim ifa edilmediği takdirde, sözleşmeden dönme hakkına sahip olmaktadır.¹⁸⁹ *Arrha*, ise şu anki dönme cezasına benzemektedir ve sözleşmenin bağlayıcı olabilmesi için bir bedelin ödenmesini öngörmektedir. Sözleşme *arrha* ödeyen taraf açısından bağlacılıklı olmamakla beraber, sözleşmeden dönen taraf, ödemiş olduğu *arrha* bedelini kaybediyordu.¹⁹⁰ Bunlara ek olarak, isimli sözleşmeler açısından sınırlı olarak uygulanan dönme benzeri kurumlar da söz konusuydu.¹⁹¹

Bunun dışında, kanonik hukuk etkisi ile, sözleşmeye uygun davranmayan tarafa karşı kullanılabilecek bir sözleşmeden dönme hakkının temelleri atılmış oldu. Bu dönemde, tarafların sözleşmeden doğan edimlerinin birbirine bir şart ilişkisi içinde bağımlılığı dile getirilmeye başlandı.¹⁹² Bu şekilde, sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmeyen tarafa karşı bir sözleşmeden dönme hakkı tanınmış oldu.¹⁹³ Bu

¹⁸⁷ HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 15.

¹⁸⁸ HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 17; HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 17; Karl Otto Scherner, **Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung: Untersuchung zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit**, Wiesbaden: Steiner, 1965, s. 2 vd. Heinrich Mitteis, **Rechtsfolgen des Leistungsverzugs beim Kaufvertrag nach niederlaendischen Quellen des Mittelalters. Ein Beitrag zur Geschichte des Handelsrechts**, 1913, s. 176 vd.

¹⁸⁹ Otto von Gierke, **Deutsches Privatrecht Band 3: Schuldrecht**, Leipzig: Verlag von Dunckler & Humblot, 1917, C. 3, ss. 302-3; Scherner, **Rücktrittsrecht**, ss. 5-6.

¹⁹⁰ Nelle, **Anfechtungs- und Rücktrittsrecht**, s. 16.

¹⁹¹ Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 7.

¹⁹² Boyer, **Résolution**, s. 255; Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 9; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 100. HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 18; HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 18.

¹⁹³ Boyer, **Résolution**, s. 255; Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 10; Schmidlin, **Rücktritt**, s. 678; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 101. Bu ilke, Boyer'in aktardığı üzere, 12. yüzyılda, *Huguccio*'nun “*fides frangenti, fides frangantur eidem*” cümlesinde ifade edilmiştir. Bkz. Boyer, **Résolution**, s. 223.

sözleşmeden dönme hakkında kanonik hukuk ve *glossatörlerin* çalışmaları birbirini etkiledi.¹⁹⁴ *Glossatörler* de kanonik hukukçuların geliştirdiği sözleşmeden dönme hakkına metinlerde yer verdiler.¹⁹⁵

Postglossatörler (özellikle hukukçu *Bartholus*), sözleşmeden dönmeyi isimsiz sözleşmelerde “*causa*” öğretisi ile geliştirmişlerdir.¹⁹⁶ ¹⁹⁷ İsimsiz sözleşmelerde edimin yerine getirilmesinin nihai amacının (*causa finalis*), karşı edimin elde edilmesi olduğu ve edimler gereği gibi yerine getirilmediği takdirde sözleşme ilişkisinin tek taraflı olarak sona erdirilebileceği kabul edilmekteydi (*cessante causa cessante effectus*).¹⁹⁸ Sona erme sonucu edimlerin iadesi ise isimsiz sözleşmelerde karşı edimi talep etmeye imkân veren *condictio ob causam datorum* (*condictio causa data causa non secuta*) talebi ile gerçekleştirilecekti.¹⁹⁹ İsimsiz sözleşmeler hiç ifa edilmediği takdirde, bu talebe gitmek mümkün olmadığı için *Bartholus* sözleşmeden dönme imkânını “*condictio ex poenitentia*” öğretisi ile sağlamıştır. Buna göre, isimsiz sözleşmede bir tarafın sözleşme ilişkisi ile bağlı kalmak istememesi sonucunda sözleşmeden dönülmesi mümkün olacaktır ve iadenin mümkün olmadığı hâllerde de sözleşmeden dönme hakkı tanınacaktır.²⁰⁰ Boyer, bu öğreti ışığında bir verme borcu karşılığında verme borcu (*do ut des*) veya verme borcu karşılığında yapma borcu elde edildiği (*do ut facias*) sözleşmelerde iadenin sağlanabildiği; buna karşılık bir yapma borcu karşılığında verme borcu elde edildiği (*facio ut des*) yapma borcu karşılığında yapma borcu elde edildiği (*facio ut facias*) sözleşmelerde ise iadenin imkansız olması nedeniyle dönme hakkının olmadığını, yalnızca bir tazminat sorumluluğunun söz konusu olabileceğini aktarmaktadır.²⁰¹ Bu durumda *postglossatörler* iadenin aynen gerçekleştirilemeyeceği hâllerde sorunu sözleşmeden dönme imkanını ortadan kaldırarak

Yazara atıf yapan diğer yazarlar için bkz. Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 10; Leser, **Rücktritt**, s. 3. HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 18; HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 18. Bu cümleyi Hattenhauer Almanca’ya “*dem Treuebrüchigen ist Treue nicht zu halten*” olarak tercüme etmiştir. HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 18. Buradan, güvene ihanet edenin güveninin korunmayacağı anlamını çıkarabiliriz.

¹⁹⁴ Boyer, **Résolution**, s. 291 vd.

¹⁹⁵ a.g.e., s. 294.

¹⁹⁶ a.g.e., s. 308; Nelle, **Anfechtungs- und Rücktrittsrecht**, s. 4; Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 11; Schmidlin, **Rücktritt**, s. 680; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 101.

¹⁹⁷ *Bartolus*’un, *glossatörlerin* Skolastik düşünce ışığında şekillendirdiği *causa* öğretisine dayandığı hakkında bkz. Scherner, **Rücktrittsrecht**, ss. 11-14. Karş. Boyer, **Résolution**, s. 304.

¹⁹⁸ Boyer, **Résolution**, ss. 305-8, 314; Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 14; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 102. HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 19.

¹⁹⁹ Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 26; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 101; Boyer, **Résolution**, s. 310.

²⁰⁰ Boyer, **Résolution**, s. 311; Karş. Littmann, **Rücktritt**, s. 5; Türcke, **Rücktritt**, s. 7.

²⁰¹ Boyer, **Résolution**, s. 312.

çözmeyi tercih etmişlerdir. *Scherner*, ürün ve semerelerin baştan itibaren talep edilebileceğinden hareketle burada bir geçmişe etki olduğunu belirtmektedir.²⁰² Bununla birlikte, ifa etmeme sonucunda sözleşmeden dönmenin isimsiz sözleşmeler dışında kalan sözleşmelerde mümkün olmadığı bu dönemde kabul edilmiş ve bu ayrım daha sonraki yüzyıllarda da etkili olmuştur.²⁰³ Örneğin, satış sözleşmesinde, ayıptan doğan sorumluluktaki sözleşmeden dönme imkanı ise satış sözleşmesinde genel bir sözleşmeden dönme hakkına imkan verecek şekilde yorumlanmamıştır.²⁰⁴

2. Müşterek Hukuk

Roma hukukunun iktibası ile birlikte, isimsiz sözleşmeler açısından geliştirmiş olunan sözleşmeden dönme imkânı Alman hukukunda kabul edildi.²⁰⁵ Ortak Hukuk'ta isimsiz sözleşmelerde *iade conditio causa data causa non secuta* ile gerçekleşmekteydi: İade aynen gerçekleşmeliydi, yapma edimlerinin ise iadesi mümkün görülmemekteydi. Ayrıca, iade kapsamında üründen elde edilen semereler dahil olmakla birlikte, faizin iadesi söz konusu değildi.²⁰⁶

Kendilerine dava imkânı tanınmış olan sözleşmeler için geçerli olabilecek bir sözleşmeden dönme hakkı, Roma hukukunda ilgili sözleşme tipleri için tanınmış davalar dışında hâlâ söz konusu değildi.²⁰⁷ O dönemde yazılan eserlerde ve verilen mahkeme kararlarında isimsiz sözleşmeler dışında bir genel sözleşmeden dönme hakkı açıkça reddedildiği aktarılmaktadır.²⁰⁸ Bu kapsamda, *actio redhibitoria* gibi satış sözleşmesinde özgü sınırlı dönme imkânları kabul edilmekteyken, Orta Çağ Alman hukukunda kabul edilen temerrüt sonucunda dönme ise artık uygulama alanı bulmamaktaydı.²⁰⁹

²⁰² Scherner, *Rücktrittsrecht*, s. 26.

²⁰³ Boyer, *Résolution*, ss. 315, 327; Scherner, *Rücktrittsrecht*, ss. 16-17. Karş. HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 19

²⁰⁴ Boyer, *Résolution*, s. 319.

²⁰⁵ Scherner, *Rücktrittsrecht*, s. 26. HKK BGB - Hattenhauer §§ 323 – 325, para. 19; Karş. HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 19. Thier ise burada sözleşmeden dönme kurumundan bahsetmenin mümkün olmadığı görüşündedir.

²⁰⁶ Scherner, *Rücktrittsrecht*, s. 26.

²⁰⁷ a.g.e., s. 28.

²⁰⁸ a.g.e., ss. 30-34.

²⁰⁹ a.g.e., s. 34. Benzer şekilde Türcke, *Rücktritt*, s. 7; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, C. 3, s. 303.

3. Doğal Hukuk Öğretisi

Doğal Hukuk öğretisinde kanonik hukuka benzer şekilde şart kavramı üzerinden bir sözleşmeden dönme hakkı geliştirildiğini görmekteyiz. Doğal Hukuk öğretisine tabi hukukçular açık şart (*condictio tacita*) kavramı ile edimler arasında bağlantıyı kurmuş ve edimini ifa etmeyen sözleşme tarafının iradesini yorumlamışlardır.²¹⁰ *Hugo Groitius, causa* öğretisini bırakıp, görüşünü hukuki sebepten ziyade hukuki işlemin bağlayıcılığı üzerine kurmuştur.²¹¹ Yazara göre, taraflardan biri edimini yerine getirmiyorsa, önce ifade bulunan taraf sözleşme ilişkisinden kurtulabilir, zira edimlerden biri diğerinin şartı olacak şekilde birbirine bağlanmıştır.²¹²

Doğal Hukuk öğretilerinden etkilenen diğer yazarlar da şart, karşılıklılık ve hakkaniyet kavramlarına dayanarak sözleşmeden dönme hakkını tanımışlardır.²¹³ Ortak Hukuk'taki sözleşmeden dönme yasağı devam etmekle birlikte, 18. yüzyıl yazarları ifa etmeme hâlinde doğabilecek ve iadenin *condictio causa data causa non secuta* ile talep edildiği bir sözleşmeden dönme hakkını da geliştirmeye başlamışlardır.²¹⁴

Buna karşılık, Doğal Hukuk öğretisi etkisi altında hazırlanan kanunlarda dönme hakkına ilişkin düzenlemeler sınırlıdır. Doğal Hukuk'tan etkilenen bir kanun olan Prusya Genel Kanunu'nda karmaşık bir sözleşmeden dönme sistemi mevcuttu. Zira o dönemde hâlâ, genel bir sözleşmeden dönme imkânına olumsuz bakılmaktaydı.²¹⁵ Öncelikle Prusya Genel Kanunu, konusu eşyalara (*Verträge über Sachen*) ve fiillere (*Verträge über Handlungen*) ilişkin sözleşmeler ayırımına yer vermiştir. Prusya Genel Kanunu'nun 5. Bölüm²¹⁶ 393. maddesinde, konusu eşyalara ilişkin sözleşmelerde, edimin ifasının reddedilmesi ya da sözleşmenin bir başka sebeple gereği gibi ifa

²¹⁰ HKK - Hattenhauer §§ 323-325, para. 22; HKK BGB - Thier §§ 346-359, para. 21.

²¹¹ Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 93.; HKK BGB - Hattenhauer §§ 323-325, para. 21;

²¹² Grotius, **djbp**, kit. III cap. XIX, 14, s. 780.

²¹³ Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 105 vd. Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 104 vd.; HKK BGB - Hattenhauer §§ 323-325, para. 22

²¹⁴ Scherner, **Rücktrittsrecht**, ss. 108-22.

²¹⁵ HKK BGB - Hattenhauer §§ 323-325, para. 24; Karş. Leser, **Rücktritt**, s. 7.

²¹⁶ Prusya Genel Kanunu'nun her bölümünde madde metinleri 1'den başlamaktadır.

edilmemesi durumunda, kural olarak sözleşmeden ayrılma, “*abgehen*”²¹⁷ hakkı söz konusu değildi. Bu durumda, yalnızca mahkemeden aynen ifa ve uğranılan zararın talep edilmesi mümkündü. ALR 396. maddede, bir tarafın, karşı tarafın gereği gibi ifada bulunmadığı ya da bulunamayacağı sebebiyle ifada bulunmayı reddetmesi üzerine, mahkemenin ifayı red hâlinin yerindeliğini değerlendirmesi gerekeceği düzenlenmektedir. ALR 397. maddede ise, hâkimin ifa etmeme sebebini reddetmesi hâlinde, ifayı talep eden taraf, hâlâ aynen ifayı talep etmek ya da sözleşmeden dönmek hakkına sahipti. Bu madde metninde sözleşmeden dönme (*von dem Vertrag ganz zurücktreten*) terimi kullanılmıştır. ALR m. 398 uyarınca, ifayı haklı bir sebebe dayanmadan reddeden taraf, ayrıca karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararları da tazmin etmek zorundaydı. Buna karşılık, ifa etmeme sebebi haklı bulunan taraf, hâkimin belirlediği kapsamda ifayı gerçekleştirmek ya da sözleşmeden ayrılmak hakkına sahipti. Bu durumda ise, ifayı reddeden tarafın ayrıca bir tazminat talep etme hakkı bulunmamaktaydı. Sözleşmeden dönme sonucunda iade ise haksız zilyetlikte iade hükümleri çerçevesinde gerçekleşmekteydi. İlk hâlde, ifayı haklı bir sebep olmadan yerine getirmeyen taraf, kötüniyetli haksız zilyetliğe ilişkin hükümlere tabiyken, ifayı haklı bir sebebe dayanarak yerine getirmeyen taraf ise iyiniyetli haksız zilyet olarak kabul edilmekteydi.

Öte yandan, fiillere ilişkin sözleşmeler (*Verträge auf Handlungen*) açısından daha geniş bir dönme hakkı söz konusuydu. ALR m. 408 uyarınca, edimin ifasının gereği gibi olmaması ya da edimin gereği gibi ifa edilemeyecek olması hâlinde bir sözleşmeden ayrılma hakkı söz konusuydu. Eğer taraf sözleşmeden ayrılma hakkını haksız olarak kullanmışsa, diğer tarafın uğradığı zararı tazmine yükümlü olurdu.

Satış sözleşmesine ilişkin olarak ise ayrı bir düzenleme mevcuttu. ALR 11. Bölüm, m. 229 uyarınca, o dönemin para birimi olan 50 Thalern’den düşük bedelli satış sözleşmelerinde satıcının sözleşmeden dönme hakkı başka bir koşula bağlı olmadan mevcuttu. ALR m. 230 uyarınca, satıcı satış bedeli ödenmediğinde de sözleşmeyi sona erdirebilirdi. Öte yandan, Prusya Genel Kanunu’nda *lex commissoria*,

²¹⁷ Bu kavramın kapsamı çok açık değildir. Sözleşmeye aykırılık hâlleri de “*abgehen*” sözleşmeden ayrılma olarak tanımlanmaktaydı. Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 127. Sözleşmeden dönme üzerine olan eserlerde bu durum da bir sözleşmeden dönme hâli olarak ele alınmıştır. Bkz. Leser, **Rücktritt**, s. 7 vd.

in diem addictio ve *pactum disciplintiae* yan anlaşmalarının sağladığı dönme imkânları da tanınmaktaydı.²¹⁸

4. Fransız Hukuku

Fransız Medeni Kanunu da Doğal Hukuk Okulu öğretilerinin etkisi altında hazırlanmış bir kanun olarak kabul edilmektedir, ancak Fransız hukukunda sözleşmeden dönmenin gelişimi daha farklı bir seyir izlediğinden hem sözleşmeden dönmenin nasıl geliştiğı hem de Fransız Medeni Kanunu’nda nasıl düzenlendiğı ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Fransız hukukundaki sözleşmeden dönme düzenlemesinin kaynağının Doğal Hukuk Okulu değil Fransız Hukuku öğretisi olduğı belirtilmektedir, zira Fransız hukukunda örf ve âdet hukukunda (*droit coutumier*) bir sözleşmeden dönme yasağı bulunmamaktaydı.²¹⁹ Buna karşılık, yazılı hukuk (*droit écrit*) genel bir sözleşmeden dönme yasağından bahsetmekteyse de Fransız yazarların sözleşmeden dönme konusundaki öğretileri zamanla dönme kavramının kabulüne yol açtı.²²⁰

Önceki Fransız Medeni Kanunu’nda yer alan bozucu şart hakkında 1184. maddede, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bir ya da iki tarafın edimini yerine getirmemesi sonucunda bozucu şartın gerçekleşeceği düzenlenmekteydi. Bu hâlde alacaklının ya ifanın ya da sözleşmeden dönme ile birlikte tazminat talep edilebileceğı hüküm altına alınmıştı. Sözleşmeden dönme yine aynı madde uyarınca yalnızca mahkeme kararı ile hükümlerini doğurmaktaydı. Böylelikle sözleşmeden dönme hakkı hem tüm sözleşmeler için hem de görece kolay bir yöntemle uygulanarak hukuk sistemlerine girmiş oldu.

²¹⁸ Littmann, **Rücktritt**, s. 10.

²¹⁹ Scherner, **Rücktrittsrecht**, ss. 137-38; Heinrich Stoll, “Rücktritt und Schadensersatz”, **AcP**, C. 131, S. 1/2, 1929, s. 154.

²²⁰ Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 136. Bu konuda genel bir sözleşmeden dönme imkânını benimseyen hukukçu Dumoulin olmuştur. Boyer, **Résolution**, s. 343 vd.; HKK - Hattenhauer §§ 323-325, para. 26. Başka yazarlar da şart öğretisi üzerinden sözleşmeden dönme hakkının mümkün olabileceğini kabul etmişlerdir. HKK - Hattenhauer §§ 323-325, para. 27. Nitekim kanuni düzenlemede de bu görüşün izlerini görmek mümkündür.

C. 19. Yüzyıl

1. Genel Olarak

19. yüzyılda da genel bir sözleşmeden dönme hakkına ilişkin yasak bu dönemde de devam etmiştir.²²¹ Edimler arasındaki oransızlığın bir sözleşmeden dönme hakkı verdiği ve satış sözleşmesinin yan anlaşmaları kapsamında tanınan bir dönme hakkı bulunduğu kabul edilmekle beraber, genel bir dönme hakkından bahsetmek hâlâ mümkün değildi.²²² Nitekim o dönemin mahkeme kararlarında da borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklıya bir dönme hakkı tanınmamıştı.²²³ *Regelsberger*'e göre, temerrüdün sonuçları tazminat hukukunun bir parçası idi.²²⁴ Yazar, ayrıca “*hukuk düzeninin gerçekleşmiş gerçekleşmemiş hâle getiremeyeceğini*” de belirtmektedir.²²⁵

19. yüzyılda daha sonra temerrüt sonucunda ifanın işlevsiz hâle gelmesi hâlinde bir dönme hakkı kabul edilmeye başlandı.²²⁶ Sözleşmeden dönmenin gelişimine etki eden bir diğer husus, ticari işlerde sözleşmeden dönme hususunda oluşan ihtiyaçtı.²²⁷ Bu şekilde ticari hayatta sözleşmeden dönme benzeri bir uygulama kabul edilmişti.²²⁸ Bu gelişme sözleşmeden dönme kurumunun kanunlarda düzenlenmesinin önünü açmış oldu. Örneğin 1861 yılında yürürlüğe giren Alman Genel Ticaret Kanunu, satış sözleşmesi için bir dönme hakkı getirmişti.²²⁹ Düzenlemeye göre, hem alacaklı hem de borçlu temerrüdüne sonucunda sözleşmeden dönme hakkı mevcuttu.²³⁰ İlk defa ADHGB 354. vd. maddeleri ile sözleşmeden dönme ve tazminat arasında da bir ayırım

²²¹ Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 140; Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, s. 110. HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 24

²²² Hattenhauer, **Rechtsgestaltung**, ss. 112-13. HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 24

²²³ Türcke, **Rücktritt**, s. 15.

²²⁴ Dr. Regelsberger, “Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung”, **AcP**, C. 50, S. 1, 1867, s. 34.

²²⁵ a.g.e., s. 27.

²²⁶ Türcke, **Rücktritt**, s. 7; Littmann, **Rücktritt**, s. 9.

²²⁷ HKK BGB - Thier §§ 346 – 359, para. 26.

²²⁸ Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 156 vd.

²²⁹ Bu düzenlemenin itiraza uğradığı hakkında bkz. Sttaudinger BGB – Kaiser, Vor. §§ 346-354, par. 8.

²³⁰ Bu hükümlerin gelişiminin uygulamadaki “Staatspapiere” adlı evrakların ticaret hayatında kullanılması ile olduğu yönünde bkz. Scherner, **Rücktrittsrecht**, s. 160. vd. Ticari hayatın gerekleri sebebiyle daha kolaylaştırılmış bir dönme imkânı tanındığı hakkında bkz. Littmann, **Rücktritt**, s. 11.

yapılmış oldu.²³¹ Burada, bugünkü Türk ve İsviçre hukuklarındaki düzenleme ile benzer bir şekilde aynen ifa ve gecikme zararı, ifa yerine tazminat ya da sözleşmenin sona ermesi (“*Aufhebung*”) ve tazminat talep edilebiliyordu.

2. İsviçre Borçlar Kanunu

1881 tarihli İsviçre Medeni Kanunu’nda ifanın belli bir süre içinde gerçekleşmemesi hâlinde dönme hakkı söz konusu olmaktadır.²³² Burada sözleşmeden dönme ve sonuçları, şu an yürürlükte olan kanunla benzerlik göstermektedir. 1881 tarihli OR m. 124 uyarınca, sözleşmeden dönme üzerine, sözleşmeden dönme hakkını kullanan taraf ifa ettiği edimin iadesini talep edebilecek, temerrüde düşen tarafın kusuru bulunduğu ise tazminat talep edebilecektir. Burada Fransız hukukunda olduğu gibi, sözleşmeden dönme ve tazminat taleplerinin bir arada bulunması mümkündür.²³³ Fakat, Fransız düzenlemesinin aksine, sözleşmeden dönme için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Bu madde de tıpkı günümüzde olduğu gibi, yalnızca iadenin varlığından söz etmiş, ancak iadenin kapsamının nasıl olması gerektiğini açıklamamıştı.

3. Alman Medeni Kanunu

Alman Medeni Kanunu’na ilişkin hazırlanan 1881 tarihli ilk tasarıda madde 369’da borçlunun ediminin borçluya atfedilebilir bir sebepten dolayı imkânsızlaşması hâlinde alacaklının tazminat talep edebileceği ya da sözleşmeden dönebileceği düzenlenmişti. Aynı şekilde borçlu temerrüdü halinde de sözleşmenin alacaklı açısından bir önemi kalmaması halinde sözleşmeden dönme ya da tazminat talep edebilmek mümkündür.²³⁴ İlk ve ikinci tasarılar da, sözleşmeden dönme hakkı dönen tarafın, edimi iade edemeyeceği hâllerde ortadan kalkmaktaydı.²³⁵

²³¹ Scherner, *Rücktrittsrecht*, s. 179.

²³² Burada ifa menfaati arandığı hakkında Türcke, *Rücktritt*, s. 30.

²³³ Ancak burada müspet zararın tazmini mümkündür. Bkz. Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara: Yetkin, 2014, s. 50.

²³⁴ Scherner, *Rücktrittsrecht*, s. 205; Leser, *Rücktritt*, s. 33.

²³⁵ Littmann, *Rücktritt*, s. 84.

İlk tasarıda, edimin ifa edilmemesi hâlinde dönme hakkı tanınmamıştı. İmkânsızlık için tanınan dönme hakkı, ifa edilmeme açısından söz konusu değildi. İlk tasarının 360. maddesi, kanunda ya da sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bir tarafın ifa etmemesinin diğer taraf açısından bir sözleşmeden dönme sebebi teşkil edemeyeceğini belirtmekteydi. Burada da Prusya Genel Kanunu gibi “*Rücktritt*” terimi değil, “*Abgehen*” terimi kullanılmıştı. İkinci tasarıda, bu düzenleme değiştirilmiştir.²³⁶

Önceki Alman Medeni Kanunu, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde genel olarak üç hâlde sözleşmeden dönmeyi düzenlemekteydi. Birincisi borçlunun sorumlu olduğu (sonraki) imkânsızlık (BGB a.F. §325/ f.1), belirlenen vadede edimin ifa edilmemesi (BGB a. F. § 325/ f.2) ve sonuncusu borçlu temerrüdüdür (BGB a.F. § 326). Genel olarak dönmenin sonuçları ise BGB a.F. §346 hükmünde düzenlenmişti.

İlk tasarıda, sözleşmeden dönme sonucunda tarafların sözleşme ile ifa ettikleri edimleri iade ile yükümlü oldukları kabul edilmekteydi. Madde gerekçesinde, sözleşmenin geçmişe ya da ileri etkili biçimde sona erdiğinden değil, ancak tarafların bir “*eski hale getirme borcu*” (*obligatio ad restitutum in integrum*) olduğundan bahsedilmekteydi. Sözleşmeden dönme, sözleşme üzerinde bir bozucu şart gibi etki gerçekleştirecek ve aynı etki doğurmayacaktı.

Sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işleme etkisi tartışma konusu olmasına karşın, Alman Medeni Kanunu’nun kabulünden bu yanda, sözleşmeden dönmenin tesarruf işlemine bir etkisinin olmayacağı, bir başka deyişle dönmenin aynı sonuç doğurmayacağı soyutluk ilkesinin hâkim olduğu Alman hukukunda açıkça kabul edilmiştir.²³⁷ Aynı etki, işlem güvenliğini korumak gerekçesiyle reddedilmiştir.²³⁸

²³⁶ Leser, *Rücktritt*, s. 36.

²³⁷ Littmann, *Rücktritt*, ss. 88-89. Konrad Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen*, 4. bs, Jena: Fischer, 1903, s. 386. Peters, *Rücktritt*, s. 21. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, C. 3, s. 308. Stoll, *Rücktritt*, s. 84.

²³⁸ Ludwig Kühlenbeck, *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1899, s. 202; Littmann, *Rücktritt*, s. 89; Stoll, *Rücktritt*, s. 11.

Önceki Alman Medeni Kanunu döneminde, iade imkânsızlığı esas olarak, iade borcunu ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmekteydi. BGB § 351 a. F. hükmü uyarınca, iade konusu edimin sözleşmeden dönme hakkına sahip tarafın “kusuruyla” kötüleşmesi veya yok olması ile iadenin başka bir şekilde imkânsızlaşması hâlinde, iade borcu sona eriyordu. Devamı hükümlerde de iade konusu edimin işleme veya değiştirme (*Verarbeitung oder Umbildung*) ile edim konusunun mülkiyetinin üçüncü kişilere devri veya edim konusunun üçüncü kişiler lehine bir hakla sınırlanması (*Veräußerung oder Belastung*) da iade borcunu sona erdirmekteydi (BGB a.F. § 352 ve 353). BGB § 351 a.F. hükmünün aksine, burada iade borcu kusurdan bağımsız olarak sona ermekteydi.²³⁹

Öte yandan, eski sistemde, iade konusunun kötüleşmesi veya yok olması hâlinde, BGB a.F. § 347/2 hükmü uyarınca, iade borçlusu haksız zilyedin iadesine ilişkin hükümler uyarınca sorumlu tutuluyordu. BGB § 989 hükmüne yapılan yollama ile, tazminat rejimi haksız zilyedin iadesine ilişkin kurallara tabiydi.²⁴⁰ Sorumluluk, dönme anından değil, edimin elde edildiği andan itibaren başladığı için, kanuni dönmede bu hükmün uygulanması eleştiriliyordu.²⁴¹

İade alacaklısının kusuru ile dönme hakkının sona ermesi ve iade borçlusunun kusuru ile de haksız zilyetlikte iade hükümleri uyarınca tazminat sorumluluğu doğması, kusur kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda tartışmaları da beraberinde getirmişti. Sözleşmesel dönme hâllerinde, borçlunun kast ve ihmâlinde sorumlu olacağına ilişkin BGB a.F. § 276 hükmünün uygulanacağı ve tarafların edimi elde ettikleri andan itibaren kasten veya ihmal sonucu gerçekleştirdikleri kötüleşmelerden sorumlu olacakları kabul edilmekteydi.²⁴² Buna karşılık kanuni dönmede, dönmeye sebep olan tarafın edimi elde ettiği andan itibaren BGB a.F. § 276

²³⁹ Staudinger BGB – Kaiser, § 346, par. 129.

²⁴⁰ Malın yok olmasının ya da maldaki ciddi orandaki kötüleşmenin iade borcunu sonlandırması sonucunda, bu hükmün uygulama alanının dar olduğu ileri sürülmekteydi. Özellikle maddenin ciddi kötüleşme hâlinde iade borcunu ortadan kaldırması karşısında, malda gerçekleşen ciddi olmayan nitelikteki kötüleşmelerden dolayı tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktı. a.g.e., par. 124-125.

²⁴¹ Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 36.

²⁴² Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 126.

hükmü uyarınca sorumlu olacağı kabul ediliyordu.²⁴³ Öte yandan, eski sistemde, BGB a.F. § 327/ f. 2, sözleşmeden dönme beyanı kendisine iletilen asıl edimin borçlusunun kanuni dönmeye yol açan sebepten sorumlu olmadığı takdirde, yalnızca sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca sorumlu olacağını düzenlemekteydi. Ancak, bu hüküm asıl edimin borçlusunu daha çok koruduğu için doktrinde eleştirilmekte ve hükmün geniş yorumlanması ve ilgili tarafın ibaresi ile yalnızca dönme beyanının yöneltildiği tarafın değil, dönme hakkı sahibi tarafın da anlaşılması gerektiği ileri sürülmekteydi.²⁴⁴ BGB § 351 a.F. hükmündeki kusur (“*Verschulden*”) kavramı ise hâkim görüş uyarınca, kişinin kendi işlerinde gösterdiği özenin gösterilmemesi olarak yorumlanmaktaydı.²⁴⁵

Sözleşmeden dönme hakkına sahip taraf açısından özel bir düzenleme içeren BGB §350 a.F. hükmü uyarınca ise, iade konusunun sözleşmeden dönme hakkına sahip tarafın beklenmedik hâlden dolayı yok olması sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmamaktaydı. “*Mortuus redhibetur*” hakkının modern hukuklardaki izi olarak kabul edilen bu durumda,²⁴⁶ sözleşmeden dönme hakkına sahip tarafın, iade borcundan kurtulmasına karşılık, dönmeye sebebiyet veren tarafın iade borcu devam ediyordu. Satış sözleşmesi örneğinde, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, malı teslim edemeyecek olmasına karşılık, satış bedelinin iadesini talep edebilecekti. Bu durumda hasara dönmeye sebebiyet veren taraf olan iade alacaklısı katlanmaktaydı.

Tazminat talepleri açısından ise, önceki Alman Medeni Kanunu gerekçesinde, sözleşmeden dönmenin, sözleşmeden doğabilecek talepleri dışladığı açıkça belirtilmiştir.²⁴⁷ Nitekim o dönemde, sözleşmeden dönmenin diğer talepleri dışladığına dair görüşler mevcuttu. Örneğin *Türcke*, sözleşmeden dönme kavramının iki unsurdan oluştuğunu belirtmiştir. Birincisi, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek, tazminat talep etmesi ya da sözleşme ilişkisinden ayrılarak, bu ilişkinin hiç kurulmamış hâle getirilmesi. İkinci durumda, yazara göre ortada bir sözleşme ilişkisi kalmadığı için tazminat talebine de yer yoktu.²⁴⁸ Buna karşılık, Müşterek Hukukta

²⁴³ a.g.e., par. 127.

²⁴⁴ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 33; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 127.

²⁴⁵ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 128.

²⁴⁶ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 130.

²⁴⁷ Motive Bd. 2 S. 210

²⁴⁸ *Türcke*, **Rücktritt**, s. 6.

tazminat ve sözleşmeden dönmenin birbirini dışlar biçimde ele alınmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır.²⁴⁹

Sözleşmeden dönme ve tazminat hükümleri arasındaki ilişki, hazırlama çalışmaları sırasında tartışmalara konu olmuştur. Genel kanı, tazminatın “*aynen ifa talebinin sürrogatı*” olması sebebiyle, sözleşmeden dönme kurumu ile bağdaşmadığıdır.²⁵⁰ Bu görüş kapsamında, önceki Alman Medeni Kanunu’nun hem sözleşmeden dönme hem de sözleşme konusu edimden yararlanmaya devam etme imkânını vermediği ileri sürülmektedir.²⁵¹ BGB a.F. § 286 hükmü ise, tazminat ve dönme hükümlerini bir arada düzenlediği için, genel kuraldan bir istisna olarak görülmektedir.²⁵² Sözleşmeden dönme ile tazminat taleplerinin birbirini dışladığına ilişkin yargı, ifa etmemeden doğan olumlu zararın mı talep edilemeyeceği, yoksa olumsuz zararın da mı istenemeyeceği konusunda açık değildi. Burada yalnızca ifa menfaatinden doğan zararın istenemeyeceği savunulmaktaydı.²⁵³ Ancak, bazı yazarlar olumsuz zararın da istenemeyeceği görüşündeydi.²⁵⁴

D. 20. Yüzyıl – Dönüşüm Teorisinin Ortaya Çıkışı

20. yüzyıla geldiğimizde önemli kanunlarda sözleşmeden dönme kurumu artık genel hükümlerde düzenlenmektedir. Ancak, bu husus teorik tartışmaları sonlandırmamıştır. Bu yüzyılın başında yapılan temel tartışmalar artık sözleşmeden dönmenin ne kapsamda düzenlenmesi gerektiği ile ilgilenmiyordu. Yeni tartışmalar sözleşmeden dönmenin dönülen sözleşmeye etkisi üzerine idi. Bugün bu tartışmalar hâlâ belli bir ölçüde güncelliğini korumaktadır. Fakat, bu tartışmalara özellikle Alman

²⁴⁹ Littmann, **Rücktritt**, s. 22.

²⁵⁰ a.g.e., s. 43; Wilhelm Kisch, “Der Schadensersatz wegen nicht Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, C. 44, 1902, s. 111.

²⁵¹ Heinrich Siber, **Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2 - Schuldrecht**, Leipzig: Felix Meiner Verlag, 1931, s. 198.

²⁵² Paul Oertmann, “Die Bedeutung der Rücktrittserklärung”, **Dr. J. A. Seuffert’s Blätter für Rechtsanwendung**, S. 69, 1904, s. 73; Peters, **Rücktritt**, s. 28.

²⁵³ Stoll, **Schadensersatz**, s. 142.

²⁵⁴ Heinrich Titz, **Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht**, Leipzig: Verlag von Adolf Titz, 1900, s. 185 dn. 37; Kisch, **Schadensersatz**, s. 110; Dr. Schöller, “Nochmals der Schadensersatz wegen nicht Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen bei BGB”, **Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts / Hrsg. von J. A. Gruchot.**, C. 45, 1901, s. 517; Siber, **Schuldrecht**, s. 197.

hukukunda öncülük eden bir teori 1921 yılında ortaya atılmıştır. Bu teori *Stoll* tarafından geliştirilen dönüşüm teorisidir. Bu teori ilk olarak yazarın “*Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts*” isimli 1921 tarihli doktora tezinde geliştirilmiştir.²⁵⁵ Bu teorinin dayanaklarını daha iyi anlayabilmek adına, o dönem Alman hukukunda yapılan tartışmalar ve *Stoll*’ün fikirleri bu başlık altında ele alınacaktır.

1. Dönüşüm Teorisinden Önceki Tartışmalar

Alman Medeni Kanunu’nun hem ilk ve ikinci tasarısında hem de tasarı gerekçesinde sözleşmeden dönmenin sözleşme ilişkisini hiç kurulmamış hâle getireceği belirtilmekteydi²⁵⁶. Buna karşılık, kanunlaşan üçüncü tasarının gerekçesinde, dönmenin hukuki sonuçlarını belirlemek doktrin ve mahkemelere bırakılmıştı.

Alman Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, doktrinde def’î teorisi olarak adlandırılabileceğimiz “*Einredetheorie*”²⁵⁷ adı verilen bir görüş, sözleşmeden dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdirmediği fikrindeydi. Sözleşmeden dönme tarafların sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini sona erdirmekle beraber, onlara iadeye ilişkin yeni borçlar yüklemekteydi. Öte yandan, bu görüşe göre, dönülen sözleşme ifa edildiyse, tarafların eski hale iadeye yönelik talepleri, buna karşılık sözleşme ifa edilmemiş ise, sözleşmeden doğan edimler konusunda bir def’î hakkı bulunmaktaydı.²⁵⁸ Bu görüş, özellikle BGB’nin birinci tasarısındaki düzenleme ile benzerlik göstermekteydi.²⁵⁹ Bu görüş, kanunda açıkça

²⁵⁵ Bazı kaynaklarda, dönüşüm teorisinin ileri sürüldüğü ilk eser olarak *Stoll*’un 1929 tarihinde yayınlanan “*Rücktritt und Schadenersatz*” isimli makalesine atıfta bulunulduğu görülmektedir. Ancak, yazar dönüşüm teorisini ilk olarak bu makaleden yaklaşık 8 yıl önceki doktora tezinde ileri sürmüştür. Bkz. Buz, *Rückabwicklung*, s. 569, dn. 21.

²⁵⁶ Littmann, *Rücktritt*, s. 88.

²⁵⁷ Bu teori bazı yazarlarca dolaylı teori (“*indirekte Theorie*”) olarak da anlandırılmıştır. Peters, *Rücktritt*, s. 23; Otto Krapp, *Die Bedeutung und Wirkung der Rücktrittserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Göttingen: Gött. Tageblatt, 1931, s. 14; Willy Schmid, *Rücktritt und Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses*, Marbach: Remppis, 1934, s. 6.

²⁵⁸ Heinrich Dernburg, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Band 2, 1. Abteilung: Allgemeine Lehren*, 4. bs, Halle a.d.S., 1909, s. 291. Bernhard Mathiaß, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes*, 5. bs, Berlin: Verlag von O. Häring, 1910, s. 223. Crome ise, bu grupta olmakla birlikte, sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak sona erdiğini belirtmektedir. Carl Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts Band 2, 1: Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen ve Leipzig: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1902, s. 199.

²⁵⁹ Nelle, *Anfechtungs- und Rücktrittsrecht*, ss. 32-33.

düzenlenmediği ve taraf iradelerine aykırı olduğu için eleştirilmiş, daha sonra ise terkedilmiştir.²⁶⁰

Bu görüşün karşısında yer alan ve bir dönem hâkim görüş olarak kabul edilen görüş²⁶¹, bugün Türk hukukunda hâlâ etkili olan klasik dönme görüşüydü. Bu görüşe göre sözleşmeden dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak sona ermekteydi. Taraflar arasındaki borçlandırııcı işlemler geçmişe etkili olarak sona erecek ve ifa edilen edimlerin iadesi ile yükümlü olacaktı.²⁶² Yine bu görüş uyarınca, dönme düzenlemesi sebepsiz zenginleşme hükümlerinin özel bir görünümüydü.²⁶³ Bu teori, dönme açıklamasının sözleşme üzerinden doğrudan bir etkisi olduğunu ve sözleşmenin kendiliğinden hükümsüzleşeceğini belirtmekteydi. Bu görüşün vardığı ve daha sonra dönüşüm teorisinin gelişimine sebebiyet verecek en önemli sonuç, sözleşmeden dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracağı için sözleşmeye dayalı tazminat taleplerinin de ortadan kalktığıydı.²⁶⁴

“*Şart Teorisi*” isimli bir başka görüş ise, sözleşmeden dönme sonucunda, bozucu koşula bağlı bir iade yükümlülüğü doğduğunu ileri sürmekteydi. Öte yandan, bu görüş uyarınca, sözleşmeden dönme geçmişe etkili değil, ileri etkili sonuç doğurmaktaydı.²⁶⁵ Bu görüş, kanundaki düzenlemede bu yönde bir sonuç olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁶⁶

²⁶⁰ Oertmann, **Rücktrittserklärung**, s. 71; Stoll, **Rücktritt**, s. 12; Krapp, **Rücktrittserklärung**, s. 19.

²⁶¹ Bu teori ise doğrudan teori (“*direkte Theorie*”) olarak adlandırılmaktaydı. Krapp, **Rücktrittserklärung**, s. 15.

²⁶² Wilhelm Kisch, **Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich**, Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1900, ss. 143-44; F. Goldmann, L. Lilienthal, **Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt**, Berlin: Verlag von Franz Dahlen, 1903, s. 401; Cosack, **Lehrbuch**, s. 385; Peters, **Rücktritt**, s. 21; Siber, **Schuldrecht**, s. 197.

²⁶³ Kuhlenbeck, **Von den Pandekten**, s. 202; Oertmann, **Rücktrittserklärung**, s. 76. Krapp, **Rücktrittserklärung**, s. 24.

²⁶⁴ Peters, **Rücktritt**, s. 19.

²⁶⁵ Ancak Rehbein, sözleşmeden dönmenin geçmişe de etkili olduğunu belirtmektedir. Hugo Rehbein, **Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis Band 2 : Recht der Schuldverhältnisse. Allg. Bestimmungen. §§ 241 - 432**, Berlin: Verlag von H. W. Müller, 1903, ss. 249-50; Konrad Hellwig, **Anspruch und Klagerecht - Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht**, Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1900, s. 22.

²⁶⁶ Nelle, **Anfechtungs- und Rücktrittsrecht**, s. 35.

Alman Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde, dönüşüm teorisinden önceki dönemde de sözleşme ilişkisinin sona ermesinin yanı sıra, yeni bir sözleşme ilişkisinin doğacağına ilişkin yorumlar mevcuttu.²⁶⁷ Alman Medeni Kanunu yürürlüğe girmeden henüz üç yıl önce, sözleşmeden dönmeyi “*Alman Medeni Kanunu'nun en sevilen öğretilerinden biri*” olarak tanımlayan *Stammler*, dönme ile taraflar arasında *yeni bir sözleşme ilişkisinin* doğduğu görüşündeydi.²⁶⁸ Benzer şekilde, *Titze* de bu görüşü savunmaktaydı.²⁶⁹

Öte yandan, dönmenin etkisini edimlerin ifa edilip edilmediğine göre değerlendiren görüşler de söz konusuydu.²⁷⁰ *Seckel*, sözleşmeden dönmenin yeni bir hukuki ilişki doğurduğunu kabul etmekle birlikte²⁷¹, edimler ifa edilmemişse dönmenin geçmişe etkili, ifa edilmişlerse ileri etkili sonuç doğuracağı görüşündeydi.²⁷² *Gierke* de benzer bir sonuca varmıştır; ifa edilmemiş edimler söz konusu olduğunda, dönme sözleşme ilişkisinin sona ermesine yol açacaktır. Ancak, yazara göre ifanın gerçekleştiği hâllerde bu sona erme geçmişe etkili değildir; bu durumda, sözleşme ilişkisi *içerik değiştirecektir*.²⁷³ Burada *Stoll*'ün tezine dayanak olan fikirlerin gelişimini görmekteyiz. Yazar sözleşme ilişkisinin içerik değiştireceğine dair bu görüşü kendi görüşü için ana nokta hâline getirmiştir.

2. Stoll ve Dönüşüm Teorisi (“*Umwandlungstheorie*”)

Stoll tezinde, sözleşme ilişkisinin içerik değiştireceğine yönelik görüşlerin bulunduğunu, ancak bu görüşlerin kendi tezi öncesinde detaylı olarak incelenmediğini belirtmektedir.²⁷⁴ *Stoll*'e göre, sözleşmeden dönme sözleşme ilişkisinin varlığını değil, içeriğini etkilemektedir.²⁷⁵ Yazar, sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisinin

²⁶⁷ Kisch, *Unmöglichkeit*, s. 145; Littmann, *Rücktritt*, s. 95. Yazar, bu yeni ilişkiye sözleşme kurallarının uygulandığını belirtmektedir.

²⁶⁸ Rudolf Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlin: F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1897, ss. 129-30.

²⁶⁹ Titze, *Unmöglichkeit*, s. 165.

²⁷⁰ Bu görüşler de “*mittlere Theorie*” olarak anılmıştır. Krapp, *Rücktrittserklärung*, s. 16.

²⁷¹ Emil Seckel, *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954, C. 1907 Festschrift Bekker'de yayınlanan makalenin ayrı basımı, s. 15.

²⁷² a.g.e., C. 1907 Festschrift Bekker'de yayınlanan makalenin ayrı basımı, ss. 27-28.

²⁷³ Gierke, *Deutsches Privatrecht*, C. 3, s. 308.

²⁷⁴ Stoll, *Rücktritt*, s. 13.

²⁷⁵ a.g.e., s. 22.

sözleşmenin hükümsüzleşmesinde değil, sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin sona ermesinde kendini gösterdiğini savunmaktadır.²⁷⁶ Bu bağlamda, taraflar arasındaki edim yükümlükleri sona erip, iade yükümlülüklerine dönüşecek²⁷⁷; buna karşılık, asıl sözleşmeden doğan kefalet gibi şahsi teminatlar varlığını koruyacak, ancak onlar da içerik değiştirecektir.²⁷⁸ ²⁷⁹ Öte yandan, yetkili mahkemeye ilişkin sözleşme hükümleri de iade ilişkisine uygulanmaya devam edecektir.²⁸⁰ Bunun dışında, Stoll tezinde tazminat hükümlerine yalnızca kısaca değinmiştir,²⁸¹ dolayısıyla yalnızca buradan dönüşüm teorisinin tazminat taleplerinin dışlanmasını engellemek için ortaya konduğu sonucuna varmak zor olacaktır. *Stoll* sonraki eserlerinde, dönmenin tazminat talepleri üzerindeki etkisini ayrı olarak incelemiştir. Stoll, “*Sözleşmeden dönmenin tazminat taleplerini dışladığından*” bahseden mahkeme kararının, doktrin tarafından genelleştirilerek bir ilke hâline getirilmiş olduğunu savunmuştur.²⁸² *Stoll*, tazminat talepleri konusunda bir kanun boşluğu olduğu görüşündedir, ancak daha önceki kanunlarda da dönme ile tazminatın ayrı değerlendirilmesi sonucunda Alman Medeni Kanunu’nda da benzer bir düzenleme kabul edilmiştir.²⁸³

Stoll daha sonraki eserlerinde ise, taraflar arasında sözleşmenin yanında geniş kapsamlı bir “*Borçlar Hukuku Organizması*”²⁸⁴ oluştuğuna dayanmıştır; dönme gibi hukuki olguların bu organizma üzerindeki etkisi, bunların içeriğini değiştirmek olacaktır.²⁸⁵

²⁷⁶ a.g.e., s. 24.

²⁷⁷ a.g.e., ss. 44-45.

²⁷⁸ a.g.e., s. 66.

²⁷⁹ Ayni teminatlar açısından ise yazar farklı bir görüş benimsemekte ve ipoteğin iade borcu açısından geçerliliğinin söz konusu olmayacağını söylemektedir. a.g.e., ss. 68-70.

²⁸⁰ a.g.e., s. 75.

²⁸¹ a.g.e., ss. 30, 34-35, 73-74. Tazminat talepleriyle bağlantılı olarak, *Stoll*’ün dönüşüm teorisine dayanak olarak oluşturduğu nokta, Alman Medeni Kanunu’nun tarafları sözleşmenin hiç kurulmamış sayıldığı konuma getirmek olmadığı, çünkü bu durumda olumsuz zarar taleplerine izin verilmiş olacağıydı. s.34-35

²⁸² *Stoll*, **Schadenersatz**, s. 150.

²⁸³ Schmid, **Rücktritt**, ss. 30-32.

²⁸⁴ *Stoll*, tezinde BGB’nin borç ilişkisi kavramına yaklaşımının, bu kavrama yalnızca taraflar arasındaki edimlere ilişkin talep hakkını dâhil etmek olmadığı, Alman Medeni Kanunu’nun bu kavramla sözleşmeden doğabilecek her türlü ilişkiyi ele aldığını belirtmektedir. Bu vargı, muhtemelen daha sonraki eserlerinde *Stoll*’ün Borçlar Hukuku Organizması görüşünün temeli olmuştur. *Stoll*, **Rücktritt**, s. 26.

²⁸⁵ Heinrich Stoll, “Haftung für Verhalten während der Vertragsverhandlungen”, **Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht**, C. 17, 1923, ss. 532-48 passim.

Burada kısaca *Stoll* ile benzer görüşlere de değinmekte fayda vardır. *Herholz*, sözleşme ilişkisinin taraflar arasında bir “çerçeve ilişkisi (*Rahmenbeziehung*)” doğurduğunu, bu kapsamda sözleşmenin yalnızca tarafların borçlarından ibaret olmadığı görüşünü geliştirmiştir.²⁸⁶ Bu çerçeve ilişkisinde tarafların asli edim yükümlülükleri yanında, taraflar arasındaki sözleşmeden bağımsız olarak varlık gösteren başka borçlar da bulunmaktadır.²⁸⁷ Bu çerçeve ilişkide, *culpa in contrahendo*, kötü ifa, sözleşmenin müspet ihlâli gibi önceki Alman Medeni Kanunu döneminde açıkça kanunda yer almamış talepler de ileri sürülebilecektir. Çerçeve ilişki, taraflar arasındaki sözleşmeden bağımsız olarak doğar ve taraflar çerçeve ilişkiden karşı tarafın uğrayabileceği zararı karşılamakla yükümlü olacaklardır.²⁸⁸ Yazar, sözleşmeden dönmenin tarafların borçlarını geçmişe etkili olarak sona erdirdiğini kabul etmektedir.²⁸⁹ Buna karşılık, yazara göre, sözleşmeden dönme taraflar arasındaki borçları sona erdirse de tarafların bu çerçeve ilişkiden doğan (özellikle de tazminat) talepleri dönmeden sonra da geçerliliğini koruyacaktır.^{290 291}

Schmid ise sözleşmenin müspet ihlâli teorisi gibi burada da kanunda açıkça düzenlenmemiş bir konu üzerinde görüş oluşturmak gerektiğini belirtir.²⁹² Yazara göre, sözleşmeden dönme hâlinde iade ilişkisine uygulanacak ve kaynağını dürüstlük kuralından bulan kanundan doğan bir yükümlülük söz konusudur.²⁹³

²⁸⁶ bkz. Felix Herholz, “Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. (Ein Rechtsgrund für negative Interesseansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)”, *AcP*, C. 130, S. 3, 1929, ss. 257-324.

²⁸⁷ a.g.e., ss. 260, 276.

²⁸⁸ a.g.e., ss. 298-300. Yazar, *Stoll*’ün “Borçlar Hukuku Organizması” görüşüne de karşı çıkmaktadır, zira yazara göre, bu görüşün uygulanabilmesi için taraflar arasında bir şekilde bir sözleşme ilişkisinin kurulması aranacaktır. a.g.e., s. 282. Halbuki “çerçeve ilişkisi” görüşü kabul edilirse, tarafların arasında bir sözleşmenin varlığı aranmayacak, taraflar arasında sözleşme kurulmasından önce de bu çerçeve ilişkinin var olduğu kabul edilecektir. a.g.e., s. 285.

²⁸⁹ Herholz, *Rahmenbeziehung*, ss. 262-64. Yazar’ın *Stoll*’ün dönüşüm teorisine karşı çıktığı nokta, içerik değiştirmenin, ancak münferit borçlar için söz konusu olabileceği noktasındadır. a.g.e., s. 268.

²⁹⁰ Herholz, *Rahmenbeziehung*, s. 285. Bu kapsamda yazar, görüşünü gerekçelendirirken Alman Medeni Kanunu’nun sözleşmeden dönmeye tazminat hakkı tanımazken, satış sözleşmesinden dönme hükümlerinde tazminat talebine de izin verilmiş olmasının uygunsuzluğuna da işaret etmektedir. Yazar, satıştan dönme, sözleşmeden dönme, sözleşmenin iptali ve bozucu şartın gerçekleşmesi hâllerinin aynı sonuçları doğurması gerektiğini savunmuştur. a.g.e., s. 275.

²⁹¹ *Stoll* ise kendi görüşü ile *Herholz*’ün görüşü arasında temelde bir farklılık olmadığını belirtmiştir. *Stoll*, *Schadensersatz*, s. 146 dn. 9.

²⁹² Schmid, *Rücktritt*, s. 65.

²⁹³ a.g.e., s. 80.

Stoll'den sonra *Wolf* ve *Leser* de dönüşüm teorisinin geliştirilmesinde katkı sağlamıştır.²⁹⁴ Bugün dönüşüm teorisi sadece Alman hukukunda değil, uluslararası uyumlaştırma metinlerinde de kabul edilmektedir.

3. Alman Medeni Kanunu Reformu

2002 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu Reformu ile, öncelikle iade imkânsızlığı hâlinde bedel üzerinden iade yükümlülüğünün devam edeceği kabul edildi²⁹⁵ ve iade konusu edimin sözleşmeden dönme hakkına sahip tarafın kusuruyla kötüleşmesi veya yok olması ile iadenin başka bir şekilde imkânsızlaşması hâlinde dönme hakkının sona ereceğine dair BGB § 351 a.F. sona ermesine ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırıldı. Bedel üzerinden iade, kusurdan bağımsız olarak düzenlenmiş oldu.²⁹⁶ Yeni sistemde artık, bedel üzerinden iade düzenlemesi hem sözleşmeden dönen hem de dönme beyanının muhatabı taraf için aynı esaslara tabidir.²⁹⁷

Öte yandan, harcamalardan sorumluluk açısından haksız zilyetlikte iade hükümlerine gönderme yapan BGB § 347 a.F. hükmü yürürlükten kaldırıldı. Kanuni dönme hakkının ilgili tarafın kusuru olmadan oluşan bir sebepten dolayı kullanıldığı hâllerde, sorumluluğun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olacağını düzenleyen BGB § 327 a.F. hükmü yürürlükten kaldırıldı. Daha da önemlisi, “*mortuus redhibetur*” kuralından da vazgeçildi ve edim konusunun tarafların kusuru olmadan yok olduğu hâllerde de bedel üzerinden iade borcunun devam edeceği kabul edildi. Yeni sistemde, iade borçlusu kusurundan bağımsız olarak, malın kötüleşmesi ve yok olmasından dolayı bedel üzerinden iade ile sorumlu olacaktır. Eski düzenlemenin aksine olarak, hasar iade borçlusundadır.²⁹⁸

²⁹⁴ Soergel – Lobinger, Vor §346, par. 12.

²⁹⁵ Burada hakkın kötüye kullanılması yasağının bir sınır oluşturabileceği hakkında bkz. Juris PK – Faust, “§ 346”, par. 43.

²⁹⁶ Yves Döll, **Rückgewährstörungen beim Rücktritt**, 1. bs, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, s. 92; Staudinger - Kaiser § 346, par. 134; NK - Hager, § 346, par. 39; jurisPK - Faust § 346, par. 59.

²⁹⁷ Staudinger - Kaiser § 346, par. 133.

²⁹⁸ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 162; Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 100..

Bedel üzerinden iadeye ilişkin bu düzenleme ile sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca gerçekleşen iade taleplerinde uygulanan Saldo teorisinin sonuçlarının sözleşmeden dönme sonucu oluşan tasfiye ilişkisine de uygulandığı kabul edilmektedir.²⁹⁹

IV. CAYMA HAKKI

Diğer kurumlarla karşılaştırıldığında, cayma hakkı çok yeni bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Cayma hakkı Türk hukukunda ilk olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Önceki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, cayma hakkını önceleri yalnızca kapıdan satışlar için öngörmekteydi. öTKHK m. 8/ f. 2 kapıdan satış sözleşmelerine ilişkin olarak, bu sözleşmelerin tecrübe ve muayene şartı ile satım sözleşmesi niteliğinde olduğu düzenlenmekteydi. Bu nitelendirme, kapıdan satışların tecrübe ve muayene şartı ile satım sözleşmesi olmamaları gerekçesiyle eleştirilmekteydi.³⁰⁰ Bu düzenleme daha sonra değiştirilmiş ve “*tecrübe ve muayene şartı ile satım*” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Diğer tüketici sözleşmeleri açısından ise cayma hakkı düzenlenmemiştir.³⁰¹ O dönemde var olan sınırlı düzenlemeler ve cayma hakkının tüm tüketici sözleşmelerinde tüketiciye tanınan bir imkân olarak düzenlenmemesi eleştirilmekteydi.³⁰²

2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da değişiklikler yapılmıştır ve cayma hakkı hem kullanım şartları açısından kolaylaştırılmış hem de mesafeli sözleşmeler için açıkça düzenlenmiştir.³⁰³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da cayma hakkı kullanılması üzerine, tüketicinin kullanma karşılığı olarak bir

²⁹⁹ Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, ss. 47 ve 55.

³⁰⁰ Rona Serozan, “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, **Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi**, C. XV, S. 173/4, 1996, ss. 383-84.

³⁰¹ Bu dönemde, 21.12.1995 tarih ve 22500 sayılı Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usûl ve Esaslarına Dair Tebliğ ile mesafeli satış gibi diğer bazı satış türlerinin kapıdan satış olarak nitelendirilerek cayma hakkı bu sözleşmeler için de tanınmıştı. Bu kapsama devre tatil sözleşmeleri de dâhildi. Bu düzenleme ve o dönemki eleştiriler için bkz. Emine Aslı Küçükaydın, **Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2018, ss. 28, 32.

³⁰² Rona Serozan, “Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”, **İÜHFM**, C. 61, S. 1-2, 2003, s. 352.

³⁰³ Küçükaydın, **Geri Alma**, ss. 28-29.

bedel ödemesi yönündeki hüküm de 2003 yılındaki değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır.³⁰⁴ Nihayet, 2014 yılında giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile cayma hakkı daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Yeni sistemde ise, cayma hakkının sonuçları genel olarak düzenlenmemiş, her bir sözleşme açısından ilgili Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri veya Yönetmeliklerle hakkın kapsamı belirlenmiştir.

İsviçre hukukunda da Avrupa Birliği'ndeki gelişmelerin etkisiyle cayma hakkına ilişkin olarak düzenlemeler yapıldı.³⁰⁵ Cayma hakkı 1986 yılında kapıdan satışlar için,³⁰⁶ 1993 yılında³⁰⁷ tüketici kredileri için düzenlenmiş oldu. Kapıdan satışlara ilişkin düzenlemeler 1990'lı yıllarda değişime uğradı.³⁰⁸ Benzer şekilde tüketici kredileri için de reform gerçekleşmiş oldu ve 2003 tarihli İsviçre Tüketici Kredisi Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki taksitli satışa ilişkin hükümleri de yürürlükten kaldırmış oldu. Bu hükümler kredi sözleşmelerinde düzenlendi.³⁰⁹ İsviçre hukukunda mesafeli sözleşmeler açısından cayma hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuda, hazırlık çalışmaları bulunmakla beraber, bu çalışmalar henüz sonuçlanmamıştır.³¹⁰

Alman hukukunda da 1980'lerin sonu ile 1990'ların başlarında kapıdan satışlarda ve tüketici kredilerinde cayma hakkı kabul edilmiştir.³¹¹ Daha sonra, o dönemlerde yürürlükte olan mesafeli sözleşmelere ilişkin 97/7/EU sayılı direktifin³¹² iç hukuka aktarılması amacıyla BGB § 355 vd. hükümlerinde cayma hakkı

³⁰⁴ Serozan, **Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri**, s. 353.

³⁰⁵ Stephan Hartmann, "Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht - Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung", **ZSR**, C. I, 2008, s. 308.

³⁰⁶ Bühler, **Geschichte**, s. 114.

³⁰⁷ BK KKG – Giger, Vorb., para 56.

³⁰⁸ Bühler, **Geschichte**, s. 115.

³⁰⁹ CHK KKG – Brunner/ Moritz, Art. 1 - Art. 42, para. 18; Yeşim Atamer, **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 36.

³¹⁰ Daniel Donauer, Barbara A. Möri, "Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen", **AJP**, 2015, s. 345.

³¹¹ HKK BGB/ Thier §§ 346 – 359, para. 46. Diğer mevzuatlarda yer alan cayma hakkı benzeri düzenlemeler için bkz. Günter Reiner, "Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen", **AcP**, C. 203, S. 1, 2003, s. 3; Jonas Brinkmann, **Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf: zur Entkopplung der Rechtsfolgen im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie**, Berlin: Duncker & Humblot, 2018, s. 53.

³¹² Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts - Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent; OJ L 144, 4.6.1997, ss. 19–27. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31997L0007> (e.t. 27.11.2024)

düzenlenmiştir.³¹³ BGB'nin o dönem cayma hakkına ilişkin düzenlemeleri, sözleşmeden dönme düzenlemesinden ayrılmaktaydı. Malın aynen iadesi mümkün değilse, tüketici yine de cayma hakkını kullanabilmekteydi.³¹⁴ 2002 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu Reformu ile cayma hakkı için sözleşmeden dönme hükümlerinde gerçekleştirilen değişiklikler cayma hakkını da etkilemiş oldu ve BGB §346 hükmünde hasarın geriye intikaline ilişkin düzenlemeler 2014 yılına kadar cayma hakkı için de geçerliliğini korudu.³¹⁵ BGB § 357 a.F. düzenlemesi ile sözleşmeden dönme hükümlerine gönderme yapıldığı için, cayma hakkının bir tür sözleşmeden dönme imkânı olduğu da kabul edilmiş oldu.³¹⁶

Fransa örneğinde ise, cayma hakkı 1972 yılında kampanyalı satışlar ve kapıdan satışlar için düzenlenmiştir.³¹⁷ Bu kanunun üçüncü maddesinde tüketicinin 7 gün içinde hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmeden vazgeçebilmesi imkânı düzenlenmişti. Daha sonra 1993 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun L 121-20 maddesinde 7 günlük bir cayma hakkı süresi tanınmıştı.³¹⁸ 2014 yılındaki değişikliklerle bu süre 14 güne çıkarılmış oldu.³¹⁹

E. Değerlendirme

Bu bilgilerden ne gibi sonuçlar çıkarabiliriz? Öncelikle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin gelişimi incelendiğinde, bunların esasında geçersiz sözleşmelerin tasfiyesini sağlamak gibi bir amacı olmadıklarını görmekteyiz.³²⁰ Bugün edim zenginleşmeleri ve edim dışı zenginleşmeler konusunda yaptığımız ayırım da görece yenidir. Yine soyutluk ilkesinin ve aynı sözleşme kavramlarının yerleşmesi ile, sebepsiz zenginleşmeye tanınan alan genişlemiştir. Öte yandan, iyiniyetli

³¹³ Peter Mankowski, **Beseitigungsrechte: Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute**, Mohr Siebeck, 2003, s. 33.

³¹⁴ Bedel üzerinden iade borcu ise bilgilendirilmemiş tüketici açısından kastı ve ağır ihmali ile sınırlı idi. Bkz. HKK BGB/ Thier §§ 346 – 359, para. 47.

³¹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm/ IV.

³¹⁶ HKK BGB/ Thier §§ 346 – 359, para. 51.

³¹⁷ Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

³¹⁸ Hanane Ourini, **Essai sur l'eupéanisation du droit de la consommation**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Avignon: Université d'Avignon, 2016, par. par. 219.

³¹⁹ a.g.e., par. 224.

³²⁰ Karş. Jansen, **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, s. 146.

zenginleşenin iade borcunun sınırlandırılması 19. yüzyıl doktrininin etkisi üzerine yerleşmiştir. Bu durum, 20. yüzyılda kesin hükümsüz sinallagmatik sözleşmelerin tasfiyesinde iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun sınırlanmadan ele alınabilmesini sağlamayı amaçlayan pek çok tartışmayı doğurmuştur.

Geçersizlik ve iptal edilebilirlik hâllerinin oluşumu da esasında 19. yüzyıla dayanmaktadır. Buna karşılık, cayma hakkı diğer kurumlara nazaran çok daha yenidir.

Sözleşmeden dönmenin gelişimi ise kanaatimce çok ilginç bir seyir izlemiştir. Uzun yüzyıllar boyunca genel bir sözleşmeden dönme hakkı geliştirilmeye çalışılmış, ancak bu hususa karşı olumsuz yaklaşılmıştır. Roma hukukunda satış sözleşmesi için tanınan imkânlar ise, genel bir dönme hakkına dönüştürülmemiştir. Bu açıdan sözleşmeden dönme 19. yüzyıl kanunlarının bir ürünüdür demek doğrudur. Buna karşılık, sözleşmeden dönme bir diğer yanıyla da çok eski bir kurumdur. Uzunca bir süre bu hakkın ne şekilde olması gerektiği tartışılmışken, genel bir sözleşmeden dönme hakkının artık kanunlarda yer alması ile bu sefer de dönülen sözleşmenin yarattığı etkiler tartışma konusu olmuştur. Bir diğer ilginç nokta, *mortuus redhibetur* ilkesinin İsviçre ve Fransa için satış sözleşmeleri kapsamında, Almanya için ise bir dönem sözleşmeden dönme kapsamında yaşamış olmasıdır.

Bütün bu sürecin bize bıraktığı miras, farklı tasfiye sebepleri ile tasfiye modalitelerinin varlığı olmuştur. Özellikle sözleşmeden dönme hakkının bir dönem *condictio* talepleriyle sağlanmaya çalışılması bu kurumlar arasındaki benzerliği de daha çok ortaya koymaktadır. Bu açıdan şu sonuca varmamız mümkün olabilir. Geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesi görece yeni bir sorundur. Bu açıdan incelediğimiz kurumların hiçbirinde sinallagmatik sözleşmelerde tasfiyenin nasıl gerçekleşmesi gerektiği hususu *Bolze*'nin 1893 yılındaki makalesine kadar sorgulanmamıştır.

Günümüzde ise, yeknesak bir tasfiye rejiminin nasıl olması gerektiğine dair tartışmalar yoğun bir biçimde yapılmaktadır. Bu açıdan bu tez kapsamında incelenen sorunun güncel bir sorun olduğunu ve özellikle iade imkânsızlığının tasfiye sürecine

etkisi hususunda günümüz şartlarına uyan bir esasın geliştirilmesine ihtiyaç duyulduğunu saptamak gereklidir.



İKİNCİ BÖLÜM – TASFİYE İLİŞKİSİ DOĞURAN HÂLLER VE TASFİYEYE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ İÇİN YARARLANILAN İLKELER

I. GİRİŞ

Sözleşmelerin tasfiyesine uygulanacak hükümlerin neler olduğunu tespit etmeden önce, hangi hâllerin sözleşmeleri geçmişe etkili olarak sona erdirip, tasfiye ilişkisi yarattığından kısaca bahsetmek gerekmektedir.

İkinci Bölümün ilk kısmında tasfiye ilişkisi yaratan hâller ele alınacaktır. Bu kapsamda kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, sözleşmeden dönme, imkânsızlık, işlem temelinin çökmesi ve cayma hakkı kavramları ile tasfiyeye yol açabilecek diğer sebeplere kısaca değinilecektir.

İkinci Bölümün ikinci kısmında tasfiyeye uygulanacak hükümlerin ne şekilde tespit edildiği incelenecektir. Bu tespitte kılavuz işlevi göreceк sebebe bağılılık ve sebepten soyutluk kavramları ile bu iki kavramın arasındaki ayrımı ortadan kaldıracak güçteki geçersizlik özdeşliği kavramı ele alınacaktır. Ayrıca Fransız hukukundaki birlik ilkesi ve tüm bu ilkelerin tasfiye açısından etkisi değerlendirilecektir.

II. TASFİYE İLİŞKİSİ YARATAN HÂLLER

Bir sözleşme ilişkisi kurulurken tarafların hedefi, sözleşme ile üstlendikleri edimleri bir sorun yaşamadan ifa etmektir. Ancak, bazen tarafların bu isteğini gerçekleştirmeleri sözleşmenin kanunda taşınması gereken geçerlilik şartlarını taşımaması sebebiyle mümkün olmaz. Bazı hâllerde, sözleşme kesin hükümsüzdür, bazı hâllerde ise taraf iradelerini sağlıklı bir biçimde yansıtmadığı için iptal hakkı kullanılır.

Bazı hâllerde ise sorun sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkabilir. Taraflardan biri sözleşmeden dönebilir, tüketici olan taraf cayma hakkını kullanabilir, edimlerin ifası imkânsızlaşabilir ya da geçerliliği bozucu şarta bağlı bir sözleşmede şart gerçekleşebilir.

Sözleşmenin ifasının başarı ile gerçekleşmediği ve kural olarak sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak bozan bu hâllerin neler olduğu ele alınacaktır. Bu kapsamda, kesin hükümsüzlük hâlleri,³²¹ iptal edilebilirlik hâlleri, sözleşmeden dönme, imkânsızlığın sözleşme veya edimler üzerindeki etkisi, işlem temelinin çökmesi, cayma hakkının kullanılması ve dijital içerikli sözleşmeler açısından ortaya çıkan sözleşmenin sona erdirilmesi kavramları incelenecektir.

A. Kesin Hükümsüzlük Hâlleri

Kesin hükümsüzlük, bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendiren unsurlarda bulunan eksiklik sebebiyle geçersiz olmasını ifade eder.³²² Kesin hükümsüzlük sonucunda sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz olup, bu

³²¹ Genel işlem koşullarına uygunluk da bazı sözleşmelerin taşınması gereken şartlardan biri olmak ve bunlar için öngörülen yazılmamış sayılma şartının niteliği tartışmalı olmakla birlikte, geçersizlik sözleşmenin bütününe ilişkin olmayıp, ilgili genel işlem koşulunun yazılmamış sayılması ile sonuçlanacağından sözleşmenin tasfiyesi gündeme gelmeyecektir. Bu nedenle bu kavrama yer verilmemiştir.

³²² M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 26. bs, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, par. par. 750; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs, İstanbul: Vedat, 2023, par. par. 544; Karş. Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs, İstanbul: On İki Levha, 2020, par. par. 532; Turhan Esener, Fatih Gündoğdu, **Borçlar Hukuku I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 242. Kesin hükümsüzlük kavramı ile kamu düzeni vurgusunu yapmadan sözleşmenin taşınması gereken geçerlilik şartlarını taşımasını ifade eden yazarlar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. bs, İstanbul: Filiz, 2008, blm. blm. 43 para. 10 vd. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 28. bs, Ankara: Legem, 2023, par. par. 1046; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin, 2021, s. 240 vd. Andreas Furrer, Markus Müller-Chen, Bilgehan Çetiner, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. bs, İstanbul: On İki Levha, 2021, par. par. 468 vd. Butlan kavramını kullanan yazarlar için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 375 vd. Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bs, İstanbul: Beta, 2023, s. 39 vd. Hükümsüzlük teorilerine ilişkin genel bilgi için bkz. René Des Gouttes, “Système des nullités en droit suisse”, **ZSR**, C. 48, 1929, ss. 348-413; Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu’nun Sistemi**, Ankara, 1963; Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul: On İki Levha, 2016; Fahri Erdem Kaşak, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 357 vd.

geçersizlik geçmişe etkilidir.³²³ Sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiren bu hâller, sonuçları itibariyle aşağıda kısaca ele alınmıştır.

1. Türk ve İsviçre Hukuku

a. Ehliyet

Türk ve İsviçre hukuklarında bütün hukuki işlemler için aranan geçerlilik şartlarının başında ehliyet gelmektedir. Ehliyete ilişkin sınırlamalar, ilgili kişilerin hukuki işlem güvenliğini sağlamak için getirilmiştir.³²⁴ Bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulması, işlem sırasında fiil ehliyetinin bulunmasına bağlı kılınmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında, tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizlerin işlem ehliyeti farklı iki rejimde ele alınmaktadır. Öte yandan Türk hukukunda, İsviçre hukukundan farklı olarak, sınırlı ehliyetlilere ait danışman atanması rejimi uygulaması devam etmektedir.

Tam ehliyetsizler açısından genel ilke, bu kişilerin gerçekleştirmiş olduğu hukuki işlemlerin geçersiz olarak kabul edilmesidir; zira, bu kişilerin davranışlarının sonuçlarını öngöremeyecekleri kabul edilir.³²⁵ Türk ve İsviçre Medeni Kanunları, ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizlerin hukuki işlemlerinin sonuç doğurmayacağından bahsetmektedir. Bu durumda, bu kişilerin yapmış olduğu işlemler kesin hükümsüzdür.³²⁶

³²³ Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I**, 3. bs, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984, s. 225; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, böl. 43 para. 10-21; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 546; Oğuzman, Barlas, **Medeni**, par. 753; Tekinay vd., **BG**, s. 375; Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat, 2018; Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 18. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023, ss. 1157-58; Eren, **BG**, par. 1046; Nomer, **BG**, par. 39; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, ss. 242-43.

³²⁴ BK ZGB – Bucher/ Aebi-Müller, Vorbemerkungen vor Art. 12-19d, par. 11; BSK ZGB - Fankhauser, Art. 17, par. 5; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 393.

³²⁵ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku**, 18. bs, İstanbul: Beta, 2022, C. 1, s. 307; BSK ZGB - Fankhauser, Art. 12, par. 36. Buna karşılık, tam ehliyetsizlerin sebepsiz zenginleşme borçlusu olabilecekleri ve vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca iş sahibi olabilecekleri unutulmamalıdır. bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 22. bs, İstanbul: Filiz, 2024, par. par. 258; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku II: Kişiler Hukuku**, 23. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, par. par. 394 ve 397.

³²⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 255; Oğuzman, Barlas, **Medeni**, par. 691; Dural, Ögüz, **Kişiler**, par. 354; CR CC I – Werro/ Schmidlin, Art. 18, par. 16; BSK ZGB I - Fankhauser, Art.

Ehliyetsiz bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu hukuki işlem sonucunda ifa edilen edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme veya istihkak hükümleri ile sağlanacaktır.³²⁷ Ehliyet eksikliği hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işleminin kesin hükümsüzlüğüne yol açacağı için, mülkiyet devrini hedef alan işlemlerde devir gerçekleşmeyecektir.³²⁸ Bu durumda, taşınırlar için istihkak talebi, taşınmazlar için ise tapu sicilinin düzeltilmesi talebi söz konusu olacaktır.³²⁹ Edim konusunun tüketildiği ve elden çıkarıldığı hâller, veya karışma ya da birleşme ile mülkiyetin ehliyetsiz kişiye ait olması ve para edimlerinin iadesi ise sebepsiz zenginleşme talebi ile gerçekleşir.³³⁰ Öte yandan, ehliyetsiz kişinin bir başkasının işini görmesi hâlinde, vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması da gündeme gelebilecektir.³³¹

Benzer şekilde, sınırlı ehliyetsizler,³³² kendilerini borç altına sokacak işlemleri³³³ yasal temsilcilerinin rızası olmadan yapamazlar. Yasal temsilcilerinin rızası bulunmayan işlemler hükmü rıza verilene kadar askıdadır. Bu sürede sınırlı

12, par. 38; BSK ZGB - Fankhauser, Art. 16, par. 44; Serozan, **Medeni**, s. 436; BK ZGB - Bucher, / Aebi-Müller, Art. 18, par. 60; Nomer, **BG**, par. 47; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 395. Kesin hükümsüzlük yaptırımını eleştiren yazarlar için bkz. BK ZGB - Bucher/ Aebi-Müller – Vor., par. 61; Serozan, **Medeni**, s. 436; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, ss. 310-12.

³²⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 260; Serozan, **Medeni**, s. 449; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, İstanbul: Legal, 2016, s. 70.

³²⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 260. İstisnai olarak borçlandırıcı işlem gerçekleştiği anda ayırt etme gücü bulunmayan kişi tasarruf işlemi sırasında ayırt etme gücünü kazanmış olabilir. Burada sebebe bağlılık ilkesi uygulanırsa tasarruf işlemi de geçersiz olacaktır, ancak sebepten soyutluk ilkesi uyarınca borçlandırıcı işlemdeki geçersizlik tasarruf işlemi etkilemeyecektir.

³²⁹ a.yer; Bucher, Aebi-Müller, “BK/ Bucher/ Aebi-Müller - Art. 18”, par. 109.

³³⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 260; Bucher, Aebi-Müller, “BK/ Bucher/ Aebi-Müller - Art. 18”, par. 110, 112.

³³¹ BK ZGB - Bucher/ Aebi-Müller - Art. 18, par. 120. TBK m. 528 uyarınca “İşgören, sözleşme ehliyetinden yoksunsa, yaptığı işlemde ancak zenginleştiği ölçüde veya iyiniyetli olmaksızın elinden çıkardığı zenginleşme miktarıyla sorumlu olur”.

³³² Hukukumuda sınırlı ehliyetsizler ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılardır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 289. İsviçre hukukunda ise kısıtlılık kurumu 2013 yılında yürürlüğe giren Medeni Hukuk değişiklikleri ile artık kaldırılmıştır. Kısıtlılık kurumu yerine, daha esnek nitelikte bir kayımlık kurumu getirilmiştir. Bkz. Paul-Henri Steinauer, Christina Fountoulakis, **Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte**, Berne: Stämpfli Editions SA, 2014; Aslı Açıkgöz, **Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha, 2017.

³³³ Bu işlemler, sınırlı ehliyetsizleri borç altına sokacak, onlara sorumluluk yükleyecek ya da onlar adına hak kaybına yol açabilecek hukuki işlemler olarak tanımlanabilir. BSK ZGB - Art. 19, par. 19. Bu işlemler arasında, tasarruf işlemleri de yer almaktadır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 294; CR CO – Werro/ Schmidlin, Art. 17, par. 17; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 78. Buna karşılık sınırlı ehliyetsizler karşılıksız kazanmaları tek başına gerçekleştirebilir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabilir; ayrıca temsilci olarak bir hukuki işlemin tarafı olabilirler. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 319-333; Dural, Ögüz, **Kişiler**, par. 467-484; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, ss. 324-27.

ehliyetsiz değil, işlemin diğer tarafı işlemle bağlı olacaktır.³³⁴ Rıza verilmediği hâlde işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olur.³³⁵

Sınırlı ehliyetsiz işlemin karşı tarafında fiil ehliyetine sahip olduğu yönünde bir kanaat uyandırdıysa tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır (ZGB m. 19b f. 2/ TMK m. 452/ f. 2). Bu durumda, işlemin tarafının uğradığı olumsuz zarar tazmin edilecektir.³³⁶

Öte yandan, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilci rızası ile dahi gerçekleştiremeyecekleri işlemler mevcuttur. Bu işlemler kefil olmak, önemli bağışta bulunmak ve vakıf kurmaktır. Bu işlemler ise kesin hükümsüz olacaktır.³³⁷ ZGB m. 412 ile, yeni düzenlemede de yasak işlemler³³⁸ öngörülmüştür. Bu işlemler, önceki düzenlemede olduğu gibi kefil olmak, önemli bağışta bulunmak ve vakıf kurmaktır.³³⁹ Ayrıca, aynı madde ile ilgili kişi veya ailesi için önemli olan malvarlığı değerlerinin de elden çıkarılamayacağı düzenlemesi getirilmiştir. Bu maddeye aykırı olarak bu işlemlerin gerçekleştirilmesi hâlinde, işlem geçersiz olacaktır.³⁴⁰ ZGB m. 416'da da Çocuk ve Yetişkin Koruma Kurumu'nun kararı ile gerçekleştirilebilecek işlemler yer almaktadır. Bu işlemler için Kurum'un dahli, işlemlerin ancak sınırlama kapsamında yer alması hâlinde söz konusu olacaktır.³⁴¹ Kurum'un onayı olmadan yapılan

³³⁴ Kurt Affolter, "Art. 407", **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2022, par. 9; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, s. 331.

³³⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 314; Oğuzman, Barlas, **Medeni**, par. 693; Dural, Ögüz, **Kişiler**, par. 461; Nomer, **BG**, par. 48.11; Karş. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, s. 331.

³³⁶ BSK ZGB - Geiser, Art. 452, par. 37; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 316. Bu tazminat sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayandığı hakkında bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, s. 333.

³³⁷ BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 19, par. 22. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, s. 335.

³³⁸ Bu işlemlerin kayyım açısından yasak olduğu, buna karşılık ilgili kişinin fiil ehliyetinin sınırları içinde bu işlemleri yapabileceği hakkında BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 19. İlgili kayyımlık türüne göre bir ayırım yapan ve yasak işlemlerin fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı temsil kayyımlığı ile genel kapsamlı kayyımlıkta söz konusu olacağını savunan görüş için bkz. BK ZGB – Bucher/ Aebi-Müller, Art. 19-19c, par. 70.

³³⁹ Bu işlemlerin velâyet hakkı kapsamında küçüğün temsili açısından da yasak işlem olarak sayılmaması ve velinin bu işlemleri yapabilmesi gerektiği hakkında bkz. BK ZGB - Bucher/ Aebi-Müller - Art. 19-19c, par. 69.

³⁴⁰ Steinauer, Fountoulakis, **Personnes physiques**, par. 1213; Heinz Hausheer, Thomas Geiser, Regina E. Aebi-Müller, **Das neue Erwachsenenschutzrecht**, 2. bs, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014, par. 2.143; OFK ZGB - Art. 412, par. 1; BSK ZGB I - Affolter, Art. 407, par. 9; CHK ZGB - Schönenberger, Art. 240, par. 2; Nomer, **BG**, par. 48.11.

³⁴¹ BSK ZGB - Vogel, Art. 416/ 17, par. 11.

işlemlerin hükmü, yasal temsilcinin rızasını göstermediği işlemler gibidir (ZGB m. 418).

Sınırlı ehliyetsizlerin hükümsüz işlemleri sonucunda iade sebepsiz zenginleşme veya istihkak talebi ile gerçekleşecektir. Buna göre, taşınır ve taşınmazlarda istihkak talebi, para ve diğer edimler için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulur.³⁴² İade konusunda, TMK m. 452, sebepsiz zenginleşme rejiminden farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, iade borçlusu sınırlı ehliyetsiz “*sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur*”.³⁴³ ZGB m. 19b uyarınca, fiil ehliyetine sahip olmayan kişi, “*edimin kendi yararına kullanıldığı ölçüde, ya da zenginleştiği ölçüde veya kötüniiyetle edim konusunu elden çıkardığı takdirde*” sorumlu olacaktır.

Son olarak, kendilerine yasal danışman atanmış kişilerin ehliyetinden bahsedilmelidir. Bu kişiler, “*sınırlı ehliyetliler*” olarak adlandırılmaktadır.³⁴⁴ İki tür yasal danışmanlık mevcuttur; oy ve yönetim danışmanlığı. Oy danışmanlığında, kendisine yasal danışman atanmış kişi, yasal danışmanın oyuna ihtiyaç bulunmayan işlemleri kendi başına yapabilirken, danışmanın oyunun gerektiği işlemler açısından rızanın yokluğu işlemi kesin hükümsüz kılmaktadır.³⁴⁵ Yönetim danışmanlığında ise, malvarlığının yönetimini danışman tek başına yürütebilecek ve kendisine danışman atanan kişiyi temsil edebilecektir.³⁴⁶

³⁴² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 315; Dural, Ögüz, **Kişiler**, par. 462; Serozan, **Medeni**, s. 449; Franz Werro, Irène Schmidlin, “Art. 19b”, **Commentaire Romand - Code Civil I**, Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023, par. 5; Roland Fankhauser, “Art. 19b”, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2022, par. 3. Yalnızca sebepsiz zenginleşme kapsamında iade için bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, ss. 332-34; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 398.CR

³⁴³ Bu hükmün kıyasen tam ehliyetsizlerin iade borcu için de uygulanması gerektiği hakkında Serozan, **Medeni**, s. 438.

³⁴⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 344; Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, s. 319; Karş. Dural, Ögüz, **Kişiler**, par. 336.

³⁴⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 346; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 65; Ekrem Kurt, “Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Hukuki Durumu”, **UAÜHFD**, C. 4, S. 8, 2016, ss. 52-53. Burada tek taraflı bağlamazlık olduğu hakkında bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş, **Kişiler**, C. 1, s. 340.

³⁴⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler**, par. 347.

İsviçre hukukunda ise, yeni düzenleme ile yasal danışmanlık rejimi yeni kayyımlik rejimi ile yürürlükten kaldırılmış olduğu için “sınırlı ehliyetlilik” rejimi de ortadan kalkmıştır.

b. TBK m. 27’de Yer Alan Kesin Hükümsüzlük Sebepleri

Bu grup altında, sözleşme ilişkisinin tasfiyesine de yol açacak ehliyet dışındaki kesin hükümsüzlük hâlleri kısaca ele alınacaktır. Birinci grupta, Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar olarak görülen hükümsüzlük sebepleri bulunmaktadır.³⁴⁷ Madde metninde bahsedilen diğer hükümsüzlük hâlleri, tarafların sözleşme kurmaktaki menfaatlerinin üzerinde bir önemi olduğu kabul edilen değerlerin korunmasını amaçlamaktadır.³⁴⁸ TBK m. 27/ f. 1 ve OR 19 ve 20 hükümleri,³⁴⁹ kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olarak kurulan sözleşmelerin ve konusu imkânsız olan kesin hükümsüz olacağını belirtmektedir. OR m. 19 ve 20 ile TBK m. 27 hükmüne aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür.³⁵⁰

³⁴⁷ İstŞ TBK/ Oktay Özdemir, m. 26, para. 43; BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 1 ve 12; CHK OR - Kut, Art. 19 - 20, par. 7; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Zürich: Schulthess, 1964, s. 109; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Pierre Tercier, **La partie générale du droit des obligations: (Sans la responsabilité civile)**, 2. bs, Zurich: Schulthess, 1982, par. par. 440; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 248 vd. Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)**, 2. bs, Zurich: Schulthess, 1988, ss. 238-39; Max Keller, Christian Schöbi, **Das schweizerische Schuldrecht - Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1988, s. 141 vd. BK OR - Kramer, OR 19, OR 20, par. 2; Theo Guhl vd., **Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. bs, Zürich: Schulthess, 2000, s. 40; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 10. bs, Zürich: Schulthess, 2014, par. par. 629; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 7. Auflage Bern: Stämpfli Verlag, 2016, par. 32.01; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 527; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 272; Tekinay vd., **BG**, s. 369; Eren, **BG**, par. 1001; Nomer, **BG**, par. 50.5; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 777; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, ss. 218-19; Andreas Abegg, “Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im System von Art. 19 und 20 OR - eine historisch evolutorische Perspektive”, **AJP**, C. 14, S. 9, 2005, s. 1113.

³⁴⁸ BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 14. Farklı bir yaklaşım için Abegg, **Rechtsfolgen**, s. 1114.

³⁴⁹ Emredici hükümlerin kamu düzeni, ahlâk ve kişilik haklarına aykırılık kavramları ile ilişkisi konusunda İsviçre hukukunda ve önceki Borçlar Kanunu döneminde Türk hukukunda yapılan tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 528 vd. Abegg, **Rechtsfolgen**, s. 156 vd. Kaşak, **Emredici Hükümler**.

³⁵⁰ İstŞ TBK/ Ergüne/ Kurşun, m. 27, para. 4, 44; BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 52; von Tuhr, Peter, **AG I**, ss. 225, 252-53; Büren, **AT**, s. 111; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 466-467; Bucher, **AT**, s. 241; Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, s. 140 vd. BK - Kramer, Art. 19, 20, par. 308; Pierre Engel, **Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO**, 2. bs, Berne: Stämpfli, 1997, s. 293; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 45; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 681; Schwenzer, **AT**, par. 32.35; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 272, 544-546; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 819-820; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **BG**, par. 50.5; Rouiller, **Der**

Taraflar, edimlerini ifa etmişlerse, edimlerin iadesi istihkak veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir.³⁵¹ Hukuka veya ahlâka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin edimlerinin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştiği hâllerde, TBK m. 81 hükmü de dikkate alınacaktır. Buna göre, “*hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemeyecektir*”.³⁵²

Belirtilmesi gereken bir başka husus, İsviçre hukukunda, OR m. 20/ f. 1 hükmüne aykırılık hâlinde kesin hükümsüzlük yaptırımının ne zaman doğacağı hususudur. Eğer ihlâl edilen norm açıkça sözleşmenin kesin hükümsüz olacağını düzenlemekteyse veya normun amacından normun kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmüş olduğu tespit edilebiliyorsa, bu yaptırım uygulanır.³⁵³ Bu durumda tasfiye, ancak ilgili normun koruma amacı kapsamında söz konusu olur.³⁵⁴

Ayrıca, TBK m. 27/ OR m. 20 ile esnek bir hükümsüzlük hâlinin kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre uygulanacak yaptırım, ihlâl edilen

widerrechtliche Vertrag, s. 47. Burada esnek hükümsüzlüğün olması gerektiği hakkında Eren, **BG**, par. 1048.

³⁵¹ Büren, **AT**, s. 111; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 468; Bucher, **AT**, s. 242; Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, s. 148; Schwenger, **AT**, par. 32.37; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 824.

³⁵² Bu hükmün genel kesin hükümsüzlük sebebi olan ahlâka aykırılık ile ilişkisinde iki hükmün kapsamının birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir. TBK m. 27 açısından ahlâka aykırılıkta sözleşme konusundaki amacın ahlâka aykırılığı değerlendirilecek, TBK m. 81 açısından ise kazandırmada bulunan kişinin nasıl bir amaçla hareket ettiğine bakılacaktır. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. bs, İstanbul: Vedat, 2023, par. par. 1056.

³⁵³ BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 55; Olivier Guillod, Gabrielle Steffen, “Art. 19, 20”, **Commentaire Romand - Code des obligations I**, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, par. 97; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 472; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 253; Bucher, **AT**, s. 254; Hans Giger, **Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge**, Zürich: Schulthess Poligraphischer Verlag AG, 1989, ss. 81, 128; BK - Kramer, Art. 19, 20, par. 321 vd. Engel, **Traité**, ss. 271, 277-79; Guhl vd., **Obligationenrecht**, böl. 7 par. 21; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 684; Schwenger, **AT**, par. 32.37; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 795; Claire Huguenin, **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel: Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR**, Bern: Stämpfli, 1984, s. 19; Rouiller, **Der widerrechtliche Vertrag**, s. 25; Abegg, **Rechtsfolgen**, s. 1121; Karşı görüşte bkz. Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, s. 146; Karl Oftinger, “Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht”, **Zeitschrift des schweizerischen Rechts**, C. 57, 1938, s. 550a. Emredici ve yasaklayıcı kurallar ayırımı açısından hükmün amacını dikkate alan görüş için bkz. Tekinay vd., **BG**, s. 395; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 539; Akbulut, **Hükümsüzlük**, s. 221.

³⁵⁴ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 44; Acocella, **Nichtigkeitsbegriff**, s. 494; Huguenin, **Nichtigkeit**, s. 92.

norma göre belirlenmelidir.³⁵⁵ Bu hâlde yaptırım kesin hükümsüzlük, tek taraflı bağlamazlık, geçersizliği ileri sürebilecek kişilerin sınırlanması olabileceği gibi, hükümsüzlüğün ileri etkili sonuç doğurması, belli hâllerde hükümsüzlüğün düzelmesi ya da taraflara bir tazminat hakkı vermesi de söz konusu olabilir.³⁵⁶ Bu görüşün kişilik haklarına aykırı sözleşmeler açısından kabul gördüğünü söyleyebilmek mümkündür.³⁵⁷ İFM ahlâka aykırılık hâlinde kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamaktayken, kişilik haklarına aykırılık hâllerinde başka yaptırımlara hükmedebilmektedir. Mahkemeye göre, kişiliğin çekirdek alanına ilişkin sözleşmeleri diğer kişilik haklarına ilişkin sözleşmelerden ayırmak gerekir.³⁵⁸ Kişiliğin çekirdek alanına ilişkin sözleşmelere uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlüktür. Buna karşılık, kişiliğin çekirdek alanına ilişkin olmasa da kişilik haklarına aykırı taşıyan sözleşmeler ise, ihlâl uğrayan taraf açısından hüküm doğurmayacaktır.³⁵⁹ Bu durumda, geçersizlik ileri etkili olacaktır.

c. Diğer Kesin Hükümsüzlük Sebepleri

i. Şekle Aykırılık

Bir diğer kesin hükümsüzlük sebebi şekle aykırılıkta karşımıza çıkar. Şekil kurallarının amacı, tarafları işlemin sonuçlarından haberdar olmalarını sağlamak ve işleme güvenlik, kesinlik ile açıklık sağlamaktır.³⁶⁰ TBK m. 12/ f. 2 (OR m. 11/ f. 2),

³⁵⁵ BSK ZGB – Reitze, Art. 27, para. 18; BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 55; Kramer, BK - Kramer, Art. 19, 20, par. 370; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 686. İmkânsızlık ve ahlâka aykırılık açısından bu yönde CR CO I - Guillo/ Steffen Art. 19, 20, par. 97. Bucher ise benzer bir sonuca TMK m. 23 ile TBK m. 27 hükümleri arasındaki ilişkiyi belirleyerek ulaşmaktadır. Yazar bu iki hükmün kapsamı bakımından farklı nitelikte olduğu görüşünden hareketle, TMK m. 23 kapsamında ortaya çıkabilecek kişilik haklarına aykırılık ve ahlâka aykırılık hâllerinde genel yaptırım olan kesin hükümsüzlük yerine, tek taraflı bağlamazlık benzeri bir sonuç doğacaktır. Hakkı ihlâl edilen taraf, edimini ifaya zorlanamayacak, ancak edimini ifa ettiyse karşı edimi talep etme hakkına da sahip olacaktır. BK ZGB – Bucher, Art. 27, paras. 125-135. Öte yandan, kesin hükümsüzlük yaptırımı yerine hakkı ihlâl edilen kişiyi koruyan başka yaptırımlara da hükmedilebilecektir. Bu kapsamda sözleşmenin ileri etkili olarak sona ermesi de söz konusu olabilecektir. BK ZGB – Bucher, Art. 27, paras. 531 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 523.

³⁵⁶ BSK ZGB – Reitze, Art. 27, paras. 22-27; Meise, Huguenin, BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 55-60; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, s. 699 vd.

³⁵⁷ BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 55.

³⁵⁸ Bkz. BGE 129 III 209

³⁵⁹ Tartışmalar için bkz. Kaşak, **Emredici Hükümler**, s. 122.

³⁶⁰ İstŞ TBK - Özbilen, m. 12, para. 13 vd.; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 233; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 271; Daniel Guggenheim, **Le droit suisse des contrats: principes généraux**, Genève: Georg,

öngörülen şekil şartına uyulmadan kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağını belirtmektedir. Bu durumda, kanunda aranan şekil şartına uyulmaması, sözleşmeyi geçersiz kılacaktır. Ancak, bu geçersizliğin türü tartışmalıdır.

Türk hukukunda hâkim görüşü ve Yargıtay uygulamasına göre, şekle aykırı yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.³⁶¹ İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve bazı yazarlarca³⁶² da bu görüş kabul edilmektedir.³⁶³ Bazı yazarlar ise, şekle aykırılığın yaptırımının yokluk³⁶⁴ ya da iptal edilebilirlik³⁶⁵ olduğunu ileri sürmektedir.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının sonucu olarak, şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme sonucunda elde edilen edimlerin iadesi taşınır için sebebe bağlılık veya sebepten soyutluk ilkelerine göre istihkak ya da sebepsiz zenginleşme talebi ile gerçekleşecektir. Taşınmazlar açısından ise tapu sicilinin düzeltilmesi talebi söz konusu olacaktır.³⁶⁶

1991, s. 59; Eren, **BG**, par. 833-839; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 722 vd. Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, ss. 183-84.

³⁶¹ İstŞ TBK - Özbilen, m. 12, para. 68; Rona Serozan, **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht**, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, s. 27; Tekinay vd., **BG**, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 311; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 479; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 748; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, s. 186; Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 198.; İBK E. 1943/ 14; K. 1944/13, t. 12.04.1944; İBK E. 1954/8, K. 1954/ 18; 26.05.1954; İBK E. 1987/2, K. 1988/2, t. 30.09.1988.

³⁶² Hermann Becker, “Art. 11”, **Berner Kommentar: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Bern: Stämpfli Verlag AG, 1945, par. 8; Jacques Droin, **Les Effets de L’inobservation de la Forme en Matière de Transfert de la Propriété Immobilière**, Genève: Librairie de L’université, Georg Cie S.A., 1969, s. 69; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 408-409; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 237; Engel, **Traité**, s. 262; Guhl vd., **Obligationenrecht**, ss. 125-27; Christoph Müller, “Art. 11”, **Berner Kommentar: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht**, Bern: Stämpfli, 2018, par. 188-189.

Taşınmaz mülkiyetine ilişkin olarak bkz.: Alfred Koller, “§ 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückkauf”, **Der Grundstückkauf**, ed. Alfred Koller, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017, par. 19.; Urs Fasel, “Art. 216”, **Basler Kommentar Obligationenrecht I - Art. 1 - 529 OR**, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, C. 1, par. 18.

³⁶³ ATF 87 II 28, 31; ATF 120 II 341, s. 349;

³⁶⁴ Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, ss. 25-26; Eren, **BG**, par. 940.

³⁶⁵ Daniel Guggenheim, **L’Invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé: Essai d’une théorie générale**, Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1970, s. 164 vd. Guggenheim, **Contrats**, s. 69.

³⁶⁶ BSK OR – Schwenger/ Fountoulakis, Art. 11, para. 27; Julia Xoudis, “Art. 11”, **Commentaire Romand - Code des obligations I**, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, par. 47; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 549.

Ayrıca, şekle aykırılığın kendine özgü bir hükümsüzlük³⁶⁷ olduğu da savunulmaktadır. Bu görüşe göre, şekle aykırı işlem kesin hükümsüz olmakla birlikte, bu hükümsüzlük taraflarca ileri sürülmedikçe dikkate alınmayacaktır. Bu görüşlerin, kesin hükümsüzlüğün sonuçlarından farkı, şekle aykırılığın taraflar dışındaki kişiler tarafından ileri sürülemeyeceği ve hâkim tarafından da re'sen dikkate alınmayacağı hususundadır. Öte yandan, tarafların ifası da şekle aykırılığı giderebilecektir. Kendine özgü hükümsüzlük görüşü özellikle İsviçre hukukunda ağırlıklı olarak savunulmaktadır.³⁶⁸

Şekle aykırılık yaptırımına başka bir açıdan yaklaşan bir diğer görüş, şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu kabul etmekle birlikte, teleolojik yorum yoluyla bu yaptırımın sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, şekle aykırılık yaptırımının şeklin amacını koruyamadığı hâllerde bir kanun boşluğundan söz etmek gerekir. Bu kanun boşluğu da MK m.1 uyarınca hâkim tarafından doldurulacaktır.³⁶⁹ Bu durumda, şekil hükmü hangi tarafı koruma amacı taşımaktaysa, o taraf açısından geçersizlik dikkate alınacaktır.³⁷⁰ Ayrıca ifa gerçekleşmişse şekle aykırılık giderilmiş sayılabilecektir.³⁷¹

³⁶⁷ Wilhelm Schönenberger, Peter Jäggi, “Art. 11”, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973, C. 1, par. 74 vd. Robert Haab, “Art. 657”, **ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1: Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977, par. 35 vd. Müller, **BK/ Müller - Art. 11**, par. 210; Büren, **AT**, s. 145 vd.; Bucher, **AT**, s. 169; Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, s. 25; Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988, par. par. 344; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 561-562; O. Gökhan Antalya, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, **Yargıtay Dergisi**, C. 18, S. 3, 1992, s. 385; Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara: Yetkin, 1998, s. 135; Eren, **BG**, s. 293; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Seçkin, 2019; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 758; Bkz ayrıca Müller, **BK/ Müller - Art. 11**, par. 207 dn. 267’de anılan yazarlar.

³⁶⁸ BK OR – Müller, Art. 11, par. 207; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 558; Schwenzer, **AT**, par. 31.35.

³⁶⁹ BSK OR – Schwenzer/ Fountoulakis, Art. 11, para. 24; BSK ZGB – Art. 2, no. 46; CR CO I - Xoudis Art. 11, par. 43; Schwenzer, **AT**, par. 31.36; Nomer, **BG**, par. 71; Akbulut, **Hükümsüzlük**, s. 306 vd. Şekle aykırılık ile tasfiyeyi engellemeye çalışan görüşler bununla sınırlı değildir. Bir başka görüş ise, şekle aykırı sözleşmelerin ifasının eksik borç olarak sayılmasıdır. BK OR – Kramer/ Schmidlin, Art. 11, para. 41 vd. Şekle aykırılığın sonuçlarını fiili sözleşme ilişkisi ile açıklamaya çalışan görüşler de bulunmaktadır. Giger, **Rechtsfolgen**, s. 104 vd.

³⁷⁰ Akbulut, **Hükümsüzlük**, s. 310.

³⁷¹ a.g.e., s. 312.

İsviçre Federal Mahkemesi, içtihatlarında bu görüşe değil, MK m. 2 hükmüne dayanmakta ve şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hâllerde, kesin hükümsüzlük yaptırımının yumuşatarak³⁷² sözleşmenin geçerli sayılmasına³⁷³ hükmetmektedir. İsviçre hukukunda hakkın kötüye kullanılması sebebiyle şekle aykırılığın sonuçlarının aşılması, tarafların şekle aykırılığı bilmelerine karşılık yine de ifada bulunması, şekle aykırılığın dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde ileri sürülmesi, tarafların şekle aykırılığı ileri sürmekle farklı bir menfaat elde etmeye çalışması hâllerinde tanınmıştır.³⁷⁴ Türk hukukunda da doktrin ve içtihatlar ile kabul edilen esaslar benzer bir seyir izlemektedir.³⁷⁵

ii. Muvazaa

Bir diğer geçersizlik sebebi muvazaadır. Muvazaa hâlinde, tarafların dış dünyaya yansıttıkları işlemi kurma iradelerinin hiç olmaması veya taraf iradelerinin bir başka işlemi kurmaya yönelik olması hukuk düzeni tarafından korunmamaktadır. Görünüşteki işlemin arkasında tarafların saklamak istedikleri başka bir işlemin bulunmadığı, bir başka deyişle basit muvazaanın olduğu hâllerde, görünüşteki işlem kesin hükümsüz olacaktır.³⁷⁶ Bu durumda, işlem baştan itibaren geçersiz olacaktır.³⁷⁷ Bir görüş ise, buradaki yaptırımın yokluk olduğunu ileri sürmektedir.³⁷⁸ Tarafların görünüşteki işlemin arkasında gizledikleri bir başka işlemi de yapmış oldukları nitelikli muvazaada ise, gizli işlem, diğer geçerlilik şartlarını taşıdığı müddetçe geçerlidir.³⁷⁹ Buna karşılık, eğer şekle tabi bir hukuki işlem söz konusu ise,

³⁷² BK OR - Müller - Art. 11, par. 193.

³⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 324.

³⁷⁴ BK OR - Müller - Art. 11, par. 197-206.

³⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, **Hükümsüzlük**, s. 297 vd.

³⁷⁶ von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 294; Schwenger, **AT**, par. 30.06-30.07; Engel, **Traité**, s. 225; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 132; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 415; Tekinay vd., **BG**, s. 411; Nomer, **BG**, par. 69. *Esener/ Gündoğdu* ise, burada klasik kesin hükümsüzlükten farklı nitelikte bir hükümsüzlük olduğu görüşündedir. Yazarlara göre, örünürdaki işlem taraflar arasında kesin hükümsüz olmakla birlikte, hükümsüzlük üçüncü kişilere ileri sürülemez. Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, ss. 96-97.

³⁷⁷ Geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurduğu hâllerde, geçersizlik yaptırımının uygulanamayabileceği hakkında CR CO I - Winiger, Art. 18, par. 84.

³⁷⁸ Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 720; Bucher, **AT**, s. 146; Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, s. 194; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 355; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1019; Eren, **BG**, par. 1104; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 629.

³⁷⁹ von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 294; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 721; Bucher, **AT**, s. 147; Engel, **Traité**, s. 225; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 133; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1021; Schwenger, **AT**, par. 30.08; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 356; Eren, **BG**, par. 1118; Tekinay vd., **BG**, s. 413; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, s. 98; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 632.

görünürdeki işlem için uyulan şeklin gizli işlem açısından aranacak şekil şartını taşımayacağı ve bu işlemin de şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir.³⁸⁰

Muvazaa sonucunda tasfiye ilişkisi kural olarak sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkeleri sonucunda istihkak veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir. Para edimleri açısından ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

iii. Diğer Hâller

Yukarıda sayılan hâllere ek olarak, bazen sözleşmelerin geçerliliği tamamlayıcı bazı unsurların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu tamamlayıcı unsurlardan en temeli olan ehliyet eksikliğini giderici yasal temsilci onayına yukarıda değinildi.³⁸¹ Buna benzer olarak, yetkisiz temsile ilişkin olarak TBK m. 46, temsilcinin temsil olunanın rızasını almadan yaptığı işlemler için temsil olunanın işlemi onaması gerektiğini düzenlemektedir. Temsil olunan işlemi onamadığı takdirde işlem kesin hükümsüz olacaktır.³⁸²

TBK m. 47 ve OR m. 39 ise sözleşmenin tarafının uğradığı zararın yetkisiz temsilciden istenebileceğini belirtmekte ve iade için sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollamada bulunmaktadır. İade için yalnızca sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollama yapılsa da, burada şartları oluşmuşsa istihkak talebi de mümkün

³⁸⁰ Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 721-722; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 133; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1021; Schwenger, **AT**, par. 30.08; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 356; Eren, **BG**, par. 1118; Tekinay vd., **BG**, ss. 413-14; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, s. 99; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 632. Bir görüş ise, görünüşteki işleme ait şeklin gizli işlemin şekline ilişkin gerekli şartları sağladığını savunmaktadır. İlhan E. Postacıoğlu, **Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İstanbul: İktisadî Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yolu, 1945, ss. 119-20; Selahattin Sulhi Tekinay vd., **Eşya Hukuku - Cilt 1: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet**, 5. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s. 439. Bu şekle aykırılığın taraflarca ileri sürülmemesi gerektiği hakkında Nomer, **BG**, par. 69.5.

³⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm/ II/ A/ 1/ a.

³⁸² Temsil edilen sözleşmeyi onayana kadar sözleşme askıda hükümsüz olacaktır. İstŞ TBK/ Nart, m. 46, para. 7; Eren, **BG**, par. 1405; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 465.

olmalıdır.³⁸³ Burada söz konusu olan tazminat, olumsuz zararın tazmini olup, *culpa in contrahendo* esasına dayanmaktadır.³⁸⁴

2. Alman Hukuku

a. Ehliyet

Alman hukukunda da tam ve sınırlı ehliyetsizler ayırımı bulunmaktadır. BGB §104 uyarınca tam ehliyetsizler 7 yaşını doldurmamış küçükler ile iradenin özgürce açıklanmasını engelleyecek bir zihinsel rahatsızlığı olan kişilerdir. BGB §105 ise tam ehliyetsizlerin yaptıkları irade açıklamasının geçersiz olacağından bahsetmektedir. Bu kişilerin yapmış olduğu işlemler kesin hükümsüzdür. Alman hukukunda, tam ehliyetsizlerin yapmış olduğu işlemler sonucunda iadenin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca gerçekleşeceği kabul edilmektedir.³⁸⁵

Alman hukukunda sınırlı ehliyetsizler ise, 7-18 yaş aralığındaki küçüklerdir. Alman hukukunda sınırlı ehliyetsizler kendilerine salt hukuki yarar sağlayan irade açıklamalarını (“*lediglich rechtlich vorteilhafte Willenserklärung*”) tek başına yapabilirler (BGB §107). Öte yandan, sınırlı ehliyetsiz ne yarar ne de zarar sağlayan “nötr işlemler” açısından da sınırlı ehliyetsizin tek başına hareket edebileceği kabul edilmektedir.³⁸⁶ Bununla birlikte, kendilerine hukuki yarar sağlamayan işlemler açısından ise yasal temsilci onayı aranmaktadır. Bu onay alınana kadar işlemin hükmü askıdadır.³⁸⁷ Onay verilmez ise işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır.³⁸⁸

³⁸³ İstŞ TBK - Nart, m. 47, para. 23; Christine Chappuis, “Art. 39”, **Commentaire Romand - Code des obligations I**, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, par. 13; Nomer, **BG**, par. 95.3.

³⁸⁴ Chappuis, “CR CO I - Chappuis Art. 31”, par. 2-3 ve 10.

³⁸⁵ MüKo - Spickhoff, § 105, par. 22; MüKo - Spickhoff, § 108, par. 37. Jauernig BGB – Mansel, § 105, para. 2; Schulze BGB – Dörner, § 105, para. 2.

³⁸⁶ Müko – Spickhoff, § 107, par. 54.

³⁸⁷ Müko – Spickhoff, § 106, par. 14.

³⁸⁸ Müko – Spickhoff, § 106, par. 14. Jauernig BGB – Mansel, § 108, para. 1; Schulze BGB – Dörner, § 108, para. 3

Sınırlı ehliyetsiz bir kişi ile hukuki işlem yapan tarafa ise bir geri alma hakkı tanınmıştır. Eğer işlemin tarafı, bir sınırlı ehliyetsizle işlem yaptığını biliyorsa, yalnızca yasal temsilcinin rızasının alınacağına dair haklı bir güveni söz konusu ise ve rızanın verilmediğini sözleşme kurulduğu anda bilmiyorsa geri alma hakkını kullanabilir (BGB §109).

18 yaşından büyükler için ise 1990 yılındaki kanun³⁸⁹ ile esnek bir koruma sistemi getirilmiştir. Bu kişilere gerektiğinde bir yasal temsilci atanabilmekte ve yine hâkimin gerekli gördüğü hâllerde bu kişilerin yapacağı işlemler yasal temsilci onayına tabi tutulabilmektedir.³⁹⁰ BGB §1903 hükmü yapılan işlemlerin hükmü için sınırlı ehliyetsizlere ilişkin BGB §108 düzenlemesine gönderme yapmaktadır. Yasal temsilci onayının verilmemesi işlemi kesin hükümsüz yapacaktır.

b. BGB §134 ve §138’de Yer Alan Kesin Hükümsüzlük Hâlleri

Alman hukukunda TBK m. 27 benzeri bir genel kesin hükümsüzlük düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu başlıkta, TBK m. 27’de düzenlenen hâllerin Alman hukukundaki görünüşleri incelenecektir. BGB §134 hükmü de kanuna aykırı hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olduğunu düzenlemektedir.³⁹¹ Alman hukukunda bu düzenleme sözleşmenin içeriği üzerinde yapılan bir kontrol mekanizması olarak kabul edilmektedir.³⁹² BGB §134 uyarınca oluşan kesin hükümsüzlük de kural olarak geçmişe etkili olacaktır.³⁹³ TBK m. 27’de yer alan geçersizlik sebeplerinden ahlâka aykırılık ise Alman hukukunda BGB §138 hükmünde genel ahlâka aykırılık hâlleri ile aşırı yararlanma ile birlikte ele alınmaktadır.³⁹⁴ ³⁹⁵ Ahlaka aykırı ve aşırı yararlanma

³⁸⁹ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige of 12.09.1990, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1990 I p 2002.

³⁹⁰ Volker Lipp, Adrian D. Ward, “Germany”, **The International Protection of Adults**, ed. Richard Frimston vd., New York: Oxford University Press, 2015, s. 22.23-22.25.

³⁹¹ BGH, ilgili hükmün amacının kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasını gerektirdiği hâllerde sözleşmenin geçersizliğine karar vermektedir. Bkz. Staudinger - Seibl/ Fischinger/ Hengstberger, § 134, par. 89; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 19. bs, München: Verlag Franz Vahlen, 2021, s. 51.

³⁹² Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger, § 134, par. 2.; BeckOK - Wendtland BGB § 134, para. 2

³⁹³ a.g.e., par. 93.

³⁹⁴ Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 161.

³⁹⁵ Ahlâka aykırılık ile aşırı yararlanma arasındaki yakın bağlantı Türk ve İsviçre hukuklarında da incelenmiştir. Kaşak’a göre, aşırı yararlanma hâli ahlâka aykırılığın özel bir biçimde düzenlenmesidir. Kaşak, **Emredici Hükümler**, s. 99.

sonucu kurulan hukuki işlemler Alman hukukunda kesin hükümsüz olup, bu işlemlerin tasfiyesi kesin hükümsüzlük tasarruf işlemini etkilemediği sürece sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir.³⁹⁶

c. Diğer Kesin Hükümsüzlük Sebepleri

i. Şekle Aykırılık

Alman hukukunda ise şekle aykırı sözleşmeler kural olarak kesin hükümsüzdür, ancak ifa ile bu kesin hükümsüzlük yaptırımının aşılması mümkündür.³⁹⁷ Alman hukukunda, Türkiye ve İsviçre hukuklarının aksine olarak, ifanın şekle aykırılık yaptırımını düzelteceği (“*Heilung*”) düzenlenmiştir. BGB §311b/ f. 1/ c. 2 hükmüne göre, taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran sözleşmelerde sözleşme şekle aykırı olduğu takdirde, devir ve tescil gerçekleşmiş ise, şekle aykırılık ileri sürülmeyecektir. Bu noktada işlem, geçerli bir hukuki işlem olarak kabul edilecek ve tasfiye söz konusu olmayacaktır.³⁹⁸

Bu hâller dışında kalan geçersizliklerde, şekle aykırı sözleşmelerin tasfiyesi kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir.³⁹⁹

ii. Muvazaa

Alman hukukunda muvazaa BGB §117 hükmünde açıkça düzenlenmiş olup, açık işlem muvazaa sebebiyle kesin hükümsüzdür. Gizli işlemin ise şekle aykırı olduğu hâllerde kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Ancak burada da, şekilde olduğu gibi işlemin sonradan düzeltilmesi mümkündür.⁴⁰⁰

³⁹⁶ MüKo BGB - Armbrüster § 138, para 296; BeckOK BGB - Wendtland BGB § 138, para. 37; Karş. Grüneberg - BGB § 138, Ellenberger, para. 20

³⁹⁷ Looschelders, AT, s. 56.

³⁹⁸ MüKo BGB - Ruhwinkel BGB § 311b, paras. 93-95.

³⁹⁹ MüKo BGB - Einsele BGB § 125, para. 54

⁴⁰⁰ MüKo BGB - Armbrüster BGB § 117, paras. 31-31

iii. Diğer Hâller

Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, Alman hukukunda da yetkisiz temsilin sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. BGB §177 uyarınca, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemin hükmü, onay verilene kadar askıdadır.⁴⁰¹ Onay verilmediği takdirde işlem kesin hükümsüz olacaktır.⁴⁰² Burada da tasfiye sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir.

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda ise, hükümsüzlük kavramı iptal edilebilirlik etrafında şekillenmiş olup, iptal edilebilirlik bahsinde incelenecektir.⁴⁰³

B. İptal Edilebilirlik Hâlleri

1. Türk ve İsviçre Hukuku

Türk ve İsviçre hukuklarında iptal edilebilirlik sebepleri yanıltma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma hâlleridir. Yanıltma, aldatma ve korkutma hâlleri gene olarak irade bozukluğu olarak kabul edilmektedir.⁴⁰⁴ İrade bozukluklarında sözleşmenin kuruluş aşamasında söz konusu olan bir aksaklık sözleşmenin geçerliliğine etki etmektedir. Bu aksaklık, genel bir ifadeyle, irade beyanının beyanda bulunanın asıl arzusu ile uyuşmadığı için irade beyanında bulunanın bağlı olmak istemeyebileceği sözleşmeyi kurmasından kaynaklanmaktadır.⁴⁰⁵ Hâkim görüşe göre,

⁴⁰¹ MüKo - Schubert BGB § 177, paras. 23-24

⁴⁰² BeckOK - Schäfer BGB § 177, para. 33

⁴⁰³ Bkz. Bölüm II/ II/ B/ 3.

