



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Muhammet KIZIL

SATIŞ SÖZLEŞMELERİ BİRHASSA ÖNERİ – KABUL İŞLEMLERİ VE YÖNETİM
AŞAMALARI

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Muhammet KIZIL

SATIŞ SÖZLEŞMELERİ BİRHASSA ÖNERİ – KABUL İŞLEMLERİ VE YÖNETİM
AŞAMALARI

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Muhammet KIZIL'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Dr. Öğr. Üyesi Süleyman DOST (İmza)

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Tez Başlığı: Satış Sözleşmeleri Bilhassa Öneri – Kabul İşlemleri ve Yönetim Aşamaları

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi :12/06/2019

Mezuniyet Tarihi : 04/07/2019

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Satış Sözleşmeleri Bilhassa Öneri – Kabul İşlemleri ve Yönetim Aşamaları” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Muhammet KIZIL





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Muhammet KIZIL
Öğrenci Numarası	
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ
Tez Başlığı	Satış Sözleşmeleri Bilhassa Öneri – Kabul İşlemleri ve Yönetim Aşamaları
Turnitin Ödev Numarası	

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin olarak, .../...../..... tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç %

alıntılar dahil % 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iv
ÖZET	v
ZUSAMMENFASSUNG.....	vi
GİRİŞ.....	2

BİRİNCİ BÖLÜM

SATIŞ SÖZLEŞMESİ

1.1. Satış Sözleşmelerinde Yönetim Aşamaları.....	3
1.1.1. Genel Satış Sözleşmeleri	3
1.1.2. Kamu Satış Sözleşmeleri	3
1.1.3. Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Sözleşmeleri	5
1.2. Kaynaklarına Göre Sözleşme Şekilleri	6
1.2.1. Kanuni (Yasal) Şekil	6
1.2.2. İradî Şekil	6
1.3. Amaçlarına Göre Sözleşme Şekilleri	6
1.3.1. Geçerlilik Şekli	7
1.3.2. İspat Şekli	7
1.3.2.1. Sözlü Şekil	8
1.3.2.2. Yazılı Şekil	8
1.3.2.2.1. Metin	9
1.3.2.2.2. İmza	9
1.3.2.2.3. Resmi Şekil	10
1.3.2.3. Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	11
1.3.3. Sözleşmelerin Yorumlanması.....	11

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNERİ VE İCAPTA KAVRAMALAR

2.1. Sözleşmelerde Öneri (İcap) ve Öneriye Davet Kavramları	13
2.1.1. Genel Olarak.....	13
2.1.2. İrade Beyanlarının Uyuşması ve Geçerliliği	14
2.1.3. Öneri ve Unsurları	15
2.1.3.1. Genel Olarak	15
2.1.3.2. İrade Beyanları.....	15

2.1.3.3. Önerinin Belirliliği.....	17
2.1.3.4. Öneri Karşı Tarafa Varması Gerekli Olan Tek Taraflı Bir Beyandır	17
2.1.3.5. Öneri İle Bağlanma İradesi	18
2.1.3.6. Öneri Sözleşmenin Esaslı Unsurlarını İçeriyor Olmalıdır	20
2.1.4. Öneri İle Zamansal Olarak Bağlı Olma Durumları	21
2.1.4.1. Süreli Öneri.....	21
2.1.4.2. Süresiz Öneri.....	22
2.1.4.2.1.Hazır Olanlar Arasında Yapılan Öneri	22
2.1.4.2.2.Hazır Olmayanlar Arasında Yapılan Öneri	23
2.1.5. Öneriye Davet.....	23
2.1.5.1. Genel Olarak	23
2.1.5.2. Öneriye Davet Oluşturacak Durumlar	24
2.1.5.2.1.Hazır Olanlar Arasında	25
2.1.5.2.2.Hazır Olmayanlar Arasında	25
2.1.6. İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi.....	27
2.1.6.1. Genel Olarak	27
2.1.6.2. İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Doktrinde Yer Alan Görüşler ve İlgili Eleştiriler	27
2.1.6.3. İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 7. Maddesinin Hukuki Kurallar Çerçevesinde Açıklanması	28
2.1.6.4. İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesini Düzenleyen TBK M. 7'ye Yönelik Değerlendirme	29
2.2. Kabul Kavramı ve Aşamaları	30
2.2.1. Genel Olarak.....	30
2.2.2. Kabul Beyanı	31
2.2.3. Kabul Beyanının Hukuki Geçerliliği	31
2.2.4. Kabul Beyanının Geçerliliği.....	32
2.2.4.1. Genel Olarak	32
2.2.4.2. Kabul Beyanının Taşınması Gereken Unsurlar	32
2.2.4.2.1.Kabul Beyanının Öneriyi Yapan Kişi veya Kişilere Yapılması Gerekmemekte.....	32
2.2.4.2.2.Kabul Beyanı Şarta Tabi Tutulmamış Olunmalı... ..	33
2.2.4.3. Şekil Şartı.....	33
2.2.5. Örtülü (Zımni) Kabul ve Susma	33

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNERİ VE İCAPA ÖZEL DURUMLAR

3.1. Önerinin ve Kabulün Geri Alınması	35
3.2. Ölüm ve Ehliyetsizlik Durumunun Kabule Etkisi	37
3.3. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Öneri (İcap) ve Kabul Aşamaları	38
3.3.1. Genel Olarak.....	38
3.3.2. İrade Beyanları	38
3.3.3. İcabin Belirliliği.....	39
3.3.4. Sözleşmenin Kurulması ve Hüküm, Sonuçları.....	39
3.3.5. Öneriden (İcaptan) Vazgeçme	40
3.3.6. Önerinin (İcabin) Geri Alınması.....	40
3.3.7. Kabul Aşaması.....	40
3.4. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri Çerçevesinde (Principles Of European Contract Law “PECL”) Öneri (İcap) ve Kabul Aşamaları	41
3.4.1. Öneri (İcap).....	41
3.4.2. Kabul	42
3.5. Öneri ve Kabul Müessesesi İle Bir Takım Hukuki İlişkilendirmeler	42
3.5.1. Dürüstlük Kuralına Dayandırılan Sözleşme Benzeri İlişkiler	42
3.5.2. Fiili Sözleşme İlişkisi/Sosyal Temas	43
3.5.3. Culpa in Contrahendo	44
3.5.4. Üçüncü Kişi Lehine ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme.....	49
3.5.5. Akdin Müspet İhlali.....	50
SONUÇ	52
KAYNAKÇA.....	55
ÖZGEÇMİŞ	61

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AT.	: Allgemeiner Teil
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
b.	: bent
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BGHZ	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
CISG	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
PECL	: Principles Of European Contract Law
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

ÖZET

Özel hukuk sistemimiz genel olarak sözleşmeler üzerine kurulmuştur.

Bu sebeple sözleşmeler hukuku, özel hukuk içerisinde ayrı bir öneme sahiptir. Günlük hayatta en çok karşımıza çıkmakta olan satış sözleşmeleri de tarafların karşılıklı icap ve kabulleri ile kurulmaktadır. Bu nedenle tezin ilerleyen bölümlerinde irade beyanlarını ayrıntılı olarak ele alacağız. Bunun sonucunda da hukuk sistemini ve özel hukuku anlamaya ve kullanmaya bir adım daha yaklaşabileceğimizi düşünmekteyim.

Anahtar Kelimeler: Satış Sözleşmesi, Sözleşme, İcap, Kabul, Antlaşma, irade beyanları, Zımni irade beyanları.



ZUSAMMENFASSUNG

DER KAUFVERTRAG INSBESONDERE ANGEBOT UND ANNAHME UND DEREN FUNKTION

Das Privatrecht wird dominiert vom Vertragsrecht, die Ehe wird nach einer Ansicht ebenfalls als ein Vertrag angesehen. Somit nimmt das Vertragsrecht im Privatrecht eine dominante Rolle ein. Auch aus diesem Grunde befasst sich diese Arbeit mit dem im Vertragsrecht klassischen Kaufvertrag wobei hier im Bereich Angebot und Annahme, insbesondere das Angebot erforscht wird. Auch die Willenserklärungen werden erörtert. Mit dieser Arbeit soll ein Verständnis für das Rechtssystem insbesondere für das Privatrecht geschaffen werden.

Schlüsselwörter: Kaufvertrag, Vertrag, Angebot, Annahme, Willenserklärungen, Konkludente Willenserklärungen.

GİRİŞ

Hukuk sistemleri, bir sözleşme ilişkisinin, yani bağlayıcı bir taahhüdün meydana gelebilmesi için bir takım koşulların var olmasını gerekli görmektedir. Örneğin, Roma Hukukunda, "iki veya daha çok kişi aynı sonuç ve anlaşmada buluşmasını" sözleşmenin kurulması için yeterli görülmekteydi. Söz konusu şart, Roma Sözleşmeler Hukukunda bir sözleşmenin var olabilmesi için gerekli olan asgari şarttı. Ayrıca, her bir sözleşme için ayrı ayrı başka bazı koşulların da var olması aranmaktaydı. Diğer bir anlatımla, bağlayıcı bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için uygulanabilmesi mümkün olan anlaşmanın, "her birinin kendine özgü koşulları olan belirli bir sözleşmeler listesinde" karşılığının yer alması gerekliydi.

Günümüz hukuk sistemlerinde, bugün bağlayıcılığı olan sözleşmenin doğabilmesi için, sözleşmenin taraflarının iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olmasıyla birlikte, başka koşullarında bulunması gerekmektedir. Örneğin, bir sözleşme ilişkisinin kurulması için var olması gereken unsurlar; Roma Hukuku'ndan büyük ölçüde etkilenmiş olan Fransız Medeni Kanunu'nda "sebe" (cause), Alman Medeni Kanunu'nda ise "niyet" (wille) olarak düzenlenmektedir.¹ Görüldüğü üzere, günümüz hukuk sistemleri, bağlayıcı taahhütler ile bağlayıcı olmayan taahhütler arasında bir farkındalık yaratma ve bu yönde kriterler meydana getirme ihtiyacı hâsıl olmuştur. Bu düşünceyle Roma Hukukunda ve onun etkisiyle Kıta Avrupası Hukukunda bağlayıcılık için sebe" kavramı (causa),² kavramı geliştirilerek bağlayıcı ve uygulanabilir bir sözleşmenin varlığı söz konusu şartların meydana gelmesi koşuluna bağlanmıştır.³ Bu çalışmamızda, öncelikle sözleşmelerin içeriğine ilişkin bilgiler verilmekle beraber sözleşmede olması gereken kavramlarının ne anlama geldikleri ve özellikleri ele alınacaktır. Sonrasında, bu kavramların hukuki nitelikleri ve özellikleri incelenecektir. Yine Türk Hukukunda da sözleşmeler ve uluslararası ticaret anlaşmaları sırasında meydana gelen karşılıklı anlaşma neticesinde yapılan sözleşmeler hakkında bilgi verilecektir.

Bu sözleşmeler, idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri yönünde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bir de karma nitelikteki sözleşmeler vardır ki bunlar bu ayrımın esasları ile uyuşmamaktadır. Gerçekten de düzenleyici ve denetleyici olan kamu kurumları, özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki veya idare ile özel hukuk ilişkileri arasındaki sözleşmelere

¹ Alman Medeni Kanunu Madde 116 ve devam eden maddeler – BGB 116 maddesi.

² **Brox, Von Hans:** AT des BGB/ 23. Neubearbeitete. Auflage, Heymanns 1999, s. 459.

³ **Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 42; **Yılmaz, Ejder,** Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996.

müdahale ettiği, hatta bazen mali hükümlerin düzenlenmesine kadar ileri gidilebildiği durumları olmaktadır. Bu sorun “özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler” ayrırımı ile çözümlenmeyecek olan ve hukuki nitelemesinin farklı kıstaslarla izahı gereken bir husustur. Biz de bu çalışmamızda sözleşmenin tarafları dışında yer alan idarenin, taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracak tek taraflı bir irade beyanında nasıl bulunabileceğini farklı yollar ile izah etmeye çalışacağız.



BİRİNCİ BÖLÜM

SATIŞ SÖZLEŞMESİ

1.1. Satış Sözleşmelerinde Yönetim Aşamaları

1.1.1. Genel Satış Sözleşmeleri

Kurulma sürecin en stratejik aşamalarından birisidir. Sözleşme bir anlaşmadır ve gücünü yasal çerçeveden almaktadır. Bu süreçte tarafların taahhütlerini ve uyulması gereken kuralları kapsamaktadır⁴. İşletmeler mal ve hizmet alımlarında sözleşme yaparak malzemelerin veya hizmetin istenilen kalitede, istenilen yer ve zamanda teslim edilmesini taahhüt altına almayı hedeflemektedirler. Ancak sözleşme olsa dahi bazı tedarikçiler mal veya malzemeyi zamanında tedarik edememektedirler. Özellikle kritik malzeme üretim işletmelerinde üretimin aksamadan yürütülebilmesi için malzemelerin sözleşmede belirtilen zamanda teslim edilmesi son derece hayati önem taşırlar. Bundan dolayıdır ki birçok işletmede sözleşmeleri etkin bir şekilde yürütecek organizasyon ve koordinasyonu sağlayacak sistemler kurmaktadır.

Tedarikçilerden yararlanma uygulamasının başarılı olmasında en önemli faktörlerden birisi tedarikçi firmalarla yapılan sözleşmenin sistematik ve detaylı olmasıdır. Fortune dergisin işletmeler üzerinde yaptığı bir araştırmada, tedarikçi firmalardan yararlanma uygulamasında en çok başarısızlığa uğrayan işletmelerin, büyük bir kısmının tedarikçi lehine sözleşme yapan işlemeler olduğu ortaya çıkmıştır. Tedarikçileri stratejik ortak olarak görmenin tehlikesi, işletmelerin her sözleşmeye imza atmasına neden olmaktadır. Bu tür sözleşmeler yürürlüğe girdiğinde, tedarikçiler beklenen hizmetleri sağlayamamaktadır.⁵

1.1.2. Kamu Satış Sözleşmeleri

Ticari işletmelerde olduğu gibi kamu işletmelerinde de ihale veya anlaşma gereği tedarik işlemi uhdesinde kalan tedarikçi sözleşmeye davet edilerek sözleşme yapılmaktadır. İhale giren veya tedarik konusunda istekli olduğunu belirten satıcı, yasal tebligat süreleri ve sonucunda sözleşmeye davet edilerek yasal prosedürler kapsamında sözleşme hazırlanır. Sözleşme karşılıklı imza altına alınarak gerekli satış işleminin üretim ve mal teslim aşamasına geçilir.

⁴ **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 116.

⁵ **Yiğit, Vahit:** “Dış Kaynaklardan Yararlanma ve Hastane İşletmelerinde Uygulanması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 16.

İşletmeler kamu mal alımları ile ilgili bir alım-satım işlemi yapıyorlarsa, kamu kuruluşlarının bir mal veya hizmet satın alımı sırasında kamu ihale sözleşmeleri kanununa göre uygun tip sözleşme hazırlamak zorundadırlar.⁶ Bu tip sözleşmeler Kamu ihale mevzuatında yer almaktadır. Kamu mal ve hizmet alımlarındaki sözleşmeler belirli bir şekil şartına bağlıdır ve bunun dışına çıkılamaz. Sözleşme imzalandıktan sonra teknik ve idari şartnamelere uygun şekilde hareket etmek zorunludur. Çünkü işlemler bu mevzuat gereklerine göre harfiyen uyularak yönetilmek zorundadır. Bunlar;

- Muayene ve Kabul Komisyonlarının Kurulması
- Malzemelerin Sipariş Edilmesi
- Taşınır Mal Yönetmeliği İle ilgili işlemlerin yapılması
- Ödeme İşlemlerinin Yapılması İçin Fatura Kontrolü

İşletmelerin satın alım aşamasının son bulması için tedarikçiye malzeme bedelinin ödenmesi ile son bulmaktadır. İşletmelerde mal ve hizmet faturalarının ödenmesinde fatura kontrolleri oldukça önem arz etmektedir. Fatura kontrolü aslında malzemenin muayene ve kontrol işlemleri aşamasında yapılmaktadır. Ancak ödeme yapılmadan önce sipariş fişleri ile kontrol edilmeli ceza ve sözleşmede belirtilen diğer hususlar dikkate alınarak ödeme yapılır.

Satın alımlarda günümüzde e-ticaret uygulamaları da oldukça yaygınlaşmaya başlamıştır. İşletmeler ihtiyaç duydukları malzemeleri tedarik edebilmek için klasik satın alma süreçlerine alternatif olarak e-ihale yöntemi de uygulayabilmektedirler. Rekabetçi ve şeffaf bir ortam da sağlayabildiği için e-ticaret ya da e-ihale yöntemi uygun fiyatlarla malzeme tedarik etmekte kullanılmaya başlanmıştır. Uygulamalar tamamen internet üzerinde gerçekleştiği için tedarikçilerin sisteme ulaşmaları daha kolay olmakta, yer, zaman ve ekonomik fayda sağlamaktadır.⁷

Elektronik sipariş veya elektronik ihale yöntemi günümüzde gelişmiş ülkelerin e-devlet çalışmaları içinde önemli bir konu olarak görülmektedir. Kamu alımlarına konu olan piyasa hacmi, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) Tahminlerine göre, ülkelerin Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYH)'larına ortalama %15'lere karşılık gelen oranlara ulaşmıştır. Bu durum bize kamu kaynaklarının, kamu mal ve hizmet alımlarında önemli miktarda kullanıldığını göstermektedir. Ayrıca söz konusu kaynakların kullanılması, küresel anlamda mal ve hizmet ticareti açısından büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle mal ve

⁶ **Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Tip Sözleşmeler Madde 5:** “Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. (Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/31 md.) İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir.”

⁷ **Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil:** Türk İdare Hukuku, İstanbul 2012, s. 22.

hizmet alım süreçlerinin (ihale vb.) çağımız şartlarına cevap verecek şekilde elektronik ortama taşınmaya başladığı önemli bir realitedir. Kamu kurumlarında mal/malzeme ve hizmet yönetim departmanı malzeme kalite kontrol çalışmalarını mal alımlarını Denetim Muayene ve Kabul işlemlerine Dair Yönetmeliklerle belirtilen hususlara uygun bir biçimde taraflar arasında mutabakata varılarak yapılan sözleşme hükümlerine uygun bir biçimde muayene ve kabul komisyonları ile yürütürler. Muayene ve Kabul Komisyonlarının genel ilkelere uygun bir biçimde yapılması için Resmi Gazetede (REGA: 19.12.2002 sayı: 24968) yayınlandığı şekil ve şartlara uygun olarak yapmak zorundadırlar.⁸

1.1.3. Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Sözleşmeleri

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre; *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun açıklamalarıyla kurulur.”*. Sözleşmeler taraf sayısı bakımından tek taraflı sözleşmeler ve iki taraflı sözleşmeler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Doktrindeki bazı yazarlar tarafından bu iki ayrıma ilaveten çok taraflı sözleşmeler olduğu da kabul edilmektedir. Tek taraflı sözleşmelerde, kefalet akdinde olduğu gibi, sözleşmenin taraflarından yalnız biri borç altına girerken; iki taraflı sözleşmelerde ise, alım-satım ve kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin iki tarafı da birbirlerine karşı hem alacaklı hem borçlu konumda yer alırlar.⁹

Bizim konumuzda özellikle her iki tarafın sorumluluklarından dolayı sözleşme yapanlar arasında birbirlerine karşı sorumluluk yükleyen, borç ilişkisi kuran sözleşmeler ön plana çıkmaktadır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelere satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, trampa sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi örnek verilebilir. İki taraflı sözleşmelerde, sözleşmenin her iki tarafı birbirine karşı hem alacaklı hem de borçlu olduğu için bu sözleşmelere karşılıklı borç doğuran sözleşmeler de denmektedir.¹⁰

Ancak vekâlet, saklama sözleşmeleri gibi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden bazılarında, edimlerin karşılıklı olarak değişilmesi söz konusu değildir. Bundan dolayı da bu tür sözleşmelere “Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler” adı verilmektedir. Sözleşmeler kurulurken belirli şekil şartlarını taşıması borçlar kanunumuzda açıkça belirtilmiştir. Esas itibarıyla bir sözleşme, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bir de taraflar aralarında akdedecekleri sözleşmeleri uygun bir şekilde yapmaları gerekmektedir. Sözleşmenin şekli demek, tarafların iradelerinin belli bir biçimde ve belli araçlar ile

⁸ RG. T. 25.02.2011, S. 27857, Elektronik İhale Sorgulama Yönetmeliği m. 4 vd.

⁹ **Yavuz, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 46,59.

¹⁰ **Yavuz,** s. 46-47.

açıklanması anlamına gelmektedir¹¹. Sözleşmelerde şekil, sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların iradelerini hukuken hangi kurallar içinde, yönde prosedürleri yerine getirerek açıklayacaklarını, bu kapsamda ne gibi hukuki araçlardan faydalanacaklarını ifade etmektedir.¹²

1.2. Kaynaklarına Göre Sözleşme Şekilleri

Sözleşmelerin geçerliliği uygun şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu kapsamda sözleşmelerin yapılırken uyulması gereken şekil kuralları çeşitli başlıklara ayrılmaktadır. Şekil yönünden başlıca ayırım türleri, kaynaklarına göre sözleşme şekilleri ve amaçlarına göre sözleşme şekilleri olarak nitelendirilmektedir. Kaynaklarına göre sözleşme şekillerini aşağıdaki şekilde ele almak mümkündür.

1.2.1. Kanuni (Yasal) Şekil

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların iradelerini hangi şekilde ifade etmeleri gerektiğinin doğrudan yasa koyucu eliyle ifade edilmesidir.¹³ Başka bir deyişle bizzat kanun koyucunun öngördüğü şekil kurallarıdır.

1.2.2. İradi Şekil

Yasa koyucunun herhangi bir şekle tabi tutmadığı bir sözleşmeyi, tarafların karşılıklı arzu ve iradeleriyle bir şekle bağlayarak kurmalarını ifade etmektedir.

TBK m. 17’de yer alan düzenleme, sözleşmenin taraflarına kanun koyucu tarafından hususi olarak bir şekle bağlanmamış olan bir sözleşmeyi, tarafların aralarında kararlaştırdıkları bir şekilde yapabilmesine imkân tanımış olup, hatta “geçerlilik şekli” niteliği dahi verilmiştir.¹⁴ Gerçekten de, TBK m. 17’ye göre sözleşme, kararlaştırılan şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla bağlı olmayacaktır.¹⁵

1.3. Amaçlarına Göre Sözleşme Şekilleri

Sözleşme şekillerini amaçlarına göre, bir takım özellikleri olmakla birlikte bunları aşağıda yer vereceğimiz şekilde sıralamak mümkündür.¹⁶

¹¹ Afşaroğlu, Osman: Yurt İçi-Yurt Dışı Tebligat Hukuku, Ankara 1990, s. 17.

¹² Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 673.

¹³ Eren, s. 283

¹⁴ Esener, Turhan: Borçlar Hukuku, Ankara 1969, s. 177.

¹⁵ Altaş, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 69.

¹⁶ Eren, s. 283.

