

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

SÖZLEŞMENİN KURULMASI

CANER TAŞATAN

2502150493

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. HALİL AKKANAT

İSTANBUL - 2020

ÖZ

SÖZLEŞMENİN KURULMASI

CANER TAŞATAN

Borcun başlıca kaynaklarından biri ve belki de en önemlisi sözleşmedir. Sözleşme, bu yönüyle yalnızca borçlar hukukunun değil, Türk Medeni Kanunu m. 5 hükmünün atfı sayesinde tüm özel hukukun temel kavramlarının başında gelir. Sözleşmenin kurulması, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) m. 1-11 hükümleri arasında düzenlenir. Sözleşmenin kurulma sürecine ilişkin temel ilkeyi ifade eden TBK m. 1/1 hükmüne göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Buna göre, sözleşmenin merkezinde irade açıklaması kavramının yer aldığı ve sözleşmenin kurulmasının da bu kavram çerçevesinde incelenmesi gerektiği kendiliğinden anlaşılır. Nitekim, TBK m. 3-10 hükümleri irade açıklamalarının karşılıklı olmasını, TBK m. 2 hükmü ise irade açıklamalarının birbirine uygun olmasını düzenlemektedir. İrade açıklamalarının sözleşmeyi kurmasına bağlanan sonuçlar da TBK m. 11 hükmünde yer almaktadır. Sözleşmenin kurulmasının incelendiği bu çalışmada, sırasıyla, irade açıklaması, irade açıklamalarının karşılıklı olması, irade açıklamalarının birbirine uygun olması ve irade açıklamalarının sözleşmeyi kurmasına bağlanan sonuçlar ele alınmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Sözleşme, irade açıklaması, karşılıklılık, birbirine uygunluk.

ABSTRACT

FORMATION OF CONTRACT

CANER TAŞATAN

One of the primary sources of obligation, and perhaps the most important one, is the contract. By virtue of the reference made in article 5 of the Turkish Civil Code, the contract, in this respect, is not only one of the fundamental concepts of law of obligations, but also, is a fundamental concept for all branches of private law. The formation of contract is set forth under articles 1-11 of the Turkish Code of Obligations (TCO). The main principle regarding the formation of contract is described in article 1/1 of the TCO, which is a contract is formed by the expression of intent of the parties with mutual consensus. Accordingly, the concept of expression of intent is at the centre of the concept of contract. The formation of contract, thus, should naturally be examined in light thereof. Indeed articles 3-10 of the TCO regulates the mutual expression of intent and article 2 of the TCO regulates the consensus on the expression of intent. The effects of the expression of intent regarding the formation of contract are regulated under article 11 of the TCO. In this study, of which subject matter is the formation of contract, the expression of intent, the mutuality of thereof, the consensus between the mutual expressions of intent and the effects arising out of the expression of intent in terms of establishment of the contract are discussed respectively.

Keywords: Contract, expression of intent, mutuality, consensus.

ÖNSÖZ

Bu çalışma, TÜBİTAK 2211-A ve 2214-A programları kapsamında desteklenmiştir.

İstanbul, 2020

Caner Taştan



İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM İRDE AÇIKLAMASI

I. Sözleşme ve İrade Açıklaması Kavramları Arasındaki İlişki	5
II. İrade Açıklaması Kavramı.....	8
A. Tanım	8
B. İrade Açıklamasının Unsurları ve Bu Unsurların Eksikliği	10
1. İrade Açıklamasının Unsurlara Ayrılması.....	10
a. Subjektif Unsur: İrade	11
b. Objektif Unsur: Açıklama.....	14
2. İrade Açıklamasında Unsur Eksikliğinin İrade Açıklamasının Yorumu ile Bağlantısı.....	16
a. İrade Açıklamasının Yorumlanmasına İlişkin Genel İlkeler	16
b. Güven İlkesi Karşısında İrade Açıklaması Unsurlarının Eksikliği.....	20
(1) Subjektif Unsur Eksikliği Durumunda	20
(2) Objektif Unsur Eksikliği Durumunda.....	22
III. İrade Açıklamasının Hukuki Fiiller Arasındaki Yeri.....	24
A. Hukuki Olay ve Hukuka Uygun Fiil İlişkisi.....	24
B. Hukuka Uygun Fiil Olarak İrade Açıklamasının Görünümleri	26
1. Hukuki İşlem.....	26
2. Hukuki İşlem Benzeri Fiil	31
3. Maddi Fiil	32

C. İrade Açıklaması Dışındaki Hukuka Uygun Fiiller	33
1. Bilgi Açıklaması	33
2. Duygu Açıklaması.....	35
IV. İrade Açıklamasının Nitelendirilmesi	36
A. İrade Açıklamasının Yöneltilmesi Gereğine Göre.....	36
1. Yöneltilmesi Gerekli Olmayan İrade Açıklaması.....	37
2. Yöneltilmesi Gerekli İrade Açıklaması	37
B. İrade Açıklamasının Anlaşılabilirliğine Göre.....	39
1. Açık İrade Açıklaması.....	40
2. Örtülü İrade Açıklaması	41
a. Mutat Yöntemler Aracılığıyla Örtülü İrade Açıklaması.....	42
b. Davranış Aracılığıyla Örtülü İrade Açıklaması	43
C. İrade Açıklamasının Öğrenilme Anına Göre.....	45
1. Doğrudan İrade Açıklaması.....	45
2. Dolaylı İrade Açıklaması.....	46
D. İrade Açıklamasının Şekline Göre Yapılan Bir Ayrım: Sözlü ve Yazılı İrade Açıklamaları	47
V. Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamasına İlişkin Ara Değerlendirme	50

İKİNCİ BÖLÜM

İRDE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLI OLMASI

I. Karşılıklı Olma Kavramı.....	56
II. Klasik Sözleşme Kurma Yönteminde İrade Açıklamalarının Karşılıklı Olması61	
A. İrade Açıklamalarının Zamansal Önceliğe Göre Ayrılması.....	61
1. Öneri.....	61
a. Kavram	61
b. Temel Özellik: Önerinin Bağlayıcılığı	62
c. Önerinin Hukuki Niteliği.....	65
d. Önerinin İçeriği.....	67
e. Önerinin Şekil ve Anlaşılabilirlik Bakımından Nitelendirilmesi.....	69

(1) Şekil Bakımından Hakim İlke: Şekil Özgürlüğü.....	69
(2) Açık veya Örtülü Öneri.....	70
f. Öneri Niteliğinde Olmayan Açıklamalar: Öneriye Davet	72
(1) Bağlayıcı Olmayan Öneri.....	74
(2) İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi.....	77
2. Kabul	81
a. Kavram	81
b. Kabulün Hukuki Niteliği	84
c. Kabulün İçeriği ve Öneriyi Aşan Karşı İrade Açıklaması.....	85
d. Kabulün Şekil ve Anlaşılabilirlik Bakımından Nitelendirilmesi	87
(1) Kabulün Şekli	87
(2) Açık veya Örtülü Kabul: Özellikle Fiili Kabul ve Susma	88
i. Fiili Kabul	88
ii. Susma.....	90
B. Öneri ve Kabul Açıklamalarını Gerçekleştiren Kişiler.....	95
1. Öneren	95
2. Muhatap	99
a. Fiyatını Göstererek Mal Sergilenmesi.....	102
(1) Malın Sergilenmesi.....	102
(2) Fiyatın Gösterilmesi.....	105
(3) Herkese Açık Öneri Sayılma.....	106
b. Tarife, Fiyat Listesi veya Benzerlerinin Gönderilmesi	111
(1) Tarife, Fiyat Listesi veya Benzerleri Kavramı	112
(2) Gönderme.....	113
(3) Herkese Açık Öneri Sayılma.....	115
c. İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme.....	117
C. Önerinin Bağlayıcılık Süresi	123
1. Süreli Öneri.....	124
a. Kavram	124
b. Bağlayıcılık Süresinin Belirlenmesi.....	127
(1) Bağlayıcılığın Başlangıcı	127

(2)	Bağlayıcılığın Sona Ermesi.....	127
i.	Önerinin Geri Alınması.....	127
ii.	Sürenin Sona Ermesi.....	128
iii.	Önerinin Reddi	131
iv.	Artırma Yoluyla Satışta Daha Yüksek Öneride Bulunulması..	132
2.	Süresiz Öneri.....	133
a.	Kavram	133
b.	Süresiz Önerinin Bağlayıcılığı.....	134
(1)	Önerinin Hazır Olanlar Arasında Gerçekleşmesi	134
i.	Kavram.....	134
ii.	Bağlayıcılığın Başlangıcı ve Sona Ermesi	137
(2)	Önerinin Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşmesi	139
i.	Kavram.....	139
ii.	Bağlayıcılığın Başlangıcı ve Sona Ermesi	140
iii.	Önerinin Muhataba Geç Ulaşması	144
iv.	Zamanında Gönderilen Kabulün Önerene Geç Ulaşması	146
(3)	Dış Üstlenme Önerisinin Bağlayıcılığı.....	150
D.	Önerinin veya Kabulün Geri Alınması.....	151
1.	Kavram	151
2.	Önerinin veya Kabulün Geri Alınabilmesi İçin Gerekli Koşullar	156
a.	Önerinin veya Kabulün Hüküm Doğurmaya Başlamamış Olması	156
b.	Geri Alma Açıklamasının Karşı Tarafa Ulaşmış Olması	157
(1)	Geri Alma Açıklamasının Daha Önce yahut Aynı Anda Ulaşması	158
(2)	Geri Alma Açıklamasının Daha Önce Öğrenilmesi	159
3.	Önerinin ve Kabulün Geri Alınmasının Sonuçları.....	162
III.	Genel İşlem Koşulunun Sözleşme Kapsamına Girmesi Bakımından İrade Açıklamalarının Karşılıklı Olması	162

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İRADE AÇIKLAMALARININ BİRBİRİNE UYGUN OLMASI

I. Sözleşmenin Kurulması veya Kurulmuş Sayılması Bakımından İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Olması.....	167
II. Uygunluk.....	171
A. Kavram	171
1. Gerçek Uygunluk	172
2. Normatif Uygunluk	174
B. Uygunluğun Kapsamı.....	177
1. Sözleşmenin İçeriği: Esaslı ve İkinci Derece Noktalar	182
a. Esaslı Nokta	182
(1) Objektif Esaslı Nokta.....	183
(2) Subjektif Esaslı Nokta	191
b. İkinci Derece Nokta.....	194
(1) Objektif İkinci Derece Nokta	194
(2) Subjektif İkinci Derece Nokta.....	195
2. Sözleşmenin Kurulmuş Sayılması Karinesi.....	197
3. Sözleşmenin Kurulması İçin Üzerinde Uygunluk Sağlanması Zorunlu Olan Unsurlar	203
a. Hukuki Sorun ve Görüşler	203
b. Değerlendirme.....	212
III. Uyuşmazlık.....	217
A. Kavram	217
B. Uyuşmazlık Türleri	218
1. Gerçek Uyuşmazlık - Gerçek Olmayan Uyuşmazlık	218
2. Açık Uyuşmazlık - Gizli Uyuşmazlık	220
a. Açık Uyuşmazlık.....	220
b. Gizli Uyuşmazlık.....	222
(1) Tek Taraflı Gizli Uyuşmazlık - Çift Taraflı Gizli Uyuşmazlık....	223
(2) Açıklama Uyuşmazlığı.....	223

(3) Görünüşte Uygunluk.....	225
3. Tam Uyuşmazlık - Kısmi Uyuşmazlık.....	226
a. Esaslı Kısmi Uyuşmazlık.....	227
(1) Objektif Esaslı Nokta Üzerinde.....	227
(2) Subjektif Esaslı Nokta Üzerinde	227
b. Esaslı Olmayan Kısmi Uyuşmazlık.....	228

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İRDE AÇIKLAMALARININ SÖZLEŞMEYİ KURMASI

I.	Sözleşme Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesi.....	230
II.	Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Belirlenmesi	234
A.	Kabulün Hazır Olana Karşı Yöneltilmiş Olması	234
1.	Sözleşmenin Kurulduğu An.....	234
2.	Sözleşmenin Hüküm Doğurmaya Başladığı An	236
B.	Kabulün Hazır Olmayana Karşı Yöneltilmiş Olması	238
1.	İrade Açıklamasının Hüküm Doğurmaya Başlamasına İlişkin Teoriler ..	240
a.	Açıklama Teorisi	240
b.	Gönderme Teorisi.....	241
c.	Ulaşma Teorisi	242
d.	Öğrenme Teorisi.....	243
2.	Sözleşmenin Kurulması ve Hüküm Doğurması Bakımından Türk ve İsviçre Hukuklarında Benimsenen Teoriler.....	244
a.	Sözleşmenin Kurulduğu An.....	244
b.	Sözleşmenin Hüküm Doğurmaya Başladığı An	246
C.	Kabulün Yöneltilmemiş Olması	248
III.	Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı An Ayrımının Uygulama Alanı	249
A.	Başlangıçtaki ve Sonraki İmkansızlık Ayrımının Belirlenmesi	250
B.	Borcun Doğumu ve Muaccel Olması.....	255

C. Faizin Başlangıcı.....	256
D. Zamanaşımının Başlangıcı	258
E. Birden Fazla Tasarruf İşlemi Arasındaki Sıranın Belirlenmesi.....	260
F. Sözleşmenin Kurulduğu Yerin Belirlenmesi.....	263
G. Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Başlangıcı	265
H. Gerçek Kişi Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Sürenin Başlangıcı	266
IV. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Ayrılmasına Yönelik Ara Değerlendirme.....	267
SONUÇ	271
KAYNAKÇA	281
ÖZGEÇMİŞ	315

KISALTMALAR LİSTESİ

ALR	:	1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu
Art.	:	Artikel
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
Begr.	:	Begründer
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bger	:	Bundesgericht
BK	:	818 sayılı Borçlar Kanunu
BK-	:	Berner Kommentar
Bkz., bkz.	:	Bakınız, bakınız
bs.	:	bası
BSK-	:	Basler Kommentar
C.	:	Cilt
c.	:	cümle
CHK-	:	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

CISG	:	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HKK-	:	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	:	Herausgeber
İBK	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	:	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
K.	:	Karar
Karş., karş.	:	Karşılaştırınız, karşılaştırınız
MüKo-	:	Münchener Kommentar
MÖHUK	:	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
m.	:	madde

OFK-	:	Orell Füssli Kommentar
N.	:	Numara
OR	:	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
PECL	:	The Principles of European Contract Law
PICC	:	The Principles of International Commercial Contracts
RG	:	Resmi Gazete
RGZ	:	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
S.	:	Sayı
s.	:	sayfa
STK-	:	Staudinger Kommentar
T.	:	Tarih
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	:	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Vor.	:	Vorbemerkung
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
Y.	:	Yıl
Yarg.	:	Yargıtay
Ziff.	:	Ziffer
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZK-	:	Zürcher Kommentar

GİRİŞ

Ernst A. Kramer, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının birbirine uygun olmasına ilişkin temel hususları, Avusturya, İsviçre ve Alman hukukları bakımından karşılaştırmalı olarak incelediği "*Grundfragen der Vertraglichen Einigung*" isimli eserinin önsözüne¹, Alman şair ve yazar Goethe'nin ünlü eseri Faust'taki ana karakterlerden biri olan Mefistofeles'ten yaptığı şu alıntı ile başlıyor: "*İster aptalca olsun ister akıllıca, daha önce düşünülmemiş bir şey yoktur dünyada*"². Bu alıntı, yazarın da isabetli olarak belirttiği üzere, sözleşmenin dogmatik temellerinin ve buna bağlı olarak sözleşmenin kurulmasının incelendiği bütün çalışmalar bakımından geçerlidir. Öyle ki sözleşmenin kurulması bakımından yeni bir şey söylediğini düşünen herkes, bu düşüncenin uzağında veya yakınında benzer bir düşüncenin daha önce ifade edildiğini görecektir ve bir yerde mutlaka "hayal kırıklığına" uğrayacaktır³.

Belirtelim ki bu durum, öğretiyeye yenilik katması -haklı olarak- beklenen doktora tezleri bakımından ayrı bir zorluğu beraberinde getirmektedir. Zira sözleşme, hiç abartısız, yüzlerce ve binlerce yıldır neredeyse aynı ilkeler kapsamında kurulmaktadır. Ayrıca sözleşmesel sorumluluğa dayanan her bir talep, sözleşmenin kurulup kurulmadığına ilişkin bir ön sorunun çözülmesini de kaçınılmaz kılmaktadır. Diğer bir deyişle sözleşmenin kurulması, herkesin çalışma alanıdır ve bu konuda herkesin söylediği bir şey vardır. Buna göre, sözleşmenin kurulması bakımından "yeni şeyler söylemenin" zorluğu kendiliğinden anlaşılır. Bu çalışmanın da başlıca amacı, sözleşmenin kurulmasını mümkün olduğu ölçüde yeni bir sistematik içerisinde ele almak ve böylece konuya farklı bir bakış açısı sunmaktır⁴.

¹ Bkz. **Kramer**, Grundfragen, s. 5.

² "*Wer kann was Dummes, wer was Kluges denken, das nicht die Vorwelt schon gedacht*"

³ **Kramer**, Grundfragen, s. 5.

⁴ Sözleşmenin kurulması bakımından bütünüyle yeni bir sistematik oluşturmak, esasen, sözleşme kavramının özünde yer alan sosyolojik-felsefi düşüncelerin değerlendirilmesiyle ve bu yönde

Sözleşmenin kurulması bakımından bir hususa daha değinelim: Hukuk felsefesi profesörü *Charles Fried*, sözleşme kavramının özünde ahlaki bir değer olarak "söz verme ilkesinin" (*promise principle*) yer aldığı tezini savunduğu "*Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*" isimli eserinin hemen başlangıcında⁵, İngiliz filozof *David Hume* tarafından medeni toplumun temel ilkeleri olarak sıralanan vücut bütünlüğünün ve mülkiyetin korunması ilkelerinin hakların yalnızca sınırını belirlediğini, sözleşmeye bağlılık ilkesinin ise belirtilen sınırların ötesinde ve hakların kullanılması ile ilgili olduğunu ifade ediyor. Gerçekten de sözleşme, kişinin "başına gelen" bir olgu değil, aksine bu yöndeki iradesi sonucunda bizzat meydana getirdiği bir durumdur⁶. Toplum içerisinde var olma çabasındaki bir kişi, bunu ancak kuracağı sözleşmeler sayesinde sağlayabilir. Sözleşmeyle kuşatılmış bir sosyal düzende, kişinin sözleşme kurmaktan kaçınması veya bundan kendisini bütünüyle soyutlayabilmesi mümkün değildir.

Görüldüğü gibi kişi, sözleşme kurduğu ölçüde sosyal bir varlık olur ve toplum içerisinde yer alır. Bu durum, kişilerden ibaret bir topluluktan ötesini ifade eden toplumun varlığı bakımından da gereklidir. Zira sözleşme, "yaşayan bir organizma" olan toplumu belirli kurallar dahilinde bir arada tutar. Nitekim bu çalışmanın hazırlandığı yıllarda gerçekleşen ve borçlar hukuku öğretisi bakımından bir tür "sosyal felaket"⁷ olarak nitelendirilmesi gereken bir küresel salgın, dünya genelinde, birtakım sözleşmelerin hiç kurulmamasına veya halihazırda kurulmuş pek çok sözleşmenin uyarlanmasına yahut ifasının imkansızlaşmasına neden olmakla kalmamış, bunlara bağlı olarak sosyal yaşamı da durma noktasına getirmiştir. Bu çerçevede, sözleşmenin

disiplinlerarası bir çalışma yapılmasıyla mümkün olabilir. Sözleşme kavramına ilişkin sosyolojik-felsefi değerlendirmeler için bkz. **İşıktaç**, s. 11 vd.

⁵ Bkz. **Fried**, s. 1-2.

⁶ Bu durum, sözleşmenin kurulmasında iradenin ve irade açıklamasının bulunmasını arayan TBK m. 1 (OR Art. 1) hükmü ile uyum içerisindedir. Sözleşmede iradenin yeri bakımından ayrıca bkz. **İşıktaç**, s. 275 vd; **Fried**, s. 5-6.

⁷ Sosyal felaket kavramı için bkz. **Baysal**, N. 562-563.

hem kişinin hem de toplumun varlığı bakımından vazgeçilmez bir yeri olduğu açıkça görülmüştür.

Kişinin ve toplumun varlığı bakımından vazgeçilemez bir kavram olan sözleşmenin yalnız "kurulmasının" inceleneceği bu çalışma, dört temel bölüm üzerine kuruludur:

Birinci bölüm, irade açıklamasına ilişkindir. Burada, sözleşmenin kurucu unsurları arasında bir ortak payda olarak beliren ve böylece sözleşmenin merkezinde yer alan irade açıklaması kavramı, bütün yönleriyle ele alınacaktır. Bölüm, sözleşme ve irade açıklaması kavramları arasındaki ilişkiyi belirleyerek başlayacaktır. Ayrıca bu bölüm, irade açıklamasının nitelendirilmesi kısmı ile çalışmanın ikinci bölümüne, irade açıklamasının unsurları kısmı ile de çalışmanın üçüncü bölümüne teorik bir temel oluşturacaktır. Birinci bölüm, sözleşmenin kurulmasında irade açıklaması kavramının günümüz hukuk uygulamasında tartışıldığı bir ara değerlendirme ile sona erecektir.

İkinci bölüm, irade açıklamalarının karşılıklı olmasına ilişkindir. Bölüm, karşılıklı olma kavramının sözleşmenin taraflarından birinin irade açıklamasına diğer tarafın cevap vermesinden ibaret olmadığını açıklayarak başlayacaktır. Bölümde, sözleşmeyi kuran irade açıklamalarının zamansal önceliğine göre yapılan öneri ve kabul ayrımı temelinde, öneri, öneri niteliğinde olmayan açıklamalar ve kabul kavramları incelenecektir. Bunun dışında, öneri ve kabul açıklamalarını gerçekleştiren kişiler, önerinin bağlayıcılık süresi, önerinin veya kabulün geri alınması ve nihayet genel işlem koşulu içeren sözleşmeler bakımından irade açıklamalarının karşılıklı olması hususları ele alınacaktır.

Üçüncü bölüm, irade açıklamalarının birbirine uygun olmasına ilişkindir. Burada, karşılıklı olarak gerçekleşen irade açıklamalarının ne zaman birbirine uygun olarak nitelendirileceği sorunu incelenecektir. Bölüm, sözleşmenin kurulması veya kurulmuş sayılması bakımından irade açıklamalarının birbirine uygun olmasının ne olduğunu açıklayarak başlayacaktır. Bunun için de öncelikle irade açıklamalarının birbirine uygun olmasının ne olmadığı sorusuna cevap aranacaktır. Bundan sonra ise irade açıklamalarının sözleşme kurmaya elverişli şekilde birbirine uygun olabilmesi için taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu unsurların neler olduğu hususu

incelenecektir. Bölüm, irade açıklamalarının birbirine uygun olmaması durumuna ilişkin değerlendirmeler ile sona erecektir.

Dördüncü bölüm, irade açıklamalarının sözleşmeyi kurmasına ilişkindir. Burada, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının sözleşmeyi kurması hukuki sonucu incelenecektir. Bölümün inceleme planı, Türk ve İsviçre hukukları bakımından geçerli olan sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurmaya başlama anı ayrımı üzerine kuruludur. Bölüm, sözleşmenin hangi anda kurulduğunu ve hangi andan itibaren hükümlerini doğurmaya başladığını belirledikten sonra bu ayrımın borçlar hukuku (ve medeni hukuk) bakımından önem arz eden sonuçlarını özel olarak değerlendirecektir. Belirtelim ki bu bölüm, sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurmaya başladığı anların ayrılması yönündeki tercihe başlı başına bir eleştiri niteliği taşıyacaktır.

Çalışmamız, belirtilen bu dört bölümde yapılan başlıca değerlendirmelerin yer aldığı bir sonuç bölümü ile sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İRADE AÇIKLAMASI

I. Sözleşme ve İrade Açıklaması Kavramları Arasındaki İlişki

Borcun başlıca kaynaklarından biri ve belki de en önemlisi sözleşmedir¹. Bu sebeptendir ki sözleşmeden doğan borç ilişkileri, Türk ve İsviçre hukuklarının birincil borçlar hukuku kanunları olan TBK (m. 1-48) ve OR (Art. 1-40) hükümleri arasında ilk sırada düzenlenir. Sözleşme, başlıca borç kaynağı olması yönüyle yalnızca borçlar hukukunun değil, Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağına ilişkin TMK m. 5 (ZGB Art. 7) hükmünün atfı sayesinde² tüm özel hukukun temel kavramlarının başında gelir³.

Sözleşme kavramı, Türk ve İsviçre hukukları bakımından kanunda tanımlanmış değildir⁴. Kanunun sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ele alındığı birinci ayırımının

¹ "Sözleşme" terimi, 6098 sayılı TBK ve 6102 sayılı TTK ile birlikte bütünüyle benimsenmiştir. Mülga 818 sayılı BK ve yine mülga 6762 sayılı TTK döneminde ise kanunların ilk halinde "akit" veya "mukavele" terimleri yer almış, daha sonraki kanun değişiklikleriyle bunların yanına "sözleşme" terimi de eklenmişti. Bu terimlerin dışında, öğretide ve uygulamada, "bağıt", "kontrat" veya "protokol" terimleri de sıklıkla kullanılmaktaydı. Bununla birlikte, bahsi geçen ve günümüzde dahi kullanılan bütün bu terimlerin eş anlamlı oldukları, doğurdıkları hukuki sonuç bakımından ise aralarında herhangi bir farklılık bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 59, dn. 77; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 51; **Eren**, Borçlar Genel, N. 575; **Akıncı**, s. 63; Yarg. İBK T. 05.10.2018 E. 2017/6 K. 2018/9 (RG 20.03.2019-30720). Fransız hukukunda ise "*contrat*" (akit veya sözleşme) teriminin borç doğuran sözleşmeleri, "*convention*" (mukavele) teriminin ise ister borç doğursun, ister borcu değiştirsin veya ortadan kaldırsın bütün sözleşmeleri ifade etmek üzere kullanıldığı, ne var ki pek çok defa bu terimlerden birinin diğeri yerine de kullanıldığı yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 11, N. 9, dn. 11.

² TMK m. 5 (ZGB Art. 7) hükmünün kapsamı hakkında ayrıca bkz. **Schmid-Tschirren**, BK-ZGB, Art. 7, N. 30 vd.; **Gürzumar**, Medeni, s. 111 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1-2; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 4 vd..

³ Alman hukukunda da sözleşme, Türk ve İsviçre hukuklarına benzer biçimde, diğer borç kaynaklarına kıyasen öncelikle düzenlenir (BGB § 145 vd.). Bunun dışında sözleşme kavramının, BGB hükümlerinin genel ilkeler kısmında (§ 1-240) düzenlenmesi sebebiyle, TMK m. 5 ve ZGB Art. 7 benzeri bir hükme gerek olmaksızın, Alman hukuku bakımından da tüm özel hukukun temel kavramları arasında yer aldığı tereddütsüz biçimde söylenebilir. Bu yönde ayrıca bkz. **Serozan**, Medeni, s. 314.

⁴ Sözleşme kavramı, Alman hukukunda, BGB hükümlerinde de tanımlanmış değildir. Alman öğretisinde sözleşme kavramına ilişkin olarak bkz. **Bork**, STK-BGB, Vor. zu § 145 ff, N. 2 vd.; **Busche**, MüKo-BGB, Vor. § 145, N. 31 vd; **Ellenberger**, Palandt-BGB, Einf v § 145, N. 1; **Flume**,

hemen başlangıcında yer alan TBK m. 1-11 ve OR Art. 1-10 hükümleri, esasen, yalnızca sözleşmenin kurulmasına ilişkin birtakım düzenlemeler içermektedir⁵. Bunlar arasında ilk sırada yer alan ve sözleşmenin -bu çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ayrıntılı biçimde açıklanacak- kurulma sürecini bir temel ilke olarak ifade eden TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmüne göre, "*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*" Bu hükümden hareketle sözleşme kavramı, öğretide pek çok yazar tarafından, iki veya daha fazla tarafın, hukuki sonuç doğurması amacıyla, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurdukları bir "hukuki işlem" (*Rechtsgeschäft*) olarak tanımlanmaktadır⁶.

Sözleşmeyi hukuki işlem olarak nitelendiren bu tanıma bir hususu daha eklemek gerekir. Zira sözleşme kavramı, aynı zamanda, sözleşme hukuki işleminin ortaya çıkardığı "hukuki ilişkiyi" (*Rechtsverhältnis*) ifade etmektedir. Bu kapsamda, bir satış veya kira sözleşmesi kurulduğunda taraflar arasında ortaya çıkan satış veya kira hukuki ilişkisi yine sözleşme olarak tanımlanır. Nitekim öğretide, sözleşmenin hukuki ilişkiyi ifade eden bu ikinci yönü için "sözleşme ilişkisi" (*Vertragsverhältnis*) kavramının kullanıldığı da görülmektedir⁷. Bu çerçevede, biraz önceki örnekler bakımından, "satış sözleşmesinden dönülmesi" veya "kira sözleşmesinin feshedilmesi" ifadelerinden anlaşılması gereken de bahsi geçen hukuki ilişkilerin sona erdirilmesidir⁸.

s. 601 vd. Fransız Medeni Kanunu Art. 1101 ise sözleşmeyi "*borcun doğması, değiştirilmesi, devredilmesi veya sona erdirilmesi düşüncesiyle, iki veya daha fazla kişinin iradelerinin uyuşması*" biçiminde tanımlamaktadır. Ayrıca bkz. **Develioğlu**, s. 602-603.

⁵ Bunlar arasında yer alan, ilan yoluyla ödül sözü verilmesine ilişkin TBK m. 9 (OR Art. 8) hükmünün, sözleşmenin kurulması ile ilgili olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, c.

⁶ Bkz. ve karşı. **von Tuhr/Peter**, s. 147; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 224-233; **Keller/Schöbi**, s. 10 vd.; **Koller**, OR AT, § 3, N. 80 vd.; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 1; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 16, N. 1; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 148; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 59; **Eren**, Borçlar Genel, N. 560; **Ataay**, s. 224; **Antalya**, N. 431 vd. Karşı. **Becker**, BK-OR, Art. 1, N. 1; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 62-63; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 51.

⁷ **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 234; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 1; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 151; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 16, N. 1-2; **Eren**, Borçlar Genel, N. 574.

⁸ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 16, N. 1.

Buraya kadar olan açıklamalardan sözleşme kavramının, dar anlamıyla hukuki işlemi, geniş anlamıyla hukuki ilişkiyi ifade eden "çift anlamlı" (*doppeldeutig*) bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmenin kurulması (akdedilmesi, in'ikadı) denildiğinde ise bundan, çoğunlukla, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucunda - dar anlamıyla- sözleşme hukuki işleminin oluşması ve böylece tarafların -geniş anlamıyla- sözleşme ilişkisine dahil olması anlaşılır. Nitekim bu çalışma içerisinde de sözleşme kavramı, aksi belirtilmedikçe, dar anlamda hukuki işlemi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Sözleşmenin kurulması da bu hukuki işlemin oluşması olarak anlaşılmalıdır.

Sözleşme kavramı tanımlanırken belirtilen TBK m. 1/1 hükmünün, sözleşmenin kurulma sürecine ilişkin temel ilkeyi ifade etmesi bakımından, dolaylı olarak "sözleşmenin kurucu unsurlarını" (*Vertragstatbestand*) da düzenlemiş olduğu söylenebilir⁹. Bu hüküm çerçevesinde sözleşmenin kurucu unsurlarının, sözleşme taraflarının¹⁰ iradelerini açıklamaları, irade açıklamalarının karşılıklı olması ve irade açıklamalarının birbirine uygun olması biçiminde sıralanabilmesi mümkündür. Gerçekten, sözleşme kurmak üzere bir araya gelen tarafların karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uygun olmasının sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli ve yeterli olduğunu bu çalışma içerisinde etraflıca inceleyip göreceğiz¹¹.

⁹ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 5; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 1, N. 1; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 3; **Koller**, OR AT, § 6, N. 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 61-62; **Eren**, Borçlar Genel, N. 562 vd.

¹⁰ "Taraflar" (*Partei*) teriminin usul hukuku etkisiyle tercih edildiği yönünde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 68. Türk öğretisinde, bu terim yerine, "sözleşen" ve "karşı sözleşen" terimlerinin daha yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 65. Belirtelim ki TBK m. 1 vd. (OR Art. 1 vd.) hükümleri, sözleşmelerin iki taraflı olduğu esası üzerine kuruludur. Bununla birlikte sözleşmenin taraflarını birden fazla kişinin oluşturabilmesi mümkündür. Sözgelimi, iki arkadaşın bir apartman dairesini ortaklaşa kiralaması durumunda kira sözleşmesinin kiracı tarafı iki kişiden oluşur. Buna karşın dernek kurma veya ortaklık sözleşmesi gibi çok taraflı sözleşme tiplerinde ikiden fazla taraf söz konusu olur. Bkz. Birinci Bölüm, III, B, 1.

¹¹ Ayrıca bkz. **Schwarz**, s. 206. Sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorunu ise farklı bir düzlemde ele alınmalıdır. Bkz. **Leenen**, s. 386 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 233 ve özellikle N. 289 vd.; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 3.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların, borçlar hukukuna hakim temel ilkelerden biri olan "sözleşme özgürlüğü" (sözleşme serbestisi) ilkesi uyarınca, sözleşme kurma yönündeki iradelerini açıklamaları gerektiği hususunda tereddüt yoktur¹². Sözleşme, iradelerin açıklanmasıyla kurulur. Gerçi irade açıklamasının varlığı her durumda sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmaz. Ancak irade açıklamasının yokluğu, her durumda, sözleşmenin kurulmaması sonucunu doğurur. Böyle bir durumda sözleşme yok hükmündedir¹³. Buna göre, sözleşmenin kurucu unsurlarının irade açıklaması ortak paydasında birleştikleri ve böylece irade açıklaması kavramının, hem dar hem de geniş anlamıyla sözleşme kavramının merkezinde yer aldığı kendiliğinden anlaşılır¹⁴. Bu kapsamda, sözleşmeye ve özellikle sözleşmenin kurulmasına ilişkin hususlar incelenirken, öncelikle, bu kavramın merkezinde yer alan irade açıklamasının incelenmesi isabetli olur.

II. İrade Açıklaması Kavramı

A. Tanım

Kişi, iç dünyasında sayısız düşüncenin sahibidir. Bu düşüncelerin bir kısmı, kişinin akşamları yürüyüşe çıkmaya veya arkadaşlarına karşı daha sabırlı ve hoşgörülü birisi olmaya yönelik düşüncelerinde olduğu gibi insana özgü, hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmayan birer temenniden ibarettir ve konumuzun dışındadır. Konumuzu ilgilendiren düşünce, kişinin cirosu oldukça yüksek bir ticari işletmeyi devralmayı, alacağını elde edebilmek için borçlusuna ihtarda bulunmayı veya kendisine karşı ağır bir suç işlemiş çocuğunu mirasından mahrum etmemek adına affetmeyi düşünmesinde

¹² Serozan, İstanbul, m. 1, N. 2, 6; Helvacı, İ., s. 3-4, 9.

¹³ Bazı durumlarda kişi herhangi bir açıklamada bulunmasa dahi sözleşme kurulmuş sayılabilir. Nitekim daha sonra açıklanacak TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmü, önerenin açık bir kabulü beklemek zorunda olmadığı durumlarda, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşmenin kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir. Böyle durumlarda kişinin susması, güven ilkesi doğrultusunda, irade açıklaması olarak yorumlanmaya uygun bir pasif davranış olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple, normatif nitelikte olsa dahi ortada yine bir irade açıklaması olduğunda tereddüt yoktur.

¹⁴ Carbonara, s. 91; Huguenin, N. 167; Feyzioğlu, C. 1, s. 47-48. Hukuki işlem bakımından bkz. Gauch/Schluep/Schmid, N. 119, 167; Demir, Mesafe, s. 151.

olduğu gibi hukuki sonuç doğurmaya elverişli olanlar ile sınırlıdır¹⁵. Kişinin bu düşüncelerinin hukuki sonuç doğurmasına yönelik yine iç dünyasındaki isteği/kararı¹⁶ ise onun iradesidir.

İrade, kişinin iç dünyasında kaldığı sürece, hukuki sonuç doğurmaya tek başına yeterli değildir. Bu sebeple de hukuk düzeni bakımından önemsizdir¹⁷. Gerçekten, kişinin iç dünyasında yer alan sayısız düşüncenin tamamının hukuki sonuç doğurması ve böylece kişinin yalnızca düşünceleri sebebiyle hak sahibi olması veya yükümlülük altına girmesi kabul edilemez. Hukuk düzeni bakımından önemli olan, söz konusu iradeyi dış dünyaya açarak onu bilinebilir/anlaşılabilir kılan irade açıklamasıdır¹⁸. Buna göre irade açıklaması, en basit biçimde, kişinin iç dünyasındaki isteği/kararı açığa çıkarması olarak tanımlanabilir. Ne var ki bu istek/karar, aynı zamanda, bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi biçiminde gerçekleşecek hukuki sonuca yönelik olmalıdır. Bu kapsamda "irade açıklaması" (irade beyanı; *Willensäußerung*, *Willenserklärung*)¹⁹ kavramı, iradenin bir hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya sona erdirmeye yönelik olarak açığa çıkarılması biçiminde tanımlanabilir²⁰.

¹⁵ Kişinin hukuki sonuç doğurması mümkün olmayan, sözgelimi, bir başka kişiye onu sevdiğini söylemeye yönelik düşüncesi, kural olarak, irade açıklamasına konu oluşturmaz. Ne var ki bazı istisnai durumlarda bunun aksi sonuca ulaşmak dahi mümkündür. Aynı örnek bakımından kişinin bu düşüncesini açıklaması, nişanlanma sözleşmesi kurma önerisi olarak yorumlanabilir ve böylece belirtilen düşünce irade açıklamasına konu oluşturabilir. Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, II, B, 2, a.

¹⁶ Bkz. ve karşı. **Flume**, s. 50-51; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 35; **Akyol**, Yorum, s. 11; **Akıncı**, s. 47.

¹⁷ Ne var ki iradenin hukuk düzeni bakımından bütünüyle önemsiz olduğu da söylenemez (özellikle bkz. TBK m. 30-39; OR Art. 23-31). Burada ifade edilmek istenenin, bütünüyle kişinin iç dünyasında kalan, herhangi bir şekilde dış dünyaya açılmayan iradesi olduğuna dikkat edilmelidir.

¹⁸ Ayrıca bkz. **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 1, N. 4; **Saymen/Elbir**, s. 68-69; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 12, N. 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 62; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 47; **Akyol**, Yorum, s. 11.

¹⁹ İrade açıklaması ve irade beyanı kavramları arasında öğretide üzerinde durulan farklar ve bunların eleştirisi için ayrıca bkz. **Sarıkaya**, s. 131 vd.

²⁰ Bkz. ve karşı. **Ennecerus/Nipperdey**, s. 896 vd.; **von Tuhr**, s. 399 vd.; **Flume**, s. 51; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 21; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 4; **Müller**, BK-OR, Art.

İrade açıklaması kavramına ilişkin hususlar, kanunlarında bu konuyu düzenleyen açık hükümler barındırmayan Türk ve İsviçre hukuklarında²¹ sözleşmeyi ve özellikle sözleşmenin kurulmasını düzenleyen hükümler çerçevesinde incelenmektedir. Buna göre irade açıklamasının, sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK m. 1 vd. (OR Art. 1 vd.) hükümleri doğrultusunda incelenerek, sözleşmeyi ve buna bağlı olarak hem borçlar hukukunu hem de tüm özel hukuku biçimlendirdiği kolaylıkla görülür.

B. İrade Açıklamasının Unsurları ve Bu Unsurların Eksikliği

1. İrade Açıklamasının Unsurlara Ayrılması

İrade açıklamasının kişinin iç dünyasındaki isteği/kararı açığa çıkarması biçiminde tanımlanabileceğini gördük. Gerçekten de irade açıklaması, kişinin iç dünyasındaki soyut iradenin dış dünyaya açılarak somutlaşmasıyla tamamlanan bir sürecin tamamını kapsar. Açıklama, iradeyi sadece dış dünyaya açmakla kalmaz, aynı zamanda onu yürürlüğe koyar. Bu sebeptir ki irade açıklaması, niteliği gereği, ayrılamaz bir irade ve açıklama bütünüdür ifade eder²². Ancak iradenin oluşumuna veya açıklamanın gerçekleşmesine ilişkin farklı hususların eksikliği/bozukluğu, farklı hukuki sonuçların ortaya çıkmasına sebep olur. Bu yönüyle irade açıklaması, kişinin iç dünyasındaki irade (subjektif unsur) ve bu iradenin dış dünyaya açılmasını ifade eden açıklama (objektif unsur) olmak üzere iki temel unsur ekseninde incelenerek anlaşılabilir²³.

1, N. 12; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 168; **Huguenin**, N. 168; **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 11; **Akyol**, Yorum, s. 11.

²¹ Buna karşın Alman hukukunda BGB § 116-144 hükümleri, irade açıklamasına ilişkin ilkeleri açıkça düzenlemektedir.

²² **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 15-16. Ayrıca bkz. **Ennecerus/Nipperdey**, s. 898; **Flume**, s. 49-51.

²³ Aynı yönde bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 14 vd.; **Honsell**, Theorie, s. 335; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 22 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 12, N. 1 vd. Karş. **Becker**, BK-OR, Art. 1, N. 3, 5-6; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 169-176; **Koller**, OR AT, § 3, N. 108-113; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 62 vd.; **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 12 vd; **Kanışlı**, s. 73-74.

a. Subjektif Unsur: İrade

İrade açıklamasının subjektif unsuru iradedir. İrade, yalnızca açıklama sahibinin iç dünyası ile ilgili olduğu için subjektif niteliktedir. Subjektif unsur olarak irade, öğretide yaygın şekilde, (i) işlem iradesi, (ii) açıklama iradesi ve (iii) fiil iradesi olmak üzere üçlü bir ayırımı incelenir²⁴:

(i) "İşlem iradesi" (*Geschäftswille, Erfolgswille, Rechtsfolgswille*)²⁵, belirli bir hukuki sonuca yönelik iradeyi ifade eder. Bu kapsamda, örneğin, kişinin bir alacağını başkasına devretmeye veya bir eşyanın mülkiyetini kazanmaya yönelik iradesi, işlem iradesi olarak nitelendirilir. İşlem iradesi, işlemin kendisine yöneliktir. Burada iradenin dış dünyaya açılmasına veya işlemin hüküm doğurmaya başlamasına yönelik bir irade bulunmamaktadır. İşlem iradesi, irade açıklaması sonucunda ortaya çıkacak işlemin belirlenmesini sağlar. Bu kapsamda, işlem iradesinin belirli hukuki sonuca yönelik iradeyi içermesi gerekli ve yeterlidir. Belirtilen bu hukuki sonucun beraberinde getireceği diğer sonuçların işlem iradesinde yer alması gerekmez. İşlemin diğer sonuçları, kanun gereği, kendiliğinden gerçekleşir. Buna göre, örneğin, satış sözleşmesi kurulması yönündeki bir işlem iradesi, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu içermese dahi bu hukuki sonucu doğurur²⁶.

(ii) "Açıklama iradesi" (*Erklärungswille*)²⁷, belirli bir hukuki sonucu doğuracak açıklamada bulunma iradesini ifade eder. Burada kişinin, açıklama sonucunda

²⁴ Alman hukukunda benzer biçimde bkz. **Arnold**, Erman-BGB, Vor § 116, N. 3-5. Karş. **Hefermehl**, Soergel-BGB, Vor § 116, N. 11 vd.

²⁵ Bkz. **Becker**, BK-OR, Art. 1, N. 6; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 18; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 171; **Huguenin**, N. 170; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 23-24; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 12, N. 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 62; **Oğuzman/Barlas**, N. 664; **Eren**, Borçlar Genel, N. 351 vd.; **Akıncı**, s. 49; **Antalya**, N. 459 vd.; **Sarıkaya**, s. 56-57; **Özer**, s. 24-25.

²⁶ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 35; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 18.

²⁷ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 24; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 17; **Becker**, BK-OR, Art. 1, N. 5; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 23; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 12, N. 2; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 62-63; **Oğuzman/Barlas**, N. 665; **Antalya**, N. 453 vd.; **Sarıkaya**, s. 57-58; **Özer**, s. 25-26. Karş. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 172; **Eren**, Borçlar Genel, N. 354 vd.

doğacak hukuki sonuçları yürürlüğe koyma yönünde bilinçli bir iradesi söz konusudur²⁸. Bu sebeple öğretide, açıklama iradesi terimi yerine, "yürürlük iradesi" (*Geltungswille*) veya "açıklama bilinci" (*Erklärungsbewusstsein*) terimleri de kullanılmaktadır²⁹. Açıklama iradesi, esasen, biraz önce belirtilen işlem iradesinin dış dünyaya açılmasına yöneliktir. Bu sebeple işlem iradesinin yokluğu, aynı zamanda, açıklama iradesinin yokluğu anlamına gelir³⁰. Buna göre, turist olarak bulunduğu şehirde arkadaşıyla buluşmak üzere bir mahzene giden kişinin, mahzende gördüğü arkadaşına selam vermek üzere elini kaldırması fiili, aynı esnada devam etmekte olan ve el kaldırmanın pey sürmek olarak anlaşıldığı bir açık artırmada, işlem iradesi bulunmayan kişinin pey sürme yönünde bir açıklama iradesi olduğunu göstermez³¹. Ayrıca, daha sonra açıklanacağı üzere, bazı irade açıklamalarının hüküm doğurması, söz konusu açıklamaların üzerinde hukuki sonuç doğuracağı kişiye yöneltilmesine ve ulaşmasına bağlıdır. Bu tür irade açıklamalarında, açıklamanın yöneltilmesine ve ulaşmasına yönelik irade, yine açıklama iradesi kapsamında değerlendirilmelidir³².

(iii) "Fiil iradesi" (*Handlungswille*)³³, açığa çıkarılan fiile yönelik bilinçli iradeyi ifade eder. Kişinin, açığa çıkardığı fiile yönelik bilinçli bir iradesi bulunmuyorsa, bu fiil aracılığıyla irade açıklamasında bulunduğu kabul edilemez. Buna göre, örneğin, refleks gereği elini yukarıya kaldıran, hipnoz etkisi altında sözler söyleyen veya eli

²⁸ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 17; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 23.

²⁹ Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 33; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 17.

³⁰ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 173.

³¹ "Trier'deki şarap müzayedesini" olarak bilinen bu örnek için bkz. Müller, BK-OR, Art. 1, N. 17; Oğuzman/Barlas, N. 670.

³² Bu durum, yöneltilmesi gerekli olmayan irade açıklamalarında açıklama iradesi bulunmadığını göstermez. Böyle durumlarda açıklama iradesi, iradenin dış dünyaya açılmasına yönelik iradeyle sınırlı olarak değerlendirilmelidir. Nitekim bu durum teorik açıdan daha isabetlidir. Örneğin, el yazılı vasiyetname düzenlenmesinde ölüme bağlı tasarruf hukuki sonucu (işlem iradesi), vasiyetnamenin el ile yazılması (fiil iradesi) sonucunda yürürlüğe konulmak istenmektedir (açıklama iradesi). Ancak özellikle bu tür irade açıklamaları bakımından söz konusu ayrımın yapılmasının güç olduğu açıktır.

³³ Bkz. Müller, BK-OR, Art. 1, N. 16; Huguenin, N. 170; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 22-23; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 12, N. 2; Eren, Borçlar Genel, N. 349-350; Oğuzman/Barlas, N. 664; Antalya, N. 451; Sarıkaya, s. 59; Özer, s. 27.

üçüncü bir kişi tarafından zorla tutularak belge imzalatılan (*vis absoluta*) kişilerin, bu fiillere yönelik bilinçli birer iradelerinin bulunmaması sebebiyle, irade açıklamasında bulundukları söylenemez³⁴. Böyle bir durumda (görünürde) irade açıklamasının varlığına olan güven dahi korunmaz³⁵. Bu sebeple fiil iradesi, irade açıklaması bakımından vazgeçilemez bir koşul niteliğindedir³⁶. Kişinin, açığa çıkarılan fiile yönelik bozukluğa uğramış olsa dahi bilinçli iradesi varsa fiil iradesi gerçekleşmiş sayılır. Gerçekten, kişinin başına silah tutulması gibi fiziksel (*vis compulsiva*) veya yakınlarının rehin tutulması gibi manevi bir zorlama altında belge imzaladığı durumlarda, bozukluğa uğramış olsa dahi bilinçli birer fiil iradesi vardır. Ancak böyle bir durumda söz konusu irade açıklamasının, irade bozukluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde geçersizliği ileri sürülebilir³⁷.

Fiil iradesi ve açıklama iradesi, birbiriyle karıştırılmaya çok yakın kavramlardır. Ne var ki fiil iradesinde fiile yönelik irade, açıklama iradesinde ise fiil sonucunda doğacak hukuki sonucun gerçekleşmesine yönelik irade söz konusudur. Fiil iradesi ile açıklama iradesi çok defa birlikte bulunur. Buna karşın fiil iradesinin bulunduğu bazı durumlarda açıklama iradesinin bulunmaması mümkündür. Örneğin, kendisine (B) tarafından gönderilen sözleşme taslağını imzalayan (A)'nın bu imzalı sözleşme metnini iletme yönünde henüz bir iradesi bulunmadığı sırada, imzalı sözleşme metninin yardımcısı (Y) tarafından (B)'ye gönderilmiş olduğu ihtimalde, (A)'nın fiil iradesi bulunmasına karşın açıklama iradesi bulunmamaktadır. Zira böyle bir durumda hukuki sonucun (işlem iradesi/sözleşmenin kurulması) yürürlüğe girmesi (açıklama iradesi/sözleşmenin hüküm doğurmaya başlaması) henüz istenmemesine karşın irade (fiil iradesi/sözleşme taslağının imzalanması) bilinçli bir şekilde açıklanmaktadır³⁸.

³⁴ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 16, Huguenin, N. 170.

³⁵ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 16.

³⁶ Huguenin, N. 170.

³⁷ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 16. Örnekte zorla belge imzalatılan kişi, korkutma sebebiyle sözleşmeyi/hukuki işlemi iptal edebilir (TBK m. 37-38; OR Art. 29-30).

³⁸ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 15, N. 3.

b. Objektif Unsur: Açıklama

İrade açıklamasının objektif unsuru açıklamadır³⁹. Açıklama, subjektif unsur olan iradeyi dış dünyaya açarak onun dış dünya tarafından bilinebilir/anlaşılabilir olmasını sağladığı için objektif niteliktedir. İrade, (i) mutata yöntemler veya (ii) davranışlar aracılığıyla açıklanır:

(i) İradenin dış dünyaya açılması, irade açıklamasının mutata yöntemleri olan yazı, söz veya işaret aracılığıyla gerçekleşebilir⁴⁰. Örneğin, bir terziye, dükkanında asılı olan elbiseyi satın almak istediğini yazan bir cep telefonu mesajı göndermek, dükkana giderek asılı olan elbiseyi satın almak istediğini söylemek veya asılı olan elbiseyi satabileceğini söyleyen terziye karşı başını aşağı yukarı hareket ettirmek, satış sözleşmesi kurma yönündeki iradenin, sırasıyla yazı, söz ve işaret aracılığıyla açıklanmasıdır. Objektif unsur araçlarından yazı, iradeyi bir belgede somutlaştırdığı ve ispat kolaylığı sağladığı için sıklıkla tercih edilir. Söz ise hazır olanlar arasında gerçekleşen müzakere iradenin doğrudan iletişim sağlayan araçlarla açıklanmasını sağlar. Sözlü açıklama, yazılı açıklamaya göre daha hızlı bir iletişim sağlaması yönüyle üstündür. Buna karşın sözlü açıklamanın ispat edilmesinin, yazılı açıklamaya kıyasen daha zor olduğunda tereddüt yoktur⁴¹. İşaret ise taraflarca kararlaştırılmış yahut teamül gereği açıklama sayılan davranış tarzını ifade eder. Buna göre, kendisine yöneltilen teklifi başını iki yana çevirerek veya yukarıya kaldırarak yanıtlayan kişi, işaret aracılığıyla teklifi reddetmiştir denilebilir.

(ii) İradenin dış dünyaya açılması, açıklamada bulunanın davranışları aracılığıyla da gerçekleşebilir. İradenin davranış aracılığıyla açıklandığı bazı durumlarda iradenin

³⁹ İrade açıklamasının objektif unsuru, İsviçre öğretisinde, "irade açıklamasının şekli" (*Form der Willensäußerung*) olarak da ele alınmaktadır. Ayrıca bkz. ve karşı. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 130 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 177 vd. Elektronik ortamda gerçekleşen irade açıklamaları bakımından ayrıca bkz. **Behling**, s. 36 vd.

⁴⁰ Bkz. ve karşı. **Eren**, Borçlar Genel, N. 358-359; **Akıncı**, s. 47-49.

⁴¹ Sözlü açıklamanın -bant üzerinde sesin kaydedilmesi gibi- bir araçta somutlaştırılması mümkündür ancak bunun ispat aracı olarak kullanılabilmesi hukuka uygun olarak elde edilmesi koşuluna bağlıdır. Bu konuda bkz. Yarg. 2. HD T. 15.10.2018 E. 2016/23960 K. 2018/10956 (**Lexpera**).

ilgili kişiye yöneltilmesi (iradeyi gösteren davranış) amaçlanır⁴². Bazı durumlarda ise iradenin yöneltilmesi amaçlanmaz. Bu tür davranışlar da olumlu (irade faaliyeti) veya olumsuz (susma) birer fiilden ibarettir. İradenin davranış aracılığıyla gerçekleştiği durumlar, çoğu kez, söz konusu davranışların yorumlanması sonucunda irade açıklaması olarak nitelendirilir⁴³.

İrade açıklamasının objektif unsuru, kural olarak, açıklamanın içeriğine bağlı değildir. Buna göre, nadir bir el yazması kitabın sözlü, yeni bası bir ders kitabının yazılı irade açıklamaları aracılığıyla satış sözleşmesine konu olması mümkündür⁴⁴. Benzer biçimde, tarafların, sözleşme ilişkisi süresince bütün irade açıklamalarını yazılı şekilde gerçekleştirmiş olmalarına karşın yalnızca fesih veya dönme açıklamalarını sözlü şekilde gerçekleştirmelerine -yine aksi kanunda öngörülmedikçe veya taraflarca kararlaştırılmadıkça- bir engel yoktur⁴⁵.

İrade açıklaması kavramı incelenirken kişinin bütünüyle iç dünyasında kalan iradesinin hukuk düzeni bakımından önemsiz olduğunu belirtmiştik. Kişinin iç dünyasında kalan irade, esasen, irade açıklamasındaki objektif unsurun eksikliğini gösterir. Objektif unsurun eksikliği durumunda irade açıklaması da yoktur. Kendisine

⁴² Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 3.

⁴³ Bu sebeple iradeyi gösteren davranış, irade faaliyeti ve susma kavramlarının örtülü irade açıklaması başlığı altında incelenmesi isabetli olur. Bkz. Birinci Bölüm, IV, B, 2.

⁴⁴ Bununla birlikte açıklamada tercih edilen objektif unsur aracının, olası bir uyumsuzlukta ispat kolaylığı sağlaması adına, açıklamanın içeriğine göre tercih edilmesine sıklıkla rastlanılır. Bu kapsamda yüksek bedel öngörülen satış sözleşmelerinin yazılı olarak kurulmasında veya sona erdirilmesinde fayda vardır. Ancak durum her zaman böyle değildir. Örneğin Kapalıçarşı esnafı arasında oldukça yüksek bedellerle yapılan borsa ve altın alışverişi işlemleri, çarşının yaygın uygulaması kapsamında sözlü irade açıklamalarıyla gerçekleştirilir.

⁴⁵ Karş. **Becker**, BK-OR, Art. 1, N. 3. Bu konuda önemli bir düzenleme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda m. 18/3 hükmünde yer almaktadır. Hükme göre, "*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.*" Hükmün bu tür irade açıklamaları bakımından bir şekil koşulu getirip getirmediği tartışmalıdır. Zira hükmün gerekçesinde bunun bir ispat koşulu olduğu açıkça belirtilmektedir. Ne var ki kanunda öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğunu belirten TBK m. 12/2 hükmü kapsamında bunun bir ispat koşulu olduğu yönündeki görüşe katılma imkanı göremiyoruz. Ayrıca kanun gerekçelerinin de bağlayıcı birer hüküm niteliği taşımadıklarını da işaret etmek gerekir. Bu yönde bkz. **Nomer**, Borçlar, N. 200.

yöneltlen ve ulaşan irade açıklamasına olumlu veya olumsuz bir karşılık vermeyen kişinin içinde bulunduğu sessiz kalma durumunu ifade eden susma, esasen, tipik bir objektif unsur eksikliğidir. Bu çerçevede susma, herhangi bir iradeyi dış dünyaya açmış olmadığı için -kural olarak- irade açıklaması sayılmaz. Ne var ki susma, güven ilkesinin gerektirdiği durumlarda, pasif davranış biçiminde yorumlanır ve böylece irade açıklaması olarak hüküm doğurur⁴⁶.