⁴⁰⁴ İrade bozuklukları ifadesinin yanı sıra irade sakatlıkları, irade beyanında sakatlıklar, irade fesadı gibi farklı kavramlar da kullanılmaktadır. TBK'da irade bozukluğu kavramı kullanılmış olduğu için, bu çalışmada da irade bozukluğu kavramı tercih edilmiştir. Bkz. Erhan Kanişlı, **İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanıltma**, İstanbul: On İki Levha, 2018, ss. 11-12.

⁴⁰⁵ Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 297; Kocayusufoğlu, **BG**, C. 1, böl. 34 para. 1; Eren, **BG**, par. 1156.

irade bozuklukları dar anlamda yanıltma aldatma ve korkutma hâllerini kapsamaktadır.⁴⁰⁶ ⁴⁰⁷ Aşırı yararlanma hâlinde ise, edimler arasında bir orantısızlığın bulunması ve bu orantısızlığın bir tarafın kendisinden faydalanılmaya açık bir konumda bulunması söz konusudur.⁴⁰⁸ Aşırı yararlanma hâlinin bir irade bozukluğu mu⁴⁰⁹ yoksa irade ve sözleşme serbestliğine getirilen bir sınırlama⁴¹⁰ mı olduğu tartışmalıdır.

Hem TBK hem de OR, yanıltan, aldatılan veya korkutulan tarafın “sözleşme ile bağlı olmadığını belirtmektedir. TBK m. 39’da ayrıca sözleşmenin iptali için bir yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bu süre sonunda sözleşme ile bağlı kalmadığını bildirmeyen taraf “sözleşmeyi onanmış sayılacaktır”. Aşırı yararlanma hâlinde ise, edimler arasındaki oransızlığı gidermek isteyen tarafın iki seçeneği bulunmaktadır: hâkimden edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini istemek veya sözleşmeyi iptal etmek.⁴¹¹ Aşırı yararlanma hâlinde de sözleşmenin kuruluşundan itibaren bir yıl içinde iptal hakkının kullanılabileceği düzenlenmiştir. OR m. 21’de sözleşmenin onanmış sayılacağına ilişkin bir düzenleme yer almamasına karşılık, OR m. 31 hükmünün buraya da kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir.⁴¹²

İptal hakkı bir yenilik doğuran haktır.⁴¹³ Karşı tarafa ulaşmakla hükümlerini doğuracaktır. Bir yıllık hak düşürücü süre yanıltma ve aldatma hâlinde yanıltma ve aldatmanın öğrenildiği andan, korkutma hâlinde ise korkutmanın ortadan kalktığı

⁴⁰⁶ von Tuhr, Peter, **AG I**, ss. 297-300; Gauch, Schlupe, Schmid, **AT**, C. I, par. 760; Bucher, **AT**, s. 192; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 779; Kanişlı, **Yanıltma**, s. 9.

⁴⁰⁷ İrade beyanı ile arzu arasındaki uyumsuzluğu beyanda bulunanın bilerek yarattığı hâllerden olan zihni kayıt ve latife beyanı hâlleri de bazı yazarlarca irade bozuklukları başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu iki hâlde sözleşme karşı tarafın beyanda bulunanın beyanını güven teorisi uyarınca anlamakta haklı olduğu biçimde kurulmuş olacağı için tasfiye söz konusu olmayacaktır. Bkz. Kanişlı, **Yanıltma**, ss. 8-9.

⁴⁰⁸ Büren, **AT**, s. 226; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 478; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 425 vd.; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 905 vd. Kanunda sübjektif unsur “..bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden karşı tarafın yararlanılmak suretiyle gerçekleştiril(mesi)..” olarak ifade edilmektedir.

⁴⁰⁹ Büren, **AT**, s. 226.

⁴¹⁰ von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 343; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 479; Schwenger, **AT**, par. 32.48; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, s. 173.

⁴¹¹ İsviçre hukukunda da böyle bir seçim hakkı olması gerektiği hakkında bkz. Gauch, Schlupe, Schmid, **AT**, C. I, par. 754; Schwenger, **AT**, par. 32.55.

⁴¹² Bruno Schmidlin, “Art. 21”, **Commentaire Romand - Code des obligations I**, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, par. 15.

⁴¹³ İstŞ TBK/ Kurşat, m. 39, para. 17; Oğuzman, Barlas, **Medeni**, par. 761; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 552; Eren, **BG**, par. 1262.

andan itibaren başlayacaktır. Bir yıllık hak düşürücü süreye ek olarak 10 yıllık bir üst sürenin olup olmadığı ise tartışmalıdır.⁴¹⁴ Öte yandan, aldatma ve korkutma hâlleri için edimini ifa etmemiş taraf için ayrıca bir daimî def’î hakkı da tanınmıştır. Aşırı yararlanma açısından ise, iptal hakkı da bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Diğer irade bozuklukları hâllerinden farklı olarak, hukukumuzda iptal hakkı beş yıllık bir üst süreyle de sınırlandırılmıştır.

Sözleşmenin yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade bozukluklarının etkisi altında kurulmuş olması sonucunda ne tür bir geçersizlik doğacağı tartışmalıdır.⁴¹⁵ Geçersizlik teorisi olarak adlandırılan birinci görüşe göre, sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüzdür, ancak bir yıllık hak düşürücü süre içinde yanılan taraf iptal beyanında bulunmazsa sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelir. Kısacası bu görüşe göre burada bir “düzelebilir hükümsüzlük” hâli vardır.⁴¹⁶ İptal teorisi adlı ikinci görüş ise, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu, ancak iptal beyanı ile geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınacağını savunur. Bu görüşe göre, “bozulabilir geçerlilik” söz konusu olacaktır.⁴¹⁷ Üçüncü bir görüş ise, sözleşmenin irade sakatlığına uğrayan kişi açısından kesin hükümsüz, diğer taraf açısından ise geçerli olduğu fikrindedir.⁴¹⁸

Benzer şekilde, aşırı yararlanmada geçersizlik türünün ne olduğu da tartışılmıştır. Bazı yazarlar, aşırı yararlanmayı diğer irade bozuklukları hâllerinden ayırmakta ve burada bir bozulabilir geçerlilik hâli olduğundan söz etmektedir.⁴¹⁹ Bu

⁴¹⁴ Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, s. 125; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 910.; Karş. ATF 114 II 131. Sınırlandırma yönünde: Eren, **BG**, par. 1267. Üst süre bulunmadığı yönünde: İstŞ TBK/ Kurşat, m.39, para. 30; Nomer, **BG**, par. 58.3.

⁴¹⁵ Kanunda yer alan sözleşme ile bağlı olmama teriminin belirsiz olduğu hakkında bkz. CR CO – Schmidlin, Art. 31, par. 2.

⁴¹⁶ Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 674; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 433; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 890; Nomer, **BG**, par. 58; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 831 (Tercier ve Pichonnaz için); Nomer, **BG**, par. 44.1, 58; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı**, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 141.; ATF 114 II 131; İstŞ TBK/ Kurşat, m. 39, para. 13; Yazar geçersizlik teorisi yönünde ifadeler kullanmakla birlikte, her iki görüşün sonuçları arasında pratikte bir farkı bulunmadığını belirtmektedir.

⁴¹⁷ BSK OR/ Schwenzer, Art. 31, para. 10; CR CO I – Schmidlin, Art. 31, par. 6-7; 86; CR CO - Chappuis, Art. 62, par. 21; Büren, **AT**, ss. 224-25; Bucher, **AT**, s. 270; Eren, **BG**, par. 1257; Wolfgang Wiegand, “Bemerkungen zum Picasso-Entscheid Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 774II 131”, **Recht**, S. 3, 1989, s. 110; Kanışlı, **Yanılma**, s. 529. Bu görüşe göre, iadeye ilişkin zamanaşımı iptal hakkı kullanıldıktan itibaren başlayacaktır. CR CO I – Schmidlin, Art. 31”, par. 10.

⁴¹⁸ Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 379; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, ss. 146, 161 ve 170; Tekinay vd., **BG**, s. 452.

⁴¹⁹ Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 436; Eren, **BG**, par. 1300; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 915; Gümüş, **BG**, ss. 371-72.

fikre göre, sözleşme geçerli olarak kurulmakta, ancak iptal beyanı ile baştan itibaren hükümsüz hâle gelmektedir. Bir diğer görüş burada da düzelebilir hükümsüzlük olduğu yönündedir.⁴²⁰ Yine aşırı yararlanma hâli için de tek taraflı bağlamazlık yaptırımının uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.⁴²¹

İrade bozuklukları sonucunda iptal edilen sözleşmenin tasfiyesi sebepten soyutluk görüşünü savunanlara göre sebepsiz zenginleşme⁴²² veya sebebe bağlılık görüşünü savunanlar uyarınca istihkak⁴²³ hükümlerine göre gerçekleşecektir.

Yanılma, aldatma ve korkutma ile aşırı yararlanma hâllerinde iptal edilebilirlik yaptırımının yanında tazminat talep etme imkânı da bulunmaktadır. Yanılan taraf, sözleşmenin iptali nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle yükümlü iken, aldatan ve korkutan taraf sözleşmeyi iptal eden tarafın uğramış olduğu zararı giderecektir. Her durumda, burada olumsuz zararın tazmini söz konusu olacaktır.⁴²⁴

2. Alman Hukuku

Alman hukukunda, irade bozuklukları BGB §§119-124 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Aşırı yararlanma ise ahlâka aykırılığa ilişkin olan BGB §138'de yer almakta ve bir kesin hükümsüzlük sebebi olarak kanunda hüküm altına alınmıştır.

BGB §121 uyarınca, sözleşmeyi iptal edecek tarafın iptal beyanını iptal sebebini öğrendikten sonra gecikmeden iptal etmekle yükümlüdür. Bununla beraber, BGB §121/2 hükmü ile on yıllık bir üst süre getirilmiştir. Yanılma ve korkutma hâllerinde ise BGB §124 uyarınca bir yıllık ve 10 yıllık iki ayrı süre öngörülmüştür.

⁴²⁰ von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 345; Tekinay vd., **BG**, s. 464; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 493; Nomer, **BG**, par. 70.7; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 141.

⁴²¹ Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 745; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, s. 178.

⁴²² Büren, **AT**, s. 225. Düzelebilir hükümsüzlük sonucunun benimsenmesi hâlinde borç olmayan şeyin ifası, bozulabilir geçerlilik görüşü uyarınca ise sonradan ortadan kalkan sebep söz konusu olacaktır.

⁴²³ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 437; Eren, **BG**, par. 1270, 1304.

⁴²⁴ İstŞ TBK/ Kurşat, m.39, para. 46; Eren, **BG**, par. 1214, 1230, 1249; Nomer, **BG**, par. 62, 66.2, 68.2.

Alman hukukunda da yanıltma, aldatma ve korkutma hâlleri için bir iptal hakkı öngörülmüştür. BGB §142, iptal edilen bir hukuki işlemin baştan itibaren geçersiz olacağını düzenlemektedir. Alman hukukunda iptale konu hukuki işlemin iptal öncesinde geçerli olduğu kabul edilmektedir; iptal teorisinin uygulanması söz konusudur.⁴²⁵

3. Fransız Hukuku ve Butlan Kavramı

a. Genel Olarak

Fransız hukukunda kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik kavramları yerine butlan (“*la nullité*”) kavramı kullanılmaktadır. Butlan teorisi doktrin ve içtihatlarca geliştirilmiş olup,⁴²⁶ reform ile birlikte kanunda da daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede, sözleşmelerin butlanı CC m. 1178 – 1185 arasında yer almaktadır. Butlan, hukuk sistemimizdeki kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımlarının bir karışımı gibi olan, sözleşmenin geçerlilik şartlarının taşınmaması hâlinde doğan ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi sonucunu doğuran geçersizlik türüdür.⁴²⁷ Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik sonuçlarını kendiliğinden doğurmaktayken, Fransız hukukunda butlan için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır (CC m. 1178).⁴²⁸

Fransız hukukunda butlan kavramı ikiye ayrılmaktadır: mutlak butlan (“*nullité absolue*”) ve nispi butlan (“*nullité relative*”). Mutlak butlan, CC m. 1179 uyarınca, kamu düzenini koruma amacıyla getirilmiş bir hukuk kuralının ihlâli hâlindeki geçersizliktir. Buna karşılık, CC m. 1181’de düzenlenen nispi butlan hâlinde ise belirli bir kişinin menfaatinin ihlâli söz konusu olmaktadır. Her iki hâlde de hukuki işlem

⁴²⁵ Grüneberg BGB – Ellenberger, §142, para. 3; MüKo BGB - Busche §142, para. 15; BeckOK BGB/Wendtland § 142 para. 6; Jauernig BGB – Mansel, § 142 para. 2

⁴²⁶ Bertrand Fages, **Droit des obligations**, 13. bs, Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2023, par. par. 197; Bkz. Posez, **La théorie**, ss. 647-75 passim.

⁴²⁷ Alain Bénabent, **Droit des Obligations**, 20. bs, Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2023, par. par. 234; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 404 ve 426; Fages, **Obligations**, par. 196.

⁴²⁸ Bununla birlikte aynı maddede, tarafların ortak iradeleri ile de sözleşmenin butlanını tespit edebilecekleri düzenlenmektedir. Yeni düzenlemenin getirdiği belirsizlik hakkında bkz. Bénabent, **Obligations**, par. 210.

geçersiz kabul edilse de geçersizliği ileri sürebilecek kişiler açısından bir ayırım söz konusudur. Mutlak butlan, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilmekteyken, nispi butlan yalnızca kanunun koruduğu tarafça ileri sürülebilir (CC m. 1180 ve 1181).

Mutlak butlan kanuna karşı hile ile kamu düzenini koruyan bir hukuk kuralına aykırılık, şekle aykırılık (örneğin tüketici sözleşmeleri açısından), sözleşmenin ahlâka aykırılığı, gerekli olduğu durumlarda yetki eksikliği hâllerinde söz konusu olur. Nispi butlan ise, ehliyet eksikliği, temsil yetkisi eksikliği, irade sakatlıkları, aşırı yararlanma⁴²⁹ ya da edimler arasında dengesizlik, sözleşmenin bir tarafını korumak amacıyla getirilmiş şekil kurallarına aykırılık ve imkânsızlık gibi hâllerde uygulanan yapıtıdır.⁴³⁰

Butlan sonucunda hukuki işlem geçmişe etkili olarak sona erdiği için, bu hukuki işleme dayanılarak ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekmektedir. İade ise reform ile getirilen yeni Tasfiye (“*Restitutions*”) hükümlerine göre gerçekleşecektir.

Ayrıca, Fransız hukukunda, tasdik (“*confirmation*”) adı verilen kurum ile nispi butlan ile sakat olan bir işlemi iptal edebilecek kişi bir hukuki işlemle bu iptal hakkından vazgeçerek, işleme geçerlilik kazandırabilmektedir (CC m. 1182).⁴³¹ Tasdik ile işlemin ileri etkili olarak geçerlilik kazanması amaçlanır.⁴³² Bu imkân mutlak butlan hâllerinde ise mümkün değildir.⁴³³ Kanun’da tasdik için aranan şartlar şunlardır: tasdik işlemi ile borcun konusu ve hukuki işlemi sakatlayan sebep açıkça belirtilmelidir. Öte yandan tasdik işlemi, geçersiz işlem kurulduktan sonra yapılmalıdır.⁴³⁴ Ayrıca, aynı madde uyarınca, geçersiz bir hukuki işlemin ifası tasdik

⁴²⁹ Aşırı yararlanma hâlinde oluşan butlana Fransız hukukunda “*rescission*” adı verilmektedir. Bu farkın Eski Hukuk döneminden kaynaklandığı hakkında bkz. Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 402.

⁴³⁰ Fransız Borçlar Hukuku kitapları incelendiğinde, butlana sebep olan sebeplerin farklı yazarlarca farklı şekillerde ele alındığı görülmektedir. Karş. a.g.e., par. 411-412; Bénabent, **Obligations**, par. 216-217; Fages, **Obligations**, par. 197.

⁴³¹ Bénabent, **Obligations**, par. 225; Fages, **Obligations**, par. 210.

⁴³² Bénabent, **Obligations**, par. 225.

⁴³³ Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 414.

⁴³⁴ Fages, **Obligations**, par. 210. Doğal olarak, tasdik işleminin geçerli olabilmesi için ilgili sakatlığın etkilerinin de ortadan kalkmış olması gereklidir. Bénabent, **Obligations**, par. 226.

olarak kabul edilmektedir. Öte yandan tasdik yalnızca taraflar arasında sonuç doğurur; üçüncü kişilerin iptal sebebinden doğan hakları saklıdır.⁴³⁵

b. Butlan Sebepleri

Fransız hukukunda butlan sebepleri aşağıda kısaca ele alınmıştır.

i. Ehliyet

CC m. 414-1, geçerli bir işlemin ayırt etme gücünün varlığı ile yapılabileceğini söylemektedir. Ayrıca CC m. 1129 hükmü uyarınca, ayırt etme gücüne (*sanité d'esprit*) sahip olmayan kişilerin işlemlerinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir (CC m. 1129).⁴³⁶ CC m. 1128 ise ehliyeti bir geçerlilik şartı olarak düzenlemektedir. CC m. 1145, kanunda öngörülen bir ehliyetsizlik hâli bulunmadıkça, her gerçek kişinin sözleşme yapma ehliyetine sahip bulunduğunu düzenlemektedir. CC m. 1146 ise sözleşme yapma ehliyetine sahip olmayan kişilerin, ergin kılınmamış küçükler ile CC m. 425 hükmü uyarınca korumaya ihtiyacı olan erginler olduğunu hüküm altına almıştır.

Bu hukuk sisteminde bir hukuki işlemin ayırt etme gücü bulunmadan yapılması nispi butlan sonucunu doğuracaktır.⁴³⁷ Bununla birlikte, Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinin aksine, 5 yıl içinde bir iptal davası açılması gerekmektedir (CC 414-2).

⁴³⁵ Alman hukukunda BGB 141 hükmü ile tasdik kurumu düzenlenmiş ve kesin hükümsüz bir işlemin yeniden yapılması mümkündür. Yine burada tasdik için işlemi geçersiz kılan sebebin ortadan kalkmış olması gereklidir. Türk ve İsviçre hukuklarında ise tasdik kurumu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, tarafların bu hususta anlaşması yine de mümkündür, Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 582.

⁴³⁶ Bu kuralın bir irade sakatlığı mı (*vices de consentement*) mı yoksa ehliyet (*capacité*) sorunu mu olduğu doktrinde tartışmalıdır. İkisinin arasında bir düzenleme olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 301.

⁴³⁷ Fages, **Obligations**, ss. 85-86. Reform öncesi dönemde, ayırt etme gücü yokluğunun bir mutlak butlan veya yokluk hâli olarak kabul edildiği hakkında bkz. François Terré vd., **Droit civil - Les obligations**, 12. bs, Paris: Dalloz, 2019, par. 159.

Küçüklerin işlem ehliyeti açısından ise, farklı işlemlerin farklı sonuçlar doğurması söz konusudur. Küçüğün günlük hayata dair işlemleri kendi başına yapabileceği kabul edilmektedir. CC 1148 uyarınca, ehliyetsiz küçük kanun veya örf ve adet uyarınca öngörülen günlük hayata dair işlemleri, tek başına yapabileceklerdir. Yine de, CC madde 1149 uyarınca küçük, aşırı yararlanma (“*lésion*”) sebebiyle bu işlemleri iptal edebilir. Bunun dışında bazı hukuki işlemlerin velilerden birinin rızasıyla, bazılarının ise her iki velinin rızasıyla yapılabileceği kabul edilmektedir. Bazı işlemler mahkemenin müdahalesini gerektirmekte, bazı işlemler ise yasak işlemler olarak kabul edilmektedir.⁴³⁸ Bu durumda, küçüğün tek başına yapabileceği işlemler için aşırı yararlanma sebebiyle bir iptal sebebi söz konusu olacakken, küçüğün tek başına yaptığı ve CC 1148 kapsamında olmayan işlemler için ise ehliyetsizlik sebebiyle iptal davası açılacaktır.⁴³⁹

Vesayet altındaki erginlerin yapmış oldukları işlemler ise kural olarak geçersizdir; meğer ki bunların yararlı ve faydalı oldukları kanıtılsın (CC m. 1151). Kendilerine kayyım atanan kişilerin ise harcama işlemlerinin yasal temsilcilerinin rızası olmadan geçersizken; günlük hayata yönelik işlemlerle yönetim işlemleri kayyımlık altındaki kişi tarafından tek başına geçerli olarak kurulabilecektir. Kişinin tek başına yapabileceği işlemler ancak aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilebilecektir.⁴⁴⁰

Fransız hukukunda ehliyet eksikliği iptal davasına konudur ve CC 1147 uyarınca bir nispi butlan hâli olarak kabul edilmektedir. Ehliyetsiz kişi, daha sonra tam ehliyetli olduğunda işlemi onaylayabilecektir.⁴⁴¹ Reform ile getirilen yeni bir hüküm olan CC 1151, ehliyetsizlik sebebiyle açılan iptal davasında, sözleşmenin diğer tarafına bir def’î hakkı tanıyarak, bu tarafın işlemin ehliyetsiz kişi için faydalı olduğunu veya ehliyetsiz kişinin bu işlemde bir menfaat sağladığını ileri sürerek iptal davasını engelleyebilecektir. Bu yeni hükmün hangi işlemler açısından uygulanabileceği ise

⁴³⁸ Bénabent, **Obligations**, par. 45; Karş. Fages, **Obligations**, s. 84.

⁴³⁹ Terré vd., **Les obligations**, par. 152.

⁴⁴⁰ Bénabent, **Obligations**, par. 46; Karş. Fages, **Obligations**, s. 84.

⁴⁴¹ Terré vd., **Les obligations**, par. 154.

tartışmalıdır.⁴⁴² Fransız hukukunda, iade Tasfiye hükümlerince (“*restitution*”) gerçekleşecektir.

ii. Kamu Düzenine Aykırılık

Fransız Medeni Kanunu’nun 6. maddesi, kamu düzeni ve iyiniyete ilişkin kanun hükümlerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceğini, 1162. maddesi ise, sözleşmenin ne amacının ne de hükümlerinin kamu düzenine aykırı olabileceğini düzenlemektedir. Fransız hukukunda kamu düzenine aykırılık ve kanunun emredici hükümlerine aykırılık hâlleri de bir butlan sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁴³

iii. Şekle Aykırılık

Fransız hukukunda ise şekle aykırılıkta özellikle tüketiciyi koruyan sözleşmeler açısından butlan yaptırımının söz konusu olacağı kabul edilmektedir.⁴⁴⁴ Bununla birlikte bazı hâllerde butlan yerine vergi yükümlülüğü gibi başka yaptırımlar da öngörülmektedir.⁴⁴⁵

iv. Muvazaa

Fransız Hukukunda muvazaa (“*simulation*”) CC madde 1201 ve 1202’de düzenlenmiştir. CC m. 1201’de nitelikli muvazaa hâli tanımlanmaktadır. Taraflar, kendi aralarında geçerli olacak başka bir sözleşmeyi (bu sözleşmeye “*contre-lettre*” adı verilmektedir) gizlemek amacıyla bir sözleşme yaparlarsa, bu gizli sözleşme üçüncü kişilere ileri sürülemez olacaktır. Bu sebeple, Fransız hukukunda muvazaa kural olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebep olarak değerlendirilmemektedir.⁴⁴⁶ Öte yandan, gizli işlem ve görünürdeki işlem şekle tâbi

⁴⁴² a.yer.

⁴⁴³ Bénabent, **Obligations**, par. 181; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 394.

⁴⁴⁴ Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 339.

⁴⁴⁵ Bénabent, **Obligations**, par. 155-156.

⁴⁴⁶ a.g.e., s. 255.

ise, görünürdeki işlem için yerine getirilen şekil şartının gizli işlem için aranan şekil şartını da sağladığı kabul edilmektedir.⁴⁴⁷ Bununla birlikte bazı hâllerde kanunda muvazaalı işlemin batıl olduğu açıkça düzenlenmiştir: örneğin CC m. 1202 uyarınca taşınmazların devrinde bedelde muvazaalı işlemler bătıldır.⁴⁴⁸

v. İrade Sakatlıkları

Nispi butlan yaptırımı ayrıca irade sakatlıklarında (“*vices de consentement*”) uygulanmaktadır. CC m. 1130 uyarınca yanıltma, aldatma ve korkutma hâlleri birer irade sakatlığı teşkil etmektedir. Fransız hukuku’nda üç tip irade sakatlığı düzenlenmiştir (CC m. 1130): yanıltma (*l’erreur*), aldatma (*le dol*) ve korkutma (*la violence*). Aşırı yararlanma (*la lésion*) ise bir irade sakatlığı olarak kabul edilmemektedir.⁴⁴⁹

C. Sözleşmeden Dönme

1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme hakkı, incelenen hukuk sistemleri içinde tasfiye sistemlerine yönelik tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Almanya’da sözleşmeden dönme sonucunda oluşan tasfiye ilişkisinin daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması hem bu sistemin yerindeliği hem de diğer tasfiye sistemleri ile arasındaki ayrımların meşruluğuna yönelik tartışmaların gelişmesini sağlamıştır. Buna karşılık, Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşmeden dönmenin temel sözleşmeye olan etkisi ve ortaya çıkan tasfiye ilişkisine uygulanacak hükümlerin eksikliği tartışma eksenini tasfiye ilişkisinin ne şekilde ele alınması gerektiğine çevirmiştir.

⁴⁴⁷ a.yer.

⁴⁴⁸ Bkz. ayrıca Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 449.

⁴⁴⁹ a.g.e., par. 302.

Bugün sözleşmeden dönmenin tanımını yaparken bazı zorluklar karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeden dönmeyi taraflar arasındaki ilişkiyi geçmişe etkili olarak kaldırdığını söyleyebilmek dönüşüm teorsinin yaygın olarak kabul ediliyor olması nedeniyle mümkün gözükmemektedir. Öte yandan sözleşmeden dönme hâlâ tarafların önceden ifa ettikleri edimlerin iadesini gerektirmektedir. Sözleşmeden dönmenin tanımını, bu kurumun hukuki niteliğine yönelik tartışmaların bütün taraflarını uzlaştıracak şekilde *Buz* yapmıştır: “Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğuran haktır”.⁴⁵⁰

a. Türk ve İsviçre hukuku

Yukarıdaki tanıma uygun olarak Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşmeden dönme hakkı bir yenilik doğuran hak niteliğindedir.⁴⁵¹

Sözleşmeden dönmenin taraflar için ilk ve en önemli sonucu, sözleşme kapsamındaki edim yükümlülüklerini sona erdirmesidir. Sözleşmeden dönme ile, taraflar sözleşme ile üstlendikleri edimleri ifa yükümlülüğünden kurtulacaklardır.⁴⁵² Buna karşılık, koruma ya da özen yükümlülükleri gibi yan edim yükümlülüklerinin sözleşmeden dönmeye rağmen devam ettiği kabul edilmektedir.⁴⁵³ Ayrıca, sözleşmeden kaynaklanan fer’i talepler de kural olarak son bulacaktır.⁴⁵⁴ Teminatların akıbeti ise tartışmalıdır.⁴⁵⁵ Bununla bağlantılı olarak, ikinci sonuç tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesi ile yükümlü olmalarıdır.

⁴⁵⁰ Buz, *Dönme*, s. 65.

⁴⁵¹ BK OR – Becker, Art. 109, par. 1; Engel, *Traité*, s. 733; Eren, *BG*, par. 3501; Eduard Honegger, *Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich: Diss.-Druckerei Gerb. Leeman & Co., A.G., 1926, s. 25; Buz, *Dönme*, s. 65.

⁴⁵² Oğuzman, Öz, *BG I*, 2023, C. 1, par. 1687; Eren, *BG*, par. 1384; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, *BG*, par. 1421; Gümüş, *BG*, s. 950; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, 1975, s. 547 vd. Felix R. Ehrat, *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR*, Zürich: Schulthess, 1990, par. par. 474; Buz, *Dönme*, s. 152 vd.

⁴⁵³ Glasl, *Rückabwicklung*, s. 110; Buz, *Dönme*, s. 157.

⁴⁵⁴ Oğuzman, Öz, *BG I*, 2023, C. 1, par. 1699. Karşı görüşte bkz. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 93.

⁴⁵⁵ Serozan teminatların da iade borcu açısından devam etmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 94. TBK m. 589/ f. 1/ b. 1 uyarınca kefil borçlu temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, kefilin asıl borcun hükümsüz

Sözleşmeden dönme hakkı TBK m. 98 (OR m. 83) uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi ve alacaklının talep ettiği güvenceyi vermemesi üzerine alacaklıya tanınmıştır. Bunun yanında, bir nesnenin teslimine ilişkin sözleşmelerde alacaklı temerrüdünde, borçlu TBK m. 110 (OR m. 95) uyarınca sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.⁴⁵⁶ TBK m. 111 (OR m. 96), sözleşmeden dönme hakkını alacaklıdan kaynaklanan ifa edilememe hallerinde de borçluya tanımaktadır. Genel hükümlerde yer alan ve en yoğun tartışmaları doğuran sözleşmeden dönme hakkı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü sonucunda alacaklıya tanınan seçimlik haklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır (TBK m. 125/; OR m. 107/ f. 2). Buna ek olarak, TBK ile ilk defa genel hükümlerde düzenlenen aşırı ifa güçlüğü hâlinde de TBK m. 138, sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkı yanında sözleşmeden dönme hakkına yer vermiştir.

Öte yandan, TBK’da özel hükümlerde de dönme hakkının ayrıca düzenlendiği hâller mevcuttur. Satış sözleşmesinde dönme hâli, satıcının temerrüdü hâlinde genel hükümlere gönderme yapılarak (TBK m. 212; OR m. 190), ayıplı mal satışında alıcıya tanınan bir seçimlik hak olarak (TBK m. 227/ f. 1/ b. 1; OR m. 205/ f. 1) ve alıcının temerrüdünde satıcıya tanınan bir hak olarak düzenlenmektedir (TBK m. 235; OR m. 214). Ayrıca, taksitli satışlara ilişkin olarak sözleşmeden dönme hakkı ayrı hükümlerde düzenlenmiştir (TBK m. 259 – 260 ve 271). Trampa sözleşmesinde dönmeye ilişkin hükümde satış sözleşmesine ilişkin hükümlere gönderme yapılmıştır (TBK m. 224; OR m. 238). Yine eser sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkı eserdeki ayıp sebebiyle iş sahibine tanınmış bir seçimlik hak olarak (TBK m. 475), götürü bedelin kanundaki koşullar çerçevesinde aşılması hâlinde (TBK m. 480; OR m. 383), ve yaklaşık bedelin aşılmasında (TBK m. 482; OR m. 385) karşımıza çıkmaktadır.

hâle gelmesinden dolayı uğradığı zarardan ötürü sorumlu olacağına dair anlaşmaların kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Önceki Borçlar Kanunu döneminde tarafların açıkça anlaşması koşuluyla borçlunun sözleşmenin hükümden düşmesinden doğacak zarardan sorumlu olabileceğini düzenlenmekteydi. Buradan hareketle *Buz*, sözleşmeden dönme için de aynı esasın kabul edilmesi ve tarafların ancak açıkça anlaşmaları takdirde asıl borç ilişkisi için verilen teminatların dönme sonucu oluşan tasfiye ilişkisi için geçerli olabileceğini belirtmektedir. *Buz*, **Dönme**, s. 160.

⁴⁵⁶ Bu durumda, borçlunun olumsuz zarar talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Oğuzman/ Öz, ifayı kabul etmenin bir borç sayılabileceği olasılığında alacaklının tazminat sorumluluğunun doğacağı görüşündedir. Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 1186.

Sözleşmeden dönme hakkı diğer kanunlarda da yer almaktadır. TKHK uyarınca ayıplı mal veya hizmet ifasında (TKHK m. 11 ve 15), bağlı kredi sözleşmelerinde ifa etmeme yaptırımı olarak (TKHK m. 30/ f. 4), ön ödemeli konut satışında herhangi bir gerekçe göstermeden (TKHK m. 45) ve paket tur sözleşmesinde tüketiciden kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik ya da paketin iptal edilmesinde (TKHK m. 51/ f. 6) tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.

b. Alman Hukuku

Sözleşmeden dönme hakkı, Alman hukukunda 1900 yılında yürürlüğe giren ve 2002 tarihine kadar yürürlükte kalan BGB a.F. §346 vd. hükümlerinde düzenlenmişti. 2002 yılında yürürlüğe giren reform ile sözleşmeden dönme kurumu önemli değişikliklere uğramıştır.⁴⁵⁷

Alman hukukunda da sözleşmeden dönme bir yenilik doğuran hak olarak karşımıza çıkar.⁴⁵⁸ Alman Medeni Kanunu'nun kabulünden bu yana, sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemine bir etkisinin olmayacağı, bir başka deyişle dönmenin aynı sonuç doğurmayacağı soyutluk ilkesinin hâkim olduğu Alman hukukunda açıkça kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, sözleşmeden dönme yalnızca borçlandırıcı işlem üzerinde etki doğurur; buna karşılık tasarruf işlemi geçerliliğini korumaktadır.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Soergel BGB - Lobinger, Vor §346, par. 5; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 47; Erman BGB - Metzger, Vor § 346", par. 1; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 1; Grüneberg BGB - Grüneberg, Vor § 346, par. 1; Beck OK BGB - Schmidt, § 346, par. 1; Jauernig BGB - Stadler, Vor §§ 346-354, par. 1.

⁴⁵⁸ Soergel BGB - Lobinger Vor §346, par. 8 ve 34; Staudinger BGB - Kaiser, Vorb. §§ 346-354, par. 2; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 1 ve 70; NK BGB - Hager, Vor. §§ 346, par. 2; Erman/ Metzger Vorb. § 346", par. 1; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 12; Grüneberg BGB - Grüneberg Vor § 346", par. 2; HK BGB - Fries, § 346, par. 3; BeckOK BGB - Schmidt § 346", par. 10; Jauernig/ Stadler Vorb. §§ 346-354, par. 3.

⁴⁵⁹ Littmann, **Rücktritt**, ss. 88-89; Cosack, **Lehrbuch**, s. 386; Peters, **Rücktritt**, s. 21; Gierke, **Deutsches Privatrecht**, C. 3, s. 308; Stoll, **Rücktritt**, s. 84; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 27 ve dn 43'teki yazarlar; Soergel BGB - Lobinger Vor §346, par. 11; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 68; Staudinger BGB - Kaiser Vorb. §§ 346-354", par. 1; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 4; NK BGB - Hager Vorb. §§ 346, par. 15; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 31; Grüneberg BGB - Grüneberg Vor § 346, par. 3-4; HK BGB - Fries § 346, par. 5 ve 10; Prütting BGB - Stürner, § 346, par. 3; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 12-13; Jauernig BGB - Stadler, Vorb. §§ 346-354, par. 3.

Alman hukukunda da sözleşmeden dönme iki şekilde gerçekleşmektedir. Birinci hâl, tarafların sözleşme ilişkisinde birbirine tanıdığı sözleşmesel dönme hakkıdır. İkinci hâl ise, kanuni dönme hakkıdır.⁴⁶⁰

Alman Medeni Kanunu sisteminde hem sözleşmesel hem de kanuni dönme için aynı hükümler uygulanmaktadır.^{461 462} Reform ile kanuni dönme hakkı, BGB § 313 (işlem temelinin çökmesi), BGB § 321/2 (ön ifa – ifa menfaatinin zarar görmesi tehlikesi) (BGB § 323 (edim yükümlülüğünün ihlâli – ifa etmeme veya kötü ifa), BGB § 324 (BGB § 241/2’de yer alan bir yan yükümlülüğünün ihlâli) ve BGB § 326/ f. 5. (BGB § 275’teki imkânsızlık ve diğer ifa edememe hâlleri) maddelerinde tanınmıştır. BGB § 313 hükmü dışında, kanuni dönme hakkı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tanınmış bir imkândır.⁴⁶³ Buna karşılık, karşılıklı borç yüklemeyen sözleşmelerde de sözleşmeden dönme hükümleri uygulanabilir.⁴⁶⁴

Öte yandan, Alman Medeni Kanunu’nun özel hükümlerinde ve diğer kanunlarda⁴⁶⁵ da sözleşmeden dönme hakkı karşımıza çıkmaktadır. Satış ve eser sözleşmesinde ayıptan doğan haklardan biri olarak sözleşmeden dönme hakkı da reform sonrasında sözleşmeden dönme ile aynı esaslara tabi tutulmuştur.^{466 467}

⁴⁶⁰ Staudinger BGB/ Kaiser Vorb. §§ 346-354, par. 3; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 3; NK BGB - Hager § 346, par. 1-13; Erman BGB - Metzger Vorb. § 346”, par. 4; JurisPK BGB - Faust § 346, par. 7; HK BGB - Fries § 346, par. 1; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 1; Jauernig BGB - Stadler Vorb. §§ 346-354”, par. 4.

⁴⁶¹ İstisnai olarak, yalnızca kanuni veya sözleşmesel dönmeye uygulanan hükümler de mevcuttur. Bedel üzerinden iade borcunun ortadan kalktığı istisnalardan biri olan BGB § 346/ f.3/ b.3 hükmü ile elde edilmemiş yararların iadesine ilişkin BGB § 347/ f. 2/ c. 1 hükmü münhasıran kanuni dönmeye uygulanır. Buna karşılık, dönme hakkının bir süreye bağlanabileceğini düzenleyen BGB § 350 hükmü ise sözleşmesel dönmeye uygulanır.

⁴⁶² BGB a.F. sisteminde ise, tarafların sözleşmesel dönme hakkını tanımaları halinde BGB § 346 a.F. vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktaydı. Ana düzenleme sözleşmesel dönme hali iken, BGB § 327 uyarınca kanuni dönmeye sözleşmesel dönmeye ilişkin kuralların uygulanacağı kabul edilmişti. Kanuni dönme ise, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık (BGB a.F. § 325) ve borçlu temerrüdü (BGB a.F. § 326) hallerinde söz konusuydu. Reform ile daha önce kanuni dönme halleri açısından sözleşmesel dönme hükümlerine atıf yapılan uygulamadan vazgeçilmiş ve bazı istisnalar dışında her ikisinin de sonuçları yeknesaklaşmıştır. Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 36; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 37.

⁴⁶³ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 3.

⁴⁶⁴ BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 30.

⁴⁶⁵ Diğer kanunlardaki örnekler için Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 27-39.

⁴⁶⁶ Kaiser para 4 vd., Kaiser 346 para 12 vd. Soergel BGB - Lobinger, Vor §346, par. 2.

⁴⁶⁷ Esasında, önceki Alman Medeni Kanunu düzenlemesinde de tasfiye için sözleşmeden dönme hükümlerine yollama yapan hükümler de mevcuttu. Satış ve eser sözleşmesinde geri almada da dönme hükümlerine yollama yapılıyordu. Ancak, geri alma bir yenilik doğuran hak olarak düzenlenmemiştir. Satış ve eser sözleşmelerindeki geri alma halleri de genel hükümlerdeki sözleşmeden dönme ile

Alman hukukunda da sözleşmeden dönme ile tarafların edim yükümlülükleri sona erecek,⁴⁶⁸ ve sözleşmeden dönme ile taraflar ifa ettikleri edimlerin iadesi ile yükümlü olacaklardır.⁴⁶⁹ Koruma ya da özen yükümlülükleri gibi yan edim yükümlülüklerinin Alman Hukukunda da devam etmektedir.⁴⁷⁰ Ayrıca, sözleşmeden kaynaklanan fer'i talepler de kural olarak son bulacaktır. Ancak, teminatlara ilişkin olarak, Alman hukukunda bunların teminat ilişkisine göre akıbetinin tespit edileceği kabul edilmektedir.⁴⁷¹

c. Fransız hukuku

Fransız hukukunda *résolution* kavramı, yine geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin, daha sonra, genellikle ifa aşamasında ortaya çıkan bir sebeple sona ermesidir. Fransız hukukunda sözleşmeden dönme ("*résolution du contrat*"), özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde⁴⁷² ifa menfaatini elde edemeyen alacaklı için tanınmış bir haktır. Daha önce aCC m. 1184'te düzenlenen sözleşmeden dönme kurumu, reform ile CC 1224-1228 maddeleri arasında daha detaylı bir düzenlemeye kavuşmuştur.

CC m. 1224'e göre, sözleşmeden dönme, sözleşmeden dönme kaydı ("*clause résolutoire*") veya sözleşmenin yeterince ciddi oranda ifa edilmemesi ("*inexécution suffisamment grave*") sonucunda söz konusu olur. Sözleşmeden dönme, alacaklının borçluya bildirimini ile ya da mahkeme kararı ile gerçekleşir.

uyumlaştırılmış, bu şekilde iki kurum arasındaki yenilik doğuran hak ve talep hakkı ayırımı da ortadan kalkmıştır. Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 52; Soergel BGB - Lobinger, Vor §346, par. 2.

⁴⁶⁸ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 59 vd. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 2; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 41; Grüneberg BGB - Grüneberg Vor § 346, par. 3; HK BGB - Fries § 346, par. 1; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 2; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 11. Bu sonucun sözleşme içeriğinin değişmesinden bağımsız olarak doğduğu hakkında Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 60.

⁴⁶⁹ MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 41; HK BGB - Fries § 346, par. 1.

⁴⁷⁰ Döll, **Rückgewährstörungen**, ss. 61-62.

⁴⁷¹ a.g.e., s. 88; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 118; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 50; Grüneberg BGB - Grüneberg Vor § 346, par. 3.

⁴⁷² Eski düzenlemede sözleşmeden dönme karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için tanınmış bir imkândı. Bununla birlikte, Fransız hukukunda kararlarıyla tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de sözleşmeden dönme hakkının söz konusu olabileceğine dair içtihatlar gelişti. Bu içtihatların etkisi ile, bugün sözleşmeden dönme hakkı tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler için de düzenlenmiş oldu. Bénabent, **Obligations**, par. 389.

Fransız hukukunda sözleşmeden dönme üç farklı şekilde mümkündür: sözleşmeden dönme kaydı ile, mahkeme yolu ile (“*la résolution judiciaire*”), karşı tarafa bildirim yolu (“*la résolution unilatérale*”) ile.⁴⁷³ Sözleşmeden dönme kayıtları, reform öncesinde Fransız hukukunda içtihatlar ile kabul edilmiş olan ve mahkeme kararı olmadan sözleşmeden dönülmesini sağlayan bir imkân iken, reform ile Fransız Medeni Kanunu’nda hüküm altına alınmıştır.⁴⁷⁴ Yine, aCC 1184. maddede sözleşmeden dönmenin yalnızca mahkeme kararı ile gerçekleşebileceği açıkça düzenlenmekteydi. Buna karşılık mahkemeler, bu kuralı bazı hâllerde yumuşatmışlardı. 1998 yılında verilen *Tocqueville* kararında, “*taflardan birinin davranışları sonucunda diğer tarafın hasar ve zararı kendisine ait olmak üzere*” mahkeme kararı olmadan da sözleşmeden dönebileceğine karar verilmişti.⁴⁷⁵ Bu karar daha sonraki içtihatlarda da uygulanmıştır.⁴⁷⁶ *Tocqueville* kararındaki ifade bugün 1226. maddede yer almaktadır. Sözleşmeden dönme kayıtlarından farklı olarak, mahkeme veya bildirim ile gerçekleşen sözleşmeden dönme hâllerinde sözleşmenin ifa edilmeme hâlinin ciddi olması aranmaktadır. Bu açıdan Fransız hukuk sisteminde sözleşmeden dönme bizim sistemimizde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hâline hasredilmiş bir sözleşmeden dönme hakkından daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.

2. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonucu

Sözleşmeden dönmenin dönülen sözleşmeye etkisi, sözleşmeden dönme kavramına ilişkin yapılan çok sayıda tartışmanın merkezini oluşturmuştur. Bugün bu tartışmalar İsviçre ve Alman hukuklarında çözülmüş gibi gözükmemektedir. Buna karşılık, Türk hukukunda sözleşmeden dönmenin hukuki sonucu, dört farklı görüş

⁴⁷³ Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 549; Fages, **Obligations**, par. 302; Terré vd., **Les obligations**, par. 796; Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, **Droit civil: les obligations**, 16e édition Paris: Dalloz, 2018, par. par. 1842.

⁴⁷⁴ Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 549-550.

⁴⁷⁵ Civ 1re, 13.10.1998, no. 96-21485, RTD civ., 1999, 384. (Legifrance)

⁴⁷⁶ Muriel Fabre-Magnan, **Droit des obligations: 1- Contrat et engagement unilatéral**, 5. bs, Paris: Presses universitaires de France, 2019, par. par. 1030; Dimitri Houtcieff, **Droit des contrats**, 4. bs, 2018, par. par. 987.

ekseninde devam etmektedir. Fransız hukukunda ise, tartışmaların seyri daha farklı ilerlemiştir.

a. Türk ve İsviçre hukuklarında

Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşmeden dönmenin hukuki sonucuna dair ortaya atılan görüşlerden ilki, yukarıda bahsedilen ve Alman ve İsviçre hukuklarında bir dönem hâkim görüş olan klasik dönme teorisidir.⁴⁷⁷ Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır; sözleşmenin tasfiyesi ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşmelidir.⁴⁷⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski kararlarında, sözleşmeden dönme sonucunda iade yükümlülüklerine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktaydı.⁴⁷⁹

İkinci teori aynı etkili dönme teorisi olarak adlandırılmaktadır.⁴⁸⁰ Bu teoriye göre sebebe bağlılık ilkesi uyarınca, sözleşmeden dönme yalnızca borçlandırııcı işlemi değil, aynı zamanda tasarruf işlemini de geçmişe etkili olarak sona erdirir; bunun sonucunda iade taleplerinin dayanağı istihkak talebi olmalıdır.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Bkz. Birinci Bölüm/III/ D/ 1.

⁴⁷⁸ BK OR – Becker, Art. 109, par. 1; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 493; Andreas von Tuhr, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)**, 3. bs, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984, s. 155; Albert Comment, **De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux - Art. 107 - 109 C.O.**, Courtelary: Imprimerie H. Strahm-Liengme, 1924, ss. 142-43; Honegger, **Rücktrittsrecht**, s. 44; Antonio Janner, **Wandlungen der Bereicherungslehre im Schweizerischen Recht**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1943, ss. 64-65; Halûk Tandoğan, **La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats**, Lausanne: Librairie de L'université, F. Rouge Cie S.A., 1952, ss. 43-45; Halil Arslanlı, **Ticari Bey**, 4. bs, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955, ss. 441-42; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 1690; Uluhan, **İyiniyet**, ss. 75-76; Büren, **AT**, s. 382; Engel, **Traité**, s. 734; Gauch, Schlupe, Tercier, **Partie générale**, par. 1785 vd. Alfred Koller, "Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen", **Baurecht**, S. 4, 2006, s. 6; O. İşdi Nazikoğlu, "Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü", **AÜHFD**, C. 8, S. 1, 1951, ss. 681-82; Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanacağı görüşünde Halûk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku - Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet**, 2 (1. Basıdan Tıpkı Bası) İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, ss. 504-5; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 34 vd.; M. Turgut Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 16, 1996, s. 131 vd.

⁴⁷⁹ Bkz örn. BGE 25 II 396.

⁴⁸⁰ Bu teori bazı kaynaklarda klasik dönme görüşünün bir alt başlığı olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 1691-1692.

⁴⁸¹ Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, ss. 309-10; Markus Knellwolf, "Zur Wirkung des Rücktrittes", **ZSR**, C. 109, S. 4, 1990, s. 410; Ehrat, **Rücktritt**, par. 40; Buz, **Dönme**, s. 117 vd.; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **BG**, par. 1376. İFM satış sözleşmesinden dönmeye ilişkin bir kararında sebebe bağlılık ilkesini

Üçüncü teori olan kanuni borç ilişkisi teorisi⁴⁸², sözleşmeden dönme üzerine oluşan iade taleplerinin kanundan doğan bir borç olduğundan hareket eder. Bu durumda, iade taleplerine sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak zamanaşımı değil, genel 10 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.⁴⁸³ Bu görüşün temelinde, iade taleplerinin tabi olduğu kısa zamanaşımı süresi yerine 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması amacı yatmaktadır. Görüş, iade taleplerinin dayanağı açısından klasik dönme görüşünden ayrılmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, dönüşüm teorisini kabul etmeden önceki eski kararlarında da, iade için 10 yıllık genel zamanaşımı süresini uygulamaktaydı.⁴⁸⁴

Dördüncü teori ise Alman hukukunda hâkim görüş olarak kabul edilen dönüşüm teorisidir. Dönüşüm teorisi uyarınca, sözleşmeden dönme üzerine sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine dönüşür ve bu ilişkiye sözleşme hukuku kuralları uygulanır. Dönüşüm teorisi bugün İsviçre hukukunda da hâkim görüş olarak kabul edilmektedir.⁴⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi de 1988 tarihli bir kararında, ilk defa

uygulayarak dönmeye aynı etki tanımıştır. Bkz. BGE 109 II 26, 30. Ancak, bu karar, dönüşüm teorisine ilişkin olarak verilen karardan daha öncedir.

⁴⁸² Kanuni borç ilişkisi teorisi de esasında İsviçre hukukunda ayrı bir teori olarak değerlendirilmemektedir. Bu görüşte olan İsviçreli yazarlar klasik görüş kapsamında değerlendirilmekte, yalnızca zamanaşımı yönünden 10 yıllık zamanaşımının uygulanmasının gerekçesi olarak iade borcunun kanundan doğan bir borç olduğu belirtilmektedir.

⁴⁸³ Tekinay vd., **BG**, s. 962 vd.; İlhan Ulsan, “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, **İÜMHAD**, C. 5, S. 7, 1971, s. 163; Müge Ürem, **Eser Sözleşmesinden Erken Dönme - Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m. 473/1)**, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 183; Gülşah Sinem Aydın, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **TBB**, C. 31, S. 141, 2019, s. 434; Mustafa Göktürk Yıldız, **Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha, 2020, ss. 265-66.

⁴⁸⁴ ATF 60 II 27, s. 28; ATF 61 II 255, s. 256; ATF 63 II 252, s. 258

⁴⁸⁵ CR CO I - Chappuis Art. 62, par. 38; CR CO - Thévenoz, Art. 109, par. 6; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1572; BSK OR - Wiegand, Art. 109, par. 4; Schwenzer, **AT**, par. 66.33; CHK OR - Furrer/ Wey, Art. 109, par. 17; OFK OR - Penon/ Berger, Art. 109, par. 2; BK OR - Weber/ Emmenegger, Art. 109, s. 872. Peter Gauch, **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Freiburg (Schweiz): Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968, ss. 207-8; Paul Piotet, “La restitution après résolution du contrat Arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1983 dans la cause Intravend AG c. Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori, ATF 109 II 26 ss = JdT 1983 I 260 ss”, **Baurecht**, 1984, ss. 11-12; Wolfgang Wiegand, “Leistungsstörungen, Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung”, **Recht**, C. 3, 1983, s. 13; Bucher, **AT**, s. 378; Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988, s. 260; Peter Gauch, “Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)”, **Recht**, C. 4, 1989, s. 124 vd. Hans Merz, “Die Privatrechtliche Rechtsprechung Des Bundesgerichts im Jahr 1988 - Obligationenrecht”, **Zbjv**, C. 126, S. 4, 1990, ss. 260-61; Daniel Glasl, “Zur Wirkung des Rücktritts - eine Replik”, **ZSR**, C. 110, S. 2, 1991, s. 266; Esther Suter, **Rechtsnatur und Rechtsfolgen des**

dönüşüm teorisini kabul etmiştir ve daha sonraki kararlarında da dönüşüm teorisini uygulamıştır.⁴⁸⁶ Türk hukukunda da dönüşüm teorisini kabul eden yazarların sayısı giderek artmaktadır; günümüzde bu teorinin hâkim görüş olduğunu söyleyebilmek mümkündür.⁴⁸⁷

Türk yargı kararlarına baktığımızda ise, Yargıtay’ın klasik dönme teorisini üstün tuttuğunu görmekteyiz.⁴⁸⁸ Bununla birlikte, Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise sözleşmeden dönmeye ayni etki tanımaktadır. Yargıtay’ın yerleşik içtihadına göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin “*geriye etkili feshi*” hâlinde, müteahhit sözleşmeye konu arsa paylarının mülkiyetini kaybeder ve arsa sahibi bu payları yalnızca müteahhitten değil, müteahhidin payları devrettiği iyiniyetli üçüncü kişilerden de talep etme hakkına sahiptir. Burada ayni etkinin ötesinde, üçüncü kişilerin yapmış olduğu işlemleri de etkileyen bir sonuç doğmaktadır.⁴⁸⁹

Benimsenilen görüşten bağımsız olarak, sözleşmeden dönme sonucunda tasfiye ilişkisine ödemelik def’inin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.⁴⁹⁰

Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Zürich: Schulthess Poligraphischer Verlag AG, 1991, ss. 78 ve 89; Rolf H. Weber, “Vertragsaufhebung bei Leistungsstörungen Rechtsnatur und Rechtsfolgen”, **ZbjV**, C. 127, 1991, s. 639 vd. Glasl, **Rückabwicklung**, ss. 91-93; Peter Gauch, **Der Werkvertrag**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1996, par. par. 684; Elisabeth Glättli, “Zum Schadensersatzanspruch bei Rücktritt -- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen”, **SJZ**, C. 93, 1997, s. 240; Hartmann, **Rückabwicklung**, s. 365;

Satış sözleşmesi için CR CO – Venturi/ Zen-Ruffinen, Art. 205, par. 10.

⁴⁸⁶ BGE 114 II 152, ss. 157-158; BGE 123 III 16, s. 19.

⁴⁸⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 78 vd., 545-46; Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri verme Yükümü**, ss. 195-207; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, böl. böl. § 17 par. 16; Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 8. bs, İstanbul: On İki Levha, 2022, böl. böl. § 17, par. 16; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 210; Eren, **BG**, par. 3506; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs, Ankara: Legem, 2023, par. par. 404; A. Lâle Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992, s. 175; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, 1995, s. 66; Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara: Yetkin, 2012, s. 302; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 150 vd.; Antalya, **BG 1, 3**, C. 5/1, 3, par. 2883 vd.; Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 189.

⁴⁸⁸ Bkz. örn. 6. HD., E. 2021/1312 K. 2022/2748 T. 23.5.2022; 6. HD., E. 2021/4707 K. 2022/3050 T. 2.6.2022; 15. HD., E. 2021/4618 K. 2021/2700 T. 14.6.2021; 15. HD., E. 2019/3463 K. 2020/1571 T. 15.6.2020.

⁴⁸⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm/ V/ A/ 4.

⁴⁹⁰ von Tuhr, Escher, **AG II**, s. 58; Büren, **AT**, s. 468; Öz, **Eser**, ss. 255-56; Giger, **Rechtsfolgen**, s. 148; Glasl, **Rückabwicklung**, s. 188; Schenker, **Schuldnerverzug**, ksm. 710; Honegger,

b. Alman hukuku

Alman hukukunda günümüzdeki hâkim görüş uyarınca, sözleşmeden dönme sonucunda, sözleşme ilişkisi içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşür.⁴⁹¹ Bazı yazarlarca, içerik değiştirmenin *ex nunc* etkisinden de bahsedilmektedir.⁴⁹² Bazı yazarlar ise genel olarak burada ileri etkili sona ermeden söz etmenin de dönme sonrası oluşan ilişkiyi açıklamakta yeterli olmayacağını kabul etmektedir.⁴⁹³

Hâkim görüş ayrıca, sözleşmeden dönmenin tarafların sözleşme kurulmadan önceki konuma getireceğini (*status quo ante contractum*) kabul eder.⁴⁹⁴ Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar sözleşmeden dönmenin tarafları sözleşme kurulmadan önceki

Rücktrittsrecht, s. 72. BGE 109 II 26, s. 29. İBK 10.07.1940 2/77 (R.G. 01.02.1941, s. 4723). Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmeye bu sorun kısmi temerrütte ortaya çıkabilir Bkz. Buz, **Dönme**, ss. 232-33.

⁴⁹¹ Döll, **Rückgewährstörungen**, ss. 53-54; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 1; a.g.e., par. 69; NK BGB - Hager § 346, par. 14; JurisPK BGB - Faust § 346, par. 6; Erman - Metzger Vorb. § 346", par. 1; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 40; Grüneberg BGB - Grüneberg - Vor § 346", par. 3; Grüneberg BGB - Grüneberg, § 346, par. 4; HK BGB - Fries § 346, par. 9; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 6; Jauernig BGB - Stadler ,Vorb. §§ 346-354", par. 3. Karşı görüşte bkz. Jürgen Kohler, "Bereicherungshaftung nach Rücktritt – eine verdrängte Verdrängung und ihre Folgen", **AcP**, C. 208, S. 4, 2008, s. 423 vd; Christoph Schreiber, "Nichtigkeit und Gestaltungsrechte: Zur Dogmatik der Doppelwirkungen im Recht", **AcP**, C. 211, S. 1, 2011, ss. 50-51.

⁴⁹² jurisPK BGB - Faust § 346, par. 6; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 40; HK BGB - Fries § 346, par. 10; Jauernig BGB - Stadler Vorb. §§ 346-354, par. 3.

⁴⁹³ Soergel BGB - Lobinger Vor §346, par. 26. *Kaiser*, ileri etkili sona ermenin yalnızca asli edim yükümlülükleri açısından olduğunu belirtmektedir. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 4.

⁴⁹⁴ Hermann Schwenn, "Die Gefahrtragung beim Rücktritt", **AcP**, C. 152, S. 2, 1952, s. 150; Ernst Wolf, "Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden", **AcP**, C. 153, S. 2, 1954, s. 109; Sven Erik Wunner, "Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel", **AcP**, C. 168, S. 5/6, 1968, ss. 431-34; Ulrich Huber, "Rücktritt vom Vertrag und Ersatz des Verzugsschadens - Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 24. 6. 1983 - V ZR 113/82", **JuristenZeitung**, C. 39, S. 9, 1984, s. 410; Ulrich Büdenbender, "Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge", **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 200, S. 6, 2000, s. 631; Kathrin Herold, **Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts: eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung**, Berlin: Duncker & Humblot, 2001, s. 71; Christoph Coen, **Vertragsscheitern und Rückabwicklung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit-Principles und den Principles of European Contract Law**, Duncker & Humblot, 2003, s. 199; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 28; Fest, **Einfluss**, s. 2; Marlena Hütte, **Gefahrverteilung und Schadensersatz im Rückabwicklungsschuldverhältnis nach gesetzlichem Rücktritt: Unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rückabwicklung nach Leistungskondiktion**, Peter Lang, 2010, s. 13; "Staudinger/ Kaiser Vorb. §§ 346-354", par. 1; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 1; HK BGB - Fries § 346, par. 1 ve 9.

döneme getirebilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir.⁴⁹⁵ Bu yazarlar, *status quo ante contractum*'un değil, tarafların sözleşme kurulduktan sonra, ancak edimler ifa edilmeden önceki ana geri dönebilmesinin mümkün olduğu görüşündedir.⁴⁹⁶

Dönüşüm teorisinin hâkim görüş olmasına karşın, reform sonrasında da dönüşüm teorisine karşı çıkan azınlık görüşleri bulunmaktadır. *Lobinger*, dönüşüm teorisini kanuni dönme hâlleri için reddetmekte ve teorisinin sözleşmesel dönme için de sınırlı olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁴⁹⁷ Yazara göre, klasik öğretinin savunduğu gibi, tasfiye sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca gerçekleşmelidir.⁴⁹⁸

Sözleşmeden dönme konusundaki ana düzenleme olan BGB § 346, tarafların iade yükümlülüklerinin yanı sıra, bedel üzerinden iade ve elde edilmiş yararlarla ilişkin sorumluluk düzenine de yer vermektedir. İade imkânsızlığı ve hasar problematiği de yine bu madde ile düzenlenmiştir. Ayrıca, tazminat talepleri açısından, genel hükümlere yollamada bulunmaktadır.⁴⁹⁹ BGB § 347 hükmü ise, elde edilmemiş yararlardan sorumluluk ile harcama ve kullanım bedelinin talebine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Tazminat talepleri dışında sözleşmeden dönme sonucu oluşan tasfiye ilişkisine uygulanacak hükümler ise sınırlıdır. Edimlerin iadesinin gerçekleşmemesi üzerine iade alacaklısının BGB § 323 veya §326'ya başvurma imkânı bulunmamaktadır. Bu noktada, tasfiye ilişkisi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi olarak görülmemektedir.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 6.

⁴⁹⁶ Döll, *Rückgewährstörungen*, s. 52; NK BGB - Hager § 346, par. 14; Erman BGB - Metzger § 346, par. 2.

⁴⁹⁷ Soergel BGB - Lobinger Vor §346, par. 14 vd. Yazar bu ayrımı özellikle yeni düzenlemeler sonucunda sözleşmeden dönmenin tarafları sözleşme ilişkisinden koparma amacı güttüğüne ve bunun da sebepsiz zenginleşme hükümleri ile uyumlu olduğuna dayandırmaktadır. Bkz. Soergel/ Lobinger Vor §346", par. 18.

⁴⁹⁸ a.g.e., par. 18-24.

⁴⁹⁹ Alman Medeni Kanunu reformu sonrasında, sözleşmeden dönmenin tazminat taleplerini dışlamadığı BGB m. 325 ile açıkça hüküm altına alınmıştır. Sözleşmeden dönmenin tazminat talepleri bakımından bir önceliği de bulunmamaktadır. MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 42.

⁵⁰⁰ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 283.

c. Fransız hukuku

Bu hukuk sisteminde sözleşmeden dönme, sözleşmeyi sona erdirir (CC m. 1229). Bu sona erme kural olarak geçmişe etkilidir. Buna karşılık, uyuşmazlık çözümüne, dönmeye rağmen varlığını koruyacağı kararlaştırılmış hükümlerle, gizlilik ve rekabet yasağına ilişkin hükümler dönmeden sonra da geçerliliklerini koruyacaktır (CC m. 1230). Öte yandan, yeni düzenleme ile geriye etkinin bazı sözleşmelerde uygulanmayacağı esası getirilmiştir. Buna göre, ifa menfaatinin karşı edimin de ifa edildiği ölçüde elde edildiği sözleşmelerde sözleşmeden dönme değil, fesih söz konusu olacaktır.

Bu durumda ikili bir ayırım yapmak gereklidir. Fransız hukukunda da sözleşmeden dönmenin kural olarak ifa menfaatinin dönülen sözleşmenin tümünün ifası ile sağlanabileceği sözleşmelerde tarafları edimlerini ifa yükümlülüğünden kurtardığı, yerine getirilen edimlerin de iadesi borcunun doğacağı kabul edilmektedir.⁵⁰¹ Öte yandan, menfaatinin karşı edimin de ifa edildiği ölçüde olduğu sözleşmelerde sözleşme yine sona erecek, ancak tarafların geçmişte ifa etmiş oldukları edimlerin iadesine gerek olmayacak, taraflar henüz ifa edilmemiş edimlerin ifası yükümlülüğünden kurtulacaktır.

Fransız hukukunda sözleşmeden dönmenin dönülen sözleşmeye etkisinden ziyade, geçmişe etkinin sınırları tartışılmıştır. Bunun bir sebebi Fransız hukukunda sözleşmeden dönmenin bir bozucu şart türü olarak düzenlenmiş olması olabilir. Eski düzenlemeye göre, sözleşme zımni bir bozucu şart içermekte ve taraflardan birinin ifayı gerçekleşmediğinde bu şartın gerçekleşerek sözleşmeyi sona erdirmekteydi.⁵⁰² Sözleşmeden dönmenin bozucu şart içinde düzenlenmesi eleştirilmiştir. Buna göre, şart teorisi sözleşmeden dönmenin amacını açıklamakta yetersiz kalmaktadır, zira sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiren husus sözleşme ve taraf iradesi dışında gerçekleşen bir husus değildir.⁵⁰³ Öte yandan söz konusu şart borçlunun iradesine tabi

⁵⁰¹ Thomas Genicon, **La résolution du contrat pour inexécution**, Paris: L.G.D.J, 2007, par. par. 743.

⁵⁰² Philippe Delebecque, Frédéric-Jérôme Pansier, **Droit des Obligations - Contrat et quasi-contrat**, 8. bs, Paris: LexisNexis SA, 2018, par. par. 493.

⁵⁰³ Genicon, **Résolution**, par. 95.

olmaktadır; bir tarafın iradesine tabi bu şartlar geçerli değildir.⁵⁰⁴ Ayrıca, hâkimin sözleşmeden dönmeye karar verebilmesi de bozucu şart kurumu ile bağdaşmamaktadır.⁵⁰⁵

Capitant sözleşmeden dönmenin hukuki sonucunu *causa* (“cause”)⁵⁰⁶ kavramı ile açıklamıştır. Fransız hukukunda *Ceccaldi* olarak adlandırılan bir kararda da bir tarafın sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemesinin diğer tarafın borcunun *causasının* sona ermesi anlamına geleceği belirtilmektedir.⁵⁰⁷ *Capitant*’a göre, sözleşmenin tarafı edimin ifasının gerçekleşmesini amaçlamaktadır; edim ifa edilmediğinde ise, bu amaç gerçekleştirilememiş olacaktır, bu nedenle de sözleşmeden dönülebilecektir.⁵⁰⁸ Yazara göre, aCC m. 1184’ün tarihsel süreci göz önüne alındığında, sözleşmeden dönmenin amacının *causa* kavramında yattığı görülebilecektir.⁵⁰⁹ Yazar, *Ceccaldi* kararına da atıfta bulunarak, mahkeme kararlarında da bu görüşün benimsendiğini ileri sürmüştür.⁵¹⁰ Sözleşmeden dönmeye tarafların arzusu bulunmayabilir; burada sadece kanunkoyucunun uyguladığı bir yaptırımdan bahsedilebilir.⁵¹¹

Fransız hukukunda, reform öncesinde dönüşüm teorisi ile örtüşen görüşler ileri sürülmüştür.⁵¹² *Ancel* de sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmediğini ve sözleşmenin dönmenin sonuçları için uygulama alanı bulacağını ileri sürmüştür.⁵¹³ Benzer şekilde *Rigalle-Dumetz* de sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmediği kanaatindedir.⁵¹⁴ Bu hâliyle, yazarın görüşleri dönüşüm teorisi ile benzerlik taşımaktadır.⁵¹⁵ Fransız hukukunda

⁵⁰⁴ a.g.e., par. 97.

⁵⁰⁵ a.g.e., par. 100.

⁵⁰⁶ Hukuki işlemin *causa*’sı Reform öncesinde Fransız hukukunda bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmekteydi. Reform ile artık *causa* bir geçerlilik şartı olarak aranmamaktadır. Fages, **Obligations**, par. 153.

⁵⁰⁷ Cass. civ., 14.04.1891, no. 55-103 (Legifrance).

⁵⁰⁸ *Capitant*, **Cause**, s. 311.

⁵⁰⁹ a.g.e., s. 326.

⁵¹⁰ a.g.e., ss. 327-28. Bkz. ayrıca Delebecque, Pansier, **Obligations**, par. 493.

⁵¹¹ Genicon, **Résolution**, par. 120.

⁵¹² Örneğin Carbonnier “*le contrat synallagmatique renversé*” terimini öne sürmüştür. Bkz. Droit civil, Les Obligations, 22. Bası, 2004, para. 107, s. 208 (Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 427 naklen.)

⁵¹³ Pascal Ancel, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, **RTD civ.**, S. 4, 1999, par. par. 47.

⁵¹⁴ Corinne Rigalle-Dumetz, **La résolution partielle du contrat**, Paris: Dalloz, 2003, par. par. 9.

⁵¹⁵ Genicon, **Résolution**, par. 53.

dönüşüm teorisinin doktrinde çok ilgi görmediğini söylemek mümkündür. Reform ile de, sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi sona erdirdiği ve bu sona ermenin kural olarak geçmişe etkili olduğu açıkça düzenlendiği için, dönüşüm teorisinin en önemli sonucu olan sözleşmenin içerik değiştirip bir tasfiye ilişkisine dönüşmesi olgusunun Fransız hukukunda kabul edilmesi pek mümkün olmayacaktır.

Sözleşmeden dönmenin geriye etkisinin ne ifade ettiğini tartışan yazarlardan bazıları, geriye etkinin sözleşmeden dönmenin temel fonksiyonu olarak görülmesine karşı çıkmaktadır; halbuki mevcut olan yalnızca sözleşmeden dönmenin doğal bir sonucudur.⁵¹⁶ Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi ise, sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılmasını değil, “*sözleşme ile hedeflenen ekonomik faaliyetin tasfiyesi*” olmalıdır.⁵¹⁷ Bu kapsamda sözleşmenin etkilerinin bütünü ile ortadan kaldırılmamasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.⁵¹⁸

3. Tazminat

Sözleşmeden dönme ve istenebilecek tazminatın türü de tartışmalara sebep olmuştur. Her iki kanun metni de sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zararın tazmin edilebileceğinden bahsederek, burada istenebilecek tazminat türünün olumsuz zarar olduğuna işaret etmektedir.⁵¹⁹ Ancak bazı yazarlar, sözleşmeden dönme ile yalnızca olumsuz zararın tazminin istenebilmesine karşı çıkmaktadır. Bu kapsamda, bir ifa etmeme yaptırımı olan sözleşmeden dönmenin, sözleşmenin geçersizliği hâlleri ile bir tutulması, ifa menfaatinde doğabilecek bir zararın varlığının reddedilmesi ve olumsuz zararın talep edilebilmesi eleştirilmiştir.⁵²⁰ Bu yazarlara göre, sözleşmeden dönme hâlinde de olumlu zarar tazmin edilebilmelidir.⁵²¹ Tazminat talepleri

⁵¹⁶ a.g.e., par. 700.

⁵¹⁷ a.g.e., par. 712.

⁵¹⁸ a.g.e., par. 714.

⁵¹⁹ Eren, **BG**, par. 3511.

⁵²⁰ CR CO - Thévenoz, Art. 107, par. 2; CR CO I - Thévenoz - Art. 109, par. 16.

⁵²¹ Glättli, **Zum Schadensersatzanspruch bei Rücktritt -- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen**, s. 239; Schenker, **Schuldnerverzug**, par. 745; BK OR - Weber/ Emmenegger - Art. 109, par. 86. Karşı görüşte bkz. Buz, **Dönme**, ss. 266-67; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 738 dn. 247. Buz’a göre sözleşmeden dönmeye müspet zarar istenebilmesi alacaklıya tanınan seçimlik hakların azalması anlamına gelecektir; ya fark teorisi ya da sözleşmeden dönme işlevini yitirecektir.

karşısında, artık hüküm doğurmayan ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye edilen bir sözleşmeden tazminat talebi doğabileceği de eleştirilmiştir.⁵²² Öte yandan, sözleşmeden dönme (ile başlangıçtaki objektif imkânsızlık) hâlinde alacaklıya olumlu ve olumsuz zararın seçimlik hak olarak tanınması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur.⁵²³

Ergüne'ye göre, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin savunulan görüşlerle, görüşün sözleşmenin geçerliliğine etkisine bağlı olarak hangi tazminatın istenebileceği konusunda varılan yargı tutarlı olmak zorunda değildir. Bu kapsamda, klasik dönme görüşü sonucunda olumlu zararın tazmin edilmesi savunulabileceği gibi, tersi olasılıkta dönüşüm teorisinin kabulü olumsuz zararın tazminini dışlamaz.⁵²⁴

Alacaklı sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararının da karşılanmasını talep ettiğinde ve tazminat hesabı da fark teorisine göre yapıldığında ise karşımıza şu sonuç çıkar: alacaklı elde ettiği edimi iade etmeyecek, ancak buna rağmen sözleşmeden dönmüş olacaktır. Bu sebeple, burada fark teorisinin uygulanmaması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.⁵²⁵ Fark teorisi ile ilgili bir başka tartışma ise, ifa yerine olumlu zararın tazmini hakkının kullanımı sonucunda istenen tazminat teleplerinde kendini gösterir. Tazminat fark teorisine⁵²⁶ göre hesaplandığı takdirde, alacaklı kendi edimini de ifa etmeyecek; bu durumda, sözleşmeden dönme benzeri bir sonuç ortaya çıkacaktır.⁵²⁷

⁵²² Glasl, *Rückabwicklung*, s. 69.

⁵²³ M. Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 2008, s. 73.

⁵²⁴ a.g.e., ss. 262-63.

⁵²⁵ Glasl s. 125 dn. 274

⁵²⁶ İsviçre hukukunda hâkim görüş, borçlu temerrüdünde ifa yerine olumlu zararın tazmininde tazminatın fark teorisine göre belirlenmesi yönündedir. CR CO I -Thévenoz Art. 107, par. 33; Bucher, *AT*, ss. 280-82; Gauch, Schlupe, Schmid, *AT*, C. I, par. 2774; Schwenger, *AT*, par. 66.28; Schenker, *Schuldnerverzug*, par. 673 vd.

⁵²⁷ CR CO I -Thévenoz Art. 107, par. 34.

D. İmkânsızlık

1. Türk ve İsviçre Hukukları

İmkânsızlık hâli çeşitli ayırımlara tabi olarak incelenmektedir. Konumuz açısından önemli bir ayırım objektif ve sübjektif imkânsızlık hâlidir. Objektif imkânsızlık hâli, edimin yalnızca borçlu tarafından değil, herkesçe gerçekleştirilemeyecek olmasını ifade eder ve sözleşme kurulmadan önceki aşamada sözleşmenin kesin hükümsüz olmasına yol açar.⁵²⁸ Sübjektif imkânsızlık ise, yalnızca borçlunun edimi yerine getirmesinin imkânsız olması hâlidir; bu imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğine etki etmemekte, ancak borçlunun daha sonra borcu ifa edememesinden dolayı sorumlu olmasına yol açmaktadır.⁵²⁹

TBK m. 27 ve OR 20 hükümleri uyarınca, sözleşmenin kurulduğu aşamada mevcut olan objektif imkânsızlık hâlleri, sözleşmeyi kesin hükümsüz kılar.⁵³⁰ Başlangıçtaki imkânsızlık olarak adlandırılan bu husus, sözleşmenin kurulduğu aşamada sözleşme konusunun objektif olarak imkânsız olması hâlinde karşımıza çıkar.⁵³¹

Sözleşme kurulduktan sonra imkânsızlığın etkisi ise ayrıca değerlendirilmelidir. Sözleşme kurulduktan sonraki kusurlu imkânsızlık hâli TBK m. 112 ve OR m. 97’de düzenlenen ifa etmeme hâllerinden biri olarak ele alınmaktadır. Burada, borcun

⁵²⁸ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 815; Nomer, **BG**, par. 56. Baştaki hukuki imkânsızlığın emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceği yönünde görüşler de mevcuttur. Bkz. Kaşak, **Emredici Hükümler**, ss. 128-29.

⁵²⁹ İstŞ TBK/ Ergüne/ Kurşun, m. 27, para. 32; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, s. 89. Şahsen ifa edilecek bir edimde sübjektif imkânsızlığın objektif imkânsızlık sonuçlarını doğurarak sözleşmeyi kesin hükümsüz hâle getireceği hakkında bkz. Meise, Huguenin, BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 46; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 758; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, s. 225. İstŞ TBK/ Oktay Özdemir, m. 26, para. 126?

⁵³⁰ İstŞ TBK - Oktay Özdemir, m. 26, para. 125; Becker, “BK - Becker, Art. 20”, par. 1-2; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 441; Bucher, AT, s. 247; Keller, Schöbi, **Schuldrecht**, s. 145; Tekinay vd., **BG**, s. 404; Engel, **Traité**, s. 268; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 41; Serozan, **BG**, s. 164; BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 46; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, s. 224; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 289; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 811-812, 819.

⁵³¹ İstŞ TBK - Ergüne/ Kurşun, m. 27, para. 32; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, ss. 88-89.

ifasının borçludan kaynaklanan bir sebeple imkânsız hâle getirilmesi söz konusudur. Burada da hem objektif hem de sübjektif imkânsızlık düzenlenmektedir.⁵³²

Hâkim görüş, sonradan ortaya çıkan kusurlu imkânsızlığın borçlunun borcunu sona erdirmeyeceğini, ancak borcun içeriğini bir tazminat borcuna dönüştüreceğini savunur.⁵³³ Buna karşılık, bir diğer görüş, bu hâlde de borcun sona ereceğini ve asıl borçtan ayrı bir tazminat borcu doğacağını ileri sürer. Bu görüş kusurlu ve kusursuz imkânsızlığın borç ilişkisi üzerinde farklı etkisi olacağını kabul etmemektedir.⁵³⁴

Sonradan ortaya çıkan kusursuz imkânsızlık ise OR m. 119 ve TBK m. 136'da düzenlenmektedir. OR m. 119/ f.1 ve TBK m. 136/ f. 1 uyarınca, bu hâlde borç sona erer.⁵³⁵ TBK'nın bu ifadesi, edim hasarına, yani edimin alacaklı veya borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşmasına alacaklının katlanacağını gösterir.⁵³⁶ Buna karşılık, OR m. 119/ f.2 ve TBK m. 136/ f.2, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kendi edimini ifadan kurtulan borçlunun karşı taraftan edimi talep etme hakkının da ortadan kalkacağını düzenler. Bu durumda, karşı edim hasarı ise borçluya yüklenmektedir; çünkü, borçlu alacaklıdan edimi talep etme hakkını kaybeder.⁵³⁷ Taraflardan biri daha önce edimini ifa ettiyse, bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edecektir.⁵³⁸

TBK m. 136/ f. 2 kanun veya sözleşme ile borcun ifasından önce hasarın alıcıya geçirildiği hâlleri bu ana kuralın dışında tutmuştur. TBK m. 208 hükmü uyarınca satılanın yarar ve hasarı zilyetliğin devri ile geçmektedir, öBK da ise bu an

⁵³² CR CO - Thévenoz, Art. 97, par. 8.

⁵³³ a.g.e., par. 5.

⁵³⁴ İstŞ TBK - Öz, m. 112, para. 37; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, s. 450 vd.

⁵³⁵ İstŞ TBK - Öz, m. 136, para. 4 ve 14; İstŞ TBK - Oktay Özdemir, m. 26, para. 128.

⁵³⁶ CR CO – Thévenoz, Art. 119, par. 3; Eren, **BG**, par. 4135; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 1600; Nomer, **BG**, par. 183.

⁵³⁷ Eren, **BG**, par. 4137; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 1604; Nomer, **BG**, par. 183.5.

⁵³⁸ Eren, **BG**, par. 4138. Bir görüşe göre burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan gönderme yalnızca kanundan doğan iade borcunun ne çerçevede gerçekleşeceğini belirtmekten ibarettir; TBK m. 136 uyarınca kanundan doğan bir iade yükümlülüğü bulunmaktadır. İstŞ TBK/ Öz, m. 136, para. 21; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 1816. Karşıt görüşe göre ise, burada tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştiği bir geçmişe etkili sona erme söz konusudur. ZK OR - Oser/ Schönerberger, Art. 119, para. 19; Tekinay vd., **BG**, s. 1011; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK m. 117)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 114.

sözleşmenin kuruluşu idi. Bu durumda satış sözleşmesindeki hasar paylaşımı imkânsızlık düzenlemesinin istisnasını oluşturmaktaydı.⁵³⁹

İmkânsızlık konusu çerçevesinde değinilmesi gereken bir başka tartışma ise, Türk ve İsviçre hukukunda imkânsızlığın da bir sözleşmeden dönme hakkı verip vermeyeceği yönündedir. Bir görüşe göre imkânsızlık halinde de bir sözleşmeden dönme hakkı söz konusu olmalıdır.⁵⁴⁰ Buna karşılık, bu görüş bu imkânın hem TBK’da düzenlenmemiş olması hem de alacaklıyı imkânsızlaşan bir edimin söz konusu olduğu bir sözleşme ilişkisinde kalmaya devam edeceği gerekçeleriyle reddedilmektedir.⁵⁴¹ Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi, yakın tarihli sayılabilecek bir kararında imkânsızlık hâlinde sözleşmeden dönme hakkı bulunduğunu kabul etmiştir.⁵⁴²

2. Alman Hukuku

2002 yılından itibaren, sözleşmenin kuruluş aşamasındaki imkânsızlık Alman hukukunda sözleşmeyi geçersiz kılmamaktadır. Alman hukukunda sözleşmenin kuruluş aşaması ile ifa aşamasında gerçekleşen imkânsızlık hâlleri aynı sonuca bağlanmıştır.⁵⁴³ Bir edimin ifası objektif olarak imkânsızlaştığı takdirde, ilgili borç sona erecektir.⁵⁴⁴ Bu durumda borçlu BGB § 275 uyarınca, borcundan kurtulacaktır. Bununla birlikte, karşı edimi talep etme yetkisi de sona erecektir.⁵⁴⁵

⁵³⁹ İstŞ TBK - Öz, m. 136, para. 24; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 1608. İsviçre hukukunda ise, bu düzenleme hâlâ bu hâliye yürürlüktedir. CHK OR – Killias/ Wiget, Art. 119, para. 21.

⁵⁴⁰ Wiegand, **Leistungsstörungen, Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung**, s. 21; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 233; Bucher, **AT**, ss. 339, 424; Glättli, **Zum Schadensersatzanspruch bei Rücktritt -- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen**, s. 233; Tekinay vd., **BG**, ss. 873-74; Gauch, Schlupe, Schmid, **AT**, C. I, par. 3163.

⁵⁴¹ Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, s. 442.

⁵⁴² TF, 4A_101/2015, 4.5.

⁵⁴³ MüKoBGB – Ernst, BGB § 275, para. 23

⁵⁴⁴ Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeines Schuldrecht**, 46. bs, München: Verlag C. H. Beck, 2022, s. 262.

⁵⁴⁵ a.g.e., s. 271.

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda imkânsızlık öğretisinin temelinde mücbir sebep (“*force majeure*”) kavramı yer almaktadır. CC m. 1218 uyarınca mücbir sebep, “*borçlunun kontrolü dışında gerçekleşen, sözleşmenin kuruluşu esnasında öngörebilmenin ve etkilerinin makul önlemlerle engellenmesinin mümkün olmadığı bir olay sebebiyle borçlunun borcunu ifa edemeyecek olmasıdır*”. Mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için 3 unsur gereklidir: olgunun engellenemez olması (“*irrésistibilité*”), olgunun öngörülemez olması (“*imprévisibilité*”) ve borçlunun kontrolü dışında olması (“*extériorité*”).⁵⁴⁶

Uygulanacak yaptırım için öncelikle mücbir sebebin yarattığı ifa engelinin geçici mi yoksa sürekli mi olduğuna bakılacaktır. Eğer söz konusu engel geçici ise, kural olarak engel geçene kadar beklenir; ancak, gecikme sözleşmeden dönülmesini haklı kılıyorsa sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer (CC m. 1218/f.2).⁵⁴⁷ Reform öncesinde de *Ceccaldi* kararı⁵⁴⁸ ile mücbir sebep hâlinde sözleşmeden dönme mümkündü.

Eğer, sürekli bir ifa engeli söz konusu ise, ilgili hüküm imkânsızlığın sonuçlarına ilişkin olan 1351 ve 1351-1 maddelerine yollama yapmaktadır. CC m. 1351 uyarınca mücbir sebepten doğan ve kesin olan ifa imkânsızlığı sonucunda borçlu mücbir sebebe rağmen sorumlu olmayı üstlenmediği veya temerrüde düşmediği takdirde borcundan kurtulmaktadır. Mülkiyet devrinin olmadığı sözleşmelerde hasar borçluda iken (“*res perit debitori*”), mülkiyet devrinin gerçekleştiği sözleşmelerde ise hasar malik olan taraftadır (“*res perit domino*”).⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ Bénabent, **Obligations**, par. 352; Fabre-Magnan, **Obligations**, par. 983; Houtcieff, **Droit des contrats**, par. 1018-1020.

⁵⁴⁷ Bénabent, **Obligations**, par. 361; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 561; Fages, **Obligations**, par. 324; Fabre-Magnan, **Obligations**, par. 988. Bazı yazarlara göre buradaki yaptırım etkisizliktir (“*caducité*”). Delebecque, Pansier, **Obligations**, par. 504. Bazı yazarlara göre ise etkisizlik sürekli edimli sözleşmeler için söz konusu olur. Bénabent, **Obligations**, par. 362.

⁵⁴⁸ Cass. civ., 14.04.1891, no. 55-103 (Legifrance).

⁵⁴⁹ Bénabent, **Obligations**, par. 365-366; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 563-564; Buffelan-Lanore, Larribau-Terneyre, **Droit civil**, par. 1917; Delebecque, Pansier, **Obligations**, par. 507-508; Fabre-Magnan, **Obligations**, par. 990; Houtcieff, **Droit des contrats**, par. 1026-1027.

E. İşlem Temelinin Çökmesi

1. Türk ve İsviçre Hukuku

Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi hususu genel hükümlerde düzenlenmektedir. TBK m. 138 uyarınca, sözleşmenin kuruluş aşamasında taraflarca öngörülebilmesi mümkün olmayan, borçlunun da sebebiyet vermediği bir olağanüstü bir durum sebebiyle borçlunun edimi ifa etmesinin talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, borçlu hâkimden sözleşmenin yeni koşullara göre uyarlanmasını talep etme veya sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır.⁵⁵⁰ Burada borçludan kaynaklanmayan ancak taraflar arasındaki edimlerin dengesini önemli ölçüde bozan bir hususun sözleşmenin ifası aşamasında çıkmış olması gereklidir.⁵⁵¹ Sözleşmeden dönme hakkının sözleşmeye etkisine dair tartışmalar burada da geçerli olacaktır. Ancak TBK m. 138 uyarınca borçlunun hakkını kullanabilmesi için borcunu henüz ifa etmemiş veya borçlu ifa güçlüğünden doğan hakkını saklı tutarak ifayı gerçekleştirmiş olması zorunlu olduğundan, tasifye ancak ifa gerçekleştiği oranda söz konusu olacaktır.

İsviçre hukukunda TBK m. 138 ile örtüşecek genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması genel olarak kabul edilmektedir.⁵⁵² Hâkimin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını sağlama dışında bir sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu da doktrinde kabul edilmektedir.⁵⁵³

⁵⁵⁰ Bu düzenlemenin işlem temelinin çökmesi kurumunu tam olarak karşılamadığı hakkında bkz. Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 614a. Madde metnindeki ifade sözleşmeden dönme için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadığı şeklinde yorumlanabilir. Bkz. a.g.e., C. 1, par. 623.

⁵⁵¹ Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 618-619.

⁵⁵² Schwenzer, **AT**, s. 35.03 vd. Gauch/ Schluep/ Schmidt para. 1286 vd.

⁵⁵³ a.g.e., par. 35.10. Gauch/ Schluep/ Schmidt para. 1291.

2. Alman Hukuku

Alman hukukunda ise BGB 313 hükmü ile sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması düzenlenmiştir. Alman hukukunda da taraflar açısından sözleşme kurulduğu aşamada öngörülmesi mümkün olmayan, ancak bunlar öngörülebilseydi sözleşmeyi başka koşullar altında kurabilecekleri koşulların varlığında sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması veya bu mümkün değilse sözleşmeden dönme hakkı söz konusudur.

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda reforma kadar sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması reddedilmekteydi.⁵⁵⁴ “*Canal de Craponne*” kararı ile Fransız Temyiz Mahkemesi sözleşmenin uyarlaması taleplerini reddetmiş ve bu içtihadını sürdürmüştür.⁵⁵⁵

Reform ile Fransız hukukunda da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının önü açılmıştır. CC m. 1195 ile “*sözleşmenin kuruluşu aşamasında taraflar açısından öngörülemeyen bir hususun bunun riskini üstlenmemiş taraf açısından ifayı ciddi derece külfetli hâle getirdiği durumda*”, ilgili taraf sözleşmenin yeniden müzakeresini talep edebilecektir.

Fransız hukukunda yeni düzenleme ile, taraflara yeniden müzakerenin reddi veya başarız olması hâlinde sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. Hâkimin müdahalesi, tarafların sözleşmeden dönmenin hükümleri üzerinde anlaşamamaları hâlinde mümkündür. Öte yandan, taraflardan birinin talebi ile hâkim kendi takdir

⁵⁵⁴ Bénabent, **Obligations**, par. 313; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 437; Terré vd., **Les obligations**, par. 625.

⁵⁵⁵ Cass. civ. 06.03.1876 - Tarihsel süreç için bkz. Walter Doralt, “Der Wegfall der Geschäftsgrundlage: Altes und Neues zur théorie de l’imprévision in Frankreich”, **RabelsZ**, C. 76, S. 4, 2012, ss. 761-84 passim. Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması - BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü**, 4. bs, İstanbul: On İki Levha, 2020, ss. 59-78.

edeceği koşullar çerçevesinde sözleşmeyi uyarlama ya da sözleşmeye son verme yetkisine sahiptir.⁵⁵⁶

F. Cayma Hakkının Kullanılması

Cayma hakkının kullanılmasıyla, tüketici, öngörülen süre içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin, tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşme kurulmasına yönelik iradesini ortadan kaldırma imkânına sahip olmaktadır.⁵⁵⁷ Cayma hakkının amacı tüketicinin bağlı kalmak istemediği bir sözleşme ilişkisinden kurtulma imkânı vermesi ve irade serbestliğini koruma amacı taşımasıdır.⁵⁵⁸

1. Türk ve İsviçre Hukukları

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yerleşen terminolojiye rağmen, Türk hukukunda cayma hakkı yerine geri alma hakkı yönünde bir terminoloji kullanılması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, tüketicinin gerekçe göstermeksizin sözleşme ilişkisini sona erdirebilmesini sağlayan hakkı tanımlamak için kullanılan “cayma” ifadesi yanlıştır, burada söz konusu olan, tüketicinin irade beyanının etkisinin ortadan kaldırılmasıdır; bu nedenle bu hak “geri alma hakkı” olarak ifade edilmelidir.⁵⁵⁹ Buna karşılık bir diğer görüşe göre, sözleşmesel bağlılığın ortadan kaldırılmasını ifade etmek için cayma hakkı teriminin kullanılması uygun

⁵⁵⁶ Bu yetkinin kullanışsız olduğu ve tarafların gerektiğinde hâkim yerine başka bir uzmana danışmayı tercih edeceği yönünde Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 443.

⁵⁵⁷ Reiner, **Widerruf**, s. 4; Horst Eidenmüller, “Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten”, **AcP**, C. 210, S. 1, 2010, s. 71.

⁵⁵⁸ Çağlar Özel, “Geri Alma Hakkı ve Benzer Haklarla Olan İlgisi”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, Ankara: Yetkin, 2017, C. 1, s. 351; Brinkmann, **Rücktritt und Widerruf**, s. 353.

⁵⁵⁹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**; Şebnem Akipek, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Ankara: Seçkin, 1999, s. 321 dn. 132; Mehmet Demir, **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara: Turhan, 2003, ss. 264-66; Karş. Çağlar Özel, **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s. 101; Küçükaydın, **Geri Alma**. Geri alma teriminin kullanıldığı diğer eserler için bkz. Nihat Yavuz, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (YTBT) Karşılaştırmalı Olarak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundaki (TKHK) Geri Alma Hakkı Üzerine Genel Açıklamalar”, **Prof. Dr. Turgut Akintürk’e armağan**, ed. Derya Ateş Karaman, İstanbul: Beta, 2008, ss. 757-65, <http://swbplus.bsz-bw.de/bsz305353462inh.htm> |3 Inhaltsverzeichnis; Serozan, **Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri**, ss. 339-56; Serozan, **Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi**.

olup, geri alma hakkı esas olarak sözleşmesel bağlılığın söz konusu olmadığı hâllerde vardır.⁵⁶⁰ Hukuki nitelik olarak geri alma kavramının hakkın niteliğine daha uygun olmakla birlikte bu tez kapsamında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında cayma kavramı kullanıldığı için kanunda yer alan terim kullanılacaktır.

Cayma hakkı da sözleşmeden dönme ile benzer şekilde bir bozucu yenilik doğuran haktır.⁵⁶¹ Cayma hakkının sözleşmeden dönmekten farkı, sözleşmeden dönmenin bazı şartların varlığı hâlinde doğması, buna karşılık cayma hakkının ise herhangi bir şarta bağlanmadan kullanılabilir olmasıdır.⁵⁶²

Cayma hakkı iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler, taksitle satış sözleşmeleri, tüketici kredisi sözleşmeleri, ön ödemeli konut satışı sözleşmeleri, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri ile finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınmış bir haktır. Cayma hakkı için TKHK’da öngörülen süre taksitle satış sözleşmelerinde 7 gün, cayma hakkının tanındığı diğer sözleşmelerde ise 14 gündür.

İsviçre hukukunda cayma hakkı kapıdan satışlar ve tüketici kredilerinde düzenlenmiştir.⁵⁶³

Sözleşmeden dönmenin dönülen sözleşmeye etkisi üzerindeki tartışmaların çokluğuna karşılık, cayma hakkının kullanılmasının ilgili sözleşmeyi nasıl etkileyeceği fazla sorgulanmamıştır.⁵⁶⁴ Bunun bir nedeni, tüketicinin sözleşme ile

⁵⁶⁰ Başak Baysal, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, *İÜHF*, C. 75, S. 1, 2017, s. 274, dn. 2.

⁵⁶¹ Özel, *Sempozyum*, s. 447; Küçükaydın, *Geri Alma*, s. 3.

⁵⁶² Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2019, C. 5, s. 182.

⁵⁶³ Cayma hakkı olarak kabul edilen diğer hâller için bkz. Donauer, Möri, *Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen*, s. 343 vd.

⁵⁶⁴ Demir bunun nedeninin tüketicinin korunması için ilgili hakkın kapsamını düzenleyen hükümler öngörülmüş olmasına bağlamaktadır. Demir, *Geri Alma*, s. 328. Kanaatimce, bu görüş bir yönüyle haklı, bir yönüyle ise fazla iyimserdir. Cayma hakkının kullanılması sonucu oluşan tasfiye ilişkisi belirli açılardan düzenlenmiştir. Ancak, kritik olan noktalarda hâlâ soru işaretleri bulunmaktadır. Örneğin bedel üzerinden iadeye ilişkin olarak, önemli bir unsur olan tüketicinin kullanımdan ötürü ödeyeceği bedel sorunu AB Hukuku’nda dahi 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi’ne kadar yeknesak olarak düzenlenmemiştir. Bu noktada cayma hakkı sonucunda oluşan iade ilişkisi de yeni gelişmekte olan bir alan olduğundan, tasfiye ilişkisi de yakın tarihte daha çok ele alınmaya başlanmıştır.

bağlı olmayacağıının genel olarak kabul edilip, bu hakkın hukuki niteliği üzerinde fazla düşünülmemesi olabilir. İleride görüleceği üzere, cayma hakkı sonrası oluşan tasfiye ilişkisine bütünüyle ele alan düzenlemeler de bulunmamaktadır.⁵⁶⁵

İsviçre hukukunda cayma hakkının kullanılması sonucu sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği ve iadenin istihkak veya para edimlerinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁵⁶⁶ İsviçre Federal Mahkemesi nispeten yeni sayılabilecek bir kararında tasfiyenin sebepsiz zenginleşme esasına dayandığını teyit etmiştir. Mahkeme, sözleşmesel nitelikte olmayan taleplere sözleşmesel zamanaşımının uygulanmasının mümkün olmadığını; bu kapsamda cayma hakkının kullanılmasına ilişkin özel hüküm olan OR 40f hükmünün uygulama alanı bulacağı, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ise tamamlayıcı olarak uygulanacağına karar vermiştir.⁵⁶⁷ Bu karar uyarınca cayma hakkının kullanılması sonucunda ortaya çıkan tasfiye ilişkisi sözleşmesel bir tasfiye ilişkisi olarak nitelendirilmemektedir. Dolayısıyla, burada sözleşmeden dönmede olduğu gibi dönüşüm teorisi kabul edilmemiştir. Ancak, doktrinde bazı yazarlar, burada da dönüşüm teorisinin benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁶⁸

Türk hukukunda, cayma hakkının kullanılmasının sözleşmeyi baştan itibaren kesin hükümsüz hâle getireceği kabul edilmektedir.⁵⁶⁹ Ancak, cayma hakkının kullanılması sonucunda oluşan tasfiye ilişkisine dair görüşler oldukça sınırlıdır. Bu kapsamda, cayma hakkı sonucu oluşan tasfiye ilişkisinin sebepsiz zenginleşme temelli

⁵⁶⁵ Cayma hakkı sonucunda oluşan tasfiye ilişkisinin düzenlenmemiş olması öTKHK döneminde de eleştirilmekteydi. Serozan, **Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri**, s. 352.

⁵⁶⁶ Schwenzer, **AT**, par. 28:73. Thomas Probst, “Konsumentenschutz durch Information und Vertragsentbindung”, **Grundfragen des Konsumentenrechts**, ed. Helmut Heiss, Leander D. Loacker, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, par. 5.95. Bununla birlikte, kanuni düzenlemeler yürürlüğe girdiğinde ilgili Kanun gerekçesinde iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceği belirtilmiştir. Botschaft BBl 1986 II, s. 394; Hartmann, **Rückabwicklung** naklen. BSK OR – Koller-Tumler, Art. 40f, para. 2’de yazar, sözleşmesel tasfiyenin düşünülebileceğini belirtmekle birlikte, bu yönde bir gerekçelendirme yapmamıştır.

⁵⁶⁷ BGE 137 III 243, s. 245

⁵⁶⁸ CR CO - Satuder, Art. 40f, para. 3. İsviçre hukuku açısından daha kafa karıştırıcı olan, özel hüküm olarak kabul edilen OR m. 40f hükmünün, hizmet edimlerine ilişkin olarak tüketicinin *vekâlet sözleşmesi hükümleri* çerçevesinde bir hizmet bedeli ve yapılan masrafların iadesini ödeyeceğini düzenlemiş olmasıdır.

⁵⁶⁹ Mustafa Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 164; Selin Sert Sütçü, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı**, Ankara, 2016, s. 8; Küçükaydın, **Geri Alma**, ss. 14-15; Ece Baş Süzel, **Tatil Sözleşmeleri**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 101.

olduğu, ancak tüketici mevzuatında özel düzenlemelerin öncelikle uygulanacağı yönünde görüşlere rastlamak mümkündür.⁵⁷⁰ Cayma hakkının kullanılması sonucunda aynı etkinin söz konusu olacağını belirten yazarlar da bulunmaktadır.⁵⁷¹ Bir başka eserde de kanunkoyucunun özel bir tasfiye süreci öngördüğünden bahsedilmekle, kanuni bir tasfiye borcu söz konusu olduğu belirtilmiştir.⁵⁷² *Kocayusufpaşaoğlu* ise, Alman hukukunda o dönemde cayma hakkının sözleşmeden dönmenin özel bir türü olarak kabul edilmesinden hareketle, ilgili tartışmaların cayma hakkına da taşındığını belirtmiş, ancak kendi görüşünü açıklamamıştır.⁵⁷³

2. Alman Hukuku

Cayma hakkı Alman hukukunda da bir yenilik doğuran hak olarak karşımıza çıkar.⁵⁷⁴ Cayma hakkı genel olarak BGB § 355 hükmünde düzenlenmiştir. Buna ek olarak, cayma hakkı belirli sözleşme türleri açısından ayrıca düzenlenmiştir.

2014 yılındaki değişiklikler öncesinde cayma hakkının kullanılmasının da bir tür sözleşmeden dönme olduğu kabul ediliyordu.⁵⁷⁵ Alman hukukunda cayma hakkına ilişkin olarak AB mevzuatına uyum çerçevesinde yapılan değişiklikler, cayma ve sözleşmeden dönme rejimi arasında yapısal farklılıkları doğurmuştur. 2014 yılındaki

⁵⁷⁰ Demir, **Geri Alma**, s. 328 vd. ; Özel, aynen iadesi mümkün olmayan edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme kaynaklı olduğu görüşündedir. Özel, **Geri Alma**, s. 202. Bununla birlikte Demir, aynen iade mümkün iken bu talebin istihkak talebi olacağını belirtmektedir. Yazar edimin aynen iadesi imkânsızlaştığı takdirde ise sözleşmesel sorumluluğa ilişkin olarak imkânsızlık hükümlerine göre bir değerlendirme yapmıştır. Demir, **Geri Alma**, ss. 330-31. Yazara göre, bu hükümlerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanması nedeniyle, kapıdan satışlarda uygulama alanına çok dikkat etmek gereklidir ve bu nedenle de askı dönemi içinde bu hükümler kıyasen dahi uygulanmamalıdır. a.g.e., s. 335. Yazar, maddi varlığı olmayan edimlerin iadesi çerçevesini ise vekâletsiz iş görme hükümlerine göre tespit etmiştir. a.g.e., s. 337. Yine devamında, kullanma, yararlanma veya devretme karşılığını tazmin yükümlülüklerinin kapsamı geri alma öncesi ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine, geri alma sonrası ise haksız zilyetlikte iade esaslarına göre belirlenmiştir. a.g.e., ss. 342-46. TBK m. 255 kapsamında düzenlenen geri alma hakkının kullanılması sonucunda iadenin istihkak talebi ile gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda bkz. H. Murat Develioğlu, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun ‘Taksitle Satım’ Sözleşmeleri ile İlgili Getirdiği Değişiklikler”, **LHD**, C. 9, S. 98, 2011, s. 536.

⁵⁷¹ Gümüş, **Şerh**, s. 271; Atamer, **Kredi**, s. 240.

⁵⁷² Murat Aydoğdu, **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1998, s. 201 vd.

⁵⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 223.

⁵⁷⁴ Eidenmüller, **Rechtfertigung**, ss. 71 ve 93; Brinkmann, **Rücktritt und Widerruf**, s. 60.

⁵⁷⁵ Schreiber, **AcP 2011**, s. 43; Mankowski, **Beseitigungsrechte**, s. 53; Bkz. Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 73; Bu görüşün eleştirisi için bkz. Reiner, **Widerruf**, s. 30; Brinkmann, **Rücktritt und Widerruf**, s. 351.

kanun⁵⁷⁶ değişikliği ile 2011/ 83/ EU Direktifi iç hukuka taşınmış oldu. Sözleşmeden dönme hükümlerinden ayrılan yeni düzenlemelerle artık cayma hakkının kullanılması sonucu ortaya çıkan yeni tasfiye düzeni olarak kabul edilmektedir.⁵⁷⁷

2014 yılı öncesinde, BGB § 357/ f. 1 hükmü, cayma hakkına ilişkin özel bir düzenleme olmadıkça, sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlerin cayma hakkına da uygulanacağını düzenlemekteydi. Bu sebeple, istisnai hükümlerin uygulanması dışında, sözleşmeden dönme ve cayma hakkı tasfiye açısından yeknesak bir tasfiye sistemine tabiydi. 2014 yılında yürürlüğe giren yeni düzenlemeler ile, sözleşmeden dönme hükümlerine yapılan bu gönderme yürürlükten kaldırılmıştır.⁵⁷⁸

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda cayma hakkı (“*droit de retractation*”) Fransız Tüketici Kanunu’nda düzenlenmektedir. Fransız Tüketici Kanunu’nda cayma hakkı ilgili sözleşme türleri açısından ayrı hükümlerde düzenlenmiştir.

Cayma hakkının kullanılması ile sözleşmenin etkisini yitireceği (“*caducité*”) kabul edilmektedir.⁵⁷⁹ Bu kavram ile, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin esaslı unsurlarının daha sonradan ortadan kalkması anlaşılır (CC m. 1186). Burada geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin daha sonra etkisini yitirmesinden bahsedilir.⁵⁸⁰ Bu kavram da reform öncesinde doktrin ve içtihat tarafından geliştirilmiş bir kavram olup, daha sonra kanuni düzenlemeye kavuşmuştur.⁵⁸¹ Burada sözleşmenin kuruluş anında değil, daha sonra sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebep söz konusudur.⁵⁸² Kural olarak *caducité* sözleşmeyi ileri etkili olarak sona erdirir, ancak iade söz konusu olacaksa tasfiyeye ilişkin 1352 vd. kurallar uygulanır (CC m. 1187).

⁵⁷⁶ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (VR-RL-ULG)

⁵⁷⁷ Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 75.

⁵⁷⁸ a.yer.

⁵⁷⁹ Jérôme Julien, **Droit de la consommation**, 4. bs, Paris: LGDJ, 2022, par. par. 177.

⁵⁸⁰ Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 400; Bénabent, **Obligations**, par. 206; Fages, **Obligations**, par. 215.

⁵⁸¹ Bénabent, **Obligations**, s. 277.

⁵⁸² Fages, **Obligations**, par. 215.

G. Diğer Sebepler

Öte yandan, taraflar bir sözleşmenin bozucu koşula tabi olacağını ve bozucu koşulun sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdireceğini kararlaştırmış olabilirler. Bozucu koşula bağlanmış bir hukuki ilişkide, koşul gerçekleştiği takdirde, işlem kural olarak ileri etkili olarak sona ermiş olacaktır (TBK m. 173/ f.3). Bununla birlikte, taraflar bozucu koşulun geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağını kararlaştırmış olabilirler; ani edimli sözleşmelerin ifasında bozucu koşulun geriye etkili olduğu kabul edilir.⁵⁸³ Bu durumda iade sebebe bağlılık ilkesi kabul edilirse istihkak, sebepten soyutluk ilkesi uyarınca ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir.

H. Sürekli Edimli Sözleşmelerde Tasfiye Mümkün Mü?

Fesih, bir sözleşme ilişkisinin ileri etkili olarak sona ermesinde ortaya çıkar. Kural olarak feshin söz konusu olduğu hâllerde tasfiye de olmaz. Genel olarak sürekli edimli sözleşmelerde feshin söz konusu olacağı kabul edilerek, ilgili tasfiye sebebinin sözleşmeyi geçmişe etkili değil, ileri etkili olarak sona erdirdiği sonucuna varılmaktadır. Bu husus karşımıza özellikle sürekli borç ilişkilerinde çıkar. Geçersizlik hallerinin sürekli borç ilişkilerinin tasfiyesi açısından yaratacağı zorluklar ele alınarak, kural olarak sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik veya iptal edilebilirlik, sözleşmeyi ileri etkili olarak sona erdirmektedir.⁵⁸⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, kısmen ifası gerçekleşmiş sürekli edimli sözleşmelerde iptalin ileri etkili sonuç doğuracağını kabul etmiştir. Sözleşmeden dönme açısından TBK m. 126 da ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin feshinin söz konusu olacağını düzenlemektedir. İsviçre hukukunda böyle bir düzenleme yer almasa da sürekli edimli sözleşmelerde dönmenin ileri etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 2, par. 1552.

⁵⁸⁴ Glasl, **Rückabwicklung**, ss. 73-74; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 277.

⁵⁸⁵ CR CO I - Thévenoz - Art. 109, par. 19; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 277. Geriye etkili sona erme ifa edilen kısmın sözleşmeden dönen taraf açısından bir menfaat teşkil etmemesi hâlinde söz konusu olabilir. Bucher, **AT**, s. 485.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin geçmişe etki yerine ileri etkili sona ermeye karar verdiği içtihatlarında kullandığı gerekçeler değişiklik göstermiştir. Mahkeme, önceleri fiili sözleşme ilişkisi kavramına dayanmıştır.

Fiili sözleşme ilişkisinde, geçersiz bir sözleşmenin varlığı hâlinde tarafların fiilen bir sözleşme ilişkisi içinde olduğunun kabul edilerek, taraflar arasındaki ilişkiye sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması sağlanmaktadır; bu şekilde tasfiye engellenerek, ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar giderilmiş olacaktır.⁵⁸⁶ TBK ve OR de ayırt etme gücünden yoksun bir kişinin taraf olduğu hizmet sözleşmesinin geçersizliğinde sözleşmenin fiilen ayakta tutulması hüküm altına alınmıştır. TBK m. 394 uyarınca *“Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”*.

İsviçre Federal Mahkemesi de geçersiz lisans sözleşmelerinde fiili sözleşme ilişkisini kabul etmiştir.⁵⁸⁷ Mahkeme, iki kararında fiili sözleşme ilişkisinin gerekliliğini hakkaniyet temeline dayandırmıştır.⁵⁸⁸ Benzer şekilde geçersiz olmasına rağmen uzun bir süre boyunca ifası gerçekleşen leasing sözleşmelerinde de bir fiili sözleşme ilişkisi oluştuğuna karar verilmiştir. Mahkeme, sözleşmenin geçersizliğine rağmen ifasına devam edilen sözleşmelere, sözleşme hukuku kurallarını uygulamıştır. Ancak, Mahkeme'nin son dönem kararlarında fiili sözleşmenin varlığı yönündeki içtihadına yer vermediği görülmektedir.

Ancak daha sonraları Mahkeme, hizmet sözleşmesinde geçersizliğin ileri etkili sonuç doğuracağına ilişkin TBK m. 394 hükmünün kıyasen diğer sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşme ilişkilerine kıyasen uygulanabileceğine dayanmıştır.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Gauch, Schluep, Schmid, AT, C. I, par. 1545; Carole Barbara Syz, **Faktisches Vertragsverhältnis**, Zurich: Schulthess Poligraphischer Verlag AG, 1991, s. 86.

⁵⁸⁷ BGE 63 II 368, 371; BGE 75 II 166, 174; BGE 85 II 38, 39; BGE 116 II 191, 196.

⁵⁸⁸ BGE 85 II 38, 41; BGE 75 II 166, 167; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 274.

⁵⁸⁹ BGE 129 III 320, ss. 328-329. Kararda ilginç olan bir diğer nokta, Federal Mahkeme'nin geçersizlik sebepleri açısından sözleşmesel tasfiyenin kabul edilmesine yönelik tartışmaları işaret etmesi olmuştur. Mahkeme buna karşılık, bu konuda bir hüküm vermemiştir. Bkz. ayrıca BGE 132 III 242, s. 244.

Buna karşılık, Mahkeme'nin sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğini kabul ettiği kararlar da bulunmaktadır. Bunların birinde, kira sözleşmesinin geçersiz olduğu dönemdeki kullanımı bir zenginleşme olarak kabul ederek, kullanımın objektif bir bedel üzerinden zenginleşme talebi konusu yapılmasını kabul etmiştir.⁵⁹⁰ Daha yakın tarihli bir diğer kararında ise, Mahkeme yine geçersizliğin geçmişe etkili olarak sonuç doğurduğunu kabul ettikten sonra, bedel üzerinden iade açısından taraflar arasında kararlaştırılan subjektif bedelin esas alınacağına karar vermiştir.⁵⁹¹

Alman hukukunda da BGB § 313 hükmünde işlem temelinin sonucu sözleşmeden dönmede, sürekli edimli sözleşmelerde dönme değil, fesihin söz konusu olacağı açıkça düzenlenmiştir. Diğer geçersizlik veya iptal edilebilirlik sebeplerinde ise özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, Alman hukukunda eğer sözleşmenin ifası tamamlandıysa veya sürekli edimli bir sözleşme söz konusu ise, iptalin ileri etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir.⁵⁹² Alman hukukunda da tarafların menfaati için daha uygun ise sürekli edimli sözleşmelerde geçmişe etkili sona ermenin de mümkün olabileceği kabul edilmektedir.⁵⁹³

Fransız hukukunda ise, sürekli edimli sözleşmelerde de geçmişe etkinin kabul edildiği kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin, 2003 yılındaki *Lucie* kararı ile, hiç ya da gereği gibi ifa edilmeyen sürekli edimli bir sözleşmenin (“*contrat à exécution successive*”) fesih yerine sözleşmeden dönme ile sona erdirilebileceğine, böylelikle sürekli edimli sözleşmelerde de geçmişe etkili bir sona ermenin söz konusu olabileceğine karar verilmiştir.⁵⁹⁴ Benzer şekilde *Hermann* kararı ile dönemsel edimli sözleşmelerde (“*contrat à exécution échelonnée*”) tarafların birbirinden ayrılmayan bir işlem yapmaları hâlinde edimlerden birinin ifa edilmemesinin sözleşmeden dönme

⁵⁹⁰ BGE 119 II 437, s. 442.

⁵⁹¹ BGE 134 III 438, s. 444.

⁵⁹² MüKoBGB - Busche BGB § 142, para. 17

⁵⁹³ Walter Doralt, *Langzeitverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, s. 387.

⁵⁹⁴ Cass. civ. 3e, 30.04.2003, no. 01-14.890 (Dalloz). *Genicon*, Fransız mahkemelerinin 19. yüzyılda da sürekli edimli sözleşmelerde geriye etkili sona ermeyi kabul ettikleri kararlar olduğunu ve *Lucie* kararından başka kararlarda da bu yönde sonuca varıldığını aktarmaktadır. Bkz. *Genicon*, **Résolution**, par. 824.

sonucunu doğuracağına ve sözleşmenin tümünün geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağına karar verilmiştir.⁵⁹⁵

Bu kararlar üzerine, ani edimli sözleşmeler dışında ne zaman sözleşmeden dönme ne zaman fesihin söz konusu olacağı Fransız hukukunda tartışılmıştır. *Genicon*, bu tartışmaya çözüm olması amacıyla, Türkçeye ifa menfaatinin devirle olduğu (“*contrats à utilité globale*”) ve ifa menfaatinin zamana yayıldığı sözleşmeler (“*contrats à utilité continue*”) olarak tercüme edebileceğimiz iki kavramı ortaya atmıştır.⁵⁹⁶ İki sözleşme türünün birbirinden ayırt edebilmek için hâkim tarafların iradesi, sözleşmenin süresi, edimin niteliği ve sürenin sözleşme için önemi gibi kriterlere başvurulacaktır.⁵⁹⁷

Bu ayırım, reform ile kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Fransız hukukunda sözleşmeden dönmeyi düzenleyen 1229. madde uyarınca, edimlerin ifası ancak sözleşme bütünü ile ifa edildiği takdirde taraflara fayda sağlaması hâlinde, sözleşmeden dönme üzerine önceden ifa edilen edimlerin iadesi borcu doğacaktır. Buna karşılık, ifa edildiği ölçüde taraflar açısından fayda sağlayan edimler söz konusu olduğunda, yerine getirilen edimlerin iadesine gerek olmayacaktır. Madde bu durumda sözleşmeden dönmenin sözleşmenin feshi olarak etki edeceğini düzenlemektedir.

III. TASFİYEYE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ İÇİN YARARLANILAN İLKELER

Sözleşmenin geçersizliğine yol açan sebebin ortaya çıkması sonucunda, bu geçersizliğin yalnızca borçlandırııcı işlemi mi yoksa tasarruf işlemi de mi etkilediğinin tespiti gereklidir. Bu kapsamda, tasfiyeye uygulanacak hükümlerin tespiti açısından borçlandırııcı işlem ile tasarruf işlemi arasındaki ilişki, bir başka deyişle borçlandırııcı işlemdeki geçersizliğin tasarruf işlemine sirayet edip etmeyeceği

⁵⁹⁵ Cass. civ. 1re, 03.11.1983, RTDciv. 1985, p. 166.

⁵⁹⁶ *Genicon*, **Résolution**, par. 856.

⁵⁹⁷ a.g.e., par. 863-867.

de belirlenmelidir. Bu noktada tespiti yapmamızı sağlayacak sebebe bağıllık ve sebepten soyutluk ilkelerine kısaca değinmekte fayda vardır.