1.3.1. Geçerlilik Şekli

Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin hükümlerinin geçerli olabilmesi için tarafların uyması gerekli olan şekil şartlarıdır. Kural olarak Türk Borçlar Kanunu'nda, “**şekil serbestisi**” prensibi kabul edilmiştir. Gerçekten de TBK md. 12/I'de “*Sözleşmenin geçerliliği, kanunda açıklama olmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir*” denilerek bu husus açıkça izah edilmiştir. Kanun metninden de anlaşıldığı üzere şayet yapılacak bir sözleşmenin geçerliliği için, kanunda açıkça bir düzeleme yoksa o sözleşme herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılabilir. Taşınır malların alımı satımı gibi sözleşmelerde kanun koyucu açıkça bir şekli belirtmediyse, sözleşmenin tarafları iradelerini sözlü olarak dahi açıklayabilirler ve sözleşme de tarafların birbirine uygun irade beyanları ile birlikte geçerli olarak kurulmuş olur.¹⁷

Buna karşılık kanun koyucu, bir sözleşmenin belli bir şekil şartıyla gerçekleştirilmesini öngörmüşse, kanunda düzenlenen bu şekil şartı, o sözleşmeler için artık bir geçerlilik şartı olmaktadır.¹⁸ Aksi durumda da kanunun yapılmasını öngördüğü şekle aykırı düzenlenen sözleşmeler de geçersiz olacaktır. Bu duruma gayrimenkullerin alım ve satımıyla ilgili sözleşmelerin sözlü olarak yapılmasını örnek verebiliriz. Gerçekten de bu durum TBK m.12/2'de; “*öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*” denilerek kanun koyucu tarafından da açıkça ifade edilmiştir. Kanunun emrettiği şeklin yanında bizzat tarafların kararlaştırdıkları şeklin yani iradi şeklin de bir geçerlilik şekli olduğu TBK md.17' de açıkça belirtilmiştir.¹⁹

Kanun koyucunun belirli bir şekle uyularak yapılmasını istediği şekil kuralları o sözleşmenin tarafları için “*emredici*” niteliktedir.²⁰ Bu sebeple da sözleşmenin tarafları aralarında anlaşarak kanunda yer alan şekil kuralını bertaraf edemezler. Tarafların yapacağı sözleşmeye ilişkin kanunda yer alan şekil şartına uyulmadan sözleşme akdedilirse, söz konusu sözleşme geçersiz olacaktır. Bu durumda söz konusu sözleşmenin geçerli olduğunu düşünerek borcunu ifa eden kişi, yapmış olduğu ifayı TBK'da düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda geri alabilecektir.

1.3.2. İspat Şekli

Bir hukuki işlemin, bir sözleşmenin hukuk dünyasında var olduğunun ispatlanması için öngörülen şekil meselesidir. İspat şekli, Borçlar Hukukundan ziyade Medeni Usul

¹⁷ Eren, s. 316.

¹⁸ Oğuzman, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11. Baskı, İstanbul 2013, s. 143.

¹⁹ Altaş, s. 68.

²⁰ Tuğ, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, Trabzon 1978, s. 46.

Hukukunu ile doğrudan ilgili bir konudur.²¹ Gerçekten de HMK'nın 200 vd. maddeleri ispat şekline ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. HMK m. 201'de; "*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.*" düzenlemesi ile görüldüğü üzere ispat şekli yönünden bazı kaideler düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan söz konusu benzer hüküm, Borçlar Kanunu'nda kabul edilen şekil serbestliği ilkesine ciddi bir sınırlandırma getirmiştir.²²

Kanundan doğan geçerlilik şeklinin de kendi içinde türleri bulunmaktadır.²³ Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşmelerin geçerlilik şekilleri üç başlık altında ele alınmıştır. Bunlar; resmi yazılı şekil, adi yazılı şekil ve sözlü şekildir.

1.3.2.1. Sözlü Şekil

Tarafların sözleşmeyi kurmaları için gerekli olan irade açıklamalarının sözleşme yapılmasının gerekli ve yeterli olduğu şekildir. Türk Borçlar Kanunumuzda sözlü şeklin şart koşulduğu durumlar bulunmamasına karşın, Türk Medeni Kanunu'muzda iki tip hukuki işlem için sözlü şekil şartının arandığını görmekteyiz.²⁴ Bunlar ise; sözlü vasiyet ve evlenme sözleşmesi. Bu iki hukuki işlemde de irade açıklamalarının mutlaka sözleşme yapılmış olması şarttır. Gerçekten de evlenme merasiminde evlenecek olan çiftler evlendirme memurunun yöneltmiş olduğu sorulara sözlü olarak cevap vermek zorundadırlar.

1.3.2.2. Yazılı Şekil

Taraflarının yapacakları sözleşmeyi daktilo, el yazısıyla, bilgisayar veya başka bir aletle bir belge düzenlemek suretiyle ve söz konusu belgenin de altını imzalamaları ile geçerliliğinden bahsedebileceğimiz şekil şartıdır.²⁵ TBK'nın geçerliliğini yazılı şekle tabi tuttuğu bazı önemli hukuki işlemler şu şekilde sıralanabilir: TBK m. 581'de düzenlenen Kefalet Sözleşmesi, TBK. m. 183'te düzenlenen Alacağın Devri Sözleşmesi, TBK m. 285'te düzenlenen Bağışlama Taahhüdü Sözleşmesi. Bunların yanında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 17'de yer alan Taksitle Satış Sözleşmesinin geçerliliği de yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.

²¹ **Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku I Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 220.

²² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 102.

²³ **Eren,** s. 286.

²⁴ **Eren,** s. 302.

²⁵ **Feyzioğlu, Feyzi:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1976, s. 313.

Yazılı şekil, içinde iki unsuru barındırmaktadır. Bu unsurlar, metin ve metnin sonuna atılan imzadır.²⁶

1.3.2.2.1. Metin

Sözleşme taraflarının üzerinde mutabık kaldığı ve sözleşme içeriğinin kalem alındığı irade açıklamalarını içeren belgedir. Sözleşme tarafları bu belge ile karşılıklı olarak anlaşmaya vardıkları hususları beyan ederler.

Tarafların mutabık kaldıkları metnin borçlu veya alacaklı tarafından yazılması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşme tarafları sözleşme metnini üçüncü bir kimseye de yazdırabilirler.²⁷ Ayrıca, sözleşme metninin el yazısı veya bilgisayarla yazılması gibi bir şartta bulunmamaktadır.²⁸ Sözleşme metninde yer alan ifade ve dil seçiminin sözleşmenin geçerliliği hususunda herhangi bir etkisi de bulunmamaktadır.²⁹ Bu sebeptendir ki taraflar sözleşmeyi ister Türkçe isterse de başka bir yabancı dil üzerinden kaleme alabilirler.³⁰

1.3.2.2.2. İmza

İmzalayan kişinin kimliğini belli ederek teyit eden ve sıklıkla imzayı atan kişinin adı ve/veya soyadının yazılmasından oluşan bir işarettir.³¹ İmza atan kişinin kendi adı ve/veya soyadının imzanın içinde tam olarak yazılması bir geçerlilik koşulu değildir. Burada önemli olan husus, imza sahibinin kim olduğunun teyit edilebilir olmasıdır.

Geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasında bağlanmış sözleşmeler için sözleşme taraflarının özellikle borç altına giren taraf/tarafların sözleşme metnini imzalaması gerekmektedir.³² Örneğin; yalnız bir tarafın borç altına girdiği kefalet sözleşmesinde, TBK m. 14 gereği sadece kefil olarak imza atan tarafın sözleşmeyi imzalaması yeterli olup, alacaklının da senedi ayrıca imzalamasına gerek yoktur.³³

Örf ve âdet hukukunun imkân verdiği özellikle tedavüle çıkarılan çok miktarda kıymetli evrakın imzalanmasının gerektiği hallerde, imza koşulunun bir vasıtası ile yerine

²⁶ Altaş, s. 73.

²⁷ Altaş, s. 74.

²⁸ Yargıtay 19. HD. E. 2001/133, K. 2001/4147 sayılı ilamı; Türk Ticaret Kanunu, m. 778- (1) Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe; a) Poliçelerin cirosuna ilişkin 681 ilâ 690, b) Vadeye dair 703 ilâ 707, c) Ödeme hakkındaki 708 ilâ 712, d) Ödememe hâlinde başvurma haklarına dair 713 ilâ 727 ve 729 ilâ 732, e) Araya girme suretiyle ödemeye ilişkin 734, 738 ilâ 742, f) Suretler hakkındaki 746 ve 747, g) Değiştirmeye dair 748, h) Zamanaşımına dair 749 ilâ 751, ı) İptale dair 757 ilâ 765, 11147 i) Tatil günleri, sürelerin hesabı, atıfet sürelerine ilişkin yasak, poliçeye dair işlemlerin yapılması gereken yer ve imza hakkındaki 752 ilâ 756, j) Kanunlar ihtilâfına dair 766 ilâ 775 inci, maddeler hükümleri bonolar hakkında da geçerlidir. (E.T. 10.04.2019, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 145.

³⁰ Eren, s. 288.

³¹ İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 132.

³² Altaş, s. 75.

³³ Esener, s. 174.

getirilmesi mümkündür. Misal olarak basılarak piyasaya sürülen kâğıt paraların, tahvillerin veya hazine bonolarının üzerine el yazısı ile her birinin imza altına alınmasının imkânsızlık derecesindeki zorluğu ortadadır.³⁴

TMK m.14/III hükmü gereği görme engelli kişilerin imzaları usulen tasdik edilmedikçe veya imza attıkları anda söz konusu işlemin metnini ve içeriğini bildikleri kabul edilmedikçe, onları bağlamaz. Görüldüğü üzere, görme engelli kişilerin imzalarının kendileri için bağlayıcı olabilmesi için, ya bu kişilerin imzalarının noter tarafından onaylanmış olması ya da engelli kişinin imzasını attığı sırada söz konusu metnin içeriği hakkında yeterince bilgisinin olduğunun ispat edilmesi gereklidir.

Bir diğer ihtimal de imza atacak olan kimse okuma yazma bilmemesi durumudur. Bu durumda kişi okuma yazma bilmediği için veya fiziksel bir rahatsızlık nedeniyle el yazısı ile imza atamıyorsa, bu kişiler usulen tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaret koymaya veya resmi bir belge kullanma konusunda yetkilidir.³⁵ Bu işaret için bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bu konuda gündelik hayatta en çok kullanılan yöntem **parmak basma, mühür ve elektronik imza** kullanma yöntemleridir.³⁶ Ancak önemli olan husus bahsettiğimiz bu işaretlerin imza yerine kullanılabilmesi için mutlaka noter tarafından onaylanmış olmaları gerekmektedir.³⁷ 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 297'ye göre ihtiyar heyeti ve o yöreden iki kişinin onayladığı bir işaretin söz konusu kişiler tarafından kullanabileceği belirtilmiştir. Son olarak da imza, bütün metnin ya da sözleşmenin tamamının kabul edildiğini gösterecek şekilde metnin altına atılması gerekmektedir.³⁸

1.3.2.2.3. Resmi Şekil

Resmi şekilden kastedilen, tarafların yapmak istedikleri hukuki işlemin yetkili resmi bir makam önünde gerçekleştirilmesidir.³⁹ Hukukumuzda resmi şekil için gerekli olan makamlar şu şekildedir:⁴⁰

- Hâkim
- Noter
- Tapu Memuru

³⁴ Eren, s. 290.

³⁵ Eren, s. 294.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Keser Berber, Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Digital İmza, Ankara 2002, s. 128; Sarıakçalı, Turgay, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Ankara 2008, s. 64; Altınışık, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 58; Orta, Mesut, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 35.

³⁷ Noterlik Kanunu m. 75.

³⁸ Eldeniz, Gülperi: "Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza", TBB Dergisi, Sayı 74, 2008, s.116.

³⁹ Altaş, s. 77; Esener, s. 171.

⁴⁰ Eren, s. 298.

Bu üç makam tarafından düzenlenen senetlere “**Resmi Senet**” adı verilmektedir.⁴¹ Bu kapsamda örneğin Noterlik Kanunu m. 82/II hükmü gereği; “*Noterlerin düzenledikleri senetlerin ispat gücü fazladır, bunlar sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedirler*”. Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu’nda geçerli olabilmesinin resmi şekle tabi tutulduğu hukuki işlemlerin bazıları şunlardır;

Medeni Kanun m. 205’te düzenlenen Mal Rejimi Sözleşmesi, Medeni Kanun m. 532’de düzenlenen Resmi Vasiyetname, Medeni Kanun m. 545’te düzenlenen Miras Sözleşmesi, yine taşınmazlar üzerindeki ayni haklar ile ilgili işlemler ile İpotekli Borç Senedi ve İrat Senedi gibi hukuki işlemlerin büyük bir kısmında da yetkili resmi makam Noterlerdir.

Taşınmazlar üzerinde yer alan ayni haklarla ilgili olan hukuki işlemlerde resmi makam ise Tapu Sicil Müdürleri (Memurları)dır.⁴² Bir taşınmazın satılma işleminde, rehin hakkı, oturma hakkı, intifa hakkı gibi sınırlı ayni hakların kurulmasında veya kullanılmasında ise resmi yetkili makam Tapu Kanunu m.26 gereği tapu memurlarıdır.

1.3.2.3. Şekle Aykırılığın Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu m. 12 gereği, sözleşmelerde şekle uymama durumunda doğacak sonuçlar; Kanun koyucunun ister yazılı olsun ister resmi olsun herhangi bir şekle tabii tuttuğu hukuki işlemlerin mutlaka kanunda belirtilen şekle uyularak yapılmaları gerekmektedir. Taraflar bu şekil şartına uymadan sözleşme akdetmişlerse yapmış oldukları hukuki işlem batıl olacaktır.⁴³

Şayet sözleşmede bir şekle aykırılık söz konusu ise, taraflardan birisinin bu durumu ileri sürmesine gerek kalmadan hâkim görevi gereği bu durumu re’sen dikkate almak durumundadır.⁴⁴ Zira şekle aykırılığın yaptırımı mutlak butlandır. Şekle aykırı olarak yapılan bir sözleşmede, taraflar edimlerini yerine getirmiş olsalar dahi, sözleşmenin geçerli olması mümkün olmadığından, sözleşmenin her bir tarafı karşı taraftan bu kapsamda yapmış olduğu edimin geri verilmesini isteyebilecektir.⁴⁵

1.3.3. Sözleşmelerin Yorumlanması

Bazı durumlarda sözleşmeler yapısı veya yapılış biçimi gereği anlaşılamayan ya da açıklanamayan maddeleri olması durumunda o maddelerin yorumlanmaya ihtiyaç olabilir.⁴⁶

⁴¹ İnan, s. 90; Altaş, s. 78.

⁴² Eren, s. 300.

⁴³ Eren, s. 304.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 157.

⁴⁵ TBK m. 77’ye göre bir hukuki temeli olmadığından, bir satış sözleşmesine, bir hizmet sözleşmesine veya bir başka genel sözleşmeye dayanmadığından, edimler iade edilmelidir.

⁴⁶ Eren, s. 149.

Her ne kadar kanun maddelerinde Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelen hukuki bir işlem olduğu belirtilmişse de tarafların irade açıklamaları arasında uyumluluk ve uygunluk bulunup bulunmaması önemli olduğundan, öncelikle bunun ciddi bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için de tarafların yapmış oldukları açıklamaların gerçek anlamlarının ortaya çıkarılması ile yani tarafların açıklamalarının yorumlanması ile mümkün olacaktır.⁴⁷

Sözleşmelerin yorumlanma ihtiyacı, birçok kez yapılan irade açıklamalarında kullanılan bir sözcüğün veya deyimın anlamı hususunda tarafların bir anlaşmaya varamamaları durumunda ortaya çıkmaktadır.⁴⁸ Tarafların sözleşmede kullanmış oldukları sözcüklerden ve deyimlerden ne kastettikleri ve asıl amaçlarının ne olduğunun anlaşılabilmesi ancak yorum yoluyla mümkün olabilir ve bu görev de hâkime düşmektedir.

Sözleşme taraflarının irade açıklamalarının yorumunda gerek yargısal içtihatlar da gerekse doktrinde hâkimin “güven ilkesine” uygun olarak işin özel durumunu, hal ve şartları göz önünde bulundurmadan orta zekâlı, güvenilir ve dürüst bir kişinin olağan hayat içindeki deneyimlerine göre vereceği anlamı esas alması görüşü hâkimdir.⁴⁹

⁴⁷ **Pekcanıtez, Hakan:** Hukuki Dinlenilme Hakkı, İzmir 2000, s. 753-791.

⁴⁸ **Esener,** s. 22.

⁴⁹ **Eren,** s.152.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNERİ VE İCAPTA KAVRAMLAR

2.1. Sözleşmelerde Öneri (İcap) ve Öneriye Davet Kavramları

2.1.1. Genel Olarak

Sözleşme, kısa ve öz bir biçimde tanımlandığında, “iki ya da daha fazla kimse arasında yapılan ve şartlarına uyulması kanunla belirlenmiş olan antlaşmalardır” denilebilir.⁵⁰ Sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleştirilen bir hukuki işlem olan “Sözleşmenin” genel olarak belirli bir biçimde yapılması mecburi değildir.⁵¹ Ancak bazı sözleşme tiplerinin belirli şekillerde yapılması kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Örneğin, taşınmazlara ilişkin satım sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunludur. Ayrıca sözleşmenin yazılı şekilde yapılması, ihtilaf durumunda ispat etmeyi kolaylaştırmak için de taraflar için yarar sağlayacaktır.

İcap bir irade beyanıdır. Bir irade beyanı hukuki bir sonuç doğurmak amacı ile, özel bir iradeyi dışa vurmaktır.⁵² İrade beyanı iki bölümden oluşmaktadır, birincisi beyanda bulunanın niyeti, ikincisi irade beyanı. Niyet değil beyan hukuki sonuç doğurmaktadır. Niyet bilinemediği için, niyet dışa belli edilmelidir. Niyet ve beyan irade beyanını oluşturmaktadır.

İrade beyanında niyet, 19 yüzyıldaki ilk çalışmalarda, eylem yapma niyeti, beyanda bulunma niyeti, hukuki işlem yapma niyetinden oluşmaktadır.⁵³ Eylem niyeti hareket etmek niyeti ve bilincidir, dolayısıyla yani kafa sallama, konuşma gibi dışa vuran davranışlara eylem niyeti denilmektedir.

Bir sözleşme taraflardan birinin yapmış olduğu icabın/önerinin sözleşmenin karşı tarafından kabul edilmesiyle kurulur.⁵⁴ Her bir sözleşme taraflarının istek ve menfaatleri üzerine kurulmaktadır. Örneğin satım sözleşmesine konu basit bir işlem, yazılı yapılmasına gerek olunmayan, sözlü olarak da yapılabilen bir iştir. Bu satım konusu işlemde alıcı taraf almış olduğu mala karşılık bir bedel öderken, satıcı ise bu mal karşılığında bir ücret almaktadır. Söz konusu durumda sözleşmenin geçerlilik şartları oluşmuş ve sözleşme usulüne uygun ifa edilmiştir.⁵⁵

⁵⁰ Eren, s. 200.

⁵¹ Antalya, Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 146.

⁵² Brox, s. 50.

⁵³ Brox, s. 51.

⁵⁴ Eren, s. 258.

⁵⁵ Eren, s. 242-243.

2.1.2. İrade Beyanlarının Uyuşması ve Geçerliliği

Taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin geçerliliği sözleşme taraflarının o sözleşmeyi serbest iradeleri ile yapmış olmasına bağlıdır.⁵⁶ Bu nedenle sözleşme taraflarından birini aldatma, yanıltma veya korkutma yolu ile sözleşme yapmış olması durumunda söz konusu sözleşme hükümsüz olacaktır. Zira Türk Borçlar Kanunu m. 37 ve 38 gereği bir sözleşme icbar ile yapılamaz. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'na göre ergin olmayanlar, kısıtlılar ve akıl sağlığı yerinde olmayanlar geçerli bir sözleşme akdedemezler. Aynı şekilde sözleşmenin içeriği kanuna veya ahlaka aykırı olan sözleşmeler de tarafların iradeleri uyuşsa bile geçerli olamaz.⁵⁷ Zira aksi durumda yapılırsa dahi sözleşmenin geleceği butlan ile geçersiz olacaktır.

Geçerli olarak akdedilen bir sözleşmede sözleşmenin tarafları edimlerini yerine getirmekle mükelleftir.⁵⁸ Gerçekten de sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen taraf için karşı taraf görevli ve yetkili mahkemeye müracaat ederek edimlerini yerine getirmeyen tarafın yerine getirmesi konusunda talepte bulunabilir. Taraflardan birinin bu başvurusu üzerine görevli ve yetkili Mahkeme edimini yerine getirmekten imtina eden sözleşme tarafını bu edimin yerine getirmesi hususunda zorlayıcı kararlar alabilir. Ayrıca görevli ve yetkili mahkeme edimini yerine getirmeyen kişinin meydana getirdiği zarar dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafının doğan zararını ödemeye mahkûm edebilir.

Borcun kaynakları açısından en yaygın karşılaşılan şey, sözleşmedir. Bazı durumlarda taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmasa da sözleşme varmış gibi bir borç ilişkisi meydana getirilebilir. Bu duruma neden olan husus Türk Medeni Kanunu m. 2'de yer alan dürüstlük kuralıdır. Bu tip durumların meydana geldiği en tipik durum ise sözleşme öncesi sorumluluk anlamında yer alan (culpa in contrahendo) sorumluluğudur. Sözleşme öncesi sorumlulukta yer alan borç ilişkisi Türk Medeni Kanunu'nda yer alan dürüstlük kuralından ortaya çıktığı için, tarafların sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelmiş olmaları bu sorumluluk için yeterli olacaktır Buna karşın tarafların sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmeleri söz konusu olursa ve taraflardan birinin davranışı bu sonuca sebep olmuşsa diğer taraf için artık sözleşme öncesi sorumluluk hükümlerine dayanarak karşı tarafın sorumluluğuna gitmesi mümkün olacaktır.⁵⁹

Her ne kadar kanun maddelerinde Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelen hukuki bir işlem olduğu belirtilmişse de tarafların irade açıklamaları arasında uyumluluk ve uygunluk bulunup bulunmaması önemli olduğundan,

⁵⁶ Oğuzman/Öz, s. 51.

⁵⁷ Eren, s. 258.

⁵⁸ Antalya, s. 168.

⁵⁹ Nomer Ergin / Şanlı Cemal: Devletler Hususi Hukuku, 16. B, İstanbul 2008, s. 524.

öncelikle bunun ciddi bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir.⁶⁰ Bunun için de tarafların yapmış oldukları açıklamaların gerçek anlamlarının ortaya çıkarılması ile yani tarafların açıklamalarının yorumlanması ile mümkün olacaktır.⁶¹ Tarafların iradelerinin ne anlama geldiğini “Güven Teorisi” çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Güven teorisine göre bir kişinin irade beyanının dürüstlük kuralı gereği geçerli bir irade beyanı olarak kabul edilmiş olması karşı taraf bakımından haklı olarak görülüyorsa, haklı gören kişi bakımından artık geçerli ve tüm unsurları taşıyan bir irade beyanı kendisine yapılmış gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır. Gerçekten de yapılan irade açıklamasının öneri, öneriye davet veya kabul olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceği bu esasa göre belirlenebilecektir.⁶²

2.1.3. Öneri ve Unsurları

2.1.3.1. Genel Olarak

Bir sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu irade beyanların ilk yapılarına icap/öneri, ikinci yapılarına ise kabul adı verilir.⁶³ Bu irade beyanlarından tek tarafları bir hukuksal işlem olan icap/öneri, aslında gönderilen kişiye yapılan bir sözleşme yapma çağrısıdır.⁶⁴ Karşı tarafa iletilen önerinin kurulacak olan sözleşmenin hangi tarafınca yapıldığının bir önemi yoktur. Misal olarak, bir saat satışında satıcı da alıcı da karşı tarafa öneride bulunabilir. Yani önemli olan husus öneride bulunan tarafın alıcı ya da satıcı olması değil zamansal olarak hangi tarafın önce irade açıklamasında bulunduğuudur. Yine misal vermek gerekirse, A’nın bir telefonu var B ise bu telefonu astın almak istiyorsa, B, bu telefonu bana 1.000TL’ye satar mısın derse öneride bulunan taraf B olurken; A kişisi, istersen bu telefonu sana 1.000TL’ye satabilirim derse de bu durumda öneri de bulunan taraf A kişisi olacaktır.