2. İrade Açıklamasında Unsur Eksikliğinin İrade Açıklamasının Yorumu ile Bağlantısı

İrade açıklamasında subjektif veya objektif unsurların eksikliği durumunda, gerçek anlamda bir irade açıklamasından söz edilemez. Bununla birlikte gerçek anlamda bir irade açıklaması sayılamayacak görünürde açıklama veya susma, subjektif veya objektif unsurların eksikliğine rağmen, yorum sonucunda (normatif) irade açıklaması olarak nitelendirilebilir⁴⁷. Bu kapsamda, öncelikle, irade açıklamasının yorumlanmasına ilişkin temel ilkelerin değerlendirilmesi gerekir.

a. İrade Açıklamasının Yorumlanmasına İlişkin Genel İlkeler

İrade açıklaması, iradenin dış dünyaya açılmasını sağlamış olsa da onun bilinebilir/anlaşılabilir olmasında her zaman yeterli olmaz. Açıklamada kullanılan söz, yazı, işaret veya davranış, kullanıldığı yere ve zamana veya açıklamayı yapana yahut açıklamanın yöneltildiği ve üzerinde hukuki sonuç doğuracağı kişiye göre farklı anlamlar ifade edebilir. Böyle durumlarda irade açıklamasının anlamının veya gerçekte neyi ifade etmek istediğinin araştırılarak belirlenmesi gerekir. Bu faaliyet, "yorum" (*Auslegung, Interpretation*) olarak adlandırılır⁴⁸. İrade açıklamasına,

⁴⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 6; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 62. Bu husus, biraz sonra irade açıklamasında unsur eksikliğinin irade açıklamasının yorumu ile bağlantısı ve özellikle daha sonra örtülü kabul kısımlarında incelenecektir.

⁴⁷ Bkz. ve karşı. **Armbrüster**, MüKo-BGB, Vor. § 116, N. 3.

⁴⁸ **von Tuhr/Peter**, s. 285 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 119 vd.; **Koller**, OR AT, § 3, N. 150 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 148 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 394 vd.

açıklamada bulunan ve açıklamanın yöneltildiği kişi tarafından farklı anlamlar yüklendiği durumlara uygulamada da sıklıkla rastlanılır. İrade açıklamasının yorumlanmasını gerektiren böyle durumlarda, benimsenecek ilke doğrultusunda, (i) (objektif unsur olarak) açıklamanın, (ii) açıklamada bulunan kişinin veya (iii) açıklamanın yöneltildiği kişinin esas alındığı üç farklı yorum ihtimali söz konusu olabilir⁴⁹:

(i) "Açıklama ilkesi" (*Erklärungsprinzip*)⁵⁰, irade açıklamasının anlamını belirlerken, kullanılan objektif unsur araçlarının soyut ve lafzi anlamlarını esas alır. Bu ilke, açıklamada bulunan ve açıklamanın yöneltildiği kişi dışındaki üçüncü bir kişinin, objektif kriterlere göre, irade açıklamasına vereceği anlamı üstün tutar. Açıklama ilkesi, özellikle salt biçimsel olması yönüyle eleştirilmiştir⁵¹. Gerçekten, irade açıklamasının yorumlanması söz konusu olduğunda bu açıklamanın üzerinde hukuki sonuç doğurmasının mümkün olmadığı üçüncü kişilerin vereceği anlamı üstün tutmak kanımızca da makul bir çözüm değildir⁵². Ayrıca, sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağına ilişkin TBK m. 19 (OR Art. 18) hükmü karşısında bu ilkenin Türk ve İsviçre hukukları bakımından uygulanması mümkün gözükmemektedir.

(ii) "İrade ilkesi" (*Willensprinzip*)⁵³, irade açıklamasının anlamını belirlerken, açıklamada bulunanın gerçek iradesini esas alır. Bu ilke doğrultusunda irade

⁴⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 5 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 13, N. 1 vd.; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 50-52.

⁵⁰ Açıklama ilkesi hakkında bkz. **Meier-Hayoz**, s. 4, 23, 29 vd. Bu ilkenin temelinde yer alan "açıklama teorisi" (*Erklärungstheorie*) hakkında ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 48-50; **Eren**, Borçlar Genel, N. 401-404; **Ergüne**, Yorum, s. 6-8.

⁵¹ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 39; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 142: Her iki yazar da açıklama ilkesinin daha çok Eski Çağ hukuk sistemlerinde uygulandığını ve günümüzde artık geçerli bir ilke olmadığını ifade etmektedir.

⁵² Aynı yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 7; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 13, N. 2; **Eren**, Borçlar Genel, N. 403.

⁵³ İrade ilkesi hakkında bkz. **Meier-Hayoz**, s. 4, 23-24, 41 vd. Bu ilkenin temelinde yer alan "irade teorisi" (*Willentheorie*) hakkında ayrıca bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 184; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 49-50; **Eren**, Borçlar Genel, N. 397-400; **Ergüne**, Yorum, s. 5-6.

açıklaması, açıklamada bulunanın iradesine uygun olduğu ölçüde mevcut ve geçerli olarak kabul edilir. İrade ilkesi, yalnız irade açıklamasında bulunanın menfaatini koruması yönüyle eleştirilmiştir⁵⁴. Zira irade açıklamasının yöneltildiği kişi, esasen, açıklamada bulunanın gerçek iradesini değil, yalnızca (objektif) açıklamasını öğrenir. İrade açıklamasının yöneltildiği kişinin kendisine yöneltilen bu açıklama doğrultusunda hareket etmekte menfaati olduğunda ise tereddüt yoktur. Bu doğrultuda, açıklamanın yöneltildiği kişi tarafından bilinemeyecek gerçek iradenin, irade açıklamasının yorumunda esas alınması kabul edilemez⁵⁵.

(iii) "Güven ilkesi" (*Vertrauensprinzip*)⁵⁶, irade açıklamasının anlamını belirlerken, açıklamanın yöneltildiği kişiyi esas alır. Burada iki farklı ihtimal söz konusu olabilir. "Anlam verme ilkesi" (*Deutungsprinzip*) olarak adlandırılan birinci ihtimalde, açıklamanın yöneltildiği kişi söz konusu açıklamayı fiilen nasıl anlamış ise o anlam esas alınır. Bu durum, yalnızca açıklamanın yöneltildiği kişinin menfaatini koruması yönüyle eleştirilmiştir⁵⁷. Anlam verme ilkesi, esasen, açıklamanın yöneltildiği kişi yararına irade ilkesi ile aynı sonuca ulaştığından⁵⁸ subjektif açıklama ilkesi olarak da adlandırılır⁵⁹.

Güven ilkesine ilişkin ikinci ihtimalde ise açıklamanın yöneltildiği kişinin, söz konusu açıklamaya, bildiği veya bilmesi gerektiği bütün unsurları değerlendirerek dürüstlük kuralına göre hangi anlamı yüklemesi gerekiyorsa o anlam esas alınır⁶⁰. Açıklamanın

⁵⁴ Eren, Borçlar Genel, N. 399.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 6-7; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 13, N. 2. Bununla birlikte, tamamlanması ve hüküm doğurabilmesi için ilgili kişiye yöneltilmesi ve ulaşması gerekli olmayan irade açıklamalarının yorumlanması bakımından, kanımızca da haklı olarak, irade ilkesinin benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Akyol, Yorum, s. 23 vd.; Ergüne, Yorum, s. 17 vd.

⁵⁶ Güven ilkesi hakkında bkz. Meier-Hayoz, s. 4, 25, 67 vd. Bu ilkenin temelinde yer alan "güven teorisi" (*Vertrauenstheorie*) hakkında ayrıca bkz. Feyzioğlu, C. 1, s. 50-52; Ergüne, Yorum, s. 8 vd.

⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 7.

⁵⁸ Meier-Hayoz, s. 108; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 7.

⁵⁹ Eren, Borçlar Genel, N. 401.

⁶⁰ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 148; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 207; Feyzioğlu, C. 1, s. 51.

yöneltildiği kişinin, söz konusu açıklamaya fiilen yüklemiş olduğu anlam esas alınmaz. Görüldüğü üzere bu ikinci durumda, hem irade açıklamasının yöneltildiği kişinin söz konusu açıklamaya karşı olan haklı güveni hem de açıklama sahibinin söz konusu açıklamanın yöneltildiği kişi tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak anlaşıldığına ilişkin haklı güveni korunur⁶¹. Bu çerçevede güven ilkesinin geçerli olduğu ikinci durumda, irade açıklamasının her iki tarafının da menfaatlerinin dengeli biçimde korunduğu anlaşılmaktadır⁶². Günümüzde de kavram olarak güven ilkesi denildiğinde anlaşılan yalnızca bu ikinci durumdur.

Konumuz itibarıyla sözleşme kurmaya uygun irade açıklamalarının yorumlanması bakımından günümüz hem Türk⁶³ hem de İsviçre⁶⁴ öğretisinde ve yargı kararlarında, kanımızca da haklı olarak, güven ilkesi benimsenmektedir. Buna göre, taraflar arasında irade açıklamasının anlamı veya gerçekte neyi ifade etmek istediği üzerinde ortaya çıkan anlaşmazlık, güven ilkesi çerçevesinde yapılacak yorum sonucunda çözümlenecektir. Güven ilkesi çerçevesinde yapılacak yorum, açıklamanın gerçek anlamda bir irade açıklaması olup olmadığı, gerçek anlamda bir irade açıklaması ise kime yöneltildiği ve bu irade açıklamasının hangi hususları içerdiği sorularına da cevap verecektir⁶⁵.

⁶¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 9; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 51. Bu sebeple güven ilkesinin "*karşılıklı gözetme ve bağlılık*" ilkesine dayalı olduğu yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 13, N. 2.

⁶² **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 8; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 51.

⁶³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 9 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 410 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 238 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 73 vd.; **Kanışlı**, s. 99 vd.; **Sarıkaya**, s. 78 vd.; Yarg. HGK T. 18.03.2015 E. 2014/2182 2015/1047; Yarg. HGK T. 06.02.2013 E. 2012/14-606 K. 2013/212 (**Lexpera**).

⁶⁴ **Meier-Hayoz**, s. 120-121; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 181 vd. özellikle N. 188; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 37; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 147, 148 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 287 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 123 vd.; **Bucher**, OR AT, s. 122 vd.; **Koller**, OR AT, § 3, N. 151; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 207; BGE 133 III 607; BGE 130 III 686; BGE 120 II 237.

⁶⁵ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 192; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 208. İrade açıklamalarının birbirine uygun olmasına ilişkin üçüncü bölümde, özellikle uygunluğun belirlenmesi ile esaslı nokta ve ikinci derece nokta ayırımında güven ilkesinin son derece önemli bir yeri olduğunu göreceğiz. Bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2 vd.

b. Güven İlkesi Karşısında İrade Açıklaması Unsurlarının Eksikliği

(1) Subjektif Unsur Eksikliği Durumunda

Güven ilkesi çerçevesinde yapılacak yorum sonucunda, (i) işlem veya açıklama iradesi eksikliği ile (ii) fiil iradesi eksikliği durumlarında, benzer koşullar bulunmasına rağmen, birbirinden farklı sonuçlara ulaşılır:

(i) İşlem iradesinin bulunmadığı durumlarda açıklama iradesinin de bulunamayacağını belirtmiştik. İşlem ve buna bağlı olarak açıklama iradesinin bulunmadığı durumlarda, yalnız görünürde bir irade açıklaması söz konusudur. Örneğin, mülkiyetinde bulunan dolmakalemi 1.000 TL karşılığında satmak isteyen kişinin, bu iradesini yanlışlıkla 100 TL olarak açıkladığı ihtimalde, belirtilen işlemin 100 TL üzerinden gerçekleştirilmesine yönelik bir işlem iradesi bulunmadığı açıktır. Bununla birlikte açıklamanın yöneltildiği kişinin, söz konusu açıklamaya olan haklı güveni korunur⁶⁶. İşlem (ve fiil) iradesi bulunmasına rağmen açıklama iradesinin bulunmaması ise mümkündür. Böyle durumlarda kişi, işlem iradesinin sonuçlarının yürürlüğe girmesini henüz istemediği için açıklama iradesi sahibi değildir. Bu ihtimalde, tıpkı işlem iradesi içermeyen irade açıklamasında olduğu gibi açıklamanın yöneltildiği kişinin söz konusu açıklamaya olan haklı güveni yine korunur⁶⁷.

İşlem veya açıklama iradesi içermeyen (görünürde) irade açıklaması, güven ilkesine göre, yöneltildiği kişi tarafından gerçek anlamda bir irade açıklaması olarak

⁶⁶ Benzer örnek için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 13, N. 5. Hatır işlemleri bakımından da işlem iradesi eksikliği söz konusudur. Bkz. BGE 116 II 695. Böyle durumlarda da açıklamanın yöneltildiği kişinin, söz konusu açıklamaya olan haklı güveni korunur. Böyle bir haklı güven bulunmadığı takdirde hatır işlemine yönelik açıklama hüküm doğurmaz. Bkz. **Hatemi/Gökyayla**, § 2, N. 29-33.

⁶⁷ Açıklama iradesi eksikliği durumunda, işlem iradesi eksikliğinden farklı olarak, görünürde açıklama sahibinin ihmalinin/kusurunun bulunması gerektiği yönünde bir görüş de savunulmaktadır (bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 13, N. 14; **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 16.). Kanımızca güven ilkesi doğrultusunda yapılacak bir değerlendirmede açıklama sahibinin ihmali/kusuru, (normatif) irade açıklamasının belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır. Açıklama sahibinin kusuru, yalnızca sözleşmenin iptali durumunda tazminat yükümlülüğü bakımından değerlendirilebilir (TBK m. 35; OR Art. 26).

yorumlanmaya uygun olduğu takdirde, normatif irade açıklaması olarak nitelendirilir⁶⁸. Normatif irade açıklaması, işlemin hüküm doğurması için yeterlidir. Ne var ki açıklama sahibi, açıklamanın yöneltildiği kişinin korunmaya değer haklı menfaatine rağmen, gerekli koşullar sağlandığı takdirde irade bozukluğu sebebiyle hukuki işlemi (sözleşmeyi) iptal edebilir (TBK 30-35; OR Art. 23-27). Açıklama sahibinin ayırt etme gücünün yerinde olmaması durumu ise farklıdır. Böyle bir durumda (görünürde) irade açıklaması, güven ilkesine göre, yöneltildiği ve ulaştığı kişi tarafından gerçek anlamda bir irade açıklaması olarak yorumlanmaya uygun olsa dahi kesin hükümsüzdür (TMK m. 14-15; ZGB Art. 17-18)⁶⁹.

(ii) Fiil iradesi eksikliği durumunda ise irade açıklamasının yok hükmünde olduğu kabul edilir⁷⁰. Örneğin, hipnoz altında belge imzalatılan veya açık artırmada eli zorla yukarı kaldırılan kişinin fiil iradesi içermeyen bu fiilleri sonucu oluşacak (görünürde) irade açıklamaları yok hükmündedir. Böyle durumlarda açıklamanın yöneltildiği kişinin güveni de korunmaz. Zira dış dünyaya açılan fiile yönelik herhangi bir iradesi bulunmayan kişinin menfaati bütünüyle göz ardı edilerek bu fiili sebebiyle bir irade açıklamasında bulunmuş olduğu kabul edilemez. Bu sebeple fiil iradesi eksikliği durumunda söz konusu açıklamanın, güven ilkesi doğrultusunda, normatif iradesi açıklaması olarak dahi hüküm doğurması mümkün değildir⁷¹.

⁶⁸ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 154; Antalya, N. 458. Ayrıca bkz. Armbrüster, MüKo-BGB, Vor. § 116, N. 3.

⁶⁹ Hausheer/Aebi-Müller, § 7, N. 41; Brückner, N. 198; Dural/Öğüz, N. 356; Yarg. İBK T. 11.06.1941 E. 1941/4 K. 1941/21 (RG 28.07.1941-4871).

⁷⁰ von Tuhr, s. 103-104; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 22-23; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 12, N. 2; Antalya, N. 452.

⁷¹ Karş. Serozan, İstanbul, m. 1, N. 13-15: Yazar, fiil iradesi eksikliğinde dahi açıklama muhatabının güven ilkesi gereği korunmaya değer bir menfaati olabileceğini ileri sürmektedir. Ne var ki yazarın verdiği mektup örneği (m. 1, N. 15) bakımından mektubun imzalanmış olması, kanımızca, fiil iradesinin varlığını gösterir. Yazarın sonraki açıklamalarında verdiği yel değirmeni örneği (m. 1, N. 61) bakımından ise fiil iradesi bulunmayan (görünürde) açıklama sahibinin menfaatlerinin neden göz ardı edildiği sorusu yanıtız kalmaktadır.

(2) Objektif Unsur Eksikliği Durumunda

İrade, objektif unsur olmaksızın dış dünyaya açılmaz ve hukuk düzeninde yer alamaz. Bu sebeple, objektif unsuru bulunmayan bir irade açıklamasından söz edilemez. Gerçekten, bir kitabevine giden kişi orada bulunan kitapları inceliyor ancak onlardan birini satın almaya yönelik herhangi bir açıklamada bulunmuyorsa irade açıklaması yoktur. Bu örnekte kişinin, kitap satın almaya yönelik subjektif iradesi bulunsada dahi sonuç değişmez. Ne var ki (i) irade açıklamasının yöneltildiği kişinin veya (ii) devam eden hukuki ilişki içerisinde tarafın/ tarafların, herhangi bir açıklamada bulunmamasının, diğer bir deyişle "susmalarının", pasif davranış biçiminde yorumlanmaları mümkündür:

(i) Kişi, kural olarak, kendisine karşı yöneltilen irade açıklamalarını cevaplandırmakla yükümlü değildir. Bu sebeple susan kişi, olumlu veya olumsuz içerikte bir karşı irade açıklamasında bulunmuş sayılmaz⁷². Buna karşın susmanın, güven ilkesi doğrultusunda, irade açıklaması olarak yorumlanabilmesi mümkündür. Bunun için irade açıklamasının yöneltildiği kişinin olayın özelliği, işin doğası veya dürüstlük kuralı gereği söz konusu açıklamayı cevaplandırmakla yükümlü olması gerekir⁷³. Aksi takdirde susma, irade açıklaması olarak değerlendirilmeye elverişli değildir. Örneğin, bir avukatın gazete haberinde gördüğü kişiye gönderdiği mektupta avukatlık sözleşmesi kurulması yönünde iradesini açıklaması durumunda mektubu alan kişi, bu irade açıklamasını cevaplandırmakla yükümlü değildir. Aynı örnek bakımından, irade açıklaması içerisinde "On beş gün içinde cevap verilmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılır" biçiminde bir ifadenin bulunması dahi sonucu değiştirmez. Zira bir

⁷² Müller, BK-OR, Art. 1, N. 44; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 14, N. 6; Feyzioğlu, C. 1, s. 62; Serozan, İstanbul, m. 1, N. 27.

⁷³ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 45; Keller/Schöbi, s. 33-34; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 14, N. 6; Feyzioğlu, s. 63; Serozan, İstanbul, m. 1, N. 27.

tarafın irade açıklaması ile diğer tarafı belirli bir davranışta bulunmaya zorlaması kabul edilmez⁷⁴.

İrade açıklamasını cevaplandırma yükümlülüğü, açıklamada bulunanın bakış açısından yapılacak değerlendirme sonucunda belirlenir. Açıklamada bulunan kişi, güven ilkesi doğrultusunda, iradesi olumsuz olan kişinin bu açıklamaya cevap vermesi gerektiği, diğer bir deyişle "susan kişinin bu açıklamayı onayladığı" (*qui tacet consentire videtur; qui ne dit mot consent*) sonucuna ulaşmakta haklı olmalıdır⁷⁵. Örneğin, bir avukatın polis karakolunda ifadesi alınacak kişiye avukatlık sözleşmesi kurulması yönünde iradesini açıklamasına karşın bu kişinin susması, güven ilkesi doğrultusunda, olumlu içerikte cevap olarak değerlendirilmeye elverişlidir⁷⁶. Aynı örnek bakımından ifadesi alınacak kişinin yanında başka bir avukatın bulunması durumunda susmanın olumlu içerikte cevap olarak değerlendirilebilmesi bu kez mümkün olmaz. Zira böyle bir durumda avukatın, güven ilkesi doğrultusunda, iradesi olumsuz olan kişinin buna cevap vermesi gerektiği sonucuna ulaşmakta haklı olduğu söylenemez.

(ii) Yöneltilen bir irade açıklaması olmamasına rağmen hukuki ilişki tarafının/taraflarının susması, bazı durumlarda, yine irade açıklaması olarak hüküm doğurabilir. Ne var ki böyle bir durumun kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Örneğin, irade bozukluğu durumunda iradesi bozulan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmeyerek veya verdiği şeyi geri istemeyerek susması, sözleşmenin onanmış sayılması sonucunu doğurur (TBK m. 39/1; OR Art. 31/1)⁷⁷. Benzer biçimde, belirli süreli adi kirada sürenin geçmesinden sonra kiralananın kullanılmasına devam

⁷⁴ Keller/Schöbi, s. 33; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 14, N. 6, Feyzioğlu, C. 1, s. 63-64.

⁷⁵ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 44-45; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 14, N. 6.

⁷⁶ Avukata yönelik olarak gerçekleştirilecek irade açıklamalarında ise durum, vekalet sözleşmelerine ilişkin TBK m. 503 (OR Art. 395) hükmü gereği farklıdır. Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, d, (2), ii.

⁷⁷ İrade bozukluğu durumunda iradesi bozulan tarafın susması, aksi ispat edilemeyen bir irade faraziyesi niteliğindedir. Ayrıca bkz. Serozan, İstanbul, m. 1, N. 27.

edilmesi, sözleşmeyi belirsiz süreliye dönüştürür (TBK m. 327/2)⁷⁸. Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kirasında ise kiracı, sözleşme süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır (TBK m. 347/1)⁷⁹. Belirtilen durumların, esasen, güven ilkesinin kanundaki özel ve somut birer yansıması oldukları da söylenebilir.

III. İrade Açıklamasının Hukuki Fiiller Arasındaki Yeri

İrade açıklaması kavramının sözleşmenin merkezinde yer aldığını belirtmiştik⁸⁰. Gerçekten, irade açıklaması olmaksızın sözleşmenin kurulabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte irade açıklaması, sözleşmelere özgü bir kavram olarak da düşünülmemelidir. Sözleşme dışındaki bazı hukuki fiillerin merkezinde yine irade açıklamaları yer alır. Ancak irade açıklaması dışında hukuki fiillerin bulunması da mümkündür.

A. Hukuki Olay ve Hukuka Uygun Fiil İlişkisi

Hayatta her gün sayısız olay gerçekleşir. Bunların bir kısmı hukuken önemsizdir. Bu kapsamda, yağmurun yağması, rüzgarın esmesi, ağaçların büyümesi veya insanın sabahları uyanması, giyinmesi, yürüyüşe çıkması, hukuken önemsiz olaylardır ve hukuk düzeni tarafından kendilerine herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamıştır⁸¹. Buna karşın bazı olaylar, bir hakkın veya hukuki ilişkinin doğumuna, değişikliğine

⁷⁸ Belirli süreli adi kirada, sürenin geçmesinden sonra kiracının kiralananı kullanmaya devam etmesi, davranış aracılığıyla kira süresinin uzatılmasına yönelik öneri, kiraya verenin susması ise bu önerinin kabulü olarak değerlendirilebilir. Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 62. Belirli süreli ürün kirası bakımından da durum benzerdir. Ancak ürün kirasının taraflarca örtülü olarak sürdürülmesi durumunda sözleşme, aksi kararlaştırılmadıkça, bir yıl için yenilenmiş sayılır (TBK m. 367/2).

⁷⁹ Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kirasında, kiraya verenin on yıllık uzama süresini takip eden dönemin sona ermesinden en az üç ay önce bildirimde bulunmaması, susma aracılığıyla kira süresinin uzatılmasına yönelik öneri, kiracının susması ise bu önerinin kabulü olarak değerlendirilebilir. Mülga 818 sayılı BK ve yine mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun dönemi bakımından bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 62.

⁸⁰ Bkz. Birinci Bölüm, I.

⁸¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, § 9, N. 1; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 32-33; **Tekinay**, s. 95; **Eren**, Borçlar Genel, N. 423; **Akıncı**, s. 45.

veya sona ermesine yol açan yönleriyle hukuken önemlidir. Hukukun önemli bularak sonuç bağladığı bu tür olaylara "hukuki olay" (*rechtswirksame Tatsache, juristische Tatsache*) denilir⁸². Bu kapsamda, yağın yağmurun bir tarlada yetişen sigorta ettirilmiş ürünlerin üzerine yağarak onları kullanılamaz hale getirmesi, esen rüzgarın apartman çatısındaki kiremiti yoldan geçmekte olan bir kişinin başına düşürmesi, büyüyen ağacın dallarının yan komşunun arazisine taşması veya insanın doğması yahut ölmesi, hukuk düzeni tarafından önemli bulunarak kendilerine hukuki sonuç bağlanan birer hukuki olaydır⁸³.

Hukuki olayların bir kısmı insan fiili sonucunda gerçekleşir. İnsan fiili sonucunda gerçekleşen bu tür hukuki olaylar "hukuki fiil" (*Rechtshandlung, juristische Handlung*) olarak nitelendirilir⁸⁴. Örneğin, bir kişinin satın almak istediği gazete için bayiye para vermesi veya bu gazeteyi para vermeden alıp kaçması, birer hukuki olay olmakla birlikte, insan fiili sonucunda gerçekleştikleri için aynı zamanda birer hukuki fiildir. Geniş anlamda kullanıldığında hukuki fiilleri de kapsamına alan hukuki olay kavramı, çoğu kez dar anlamda, insan fiili dışında gerçekleşen (ve hukukun sonuç bağladığı) olayları ifade etmek üzere kullanılır⁸⁵.

Hukuki fiillerin bir kısmı hukuka uygun, bir kısmı hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı fiiller, haksız fiil (TBK m. 49 vd.; OR Art. 41 vd.) ve borca aykırılık (TBK m. 112 vd.; OR Art. 97 vd.) olarak ikiye ayrılır⁸⁶. Örneğin, trafikte tartıştığı kişiyi darp eden kişi haksız fiilde bulunarak, borcunu vadesinde ifa etmeyen borçlu borcuna aykırı davranarak birer hukuka aykırı fiil gerçekleştirir. Bu çalışmada, konu itibarıyla, yalnız

⁸² Oğuzman/Barlas, N. 596; Kocayusufpaşaoğlu, § 9, N. 1-2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 35; Feyzioğlu, C. 1, s. 33; Akıncı, s. 45-46; Antalya, N. 419. Hukuki olgu olarak tanımlayan bkz. Serozan, Medeni, s. 312. Ayrıca bkz. Ennecerus/Nipperdey, s. 860 vd.; von Tuhr, s. 7 vd.; Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 1, N. 42;

⁸³ Feyzioğlu, C. 1, s. 33; Eren, Borçlar Genel, N. 423. Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 35-36.

⁸⁴ Flume, s. 104 vd.; Oğuzman/Barlas, N. 600; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 9, N. 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 36; Feyzioğlu, C. 1, s. 34; Ataay, s. 122.

⁸⁵ Oğuzman/Barlas, N. 601.

⁸⁶ Oğuzman/Barlas, N. 602; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 9, N. 4; Tunçomağ, s. 131.

hukuka uygun fiiller incelenmektedir. Hukuka uygun fiiller de irade açıklaması, bilgi açıklaması ve duygu açıklaması olarak üçe ayrılır⁸⁷. Bunlar arasında irade açıklaması, hukuki işlem, hukuki işlem benzeri fiil ve maddi fiil olmak üzere üç farklı görünümde ortaya çıkabilir⁸⁸. Bilgi açıklaması ve duygu açıklaması ise birbirine ve irade açıklamasına benzer yönleri olmakla birlikte oldukça farklı kavramlardır.

B. Hukuka Uygun Fiil Olarak İrade Açıklamasının Görünümleri

1. Hukuki İşlem

Özel hukukta kişiler, hukuk düzeni tarafından belirlenen çerçevede, hukuki bir ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi bakımından özgür kabul edilirler. Bu durum irade özgürlüğü (irade serbestisi) olarak ifade edilir⁸⁹. İrade özgürlüğü, büyük oranda hukuki işlemler (ve esasen onun bir türü olan sözleşmeler) aracılığıyla gerçekleşir⁹⁰. Bu yönüyle hukuki işlem, Türk ve İsviçre hukuklarında açık bir kanuni düzenlemede yer almadığı halde⁹¹, borçlar hukukunun en önemli kavramlarından biri olarak kabul edilir⁹². Sözleşmelere ilişkin olarak Türk Borçlar

⁸⁷ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 42; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 9, N. 5; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 35-36; **Ataay**, s. 123; **Tunçomağ**, s. 131; **Antalya**, N. 423. Karş. **Oğuzman/Barlas**, N. 603 vd.

⁸⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 37-38; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 36-37.

⁸⁹ Sözleşme özgürlüğü ilkesi hakkında ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 80 vd.

⁹⁰ **Guhl/Koller**, § 12, N. 1 vd.; **Koller**, OR AT, § 3, N. 1 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 8; **Saymen/Elbir**, s. 67; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 19 vd.; **Serozan**, Medeni, s. 314; **Özsunay**, Borçlar, s. 41; **Sarıkaya**, s. 46-47.

⁹¹ Buna karşın Alman hukukunda BGB § 104-185 hükümleri, hukuki işlemi önemli bütün türleri ile birlikte açıkça düzenlemektedir.

⁹² Ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s. 120; **Serozan**, Medeni, s. 311 vd. Hukuki işlem kavramı, Türk Borçlar Kanunu'na bütünüyle yabancı olmamakla birlikte, kanunda sıklıkla yer alan bir kavram da değildir. Hukuki işlem kavramının yer aldığı hükümler için bkz. temsile ilişkin TBK m. 40, m. 42, m. 43 ve diğerleri; koşula ilişkin TBK m. 176; pazarlamacılık ve vekalet sözleşmelerine ilişkin TBK m. 452 ve m. 504; havaleye ilişkin TBK m. 555. Burada temsile ilişkin TBK m. 41 hükmündeki ayrık duruma işaret etmek gerekir. Hükümde yer alan "hukuksal işlem" terimi, kanımızca hukuki işlemi ifade etmekte olup temsile ilişkin kanundaki diğer hükümlerle dahi terim birliğini sağlayamaması yönüyle eleştiriye açıktır.

Kanunu'nda yer alan genel nitelikli hükümler, uygun düştükleri ölçüde, diğer hukuki işlemler bakımından da geçerlidir (TMK m. 5; ZGB Art. 7)⁹³.

"Hukuki işlem" (*Rechtsgeschäft*), öğretide bir kısım yazar tarafından, hukuk düzeni tarafından işlemi gerçekleştirenin arzusuna uygun olarak hukuki sonuç bağlandığı irade açıklaması olarak tanımlanır⁹⁴. Bu tanım, hukuki işlemi yalnız dar anlamda ifade etmektedir. Oysa hukuki işlem, geniş anlamda, irade açıklamasına hukuk düzeni tarafından sonuç bağlanmasıyla ortaya çıkan hukuki durumu da ifade eder⁹⁵. Görüldüğü gibi hukuki işlem, hem irade açıklamasını hem de irade açıklaması sonucunda ortaya çıkan hukuki durumu birlikte ifade eden çift anlamlı bir kavramdır⁹⁶.

Hukuki işlem, bazı durumlarda, bir veya daha fazla irade açıklamasından ibarettir. Bu kapsamda, vasiyetname yapılması için mirasbırakanın, kira sözleşmesinin kurulması için hem kiraya verenin hem de kiracının (karşılıklı ve birbirine uygun) irade açıklamasında bulunmuş olması gerekli ve yeterlidir. Bazı durumlarda ise hukuki işlemin gerçekleşebilmesi, irade açıklaması dışında, başka unsurların bulunmasına bağlıdır. Taşınmaz mülkiyetinin devri (tasarruf) işleminin gerçekleşebilmesi için buna ilişkin tescilin yapılmış olması (TMK m. 705/1; ZGB Art. 656/1) veya taşınır mülkiyetinin devri (tasarruf) işleminin gerçekleşebilmesi için taşınırın zilyetliğinin devredilmiş olması (TMK m. 763/1; ZGB Art. 714/1) durumları böyledir. Bunların dışında, bir aile hukuku sözleşmesi olarak evlenmenin gerçekleşebilmesi için evlenme iradelerinin kanunla yetkili kılınan evlendirme memuru önünde açıklanmış olması aranır (TMK m. 141-142; ZGB Art. 101-102). Böyle durumlarda irade açıklamasına

⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 8, N. 2; Ataay, s. 122.

⁹⁴ von Tuhr/Peter, s. 143; Gauch/Schluep/Schmid, N. 119; Feyzioğlu, C. 1, s. 37-38; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 125; Tunçomağ, s. 121; Ataay, s. 121-122; Özsunay, Borçlar, s. 39; Antalya, N. 431.

⁹⁵ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 1, N. 18; Saymen/Elbir, s. 63; Eren, Borçlar Genel, N. 325; Akıncı, s. 46. Ayrıca bkz. Koller, OR AT, § 3, N. 6: Yazara göre İsviçre öğretisi, hukuki işlemin yalnız irade açıklaması olduğunu vurgulamakta, buna karşın hukuki durumu ifade eden yönünü ihmal etmektedir. Ayrıca bkz. Oğuzman/Barlas, N. 605.

⁹⁶ Bucher, OR AT, s. 41. Bu durumun sözleşme kavramı için de geçerli olduğunu belirtmiştik. Bkz. Birinci Bölüm, I.

eklenen resmi veya maddi fiil yahut bu açıklamanın resmi bir makamın önünde gerçekleşmesi, hukuki işlemin diğer kurucu unsurlarıdır. Kurucu unsurların eksikliği durumunda hukuki işlem yok hükmündedir⁹⁷.

Hukuki işlemde kurucu unsurların bulunması, bu işlemin hükümlerini doğurması bakımından her zaman yeterli olmaz. Bazı durumlarda, kurucu unsurların yanında, kanunda öngörülen "geçerlilik unsurlarının" (*Gültigkeitsvoraussetzung*) veya "tamamlayıcı unsurların" ("etkinlik unsuru"; *Wirksamkeitsvoraussetzung*) bulunması da gerekir⁹⁸. Bu kapsamda, geçerlilik şekli öngörülen işlemlerde bu şekle uyulması (TBK m. 12 vd.; OR Art. 11) veya ayırt etme gücüne sahip küçüğün yahut kısıtlının işleminin onanması (TMK m. 451, m. 343), söz konusu işlemlerin hükümlerini doğurabilmesi bakımından gerekli diğer unsurlardır. İrade açıklaması, kanunda öngörülen kurucu, geçerliliği sağlayan veya tamamlayıcı nitelikteki diğer unsurlarla bir araya gelerek hukuki işlemin oluşmasını ve hüküm doğurmasını, böylece hukuki durumun açıklanan iradeye göre değişmesini sağlar⁹⁹.

Buraya kadar olan açıklamalardan, hukuki işlemin, bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulmasına, değiştirilmesine yahut sona erdirilmesine yönelik "hukuki sonuç iradesini" (*Rechtsfolgewille*) içermesi gerektiği anlaşılır¹⁰⁰. Hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade, hukuki işlemin ayırt edici özelliğidir¹⁰¹. Hukuki sonuç, buna yönelik irade olmaksızın gerçekleşebiliyorsa, ortada bir hukuki işlem bulunmaz. Gerçi hukuki işlemin gerçekleşebilmesi için iradenin hukuki sonuca yönelik olması gereği, özellikle hukukçu olmayan kişilerin hukuki işlemlerini nasıl gerçekleştirecekleri hususunda bir tereddüt uyandırabilir. Bu konuda kişinin, esasen, ekonomik, sosyal veya maddi bir

⁹⁷ Eren, Borçlar Genel, N. 329-333; Akıncı, s. 50. Karş. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 10, N. 11 ve özellikle dn. 17.

⁹⁸ Eren, Borçlar Genel, N. 334-339; Akıncı, s. 50-51; Antalya, N. 434. Bkz. ve karş. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 268 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 10, N. 9 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 40.

⁹⁹ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 1, N. 18.

¹⁰⁰ Koller, OR AT, § 3, N. 2; Antalya, N. 459 vd.

¹⁰¹ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 38.

sonuca yönelik olan iradesi, hukuki sonuca yönelik iradenin varlığı için yeterli kabul edilir¹⁰².

Hukuki işlemin gerçekleşebilmesi için bazı durumlarda bir/tek irade açıklamasının varlığı yeterlidir. Bu tür işlemlere "bir/tek taraflı hukuki işlemler" (*einseitige Rechtsgeschäfte*) denilir¹⁰³. Örneğin, vasiyetname yapma veya vakıf kurma hukuki işlemlerinin gerçekleşebilmesi yahut bir kısım yenilik doğuran hakkın kullanılabilmesi için işlemi yapan tarafın iradesini açıklamış olması (gerekli ve) yeterlidir. Bazı durumlarda ise hukuki işlemin gerçekleşebilmesi için birden fazla irade açıklamasının bulunması gerekir. Bu tür işlemlere ise "çok taraflı hukuki işlemler" (*mehrseitige Rechtsgeschäfte*) denilir¹⁰⁴. Çok taraflı hukuki işlemlerde birden fazla irade açıklaması karşılıklı olarak gerçekleştiriliyorsa "sözleşme" (*Vertrag*), ortak bir amaç için aynı yöne doğru gerçekleştiriliyorsa "karar" (*Beschluss*) söz konusu olur¹⁰⁵.

Çok taraflı hukuki işlemler arasında yer alan sözleşme, bu işlemin -kural olarak- iki taraf arasında gerçekleşmesi üzerine kuruludur¹⁰⁶. Bununla birlikte, sözleşmenin her iki tarafını da birden fazla kişinin oluşturması mümkündür. Örneğin, iki arkadaşın bir apartman dairesini ortaklaşa kiralaması durumunda kira sözleşmesinin kiracı tarafı, iki kişiden ibarettir. Aynı durum, iki kardeşin elbirliği mülkiyetine konu taşınmazını

¹⁰² Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 23-24. Aynı yönde bkz. Tunçomağ, s. 122 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 38-39; Ataay, s. 130.

¹⁰³ von Tuhr, s. 203; Keller/Schöbi, s. 8-9; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 11, N. 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 42-43; Oğuzman/Barlas, N. 610; Ataay, s. 133.

¹⁰⁴ Keller/Schöbi, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 11, N. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 43; Ataay, s. 134.

¹⁰⁵ von Tuhr, s. 220 vd. ile özellikle s. 232 vd.; Keller/Schöbi, s. 9; Oğuzman/Barlas, N. 611-612, N. 615-616; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 11, N. 4 vd., N. 36-37. Bkz. ve karşı. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 44-45; Ataay, s. 134-135. Ortak hukuk öğretisinde çok taraflı hukuki işlemlerin tamamının sözleşme olarak nitelendirildiği yönünde bkz. von Tuhr, s. 220.

¹⁰⁶ Bu sebeple sözleşme, pek çok eserde ve bu çalışmada, iki taraflı hukuki işlem olarak nitelendirilmekte ve incelenmektedir. Ancak sözleşmenin ikiden fazla taraf arasında kurulması mümkündür. "Ortaklık sözleşmeleri" (*Gesellschaftsvertrag*) çoğunlukla böyledir. Sözgelimi, adi ortaklık sözleşmesi ikiden fazla taraf arasında kurulabilir. Böyle bir durumda taraflardan birinin adi ortaklık sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade açıklaması, diğer bütün taraflara karşı yöneltilir. Bkz. Peksöz, s. 20.

kiraya vermeleri bakımından bu kez kiraya veren taraf bakımından geçerlidir. Ancak her iki durumda da kira sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlemdir. Kararda ise durum farklıdır. Bu tür hukuki işlemde irade açıklamasının, karşılıklı değil, aynı yöne gerçekleştirilmesi gerekir.

Sözleşme, öğretide, farklı kriterlerin esas alındığı pek çok türe ayrılır¹⁰⁷. Bu kriterlerden biri sözleşmenin etki alanına ilişkindir. Sözleşme, etki alanını maddi hukuk veya usul hukuku alanında göstermesi dikkate alındığında, maddi hukuk sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olarak ikiye ayrılır¹⁰⁸. Maddi hukuk sözleşmelerinin başlıcası, "borçlar hukuku sözleşmesidir" (*schuldrechtliche Vertrag*). Borçlar hukuku sözleşmesi, bir borcun doğumuna, değiştirilmesine veya sona erdirilmesine ilişkin sözleşmelerin tamamını ifade eder. Bunlar arasında borcun doğumuna ilişkin olanlar, özel olarak, "borç sözleşmesi" (*Schuldvertrag*) niteliği taşırlar¹⁰⁹.

Borç sözleşmeleri, borç altına giren taraf sayısı dikkate alındığında, "bir tarafa" (*einseitig verpflichtender*), "iki tarafa" (*zweiseitig verpflichtender*) ve "çok tarafa" (*mehrseitig verpflichtender*)¹¹⁰ borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, "eksik iki tarafa" (*unvollkommene zweiseitiger*) ve "tam iki tarafa" (*vollkommene zweiseitiger*) borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, "sinallagmatik sözleşme" (*synallagmatischer Vertrag*) olarak da tanımlanır. Bunun dışında belirtmek gerekir ki

¹⁰⁷ Bunlar için topluca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 236 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 577 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 11, N. 4 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 51 vd.; Tunçomağ, s. 142 vd.

¹⁰⁸ **Yılmaz**, s. 470; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 52: Usul hukuku sözleşmesi, tarafların, usule dair yetkilerin kullanılmasına ilişkin yaptıkları sözleşmedir. Bkz. **Akkan**, Pekcanitez, s. 304. Usul hukuku sözleşmelerinin de Türk Borçlar Kanunu'nun genel ilkeleri çerçevesinde kurulacağı yönünde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 302.

¹⁰⁹ **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 237, 241; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 51; **Eren**, Borçlar Genel, N. 588.

¹¹⁰ Çok tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri borç altına girer. Ne var ki bu edimler, birbiriyle değiştirilmek üzere değil, ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere borçlanılır. Bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 260; **Eren**, Borçlar Genel, N. 611.

sözleşmenin kurulması, kanunda aksi belirtilmedikçe, bütün sözleşme türlerinde aynı ilkeler kapsamında gerçekleşir.

2. Hukuki İşlem Benzeri Fiil

"Hukuki işlem benzeri fiil" (*rechtsgeschäftsähnliche Handlung*), hukuki sonuç doğurmaya yönelik olması gerekmediği halde, hukukun sonuç bağladığı irade açıklaması olarak tanımlanır¹¹¹. Hukuki işlem benzeri fiil, irade açıklaması olması yönüyle, "hukuki işlem benzeri irade açıklaması" (*rechtsgeschäftsähnliche Willensäußerung*) olarak da ifade edilir¹¹². Hukuki işlem benzeri fiil, daha önce açıklanan sözleşme ve hukuki işlem kavramlarında olduğu gibi, aynı zamanda söz konusu fiil/irade açıklaması sonucu oluşan hukuki durumu ifade etmesi yönüyle çift anlamlı bir kavramdır¹¹³.

Hukuki işlem benzeri fiil, hukuki sonuca yönelik değildir. Bu sebeple hukuki işlem benzeri fiile bağlanan hukuki sonucun, fiili gerçekleştiren/irade açıklayan kişi tarafından bilinmesine veya istenmesine gerek yoktur¹¹⁴. Örneğin, muaccel bir borcun alacaklısı, borcunu zamanında ifa etmeyen borçluya karşı gerçekleştireceği ihtar sonucunda, TBK m. 117/1 (OR Art. 102/1) hükmüne göre, borçlunun temerrüde düşmesini sağlayabilir. İhtar borçlunun temerrüde düşmesi hukuki sonucuna yönelik olmasa dahi borçlu, temerrüde düşer. Benzer biçimde, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, TBK m. 123 (OR Art. 107/1) hükmüne göre, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir. Bu süre sonucunda alacaklı, TBK m. 125 (OR Art. 107/2, 109) hükmünde yer alan seçimlik haklara sahip olur. Süre verilmesi seçimlik hakların kullanılması hukuki sonucuna yönelik olmasa dahi alacaklı, verilen bu sürenin dolmasıyla birlikte seçimlik haklarını

¹¹¹ von Tuhr/Peter, s. 174; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 23; Huguenin, N. 171a; Oğuzman/Barlas, N. 606; Kocayusufpaşaoğlu, § 9, N. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 37; Feyzioğlu, C. 1, s. 36; Ataay, s. 123-124; Tunçomağ, s. 131; Eren, Borçlar Genel, N. 430.

¹¹² Bkz. von Tuhr/Peter, s. 175; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 23.

¹¹³ Benzer yönde bkz. Oğuzman/Barlas, N. 606.

¹¹⁴ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 23; Kocayusufpaşaoğlu, § 9, N. 6; Feyzioğlu, C. 1, s. 36; Tunçomağ, s. 131; Eren, Borçlar Genel, N. 430; Antalya, N. 426.

kullanma yetkisini kazanır. Bu örneklerde ihtar ve süre verilmesi, hukuki sonuç doğurmaya yönelik olmadığı halde hukukun sonuç bağladığı irade açıklamaları olarak birer hukuki işlem benzeri fiildir.

Hukuki işlem benzeri fiilde, hukuki sonucun bilinmesi veya istenmesi mümkündür. Örneğin, hukuki işlem benzeri fiili gerçekleştiren/irade açıklayan, temerrüt ihtarı bakımından borçlunun temerrüde düşeceğini veya bundan doğan seçimlik haklara kavuşacağını bilebilir ve hatta bu sonucu isteyebilir. Ne var ki belirtilen hukuki sonucun gerçekleşebilmesi için buna yönelik bir irade bulunması gerekmiyorsa, söz konusu irade açıklamasının hukuki işlem olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Özellikle bu gibi hukuki sonuca yönelik bilinçli bir iradenin bulunduğu durumlarda, hukuki işlem benzeri fiilin hukuki işleme oldukça benzediği açıkça görülür. Bu benzerlik doğrultusunda hukuki işlemlere ilişkin pek çok ilke, kıyas yoluyla, hukuki işlem benzeri fiillere de uygulanır. Buna göre, hukuki işlem benzeri fiil, temsil yoluyla gerçekleşebilir veya hukuki işleme ilişkin yorum ilkeleri çerçevesinde yorumlanır¹¹⁵.

3. Maddi Fiil

"Maddi fiil" (*Tathandlung, Realakt*), kişinin fiili sonucunda oluşan maddi değişikliğe hukukun sonuç bağladığı durumları ifade eder¹¹⁶. Maddi fiilde hukuki sonuç, iradenin açıklanmasına değil, ortaya çıkan maddi değişikliğe bağlanır. Örneğin, bir kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer, TMK m. 19/1 (ZGB Art. 23/1) hükmüne göre o kişinin yerleşim yeri olarak kabul edilir. Benzer biçimde bir kişi, başkasına ait bir şeyi işler ve emeğinin değeri o şeyden fazla olursa TMK m. 775/1 (ZGB Art. 726/1) hükmüne göre o şey üzerinde mülkiyet hakkı kazanır. Bu örneklerde, kişinin fiili

¹¹⁵ von Tuhr/Peter, s. 175; Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 69; Eren, Borçlar Genel, N. 431. Kıyas yolu ile uygulamanın ne derece isabetli olduğuna her somut durumda ayrıca dikkat edilmesi gerektiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 9, N. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 39; Antalya, N. 427.

¹¹⁶ von Tuhr/Peter, s. 175; Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 71; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 25; Oğuzman/Barlas, N. 607; Kocayusufpaşaoğlu, § 9, N. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 37-38; Feyzioğlu, C. 1, s. 36; Ataay, s. 125; Tunçomağ, s. 132; Eren, Borçlar Genel, N. 432; Antalya, N. 428.

sonucu oluşan maddi değişikliklere, söz konusu fiiller hukuki sonuca yönelik olmamasına rağmen hukuki sonuç bağlanmıştır¹¹⁷.

Maddi fiilde, hukuki işlem benzeri fiilde olduğu gibi, hukuki sonucun bilinmesi veya istenmesi mümkündür. Örneğim, kişinin yeni bir yerleşim yeri edinmek amacıyla başka yerde sürekli kalma niyetiyle oturması mümkündür. Ne var ki hukuki sonucun gerçekleşebilmesi için maddi değişikliğin gerçekleşmesi gerekli ve yeterli ise bu fiilin hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Bunun dışında hukuki işleme ilişkin ilkelerin, hukuki işlem benzeri fiillerden farklı olarak, maddi fiillere uygulanamayacağı kabul edilir¹¹⁸. Buna göre, bir kişinin temsilci aracılığıyla yerleşim yeri edinebilmesi veya işleme eser üzerinde mülkiyet hakkı kazanması mümkün olmadığı gibi bu fiillerin hukuki işlemlere ilişkin ilkeler çerçevesinde yorumlanabilmesi de mümkün değildir¹¹⁹.

C. İrade Açıklaması Dışındaki Hukuka Uygun Fiiller

1. Bilgi Açıklaması

"Bilgi açıklaması" (*Vorstellungsausserung, Vorstellungsmitteilung*)¹²⁰, kişinin, geçmişteki veya gelecekteki belirli bir olayın varlığı veya bu olay hakkındaki görüş, kanaat yahut bilgisini açıklamasıdır. Bilgi açıklaması, hukuki sonucun

¹¹⁷ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 26; **Tunçomağ**, s. 132; **Eren**, Borçlar Genel, N. 432. Belirtelim ki maddi değişiklik hukuki fiil sonucunda gerçekleşmiş olmalıdır. Gerçekten, birden çok kişiye ait taşınırın, önemli bir zarara uğratılmadan veya aşırı bir emek ve para harcanmadan birleşmesi veya karışması durumunda birden çok kişi yeni şey üzerinde paylı mülkiyete sahip olur (TMK m. 776/1; ZGB Art. 727/1). Karışma veya birleşme doğa olayı sonucunda gerçekleşiyorsa burada maddi fiil söz konusu değildir. Buna karşın hukuki fiil sonucunda gerçekleşen karışma veya birleşme, bu kez maddi fiil olarak nitelendirilir. Benzer yönde bkz. **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 1, N. 16. Karş. **von Tuhr/Peter**, s. 175, dn. 14; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 9, N. 6, dn. 3.

¹¹⁸ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 71; **Oğuzman/Barlas**, N. 608; **Eren**, Borçlar Genel, N. 432.

¹¹⁹ Buna karşın, TMK m. 19/1 (ZGB Art. 23/1) hükmünün ifadesinden anlaşıldığı üzere, kişinin yeni bir yerleşim yeri edinebilmesi için ayırt etme gücünün yerinde olması gerekir. Bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 71; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 9, N. 6, dn. 5; **Eren**, Borçlar Genel, N. 432, dn. 13. İşleme yoluyla mülkiyet hakkı kazanılmasında ise ayırt etme gücünün varlığı aranmaz.

¹²⁰ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 68; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 27; **von Tuhr/Peter**, s. 175 vd; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 9, N. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 37; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 35; **Ataay**, s. 123.

gerçekleşmesine yönelik iradeyi içermez. Bilgi açıklamasında sadece belirli bir konuya ilişkin görüş, kanaat yahut bilgi açıklanır. Bu kapsamda bilgi açıklaması, açıklamada bulunanın öngörmesi veya istemesi gerekmeksizin, hüküm doğurur. Kanunun çeşitli yerlerinde öngörülen bildirimlerin pek çoğu¹²¹ bilgi açıklaması niteliğindedir. Gerçekten, temsil yetkisinin geri alındığının üçüncü kişilere bildirilmesi (TBK m. 42/3; OR Art. 34/3), alacağın devredildiğinin borçluya bildirilmesi (TBK m. 186; OR Art. 167), satılarda satıcının sorumluluğunu gerektirir ayıpların satıcıya bildirilmesi (TBK m. 223/1; OR Art. 201/1) veya üzerinde art rehin kurulan taşınırın alacak ödenince sonraki alacaklıya teslim edilmesinin bildirilmesi (TMK m. 941; ZGB Art. 886) açıklamada bulunanın iradesini içermez. Bunların dışında, satıcının, alıcıya karşı, satılanın niteliği hakkındaki bildirimini (TBK m. 219/1; OR Art. 197/1), tartışmalı olmakla birlikte¹²², yine açıklamada bulunanın iradesini içermez. Bu tür açıklamalar, söz konusu olayların gerçekleştiği veya gerçekleşeceği hususunda karşı tarafı yalnız bilgilendirme amacı taşıdıkları için birer bilgi açıklaması olarak nitelendirilir.

İrade açıklaması ve bilgi açıklaması arasındaki fark, söz konusu açıklamaların mantık kuralları çerçevesinde değerlendirilmeleri sonucunda anlaşılabilir. Bu değerlendirme sonucunda irade açıklaması geçerli veya geçersiz, bilgi açıklaması ise doğru veya yanlış olabilir¹²³. Örneğin, temsil yetkisinin geri alınması, hukuki olarak, geçerli veya geçersiz olabilir. Buna karşın temsil yetkisinin geri alındığının üçüncü kişilere bildirilmesi, doğru veya yanlış olabilir. Gerçekten, temsil yetkisinin geri alındığı üçüncü kişilere ya bildirilmiştir ya da bildirilmemiştir. Temsil yetkisinin geri alınmasının geçersizliği, bilgi açıklamasının geçerli veya geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Bilgi açıklaması, geçerli veya geçersiz olarak nitelendirilebilecek bir hukuki sonuç iradesini içermez. Bu çerçevede bilgi açıklamasının irade açıklaması

¹²¹ Bu bildirimler arasında yer alan iç üstlenme sözleşmesinin üçüncü kişi alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesine ilişkin öneri sayıldığından (TBK 195-196; OR Art. 175-176), salt bilgi açıklaması niteliğinde değildir. Burada, aynı zamanda, hukuki sonuç olan borcun üstlenilmesine yönelik bir irade açıklanmaktadır.

¹²² Tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, C. I/1, s. 165-166.

¹²³ **von Tuhr/Peter**, s. 177; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 29.

niteliğinde olmadığı anlaşılır. Aralarındaki bu farklılığa karşın irade açıklamasının ve esasen bir irade açıklaması türü olarak hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin bazı ilkelerin, çoğu kez hukuki sonuç bilinciyle hareket edilen bilgi açıklamalarına da uygulanması gerektiği kabul edilir¹²⁴. Bu kapsamda, özellikle, bilgi açıklamasında bulunanın ayırt etme gücüne sahip olması (TMK m. 15; ZGB Art. 18) aranır. Ayrıca bilgi açıklaması, yöneltildiği kişiye ulaşmakla birlikte sonuç doğurur ve güven ilkesine göre yorumlanır¹²⁵.

2. Duygu Açıklaması

"Duygu açıklaması" ("his açıklaması"; *Gefühlsäusserung*)¹²⁶, kişinin, hukuki sonuç doğurmaya yönelik olmadığı halde kendisine bu tür sonucun bağlandığı duygularını açıklamasıdır. Kanun yalnızca af duygusunun açıklanmasına hukuki sonuç bağladığı için duygu açıklaması kavramı, "af açıklaması" (*Verzeihung*) olarak da ifade edilir¹²⁷. Duygu açıklaması, çoğunlukla, kişisel yakınlığın önemli olduğu, aile ve miras hukukuna ilişkin bazı durumlarda hüküm doğurur¹²⁸. Örneğin, zina eden, hayata kasteden, pek kötü veya onur kırıcı davranış gösteren eşin affedilmesi durumunda, affeden eşin boşanma davası açma hakkı sona erer (TMK m. 161-162)¹²⁹. Benzer biçimde, mirasbırakan tarafından affedilen kişilerin mirastan yoksunlukları sona erer (TMK m. 578/2; ZGB Art. 540/2). Duygu açıklaması, kişinin hukuki sonucun

¹²⁴ von Tuhr/Peter, s. 177; Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 69.

¹²⁵ Ayrıca bkz. von Tuhr/Peter, s. 177; Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 69. Karş. BGE 95 II 42.

¹²⁶ von Tuhr/Peter, s. 177; Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 70; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 31; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 9, N. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 37; Feyzioğlu, C. 1, s. 35; Ataay, s. 123.

¹²⁷ Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 70.

¹²⁸ Borçlar hukuku bakımından duygu açıklamasına hukuki sonuç bağlayan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanunda açıkça yer almadığı halde, bağışlayanın, kendisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işleyen bağışlanana affetmesi durumunda bağışlamayı geri alma hakkının sona ereceği kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. Vogt/Vogt, BSK-OR, Art. 249, N. 5; Vardar Hamamcıoğlu, s. 509.

¹²⁹ Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 37: Yazarlara göre af, daha çok hukuki işlem benzeri (fiil) niteliği taşır.

gerçekleşmesine yönelik iradesini veya belirli bir konuya ilişkin görüşünü, kanaatini yahut bilgisini içermez¹³⁰. Bu sebeple duygu açıklaması, hukuki niteliği bakımından, irade açıklaması veya bilgi açıklaması olarak değerlendirilemez. İrade açıklamasının ve esasen bir irade açıklaması türü olarak hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin ilkelerin, açıklamada bulunanın ayırt etme gücünün varlığının (TMK m. 15; ZGB Art. 18) aranması dışında, duygu açıklamalarına uygulanmayacağı kabul edilir¹³¹.

IV. İrade Açıklamasının Nitelendirilmesi

A. İrade Açıklamasının Yöneltilmesi Gereğine Göre

İrade açıklaması, hüküm doğurabilmesi bakımından, yöneltilmesi gerekli olmayan ve yöneltilmesi gerekli irade açıklaması olmak üzere ikiye ayrılır¹³². Türk ve İsviçre hukukları bakımından kanunda açıkça yer almayan bu ayrım¹³³, ilk bakışta yanıltıcıdır. Zira her irade açıklaması, kişinin iç dünyasında oluşan iradenin objektif unsur aracılığıyla dış dünyaya açılmasına ve esasen başka kişilere sunulmasına yöneliktir. Ne var ki yöneltilmesi gerekli olmayan irade açıklaması, iradenin açığa çıkarılması ile birlikte yapılmış ve tamamlanmış olur. Bu tür bir açıklamanın hüküm doğurması, ilgili

¹³⁰ Feyzioğlu, C. 1, s. 35.

¹³¹ Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 70.