A. Sebebe Bağıllık İlkesi

1. Genel Olarak

Sebebe bağıllık ilkesi, tasarruf işlemin geçerliliğinin kendisine temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olmasını ifade eder. TMK m. 1024/ f. 2 (ZGB m. 974/ f. 2) taşınmaz mülkiyetinin devri için sebebe bağıllık görüşünün geçerli olduğunu kabul etmiştir. Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olup olmadığı ise tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, 1929 tarihli kararından bu yana taşınır mülkiyetinin devrinde de sebebe bağıllık görüşünü kabul etmektedir.⁵⁹⁸ Türk ve İsviçre Hukukunda sebebe bağıllık ilkesi ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.⁵⁹⁹

Sebebe bağıllık ilkesi yönündeki argümanlar şu şekilde özetlenebilir: “*Aynı sözleşme kavramı ve soyutluk 19. Yüzyıl Pandekt hukukunun ürünüdür. İşlemin causasındaki eksiklik devreden açısından dezavantaj yaratmalıdır. Soyutluk ilkesi iyiniyeti koruyan hükümlerin yokluğunda bir anlam ifade edebilir, bu hükümler varken bu ilkeye gerek yoktur. Borçlandırıcı işlemi geçersiz kılacak pek çok sebep aynı sözleşmeyi de geçersiz kılacaktır. İsviçre hukuku tarihi ele alındığında, aynı sözleşmenin eski kanunlarda yer almadığı görülecektir. Öte yandan, taşınmazlar için*

⁵⁹⁸ BGE 55 II 302, s. 306 vd. Mahkeme daha sonraki kararlarında da bu yönde karar vermeye devam etmiştir. BGE 65 II 62, s.65; BGE 67 II 149, s. 161; BGE 78 II 207, s. 210; BGE 84 II 369, s. 375; BGE 84 III 141, s. 154; BGE 93 II 373, ss. 376-377; BGE 121 III 345, s. 347; BGE 142 III 746, s. 751; BGH 6B_101/2009, para. 3.4.1; BGH, 6B_994/2010, para. 5.3.3.2; 6B_1121/2013, para. 1.3.2; ZOG, LB220025, IV, para. 1.2.

⁵⁹⁹ ZK ZGB - Haab/ Scherrer/ Simonius/ Zobl, Art. 714, para. 14, 16; O. Eger, “Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweizerischen Recht”, ZSR, C. 33, 1914, s. 334; Bucher, AT, ss. 48-49; Selahattin Sulhi Tekinay, **Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku II/3)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 4; Eren, BG, par. 532; Jörg Schmid, Bettina Hürlimann-Kaup, **Sachenrecht**, 2. bs, Zürich; Basel; Genf: Schulthess, 2003, par. par. 1092; Esener, Gündoğdu, **Borçlar**, ss. 203-4; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, BG, par. 1944; Erol Cansel, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İllililiği Meselesi ve Aynı Sözleşme Kavramı”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 333; Demet Çeliktas Özdamar, “Aynı Sözleşme ve Aynı Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 26, S. 101, 1975, s. 418; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 242 vd. Hüseyin Tokat, **Aynî Akit**, Ankara: Adalet, 2022, s. 170.

sebebe bağıllık görüşünün seçilmiş olması taşınırlarda da aynı esasın kabul edilmesi gerekliliğini doğurmaktadır".⁶⁰⁰ Sebebe bağıllık ilkesi işlem hayatının güvenliğini tehdit etmemektedir; zira Roma hukukunun aksine, iyiniyeti koruyan hükümler sayesinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları korunmaktadır.⁶⁰¹

Sebebe bağıllığı savunan yazarların dayandığı argümanlardan ilki, sebepten soyutluğun ve özellikle de aynı sözleşme kavramının bir düşünce ürününden ibaret olması ve tarihsel açıdan incelendiğinde sistemimize *Savigny* etkisi ile girmiş olmasıdır.⁶⁰² Bu yargı kısmen doğrudur, aynı sözleşme kavramı hukuk sistemlerimize 19. yüzyıl itibarıyla girmiştir. Buna karşılık bu husus, soyutluk ilkesinin hukuk sistemimizde aldığı yeri değiştirmemektedir. Önce Alman Medeni Kanunu, daha sonra İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu bu esaslar ışığında hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Bu noktada, bu kavramların ne zamandan beri var olduğu ve kimin tarafından yaratıldığının önemi azalmaktadır; önemli olan var olan sistemin borçlandırıcı işlemin ve tasarruf işleminin ayrılığı ve bunların geçerliliklerinin birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekliliğini kabul etmiş olmasıdır.

Buna paralel olarak, soyutluk ilkesi lehine en güçlü argümanlardan biri sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ancak soyutluk ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde uygulama alanı bulmasıdır. Sebebe bağıllık ilkesi kabul edildiğinde, özellikle edim zenginleşmelerinin önü kesilmiş olacaktır. Sebepsiz zenginleşme hükümleri ancak edim dışı zenginleşmelerde, paranın iadesinde ya da karışma ve birleşme hâllerinde uygulama alanı bulacaktır.⁶⁰³ Ancak, işleme, karışma ve birleşme hâlleri sebepsiz zenginleşme hükümlerinin bütünü ile uygulanmasını sağlamaktan uzaktır. Ayrıca karışma ve birleşme hâlleri ancak zenginleşenin bu yöndeki fiili ile söz konusu olabilir; bu durumda hâlâ borç olmayan şeyin ifası hükümleri uygulama alanı doğmamış olacaktır.⁶⁰⁴ Ayrıca, Öz sebebe bağıllık ilkesinin kabulü hâlinde sebepsiz

⁶⁰⁰ ZK ZGB - Haab/ Scherrer/ Simonius/ Zobl, Art. 714, paras. 29-32.

⁶⁰¹ Philipp Heck, **Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft**, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1937, s. 20 vd.

⁶⁰² Jakobs, **Epitheton**, s. 273.

⁶⁰³ Öz ayrıca, kaim değer talepleri, alacak haklarının sebepsiz iktisabı ve *condictio possessionis* hâllerini eklemektedir. M. Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme - Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, İstanbul: Kazancı, 1990, s. 190.

⁶⁰⁴ Andreas von Tuhr, "Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte", **ZSR**, C. 40, 1921, s. 70; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, ss. 190-91.

zenginleşme hükümlerinde yer alan söküp alma imkânının da işlevsiz hâle geleceğini eklemektedir.⁶⁰⁵

Sebebe bağlılık ilkesini savunan yazarlar, soyutluk ilkesinin işlem güvenliğini daha iyi sağladığı görüşüne de karşı çıkmaktadır, zira iyiniyeti koruyan hükümler sebebe bağlılığın olduğu bir sistemde de işlem güvenliği açısından yeterli bir koruma sağlamaktadır.⁶⁰⁶ Bir diğer argüman, sebepsiz zenginleşme talebi sonucunda şahsi bir dava ile iade ile yükümlü olmak yerine, mülkiyetin baştan kazanılmaması ve aynı bir iade talebi ile daha pratik bir uygulamanın sağlanabilmesidir.⁶⁰⁷ Sebebe bağlılık ilkesini savunanlara göre, bir sebebe dayanmayan hak devirleri daha baştan engellenmiş olacaktır.⁶⁰⁸ Ancak iyiniyeti koruyan hükümler işlem güvenliğini her durumda korumayı sağlamayacaktır.⁶⁰⁹ Öte yandan, burada esasında hangi tarafın menfaatinin üstün tutulduğuna göre bir sonuca varmak gerekir. Sebebe bağlılık görüşü malik açısından pratik olarak değerlendirilebilmekle birlikte, işlem güvenliği ve üçüncü kişilerin menfaati açısından sebepten soyutluk ilkesinin sonucunda şahsi talebe bağlı bir iade mekanizması daha pratik olacaktır.

Sebebe bağlılık ilkesini savunan yazarlardan bazıları, aynı sözleşme kavramını da reddetmektedir.⁶¹⁰ Aynı sözleşmeyi reddeden yazarlar, bu kavramla işlem hayatının “*gereksiz bir biçimde iki kere korunduğunu*” savunmaktadır.⁶¹¹ Ağırlıklı olarak, sebebe bağlılık görüşünde de aynı sözleşmenin varlığını arayan yazarlar bulunmaktadır.⁶¹²

⁶⁰⁵ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 196 vd.

⁶⁰⁶ Buz, **Dönme**, s. 166.

⁶⁰⁷ a.g.e., s. 167.

⁶⁰⁸ Heck, **Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft**, s. 10.

⁶⁰⁹ Stadler, **Abstraktion**, s. 375; Hans Christoph Grigoleit, “Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts”, **AcP**, C. 199, S. 4, 1999, s. 383; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 123.

⁶¹⁰ ZK ZGB - Haab/ Scherrer/ Simonius/ Zobl, Art. 714, para. 34 vd; CHK ZGB – Hitz, Art. 714, para. 8; Çelikaş Özdamar, **Aynı Sözleşme**, s. 418; Hansjörg Peter, “Der Eigentumsübergang an Fahrnis”, **Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs**, 2017, s. 137. Karş. BGE 121 III 345, s. 347; ZOG, LB220025, IV, para. 1.2 ve 2.1; Aynı sözleşmenin olduğu yönünde bkz. BGE 142 III 746, s. 751; BGH, 6B_994/2010, para. 5.3.3.2; İlginç olan nokta, soyutluk sistemi içinde de aynı sözleşmeye gerek olmadığı yönünde görüşlerin olmasıdır. Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Zweiter Band Das Rechtsgeschäft**, 4. bs, Berlin, Heidelberg: Springer, 1992, s. 181; Jakobs, **Epitheton**, s. 317; Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 141.

⁶¹¹ Jakobs, **Epitheton**, s. 299.

⁶¹² BK ZG – Stark/ Lindenmann, Art. 923, para. 9; Bucher, **AT**, s. 293; Tekinay, **Menkul**, s. 4; Tokat, **Aynı Akit**, s. 186.

Sebebe bağıllık ilkesi bazı hâllerde sınırlandırılmak istenmiştir. Bunlardan birincisi, sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemine etki etmemesi hususundadır. İkincisi ise, Türk hukukunda *Serozan* tarafından geliştirilen aynı hakların bağımsızlığı ilkesidir.

2. Sebebe Bağıllık İlkesinin Sınırlandığı Hâller

a. Sözleşmeden Dönmenin Tasarruf İşlemine Etki Etmemesi

Sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını savunan görüşlerden ilki olan klasik dönme görüşüne göre, tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşmesi gerektiği yukarıda ele alındı.⁶¹³ Bazı yazarlar taşınırlarda sebebe bağıllık görüşünü benimsemiş olmalarına rağmen, sözleşmeden dönme sonucunda tasarruf işleminin borçlandırııcı işlemin geçmişe etkili olarak sona ermesinden etkilenmediğini savunmaktadır. Dönüşüm teorisini savunanlar da bu fikirdedir. Örneğin *Bucher*'e göre aynı etkiyi tanımak “*sebebe bağıllık ilkesinin abartılması*” anlamına gelecektir.⁶¹⁴ *Glasl* ise, görüşünü tasarruf işlemi gerçekleştiği anda borçlandırııcı işlemin geçerli olarak kurulduğu için, tasarruf işleminin geçerli olmaya devam edeceğini ve borçlandırııcı işlemin sonraki akıbetinden etkilenmeyeceği ile gerekçelendirmiştir.⁶¹⁵

Aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarlara göre ise, burada ana kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır: sözleşmeden dönme ile borçlandırııcı işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olacaksa, bu işleme dayanılarak yapılan tasarruf işlemi de kesin hükümsüz olmalıdır.^{616 617} Sebebe bağıllık görüşü

⁶¹³ Bkz. İkinci Bölüm/ II / C/ 2/ a.

⁶¹⁴ *Bucher*, AT, s. 378.

⁶¹⁵ *Glasl*, *Rückabwicklung*, s. 56; *Glasl*, *Zur Wirkung des Rücktritts - eine Replik*, s. 274.

⁶¹⁶ *Buz*, *Dönme*, s. 170.

⁶¹⁷ *Simonius* aynı etkiyi alıcının temerrüdü (OR 214) hükümleri açısından reddetmektedir. August Simonius, “Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums”, *Vom Kauf nach schweizerischem Recht: Festschrift zum 70. Geburtstag von Theodor Guhl am 13.11.1950*, ed. Philippe Meylan, Zürich: Polygr. Verl, 1950, ss. 56-57.

takip edildiğinde, bunun doğal sonucu borçlandırıcı işlemi geçersiz kılan husus, zorunlu olarak tasarruf işlemine de sirayet edecektir. Bu nedenle aynı etkili dönme görüşünü kabul eden yazarların görüşleri, sözleşmeden dönmeye bağladıkları sonuç çerçevesinde tutarlıdır. Burada çözüm soyutluk ilkesinin kabulü ile veya dönüşüm teorisinin kabulü ile sağlanabilir. Hem sebebe bağlılık hem de sözleşmeden dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdirdiği görüşü kabul edildiği takdirde, zorunlu olarak tasarruf işleminin de kesin hükümsüz olacağını kabul etmek gereklidir.

b. Aynı Hakların Bağımsızlığı İlkesi

Serozan, aynı hakların bağımsızlığı ilkesinin alacak hakkının sona ermesiyle ipotekli taşınmaz malikinin sahip olduğu ipoteği terkin hakkına ilişkin TMK m. 883; taşınır rehninde alacak hakkının sona vermesiyle doğan iade borcuna ilişkin TMK m. 944 ve asıl borcun sona ermesiyle fer'ilerin de sona ereceğini düzenleyen TBK m. 131/1'in karşıt anlamından ortaya çıktığını savunmaktadır.⁶¹⁸ Yazar, sözleşmeden dönmenin tasarruf işleminin geçerliliğine etki etmemesinin sebebe bağlılık ilkesinden değil, aynı hakların bağımsızlığı ilkesinden kaynaklandığını savunur.⁶¹⁹ Bu varsayım, daha sonra başka yazarlarca da benimsenmiş ve dönmenin tasarruf işlemi üzerinde bir etkisi olmayacağını savunan yazarlar gerekçelerini bu ilkeye dayandırmıştır.⁶²⁰

Serozan, aynı hakların bağımsızlığı ilkesinden ilk olarak “Sözleşmeden Dönme” adlı eserinde bahsetmiştir.⁶²¹ Ayrıca yazar, “Eşya Hukuku” kitabında da, Eşya Hukuku’na hakim ilkelere değinirken aynı hakların bağımsızlığı ilkesinden bahsetmemektedir.⁶²² Yazar, Borçlar Hukuku kitabında da sözleşmeden dönmenin aynı etkiye sahip olmayacağını “aynı hakların üçüncü kişiler indindeki özel ağırlığından, onun bağımsızlığı ilkesinden” dolayı olduğunu belirtmekle yetinmiş, ancak aynı hakların bağımsızlığı ilkesinin bir tanımını vermemiştir. Serozan’ın ayrıca,

⁶¹⁸ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 92.

⁶¹⁹ a.g.e., s. 91.

⁶²⁰ Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, ss. 146-47.

⁶²¹ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*.

⁶²² Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, 3. bs, İstanbul: Filiz, 2014, C. 1, ss. 62-72.

ayni hakların bağımsızlığı ilkesini ele aldığı 2008 yılında yayınlanmış bir makalesi bulunmaktadır.⁶²³

Serozan bu ilkenin sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk kavramlarından ayrı bir ilke olduğundan bahsetse de,⁶²⁴ bu ilke ancak sebebe bağlılığın bir istisnası olabilir. Sebepten soyutluk ilkesi kabul edildiğinde zaten tasarruf işleminin geçerli bir biçimde gerçekleştiği kabul edilmiş olacaktır. Öte yandan, yazar bir kere geçerli olarak devredilen bir ayni hakka ilişkin borçlandırııcı işlemin bir bozucu yenilik doğuran hak ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasından bahsettiği için burada geçersizlik özdeşliğine ait bir istisnadan da söz edebilmek mümkün değildir; tasarruf işlemi geçerli bir biçimde kurulmuştur.

Serozan'ın eseri ve bir makalesi ile ona atıfta bulunan yazarlar dışında ayni hakların bağımsızlığı ilkesini ele almış başka bir çalışma bulunmamaktadır.⁶²⁵ Serozan, “*Sözleşmeden Dönme*” adlı eserinde ayni hakların bağımsızlığı ilkesinden bahsederken üç yazara atıfta bulunmuştur: *Baur*, *Serick* ve *Raiser*. *Raiser*'in “*Dingliche Anwartschaften*” adlı kitabında ilgili yerde mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta beklenen ayni haklardan ve bunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine yönelik tartışmalardan bahsetmektedir.⁶²⁶ Buz ise, diğer iki yazarın ayni hakların bağımsızlığı gibi bir ilkedan bahsetmediğini, aksine soyutluk ilkesine atıfta bulunduklarını belirtmektedir.⁶²⁷ Ne Alman hukukunda ne de İsviçre hukukunda yani hakların bağımsızlığı gibi bir ilke tartışma konusu olmamıştır.

Ayni hakların bağımsızlığı ilkesinin neden tasarruf işleminin geçerliliği konusunda esas alınması gereken ilke olduğu açıklamaya muhtaçtır. Bir an için bu ilkenin doktrinde unutulmuş bir ilke olduğunu varsaysak dahi, fer'i haklara ilişkin bu hükümlerin dönme sonucunda tasarruf işleminin akıbeti açısından bir sonuca

⁶²³ Rona Serozan, “Ayni Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminde Bağımsızlığı İlkesi ve Ayni Teminat Haklarının Fer'iliği (Bağımlılığı) Ayrığı”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armanağn**, ed. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul: Beta, 2008, ss. 361-68.

⁶²⁴ a.g.e., s. 365.

⁶²⁵ Buz, **Dönme**, s. 168. Nitekim Buz da, çalışmalarında ayni hakkın bağımsızlığı gibi bir ilkeye rastlamamış olduğunu belirtmektedir.

⁶²⁶ Ludwig Raiser, **Dingliche Anwartschaften**, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, ss. 61-62.

⁶²⁷ Buz, **Dönme**, s. 168 dn. 182.

varmamıza yardımcı olabilmesi mümkün değildir. Öte yandan bu anlamda bir bağımsızlık sadece aynı haklara bahşedilmiş bir özellik değildir, fer'i olmayan nispi haklar da mevcuttur. Nitekim böyle bir ilkenin yaratılmasına ihtiyaç da yoktur. Yazara göre zaten sözleşmeden dönme sonucunda bu ilke uygulanmaz; dönüşüm teorisinin kabulü ile, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili sona ermemiş olacaktır.⁶²⁸ İptal açısından ise, çoğu hâlde iptal sebebi tasarruf işlemini de sakatlayacak ve geçerli bir devirden söz etmemiz mümkün olmayacaktır. Esasında yazar, iptal sebepleri için de dönüşüm teorisini kabul ederek benzer bir sonuca ulaşabilirdi. Sonuç olarak, aynı hakların bağımsızlığı gibi bir ilkenin yaratılmasına gerek olmadığı kanaatindeyim.

B. Sebepten Soyutluk İlkesi

1. Genel Olarak

Soyutluk ilkesi uyarınca, tasarruf işleminin geçerliliği kendisinin sebebi teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliğinden bağımsızdır.⁶²⁹ Türk ve İsviçre hukuklarında ciddi sayıda yazar taşınır mülkiyetinin devrinde sebepten soyutluk ilkesinin hâkim olduğunu savunmaktadır.⁶³⁰ İsviçre Federal Mahkemesi de 1929 tarihli kararından önce, henüz günümüzdeki Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu yürürlükte olmadığı dönemde, sebepten soyutluk ilkesine uygun kararlar vermişti. Bu üç kararda da Mahkeme, detaylı bir gerekçelendirme yapmamış, yalnızca temeldeki borçlandırıcı işlemin geçersizliğinin tasarruf işlemine sirayet etmeyeceğini belirtmiştir.⁶³¹ Alman hukukunda ise sebepten soyutluk ilkesi hem taşınırlar hem de taşınmazlar için kabul edilmektedir.

⁶²⁸ Serozan, *Aynı Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminin Bağımsızlığı İlkesi ve Aynı Teminat Haklarının Fer'iliği (Bağımlılığı) Ayrılığı*, s. 364.

⁶²⁹ Stadler, *Abstraktion*, s. 7.

⁶³⁰ von Tuhr, *Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte*, s. 40; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 25. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023, par. par. 2594; Serozan, *Eşya Hukuku I*, C. 1, par. 344; Haluk Nami Nomer, M. Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 10. bs, İstanbul: On İki Levha, 2023, par. par. 863; Gümüş, *BG*, s. 604; Ulsan, *İyiniyet*, ss. 20-21; Öz, *Eser*, s. 232; Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 188; Mustafa Arkan, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu", *SÜHFD*, C. 16, S. 1, 2008, s. 88.

⁶³¹ BGE ZR 2 (1903), No. 260, 321, s. 322; BGE 29 II 630, s. 635; BGE 34 II 809, s. 812.

Sebepten soyutluk lehine argümanlar şu şekilde özetlenebilir:⁶³² “*Kanunun taşınmazlar için sebebe bağlılık ilkesinin kabul edip, taşınırılar için sessiz kalması, taşınırılar için soyutluk ilkesinin kabul edildiği şeklinde yorumlanmalıdır. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması soyutluğun kabul edildiği bir sistemde mümkün olabilir. İşlem güvenliği soyutluk ilkesi ile sağlanabilir.*”

Sebepten soyutluk lehine olan argümanlar sebebe bağlılık bahsinde incelendi. Buna ek olarak, kanımca, taşınmazlar açısından sebebe bağlılık ilkesinin düzenlenmiş olması iki görüş lehine de bir çıkarımda bulunulmasına yardımcı olmayacaktır. Bu noktada aslında taşınmazların mülkiyetinin devrinde sebebe bağlı kalınması ile kanun sistematüğinden ayrılınmaktadır. Bu ayrılık, taşınmazların devrinin özel bir uygulama gerektirmesi ve taşınmazların değerinin yüksekliği ile işlem hayatında daha az dolaşıma sahip olması gibi gerekçelerle açıklanmıştır.⁶³³ Halbuki Alman hukukunda olduğu gibi taşınmazların devrinde de soyutluk ilkesinin benimsendiği bir sistem var olabilir. Mevcut sistemimizde taşınmazlar açısından sebebe bağlılık ilkesinden vazgeçilmesi açık kanun hükmü karşısında pek tabii mümkün değildir. Sadece yapılan işlemin niteliğine dayanarak sebebe bağlılık ya da sebepten soyutluk lehine bir çıkarımda bulunmak her iki görüş açısından da ikna edici bir gerekçe oluşturmayacaktır.

Öte yandan, sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığı benimsendiğinde, tasarruf işleminin ayakta kalması ancak soyutluk görüşünün benimsenmesi ile mümkün olabilir.⁶³⁴

2. Alman Hukukunda Soyutluk İlkesinin Sınırlandığı Hâller

Soyutluk ilkesinin sınırlandığı hâllere ilişkin örnekleri Alman hukukunda görmektediriz. Alman hukukunda soyutluk ilkesine bazı sınırlamalar getirilmiştir.

⁶³² ZK ZGB - Haab/ Scherrer/ Simonius/ Zobl, Art. 714, paras. 25-28.

⁶³³ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 189.

⁶³⁴ a.g.e., s. 218.

Bunlar işlem birliği ile borçlandırııcı işlem ve tasarruf işlemi arasında bir koşul ilişkisi yaratılmasıdır.

a. İşlem Birliği (“*Geschäftseinheit*”)

Alman hukukunda soyutluk ilkesi BGB 139 hükmü ile aşılmaya çalışılmıştır. Bu hüküm kısmi hükümsüzlüğü bildiğimiz haliyle düzenlemektedir; eğer hükümsüz olan kısım olmasa sözleşmenin kurulmayacağından bahsediliyorsa, kısmi hükümsüzlük ilgili hukuki işlemin bütünüyle hükümsüz olması sonucunu doğurur.⁶³⁵ Bu hüküm yardımıyla, tarafların borçlandırııcı işlemin geçersiz olacağını bilselerdi tasarruf işlemini de gerçekleştirmeyeceği yönünde yorum yapılarak, tasarruf işleminin de geçersiz hâle geldiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte hâkim görüşe göre, BGB 139 hükmünün bu yönde yorumlanabilmesi mümkün değildir.⁶³⁶

b. Borçlandırııcı İşlemin Tasarruf İşleminin Şartı Olması

Soyutluk ilkesinin bir başka istisnası, tasarruf işleminin borçlandırııcı işlemin koşulu olarak görülmesidir. Bu şekilde tasarruf işleminin geçerliliği, borçlandırııcı işlemin geçerli olarak kurulması şartına bağlanmış olur. Bu şart gerçekleşmezse de tasarruf işlemi de geçerli olarak kurulamaz.⁶³⁷ Ancak unutulmaması gerekir ki, her tasarruf işlemi de koşula bağlanmaya uygun değildir.

⁶³⁵ MüKoBGB/Oechsler BGB § 929, para. 37.

⁶³⁶ MüKoBGB/Oechsler BGB § 929, para. 37; Stadler, **Abstraktion**, s. 94; Grigoleit, **Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts**, s. 408.

⁶³⁷ MüKoBGB/Oechsler BGB § 929, paras. 38, 39.

C. Geçersizlik Özdeşliği

1. Genel Olarak

Geçersizlik özdeşliği ile aynı geçersizlik sebebinin hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemini geçersiz kılması ifade edilir.⁶³⁸ Bu durumda sebebe bağlılık görüşü reddedildiğinde dahi hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi ayrı ayrı bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşımak zorunda olduğundan, çoğu geçersizlik sebebi tasarruf işleminin de geçerli olarak kurulmasını engelleyecektir. Dolayısıyla, ayrılık ilkesi ve sebepten soyutluk görüşü kabul edilse dahi, yine hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işleminin geçersizliği ile karşı karşıya kalınacaktır. Soyutluk görüşü ile kurtarılan edim zenginleşmelerinin uygulama alanı, bu sefer de geçersizlik özdeşliği yüzünden ortadan kalkacaktır.

Geçersizlik özdeşliği, sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk tartışmaları karşısında geri planda kalmıştır. Oysaki bu kavram yarattığı sonuçlar itibarıyla bu tartışmaları önemsiz kılacak güçtedir. Bazı yazarlar geçersizlik özdeşliğini soyutluk ilkesinin bir istisnası olarak ele almaktadır.⁶³⁹ Aslında burada soyutluk ilkesine getirilen bir istisna bulunmamaktadır, aksine soyutluk ilkesi ve bununla birlikte ayrılık ilkesi uygulanmakta ve her iki işlem de ayrı ayrı geçerlilik şartlarını taşıyıp taşımadıkları yönünde incelenmektedir.⁶⁴⁰ Bu nedenle de geçersizlik özdeşliği soyutluk ilkesinin sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmaktadır.⁶⁴¹

Sözleşmeyi geçersiz kılacak sebepleri geçersizlik özdeşliği ışığında yeniden gözden geçirirsek, ehliyet sebebiyle oluşan geçersizlik her zaman hem borçlandırıcı işlemi hem de aynı sözleşmeyi sakatlayacaktır.⁶⁴² Burada fark yaratabilecek tek durum, kişinin borçlandırıcı işlemi yaptığı sırada ehliyetsiz, ancak tasarruf işlemini

⁶³⁸ Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 1125.

⁶³⁹ a.yer; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 167; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 80.

⁶⁴⁰ Tokat, **Aynî Akit**, s. 112.

⁶⁴¹ Werner Rother, "Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft", **AcP**, C. 169, S. 1, 1969, s. 13; Stadler, **Abstraktion**, s. 136; Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 138.

⁶⁴² Öz, **Sebeptsiz Zenginleşme**, s. 204; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 81; Tokat, **Aynî Akit**, s. 218.

yaptığı aşamada tam ehliyetli olması olabilir.⁶⁴³ Öte yandan, sınırlı ehliyetsizlerin kendi lehlerine yapılan kazandırmayı geçerli olarak kazanacakları görüşünden hareketle, sınırlı ehliyetsiz lehine yapılan tasarruf işleminin geçerli olması söz konusu olabilir.⁶⁴⁴

Diğer kesin hükümsüzlük sebepleri açısından ahlâka aykırılık,⁶⁴⁵ kanuna aykırılık⁶⁴⁶ ve mutlak muvazaa⁶⁴⁷ hâlleri için geçersizlik özdeşliği yine hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemini etkileyecektir. Nispi muvazaa hâli için gizli işlem için özel bir şekil şartı öngörülmediği takdirde soyutluk ilkesi uyarınca mülkiyet geçişi mümkün olabilecektir.⁶⁴⁸ Şekle aykırılık açısından, taşınır mülkiyeti için iradi şekle aykırılık söz konusu olabilir. Burada tarafların iradi şekilden vazgeçebilecekleri⁶⁴⁹ ve elden bağışlamada ifanın şekle aykırılığı gidereceği⁶⁵⁰ göz ardı edilirse, soyutluk ilkesinin kabulü ile şekle aykırılık tasarruf işlemine etki etmeyecektir.⁶⁵¹

İmkânsızlık açısından yapılabilecek değerlendirme ancak imkânsızlaşmayan karşı edimin devri açısından söz konusu olabilir ve burada soyutluk ilkesi uyarınca mülkiyetin geçişi gerçekleşebilir.⁶⁵²

İrade sakatlıklarından aldatma ve korkutma açısından, yine hem borçlandırıcı işlem de hem de tasarruf işlemi (veya ayni sözleşme) etkilenenecektir. Bu durumda da geçersizlik özdeşliği sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk tartışmalarını ortadan kaldırır.⁶⁵³ Yine aşırı yararlanma hâli de hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemi

⁶⁴³ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 206. Burada ayrıca, tasarruf işlemi açısından saik yanılması olabileceği hakkında Tokat, **Aynî Akit**, s. 220.

⁶⁴⁴ Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 1126.

⁶⁴⁵ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 209; Tokat, **Aynî Akit**, s. 230; Karş. Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, ss. 84-85.

⁶⁴⁶ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 210; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 84; Tokat, **Aynî Akit**, s. 228.

⁶⁴⁷ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 208; Tokat, **Aynî Akit**, s. 236.

⁶⁴⁸ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 209; Tokat, **Aynî Akit**, s. 239.

⁶⁴⁹ Halûk Burcuoğlu, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme”, **İAÜHFD**, C. 4, S. 1, 2018, s. 70.

⁶⁵⁰ Tokat, **Aynî Akit**, s. 248.

⁶⁵¹ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 208; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, ss. 83-84; Tokat, **Aynî Akit**, s. 247.

⁶⁵² Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 209; Tokat, **Aynî Akit**, s. 233. Öz'e göre, edimin imkânsızlaşmış olması, ayni sözleşme için bir saik hatası teşkil edecektir. Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 209.

⁶⁵³ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 211; Hamamcıoğlu, **Tasarruf İşlemi**, s. 83.

etkileyecektir.⁶⁵⁴ Yanılma ise farklı açılardan incelenmeyi gerektirmektedir. Bu kapsamda, yalnızca borçlandırıcı işlemi ya da yalnızca tasarruf işlemi etkileyen yanılma hâlleri geçersizlik özdeşliği kapsamı dışındadır.⁶⁵⁵ Kişide yanılma ve sözleşmenin konusunda yanılma hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi etkiler.⁶⁵⁶ Aynı esas nicelik hataları⁶⁵⁷ ve sözleşmenin niteliğinde hata⁶⁵⁸ için de kabul edilmelidir. Temel hatası niteliğindeki saik hataları kural olarak mülkiyet geçişini etkilemez, meğer ki “devredilen taşınırın nitelik ve özelliklerinde hata” bulunsun.⁶⁵⁹

Sözleşmeden dönme⁶⁶⁰ ve cayma hakkının kullanılmasında soyutluk ilkesi uyarınca tasarruf işlemi dönme ve caymadan etkilenmeyecektir.

2. Geçersizlik Özdeşliğinin Sınırlandığı Hâller

Geçersizlik özdeşliğini de sınırlandırabilecek bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar aşağıda ele alınmaktadır.

a. Zilyetliğin Devren Kazanılmasının Haksız Zilyetlikte İade Hükümlerinin Uygulanmasının Önüne Geçmesi

Doktrinde bir görüşe göre, haksız zilyetlikte iade hükümleri, ancak zilyetliğin aslen kazanıldığı hâllerde uygulanır. Zilyetliğin devren kazanıldığı hâllerde oluşan iade ilişkisine uygulanacak başka bir hüküm yoksa, sebepsiz zenginleşme hükümleri

⁶⁵⁴ Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, s. 85; Burcuoğlu, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 70; Karşı görüşte Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 217.

⁶⁵⁵ Bkz. Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 212; Serozan, *Eşya Hukuku I*, C. 1, par. 1127; Karş. Burak Özen, *Haksız Zilyetlikte İade*, İstanbul: Beta, 2003, s. 83.

⁶⁵⁶ Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, ss. 213-14; Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, ss. 82-83; Tokat, *Aynî Akit*, ss. 243-44.

⁶⁵⁷ Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 215; Tokat, *Aynî Akit*, s. 244.

⁶⁵⁸ Burcuoğlu, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 70; Karş. Tokat, *Aynî Akit*, s. 242; Karşı görüşte Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 212.

⁶⁵⁹ Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 216; Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, s. 83; Karşı görüşte Özge Erbek, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı - Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, S. 1, 2013, ss. 965-66; Tokat, *Aynî Akit*, s. 245; Burcuoğlu, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 70.

⁶⁶⁰ Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 218.

uygulanacaktır.⁶⁶¹ Bununla bağlantılı olarak, *Raiser*'in görüşüne göre, geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi söz konusu olduğunda, istihkak hükümleri ikincil planda olmalı ve tasarruf işlemi geçersiz olsa dahi uygulanmamalıdır.⁶⁶² Bu yorum ise kanun sistematliğini fazlasıyla zorlamaktadır.⁶⁶³ Zilyetliğin devren kazanıldığı hâllere rağmen ilgili hakkın devri geçerli bir biçimde gerçekleşmemiş olabilir. Bu durumda da haksız zilyetlikte iade hükümlerinin uygulanması kaçınılmaz olacaktır.⁶⁶⁴

b. Aynı Sözleşmenin Geçersizliğinin Taraflar Arasında İleri Sürülememesi

Raiser buna ek olarak, tasarruf işleminin geçersizliğinin ancak üçüncü kişilere etkili olabileceği, taraflar arasında ise ileri sürülemeyeceği görüşündedir. Yazarın görüşünü gerekçelendirmek için *Stoll*'ün Borçlar Hukuku Organizması fikrine de dayandığı görülmektedir.⁶⁶⁵ Yazarın ileri sürdüğü fikir, geçersizliğin sonuçları açısından kabul edilemez. İster borçlandırıcı işlem ister tasarruf işlemi için olsun, bir hukuki işlemin geçersizliği ilgili herkese karşı ileri sürülebilir. Bu noktada taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin varlığı da herhangi bir etkiye bulunamaz.

D. Fransız Hukukunda Kabul Edilen Birlik İlkesi

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk üzerine yapılan tartışmalar incelendi. Bu bölümde ise, Fransız hukukundaki yaklaşım ele alınacaktır. Fransız hukukunda birlik ilkesi sonucunda sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkesine yönelik tartışmalara da yer yoktur. Bu kapsamda, birlik ilkesi ve istisnaları Fransız hukuku açısından ele alınmıştır.

⁶⁶¹ Uluşan, *İyiniyet*, s. 62 dn. 14; Öz, *Eser*, s. 243.

⁶⁶² Ludwig Raiser, "Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz", *Festschrift für Martin Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht*, ed. Ernst von Caemmerer, Tübingen: Mohr Siebeck, 1952, s. 139.

⁶⁶³ Nitekim Öz de bu hususu kabul etmektedir. Öz, *Eser*, s. 243.

⁶⁶⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir ise, bu durumun zilyetlik devren kazanıldığı ancak hak devrinin gerçekleşmediği hâllere uygulanamayacağı kanaatindedir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya*, par. 543.

⁶⁶⁵ Raiser, *Eigentumsanspruch*, s. 138.

1. Genel Olarak

Fransız hukukunda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi ayrımı yoktur. Bu noktada bir işlem birliğinden söz edilir: hem borcun doğması hem de bir hakkın devri aynı işlemle sağlanabilir. CC m. 1196’da işte bu ilke yer almaktadır: “*mülkiyetin veya bir hakkın devrini konu alan sözleşmelerde devir sözleşmenin kurulduğu anda gerçekleşir*”. aCC devirden açıkça bahsetmemekteydi. Yeni kanunda devrin sözleşmenin kurulduğu anda gerçekleşeceğinin açıkça düzenlenmiş olması, mülkiyet devrinin artık bir borç değil, doğrudan kanundan doğan bir sonuç olarak görülmesi olarak yorumlanmaktadır.⁶⁶⁶

2. Birlik İlkesinin İstisnaları

CC m. 1196/ f. 2 birlik ilkesine istisna olarak üç hâlden bahsetmektedir: tarafların anlaşması, eşyanın tabiatı ve kanun hükmü. Öncelikle, taraflar mülkiyetin sözleşme kurulduğu anda geçmeyeceği yönünde anlaşabilirler. Nitekim uygulamada birlik ilkesinin sıklıkla uygulanmadığı ifade edilmektedir.⁶⁶⁷ Özellikle taşınmaz satışlarında, tarafların mülkiyetin sicil işlemleri tamamlandığında geçeceği hususunda anlaşmaları mümkündür. İkinci istisna ile borçların niteliği itibarıyla birlik ilkesinin sonuçlarına uymaması ifade edilmektedir. Örneğin çeşit borcu niteliğindeki edimlerde, mülkiyetin devredilmiş sayılması için edime konu malların ferdileştirilmiş olması gereklidir.⁶⁶⁸ Son istisnaya örnek olarak ise kapıdan satışlarda hasarın geçişinin tüketicinin malın zilyetliğini devraldığı anda geçeceğini düzenleyen L 216-4 maddesidir.

Kanunda düzenlenen bu istisnalara ek olarak, reform öncesine ait eski tarihli kararlarda sözleşmeden dönme sonucunda eski mahkeme kararlarında sözleşmeden

⁶⁶⁶ Répertoire de droit civil – Chantepie, par. 53

⁶⁶⁷ Répertoire de droit civil – Chantepie, par. 54.

⁶⁶⁸ Répertoire de droit civil – Chantepie, par. 54.

dönmenin “*actes conservatoires*” ve “*actes de disposition*”⁶⁶⁹ işlemleri geçmişe etkili olarak sona erdirmediği kabul edilmekteydi.⁶⁷⁰

Yine sözleşmeden dönmenin taşınmaz satışında doğurabileceği olumsuz sonuçları engellemek için 1955 yılından bir kararname ile, sözleşmeden dönmenin üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi için sözleşmeden dönme klotlarının ilan edilmesi gerekliliği düzenlendi. İlan edilmeme durumunda, sözleşmeden dönme kaydı üçüncü kişilere karşı ileri sürüleliyordu.⁶⁷¹ Sözleşmeden dönmeye kabul edilen bir başka istisna ise, sözleşmeden dönmeye sebebiyet veren tarafın, sözleşmenin ve yapılan devrin geçersiz olmasına dayanamaması gerektiği Fransız hukukunda kabul edilmektedir.⁶⁷²

E. İlkelerin Sözleşmelerin Tasfiyesi Açısından Değerlendirilmesi

Geçmişe etkili olarak sona eren sözleşme ilişkilerinin tasfiyesi açısından, ellerindeki iade ile yükümlü olan tarafların eşit olması gereklidir. Her iki taraf da sözleşme karşısında aynı durumda olup, edimlerini iade ile yükümlüdür. Sebebe bağıllık ilkesi uygulandığında ise, malikin menfaati ön plana çıkar.⁶⁷³

Sebebe bağıllık ilkesi sonucunda mülkiyet hakkını kaybetmemiş taraf bir ayni talebe sahip olacaktır; buna karşılık sebepten soyutluk ilkesi uyarınca mülkiyet hakkını kaybeden tarafın nispi nitelikte bir sebepsiz zenginleşme talebi olur. İflas aşamasında

⁶⁶⁹ Bu işlemleri koruyucu işlemler ile idare işlemleri olarak tercüme etmeyi uygun buluyorum. Birinci türde, malvarlığını yakın ve ani bir tehlikeden korumak için yapılan işlemler ifade edilmektedir. İkinci türde ise, malvarlığının yönetimine ilişkin işlemler söz konusudur. Son olarak *actes de disposition* türünü tasarruf işlemi olarak tercüme edildi. Bkz. Répertoire de droit civil – Brenner/ Lequette, par. 269 vd. *Bénabent*, butlan açısından hâlâ bu istisnalara başvurulabileceğini belirtmektedir. Bkz. *Bénabent, Obligations*, par. 250.

⁶⁷⁰ Genicon, *Résolution*, par. 752.

⁶⁷¹ a.g.e., par. 756.

⁶⁷² a.g.e., par. 759.

⁶⁷³ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 106.

aynı talebi olan taraf daha avantajlı olacaktır.⁶⁷⁴ Şahsi talepler ise, iflas aşamasında borçlunun malvarlığında bulunduğu ölçüde karşılanabilecektir.

Bu durumda, iade aşamasında taraflar arasında yaratılan bir eşitsizlik durumu oluşacaktır. Bu husus yalnızca tasfiye aşamasında uygulanacak sistemler arasındaki farklılıklardan değil, edimin niteliğinden de doğmaktadır. Mülkiyet devrinin tasfiyesi ile örneğin bir hizmet ediminin ya da para ediminin tasfiyesi taraflar arasında bir eşitsizlik yaratacaktır.⁶⁷⁵ Bu eşitsizlik göze en çok satış sözleşmesinde çarpacaktır. Benzer bir eşitsizlik, iadenin aynen mümkün olup olmamasında da kendini gösterecektir.⁶⁷⁶ Ayni ve şahsi talep farklılığı aynı etki ve sebebe bağlılığın hâkim olduğu bir sistemde varlığını sürdürecektir. Öte yandan, bugün veri, blockchain değerleri gibi üzerinde kurulabilecek hakimiyet haklarının çok tartışmalı olduğu yeni malvarlığı değerlerinin de hukuk dünyasında yerini aldığı düşünüldüğünde, mülkiyet ve ona bağlanan imtiyazlar ile, diğer mutlak haklar ve alacak haklarının konumu ve bu nitelikte edimlerin sahiplerinin daha dezavantajlı olmasının nedenleri ayrıca düşünülmelidir.⁶⁷⁷ Tabiatıyla, bu konu bu tezin sınırlarını çok aşmaktadır. Bu nedenle de, var olan sistemde tasfiye aşamasındaki eşitliğin mümkün olduğu ölçüde nasıl sağlanacağına odaklanılacaktır.

Tasfiye aşamasında taraflar arasındaki eşitliği sağlamanın bir yolu sebepten soyutluk ilkesinin kabul edilmesi olabilir. Taraflar şahsi bir talep düzleminde eşit bir konuma getirilebilirler.⁶⁷⁸ Öte yandan, malın mülkiyetinin devredildiği üçüncü kişilere yöneltilebilecek (iyiniyet hükümleri kapsamında) bir talebin de önü kesilmiş olacak,

⁶⁷⁴ Heck, **Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft**, ss. 18-19. BGB'nin hazırlık aşamalarında bu dezavantajı önlemek için sebepsiz zenginleşme alacaklısına da ayırma hakkı tanınması önerilmiş, ancak bu öneri Heck'in aktardığı üzere reddedilmiştir.

⁶⁷⁵ Grigoleit, **Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts**, s. 389; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 110.

⁶⁷⁶ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 112; Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 153. Schlüter'in bu eşitsizliğin aynı sözleşmeden kaynaklandığı yönündeki görüşünü, aynı sözleşmenin bulunmadığı bir sistemde de bu sorunların söz konusu olduğu karşısında kabul etmek mümkün değildir.

⁶⁷⁷ Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 162. Yazar da neden mülkiyete verilen değer bir hizmet ediminden daha fazla olduğunu sorgulamaktadır.

⁶⁷⁸ Karş. Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 188 vd. Yazar geçersizlik normunun koruma amacına göre bir değerlendirme yapmıştır. Yazar dönüşüm teorisini ve sözleşmesel iade borcunu irade sakatlıkları açısından reddetmektedir. Bkz. a.g.e., par. 208. Alman hukuku açısından benzer bir değerlendirme için bkz. Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 148 vd. Yazar hizmet gibi edimler açısından da belli ölçüde bir soyutluk olduğu görüşündedir. a.g.e., s. 151.

iflas masasındaki farklı muamele de engellenmiş olacaktır.⁶⁷⁹ Ancak soyutluk ilkesi de bu eşitsizliği tümünden gidermeyi sağlayamaz.⁶⁸⁰ Yukarıda zaten geçersizlik ödeşliği yüzünden soyutluk ilkesinin uygulanabileceği hâllerin çok sınırlı olduğu tespit edildi.

Soyutluk ilkesinin olmadığı Fransız hukukunda durum ne olacaktır?⁶⁸¹ Reform öncesi dönemde, sözleşmeden dönme üzerine, ilgili sözleşme örneğin bir hakkın devrine yönelik bir sözleşme ise, dönme sonucunda taraflar arasında gerçekleşen devir de geçersiz hâle gelecektir. Fransız yazarlar bu durumun alacaklıyı daha dezavantajlı bir konuma getirdiği görüşündedir.⁶⁸² Özellikle malın istihkak hükümlerine dayanılarak talep edilebilmesi, buna karşılık para borçlarının talebinde özellikle borçlunun iflası hâlinde çıkabilecek zorluklar ve alacaklıların durumları arasındaki farklılık, Fransız hukukunda da eleştirilmektedir.⁶⁸³

Fransız hukukunda bu sorunlar yeni bir borç kaynağı yaratılarak giderilmeye çalışılmıştır. Fransız hukukunda reform ile, tasfiyeye ilişkin yeni kurallar benimsenmiştir. CC'nin 1352 vd. yer alan hükümler ile Tasfiye kurumu geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesini sağlayan yeni bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemeler öncesinde de, iade mekanizmaları konusunda Fransız mahkemeleri radikal kararlar vermekten çekinmemişlerdir.

Fransız hukukunda iade mekanizması genel olarak borç olmayan şeyin ifası ("*répétition de l'indu*") kurumu ile gerçekleştirilmekteydi.⁶⁸⁴ Yapma edimleri

⁶⁷⁹ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 120; Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 134.

⁶⁸⁰ Bir görüşe göre aynı sözleşmenin bir hukuki işlem olarak görülmemesi tasfiye açısından ortaya çıkan sorunları ortadan kaldırabilir. Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 141 vd.

⁶⁸¹ Teslim ilkesinin hâkim olduğu Alman hukukunda bu ilke hukuk tarihinden kalma ve artık ihtiyaç duyulmayan bir kavram olarak nitelendirilirken, Fransız hukukunda da birlik ilkesi eleştirilmektedir. Buradan varılabilecek sonuç, gerçekten memnun olunan bir ilke üzerinde uzlaşmanın mümkün olmadığıdır. Bkz. Theodor Süss, "Das Traditionsprinzip - Ein Atavismus des Sachenrechts", **Festschrift für Martin Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht**, ed. Ernst von Caemmerer, Tübingen: Mohr Siebeck, 1952, ss. 141-66; Véronique Wester-Ouisse, "Le transfert de propriété solo consensu : principe ou exception ?", **RTD civ.**, C. 2, 2013, ss. 299-314.

⁶⁸² Genicon, **Résolution**, par. 747.

⁶⁸³ a.yer.

⁶⁸⁴ Catherine Guelfucci-Thibierge, **Nullité, restitutions et responsabilité**, Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, par. par. 638. Bu dönemde bazı yazarlar iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gerektiği görüşündeyken, bazı yazarlara göre ise burada kendine özgü bir iade rejimi vardı. Bkz. a.yer. dn. 5 ve 6'da anılan yazarlar.

açısından ise sebepsiz zenginleşme talebi doğmaktaydı.⁶⁸⁵ Örneğin, 1990 yılına ait bir mahkeme kararında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağına karar verilmiş olmakla birlikte, 1999 yılında sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyenin uygun olmayacağına dair bir başka karar daha söz konusudur.⁶⁸⁶ Buna ek olarak, mülkiyet geçişini de söz konusu olduğu bir sözleşmeden dönüldüğünde, iade istihkak hükümlerine göre gerçekleşmekteydi.⁶⁸⁷ Bununla birlikte özellikle yararların iadesinde yine borç olmayan şeyin ifası veya haksız zilyetlikte iade hükümlerine dayanan kararlar verilmiştir.⁶⁸⁸ Satış sözleşmesinden dönme söz konusu olduğunda, kullanımdan doğan değer kaybının iade edilmeyeceğine dair kararlar bulunmaktaydı.⁶⁸⁹ Bu çoklu yapı karşısında iptal edilebilirlik⁶⁹⁰ ve sözleşmeden dönme⁶⁹¹ için bağımsız bir tasfiye rejimi olması gerektiğine dair görüşler ortaya atılmıştı.

Daha sonra, içtihat ile iptal edilen sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin bir rejim benimsendi.⁶⁹² Fransız Yargıtayı iptal edilen bir sözleşme sonucunda iadenin bağımsız bir sistem ile sağlandığına karar vermiştir.⁶⁹³ Bu karardan birkaç sene sonra benzer bir esas sözleşmeden dönme sonucu oluşan iade ilişkisi için de benimsenmiştir.⁶⁹⁴ Mahkeme bu görüşünü gerekçelendirmemiştir, yalnızca sözleşmeden dönme sonucunda oluşan iade ilişkisine, borç olmayan şeyin ifası hükümlerinin değil, sözleşmeden dönme hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş ve bu kapsamda iade edilecek faizin dava tarihinden itibaren işleyeceğine hükmetmiştir.

Bu durumda, taraflar arasındaki eşitliği sağlamaya en yakın husus, iade borçlarını kanundan doğan bir borç kaynağı olarak düzenlemekten geçmektedir.

⁶⁸⁵ a.g.e., par. 639.

⁶⁸⁶ Cass. civ. 1re, 16.03.1999, no. 97-14441 (Juricaf) (Genicon, para. 925)

⁶⁸⁷ Guelfucci-Thibierge, **Nullité, restitutions et responsabilité**, par. 640.

⁶⁸⁸ Genicon, **Résolution**, par. 925.

⁶⁸⁹ a.g.e., par. 928.

⁶⁹⁰ Guelfucci-Thibierge, **Nullité, restitutions et responsabilité**, par. 636.

⁶⁹¹ Genicon, **Résolution**, par. 919.

⁶⁹² Bénabent, **Obligations**, s. 204.

⁶⁹³ Cass. civ. 1re, 24.09.2002, D. 2003, s. 369 (Dalloz)

⁶⁹⁴ Cass. civ. 3e, 24.05.2006, no. 05-11.938 (Legifrance)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TASFİYE İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER VE BU KONUDAKİ GÖRÜŞLER

I. GİRİŞ

Bu bölümün konusunu tasfiye ilişkisine uygulanan hükümler ve bu konuda ileri sürülen görüşler oluşturmaktadır. Bu kapsamda, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye, istihkak ve haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre tasfiye, sözleşmesel tasfiye ve tüketici sözleşmelerinin tasfiyesi incelenecektir.⁶⁹⁵ Her bir tasfiye düzeni açısından iadenin nasıl gerçekleştiği, bedel üzerinden iadenin mümkün olup olmadığı, iade hasarının ne şekilde ele alındığı ve yararlar ile giderlerin ne şekilde iadeye konu olduğu ele alınmıştır.

Bu noktada bazı kavramların ne anlamda kullanıldığından kısaca bahsetmekte fayda vardır. Bu bölümde sıklıkla kullanılan bir terim, bedel üzerinden iadedir. Bedel üzerinden iade, aynen iade borcunun sona erip, kabaca edimin değeri karşılığında para ödenmesini ifade etmektedir. Doktrinde bedel üzerinden iade terimini kullanan yazarlar olduğu gibi,⁶⁹⁶ bu ifade yerine parasal iade veya para ile iade,⁶⁹⁷ değer olarak iade,⁶⁹⁸ değer tazminatı⁶⁹⁹ gibi terimler kullanıldığı da görülmektedir. Alman ve İsviçre hukuklarında ise “*Wertersatz*” terimi kullanılmaktadır. Fransız hukukunda da “*restitution en valeur*” terimi kullanılmıştır.

⁶⁹⁵ Tasfiyeyi ele alan eserlerde de vekâletsiz iş görme hükümleri açısından bir değerlendirme yapılmamıştır. Bununla birlikte, hem Alman hukukunda hem de İsviçre hukukunda bir işin görülmesine dair olan, ancak geçersiz bir sözleşme ilişkisinin varlığında vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulandığı kararlara rastlamak mümkündür. Yine hem İsviçre hem de Alman doktrinde, geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurulmasını destekleyen görüşlere rastlamak mümkündür. Bkz. Matthias Habersack, Jan Schürmbrand, “Zur Geschäftsführung ohne Auftrag bei nichtigem Vertrag”, *AcP*, C. 220, S. 1, 2020, ss. 5-11; Jörg Schmid, **Die Geschäftsführung ohne Auftrag**, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1992, par. par. 1175 vd. Ancak vekâletsiz iş görme hükümleri kanundan doğan bir borç ilişkisi yaratmakta olup, geçmişe etkili sona eren sözleşmelerin tasfiyesine uygun bir iade mekanizması değildir. Bu nedenle vekâletsiz iş görme hükümlerine tasfiye ilişkisinde yer verilmemiştir.

⁶⁹⁶ Pınar Çağlayan Aksoy, “Ayıplı Malı Aynen İade Edemeyen Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı”, *BATİDER*, C. 33, S. 3, 2017, s. 190.

⁶⁹⁷ Öz, *Eser*, ss. 226, 250 vd.

⁶⁹⁸ Ulsan, *İyiniyet*, s. 69.

⁶⁹⁹ Serozan, *Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri verme Yükümü*, s. 200.

Sıklıkla kullanılan başka iki kavram da iade hasarı ve iade imkânsızlığı kavramıdır. İade imkânsızlığı kavramı hem aynen iade borcunun imkânsızlaştığı hem de bu imkânsızlaşma sonucunda iade borcunun tamamen ortadan kalktığı hâllerde kullanılmaktadır.⁷⁰⁰ İade hasarı kavramı ise kafa karışıklığı yaratabilecek nitelikte olabilir. Zira, hasar kelimesi hukukumuzda sözleşmeye konu edimin taraflara atfedilemeyecek bir sebep yüzünden yok olması veya kötüleşmesini ifade eder.⁷⁰¹ Bu tez kapsamında ise iade hasarı terimi, yalnızca taraflara atfedilemeyecek bir sebepten dolayı değil, aynen iadenin edim konusunun yok olması ve kötüleşmesi sebebiyle gerçekleşmediği her hâlde, bedel üzerinden iadenin hangi taraf için söz konusu olduğunu ifade etmek için kullanıldı.⁷⁰²

Kural olarak bir tarafta kalması gereken iade hasarının sözleşmenin diğer tarafına geçtiği hâller ise hasarın geri intikali (“*Zurückspringen des Gefahrs*”) olarak adlandırıldı.⁷⁰³ Bu hâl de doktrinde “*hasarın taşınması*” olarak da adlandırılmıştır.⁷⁰⁴ Hasarın geriye intikali, kural olarak iade borçlusunda olan hasarın iade alacaklısına geçmesi olgusunu daha iyi açıkladığı için kullanıldı.

Masraf kavramı ise edimle ilgili yapılan harcamaları ve giderleri kapsayacak şekilde, her bir tasfiye rejimi için aynı anlamda kullanıldı.⁷⁰⁵ Yararlar da maldan elde edilecek hukuki ve doğal semereleri ifade edecek şekilde kullanıldı. Ayrıca kullanımdan elde edilen faydalar da yararların iadesi kapsamında değerlendirildi.

⁷⁰⁰ Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 181.

⁷⁰¹ Baki İlkay Engin, Haluk Nami Nomer, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri - Cilt I: Satış Sözleşmesi**, 8. bs, İstanbul: Seçkin, 2024, s. 82.

⁷⁰² Bu noktada von Caemmerer’in sıklıkla kullanılan dörtlü örneğinden burada da bahsetmekte fayda olacaktır. Von Caemmerer iade imkânsızlığı ve iade hasarı sorununun gündeme geldiği hâlleri şu şekilde özetlemektedir: 1. Kötüleşme veya yok olmanın maldaki ayıptan meydana gelmesi. 2. Kötüleşme veya yok olmanın hiçbir tarafa atfedilemeyecek bir olaydan, yani kazadan meydana gelmesi. 3. Kötüleşme veya yok olmanın kusur olarak atfedilmeyecek bir davranıştan meydana gelmesi. 4. Kötüleşme veya yok olmanın kusurlu bir davranıştan meydana gelmesi. Ernst von Caemmerer, “‘Mortuus Redhibetur’. Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, ed. Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris, München: Beck, 1973, s. 246 vd.

⁷⁰³ Buz, **Dönme**.

⁷⁰⁴ Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri verme Yükümü**, s. 200.

⁷⁰⁵ Bkz. Özen, **İade**, s. 285.

II. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME HÜKÜMLERİ UYARINCA TASFİYE

Soyutluk ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde, sebepsiz zenginleşme hükümleri geçersiz sözleşmelerin tasfiyesini sağlayan temel iade mekanizmasıdır. Aşağıda Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyenin nasıl gerçekleştiği ele alınacaktır. Bu kapsamda, Fransız hukukunda sebepsiz zenginleşme hükümleri incelenmeyecektir, zira reform ile geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi için ayrı bir rejim benimsenmiş olup, borç olmayan şeyin ifası için de bu hükümlere gönderme yapılmaktadır (CC m. 1302-3).⁷⁰⁶

A. İadenin Gerçekleşmesi

Geçersiz bir sözleşmenin ifası sonucunda tasfiyeyi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca gerçekleştirecek taraflar, elde ettikleri edimleri iade ile yükümlüdür. TBK m. 77 uyarınca, “*haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür*”. OR m. 62 ise, haklı bir sebep olmaksızın, bir başkası aleyhine zenginleşen kişinin bu zenginleşmeyi iade ile yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Benzer şekilde, Alman hukukunda da BGB § 812, genel olarak zenginleşme teşkil eden malvarlığı değerlerinin iade edileceğini düzenlemektedir. BGB § 818/ f. 1 ve 2 ise, zenginleşme konusu malvarlığı değerinin iadesine ilişkin koşullar ile elde edilen sürrogat ve yararların iadesini düzenlemektedir.

İade kapsamını belirlemek için de zenginleşme miktarının tespiti gereklidir. Hukuk sistemimizde, iade hesaplanırken, zenginleşme miktarı, zenginleşme olmasaydı zenginleşenin malvarlığının ne durumda olacağı tespit edilmeye çalışarak

⁷⁰⁶ Bugün Fransız Medeni Kanunu’nda Borçların Diğer Kaynakları başlığı altında, vekâletsiz iş görme, borç olmayan şeyin ifası ve sebepsiz zenginleşme düzenlenmiştir. Borç olmayan şeyin ifası kapsamında yanlışlıkla başkasının borcunu ödeyen veya yanlışlıkla başkasının borcunu ibra eden kişi açısından iade düzenlenmekte olup, bu iade Tasfiye hükümlerine göre gerçekleşecektir. Sebepsiz zenginleşmede ise vekâletsiz iş görme ve borç olmayan şeyin ifası dışında kalan hâllerde başkası aleyhine zenginleşen kişi, zenginleşme ve fakirleşme tutarından hangisi daha düşük ise onu iade ile yükümlü olacaktır (CC m. 1303).

hesaplanacaktır.⁷⁰⁷ Bu noktada zenginleşme malvarlığı değerindeki bir artış olabileceği gibi, malvarlığının pasifinde bir azalma şeklinde veya fakirleşme riskinin ortadan kalkması da olabilir.⁷⁰⁸ Alman hukukunda ise, malvarlığının içinde bulunduğu durumdan ziyade zenginleşme teşkil eden malvarlığı değeri (“*Erlangte*”) “*objektif bir yaklaşımla*” tespit edilecektir.⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ CR CO – Chappuis , Art. 64, par. 4; Bucher, **AT**, s. 690; Schwenger, **AT**, par. 58.01. BSK OR/ Schulin/ Vogt – Art. 62, para. 5; CHK OR/ Hahn – Art. 62 para. 3; OFK OR/ Tea – Art. 62, para. 3; Bir tarafın zenginleşmesinin karşısında fakirleşme şartının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Fakirleşme şartını arayanlar: BK OR/ Becker, Art. 62, para. 5; ZK OR/ Oser/ Schönenberger, Art. 62, para. 2; CR CO I - Chappuis Art. 62, par. 15; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 473; Bucher, **AT**, s. 658; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 2, par. 937 vd. Tekinay vd., **BG**, s. 734; Nomer, **BG**, par. 140.3; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 1959. Bu görüşe göre fakirleşmenin olmadığı hâllerde şartları varsa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır. Fakirleşme şartını aramayanlar: BSK OR/ Schulin/ Vogt – Art. 62, para. 9; ZK OR/ Schmid – Art. 423, para. 181 vd.; CHK OR/ Hahn – Art. 62 para. 3; İstŞ TBK - Serozan – m. 77, paras. 14-17; İstŞ TBK - Serozan, m. 79-80, para. 16; Büren, **AT**, s. 309; Max Keller, Peter C. Schaufelberger, **Das Schweizerische Schuldrecht Band III: Ungerechtfertigte Bereicherung**, 3. bs, Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1990, ss. 27-31; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 220; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. bs, Bern: Stämpfli, 2017, par. par. 30.11-30.12; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1566a; Serozan, Baysal, Sanlı, **BG**, blm. 24 par. 8 vd. Eren, **BG**, par. 2681-2683; Gümüş, **BG**, s. 607; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **BG**, par. 1298-1301; Schwenger, **AT**, s. 55.08-55.09; Peter C. Schaufelberger, **Bereicherung durch unerlaubte Handlung**, Zürich: Schulthess, 1981, s. 122 vd. Patrizia Holenstein, **Wertersatz oder Gewinnherausgabe?: Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag**, Zürich: Schulthess, 1983, s. 74 vd. Markus Nietlispach, **Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung**, Bern: Stämpfli, 1994, s. 346; Rona Serozan, “‘Sebepsiz İktisap’ta Yoksullaşma Ögesine Yer Var Mıdır?”, **MÜHFD HAD**, C. 22, S. 3, 2016, ss. 2497-2504 passim.

⁷⁰⁸ ZK OR/ Oser/ Schönenberger, Art. 62, para. 3 vd.; CR CO I - Chappuis Art. 62, ss. 4-5. BSK OR/ Schulin/ Vogt – Art. 62, para. 5-6; İstŞ TBK/ Serozan – m. 77, paras. 14-17; von Tuhr, Peter, **AG I**, ss. 473-74; Keller, Schaufelberger, **Band III**, ss. 31-32; Koller, **OR AT**, par. 30.16-30.18; Schwenger, **AT**, par. 55.07; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 1078-1079; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 2, par. 918-922; Tekinay vd., **BG**, s. 746; Eren, **BG**, par. 2660 vd. Nomer, **BG**, par. 140.1; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 1958; Gümüş, **BG**, s. 606; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **BG**, par. 1294.

⁷⁰⁹ Staudinger BGB - Lorenz, § 818, par. 1; Juris PK BGB – Martinek/ Heine, § 818, par. 2; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 1; Grüneberg BGB - Sprau, § 818, par. 2. Zenginleşmenin malvarlığı içinde yer alan ekonomik artışı ifade ettiğine dair görüş bugün reddedilmektedir. Bkz. Staudinger BGB - Lorenz § 818”, par. 1; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 1. İsviçre hukukunda da bazı yazarlar, sebepsiz zenginleşmede iade talebinin soyut bir malvarlığı değerinin iadesinin değil, zenginleşme konusu edimin iadesi olması gerektiği görüşündedir. Bkz. Holenstein, **Wertersatz**, s. 73; Nietlispach, **Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht**, s. 340; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 241.; BSK OR/ Schulin/ Vogt – Art. 64, para. 2.

Hem Türk ve İsviçre⁷¹⁰ hukuklarında hem de Alman⁷¹¹ hukukunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade mümkün olduğu ölçüde aynen gerçekleştirilecektir.

B. Bedel üzerinden iade esasları

1. Genel Olarak

Aynen iadesi mümkün olamayan hizmet gibi edimlerde ise bedel üzerinden iade söz konusu olur.⁷¹² Alman hukukunda da BGB §818/ f.2 aynen iadenin mümkün olmadığı hâllerde bedel üzerinden iadenin gerçekleştirileceğini açıkça düzenlemektedir.⁷¹³ Bu hükmün uygulanması, BGB §812 uyarınca iade borcunun doğmasına bağlıdır.⁷¹⁴

Bir diğer olasılıkta ise aynen iade, iade imkânsızlığı sebebiyle gerçekleştirilemiyor olabilir. Aynen iade mümkün olmadığı takdirde ve zenginleşenin malvarlığında bir kaim değer bulunmadığı hâllerde bedel üzerinden iade gündeme gelecektir.⁷¹⁵

⁷¹⁰ BK OR/ Becker – Art. 62, para. 25; BSK OR/ Schulin/ Vogt – Art. 64, para. 2; CR CO I/ Chappuis – Art. 64, para. 8; OFK OR/ Gelbhaus – Art. 64, para. 2; CHK OR/ Hahn – Art. 64, para. 2; KuKo OR/ Oberhammer/ Fraefel – Art. 64/ 65, para. 1; İstŞ TBK/ Serozan – m. 79-80, para. 3; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 500; Gauch, Schluep, Tercier, **Partie générale**, par. 1132; Bucher, **AT**, s. 656; Keller, Schaufelberger, **Band III**, s. 69; Guhl vd., **Obligationenrecht**, s. 228; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1513; Schwenger, **AT**, par. 58.02; Koller, **OR AT**, s. 30.47; Tekinay vd., **BG**, s. 749; Eren, **BG**, par. 2722; Serozan, Baysal, Sanlı, **BG**, böl. 27 para. 1; Gümüş, **BG**, s. 634; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **BG**, par. 1342.

⁷¹¹ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 1; Christiane Wendehorst, “§ 818”, **BeckOK BGB | BGBBürgerliches Gesetzbuch - beck-online**, ed. Wolfgang Hau, Roman Poseck, München: C. H. Beck, 2024, par. 6 ve 18; Astrid Stadler, “§ 818”, **Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO : Kommentar**, Beck-online. Bücher, 2023, par. 3; Volker Wiese, “§ 818”, **Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**, ed. Reiner Schulze vd., Baden-Baden: Nomos, 2024, par. 2; Grüneberg BGB - Sprau § 818, par. 5-6.

⁷¹² BK OR/ Becker – Art. 62, para. 25; CR CO I/ Chappuis – Art. 64, para. 11; CHK OR/ Hahn – Art. 64, para. 2; OFK OR/ Gelbhaus – Art. 64, para. 3; KuKO OR/ Oberhammer/ Fraefel – Art. 64/ 65, para. 2; Eren, **BG**, par. 2725.

⁷¹³ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 2; Hans-Joachim Musielak, “Zum Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruches”, **JA**, C. 1, S. 1, 2017, s. 2.

⁷¹⁴ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 1; “jurisPK - Martinek/ Heine § 818”, par. 1.

⁷¹⁵ Türk ve İsviçre hukukları açısından: CHK OR/ Hahn – Art. 64, para. 2; BSK OR/ Schulin – Art. 64, para. 4 “CR CO I - Chappuis Art. 64”, par. 22.; OFK OR/ Gelbhaus – Art. 64, para. 3; İstŞ TBK/ Serozan, m. 79-80, para. 7; Eren, **BG**, par. 2726.

Alman Hukuku açısından: MüKo BGB - Schwab § 818, par. 50; Bernd Linke, “§ 818”, **Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht**, ed. Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen, Baden-Baden: Nomos, 2021, C. 2/2, par. 20; Petra Buck-Heeb, “§ 818”, **Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG**

Bununla birlikte, bedel üzerinden iade borcu, iade borçlusunun malvarlığında bir zenginleşme varsa söz konusu olacaktır.

2. Bedel Üzerinden İade Borcunun Doğduğu Hâller

Alman hukukunda, sebepsiz zenginleşmede de aynen iade borcunun ne zaman imkansızlaşmış sayılacağı daha detaylı olarak tartışılmıştır. Hâkim görüşe göre hem objektif hem de sübjektif imkânsızlık hâlinde bedel üzerinden iade borcu doğar.⁷¹⁶ Bu noktada, iyiniyetli zenginleşen iade konusunu yeniden elde etmek yükümlülüğü altında değildir.⁷¹⁷ Benzer şekilde, iade konusunda gerçekleşen değişikliklerin eski hâline döndürülüp döndürülmeyeceği de tartışılmakta ve böyle bir değişiklik yapma yükümlülüğü hâkim görüşçe reddedilmektedir.⁷¹⁸ Hâkim görüşe göre, bedel üzerinden iade, malın iadesinin kısmen imkansızlaşması hâlinde de söz konusu olur.⁷¹⁹ Alman Federal Mahkemesi'nin de kalan kısmın aynen iadesine, imkansızlaşan kısım için de bedel üzerinden iadeye hükmettiği kararları bulunmaktadır.⁷²⁰ Bir diğer görüşe göre ise bedel üzerinden iadenin yalnızca malın tümünün iadesinin imkânsızlaşması hâlinde olacaktır.⁷²¹ Her durumda iade borcu zenginleşme oranında mevcut olacağı için; bu tartışmanın pratik olarak bir önemi yoktur.⁷²²

und WEG, ed. Barbara Grunewald vd., Juris. Zusatzmodul Hochschulen, Köln: O. Schmidt, 2023, par. 16; JurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818, par. 39. Zenginleşme konusu malvarlığı değerinin elden çıkarılması sonucunda elde edilen karşı edimin (*commodum ex negatione*) kaim değer olup olmadığı tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, zenginleşme konusu malın geçerli bir hukuki işleme dayanılarak elden çıkarıldığında, iade yükümlülüğü malın objektif değeri ile sınırlıdır. Elde edilen karşı edimin değerinin daha yüksek olması hâlinde ise, bu değer esas alınmayacaktır. MüKo BGB - Schwab § 818, par. 48. Karşı görüşte bkz. Musielak, **Inhalt**, s. 2.

⁷¹⁶ Staudinger BGB - Lorenz § 818, par. 21; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 51; NK BGB - Linke § 818", par. 21; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 21; jurisPK BGB- Martinek/ Heine § 818, par. 42; HK BGB - Wiese § 818", par. 7; Jauernig/ Stadler § 818, par. 12; Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 87.

⁷¹⁷ Staudinger - Lorenz § 818, par. 21; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 51; NK BGB - Linke § 818, par. 25; Stadler, "Jauernig/ Stadler § 818", par. 13; JurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818, par. 43.

⁷¹⁸ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 21; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 44; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 19. Bu konuda BGH'nın yaklaşımı hakkında Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 86.

⁷¹⁹ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 55; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 23; NK BGB - Linke § 818, par. 26; jurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818", par. 44; Grüneberg BGB - Sprau § 818, par. 18; Dagmar Kaiser, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB: Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht**, Mohr Siebeck, 2000, s. 339; Claus-Wilhelm Canaris, "Die Gegenleistungskondiktion", **Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag**, ed. Bernhard Pfister, Michael R. Will, Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, s. 22.

⁷²⁰ BGH 112, 376, 380

⁷²¹ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 22.

⁷²² Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 98.

Bu esaslar Türk ve İsviçre hukukları için de kabul edilebilir. Zenginleşme konusu edimin iadesi sübjektif veya objektif olarak imkânsızlaşmadığı sürece devam edecektir. Aynen iade imkânsızlaşmışsa bunun yerine malvarlığına bir kaim değer girip girmediğine bakılacak, böyle bir değer yoksa ve zenginleşen iyiniyetli ise, iade borcu sona erecektir. Kısmi imkânsızlık açısından ise, aynen iadesi mümkün olan kısım için aynen iade borcu doğacak, imkânsızlaşan kısım için ise borçlunun malvarlığında bir artı değer bulunduğu sürece bedel üzerinden iade söz konusu olacaktır.

3. İadede Esas Alınacak Değer

Türk ve İsviçre hukukunda hâkim görüş, zenginleşme hesaplanırken edimin objektif değerinin esas alınacağı yönündedir.⁷²³ Alman hukukunda da bedel üzerinden iadede, sözleşmeden dönmede olduğu gibi edimin sübjektif değerinin esas alınması gerektiğini savunan görüşler bulunmakla birlikte,⁷²⁴ hâkim görüş uyarınca bedel üzerinden iade hesaplanırken, edimin objektif değeri esas alınacaktır.⁷²⁵

Türk yargı kararlarında ise “*denkleştirici adalet*” esası altında, paranın alım gücündeki değişikliklerin iade borcu hesaplanırken dikkate alınması gerektiği hususu

⁷²³ CHK OR/ Hahn – Art. 64, para. 3; BSK OR/ Schulin – Art. 64, para. 4a; KuKO OR/ Oberhammer/ Fraefel – Art. 64/ 65, para. 4; İstŞ TBK/ Serozan, m. 79-80, para. 3; Chappuis, “CR CO I - Chappuis Art. 64”, par. 14; Gauch, Schluep, Schmid, AT, C. I, par. 1517a; Schwenzer, AT, par. 58.08; Eren, BG, par. 2735; Holenstein, **Wertersatz**, s. 119; Susanne Polydor-Werner, **Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge**, Zürich: Schulthess, 1988, s. 85; Hartmann, **Rückabwicklung**, s. 104. İstisnai hâllerde, sözleşmedeki bedelin de dikkate alınabileceği yönünde bkz. a.g.e., par. 254-256. Sübjektif değer objektif değerden daha yüksekse dikkate alınmaz. André Bussy, **Étude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse**, Lausanne: Imprimerie La Concorde, 1922, par. par. 181; Schwenzer, AT, par. 58.14.; 15. HD, E. 2021/4618, K. 2021/2700, 14.06.2021.

⁷²⁴ Erman BGB - Buck-Heeb § 818, par. 17.

⁷²⁵ Staudinger - Lorenz § 818, par. 26; Grüneberg BGB - Sprau § 818, par. 19; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 83-84; NK BGB - Linke § 818, par. 29; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 27; Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 95; Hans Josef Wieling, Thomas Finkenauer, **Bereicherungsrecht**, Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2020; Karl Larenz, “Zum Bedeutung des ‘Wertersatzes’ im Bereicherungsrecht”, **Festschrift fuer Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, ed. Hans Claudius Taschner, Tübingen: Mohr Siebeck, 1978, s. 209; Heinrich Goetzke, “Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht? Zugleich eine Besinnung auf den Wert dogmatischen Denkens im heutigen Zivilrecht”, **AcP**, C. 173, S. 4, 1973, s. 289; Canaris, **Gegenleistungskondiktion**, ss. 19-63; Kaiser, **Rückabwicklung**, s. 339. BGHZ 132, 198, 207.

benimsenmiştir.⁷²⁶ Denkleştirici adalet kavramı içtihatlarla göre “...*haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder.*”⁷²⁷ Denkleştirici adaletin tesis edilebilmesi için dikkate alınacak kriterler kararlarda “*enflasyon, ÜFE, TÜFE, faiz, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaş ve işçi ücretlerindeki artışlar*” olarak belirtilmektedir.⁷²⁸ Yargıtay kararları uyarınca, bu değerlerin ortalaması alınarak belirlenen tarihte iade miktarının ne olduğu tespit edilecektir.⁷²⁹ Bu durumda edimin objektif değeri esas alınmamaktadır. Bu bedelin sözleşmedeki sübjektif bedel olmadığı da açıktır.

Bu kararlar ile, zenginleşme kavramının kapsamı epey genişletilmiş olmaktadır. Sebepsiz zenginleşme hükümleri ile amaçlanan geçerli bir sebebe dayanmayan malvarlığı kaymalarını gidermektir; sebepsiz zenginleşme hükümlerinin “*toplumsal adaletsizliği ortadan kaldırmak*” gibi bir görevi ise yoktur.⁷³⁰ Bu nedenle, sebepsiz zenginleşme hükümleri ile paranın alım gücünde oluşan değişiklikler ancak belli bir ölçüde dikkate alınabilir. Bu anlamda bir tercih, zenginleşmenin olduğu andaki değil, iade anındaki değeri esas almak olabilir. Bunun dışında paranın iadesinde faiz işletilmesi söz konusu olabilir.⁷³¹ Bunun da ötesinde paranın alım gücünün zaman içindeki değişimi kural olarak zenginleşme kavramına dahil olmamalıdır.

⁷²⁶ HGK E. 2000/1729, K. 2001/32, 07.02.2001

⁷²⁷ HGK E. 2000/1729, K. 2001/32, 07.02.2001. Bkz. ayrıca 3. HD, E. 2012/20732, K. 2012/25343, 10.12.2012; 3. HD, E. 2012/13221, K. 2012/18863, 17.09.2012; 3. HD, E. 2017/87, K. 2018/10595, 25.10.2018; 3. HD, E. 2017/1240, K. 2018/11632, 15.11.2018; 3. HD, E. 2017/10764, K. 2019/6321 08.07.2019; 8. HD, E. 2016/13066 K. 2020/2263, 09.03.2020; 3. HD, E. 2019/979, K. 2020/606, 23.01.2020; Bu etkenlerden en az 5 tanesinin bilirkişi raporunda ele alınması gerektiği hakkında bkz. 3. HD, E. 2020/6836, K. 2021/8631, 20.09.2021

⁷²⁸ 13. HD, E. 2012/2192, K. 2012/28928, 18.12.2012; 3. HD, E. 2017/1038, K. 2018/11184, 07.11.2018; 3. HD, E. 2020/6836, K. 2021/8631, 20.9.2021

⁷²⁹ 3. HD, E. 2017/13225, K. 2019/2601, 27.03.2019; Abdülkadir Bozdoğan, **Denkleştirici Adalet İlkesi Nedir? Nasıl Hesaplanır?**, Ankara: Yetkin, 2023, s. 73.

⁷³⁰ Serozan, **BG**, böl. 24 para. 12.

⁷³¹ Haluk Nami Nomer, “Sebepsiz Yere Ödenen Paradan Kaynaklanan Zenginleşmelerde İadenin Kapsamı”, **GSÜHFD**, C. 4, S. 2, 2005, s. 226 vd. Karş. Akçura Karaman, **Edimlerin İadesi**, s. 317.

4. İadenin Esas Alınacağı An

Türk ve İsviçre hukuklarında, sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürüldüğü tarih esas alınmaktadır.⁷³² Yargıtay’ın ise bu konuda farklı kararları bulunmaktadır; yukarıda belirtildiği gibi Yargıtay “*denkleştirici adalet*” ilkesi uyarınca, zenginleşmenin doğduğu andan iade anına kadar oluşan değer azalmalarını hesaba katmaktadır.⁷³³ Bu kapsamda esasında farklı tarihlerin esas alınabildiği görülmektedir. Yargıtay içtihatlarında iade anındaki değer,⁷³⁴ aynen iadenin imkânsızlaştığı andaki değer,⁷³⁵ geçersiz sözleşmenin ifa edilmeyeceğinin öğrenildiği tarih gibi farklı tarihleri esas almıştır.⁷³⁶ Dava tarihinin de esas alındığı kararlar mevcuttur.⁷³⁷

Alman hukukunda sebepsiz zenginleşme talebinin oluştuğu an,⁷³⁸ daha detaylı olarak, bedel üzerinden zenginleşme talebinin oluştuğu veya aynen iade borcunun bedel üzerinden iade borcuna dönüştüğü an kabul edilmektedir.⁷³⁹ Bu kapsamda, Alman hukukundaki edimin bedel üzerinden iade borcuna dönüştüğü andaki değer ile Türk mahkeme kararlarındaki aynen iadenin imkânsızlaştığı tarihin esas alındığı kararlar birbiri ile örtüşmektedir.

Bu noktada aynen iade mümkün olduğunda edimin iade anındaki hâli esas alınacağından, bedel üzerinden iade açısından da iade anındaki değer kabul edilmesi

⁷³² “CR CO I - Chappuis Art. 64”, par. 6; Tekinay vd., **BG**, s. 751; Eren, **BG**, par. 2746; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, ss. 173 ve 176; Nomer, **Sebepsiz**, s. 229.

⁷³³ Kararlarda ilk ödeme tarihine atıfta bulunmaktadır. Bkz. 3. HD, E. 2012/12994, K. 2012/19233, 19.09.2012; 3. HD, E. 2012/21074, K. 2012/24407, 27.11.2012; 3. HD, E. 2012/20711, K. 2012/25718, 13.12.2012; 3. HD, E. 2017/10846, K. 2019/1653, 27.02.2019; 3. HD, E. 2019/3735, K. 2020/77, 14.01.2020; 8. HD, E. 2016/13066, K. 2020/2263; 09.03.2020; 3. HD, E. 2019/979, K. 2020/606, 23.01.2020

⁷³⁴ 3. HD., E. 2012/20732 K. 2012/25343 T. 10.12.2012;

⁷³⁵ 3. HD, E. 2012/13221, K. 2012/18863, 17.9.2012; 3. HD, E. 2017/945, K. 2018/10746, 30.10.2018; 3. HD, E. 2017/1038, K. 2018/11184, 07.11.2018; 3. HD, E. 2017/13818, K. 2018/12155, 28.11.2018; 3. HD, E. 2019/3476, K. 2020/733, 4.2.2020; 15. HD, E. 2021/4618 K. 2021/2700 T. 14.06.2021.

⁷³⁶ 3. HD, E. 2018/7123, K. 2018/12156, 28.11.2018

⁷³⁷ 13. HD, E. 2012/2192, K. 2012/28928, 18.12.2012; 3. HD., E. 2021/2069 K. 2021/5146 T. 20.5.2021

⁷³⁸ Hanns Prütting, “§ 818”, **Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar**, ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, Wolters Kluwer Anwaltspraxis, Köln: Luchterhand, 2019, par. 14; Walter Wilburg, “Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts”, **AcP**, C. 163, S. 4, 1964, s. 352.

⁷³⁹ Musielak, **Inhalt**, s. 5; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 33; Grüneberg BGB - Sprau § 818, par. 20; Staudinger BGB - Lorenz § 818, par. 31; Erman BGB - Buck-Heeb § 818, par. 21; NK BGB - Linke § 818, par. 38; Karş. MüKo BGB - Schwab § 818, par. 122.

uygun olacaktır. Bu açıdan Yargıtay kararlarında iade anına göre belirleme yapıldığı kararlara katılmakta fayda bulunmaktadır.

C. İade İmkânsızlığı ve İade Hasarı

Türk ve İsviçre hukukları, zenginleşme konusunda meydana gelen değer azalmaları veya hasarlar için de iyiniyetli ve kötünietli sebepsiz zenginleşenler için ayrı bir rejim belirlemiştir. İyiniyetli zenginleşen, değer azalması ve hasardan sorumlu değildir; o zenginleşeni iade anında malvarlığında bulunduğu hâliyle iade etmekle yükümlüdür. İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu, iade konusunu elden çıkarması veya tüketmesi hâlinde ortadan kalkmaktadır.⁷⁴⁰

Kötünietli sebepsiz zenginleşen ise, zenginleşmenin ortadan kalkması defi'nden yararlanamayacaktır.⁷⁴¹ Kötüniet kavramı ile, zenginleşenin zenginleşmesinin haklı bir sebebe dayanmadığını bilmesi ya da bilebilecek durumda olması ifade edilmektedir.

Türk ve İsviçre hukuklarında, ayrıca hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen şeyin istenemeyeceği düzenlenmektedir. Bu durumda, iade için özellikli bir engel bulunmaktadır. Bu maddenin, kapsamına ilişkin olarak da tartışmalar söz konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi, burada hukuka ve ahlâka aykırı bir amaç taşınması sebebiyle geçersiz olan sözleşmelerin de bu madde kapsamında değerlendirileceğine karar vermiştir. Daha sonraki kararlarında ise, daha dar bir yorum uygulamayı kabul etmiştir.⁷⁴²

Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, Alman hukukunda da iyiniyetli zenginleşenin malvarlığından, zenginleşme konusu edim çıktığı takdirde iade borcu sona ermektedir. Bu nedenle sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadede

⁷⁴⁰ İstŞ TBK/ Serozan, m. 79-80, para. 18 ve 31; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 583; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1518; Nomer, **BG**, par. 144. CHK OR/ Hahn – Art. 64, para. 6; BSK OR/ Schulin – Art. 64, para. 5; KuKO OR/ Oberhammer/ Fraefel – Art. 64/ 65, para. 5;

⁷⁴¹ İstŞ TBK/ Serozan, m. 79-80, para. 80; Nomer, **BG**, par. 145.

⁷⁴² ATF 102 II 401; ATF 134 III 438; TF 4A_146/2009

sorumluluğun kapsamı, iyiniyetli iade borçlusunun elinde kalan ile sınırlıdır.⁷⁴³ Sebepsiz zenginleşenin ağırlaştırılmış sorumluluğu da BGB § 818/ f. 4 ve § 819'da düzenlenmektedir. Bu hükümler uyarınca, zenginleşmenin sebepsiz olduğunu bilen taraf, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasına dayanamaz.

Sebepsiz zenginleşmede iade hasarına iade alacaklısı katlanmaktadır.⁷⁴⁴ Bu noktada iade hasarının ne şekilde meydana geldiği de önemli değildir. İade borçlusu malı kasten veya kusurlu bir hareketiyle kötüleştirmiş veya yok etmiş olabilir. Ayrıca, mal kaza sonucu yok olmuş da olabilir. Bu noktada, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen açısından bu iki durum arasında bir fark ortaya çıkmaz; iade hasarı her durumda iade alacaklısı üzerindedir.

Bu esasların karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesinde uygulanması sonucunda taraflardan birinin iade borcu ortadan kalkabilmekteyken, diğer taraf edimi iade ile yükümlü olacak, ancak eline bir şey geçmeyecektir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tasfiyeyi adil bir biçimde sağlamayan bu hükümlerin uygulanması özellikle Alman hukukunda pek çok tartışmanın doğumuna sebebiyet vermiştir. Aşağıda bu tartışmaların ne olduğuna yer verilmiştir. Başlangıç noktamızı, kanun hükümlerini değiştirmeden uygulayan İkili sebepsiz zenginleşme teorisi oluşturmaktadır. Daha sonra tasfiyede edimler arasındaki bağlantı üzerinden hareket eden Saldo teorisine ve bu teori üzerine geliştirilen diğer teori ve görüşlere değinilecektir.

1. İkili Sebepsiz Zenginleşme Teorisi

İkili sebepsiz zenginleşme teorisi (“Zweikondiktionenlehre”)⁷⁴⁵ uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sebepsiz zenginleşme talepleri birbirinden

⁷⁴³ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 33; NK BGB - Linke § 818, par. 40; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 187; jurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818, par. 65; Erman BGB - Buck-Heeb § 818”, par. 31; Jauernig BGB - Stadler § 818”, par. 26; HK BGB - Wiese § 818”, par. 9.

⁷⁴⁴ Eren, **BG**, par. 2762; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 87.

⁷⁴⁵ Paul Oertmann, “Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften”, **DJZ**, C. 20, S. 21/22, 1915, ss. 1063-66; Paul Oertmann, “Noch einmal die Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften”, **Recht**, C. 23, S. 19/20, 1919, ss. 330-35; Paul Oertmann, “Zur Kritik der Saldotheorie beim Bereicherungsanspruch.”, **JRdsch**, S. 22, 1931, ss. 229-33; von Tuhr, **Lehre**; yeni dönemde bkz.

bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Her bir edim açısından zenginleşmenin ortadan kalktığı def'i ileri sürülebiliyorsa iade borcu ortadan kalkacaktır.⁷⁴⁶ Ancak taraflar bağımsız sebepsiz zenginleşme taleplerini takas edebilir ya da karşı taraf ifayı yerine getirene kadar ödemezlik def'i hakkını kullanabilir. Kanundaki düzenleme ikili sebepsiz zenginleşmesine uygundur,⁷⁴⁷ bu teoriyi kabul eden yazarlar edimler arasında bir bağlantı bulunduğu fikrini reddetmektedirler. Bununla birlikte, ikili sebepsiz zenginleşme teorisinin karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesinde tatmin edici bir çözüm getirmediği kabul edilmektedir.⁷⁴⁸ Bu nedenle, Alman hukukunda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesinde Saldo teorisi uygulanmaktadır.

2. Saldo Teorisi

Saldo teorisi,⁷⁴⁹ Alman hukukunda içtihatlar ile gelişen ve doktrin tarafından da çok tartışılan bir teoridir. Saldo teorisine göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde zenginleşme miktarı, iade konusu edimlerin her biri hesaba katılarak belirlenir; edimler arasındaki fark da zenginleşmeyi, bir başka deyişle iade kapsamını oluşturur.⁷⁵⁰ Bu durumda, edimler arasındaki sinallagma, sözleşmenin geçersizliğine rağmen zenginleşme talebi açısından dikkate alınacaktır.⁷⁵¹ Saldo teorisinin usûl hukuku açısından sonucu, bir taraf zenginleşme talebini ileri sürdüğünde her iki taraf açısından iadenin *ipso iure* sağlanmasıdır.⁷⁵² Saldo teorisinin maddi hukuk açısından

Honsell, **Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung**, s. 717; Kaiser, **Rückabwicklung**; HKK/ Schäfer § 818, para. 214. Türk ve İsviçre hukuklarında: Leo Aebli, **Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizer. Obligationenrecht**, Aarau: Sauerländer, 1912; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**.

⁷⁴⁶ Leser, **Beitrag**, s. 19.

⁷⁴⁷ von Caemmerer, **Bereicherung**, s. 385; Leser, **Beitrag**, s. 19.

⁷⁴⁸ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 41.

⁷⁴⁹ Teoriye verilen bu ismin ilk olarak RGRK'de kullanıldığı ve bu nitelemenin uygun olmadığı hakkında bkz. Gerhard Weintraud, **Die Saldotheorie: Ein Beitrag zur Lehre vom Gegestand des Bereicherungsanspruchs**, Breslau: Marcus, 1931, s. 2 dn. 1. Gerçekten de ikili sebepsiz zenginleşme teorisini savunan yazarların erken dönem eserlerinde Saldo teorisi adına rastlanmamaktadır. Ancak 1930'lu yıllardan itibaren yayımlanan eserlerde bu isim görülmektedir. Mahkeme kararlarında ise Saldo teorisi ismi ilk defa 1925 tarihli bir kararda kullanılmıştır. Bkz. Warn. 18 (1925/26), No. 46, s. 55

⁷⁵⁰ R., 14 (1910), No. 2817; a.g.e., ss. 2, 23; Hans Bohde, **Saldotheorie und Zweikondiktionentheorie**, Essen: Hoeves, 1931, ss. 1-2; Leser, **Beitrag**, ss. 9-10; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 106.

⁷⁵¹ BGHZ 126, 105, 108 Erman BGB - Buck-Heeb § 818, par. 41; JurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818.

⁷⁵² RGZ 54, 137, 141; R., 14 (1910), No. 2817; RGZ 86, 343, 346; R., 20 (1916), No. 393; RGZ 137, 324, 336; Bohde, **Saldotheorie**, ss. 1-2; Weintraud, **Saldotheorie**, s. 37; Leser, **Beitrag**, s. 10; Flume,

sonucu ise, her bir iade borçlusunun iade hasarına katlanıyor olması ve zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasının yapılmıyor olmasıdır.⁷⁵³

Bir örnek üzerinden gidecek olursak, satıcı ile alıcı arasında bir bisiklet satışına ilişkin bir sözleşmenin kurulduğunu varsayalım. Bu sözleşmede satıcı, 3000 TL değerinde bisikleti alıcıya satıp, devretmiştir. Alıcı da satış bedelini ödedikten sonra, bisikleti kullanırken kaza yapmış ve bisiklet kullanılamaz hâle gelmiştir. Daha sonra satış sözleşmesinin geçersiz olduğu ortaya çıkmıştır. Burada ikili sebepsiz zenginleşme teorisi uygulanacak olsaydı, alıcı satış bedeli malın objektif değerini oluşturduğu takdirde 3000 TL'yi talep edebilecekti. Alıcı ise iyiniyetli olduğu takdirde iade borcundan kurtulacaktı. Bu durumda, iade hasarı iade alacaklısı olan satıcının üzerinde kalacaktı. Saldo teorisinin uygulanması ile, bisiklet aynen iade edilemiyor olsa dahi, iade kapsamında dikkate alınacaktır. Bisikletin satış değerinin de 3000 TL olduğu varsayımında, edimler arasındaki fark sıfırlanacak ve tarafların birbirinden zenginleşme talebi olmayacaktır.

Yine geçersiz bir sözleşme ile 3000 TL karşılığında bisikletin alıcıya teslim ve devredildiğini farzedelim. Bu sefer, bisikletin tekerleği patlamış ve alıcı bunu 500 TL'ye tamir ettirmiş olsun. İade esas alınırken, alıcı bisikleti aynen iade edecektir, satıcının iade borcu ise 3000 TL'den yapılan masrafın çıkarılması ile 2500 TL olacaktır. Görüldüğü üzere, Saldo teorisi ile iki edim arasındaki fark zenginleşmeye esas teşkil etmektedir.

Bereicherung, s. 537; Werner Flume, “Die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge nach Bereicherungsrecht — Zur Saldotheorie und ihren „Ausnahmen“”, **JZ**, C. 57, S. 7, 2002, s. 322.

⁷⁵³ Saldo teorisinin usûl hukuku ve maddi hukuk yönünden ayrı ele alan kişi *Flume* olmuştur. Bkz. Flume, **Bereicherung**, s. 539; Flume, **Ausnahmen**, s. 322.

a. Teorinin Ortaya Çıkışı

i. Saldo teorisine dair ilk kararlar

Çoğu kaynakta, Saldo teorisinin uygulandığı ilk karar olarak 1903 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilmiş karar⁷⁵⁴ gösterilmektedir.⁷⁵⁵ Bu karara konu olayda, taraflar arasında bir malikâne ve arsadan oluşan taşınmazın satışından sonra, satış sözleşmesinin aldatma sebebiyle iptali söz konusudur. Alman İmparatorluk Mahkemesi, sözleşmenin iptaline kadar geçen sürede taşınmaz üzerinde yapılan başka hukuki işlemlerden ortaya çıkan gelir ve masrafların ayrı değil, bir bütün olarak değerlendirileceğine ve bunlar ile satış bedeli arasındaki farkın sebepsiz zenginleşme miktarını oluşturacağına hükmetmiştir.⁷⁵⁶

Bu karardan daha önce, hatta Alman Medeni Kanu'nun da henüz yürürlüğe girmediği bir tarihte verilmiş olan ve Saldo teorisinin sonuçlarının dolaylı olarak uygulandığı bir başka karar daha bulunmaktadır.⁷⁵⁷ RGZ 32, 319'da yayınlanan kararda, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin bir banker ile yaptığı kıymetli evrak satışına ilişkin sözleşme sonrasında, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiye sözleşmede kararlaştırılan bedelin bir kısmını ödenmiş, ancak bu kişi daha sonra kayıplara karışmıştır. Bu kişiye gıyabında bir yasal temsilci atamış, yasal temsilci de sözleşmenin ehliyetsizlik sebebiyle geçersizliğini ileri sürerek kıymetli evrakların iadesini talep etmiştir. Kararda, Prusya Genel Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de Alman İmparatorluk Mahkemesi, zenginleşme miktarının evrakların bedeli ile daha önce ödenen bedel arasındaki farktan ibaret olduğuna hükmetmiştir.⁷⁵⁸

⁷⁵⁴ RGZ 54, 137.

⁷⁵⁵ Weintraud, **Saldotheorie**, s. 34; Leser, **Beitrag**, ss. 137-38; Werner Flume, "Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung", **AcP**, C. 194, S. 5, 1994, ss. 427-50.

⁷⁵⁶ RGZ 54, 137, 140 vd.

⁷⁵⁷ Malte Diesselhorst, **Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, s. 167.

⁷⁵⁸ RGZ 32, 319.

ii. Saldo teorisinin ortaya çıkışındaki etkenler

Bugün Saldo teorisinin doğumunda iki farklı etkenin olduğu varsayılmaktadır. Bunlardan birincisi Müşterek Hukuk'taki zenginleşme anlayışıdır. Müşterek Hukuk'ta sebepsiz zenginleşmede belirli bir malvarlığı değerinin haksız yere el değiştirmesi sonucu iadesi değil; malvarlığındaki artışın iadesi esas alınmaktaydı. Bu artışın iadesi malvarlığında bulundukça zenginleşme talebi var sayılmaktaydı.⁷⁵⁹

Saldo teorisinin ortaya çıkışındaki belki en önemli etkenin ise dönemin Alman hukukçusu *Bolze*'nin olduğu belirtilmektedir.⁷⁶⁰ *Bolze*, ilk defa 1890 tarihli makalesinde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sebepsiz zenginleşme taleplerinin ne şekilde ileri sürülebileceğini ele almış ve zenginleşme hesaplanırken karşı edimin de dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür.⁷⁶¹ Mahkeme kararları üzerinde bu makalenin etkisi olmuştur. *Bolze*, daha sonra RGZ 32, 319 kararında varılan sonuçların yerindeliğini ileri sürdüğü ikinci makalesini yayınlamıştır.⁷⁶²

iii. Teorinin Mahkeme Kararları ve Doktrin Tarafından Kabulü

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin vermiş olduğu iki kararı takip eden kararlarda, Saldo teorisi sıklıkla uygulama alanı bulmuştur. Saldo teorisinin geniş uygulama alanına karşılık, İkili sebepsiz zenginleşme teorisi Alman İmparatorluk

⁷⁵⁹ *Bolze*, **Der Anspruch**, s. 243; *Goldmann*, *Lilienthal*, **Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt**, par. 229; *Dr. Ebbecke*, "Gestaltung des Bereicherungsanspruchs einzelnen", **Das Recht**, C. 26, S. 24, 1912, s. 750; *Dr. Maenner*, "Bereicherungsansprüche", **DJZ**, C. 21, S. 28, 1916, s. 282; Bkz. ayrıca *Flessner*, **Wegfall**, s. 12; *Bremecker*, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 11; *Bernhard Rengier*, "Wegfall der Bereicherung", **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 177, S. 5, 1977, s. 420. Saldo teorisinin bu anlayışın "düşüncesizce" bir uygulaması olduğu yönünde *Honsell*, **Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung**, s. 717.

⁷⁶⁰ *Hellwege*, **Rückabwicklung**, s. 464; *Schlüter*, **Rückabwicklung**, s. 246 vd. *Bolze*, o dönemde önce Alman İmparatorluk Mahkemesi üyesi, daha sonra da Birinci Dairenin Başkanı olmuştur. Bkz. *Schlüter*, s. 247

⁷⁶¹ *Bolze*, **Der Anspruch**, ss. 233-64. Bkz. Bölüm I/ I/ D/ 1.

⁷⁶² *Bolze*, **Zum Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft**, ss. 1-11.

Mahkemesi kararlarında sınırlı bir şekilde uygulanmıştır.⁷⁶³ Bugün Saldo teorisi yaklaşık 120 yıllık bir geçmişe dayanmaktadır.

Saldo teorisi, içtihatlardan sonra doktrinde de kabul görmüştür.⁷⁶⁴ Saldo teorisinin temellendirilmesi ise verilen kararlardan daha sonra gerçekleşmiştir.⁷⁶⁵ Kararlarda, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve daha sonra Federal Mahkeme'nin, yaklaşımını zenginleşmenin edimler arasındaki farktan ibaret olması,⁷⁶⁶ ya da zenginleşme hesaplanırken BGB § 818/ f. 3 uyarınca edimle karşı edim arasında bir bağlantı bulunması gerektiği argümanlarıyla gerekçelendirdiğini görmekteyiz.⁷⁶⁷ Buna ek olarak, edimlerin değerinin, edimle nedensellik bağı içinde olan tüm avantaj ve dezavantajlar hesaba katılarak belirlenmesi gerektiği de kararlarda yer bulmuştur.⁷⁶⁸ Bazı kararlarda Saldo teorisinin hakkaniyet temeline dayandırıldığı da

⁷⁶³ RGZ 49 421, 424; RGZ 52 92, 94; R. 11 (1907), No. 2503, s. 1060; Warn. 3 (1909/10), No. 315, s. 327; Warn. 3 (1909/10), Nr. 406, s. 421; Warn. 8 (1914/15) No. 304, s. 475; Warn. 11 (1916/18) Nr. 181, s. 267; RGZ 94 309, 310; JW 48 (1919) No. 4, ss. 377-378.

⁷⁶⁴ Ebbecke, **Gestaltung**, s. 750; Maenner, **Bereicherungsansprüche**, s. 283 vd. Weintraud, **Saldotheorie** passim. Bohde, **Saldotheorie** passim. Elisabeth Rubensohn, **Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB**, Rostock: Winterberg, 1931, s. 56. Günümüzde ise Saldo teorisini Mossler savunmaktadır. Patrick Mossler, **Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung: der nichtige gegenseitige Vertrag und die Insolvenz**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 160 vd.

⁷⁶⁵ Leser, **Beitrag**, s. 16; Karş. Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 51.

⁷⁶⁶ RGZ 32, 319, s. 321; RGZ 54, 137, s. 141; R., 14 (1910), No. 2817; Gruch. 55 (1911), 963, s. 966; R., 15 (1911) No. 3309; RGZ 86, 343, 344 ve 346; Warn. 8, (1914/15) No. 199, s. 300; R., 20 (1916), No. 1334; R. 22 (1918), Nr. 701; RGZ 94, 253, s. 255; Gruch. 64 (1920), No. 73, 717 s. 719; Warn. 15 (1921/22), No. 122, 149, s. 150; Warn. 18 (1925/26), No. 46, s. 55; JRdsch, s. 1413, No. 2182 (Leser, ss. 102-103 naklen); RGZ 135, 374, s. 377; RGZ 137, 324, s. 336; RGZ 139, 208, s. 213; RGZ 151, 123, s. 127; RGZ 163, 348, s. 360; BGHZ 1, 75, s. 81; BGHZ 9, 333, s. 335; NJW 1963, s. 1870; NJW 1964, s. 39; BGHZ 53, 144, s. 145. “Sebepsiz zenginleşme miktarı talepte bulunan tarafın edimi ile sınırlandırılmıştır” Flume, **Saldotheorie**, s. 428. Dolaylı olarak bu yönde bkz. RGZ 98, 64, ss. 65-66 R., 20 (1916), No. 393;

⁷⁶⁷ Adolf Lobe, “§ 818”, **Das bürgerliche gesetzbuch: mit besonderer berücksichtigung der Rechtsprechung des reichsgerichts**, ed. Willy Bessau, Berlin & Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1928, par. 8.; RGZ 32, 319, s. 321; RGZ 60, 284, 291; BankA (1905/06) s. 262; R., 14 (1910), No. 2817; Warn. 11 (1918) No. 24, s. 40; Seuff. 76 (1921), No. 26, 43, s. 45; RGZ 94, 253, ss. 254-255; RGZ 105, 29, s. 31; Seuff. 82 (1927), No. 47, s. 81 (Leser s. 142 naklen); RGZ 129, 307, s. 310; HRR 38, s. 5 (Leser, s. 97 naklen).

⁷⁶⁸ Birçok mahkeme kararında “*ursächlicher Zusammenhang*” ya da “*kausaler Zusammenhang*” (nedensel bağ) kavramlarına yer verilmiştir Warn. 1 (1908), No. 45, s. 36; RGZ 72, 1, 4; Warn. 4 (1911) Nr. 26, s. 31; JW 40 (1911) S. 3, No. 7, s. 152; RGZ 75, 361, s. 362; Gruch. 55 (1911), 963, s. 966; Gruch. 62 (1918), 239, s. 240; R. 22 (1918), No. 701; RGZ 94, 253, ss. 254-255; Seuff. 76 (1921), No. 26, 43, s. 45; Gruch. 64 (1920), No. 73, 717 s. 719; RGZ 105, 29, s. 31; Warn. 15 (1921/22), No. 122, s. 149, s. 150; RGZ 106, 4, s. 7; RGZ 114, 342, ss. 345-346; RGZ 118, 185, s. 187; Seuff. 82 (1927), No. 47, s. 81 (Leser, s. 142 naklen); JW (1931), s. 529, no. 13 (Leser, ss.97-98 naklen); RGZ 139, 208, s. 213; RGZ 141, 310, s. 312; RGZ 170, 65, s. 67; BGHZ 1, 75,s. 81;

görülmektedir.⁷⁶⁹ Son olarak, Saldo teorisini destekleyen yazarlar edimler arasında bir ekonomik bağlantı olduğundan bahsetmektedir.⁷⁷⁰

b. Teorinin Uygulanması

i. İlk dönem kararlarda

İlk dönem Alman İmparatorluk Mahkemesi kararları incelendiğinde, özellikle karşılıklı para edimlerinin iadesi söz konusu olduğunda, Saldo teorisinin uygulandığı görülmektedir.⁷⁷¹ Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında, edimlerin aynen iadesinin mümkün olmayıp bedel üzerinden iadenin söz konusu olduğu hâller ile yan taleplerin iade konusu edilmesine ilişkin hâllere Saldo teorisi uygulanmıştır. Saldo teorisi uygulanırken de aynen iade mümkün olduğu sürece, iade aynen gerçekleşecektir.⁷⁷²

Aynen iadenin mümkün olduğu hâllerde dahi yine de edimler arasındaki farkın istenip istenemeyeceği de o dönemde tartışılmıştır.⁷⁷³ Aynen iadenin devam ettiği durumlarda ise Alman İmparatorluk Mahkemesi genel olarak edimlerin aynen iade edileceğine karar vermiştir. Mahkeme, 1910 yılında verdiği kararda, karşı edimin ister türdeş nitelikte olmaması sebebiyle Saldo teorisinin doğrudan uygulanmamasına karar vermiştir.⁷⁷⁴ Mahkeme, 1918 yılında verdiği ve Saldo teorisini açıkça kabul etmekle birlikte, varılan sonucun ikili sebepsiz zenginleşme teorisine uygun olduğu⁷⁷⁵ bir kararında, satış konusu malın alıcı tarafından aynen iadesi kısmen de olsa mümkün

⁷⁶⁹ R. 14 (1910), No. 2817; Gruch. 55 (1911), 963, s. 966; RGZ 86 343, s. 348; bkz. ayrıca Maenner, **Bereicherungsansprüche**, s. 282; Rubensohn, **Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB**, s. 56.

⁷⁷⁰ Weintraud, **Saldotheorie**, s. 68; Bohde, **Saldotheorie**, ss. 7; 28; von Caemmerer, **Bereicherung**, s. 384.

⁷⁷¹ Weintraud, **Saldotheorie**, s. 23.

⁷⁷² R. 1910, 2817; BGHZ 146, 298, s. 307; BGHZ 147, 152, s. 157; BGH NJW 1963, 1870, s. 1871; BGH NJW 1988, s. 3011 Bohde, **Saldotheorie**, s. 32; Weintraud, **Saldotheorie**, s. 23; Ebbecke, **Gestaltung**, s. 750.

⁷⁷³ Bkz. Weintraud, **Saldotheorie**, s. 23 vd. İlk dönemlerde Saldo teorisinin taraflardan yalnızca birinin aynen iadeyi yerine getiremediği hallerde de aynen iadeyi gerçekleştirebilecek tarafın bundan vazgeçerek edimler arasındaki farkı istediği hâllere uygulanmasını savunan yazarlar da olmuştur. Bohde, **Saldotheorie**, s. 33.

⁷⁷⁴ Warn. 11 (1916/18) Nr. 181, s. 267; RG 71, 399, s. 402; JW 39 (1910), no. 11, s. 283.

⁷⁷⁵ Leser, **Beitrag**, s. 121.

olduğu sürece, satıcının satış bedelinin tümünün iadesi ile sorumlu olacağına karar vermiştir.⁷⁷⁶ Buna karşılık, bir başka kararda ikili sebepsiz zenginleşme değil Saldo teorisini uygulamakla birlikte, türdeş olmayan edimlerde iadenin karşılıklı olarak gerçekleşeceğine hükmedilmiştir.⁷⁷⁷

1925 tarihinde verilen ve Mahkeme'nin ilk defa Saldo teorisi terimini kullandığı⁷⁷⁸ bir kararda, yalnız bu kararda gördüğümüz farklı bir sonuca ulaşılmıştır; davacıya edimler arasındaki fark ile zenginleşme konusu malvarlığı değerlerinin aynen iadesi arasında bir seçim hakkı tanınmıştır.⁷⁷⁹

ii. Teorinin İçerik Değiştirmesi

Saldo teorisinin içerik değiştirmesi, doktrinde zenginleşme kavramının ele alınış biçiminin değişmesiyle olmuştur. Zenginleşme kapsamı artık malvarlığında bulunan soyut bir ekonomik değer olarak değil, “*elde edilen malvarlığı değeri*” (*Erlangte*) üzerinden ele alınmaya başlandı.⁷⁸⁰ Von Caemmerer tarafından savunulan bu görüş, Alman Federal Mahkeme kararlarında da Saldo teorisinin ele alınışında farklılaşmalara yol açmıştır.⁷⁸¹

Federal Mahkeme kararlarında zenginleşmenin tespiti için edimler arasındaki fark tek başına esas alınmamıştır. Bu kapsamda, Federal Mahkeme ilk olarak ünlü *Flugreise* kararında, zenginleşmeyi elde edilen mal ya da edimin iadesine ilişkin bir

⁷⁷⁶ RGZ 94 253, s. 255. Alman İmparatorluk Mahkemesi, kararda esas olarak Saldo teorisini benimsemekle birlikte, aynen iadenin mümkün olduğu durumda, edimler arasındaki farkın esas alınmayacağı sonucuna ulaşmış gözükmektedir.

⁷⁷⁷ Seuff. 82 (1927), No. 47, s. 81 (Leser s. 142 naklen); RGZ 137, 324, s. 336; RGZ 86, 343, s. 346.

⁷⁷⁸ Weintraud, **Saldotheorie**, s. 40.

⁷⁷⁹ Warn. 18 (1925/26), No. 46, s. 55; Böyle bir seçim hakkının mümkün olmadığı hakkında bkz. a.g.e., s. 86.

⁷⁸⁰ von Caemmerer, **Bereicherung**, ss. 333-401.

⁷⁸¹ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 65; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 113; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 104; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 148; Goetzke, **Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?**, s. 309; Reinhard Singer, “Selbstbestimmung, Vertrauensschutz und faktisches Synallagma bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Austauschverträgen”, **Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009**, ed. Volker Beuthien vd., Köln: Heymann, 2009, s. 491; Flume, **Bereicherung**, s. 528; Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, ss. 42, 45.

kavram olarak ele almıştır.⁷⁸² Bunun sonucunda, Mahkeme’ye göre, “*alıcı satış konusu malı iade edemeyecek durumdaysa, satıcı artık zenginleşmiş sayılmayacaktır*”.⁷⁸³ BGH kararları uyarınca artık ilk adım olarak iade konusu şeyin ne olduğu tespit edilecek, daha sonra ise zenginleşmenin var olup olmadığına bakılacaktır. Saldo teorisinin ilk hâlinde ise, edimler arasındaki fark doğrudan zenginleşme miktarını oluşturuyor ve edimin o an malvarlığında bulunup bulunmadığıyla ilgilenilmiyordu. Yeni kararlarda, iki edim arasındaki bağ, iade esnasında da hâlâ dikkate alınacaktır; bunun sonucunda, edimlerin birbiri ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir.⁷⁸⁴ Bununla birlikte, iade konusu mal yok olduğu için bunu iade edemeyen ve zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasına dayanan taraf, kendi edimini talep ederken bu miktarı hesaba katmak zorundadır.⁷⁸⁵

Yine satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu bir hâlde, alıcının 3000 TL değerindeki bir bisikleti devraldığını ve satış bedelini ödediğini farzedelim. Bisiklete yoldan geçen bir araç çarpmış ve bisiklet kullanılamaz hâle gelmiş olsun. Bu durumda, alıcının zenginleşme talebi, kendi iade borcu ortadan kalktığı ölçüde sona erecektir. Bir başka deyişle burada da alıcı satış bedelini talep edemeyecektir. Görüldüğü üzere, burada da Saldo teorisiyle aynı sonuca ulaşılmaktadır; yalnızca teorik dayanak değişmiştir.

Kararlardaki bu değişiklik sonucunda, artık Saldo teorisi için tespit edilmesi gereken husus zenginleşmenin (“*Bereicherung*”) var olup olmadığı değil; ortadan kalkan zenginleşmenin (“*Entreicherung*”) var olup olmadığıdır.⁷⁸⁶ Bu durumda, Saldo teorisinin ilk şeklinde zenginleşme edimler arasındaki fark olarak kabul edilip, malın değer kaybı veya yok olması bu hesaplama doğrudan etki etmezken; BGH’nın yeni yorumu ile, iade konusu malın değer kaybı veya yok olması sonucunda, bu kayıp oranında karşı edimin iadesini talep hakkı da sona erecektir.

⁷⁸² BGHZ 55, 128, s. 133 vd.

⁷⁸³ BGHZ 57, 137; NJW 1979, 160; BGHZ 72, 252, s. 255.

⁷⁸⁴ BGH 72, 252, 256

⁷⁸⁵ Büdenbender, *AcP* 2000, s. 658; Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 43.

⁷⁸⁶ Schlüter, *Rückabwicklung*, s. 249.

İçtihatlardaki bu değişiklik, aşağıda ele alınacak olan “*fiili sinallagma görüşünün*” BGH’yı etkilediğini göstermektedir. İçerik değiştirmeye yönelik teorik temellendirmenin pratikte bir değişiklik yaratmadığını söylemek de mümkündür.⁷⁸⁷

iii. Zenginleşme Kavramına Geri Dönüş?

Federal Mahkeme, yakın dönem kararlarında, zenginleşme kavramının edimler arasındaki fark olduğuna ilişkin eski içtihatlarda yer alan ve Saldo teorisinin ilk hâlinde sıklıkla kullanılan ifadeleri yeniden kullanmaya başlamıştır.⁷⁸⁸ Bazı yazarlar bu sebeple Mahkeme’nin yeni kararlarında Saldo teorisinin ilk hâline döndüğünü ileri sürmektedir.⁷⁸⁹ Diğer yazarlara göre ise, Mahkeme burada Saldo teorisinin usûl hukukuna ilişkin yönünü belirtmektedir.⁷⁹⁰

c. Günümüzde Saldo teorisi

Günümüzde Saldo teorisi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, malı aynen ya da bedel üzerinden iade edemeyen tarafın zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunamayacağı kabulü üzerinden uygulanmaktadır. Günümüzde de, Saldo teorisi uygulanırken aynen iade mümkün olduğu sürece, iade aynen gerçekleşecektir.⁷⁹¹ Bedel üzerinden iadenin ya da türdeş nitelikte edimlerin söz konusu olduğu durumlarda ise Saldo teorisi sonucunda takas beyanında bulunmaya gerek kalmadan zenginleşme talepleri arasındaki fark belirlenecektir.⁷⁹²

⁷⁸⁷ Hellwege, **Rückabwicklung**.

⁷⁸⁸ BGH NJW 1995, 454; NJW 1995, 2627, 2628; NJW-RR 1997, 1537, 1538; NJW 1998, 1951; NJW 1999, 1181; BGHZ 145, 52, 55; BGHZ 147, 152, 157.

⁷⁸⁹ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 211; Petra Buck-Heeb, “818”, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG**, ed. Walter Erman vd., Saarbrücken: Otto Schmidt, 2017, C. 2, par. 42.

⁷⁹⁰ Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 43; Christiane Wendehorst, **Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, s. 377; Flume, **Ausnahmen**, s. 324.

⁷⁹¹ JurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818, par. 81; NK BGB - Linke § 818, par. 67; Wiese, “HK/ Wiese § 818”, par. 15. Türdeş olmayan edimlerde Saldo teorisi iadenin aynen gerçekleşmesi şeklinde uygulanmıştır: NJW 1963, 1870, 1871; NJW 1973, 613, 615; NJW 1988, 3011, 3011; NJW 1999, 1181, 1181.

⁷⁹² NK BGB - Linke § 818, par. 67-68.