2.1.3.2. İrade Beyanları

Taraflardan herhangi birinin karşı tarafa yapmış olduğu her irade açıklamasıyla sözleşme kurulmamaktadır.⁶⁵ Gerçekten de taraflardan birinin yapmış olduğu irade beyanının sözleşmenin kurulmasına götürebilecek bir öneri olabilmesi için karşı tarafın bu öneriye “kabul” beyanıyla cevap vermesi gerekmektedir. Yani öneride bulunanın o öneri açıklaması ile bağlı olması son derece önemlidir. Zira taraflarca kurulması amaçlanan sözleşmenin

⁶⁰ Eren, s. 259.

⁶¹ Pekcanitez, s. 753-791.

⁶² Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.150.

⁶³ Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 60.

⁶⁴ Eren, s. 259.

⁶⁵ Eren, s. 259.

geçerli bir şekilde kurulabilmesi için söz konusu irade beyanlarının o sözleşmeyi kurabilmek için yeterli donanımda ve içerikte olması gerekmektedir.⁶⁶ Misal olarak fiyatı gösterilmeden vitrinde duran bir takım elbise sadece tanıtım amaçlı olarak koyulmuştur. Yani vitrine koyan kişi o ürünün satılık olduğunu belirtmek isteseydi altına o ürünün fiyat etiketini de koyardı. Bu nedenle fiyatı belirtilmeksizin mal sergilenmesi öneri niteliği taşımamaktadır.⁶⁷

Bir sözleşme taraflar arasında gerçekleşen öneri ve kabul beyanları ile kurulmuş olur. Önerinin ne demek olduğunu yukarıda izah ettik.⁶⁸ Kabul beyanı ise, önerinin iletmiş olduğu daveti karşı tarafın onaylaması suretiyle beyanda bulunması olarak izah edilebilir. Kabul beyanının önerene süresi içinde ulaşması gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme kurulmamış olacaktır. Kabul beyanı tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli olan bir irade beyanıdır. Ancak burada önemli olan bir husus bulunmaktadır. Bu da kabul beyanının mutlaka öneri beyanının içeriğindeki irade açıklamalarını tam anlamıyla kapsıyor olmasıdır. Yani kabul beyanı öneri beyanının içeriğinden ne fazla ne eksik olacaktır. Birebir öneri beyanı ile aynı içerikte onaylanarak yani kabul edilerek karşı tarafa iletilmesi gerekmektedir. Gerçekten de yapılan önerinin ihtivasını değiştirerek karşı tarafa iletilen kabul beyanları geçerli bir kabul beyanı olmayacaktır. Bu tip beyanlar ancak yeni bir öneri beyanı olarak kabul edilebilir.⁶⁹

Öneriyle bağlı olunduğunun karşı tarafa iletilmesi amaçlı kabul beyanı onu ileten tarafından açık veya örtülü olarak öneriyi yapan kişiye iletilebilir.⁷⁰ Açık kabul beyanında, kabul beyanını ileri süren kişi açıkça kendisine sunulan öneri ile bağlı olmak istediğini öneriyi sununa bildirmektedir. Örtülü (zımni) kabulde ise, kabul beyanını ileri süren kişi açıkça kendisine sunulan öneri ile bağlı olmak istediğini öneriyi sununa bildirmemekte ve herhangi bir açıklama yapmamaktadır.⁷¹ Buna karşın biz bu kişinin öneri ile bağlı olmak istediğini gösterdiği hal ve hareketlerden anlamaktayız. Kabulcü tarafın hal ve hareketlerinden kabul ettiğini anlayamıyorsak artık örtülü kabulden bahsetmemiz mümkün değildir. Bu durumu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; bir kişinin markete giderek bir ürünü satıcıya gösterip parasını vermesi durumunda açıkça bu ürünü almak istediği yönünde bir beyanda bulunmasa da davranışlarıyla o ürünü almak istediğini anladığımızdan artık o kişinin ürünü elinde tutarak parayı uzatmasını örtülü/gizli kabul olarak değerlendirmek mümkündür. Bir başka örnekte gündelik hayatta hep karşılaştığımız şekilde aracınızı bir otoparka bırakırsanız herhangi bir

⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 88.

⁶⁷ Brox, s. 91, TBK m. 8 Farklılıklar

⁶⁸ Bkz. 2.1.1.-2.1.2. numaralı başlıklandırmalar.

⁶⁹ Brox, s. 97.

⁷⁰ Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2006, s. 78.

⁷¹ Antalya, s. 177.

açıklama yapmamış olunmasına karşın örtülü bir kabul ile o otoparkın fiyat tarifesini kabul etmiş olmanızdır.⁷²

Buna karşın, kabul beyanında bulunacak olan kişinin sessiz kalması ve davranışlarıyla da bir şey ifade etmemesi durumunda biz bu kişinin örtülü olarak öneri ile bağlı olduğunu söyleyemeyeceğiz.⁷³ Zira kural olarak suskun kalmak irade olumlu bir irade açıklaması değildir. Yani öneri karşısında suskun kalan kişinin o öneriyi kabul ettiğini söylemek mümkün değildir.

2.1.3.3. Önerinin Belirliliği

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanlarından, ilgili sözleşmenin bütün esaslı hususlarını içeren, zaman olarak önce yapılan ve karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran tek taraflı ve varması gerekli irade beyanına icap (teklif veya öneri) denir.⁷⁴

Öneri, bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanlarından zaman itibarıyla, önce yapılanıdır. Karşı tarafa iletilen önerinin kurulacak olan sözleşmenin hangi tarafınca yapıldığının bir önemi yoktur. Misal olarak, bir saat satışında satıcı da alıcı da karşı tarafa öneride bulunabilir. Yani önemli olan husus öneride bulunan tarafın alıcı ya da satıcı olması değil zamansal olarak hangi tarafın önce irade açıklamasında bulunduğu.

2.1.3.4. Öneri Karşı Tarafa Varması Gerekli Olan Tek Taraflı Bir Beyandır

Öneri açıklamasının bir tek kişiye yöneltilmesi gibi bir sınırlama bulunmamaktadır.⁷⁵ Zira öneri birden fazla kişiye yöneltililebilir. Satılmak istenen bir ürünün etiketi ile vitrine koyarak sergilenmesi durumunda hal böyledir. Yapılacak olan bir öneri kurulacak olan sözleşmenin tüm önemli noktalarını düzenliyor olmalıdır.⁷⁶ Aksi takdirde yapılacak olan şey bir öneri olmaktan çıkacak olsa olsa bir öneriye davet olacaktır. Gerçekten de karşı tarafa açıklanan irade beyanının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu hususunu belirleyebilmek son derece mühimdir. Zira karşı tarafa yapılan olan irade beyanı öneri şartlarını taşıyorsa artık öneride bulunan kişi yapmış olduğu bu önerisinin hüküm ve sonuçlarından sorumlu olacaktır.⁷⁷

Bu doğrultuda öneri yapanın önerisinin hüküm ve sonuçlarıyla bağlı olabilmesi için karşı taraf kendisine yapılan öneriyi tamamen aynı şekliyle kabul etmesine bağlıdır. Buna

⁷² **Bilge, Necip:** Hukuk Başlangıcı, Ankara 2001, s. 52.

⁷³ **Eren,** s. 261.

⁷⁴ **Serozan, Nora:** Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 94.

⁷⁵ **Eren,** s. 259.

⁷⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 82.

⁷⁷ **Tunçomağ,** s. 120.

karşın ilk irade açıklamasında bulunan kişi önerinin şartlarını taşımayan bir açıklama yapmışsa bu durumda artık öneriden bahsedemeyeceğimiz için bu irade açıklamasına öneriye davet demek durumundayız. Bu şekilde yapılmış olan bir öneriye davet durumunda, öneriye davet irade açıklamasında bulunan kişi bu öneriye davet açıklaması ile bağlı olmayacaktır. Bu sebeple de öneriye davet açıklamasında bulunan taraf irade açıklamasını yönelttiği kişi haricinde başka kişilere de hüküm ve sonuçlarından sorumlu olmadan aynı içerikli irade açıklamasında bulunma imkânı mevcut olmaktadır.

Yukarıda öneri ile öneriye davet arasındaki önemli farklılıklardan bahsettik. Bu kapsamda bir açıklamanın öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğunu belirleyebilmek için yapılan irade açıklamasının gerek içine gerek de irade açıklamasının yapıldığı durum ve koşullar dikkate alınmalıdır.⁷⁸ Bir açıklamanın öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğunu anlayabilmenin bir diğer yolu da kendisine irade açıklaması yapılan taraf söz konusu açıklama hakkında eksik bilgi ve benzeri sebeplerle soru sorma gereği duymuyorsa bu durumda yapılan ilk açıklama öneridir; aksi durumda ise yapılan ilk açıklama öneriye davet olacaktır.⁷⁹

2.1.3.5. Öneri İle Bağlanma İradesi

Öneri, sunulan kişiyle bir sözleşme yapma ihtiyacından mütevellit yapılan bir irade açıklamasıdır.⁸⁰ Öneriyi karşı tarafa ileten kişi yapmış olduğu irade açıklamasının sonuçlarını ve sorumluluklarını düşünerek bu açıklamayı yapması kendi yararına olacaktır. Bu sebeple de öneri açıklamasında bulunan kişinin gerçekten sözleşme yapmak istemiyorsa yani sözleşmenin yapılmamasının sonuçlarına katlanmak istemiyorsa, bu durumda ilk beyanda bulunan kişi ya irade beyanının bir öneri niteliğinde olduğu hususunda karşı tarafı bilgilendirecek ya da beyanında önerinin şartlarının tamamını örneğin satış sözleşmesinde ürünün fiyatını belirtmeden karşı tarafa bir irade açıklamasında bulunmalıdır. Zira bu durumda artık karşı tarafa yapmış olduğu irade açıklaması öneri olmaktan çıkarak öneriye davet niteliği kazanacaktır.

Öneri o öneriyi yapan kişiyi bağlamaktadır.⁸¹ Yani kural olarak öneriyi yapan kişi o önerisiyle bağlıdır vazgeçemez. Yukarıda da kısa belirttiğimiz üzere önerenin önerisi ile bağlı olması kuralının birtakım istisnaları da mevcuttur. Misal olarak öneride bulunacak olan kimse söz konusu irade açıklamasında bulunurken bu beyanı ile bağlı olmak istemediğini karşı tarafa açıkça ifade ederse artık bu kişi yapmış olduğu öneri açıklamasının hüküm ve sonuçlarıyla bağlı olmaktan kurtulacaktır. Bu durumda da söz konusu irade açıklamasında

⁷⁸ **Reisoğlu, Sefa:** Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 53.

⁷⁹ **Eren,** s. 152.

⁸⁰ **Eren,** s. 220.

⁸¹ **Tunçomağ,** s. 120.

bulunan kişinin bağlı olma niyetinde olmadığını açıkça karşı tarafa ifade etmesi münasebetiyle yapmış olduğu irade açıklaması da öneri olmaktan çıkarak öneriye davet olarak nitelendirilecektir.⁸²

Öneri, ilk beyanda bulunan tarafından yapılan ve karşı tarafın egemenlik alanına ulaşmasıyla hüküm ve sonuç doğuran bir irade açıklamasıdır.⁸³ Yapılacak olan irade açıklamasının öneri olarak kabul edilebilmesi için yapılmak istenilen sözleşmenin gerekli olan tüm özelliklerini içinde barındırıyor olması gerekmektedir. Aksi halde yani yapılmak istenilen sözleşmenin tüm özelliklerini içerisinde barındırmıyorsa, artık yapılan irade açıklamasına öneriye davet demek gerekmektedir.

Sözleşmenin iki tarafı da örneğin alıcı ve satıcı gibi, sözleşmenin kurulmasına yönelik ilk açıklama olan öneriyi yapabilir.⁸⁴ Ayrıca sözleşmenin kurulmasına yönelik yapılan önerinin doğrudan tek bir muhatabına yapılması da zorunlu değildir.⁸⁵ Gerçekten de öneri yapmak isteyen birden fazla kişiye aynı anda ya da farklı zamanlarda bu irade açıklamasını yöneltebilir.⁸⁶ Bu şekilde yapılan önerilere de TBK m. 8 gereği kamuya açık öneri denilmektedir. Yapılacak olan önerinin kapsamı, konusu, içeriği ilk açıklamada bulunan tarafından belirlenir. Ayrıca öneri açıklamasında bulunan kişi yapmış olduğu öneri ile ancak belirli şartlarla bağlı olduğu konusunda önerisine bir açıklama da eklemesi mümkündür. Yapılan öneri ile birebir aynı şartlar altında kabul edildiğini öneri açıklaması yapan tarafa iletilmesi ise kabul beyanı olup, artık bu andan itibaren sözleşme de kurulmuş olacaktır. Taraflardan birinin yapmış olduğu öneriye karşılık diğer tarafça aynı şartlar altında verilen olumlu irade beyanına yani cevaba kabul denilmektedir.

Beyanda bulunma niyeti, hukuki bir beyanda bulunma niyetinden ibarettir, beyanın bir hukuki sonuç doğurduğunu bilen kişi beyanda bulunma niyetine haizdir, beyanın hukuki sonucunun niyeti ile bağdaşması önemli değildir. Beyanda bulunma niyeti, artık irade beyanın oluşumlarından görülmemektedir. Örneğin A bir yazı imzalayıp B göndermektedir bunun ile bir dergi siparişi vermektedir, yalnız niyetinde dergi aboneliğine son vermek vardır. A yazıda B yi yemeğe davet ettiğini düşünmüş olsa idi, beyanda bulunma niyeti yoktur.⁸⁷

Hukuki işlem yapma niyeti, beyanda bulunma niyetine göre, somut bir niyettir, hukuki işlem yapma niyeti, genel bir beyanda bulunmaktan ziyade somut bir hukuki işlem yapmaya

⁸² Oğuzman/Öz, s. 46.

⁸³ Reisoğlu, s. 122.

⁸⁴ Eren, s. 258.

⁸⁵ Akıncı, s. 78.

⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 84.

⁸⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 84.

yönelik bir beyandır.⁸⁸ Dolayısıyla A arabasını satmak ister ve B ye arabasını kendisine 15.000TL ye satabileceğini beyan eder ise, B Hukuki işlem yapma niyetini açıklamıştır. Yalnız 15.000TL yerine yanlılık ile 5.000TL der ise hukuki işlem yapma niyeti yoktur, çünkü A arabasını 5.000TL değil 15.000TL'ye satmak istemektedir.

İrade beyanlarında hataları incelediğimizde, icabın doğru şekilde anlaşılmasının ne kadar önemli olduğunu görmekteyiz. Klasik örnek olay olan ihale olayında, misafir olarak bulunduğu Trier kentinde bir şarap ihalesinde A arkadaşı B ye selam vermek amacı ile el sallamaktadır. Yalnız aynı yerde şarap ihalesi yapıldığından tellal B şarap fiyatına bir bedel ekleyerek A'ya ihale etmektedir. A sadece eylemde bulunma niyeti mevcut ise de herhangi bir beyanda bulunma veya hukuki işlem yapma niyeti yok ise de, A'nın eylemini icaba kabul olarak değerlendirmemiz gerekmektedir. Bunun sonucunda ihale A'ya kalmıştır. A'nın yanılması ne kadar gözetilmesi gerekirse de B'nin çıkarlarının korunması önemlidir, B A'nın davranışını pey iler sürmekten başka değerlendiremez.⁸⁹

2.1.3.6. Öneri Sözleşmenin Esaslı Unsurlarını İçeriyor Olmalıdır

Sözleşme kurmak isteyen kişilerin sözleşme konusunun esaslı özelliklerinde anlaşması o sözleşmenin kurulabilmesi için gereklidir.⁹⁰ Misal olarak taraflar bir satış sözleşmesi kurmak istiyorsa öneri ve kabulün içeriğinde mutlaka satım konusu şeyin ne olduğu ve o şeyin bedelinin ne kadar olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bunun haricinde taraflar esaslı olmayan noktalar üzerinde bir anlaşma sağlamamış olsalar dahi sözleşme kurulmuş olur ve eksik kalan hususlar daha sonra sözleşme taraflarınca tamamlanabilir.⁹¹ Yani esaslı olmayan hususların öneri ve kabulde yer almaması o sözleşmenin kurulmasına engel değildir.⁹²

Ancak sözleşme kurulduktan sonra esaslı olmayan hususların belirlenmesinde taraflar arasında bir anlaşmazlık meydana gelirse bu konular TMK m. 2'ye uygun olarak hâkim tarafından tamamlanarak sözleşme ayakta tutulabilir. Bir diğer ihtimalde de sözleşme

⁸⁸ Brox, s. 51.

⁸⁹ TBK. 30 maddesince yanılan taraf sözleşme ile bağlı değildir. TBK'nın 35. maddesine göre yanılan taraf kusurlu ise zararı gidermek ile sorumludur. Burada zarar tanımlanmamıştır. Yine her türlü yanılma sözleşmeye bağlılığı ortadan kaldırmaktadır. İşbu durumun modern hukuk sistemine uzak olduğunu düşünmekteyim. Devamlı kanun koyucu TCK md. 21 olası kastı tanımlamıştır. Yalnız bu tanımlama işlevsiz olduğundan yargı, daha somut ceza genel kurulu 2014/200e 2016/250k ve 10.05.2016 tarihli kararı ile tanımlamayı hiçe sayarak, Alman Yargıtay'ının görüşlerini aynen benimsemiştir. Alman Federal Mahkemesi 2. Ceza Dairesi'nin 05.03.2008 tarih ve 50/08 sayılı kararı bu yöndedir.

⁹⁰ Akıncı, s. 78.

⁹¹ Eren, s. 260.

⁹² Reisoğlu, s. 56.

kurulduktan sonra esaslı olmayan hususlar taraflarca hiç konuşulmaz ve görüşülmezse bu takdirde de bu hususlar kanunda yer alan tamamlayıcı hükümler ile doldurulur.⁹³

2.1.4. Öneri İle Zamansal Olarak Bağlı Olma Durumları

Öneri meselesinde bir diğer sorun ise öneride bulunan kişinin yapmış olduğu öneri açıklamasıyla ne zamana kadar bağlı olacağıdır.⁹⁴ Gerçekten de geçerli bir öneri açıklamasında bulunan kişinin hukuki işlem güvenliği için onu belirli bir boyunca yapmış olduğu öneri ile bağlı tutmak daha doğru olacaktır. İşte bu noktada öneride bulunan kişinin önerisiyle ne zamana kadar bağlı olduğu tespit edilirken, yapılan önerinin “Sürelî Öneri” mi yoksa “Süresiz Öneri” mi olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir.⁹⁵

2.1.4.1. Sürelî Öneri

Yapılan bir irade açıklamasına sürelî öneri diyebilmek için öneride bulunan kişinin önerisinde yapmış olduğu öneri ile belirlediği süre boyunca bağlı olmak istediğini açıkça belirtmiş olması gerekmektedir.⁹⁶ Böyle bir durumda öneride bulunan önerisinde belirttiği süre boyunca yapmış olduğu öneri ile bağlı kalacaktır. Önerinin muhatabı olan karşı tarafın yapmış olduğu kabul beyanı öneride bulunan kişiye önerinin bağlı kalacağını belirttiği sürenin sona ermesinden sonra ulaşırsa ya da kabul beyanını sunması gereken kişi öneriyi değiştirerek öneren zamanında ulaştırırsa veya önerenin önerisiyle bağlı olmak istemediğini süresi içinde önere iletirse bu durumlarda önerenin yapmış olduğu öneri çerçevesinde bir sözleşme kurulmamış olacaktır.⁹⁷

Bunlarla birlikte öneren önerisi ile bağlı olmak istediği bir süre belirleyerek karşı tarafa iletmiş ve karşı taraf olumlu şekilde kendisine yapılan önerinin şartlarını kabul etmiş ve kabul beyanını önerene iletmiş olmasına karşın kabul beyanını iletmede önerinin geçerli olduğu süreyi kaçırmışsa bu durumda da kabul beyanında bulunan tarafın yapmış olduğu irade beyanı mevcut öneriye kabul olmaktan çıkarak artık öneride bulunmuş olan tarafa yapılmış yeni bir öneri mahiyetine bürünecektir.⁹⁸ Bir diğer durum ise kabul beyanında bulunan taraf iradesinin önerenin önerisinde belirttiği süre içinde önerene göndermesine karşın posta yolunda yaşanan gecikme sebebiyle önerene önerisinde belirttiği sürenin geçmesinden sonra ulaşması durumunda, öneride bulunan taraf kendisine geç ulaşan kabul beyanı ile bağlı olmak istemiyorsa bu durumu derhal kabul beyanından bulunan kişiye

⁹³ Tekinay /Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 77.

⁹⁴ Akıncı, s. 81.

⁹⁵ Antalya, s. 177.

⁹⁶ Oğuzman/Öz, s. 52.

⁹⁷ Eren, s. 265.

⁹⁸ Oğuzman/Öz, s. 58.

bildirmekle yükümlüdür.⁹⁹ Zira kabul beyanında bulunan kişi öneride belirtilen süreler içinde iradesini açıklamış ve uygun zamanda öneride bulunan kişiye ilettiğinden artık o öneri ile bağlanacağını düşünerek bir takip beklentiler içine girecek belki de mevcut sözleşmenin kurulduğuna inanarak yatırım ve hazırlıklara girişecektir.

İşte zamanında kabul beyanında bulunan kişinin oluşabilecek bu tür zararlarının önünde geçebilmek adına kanun koyucu öneride bulunana bağlı olmak istemiyorsa bu durumu derhal kabul beyanında bulunan tarafa bildirmesini bir borç olarak yüklemiştir.¹⁰⁰ Öneride bulunan bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde artık geç teslim almışta olsa kendisine ulaşan kabul beyanı ile bağlı olacak ve taraflar arasında sözleşme kurulmuş olacaktır.

2.1.4.2. Süresiz Öneri

Öneride bulunan önerisi ile bağlı olmak istediği bir süre önerisinde belirtmediyse, bu durumda öneride bulunan kişinin yapmış olduğu önerisi ile ne kadar zaman bağlı kalacağı konusu; önerinin “Hazırlar arasında” veya “Hazır olamayanlar arasında” gerçekleşip gerçekleşmediğine göre değişecektir.¹⁰¹

2.1.4.2.1. Hazır Olanlar Arasında Yapılan Öneri

Taraflar arasında hazır olanlar arasında yapılan bir öneri mevcut ise, yani öneride bulunan ile kabul beyanında bulunacak olan kişi yüz yüze veya anlık iletişim aracı kullanmadan iletişim kurabiliyorsa, yapılacak olan öneriyi karşı taraf o an anında, derhal kabul etmez ise kabul beyanı yapılmamış sayılacağından dolayı öneri reddedilmiş sayılır ve taraflara arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamış olur.¹⁰² Örnek vermek gerekirse, Ahmet arkadaşı Burak ile kafede otururken; “Burak bisikletimi 500 TL’ye sana satıyorum alıyor musun?” derse Ahmet Burak’a öneride bulunmuş olacaktır. Bu durumda Burak Ahmet’in önerisini derhal kabul etmezse öneri hazırlar arasında yapılmış olduğundan Bura kendisine yapılmış olan öneriyi reddetmiş sayılacaktır.