¹³² İrade açıklamalarının yöneltilmesi gereğine ilişkin bu ayrım, Türk ve İsviçre öğretisinde çoğunlukla, ulaşması/varması gerekli olan ve olmayan irade açıklamaları olarak adlandırılmakta ve incelenmektedir (bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 15, N. 1, vd.; Serozan, İstanbul, m. 1, N. 19-23; Eren, Borçlar Genel, N. 380 vd.; Antalya, N. 492 vd.; von Tuhr/Peter, s. 166 vd.; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 65 vd.; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 193 vd. Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 83-84). Buna karşın, bu çalışmada olduğu gibi, yöneltilmesi gerekli (*tevcihi muktazi*) olan ve olmayan irade açıklaması terimleri de kullanılmaktadır (bkz. Saymen/Elbir, s. 70; Ataay, s. 128-129 ve ayrıca bkz. s. 234; Ayan, s. 121-122).

¹³³ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 65; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 193. Buna karşın, yöneltilmesi gerekli irade açıklamasının hüküm doğurmaya başladığı anı belirleyen BGB § 130 hükmü karşısında, bahsi geçen ayrımın Alman hukukunda açıkça düzenlendiği söylenebilir. Alman hukuku bakımından BGB § 130 hükmü ve genel olarak irade açıklamalarının hüküm doğurmasına ilişkin tartışmalar için bkz. Dördüncü Bölüm, II, B, 1.

kişiy e veya kişilere yönelt ilmesine ve onlara ulaşmasına bağı değıldir¹³⁴. Ancak yönelt ilmesi gerekli irade açıklaması bakımından durum farklıdır.

1. Yönelt ilmesi Gerekli Olmayan İrade Açıklaması

"Yönelt ilmesi gerekli olmayan irade açıklaması" (*nicht empfangsbedürftige Willensäußerung*), hüküm doğurabilmesi için bir veya daha fazla kişiy e yönelt ilmesi ve buna bağı olarak ilgili kişiy e veya kişilere ulaşması gerekli olmayan irade açıklamasıdır¹³⁵. Örneğ in, vakıf kurma (TMK m. 102/1; ZGB Art. 81/1) ve vasiyetname yapma (TMK m. 531; ZGB Art. 498), yönelt ilmesi gerekli olmayan birer irade açıklamasıdır. Yönelt ilmesi gerekli olmayan irade açıklaması bakımından açıklamanın gerçekleşmesi, bu açıklamanın hüküm doğurması bakımından yeterlidir. Örneğ in, vasiyetname tasarrufunda bulunan kişinin bu açıklaması, herhangi bir kişiy e ulaşmasa dahi, açıklamada bulunanın ölümüyle birlikte kendiliğ inden hükümlerini doğurur. Ancak yönelt ilmesi gerekli olmayan irade açıklamasının pratik olarak sonuç doğurabilmesi, pek çok durumda, açıklamanın hukuki sonuçlarını üzerinde doğuracağı kişi veya kişiler tarafından öğrenilmesini gerektirir¹³⁶. Gerçekten, vasiyetname ile mirasçı atanan kişi, mirasbırakanın ölümüyle birlikte, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde zilyet olur (TMK m. 599; ZGB Art. 560). Ne var ki zilyetlik hukuki sonucu gerçekleşmesine rağmen bunun pratik etkisi, (mirasbırakanın ölümünün ve) vasiyetname tasarrufunun mirasçı tarafından öğrenilmesiyle birlikte mümkün olabilir.

2. Yönelt ilmesi Gerekli İrade Açıklaması

"Yönelt ilmesi gerekli irade açıklaması" (*empfangsbedürftige Willensäußerung*), hüküm doğurabilmesi için bir veya daha fazla kişiy e yönelt ilmesi ve buna bağı olarak

¹³⁴ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 29; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 66; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 15, N. 1; **Ataay**, s. 127.

¹³⁵ **von Tuhr/Peter**, s. 167; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 28; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 71; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 21; **Ataay**, s. 128.

¹³⁶ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 73; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 21.

ilgili kişiye veya kişilere ulaşması gerekli irade açıklamasıdır¹³⁷. Örneğin, sözleşme kurulmasına yönelik öneride bulunulması (TBK m. 3-5; OR Art. 3-5), irade bozukluğu sebebiyle sözleşmenin iptali (TBK m. 39/1; OR Art. 31/1), karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini bildirmesi veya sözleşmeden dönmesi (TBK m. 125/2; OR Art. 107/2), takas hakkının kullanılması veya takas hakkından feragat edilmesi (TBK m. 139, 145; OR Art. 120, 126) ve bir kısım yenilik doğuran hakkın kullanılması, hüküm doğurabilmeleri için ilgili kişiye yöneltilmesi ve ulaşması gerekli birer irade açıklamasıdır.

Yöneltilmesi gerekli irade açıklamaları bakımından açıklamanın yapılması ile ulaşması arasındaki farklılığa değinmek gerekir. İrade açıklamasının yapılması, açıklamada bulunanın, açıklama iradesi doğrultusunda, bu açıklamanın yöneltildiği kişi veya kişiler tarafından öğrenilebilmesi için üzerine düşeni yapmasını ifade eder¹³⁸. İrade açıklamasını içeren mektubun postaya verilmesi, elektronik mektubun veya cep telefonu kısa mesajının gönderilmesi böyledir. İrade açıklamasının ulaşması ise söz konusu açıklamanın yöneltildiği kişinin hakimiyet alanına (bu kişi tarafından öğrenilmesi beklenebilecek biçimde) girmesini ifade eder. İrade açıklamasını içeren mektubun yöneltilen kişinin posta kutusuna bırakılması veya elektronik mektubun veya cep telefonu kısa mesajının yöneltilen kişinin gelen kutusuna (*inbox*) düşmesi böyledir. Yöneltilmesi gerekli irade açıklaması, yöneltildiği anda yapılmış olur ancak yöneltildiği kişiye ulaştığı andan itibaren tamamlanır¹³⁹.

Yöneltilmesi gerekli irade açıklamaları, yöneltildiği kişiye veya kişilere ulaşmasıyla birlikte hüküm doğururlar. Ancak bunların pratik olarak sonuç doğurabilmeleri,

¹³⁷ von Tuhr/Peter, s. 166-167; Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 27; Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 1, N. 129; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 68; Kut, CHK-OR, Art. 1, N. 17; Gauch/Schluep/Schmid, N. 195; Ataay, s. 127.

¹³⁸ Burgard, s. 80; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 15, N. 2; Eren, Borçlar Genel, N. 380.

¹³⁹ Bkz. Burgard, s. 80-82; Serozan, İstanbul, m. 1, N. 20; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 70. Yöneltilmesi gerekli irade açıklamasının hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesi esasen çok tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Dördüncü Bölüm, II, B, 1 vd.

çoğunlukla, yine yöneltildiği kişi veya kişiler tarafından öğrenilmelerini gerektirir. Örneğin, öneri hakkında bilgi sahibi olmayan muhatabın bu öneriyi kabul ederek sözleşmeyi kurması mümkün olmaz. Ayrıca yöneltilmesi gerekli açıklamasının hukuki sonuçları, yalnız yöneltildiği kişi veya kişiler üzerinde gerçekleşir¹⁴⁰. Buna göre, önerinin yöneltilmediği üçüncü kişi, bu önerinin hukuki sonuçlarından etkilenmez veya kendisine yöneltilmeyen bir öneriyi kabul ederek sözleşmeyi kuramaz.

B. İrade Açıklamasının Anlaşılabilirliğine Göre

İrade açıklaması, bu açıklamanın üzerinde hukuki sonuç doğuracağı kişi tarafından anlaşılabilir olmasına göre, açık veya örtülü irade açıklaması olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrım kapsamında, irade açıklamasının açık veya örtülü olması dışında bir üçüncü ihtimal yoktur (*tertium non datur*)¹⁴¹. Gerçi irade açıklamasının açık veya örtülü olması, kural olarak, bu açıklamanın ortaya çıkardığı hukuki sonuç bakımından bir farklılık yaratmaz. Nitekim, sözleşmenin kurulması bakımından irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceği, TBK m. 1/2 (OR Art. 1/2) hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bu hüküm, yalnızca sözleşmeyi kuran irade açıklamaları bakımından değil, tüm irade açıklamaları bakımından uygulanması gerekli bir genel ilkeyi ifade eder. Kaldı ki kanunda, TBK m. 1/2 (OR Art. 1/2) hükmü dışında, irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceğine yönelik başkaca hükümler de bulunmaktadır (bkz. TBK m. 47/1, m. 89/1, m. 327/1; OR Art. 39/1, Art. 74/1, Art. 266/1). Belirtelim ki bu ayrım, esasen, açık irade açıklamasının bulunması gerektiği kanunda özel olarak belirtilen işlemler bakımından önemlidir (bkz. TBK m. 179/2, m. 235/3; OR Art. 160/2, Art. 214/3)¹⁴².

Açık ve örtülü irade açıklaması ayrımı, subjektif unsur olan iradeyi açığa çıkaran objektif unsur aracından bütünüyle bağımsızdır. Mutat yöntemler veya davranış aracılığıyla gerçekleştirilen irade açıklamalarının tamamı, hem açık hem de örtülü

¹⁴⁰ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 70; Gauch/Schluep/Schmid, N. 195.

¹⁴¹ Koller, OR AT, § 3, N. 114.

¹⁴² Eren, Borçlar Genel, N. 364.

irade açıklaması olarak nitelendirilebilir. İrade açıklamasının açık veya örtülü olarak nitelendirilmesinde yalnızca üzerinde hukuki sonuç doğacak kişi tarafından anlaşılabilir olma kriteri çerçevesinde bir değerlendirme yapılır.

1. Açık İrade Açıklaması

"Açık irade açıklaması" (*ausdrückliche Willensäusserung*), açıklama içeriğinin, üzerinde hukuki sonuç doğuracağı kişi açısından tereddüt uyandırmayacak biçimde anlaşılabilir olduğu irade açıklamasıdır¹⁴³. Bu tür irade açıklamalarında objektif unsur, doğrudan ifade ettikleri anlamda kullanılır. Açık irade açıklaması, açıklamanın gerçekleştirildiği ana ilişkin koşullar dikkate alınmaksızın, iradeyi açığa çıkaran objektif unsur araçlarından doğrudan anlaşılabilir niteliktedir¹⁴⁴. Nitekim, açık irade açıklamasının bu açıklamanın gerçekleştirildiği ana ilişkin koşullardan bağımsız olması, OR Art. 74/1¹⁴⁵ ve Art. 176/3¹⁴⁶ hükümlerinin ifadelerinden kolaylıkla anlaşılabilir¹⁴⁷.

Objektif unsur araçları, açık irade açıklamalarında, doğrudan ifade ettikleri anlamlarıyla kullanılır¹⁴⁸. Örneğin, (A)'nın elinde bulundurduğu el yazması kitabı 1000 TL karşılığında satabileceğini (B)'ye telefonda söylemesi veya bunu elektronik posta olarak göndermesi durumunda iradesi, (B) tarafından açıkça anlaşılabilir. Aynı şekilde (B)'nin telefonda veya elektronik postada gerçekleştirdiği "*Evet, teklifinizi*

¹⁴³ Bkz. ve karşı. **von Tuhr/Peter**, s. 162-163; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 142; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 7; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 33-36; **Keller/Schöbi**, s. 31; **Saymen/Elbir**, s. 69; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 2; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 64; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 61; **Ataay**, s. 125; **Akıncı**, s. 47; **Antalya**, N. 475.

¹⁴⁴ **Keller/Schöbi**, s. 31.

¹⁴⁵ OR Art. 74/1: "*Der Ort der Erfüllung wird durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt.*"

¹⁴⁶ OR Art. 176/3: "*Die Annahmeerklärung des Gläubigers kann ausdrücklich erfolgen oder aus den Umständen hervorgehen und wird vermutet, wenn der Gläubiger ohne Vorbehalt vom Übernehmer eine Zahlung annimmt oder einer anderen schuldnerischen Handlung zustimmt.*"

¹⁴⁷ Karş. **Koller**, OR AT, § 3, N. 115.

¹⁴⁸ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 142; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 37; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 188, 192. Ayrıca bkz. **Koller**, OR AT, § 3, N. 115.

kabul ediyorum" veya *"Hayır, teklifinizi kabul etmiyorum"* içerikli açıklamaları, (A) tarafından açıkça anlaşılabilir. Zira irade açıklamalarındaki ifadeler doğrudan ifade ettikleri anlam çerçevesinde kullanılmaktadır. Bu sebeple söz konusu irade açıklamalarının açık nitelikte olduklarında tereddüt edilmez.

Açık irade açıklaması, işaret aracılığıyla da gerçekleşmiş olabilir. Bunlardan bazıları alışveriş uygulamasında benimsenmiş açıklamalardır. Kendisine karşı yöneltilen irade açıklamasını başını sağa sola çevirerek yanıtlayan kişinin olumsuz yöndeki açık irade açıklaması böyledir. Bunlardan bazıları ise taraflarca kararlaştırılmış açıklamalardır. Gerçekten, açık artırmada eli yukarı kaldırmanın pey sürme olarak kabul edileceği üzerinde anlaşılması durumu böyledir¹⁴⁹.

2. Örtülü İrade Açıklaması

"Örtülü irade açıklaması" (*stillschweigende Willensäusserung, konkludente Willensäusserung*¹⁵⁰), açıklamada bulunanın iradesinin, açıklamada kullanılan söz, yazı ve işaret araçlarından yahut bu kişinin davranışlarından açıkça anlaşılmadığı, söz konusu araçların veya davranışların durumun gerektirdiği diğer koşullarla birlikte ele alınarak yorumlanması sonucunda anlaşılabilir olduğu irade açıklamasıdır¹⁵¹. Bu nitelikteki irade açıklamasında iradenin belirlenmesi, açıklamada kullanılan yazı, söz veya işaret araçlarının yahut açıklamada bulunanın davranışlarının güven ilkesi

¹⁴⁹ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 147; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 8; **Koller**, OR AT, § 3, N. 117; **Eren**, Borçlar Genel, N. 366.

¹⁵⁰ Örtülü irade açıklaması kavramının Almanca karşılıkları, esasen, birbirinden farklı durumlara işaret etmektedir. OR Art. 1/2 hükmünün ifadesinde yer alan "*stillschweigende Willensäusserung*" terimi sessiz kalmayı, "*konkludente Willensäusserung*" terimi ise sessiz kalmayı da kapsayacak şekilde bütün örtülü irade açıklamalarını ifade etmektedir. OR Art. 1/2 hükmünün ifadesinin eleştirisi için bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 9; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 40. Belirtelim ki OR 2020 Taslağı Art. 1/2 hükmü, öğretilerdeki eleştiriler doğrultusunda, fakat biraz da farklı şekilde, "anlaşılmaya uygun davranış" olarak çevirebileceğimiz "*schlüssiges Verhalten*" terimini tercih etmekteydi.

¹⁵¹ Bkz. ve karş. **von Tuhr/Peter**, s. 163 vd.; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 144; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 10; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 38; **Keller/Schöbi**, s. 31 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 189 vd.; **Koller**, OR AT, § 3, N. 118 vd.; **Huguenin**, N. 174; **Saymen/Elbir**, s. 69; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 64-65; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 61; **Ataay**, s. 125-126; **Akıncı**, s. 48-49.

doğrultusunda yorumlanmasıyla mümkün olur. Güven ilkesi doğrultusunda yapılan yorum, öngörülen irade için yeterince inandırıcı olguları içeriyor olmalı, bununla birlikte başka bir hukuki sonuca yönelik iradenin varlığını göstermiyor olmalıdır¹⁵².

Örtülü irade açıklaması, öğretide, dar/gerçek ve geniş/gerçek olmayan nitelikte olmak üzere ikiye ayrılarak incelenir. Susma şeklinde gerçekleşen örtülü irade açıklaması dar/gerçek, susmayı da kapsayacak şekilde gerçekleşen bütün örtülü irade açıklamaları ise geniş/gerçek olmayan niteliktedir¹⁵³. Kanımızca bu nitelendirme, örtülü irade açıklaması kavramının anlaşılabilmesi için yeterli değildir. Örtülü irade açıklaması öncelikle mutata yöntemler ve davranış aracılığıyla gerçekleştirilmesi bakımından ikiye ayrılmalıdır. Davranış aracılığıyla gerçekleşen örtülü irade açıklamaları ise kendi içerisinde, iradenin yöneltildiği "iradeyi gösteren davranış" ile iradenin yöneltilmediği "irade faaliyeti" ve "susma" olmak üzere, üç farklı görünüme sahiptir¹⁵⁴.

a. Mutata Yöntemler Aracılığıyla Örtülü İrade Açıklaması

İrade açıklamasında kullanılan söz ve yazı araçlarının anlam ve içerik bakımından "belirsiz" (*ungenau*) olmaları durumunda söz konusu irade açıklaması örtülü niteliktedir¹⁵⁵. Örneğin, bir dükkana girerek "*Şeyi istiyorum*" yönünde bir açıklama yapılması durumunda işlem konusu "şey" veya işlemin niteliğini belirleyen "isteme", bu açıklamanın gerçekleştiği andaki koşullar dikkate alınarak yapılacak yorum sonucunda belirlenebilir. Böyle bir durumda, açıklamanın gerçekleştiği yerin bir kahve dükkanı olması ihtimalinde, sözleşme konusu "şeyin" kahve, işlemin niteliğini belirleyen "istemenin" ise satış sözleşmesi kurulması olarak yorumlanması mümkündür.

¹⁵² **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 11; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 39.

¹⁵³ **Eren**, Borçlar Genel, N. 367.

¹⁵⁴ Benzer yönde bkz. **Keller/Schöbi**, s. 32-34. Karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 14, N. 3-5.

¹⁵⁵ **Keller/Schöbi**, s. 32.

Görüldüğü üzere objektif unsur araçlarının anlam ve içerik bakımından belirsiz olmasının sebebi, pek çok durumda, açıklamanın "yeterli bilgi içermemesinden" (*unvollständig*) kaynaklanır¹⁵⁶. Gerçekten, kahve dükkanına gelerek bir filtre kahve istediğini söyleyen kişinin söz konusu açıklaması, kahvenin sade veya sütlü hangi şekilde hazırlanacağı konusunda yeterli bilgi içermemesi sebebiyle, belirsizdir. Bu belirsizlik sebebiyle örtülü olarak nitelendirilen irade açıklamasının içeriği, yorum yoluyla anlaşılabilir. Aynı örnek bakımından, kahvesini her gün aynı yerden ve sade olarak alan kişinin bu açıklamasının da sade kahve istendiği yönünde yorumlanması mümkündür.

b. Davranış Aracılığıyla Örtülü İrade Açıklaması

Davranış aracılığıyla örtülü irade açıklaması, kişinin davranışının, davranışın gerçekleştiği andaki koşullar dikkate alınarak yorumlanması sonucunda belirli yönde bir iradenin varlığını göstermesi durumunda söz konusudur¹⁵⁷. Örneğin, büfenin önünde duran gazetelerden birini eline alarak büfe sahibine para uzatan kişinin bu davranışı, satış sözleşmesi kurulması yönünde örtülü irade açıklamasıdır. Aynı örnekte büfe sahibinin parayı alarak kasaya koyması davranışı, yine satış sözleşmesi kurulması yönünde ve önceki irade açıklamasına bütünüyle uygun diğer bir örtülü irade açıklamasıdır¹⁵⁸.

İradenin davranış aracılığıyla açıklandığı bazı durumlarda bu açıklamanın ilgili kişiye yöneltilmesi söz konusudur. Nitekim, biraz önceki örnekte, kişinin parayı uzatması davranışı, bu açıklamanın yöneltildiğini gösterir. Benzer biçimde, kiracının kiraladığı konutun anahtarını kiraya verene göndermesi, kira sözleşmesinin feshine yönelik iradeyi ilgilisine yöneltilmektedir¹⁵⁹. Bu tür açıklamalara, "iradeyi gösteren davranış"

¹⁵⁶ Bkz. ve karşı. **Keller/Schöbi**, s. 31-32.

¹⁵⁷ **Keller/Schöbi**, s. 32-33; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 3.

¹⁵⁸ Örnek için bkz. **Keller/Schöbi**, s. 33.

¹⁵⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 3. Ayrıca bkz. ve karşı. **Demirsatan**, Haksız, s. 6-7.

("sonuçlandırıcı olgu"¹⁶⁰; *konkludentes Verhalten, factum concludens*) denilir. Bazı durumlarda ise iradenin yöneltilmesi söz konusu değildir. Bunlar ise (i) irade faaliyeti ve (ii) susma olarak ikiye ayrılır:

(i) "İrade faaliyeti" (*Willensbetätigung*), işlem iradesinin doğrudan doğruya yerine getirildiği irade açıklamalarını ifade eder¹⁶¹. İrade faaliyetinde davranışlar, kişinin belirli bir yönde işlem iradesi olduğunu göstermekle birlikte söz konusu davranışlar iradenin ilgili kişiye yöneltilmesi gayesiyle gerçekleştirilmez¹⁶². Örneğin, başkaca bir açıklamada veya beyanda bulunmaksızın, ciltçinin kendisine gönderilen kitapları ciltlemeye başlaması, resepsiyon görevlisinin ayırılması arzu edilen odayı rezervasyon defterine kayıt etmesi veya müşterinin markette yer alan su şişesini açarak içmesi birer irade faaliyetidir¹⁶³. Bu örneklerde kişilerin belirli yönde birer işlem iradesi olduğunda tereddüt yoktur. Ne var ki bu irade, ilgisine yöneltilmek yerine, doğrudan doğruya yerine getirilmektedir¹⁶⁴. İrade faaliyeti, açıklamanın yöneltilmemesine bağlı olarak, ilgili kişiye ulaşmadığı halde hüküm doğurur¹⁶⁵. Buna göre, yukarıdaki örnekler bakımından, kendisine gönderilen kitapları ciltlemeye başlayan ciltçinin, rezervasyon defterine kayıt yapan yetkilinin veya suyu içen kişinin irade açıklaması, ilgisine yöneltilmiş ve ona ulaşmış olmasa dahi hüküm doğurur¹⁶⁶

¹⁶⁰ Bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 68; 89-90.

¹⁶¹ Bkz. ve karşı. **von Tuhr**, s. 404 vd; **Flume**, s. 76-78; **Wolf/Neuner**, § 29, N. 32; **von Tuhr/Peter**, s. 163; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 20; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 47; **Keller/Schöbi**, s. 34-35; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 181; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 4; **Eren**, Borçlar Genel, N. 346; **Oğuzman/Barlas**, N. 674, dn. 295; **Demirsatan**, Haksız, s. 10 vd.

¹⁶² **von Tuhr**, s. 404; **von Tuhr/Peter**, s. 163; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 4.

¹⁶³ Bu kavramın diğer bir temel örneği ısmarlanmadan gönderilen şeyin kullanılmasıydı. İsmarlanmamış şeyin gönderilmesi öneri, bu şeyin gönderilen tarafından kullanması irade faaliyeti aracılığıyla kabul olarak değerlendiriliyor ve sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılıyordu. Ne var ki böyle bir sonucun bugün artık mümkün olamayacağı TBK m. 7 (OR Art. 6a) ve TKHK m. 7 hükümlerinde açıkça düzenlenmektedir. Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, f, (2).

¹⁶⁴ Örnekler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 4, dn. 6; **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 26; **Eren**, Borçlar Genel, N. 346.

¹⁶⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 5, dn. 9. Ayrıca bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 67.

¹⁶⁶ İrade faaliyetlerinin bir tür irade açıklaması olup olmadığı hususu çok tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, irade faaliyetini bir tür irade açıklaması olarak değerlendirmektedir (**Flume**, s. 77;

(ii) Kişinin kendisine karşı yöneltilen irade açıklaması karşısında susması, objektif unsur eksikliği sebebiyle, kural olarak, irade açıklaması niteliği taşımaz. Bununla birlikte susmanın, güven ilkesi çerçevesinde, susan kişinin olumsuz bir davranışı biçiminde yorumlanması mümkündür. Böyle durumlarda susma, yorum aracılığıyla irade açıklaması olarak nitelendirilmesi sebebiyle örtülü niteliktedir.

C. İrade Açıklamasının Öğrenilme Anına Göre

İrade açıklaması, objektif unsuru sayesinde dış dünyaya açılır. Objektif unsur, açıklamanın yöneltildiği kişiyi, subjektif unsur irade hakkında bilgi sahibi kılar. İrade, açıklamanın yöneltildiği kişi tarafından, irade açıklamasının gerçekleştirildiği anda öğreniliyorsa doğrudan, irade açıklaması gerçekleştirildikten daha sonraki bir anda öğreniliyorsa dolaylı nitelikte irade açıklaması söz konusudur. Bu ayrım bakımından önemli olan, objektif unsurun hangi aracı kullandığı değil, açıklamanın yöneltildiği kişinin iradeyi öğrenmesi sürecinde bir zaman aralığı olup olmadığıdır¹⁶⁷. Doğrudan ve dolaylı irade açıklaması ayrımı, daha sonra etraflıca açıklanacağı üzere, sözleşme görüşmesinin hazır olanlar veya hazır olmayanlar arasında gerçekleşmesindeki temel kriteri belirlemesi açısından önemlidir.

1. Doğrudan İrade Açıklaması

İrade açıklamasının yöneltildiği kişi, iradeyi, açıklamanın gerçekleştiği ve iradenin öğrenildiği süreçte bir zaman aralığı olmaksızın derhal öğreniyorsa "doğrudan irade açıklaması" ("vasıtasız irade açıklaması"; *unmittelbare Willensäußerung*) söz konusudur¹⁶⁸. Doğrudan irade açıklaması ile TBK m. 4 (OR Art. 4) hükmünde

Ennecerus/Nipperdey, s. 899) Buna karşın, irade faaliyetinin irade açıklaması niteliği taşımadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır (**von Tuhr**, s. 404-405; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 5. Anılan son eserde yazar, aralarındaki yakın ilişkiyi ve benzerliği dikkate alarak irade faaliyetinin geniş anlamda irade açıklaması ile birlikte ele alınmasında bir sakınca görmemektedir).

¹⁶⁷ Bu sebeple söz konusu ayrımın, irade açıklamasında kullanılan objektif unsur aracına göre değerlendirilmesi mümkün değildir. Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 61. Ayrıca bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 361 vd.: Yazar, tercih ettiği başlığa rağmen, burada savunulan görüşü paylaşmaktadır.

¹⁶⁸ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 61; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 185. Ayrıca bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 136; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 26.

düzenlenen hazır olanlar arasında gerçekleşen sözleşme görüşmelerinde rastlanılır. Doğrudan irade açıklamasının, bu tür görüşmeler özelinde, hazır olanlar arasında gerçekleşen irade açıklaması biçiminde ifade edilmesi de mümkündür¹⁶⁹.

Doğrudan irade açıklaması, objektif unsurun bütün araçlarıyla gerçekleşmiş olabilir. Sözleşme görüşmesi için bir araya gelen tarafların bu görüşmeyi sözlü olarak veya işaretler aracılığıyla gerçekleştirmeleri durumunda ortada doğrudan irade açıklamalarının bulunduğu hususunda tereddüt edilmez. Bununla birlikte, taraflardan birinin ortaklaşa hazırlanacak metne iradesini yazması ve bu sırada diğer tarafın söz konusu yazıyı okuması durumunda yazılı açıklama, yine doğrudan irade açıklaması niteliğindedir.

İrade açıklamasında bulunan ve irade açıklamasının yöneltildiği kişilerin eş zamanlı olarak iletişimini sağlayan araçlarla gerçekleştirdikleri irade açıklamaları, doğrudan irade açıklaması niteliğindedir. Örneğin, telefon veya Facetime yahut Skype gibi internet uygulamaları aracılığıyla eş zamanlı olarak gerçekleştirilen açıklamalar, doğrudan irade açıklaması niteliğindedir¹⁷⁰.

2. Dolaylı İrade Açıklaması

İrade açıklamasının yöneltildiği kişi, iradeyi, açıklamanın gerçekleştiği anda değil, daha sonra öğreniyorsa, "dolaylı irade açıklaması" ("vasıtalı irade açıklaması"; *mittelbare Willensäußerung*) söz konusudur¹⁷¹. İradenin açıklandığı andan ne kadar süre sonra öğrenildiği önemsizdir¹⁷². İrade, açıklandıktan çok kısa bir süre sonra öğrenilmiş olsa dahi irade açıklaması dolaylı niteliktedir. İrade açıklamasının dolaylı

¹⁶⁹ Benzer yönde bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 61. Karş. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 136; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 26.

¹⁷⁰ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 61.

¹⁷¹ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 63; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 186. Ayrıca bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 136; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 26.

¹⁷² **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 63. Karş. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 136; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 26: Anılan son yazar, doğrudan irade açıklamasını daha kısa süre içerisinde öğrenme, dolaylı irade açıklamasını daha uzun süre içerisinde öğrenme olarak ifade etmektedir.

nitelikte olmasını belirleyen temel kriter, açıklamanın gerçekleştiği ve iradenin öğrenildiği süreçte az veya çok bir sürenin bulunmasıdır¹⁷³. Dolaylı irade açıklaması ile TBK m. 5 (OR Art. 5) hükmünde düzenlenen hazır olmayanlar arasında gerçekleşen sözleşme görüşmelerinde rastlanılır. Dolaylı irade açıklamasının, bu tür görüşmeler özelinde, hazır olmayanlar arasında gerçekleşen irade açıklaması biçiminde ifade edilmesi de mümkündür.

Dolaylı irade açıklaması, objektif unsurun kullandığı araçtan bağımsızdır. Sözleşme görüşmesi için bir araya gelmeyen tarafların birbirine elektronik posta veya mektup göndermeleri durumunda bu açıklamaların, dolaylı irade açıklaması niteliğinde olduğunda tereddüt yoktur. Bununla birlikte cep telefonuna sesli mesaj bırakılmasında sözlü açıklama, açıklamanın yöneltildiği kişi tarafından daha sonra öğrenilebileceği için yine dolaylı irade açıklaması niteliğindedir.

D. İrade Açıklamasının Şekline Göre Yapılan Bir Ayrım: Sözlü ve Yazılı İrade Açıklamaları

Kişinin iç dünyasındaki subjektif irade, objektif unsur araçları olan söz, yazı, işaret veya davranış aracılığıyla bir şekle bürünerek dış dünyaya açılır. Diğer bir deyişle her irade açıklaması, bir şekil içerisinde gerçekleşir. İrade açıklamasının hüküm doğurması, kural olarak, bu açıklamanın hangi şekilde gerçekleştiğine bağlı değildir. Zira sözleşmelerin şekline ilişkin TBK m. 12/1 (OR Art. 11/1) hükmüne göre, *"Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir."* Bu hükmün, sözleşmeyi kuran öneri ve kabul ile sınırlı olmadığı, irade açıklamalarının tamamı bakımından uygulanması gerektiği hususunda tereddüt yoktur. Buna göre Türk ve İsviçre hukuklarında, irade açıklamalarının geçerliliği bakımından da şekil özgürlüğü (şekil serbestisi) ilkesinin geçerli olduğu kendiliğinden anlaşılır¹⁷⁴.

¹⁷³ Aynı yönde **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 64; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 187.

¹⁷⁴ Bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 233 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 25, N. 1 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 722 vd. Alman hukukunda bkz. **Flume**, s. 249-250;

İrade açıklamasının geçerli olarak hüküm doğurması, bazı durumlarda, bu açıklamanın belirli bir şekil içerisinde gerçekleşmiş olmasına bağlıdır¹⁷⁵. Bu kapsamda irade açıklaması, içerisinde gerçekleştiği şekil aracına göre, sözlü ve yazılı irade açıklamaları olmak üzere iki farklı şekilde nitelendirilebilir. Gerçekten, irade açıklaması söz ile gerçekleştiriliyorsa sözlü, yazı ile gerçekleştiriliyorsa yazılı niteliktedir¹⁷⁶. Bunların dışında sözlü veya yazılı nitelikte olmayan irade açıklamaları da bulunabilir. Nitekim işaret veya davranış aracılığıyla gerçekleştirilen irade açıklamaları böyledir¹⁷⁷.

İrade açıklamasının hüküm doğurması için mutlaka sözlü olarak yapılması gerektiği, diğer bir deyişle sözlü şeklin arandığı iki durum söz konusu olabilir: (i) Evlenme töreni sırasında evlendirme memuru, evleneceklerden her birine evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda kurulur (TMK m. 142; ZGB Art. 102). (ii) Olağanüstü durumlar yüzünden resmi veya el yazılı vasiyetname yapması mümkün olmayan kişi sözlü vasiyet yoluna başvurabilir (TMK m. 539; ZGB Art. 506). Kanunda geçerlilik şekli aranmayan işlemler bakımından, irade açıklamasının sözlü olarak (veya işaret yahut davranış aracılığıyla) gerçekleştirilmesi yeterlidir.

¹⁷⁵ İrade açıklaması belirli şekil içerisinde gerçekleşmediği durumlarda yok hükmünde sayılmaz. Böyle durumlarda irade açıklamasının ortaya çıkardığı hukuki işlemin şekle aykırılığı sebebiyle geçersiz (kesin hükümsüz) olduğu sonucuna varılır.

¹⁷⁶ **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 183; **Koller**, OR AT, § 3, N. 127.

¹⁷⁷ Bkz. ve karşı. **Antalya**, N. 505: Yazara göre irade bir cisimde somutlaşmıyorsa sözlü, somutlaşıyorsa yazılı niteliktedir, öyle ki sözlü irade açıklaması (bant kaydı gibi) bir cisimde somutlaştığı takdirde yazılı niteliğe bürünmektedir. Özellikle bu ikinci görüşe katılma imkanı göremiyoruz. Zira bu tür irade açıklamasının -vasiyetname veya alacağın devri gibi- yazılı şekil aranan işlemleri gerçekleştirmesi kabul edilemez. Ayrıca, yazılı şekil aranan işlemler bakımından bu tür irade açıklamalarının, açıklamada bulunan tarafından imza edilmesi de mümkün değildir. Bu görüş ancak "cismani varlığı olan/olmayan irade açıklaması" (*verkörpertete/nicht verkörpertete Willensäußerung*) biçiminde farklı bir ayırımda kabul edilebilir (bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 161). Kaldı ki yazar dahi sözleşmelerde şekil konusuna ilişkin sonraki açıklamalarında bu tür irade açıklamalarının yazılı açıklama sayılamayacağını (bkz. N. 2406), kanımızca da haklı olarak, ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 25, N. 4.

İrade açıklamasının hüküm doğurması için yazılı olarak yapılması gerektiği durumlar, (i) adi yazılı şeklin veya (ii) resmi yazılı şeklin arandığı durumlar olmak üzere ikiye ayrılır:

(i) Adi yazılı şekil, irade açıklamasında bulunan tarafların açıklamalarını yazıya geçirmeleri ve bu metnin açıklamada bulunanların kimliğinin belirlenmesi ve içeriğinin onaylanması amacıyla imzalanmasını ifade eder¹⁷⁸. Kanunda adi yazılı şeklin arandığı pek çok işlem söz konusudur. Örneğin, alacağın devri (TBK m. 184/1; OR Art. 165/1), önalım sözleşmesi (TBK m. 237/3; OR Art. 216/3) veya konut ve çatılı işyeri kiralalarında fesih bildirimi (TBK m. 348) yazılı şekilde yapılması gerekli işlemlerdir. Türk hukukunda, TBK m. 13 vd. hükümlerinde yalnızca adi yazılı şekil düzenlenmektedir. Buna bağlı olarak yazılı şekil denildiğinde, kural olarak, adi yazılı şekil anlaşılır.

(ii) Resmi yazılı şekil, kanunda bu konuda yetki verilmiş kişinin gerçekleştirdiği yazılı şekli ifade eder¹⁷⁹. Kanunda resmi yazılı şeklin arandığı, örneğin, taşınmaz satış sözleşmesi (TBK m. 237/1; OR Art. 216/1), taşınmaz satış vaadi, geri alım veya alım sözleşmeleri (TBK m. 237/2; OR Art. 216/2) yahut miras sözleşmesi (TMK m. 532; ZGB Art. 499) gibi pek çok hukuki işlem söz konusudur.

İsviçre hukukunda resmi şekle ilişkin hususların çoğunlukla kanton mevzuatına bırakılmış olmasının etkisiyle Türk hukukunda da bu yönde genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Noterlik Kanunu m. 60/1, b. 2 hükmüne göre, *"Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak"*, noterlerin görevleri arasında sayılmaktadır. Bu kapsamda, kanunda resmi şeklin öngörüldüğü işlemlerde, aksi belirtilmedikçe, resmi yazılı şekil noterler tarafından gerçekleştirilir. Bunun

¹⁷⁸ **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 503 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 26, N. 1 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 449; **Eren**, Borçlar Genel, N. 869 vd.

¹⁷⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 27, N. 1 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 470; **Eren**, Borçlar Genel, N. 899 vd. İsviçre hukuku bakımından karşı. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 524 vd.

dışında, resmi şeklin kim tarafından gerçekleştirileceği, her bir hukuki işleme ilişkin özel mevzuata bakılarak anlaşılabilir¹⁸⁰.

V. Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamasına İlişkin Ara Değerlendirme

Borcun başlıca kaynaklarından biri ve belki de en önemlisi olan sözleşme, yalnızca borçlar hukukunun değil, TMK m. 5 (ZGB Art. 7) hükmünün atfı sayesinde tüm özel hukukun temel kavramlarının başında gelir. Sözleşme kavramının merkezinde yer alan irade açıklaması ise sözleşmeye ve buna bağlı olarak tüm özel hukuka ilişkin temel ilkeleri belirler. Bu ilkeler, irade açıklaması kavramına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmayan Türk ve İsviçre hukuklarında, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler aracılığıyla belirlenir. Görüldüğü üzere sözleşmenin özel hukuktaki, irade açıklamasının ise sözleşmedeki yeri ve bunlara bağlı olarak irade açıklamasının önce sözleşmeyi daha sonra tüm özel hukuku şekillendirmesi, birbiriyle iç içe geçmiş durumdadır. İrade açıklaması, bu bütünlüklü yapıyı inceleyen çalışmamızın başlangıç noktasını oluşturur.

Sözleşmenin kurulma sürecini " tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları" biçiminde özetleyen TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmü, kanunlaştığı (kodifike edildiği) 19. yüzyıl sonlarında olduğu kadar, günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Gerçekten, yüzlerce yıl önce gerçekleşen birkaç çuval buğday karşılığında küçükbaş hayvan trampası ile günümüzde gerçekleşen bilgisayar yazılımı satışı veya ticari işletme devri, temelinde, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucunda gerçekleşmektedir¹⁸¹. Bununla birlikte sözleşmenin kurulması, modern yaşamın getirdiği birtakım temel etkenlere bağlı olarak, özellikle iradenin açıklanma biçimi bakımından, farklı bir görünüm kazanmıştır:

¹⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 27, N. 2-3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 126-127.

¹⁸¹ Bu yönde bkz. Çekin, s. 318.

(i) Taraflar, kural olarak, diledikleri sözleşmeyi, diledikleri içerikte ve kişiyle, kurmakta veya kurmamakta özgürdürler. Tarihi gelişimi dikkate alındığında Fransız devrimindeki birey ve ifade özgürlüğü düşüncesine kadar dayanan, günümüzde ise irade özgürlüğü ve onun görünüm biçimlerinden sözleşme özgürlüğü olarak bilinen bu ilke, Türk Borçlar Kanunu'nun ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun temelini oluşturur¹⁸². Ne var ki geçtiğimiz yüzyılda gerçekleşen pek çok savaş, doğal afet veya benzeri olağanüstü durum, sözleşmenin kurulmasının bütünüyle tarafların özgürlüğüne bırakmanın mümkün (veya daha doğru bir ifadeyle adil) olmadığını göstermiştir. Günümüzde, kamu hizmeti gören veya yerel dahi olsa bulunduğu bölgede tekel niteliğindeki yahut halka açık işletmelerin, kendileriyle sözleşme kurmak isteyen tarafları, haklı bir sebep olmaksızın geri çevirebilmeleri mümkün değildir. Bu yönde bir sözleşme kurma zorunluluğu, çoğunlukla, TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünde yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanır¹⁸³. Bununla birlikte, TKHK m. 6 hükmünde olduğu gibi¹⁸⁴, bu zorunluluğun doğrudan kanundan kaynaklandığı durumlarla da karşılaşmak mümkündür. Sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda kişilerin (öneri olarak nitelendirilmesi gereken) irade açıklamaları, gerçekte öyle olmamakla birlikte pratikte, sözleşmeyi kuran yegane irade açıklaması olarak gözükmektedir.

(ii) Sözleşme kurma zorunluluğu bununla da sınırlı değildir. Sözleşmenin dahi tarafları sözleşme kurmaya "zorlaması" mümkündür. Gerçekten, taraflardan birinin veya her

¹⁸² İrade ve sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bu ilkelerin borçlar hukukundaki yeri hakkında bkz. Bkz. **Gauch**, Vertrag, s. 347 vd.; **Bucher**, Hundert Jahre, s. 317-319; **Kanışlı**, s. 64 vd.; **Atasoy**, s. 105 vd. Karş. **Hatemi/Gökyayla**, § 8, N. 1. Kamu ihaleleri bakımından, nihayetinde bir özel hukuk sözleşmesi tarafı olarak devletin sözleşme özgürlüğünün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma hakkında ayrıca bkz. **Buz**, Kamu, s. 120 vd.

¹⁸³ **Gürzumar**, Sözleşme, s. 53 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 577. Bunun dışında, ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar verilmesine ilişkin TBK m. 49/2 (OR Art. 41/2) ile kişilik hakkının korunmasına ilişkin TMK m. 24-25 (ZGB Art. 28-28a) hükümlerinin de sözleşme kurma zorunluğuna dayanak olabilecekleri ileri sürülmektedir. Bkz. ve karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 41, N. 11 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 959 vd.

¹⁸⁴ Tüketici hukukunda sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin ayrıca bkz. **Baş Süzel**, Tüketici, s. 12 vd.

ikisinin ileride bir borç sözleşmesi kurulması yönünde sözleşme kurmaları mümkündür. Buna "önsözleşme" (*Vorvertrag; pactum de contrahendo*) denilir¹⁸⁵. Uygulamada sıkça karşılaşılan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri böyledir. Ancak bu tür sözleşmelerde tarafların önsözleşmeden doğan borç sözleşmesini kurma borcunu yerine getirmemeleri, diğer bir deyişle sözleşme kurmaya yönelik irade açıklamasında bulunmaktan kaçınmaları mümkündür. Bu halde, günümüz öğretisinde ve uygulamasında savunulmakta olan görüş, sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesi için açılacak davada hakim tarafından verilen kararın, tarafın irade açıklaması yerine geçeceği yönündedir¹⁸⁶. Mahkeme tarafından verilecek kararın yenilik doğurucu nitelikte mi olduğu yoksa yalnızca bir eda hükmü niteliği mi taşıdığı tartışmalıdır. Bu tartışmanın kaynağında ise kabulün hukuki niteliğine ilişkin daha sonra etraflıca açıklayacağımız¹⁸⁷ tartışma yer almaktadır. Ne var ki her iki görüş kapsamında da taraflardan birinin görünürde irade açıklamasında bulunmadığı, buna karşın mahkemece verilecek kararın taraf irade açıklaması yerine geçeceği anlaşılmaktadır.

(iii) Taraflar, kural olarak, sözleşmenin hüküm ve sonuçları üzerinde gerçekleştirdikleri bir müzakerenin sonucunda sözleşmeyi kurarlar. Böyle bir durumda oluşan sözleşme, işlemin taraflarına özgü olması yönüyle, "bireysel sözleşme" olarak adlandırılabilir. Ne var ki günümüzde, özellikle bankacılık, sigortacılık ve taşımacılık gibi işlerde müzakere aşaması neredeyse terk edilmiştir. Bunun yerine, taraflardan birinin hazırladığı standart sözleşme içeriğinin karşı tarafa sunulması, genel işlem koşulu olarak nitelendirilen bu içeriğin olduğu gibi benimsenmesi veya sözleşme kurmaktan tamamen vazgeçilmesi ilkesine dayanan "standart sözleşme" üzerinden sözleşme kurulması yöntemi ortaya çıkmıştır.

¹⁸⁵ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 11, N. 14 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 586 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 972 vd. Önsözleşmeden doğan sözleşme kurma zorunluluğunun hukuki niteliği hakkında ayrıca bkz. **Atasoy**, s. 124-126.

¹⁸⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 11, N. 22. Alman Medeni Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung*) § 894 hükmü bu hususu açıkça düzenlemektedir.

¹⁸⁷ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, b.

Günümüz ekonomik koşulları dikkate alındığında sayısız kimse ile sözleşme kuracak kişilerin veya kuruluşların, her defasında bir müzakere yapamayacak olmaları, bu tür bir sözleşme kurma yöntemini kaçınılmaz biçimde beraberinde getirmiştir¹⁸⁸.

(iv) Sözleşmenin elektronik ortamda kurulabileceği, diğer bir deyişle, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının elektronik araçlarla ve internet üzerinden gerçekleştirilebileceği hususunda bugün hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Öyle ki kanun veya işin özelliği gereği buna ilişkin bir engel bulunmadıkça, hemen her sözleşmenin elektronik ortamda ve internet üzerinden kurulabileceği, tereddütsüz biçimde kabul edilir¹⁸⁹. Sözleşmelerin elektronik ortamda ve internet üzerinden kurulması, özellikle satıcı/sağlayıcı ile alıcı/müşteri arasında bu yönde aracı hizmet sağlayan internet sitelerinin yaygınlaşması sonucunda, günümüz ticaret yaşamında oldukça önemli bir yer kazanmıştır¹⁹⁰. Nitekim, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, başlı başına, "*fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti*" düzenlemek üzere kabul edilmiştir.

Elektronik araçların ve internetin sözleşmenin kurulmasındaki yeri bununla da sınırlı değildir. Gerçekten, "akıllı sözleşme" (*smart contract*) kavramı ve bu kavramın temelindeki "zincir sistem" (*blockchain*) teknolojisi, irade açıklamalarının gerçekleştirilmesi bakımından yeni bir görünümün daha ortaya çıktığını göstermektedir. Akıllı sözleşme, kısaca, zincir sisteme üye katılımcılar arasında, bu katılımcılara ait özel şifrelerin girilmesiyle oluşan işlemlerin bütünü olarak

¹⁸⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 23, N. 2-3.

¹⁸⁹ Bkz. **İnal**, İnternet, s. 93-94. Bu konuda, 2644 sayılı Tapu Kanunu'na (7181 sayılı Kanun ile) eklenen m. 26/2 hükmü, eşya hukuku sözleşmelerinin kurulması bakımından önemli bir yenilik getirmektedir. Sözleşmenin resmi şekilde yapılması gereği bakımından başlıca örneği oluşturan taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmeleri, bu hüküm sayesinde, tarafların farklı tapu müdürlüklerinde veya yurt dışında bulunmaları ihtimalinde dahi kurulabilmektedir. Bu hükmün uygulanmasına ilişkin çıkartılan 31.12.2019 tarihli ve 2019/16 (1900) sayılı genelge, işlemin gerçekleştirildiği sırada tarafların aynı anda ilgili birimlerde bulunup bulunmadığı hususunun görüntülü ve sesli araçlarla teyit edileceğini düzenlemektedir.

¹⁹⁰ **Gezder**, İnternet, s. 38 vd.; **Gezder**, Web, s. 701 vd.; **Sağlam**, Elektronik, s. 61 vd.

tanımlanabilir. Bu sistemde kişilere ait "açık şifre" (*public key*), örneğin, 1.000 TL karşılığında otomobilin bir aylığına kiraya verileceği hususu, sisteme kayıtlı herkes tarafından görülebilir. Açık şifreyi gören ve sistemde 1.000 TL karşılığı bir değeri¹⁹¹ bulunan kişi, bu değer karşılığında devrine yönelik bir "özel şifre" (*private key*) göndererek sözleşmenin kurulmasını sağlar. Böyle bir durumda, açık ve özel şifrenin birbiriyle eşleştiği hususunun sisteme kayıtlı bütün kullanıcılar tarafından doğrulanması gerekir. Şifrelerin doğrulanmasının ardından özel şifreyi gönderen katılımcı, yine sistemden kendisine iletilen anahtarı kullanarak otomobili kullanabilir¹⁹².

Akıllı sözleşme sisteminin, özellikle resmi şekle bağlı sözleşmeler bakımından iş yükünün ve masrafların azaltılması ile trust olarak bilinen işlemler bakımından "güvenilen" (*trustee*) üçüncü kişi nezdindeki risklerin ortadan kaldırılmasına yönelik olduğu ifade edilmektedir. Belirtelim ki akıllı sözleşmenin kurulması, sözleşmelerin elektronik araçlarla ve internet üzerinden kurulmasını tereddütsüz biçimde kabul eden Türk ve İsviçre hukukları bakımından bütünüyle yabancı sayılmaz. Zira akıllı sözleşme, yine tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucunda kurulmaktadır¹⁹³. Ancak akıllı sözleşmenin kurulma anı, bu çalışmanın dördüncü bölümünde açıklanacak ilkelerden farklı olarak, genel ve özel şifrelerin bütün katılımcılar tarafından doğrulanması anı olarak belirlenmelidir¹⁹⁴. Ayrıca burada, özel şifre gönderen katılımcı bakımından, büfe sahibine para uzatılması örneğinde olduğu gibi¹⁹⁵, sözleşmeyi kuracak irade açıklamasının davranış aracılığıyla (iradeyi gösteren

¹⁹¹ Bu değer, kripto parayı ifade etmektedir. Her bir kripto para, bağlı olduğu zincir sisteme göre adlandırılmaktadır. Bunlar arasında bitcoin, ethereum ve horizen, en bilinen zincir sistem ağları ve kripto para birimleri olarak sıralanabilir. Bitcoin hakkında ayrıca bkz. **Szostek**, s. 58 vd.

¹⁹² Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 417-418.

¹⁹³ Ancak bu açıklama, semantik bakımdan bir dilde değil, şifre/kod ile gerçekleşmektedir. Bkz. **Blum**, s. 28.

¹⁹⁴ **Çekin**, s. 325-326. Ne var ki böyle bir doğrulama gerçekleşmiş olmasa dahi taraflar arasında bu kez TBK m. 1 (OR Art. 1) vd. hükümleri kapsamında bir "klasik sözleşmenin" kurulduğu sonucuna varılabilir. Bkz. **Blum**, s. 27.

¹⁹⁵ Bkz. Birinci Bölüm, IV, B, 2, b.

davranış) gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Buna göre akıllı sözleşmelerin, sözleşmenin kurulmasından daha çok, sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesine ilişkin bir yenilik öngördüğü söylenebilir¹⁹⁶.

Açıklanan bu etkenlerin tamamı, esasen, yalnızca iradenin açıklanma biçimini değiştirmektedir¹⁹⁷. Gerçekten, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklaması, sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu durumların bazılarında mahkeme kararı sonucunda¹⁹⁸, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde global olarak, elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde ise yine bu araçlar ile açıklanmaktadır. Bununla birlikte sözleşme, her durumda, yine taraflara izafe edilen karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucunda kurulmaktadır. Ancak bu etkenlerin ortaya çıkardığı özel durumların, özellikle irade açıklamalarının karşılıklı olması bakımından ayrıca incelenmesi gerektiği sonucuna kolaylıkla varılır.

¹⁹⁶ Akıllı sözleşme kavramı ve bu kavramın temelindeki blockchain teknolojisi hakkında ayrıca bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 416-420; **Blum**, s. 19 vd.; **Szostek**, s. 40 vd.; **Çekin**, s. 319 vd.

¹⁹⁷ İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler bakımından benzer yönde bkz. **Gezder**, İnternet, s. 81.

¹⁹⁸ Önsözleşmeden doğan sözleşme kurma zorunluluğu bakımından mahkeme tarafından verilecek karar, bu tür sözleşmelerin en sık karşılaşılan örneği olan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri bakımından, tıpkı akıllı sözleşmelerde olduğu gibi, yine sözleşmeden doğan borcun ifasına yönelik bir özellik taşır. Zira taşınmaz satış vaadinden doğan borcun yerine getirilmesi için açılan davada mahkemece verilen kararın, yalnızca sözleşmenin kurulmasına yönelik olmadığı, aynı zamanda mülkiyetin de alacaklıya geçmesi sonucunu doğurduğu kabul edilir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 591.

İKİNCİ BÖLÜM

İRDE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLI OLMASI

I. Karşılıklı Olma Kavramı

TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmüne göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı (ve birbirine uygun) olarak açıklamalarıyla kurulur. İradelerin karşılıklı olarak açıklanması, esasen, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının, sözleşmenin tarafı olması arzu edilen kişiye veya kişilere yöneltilmiş olmasını ifade eder¹. Buna göre sözleşmenin kurulması, sözleşme kurmak üzere teklifte bulunan kişinin irade açıklamasını ilgili kişiye, bu kişinin de teklife cevap niteliğindeki karşı irade açıklamasını teklifte bulunana yöneltilmiş olmasını gerektirir². Bu açıklamaların sözleşmenin tarafı olması arzu edilen kişi yerine üçüncü kişiye veya kişilere yöneltilmiş ve onlara ulaşmış olması, sözleşmenin kurulması için yeterli değildir³. Bu çerçevede, irade açıklamalarının "karşılıklı olmasının" (*Gegenseitigkeit*), sözleşmenin kurucu unsurlarından biri olduğu kendiliğinden anlaşılır⁴.

İrade açıklamalarının karşılıklı olmasına ilişkin düzenlemeler, TBK m. 3-10 (OR Art. 3-9) hükümleri arasında yer almaktadır. Belirtelim ki bu hükümler, irade

¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 70. Bununla birlikte sözleşme kurmaya uygun irade açıklaması, yöneltildiği kişiye ulaşmakla birlikte hüküm doğurur. Ne var ki sözleşmenin kurulması için her durumda böyle olması gerekmez. Sözgelimi, kendisine gönderilen kitapları ciltleyen kişinin irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleşen kabulü, öneren sıfatını taşıyan kitap sahibine yöneltilmese ve ona ulaşmasa dahi hüküm doğurur. Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, d, (2), i.

² Teoride, irade açıklamasında bulunan her bir taraf, aynı zamanda diğer tarafın irade açıklamasının muhatabıdır. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 74; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 255. Buna karşın çalışmamızda "muhatap" kavramı, bundan sonra yalnızca önerinin yöneltildiği kişi olarak ele alınmış, kabulün yöneltildiği kişi ise "öneren" kavramıyla ifade edilmiştir.

³ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 164; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 255; BGE 40 II 246. Gerçi irade açıklamasının sözleşme yapılmak istenen kişiden başkasına açıklanması, bu üçüncü kişiyle sözleşmenin kurulmasına elverişli hukuki zemini sağlar. Böyle bir durumda üçüncü kişinin cevap niteliğindeki karşı irade açıklaması (kabulü) sonucunda sözleşme kurulur. Ne var ki açıklamada bulunan, esaslı yanılmasını ileri sürerek sözleşmeyi iptal edebilir (TBK m. 31/1, b. 3; OR Art. 24/1, Ziff. 2). Üçüncü kişinin, muhatabın veya önerenin temsilcisi veya habercisi olduğu durumlar saklıdır.

⁴ Ayrıca bkz. ve karşı. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 163 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 255 vd.; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 74; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 32.

açıklamalarının sözleşme taraflarından birinin huzurunda birleşerek sözleşmeyi kurmasını, diğer bir deyişle sözleşme taraflarından birinin diğerine cevap vermesini öngören klasik olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme kurma yöntemi üzerine kuruludur⁵. Bu yöntem doğrultusunda, önce taraflardan biri sözleşme kurmaya yönelik bir irade açıklamasında bulunur, daha sonra bu irade açıklamasının yöneltildiği taraf sözleşme kurmaya uygun ikinci bir (karşı) irade açıklamasında bulunur ve bu ikinci açıklamanın birinci açıklamayı yapan tarafa ulaşmasıyla birlikte sözleşme kurulur⁶. Karşılıklı irade açıklamalarından zaman itibarıyla önce gerçekleşmiş olanı öneri, daha sonra gerçekleşmiş olanı ise kabul kavramlarıyla ifade edilir⁷.

Buna karşın kanunun esas aldığı klasik yöntem haricinde, yine kanunda öngörülen veya uygulamada benimsenmiş, sayısız sözleşme kurma yöntemi ile karşılaşırız. Elden satış veya elden bağışlama⁸, daha önce hazırlanmış sözleşme taslağının taraflarca birlikte imza edilmesi (birlikte muvafakat)⁹ veya irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleşen (fiili) kabul gibi durumlar, klasik sözleşme kurma yönteminden ayrılır¹⁰. Bu tür sözleşme kurma yöntemleri ve irade açıklamalarının karşılıklı olmasının sözleşmenin kurucu unsurlarından biri olması birlikte düşünüldüğünde, karşılıklı olma kavramının bir tarafın irade açıklamasına diğer tarafın cevap vermesi olarak sınırlandırılmayacağı görülür¹¹.

⁵ Bkz. **Kötz**, s. 24-25.

⁶ Sözleşmeyi kuran irade açıklamalarının bir soru-cevap ilişkisi içerisinde olmasına ilişkin anlayışın Roma hukukuna ve esasen orada yer alan "stipulatio" kurumuna dayandığı yönünde bkz. **Christandl**, CECL, Art 2:101 (1), N. 5.

⁷ Ayrıca bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 66.

⁸ Karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 16, N. 5: Yazara göre herhangi bir sözleşme görüşmesi ve müzakeresi yapılmayan elden sözleşmeler, klasik sözleşme kurma yöntemi bakımından karşılaşılması mümkün ihtimallerden biridir.

⁹ **Leenen**, s. 399 vd.

¹⁰ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 257; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 32.

¹¹ Karş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 70; **Tunçomağ**, s. 183-184.