Saldo teorisi ile, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde her bir iade borçlusu malda meydana gelen hasardan sorumludur.⁷⁹³ Saldo teorisi, kusurdan bağımsız bir sorumluluk öngörerek, sözleşmeden dönme sonucunda bedel iadesi rejimine benzemektedir.⁷⁹⁴ Nitekim 2002 yılındaki değişikliklerin gerekçesinde, sözleşmeden dönme sonucunda tasfiye rejimi ile Saldo teorisinin aynı sonuçları doğurmasının sağlandığı da belirtilmiştir.⁷⁹⁵ Saldo teorisi, doktrinde yapılan eleştirilere rağmen, Alman hukukunda uygulanmaya devam etmektedir.

d. Saldo Teorisinin İstisnaları

Saldo teorisinin istisnalarında, dezavantajlı durumda olan tarafın korunması amacı yatar; dezavantajlı durumda olan taraf hasarı üstlenmeyecektir.⁷⁹⁶ Saldo teorisinin istisnaları da zaman içinde yine mahkeme kararları ile geliştirilmiştir. Saldo teorisinin ilk hâlinde, teori hiçbir istisna olmadan uygulama alanı bulmaktaydı. Bu dönemde, Saldo teorisinin ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olan sözleşmelerden doğan iade taleplerine uygulanıyor olması doktrinde eleştirilmekteydi.⁷⁹⁷ Bir başka eleştiri ise, Saldo teorisi sonucunda tam ehliyetsizlerin sınırlı ehliyetsizlere göre daha dezavantajlı bir konumda yer almasıydı.⁷⁹⁸

Saldo teorisine getirilen ilk istisna, aldatma hâlinde Saldo teorisinin uygulama alanı bulmayacağı yönündedir. Aldatılan tarafın, sözleşme konusu edimi iade edemeyecek durumdaysa iade borcundan kurtulacağı kabul edilmektedir.⁷⁹⁹ Aldatan taraf ise, iade hasarına katlanmak zorundadır. Federal Mahkeme içtihatlarından önce, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin de aldatma sebebiyle sözleşmenin iptali halinde İkili sebepsiz zenginleşme teorisini uygulamaya daha meyilli olduğu

⁷⁹³ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 108.

⁷⁹⁴ Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 47.

⁷⁹⁵ BT Drucks 14/6040, s. 195.

⁷⁹⁶ Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 103.

⁷⁹⁷ Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1065; Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, s. 333; Oertmann, **Kritik**, s. 233; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 163; von Caemmerer, **Bereicherung**, s. 387; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 45, 79. Weintraud, tam ehliyetsizlerin sınırlı ehliyetsizlerden daha dezavantajlı bir konumda olmasının BGB a. F. 107 düzenlemesinden kaynaklandığını, Saldo teorisinin bu dezavantajı yaratmadığını savunmuştur. Weintraud, **Saldotheorie**, s. 98.

⁷⁹⁸ Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1066.

⁷⁹⁹ BGHZ 53, 144, 147 vd.; BGHZ 137, 148; BGH'ya göre, hileye uğrayan taraf, sözleşmeden dönen taraftan daha dezavantajlı bir konumda olmamalıdır. BGHZ 53, 144, 148

görülebilmektedir.⁸⁰⁰ Hile istisnasını ele alan mahkeme kararlarına göre, hile yapan taraf korumayı hak etmemektedir.⁸⁰¹

Saldo teorisinin ikinci istisnası, tam ve sınırlı ehliyetsizlerin taraf olduğu sözleşmelerin geçersizliği sonucunda doğacak iade taleplerinde olmuştur.⁸⁰² Saldo teorisinin ehliyetsizlik hâlinde uygulanmaması sonucunda, hasar her zaman ehliyetsiz kişi ile sözleşme yapan tarafta kalacak; o hem kendi mala verdiği hasara hem de ehliyetsiz kişinin elindeki mala verdiği hasara katlanmak zorunda olacaktır.

Üçüncü istisna, hata sonucunda iptal edilen satış sözleşmesine konu malın, maldaki bir ayıp sonucunda kötüleşmiş ya da yok olmuş olmasıdır.⁸⁰³ Ayıplı bir mala ilişkin sözleşmenin geçersizliği ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyesi hâlinde Saldo teorisi uygulanmayacaktır.

Saldo teorisi, aşırı yararlanma (ve Alman hukuku'nda ahlâka aykırılık) hâllerinde de uygulama alanı bulmayacaktır.⁸⁰⁴

Saldo teorisi, iflas aşamasında sınırlı olarak uygulanır.⁸⁰⁵ Hakkında iflas kararı almış tarafın iade borcuna Saldo teorisi uygulanmayacaktır.⁸⁰⁶

⁸⁰⁰ Hatta Federal Mahkeme kararlarından çok önce Oertmann aldatma hâlinin Saldo teorisinin istisnalarından biri olarak kabul etmektedir. Bkz. Oertmann, **Kritik**, s. 229. Bununla birlikte hem Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin hem de Federal Mahkeme'nin aldatma hâlinde Saldo teorisini uyguladığı kararlar bulunmaktadır. Hatta, BGB uygulandığı dönemde Saldo teorisine kabul edildiği ilk karar olarak kabul edilen 1903 tarihli karara konu olan olay aldatma sebebiyle sözleşmenin iptaline ilişkindir. RGZ 54, 337, s. 141. Ayrıca bkz. Seuff. 82 (1927), No. 47, s. 81 (Leser, s. 142 naklen); NJW 1964, 39.

⁸⁰¹ BGHZ 57, 137, s. 148.

⁸⁰² BGH, NJW 1990, s. 2880, 2882; BGHZ 126, 105, 107; BGH NJW 2000, s. 3562, BGH NJW 2003, s. 3271. Bkz. BGHZ 147, 152, 158; Karşı yöndeki kararlar: BGH NJW 1988, s. 3011. Ehliyet hâlinde Saldo teorisinin uygulandığı eski kararlar: RGZ 32, 319, RGZ 163, 348, RGZ 86.

⁸⁰³ BGHZ 78, 216, 223-224. Alman İmparatorluk Mahkemesi de, bir kararında, Saldo teorisini kabul etmekle birlikte, maldaki kötüleşmelerden doğan hasarın satıcıya ait olup, alıcının satış bedelinin tümünü talep edebileceğine karar vermişti bkz. RGZ 94, 252. Sözleşmeden dönmede benzer bir düzenleme olduğu hakkında bkz. NK BGB - Linke § 818, par. 74.

⁸⁰⁴ BGHZ 146, 298, 307 vd.

⁸⁰⁵ BGHZ 149, 326, 333; BGH NJW 2005, 884; BGHZ 161, 241, 250 vd.

⁸⁰⁶ Erman BGB - Buck-Heeb § 818, par. 43b; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 249; JurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818, s. 84; Staudinger BGB - Lorenz § 818, s. 42; Stadler, "Jauernig/ Stadler § 818", par. 45.

Saldo teorisi sonucunda iade hasarına iade borçlusunun katlanmakta iken, bu istisnaların söz konusu olduğu hâllerde hasar iade alacaklısında kalmaktadır. Bu noktada, hasarın geri intikali ile BGB §346/f.3/c.3'te yer alan hasarın geri intikali düzenlemesinin benzer sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür.⁸⁰⁷

e. Eleştiriler

Saldo teorisine karşı yapılan pek çok eleştiri de bulunmaktadır. Bu eleştiriler ilk dönemde, ikili sebepsiz zenginleşme teorisinin uygulanmasına yönelik görüşlerden ibaret iken,⁸⁰⁸ ilerleyen yıllarda Saldo teorisinin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmayı hedefleyen yeni teoriler de ileri sürülmüştür. Bu teorilere aşağıda ayrıca değinilecektir.

Saldo teorisine getirilen eleştirilerin başında, teorisinin sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki hasara katlanan tarafı değiştirmesi yer almaktadır.⁸⁰⁹ Kanundaki düzenleme ve ikili sebepsiz zenginleşme teorisi uyarınca, iade konusu edimin kaza sonucu yok olmasından doğacak hasara iade alacaklısı katlanmaktadır. Bu durumda, *geçersiz bir sözleşme sonucunda ifada bulunan her taraf, ifa ettiği edime ilişkin riski de üstlenmiş olmaktadır*.⁸¹⁰ Somutlaştıracak olursak, geçersiz bir satış sözleşmesi sonucunda iyiniyetli alıcının (iade borçlusunun) satış konusu malın yok olması sebebiyle aynen iadeyi gerçekleştiremeyecek olması, kanundaki düzenleme uyarınca

⁸⁰⁷ Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 106.

⁸⁰⁸ von Tuhr, **Lehre**, s. 309 vd. Andreas von Tuhr, "Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen", **DJZ**, C. 21, S. 11/12, 1916, s. 584; K. Schneider, "Zur Bestimmung des Umfangs der Bereicherung nach Erfüllung eines nichtigen Vertrages", **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, C. 61, 1912, ss. 179-96; Oertmann, **DJZ** 1915, s. 1063 vd.; Riehl, "Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter", **Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts / Hrsg. von J. A. Gruchot.**, C. 60, 1916, s. 807 vd.

⁸⁰⁹ Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, ss. 331 ve 334; Oertmann, **Kritik**, s. 232; Wilburg, **ungerechtfertigte Bereicherung**, s. 142; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 151; Leser, **Beitrag**, ss. 13, 22, 51; Wilburg, **Zusammenspiel**, s. 353; Diesselhorst, **Saldotheorie**, ss. 54-57, ayrıca 84; Honsell, **Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung**, s. 717; Jan Wilhelm, **Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung**, Bonn: Röhrscheid, 1973, s. 63; Leser, **Rücktritt**, s. 112; Brenecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 66, 84; Jürgen Kohler, **Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge**, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1989, ss. 167-69; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 113; Linke, **Rückabwicklung**, s. 39; Karş. Arwed Blomeyer, "Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik", **AcP**, ed. Rolf Dietz, Alfred Hueck, Rudolf Reinhardt, C. 154, S. 6, 1955, ss. 535-37; Bubenbender, **AcP** 2000, s. 666.

⁸¹⁰ Leser, **Beitrag**, s. 22.

iade borcunun sona ermesi anlamına gelecekti. Bununla birlikte, Saldo teorisinde iade hasarına iade borçlusu katlanmaktadır. Ancak Saldo teorisine getirilen gerekçelerden hiçbiri iade hasarındaki bu değişikliğin nedenini açıklamamaktadır. Saldo teorisini savunanlardan bazıları bu eleştiriye karşı olarak, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkmasının bir hasar düzenlemesi olmadığını ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, zenginleşmenin ortadan kalkması, hasar düzenlemesinin aksine olarak, yalnızca edimin tesadüfen ortadan kalkmasına ilişkin bir düzenleme olmayıp, elde edilen yararlar ve yapılan harcamaları da kapsar.⁸¹¹ Ancak bu açıklama da Saldo teorisinin gerçekte hasara katlanan tarafı hangi gerekçe ile değiştirdiğini açıklamaktan yoksundur. Bu noktada, bu eleştiride haklılık payı olmakla birlikte, sebepsiz zenginleşme hükümlerinde de iade hasarına iade alacaklısının neden katlanıyor olduğu da açıklamaya muhtaçtır. Bu açıdan Saldo teorisi, içeriği eleştiriye konu olsa da karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesi açısından bir çözüm bulmaya çalışmıştır. Saldo teorisinin temelinde yatan yanlış, iade açısından edimler arasında bir bağlantının olduğunu kabul etmesidir. Edimler arasındaki bağlantı, tasfiye açısından bir kolaylık sağlamadığı gibi, iade hasarı sorununu da çözmüş olmamaktadır.

Saldo teorisinin aynen iadenin mümkün olduğu hâllerde uygulanmıyor olması da eleştirilmiştir.⁸¹² Aynen iadenin gerçekleştiği hâllerde hasara katlanan taraf bu durumda Saldo teorisinin hedeflediğinin aksine iade alacaklısı mı olacaktır? Saldo teorisi bu hususu açıklığa kavuşturmamaktadır.

Bir başka yapılan eleştiri, teori ile geçersiz bir sözleşmeye etki tanınmasıdır.⁸¹³ Saldo teorisi ile ortaya çıkan yeni hasar paylaşımı, geçerli bir sözleşmedeki hasarın

⁸¹¹ Weintraud, **Saldotheorie**, s. 93.

⁸¹² MüKo BGB - Schwab § 818, par. 255; Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, s. 333; Leser, **Beitrag**, s. 20; Hans Josef Wieling, “Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen”, **AcP**, C. 169, S. 2, 1969, s. 153; Flessner, **Wegfall**, s. 100; Honsell, **Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung**, s. 717; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil**, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977, s. 517; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 65; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 163; Flume, **Saldotheorie**, s. 435; Büdenbender, **AcP 2000**, ss. 641, 663; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 114; Thomas Finkenauer, “Vindikation, Saldotheorie und Arglistenwand”, **NJW**, C. 57, S. 24, 2004, s. 1705; Linke, **Rückabwicklung**, s. 44. Oertmann, malın aynen iadesinin mümkün olduğu, ancak kullanım sebebiyle değerinin düştüğü hâllerde Mahkemenin yaklaşımının ne olacağını sormaktadır. Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, s. 334.

⁸¹³ von Tuhr, **DJZ 2016**, s. 585; Leser, **Beitrag**, s. 21; Wieling, **Nutzungen**, s. 151; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 36, 68; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 163; Büdenbender, **AcP 2000**,

geçişinden farklı bir sonuç yaratmadığı için eleştiri konusu olmuştur. Bu noktada bu eleştiriye de kısmen katılmak mümkündür. Saldo teorisi ile amaçlanan, her bir tarafın kendi nezdinde yarattığı hasara katlanmasıdır, bu açıdan teori ile hedeflenen geçersiz bir sözleşmeye etki vermek değildir.

Taraflardan birinin daha önceden ifade bulunduğu hâllerde, karşılıklı iade edilecek edimler bulunmadığı için Saldo teorisi adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır.⁸¹⁴ Hatta bazı yazarlar, bu hâli de Saldo teorisinin bir istisnası olarak görmektedir.⁸¹⁵ Bu olasılıkta hasar iade borçlusunda değil, kendi edimini iade eden iade alacaklısında kalacaktır.⁸¹⁶

Benzer açıdan yapılan bir başka eleştiri, Saldo teorisinin sonuçlarının, hangi tarafın önce talepte bulunduğuna göre farklılık göstermesidir. Buna göre, önce dava eden taraf davalı tarafın elinde kalanı elde edecekken, karşı tarafın dava etmesini beklerse karşı edimin tümü hesaba katılabilecektir.⁸¹⁷ Buna ek olarak, sebepsiz zenginleşme alacaklısının karşı edimin dikkate alınması yüzünden talep ettiğiinden

s. 641. Benzer yönde bkz. Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1066; Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, ss. 331-32.

⁸¹⁴ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 42; NK BGB - Linke § 818, par. 45; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 264-265; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 162; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 46; Diesselhorst, **Saldotheorie**, ss. 57, 61-62, 166; Honsell, **Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung**, ss. 717-18; Larenz, **Lehrbuch**, s. 518; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 46-47, 83; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 167; Canaris, **Gegenleistungskondiktion**, s. 23; Flume, **Saldotheorie**, s. 430; Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3., neu bearb. Aufl., [Studienausgabe] Berlin ; Heidelberg [u.a.]: Springer, 1995, s. 280; Büdenbender, **AcP 2000**, s. 660; Honsell, **Drei Fragen des Bereicherungsrechts**, s. 30; Hellwege, **Rückabwicklung**, ss. 114-15; Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 78; Karşı görüşte Serozan, **Die Rückabwicklung Unwirksamer Kaufverträge**, s. 337.

⁸¹⁵ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 42; Erman BGB - Buck-Heeb § 818, par. 43.

⁸¹⁶ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 114.

⁸¹⁷ Schneider, **Bestimmung**, s. 184; Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1005; Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, ss. 334-35; Oertmann, **Kritik**, s. 232; Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 91; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 69-70; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 169; Werner Flume, "Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge als Problematik der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung", **Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk**, ed. Wolfgang Schön, Köln: O. Schmidt, 1997, s. 115. Oertmann'a göre karşı tarafın dava açmasını bekleyen taraf daha avantajlı konumda olacaktır. Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1005; Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, s. 1065. Bu durum, davacının zenginleşme kapsamında talep ettiği değer, davalının Saldo teorisi kapsamında düşebileceği avantaj ve dezavantajlardan farklı olarak değerlendirmesi veya bunların davalının malvarlığında bulunmaması nedeniyle zenginleşmeye konu edilememesi sebebiyle doğmaktadır. Bkz. Schneider, **Bestimmung**, s. 194; Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1063. Saldo teorisini savunan yazarlar ise, kimin dava ettiğiinden bağımsız olarak iki edim arasındaki farkın dikkate alınacağını ve böyle bir riskin doğmayacağını belirtmektedir. Weintraud, **Saldotheorie**, ss. 94-95.

daha fazlasını ödemekle sorumlu olması da eleştirilmiştir⁸¹⁸ Hatta bazı yazarlara göre, Saldo teorisi tesadüfi olarak sonuç vermektedir.⁸¹⁹

Saldo teorisinin ilk hâlinde zenginleşmenin salt bir ekonomik kavram olarak görülmesi ve sorumluluğun kapsamı yerine talep temelini belirlemesi uygun bulunmamıştır.⁸²⁰ Ayrıca, Saldo teorisinin hakkaniyet temeline dayandırılması da eleştiri konusu olmuştur.⁸²¹ Nitekim, ne zenginleşmenin niteliği, ne de hakkaniyet kavramı ile Saldo teorisi açıklanabilir. Bu açıdan bu gerekçelerin kararlardan sonra yapılmaya çalışıldığını tekrar etmekte de fayda bulunmaktadır.

Geçersiz işlem ile ekonomik açıdan bağlı olan ve zenginleşme belirlenecek esas alınan değerlerin ne olduğunu belirlemekteki zorluk da Saldo teorisine yönelik eleştirilerden bir başkasıdır.⁸²² Burada bu zorluğu yaratan bir başka etken de Alman hukukunda masrafların iadesine ilişkin açık bir düzenlemenin de bulunmamasıdır. Saldo teorisi ile getirilen ve nedensellik bağı ile bağlı olan tüm yarar ve harcamaların dikkate alınacağı esası da açık değildir; bu açıdan yapılacak herhangi bir değerlendirme yeterli bir çözüm sağlamaktan uzak olacaktır.

Borçlandırıcı işlem yanında tasarruf işleminin de geçersiz olması hâlinde, Saldo teorisi işlevsiz kalacaktır.⁸²³ Bu hâlde edimler arasında ekonomik bir bağlantı bulunmasına karşın, Saldo teorisi uygulanmayacaktır.⁸²⁴ Saldo teorisinin uygulanabilmesi ancak karşılıklı sebepsiz zenginleşme taleplerinin olabildiği hâllerde mümkün olabilir. Ancak, daha önce de açıklandığı üzere, bu hâllerin gerçekleşmesi daha nadirdir. Çoğu durumda bir tarafın sebepsiz zenginleşme, diğer tarafın ise

⁸¹⁸ Schneider, **Bestimmung**, s. 185. Weintraud'a göre, bu zenginleşme alacaklısının hesaba katması gereken bir risktir. Weintraud, **Saldotheorie**, s. 94.

⁸¹⁹ Honsell, **Drei Fragen des Bereicherungsrechts**, s. 30.

⁸²⁰ Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1066.

⁸²¹ Wilburg, **ungerechtfertigte Bereicherung**, s. 143; Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 54; Wieling, **Nutzungen**, s. 153; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 42, 83.

⁸²² Schneider, **Bestimmung**, ss. 186-87; Edgar Deplewski, **Die Risikoverteilung im nichtigen Synallagma**, (Doktora Tezi), Tübingen: Tübingen, 1976, s. 179; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 176; Karş. Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 55; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 154.

⁸²³ Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1064; Oertmann, **Bereicherungsansprüche**, s. 335; Oertmann, **Kritik**, s. 232; Flume, **FS Niedermeyer**, s. 164; von Caemmerer, **Bereicherung**, ss. 385 ve 387; Leser, **Beitrag**, ss. 25, 62; Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 64; Wieling, **Nutzungen**, s. 152; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 60, 83; Kohler, **Rückabwicklung**, ss. 164-66.

⁸²⁴ Oertmann, **DJZ 1915**, s. 1067; Wieling, **Nutzungen**, s. 154.

istihkak talebi söz konusu olacaktır. Bu hâllerde de esasında edimler arasında bir ekonomik bağlantı bulunmasına rağmen, Saldo teorisinin uygulanamıyor olması, tasfiye sorununa edimler arasındaki bağlantının etkisinin bulunmadığını göstermektedir. Buna ek olarak, mülkiyet hakkını kaybetmemiş malik, mülkiyet hakkını kaybeden sebepsiz zenginleşenden daha az korunmuş olacaktır.⁸²⁵

Saldo teorisi ilk ortaya çıktığı dönemde istisnasının olmaması eleştirisi konusuyken, daha sonraları mahkemelerce getirilen çok fazla sayıda istisnaları da eleştirisi konusu olmuştur. Örneğin, hile hâlinde teorisinin “*bir ceza kuralına bürünmesi*” kabul edilmemiştir.⁸²⁶ İstisnalara başvurulması, teorisinin sağlamlığını zedelemektedir.⁸²⁷ Saldo teorisi ve daha sonra teorisinin istisnaları içtihatlar ile geliştirilmiştir, bu nedenle bazı geçersizlik hâllerinde hala teorisinin görünürde uygulanıyor olması bu geçersizlik sebeplerine dair bir uyumsuzluğun mahkemelerin önüne gelmemiş olması olabilir. Bu durumda da, geçersiz sözleşmelerdeki hasar paylaşımı bazı sözleşmeler açısından tesadüf sonucunda iade borçlusunda, bazıları açısından ise iade alacaklısında olacaktır. Böyle bir farklılığın da kabul edilmesi mümkün değildir. Öte yandan, bugün Saldo teorisine getirilen istisnaların sayısı neredeyse teorisinin uygulandığı hâlleri geçmiştir.⁸²⁸

f. Türk ve İsviçre hukuklarında Saldo teorisi

Saldo teorisinin İsviçre ve Türk hukuklarında geniş bir karşılık bulmadığını söylemek mümkündür. Hâkim görüş, ikili sebepsiz zenginleşme teorisini

⁸²⁵ Oertmann, **Kritik**, s. 232.

⁸²⁶ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 43; Honsell, **Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung**, s. 720; von Caemmerer, **Mortuus redhibetur**, s. 637; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 56-58. Hile halinin edimlerin iadesinde dikkate alınmaması gerektiği hakkında Larenz, **Lehrbuch**, s. 518.

⁸²⁷ Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 83.

⁸²⁸ NK BGB - Linke § 818, par. 80.

benimsemektedir.⁸²⁹ Bununla birlikte, ödemezlik define ilişkin OR m. 82 hükmünün geçersiz sözleşmelerden doğan iade taleplerine de uygulanacağı kabul edilmektedir.⁸³⁰

Azınlıkta da olsa, doktrinde Saldo teorisinin Türk ve İsviçre hukuklarında da uygulanmasını savunan yazarlar vardır.⁸³¹ Bazı yazarlar da haklı bir şekilde hem sebebe bağlılık ilkesinin kabulü hem de sözleşmesel tasfiye rejiminin yaygınlaşması sonucunda bu teorisinin uygulama alanının çok dar olduğunu belirtmektedir.⁸³²

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Saldo teorisini açıkça kabul ettiğini işaret eden bir kararı bulunmamaktadır.⁸³³ Bununla birlikte, Mahkeme'nin eski kararlarında Saldo teorisinin ilk dönemlerdeki yorumu ile uyumlu olacak şekilde, zenginleşmenin taraflar arasındaki edimler arasındaki farktan oluştuğu veya yapılan harcamaların düşülmesi sonucunda tespit edileceğine dair ibareler bulunmaktadır.⁸³⁴ Mahkeme, Saldo teorisinden açıkça bahsetmemiş; buna karşılık yalnızca sebepsiz zenginleşme miktarının nasıl değerlendirileceğini tespit ederken iki edim arasındaki farkın zenginleşmeyi oluşturacağına ya da karşı edimin dikkate alınacağına hükmetmiştir. Türk mahkeme kararlarında ise, Saldo teorisinin doğrudan veya dolaylı olarak uygulandığı bir karar bulunmamaktadır.

Saldo teorisinin yukarıda bahsedilen zayıf yönlerini gidermek adına, özellikle Alman hukukunda başka teoriler geliştirilmiştir. Bunlardan bazıları yine edimler arasındaki bağlantıyı dikkate almakta, bazıları soruna tazminat esasları çerçevesinde

⁸²⁹ Bussy, *L'enrichissement illégitime*, par. 212; von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 507; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 2, par. 1151; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, ss. 169-70. Saldo teorisinden bahsetmekle birlikte kendi görüşünü belirtmeyen yazarlar için bkz. Gauch, Schlupe, Schmid, **AT**, C. I, par. 1527; Eren, **BG**, par. 2763 vd. Gümüş, **BG**, ss. 638-39.; OFK OR – Gelbhaus, Art. 64, para. 12.

⁸³⁰ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 762; Bucher, **AT**, s. 309; Schwenzer, **AT**, par. 62.04.; BGE 113 II 450, BGE 111 II 195, BGE 83 II 18, BGE 114 II 152

⁸³¹ BK OR – Giger, Art. 207, para. 47; İstŞ - Serozan, m. 79-80, para. 66 vd. Serozan, **Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi**, s. 206 vd. Serozan, **Die Rückabwicklung Unwirksamer Kaufverträge**, s. 337; Serozan, Baysal, Sanlı, **BG**, böl. 27 par. 18 vd. Bucher, **AT**, s. 690; Bucher, Aebi-Müller, "BK/ Bucher/ Aebi-Müller - Art. 18", par. 115; Geçersizlik normu ile korunan amaca bakılarak karar verilmesi yönünde bkz. Schwenzer, **AT**, par. 58.21.; CHK OR – Hahn, Art. 64, para. 11.

⁸³² "CR CO I - Chappuis Art. 64", par. 19.; CHK OR – Hahn, Art. 64, para. 11.

⁸³³ Bkz. BGE 110 II 244, s. 247. Bu kararda Saldo teorisinden bahsedilmekte birlikte, teorisinin İsviçre hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı sorusu cevapsız bırakılmıştır.

⁸³⁴ BGE 33 II 539, s. 543; BGE 39 II 238, ss. 244-245; BGE 45 II 447, s. 453; BGE 64 II 132, s.136; 83 II 18, s. 25 (Bu kararda edimler arasındaki bağlantının geçersizliğe rağmen dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir.); 92 II 168, s. 179-180.

yaklaşmakta ve son olarak bazıları ise, karşı edimi dikkate alınması gereken bir unsur olarak görmektedir. Bu teorilerden ilki fiili sinallagma teorisidir.

3. Fiili Sinallagma Teorisi (“Lehre vom faktischen synallagma”)

a. Teorinin Esasları

Fiili sinallagma teorisi, Saldo teorisinin geliştirilmesi ve eksiklerinin giderilmesi ihtiyacı karşısında ikili sebepsiz zenginleşme teorisinin yetersiz kalması⁸³⁵ sebebiyle *Leser* tarafından geliştirilmiştir.⁸³⁶

Bu teorinin temelinde sözleşme geçersiz olsa dahi, taraflar arasında fiili bir sinallagma ilişkisi olduğu fikri yer almaktadır.⁸³⁷ Bu bağlamda *Leser*, geçersiz sözleşmelerin de belli bir hukuki etki doğurabileceği fikrinden hareket etmektedir.⁸³⁸ *Leser* görüşünü temellendirmek için, fiili sözleşme ilişkilerine dair genel teori yanında fiili hizmet sözleşmesi, fiili şirket sözleşmesi gibi esasında sözleşmenin geçersiz olduğu, ancak fiilen geçerli gibi kabul edildiği hâller ile *culpa in contrahendo* sorumluluğu uyarınca sözleşme geçersiz olsa dahi varlığı kabul edilen koruma ve güven yükümlülüklerini örnek göstermiştir.⁸³⁹ ⁸⁴⁰ Buradan hareketle yazar, geçersiz sözleşmelerde iade taleplerinde edimler arasındaki bağlantının dikkate alınmaya değer olduğu fikrini geliştirmiştir.⁸⁴¹

Leser, Saldo teorisinin pratik sebeplere dayanarak tek bir zenginleşme talebi doğurduğunu söylemektedir.⁸⁴² *Leser*’in teorisinin Saldo teorisinden farkı, birbirinden

⁸³⁵ *Leser*, **Beitrag**, s. 35.

⁸³⁶ Teori kaynağını *von Caemmerer*’in “*Bereicherung und unerlaubte Handlung*” makalesinde bulmakla birlikte, teoriyi detaylı olarak ele alan ve geliştiren *Leser* olmuştur. Bkz. *Diesselhorst*, **Saldotheorie**, s. 50.

⁸³⁷ *von Caemmerer*, **Bereicherung**, s. 386; *Leser*, **Beitrag**, ss. 48-49.

⁸³⁸ *Leser*, **Beitrag**, s. 46.

⁸³⁹ a.g.e., ss. 46, 50-51; bkz. ayrıca *von Caemmerer*, **Bereicherung**, s. 386.

⁸⁴⁰ Fiili sinallagmaya dayanak olarak yazar kısaca fiili sözleşme ilişkilerinden de bahsetmektedir. *Leser*, **Beitrag**, s. 46. Fiili sinallagma görüşü ile fiili sözleşme ilişkilerinin bağlantısı hakkında bkz. *Blomeyer*, **Fortschritte**, s. 536; *Hellwege*, **Rückabwicklung**, s. 118; *Schlüter*, **Rückabwicklung**, s. 259.

⁸⁴¹ *Leser*, **Beitrag**, s. 51.

⁸⁴² a.g.e., s. 33.

ayrı ve bağımsız iki ayrı sebepsiz zenginleşme talebi olduğunu kabul etmesidir.⁸⁴³ Teori, bu iki bağımsız talep arasındaki bağlantıyı kabul ederek zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasının yapılmasını engellemektedir, zira sözleşme kesin hükümsüz olsa dahi, edimlerin ifa edilmiş olması ve birbirine bağlı olması “*göz ardı edilemez*”.⁸⁴⁴ Bunun sonucunda, geçersiz bir sözleşmenin tasfiyesinde, zenginleşmenin ortadan kalktığı def’ine başvuran taraf, bu edime bağlı olan kendi karşı edimini de talep edemeyecektir.⁸⁴⁵ Daha önce de bahsettiğimiz, 3000 TL’ye bisiklet satışının gerçekleştiği geçersiz satış sözleşmesi örneğini ele alalım. Burada hem satıcının hem de alıcının birbirinden bağımsız iki zenginleşme talebi vardır, ancak alıcı bisikletin kaza sonucunda iade edilemeyeceğine dayanamayacak, bu sebeple kendi para edimini de talep edemeyecektir.

Fiili sinallagmanın sonucunda, *Leser* ödemezlik def’ine ilişkin BGB § 320 a.F. ile sözleşmeden dönmeye özgü hükümlerin de sebepsiz zenginleşme sonucu tasfiyeye uygulanabileceği kanaatindedir.⁸⁴⁶ Bir tarafın önceden ifada bulunduğu hâllerde de edimler arasında bağın kabul edildiğini söyleyen *Leser*’e göre, Saldo teorisinin bu durumlarda yaratabileceği olumsuz sonuçlar da engellenebilecektir.⁸⁴⁷ Öte yandan, fiili sinallagmanın edim zenginleşmesi ve edim dışı zenginleşme arasında da olabileceği kabul edilerek, Saldo teorisinin taraflardan birinin mülkiyet geçişinin gerçekleştiremediği hâllerde uygulanmasında yaratacağı zorluk da giderilmeye çalışılmıştır.⁸⁴⁸

b. Teorinin İstisnaları

Saldo teorisi gibi, fiili sinallagma teorisi de bazı istisnalar benimsemiştir. Bu istisnalar, ehliyetsizlik ile aldatma ve korkutma hâlleridir.⁸⁴⁹

⁸⁴³ a.g.e., s. 52.

⁸⁴⁴ von Caemmerer, **Bereicherung**, s. 386.

⁸⁴⁵ Leser, **Beitrag**, ss. 34, 51, 55.

⁸⁴⁶ a.g.e., s. 55; Leser, **Rücktritt**, s. 112.

⁸⁴⁷ Leser, **Beitrag**, ss. 59-60.

⁸⁴⁸ a.g.e., ss. 62-69; Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 261.

⁸⁴⁹ Leser, **Beitrag**, ss. 78-81; Leser, **Rücktritt**, s. 120.

c. Teorinin Doktrin ve Mahkeme Kararlarında Ele Alınması

Taraf edimleri arasında geçersizliğe rağmen varlığını koruyan bu bağlantı, başka hukukçuların da dayanak noktası olmuştur ve Leser'in görüşleri taraftar toplamıştır.⁸⁵⁰ Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, eski dönme düzenlemesinde olduğu gibi mal yok olduysa iadenin sona ereceği görüşündedir.⁸⁵¹ Kazadan doğan yok olmalarda ise bu görüş yanlılarından bazıları, dönme hakkının ortadan kalkmayacağını söyleyen eski düzenlemenin (BGB § 350 a.F.) uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁵² Federal Mahkeme de zenginleşme kavramının değiştiği içtihatları ile birlikte fiili sinallagma teorisini en azından dolaylı olarak dikkate almıştır.⁸⁵³

d. Eleştiriler

Fiili sinallagma teorisi geçersizlik hâlinde neden edimler arasındaki bağlantının dikkate alınması gerektiğini tatmin edici bir biçimde açıklamamaktadır. Geçersiz bir sözleşmeye sözleşmeden dönme hâlindeki hasar kuralını sanki geçerliymiş gibi uygulanması teoriye karşı getirilen eleştirilerin başındadır.⁸⁵⁴ Bu hâliyle teori Saldo teorisinin esaslarından çok da uzaklaşmamış olmaktadır.⁸⁵⁵ Saldo teorisi ele alınırken bahsedildiği gibi, tasfiyenin nasıl gerçekleştirileceğini edimler arasındaki bağlantı ile açıklamaya çalışmak, tasfiye sorunlarını çözmeye ancak kısmen yardımcı olabilir.

Bununla bağlantılı olarak, teorinin hasar problematiğini sebepsiz zenginleşme hükümleri dışında çözmesi eleştirilmiştir.⁸⁵⁶ Öte yandan, fiili sinallagma tazminat ve sözleşmeden dönme üzerinde oluşan tasfiye ilişkisinde de esas alınan bir kriter değildir.⁸⁵⁷ Sözleşmeden dönmeden doğan sorumluluktaki hasar kuralı ile

⁸⁵⁰ Blomeyer, **Fortschritte**, ss. 527-44; Wieling, **Nutzungen**, ss. 137-70.

⁸⁵¹ Wieling, **Nutzungen**, s. 154.

⁸⁵² Blomeyer, **Fortschritte**, s. 537; von Caemmerer, **Mortuus redhibetur**, s. 638.

⁸⁵³ Yukarı cross-ref

⁸⁵⁴ Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 37, 95; Kohler, **Rückabwicklung**, ss. 212-13; Canaris, **Gegenleistungskondiktion**, s. 27; Kaiser, **Rückabwicklung**, s. 322; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 121; Linke, **Rückabwicklung**, s. 30; Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 207.

⁸⁵⁵ Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 92; Flume, **Saldotheorie**, s. 433.

⁸⁵⁶ Kohler, **Rückabwicklung**, ss. 187, 208; Flume, **Bereicherung**, ss. 531, 533.

⁸⁵⁷ Kohler, **Rückabwicklung**, ss. 203-8; Karş. Mossler, **Bereicherung**, s. 64.

geçersizlikteki hasar kuralını yeknesaklaştırmak olumlu görülse de, ancak sözleşmesel hasar kuralını geçersizlikte uygulayabilmek için daha güçlü argümanlar üretmek gerekmektedir.⁸⁵⁸

Hizmet sözleşmelerinde sürekli edimli sözleşme oldukları için ileri etkili sona erme söz konusu olduğundan; fiili sinallagma teorisinde bu sözleşmelerin gerekçe gösterilmesi de eleştirilmiştir.⁸⁵⁹

Fiili sinallagma teorisinin istisnalarında, neden bazı sözleşmelerde geçersizlik sebebini, bazılarında ise fiili sinallagmayı dikkate alındığının dayanağı bulunmamaktadır.⁸⁶⁰ Örneğin ehliyetsizlik hâlinde de geçersizliğe rağmen fiili bir sinallagma mevcuttur.⁸⁶¹ Bu durumda, bu hâllerin neden diğer geçersizlik sebeplerinde olduğu gibi dikkate alınmadığı açıklamaya muhtaçtır.

4. Flume'nin Malvarlığına İlişkin Karar Teorisi (“*Die Lehre des vermögensmäßigen Entscheidung*”)

a. Teorinin Esasları

Flume görüşünü, ilk olarak 1953 tarihli makalesinde ele almıştır.⁸⁶² Yazar, daha sonraki yazılarında da bu görüşünü savunmaya devam etmiştir.⁸⁶³ Yazar öncelikle zenginleşmenin ortadan kalkması def'înin Alman hukukundaki konumunu eleştirmektedir; bugünkü hukukta bu kavrama çok geniş bir uygulama alanı

⁸⁵⁸ Schlüter, *Rückabwicklung*, s. 262; karş. Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 92; Flume, *Bereicherung*, s. 535.

⁸⁵⁹ Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 37; Kohler, *Rückabwicklung*, s. 190; Linke, *Rückabwicklung*, ss. 31-32; Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 206.

⁸⁶⁰ Kohler, *Rückabwicklung*, s. 190; Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 122.

⁸⁶¹ Diesselhorst, *Saldotheorie*, s. 181; Kohler, *Rückabwicklung*, s. 188; Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 122.

⁸⁶² Flume, *FS Niedermeyer*.

⁸⁶³ Werner Flume, “Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung”, *Gesammelte Schriften*, ed. Horst Heinrich Jakobs vd., Köln: O. Schmidt, 1988; Flume, *Saldotheorie*, ss. 427-50; Flume, *Ausnahmen*, ss. 321-25.

tanınmaktadır. Oysaki Roma hukukunda elde kalan zenginleşme ile sorumlu olunduğu hâller ayrı olarak değerlendirilmektedir.⁸⁶⁴

Flume'ye göre, sebepsiz zenginleşmede iadenin kapsamı, soyut bir malvarlığı artışına yönelmiştir;⁸⁶⁵ bu şekilde belli bir malvarlığı değerine değil, iade borçlusunun zenginleşmesine bakabilmemiz mümkün olacaktır.⁸⁶⁶ Yazara göre, zenginleşme olup olmadığı değerlendirildiğinde, kişinin davranışları esas alınmalıdır.⁸⁶⁷ Bir kişinin malvarlığı değerleri üzerinde aldığı kararlar, özellikle de bu değerlerin azalması sonucunu doğuran kararlar, zenginleşme miktarını belirlemek için değerlendirilecektir.⁸⁶⁸ Yazara göre, bu karar geçersiz işlemin *causasından* farklıdır.⁸⁶⁹ İade borçlusu, kendi malvarlığı için aldığı bir karara dayanarak zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasına başvuramamalıdır; aksi hâlde bu durum uyandırılan güvene aykırı bir davranış teşkil eder.⁸⁷⁰

Bu örnekte geçersiz bir satış sözleşmesini ele alırsak, yine 3000 TL karşılığında bisikleti mülkiyetine dâhil eden alıcı, iade borçlarında karşı edimi hesaba katmalıdır. Alıcı bisikletin iadesini imkânsızlaştırmışsa, satış bedelini talep edemeyecektir. Ayrıca, *Flume* de burada, başka yazarlar tarafından da kullanılan ünlü köpek örneğini vermiştir.⁸⁷¹ *Flume*'nin teorisine göre, köpeği mülkiyetine dahil eden kişi, köpeğin bu tarz zararlara sebebiyet verebileceğini hesaba katmalıdır; dolayısıyla halıya verilen zarar BGB § 818/3 kapsamı dışında kalmalıdır.⁸⁷²

⁸⁶⁴ Flume, **FS Niedermeyer**, ss. 148-49.

⁸⁶⁵ a.g.e., ss. 151, 164; Flume, **Saldotheorie**, s. 436; Flume, **Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge als Problematik der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung**, s. 112; Flume, **Bereicherung**, s. 528.

⁸⁶⁶ Flume, **FS Niedermeyer**, s. 152; Flume, **Saldotheorie**, s. 439.

⁸⁶⁷ Flume, **FS Niedermeyer**, s. 152.

⁸⁶⁸ a.g.e., ss. 154-55.

⁸⁶⁹ a.g.e., s. 154.

⁸⁷⁰ a.g.e., s. 155; Flume, **Bereicherung**, s. 540.

⁸⁷¹ Bu örnek Alman Medeni Kanunu'nun ilk yürürlüğe girdiği dönemlerde eserlerde tartışılmıştır. Geçersiz bir sözleşme sonucu elde edilen köpek, zenginleşme borçlusunun halısına zarar vermektedir. Bu zarar von Tuhr'a göre karşılanmalıdır. bkz. von Tuhr, **Lehre**, s. 309. İade borcuna yönelik tartışmalarda yazarlardan bazıları kendi görüşlerini açıklarken bu örneğe dayanmıştır.

⁸⁷² Flume, **FS Niedermeyer**, ss. 155-56; Flume, **Bereicherung**, ss. 540-41. Bkz. Hellwege, **Rückabwicklung**.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların ifayı gerçekleştirirken amacı, ifa karşılığında alacakları malvarlığı değerini malvarlıklarına dâhil etmek olup, taraflar bu kararın sonuçlarına katlanmalıdır.⁸⁷³ Bu durumda, yazara göre, herkes kendi malvarlığına ilişkin kararından doğan hasarı üstlenecektir.⁸⁷⁴ Satış sözleşmesi örneği açısından ise, satış bedelini talep eden alıcı, satış konusu malı iade edemeyecek ise bunun malvarlığına giren değerini iade etmekle yükümlü olacaktır.⁸⁷⁵ Alıcının satış bedeli karşılığında satış konusu malı malvarlığına dahil etmesine yönelik kararı satış sözleşmesinin geçersizliğinden bağımsız olarak dikkate alınmalı ve alıcının kendi edimi de zengileşmenin ortadan kalktığı def'i açısından hesaba dahil edilmelidir.⁸⁷⁶ Ayrıca, satış konusu malın daha sonra değerinin düşmesi durumunda, malı malvarlığına katan alıcı buna ilişkin riskleri de üstlenmiş olacağından, değer azalmasına alıcı katlanacaktır.⁸⁷⁷

Flume'ye göre kendi görüşünün Saldo teorisinden farkı, Saldo teorisinin her durumda hasarı iade borçlusuna yüklemesidir, bununla birlikte yazar karşı edimin bulunduğu hâllerde kendi görüşü ile Saldo teorisinin aynı sonuca vardığını kabul etmektedir.⁸⁷⁸ Öte yandan yazara göre, kendi görüşü ile bir tarafın daha önceden ifayı gerçekleştirdiği hâllerde de karşı edim esas alınacağından, Saldo teorisinin olumsuz sonuçları da giderilmiş olacaktır.⁸⁷⁹

b. Teorinin İstisnaları

Flume, kendi teorisinin uygulanamayacağı hâllerin, taraflardan birinin önceden ifayı gerçekleştirmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tasarruf işlemlerinden birinin geçersiz olması veya geçersiz bir tasarruf işlemi sonrasında taraflardan birinin malı geçerli bir şekilde bir üçüncü kişiye devretmesi, yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma ve ehliyet eksikliği olduğunu belirtmektedir. Bu hâllerde malvarlığına ilişkin alınan kararı geçersizlik sebebi ile ilişkilendirmek

⁸⁷³ Flume, **FS Niedermeyer**, s. 166.

⁸⁷⁴ a.g.e., s. 167.

⁸⁷⁵ a.g.e., ss. 165-66; Flume, **Saldotheorie**, ss. 439-40.

⁸⁷⁶ Flume, **FS Niedermeyer**, s. 166; Flume, **Saldotheorie**, s. 440.

⁸⁷⁷ Flume, **FS Niedermeyer**, ss. 168-69; Flume, **Bereicherung**, s. 542.

⁸⁷⁸ Flume, **FS Niedermeyer**, s. 167.

⁸⁷⁹ a.g.e., ss. 167-68.

mümkün olmayacaktır.^{880 881} Bir başka istisna, mala verilen zararın iade alacaklısında da oluşabilecek olmasıdır.⁸⁸²

c. Teoriye Katılan Diğer Yazarlar

Flume'nin zenginleşmenin malvarlığının bütünü üzerindeki etkisine yönelik görüşünü doktrinde *Wilhelm*⁸⁸³ ve *Mossler*⁸⁸⁴ de kabul etmiştir. *Wilhelm*'e göre *Flume*'nin görüşü bir hasar kuralı olarak görülmemelidir.⁸⁸⁵ Bedel üzerinden iadeye ilişkin BGB § 818/ f. 2 hükmü ile malı elden çıkaran kişiye yöneltilecek sebepsiz zenginleşme taleplerine ilişkin BGB § 816 hükmü kanunkoyucunun da malvarlığına yönelik kararı esas aldığını göstermektedir.⁸⁸⁶

Mossler ise *Flume*'nin teorisi ile Saldo teorisini yeniden yorumlamıştır. *Flume* gibi yazar da sebepsiz zenginleşme talebinin malvarlığının bütününe yönelik olduğu görüşündedir.⁸⁸⁷ Yazara göre, Saldo teorisinin ilk çıktığı dönemde kabul edildiği üzere, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyesinde tek bir sebepsiz zenginleşme talebi olmalıdır.⁸⁸⁸ Bu da edimler arası fiili sinallagmadan değil, edimler arasındaki ilişki ile tarafların zenginleşmesi veya zenginleşmenin ortadan kalkmasının temelinde aynı geçersiz sözleşmenin olmasından kaynaklanmaktadır.⁸⁸⁹

Flume'nin teorisinin avantajı, Saldo teorisinin istisnalarına ikna edici bir temel sunmasıdır.⁸⁹⁰ Bununla birlikte bu teori de pek çok eleştiriye konu olmuştur.

⁸⁸⁰ a.g.e., ss. 173-74; *Flume*, **Saldotheorie**, s. 440.

⁸⁸¹ *Flume*'nin makalesi Saldo teorisinin ehliyet eksikliği ve aldatma hâllerinde uygulanmayacağına dair kararlarından önce yazılmıştır. BGH, NJW 70, 656 kararında hem satıcının hem de alıcının sorumlu olduğu hakkında bkz. *Flume*, **Die Entreicherungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung**, s. 311.

⁸⁸² *Flume*, **Saldotheorie**, ss. 441-42.

⁸⁸³ *Wilhelm*, **Rechtsverletzung**, s. 62 vd.

⁸⁸⁴ *Mossler*, **Bereicherung**, s. 96.

⁸⁸⁵ *Wilhelm*, **Rechtsverletzung**, s. 73.

⁸⁸⁶ a.yer.

⁸⁸⁷ *Mossler*, **Bereicherung**, ss. 77, 96, 117-18.

⁸⁸⁸ a.g.e., ss. 124-25.

⁸⁸⁹ a.g.e., ss. 126-28.

⁸⁹⁰ *Hellwege*, **Rückabwicklung**, s. 131.

d. Eleştiriler

Flume'nin teorisi de geçersiz bir sözleşmeye geçerli bir sözleşmedeki hasar geçişini uyguladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸⁹¹ Fiili sinallagma teorisinde olduğu gibi, Flume'nin teorisi de neden malvarlığına ilişkin kararı ve bu karar kapsamında karşı edimi hesaba katmak gerektiğini açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır;⁸⁹² yazarın malvarlığına ilişkin karar konusunda keyfi kriterler getirdiği ileri sürülmüştür.⁸⁹³ Hatta fiili sinallagma teorisini savunan yazarlar, Flume'nin teorisinin karşı edimi dikkate alma konusunda fiili sinallagma teorisinden farklı bir şey söyleyemediğini belirtmektedir.⁸⁹⁴ Öte yandan, tarihsel süreç incelendiğinde Alman Medeni Kanunu'nda zenginleşmenin soyut bir malvarlığı değeri olarak ele alındığını gösterecek bir emare de bulunmamaktadır.⁸⁹⁵ Bir başka eleştiri, malvarlığına ilişkin alınan karara duyulan güvenin karşı edimi dikkate almak için meşru bir kriter olamayacağıdır.⁸⁹⁶ Karşılıklı borç yükleyen geçersiz sözleşmelerde tasfiyeyi sağlama açısından malvarlığına ilişkin kararlara güvenmek uygun bir çözüm olmayacaktır; özellikle de hasar düzenlemesini tarafların aldığı kararlara bağlamak teorisinin en zayıf yanını oluşturmaktadır.

Teorinin getirdiği hasar düzenlemesi, sözleşmeden dönme üzerine kanunda kabul edilen hasar kurallarından daha ağır olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸⁹⁷ Kişinin malvarlığına ilişkin kararının iade hasarının kime yükleneceği tespit edilirken dikkate alınması objektif bir hasar düzenlemesinden uzaklaşmamız anlamına gelecektir.⁸⁹⁸ Öte yandan, bu teorisinin uygulanması sonucunda sadece malın tesadüfen

⁸⁹¹ Blomeyer, **Fortschritte**, s. 541; Rengier, **Wegfall**, s. 426; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 87; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 132.

⁸⁹² Hans-Martin Pawlowski, **Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen: Zum Verhältnis von Parteiautonomie und objektivem Recht**, Göttingen: Schwartz, 1966, s. 65; Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 58; Rengier, **Wegfall**, s. 426; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 23; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 219; Canaris, **Gegenleistungskondiktion**, s. 28; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 132; Linke, **Rückabwicklung**, s. 121; Singer, **Selbstbestimmung**, s. 491.

⁸⁹³ Kohler, **Rückabwicklung**, s. 218.

⁸⁹⁴ Leser, **Beitrag**, s. 44; aynı yönde bkz. Linke, **Rückabwicklung**, s. 121.

⁸⁹⁵ Diesselhorst, **Saldotheorie**, ss. 57-58.

⁸⁹⁶ a.g.e., s. 59.

⁸⁹⁷ Blomeyer, **Fortschritte**, s. 542; Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 58; Rengier, **Wegfall**, s. 426; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 88; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 225; Wendehorst, **Anspruch**, s. 380; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 135; Linke, **Rückabwicklung**, s. 122.

⁸⁹⁸ Rengier, **Wegfall**, s. 426; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 134.

yok olması değil, mala yapılan masrafların riski de üstlenilmiş olacaktır.⁸⁹⁹ Bununla bağlantılı olarak, teori nelerin malvarlığına ilişkin karar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de açıkça söyleyemediği için uygulamada çıkartacağı zorluk sebebiyle eleştirilmiştir.⁹⁰⁰ Flume'nin teorisindeki hasar düzenlemesinin istisnası olarak bahsettiği hâller ile Saldo teorisinin istisnaları aynıdır. Bu noktada, teori başka geçersizlik sebeplerinin neden istisna kapsamında olmadığını açıklamadığı için eleştirilmiştir.⁹⁰¹ Teorinin haksız zilyetlikte iade rejimine de uygulanarak, bu hükümlerin aksine bir esas benimsemesi de uygun bulunmamıştır.⁹⁰²

5. Tazminat Temelli Teoriler

Bu başlık altında, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyesini bir tazminat sorunu olarak ele alan yazarlar incelenecektir. Her bir yazar, konuya farklı bir bakış açısı ve farklı dayanaklarla yaklaşmıştır.

a. von Tuhr

von Tuhr esasında ikili sebepsiz zenginleşme teorisinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte yazar, Müşterek hukuk'taki hata öğretisine dayanarak iade kapsamının ne olması gerektiğini yeniden ele almıştır.⁹⁰³ Yazar, hata sebebiyle sözleşmeyi iptal eden tarafın ödemekle yükümlü olduğu tazminata ilişkin BGB § 122 hükmü ile sebepsiz zenginleşmedeki iade borcu arasında bir paralellik olduğu görüşündedir. Yazara göre, hata sonucunda sözleşmenin iptali ile hataya uğrayan taraf ile sözleşmenin diğer tarafı arasındaki menfaat dengesi edim zenginleşmesi ile benzemektedir.⁹⁰⁴

⁸⁹⁹ Kohler, **Rückabwicklung**, s. 223.

⁹⁰⁰ Leser, **Beitrag**, s. 43; Rengier, **Wegfall**, s. 426; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 222; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 132.

⁹⁰¹ Hellwege, **Rückabwicklung**, ss. 131-32. Blomeyer'e göre Flume'nin bahsettiği istisnaların çoğunda geçersizlik sebebi tasarruf işlemi de etkilemiş olacağı için, Saldo teorisi zaten uygulanamayacaktır. Blomeyer, **Fortschritte**, ss. 543-44.

⁹⁰² Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, ss. 24, 88.

⁹⁰³ Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 253.

⁹⁰⁴ von Tuhr, **Lehre**, s. 294.

Yazar bu benzerliği şu şekilde açıklamaktadır: her iki durumda da hukuk güvenliğini zedeleyen bir durum söz konusudur.⁹⁰⁵ Müşterek Hukuk'taki yaklaşıma göre hatanın mazur görülebilmesi (“*Entschulbarkeit*”) aranırken, hataya düşen taraf açısından bir tazminat sorumluluğu⁹⁰⁶ öngörülmüştür. Bu tazminata benzer olarak, edim zenginleşmesinde de geçersiz bir edime dayanarak bir malı elde eden kişi, esasında ona zarar vermeden iade ile yükümlüdür.⁹⁰⁷ Bu kapsamda, zorunlu ve faydalı masraflar dışında, edimle bağlantılı tüm harcamalar esasında bir güven zararı teşkil etmektedir.⁹⁰⁸ Yazara göre iade hasarına ilişkin sorunlar, BGB § 122/ f.1'e uygun olarak çözümlenmelidir.⁹⁰⁹ Bu kapsamda, geçersiz bir satış sözleşmesi ile bisikleti alan alıcı, bisikletin tekerleğini değiştirmek zorunda kaldığında, bunun için yaptığı harcamayı bir güven zararı kapsamında talep edebilecektir.⁹¹⁰

von Tuhr'un ileri sürdüğü tazminat sorumluluğu buradaki tazminatın kusura bağlı olmaması sebebiyle eleştirilmiştir.⁹¹¹ Burada tazminat esasına dayalı bir değerlendirme yapılabilmesi de mümkün değildir, buradaki sorun bir tazminat sorunu olmayıp, iade borcuna etki eden hususların nasıl ele alınması gerektiği sorunudur. Bu fikre yapılan bir başka eleştiri, edim zenginleşmesine yol açan sebeplerin tek bir sorumluluk esası altında toplanamayacak kadar çeşitli olmasıdır.⁹¹² Öte yandan *von Tuhr*'un önerdiği sistemde iade hasarına hep iade alacaklısı katlanacaktır.⁹¹³

b. Wilburg

von Tuhr iade hasarı meselesini hata sonucunda sözleşmeyi iptal eden tarafın ödemekle yükümlü olduğu tazminat çerçevesinde çözmek istemiştir. *Wilburg* ise, güven zararı kavramına dayanmaktadır. *Wilburg* da *von Tuhr* gibi esasında geçersiz

⁹⁰⁵ a.g.e., s. 316.

⁹⁰⁶ BGB 122 düzenlemesinde bu tazminat kusurdan bağımsızdır.

⁹⁰⁷ *von Tuhr*, *Lehre*, s. 303.

⁹⁰⁸ a.g.e., s. 314; Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 20.

⁹⁰⁹ *von Tuhr*, *Lehre*, s. 318.

⁹¹⁰ Yukarıda belirtildiği üzere, *von Tuhr*, satın alınan köpeğin, iade borçlusunun halısına zarar vermesi olasılığında, bu zararın iade alacaklısı tarafından karşılanması gerektiği görüşündedir.

⁹¹¹ Schlüter, *Rückabwicklung*, s. 256.

⁹¹² Rengier, *Wegfall*, s. 424; Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 21.

⁹¹³ Rengier, *Wegfall*, s. 423; Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 21.

sözleşmelerde iade taleplerinin ikili sebepsiz zenginleşme teorisine göre gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır.⁹¹⁴ Yazar, Saldo teorsini *casum sentit dominus* esasına uymadığı için eleştirmiştir.⁹¹⁵

Yazar öncelikle, zenginleşme hesaplanırken dikkate alınacak dezavantajların, bir başka deyişle zenginleşme miktarından düşülecek kalemlerin tespitinde tazminat esasından uzaklaşılmasını ve kusurdan bağımsız bir değerlendirme yapılmasını eleştirmektedir.⁹¹⁶ Bununla birlikte, kusur ve zararın varlığı yazara göre tek başına yeterli değildir. Yazara göre bazı hâllerde zenginleşme hesaplanırken karşı edim açısından dikkate alınabilecek bir durum, zenginleşmeye yol açacak eksikliğe sebebiyet verip vermemedir.⁹¹⁷ Yazara göre, haksız malvarlığı kaymasını yaratan taraf uğranılan zararı tazmin etmelidir.⁹¹⁸ Bu kapsamda, *Wilburg* hasarın dağılımını güven zararı açısından ele almıştır. Eğer malın yok olması “işlem hayatındaki kurallardan objektif bir biçimde ayrılan” bir davranışa dayanmaktaysa, bu bir güven zararı olarak kabul edilir ve zenginleşme belirlenirken hesaba katılır.⁹¹⁹ Geçersiz bisiklet satışı örneğinde, bisikleti kasten kıran alıcı, artık zenginleşmediğini ileri süremeyecektir.

Öte yandan neye sebebiyet verildiği de her somut olayda ayrı olarak değerlendirilmelidir.⁹²⁰ Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren taraf zenginleşmenin ortadan kalktığı def’ini ileri süremeyecektir.⁹²¹ Görüşüne dayanak oluşturması için *Wilburg* da *von Tuhr* gibi yanılma hükümlerine dayanmıştır.⁹²²

⁹¹⁴ Wilburg, **ungerechtfertigte Bereicherung**, s. 156; Wilburg, **Zusammenspiel**, s. 353.

⁹¹⁵ Wilburg, **ungerechtfertigte Bereicherung**, s. 157.

⁹¹⁶ a.g.e., s. 145.

⁹¹⁷ Yazar bu ilkeyi “*das Veranlassungsprinzip*” olarak adlandırmaktadır. a.g.e., s. 147; Wilburg, **Zusammenspiel**, s. 365.

⁹¹⁸ Wilburg, **ungerechtfertigte Bereicherung**, ss. 147, 153.

⁹¹⁹ a.g.e., s. 147.

⁹²⁰ a.g.e., s. 148.

⁹²¹ a.g.e., s. 157.

⁹²² a.g.e., s. 151. *Wilburg*’a göre, kendi görüşünün *von Tuhr*’un görüşünden farkı, kimin zarara sebebiyet verdiğinden bağımsız olması hususundadır. Bkz. a.g.e., s. 148. Yazarın teorisi uyarınca, ünlü köpek örneğinde, köpeğin halıya verdiği zarar hesaba katılmayacaktır. a.g.e., s. 153.

Wilburg'a göre, kendi görüşü çerçevesinde hesaba katılacak zararların kapsamı çok kısıtlıdır.⁹²³ *Wilburg*'un daha sonra bu görüşünü değiştirdiği ileri sürülmektedir.⁹²⁴ Yazar daha sonraları da zenginleşme sebebini bilen ya da malın imkânsızlığına ihmali ile sebebiyet veren tarafın zenginleşmenin ortadan kalktığı def'ini ileri sürme imkânı olmadığını savunmuştur.⁹²⁵ Esasında burada da yazar kendi görüşünün ana fikrinden uzaklaşmamaktadır.

Wilburg'un görüşü de dayanaksız olmasıyla eleştirilmiştir.⁹²⁶ Yazarın kullandığı sebebiyet verme ve güven zararını karşılama kavramları yeteri kadar açık değildir. Öte yandan, burada tazminat ve kusur esasına dayalı bir değerlendirme yapılması da mümkün değildir; bu durum, kanundaki kusurdan bağımsız şekilde tasarlanan düzenlemenin yapısına uygun düşmeyecektir.⁹²⁷ Özellikle iade alacaklısının kusurunun olmadığı durumda hasarın ne şekilde paylaşılacağını bu teori ile açıklamak mümkün değildir.⁹²⁸ Yine alacaklının zarara sebebiyet vermesinin hasara kimin katlanacağını tespitinde bir unsur olarak dikkate alınması uygun bir esas değildir.⁹²⁹

c. Flessner

Flessner zenginleşmenin ortadan kalkmasını bir tazminat sorunu olarak ele almıştır.⁹³⁰ Yazara göre, Alman hukukunda sebepsiz zenginleşme hükümleri ile uğranılan zararı giderme amacı ele alınmamıştır.⁹³¹ Bu kapsamda, örneğin zenginleşme konusu malın aynen iade edilemiyor oluşu bir tazminat problemidir.⁹³² Yazara göre BGB § 818/ f. 3 hükmü uyarınca, ortaya çıkan zararlar taraflara uygun bir biçimde hasredilmelidir.⁹³³ Bunun sonucunda, hâkim her bir somut olayda, tarafların

⁹²³ Wilburg, **ungerechtfertigte Bereicherung**, s. 147.

⁹²⁴ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 150.

⁹²⁵ Wilburg, **Zusammenspiel**, s. 365.

⁹²⁶ Kohler, **Rückabwicklung**, ss. 247-49; Rengier, **Wegfall**, s. 424; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 22. Karşı görüşte bkz. Hellwege, **Rückabwicklung**, ss. 150-51.

⁹²⁷ Leser, **Beitrag**, s. 36; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 86.

⁹²⁸ Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 22.

⁹²⁹ Rengier, **Wegfall**, s. 424; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 86.

⁹³⁰ Flessner, **Wegfall**, s. 103 vd.

⁹³¹ a.g.e., s. 106.

⁹³² a.g.e., s. 105.

⁹³³ a.g.e., s. 108.

içinde bulunduğu duruma göre değerlendirme yapacak ve iade borcunun kapsamını belirleyecektir.⁹³⁴

Flessner, tazminat esasları belirlenirken değerlendirilmesi gereken bazı kriterlerden de bahsetmiştir, zira yazara göre nedensellik bağı, BGB § 818/ f. 3 kapsamında ortaya çıkan zararları belirlemek için yeterli değildir.⁹³⁵ Yazar, kusur, iade prosedürüne hangi tarafın sebebiyet verdiği, hukuki sebebin eksikliğine hangi tarafın yol açtığı, yok olma veya kötüleşmeye hangi tarafın sebebiyet verdiği, zararın hangi tarafın hâkimiyet alanında gerçekleştiği, faydalardan hangi tarafın yararlandığı ve hasara hangi tarafın katlandığı, sebepsiz zenginleşme davalısı ve davacısının taleplerin kabulü ya da reddi hâlinde uğrayacağı zararlar, tarafların ekonomik ve sosyal konumu, sebepsiz zenginleşmeye yol açacak geçersizlik normunun koruma amacı gibi çok sayıda kriter ortaya koymuştur.⁹³⁶ Bu kriterlerin değerlendirilmesi sonucunda zarara hangi tarafın katlanacağı belirlenecektir. Yazara göre zara iki taraf arasında da paylaştırılabilir.⁹³⁷

Burada geçersiz bisiklet satışı örneğimizde, sözleşme satıcının hilesi nedeniyle iptal edilmiş ve alıcı da bisikletin iadesini kaza sonucunda imkânsızlaştırmış olsun. Burada hile ile korunmakta olan taraf alıcı olacağından, hasar da ona yüklenmeyecektir. Bu husus ayrıca Saldo teorisinin, fiili sinallagma teorisinin ve *Flume*'nin malvarlığına ilişkin karar teorisinin de istisnasını oluşturmaktadır. Ancak, satış sözleşmesi alıcı tarafından hata sebebiyle iptal edilmiş olsaydı, kötüleşmeye alıcı sebebiyet verdiği için bu durumda iade hasarına alıcı katlanabilecekti.

Flessner'in teorisi hasar sorununa daha esnek bir çözüm sunmuştur.⁹³⁸ Buna karşılık teori, belli bir prensibi takip etmediğinden ve çok farklı değerlendirmelere yol açabileceğinden net bir hasar politikası olmadığından eleştirilmiştir.⁹³⁹ *Flessner*,

⁹³⁴ a.g.e., ss. 154, 157.

⁹³⁵ a.g.e., s. 112.

⁹³⁶ a.g.e., ss. 123-42.

⁹³⁷ a.g.e., ss. 112, 162.

⁹³⁸ Rengier, **Wegfall**, s. 428.

⁹³⁹ a.yer; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 29; Kohler, **Rückabwicklung**, s. 249; Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 42; karşı. Andreas Frieser, **Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung**, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, s. 183.

birçok kriter ortaya koymakla birlikte, bu kriterlerin her bir somut olayda hâkimler tarafından çok farklı sonuçlara bağlanabilmesi riski doğacaktır. Öte yandan, bu teoriye yapılan bir başka eleştiri, tazminat kavramının ancak kötüniyetli zenginleşenin sorumluluğu ile bağdaştırılabilir olmasıdır.⁹⁴⁰ Tazminat esaslarında kusur kavramı merkezdedir; ancak *Flessner* BGB §818/ f. 3'ün bir hasar kuralı olduğunu göz ardı etmiştir; tazminat kuralları ancak ağırlaştırılmış sorumluluk hâllerinde uygulanabilir.⁹⁴¹

d. Deplewski

Deplewski de zenginleşmenin ortadan kalkması def'inin karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından sonuçlarından bazılarını tazminat esasları çerçevesinde çözmek istemiştir. Tazminat esasları ve açık bir sistem önerisi için yazar *Flessner*'e atıfta bulunmuştur. *Deplewski*'ye göre, bozulan sözleşme ilişkilerinin tasfiyesi kanunda açıkça düzenlenmediği için bir kanun boşluğu doğmaktadır. Bu boşluğu doldurmak için ise sebepsiz zenginleşme kuralları tek başına yeterli olmayacaktır; yazara göre başka kurumlardan yardım almak gereklidir.⁹⁴²

Bu açıdan *Deplewski* bazı kriterler getirmiştir; bunların bir kısmı sebepsiz zenginleşme kurallarına diğerleri ise tazminat esaslarına tabidir.⁹⁴³ Sebepsiz zenginleşme hükümleri açısından zenginleşme yaratan sebebi bilmeye dayanan yazar,⁹⁴⁴ tazminat esasları açısından ise, o dönem satış sözleşmesinden dönme hükümleri için kabul edilen “*kişinin kendine karşı kusuru*” kavramını esas almıştır.⁹⁴⁵

Deplewski de esnek bir sistemin her somut olaya uygun bir değerlendirme yapacağı ve Saldo teorisi ya da fiili sinallagma teorisinden daha tatmin edici çözümle sunacağı kanaatindedir.⁹⁴⁶

⁹⁴⁰ Rengier, *Wegfall*, s. 428.

⁹⁴¹ Brenecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 24.

⁹⁴² *Deplewski*, *Risikoverteilung*, ss. 64-69.

⁹⁴³ a.g.e., ss. 70, 78.

⁹⁴⁴ a.g.e., ss. 70-78.

⁹⁴⁵ a.g.e., ss. 79-81.

⁹⁴⁶ a.g.e., ss. 164-65.

Deplewski'nin teorisi de kanuna uygun olmadığı ve hukuk güvenliğini sağlamaktan uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁴⁷ Tazminat esaslarına göre yapılacak her bir değerlendirme hasar kurallarının tarafların durumlarına göre farklı sonuçlar doğurması riskini barındırmaktadır. Oysaki hasar kuralları ile amaçlanan aslında objektif bir düzenleme getirmektir. *Deplewski*'nin teorisinin çıkış noktası olan kanun boşluğu görüşü de bazı yazarlarca eleştirilmektedir; burada kanun boşluğu olmadığı ileri sürülmüştür.⁹⁴⁸

6. Zenginleşmenin Ortadan Kalkmasına İlişkûn Hükûmün Sınırlandırılması Gerekliğini Savunan Görüşler

Bu başlık altında ise, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyede zenginleşmenin ortadan kalkması def'înin sınırlandırılarak uygulanmasına yönelik görüşlere yer verilecektir. Bazı yazarlar, doğrudan sözleşmeden dönme hükümleri ile bağlantılı olarak bu hükümlerin sebepsiz zenginleşme uyarınca tasfiyeye de uygulanmasını önermiştir. Bu görüşler de zenginleşmenin ortadan kalkması def'înin sınırlandırılmasını savunmakla birlikte, aşağıda sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme alanına taşınması sorunu değerlendirilirken ele alınmıştır.⁹⁴⁹ Bu bölümde incelenecek bazı yazarlar da benzer bir sonuca varsa da, yazarların hareket noktası başka olduğu için bu başlık altında ele alınmaları uygun bulunmuştur. Bu başlık altında da yazarlar, farklı gerekçelerle ilgili hükûmün sınırlandırılmasını savunmaktadır. Bazı yazarlar, uyandırılan güvene aykırı davranış ilkesine dayanmış, bazı yazarlar tasfiye sebebine sebebiyet vermeye dayanmış, bazı yazarlar ise yeni bir edim zenginleşmesi yaratma ihtiyacı duymuştur.

⁹⁴⁷ Kohler, **Rückabwicklung**, s. 251.

⁹⁴⁸ a.g.e., s. 252.

⁹⁴⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm/ III/ B.

a. Özen ve Uyandırılan Güvene Aykırı Davranış Kriterini Esas Alan Yazarlar

Burada, öncelikle zenginleşmenin ortadan kalkması def'îni uyandırılan güvene aykırı davranış ve özen kriterleri ile sınırlandırmayı hedefleyen yazarların görüşleri ele alınacaktır.

i. Diesselhorst

Diesselhorst, esasında Saldo teorisini yeniden temellendirmeyi amaçlamıştır. Bunun için yazar BGB §818/ f.3 hükmünün sınırlandırılarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁵⁰ Yazara göre, ilgili taraf “*kendine karşı özeni*” göstermediği hâllerde sorumlu tutulmalıdır; bu şekilde geçersiz bir sözleşmeye de etki tanınmayacaktır.⁹⁵¹ Öte yandan karşı edim, ilgili tarafın sorumluluğunun üst sınırını oluşturacaktır.⁹⁵² Yazara göre bu şekilde sözleşmeden dönme ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyeye benzer esaslar uygulanmış olacaktır.⁹⁵³ Ayrıca, taraflardan birinin edimini önceden ifa ettiği hâllerde de Saldo teorisinin aksine tatmin edici bir sonuca ulaşılmış olunacaktır.

Yazar, kazadan kaynaklanan hasara kimin katlanması gerektiğini ihlâl edilen geçersizlik hükmünün kimin hâkimiyet alanında olduğuna göre çözümlemek istemiştir.⁹⁵⁴ Öte yandan, her iki tarafın da geçersizlik hâlini yaratmadığı kanuna aykırılık veya şekle aykırılık gibi geçersizlik sebeplerinde karşı edimin tasfiye aşamasında da ele alınması gerektiğini savunmuştur.⁹⁵⁵ Taraflardan birinin sebebiyet verdiği imkânsızlık hâllerinde ise, ilgili taraf bunun sonuçlarına katlanacaktır.⁹⁵⁶

⁹⁵⁰ Diesselhorst, *Saldotheorie*, ss. 52, 72.

⁹⁵¹ a.g.e., s. 59.

⁹⁵² a.yer.

⁹⁵³ a.g.e., s. 60.

⁹⁵⁴ a.g.e., ss. 78-82, 99.

⁹⁵⁵ a.g.e., s. 83.

⁹⁵⁶ a.g.e., s. 84.

Bu teori kapsamında, bisiklet satışı sözleşmesi örneğimizi ele alırsak, bisikletin değerinin 3500 TL olduğu, ancak taraflar arasında satış sözleşmesinin 3000 TL üzerinden kurulduğu varsayımında, alıcının sorumluluğu 3000 TL ile sınırlı olacaktır. Yine burada da sözleşme satıcının hilesi sebebiyle iptal edilmişse, hasar satıcıya yüklenecektir.

Bu görüş ise, birbirinden çok farklı unsurları kriter olarak kullandığı için, temelleri itibariyle bir sisteme oturmadığı sebebiyle eleştirilmektedir.⁹⁵⁷ Görüşe yapılan bir başka eleştiri, sebepsiz zenginleşme hukukunda geçersizliğe sebep olan davranışın önem teşkil etmiyor olmasıdır.⁹⁵⁸ Yine geçersizlik sebebinin taraflardan birince yaratılmadığı hâllerde de karşı edim dikkate alınacaktır, bu durumda Saldo teorisi gibi geçersiz sözleşmeye yine de etki tanınmıştır.

ii. Larenz, Ulsan

Larenz'e göre Saldo teorisi “eşyanın doğası” itibariyle kabul edilmelidir; öte yandan Saldo teorisine karşı geliştirilen hiçbir görüş sorunu çözümünü daha tatmin edici bir biçimde çözmemektedir.⁹⁵⁹ Yazar, zenginleşmenin ortadan kalması def'inin sınırlarını zenginleşenin ağırlaştırılmış sorumluluğu hükümlerine dayanarak sınırlandırmaktadır. Zenginleşenin ağırlaştırılmış sorumluluğunda, zenginleşen zenginleşmeye sebep olan nedeni bilmektedir. Buna karşılık zenginleşmenin ortadan kalkması def'inde zenginleşmeye sebep olan nedeni bilmemeye duyulan güven söz konusudur.⁹⁶⁰ Larenz de ünlü köpek örneğinde halıya verilen zararın karşılanmayacağı görüşündedir.⁹⁶¹

Ulsan ise, güvenin korunması esasının Türk ve İsviçre hukuklarında da uygulanması gerektiği kanaatindedir.⁹⁶² Yazara göre, güven esası çerçevesinde iyiniyetli zenginleşen iade borçlusu, iktisabın kalıcılığına güvenerek yapmış olduğu

⁹⁵⁷ Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 97; karş. Kohler, **Rückabwicklung**, ss. 247, 250.

⁹⁵⁸ Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 98.

⁹⁵⁹ Larenz, **Lehrbuch**, ss. 517 ve 516 dn. 3; karş. Larenz, Canaris, **Methodenlehre**, s. 278.

⁹⁶⁰ Larenz, **Lehrbuch**, ss. 511-12.

⁹⁶¹ a.g.e., s. 513.

⁹⁶² Ulsan, **İyiniyet**, s. 195 vd.

harcamaları ve uğramış olduğu zararı karşılayabilmelidir.⁹⁶³ Örneğin, satış sözleşmesinin geçerliliğine güvenen alıcı, bisikletin lastiğini değiştirdiğinde, iade aşamasında yapmış olduğu bu masraf dikkate alınmalıdır. Öte yandan, yazar Alman hukukunda güvenin korunmasına ilişkin görüşleri yargıcın takdir yetkisi hususu ile birleştirmiştir.⁹⁶⁴ Bu kapsamda, hâkimin durumun gereğine göre tazminatın hesaplanmasını belirleyeceği TBK m. 51/ f. 1 (öBK m.43/ f. 1) hükmü sebepsiz zenginleşme alanında da uygulanmalıdır.⁹⁶⁵ Hesaplamada özel olarak, “*sebepsiz zenginleşme olgusu içinde tarafların durumları*”, “*tarafların sosyal ve ekonomik durumları*” ve tarafların “*etki alanı*” dikkate alınması gereken kriterlerdir.⁹⁶⁶ Burada da yine hasar sorununa bu sorunla ilgili olmayan esasların etki etmesi söz konusudur.

iii. Wieling, Rengier

Bazı yazarlar zenginleşmenin ortadan kalkmasına karşı *venire contra factum proprium* ilkesinin bir sınırlandırma teşkil edebileceği kanaatindedir.⁹⁶⁷ Bu noktada, kişi kendi malvarlığına dahil ettiği malda meydana gelen hasardan da sorumlu olmalıdır.⁹⁶⁸

Bu ilkeye dayanan bir diğer yazar *Rengier* olmuştur.⁹⁶⁹ *Rengier* görüşünü oluştururken, kısmen tazminat esaslarına, kısmen sözleşmesel kurallara dayanmıştır. Yazar, bunun dışında güven zararı kavramına dayanmıştır.⁹⁷⁰ Yazara göre, hasara kendisi sebebiyet veren taraf, bunun sonuçlarına katlanmalıdır.⁹⁷¹ *Rengier*, sözleşmeden dönme hükümlerini esas alarak, geçersizlik sebebinin bilmenin kusurdan bağımsız bedel üzerinden iadeyi doğuracağını öngörmüştür.⁹⁷² Buna ek olarak, kaza sonucu yok olmalarda sözleşmeden dönme hakkının devam edeceğine dair BGB § 350

⁹⁶³ a.g.e., s. 197.

⁹⁶⁴ a.g.e., s. 206 vd.

⁹⁶⁵ a.g.e., s. 209. Sözleşmeden dönme açısından karşı görüşte bkz. Buz, *Dönme*, s. 207 vd.

⁹⁶⁶ Ulsan, *İyiniyet*, ss. 212-20.

⁹⁶⁷ Honsell, *Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung*, s. 718.

⁹⁶⁸ Wieling, Hans Josef, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS 1973, C. 13, S. 7, s. 397 vd.

⁹⁶⁹ Rengier, *Wegfall*, s. 438.

⁹⁷⁰ a.g.e., s. 450.

⁹⁷¹ a.yer.

⁹⁷² a.g.e., s. 439.

a. F. hükmü gibi sebepsiz zenginleşme borçlusu da iade borcundan kurtulacaktır. Örneğimiz üzerinden ilerlersek, kaza sonucunda bisikletin iadesini imkânsızlaştıran alıcı, satış bedelini yine de talep edebilecektir. Yazara getirilen eleştiri, yazarın görüşünü BGB § 350 a. F. gibi çok eleştirilen bir hükme dayandırmış olmasıdır.⁹⁷³ Öte yandan, iyiniyetli ve kötünietli zenginleşenin sorumluluğu arasındaki farklılık da kalkmış olacaktır.⁹⁷⁴

b. Canaris ve Karşı Edim Zenginleşmesi Teorisi (“die Gegenleistungskondiktion”)

i. Teorinin Esasları

Canaris teorisini “*Die Gegenleistungskondiktion*” adlı makalesinde ele almıştır.⁹⁷⁵ Makalenin adından da anlaşılabilceği üzere, yazar yeni bir edim zenginleşmesi türü yaratmıştır: karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesinde esas alınacak “*karşı edim zenginleşmesi*”.

Canaris esasında, pratik çözümleri bir teori etrafında incelememeyi tercih ettiğini belirtmektedir; bunun yerine sorunları bir teoriden bağımsız olarak çözmeyi hedeflemiştir.⁹⁷⁶ Yazar incelemesine zenginleşmenin ortadan kalkması def’inin yarattığı adaletsiz sonuçlardan başlamıştır. Bu hususu ispatlamak için, yazar, malın yok olmasının ilgili tarafın davranışından kaynaklandığı hâller ile malın kaza sonucu yok olduğu hâlleri ayrı olarak incelemiştir.⁹⁷⁷

İmkânsızlıktan iade borçlusunun sorumlu olduğu olasılıkta, yazar iade borçlusunun malı çöpe atması yüzünden bu savunmadan yararlanabileceğini belirtmekte ve onun bu kararı yüzünden iade alacaklısının hasara katlanmak durumunda kalacağını söylemektedir. Yazara göre, BGB § 818/ f. 3’ün kapsamına bu

⁹⁷³ Kohler, *Rückabwicklung*, s. 240.

⁹⁷⁴ Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 105; Kohler, *Rückabwicklung*, s. 240.

⁹⁷⁵ Canaris, *Gegenleistungskondiktion*, ss. 19-63.

⁹⁷⁶ a.g.e., s. 19.

⁹⁷⁷ a.yer.

tür hâller girmemelidir.⁹⁷⁸ *Canaris*'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesinde Saldo teorisinin aksine birbirinden bağımsız iki ayrı sebepsiz zenginleşme talebi bulunmaktadır.⁹⁷⁹ Buna karşılık, iade borçlarında iade borçlusu kendi borcunu ifa edemeyecek durumdaysa, kendi alacaklı olduğu edimi de alamayacağını hesaba katmalıdır.⁹⁸⁰ Malın aynen iadesi mümkün değilse, yazara göre burada BGB § 818/ f. 3 hükmü teleolojik redüksiyon metodu ile yorumlanmalı ve iade borçlusunun zenginleşmeden bağımsız olarak bedel üzerinden iade ile sorumlu tutulması gerekmektedir.⁹⁸¹ Yazar, sözleşme daha sonra ortadan kalkacak olsa bile, tarafların sözleşme ile ifa ettikleri edimin malvarlıklarından çıktığını kabul etmiş olduklarına dayanmaktadır. Zira, iade alacaklısının kendi edimi karşılığında elde ettiği bir değer söz konusudur ve bu da hesaba katılmalıdır.⁹⁸² *Canaris*, burada BGB § 351 a.F. hükmünden yararlanmaktadır; yazar sözleşmeden dönme ile sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyenin birbiri ile çelişen sonuçlar yaratmaması gerektiğini belirtmektedir.⁹⁸³

Canaris, hükmün uygulama alanını, iade konusu malın kaza sonucu yok olması hâlinde ise sınırlandırmamaktadır.⁹⁸⁴ Yazara göre, bu durum eski dönme düzenlemesi (BGB 350 § a. F.) ile benzer bir sonuç doğurmaktadır.⁹⁸⁵ Öte yandan, yazara göre kötüniyetli zenginleşen de kusuru ile vermiş olduğu zarardan sorumlu olup, kazadan doğan zarardan sorumlu olmayacaktır.⁹⁸⁶ Öte yandan, bu husus yarara katlananın hasara da katlanması ilkesi ile de uyumludur.⁹⁸⁷ Yok olmanın kusurlu mu yoksa tesadüfe mi dayalı olduğunu belirlemek için yazar BGB § 819/ f.1 ile BGB § 989 hükümlerine dayanmaktadır.⁹⁸⁸ Buna göre, geçersizlik sebebinin bilmek veya hak sahibi olmadığını bilmek esas alınacaktır. Yazar “*kişinin kendisine karşı kusuru*”,

⁹⁷⁸ a.g.e., s. 20.

⁹⁷⁹ a.g.e., s. 22.

⁹⁸⁰ a.g.e., ss. 20, 25.

⁹⁸¹ a.g.e., s. 22; Karş. Honsell, **Drei Fragen des Bereicherungsrechts**, s. 30. Honsell'e göre tesadüfi yok olmalarda da bedel üzerinden iade söz konusu olmalıdır.

⁹⁸² *Canaris*, **Gegenleistungskondiktion**, s. 20.

⁹⁸³ a.g.e., s. 21.

⁹⁸⁴ a.g.e., s. 26.

⁹⁸⁵ a.yer.

⁹⁸⁶ a.g.e., s. 27.

⁹⁸⁷ a.g.e., s. 28.

⁹⁸⁸ a.g.e., s. 31.

“kişinin kendi işlerinde gösterdiği özene aykırılık” gibi kavramların esas alınmasını ise reddetmektedir.⁹⁸⁹

Satış sözleşmesi örneğimizde, bisikletin aynen iadesinin neden imkânsızlaştığına bakmamız gerekecektir. Alıcı kusurunun olduğu bir trafik kazasına karıştığı için aynen iade mümkün değilse, burada karşı edim dikkate alınacaktır. Ancak, bisiklet bir deprem sonucunda bir duvarın bisiklet üzerine yıkılması gibi bir sebepten iade edilemiyorsa, iade borcu ortadan kalkacaktır. Yine *Canaris*’in teorisinde köpeğin halıya verdiği zararların dikkate alınmayacağı sonucuna varabiliriz.

ii. Teorinin İstisnaları

Canaris de zengileşmenin ortadan kalkması için hesaba katılabilecek ve hesaba katılamayacak hâlleri birbirinden ayırmaktadır; dolayısıyla görüşüne istisnalar getirmiştir.⁹⁹⁰ Anılan yazara göre, ehliyetsizlik, temsil yetkisi eksikliği ve vesayet mahkemesi onayı eksikliği hâllerinde sorumluluğun hesaba katılmasından bahsedemeyiz.⁹⁹¹ Diğer hâller için *Canaris* o dönemde kapıdan satışlar için geçerli olan düzenlemeye atıfta bulunarak, tüketicinin henüz cayma hakkı konusunda bilgilendirilmediği dönemde meydana gelen kötüleşmeden kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsünde sorumlu olduğu esasını ele almıştır.⁹⁹² Yazar, bu düzenlemedeki kendi işlerinde gösterilen özen kriterini eleştirmekle birlikte, düzenlemenin iyiniyetli iade borçlusunun ilgili geçersizlik normunun koruma amacına göre korunduğu için genelleştirilebilecek bir kural barındırdığını savunmaktadır.⁹⁹³ Burada ilgili tasfiye sebebinin iade borçlusunun karar verme özgürlüğünü koruyup korumadığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır.⁹⁹⁴ Bu kapsamda *Canaris* şikle aykırılık, hile ve korkutma ile ahlaka aykırılık hâllerini bu kapsamda istisna olarak değerlendirmektedir.⁹⁹⁵

⁹⁸⁹ a.yer.

⁹⁹⁰ a.g.e., s. 30.

⁹⁹¹ a.g.e., ss. 35-37.

⁹⁹² a.g.e., s. 38.

⁹⁹³ a.g.e., ss. 38-39.

⁹⁹⁴ a.g.e., s. 39.

⁹⁹⁵ a.g.e., ss. 40-42. Bu hâllerde yazara göre birlikte sorumluluğa ilişkin BGB 254 hükmü uygulanabilir.

iii. Canaris'in Görüşünün Doktrin Tarafından Kabulü

Canaris, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiye açısından bu zamana kadarki sorunları tüm kapsamıyla çözmeye çalışan bir görüş geliştirmiştir.⁹⁹⁶ Bu açıdan yazarın görüşlerine İsviçre hukukunda da katılan yazarlar olmuştur.

Canaris'in teorisine dayanan yazarlardan biri *Hartmann*'dır. Ancak anılan yazar, bu teorinin vardığı sonuçlara kısmi hükümsüzlüğe ilişkin olan TBK m. 27/ f. 2 (OR m.20/ f. 2) hükmü ile ulaşmaktadır.⁹⁹⁷ Öte yandan, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiye gerçekleştiğinde, *Canaris*'in görüşü ile paralel olarak, iade borçlusu, karşı edimin iadesinin de kendisinden talep edileceğini hesaba katmalıdır.⁹⁹⁸ Yazarın *Canaris*'ten ayrıldığı nokta, kazadan doğan imkânsızlık hâllerindedir. Bu durumda da “*ilgili geçersizlik normunun amacı*” özel bir korumayı gerektiği hâllerde, karşı edim yine dikkate alınabilir.⁹⁹⁹ *Hartmann*, Saldo teorisinin istisnaları gibi geçersizlik normunun koruma amacının izin verdiği hâllerde hasarın geri intikaline izin verilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁰⁰⁰ *Hartmann*'a göre bu şekilde sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlikte iade hükümlerinde yeknesaklık sağlanabilmesi mümkündür.¹⁰⁰¹

Canaris'in görüşünü benimseyen bir diğer yazar *Linke*'dir. *Linke* görüşünü oluştururken BGB §818/ f. 3 hükmünün örtülü bir boşluk barındırdığı, bu nedenle de teleolojik redüksiyonunun mümkün olduğu gerekçesinden hareket etmektedir: yazara göre bu hüküm yalnızca zenginleşmenin hesaba katılmadığı hâllerde uygulama alanı bulabilecekken, zenginleşmenin hesaba katılabileceği hâllerde de uygulanmaktadır.¹⁰⁰² Yazar, görüşünün bu noktada *Canaris*'in görüşünden ayrıldığını belirtmektedir: *Canaris* ayrı bir edim zenginleşmesi yaratmaya ihtiyaç duymuşken, yazara göre hükmün teleolojik redüksiyonu ile böyle bir yeniliğe ihtiyaç yoktur; bedel

⁹⁹⁶ Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 141.

⁹⁹⁷ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 385.

⁹⁹⁸ a.g.e., par. 387.

⁹⁹⁹ a.g.e., par. 388.

¹⁰⁰⁰ a.g.e., par. 390.

¹⁰⁰¹ a.g.e., par. 389.

¹⁰⁰² Linke, *Rückabwicklung*, s. 145.

üzerinden iade sorumluluğunun genişletilmesi yeterli olacaktır.¹⁰⁰³ Yazar da *Canaris* gibi kazadan ortaya çıkan yok olmalarda BGB § 818/ f.3 hükmünün uygulama alanı bulması gerektiği görüşündedir.¹⁰⁰⁴

iv. Teoriye Getirilen Eleştiriler

Canaris'e getirilen eleştirilerin başında, yazarın kanuni düzenlemenin çok dışına çıkmış olması yer almaktadır.¹⁰⁰⁵ Bu kapsamda, yeni bir edim zenginleşmesi türü yaratılmasına gerek olmadan da BGB § 818/ f. 3 hükmü sınırlandırılabilirdi.¹⁰⁰⁶ Öte yandan yazarın kazadan doğan yok olmalar açısından yaptığı ayırım yine çok eleştirilen BGB § 350 a.F. hükmüne dayanmaktadır. Hesaplanabilir şeylerin neler olduğunun sınırları çok muğlak bulunmuştur. Kendi davranışına dayanan bir sebebin iade borcunun kapsamında dikkate alınması, ancak kazadan doğan yok olmalarda iade borcunun devam etmiyor olmasının sebebi açık değildir.¹⁰⁰⁷

Esasında *Canaris*'in görüşündeki radikallik makaleye vermiş olduğu isimdedir. Yoksa zenginleşmenin ortadan kalkması def'ine yönelik BGB § 818/ f. 3 ve TBK m. 79/ f. 1 hükümlerinin sınırlandırılarak uygulanmasına yönelik görüşünde radikal bir yan yoktur.¹⁰⁰⁸ Bu açıdan *Canaris*'in görüşünün, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyesinde ele alınan görüşler arasında en uygun gerekçelendirmeyi sağladığını söyleyebilmek mümkündür. Yazardan ayrılınması gereken nokta teorinin istisnaları noktasındadır.

¹⁰⁰³ a.g.e., s. 146.

¹⁰⁰⁴ a.g.e., s. 160.

¹⁰⁰⁵ Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 145; Flume, *Saldotheorie*, s. 444; Büdenbender, *AcP* 2000, s. 668.

¹⁰⁰⁶ Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 145.

¹⁰⁰⁷ a.yer. Hellwege bu hususu şöyle eleştirmektedir. *Canaris* de tıpkı *Flume* gibi, karşı edimin dikkate alınması gerektiği kanısında olup, *Flume*'nin birebir zıttı bir sonuca varmıştır. Bu durumda, hasar paylaşımı gibi bir konuda tarafların neyi hesap ettiği uygun bir kriter olmayacaktır. a.g.e., s. 144.

¹⁰⁰⁸ Linke, *Rückabwicklung*, s. 160.

c. Kohler

Kohler, Saldo ve fiili sinallagma teorilerinin uygun bir çözüm teşkil etmemesi sebebiyle ikili sebepsiz zenginleşme teorisine geri dönülmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁰⁹ Yazara göre, geçersiz sözleşmelerde tasfiye rejimi sebepsiz zenginleşme kuralları ile aykırılık oluşturmayacak şekilde ve sözleşmeden dönme hükümlerinden ayrı olarak düzenlenmelidir.¹⁰¹⁰ Yazar da BGB § 818/ f. 3 hükmünün uygulama alanının sınırlandırılmasını savunmaktadır.¹⁰¹¹ Bunun için de yazar yürürlükten kalkan ve sözleşmeden dönme konusu malı kusuru olmadan iade edemeyen tarafın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu olacağı hükmü ile BGB § 325 ve § 326 a. F. hükümlerine dayanmıştır.¹⁰¹² Bu maddede olduğu gibi, tasfiye sürecinin yaratılmasına sebebiyet veren taraf, zenginleşmenin ortadan kalkmasına dayanamayacaktır.¹⁰¹³ Yazara göre, tasfiye sürecine sebebiyet veren tarafın farklı bir sorumluluk rejimine tabi olması uygundur, zira tasfiyeye neden olan taraf bedel üzerinden iade ile sorumlu olmalıdır.¹⁰¹⁴ Bu noktada esasında *Kohler* de sözleşmeden dönme ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanlarını yeknesaklaştırmaya çalışmıştır.

Kohler'in sistemini üzerine kurduğu sözleşmeden dönme hükümleri artık yürürlükten kalkmıştır.¹⁰¹⁵ Öte yandan, yine sözleşmeden dönme hükümleri ile reform ile değiştirilen hükümler artık sözleşmeden dönmeye sebebiyet verme olgusu üzerinden sorumluluğun kapsamını belirlememektedir.¹⁰¹⁶

d. Kötüniyet Kavramının Geniş Yorumlanması

Bazı yazarlar ise, sınırlandırmaya kötüniyet kapsamının geniş yorumlanması sonucu ulaşmaktadır. Buna göre, taraflar iadeyi hesaba katabilecek durumda iseler

¹⁰⁰⁹ Kohler, *Rückabwicklung*, ss. 215, 261.

¹⁰¹⁰ a.g.e., s. 261.

¹⁰¹¹ a.g.e., s. 262.

¹⁰¹² a.g.e., ss. 262-70.

¹⁰¹³ a.g.e., s. 282.

¹⁰¹⁴ a.g.e., s. 283.

¹⁰¹⁵ Linke, *Rückabwicklung*, s. 128.

¹⁰¹⁶ a.g.e., ss. 128-29.

kötüniyetli zenginleşen olarak değerlendirilmelidir.¹⁰¹⁷ Bu hususun geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde tam olarak uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır, bazı hâllerde taraflar geçersizliği bilmeyebilir veya geçersizlik sebebini sonradan öğrenmelerine karşın malın yok olması daha önce bir zaman diliminde gerçekleşmiş olabilir. Bu hâllerde taraflar iyiniyetli sayılacakken tasfiyeyi hesaba katabilecek taraflar kötüniyetli olarak kabul edilecektir. Bu durum da tasfiye aşamasında farklı bir uygulamanın doğmasına yol açacaktır. Öte yandan taraf iradelerinin hasar kuralını değiştirebiliyor olması da yerinde bir çözüm değildir.

7. Görüşlerin Değerlendirilmesi

İyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkması sorununa getirilen çözümler, teorik açıdan büyük bir zenginlik sunmaktadır. Pratik açıdan ise, görüşler birbirinden detaylarında ayrılmaktadır. Örneğin her bir görüş, aşağı yukarı Saldo teorisinin istisnaları ile eşleşebilecek hâlleri esas almıştır. *Leser, Flume ve Canaris* görüşleri çerçevesinde Saldo teorisinin istisnaları ile örtüşecek istisnalar ileri sürmüştür. Yine geçersizliğe sebebiyet verme hususunu bir kriter olarak ele alan yazarlara göre de Saldo teorisinin istisnalarına benzer bir sonuç doğmaktadır.

Sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyede ele alınan görüşlerin hiçbirinin tasfiye sorununu tatmin edici bir biçimde çözmediğini söylemek abartılı bir söylem olmayacaktır. Tasfiye aşamasında önemli olan her bir edimin diğerine güvenilerek yapılmış olması değildir. Benzer şekilde, soruna bir tazminat esası ile yaklaşarak taraflara tazmini söz konusu davranışlar atfetmek de tasfiye aşamasında iadenin sağlanmasına yardımcı olmayacaktır. Önemli olan tarafların iadeyi eşit koşullarda gerçekleştirmesidir. Bu açıdan kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade sorumluluğunun iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkması ile bağdaştırılması mevcut sistemde kolay değildir.

¹⁰¹⁷ Keller, Schaufelberger, **Band III**, s. 75; Alfred Koller, **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, 2. Aufl Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1985, par. par. 522; Buz, **Dönme**, s. 209. Buz esasında, kötüniyet kavramının geniş yorumlanmasından ziyade, TBK m. 79/ f. 1 hükmünün iktisabın kalıcılığına olan güveni koruduğu fikrini savunmaktadır. a.g.e., s. 207. Yazarın bir diğer önerisi, sözleşmeden dönme açısından TBK 125 hükmünün özel hüküm olarak değerlendirilip, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulmasını engellemektir. a.g.e., s. 209.

Bu açıdan sorunun çözümüne en tutarlı yaklaşımın TBK m. 79/ f. 1 hükmünün karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından teleolojik redüksiyonunu savunan *Canaris* ve yazardan etkilenen diğer yazarların görüşleri olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Karşılıklı borç yükleyen geçersiz sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyesi hususunda bir kanun boşluğundan¹⁰¹⁸ hareket ederek, tarafların karşı edimin kalıcılığına olan güvenin korunması gerektiği ileri sürülebilir. Öte yandan, geçersiz bir sözleşme sonucunda tarafların iyiniyeti veya iktisabın kalıcılığına olan güvenleri ancak objektif bedelin, sübjektif bedeli aştığı hâllerde aşılacak miktar kadarıyla sınırlı olabilir.¹⁰¹⁹ Bununla birlikte, geçersizlik normunun neden ortaya çıktığı iade aşamasında bir değişiklik yaratmamalıdır. Burada ancak, ehliyetsizlik hâli dikkate alınabilir. Zira, ehliyetsiz kişinin korunmasına ilişkin olarak bu korumanın kapsamının ehliyetsiz kişinin zenginleşmesi olduğuna işaret eden başka düzenlemeler de yer almaktadır (TMK m. 452). *Canaris*'in kabul ettiği diğer istisnai hâllerde ise, ilgili kişinin geçersizlik normunun öngördüğü yaptırımlarla korunması yeterli olacaktır.

D. Yararların İadesi

Türk ve İsviçre hukuklarında zenginleşenin elde ettiği yararların da iadesi gereklidir. İade kapsamında zenginleşme konusu malın semereleri ile bu maldan elde edilen kullanım yararları da dahildir.¹⁰²⁰ İyiniyetli zenginleşen açısından yararların da zenginleşenin malvarlığında bulunuyor olması gereklidir.

Alman hukukunda, BGB § 818/1 uyarınca, iade konusundan elde edilen yararlar ifade edilmekte ve yararların iadesi bir yan talep teşkil etmektedir. Aynen iade

¹⁰¹⁸ Linke, **Rückabwicklung**, ss. 135-45. Linke, uzun bir değerlendirme sonucunda teleolojik redüksiyon yöntemine edimin kalıcılığına güven üzerinden başvurulabileceği sonucuna varmıştır.

¹⁰¹⁹ Sirena, **The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law**, s. 997; karşı. Diesselhorst, **Saldotheorie**, s. 59.

¹⁰²⁰ BK OR – Becker, Art. 64, para. 1; CHK OR – Hahn, Art. 64, para. 2; Schwenzer, **AT**, par. 58.04; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 1525; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 2, par. 1123; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 599, 603. Bazı yazarlar, haksız zilyetlikte iade hükümlerinde iyiniyetli haksız zilyedin yararların iadesi ile de sorumlu olmamasından hareketle, iyiniyetli zenginleşenin de yararlarından sorumlu olmaması gerektiği görüşündedir. Keller, Schaufelberger, **Band III**, s. 74.

mümkün değilse, bedel üzerinden iade söz konusu olur, meğer ki söz konusu yararlar zenginleşenin malvarlığında bulunsun. Yararın başlı başına zenginleşme konusu oluşturduğu hâllerde, BGB § 812/1 uyarınca asıl zenginleşme talebi söz konusu olur.¹⁰²¹ İadede esas alınan yararlar, hâlihazırda elde edilen yararlarla sınırlıdır.¹⁰²² Bu kapsamda, iyiniyetli iade borçlusu elde etmeyi ihmâl ettiği yararların iadesinden sorumlu değilken, kötüniyetli sebepsiz zenginleşen açısından BGB § 818/4, § 819 ve § 820 uyarınca ağırlaştırılmış sorumluluk kapsamında ihmâl edilen yararların da iadesi gerekmektedir.¹⁰²³

E. Masrafların İadesi

Türk ve İsviçre hukuklarında masrafların iadesinde, iyiniyetli ve kötüniyetli zenginleşenin talep edebileceği masrafların kapsamı farklı olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, giderler arasında da zorunlu, faydalı ve lüks masraflar olarak bir ayırım yapılmıştır.

Hem iyiniyetli hem de kötüniyetli zenginleşen, zorunlu masrafları talep etme hakkına sahiptir. Yararlı masraflarda, iyiniyetli zenginleşene bir talep hakkı tanınmışken, kötüniyetli zenginleşen bu imkândan mahrumdur. Türk hukukunda, kötüniyetli zenginleşen hem zorunlu hem de yararlı masrafları yalnızca zenginleşme anında bulunduğu ölçüde talep edebilmektedir. Lüks masraflar açısından ise hem iyiniyetli hem de kötüniyetli zenginleşenin talep hakkı bulunmamakla birlikte, mümkün olduğu ölçüde söküp alma hakları bulunmaktadır.

Alman hukukunda ise Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi hangi masrafların nasıl talep edilebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Sebepsiz

¹⁰²¹ BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 10.

¹⁰²² Staudinger - Lorenz § 818, par. 11; Walther Hadding, “§818”, **Soergel Kommentar - Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 11/3, Schuldrecht 9/3 §§ 780 - 822**, ed. Walther Hadding, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2011, par. 14; NK BGB - Linke § 818, par. 8; Buck-Heeb, **818**, par. 9; Prütting BGB - Stürmer § 818, par. 5; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 8; jurisPK BGB - Martinek/ Heine § 818, par. 12; Grüneberg BGB - Sprau § 818, par. 10; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 15; Jauernig BGB / Stadler § 818, par. 9; HK BGB/ Wiese § 818”, par. 3.

¹⁰²³ Staudinger - Lorenz § 818, par. 11; MüKo BGB - Schwab § 818, par. 8; NK BGB - Linke § 818, par. 8; Musielak, **Inhalt**, s. 1.

zenginleşmede yapılan masrafların iade borçlusu tarafından zenginleşmenin ortadan kalkması kapsamında ileri sürülebilmesi genel olarak kabul edilmektedir.¹⁰²⁴ Bununla birlikte hangi masrafların zenginleşme talebinden düşüleceği tartışmalıdır. Mahkeme kararlarında Saldo teorisi incelenirken de ele alındığı üzere “*nedensellik bağı*” olgusu üzerinde durulmuş ve zenginleşme ile nedensellik bağı ile bağlı harcamaların zenginleşme talebinden düşülmesi gerektiğine hükmedilmiştir.¹⁰²⁵ Bir görüşe göre, tarafların edimin kalıcılığına güvenmesi hesaba katılmalı ve bu düşünce ile yapılan masraflar zenginleşme talebinden düşülebilmelidir.¹⁰²⁶ Bir diğer görüş, taraflar arasındaki menfaat dengesine göre bir değerlendirme yapılmasını savunmaktadır; sözleşmeden dönme ve haksız zilyetlikte iadedeki masraflara ilişkin hükümler de bir “*asgari standart*” oluşturabilir.¹⁰²⁷ Bir görüşe göre, yapılan masraflar için sınır, iade konusu edimin değeri olabilir.¹⁰²⁸

Hangi masrafların ne kapsamda istenebileceğine dair var olan düzenleme eksikliği, dışarıdan bakan bir hukukçu için karmaşık görünebilir. Yine de bu sistemin yerinde olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır, zira hem masrafların zorunlu olup olmadığını hem de iade alacaklısının hâlâ zenginleşmiş olup olmadığını araştırmak gerekmeyecektir.¹⁰²⁹

III. SÖZLEŞMESEL TASFİYE

Bu başlık altında sözleşmesel tasfiyeye ilişkin genel kurallar incelenecektir. Türk ve İsviçre hukuklarında, Fransız hukukundaki¹⁰³⁰ gibi tekli bir tasfiye düzeni

¹⁰²⁴ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 140; Grüneberg BGB - Sprau § 818, par. 36; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 71; Flume, **Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge als Problematik der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung**, s. 117.

¹⁰²⁵ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 141; BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 64-65.

¹⁰²⁶ Staudinger BGB - Lorenz § 818, par. 38; NK BGB - Linke § 818, par. 51; Erman BGB - Buck-Heeb § 818, par. 32a. Yeni dönem kararların da bu yönde olduğu hakkında bkz. BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 65.

¹⁰²⁷ BeckOK BGB/ Wendehorst § 818, par. 69-70.

¹⁰²⁸ Weintraud, **Saldotheorie**, s. 25; yeni dönemde Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 98.

¹⁰²⁹ Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 98; Detlef König, **Ungerechtfertigte Bereicherung: Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht**, Heidelberg: Winter, 1985, s. 70; Kaiser, **Rückabwicklung**, s. 408; Fest, **Einfluss**, s. 129.

¹⁰³⁰ Fransız hukukunda, tekli tasfiye düzenlemesinin sözleşmesel nitelik taşıyıp taşımadığı tartışılabilir. Bazı yazarlar, tasfiye sistemini butlanın sonuçlarını ele alırken incelemiş ve diğer tasfiye sebeplerinde ilgili bölüme atıfta bulunmuşlardır. Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **Obligations**, par. 426 vd.

bulunmamaktadır. Yine genel hükümlerde sözleşmesel tasfiyeye uygulanacak açık bir düzenleme de yoktur. Alman hukukunda ise, bozulan sözleşme ilişkilerinin tasfiyesini ele alan tek bir sistem olmamakla birlikte, sözleşmeden dönme üzerine oluşan tasfiye ilişkisi BGB § 346 vd. hükümlerde daha detaylı olarak düzenlenmektedir.¹⁰³¹

Hukuk sistemimizde sözleşmesel tasfiyenin nasıl olması gerektiği, sözleşmeden dönme üzerine dönüşüm teorisinin taraftar toplanmasıyla tartışılmaya başlanmıştır. Bu bölümün de ana eksenini sözleşmeden dönme üzerine olduğu savunulan sözleşmesel tasfiye ilişkisi oluşturmaktadır. Sözleşmeden dönme üzerine oluşan tasfiye ilişkisine yönelik ayrıntılı bir düzenlemenin olmamasının, bu kuralların doktrin ve içtihatlarca belirlenmesi gerekliliğini doğurduğu kabul edilmektedir.¹⁰³² Farklı hükümlerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin görüşler ve tartışmalar diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak bu başlık altında incelenecektir.

A. İadenin Gerçekleşmesi

OR m. 109 ve TBK m. 125 daha önce ifa edilen edimlerin iadesinden, bir başka deyişle aynen iadedden bahsetmektedir. Bunun dışında madde metninde iadenin ne şekilde gerçekleşeceğine dair başka bir açıklama bulunmamaktadır. Buna ek olarak, satış sözleşmesinde ayıptan dolayı sözleşmeden dönmede, kısmî zapt hâlinde ve taksitle satış sözleşmesinde iadenin nasıl gerçekleşeceğine dair kısa düzenlemeler bulunmaktadır. Bu hükümler uyarınca da ana esas iadenin mümkünse aynen gerçekleşmesidir.

Bénabent, **Obligations**, par. 225 vd. Houtcieff, **Droit des contrats**, par. 581 vd. Bazı yazarlar ise Tasfiye hükümlerini bağımsız bir borç kaynağı olarak almışlardır. Bkz. Fages, **Obligations**, par. 605; Terré vd., **Les obligations**, par. 1803 vd. Burada kanaatimce ayrı bir borç kaynağı bulunmaktadır. Ancak, üç sistemin karşılaştırılabilmesi adına Fransız sistemi de sözleşmesel tasfiye başlığında değerlendirilmiştir. Bu şekilde, hasar ve hasarın geriye intikali konusunda var olan düzenleme ve görüşler karşılaştırmalı olarak incelenebilmiştir.

¹⁰³¹ Alman hukukunda ayrıca, cayma hakkının kullanılması üzerine oluşan tasfiye ilişkisi de bir sözleşmesel tasfiye ilişkisi olarak kabul etmektedir. Türk ve İsviçre hukuklarındaki tartışmalar sebebiyle cayma hakkı sonucu oluşan tasfiye ilişkisi ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. Üçüncü Bölüm/ IV.

¹⁰³² Schenker, **Schuldnerverzug**, s. 270.

Alman hukukunda ise, sözleşmeden dönme üzerine iade esasları açıkça düzenlenmiştir. BGB § 346 uyarınca, taraflar sözleşmenin tasfiyesini gerçekleştirmek için öncelikle edimlerin iadesini gerçekleştirecektir. İade iki şekilde gerçekleşebilir: aynen iade ya da bedel üzerinden iade ile. İade borçlusu, iade mümkün olduğu müddetçe, aynen iade ile yükümlüdür.¹⁰³³ Bu sebeple, iade borcu bir parça borcudur.¹⁰³⁴ Yeni sistemde de CC madde 1352 uyarınca, para dışındaki edimler açısından aynen iade prensibi benimsenmiştir. Madde metni iade borcunun bir parça borcu olduğunu doğrular niteliktedir.

Bu iki hukuk sistemi ayrıca bedel üzerinden iadenin nasıl gerçekleşeceğini de açıkça düzenlemiştir. Türk ve İsviçre hukuklarında ise, genel hükümlerde maalesef bedel üzerinde iadenin düzenlendiği bir hüküm bulunmamaktadır. Aynen iade mümkün olduğunda, iadenin aynen gerçekleşeceği konusunda bir şüphe yoktur. Bedel üzerinden iadenin esaslarına ise ayrıca değinmek gereklidir.

B. Bedel Üzerinden İade Esasları

1. Genel Olarak

a. Türk ve İsviçre hukuklarında

Öncelikle bedel üzerinden iade borcunun hangi durumlarda doğacağını tespit etmek gereklidir. Bazı edimler niteliği itibarıyla aynen iadeye uygun değildir. Örneğin kullandırma veya iş görme edimleri bu kapsamda sayılabilir. Türk ve İsviçre

¹⁰³³ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 69; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 71. Aynen iadenin mümkün olduğu hâllerde, tarafların bedel üzerinden iade üzerinde anlaşmalarında bir engel bulunmamaktadır. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 80.

¹⁰³⁴ Soergel BGB – Lobinger, “§346”, **para.** 69; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 71; NK BGB - Hager § 346, par. 20; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 20; Erman BGB - Metzger § 346, par. 3; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 68. Para borcunda ise, edimin parasal değerinin iadesi söz konusu olacaktır. Georg Annuss, “Die Folgen des Rücktritts (§§ 346 ff BGB)”, **JA**, C. 3, 2006, s. 185; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 27; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 75; NK BGB - Hager § 346, par. 22; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 20; Erman BGB - Metzger § 346, par. 3; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 68; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 3; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 5; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 42; Jauernig BGB – Stadler, § 346, par. 2.

hukuklarında, TBK m. 125'te açıkça bahsedilmemesine rağmen, aynen iadenin edimin niteliği gereği gerçekleşemediği hâllerde (sözleşmeden dönmenin hukuki sonucu hakkında kabul edilen görüşlerden bağımsız olarak) bedel üzerinden iadenin söz konusu olacağı hâkim görüşçe kabul edilmektedir.¹⁰³⁵

Bazı hâllerde ise aynen iade edilecek edim yok olmuş veya kullanım sonucunda kötüleşmiş olabilir. Genel hükümlerde bu konuyu da düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Satış sözleşmesinden dönmenin sonuçları ise TBK m. 229'da (OR m. 208) özel olarak düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca alıcı satış konusu malı yararları ile birlikte iade etmekle yükümlüdür. Satıcı da satış bedelini faizi ile birlikte iade etmekle yükümlüdür. Hükümde ayrıca, yargılama giderleri ile alıcının satılan için yapmış olduğu giderler ile ayıplı maldan doğan zararların giderileceği düzenlenmektedir.

Ayrıca, satış sözleşmesinden dönmede TBK m. 228'de, "*satış konusu malın maldaki ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması*" hâlinde dönme hakkının ortadan kalkmayacağı, bir sonraki fıkrada ise satılanın alıcıya yüklenen bir sebeple yok olması, bir başkasına devredilmesi veya biçimini değiştirmesinin dönme hakkını ortadan kaldıracağı düzenlenmiştir. Bu maddede de esasında bedel üzerinden iade değil, iade hasarının hangi tarafta kalacağı düzenlenmektedir. Öte yandan, takip eden maddede malın alıcının kusuruyla yok olması, devredilmesi ise sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmiştir; yine karşımızda bedel üzerinden iadeye yönelik bir hüküm değil, iade hasarının bu sefer alıcı aleyhine yüklendiği bir düzenleme söz konusudur. Dolayısıyla ne genel hükümlerde ne de satış sözleşmesine ait özel hükümlerde bedel üzerinden iadeye yönelik bir düzenleme bulunmaktadır.

¹⁰³⁵ BK OR - Becker - Art. 109, par. 6; Bucher, AT, s. 664; CR CO I - Thévenoz - Art. 109, par. 10; BSK OR - Wiegand Art. 109, par. 5; BK OR - Weber/ Emmenegger - Art. 109, par. 80; CHK OR - Furrer/ Wey, Art. 109, par. 19; OFK OR - Ilija/ Berger/ Art. 109", par. 3; Gauch, Schluép, Schmid, AT, C. I, par. 1571; Schwenzer, AT, par. 66.33; R. Göschke, "Über Art. 107 bis 109 O.R.", ZbJV, C. 60, 1924, s. 89; Schenker, *Schuldnerverzug*, par. 714, 736; Öz, *Eser*, ss. 250-51; Glasl, *Rückabwicklung*, ss. 135, 150; Buz, *Dönme*, s. 216; Claude Ramoni, *Demeure du débiteur et contrats de droit suisse - Étude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations*, Zürich, Bâle, Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2002, par. par. 79; Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 212, 300; Schmidlin, *Rücktritt*, s. 690. Bkz. ayrıca BGE 114 II 157.

Sözleşmeden dönme sonucunda oluşan tasfiye ilişkisine sebepsiz zenginleşme hükümlerini uygulayan görüş açısından aynen iade borcunun bedel üzerinden iade borcuna dönüşmesinde bir engel yoktur, yeter ki iyiniyetli iade borçlusunun malvarlığında ilgili zenginleşme bulunsun. Haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre ise, iyiniyetli zilyet açısından bedel üzerinden iade gündeme gelmez, kötüniyetli zilyet açısından da bedel üzerinden iade değil, kusurdan bağımsız bir tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir.¹⁰³⁶ Peki dönüşüm teorisi kabul edilip, iade borcuna sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması kabul edildiğinde sonuç ne olacaktır?

Dönüşüm teorisini savunan yazarların çoğu, dönme öncesinde gerçekleşen iade imkânsızlığı hâllerinde bedel üzerinden iadenin söz konusu olacağı, sözleşmeden dönme sonrası gerçekleşen iade imkânsızlığında ise TBK m. 112 ve 136 uyarınca kusurlu iade borçlusunun tazminat ödeyeceği, kusursuz olan borçlunun borcunun ise sona ereceği görüşündedir. Bu görüş daha detaylı olarak hasar problematiği bahsinde ele alınacaktır. Bedel üzerinden iade esasları açısından ise bu görüşün doğurduğu sonuç, bedel üzerinden iade borcunun imkânsızlığın gerçekleştiği ana göre bazen doğabileceği, bazen ise hiç doğmayacağıdır. Sonuç itibarıyla hâkim görüş için önemli olan iade imkânsızlığının ne zaman gerçekleştiğidir.

Bazı yazarlar ise, edimin aynen iadesinin imkânsızlaşması hâlinde imkânsızlığın ortaya çıktığı ana bakılmadan bedel üzerinden iadenin olması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰³⁷

Akamete uğramış OR 2020 Projesi'nde de m. 79 vd. hükümlerde kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade yükümlülüğü öngörülmüştü. Proje'nin 80. maddesi uyarınca, aynen iade imkânsız ise veya makul değil ise, edim veya hizmetin bedel

¹⁰³⁶ Satış sözleşmesinden dönmeye ilişkin hükümlerdeki tasfiye haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre özel hüküm niteliğindedir. Bkz. BK OR – Giger, Art. 208/ para. 19.

¹⁰³⁷ Göschke, **Über Art. 107 bis 109 O.R.**, s. 89; Glasl, **Rückabwicklung**, ss. 149, 152-53; Ramoni, **Demeure**, par. 79; Karş. BSK OR/ Wiegand Art. 109, par. 7; aynı etkili dönme görüşü çerçevesinde Buz, **Dönme**, ss. 215-16. 1881 tarihli OR kapsamında: Fridolin Schindler, **Über das Rücktrittsrechts bei zweiseitigen Schuldverträgen nach art. 122-125 des eidgenössischen Obligationen-Rechtes**, Zürich: Orell Füssli & Co., 1886, s. 46.