Ancak derhal kelimesinden o saniyede gibi bir anlam çıkarmamak gerekir. Zira kabul beyanında bulunacak tarafa kendisine yapılan öneriyi düşünmesi için makul bir süre de beklenmesi gerekmektedir.¹⁰³ Hazırlar arasında olmaktan kasıt sadece yüz yüze olmak olarak anlaşılmaması gerekmektedir. Yani telefonla görüntülü veya sesli olarak kurulan iletişimde

⁹⁹ Antalya, s. 181.

¹⁰⁰ İnan, s. 110.

¹⁰¹ Eren, s. 267.

¹⁰² Antalya, s. 189.

¹⁰³ Eren, s. 268.

hazır olanlar arasında yapılmıştır. Tarafların karşı karşıya olmasından kasıt aynı yerde bulunmaları zorunluluğu değildir.¹⁰⁴

2.1.4.2.2. Hazır Olmayanlar Arasında Yapılan Öneri

Hazır olmayanlar arasında yapılan öneri ise, tarafların yüz yüze, yan yana yani birlikte hazır bulunmadıkları bir zamanda taraflardan birinin yapmış olduğu öneridir. Taraflardan birinin önerisini karşı tarafa mektupla göndermesi durumunda yapmış olduğu öneri hazır olmayanlar arasında yapılmış olan bir öneri olacaktır.¹⁰⁵ TBK m. 5/I gereği, hazır olmayanlar arasında yapılmış olan öneriden öneride bulunan kişi “*normal bir kabul cevabının kendisine ulaşacağı ana kadar*” önerisi ile bağlı olacaktır. Hazır olmayanlar arasında yapılan öneride bulunan kişinin ne kadar süre önerisi ile bağlı olacağı konusunda kural olarak önerinin karşı tarafa ulaşma süresi, karşı tarafın düşünme süresi ve kabul beyanında bulunanın cevabının öneride bulunana ulaşma süresi kadar olmalıdır. Yani tüm bu sürelerle genel olarak makul süre olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁶ Mesela, İstanbul’da bulunan Ahmet, Ankara’da bulunan arkadaşı Burak’a mektupla süresiz bir öneride bulunuyorsa, Ahmet artık mektubunun Ankara’ya varma süresi, Burak’ın düşünme süresi ve Burak’ın cevabının kendisine ulaşması için geçecek olan süreyi beklemek zorundadır.

2.1.5. Öneriye Davet

2.1.5.1. Genel Olarak

Sözleşme yapma çağrısı, yukarıda da değinildiği üzere sırasıyla belirli unsurları kapsamıyorsa, sözleşme taraflarından birinin yapmış olduğu ilk irade açıklaması için artık öneri değil, ancak öneriye davet denilebilir.¹⁰⁷ Öneri ile öneriye davet arasındaki en büyük fark ise öneriye davet irade açıklamasının irade açıklamasını yapan kişi bakımından bağlayıcılığının olmamasıdır.¹⁰⁸ Öneriye davet, irade açıklamasının yöneltildiği kişiye öneri yapması için yapılan bir çağrıdan ibarettir. Örnek vermek gerekirse, kiralanmak istenilen bir dairenin camına “*kiralıktır*” yazılması kiraya vermek isteyen tarafından açıklanan bir öneriye davet anlamındadır. Bir diğer örnek olarak, gazeteyle ilan veren Ahmet, aracını 50.000,00TL’ye satacağını, aracı satın almak isteyenlerin 15 gün içinde kendisi ile irtibata

¹⁰⁴ 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 4/f.2’de şu hüküm yer almaktadır: “Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.” Böylece bilgisayarlar aracılığı ile doğrudan iletişim sırasında yapılan öneriler de hazır olanlar arasında yapılmış sayılmaktadır.

¹⁰⁵ Eren, s. 268.

¹⁰⁶ Çelikel, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku), İstanbul 2010, s. 33.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, s. 52.

¹⁰⁸ Antalya, s. 177.

geçmesi gerektiğini, ancak 50.000,00TL verilse dahi aracı satıp satmamakta özgür olduğunu ilanda belirtmiş ise artık burada öneri değil öneriye davetten bahsedebiliriz.

2.1.5.2. Öneriye Davet Oluşturacak Durumlar

Öneri yalnızca öneri irade açıklamasında bulunmuş olan kişiyi bağlamaktadır.¹⁰⁹ Bir diğer deyişle öneri, irade açıklamasının bulunduğu karşı tarafa irade açıklamasında bulunan kişi ile sözleşme yapma imkânı vermektedir.¹¹⁰ Öneri bulunan kural olarak irade açıklamasında bulunduktan sonra karşı tarafın kabul beyanında bulunmasıyla sözleşme ile bağlı olacaktır.¹¹¹ Buna karşın öneri açıklamasında bulunan tarafın yapmış olduğu öneri ile bağlı olmadığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu durumlar şu şekildedir:

1.- Kişi öneri irade açıklamasını yaparken söz konusu öneri ile bağlı olmak istemediğini karşı tarafa belirtebilir. Bu durum da üç farklı şekilde ortaya çıkabilir:

- a- Kişi tarafından yapılan irade beyanı bir öneriye davet olabilir,
- b- Öneriyi yapan kişi gerçekten bir öneride bulunmuştur ancak karşı tarafın kabul beyanı kendisine ulaşıncaya kadar yapmış olduğu öneriden serbestçe dönebilme imkanını önerisinde saklı tutmuş olabilir,
- c- Öneriyi yapan kişi gerçekten bir öneride bulunmuştur ancak, kabul ile kurulacak olan sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyebileceğini öneride belirtmesi durumunda da öneride bulunan bu önerisi neticesinde kurulacak olan sözleşme ile bağlı olmayabilecektir.

Bazı önerilerin de niteliği gereği öneriyi yapan kişiyi bağlamamaktadırlar.¹¹² Gerçekten de önerinin içeriği olan işin özelliğinden yapılan öneri ile öneride bulunanın bağlanmak istememesi açıkça anlaşılıyorsa bu tipte yapılan bir öneri neticesinde öneride bulunan kişiler önerileri ile bağlı olmayacaklardır.¹¹³ Örnek vermek gerekirse, gazeteye verilen “*son ütücü aranıyor*” şeklindeki bir ilan öneriye davet olarak değerlendirmek gerekmektedir. Zira söz konusu ilanı veren kişinin her gelenle sözleşme kurma niyetinde ilanın metninden anlaşılmaktadır. İlanı veren kişinin öneri ile bağlı olmama niyeti ilanda açıkça belli olduğu için de ayrıca her gelen kabul beyanı neticesinde kabul beyanında bulunanlarla sözleşme ile bağlı olmak istemediğini ayrıca tekrar yazmasına gerek yoktur.¹¹⁴

¹⁰⁹ Akıncı, s. 79.

¹¹⁰ Antalya, s. 178.

¹¹¹ Eren, s. 262.

¹¹² Akıncı, s. 79.

¹¹³ Antalya, s. 178.

¹¹⁴ Eren, s. 262.

Öneride bulunan kişi önerisinin geçerliliği için bir süre belirlemişse, bu sürenin sona ermesinden sonraki süreçte de önerisi ile bağlı olmayacaktır. Süreli öneride bulunan kişinin önerisinde bahsetmiş olduğu süre öneri beyanında bulunmasından itibaren geçecek olan süreye ilişkindir. Öneride bulunan kişi önerisinin geçerli olacağı bir süre veya tarih aralığı belirtmemişse bu tip önerilere de süresiz öneri adı verilmektedir.¹¹⁵ Süresiz öneriler öneri açıklamasında bulunan kişinin söz konusu önerisiyle ne zamana kadar bağlı olduğu konusunda kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nun 4. ve 5. maddelerinde hazır olanlar arasında ve hazır olmayanlar arasında şeklinde bir ayırım yaparak düzenlemiştir.

2.1.5.2.1. Hazır Olanlar Arasında

Hazır olanlar arasında gerçekleştirilen önerilerde, taraflar arasında akdedilecek sözleşmenin tarafları derhal cevap verebilme imkânına sahiptirler. Bu tip durumlarda, kabul beyanında bulunması gereken kişi söz konusu irade beyanı ile bağlı olmak istiyorsa o an hemen kabul etmesi gerekmektedir.¹¹⁶ Aksi takdirde Türk Borçlar Kanunu m. 4 gereği; artık öneride bulunan kişi yapmış olduğu öneri ile bağlı olmaktan kurtulacaktır.¹¹⁷ Hazır bulunanlar ifadesinden yan yana aynı mekândaki kişiler anlaşılacakla birlikte, telefon veya internet üzerinden kurulacak olan iletişimlerde de hazır olanlar arasındaki öneri ve kabul hükümleri uygulanacaktır.

Bununla birlikte kendisine öneri yapılmasına karşın öneri yapılan kişinin susması durumunda da kural olarak öneri yapılan kişinin söz konusu öneri ile bağlanma niyetinde olmadığını yani reddettiğini anlamaktayız. Gerçekten de aksi kabul edilecek olsaydı kişiler kendilerine yapılan tüm önerilere cevap vermekle uğraşacak ve gereksiz bir iş yoğunluğu ve sorumluluk tehlikesi ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olacaktır.¹¹⁸

2.1.5.2.2. Hazır Olmayanlar Arasında

Hazır olmayanlar arasında yapılan öneriler, zamanında ve geçerli olarak hazırlanmış cevabın ulaşacağı makul sürenin sona ermesi anına kadar onu yapan kişiyi bağlar.¹¹⁹ Hazır olmayanlar arasında yapılan önerilerde beklenmesi gereken süre 3 farklı sürenin toplanmasıyla bulunur. Bu süreler;

- * Önerinin muhataba varma süresi,
- * Muhatabın düşünme süresi,

¹¹⁵ Eren, s. 265.

¹¹⁶ Antalya, s. 181.

¹¹⁷ Oğuz, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 49.

¹¹⁸ Oğuzman/ Öz, s. 68.

¹¹⁹ Eren, s. 268.

* Kabulün varma süresidir.

Kabul beyanında bulunacak taraf, söz konusu beyanını en azından öneri beyanının iletildiği araçla ile göndermelidir.¹²⁰ Gerçekten de kabul beyanında bulunacak taraf, öneri beyanında bulunan tarafın kullanmış olduğu araçtan daha yavaş karşı tarafa iletecek bir vasıta kullanmamalıdır. Örneğin öneri beyanında bulunan taraf beyanını mektup ile karşı tarafa iletmişse kabul beyanında bulunacak olan taraf beyanını faks ile gönderebilir. Hukukumuzda varma teorisi uygulanmaktadır.

Bu kapsamda öneri beyanında bulunan taraf halin gerektirdiği koşullardan aksinin düşünülmesi gerektirmedikçe yapmış olduğu öneri beyanının muhatabına zamanında varmış olduğunu düşünmekte haklı olacaktır.¹²¹ Bir diğer ihtimalde de kabul beyanında bulunan tarafın kusuru olmaksızın yapmış olduğu irade açıklaması öneride bulunan tarafa olması gerekenden geç ulaşır ise mevcut kabul beyanı ile sözleşme kural olarak kurulamamış olur. Hatta kabul beyanında bulunan tarafın yapmış olduğu kabul beyanı açıklamasının öneri beyanında bulunan tarafa geç iletilmesinde öneri beyanının kabul beyanında bulunacak olana geç ulaşmasından dolayı olsa dahi yapılmış olunan kabul beyanı geçerlilik kazanmayacaktır.¹²²

Taraflardan biri tarafından yapılan bir öneri iki farklı şekilde geri alınabilir.¹²³ Bunlardan ilki, önerinin geri alınması beyanının yapılan öneriden önce veya en geç o öneri ile birlikte karşı tarafa ulaşması durumu iken diğer durum ise, öneriyi geri alma beyanı öneriden sonra ulaşmış olsa bile öneriyi geri alma beyanı karşı tarafa öneriden önce bildirilmiş olması durumunda da yapılmış olunan öneriden dönme beyanı geçerli olacak ve öneride bulunmuş olunan kişi yapmış olduğu öneriden dönmüş ve kurtulmuş olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'na göre, tarife ve fiyat belirtmeksizin ürün veya mal sergilenmesi bir icap değildir.¹²⁴ Ancak eşya sergilenirken fiyatı da gösterilmiş ve belirtilmişse bu durumda artık fiyatını ve ürünü teşhir eden kişinin karşı tarafa sözleşme kurmak istediği yönünde bir öneride bulunduğunu söyleyebiliriz. Karşı tarafa yapılan bir beyanın öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğunu anlayabilmek için her somut olayın özelliklerine bakılması gerekir.¹²⁵ Bu kapsamda yukarıda belirttiğimiz genel kurallar ve

¹²⁰ Akıncı, s. 82.

¹²¹ Eren, s. 266.

¹²² Antalya, s. 181.

¹²³ İnan, s. 110.

¹²⁴ Eren, s. 265.

¹²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 93.

ilkeler doğrultusunda yorum yapılarak söz konusu beyanın öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.¹²⁶

2.1.6. İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi

2.1.6.1. Genel Olarak

İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı kanunun 7. maddesi Türk Borçlar Kanunu anlamında yeni bir düzenlemedir. İlgili maddede başlıca hukuki konuları icap ve kabul olarak belirleyebiliriz.

Tezimizde icap ve kabul konularını ayrıntılı bir şekilde ele aldık. İcap ve kabulün ne şekilde anlaşılması gerektiği sözleşmenin ne şekilde meydana geldiği hususlara yukarıda ayrıntılı şekilde inceledik. Türk Borçlar Kanunu'nun 7. maddesinde de sözleşmenin oluşabilmesi için icap ve kabule ilişkin yapılan çalışmalar aynen uygulanabilir. Ancak genel anlamda 7. maddenin kanuni düzenlemesi bir hayli ilginçtir. Kanun koyucu ısmarlanmamış şeyin gönderilmesini öneri saymadığı gibi,¹²⁷ bu şeyi alan kişi onu göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.¹²⁸ Dolayısı ile ısmarlanmayan şeyi alan kişi, ilgili şeyi çöpe dahi atabilir, genel olarak mutabık kalınan tek husus ısmarlanmayan şeyin menkul bir madde olması şeklindedir.¹²⁹ Bu aynı şekilde para da olabilir, yalnız ısmarlanmayan şeyin gönderilmesinin hukuki niteliği ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur, ilgili çalışmalara kısaca değineceğiz.

2.1.6.2. İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Doktrinde Yer Alan Görüşler ve İlgili Eleştiriler

Akıncı tarafından savunulan bir görüşe göre şeyin gönderilmesi sadece öneriye davet olabilir ve bu durumda gönderilen şeyi almak isteyen veya öneriye daveti kabul etmek isteyen karşı tarafa yeni bir öneride bulunur ve bu irade beyanına karşı, karşı taraf yani şeyi gönderen taraf kabul etmesi durumunda sözleşme kurulur.¹³⁰

Oğuzman/Öz tarafından savunulan bir diğer görüşe göre, gönderilen şeyi ve fiyatı beğenmesi durumunda gönderilen kişinin kabulü ile sözleşme meydana gelmeyecek,

¹²⁶ İnal, Emrehan: E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul, 2005, s. 36.

¹²⁷ Örf ve adet hukuku veya ticari teamül haline gelen işlemler için, Türk Ticaret Kanunu'nun 2. maddesinin son fıkrasına göre; "Tacir sıfatına haiz olmayanlar hakkında ticari örf ve adet, ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde tatbik olunur" hükmü dikkate alınmalıdır. Bkz. ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 94.

¹²⁸ Esener, s. 61

¹²⁹ Hatemi, Hüseyin / Gökkaya, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s. 40-41.

¹³⁰ Akıncı, s. 79.

gönderilen kişinin beyanı üzere karşı tarafın uyumlu kabul beyanı ile sözleşme meydana gelecektir.¹³¹

Antalya'ya göre ısmarlamış şeyin gönderilmesi hiçbir şekilde örtülü bir irade açıklaması olamaz, ısmarlanmayan bir şey gönderildiğinde kanun bunu açıkça öneri saymamakta hukuk herhangi bir Hukuki işlemin olmadığının, aksi ispat edilemeyen bir varsayım olduğunu öngörmüştür.¹³²

Hatemi/Gökyayla'ya göre ilgili maddeye herhangi bir şekilde ihtiyaç yoktur. ilgili madde göndereni mağdur etmektedir ve gönderilen kişiyi aşırı şekilde korumaktadır. Bu neden ile kanun kısıtlı bir şekilde anlaşılmalı, bilhassa gönderenin gönderilen tarafından bir şekilde şeyin gönderilmesi üzere teşvik edildiği ise, gönderilenin culpa in contrahendo veya güven sorumluluğu şeklinde sorumluluğu olmalıdır.¹³³

Yine Oğuzman/Öz'e, göre kanun değiştirilmeli ve farklı anlaşılmalıdır, yeni kanunda en azından ısmarlamış şeyin gönderilmesi halinde sözleşme ancak açık bir kabul beyan ile kurulabilir şeklinde olmalıdır.¹³⁴

Muzaffer Şekerin, görüşüne göre zarara kendi rızasıyla girene acınmaz kuralı gereği gönderen gönderdiği şeyin bütün rizikolara katlanmakla yükümlüdür. Muzaffer Şeker kanunu lafzı ile anlamakta ve bu kanuni düzenlemeye göre gönderen hiçbir şekilde korunmamalıdır.¹³⁵

2.1.6.3. İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 7. Maddesinin Hukuki Kurallar Çerçevesinde Açıklanması

Yukarıda açıklanan ve doktrinde bulunan farklı görüşlere sadece belirli ve kısıtlı şekilde katılmak mümkündür.¹³⁶ Kanunun lafzı açıktır, ısmarlamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılamaz, bu şeyi alan kişi onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.¹³⁷ Dolayısıyla bu açık hususlarda farklı yöne çekmek, keyfidir, hukuki değildir. Ancak ısmarlanmamış şeyi alan kişi gönderen kişiye bir öneride bulunabilir, buna yasal bir engel yoktur. Ayrıca gönderen kişinin şeyini geri gönderebilir veya saklayabilir, bu hususlara da engel yoktur. Devamla gönderilen şeyi alan kişi, şeyi çöpe atabilir, çünkü saklama yükümlülüğü yoktur, yalnız çöpe atmak kendine bir külfet ise, bir masraf ise gönderilen şeyi

¹³¹ **Öz, Turgut:** Yeni Borçlar Kanunun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012, s. 5.

¹³² **Antalya,** s. 180.

¹³³ **Hatemi /Gökkaya,** s. 40-41.

¹³⁴ **Oğuzman / Öz,** s. 54.

¹³⁵ **Şeker, Muzaffer:** “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlarkanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (Bk. 7)”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12 Sayı: 24, Güz 2013/2, s. 94.

¹³⁶ **Kılıçoğlu,** s. 46.

¹³⁷ **Eren,** s. 271.

tüketebilir veya satılabilir. Tüketmesi veya satması durumunda gönderen kişi sebepsiz zenginleşme maddeleri ve kanunu çerçevesinde elde ettiği menfaati talep edebilir.

Bu çerçevede tabii olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 7. maddesi, yine Türk Borçlar Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenen sebepsiz veya haksız zenginleşmeye engel olmayacaktır. Dolayısıyla satmayı veya tüketmeyi TBK m. 7'den doğan bir hak olarak görmemeliyiz.¹³⁸ Açıkçası burada sonu düşünülmeyen kanunlar ile her tarafa çekilebilen sonuçlar doğrultulmaktadır. Kanaatimce gönderilmeyen şeyi alan kişi, bu şeyi istediği gibi satabilir ve bu çerçevede satıştan elde edilen menfaat Türk Borçlar Kanunu'nun 77. maddesi gereğince haksız bir zenginleşme sayılamaz. Çünkü bu hakkı Türk Borçlar Kanunu m. 7 kendisine vermektedir. Yine kendi hesabına bir para yatması durumunda, bu parayı çeken kişi Türk Ceza Kanunu anlamında da suç işlemiş olmaz, çünkü parayı çekip keyfiyeti doğrultusunda tüketmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 7. maddesi çerçevesinde hukuka uygunluk gerekçesidir ve hukuki bir ilişkidir.

Bu çerçevede de parayı tüketmesi durumunda asıl paranın sahibi parayı Türk Borçlar Kanunu'nun 77. maddesi gereği iade isteyemez çünkü parayı tüketen kişi TBK m. 7 çerçevesinde bu parayı kendi hesabına yatırılmasını istemediğinden ve istenilmeyen bir paranın gönderildiğinde bu para ile istediği şekilde tasarruf edebilir. Yine burada Türk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi yani dürüstlük ilkesi bu hususlara engel değildir. Çünkü dürüstlük ilkesi kanunca düzenlenmiş hususlara engel olamaz, özel kanun genel kanun önüne geçer ilkesi (*Lex Generalis Derogi Lex Specialis*) gereği,¹³⁹ genel kanun özel kanun engel teşkil edemez.

2.1.6.4. Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesini Düzenleyen TBK M. 7'ye Yönelik Değerlendirme

Netice itibarıyla çağdışı kanun düzenlemeleri veya zararlı kanun düzenlemeleri bu kanunların uygulanmasına engel olmaz.¹⁴⁰ Bir anlayışa göre inek kutsal olabilir ve hiçbir şekilde dokunulmazdır, bir anlayışa göre de bir inek insanların her türlü tasarruf ve

¹³⁸ TBK m. 7'nin düzenlenmesi ve vesaire hususları ülkemizdeki çok düşük seviyedeki bilimsel çalışmaları aratmamaktadır. Kanun bir kanunda kabul edilmeyecek kadar genel tutulmuş, sebepsiz zenginleşme, yargının keyfiyetine bırakılarak haklı bir neden bulunmaksızın, şeklinde bir beyan şeklinde kanunlaştırılmıştır. Kanun koyucusunun burada, sebepsiz zenginleşmenin derin yapısını ve büyümesini bir kelime ile nasıl bozduğu açıkça görülmektedir. Asıl gereken düzenlenmesinde, yani bir sebepsiz zenginleşmede, zenginleşmenin bir kanuna dayalı olup olmadığı, hukuki temeli olup olmadığı araştırılması gerekirken, bir satış sözleşmesine, bir hizmet sözleşmesine veya bir başka genel sözleşmeye dayanıp dayanmadı hususu araştırılması gerekirken, keyfi düzenleme bilimsellikten uzaktır. Sebepsiz zenginleşmenin, borçlar kanununda belirlenen bir sözleşme türüne veya genel bir türe temel olarak dayanıp dayanmadığına bakılarak karar verilmelidir. Sözleşme hukuku çerçevesinde çözülmesi gereken bu sorunlara bir sınırlama getirerek, bir bilimsellik içinde tutulmalıdır, kanun koyucusu haklı bir neden ibaresi ile hukukun belki de tamamını yargının keyfine bırakmıştır. Bütün kazançlar yargının keyfiyeti doğrultusunda, haklı değil diyerek bir tarafın elinden adeta alınabilir. Bu kanunun bu şekilde düzenlenmesi hukuk sistemimizin seviyesini göstermektedir.