Sözleşme taraflarının birbirine karşı yönelterek "değişim" ("mübadele", *Austausch*) yaptıkları irade açıklamaları, zıt yönlerden gelip birleşerek sözleşmeyi kurmaktadır¹². Bu birleşimin gerçekleşmesi ve nihayetinde sözleşmenin kurulması için tarafların sözleşme görüşmesi sırasında aynı yerde bulunmaları ve iradelerini yüzyüze açıklamış olmaları gerekli değildir¹³. Öyle ki tarafların iradelerini iletişim araçlarıyla açıklayabilecekleri hususu kanunda açıkça düzenlenmektedir. Bunun dışında, irade açıklamasının temsilci veya haberci aracılığıyla gerçekleştirilmiş olması da karşılıklı olma unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir¹⁴. Hatta irade açıklamalarından birinin (irade faaliyeti aracılığıyla fiili kabulün) yöneltmediği durumlarda dahi sözleşmenin kurulabilmesi mümkündür.

İrade açıklamalarının karşılıklı olması bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir husus, tarafların kurulması öngörülen sözleşme bakımından birbirine karşı öneride bulunmalarına ilişkindir. Kendisine bir öneride bulunulan muhatabın, öneriden haberi olmaksızın, kurulması öngörülen sözleşme ile aynı içerikte bir başka öneride bulunması durumunda "önerilerin kesişmesi" (*Kreuzofferten*) söz konusudur. Bu kapsamda (A), mülkiyetinde yer alan dolma kalemin 1.000 TL karşılığında satışını (B)'ye önermiş olsa ve bu öneriden haberi olmayan (B) ise (A)'ya dolma kalemini 1.000 TL karşılığında satın almaya hazır olduğunu bildiren başka bir öneride bulunmuş olsa satış sözleşmesinin kurulup kurulmadığı tartışmalıdır¹⁵. Öğretide bir görüş¹⁶, bu gibi durumlarda irade açıklamalarının karşılıklı olma unsurunun eksikliği

¹² Karar hukuki işlemi, sözleşme hukuki işleminden ayıran temel nokta burasıdır. Karar, karşılıklı olmayan, aynı yönde ve aynı anlamda birden çok irade açıklaması sonucunda oluşur. Oysa sözleşme, zıt yönlerden gelen ve esasen "karşıt" anlamda (bkz. Üçüncü Bölüm, I) birden çok irade açıklamasının birleşmesi sonucunda oluşur. Ayrıca bkz. ve karşı. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 11, N. 36-37; **Tunçomağ**, s. 136-137; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 65.

¹³ **Feyzioğlu**, C. 1, s. 65; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 70.

¹⁴ Temsilcinin kendisi ile işlem yapmaya yetkili olduğu durumlarda dahi karşılıklı olma unsuru gerçekleşir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 70.

¹⁵ Bu tartışma hakkında ayrıca bkz. **Neumayer**, s. 309 vd.

¹⁶ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 87. Benzer yönde bkz. **Becker**, BK-OR, Art. 1, N. 25: Yazara göre muhatabın öneriyi tekrarlaması durumu farklıdır. CISG hükümlerinin uygulandığı durumlar bakımından bkz. ve karşı. **Sağlam**, CISG, s. 99.

sebebiyle sözleşmenin kurulmadığı yönündedir. Ne var ki kendisine öneri ulaşmış olan taraflar, bu öneriyi uygun bir sürede reddetmediği takdirde, TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmü gereği sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Buna karşın öğretide diğer görüş¹⁷, en azından daha sonra ulaşan öneri ile birlikte sözleşmenin kurulduğu yönündedir.

Kanımızca önerilerin kesişmesi durumunda irade açıklamalarının karşılıklı olmadığı sonucuna varılması mümkün değildir. Zira karşılıklı olma, irade açıklamalarının sözleşmenin tarafı olması arzu edilen kişiye yöneltilmiş olmasından ibarettir. Karşılıklı olma unsurunun gerçekleşebilmesi için sözleşmeyi kuran irade açıklamalarından en az birinin, diğer irade açıklamasının cevabı niteliğinde olması gerekmez. Nitekim, sözleşmeyi kuran irade açıklamaları olarak öneri ve kabul arasındaki ayrımın yalnız zamansal bir farklılık taşıdığı hususunda öğretide bir tartışma bulunmamaktadır. Ayrıca her bir önerinin, karşı önerinin "önceden kabulü" (*vorweggenommene Annahme*) olduğu da söylenebilir¹⁸. Buna göre, kurulması öngörülen sözleşmenin içeriği bakımından birbirine bütünüyle uygun irade açıklamalarının sözleşmeyi kuramayacağı sonucuna varmak, kural olarak, tarafların menfaatine de aykırı olur. Böyle bir durumda, kendi önerileriyle bütünüyle uyumlu karşı öneri almış taraflar bakımından, başlangıçta sözleşmenin kurulmadığı sonucuna ulaşmak makul bir çözüm değildir¹⁹.

¹⁷ Neumayer, s. 315 vd.; Oser/Schönenberger, ZK-OR, Vor. zu Art. 3-10, N. 12; Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 166; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 260; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 20, N. 6.

¹⁸ Bkz. Neumayer, s. 328.

¹⁹ Önerilerin kesişmesi, uygulamada hiç karşılaşılmayan bir durum da değildir. Nitekim süreli öneriler bakımından bunun örneklerine rastlamak mümkündür. Gerçekten, süreli öneride belirlenen sürenin sona ermesi, önerinin bağlayıcılığını sona erdirir ve böylece onun kabul edilmesi imkanını ortadan kaldırır. Ne var ki bu açıklamanın yöneltildiği kişinin sürenin sona ermesinden sonra gerçekleştirdiği (kabul içerikli ancak) öneri niteliğindeki irade açıklaması ile önceki önerinin bağlayıcılık süresini tek taraflı olarak uzatan (ve yine öneri niteliğindeki) irade açıklaması arasındaki durum, esasen, önerilerin kesişmesinden başkası değildir. Burada, her ikisi de öneri niteliğindeki bu irade açıklamalarının sözleşmeyi kurmasına hiçbir engel bulunmamaktadır. Ancak kendisine ulaşan ve hüküm doğurmaya başlayan öneriyi henüz öğrenmediği bir aşamada aynı içerikte başka bir öneride bulunan kişi (bkz. İnal, İnternet, s. 120-121, dn. 110) bakımından durum, kanımızca, farklıdır. Zira böyle bir durumda yapılan bu ikinci irade açıklaması, birinci irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlamış olması sebebiyle, (muhtemelen yine öneri içeriğinde ancak) bu kez kabul niteliğindedir.

Sözleşmeyi kuran irade açıklamaları, kanunun öngördüğü klasik yöntem uyarınca, öneri ve kabul olarak ikiye ayrılrsa da sözleşmenin kurulması için böyle bir ayrımın yapılması zorunlu değildir. Kaldı ki bazı durumlarda -büyük çaplı *joint-venture* veya şirket devralma/birleşme sözleşmelerinde olduğu gibi- sözleşmenin, bir tarafın önerisi sonucunda kabul edildiğini söylemek pek çok durumda mümkün değildir. Zira bu tür sözleşmeler, çoğunlukla, her iki tarafın hukukçularının ve teknik danışmanlarının katıldığı, sözleşme konusunun bütün ayrıntılarıyla incelendiği, onlarca veya yüzlerce hükme ilişkin olarak tarafların karşılıklı irade açıklamalarında bulunduğu müzakereler sonucunda kurulabilmektedir. Gerçi İsviçre öğretisinde bazı yazarların²⁰ ileri sürdüğü gibi bu tür sözleşmelerde dahi hazırlanan sözleşme taslağını önce imzalayan tarafın öneride bulunduğu, daha sonra imzalayan tarafın ise kabul ettiği söylenebilir. Ne var ki sözleşme taslağının birlikte imza edilmesinde olduğu gibi böyle bir zamansal farklılığın bulunmadığı durumlarla da sıklıkla karşılaşılır²¹. Ayrıca ikiden fazla tarafın yer aldığı, ortaklık sözleşmelerinde olduğu gibi hangi irade açıklamasının öneri veya kabul olarak nitelendirileceği de belirsizdir.

İrade açıklamalarının karşılıklı olması incelenirken başlangıç noktası olarak, öğretide bütün yazarlar tarafından benimsendiği üzere, klasik sözleşme kurma yönteminin tercih edilmesinin pek çok pratik fayda sağladığı ise inkar edilemez. Zira bu yönteme ilişkin açıklamalar olmaksızın, başta klasik olmayan sözleşme kurma yöntemleri olmak üzere irade açıklamalarının karşılıklı olmasına ilişkin diğer hususları ve özellikle bu çalışmanın dördüncü bölümünde ele alınacak sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesine ilişkin ilkeleri açıklamak çok zordur. Ayrıca, klasik sözleşme kurma yöntemi ile günümüz alışveriş hayatında ve uygulamasında karşılaşılmadığı da söylenemez.

Klasik sözleşme kurma yöntemi, esasen, eşit sosyo-ekonomik düzeydeki tarafların, sözleşmenin hüküm ve sonuçları üzerinde gerektiğinde birtakım müzakerelerde bulunmalarının ardından sözleşme kurmaları anlayışını esas almaktadır. Ancak bu tür

²⁰ Merz, Vertrag, N. 191a; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 9-10.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 16, N. 6-7. Benzer yönde bkz. Leenen, s. 400, dn. 62.

sözleşme kurma yönteminin, belirtilen biçimdeki müzakerelerin neredeyse hiç yaşanmadığı ve çoğu kez birbirine eş olmayan sosyo-ekonomik düzeydeki taraflar arasında kurulan -genel işlem koşulu içeren- sözleşmeler bakımından bütünüyle uygun olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir²². Bu sebeple çalışmamızda, önce klasik sözleşme kurma yöntemine ilişkin genel hususların, daha sonra genel işlem koşulu içeren sözleşmelere ilişkin özel durumun incelenmesi isabetli olacaktır.

II. Klasik Sözleşme Kurma Yönteminde İrade Açıklamalarının Karşılıklı Olması

A. İrade Açıklamalarının Zamansal Önceliğe Göre Ayrılması

1. Öneri

a. Kavram

"Öneri" (*Antrag, Angebot, Offerte*)²³, bir kişinin, kendisi tarafından belirlenen içeriğe uygun bir sözleşmenin kurulması hususunda, diğer bir kişiye veya herkese teklifte bulunduğu irade açıklamasıdır²⁴. Bu açıklamanın, kurulması öngörülen sözleşme tipi bakımından taraflardan hangisi aracılığıyla gerçekleştirildiği önemli değildir. Buna göre, örneğin, satış sözleşmesinde satıcı veya alıcı, kira sözleşmesinde kiraya veren veya kiracı taraflarından her biri öneride bulunabilir. Öneri, açıklamada bulunan tarafın sözleşmenin kurulması yönündeki (işlem) iradesini içerir²⁵.

²² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 16, N. 9.

²³ 818 sayılı mülga BK döneminde "icap" terimi kullanılmaktaydı (bkz. BK m. 3 vd.). "Öneri" teriminin eleştirisi için ayrıca bkz. Akıncı, s. 66-67, dn. 8.

²⁴ Bkz. Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 3, N. 9; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 11, 62; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 3, N. 1; Kren-Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 1, N. 12; Huguenin, N. 204; Keller/Schöbi, s. 46; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 18, N. 1; Feyzioğlu, C. 1, s. 69; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 82-83; Tunçomağ, s. 184; Akyol, Borçlar, s. 66; Ataay, s. 226; Hatemi/Gökyayla, § 4, N. 3; Özsunay, Borçlar, s. 62; Ayan, s. 165; Akıncı, s. 66; Helvacı, İ., s. 4; Sağlam, İstanbul, m. 3, N. 4.

²⁵ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 13; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 3, N. 1.

Öneri, sözleşme kurmaya uygun irade açıklamalarından zaman itibarıyla önce gerçekleşmiş olanıdır²⁶. Sözleşme kurmaya uygun olmayan, diğer bir deyişle yalnızca sözleşme görüşmesini başlatmak veya sürdürmek amacıyla yapılmış bir irade açıklaması, zaman itibarıyla önce gerçekleşmiş olsa dahi öneri niteliği taşımaz²⁷. Sözleşmeyi kuran irade açıklamaları arasında, zaman itibarıyla bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmadığı takdirde, bu açıklamalardan herhangi birinin öneri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşılması için böyle bir zorunluluk da bulunmamaktadır. İrade açıklamalarının karşılıklı olması, sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterlidir.

Öneri, yöneltilmesi gerekli bir irade açıklamasıdır²⁸. Bu durumun, önerinin yalnızca öneri içeriği hakkında bilgi sahibi olan muhatap tarafından kabul edilebilecek olmasına ilişkin fiili durumdan kaynaklandığı belirtilmektedir²⁹. Yöneltilmesi gerekli bir irade açıklaması olarak öneri, yöneltildiği kişiye veya kişilere (muhataba) ulaştığı andan itibaren hüküm doğurur³⁰. Ancak yöneltilmiş olmasına rağmen ulaşmayan önerinin içeriği, yöneltildiği kişi veya kişiler tarafından başka yollarla öğrenilmiş olabilir. Böyle bir durumda önerinin yine hüküm doğuracağı kabul edilmelidir³¹.

b. Temel Özellik: Önerinin Bağlayıcılığı

Öneri, yöneltildiği kişiyi belirli bir sözleşmeyi kurma hususunda yetkilendiren irade açıklamasıdır. Bu yetki sayesinde ki önerinin yöneltildiği kişi (muhatap), öneriye

²⁶ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 178.

²⁷ Bkz. Akyol, Borçlar, s. 66.

²⁸ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 12; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 3, N. 10; Feyzioğlu, C. 1, s. 70; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 179; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 83; Akyol, Borçlar, s. 66, 67; Ataay, s. 227; Eren, Borçlar Genel, N. 767; Akıncı, s. 67; Antalya, N. 1247.

²⁹ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 12; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 3, N. 10. Aynı yönde bkz. Bucher, OR AT, s. 126, dn. 52.

³⁰ Bu hususu açıkça düzenleyen CISG m. 15 hükmüne göre, "*İcap muhataba vardığı anda hükümlerini doğurur.*" Türk ve İsviçre hukukları bakımından bu yönde açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. İrade açıklamasının hüküm doğurmaya başlaması hakkında bkz. Dördüncü Bölüm, II, B, 1).

³¹ CISG m. 15 hükmünün uygulandığı durumlar için bkz. ve karşı. Sağlam, CISG, s. 99.

uygun bir karşı irade açıklamasında (kabul) bulunarak sözleşmeyi kurabilir. Öneride bulunan, önerisine uygun karşı irade açıklaması gerçekleşip sözleşme kurulduktan sonra, sözleşmenin kurulmadığını ileri süremez³². Aksi takdirde, önerinin gerçek anlamda bir sözleşme kurma yetkisi sağlamış olduğu söylenemez. Görüldüğü gibi irade açıklamasının yöneltildiği kişiyi sözleşme kurma hususunda yetkilendirmesi (ve böylece öneri olarak nitelendirilmesi), açıklamada bulunan kişinin kurulması öngörülen sözleşme ile bağlanma iradesi bulunmasına bağlıdır³³. Bağlanma iradesi bulunmayan irade açıklaması, karşı irade açıklamasına sözleşme kurma imkanı vermez. Böyle bir açıklamanın öneri olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Bu çerçevede, önerinin temel özelliğinin bağlayıcı nitelik taşıması olduğu sonucuna kolaylıkla varılabilir³⁴.

³² Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 3. Burada ifade edilmek istenen, önerinin sözleşme ile bağlanma iradesi içermediği iddiasının kabul edilemez olduğudur. Bu kapsamda, önerinin bağlayıcılık süresinin sona ermiş olması sebebiyle sözleşmenin kurulmadığı, öneren tarafından ileri sürülebilir.

³³ **Akıncı**, s. 67. Açıklamada bulunanın kurulması öngörülen sözleşme ile bağlanma iradesi bulunmuyorsa, söz konusu irade açıklaması yalnız öneriye davet olarak nitelendirilebilir. Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, f.

³⁴ Bunun bir tür ayırıcı özellik olduğu yönünde bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 66. Bu durumu önerinin kesinliği olarak ifade eden bkz. **Ataay**, s. 229-230 ve fakat karş. s. 234-235. Ayrıca bkz. **Schönenberger/Jäggi**, OR Art. 3, N. 41-43; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 1; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 196 vd.; **Özsunay**, Borçlar, s. 63. Belirtelim ki önerinin "bağlayıcı" (*Bindung*) nitelikte olması, açıklamada bulunanın dar anlamda bir sözleşme kurma borcu altında olduğunu göstermez. Önerinin bağlayıcı nitelikte olması, açıklamada bulunanın, muhatap tarafından gerçekleştirilecek irade açıklaması sonucunda kurulacak sözleşmeyle bağlı olmasını ifade eder. Bkz. **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 3, N. 17, **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 65, dn. 74. Öğretide bir kısım yazar tarafından önerinin temel özelliklerinden biri olarak ileri sürülen önerinin ciddi olması durumu, esasen, önerinin bağlayıcılığından farksızdır. Bkz. ve karş. **Akyol**, Borçlar, s. 66; **Ataay**, s. 231; **Ayan**, s. 165; **Taşkın**, s. 6-7, 12 vd.

Türk ve İsviçre hukuklarında, CISG sistemine³⁵ ve Alman hukukuna³⁶ benzer biçimde, önerinin bağlayıcı nitelikte olduğu hususu kanunda açıkça düzenlenmektedir. Gerçekten, kabul için süre belirleyerek sözleşme yapılmasını önerenin bu sürenin sonuna kadar önerisiyle bağlı olduğuna ilişkin TBK m. 3/1 (OR Art. 3/1), hazır olan bir kişiye yapılan önerinin hemen kabul edilmediği takdirde önereni bağlılıktan kurtaracağına ilişkin TBK m. 4/1 (OR Art. 4/1) ve hazır olmayan bir kişiye yapılan önerinin zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar önereni bağlayacağına ilişkin m. 5/1 (OR Art. 5/1) hükümleri önerinin bağlayıcılığını düzenlemektedir³⁷. Bunların dışında, önerenin önerisiyle bağlı olmadığı durumlara ilişkin TBK m. 8/1 (OR Art. 7/1) hükmünün bu kez karşıt anlamıyla (*argumentum a contrario*) yine önerinin bağlayıcılığını düzenlediği söylenebilir³⁸.

İrade açıklamasının bağlayıcı nitelik taşıyıp taşımadığı, bu kapsamda öneri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, sözü geçen irade açıklamasının bir bütün olarak incelenmesi sonucunda anlaşılabılır. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda³⁹

³⁵ CISG m. 14/1 hükmüne göre, "*Bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir teklif, yeterince kesin olması ve teklifte bulunanın, kabul halinde bağlanma iradesini yansıtmaması durumunda icap sayılır. (...)*" CISG hükümleri kapsamında gerçekleşen önerinin bağlayıcılığı hakkında ayrıca bkz. **Dornis**, UN-Kaufrecht, Art. 14, N. 24 vd.; **Magnus**, STK-CISG, Art. 14, N. 12 vd. Ancak CISG m. 16/1 hükmüne göre, "*İcapta bulunanın geri alma beyanı, muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşmış olmak koşuluyla, icap, sözleşme kuruluncaya kadar geri alınabilir.*" Görüldüğü gibi CISG sisteminin, hüküm doğurmaya başlayan önerinin kabulün gönderilmesine kadar geri alınması imkanını sağlaması yönüyle, önerinin bağlayıcılığı hususunda Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinden kısmen farklı bir tercihte bulunduğu anlaşılmaktadır. Bkz. ve karşı. **Sağlam**, CISG, s. 116-117. Ayrıca bkz. **Schwenzer/Mohs**, s. 91-92: Yazarlar, öğretilerde çok tartışmalı bu konuya ilişkin uygulamada hiçbir ihtilaf ile karşılaşmadığını belirtmektedirler.

³⁶ Alman hukukunda "Önerinin Bağlayıcılığı" (*Bindung an den Antrag*) başlıklı BGB § 145 hükmüne göre sözleşme kurulması yönünde bir başkasına öneride bulunan kişi, aksini belirtmediği sürece, önerisiyle bağlıdır (*Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat*).

³⁷ Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 65.

³⁸ TBK m. 8/1 (OR Art. 7/1) hükmünde yer alan "bağlayıcı olmayan öneri" (*Antrag ohne Verbindlichkeit*) ifadesinin eleştirisi için bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, f, (1).

³⁹ Yarg. HGK T. 06.02.2013 E. 2012/606 K. 2013/212 (**Lexpera**).

yerel gazete haberinin öneri niteliği taşıyıp taşımadığı, belirtilen ölçüt çerçevesinde tartışılmıştır. Kararda, haber niteliği taşıyan açıklamanın bir bütün olarak incelendiğinde sözleşme kurmaya yönelik öneri olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna, özellikle, taraflar arasında 21.06.2003 başlangıç tarihli sözleşme ilişkisinin 14.12.2006 tarihli gazete haberinde yer alan bir unsur (satış bedeli) dikkate alınarak değiştirilemeyeceği gerekçesiyle varılmıştır. Gerekçenin bu kısmına katılmamız mümkün değildir. Zira bir sözleşme ilişkisinin, başlangıç tarihi ne kadar eski olursa olsun, taraflarca daha sonra değiştirilebileceği hususunda tereddüt yoktur. Ancak haberin içeriğinde yer alan ifadeler dikkate alındığında açıklamada bulunanın sözleşmenin tadil edilmesi yönünde bağlayıcı bir (işlem) iradesi bulunmadığı anlaşılmaktadır⁴⁰.

Önerinin bağlayıcılığı iki ayrı durumda sona erebilir. Birinci durum, önerinin hükümlerini doğurduğu sürenin sona ermesine ilişkindir. Süreli öneride öneren tarafından belirlenen sürenin geçmesi veya süresiz öneride uygun bir yanıtın beklenebileceği anın geçmesi durumunda önerinin bağlayıcılığı sona ermektedir (TBK m. 3-4, OR Art. 3-4). İkinci durum ise önerinin hukuki sonuçlarının, geri alma imkanı sayesinde, ortadan kaldırılmasına ilişkindir. Gerçekten öneri, öneren tarafından geri alınması durumunda bağlayıcılığını yitirmektedir (TBK m. 10, OR Art. 9)⁴¹.

c. Önerinin Hukuki Niteliği

Önerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Teorik nitelikteki bu tartışma, esasen, önerinin tek taraflı bir hukuki işlem olup olmadığı hususu üzerinde toplanmaktadır:

⁴⁰ Aynı gazete haberinden kaynaklanan diğer bir uyuşmazlık ve karar için bkz. Yarg. HGK T. 15.06.2012 E. 2012/167 K. 2012/399 (**Lexpera**). Bu ikinci kararda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin başlangıç tarihi 31.07.2006 olarak belirtilmiş ancak bir önceki kararla yine aynı sonuca varılmıştır. Bu kararlara yönelik eleştiriler ve özellikle sözleşmenin şekli bakımından değerlendirmeler için ayrıca bkz. ve karşı. **Taşkın**, s. 13-15.

⁴¹ Önerinin bağlayıcılığını sona erdiren bu durumlar, önerinin süreye bağlı olup olmamasına ve önerinin (ve kabulün) geri alınmasına ilişkin kısımlarda ayrıca incelenecektir. Bkz. İkinci Bölüm, II, C; İkinci Bölüm, II, D.

(i) Öğretide bir görüş⁴², önerinin tek taraflı bir hukuki işlem olduğu yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre öneri, hüküm doğurmaya tek başına elverişlidir. Zira öneriyi gerçekleştiren, irade açıklamasında bulunurken önerisiyle bağlı olacağını, açıklamanın yöneltildiği kişinin öneriye uygun bir karşı irade açıklamasında bulunması sonucunda sözleşmenin kurulacağını bilmekte ve bu sonuçları istemektedir⁴³. Ayrıca bazı durumlarda sözleşmenin kurulması, kanuni temsilcinin onamasında olduğu gibi, öneri ve kabul açıklamalarının değişiminden fazlasını gerektirmektedir. Bu sebeple kanun koyucunun, öneriye (ve buna bağlı olarak kabule) en azından tek taraflı bir hukuki işlem niteliği tanımış olduğu sonucuna varılmalıdır⁴⁴.

(ii) Öğretide kanımızca da üstün tutulması gerekli olan diğer görüş⁴⁵ ise önerinin tek taraflı bir hukuki işlem olmadığı, iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmenin (kabul ile birlikte) iki eş parçasından biri olduğu yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre tek taraflı hukuki işlemin asıl özelliği, hukuki sonucun doğması için tek tarafın irade açıklamasının yeterli olmasıdır. Buna karşın öneri, hukuki sonucun doğması için tek başına yeterli değildir. Her ne kadar bazı durumlarda tek taraflı hukuki işlemin sonuç doğurması için dahi birtakım geçerlilik unsurları gerekse de bu unsurlar diğer bir kişinin (öneri açısından muhatabın) varlığı kadar ağır değildir⁴⁶. Önerinin tek başına bir hukuki sonuç doğurduğu da söylenemez. Zira öneriyi gerçekleştiren, tek taraflı irade açıklamasında bulunmakla muhataba bir sözleşme kurma yetkisi sağlama gayesinde değildir, yalnızca sözleşmenin kurulması yönündeki iradesini

⁴² **Merz**, Vertrag, N. 192; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 9-16; **Bucher**, OR AT, s. 126, dn. 52; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 83-84; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 70; **Eren**, Borçlar Genel, N. 765. Benzer yönde bkz. **Ataay**, s. 234.

⁴³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 83-84; **Eren**, Borçlar Genel, N. 765.

⁴⁴ **Merz**, Vertrag, N. 192.

⁴⁵ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 38; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 16; **Koller**, OR AT, § 7, N. 7-8; **Huguenin**, N. 203; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 25; **Hatemi/Gökyayla**, § 4, N. 14. Alman öğretisinde aynı yönde bkz. **Bork**, STK-BGB, § 145, N. 1; **Busche**, MüKo-BGB, § 145, N. 5; **Ellenberger**, Palandt-BGB, § 145, N. 1.

⁴⁶ **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 16; **Koller**, OR AT, § 7, N. 7-8.

açıklamaktadır⁴⁷. Ayrıca irade bozukluğu durumunda, münferit olarak önerinin (veya kabulün) değil, bir bütün olarak sözleşmenin iptal edilmesi, önerinin tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilemeyeceğini gösterir⁴⁸.

d. Önerinin İçeriği

Önerinin içeriği, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde (ve hukuk düzeninin elverdiği sınırlar içerisinde), öneride bulunan kişi tarafından serbestçe belirlenir⁴⁹. Bu belirleme imkanı sayesinde öneri, yöneltildiği kişiyi bu içerikteki bir sözleşmenin kurulması hususunda yetkilendirir ve böylece kurulması öngörülen sözleşmenin de içeriğini belirler. Önerinin içeriği, yöneltildiği kişi tarafından gerçekleştirilecek "Evet", "Peki", "Olur", "Tamam", "Kabul ediyorum" gibi olumlu yöndeki kısa cevaplarla dahi sözleşmenin kurulmasına yeterli (i) bütünlükte ve (ii) belirlilikte olmalıdır⁵⁰:

(i) Önerinin "bütünlüğü" (*Vollständigkeit*), sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan unsurların önerinin içeriğinde yer almasını ifade eder. Gerçekten, öneri, sözleşmeyi kuran irade açıklamalarından zaman itibarıyla önce gerçekleşmiş olanıdır. Bu kapsamda önerinin, sözleşmenin kurulabilmesi için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan objektif veya subjektif esaslı nokta niteliğindeki unsurların tamamını içermesi gerektiği açıktır⁵¹. Öyle ki bu unsurlar, kurulması öngörülen sözleşme bakımından, öneride bulunan kişi tarafından yerine getirilecek

⁴⁷ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 16; Koller, OR AT, § 7, N. 8. Nitekim bu husus, önerinin tek taraflı bir hukuki işlem olduğu görüşündeki yazarlar tarafından dahi belirtilmektedir. Bkz. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 3, N. 13. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 25.

⁴⁸ Bkz. Buz, Yenilik, s. 142-143.

⁴⁹ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 21: Yazar, ona tanınan bu özgürlük sebebiyle önereni, "önerisinin efendisi" (*Herrin ihres Antrags*) olarak nitelendirmektedir. Aynı yönde bkz. Koller, OR AT, § 7, N. 48.

⁵⁰ Bkz. Becker, BK-OR, Art. 3, N. 2; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 22; Koller, OR AT, § 7, N. 11-12; Akyol, Borçlar, s. 66.

⁵¹ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 21, 23-24; Gauch/Schluep/Schmid, N. 378; Koller, OR AT, § 7, N. 5-6; Feyzioğlu, C. 1, s. 70; Akyol, Borçlar, s. 66; BGE 122 III 118.

edimlerle de sınırlı değildir. Öneri, aynı zamanda, yöneltildiği kişi tarafından yerine getirilmesi gerekli edimleri ve edim niteliğinde olmadığı halde sözleşmenin (subjektif) esaslı noktası olarak nitelendirilecek diğer unsurları da içermelidir. Bu kapsamda, örneğin, satış sözleşmesi kurulmasına yönelik bir öneri, öneride bulunan kişinin alıcı veya satıcı olması fark etmeksizin, en azından, satılan ve satış bedeli (kanımızca satışın bir bedel karşılığında olacağı) ile bunların kim tarafından yerine getirileceği hususlarını içermelidir. Bunların dışında, aynı örnek bakımından, satılanın veya satış bedelinin ifa yeri taraflardan biri bakımından sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması "olmazsa olmaz koşul" (*condicio sine qua non*) niteliğindeki bir unsur haline getirilmişse, bunun da önerinin içeriğinde yer alması gerekir⁵².

(ii) Önerinin "belirliliği" (*Bestimmtheit*), önerinin bütünlüğünü sağlayacak unsurların, sözleşmenin tarafları açısından, belirli veya belirlenebilir olmasını ifade eder⁵³. Bu belirlilik pek çok farklı biçimde sağlanmış olabilir. Örneğin, (A)'nın mülkiyetinde yer alan yegane otomobilin satışını önermesi durumunda belirlilik, doğrudan irade açıklamasının bünyesindedir. Bunun dışında, (A)'nın mülkiyetinde başka otomobillerin de bulunduğu ihtimalde, satılacak arabanın seçiminin önerinin yöneltildiği kişiye bırakılması veya satışı önerilenin araba mı yoksa başka bir unsur mu olduğu hususlarının ("seçimlik borç", *obligatio alternativa*) açıklamanın yöneltildiği kişiye

⁵² **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 20; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 24; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 380. Bkz. Yarg. 11. HD T. 17.02.2015 E. 2014/4499 K. 2015/2107: "Bu açıklamalar doğrultusunda somut olaya gelindiğinde, davalı bankanın internet sitesinde yapılan ve yukarıda aynen yazılı olan ilanla davalı banka alacaklarını tahsil etmeyi kolaylaştırma amacıyla genel nitelikli olarak borçluların başvurusu halinde uygulanacak faiz oranının ve taksit miktarının ne olacağına dair açıklamada bulunmuş olup, bu açıklama sözleşmenin tüm unsurlarını (borcun miktarı, peşin mi, taksitle mi ödeme yapılacağı, peşinatın ve vadeli kısma uygulanacak faiz oranının ne olduğu) açıkça içermediği için icap niteliğinde olmayıp ancak icaba davettir. Bu davetten sonra borçluların başvurusu halinde tarafların bir araya gelerek borcun ödenmesi şekline yönelik esaslı unsurlarda anlaşmalarıyla sözleşme kurulmuş olacaktır." (**Kazancı**). Sözleşmenin ikinci derece nokta niteliğindeki unsurlarının ise öneride yer alması gerekmez. Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 25.

⁵³ Esasen çok tartışmalı olan bu konuyu, sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu unsurları incelediğimiz kısımda yeniden ele alacağız. Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 3.

veya bir üçüncü kişiye bırakılması durumlarında, önerinin yine belirlenebilir olduğu kabul edilmektedir⁵⁴.

e. Önerinin Şekil ve Anlaşılabilirlik Bakımından Nitelendirilmesi

(1) Şekil Bakımından Hakim İlke: Şekil Özgürlüğü

Önerinin hüküm doğurması, kural olarak, bu açıklamanın belirli bir şekil içerisinde gerçekleşmiş olmasına bağlı değildir. Nitekim bu husus, sözleşmelerde şekil özgürlüğüne ilişkin TBK m. 12/1 (OR Art. 11/1) hükmünün ifadesinden açıkça anlaşılabilir⁵⁵. Buna göre, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir irade açıklaması, söz, yazı veya işaret yahut davranış araçlarından hangisi aracılığıyla gerçekleşmiş olduğu fark etmeksizin öneri olarak hüküm doğurur. Bununla birlikte, kanunda geçerlilik şekli öngörülmuş sözleşmeler bakımından önerinin de bu şekle uygun olması gerektiği, aksi takdirde sözleşmenin (yine kurulacağı ancak bu kez) şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı sonucuna varılır (bkz. TBK m. 12/2; OR Art. 11/2). Bu kapsamda, örneğin, bağışlayan tarafından yapılacak bağışlama sözü verme önerisinin adi yazılı şekilde (TBK m. 288/1; OR Art. 243/1) veya kefil tarafından gerçekleştirilecek kefalet sözleşmesi önerisinin nitelikli yazılı şekilde (TBK m. 583/1; karş. OR Art. 493)⁵⁶ yahut taşınmaz satışı önerisinin ise resmi yazılı şekilde (Tapu Kanunu m. 26) yapılmış olması aranır⁵⁷.

⁵⁴ Önerinin belirliliği hakkında ayrıca bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 22; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 10 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 27-31; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 3, N. 12; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 380; **Huguenin**, N. 207.

⁵⁵ TBK m. 12/1 hükmünün, sözleşmeyi kuran öneri ve kabul ile sınırlı olmadığını, irade açıklamalarının tamamı bakımından uygulanması gerektiğini belirtmiştik. Bkz. Birinci Bölüm, IV, D.

⁵⁶ Bağışlama ve kefalet sözleşmelerinde, borç altına girmeyen taraflar olarak, bağışlanan ve kefalet alacaklısı tarafından gerçekleştirilecek önerilerin yazılı şekilde yapılmış olmasına gerek yoktur. Ayrıca bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 39.

⁵⁷ Bkz. ve karş. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 27; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 17; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 39; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 3, N. 9; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 385-386; **Huguenin**, N. 209; **Eren**, Borçlar Genel, N. 772.

Taraflarca öngörülen geçerlilik şekli (bkz. TBK m. 17/1; OR Art. 16/2) bakımından durum biraz farklıdır. Zira böyle bir durumda, önerinin ve kabulün belirli bir şekilde açıklanması gerektiğine ilişkin sözleşmeyi ortadan kaldıracak yeni bir sözleşmenin kurulması her zaman mümkündür⁵⁸. Buna göre, taraflarca öngörülen geçerlilik şekline aykırı bir önerinin muhatap tarafından kabul edilmesi durumunda, taraflar arasındaki şekil anlaşmasının yine tarafların iradeleri doğrultusunda örtülü olarak kaldırıldığı sonucuna ulaşmak gerekir. Bu kapsamda, sözleşmenin kurulması bakımından taraflarca öngörülen geçerlilik şekli, kanımızca, yalnızca kabulün şekli bakımından etkili olabilir⁵⁹.

(2) Açık veya Örtülü Öneri

Önerinin, yöneltildiği kişi tarafından anlaşılabilirliğine göre, açık veya örtülü nitelikte olması mümkündür⁶⁰. Nitekim bu husus, TBK m. 1/2 (OR Art. 1/2) hükmünde açıkça ifade edilmektedir. Önerinin açık veya örtülü nitelikte olduğu hususu, bu nitelikteki irade açıklamasının kullandığı objektif unsur aracından bağımsızdır. Buna göre açık veya örtülü önerinin, söz, yazı ve işaret yahut davranış araçlarından herhangi biri aracılığıyla gerçekleşmesinin mümkün olduğunda tereddüt yoktur. Sözlü veya özellikle yazılı şekilde gerçekleşen bir önerinin, açık olarak nitelendirilebilmesi için, bu açıklamanın "*öneri*" veya "*teklif*" sözcüklerini içeriyor olması gerekmez. Bununla birlikte, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı şekilde, öneride yer alan "*bağlayıcı öneri*" veya "*kesin teklif*" benzeri ifadelerin, açıklamada bulunanın sözleşmenin kurulması yönündeki (işlem) iradesini göstermesi bakımından, önemli oldukları söylenebilir⁶¹.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 497.

⁵⁹ Karş. Schmidlin, BK-OR, Art. 3, N. 17; Müller, BK-OR, Art. 16, N. 40; Eren, Borçlar Genel, N. 772; Helvacı, İ., s. 4-5. Kabulün şekli hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, d, (1).

⁶⁰ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 35-37; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 3, N. 9; Gauch/Schluep/Schmid, N. 382-384; Huguenin, N. 209.

⁶¹ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 3, N. 26, 30; Schmidlin, BK-OR, Art. 3, N. 16, 18; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 36.

"Fiili öneri" (*Realofferte*), davranış aracılığıyla gerçekleşen öneriyi ifade etmektedir⁶². Bu tür öneri, açıklamada bulunanın sözleşmenin kurulmasına yönelik (işlem) iradesinin açıklamaya konu davranışın yorumlanması sonucunda anlaşılabilir olması sebebiyle, pek çok durumda örtülü niteliktedir. Taraflar arasında sözleşme görüşmesine ihtiyaç duyulmayan ve kurulacak sözleşmede öneride bulunan tarafın ifaya katılması gerektiği pek çok durumda fiili öneri ile karşılaşılır. Örneğin, kirli elbisenin kuru temizlemeciye veya bozulan saatin tamirciye gönderilmesi durumlarında, elbisenin temizlenmesine veya saatin tamir edilmesine yönelik işlem iradesi, bu "gönderme" davranışlarının yorumlanması sonucunda anlaşılabilir. Buna göre elbisenin veya saatin gönderilmesi, bu sözleşmeler bakımından, birer fiili öneri olarak nitelendirilir⁶³.

Fiili öneride bulunan taraf, kural olarak, sözleşmenin kurulması için gerekli karşı irade açıklamasının (kabulün) kendisine yöneltilmesinden de vazgeçmiş sayılır⁶⁴. Buna göre fiili öneride bulunan, kendisine yöneltilmiş bir irade açıklaması bulunmaması sebebiyle sözleşmenin kurulmadığını ileri süremez. Ancak fiili öneride bulunan tarafın karşı irade açıklamasının yöneltilmesinden vazgeçmiş sayılması, açıklamanın yöneltildiği kişinin (muhatapın) hukuki durumunu etkilemez. Bu kapsamda fiili önerinin yöneltildiği kişinin, öneriye karşı açık veya örtülü bir karşı irade açıklamasında bulunması mümkündür⁶⁵.

⁶² Bkz. ve karşı. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 31 ve OR Art. 6, N. 55 vd.; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 46 vd. ve OR Art. 6, N. 66 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 41 vd. Ayrıca bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 68 vd.

⁶³ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 6, N. 58. Kısmen farklı bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 6, N. 67; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 44.

⁶⁴ Bkz. ve karşı. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 6, N. 59; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 6, N. 68; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 47. Fiili öneri, aynı zamanda, öneren tarafından açıklamada aksi belirtilmedikçe bir süresiz öneri niteliğindedir.

⁶⁵ **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 50.

f. Öneri Niteliğinde Olmayan Açıklamalar: Öneriye Davet

Sözleşmenin kurulması, sözleşme hukuki işleminin oluşması sürecini düzenleyen TBK m. 3-10 (OR Art. 3-9) hükümleri dikkate alındığında, tarafların (öneri ve kabul olarak nitelendirilecek) karşılıklı ve birbirine uygun birer irade açıklamasının birleşiminden ibaret olarak görülebilir⁶⁶. Ne var ki çoğu kez durum böyle değildir. Sözleşme, pek çok defa, taraflar arasında gerçekleşen kısa veya uzun süreli bir sözleşme görüşmesi sonucunda kurulur. Bu sırada tarafların, müzakerenin devamına ve nihayetinde sözleşmenin kurulmasına yönelik olmasına karşın, sözleşme konusunun fiyatı veya teslim koşulları gibi sözleşme unsurları üzerinde kendileri için en elverişli durumu sağlamak amacıyla, öneri niteliğinde olmayan birtakım açıklamalarda bulunmaları mümkündür. Öneri sayılmayacak bu tür açıklamaların tümü, kanımızca, birer öneriye davettir⁶⁷. Zira bu tür bir açıklamada bulunan taraf, sözleşmenin kurulmasını istemekle birlikte bu yöndeki son sözün (kabulün) kendisine ait olması için öneride bulunmaktan bilinçli şekilde kaçınmaktadır. Buna göre "öneriye davet" (*Einladung zur Offertstellung, Aufforderung zur Antragstellung, invitatio ad*

⁶⁶ Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 76, 134: Yazara göre bu durum, OR Art. 3-9 hükümlerinin kaynağını oluşturan eski Alman Ticaret Kanunu Art. 319 ve Art. 321 hükümlerinin, dönemin ticari uygulaması doğrultusunda, sözleşme görüşmesinin bir tarafın yazılı önerisiyle başladığı varsayımını -açıkça düzenlememekle birlikte- benimsemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

⁶⁷ Bkz. **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 7, N. 6 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 369; **Bucher**, OR AT, s. 132 vd.; **Koller**, OR AT, § 7, N. 17-19; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 180 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 84-85; **Akyol**, Borçlar, s. 68 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 774 vd.; **Antalya**, N. 1287 vd. Karş. **von Tuhr/Peter**, s. 186-187; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 76 vd., OR Art. 7, N. 12; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 82-83; **Tunçomağ**, s. 185 vd.; **Akıncı**, s. 68 vd.; **Helvacı**, İ., s. 8-10.

offerendum) kavramının, kişinin, kendisine öneride bulunulması yönündeki çağrısı olarak tanımlanması⁶⁸ mümkündür⁶⁹.

Öneriye davet kavramı reklam hukuku bakımından da önemlidir. Zira kısaca "*bir malın veya hizmetin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım*"⁷⁰ olarak tanımlanabilen ticari reklamlar, esasen, yöneltildiği kişileri reklam veren (veya bu kişilerin tedarik zincirindeki diğer satıcı veya sağlayıcılar) ile sözleşme kurmaya çağıran ve onları yönlendiren birer açıklama niteliği taşırlar. Ancak bu açıklamaların her durumda bir öneriye davet veya öneri olarak nitelendirilebilmeleri de mümkün olmaz. Gerçekten, ticari reklamların önerinin içeriği bakımından gerekli olan belirlilik ve bütünlük unsurlarını taşıdığı durumlarda öneri niteliğinde oldukları sonucuna varmak gerekir⁷¹. "Doğrudan pazarlama" (*direct marketing*) olarak bilinen reklamlar -örneğin giyim ürünleri üreten bir tacirin sanal butik oluşturma gayesiyle bir sosyal medya hesabı açması ve orada ürünlerini tanıtması- bakımından durum çoğunlukla böyledir. Ne var ki reklam belirlilik ve bütünlük unsurlarını taşııyorsa veya birazdan açıklanacağı üzere sözleşmenin kurulması için gerekli son sözün yine açıklamada bulunana ait olduğu anlaşılıyorsa bu kez ortada bir öneriye davet olduğu sonucuna

⁶⁸ Bkz. ve karş. von Tuhr/Peter, s. 183; Oser/Schönenberger, ZK-OR, Art. 7, N. 6 vd.; Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 3, N. 14; Schmidlin, BK-OR, Art. 7, N. 1; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 7, N. 1; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 78, OR Art. 7, N. 10 vd.; Gauch/Schluep/Schmid, N. 369; Bucher, OR AT, s. 132; Huguenin, N. 211; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 18, N. 6; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 180-181; Feyzioğlu, C. 1, s. 82-85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 84-85; Akyol, Borçlar, s. 68; Tunçomağ, s. 185-186; Hatemi/Gökyayla, § 4, N. 3; Eren, Borçlar Genel, N. 774; Helvacı, İ., s. 8-9; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 610.

⁶⁹ Kamu ihale sözleşmeleri bakımından idarenin ihale açmasının öneriye davet niteliği taşıdığı yönünde bkz. Buz, Kamu, s. 218.

⁷⁰ Bu tanım için bkz. İnal, Reklam, s. 13-14; İnal/Baysal, s. 6. TKHK m. 61/1 hükmü ise ticari reklamı şu şekilde tanımlıyor: "*Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralınmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.*"

⁷¹ Bu yönde bkz. ve karş. İnal, Reklam, s. 16-17. Ancak satış sözleşmesi kurulması bakımından fiyatın gösterilmesinin gerekli olmadığı kanısındayız.

varılmalıdır. Görüldüğü gibi ticari reklamların hukuki nitelikleri bakımından bakımından da yine güven ilkesi doğrultusunda bir yorum yapılması gerekir.

Öneriye davet niteliğindeki bir açıklama, kural olarak, açıklamada bulunan tarafın sözleşmenin kurulması yönündeki bağlayıcı (işlem) iradesini taşımaz. Nitekim TBK m. 8/1 (OR Art. 7/1) hükmü, "bağlayıcı olmayan öneri" başlığı altında bu tür öneriye davetleri düzenlemektedir⁷². Bazı durumlarda ise açıklamada bulunan tarafın sözleşmenin kurulması yönündeki bağlayıcı iradesini taşıyan açıklama, kanun gereği, öneri sayılmaz. Bu kapsamda "ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi", gönderenin sözleşmenin kurulması yönündeki bağlayıcı iradesini taşısa dahi, TBK m. 7 (OR Art. 6a) hükmü doğrultusunda, öneriye davet niteliğinde bir açıklamadır⁷³.

(1) Bağlayıcı Olmayan Öneri

Önerinin temel özelliğinin, açıklamada bulunanın, sözleşmenin kurulması yönündeki bağlayıcı iradesini taşıması olduğunu belirtmiştik⁷⁴. Buna göre, bağlayıcı olmayan bir açıklamanın öneri olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Ne var ki TBK m. 8 (OR Art. 7) hükmü, "bağlayıcı olmayan öneri" (*Antrag ohne Verbindlichkeit*) başlığı altında, bağlayıcı irade taşımayan birtakım açıklamaları "öneri" olarak düzenlemektedir. Hükmün başlığı ve içeriği tereddüt uyandırmaya elverişlidir. Zira bir irade açıklamasının öneri olarak nitelendirilebilmesi, onun bağlayıcı nitelik taşımasına bağlıdır. Bağlayıcı nitelik taşımayan, diğer bir deyişle karşı irade açıklaması sonucunda sözleşmenin kurulmasını sağlayamayacak bir açıklamanın "öneri" olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, TBK m. 8 hükmünde yer alan

⁷² **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 4; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 2; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 13.

⁷³ Mülga 818 sayılı BK m. 7/2 hükmü "*Tarife ve cari fiyat irsalı icap teşkil etmez*" hükmünü içermektedir. Bu hüküm gereği tarife veya cari fiyat gönderilmesi, gönderenin sözleşmenin kurulması yönünde bağlayıcı iradesini taşıyor olsa dahi öneriye davet olarak nitelendirilmeliydi. Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 84. Yürürlükteki 6098 sayılı TBK m. 8/2 hükmü ise tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça, öneri sayılacağını düzenlemektedir. Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, b.

⁷⁴ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, b.

bağlayıcı irade taşımayan açıklamaların, kanunun kendi içerisinde çelişkiye düşmemesi adına, öneriye ve sözleşme görüşmesine daveti amaçlayan bir tür "gerçek olmayan öneri" (*unechter Antrag*) niteliğinde olduklarını söylemek gerekir⁷⁵. Ancak bu çalışma kapsamında dahi belirtilen türde irade açıklamalarını ifade etmek üzere - olası bir terim karışıklığını önlemek adına- yine kanunda yer alan bağlayıcı olmayan öneri teriminin kullanıldığını belirtelim.

Bağlayıcı olmayan önerinin düzenlendiği TBK m. 8/1 hükmüne göre, "*Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz.*" Bu hüküm çerçevesinde, bağlayıcı olmayan önerinin iki ayrı ihtimalde söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır:

(i) Birinci ihtimalde, öneri ile bağlı olmama hakkı, açıklamayı yapan tarafından açıkça saklı tutulmaktadır. Örneğin, "*Tarafımızı bağlayıcı olmamak kaydıyla*", "*Borç doğurmaksızın*" veya "*Her zaman geri alma hakkımız saklıdır*" gibi ifadelerin yer aldığı açıklamalar, bağlı olmama hakları saklı tutulan, birer bağlayıcı olmayan öneridir⁷⁶. Tek taraflı olarak içeriğinde değişiklik yapma hakkı saklı tutulan öneriler de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁷⁷. Buna göre, örneğin, toptan kağıt satışı için

⁷⁵ Schmidlin, BK-OR, Art. 7, N. 1; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 10. Benzer yönde bkz. Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 3.

⁷⁶ Becker, BK-OR, Art. 7, N. 2; Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 5; Schmidlin, BK-OR, Art. 7, N. 5; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 14; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 7, N. 2; von Büren, s. 125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 85; Akyol, Borçlar, s. 69. Bu tür bir ifadenin yer aldığı açıklama, esasen, üç farklı sonuç doğuracak biçimde yorumlanabilir: (1) Açıklama, herhangi bir bağlayıcılık içermiyor ve yalnızca öneriye davet niteliği taşıyor olabilir. Böyle bir durumda, açıklamanın yönelttiği kişinin kabulde bulunması mümkün değildir. Nitekim bağlayıcı olmayan öneri kavramı, ilk bakışta, bu şekilde yorumlanması mümkün olan açıklamaları ifade etmektedir. (2) Açıklamanın, kabulün ulaşmasına kadar serbestçe geri alınması mümkün olabilir. Böyle bir durumda açıklama, biraz sonra belirtilecek objektif sınırlamalar getirilmiş öneride olduğu gibi, öneren tarafından geri alınana kadar gerçek bir öneri niteliğindedir. (3) Açıklama, taraflardan en az birine, sözleşmenin kurulmasından sonra serbestçe sona erdirilmesini sağlayacak bir yenilik doğuran hak tanıyor olabilir (bkz. Demirsatan, Haksız, s. 58 vd.). Böyle bir durumda ise açıklama, her zaman, gerçek bir öneri niteliğindedir. Ayrıca bkz. ve karşı. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 206; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 18, N. 12; Tunçomağ, s. 187-188; Taşkın, s. 6-7.

⁷⁷ Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 13-14; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 27-28.

belirli bir fiyat üzerinden teklifte bulunan satıcının, teklifte yer alan fiyatın daha sonra döviz kuruna ve piyasadaki talep durumuna göre yeniden düzenlenebileceğini saklı tutması durumunda, bağlayıcı olmayan öneri söz konusudur. Bunların dışında, "*Stoklarla sınırlıdır*" veya "*Firmamızın tasfiyesi sona erene kadar geçerlidir*" gibi objektif sınırlamalar getiren ifadeler de açıklamanın bağlayıcı olmaması bakımından yeterlidir⁷⁸.

(ii) İkinci ihtimalde ise önerinin bağlayıcı olmadığı, işin özelliğinden veya durumun gereğinden anlaşılmaktadır. Bu ihtimalde, öneri ile bağlı olmama hakkının, açıklamada bulunan tarafından örtülü olarak saklı tutulduğu söylenebilir⁷⁹. İşin özelliği, açıklamanın içeriğiyle ilgili olan hususları ifade etmektedir. Bu kapsamda, içeriği bakımından açıklamada bulunanın bağlayıcı (işlem) iradesini taşımadığı anlaşılan, örneğin hatır taşıması teklifi, işin özelliği gereği bağlayıcı olmayan öneri niteliğindedir. Durumun gereği ise açıklamanın içeriğiyle ilgili olmayan hususları ifade etmektedir. Bu kapsamda, örneğin artırma yoluyla satış teklifi⁸⁰, durumun gereği kapsamında bağlayıcı olmayan öneri niteliğindedir.

Bağlayıcı olmayan öneri, gerçek bir öneri olmadığı için, karşı irade açıklaması (kabul) sonucunda sözleşmenin kurulmasını sağlamaz. Böyle bir durumda karşı irade açıklaması, öneri olarak nitelendirilebilir⁸¹. Nihayet bağlayıcı olmayan öneri, gerçek bir öneri olmamasına karşın, hüküm doğurmaktan bütünüyle uzak da sayılmaz.

⁷⁸ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 15; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 14; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 7, N. 7. Ne var ki bu tür bir objektif sınırlama içeren açıklama, bahsi geçen sınırlamanın elverdiği ölçüde, gerçek bir öneri olarak nitelendirilmelidir.

⁷⁹ **Becker**, BK-OR, Art. 7, N. 3; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 5; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 10-12; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 15; **Serozan**, İstanbul, m. 8, N. 6.

⁸⁰ **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 15. Artırma yoluyla satışa çıkarma, öneriye davetin ve durumun gereği "bağlayıcı olmayan önerinin" tipik bir örneğidir. Bu tür satışta sözleşme, TBK m. 275 (OR Art. 229) hükmü gereği, artırmayı yönetenin en yüksek bedeli önerene ihale edilmesiyle kurulur. Buna göre hazır olanlardan biri tarafından pey sürülmesi öneri, artırmayı yönetenin satışı ihale etmesi ise kabul niteliğindedir. Ayrıca bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 184, dn. 23; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 7; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 83, dn. 119.

⁸¹ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 6; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 16. Aynı yönde bkz. **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 2.

Bağlayıcı olmayan öneride bulunanın kendisine karşı yöneltilmiş karşı irade açıklaması karşısında susması, daha sonra açıklanacak TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmü çerçevesinde sözleşmenin kurulması sonucunu doğurabilir⁸². Bunun dışında bağlayıcı olmayan öneri, bu nitelikteki irade açıklamasında bulunanın sözleşme görüşmesinden doğan sorumluluğunu (*culpa in contrahendo*) da doğurabilir⁸³.

(2) İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi

İsmarlanmayan şeyi gönderen, esasen, bu şeyi konu edinen satış veya kira gibi bir sözleşme kurulması yönündeki isteğini açıklamaktadır⁸⁴. Buna göre ismarlanmayan şeyin gönderilmesinin, ilk bakışta, "öneri" niteliğinde olduğu söylenebilir. Ne var ki bunun "öneri sayılmayacağı", 818 sayılı BK döneminden farklı olarak, TBK m. 7 (OR Art. 6a/1⁸⁵) hükmünde açıkça düzenlenmektedir⁸⁶. Bu hüküm aracılığıyla kanun koyucu, ismarlanmayan şeyin gönderildiği kişiyi, bu şeyi konu edinen bir sözleşmenin kurulması sonucuyla karşı karşıya bırakmamak için gönderileni iade etme veya en azından bir karşı irade açıklamasında bulunma zorunluluğundan kurtararak nihayetinde onu korumayı amaçlamaktadır⁸⁷.

⁸² von Tuhr/Peter, s. 187; Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 9; Schmidlin, BK-OR, Art. 7, N. 6; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 18-21; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 422.

⁸³ Schmidlin, BK-OR, Art. 7, N. 9; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 23; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 7, N. 7; Kut, CHK-OR, Art. 7, N. 2. Sözleşme görüşmesinden doğan sorumluluk ilkesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Gezder, Culpa, s. 59 vd.

⁸⁴ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 426; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 628; Serozan, İstanbul, m. 7, N. 1, 9; Gezder, Değişiklikler, s. 48-49. Bu yönde bkz. Özlük, s. 112, 117.

⁸⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilk halinde yer almayan bu hüküm, 5 Ekim 1990 tarihinde yapılan değişiklik sonucunda, tüketiciyi koruyucu nitelikteki diğer hükümler olan OR Art. 40a-g ile birlikte, 1 Temmuz 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. Müller, BK-OR, Art. 6a, N. 5.

⁸⁶ İsviçre hukukunda durum biraz farklıdır. Gerçekten, OR Art. 6a/1 hükmüne göre ismarlanmayan şeyin gönderilmesi "öneri değildir" (*kein Antrag*). Bununla birlikte, öğretide, söz konusu hükmün "öneri olarak geçerli değildir" (*nicht als Antrag gilt*) biçiminde ifade edilmesinin daha yerinde olacağına işaret edilmektedir. Bkz. Müller, BK-OR, Art. 6a, N. 17; Koller, OR AT, § 7, N. 82.

⁸⁷ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 187; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 628. Ayrıca bkz. ve karşı. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 18, N. 20.

Türk hukukunda TBK m. 7 hükmüne benzer bir düzenleme, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da yer almaktadır. Gerçekten TKHK m. 7/1 hükmü⁸⁸, sipariş edilmeyen malın gönderilmesi veya hizmetin sunulması durumlarında, tüketicinin sessiz kalmasının veya malı yahut hizmeti kullanmış olmasının kabul olarak yorumlanamayacağı yönündedir⁸⁹. Bu hüküm karşısında, TBK m. 7 hükmünün uygulama alanı tartışmalıdır. Öğretide hakim görüş⁹⁰, OR Art. 6a/1 hükmünün İsviçre hukukunda ve öğretisinde anlaşıldığı biçimiyle⁹¹, TBK m. 7 hükmünün yalnızca gönderen satıcı veya sağlayıcı ile gönderilen tüketici arasındaki işlemler bakımından uygulanabilir olduğu yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre TBK m. 7 hükmü, aynı kapsamdaki TKHK m. 7 hükmünün yürürlüğe girmesinin ardından (ortaya çıkan açık kanun boşluğu veya zımni ilga sebebiyle) uygulanma imkanını bütünüyle yitirmiştir. Buna karşın öğretide azınlıkta kalan diğer görüş, TMK m. 5 hükmü gereği borçlar kanunun genel nitelikli hükümlerinin tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacak olması karşısında, TBK m. 7 hükmünün uygulama alanının sınırlandırılmayacağı yönündedir⁹².

⁸⁸ TKHK m. 7/1: "Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur."

⁸⁹ Bu hüküm hakkında ayrıca bkz. **Çabri**, Tüketici, s. 154 vd.