üzerinden iadesi söz konusu olmaktadır. Aynen iadenin imkânsız olduğu hâller olarak, malın elden çıkarılması, malın yok olması ve birleşme hâlleri esas alınmıştır.¹⁰³⁸

b. Diğer Hukuk Sistemlerinde

İnceleme konusu edilen Fransız ve Alman hukuklarında iade imkansızlığı hâlinde kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade yükümlülüğü getirilmiştir. Fransız hukukunda bedel üzerinden iade konusunda kanunkoyucu sade bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. CC m. 1352, aynen iadenin imkânsız olduğu hâllerde iadenin bedel üzerinden gerçekleşeceğini söylemekte, takip eden maddede ise değer azalmalarına iade borçlusu iyiniyetli olduğu sürece, iade alacaklısının katlanacağı belirtilmektedir. İyiniyetli iade borçlusu malı bir üçüncü kişiye sattıysa, yalnızca satış bedelini iade ile yükümlüdür. Buna karşılık, iade borçlusunun kötü niyetli olduğu hâllerde, iade borçlusu malın iade günündeki değeri ile satış bedelinden hangisi yüksek ise, o değere göre iade ile yükümlü olacaktır (CC m. 1352-2).

Alman hukukunda ise, ilgili hükümler daha detaylıdır. BGB § 346/f. 2’de iade imkansızlığı üç bent hâlinde düzenlenmiştir. BGB § 346/ f. 2 düzenlemesinde, bedel üzerinden iadeye yol açacak hâllerden ilk grubu, edimin niteliği gereği aynen iadenin söz konusu olmaması; ikinci grubu malın tüketilmesi (*Verbrauch*), devredilmesi (*Veräußerung*), bir hakla kısıtlanması (*Belastung*), işlenmesi (*Verarbeitung*) ve değiştirilmesi (*Umgestaltung*) hâlleri oluşturmaktadır. Bir sonraki bentte ise, edim konusu malın kötüleşmesi (*Verschlechterung*) veya yok olması (*Untergang*) sayılmaktadır (BGB § 346/ f.2/ b.2-3).

Bu maddede belirtilen hâllerden ilk grubu iade konusu edimin niteliği gereğince aynen iadeye uygun olmadığı hâller yer oluşturmaktadır. Edim konusunun aynen iadeye tabi olamayacağı hâller; konusu eşya olmayan edimlerde kendini gösterir. Bu tür edimlere tipik olarak, hizmet, kullandırma veya Alman hukukunda kabul edildiği

¹⁰³⁸ OR 2020 – Purtschert, Art. 81, para. 9

üzere maddi varlığı olmayan eser sözleşmeleri örnek gösterilebilir.¹⁰³⁹ Bir görüşe göre, ilk bent kapsamında bedel üzerinden iade, ancak sözleşmede üstlenilen asli edim yükümlülüklerinin nitelikleri itibariyle aynen iadesinin mümkün olmaması hâlinde söz konusu olur.¹⁰⁴⁰ Hâkim görüş ise, bedel üzerinden iade açısından böyle bir ayrıma gidilmesinin kullanımdan elde edilen yararların iadesi için uygun olmayacağı görüşündedir. Bu görüşe göre, hem sözleşme ile üstlenilen asli edim hem de elde edilen yararlar aynen iade mümkün değilse bedel üzerinden iadeye tabi olabilmelidir.¹⁰⁴¹

İkinci grupta yer alan hâllerden, malın tüketilmesi (*Verbrauch*), malın harcanarak yok edilmesini ifade etmekte¹⁰⁴² ve bu anlamda yararların iadesi kapsamında değerlendirilecek olan malın kullanımından (*Gebrauch*) ayrılmaktadır.¹⁰⁴³ Malın devredilmesi (*Veräußerung*), genel olarak, iade konusu eşyanın tasarruf işlemi sonucunda iade borçlusunun malvarlığından çıkması olarak tanımlanmakla birlikte, iade konusu eşyanın zilyetliğinin bir üçüncü kişiye devredildiği sözleşmeler açısından da devredilmenin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴⁴ Malın üzerindeki kısıtlamalar (*Belastung*) ise kural olarak edim konusunun ya bir sınırlı aynı hakla sınırlanmasını ifade eder; ancak, elden çıkarmaya

¹⁰³⁹ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 66; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 85; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 99 ve 102; NK BGB - Hager § 346, par. 32; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 47; Erman BGB - Metzger § 346, par. 8; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 73; HK BGB - Fries § 346, par. 14; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 8; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 51; Jauernig BGB - Stadler § 346, par. 5. Bu tür edimlerin daha ziyade feshe tabi olacakları yönünde Dagmar Kaiser, “Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform”, **JZ**, C. 56, S. 21, 2001, s. 1059; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 100.

¹⁰⁴⁰ NK BGB - Hager § 346, par. 33-34; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 73; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 44.

¹⁰⁴¹ Martin Schwab, “Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346ff. BGB n.F.”, **JS**, C. 42, S. 7, 2002, s. 631; Klaus Reischl, “Grundfälle zum neuen Schuldrecht - 3. Teil. Der Rücktritt”, **JS**, C. 43, S. 7, 2003, s. 667; Reiner Schulze, Martin Ebers, “Streitfragen im neuen Schuldrecht”, **JS**, C. 44, S. 5, 2004, s. 369; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 67; Döll, **Rückgewährstörungen**, ss. 82-83; Erman BGB - Metzger § 346, par. 8; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 8.

¹⁰⁴² Soergel BGB - Lobinger §346, par. 73; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 153; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 138; NK BGB - Hager § 346, par. 36; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 50; Erman BGB - Metzger § 346, par. 9; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 97; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 52.

¹⁰⁴³ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 73; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 153; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 138; NK BGB - Hager § 346, par. 36; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 60.

¹⁰⁴⁴ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 75; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 154; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 139; NK BGB - Hager § 346, par. 37; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 50; Erman BGB - Metzger § 346, par. 9; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 97; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 8a; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 52. Malın mülkiyetinin bağışlama sözleşmesinin ifası için devredildiği hâllerin elden çıkarma olmadığı hakkında Soergel BGB - Lobinger §346, par. 74; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 139.

benzer şekilde, edim konusu üzerinde (kira gibi) bir alacak hakkı kurulmuş olması da bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁰⁴⁵ Son olarak, işleme (*Verarbeitung*) ve değiştirme (*Umgestaltung*), hâkim görüş uyarınca malın BGB 950 kapsamında bir başka mala dönüştürülmesini ifade etmektedir.¹⁰⁴⁶

Sonuncu bentteki hâller, edim konusunun kötüleşmesi veya yok olmasıdır. Yok olmada edim ortadan kalkacak veya tamamen kullanılamaz ya da değersiz hâle gelecektir.¹⁰⁴⁷ Kötüleşmede ise, malın niteliğini veya işlevini değiştiren ya da değerini azaltan işlemler söz konusu olmaktadır.¹⁰⁴⁸ Kötüleşmede, kötüleşme oranında bedel üzerinden iadenin, iade edilebilecek durumda olmaya devam ettiği takdirde de aynen iadenin devam edeceği kabul edilir.¹⁰⁴⁹

BGB § 346’da “*diğer iade imkânsızlığı*” hâllerinde de bedel üzerinden iade imkânı olduğu kabul edilmektedir; hüküm sınırlayıcı bir biçimde düzenlenmemiştir. Diğer bentlerde sayılmayan, ancak iadeyi gerçekleştirilemez kılan diğer hâllerde de bedel üzerinden iadeye ilişkin kuralların kıyasen uygulanması mümkün olacaktır.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁵ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 75; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 155; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 140; NK BGB - Hager § 346, par. 37; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 50; Erman BGB - Metzger § 346, par. 9; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 98; Grüneberg, Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 8a; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 5a. Kira sözleşmesinin kısıtlama değil, kötüleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 140.

¹⁰⁴⁶ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 77; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 155; NK BGB - Hager § 346, par. 38; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 50; Erman BGB - Metzger § 346, par. 9; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 100; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 54. Değiştirme kavramının daha geniş yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 141-143.

¹⁰⁴⁷ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 84; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 168; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 146; NK BGB - Hager § 346, par. 40; Erman BGB - Metzger § 346, par. 11; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 101; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 9; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 55. Malın iade edilemiyor ya da ilgili hakkın kullanılamıyor olmasının yok olma için yeterli olduğu hakkında bkz. jurisPK BGB - Faust § 346, par. 64.

¹⁰⁴⁸ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 80; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 147; NK BGB - Hager § 346, par. 40; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 63; Erman BGB - Metzger § 346, par. 11; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 101; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 9; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 55.

¹⁰⁴⁹ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 147.

¹⁰⁵⁰ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 91; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 169; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 149; NK BGB - Hager § 346, par. 39; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 45; Erman BGB - Metzger § 346, par. 11; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 104; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 8; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 9; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 57; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 4.

Ayrıca hem iade imkânsızlığı hem de bedel üzerinden iade borcunun istisnalarına ilişkin düzenlemelerin aksi taraflarca kararlaştırılabilecektir.¹⁰⁵¹

c. Değerlendirme

Türk ve İsviçre hukuklarında da inceleme konusu edilen Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi, kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade yükümlülüğü kabul edilmelidir. Türk hukukunda mevcut düzenlemelerde bu husus ya hiç dikkate alınmamış ya da doğrudan iade hasarının intikali ile bağlantılı olarak değerlendirilmiştir. Türk ve İsviçre hukuklarında karşımıza çıkan bir zorluk, bedel üzerinden iade ile iade hasarının mutlak olarak hangi tarafta kalmasına ilişkin tartışmaların iç içe geçmiş olmasıdır. Bu karmaşanın bir yandan haklı nedenleri bulunmaktadır, zira iki husus birbirine gerçekten de yakından bağlıdır. Bedel üzerinden iadenin söz konusu olduğu hâllerde iade hasarına bedel üzerinden iade ile yükümlü olan taraf katlanacaktır; ki bu taraf da kural olarak iade borçlusu olacaktır. Bu açıdan bedel üzerinden iade esası iade hasarı sorununu bir ölçüde çözer. Ancak, bu çözüm bir yanıyla da eksiktir, zira hasar problematiğinin öbür yönü, kural olarak iade borçlusunda olan hasarın iade alacaklısına intikaline izin veren düzenlemelerin olup olamayacağı; bu nitelikte düzenlemelerin varlığı kabul edilirse de hangi hâllerde hasarın geriye intikalinin meşru gerekçeleri olabileceğini tespit etmektir. Tezin bu kısmında bedel üzerinden iadeyi desteklemek adına yapacağımız açıklamalar, hasar problematiğinin ilk kısmına ilişkindir. Hasarın geriye intikali ise bir sonraki bölümde değerlendirilecektir. Türk ve İsviçre hukukunda bu konular etrafında yürütülen tartışmalar olabildiğince ayrılmaya çalışılmıştır, ancak yine de bu iki bölüm arasında sıklıkla birbirine gönderme yapılan hususlar olacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, bedel üzerinden iade borcunun Türk ve İsviçre hukuklarında da *de lege ferenda* açık bir düzenlemeye kavuşması gerektiğini belirtmek gerekir. Bedel üzerinden iade yükümlülüğü kapsam olarak hem aynen iadenin nitelik

¹⁰⁵¹ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 80, 113 ve 220; NK BGB - Hager § 346, par. 32; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 93; Erman BGB - Metzger § 346, par. 8; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 1.

itibariyle mümkün olmadığı hâllerde hem de iade imkânsızlığı söz konusu olduğunda var olmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bedel üzerinden iade geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi için ana tasfiye sistemi olan sebepsiz zenginleşme hükümlerinde de vardır. Aynı esasın sözleşmeden dönme üzerine oluşan sözleşmesel tasfiye sisteminde de olmaması düşünülemez.

Bir sözleşme ilişkisinin tasfiyesi söz konusu olduğu zaman hedef, tarafları mümkün olduğunca bu ilişki kurulmadan önceki durumlarına getirmektir. Sözleşmeden dönme üzerine oluşan tasfiye ilişkisi de buna istisna değildir, alacaklı seçimlik hakkını sözleşmeden dönmekten yana kullandığında, kendi yerine getirdiği edimin de iadesini talep etmektedir. Sözleşmenin borçlu tarafından gereği gibi ifa edilmediği ve borçlunun temerrüde düştüğü bu hâlde, alacaklının iadedeki menfaatinin tam olarak korunabilmesi aynen iade yanında bedel üzerinden iadenin de var olabildiği bir sistemde mümkün olabilir. Bu açıdan iadenin dönme hakkı kullanılmadan önce veya sonra gerçekleşmiş olması da önem taşımamalıdır.

İade borçlusunun aynen iade mümkün olmadığında bedel üzerinden iade ile sorumlu olması, kendi hâkimiyet alanında gerçekleşen bir olayın sonuçlarına katlanması anlamına gelir.¹⁰⁵² Aksi bir yaklaşım, hasarın iade alacaklısına geri intikali sonucunu doğuracaktır.¹⁰⁵³ Bu aşamada, iade borçlusunun aynen iade gerçekleşmediğinde sorumlu olmadığı bir sistemde, iade alacaklısı hem temerrüt hâlinden hem de iade imkânsızlığından ötürü iki kere zarara uğramaktadır. Alacaklının olumsuz zararını tazmin etme imkânı, onu yalnızca borçlunun kusuru ile imkânsızlığa sebep olduğu hâllerden korur.

Bir görüşe göre, sözleşmeden dönme öncesinde oluşan iade imkânsızlığı hâllerinde bedel üzerinden iade imkânını tanımak, TBK’da düzenlenen ve iadenin öngörüldüğü kira ilişkisinde kiracının (ayrıca ödünç alanı ve intifa hakkı sahibinin)

¹⁰⁵² Buz, **Dönme**, s. 192.

¹⁰⁵³ a.g.e., s. 197.

kusur sorumluluğu bulunduğu hâllerden daha ağır bir sorumluluk hâli ihdas etmektir; iade ilişkisinin öngörülmediği sözleşmeden dönmede ise daha ağır bir sorumluluk benimsenmemelidir.¹⁰⁵⁴ Aslında tam da bu sebeple, sözleşmeden dönme üzerine oluşan iade ilişkisinde iade borçlusunun hem kusurundan hem de kazadan doğan imkânsızlıktan sorumlu olması yerindedir. Örnek gösterilen hukuki ilişkilerin nitelikleri gereği, üçüncü bir kişinin malı kullanması ve iadenin bir nokrada gerçekleşmesi zorunludur. Bu durumda kiraya veren başkalarının kullanımına bıraktığı mala bazı zararlar gelebileceğini öngörebilecek durumdadır. Buna karşılık, sözleşmeden dönme sonucu oluşan tasfiye ilişkisinde iade yükümlülüğünün doğacağını sözleşme kurulurken öngörebilmek mümkün değildir. Bu durumda iade alacaklısını öngörmesi mümkün olmayan bir riskten sorumlu tutmamak gereklidir.¹⁰⁵⁵

Hem Fransız hem de Alman hukuklarında kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade yükümlülüğünün benimsenmiş olması, Türk ve İsviçre hukukları açısından da kabul edilmelidir. Alman hukukunda kabul edilen esas, sözleşmeden dönme sonrası tarafları mümkün olduğunda edimlerin ifasından önceki aşamaya getirmektir.¹⁰⁵⁶ Bu durumda, aynen iadenin gerçekleşemediği hâllerde de tarafları edimlerin ifasından önceki aşamaya getirmek bedel üzerinden iadenin kabul edilmesi ile sağlanabilir.

2. Bedel üzerinden iade borcunun doğduğu hâller

Aynen iade borcu ne zaman imkânsızlaşmış sayılacaktır? Türk ve İsviçre hukuklarında, TBK m. 125 ve OR m. 109 düzenlemesi bu konuda da sessiz kalmaktadır.

Alman hukukunda da hangi durumda aynen iadenin imkânsız olduğu tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, edimin iadesi BGB § 275 uyarınca

¹⁰⁵⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 585.

¹⁰⁵⁵ Karş. Buz, **Dönme**, s. 196.

¹⁰⁵⁶ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 134.

imkânsızlaşmadığı sürece, aynen iade gerçekleşmelidir.¹⁰⁵⁷ İade borçlusu, ancak bunu sağlamasının imkânsız olduğu ya da kendisinden beklenen edimi yerine getirmenin BGB § 275/f.2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği takdirde bedel üzerinden iade ile sorumlu olabilecektir.¹⁰⁵⁸ Bu görüşün karşısında, BGB § 346/ f. 2’de sayılan hâllerde, aynen iade borcunun imkânsızlaşması aranmadan bedel üzerinden iadenin söz konusu olması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁵⁹ Bunu reddeden yazarlardan bazıları iade borcunu BGB § 275 düzenlemesine tabi tutmanın bir teleolojik redüksiyon anlamına geleceğini belirtmektedir.¹⁰⁶⁰ Bir başka görüşe göre ise, iade borçlusunun seçim hakkı bulunmaktadır.¹⁰⁶¹

Hâkim görüş uyarınca, iade alacaklısı, iade borçlusundan BGB § 285 uyarınca iade konusunun imkânsızlaşması sonucunda elde ettiği kaim değeri talep edebilecektir.¹⁰⁶² Bu görüşe göre, kanun gerekçesinde BGB § 346 vd. hükümlerin BGB § 285 uygulaması açısından bir değişiklik getirmediği açıkça söylendiği için, bu hâlde kaim değer de söz konusu olacaktır.

¹⁰⁵⁷ Schwab, **Schwab, JuS 2002**, s. 632; Reischl, **JuS 2003 3**, s. 670; NK BGB - Hager § 346, par. 40; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 7; HK BGB - Fries § 346, par. 14; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 5a; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 50; Herold, **Das Rückabwicklungsschuldverhältnis**, s. 116.

¹⁰⁵⁸ Schwab, **Schwab, JuS 2002**, s. 632; NK BGB - Hager § 346, par. 37; Claus-Wilhelm Canaris, “Einführung in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **Schuldrechtsreform 2002**, ed. Claus-Wilhelm Canaris, München: C. H. Beck, 2002, s. XXXVII.

¹⁰⁵⁹ Schulze, Ebers, **JuS 2004**, s. 369; Stephan Lorenz, “Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach”, **NJW**, C. 58, S. 27, 2005, s. 1893; Annuss, **Folgen**, s. 187; Fest, **Einfluss**, s. 32; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 34; Dagmar Kaiser, “Rückgewähr durch Restitution oder Kompensation?”, **Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010**, ed. Thomas Lobinger, Reinhard Richardi, Jan Wilhelm, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, ss. 413-15; Erman BGB - Metzger § 346, par. 10; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 107 vd. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 139-140, 153; Jürgen Kohler, “Geldanspruch nach Rücktritt bei beseitigungsfähiger Verfügung über das Geleistete”, **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 214, S. 3, 2014, s. 372 vd.; Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 89. İade borcu doğmadan önceki durum için bu görüşte bkz. Florian Faust, “Haftung bei Störungen im Rückgewährschuldverhältnis”, **Juristische Schulung**, C. 49, S. 6, 2009, ss. 482-84; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 29-30.

¹⁰⁶⁰ Schwab, **Schwab, JuS 2002**, s. 632; Kaiser, **Rückgewähr**, s. 414; Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 89.

¹⁰⁶¹ Herold, **Das Rückabwicklungsschuldverhältnis**, ss. 116-17.

¹⁰⁶² Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 201; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 223; Stephan Lorenz, “Das „Zurückspringen“ der Gefahr auf den Verkäufer und seine Folgen - Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses”, **NJW**, C. 68, S. 24, 2015, s. 1727; NK BGB - Hager § 346, par. 71; Erman BGB - Metzger § 346, par. 45; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 110-111; Prütting BGB - Stürmer § 346, par. 13; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 20; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 77; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 2; İade yükümlülüğü doğduktan sonra mümkün olduğu hakkında bkz. jurisPK BGB - Faust § 346, par. 133; Sebepsiz zenginleşme hükümlerine benzerlik hakkında bkz. Soergel BGB - Lobinger §346, par. 59.

Benzer bir tartışma Fransız hukukunda da yapılmıştır. CC madde 1352, para dışındaki edimler açısından aynen iade söz konusu olacaktır. Doktrinde bu madde CC m. 1221 ile birlikte yorumlanarak, aynen ifada alacaklının menfaati ile ifanın borçlu açısından maliyeti arasında orantısız bir fark olmadığı sürece iadenin aynen gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰⁶³

Bu esaslar ışığında Türk ve İsviçre hukukları açısından da kural olarak, aynen iade esası benimsenmeli, aynen iade borcunun sınırları ise MK m. 2 çerçevesinde tespit edilmelidir. İade borçlusu, aynen iadeyi gerçekleştirmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği sürece, aynen iade ile yükümlü olacaktır.¹⁰⁶⁴

3. İadede Esas Alınacak Değer

Bedel üzerinde iade konusunda, Türk ve İsviçre doktrini edimin objektif değerinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁶⁵ Azınlık görüşüne göre ise, sözleşmede belirlenen subjektif değer esas alınmalıdır.¹⁰⁶⁶ Bir diğer görüşe göre ise, sözleşmede kararlaştırılan değer, edimin objektif değerini belirlemede bir araç olarak kullanılabilir.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶³ Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, **Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article**, 2. bs, Paris: LexisNexis SA, 2018, s. 805. Bu husus reform öncesinde de tartışılmaktaydı. Bkz. Guelfucci-Thibierge, **Nullité, restitutions et responsabilité**, par. 715; Genicon, **Résolution**, par. 935. Özellikle mülkiyet devrine ilişkin sözleşmelerde, iade borçlusunun malı üçüncü kişilerden isteyebileceğini kabul etmek, sözleşmeden dönmenin mülkiyet devrini de geçersizleştirmesi sonucunda artık iade alacaklısının malik olması durumu ile çelişiyordu. Bkz. a.g.e., par. 935.

¹⁰⁶⁴ Bazı Yargıtay kararlarında, sözleşmeden dönme üzerine iadenin aynen gerçekleşeceği, aynen iade mümkün değilse bedel üzerinden iadenin söz konusu olacağına yer verilmiştir. Ancak, bu kararlarda sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme yapıldığı için, bu kararlardaki esasları sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirmek gereklidir. 6. HD, E. 2021/4707, K. 2022/3050, 02.06.2022.

¹⁰⁶⁵ Bucher, AT, s. 377; Schenker, **Schuldnerverzug**, par. 717; Ehrat, **Rücktritt**, par. 580; Glasl, **Rückabwicklung**, s. 136; Buz, **Dönme**, s. 220; Ramoni, **Demeure**, par. 79; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 307; Kurt, **Temerrüt**, ss. 308, 311.

¹⁰⁶⁶ Glasl, **Rückabwicklung**, s. 137.

¹⁰⁶⁷ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 323. Yazara göre, sözleşmede belirlenen edim bedel üzerinden iade borcunun üst sınırını oluşturmalıdır, zira objektif değer subjektif değerden daha yüksek olursa, taraflar geçersiz bir sözleşmeden menfaat elde etmiş olacaklardır. a.g.e., par. 327-329. Reform öncesinde Fransız hukukunda da satış bedelinin doğrudan olmamakla birlikte edimin değerini belirlemede bir unsur olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Genicon, **Résolution**, par. 940.

Fransız hukukunda da aynen iade mümkün değilse, edimin iade anındaki parasal değeri iadeye konu olacaktır. Alman Hukuku'nda sözleşmeden dönme sonrası tasfiyede edimin sübjektif değeri esas alınmaktadır. Burada ise, Türk ve İsviçre hukuklarına pararel olarak, objektif değerın esas alınması söz konusudur.

Alman hukukunda ise, iadede esas alınacak değer, kural olarak karşı edimin sözleşmede belirlenen değeridir (BGB § 346/ f.2/ b.2). Burada edimin sübjektif değerine göre yapılan bir belirleme söz konusudur.¹⁰⁶⁸ Karşı edimin bulunmadığı veya belirlenmediği hâllerde ise, edimin objektif değeri esas alınır.¹⁰⁶⁹ Kanundaki bu sübjektif belirleme bazı eleştirilere konu olmuştur. Bu belirlemenin sözleşmeden dönmenin tarafları sözleşme kurulmadan önceki haline getirme amacına uymadığı ifade edilmektedir.¹⁰⁷⁰ Bazı yazarlara göre, teleolojik redüksiyon yöntemi ile bu hükmün yalnızca edimin objektif değeri esas alınacak şekilde yorumlanmalıdır.¹⁰⁷¹ Bir başka görüşe göre ise, sözleşmedeki bedelin esas alınacağına dair hüküm, bir karine olarak yorumlanmalı ve somut olayda sözleşmedeki bedelin esas alınmaması gerektiğine yönelik emareler varsa, edimin objektif değeri esas alınmalıdır.¹⁰⁷² Ayrıca, hâkim görüşe göre, ayıplı ifada, satış ve eser sözleşmelerindeki ayıp hükümlerinden (BGB § 444/ f. 3 ve BGB § 638/ f. 3) hareketle, sözleşmede kararlaştırılan bedelin

¹⁰⁶⁸ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 92; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 113; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 107 ve 160; NK BGB - Hager § 346, par. 42; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 90; Erman BGB - Metzger § 346, par. 15; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 105; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 10; HK BGB - Fries § 346, par. 15; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 10; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 58.

¹⁰⁶⁹ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 137; NK BGB - Hager § 346, par. 45; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 104; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 10; HK BGB - Fries § 346, par. 15; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 9; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 59. Öncelikle BGB'nin sözleşmesel bedelin belirlenmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı, buna rağmen bedelin tespit edilememesi hâlinde edimin objektif değerinin esas alınacağı hakkında Soergel BGB - Lobinger §346, par. 94; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 105.

¹⁰⁷⁰ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 108 ve 160; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 106; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 90; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 15. Kanunun gerekçesinde sübjektif değerin iadesinden memnun olmayan tarafın sözleşmeyi iptal ederek sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyeye tabi olacağı söylenmektedir BT-Drs. 14/ 6040, s. 196. Bu şekilde kanun gerekçesine göre objektif değerin iadesi söz konusu olabilecektir. Bu noktada bu sebepten sözleşmenin iptali ancak hata sebebiyle mümkün olabilir. Bu durumda da sözleşmeyi iptal eden tarafın tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu nedenle de bu gerekçeye katılabilmek mümkün değildir. Bkz. ayrıca jurisPK BGB - Faust § 346, par. 90.

¹⁰⁷¹ Jürgen Kohler, "Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung", **JZ**, C. 57, S. 14, 2002, ss. 689-90; Kohler, **AcP** 2008, s. 435.

¹⁰⁷² Peter Mankowski, Michael Schreier, "Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs. 2 BGB: Zugleich zur Verzahnung von Zivil-und Kartellrecht", **AcP**, C. 208, S. 6, 2008, s. 770; Jürgen Kohler, "Rücktrittsrechtliche Wertersatzbemessung", **AcP**, C. 213, S. 1, 2013, s. 96.

indirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁷³ Bazı yazarlar ise, edimin objektif değerinin üst sınır teşkil etmesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁰⁷⁴

Alman Federal Mahkemesi ise, bedel üzerinden iadenin sınırlandırılmasına ilişkin görüşleri kabul etmemektedir.¹⁰⁷⁵ Nitekim, kanundaki düzenlemeyi eleştiren yazarlar da tüm eleştirilere rağmen, kanundaki düzenlemenin uygulamada herhangi bir şekilde objektif değeri esas alacak şekilde yorumlanamayacağı görüşündedir.¹⁰⁷⁶

Bu eleştirilere karşın, bu düzenlemeyi savunan yazarlar da bulunmaktadır.¹⁰⁷⁷ Buna göre, sözleşmeden dönme sonucunda sözleşmenin geçersiz hâle gelmeyip bir tasfiye ilişkisine dönüştüğünden hareketle, daha önce ia edilmiş edimlerin tasfiyesinin sözleşmedeki belirlenen değer üzerinden yapılması uygun olacaktır.¹⁰⁷⁸

Görüldüğü üzere, edimin subjektif değerine ilişkin olan düzenleme, Alman hukukunda çokça eleştirilmektedir. Tarafları sözleşmeden önceki duruma getirmeyi hedefleyen sözleşmeden dönme düzenlemesinde bunun sağlanması ancak objektif değer in iadesi ile mümkün olabilecektir.

¹⁰⁷³ Kaiser, **JZ 2001**, s. 1059; Arnd Arnold, Wolfgang Dötsch, “Verschärfte Verbraucherhaftung beim Widerruf?”, **NJW**, C. 56, S. 3, 2003, s. 188; Reischl, **JuS 2003 3**, s. 667; Annuss, **Folgen**, s. 187; Faust, **JuS 2009**, s. 487; Döll, **Rückgewährstörungen**, ss. 128-29; NK BGB - Hager § 346, par. 45 vd.; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 96; Erman BGB - Metzger § 346, par. 15; HK BGB - Fries § 346, par. 15; Stürner, Prütting BGB - Stürner § 346, par. 10; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 10; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 6. Kira ve eser sözleşmelerindeki ayıp hükümlerinden hareketle bedelin indirilmesi gerektiği hakkında Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 109; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 57.

¹⁰⁷⁴ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 163.

¹⁰⁷⁵ BGH v. 19.11.2008 – VIII ZR 311/07 – BGHZ 178, 355. BGH v. 14.07.2011 – VII ZR 113/10 – NJW 2011, 3085

¹⁰⁷⁶ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 99; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 118 vd. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 163; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 91; Erman BGB - Metzger § 346, par. 15; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 106; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 58.

¹⁰⁷⁷ Canaris, **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**, s. XXXIX; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 92-93; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 127.

¹⁰⁷⁸ Lobinger, Soergel BGB - Lobinger §346, par. 92.

4. İadenin Esas Alınacağı An

İsviçre hukukunda, iade için esas alınacak an edimin ifa edildiği tarihtir.¹⁰⁷⁹ Bununla birlikte enflasyonist ülkelerde edimin ifa edildiği andaki değerinin esas alınması adil olmayan sonuçlar yaratacağından; Türk hukukunda iade anındaki değer esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁰⁸⁰ Aynen iadenin mümkün olduğu hâllerde, edimi iade anındaki durumuna göre değerlendirmektediriz. Bu durumda, aynen iadenin mümkün olamadığı hâllerde de iade anındaki değeri esas almak edimlerin iadesi açısından eşitliği sağlayacaktır. Bu noktada, sorun teşkil edebilecek bir husus, hızlı bir tüketim çağında olmamız ve ürünlerin modasının, bununla birlikte değerinin de hızlı olarak değiştiği bir dönemde iade anını esas almak olabilir. Burada, edimin iadesi anında değerinde kayıplar yaşanabilir. Nitekim, Alman hukukunda da edimlerin ifası ile iadesi arasında geçen sürede, edimin piyasa değerinde oluşan değer kayıpları iade alacaklısı açısından sözleşmeden dönmeden bağımsız olarak katlanılacak bir risk olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁸¹ Bu noktada, *Hartmann*'ın belirttiği üzere, sözleşmedeki bedel edimin değerini belirlemede bir kriter olarak dikkate alınabilir.¹⁰⁸²

Alman hukukunda ise, bedel üzerinden iadede edimin hangi andaki değere göre hesaplanması gerektiği konusunda çok çeşitli öneriler sunulmuştur. Bir görüşe göre, edimlerin ifa anı¹⁰⁸³, sözleşmenin kurulduğu an¹⁰⁸⁴ veya sözleşmeden dönme anı¹⁰⁸⁵ iade için dikkate alınmalıdır. Tarafların edimin iade edileceği hâldeki duruma getirilmesi esassından hareket eden yazarlar bedel üzerinden iade borcunun doğduğu

¹⁰⁷⁹ Becker, "BK/ Becker - Art. 109", par. 6; Bucher, AT, s. 377; Schenker, *Schuldnerverzug*, par. 717; Ehrat, *Rücktritt*, par. 578; Glasl, *Rückabwicklung*, s. 136.

¹⁰⁸⁰ Buz, *Dönme*, ss. 220-22.

¹⁰⁸¹ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 80; Döll, *Rückgewährstörungen*, s. 178; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 147; Florian Bartels, "Wert- und Schadensersatzansprüche im Rücktrittsfolgenrecht", *AcP*, C. 215, S. 2, 2015, s. 215; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 63; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 101. Bu kayıpların kötüleşme olduğu hakkında bkz. NK BGB - Hager § 346, par. 22.

¹⁰⁸² Bkz. dn.1080.

¹⁰⁸³ Döll, *Rückgewährstörungen*, s. 138; NK BGB - Hager § 346, par. 45; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 10; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 6; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 59. Edimin niteliği sebebiyle aynen iadenin mümkün olmadığı hâller için bu görüşte bkz. Annuss, *Folgen*, s. 187; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 107; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 87; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 26.

¹⁰⁸⁴ Grüneberg, *Grüneberg BGB - Grüneberg* § 346, par. 10.

¹⁰⁸⁵ Edimin niteliği sebebiyle aynen iadenin mümkün olmadığı hâller için bu görüşte Erman BGB - Metzger § 346. İade imkânsızlığı hâlleri için sözleşmeden dönme beyanının açıklandığı tarih olduğu görüşünde Annuss, *Folgen*, s. 187; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 88.

anı esas almaktadır.¹⁰⁸⁶ Son olarak, bir görüşe göre taraflar arasında gerçekleşen son sözlü duruşma anı esas alınmalıdır, zira sözleşmeden dönmenin tasfiye edici özelliği bu tarihteki iade ile sağlanabilir.¹⁰⁸⁷

Fransız hukukunda, malın iadesinde iade anındaki değer esas alınırken, hizmetler açısından farklı bir zaman dilimi söz konusudur: bu durumda hizmetin gerçekleştirildiği günkü değer esas alınacaktır (CC m. 1352-8). Edimin iade anındaki değerinin esas alınması reform öncesinde de Fransız hukukunda kabul edilmekteydi.¹⁰⁸⁸ İade anındaki değer esas alınması Alman Hukuku'ndan farklılaşmaktadır. Alman Hukuku'nda edimin hangi andaki değerinin esas alınacağı konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte, bunların hiçbiri iade anını esas almamaktadır.

C. İade İmkânsızlığı ve İade Hasarı

İsviçre hukukunda dönüşüm teorisinin doktrin ve içtihatlarca kabulüne rağmen, iade imkânsızlığı ve bununla bağlantılı olarak iade hasarına kimin katlanması gerektiği, üzerinde uzlaşa sağlanamamış bir konudur.

Bu başlık altında, Türk ve İsviçre hukuklarında iade hasarı sorununun ne şekilde ele alındığı incelenecektir. Sözleşmesel tasfiye dönüşüm teorisini savunanlar tarafından önerildiği için, bu teorisinin iade hasarını hangi tarafa ne gerekçe ile yüklediğine değinilecektir. Öte yandan, satış sözleşmesinde dönme hükümlerinde de iade hasarı sorunu tatmin edici biçimde olmasa da düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu hükümlerden de bahsedilecektir. Son olarak, Alman ve Fransız hukuklarında iade hasarının iade alacaklısına yüklendiği istisnaların neler olduğu ele alınacaktır.

¹⁰⁸⁶ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 168; Erman BGB - Metzger § 346, par. 15; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 106.

¹⁰⁸⁷ Lobinger, Soergel BGB - Lobinger §346, par. 101.

¹⁰⁸⁸ Genicon, **Résolution**, par. 941. Yazar bununla birlikte, hizmet edimlerinin bedel üzerinden iadesinde tutarlı bir içtihat olmadığını aktarmaktadır. Bkz. para. 944.

İsviçre hukukunda, dönüşüm teorisinin kabulünden önce, klasik dönme görüşü uyarınca iadeye sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmekteydi.¹⁰⁸⁹ Sebepsiz zenginleşme hükümlerini kabul eden yazarlar dışında, iade imkânsızlığı hâlinde satış sözleşmesinden dönme hükümlerinin uygulanmasını savunan yazarlar da olmuştur.¹⁰⁹⁰ Aynı etkiyi kabul eden yazarlar ise sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlem ile birlikte tasarruf işlemi de hükümsüzleştireceğinden hareketle, iade ilişkisine istihkak ve haksız zilyetlikte iade hükümlerini uygulamaktadır.¹⁰⁹¹ Tüm bu düzenlemelerin tasfiye ilişkisini tatmin edici bir biçimde çözmekten uzak olması ile dönüşüm teorisinin doktrinde kabulü üzerine sözleşmesel tasfiye esaslarının bedel üzerinden iade ve iade hasarı sorununu ne şekilde çözebileceği de ayrıca tartışılmıştır.

1. Türk ve İsviçre Hukuklarında İade Hasarına Kimin Katlanması Gerektiğine Yönelik Tartışmalar

a. Genel hükümlerde

Bedel üzerinden iade esasları incelenirken değinildiği üzere, dönüşüm teorisini savunan çoğu yazara göre iade imkânsızlığı sorununa yönelik tartışmalarda imkânsızlığın dönme hakkı kullanılmadan önce mi yoksa sonra mı ortaya çıktığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

İmkânsızlığın sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan önce çıktığı olasılıkta, bir görüşe göre, taraflardan her biri malı dilediği gibi kullanma hakkına sahip olacaktır; bu durumda imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması mümkün değildir; burada iade borçlusu bedel üzerinden iade ile sorumlu olacaktır.¹⁰⁹² Bu nedenle iade hasarına iade borçlusu katlanacaktır. Dönüşüm teorisini kabul eden

¹⁰⁸⁹ BGE 57 II 315, 323; Becker, “BK/ Becker - Art. 109”, par. 5; von Tuhr, Escher, **AG II**, s. 156; Oğuzman, Öz, **BG I**, 2023, C. 1, par. 1690; Comment, **Demeure**, s. 142; Arslanlı, **Bey**, s. 441.

¹⁰⁹⁰ CR CO I - Thévenoz - Art. 109, par. 2.

¹⁰⁹¹ Simonius, **Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums**, ss. 41-66; Ehrat, **Rücktritt**; Buz, **Dönme**.

¹⁰⁹² BK OR - Weber/ Emmenegger - Art. 109, par. 76; Furrer, Rainer, “CHK/ Furrer/ Wey, Art. 109”, par. 23; Eren, **BG**, par. 3508; Schenker, **Schuldnerverzug**, par. 726.

yazarlardan bazıları ise, burada TBK m. 79 hükmünün uygulama alanı bulacağı görüşündedir.¹⁰⁹³ Bir diğer yaklaşım ise, tazminat esaslarını uygulamak ve kusuru ile malı yok eden tarafın alacaklının menfi zararının gidermesini sağlamaktır.¹⁰⁹⁴

İade imkânsızlığının sözleşmeden dönme hakkı kullanıldıktan sonra ortaya çıkması hâlinde ise hâkim görüş, sonradan ortaya çıkan imkânsızlığa ilişkin hükümlerin (TBK m. 112 ve 136, OR m. 97 ve 119) uygulama alanı bulması yönündedir.¹⁰⁹⁵ Bu durumda, iade borçlusu edimin kusuru olmadan imkânsızlaşması hâlinde iade borcundan kurtulacaktır. İade alacaklısı da kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulacaktır. Edimin kusur sonucu imkânsızlaşması hâlinde ise, tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İmkânsızlığa iade alacaklısının sebep olması hâlinde ise hâkim görüş, satış sözleşmesindeki TBK m. 228 (OR m. 207) hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir.¹⁰⁹⁶

Bir diğer görüş ise imkânsızlığın nasıl gerçekleştiğini esas almaktadır. Bu görüşe göre, malın kötüleşmesi ve yok olması hâli ile, tüketilmesi ve üçüncü bir kişiye devredilmesi ayrı olarak değerlendirilmelidir. Malın kötüleşmesi ve yok olması hâlinde, iade borçlusu kusuru ile vermiş olduğu zarardan kural olarak sorumlu olacak; ancak imkânsızlıkta kusuru bulunmadığında, iade borçlusu temerrüde düşen tarafısa temerrüde düşmede kusuru bulunmadığında veya zarar iade alacaklısında da meydana gelebilecek olsaydı sorumluluktan kurtulacaktır. Görüldüğü üzere bu görüşe göre sorumluluğun esasları TBK m. 112 ve 117 çerçevesinde çizilmiştir.¹⁰⁹⁷ Öte yandan, malın tüketilmesi veya bir üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 79, OR m. 64) uygulanmalıdır. Sözleşmeden dönme sonrasında oluşan iade imkânsızlıklarında iade borçlusu zaten kötünietli zenginleşen

¹⁰⁹³ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 537 vd. Karş. CR CO I - Thévenoz - Art. 109, par. 9.

¹⁰⁹⁴ Bucher, **AT**, ss. 377 ve 379.

¹⁰⁹⁵ BK OR - Weber/ Emmenneger - Art. 109, par. 74-75; CHK OR - Furrer/ Wey, Art. 109, par. 22; KUKO OR - Thier, Art. 109, par. 3; Gauch, Schluep, Schmid, **AT**, C. I, par. 2807; Schwenzer, **AT**, s. 66.33; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **BG**, par. 1418; Eren, **BG**, par. 3508; Schenker, **Schuldnerverzug**, par. 725. Genel olarak bu yönde BSK OR/ Wiegand Art. 109, par. 7.

¹⁰⁹⁶ von Tuhr, Escher, **AG II**, s. 154; BK OR - Weber/ Emmenneger - Art. 109, par. 36.

¹⁰⁹⁷ CR CO I - Thévenoz - Art. 109, par. 8.

konumundadır. İade imkânsızlığı sözleşmeden dönme öncesinde gerçekleştiyse ve iade borçlusu iyiniyetliyse, bedel üzerinden iade borcu söz konusu olmadan, iade borçlusu borcundan kurtulacaktır.¹⁰⁹⁸

Doktrinde yeni bir yaklaşım ise, kazadan doğan imkânsızlık hâlinde iade konusu malın sözleşmeden dönme hakkına sahip taraf ile dönme beyanının yöneltildiği tarafta yok olmasına göre bir değerlendirme yapmaktadır. Malın sözleşmeden dönme hakkına sahip tarafta yok olması kısmi temerrüt hâlinde söz konusu olacak ve burada kısmi dönmeden bahsedilecektir. Bu durumda, iade söz konusu olacaksa satıştan dönme hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁹⁹ Malın sözleşmeden dönmeye sebebiyet veren tarafta yok olması hâlinde ise bu görüş bedel üzerinden iade borcunun sözleşmede kararlaştırılan sübjektif bedel üzerinden gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹¹⁰⁰ İmkânsızlığa temerrüde düşen dönme borçlusu sebebiyet verdiyse bedel üzerinden iade borcu doğacak; sonradan ortaya çıkan imkânsızlık hâli için ise sebepsiz zenginleşme hükümleri varlığına inanılan hakka göre yorumlanarak uygulanacak ve sorumluluk sözleşmede kararlaştırılan bedel ile sınırlı olacaktır.¹¹⁰¹

İade hasarı ile hasarın intikalinin mümkün olup olmayacağı OR 2020 Projesi'nde de ayrıca düzenlenmemiştir. Bu hususta projede de ilgili bir hüküm bulunmamasını bir eksiklik olarak nitelemek gereklidir.¹¹⁰²

b. Satış Sözleşmesinden Dönmede Hükümlerinde Yer Alan Hasar Rejimi

Genel hükümlerin aksine, satış sözleşmesinden dönme hâlinde iade hasarına kimin katlanacağına dair bir düzenleme bulunmaktadır. TBK m. 228 ve OR m. 207, uyarınca “*satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok*

¹⁰⁹⁸ a.g.e., par. 9.

¹⁰⁹⁹ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 494.

¹¹⁰⁰ a.g.e., par. 502.

¹¹⁰¹ a.g.e., par. 505-508.

¹¹⁰² Karş. Buz, *Rückabwicklung*, s. 575

olması veya ağır biçimde zarara uğraması” alıcının satış sözleşmesinden dönme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Bu hüküm kapsamında, üç ayrı olasılık düzenlenmiştir: yok olmanın maldaki ayıptan, beklenmedik hâl veya mücbir sebepten ya da alıcının kusurundan dolayı gerçekleşmesi. İlk iki hâl alıcının sözleşmeden dönme hakkının devamını sağlamaktayken, üçüncü hâlde dönme hakkı ortadan kalkmaktadır.

i. Ayıplı mal teslimi sonucu sözleşmeden dönme

TBK m. 228 uyarınca, sözleşmeden dönme hakkı satış konusu mal ayıp veya mücbir sebep sonucu yok olsa da kullanılabilir. Bu durumda, alıcı satış konusu maldan elinde kalanı iade ile yükümlüdür. Buna karşılık, mal alıcının kusuru sonucunda yok olduysa alıcı yalnızca bedeldeki azalmayı talep edebilecektir. Bu durumda, madde alıcının kusursuz ve kusurlu olmasına göre farklı sonuçlar bağlamıştır. Alıcının kusuru olmadan malın yok olması, iade hasarına satıcının katlanması ile sonuçlanacaktır. Buna karşılık, alıcının kusurlu olması, dönme hakkını ortadan kaldırır ve yalnızca bedeldeki azalmayı talep edebilmesine yol açar. Bu olasılıkları sırayla inceleyelim.

(a) Yok olmaya maldaki ayıbın sebep olması

Birinci olasılıkta yok olmaya maldaki ayıp sebep olmaktadır. Ayıplı mal teslim eden satıcı, bu sebeple ortaya çıkan bir iade imkânsızlığını alıcıya yükleyememelidir, zira bu olasılıkta satıcı sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemiştir.¹¹⁰³ Yok olmaya satıcının kontrol alanındaki bir konu olan ayıbın sebep olması nedeniyle, bu olasılıkta hasarın geriye intikali genel olarak uygun bulunmaktadır.¹¹⁰⁴

¹¹⁰³ BK OR – Giger, Art. 207, para. 9 ve 37; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 430.

¹¹⁰⁴ BK OR – Giger, Art. 207, para. 9 ve 37; ZK BGB - Oser/ Schönerberger, Art. 207, para. 2; a.yer; Honsell, **Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung**, s. 719; Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 203.

TBK m. 228/ f. 1 hükmünde malın yok olması veya “*ağır bir biçimde zarara uğraması*” TBK açısından şu tartışmaya sebebiyet vermiştir. Hüküm lafzi itibariyle yorumlandığında yalnızca mala ağır bir biçimde verilen zararların varlığında sözleşmeden dönüleceği, bu nitelikte olmayan zararların ise sözleşmeden dönme hakkı vermediği anlaşılmaktadır.¹¹⁰⁵ Bu durumda, ayıbın ölçütü ne olursa olsun, mala hafif bir zarar verdiği hâllerde dönme hakkının sona erdiği ve alıcının sözleşmeden dönemeyeceği gibi bir sonuca varmamıza neden olacaktır.

Önceki Borçlar Kanunu döneminde ise bu madde “*ayıp sebebi ile yahut kazaen telef ve ziyaa veya hasara uğraması*” şeklindeydi. Mevzuat kanunda ise burada sadece malın yok olmasından bahsedilmektedir. Ancak, malın ayıp sebebiyle kötüleşmesi hâlinde de bu hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir.¹¹⁰⁶

Bir görüşe göre, esasında önemli olan zararın ağırlığı değil, ayıbın ağırlığıdır.¹¹⁰⁷ Bu hüküm, bu nedenle amaca uygun olarak yorumlanmalı ve ayıbın ağır olduğu hâllerde alıcının dönme hakkı devam etmelidir.¹¹⁰⁸ Öte yandan, bir diğer görüşe göre, “ağır zarar” kavramı “esaslı zarar” olarak anlaşılmalıdır.¹¹⁰⁹ Bu yorum benimsendiğinde hükümdeki düzenlemeden farklı bir sonuca ulaşılmamış olunacaktır.

(b) Yok olmanın beklenmedik hâl veya mücbir sebepten kaynaklanması

İkinci olasılıkta yok olmanın beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten kaynaklanması söz konusudur. Bu durumda, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek ve iade borcu ortadan kalkacak, satıcının ise satış bedelini iade borcu devam edecektir. Hasar alıcıya geçmişken, alıcının dönme hakkının imkansızlığa rağmen devam ediyor olması, iade hasarına satıcının katlanmasına yol açacak ve artık

¹¹⁰⁵ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. bs, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, C. 1, s. 110.

¹¹⁰⁶ BK OR – Giger, Art. 207, para. 12.

¹¹⁰⁷ Rona Serozan, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, **İÜHFM**, C. 70, S. 2, 2012, s. 218; Yeşim Atamer, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler**, İstanbul: On İki Levha, 2012, s. 212 vd. Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 204.

¹¹⁰⁸ Serozan, **CISG**, s. 218; Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 204.

¹¹⁰⁹ Gümüş, **BÖ 1**, C. 1, s. 110.

hasarın geriye intikali söz konusu olacaktır.¹¹¹⁰ Bu hüküm de yürürlükten kaldırılan BGB § 350 a.F. hükmü ile CC m. 1647 gibi *mortuus redhibetur* ilkesinin günümüz hukukunda var olan görünümüdür.¹¹¹¹

Mehaz kanunun Almanca metninde yok olmanın kazadan (“*durch Zufall*”), Fransızca metninde ise, beklenmedik hâlden (“*cas fortuit*”) kaynaklanmasından bahsedilmektedir. Önceki Borçlar Kanunu döneminde ise, yok olmanın “kazadan” kaynaklandığından bahsedilmekteydi. Türk Borçlar Kanunu ise, Fransızca metinle paralel olarak beklenmedik hâli esas almış ve bu terimin yanına mücbir sebep kavramını da eklemiştir.

İsviçre hukukunda bu hükmün sadece yok olma hâllerinde değil, malın ciddi bir ölçüde kötüleşmiş olması hâlinde de uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.¹¹¹² Türk hukukunda ise, ağır biçimde zarara uğrama bu şartı karşılamaktadır.

Çoğu yazar bu düzenlemeyi çokça eleştirmekle birlikte, bazı yazarlara göre bu maddedeki menfaat dengesi esasında yerindedir; alıcı satış konusu maldaki ayıpları bilmemektedir ve bu ayıpların varlığından haberdar olsaydı malı mülkiyetine geçirmeyecektir. Bu durumda, hasarın satıcıya geri intikaline izin vermek ve alıcının ayıpsız bir mal teslim alması altında yatan menfaat korunmalıdır.¹¹¹³ Hükmü eleştiren yazarlar ise, esasında bu sebeple, bir diğer deyişle hüküm alıcıyı satıcıya nazaran daha iyi konumda bıraktığı için eleştirmektedir; bu durumda alıcı ayıpsız malın ifa edilmesinden daha avantajlı bir konuma gelmiş olmaktadır.¹¹¹⁴ Ayrıca, malın ayıplı olması ile yok olması arasında herhangi bir nedensellik bağı da bulunmamaktadır.¹¹¹⁵ Bazı yazarlar hükmü “*casum sentit dominus*” ilkesi ışığında yorumlayarak, kazadan

¹¹¹⁰ Buz, **Dönme**, s. 180.

¹¹¹¹ Bkz. Birinci Bölüm/ III/ A/ 3. Bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 466; Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 187. Roma hukukundan doğan bu kuralın hiçbir sınırlama olmadan kanunumuza aktarılmış olması, Serozan tarafından “Romalıdan daha çok Romalı” olmak olarak ifade edilmiştir.

¹¹¹² BK OR – Giger, Art. 207, para. 26; BSK OR – Honsell, Art. 208, para. 3.

¹¹¹³ BK OR – Giger, Art. 207, para. 9; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 438.

¹¹¹⁴ Heinrich Honsell, “Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB”, **Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010**, ed. Thomas Lobinger, Reinhard Richardi, Jan Wilhelm, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 719.

¹¹¹⁵ BSK OR – Honsell, Art. 208, para. 1. Buz, **Dönme**, s. 197; Buz, **Akamet**, s. 627; Serozan, **CISG**, s. 217; Karşı görüşte bkz. Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 453.

kaynaklanan hasara alıcının katlanması daha uygun olduğunu ileri sürmektedir.¹¹¹⁶ Bu düzenleme, başlı başına hasarın geri intikaline izin verdiği için sorunlu bir hüküm olarak kabul edilmelidir. Alıcının ayıplı mal tesliminde kullanabileceği seçimlik haklar, zaten yeteri ölçüde korunmasını sağlamaktadır.¹¹¹⁷

(c) Yok olmaya alacaklının sebep olması

Satış sözleşmesinden dönme hâlinde, alıcının mal üzerinde gerçekleştirmiş olduğu bazı değişiklikler dönme hakkının sona ermesine yol açacaktır. TBK m. 228/ f. 3 uyarınca, satış konusu malın alıcıya yüklenebilen bir sebepten yok olması ya da alıcının malı bir üçüncü kişiye devretmesi ile biçimini değiştirmesi hâlinde de dönme hakkının sona ereceği, buna karşılık alıcının bedeldeki azalmayı isteyebileceği düzenlenmektedir. Bu durumda, alıcı dönme hakkını kullanamayacaktır.¹¹¹⁸

Hüküm çerçevesinde dönme hakkını ortadan kaldıran üç hâl şunlardır: malın alıcıya yüklenebilen bir sebeple yok olması, alıcının malı üçüncü bir kişiye devretmiş olması ve alıcının malın biçimini değiştirmiş olması.

(i). Alıcıya yüklenebilen bir sebepten dolayı yok olma

TBK m. 228 hükmünde bahsedilen ilk hâl, satım konusu malın alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmasıdır. Reform öncesi Alman hukukunda da benzer bir düzenleme söz konusu idi. Alman hukukunda BGB § 351 hükmü iade borçlusunun edimin yok olmasına sebebiyet vermesi veya iadenin başka bir şekilde imkânsız hâle gelmesi durumunda, sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkıyordu. Fransız hukukunda ise, iade konusu malın yok olması, satış sözleşmesinden dönme hakkını ortadan kaldırmaktadır.¹¹¹⁹

¹¹¹⁶ Glasl, *Rückabwicklung*, s. 211.

¹¹¹⁷ a.yer; Buz, *Akamet*, s. 628; Nalan Kahveci, *Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi*, Ankara: Adalet, 2014, s. 295; Çağlayan Aksoy, *Ayıplı Mal*, s. 212.

¹¹¹⁸ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 470.

¹¹¹⁹ Genicon, *Résolution*, par. 936.

TBK m. 228 hükmü yok olmanın alıcıya “yüklenebilen” bir sebepten yok olmasından bahsederken, mehz Kanun’un Almanca ve Fransızca metninde “kusur” (*Verschulden, faute*) ifadesi kullanılmıştır. öBK döneminde ise “taksir” kavramı kullanılmaktaydı.¹¹²⁰ İsviçre hukukunda ve öBK döneminde Türk hukukunda kusur kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışılmıştır. Hâkim görüş, bu maddede belirtilen kusur ifadesinin teknik anlamda kusur anlamında olmadığıdır.¹¹²¹ Bir görüşe göre, burada kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen anlaşılmalıdır.¹¹²² Bir diğer görüşe göre ise, malın yok olması ile illiyet bağı olan her türlü davranış esas alınmalıdır.¹¹²³

(ii). Malın alıcı tarafından bir üçüncü kişiye devredilmiş olması

Dönme hakkının ortadan kalktığı bir diğer hâl malın üçüncü kişilere devredilmiş olmasıdır. Burada kullanılan devir (öBK döneminde temlik) kelimesinin geniş yorumlanarak, mal üzerinde başka sınırlı ayni hakların kurulması hâlinde de dönme hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmektedir.¹¹²⁴

Bu hüküm kapsamında, alıcının ayıbın varlığına rağmen malı bir üçüncü kişiye devretmiş olması dönme hakkından zımnen vazgeçtiğine işaret etmektedir.¹¹²⁵

¹¹²⁰ TBK gerekçesinde alıcıya yüklenebilen sebep kavramının kusur kelimesi yerine getirildiğine dair bir açıklama bulunmadığından hareketle, yeni hüküm açısından da kusur kelimesi yönünde bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bkz. Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 225.

¹¹²¹ BK OR – Giger, Art. 207, para. 14; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, 6. tıpkıbasım İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, C. I/ 1, s. 189; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs, İstanbul: Beta, 2014, s. 182; Gauch, **Der Werkvertrag**, par. 1594; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 465; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 478; Kahveci, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, s. 291 dn. 701.

¹¹²² BK OR – Giger, Art. 207, para. 14; Gauch, **Der Werkvertrag**, par. 1594; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 465; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 478; Yavuz, Acar, Özen, **BÖ**, s. 182.

¹¹²³ Sylvio Venturi, Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, “Art. 207”, **Commentaire Romand - Code des obligations I**, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, par. 4; Kahveci, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, s. 291 dn. 701.

¹¹²⁴ BK OR – Giger, Art. 207, para. 31; Tandoğan, **BÖ I/1**, C. I/ 1, s. 189. Edis, Aral

¹¹²⁵ Hartmann, **Rückabwicklung**, s. 521. Burada haklı olarak, ayıptan haberdar olmayan alıcının göz ardı edildiği belirtilmektedir. Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, par. 239; Gümüş, **BÖ 1**, C. 1, s. 112.

Doktrinde bir görüşe göre, malın üçüncü kişilerden geri alınabilecek olması durumunda, alıcının dönme hakkı sona ermemelidir.¹¹²⁶ Benzer bir tartışma Alman hukukunda da yapılmaktadır; ancak orada varılan sonuç dönme hakkının ortadan kaldırılması değil bedel üzerinden iadeye hükmedilmesine ilişkindir.

(iii). Alıcının malın biçimini değiştirmiş olması

Bir diğer hâl ise malın biçiminin değiştirilmesidir. Bu hâl de Alman hukukunda bedel üzerinden iadeye karar verilebildiği hâllerden birini oluşturmaktayken, Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmaktadır.

Biçim değiştirmeden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu noktada, biçim değiştirmenin belirli bir ağırlığı olması gereklidir, ayıplı olma hâli biçim değiştirmenin gerisinde kalmalıdır.¹¹²⁷ Bir diğer ölçüt dürüstlük kuralıdır; dürüstlük kuralı çerçevesinde satıcının maldaki biçim değişikliğine rağmen iadede menfaati varsa dönme hakkı sona ermemelidir.¹¹²⁸ Bir diğer kritere göre, biçim değiştirmenin geri alınıp alınamayacağı da dikkate alınmalıdır.¹¹²⁹

Malın biçiminin değiştirilmesi yanında, karıştırma, işlenme ve birleşme hâllerinde de bu hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir.¹¹³⁰

Bu kapsamda yapılan bir diğer tartışma, alıcının ayıptan var olup olmasının bu hüküm uyarınca dönme hakkını ortadan kaldırma konusunda bir etkisi olup olmadığıdır. Bir görüşe göre, ayıbın varlığını bilmesine rağmen malın biçimini

¹¹²⁶ BK OR – Giger, Art. 207, para. 31; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 521. Bir görüşe göre, alıcının devir karşılığında elde ettiği bir bedel varsa, bunu satıcıya iade ederek sözleşmeden dönebilmelidir. Ancak burada, bir başka işlemin hasar paylaşımı satıcıya yüklenmiş olacaktır. a.g.e., par. 525; Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 240. Yazara göre, alıcı satış bedelini iade ederek sözleşmeden dönebilmelidir.

¹¹²⁷ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 538; Karş. Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 235.

¹¹²⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**.

¹¹²⁹ BK OR – Giger, Art. 207, para. 28; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 538; Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, s. 235.

¹¹³⁰ BK OR – Giger, Art. 207, para. 28; BSK OR – Honsell, Art. 207, para. 2 Tandoğan, **BÖ I/1**, C. I/1, s. 189; Gümüş, **BÖ 1**, C. 1, s. 112.

değiştiren alıcı, zımnen dönme hakkından vazgeçmiştir.¹¹³¹ Bununla birlikte, diğer bir görüşe göre, alıcının ayıbın varlığını bilip bilmemesi önemli değildir.¹¹³²

(iv). Diğer Hâller

TBK m. 235 uyarınca satış konusu malın alıcıya satış bedeli ödenmeden önce devredildiği olasılıkta, alıcının temerrüde düşmesi sonucunda sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, satıcının sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması gereklidir.

ii. Taksitli satış sözleşmesinden dönme

Taksitli satış sözleşmesinden dönme sonucunda iade hükümleri alıcıyı korumayı amaçlamaktadır.¹¹³³ TBK m. 260 uyarınca, alıcının temerrüde düşmesi sonucu sözleşmeden dönme hâlinde, alıcı ve satıcı daha önce ifa ettikleri edimlerin iadesi ile yükümlü olacaklardır. Bu durumda alıcı ayrıca, “*hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli*” ile, satılanın olağan kullanımı aşan kullanımlar için de tazminat ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte kanunda alıcı lehine bir sınırlama da mevcuttur. Buna göre, “*satıcı sözleşme zamanında ifa edilecek olsaydı elde edecek olduğundan fazlasını isteyemez*” (TBK m. 260/ f.1).

Satış konusu malın henüz alıcıya teslim edilmediği durumda ise, alıcı ödenmeyen taksit üzerinden temerrüt tarihinden itibaren işleyen yasal faizi ödemekle yükümlü olacaktır (TBK m. 260/ f.2). Satıcının ayrıca malın uğradığı değer kaybını tazminat olarak talep etme hakkı bulunmaktadır. Taksitli satışlara ilişkin olan OR m. 226 vd. düzenlemeleri ise yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹³¹ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 537.

¹¹³² BK OR – Giger, Art. 207, para. 27

¹¹³³ Buz, **Dönme**, s. 163.

Bu düzenleme çerçevesinde, kullanımdan kaynaklanan kötüleşmelere kural olarak alıcı katlanmaktadır. Bu durumda iade hasarı alıcıdadır. Ancak kusura bağlı olmayan kötüleşme ve yok olmalarda iade hasarı satıcıya yüklenmiştir. Bu düzenlemenin de genel sözleşmeden dönme hâli için uygun bir örnek teşkil ettiğini söyleyebilmek mümkün olmayacaktır. Zira taksitle satış hükümlerinde alıcı, satıcıdan daha fazla korunmaya tabi iken, genel hükümlere göre dönmede iade borçları açısından tarafları birbiri ile eşit konumda kabul etmek gereklidir. Bu nedenle de satıcı için getirilmiş sınırın, genel hükümlere taşınması sözleşmeden dönmenin eski hale getirme amacı ile bağdaşmamaktadır.

2. İade Hasarının Hangi Tarafa Yükleneceği Hususunda Ele Alınan Kriterler

Türk ve İsviçre hukuklarındaki genel düzenlemeler ve iade hasarına ilişkin tartışmalardan bahsettikten sonra, iade hasarının hangi tarafa yükleneceğinin tespiti için yardım alınan ilkeleri değerlendirmek gereklidir. Görüleceği üzere, yapılan tartışmalarda sayıca fazla kriterler ele alınmıştır. Bu kriterler aşağıda yer almaktadır.

a. İmkansızlığın doğduğu an

Dönüşüm teorisinin önerdiği hasar rejiminde ilk dikkat çeken husus, hâkim görüşün imkânsızlığın ortaya çıktığı ana göre hasarın paylaştırılması hususunda farklı bir yaklaşım izlemesidir. Bu yaklaşımın hasar sorununa tatmin edici bir çözüm getirdiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Öncelikle, sözleşmeden dönme öncesi ve sonrasında hasar sorununu farklı esaslara dayanarak çözmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Hâkim görüşe göre, dönmeden önce imkansızlıkta bedel üzerinden iade söz konusu olacakken, aynı olay sözleşmeden dönme sonrasında gerçekleşince kusuru olmayan iade borçlusu borcundan kurtulmuş sayılacaktır. İmkânsızlığın gerçekleştiği ana göre hasara katlanacak tarafın değişiyor olması tatmin edici bir çözüm olmadığı gibi, mantıklı da değildir.¹¹³⁴

¹¹³⁴ Glasl, *Rückabwicklung*, s. 151; Buz, *Dönme*, s. 211.

Ayrıca, hâkim görüşün belirlediği esaslara göre, konusu hizmet edimleri olan sözleşmelerde hasar sorunu gündeme gelmeden bedel üzerinden iade borcu doğacaktır. Konusu eşya olan edimlerde ise, dönme hakkı öncesinde kazadan doğan imkânsızlığa dahi iade borçlusu katlanacak iken, dönme hakkı sonrasında imkânsızlık gerçekleşirse, aynı konumda olan iade borçlusu kusuru olmadığını ispatlayarak borcundan kurtulabilecektir. Tasfiye sonucunda mümkün olduğunda aynı esasların uygulanması gerekmekte iken, edimler açısından ortaya çıkan bu farklılığı sağlam temellere dayanarak izah edebilmek mümkün değildir.¹¹³⁵

İmkânsızlığın sözleşmeden dönmeden sonra gerçekleştiği olasılıkta borçlunun sorumluluğunun daha ağır olması belirlenirken, hâkim görüş tam tersi bir sonuca ulaşmaktadır.¹¹³⁶

b. Casum sentit dominus/ res perit domino

Dönüşüm teorisini savunan yazarlar imkansızlaşmanın gerçekleştiği ana göre ortaya çıkan ikiliği, “*casum sentit dominus*” kuralı ile açıklamıştır. Buna göre, malik olan iade borçlusu dönme öncesinde malik olduğu için malda ortaya çıkan her türlü zarara da katlanmak zorundadır.¹¹³⁷ Aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarlardan da tesadüfî yok olmalardan dolayı ortaya çıkan hasarı bu ilke uyarınca, malike yükleyenler olmuştur. Buna göre dönme öncesinde sözleşmeden dönmeye sebebiyet veren taraf, dönme sonrasında ise mülkiyet geri döneceği için dönme hakkına sahip taraf iade hasarına katlanacaktır.¹¹³⁸

“*Casum sentit dominus*” veya “*res perit domino*” ilkesi zarara malikin katlanacağını belirten Latince bir ilke olup, Roma hukukunda iyiniyetli zilyedin mala

¹¹³⁵ Glasl, *Rückabwicklung*, s. 152.

¹¹³⁶ Petitpierre, *Vertragsrecht und Bereicherungsrecht - La rupture est-elle définitivement consommée? Plaidoyer pour une réconciliation*, s. 534.

¹¹³⁷ Schenker, *Schuldnerverzug*, par. 737; Glasl, *Rückabwicklung*, s. 150; BK OR - Weber/ Emmenegger - Art. 109, par. 80; CHK OR - Furrer/ Wey, Art. 109, par. 23; KuKO/ Thier - Art. 109, par. 3; Bucher, *AT*, s. 664; Gauch, Schlupe, Schmid, *AT*, C. I, par. 2807.

¹¹³⁸ Ehrat, *Rücktritt*, par. 533.

gelen zararlardan dolayı sorumlu olmaması için kullanılmakta ve sözleşmedeki hasar paylaşımı ile bir ilgisi bulunmamaktaydı.¹¹³⁹ Bu ilke malikle zilyet arasındaki ilişkilerde oluşabilecek hasarın dağılımı sorununa ilişkin olup, sözleşmesel tasfiye esaslarındaki hasarın ne şekilde paylaştırılması gerektiğine tatmin edici bir gerekçe sunamamaktadır.¹¹⁴⁰ Ayrıca, sözleşmeden dönmenin dönme üzerine gerçekleşen tasarruf işlemini de geçmişe etkili olarak sona erdirdiği kabul edildiği takdirde veya bu ilkenin tasarruf işlemini de sakatlayacak diğer geçersizlik hâllerinde uygulanması hâlinde bu sefer malik olan kişi iade alacaklısı olacaktır.¹¹⁴¹ Bu durumda iade hasarına katlanacak taraf bu ilkeye dayanan yazarların önerilerinin tam tersi olacaktır.¹¹⁴² Dolayısıyla bu ilkeye dayanarak iade hasarının hangi tarafta kalacağını belirlemeye çalışmak mülkiyet devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğine göre farklı bir esas kabul edilmesi anlamına gelecektir, ki bu da tutarsız bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

c. İyiniyet

Serozan, dönme hakkının öğrenilmesinden önce malda meydana gelen zararlardan sorumluluğun iyiniyetli sebepsiz zenginleşen ya da iyiniyetli haksız zilyet sorumluluk esaslarının uygulanması gerektiği görüşündedir.¹¹⁴³ Bu görüş, yalnızca sözleşmeden dönme açısından değil, bu tezde esas alınan ve sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiren diğer tüm hâller için tatmin edici bir çözüm sağlamaktan uzak olup, bu sonucun kabul edilmemesi için çok çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu durumda, dönüşüm teorisi ile bu sonucun bağdaştırılabilmesi de mümkün olmayacaktır.¹¹⁴⁴

d. Kusur

Sözleşmeden dönme üzerine iade imkânsızlığı ve iade hasarı için önemli bir kriter iade borçlusunun kusurudur. Hâkim görüşe göre, sözleşmeden dönme

¹¹³⁹ Andreas Wacke, “Casum sentit dominus: Liability for Accidental Damages in Roman and Modern German Law of Property and Obligation”, *Journal of South African Law*, S. 3, 1987, ss. 321, 328 ve 330.

¹¹⁴⁰ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 447 vd. Buz, *Dönme*, s. 186 vd.

¹¹⁴¹ Ehrat, *Rücktritt*, par. 533. Giger, *Rechtsfolgen*, s. 132.

¹¹⁴² Buz, *Dönme*, ss. 186-87; Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 542.

¹¹⁴³ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 582 vd.

¹¹⁴⁴ Buz, *Dönme*, s. 188.

öncesindeki aşamada iade borçlusu mala kusuru olmadan dahi imkânsızlığa sebep olduğu takdirde, bedel üzerinden iade ile sorumlu olacaktır. Dönme sonrasında ise kusur hem iade borçlusunun iade borcundan kurtulmasına hem de iade hasarını iade alacaklısına yükleyebilmesine yarayan bir unsur olacaktır. İade imkânsızlığı borçlunun kusurundan kaynaklanmadıysa, hâkim görüş uyarınca iade borcu sona erecektir.

Dönme beyanına kadar iade borçlusu malı bir malik gibi kullanma hakkına sahipken, ona geçmişe dönük bir kusur atfında bulunmak haklı olarak “*yapay bir çözüm*” olarak nitelendirilmektedir.¹¹⁴⁵ Kusur esası açısından bir diğer eleştiri TBK m. 136’nın ayrıca hangi davranışın kusurlu olduğu değerlendirmesi yapılmasını gerektirdiği için de uygulama itibarıyla zorluk çıkaracak bir hüküm olmasıdır.¹¹⁴⁶

Hâkim görüşe yöneltilecek bir başka eleştiri, satıcının önceden ifada bulunup bulunmadığına göre farklı sonuçlar doğurmasıdır.¹¹⁴⁷ Gerçekten de *Hartmann*’ın verdiği örnekte de görüleceği gibi, her iki edim de ifa edilseydi (borçlu temerrüdünde bu durum ancak kısmî temerrütte söz konusu olacaktır), mal alıcının elindeyken yok olduğu takdirde alıcı malı iade borcundan kurtulacak; bunun karşılığında da satış bedelini alamayacaktır. Bu örnekte iade hasarına katlanacak kişi alıcı olacaktır. Ancak, alıcı henüz kendi edimini ifa etmemişse, onun karşı edimi talep etme hakkının ortadan kalktığından söz edemeyiz. Bu durumda, iade hasarına satıcı katlanacaktır. Tıpkı Saldo teorisi gibi, bu hâlde de önceden ifa eden taraf açısından dezavantajlı bir durum oluşmaktadır.¹¹⁴⁸

TBK m.136’nın dezavantajlı sonuçlarını gidermek için, bu hükmün her iki edimin de birbirine denk olduğu hâllerde uygulanması önerilmiştir.¹¹⁴⁹ Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmede böyle bir denkliğin söz konusu olabilmesi mümkün değildir; bu olasılıkta zaten bir taraf henüz kendi edimini ifa etmemiş, ya da

¹¹⁴⁵ a.g.e., s. 189.

¹¹⁴⁶ Glasl, *Rückabwicklung*, s. 153.

¹¹⁴⁷ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 465.

¹¹⁴⁸ Glasl, *Rückabwicklung*, s. 153; Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 465; Buz, *Akamet*, s. 643.

¹¹⁴⁹ Schenker, *Schuldnerverzug*, par. 725.

ancak bir kısmını ifa etmiş durumdadır.¹¹⁵⁰ Bir görüşe göre ise, bu durumda dönme hakkı sona erer; alacaklının müspet zararı tazmin hakkı saklıdır.¹¹⁵¹ Dönme hakkının ortadan kalkması ise sorunu çözmecektir.

e. Beklenmedik hâlden doğan sorumluluk ve temerrüde düşmede kusur

Ehrt'a göre *casum sentit dominus* ilkesinin önemli bir istisnasını, temerrüt hükümlerinde beklenmedik hâlden sorumluluğu düzenleyen OR 103 (TBK m. 119) hükmü oluşturmaktadır. Temerrüde düşmede kusuru olan taraf iade hasarına katlanacak, eğer taraf temerrüde düşmede kusurlu değilse *casum sentit dominus* kuralı geçerli olacaktır.¹¹⁵² Aynı esasa farklı gerekçelerle Thévenoz da katılmaktadır.

Ancak söz konusu hüküm temerrüde düşen tarafın kendi ediminin imkansızlaşmasına ilişkin olup, borçlunun kusurunu gerektirmektedir.¹¹⁵³

f. Satıştan dönme hükümlerinin genel hükümlere taşınması

Bir görüşe göre, dönme hakkı kullanıldıktan sonra gerçekleşen imkânsızlığa da satıştan dönme hükümleri uygulanmalıdır. Buna istisna olarak da alıcının iade borcunda temerrüde düşmüş olması gösterilmektedir.¹¹⁵⁴ Bununla birlikte, TBK 228'in genel dönme hükümlerine uygulanması genel olarak reddedilmektedir.¹¹⁵⁵ Satıcı ayıplı mal teslim eden taraf olarak daha az korumayı hak etmektedir ve buna göre tasarlanan hasar kurallarını sözleşmeden dönen taraf için uygulamak mümkün olmamalıdır.¹¹⁵⁶ Öte yandan, hasarın geri yüklenmesinin yarattığı olumsuz sonuçlar

¹¹⁵⁰ Buz, *Dönme*, s. 213.

¹¹⁵¹ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, ss. 475, 609, 614.

¹¹⁵² Ehrt, *Rücktritt*, par. 535-536.

¹¹⁵³ Buz, *Dönme*, s. 198.

¹¹⁵⁴ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 467.

¹¹⁵⁵ Buz, *Dönme*, s. 200; Schenker, *Schuldnerverzug*, par. 733; Glasl, *Rückabwicklung*, s. 154/155; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 629.

¹¹⁵⁶ Buz, *Dönme*, s. 200.

bu şekilde genelleştirilmiş olacaktır.¹¹⁵⁷ Ayıp sebebiyle satış sözleşmesinden dönmede hasarın geriye intikaline izin veren düzenlemenin bedel üzerinden iade yerine mal üzerinde hakimiyeti bulunmayan kişiyi sorumlu kılması, genel hükümlere göre sözleşmeden dönme hâlleri için de reddedilmelidir.

g. Hakimiyet alanı

Son olarak, alıcının hakimiyet alanında gerçekleşen her iade imkânsızlığında bedel üzerinden iadenin gerçekleşmesi gerektiğini savunan görüş ele alınacaktır. Bu görüşe göre, her bir taraf kendi hakimiyet alanında gerçekleşen hasarın sonuçlarına katlanmalıdır.¹¹⁵⁸ Bu görüş sonucunda, iade borçlusu iade hasarına katlanacaktır.

Bu durumda iade borçlusu kural olarak hep sorumlu olmaktadır, hasarın iade alacaklısına geri yüklenmesi yalnızca imkânsızlığa yol açan davranışın iade alacaklısı tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde söz konusu olacaktır.¹¹⁵⁹ Yine bu görüşe göre, aynı esas iade alacaklısı için de geçerli olmalı ve bedel üzerinden iade söz konusu olmalıdır, zira iade alacaklısı zaten seçimlik haklar ile yeterli ölçüde korunmuş durumdadır.¹¹⁶⁰

Bu görüşe sözleşmeden dönme sonrasında bedel üzerinden iade borcuna imkân tanıdığı için üstünlük tanınmalıdır. Bununla birlikte, iade imkânsızlığında hasarın iade alacaklısında tanındığı tek hâl imkânsızlığa yol açan davranışın iade alacaklısında da gerçekleşecek olması katı bir hasar kuralı olarak nitelendirilmelidir.

¹¹⁵⁷ a.g.e., s. 201

¹¹⁵⁸ a.g.e., s. 192.

¹¹⁵⁹ a.g.e., s. 194; Buz, **Akamet**, s. 661.

¹¹⁶⁰ a.g.e., s. 193 dn. 244.

3. İade Hasarına Kimin Katlanacağı Sorununun Diğer Hukuk Sistemlerinde Ele Alınış Biçimi

Hem Alman hem de Fransız hukukları, bazı hâllerde hasarın geriye intikaline izin veren düzenlemeler barındırmaktadır. Alman hukukunda dört farklı durumda hasar iade borçlusuna değil iade alacaklısına ait olacakken, Fransız hukuku kusur ve iyiniyet esasını hasarın geriye intikali için yeterli saymaktadır. Öte yandan Fransız hukukunda satış sözleşmeleri açısından genel hükümlerden ayrılan bir düzenleme söz konusudur.

a. Alman Hukukunda

Alman hukukunda, kural olarak, edim konusunda meydana gelen kötüleşmelere iade borçlusu katlanmaktadır.¹¹⁶¹ Bunun bir istisnası BGB § 346/ f.2/ b.3'te olağan kullanıma koymadan doğan değer kayıplarının bedel üzerinden iade borcu kapsamında yer almayacağına dair düzenlemedir. Buna ek olarak, BGB § 346/ f.3'te de iade borcunun ortadan kalktığı ve sonuç olarak hasara iade alacaklısının katlandığı hâller bulunmaktadır. Bedel üzerinden iade borcunu sona erdiren hâller BGB §346/ f. 3'te üç bent hâlinde şöyle sıralanmıştır: *“dönme hakkına yol açacak ayıptan malın işlenmesi veya değiştirilmesi anında haberdar olunması”, “iade alacaklısının sebep olduğu imkânsızlık”* ile *“kanuni dönme hâllerinde, dönme hakkı sahibinin kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermiş olmasına rağmen, iade konusu edimde kötüleşme ve yok olmanın gerçekleşmiş olması”*.

Bedel üzerinde iade borcunun ortadan kalktığı bu hâllerde, iade borçlusu elinde kalan zenginleşme miktarını iade ile yükümlüdür (BGB § 346/ f. 3/ c. 2). Bu durumda, iade borcundan iade borçlusunun elinde kalan miktarın iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecektir.¹¹⁶² Bunun sonucu olarak, iyiniyetli sebepsiz

¹¹⁶¹ Stadler, Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 4.

¹¹⁶² İade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecek olmasına karşın, yararların iadesi borcu yine sözleşmeden dönme hükümleri uyarınca devam etmektedir. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 218. Bu sebeple, bu hükmün uygulama alanının da çok dar olacağı hakkında bkz. a.yer. Harcamalar açısından ise, bunların BGB §347 hükmü sınırları dahilinde talep edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Döll, Rückgewährstörungen, s. 324.

zenginleşenin iade borcundan kurtulabilmesine imkân veren BGB § 818/ f. 3 hükmü ile BGB § 818/ f. 4 ve §819 hükümlerinde yer alan ağırlaştırılmış sorumluluk hâlleri burada da uygulama alanı bulacaktır.¹¹⁶³

i. Uygun kullanıma koyma

Bedel üzerinden iadenin söz konusu olmayacağı hâllerden biri, malın uygun kullanıma konma sonucunda oluşacak değer kayıplarıdır. BGB § 346/ f.2/ b.3 uyarınca olağan kullanıma koymadan (“*bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme*”) doğan değer kayıpları bedel üzerinden iade borcu kapsamında yer almayacaktır. Bu düzenleme ile, malın olağan kullanımından doğan değer azalmalarına iade borçlusu değil, iade alacaklısı katlanacaktır. Kullanım dönme anından sonra gerçekleşmiş olsa dahi, bedel üzerinden iade söz konusu olmayacaktır.¹¹⁶⁴ Hangi kullanımın uygun olduğunun tespitinde ise taraflar arasındaki sözleşmenin esas alınacağı kabul edilmektedir.¹¹⁶⁵ Buna ek olarak, böyle bir anlaşma yoksa, bir görüşe göre, satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğun şartlarına ilişkin BGB § 434/ f. 1 hükmü,¹¹⁶⁶ bir diğer görüşe göre ise kiralananın sözleşmeye uygun kullanımının kötüleşme sayılmayacağına dair BGB § 538 ile ödünç konusunun iadesine ilişkin BGB § 604 hükümleri referans alınmalıdır.¹¹⁶⁷

Alman hukukunda, malın kullanımı ve kötüleşme ilişkisi üzerinde yapılan iki farklı tartışma vardır. Birinci tartışma uygun kullanım ve kötüleşme ilişkisi hakkındadır. Bu kapsamda, hâkim görüş, uygun kullanım (*bestimmungsgemäßen Gebrauch*) olarak tanımladıkları kullanımdan kaynaklanan yıpranma veya hasarların

¹¹⁶³ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 149; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 334; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 218; NK BGB - Hager § 346, par. 66; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 105; Erman BGB - Metzger § 346, par. 18; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 126; HK BGB - Fries § 346, par. 17; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 22; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 70; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7. Kaiser ise, 819’un uygulanmasını kabul etmekle beraber, 818/3’ün uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 219.

¹¹⁶⁴ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 185.

¹¹⁶⁵ Kaiser, **JZ 2001**, s. 1062; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 88; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 186; NK BGB - Hager § 346, par. 41; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 68; Erman BGB - Metzger § 346, par. 12; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 102.

¹¹⁶⁶ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 177; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 68; NK BGB - Hager § 346, par. 41; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 102.

¹¹⁶⁷ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 186; Erman BGB - Metzger § 346, par. 12.

kötüleşme teşkil etmediği, burada ancak şartları oluşmuşsa yararların iadesinden söz edilebileceği kanaatindedir.¹¹⁶⁸ Azınlık görüşü ise, burada kanunda yer alan bedel üzerinden iade borcunun bir istinası da olan “*uygun kullanıma koyma (bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme)*” hâinden söz edilmesi gerektiği görüşündedir.¹¹⁶⁹ Bu da bizi yapılan ikinci tartışmaya götürür. Madde metninde, uygun kullanıma koyma sonucunda gerçekleşen kötüşmelerin bedel üzerinden iade borcu hesaplanırken dikkate alınmayacağı belirtilmektedir. Doktrinde bu ifade iki farklı şekilde yorumlanmaktadır. Bir önceki tartışma ile paralel olarak azınlık görüşü, bu ifadeyi uygun kullanım kavramı ile örtüşecek şekilde yorumlamaktadır.¹¹⁷⁰ Bu ifadeyi dar yorumlayan yazarlar ise, bu iki kavram arasında bir fark olduğunu savunur. Bu görüşe göre, kanunkoyucu uygun kullanıma koyma ifadesi ile edimin ilk defa kullanımı sonucunda edimin artık yeni olarak değerlendirilememesi sebebiyle oluşacak değer kaybını ifade etmektedir.¹¹⁷¹

Hâkim görüşün vardığı sonuç, uygun kullanıma koyma sonucunda oluşan değer kaybının yararların iadesine de tabi olamayacağı; bu sebeple değer azalmasına iade alacaklının katlanacağı yönündedir. Burada ancak, şartları varsa tazminat talebine yer olabilmektedir.¹¹⁷² Azınlık görüşüne göre ise, iade borçlusunun kullanımdan kaynaklanan iki farklı kalemde sorumlu olmaması amaçlanmaktadır.¹¹⁷³

¹¹⁶⁸ Bockholdt, **Die Übertragbarkeit**, s. 779; Fest, **Einfluss**, s. 38; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 81-82; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 174; NK BGB - Hager § 346, par. 39; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 63; Erman BGB - Metzger § 346, par. 12; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 101; HK BGB - Fries § 346, par. 14; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 9; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 56; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 6a.

¹¹⁶⁹ Kaiser, **JZ 2001**, s. 1061; **Schwab, JuS 2002**, s. 633; Jürgen Kohler, “Die rücktrittsrechtlichen Haftungskriterien zwischen Schuld- und Sachenrecht”, **AcP**, C. 206, S. 5, 2006, s. 720; Wagner, **Mortuus Redhibiteur**, s. 603; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 147 ve 181 vd. jurisPK BGB - Faust § 346, par. 63 ve 66.

¹¹⁷⁰ Bkz. dipnot **Error! Bookmark not defined.**

¹¹⁷¹ Schulze, Ebers, **JuS 2004**, s. 370; Annuss, **Folgen**, s. 186; Bockholdt, **Die Übertragbarkeit**, s. 779; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 88-89; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 184; NK BGB - Hager § 346, par. 41; Erman BGB - Metzger § 346, par. 14; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 102-103; HK BGB - Fries § 346, par. 14; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 8; Grüneberg, **Grüneberg BGB - Grüneberg § 346**, par. 9; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 5b; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 56.

¹¹⁷² MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 102-103.

¹¹⁷³ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 180 vd. JurisPK BGB - Faust § 346, par. 66 ve 69; Schmidt, BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 56.

Malın uygun kullanıma konu olması hâlinde dahi, burada iade hasarının iade alacaklısında olması yerine, bedel üzerinden iade rejiminin bu hâllere de hasredilmesi gerekmektedir.

ii. İşleme veya Değiştirme Sırasında Karşılaşılan Ayıbın Varlığı

BGB §346/ f.3'te düzenlenen ve iade borcunun ortadan kaldıran ilk hâl, dönme hakkı sahibinin¹¹⁷⁴ işleme veya değiştirme sırasında edim konusunda sözleşmeden dönme hakkını doğuracak bir ayıpla karşılaşmış olmasıdır. Reform öncesinde bu hak, satış sözleşmesinde yalnızca alıcıya tanınmıştı (BGB §467 a.F.).¹¹⁷⁵ Burada, dönme hakkı sahibinin dönmeye sebebiyet verecek ayıptan haberdar olsaydı sözleşmeden dönmeyi tercih edeceği ya da işleme veya değiştirmeyi gerçekleştirmeyeceği varsayımından hareket edilmektedir.¹¹⁷⁶ Bir diğer yaklaşıma göre ise, bir sonraki bentte olduğu gibi, bu bentte de tarafların hâkimiyet alanına göre hasarın paylaşımından bahsedilmektedir. Malın ayıplı olması satıcının hâkimiyet alanından doğan bir sorun olduğu için, hasarın satıcıya geri intikaline izin verilmektedir.¹¹⁷⁷ İlgili bentte ayıbın doğrudan iade imkânsızlığına sebep olması değil, mal işlenirken veya değiştirilirken bir ayıba rastlanması hasarın satıcıya geri intikaline yol açacaktır. Bu durumda, satıcının hâkimiyet alanında olan bir durumun iade imkânsızlığına yol açmasından ziyade, maldaki ayıbın varlığının bilinmesinin alıcıyı başka yaptırımlara yönelmeye iteceği kabul edilmelidir. İade alacaklısının hâkimiyet alanında gerçekleşen imkânsızlık hâlleri ise bir sonraki bentte düzenlenmektedir.

¹¹⁷⁴ Burada dönme hakkı sahibi ifadesinden, edim konusundaki ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkına sahip tarafın anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu şekilde, sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olsa bile, edim konusundaki ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme imkânına sahip taraf (ki bu taraf alıcı olacaktır), bu hakkını daha önceden kullanamamış olmasına rağmen, bu hükümden yararlanabilecektir. Soergel BGB - Lobinger §346, par. 112; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 173; NK BGB - Hager § 346, par. 50; Erman BGB - Metzger § 346, par. 19; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 54; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 113.

¹¹⁷⁵ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 112.

¹¹⁷⁶ NK BGB - Hager § 346, par. 50; JurisPK BGB - Faust § 346, par. 52; Erman BGB - Metzger § 346, par. 19; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 14; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 62; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7a; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 208; Karş. HK BGB - Fries § 346, par. 16.

¹¹⁷⁷ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 172; Fest, **Einfluss**, s. 73.

Hâkim görüş, iade borçlusunun işleme veya değiştirme sırasında ayıptan haberdar olmasını yeterli görmektedir.¹¹⁷⁸ Genel kabul, işleme veya değiştirmenin eşyanın niteliğine uygun olup olmamasının iade borcunun ortadan kalkmasında bir etkisi olmayacağı olmakla birlikte,¹¹⁷⁹ ancak eşyanın niteliğine uygun işleme veya değiştirme hâlinde (*lege artis*) bu hükmün uygulanacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır.¹¹⁸⁰

Hükümde yalnızca işleme ve değiştirme hâlleri sayılmış olmasına rağmen, bu hükmün iade imkânsızlığına yol açacak başka hâllerde de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Hâkim görüş, malın tüketiminde de bu hükmün kıyasen uygulanacağı yönündedir.¹¹⁸¹ Benzer şekilde, bu hükmün yine kıyasen karışma veya birleşme hâllerinde de uygulanacağı kabul edilmektedir.¹¹⁸² Bazı yazarlar ise, malın elden çıkarılması¹¹⁸³ hâllerinde ya da dönme hakkı sahibinin ayıp yerine başka bir edim yükümlülüğü ihlâli sebebiyle sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu olasılıkta¹¹⁸⁴ da bu hükmün kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bir sonraki bentte yer alan, imkânsızlığın iade alacaklısının sebep olması hâli, ayıplı ifayı barındırdığı için hükmün uygulama alanının malın tüketme, karışma, birleşme ve elden çıkarma hâllerinde genişletilmesine yönelik görüşlerin yerindeliği tartışmalıdır. Bununla birlikte, ilgili hükmün alanının ayıplı mal teslimi dışında başka yükümlülük

¹¹⁷⁸ Annuss, **Folgen**, s. 187; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 111; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 172 ve 177; NK BGB - Hager § 346, par. 50; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 53; Erman BGB - Metzger § 346, par. 20; Döll, **Rückgewährstörungen**, ss. 215-16; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 62. Buna karşılık bir başka görüş uyarınca, iade borçlusu gerekli özeni göstermesine karşın ayıbın varlığından haberdar olmamış olmalıdır. MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 115; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, s. 11; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7a.

¹¹⁷⁹ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 174; Erman BGB - Metzger § 346, par. 21. Böyle bir durumda tazminat sorumluluğunun doğacağı hakkında bkz. NK BGB - Hager § 346, par. 50; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7a.

¹¹⁸⁰ Döll, **Rückgewährstörungen**, par. 213; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 11.

¹¹⁸¹ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 110; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 175; NK BGB - Hager § 346, par. 50; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 56; Erman BGB - Metzger § 346, par. 21; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 114; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 11; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 62; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7a; Schulze, Ebers, **JuS 2004**, s. 370; Annuss, **Folgen**, s. 187; Döll, **Rückgewährstörungen**, ss. 210-12; Karşı görüşte Fest, **Einfluss**, ss. 73-74.

¹¹⁸² Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 212; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 176; NK BGB - Hager § 346, par. 50; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 52; Erman BGB - Metzger § 346, par. 21; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 59.

¹¹⁸³ jurisPK BGB - Faust § 346, par. 52; Erman BGB - Metzger § 346, par. 21. Karşı görüşte bkz. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 178.

¹¹⁸⁴ JurisPK BGB - Faust § 346, par. 54.

ihlâllerinde de uygulanması, diğer bent kapsamında değerlendirilemeyecek bazı hâllerin bent kapsamında değerlendirilmesine yol açabilir.

iii. Ayıbın varlığı

Görüldüğü üzere, BGB § 346/ f. 3/ b. 1/ c. 1 hükmü malın işlenmesi veya değiştirilmesi hâllerinde ayıbın varlığından haberdar olunduğunda hasarın geriye intikaline izin vermektedir. Sözleşmeden dönme düzenlemesinde ayıp hâlini ele alan bir başka hüküm de bulunmamaktadır; yine satıştan dönme hükümleri de BGB §346 vd. hükümlerine gönderme yapmaktadır. Bu durumda, malda ayıp tespit edilmesi ve iade imkânsızlığına bu ayıbın sebep olması hâlinde hasar iade alacaklısı olan satıcıya geri intikal edecek midir?

Hâkim görüşe göre, iade alacaklısı ayıbın varlığı hâlinde bir sonraki bentte ele alınan “*imkânsızlığa iade alacaklısının yol açması*” kapsamında sorumlu olacaktır, zira malın ayıplı olması hâlinde iade borcunun ortadan kalkacağına dair başka bir düzenleme bulunmamaktadır ve ayıplı mal teslimi evleviyetle iade alacaklısı satıcının hâkimiyet alanında gerçekleşen bir husustur.¹¹⁸⁵ Bununla birlikte, *Canaris*’e göre, ayıbın satıcının kusurundan kaynaklanmadığı hâllerde, bu hüküm doğrudan değil, ancak kıyasen uygulanabilir.¹¹⁸⁶ *Wagner* ise ayıp hâlinin kanunkoyucu tarafından bilinçli bir biçimde hükme dâhil edilmediğinden hareketle, kıyasen uygulamanın mümkün olmayacağını ileri sürmüş ve hasarın geriye intikalinin en fazla yerinde bulunduğu hâlin kanunda düzenlenmemiş olmasını haklı olarak eleştirmiştir.¹¹⁸⁷ Yazara göre, de malın ayıplı olmasında satıcının kusurlu olması hâlinde bu hüküm ancak kıyasen uygulanabilir.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁵ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 113; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 192; NK BGB - Hager § 346, par. 52; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 71; Erman BGB - Metzger § 346, par. 22; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 116; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Prütting BGB - Stürmer § 346, par. 15; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 12; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 63; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7b; **Schwab, JuS 2002**, s. 634.

¹¹⁸⁶ Canaris, **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**, s. XL.

¹¹⁸⁷ Wagner, **Mortuus Redhibiteur**, ss. 607-8.

¹¹⁸⁸ a.g.e., s. 604.

Kanaatimce de maldaki imkânsızlığın ayıptan kaynaklanması gerekliliği kanunda açıkça yer almalıdır. Ayıp hâli hasarın geri intikali üzerinde uzlaşısı bulunan (belki de tek) unsurdur. Bu durumda uygun olan bu hâlin de açıkça düzenlenmesi olabildi.

iv. İmkânsızlığa iade alacaklısının sebep olması

BGB § 346/ f.3'te yer alan ve iade borcunun ortadan kalktığı ikinci hâl, iade konusu edimin kötüleşmesi veya yok olmasından iade alacaklısının sorumlu olması ile edim konusundaki zararın iade alacaklısında da gerçekleşebilecek olması hâlleridir. Bu bentte yer alan düzenlemenin temelinde, imkânsızlığın iade alacaklısının hâkimiyet alanında gerçekleşmesi, bu nedenle de hasarın iade alacaklısına geri intikalinin adil olacağı düşüncesi yatmaktadır.¹¹⁸⁹

Bentte yer alan ilk hâlde, iade alacaklısının kötüleşme veya yok olmadan sorumlu olması bedel üzerinden iade borcunu ortadan kaldıracaktır. Bentteki “*sorumlu olma – zu vertreten haben*” ifadesinin borçlunun kast veya ihmalden sorumlu olacağını düzenleyen BGB § 276 kapsamında bir sorumluluk hâlini kapsamadığı ve bu ifadenin “*teknik olmayan anlamda*” kullanıldığı kabul edilmektedir.¹¹⁹⁰ Teknik anlamda sorumlu olmama, kavramına farklı açılardan yaklaşılmıştır. Bu kavram, öncelikle borçlunun asli veya yan edim yükümlülüklerini kusuru ile ihlâl ettiğinde söz konusu olur.¹¹⁹¹ Öte yandan, bu kavram BGB § 326/ f. 2 kapsamında ele alınmaktadır.¹¹⁹² Bu madde kapsamında sorumluluğun doğacağı hâllere en sık gösterilen örnek satıcının ayıplı mal teslim etmesidir. Burada kusurdan bağımsız olarak, satıcının sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, iade alacaklısı kusurunun bulunmadığı hâllerde de bent kapsamında sorumlu olabilecektir.-Bu bendin

¹¹⁸⁹ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 190; JurisPK BGB - Faust § 346, par. 71; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 21.

¹¹⁹⁰ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 113; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 12; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 192; MüKo - Gaier, § 346, par. 116; NK BGB - Hager § 346, par. 52; Erman BGB - Metzger § 346, par. 22; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 63; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 15; Annuss, **Folgen**, par. 187; Fest, **Einfluss**, ss. 63-64; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 219; Bartels, **AcP 2015**, s. 221. BGB 276'yı zikretmemekle birlikte, bu yönde bkz. Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7b.

¹¹⁹¹ MüKo - Gaier, § 346, para. 116.

¹¹⁹² NK BGB - Hager § 346, par. 53; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 63; Fest, **Einfluss**, s. 63.

uygulanması için, iade alacaklısının hakimiyet alanında gerçekleşen bir yok olma ve kötüleşme olması gereklidir.¹¹⁹³ İade alacaklısının hakimiyet alanının ve doğan sorumluluğun kapsamı ayrıca, “*sözleşme ile üstlenilen hasar paylaşımına*” göre tespit edilecektir.¹¹⁹⁴ Ayrıca, iade alacaklısının iade borcunu kabul etmede temerrüde düşmesi durumunda, eğer iade konusu iade borçlusunun sorumlu olmadığı bir sebepten ötürü yok olmuşsa, iade borcunun sona ereceği kabul edilmelidir.¹¹⁹⁵ Buna ek olarak, iade alacaklısı asıl borç ilişkisinden doğan yan edim yükümlülüklerini ihlâl ettiyse, bu düzenlemenin uygulanacağı savunulmaktadır.¹¹⁹⁶

Bentteki ikinci olasılıkta ise, bedel üzerinden iade borcu, zararın iade alacaklısında da gerçekleşebilecek türde olduğu takdirde ortadan kalkacaktır. Edim konusundaki zararın her durumda oluşabilecek olması, bazı yazarlarca “*gerçek tesadüfe*” dayalı iade imkansızlığı¹¹⁹⁷ şeklinde ifade edilmektedir. Bu hükmün BGB § 350 a.F.’de yer alan ve iade borçlusunu tesadüfi yok olmalar sonucunda iade borcunu sona erdiren düzenleme ile benzerlik taşıdığı belirtilmekle birlikte, genel kabul bu düzenlemenin bu nitelikte ilişkin bir düzenleme olmadığıdır;¹¹⁹⁸ zira, eski düzenlemenin aksine, bu hüküm kazadan doğan imkânsızlık hâllerini kapsamamaktadır.¹¹⁹⁹ Bazı yazarlar ise illiyet bağı yokluğundan¹²⁰⁰ veya varsayımsal

¹¹⁹³ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 190 ve 192; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 71; Erman BGB - Metzger § 346, par. 22; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 116; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7b. Bu yorumun yeterli olmayacağı hakkında NK BGB - Hager § 346, par. 53. Yazar, bu görüşü bağımsız olarak ele almakta birlikte, BGB 326 hükmüne dayanan yazarların birçoğu da görüşlerini hakimiyet alanı ile açıklamaktadır.

¹¹⁹⁴ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 115; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 220; Bartels, **AcP 2015**, s. 221; NK BGB - Hager § 346, par. 53; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 116; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7b.

¹¹⁹⁵ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 119; NK BGB - Hager § 346, par. 53; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 72; Erman BGB - Metzger § 346, par. 22; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 116; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 12; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 63. Karşı görüşte bkz. Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 225; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 197.

¹¹⁹⁶ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 115; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 224; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 192; NK BGB - Hager § 346, par. 53; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 74; Erman BGB - Metzger § 346, par. 22.

¹¹⁹⁷ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 121; NK BGB - Hager § 346, par. 54; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 117.

¹¹⁹⁸ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 198-200; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 24; Grüneberg BGB - Grüneberg, § 346, par. 12.

¹¹⁹⁹ Soergel BGB - Lobinger, §346, par. 124; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 199; NK BGB - Hager § 346, par. 54; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 117; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 12; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 229.

¹²⁰⁰ jurisPK BGB - Faust, § 346, par. 74; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 8.

illiyet bağından¹²⁰¹ bahsetmektedir. Bir başka görüşe göre ise, burada hasara ilişkin bağlantının yokluğundan söz edilebilir.¹²⁰²

Dayanağı ne olursa olsun, bu hâlde hasarın iade alacaklısına intikali uygundur, zira burada yok olma ve kötüleşme bizzat iade alacaklısından doğmaktadır. Yine iade alacaklısının hakimiyet alanında gerçekleşen bir imkânsızlık hâlinin sonuçlarına iade alacaklısının katlanması gereklidir.

Kanun metninin yalnızca iade alacaklısında değil, onun hâkimiyetindeki kişilerin alanında da gerçekleşen kötüleşme ve yok olmaların esas alınacağı şekilde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Yazarların bu durumu açıklamak için genel olarak verdiği örnek, iade alacaklısının kiracısında gerçekleşen kötüleşme ve yok olmalardır.¹²⁰³

v. Kişinin kendi işlerinde gösterdiği özene rağmen edim konusunun kötüleşmiş veya yok olmuş olması

BGB § 346/ f. 3/ b. 3 uyarınca kanuni dönme hakkına sahip tarafın, kendi işlerinde gösterdiği tüm özeni göstermesine rağmen, edim konusunun yok olması ya da kötüleşmiş olması, iade hasarının iade alacaklısına geri intikali ile sonuçlanır.¹²⁰⁴ Burada tesadüfi yok olma veya kötüleşmelerin iade borcunu ortadan kaldırması söz konusudur.¹²⁰⁵ Bazı yazarlar bu düzenlemenin BGB § 350 a.F. düzenlemesinin bir

¹²⁰¹ BeckOK BGB – Schmidt, § 346, par. 64. Önüne geçen illiyet olarak tanımlayanlar için bkz. Prütting BGB – Stürner, § 346, par. 16.

¹²⁰² Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 229.

¹²⁰³ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 123; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 201; NK BGB - Hager § 346, par. 54; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 75; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 117.

¹²⁰⁴ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 190; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 118; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 78; Erman BGB - Metzger § 346, par. 25; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 17; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 65; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 7; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 237; Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 101.

¹²⁰⁵ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 122; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 202; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 77; Erman BGB - Metzger § 346, par. 25; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13a; Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, s. 444; Honsell, **Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB**, s. 364; Karş. Herold, **Das Rückabwicklungsschuldverhältnis**, s. 122; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 237.

görünümü olduğu savunmaktadır.¹²⁰⁶ Bu hâliyle de bu düzenleme *mortuus redhibetur*un yeni sistemdeki görünümünden biridir.¹²⁰⁷

Buradaki istisna ile, kanuni dönme hâlleri açısından sözleşmeden dönme hakkına sahip taraf iade borçlusu olarak bu borcundan kurtulacak iken, iade alacaklısı olan ve sözleşmeden dönmeye sebebiyet veren tarafın iade borcu devam edecektir. Alman hukukundaki hasarın geri intikali düzenlemesi dönme hakkı sahibinin menfaatini üstün tutmaktadır.¹²⁰⁸ Dönmeye sebep olan tarafın ise, bu hükme başvurma imkânı bulunmamaktadır. Eski düzenlemede ise, iade borcunun ortadan kalkması her iki taraf için de getirilmiş bir imkândır.¹²⁰⁹

Bu düzenlemenin arkasında yatan sebep, hasarın geriye intikalinin edim yükümlülüğünün ihlâli hâlinde tanınmasından hareketle, edimini yerine getirmeyen tarafın bunun sonuçlarına katlanması ve hasarın geçişi sebebiyle avantajlı bir konuma gelmemesi ile açıklanmaktadır.¹²¹⁰ Bu nedenle, bu hüküm uyarınca iade alacaklısının yükümlülük ihlâli bulunmaktadır.¹²¹¹

Kanun hükmüne göre, dönme hakkı sahibinin kendi işlerinde gösterdiği tüm özeni göstermesine karşılık, iade konusunun kötüleşmiş veya yok olmuş olması gereklidir. İade borcunun ortadan kalkması imkânı, yalnızca kanuni dönme hâlleri için

¹²⁰⁶ Herold, **Das Rückabwicklungsschuldverhältnis**, s. 121; Grünwald, **Saldotheorie**, s. 37; Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, s. 443; Fest, **Einfluss**, s. 40; Roth, **Rücktrittsrecht**, s. 1134; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 237; Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 56.

¹²⁰⁷ Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 111; Wagner, **Mortuus Redhibiteur**, ss. 591-624.

¹²⁰⁸ Lobinger, Soergel BGB - Lobinger §346, par. 125; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 209; JurisPK BGB - Faust § 346, par. 77; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 27; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 57. Öte yandan, kanuni dönme hakkına sahip, ancak henüz bu hakkını ileri sürmemiş tarafın da bu hüküm kapsamında yararlanıp, iade borcundan kurtulacağı bazı yazarlarca ileri sürülmektedir. Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 209; Erman BGB - Metzger § 346, par. 27. Karşı görüşte Hellwege, **Rückabwicklung**.

¹²⁰⁹ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 209.

¹²¹⁰ BT-Drs. 14/6040, s. 196; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 78; Erman BGB - Metzger § 346, par. 25; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 18; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13a; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 65; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 16; Bockholdt, **Die Übertragbarkeit**, s. 789.

¹²¹¹ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 207; JurisPK BGB - Faust § 346, par. 78; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 27; Grüneberg, Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13; MüKo BGB - MüKo - Gaier, § 346, par. 119; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 65; Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, s. 445; Fest, **Einfluss**, s. 46; Bockholdt, **Die Übertragbarkeit**, s. 789; Roth, **Rücktrittsrecht**, s. 1139; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 250; Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 102.

tanınmıştır. Ancak, doktrinde bu hükmün sözleşmesel dönme hâllerinde de uygulanması gerektiği savunulmaktadır.¹²¹² Hâkim görüş uyarınca, ayrıca bu bentteki düzenleme, iadenin tüketme, elden çıkarma, bir hakla sınırlama, işleme ve değiştirme hâllerine (BGB § 346/ f. 2/ c. 1/ no. 2) ve diğer iade imkânsızlığı hâllerine de kıyasen uygulanmalıdır.¹²¹³

Bu düzenleme eleştirilere konu olmuştur. Az sayıda yazar ise, bu hüküm ile getirilen düzenlemenin yerinde olduğunu savunmaktadır.¹²¹⁴ *Lobinger* bu hükmü, “BGB 350 a.F. düzenlemesi kadar sorunlu bir hüküm” olarak tanımlamaktadır.¹²¹⁵ *Honsell* de benzer şekilde bu düzenlemenin tamamen değişmesi gerektiği görüşündedir.¹²¹⁶ Yazarlara bu ifadelerinde hak vermek gereklidir. Eski sistemde çokça eleştirilen bir düzenleme olan BGB §350 a.F. hükmünde olduğu gibi hasarın iade alacaklısına tesadüfî oluşan imkânsızlık hâllerinde geri intikaline izin veren bir düzenleme yeni sistemde kısmen de olsa korunmuş olmaktadır. Oysa, kazadan doğan imkânsızlık hâlinde hasarın iade alacaklısına geri döndürülmesi için bazı ek objektif şartların varlığına ihtiyaç vardır.

Bu düzenlemenin yarattığı bir sorun, hasara katlanacak tarafın değişmesinin dönme hakkı sahibinin kendi işlerinde gösterdiği özen gibi belirsiz bir koşula bağlanmış olmasıdır.¹²¹⁷ Kusurdan bağımsız bedel üzerinden iade borcunun ortadan kalkabilmesi “*kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen*” gibi her olayda farklı bir değerlendirme gerektirecek sübjektif bir kriterin varlığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

¹²¹² Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 208; NK BGB - Hager § 346, par. 56; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 78; Erman BGB - Metzger § 346, par. 27; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 120; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 69; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 8a; Karşı görüşte bkz. HK BGB - Fries § 346, par. 16.

¹²¹³ Döll, **Rückgewährstörungen**, ss. 254-55; NK BGB - Hager § 346, par. 60; Erman BGB - Metzger § 346, par. 26; MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 121; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Prütting BGB - Stürner § 346, par. 21; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13b; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 68; Jauernig BGB - Stadler § 346, par. 8a. Karşı görüşte bkz. Annuss, **Folgen**, s. 188; Soergel BGB - Lobinger §346, par. 141; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 210; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 58.

¹²¹⁴ Roth, **Rücktrittsrecht**, s. 1138; Susanne Zwirlein, **Versprechen und Zufall: eine historisch-vergleichende Studie zur Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen im englischen und deutschen Recht**, 2017, s. 262 vd.

¹²¹⁵ Soergel BGB - Lobinger §346, par. 125.

¹²¹⁶ Honsell, **Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB**, ss. 375-76.

¹²¹⁷ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 203.

Bu da kusurdan bağımsız olarak getirilen bedel üzerinden iade sistemine aykırılık taşımaktadır.¹²¹⁸

Nitekim, bu bennte yer alan “*kendi işlerinde gösterdiği özen*” kavramından ne anlaşılması gerektiği de tartışmalıdır. “*Kendi işlerinde gösterdiği özen*” kavramının, hâkim görüşçe BGB § 277¹²¹⁹ düzenlemesindeki şekliyle anlaşılması gerektiği ve burada da kişinin ağır ihmâlinden de sorumlu olacağının ifade edildiği kabul edilmektedir.¹²²⁰ Bu görüşe göre, dönme hakkına sahip taraf ağır ihmâl ile hareket etmediği sürece, BGB § 346/ f.3/ b.3 uyarınca iade yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Öte yandan, doktrinde bu ilkenin bazı objektif temellere oturtulması ihtiyacı doğmuştur. Kişinin dikkatsizliği gibi öznel kriterlerin esas alınmaması gerektiği savunulmaktadır.¹²²¹

Hâkim görüş, bu hükmün teleolojik redüksiyon yöntemiyle sınırlandırılarak edim yükümlülüğünün ihlâli sebebiyle gerçekleşen sözleşmeden dönme hâllerinde sınırlı olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹²²² Bu kapsamda, işlem temelinin çökmesine ilişkin BGB § 313 hükmü uyarınca sözleşmeden dönüldüğünde, bu hüküm uygulama alanı bulmamalıdır.¹²²³

¹²¹⁸ Lobinger, Soergel BGB - Lobinger §346, par. 127; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 203.

¹²¹⁹ “Kendi işlerindeki özen” başlıklı bu hükmeye göre kendi işlerinde gösterdiği özen ile sorumlu olan bir kişi ağır ihmâlden sorumluluktan kurtulamaz.

¹²²⁰ Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13b; Prütting BGB - Stürmer § 346, par. 19; NK BGB - Hager § 346, par. 61; Erman BGB - Metzger § 346, par. 30; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 8a; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Schwab, JuS 2002, s. 635; Schulze, Ebers, JuS 2004, s. 370; Annuss, Folgen, s. 188; Werner Lorenz, “Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge”, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, ed. Andreas Heinrich, München: Beck, 2007, s. 807; Roth, Rücktrittsrecht, s. 1134; Linke, Rückabwicklung, s. 55; Faust, JuS 2009, s. 486; Karş. MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 123; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 67.

¹²²¹ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 211; MüKo - Gaier, § 346, par. 124; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 30; Linke, Rückabwicklung, s. 176; Wagner, Mortuus Redhibiteur, s. 605.

¹²²² Annuss, Folgen, s. 188; NK BGB - Hager § 346, par. 58; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 78; Erman BGB - Metzger § 346, par. 27; Prütting BGB - Stürmer § 346, par. 19; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 67.

¹²²³ MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 119; NK BGB - Hager § 346, par. 57; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 78; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 27; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Prütting BGB - Stürmer § 346, par. 19; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 67; Jauernig BGB - Stadler § 346, par. 8a; Sudabeh Kamanabrou, “Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung”, NJW, C. 56, S. 1, 2003, s. 31; Reischl, JuS 2003 3, s. 670; Hellwege, Rückabwicklung, s. 58; Thier, Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung, s. 445; Annuss, Folgen, s. 188; Zwirlein, Versprechen, s. 264. Karşı görüşte bkz. Döll, Rückgewährstörungen, s. 250; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 207.

Buna ek olarak, bazı yazarlar bu hükmün borçlunun kusurlu olarak sözleşmeden dönmeye sebebiyet verdiği hâllerle sınırlı olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹²²⁴ *Clauss*'a göre hasarın geri intikali, dönmenin bir yükümlülük ihlâli sebebiyle gerçekleştiği hâllerde sözleşmeden dönen taraf açısından olumsuz sonuçlar yaratmaktadır.¹²²⁵

Bu hükmün teleolojik redüksiyon yolu ile sınırlandırılmasını savunan bazı yazarlar, dönme hakkı sahibinin dönme sebebini bilmesi,¹²²⁶ bazı yazarlar ise bilmesi veya bilebilecek durumda olması¹²²⁷ hâlinde bu hükmün uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, dönme hakkı sahibi, dönme sebebini öğrenmesinden itibaren, aslında kendisine ait olmayan bir mal üzerinde tasarrufta bulunuyor olmaktadır.¹²²⁸ Bir başka görüş, bu hükmün teleolojik redüksiyon yöntemi ile sınırlandırılarak sorumluluğun dönmeye sebep olacak sebebin öğrenilmesi veya öğrenilebilir olması anından itibaren ihmalinden dahi sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır.¹²²⁹ İlk görüş, dönme sebebini bilmesinden itibaren kazadan sorumluluğun da bulunacağını kabul etmekteyken,¹²³⁰ ikinci görüşe göre kazadan dolayı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Hâkim görüş olarak nitelendirebileceğimiz görüş ise, teleolojik redüksiyonu reddetmektedir.¹²³¹ Bu görüşü savunan yazarlara göre, iade borcunu ortadan kaldıran sebep, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeye aykırı davranışı olup, bu açıdan dönme hakkı sahibinin dönme sebebini bilmesinin bir etkisi bulunmamaktadır.¹²³² Öte yandan, zaten dönme hakkı

¹²²⁴ Kamanabrou, **Haftung**, s. 31; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 207; NK BGB - Hager § 346, par. 57; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 78; Metzger, Erman BGB - Metzger § 346, par. 27; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Prütting BGB - Stürmer § 346, par. 19; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 68; Jauernig BGB - Stadler § 346, par. 8a; Fest, **Einfluss**, 47. Karşı görüşte bkz. MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 119.

¹²²⁵ *Clauss*, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 102.

¹²²⁶ **Schwab, JuS 2002**, s. 635; Schulze, Ebers, **JuS 2004**, s. 370; Lorenz, **NJW 2005**, s. 1893; Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, s. 446; NK BGB - Hager § 346, par. 59; HK BGB - Fries § 346, par. 16; Prütting BGB - Stürmer § 346, par. 20.

¹²²⁷ MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 123; Horst Konzen, "Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen", **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, ed. Andreas Heinrich, München: Beck, 2007, s. 625.

¹²²⁸ MüKo BGB - Gaier, § 346, par. 123.

¹²²⁹ Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 8a; Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, s. 448.

¹²³⁰ **Schwab, JuS 2002**, par. 635-636; NK BGB - Hager § 346, par. 59.

¹²³¹ Soergel BGB - Lobinger, §346, par. 129, 144; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 205; Erman BGB - Metzger § 346, par. 29; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 80; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 13; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 66; Canaris, **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**, s. XLVIII; Annuss, **Folgen**, s. 188; Fest, **Einfluss**, s. 56; Wagner, **Mortuus Redhibiteur**, ss. 591-624; Zwirlein, **Versprechen**, ss. 264-65.