¹³⁹ **Özel kanun genel kanun önüne geçer**

¹⁴⁰ **Eren**, s. 271.

kullanımına açık olabilir. Bu nedenle kanun koyucusunun bakış açısı önemlidir, kanun koyucusu ineği kutsal olarak görüyor ise ve ineği koruyan kanunlar çıkartıyor ise buna uyulması gerekir. Aksi takdirde kanunların herhangi bir anlamı kalmaz ve bu durum daha büyük ve zararlı sonuçlar doğurur.

Dolayısıyla kanunlara uymayan bir toplum modern gelişen bir toplum olamaz. Yalnız kanunların açıklanmasını sadece yargıçların keyfiyetine bırakmak, benzer sonuçlar doğurur. Kanun koyucusu asıl ve ana görevi olan herkesi bağlayan kanunları yapması gerekir, bunu yapar iken zamana uygun ve yeni gelişmeler çerçevesinde hareket etmelidir. Ben yaptım oldu veya ayağınızı yerden kesiyor ise yeter mantığı ile yapılan kanunların faydası olmaz. Meclis ne zaman modern kanunları dikkate almış toplum ilerlemiştir, ne zaman çağa uzak kanun yapmaya çalışmış ise, bilimsel ve birçok anlamda yerinde saymıştır.

2.2. Kabul Kavramı ve Aşamaları

2.2.1. Genel Olarak

En kısa, öz ve açık tanımlamayla taraflardan birinin kendisine yapılan öneriye olumlu geri dönüş yapmasına “kabul” denilir.¹⁴¹ Gerçekten de zamanı dâhilinde ve aynı hükümler altında verilen kabul beyanının önerene ulaşması ile taraflar arasında sözleşme kurulur.¹⁴² Kabul beyanı da öneri beyanı gibi tek taraflı ve ulaşması gerekli bir irade beyanıdır. Burada en önemli husus, kabul beyanının öneri beyanda yer verilen tüm hususları kapsıyor olması gerekmesidir. Zira öneriyi değiştiren, genişleten veya daraltan kabul beyanları artık kabul beyanı olmaktan çıkarlar ve bu tip beyanların hâlihazırdaki önerinin reddi ve yeni bir öneri olurlar.¹⁴³

Bir sözleşmenin kurulma aşamaları şu şekilde sıralanabilir;

- Öneri
- Kabul
- Kabulden Dönme
- Sözleşme¹⁴⁴

Önerenin önerisine karşı verilecek olan kabul beyanı açık şekilde verilebileceği gibi örtülü şekilde de ifade edilebilir.¹⁴⁵ Açık kabul beyanında, kabul eden taraf kendisine yapılan

¹⁴¹ Akıncı, s. 81.

¹⁴² Kaplan, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 65.

¹⁴³ Reisoğlu, s. 59.

¹⁴⁴ Yarg. 15. HD. E. 1998/1692, K. 1998/2706, T. 22.6.1998. “Akdin teşekkülü için davalı yanın icabı koşulsuz kabul etmesi gerekir. Oysa davalı, teklife ek belgelerin gönderilmesini, bu belgeler gönderilmediği takdirde teklifin dikkate alınmayacağını davacıya bildirmiş, davacı bu belgeleri gönderdiğini ispat edemediğinden, taraflar arasında sözleşmenin vücut bulduğuna dair bilirkişi raporunda isabet yoktur”. (E.T. 15.04.2019, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

öneriyi kabul ettiğini açıkça aksi anlaşılmayacak şekilde öneride bulunana beyan etmesidir. Örtülü (zımni) kabulde ise, kabul beyanında bulunması gereken kişi herhangi bir irade açıklamasında bulunmamaktadır.¹⁴⁶ Ancak kabul beyanında bulunacak olan tarafın hal ve davranışlarından o kişinin kabul ettiği anlamı çıkarılıyorsa artık o kişi açıkça kabul ettiğini söylememiş olsa dahi zımnen davranışlarıyla kendisine yapılan öneriyi kabul ettiği söylenebilir. Örnek olarak, kişinin parasını uzatarak malı istemesi durumunda mal sahibinin bir şey söylemeden parayı alıp malı vermesi durumunda mal sahibi bakımından zımnen (örtülü) kabul gerçekleşmiş olmaktadır.

2.2.2. Kabul Beyanı

Yapılan bir önerinin sözleşmeyi doğurabilmesi için karşılığında kabul beyanı gerekmektedir. Kabul, öneriyi yapan kişiye karşılık kabul beyanında bulunacak olan tarafın kendisine yapılan öneriyle bağlı olarak bir sözleşmenin kurulması istemini içeren tek taraflı ve varması gerekli olan bir irade beyanıdır. Öneride olduğu gibi kanunda, sözleşmede veya işin gereği olarak aksine bir hüküm bulunmadığı sürece kabul beyanı da herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Yani kabul beyanında bulunacak olan taraf sözlü, adi yazılı, e-posta gibi herhangi bir yolla bu iradesini açıklayabilmesi mümkündür. Gerçekten de taraflardan birinden gelen bir öneriye karşılık verilen uygun bir kabul beyanı söz konusu öneri çerçevesinde bir sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır.¹⁴⁷ Bu sebeple biz kabul beyanına yenilik doğuran bir hukuksal işlem diyebiliriz.

2.2.3. Kabul Beyanının Hukuki Geçerliliği

Kabul beyanının hukuki olarak geçerli olabilmesi için, söz konusu işlemin geçerlilik için gerekli olan koşulları sağlıyor olması gerekmektedir. Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına bağlı olduğundan, birbirine uygun öneri ve kabul beyanlarının taraflara öncelikle ulaşmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda öneriye karşılık yapılan kabul beyanının öneriden ne fazla ne eksik aynen önerinin kabulü şeklinde

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, s. 46.

¹⁴⁶ Eren, s. 270.

¹⁴⁷ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. maddesi kapsamındaki Mesafeli Sözleşmeler'de, Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir. Kanun koyucu bu tür sözleşmelerde, yeterince aydınlatılmamış olan tüketicinin, icap ve kabul beyanına rağmen sözleşme ile bağlanmamasını düzenleyerek tüketiciyi korumak istemiştir. Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir (6502 sayılı TKHK. m. 48/1).

olmalıdır. Yani öneriye karşılık yapılan kabul, önerinin içeriğini daraltıyorsa, genişletiyorsa veya bazı yönleriyle değiştiriyorsa bu durumda artık cevaben verilen kabul beyanı hukuken bir kabul beyanı olmaktan çıkarak yeni bir öneri olacaktır.¹⁴⁸

Bununla birlikte bazen de kişiler kendilerine yapılan öneriye cevap vermezler, yani sessiz kalırlar. Bu durumda da halin icabından aksi anlaşılmadıkça öneri sunulan kişinin sessizliği kabul olarak anlaşılamaz. Çünkü her öneri yapana kabul cevabı veya ret cevabı verme yükü altına kişileri sokmak doğru olmayacaktır.¹⁴⁹ Çünkü günümüzde yolda yürürken dahi o kadar fazla öneri ile muhatap olunuyor ki bunlara tek tek ret vermek olağan hayatın akışıyla uyumlu olmayacaktır. Ancak öneri sunulan kişi işin gereğinden veya kanundan doğan sebeplerle o öneri için cevap vermesine gerek duyulmuyorsa, bu durumda öneri sunulan kişi açıkça kendisine yapılan öneriyi reddetmezse suskunluğu halin icabından kabul olarak anlaşıldığından TBK m. 6 gereği örtülü kabul hükümleri uygulanacak ve sözleşme kurulmuş sayılacaktır.¹⁵⁰

2.2.4. Kabul Beyanının Geçerliliği

2.2.4.1. Genel Olarak

Kabul, öneriyi yapan kişiye karşılık kabul beyanında bulunacak olan tarafın kendisine yapılan öneriyle bağlı olarak bir sözleşmenin kurulması istemini içeren tek taraflı ve varması gerekli olan bir irade beyanıdır.¹⁵¹ Kabul beyanının aşağıda yer alan unsurları taşıması gerekmektedir.

2.2.4.2. Kabul Beyanının Taşınması Gereken Unsurlar

2.2.4.2.1. Kabul Beyanının Öneriyi Yapan Kişi veya Kişilere Yapılması Gerekmemektedir

Kendisine öneri beyanı yöneltilen karşı taraf ancak kendisine öneride bulunmuş olan taraf önerisi ile bağlı olmak niyetinde olduğunu yani öneriyi kabul ettiğini ifade etmesiyle geçerli bir kabul beyanında bulunabilir.¹⁵² Zira öneride bulunmayan bir kişiye yöneltilecek kabul beyanı, kabul beyanı olmaktan çıkarak ancak yeni bir öneri olacaktır.¹⁵³ Bu sebeple öneri mutlaka yöneltildiği şahıs tarafından yapılmalıdır.

¹⁴⁸ Akıncı, s. 82.

¹⁴⁹ Eren, s. 270.

¹⁵⁰ Yarg, 15. HD. E. 1984/310, K. 1984/1083, T. 29.3.1984: “Bağışlama teklifi üzerine susan kimse bunu zımnen kabul etmiş sayılır”. (E.T. 22.04.2019, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

¹⁵¹ Akıncı, s. 81.

¹⁵² Esener, s. 59.

¹⁵³ Eren, s. 270

2.2.4.2.2. Kabul Beyanı Şarta Tabi Tutulmamış Olunmalıdır

Öneri beyanının yapıldığı taraf kendisine yapılan öneriyi kabul etmek istiyorsa bunu herhangi bir koşula tabi tutmadan aynen kabul etmelidir. Gerçekten de kabul beyanında bulunacak olan taraf öneriyi kabul ediyorum ancak şu hususların eklenmesi veya çıkarılması şartıyla diyorsa artık kabul beyanında bulunacak taraf öneri beyanını açıklayan tarafa mevcut şartları ile yani bir sözleşme önerisinde bulunmuş olacaktır.

2.2.4.3. Şekil Şartı

Öneri gibi kabul de kural olarak bir şekle tabi değildir. Öyleyse öneri ve kabul aksi halin icabından anlaşılmadıkça söz veya yazıyla yapılacağı gibi, bir temsilci veya ulak ile de icapçıya ulaştırılabilmektedir.¹⁵⁴ Kabul, yapılmış olan icaba olumlu bir cevap oluşturduğunda sözleşmenin meydana gelmesi sonucunu da doğurmaktadır.¹⁵⁵

2.2.5. Örtülü (Zımni) Kabul ve Susma

Kabul beyanı, kişi tarafından açıkça yapılabileceği gibi, örtülü yani gizli olarak da yapılabilir.¹⁵⁶ Kabul beyanında bulunacak tarafın beyanlarından kendisine yapılan öneri ile bağlı olmak istediği hususu çok net şekilde anlaşılıyorsa burada bir açık kabul vardır. Ancak kabul beyanında bulunacak kişi açıkça kabul ettiğini ifade etmemekle birlikte kişinin hal ve davranışlarından kabul ettiği anlamı çıkıyorsa bu durumda örtülü, gizli, zımni kabul söz konusu olacaktır. Misal olarak, kabul beyanında bulunması gerek kişi, önerenin kendisine gönderdiği ürünü kabul ettiğini söylememesine rağmen ürünü açıp kullanırsa bu durumda örtülü kabul yapılmış olunur. Aynı şekilde, kabul beyanında bulunacak kişinin öneriyi yerine getirmeye başlaması, örneğin kolacının kendisine gönderilen gömleği kolalayıp ütülemeye başlaması örtülü bir kabuldür.

Zımni kabulü, kısa ve öz bir biçimde kabulcünün icabı kabul etmiş olduğu sonucunun çıkarılmasına neden olan tutum ve davranışları olarak açıklayabiliriz. Başka bir ifadeyle, Zımni kabul, tarafların anlaşması veya icapçının şekil şartı koşmaksızın herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılabilmesidir. Elbette bu kabul beyanı icaba uygun olmalıdır ve icabın içerdiği öge, unsur ve koşulların aynısını kabul beyanı da içermelidir.¹⁵⁷ Dolayısı ile kabul bu gibi durumlarda kanaat verici davranışla da yapılabilir. Öyle ki, bir mal satışında icaba yanıt olarak doğrudan parayı gönderen şahsın kabul iradesi zımni kabul olarak tanımlanır.

¹⁵⁴ Akıncı, s. 82.

¹⁵⁵ Akıntürk, Turgut: Hukuka Giriş, S.62 AÜ, AÖF Yay., No:726/1329, Eskişehir 2002, s. 64.

¹⁵⁶ Kılıçoğlu, s. 46.

¹⁵⁷ Eren, s. 271.

Nihayet kabulcünün öneriyi cevapsız bırakması da bazı durumlarda örtülü kabul anlamına gelmektedir.¹⁵⁸ Yani kabul beyanında bulunması gereken kişinin herhangi bir irade beyanında bulunmamış olması kendisine yapılan öneriyi reddettiği anlamına gelmektedir. Ancak kabul beyanında bulunacak olan tarafın kanuni olarak cevap vermemesi kabul olarak değerlendiriliyorsa, önerinin yönelttiği kişinin susması kabul olarak değerlendirilecektir.¹⁵⁹ Gerçekten de TBK m.6'ya göre, “icapçı'nın gerek işin özel mahiyeti, gerek halin icabı dolayısı ile açık bir kabul haberini beklemek zorunluluğu olmadığı durumlarda, kabulcünün icabı uygun bir süre içinde reddetmemiş olmasını onu kabul ettiği anlamına gelir” demektir.

Bununla birlikte kendisine öneri yapılmasına karşın öneri yapılan kişinin susması durumunda da kural olarak öneri yapılan kişinin söz konusu öneri ile bağlanma niyetinde olmadığını yani reddettiğini anlamaktayız. Gerçekten de aksi kabul edilecek olsaydı kişiler kendilerine yapılan tüm önerilere cevap vermekle uğraşacak ve gereksiz bir iş yoğunluğu ve sorumluluk tehlikesi ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olacaktır.¹⁶⁰

Hatta öneri yapan taraf önerisinin reddedildiği kendisine bildirilmezse önerinin kabul edildiği anlaşılabacaktır şeklinde bir ifadeyi önerisine ekleyerek kabul beyanında bulunacak olan tarafa sunmuş olsa dahi, halin icabından kabul beyanında bulunacak olan kişinin susması kabul olarak değerlendirilmiyorsa bu durum değişmeyecek ve kabul beyanında bulunacak olan kişinin susması önerinin içeriğinde yer almasına rağmen yine de kabul sayılmayacaktır.¹⁶¹ Ancak kabul beyanında bulunacak olan tarafın kanuni olarak cevap vermemesi kabul olarak değerlendiriliyorsa, önerinin yönelttiği kişinin susması kabul olarak değerlendirilecektir.¹⁶²

¹⁵⁸ Esener, s. 59.

¹⁵⁹ Oğuzman / Öz, s. 68.

¹⁶⁰ Oğuzman / Öz, s. 68.

¹⁶¹ Eren, s. 271.

¹⁶² Oğuzman / Öz, s. 68.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNERİ VE İCAPA BAKIŞLAR

3.1. Önerinin ve Kabulün Geri Alınması

Öneride bulunan kişi, TBK m. 10'da yer alan düzenleme çerçevesinde yapmış olduğu öneriden dönebilir.¹⁶³ Gerçekten, TBK m. 10 uyarınca; *“Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır. Bu kural, kabulün geri alınmasında da uygulanır.”* düzenlemeleri bu duruma müsaade etmektedir. Yani kural olarak öneride bulunmuş olan taraf yapmış olduğu öneriyi, karşı tarafın öneriyi öğrendiği ana kadar geri alabilir.

Bununla birlikte, kabul beyanında bulunacak olan kişinin, öneriyi mi yoksa öneriye daveti mi daha önce tebliğ aldığından uygulamada ispatı kolay olmadığından en kolay ispat ve geri alma yöntemi öneride bulunanın önerisini geri alma beyanının, öneri beyanından daha önce kabul edecek olan tarafa ulaşılmış olduğunun ispatıdır.¹⁶⁴ Mesela, öneride bulunmuş olan taraf söz konusu önerisini mektupla karşı tarafa gönderdikten sonra yapmış olduğu önerisi ile bağlı olmak istemiyorsa yani önerisini geri almak istiyorsa mektup karşı tarafa ulaşmadan telefon veya faksla karşı tarafa önerisi ile bağlı olmak istemediğini yani önerisini geri aldığını söylemesi durumunda öneride bulunan taraf artık bu önerisi ile bağlı olmaktan kurtulmuş olacaktır.¹⁶⁵

TBK m.10'da yer alan düzenleme çerçevesinde yapmış olduğu öneriden dönebilir. Kural olarak öneride bulunmuş olan taraf yapmış olduğu öneriyi, karşı tarafın öneriyi öğrendiği ana kadar geri alabilir.¹⁶⁶ Ancak öneride bulunan kişinin yapmış olduğu öneri, öneriyi geri alma beyanının karşı tarafa ulaşmasından sonra ulaşılsa da kabul beyanında bulunacak olan taraf öneriyi geri alma açıklamasını daha önce öğrenirse bu durumda da geri alma beyanı geçerli olacak ve öneride bulunacak olan kişi artık yapmış olduğu öneri ile bağlı olmayacaktır.¹⁶⁷

Bir diğer durum, önerenin şahsının önemli olduğu istisna sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi durumlarda, öneride bulunan kişinin kabul beyanı henüz kendisine ulaşmadan fiil ehliyetini sürekli olarak kaybetmesi veya ölmesi durumunda artık

¹⁶³ Akıncı, s. 83.

¹⁶⁴ Akıncı, s. 83.

¹⁶⁵ Bu husus TBK m.10'dan açık şekilde anlaşılmaktadır.

¹⁶⁶ Eren, s. 274.

¹⁶⁷ Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 130.

kabul beyanı öneri ile aynı şartlarda olmuş ve süresi içinde de sunulmuş olsa dahi artık hüküm ifade etmeyecektir.¹⁶⁸ Misal olarak Ahmet, Burak'a vekâlet vermek için öneride bulunmuş ve Burak kabul beyanını vermeden ölmüş olması durumunda Burak'ın mirasçıları kabul beyanı verseler dahi sözleşme kurulamayacaktır. Zira Ahmet, Burak'ın şahsından kaynaklanan nedenlerle onu vekil tayin etmek istemiştir. Burak öldükten sonra Ahmet'in bu ilişkide menfaati kalmadığından artık önerisi ile bağlı olması da ondan beklenemez. Buna karşı Ahmet, arabasını Celal'e 50.000TL bedelle satması için Burak'ı vekil tayin etmiş olsaydı, bu durumda söz konusu işlemde Burak'ın şahsının bir önemi bulunmadığından dolayı Burak ölse dahi onun mirasçıları söz konusu işlemi Burak'ın yerine gerçekleştirmeleri mümkündür. Bir diğer önemli hususta öneri bir şekle bağlı olarak yapılması kararlaştırılmış olsa dahi, öneriyi geri alma beyanı herhangi bir şekle tabi değildir.

Bir diğer durum ise, öneride bulunan kişinin karşı tarafın kabul beyanı kendisine ulaşmadan ölmüş olma ihtimalidir.¹⁶⁹ Öneride bulunanın şahsının önemli olmaması durumunda öneride bulunanın bağlanma süresi devam ederken ölmüş ve karşı tarafta süresi içinde ve geçerli bir kabul beyanında bulunmuşsa, öneride veya işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça taraflar arasında sözleşme kurulmuş olacaktır.¹⁷⁰ Önerenin ölmesi durumunda onun mirasçıları murisin sağlığında yaptığı önerinin hüküm ve sonuçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler.¹⁷¹

Geleneksel sözleşmelerde öneri bir sözleşmeyi gerçekleştirebilmek amacıyla taraflardan birinin önerisini içeren ve muhatabına karşı ileri sürülen bir irade beyanıdır. Yani taraflardan birinin diğer tarafa yönelttiği sözleşme kurma isteğidir. Karşı tarafta kendisine yapılan öneriyi kabul ettiği anda taraflar arasında sözleşme kurulmuş olacaktır. Taraflardan birinin sözleşme kurma amacıyla muhatabına yöneltmiş olduğu öneri aslında tek taraflı bir hukuki işlemdir.¹⁷² Öneri sözleşme kurma amacıyla açıklanan irade beyanlarından ilkinin temsil eder.

Öneri, bir sözleşmenin temel unsurlarını içermesi gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan teklif hukuken bir öneri olarak değerlendirilemez, ancak öneriye davet hükmünü taşır. Öneriyi yapan önerisinin içinde sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan tüm unsurları içermesi gerekir. Yani karşı tarafın sözleşme ile bağlı olmak istemesi durumunda yalnızca evet demesi ile sözleşme kurulabilmelidir. Diğer yandan, sözleşmenin esaslı şartı sayılamayacak ikincil hususların öneride yer almaması, o teklifin öneri vasfını

¹⁶⁸ Eren, s. 274.

¹⁶⁹ Eren, s. 275.

¹⁷⁰ Eren, s. 275.

¹⁷¹ TBK md. 1 ve 5 den anlaşılan bu husus, Alman BGB 153 maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir.

¹⁷² Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 53.

etkilemeyecektir. Sözleşmenin kurulması için gerekli öge ve unsurları içermeyen veya bu unsurları içermekle birlikte teklifte bulunanın kendisini önerisi ile bağlamadığı durumlarda karşımıza çıkan teklif "öneriye davet" olacaktır.¹⁷³

Öneri (ve öneriye davet) muhataba varması gerekli bir irade beyanı olarak yorumlanmaktadır. Ancak bu tanıımı çok dar yorumlamak doğru olmayacaktır. Örneğin, özel bir muhatap belirlenmeden önerinin umuma yapılması mümkündür. Bu durumda icabı kabule herkes yetkili olacaktır ki bunlara "aleni öneri" ismi de verilmektedir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'muzun 7. maddesinde de bu hüküm kendine yer bulmakta ve yasa aleni önerinin geçerliliğini belirtmektedir. Örneğin, Web teknolojileri üzerinden kurulan akitlerin pek çoğu da bu kategori içinde değerlendirilmelidir. Geleneksel sözleşmeler açısından da gazeteye bir ilan vermek suretiyle yapılan icap veya vitrine fiyat koymak suretiyle yapılan mal teşhiri vb. aleni icaplardır.¹⁷⁴

Kabul beyanında bulunacak olan taraf da aynı öneri beyanında bulunan taraf gibi yapmış olduğu irade açıklaması ile bağlıdır. Buna karşı kabul beyanında bulunan taraf, beyanı öneride bulunana varana kadar yapmış olduğu irade beyanını geri alabilir. Gerçekten de öneriden dönme konusunda olduğu gibi, kabul beyanının geri alındığının haberi öneride bulunan tarafa kabul beyanı ile aynı anda ulaşmış olsa dahi, öneride bulunan geri alma beyanını kabul beyanından daha önce öğrenmiş ise bu durumda da TBK. m.10/II gereği kabul beyanı hükümsüz olacaktır.¹⁷⁵

3.2. Ölüm ve Ehliyetsizlik Durumunun Kabule Etkisi

Hukukumuzda Ölüme bağlı tasarruf; *"kişinin hukuki sonuçlarını ölümünden sonra meydana gelmek üzere yaptığı hukuki işlem"* olarak tanımlanabilir. Burada bahsi geçen "Tasarruf" terimi tasarruf işlemi anlamında değil, "Hukuksal İşlem" anlamındadır.¹⁷⁶

Dolayısı ile öneride bulunan taraf, iradesini açıkladıktan sonra tasarruf ehliyetini yitirirse veya ölürse, şahsi edim yükümlülüğü doğan bir borç atına girmişse de öneri de bulunan kişi bu durumda sağlığında yapmış olduğu edimler artık geçersiz olacaktır.¹⁷⁷ Maddi edimlere yönelik önerilerin ise bağlayıcılığı devam eder ve kabul beyanında bulunacak olan tarafın kabul beyanında bulunması ile taraflar arasında sözleşme gerçekleşmiş olur. Söz konusu kurulan sözleşme, önerenin ölmesi ihtimalinde mirası reddetmeyen tüm mirasçılarını

¹⁷³ Eren, s. 274; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 76.