⁹⁰ **Nomer**, Borçlar Genel, N. 22; **Gümüş**, Tüketici, s. 79-80; **Baş Süzel**, Sipariş, s. 170-171; **Taşkın**, s. 97-98. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlükte olmadığı dönemde bu yönde bkz. **İnceoğlu/Başoğlu**, s. 998-999. Benzer yönde bkz. ve karş. **Serozan**, İstanbul, m. 7, N. 6-8. Ayrıca bkz. Yarg. 19. HD T. 11.02.2016 E. 2015/9568 K. 2016/2173 (**Lexpera**): İçeriği yeterince açık olmayan bu kararda, karşı oydan anlaşıldığı üzere, ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi söz konusudur. Yargıtay daireleri arasındaki iş bölümü dikkate alındığında ticari bir uyumsuzluk olması gereken bu olayda, TBK m. 7 hükmünün yerel mahkeme ve üst mahkemenin çoğunluğu tarafından dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre Yargıtay'ın da hakim görüşten yana olduğu söylenebilir.

⁹¹ **Schwenzer**, § 28, N. 12; **Müller**, BK-OR, Art. 6a, N. 11; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 6a, N. 4; **Kut**, CHK-OR, Art. 6a, N. 1; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 426; **Huguenin**, N. 219.

⁹² **Çabri**, Tüketici, s. 155-156. Aynı yönde bkz. **Şeker**, Sipariş, s. 78. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlükte olmadığı dönemde bu yönde bkz. **Belen**, s. 45.

Kanımızca hakim görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TBK m. 7 hükmünün, tüketicinin korunmasına ilişkin ayrı bir mevzuatı bulunmayan İsviçre hukukundaki gibi anlaşılması zorunlu değildir. Bu hükmün, gönderenin satıcı veya sağlayıcı yahut gönderilenin tüketici olmadığı durumlar bakımından da uygulanmasına yönelik özel bir bilinç içerisinde düzenlenmiş olmaması, söz konusu hükmün bu kişilere uygulanmaması bakımından tek başına yeterli olmaz⁹³. Gerçi ısmarlanmayan şeyin gönderildiği kişi pek çok durumda tüketici olacaksa da gönderen kişinin satıcı veya sağlayıcı olmadığı yahut hem gönderenin hem de gönderilenin tüketici olmadığı durumlarla karşılaşılması mümkündür. Böyle durumlarda, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulamayacağı (bkz. TKHK m. 2, m. 3/1), ne var ki özellikle başka bir tüketici tarafından kendisine ısmarlamadığı şey gönderilen diğer tüketicilerin korunması gerektiği açıktır. Bu çerçevede, TKHK m. 7 hükmünün tüketici işlemleriyle sınırlı olduğu, bunun dışındaki bütün işlemler bakımından TBK m. 7 hükmünün uygulanması gerektiği kanısındayız⁹⁴.

İsmarlanmayan şeyin gönderilmesinin öneri sayılmayacağı, TBK m. 7 hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bu husus, aksi ispat edilemez bir "faraziye" (*Fiktion*) niteliğindedir⁹⁵. Öneri sayılmamanın aksi ispat edilebilseydi, ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi durumunda, gönderilenin bu şeyi kullanması veya iade etmemesi yahut

⁹³ Karş. **İnceoğlu/Başoğlu**, s. 998-999: Yazarlara göre TBK m. 7 hükmünün kanunda yer alması, İsviçre Borçlar Kanunu'nun aynen aktarılmasına yönelik bir çabanın ürünüdür. Ne var ki böyle bir durumda, OR Art. 6a hükmü ile birlikte yürürlüğe giren OR Art. 40a-f hükümlerinin (Art. 40g hükmü 24 Mart 2000 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte 1 Ocak 2001 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştı) Türk Borçlar Kanunu'na neden aktarılmadığı sorusu, kanımızca, yanıtız kalmaktadır.

⁹⁴ Bu iki hüküm arasında, uygulama alanı dışında, iki farklılık daha söz konusudur. Birinci fark, TBK m. 7 hükmü, yalnızca bir malın gönderilmesine ilişkindir. Talep edilmediği halde sunulan hizmetler, vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında değerlendirilir. TKHK m. 7 hükmü, sipariş edilmeyen malların gönderilmesi veya (talep edilmeyen) hizmetlerin sunulmasını aynı kapsamda değerlendirmektedir. İkinci fark, ısmarlanmayan şeyin gönderilmesinin hukuki niteliği, bu başlık altında biraz sonra açıklanmaktadır.

⁹⁵ **Müller**, BK-OR, Art. 6a, N. 19; **Schwenzer**, § 28, N. 12; **Serozan**, İstanbul, m. 7, N. 1, 9; **Özlük**, s. 117-118; **Gezder**, Değişiklikler, s. 48-49; **İnceoğlu/Başoğlu**, s. 1008; **Baş Süzel**, Sipariş, s. 189, dn. 93. Öğretide bir görüş, TBK m. 7 hükmünün emredici nitelikte olmadığı, ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesinin -bu şey gönderilmeden önce- taraflarca öneri olarak kararlaştırılabileceği yönündedir. Bkz. **Şeker**, İsmarlanmayan, s. 92. Karş. **Serozan**, İstanbul, m. 7, N. 1; **Belen**, s. 44.

en azından bir karşı irade açıklamasında bulunmaması durumlarında sözleşmenin kurulması sonucunu doğurabilirdi. Böyle bir sonucun da hükmün amacına aykırı olduğu açıktır. Gerçi bu durum, gönderilenin aleyhine de sonuç doğurmaya elverişlidir⁹⁶. Gerçekten, gönderilen şeyi beğenen ve onun fiyatını uygun bulan kişi, gönderene karşı yönelteceği bir karşı irade açıklaması aracılığıyla sözleşmeyi kuramaz. Gönderilen kişi tarafından gerçekleştirilecek irade açıklaması ancak öneri niteliğindedir⁹⁷. Bu durumda gönderenin, TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünde yer alan dürüstlük kuralı elverdiği ölçüde, daha yüksek bir fiyat talep etmesi mümkündür. Bu çerçevede ısmarlanmayan şeyin gönderilmesinin, TBK m. 7 hükmü kapsamında, öneriye davet olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenebilir⁹⁸.

TBK m. 7 hükmü ile daha sonra açıklanacak (tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesini öneri sayan) TBK m. 8/2 (karş. OR Art. 7/2) hükmü birlikte incelendiğinde, kanunun kendi içerisinde bir çelişkiye düştüğü sonucuna da varılabilir⁹⁹. Zira bir şeyin kendisinin gönderilmesinin öneriye davet sayılması karşısında yalnızca fiyatının gönderilmesinin öneri sayılması birbiriyle çelişkili görünmektedir. Bununla birlikte muhatabın, bir şeyin gönderilmesi veya fiyatın gönderilmesi karşısında susması, güven ilkesi çerçevesinde, aynı sonucu doğuracak şekilde yorumlanamaz. Muhatabın ısmarladığı halde gönderilen şey karşısında susması, fiyatın gönderilmesine kıyasen, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir karşı irade açıklaması biçiminde yorumlanmaya daha uygundur. Buna bağlı olarak ısmarlanmayan şeyin gönderilmesinde, fiyatın gönderilmesinden farklı bir düzenleme gerektiği şüphesizdir.

TKHK m. 7/1 hükmü, sipariş edilmeyen malın gönderilmesi veya hizmetin sunulması durumlarında, tüketicinin sessiz kalmasının veya malı yahut hizmeti kullanmış

⁹⁶ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 187.

⁹⁷ Müller, BK-OR, Art. 6a, N. 19-20; Schwenger, § 28, N. 13; İncoğlu/Başoğlu, s. 1010-1011; Şeker, İsmarlanmayan, s. 94.

⁹⁸ Aynı yönde bkz. Şeker, İsmarlanmayan, s. 94; Şeker, Sipariş, s. 86.

⁹⁹ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 187.

olmasının kabul olarak yorumlanamayacağı yönündedir. Görüldüğü üzere hüküm, TBK m. 7 hükmünden farklı olarak, sipariş edilmeyen malın gönderilmesinin veya hizmetin sunulmasının öneri sayılmayacağı yönünde bir düzenleme içermemektedir. Buna göre sipariş edilmeyen malın gönderilmesinin veya hizmetin sunulmasının, yalnızca bir yorum kuralı getirdiği anlaşılan TKHK m. 7 hükmü kapsamında, öneri olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁰⁰. Belirtelim ki bu durum, gönderilen şeyi beğenen ve onun fiyatını uygun bulan muhatabın, gönderene yönelteceği bir karşı irade açıklaması aracılığıyla sözleşmeyi kurması imkanı karşısında, gönderilenin aleyhine bir sonuç doğurmamaktadır¹⁰¹.

2. Kabul

a. Kavram

"Kabul" (*Annahme, Akzept, Akzeption*), önerinin yöneltildiği kişi tarafından gerçekleştirilen ve sözleşmenin öneride belirlenen içeriğe uygun olarak kurulmasını sağlayan irade açıklamasıdır¹⁰². Kabul, zaman itibarıyla birinci sıradaki irade açıklaması olan öneriden sonra gerçekleşmesi sebebiyle, sözleşmenin kurulmasındaki ikinci irade açıklamasıdır¹⁰³. Kabulün kurulması öngörülen sözleşmenin taraflarından

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Gümüş**, Tüketici, s. 80-81; **Şeker**, Sipariş, s. 87-88; **Baş Süzel**, Sipariş, s. 189. Karş. **Çabri**, Tüketici, s. 159.

¹⁰¹ Belirtelim ki İsviçre öğretisinde OR Art. 6a hükmü, TBK m. 7 hükmünde olduğu gibi, gönderilen tarafından gerçekleştirilecek irade açıklaması ile sözleşme kurma imkanı tanımaması yönüyle eleştirilmektedir. Burada, tıpkı TKHK m. 7 hükmünde olduğu gibi, ısmarlanmayan şey üzerinde tasarrufta bulunulmasının kabul sayılmayacağı yönünde bir düzenlemenin amaca daha uygun olacağına işaret edilmektedir. Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 6a, N. 21; **Guhl/Koller**, § 13, N. 30.

¹⁰² Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 96-97; **Kren-Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 1, N. 13; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 20, N. 1. Ayrıca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 433 vd.; **Koller**, OR AT, § 7, N. 47 vd.; **Schwenzer**, § 28, N. 30; **Tunçomağ**, s. 194 vd.; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 89 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 223; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 93; **Akyol**, Borçlar, s. 82 vd.; **Ataay**, s. 235 vd.; **Özsunay**, Borçlar, s. 65; **Ayan**, s. 170-171; **Akinci**, s. 71.

¹⁰³ **von Büren**, s. 127-128; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 96, 101; **Kren-Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 1, N. 13; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 435; **Koller**, OR AT, § 7, N. 47; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 20, N. 1; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 89. İrade açıklamalarının zaman itibarıyla, öneri ve kabul şeklinde, birbirini takip ederek sözleşmeyi kurmasına öğretide biçim uygunluğu da denilmektedir. Bkz. Üçüncü Bölüm, II, A.

hangisi aracılığıyla gerçekleştirildiği, tıpkı öneride olduğu gibi, önemli değildir. Buna göre, örneğin, satış sözleşmesinde satıcı veya alıcı, kira sözleşmesinde kiraya veren veya kiracı taraflarından her biri kabulde bulunabilir. Buna karşın kabulün sözleşme taraflarından hangisi aracılığıyla gerçekleştirileceği, zaman itibarıyla öncelik-sonralık ilişkisi dikkate alındığında, öneren ve önerisi tarafından belirlenmiş durumdadır. Kabul, tıpkı öneride olduğu gibi, yöneltilmesi gerekli bir irade açıklamasıdır¹⁰⁴.

Kabul, çok defa, öneriye karşı verilmiş bir cevap açıklamasıdır. Bununla birlikte, önerinin ulaşmasından önce yöneltilecek ve bu sebeple öneriye cevap niteliğinde sayılması mümkün olmayan bazı irade açıklamalarının kabul olarak nitelendirilmesi mümkündür. Örneğin, (A)'nın mülkiyetinde yer alan dolmakalemi 100 TL karşılığında satabileceği yönündeki iradesini içerir mektubu 10.08.2019 tarihinde (B)'ye gönderdiği, buna karşın henüz mektuptan haberi olmayan (B)'nin aynı dolmakalemi 100 TL karşılığında satın alabileceği yönündeki iradesini içerir mektubu 11.08.2019 tarihinde (A)'ya gönderdiği ihtimalde, (A)'nın mektubu 12.08.2019 tarihinde, (B)'nin mektubu ise 13.08.2019 tarihinde yöneltildiği kişilere ulaşmış olsa, kanımızca, sözleşme kurulur. Böyle bir durumda zaman itibarıyla sonra gerçekleşen irade açıklaması, örnekte (B)'nin mektubu, kabul olarak nitelendirilir. Esasen, görünürde iki öneriden oluşan bu tür bir mekanizmada sözleşmenin kurulamayacağı dahi ileri sürülebilir¹⁰⁵. Ne var ki irade açıklamalarının öneri ve kabul olarak nitelendirilmesi, sözleşme kurmaya uygun irade açıklamasının bir "teklif veya onay" iradesi içermesine göre değil bunlar arasındaki zamansal önceliğe göre belirlenir. Bu çerçevede, aynı örnek bakımından, (A)'nın 10.08.2019 tarihli mektubunda dolmakalemi 100 TL karşılığında satmayı "onayladığı" yönündeki irade açıklamasının öneri, (B)'nin 11.08.2019 tarihli mektubunda dolmakalemi 100 TL karşılığında satın alabileceği

¹⁰⁴ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 98; Schwenger, § 28, N. 30; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 225; Tunçomağ, s. 194. Ne var ki fiili kabulün irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleştiği durumlarda, bu nitelikteki açıklamanın yöneltilmesinin mümkün olmadığını göreceğiz. Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, d, (2), i.

¹⁰⁵ Önerilerin kesişmesi olarak adlandırdığımız bu gibi durumlarda, esasen, sözleşmenin kurulup kurulmadığının tartışmalı olduğunu incelemiştik. Bkz. İkinci Bölüm, I.

yönündeki "teklifinin" ise yine kabul olarak nitelendirileceği hususunda tereddüt edilmemelidir.

Önerilerin kesişmesi bakımından yukarıda verilen örnekler, zaman itibarıyla sonra gerçekleşen irade açıklamasının daha sonra ulaşması ihtimali üzerine kuruludur. Bu ihtimalde hangi açıklamanın kabul olarak nitelendirileceği hususunda bir zorluk bulunmamaktadır. Ne var ki bunun tersi, yani zaman itibarıyla sonra gerçekleşen irade açıklamasının daha önce (veya aynı anda ulaşması) söz konusu olabilir. Bu kapsamda, yukarıdaki örnek bakımından, (B)'nin irade açıklamasının 12.08.2019 tarihinde, (A)'nın irade açıklamasının ise 13.08.2019 tarihinde ulaşmış olduğu ihtimalde, daha önceki bir tarihten itibaren ancak daha sonra hüküm doğurmaya başlayacak açıklamanın, örnekte (A)'nın mektubunun, kabul olarak nitelendirilebileceği düşünülebilir. Ne var ki bu durum, özellikle sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesine ilişkin TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmü bakımından kabul edilemez. Zira böyle bir ihtimalde sözleşme, karşı tarafın henüz irade açıklamasında bulunmadığı bir tarihte, örnekte 10.08.2019 tarihinde, kurulmuş olur. Bu durumda yine zaman itibarıyla sonra gerçekleşen irade açıklamasının, örnekte (B)'nin mektubunun, kabul olarak nitelendirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle kabul, böyle durumlarda, irade açıklamalarının sözleşmeyi kurmasından sonra bu niteliği alır. Aynı sonuç, irade açıklamalarının aynı anda ulaşması bakımından da geçerlidir¹⁰⁶.

Kabul, açıklamada bulunanın sözleşmenin kurulması yönündeki (işlem) iradesini içerir¹⁰⁷. Bu irade, açıklamada bulunan açısından "kesin" (*endgültig*) niteliktedir. Kesinlik, açıklamada bulunanın, sözleşmenin öneriye uygun şekilde kurulması yönündeki iradesini ifade eder. Sözleşmenin öneriye uygun şekilde kurulması yönünde irade taşımayan bir irade açıklaması, kabul olarak nitelendirilemez. Kabul

¹⁰⁶ Önerilerin kesişmesi bakımından üzerinde durulması gerekli bir diğer husus, irade açıklamalarının aynı anda gerçekleşmesi ihtimalidir. Bu ihtimalde sözleşmeyi kuran irade açıklamalarından herhangi birinin öneri veya kabul olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira irade açıklamaları arasında zaman itibarıyla bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır.

¹⁰⁷ **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 99. Ayrıca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 435; **Koller**, OR AT, § 7, N. 4.

açıklamasında bulunacak kişi, "Evet", "Peki", "Olur", "Tamam" veya "Kabul ediyorum" gibi kesin nitelikli ve olumlu yöndeki kısa cevaplarıyla dahi sözleşmeyi kurabilir. Ancak bu kişi, "Evet ama" gibi olumlu yönde olmakla birlikte kesin nitelikli olmayan irade açıklamalarıyla sözleşmeyi kuramaz¹⁰⁸.

b. Kabulün Hukuki Niteliği

Kabulün hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tartışma, önerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaya bağlı olarak, iki husus üzerinde toplanmaktadır. Birinci husus, kabulün tek taraflı bir hukuki işlem olup olmadığıdır. Öğretide her iki görüşün de savunulduğu bu hususa ilişkin açıklamalar, önerinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar ile birebir aynıdır¹⁰⁹.

Kabulün hukuki niteliğine ilişkin tartışmada ikinci husus, kabulün bir yenilik doğuran hukuki işlem olup olmadığıdır. Öğretide bir görüş¹¹⁰, tek taraflı hukuki işlem olan kabulün aynı zamanda bir yenilik doğuran hukuki işlem olduğu yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre muhatap, önerinin kendisine ulaşmasıyla birlikte, sözleşmenin kurulmasını sağlama yönünde bir yenilik doğuran hak sahibi olmuştur. Muhatabın kabul açıklaması, sözleşmenin kurulmasını sağlar. Buna göre de kabul, (kurucu) yenilik doğuran hukuki işlemdir. Buna karşın öğretide diğer görüş¹¹¹, tek taraflı hukuki işlem olmayan kabulün, yenilik doğuran hukuki işlem olarak da nitelendirilemeyeceği yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre sözleşme, bir tarafın yenilik doğuran hakkını kullanması sonucunda değil, tarafların iradelerini karşılıklı olarak açıklamalarıyla kurulur. Ayrıca sözleşmenin iki taraflı bir hukuki işlem olduğu

¹⁰⁸ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 100.

¹⁰⁹ Önerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışma için bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, c.

¹¹⁰ Merz, SPR VI/1, s. 72-74; von Tuhr/Peter, s. 23; Bucher, OR AT, s. 127, dn. 54; von Büren, s. 127; Guhl/Koller, § 2, N. 34; Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 3, N. 41-46; Ataay, s. 235; Feyzioğlu, C. 1, s. 89; Eren, Borçlar Genel, N. 801; Tunçomağ, s. 50; Akıncı, s. 71. Alman hukuku bakımından, önerinin tek taraflı bir hukuki işlem olmadığı buna karşın kabulün bir yenilik doğuran hukuki işlem olduğu yönünde bkz. von Tuhr, s. 460, 468.

¹¹¹ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 396; Koller, OR AT, § 7, N. 64-65; Buz, Yenilik, s. 142 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 20, N. 1; Taşkın, s. 124.

görüŖüyle birlikte kabulün ve buna baēlı olarak önerinin tek taraflı birer hukuki iŖlem olduēu görüşünün bağdaştırılması mümkün deēildir.

Kanımızca kabul, tıpkı öneride olduēu gibi, tek taraflı bir hukuki iŖlem ve buna baēlı olarak da yenilik doğuran hukuki iŖlem olarak nitelendirilemez. Kabulün tek taraflı bir hukuki iŖlem olmadığına ilişkin görüşümüz, önerinin hukuki niteliēine ilişkin açıklamalarımızdan anlaşılabilir. Kabulün tek taraflı bir hukuki iŖlem olmaması sebebiyle yenilik doğuran hukuki iŖlem olarak nitelendirilmesi de mümkün deēildir. Ayrıca kabul, yenilik doğuran hak teorisinin koŖullarını da sağlamamaktadır¹¹². Zira yenilik doğuran hak, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanır. Kabulün sözleşme kurma etkisi, ön alım, geri alım veya alım haklarında olduēu gibi (bkz. TBK m. 238 vd.; OR Art. 216a vd.; TMK m. 732 vd.; ZGB Art. 682 vd.), kanundan veya sözleşmeden kaynaklanmış deēildir. Bu etki, yalnızca sözleşmenin kurulmasına ilişkin kanunda öngörülen klasik yöntemin sonucudur¹¹³. Kaldı ki kanunda öngörülen veya sözleşmeden kaynaklı bu tür yenilik doğuran hakların kullanılması sonucunda bir sözleşme deēil, doğrudan Türk Borçlar Kanunu'ndaki ifadesiyle "sözleşme/satış ilişkisi" kurulduğuna da dikkat edilmelidir.

c. Kabulün İçeriēi ve Öneriyi AŖan Karşı İrade Açıklaması

Kabulün içeriēi, önerinin içeriēi doğrultusunda belirlenir¹¹⁴. Zira bir açıklamanın kabul olarak nitelendirilmesi, bu açıklamanın öneriye uygun olmasına ve nihayetinde sözleşmenin kurulmuş olmasına baēlıdır. Bu kapsamda kabulün, "*Evet*", "*Peki*", "*Olur*", "*Tamam*", "*Kabul ediyorum*" gibi olumlu yöndeki kısa cevaplardan ibaret olması mümkündür. Kabulün içeriēi, öncelikle, önerinin içeriēinde yer alan objektif veya subjektif esaslı nokta niteliēindeki unsurlara uygun olmalıdır. Bu tür unsurlar

¹¹² Yenilik doğuran hakların özellikleri hakkında bkz. **Buz**, Yenilik, s. 57. Ayrıca bkz. ve karŖ. **Steiner**, s. 45 vd.; **Müller**, BK-OR, Einleitung in das OR, N. 95, 101 vd.

¹¹³ **Buz**, Yenilik, s. 144-145.

¹¹⁴ Bunun dışında, kabulün Ŗeklinin ve geçerlilik süresinin de yine öneri doğrultusunda belirlendiēi söylenebilir. Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 103.

üzerinde değişiklik yapan irade açıklaması, kabul olarak nitelendirilemez ve böylece sözleşmenin kurulmasını sağlamaz¹¹⁵.

İrade açıklaması, önerinin belirlediği objektif veya subjektif esaslı nokta sınırını aşıyorsa "karşı öneri" (*Gegenantrag*, *Gegenangebot*, *Gegenofferte*) olarak nitelendirilebilir¹¹⁶. Objektif veya subjektif esaslı nokta yahut ikinci derece nokta niteliğinde olmaları fark etmeksizin, sözleşmede yer alacak unsurların belirlenmesinin önerinin yöneltildiği kişiye bırakıldığı durumlar ise farklıdır. Böyle durumlarda, önerinin yöneltildiği kişinin, öneride belirlenen sınırlar dahilinde gerçekleştireceği karşı irade açıklaması kabul olarak nitelendirilir¹¹⁷.

¹¹⁵ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 48; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 104; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 441-442. Bkz. İstanbul BAM 16. HD T. 06.03.2020 E. 2017/4181 K. 2020/604: "(...) Taraflar arasında imzalanan 17/03/2014 tarihli sözleşmenin ödeme kısmında ödemenin peşin yapılacağı belirtilmiştir. Anılan bu sözleşmede ödemenin peşin yapılmaması halinde vade farkı uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar arasında ayrıca 18/03/2014 tarihli sözleşme bulunmakta ve bu sözleşmenin ödeme şartları kısmında vadesinde ödenmeyen faturalara vade farkı uygulanacağı yazılı ise de, sözleşmenin alt kısmında "sadece fiyat ve miktar için teyit edilmiştir. Diğer hususlarda 17/03/2014 tarihli sözleşme geçerlidir" şeklinde yazı ve imza bulunduğu, bu kısmın davalı şirket kaşesi ile kaşelendiği görülmüştür. Bir başka ifadeyle davacı taraf 18/03/2014 tarihli sözleşmede; vade farkı uygulanmasını istemiş ise de, bu talebin davalı tarafından kabul görmediği, davalının 18/03/2014 tarihli metni sadece fiyat ve miktar bakımından teyit ettiği, dolayısıyla taraflar arasında vade farkı uygulanacağına dair 6098 Sayılı TBK'nun 1.maddesi anlamında sözleşmenin bulunmadığı anlaşılmıştır. (...)" (**Kazancı**).

¹¹⁶ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 51; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 105; **Kren-Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 1, N. 13; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 94; **Ataay**, s. 236. CISG m. 19/1 ve BGB § 150 II hükümleri, öneriyi aşan karşı irade açıklamasının yeni bir öneri olarak nitelendirileceğini açıkça düzenlemektedir. CISG m. 19/1: "Bir icabın kabulüne yönelik, fakat eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap, icabın reddi olup bir karşı icap oluşturur." BGB § 150 II: "Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag."

¹¹⁷ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 49; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 50; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 108; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 443. Öneriyi aşan karşı irade açıklaması bakımından özel bir duruma işaret etmek gerekir. Örneğin, satıcı (A)'nın 450 TL üzerinden yaptığı önerinin alıcı (B) tarafından 500 TL olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Öğretide bir görüş (**Esener/Gündoğdu**, s. 61), böyle bir durumda kabulün öneri oranında geçerli olacağı ve öneriyi aşan kısmın ise yeni bir öneri sayılacağı yönündedir. Buna göre, yeni bir öneri sayılacak kısmın da -en azından- satıcının susması yoluyla kabul edildiği söylenebilir (**Taşkın**, s. 126-127). Karş. Yarg. 15. HD T. 16.09.2008 E. 2008/4190 K. 2008/5399 (**Lexpera**).

d. Kabulün Şekil ve Anlaşılabilirlik Bakımından Nitelendirilmesi

(1) Kabulün Şekli

Kabulün şekline ilişkin açıklamalar, önerinin şekline ilişkin yaptığımız açıklamalarla büyük oranda uyum içerisindedir¹¹⁸. Buna göre kabulün hüküm doğurması, bu açıklamanın belirli bir şekil içerisinde gerçekleşmiş olmasına bağlı değildir. Sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklaması, söz, yazı veya işaret yahut davranış araçlarından hangisi aracılığıyla gerçekleşmiş olduğu fark etmeksizin, kabul olarak hüküm doğurmaya elverişlidir. Kanunda geçerlilik şekli öngörülmuş sözleşmeler bakımından, kabulün de bu şekle uygun olması gerekir. Aksi takdirde sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı açıktır. Adi yazılı şeklin geçerli olduğu tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve kabul edenin borç altına girmediği durumlarda ise kabulün bu şekil içerisinde gerçekleşmiş olması aranmaz. Örneğin, bağışlama sözü vermede bağışlanan¹¹⁹ veya kefalet sözleşmesinde alacaklı¹²⁰ tarafından gerçekleştirilecek kabulün yazılı şekilde yapılması gerekli değildir¹²¹.

Önerinin şekline ilişkin kısımda, taraflarca öngörülen geçerlilik şekli bakımından durumun biraz farklı olduğunu, bu tür şeklin yalnızca kabul bakımından etkili olabileceğini belirtmiştik. Gerçekten, öneride bulunanın, önerisinde, kabulün belirli bir şekil içerisinde gerçekleşmiş olmasını araması mümkündür. Böyle bir durumda, öneride bulunanın belirlediği şekle uygun olmayan bir açıklamanın, kabul olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda kabul, yok hükmündedir. Ne var

¹¹⁸ Bkz. ve karşı. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 50-52; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 55-57; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 121-123.

¹¹⁹ **Tandoğan**, C. I/1, s. 356.

¹²⁰ **Eren**, Borçlar Özel, N. 2659.

¹²¹ Bu durum, esasen, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunmasının zorunlu olduğu yönündeki TBK m. 14/1 hükmünden kaynaklanmaktadır.

ki kabul olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacak bu açıklama, yeni bir öneri (karşı öneri) olarak nitelendirilebilir¹²².

(2) Açık veya Örtülü Kabul: Özellikle Fiili Kabul ve Susma

Kabul, tıpkı öneride olduğu gibi, açık veya örtülü nitelikte olabilir (TBK m. 1/2; OR Art. 1/2)¹²³. Açık kabul, söz, yazı veya işaret yahut davranış aracılığıyla gerçekleşmiş olması fark etmeksizin, sözleşme içeriğinin benimsendiği yönünde açıkça anlaşılabilir niteliktedir. Bu kapsamda, açıklamada bulunanın "Evet", "Peki", "Olur", "Tamam" veya "Kabul ediyorum" yönündeki sözleri yahut öneride bulunanın imzalayarak kendisine sunduğu sözleşme metnini imzalaması, birer açık kabul olarak nitelendirilir¹²⁴. Açık kabul olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan diğer bütün açıklamalar ise örtülü kabul niteliğindedir. Mutat yöntemler aracılığıyla (irade beyanı olarak) gerçekleşen bir kabulün örtülü nitelikte olabileceğinde tereddüt yoktur. Davranış aracılığıyla gerçekleşen kabul ise çoğu kez örtülü niteliktedir. Zira bu davranış, pek çok durumda yorumlanması sonucunda irade açıklaması olarak hukuki sonuç doğurur. Davranış aracılığıyla gerçekleşen kabul, fiili kabul ve susma olarak ikiye ayrılır.

i. Fiili Kabul

"Fiili kabul" (*Realakzept*), davranış aracılığıyla gerçekleşen kabulü ifade eder¹²⁵. Bu tür kabul, açıklamada bulunanın sözleşmenin kurulmasına yönelik (işlem) iradesinin açıklamaya konu davranışın yorumlanması sonucunda anlaşılabilir olması sebebiyle, pek çok durumda örtülü niteliktedir. Örneğin, ısmarlanmış/istenmiş bir şeyin gönderilmesinde satış (veya duruma göre kullanım öduncü, kira vb.) sözleşmesi

¹²² Aynı yönde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 51; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 122. Bu tür (karşı) öneriyi uygun bir sürede reddetmeyen önceki öneren, birazdan açıklanacak TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmü çerçevesinde, sözleşmenin kurulmuş sayılması sonucuyla karşılaşabilir.

¹²³ Ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 90 vd.; **Tunçomağ**, s. 195 vd.

¹²⁴ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 54-55; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 115-116.

¹²⁵ Bkz. ve karş. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 58-59; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 58 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 124 vd.

kurulmasına yönelik işlem iradesi, "gönderme" davranışının yorumlanması sonucunda anlaşılabilir. Buna göre ısmarlanmış şeyin gönderilmesi, bu sözleşme bakımından, iradeyi gösteren davranış aracılığıyla gerçekleşen bir fiili kabul niteliğindedir¹²⁶. Benzer biçimde, kendisine gönderilmiş kitapları ciltlemeye başlayan ciltçinin eser sözleşmesi kurulmasına yönelik işlem iradesi, "ciltleme" davranışının yorumlanması sonucunda anlaşılabilir. Buna göre ciltleme, eser sözleşmesi bakımından, bu kez irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleşen bir fiili kabul niteliğindedir¹²⁷.

Görüldüğü gibi irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleşen fiili kabul, öneride bulunan tarafa yöneltilmemektedir. Bu durum, sözleşmenin iradelerin karşılıklı olarak açıklanması sonucunda kurulması ve kabulün yöneltilmesi gerekli bir irade açıklaması olması karşısında tartışılabilir. Burada irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleşen fiili kabulün sözleşmeyi kurabilmesi, kanımızca, öneride bulunan tarafın, kabulün kendisine yöneltmesinden vazgeçmiş olması ihtimalinde mümkündür. Gerçekten, öneride bulunan taraf, kabulün kendisine yöneltmesinden açık veya örtülü olarak vazgeçmiş olabilir. Örneğin, kitaplarını ciltçiye gönderen veya bir otele telefon ederek belirlediği gün için oda rezerve edilmesini isteyen kişi, kabulün kendisine yöneltmesinden vazgeçmiş sayılmalıdır¹²⁸. Örnekte ciltçinin kitapları ciltlemesi veya resepsiyon görevlisinin odayı rezerve etmesi, birer fiili kabul niteliğindedir. Öneride bulunan tarafa yöneltilmiş bir irade açıklamasının bulunmaması, irade açıklamalarının

¹²⁶ Bkz. Yarg. 3. HD T. 06.07.2017 E. 2015/20037 K. 2017/11270: "Somut olayda, her ne kadar malik olduğu konutun merkezi ısıtma sistemine geçişi için düzenlenen merkezi ısıtma sistemi site yönetimi kuruluş sözleşmesinde davalının imzası bulunmuyor ise de, davalının kendi kabulünde olduğu üzere, sisteme giriş için gerekli bedeli ödediği, sistemden belli bir süre yararlandığı ve yararlandığı sürede yakıt bedelini ödemiş olduğu da göz önüne alındığında, davalının söz konusu sözleşmeye icazet verdiği açık olup, mahkemece; taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmeli ve uyumsuzluğun sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir." (Kazancı).

¹²⁷ Bkz. Müller, BK-OR, Art. 3, N. 126-127. Karş. Demirsatan, Haksız, s. 11, dn. 35.

¹²⁸ Bunun dışında, fiili öneride açıklamada bulunanın, kural olarak, kabulün kendisine yöneltilmiş olmasından vazgeçmiş sayılacağını belirtmiştik (bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, e, (2)). Gerçekten, başkaca bir açıklama yapmaksızın, kirli elbiseyi kuru temizlemeciye veya bozulan saati tamirciye gönderen kişinin beklentisi, elbisenin temizlenmesi veya saatin tamir edilmesidir. Bu kişinin, esasen, sözleşmenin kurulması ve nihayetinde ifanın (eserin) gerçekleşmesi için öncelikle kendisine bir irade açıklaması yöneltmesi beklentisinde olmadığı kanısındayız.

karşılıklı olması gereğine de aykırı değildir. Zira böyle durumlarda, TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmünün bir örtülü boşluk içerdiği sonucuna varılmalıdır. Ayrıca öneride bulunanın, kendisine yöneltilmiş bir irade açıklaması bulunmaması sebebiyle sözleşmenin kurulmadığını ileri sürebilmesi, TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünde yer alan dürüstlük kuralı karşısında yine mümkün olmamalıdır¹²⁹.

ii. Susma

Susma, kural olarak, kabul niteliğinde değildir. Zira önerinin yöneltildiği kişi, ticari işlerde dahi, bu açıklamaya karşı olumlu veya olumsuz bir yanıt vermekle yükümlü değildir. Bu ilke, öneride, belirli bir süre içerisinde reddedilmeyen önerinin kabul edilmiş sayılacağı yönünde tek taraflı bir açıklama içeriyor olması ihtimalinde dahi geçerlidir¹³⁰. Bununla birlikte susma, iki ihtimalde, kabul olarak nitelendirilebilir. Birinci ihtimalde taraflar, bir önsözleşme veya çerçeve sözleşme kapsamında, susmanın kabul olarak nitelendirileceği hususunu kararlaştırmışlardır¹³¹. Böyle bir durumda susma aracılığıyla gerçekleşen kabul, gerçek anlamda bir (örtülü) irade açıklaması niteliğindedir. İkinci ihtimalde ise susma, kanunun belirlediği koşullar çerçevesinde, önerinin yöneltildiği kişinin sözleşmenin kurulması yönündeki irade eksikliğine karşın normatif anlamda bir irade açıklaması sayılarak, kabul olarak hüküm doğurmaktadır. Nitekim, TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmüne göre, "*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*" Buna

¹²⁹ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 6, N. 74; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 127. Benzer bir duruma CISG sisteminde de rastlıyoruz. Gerçekten CISG Art. 18/3 hükmüne göre, "*Ancak taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller veya icap nedeniyle, muhatap, icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmişse, kabul, fıkra 2'de öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla eylem anından itibaren hüküm doğurur.*" Görüldüğü gibi "davranışın gerçekleştirilmesi" bu davranışın gerçekleştiği andan itibaren kabul olarak hüküm doğurmaktadır. Bu kapsamda açıklamalar için bkz. ve karşı. **Sağlam**, CISG, s. 191 vd.

¹³⁰ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 6, N. 4; **Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 8; **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 1; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 451; **Huguenin**, N. 226; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 230. Ayrıca bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 164.

¹³¹ Bkz. **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 2; **Schwenzer**, § 28, N. 35.

göre susmanın kabul sayılabilmesi, öneride bulunanın, kanun¹³² veya işin özelliği yahut durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda olmamasına bağlıdır.

Öneride bulunanın, karşı tarafın sözleşmenin kurulması yönünde bir (işlem) iradesi olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, TBK m. 6 hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüş¹³³, bu hükmün kabule ilişkin bir faraziye öngördüğünü, bu sebeple önerinin yöneltildiği kişinin işlem iradesi eksikliğinin öneride bulunan kişi tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği durumların, sözleşmenin kurulmuş sayılmasına bir etkisi olmayacağı yönündedir. Buna karşın, kanımızca da üstün tutulması gerekli diğer görüş¹³⁴, söz konusu hükmün güven ilkesinin özel bir uygulama alanı olduğu, bu sebeple önerinin yöneltildiği kişinin işlem iradesi eksikliğinin öneride bulunan kişi tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği durumlarda, sözleşmenin kurulmuş sayılamayacağı yönündedir. Gerçekten, hükmün ikinci kısmında yer alan "önerinin uygun bir sürede reddedilmemesi" koşulu, hükmün amacının, öneride bulunan kişi açısından sözleşmenin kurulup kurulmayacağı hususundaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik olduğunu gösterir. Sözleşmenin kurulması yönünde bir işlem iradesi bulunmadığını bilen taraf açısından böyle bir belirsizlikten söz edilemez. Bu durumda öneride bulunanın, kendisi açısından belirsiz olmayan bir durum bakımından korunması hükmün amacına aykırıdır.

Kabulün susma ile gerçekleşmesine, bazı durumlarda, kanunda açıkça işaret edilmektedir. Bu kapsamda, vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 503 (OR Art. 395)

¹³² Öneride bulunanın "*kanun*" gereği açık bir kabulü beklemek zorunda olmaması, 6098 sayılı TBK m. 6 hükmünün gerekçesinde metinde yalnızca arılaştırma yapıldığı ifade edilmiş olsa dahi, 818 sayılı BK m. 6 ve OR Art. 6 hükümlerinde yer almamaktadır. Belirtelim ki bu ifadenin bulunmasının, teorik veya pratik bir sonucu da bulunmamaktadır.

¹³³ **Schlöpfer**, s. 33-34; **von Tuhr/Peter**, s. 189; **Schwenzer**, § 28, N. 37; **Koller**, OR AT, § 7, N. 102. Benzer yönde bkz. **Becker**, BK-OR, Art. 6, N. 1.

¹³⁴ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 6, N. 14; **Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 10; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 6, N. 1; **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 3; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 455; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 20, N. 5, dn. 9. Ayrıca bkz. ve karşı. BGer 4A_437/2007; BGer 4C_437/2006.

hükmüne göre, "*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sîfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*" TBK m. 6 hükmünün özel bir uygulaması niteliğindeki bu hükmün kapsamında yer alan, örneğin, resmi sîfata sahip avukat, işini yapması mesleğin gereği olan doktor veya bu işleri kabul edeceğini duyuran özel ders ilanı vermiş öğretmen, kendisine karşı yöneltilen öneriyi hemen reddetmediği sürece, susma kabul olarak nitelendirilmektedir¹³⁵. Bu hüküm kapsamında, susmanın kabul olarak nitelendirilmesinin, aksi ispat edilemeyen bir faraziye mi yoksa aksi ispat edilebilen bir karine mi öngördüğü hususu tartışmalıdır¹³⁶.

Kabulün susma ile gerçekleşmesi, işin özelliğine veya durumun gereğine göre açık bir kabulün beklenmek zorunda olmadığı durumlarda da söz konusu olabilir. Buna göre, örneğin, sürekli olarak mal satılan kişiye yeni mal gönderileceği yönünde bir irade açıklamasında bulunulmasına rağmen bu kişinin susması veya bağışlama önerisinde bulunulan kişinin susması, işin özelliğine veya durumun gereğine göre susmanın kabul olarak nitelendirilmesine elverişlidir¹³⁷. Bununla birlikte, susan kişinin durumun aksini ispat etmesi, böylece susmanın kabul olarak nitelendirilmesini engellemesi mümkündür¹³⁸.

Kabulün susma ile gerçekleşmesi bakımından incelenmesi gereken diğer bir durum da teyit mektubudur. Gerçekten, tacirler arasında, (yüz yüze veya telefonla yahut başka bir araçla görüşerek) sözlü irade açıklamalarıyla kurulan sözleşmenin sonucunda, taraflardan birinin, diğerine, sözleşmenin kurulduğu hususunu ve kurulmuş olan bu sözleşmenin içeriğini teyit etmek amacıyla bir yazılı açıklama iletmesi biçiminde

¹³⁵ Tandoğan, C. II, s. 386 vd.; Aral/Ayrancı, s. 441-442; Zevkliler/Gökyayla, s. 608; Gümüş, Borçlar, s. 435-436.

¹³⁶ Faraziye olduğu yönünde bkz. von Tuhr/Peter, s. 165; Keller/Schöbi, s. 37; Tandoğan, C. II, s. 387; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 230. Karine olduğu yönünde bkz. Schmidlin, BK-OR, Art. 6, N. 34; Aral/Ayrancı, s. 442-443; Gümüş, Borçlar, s. 436.

¹³⁷ Schläpfer, s. 45 vd.; Müller, BK-OR, Art. 6, N. 24 vd.; Nomer, Borçlar, N. 23.

¹³⁸ Bu yönde bkz. Nomer, Borçlar, N. 23.1.

gerçekleşen yaygın bir uygulama bulunmaktadır. Bu uygulama kapsamında iletilen yazılı açıklamaya "teyit mektubu" (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*) denilir¹³⁹.

Teyit mektubunun düzenlendiği TTK m. 21/3 hükmüne göre, "*Telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.*" Hükümden de anlaşılacağı üzere teyit mektupları, kural olarak, taraflar arasında daha önce gerçekleşen sözlü görüşmeyi "açıklayıcı" bir işlev görürler ve bu yönleriyle yalnızca birer ispat aracı niteliği taşırlar¹⁴⁰. Böyle durumlarda teyit mektubunun sözleşmenin kurulma aşamasına bir etkisinin bulunmadığı kendiliğinden anlaşılır.

Sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde uygunluk sağlanmayan (esaslı veya ikinci derece nokta niteliğindeki) unsurları içeren, diğer bir deyişle sözleşme görüşmesinden ayrılan teyit mektupları¹⁴¹ bakımından ise durum farklıdır. Gerçekten, sözleşme görüşmesinden farklı içerikteki teyit mektubu, gönderilen kişinin bu mektup karşısında susması durumunda "kurucu" bir işlev görebilir. Zira böyle bir durumda sözleşme görüşmesinden ayrılan teyit mektubu yeni bir öneri, mektubun gönderildiği

¹³⁹ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 6, N. 68, 70; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 6, N. 81; **Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 101; **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 17; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1159; **Schwenzer**, § 28, N. 44; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 7; **Eren**, Borçlar Genel, N. 373; **Ayhan**, s. 54. Bununla birlikte, istisnai durumlarda, yazılı irade açıklamalarıyla gerçekleşen bir sözleşme görüşmesi sonucunda (**Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 102; **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 17) veya sözleşmenin her iki tarafınca (**Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 6, N. 72; **Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 103) teyit mektubu gönderilmiş olması da mümkündür. Teyit mektubunun, kabul niteliğindeki sipariş onayından farkı hakkında ayrıca bkz. **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 18.

¹⁴⁰ Bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 6, N. 84; **Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 106, 117; **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 19; **Schwenzer**, § 28, N. 44; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 8.

¹⁴¹ İsviçre öğretisinde, bu farklılığı ifade etmek üzere, sözlü görüşmeyi açıklayanlar için "gerçek teyit mektubu" (*echtes Bestätigungsschreiben, korrektes Bestätigungsschreiben*) ve sözlü görüşmeden ayrılanlar için "gerçek olmayan teyit mektubu" (*unechtes Bestätigungsschreiben, abweichendes Bestätigungsschreiben*) biçiminde bir ayrım yapılmaktadır. Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 106 vd.

kişinin susması ise örtülü kabul olarak nitelendirilmeye elverişlidir¹⁴². Ancak güven ilkesi çerçevesinde aksi yönde bir sonuca ulaşılması da mümkündür. Bu konu özelinde güven ilkesinin çerçevesi, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında¹⁴³, teyit mektubunun sözleşme görüşmesinden ayrılması ölçüsünde belirlenmektedir. Buna göre, sözleşme görüşmesinden "esaslı olarak" ayrılan teyit mektubu, gönderildiği kişinin susması durumunda dahi kurucu bir işlev görmeyecektir¹⁴⁴. Aynı sonucun, taraflar arasında daha önce bir sözleşme görüşmesinin gerçekleşmediği durumlarda da uygulanacağı kabul edilir¹⁴⁵.

Sözleşmenin susma ile kurulmasına ilişkin olarak sigorta hukukunda da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten, TTK m. 1405/1 hükmüne göre, "*Sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır.*" Görüldüğü gibi hüküm, sigorta sözleşmesi kurulmasına yönelik önerinin, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemesi durumunda sözleşmenin kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir. Burada esasen, TBK m. 6 hükmünde yer alan "uygun sürenin", TTK m. 1405/1 hükmü doğrultusunda "otuz gün" olarak belirlendiği sonucuna ulaşılabilir¹⁴⁶.

¹⁴² **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 20; BGE 123 III 35. Aynı yönde bkz. **Ayhan**, s. 58-59.

¹⁴³ BGE 114 II 250; Bger 4C.16/2000.

¹⁴⁴ Ayrıca bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 6, N. 128 vd.; **Kut**, CHK-OR, Art. 6, N. 20; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 9; **Eren**, Borçlar Genel, N. 375.

¹⁴⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 14, N. 9.

¹⁴⁶ TTK m. 1405/1 hükmünün uygulamada ortaya çıkaracağı sorunlar hakkında ayrıca bkz. **Ünan**, s. 65 vd.

B. Öneri ve Kabul Açıklamalarını Gerçekleştiren Kişiler

1. Öneren

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde herkes, dilediği kimse ile ve dilediği içerikte sözleşme kurmak üzere öneride bulunabilir¹⁴⁷. Bir sözleşmede "öneride bulunan taraf" olabilmek için hak ehliyetine sahip olmak, diğer bir deyişle hukuk düzeni bakımından kişi olarak kabul edilmek gerekli ve yeterlidir. Bu kapsamda "öneren" (*Antragsteller, Offerent, Anbieter*)¹⁴⁸, sözleşmenin kurulması için öneride bulunan tarafı oluşturan her gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Önerinin kanuni veya iradi temsilci aracılığıyla gerçekleştirildiği durumlarda, (dar anlamda) hukuki işlem olan sözleşmenin temsilci ile taraf arasında kurulması sebebiyle¹⁴⁹ öneren sıfatı, temsilciye aittir. Önerinin haberci aracılığıyla gerçekleştirildiği durumlarda ise habercinin böyle bir sıfatı bulunmamaktadır¹⁵⁰.

Öneren, tek kişiden ibaret olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Örneğin, iki arkadaşın bir apartman dairesini ortaklaşa kiralamak için öneride bulunması durumunda öneren birden fazla kişidir. Önerenin, kurulması öngörülen sözleşmenin taraflarından hangisi olduğu önemli değildir. Buna göre, satış sözleşmesinde alıcı veya satıcı, kira sözleşmesinde kiraya veren veya kiracı yahut eser sözleşmesinde yüklenici veya iş sahibi taraflarından herhangi birisi öneren olabilir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Bu tür sözleşmelerin

¹⁴⁷ Koller, OR AT, § 13, N. 2; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 40, N. 1; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 81 vd.; Eren, Borçlar Genel, N. 831 vd.

¹⁴⁸ 818 sayılı mülga BK dönemine ilişkin eserlerde, kanundaki "icap" terimine bağlı olarak, "icapçı" (Tunçomağ, s. 183; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 83; Akyol, Borçlar, s. 66), "mucip" veya "önerici" (Feyzioğlu, C. 1, s. 70) terimleri kullanılmaktaydı. Zira kanunda dahi "akdin yapılmasını teklif eden" (BK m. 3), "icap yapan" (BK m. 5/3), "icabı dermeyen eden" (BK m. 6-7, ayrıca bkz. m. 5/1) ifadeleriyle bir terim birliği sağlanabilmiş değildi. 6098 sayılı TBK döneminde ise "öneri" terimine bağlı olarak kanunun da tercih ettiği "öneren" (bkz. TBK m. 4-6, m. 8) teriminin öğretide bütünüyle yerleştiği söylenebilir. Örnek olarak bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 196; Eren, Borçlar Genel, N. 787 vd.; Sağlam, İstanbul, m. 3, N. 18.

¹⁴⁹ Bkz. Leenen, s. 400, dn. 62; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 16, N. 2.

¹⁵⁰ Karş. Müller, BK-OR, Art. 3, N. 17.

kurulması için alacaklı veya borçlu taraflarından her ikisi de öneride bulunabilir¹⁵¹. Bu kapsamda, bağışlama sözleşmesinde bağışlayan veya bağışlanan taraflarından herhangi birisi öneren olabilir.

Gerçek kişi öneren bakımından, bu kişi tarafından yapılan öneriye bağlı olarak kurulacak sözleşmenin hüküm doğurması, kural olarak, önerenin fiil ehliyetine sahip olmasına bağlıdır¹⁵². Ne var ki (dar anlamda) sözleşmenin kurulabilmesi için önerenin fiil ehliyetine sahip olması gerekmez. Gerçekten, ayırt etme gücüne sahip olmayan (tam ehliyetsiz) kişi geçerli bir irade açıklamasında bulunamaz ve bu kişiye karşı yöneltilmiş irade açıklaması geçerli olarak hüküm doğurmaz¹⁵³. Ancak öğretide üzerinde görüş birliği sağlandığı üzere, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi tarafından yapılan irade açıklamasının yine sözleşmeyi kuracağı ancak bu sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı kabul edilir¹⁵⁴. Buna göre öneren sıfatının, gerçek kişinin fiil ehliyetinden bağımsız olduğu anlaşılır¹⁵⁵. Belirtelim ki ayırt etme gücü eksikliğinin bu kişiler aleyhine sonuç doğuracağı durumlarda, TMK m. 2/2 (OR Art. 2/2) hükmünde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde, hükümsüzlüğün ileri sürülemediği durumlar da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, hükümsüzlüğüne karar verilemeyecek sözleşmede ayırt etme gücü olmayan kişinin öneren sıfatını taşıyabileceği açıktır. Benzer durum ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen ergin

¹⁵¹ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 18.

¹⁵² Bkz. ve karşı. Schmidlin, BK-OR, Art. 3, N. 34; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 17.

¹⁵³ Hausheer/Aebi-Müller, § 7, N. 40; Brückner, N. 195 vd.; Dural/Öğüz, N. 353. Ayrıca bkz. Tekinay, s. 223.

¹⁵⁴ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 43, N. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 384-386.

¹⁵⁵ Hak ehliyeti bakımından ise durum farklıdır. Bkz. Yarg. 17. HD T. 09.12.2019 E. 2017/5670 K. 2019/11704: "Somut olayda; her ne kadar kazada vefat eden ...'ın mirasçıları tarafından, diğer davalılar yanında, zorunlu trafik sigorta şirketi ... Sigorta A.Ş. aleyhine destekten yoksun kalma tazminatı davası açılmış ise de, zorunlu trafik sigorta poliçesinin düzenlendiği 30.09.2009 tarihi itibarıyla sigortalı İsmet Y.'ın ölü olduğu anlaşılmış olup, ölüm ile kişilik hakları son bulduğundan ve dolayısıyla karşılıklı olarak açıklanan bir irade beyanından söz edilemeyeceğinden geçerli bir sigorta sözleşmesinin bulunmadığı anlaşılmakla, ilk derece mahkemesince verilen poliçeye dayalı olarak davanın kabulü kararı hatalı olup, Bölge Adliye Mahkemesince de davalı ... Sigorta A.Ş. vekilinin bu husustaki istinaf başvurusunun kabulü gerekirken esastan reddine karar verilmesi doğru olmamış, yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir." (Kazancı). Ancak böyle bir durumda sözleşmenin geçersizliği yerine, kanımızca, yokluğu yönünde karar verilmeliydi.

olmayan veya kısıtlı (sınırlı ehliyetsiz) kişiler için de söz konusudur. Bu kişiler, kendilerini borç altına sokacak işlemleri ancak temsilcilerinin rızasıyla geçerli olarak yapabilirler¹⁵⁶. Ne var ki kanuni veya iradi temsilcinin rızası, (dar anlamda) hukuki işlem olarak sözleşmenin yine ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı kişi tarafından gerçekleştirildiği sonucunu doğrular. Böyle bir durumda öneren sıfatının yine küçüğe veya kısıtlıya ait olduğu açıktır¹⁵⁷. Ayrıca bu kişilerin, karşılıksız kazanma sağlayacak veya kişiye sıkı surette bağlı haklarına ilişkin sözleşmelerde öneren olarak yer alabilecekleri de TMK m. 16/1 (karş. ZGB Art. 19/2) hükmü kapsamında tereddütsüz söylenebilir.

Gerçek kişi önerenin fiil ehliyetini kaybetmesi veya ölümü halinde öneri bağlayıcılığını yitirmez. Böyle bir durumda önerenin mirasçıları, mirasbırakanlarının önerisiyle bağlıdır. Örneğin, satıcı (A)'nın mülkiyetinde yer alan taşınır eşyanın satılması yönündeki önerisini alıcı (B)'ye yöneltmesinden sonra ayırt etme gücünü yitirmesi veya ölmesi durumunda, (A)'nın mirasçıları (C) ve (D) bu öneriyle bağlıdır. (B)'nin öneriyi kabul etmesi durumunda sözleşme kurulur. Bununla birlikte, üstlenilecek edim açısından önerenin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı durumlarda önerinin bağlayıcılığının sona erdiği kabul edilir¹⁵⁸. Örneğin, tanınmış bir cerrah olan (A)'nın cerrahi operasyon yapılması yönündeki önerisini (B)'ye yöneltmesinden sonra ölmesi durumunda öneri bağlayıcılığını yitirir. (A)'nın mirasçıları (C) ve (D), söz konusu öneri ile bağlı değildir. Bu sebeple de (B) tarafından gerçekleştirilecek kabul içerikli irade açıklaması sözleşmeyi kuramaz.

Tüzel kişi önerenin ehliyeti bakımından ise durum biraz farklıdır. Tüzel kişiler, yaradılış gereği insana özgü olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler

¹⁵⁶ **Hausheer/Aebi-Müller**, § 7, N. 83 vd.; **Dural/Öğüz**, N. 433 vd.

¹⁵⁷ Kanuni veya iradi temsilcinin rıza göstermediği durumlarda dahi sonuç değişmez. Zira böyle bir durumda geçersizliğine karar verilecek işlemin "öneride bulunan tarafı" yine ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olur.

¹⁵⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 21 N. 4; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 222; **Tunçomağ**, s. 193-194; **Helvacı, İ.**, s. 5. Bkz. ve karş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 98-99.

(TMK m. 48, ZGB Art. 53). Ne var ki bu ehliyetin tüzel kişinin amaçları ile sınırlı olup olmadığı hususu tartışmalıdır¹⁵⁹. Tüzel kişinin hak ehliyetini amaçları ile sınırlayan görüşün kabul edilmesi durumunda, amaç dışı bir hususu konu edinen sözleşmenin yok hükmünde sayılması sebebiyle, bu tür sözleşmelerde tüzel kişinin öneren olarak yer alması mümkün olmaz. Ancak medeni hukuk tüzel kişileri olarak dernekler ve vakıflar hakkında *ultra vires* ilkesinin uygulanabilmesi, bu konuda kanuni bir düzenleme bulunmaması sebebiyle kanımızca mümkün değildir. Nitekim 6102 sayılı TTK hükümlerinde 6762 sayılı mülga TTK m. 137 benzeri bir hükmün yer almaması karşısında, ticaret şirketleri bakımından da aynı sonuca ulaşılması gerekir¹⁶⁰.

Tüzel kişi, niteliği gereği, ancak kişi veya kişiler aracılığıyla irade sahibi olabilir. Kişi veya kişiler, tüzel kişiye ilişkin kurallar çerçevesinde yaptıkları irade açıklamaları sonucunda, tüzel kişinin fiil ehliyetini kullanmasını sağlarlar. Tüzel kişilerde fiil ehliyetine ilişkin TMK m. 50 (ZGB Art. 55) hükmüne göre de "*Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.*" Buna göre organ, tüzel kişinin iradesinin oluşmasını ve bu iradenin açıklanmasını sağlayan kişiyi veya kişi topluluğunu ifade eder¹⁶¹. Organ tarafından gerçekleştirilmeyen bir irade açıklamasının tüzel kişiyi bağlaması mümkün değildir. Bu çerçevede, tüzel kişinin öneren sıfatını kazanabilmesi, önerinin (tüzel kişiyi temsile) yetkili organ aracılığıyla gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Bununla birlikte, biçimsel olarak tüzel kişi organı olmadığı halde, tüzel kişinin iradesinin oluşumunda karar alan kişi veya kişiler, "fiili organ" ("olgu organ", *faktische Organe*) olarak ifade edilirler. Fiili organın gerçekleştirdiği işlemin, bu kişi veya kişiler kanuna veya kuruluş belgesine göre biçimsel olarak bir organ sıfatı taşımıyor olsa dahi, tüzel

¹⁵⁹ Tüzel kişinin hak ehliyetinin amaçları ile sınırlı olmasına "*ultra vires*" ilkesi denilmektedir. İngiliz hukukunda bu ilkenin öncelikle kamu hukukunda doğduğu, daha sonra şirketler hukukuna uygulandığı belirtilmektedir. "*Ultra vires*" ilkesinin İngiliz hukukundaki gelişimi için bkz. **Hacımahmutoglu**, s. 7 vd.. Türk hukukundaki görüşler için ayrıca bkz. **Dural/Öğüz**, N. 1147 vd. Özellikle dernekler bakımından bkz. **Çetiner**, s. 235 vd.

¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. **Hacımahmutoglu**, s. 101 vd. özellikle s. 105-106; **Dural/Öğüz**, N. 1150.

¹⁶¹ **Dural/Öğüz**, N. 1157. Ayrıca bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, § 17, N. 70-71; **Brückner**, N. 1067; **Öztan**, s. 81-82; **Özsunay**, Tüzel, s. 73-74.

kişiyi bağladığı kabul edilmektedir¹⁶². Bu kapsamda, fiili organın gerçekleştirdiği öneriler bakımından tüzel kişinin öneren sıfatını alması mümkündür.

Gerçek veya tüzel kişi önerenin, öneride bulunduktan sonra konkordato başvurusunda bulunması¹⁶³ veya tacir olan önerenin iflasına karar verilmesi¹⁶⁴, kural olarak, önerinin geçerliliğini veya bağlayıcılığını etkilemez. Bu sebeple kurulması öngörülen sözleşmeler bakımından gerçek veya tüzel kişinin öneren sıfatı, geçerli olarak devam eder. Ne var ki bazı durumlarda kanun, taraflardan biri hakkında iflas kararı verilmesinin sözleşmeyi sona erdireceğini açıkça hükme bağlamıştır¹⁶⁵. Bu ihtimalde, önerinin de bağlayıcılığını yitirdiği sonucuna ulaşmak gerekir. Örneğin, ürün kirası sözleşmesi kurulması yönünde öneride bulunan tacir kiracı hakkında iflas kararı verilmesi durumunda bu kişinin öneren sıfatı, henüz kurulmayan sözleşme bakımından sona erer (bkz. TBK m. 370; OR Art. 297a).

2. Muhatap

"Muhatap" (*Empfänger, Adressat, Antragsempfänger*), kendisine öneri yöneltilmiş gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Buna göre muhatabın, sözleşmenin kurulmasına ilişkin klasik yöntem bakımından, önerenin karşısında yer alan kişi olduğu kendiliğinden anlaşılır. Muhatap, önerinin kendisine ulaşması sonucunda bir "sözleşme kurma yetkisi" ("kabul yetkisi"; *Abschlussbefugnis, Annahmefugnis*) elde etmiş olur. Bu yetki kapsamında muhatap, kabulde bulunarak sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Ne var ki muhatabın sahip olduğu sözleşme kurma yetkisi, üzerinde serbestçe tasarruf edilmesi mümkün bir kişisel hak niteliği taşıması dışında, özellikle iki husus bakımından sınırlıdır:

(i) Muhatap, sözleşmenin dilediği içerikte kurulması yönünde bir kabulde bulunamaz. Muhatabın sözleşme kurma yetkisi, sözleşmenin -öneri doğrultusunda- kurulmasına

¹⁶² Hausheer/Aebi-Müller, § 17, N. 72; Dural/Ögüz, N. 1162-1165; BGE 122 III 225. Benzer yönde bkz. ve karşı. Öztan, s. 72-73; Özsunay, Tüzel, s. 73-74.

¹⁶³ Bkz. Pekcanitez/Erdönmez, s. 21 vd.; Kuru, İcra, s. 1446 vd.

¹⁶⁴ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 19. Ayrıca bkz. Kuru, İcra, s. 1204 vd; Tercan, 6-9.

¹⁶⁵ Tercan, s. 13.

veya kurulmamasına karar vermekten ibarettir. Bununla birlikte, önerenin sözleşme konusunun çeşidi ve miktarı hususunda muhataba seçim hakkı tanınmasında olduğu gibi, muhatapın sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirlediği durumlar da söz konusu olabilir.

(ii) Sözleşme kurma yetkisi, üçüncü kişilere devredilemez¹⁶⁶. Sözleşmeden doğacak alacağın devri mümkün olsa dahi sözleşme kurma yetkisinin üçüncü kişilere devri ve bu yetkinin üçüncü kişiler tarafından kullanılarak (geniş anlamda) sözleşmenin öneren ile bu üçüncü kişi arasında kurulabilmesi mümkün değildir¹⁶⁷. Ancak yetkinin devredilemeyecek olması, sözleşmenin kurulması bakımından her zaman muhatapın yegane söz sahibi olacağını da göstermez. Bu kapsamda, önerenin sözleşmenin kurulmasını üçüncü bir kişinin onayına bağlaması mümkündür¹⁶⁸.

Muhatap, pek çok durumda, bir kişiden ibarettir¹⁶⁹. Bununla birlikte önerenin birden fazla kişiye yöneltilmesi ve böylece muhatap tarafı birden fazla kişinin oluşturması mümkündür¹⁷⁰. Böyle durumlarda öneren, önerisinde, muhataplardan yalnız biri veya daha fazlası ile ayrı sözleşmeler kurulacağı veya muhatapların bir kısmının veya tamamının birlikte kabulü ile yalnızca bir sözleşmenin kurulacağı yönünde sınırlamalar getirmiş olabilir¹⁷¹.

¹⁶⁶ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 29; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 54.

¹⁶⁷ Sözleşme kurma yetkisinin üçüncü kişilere devredilemeyecek olması, bu yetkinin özellikle temsilci aracılığıyla kullanılamayacağı anlamına gelmez. Buna göre muhatapın temsilcisi de öneriyi kabul edebilir (sözleşme kurma yetkisini kullanabilir). Ancak temsilcinin kurduğu bu sözleşme, öneren ve temsil olunan muhatap arasında hüküm doğurur.

¹⁶⁸ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 29; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 56.

¹⁶⁹ **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 53; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 387.

¹⁷⁰ Bununla birlikte OR Art. 3 hükmünün Almanca (*einem andern*) ve Fransızca (*à une autre*) ifadelerinin, önerenin bir kişiye karşı yöneltilmesi ve yalnızca önerenin ulaştığı bu kişinin sözleşmeyi kurma yetkisiyle donatılması fikrinden hareket ettiği belirtilmektedir. Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 53, 57. Benzer yönde bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 28; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 23. Ayrıca 818 sayılı mülga BK m. 3 hükmü de benzer biçimde "*Kabul için bir müddet tayin ederek başka kimseye bir akdin yapılmasını teklif eden kimse (...)*" ifadesiyle aynı fikri gösterir nitelikteydi. 6098 sayılı TBK m. 3 hükmünün muhatap tarafın birden fazla kişiden oluşabileceğini ifade etme bakımından, kanımızca, daha yerinde olduğu söylenebilir.

¹⁷¹ **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 389; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 57.

Öneri ve kabul açıklamaları arasında yalnızca gerçekleştikleri zaman itibarıyla bir farklılık olması, kişi olarak önerenin ve muhatabın hukuki durumları açısından da benzer bir sonuç doğurmaktadır. Muhatabın, irade açıklamalarının yöneltilmesi bakımından önerenin karşısında yer alması, bu kişiler arasında bir karşıtlık yaratmaz. Nitekim önerilerin kesişmesi durumu bakımından, görünürde iki öneren veya iki muhatap olduğu da açıktır. Bu çerçevede, özellikle önerenin ehliyetini yitirmesi veya ölümü hakkındaki açıklamalarımız muhatap bakımından da geçerlidir.

Muhatap söz konusu olduğunda üzerinde durulması gerekli asıl husus, muhatabın belirli bir kişi olup olmaması durumudur. Kanımızca öneri, yöneltilmesi gerekli bir irade açıklaması olması sebebiyle, kural olarak, yalnızca belirli kişiye veya kişilere yönelik olarak gerçekleştirilebilir¹⁷². Muhatabın belirli kişi veya kişiler olmamasına rağmen önerinin geçerli olması, bu konuda kanuni bir düzenleme bulunmasına bağlıdır. Nitekim TBK m. 8/2 (karş. OR Art. 7/2-3) hükmü, belirli kişi veya kişiler olmamasına rağmen sözleşmenin kurulmasına (geçerli bir önerinin varlığına) imkan sağlayan düzenlemeler içermektedir¹⁷³.

Muhatabın belirli kişi veya kişiler olmamasına ilişkin TBK m. 8 hükmünün başlığı, bu durumu "herkese açık öneri" olarak ifade etmektedir¹⁷⁴. Herkese açık önerinin asıl olarak düzenlendiği TBK m. 8/2 hükmü, birbirinden farklı iki ayrı durumu ele almaktadır. Bunlar fiyatını göstererek mal sergilenmesi ile tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesidir. Bu iki durum dışında, TBK m. 9 hükmünde yer alan

¹⁷² **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 190; **Belen**, s. 50. Bu yönde bkz. **Akyol**, s. 67. Ayrıca bkz. ve karşı. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 70: Yazara göre ise öneri, belirli kişiye veya kişilere yönelik olarak gerçekleştirilebileceği için yöneltilmesi gerekli bir irade açıklamasıdır. Karş. **Taşkın**, s. 19 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 84.

¹⁷³ CISG m. 14/2 hükmüne göre ise "*Belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklif sadece icaba davet sayılır; meğerki, teklifte bulunan aksini açıkça belirtmiş olsun.*"

¹⁷⁴ OR Art. 7 hükmünün Almanca metninde böyle bir ifade yer almamaktadır. Bununla birlikte hükmün Fransızca (*offres publiques*) ve İtalyanca (*proposta pubblica*) metinlerinde kamuya veya herkese açık öneri olarak çevrilebilecek birer ifade bulunmaktadır. Fransızca metni esas alan 818 sayılı mülga BK m. 7 hükmü bunu "aleni icap" olarak ifade etmekteydi.

ilan yoluyla ödöl sözü vermenin, öğretide bir kısım yazar tarafından herkese açık öneri olarak nitelendirilmesine karşın bu nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır.

a. Fiyatını Göstererek Mal Sergilenmesi

TBK m. 8/2 (OR Art. 7/3) hükmüne göre fiyatını göstererek mal sergilenmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça, öneri sayılır¹⁷⁵. Hükmün başlığına göre bu öneri, herkese açık niteliktedir.

(1) Malın Sergilenmesi

TBK m. 8/2 (OR Art. 7/3) hükmünün birinci kısmı kapsamında geçerli bir öneriden bahsedebilmek için öncelikle sergilenenin bir "mal" (*Ware*) olması gerekir. TBK m. 8/2 hükmündeki mal terimi, yalnız elden işlem yapılmaya uygun somut unsur olarak anlaşılmaktadır¹⁷⁶. Bu bağlamda, tatil veya konser gibi somutlaşması mümkün olmayan iş görme edimlerinin ilan veya afiş aracılığıyla duyurusunun yapılması, TBK m. 8/2 hükmü kapsamında malın sergilenmesi olarak nitelendirilemez¹⁷⁷.

Malın sergilenmesi, malın sözle veya resimle tarif edilmesi değil, malın kendisinin gösterilmesidir. Malın sergilenmesi durumunda muhatap, sözleşmenin konusu olan malı doğrudan tanıyıp onu (veya kanımızca eşdeğerini) beraberinde götürebileceğini bilmektedir¹⁷⁸. Sözleşme konusunu oluşturacak malın resminin bulunduğu ve teknik

¹⁷⁵ Alman hukukunda BGB hükümlerinde bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Alman öğretisinde, fiyatını göstererek mal sergilenmesinin öneri sayılmayacağı görüşü hakimdir. Bkz. **Bork**, STK-BGB, § 145, N. 7; **Ellenberger**, Palandt-BGB, § 145, N. 2; **Wolf/Neuner**, § 37, N. 7. PECL Art. 2:201/3 hükmü de fiyatını göstererek mal sergilenmesini öneri sayıyor: "*A proposal to supply goods or services at stated prices made by a professional supplier (...) by a display of goods, is presumed to be an offer to sell or supply at that price until the stock of goods, or the supplier's capacity to supply the service, is exhausted.*"

¹⁷⁶ **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 46; **Koller**, OR AT, § 7, N. 23; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 15-16.

¹⁷⁷ İşgörme edimlerinin ilan veya afiş aracılığıyla duyurusunun yapılması, TBK m. 8/2 hükmünün devamında yer alan tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesi kapsamında, Türk hukuku bakımından öneri niteliğinde sayılabilir. Aynı durum İsviçre hukukunda OR Art. 7/2 hükmü gereği yalnızca öneriye davet olarak nitelendirilebilir. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 26; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 46. Ayrıca bkz. BGE 81 IV 107.

¹⁷⁸ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 24; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 27; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 47. Bazı istisnai durumlarda elden işlem yapılmaya uygun somut unsurun görülmesi fiilen

özelliklerinin yazılı olduğu ilanlar veya afişler, malın sergilenmesi olarak nitelendirilmez. Benzer biçimde, sözleşme konusu malı temsil eden maketin veya modelin sergilenmesinin de malın sergilenmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁷⁹. Malın sergilenmesinin internet aracılığıyla gerçekleşmesi, kanımızca, bilgisayar yazılımı gibi yalnızca elektronik ortamda kullanılabilen sayısallaştırılmış (dijital) ürünler bakımından geçerli olabilir¹⁸⁰.

Sözleşme konusu mal, genellikle, herkese açık öneride bulunana ait dükkanın veya mağazanın tezgahı, reyonu veya vitrini gibi yerlerde sergilenir. Bununla birlikte söz konusu sergi yerinin önerenin işyeri olması zorunlu değildir¹⁸¹. Bu kapsamda, önerenin işyerinin bulunmadığı bir tren istasyonunda veya havaalanında malın sergilenmesi mümkündür¹⁸². Ne var ki böyle bir durumda önerenin sergilenen mala derhal ulaşabilmesinin mümkün olması, diğer bir deyişle sözleşmeden doğan edimin hemen ifa edilebilir olması gerekir. Satılmak üzere bir tren istasyonunda sergilenen

mümkün olmayabilir. Kahve ve çay otomatları bakımından durum çoğunlukla böyledir. Böyle bir ihtimalde, kanımızca, yine fiyatını göstererek mal sergilenmesi söz konusudur. Zira TBK m. 8/2 hükmünde yer alan "sergilenme", malın mutlaka muhatap tarafından görülmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Satılan ürünlerin gözükmediği diğer otomatlar bakımından da benzer bir sonuca ulaşmak gerekir. Nitekim bu görüş, birazdan açıklanacak (bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, a, (3)), TBK m. 8/2 hükmünün münferit olarak sergilenmeyen mallar bakımından da uygulanması gerektiği görüşümüzle uyum içerisindedir.

¹⁷⁹ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 29; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 51; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 11. Bununla birlikte söz konusu maketin veya modelin sergilenmesi, TBK m. 8/2 hükmünün ikinci kısmı çerçevesinde tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin içeriğini karşılıyorsa, kanımızca, bu kısım kapsamında öneri olarak nitelendirilebilir.

¹⁸⁰ **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 71; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 10; **Koller**, OR AT, § 7, N. 22; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 190; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 11; **Şeker**, İnternet, s. 135-136. Bkz. ve karşı. **Kırca**, İnternet, s. 104; **Gezder**, Web, s. 708-711. Ayrıca bkz. **Schwenzer**, § 28, N. 10: Yazara göre internet üzerinden satılan tren veya uçak biletleri de bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Kanımızca iş görme edimine ilişkin bu tür unsurların TBK m. 8/2 (OR Art. 7/3) kapsamında değerlendirilebilmeleri mümkün değildir. Aynı görüşte bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 72.

¹⁸¹ Karşı. **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 7, N. 15; **Akyol**, Borçlar, s. 71.

¹⁸² **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 27-28; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 47, 49; BGE 105 II 23.

saatin, satıcı tarafından ancak iki gün sonra vitrinden alınarak teslim edilebilecek olması durumunda TBK m. 8/2 hükmü uygulanamaz¹⁸³.

Sergilenen malın, o türden malları ifade etmek üzere sergilenmesi durumunda, münferit olarak sergilenmeyen mallar için de TBK m. 8/2 hükmü kapsamında herkese açık öneri gerçekleşmiş sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Örneğin, bir kuyumcu vitrininde külçe altın sergilenmesinin, münferit olarak o külçe altın için mi yoksa kuyumcu dükkanında yer alan ve fakat sergilenmeyen diğer külçe altınların tamamı için mi herkese açık öneri sayılacağı tartışılabilir. Öğretide bir görüş¹⁸⁴, sergilenen mal ile sözleşme konusunu oluşturacak mal arasında önemli bir fark bulunmadığı sürece, öneride bulunanın derhal ulaşması koşuluyla sergilenmeyen mal için de herkese açık önerinin gerçekleştiği yönündedir. Buna karşın aksi yöndeki diğer görüş¹⁸⁵, hükmün ifadesinden de yola çıkarak, herkese açık önerinin yalnız sergilenen mal için geçerli olabileceği yönündedir.

Kanımızca, TBK m. 8/2 hükmünün amacı, fiyatı gösterilerek sergilenen malı gören kişinin irade açıklaması sonucunda sözleşmenin kurulmasını ve bu sözleşmeden doğan edimlerin derhal ifa edilmesini sağlamaktır¹⁸⁶. Bu çerçevede, sözleşme konusunu oluşturacak münferit mal, öneride bulunanın derhal ulaşabileceği bir yerdeyse ve sergilenen mal dışındaki bir malın verilmesi muhatap açısından bir farklılık yaratmayacaksa hüküm amacını yerine getirmiş demektir. Ayrıca herkese açık

¹⁸³ Aynı yönde bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 30. Sergilenen mala derhal ulaşabilme imkanının olmaması, taraflar arasında sözleşmenin kurulamayacağı anlamına gelmez. Ne var ki böyle bir durumda sözleşme, TBK m. 8/2 hükmü kapsamında herkese açık öneri ile değil, genel ilkeler doğrultusunda (belirli kişiye/muhataba yönelik öneri aracılığıyla) kurulabilir.

¹⁸⁴ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 28, 31; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 48; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 7, N. 10; **Serozan**, İstanbul, m. 8, N. 12.

¹⁸⁵ **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 376; **Koller**, OR AT, § 7, N. 23; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 11; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 18; **Eren**, Borçlar Genel, N. 782, 785. Aynı yönde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 31. Ne var ki anılan son yazarlar, sonraki açıklamalarında, sergilenmeyen mal için de herkese açık öneri sayılmasının mümkün olduğunu ifade ederek kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 33.

¹⁸⁶ Bunun sebebi, esasen, birazdan açıklanacak tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinde olduğu gibi bu tür öneri sayılan durumlar karşısında muhatabın "derhal" korunmaya çalışılmasıdır. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 14.

önerinin yalnız sergilenen mal için geçerli olması, hem muhatabın hem de önerenin aleyhine olabilir. Buna göre, bir mağaza vitrininde sergilenen radyoyu gören muhatabın, mağazaya girerek henüz paketi açılmamış bir radyoyu almak istemesinde veya mağaza sahibinin yeni düzenlenmiş vitrinin bozulmaması için başka bir radyoyu vermek istemesinde¹⁸⁷ menfaatleri olduğu şüphesizdir. Böyle bir durumda, herkese açık önerinin münferit olarak sergilenen mala özgü olması sebebiyle, sergilenmeyen malın ifaya konu olabilmesi mümkün olmaz. Gerçi önerenin veya muhatabın, münferit olarak sergilenen malı ifaya zorlanmasına dürüstlük kuralı engel olabilir. Fakat burada, "son çare" (*ultima ratio*) olarak görülmesi gerekli dürüstlük kuralı yerine, TBK m. 8/2 hükmünün amaca göre doğrudan uygulanması, kanımızca, daha yerindedir.

(2) Fiyatın Gösterilmesi

Fiyatın gösterilmesi, sergilenen malın üzerine veya yakınına malın fiyatının iliştilmesini ifade eder¹⁸⁸. Örneğin, bir vitrinde sergilenen malın üzerine veya yakınına dışarıdan gözükecek şekilde fiyat etiketi konulması durumunda malın fiyatı gösterilmiş olur. Fiyatın gösterildiği sonucuna ulaşmak için malın teslimine ilişkin gereken ek masrafların da gösterilmiş olması aranmaz¹⁸⁹. Bununla birlikte fiyatın muhatap tarafından anlaşılmasının mümkün olmadığı durumlarda, TBK m. 8/2 (OR Art. 7/3) hükmü kapsamında fiyatın gösterildiği sonucuna varılamaz¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Muhatap lehine aynı düşüncede bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 18, N. 19: Burada yazarın düşüncesine dayanak olarak ileri sürdüğü yazarların (bkz. § 18, N. 19, dn. 41), herkese açık önerinin münferit olarak sergilenmeyen mallar için de geçerli olabileceği görüşünü benimsediklerine dikkat etmek gerekir.

¹⁸⁸ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 30; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 53; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 12.

¹⁸⁹ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 31; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 53.

¹⁹⁰ Benzer yönde bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 52. Karş. **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 12: Yazara göre fiyatın yanlış gösterildiği durumlarda OR Art. 7/3 anlamında fiyatın gösterilmiş sayılması mümkün değildir. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira böyle bir durumda yanlış dahi olsa gösterilen fiyat üzerinden sözleşme kurulur. Ne var ki fiyatını göstererek mal sergileyen, yanlış hükümlerini ileri sürerek sözleşmeyi iptal edebilir.

TBK m. 8/2 hükmünde kanun koyucunun tercih ettiği "fiyat" sözcüğü, herkese açık öneri sayılmanın yalnızca satış sözleşmeleri bakımından geçerli olabileceği izlenimini uyandırmaktadır¹⁹¹. Ne var ki bu tercihin, OR Art. 7/3 hükmünde yer alan "*Preis*" sözcüğünün tercümesinden ibaret olması ihtimali daha güçlüdür. Zira kanun, satış sözleşmesinde alıcının asli edim borcu olarak satış "bedelini" öngörmektedir (bkz. TBK m. 207 vd.). Kaldı ki "fiyat" sözcüğü, kanunda "her türlü işlemin yapılmasına aracılık eden" pazarlamacıya ilişkin yükümlülükler bakımından da kullanılmaktadır (bkz. TBK m. 448, m. 450/2). Ayrıca kanunun genel hükümlerinde düzenlenen bir hususun, aksi açıkça belirtilmedikçe, satış dışındaki sözleşme tiplerine uygulanmayacak olması da düşünülemez. Bu sebeple, örneğin, bisiklet kiraya veren bir dükkanın önünde yer alan bisikletlerin her birinin üzerinde saatlik kira bedelinin yazılması durumunda, kanımızca, TBK m. 8/2 hükmü yine uygulama alanı bulmalıdır¹⁹².

(3) Herkese Açık Öneri Sayılma

TBK m. 8/2 (OR Art. 7/3) hükmü, esasen, fiyatını göstererek mal sergileyen kişinin bu malı konu edinen sözleşme kurulması yönündeki (işlem) iradesini açıkladığı varsayımına dayanan bir yorum kuralıdır¹⁹³. Bu kurala göre fiyatını göstererek mal sergilenmesi, herkese açık öneri sayılır. Herkese açık öneri, söz konusu önerinin yöneltildiği belirli bir muhatabın olmamasını ve böylece önerinin herkes (*ad incertam personam*) tarafından kabul edilebilir olmasını ifade eder. Nitekim, fiyatını göstererek mal sergilenmesinin herkese açık öneri sayılmaması, TBK m. 8/2 hükmünün zıt anlamına göre, bunun açıkça ve kolaylıkla anlaşılmasına bağlıdır. Buna göre, malın üzerine veya yanına "*Satılık değildir*" yahut "*Örnektir*" benzeri bir kayıt iliştilirildiği

¹⁹¹ Belirtelim ki 818 sayılı mülga BK m. 7/3 hükmü, "semen" sözcüğü ile bu izlenimi daha da güçlü bir şekilde göstermekteydi. Zira bu sözcük, kanunda münhasıran satış bedelinin (bkz. BK m. 182 vd.) karşılığı olarak kullanılmaktaydı.

¹⁹² Ayrıca bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 782.

¹⁹³ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 32; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 55; Serozan, İstanbul, m. 8, N. 7..

veya güven ilkesine göre yapılacak yorum sonucunda malın sergilenmesinin bir sözleşme kurma teklifi olmadığına anlaşıldığı durumlarda malın sergilenmesi, fiyat gösterilmiş olsa dahi, öneri sayılmaz¹⁹⁴.

Fiyatını göstererek mal sergilenmesinde öneri, bu önerinin münferit olarak sergilenen mal için geçerli sayıldığı durumlarda, birden fazla kabul içerikli irade açıklamasından yalnızca gerçekleşen ilki karşısında bağlayıcıdır. Böyle durumlarda sözleşme, gerçekleşen ilk açıklama sonucunda kurulur ve açıklamada bulunan diğer kişilerin sözleşme kurma imkanı ortadan kalkar¹⁹⁵. Ne var ki bu durum, açıklamaların aynı "işlem yerinde" (*Geschäftslokal*) yapılmaları ihtimalinde geçerlidir¹⁹⁶. Örneğin, sergilenen malı almak üzere bir dükkana giren kişilerden yalnızca bu malı almak istediğini söyleyen ilk kişi ile sözleşme kurulur.

Belirtelim ki TBK m. 8/2 hükmü, sözleşmenin kurulması için öneriyi kabul eden ilk kişinin sözleşmeden doğan edimini hemen yerine getirmiş olması¹⁹⁷ veya sözleşmeden doğan edimin daha sonra yerine getirilecek olmasının öneren tarafından olumlu karşılanması koşuluyla birlikte, amaca göre dar yorumlanmalıdır. Aksi takdirde öneren, sözleşmeden doğan edimi yerine getirme gücü olmayan herhangi bir kişinin kabulüyle birlikte sözleşme ile bağlı duruma gelir. Gerçi öneren, böyle durumlarda ödemelik definden yararlanarak karşı edim yerine getirilmediği sürece kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Ayrıca öneren, başka bir kişiyle, sergilenen malı konu edinen başka bir sözleşme dahi kurabilir. Ne var ki belirtilen bu iki durum, daha önce kurulmuş sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.

¹⁹⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 14.

¹⁹⁵ Bu durumu ifade etmek üzere, "önce gelen alır" şeklinde tercüme edilebilecek, "*first come first served*" terimi de kullanılmaktadır. Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 56; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 7; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 376; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 16.

¹⁹⁶ Bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 376; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 16. Karş. **Eren**, Borçlar Genel, N. 783, 785.

¹⁹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 16.

Bunun dışında, herkese açık önerinin, farklı işlem yerlerinde yapılan birden fazla kabul içerikli açıklamasından yalnızca gerçekleşen ilki karşısında bağlayıcı olduğu söylenemez. Herkese açık önerinin kabul edilmesinin ardından, malın üzerine veya yanına "*Satılmıştır*" yahut "*Rezerve edilmiştir*" benzeri bir kayıt iliştilendirilmediği yahut malın sergiden kaldırılmadığı durumlarda, söz konusu öneri diğer açıklamalar karşısında da bağlayıcılığını sürdürür¹⁹⁸. Aynı sonuç, herkese açık önerinin münferit olarak sergilenmeyen mallar bakımından geçerli sayıldığı durumlar bakımından da geçerlidir. Ne var ki bu son ihtimalde önerinin bağlayıcılığı, önerenin -yine güven ilkesi çerçevesinde belirlenecek- ifa kapasitesiyle sınırlı olarak değerlendirilmelidir.

Fiyatını göstererek mal sergilenmesinde önerinin bağlayıcılığı, kural olarak, herhangi bir süreyle sınırlandırılmış değildir¹⁹⁹. Buna göre söz konusu öneri, öneren tarafından yapılacak bir geri alma açıklaması sonucunda her zaman geri alınabilir. Geri alma açıklaması, önerinin bağlayıcılığını derhal sona erdirir²⁰⁰. Bu sebeple, malın sergiden kaldırıldığını veya malın üzerindeki fiyat etiketinin alındığını gören bir kimsenin kabul niteliğinde bir irade açıklamasında bulunması mümkün olmaz. Bunun dışında önerinin bağlayıcılığının, öneren tarafından süreyle sınırlandırılmasına da bir engel bulunmamaktadır.

Fiyatını göstererek mal sergilenmesi ve bunun herkese açık öneri sayılması durumu bakımından iki hususun üzerinde ayrıca durmak gerekir:

(i) Satış otomati kurulmasının hukuki niteliği tartışmaya açıktır. Bu konuda öğretide kanımızca da üstün tutulması gerekli olan hakim görüş²⁰¹, satış otomati kurulmasının herkese açık öneri niteliği taşıdığı yönündedir. Gerçekten böyle durumlarda TBK m.

¹⁹⁸ Bkz. ve karşı. **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 56; **Keller/Schöbi**, s. 47-48.

¹⁹⁹ Sürekli bağlayıcı (*Dauerbindung*) nitelikte olduğu yönünde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 33; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 60; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 17.

²⁰⁰ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 33; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 61; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 17.

²⁰¹ Bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 39; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 69; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 11; **Akyol**, Borçlar, s. 71-72; **Serozan**, İstanbul, m. 8, N. 2; **Eren**, Borçlar Genel, N. 786. Aksi yöndeki görüşün değerlendirilmesi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 4.

8/2 hükmünde yer alan fiyatını gösterek mal sergilenmesinin bütün koşulları sağlanmaktadır. Zira bu otomatlarda satılan mal ve fiyatı açıkça gözükmeştir. Herkese açık öneri niteliğı taşıyan bu durum karşısında otomata para atarak seçim yapan (veya otomatın türüne göre seçim yaparak para atan) kişi kabul açıklamasında bulunmuş sayılmalıdır²⁰². Nihayet satış otomatı kuran kişinin, bu fiiliyle yalnızca bir öneriye davet açıklamasında bulunduğı, kural olarak, söylenemez²⁰³. Ancak her somut durum bakımından bunun bir öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğı hususu güven ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Özellikle otomat içerisinde ürün kalmaması bakımından bunun yine bir herkese açık öneri niteliğı taşıdığı sonucuna varabilmek mümkün değildir.

(ii) *Self-service* usulüne uygun biçimde çalışan marketlerde veya restoranlarda ürün sergilenmesinin hukuki niteliğı bakımından durum biraz daha farklıdır. Burada da kanımızca yine TBK m. 8/2 hükmünde yer alan fiyatını göstererek mal sergilenmesinin bütün koşulları sağlanmaktadır²⁰⁴. Bu kapsamda, market rafından bir ürün alıp sepetine koyan veya restoranda yemek dolu bir tabağı tepsisine koyan kişiye karşı bu sergilemelerin esasen birer öneriye davet niteliğı taşıdığı söylenemez. Ancak burada sözleşmenin hangi aşamada kurulduğu hususu belirsizdir. Öğretide, böyle durumlarda ürünün veya ürünlerin kasaya arz edilmesiyle²⁰⁵ yahut ürünün kasadan geçirilerek fiyatlanması veya birden fazla ürün varsa hepsinin toplanması anında²⁰⁶ kabulün gerçekleştiğı ve böylece sözleşmenin kurulduğu görüşleri savunulmaktadır. Bu görüşlere katılma imkanı göremiyoruz. Zira ürünün -kasadan geçirilmeden önce raflara yeniden bırakılmasında olduğı gibi- kasaya arz edildikten veya oradan geçirildikten ve hatta birden fazla ürünün hepsi toplanarak nihai fiyat belirlendikten

²⁰² Müller, BK-OR, Art. 7, N. 70.

²⁰³ Bu görüşün doğal bir sonucu olarak satış otomatına para atarak seçim yapan (veya otomatın türüne göre seçim yaparak para atan) kişinin malı alamaması, tipik bir borcun ifa edilmemesi durumudur. Ayrıca bkz. ve karşı. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 18, N. 4.

²⁰⁴ Bkz. Schmidlin, BK-OR, Art. 7, N. 38; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 67; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 18, N. 5; Antalya, N. 1273.

²⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 18, N. 5. Bu yönde bkz. Müller, BK-OR, Art. 7, N. 68.

²⁰⁶ Antalya, N. 1273.

sonra dahi market veya restoran yetkilisine geri verilmesi mümkündür. Özellikle elindeki paranın toplam fiyata yeterli olmadığını gören kişinin ürünlerden bir kısmını geri vermesi bakımından durum çoğunlukla böyledir. Buna göre böyle durumlarda, ürüne veya ürünlerin toplamına ilişkin ödemenin yapılmış olmasını kabul niteliğinde saymak alışveriş hayatının gereklerine daha uygundur. Ancak burada üründen faydalanmaya ilişkin özel bir duruma işaret etmek gerekir. Örneğin, markette yer alan su şişesini açarak içen veya restorandaki yemeği kısmen dahi olsa tüketen kişinin bu fiilleri, kanımızca, herkese açık önerinin bu kez (davranış aracılığıyla) fiili kabulü²⁰⁷ olarak değerlendirilmelidir.

Fiyatını göstererek mal sergilenmesine benzer bir durum, tüketici hukukunda da düzenlenmektedir. Gerçekten, sözleşme kurma zorunluluğunu düzenleyen TKHK m. 6/1-2 hükmüne göre, "(1) *Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. (2) Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.*" Bu hüküm, fiyatını göstererek mal sergilenmesini düzenleyen TBK m. 8/2 hükmünden dört hususta ayrılmaktadır:

(i) TKHK m. 6/1-2 hükmü, herkese açık öneriyi değil, tüketici ile sözleşme kurma zorunluluğunu düzenlemektedir²⁰⁸. Buna göre, tüketici tarafından TKHK m. 6/1-2 hükmü kapsamında yapılacak irade açıklaması, öneri; satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılacak irade açıklaması ise kabul olarak nitelendirilir. (ii) TKHK m. 6/1 hükmüne göre elektronik ortamda teşhir, sözleşme kurma zorunluluğu için yeterlidir²⁰⁹. TBK m. 8/2 hükmüne göre ise elektronik ortamdaki sergi, bilgisayar yazılımı gibi yalnızca elektronik ortamda kullanılabilen sayısallaştırılmış (dijital) ürünler bakımından

²⁰⁷ Fiili kabul kavramı için bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, d, (2), i.

²⁰⁸ **Baş Süzel**, Tüketici, s. 15 vd.; **Çabri**, Tüketici, s. 147-148.

²⁰⁹ Bu hususun eleştirisi için bkz. **Gümüş**, Tüketici, s. 75-76: Yazara göre internet (elektronik ortam), ürün hakkında bilgi sahibi olmak için yeterli değildir. Kanımızca elektronik ortam ve özellikle internet, günümüz koşullarında, ürün hakkında bilgi sahibi olmak için fazlasıyla yeterlidir. Ürünün elektronik ortamda yer alan bilgilerindeki eksiklik veya yanlışlık, yalnızca irade bozukluğunun konusunu oluşturabilir.

fiyatını göstererek mal sergilenmesi sayılabilir. (iii) TKHK m. 6/2 hükmü, hizmetin sağlanması zorunluluğuna yöneliktir²¹⁰. TBK m. 8/2 hükmünün uygulanabilmesi ise sergilenenin bir mal olmasına bağlıdır. (iv) Nihayet, TKHK m. 6/1-2 hükümlerinin uygulanabilmesi için fiyatın gösterilmesi gerekmez. TBK m. 8/2 hükmü kapsamında fiyatın gösterilmediği durumlarda ise herkese açık öneri bulunmaz.

Görüldüğü gibi TKHK m. 6/1-2 hükümleri, çoğu kez benzer sonuçlara ulaşmış olsa dahi, kanımızca, TBK m. 8/2 hükmünün bir tekrarı olarak nitelendirilemez²¹¹.

b. Tarife, Fiyat Listesi veya Benzerlerinin Gönderilmesi

Mülga 818 sayılı BK m. 7/2 hükmüne göre tarife ve cari fiyat gönderilmesi öneri sayılmamaktaydı. Benzer yöndeki OR Art. 7/2 hükmüne göre de tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesi tek başına öneri sayılmamaktadır²¹². Bu düzenlemelerin altındaki temel düşünceye göre tarife, fiyat listesi veya benzerleri, çok sayıda kişiye gönderilir. Bu tür belgeleri gönderen, kural olarak, bağlayıcı bir irade açıklamasında bulunma niyeti olmaksızın yalnızca mallarını veya hizmetlerini tanıtmak ister. Aksi takdirde gönderen, tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin ulaştığı herkes tarafından gerçekleştirilebilecek her bir kabul sonucunda, ifa edilmesi mümkün olmayan sayısız sözleşmenin kurulması tehlikesiyle karşılaşır. Bu tehlikenin önüne geçebilmek için tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin öneri sayılmaması isabetli olur²¹³.

TBK m. 8/2 hükmüne göre ise tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça, öneri sayılır. Hükmün gerekçesinde bu tür belgelerin ticari kuruluşların reklam ve pazarlama faaliyetleri karşısında giderek yoğunlaştığı, bunların ulaştığı kişilerin ticari kuruluşlara başvurduğu durumlarda ise

²¹⁰ **Baş Süzel**, Tüketici, s. 20 vd.

²¹¹ Bu yönde bkz. **Atasoy**, s. 122-123. Karş. **Aslan**, s. 513.

²¹² OR Art. 7/2: "*Die Versendung von Tarifen, Preislisten u. dgl. bedeutet an sich keinen Antrag.*"

²¹³ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 18, N. 8; **Akyol**, Borçlar, s. 70. Ayrıca bkz. ve karş. **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 7, N. 10; **von Tuhr/Peter**, s. 183; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 42; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 4; **Schwenzer**, § 28, N. 10.

çoğu kez belgede belirtilen fiyatların veya niteliklerin değiştiği açıklamalarıyla karşılaştıkları belirtilmektedir. Buna göre hükümdeki değişikliğin, ticari kuruluş karşısındaki kişileri, uygulamada çoğu kez tüketicileri korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ne var ki hükümdeki bu değişikliğin amaca uygun olup olmadığı veya uygulamada etkin bir sonuç doğurup doğurmadığı hususları tartışmaya açıktır.

(1) Tarife, Fiyat Listesi veya Benzerleri Kavramı

Tarife, fiyat listesi veya benzerleri, kavram olarak, sözleşmenin konusunu oluşturacak mal veya hizmet ile bunların fiyatları hakkında bilgi içeren her türlü aracı ifade eder. TBK m. 8/2 hükmünün "ve benzerleri" ifadesinden anlaşılabileceği üzere bu araçlar, tarife veya fiyat listesi ile sınırlı değildir²¹⁴. Bu kapsamda, örneğin, katalog, broşür, el ilanı gibi araçların veya sözleşme konusuna ilişkin fiyatın belirtilmesi koşuluyla malın numunesinin yahut test ürününün gönderilmesi, tarife, fiyat listesi veya benzeri olarak TBK m. 8/2 hükmü kapsamında değerlendirilmelidir²¹⁵.

Tarife, fiyat listesi veya benzerleri kavramı, kanundaki ifadesi bakımından, bunların aynı zamanda yazılı bir belgede somutlaşması gerektiği izlenimini uyandırmaktadır. Ne var ki TBK m. 8/2 hükmünün, kanımızca, bu yönde bir sınırlama getirdiği söylenemez. Bu çerçevede, radyoda veya televizyonda gerçekleşen sözlü ilanların da TBK m. 8/2 hükmü kapsamında tarife, fiyat listesi veya benzerleri kavramı içerisinde değerlendirilmeleri gerekir²¹⁶. Ayrıca, söz konusu ilanların bir kitle iletişim aracında yapılmış olmaları dahi gerekmez. Örneğin, yeni açılan bir giyim mağazasında satılan ürünler ve bunların fiyatları hakkında, televizyonda veya radyoda yapılan ilan ile

²¹⁴ 818 sayılı BK m. 7/2 hükmü yalnızca tarife ve cari fiyat kavramlarını içermekteydi. Buna karşın öğretide hükmün sınırlayıcı nitelikte olmadığı, tarife veya cari fiyat benzeri araçların da hükmün kapsamına gireceği kabul edilmekteydi. Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 84. OR Art. 7/2 hükmü, TBK m. 8/2 hükmüne benzer biçimde, "ve benzerleri" (*u. dgl.: und dergleichen*) ifadesini içermektedir.

²¹⁵ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 15; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 374; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 36.

²¹⁶ **Serozan**, İstanbul, m. 8, N. 13. Karş. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 190. Tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin tek başına öneri sayılmadığı İsviçre hukuku bakımından, radyoda veya televizyonda gerçekleşen yayınların da tarife, fiyat listesi veya benzerleri arasında sayılacağı yönünde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 19; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 36; **Kut**, CHK-OR, Art. 7, N. 6; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 374.

mağazanın girişinde bulunan kişilere yönelik olarak aynı içerikte sesli duyuru yapılması arasında, hukuki nitelikleri itibarıyla, bir farklılık bulunmamaktadır.

Tarife, fiyat listesi veya benzerleri, sözleşme konusunun mal veya hizmet olduğu durumların tamamında uygulama alanı bulur. Buna göre, TBK m. 8/2 hükmünün birinci kısmı kapsamında öneri sayılması mümkün olmayan, tatil veya konser gibi somutlaşması mümkün olmayan iş görme edimlerinin ilan veya afiş aracılığıyla duyurusunun yapılması, hükmün ikinci kısmı kapsamında öneri sayılabilecektir. Tarife, fiyat listesi veya benzerleri, sözleşmenin konusunu oluşturacak malın veya hizmetin nitelikleri ile bunların fiyatlarını içermelidir²¹⁷. Bu içerik, sunulan malı veya hizmeti reklam amaçlı övmeye değil, esasen onlar hakkında bilgi vermeye yönelik olmalıdır²¹⁸. Tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin, sunulan mal veya hizmet ile bunların fiyatları dışında, önerinin geçerlilik tarihi, ödeme koşulları, teslimat tarihi veya kabulün şekli gibi başka hususları içermesi mümkündür²¹⁹.

(2) Gönderme

TBK m. 8/2 hükmüne göre tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin "gönderilmesi" öneri sayılmaktadır. Öğretide bir görüş²²⁰, hükmün ifadesinden hareketle, gönderilmesi söz konusu olmayan gazete, televizyon, internet gibi iletişim araçlarında yapılan ilanların veya yine gönderilmesi mümkün olmayan sözlü ilanların bu hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündedir. Bu görüş doğrultusunda, hükmün yazılı bir

²¹⁷ Tarife ve fiyat listesi, sözcük anlamları itibarıyla, sözleşmenin konusunu oluşturacak malın veya hizmetin fiyatını içerir. Bu sebeple "fiyatını göstererek tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi" (bkz. **Antalya**, N. 1259) bütünüyle yerinde bir ifade değildir. Fiyatın gösterilmesi unsuru, kanımızca, numune veya test ürünü gönderilmesinde olduğu gibi, fiyatın yer almayabileceği araçlar bakımından bunun bir tarife ve fiyat listesi benzeri olduğuna işaret etmek amacıyla ayrıca belirtilebilir.

²¹⁸ İsviçre hukukunda bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 20; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 19; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 34. Bununla birlikte, sunulan malı veya hizmeti öven reklam amaçlı ilanların da TBK m. 8/2 hükmü kapsamında değerlendirilmeleri mümkündür.

²¹⁹ İsviçre hukukunda bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 17; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 7, N. 20; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 33.

²²⁰ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 190.

belgenin gönderilmesiyle sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir. Buna karşın aksi yöndeki diğer görüş²²¹, hükümdeki gönderme ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği ve böylece hükmün yazılı olan bir belgenin gönderilmesiyle sınırlandırılmayacağı yönündedir.

Kanımızca TBK m. 8/2 hükmünün bu kısmının da amaca göre yorumlanması gerekir. Hükmün gerekçesinde, tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin ulaştırıldığı muhatapların, söz konusu araçlarda yazan fiyatların veya niteliklerinin tek yanlı olarak değiştirilmesi karşısında korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Günümüz iletişim araçları düşünüldüğünde kişiler, özellikle televizyon ve internet üzerinden, reklam niteliğindeki pek çok ilanla karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda televizyonda veya internette²²² gördüğü ilan üzerine, bu ilanı yapan kimseye karşı başvuruda bulunan muhatapın, söz konusu ilanın TBK m. 8/2 hükmü kapsamında (herkese açık) öneri niteliğinde sayılmaması sebebiyle korunmaması kabul edilemez. Nitekim televizyonda veya internette yapılan ilan ile posta kutusuna bırakılan aynı içerikteki fiyat tarifesini arasında hukuki nitelikleri itibarıyla farklı bir değerlendirme yapmanın hiçbir makul gerekçesi yoktur. Ayrıca belirtmek gerekir ki gönderilmeyen ilanların öneri sayılmaması, hükmün amacına aykırı şekilde, muhatapın aleyhine de sonuç doğurabilir. Örneğin, bir market zincirinin, posta kutusuna bıraktığı katalogta, televizyonda yapılan ilana göre daha yüksek fiyat öngörmesi durumunda, muhatap ancak daha yüksek fiyat üzerinden kabul açıklamasında bulunabilir. Gerçi bu duruma dürüstlük kuralı aracılığıyla engel olunabilir. Ne var ki dürüstlük kuralının son çare olarak düşünülmesi gereği ve önceki açıklamalarımız doğrultusunda, kanımızca, TBK

²²¹ **Eren**, Borçlar Genel, N. 781; **Antalya**, N. 1259. İsviçre hukukunda bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 7, N. 15, 19; **Müller**, BK-OR, Art. 7, N. 36.

²²² Bu yönde bkz. **Şeker**, İnternet, s. 135. Tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesinin öneri sayılmadığı 818 sayılı BK m. 7/2 hükmü bakımından, internette yapılan ilanların öneriye davet niteliğinde olduğu yönünde **Kırca**, İnternet, s. 103-104; **Gezder**, İnternet, s. 118-119; **Gezder**, Web, s. 711, 713. Aynı dönemde aksi yönde bkz. **Sağlam**, Elektronik, s. 118-119.

m. 8/2 hükmünün yazılı olan bir belgenin gönderilmesiyle sınırlı olarak yorumlanmaması isabetli olur²²³.

Tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesi, çok defa ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişi veya kişiler tarafından gerçekleştirilecekse de böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır²²⁴. Örneğin, bir kişinin tek seferlik dahi olsa bisikletini satmak üzere el ilanı bastırıp dağıtması, TBK m. 8/2 hükmü kapsamında değerlendirilir. Tarife, fiyat listesi veya benzerleri, çok defa, birden fazla belirsiz kişiye gönderilir. Bununla birlikte belirsiz kişilerin, tarifenin yalnız bir derneğin genel kurul üyelerine yönelik olması gibi sınırlandırılması mümkündür. Muhatap, sözleşme konusu hakkında bilgi sahibi olmak isteyen kişilere fiyat listesi verilmesinde olduğu gibi belirli bir veya daha fazla kişiden ibaret olabilir²²⁵.

(3) Herkese Açık Öneri Sayılma

TBK m. 8/2 hükmü, esasen, tarife, fiyat listesi veya benzerlerini gönderen kişinin, bu belgelerde yer alan malı veya hizmeti konu edinen sözleşme kurulması yönündeki (işlem) iradesini açıkladığı varsayımına dayanan bir yorum kuralıdır²²⁶. Bu kurala göre tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesi, herkese açık öneri sayılır. Herkese açık öneri, söz konusu önerinin yöneltildiği belirli bir muhatapın olmamasını ve böylece önerinin herkes (*ad incertam personam*) tarafından kabul edilebilir olmasını ifade eder. Tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin öneri sayılmaması, bunun muhatap tarafından açıkça ve kolaylıkla anlaşılıyor olmasına bağlıdır. Buna göre, tarifenin veya fiyat listesinin sonunda "*Firmamız, ürünün niteliklerinde veya*

²²³ Benzer yönde bkz. Akıncı, s. 68. OR 2020 Taslağı Art. 7/2 hükmü katalog, broşür, tarife veya fiyat listesi gönderilmesi ile muhataba bildirimde bulunulması durumlarını birlikte ele almaktaydı (OR 2020 Art. 7/2: "*Die Zusendung von Katalogen, Prospekten, Tarifen, Preislisten oder die Mitteilung vergleichbarer Informationen stellt als solche keinen Antrag dar.*").

²²⁴ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 16; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 32. PECL Art. 2:201/3 hükmü bu kişinin bir "profesyonel tedarikçi" (*professional supplier*) olmasını arıyor.

²²⁵ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 18; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 35.

²²⁶ İsviçre hukuku ile karşı. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 22; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 39; Kut, CHK-OR, Art. 7, N. 4; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 374.

fiyatında değişiklik yapma hakkını saklı tutar" benzeri bir ifadenin bulunması, bunun öneri olarak nitelendirilemeyeceğini gösterir.

Önceki kanun döneminde, BK m. 7/2 hükmü gereği, tarife ve fiyat listesi (yahut benzerlerinin) gönderilmesinin öneri sayılmadığını belirtmiştik. Bununla birlikte öğretilde, sözleşmenin esaslı noktalarından biri olan miktarı içermemesi sebebiyle BK m. 7/2 hükmü olmasaydı dahi tarife veya fiyat listesi gönderilmesinin öneri olarak nitelendirilemeyeceği²²⁷, buna karşın gönderilen tarifeye veya fiyat listesine bazı eklemeler yapılarak bunların bir öneri sayılabileceği²²⁸ belirtilmekteydi²²⁹. İsviçre hukuku bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Gerçekten, OR Art. 7/2 hükmüne göre tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesi "tek başına" (*an sich*) öneri sayılmamaktadır. İsviçre öğretisinde, tek başına öneri sayılmayan tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin, bunların ulaştığı kişiler tarafından gönderenin sözleşme kurmaya yönelik işlem iradesi olduğu yönünde anlaşıldığı durumlarda öneri olarak nitelendirilebileceği görüşü hakimdir²³⁰. Bu durumun, hem tarife, fiyat listesi veya benzerlerini gönderenin sayısız sözleşme ile karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırması hem de muhatabın bu tür belgelere olan haklı güveninin korunması bakımından taraf menfaatleri arasında bir denge sağladığı görülmektedir.

TBK m. 8/2 hükmünün gerekçesinde ise tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin ticari kuruluş karşısındaki kişileri, uygulamada çoğu kez tüketicileri koruma amacıyla öneri sayıldığı belirtilmişti. Kanımızca böyle bir hüküm değişikliğine gerek bulunmamaktaydı. Zira uygulamada çoğu kez tüketicileri

²²⁷ Akyol, Borçlar, s. 70.

²²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 85.

²²⁹ Bu çerçevede tarife veya fiyat listesi gönderilmesinin öneri olduğunu ileri süren, bu iddiasını ispat etme yükü altında olmalıydı. Yürürlükteki 6098 sayılı TBK m. 8/2 hükmünün tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesini, kural olarak, öneri sayması karşısında ispat yükü ise bunun bir öneri olmadığını ileri süren tarafa ait olmalıdır.

²³⁰ Schönerberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 7, N. 23; Müller, BK-OR, Art. 7, N. 41; Kut, CHK-OR, Art. 7, N. 5; Gauch/Schluep/Schmid, N. 373, 375.

ilgilendiren bu durum, fiyatını göstererek mal sergilenmesi kısmında açıklandığı üzere, daha geniş kapsamlı olarak tüketici mevzuatında düzenlenmektedir.

TBK m. 8/2 hükmündeki değişiklik, teorik bakımdan da sorunlara yol açabilir niteliktedir. Zira tarife, fiyat listesi veya benzerlerini gönderen, bunların ulaştığı kişiler arasında gerçekleşen kabul sayısı kadar sözleşme ile bağlı olur. Böyle bir durumda gönderen, sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmesine yönelik olarak ve yerine getiremeyeceği kadar çok sayıda taleple karşı karşıya kalabilir. Bunu engellemek için önerenin, gönderdiği tarife, fiyat listesi veya benzeri içerisinde "*Stoklarla sınırlıdır*" benzeri bir ifade kullanması, yerine getiremeyeceği edimlerden sorumlu tutulmaması adına isabetli olur. Ne var ki böyle bir durumda söz konusu açıklama, yalnızca öneriye davet olarak nitelendirilir. Bu durum karşısında TBK m. 8/2 hükmünün, ticari kuruluş karşısındaki kişileri ne ölçüde koruduğu ise belirsizdir²³¹.

c. İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme

"İlan yoluyla ödül sözü verme" başlığını taşıyan TBK m. 9 (OR Art. 8) hükmü, esasen, (dar anlamda) ilan yoluyla ödül sözü verilmesi ve ödüllü yarışma düzenlenmesi olmak üzere, birbirinden farklı iki kurumu düzenlemektedir²³². Bu kapsamda, "ilan yoluyla ödül sözü verme" (*Auslobung*), bir işin yapılması veya bir sonucun gerçekleştirilmesi karşılığında ödül verileceğinin ilan yoluyla duyurulmasıdır²³³. Örneğin, kaybolan

²³¹ PECL sisteminde Art. 2:201/3 hükmü, tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin profesyonel tedarikçinin "stokları tükenene kadar" öneri sayılacağı hususunu açıkça düzenliyor: "*A proposal to supply goods or services at stated prices made by a professional supplier in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is presumed to be an offer to sell or supply at that price until the stock of goods, or the supplier's capacity to supply the service, is exhausted.*"

²³² Nitekim bu ayrımı ifade etmek üzere OR Art. 8 hükmünün Almanca metni "*Preisaußschreiben und Auslobung*" başlığını taşımaktadır. Ne var ki hükmün Fransızca (*Promesses publiques*) ve İtalyanca (*Offerta pubblica e concorso*) metinlerinde böyle bir ayrım bulunmamaktadır. 818 sayılı mülga BK m. 8 hükmünün başlığı, Fransızca metnin etkisiyle, "*İlan suretiyle vuku bulan vaitler*" şeklindeydi. Başlığın bu hali, birden fazla kurumun düzenlendiğini ifade etmesi bakımından, kanımızca, 6098 sayılı TBK m. 9 düzenlemesine kıyasen daha yerindedir. Bu çalışmada ilan yoluyla ödül sözü verme kavramı, aksi belirtilmedikçe, dar anlamıyla ilan yoluyla ödül sözü vermeyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

²³³ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 8, N. 15; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 8, N. 53; **Müller**, BK-OR, Art. 8, N. 10; **Kut**, CHK-OR, Art. 8, N. 4; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1040; **Koller**, OR AT, § 26, N. 2; **Schwenzer**, § 28, N. 52; **İnan**, s. 11; **Akbıyık**, s. 28; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 24, N.

köpeğini bulan kişiye ödül vereceğini gazete aracılığıyla duyuran kişi, ilan yoluyla ödül sözü vermektedir. "Ödüllü yarışma düzenlenmesi" (*Preisaußschreiben*) ise belirli bir edimi, belirli bir süre içerisinde, en iyi şekilde yerine getiren kişiye ödül verileceğinin ilan yoluyla duyurulmasıdır²³⁴. Örneğin, kendisine sunulan mimari projeler arasından seçilecek en başarılı ilk üç projeye belirli miktarda ödül verileceğini duyuran kişi, ödüllü yarışma düzenlemektedir. İlan yoluyla ödül sözü verilmesi kurumlarının hukuki nitelikleri de tartışmalıdır²³⁵. Bu tartışma kapsamında (dar anlamda) ilan yoluyla ödül sözü verme ve ödüllü yarışma düzenlenmesi kurumlarının birbirinden farklı biçimde ele alınmaları isabetli olur²³⁶.

İlan yoluyla ödül sözü vermenin hukuki niteliğine ilişkin tartışma, esasen, bir tarafın irade açıklamasının taraflar arasında borç ilişkisi kurmaya yeterli olup olmayacağı hususu üzerinde toplanmaktadır:

(i) "Sözleşme teorisi" (*Vertragstheorie*) veya "öneri teorisi" (*Offertentheorie*) olarak adlandırılan azınlık görüşü²³⁷, bir tarafın irade açıklamasının taraflar arasında borç ilişkisi kurmaya yeterli olmayacağı fikrinden hareketle, ilan yoluyla ödül sözü

1; **Antalya**, N. 814. Öğretide yer alan diğer tanımlar için ayrıca bkz. **Hoffmann**, s. 16-17; **İnan**, s. 10-11. Reklam hukuku bakımından gazete ve dergilerin kupon karşılığı ürün vaat etmelerinin ilan yoluyla ödül sözü verme olduğu yönünde bkz. **İnal**, **Reklam**, s. 17.

²³⁴ **İnan**, s. 88; **Akbıyık**, s. 28; **Antalya**, N. 815. Bu çerçevede ödüllü yarışma düzenlenmesi, İsviçre öğretisinde (geniş anlamıyla) ilan yoluyla ödül sözü vermenin özel bir türü olarak incelenmektedir. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 8, N. 19; **Müller**, BK-OR, Art. 8, N. 55; **Kut**, CHK-OR, Art. 8, N. 11; **Koller**, OR AT, § 26, N. 1, 27; **Schwenzer**, § 28, N. 55; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1051-1052; Ayrıca bkz. **Hoffmann**, s. 63 vd.; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 8, N. 43 vd. Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 641; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 468; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1431-1432; **Antalya**, N. 816.

²³⁵ Bu tartışma, ilan yoluyla ödül sözü verme içerikli irade açıklamasının, belirli kişiye veya kişilere yönelik olarak gerçekleştirilmediği durumlar bakımından geçerlidir. Zira irade açıklamasının muhatabı belirli kişi veya kişiler ise TBK m. 9 hükmü uygulama alanı bulmaz Böyle bir durumda taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu kabul edilir. Bkz. **Akbıyık**, s. 28. Aynı yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 24, N. 3.

²³⁶ Aynı yönde bkz. **Akbıyık**, s. 28-29.