¹²³² Erman BGB - Metzger § 346, par. 29.

sahibinin tazminat hakkı da doğabileceğinden, böyle bir sınırlandırıcı yoruma gerek yoktur.¹²³³

b. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda iade imkansızlığına ilişkin olarak yine sade bir düzenleme tercih edilmiştir. İade borçlusu, iade konusu malda meydana gelen değer kaybı ve kötüleşmelerden sorumludur, meğer ki iade borçlusu iyiniyetli olsun ve kötüleşme iade borçlusunun kusuru olmadan meydana gelsin (CC m. 1352-1). Yeni sistemde, iyiniyetli iade borçlusu kendi kusuru dışında gerçekleşen değer kaybı ve kötüleşmelerden sorumlu olmayacaktır. Bu durumda hasara iade alacaklısı katlanacaktır. Fransız düzenlemesi bir açıdan çok geniş, diğer bir açıdan ise dar bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Düzenlemenin geniş olması, iade borçlusunun kusurlu olmadığı tüm hâllerde hasarın geriye intikaline izin vermesi nedeniyledir. Düzenlemenin darlığı da iade borçlusunun iyiniyetinin aranıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Reform öncesinde de genel olarak kabul edilen ilke, iade borçlusun sebebiyet verdiği değer azalmalarına katlanması gerektiği idi.¹²³⁴ Bununla birlikte, ayıptan doğan sorumluluk üzerine sözleşmeden dönmede, malın kullanımı ile sebebiyet verilen değer azalmalarından alıcı sorumlu tutulmamakta, burada iade hasarına satıcı katlanmaktaydı.¹²³⁵ Benzer şekilde, iade alacaklısının iade hasarına sebep olduğu hâllerde buna katlanması gerektiği kabul edilmekteydi.¹²³⁶ Reform öncesine ait içtihatlarda, ayrıca tek taraflı iade (“*restitutions unilatérales*”), adı verilen bir durum kabul da edilmişti. Buna göre ifa etmeme hâli bazı durumlarda o kadar ciddiye ki, bu taraf açısından iadeye hükmetmeye gerek dahi yoktu.¹²³⁷ Bazı yazarlar tarafından

¹²³³ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 205; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 80; Erman BGB - Metzger § 346, par. 29; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 66.

¹²³⁴ Genicon, **Résolution**, par. 949.

¹²³⁵ Cass. civ. 1re, 21.03.2006, no. 03-16307 (Legifrance)

¹²³⁶ Genicon, **Résolution**, par. 951.

¹²³⁷ a.g.e., par. 909.

eleştiri konusu olan bu kararlar, bazı yazarlar tarafından borçlunun kusuru ele alındığında uygun bulunmuştu.¹²³⁸

i. Kusur

Bu düzenleme, Alman hukukundaki eski düzenleme ile benzerlik taşımaktadır. Bununla birlikte, hasarın paylaşılması açısından kusurun uygun olmayan sonuçlar yaratacağına Türk ve İsviçre hukukları ele alınırken değinildi. Fransız hukukundaki düzenleme, hasarın geri intikali için çok geniş bir alan tanımaktadır. İade borçlusunun kötüleşmede kusurunu tespit etmek her zaman kolay olmayabileceği gibi, malın maliki konumunda görülen kişinin mala verdiği zararın ne zaman kusurlu sayılacağı gibi zor bir soru da cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Bu nedenle bu düzenleme de Alman hukukundaki hasarın geriye intikali düzenlemesi kadar sorun yaratmaya elverişli bir hükümdür.

ii. İyiniyet

Maddede aranan bir diğer koşul da iyiniyettir. Burada da sebepsiz zenginleşmeyi andıran bir düzenleme söz konusudur.

Bu hâliyle, bu düzenleme eleştirilere konu olmuştur. Bu düzenlemenin sebepsiz zenginleşme veya haksız zilyetlikte iade hükümlerinde yer alan iyiniyet ve kötüniet kavramlarını sözleşme ilişkisinde uygulamanın çok uygun olmayacağı belirtilmektedir.¹²³⁹ Nitekim, reform öncesinde de haksız zilyetlikte iade hükümlerinde bulunan iyiniyet ve kötüniet kavramlarının sözleşmeden dönme sonrası tasfiye ilişkisine uygun olmadığı dile getirilmekteydi.¹²⁴⁰

¹²³⁸ a.g.e., par. 914-917.

¹²³⁹ Deshayes, Genicon, Laithier, **Réforme**, s. 802.

¹²⁴⁰ Genicon, **Résolution**, par. 983.

Bir görüşe göre, iyiniyet ve kötünîyet kavramları eşya hukuku veya sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki ifadeleri ile yorumlanırsa, sözleşmeden dönme açısından kötünîyet hiç gündeme gelmeyecektir; taraflar edimleri ifa ettikleri anda her zaman iyiniyetlidir. Kötünîyet ise, ancak borç ilişkisinden kasten kopmak amacıyla hareket edilmesi hâlinde olabilir.¹²⁴¹ Bu açıdan, bu görüş, mahkeme kararlarında sözleşmeden dönmeye sebebiyet veren tarafın kötünîyetli olduğuna dair varılan yargıya da karşı çıkmaktadır, zira her zaman sözleşmenin ifa edilmeyeceğini öngörebilmek mümkün değildir.¹²⁴² Bu nedenle, bu maddenin Quebec Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, kusuru ile iade ilişkisini doğuran olaya sebebiyet veren taraf olarak anlaşılması önerilmiştir.¹²⁴³ Maddede aranan iyiniyet, iade borcunu doğuracak sebebin bilinmemesi veya bilinebilecek durumda olunmamasını ifade etmektedir.¹²⁴⁴

İade borcunu doğuracak sebebin bilinmemesi her zaman hasarı karşı tarafa geçirecek denli bir koruma sağlamamalıdır.

iii. Satış sözleşmesinde

Satış sözleşmeleri açısından, CC m. 1647 uyarınca, imkânsızlık ayıptan kaynaklandığı takdirde iade hasarına satıcı, beklenmedik hâlden kaynaklandığı takdirde ise alıcı katlanacaktır. Satış sözleşmesi için ayıptan dönme hükmüne göre ise, satış konusu mal ayıp nedeniyle yok olduğu takdirde, iade hasarına satıcı katlanmaktadır, zira satıcı satış bedelini alıcıya iade etmekle yükümlü iken, alıcının iade borcu sona erer. Bununla birlikte, yok olmanın beklenmedik hâlden ("*cas fortuit*") kaynaklandığı hâllerde ise, iade hasarına alıcı katlanmakla yükümlüdür. Belirtmek gerekir ki, Fransız hukukunda özel borç ilişkilerine yönelik olan reformda da bu hüküm korunmuştur.¹²⁴⁵ Bu hükmün yeni Tasfiye rejimi ile bağdaştırılması kanımca mümkün gözükmemektedir.

¹²⁴¹ Deshayes, Genicon, Laithier, **Réforme**, s. 802.

¹²⁴² a.g.e., s. 803.

¹²⁴³ a.g.e., s. 804.

¹²⁴⁴ Hontbeyrie, "Les Restitutions", **Les innovations de la réforme du droit des contrats: sous la direction scientifique de Sarah Bros**, ed. Sarah Bros, Institut Universitaire Varenne, 2018, s. 108.

¹²⁴⁵ Avant-Projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Commission présidée par le Professeur Philippe Stoffel-Munck, Temmuz 2022, s. 14,

4. Hasarın Geri İntikali Düzenlemelerine İhtiyaç Var Mıdır?

Yukarıda hasarın geriye intikali sorununa ilişkin Türk ve İsviçre hukukunda yapılan tartışmalara ek olarak, bu sorununun Alman ve Fransız hukuklarında ne şekilde ele alındığı da incelendi. Bu noktada yapılacak değerlendirmede söylenebilecek ilk husus, hasarın geriye intikaline izin veren düzenlemelerin ne olabileceği konusunda bir görüş birliğinin bulunmadığıdır. Konu Türk ve İsviçre hukuklarında tartışmalı iken, Fransız ve Alman hukuklarında da çok başka yaklaşımlarla çözülmüştür.

Bu kadar önemli bir konuda neden hâlâ bir görüş birliğinin bulunmadığı üzerine ayrıca düşünülebilir. Hem Alman hem de Fransız hukuklarında bu konuya ilişkin reformlar oldukça yenidir. Alman hukuku için reform ile getirilen yenilikler sözleşmeden dönme ile sınırlıdır. Fransız hukukunda ise, reform ile hasarın geri intikaline yönelik düzenleme adeta bir sebepsiz zenginleşme kuralının sözleşmesel tasfiyeye taşınmasıdır. Bu hususlar sonucunda varılan sonuç, özellikle tezin konusunu hedef alan tartışmaların nispeten yeni yapıyor olmasıdır.

Bu noktada *Glaß*'ın fazlasıyla atıf alan cümlesinden burada da bahsetmekte yarar vardır. İade hasarına kimin katlanacağı hususu, niteliği gereği haklı olamazlar.¹²⁴⁶ Bu hasara kimin katlanacağı kuşkusuz bir hukuk politikası seçimidir. Bu noktada bu hukuk politikasının nasıl şekilleneceği de en azından bozulan sözleşme ilişkilerinin tasfiyesi açısından içinde bulunduğumuz zaman içinde yeni yeni netleşmektedir.

Bu belirsizlik içinde hasarın geriye intikali sorunu sözleşmesel tasfiye açısından nasıl çözümlenmelidir? Hasarın geriye intikali için bazı objektif şartların bulunması

https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/avant_projet_brut_juillet2022.pdf (e.t. 17.09.2024)

¹²⁴⁶ Eberhard Glaß, *Gefhartragung und Haftung bei gesetzlichen Rücktritt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1959, s. 28.

gerekliliğinden bahsedildi. Bu noktada varabileceğimiz sonuç, hasarın geriye intikalinin, ancak yok olma veya kötüleşmenin maldaki ayıptan kaynaklanması ve hasarın iade alacaklısındayken de gerçekleşebiliyor olmasının bu objektifliği sağlayacak nitelikte olmasıdır. Yok olmanın veya kötüleşmenin maldaki ayıptan gerçekleşiyor olmasında, hasarın satıcıya geçişi yerindedir, zira main ayıplı olması satıcının hakimiyet alanından kaynaklanan bir sorundur. Öte yandan, yok olmanın veya kötüleşmenin iade alacaklısından da gerçekleşebilecek olması da hukuk sistemimizde sorumluluğun kalkması için kullanılan bir kavram olup, sistemimize yabancı değildir. Buna ek olarak, hasarın iade alacaklısında da gerçekleşebiliyor olması nedensellik bağının da yokluğuna işaret etmektedir.¹²⁴⁷

D. Yararların İadesi

Türk ve İsviçre hukuklarında, genel hükümlere göre sözleşmeden dönme sonucunda yararların iadesinin ne şekilde gerçekleşeceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâkim görüş yararlarla ilişkin satış sözleşmesinden dönme hükümlerinin yararların iadesine ilişkin düzenlemesinin uygulanması yönündedir.¹²⁴⁸ TBK m. 229 (OR m. 208) hükmün birinci fıkrası, alıcının satış konusu mal ile birlikte bu *maldan elde ettiği yararları* iade edeceğini düzenlemektedir. İkinci fıkra uyarınca, satıcı satış bedelini faiziyle iade ile yükümlüdür. Bu düzenlemeden yola çıkarak, yararlar aynen iade edilecek; aynen iade mümkün değilse bedel üzerinden iade söz konusu olacaktır.¹²⁴⁹

Hangi yararların iade konusu olacağı da tartışılmıştır. Bu noktada hâkim görüşün savunduğu üzere, yalnızca elde edilen yararların iade edilmesi gerekmektedir.¹²⁵⁰ Bir

¹²⁴⁷ Karşı görüşte bkz. Buz, **Dönme**, s. 194. Yazara göre, bu savunmaya karşılık olarak, edim zamanında yerine getirilmiş olsaydı söz konusu hasara katlanmayacağı savunmasında bulunabilecektir.

¹²⁴⁸ Ehrat, **Rücktritt**, par. 550; Schenker, **Schuldnerverzug**, par. 713; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 596; Glasl, **Rückabwicklung**, s. 158; Buz, **Dönme**, s. 224.

¹²⁴⁹ Buz, **Dönme**, s. 224; Ehrat, **Rücktritt**, par. 550.

¹²⁵⁰ Wiegand, “BSK OR/ Wiegand Art. 109”, par. 67; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 551?; Gümüş, **BÖ 1**, C. 1, s. 100; Schenker, **Schuldnerverzug**, par. 713; Glasl, **Rückabwicklung**, s. 158; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 652; İyiniyetli iade borçlusu açısından bu yönde bkz. Buz, **Dönme**, s. 216. Belirtmek gerekir ki Buz, aynı etkili dönme görüşü çerçevesinde dönme hakkının kullanılacağına bilindiği andan itibaren kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. a.g.e., s. 229.

diğer görüşe göre ise kusur ile elde edilemeyen yararların da iade edilmesi gereklidir.¹²⁵¹ Öte yandan, satış bedeli ve faizin ödeneceği hükmünden hareketle para ile faizin de ödenmesi gereklidir.¹²⁵²

Kullanılacak mallar açısından bir kullanım bedelinin de ödeneceği kabul edilmektedir.¹²⁵³ Kullanım karşılığı için taksitle satışlarda sözleşmeden dönmeyi düzenleyen TBK m. 260'ta bahsedilen hakkaniyete göre belirlenecek uygun bir kullanım bedeli ödenmesi ile haksız zilyetlikte iade hükümleri uyarınca kullanımdan elde edilen yararların iadesi dayanak olmaktadır.

Alman hukukunda da yararların iadesinde de aynen iade prensibi benimsenmiştir; aynen iade mümkün değilse, bedel üzerinden iade söz konusu olur.¹²⁵⁴ Ancak burada, aynen iadesi mümkün olmayan yararların BGB § 347 f. 1 düzenlemesinin izin verdiği ölçüde bedel üzerinden iadeye tabi olacağı savunulmaktadır.¹²⁵⁵ Edimin elde edildiği andan itibaren elde edilmiş yararlar iadeye tabi olacaktır.¹²⁵⁶

Elde edilmemiş yararların talep edilebileceği Alman hukukunda ayrıca düzenlenmiştir. BGB § 347/ f. 1 uyarınca, iade borçlusu, uygun bir malvarlığı yönetimi ile elde edebilmesi mümkün ancak elde etmemiş olduğu yararlar¹²⁵⁷ için de bedel

¹²⁵¹ Cevdet Yavuz, **Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın <Malın> Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul: Beta, 1989, s. 178. Bunların bir tazminat kalemi olabileceği hakkında bkz. BK OR - Weber/ Emmenneger - Art. 109, par. 67.

¹²⁵² Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 670. Karşı görüşte bkz. Buz, **Dönme**, s. 227.

¹²⁵³ Buz, **Dönme**, s. 228.

¹²⁵⁴ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 79; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 247; NK BGB - Hager § 346, par. 27; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 111; BeckOK BGB - Schmidt § 346, par. 45; Erman BGB - Metzger § 346, par. 31; Grüneberg BGB - Grüneberg § 346, par. 6; Jauernig BGB/ Stadler § 346, par. 3.

¹²⁵⁵ Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 248; jurisPK BGB - Faust § 346, par. 111.

¹²⁵⁶ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 78.

¹²⁵⁷ Uygun bir malvarlığı yönetimi kavramının nasıl yorumlanacağına ilişkin olarak farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, uygun bir malvarlığı yönetimi kavramı ile haksız zilyetliğin iadesindeki hükümlere gönderme yapıldığını savunmaktadır. a.g.e., s. 192; Staudinger BGB/ Kaiser, § 347, par. 8; Erman BGB/ Metzger, § 347, par. 2; HK BGB/ Fries, § 347, par. 2; Prütting BGB / Stürner, § 347, **Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar**, ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, Wolters Kluwer Anwaltspraxis, Köln: Luchterhand, 2019, par. 2; Grüneberg BGB – Grüneberg § 347, par. 2; Beck OK BGB/ Schmidt, § 347", par. 2. İfadenin dayanağının ödünç sözleşmesine ilişkin BGB 586 hükmü olduğu hakkında bkz. Jauernig BGB - Stadler, "§ 347", par. 1. Bir diğer görüş, asıl sözleşme ilişkisi geçmişe etkili sona ermemiş olduğu için, tarafların sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerle göre bir belirleme yapmanın uygun olacağını savunmaktadır. Annuss, **Folgen**, s. 189; Soergel BGB/

üzerinden iade ile yükümlüdür.¹²⁵⁸ Ayrıca, ikinci fıkra uyarınca, kanuni sözleşmeden dönme hâlinde, sözleşmeden dönme hakkına sahip taraf elde edilmemiş yararlarından yalnızca kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsünde sorumludur.

Elde edilmemiş yararlar, edimin elde edildiği andan itibaren talep edilebilir.¹²⁵⁹ Sözleşmeden dönme ile elde edilmemiş yararların iadesi son bulur.¹²⁶⁰ Kural, edimin elde edildiği andan sözleşmeden dönme anına kadar geçen sürede uygun bir malvarlığı yönetimi ile elde edilebilecek yararların talep edilmesidir; iade alacaklısının da bu yararları elde edebilecek olup olmaması, iade edilecek miktar belirlenirken esas alınmaz.¹²⁶¹ İade borçlusu açısından, eski sistemin aksine olarak, BGB m. 347 uyarınca elde edilmemiş yararların iadesinde bu yararları elde etmemede sorumlu olması artık aranmamaktadır.¹²⁶² Elde edilmemiş yararların iadesi dönme sebebinin bilinmesine de bağlı değildir;¹²⁶³ dönme sebebinin bilinmesi ancak tazminat sorumluluğu açısından bir etki doğurabilir.¹²⁶⁴

Elde edilebilecek yararların tespitinde, hâkim görüş objektif değer dikkate alınacağını savunur.¹²⁶⁵ Azınlık görüşüne göre ise, BGB § 346/ f. 2 uyarınca

Lobinger, §347, par. 10; Juris PK BGB – Faust § 347, par. 14; MüKo BGB – Gaier, § 347, par. 6. Bazı yazarlar ise, bu görüşlerin vardığı sonuçlar arasında büyük bir farklılık olmadığı kanaatindedir. Soergel - Lobinger §347, par. 10; NK BGB - Hager § 347”, par. 2; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 6; Karşı görüşte bkz. Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 194. Nitekim, ilk görüşü savunan yazarlar da, genel olarak, uygun kullanımın tespitinin taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirleneceğini ileri sürmektedir. Bu noktada, ancak sözleşmeye uygun kullanımdan doğabilecek yararların bu kapsamda değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. a.g.e., ss. 192-93; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 9; Erman BGB - Metzger § 347, par. 2; “HK - Fries § 347”, par. 2.

¹²⁵⁸ Bu düzenleme ile iade borçlusuna yararların elde edilmesi açısından bir yüküm yüklendiği hakkında bkz. Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 191.

¹²⁵⁹ a.g.e., s. 197; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 1; NK BGB/ Hager § 347, par. 1; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 10; Erman BGB - Metzger § 347, par. 3; Fries, “HK - Fries § 347”, par. 1; BeckOK - Schmidt § 347, par. 1.

¹²⁶⁰ Anuss, **Folgen**, s. 189; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 12; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 18; Erman BGB - Metzger § 347, par. 3; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 4; Stürner, “Prütting/ Stürner § 347”, par. 1.

¹²⁶¹ Erman BGB - Metzger § 347, par. 3; Grüneberg BGB - Grüneberg § 347, par. 2.

¹²⁶² Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 191; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 11; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 18; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 8; HK - Fries § 347, par. 2. Farklı görüşte NK BGB - Hager § 347, par. 3.

¹²⁶³ Soergel - Lobinger §347, par. 6; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 191; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 1; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 10; Erman BGB - Metzger § 347, par. 5; BeckOK - Schmidt § 347, par. 3.

¹²⁶⁴ Anuss, **Folgen**, s. 189; Soergel - Lobinger §347, par. 7; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 20; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 33; Erman BGB - Metzger § 347, par. 5; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 13.

¹²⁶⁵ Anuss, **Folgen**, s. 189; Soergel - Lobinger §347, par. 14; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 13; Erman BGB - Metzger § 347, par. 3; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 9; Grüneberg BGB - Grüneberg §

sözleşmede belirtilen değerin esas alınması gerekmektedir.¹²⁶⁶ Asli edimin kullanım devrine ilişkin olduğu sözleşmelerde elde edilmemiş yararların iadesi söz konusu olmayacaktır.¹²⁶⁷ Önceki Alman Medeni Kanunu düzenlemesinin aksine, yeni sistemde para borçları açısından faiz ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Faizin elde edilmemiş bir yarar olarak iadesi, ancak faiz elde edilmesinin uygun bir ekonomi yönetimi ile söz konusu olması koşuluyla mümkündür.¹²⁶⁸

Elde edilmemiş yararların iadesi hem kanuni hem de sözleşmesel dönme hâllerinde mümkündür.¹²⁶⁹ Kanuni dönme hâllerinde ise, sözleşmeden dönme hakkına sahip tarafa elde edilmemiş yararlar açısından bir avantaj tanınmıştır.¹²⁷⁰ BGB § 347/ f. 2 hükmüne göre, sözleşmeden dönen taraf kendi işlerinde gösterdiği özen neticesinde dahi yarar elde edememiş ise, bunlar kendisinden talep edilemeyecektir. Kendi işlerinde gösterdiği özen kavramı BGB § 346/ f.3/ b.3 düzenlemesi ile aynı şekilde yorumlanmaktadır.¹²⁷¹ Dolayısıyla, bu kavram ekseninde yürütülen tartışmalar, bu hükmün yorumlanmasında da geçerli olacaktır. Ancak, hâkim görüş, elde edilecek yararları iade yükümlülüğünün dönme sebebinin bilinmesine rağmen ortadan kalkacağı görüşündedir.¹²⁷² Bu durumda, deneyimsiz bir sözleşmeden dönen taraf, elde edemediği yararları iade yükümlülüğü altında olmayacaktır.¹²⁷³ BGB § 347 düzenlemesinin de aksi kararlaştırılabilmektedir.¹²⁷⁴

347, par. 2. *Kaiser ve Gaier*, sözleşmede belirlenen bedelin ancak objektif değeri belirlemede bir kriter olarak ele alınabileceği görüşündedir.

¹²⁶⁶ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 147; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 20.

¹²⁶⁷ Soergel - Lobinger §347, par. 8; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 192; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 7; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 12; MüKo BGB - Gaier, § 346, 2022, par. 80.

¹²⁶⁸ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 194; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 10; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 8.

¹²⁶⁹ Soergel - Lobinger §347, par. 2; NK BGB - Hager § 346, par. 1; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 9; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 2; Grüneberg BGB - Grüneberg § 347, par. 1; “BeckOK - Schmidt § 347”, par. 1.

¹²⁷⁰ Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 266; Staudinger BGB - Kaiser § 346, par. 16; NK BGB - Hager § 346, par. 4; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 7 ve 24; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 3; “BeckOK - Schmidt § 347”, par. 3.

¹²⁷¹ Annuss, **Folgen**, s. 189; Soergel - Lobinger §347, par. 19; Döll, **Rückgewährstörungen**, s. 273; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 17; NK BGB - Hager § 346, par. 4; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 27-28; Erman BGB - Metzger § 347, par. 4; “HK - Fries § 347”, par. 3; “Prütting/ Stürner § 347”, par. 3; Grüneberg BGB - Grüneberg “Palandt/ Grüneberg § 347, par. 2; “BeckOK - Schmidt § 347”, par. 3; “Jauernig/ Satdler § 347”, par. 1.

¹²⁷² Reischl, **JuS 2003 3**, s. 669; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 17; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 25; Erman BGB - Metzger § 347, par. 5; “BeckOK - Schmidt § 347”, par. 3. Karşı görüşte bkz. NK BGB - Hager § 347, par. 4; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 11; **Schwab, JuS 2002**, s. 635.

¹²⁷³ Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 16; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 12.

¹²⁷⁴ Soergel - Lobinger §347, par. 27; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 3; NK BGB - Hager § 347, par. 11; Erman BGB - Metzger § 347, par. 10; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 1.

Fransız hukuku uyarınca iadede ise, yararlar maldan elde edilen yararları ve maldan faydalanma sonucu elde edilen kazançları da kapsar; yararlar açısından da iade anındaki değer esas alınacaktır (CC m. 1352-3). Maldan faydalanma sonucu elde edilen kazançlarda ise hâkimin karar verdiği gündeki durumundaki değer oranında iadeye konu olur.

Reform öncesinde bazı mahkeme kararlarında yararların iadesinin iyiniyetli zilyedin iade borcu ile sorumlu olmaması sebebiyle mümkün olmayacağına hükmedildiği kararlar bulunmaktadı.¹²⁷⁵ Yeni sistemde ise, yararların iadesi sözleşmesel tasfiye kurallarına göre belirlenecektir. Reform ile değiştirilen önemli bir karar ise 2004 yılına ait *Fiorio* kararıdır. Bu kararda, Fransız Yargıtay'ı taşınmaz satışından dönülmesi sonucunda, satıcının taşınmazın kullanılmasından dolayı bir tazminata hak kazanamayacağına hükmetmişti.¹²⁷⁶

Paranın iadesi, faizi ve ödenmiş vergileri de kapsar (CC m. 1352-6). Kötüniyetli iade borçlusu, para ile faizi, elde edilen yararlar kapsamında da kullanım değerini iade ile yükümlüdür. İyiniyetli iade borçlusu ise, bu değerlerin talep günündeki karşılığını iade ile yükümlüdür (CC m. 1352-7).

Sınırlı ehliyetsizlerin ise, iptal edilen işlemde elde ettiği kâr iade tutarından düşülür (CC m. 1352-4). Burada ehliyetsiz tarafa getirilmiş ek bir koruma söz konusudur.

E. Masrafların İadesi

Türk ve İsviçre hukuklarında genel hükümlerde sözleşmeden dönme sonrası masrafların iadesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Masraflar açısından ise

¹²⁷⁵ Genicon, **Résolution**, par. 964bis.

¹²⁷⁶ Cass. mixte, 09.07.2004, D. 2004, s. 2175. Kararda, kullanım çıkarlarının iadeye konu edilmemesi bazı yazarlar tarafından olumlu olarak karşılanmıştır, zira “*edimlere konu olmayan şey iadeye de konu olmamalıdır*”. a.g.e., par. 962.

satıştan dönme hükümlerinin uygulanması reddedilmektedir.¹²⁷⁷ Hâkim görüş uyarınca sebepsiz zenginleşme hukukunun masraflara ilişkin TBK m. 80 (OR m. 65) hükmü sözleşmeden dönme hâlinde de kıyasen uygulanmalıdır.¹²⁷⁸ Aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarlar ise haksız zilyetlikte iade hükümleri uyarınca masrafların iadesinin gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹²⁷⁹

Alman hukukunda BGB § 347/ f. 2 ise, iade borçlusunun yapmış olduğu zorunlu masrafları talep edebileceğini, diğer harcamalar açısından ise bunların iade alacaklısının zenginleştiği ölçüde talep edilebileceğini düzenlemektedir. Kanun sistematığında zorunlu masraflar ve diğer harcamalar ayrımı yapılmıştır. Zorunlu masraflar ifadesi zilyetlikte iade hükümlerinden BGB 994'te de yer almakta ve bu iki hükümdeki ifadenin birbiri ile aynı anlamda kullanıldığı kabul edilmektedir.¹²⁸⁰

Masrafların talep edilebilmesi için, iade borçlusu aynen veya bedel üzerinden iade borcunu ifa etmiş olmalı veya bedel üzerinden iade borcu BGB § 346/ f. 3 no. 1 veya 2 uyarınca ortadan kalkmış olmalıdır. Edim konusunun kötüleşmiş olması hâlinde de giderlerin iadesine ilişkin talep devam etmektedir, ancak bu talebin edim konusunun değerindeki azalma oranında azalacağı kabul edilmektedir.¹²⁸¹ BGB § 346/ f. 3 no. 3 uyarınca iade borcunun ortadan kalktığı hâllerde bu hükmün uygulanmayacak olması yerinde bulunmaktadır.¹²⁸²

¹²⁷⁷ Glasl, **Rückabwicklung**, s. 162; Buz, **Dönme**, s. 230.

¹²⁷⁸ Bucher, **AT**, s. 377; Schenker, **Schuldnerverzug**, par. 713; BK OR - Weber/ Emmenegger - Art. 109, par. 68; Glasl, **Rückabwicklung**, s. 162; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 723.

¹²⁷⁹ Buz, **Dönme**, s. 231.

¹²⁸⁰ Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 24; NK BGB - Hager § 347, par. 7; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 46; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 18; Grüneberg BGB - Grüneberg § 347, par. 3; BeckOK - Schmidt § 347, par. 4; Jauernig BGB - Stadler § 347, par. 2. Buna karşılık 994/ f.1 c.2'deki düzenlemenin iade yükümlülüklerinin varlığı sebebiyle sözleşmeden dönme içinde yer almadığı belirtilmektedir. Grüneberg BGB - Grüneberg § 347, par. 3; BeckOK - Schmidt § 347, par. 5. Eleştiren jurisPK BGB - Faust § 347, par. 49.

¹²⁸¹ Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 41; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 57; Erman BGB - Metzger § 347, par. 8; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 16.

¹²⁸² Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 40; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 53; Erman BGB - Metzger § 347, par. 8; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 16; Grüneberg BGB - Grüneberg "Palandt/ Grüneberg § 347, par. 3.

Masrafların iadesine ilişkin düzenlemenin, tazminat dışındaki diğer talepleri ortadan kaldıracığı kabul edilmektedir.¹²⁸³

Harcamalar ise, zenginleşme ölçüsünde talep edilebilecektir. Burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan bir gönderme olmadığı, yalnızca istenebilecek harcamaların zenginleşme şartına bağlandığı kabul edilmektedir.¹²⁸⁴ Harcama kavramının masraf kavramından daha geniş bir anlamı olduğu kabul edilmektedir.¹²⁸⁵ Bu anlamda harcamalar, belirli bir amaca yönelik olan ve zorunluluk taşımayan harcamaları ifade etmektedir.¹²⁸⁶ Edim konusunun değerini artıran harcamalar bu kapsamda değerlendirilir.¹²⁸⁷ Hangi harcamaların edimin değerini arttırdığı iade borçlusunun durumu esas alınarak belirlenir; burada sübjektif bir belirleme söz konusu olmaktadır.¹²⁸⁸

Harcamaların iadesinde de diğer taleplere başvurma imkânının bulunmadığı kabul edilmektedir. Hâkim görüşe göre, tazminat talep etme hakkı saklıdır.¹²⁸⁹

Fransız hukukunda da masrafların dikkate alınması mümkündür. İade borçlusunun malı korumak için yapmış olduğu masraflar ile malın değerini artıran masraflar iade bedelinden düşülür. Malın değerini artıran masraflar için de iade anında mevcut bulunan artış dikkate alınacaktır (CC m. 1352-5).

¹²⁸³ Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 24; Erman BGB - Metzger § 347, par. 6; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 15.

¹²⁸⁴ Staudinger BGB – Lorenz, Vor. §§ 812, par. 33; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 58; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 62; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 22; Karşı görüşte bkz. Soergel - Lobinger §347, par. 62; “Prütting/ Stürner § 347”, par. 7; “Jauernig/ Satdler § 347”, par. 2.

¹²⁸⁵ Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 48; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 21.

¹²⁸⁶ Soergel - Lobinger §347, par. 61; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 48; NK BGB - Hager § 347, par. 10; Prütting BGB - Stürner § 347, par. 6; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 21; Jauernig BGB/ Stadler § 347”, par. 2.

¹²⁸⁷ Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 49.

¹²⁸⁸ Soergel - Lobinger §347, par. 63; Staudinger BGB - Kaiser § 347, par. 50; NK BGB - Hager § 347, par. 10; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 64; Erman BGB - Metzger § 347, par. 9; MüKo BGB - Gaier § 347, par. 22.

¹²⁸⁹ NK BGB - Hager § 347, par. 11; jurisPK BGB - Faust § 347, par. 70; Grüneberg BGB - Grüneberg § 347, par. 3; BeckOK BGB - Schmidt § 347, par. 7; HK BGB - Fries § 347, par. 5.

IV. TÜKETİCİ MEVZUATI UYARINCA TASFİYE

Bir diğer tasfiye rejimi, tüketiciye tanınan cayma hakkı rejimidir. Alman hukukunda cayma hakkı üzerine oluşan tasfiye ilişkisi bir sözleşmesel tasfiye ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Cayma hakkı kullanıldıktan sonra ortaya çıkan tasfiye ilişkisinin sözleşmesel olarak değerlendirilmesi kafa karıştırıcı olabilir. Nitekim, Türk ve İsviçre hukukunda genel kabul, cayma hakkının kullanılması sonrasında iade taleplerinin istihkak veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmasıdır.¹²⁹⁰

Tasfiye ilişkisinin hukuki niteliğinden bağımsız olarak, Türk hukukunda cayma hakkının kullanılması sonrasında oluşan tasfiye rejiminine yönelik detaylı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bazı tüketici sözleşmeleri açısından, ilgili yönetmeliklerde iadenin nasıl gerçekleşeceğine dair hükümler vardır. Yönetmelikler TKHK’da yer alan bu boşluğu kısmen gidermektedir.¹²⁹¹ İsviçre hukukunda da, az sayıda olmakla beraber, sebepsiz zenginleşme rejiminden ayrılan düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, cayma hakkının kullanılması sonucu oluşan tasfiye ilişkisinin Türk ve İsviçre hukuklarında detaylıca düzenlendiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Serozan’ın, önceki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde gerçekleştirilen 2003 yılı değişikliklerini ele aldığı makalesinde sıraladığı şu sorular bugün hâlâ tam olarak cevaplandırılmış değildir: “*Tüketicinin malı hoyratça kullanması yüzünden geri alma hakkı etkisizleşecek midir? Yoksa tüketicinin salt değer tazmini yükümü mü olacaktır? Ya tüketicinin mala yaptığı masraflardan ötürü zenginleşme istemi ne olacaktır?*”

Alman hukukunda ise cayma hakkı sonucu oluşan tasfiye ilişkisi daha detaylı olarak düzenlenmiştir. BGB 355 vd. hükümleri 2011/ 83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi’nin¹²⁹² ilgili hükümlerinin iç hukuka taşınması amacıyla yeniden

¹²⁹⁰ Bkz. İkinci Bölüm/ II/ F.

¹²⁹¹ Küçükaydın, **Geri Alma**, s. 151.

¹²⁹² Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance, OJ L 304, 22.11.2011, ss. 64–88.

düzenlenmiştir.¹²⁹³ Fransız hukukunda da 2011/ 83/ EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi iç hukuka taşınmıştır, zira Direktif maksimum harmonizasyon kriterini benimsemiş ve üye ülkelerin iç hukuklarını Direktif uyarınca değiştirmeleri zorunlu tutulmuştur (2011/ 83/ EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi m. 4).

Görüleceği üzere, cayma hakkı sonucu oluşan tasfiye ilişkisi tartışmaya yeni bir boyut eklemiştir.¹²⁹⁴ Tüketicuyu koruyan düzenlemeler cayma hakkı sonucu oluşan tasfiye ilişkisinin doğumuna sebep olmuş, bu açıdan yeni bir tasfiye kurumu daha oluşmuştur.

A. İadenin Gerçekleşmesi

1. Genel Olarak

Tez kapsamında incelenen hukuk sistemleri cayma hakkı kapsamındaki tasfiye ilişkisi konusuna farklı şekillerde yaklaşmıştır. Öncelikle İsviçre hukuku, bu konudaki en ayrıksı düzenlemeye sahiptir, zira cayma hakkı burada çok dar bir çerçevede düzenlenmektedir.

İsviçre hukukunda kapıdan satışlara ilişkin sözleşmelerde cayma hakkı kullanılması sonucunda tasfiyeye sebepsiz zenginleşme veya istihkak hükümleri uygulanacaktır. Tüketici kredisi sözleşmelerinde ise ayrı bir düzenleme söz konusudur. Tüketici Kredisi Kanunu uyarınca cayma hakkını kullandığında tüketici kredi miktarını iade ile yükümlü olacaktır.

Alman ve Fransız hukuklarında ise, esasında cayma hakkı sonrası tasfiye ilişkisi, ilgili sözleşmeler açısından benzer niteliktedir. Ancak, Alman hukukunda Direktif öncesi dönemde olduğu gibi, cayma hakkının kullanılmasının genel olarak sonuçları ayrıca düzenlenmiştir. BGB § 355 genel olarak cayma hakkının kullanılması

¹²⁹³ BeckOK BGB - Müller-Christmann, § 355, para. 1; MüKoBGB - Fritsche, § 355, para. 1;

¹²⁹⁴ Schlüter, **Rückabwicklung**, s. 2.

sounucunda her iki tarafın da elde ettikleri edimleri iade edeceğini söylemektedir. Tarafların cayma hakkı kullanılmasıyla asıl sözleşmeden doğan ve henüz ifa edilmemiş borçları da sona erecektir.¹²⁹⁵ BGB § 357 vd. hükümlerinde de cayma hakkının belirli tüketici sözleşmelerinde kullanılmasının sonuçları özel olarak hükme bağlanmıştır. Kural olarak, iade aynen gerçekleşmelidir. BGB § 355 aynen iadeyi düzenlemiş olduğu için, sözleşme konusu edim cins borcu niteliğinde olsa dahi, tüketicinin iade yükümlülüğü bir parça borcuna ilişkin olacaktır.¹²⁹⁶ Girişimci açısından, tüketicinin ödemiş olduğu bedel iade edilecektir.¹²⁹⁷

Fransız hukukunda genel bir cayma hakkı düzenlemesi ve aynı konunun özel hükümlerle yeniden düzenlenmesi yerine, cayma hakkı ilgili sözleşmeler açısından özel olarak düzenlenmiştir. Türk ve hukukunda da, iadeye ilişkin hükümler ilgili sözleşmeler açısından ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu noktada 2011/ 83/ EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi Türk hukukunda da etkili olmuştur. Tüketici mevzuatında iadeye ilişkin olan hükümler bu başlık altında incelenecektir.

2. Tüketici Mevzuatında Aynen İadeye İlişkin Hükümler

a. İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler

İş yeri dışında kurulan sözleşmeler açısından cayma hakkının detayları, İş Yeri Dışında Sözleşmeler Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. İYDKSY m. 11 uyarınca, satıcının cayma hakkı süresi boyunca, sözleşme konusu mal ve hizmete ilişkin olarak tüketiciden ödeme yapmasını isteyemeyeceğini düzenlemektedir. Eğer böyle tüketici bir bedel ödemişse, bu bedel cayma hakkının kullanılmasıyla derhâl iade edilmelidir. Fransız (CdC m. L.221-24) ve Alman hukuklarında (BGB m. §357/ f. 2) da tüketici ödeme yaptıysa bunun iadesi sağlanacaktır.

¹²⁹⁵ BeckOK BGB - Müller-Christmann, § 355, para. 37; MüKoBGB - Fritsche, § 355, para. 1; Jauernig - Stadler BGB §355, para. 9.

¹²⁹⁶ BeckOK BGB - Müller-Christmann, § 355, para. 39; MüKoBGB - Fritsche, § 355, para. 61; Brinkmann, **Rücktritt und Widerruf**, s. 362.

¹²⁹⁷ BeckOK BGB - Müller-Christmann, § 355, para. 40;

Aynı maddenin ikinci fıkrası, tüketicinin cayma hakkını kullanması sonucunda, satıcının malı cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren 14 gün içinde teslim almakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir.

b. Mesafeli Sözleşmeler

Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının kullanılması üzerine, satıcı mal ve hizmet bedelini cayma hakkının kullanılmasından itibaren 14 içinde tüketiciye iade etmekle yükümlüdür (MSY m. 12/ f. 7). Tüketici de benzer şekilde, 14 gün içinde malı iade etmekle yükümlüdür (MSY m. 13/ f. 1). Fransız (CdC m. L.221-23 ve 24) ve Alman (BGB 357/ f. 1) hukuklarında da mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı benzer olarak düzenlenmiştir.

c. Taksitle Satış Sözleşmesi

Taksitle satış sözleşmelerinde cayma hakkı hem TBK m. 255 vd. hükümlerde hem de TKHK m. 18 kapsamında düzenlenmiştir. Ancak, TBK m. 255 geri alma hakkının kullanılmasından bahsederken, TKHK m. 18 ve TSSHY m. 8 cayma hakkından söz etmektedir. Halbuki olması gereken, bu maddeler açısından bir terim birliği sağlanması idi.¹²⁹⁸

TBK m. 255 uyarınca, taksitle satış sözleşmesi geri alma süresi olan yedi günün sonunda kurulmuş sayılacaktır. Satıcı ise bu sürede sözleşme ile bağlıdır.¹²⁹⁹ Bu yedi günlük süre içinde alıcı dilediğinde geri alma hakkını kullanabilecektir. TKHK m. 18 uyarınca da taksitle satış sözleşmesinde cayma hakkı yedi gün içinde kullanılabilir.¹³⁰⁰ TSSHY m. 8 cayma hakkının kullanılması sonucunda, satıcı ve

¹²⁹⁸ Atamer, **Kredi**, s. 257. Öte yandan sorulması gereken bir başka soru, hem Türk Borçlar Kanunu hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da aynı konuda hükümlerin neden düzenlenmiş olduğudur. Bir neden tüketiciye tanınan cayma hakkı imkanının Türk Borçlar Kanunu'na tabi satışlar için de kabul edilmesi ve cayma hakkını kullanabilecek çevrenin genişletilmesi olabilir.

¹²⁹⁹ Küçükaydın, **Geri Alma**, s. 61.

¹³⁰⁰ TKHK'da cayma hakkının süresinin ne zaman başlayacağına dair bir hüküm bulunmamakla beraber, TSSHY m. 7/ f. 2 uyarınca, cayma hakkı süresi hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından

sağlayıcının yedi gün içinde ödenen bedelin iadesi, tüketicinin de sözleşme konusu malı iade ile yükümlü olduğunu düzenlemektedir.

d. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri

Tüketici kredisi sözleşmelerinde cayma hakkı sözleşmenin kuruluşunu takiben on dört gün içinde kullanılabilir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde, TKHK m. 24/ f. 3 ile TKSİ m. 24/ f. 4 uyarınca tüketicinin krediyi cayma hakkı öncesinde kullanması olasılığında, tüketici, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi geri ödemekle yükümlüdür. Yine TKHK m. 24/ f. 3 ve TKSİ m. 24/ f. 5'e göre ise, işlenen faiz, akdi faiz tutarı olacaktır. Aynı hüküm uyarınca tüketiciden faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan ücretler dışında bir bedel talep edilemeyecektir. Bunun dışında tüketicinin ödediği her ücret tüketicinin bedeli iadesinin tarihinden itibaren yedi gün içinde iade edilmelidir. Türk hukukunda ayrıca, ifanın hangi sıra ile gerçekleşeceği de düzenlenmiştir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde önce tüketici, daha sonra kredi veren kuruluş iade ile yükümlüdür.

İsviçre hukukunda da tüketici kredisi sözleşmelerinde, tüketici cayma hakkını kullandığında kredi miktarını iade ile yükümlü olacaktır.

e. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri

TKHK m. 43'te ön ödemeli konut satış sözleşmesinde öncelikle girişimcinin satış bedeli ile tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade edeceğini, tüketicinin ise iadedden itibaren 10 gün içinde edinimlerini iade edeceğini düzenlemektedir.¹³⁰¹ İlgili yönetmelikte de aynı hüküm tekrarlanmaktadır (ÖÖKSHY m. 8). ÖÖKSHY m.

belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlayacaktır. Ayrıca tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanma imkanına sahip olacaktır.

¹³⁰¹ Burada söz konusu olabilecek iade yükümü, kat irtifakının tüketiciye devri ihtimalinde söz konusu olabilir. Bkz. Atamer, **Kredi**, s. 241.

8/ f. 2 uyarınca, ön ödemeli konut satışları için cayma hakkına dair bildirimin noterlikler aracılığıyla satıcıya gönderilmesi gerekmektedir.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde ayrıca, tüketicinin sözleşme tarihinden itibaren 24 ay içinde herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme imkânı bulunmaktadır. Sözleşmeden dönme üzerine tüketici *“konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme tarihinden itibaren ilk üç ay için sözleşme bedelinin yüzde ikisine, üç ila altı ay arası için yüzde dördüne, altı ila on iki ay arası için yüzde altısına ve on iki ila yirmi dört ay arası için de yüzde sekizine kadar tazminat”* ödeyecektir.

TBK m. 269’da da ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcının, malın devrine kadar her zaman sözleşmeden cayabileceğini düzenlemektedir. TBK m. 255’te bahsedilen geri alma kavramı yerine bu sefer cayma hakkından bahsedilmektedir. Oysa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ise aynı hak sözleşmeden dönme olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada neden cayma hakkından bahsedildiği anlaşılır değildir.¹³⁰² Doktrinde de bu hüküm, bir sözleşmeden dönme hakkı olarak kabul edilmektedir.¹³⁰³ Maddeye göre bu durumda satıcıya bir cayma parası ödenmesi gerekmektedir.

f. Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri

Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkını kullanması sonucunda ödediği bedelin kendisine iade edileceği m. 50’de yer almaktadır. DTUSTHY m. 9/ f. 1 uyarınca cayma hakkı süresince tüketiciden herhangi

¹³⁰² a.g.e., s. 258.

¹³⁰³ Gülen Sinem Tek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Bağlamında Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, **LHD**, C. 10, S. 118, 2012, s. 77; H. Murat Develioğlu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi’ ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **GSÜHFD**, C. Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, S. 2, 2014, s. 923; Küçükaydın, **Geri Alma**, s. 78; Karşı görüşte bkz. Gümüş, **Şerh**, s. 271. Bu hakkın fesih olarak nitelendirilmesinin uygun olacağı hakkında bkz. Atamer, **Kredi**, s. 243.

bir ödeme yapılmasının istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu yasağa karşın alınan bedelin de hemen tüketiciye iade edilmesi gereklidir.

g. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

FHİMSY m. 10/ f.1 uyarınca satıcı tüketiciye yapmış olduğu ödemeleri iade ile yükümlü iken, tüketici m. 11/ f. 1 uyarınca *“cayma bildirimini yönelttiği tarihten itibaren en geç otuz gün içinde sözleşme ve yan sözleşme uyarınca ifa edilen hizmet bedelleri ile varsa bir kamu kurum veya kuruluşuna ya da üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar ile mevzuat gereği ödenmesi zorunlu olan bedelleri sağlayıcıya iade etmekle yükümlüdür”*.

3. İfanın Cayma Hakkı Süresi Sonrasına Ertelendiği Hâller

Bazı hâllerde, tasfiye sorununu ortaya çıkmadan çözmek adına, girişimci açısından ifa cayma hakkı süresi sonrasında söz konusu olmaktadır. Böyle bir düzenlemeye iş yeri dışında kurulan sözleşmelerle ilgili yönetmelikte rastlamak mümkündür. Yönetmelik, öncelikle iadenin baştan engellenmesini hedeflemiştir ve cayma hakkı süresince tüketiciden herhangi bir ödeme alınmasının mümkün olmadığını düzenlemiştir. Buna karşılık, tüketici bir ücret ödemiş ise bunun iadesi sağlanacaktır.

Ayrıca, ön ödemeli konut satışı açısından cayma hakkı genel olarak, tüketicinin edimi teslim almasından önce kullanacağı şekilde dizayn edilmiştir. Ancak, tüketici lehine bir kat irtifakı tesis edilerek inşaat borcu altına girildiği ön ödemeli satış sözleşmeleri de kurulabilir. Bu durumda, cayma hakkı kullanıldığında tapudaki tescilin hükmünün ne olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili Yönetmelik’te bu durumu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, cayma hakkı burada aynı etki edecek ve tescil

yolsuz hâle gelecektir.¹³⁰⁴ Cayma hakkı sonucu oluşan ilişkinin tasarruf işlemini etkilemediği sebebiyle kanaatimce ayni etki reddedilmelidir.

Buna ek olarak, devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmelerinde de benzer bir düzenleme söz konusudur. DTUSTHY m. 9/ f. 1 uyarınca cayma hakkı süresince tüketici herhangi bir ödeme yapmakla yükümlü değildir. TKHK m. 50/ f. 6 hükmü uyarınca devre mülk hakkı veren sözleşmeler bu kuralın dışında tutulmuştur.

4. Cayma Hakkının Kullanımının Engellendiği Hâller

Bazı durumlarda ise cayma hakkının kullanımı engellenerek tüketici ile girişimci arasında tasfiye ilişkisinin doğmaması amaçlanmıştır. Bazı hâllerde ilgili sözleşmenin niteliği nedeniyle cayma hakkı baştan mümkün değildir. Diğer bazı hâllerde ise tüketici gerekli sürede iadeyi gerçekleştirmediği için cayma hakkını kullanmamış sayılmaktadır. Nihayet, bazen maldan veya hizmetten yararlanmak tüketici açısından cayma hakkının kullanımını etkisizleştirmektedir.

a. Bazı Sözleşme Türleri Açısından Cayma Hakkının Engellenmesi

İşyeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler ve finansal mesafeli sözleşmelere ilişkin mevzuatta, bazı sözleşme türleri açısından tüketicinin cayma hakkını kullanma imkânından yoksun olduğu görülmektedir. Bu hükümler de kaynağını 2011/ 83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nden almaktadır, dolayısıyla Alman ve Fransız hukuklarında da benzer düzenlemeler yer almaktadır. Bu sözleşmeleri birkaç açıdan gruplandırabilmek mümkündür.

Bu istisnalar incelendiğinde, cayma hakkının engellenmesinin farklı gerekçelere dayandığı görülebilmektedir. Bazı sözleşmeler açısından girişimcinin menfaati ön

¹³⁰⁴ Atamer, **Kredi**, s. 240. Yazar ayrıca, burada oluşabilecek maliyetin tüketici adına yaratabileceği olumsuzlukları düşünerek, tapu harçlarına ilişkin olarak bir düzenleme ihtiyacı bulunduğunu ortaya koymaktadır. a.g.e., s. 241.

planda tutulmuştur, zira bu sözleşmelerde cayma hakkının kullanılması ve iade sonucunda malın yeniden satışa sunulması mümkün olmayacaktır. Bazı hâllerde cayma hakkının kullanılması ürünün niteliği itibarıyla uygun değildir; bu kapsamda çabuk bozulabilecek ürünler örnek gösterilebilir.

i. Tüketici Davranışının Etkili Olduğu Sözleşmeler

Bir grup sözleşmede tüketicinin talepleri sonucunda cayma hakkı kullanımı mümkün olmayacaktır. Örneğin hem İYDKSY m. 14 hem de MSY m. 15 uyarınca *“tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler”*de cayma hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Burada cayma hakkının kullanılamamasının nedeni, tüketicinin malı iade ettiğinde girişimcinin bu malı yeniden satmasının çok zor olmasıdır.

Bu grup altında değerlendirebileceğimiz bir başka husus ise işyeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketicinin onayı ile ifasına başlanmış hizmet sözleşmelerinde cayma hakkının kullanılamayacağıdır.¹³⁰⁵

Bir diğer hâl ise, MSY m. 15’te düzenlenen *“tanıtma ve kullanma kılavuzunda satıcı veya yetkili servis tarafından kurulum veya montajının yapılacağı belirtilen mallardan kurulum ya da montajı yapılanlara ilişkin sözleşmeler”*dir. Burada verilen talimatlara karşın tüketici ürününü kurulumunu gerçekleştirdiğinde cayma hakkını kullanamayacaktır.

ii. Mal veya Hizmetin Niteliği Gereği Cayma Hakkının Uygun Olmadığı Sözleşmeler

¹³⁰⁵ Burada ifasına başlanmış sözleşmelerden bahsedilerek Direktif kapsamından daha geniş bir engel tanındığı hakkında bkz. Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, **BÜHFD**, C. 13, S. 169-170, 2018, s. 279.

Bu nitelikte mallar öncelikle “*çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler*”¹³⁰⁶ olarak gruplandırılabilir. Cayma hakkı süresi içinde bozulması imkânı olan ürünler, girişimciye ulaşana kadar kullanılamaz nitelikte olacaktır.¹³⁰⁷

Bir diğer hâl ise, MSY m. 15’te yer alan “*tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler*” olacaktır. Burada da iadenin gerçekleşmesi fiilen mümkün olmayacaktır.¹³⁰⁸

Bu grupta anılması gereken bir başka grubu ise, değişken fiyatlı ürünler oluşturmaktadır. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği uyarınca, “*Aşağıda sayılan hususlar başta olmak üzere, bedeli finansal piyasadaki dalgalanmalara bağlı olarak sağlayıcının kontrolü dışında değişen ve bu değişimin cayma hakkı süresi içinde gerçekleşebildiği finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler: Döviz işlemleri, Para piyasası araçları, Devredilebilir menkul kıymetler, Yatırım ortaklığı payları, Finansal varlıklara dayalı vadeli işlem sözleşmeleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar, Vadeli faiz oranı anlaşmaları, Faiz, döviz ve hisse senedi swapları, Opsiyon işlemleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar*”. Yine, MSY m. 15 uyarınca, “*fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler*” için de cayma hakkı kullanılamayacaktır. Burada fiyatlara ilişkin öngörülemezlik tasfiye ilişkisini zorlaştırabilecek, ayrıca girişimci açısından da üstlenilen ticari risk büyümüş olacaktır.¹³⁰⁹

iii. Malın Satışa Sunumu İtibariyle Özellikli Olan Sözleşmeler

Bu grupta İYDKSY m. 14 ve MSY m. 15’te “*tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen*

¹³⁰⁶ İYDKSY m. 14; MSY m. 15.

¹³⁰⁷ BeckOK BGB - Martens BGB § 312g, para. 23; MüKoBGB - Wendehorst BGB § 312g, para. 22;

¹³⁰⁸ Baş Süzel, **Cayma**, s. 285.

¹³⁰⁹ Hayrunnisa Altın Şahin, “İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları”, **Bilişim Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 2, 2023, s. 245.

açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler” ile “malın tesliminden sonra ambalajın açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler”¹³¹⁰ yer almaktadır.

Burada ambalajı açıldığı takdirde ürünün kişisel kullanıma özgülenmiş sayılacağı ve başka kişilerin kullanmasının sağlık ve hijyen kurallarına aykırı olacağı sözleşmeler bulunmaktadır. Bu kapsamda mahkeme kararlarında girişimcinin ürünü sanitize ederek yeniden satışının mümkün olduğu hâllerde bu istisna uygulanmamıştır.¹³¹¹

Maddi ortamda sunulan dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemeleri için ortaya çıkabilecek sorun, bu ürünlerin paketlerinin açıldıktan sonra kopyalanması imkânının olmasıdır.¹³¹²

iv. İlgili Mal veya Hizmet İçin Cayma Hakkının Kullanılmasının Uygun Bulunmadığı Sözleşmeler

Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının kullanımının mümkün olmadığı sözleşmeler de uzun bir liste hâlinde verilmiştir. MSY m. 15 uyarınca, cayma hakkının kullanılamayacağı sözleşmeler şunlardır: *“abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler”, “belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler”, “elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara*

¹³¹⁰ Bu istisna MSY’de şu şekilde düzenlenmiştir: *“malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler”*.

¹³¹¹ Örneğin Alman mahkeme kararları ve ABAD kararına konu olan yatak satışında, cayma hakkının kullanılmasına ilişkin mahkeme kararları esas alınacaktır. ABAD, bir yatağın otellerde başka müşteriler tarafından kullanılabilmekte olduğundan ve ikinci el yataklara ilişkin olarak bir satış piyasasının bulunduğu hareketle, yatağın temizlenerek tekrar satışa sunulmasında bir engel olmadığı sonucuna ulaşmış ve tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesine karar vermiştir. Bkz. ABAD, C-681/17, 27.03.2019, para. 41 vd. Bkz. ayrıca Schulze HK BGB - Schulte-Nölke BGB § 312g, para 5; Jauernig - Stadler BGB § 312g, para. 6; MüKoBGB - Wendehorst BGB § 312g, para. 25.

¹³¹² MüKoBGB - Wendehorst BGB § 312g, para. 33.

*ilişkin sözleşmeler”, “13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre tescili zorunlu olan taşınır ile kayıt veya tescil zorunluluğu bulunan insansız hava araçlarına ilişkin sözleşmeler”, “tüketiciye teslimi yapılmış olan cep telefonu, akıllı saat, tablet ve bilgisayarlara ilişkin sözleşmeler”, “canlı müzayede şeklinde açık artırma yoluyla akdedilen sözleşmeler”.*¹³¹³

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde de cayma hakkının kullanılamayacağı diğer sözleşme türleri şunlardır: *“Diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler saklı kalmak kaydıyla, geçerlilik süresi bir aydan az olan seyahat, bagaj sigortası poliçeleri veya benzeri kısa süreli sigorta poliçelerine ilişkin sözleşmeler”.*

Bu grup altında geniş bir mal ve hizmet yelpazesi yer almaktadır. Burada bazı hâllerde cayma hakkının kullanılması girişimci için bir menfaat kaybına yol açabilir. Örneğin abonelik sözleşmesi dışında yer alan süreli yayınlarda bu yayınlar güncelliğini yitirecektir.¹³¹⁴

Bununla birlikte, Yönetmelik’e eklenen ve 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni istisnalar ile bilgisayar, cep telefonu,¹³¹⁵ akıllı saat, akıllı tablet ve bilgisayarlara dair istisna ise, cayma hakkının kullanımını önemli bir ürün grubu açısından sınırlandıracaktır. Bu ürünlerin ilk kullanımla birlikte değerlerinin azalacağı hususu gerçektir, ancak cayma hakkını bu ürün grupları için ortadan kaldırmak tüketici aleyhine orantısız bir yaptırım olacaktır. Bu ürünler için mutad kullanım kavramı daha dar yorumlanarak tüketicinin en azından ürünü gözden geçirmesi imkanının sağlanması gereklidir.

¹³¹³ “13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre tescili zorunlu olan taşınır ile kayıt veya tescil zorunluluğu bulunan insansız hava araçlarına ilişkin sözleşmeler”, “tüketiciye teslimi yapılmış olan cep telefonu, akıllı saat, tablet ve bilgisayarlara ilişkin sözleşmeler”, “canlı müzayede şeklinde açık artırma yoluyla akdedilen sözleşmeler” ve “tanıtma ve kullanma kılavuzunda satıcı veya yetkili servis tarafından kurulum veya montajının yapılacağı belirtilen mallardan kurulum ya da montajı yapılanlara ilişkin sözleşmeler” açısından cayma hakkı engelleri 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe girecektir.

¹³¹⁴ MüKoBGB – Wendehorst, BGB § 312g, para 38; Jauernig – Stadler, BGB § 312g, para. 9; BeckOK BGB – Martens, BGB § 312g, para. 34.

¹³¹⁵ Daha önce Yargıtay’ın cep telefonu satımında cayma hakkının kullanılabileceğine ilişkin kararı da güncelliğini yitirecektir. Bkz. Yar. 3. HD, E.2022/6784, K.2022/8533, 07.11.2022 (Altın Şahin, **İstisnalar**, s. 254.)

b. Tüketicinin İadeyi Gerçekleştirmemesinin Cayma Hakkını Etkisizleştirmesi

Bazı hâllerde ise, tüketici cayma hakkını kullanmış olmasına rağmen, iadeyi öngörülen süre içinde gerçekleştirmediğinde cayma hakkı etkisizleşmiş sayılacaktır. Bu nitelikte düzenlemeler, taksitle satış sözleşmelerinde, tüketici kredisi sözleşmelerinde ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. İlgili yönetmeliklerde, tüketicinin bu süre içinde ödemeleri veya iadeyi gerçekleştirmemiş olması sonucunda, cayma hakkının kullanılmamış sayılacağı düzenlenmektedir.

Cayma hakkının kullanılmamış sayılması ile cayma hakkına ilişkin bildirimin geri alınmış sayılacağı kabul edilmelidir.¹³¹⁶ Bu noktada, girişimci önceden sözleşmenin tasfiyesi amacıyla iadede bulunduyorsa, bu edimlerin de tekrar iadesi gündeme gelecektir.

c. Kullanım ve Hizmetten Faydalanmanın Cayma Hakkını Etkisizleştirmesi

Bazı sözleşmeler açısından kullanım veya hizmetten yararlanma cayma hakkını etkisizleştirecektir. Bu nitelikte bir etkisizleşme, taksitle satış sözleşmeleri açısından öngörülmüştür. Hem TKHK m. 18/ f. 3 hem de TSSHY m. 7/ f. 5 uyarınca, tüketici malı mutaat olarak kullandığında dahi cayma hakkını kullanamayacaktır. Cayma hakkı süresi içinde malın teslim edilmiş olduğu hâllerde, tüketici malı ancak “*olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde*” kullanma yetkisine sahiptir.¹³¹⁷ TKHK m. 18/ f. 3’te taksitle satış sözleşmesinde mal tüketiciye teslim edilmişse tüketicinin malı ancak “*normal bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde*” kullanabilecektir; bu

¹³¹⁶ Atamer, **Kredi**, s. 104; Küçükaydın, **Geri Alma**, s. 155. Bir diğer görüşe göre, burada bozucu bir iradi şart söz konusudur. Gümüş, **Şerh**, s. 188.

¹³¹⁷ Aynı düzenleme TBK m. 255’te de mevcuttur. TBK m. 255/ f. 2 uyarınca, alıcı malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilecektir. Bunu aşan kullanımlarda sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir.

ölçüyü aşan kullanımlarda cayma hakkının sona erdiği kabul edilecektir. Bu olasılıkta, TKHK'deki ölçüyü aşan kullanımlarda hasar sorunu cayma hakkı imkânı ortadan kaldırılarak çözülmüştür.

Taksitle satış sözleşmelerinde TKHK m. 18/ f.3 ve TSSHY m. 7/ f. 6'ya göre, ifasına başlanmış hizmet sözleşmelerinde cayma hakkının kullanılması mümkün değildir. Benzer bir engel, yukarıda görüldüğü üzere iş yeri dışında kurulan sözleşmelerin ifasına başlanmasında ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde bulunmaktadır; tüketicinin onayı üzerine tamamen ifa edilmiş sözleşmelerde de cayma hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır.

B. Bedel Üzerinden İade

Tüketici mevzuatında aynen iade gerçekleşemediği takdirde iadenin bedel üzerinden gerçekleşeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun dışında mesafeli sözleşmeler açısından, tüketicinin mutad kullanımı aşan kullanımlarından sorumlu olması öngörülmüştür.

İsviçre hukukunda ise kapıdan satışlara ilişkin sözleşmelerde cayma hakkı kullanılması sonucunda tasfiyeye sebepsiz zenginleşme veya istihkak hükümleri uygulanacaktır. İsviçre hukukunda bedel üzerinden iade belirlenirken malın objektif değerinin esas alınacağı kabul edilmektedir.¹³¹⁸ OR 40f maddesi ise hizmet sözleşmelerinde vekalet sözleşmesi hükümlerine göre bir belirleme yapılacağını söylemektedir. Bu düzenleme geçerli ve geçersiz sözleşme arasındaki ayrımı silikleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹³¹⁹ Yine hizmet sözleşmeleri açısından da tüketicinin bunun dışında bir bedel ödemesi söz konusu olmayıp, hasara girişimci katlanmaktadır. İsviçre hukukunda, kapıdan satışlarda cayma hakkı kullanıldığında, tüketici eğer malı kullandıysa uygun bir kullanım bedeli ödemekle yükümlü (OR m. 40/ f.2) olmaktadır. İsviçre hukukunda bu kullanım bedeline “*Mietzins*” adı verilmektedir.

¹³¹⁸ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 262.

¹³¹⁹ a.g.e., par. 265.

Alman hukukunda bedel üzerinden iade, hizmet edimleri gibi aynen iadesi edimin niteliği gereği mümkün olmayan edimlerde söz konusu olur.¹³²⁰ Önceki düzenlemede, bedel üzerinden iade borcu için sözleşmeden dönme hükümlerine gönderme yapılmaktaydı. Bu gönderme artık mevcut olmadığı için, bedel üzerinden iade, ancak ilgili hükümlerde düzenlendiği takdirde söz konusu olacaktır.¹³²¹

Alman hukukunda cayma hakkı açısından iade imkansızlığında bedel üzerinden iade sorunu tüketici sözleşmelerinde farklı olarak ele alınmıştır.¹³²² Genel düzenleme olarak, BGB § 355/ f. 3 malın geri gönderimi sırasında meydana gelen kötüleşmelere ve imkansızlığa girişimcinin katlanmakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Bu hüküm, yalnızca gönderim sırasında meydana gelen kötüleşmeler ve yok olmaya ilişkindir. Tüketicinin genel bir bedel üzerinden iade sorumluluğu bulunmakta mıdır? İş yeri dışında kurulan sözleşmeler açısından bu soruya olumlu cevap verilmesi gerekmektedir. Burada da mutad kullanımı aşan kullanımlar için tüketicinin bedel üzerinden iade sorumluluğu doğmaktadır.

Ayrıca, işyeri dışında kurulan sözleşmeler kapsamında verilen hizmetler açısından BGB § 357a/ f. 2 düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, tüketici cayma hakkını kullanmış olduğu süreye kadar verilen hizmetler için bedel üzerinden iade ile yükümlü olacaktır. Bu yükümlülüğün gerçekleşebilmesi için tüketici girişimciden cayma hakkı bitmeden önce hizmeti vermesini açıkça talep etmiş olmalı ve tüketici bilgilendirilmiş olmalıdır. Bu hizmetler için bedel üzerinden iade, sözleşmede belirlenen bedel esas alınarak tespit edilecektir.¹³²³

Hangi bedelin dikkate alınacağına gelince, 2014 öncesi dönemde, BGB § 346'daki hükmün uygulanıyor olmasına karşın, BGH'nın cayma hakkı üzerine oluşan

¹³²⁰ BeckOK/ Müller-Christmann, § 355, para. 41

¹³²¹ BeckOK/ Müller-Christmann, § 355, para. 41

¹³²² Brinkmann, **Rücktritt und Widerruf**, s. 407.

¹³²³ Jauernig BGB/ Stadler § 357a, para. 7; MüKoBGB - Fritsche BGB § 357a, para. 16. Mahkeme kararlarında objektif bedel sözleşmedeki bedeli aştığında sözleşmedeki bedel dikkate alınmaktadır. Bkz. BeckOK BGB - Müller-Christmann, BGB § 357a, para. 12.

iade ilişkisinde edimin objektif değerini esas aldığı kararları bulunmaktadır.¹³²⁴ Yeni dönemde cayma hakkında BGB § 346'ya yapılan gönderme artık yer almadığı için belirlenmenin nasıl yapılacağı tartışma konusudur.¹³²⁵ Bedel üzerinden iadenin malın teslimi sırasındaki objektif değeri ile iadesi sırasındaki objektif değeri arasındaki fark olacağı kabul edilmektedir.¹³²⁶

Fransız hukukunda da, bedel üzerinden iadeye ilişkin olarak genel nitelikli bir düzenleme bulunmamaktadır. Temel düzenleme olan iş yeri dışında kurulan sözleşmeler ve mesafeli sözleşmeler açısından CdC L221-24 maddesi tüketicinin malı iade yükümlülüğü bulunduğunu belirtmektedir. Bunun dışında, aynı madde uyarınca tüketicinin malın mutad kullanımını aşan değer kayıplarından sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir.

Bu durumda hem Türk, hem Alman hem de Fransız hukuklarında mesafeli sözleşmelerde tüketici ancak mutad kullanımı aşan değer kayıplarını karşılamakla sorumludur. Bu husus İade İmkânsızlığı ve İade Hasarı başlığında ele alınacaktır.

C. İade İmkânsızlığı ve İade Hasarı

1. Genel Olarak

TKHK'da tüketicinin hakimiyet alanında gerçekleşen iade imkansızlığı sonucunda iade hasarı konusu detaylı olarak düzenlenmemiştir.

İsviçre hukukunda bir tüketicinin bir kullanım bedelinin iadesi ile yükümlü olduğundan bahsedilmişti. Buna karşılık, OR m. 40f/ f. 4 uyarınca tüketicinin oluşabilecek diğer zararlardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda,

¹³²⁴ BGHZ 185, 192; BGHZ 194, 150; BGH NJW-RR 2013, 885, 887

¹³²⁵ Claus, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 94.

¹³²⁶ Jauernig BGB/ Stadler § 357a, para. 2.

uygun kullanım bedelini aşan kötüleşmelerden doğan hasara girişimci katlanacaktır.¹³²⁷

Mevzuatımızda mesafeli sözleşmeler açısından ürünün mutad kullanımının aşılması hâlleri dışında genel eğilim, iade hasarına ilişkin sorunlarda bu hasara girişimcinin katlanmasıdır. Aşağıda iade hasarına girişimcinin katlandığı hâller ele alınacaktır.

2. İade Hasarının Girişimciye Yüklendiği Hâller

a. Mutad Kullanımın Söz Konusu Olması

Bazı sözleşmeler açısından malın kullanımından doğan değer azalmalarına girişimcinin katlanması öngörülmüştür. 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nin m. 14/ f.2 hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu hüküm uyarınca, ürünün niteliği, özellikleri ve işleyişi açısından gerekli olan kullanımlardan kaynaklanan değer kayıplarından sorumlu olmayacaktır. İşyeri dışında kurulan sözleşmeler ve mesafeli sözleşmeler açısından bu düzenleme Alman ve Fransız iç hukuklarına da taşınmıştır. Türk hukuku açısından bu hüküm MSY m. 13/ f. 2 hükmü ile hukukumıza alınmıştır.

Türk hukukunda da mesafeli sözleşmeler açısından malın mutad kullanımından doğan değer kayıplarına girişimcinin katlanacağı esası kabul edilmiştir. TKHK m. 48/ f. 4 uyarınca, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkı süresince malın mutad kullanımından kaynaklanan değişikliklerden ve bozulmalardan sorumlu olmayacaktır. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. MSY m.13/ f. 2'ye göre tüketici "*cayma süresi içinde malı, işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir*". Burada açıkça bahsedilmemesine rağmen bir

¹³²⁷ Probst, *Konsumentenschutz durch Information und Vertragsentbindung*, par. 5.96.

bedel üzerinden iade hâli düzenlenmektedir.¹³²⁸ Bedel üzerinden iade için esas alınacak değer, malın objektif değeri olmalıdır.¹³²⁹

Bu durumda, malın mutad kullanımından kaynaklanan hasara girişimci katlanacaktır. Ancak, mutad kullanımı aşan kötüleşmeler sonucunda tüketicinin bir bedel ödemesi söz konusu olabilir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde mutad kullanım kavramı kullanılsa da, tüketiciye sağlanan bu kullanım imkanının dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.¹³³⁰

İşyeri dışında kurulan sözleşmelerde ve finans hizmetleri dışındaki mesafeli sözleşmelerde BGB m. § 357a uyarınca, girişimcinin malın kanundaki kriterleri aşan kullanımı ile bağlantılı değer kayıpları sonucunda bedel üzerinden iade talebi bulunmaktadır.¹³³¹

b. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

Girişimci bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediğinde cayma hakkı süresi uzayacağı gibi, Direktif m. 14/ f. 2 uyarınca bu sürede tüketicinin mutad kullanımı aşan kullanımlarından dolayı sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Benzer bir sonuç Türk hukukunda da kabul edilmeli ve cayma hakkı konusunda gerektiği gibi bilgilendirilmeyen tüketici malın mutad kullanımını aşan hâllerde de sorumlu olmamalıdır.¹³³²

¹³²⁸ Karş. Ayşen Çilenti Konuralp, “Elektronik Ürünler İçin Yapılan İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması ve Mutat Kullanım Kavramı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 4, 2021, ss. 2748-49. Fransız hukukunda bu husus için tüketiciden başka bir ücret talep edilmeyeceği belirtilmiştir. Burada bedel üzerinden iadede bahsedilmemektedir. Julien, **Droit de la consommation**, par. 180.

¹³²⁹ Nafiye Yücedağ Göztepe, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, **TAAD**, C. 7, S. 27, 2016, s. 680; Çilenti Konuralp, **Mutat Kullanım**, s. 2789.

¹³³⁰ Zeynep Dönmez, “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku’na Yansımaları”, **İÜHFD**, C. 7, S. 1, 2016, s. 475; Yücedağ Göztepe, **Cayma**, s. 679; Baş Süzel, **Cayma**, s. 297; Çilenti Konuralp, **Mutat Kullanım**, s. 2743. Burada ürünü mağazada deneyebilen tüketici ile mesafeli satış sözleşmesi sonucunda satın alan tüketici arasında bir farkın gözetilmemesi gerektiği hakkında bkz. MüKoBGB – Fritsche, BGB § 357a, para. 8.

¹³³¹ Jauernig BGB/ Stadler § 357a, para. 2; MüKoBGB - Fritsche BGB § 357a, para. 2.

¹³³² Baş Süzel, **Cayma**, s. 298.

c. Tüketicinin Aldığı Hizmet Sonucunda Bedel Ödememesi

Tüketicinin almış olduğu hizmet karşılığında bir bedel ödemekle yükümlü olmadığı hâl devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri açısından öngörülmüştür. Tüketicinin cayma hakkı boyunca almış olduğu hizmete ilişkin olarak herhangi bir bedel ödemesi de söz konusu olmayacaktır (DTUSTHY m. 9/ f. 2). Bu açıdan iade hasarına girişimci katlanacaktır. Benzer bir düzenleme Alman (BGB 357c) ve Fransız hukukunda da söz konusudur. Bu düzenlemenin altında yatan sebep, tüketicinin ciddi bir bedel üzerinden iade yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacağını düşünerek cayma hakkını kullanmayacağı riskinin önlenmesidir.¹³³³

Alman hukukunda da devre tatil, uzun süreli tatil ve değişime ilişkin sözleşmelerde ise tüketiciye ek giderler yüklenilmesi mümkün değildir. Bu sözleşmelerde, masraflara kural olarak girişimci katlanacaktır.¹³³⁴

d. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesini Bedelsiz Sona Erdirme İmkânı

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, tüketicinin bazı hâllerde bir bedel ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye imkânından bahsedildi. Bu sözleşmede, tüketiciye ayrıca, bazı hâllerde dönme hakkını herhangi bir bedel ödemedi kullanabilme imkânı verilmiştir (TKHK m. 45, ÖÖKSHY m. 9/ f. 4). Bu hâller şunlardır: “*satıcının yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi*”, “*tüketicinin ölmesi*”, “*tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi*”, “*tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi*”. Bunlara ek olarak bir diğer hâl, ÖÖKSHY m. 9/ f.5’te “*konutun birden fazla kişiye satılmış olmasıdır*”.

¹³³³ MüKoBGB - Fritsche BGB § 357c, para. 1. Öte yandan Alman hukukunda mutad kullanıma uygun olmayan kullanımlarda, tüketici bedel üzerinden iade ile sorumlu olacaktır.

¹³³⁴ Brinkmann, **Rücktritt und Widerruf**, s. 377.

Bu hâllerden tüketicinin ölümü ile tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması girişimcinin hiçbir kontrolü olmayan bir hususta hasarın kendisine yüklenmesi sonucunu doğurmaktadır. Burada tüketicinin mirasçıları uzun yıllar sürecek bir borçtan kurtarılma istenmiştir.¹³³⁵ Benzer şekilde, tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde henüz taşınmazı devralmamış olması da kanunkoyucuyu bu iki hâl açısından tüketici lehine bir tercihte bulunulmaya sevk etmiştir.¹³³⁶

e. Tüketicinin Malı Muhafaza Etme Yükümlülüğünün Bulunmaması

İş yeri dışında kurulan sözleşmeler açısından İYDKSY m. 11/ f. 2 uyarınca, satıcı ve sağlayıcının cayma hakkına yönelik bildirimin ulaşmasından itibaren on dört gün içinde malı teslim almakla yükümlüdür. Hükmün devamında, bu süre geçmesine rağmen malın geri alınmaması ihtimalinde, tüketicinin malı muhafaza etmekle yükümlü olmadığı düzenlenmiştir. Girişimcinin malı belirtilen süre içinde iade almaması, iade hasarının girişimciye geri intikal ettiği bir hâl olarak düzenlenmiştir. Malı süresinde teslim almayan girişimci, artık mala gelebilecek hasarlara da katlanmakla yükümlü olacaktır.

3. Tüketici Sözleşmelerinde Kazadan Doğan Hasara Kimin Katlanacağı

Son olarak, zor bir soru cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Tüketici hükümleri uyarınca kazadan doğan yok olma ve kötüleşmelere kim katlanacaktır? Bununla bağlantılı olarak, acaba tüketici düzenlemelerinde hasarın tüketiciye geri intikaline izin veren düzenlemeler bulunmalı mıdır?

¹³³⁵ Atamer, **Kredi**, s. 245.

¹³³⁶ a.yer.

Bu durumda 2011/ 83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nde de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Mesele iç hukuklarda çözümlenecek gibidir. Alman hukukunda, sözleşmeden dönme düzenlemesinde hasarın geri intikali hâllerine yapılan gönderme artık bulunmadığı için, malın kullanımı dışında kazadan doğan kötüleşme ve yok olmadan doğan hasara girişimcinin katlanacağı kabul edilmektedir.¹³³⁷ Fransız hukukunda Tasfiye sistemi uygulanacaksa, tüketicinin kusuru bulunmadığında ve tüketici iyiniyetli olduğunda iade borcu ortadan kalkacaktır.

Türk hukuku açısından bir görüş, cayma hakkının kullanılmasından önce ve sonra hasarın gerçekleşmesine göre bir değerlendirme yapmaktadır. Bu görüşe göre, cayma hakkı kullanılmadan önce, tüketicinin hakimiyet alanında meydana gelen hasardan tüketici sorumlu olmalı ve cayma hakkı etkisizleşmelidir. Cayma hakkı kullanıldıktan sonra oluşan hasara ise girişimci katlanmalı ve tüketici iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu ile sorumlu olmalıdır.¹³³⁸ Bu görüş esas alındığında, malın mutad kullanımını aşmayan bir tüketici, malda meydana gelebilecek ve mutad kullanım dışında oluşabilecek kazadan dolayı sorumlu olacaktır. Bu husus da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde tüketiciyi yalnızca mutad kullanımı aşan kullanımlarından sorumlu tutan düzenlemenin amacına aykırıdır. Hakimiyet alanından yola çıkacak isek, tüketici her ne kadar cayma hakkını kullanmış olsa bile henüz malı iade etmemiştir. Normalde iade borçlusu tüketicinin hakimiyet alanında meydana gelen hasardan sorumlu olması gerekirdi. Burada ise, iade borçlusu tüketiciye ek korumalar bahşedilmiştir. Sorumluluk sınırı malın mutad kullanımının aşılması ile başlayan tüketicinin kazadan sorumlu olması ilgili düzenlemenin amacına aykırılık taşır. Nitekim, bu konuda bir başka görüş, burada bir kanun boşluğu bulunduğunu belirtmekte ve tüketicinin korunması esassından hareketle, kazadan doğan imkânsızlık ve kötüleşme hâllerinde satıcının sorumlu olması gerektiğini söylemektedir.¹³³⁹ Kanaatimce bu görüşe üstünlük tanınmalıdır.

¹³³⁷ Jauernig BGB/ Stadler § 357a, para. 2. Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 133.

¹³³⁸ Baş Süzel, **Cayma**, s. 302.

¹³³⁹ Yücedağ Göztepe, **Cayma**, s. 682.

Bu noktada, tüketici sözleşmeleri açısından, tüketicinin korunması ilkesinden hareketle kazadan doğan hasara tüketicinin katlanması mümkün olmayacaktır. Bu husus da yeknesak tasfiye kuralları oluşturulurken dikkate alınan bir unsur olmalıdır. Tüketicinin korunduğu hâller, yeknesak tasfiye kurallarına istisna oluşturabilir.

D. Yararların İadesi

Yararların iadesine ilişkin olarak da genel bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Tüketici kredisi sözleşmelerinde, TKHK m. 24/f.3 uyarınca tüketici anapara ile anaparanın kullanıldığı süre içinde işleyen faizi iade ile yükümlüdür. Tüketici burada elde ettiği yararları da iade edecektir. FHY m. 11’de de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemenin cayma hakkının bedelsizliğinin bir istisnası olduğu kabul edilmektedir.¹³⁴⁰

İsviçre hukukunda da tüketici kredisi sözleşmesinde, tüketici anapara yanında paradan elde ettiği yararları da iade ile yükümlü olmaktadır. KKG m. 15 uyarınca, aynı esas sözleşme geçersiz olduğunda da uygulanmaktadır.

E. Masrafların İadesi

Tüketici mevzuatında bazı sözleşmeler açısından masraflara ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Örnek olarak taksitle satışlarda (TSSHY m. 8, f. 3) iade edilen malın gönderim masraflarına kural olarak tüketici katlanmakla yükümlüdür. Mesafeli satışlarda ise, biraz karmaşık bir düzenleme yapılmıştır. Mesafeli Satış Yönetmeliği’nde 2022 yılında yapılan değişiklik uyarınca, tüketici kural olarak iade masraflarını karşılamakla yükümlü olacaktır. Bunun için girişimcinin, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi ve satıcının göstereceği taşıyıcının iade masrafının belirtilmesi gereklidir (MSY m. 13/ f. 3)

¹³⁴⁰ Küçükaydın, **Geri Alma**, s. 153.

2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi m. 14 uyarınca geri gönderim masraflarına tüketicinin katlanması gereklidir. Alman hukukunda bu Direktif hükümleri iç hukuka aktarıldığında, masraflara ilişkin olarak sözleşmeden dönme hükümlerine yapılan gönderme ortadan kalktığı için giderlerin iadesi söz konusu olmayacaktır.¹³⁴¹ Ayrıca, kural olarak tüketici, kendisine bilgilendirme yapıldığı takdirde gönderim giderlerine katlanmakta yükümlüdür (BGB 357/ f. 5). Eğer girişimci malı tüketiciden teslim alacağını beyan etmişse, tüketici bu giderlere de katlanmayacaktır (BGB 357/ f. 6). Fransız hukukunda da benzer şekilde gönderim masraflarına tüketicinin katlanacağı düzenlenmiştir; burada da girişimcinin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gereklidir.¹³⁴²

İsviçre hukukunda da kredi sözleşmelerine ilişkin düzenlemede kredi verenin faiz ya da başka giderleri talep edemeyeceği düzenlenmiştir. (Art. 15/2 KKG).

V. İSTİHKAK VE HAKSIZ ZİLYETLİKTE İADE HÜKÜMLERİ UYARINCA TASFİYE

Haksız zilyetliğin iadesine ilişkin hükümlerin aynı hakka ya da hak karinesine dayanan iade taleplerinde uygulama alanı bulduğu kabul edilir.¹³⁴³ Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi sonucunda, sözleşmenin tasfiyesini ortaya çıkaran sebebin taraflar arasındaki tasarruf işlemi de geçersiz kıldığı hâllerde, taraflar mülkiyet hakkına dayanarak daha önce gerçekleşmiş olan edimlerin iadesini talep edeceklerdir.¹³⁴⁴ TMK m. 683 hükmü taşınırılar için istihkak davası açılabileceğini, TMK m. 1025 ise yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılacağını öngörmektedir. Öte

¹³⁴¹ Jauernig BGB/ Stadler § 355, para. 1.

¹³⁴² Julien, Jérôme, **Droit de la consommation**, t.y., par. par. 180. Girişimci açısından ise, iade sırasında tüketicinin malın gönderimi sırasında ödediği ilk gönderim masraflarına katlanması gereklidir.

¹³⁴³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 540; A. Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 11. bs, Ankara: Yetkin, 2023, s. 127; Nomer, Ergüne, **Eşya**, par. 266; Özen, **İade**, s. 3; karşı Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 686.

¹³⁴⁴ TMK m. 452, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasını almadan yaptıkları hukuki işlemlerde, işlemin karşı tarafının geçersiz sözleşme ile elde ettiklerini haksız zilyedin iadesi hükümlerine göre gerçekleştirileceğini düzenlemektedir.

yandan, yan talepler açısından haksız zilyetliğin iadesine ilişkin TMK m. 993 – 995 (OR m. 938 – 940) hükümleri uygulama alanı bulur.¹³⁴⁵

Alman hukukunda ise, geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde haksız zilyetlikte iade hükümleri, ikincil bir konumdur. Soyutluk ilkesinin hâkim olduğu Alman hukukunda, haksız zilyetlikte iade hükümlerinin gündeme gelmesi, ancak tasarruf işlemi açısından da bir geçersizlik sebebinin doğması ile olacaktır. Yine de bu kurallara değinmekte fayda bulunmaktadır. BGB §985 uyarınca, malik zilyetten malın iadesini talep etme hakkına sahiptir.¹³⁴⁶ Taşınmazlar açısından ise BGB §894 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi söz konusu olur.¹³⁴⁷

A. İadenin Gerçekleşmesi

Haksız zilyetlikte iade hükümleri iade sistematüğinde yürüttüğümüz plandan bir ölçüde ayrılmamızı zorunlu kılmaktadır, zira bu sistemde bedel üzerinden iade söz konusu olmadığı gibi, iyiniyetli ve kötüniyetli haksız zilyetin sorumlulukları arasındaki fark da daha büyüktür. Haksız zilyetlikte iade hükümlerinde iyiniyetli haksız zilyet fazlasıyla ayrıcalıklı bir konumdur. Buna karşılık kötüniyetli haksız zilyet ise şartları ağır bir sorumluluk rejimine tabidir.

1. İyiniyetli Haksız Zilyetin Sorumsuzluğu

Haksız zilyetlikte iadede aynen iade mümkünse iade aynen gerçekleşir; nitekim iyiniyetli haksız zilyet için iadenin aynen gerçekleşmesi zaruridir. TMK m. 993, *“karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan”* iyiniyetli

¹³⁴⁵ BK ZGB/ Stark/ Lindenmann, Vor. 938-940, para. 13; BSK ZGB/ Ernst/ Zogg, Vor. 938-940, para. 2; CR CC – Pichonnaz, Art. 938, par. 13. Bu hükümlerin hem taşınır hem de taşınmazlar için uygulanabileceği hakkında bkz. BK ZGB/ Stark/ Lindenmann, Vor. 938-940, para. 21; BSK ZGB/ Ernst/ Zogg, Vor. 938-940, para. 20; a.g.e., par. 4; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya*, par. 539; Serozan, *Eşya Hukuku I*, C. 1, par. 687; Sirmen, *Eşya*, s. 128; Nomer, Ergüne, *Eşya*, par. 269.

¹³⁴⁶ Jan Wilhelm, *Das Sachenrecht*, 6. bs, De Gruyter, 2019, par. par. 1194. MüKo BGB/ Baldus § 985, paras. 78-79; NK BGB/ Schanbacher § 985, para. 43

¹³⁴⁷ Fransız hukukunda ise tekli tasfiye rejiminin kabulü ile istihkak ve haksız zilyetlikte iade hükümlerine başvurulmayacaktır. Bu nedenle bu Bölüm kapsamında da Fransız hukuku inceleme konusu yapılmayacaktır.

zilyedin malike karşı herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü olmadığını düzenlemektedir. İyiniyetli zilyet açısından, iadenin mümkün olmadığı iade imkansızlığı hâllerinde zilyedin iade borcu son bulur.¹³⁴⁸ TMK m. 993¹³⁴⁹ uyarınca iyiniyetli haksız zilyet, nesneyi sahip olduğuna inandığı hakka uygun olarak kullandığı takdirde sorumlu olmayacaktır. Öte yandan iyiniyetli zilyet eşyanın yok olmasından veya zarara uğramasından da sorumlu tutulamayacaktır. (TMK m. 993/ ZGB m. 938).

Bu noktada iyiniyetli zilyedin sorumsuzluğu, malı “*varlığına inandığı hak*” kapsamında kullanması durumunda söz konusu olup, maldan elde edilen yararları da kapsar.¹³⁵⁰ Mülkiyetin devrini hedef alan bir sözleşme açısından varlığına inanılan hakkın kapsamı mülkiyet hakkı olup, malik olduğunu düşünen zilyet, mülkiyet hakkının yasal sınırları çerçevesinde malı dilediği gibi kullanabilme hatta malı yok etme yetkisine sahip olacaktır.¹³⁵¹ Bu durumda, iade hasarına satıcı katlanacaktır.

Alman hukukunda da haksız zilyetliğin iadesi açısından iyiniyetli ve kötüniyetli zilyet açısından bir ayırım yapılmıştır. Bu sistemde de iyiniyetli haksız zilyet mümkün mertebe korumaya tabi olmaktadır.¹³⁵² İadesi istenen mal yok olduğu takdirde iade borcu sona erecektir.¹³⁵³ Alman hukukunda da iyiniyetli zilyedin BGB § 993 uyarınca yararlarından çok sınırlı bir sorumluluğu bulunduğu gibi tazminat sorumluluğu da yoktur. Bu durumda iadesi istenen malın iyiniyetli zilyedin elinde yok olması durumunda iade borcu sona erecek ve hasara iade alacaklısı olan malik katlanacaktır. Haksız zilyetlikte iadede genel bir bedel üzerinden iade borcu öngörülmemiştir; yalnızca iyiniyetli olmayan zilyet açısından bir tazminat sorumluluğu söz konusudur.

İyiniyetli olmayan zilyet açısından da bir kusur sorumluluğu öngörülmüştür. Bu durumda, beklenmedik hâlden kaynaklanan kötüleşme ve yok olmalardan iyiniyetli olmayan zilyet de sorumlu değildir. Bu kapsamda, haksız zilyetlikte iadede *casum*

¹³⁴⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 551; Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 706; Sirmen, **Eşya**, s. 129; Nomer, Ergüne, **Eşya**, par. 275.

¹³⁴⁹ TMK m. 993 hükmünün lafzının eleştirisi için bkz. Özen, **İade**, s. 123, dn. 236.

¹³⁵⁰ ZK ZGB – Homberger, Art. 938, para. 11; BSK ZGB – Ernst/ Zogg, Art. 938, para.1; BK ZGB – Stark/ Lindenmann, Art. 938, para. 1; a.g.e., s. 123.

¹³⁵¹ ZK ZGB – Homberger, Art. 938, para. 13; a.g.e., s. 124.

¹³⁵² Wilhelm, **Das Sachenrecht**, par. 1229.

¹³⁵³ NK BGB - Schanbacher § 985, para. 47; Jauernig – Berger, BGB § 985, para. 9

sentit dominus ilkesi geçerli olup, kazadan doğan hasara iade alacaklısı olan malik katlanacaktır.¹³⁵⁴

BGB’de kötüniyetli zilyet ile iyiniyetli olmayan zilyet ayırımı yapılmıştır.¹³⁵⁵ Zilyet kendisinden zilyetliğin iadesinin talep edildiği andan itibaren iyiniyetli olmaz ve BGB § 987 ile § 989 hükümlerine tabii olur. Burada ilgili hükümlerde “*derdest edilmekten*” (*Rechtshängigkeit, lis pendens*) bahsedilmektedir. Derdest edilmekten kasıt, BGB § 985 anlamında zilyetten malın iadesinin talep edilmiş olmasıdır.¹³⁵⁶

2. Kötüniyetli Haksız Zilyetin Tazminat Sorumluluğu

Kötüniyetli zilyet ise elinde tuttuğu eşyayı TMK m. 991 uyarınca iade ile yükümlüdür. Yan talepleri düzenleyen TMK m. 995 uyarınca kötüniyetli zilyet, “*geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız olarak alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar*” karşılığında tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır. Burada da yine bedel üzerinden iade söz konusu olmayacaktır, kötüniyetli zilyet için kusurdan bağımsız bir tazminat sorumluluğu öngörülmüştür.¹³⁵⁷

Bu tazminatın talep edilebilmesi için zilyetliğin haksız oluşu ile zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.¹³⁵⁸ Kötüniyetli haksız zilyetin sorumluluğunun ortadan kalkması, ancak haksız zilyetlik ile zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmadığında söz konusu olabilir.¹³⁵⁹

Alman hukukunda, iyiniyetli olmayan zilyet açısından BGB §989 malikin zilyete karşı yöneltebileceği tazminat taleplerini düzenlemektedir. Bu hükme göre,

¹³⁵⁴ Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 166.

¹³⁵⁵ Bu hususun dava açılan haksız zilyet açısından söz konusu olduğu hakkında bkz. Özen, *İade*, s. 120.

¹³⁵⁶ Wilhelm, *Das Sachenrecht*, par. 1242a.

¹³⁵⁷ BK ZGB/ Stark/ Lindenmann, Art. 940, para. 12; BSK ZGB/ Ernst/ Zogg, Art. 940, para. 1 Pascal Pichonnaz, “Art. 940”, *Commentaire Romand Code civil II*, Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023, par. 9; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya*, par. 571; Serozan, *Eşya Hukuku I*, C. 1, par. 741; Sirmen, *Eşya*, s. 131; Nomer, Ergüne, *Eşya*, par. 287; Özen, *İade*, s. 193.

¹³⁵⁸ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 354.

¹³⁵⁹ Özen, *İade*, s. 195 vd.

haksız zilyet malike “kusuru nedeniyle eşyanın kötüleşmesi, yok olması veya başka herhangi bir nedenle kendisi tarafından teslim edilememesi nedeniyle oluşan zarardan malike karşı sorumludur”. İyiniyetli zilyet malın kendisinden talep edilebileceğini öğrendikten sonra, iade konusu mal üzerinde özen yükümlülüğü doğacaktır.¹³⁶⁰ Bu yükümlülüğün ihlalinde ise tazminat sorumluluğu öngörülmüştür. Tazminat sorumluluğu malın kullanımı dahil olmak üzere malın kötüleşmesi, bir hak ile sınırlandırılması ve malın zilyetliğinin kaybedilmesi hâllerinde ortaya çıkar.¹³⁶¹

Zilyet, zilyetliği kazandığı andan itibaren kötünietli ise, sorumluluğunun kapsamı değişir. Bu durumda BGB § 990 uyarınca, kötünietli haksız zilyet zilyetliği kazandığı ya da zilyetliğinin haksız olduğunu öğrendiği andan itibaren BGB § 987 ve 989 kapsamında sorumlu olacaktır.

3. İyiniyetli Haksız Zilyedin Sorumsuzluk Alanını Daraltma Çabaları-Varlığına İnandılan Hak Kavramının Yeniden Yorumlanması

Yukarıda ele alındığı üzere, iyiniyetli zilyet varlığına inandığı hakka uygun kullanımı sonucunda malda oluşan kötüleşme veya yok olmalardan sorumlu değildir. Bu hükmün geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi için uygun olmayan bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir.¹³⁶² Bu geniş sorumluluğun sınırlarını daraltabilmek için, zilyedin “varlığına inandığı hak” kavramının geniş yorumlanması önerilmiştir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, zilyedin karşı edimi hesaba katması gerektiği de kabul edilmektedir; sözleşmede kararlaştırılan karşı edim de iadede esas alınacaktır.¹³⁶³ Örneğin sözleşmeden dönme hâlinde, edimi teslim alan borçlunun mülkiyet hakkı,

¹³⁶⁰ MüKo BGB/ Raff § 989, para. 1; BeckOK BGB – Fritzsche, BGB § 989, para. 1; HK-BGB - Schulte-Nölke BGB § 989, para. 3.

¹³⁶¹ MüKo BGB/ Raff § 989, paras. 4-8; BeckOK BGB - Fritzsche BGB § 989, para. 5; Jauernig/Berger BGB § 989, para. 5; HK-BGB - Schulte-Nölke BGB § 989, para. 5; Grüneberg/ Herrler – BGB § 989, para. 4. Burada yok olmanın BGB 275 anlamında imkansızlığı gerektirmediği hakkında bkz. MüKo BGB/ Raff § 989, para. 8.

¹³⁶² Schwenzer, AT, par. 58.04; Barbara Lindenmann, **Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers**, Bern: Editions Weblaw, 2010, s. 80; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 592; Karş. Polydor-Werner, **Rückabwicklung**, s. 55.

¹³⁶³ Buz, **Dönme**, s. 204; a.g.e., ss. 638-39.; Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 232.

ancak kendi edimini ifa edeceğine olan inancının gerçek olması durumunda esas alınacaktır.¹³⁶⁴

Aslında burada sebepsiz zenginleşmede tasfiye sorunlarının çözümü için getirilen teoriler ile benzerlikler bulmak mümkündür. Nitekim Saldo teorisi ve fiili sinallagma teorileri, hatta *Flume* ve *Canaris* de belli gerekçelerle karşı edimi dikkate almaktadır. Bununla birlikte, bu hükmün bu şekilde yorumlanması açısından var olan bir zorluk, kişinin varlığına inandığı hakka ilişkin bilincinin ne olduğunun araştırılmasıdır, ki bunu tespit etmek çok kolay değildir. Öte yandan, bu kavramı bu şekilde yorumladığımızda dahi tasfiyede yeknesak bir iade borcunun sağlandığından söz edebilmemiz mümkün olmayacaktır.

Bu duruma getirilen bir başka eleştiri yine sebepsiz zenginleşme teorilerinde sıklıkla gördüğümüz gibi, karşı edimin dikkate alındığında geçersizlik hükmü ile getirilen amacın yok sayılacağıdır.¹³⁶⁵ Bu yüzden burada objektif değer esas alınmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır.¹³⁶⁶

Bazı görüşlere göre, varlığına inanılan hak kavramının yorumu ile iyiniyetli haksız zilyetin sorumluluğunu daraltma çabaları, aynı şekilde sebepsiz zenginleşme hükümlerinde iyiniyetli zenginleşenin sorumluluğunun sınırlandırılması için yapılan tartışmalardan daha uygun sonuç verecektir.¹³⁶⁷ Kanaatimce her iki durumda da kanundaki düzenlemenin sınırlanması zorlama olacaktır. Öte yandan, varlığına inanılan hak yönünde yapılacak değerlendirme de her zaman uygun olmayabilir. Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmede (dönmenin tasarruf işlemini de etkilediğini varsaydığımızda), edimi iade ile yükümlü olan iade borçlusunun varlığına inandığı hakkın mülkiyet hakkı olmadığını ne zamandan itibaren saptayabiliriz? Bu temerrüde düşen borçlu için, ancak alıcının dönme yönünde seçimlik hakkını kullanacağını ilettilğinde mümkün olabilir. Burada borçlunun kusurunun da etkisinin ne derece olacağı tartışılabilir. Borçlu alıcının sözleşmeden dönme hakkını

¹³⁶⁴ Buz, **Dönme**, s. 204.

¹³⁶⁵ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 233.

¹³⁶⁶ a.yer; Buz, **Dönme**, s. 639.

¹³⁶⁷ Buz, **Dönme**, s. 206.

kullanmayacağı yönünde haklı bir kanaate de sahip olabilir. Tüm bu olasılıklarda varlığına inanılan hak kavramının yorumlanması yine iade hasarının farklı olasılıklarda farklı taraflara yüklenmesi ile sonuçlanacaktır.

Öte yandan varlığına inanılan hak ifadesinin yorumuyla çözüm sağlayamayacağımız bir diğer husus, hizmet edimlerinde tasfiye ile haksız zilyetlikte iade hükümlerinin niteliği gereği sahip oldukları uyumsuzluktur. Hizmet edimlerinin iadesi haksız zilyetlikte iade talebine konu olamayacaktır. Bu durumda tıpkı para edimleri gibi sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak zorunlu olacaktır. Bu açıdan haksız zilyetlikte iade hükümlerinin geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde uygun bir tasfiye mekanizması olamamaktadır.

4. Sözleşmeden Dönme Ayni Etki Tanınmasının Yanlış Bir Örneği: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Dönme

Türk hukukunda ise sözleşmeden dönme ayni etki tanınması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmeye söz konusudur.¹³⁶⁸ Mahkeme kararlarında, bu sözleşmelere yalnızca ayni etki tanınmamıştır; ayrıca arsa paylarını inşaat başlamadan önce elde eden müteahhidin üçüncü kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler sonucunda da üçüncü kişilerin mülkiyet haklarının korunmayacağına hükmedilmiştir.

Öncelikle, Yargıtay çok sayıda kararında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmeden dönmenin ancak mahkeme kararıyla talep edilebileceğine karar vermiştir. Bu içtihatların sonucu olarak, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat

¹³⁶⁸ Yargıtay 1984 tarihli ünlü içtihadı birleştirme kararında, inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak, yüklenicinin ediminin yerine getirmesinin uzun sürelerle dayandığını ve bu sözleşmelerin “geçici-sürekliliği” sözleşmeler olduklarına karar vermiştir. Bunun sonucunda, yapılan işin seviyesinin ilerlemiş olduğu hâllerde, sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin feshinden bahsetmek gerekecektir. YİBGK, E. 1983/3, K. 1984/1, 25.01.1984. Yargıtay kararlarında işin çoğunun ne zaman yapılmış sayılacağına dair içtihadı ise zaman içinde değişim göstermiş ve bugün inşaatın %90 ve üzerinin tamamlandığı hâllerde fesih söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 2. bs, İstanbul: Der Yayınları, 2007, s. 117; Semih Yünlü, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 919.

sözleşmelerinde sözleşmeden dönme bir yenilik doğuran dava niteliğini taşımaktadır.¹³⁶⁹

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici arsa paylarını arsa sahiplerinden önce devralabilmekte ve inşaatın bitmesi üzerine sahip olacağı bağımsız bölümlere tekabül eden arsa paylarını üçüncü kişilere satabilmektedir.¹³⁷⁰ Sözleşmeden dönmeye aynı etkinin tanındığı bir sistemde, yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahiplerinin sözleşmeden dönmesi sonucunda yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelecek ve arsa sahipleri yükleniciye karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi talebini ileri sürebilecektir. Buna karşılık, bu payların üçüncü kişilere devri hâlinde, üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları hâlinde, üçüncü kişiler mülkiyet hakkını kazanacaktır. İçtihatlarda ise, aynı etkinin sağladığı sonuçların ötesinde hükümler verildiği görülmektedir.

¹³⁶⁹ Zafer Kahraman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 432; Zafer Kahraman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan ‘Avans Tapu’ Kavramının Değerlendirilmesi”, **YÜHFD**, C. 18, S. 2, 2021, s. 786. Yargıtay’ın bu içtihadını sözleşmeden dönme veya feshin yenilik doğuran hak niteliğiyle bağdaştırmak mümkün değildir. M. Turgut Öz, “Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 100, 2018, s. 25. Bkz. 15. HD, E. 2007/6331, K. 2008/3831, 10.06.2008; 15. HD, E. 2010/1282, K. 2010/2239, 19.04.2010; 15. HD, E. 2018/2608, K. 2018/5171, 20.12.2008; 23. HD, E. 2012/5665, K. 2013/2, 14.01.2013; 23. HD, E. 2013/3436, K. 2013/5497, 18.9.2013; 23. HD, E. 2014/2487, K. 2014/5588, 12.09.2014; 23. HD, E. 2014/9421, K. 2016/1340, 04.03.2016; 23. HD, E. 2014/10042, K. 2016/2217, 07.04.2016; 23. HD, E. 2015/1098, K. 2016/3889, 23.06.2016; 23. HD, E. 2015/9748, K. 2018/3897, 03.07.2018; 23. HD, E. 2015/7305, K. 2018/3173, 16.05.2018; 23. HD, E. 2015/5183, K. 2018/3243, 21.5.2018; 23. HD, E. 2016/4341, K. 2018/5530, 28.11.2018; 15. HD, E. 2020/1709, K. 2020/2345, 08.09.2020; 15. HD, E. 2008/4140, K. 2009/3023, 25.05.2009; 23. HD, E. 2016/3652, K. 2016/3888, 23.06.2016; 23. HD, E. 2015/8839, K. 2018/3506, 04.06.2018; 23. HD, E. 2016/5132, K. 2019/4096, 08.10.2019; 23. HD., E. 2016/7128, K. 2019/4370, 22.10.2019

Yargıtay önceki kararlarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle bağlı bir sözleşme olması sebebiyle feshin ikale veya mahkeme kararı ile gerçekleşebileceği görüşündeyken, daha sonraki kararlarında sözleşmenin tapuda pay devrini içermesini gerekçe olarak ileri sürmüştür. Kararların çoğunda bu iki gerekçeyi bir arada görmekteyiz: 23. HD, E. 2014/755, K. 2014/2753, 09.04.2014; 23. HD, E. 2014/432, K. 2014/4157, 29.05.2014; 23. HD, E. 2014/9231, K. 2014/8225, 17.12.2014; 23. HD, E. 2014/3837, K. 2015/1926, 25.03.2015; 23. HD, E. 2014/3973, K. 2015/2836, 22.04.2015; 23. HD, E. 2015/667, K. 2015/4976, 26.6.2015; 23. HD, E. 2015/4713, K. 2015/5234, 03.07.2015; 23. HD, E. 2014/6839, K. 2015/7863, 03.12.2015; 23. HD, E. 2016/8724, K. 2019/4385, 22.10.2019; 23. HD, E. 2016/6059, K. 2020/1489, 04.03.2020

¹³⁷⁰ Yüklenici bu şekilde inşaat için gerekli finansmanı sağlayabilmektedir. Kahraman, **Üçüncü Kişi**, s. 437; Ayşe Arat, Mehmet Akçaal, “20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi”, **SÜHFD**, C. 26, S. 2, 2018, s. 372; Aydın, **Üçüncü Kişi**, s. 419; Kahraman, **Avans Tapu**, s. 783.

Yargıtay içtihatları incelendiğinde ilk göze çarpan husus, sözleşmeden dönme sonucunda yalnızca yüklenici ile arsa sahibi arasındaki işlemin değil, yüklenicinin üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemin de sebebinin ortadan kalktığı kabul edilmesidir. Buna ek olarak, yüklenici ile işlem yapan üçüncü kişilerin devir sırasında her zaman kötünietli oldukları kabul edilmiş ve TMK m. 1023 hükmünün uygulanması reddedilmiştir.¹³⁷¹ Oysaki, TMK m. 1023 kapsamında üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılmaları için tescile dayanak teşkil eden belgelere bakma yükümlülüğü yoktur.¹³⁷² Öte yandan, kötüniet yalnızca üçüncü kişiler için değil, bu kişilerle işlem yapan diğer kişiler açısından da söz konusudur. Bu açıdan doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere bir “*kötüniet karinesi*” yaratılmıştır.¹³⁷³ Sözleşmeden dönmenin aynı etkisi kabul edilse dahi, üçüncü kişilere yapılan geçerli devirlerin, hukukumuzdaki devren iktisap hâllerini yok sayacak şekilde geçersiz kılınması mümkün olmamalıdır.¹³⁷⁴

Kararlarda bu hususu gerekçelendirmek için, müteahhitten payları devir alan kişilerin arsanın müteahhite ait olmadığını ve inşaat tamamlanmadığı sürece arsa payları üzerinde hakkının doğmayacağını bildikleri gibi hususlara dayanılmıştır.¹³⁷⁵ Bu da kararlarda ele alınması gereken ve arsa sahibine devredilen payların niteliğine ilişkin bir başka sorunu göstermektedir. Yargıtay’ın pek çok kararında, müteahhite devredilen arsa payları “*avans tapu*” olarak nitelendirilmiş ve müteahhit kendi edimini yerine getirmediği takdirde, bunların mülkiyetinin kazanılmayacağı sonucuna

¹³⁷¹ Bkz. bir önceki dipnotta anılan kararlar. Ayrıca bkz. Ayşe Arat, **Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 143 vd. Kahraman, **Üçüncü Kişi**, ss. 425-57; Kahraman, **Avans Tapu**, ss. 781-97; Aydın, **Üçüncü Kişi**, ss. 417-53. Nitekim burada TMK m. 1023 hükmünün uygulanmasına dahi gerek yoktur, çünkü sözleşmeden dönme taraflar arasında yapılan geçerli devri ortadan kaldırmamaktadır. Çiğdem Kırca, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, **XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 15 Aralık 2006**, Ankara: Banka Ticaret Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 97; Kahraman, **Üçüncü Kişi**, s. 447; Arat, Akçaal, **AYM Kararı**, s. 387; Kahraman, **Avans Tapu**, s. 794.

¹³⁷² Sirmen, **Eşya**, s. 218; Kırca, **Üçüncü Kişi**, s. 92.

¹³⁷³ Kahraman, **Üçüncü Kişi**, s. 444; Aydın, **Üçüncü Kişi**, s. 439; Kahraman, **Avans Tapu**, s. 789.

¹³⁷⁴ E. Saba Özmen, Tuba Akçura Karaman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 1, 2013, s. 68; Kahraman, **Üçüncü Kişi**, s. 447; E. Saba Özmen, Müge Ürem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”, **MÜHFD**, C. 1, 2016, s. 27; Emrehan İnal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 379; Öz, **Eleştiri**, s. 31; Arat, **Üç Köşeli İlişkiler**, s. 149; Aydın, **Üçüncü Kişi**, s. 436.

¹³⁷⁵ Bkz. örneğin 23. HD, E. 2015/925, K. 2016/1721, 18.03.2016.

varılmıştır.¹³⁷⁶ Bu durumda, içtihatlarla göre mülkiyet hakkının kazanılması inşaatın tamamlanması şartına bağlanmıştır. Bu husus, taşınmaz mülkiyetinin devrinin şarta bağlanamayacağı kuralını çiğnemektedir.¹³⁷⁷

Bir kararda Yargıtay şu sonuca varmıştır: “...arsa sahiplerince yüklenici şirkete intikâl ettirilen pay kayıtlarının tescili yüklenici şirkete kural olarak aynı haklar sağlamaz. Çünkü, aynı haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması, mülkiyet hakkının doğması için geçerli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir.”¹³⁷⁸ Yargıtay, geçerli bir hukuksal nedenin varlığını arayarak sebebe bağlılık ilkesinden bahseder gibi durmaktadır, ancak bu ilke yanlış bir biçimde uygulanmıştır. Tescilin yapılabilmesi için hukuki sebebin belgelenmesi gereklidir.¹³⁷⁹ Tescil gerçekleştiğinde ise, aynı hak doğar (TMK m. 1022/ f. 1). Aynı hakkın doğumu için tescil kurucu bir unsur olup,¹³⁸⁰ tescil gerçekleştiği anda mülkiyet hakkı da doğacaktır.¹³⁸¹ Bu açıdan tescilin mülkiyet hakkının doğumu için yeterli olmadığı son derece yanlış bir sonuçtur.

Bu çerçevede, içtihatlarda kabul edilen esasların bu sözleşmelerin tasfiyesi açısından birçok ek sorun yarattığı söylenmelidir. Kararlarda arsa sahiplerinin menfaatinin ön plana konduğu görülmektedir.¹³⁸² Arsa sahibi ile müteahhit arasındaki sözleşmeden doğabilecek riskler, üçüncü kişilerin sırtına yüklenmiştir. Öte yandan, bu içtihatlar ile müteahhit ve arsa sahibi arasındaki ilişkinin tamamen dışında olan üçüncü kişiler mülkiyet hakkını isabetsiz gerekçelerle kaybetme riski ile karşı karşıya bırakılmış olmaktadır.¹³⁸³

¹³⁷⁶ Mahkeme kararlarındaki bu sonuçlar Anayasa Mahkemesi tarafından da doğrulanmıştır. Bkz. AYM, Faik Tari ve Sultan Tari, B 2014/12321, 20 Temmuz 2017.

¹³⁷⁷ Kahraman, **Üçüncü Kişi**, s. 444; E. Saba Özmen, “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. Hd. nin Yerleşik Kararlarındaki ‘Avans Tapu’ Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)”, **TBB**, C. 135, 2018, s. 506; Kahraman, **Avans Tapu**, s. 793; Aydın, **Üçüncü Kişi**, s. 439.

¹³⁷⁸ 15. HD, E. 2010/3593, K. 2010/4847, 28.09.2010.

¹³⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 860.

¹³⁸⁰ a.g.e., par. 981.

¹³⁸¹ Kırca, **Üçüncü Kişi**, s. 92.

¹³⁸² Arat, Akçaal, **AYM Kararı**, s. 388.

¹³⁸³ Özmen, **2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. Hd. nin Yerleşik**

B. Yararların İadesi

1. Genel Olarak

Yararların iadesinde de iyiniyetli ve kötünietli zilyedin iade sorumluluğu farklıdır. İyiniyetli haksız zilyet varlığına inandığı hakka uygun olarak elde ettiği yararları¹³⁸⁴ iade etmekle yükümlü değildir.¹³⁸⁵ Elde etmeyi ihmal ettiği yararlardan dolayı da sorumluluğu doğmayacaktır.

Geçersiz bir sözleşmeye dayanan tasarruf işlemi sonucunda malın maliki olduğu düşüncesiyle elde eden iyiniyetli zilyet, malı dilediği gibi kullanabilecek ve bu kapsamda maldan bir malik gibi yararlanabilecektir. Yararlar, malın doğal ve hukuki ürünleri ile malın kullanımından elde edilen faydaları kapsamaktadır.¹³⁸⁶ TMK m. 994 uyarınca, iyiniyetli zilyet nesne üzerinde yapmış olduğu masrafları talep ettiğinde, elde etmiş olduğu ürünler yapmış olduğu masraflara ilişkin alacağından mahsup edilir.

Malın kullanılarak tüketilmesi hâlinde de kullanımdan elde edilen bir fayda olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda, iyiniyetli zilyedin elde ettiği yararlara ilişkin olarak ayrıca bir sebepsiz zenginleşme talebine sahip olmadığı kabul edilir.¹³⁸⁷ Ancak, bu görüşten ayrılan bazı yazarlar, TMK m. 993'ün ivazlı olarak zilyetliği elde eden kişiyi koruma amacı taşıdığından hareketle, zilyetliği ivazsız olarak elde eden kişiye karşı ürünlere ilişkin bir sebepsiz zenginleşme talebine sahip olacağını savunmaktadır. Elde edilen yararlara ilişkin bir başka tartışma, iyiniyetli haksız zilyedin iade konusu

Kararlarındaki “Avans Tapu” Nitelemesine İlişkin Eleştiriler), s. 496; Arat, Akçaal, AYM Kararı, s. 391.

¹³⁸⁴ TMK m. 994-995 hükümlerinde yarar kelimesi yerine ürün kelimesi kullanılmıştır.

¹³⁸⁵ BK ZGB/ Stark/ Lindenmann, Art. 938, para. 1; BSK ZGB/ Ernst/ Zogg, Art. 938, para. 9; KUKO ZGB/ Domej/ Schmidt, Art. 938, para. 5; Pichonnaz, “CR CC II - Pichonnaz, Art. 938”, par. 15; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 554; Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 707; Sirmen, **Eşya**, s. 130; Nomer, Ergüne, **Eşya**, par. 273.

¹³⁸⁶ BK ZGB/ Stark/ Lindenmann, Art. 938, para. 4 ve 23; BSK ZGB/ Ernst/ Zogg, Art. 938, para. 10; KUKO ZGB/ Domej/ Schmidt, Art. 938, para. 6; Pichonnaz, “CR CC II - Pichonnaz, Art. 938”, par. 14-15; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 554; Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 710.

¹³⁸⁷ Özen, **İade**, ss. 241-42.

malı üçüncü kişilere satarak elde ettiği gelirin iade edilip edilemeyeceğidir. Hâkim görüş uyarınca, satıştan elde edilen gelir yarar olarak nitelendirilmemelidir.¹³⁸⁸

Kötüniyetli zilyedin sorumluluğu ise daha geniştir. Kötüniyetli zilyet nesneyi ya da nesnenin bedelini iade yanında, nesneye vermiş olduğu zararlar ile nesneden elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden de sorumludur.¹³⁸⁹

Benzer bir ayrılık, Alman hukukunda da söz konusudur. BGB §993 öncelikle iyiniyetli zilyedin yararların iadesi ile yükümlü olmadığını düzenlemektedir. Madde uyarınca, iyiniyetli zilyetten ancak malın uygun kullanımı sonucunda elde edilen aşkın yararları sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilebilecektir. Burada malın yararları ve maldan elde edilebilecek aşkın yararlar arasında bir ayrım yapılmıştır. Maldan elde edilen yararlar kural olarak iade talebine konu değildir.¹³⁹⁰

İyiniyetli olmayan zilyet açısından ise, elde edilen yararlar BGB §987 uyarınca iade edilecektir. BGB §987 zilyedin derdest edildikten sonra elde ettiği yararların iade edileceğini hüküm altına almıştır. Burada yararlar BGB § 99 ve 100 hükümlerine göre belirlenir.¹³⁹¹ BGB § 987/ f.1 kapsamında yalnızca elde edilen yararlar girmektedir.¹³⁹² Elde edilmeyen yararlar için BGB § 987/ f. 2 düzenlemesi zilyedin kusuru sonucu uygun bir malvarlığı yönetimi ile elde edilebilecek yararların da elde edilememiş olması hâlinde bunların bedelinin ödeneceğine hükmetmektedir.

¹³⁸⁸ von Tuhr, Peter, **AG I**, s. 495; Lindenmann, **Verantwortlichkeit**, ss. 131, 141; Nietlispach, **Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht**, s. 385; Holenstein, **Wertersatz**, s. 138. Karşı görüşte ZK ZGB/ Homberger, Art. 938, para. 12; Özen, **İade**, s. 57.