¹⁷⁴ Öztürk, Sinan: Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlik Şartları) – İ.Ü. SBE. Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s. 92.

¹⁷⁵ Önen, Mesut: Hukukun Temel Kavramları, İstanbul, 1999, s. 192.

¹⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 92.

¹⁷⁷ Saymen/Elbir, Türk Borçlar Hukuku I, İstanbul 1958 s. 116.

bağlayacaktır.¹⁷⁸ Misal olarak; satış sözleşmesi kapsamındaki kişi ölmüşse ve karşı taraf, süresi içinde kabul ettiğini beyan ederse, malların teslimi olan maddi işlem mirasçıları bağlayacaktır. Kabul beyanında bulunacak olan tarafın maddi bir edimi ifa etmesini öneren beyan mevcutken kabul beyanında bulunacak olanın ölmesi durumunda mirasçıları öneride bulunan tarafa kabul haberi göndererek sözleşme ile bağlı olabilirler.¹⁷⁹

3.3. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Öneri (İcap) ve Kabul Aşamaları

3.3.1. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti CISG'e 01.08.2011 tarihi itibarıyla taraftır. Bu tarih itibarı ile üye Ülkeler arasında CISG uyarınca yapılan sözleşmeler Türk borçlar kanunu ve Ticaret kanunu önünde *lex specialis* dir.¹⁸⁰ 01.08.2011 tarihi itibarı ile iç hukuk haline gelen CISG artık Türk hukukun bir parçasıdır ve üye ülkeler arasında mal satımına ilişkin sözleşmelerde *Lex specialis* ilkesi çerçevesinde uygulanacaktır.

Yine irade beyanlarına ilişkin bazı bölümler Türk medeni kanun ve doğal olarak yine Alman Medeni Kanununun icap ve kabul hükümlerini düzenleyen hükümler ile benzerlik taşımaktadır. *Lex specialis* ilkesi gereği CISG kapsamında sözleşmelerin uyumsuzluklarına, Türk borçlar kanunu ve Türk Ticaret Kanunu yerine CISG hükümleri uygulanacaktır.

3.3.2. İrade Beyanları

Sözleşme'nin kurulması CISG 14. maddeden 24. maddeye kadar belirlenmiştir.¹⁸¹ CISG 14. ve 15. maddeleri öneriyi belirlemektedir. CISG 16. ve 17. maddeleri Önerinin geçerliliğini ve geri alınmasını belirlemektedir. CISG 18. ve 19. maddeleri irade beyanında kabulü belirlemektedir. İrade beyanlarının ve Sözleşmenin yorumlanması CISG 8. maddesinde belirlenmiştir. Burada CISG 8. maddesi anlaşmanın ve beyanlarının yorumlanmasına çeşitli hukuk ilkelerine başvurulmuştur. Devamla sözleşmenin yorumlanmasında, tarafların bildikleri veya bilinmemesinin mümkün olmadığı iradeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Yine irade beyanlarının yorumlanmasında genel ilkeler göz

¹⁷⁸ Oğuzman/Öz, s. 70.

¹⁷⁹ Şanlı, Cemal / Ekşi, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 131.

¹⁸⁰ "Lex Specialis Derogat Lex Generalis". Uluslararası hukukta eşit derecede geçerli ancak birbiriyle çatışan kaynaklarla karşı karşıya kalınması halinde hâkimin başvuracağı temel ilkelere ilki yani "özel hüküm genel hükmü ilga eder hükümsüz kılar" olacaktır.

¹⁸¹ Part II. Formation of the contract, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

önünde bulundurulmalıdır. Karşı taraf objektif veya sübjektif bir değerlendirmede beyanları nasıl anlaması gerektiği kıstas alınmalıdır.¹⁸²

3.3.3. İcabın Belirliliği

Türk Borçlar kanunun aksine CISG 14. maddesi teklif ikinci derecedeki noktaları da belirleyen öneri ile sözleşme yapılabilir.¹⁸³ Yine CISG 14. maddeye göre ürün, miktarı ve fiyatı belirlenmiş veya belirlenebilir ise ikinci derecedeki noktalar belirlenmiş sayılır.¹⁸⁴ Devamla öneride bulunan sadece önerisine bağlı olduğunu açıkça beyan eder ise önerisi ile bağlıdır, aksi durumda öneriler, öneri verilmesi için bir teklif olarak kabul edilmelidir.¹⁸⁵ Dolayısıyla ilgili CISG'ın 14. maddesinde Anglo sakson hukuku ağırlığını göstermiştir.¹⁸⁶ Anglo Sakson Hukuku burada görüldüğü üzere, Türk ve Alman Hukukun aksine sözüne daha rahat bir yapıya sahiptir. Devamla ilgili düzenleme (CISG) mal satışını düzenlediği için, ürün, miktarı ve fiyatın belirlenmesi gerektiğini düzenlemiştir.¹⁸⁷ Daha geniş kapsamlı bir düzenlemede bu ayrıntıların belirlenmesinin istenmesi sorunları beraberinde getirebilir iken, mal satımına ilişkin olan işbu düzenlemede büyük oranda sorun olmamaktadır.

3.3.4. Sözleşmenin Kurulması ve Hüküm, Sonuçları

Önerinin kabulü ile Sözleşme Kurulmuş sayılır. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunun da öngördüğü şekilde sözleşme öneri ve Kabul ile kurulmaktadır, yalnız CISG'te bazı farklılıklar mevcuttur. Genel olarak Sözleşmenin kurulması yukarıda belirtilen şema ile bağlı değildir, taraflar sözleşmenin kurulduğu hususunda mutabık olduklarında, sözleşme kurulmuş sayılmaktadır.¹⁸⁸ Yine CISG 55. madde sözleşmenin kurulduğu kabul edilir ise, fiyat piyasa fiyatına göre belirlenmiş sayılır demektir.

Burada CISG'ın ikinci bölümünde belirlenen sözleşmenin meydana geleceğine ilişkin hükümlerinden farklı bir düzenleme yapılmıştır. CISG 55. maddeyi farklı yorumlar ve görüşler mevcuttur. Bazı görüşler CISG madde 14'ün öncelikli değerlendirilmesi gerektiği düşüncesinde iken, bazı görüşler madde 55 öncelikli olarak değerlendirilmelidir

¹⁸² Bu hususlar yine bütün hukuk sistemlerinde olduğu üzere CISG'te de tartışmalıdır. Yardımcı Litaratür, Peter Huber, "Some Introductory Remarks on the CISG", **Internationales Handelsrecht**, Sellier, European Law Publishers, 2006

¹⁸³ TBK madde 2, ikinci derecedeki noktaların belirlenmesi gerekmez (essentiale negotii).

¹⁸⁴ CISG 55 madde sözleşmenin kurulduğu kabul edilir ise, fiyat piyasa fiyatına göre belirlenmiş sayılır demektir.

¹⁸⁵ CISG madde 15/2

¹⁸⁶ CISG'in yine benzer konumda Anglo sakson hukukun ağır bstığı bir husus icaptan vazgeçemdede mevcuttur, Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Schlechtriem, Art. 16 Rdnr.1

¹⁸⁷ TBK ve Alman Medeni Kanunu aksine bir düzenlemedir.

¹⁸⁸ **Schlechtriem, Peter / Caemmerer, Ernst Von:** Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Auflage 1995, Art. Vor Artt. 14 Rdnr. 5.

görüşündeler.¹⁸⁹ Sonuç olarak sistematik açıdan da değerlendirildiğinde sözleşmesinin kurulmasında öncelikli CISG 14. maddesi göz önünde bulundurulması gerektiği düşüncesindeyiz.

3.3.5. Öneriden (İcaptan) Vazgeçme

CISG 14. maddesi önerinin bağlayıcı olmadığını düzenlemiştir. CISG 16. maddesi icaptan vazgeçmeyi düzenlemektedir. Buna göre Türk Borçlar Kanunun tam aksine öneride bulunan önerisi ile bağlı değildir. Yine CISG 16/1 maddesinde kabul öneride bulunan taraf, diğer taraf öneriyi kabul ettiğine dair irade beyanında bulunmasına kadar önerisinden vazgeçebilir.¹⁹⁰

CISG 16/2 maddesi istisnaları belirlemektedir, ilgili maddeye göre öneride bulunan süre vererek veya önerisi ile bağlı olduğunu belirtmiş ise veya başka bir şekilde önerisinden vazgeçe olmadığını belirtmiş ise ve kabul eden buna güvenerek kabul etmiş ise vazgeçme söz konusu olamaz.

3.3.6. Önerinin (İcabın) Geri Alınması

CISG 15. maddesi icabın geri alınmasını düzenlemektedir. İlgili maddeye göre öneri geri alınamaz olsa bile, geri alım beyanı, alıcı tarafından öneriden önce veya aynı zamanda kendisine ulaştığı takdirde öneri geri alınabilir.¹⁹¹ İlgili madde biçimsel bir madde olarak düzenlenmiştir. İlgili madde maddi içerikten çok şekli bir düzenleme içermektedir. Bu hususlar ilgili maddenin önemsiz bir madde olduğu anlamına gelmemektedir. İşbu madde öneride bulunanın, önerisinde bağlı olduğu durumu düzenlemektedir. Önerisinde bağlı olan taraf işbu maddede belirtildiği şekilde önerisini geri alabilir.

3.3.7. Kabul Aşaması

Kabul aşaması CISG m. 18, alıcının kabul yönündeki beyanı veya kabul şeklinde anlaşılabilecek bir davranışı kabul beyanını içermektedir. Alıcının susması veya herhangi bir tepki vermemesi kabul beyanını içermez. Bir teklifin kabul edilmesi, kabul beyannamesi öneride bulunana ulaşır ulaşmaz yürürlüğe girer.

¹⁸⁹ **Schlechtriem, Peter / Caemmerer, Ernst Von:** Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 14 Rdnr. 4.

¹⁹⁰ Alman hukukunu benimsemiş TBK'da işbu durum farklı düzenlemiştir. CISG'in ilgili maddesinde daha çok Anglo Sakson Hukuku'nda mevcut hukuk kuralları kabul görmüştür. Bkz. **Schlechtriem, Peter / Caemmerer, Ernst Von:** Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Schlechtriem, Art. 16 Rdnr.1

¹⁹¹ Alman Medeni Kanunu'nun 130. maddesinde bu durumda öneriyi hükümsüz saymaktadır. TBK ve CISG te buna benzer bir düzenleme mevcut değildir.

Kabul beyanı, öneride bulunan tarafından belirlenen süre içinde ya da makul bir süre içinde, bir süre yok ise uygun süre içinde kabul edilmez ise yürürlüğe girmez; kabul süresi, öneride bulunanın seçtiği iletişim türünün hızı da dahil olmak üzere dikkate alınmalıdır.

Koşullar aksini göstermedikçe, sözlü teklif derhal kabul edilmelidir. Ancak, teklifin temelinde, taraflar arasında ortaya çıkan gelenekler veya uygulamalar temelinde, kabul eden teklif sahibini bilgilendirmeksizin, örneğin malların gönderilmesi veya fiyatın ödenmesi ile ilgili bir eylemde bulunarak rızasını ifade eder ise, kabul geçerlidir. Bu kabul, 2. paragrafta öngörülen süre içerisinde alınmak kaydıyla geçerlidir.¹⁹²

3.4. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri Çerçevesinde (Principles Of European Contract Law “PECL”) Öneri (İcap) ve Kabul Aşamaları

3.4.1. Öneri (İcap)

Öneri, Principles of European Contract Law’ın ikinci bölümün ikinci kısmında düzenlenmiştir. PECL’ye göre Bir teklif iki şart ile bir öneri oluşturur. Diğer tarafın kabul etmesi halinde bir sözleşmeye meydana gelmesi amacı ile yapılmış ise veya bir sözleşme için yeterli bir şekilde belirlenen şartları içeriyorsa öneri mevcuttur. Öneri Bir veya daha fazla kişiye veya genel halka teklif edilebilir.

Malların tedariki ya da, bir hizmet sunumuna yönelik ya da profesyonel bir şahsın açık ilan, ya da bir mal teşhirinde sunulduğu sabit bir fiyatla hizmet sunumu için bir teklif, şüphe edilmesi durumunda malın veya hizmetin, malın veya hizmetin tükeneneğine kadar, ilgili fiyata verileceği bir öneri olarak kabul edilir. Avrupa Sözleşme Hukuku’nun ilkeleri İngilizce ve orijin adı ile “Principles of European Contract Law (PECL)”.

PECL, çalışmasının amacı Avrupa birliği adı altında birleşen Avrupa, Hukuku’nda birleştirmektir. PECL bir kanun veya benzer bir Norm değildir.¹⁹³ Sadece ileriye dönük bir çalışmadır. Avrupa birliği ülkelerinin kanun çalışmalarında göz önünde bulundurabileceği bir çalışmadır.¹⁹⁴

¹⁹² TBK m.6 örtülü veya zımni kabul öngörülmüştür, yalnız CISG m.18 zımni kabul bazı örnekler ile açıklanmıştır. „örneğin malların gönderilmesi veya fiyatın ödenmesi” şeklinde. Yine çok benzer maddeler Alman Medeni Kanunun 147,148 maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili (CISG m.18, TBK m.6, Alman Medeni Kanun m.147,148)maddeler çok benzer sonuçlar doğurmaktadır. Aynı görüş için bkz. **Schlechtriem, Peter / Caemmerer, Ernst Von:** Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Schlechtriem, Art. 18 Rdnr. 15

¹⁹³ **Christian, von Bar / Reinhard, Zimmermann:** Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, 1. Auflage 2002.

¹⁹⁴ Bu yönde, **Reinhard, Zimmermann:** The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundation for a New, European Scholarship of Private Law.

3.4.2. Kabul

Kabul edenin öneriyi kabulünü ifade eden her davranış veya beyan, bir kabulü ifade eder. Sessizlik veya hareketsizlik tek başına bir Kabul değildir. İlgili PECL düzenlemeleri Sözleşme hukukunu düzenleyen ve sıkılaştıran bir çalışmadır.¹⁹⁵ Yine hukuk sistemlerinde en son çalışmaların dahi sözleşme hukukuna ilişkin ve satış sözleşmesi hukukuna ilişkin olduğunu görebilmekteyiz. Devamla bütün hukuk sistemlerinde olduğu üzere PECL de de istisnalar mevcuttur. Örneğin kefilliği kabul yazılı bir şekle bağlıdır.¹⁹⁶

3.5. Öneri ve Kabul Müessesesi İle Bir Takım Hukuki İlişkilendirmeler

3.5.1. Dürüstlük Kuralına Dayandırılan Sözleşme Benzeri İlişkiler

Dürüstlük kuralına dayandırılan sözleşme ve benzeri ilişkiler olarak adlandırılan sözleşme türleri hukuk sistemimizde mevcuttur. Alman hukuk sistemini benimsemiş Hukukçular tarafından öne atılan doktrinlerde hukukçuların amacı, haklı gördüğü tarafı borçlar kanununda sözleşme başlığı adı altında sözleşmeliğin tarafına verilen Kanuni güvencenin içine almak, ilgili kanunu güvenceler ile tarafların haklarını korumaktır.

Bunlar insanlar arası fiili münasebetler sırasında meydana gelecek anlaşmazlıkları daha geniş kapsamlı bir düzenleme ve koruma altına almaktırlar. İşbu hukuki görüşleri benimseyen Hukukçular dürüst davranan tarafın haklarını sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil maddelerini düzenleyen kanunların yeterince korunmadığı görüşlerindedir. Bu nedenle Alman Hukuk sistemini benimsemiş hukukçular bazı sözleşme benzeri ilişkileri, mevcut bir sözleşme ile büyük oranda eşit tutarak aşağıda ayrıntılı değineceğim hukuk doktrinleri ortaya koymuşlardır.¹⁹⁷ İlgili hakları hukukçular iyi niyet kurallarına dayandırmaktadırlar.¹⁹⁸

Benzer şekilde İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüşe göre; sözleşme görüşmelerinde taraflar arasında yasal bir ilişki, bir başka deyişle, güven ilişkisi ortaya çıkar. Bu güven ilişkisinden Türk Medeni Kanunu m. 2 anlamında dürüstlük kurallarına uygun olarak, bir dereceye kadar, karşı tarafın çıkarlarına dikkat etmek, böylece bildirim, aydınlatma (güven eksikliği, güvensizlik) gibi bir takım titizlik sorumlulukları ortaya çıkmaktadır. Bu detaylandırma yükümlülükleri, sözleşmeden doğan yükümlülüğünden farklıdır ve yasalardan

¹⁹⁵ Nils, Jansen / Reinhard, Zimmermann: Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht Textstufen transnationaler Modellregelungen, Hamburg, 2010, s.197.

¹⁹⁶ Klingel, Katharina: Die Principles Of European Law On Personal Security Als Neutrales Recht Für Internationale Bürgschaftsverträge, s.112.

¹⁹⁷ Yine örneğin Almanya Borçlar Hukuku'nda 01.01.2002 tarihi ile yapılan Borçlar Hukuku reformunda önemli bulunan doktrinler kanun şeklinde düzenlenmiştir. Culpa in Contrahendo BGB 311 II maddesinde düzenlenmiştir. Aktin müspet ihlali (positive vertragsverletzung) Alman borçlar kanunun 280. ve devam maddelerince düzenlenmiştir. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Alman Borçlar Kanunu'nun 328. ve devam eden maddelerince düzenlenmiştir.

¹⁹⁸ Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi.

doğın davranışlara tabidir. Bu nedenle, sözleşmenin müzakeresi sırasında bu davranış yükümlölüklerinin ihlali durumunda, sözleşmeden doğın yükümlölük dışı kurallar örnek olarak uygulanır.¹⁹⁹

3.5.2. Fiili Sözleşme İlişkisi/Sosyal Temas

Dürüstlük kuralına dayandırılan sözleşme benzeri ilişkiler 'in başında Fiili sözleşme ilişkisi ve sosyal temasa dayandırılan doktrin gelmektedir.²⁰⁰ Fiili Sözleşme İlişkisi veya Sosyal Temas artık Hukukçular tarafından bir sözleşme benzeri ilişki olarak görülmemektedir, söyle ki bu görüşleri savunan hukukçu sayısı artık yok denecek kadar azalmıştır.²⁰¹

Sözleşmeler geniş bir şekilde bahis edildiği üzere icap ve Kabul ile kurulmaktadır. Yalnız fiili sözleşme ilişkisini savunan görüşler geçerli bir icap veya kabulün olmaması durumunda dahi, bir sözleşmenin mevcut olduğundan bahis etmektedirler.²⁰²

İş ilişkisinde iş sözleşmesinin sonradan geçersiz olduğu anlaşılması durumunda fiili sözleşmeden bahsedilmiştir. Örneğin: Ahmet batmaz bankada işe başlamak için başvurmuştur ve banka müdürü ile sohbeti sırasında müdürün Ahmet'e sabıkası olup olmadığını sorduğunda, Ahmet 4 adet hırsızlık ve 3 adet dolandırıcılık sabıkası olmasına rağmen herhangi bir sabıkam yoktur deyip yalan söylemiştir.²⁰³ Ahmet bankada sorunsuz ve kaliteli bir şekilde 3 ay çalışıp hizmet vermesinden sonra müdürü Ahmet'in sabıkalarını öğrenip iş sözleşmesini borçlar kanunun 36 maddesi gereği bağılı olmadığını beyan etmiştir. Ahmet yaptığı sözleşmeye dayanarak herhangi bir talepte bulunamaz, haksız fiilden de bahis edilemeyeceğinden, Ahmet sadece karşı tarafın sebepsiz zenginleştğini öne sürerek bir talepte bulunabilir. Dolayısıyla burada Ahmet'in hakları iyi niyet kuralları çerçevesinde korunmalıdır.²⁰⁴

İşbu durumda fiili sözleşme ilişkisini savunan görüşeler Ahmet'in ücret alacağını fiili sözleşme ilişkisine dayandırılarak Ahmet bankadan isteyebilmektedir. Fiili sözleşme ilişkisini savunan görüşlere göre, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiile dayandırılan talepler Ahmet'in haklarını yeterince koruyamamaktadır.²⁰⁵

¹⁹⁹ **Sungurbey, Ayfer Kutlu:** Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa In Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 117-118.

²⁰⁰ **Kılıçoğlu, Ahmet:** Fiili Sözleşme İlişkileri, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1985/ S. 5-6, s. 740.; **Larenz, Karl,** Die Begründung Von Schuldverhältnissen Durch Sozialtypisches Verhalten, Njw 1956, 9 Jahrgang, Halbband, Heft 51/52 S. 1897-1900.

²⁰¹ **Brox, Von Hans / Walker, Wolf-Dietrich:** Allgemeines Schuldrecht 30. Auflage C.H. Beck Verlag S. 52.

²⁰² **Larenz, s. 1898.**

²⁰³ Bu örneği Ahmet'in akıl hastası olması nedeni şeklinde de verebiliriz.

²⁰⁴ **YİBK. T. 13.06.1958, E. 1958/20 K. 1958/9.**

²⁰⁵ **Brox/Walker, s. 54.**

Fiili sözleşme ilişkisinde ne kadar zor olsa da, bir sözleşme mevcut olmadığından verilen değerler sebepsiz zenginleşme ilkeleri doğrultusunda çözüme kavuşturulmalıdır.²⁰⁶ Birinci örneğimizde, Ahmet aracını Osman'ın işlettiği otoparka park edip, Osman'a ücret ödemeyeceğini, otoparkın zaten boş olduğunu, aracının sorumluluğunun kendine ait olduğunu, aracına zarar gelmemesi için Osman tarafından dikkat edilmemesini beyan eder. Burada sosyal temasa dayandırılan bir sözleşmeden bahis edilebilir.²⁰⁷

Devamla Fiili Sözleşme İlişkisi veya Sosyal Temas ilişkileri üzerinde yapılan çalışmalar²⁰⁸ bir hayli azalmıştır. Yalnız gerek Fiili Sözleşme İlişkisi veya Sosyal Temas ilişkilerin fikir babalarından olan Larenz gerek alman Yargıtay'ı bu görüşleri savunmayı bırakmıştır.²⁰⁹ İkinci örneğimizde roma hukukuna dayanan, protestatio facto contraria ilkesi gereği, Ahmet'in irade beyanı mevcut olduğunu, sonuçta park ederek otopark sahibinin icabını kabul ettiğini, kabul ederek sözleşmeden bahis edebiliriz.

3.5.3. Culpa in Contrahendo

Culpa in contrahendo, "sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlardan doğan sorumluluk" anlamına gelen Latince hukuk terimidir. "Culpa" sözcüğünün Türkçe'deki karşılığı "Kusur", "Contrahendo" sözcüğünün Türkçe'deki karşılığı ise "Anlaşmadır". Alman hukuk sistemini benimsemiş ülkelerinin pek çoğunda önemli sayılan bir borçlar hukuku kavramıdır.²¹⁰ Yukarıda bahis edildiği üzere dürüstlük kuralına dayanır. Yani "Culpa in Contrahendo" sorumluluğu sözleşme öncesi sorumluluk hususlarını düzenlemektedir. Yani "Culpa in Contrahendo" kavramı taraflar arasında henüz sözleşme meydana getirilmeden ama sözleşme görüşmeleri devam ederken taraflardan birinin karşı tarafa veriş olduğu zararı gidermeyi amaçlayan bir sorumluluk kavramıdır. sorumluluğu kavramı, ana hatlarıyla, bu dönemde gerçekleştirilen kusurlu davranıştan doğan sorumluluk anlamını taşımaktadır.²¹¹

Culpa in contrahendo kavramının fikir babası olan Alman hukukçu Rudolf von Jhering'in 1861 tarihli makalesinde ilk defa Culpa in contrahendo konusunu ele almıştır.²¹² Culpa in Contrahendo'daki sorumluluğun TBK m. 2'de belirtilen iyi niyet kurallarından ilham

²⁰⁶ Brox/Walker, s. 54.