²³⁷ **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 8, N. 18; **Merz**, Vertrag, N. 267; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 634; **Hatemi/Gökyayla**, §4, N. 55; **Akyol**, Borçlar, s. 72-73. Benzer yönde bkz. **Guhl/Koller**, § 13, N. 48. Bu görüşte olan diğer yazarlar ve görüşleri için ayrıca bkz. **İnan**, s. 17-26; **Saymen/Elbir**, s. 175-176.

vermenin herkese açık öneri niteliğinde olduğu yönündedir. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, ödül sözü verme öneri, işin yapılması veya sonucun gerçekleştirilmesi ise kabul niteliğindedir. İlan yoluyla ödül sözü verenin borcu, yalnızca herkese açık nitelikteki bu önerinin kabul edilmesi sonucunda doğabilir. Zira kanunda, bir tarafın irade açıklamasıyla borç altına girmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Ayrıca ilan yoluyla ödül sözü vermeye ilişkin TBK m. 9 hükmünün kanunda sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK m. 1-11 (OR Art. 1-10) hükümleri arasında yer alması, kanun koyucunun da bu durumu herkese açık öneri olarak nitelendirdiğini göstermektedir.

(ii) "Tek taraflı hukuki işlem teorisi" (*Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts, Pollizationstheorie, Pollizitationstheorie*) olarak adlandırılan hakim görüş²³⁸, ilan yoluyla ödül sözü vermenin tek taraflı hukuki işlem olduğu yönündedir. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, kanun TBK m. 9 hükmü ile tek tarafın irade açıklaması sonucunda borcun doğmasına imkan tanımıştır. İşin yapılması veya sonucun gerçekleştirilmesi, kabul değil, geciktirici koşulun yerine getirilmesidir. İlan yoluyla ödül sözü verenin borcu, bu koşulun yerine getirilmesi sonucunda doğar. Borcun doğması için ayrıca bir kabulün varlığı gerekmez. Böyle bir kabulün gerekli olması durumunda TBK m. 9 hükmü, sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kuralı ifade eden özellikle TBK m. 1/1 hükmünün yalnızca bir tekrarından ibaret olurdu²³⁹.

²³⁸ Hoffmann, s. 136; Becker, BK-OR, Art. 8, N. 5; Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 8, N. 3; Schmidlin, BK-OR, Art. 8, N. 12; Müller, BK-OR, Art. 8, N. 31; Kut, CHK-OR, Art. 8, N. 2; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1047; Bucher, OR AT, s. 148-149; Koller, OR AT, § 26, N. 15; İnan, s. 46-49; Akbıyık, s. 30; Saymen/Elbir, s. 176; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 24 N. 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 468-469. Bu görüşte olan diğer yazarlar ve görüşleri için ayrıca bkz. İnan, s. 26-30. Alman öğretisinde, BGB § 657 hükmünün açıkça tek taraflı hukuki işlem teorisinden yana olduğu, bu hükmün sözleşme teorisi veya öneri teorisi çerçevesinde yorumlanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Bergmann, STK-BGB, § 657, N. 13-14; Schäfer, MüKo-BGB § 657, N. 3-4. PECL sistemi bakımından Art. 2:107 hükmünün de bu yönde olduğu söylenebilir: "A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding."

²³⁹ Becker, BK-OR, Art. 8, N. 5; Akbıyık, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 469

İlan yoluyla ödül sözü vermeye ilişkin TBK m. 9 hükmünün sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler arasında yer alması, gerçekten de bu durumun kanun koyucu tarafından bir tür sözleşme ilişkisi olarak görüldüğü biçiminde yorumlanabilir. Ne var ki hükmün içeriği dikkate alınmaksızın, salt kanunun sistematığına bağlı olarak yorum yapılması kabul edilemez²⁴⁰. Bunun dışında, tek taraflı hukuki işlem teorisini savunan bir kısım yazarın ifade ettiği biçimde, ilan yoluyla ödül sözü vermenin öneri olarak nitelendirilmesinin TBK m. 9 hükmünü anlamsız kılacağı eleştirisine katılma imkanı da yoktur. Zira bu hükmün, özellikle muhatabın belirli kişi veya kişiler olmaması ve önerinin geri alınması durumları bakımından, genel hükümlerden ayrılan özel bir öneriyi düzenlemiş olduğu söylenebilir²⁴¹. Bu durumda, ilan yoluyla ödül sözü vermenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmada, kanun sistematığının yegane kriter olarak benimsenemeyeceği anlaşılmaktadır.

Sözleşme veya öneri teorisine getirilen başlıca eleştirilerden biri, ödüle konu işin veya sonucun ilandan önce yahut ilandan habersiz şekilde gerçekleştirilmesi durumunda bunun kabul olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olmayacağı, böylece davranışı gerçekleştirenin ödüle hak kazanamayacağı yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre ilan yoluyla ödül sözü vermenin tek taraflı hukuki işlem olarak nitelendirildiği durumlarda işin veya sonucun ilandan önce yahut ilandan habersiz şekilde gerçekleşmesi, davranışı gerçekleştirenin ödüle hak kazanmasına engel olmaz²⁴². Kanımızca bu eleştiri de bütünüyle kabul edilemez. Zira ödüle hak kazanılmasının ödüle konu işin yapılması veya sonucun gerçekleştirilmesi ile değil, uygulamada çok defa rastlanıldığı üzere, ödül sözü verene ifa olarak sunulması durumunda mümkün olacağı kabul edilebilir²⁴³. Nitekim TBK m. 9 hükmünün ifadesi bu yönde

²⁴⁰ **Becker**, BK-OR, Art. 8, N. 2; **Akbıyık**, s. 31.

²⁴¹ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 634.

²⁴² **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 8, N. 44; **İnan**, s. 19; **Akbıyık**, s. 30-31; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 24, N. 9.

²⁴³ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 634, dn. 585.

yorumlanmaya uygundur²⁴⁴. Bu çerçevede, ödüle konu işin veya sonucun ilandan önce yahut ilandan habersiz şekilde gerçekleşmesinin de tek başına yeterli bir kriter olmadığı görülmektedir.

Sözleşme veya öneri teorisine getirilen asıl eleştiri, ödüle konu işi yapan veya sonucu gerçekleştiren kişinin ehliyetsiz olması durumuna ilişkindir. Öyle ki ilan yoluyla ödül sözü verilmesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın, işi yapan veya sonucu gerçekleştiren kişinin ehliyetsiz olması durumu dışında, pratik bir önemi de bulunmamaktadır²⁴⁵. Gerçekten de ilan yoluyla ödül sözü verilmesi öneri olarak nitelendirildiğinde, taraflar arasında borç ilişkisinin kurulması için bu önerinin kabul edilmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Yukarıdaki örnek bakımından, bulunması halinde ödül sözü verilen kedinin ödül sözü verene teslim edilmesi durumunda taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulduğu düşünülebilir. Ne var ki kabulün gerçekleşebilmesi için davranışı gerçekleştiren kişinin ayırt etme gücünün yerinde olması aranır. Bu örnekte kediyi bulan ve teslim eden kişinin ayırt etme gücü yerinde değilse, söz konusu davranışların kabul olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Böyle bir durumda öneri kabul edilmemiş ve sözleşme kurulmamış olacağından davranışı gerçekleştirenin ödüle hak kazanamadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Buna karşın ilan yoluyla ödül sözü vermenin tek taraflı hukuki işlem olarak nitelendirildiği durumlarda, borç ilişkisinin kurulması için herhangi bir karşı irade açıklaması gerekmez²⁴⁶. Bu görüş doğrultusunda, verilen örnekte köpeği bulup sahibine teslim eden kişi, ayırt etme gücünden bağımsız olarak, ödüle hak kazanır.

²⁴⁴ Ne var ki yapılan işin veya gerçekleştirilen sonucun ödül sözü verene (ifa olarak) sunulmadığı durumlar söz konusu olabilir. Ödül sözü verenin iradesinin yalnızca ödüle konu davranışın yapılması yönünde olduğu veya ödüle konu davranışın niteliği gereği ödül sözü verene ifa olarak sunulmadığı durumlar böyledir.

²⁴⁵ **Müller**, BK-OR, Art. 8, N. 34, dn. 48. Benzer yönde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 8, N. 37. Karş. **Akbıyık**, s. 30-31; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 24, N. 2, dn. 4.

²⁴⁶ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 8, N. 54; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 8, N. 37; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1047; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 24, N. 10.

Kanımızca da ilan yoluyla ödül sözü verilmesi, tek taraflı hukuki işlem niteliğindedir. Zira ilan yoluyla ödül sözü verenin, sözleşme kurulmasına yönelik bir (işlem) iradesi bulunmamaktadır²⁴⁷. İlan yoluyla ödül sözü verenin iradesi, geciktirici koşul olan işin yapılması veya sonucun gerçekleşmesine bağlı olarak borç altına girme yönündedir. Bununla birlikte, özellikle ödüle konu davranışı gerçekleştiren kişinin ehliysiz olması durumu bakımından, tek taraflı hukuki işlem teorisinin pratik yaşamın koşullarına daha uygun olduğu görülmektedir²⁴⁸. Ödül sözü verenin tek taraflı irade açıklaması sonucunda borç altına girmesinin, kişinin ancak sözleşme ile borç altına girebileceği esasına dayanan sözleşme ilkesine aykırı olduğu düşünülebilir²⁴⁹. Ne var ki bu durum, ödül sözü verenin kimseyi bir davranışta bulunmaya zorlayamaması yönüyle kabul edilebilir niteliktedir²⁵⁰. Ayrıca ilan yoluyla ödül sözü vermenin kendisine özgü hükümleri dikkate alındığında, bunun bir sözleşme değil, kanundan doğan ayrı bir borç kaynağı olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede ilan yoluyla ödül sözü vermenin, taraflar arasında sözleşme ilişkisi kuramayacak olması sebebiyle, herkese açık öneri olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı kanısındayız.

Ödüllü yarışma düzenlenmesi bakımından ise durumun farklı olduğunu belirtmiştik. Gerçekten ödüllü yarışma düzenlenmesinde, düzenleyen ve katılan taraflar arasında, ilanda belirtilen koşullar altında bir yarışmanın gerçekleşmesi ve bunun sonucunda katılanlardan birinin veya bir kısmının ödüle hak kazanması esasına dayanan bir sözleşme ilişkisi bulunduğu görülmektedir²⁵¹. Ödüllü yarışma düzenlenmesine ilişkin ilan, tarafları yarışmaya katılmaya davet etmektedir. Bu davet, TBK m. 9 hükmünün

²⁴⁷ Schmidlin, BK-OR, Art. 8, N. 13; Akbıyık, s. 30.

²⁴⁸ Akbıyık, s. 30; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 24, N. 9.

²⁴⁹ Schmidlin, BK-OR, Art. 8, N. 18; Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 8, N. 34; Müller, BK-OR, Art. 8, N. 33.

²⁵⁰ Schmidlin, BK-OR, Art. 8, N. 18. Bu durum aynı zamanda, katılanların belirli davranışta bulunmaya zorlanmasının mümkün olduğu ödüllü yarışma düzenlenmesinin, ilan yoluyla ödül sözü vermeden farklı hukuki nitelikte olduğunu gösterir.

²⁵¹ Bu yönde bkz. Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 8, N. 36; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1055; Schwenger, § 28, N. 56; Akbıyık, s. 31-32; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 24, N. 14. Aksi yönde bkz. İnan, s. 103; Antalya, N. 825.

ifadesinden anlaşılacağı üzere, aksi belirtilmedikçe düzenleyeni bağlar. Ayrıca yarışmaya katılmak isteyenlerin, ilan edilen davete cevap olarak, düzenleyene bir başvuruda bulunması gerekir. Bu başvuru, ilan yoluyla ödül sözü verilmesinde yapılan işin veya gerçekleştirilen sonucun ifa olarak sunulmasından farklı şekilde, yarışmanın varlığı için zorunludur²⁵². Görüldüğü üzere ödüllü yarışma düzenlenmesinde, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları söz konusudur. Nitekim ödüllü yarışma düzenleyen, ilanda belirtilmesi durumunda, yarışmacıyı belirli bir davranışta bulunmaya zorlayabilir. Buna karşın yarışmaya katılan, ödüle hak kazanması durumunda, bu ödülün yerine getirilmesi için talepte bulunabilir. Buna göre ödüllü yarışmaların, TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmü kapsamında birer sözleşme oldukları açıktır. Bu çerçevede, ödüllü yarışma düzenlenmesinin, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kuracak olması sebebiyle herkese açık öneri olarak nitelendirilmesi gerektiği kanısındayız.

C. Önerinin Bağlayıcılık Süresi

Önerinin temel özelliğinin bağlayıcı nitelik taşıması olduğunu belirtmiştik²⁵³. Bağlayıcı olması yönüyle öneri, kural olarak, öneren tarafından serbestçe geri alınamayacağı gibi bu niteliğini taşıdığı süre içerisinde önerene ulaşacak bir irade açıklaması (kabul) sonucunda da sözleşmenin kurulmasına elverişli hukuki zemini sağlar²⁵⁴. Buna bağlı olarak önerinin bağlayıcılık süresinin sona ermesi, sözleşmenin kurulması imkanını ortadan kaldırır. Bu sebeptir ki İsviçre öğretisinde, önerinin bağlayıcılık süresi yerine, "önerinin geçerlilik süresi" (*Gültigkeitsdauer des Antrags, zeitliche Geltung des Antrags*) ifadesi dahi kullanılmaktadır²⁵⁵. Buna göre, önerinin

²⁵² Bkz. **Akbıyık**, s. 32: Yazara göre düzenleyene başvuru zorunluluğu olmaksızın katılanın ödüle hak kazanması, "yarışmanın varlık nedenine ve müsabaka ruhuna" aykırıdır.

²⁵³ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, b.

²⁵⁴ Kabulün sözleşmenin kurulmasını sağlaması, bir bakıma, bu nitelikteki bir açıklamanın da muhatabı bağlayıcı etkisi olduğunu gösterir. Bu etki, özellikle, (önerinin ve) kabulün geri alınması kısmında anlaşılmaktadır. Bkz. İkinci Bölüm, II, D.

²⁵⁵ Bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 184; **Kut**, CHK-OR, Art. 3, N. 1 vd.; **Koller**, OR AT, § 7, N. 25 vd. Benzer yönde bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 75.

bağlayıcılık süresinin belirlenmesinin, bu açıklamanın ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından son derece önemli olduğu anlaşılmaktadır²⁵⁶.

Önerinin bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde kanun, süreli öneri ve süresiz öneri biçiminde bir ayırım yapmaktadır. Kanuna göre, öneren, kabul açıklamasının kendisine ulaşması için bir süre belirlemiş ise süreli öneri (TBK m. 3, OR Art. 3), böyle bir süre belirlememiş ise süresiz öneri (TBK m. 4-5; OR Art. 4-5) söz konusudur. Bağlayıcılık süresinin belirlenmesi bakımından, birinci durumda önerenin belirlediği süre, ikinci durumda ise kanunun öngördüğü kurallar çerçevesinde belirlenecek süre dikkate alınır.

1. Süreli Öneri

a. Kavram

Öneren, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, önerinin bağlayıcılığını bir süre ile sınırlandırabilir²⁵⁷. Bu kapsamda "süreli öneri" (*Antrag mit Annahmefrist*), TBK m. 3 (OR Art. 3) hükmünün açık olmayan ifadesi doğrultusunda, bağlayıcılığının öneren tarafından bir süre ile sınırlandırıldığı önerileri ifade eder²⁵⁸. Bunların dışında, açık artırma yoluyla satışta öneride bulunma (pey sürme), bağlayıcılık süresinin doğrudan kanun tarafından sınırlandırıldığı özel bir süreli öneri niteliğindedir (bkz. TBK m. 276/2, OR Art. 231/2)²⁵⁹.

Süreli öneride bağlayıcılık süresinin uzunluğu, öneren tarafından serbestçe belirlenir. Öneren tarafından belirlenen sürenin, özellikle önerinin içeriği dikkate alındığında, muhatabın bu öneriyi değerlendirebilmesi için uygun bir düşünme zamanı vermiş

²⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 1.

²⁵⁷ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 136; Koller, OR AT, § 7, N. 25-26.

²⁵⁸ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 91; Tunçomağ, s. 190-191; Eren, Borçlar Genel, N. 789.

²⁵⁹ Bu tür satışta öneri, nihayetinde, ihalenin sonuna kadar geçerli olacağı için süreli niteliktedir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından benzer yönde bkz. Buz, Kamu, s. 219-220.

olması aranmaz²⁶⁰. Bu sebeple bağlayıcılık süresinin çok kısa olarak belirlenmesi mümkündür. Sürenin çok uzun olması durumunda ise bunun, TMK m. 23 (ZGB Art. 27) hükmü doğrultusunda, kişinin özgürlüğünden vazgeçmiş olup olmadığı veya onu hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayıp sınırlamadığı hususu ayrıca dikkate alınmalıdır²⁶¹. Önerene sürenin belirlenmesi bakımından tanınan bu özgürlük, şekil bakımından da geçerlidir. Gerçekten, bağlayıcılık süresinin belirlenmesi, kural olarak, geçerlilik şekline bağlı değildir. Ne var ki geçerlilik şekline bağlı sözleşmeler bakımından bu şekle uyulması gerekir²⁶².

Bağlayıcılık süresi, bir takvim günü verilerek belirlenmiş olabilir. Bu takvim günü doğrudan veya dolaylı olarak anlaşılabilir. Örneğin, *"30.11.2019 tarihine kadar"* geçerli olacağı belirtilen süreli öneri, doğrudan anlaşılabilir niteliktedir. Bu önerinin *"2019 yılı Kasım ayının son gününe kadar"* biçiminde ifade edilmesi durumunda yine süreli öneri yine doğrudan anlaşılabilir niteliktedir. Buna karşın, *"Teklifin ulaşmasından itibaren bir hafta içerisinde"* biçiminde ifade edilen süreli öneri ancak dolaylı olarak anlaşılabilir niteliktedir²⁶³.

Bağlayıcılık süresi, harici durumlara göre de belirlenmiş olabilir. Örneğin, *"Türkiye'ye dönüşünüze kadar geçerlidir"* ifadesini içeren bir öneride süre, harici durum olan Türkiye'ye dönüş tarihi olarak belirlenmiştir²⁶⁴. Harici durumların belirsizliği dahi önerinin süreli olarak nitelendirilmesi ve TBK m. 3 hükmünün uygulanabilmesi için

²⁶⁰ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 140; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 209.

²⁶¹ Eren, Borçlar Genel, N. 789.

²⁶² Schöenberger/Jaggi, ZK-OR, Art. 3, N. 72; Schmidlin, BK-OR, Art. 3, N. 68; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 139; Eren, Borçlar Genel, N. 790. Esasen bu durum, bağlayıcılık süresinin önerinin muhataba ulaşmasından sonra belirlendiği veya değiştirildiği ihtimaller bakımından söz konusu olabilir. Burada şöyle bir istisnaya değinmek gerekir: Eğer şeklin amacı muhatabı korumak ise bağlayıcılık süresinin uzatılması şekle uygun olmasa dahi geçerli olarak kabul edilebilir.

²⁶³ Bkz. Schöenberger/Jaggi, ZK-OR, Art. 3, N. 73-74; Schmidlin, BK-OR, Art. 3, N. 74; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 142-143.

²⁶⁴ Bkz. Schöenberger/Jaggi, ZK-OR, Art. 3, N. 75; Schmidlin, BK-OR, Art. 3, N. 75; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 144; Eren, Borçlar Genel, N. 790.

yeterli olabilir²⁶⁵. Örneğin, "*çok kısa bir süre*" veya "*sadece birkaç günlüğüne*" geçerli olacağı ifade edilen öneriler dahi süreli öneri olarak nitelendirilebilir. Harici durumların belirsizliğindeki nitelendirmenin pratik önemi, biraz önceki örnekler bakımından "*çok kısa bir sürenin*" veya "*sadece birkaç günün*", hazır olmayana karşı yöneltilen süresiz öneri için belirlenecek muhtemel bağlayıcılık süresinden kısa olması durumunda ortaya çıkar.

Bağlayıcılık süresi, kural olarak, öneri ile birlikte belirlenir²⁶⁶. Bununla birlikte, bağlayıcılık süresinin, öneri muhataba ulaştıktan sonra belirlenmesine bir engel yoktur. Ne var ki bu süre, daha önce süresiz nitelik taşıyan öneri için belirlenecek muhtemel bağlayıcılık süresinden daha kısa olamaz. Bu ihtimalde önerinin, süresiz nitelikteki öneriye kıyasen daha uzun süre bağlayıcı olacağı, böylece bir bakıma bağlayıcılık süresinin uzatıldığı görülmektedir.

Bağlayıcılık süresinin değiştirilmesi bakımından durum, sürenin uzatılması ve kısaltılması bakımından ikiye ayrılmalıdır. Sürenin uzatılması, muhatabın lehine olması sebebiyle mümkündür. Buna göre öneren, önerinin kabul edilmesi için kanunda öngörülen asgari bir süre varsa bu süreyi uzatabileceği gibi doğrudan kendisi tarafından belirlenmiş bir süreyi de uzatabilir²⁶⁷. Sürenin kısaltılması bakımından ise durum biraz farklıdır. Gerçekten bu durumun, önceki önerinin geri alınarak yeni bir süreli öneride bulunulmasından farksız olması dikkate alındığında, yalnızca TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmü doğrultusunda önerinin geri alınabildiği dönemde mümkün olduğu kabul edilmelidir²⁶⁸.

²⁶⁵ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 75; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 75; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 144.

²⁶⁶ **Eren**, Borçlar Genel, N. 789.

²⁶⁷ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 70; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 138; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 405; **Eren**, Borçlar Genel, N. 789. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 19.

²⁶⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 19. Ayrıca bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 184; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 77; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 71-73; 147.

b. Bağlayıcılık Süresinin Belirlenmesi

(1) Bağlayıcılığın Başlangıcı

Sürelı öneride bağlayıcılığın başlangıcı, öneren tarafından açık veya örtölü şekilde belirlenmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde, önerenin belirlediği başlangıç tarihine uyulması gerekir. Örneğin, "*Elinize geçtiği günü takiben bir hafta*" geçerli olacağı belirtilen önerinin bağlayıcılığının, muhataba ulaşma tarihinden itibaren başlayacağı hususunda tereddüt yoktur²⁶⁹.

Sürelı öneride bağlayıcılığın başlangıcı öneren tarafından belirlenmemiş ise durum tartışmalıdır. Öğretide bir görüş²⁷⁰, böyle bir durumda bağlayıcılık süresinin başlangıcının önerinin muhataba ulaşma tarihi olması gerektiği yönündedir. Buna karşın kanımızca da üstün tutulması gerekli olan diğer görüş²⁷¹ başlangıç anının önerinin muhataba gönderilme tarihi olması gerektiği yönündedir. Zira böylece, hem öneren mümkün olan en kısa sürede bağlılıktan kurtulacak hem de daha sonra açıklanacak TBK m. 5 (OR Art. m. 5) hükmüyle uyumlu bir sonuca varılacaktır²⁷².

(2) Bağlayıcılığın Sona Ermesi

i. Önerinin Geri Alınması

Sürelı önerinin bağlayıcılığı, daha sonra açıklanacak TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmü kapsamında, önerinin geri alınmasıyla birlikte sona erer²⁷³. Ancak önerinin süresini belirleyen irade açıklamasının münferit olarak geri alınması, tek başına önerinin

²⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, ř 19, N. 19. Bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 209.

²⁷⁰ Esener/Gündoğdu, s. 60.

²⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, ř 19, N. 19; Nomer, Borçlar Genel, N. 28. Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 91, dn. 19a.

²⁷² Bu husus CISG hükümleri içerisinde açıkça düzenlenmektedir. Gerçekten, CISG m. 20/1 hükmüne göre, "*Bir telgraf veya mektupta icapta bulunan kimse tarafından belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. (...)*"

²⁷³ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 3, N. 77; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 154; Eren, Borçlar Genel, N. 791. Önerinin ve kabulün geri alınması hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, D.

bağlayıcılığını sona erdirmez. Böyle bir durumda önerinin süresiz nitelikte olduğu sonucuna varılmalıdır.

Öneren, süreli önerisini geri alma hakkını da saklı tutmuş olabilir²⁷⁴. Örneğin, "*1 Aralık 2019'dan itibaren sipariş alımının kapandığı bildirilmedikçe bir hafta boyunca*" geçerli olacağı belirtilen süreli öneride geri alma hakkı saklı tutulmuştur. Geri alma hakkı saklı tutulan süreli öneri, bağlayıcı olmayan öneriden farklıdır²⁷⁵. Zira geri alma hakkı saklı tutulan süreli öneri, öneren tarafından geri alınmadığı sürece bağlayıcı olmaya devam etmektedir. Buna karşın bağlayıcı olmayan öneri, niteliği itibarıyla, gerçek anlamda bir öneri dahi sayılmamaktadır²⁷⁶.

ii. Sürenin Sona Ermesi

Süreli önerinin bağlayıcılığı, bu kavramın doğal bir sonucu olarak, öneren tarafından belirlenen sürenin geçmesiyle birlikte kendiliğinden sona erer. Böyle bir durumda muhatap tarafından gerçekleştirilen irade açıklaması, önerinin bağlayıcılığının sona ermesi sebebiyle, kabul olarak nitelendirilemez ve buna bağlı olarak sözleşme kurulmaz²⁷⁷.

TBK m. 3/2 (OR Art. 3/2) hükmüne göre öneren, belirlediği süre içerisinde kendisine kabul ulaşmadığı takdirde, önerisiyle bağlılıktan kurtulur. Bu hüküm, süreli öneride bulunan önerenin, sürenin sonunda sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususunda bilgi sahibi olmasında korunmaya değer haklı bir menfaati olduğu fikrinden hareketle kabulün ulaşmış olmasını aramaktadır²⁷⁸. Buna göre kabul niteliğindeki irade

²⁷⁴ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 79-80; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 148. Önerenin, süreli önerisinden dönebileceği yönünde bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 791. Ayrıca öneriyi tek taraflı hukuki işlem olarak kabul eden yazarın dönme yerine geri alma (veya cayma) terimini kullanması kanımızca daha yerinde olurdu.

²⁷⁵ **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 148.

²⁷⁶ Bağlayıcı olmayan öneri kavramı hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, f, (1).

²⁷⁷ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 81; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 3, N. 85; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 150; **Kut**, CHK-OR, Art. 3, N. 5, 7; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 18; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 209; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 91.

²⁷⁸ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 83; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 150.

açıklamasının gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Kabulün aynı zamanda belirlenen süre içerisinde önerene ulaşmış olması gerekir. Bu süre içerisinde ulaşan kabulün içeriği hakkında önerenin bilgi sahibi olması gerekmez²⁷⁹. Örneğin, "*1 Aralık 2019 tarihine kadar*" geçerli olacağı belirtilen öneri karşısında, kabulün bu tarihte önerene ulaşmış olması, sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte önerenin, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, bağlayıcılık süresinin sonu olarak kabulün ulaşma anı dışında bir süreyi belirlemesi de mümkündür. Örneğin, kabulün postaya verilme tarihi, sürenin sonu olarak belirlenebilir²⁸⁰. Ne var ki kural, aksi belirtilmedikçe, belirlenen sürenin sonunda kabulün ulaşmış olmasıdır.

Sürelî öneride, zamanında gönderilen kabulün belirlenen süre geçtikten sonra önerene ulaşması durumunda, sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususu öğretide tartışmalıdır²⁸¹. Hakim görüş²⁸², zamanında gönderilen kabul açıklamasının önerene geç ulaşması durumunda bununla bağlı olmak istemeyen önerenin durumu derhal muhataba bildirmesi gerektiği, diğer bir deyişle süresiz önerilere ilişkin TBK m. 5/3 (OR Art. 5/3) hükmünün burada kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir. Buna karşın azınlıkta kalan diğer görüş²⁸³, TBK m. 3/2 hükmünün açık ifadesi karşısında TBK m. 5/3 hükmünü kıyasen uygulamanın mümkün olmadığı yönündedir.

Bu hususta, Alman hukuku bakımından BGB § 149 hükmü²⁸⁴, zamanında gönderilen kabulün önerene geç ulaşması durumunda, bunun öneren tarafından muhataba derhal

²⁷⁹ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 150.

²⁸⁰ Müller, BK-OR, Art. 3, N. 150; Gauch/Schluep/Schmid, N. 418; BGE 84 II 187.

²⁸¹ Bu durum, süresiz öneriler bakımından, TBK m. 5/3 (OR Art. 5/3) hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, b, (2), iv.

²⁸² Schöenberger/Jaggi, ZK-OR, Art. 3, N. 93; Becker, BK-OR, Art. 3, N. 5; Schmidlin, BK-OR, Art. 3, N. 87; Müller, BK-OR, Art. 3, N. 167; Kut, CHK-OR, Art. 3, N. 6; von Tuhr/Peter, s. 185, dn. 30; Gauch/Schluep/Schmid, N. 419; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 91.

²⁸³ Oser/Schöenberger, ZK-OR, Art. 3, N. 4; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 209.

²⁸⁴ BGB § 149: "*Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, dass sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und musste der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich*

bildirilmesini, aksi durumda kabulün geç ulaşmış sayılmayacağını açıkça düzenlemektedir. Benzer biçimde OR 2020 Taslağı m. 10/2 hükmü²⁸⁵, süreli ve süresiz öneri ayrımı yapmaksızın, zamanında gönderilen kabulün geç ulaşması durumunda bununla bağlı olmak istemeyen önerenin durumu muhataba derhal bildirmesi gerektiğini düzenlemektedir.

Kanımızca süreli öneride, belirlenen sürenin sona ermesinden sonra ulaşan kabulün sözleşmeyi kurması mümkün değildir. Zira öncelikle TBK m. 3 (OR Art. 3) ve TBK m. 4-5 (OR Art. 4-5) hükümlerinin sistematığı bu doğrultudadır. Önerenin sözleşmenin kurulmadığı yönünde bir bilgi açıklamasında bulunmaması durumunda sözleşmenin kurulduğu sonucuna varmanın kanuni bir dayanağı da yoktur. Böyle bir durumda, kanımızca, kabulün ulaşma tarihi bakımından akıbetini araştırmayan muhatabın korunmaya değer bir menfaati bulunduğu söylenemez. Bununla birlikte önerenin, TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünde yer alan dürüstlük kuralı gereği, "yanlış uygunluk bilinci" (*falsche Konsensbewusstsein*)²⁸⁶ içerisindeki muhataba sözleşmenin kurulmadığı yönünde bir açıklamada bulunması gerekebilir. Aksi durumda önerenin sözleşme görüşmesinden doğan sorumluluğu söz konusu olabilir²⁸⁷.

nach dem Empfang der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet."

²⁸⁵ OR 2020 Art. 10/2: "Trifft eine offensichtlich rechtzeitig abgesandte Annahme beim Antragsteller verspätet ein, hat er den anderen unverzüglich davon zu benachrichtigen, wenn er nicht gebunden sein will."

²⁸⁶ Kavram için bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 65.

²⁸⁷ CISG sistemi bakımından da durumun benzer yönde olduğunu görüyoruz. Gerçekten, CISG Art. 21/1 hükmüne göre "Gecikmiş bir kabul ancak icapta bulunanın gecikmeksizin muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu içerikli bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğurur." Görüldüğü gibi CISG sisteminde sözleşmenin kurulmadığı değil, bilakis, sözleşmenin kurulduğu bildirilir. Buna göre herhangi bir bildirimde bulunulmadığı durumlarda sözleşmenin kurulmadığı hususunda tereddüt yoktur. Ayrıca böyle bir durumda, süreli öneride sürenin geçmesiyle birlikte önerinin bağlayıcılığının sona ermesi karşısında, öneren tarafından yapılan irade açıklamasının "kabul" niteliği taşıdığı da söylenebilir. Bkz. ve karşı. **Sağlam**, CISG, s. 285 vd.

iii. Önerinin Reddi

Sürelî öneri reddedildiği takdirde öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur²⁸⁸. Bu husus, TBK ve OR hükümlerinde açıkça düzenlenmiş değildir²⁸⁹. Ancak muhatap, sürelî öneriye olumlu veya olumsuz bir karşılık vermekle yükümlü değildir²⁹⁰. Muhatabın sürelî öneriye olumlu veya olumsuz bir karşılık vermemesi durumunda, öneren tarafından belirlenen sürenin geçmesiyle birlikte, önerinin bağlayıcılığı kendiliğinden sona erer. Bu durumun, sürenin sona ermesi dışında, önerinin varsayımsal (farazi) reddi biçiminde nitelendirilmesi de mümkündür. Bununla birlikte önerinin reddi denildiğinde, esasen, muhatapın öneriye uygun olmayan bir karşılık vermesi anlaşılır. Önerinin gerçek (fili) reddi olarak nitelendirilebilecek bu durum ise önerinin kabul edilmediği veya önerinin esaslı noktalarında değişiklik yapılarak kabul edildiği (karşı öneri)²⁹¹ ihtimaller bakımından söz konusu olabilir. Muhatabın öneriye uygun olmayan bir karşılık vermesi, öneri tarafından kendisine sağlanan sözleşme kurma yetkisini kullanmaktan vazgeçtiği anlamına gelir²⁹². Öneren, önerisine uygun olmayan bu karşı irade açıklamasının kendisine ulaşmasıyla birlikte önerisiyle bağlılıktan kurtulur. Öneride belirlenen süre henüz sona ermemiş olsa dahi muhatap, ret açıklaması önerene ulaştıktan sonra, öneriyi kabul edemez²⁹³.

²⁸⁸ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 3, N. 86; **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 156; **Kut**, CHK-OR, Art. 3, N. 7.

²⁸⁹ Buna karşın CISG m. 17 ve BGB § 146 hükümlerinde, sürelî veya süresiz öneri ayrımı dikkate alınmaksızın, reddedilen önerilerin bağlayıcılıklarının sona ereceği açıkça düzenlenmektedir.

²⁹⁰ TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmü saklıdır. Böyle bir durumda dahi muhatap, esasen, öneriye olumlu veya olumsuz bir karşılık vermekle yükümlü değildir. Ne var ki önerenin açık bir kabulü beklemek zorunda olmadığı durumlarda muhatap, kurulacak sözleşmeyle bağlıdır. Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, d, (2), ii.

²⁹¹ Önerinin içeriğinde değişiklik yapılması, her durumda önerinin bağlayıcılığını sona erdirmez. İkinci derece noktalarda değişiklik yapan kabul, TBK m. 2 hükmü gereği, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Bununla birlikte esaslı nokta olsalar dahi özellikle sözleşme bedelinde indirim veya teslimat koşullarında değişiklik talebini amaçlayan irade açıklamaları, önerinin bağlayıcılığını sona erdirmeyebilir. Burada her somut duruma göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Bkz. ve karş. **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 156; Bger 4C_409/2006.

²⁹² **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 156.

²⁹³ **Müller**, BK-OR, Art. 3, N. 156. Burada ayrıca önerinin reddine ilişkin açıklamanın geri alınmasının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Kanımızca böyle bir durumda TBK m. 10 hükmünün kıyasen

iv. Artırma Yoluyla Satışta Daha Yüksek Öneride Bulunulması

Bir kişi ile birden çok kişi içinden en iyi teklifte bulunan arasında sözleşme kurulması yönünde müzakere yapılması, artırma (müzayede) veya eksiltme (münakasa) olarak adlandırılır²⁹⁴. Bu tür müzakere, uygulamada çoğu kez, satılana en yüksek bedelin verilmesini arzu eden bir satıcı ile bunlardan yalnızca birinin alıcı olacağı birden fazla kişi arasında artırma yoluyla satış sözleşmesi kurulmasında gerçekleşir²⁹⁵. Bununla birlikte artırma yoluyla satışta önerinin bağlayıcılığının sona ermesine ilişkin ilkeler, artırma veya eksiltme yoluyla kurulacak diğer sözleşmeler bakımından da aynı şekilde geçerlidir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, artırma yoluyla satış türlerinden²⁹⁶, açık artırma yoluyla satış düzenlenmektedir. "Açık artırma yoluyla satış" (*Versteigerung*), OR hükümleri arasında karşılığı yer almayan TBK m. 274 hükmünde, "*yeri, zamanı ve koşulları önceden belirlenerek, hazır olanlar arasından en yüksek bedeli öneren ile yapılan satış*" olarak tanımlanmaktadır²⁹⁷. Bu tür satışta sözleşmenin nasıl kurulduğu, TBK m. 275/1 (OR Art. 229/2) hükmünün ifadesinden dolayı olarak anlaşılmaktadır. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıkça, satıcının bahsi geçen artırmayı düzenlemesi öneriye davet, bu öneriye davet karşısında yapılan teklifler ise birer öneri niteliğindedir. Satış

uygulanması ve ret açıklamasının geri alınmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ne var ki önerinin reddini geri alan irade açıklaması, bu açıklama aynı zamanda kabul yönünde bir başka irade içermiyorsa, sözleşmenin kurulmasını sağlamaz.

²⁹⁴ Bkz. **Schwarz**, s. 211-212; **Feyzioğlu**, Özel, s. 172-173; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 191 vd.

²⁹⁵ Nitekim kamunun veya özel hukuk kişilerinin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun veya İİK kapsamında, alacaklarını elde edebilmesi amacıyla yapılan cebri paraya çevirme yöntemleri arasında artırma yoluyla satış, özel olarak düzenlenmektedir. Ne var ki bu tür satışların gerçek anlamda birer satış sözleşmesi olmadığını belirtmekte fayda vardır. Zira böyle durumlarda satılanın mülkiyeti, malikin rızası dışında alıcıya geçmektedir. Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, s. 321. Eksiltme yoluyla sözleşme kurulması ise yalnızca devlet ve kamu ihale işlerine ilişkin mevzuat içerisinde yer almaktadır.

²⁹⁶ Artırma yoluyla satış, cebri artırma (*Zwangsversteigerung*) ve isteğe bağlı artırma olmak üzere ikiye ayrılır. İsteğe bağlı artırma da isteğe bağlı özel artırma ve isteğe bağlı açık artırma olmak üzere yine ikiye ayrılır. Bu ayrımlar için bkz. ve karşı. **Ruoss/Gola**, BSK-OR, Art. 229, N. 2 vd.; **Feyzioğlu**, Özel, s. 174 vd.; **Tandoğan**, C. I/1, s. 320 vd.; **Eren**, Borçlar Özel, N. 729 vd.

²⁹⁷ Ayrıca bkz. ve karşı. **Guhl/Koller**, § 41, N. 108; **Tandoğan**, C. I/1, s. 320 vd.; **Eren**, Borçlar Özel, N. 722 vd.

sözleşmesi, artırmayı yönetenin, en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmaktadır.

Artırma yoluyla satışta öneri, nihayetinde, ihalenin sonuna kadar geçerli olacağı için süreli niteliktedir. Bununla birlikte TBK m. 276/2 (OR Art. 231/2) hükmüne göre her bir artırma önerisi, aksi kararlaştırılmadıkça, daha yüksek bedeli öngören bir başka önerinin yapılmasıyla birlikte bağlayıcılığını yitirmektedir²⁹⁸. Önceki önerinin bağlayıcılığını yitirmesi, sonraki önerinin geçerli olmasına bağlıdır. Bu kapsamda, ayırt etme gücü yerinde olmayan kişi tarafından yapılan veya ihale koşullarına uygun olmayan sonraki artırma önerisi, daha yüksek bir satış bedeli öngörmüş olsa dahi, önceki artırma önerisinin bağlayıcılığını sona erdirmez²⁹⁹.

2. Süresiz Öneri

a. Kavram

Öneren, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, kabulün kendisine gönderilmesini veya ulaşmasını bir süre ile sınırlandırmak zorunda değildir. Bu kapsamda "süresiz öneri" (*Antrag ohne Annahmefrist*), TBK m. 4/1 ve m. 5/1 (OR Art. 4/1 ve Art. 5/1) hükümlerinin açık olmayan ifadeleri doğrultusunda, bağlayıcılığının öneren tarafından bir süre ile sınırlandırılmadığı bu tür önerileri ifade eder³⁰⁰. Bununla birlikte, süreli nitelikte olmayan her önerinin süresiz nitelikte olduğu, bunların dışında üçüncü bir ihtimalin mümkün olamayacağı kendiliğinden anlaşılır.

²⁹⁸ **Ruoss/Gola**, BSK-OR, Art. 231, N. 2; **Tandoğan**, C. I/1, s. 326; **Eren**, Borçlar Özel, N. 726. Alman hukukunda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten, BGB § 156 hükmüne göre, artırma yoluyla yapılan sözleşmelerde öneri, daha yüksek bir öneride bulunulması durumunda bağlayıcılığını yitirir ("*Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Ein Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird.*")

²⁹⁹ Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, s. 326.

³⁰⁰ **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 7-8; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 74; **Tunçomağ**, s. 191 vd.

b. Süresiz Önerinin Bağlayıcılığı

Önerinin süresiz olması, bu açıklamanın önereni sonsuza kadar bağlayacağı anlamına gelmediği gibi muhatabın dilediği zaman gerçekleştireceği bir karşı irade açıklaması (kabul) sonucunda sözleşmeyi kurması imkanını da sağlamaz. Süresiz öneri, esasen, kanunun öngördüğü kurallar çerçevesinde belirlenecek bir süre boyunca bağlayıcı olan öneridir. Bu sebeptir ki süresiz önerinin bağlayıcılığı, İsviçre öğretisinde, "kanuni bağlayıcılık süresi" ("kanuni kabul süresi"; *gesetzliche Annahmefrist*) olarak da ifade edilir³⁰¹. Gerçekten, süresiz önerinin bağlayıcılık süresi, TBK m. 4-5 (OR Art. 4-5) hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu hükümler ise süresiz önerinin hazır olanlar veya hazır olmayanlar arasında gerçekleşmesi biçiminde bir ayrımı esas almaktadır. Ayrıca dış üstlenme sözleşmesine ilişkin süresiz önerinin bağlayıcılığı bakımından kanunda özel bir düzenleme bulunmaktadır (bkz. TBK m. 197; OR Art. 177).

(1) Önerinin Hazır Olanlar Arasında Gerçekleşmesi

i. Kavram

Önerinin "hazır olanlar arasında" (*unter Anwesenden, Anwesenheit*) gerçekleşmesi, TBK m. 4/2 (OR Art. 4/2) hükmünden anlaşılabacağı üzere, önerenin ve muhatabın sözleşme görüşmesi sırasında birbirleriyle eş zamanlı olarak iletişime geçtikleri (*zeitgleiche Kommunikation*), bu kapsamda önerinin muhataba doğrudan iletildiği durumları ifade eder³⁰². Buna göre, muhatabın, önerenin irade açıklamasını bu açıklamanın yapıldığı anda öğrenmesi durumunda, önerinin hazır olanlar arasında gerçekleştiği sonucuna varılır³⁰³.

³⁰¹ **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 400.

³⁰² **Schmidlin**, BK-OR, Art. 4, N. 1; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 4, N. 4; **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 11.

³⁰³ **Tunçomağ**, s. 191; **Akıncı**, s. 70; **Demir**, Mesafe, s. 218-219. Tarafların irade açıklamalarını temsilcileri aracılığıyla gerçekleştirmeleri, önerinin hazır olanlar arasında gerçekleşmesi için yeterlidir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 213; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 2; **Tunçomağ**, s. 191. Bu konuda OR Art. 4/2 hükmü, TBK m. 4/2 hükmünden farklı olarak, taraflar yerine "yetkilendirilmiş temsilcilerinin" (*ihre Bevollmächtigten*) hazır olanlar arasında sayılacağını açıkça

Hazır olanlar arasında gerçekleşen öneri, çoğunlukla, konum olarak aynı yerde bulunan taraflar arasında söz konusu olur. Esasen "hazır olanlar" teriminin de başlangıçta bunu ifade etmeye yönelik olduğu söylenebilir. Sözgelimi, satış sözleşmesinin kurulması için satıcının işyerinde bir araya gelen tarafların sözleşme görüşmesini hazır olanlar arasında gerçekleştirdikleri kabul edilir. Aynı yerde bir arada bulunan tarafların irade açıklamalarını karşı tarafa yazılı olarak yöneltmeleri durumu da bu kapsamda değerlendirilmelidir³⁰⁴.

Hazır olanlar arasında gerçekleşen öneri, konum olarak aynı yerde bulunmayan taraflar arasında da söz konusu olabilir. Bunun için önerenin ve muhatabın sözleşme görüşmesi sırasında eş zamanlı olarak iletişime geçmeleri, bu kapsamda önerinin muhataba doğrudan iletiliyor olması gerekir³⁰⁵. Buna göre, tarafların telefon veya Facetime yahut Skype gibi internet uygulamaları aracılığıyla eş zamanlı olarak iletişime geçmeleri durumunda öneri, hazır olanlar arasında gerçekleşmiş sayılır³⁰⁶. Eş zamanlı olarak iletişime geçme imkanı sağlamayan araçlar, önerinin hazır olanlar arasında gerçekleşmiş sayılması için yeterli olmaz. Bu kapsamda, tarafların elektronik posta (e-mail)³⁰⁷ ile haberleşmesi veya cep telefonu kısa mesajı yahut Whatsapp gibi internet uygulamaları ile yazışması durumunda öneri, hazır olanlar arasında gerçekleşmiş sayılmaz³⁰⁸.

düzenlemektedir. Ancak böyle durumlarda öneren sıfatının temsilcilere ait olduğuna dikkat edilmelidir.

³⁰⁴ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 213; **Tunçomağ**, s. 191. Zira böyle durumlarda irade açıklaması, metnin karşı tarafa verildiği anda yapılır ve yine bu anda muhatap tarafından öğrenilir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 15, N. 2; **İnal**, İnternet, s. 104-105.

³⁰⁵ **Schönenberger/Jaggi**, ZK-OR, Art. 4, N. 4; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 4, N. 3: Yazara göre önerinin hazır olanlar arasında gerçekleşmesi için tarafların mekansal olarak bir arada bulunması gerekli değildir. Burada asıl önemli olan husus "açıklamaların bağlantı/temas halinde" bulunmasıdır (*Erklärungskontakt*). Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 3-5.

³⁰⁶ **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 12. Ayrıca bkz. ve karşı. **Kut**, CHK-OR, Art. 4, N. 2.

³⁰⁷ **Sağlam**, İstanbul, m. 4, N. 14.

³⁰⁸ Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 13. Burada tarafların Whatsapp benzeri internet uygulamaları aracılığıyla -görüntülü arama yapmaları gibi- eş zamanlı olarak iletişime geçtikleri durumlarda önerinin hazır olanlar arasında gerçekleşeceğinde tereddüt yoktur. Ayrıca bkz. ve karşı. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 88.

Alman hukukunda önerinin hazır olanlar arasında gerçekleşmesini düzenleyen BGB § 147 hükmüne, 2001 yılında yapılan değişiklikle, "telefon" ifadesinin yanına "veya diğer bir teknik araç" (*oder einer sonstigen technischen Einrichtung*) ifadesi eklenirken bu değişikliğin gerekçesinde diğer teknik araçlara *chat* uygulamaları örnek olarak belirtilmiştir³⁰⁹. Bu sebeple, Alman öğretisinde, *chat* ile gerçekleşen müzakerenin hazır olanlar arasında sayılması gerektiği görüşü hakimdir³¹⁰. Ancak bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira böyle durumlarda önerinin muhatap tarafından hemen öğrenilip öğrenilmediği hususu, öneren bakımından bütünüyle belirsizdir. Bu yönüyle taraflar arasında bir eş zamanlı iletişim bulunamayacağı açıktır. Kanun, hazır olanlar arasında gerçekleşen öneri bakımından, bu önerinin kabul edilip edilmeyeceği hususunda, muhatabın açıklama karşısındaki sözcüklerinin, anlık dahi olsa susmasının veya davranışlarının (jestlerinin), öneren tarafından yine açıklama anında öğrenilmesini esas almıştır. Ne var ki bunun *chat* ile gerçekleşen bir müzakere bakımından sağlanamayacağı, aradan pek kısa süre dahi olsa bir zamanın geçeceği açıktır. Ayrıca *chat* ile gerçekleşen bir müzakerenin, aynı anda bilgisayar veya akıllı telefon başında bulunan tarafların elektronik posta ile iletişime geçmeleri durumundan farklı olarak nitelendirilmesi makul bir çözüm de değildir. Bu kapsamda, *chat* ile gerçekleşen müzakerenin hazır olmayanlar arasında gerçekleştiğinin kabul edilmesi fakat buradaki bağlayıcılık süresinin mümkün olduğu ölçüde hazır olanlar arasındaki bağlayıcılık süresine yakın olarak belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmak gerekir³¹¹.

³⁰⁹ Bu değişiklik hakkında ayrıca bkz. **Dörner**, s. 374-375.

³¹⁰ **Bork**, STK-BGB, § 147, N. 4; **Busche**, MüKo-BGB, § 147, N. 29; **Ellenberger**, Palandt-BGB, § 147, N. 5; **Wolf/Neuner**, § 33, N. 34; **Behling**, s. 97-98. Türk öğretisinde aynı yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 5; **Demir**, Mesafe, s. 222-223; **İnal**, İnternet, s. 108-109, dn. 65; **Gezder**, İnternet, s. 113; **Gezder**, Değişiklikler, s. 41-42; **Şeker**, İnternet, s. 138-139; **Sağlam**, İstanbul, m. 4, N. 17.

³¹¹ Benzer yönde bkz. ve karş. **Dörner**, s. 375-376.

ii. Bağlayıcılığın Başlangıcı ve Sona Ermesi

Hazır olanlar arasında gerçekleşen sũresiz ȃneride, ȃnerenin irade açıklamasında bulunması, bu açıklamanın muhataba ulaşması ve yine muhatap tarafından ȃęrenilmesi aynı anda gerekleřmektedir³¹². Bȃyle bir durumda ȃnerinin bağlayıcılığının, bu açıklamanın gerçekleştiği veya muhataba ulaştığı yahut onun tarafından ȃęrenildięi andan itibaren başlayacağında tereddũt yoktur.

Hazır olanlar arasında gerçekleşen sũresiz ȃnerinin bağlayıcılığı, TBK m. 4/1 (OR Art. 4/1) hũkmũne gȃre, bu ȃneri "hemen" (*sogleich*) kabul edilmediği takdirde sona erer³¹³. Hũkmũn içeriği, bağlayıcılığın ne kadar sũre ile devam edeceği hususunda yeteri kadar açık değildir. Ȗęretide bu sũre, yalnızca muhatabın ȃneriyi anlayıp cevap verebileceği ana kadar geçecek zaman dilimi olarak anlařılmaktadır³¹⁴. Buna gȃre hazır olanlar arasında gerçekleşen sũresiz ȃnerinin bağlayıcılık sũresinin, ȃzellikle ȃnerinin kapsamına gȃre değiştiği sȃylenebilir³¹⁵.

Hazır olanlar arasında gerçekleşen sũresiz ȃnerinin bağlayıcılık sũresi, sona erme bakımından, taraflar arasında yũrũtũlmekte olan sȃzleřme gȃrũřmesiyle birlikte ele alınmalıdır:

(i) Hazır olanlar arasında gerçekleşen sũresiz ȃnerinin bağlayıcılığı, sȃzleřme gȃrũřmesinin sona erdiği ana kadar devam eder³¹⁶. Bununla birlikte ȃnerinin içeriği mũzakerenin asıl konusu olmaktan çıkmış ise, sȃzleřme gȃrũřmesi devam etse dahi,

³¹² Bu ȃzellięi sebebiyle hazır olanlar arasında gerçekleşen sũresiz ȃneri, irade açıklamasının hũkũm doğurmasına ilişkin daha sonra ayrıntılı şekilde açıklanacak tartışmalardan uzaktır. Bkz. Dȃrdũncũ Bȃlũm, II, B, 1.

³¹³ CISG sistemi bakımından bu yȃnde bkz. Art. 18/2: "(...) *Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadığıa sȃzlũ icap derhal kabul edilmelidir.*" PICC sistemi bakımından yine bu yȃnde bkz. Art. 2.1.7: "(...) *An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.*"

³¹⁴ **Mũller**, BK-OR, Art. 4, N. 19; **Kut**, CHK-OR, Art. 4, N. 5; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 407; **Koller**, OR AT, ř 7, N. 34; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 87-88. Ayrıca bkz. ve karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, ř 19, N. 6.

³¹⁵ **Akyol**, Borçlar, s. 79.

³¹⁶ **Schȃnenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 4, N. 10; **Mũller**, BK-OR, Art. 4, N. 20; **Kut**, CHK-OR, Art. 4, N. 5; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 408.

önerinin bağlayıcılığı sona erer³¹⁷. Örneğin, önerenin ve muhatabın, satışı önerilen pirinç yerine, buğday fiyatları hakkında müzakereye başlaması durumunda sözleşme görüşmesi devam etmesine rağmen önerinin bağlayıcılığı sona erer. Ayrıca muhatabın (varsayımsal veya gerçek) ret açıklamasıyla da önerinin bağlayıcılığını sözleşme görüşmesi sırasında derhal sona erdirebilmesi mümkündür.

(ii) Hazır olanlar arasında gerçekleşen süresiz önerinin bağlayıcılığı, kural olarak, sözleşme görüşmesine ara verildiği durumlarda sona erer³¹⁸. Bu kapsamda, muhatap, müzakere yerini terk ettikten bir süre sonra gelerek kabul açıklamasında bulunmuş olsa sözleşme kurulmaz. Bununla birlikte sözleşme görüşmesine ara verilen bazı durumlarda, muhatabın müzakereyi yürütme süreci ve özellikle güven ilkesi gereği, önerinin bağlayıcılığının devam ettiği sonucuna varılabilir³¹⁹. Örneğin, muhatabın düşünmek için kahve veya dinlenme molası talep etmesi durumunda önerinin bağlayıcılığı sona ermez. Böyle bir durumda bağlayıcılığını yitirmeyen öneri, kanımızca, artık süreli niteliğe dönüşmüştür. Zira bu öneri, nihayetinde, taraflarca kararlaştırılan aranın sonuna kadar bağlayıcıdır.

(iii) Eş zamanlı iletişim sağlayan araçlar ile hazır olanlar arasında yürütülmekte olan sözleşme görüşmesinin, bu araçlar yüzünden oluşacak birtakım teknik sebeplerle makul sayılabilecek kısıklıkta bir süre kesintiye uğraması durumunda, süresiz önerinin bağlayıcılığını yitirmediği kabul edilmektedir³²⁰. Bu görüş, kanımızca, sözleşme görüşmesinin yalnız pek kısa süreli kesintiye uğradığı durumlarda kabul edilebilir.

³¹⁷ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 4, N. 10; **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 21. Ne var ki tarafların bu konuyu yeniden müzakere etmek üzere açık veya örtülü olarak kararlaştırmaları mümkündür. Böyle bir kararlaştırma olmamasına rağmen güven ilkesi gereği de aynı sonuca ulaşılabilir. Bu gibi durumlarda önerinin bağlayıcılığı sona ermez. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 7.

³¹⁸ **Akyol**, Borçlar, s. 79. Bu yönde bkz. **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 4, N. 5.

³¹⁹ **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 22; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 4, N. 5; **Kut**, CHK-OR, Art. 4, N. 5.

³²⁰ **Merz**, Vertrag, N. 204; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 4, N. 11; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 4, N. 9; **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 23; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 4, N. 6; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 408; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 88. Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz. **Bork**, STK-BGB, § 147, N. 6.

Örneğin, cep telefonu pilinin bitmesi sebebiyle bir saat kesintiye uğrayan görüşmede süresiz önerinin bağlayıcılığını yitirmediği kabul edilemez. Sözleşme görüşmesinin süreklilik içerisinde olması gerektiği durumlarda, özellikle döviz ve hisse senedi işlemlerinde, bu görüşün kabul edilemeyeceği açıktır. Görüldüğü gibi her somut durumda güven ilkesi doğrultusunda yapılacak yoruma göre karar verilmelidir³²¹.

(iv) Hazır olanlar arasında gerçekleşen süresiz öneri, bu açıklamanın muhatap tarafından derhal öğrenilmesi sebebiyle, öneren tarafından geri alınamaz. Bununla birlikte önerenin, sözleşme görüşmesini tek taraflı şekilde keserek önerinin bağlayıcılığını sona erdirip erdiremeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüş³²², bu ihtimalde önerinin bağlayıcılığının sona ereceği, ne var ki önerenin sözleşme görüşmesinden doğan sorumluluk gereği muhatabın zararlarını karşılamakla yükümlü olabileceği yönündedir. Buna karşın kanımızca da üstün tutulması gerekli diğer görüş³²³, bu ihtimalde TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde, önerinin bağlayıcılığının sona ermediği yönündedir³²⁴.

(2) Önerinin Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşmesi

i. Kavram

Önerinin "hazır olmayanlar arasında" (*unter Abwesenden, Abwesenheit*)³²⁵ gerçekleşmesi, TBK m. 4/2 (OR Art. 4/2) hükmünün zıt anlamından anlaşılacağı

³²¹ Benzer yönde bkz. **Sağlam**, İstanbul, m. 4, N. 9.

³²² **Müller**, BK-OR, Art. 4, N. 26.

³²³ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 4, N. 12; **Kut**, CHK-OR, Art. 4, N. 5.

³²⁴ Hazır olanlar arasında gerçekleşen süresiz önerinin bağlayıcılığı, CISG sisteminde de benzer niteliktedir. Gerçekten, CISG m. 18/2 hükmüne göre, "(...) Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü icap derhal kabul edilmelidir." Hükümde yer alan "sözlü" öneri teriminin, hazır olanlar arasında gerçekleşen öneriyi ifade ettiği kabul edilmektedir. Bkz. **Magnus**, STK-CISG, Art. 18, N. 20-21; **Brunner**, Art. 18, N. 3, dn. 510; **Sağlam**, İstanbul, m. 4, N. 4..

³²⁵ 818 sayılı mülga BK m. 5 "gaipler arasında" ifadesini kullanmaktaydı. Bununla birlikte öğretide, hükümdeki "gaip" sözcüğünün teknik bir terim olarak kullanılmadığından hareketle, "hazır olmayanlar", "karşı karşıya olmayanlar" veya "yüz yüze olmayanlar" ifadeleri de yaygın şekilde kullanılmaktaydı. Bkz. **Ataay**, s. 232-233 ve özellikle dn. 37; **Akyol**, Borçlar, s. 79 vd;

üzere, önerenin ve muhatabın sözleşme görüşmesi sırasında eş zamanlı olarak iletişime geçmedikleri, bu kapsamda önerinin muhataba doğrudan iletilmediği durumları ifade eder³²⁶. Buna göre, önerinin hazır olmayanlar veya hazır olanlar arasında gerçekleşmesinin birbirine zıt durumlar olduğu, yine bunların dışında üçüncü bir ihtimalin söz konusu olmadığı kendiliğinden anlaşılır.