¹³⁸⁹ BK ZGB - Stark/ Lindenmann, Art. 940, para. 3, 21; BSK ZGB/ Ernst/ Zogg, Art. 940, para. 1; KUKO ZGB - Domej/ Schmidt, Art. 940, paras. 1-2; Pichonnaz, “CR CC II - Pichonnaz, Art. 940”, par. 13-14; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 569, 576, 577; Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 745-746; Sirmen, **Eşya**, s. 132; Nomer, Ergüne, **Eşya**, par. 289-290.

¹³⁹⁰ HK-BGB - Schulte-Nölke, BGB § 993, para. 1; Grüneberg – Herrler, BGB § 993, para. 2; BeckOK BGB – Fritzsche, BGB § 987, para. 38; MüKoBGB - Raff BGB § 993, paras. 6, 7.

¹³⁹¹ MüKo BGB - Raff § 987, para. 6; NK BGB - Schanbacher § 987, para. 22

¹³⁹² MüKo BGB - Raff § 987, para. 17; BeckOK BGB - Fritzsche BGB § 987, para. 62; Karş. Grüneberg – Herrler, BGB § 987, para. 3.

2. Kullanım Faydaları – Ecrimisil Sorunu

Türk Hukukunda kötüniyetli zilyedin maldan elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği yararların karşılığında bir bedel ödenmesi söz konusu olmaktadır.¹³⁹³ Ancak bu husus kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kötüniyetli zilyetin malın kullanılmasından dolayı elde ettiği yararlar ve kullanım çıkarları Türk Hukukunda “*ecrimisil*” olarak adlandırılmaktadır. Ecrimisilin hukuki niteliği ise pek çok tartışmaya konudur. Bir görüşe göre ecrimisil talepleri, haksız zilyedin elde edilen semerelerden sorumluluk kapsamında ele alınmalıdır.¹³⁹⁴ Bir diğer görüş, ecrimisil taleplerini yine aynı kapsamda ancak ihmâl edilen semereler olarak kabul etmektedir.¹³⁹⁵ Bir başka görüşe göre ise, ecrimisil talepleri TMK m. 995 kapsamındadır; TMK m. 993 uyarınca iyiniyetli zilyetin kullanım çıkarları için bir bedel ödemeyeceği açıkça düzenlenmiş olmakla, bu hükmün zıt anlamından kötüniyetli zilyedin bunları iade ile yükümlü olduğu ortaya çıkmaktadır.¹³⁹⁶ Diğer görüşler ise ecrimisili haksız zilyetlikte iade hükümleri dışında değerlendirmektedir. Bunlardan ilkinde göre ecrimisil bir tür haksız fiildir.¹³⁹⁷ Serozan’a göre ecrimisil talepleri sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir.¹³⁹⁸ Son olarak, bir başka görüş ecrimisil taleplerini bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâli olarak yorumlamaktadır.¹³⁹⁹ Tüm bu görüşlerden bağımsız olarak, bir görüşe göre burada bir kanun boşluğu söz konusudur ve kanun boşluğunu hâkim somut olayda TMK m. 1 uyarınca doldurulacaktır.¹⁴⁰⁰

¹³⁹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 578 vd. Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 749 vd. Sirmen, **Eşya**, ss. 133-35; Nomer, Ergüne, **Eşya**, par. 293 vd. F. Necmettin Feyzioğlu, **Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümülü - Hususiyle Ecrimisil Meselesi**, İstanbul: Baha Matbaası, 1958; Özen, **İade**, ss. 268-69.

¹³⁹⁴ Feyzioğlu, **Zilyetlikte İade**, ss. 320-25; Safa Reisoğlu, “İade Hâlinde Hüsnüniyetli ve Suiniyetli Zilyedlerin Sorumluluğu”, **Adalet Dergisi**, C. 1, 1965, ss. 61-62.

¹³⁹⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, par. 585; Sirmen, **Eşya**, ss. 134-35. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay -Özdemir, malın kiralanabilir olup olmamasına göre bir ayırım yapmakta ve kiralanması mümkün olmayan mallar açısından ecrimisil taleplerini reddetmektedir. Bkz. ayrıca Özen, **İade**, ss. 275-76. Bu görüş çerçevesinde, kullandırma sözleşmeleri açısından esas alınabilecek kriterler kanaatimce de kullanım yararlarının tespitinde esas alınabilir. Bu noktada, haksız zilyetlikte iade hükümleri çerçevesinde sözleşmesel tasfiyeye ilişkin esaslar kullanılacaktır.

¹³⁹⁶ Özen, **İade**, ss. 270-71; Nomer, Ergüne, **Eşya**, par. 291.

¹³⁹⁷ Tekinay vd., **Eşya**, ss. 238-39.

¹³⁹⁸ Serozan, **Eşya Hukuku I**, C. 1, par. 751.

¹³⁹⁹ Hüseyin Hatemi, “Türk Hukuku’nda ‘Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme’ Kurumuna İlişkin Düşünceler”, **M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 386; Halûk Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, 1957, ss. 316-17.

¹⁴⁰⁰ Saymen, F. H./ Elbir, H. H., **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1963, ss. 122-123.

Yargıtay, 1938 yılına ait içtihadı birleştirme kararında ecrimisil ile kira sözleşmesi benzerliğine değinmiş ve 5 yıllık zamanaşımının uygulanmasına karar vermiştir.¹⁴⁰¹ 1950 yılına ait bir diğer içtihadı birleştirme kararında ise ecrimisil taleplerinin haksız fiil niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.¹⁴⁰²

İsviçre hukukunda da kötüniyetli zilyetin maldan kullanım sonucunda yararlanması sonucunda bir tazminat ödemesi gerektiği kararlarda kabul edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, geçersiz olan kullandırma sözleşmeleri sonucunda malı kullanan tarafın bir kullanım tazminatı ödemesi gerektiğine ilişkin kararlar vermiştir.¹⁴⁰³

C. Masrafların İadesi

Masraflar açısından da iyi niyetli ve kötüniyetli zilyedin sorumluluğu farklı bir rejime tabidir. İyiniyetli zilyet zorunlu ve yararlı giderleri talep etme hakkına sahiptir (TMK m. 944, OR m. 939). Kötüniyetli zilyetin gider talebi, iyiniyetli zilyetinkine göre daha dar olacaktır, zira TMK m. 995/ f. 2 uyarınca kötüniyetli zilyet ancak *“gerçek hak sahibi için de yapılması zorunlu olan giderleri”* talep edebilecektir. Kötüniyetli haksız zilyet, yalnızca malik için de zorunlu olan giderleri talep edebilmektedir.¹⁴⁰⁴

Alman hukukunda ise, masrafların iadesi BGB §994’te düzenlenmektedir. Bu madde zilyetin yapmış olduğu zorunlu masrafları malikten isteyebileceğini düzenlemektedir. İyiniyetli olmayan zilyet ve kötüniyetli zilyet açısından ise, zilyetliğin haksız olduğunu öğrendikleri andan sonra yaptıkları zorunlu masraflar ise, madde uyarınca vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilecektir.

¹⁴⁰¹ YİBK E. 1937/29, K. 1938/10, 25.05.1938 (YİBK İçtihadı Birleştirme Kararları, C. 1, s. 370 vd.)

¹⁴⁰² YİBK E. 1950/ 22, K. 1952/4, 08.03.1950 (YİBK İçtihadı Birleştirme Kararları, C. 4, s. 270 vd.)

¹⁴⁰³ ATF 110 II 244

¹⁴⁰⁴ Kötüniyetli zilyetin yararlı giderleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep etmesi ise kabul edilmemektedir. Bkz. Özen, **İade**, s. 361.

Bu madde kapsamında talep edilebilecek masraflar, “*mala fayda sağlayacak olan*” masraflardır.¹⁴⁰⁵ Zorunlu masraflar doktrinde, eşyanın uygun bir yönetim çerçevesinde niteliğini ve kullanılabilirliğini sağlamak için gerekli olan masraflar olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁰⁶ Eşyanın niteliğini değiştiren masrafların ise bu made kapsamında istenip istenemeyeceği tartışmalıdır.¹⁴⁰⁷

Yararlı giderlerin iadesinde de yine iyiniyetli zilyete yararlı masraflarını talep etme hakkı tanınmıştır (BGB § 995). İyiniyetli olmayan zilyet açısından yararlı giderlerin iadesi söz konusu olmayacaktır. İyiniyetli zilyet açısından da, bu giderler yalnızca iade anında malın değerini artırıyor olmaları hâlinde istenebilecektir.

¹⁴⁰⁵ MüKo BGB - Raff § 994, para. 10; Grüneberg – Herrler, BGB § 994, para. 2; Staudinger - Thole, Vorb. BGB §§ 994–1003, para. 31

¹⁴⁰⁶ MüKo BGB - Raff § 994, para. 35; Grüneberg – Herrler, BGB § 994, para. 4.

¹⁴⁰⁷ İstenebileceği yönünde MüKo BGB/ Raff § 994, para. 20.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM – YEKNESAK TASFİYE REJİMİ

Bu Bölüm kapsamında yeknesak tasfiye ilişkisinin nasıl olması gerektiği incelenecektir. Bunun için öncelikle, uluslararası hukukta özel hukukun uyumlaştırılması için hazırlanan çalışmalarda yeknesak bir tasfiye sisteminin olup olmadığı sorunu ele alınacaktır. Bu metinleri incelemekteki amaç, özellikle her bir metnin iade hasarı ve hasarın geri intikali hususlarını ne şekilde düzenlediğini tespit edip, iç hukuklar açısından bir örnek teşkil edip etmediklerini tespit etmek olacaktır.

Bu Bölüm’de ele alınacak olan ikinci sorun yeknesak tasfiye rejiminin ne şekilde yaratılabileceğine yönelik tartışmalar oluşturmaktadır. Bu konuda, öncelikle yeknesak tasfiye sistemi ile amaçlanan hedefler değerlendirilecektir. İncelenecek ikinci husus sözleşmesel tasfiyenin yaygınlaştırılması ile yeknesak tasfiyenin sağlanıp sağlanamayacağı olacaktır. Son olarak, yeknesak tasfiye rejiminin nasıl sağlanabileceği değerlendirilecektir.

I. UYUMLAŞTIRMA METİNLERİNDE TASFİYE

Özel hukuku uyumlaştırma metinleri bu metinleri sözleşmelerinin kapsamına dâhil eden taraflara kendi hukuk sistemlerinin emredici kuralları dışında, bağımsız bir kurallar bütünü uygulanmasına hizmet eder.¹⁴⁰⁸ Öte yandan bu metinler, var olan kanunlardan çok daha genç metinler oldukları ve farklı ülkelerin hukukçuları tarafından hazırlandıkları için, karşılaştırmalı hukukun geldiği noktayı göstermek açısından zengin bir kaynak olmaktadır.

Bu tezin konusu açısından önemli olan bir konu, bu uyumlaştırma metinlerinin geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesi sorununu ne şekilde ele aldıklarını tespit etmek olacaktır. Bu kapsamda Principles of International Commercial Contrats (PICC), United Nations on Contracts for the International Sale of Goods

¹⁴⁰⁸ Bu kapsamda CISG’nin bir uluslararası antlaşma olduğunu ve taraf devletlerin iç hukukuna dâhil olduğu hususunu da hatırlatalım.

(CISG), Principles of European Contract Law (PECL) ve Draft Common Frame of Reference (DCFR) metinleri incelenmiş ve her bir düzenlemede tasfiye sorunu aşağıda özetlenmiştir.

A. Principles of International Commercial Contracts (PICC)

Principles of International Commercial Contracts (PICC), UNIDROIT tarafından, uluslararası ticaret sözleşmelerinde kullanabilecek kurallar vasıtasıyla bu alanda uyumlaştırma sağlanabilecek kuralların yaratılması amacıyla hazırlanmıştır.¹⁴⁰⁹ PICC'nin ilk versiyonu 1994 yılında yayınlanmış, ancak tasfiyeye ilişkin hükümler 2010 yılındaki versiyon ile önemli değişikliklere uğramıştır. Bu kuralların geçirdiği aşama aşağıda yer almaktadır.

1. Hazırlık Çalışmaları

UNIDROIT'nın PICC hazırlık çalışmalarında tasfiyeye ilişkin kuralların evrimini görmek mümkündür. İlk olarak, 1975 yılında sebepsiz zenginleşme ve tasfiye (“*restitution*”) konusunda da hükümler hazırlanması için çalışmalar yapılmasına karar verilmiştir¹⁴¹⁰.

Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin kurallar yanında iptale (“*avoidance*”) ilişkin kural 1980 yılındaki U. Drobnig ve Ole Lando tarafından hazırlanan taslak öneride ele alınmıştı. Buna göre, iptal geriye etkili olarak sonuçlarını doğuracak ve üçüncü kişilerin hakları saklı kalacaktı. Ayrıca tarafların iade ve tazminat talepleri uygulanacak iç hukukun hükümlerine göre tespit edilecekti. Öte yandan, hata halinde sözleşmenin iptali halinde, dönme hakkını kullanmayan tarafa da uygun bir tazminat talebinde bulunma hakkı tanınmıştı.¹⁴¹¹ İç hukuklara gönderme yapılan bu düzenleme

¹⁴⁰⁹ Jansen/ Zimmermann, CECL, General Introduction, para. 10.

¹⁴¹⁰ UNIDROIT 1975 – Study L – Doc. 8

Progressive Codification of International Trade Law. Questionnaire on the draft uniform law on the formation of contracts in general prepared by UNIDROIT – Rome, September 1975, s. 1

¹⁴¹¹ UNIDROIT 1980 – Study L – Doc. 17

Progressive Codification of International Trade Law. Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding Illegality) and Explanatory Report (prepared by Prof. U. Drobnig,

yerine ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da belirtilmişti.¹⁴¹² İptalin geriye etkili olarak sonuçlarını doğurması ve üçüncü kişilerin haklarının nasıl korunacağı da bir tartışma konusu olmuş ve çıkabilecek olası problemleri engelleyebilmek adına, iptal konusu edim üzerinde iyiniyetle hak elde eden kişilerin kazanımlarının korunacağına ilişkin bir hüküm eklenmesi önerilmişti.¹⁴¹³

1983 yılındaki öneri metni ile, ilk defa tasfiyenin iç hukuklara göre değil, tasfiyeye ilişkin özel kurallara göre yapılması önerildi.¹⁴¹⁴

1987 yılındaki taslak kurallarda hem kısmi dönme hakkı kabul edilmiş, hem de dönmenin yine üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etki olarak sonuç doğuracağı belirtilmiştir. İade talepleri ise, tasfiyeye ilişkin kurallar uyarınca gerçekleştirilecektir.¹⁴¹⁵ Öte yandan, taslakta aşırı ifa güçlüğü konusunda da tasfiye taleplerine ilişkin bir hüküm bulunmaktaydı.¹⁴¹⁶ 1993 yılındaki taslakta ise, aşırı ifa

Co-Director of the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, and by Prof. O. Lando, Director of the Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economics and Business Administration) – Rome, December 1980, s.37

¹⁴¹² UNIDROIT 1980 – Study L – Doc. 17, s. 41

¹⁴¹³ UNIDROIT 1982 – Study L – Doc. 22

Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law. Report on the 2nd session of the Study Group held in Rome from 5 to 9 April 1982 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT) – Rome, June 1982, s. 14

¹⁴¹⁴ UNIDROIT 1983 – Study L – Doc. 26

Progressive Codification of International Trade Law. Uniform Rules on International Contracts in General. Chapter 3: The Substantive Validity of International Contracts (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity) (Text and Explanatory Report prepared by Professor U. Drobnig, Hamburg, and Professor O. Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT Study Group held in Rome, 5 – 10 April 1982) – Rome, March 1983, s. 27

¹⁴¹⁵ UNIDROIT 1987 – Study L – Doc. 38

Principles for International Commercial Contracts. Chapter 1: General Provisions. Chapter II: Formation. Chapter III: Interpretation. Chapter IV: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity. Chapter V: Performance. Section 1: Performance in General. Section 2: Public Permission Requirements. Section 3: Hardship. Chapter VI: Non-Performance. Section 1: General Provisions. Section 2: Performance in Natura. Section 3: Termination. Section 4: Damages and Exemption Clauses. Section 5: Restitution (First consolidated text of the Principles prepared by the Secretariat on the basis of the drafts so far discussed by the Working Group) – Rome, January 1987, p. 14 - 15

¹⁴¹⁶ UNIDROIT 1987 – Study L – Doc. 38

Principles for International Commercial Contracts. Chapter 1: General Provisions. Chapter II: Formation. Chapter III: Interpretation. Chapter IV: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity. Chapter V: Performance. Section 1: Performance in General. Section 2: Public Permission Requirements. Section 3: Hardship. Chapter VI: Non-Performance. Section 1: General Provisions. Section 2: Performance in Natura. Section 3: Termination. Section 4: Damages and Exemption Clauses. Section 5: Restitution (First consolidated text of the Principles prepared by the Secretariat on the basis of the drafts so far discussed by the Working Group) – Rome, January 1987, p. 24

güçlüğüne ilişkin hüküm korunmakla beraber, sözleşmenin sadece feshedileceği belirtilmekteydi. Tasfiyeye ilişkin hüküm ise çıkarılmıştı.¹⁴¹⁷

Sona Erdirme (“*termination*”) konusunda ilk öneri 1986 yılında getirilmiştir. Buna göre, ifa etmemenin esaslı olarak nitelendirilmesi hâlinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olacaktır. Esaslı ifa etmeme halleri olarak sözleşmenin edimlerine uygun olarak ifa edilmemesi, ifa edilmeme halinin diğer tarafın sözleşmeden beklentisini ciddi ölçüde sınırlandırması ve kasıtlı olması sayılmıştır. Sona erdirmeye halinde sözleşme sona erecek ve tasfiye söz konusu olacaktır. Ancak, sözleşmeyi sona erdirmek isteyen taraf, eğer elindeki edimi iade edemeyecek durumdaysa, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkından mahrum olacaktır. Bu hüküm, eğer imkansızlığa sona erdiren talep eden taraf sebep olmadıysa, edim normal kullanım sonucunda yok olmuşsa ya da sona erdirmeye hakkının kullanılacağı bilinmeden ya da bilinebilecek durumda olmadan önce kullanılmışsa bu durumda sona erdirmeye hakkı hâlâ kullanılabilir. Sözleşmenin sona erdirmenin etkisi ise ileri etkili olarak kabul edilmiştir.¹⁴¹⁸ Bu durumda, ilk bakışta, tasfiyeye ilişkin hükümler ile bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Ancak, öneri metninde, sona erdirmenin kural olarak ileri etkili hüküm doğuracağı, buna karşılık, iade taleplerinin ancak aynen iadenin mümkün olması halinde söz konusu olacağı ileri sürülmüştür.¹⁴¹⁹

¹⁴¹⁷ Principles for International Commercial Contracts. Chapter 1: General Provisions. Chapter II: Formation. Chapter III: Interpretation. Chapter IV: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity. Chapter V: Performance. Section 1: Performance in General. Section 2: Hardship. Chapter VI: Non-Performance. Section 1: General Provisions. Section 2: Specific Performance. Section 3: Termination. Section 4: Damages and Exemption Clauses. Section 5: Restitution. (Second consolidated text of the Principles prepared by the Secretariat on the basis of the drafts so far discussed by the Working Group) – Rome, May 1987, s. 29 - 30

¹⁴¹⁸ UNIDROIT 1986 – Study L – Doc. 35

Principles for International Commercial Contracts. Chapter 6: Non-Performance. Section (a) : Performance in natura (Text prepared by Professor Ulrich Drobnig, Director of the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg); Section (b): Termination for non-performance (Text and comment prepared by Professor Ole Lando, Institute of European Market Law, Copenhagen) – Rome, March 1986, Bölüm b (Section b), s. 2

¹⁴¹⁹ UNIDROIT 1986 – Study L – Doc. 35

Principles for International Commercial Contracts. Chapter 6: Non-Performance. Section (a) : Performance in natura (Text prepared by Professor Ulrich Drobnig, Director of the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg); Section (b): Termination for non-performance (Text and comment prepared by Professor Ole Lando, Institute of European Market Law, Copenhagen) – Rome, March 1986, Bölüm b (Section b), s. 8

1987 yılındaki taslakta sona erdirmeye sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiği hallere hasredilmiş ve öneri metnindeki yapı, detaylı hükümler dışında korunmuştur.¹⁴²⁰

1993 yılındaki taslak metinde, tasfiyeye ilişkin ayrı başlığın metinden çıkarılıp, tasfiyeye ilişkin bir hüküm olarak düzenlendiğini görüyoruz.¹⁴²¹ Bu hâliyle PICC'nin ilk versiyonu kabul edilmiş oldu.

2. 1994 PICC

PICC 1994'te sözleşmenin iptalinin sonuçları 3.17 maddesinde düzenlenmişti. Bu maddeye göre, sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermekteydi. Yine aynı maddeye göre, taraflarda ellerinde bulundurdıkları edimleri aynen iade edecek, aynen iade mümkün değilse, bedel üzerinden iade söz konusu olacaktı.

Madde 7.3.1'de ise sözleşmenin esaslı olarak ihlali halinde, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştı. Sona erdirmeye sonucunda, taraflar kural olarak geçmişteki edimlerini iade etmeyecek, ancak gelecekte ifa edecekleri edimleri ifadan kurtulacaklardı. Öte yandan, 7.3.3 hükmü ile taraflara tasfiye imkânı da tanınmıştı. Tasfiyeye uygulanacak 7.3.3(2) hükmü belirli bir zamana yayılarak ifa edilecek gelecekte ifa edilecek ancak vadesinden önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesi için uygulanacaktı. Aşırı ifa güçlüğü halinde de taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi

¹⁴²⁰ UNIDROIT 1987 – Study L – Doc. 38

Principles for International Commercial Contracts. Chapter 1: General Provisions. Chapter II: Formation. Chapter III: Interpretation. Chapter IV: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity. Chapter V: Performance. Section 1: Performance in General. Section 2: Public Permission Requirements. Section 3: Hardship. Chapter VI: Non-Performance. Section 1: General Provisions. Section 2: Performance in Natura. Section 3: Termination. Section 4: Damages and Exemption Clauses. Section 5: Restitution (First consolidated text of the Principles prepared by the Secretariat on the basis of the drafts so far discussed by the Working Group) – Rome, January 1987, s. 28 – 30/ 35.

¹⁴²¹ Principles for International Commercial Contracts. Chapter 1: General Provisions. Chapter II: Formation. Chapter III: Interpretation. Chapter IV: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity. Chapter V: Performance. Section 1: Performance in General. Section 2: Hardship. Chapter VI: Non-Performance. Section 1: General Provisions. Section 2: Specific Performance. Section 3: Termination. Section 4: Damages and Exemption Clauses. Section 5: Restitution. (Second consolidated text of the Principles prepared by the Secretariat on the basis of the drafts so far discussed by the Working Group) – Rome, May 1987, Revision – 11, s. 37.

tanınmıştı. Madde 6.2.3'te tanınan bu imkân ile sözleşme iptal edilmiyor ancak ileri etkili sona erdirilebiliyordu.

3. 2004 PICC

2004 PICC'de sözleşmenin iptaline ilişkin olarak aynı hükümler korunmuştur. Yine fesihe ilişkin olarak, 2004 PICC'de bu hükümler de korunmuştur. 2004 PICC'de de ikili bir tasfiye düzenlemesi bulunmaktadır.

4. 2010 PICC

Bozulan sözleşme ilişkilerinin tasfiyesi, UNIDROIT Yönetim Kurulu tarafından 84. oturumda “*öncelikli olarak ele alınması gereken konulardan biri*” olarak seçilmiştir.¹⁴²² Bu konu, “*uzmanlar tarafından ele alınması en çok desteklenen konu*” olarak belirlenmiştir.¹⁴²³ Bu konu altında hedeflenen halihazırda PICC'de bulunan ve tasfiyeye ilişkin kuralları olabildiğince yeknesak hâle getirmek, bunun yanında ifası uzun-süreli sözleşmeler açısından da tasfiyeyi ele alan düzenlemeler yapmak olmuştur.¹⁴²⁴ Tasfiyeye ilişkin hükümler PICC 2010 ile daha detaylı olarak düzenlenmiştir.

Diğer uyumlaştırma çalışmalarında olduğu gibi, PICC de sözleşmenin geçerliliğini ayakta tutmayı öncelikli olarak hedeflemektedir. Bu amaca ulaşmak için kabul edilen ilkelerden biri, sözleşmenin geçerliliği için tarafların anlaşmasının yeteri görülmesi ilkesidir. Bu şekilde “*causa*” ya da “*consideration*” gibi ek unsurların

¹⁴²² Michael Joachim Bonell, “The UNIDROIT principles 2010: an international restatement of contract law”, *Il diritto del commercio internazionale*, C. 25, S. 4, 2011, ss. 881-907. Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 3. Bası (2004 PICC kuralları işlenmiş hali), New York, 2005, s. 364, UNIDROIT 2006 - Study L - Doc. 99, Principles of International Commercial Contracts: I - Promoting and Monitoring Use in Practice; II - Preparation of a Third Edition - March 2006, s. 3

¹⁴²³ UNIDROIT 2006 - Study L - Doc. 99, Principles of International Commercial Contracts: I - Promoting and Monitoring Use in Practice; II - Preparation of a Third Edition - March 2006, s. 4

¹⁴²⁴ Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 3. Bası (2004 PICC kuralları işlenmiş hali), New York, 2005, s. 365.

sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi bertaraf edilmek istenmiştir.¹⁴²⁵ Öte yandan, sözleşmeyi iptal ya da sona erdirmeye hakkı da sınırlı olarak tanınmıştır.

PICC’de tasfiyeye ilişkin kurallar 3. bölümde “Validity – geçerlilik” ve illegality “hukuka aykırılık” kısımlarında, 5. bölümde bozucu koşullara ilişkin olarak ve 7. bölümde sona erdirmeye bağlı bir sonuç olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde, tasfiyeye ilişkin olarak ayrı bir başlık açılmamış, her bir bölümde özellikli durumlar ayrıca ele alınmıştır.

PICC üçüncü kısım ikinci başlık ise “*grounds for avoidance*” yani sözleşmenin iptali sebeplerini düzenlenmektedir. Bu hükümlere göre, hata, hile, tehdit ve edimler arasındaki dengesizlik iptal hakkının kullanılabilmesi hâller arasında sayılmıştır. PICC 3.2.11 uyarınca iptal karşı tarafa bildirimin ulaşması ile hükümlerini doğuracaktır. Bu anlamda, iptal bildiriminin bir yenilik doğuran hak gibi düzenlendiği söylenebilir. PICC 3.2.12 iptal bildirimi için ilgili tarafın bu olguları öğrenebilir olmasından itibaren uygun bir zamanda karşı tarafa ulaştırılması gerektiğini belirtmektedir. Belirli bir süre belirlemeden, esnek bir süre tanınan dönme hakkının kullanılması somut olayın şartlarına göre ayrıca değerlendirilecektir. Taraflara tanınan bu esneklik, hâliyle uygun zamanın ne olduğu konusunda hukuki tartışmaları da beraberinde getirecektir. PICC 3.2.14 uyarınca iptal geçmişe etkili olarak hüküm doğuracaktır. Dönmeye tanınan bu *ex tunc* etki ile, iptal hakkının kullanılması sonucunda taraflar arasında da bir tasfiye ilişkisi ortaya çıkacaktır. Geçmişe etkili sona erme, tahkim klotu, mahkemelerin yetkisine ilişkin hükümler ve hukuk seçimi hükümlerine hasredilmeyecek, burada ilgili ülkenin iç hukukuna göre bir çözüm belirlenecektir.¹⁴²⁶

İptal sonrasında tasfiyeye uygulanacak hükümler PICC 3.2.15’te yer almaktadır. Bu maddeye göre, iptal sonrası taraflar sözleşme uyarınca elde etmiş oldukları edimleri iade edeceklerdir. Eğer aynen iade mümkün değilse, taraflar edimin parasal değerini iade ile yükümlü olacaklardır. PICC 3.2.15(3)’e göre, sözleşme konusu edim

¹⁴²⁵ Bonell, Restatement, s. 113

¹⁴²⁶ PICC Şerhi 2016, m. 3.2.14, Açıklama.

iade borçlusuna atfedilecek bir sebep ile imkansızlaşmış olursa, iade alacaklısı bedel üzerinden iade ile yükümlü olmayacaktır. Öte yandan, tarafların tazminat talepleri de saklıdır. PICC’de edimin parasal değerinin hangi kritere göre belirleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

İade hasarı ise, geçmişe etkili olarak sona ermiş sözleşme ilişkisinin alacaklısına, bir diğer deyişle iade borçlusuna yüklenmiştir. Bu durumda, tasfiye konusu edim, borçluya atfedilemeyecek bir sebepten dolayı imkansızlaşırsa, iade hasarına iade borçlusu katlanacaktır. Bunun sebebi olarak da bu kişinin iade konusu edim üzerinde hâkimiyet sahibi olması gösterilmiştir.¹⁴²⁷

Nitekim bu sistemde, sözleşmeyi iptal eden taraf, hile gibi haller üzerine iptal hakkını kullanmış olsa bile, malın yok olması iptal veya geçersizlik sebebinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla da sırf hilenin varlığı sebebiyle iade hasarını bu kişiye yüklemek, “onu iki kere cezalandırmak” anlamına gelecektir. Öte yandan, hile kuralları iade borçlusunu kazalara karşı korumamaktadır.¹⁴²⁸ Alman hukukunda, hile Saldo teorisinin istisnalarından birini teşkil etmekteyken, burada iptal sebebini oluşturan sebeb, iade imkânsızlığı açısından hasarın geri intikaline yol açacak bir sebep olarak değerlendirilmediğini görmekteyiz.

PICC kurallarına göre, yapılan masraflar da tazminat olarak talep edilebilecektir. Buna karşılık, elde edilen yararlarla ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Buna gerekçe olarak ise “*ticari hayatta elde edilen yararların parasal değerini belirlemenin zor olması*” gösterilmiştir.¹⁴²⁹ PICC 3.2.16 uyarınca dönme sebebini bilen ya da bilmesi gereken taraf tazminat ödemekle de yükümlü olacaktır.

Tasfiyenin gerçekleştiği bir diğer hâl sözleşmenin sona erdirilmesidir. PICC 7.3.5 maddesi, sona erdirmenin sonuçlarını düzenlemektedir. PICC bu hakkı

¹⁴²⁷ PICC Şerhi 2016, m. 3.2.15, Açıklama 3.

¹⁴²⁸ UNIDROIT 2007 - Study L - Doc. 100

Position Paper on Unwinding of failed contracts by Professor Reinhard Zimmermann, Director at the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg - April 2007, s. 15

¹⁴²⁹ PICC Şerhi 2016, m. 3.2.15, Açıklama 5.

sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi halinde tanıdır. Buna karşılık sona erdirmede, sözleşme ileri etkili olarak sona erecektir.

PICC iki ayrı tasfiye rejimi benimsemiş olmaktadır. Ancak her iki tasfiye rejimi de sonuç itibarıyla PICC 3.2.15’te yer alan tasfiye esaslarını uygulanacağını esas almaktadır. PICC 2010 için tekli bir tasfiye düzeni düşünülmekle birlikte,¹⁴³⁰ sistemdeki ikilik görünürde hâlâ devam etmektedir.¹⁴³¹

5. 2016 PICC

PICC 2010 gibi PICC 2016’da tasfiyeye yol açacak durumlar şunlardır: Hata, hile, tehdit ve edimler arası büyük uyumsuzluk hallerinde tanınan sözleşmenin iptali (“*avoidance*”) imkânı, sözleşmenin esaslı ihlali halinde tanınan sona erdirmeye hakkı (“*termination*”), ve aşırı ifa güçlüğü, bir sözleşme kurulamaması, hukuka aykırılık sonucu oluşan geçersizlik hali ve bozucu şartın gerçekleşmesi gibi diğer sebepler sonucu oluşan tasfiye halleri.

PICC 7.3.6 ani edimli sözleşmelere ilişkin tasfiye esaslarını düzenlemektedir. Bu maddede de 3.2.15’teki tasfiye esasının aynısı yer almaktadır. Buna karşılık uzun süreli sözleşmelerin tasfiyesinin ancak sona erdirmeye beyanından sonraki kısmı için mümkün olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm PICC 2016 ile getirilmiş yeni bir hükümdür. PICC 2010 versiyonunda, aynı madde sözleşmenin belirli bir zaman diliminde ifa edilmesi halinde tasfiye ele alınmaktaydı. PICC 2016’da bu ifade yerine uzun süreli sözleşme (“*long-term contracts*”) ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁴³⁰ Sebastian Heß, **Rückabwicklung und Wertersatz: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu jüngeren Entwicklungen im europäischen Privatrecht**, 1. Aufl Baden-Baden: Nomos, 2011, s. 75.

¹⁴³¹ a.g.e., s. 78.

B. CISG

Sözleşmeden dönme ve tasfiyeye ilişkin kurallar CISG m. 81 – 84 arasında düzenlenmektedir. Sözleşmeden dönme alıcı (Madde 49(a) ve 49(b) ile 51/2) ve satıcıya (Madde 64/1(a) ve 64/1(b)) sözleşmenin esaslı ihlali ve ifanın süresinde gerçekleşmemesi halinde tanınmıştır. Öte yandan madde 72 (öncelenmiş borca aykırılık) ve 73'te (taksitli borçların ifasında esaslı ihlal) hem alıcı hem de satıcıya tanınmış bir dönme hakkı söz konusudur.

CISG'nin Resmi Gazete'de yayınlanan Türkçe metninde¹⁴³² sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin ortadan kaldırılmasından bahsetmektedir. Teknik olarak yerinde olmayan bu tanım yerine sözleşmeden dönme tanımını kullanmak daha uygun olacaktır. Bu sebeple, bu kısımda “*avoidance*” kelimesi sözleşmeden dönme olarak tercüme edilmiştir.

CISG 4b maddesi uyarınca Sözleşme, sözleşme konusu mallara ilişkin olarak ortaya çıkabilecek eşya hukuku sorunlarına uygulanmayacaktır. Sözleşmeden dönme sonucunda oluşacak tasfiye ilişkisi de bir sözleşmesel ilişki olacaktır. Bu sebeple, üçüncü kişilerin satış konusu mal üzerinde mülkiyet hakkı elde etmiş olması halinde, iç hukuk hükümlerine göre bir çözüme varılacaktır.¹⁴³³ Aynı şekilde, CISG'da iptal edilebilirlik, geçersizlik ve tüketici işlemleri de düzenlenmemektedir, bu konularda ilgili iç hukuk kuralları uygulanacaktır.

CISG'da dönme bir yenilik doğuran hak olarak düzenlenmiştir; tarafların sözleşmeden dönebilmesi için dönme beyanını karşı tarafa bildirmesi gereklidir (“*notice*”).¹⁴³⁴ Öte yandan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için var olan

¹⁴³² Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, RG s. 27545, t. 07.04.2010

¹⁴³³ Schlechtriem/Schwenzer/ Fountoulakis CISG Art. 81, para. 11.

¹⁴³⁴ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 577; Ulrich Magnus, “The Remedy of Avoidance of Contract under CISG - General Remarks and Special Cases Remarks”, **Journal of Law and Commerce**, C. 25, 2005, s. 426.

ihlâlin esaslı bir ihlâl olması gereklidir. Bu şartları ile sözleşmeden dönme CISG sisteminde bir “*son çare*” olarak görülmektedir.¹⁴³⁵

CISG m. 81 uyarınca, sözleşmeden dönme tarafları sözleşme uyarınca yüklendikleri edim yükümlülüklerinden kurtarır. CISG m. 81 uyarınca, sözleşmeden dönme sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmamaktadır, ancak sözleşmesel ilişki bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. CISG’da da dönüşüm teorisinin sonuçları kabul edilmiştir.¹⁴³⁶ Tasfiyeye de iç hukuktaki sebepsiz zenginleşme ya da istihkak ve haksız zilyetlikte iade hükümleri değil, CISG’da düzenlenen özel hükümler uygulanacaktır.¹⁴³⁷

CISG’da da sözleşme konusu edimler aynen iade edilecektir. Aynen iadenin mümkün olmadığı hâllerde, PICC kurallarının aksine, sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme bulunmaktadır. CISG m. 82 uyarınca, aynen iadeyi imkânsız hâle getiren veya malı önemli bir biçimde kötüleştiren alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Dolayısıyla bedel üzerinden iade CISG sisteminde kabul edilmemiştir. Bedel üzerinden iade yerine dönme hakkını ortadan kaldıran bu çözüm eleştirilmektedir.¹⁴³⁸ Bu sebeple de bu kuralın modern gelişmeler karşısında dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır.¹⁴³⁹ CISG m. 82’de bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Öncelikle, iadenin alıcıdan kaynaklanmayan bir sebeple imkansızlaşmış olması halinde de alıcının dönme hakkı ortadan kalkmayacaktır. İkinci istisnaya göre, imkânsızlık malların muayenesi sırasında meydana geldiğinde de alıcı dönme hakkına sahip olacaktır. Son istisnaya göre ise, mallar sözleşmeye aykırılığın tespit edilmesinden önce üçüncü bir kişiye satılmış, tüketilmiş veya şekil değiştirmişse de alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Eğer alıcı iade konusu malı üçüncü bir kişiye satmışsa, yine de dönme hakkını kullanabilecektir. Ancak satış sonucunda elde ettiği kazanç, iade edeceği bölümü oluşturacaktır.

¹⁴³⁵ Magnus, **The Remedy of Avoidance of Contract under CISG - General Remarks and Special Cases Remarks**, s. 424.

¹⁴³⁶ Schlechtriem/Schwenzer/ Fountoulakis CISG Art. 81, para. 6; Serozan, **CISG**, s. 239. Belirli hükümler dışında ileri etkili sona ermenin söz konusu olduğu hakkında bkz. Kröll/Mistel/Perales Viscasillas/Bridge CISG Art. 81, para. 6 vd.

¹⁴³⁷ Schlechtriem/Schwenzer/ Fountoulakis CISG Art. 81, paras. 8-9; Magnus, **The Remedy of Avoidance of Contract under CISG - General Remarks and Special Cases Remarks**, s. 431.

¹⁴³⁸ Serozan, **CISG**, s. 216; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 580.

¹⁴³⁹ Schlechtriem/Schwenzer/ Fountoulakis CISG Art. 82, para. 4;

Malda yapılan küçük değişiklikler, dönmeye engel olarak kabul edilmemektedir.¹⁴⁴⁰ Yine, önemli ölçüde olmadıkça piyasa değerinin düşmesi dönme hakkının kullanılmasına engel olmayacaktır.¹⁴⁴¹

CISG m. 84 uyarınca, satıcı kendisine ödenen bedeli, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren uygulanacak faiziyle birlikte iade borcu altındadır. CISG m. 84 ayrıca, maldan elde edilen yararları ilişkin de bir düzenleme içermektedir. Buna göre, alıcı dönme hakkını kullandığında yararları da iade borcu altındadır. Ayrıca, alıcı iade imkansızlığı hallerine rağmen dönme hakkını kullanmışsa, bu durumda da maldan elde ettiği yararları iade borcu altındadır. CISG yararlar arasında bir derecelendirme yapmamıştır.

CISG’da dönme hakkından bağımsız olarak taraflara tazminat hakkı da tanınmıştır. Nitekim CISG m. 83’e göre, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kaybetmiş olsa bile sözleşmeden CISG’den doğan diğer tüm talep haklarını kullanabilecektir.

C. PECL

Principles of European Contract Law (PECL) hukukçu *Ole Lando* tarafından kurulan *Lando Komisyonu*’nun çalışmaları sonucunda hazırlanmış olan ve Avrupa sözleşmeler hukukuna hâkim olan ilkelere yönelik bir çalışmadır. PECL, bir kanun ya da uluslararası antlaşma değildir; bir *soft-law* niteliğinde dokümandır.¹⁴⁴² PECL üç ayrı kitap halinde yayınlanmıştır. Genel hükümler, sözleşmenin hükümleri ve ifası, ifa engelleri ve yaptırımlarına ilişkin birinci cilt 1995 yılında yayınlanmıştır. Daha sonra, 2000 yılında ilk bölümdeki konuları revize eden ve bunun yanında temsil, sözleşmenin geçerliliği, yorum, sözleşmenin içeriği ve etkisine ilişkin yeni hükümler getiren ikinci cilt yayınlanmıştır. 2003 yılında yayınlanan son basıda ise, borç ilişkisinin taraflarının çokluğu, alacağın devri, borcun nakli ve sözleşmenin devri, takas, zamanaşımı,

¹⁴⁴⁰ Schlechtriem/Schwenzer/ Fountoulakis CISG Art. 82, paras. 6-7;

¹⁴⁴¹ Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 579.

¹⁴⁴² Jansen/ Zimmermann, CECL, General Introduction, paras. 9-10.

emredici kurallara aykırılık, şart ve faize ilişkin yeni bölümler eklenmiştir. PECL açısından konumuzu ilgilendiren hükümler hukuka aykırılık (“*illegality*”) iptal edilebilirlik (“*avoidance*”) ve sözleşmenin sona erdirilmesidir (“*termination*”).

PECL 15:101, AB Ülkeleri açısından kabul edilen temel ilkelere aykırı sözleşmelerin hüküm doğurmayacağını düzenlemektedir. Burada iadeye ilişkin PECL m. 15:104, her iki tarafın da edimlerini iade edeceğini düzenlemektedir. Ancak, bu geçersizlik türü açısından sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceğini bilen ya da bilmesi gereken tarafın iade talebi kabul edilmeyebilecektir.

PECL m. 4:115 uyarınca iptal sonucunda tarafların sözleşme ile gerçekleştirdikleri edimleri iade edecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca, edimin iadesini talep eden tarafın karşı edimi de sunabilmesi gereklidir. Aynen iade mümkün değilse, makul bir bedel (“*a reasonable sum*”) ödenmelidir. Madde 4:117 uyarınca tarafların tazminat talepleri de saklıdır. Sözleşmeyi sona erdirmeye açısından ise, PECL m. 9:305 uyarınca tarafların edimi ifa yükümlülükleri sona erecektir. Bu düzenleme açısından şaşırtıcı olan, ilgili madde uyarınca sözleşmeden dönmenin ileri etkili sonuç doğuruyor olmasıdır. Bu nedenle daha önce gerçekleştirilen edimlerin iadesi talebi hiç doğmayacaktır. Bunun altında yatan sebep, sürekli edimli sözleşmelerin tasfiyesi sorununu engellemektir.¹⁴⁴³ Ancak, bu madde ani edimli sözleşmelere de uygulanmaktadır. Bu düzenlemenin sonucunda, ani edimli sözleşmeler açısından tasfiye birazdan göreceğimiz üzere sınırlı olarak gündeme gelecektir. Ani edimler yerine sürekli edimli sözleşmelerin esas alınmış olması bir eksikliktir.¹⁴⁴⁴ PECL’da iadenin mümkün olabileceği hâller ise, genel olarak bir tarafın edimini hiç ifa etmediği hâllerde söz konusudur. Devam eden hükümler uyarınca, bazı hâllerde iade yükümlülükleri doğabilir. İlk olarak, sözleşmeyi sona erdiren taraf için önceden ifa edilen malın değeri, karşı tarafın devamında sözleşmeyi ifa etmemesi sonucunda önemli ölçüde azalırsa, malın iadesi mümkün olacaktır (PECL m. 9:306). İkinci olarak, PECL m. 9:307, hiç ifa edilmeyen veya ifası reddedilen edim için ödenen paranın iadesinin talep edilebileceğini düzenlemektedir. Bu durumda iade temel olarak borcu

¹⁴⁴³ Heß, *Rückabwicklung und Wertersatz*, s. 99; Zimmermann, *Restitutio in integrum — Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles und dem Avant-projet eines Code Européen des Contrats*, s. 740.

¹⁴⁴⁴ Karş. Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 589; Zimmermann, *a.g.e.*, s. 741.

sınırlı olarak karşı edimin hiç ifa edilmediği hâllerde doğacaktır. Aynı esas bir tarafın bir malın devrini gerçekleştirdiği, ancak karşı edimi alamadığı hâlde de geçerlidir (PECL m. 9:308). Bir sonraki maddede de aynen iadesi mümkün olmayan edimler için karşı edim hiç ifa edilmediği takdirde “uygun bir bedelin” iade edileceği yer almaktadır. Bunun dışında iade hasarını düzenleyen hükümler PECL’da mevcut değildir.

Bu düzenleme edimin hiç ifa edilmemesini esas aldığı için bir yönüyle TBK m. 125’teki sözleşmeden dönme hükmünü çağrıştırmaktadır. Bizim düzenlememizden farklı olarak PECL’da ifa etmemenin bir ifa imkânsızlığından ya da başka bir sebepten kaynaklanması kural olarak önemli değildir, her durumda bu hükümler devreye girecektir.¹⁴⁴⁵

D. DCFR

Draft Common Frame of Reference (DCFR), özellikle Avrupa Birliği hukukunda tüketici düzenlemelerinin de sayıca artması sonucunda, diğer uyumlaştırma metinlerinin tüketici düzenlemeleri hususunda sahip olduğu eksikliği gidermek amacıyla hazırlanan ve AB özel hukukunun esaslarını ortaya koymayı hedefleyen bir çalışmadır.¹⁴⁴⁶ Diğer düzenlemelerin aksine olarak, DCFR’da cayma hakkının sonuçları ile sebepsiz zenginleşme hükümleri de yer almaktadır.

DCFR m. 7:212 irade sakatlıkları açısından iptalin (“*avoidance*”), m. 7:303 temel ilkelerin ve doğrudan uygulanan kurallarda geçersizlik (“*nullity*”) ve iptalin sonuçlarını bir arada düzenlemiştir. Buna göre, irade sakatlıklarında iptal gerçekleşene kadar sözleşme geçerli olarak kabul edilecek, iptal ile sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecektir. Her iki durumda da iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecektir.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴⁵ Kleinschmidt, CECL, Chapter 9, Section 3: Termination of Contract, para. 2, s. 1286.

¹⁴⁴⁶ Jansen/ Zimmermann, CECL, General Introduction, para. 13.

¹⁴⁴⁷ Ayrıca, DCFR m. 7:303, geçersiz ya da iptal edilen sözleşme uyarınca gerçekleşen mülkiyet devirlerine, DCFR’ın buna ilişkin hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır.

DCFR m. 5:105 cayma hakkının kullanılmasının sonuçlarını düzenlemekte ve genel olarak Tasfiye hükümlerine gönderme yapmaktadır. Bu madde uyarınca, tüketici şu hâllerde sorumlu tutulmayacaktır: edimin gözden geçirilmesi ve test edilmesi sırasında oluşan değer kayıpları ile edimin yok olması, kötüleşmesi veya değerinin azalmasının tüketicinin bunları engellemek için makul özeni (“*reasonable care*”) göstermesine rağmen gerçekleşmesi. Tüketici, bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirildiği sürece malın mutlak kullanımından doğan değer azalmalarından sorumlu olacaktır. Madde kapsamında tüketici aleyhine başkaca bir sorumluluk yüklenemeyeceği de düzenlenmiştir.

Bir diğer tasfiye sebebi sona erdirmedir (“*termination*”). Sona erdirmenin sonucunda tarafların asıl edimlerini ifa yükümlülüğü sona erecektir. DCFR’da sona erdirmenin sonuçlarında iade ayrıca düzenlenmiştir. Burada, sebepsiz zenginleşme hükümlerince tasfiye ve sözleşmesel tasfiye olarak ikili bir rejim benimsendiğini söylemek mümkündür. DCFR m. 3:511 uyarınca, sona erdirmenin sonucunda tarafların iade borcu karşılıklı olarak gerçekleşecektir. Kural, iadenin aynen gerçekleşmesidir. Bununla birlikte, edimin iadesi makul düzeyi aşan bir çaba veya masraf gerektiriyorsa, iade bedel üzerinden gerçekleşir. Devredilemeyen nitelikteki edimler açısından ise iade bedel üzerinden gerçekleşecektir. İade kapsamına edimden elde edilen doğal ve hukuki yararlar da dâhildir. DCFR’da bedel üzerinden iadeye ilişkin detaylı bir hüküm bulunmaktadır. DCFR m. 3:513, aynen iadesi mümkün olmayan edimler için bedel üzerinden iadenin yer alacağını belirtmektedir. Edimin ifa edildiği an ile iade anı arasında gerçekleşen değer azalmaları da karşılanacaktır. Kural olarak bedel üzerinden iade sözleşmede kararlaştırılan bedel ile fiilin gerçekleştirilen edimin bedeli oranlanarak tespit edilir. Sözleşmede sübjektif bedele ilişkin bir belirleme yoksa, makûl sözleşme taraflarının belirleyeceği miktar esas alınır. Asıl sözleşme ilişkisindeki borçlu bir yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde, bedel üzerinden iade borcu şu hâllerde azaltılacaktır: edim ifa edildiği şekliyle iade edilemiyorsa veya alıcı edimi tazminat ödmeden elden çıkarmak veya edimi korumak için bazı harcamalarda bulunduysa. Bedel üzerinden iade yükümlülüğünün sınırlandığı bir hâl daha vardır. Buna göre, iade borçlusu sözleşmeye aykırılık olmadığı konusunda yanlış ancak mazur görülebilir bir fikre sahipse, kullanımdan kaynaklanan kötüleşmeler için bedel

üzerinden iade miktarı azaltılacaktır. DCFR’da yer alan bu karışık sistem belirli yönleriyle Alman ve Fransız hukuklarından daha iyi bir iade sistemi kurmuştur.¹⁴⁴⁸ Öncelikle Fransız hukukunda yer alan kusur ve iyiniyet kavramlarına yer verilmemiş, bu hâllere göre iade hasarına katlanacak taraf değiştirilmemiştir. Alman hukukunda yer alan ve fazlasıyla eleştirilen, kendi işlerinde gösterdiği özen kriteri uyarınca kanuni dönme hakkına sahip tarafın iade borcundan kurtulma imkânı da bu düzenlemede yoktur. Yine DCFR’da kullanım sebebiyle oluşan değer azalmaları Alman hukukunun aksine sade bir düzenleme ile iadeye konu edilmiştir. Bu kapsamda “uygun kullanıma koyma” ve “uygun kullanım” gibi terim farklılıklarına yer verilmemiştir. Öte yandan, yok olmanın maldaki ayıptan kaynaklanması ihtimali ise açıkça düzenlenmemiş, bunun yerine bedel üzerinden iadeye yönelik orantılı bir hesaplama yöntemi ile bedel üzerinden iadenin ayıp oranında azalması imkânı kabul edilmiştir.¹⁴⁴⁹

Yararlar ve masraflara ilişkin olarak ise m. 3:514 uygulama alanı bulur. Buna göre, kullanımdan kaynaklanan giderler bir önceki hükme dâhildir. Elde edilen yararlar açısından ise, bunların diğer tarafça kolayca elde edilebildiği hâllerde iade edilebileceği gibi kapsamı karmaşık bir düzenleme getirilmiştir. Bu kapsama paranın faizi dâhil edilebilecektir. Yine yararların iadesini engelleyen iki olasılığa yer verilmiştir: yararın elde edilmesi karşı tarafın bir yükümlülük ihlâl ettiği sonucunu doğurmaktaysa, ya da alıcı bu yararı iade yükümlülüğünü bildikten veya bilmesi gerektikten sonra elde ettiyse. Elde edilen menfaatler ise ayrıca düzenlenmiştir. DCFR m. 3:515 uyarınca, elde edilen menfaat kullanılamaz hâle gelmiş olsa bile iade borçlusu menfaatin elde edildiği andaki değerini iade ile yükümlüdür. Ayrıca iade anına kadar gerçekleşen değer azalmaları da karşılanmak zorundadır. Elde edilen menfaat iade anında elden çıkarılmışsa, bunun karşılığında elde edilen değer iade edilecektir. Son olarak menfaatin iade edilmemesinden doğan yükümlülüğün ifa edilmemesinin diğer yükümlülükleri etkilemeyeceği düzenlenmiştir.

Bu sistem ile sebepsiz zenginleşme hükümleri arasındaki farklar nelerdir? İadenin nasıl gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin DCFR 5.101 düzenlemesi, sözleşmeyi

¹⁴⁴⁸ Bazı yazarlara göre, bu sistem yeknesak tasfiye sistemi oluşturulurken esas alınmalıdır. Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 289.

¹⁴⁴⁹ Bkz. DCFR, şerhi, Madde 3:513, Örnek 2.

sona erdirme ile benzer olarak aynen veya bedel üzerinden iade prensibini benimsemiştir. Ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyede, iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkması düzenlemesi korunmuştur. Maddede iyiniyetin kapsamı olarak, zenginleşen kişinin zenginleşmenin sebebe dayanmadığı olgusunu bilmemesi, kendisinden de bu durumu bilmesinin beklenebilecek olmaması olarak ifade edilmiştir. İyiniyetli zenginleşen borçlunun iade borcunun ortadan kalkabilmesi hem tasfiye sistemleri arasında ikilik yaratmakta hem de geçersiz veya iptal edilen sözleşmelerin tasfiyesinde iadenin gerçekleşmemesini sağlamaktadır. Bu kapsamda DCFR, bu hükmü şu şekilde törpüleyerek uygulamaktadır. Eğer geçersiz sözleşme ile elde edilen bir karşı edim varsa bu dikkate alınacaktır.¹⁴⁵⁰

Aynen iadesi mümkün olmayan edimler açısından da bir bedel üzerinden iade sorumluluğu öngörülmüş olup, bu sorumluluk da zenginleşenin iyiniyetli olması veya zenginleşmeye izin vermemesi (dayatılmış zenginleşme) hâlinde ortadan kalkacaktır. Yine madde 5:114 zenginleşenin sorumluluğunun elde edilen yararları da kapsayacağını düzenlemektedir.

E. Değerlendirme

Uluslararası uyumlaştırma metinlerini incelerken güdülen amaç, bu metinlerde yeknesak tasfiye sistemi açısından örnek teşkil edebilecek düzenlemeler olup olmadığını tespit etmektir. Bu araştırmanın olumlu yanı, CISG dışında her bir sistemde bedel üzerinden iadenin kabul edildiğinin tespit edilebilmesi olmuştur. Bugün hem ulusal hukuklarda hem de uluslararası düzenlemelerde, geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade yükümlülüğünün bulunması gerekliliğine ilişkin kuralların sayısında artış görmekteyiz. Bu husus kuşkusuz çok olumlu bir gelişmeye işaret etmektedir. Geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde kusurdan bağımsız olan bir bedel üzerinden iade yükümlülüğü tasfiyeyi sağlamanın ana basamaklarından biridir ve bu

¹⁴⁵⁰ Bu düzenleme Flume'nin malvarlığına ilişkin karar görüşüne benzemektedir. Bkz. Claus, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 270.

farklı hukuk sistemlerinin gösterdiği gelişim bedel üzerinden iade yükümlülüğünü sistemlerine entegre etmek olduğu söylenebilir.

Buna karşılık, uluslararası uyumlaştırma metinlerinde de göreceğimiz eksiklik, her birinin özellikle iade hasarının iade alacaklısına intikal ettiği hâllerde büyük farklılıklar göstermesidir. Bunun bir sebebi, her bir düzenlemenin farklı kapsamları olması olabilir. Örneğin CISG yalnızca uluslararası nitelikteki satış sözleşmelerindeki hak ve yükümlülükleri düzenler. Diğer düzenlemelerin kapsamı daha geniştir, ancak onlar da ancak taraflar bu hükümlerin uygulanmasını seçtiklerinde gündeme gelebilirler. Bir diğer ve daha önemli sebep ise, konumuz açısından iade hasarının geriye intikali sorununun nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda hâlâ bir uzlaşma olmadığıdır. Örneğin, PICC açısından iade borçlusunun bedel üzerinden iade sorumluluğu oldukça geniştir, yalnızca zararın iade alacaklısı tarafından verildiği hâllerde hasarın geri intikaline izin verilmektedir. CISG kapsamında ise, iade imkânsızlığını sözleşmeden dönme hakkının etkisizleşmesine yol açacaktır. PECL zaten esas olarak sürekli edimli sözleşmeleri temel alarak, tasfiyeyi sınırlandırmaya çalışmaktadır. DCFR’da ise çok detaylı bir hasarın geri intikali düzenlemesi vardır, ancak burada imkânsızlığa maldaki ayıbın sebep olması veya iade alacaklısının sebep olması hâlleri açıkça düzenlenmemiştir.

Bu sistemler ayrıca yarar ve masrafların iadesinde de birbirinden ayrılmaktadır. PICC açısından bu düzenleme epey sınırlı iken, DCFR’da kullanım faydaları dahi öngörülmüştür. Her bir uluslararası düzenlemenin soruna ayrı bir bakış açısıyla yaklaşması çözümden çok yeni sorulara ön ayak olmaktadır. Bu kapsamda yeknesak bir tasfiye sistemi nasıl sağlanmalıdır sorusuna hâlâ uygun bir cevap aramakta olduğumuzu ortaya koymak gereklidir.

II. YEKNESAK TASFİYE REJİMİNİ DÜŞÜNMEK

Daha önce de açıklandığı üzere, Alman kanunkoyucu 2002 yılındaki reform ile sözleşmeden dönme ile sebepsiz zenginleşmenin sonuçlarını mümkün olduğunca yeknesaklaştırmak istemiştir.¹⁴⁵¹ Fransız kanunkoyucu ise daha cesur davranarak tekli tasfiye sistemini düzenlemiştir.

Türk hukukunda sözleşmeden dönme sonucunda tasfiyenin sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gerektiği görüşü çokça taraftar toplamakla birlikte, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği veya baştan itibaren hükümsüz olduğu hâllerin tümünün tasfiyesinde tekli bir tasfiye sisteminin uygulanmasına ilişkin tartışmalar oldukça azdır.¹⁴⁵² Buz, sözleşme hükümlerinin de akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesi sorununu tatmin edici bir şekilde çözemeyeceğini belirtmekle birlikte, tek bir tasfiye rejiminin olması gerektiğini savunmaktadır.¹⁴⁵³ Yazar, bedel üzerinden iade düzenlemelerine Türk ve İsviçre borçlar hukukunda da yer verilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁴⁵⁴

Acaba yeknesak tasfiye sisteminin sağlanmasına yönelik ihtiyaçlar nelerdir? Tezin bu bölümüne kadar bu ihtiyaçlar ve yeknesak tasfiye sistemine yönelik eksikliklerin yarattığı sorunlar ele alınmış oldu. Burada bu hususlar özetlenecektir.

A. Yeknesak Tasfiye Rejimine Yönelik İhtiyaçların Nedenleri

Esas olarak yukarıda incelediğimiz hususlar gösterdiği üzere, farklı tasfiye rejimlerinin var olduğu bir sistemde taraflar arasında eşitsizliklerin doğduğunu tespit etmiş bulunmaktayız.¹⁴⁵⁵ Taraflar arasında tasfiyede eşitlik olmamasının nedenleri ve yeknesak tasfiye sistemine yönelik ihtiyaçlar bu başlık altında ele alınacaktır.

¹⁴⁵¹ Bt-Drucks 14/6040, s. 194.

¹⁴⁵² Buz, *Akamet*, s. 649.

¹⁴⁵³ a.g.e., ss. 648-52.

¹⁴⁵⁴ a.g.e., s. 654.

¹⁴⁵⁵ Bkz. Bölüm II/ III/ E.

1. Farklı Tasfiye Rejimlerinin İadede Farklı Sonuçlar Doğurması

Özellikle tasfiyeye uygulanacak her bir kurumun farklı talep kapsamına sahip olması benzer konumda olabilecek sözleşme taraflarının farklı iade kurallarına tabi olması anlamına gelecektir ki, var olan sistemdeki en büyük sorunlardan biri budur.¹⁴⁵⁶

Bir satış sözleşmesi örneğini ele alalım. Satış sözleşmesinin ehliyet sebebi ile geçersiz olması olasılığında, borçlandırıci işlem kesin hükümsüz olacaktır. Ehliyet eksikliği tasarruf işlemini de sakatlayacağı için, satış konusu malın mülkiyeti de geçmemiş olacaktır. Bu durumda satış konusu mal açısından istihkak hükümleri, satış bedelinin iadesi açısından ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Aynı sözleşmenin tarafları sorumluluğun kapsamı açısından farklı hükümlere tabi olacaktır. Benzer bir sorun Alman hukukunda da bulunmaktadır. Örneğin iptal edilen bir sözleşme esas alındığında, iptal sebebi hem borçlandırıci işlemi hem de tasarruf işlemini etkilediği takdirde, tasarruf işleminin de iptali üzerine istihkak hükümleri uyarınca iade gerçekleşecektir. Malın mülkiyeti bir üçüncü kişiye devredildiyse BGB § 816/ 1'de yer alan edim dışı zenginleşme kuralı; para edimleri için ise yine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Ancak, aynı sorunlar farklı metodlarla çözülmemelidir.¹⁴⁵⁷

Haksız zilyetlikte iade ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin sorumluluk rejimindeki farklılıklar da tasfiye ilişkisi açısından farklı sonuçlar ortaya çıkarır. Her iki rejimde de ana sorumluluk açısından iyiniyetli iade borçlusunun sorumluluğunun mümkün olduğunca sınırlı olması öngörülmekteyse de iki rejim yan taleplerde de birbirinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. İyiniyetli haksız zilyetin yararlarından sorumluluğu söz konusu olmazken, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen yararların iadesinden de sorumludur. Bu durumda, mülkiyet hakkını kaybetmemiş olan iade

¹⁴⁵⁶ Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 633.

¹⁴⁵⁷ Phillip Hellwege, "Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge", **JZ**, 2005, s. 341; Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 371.

alacaklısı, mülkiyet hakkını kaybetmiş iade alacaklısına göre daha dezavantajlı bir konumdadır.¹⁴⁵⁸

Kötüniyetli sebepsiz zenginleşen ile kötüniyetli haksız zilyetin sorumluluğu da birbirinden farklıdır. Kötüniyetli sebepsiz zenginleşen iade konusu edimi veya değerini iade ile yükümlüdür. Kötüniyetli haksız zilyet ise mala gelen zararlardan kusursuz olarak sorumludur. Kötüniyetli zilyet nesneden elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği yararları iade ile yükümlü iken, kötüniyetli sebepsiz zenginleşen zenginleşmenin tamamını iade ile yükümlü olacaktır. Giderlere ilişkin olarak ise, kötüniyetli haksız zilyet yalnızca zorunlu giderlerin iadesini talep edebilecekken, kötüniyetli haksız zenginleşen zorunlu ve yararlı giderleri zenginleşme oranında talep edebilecektir.

Tasfiye sözleşme hukuku kurallarının uygulanması kabul edilse dahi, bedel üzerinden iadeye yönelik açık bir düzenleme bulunmadığından, iadenin sözleşmesel esaslar çerçevesinde nasıl gerçekleşeceği tartışmalıdır. Yarar ve masrafların iadesine yönelik olarak ise, yararların iadesinde satış sözleşmesindeki düzenleme, hâkim görüşe göre, masrafların iadesinde ise sebepsiz zenginleşme düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır.

Tasfiye sistemleri arasındaki fark Alman hukukunda da söz konusudur. Alman hukukunda, sözleşmesel tasfiye uyarınca iade aynen veya bedel üzerinden gerçekleşir. Buna karşılık, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyede iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkması imkânı mevcuttur. Sözleşmeden dönme hâlleri açısından ise, benzer bir durum hasarın geri intikalinde ortaya çıkar. Burada hasarın geri intikaline, maldaki ayıbın işleme ve değiştirme esnasında ortaya çıkması, iade imkânsızlığının iade alacaklısının sebep olması yüzünden ortaya çıkması ve kanuni dönme hâllerinde dönme hakkı sahibinin kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermiş olmasına rağmen imkânsızlığın doğmuş olması gereklidir. Haksız zilyetlikte iade kapsamında da iade rejimi iyiniyetli ve kötüniyetli zilyet açısından ayrı olarak

¹⁴⁵⁸ Özen, *İade*, s. 136.

düzenlenmiştir. İyiniyetli zilyet eşyaya verdiği zarardan sorumlu değilken, kötüniyetli zilyetin sorumluluğu söz konusudur.

Tasfiye rejimleri arasındaki bu farklılığa Alman hukukunda da karşı çıkmaktadır. Özellikle sözleşmeden dönme ve sebepsiz zenginleşme hukuku uyarınca tasfiyenin ne teorik ne de pratik açıdan ayrı hükümlere bağlı olmasının uygun olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁵⁹

Tüketici sözleşmeleri açısından ise tüketiciyi koruyan hükümler tekli bir tasfiye sistemine entegre edilebilmesi mümkündür.¹⁴⁶⁰ Genel iade yükümlülüğü yanında, tüketiciyi koruyan hükümler istisnai düzenlemeler olarak var olabileceklerdir. Özellikle tasfiyenin yeknesaklaşması, cayma hakkı yerine iptal edilebilirlik veya sözleşmenin geçersizliğine dayanabilecek tüketici açısından da daha avantajlı olabilecektir.¹⁴⁶¹

İade kapsamı açısından doğabilecek eşitsizliklerden İkinci Bölüm’de ayrıntılı olarak bahsedildi. Türk ve İsviçre hukukları açısından, farklı rejimlerin mevcut olması yanında, sözleşmesel tasfiyeye yönelik mevcut kuralların yetersizliğinden de bahsetmek gereklidir. Ayrıca, hem sebepsiz zenginleşme hem de haksız zilyetlikte iade hükümlerinin geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesini sağlamaya uygun olmadığını belirtmek zorunludur.

¹⁴⁵⁹ Ott, **Bereicherungsrecht**, s. 190. Ayrıca, var olan sistemde sebepsiz zenginleşme ve sözleşmeden dönme arasındaki farklılıklar da çoklu bir sistem benimsenmesini haklı kılacak nitelikte değildir. Bu ayırımın tarihsel açıdan da reddi hakkında Zimmermann, **Restitutio in integrum — Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles und dem Avant-projet eines Code Europeen des Contrats**, s. 746; Zimmermann, **The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010**, s. 564; Horst Eidenmüller vd., “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, **ELR**, C. 16, S. 3, 2012, ss. 301-57, doi:10.3366/elr.2012.0119. *Sirena* da iptal edilebilirlik ile sözleşmeden dönme yanında geçersizliğin de aynı kurallara tabi tutulması gerektiği görüşündedir. Yazara göre, geçersizlik sebeplerinin farklı değerlendirilmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. *Sirena*, **The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law**, s. 983.

¹⁴⁶⁰ Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 255.

¹⁴⁶¹ a.g.e., s. 249.

2. Tasfiyeye Yönelik Mevcut Kuralların Yetersizliği

Var olan sistemde tasfiye modaliteleri tasfiye sorunlarını çözmeye yeterli olmamaktadır.¹⁴⁶² Yukarıda görüldüğü üzere, sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler sözleşmelerin tasfiyesine uygun nitelikte hükümler değildir.¹⁴⁶³ Haksız zilyetlikte iade hükümleri, aralarında belirli bir yakınlık ilişkisi bulunmayan kişiler arasında, ancak bu eksikliğe karşılık bir malın zilyetliğinin herhangi bir hakka dayanmadan devredilmesi olasılığında gündeme gelir. Geçersiz de olsa bir sözleşmenin tasfiyesinde taraflar arasında böylesine bir yabancılık söz konusu değildir. Sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında ise, yapılan iyiniyetli ve kötünियetli zenginleşen ayrımı, özellikle de iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkması imkânı, sözleşmenin tasfiyesinde eşit konumda olması gereken tarafları tesadüfi olaylar neticesinde birbirinden ayırmaktadır.

Öte yandan, sözleşmesel tasfiyeye ilişkin kurallar da iade borcunun kapsamı, masraf ve harcamalardan sorumluluk bakımından eksiklerle doludur.¹⁴⁶⁴ Özel hükümlerdeki düzenlemeler her durumda genel bir sözleşmesel tasfiye imkanına uygun çözümler getirmemektedir.¹⁴⁶⁵

Bugün geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde genel bir iade sisteminin benimsenmesi, iade imkânsızlığında kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade yükümlülüğü getirilmesi, yararlar ve masraflara ilişkin açık düzenlemelerin kabul edilmesi, tasfiyeye ilişkin birçok sorunu ortadan kaldıracak ve bu tez kapsamında da incelenen çeşitli birçok tartışmayı da sona erdirecektir. Tekli tasfiye sisteminden bahsetmeden önce, tasfiye sebeplerinin benzerliği ile iade borcunun ne ifade etmesi gerektiğini de belirtmekte fayda olacaktır.

¹⁴⁶² Glasl, **Rückabwicklung**, s. 90; Buz, **Akamet**, s. 624.

¹⁴⁶³ Buz, **Dönme**, s. 163; Buz, **Akamet**, s. 624 vd. Hartmann, **Rückabwicklung**, par. 360; Schwenzer, **AT**, par. 58.17. *B. Chappuis*, sözleşmesel tasfiye, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye ve haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre tasfiye rejimlerinin yarattığı ekonomik sonuçlar açısından uyumsuzluk ortaya çıkardığını belirtmektedir. Yazara göre, İsviçre Federal Mahkemesi'nin taşınırılar açısından da sebebe bağlılık ilkesini kabul etmesi, sebepsiz zenginleşme ile haksız zilyetlikte iade hükümleri arasındaki dengeyi bozmuştur. "CR CO I - Chappuis Art. 64", par. 3.

¹⁴⁶⁴ Buz, **Dönme**, s. 151.

¹⁴⁶⁵ a.g.e., s. 163.

3. Benzer Tasfiye Sebeplerine Farklı Sonuçlar Bağlanması

Bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi çok çeşitli sebeplerden doğabilir. Bu sebeplerin bazıları birbiri ile benzer nitelikte olmakla birlikte, birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

İlk olarak, sözleşmeden dönme ile satış sözleşmesinden dönme hükümleri arasındaki farklılık ele alınmalıdır. Bugün İsviçre hukukunda genel sözleşmeden dönme hakkı konusunda dönüşüm teorisi ve sözleşmesel tasfiyenin uygulanacağı kabul edilmekteyken, ayıptan doğan sorumlulukta sebepsiz zenginleşme hukuku kuralları uygulanmaktadır.¹⁴⁶⁶ Türk hukukunda da sözleşmeden dönmenin sonuçları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından aynı etki doğurmakta, diğer sözleşmeler açısından ise kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır.

Sözleşmeden dönme ve satış sözleşmesinde yer alan dönme hakları arasındaki ayrılık, bugün kaynağını Roma hukukunda bulan bir ayrımdan kaynaklanmaktadır. Satış sözleşmesine ayrı davaların tanınmış olması, ancak genel bir sözleşmeden dönme hakkının daha geç kabul edilmesi, benzer hukuki kurumlara farklı hükümlerin uygulanmasına yol açmıştır.

İptal edilebilirlik sebepleri ile sözleşmeden dönme sebepleri de aynı olayda karşımıza çıkabilmektedir. Bu noktada birinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, diğerinde ise sözleşme hukukuna göre tasfiyeyi gerçekleştirmek aynı sorunlara farklı hukuki kurumların uygulanmasına yol açacaktır. Hem Alman, hem de Türk ve İsviçre hukuklarında iptal edilebilir bir sözleşme ile sözleşmeden dönme arasındaki farklılık eleştirilmektedir.¹⁴⁶⁷ Örneğin, iptal edilebilirlik ve satıştan dönme

¹⁴⁶⁶ CR CO I - Chappuis Art. 64, par. 22.

¹⁴⁶⁷ Staudinger BGB - Lorenz § 818 , par. 41; Bremecker, **Bereicherungsbeschränkung**, s. 109; Rengier, **Wegfall**, s. 441; Büdenbender, **AcP 2000**, s. 672; Huber, **Leistungsstörungen**, ss. 735, 853; Canaris, **Gegenleistungskondiktion**, s. 26.

hükümlerinin arasındaki ilişki çokça tartışma konusu olmuştur.¹⁴⁶⁸ Nitekim hukuk sistemimizde de satış sözleşmesinde ayıp hükümleri ile yanılma hükümleri arasında yarışma olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi satış sözleşmesinde hükümleri ile yanılma hükümleri arasında seçimlik yarışma olduğunu kabul etmektedir. Federal Mahkeme içtihatları ile iki yoldan istediğine başvurabilecek¹⁴⁶⁹ olan alıcı, satıcıdan daha çok korunmuş olmaktadır.¹⁴⁷⁰ Türk hukukunda da irade sakatlıkları ile satıştan dönme hükümleri arasında yarışmanın olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁷¹

Fransız hukukunda ise hata ile satıcının ayıplı maldan sorumluluğunun yarışmayacağına karar verilmiştir; satıcının sorumluluğu ile yalnızca hile arasında yarışma kabul edilmektedir.¹⁴⁷²

Benzer şekilde, aşırı yararlanma ile yanılma ve aldatma hâlinin de yarışması gündeme gelebilir. Bu durumda, hak düşürücü sürenin başlangıç anı farklılık gösterecektir.¹⁴⁷³

Aşırı yararlanma ile kanunun emredici hükümlerine aykırılık veya ahlâka aykırılık da bir arada bulunabilir. Bu durumda, hangi hükümlere gidileceği sorunu ortaya çıkacaktır. Edimler arasındaki oransızlığı yaratan hâlin, ayrıca bir yasal düzenlemeye konu olması hâlinde, kanunun emredici hükümlerine aykırılık gündeme gelecektir.¹⁴⁷⁴ Doktrinde bir görüş, aşırı yararlanma hâlinin kanunda ayrıca düzenlenmiş olmasından hareketle, bu hükmün öncelikli olarak uygulanması gerektiği kanaatindedir.¹⁴⁷⁵

¹⁴⁶⁸ Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 143.

¹⁴⁶⁹ Bkz. Örn. ATF 107 II 421; ATF 108 II 104; ATF 114 II 131. İsviçre Federal Mahkemesi, yarışmayı kabul etmekle beraber; Mahkeme'ye göre, öncelikle ayıp hükümlerini tercih eden alıcının sözleşmeyi onanmış sayılacak ve artık yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edemeyecektir.

¹⁴⁷⁰ Sylvio Venturi, Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, "Intro art. 197-210 CO", *Commentaire Romand - Code des obligations I*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, par. 11.

¹⁴⁷¹ Kocayusufoğlu, *BG*, C. 1, s. 410 vd. Eren, *BÖ*, par. 470 vd. Gümüş, *BÖ* 1, C. 1, s. 67.

¹⁴⁷² Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, *Obligations*, par. 304.

¹⁴⁷³ Esaslı yanılma teşkil ettiği sürece, sözleşmeyi iptal eden tarafın yanılmaya özgü hak düşürücü süreden de yararlanabileceği görüşünde Schmidlin, "CR CO I/ Schmidlin Art. 21", par. 29.

¹⁴⁷⁴ örn. faize ilişkin düzenlemeler, bkz. a.g.e., par. 24.

¹⁴⁷⁵ Karşı görüşte a.g.e., par. 25. Yazara göre, iki hüküm arasında yarışma söz konusudur. Yazar, iadenin sebepsiz zenginleşme ve istihkak talebine göre gerçekleşeceği iki hâl açısından, aşırı yararlanmadaki hak düşürücü süre dışında bir farklılık olmayacağı görüşündedir.

Bir başka benzerlik ise, sözleşmeden dönme ve bozucu koşul arasında çıkar. Bazı yazarlara göre, sözleşmeden dönme hükümleri bozucu koşul sonrası oluşan ilişkiye uygulanabilmelidir.¹⁴⁷⁶ Nitekim Fransız hukukunda önceki sözleşmeden dönme düzenlemesi bozucu koşul modelini temel almıştı. Her iki durumda da taraflar edimlerini iade ile yükümlü olacaklar ve önceki edimleri de sona ermiş sayılacaktır.

Bunun dışında hata hâlleri ile işlem temelinin çökmesi arasında bir benzerlik bulunabilir. Burada hataya sebebiyet veren olay ile işlem temelinin çökmesini doğuran olay arasında zamansal bir farklılık söz konusudur. Hata sözleşmenin kuruluşunda var olan bir irade sakatlığı hâli iken, işlem temelinin çökmesinde sözleşme kurulduktan sonraki aşamada ortaya çıkan gelişmelerin taraflar arasındaki edim dengesine etkisi söz konusudur.

Ehliyet veya iptal edilebilirliğe ilişkin düzenlemeler ile tüketiciyi koruyan hükümler benzer olarak nitelendirilebilir.¹⁴⁷⁷ Bu hâllerin benzer iade mekanizmalarına tabi olması gerekmektedir. Kanaatimce, ehliyet düzenlemeleri ile tüketiciyi koruyan düzenlemeler arasında bir benzerlik kurulabilmesi mümkündür.¹⁴⁷⁸ Ehliyetle ilişkin hükümler zayıf taraf olan ehliyetsiz kişiyi kurabileceği riskli hukuki işlemlerden korumak amacıyla getirilmiştir. Tüketici ise, hukuki işlem ehliyetine sahip olmakla birlikte, girişimciye göre daha zayıf bir pozisyonadadır. Ürün reklamlarına aldanabilir, hızlı ve düşünmeden karar verebilir, özünde kendisi için faydalı olmayacak bir işlemi kurabilir. Bu durumda tüketiciye verilen cayma hakkı sonucunda, tüketici sözleşme kurması yönündeki beyanını geri alabilecek ve kendisini işlemin sonuçlarından koruyabilecektir. Öte yandan, inceleme konusu hukuk sistemlerinde ehliyet ve tüketici düzenlemelerinde hasarın geriye intikali sorunu engellenmeye çalışılmaktadır. Bu husus ehliyet eksikliğinin Saldo teorisinin istisnası olması ya da ehliyetsiz tarafın yalnızca elinde kalanı iade ile yükümlü olması ile sağlanırken, tüketici lehine de iade hasarının sınırlı bir çerçevede yüklenmesi imkânı tanınmaktadır.

¹⁴⁷⁶ Lobinger, Soergel BGB - Lobinger §346, par. 59; Wunner, **AcP** 1968, s. 444.

¹⁴⁷⁷ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 534.

¹⁴⁷⁸ Bazı yazarlar ise, tüketici düzenlemeleri ile iptal edilebilirlik düzenlemesi arasında bir benzerlik kurmaktadır.

Öte yandan tasfiye sebepleri arasında bir benzerlik bulunmadığı hâllerde de yeknesak tasfiye sisteminin kurulması teşvik edilebilir mi? Her bir tasfiye sebebi için, iade borcunun doğması aynı tasfiye esaslarının uygulanması için yeterli midir?

4. Asıl Amacın Tasfiyeyi Sağlamak Olması

Var olan sistemde sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdiren sebepler açısından, böyle bir benzerlik aramaya gerek olmadığı da söylenebilecektir. Sözleşmeden dönme ve genel olarak geçersiz veya iptal edilen sözleşmelerin ifası amacını taşıyan edim zenginleşmeleri esasında benzer bir amacı taşımaktadırlar: tarafların gerçekleştirmiş oldukları edimlerin iadesini sağlamak.¹⁴⁷⁹ Bu amaç ise, tekli bir tasfiye sistemi ile daha kolay bir şekilde sağlanabilir.

Son dönemlerde geçersizlik, iptal edilebilirlik ve sözleşmeden dönme arasındaki benzerlik, bunlara neden olan olaylardan değil, hepsinde bir iade yükümlülüğü bulunması üzerinden kurulmaktadır. Bu noktada iadenin tam olarak sağlanabilmesi tarafların sözleşme kurulmadan önceki durumlarına getirilmesini zorunlu kılmaktadır.¹⁴⁸⁰ Bu durumda, tasfiye açısından ilgili sona erme sebebi de önemini yitirmektedir. Bu düşünce özellikle, ilgili geçersizlik normunun tasfiye aşamasında bir etkide bulunmasını da reddetmektedir.

Tekli tasfiye sistemine yönelik argümanları bu şekilde özetledikten sonra, çoklu tasfiye rejimlerinin yerindeliğini savunan görüşlere de kısaca yer vermekte fayda olacaktır.

¹⁴⁷⁹ Büdenbender, *AcP* 2000, s. 631; Buz, *Akamet*, s. 649; Clauss, *Rechtsfolgendifferenz* passim. Hellwege, *Rückabwicklung* passim. Hellwege, *Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, ss. 337-44 passim.

¹⁴⁸⁰ Buz, *Akamet*, s. 649.

B. Çoklu Tasfiye Rejimini Savunan Görüşler

Sayıda az olmakla birlikte, birden fazla tasfiye sisteminin olmasını destekleyen yazarlar da bulunmaktadır. İlk olarak *Flume*'nin görüşleri ele alınmalıdır. *Flume*, sözleşmeden dönme ile sebepsiz zenginleşme uyarınca iade arasındaki farkın korunması gerektiği görüşündedir. Yazara göre dönmedeki hasar kuralı, sözleşmeden dönmenin özelliklerine göre tasarlanmış bir hüküm ve sebepsiz zenginleşme uyarınca tasfiyeye uygulanmamalıdır.¹⁴⁸¹ *Flume*'ye göre sözleşmeden dönme ile geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinin özünde birbirinden farklı düzenlemeler olduğu görüşündedir. Yazar bu görüşünü satış sözleşmesindeki hasar kuralı ve satış sözleşmesinden dönmenin gelişimi ile sebepsiz zenginleşmedeki sorumluluğun kaynağının farklılığına dayandırmaktadır.¹⁴⁸² Ancak var olan bu farklılığı tespit etmek, bu farklılığın nedenini açıklamamaktadır.

Flume dışında *Kaiser* hem ayrı tasfiye düzenlerinin bir arada bulunmasını hem de ikili sebepsiz zenginleşme teorisini savunmaktadır.¹⁴⁸³ Yazara göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar bir kanuni borç ilişkisi doğurmaktadır; buna karşılık sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu bir sözleşmesel borç teşkil etmektedir.¹⁴⁸⁴ Yazar ayrıca, bazı geçersizlik türlerinin (örneğin irade uyuşmaması ve satış sözleşmesinden dönme) birbiri ile benzemediği; bu nedenle de bu farklılığın korunması gerektiği görüşündedir.¹⁴⁸⁵ Bu durum da birbiri ile benzer kurumlara farklı hukuki kuralların uygulanmasını haklı çıkarmadığı gibi, geçersiz sözleşmelerdeki karşılıklılığın esas önemi taşıdığı hususunu gözden kaçırmaktadır. *Kaiser*'in bir başka argümanı ise, sözleşmeden dönme ve geçersizlik türleri arasındaki zamansal farklılıktır. Buna göre, geçersizlik ve iptal edilebilirlik sebepleri sözleşmenin kuruluş aşamasında bir sakatlığı ifade ederken, sözleşmeden dönme sözleşmenin ifa aşamasında ortaya çıkan bir aksaklığa ilişkindir.¹⁴⁸⁶ *Kaiser*'in zamana göre yaptığı

¹⁴⁸¹ *Flume*, *Saldotheorie*, s. 445 vd. *Flume*, *Bereicherung*, s. 542.

¹⁴⁸² *Flume*, *Saldotheorie*, s. 445; *Flume*, *Bereicherung*, s. 542. Yazar, ikinci eserinde, malvarlığına ilişkin alınan teorisine göre sözleşmeden dönme ve geçersiz sözleşmeler arasındaki farkı açıklamaktadır.

¹⁴⁸³ *Kaiser*, *Rückabwicklung*, s. 321; Staudinger BGB/ *Kaiser* Vorb. §§ 346-354, par. 27.

¹⁴⁸⁴ *Kaiser*, *Rückabwicklung*, s. 323.

¹⁴⁸⁵ a.g.e., s. 327.

¹⁴⁸⁶ a.g.e., s. 509.

ayrım doktrinde eleştirilmiştir.¹⁴⁸⁷ Özellikle *Hellwege*, yazara pek çok örnekle karşı çıkmaktadır. Gerçekten de örneğin cayma hakkıyla sözleşmenin kuruluşu aşamasında tüketici korunmak istenmektedir. Ayrıca bozucu koşulda da koşul sözleşmenin ifası aşamasında gerçekleşen bir sebep olmakla birlikte, koşul sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz hâle getirmektedir.¹⁴⁸⁸

III. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE YEKNESAK BİR TASFİYE SİSTEMİ SAĞLANABİLİR Mİ?

Tasfiye sistemlerinin çokluğunun yarattığı olumsuz sonuçlar görüldükten sonra, çözülmesi gereken sorun çoklu tasfiye sistemini ne şekilde tek bir tasfiyenin olduğu bir sisteme çevirmek olacaktır. Bu kapsamda, var olan sistem tekli tasfiyenin olabileceği şekilde yorumlanabilir mi? Özellikle, hukukumuzda sözleşmesel tasfiyeyi sağlama imkânı bulunmakta mıdır?

Bugün özellikle İsviçre hukukunda olan popüler olan eğilim tekli tasfiyenin dönüşüm teorisinin diğer geçersizlik veya iptal edilebilirlik hâllerinde de kabul edilmesi vesilesiyle sağlanmasıdır. Türk hukukunda da bu görüşün izlerine rastlamak mümkündür.¹⁴⁸⁹ Alman hukukunda dönüşüm teorisi sözleşmeden dönme için hâkim görüş teşkil etmekte ise de, sözleşmesel tasfiyeyi diğer hâllere hasretmek isteyen yazarlar bunu BGB § 346 vd. düzenlemelerinin sebepsiz zenginleşme alanına aktarılması görüşünden hareket etmektedir. Bu başlık altında önce dönüşüm teorisinin genelleştirilmesine yönelik tartışmalar, ile Alman hukukunda sözleşmeden dönme hükümlerini sebepsiz zenginleşme alanına aktararak tekli tasfiyeyi sağlamaya yönelik görüşler incelenecektir.

¹⁴⁸⁷ Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 202; Hellwege, *Rückabwicklung*, ss. 522-25. Bu sorun hakkında bağımsız olarak bkz. Buz, *Akamet*, s. 650.

¹⁴⁸⁸ Hellwege, *Rückabwicklung*, ss. 522-23.

¹⁴⁸⁹ Akçura Karaman, *Edimlerin İadesi*, s. 308 vd.

A. Dönüşüm Teorisi

Bugün dönüşüm teorisinin kazanmış olduğu etki tartışmasızdır. Dönüşüm teorisi, Alman ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş olmuş; uluslararası uyumlaştırma metinlerinde de kabul edilmiştir. Türk hukuku için de bugün doktrinde çoğunlukla savunulan teorisinin dönüşüm teorisi olduğunu söylemek mümkündür.

Alman hukukundan diğer hukuk sistemlerine de entegre edilmiş olan dönüşüm teorisinin kapsamına iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük sebepleri sonucunda oluşan tasfiye ilişkilerinin de dâhil edilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Özellikle İsviçre hukukunda, tekli tasfiye rejiminin yerleşmesi gerektiğini savunan çoğu yazara göre, bu amaca dönüşüm teorisinin kabulü ile ulaşılabilecektir. Örneğin, bazı yazarlar irade bozuklukları sonucunda ortaya çıkan iptal edilebilirlik hâllerinin sözleşmesel tasfiyeye tabi olması gerektiğini savunmaktadır.¹⁴⁹⁰ Bazı yazarlar da sözleşmenin kuruluş aşamasında ortaya çıkan kesin hükümsüzlük hâllerinde de tasfiyenin sözleşme hukuku kurallarına göre gerçekleşmesi gerektiği görüşündedir.¹⁴⁹¹ Öte yandan, geçersizlik ve irade sakatlıklarının sözleşmesel tasfiyeye tabi olması gerektiğini ileri süren yazarların sayısı da az değildir.¹⁴⁹² Bu yazarlar kısmen de olsa tek bir tasfiye sisteminin uygulanmasını benimsemiştir. Böyle bir ayrıma gitmeden, geçmişe etkili sona eren sözleşmelerin tek bir tasfiye düzenine tabi olması gerektiğini söyleyen yazarlar da bulunmaktadır.¹⁴⁹³

¹⁴⁹⁰ Schmidlin, “CR CO I/ Schmidlin Art. 31”, par. 97; Bruno Schmidlin, “Le sort du contrat résolu ou annulé: l’effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la in integrum restitutio”, **Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata**, ed. Roland Ruedin, Collection neuchâteloise, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 1999, s. 342; Wiegand, **Bemerkungen zum Picasso-Entscheid Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 774II 131**, s. 110; Wolfgang Wiegand, “Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht; Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag**, ed. Pierre Tercier, Zürich; Basel; Genf: Schulthess, 2004, s. 721.

¹⁴⁹¹ BSK OR I - Meise/ Huguenin, par. 68b. Farklı görüşte bkz. Abegg, **Rechtsfolgen**, s. 1116.

¹⁴⁹² Rouiller, **Der widerrechtliche Vertrag**, s. 433; Petitpierre, **Vertragsrecht und Bereicherungsrecht - La rupture est-elle définitivement consommée? Plaidoyer pour une réconciliation**, s. 536. Şekle aykırılık da dâhil olmak üzere Claire Huguenin, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3. bs, Zürich; Basel; Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2019, par. par. 382 ve 443. Kocayusufpaşaoğlu, iadenin yeknesak bir düzenlemeye tabi olmasını *de lege ferenda* yerinde olacağını belirtmektedir. Buna karşılık yazar, irade sakatlıkları sonucunda sözleşmenin iptalinin, sözleşmeden dönme ile aynı sonuçlara bağlanmasını savunan görüşleri var olan sistemde makul bulmamaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, C. 1, s. 441.

¹⁴⁹³ Wiegand, **Bemerkungen zum Picasso-Entscheid Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 774II 131**, s. 111; Ehrat, **Rücktritt**, par. 489; Acocella, **Nichtigkeitsbegriff**, s. 495; Schmidlin, “CR CO I/

Peki dönüşüm teorisi, gerçekten tasfiye sorununa tatmin edici bir çözüm getirmekte midir? Bu soruya cevap verebilmek için dönüşüm teorisi ile sağlanacağı savunulan faydaların neler olduğunu incelemek gereklidir. Tasfiye ilişkisi açısından dönüşüm teorisinin kabulü ile daha uzun olan sözleşmesel zamanaşımı uygulanabilecektir. İfade sıraya ilişkin TBK m. 97 hükmü uygulanabilecektir. Dönüşüm teorisi ile taraflar sözleşmesel koruma yükümlülüklerinden faydalanabilecektir. Sözleşmeden doğan yan yükümlülükler ve teminatlar dönüşüm teorisinin kabulü ile tasfiye aşamasında da varlıklarını sürdürecektir. En önemlisi dönüşüm teorisi ile tasfiye aşamasına sözleşme hukuku kuralları uygulanabilecektir.¹⁴⁹⁴

Dönüşüm teorisinin kabulü ile tasfiye ilişkisine sözleşmesel zamanaşımı uygulanması mümkün olmaktadır. Bu husus, dönüşüm teorisinin avantajlarından biridir.¹⁴⁹⁵ Kanuni borç ilişkisine kıyasla dönüşüm teorisinin sunduğu gerekçeler daha ikna edicidir. Sözleşme ilişkisi içerik değiştirip tasfiye ilişkisine dönüştüğünde, doğal olarak sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur. Buna karşılık hem İsviçre Federal Mahkemesi'nin¹⁴⁹⁶ hem de Yargıtay'ın dönüşüm teorisine başvurmadan sözleşmeden dönme sonucunda oluşan tasfiye ilişkisine sözleşmesel zamanaşımını uyguladığı kararlar vardır. Yine benzer şekilde ifade sıraya ilişkin TBK m. 97 hükmünün sözleşme dışı ilişkilere uygulandığı kararlar bulunmaktadır. Bu noktada dönüşüm teorisine ihtiyaç olmadan da bu sonuca varmak mümkün gibi görünse de, dönüşüm teorisi bu konuda da daha tatmin edici bir gerekçe sunmaktadır.

Koruma, özen ve sadakat yükümlülüklerine gelecek olursak, bu hususların varlığı için dönüşüm teorisine ihtiyaç yoktur. Bugün bir sözleşme ilişkisi içinde

Schmidlin Art. 31", S. 97; Domenico Acocella, "Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln", *Festschrift für Anton K. Schnyder*, ed. Pascal Grolimund vd., Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018, ss. 502-3. Doktrinde Akçura Karaman akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesinin sözleşme hukuku kurallarına göre gerçekleştirilmesi gerektiği görüşündedir. Akçura Karaman, *Edimlerin İadesi*, s. 308 vd. Karş. Dalcı Özdoğan, *Tasfiye*, s. 19

¹⁴⁹⁴ Bkz. Bölüm II/ II/ C/ Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonucu

¹⁴⁹⁵ CR CO I - Thévenoz - Art. 109, par. 11.

¹⁴⁹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi BGE 137 III 243 kararında, bu içtihadından da vazgeçtiğine dair ifadeler kullanılmaktadır.

bulunmayan, ancak aralarındaki ilişki gereği belirli bir yakın ilişki çerçevesinde bulunan tarafların sözleşme hukukuna özel olan özen ve koruma yükümlülüklerinden yararlanabileceği uzunca bir süredir kabul edilmektedir. Bu nedenle, özen, sadakat ve koruma yükümlülükleri kabul edilen teoriden bağımsız olarak varlıklarını korurlar.¹⁴⁹⁷ Bu noktada, dönüşüm teorisi var olanı teyit etmekten öteye gitmemektedir.

Dönüşüm teorisinin kabulü ile sözleşmeden doğan yan yükümlülükler açısından bir fayda sağlanabilir. Burada unutulmaması gereken husus, dönüşüm teorisinde de tarafların asıl edimlerinin sona erecek ve iadeye yönelik yeni edim yükümlülüklerinin doğacak olmasıdır. Bu durumda asli edimler dönüşüm teorisi kapsamında da sona ereceği için, bunlara bağlı ferî nitelikte yan edimlerin de sona ermesi gerekecektir. Görüldüğü üzere, bu açıdan dönüşüm teorisinin kabulü veya reddi açısından büyük bir fark bulunmamaktadır.¹⁴⁹⁸ Teminatlar açısından, Almanya’da dönüşüm teorisinin kabulü hâlinde dahi, ilgili teminatın içeriğine bakılarak bir yorum yapılmaktadır. Böyle bir değerlendirme hukuk sistemimiz için de mümkün olabilir.

Özellikle tasfiye aşamasında sözleşmesel kuralların uygulanabilirliğine dair argüman, kanımca dönüşüm teorisinin kabulüne yönelik en zayıf argümandır.¹⁴⁹⁹ Dönüşüm teorisi kabul edilse dahi, hukuk sistemimizde sözleşmeden dönme sonrasında oluşan iade ilişkisine uygulanacak hükümlerin bulunmadığına daha önce değinildi. Hatta dönüşüm teorisini kabul eden yazarlar da birbirinden farklı sonuçlara varmış; oluşan tasfiye ilişkisine uygulanabilecek tatmin edici çözümler maalesef hâlâ bulunamamıştır. İade hasarına ilişkin tartışmalarda dönüşüm teorisi yanında sebepsiz zenginleşme gibi diğer tasfiye mekanizmalarına başvurmak zorunda olmak dönüşüm teorisi açısından büyük bir eksikliktir. Öte yandan, tasfiye ilişkisine imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanmasının kabul edilmesi hâlinde de sebepsiz zenginleşme hükümleri tasfiyede yer alacaktır. TBK m. 136 metninde sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan yollama sonucunda, tasfiye sebepsiz zenginleşme hükümlerine

¹⁴⁹⁷ Buz, **Dönme**, s. 148; Akçura Karaman, **Edimlerin İadesi**, s. 309 vd.

¹⁴⁹⁸ Buz, **Akamet**, s. 623.

¹⁴⁹⁹ Karş. Buz, **Dönme**, s. 133.

göre gerçekleşecektir.¹⁵⁰⁰ Bu durum da, doktrinde tanımlandığı üzere “*tasfiye içinde tasfiyeye*” yol açmaktadır.¹⁵⁰¹

Ayrıca, iade imkânsızlığı hâlinde bedel üzerinden iadeyi savunan yazarlardan bazıları dönüşüm teorisini reddetmektedir. Bu da amaçlanan hedefin sağlanması için dönüşüm teorisine ihtiyaç olmadığını göstermektedir.¹⁵⁰² Özetle, tasfiyeye ilişkin kuralların olmadığı bir hukuk sisteminde dönüşüm teorisinin sunabileceği uygun bir çözüm de bulunmamaktadır.¹⁵⁰³ Bu açıdan dönüşüm teorisinden sunabileceğinden fazlasını beklemek de makul bir yaklaşım değildir. İade hasarı, özellikle hasarın geri intikaline ilişkin düzenlemeler hukuk sistemimizde de açıkça düzenlenmelidir.

Bu hususları dikkate aldığımızda, iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük sebeplerinin de dönüşüm teorisine çerçevesinde sözleşmesel tasfiyeye tabi olması gerektiğini savunmak, sözleşmesel zamanaşımı süresinin uygulanması dışında büyük bir avantaj sağlamayacaktır.

Dönüşüm teorisinin faydalı bir sonuç üretebileceği hukuk sistemi Alman hukukudur, zira burada sözleşmeden dönmenin iade ilişkisi özelinde hukuki sonuçları düzenlenmiştir. *Stoll*’ün teorisini oluşturduğu dönemde Alman hukukunda sözleşmeden dönme tazminat taleplerini dışlamaktaydı.¹⁵⁰⁴ Bu durum, teorisinin ortaya çıkmasında önemli bir etken olarak görülmektedir.¹⁵⁰⁵ Bununla birlikte, bazı yazarlar bu sonuca ulaşmak için sözleşmenin geçerli olarak kabul edilmesine gerek olmadığı görüşündedir.¹⁵⁰⁶ Nitekim *culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan zararın tazmini ortaya çıktığında da dönüşüm teorisine henüz geliştirilmemişti.

¹⁵⁰⁰ *Glasl*, TBK m. 136/ OR m. 119 hükümlerinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme yapılsa da burada aslında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin doğrudan uygulamasının olmadığı görüşündedir. *Glasl*, **Rückabwicklung**, s. 45.

¹⁵⁰¹ Buz, **Dönme**, s. 213.

¹⁵⁰² Bkz. a.g.e., s. 191.

¹⁵⁰³ Buz, **Akamet**, ss. 640-42.

¹⁵⁰⁴ Soergel BGB - Lobinger, Vor §346, par. 17.

¹⁵⁰⁵ Clauss, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 215. Yazarın bu konuyu daha kapsamlı olarak tezinden sonra yayınlanan makalesinde incelediğini belirtmiştik. Bzk. Birinci Bölüm cross-reference.

¹⁵⁰⁶ Kohler, **AcP 2008**, s. 426.

Öte yandan, bugün Alman hukukunda da dönüşüm teorisini diğer geçersizlik ve iptal edilebilirlik sebeplerinde uygulama yönünde bir eğilim yoktur. Doktrinde sözleşmeden dönmedeki iade hasarına yönelik hükümlerin sebepsiz zenginleşme alanına da aktarılmasına ilişkin görüşler vardır, ancak bunlar da dayanak olarak dönüşüm teorisini kullanmamaktadır.

Dönüşüm teorisini eleştiren yazarlar, bu teoriyi “yapay” olarak nitelendirmektedir.¹⁵⁰⁷ Dönüşüm teorisine getirilmiş başka bir eleştiri, tarafların bu yönde bir iradesinin eksikliği hâlinde, tasfiye ilişkisine dönüşen yeni bir sözleşmeden bahsetmenin mümkün olmayacağıdır.¹⁵⁰⁸ İlk eleştiri açısından, bugün dönüşüm teorisinin yaygın olarak kabul edildiği günümüzde, teorinin yapay olduğunu ileri sürmek bugün güçsüz bir argüman olarak kabul edilmek gerekir. Taraf iradelerine ilişkin olarak da, iradelerin tıpkı sözleşme sonrası koruma yükümlüklerinde olduğu gibi sözleşmenin tasfiyesini sağlamayı içerdiğini de kabul etmek mümkün olabilir.

Dönüşüm teorisi Almanya’da sözleşmeden dönme ile tazminat taleplerinin bir arada bulunmasını ve sözleşmesel tasfiyenin olumsuz yönlerinin törpülenmesini sağlamıştır.¹⁵⁰⁹ Buna karşılık, hukuk sistemimizde esas sorun, dönüşüm teorisinin sonuçlarının kabulü değil, tasfiyeyi düzenleyen hükümlerin bulunmamasıdır.¹⁵¹⁰ Bu nedenle de bu teorinin kabulü bu tezin ele aldığı sorunlar açısından önemli bir katkı sağlamamaktadır.

Tekli tasfiyeyi sözleşme kuralları çerçevesinde sağlamak isteyen Alman hukukçuların görüşleri ise sözleşmeden dönmeye ait hükümleri sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyeye nasıl entegre edilebileceği hakkındadır. Aşağıda bu görüşlere değinilecektir.

¹⁵⁰⁷ Nelle, **Anfechtungs- und Rücktrittsrecht**, s. 44; Beck OGK BGB – Schall, § 346, **par.** 162; Genicon, **Résolution**, s. 54.

¹⁵⁰⁸ Glasl, **Rückabwicklung**, s. 93; Buz, **Dönme**, s. 135; Schall, “Beck OGK BGB - Schall - § 346”, **par.** 165.

¹⁵⁰⁹ Bkz. Wolf, **AcP 1954**, ss. 97-144; Wieling, **Nutzungen**, ss. 137-70.

¹⁵¹⁰ Buz, **Akamet**, s. 643.

B. Sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme hukukuna aktarılması

Yukarıda görüldüğü üzere, Alman hukukunda sözleşmeden dönme sonrasında tasfiyenin ne şekilde gerçekleşeceğine dair düzenlemeler bulunmaktadır. Bu hükümlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca oluşan tasfiye ilişkisine uygulanarak tekli bir tasfiye sistemi sağlanıp sağlanamayacağı tartışılmıştır. Sözleşmeden dönmedeki hasar paylaşımına ilişkin hükümlerin geçersiz sözleşmelerde iade taleplerine uygulanmasına yönelik talepler Alman hukuku'nda yeni değildir. 2002 yılında yürürlüğe giren reform öncesi de, karşılıklı borç yükleyen geçersiz sözleşmelerde iadenin sözleşmeden dönme sonucunda iade ile aynı esaslara tabi olması gerektiği birçok yazar tarafından paylaşılmıştır. Ancak, reform sonrasında BGB § 346 hükmü uyarınca eski düzenlemeye nazaran daha yerinde bulunan bir hasar paylaşımı kuralının varlığı, bu konudaki görüşlerin sayısını da artırmıştır. Öncelikle önceki hükümler zamanında tartışmaların ne şekilde yapıldığı, daha sonra ise güncel görüşler değerlendirilecektir.

1. BGB § 346 a. F. düzenlemesi ile

Bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde, yazarlar sözleşmeden dönme hükümlerinin uygulanmasına yönelik görüşlerini Saldo teorisine alternatif bulma amacıyla oluşturmuşlardır. Örneğin bu yazarlardan *Blomeyer* esasında fiili sinallagma görüşünü benimsemektedir; ancak yazar, Saldo teorisini belirli hâllerde sınırlandırmak amacıyla görüşünü oluşturmuştur.¹⁵¹¹ Yazar, malın kazadan yok olması ile alıcının davranışı yüzünden yok olması hâlini birbirinden ayrı olarak değerlendirmiştir. *Blomeyer*'e göre karşı edimin olduğu her hâlde Saldo teorisi uygulanmamalıdır, zira geçersiz bir sözleşmenin tarafları, geçerli bir sözleşmenin taraflarından daha avantajlı bir konumda olmamalıdır.¹⁵¹² Bu kapsamda, *Blomeyer*'e göre, sözleşmeden dönmeye ilişkin BGB §350 a.F. hükmü kazadan yok olma hâllerinde sebepsiz zenginleşmede de uygulama alanı bulmalıdır ve iade talebi imkânsızlığa rağmen devam etmelidir.¹⁵¹³

¹⁵¹¹ *Blomeyer*, **Fortschritte**, s. 537.

¹⁵¹² a.g.e., ss. 535-36.

¹⁵¹³ a.g.e., ss. 535, 541.

Yok olma ya da kötüleşmeye alıcının sebep olduğu hâllerde ise, yazara göre, alıcı zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasına başvuramamalıdır.¹⁵¹⁴ Bu hâlde de yazar eski sözleşmeden dönme düzenlemesi olan BGB § 351 a. F. hükmüne dayanmıştır; böylece imkânsızlığa kendi davranışı ile sebebiyet veren tarafın iade talebi sona erecektir.

Bremecker de satıştan dönme, sözleşmeden dönme ve geçersizliğin farklı sonuçlar doğurmaması gerektiği fikrinden hareket etmektedir.¹⁵¹⁵ Yazar, sözleşmeden dönme, sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümlerinin aynı sonuca ulaşması gerektiği kanaatindedir.¹⁵¹⁶ Yazar bu amaçla BGB § 818/ f. 3 hükmünün sınırlandırılması gerektiği görüşündedir; ancak yazara göre tatmin edici bir çözüm bulunmamış olması, henüz bu konuda yeterli bir kanuni düzenleme bulunmadığından kaynaklanmaktadır.¹⁵¹⁷ Bu nedenle yazar, sözleşmeden dönme düzenlemelerini sebepsiz zenginleşme alanına aktarmayı önermiştir.¹⁵¹⁸

Bremecker'e göre, yok olmanın maldaki ayıptan kaynaklandığı olasılıkta, hasara ayıplı malı satan satıcı katlanmalıdır; sözleşmeden dönme için kabul edilen bu esas sebepsiz zenginleşme için de geçerli olmalıdır.¹⁵¹⁹ Malın iade borçlusunun bir davranışı olmaksızın kazadan dolayı iadenin imkânsızlaşması hâlinde, yazar BGB § 818/ f. 3 hükmünün uygulanmasında bir engel görmemektedir; iyiniyetli sebepsiz zenginleşen tesadüfen oluşan zararlardan korunmak istenmiştir.¹⁵²⁰ Tıpkı BGB § 350 a. F. hükmü gibi, burada da yok olmaya rağmen alıcı kendi ediminin iadesini isteyebilmelidir.¹⁵²¹ Üçüncü olasılıkta, imkânsızlık iade borçlusunun kusurlu olmayan davranışından veya malı tüketmesinden kaynaklanmaktadır. Yazara göre, burada iade hasarına alıcı katlanmalıdır, bu hasarın satıcıya yüklenmesi uyandırılan güvene aykırılık teşkil edecektir.¹⁵²² Son olarak, imkânsızlığa iade borçlusunun kusurlu bir davranışı sebep olduğunda, yazar BGB § 351 a. F. hükmünün uygulanmasını

¹⁵¹⁴ a.g.e., s. 544.

¹⁵¹⁵ Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 109.

¹⁵¹⁶ a.yer.

¹⁵¹⁷ a.g.e., s. 110. Yazara göre bu sınırlamaya ağırlaştırılmış sorumluluğa ilişkin BGB §818/4 ve 819 maddelerinden ulaşılmaktadır. a.g.e., s. 152.

¹⁵¹⁸ Bremecker, *Bereicherungsbeschränkung*, s. 141.

¹⁵¹⁹ a.g.e., s. 113.

¹⁵²⁰ a.g.e., ss. 118-19.

¹⁵²¹ a.g.e., s. 122.

¹⁵²² a.g.e., s. 125.

önermektedir.¹⁵²³ Ancak, yazarın burada BGB § 350 a. F. düzenlemesini uygulamayarak, kendi görüşü ile çeliştiği ileri sürülmüştür.¹⁵²⁴

Rengier ise, (dönme hakkını kullanan tarafın elde ettiği) edimin tesadüfen yok olması sebebiyle dönme hükümlerinin ortadan kalkmayacağını belirten BGB § 350 a. F. kuralının iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcuna uygulanmasını savunmuştur.¹⁵²⁵

Büdenbender'e göre de sebepsiz zenginleşme ve sözleşmeden dönme hükümleri benzer amaçlara hizmet etmektedir.¹⁵²⁶ *Büdenbender* karşılıklı iadeye ilişkin BGB 348 hükmünün sebepsiz zenginleşme sonucu iadeye de uygulanabileceği görüşünü savunmuştur.¹⁵²⁷ Yazara göre sözleşmeden dönmedeki hasar kuralı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyeye de uygulanmalıdır.¹⁵²⁸

Bugün BGB 350 a.F. düzenlemesi artık yürürlükte olmadığından, bu yazarların vardığı sonuçları Alman hukukunda doğrudan uygulayabilmemiz mümkün değildir.¹⁵²⁹ Buna rağmen, bu yazarların görüşleri yine de önem taşımaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında ise, bu tartışmaları satış sözleşmesinden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme alanına taşınması kapsamında tartışmak mümkündür. Örneğin, *Hartmann*, satıştan dönme hükümlerinde malın ayıptan dolayı yok olması halinde hasarın satıcıda olacağına ilişkin kuralın sözleşmelerin geçersizliğinde de uygulama alanı bulabileceği kanaatindedir.¹⁵³⁰ Satış sözleşmesinde olduğu gibi, yok olmanın iade alacaklısının bir fiilinden kaynaklanması hâlinde, zenginleşmenin ortadan kalktığı def'îne başvurmamasının önü kesilebilir. Ancak, yok olmanın kazadan kaynaklandığı hâllerde zenginleşmenin ortadan kalkması def'îne izin vermek bugün

¹⁵²³ a.g.e., s. 132 vd.

¹⁵²⁴ Kohler, *Rückabwicklung*, s. 256.

¹⁵²⁵ Rengier, *Wegfall*, s. 438.

¹⁵²⁶ Büdenbender, *AcP 2000*, s. 630.

¹⁵²⁷ a.g.e., ss. 643, 681.

¹⁵²⁸ a.g.e., s. 671.

¹⁵²⁹ Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 55.

¹⁵³⁰ Hartmann, *Rückabwicklung*, par. 391. Yazara göre, sözleşme geçerli olarak kurulsa, alıcı ayıplı malın yarattığı hasara katlanmayacaktı.

artık aşılmış bir tartışmadır. Kusurdan bağımsız bedel üzerinden iade yükümlülüğünün var olması gerektiği bir sistemde iade hasarı bu şekilde karşı tarafa yüklenmemelidir.

2. BGB § 346 düzenlemesi sonrası

2002 sonrasında hasar paylaşımına ilişkin yeni BGB § 346 düzenlemesi ile bu hususun yeniden ele alınması, sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme alanına taşınması konusundaki görüşlerin sayısını artırmıştır. Yeni sistemde hasarın geriye intikalini sağlayan BGB § 346/ f. 3 hükmünde yer alan üç olasılığın sebepsiz zenginleşme hukukuna aktarılıp aktarılamayacağı tartışılmaktadır. Bu kapsamda, sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme hukuku alanına taşınmasına yönelik yeni görüşler ortaya atılmıştır. Günümüzde Alman hukukunda geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi açısından Saldo teorisine getirilen alternatifler yerine, sözleşmeden dönme düzenlemelerini sebepsiz zenginleşme alanında uygulamaya çalışan görüşler daha fazladır.

a. Dayanılan Gerekçeler

Yazarlar öncelikle, sözleşmeden dönme düzenlemelerinin neden sebepsiz zenginleşme alanına taşınması gerektiğini sorgulamıştır. Örneğin, bu görüşteki *Grünwald* hata sebebiyle iptal edilmiş bir sözleşmede, ayıptan doğan sorumluluğun da doğmasına ilişkin BGH kararının gerekçesi ile açıklamalarına başlamaktadır. Mahkeme kararında aynı olayda sözleşmeden dönme ile sebepsiz zenginleşme uyarınca iade gündeme gelebileceğinden, sebepsiz zenginleşmeye dayanan kişinin sözleşmeden dönmeye dayanan bir kişiden daha avantajlı konumda olmaması gerektiğine hükmetmişti.¹⁵³¹ Yazar bu birliğin 2002 sonrasında da sağlanıp sağlanamayacağını incelemiştir. *Grünwald*'a göre, yok olmanın maldaki ayıptan kaynaklandığı hâllerde sözleşmeden dönmeye ilişkin hasar düzenlemesi sebepsiz zenginleşme alanına taşınabilir.¹⁵³²

¹⁵³¹ BGHZ 78, 216.

¹⁵³² Grünwald, *Saldotheorie*, s. 36.

Thier de benzer bir noktadan hareket etmektedir. Yazara göre sözleşmeden dönme ile geçersiz sözleşmelere uygulanan sebepsiz zenginleşme kuralları benzer amaçlara hizmet etmektedir.¹⁵³³ Sözleşmeden dönme bir yükümlülük ihlâli üzerine alacaklıya tanınan bir haktır; geçersizlik rejiminde de böyle ortak bir sebep olmalıdır.¹⁵³⁴

Thier gibi *Roth* da görüşünü aynı argümanlarla gerekçelendirmiştir. O da sözleşmeden dönme ile edim zenginleşmesinin benzerliğinden hareketle, sözleşmeden dönmeye ilişkin iade hasarı hükümlerinin sebepsiz zenginleşme alanına taşınabileceğini savunmaktadır.¹⁵³⁵ *Roth* hile ve ayıplı mal teslimi sonucunda satış sözleşmesinden dönme hâllerinde Saldo teorisi ile sözleşmeden dönme düzenlemelerinin aynı sonuca vardığını belirtmektedir.

Fest de diğer yazarlar gibi hile ile sözleşmeden dönme hükümleri arasındaki benzerliği kabul etmektedir.¹⁵³⁶

Linke de sözleşmeden dönme ve geçersizlik rejimi arasındaki benzerlikleri temel almaktadır.¹⁵³⁷ *Linke*, *Canaris*'in karşı edim zenginleşmesi görüşüne benzer bir görüş oluşturmuştur. Yazara göre, sebepsiz zenginleşme ve dönme sonucunda tasfiyeye uygulanacak hükümler yeknesaklaşmalıdır. Yazar, dönmeye ilişkin hükmün geçersizlikten kimin sorumlu olduğuna bakılmaksızın geçersizlik hâllerinde de uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir ve BGB § 818/3 hükmünün teleolojik redüksiyonunu savunmaktadır.¹⁵³⁸ *Linke* BGB § 818/ f. 3'ün geçersiz sözleşmelere tümünden uygulanmamasına karşı çıkmaktadır; yazara göre, parasal olmayan edimler açısından bu hüküm hâlâ uygulama alanı bulabilecektir.¹⁵³⁹

¹⁵³³ Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, ss. 439 ve 442.

¹⁵³⁴ a.g.e., s. 452.

¹⁵³⁵ Roth, **Rücktrittsrecht**, ss. 1135, 1138.

¹⁵³⁶ Fest, **Einfluss**, s. 87.

¹⁵³⁷ Linke, **Rückabwicklung**, s. 60.

¹⁵³⁸ a.g.e., s. 146.

¹⁵³⁹ a.g.e., s. 161.

Bockholdt de sebepsiz zenginleşme hükümlerinde bulunan boşlukların sözleşmeden dönme hükümleri ile doldurma yolunda bir eğilim olduğundan hareket etmektedir.¹⁵⁴⁰ Diğer yazarların aksine olarak *Bockholdt*, yalnızca hasar düzenlemesi açısından bir değerlendirme yapmamış ve BGB § 346 ile yararların iadesine ilişkin BGB § 347 hükümlerini bütün olarak incelemiştir. Yazara göre öncelikle, sözleşmeden dönmedeki bedel üzerinden iade esasları (kullanıma dair esaslar ve sübjektif bedelin esas alınması dâhil olmak üzere), sebepsiz zenginleşme alanına taşınmalıdır.¹⁵⁴¹ Yazar da tasfiye sebeplerinin benzerliğini ve hile-ayıp benzeşmesini belirtmektedir.¹⁵⁴² Bu kapsamda yazar, bedel üzerinden iadeye ilişkin hükmün aynen uygulanabileceğini savunmaktadır.¹⁵⁴³ Yazara göre, hile gibi hâller dışında, bedel üzerinden iade için edimin sübjektif değerinin esas alınmasında da bir engel bulunmamaktadır.¹⁵⁴⁴ *Bockholdt*, BGB § 347 hükmünün de uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁵⁴⁵

b. Hangi İstisnaların Sebepsiz Zenginleşme Hükûnlerine Taşınabileceği

Grünwald'a göre, ayıplı malda ve zararın iade alacaklısının hakimiyet alanında da oluşabilecek olması hâllerinde, sözleşmeden dönme düzenlemesinin geçersiz sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesinde uygulama alanı bulabileceğini savunmaktadır.¹⁵⁴⁶ Son istisna açısından ise, hasarın iade alacaklısına geri dönebilmesi ancak geçersizliğin doğmasında sorumluluğunun bulunduğu hâllerde uygun olacaktır.¹⁵⁴⁷ Bu durumda, ehliyet sebebiyle oluşan tasfiye ilişkisinde dönme düzenlemesindeki hasar kuralı uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁵⁴⁸ Yazar burada geçersizlik sebebine göre bir değerlendirmede bulunmuştur.