²⁰⁷ Brox/Walker, s. 55.

²⁰⁸ Kellmann, Christif: Schuldverhältnisse aus Sozialtypischem Verhalten, NJW 1971, s. 265; Lehmann, Faktische, Vertragsverhältnisse NJE 1958, s. 1.

²⁰⁹ Larenz, Karl / Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 7. Auflage, s. 536.

²¹⁰ Bkz. BGH NJW 52, 1130, 76, 712.

²¹¹ Medicus, Dieter; Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., München, C. F. Müller Verlag, 2006, § 30.

²¹² Rudolf, von Jhering: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Bad Homburg, Verlag Gehlen, 1969, s. 7; Rudolf, von Jhering: "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, vol. 4, 1861, pp. 1-3.

alan bir müessesedir.²¹³ Aslında, sosyal hayatın hızlı bir şekilde gelişmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik olayların ve sorunların çözümünü, klasik borç yaratma kaynakları olarak kabul edilen haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme bağlamında bulmak neredeyse imkânsızdır. 19. yüzyılın sonlarında, doktrin, yasaların bir çözüm öngöremediği durumlara kayıtsız kalınmamış ve farklı yeni bir hukuki müessese ve sorumluluk türlerini belirleme yoluna gidilmiştir.²¹⁴

Genel olarak, bu yeni sorumluluk türlerinden biri olan “Culpa in Contrahendo” taraflardan birinin diğer tarafla olan güven ilişkisinin veya onun koruması altındaki kişilerin dürüstlük kurallarına (TMK m. 2) aykırı olarak gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur.²¹⁵ Başka bir deyişle, sözleşme müzakerelerinde, bütünlük kuralının ihlal edilmesinden kaynaklanan zararlardan taraflardan birinin sorumluluğu vardır.²¹⁶

Sözleşme müzakerelerinin başlatılması sonucunda taraflar arasında dürüstlük ilkesine dayanan bir güven ilişkisi kurulmakta ve bu ilişki koruma yükümlülüklerini içermektedir. Bu nedenle, sözleşme müzakerelerinde, tarafların her biri veya yardımcıları, diğer tarafın veya onun koruması altındaki kişilerin zarar görmesini önlemek için gerekli dikkat ve özeni gösterme ve koruma yükümlülüğüne uymak zorundadır. Bunun nedeni, koruma görevlerinin, diğer kişilerin ve faiz dışındaki varlıkların değerlerine zarar vermemeyi içermesidir. Sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerinin ihlali, sözleşme müzakerelerinden kaynaklanan sorumluluk doğurur.²¹⁷

Öte yandan, taraflar arasında yasal bir ilişki olduğunda, ihlalin bir fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verme aşamasında taraflar arasında hiçbir yasal ilişki kurulmamıştır. Bu nedenle, sözleşme müzakerelerinde sözleşmeye bağlı bir ihlal bir zorunluluk olarak kabul edilemez. Sözleşme müzakerelerinden kaynaklanan güven ilişkisinin ihlali ile karşılaştırıldığında, sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.²¹⁸

Sözleşmenin müzakeresinden doğan sorumluluk, yalnızca sözleşmenin geçerliliğine dayanan zararlardan (olumsuz zararlar) sorumlu değildir, Türk Medeni Kanunu m. 2/I’de

²¹³ 23.05.2005 tarihli Yargıtay 4. HD.’nin kararında Culpa in Contrahendo “akit müzakeresi sırasında kusurlu davranış” olarak ifade edildiği gibi, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 30.11.2004 tarihli kararında ise “**akit görüşmelerinden doğan sorumluluk**” olarak ifade edilmiştir. (E.T. 29.04.2019, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

²¹⁴ **Yalman, Süleyman:** Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 37.

²¹⁵ **Eren,** s. 1083; **Uluslan, İlhan:** Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 287

²¹⁶ **Yalman,** s. 38.

²¹⁷ **Sungurbey,** s. 103; **Eren,** s. 1086-1091.

²¹⁸ **Yalman,** s. 83.

düzenlenen “Dürüstlük Kuralı”na dayanan “Güven İlkesi”nden kaynaklanan karşı tarafın kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolundaki davranış yükümüne aykırılıktan doğan sorumluluğu da kapsar. Karşılaştırmalı Hukukta bu yasal düşünceye, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkeme, "mağaza kararları" diye anılan kararlarında dile getirilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi'nin, yine sözü geçen “Mağaza Kararları”ndan olarak 26 Eylül 1961 tarihinde verdiği “Muz Kabuğu Kararı”nda, bu doğrultuda daha da ileri giderek,

“büyük bir mağazaya giren kimsenin, daha sözleşmenin görüşülmesine başlamadan önce “İşlemsel İlişkiler Hazırlığı Aşamasında” bulunduğu sırada, yere atılmış bir muz kabuğuna basıp ayağı kayarak düşüp yaralanması yüzünden mağaza işletmecisinin mağazaya giren kimselerin güvenliğini sağlamak yolunda genel bir özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu olduğunu” kabul etmiştir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi, 7 Aralık 1911 tarihinde verdiği " muşamba topu kararı" olarak adlandırılan kararıyla, sadece bildirim ve aydınlatma zorunluluğu değil, sözleşmenin müzakere edilmesini, diğer tarafın (kişi ve varlıklar) hayatını ve malını koruma yükümlerinin de doğduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle,

“mağaza tezgâhtarının bir yer muşambası satın almak isteyen bir kadına muşamba toplarını gösterirken bunlardan birini kadının üstüne düşürerek ona zarar vermesi durumunda, mağaza sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun m.55'in karşılığı olan Alman Medeni Yasası § 831'e göre değil de, Türk Borçlar Kanunu'nun m.100'ün karşılığı olan Alman Medeni Yasası, § 278'e göre sorumlu olduğuna” karar vermiştir.

“İşlemsel değinme (temas)” kuramına göre; bir kimsenin, sözleşmenin görüşülmesine başlamadan önce de, “işlemsel ilişkiler hazırlığına girişmesi” durumunda güven ilişkisinden, tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolunda davranış yükümleri doğacağı kabul edilmektedir. İşlemsel ilişkiler hazırlığına girişme, bu hazırlık henüz gerçek bir “sözleşmenin görüşülmesi” aşamasına varmamış olsa bile gerçekleşebilir. Örneğin, bir kimsenin “olası müşteri” olarak kesin bir satın alma amacı olmasa bile bir mağazaya girmesi ya da bir lokantada yer araması durumunda olduğu gibi, Alman Federal Mahkemesi'nin “muz kabuğu kararı”da bu görüşe uygundur.²¹⁹

Alman Federal Mahkemesi'nin 1976 yılında “muz kabuğu” kararına benzer bir karar olarak bir sebze yaprağı dâhil edilmiş, bu kararda, on dört yaşında bir kız, eşyalarını taşımak için geldiği süpermarkete yerdeki bir sebze yaprağına basarak kaymış, yere düşmüş ve sağ dizinde ameliyat gerektirecek ağırlıkta bir sakatlığa uğramıştır. Kız çocuğunun uğradığı zarar,

²¹⁹ **Larenz, Karl:** Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und “Sozialer Kontakt”, MND 1954, s. 515 vd.; **Sungurbey,** s.103-109.

sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk esasına göre giderilmiştir. Yani Alman Federal Mahkemesinin içtihatları üçüncü tarafların korunmasını genişletmiştir. Her üç durumda da, bir sözleşme yapma hakkı ve kişinin güvenliğinin sözleşme ile korunması, sözleşme amacıyla bir sözleşmeye girme başlangıç noktası olmuştur.

Aslında, Alman Yasası'nın uygulanmasının, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğu kabul etmesi, Alman Medeni Kanununda yer alan kural kurallarının bu gibi durumlarda tatmin edici sonuçlar vermemesinden kaynaklanmaktadır. Daha da önemlisi sözleşme görüşmelerinde kaynaklanan sorumluluk ispat külfetinden ve sınırlama statüsünün uzatılmasından kurtulmak için kullanılır. Bunun nedeni, sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluğun sözleşme veya ek hükümlere dayanmasıdır ve sınırlamaların getirilmesi, yükün dağıtılması ve yardımcı kişilerin sorumluluğu açısından önemlidir.²²⁰ Zira sözleşme sorumluluğunda, kanunda aksine bir hüküm yoksa TBK m. 146 gereği zamanaşımı süresi 10 yıldır.

Bu gibi durumlarda, bir sözleşmenin kurulup kurulmamasına ya da geçersiz ya da geçersiz olmasına bakılmaksızın, sözleşme müzakerelerinden kaynaklanan bir sorumluluğun varlığı bugünkü hâkim düşünceye göre artık tartışmasızdır. Yukarıda belirtildiği gibi, somut olayın sorumluluk kaynakları olarak değerlendirildiği durumlarda; Sözleşmeye bağlı müzakerelerden kaynaklanan sorumluluklarla olaya bakmak gerektiği hususunda kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Gerçekte de; sözleşme bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen yasal bir süreç değildir. Sözleşme kurulmadan önce, taraflar sözleşmenin içeriği, şartları, hakları ve yükümlülükleri hakkında görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşülen kişiler arasında yasal bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi TMK m.2/1'de belirtilen dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Buna göre, görüşmeler sırasında görüşmeci, sözleşmenin içeriği ve koşulları hakkında birbirlerini aydınlatmalı, dürüstlük kurallarına uygun davranmalı, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermeli, koruma yükümlülüklerine uyulmalıdır. Görüşmeciler, bu yükümlülükleri ihlal ettikleri ve müzakerelerin başlaması arasında kurulan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde ortaya çıkan zararlardan sorumludurlar.²²¹

Bu sebeple, sözleşme görüşmelerinden doğan ihtilafların; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşmeler hukuku kapsamında neticelendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Davacının alışveriş yapmak için mağazaya gelmesi ile taraflar arasında satım sözleşmesinin ön hazırlığı

²²⁰ **Yalman**, s. 62, 70.

²²¹ **Eren**, s. 1084, 306; **Ulusan**, s. 286.

mahiyetinde sözleşme benzeri bir hukuki ilişki meydana gelmiştir. Bu ilişkide, alıcı kimsenin satılan ürünü incelemesi ve satıcının da ürün hakkında bilgilendirme yapması ile taraflar arasında hukuki işleme yönelik hazırlık aşamasının başladığı şüphesizdir. Bu sebeple de taraflar arasında bu aşamada çıkabilecek ihtilafların çözümü sözleşme hukuku çerçevesinde olması gerekmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre olayın değerlendirilmesine gelince; Tüketici korumanın temel başlangıç noktası olduğu için tüketiciyi korumak için politikaların oluşturulması açısından tüketici kavramı çok önemlidir. Aslında, tüketicinin korunması gerektiği fikri, öncelikle tüketicinin mal ve hizmet sağlayıcılara karşı daha olumsuz bir konumda olması nedeniyle olmuştur.

Diğer bir deyişle, tüketici ile olan sosyal ve hukuki ilişkide, ilişkinin ekonomik ve sosyal zayıflığını, ekonomik ve yasal anlamda oluşturması, tüketiciyi koruma fikrinin odağını oluşturmuştur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'na göre; Tüketici; *“bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, Kanun Hükmünde, tüketicinin yalnızca gerçek bir kişi değil, aynı zamanda tüzel bir kişi olduğu kadar tüketiciyi tanımlarken belirli amaçlar için bir mal veya hizmetin özel amaçlarla satın alınması ve nihai olarak kullanılması ölçütleri yanında, tüketicinin sadece gerçek kişi değil tüzel kişi de olabileceğini işaret etmiş, ayrıca malın satın alınması yanında hizmetlerden yararlanılmasını da tüketim kapsamı içinde değerlendirmiştir.²²²

Yukarıda da belirtildiği üzere sözleşme bir süreç olup, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce, taraflar ayrıca sözleşmenin içeriğini, şartlarını, haklarını ve yükümlülüklerini görüşeceklerdir. Söz konusu bu görüşmelerin uzun ya da kısa olması sonuca etki etmeyecektir. Taraflar arasında bu yönde görüşmelerin başlamasıyla artık aralarında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, başka bir deyişle birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülükleri doğar.

Culpa in Contrahendo'nun şartları, sözleşme görüşlerinin başlaması, başlayabilme durumunun oluşması veya başlamak üzere olması, tarafların birinin kusuru sonucu zararın bir zararın oluşması oluşmasıdır.²²³ Örneğin Veli BİM marketine bir ihtimal bazı şeyleri almak için girer. Giriş kapısını geçer geçmez marul kabuklarından kayarak düşer ve kolunu kırar.

²²² **Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** M. Kemal Oğuzman Armağanı, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, İstanbul 2000, s. 666-667.

²²³ **Palandt, Festschrift:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 73 Auflage 2014, s.492-493.

BİM mağazasının çalışanı, marulları yere dökmüş işinin yoğunluğu nedeni ile kaldıramamıştır. Burada BİM şirketi ile Veli arasında herhangi bir hukuki ilişki mevcut değildir. Yalnız iyi niyet kuralları Veliyi mümkün mertebe kanunun koruması altına alınmasını gerektirir. Bu nedenler ile Veli sözleşme ve borçlar kanunu ilkeleri gereği oluşan maddi manevi zararı doğrudan BİM şirketinden isteyebilmelidir. **Culpa in Contrahendo**, ilkeleri gereği BİM şirketi Veli'ye karşı sorumludur.

3.5.4. Üçüncü Kişi Lehine ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Üçüncü kişi lehine sözleşmeler iki çeşittir, gerçek üçüncü kişi lehine sözleşme, gerçek olmayan üçüncü kişi lehine sözleşme.²²⁴ Gerçek olan üçüncü kişi lehine sözleşmede örneğin Veli annesi Aylin'e, Mehmet'ten telefon almaktadır. Veli, Mehmet'e telefonu annesine aldığını, bu neden ile telefonu doğrudan annesine teslim etmelerini beyan eder ve 100TL ücretini öder. Burada Aylin sözleşme gereği telefonu tel Mehmet'ten isteyebilir. Burada Aylin ve Mehmet arasında herhangi bir sözleşme yoktur. Yalnız sözleşme gereği Aylin Mehmet'ten telefonu talep etme hakkını kazanmıştır.²²⁵

Devamla üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmelerde çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Telefonda herhangi bir sorun olduğunda Aylin Mehmet'ten (garanti kapsamında) sorunun giderilmesini isteyebilir. Anlaşma sonrasında Mehmet, Aliden 100TL sini ödemesini isteyebilir ve borç ödenmedikçe Aylin'de telefonun kendisine teslimini isteyemez. Ali'den birebir aynı telefon alacağı doğarsa takas edemez BK 141ci maddesi.²²⁶

Gerçek olmayan üçüncü kişi lehine sözleşme. Veli Mehmet'ten 100TL'ye bir telefon satın alır, yalnız telefon stoklarda tükenmiştir. Bu neden ile Mehmet toptancısı Hamdi'yi arayarak telefonun dorudan Mehmet'e teslim edilmesi konusunda anlaşır.

Mehmet Hamdi'den telefon talebinde bulunamaz. Yalnız Veli Hamdi'den telefonun doğrudan Mehmet'e teslim edilmesini isteyebilir.²²⁷

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, yine kanunlarımızın iyi niyet kurallarından ilham alarak hukuk sistemimizde yer bulan bir müessesedir. Ali annesi ile Mehmet'e alışverişe gider, işçi Gazi sebze reyonunu temizleyemediğinden, Ali bir Marul yaprağından kayar ve kolunu kırar. Culpa in Contrahendo söz konusu değildir çünkü Ali Mehmet ile

²²⁴ Brox/Walker, s. 347.

²²⁵ Almanya Borçlar Hukuku'nda 01.01.2002 tarihi ile yapılan Borçlar Hukuku reformunda Alman Borçlar Kanunu'nun 328ci ve devam eden maddelerince düzenlenmiştir.

²²⁶ Çok ilginçtir, Üçüncü kişi lehine sözleşmeyi düzenlemeyen yasa koyucusu, bu özel durumu düzenlemiştir. Daha ilginçtir, Alman yasa koyucusu Alman Borçlar Kanunu'nun 328. ve devam eden maddelerince üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmeyi düzenlemiştir, yalnız bu istisna durumu düzenlenmemiştir. Daha ilginçtir alman Yargıtay'ı BK 141. maddesi ile aynı görüşler, bkz. BGH MDR 1961,481.

²²⁷ Almanya Borçlar Hukuku'nda 01.01.2002 tarihi ile yapılan Borçlar Hukuku reformunda Alman Borçlar Kanunu'nun 328 ve devam eden maddelerince düzenlenmemiştir.

sözleşme yapma niyetinde olmamıştır. Mehmet'in dolaylı sorumluluğu burada yetersizdir çünkü TBK 66. maddesinin II cümlesi gereği sorumluluktan kurtulabilir.²²⁸ Bu neden ile Mehmet'i doğrudan sorumlu tutabilmek için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme müessesesi oluşturulmuştur.²²⁹

3.5.5. Aktin Müspet İhlali

Dürüstlük Kuralına Dayandırılan Sözleşme Benzeri İlişkiler'in bir örneği de Aktin müspet ihlalidir.²³⁰ Türk Borçlar Kanunu'nun son reformunda, yani 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenemeyen aktin müspet ihlalinin uygulanması yargıya bırakılmıştır. Yargı TBK m. 2 ve benzeri maddeleri çerçevesinde özel durumları değerlendirecektir.²³¹

Örneğin, Ali birinci sınıf 10 ton mazot alır ve Hasan ile 10 ton mazotun Ali'nin bodrumundaki deposuna doldurulması konusunda anlaşılır. Hasan sözleşme gereği birinci sınıf mazotu Ali'nin deposuna doldurur, yalnız doldurma sırasında Ali'nin bahçesini Hasan'ın mazot kamyonları berbat eder. Ali bahçesini eski hale getirmesi için 100 TL masraf eder. Ali, Hasan'dan 100 TL'sini sözleşme gereği isteyemez zira sözleşme birinci sınıf 10 ton mazotu Ali'nin bodrumundaki deposuna doldurulmasını içermiştir ancak Hasan bu hususu eksiksiz yerine getirmiştir. Tabii olarak Hasan'ın kamyonlarının Ali'nin bahçesini berbat etmesi kabul edilemez. Aynı şekilde eve boyacı aldığımda, duvarı boyayan Mehmet boyayı sağa sola sıçratıp mobilyaları mahvetmesi, Alinin çocuklarına bağırıp çağırması, çocukların yanında

²²⁸ Alman Yargıtay'ı, ilgili hakları §§ 133, 157 BGB den türetmektedir, Bkz. BGHZ 66, 51.

²²⁹ Yargıtay'ın 13 HD.'nin görüşü de bu yöndedir. Bkz. **Yargıtay 13 HD. 2012/2787 Esas, 2012/6142 karar sayılı ilamı şu şekildedir;** “Yeminli olarak dinlenen davalı tanıkları davacının iddialarını doğrular nitelikte beyanlarda bulunmuşlardır. Oyun havuzunda görevli davalı çalışanı Y. K., küçük N. oyun havuzunda iken yemeğe çıkmış, kendi işini kasada görevli diğer çalışan B.M.'ye havale etmiştir. Burada oyun havuzundan sorumlu müstahdem kusurlu olduğu izahtan varestedir. Yine, söz konusu çalışanın bu oyun yerleri ile ilgili herhangi bir eğitimi veya tecrübesi de davalı tarafça kanıtlanamamıştır. Burada da bir özensizlik söz konusudur. Davacı küçük N.'nin oynadığı oyun havuzunda, davalı istihdam edenin özen görevini yeterince yerine getiremediği tanık beyanları ve hastane raporlarıyla sabittir. Bunun aksi davalı tarafça kanıtlanamamıştır. Tüm dosya kapsamına göre; Ankara'da herkesçe bilinen F. AVM'ye davacı ve eşi çocukları ile beraber giderek, davalının işlettiği çocuk eğlence merkezine yaratılan güven duygusuna istinaden çocuklarını davalıya ödedikleri ücret karşılığında bırakmışlardır. Ancak, küçük N.'nin bacağının davalının özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle oyun havuzunda kırıldığı, TBK'nın 47.madesi uyarınca gerek küçük N.'nin gerekse davacı annesi R.K.'nin cismani zarar sebebiyle ruhi bütünlüklerinin bozulduğu, acı ve üzüntü duydukları, bu sebeple her ikisinin de manevi tazminat isteyebilecekleri sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda; 22.06.1966 T.7 E, 7 K sayılı İ.B.K.'na göre adam kullananın TBK'nın 47.maddesine göre manevi tazminatla sorumluluğu için kusur gerekmemektedir. Davacının da, üç yaşlarında olan ve bakıma muhtaç N.'nin oyun yerinde bırakarak ayrılması nedeniyle müterafik kusurlu bulunması ile tarafların ekonomik ve sosyal durumları da dikkate alınarak hak ve adaletle uygun bir şekilde manevi tazminata hükmedilmiştir.” (E.T. 02.05.2019, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

²³⁰ Almanya Borçlar Hukuku'nda 01.01.2002 tarihi ile yapılan Borçlar Hukuku reformunda Alman Borçlar Kanunu'nun 280 ve devam eden maddelerince akdin müspet ihlali düzenlenmiştir.

²³¹ Aktin müspet ihlali gibi önemli bir müesseseyi kanunlaştırmayan yasa koyucusu, ilgili müesseseyi düzenlemesinde yargıya bırakması ile bir nebze yargı hukukunu yaratmaktadır. Yargı Aklına yatmayan beğenmediği her durumu BK 2ci maddesi çerçevesinde kendi kafasında kanun çerçevesinde değerlendirip karara bağlamaktadır, oysa BK 2ci maddesi çok istisna durumlarda değerlendirilmesi gereken bir maddedir, aksi halde diğer maddelerin anlamı kalmamaktadır.

sigara içmesi kabul edilemez. Bu durumda bir müessese Ali'yi korumalıdır. Haksız fiil müessesesi burada Ali'nin haklarını yeterli bir şekilde korumamaktadır. Taraflar sözleşmeye uygun davrandıklarını ispat etmesi gerekirken, hâksız fiilde ispat yükü Ali'dedir. Bu çerçevede güven sorumluluğu, bir hukuk süjesinin culpa in contrahendo kurumundakine benzer nitelikte bir hukuki ilişkinin (eine rechtliche Sonderverbindung) söz konusu olduğu hallerde karşı taraf nezdinde uyandırdığı ve hakkaniyete aykırı bir şekilde boşa çıkardığı güvenden doğan zararların giderilmesine yönelik sorumluluktur. Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğuna girmeyen güven sorumluluğu, anılan iki sorumluluk türü arasında yer alan, kendine özgü, ayrı bir sorumluluk kategorisi oluşturmaktadır.²³²

Hukuk sistemine borcun müspet ihlali müessesesi 20 yüzyılın başlarına Hermann Staub tarafından geliştirilmesi sonucu girmiştir.²³³ Alman Yargıtay'ı borcun müspet ihlali müessesinin temelini iyi niyet kurallarına dayandırmaktadır.²³⁴ Yine bu yöndeki yorumsal çalışmalar²³⁵ ve eskiden beri gelen müessese kanunlaştırılınca şartları kanundan okumak mümkündür. Alman Medeni Kanunun 280ci maddesinde belirtildiği üzere, bir borç ilişkisi,²³⁶ bir sorumluluğunun ihlali,²³⁷ ve kusurun mevcut olması gerekmektedir.