¹⁵⁴⁰ Bockholdt, *Die Übertragbarkeit*, s. 774.

¹⁵⁴¹ a.g.e., ss. 779-83.

¹⁵⁴² a.g.e., s. 773.

¹⁵⁴³ a.g.e., s. 779.

¹⁵⁴⁴ a.g.e., s. 731.

¹⁵⁴⁵ a.g.e., s. 798.

¹⁵⁴⁶ Grünwald, *Saldotheorie*, s. 37.

¹⁵⁴⁷ a.g.e., s. 38.

¹⁵⁴⁸ a.yer.

Thier ise, ehliyet hâlinde sözleşmeden dönmeye ilişkin hasar kurallarını tümde uygulamama kanaatindedir.¹⁵⁴⁹ Yazar, *Grünwald*'dan farklı olarak, sözleşmeden dönmeye hasarın geri intikaline ilişkin BGB §346/ f. 3/ no.3 hükmü geçersiz sözleşmelerde iade hâlinde de uygulanması görüşündedir. Yazara göre, sebepsiz zenginleşmede iade borcunda da malın yok olmasına kendi kusurlu davranışı ile sorumlu olan kişi bedel üzerinden iade ile sorumlu olmalı; bunun yanında beklenmedik hâlden doğan yok olmalarda da BGB 277'deki özen ölçütüne göre hasar sorumluluğu düzenlenmelidir.¹⁵⁵⁰

Hellwege de bazı hâllerde sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme alanına taşınabileceği görüşündedir. Yazara göre, ilk iki istisna geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinde uygulanabilecek hükümlerdir.¹⁵⁵¹ Bununla birlikte, yazar üçüncü istisnanın dar yorumlanması gerektiğine dair tartışmalardan dolayı sebepsiz zenginleşme hukukuna problemli bir düzenleme taşınmış olacağı görüşündedir. İkinci olarak Saldo teorisi hasarı iki tarafa da dağıtırken, burada hasarın bir tarafta yığılıyor olmasını da uygun bulmamıştır.¹⁵⁵²

Roth da *Thier* ve *Grünwald* gibi son istisna açısından bir sınırlama getirilmesi kanaatindedir. Yazara göre, bir yükümlülük ihlali bulunmayan irade uyuşmaması ve hata hâllerinde BGB §346/ f. 3/ b. 3 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı görüşündedir.¹⁵⁵³

Fest ise sözleşmeden dönme hükümlerinin sebepsiz zenginleşme alanına taşınmasını sınırlı olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte yazar, BGB §346/ f.3/ b.3 hükmünün yanılma ve kokutma hâllerinde uygulanmasını reddetmiştir.¹⁵⁵⁴ İrade uyuşmamasından doğan yokluk ile şekle aykırılık gibi “nötr” geçersizlik sebeplerinde ise BGB §346/ f. 3/ b. 3'ün uygulama alanı bulamayacağını, bununla birlikte bentteki diğer hâllerin uygulanabileceğini savunmuştur.¹⁵⁵⁵ Ayrıca yazara göre, masraflara

¹⁵⁴⁹ Thier, **Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung**, s. 454.

¹⁵⁵⁰ a.g.e., s. 453.

¹⁵⁵¹ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 160.

¹⁵⁵² a.g.e., s. 161.

¹⁵⁵³ Roth, **Rücktrittsrecht**, ss. 1142-45.

¹⁵⁵⁴ Fest, **Einfluss**, s. 88.

¹⁵⁵⁵ a.g.e., ss. 89-90.

ilişkin hükmün de prensip olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiyeye uygulanabilecektir.¹⁵⁵⁶

Schwab, ise görüşünü geçersizlik sebebinin bilinmesi olgusuna dayandırmıştır. Yazar, geçersizlik sebebinin bilindiği tüm hâllerde dönme hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır. *Schwab* da BGB § 346/ f.3/ b.3 hükmünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine uygulanmasını savunmaktadır. Yazara göre, bu hükmün uygulanması için iade alacaklısının geçersizlik sebebinin biliyor olması gereklidir.¹⁵⁵⁷

Linke'ye göre, dönme düzenlemesindeki amaç, iade borçlusunu mala kazadan gelen zararlardan korumaktır; aynı esas sebepsiz zenginleşmede de iade borçlusu için kabul edilebilir.¹⁵⁵⁸ Diğer yazarlardan farklı olarak, *Linke* bu düzenlemenin uygulanması için ilgili kişinin geçersizlik sebebinden sorumlu olmasını aramamaktadır.¹⁵⁵⁹

Son olarak *Bockholdt* düzenlemesine ilişkin olarak, yazar ilk iki bentte düzenlenen hâllerin sebepsiz zenginleşme alanına aktarılabileceği görüşündedir.¹⁵⁶⁰ *Bockholdt* hata hâllerinde de BGB § 346/ f. 3/ b. 3 düzenlemesinin uygulanmasını savunmuştur.¹⁵⁶¹

3. Değerlendirme

Sözleşmeden dönme hükümlerinde hasarın geri intikalini sağlayan düzenlemelerin sebepsiz zenginleşme alanına taşınması bir yönüyle olumlu bir gelişme olarak görülebilir. Bu şekilde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesi yeknesak bir şekilde sağlanabilecektir. Öte yandan, Alman hukukunda BGB § 346/

¹⁵⁵⁶ a.g.e., s. 134.

¹⁵⁵⁷ MüKo BGB - Schwab § 818, par. 256.

¹⁵⁵⁸ Linke, *Rückabwicklung*, s. 184.

¹⁵⁵⁹ Linke, *Rückabwicklung*; NK BGB - Linke § 818, par. 82.

¹⁵⁶⁰ Bockholdt, *Die Übertragbarkeit*, ss. 784-85.

¹⁵⁶¹ a.g.e., s. 792.

f.3/ b.1 ve 2’de yer alan istisnaların da hasarın dağıtılması açısından uygun bir çözüm sunduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Bununla birlikte, BGB §346/ f. 3/ b. 3’te yer alan ve hasarın geri intikalini “*kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen*” gibi belirsiz bir hususun varlığı ile iade alacaklısına geçmesini sağlayan düzenlemenin bütün geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi açısından uygulanması *Hellwege*’nin belirttiği üzere, doktrindeki görüşler kabul edilecek olursa, sorunlu bir düzenleme genel kural hâline gelecektir. Bu nedenle, bu yolla da tekli tasfiyenin sağlanmaması gereklidir. Öte yandan, cayma hakkı için getirilen düzenlemeler de buradaki iade hasarına yönelik kuraldan ayrılmaktadır. Bu yanıyla da tekli bir tasfiye rejimi yine sağlanamamış olacaktır.

Yazarların görüşleri incelendiğinde, dikkat çeken bir başka husus, yazarların geçersizlik sebeplerine dayanarak farklı sonuçlara ulaşmış olmasıdır. Oysa, bu görüş kapsamında yazarlar tekli bir tasfiyeyi amaçlamaktadır. Buna karşılık, bazı yazarlar Saldo teorisinin istisnalarına başvurmuş, bazı yazarlar da geçersizlik normunun koruduğu amacı dikkate alarak yine geçersizlik sebeplerinde iade açısından farklılık yaratmıştır.

IV. TEKLİ TASFİYE SİSTEMİ NASIL DİZAYN EDİLMELİ?

Tekli tasfiyenin mevcut kurallar çerçevesinde sağlanamayacağını gördük. Bir başka olasılık olarak ise Fransız kanunkoyucusunun yaptığı gibi tasfiye sistemini yeni düzenlemeler ile baştan tasarlamak gibi radikal bir çözüm mü tercih edilmelidir? Bu soruya verilecek cevap evet olmalıdır. Fakat tekli tasfiye düzenini sağlamak da hayli zordur. Nitekim Fransız hukukunda iade hasarının geri intikaline izin veren düzenlemenin eksikleri de ortaya konmuştur.

Bu bölümün kapsamını öncelikle yeknesak bir tasfiye sisteminin nasıl gerçekleştirilebileceğine dair görüşler oluşturmaktadır. Daha sonra yeknesak tasfiye

sistemi açısından hangi düzenlemelerin var olması gerektiği ve hukuk sistemimize bunların entegre edilip edilemeyeceği değerlendirilecektir.

A. Tekli Tasfiye Sisteminin İçeriğine Dair Görüşler

Tekli tasfiye sisteminin olması gerektiğini savunan görüşlerin hepsi kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade borcu olması gerekliliğini teyit etmektedir.¹⁵⁶² Bazı yazarlar, bu konuda daha detaylı bir sistem önermiştir. Bu bağlamda *Hellwege* şu sistemi önermektedir: yazara göre, her tarafın kendi elde ettiği edim açısından hasarı taşınması lazımdır, zira burada edim üzerindeki hakimiyet ile sigorta ve hasar problematiği aynı olarak çözülmüştür. Malın üzerinde hakimiyeti olan ve mala sigorta yapabilecek kişi hasarı da taşınmalıdır. Yazara göre, hasarın geri intikali, ancak tasfiye sebebine sebebiyet verme olabilir.¹⁵⁶³

Bu kapsamda, tasfiyede taraflar bir tasfiye sebebine dayanabilmek için aynen iadeyi ya da bu mümkün değilse edimin objektif değerinin iadesini sunabilmelidir. Bedel üzerinden iade borcu ise değer kaybına iadeyi talep eden taraf ya da malın piyasa değerinin düşmesi sonucu oluştuğu takdirde ortadan kalkmalıdır. Ayrıca her iki tarafa da tazminat talep etme hakkı tanınmalıdır.¹⁵⁶⁴

Yazar ayrıca cayma rejimindeki farklı düzenlemenin yerinde olduğunu savunmaktadır.¹⁵⁶⁵ *Hellwege*'nin görüşlerini yayınladığı dönemde sözleşmeden dönme ve cayma hakkı rejimleri birbirine daha çok benzemekteydi. Günümüzde Alman hukukunda sözleşmeden dönme ve cayma hakkının kullanılması sonucu oluşan tasfiye sistemi arasındaki farklılıklar artmıştır. Bu durumda, bu görüşün günümüz için geçerli olamayacağını söylemek gereklidir.

¹⁵⁶² Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 538; Hellwege, *Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, s. 342; Heß, *Rückabwicklung und Wertersatz*, s. 227; Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 291.

¹⁵⁶³ Hellwege, *Rückabwicklung*, ss. 391-93.

¹⁵⁶⁴ Hellwege, *Rückabwicklung*, s. 393.

¹⁵⁶⁵ a.g.e., s. 388.

Yazara göre bedel üzerinden iadeyi belirlemede malın objektif değeri esas alınmalıdır, sübjektif değerin örneğin hile hâlinde esas alınması hile ile korunan menfaate aykırı olacaktır.¹⁵⁶⁶ Esas alınacak an ise ifanın gerçekleştiği an olmalıdır.¹⁵⁶⁷ Yazar, masrafları ise bir tazminat kalemi olarak görmektedir; bunun dışında masrafların iadesi geçmişe etkili sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde dikkate alınmayacaktır.¹⁵⁶⁸

Bir başka Alman yazar olan *Clauss*'un önerdiği sistemde eski hale iade her zaman hedeflenen amaç olmalıdır, ancak sürekli edimli sözleşmeler için mümkün olduğunca geriye etki tanınmamalıdır.¹⁵⁶⁹ Yazar DCFR'daki bedel üzerinden iadeye ilişkin hükmün esas alınmasını önermektedir.¹⁵⁷⁰ Yararlara ilişkin hüküm ise ancak tasfiye sebebini bilme hâlinde uygulanmalıdır.¹⁵⁷¹ Hasarın geriye intikali ise, kural olarak iade alacaklısının bir yükümlülük ihlâli hâlinde olmalıdır.¹⁵⁷²

Hellwege ve *Clauss* eski hâle iadenin sağlanmasının amaçlanmasını savunurken, *Hartmann* eski hâle iadenin sağlanmasına yönelik görüşleri eleştirmektedir, yazara göre çoğu durumda eski hale iadeyi sağlamak zaten mümkün değildir.¹⁵⁷³ Ayrıca yazara göre, bunun kabulü olumsuz zararın giderilmesine yönelik tazminat ve iade taleplerinin birbirine karışmasına yol açacaktır; yazara göre eski hâle iade olumlu zararın tazmini ile sağlanır.¹⁵⁷⁴ Yazar genel bir esas belirlemekten ziyade her bir tasfiye sebebi için hasar sorununu ayrıca ele almıştır. Ayrıca yazar, bazı hâllerde tasfiye imkânını ortadan kaldırarak sorunu çözmeyi hedeflemiştir.

Kazadan doğan yok olmada ise yazar her bir geçersizlik sebebini ayrıca değerlendirmiştir. Ehliyetsizlikte, özgür irade beyanının oluşmamasından doğan geçersizliğe dayanarak hasarın ehliyetsiz kişi ile sözleşme kuran tarafa yüklenmesi

¹⁵⁶⁶ a.g.e., s. 568.

¹⁵⁶⁷ a.g.e., s. 569.

¹⁵⁶⁸ a.g.e., ss. 573-74.

¹⁵⁶⁹ *Clauss*, **Rechtsfolgendifferenz**, s. 289.

¹⁵⁷⁰ Bkz. dn. 1462.

¹⁵⁷¹ a.g.e., s. 290.

¹⁵⁷² a.g.e., ss. 293-94.

¹⁵⁷³ *Hartmann*, **Rückabwicklung**, par. 308.

¹⁵⁷⁴ a.g.e., par. 310.

gerektiğini savunmuştur.¹⁵⁷⁵ Şekle aykırılıkta, şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanımına izin verilmemesinden hareketle hasarın satıcıda olması gerektiğini belirtmektedir.¹⁵⁷⁶ Diğer geçersizlik sebeplerinde geçersizliğin amacının tesadüfi yok olmadan doğacak hasara katlanmaktan kurtarma olmadığından, burada mal yok olduysa alıcının geçersizliği ileri süremeyeceğinden bahsetmektedir.¹⁵⁷⁷ Yazara göre, iadeyi sunamayan taraf geçersizlik hükümlerine dayanamayacaktır.

Hartmann, irade sakatlıklarında, kural olarak mal yok olduysa sözleşmeyi iptal hakkının sona ereceği görüşündedir.¹⁵⁷⁸ Aldatma veya korkutmada ise karşı tarafın hukuka aykırı davranışı söz konusu olduğundan; bu nedenle de hasar aldatan veya korkutan tarafta olmalıdır. Yazar, burada iki istisna olabileceğini belirtmektedir. Birincisi aldatılan veya korkutulan tarafın iptal beyanında gecikmesi, ikinci hâlde de aldatılan veya korkutulan tarafın malı daha düşük bir fiyata alabileceği hâllerde, bu miktar kadar hasara katlanması.¹⁵⁷⁹ Kapıdan satışlarda cayma hakkında ise yazar, tüketiciyi hasardan da korumak gerektiğini savunmuş ve kazadan doğan yok olmalarda tüketicinin bedel üzerinden iade ile yükümlü olmayacağını belirtmiştir.¹⁵⁸⁰

Yazara göre yok olmaya malı elinde bulunduran tarafın sebep olması ihtimalinde ise imkânsızlığa yol açan tarafın geçersizliği ileri sürmemesi gerektiğini TBK m. 228/f.3 (OR m. 207/3) kuralını kıyasen tüm geçersizlik sebeplerine uygulanmasını ileri sürmektedir.¹⁵⁸¹ Benzer şekilde, geçersizlik ileri sürüldüğünde artık her taraf kendi edimine ilişkin hasara katlanacaktır.¹⁵⁸²

Hartmann, satıştan dönmede malı elden çıkaran alıcının dönme hakkının ortadan kalkmasına ilişkin düzenlemeyi yerinde bulmaktadır.¹⁵⁸³ Bunun kıyasen sözleşmeden dönmede de uygulanması gerektiği savunmaktadır.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁷⁵ a.g.e., par. 393-397.

¹⁵⁷⁶ a.g.e., ss. 398-400.

¹⁵⁷⁷ a.g.e., par. 401; Rouiller, *Der widerrechtliche Vertrag*, s. 461.

¹⁵⁷⁸ *Hartmann, Rückabwicklung*, par. 402-403.

¹⁵⁷⁹ a.g.e., par. 404-408.

¹⁵⁸⁰ a.g.e., par. 416.

¹⁵⁸¹ a.g.e., par. 418.

¹⁵⁸² a.g.e., par. 426.

¹⁵⁸³ a.g.e., par. 525.

¹⁵⁸⁴ a.g.e., par. 529; Schenker, *Schuldnerverzug*, par. 739.

Görüldüğü üzere, yeknesak tasfiye sistemini ileri süren yazarlar da farklı gerekçelere dayanmıştır. *Hellwege* hâkimiyet alanına dayanmaktayken, *Hartmann*, tasfiyeye yol açan geçersizlik normunun koruma amacını esas almıştır. *Clauss* da *Hellwege*'ye benzer şekilde hâkimiyet alanına daha yakın olan bir görüş sergilemektedir. Her üç yazarın önerdiği sistem de birbirinden farklılıklar içermektedir.

B. Tekli Tasfiye Sistemine Doğru

Bugün, tekli bir tasfiye düzeni oluşturma konusunda uluslararası bir trend söz konusudur.¹⁵⁸⁵ Tasfiye sistemini yeknesak olarak sağlama amacı hem incelediğimiz hukuk sistemlerinde hem de Türk ve İsviçre hukuklarında önemli bir amaca hizmet edecektir; bu şekilde geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde hem taraflar arasında eşitlik sağlanacaktır hem de tasfiye konusunda yeknesak kurallara ulaşılabilecektir.

Bu başlık altında tekli tasfiye rejiminin nasıl sağlanabileceği değerlendirilecektir. Bu açıdan normal plandan ayrı bir sistematik izlenecek ve düzenlenmesi kolay hususlardan daha zor olanlara doğru bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Yararlar ve Masraflar

Öncelikle belirtmek gerekir ki, geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde kolay olan kısım yararlar ve masraflara ilişkindir. Zira hukukumuzda, sebepsiz zenginleşme hükümlerinde, satış sözleşmesinden dönme düzenlemesi çerçevesinde ve haksız zilyetlikte iade hükümlerinde kapsamı eşit olmamakla birlikte yararlar ve masrafların iadesine ilişkin hükümler bulmak mümkündür.

¹⁵⁸⁵ Clauss, *Rechtsfolgendifferenz*, s. 288; Zaprianos, *Die Rückabwicklung der Verbraucherverträge*, s. 364.

Bu kapsamda satış sözleşmesinden dönme hükümlerinde yer alan yararlarla ilişkin düzenleme bir örnek teşkil edebilir. İade ilişkisinde elde edilen yararlar iadeye konu olmalı, elde edilmesi ihmâl edilen yararlar ise iade alacaklısının katlanması gereken bir risk olarak esas alınmalıdır. Bu şekilde hangi ne kapsamda ihmâl edildiği gibi zor bir soru da cevaplandırılmayacaktır. Para borçları açısından paranın faizi de elde edilen yararlar kapsamında istenebilecektir. Yararların kapsamına kullanım çıkarları da dâhil olmalıdır.

Masraflar açısından ise, *de lege ferenda* bir çözüm olarak zorunlu masrafların ve edimin değerini artıran masrafların talep edilebilmesine yönelik Fransız düzenlemesi kabul edilebilir. Bu şekilde zorunlu, faydalı ve lüks masraflara ilişkin üçlü ayırmadan vazgeçilmektedir.¹⁵⁸⁶

2. Bedel Üzerinden İade

Hukuk sistemimizde bedel üzerinden iadenin *de lege ferenda* kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunduğu gibi,¹⁵⁸⁷ bu konuda kanun boşluğu bulunduğunu söyleyen görüşler de mevcuttur.¹⁵⁸⁸ Hukuk sistemimiz açısından her bir tasfiye rejiminde doğrudan veya yorum yoluyla böyle bir yükümlülüğün doğması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi, uyumlaştırma metinlerinde de bedel üzerinden iade esası kabul edilmektedir.¹⁵⁸⁹

Sözleşmesel tasfiye açısından TBK m. 125 hükmünde iadenin gerçekleşmesine yönelik bir kanun boşluğu bulunduğu görüşünü paylaşıyoruz. Bu noktada TBK m. 125 hükmündeki boşluğun doldurulması, sözleşmeden dönme açısından bir bedel üzerinden iade borcunun doğmasını sağlayacaktır. Kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade borcunun sağlanması ise geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi açısından

¹⁵⁸⁶ Belirtmek gerekir ki İsviçre OR 2020 Tasarısı'nda masraflara ilişkin hükümlerde zorunlu ve yararlı masraflar ayrımı korunmuştur.

¹⁵⁸⁷ Çağlayan Aksoy, **Ayıplı Mal**, ss. 179-256.

¹⁵⁸⁸ Buz, **Akamet**, s. 651.

¹⁵⁸⁹ Hellwege, **Rückabwicklung**, s. 566.

kanunkoyucu tarafından hiç düşünülmemiş bir husustur. Bu açıdan bu konuda bir açık boşluk olduğu ileri sürülebilecektir.¹⁵⁹⁰ Bu boşluğun doldurulması ise, var olan hukuktaki mekanizmalar ile bir nebze sağlanabilir. Bedel üzerinden iade sorumluluğunun nasıl sağlanabileceğini değerlendirelim. Bu kapsamda, TBK m. 125 hükmü kapsamında “edimlerin iadesi” iade yanında bedel üzerinden iade borcunun varlığını kapsadığı şekilde yorumlanabilir. Sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde TBK m. 79 hükmü, *Canaris*’in teorisindeki gibi teleolojik redüksiyon yöntemi ile sınırlandırılarak karşı edimin de iadede dikkate alınması sağlanabilir. Son olarak, haksız zilyetlikte iade hükümlerinde varlığına inanılan hak kavramı yine sözleşmedeki karşı edim esas alınarak yorumlanabilecektir. Bütün bunların ne kadar çetrefilli olduğunu ve kanundaki düzenlemelerden de uzaklaştığımızı Üçüncü Bölüm kapsamında görmüş olduk. Bu nedenle bu durumda yapılması gereken geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesinde kusurdan bağımsız bedel üzerinden iade yükümlülüğünü açıkça düzenlemek olacaktır.

Ancak sorun bu noktada da bitmemektedir. Burada daha da önemli bir diğer sorun, iade hasarının istisnaları olup olmaması gerektiği hususu tasfiye açısından hem en önemli hem de en zor sorunu oluşturmaktadır. Bu husus ancak kanunkoyucu tarafından tatmin edici bir biçimde çözülebilir. Peki bu husus nasıl ele alınmalıdır?

3. İade Hasarının İstisnaları

Hasar problematiğinin bir yüzünün iade hasarına ilişkin düzenlemeler olduğu, diğer yüzünün ise hasarın geri intikaline izin veren düzenlemelerin varlığına ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorunu olduğunu sözleşmesel tasfiye esaslarını incelerken ele almıştık. Bu durumda, hâlâ cevaplandırılması gereken bir husus, iade hasarı yanında, hasarın geri intikaline izin verilen düzenlemelerin kapsamının ne olacağı hususudur. Bu konuda *Wagner* gibi karamsar bir bakış açısı izleyerek “2000 yıldır tatmin edici

¹⁵⁹⁰ Burada düşünülebilecek bir başka olasılık, her bir tasfiye rejiminin iade ilişkisine uygun olmamakla birlikte bazı düzenlemelere sahip olması, fakat bu düzenlemelerin tatminkâr bir sonuç sağlamadığı için sorunu bir “gerçek olmayan boşluk” olarak nitelendirmek olabilir. Ancak bu noktada, haksız zilyetlikte iade hükümlerinin geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi düşünülerek hazırlanmamış olması, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ise yine tek taraflı iade borçlarını esas almış olması ve sinallagmatik borçların düşünülmemiş olması fikrinden hareketle burada açık boşluk olduğu kanaatindeyim. Bkz. Oğuzman, Barlas, **Medeni**, ss. 98-99.

*bir çözüm bulunmadığından” mı bahsedeceğiz?*¹⁵⁹¹ Yoksa, *Bolze*’nin makalesinde bahsettiği kararda olduğu gibi taraflar arasında oluşan iade ilişkisinin bir “*nexus*” oluşturduğundan hareketle bu ilişkiye uygun olabilecek hükümleri belirlemeye mi çalışacağız?¹⁵⁹²

Bu sorun ele alınırken, öncelikle iade borçlusunun hangi hâllerde korunmaya layık olduğunu değerlendirebiliriz. Bedel üzerinden iade borcunda diğer hukuk sistemlerinde sahip olunan netlik, burada maalesef bulunmamaktadır.

Geçersizlik ve iptal edilebilirlik hâlleri incelendiğinde ise, burada tartışmaların daha karmaşık hâle geldiğini söylemek mümkündür. Bu noktada esas alınan pek çok kriteri genel bir hasar düzenlemesine örnek teşkil edebilecek bir unsur olarak görebilmemiz mümkün olmayacaktır. Ancak, incelenen tüm hukuk sistemlerinde ehliyetsiz kişinin korunması amacının üstün tutulduğuna dair emareler bulmak mümkündür. Alman hukukunda bu koruma ehliyetsiz kişilerin yapmış olduğu işlemlerin Saldo teorisinin istisnası kapsamında değerlendirilmesi ile sağlanmaktadır. Türk, İsviçre ve Fransı hukuklarında ise, ehliyetsiz kişinin iade borcunun elinde kalan miktarla sınırlandırıldığını görmekteyiz. Bu açıdan, iade borçlusunun her durumda bedel üzerinden iade ile sorumlu olması ehliyet düzenlemeleri ile korunan amaç ile bağdaşmamaktadır. Bu noktada aksi görüşlere de katılmamaktayım.¹⁵⁹³

Tıpkı ehliyet hükümleri gibi, tüketici düzenlemelerinde de tüketici kazadan doğan iade imkânsızlıklarından korunmak istenmiştir. Bu kapsamda her hukuk sisteminde bu esaslı hedefleyen düzenlemelere rastlamak mümkündür.

Bunun dışında geçersizlik normunu esas alarak yapılacak bir belirleme iade hasarı sorununu her somut olayda yeniden değerlendirme ve değiştirme sonucunu

¹⁵⁹¹ Satış konusu malın alıcının dönme hakkını kullanmadan önce yok olması özelinde bkz. Wagner, **Mortuus Redhibiteur**, s. 621.

¹⁵⁹² Bkz. Birinci Bölüm/ I/ D/ 1.

¹⁵⁹³ Örneğin *Hellwege*, ehliyetsiz kişinin kazadan doğan yok olmalardan doğan zarara katlanması korunmasına engel olmadığı sonucuna varmıştır. Yazara göre, ehliyet ehliyetsiz kişiyi yapacağı işlemin sonuçlarından korumakta, ancak bu korumaya iade hasarına katlanma dâhil olmamaktadır. Yazara göre sigorta yapma esaslı ehliyetsiz kişi açısından da söz konusu olmalıdır. *Hellwege*, **Rückabwicklung**, ss. 557-58. Ehliyetin dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Buz, **Akamet**, s. 661.

doğurur ki bu durum tasfiyenin yeknesak kurallara tabi olması gerektiği amacı ile bağdaşmaz. Tarafların sözleşme kurulmadan önceki duruma getirmek amaçlanmaktaysa, bu amaç ile geçersizlik normunun esas alınması mümkün olmayacaktır.¹⁵⁹⁴ İlgili iptal edilebilirlik veya geçersizlik kuralı hukuk düzeninin tarafa uygulamak istediği yaptırımı sağlamaktadır. Bunun ötesinde tesadüfi yok olmalardan doğan hasarı da ilgili tarafa yüklemek aynı tarafı ek bir yaptırıma daha tabi tutmak anlamını taşıyacaktır.

Daha sonra, iade hasarının geriye intikali konusunda üzerinde görüş birliği bulunan unsurların neler olduğuna değinebiliriz. Kanaatimce, Alman, Fransız ve Türk ve İsviçre hukuk sistemleri incelendiğinde, sözleşmesel tasfiye açısından iade hasarının geri intikaline izin veren düzenlemelerin, yok olmaya maldaki ayıbın sebep olması ile iade hasarının iade alacaklısı tarafından meydana getirilmesi hâllerinin hasarın geri intikaline izin verdiği tespit edilmelidir. Alman hukukunda bu husus açıkça düzenlenmemekle birlikte, BGB § 346/ f. 3/ b. 2 kapsamındaki istisna ile ayıbın imkânsızlığa yol açması hasarın geri intikaline izin veren bir hâl olarak kabul edilmektedir. Yine Fransız hukukunda benzer bir düzenlemeye rastlamak mümkündür. Ancak burada önemli olan, malın ayıplı olduğu hâllerde imkânsızlığın başka sebeplerden kaynaklandığı hâllerde hasarın geri intikalinin mümkün olmamasıdır.

Bu tez kapsamında önerilen sorumluluk rejimi sonucunda sorulması gereken bir soru daha vardır? O da sebepsiz zenginleşme hükümlerinin geleceğinin ne olacağı meselesidir.

4. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Geleceği

Sözleşmesel tasfiyenin veya tasfiyeye yönelik yeni bir borç kaynağının kabul edildiği bir sistemde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin geleceği ne olacaktır? Tasfiye mekanizmasının bağımsız bir borç kaynağı olduğu bir sistemde, edim zenginleşmelerinin önü tamamen kapanmış olacaktır. Tasfiyenin sebepsiz

¹⁵⁹⁴ a.g.e., s. 560.

zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiğini düşünen yazarların sayısı azdır. Bu kapsama ikili sebepsiz zenginleşme teorisini savunan yazarları dahil edebiliriz. Geçersiz sözleşmelerin tasfiyesinin bir sebepsiz zenginleşme konusu olduğunu düşünen yazarlar, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin, özellikle iyiniyetli zenginleşenin iade borcunu sınırlandıran TBK m. 79 (OR m. 64, BGB m. 818/ f. 3) hükmünün kaldırılması gerektiği konusunda birleşmektedir.¹⁵⁹⁵

1981 tarihli BGB önerisinde, sözleşmeden dönme ve geçersiz sözleşmelerin tasfiyesini aynı esaslara bağlayan *Huber*, esasında yeknesak tasfiyeye ilişkin düzenlemenin sözleşmeden dönme ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerinden hangisinde yer alacağının da önemli olmadığını belirtmektedir.¹⁵⁹⁶ Önemli olan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tasfiyenin makul bir çerçevede sağlanmasıdır. Ancak sebebe bağlılık ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurma imkânı da çok daha dar olacaktır. İkinci bölümde bu engeli aşmanın yöntemlerinden birinin bağımsız bir tasfiye borcu sistemi yaratılması olduğundan bahsedildi.¹⁵⁹⁷

Bu durumda sorulması gereken soru, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kapsamında hangi unsurların kalacağıdır. Bu sorun tezin kapsamını aşmakta ve belki

¹⁵⁹⁵ Sirena, **The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law**, ss. 983-87; Detlef König, “Ungerechtfertigte Bereicherung”, **Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts**, Köln: Bundesanzeiger, 1981, s. 1545. Sirena’ya göre iyiniyetli zenginleşenin iade borcunun ortadan kalkması imkânı ortadan kalkmalı; böyle bir savunmanın yapılabilmesi ancak malın değerinin sözleşmedeki değeri aştığı hâllere hasredilmelidir. Sirena, **The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law**, s. 996. *König* de BGB Tasarısı için sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin değişiklik önerilerini *Huber* ile aynı çalışmada yayınlamıştır. Yazar geçersiz sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin olarak geçersizlik normunun koruduğu amaca göre bir değerlendirme yapmıştır. *König*’e göre, eğer geçersizlik kuralının amacı izin veriyorsa, ilgili taraf zenginleşmenin ortadan kalkması def’ine başvurabilecektir. Ayrıca, geçersizliğe yol açan tarafın malın kötüleşmesine veya yok olmasına yol açması, karşı tarafın iade borcundan kurtulmasını sağlayacaktır. *König*, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, 1981, s. 1523. Yazar doğrudan olmasa da dolaylı olarak tekli bir tasfiye rejimini kabul etmiştir. Geçersizlik normunun özel bir korumayı gerektirmediği hâllerde yeknesak bir tasfiye sisteminden söz edebilmek mümkündür. Bkz. ayrıca Üçüncü Bölüm C/ 3 Fiili Sinallagma Teorisi (“Lehre vom faktischen synallagma”) vd. yer alan tartışmalar.

¹⁵⁹⁶ *Huber*, **Leistungsstörungen**, s. 736. Yine de yazarın madde önerisinde tasfiye sözleşmeden dönme hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir. *Huber* Saldo teorsinin istisnaları arasından yalnızca ehliyeti dikkate almıştır. Ehliyetsizlik sebebiyle oluşan geçersizlikte zenginleşmenin ortadan kalması def’ine başvurulabilecektir. Hile sebebiyle oluşan geçersizlik hâllerinde ise bu istisna uygulanmayacak, haksız fiil hukuku hükümleri uygulanacaktır. a.yer.

¹⁵⁹⁷ Bkz. Bölüm II/ III/ E

ileride yeni çalışmaların konusunu oluşturmaktadır.¹⁵⁹⁸ Genel bir bakış açısı ile konuya bakarsak, karışma, birleşme ve işleme halleri ile edim dışı zenginleşmeler bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak edim dışı zenginleşmelerle vekâletsiz iş görme hükümlerinin rtşebileceği alanların neler olduğunun da tespit edilmesi gereklidir. Bu açıdan bu çalışma kapanışını ilerisi için cevaplandırılmak üzere yeni bir soruyla yapmaktadır: Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin, özellikle de edim zenginleşmelerinin geleceği ne olacaktır?



¹⁵⁹⁸ Sebepsiz zenginleşmenin diğer talep temelleri karşısında bulunduğu konumu sorgulayan bir makale için bkz. Jansen, **Farewell to Unjustified Enrichment?**, ss. 123-48.

SONUÇ

Bu tez kapsamında geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesi sorununa bir kapı aralanmıştır. Tezin esas aldığı hukuki sorun Türk Hukukunda yeknesak bir tasfiye düzeninin benimsenmesinin uygun olup olmadığı hususudur. Bu kapsamda, mehzaz hukuk sistemimiz olan İsviçre hukuku, tekli tasfiye düzenine ilişkin zengin tartışmalar sunan Alman hukuku ve tekli tasfiyeye ilişkin bir sistemi barındıran Fransız hukuku tarihsel süreç de dikkate alınarak incelenmiştir.

1. Bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesine sebep olan sebepler tarihsel açıdan incelendiğinde, tasfiye sebepleri veya tasfiyeye uygulanacak hükümler arasındaki farklılığın temelinde, bu sorunun bütüncül bir yaklaşımla ele alınmasının 20. yüzyılı bulduğu sonucuna varılmaktadır. Öte yandan, iptal edilebilirlik ve sözleşmeden dönme kavramlarının bugünkü hâline evrilmesi de 20. yüzyılı bulmuştur. Bu durumda, geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmelerin tasfiyesi tarihsel süreç düşünüldüğünde yeni bir sorundur.

2.1.Bugünkü hukuk sistemimizde tasfiyeye yol açacak sebepler çeşitlidir ve tasfiyeye uygulanacak kurallar da farklılık gösterir. Tasfiye sebepleri genel olarak kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, sözleşmeden dönme ve cayma hakkının kullanımı ve Alman hukukunda yer alan sözleşmenin sona erdirilmesi olarak gruplandırılabilir.

2.2.Tasfiyeye uygulanacak hükümler belirlenirken sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk ilkelerinden yararlanılacaktır. Bununla birlikte, geçersizlik özdeşliği çoğu durumda sebepten soyutluk ilkesini uygulanmaz kılar. Bu durumda da çoğu hâlde mal devrine ilişkin sözleşmelerde iade istihkak ve haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre, paranın değişimi söz konusu olduğunda ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir. Bu aşamada farklı tasfiye modalitelerine tabi olmak taraflar arasında bir eşitsizlik yaratır. İstihkak hükümleri aynı bir hakkın korunmasını sağladığı için daha avantajlıdır. Bu durumda para edimleri ve hizmet edimlerinin iade alacaklıları daha dezavantajlı bir konumda kalırlar. Benzer bir endişe işlem birliğinin kabul edildiği

Fransız hukukunda da mevcuttur. Fransız hukukunda bu sorun tasfiye için aynı taleplerden bağımsız bir borç kaynağı oluşturulmasıyla çözülmüştür.

3.1 Türk ve İsviçre hukuklarında tasfiyeye uygulanacak kurallar ise sebepsiz zenginleşme, sözleşmesel tasfiye, tüketici mevzuatı uyarınca tasfiye ve haksız zilyetlikte iade hükümleri uyarınca tasfiye sistemlerinde bulunur. Var olan sistemde tasfiyeye yönelik sorunların ne şekilde çözüldüğüne dair yapılan inceleme ise, bu konuda çok çeşitli çözümlerin ileri sürüldüğünü göstermektedir.

3.2 Özellikle sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tasfiye sorunlarına çok çeşitli teorilerle çözüm aranmıştır. Alman hukukunda geliştirilen ve zenginleşmenin iki edim arasındaki farktan ibaret olduğuna dair Saldo teorisi, uzun yıllardır mahkeme kararlarında uygulanmaktadır. Saldo teorisi pek çok açıdan eleştirilmekte olsa da, teorinin uygulamadaki yeri sallanmamıştır. Doktrinde Saldo teorisini temellendirmek veya dezavantajlarını gidermek adına çok çeşitli teoriler üretilmiştir. Bunların bazıları karşı edimin dikkate alınması gerektiğine, bazıları sorunun tazminat esası çerçevesinde çözülmesi gerektiğine, bazıları ise iyiniyetli zenginleşenin iade sorumluluğunun ortadan kalkması imkânının sınırlandırılarak uygulanmasına dayanmıştır. Ancak bu çözümlerin hiçbirisi geçmişe etkili olarak sona eren sözleşmeler açısından tatmin edici değildir. Bu kapsamda *Canaris*, ilgili hükmün teleolojik redüksiyon yöntemi ile karşı edim dikkate alınacak şekilde sınırlandırılmasını önermiştir. Bu kapsamda *Canaris*'in Karşı edim zenginleşmesi görüşü bunlar arasında en tatmin edici olan teori olarak görülmektedir.

3.3 Sözleşmesel tasfiye konusunda Türk ve İsviçre hukuklarında eksiklerle doludur; sözleşmeden dönmenin sonuçları iki sistemde de detaylı olarak düzenlenmemiştir. Alman hukuku ise daha detaylı bir hükme sahiptir. Burada Fransız hukukundaki tekli tasfiye düzenlemesi de karşılaştırılarak, iadenin ne şekilde sağlandığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, iade hasarının iade alacaklısına geri intikal ettiği hâller her bir hukuk sistemi açısından incelenmiştir. Hem Alman hem de Fransız hukuklarında kusurdan bağımsız bir bedel üzerinden iade yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu esas özellikle sözleşmeden dönme açısından Türk ve İsviçre hukuklarında da kabul edilmelidir. Öte yandan, Alman ve Fransız hukukları, hasarın

geri intikali sorununa farklı çerçevelerden yaklaşmışlardır. Alman hukukunda iade hasarının iade alacaklısına yüklendiği hâller uygun kullanıma koyma sonucu oluşan değer kayıpları, malın işlenmesi ve değiştirilmesi sırasında bir ayıpla karşılaşılması, imkansızlığa iade alacaklısının sebebiyet vermiş olması ve kişiyi kendi işlerinde gösterdiği özene karşılık malda kötüleşmenin veya yok olmanın meydana gelmiş olmasıdır. Alman hukukunda ayıbın varlığının hasarın geriye intikalini açıkça düzenlememesi eleştirilmiştir. Öte yandan, sonuncu istisna açısından belirlenen kriter sübjektif ve hasar sorununu çözmekten uzak bir istisnadır. Bu açıdan Alman hukukundan örnek alınabilecek düzenleme iade imkansızlığına iade alacaklısının sebebiyet vermiş olmasıdır. Fransız hukukunda ise, kusur ve iyiniyet hâlleri hasarın geri intikali için yeterli sayılmıştır. Bu çerçevede bu çözüm de yerinde değildir, iade hasarının iade alacaklısına geçmesi çok kolaylıkla gerçekleşebilecek büyük bir risktir. Türk ve İsviçre hukukunda yapılan tartışmalar açısından da ele alınan kriterlerden hâkimiyet alanına göre hasarı paylaştıran çözüm dışında hiçbirinin yerinde olmadığı tespit edilmiştir. Bu kapsamda, iade hasarının geriye intikali için esas alınması gereken unsurlar hasarın maldaki ayıptan kaynaklanmış olması ve hasara iade alacaklısının sebebiyet vermesi hâlleridir.

3.4 Tüketici mevzuatı uyarınca tasfiyede tüketici açısından sınırlı bir iade hasarı düzenlemesi olduğu tespit edilmiştir. Hasarın geri intikali ise bazı sözleşmeler açısından yalnızca mutad kullanımın aşılması hâlinde söz konusu olur. Bu noktada bunun dışında tüketiciye iade hasarının yüklenmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varılmıştır. Nitekim AB hukukunda da gelişim bu yöndedir. Bu nedenle yeknesak tasfiye rejimi açısından tüketicinin korunması artık istisnai bir hâl olarak ayrıca ele alınmalıdır.

3.5 Haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında tasfiye esasında sözleşmesel bir yakınlık içinde bulunmuş tarafların iadesine uygun hükümler değildir. Burada iyiniyetli zilyet çok korunmuş olmakta, kötüniyetli zilyet ise kusurdan bağımsız bir tazminat sorumluluğuna tabi olmaktadır. Burada varlığına inanılan hak kavramı kapsamında yapılan tartışmalar ile Türk hukukunda önemli bir sorun olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmeden dönmenin aynı etkiyi aşan sonuçları tartışılmıştır.

4.1 Uluslararası uyumlaştırma metinlerinde tasfiyenin ne şekilde gerçekleştiği incelenmiş ve kusurdan bağımsız bedel üzerinden iade imkânı dışında bu sistemlerin de tasfiye açısından farklı sonuçlar doğurduğu tespit edilmiştir. Özellikle iade hasarı ve bunun ne zaman iade alacaklısına geri intikal ettiği sorunu her bir sistemde farklı bir unsuru esas almıştır. Bu nedenle bu metinlerden de yeknesak tasfiyeye ilişkin örnek alınabilecek ilkeler çıkarılamamıştır.

4.2 Bununla birlikte, her bir tasfiye düzeni iade kapsamı, bedel üzerinden iade, iade hasarına katlanacak taraf, yararlar ve masrafların iadesi bakımından farklılık göstermektedir. Sözleşmesel tasfiyeye yönelik olarak ise iade kapsamı, bedel üzerinden iade, iade hasarına katlanacak taraf, yararlar ve masrafların iadesi bakımından açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, doktrinde yapılan tartışmalar da bu düzenleme eksikliğini tatmin edici bir biçimde kapatmamaktadır.

4.3 Bu noktada, yeknesak bir tasfiye sisteminin ne şekilde olması gerektiği ele alınmıştır. Sonuç olarak, tasfiye sebebinden bağımsız bir bedel üzerinden iade borcu ve iade hasarının kural olarak iade borçlusunda olduğu bir düzenleme ihtiyacı olduğu sonucuna varılmıştır. İade hasarı kapsamında korunmakta menfaati olan taraflar ehliyetsiz kişiler ve tüketiciler olarak kabul edilmiştir. İade hasarının geri intikali ise, ancak imkânsızlığın maldaki ayıptan kaynaklandığı ya da iade alacaklısının imkânsızlığa sebebiyet verdiği hâllerde kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler

ABEGG Andreas, “Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im System von Art. 19 und 20 OR - eine historisch evolutorische Perspektive”, **AJP**, C. 14, S. 9, 2005, ss. 1113-26.

ACOCELLA Domenico, “Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **SJZ**, C. 99, 2003, ss. 494-96. [Anılış: Nichtigkeitsbegriff]

———, “Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln”, **Festschrift für Anton K. Schnyder**, ed. Pascal Grolimund vd., Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018, ss. 491-513. [Anılış: Rechtsdogmatik]

AÇIKGÖZ Aslı, **Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha, 2017.

AEBLI Leo, **Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizer. Obligationenrecht**, Aarau: Sauerländer, 1912.

AKBULUT Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul: On İki Levha, 2016.

AKÇURA KARAMAN Tuba, “Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi”, **GSÜHFD**, C. 69, S. 1, 2018, ss. 285-333.

AKİPEK Jale, Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku**, 18. bs, İstanbul: Beta, 2022.

AKİPEK Şebnem, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Ankara: Seçkin, 1999.

ALTAŞ Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara: Yetkin, 1998.

- ALTIN ŞAHİN Hayrunnisa, “İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları”, **Bilişim Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 2, 2023, ss. 225-79.
- ANCEL Pascal, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, **RTD civ.**, S. 4, 1999, ss. 771-810.
- ANNUSS Georg, “Die Folgen des Rücktritts (§§ 346 ff BGB)”, **JA**, C. 3, 2006, ss. 184-89.
- ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Seçkin, 2019.
- ANTALYA O. Gökhan, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, **Yargıtay Dergisi**, C. 18, S. 3, 1992, ss. 365-95.
- ARAT Ayşe, **Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: On İki Levha, 2018.
- ARAT Ayşe, Mehmet AKÇAAL, “20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi”, **SÜHFD**, C. 26, S. 2, 2018, ss. 367-96.
- ARIKAN Mustafa, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu”, **SÜHFD**, C. 16, S. 1, 2008, ss. 71-90.
- ARNOLD Arnd, Wolfgang DÖTSCH, “Verschärfte Verbraucherhaftung beim Widerruf?”, **NJW**, C. 56, S. 3, 2003, ss. 187-89.
- ARSLANLI Halil, **Ticari Bey**, 4. bs, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955.
- ATAMER Yeşim, **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2016. [Anılış: Kredi]
- , “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler**, İstanbul: On İki Levha, 2012, ss. 187-221. [Anılış: Taşınır Satımı]
- AYDIN Gülşah Sinem, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **TBBD**, C. 31, S. 141, 2019, ss. 417-53.

AYDOĞDU Murat, **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1998.

BARTELS Florian, “Wert- und Schadensersatzansprüche im Rücktrittsfolgenrecht”, **AcP**, C. 215, S. 2, 2015, ss. 203-44, doi:10.1628/000389215X14290163255022.

BAŞ SÜZEL Ece, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, **BÜHFD**, C. 13, S. 169-170, 2018, ss. 257-307. [Anılış: Cayma]

———, **Tatil Sözleşmeleri**, İstanbul: On İki Levha, 2019. [Anılış: Tatil]

BAYSAL Başak, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İÜHFM**, C. 75, S. 1, 2017, ss. 273-92. [Anılış: Cayma]

———, **Sözleşmenin Uyarlanması - BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü**, 4. bs, İstanbul: On İki Levha, 2020. [Anılış: Uyarlanma]

BÉNABENT Alain, **Droit des Obligations**, 20. bs, Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2023.

BLOMEYER Arwed, “Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik”, **AcP**, ed. Rolf Dietz, Alfred Hueck, Rudolf Reinhardt, C. 154, S. 6, 1955, ss. 527-44.

BOCKHOLDT Frank, “Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge”, **AcP**, C. 206, S. 5, 2006, ss. 769-804, doi:10.2307/40995943.

BOHDE Hans, **Saldotheorie und Zweikondiktionentheorie**, Essen: Hoeses, 1931.

BOLZE Albert, “Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft”, **AcP**, C. 76, S. 2, 1890, ss. 233-64. [Anılış: Der Anspruch]

———, “Zum Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft”, **AcP**, C. 82, S. 1, 1894, ss. 1-11. [Anılış: zum Anspruch]

BONELL Michael Joachim, “The UNIDROIT principles 2010: an international restatement of contract law”, **Il diritto del commercio internazionale**, C. 25, S. 4, 2011, ss. 881-907.

BOYER Georges, **Recherches historiques sur la résolution des contrats**, Paris: Presses universitaires de France, 1924.

- BOZDOĞAN Abdülkadir, **Denkleştirici Adalet İlkesi Nedir? Nasıl Hesaplanır?**, Ankara: Yetkin, 2023.
- BREMECKER Dieter, **Die Bereicherungsbeschränkung des 818 Abs. 3 BGB bei nichtigen gegenseitigen Verträgen**, Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
- BRINKMANN Jonas, **Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf: zur Entkopplung der Rechtsfolgen im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie**, Berlin: Duncker & Humblot, 2018.
- BROX Hans, Wolf-Dietrich WALKER, **Allgemeines Schuldrecht**, 46. bs, München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)**, 2. bs, Zurich: Schulthess, 1988.
- BUFFELAN-LANORE Yvaine, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, **Droit civil: les obligations**, 16e édition., Paris: Dalloz, 2018.
- BURCHARDI Georg Christian, **Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**, Göttingen: Dieterischen Buchhandlung, 1831.
- BURCUOĞLU Halûk, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme”, **İAÜHFD**, C. 4, S. 1, 2018, ss. 57-82.
- BUSSY André, **Étude sur les conditions générales de l’enrichissement illégitime en droit suisse**, Lausanne: Imprimerie La Concorde, 1922.
- BUZ Vedat, “Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, İstanbul: Beta, 2010, ss. 611-62. [Anılış: Akamet]
- , **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin, 2014. [Anılış: Dönme]
- , “Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **SJZ**, C. 111, 2015, ss. 565-76. [Anılış: Rückabwicklung]
- , **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005.
- BÜDENBENDER Ulrich, “Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge”, **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 200, S. 6, 2000, ss. 627-83.

BÜHLER Theodor, **Geschichte des schweizerischen Obligationenrechts**, Schulthess, 2023.

BÜREN Bruno von, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Zürich: Schulthess, 1964.

CAEMMERER Ernst VON, “Bereicherung und Unerlaubte Handlung”, **Festschrift für Ernst Rabel. Bd:1**, ed. Hans Dölle, Max Rheinstein, Konrad Zweigert, Tübingen: Mohr Siebeck, 1954, ss. 333-401. [Anlış: Bereicherung]

———, “‘Mortuus Redhibetur’. Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, ed. Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris, München: Beck, 1973, ss. 621-42. [Anlış: Mortuus Redhibetur]

CANARIS Claus-Wilhelm, “Die Gegenleistungskondiktion”, **Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag**, ed. Bernhard Pfister, Michael R. Will, Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, ss. 19-63.

———, “Einführung in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **Schuldrechtsreform 2002**, ed. Claus-Wilhelm Canaris, München: C. H. Beck, 2002, s. VII-LIII. [Anlış: Einführung]

CANSEL Erol, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İllililiği Meselesi ve Ayni Sözleşme Kavramı”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, ss. 333-58.

CAPITANT Henri, **De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)**, Paris: Librairie Dalloz, 1923.

CLAUSS Malte, **Rechtsfolgendifferenz im Recht der Vertragsrückabwicklung: zu Umfang und Legitimation inhaltlicher sowie institutioneller Unterschiede zwischen Rücktritts-, Widerrufs- und Bereicherungsrecht**, Baden-Baden: Nomos, 2016.

COEN Christoph, **Vertragsscheitern und Rückabwicklung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit-Principles und den Principles of European Contract Law**, Duncker & Humblot, 2003.

COMBOT Mélodie, **Quasi-contrat et enrichissement injustifié**, Paris: LGDJ, 2023.

COMMENT Albert, **De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux - Art. 107 - 109 C.O.**, Courtelary: Imprimerie H. Strahm-Liengme, 1924.

COSACK Konrad, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen**, 4. bs, Jena: Fischer, 1903.

CROME Carl, **System des deutschen bürgerlichen Rechts Band 2, 1: Recht der Schuldverhältnisse**, Tübingen ve Leipzig: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1902.

ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar, “Ayıplı Malı Aynen İade Edemeyen Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı”, **BATİDER**, C. 33, S. 3, 2017, ss. 179-256.

ÇELİKTAŞ ÖZDAMAR Demet, “Ayni Sözleşme ve Ayni Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 26, S. 101, 1975, ss. 399-418.

ÇİLENTİ KONURALP Ayşen, “Elektronik Ürünler İçin Yapılan İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması ve Mutat Kullanım Kavramı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 4, 2021, ss. 2729-59.

DALCI ÖZDOĞAN Nurcihan, “Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların Tespiti”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 6, 2019, ss. 13-20.

DELEBECQUE Philippe, Frédéric-Jérôme PANSIER, **Droit des Obligations - Contrat et quasi-contrat**, 8. bs, Paris: LexisNexis SA, 2018.

DEMİR Mehmet, **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara: Turhan, 2003.

DEMİRSATAN Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

DEPLEWSKI Edgar, **Die Risikoverteilung im nichtigen Synallagma**, (Doktora Tezi), Tübingen: Tübingen, 1976.

DERNBURG Heinrich, **Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Band 2, 1. Abteilung: Allgemeine Lehren**, 4. bs, Halle a.d.S., 1909.

DEROUSSIN David, **Histoire du droit des obligations**, 2. bs, Paris: Économica, 2012.

DES GOUTTES René, “Système des nullités en droit suisse”, **ZSR**, C. 48, 1929, ss. 348-413.

DESHAYES Olivier, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, **Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article**, 2. bs, Paris: LexisNexis SA, 2018.

DEVELİOĞLU H. Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi’ ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **GSÜHFD**, C. Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, S. 2, 2014, ss. 909-25. [Anılış: Ön Ödemeli]

———, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun ‘Taksitle Satım’ Sözleşmeleri ile İlgili Getirdiği Değişiklikler”, **LHD**, C. 9, S. 98, 2011, ss. 525-52. [Anılış: Taksitle Satım]

DI MARZO Salvatore, **Roma Hukuku**, çev. Ziya Umur, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959.

DIESELHORST Malte, **Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1968.

DONAUER Daniel, Barbara A. MÖRI, “Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen”, **AJP**, 2015, 339-50.

DORALT Walter, “Der Wegfall der Geschäftsgrundlage: Altes und Neues zur théorie de l’imprévision in Frankreich”, **RabelsZ**, C. 76, S. 4, 2012, ss. 761-84. [Anılış: RabelZ]

———, **Langzeitverträge**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

DÖLL Yves, **Rückgewährstörungen beim Rücktritt**, 1. bs, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

DÖNMEZ Zeynep, “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku’na Yansımaları”, **İÜHFD**, C. 7, S. 1, 2016, ss. 351-80.

DROIN Jacques, **Les Effets de L'inobservation de la Forme en Matière de Transfert de la Propriété Immobilière**, Genève: Librairie de L'université, Georg Cie S.A., 1969.

DURAL Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK m. 117)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.

DURAL Mustafa, Tufan ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku II: Kişiler Hukuku**, 23. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022. [Anılış: Kişiler]

DURAL Mustafa, Suat SARI, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 18. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023. [Anılış: Medeni]

EBBECKE Dr., "Gestaltung des Bereicherungsanspruchs einzelnen", **Das Recht**, C. 26, S. 24, 1912, ss. 745-51.

EGER O., "Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweizerischen Recht", **ZSR**, C. 33, 1914, ss. 334-56.

EHRAT Felix R., **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR**, Zürich: Schultess, 1990.

EIDENMÜLLER Horst, "Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten", **AcP**, C. 210, S. 1, 2010, ss. 67-104. [Anılış: AcP]

———, "The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law", **ELR**, C. 16, S. 3, 2012, ss. 301-57, doi:10.3366/elr.2012.0119.

ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO**, 2. bs, Berne: Stämpfli, 1997.

ERBEK Özge, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Özel Sayı - Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. 8, S. 1, 2013, ss. 937-85.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 28. bs, Ankara: Legem, 2023. [Anılış: BG]

———, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs, Ankara: Legem, 2023. [Anılış: BÖ]

ERGÜNE M. Serkan, **Olumsuz Zarar**, 2008.

- ERMAN Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 2. bs, İstanbul: Der Yayınları, 2007.
- ESENER Turhan, Fatih GÜNDOĞDU, **Borçlar Hukuku I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- FABRE-MAGNAN Muriel, **Droit des obligations: 1- Contrat et engagement unilatéral**, 5. bs, Paris: Presses universitaires de France, 2019.
- FAGES Bertrand, **Droit des obligations**, 13. bs, Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2023.
- FAUST Florian, “Haftung bei Störungen im Rückgewährschuldverhältnis”, **Juristische Schulung**, C. 49, S. 6, 2009, ss. 481-89.
- FEENSTRA Robert, “Hukuk Tarihi Açısından Sebepsiz Zenginleşme Dogmatığı”, **AÜHFD**, çev. Özcan Karadeniz, C. 29, S. 1-2, 1972, ss. 307-24. [Anılış: Sebepsiz zenginleşme]
- , “L’influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit prive: quelques experiences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l’erreur et de l’enrichissement sans cause”, **Fata Iuris Romani - Etudes d’histoire du droit**, Leyde: Press universitaire de Leyde, 1974, s. .
- FEST Timo, **Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge**, München: Verlag C. H. Beck München, 2006.
- FEYZİOĞLU F. Necmettin, **Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü - Hususiyle Ecrimisil Meselesi**, İstanbul: Baha Matbaası, 1958.
- FINKENAUER Thomas, “Vindikation, Saldotheorie und Arglistenwand”, **NJW**, C. 57, S. 24, 2004, ss. 1704-7.
- FLESSNER Axel, **Wegfall der Bereicherung: Rechtsvergleichung und Kritik**, Hamburg, 1969.
- FLUME Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Zweiter Band Das Rechtsgeschäft**, 4. bs, Berlin, Heidelberg: Springer, 1992. [Anılış: AT]
- , “Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge als Problematik der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung”, **Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk**, ed. Wolfgang Schön, Köln: O. Schmidt, 1997, ss. 111-34. [Anılış: Aufwendungen]

- , **Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht**, Göttingen: Schwartz, 1953. [Anlış: Wegfall]
- , “Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung”, **Gesammelte Schriften**, ed. Horst Heinrich Jakobs vd., Köln: O. Schmidt, 1988, [Anlış: Entreichungsgefahr]
- , “Die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge nach Bereicherungsrecht — Zur Saldotheorie und ihren „Ausnahmen““, **JZ**, C. 57, S. 7, 2002, ss. 321-25. [Anlış: Ausnahmen]
- , “Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung”, **AcP**, C. 194, S. 5, 1994, ss. 427-50. [Anlış: Saldotheorie]
- , “Die ungerechtfertigte Bereicherung eine Rechstfigur der Bereicherung”, **50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft - Band 1: Bürgerliches Gesetzbuch**, ed. Claus-Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, München: Beck, 2000, ss. 525-45. [Anlış: 50 Jahre BGH]
- FRIESER Andreas, **Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung**, Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- FURRER Andreas, Markus MÜLLER-CHEN, Bilgehan ÇETİNER, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. bs, İstanbul: On İki Levha, 2021.
- GANS Eduard, **Ueber Römisches Obligationenrecht insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten un dem jus poenitendi**, Heidelberg: Mohr und Winter, 1819.
- GAUCH Peter, **Der Werkvertrag**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1996.
- , **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Freiburg (Schweiz): Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968. [Anlış: Beendigung]
- , “Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)”, **Recht**, C. 4, 1989, ss. 122-28. [Anlış: Wirkung]
- GAUCH Peter, Walter R. SCHLUEP, Jörg SCHMID, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 10. bs, Zürich: Schulthess, 2014. [Anlış: OR AT]

- GAUCH Peter, Walter R. SCHLUEP, Pierre TERCIER, **La partie générale du droit des obligations: (Sans la responsabilité civile)**, 2. bs, Zurich: Schulthess, 1982. [Anlış: partie générale]
- GENICON Thomas, **La résolution du contrat pour inexécution**, Paris: L.G.D.J, 2007.
- GIERKE Otto von, **Deutsches Privatrecht Band 3: Schuldrecht**, 3 cilt, Leipzig: Verlag von Dunckler & Humblot, 1917.
- GIGER Hans, **Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge**, Zürich: Schulthess Poligraphischer Verlag AG, 1989.
- GLASL Daniel, **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht - Ein Beitrag zum vertraglichen Sanktionensystem in der Schweiz**, Zürich: Schulthess, 1992. [Anlış: Rückabwicklung]
- , “Zur Wirkung des Rücktritts - eine Replik”, **ZSR**, C. 110, S. 2, 1991, ss. 265-82. [Anlış: Wirkung]
- GLASS Eberhard, **Gefahrtragung und Haftung bei gesetzlichen Rücktritt**, Berlin: Duncker & Humblot, 1959.
- GLÄTTLI Elisabeth, “Zum Schadensersatzanspruch bei Rücktritt -- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen”, **SJZ**, C. 93, 1997, ss. 233-43.
- GOETZKE Heinrich, “Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht? Zugleich eine Besinnung auf den Wert dogmatischen Denkens im heutigen Zivilrecht”, **AcP**, C. 173, S. 4, 1973, ss. 289-322.
- GOLDMANN F., L. LILIENTHAL, **Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt**, Berlin: Verlag von Franz Dahlen, 1903.
- GÖKTÜRK YILDIZ Mustafa, **Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha, 2020.
- GÖSCHKE R., “Über Art. 107 bis 109 O.R.”, **ZbjV**, C. 60, 1924, ss. 68-91.
- GRIGOLEIT Hans Christoph, “Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts”, **AcP**, C. 199, S. 4, 1999, ss. 379-420.

- GROTIUS Hugo, **Le droit de la guerre et de la paix**, 2 cilt, çev. Jean Barbeyrac, 1746. [Anılış: de iure belli]
- , **Le droit de la guerre et de la paix**, ed. D. Alland, S. Goyard-Fabre, çev. P. Pradier-Fodéré, Paris: Presses universitaires de France, 1999. [Anılış: djbp]
- , **The introduction to Dutch jurisprudence, with an appendix containing selections from the notes of William Schorer**, çev. A. F. S. Maasdorp, Cape Town: J. C. Juta and Co, 1888. [Anılış: Inleiding]
- GRÜNEWALD Barbara, “Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht”, **Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004**, ed. Franz Häuser vd., Berlin: De Gruyter Recht, 2004, ss. 33-40.
- GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, **Nullité, restitutions et responsabilité**, Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- GUGGENHEIM Daniel, **L’ Invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé: Essai d’une théorie générale**, Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1970. [Anılış: L’invalidité]
- , **Le droit suisse des contrats: principes généraux**, Genève: Georg, 1991. [Anılış: Contrats]
- GUHL Theo vd., **Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. bs, Zürich: Schulthess, 2000.
- GÜÇLÜ Abdülbâki vd., **Felsefe Sözlüğü**, Ankara: Bilim ve Sanat, 2003.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2 cilt, 3. bs, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013. [Anılış: BÖ I]
- , **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin, 2021. [Anılış: BG]
- GÜRAL Jale, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu’nun Sistemi**, Ankara, 1963.
- HABERSACK Matthias, Jan SCHÜRNBRAND, “Zur Geschäftsführung ohne Auftrag bei nichtigem Vertrag”, **AcP**, C. 220, S. 1, 2020, ss. 1-18.
- HAMAMCIOĞLU Gülşah Vardar, **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı**, İstanbul: On İki Levha, 2014.

HARDER Manfred, “Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen”, **AcP**, C. 173, S. 3, 1973, ss. 209-26.

HARTKAMP Arthur, “Die Drittwirkung Der in Integrum Restitutio”, **Daube Noster: Essays in Legal History for David Daube**, ed. Alan Watson, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974, s. 374.

HARTMANN Stephan, **Die Rückabwicklung von Schuldverträgen: kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln**, Schulthess, 2005. [Anlıs: Rückabwicklung]

———, “Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht - Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung”, **ZSR**, C. I, 2008, ss. 307-17. [Widerrufsrechte]

HATEMİ Hüseyin, “Türk Hukuku’nda ‘Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme’ Kurumuna İlişkin Düşünceler”, **M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, ss. 383-89.

HATTENHAUER Christian, **Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

HAUSHEER Heinz, Thomas GEİSER, Regina E. AEBİ-MÜLLER, **Das neue Erwachsenenschutzrecht**, 2. bs, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014.

HAVUTÇU Ayşe, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, 1995.

HECK Philipp, **Das abstracke dingliche Rechtsgeschäft**, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1937.

HELLWEGE Phillip, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem: deutsches, englisches und schottisches Recht in historisch-vergleichender Perspektive**, Mohr Siebeck, 2004.

———, “Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge”, **JZ**, 2005, 337-44.

HELLWIG Konrad, **Anspruch und Klagerecht - Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht**, Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1900.

HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, İstanbul: Legal, 2016.

HERHOLZ Felix, “Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. (Ein Rechtsgrund für negative Interesseansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)”, **AcP**, C. 130, S. 3, 1929, ss. 257-324.

HEROLD Kathrin, **Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts: eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission und einem Ausblick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung**, Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

HESS Sebastian, **Rückabwicklung und Wertersatz: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu jüngeren Entwicklungen im europäischen Privatrecht**, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011.

HOLENSTEIN Patrizia, **Wertersatz oder Gewinnherausgabe?: Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag**, Zürich: Schulthess, 1983.

HONEGGER Eduard, **Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich: Diss.-Druckerei Gerb. Leeman & Co., A.G., 1926.

HONSELL Heinrich, **Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte**, München: Beck, 1974. [Anlş: Rückabwicklung]

———, “Drei Fragen des Bereicherungsrechts”, **Der Allgemeine Teil und das Ganze - Liber Amicorum für Hermann Schulin**, ed. Nedim Peter Vogt, Dieter Zobl, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2002, ss. 25-33. [Anlş: Drei Fragen]

———, “Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB”, **Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010**, ed. Thomas Lobinger, Reinhard Richardi, Jan Wilhelm, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, ss. 363-76. [Anlş: Gefahrtragung]

———, “Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung”, **MDR**, C. 9, 1970, ss. 717-21. [Anlş: MDR]

———, **Römisches Recht**, 8. bs, Berlin, Heidelberg: Springer, 2015. [Anlş: RR]

HONSELL Heinrich, Theo MAYER-MALY, Walter SELB, **Römisches Recht**, Berlin: Springer-Verlag, 1987.

HONTBEYRIE, “Les Restitutions”, **Les innovations de la réforme du droit des contrats: sous la direction scientifique de Sarah Bros**, ed. Sarah Bros, Institut Universitaire Varenne, 2018, ss. 101-26.

HOUTCIEFF Dimitri, **Droit des contrats**, 4. bs, 2018.

HUBER Ulrich, “Leistungsstörungen”, **Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Hrsg. Bundesminister der Justiz)**, 2 cilt, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges.mbH, 1981, C. 1, ss. 647-909. [Anılış: Gutachten]

———, “Rücktritt vom Vertrag und Ersatz des Verzugsschadens - Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 24. 6. 1983 - V ZR 113/82”, **JuristenZeitung**, C. 39, S. 9, 1984, ss. 409-12. [Anılış: Rücktritt]

HUGUENIN Claire, **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel: Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR**, Bern: Stämpfli, 1984. [Anılış: Nichtigkeit]

———, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3. bs, Zürich ; Basel ; Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2019. [Anılış: OR]

HÜTTE Marlena, **Gefahrverteilung und Schadensersatz im Rückabwicklungsschuldverhältnis nach gesetzlichem Rücktritt: Unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rückabwicklung nach Leistungskondiktion**, Peter Lang, 2010.

İNAL Emrehan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul: On İki Levha, 2017, ss. 371-93.

JACOBI Leonard, “Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts”, **AcP**, C. 86, S. 1, 1896, ss. 51-IV.

JAKOBS H. H., “Gibt es den dinglichen Vertrag?: Ein Epitheton zu, Wissenschaft und Gesetzgebung’ (1983)”, **ZSS-RA**, C. 119, S. 1, 2002, ss. 269-325, doi:10.7767/zrgra.2002.119.1.269.

JANNER Antonio, **Wandlungen der Bereicherungslehre im Schweizerischen Recht**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1943.

- JANSEN Nils, “Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny”, **ZSS-RA**, S. 122, 2003, ss. 106-62. [Anlış: Restitution]
- , “Farewell to Unjustified Enrichment?”, **ELR**, C. 20, S. 2, 2016, ss. 123-48, doi:10.3366/elr.2016.0339. [Anlış: Farewell]
- , “Gesetzliche Schuldverhältnisse - Eine historische Strukturanalyse”, **AcP**, C. 216, 2016, ss. 112-233. [Anlış: Gesetzliche Schuldverhältnisse]
- , **Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. [Anlış: Spätscholastischen Lehre]
- , “Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?”, **RabelsZ**, C. 76, S. 4, 2012, ss. 921-46, doi:info:doi/10.1628/003372512802735084. [Anlış: nichtvertraglicher Schuldverhältnisse]
- JAPIOT René, **Des nullités des actes juridiques - Essai d’une théorie nouvelle**, Paris, 1909.
- JULIEN Jérôme, **Droit de la consommation**, 4. bs, Paris: LGDJ, 2022.
- KAHRAMAN Zafer, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan ‘Avans Tapu’ Kavramının Değerlendirilmesi”, **YÜHFD**, C. 18, S. 2, 2021, ss. 781-97. [Anlış: avans Tapu]
- , “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2015, ss. 425-57. [Anlış: Üçüncü Kişi]
- KAHVECİ Nalan, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Ankara: Adalet, 2014.
- KAISER Dagmar, “Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform”, **JZ**, C. 56, S. 21, 2001, ss. 1057-70.

———, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB: Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht**, Mohr Siebeck, 2000. [Anılış: Rückabwicklung]

———, “Rückgewähr durch Restitution oder Kompensation?”, **Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010**, ed. Thomas Lobinger, Reinhard Richardi, Jan Wilhelm, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, ss. 413-24.

KAMANABROU Sudabeh, “Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung”, **NJW**, C. 56, S. 1, 2003, ss. 30-32.

KANIŞLI Erhan, **İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma**, İstanbul: On İki Levha, 2018.

KASER Max, **Das römische Privatrecht**, 2., Neubearb. Aufl., München: Beck, 1971. [Anılış: RP I]

———, **Das römische Privatrecht**, 2., Neubearb. Aufl., München: Beck, 1975. [Anılış: RP II]

———, “I. ‚Jus honorarium‘ und ‚ius civile‘”, **ZSS-RA**, C. 101, S. 1, 1984, ss. 1-114, doi:10.7767/zrgra.1984.101.1.1. [Anılış: Ius]

———, “Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus”, **ZSS-RA**, C. 94, S. 1, 1977, ss. 101-83, doi:10.7767/zrgra.1977.94.1.101. [Anılış: IRR]

KASER Max, Karl HACKL, **Das römische Zivilprozessrecht**, 2. bs, München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1996.

KAŞAK Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

KELLER Max, Peter C. SCHAUFELBERGER, **Das Schweizerische Schuldrecht Band III: Ungerechtfertigte Bereicherung**, 3. bs, Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1990.

KELLER Max, Christian SCHÖBİ, **Das schweizerische Schuldrecht - Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1988.

KIRCA Çiğdem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, **XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararaları**

Sempozyumu, 15 Aralık 2006, Ankara: Banka Ticaret Araştırma Enstitüsü, 2007, ss. 77-98.

KISCH Wilhelm, “Der Schadensersatz wegen nicht Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, C. 44, 1902, ss. 68-142.

———, **Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich**, Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1900.

KNELLWOLF Markus, “Zur Wirkung des Rücktrittes”, **ZSR**, C. 109, S. 4, 1990, ss. 389-414.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. bs, İstanbul: Filiz, 2008.

KOHLER Jürgen, “Bereicherungshaftung nach Rücktritt – eine verdrängte Verdrängung und ihre Folgen”, **AcP**, C. 208, S. 4, 2008, ss. 417-50, doi:10.2307/40996014. [Anlış: AcP 2008]

———, **Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge**, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1989. [Anlış: Rückabwicklung]

———, “Die rücktrittsrechtlichen Haftungskriterien zwischen Schuld- und Sachenrecht”, **AcP**, C. 206, S. 5, 2006, ss. 683-745. [Anlış: AcP 2006]

———, “Geldanspruch nach Rücktritt bei beseitigungsfähiger Verfügung über das Geleistete”, **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 214, S. 3, 2014, ss. 362-86, doi:10.1628/000389914X14000600416590. [Anlış: Geldanspruch]

———, “Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung”, **JZ**, C. 57, S. 14, 2002, ss. 682-96. [Anlış: JZ]

———, “Rücktrittsrechtliche Wertersatzbemessung”, **AcP**, C. 213, S. 1, 2013, ss. 46-97, doi:10.1628/000389913X13591069863529. [Anlış: AcP 213]

KOLLER Alfred, “§ 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückskauf”, **Der Grundstückskauf**, ed. Alfred Koller, 3. bs, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017, ss. 81-109.

———, **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, 2. Aufl., Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1985.

———, “Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen”, **Baurecht**, S. 4, 2006, ss. 4-7.

———, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. bs, Bern: Stämpfli, 2017. [Anılış: OR AT]

KONZEN Horst, “Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen”, **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, ed. Andreas Heinrich, München: Beck, 2007, ss. 605-30.

KOSCHAKER Paul, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.

KÖNIG Detlef, “Ungerechtfertigte Bereicherung”, **Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts**, Köln: Bundesanzeiger, 1981, s. .

———, **Ungerechtfertigte Bereicherung: Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht**, Heidelberg: Winter, 1985.

KRAMER Ernst A., “OR 19, OR 20”, **Berner Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR**, Bern: Stämpfli Verlag, 1991.

KRAPP Otto, **Die Bedeutung und Wirkung der Rücktrittserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch**, Göttingen: Gött. Tageblatt, 1931.

KUHLENBECK Ludwig, **Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2**, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1899.

KURT Ekrem, “Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Hukuki Durumu”, **UAÜHFD**, C. 4, S. 8, 2016, ss. 42-79.

KURT Leyla Müjde, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara: Yetkin, 2012.

KÜÇÜKAYDIN Emine Aslı, **Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2018.

LARENZ Karl, **Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil**, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977. [Anılış: Lehrbuch]

- , “Zur Bedeutung des ‘Wertersatzes’ im Bereicherungsrecht”, **Festschrift fuer Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, ed. Hans Claudius Taschner, Tübingen: Mohr Siebeck, 1978,
- LARENZ Karl, Claus-Wilhelm CANARIS, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3., neu Bearb. Aufl., [Studienausgabe]., Berlin ; Heidelberg [u.a.]: Springer, 1995. [Anlıs: Methodenlehre]
- LEBRET Anne-Sophie, **La distinction des nullités relative et absolue**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Paris: Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015.
- LEDERLE Rosalie, **Mortuus redhibetur: Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht**, Berlin: Duncker & Humblot, 1983.
- LESER Hans G., **Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma: Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung**, Freiburg, 1956. [Anlıs: Beitrag]
- LESER Hans G., **Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis u. Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen**, Mohr Siebeck, 1975. [Anlıs: Rücktritt]
- LEVY Ernst, “Zur nachklassischen in integrum restitutio”, **ZSS-RA**, C. 68, S. 1, 1951, ss. 360-434.
- LINDENMANN Barbara, **Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers**, Bern: Editions Weblaw, 2010.
- LINKE Bernd, **Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge**, Baden-Baden: Nomos, 2007.
- LIPP Volker, Adrian D. WARD, “Germany”, **The International Protection of Adults**, ed. Richard Frimston vd., New York: Oxford University Press, 2015, ss. 375-85.
- LITTMANN Ismar, **Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin: Eberling, 1902.
- LOBE Adolf, “§ 818”, **Das bürgerliche gesetzbuch: mit besonderer berücksichtigung der Rechtsprechung des reichsgerichts**, ed. Willy Bessau, Berlin & Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1928.

LOOSCHELDERS Dirk, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 19. bs, München: Verlag Franz Vahlen, 2021.

LORENZ Stephan, “Das „Zurückspringen“ der Gefahr auf den Verkäufer und seine Folgen - Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses”, **NJW**, C. 68, S. 24, 2015, ss. 1725-28. [Anliş: Zurückspringen]

———, “Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach”, **NJW**, C. 58, S. 27, 2005, ss. 1889-96.

LORENZ Werner, “Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge”, **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, ed. Andreas Heinrich, München: Beck, 2007, ss. 793-808.

LÜBTOW Ulrich von, **Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht**, Berlin: Duncker & Humblot, 1952.

MADER Peter, “Mortuus redhibetur?: Eine Untersuchung zum aedilizischen Sachmängelrecht”, **ZSS-RA**, C. 101, S. 1, 1984, ss. 206-33, doi:10.7767/zrgra.1984.101.1.206.

MAENNER Dr., “Bereicherungsansprüche”, **DJZ**, C. 21, S. 28, 1916, ss. 282-86.

MAGNUS Ulrich, “The Remedy of Avoidance of Contract under CISG - General Remarks and Special Cases Remarks”, **Journal of Law and Commerce**, C. 25, 2005, ss. 423-36.

MALAURIE Philippe, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, **Droit des obligations**, 12. bs, Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2022.

MANDRY G., “Zur Lehre vom Gegenstande der Condiktionen”, **AcP**, C. 48, S. 2, 1865, ss. 220-45.

MANKOWSKI Peter, **Beseitigungsrechte: Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute**, Mohr Siebeck, 2003.

MANKOWSKI Peter, Michael SCHREIER, “Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs. 2 BGB: Zugleich zur Verzahnung von Zivil- und Kartellrecht”, **AcP**, C. 208, S. 6, 2008, ss. 725-76.

MATHIAS Bernhard, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes**, 5. bs, Berlin: Verlag von O. Häring, 1910.

MAYR Robert VON, **Ungerechtfertigte Bereicherung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich**, Wien: Manz, 1902.

MEÏSE Barbara, Claire HUGUENIN, “Art. 19/20”, **Basler Kommentar/Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.

MERZ Hans, “Die Privatrechtliche Rechtsprechung Des Bundesgerichts im Jahr 1988 - Obligationenrecht”, **ZbjV**, C. 126, S. 4, 1990, ss. 252-74.

———, **Vertrag und Vertragsschluss**, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988. [Anlß: Vertrag]

MITTEIS Heinrich, **Rechtsfolgen des Leistungsverzugs beim Kaufvertrag nach niederlaendischen Quellen des Mittelalters. Ein Beitrag zur Geschichte des Handelsrechts**, 1913.

MITTEIS Ludwig, **Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians**, Leipzig: Duncker & Humblot, 1908.

MOMMSEN Theodor, Paul KRUEGER, Alan WATSON, (ed.), **The Digest of Justinian**, 4 cilt, 1985. bs, Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press, t.y.

———, (ed.), **The Digest of Justinian**, 4 cilt, 1985. bs, Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press, t.y.

———, (ed.), **The Digest of Justinian**, 4 cilt, 1985. bs, Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press, t.y.

MOSSLER Patrick, **Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung: der nichtige gegenseitige Vertrag und die Insolvenz**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

MUSIELAK Hans-Joachim, “Zum Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruches”, **JA**, C. 1, S. 1, 2017, ss. 1-10.

NAZİKOĞLU O. İşdi, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, **AÜHFD**, C. 8, S. 1, 1951, ss. 658-84.

NELLE Franz, **Das Anfechtungs- und Rücktrittsrecht beim Verträge**, Borna-Leipzig: Noske, 1931.

NIEDERLÄNDER Hubert, **Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht: Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung**, Weimar: Böhlau, 1953.

NIETLISPACH Markus, **Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung**, Bern: Stämpfli, 1994.

NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bs, İstanbul: Beta, 2023. [Anılış: BG]

———, “Sebepsiz Yere Ödenen Paradan Kaynaklanan Zenginleşmelerde İadenin Kapsamı”, **GSÜHFD**, C. 4, S. 2, 2005, ss. 223-29. [Anılış: Sebepsiz]

NOMER Haluk Nami, M. Serkan ERGÜNE, **Eşya Hukuku**, 10. bs, İstanbul: On İki Levha, 2023.

OERTMANN Paul, “Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften”, **DJZ**, C. 20, S. 21/22, 1915, ss. 1063-66. [Anılış: DJZ]

———, “Die Bedeutung der Rücktrittserklärung”, **Dr. J. A. Seuffert’s Blätter für Rechtsanwendung**, S. 69, 1904, ss. 65-77. [Anılış: Rücktrittserklärung]

———, “Noch einmal die Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften”, **Recht**, C. 23, S. 19/20, 1919, ss. 330-35. [Anılış: Bereicherungsansprüche]

———, “Zur Kritik der Saldotheorie beim Bereicherungsanspruch.”, **JRdsch**, S. 22, 1931, ss. 229-33. [Anılış: Kritik]

OFTINGER Karl, “Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht”, **Zeitschrift des schweizerischen Rechts**, C. 57, 1938, ss. 481a-695a.

OĞUZMAN M. Kemal, Nami BARLAS, **Medeni Hukuk**, 26. bs, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020. [Anılış: Medeni]

OĞUZMAN M. Kemal, M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2 cilt, 21. bs, İstanbul: Vedat, 2023. [Anılış: BG I]

———, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2 cilt, 18. bs, İstanbul: Vedat, 2023. [Anılış: BG II]

OĞUZMAN M. Kemal, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 25. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023. [Anılış: Eşya]

———, **Kişiler Hukuku**, 22. bs, İstanbul: Filiz, 2024. [Anılış: Kişiler]

OTT Tobias, **Das Bereicherungsrecht im Draft Common Frame of Reference (DCFR) aus deutscher Sicht**, Baden-Baden: Nomos, 2013.

OURİNİ Hanane, **Essai sur l'eupéanisation du droit de la consommation**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Avignon: Université d'Avignon, 2016.

ÖZ M. Turgut, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 16, 1996, ss. 131-72. [Anılış: MHAD]

———, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1989. [Anılış: Dönme]

———, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme - Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, İstanbul: Kazancı, 1990. [Anılış: Sebepsiz Zenginleşme]

———, "Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi", **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 100, 2018, ss. 21-39.

ÖZBİLEN Arif Barış, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul: On İki Levha, 2016.

ÖZEL Çağlar, "Geri Alma Hakkı ve Benzer Haklarla Olan İlgisi", **Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, 3 cilt, Ankara: Yetkin, 2017, C. 1, ss. 445-59. [Anılış: Sempozyum]

———, **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997. [Anılış: Geri Alma]

———, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2019. [Anılış: Tüketici]

ÖZEN Burak, **Haksız Zilyedlikte İade**, İstanbul: Beta, 2003.

ÖZMEN E. Saba, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahış Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Ayni Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. Hd. nin Yerleşik Kararlarındaki 'Avans Tapu' Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)", **TBBD**, C. 135, 2018, ss. 491-516. [Anılış: Tari]

- ÖZMEN E. Saba, Tuba AKÇURA KARAMAN, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 1, 2013, ss. 47-74. [Anılış: Hatalar]
- ÖZMEN E. Saba, Müge ÜREM, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler”, **MÜHFD**, C. 1, 2016, ss. 13-31. [Anılış: Eleştiriler]
- PAWLOWSKI Hans-Martin, **Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen: Zum Verhältnis von Parteiautonomie und objektivem Recht**, Göttingen: Schwartz, 1966.
- PETER Hansjörg, “Der Eigentumsübergang an Fahrnis”, **Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs**, 2017, 137-40.
- PETERS Fritz, **Begriff und Wirkungen des Rücktritts vom Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche**, Göttingen: Druck der Dietric’hen Universitäts-Buchdruckerei, 1909.
- PETITPIERRE Gilles, “Vertragsrecht und Bereicherungsrecht - La rupture est-elle définitivement consommée? Plaidoyer pour une réconciliation”, **Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht ; Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag**, ed. Pierre Tercier, Zürich ; Basel ; Genf: Schulthess, 2004, ss. 529-37.
- PIOTET Paul, “La restitution après résolution du contrat Arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1983 dans la cause Intravend AG c. Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori, ATF 109 II 26 ss = JdT 1983 I 260 ss”, **Baurecht**, 1984, 10-12.
- POLYDOR-WERNER Susanne, **Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge**, Zürich: Schulthess, 1988.
- POSEZ Alexis, “La théorie des nullités : le centenaire d’une mystification”, **RTD civ.**, C. 4, 2011, ss. 647-75. [Anılış: Nullités]
- , **L’inexistence du contrat - Un autre regard sur sa formation**, Université Pantheon-Assas (Paris II), 2010. [Anılış: Inexistence]
- POSTACIOĞLU İlhan E., **Gayrı Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İstanbul: İktisadî Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yolu, 1945.

POTHIER R. J., **Œuvres de Pothier - Dissertation sur Pothier, Traité des obligations**, ed. M. Dupin, Paris, 1824.

PROBST Thomas, “Konsumentenschutz durch Information und Vertragsentbindung”, **Grundfragen des Konsumentenrechts**, ed. Helmut Heiss, Leander D. Loacker, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, ss. 172-89.

PRÜTTING Hanns, “§ 818”, **Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar**, ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, Wolters Kluwer Anwaltspraxis, Köln: Luchterhand, 2019s. 3697.

RAISER Ludwig, **Dingliche Anwartschaften**, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961.

———, “Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz”, **Festschrift für Martin Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht**, ed. Ernst von Caemmerer, Tübingen: Mohr Siebeck, 1952, ss. 123-40.

RAMONI Claude, **Demeure du débiteur et contrats de droit suisse - Étude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations**, Zürich, Bâle, Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2002.

REGELSDERGER Dr., “Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung”, **AcP**, C. 50, S. 1, 1867, ss. 27-49.

REGELSDERGER Ferdinand, **Pandekten**, Leipzig: Verlag von Dunckler & Humblot, 1893.

REHBEIN Hugo, **Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis Band 2: Recht der Schuldverhältnisse. Allg. Bestimmungen. §§ 241 - 432**, Berlin: Verlag von H. W. Müller, 1903.

REINER Günter, “Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen”, **AcP**, C. 203, S. 1, 2003, ss. 1-45.

REISCHL Klaus, “Grundfälle zum neuen Schuldrecht - 3. Teil. Der Rücktritt”, **JS**, C. 43, S. 7, 2003, ss. 667-74.

REİSOĞLU Safa, “İade Hâlinde Hüsniyetli ve Suiniyetli Zilyedlerin Sorumluluğu”, **Adalet Dergisi**, C. 1, 1965, ss. 51-64.

RENGIER Bernhard, "Wegfall der Bereicherung", **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 177, S. 5, 1977, ss. 418-51.

RIEHL, "Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter", **Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts / Hrsg. von J. A. Gruchot.**, C. 60, 1916, ss. 897-937.

RIGALLE-DUMETZ Corinne, **La résolution partielle du contrat**, Paris: Dalloz, 2003.

ROTH Herbert, "Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion", **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, ed. Andreas Heinrich, München: Beck, 2007, ss. 1131-48.

ROTHER Werner, "Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft", **AcP**, C. 169, S. 1, 1969, ss. 1-33.

ROUILLER Nicolas, **Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst**, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2002.

RUBENSOHN Elisabeth, **Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB**, Rostock: Winterberg, 1931.

SAVIGNY Friedrich Carl VON, **System des heutigen römischen Rechts**, IV. cilt, Berlin, 1841. [Anlıs: System IV]

———, **System des heutigen römischen Rechts**, V. cilt, Berlin, 1841. [Anlıs: System V]

SAYMEN, F. H./ ELBİR, H. H., **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1963, ss. 122-123.

SCHÄFER Frank L., **Das Bereicherungsrecht in Europa**, Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

SCHAUFELBERGER Peter C., **Bereicherung durch unerlaubte Handlung**, Zürich: Schulthess, 1981.

SCHENKER Franz, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988.

SCHERNER Karl Otto, **Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung: Untersuchung zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit**, Wiesbaden: Steiner, 1965.

SCHINDLER Fridolin, **Über das Rücktrittsrechts bei zweiseitigen Schuldverträgen nach art. 122-125 des eidgenössischen Obligationen-Rechtes**, Zürich: Orell Füssli & Co., 1886.

SCHLÜTER Philipp, **Rückabwicklung und Selbstbestimmung**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

SCHMID Jörg, **Die Geschäftsführung ohne Auftrag**, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1992.

SCHMID Jörg, Bettina HÜRLIMANN-KAUP, **Sachenrecht**, 2. bs, Zürich ; Basel ; Genf: Schulthess, 2009.

SCHMID Willy, **Rücktritt und Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses**, Marbach: Remppis, 1934.

SCHMIDLIN Bruno, “Der Rücktritt vom Vertrag: Von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis - ein normengeschichtlicher Wandel”, **Iurisprudentia universalis - Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag**, ed. Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer, Laurens C. Winkel, Köln; Weimar; Wien; Böhlau: Böhlau Verlag GmbH & Co., 2002, ss. 677-718. [Anlß: Rücktritt]

———, “Le sort du contrat résolu ou annulé: l’effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la in integrum restitutio”, **Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata**, ed. Roland Ruedin, Collection neuchâteloise, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 1999, ss. 333-46. [Anlß: Le sort du contrat]

SCHNEIDER K., “Zur Bestimmung des Umfangs der Bereicherung nach Erfüllung eines nichtigen Vertrages”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, C. 61, 1912, ss. 179-96.

SCHÖLLER Dr., “Nochmals der Schadensersatz wegen nicht Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen bei BGB”, **Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts / Hrsg. von J. A. Gruchot.**, C. 45, 1901, ss. 511-45.

SCHREIBER Christoph, “Nichtigkeit und Gestaltungsrechte: Zur Dogmatik der Doppelwirkungen im Recht”, **AcP**, C. 211, S. 1, 2011, ss. 35-57.

SCHUBERT Werner, “Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs der BGB”, **ZSS-RA**, C. 92, S. 1, 1975, ss. 186-233.

SCHULZ Fritz, **Classical Roman Law**, Oxford: Oxford University Press, 1961.

———, “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, **AcP**, C. 105, S. 1, 1909, ss. 1-488. [Anılış: Eingriffserwerb]

SCHULZE Reiner, Martin EBERS, “Streitfragen im neuen Schuldrecht”, **JS**, C. 44, S. 5, 2004, ss. 366-71.

SCHWAB Martin, “Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346ff. BGB n.F.”, **JS**, C. 42, S. 7, 2002, ss. 630-37.

SCHWARZ Andreas B., **Roma Hukuku Dersleri**, çev. Türkan Rado, 7. bs, İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii A.Ş. Basımevi, 1965.

SCHWARZ Fritz, **Die condictio im Römischen Recht**, Münster/ Köln: Böhlau Verlag, 1952.

SCHWENN Hermann, “Die Gefahrtragung beim Rücktritt”, **AcP**, C. 152, S. 2, 1952, ss. 138-53.

SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 7. Auflage., Bern: Stämpfli Verlag, 2016.

SECKEL Emil, **Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts**, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954.

SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.

SEROZAN Rona, “Ayni Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminin Bağımsızlığı İlkesi ve Ayni Teminat Haklarının Fer’iliği (Bağımlılığı) Ayrığı”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armanağn**, ed. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul: Beta, 2008, ss. 361-68. [Anılış: Ayni Hakların Bağımsızlığı]

———, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, **İÜHFM**, C. 70, S. 2, 2012. [Anılış: CISG]

———, “Die Rückabwicklung Unwirksamer Kaufverträge”, **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, 1969, ss. 335-38. [Anılış: Rückabwicklung]

- , **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht**, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968. [Anılış: Überwindung]
- , **Eşya Hukuku I**, 3 cilt, 3. bs, İstanbul: Filiz, 2014. [Anılış: Eşya]
- , “Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, 1969, ss. 187-213. [Anılış: Satım]
- , **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat, 2018. [Anılış: Medeni]
- , ““Sebepsiz İktisap’ta Yoksullaşma Öğesine Yer Var Mıdır?”, **MÜHFD HAD**, C. 22, S. 3, 2016, ss. 2497-2504.
- , “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, 2004, ss. 195-207. [Anılış: Çözülme]
- , **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 1975. [Anılış: Dönme]
- , “Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”, **İÜHFM**, C. 61, S. 1-2, 2003, ss. 339-56. [Anılış: Değişiklik]
- , “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, **Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi**, C. XV, S. 173/4, 1996. [Anılış: Eleştiri]
- SEROZAN Rona, Başak BAYSAL, Kerem Cem SANLI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 8. bs, İstanbul: On İki Levha, 2022.
- SIBER Heinrich, **Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2 - Schuldrecht**, Leipzig: Felix Meiner Verlag, 1931.
- SIMONIUS August, “Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums”, **Vom Kauf nach schweizerischem Recht: Festschrift zum 70. Geburtstag von Theodor Guhl am 13.11.1950**, ed. Philippe Meylan, Zürich: Polygr. Verl, 1950, ss. 41-66.
- SINGER Reinhard, “Selbstbestimmung, Vertrauensschutz und faktisches Synallagma bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Austauschverträgen”, **Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts:**

Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, ed. Volker Beuthien vd., Köln: Heymann, 2009, ss. 487-512.

SIRENA Pietro, “The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law”, **ERPL**, C. 6, 2011, ss. 977-1000.

SİRMEN A. Lâle, **Eşya Hukuku**, 11. bs, Ankara: Yetkin, 2023. [Anılış: Eşya]

———, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992. [Anılış: Şart]

STADLER Astrid, **Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

STAMMLER Rudolf, **Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren**, Berlin: F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1897.

STEINAUER Paul-Henri, Christina FOUNTOLAKIS, **Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte**, Berne: Stämpfli Editions SA, 2014.

STOLL Heinrich, **Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Bonn: Juristische Fakultät Bonn, 1921. [Anılış: Rücktritt]

———, “Haftung für Verhalten während der Vertragsverhandlungen”, **Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht**, C. 17, 1923, ss. 532-48.

———, “Rücktritt und Schadensersatz”, **AcP**, C. 131, S. 1/2, 1929, ss. 141-85. [Anılış: Schadensersatz]

SUTER Esther, **Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug**, Zürich: Schulthess Poligraphischer Verlag AG, 1991.

SÜSS Theodor, “Das Traditionsprinzip - Ein Atavismus des Sachenrechts”, **Festschrift für Martin Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht**, ed. Ernst von Caemmerer, Tübingen: Mohr Siebeck, 1952, ss. 141-66.

SÜTÇÜ Selin Sert, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı**, Ankara, 2016.

SYZ Carole Barbara, **Faktisches Vertragsverhältnis**, Zurich: Schulthess Poligraphischer Verlag AG, 1991.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, 2 cilt, 6. tıpkıbasım., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008. [Anılış: BÖ I/I]

———, **La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats**, Lausanne: Librairie de L'université, F. Rouge Cie S.A., 1952. [Anılış: Nullité]

———, **Türk Mes'uliyet Hukuku - Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet**, 2 (1. Basıdan Tıpkı Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

———, **Vekâletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, 1957.

TEK Gülen Sinem, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Bağlamında Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi", **LHD**, C. 10, S. 118, 2012, ss. 41-85.

TEKİNAY Selahattin Sulhi vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993. [Anılış: BG]

———, **Eşya Hukuku - Cilt 1: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet**, 5. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989. [Anılış: Eşya]

———, **Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku II/3)**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994. [Anılış: Menkûl]

TERCİER Pierre, Pascal PİCHONNAZ, H. Murat DEVELİOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs, İstanbul: On İki Levha, 2020.

TERRÉ François vd., **Droit civil - Les obligations**, 12. bs, Paris: Dalloz, 2019.

THIER Andreas, "Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite von § 346 Abs. 3 S.1 Nr.3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge", **Festschrift für Andreas Heldrich: zum 70. Geburtstag**, ed. Stephan Lorenz, München: Beck, 2005, ss. 439-56.

TITZE Heinrich, **Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht**, Leipzig: Verlag von Adolf Titze, 1900.

TOKAT Hüseyin, **Aynî Akit**, Ankara: Adalet, 2022.

TUHR Andreas VON, “Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen”, **DJZ**, C. 21, S. 11/12, 1916, ss. 582-87.

———, “Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte”, **ZSR**, C. 40, 1921, ss. 40-74. [Anılış: Eigentumsübertragung]

———, “Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung”, **Aus Römischem und Bürgerlichem Recht - Festschrift Ernst Immanuel Bekker**, Weimar: Hof-Buchdruckerei, 1907, s. , (Hathi Trust). [Anılış: Lehre]

TUHR Andreas VON, Arnold ESCHER, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)**, 3. bs, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984. [Anılış: AG II]

TUHR Andreas VON, Hans PETER, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I**, 3. bs, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984. [Anılış: AG I]

TÜRCKE Robert, **Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumniss von der anderen Seite**, Göttingen: Druck der Univ.-Buchdruckerei von W. Fr. Kästner., 1891.

ULUSAN İlhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, 1984. [Anılış: İyiniyet]

———, “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, **İÜMHAD**, C. 5, S. 7, 1971, ss. 149-66.

UMUR Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul: Beta, 1999.

ÜREM Müge, **Eser Sözleşmesinden Erken Dönme - Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m. 473/1)**, İstanbul: On İki Levha, 2017.

WACKE Andreas, “Casum sentit dominus: Liability for Accidental Damages in Roman and Modern German Law of Property and Obligation”, **Journal of South African Law**, S. 3, 1987, ss. 318-31. [Anılış: Casum sentit dominus]

———, “Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?”, **ZSS-RA**, C. 88, S. 1, 1971, ss. 105-35.

WAGNER Gerhard, “Mortuus Redhibiteur im neuen Schuldrecht?”, **Festschrift für Ulrich Huber zum sizebzigsten Geburtstag**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, ss. 591-624.

WEBER Rolf H., “Vertragsaufhebung bei Leistungsstörungen Rechtsnatur und Rechtsfolgen”, **ZbjV**, C. 127, 1991, ss. 634-47.

WEINTRAUD Gerhard, **Die Saldotheorie: Ein Beitrag zur Lehre vom Gegestand des Bereicherungsanspruchs**, Breslau: Marcus, 1931.

WENDEHORST Christiane, **Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

WESTER-OUISSSE Véronique, “Le transfert de propriété solo consensu : principe ou exception ?”, **RTD civ.**, C. 2, 2013, ss. 299-314.

WIEGAND Wolfgang, “Bemerkungen zum Picasso-Entscheid Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 774II 131”, **Recht**, S. 3, 1989, ss. 101-11.

———, “Leistungsstörungen, Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung”, **Recht**, C. 3, 1983, ss. 118-31.

———, “Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht; Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag**, ed. Pierre Tercier, Zürich ; Basel ; Genf: Schulthess, 2004, ss. 709-24.

WIELING Hans Josef, “Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen”, **AcP**, C. 169, S. 2, 1969, ss. 137-70.

———, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, **JuS** 1973, C. 13, S. 7, ss. 397-402.

WIELING Hans Josef, Thomas FINKENAUER, **Bereicherungsrecht**, Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2020.

WILBURG Walter, **Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau. Festschr. d. Univ. Graz 1933/34**, Graz: Leuschner & Lubensky, 1934. [Anlış: Lehre]

———, “Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts”, **AcP**, C. 163, S. 4, 1964, ss. 346-79. [Anlış: Zusammenspiel]

WILHELM Jan, **Das Sachenrecht**, 6. bs, De Gruyter, 2019.

- , **Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung**, Bonn: Röhrscheid, 1973. [Anılış: Rechtsverletzung]
- WINDSCHEID Bernhard, **Lehrbuch des Pandekten II**, 4. bs, Frankfurt a.M., 1891. [Anılış: Pandekten II]
- , **Lehrbuch des Pandektenrechts, Band:1**, 6. bs, Frankfurt a.M.: Literarische Anstalt Rütten&Loening, 1887. [Anılış: Pandekten I]
- WITTE Hermann, **Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts**, Halle: C. E. M. Pfeffer, 1859.
- WOLF Ernst, “Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden”, **AcP**, C. 153, S. 2, 1954, ss. 97-144.
- WUNNER Sven Erik, “Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel”, **AcP**, C. 168, S. 5/6, 1968, ss. 425-49.
- YAVUZ Cevdet, **Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın <Malın> Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul: Beta, 1989.
- YAVUZ Cevdet, Faruk ACAR, Burak ÖZEN, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs, İstanbul: Beta, 2014.
- YAVUZ Nihat, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (YTBT) Karşılaştırmalı Olarak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundaki (TKHK) Geri Alma Hakkı Üzerine Genel Açıklamalar”, **Prof. Dr. Turgut Akintürk’e armağan**, ed. Derya Ateş Karaman, İstanbul: Beta, 2008, ss. 757-65, <http://swbplus.bsz-bw.de/bsz305353462inh.htm> |3 Inhaltsverzeichnis.
- YÜCEDAĞ GÖZTEPE Nafiye, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, **TAAD**, C. 7, S. 27, 2016, ss. 667-90.
- YÜNLÜ Semih, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2015, ss. 909-28.
- ZAPRIANOS Nikolaos, **Die Rückabwicklung der Verbraucherverträge nach Ausübung des Widerrufsrechts: eine Untersuchung unter**

Berücksichtigung der Verbraucherrechte-Richtlinie und des Entwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Baden-Baden: Nomos, 2016.

ZIMMERMANN Reinhard, “Restitutio in integrum — Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles und dem Avant-projet eines Code Europeen des Contrats”, **Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer**, ed. Heinrich Honsell, Basel, Genf, München: Helbing & Lichtenhahn, 2004, ss. 735-56. [Anlış: FS Kramer]

———, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996. [Anlış: Obligations]

———, “The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010”, **Uniform Law Review**, C. 16, S. 3, 2011, ss. 563-87, doi:10.1093/ulr/16.3.563. [Anlış: Unwinding]

ZWIRLEIN Susanne, **Versprechen und Zufall: eine historisch-vergleichende Studie zur Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen im englischen und deutschen Recht**, 2017.

Şerhler

- Türkiye

İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Ed. Öz, Turgut/ Acar, Faruk/ Gökyayla, Emre/ Develioğlu, H. Murat, Cilt 1 (Madde 1-82), Vedat, İstanbul, 2019 [Anlış: İstŞ TBK – İşleyenin Soyadı, m., para.]

İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Ed. Öz, Turgut/ Acar, Faruk/ Gökyayla, Emre/ Develioğlu, H. Murat, Cilt 2 (Madde 83 - 206), Vedat, İstanbul, 2019 [Anlış: İstŞ TBK – İşleyenin Soyadı, m., para.]

ENGİN Baki İlkay, Haluk Nami NOMER, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri - Cilt I: Satış Sözleşmesi, 8. bs, İstanbul: Seçkin, 2024.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

- **İsviçre**

Basler Kommentar

Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Ed.: Corinne Widmer Lüchinger / David Oser, Helbing Lichtenhahn, 2020 [Anılış: BSK OR - İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB), Ed.: Geiser, Thomas / Foutoulakis, Christiana, Helbing Lichtenhahn, 2022 [Anılış: BSK ZGB -İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Berner Kommentar

Becker, Hermann, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Ed.: Becker, Hermann Stämpfli, 1945 [Anılış: BK OR -Becker, Art., para.].

Bucher, Eugen, Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht. 2. Abteilung: Die natürlichen Personen 2. Teilband: Kommentar zu Artikeln 27 ZGB, Stämpfli, 1993 [Anılış: BK ZGB -Bucher, Art., para.].

Bucher, Eugen/ Aebi-Müller, Regina E., Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit, Stämpfli, 2017 [Anılış: BK ZGB -Bucher/ Aebi Müller, Art., para.].

Giger, Hans - Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, 1. Unterteilband, Der Konsumkredit, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007 [Anılış: BK KKG – Giger, m., para.]

Giger, Hans – Das Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse 1. Teilband: Kauf und Tausch- Die Schenkung 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf Art. 184- 215 OR, Stämpfli Verlag AG Bern, 1979 [Anılış: BK OR – Giger, m., para.]

Kramer, Ernst A. / Schmidlin, Bruno, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Ed.: Arthur Meier-Hayoz, Stämpfli, 1986 [Anılış: BK OR-Kramer/Schmidlin, Art., para.].

Müller, Christoph - Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2018 [Anılış: BK OR – Müller, m., para.]

Schmidlin, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag AG Bern, 2013 [Anılış: BK OR – Schmidlin, m., para.]

Stark, W. Emil / Lindenmann, Barbara, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Stämpfli, 2016 [Anılış: BK ZGB - Stark/Lindenmann, Art., para.].

Weber, Rolf H. / Emmenegger, Susan, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli, 2020 [Anılış: BK OR -Weber/Emmenegger, Art., para.].

CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Ed.: Furrer, Andreas / Atamer, Yeşim, Schulthess, 2023 [Anılış: CHK OR - İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Ed.: Arnet, Ruth/ Breitschmid, Peter / Jungo, Alexandra, Schulthess, 2023 [Anılış: CHK ZGB -İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR, Ed.: Müller-Chen, Markus / Huguenin, Claire, Schulthess, 2023 [Anılış: CHK OR -İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG, Ed. Amstutz, Marc/ Atamer, Yeşim, Schulthess, 2023 [Anılış: CHK KKG -İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Commentaire Romand

Commentaire Romand Code Civil I, Ed.: Pichonnaz, Pascal / Foëx, Bénédict / Piotet, Denis, Helbing Lichtenhahn, 2023 [Anılış: CR CC-İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Commentaire Romand Code Civil II, Ed.: Pichonnaz, Pascal / Foëx, Bénédict / Piotet, Denis, Helbing Lichtenhahn, 2023 [Anılış: CR CC-İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Commentaire Romand Code des Obligations I, Ed.: Thévenoz, Luc / Werro, Franz, Helbing Lichtenhahn, 2021 [Anılış: CR CO-İşleyenin Soyadı, Art., para.].

KUKO Kurzkomentar

Kurzkomentar Obligationenrecht, Ed.: Honsell, Heinrich, Helbing Lichtenhahn, 2014 [Anılış: KUKO OR-İşleyenin Soyadı, Art., para.].

OFK – Orell Füssli Kommentar

OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Ed.: Kren Kostkiewicz, Jolanta / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc / Fankhauser, Roland, Orell Füssli, 2016 [Anılış: OFK-İşleyenin Soyadı, Art., para.].

OR 2020

Schweizer Obligationenrecht 2020, Ed. Huguenin, Claire/ Hilty, Retho M., Schulthess Juristische Medien AG, 2013 [Anılış: OR 2020 - İşleyenin Soyadı, Art., para.].

Zürcher Kommentar

Haab, Robert / Simonius, August / Scherrer, Werner / Zobl, Dieter, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Schulthess, 1977 [Anılış: ZK ZGB -Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art., para.].

Homberger, Arthur, Art. 919–977 ZGB, Besitz und Grundbuch, Schulthess, 1938 [Anılış: ZK ZGB - Homberger, Art., para.].

Schönenberger, Wilhelm / Jäggi, Peter, Obligationenrecht Art. 1-17 - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Schulthess, 1973 [Anılış: ZK-Schönenberger/Jäggi, Art. para.].

- **Almanya**

BECK OK & OGK

Beck'scher Online-Kommentar, Ed.: Wolfgang Hau / Roman Poseck, München: C.H. Beck, 2024 [Anılış: BeckOK - İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Beck OGK Beck-online.Grosskommentar zum Zivilrecht, Ed.: Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang/ Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph, C.H. Beck, 2024 [Anılış: BeckOGK - İşleyenin Soyadı, BGB § para.]

Erman BGB

Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Ed: Westermann, Harm Peter / Grünewald, Barbara / Maier-Reimer, Georg, Otto Schmidt, 2023 [Anılış: Erman/İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Grüneberg BGB

Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (GrünHome), Unterlassungsklagengesetz (GrünHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (GrünHome), Gewaltschutzgesetz, 2023 [Anlış Grüneberg - İşleyenin Soyadı, BGB §, para.]

HKK – Historisch – Kritischer Kommentar

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2. Teilband §§ 305-432, eds. Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard [Anlış HKK – İşleyenin Soyadı, BGB §, para.]

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht: Besonderer Teil, 2. Teilband §§ 657-853, eds. Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard [Anlış HKK – İşleyenin Soyadı, BGB §, para.]

Juris BGB Praxiskommentar

Juris Praxiskommentar – BGB, Band 2: Schuldrecht, Ed: Markus Junker / Roland Beckmann, Michael / Rüßmann, Helmut, Saarbrücken, 2023 [Anlış: jurisPK-İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Münchener Kommentar

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ed.: Krüger, Wolfgang, München: C.H. Beck, Band 1, 2021 (§§ 1-240 BGB) [Anlış: MüKo BGB - İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ed.: Krüger, Wolfgang, München: C.H. Beck, Band 2, 2022 (§§ 241-310 BGB) [Anılış: MüKo BGB - İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ed.: Krüger, Wolfgang Krüger, München: C.H. Beck, Band 3, 2022 (§§ 311-432 BGB) [Anılış: MüKo BGB - İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ed.: Habersack, Matthias, München: C.H. Beck, Band 7, 2024 (§§ 705-853 BGB) [Anılış: MüKo BGB - İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ed.: Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina, München: C.H. Beck, Band 8, 2020 (§§ 854-1296 BGB, WEG, ErbbauRG) [Anılış: MüKo BGB -İşleyenin Soyadı, BGB § , para.]

Nomos HK & Nomos BGB

Nomos Handkommentar BGB, Ed: Schulze, Reiner/ Dörner, Heinrich/ Ebert, Ina vd., Nomos, 2024 [Anılış: HK BGB-İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Nomos Kommentar BGB: BGB Schuldrecht Band 2/1: § 241-487, Ed.: Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner, Nomos, 2021 [Anılış: NK BGB-İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Nomos Kommentar BGB: BGB Schuldrecht Band 2/3: § 662-853, Ed.: Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner, Nomos, 2021 [Anılış: NK-İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Nomos Kommentar BGB: BGB Sachenrecht : § 854-1296, Ed.: Grziwotz, Herbert / Ring, Gerhard/ Schmidt-Räntsch, Johanna, Nomos, 2021 [Anılış: NK-İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

Prütting BGB

PWW Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Ed.: Prütting, Hans / Wegen, Gerhard / Weinrach, Gerd, Luchterhand 2019 [Anılış: Prütting/İşleyenin Soyadı, BGB § para].

Soergel Kommentar

Soergel Bürgerliches Gesetzbuch Band 5,3: Schuldrecht; 3,3 (§§ 328 – 432), 2009 [Anılış: Soergel/İşleyenin Soyadı, BGB § para].

Staudinger

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 1: Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-138; ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), Ed.: Rieble, Volker, Berlin: Sellier / de Gruyter, 2021 [Anılış: Staudinger/İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2: Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 346-354 (Rücktritt), Ed. Kaiser, Dagmar/ Sittmann-Haury, Stephanie, Berlin: Sellier / de Gruyter, 2023 [Anılış: Staudinger/İşleyenin Soyadı, BGB § para].

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2: Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Ed. Horn, Norbert, Berlin: Sellier / de Gruyter, 2007 [Anılış: Staudinger/İşleyenin Soyadı, BGB § para].

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 3: Sachenrecht §§ 985-1011, Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Ed.: Thole, Christoph, Berlin: Otto Schmidt / de Gruyter, 2019 [Anılış: Staudinger/İşleyenin Soyadı, BGB § para.].

- **Fransa**

Répertoire du droit civil, eds. Savaux, Eric/ Martineau Olivier/ Bozet, Mathilde Dalloz, 2024 [Anılış: Répertoire du droit civil /İşleyenin Soyadı, para.]

- **Diğer**

Commentaries on European Contract Laws, eds. Jansen, Nils/ Zimmermann, Reinhard, Oxford University Press, Oxford, 2018 [Anılış: İşleyenin Soyadı, CECL, böl., para.]

Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Ed. Schlechtriem, Peter/ Schwenzer, Ingeborg, Oxford University Press, Oxford, 2023 [Anılış: Schlechtriem/ Schwenzer/ İşleyenin Soyadı CISG, Art., para.]

UN Convention on the Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary, Ed. Kröll, Stefan/ Mistelis, Loukas/ Perales Viscaillas, Pilar, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2018 [Anılış: Kröll/ Mistelis/ Viscaillas/ İşleyenin Soyadı, CISG, Art., para.]

Diğer Dokümanlar

UNIDROIT 1975 – Study L – Doc. 8 - Progressive Codification of International Trade Law. Questionnaire on the draft uniform law on the formation of contracts in general prepared by UNIDROIT – Rome, September 1975, s. 1

UNIDROIT 1980 – Study L – Doc. 17 - Progressive Codification of International Trade Law. Proposed Rules on the (Substantive) Validity of International Contracts (excluding Illegality) and Explanatory Report (prepared by Prof. U. Drobnig, Co-Director of the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, and by Prof. O. Lando, Director of the Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economics and Business Administration) – Rome, December 1980, s.37

UNIDROIT 1980 – Study L – Doc. 17, s. 41

UNIDROIT 1982 – Study L – Doc. 22 - Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law. Report on the 2nd session of the Study Group held in Rome from 5 to 9 April 1982 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT) – Rome, June 1982, s. 14

UNIDROIT 1983 – Study L – Doc. 26 - Progressive Codification of International Trade Law. Uniform Rules on International Contracts in General. Chapter 3: The Substantive Validity of International Contracts (Section 1: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity) (Text and Explanatory Report prepared by Professor U. Drobnig, Hamburg, and Professor O. Lando, Copenhagen, as amended following the discussions at the meeting of the UNIDROIT Study Group held in Rome, 5 – 10 April 1982) – Rome, March 1983, s. 27

UNIDROIT 1987 – Study L – Doc. 38 - Principles for International Commercial Contracts. Chapter 1: General Provisions. Chapter II: Formation. Chapter III: Interpretation. Chapter IV: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity. Chapter V: Performance. Section 1: Performance in General. Section 2: Public Permission Requirements. Section 3: Hardship. Chapter VI: Non-Performance. Section 1: General Provisions. Section 2: Performance in Natura. Section 3: Termination. Section 4: Damages and Exemption Clauses. Section 5: Restitution (First consolidated text of the Principles prepared by the Secretariat on the basis of the drafts so far discussed by the Working Group) – Rome, January 1987, p. 14 - 15

Principles for International Commercial Contracts. Chapter 1: General Provisions. Chapter II: Formation. Chapter III: Interpretation. Chapter IV: Mistake, Fraud, Threat and Gross Disparity. Chapter V: Performance. Section 1: Performance in General. Section 2: Hardship. Chapter VI: Non-Performance. Section 1: General Provisions. Section 2: Specific Performance. Section 3: Termination. Section 4: Damages and Exemption Clauses. Section 5: Restitution. (Second consolidated text of the Principles prepared by the Secretariat on the basis of the drafts so far discussed by the Working Group) – Rome, May 1987, s. 29 - 30

UNIDROIT 1986 – Study L – Doc. 35 - Principles for International Commercial Contracts. Chapter 6: Non-Performance. Section (a) : Performance in natura (Text

prepared by Professor Ulrich Drobnig, Director of the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg); Section (b): Termination for non-performance (Text and comment prepared by Professor Ole Lando, Institute of European Market Law, Copenhagen) – Rome, March 1986, Bölüm b (Section b), s. 2

UNIDROIT 2006 - Study L - Doc. 99, Principles of International Commercial Contracts: I - Promoting and Monitoring Use in Practice; II - Preparation of a Third Edition - March 2006, s. 3



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel verilerin korunması mevzuatı uyarınca online versiyondan silinmiştir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Başak Erdoğan
Tez Başlığı : Geçmişe Etkili Olarak Sona Eren Sözleşme
İlişkilerinin Tasfiyesi
Savunma Tarihi : 16 / 12 / 2024
Danışman : Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

JÜRI ÜYELERİ:

Unvan, Ad-SOYADI	İmza
Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN	
Prof. Dr. Havva KARAGÖZ	
Prof. Dr. Burak ÖZEN	
Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU (danışman)	
Prof. Dr. Ekrem KURT	

(Prof. Dr. Ulun AKTURAN)
Enstitü Müdürü