Alman Medeni Kanunun 280ci maddesinde kusurunun olmadığını zarar veren ispat etmelidir. Dolayısıyla ispat külfeti terse çevrilmiştir. İşbu husus, borcun müspet ihlali müessesinin önemini göstermektedir. Yukarıdaki örnekte haksız fiilden zarar talep edildiğinde ispat yükü iddia eden Ali dedir, bu durumda Ali'nin hakkını araması daha zordur. Yine işçileri zarar verir ise Mehmet'in dolaylı sorumluluğu burada yetersizdir çünkü BK 66cı maddesinin II cümlesi gereği sorumluluktan kurtulabilir.²³⁸ Yalnız borcun müspet ihlali müessesesi ile ispat yükü Mehmet e geçmektedir, Mehmet bahçeye verilen zararda kusurunun olmadığını ispat etmelidir.²³⁹

²³² Alman doktrininde ortaya atılan ve geliştirilen güven sorumluluğu teorisi İsviçre Hukuku'nda uzun yıllar meçhul olarak kalmış; gerek öğretide, gerekse mahkeme kararlarında yer almamıştır. Her ne kadar KRAMER güven sorumluluğu kavramını İsviçre hukuk literatürüne kazandırmış ise de; Federal Mahkeme'nin 15 Kasım 1994 tarihli "*Swissair Kararı*"na kadar, belirtilen durumda önemli bir değişiklik olmamıştır. Federal Mahkeme'nin 15 Kasım 1994 tarihli "*Swissair Kararı*" hakkında detaylı bilgi için bkz. **YILMAZ, Asuman**, İsviçre Federal Mahkemesi'nin "*Swissair Kararı*", BATIDER Y. 2009, C. 25, S. 2, s. 429-445.

²³³ **Herrman, Staub**: Die Positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904.

²³⁴ Bkz. BGHZ 11, 80.

²³⁵ **Schwerdtner, Peter**: Positive Vertragsverletzung, 1980, s. 213; **Schunemann, Wolfgang**: Die Positive Vertragsverletzung – Eine Kritische Bestandsaufnahme, JuS 1987, s. 1

²³⁶ Örneğin; 10 ton mazot satım sözleşmesi

²³⁷ Örneğin; Bahçeye sağa sola zarar vermeden mazotun depoya bırakılması sorumluluğu

²³⁸ Bu ve benzeri nedenler ile yine bu ve benzeri durumlarda dürüstlük kuralına dayandırılan sözleşme benzeri müesseseler kurulmuştur. Bu müesseseler yerinde olduğunda Culpa in Contrahendo müessesesi 140 sene sonra, akdin müspet ihlali 10 sene sonra Alman Borçlar kanununda yerini bulmuştur. Fiili Sözleşme İlişkisi/Sosyal Temas gibi müesseseler benimsenmediğinden artık savunanları kalmamıştır ve kanunda da yerini bulamamıştır.

²³⁹ Benzer yönde bkz. **Yargıtay 11. HD. E. 2014/4499 K. 2015/2107 T. 17.2.2015**. İlk derece mahkemesinin; "Davacılar vekili, davalı bankanın internet sitesinde "takipteki alacaklar" başlığı altında, bankaya borçlu olanlara, borçlarını hangi koşullarla ödeyebilecekleri konusunda "Aleni icap=Öneri" niteliğinde bir duyuru

SONUÇ

Sözleşmeler bilindiği üzere taraflar arasında varılan mutabakat sonucunda (icap ve kabul) kurularak yazılı veya sözlü olarak meydana gelirler. Hiç şüphesiz özel hukuk sözleşmeleri kapsamında taraf iradeleri haricinde yer alan idarenin iradesi sözleşmelerin yapılmasına iştirak etmektir. Söz konusu iştirak, mevzuat kapsamında, farklı biçim, ağırlık ve özellikte mevcut olabilir. Bu sözleşmeler ülkemizde yapılan ticari mal alım-satım işlemlerinde tesis edilebildiği gibi, diğer yandan dış ticaret hacminin büyük bir kısmını meydana getiren taşınır eşyaların ithalatına ve ihracatına yönelik satış sözleşmelerini de oluşturmaktadır. Ticari hayatta oluşan teamüller göre taraflardan birinin ileri sürdüğü koşulların karşı tarafça mevcut koşullar bağlamında kabul edilmesi halinde söz konusu kişiler arasında o sözleşme kurulmuş olacaktır. Sözleşme yapmak isteyen taraflar kanuna, ahlaka aykırı olmamak koşuluyla yapmak istedikleri sözleşmeye istedikleri hüküm ve sonuçları bağlamakta serbesttirler.

Ticaret hukukumuzda “Sözleşme Özgürlüğü” olarak yerleşmiş bulunan bu prensip gerçekten de ticari hayat içinde teamül haline gelmiştir. Zira ticari hayat içinde tarafların iradelerini kazuistik hükümlere bağlanarak insanların iradelerine zincir vurmak hem ticari hayata hem de hukukun uygulanabilirliğine ciddi manada zarar verebilir. Mesafeli satım sözleşmelerinde sözleşme konusu ürünlerin gönderilecek yere nakliyesinde sözleşmenin hangi tarafının sorumluluğunun bulunduğu, sözleşmenin taraflarının bu sorumluluklarını yerine getirmediği zamanda oluşabilecek risklerin hangi tarafça karşılanacağı, ürünlerin nakliyesi sırasında ürünlerde meydana gelebilecek hasar ve yararların kime ait olacağı konularına yer

yapıldığını, buna karşılık olarak müvekkilleri tarafından borcun yapılandırılması için davalının icabının kabul edildiğini bildirir davalıya ihbar gönderildiğini, davalı bankanın cevabi ihtarında internet sitesinde yapılan duyurunun bir icap değil icaba davet olduğunu ve bu sebeple müvekkillerinin gönderdiği kabule dair ihtarın sözleşmenin kurulması olarak anlaşılamayacağını bildirildiği, bu sebeple davalının internet adresinde yayınladığı icabın tesbitiyle icap ve kabul sonucu davalıyla müvekkilleri arasında bir borç tasfiye sözleşmesi kurulduğunun tespitini, davalın meydana getirdiği muarazanın önlenmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin internet sayfasındaki duyurunun icap (öneri) olmadığını, icabın karşı tarafa yöneltilmiş olması gerektiğini, internet sitesinde yayınlanan metnin, kamuoyunu bilgilendirmek amaçlı ilan olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia savunma ve tüm dosya kapsamına göre davalı bankanın internet sitesinde yer alan duyuruda banka alacaklarının tahsilinin etkin bir şekilde sürdürülmesi ve tahsile dair yürürlükte olan uygulamalar hakkında bilgilerin yer aldığı, yabancı para kredilerinde %4 faiz oranı üzerinden borç tespiti yapılacağı, borcun peşin ödenmesi halinde veya taksitle ödenmesi halinde vade miktarı ve faiz oranının bildirildiği, buna göre davalının ilanının içeriğinin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu davalının beyanının bir sözleşmenin kurulmasını amaçlayan icap olarak değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle, davanın kabulüne, davalı bankanın internet sitesinde yer alan “bankamız alacaklarının tahsiline yönelik yapılan çalışmalar” başlıklı duyurunun icap olduğunun ve davacıların kabulüyle taraflar arasında borç tasfiye sözleşmesinin kurulduğunun tespitine” karar verilmiştir. (E.T. 07.05.2019, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

Buna karşılık **Yargıtay 11. HD.;** “Mahkemece, davalı bankanın internet sitesinde yapmış olduğu açıklamanın icaba davet olarak nitelendirilerek uyumsuzluğun çözülmesi gerekirken, bu açıklama hatalı yorumlanarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış” diyerek kararı bu sebeple bozmuştur. (E.T. 07.05.2019, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

verilmesi, bu konuların düzenlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, sözleşme konusu ürünlerin alıcı tarafa tesliminin hukuken ne zaman gerçekleşeceği ve bu kapsamda alıcı tarafın üründe oluşabilecek yarar ve hasara ne zamandan itibaren katlanıp, faydalanabileceği konularının standart kurallara bağlanması ve bu kuralların düzenlenecek sözleşmelere olduğu gibi uygulanması yerine bu kuralların kısa isimleriyle kullanılmaları gerekliliği meydana gelmiştir. Gelişen ticari hayat ile birlikte yatırımcılar farklı ülkelerle ticaret yapmak istediklerinde o ülkenin muhtelif hukuk kurallarını öğrenmek ona göre pozisyon almak yerine uluslararası boyutta geçerli olan bir uygulama ile her bir ülkeye göre pozisyon belirlemek ve uyum sağlamaya çalışmak zorunluluğu ortadan kalkmış ve uluslararası ticarete olumlu yönde bir ivme kazandırılmıştır.

Sözleşme, kısa ve öz bir biçimde tanımlandığında, “iki ya da daha fazla kimse arasında yapılan ve şartlarına uyulması kanunla belirlenmiş olan antlaşmalardır” denilebilir. Sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleştirilen bir hukuki işlem olan “Sözleşmenin” genel olarak belirli bir biçimde yapılması mecburi değildir. Hatta uluslararası boyuttaki ticaret ilişkilerinde taraflar arasında sözleşmenin akdedilmesi bir gereklilik değildir. Yani taraflar arasında bir sözleşmenin oluşturulup oluşturulmayacağı alıcı ile satıcı karar verilecektir. Buna karşılık satım konusu ürünlerin belirlenmesinde ve tarafların edimlerinin belirlenerek aksi durumda ortaya çıkabilecek yükümlülüklerin ortaya konulması bakımından tarafların söz konusu bu durumları bir sözleşme ile kaleme almalarında yarar bulunduğu şüphesizdir. Bu kapsamda ülkemizde “*Şekil Serbestliği İlkesi*” Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu ile ciddi biçimde daraltılmış ve tarafların ileride oluşabilecek ihtilaflarda geçerli olması şekil şartına bağlı olmayan sözleşme tiplerinde dahi ispat kolaylığı sağlanabilmesi için teminen adi yazılı şekilde yapılması zorunlu kılınmıştır. Gerçekten de geçerliliği hiçbir şekil şartına tabi olmayan sözleşmelerin sözlü şekilde yapılması durumu ile teminen yazılı şekilde yapılması durumu arasında ispat hukuku bağlamında ciddi farklılıklar oluşacağı kaçınılmaz bir gerçektir.

Taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin geçerliliği sözleşme taraflarının o sözleşmeyi serbest iradeleri ile yapmış olmasına bağlıdır. Bir sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu irade beyanların ilk yapılamaya icap/öneri, ikinci yapılamaya ise kabul adı verilir. Taraflardan birinin kendisine yapılan öneriye olumlu geri dönüş yapmasına “kabul” denilir. Gerçekten de zamanı dâhilinde ve aynı hükümler altında verilen kabul beyanının önerene ulaşması ile taraflar arasında sözleşme kurulur. Kabul beyanı da öneri beyanı gibi tek taraflı ve ulaşması gerekli bir irade beyanıdır. Burada en önemli husus, kabul beyanının öneri beyanda yer verilen tüm hususları kapsıyor olması gerekmesidir. Zira

öneriyi değiştiren, genişleten veya daraltan kabul beyanları artık kabul beyanı olmaktan çıkarlar ve bu tip beyanların hâlihazırdaki önerinin reddi ve yeni bir öneri olurlar.

Sözleşme taraflarından birini hata, hile veya ikrah yolu ile sözleşme yapmış olması durumunda söz konusu sözleşme hükümsüz olacaktır. Aynı şekilde sözleşmenin içeriği kanuna veya ahlaka aykırı olan sözleşmeler de tarafların iradeleri uyuşsa bile geçerli olamaz. Taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinde sözleşme konusu ürünün sayısı, özellikleri, kalitesi, ürünün teslimatına ilişkin bilgiler, ürün karşılığında yapılacak ödemenin zamanı ve yeri gibi konuların çözüme kavuşturulabilmesi için bu hususların taraflarca sözleşmede belirlenmiş olması oldukça önemlidir. Gerçekten de taraflar satım sözleşmesini oluştururken, herhangi bir konuda ihtilafa düşülmesi durumunda söz konusu ihtilafın nasıl çözüleceği hususunun sözleşmede belirlenmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır. Sözleşme düzenlemek isteyen taraflar, yapılmak istenilen sözleşmenin konusu kamu düzenine, genel ahlaka aykırı değilse, taraflar söz konusu sözleşme ile aralarında çıkabilecek ihtilafların çözümü için yerel mahkemelere gidebilecekleri gibi, ihtilafın çözümü için arabuluculuğa, tahkime gidilmesini de belirleyebilirler. Ayrıca, yapılmak istenilen sözleşmenin konusu kamu düzenine, genel ahlaka aykırı değilse, taraflar sözleşmeyi yaparken, oluşabilecek ihtilafların çözümünde hangi ülke hukuk mevzuatının uygulanacağını da seçebilirler.

Nitekim her bir ülkenin milletlerarası özel hukuku gereği, meydana gelebilecek ihtilafların çözümü için uygulanması gereken kurallar belirlenmiş olunmasına karşın, genellikle bu kurallarda millilik hususu ön plana çıkmakta ve her bir ülkenin hukuk kuralları farklı düzenlemelerden oluşmaktadır. Gerçekten de bir ülke mevzuatında tarafların belirlediği hükümlerin uygulanmasına müsaade edilirken bir başka ülke mevzuatında ise o ülkenin kendi mevzuatına uyulması zorunlu tutulabilmektedir. Özellikle satım sözleşmelerinde, ortaya çıkması muhtemel ihtilafların çözüm yolunun taraflarca belirlenmiş olması son derece önemli olmakla birlikte, şayet taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa taraflar arasında anlaşmaya esas olan yazışmalar vb. diğer her şey söz konusu ihtilafı çözmek için kullanılmak durumunda kalınacaktır. Zira uluslararası ticari faaliyetlerde taraflar karşı tarafa vermiş oldukları edim taahhütlerini yerine getirebilmek için her türlü çabayı sarf etseler dahi, sözleşme hükümlerinin farklı bakış açılarıyla yorumlanması sebebiyle ticari konulardaki anlaşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu sebeplerle uyuşmazlıkların meydana gelen sorunların giderilmesine yönelik çeşitli çözüm yöntemleri vardır. Uygulamada meydana gelebilecek anlaşmazlıkların çözümünde genellikle bu yöntemlerden hangisine başvurulacağı taraflar arasında akdedilen sözleşmede belirtilir.

KAYNAKÇA

- Acar, Hakan** : “Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukukî Sonuçları”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 45-46 (Mayıs-Haziran 2008).
- Afşaroğlu, Osman** : Yurt İçi-Yurt Dışı Tebligat Hukuku, Ankara 1990.
- Akıncı, Şahin** : Borçlar Hukuku Bilgisi, 5. Bası, Konya 2011, s. 69.
- Akıntürk, Turgut** : Hukuka Giriş, AÜ, AÖF Yay., No:726/1329, Eskişehir, 2002.
- Akipek, Şebnem / Küçükgüngör, Erkan** : Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yay., Ankara, 2000.
- Akılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil** : Türk İdare Hukuku, 3. baskı, Seçkin Yay., İstanbul 2012.
- Altaş, Hüseyin** : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Antalya, Gökhan** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Aral, Fahrettin** : Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınevi, İstanbul 2003.
- Arkan, Sabih** : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011.
- Atilla B., Seyfettin K.** : Dış Ticarete Uygulamalı Akreditif İşlemler, Y. 2000.
- Bağrıaçık, Atilla** : Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri, Bilim Teknik Yay., İstanbul 1994.
- Balcı, Muharrem** : İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1999.
- Bilge, Necip** : Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2001.
- Brox, Von Hans / Walker, Wolf-Dietrich** : Allgemeines Schuldrecht 30. Auflage C.H. Beck Verlag s. 52.
- Brox, Von Hans** : Allgemeiner Teil des BGB/ 23., neubearbeitete. Auflage, Heymanns 1999.

- Christian, von Bar / Reinhard, Zimmermann** : Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, 1. Auflage 2002.
- Çelikel, Aysel** : Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku), İstanbul 2010.
- Çınar, Ömer** : Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- Doğan, Naci** : “Ulusal ve Uluslararası Hukuk Alanlarına Göre Sözleşme Kavramı, Sözleşme Akdi ve Koşullar”, Mevzuat Dergisi, S.105, 2006.
- Dölek, Ali** : Gümrük Birliği Sonrası Uygulamalı İhracat Bilgileri, Beta Yay., İstanbul 1996.
- Eldeniz, Gülperi** : Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008.
- Erdem, Ercüment** : SIF Satışlar, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1999.
- Eren, Fikret** : “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 21. Baskı, Ankara 2017.
- Ertabak, Ünal** : “Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar”, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 115, Temmuz 2012.
- Esener, Turhan** : Borçlar Hukuku, Ankara 1969.
- Gökkaya, Emre** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- Hatemi, Hüseyin / Feyzioğlu, Feyzi** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1976.
- Herrman, Staub** : Die Positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904.
- İldır, Gülgün** : Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Dış Ticaret Eğitim Dergisi, UÜ, SBE., Demirtaş Sanayiciler Derneği, Bursa 2002.
- İnal, Emrehan** : “E-ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması”, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2005.

- İnal, H. Tamer** : “Sözleşmenin Kurulması Esnasında Öngörülemeyen Sonraki İfa İmkânsızlığı ve Mücbir Sebep”, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Ağustos 2014.
- İnan, Ali Naim** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.
- Kantekin, Seyfettin** : Dış Ticaret Taşımacılığı, İstanbul 2000.
- Kaplan, İbrahim** : Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Kellmann, Christif** : Schuldverhältnisse aus Sozialtypischem Verhalten, NJW 1971.
- Kemer, Osman Barbaros** : Dış Ticaret Teknikleri Teori-Uygulama, Alfa Bas. İstanbul 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet** : Fiili Sözleşme İlişkileri, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1985/ S. 5-6, s. 738-753.
- Klingel, Katharina** : Die Principles Of European Law On Personal Security Als Neutrales Recht Für Internationale Bürgschaftsverträge.
- Larenz, Karl /**
Wolf, Manfred : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 7. Auflage.
- Larenz, Karl** : Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und “Sozialer Kontakt”, MND 1954.
- Larenz, Karl** : Die Begründung Von Schuldverhältnissen Durch Sozialtypisches Verhalten, Njw 1956, 9 Jahrgang, Halbband, Heft 51/52 S. 1897-1900.
- Lehmann, Faktische** : Vertragsverhältnisse NJE 1958.
- Medicus, Dieter** : Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. München, C. F. Müller Verlag, 2006, § 30.
- Nils, Jansen /**
Reinhard, Zimmermann : Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht Textstufen transnationaler Modellregelungen, Hamburg 2010.
- Nomer, Ergin / Şanlı, Cemal** : Devletler Hususi Hukuku, 16. B, İstanbul 2008, s. 524.
- Nomer, Ergin** : Vatandaşlık Hukuku, 15. B, İstanbul 2005.
- Oğuz, Arzu** : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003

- Oğuzman, M. Kemal /**
Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- Oğuzman, M. Kemal /**
Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11. Baskı, İstanbul 2013. (Kısaltılışı, OĞUZMAN/ÖZ)
- Oktay, Saibe** : Sınırsız Süreli Sözleşmeler ve Sona Erme Süresi, İstanbul Hukuk Fak. Yay., İstanbul 1997.
- Onursal, Erkut** : “Hakem mi? Hakim mi? Ticari Uyuşmazlıkların Çözümü Size Bağlıdır”. Çankaya Üniv. Öğretim Üyesi, Dış Ticaret Dergisi, Ankara 2011.
- Onursal, Erkut** : Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulama, Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Yayını, Ankara, 1996.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin** : M. Kemal Oğuzman Armağanı, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, İstanbul 2000, s. 666-667.
- Önen, Mesut** : Hukukun Temel Kavramları, İstanbul, 1999.
- Öz, Turgut** : Yeni Borçlar Kanunun getirdiği başlıca değişiklikler ve yenilikler, İstanbul 2012.
- Özçelik, Ş. Barış** : “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, Ankara 2014.
- Öztürk, Sinan** : Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlik Şartları) – İ.Ü.SBE.Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002.
- Palandt, Festschrift** : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 73 Auflage 2014.
- Pekcanitez, Hakan** : Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000.
- Reinhard, Zimmermann** : The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundation for a New, European Scholarship of Private Law.
- Reisoğlu, Sefa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000

- Reisoğlu, Sefa** : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
(Kısaltılışı, REİSOĞLU)
- Rudolf, von Jhering** : “Culpa in Contrahendo Oder Schadensersatz Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Verträgen”, Jahrbüchern Für Die Dogmatik Des Heutigen Römischen Und Deutschen Privatrechts, Vol. 4, 1861.
- Rudolf, von Jhering** : Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Bad Homburg, Verlag Gehlen, 1969.
- Schlechtriem, Peter / Caemmerer, Ernst Von** : Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Auflage 1995.
- Schunemann, Wolfgang** : Die Positive Vertragsverletzung – Eine Kritische Bestandsaufnahme, JuS 1987, s. 1.
- Schwerdtner, Peter** : Positive Vertragsverletzung, 1980.
- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002
- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku, C. III., İfa ve İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014.
- Serozan, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Sungurbey, Ayfer Kutlu** : Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa In Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 103.
- Sur, Melda** : “Uluslararası Hukukun Esasları”, DEÜHF. Yay. No: 09/232, İzmir 2000.
- Şanlı, Cemal / Ekşi, Nuray** : Uluslararası Ticaret Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- Şeker, Muzaffer** : 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlarkanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (Bk. 7), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12 Sayı: 24, Güz 2013/2.
- Tandoğan, Haluk** : Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tekinay/Akman / Burcuoğlu/Altıp** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

- Tente, Pınar** : Uluslararası Ticarete Sözleşme, Yetkili Mahkeme ve Tahkim Kurulunun Önemi, Türk Eximbank Bülteni, Ankara, Mayıs 1998.
- Tuğ, Adnan** : Türk Özel Hukukunda Şekil, Trabzon 1978.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku I Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- Türk, Doğan** : “Sözleşmelerde uyuşmazlıklar ve çözüm yolları”, İTÜ., FBE., Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005.
- Ulusan, İlhan** : Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982.
- Umur, Ziya** : Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983 (Tıpkı Basım).
- Yalman, Süleyman** : Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- Yavuz, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Yılmaz, Asuman** : İsviçre Federal Mahkemesi’nin “*Swissair Kararı*”, BATIDER Y. 2009, C. 25, S. 2, s. 429-445.
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, 1. Basım, Ankara 2003.
- Yiğit, Vahit** : “Dış Kaynaklardan Yararlanma” Gazi Üniv. SBE, YYLT, Ankara, 2003.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Muhammet KIZIL
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Heinrich Böll Lisesi, Almanya
Lisans Diploması	Almanya, Ruhr Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2006 Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi, 2007
Yabancı Dil / Diller	Almanca, İngilizce, Fransızca
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Antalya Barosu Avukatlık Stajı, 2018
E-Posta	Muhammetkizil07@mail.com