Öneri niteliğindeki irade açıklamasının geleneksel bir yöntem olarak posta, kargo veya kurye ile gönderilmesi yahut modern bir yöntem olarak elektronik posta, cep telefonu mesajı veya Whatsapp mesajı gönderilmesi durumunda hazır olmayanlar arasında öneri söz konusudur³²⁷. İrade açıklamasının yazılı olarak değil fakat bir ses kaydı şeklinde gönderilmesi durumunda -telefonla ulaşılamayan kimsenin mesaj kutusuna sesli not bırakılması gibi- öneri yine hazır olmayanlar arasında gerçekleşmektedir³²⁸.

ii. Bağlayıcılığın Başlangıcı ve Sona Ermesi

Hazır olmayanlar arasında gerçekleşen süresiz önerinin bağlayıcılığı, bu nitelikteki irade açıklamasının muhataba ulaştığı andan itibaren başlar³²⁹. Bağlayıcılığın başlangıç anının belirlenmesindeki bu açıklık, sona erme anının belirlenmesi bakımından geçerli değildir. Zira bu tür önerilerde bağlayıcılık süresi, süreli öneriden

Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 10. Ayrıca bkz. **Özsunay**, Borçlar, s. 67: Yazar hazır olanları "birlikte bulunanlar", hazır olmayanları ise "uzakta bulunanlar" biçiminde ifade etmektedir.

³²⁶ Bkz. ve karşı. **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 9; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 2; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 409; **Tunçomağ**, s. 192-193; **Ataay**, s. 231-232; **Akıncı**, s. 70-71.

³²⁷ Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 12; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 2; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 412-412a; **Schwenzer**, § 28, N. 20; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 89; Yarg. 6. HD T. 09.06.2016 E. 2015/9617 K. 2016/4542: "Taraflar arasındaki iletişim, telefon, elektronik posta ve faks vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir. Elektronik posta iletişiminin işleyişinde taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim bulunmadığından elektronik posta ile yapılan irade beyanı hazır olmayanlar arasında yapılmış bir irade beyanıdır. (...)" (**Kazancı**).

³²⁸ **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 12.

³²⁹ Öneri, tamamlanması ve hüküm doğurabilmesi için bir veya daha fazla kişiye yöneltilmesi ve buna bağlı olarak ulaşması gerekli bir irade açıklamasıdır. Bu tür irade açıklamalarının, yöneltildikleri kişiye ulaşma anından itibaren hüküm doğurduğu kabul edilir. Tartışmalı bu konu hakkında bkz. Dördüncü Bölüm, II, B, 1.

ve hazır olanlar arasındaki süresiz öneriden farklı olarak, muhatap tarafından gerçekleştirilecek kabulden bağımsız şekilde belirlenememektedir.

Hazır olmayanlar arasında gerçekleşen süresiz önerinin bağlayıcılık süresi, TBK m. 5/1 (OR Art. 5/1) hükmünden anlaşılabileceği üzere, (i) önerinin muhataba ulaşmasına kadar olan süre, (ii) muhatapın bu önerinin niteliğine ve içeriğine göre düşünmesi ve değerlendirmesi için ihtiyaç duyacağı süre ve nihayet (iii) kabulün önerene ulaşmasına kadar olan süre olmak üzere üç ayrı zaman diliminin toplamından ibarettir³³⁰. Ne var ki bu durum hem önerinin hem de kabulün dolaylı olarak (hazır olmayana karşı) açıklandığı durumlar bakımından geçerlidir. Gerçekten önerisini dolaylı olarak açıklayan öneren, kabulün kendisine karşı doğrudan yöneltilmesini talep edebilir. Önerenin yazdığı mektupta, kendisine telefonla haber verilmesini istemesi durumu böyledir. Böyle bir durumda önerinin bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde biraz önce belirtilen üçüncü zaman diliminin dikkate alınmayacağı açıktır. Benzer biçimde, önerisini doğrudan açıklayan öneren, kabulün kendisine karşı dolaylı olarak yöneltilmesini de talep etmiş olabilir³³¹. Önerenin telefonla aradığı muhataptan kabulün mektupla gönderilmesini istemesi durumu böyledir. Gerçi bu ihtimalde hazır olmayanlar arasında gerçekleşen bir öneri söz konusu değilse de önerinin bağlayıcılık süresi, yine TBK m. 5 (OR Art. 5) hükümleri çerçevesinde belirlenir. Böyle bir

³³⁰ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 8; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 18; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 3; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 411; **Koller**, OR AT, § 7, N. 37; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 217; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 89; **Tunçomağ**, s. 102; **Eren**, Borçlar Genel, N. 796; **Akıncı**, s. 70-71; BGer 4A_515/2008. CISG sistemi bakımından bu yönde bkz. Art. 18/2: "(...) Bir kabul, (...) süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz. (...)" PICC sistemi bakımından yine bu yönde bkz. Art. 2.1.7: "An offer must be accepted (...) if no time is fixed, within a reasonable time having regard to the circumstances, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise." PECL Art. 2:206/2 hükmü ise -diğer yeknesaklaştırma projelerinden biraz farklı olarak- kabulün "makul süre" (*reasonable time*) içerisinde ulaşmasını yeterli görüyor.

³³¹ Bkz. ve karşı. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 5, N. 4-5; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 14-15.

durumda ise yine biraz önce belirtilen zaman dilimleri arasından birincisinin dikkate alınmayacağı açıktır³³².

(i) Önerinin muhataba ulaşmasına kadar olan süre, önerenin tercih ettiği gönderim biçimine bağlı olarak değişir³³³. Buna göre, aynı önerinin yurt içi veya yurt dışı posta yahut elektronik posta aracılığıyla gönderilmesinde ulaşma sürelerinin birbirinden farklı olduğu ve bunun da önerinin bağlayıcılık süresini etkileyeceği hususunda tereddüt edilmemelidir. Bu doğrultuda İsviçre Federal Mahkemesi, Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Washington-Tacoma'dan 05.01.1970 tarihinde yollanan bir acele postanın İsviçre'de bulunan St. Gallen'e 08.05.1970 tarihinden önce ulaşamayacağı yönünde karar vermiştir³³⁴.

(ii) Önerenin düşünme süresi, önerinin niteliğine ve içeriğine göre değişir. Örneğin, münferit bir taşınır eşyanın satışına veya bir şirketin devralınmasına yönelik önerilerde muhatabın düşünme ve değerlendirme süresinin ikinci ihtimalde daha uzun olacağı söylenebilir. Buna karşın, münferit taşınır eşyanın bir antika eser olduğu veya şirketin henüz yeni kurulmuş bir şirket olması durumunda tam tersi sonuca varılabilir. Buna göre, her somut durumda, dürüstlük kuralı doğrultusunda yapılacak yoruma göre bir düşünme ve değerlendirme süresi belirlenmesi gerektiği açıktır³³⁵. Bu doğrultuda İsviçre Federal Mahkemesi, uluslararası yumurta satışı yapılması durumunda yirmi dört saatlik³³⁶, otomobil lastiği satışı yapılması durumunda ise beş veya yedi günlük³³⁷ düşünme süresinin yeterli olacağı yönünde kararlar vermiştir.

³³² Ayrıca böyle bir durumda, önerenin, önerisini zamanında ulaşmış sayabilmesine ilişkin TBK m. 5/2 (OR Art. 5/2) hükmü, doğal bir sonuç olarak, uygulama alanı bulamayacaktır.

³³³ **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 20; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 4; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 10.

³³⁴ BGE 98 II 109.

³³⁵ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 13-15; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 5, N. 9 vd.; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 6.

³³⁶ BGE 50 II 13.

³³⁷ BGER 4A_515/2008.

(iii) Kabulün önerene ulaşmasına kadar olan süre, tıpkı birinci zaman diliminde önerinin muhataba ulaşmasında olduğu gibi, muhatabın tercih ettiği gönderim biçimine bağlı olarak değişir. Kabulün gönderilme biçimi öneride belirtilmiş ise önerinin bağlayıcılık süresi buna göre belirlenir. Böyle bir belirlemede bulunulmamış olsa dahi muhatabın, özellikle ticari işlerde, önerinin gönderilme biçiminden daha yavaş bir tercihte bulunmaması gerektiği görüşü hakimdir³³⁸. Ayrıca kabulün bağlayıcılık süresi içerisinde önerene ulaşması, bu açıklama öneride belirtilmiş gönderim biçimine aykırı şekilde gönderilmiş olsa dahi, sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterlidir³³⁹.

Hazır olmayanlar arasında gerçekleşen süresiz önerinin bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde, bahsi geçen zaman dilimlerinin her somut olay bakımından "gerçekte" (*konkret, tatsächlich*) ne kadar süre aldıkları ise önemli değildir. Örneğin, kuryeyle gönderilen önerinin yalnızca bir gün sonra muhataba ulaşması beklenirken bunun gerçekte iki gün sürmesi bağlayıcılık süresinin uzamasını sağlamaz³⁴⁰. Aynı husus, kabulün düşünme süresinin uzaması veya kabulün önerene ulaşması bakımından da geçerlidir. Burada önerenin, irade açıklamasında bulunduğu anda yapacağı değerlendirme sonucunda ortaya çıkacak "varsayımsal" (*hypotetische, abstrakte*) bir süre boyunca önerisiyle bağlı olması gerekir³⁴¹. Taraflar arasında bağlayıcılık süresine ilişkin olarak çıkan bir uyuşmazlıkta hakim, irade açıklamalarının somut ulaşma tarihleri üzerinden değil, öneren çerçevesinden bakıldığında ortaya çıkacak varsayımsal bir süre üzerinden karar verir³⁴².

³³⁸ **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 22; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 5, N. 7; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 7; **Koller**, OR AT, § 7, N. 37.

³³⁹ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 17; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 23; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 7.

³⁴⁰ Böyle bir durumda muhatap, düşünme veya kabulün gönderilmesi sürelerini kısa tutarak, kabulün önerene zamanında ulaşmasını sağlayabilir. Bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 9; **Kut**, CHK-OR, Art. 3; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 10.

³⁴¹ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 5, N. 9; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 9; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 25; **Kut**, CHK-OR, Art. 5, N. 3.

³⁴² **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 26; BGE 86 II 347. Nitekim bu sürenin kesin bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmadığı, nihayetinde büyük oranda hakimın takdir yetkisine bağlı olduğu açıktır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 11.

Ayrıca belirtmek gerekir ki hazır olmayanlar arasında gerçekleşen süresiz önerinin bağlayıcılığı, süreli öneride ve hazır olanlar arasında gerçekleşen süresiz öneride olduğu gibi, muhatap tarafından gerçekleştirilecek (varsayımsal veya gerçek) bir ret açıklamasıyla birlikte sona erer.

iii. Önerinin Muhataba Geç Ulaşması

TBK m. 5/2 (OR Art. 5/2) hükmüne göre öneren, önerisini zamanında ulaşmış sayabilmektedir. Hükmün içeriğinin anlaşılabilmesi bakımından öncelikle iki hususu birbirinden ayırmak gerekir:

(i) Hazır olmayanlar arasında gerçekleşen süresiz önerinin bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde, önerinin muhataba geç ulaşmasının bu sürenin uzamasına yönelik bir etkisi olmayacağını belirtmiştik. Ne var ki bu durum, önerinin düzenli bir biçimde gönderilmiş olması ihtimalinde geçerlidir. Gerçekten önerinin gönderildiği sırada öneren tarafından bilinen veya bilinmesi gerekli -önerenin özensizliği sebebiyle gönderi adresinin yanlış yazılması veya posta ücretinin eksik ödenmesi gibi- aksaklıkların oluşturduğu gecikmeler, bağlayıcılık süresine eklenir³⁴³. Önerinin muhataba geç ulaşmış olması, önerenden kaynaklı da olmayabilir. Öneren tarafından bilinen veya bilinmesi gerekli, ülkede yaşanan doğal afete bağlı olarak postaların zamanında gönderilmemesi veya muhatapın hastanede yahut yurt dışı gezisinde olması gibi sebeplerle oluşan gecikme süresi, önerenden kaynaklanmadıkları halde yine bağlayıcılık süresine eklenir³⁴⁴. Dikkat edilirse önerenden kaynaklı olsun veya olmasın gecikme sebebinin bağlayıcılık süresini etkilemesi, bu hususun en geç önerinin gönderilmesi sırasında öneren tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyor olmasına bağlıdır.

(ii) Önerinin muhataba geç ulaşmasına sebep olan hususların, öneren tarafından, öneri gönderildikten sonra öğrenilmesi durumunda bunun önerinin bağlayıcılık süresine bir

³⁴³ Schmidlin, BK-OR, Art. 5, N. 12; Müller, BK-OR, Art. 5, N. 31; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 5, N. 16; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 12.

³⁴⁴ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 12.

etkisi olup olmadığı ise öğretide tartışmalıdır. Azınlıkta kalan görüş³⁴⁵, öneri gönderildikten sonra öğrenilen sebeplerin oluşturduğu gecikmenin bağlayıcılık süresine eklenmesi gerektiği yönündedir. Buna karşın kanımızca da üstün tutulması gerekli hakim görüş³⁴⁶, bu durumun bağlayıcılık süresine bir etkisi olmadığı yönündedir. Zira tartışmaya konu TBK m. 5/2 hükmünün amacı, önereni, öneri niteliğindeki irade açıklamasını gönderdiği sırada bilmediği veya bilmesi gerekmediği sebeplere karşı korumaktır³⁴⁷. Gerçi bu durumda önerinin ulaşması üzerindeki riskin bütünüyle muhatap üzerinde bırakıldığı düşünülebilir. Ne var ki böyle durumlarda önerinin kendisine geç ulaştığını bilen veya bilmesi gereken muhatap karşısında önerenin menfaatinin daha ağır bastığı sonucuna ulaşmak gerekir³⁴⁸.

Bu çerçevede, öneri gönderilmeden önce veya en geç bu sırada, herhangi bir sebeple önerinin geç ulaşacağı öneren tarafından bilinmiyor veya bilinmesi gerekmiyor ise bu sebeple oluşan gecikme süresi bağlayıcılık süresini etkilemez. Örneğin, önerinin teslim edildiği kuryenin yolda kaza yaptığı öneren tarafından sonradan öğrenilmiş olsa dahi kaza sebebiyle oluşan gecikme süresi bağlayıcılık süresine eklenmez. Böyle bir durumda önerenin, TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmündeki istisnalar saklı kalmak kaydıyla, sözleşmenin kurulmadığını muhataba bildirmesi dahi gerekmez. Muhatabın önerinin kendisine geç ulaştığını bilmediği veya bilmesi gerekmediği durumlarda birazdan açıklanacak TBK m. 5/3 (OR Art. 5/3) hükmünün kıyasen uygulanması, kanımızca TBK m. 5/2 hükmünün amacına aykırı olacağından, mümkün değildir.

³⁴⁵ Oser/Schönenberger, ZK-OR, Art. 5, N. 5; von Tuhr/Peter, s. 185, dn. 27.

³⁴⁶ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 5, N. 11; Schmidlin, BK-OR, Art. 5, N. 32; Müller, BK-OR, Art. 5, N. 25; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 5, N. 16; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 90.

³⁴⁷ Bu sebeptir ki önerinin zamanında "ulaşmış" (*angekommen ist*) sayılabilmesine ilişkin OR Art. 5/2 hükmü, dilbilgisi bakımından, yanlış anlaşılmaya uygun şekilde geçmiş zaman biçiminde ifade edildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira öneri, bu açıklamanın gerçekleştiği andaki koşullara göre yapılacak değerlendirme sonucu oluşan, varsayımsal bir süre boyunca bağlayıcıdır. Sonradan ortaya çıkmış koşullara rağmen önerinin vaktinde ulaşmış sayılması söz konusu değildir. Aynı şekilde OR 2020 Taslağı Art. 5/2 hükmü de OR Art. 5/2 hükmüne benzer ve yine yanlış anlaşılmaya uygun biçimde düzenlendiği için eleştirilmekteydi. Bkz. Müller, BK-OR, Art. 5, N. 32.

³⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 90.

Önerenin böyle bir bildirimde bulunmadığı durumlarda ancak sözleşme görüşmesinden doğan sorumluluğu söz konusu olabilir. Bunun dışında önerenin, kendisine ulaşan açıklamayı yeni bir öneri sayarak kabul niteliğinde bir karşı irade açıklamasında bulunması da mümkündür³⁴⁹.

iv. Zamanında Gönderilen Kabulün Önerene Geç Ulaşması

TBK m. 5/3 (OR Art. 5/3) hükmüne göre "zamanında gönderilen kabul" (*rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung*), önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu hemen muhataba bildirmek zorundadır. Bu hükmün içeriği pek çok yönden tartışmalıdır. Ne var ki bu tartışmaları incelemeye geçmeden hemen önce, hükmün somut olayda uygulanabilmesi için gerekli koşulların belirlenmesi isabetli olur:

(i) Öneri, süresiz nitelikte olmalıdır. Süreli öneri söz konusu olduğunda, zamanında gönderilen kabulün belirlenen süre geçtikten sonra önerene ulaşması durumunda, sözleşmenin kurulup kurulmadığının tartışmalı olduğunu, bu kapsamda muhatap tarafından gerçekleştirilen irade açıklamasının sözleşmenin kurulmasına imkan vermeyeceği görüşünde olduğumuzu belirtmiştik³⁵⁰. Buna göre TBK m. 5/3 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, bahsi geçen tartışmadaki görüşümüzle uyumlu şekilde, önerinin süresiz nitelikte olması gerektiği kendiliğinden anlaşılır³⁵¹.

(ii) Zamanında gönderilen kabulün geç ulaşması, önerenden veya muhataptan kaynaklanmış olmamalıdır. Zira önerenden kaynaklı gecikme, bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde dikkate alınır. Örneğin, önerenin gönderi adresini yanlış iletmiş veya muhataba bilgi vermeksizin adresini değiştirmiş olması sebepleriyle oluşan gecikme

³⁴⁹ Bu yönde bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 80; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 219. Karş. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 5, N. 11; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 17. Nitekim TBK m. 5/2 ve m. 5/3 (OR Art. 5/2 ve Art. 5/3) hükümlerinin, sırasıyla önerenin ve muhatapın, farklı koşullar altında menfaatini koruma amacından hareket ediyor olması da bu duruma bir gerekçe olarak ileri sürülebilir.

³⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, b, (2), ii.

³⁵¹ Bu yönde bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 798. Karş. **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 43.

bağlayıcılık süresine eklenir³⁵². Muhatap kaynaklı gecikmelerde ise durum biraz farklıdır. Örneğin, öneride belirlenen gönderim biçimine uyulmaması sebebiyle geç ulaşan kabulün bağlayıcılık süresi içerisinde ulaşmadığı sonucuna varılır³⁵³. Böyle bir durumda TBK m. 5/3 hükmünün uygulanamayacağı açıktır.

(iii) Zamanında gönderilen kabulün geç ulaştığı hususu, öneren tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyor olmalıdır³⁵⁴. Nitekim önerenin bu hususu bilmediği veya bilmesinin gerekli olmadığı durumlarda muhataba bir bildirimde bulunmasını aramak anlamsız olurdu³⁵⁵.

Belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda öneren, TBK m. 5/3 hükmü doğrultusunda, durumu hemen muhataba bildirmek zorundadır. Öneren tarafından yapılacak bildirimin içeriği belirsizdir. Bu içerik, söz konusu hüküm kapsamında gerçekleşen tartışmaları da etkileyecek niteliktedir. Öğretide bir kısım yazar³⁵⁶, önerenin yalnızca kabulün kendisine geç ulaştığını ve onunla bağlı olmadığını değil, aynı zamanda sözleşmenin kurulması sonucunun reddedildiğini de muhataba bildirmek zorunda olduğu yönündedir. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira zamanında gönderilen kabul, bağlayıcılık süresi içerisinde ulaşmaması sebebiyle, sözleşme kurmaya uygun bir irade açıklaması olarak nitelendirilemez³⁵⁷. Ne var ki

³⁵² Müller, BK-OR, Art. 5, N. 45.

³⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 13. Ayrıca bkz. Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 5, N. 8; Antalya, N. 1366-1367.

³⁵⁴ Müller, BK-OR, Art. 5, N. 46; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 13; Antalya, N. 1368.

³⁵⁵ Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 5, N. 29; Schmidlin, BK-OR, Art. 5, N. 18; Müller, BK-OR, Art. 5, N. 46; von Tuhr/Peter, s. 186; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 19, N. 13. Alman hukuku bakımından BGB § 149 hükmü, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, zamanında gönderilen kabulün geç ulaştığının "öneren tarafından bilinmesi gerektiği" (*musste der Antragende dies erkennen*) hususunu açıkça düzenlemektedir.

³⁵⁶ Müller, BK-OR, Art. 5, N. 47; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 5, N. 17.

³⁵⁷ Bkz. Schmidlin, BK-OR, Art. 5, N. 18; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 419. Karş. Müller, BK-OR, Art. 5, N. 47. CISG sistemi bakımından durum farklıdır. Gerçekten CISG Art. 21/2 hükmüne göre, "Gecikmiş bir kabul içeren mektup veya başkaca yazılı belgeden, gereğince iletilmiş olsaydı, icapta bulunana zamanında ulaşacak koşullarda yollanmış olduğu anlaşılıyorsa, gecikmiş kabul de geçerli bir kabul gibi hüküm doğurur; meğerki, icapta bulunan, icabını düşmüş addettiğini muhataba gecikmeksizin sözlü olarak bildirmiş veya bu içerikli bir bildirim göndermiş olsun."

muhatapın, zamanında göndermiş olduğu kabulün önerene zamanında ulaştığı hususunda haklı bir menfaati olduğu şüphesizdir. TBK m. 5/3 hükmünün amacı da öneren tarafından böyle bir bildirimde bulunulmadığı takdirde, muhatapın söz konusu menfaatini korumaya yöneliktir. Bu kapsamda öneren tarafından yapılacak bildirimin, kabulün geç ulaştığı bilgisini içermesi gerekli ve yeterli olmalıdır³⁵⁸.

TBK m. 5/3 hükmü doğrultusunda öneren tarafından yapılacak bildirimin hukuki niteliği de tartışmalıdır. Bir görüş³⁵⁹, bu bildirim sonucunda sözleşmenin kurulmasının önüne geçilmesi sebebiyle ortada bir irade açıklaması (ve buna bağlı olarak aynı zamanda bir tek taraflı hukuki işlem) niteliği taşıdığı yönündedir. Buna karşın kanımızca da üstün tutulması gerekli diğer görüş³⁶⁰, bu bildirimin yalnızca bir bilgi açıklaması niteliği taşıdığı yönündedir. Gerçekten, zamanında gönderilmiş olmasına rağmen geç ulaşan kabul, sözleşme kurmaya uygun bir irade açıklaması değildir. Buna göre öneren tarafından yapılacak bildirim, sözleşmenin kurulması hukuki sonucunun reddinin değil, sözleşmenin kurulmadığı olgusunun bildirilmesine yönelik olmalıdır.

TBK m. 5/3 hükmü doğrultusunda öneren tarafından yapılacak bildirimin, muhataba yöneltilmesi gerekli bir açıklama olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Bir görüş³⁶¹, bu açıklamanın gönderilmesinin yeterli olduğu yönündedir. Buna karşın kanımızca da üstün tutulması gerekli diğer görüş³⁶², bu açıklamanın yöneltilmesi gerekli nitelikte

³⁵⁸ Buna bağlı olarak, irade açıklamasının geç ulaştığı hususunun muhatap tarafından bilindiği veya bilinmesi gerekli olduğu durumlarda, önerenin böyle bir bildirimde bulunmasının gerekli olmadığı kanısındayız.

³⁵⁹ **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 50; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 5, N. 17.

³⁶⁰ **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 5, N. 20; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 21; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 14.

³⁶¹ **von Tuhr/Peter**, s. 186. Alman hukukunda BGB § 149 hükmü, zamanında gönderilen kabulün geç ulaştığına yönelik bildirimin gönderilmesini yeterli bulmaktadır. Bu sebeple söz konusu açıklamanın geri alınması da mümkün değildir.

³⁶² **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 5, N. 22; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 23; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 51; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 5, N. 19.

olduğu yönündedir. Zira TBK m. 5/3 hükmünün amacı doğrultusunda muhatabın menfaatinin korunması ancak bu şekilde mümkün olabilir³⁶³.

TBK m. 5/3 hükmü doğrultusunda yapılacak bildirimin, öneren bakımından, külfet (*obliegenheit*) niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³⁶⁴. Gerçekten bu hüküm kapsamında bildirimde bulunmayan önerenin, sözleşmenin kurulmadığını iddia edebilmesi mümkün değildir³⁶⁵. Kanun bu duruma sözleşmenin kurulması sonucunu bağlamaktadır. Öneren, kabul ile bağlı olmadığına yönelik bildirimi hemen³⁶⁶ gerçekleştirmelidir³⁶⁷. Bu süre, özellikle ticari işlerde, kabul açıklamasının ulaştığı gün veya onu takip eden iş günü olarak anlaşılmalıdır³⁶⁸. Bununla birlikte önerenin, TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmünde yer alan dürüstlük kuralı gereği, daha kısa süre içerisinde bildirimde bulunması gerektiği durumlar söz konusu olabilir³⁶⁹.

³⁶³ Bu bildirim, yöneltmesi gerekli bir açıklama olması yönüyle, birazdan açıklanacak TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmü çerçevesinde geri alınabilir. Bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 23; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 52.

³⁶⁴ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 5, N. 30; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 21; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 48; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 19, N. 14; **Eren**, Borçlar Genel, N. 799. TBK m. 5/3 hükmünde yer alan "zorunluluk" ifadesi, burada külfet yerine bir borç bulunduğu izlenimi uyandırdığı için eleştirilebilir. Nitekim OR Art. 5/3 hükmünde yer alan ve "yükümlülük" olarak çevrilebilecek "*verpflichtet*" ifadesi, tıpkı TBK m. 5/3 hükmünde olduğu gibi, burada bir borç bulunduğu izlenimini uyandırmaktadır.

³⁶⁵ Eski OR Art. 5/2 hükmü, böyle bir durumda önerenin yalnız olumsuz zarardan sorumlu olacağını düzenlemekteydi. Bu sebeple, OR Art. 5/3 ve buna bağlı olarak TBK m. 5/3 hükümlerinin, sözleşme görüşmesinden doğan sorumluluk ilkesine "yabancı" birer düzenleme oldukları kabul edilmektedir. **Gezder**, Culpa, s. 144-145.

³⁶⁶ OR Art. 5/3 hükmünde yer alan "*ohne Verzug*" ifadesi, "gecikmeksizin" şeklinde çevrilebilir ve kanımızca TBK m. 5/3 hükmünde yer alan "*hemen*" ifadesine kıyasen daha uzun bir süreyi ifade etmektedir.

³⁶⁷ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 5, N. 30; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 49.

³⁶⁸ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 5, N. 30; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 49. Karş. **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 5, N. 18.

³⁶⁹ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 20; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 5, N. 30; **Müller**, BK-OR, Art. 5, N. 49.

(3) Dış Üstlenme Önerisinin Bağlayıcılığı

"Dış üstlenme" (*externe Schuldübernahme*), alacaklı ve borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme sonucunda, borçlunun borcundan kurtarılmasını ve borçlu sıfatının bu üçüncü kişiye geçmesini ifade etmektedir (TBK m. 196/1; OR Art. 176/1)³⁷⁰. Dış üstlenme önerisinin bağlayıcılık süresine ilişkin olarak TBK m. 197 (OR Art. 177) hükmünde özel düzenlemeler bulunmaktadır:

(i) TBK m. 197/1 (OR Art. 177/1) hükmüne göre, "*Borcun üstlenilmesine ilişkin öneri alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilir. Ancak, üstlenen veya önceki borçlu, kabul için bir süre koyabilir. Alacaklı bu sürenin bitimine kadar susarsa, öneri reddedilmiş sayılır.*" Görüldüğü gibi dış üstlenme önerisi, hazır olanlar ve olmayanlar arasındaki süresiz öneriden farklı olarak, herhangi bir bağlayıcılık süresiyle sınırlandırılmış değildir. Buna göre hazır olanlar arasındaki öneri, sözleşme görüşmesi sona erdikten sonra kabul edilebileceği gibi hazır olmayanlar arasındaki öneri, bu tür önerilere ilişkin genel nitelikli varsayımsal bağlayıcılık süresinden sonra dahi kabul edilebilir³⁷¹.

(ii) TBK m. 197/1 hükmünde, borçlu veya üçüncü kişi tarafından, kabulün bir süre ile sınırlandırılmasının (önerinin bağlayıcılığının bir süre ile sınırlandırılmasının) mümkün olduğu belirtilmektedir³⁷². Borçluya, tarafı olmadığı dış üstlenme sözleşmesine ilişkin öneriyi bir süre ile sınırlandırma imkanının tanınması, söz konusu borç ilişkisinden doğan ifa yükümlülüğünün devamı veya sona ermesi bakımından borçluya bir açıklık sağlamak üzere tanınmıştır³⁷³. Borçlu veya üçüncü kişi tarafından dış üstlenme önerisinin bir süre ile sınırlandırıldığı durumlarda, süreli önerilerin

³⁷⁰ von Tuhr/Escher, s. 383-384; Guhl/Koller, § 35, N. 8; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3579; Schwenger, § 91, N. 10; Oğuzman/Öz, C. 2, N. 1828; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 272; Eren, Borçlar Genel, N. 3907-3908.

³⁷¹ von Tuhr/Escher, s. 386; Guhl/Koller, § 35, N. 10; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3586-3587. Bununla birlikte söz konusu önerinin, TMK m. 2 hükmü kapsamında, dürüstlük kuralı gereğince sınırlandırılabilmesi haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. von Tuhr/Escher, s. 386; Oğuzman/Öz, C. 2, N. 1855; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 274; Eren, Borçlar Genel, N. 3915.

³⁷² Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3588.

³⁷³ Guhl/Koller, § 35, N. 11; Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 274-275.

bağlayıcılık süresine ilişkin genel ilkeler (bkz. TBK m. 3; OR Art. 3) uygulama alanı bulmalıdır.

(iii) TBK m. 197/2 (OR Art. 177/2) hükmüne göre de "*Önerinin alacaklı tarafından kabul edilmesinden önce yeni bir iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve bu ikinci üstlenmeye ilişkin olarak alacaklıya öneride bulunulursa, ilk öneride bulunan, önerisi ile bağlı olmaktan kurtulur.*" Görüldüğü gibi dış üstlenme önerisinin bağlayıcılığı, önerinin bağlayıcılığına ilişkin genel ilkelerden yine farklı olarak, bir başka önerinin alacaklıya ulaşmasıyla birlikte sona ermektedir³⁷⁴.

D. Önerinin veya Kabulün Geri Alınması

1. Kavram

Öneri veya kabul, kural olarak, öneren veya muhatap tarafından gerçekleştirilecek tek taraflı irade açıklaması sonucunda serbestçe geri alınamaz. Bu ilke, esasen, söz konusu irade açıklamalarının yöneltildikleri kişilerin menfaatini korumaya yöneliktir. Zira bu kişilerin, kendilerine yöneltilen irade açıklamaları karşısında birtakım hazırlık faaliyetlerinde bulunmuş veya bu sözleşmeye güvenerek başka kimselerle sözleşme kurmaktan kaçınmış olmaları mümkündür. Ne var ki önerenin veya muhatabın irade açıklamalarını hiçbir durumda geri alamamaları yönünde bir ilke benimsemek de bütünüyle adil sayılmaz. Buna göre önerinin veya kabulün, yöneltildikleri kişilerin menfaatine aykırı olmayacak şekilde geri alınmaları imkanını tanımakta bir engel yoktur³⁷⁵. Nitekim TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmü bunu düzenlemektedir³⁷⁶.

³⁷⁴ von Tuhr/Escher, s. 386-387; Guhl/Koller, § 35, N. 10; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3591; Oğuzman/Öz, C. 2, N. 1855; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 275. Bu yönüyle hüküm, açık artırma yoluyla satışta daha yüksek bedel önerilmesine benzemektedir. Ne var ki dış üstlenme sözleşmesi bakımından sonraki önerinin, alacaklı için daha elverişli olması gibi bir koşul aranmamaktadır.

³⁷⁵ Bkz. Feyzioğlu, C. 1, s. 85; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 200 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 91. Ayrıca bkz. Hodler, s. 67 vd.

³⁷⁶ Önerinin ve kabulün geri alınmasına ilişkin TBK m. 10 hükmü, yalnızca önerinin veya kabulün geri alınmasında değil, yöneltilmesi gerekli irade açıklamalarının geri alındığı bütün durumlarda uygulama alanı bulur. Bkz. von Tuhr/Peter, s. 171, dn. 38; Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 9,

Öneri veya kabul, TBK m. 10 hükmünden anlaşıldığı üzere, ilgili açıklamanın sahibi tarafından gerçekleştirilecek bir başka irade açıklaması ile geri alınabilir. Geri alma açıklaması, yine kanunun ifadesinden anlaşıldığı üzere, en azından, yöneltilmesi gerekli niteliktedir³⁷⁷. Geri alınan önerinin kabul edilme veya geri alınan kabulün sözleşmeyi kurma imkanları ortadan kalkar. Buna göre önerinin veya kabulün geri alınması, söz konusu irade açıklamalarının temel özellikleri olan bağlayıcı ve kurucu etkilerinin sona erdirilmesini, kanunun ifadesiyle bu açıklamaların "yapılmamış sayılmasını" (*als nicht geschehen zu betrachten*) ifade eder³⁷⁸.

Öğretide, önerinin veya kabulün geri alınmasının bozucu yenilik doğuran nitelikte bir hak olduğu ifade edilmektedir³⁷⁹. Kanımızca, önerinin veya kabulün geri alındığı her durumda böyle genel bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Öyle ki geri almanın, sınırlı sayıdaki durumda bozucu yenilik doğuran, büyük çoğunlukla alelade bir hak niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Zira TBK m. 10 hükmü, kural olarak, önerinin veya kabulün hükümlerini henüz doğurmaya başlamadığı bir aşamaya ilişkindir. Böyle bir durumda geri alma hakkı, her ne kadar bir irade açıklamasının hüküm doğurmasına engel olsa da, (bozucu) yenilik doğuran nitelikte değildir. Bununla birlikte, TBK m. 10 hükmünün istisnai düzenlemesinde ve bağlayıcı etkisi başlamış önerinin geri alınması imkanı tanınan özel durumlarda (bağışlama

N. 4; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 9; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 9, N. 3; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 2; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 474; BGE 140 V 82; BGE 128 III 70.

³⁷⁷ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 5, N. 4; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 12; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 3; **Demir**, Geri Alma, s. 268. Geri almanın gerçekleşebilmesi için bu yöndeki irade açıklamasının karşı tarafa ulaşmasının yeterli olmadığı durumların söz konusu olabileceğini birazdan göreceğiz.

³⁷⁸ İsviçre öğretisinde, irade açıklamasının, geriye etkili olarak hüküm doğurmaması "dar anlamda geri alma" (*Widerruf im engeren Sinne*), yalnızca ileriye etkili olarak hüküm doğurmaması ise "geniş anlamda geri alma" (*Widerruf im weiteren Sinne*) olarak ifade edilmektedir. Geri alma kavramı hakkında bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 5 vd.; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 8 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 15 vd.; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 3. Ayrıca bkz. ve karşı. **Hodler**, s. 9 vd.; **Demir**, Geri Alma, s. 263 vd.; **Özel**, s. 73 vd.; **Küçükaydn**, s. 3-4.

³⁷⁹ Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 815.

sözleşmesinde bkz. TBK m. 293; OR Art. 244) geri almanın bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu söylenebilir³⁸⁰.

Geri alma açıklamasının, geri alınan öneri veya kabul ile aynı biçimde gerçekleştirilmiş olması aranmaz³⁸¹. Bu kapsamda, dolaylı olarak gerçekleştirilen öneri veya kabul, doğrudan irade açıklaması ile geri alınabilir. Nitekim alışveriş hayatında durum çoğunlukla böyledir. Örneğin, yazılı olarak postayla gönderilen veya sözlü olarak haberci aracılığıyla yöneltilen öneri, henüz muhataba ulaşmadan, telefonla doğrudan yapılacak bir irade açıklaması ile birlikte geri alınabilir³⁸². Doğrudan gerçekleştirilen önerinin veya kabulün geri alınması ise uygulamada karşılaşılması pek güç bir ihtimalde, aynı yerde bir arada bulunan tarafların irade açıklamalarını karşı tarafa yazılı olarak yöneltmeleri durumunda mümkün olabilir³⁸³. Benzer biçimde yazılı olarak gerçekleştirilen öneri veya kabul, sözlü irade açıklaması ile geri alınabilir. Örneğin, yazılı olarak postayla gönderilen kabul, telefonla yapılacak bir sözlü irade açıklamasıyla geri alınabilir³⁸⁴.

TBK m. 8/2 (karş. OR Art. 7/2-3) hükmüne göre tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça, öneri sayılacaklarını belirtmiştik. Böyle bir durumda, muhatabın belirsizliği sebebiyle, önerinin geri alınma usulü bakımından farklı bir ilkeyi benimsemek gerekir. Tarife, fiyat listesi veya

³⁸⁰ İsviçre öğretisinde, gerçek olmayanın geri almanın bozucu yenilik doğuran nitelikte olduğu ifade edilmektedir ki bu husus görüşümüzle de uyum içerisindedir. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 12; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 7; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 19.

³⁸¹ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 18; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 25-29; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 23: Yazara göre burada geçerli bir "simetri ilkesinden" (*Symmetrieprinzip*) bahsedebilmek mümkün değildir. Karş. **Özel**, s. 85.

³⁸² **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 17; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 22; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 28. Dolaylı olarak gerçekleştirilen öneri veya kabul, yine dolaylı irade açıklaması ile geri alınmış olabilir. Normal postayla gönderilen önerinin, acele posta yoluyla geri alınması durumu böyledir.

³⁸³ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 17; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 28; **Eren**, Borçlar Genel, N. 815.

³⁸⁴ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 23; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 29; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 4; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 474.

benzerlerinin gönderilmesinde, kanımızca, en azından geri alınan açıklamanın ulaşmaya elverişli olduğu kişi sayısına uygun bir şeklin benimsenmesi gerekir. Bu kapsamda, ulusal gazetelerde yapılan tarife duyurusunun pek az sayıda kişi tarafından görüntülenecek bir internet sayfasında (veya yerel gazetede) yayınlanacak duyuru aracılığıyla geri alınması mümkün olmamalıdır³⁸⁵.

Öneriyi geri alan irade açıklaması, önerinin bağlayıcılık etkisinin bütünüyle sona erdirilmesine veya bu etkinin yalnızca değiştirilmesine yönelik olabilir³⁸⁶. Bu ikinci durumda, esasen, yeni bir öneri söz konusudur. Mülkiyetinde bulunan kitabı 1.000 TL karşılığında satmak isteyen önerenin, TBK m. 10 hükmü koşulları çerçevesinde, daha sonra bu kitabı bir haftalık 100 TL karşılığında kiraya vermek üzere teklifte bulunması durumu böyledir. Böyle bir durumda, önerinin geri alındığı sonucuna ulaşmak için, önceki önerinin bağlayıcılığının sona erdirilmiş olması gerekir. Zira (alternatif) bir öneri olarak bağlayıcılığı devam eden irade açıklaması geri alınmış sayılmaz³⁸⁷.

Kabul bakımından da benzer bir durum söz konusudur. İçeriği itibarıyla öneriye bütünüyle uyumlu ve değiştirilemez nitelikte olan kabulden ve doğal olarak öneriden farklı içerikteki sonraki irade açıklaması, kabulü geri alması dışında, aynı zamanda yeni bir öneri sayılır. Buna göre, bir önceki örnek bakımından, kitabı -öneriye uygun şekilde- bir haftalığına 100 TL karşılığında kiralamayı kabul ettiği yönünde irade açıklamasında bulunan muhatabın, TBK m. 10 hükmü koşulları çerçevesinde, daha

³⁸⁵ PECL Art. 2:202/2 hükmü bu yönde açık bir düzenleme içermektedir: "*An offer made to the public can be revoked by the same means as were used to make the offer.*" Önerenin, geri alma açıklamasının muhataba daha önce veya aynı anda ulaştığını yahut muhatap tarafından daha önce öğrenildiğini ispat etmesi durumu saklıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu ilkeler, kanımızca bir öneri niteliği taşımayan ilan yoluyla ödül sözü vermenin geri alınması bakımından da geçerli olmalıdır. Nitekim Alman hukuku bakımından BGB § 658 I hükmü bu yönde açık bir düzenleme içermektedir: "*(...). Der Widerruf ist nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht wird oder wenn er durch besondere Mitteilung erfolgt.*"

³⁸⁶ Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 9, N. 7.

³⁸⁷ Bkz. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 9, N. 32; Müller, BK-OR, Art. 9, N. 51; Kut, CHK-OR, Art. 9, N. 4. Bkz. ve karş. Schmidlin, BK-OR, Art. 9, N. 38.

sonra bu kitabı -öneriye uygun olmayan şekilde- 1.000 TL karşılığında satın almayı kabul ettiğini bildirmiş olması durumu böyledir.

Geri alma, önerinin veya kabulün yalnızca bir kısmına ilişkin olabilir. Böyle bir durumda irade açıklamasının geri alınmayan kısmı, öneri veya kabul olarak anlamlı bir bütün oluşturuyorsa hüküm doğurmaya devam eder³⁸⁸.

Geri almanın geri alınması, uygulamada karşılaşılmaması pek güç bir ihtimal olmasına karşın, teorik olarak mümkündür³⁸⁹. Böyle bir kurguda, sırasıyla, öneri veya kabul (birinci açıklama), önerinin veya kabulün geri alınması (ikinci açıklama) ve nihayet geri almanın geri alınması (üçüncü açıklama) yönünde olmak üzere üç farklı irade açıklaması bulunur. Geri almanın geri alındığı durumlarda üçüncü açıklama, kanımızca, birinci açıklamanın yerini alır. Buna göre, önerinin normal posta gönderilerek, geri almanın kurye aracılığıyla, geri almanın geri alınmasının ise muhatabın telefonla aranmasıyla (doğrudan) gerçekleştirildiği ihtimalde, birinci açıklama henüz muhataba ulaşmasa dahi öneri gerçekleşmiş sayılmalıdır³⁹⁰. Geri almanın geri alınmadığı durumlarda, birinci açıklama öneri niteliğindeyse, üçüncü açıklama yeni bir öneri niteliğindedir³⁹¹.

³⁸⁸ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 38; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 31; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 50.

³⁸⁹ **Akyol**, Borçlar, s. 74-75. Ayrıca bkz. **Demir**, Geri Alma, s. 267. Geri almanın geri alınmasının, CISG hükümleri bakımından mümkün olmadığı yönünde bkz. **Sağlam**, CISG, s. 111.

³⁹⁰ Bununla birlikte üçüncü irade açıklamasının yorumlanması ile burada öngörülenin aksi bir sonuca ulaşmak mümkündür. Önerenin yalnızca ilk mektubun dikkate alınması yönünde bir açıklamada bulunmakla yetinmesi durumu böyledir.

³⁹¹ Aynı yönde bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 75; **Demir**, Geri Alma, s. 267, dn. 15. Birinci açıklama kabul niteliğindeyse sözleşme halihazırda kurulmuş olacağından üçüncü açıklamanın hukuki akıbeti tartışılabilir. Kanımızca böyle bir durumda üçüncü açıklama, aksi açıkça anlaşılmadıkça, bir başka sözleşmenin kurulması yönünde öneri olarak nitelendirilemez.

2. Önerinin veya Kabulün Geri Alınabilmesi İçin Gerekli Koşullar

a. Önerinin veya Kabulün Hüküm Doğurmaya Başlamamış Olması

Önerinin veya kabulün geri alınabilmesi için gerekli birinci koşul, söz konusu irade açıklamalarının hüküm doğurmaya başlamamış olmasıdır³⁹². Gerçekten, öneri, muhatabın sözleşme kurma ile yetkilendirilmesi sonucunu doğurur. Muhatabın karşı irade açıklamasında (kabul) bulunarak sözleşmeyi kurabilmesi bu yetki sayesinde. Sözleşme kurma yetkisi, bir kez ortaya çıktıktan sonra, bağlayıcılık süresi boyunca önereni bağlar. Bu süre boyunca önerinin geri alınabilmesi mümkün olmaz. Kabul ise sözleşmenin kurulması hukuki sonucunu doğurur. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kabul, öneri ile birlikte, bağımsız bir irade açıklaması olmak yerine iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmenin iki eş parçasından biri olur. Bu çerçevede sözleşme kurulduktan sonra kabulün geri alınamayacağı kendiliğinden anlaşılır.

Hazır olana karşı yöneltilen öneride muhatap, önerinin gerçekleştiği andan itibaren, sözleşme kurma yetkisiyle donatılmış olur. Benzer biçimde, kabulün hazır olanlar arasında gerçekleşmesi durumunda sözleşme, kabulün gerçekleştiği anda kurulmuş olur. Her iki durumda da önerinin veya kabulün geri alınabilmesi mümkün değildir³⁹³. Buna göre, yalnızca hazır olmayana karşı yöneltilen önerinin veya kabulün geri alınmasının mümkün olduğu söylenebilir³⁹⁴. Önerinin veya kabulün hüküm doğurmaya başlamasına rağmen geri alınabilmesi, TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmünde

³⁹² Müller, BK-OR, Art. 9, N. 21-22.

³⁹³ Oğuzman/Öz, C. 1, N. 201, 234. Bununla birlikte, hazır olarak bir arada bulunan tarafların irade açıklamalarını karşı tarafa yazılı olarak yöneltmeleri istisnai durumunda, önerinin veya kabulün geri alınabilmesinin mümkün olduğunu yukarıda belirtmiştik (bkz. İkinci Bölüm, II, D, 1).

³⁹⁴ Ayrıca bkz. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 9, N. 17; Demir, Geri Alma, s. 266-268.

istisnai olarak düzenlenen durum (hükümde öngörülen ikinci ihtimal) bakımından geçerlidir³⁹⁵.

Önerinin (veya kabulün) geri alınabilmesi kanunda açıkça düzenlenmiş de olabilir. Nitekim bağışlama sözleşmesinin kurulmasına yönelik önerinin hüküm doğurmaya başlamasına rağmen geri alınabilmesinin kanunda özel olarak düzenlendiğini biraz önce belirtmiştik. Gerçekten TBK m. 293 (OR Art. 244) hükmüne göre, "*Bir kimse başkasına bağışlamayı önerdiği bir malı, başka mallarından fiilen ayırmış olsa bile, bağışlananın kabulüne kadar, bağışlama önerisini geri alabilir.*" Bağışlama önerisinin kabule kadar geri alınabilmesi, hükmün ifadesi doğrultusunda, bu açıklamanın bağışlayan tarafından yapılmış olmasına bağlıdır. Bağışlanan tarafından gerçekleştirilen önerinin geri alınabilmesi, uygulamada pek rastlanılmayacak bir durum olmakla birlikte, teorik olarak da mümkün değildir³⁹⁶.

b. Geri Alma Açıklamasının Karşı Tarafa Ulaşmış Olması

Önerinin veya kabulün geri alınabilmesi için gerekli ikinci koşul, geri alma açıklamasının karşı tarafa ulaşmış olmasıdır. Bu kapsamda geri alma açıklaması, öneri geri alınıyorsa muhataba, kabul geri alınıyorsa önerene veya onların yetkili temsilcilerine ulaşmış olmalıdır. Öneri veya kabul ile geri alma açıklaması, çoğunlukla, aynı kişiler arasında gerçekleşecekse de böyle bir zorunluluk

³⁹⁵ CISG sisteminin, önerinin bağlayıcılığı hususunda Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinden kısmen farklı bir tercihte bulunduğunu belirtmiştik. Bu husus, önerene tanınan geri alma hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Bkz. **Magnus**, STK-CISG, Art. 16, N. 4 vd.; **Dornis**, UN-Kaufrecht, Art. 16, N. 2; **Sağlam**, CISG, s. 122 vd.

³⁹⁶ İsviçre öğretisinde, OR Art. 244 hükmünün, bağışlayana önerisini geri alma imkanı tanıyıp tanımadığı hususu tartışmalıdır. Tartışma hakkında bkz. **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 244, N. 1; **Tandoğan**, C. I/1, s. 351-352. Ayrıca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 475. Benzer bir düzenleme, taksitle satış sözleşmesi bakımından da söz konusudur. Gerçekten, TBK m. 255 hükmü, irade açıklamasının (önerinin veya kabulün) geri alınmasını düzenliyor gözükmektedir. Ne var ki hükmün uygulama alanı bulduğu durumlarda sözleşme, tereddütsüz biçimde, kurulmaktadır (Bkz. **Gümüş**, Borçlar, s. 150). Böyle bir durumda kanımızca, irade açıklamasının geri alınmasından değil, sözleşmeden cayılmasından bahsetmek gerekir.

bulunmamaktadır. Buna göre, kabulün yetkili temsilciye, geri alma açıklamasının temsil olunana karşı yöneltilmiş olması mümkündür³⁹⁷.

TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmü, geri alma açıklamasının ulaşması bakımından, bu açıklamanın, -kural olarak- geri alınan açıklamadan daha önce yahut onunla aynı anda ulaşması ile -istisnai olarak- geri alınan açıklamadan daha sonra ulaşmasına rağmen ondan daha önce öğrenilmesi biçiminde iki ayrı ihtimali düzenlemektedir³⁹⁸:

(1) Geri Alma Açıklamasının Daha Önce yahut Aynı Anda Ulaşması

TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmünün öngördüğü birinci ihtimalde geri alma açıklaması, geri alınan öneriden veya kabulden daha önce yahut onunla aynı anda karşı tarafa ulaşmaktadır³⁹⁹. Bu ihtimal, geri alma açıklamasının, öneriden veya kabulden daha hızlı bir gönderim biçimi ile yöneltilmesi veya önerinin veya kabulün ulaşmasındaki gecikme sayesinde mümkün olabilir⁴⁰⁰. Öneriden veya kabulden daha önce yahut onunla aynı anda ulaşan geri alma açıklaması, muhatap veya öneren tarafından daha sonra öğrenilmiş olsa dahi hüküm doğurur⁴⁰¹.

³⁹⁷ Bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 4; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 23-24; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 9, N. 8; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 5.

³⁹⁸ **Becker**, BK-OR, Art. 9, N. 1; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 19.

³⁹⁹ Geri alma açıklamasının, geri alınan öneriden veya kabulden daha önce yahut onunla aynı anda karşı tarafa ulaştığını ispat yükü, bu durumdan lehine bir hak çıkaran, çoğunlukla açıklamasını geri alan tarafa aittir. Bkz. ve karşı. **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 34; **Becker**, BK-OR, Art. 9, N. 5. Ayrıca bkz. **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 9, N. 12. CISG sistemi bakımından da birinci ihtimalin bu olduğu söylenebilir bkz. Art. 15/2: "*İcap geri alınamaz nitelikte olsa bile, geri alma beyanının muhataba, icaptan önce veya icapla aynı anda varması halinde geri alınabilir.*", Art. 22: "*Geri alma beyanı, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.*" PICC sistemi bakımından yine bu yönde bkz. Art. 2.1.3/2: "*An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.*", Art. 2.1.10: "*An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.*"

⁴⁰⁰ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 25; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 31; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 7.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 21, N. 1.

⁴⁰¹ **Becker**, BK-OR, Art. 9, N. 1; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 27; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 26; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 35; **Eren**, Borçlar Genel, N. 817; **Özel**, s. 86.

TBK m. 10 hükmünün öngördüğü birinci ihtimal, geri alınan öneri veya kabul ile geri alma açıklamasının aynı yerde bulunan muhataba veya önerene gönderilmiş olduğu varsayımına dayanır. Ne var ki önerinin veya kabulün, önerenin veya muhatabın birden fazla işyerinden yahut ulaşılabilir olduğu yerlerden birine gönderilmesi, geri alma açıklamasının ise bundan başka bir yere gönderilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, geri alma açıklamasının yöneltildiği kişinin menfaatinin korunması amacıyla, TBK m. 10 hükmünün öngördüğü ikinci ihtimale ilişkin esaslar uygulama alanı bulmalıdır⁴⁰².

(2) Geri Alma Açıklamasının Daha Önce Öğrenilmesi

TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmünün öngördüğü ikinci ihtimalde geri alma açıklaması, yöneltildiği kişi tarafından, geri alınan öneriden veya kabulden daha sonra ulaşmasına rağmen, bu açıklamalardan daha önce öğrenilmektedir. Bu ihtimalde, önerinin veya kabulün geri alınabilmesi için geri alma açıklamasının ulaşması yeterli sayılmamış, ayrıca bu açıklamanın geri alınan öneriden veya kabulden daha önce öğrenilmiş olması koşulu aranmıştır⁴⁰³.

⁴⁰² **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 21; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 20; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 33; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 9.

⁴⁰³ Bu ihtimalde kanun koyucu, irade açıklamasının hüküm doğurması bakımından ulaşma teorisini (*Zugangstheorie*) ve açıklamanın yöneltildiği kişinin aleyhine olmak üzere öğrenme teorisini (*Vernehmungstheorie*) benimsemektedir. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 23, 29; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 37; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 9, N. 5; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 11; **Tunçomağ**, s. 189-190; **Eren**, Borçlar Genel, N. 817. CISG sistemi bakımından ise durum farklıdır. Önerinin geri alınmasına ilişkin CISG m. 16/1 hükmü, önerinin kabulün gönderilmesine kadar geri alınabilmesi imkanını tanımakla TBK m. 10 hükmünde öngörülen bu ikinci ihtimalden daha geniş kapsamlıdır. Buna göre geri alma açıklamasının kabulün gönderilmesinden önce önerene ulaşmış olması, bu açıklama öneriden sonra öğrenilmiş olsa dahi, geri almanın gerçekleşebilmesi bakımından yeterlidir. Bu imkanın istisnaları ise CISG Art. 16/2 hükmünde düzenlenmektedir. Ayrıca bkz. ve karşı. **Sağlam**, CISG, s. 127 vd. PICC sistemi bakımından aynı yönde bkz. Art. 2.1.4: "(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched an acceptance. (2) However, an offer cannot be revoked (a) if it indicates, whether by stating a fixed term for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer" PECL Art. 2:202/1, 3 bakımından da durumun benzer olduğu görülmektedir: "(1) An offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched its acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded under Article 2:205(2) or (3). (...) (3) However, a revocation of an offer is ineffective if: (a) the offer indicates that it is irrevocable; or (b) it states a fixed time for its

Geri alma açıklamasının öğrenilmesi, bu açıklamanın yöneltildiği muhatabın veya önerenin, geri alma iradesi hakkında bilgi sahibi olmasını ifade eder. Buna göre geri alma (irade) açıklamasının, bu açıklamanın yöneltildiği kişi tarafından, açıklamanın somutlaştığı objektif unsur aracına göre okunması, işitilmesi veya görülmesi, nihayetinde geri alma (işlem) iradesinin anlaşılması gerekir. Bu sebeple geri alma açıklamasının yöneltildiği kişinin, ayırt etme gücünün bulunması ve açıklamanın ifade edildiği dili bilmesi-anlaması yahut söz konusu açıklamanın kendisine çevrilmesi gerekir⁴⁰⁴. Ne var ki geri alma açıklaması ile geri alınan önerinin veya kabulün öğrenilmesi bakımından, söz konusu açıklamaların içeriği hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olunması gerekmez. Buna göre geri alma açıklamasının yöneltildiği muhatap veya öneren, kendisine içerik itibarıyla bir öneri veya kabul ulaştığını biliyorsa geri alma açıklaması hüküm doğurmaz⁴⁰⁵.

Geri alınan öneri veya kabul ile geri alma açıklaması, kural olarak, aynı kişiye karşı yöneltilir. Bu kişi, muhatabın veya önerenin kendisi ile bunların yetkili temsilcileri olabilir. Geri alma açıklamasının, muhatapı veya önereni temsile yetkili olmayan, sekreter veya müstahdem gibi kişiler tarafından öğrenilmesi, geri almanın gerçekleşebilmesi için yeterli değildir⁴⁰⁶. Geri alınan öneri veya kabul ile geri alma açıklaması, farklı kişilere karşı da yöneltilmiş olabilir⁴⁰⁷. Buna göre, kabul önerenin kendisine, kabulün geri alınması ise önerenin temsilcisine karşı yöneltilmiş olabilir. Hatta bu açıklamaların, birden fazla farklı temsilciye karşı yöneltilmiş olması dahi

acceptance; or (c) it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer."

⁴⁰⁴ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 24; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 38. Ayrıca bkz. **Özel**, 86-87.

⁴⁰⁵ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 29; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 24; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 39; **Kut**, CHK-OR, Art. 9, N. 13.

⁴⁰⁶ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 9, N. 33; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 9, N. 25; **Müller**, BK-OR, Art. 9, N. 40.

⁴⁰⁷ Bu açıklamaların farklı kişilere karşı yöneltilmiş olması durumunda, geri alma açıklamasının daha önce yahut aynı anda ulaşması ihtimalinde dahi TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmünün öngördüğü ikinci ihtimalin uygulanacağını biraz önce belirtmiştik.

mümkündür. Böyle bir durumda, hangi irade açıklamasının önce öğrenildiğine bakılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰⁸.

Belirtelim ki TBK m. 10 hükmünde öngörülen ikinci ihtimal, geri alınan öneri veya kabul ile geri alma açıklamalarının, farklı zamanlarda öğrenilecekleri/aynı anda öğrenilemeyecekleri varsayımı üzerine kuruludur. Gerçekten, birden fazla iradenin teorik olarak aynı anda öğrenilebilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda, öneri ve geri alma niteliğinde farklı irade açıklamaları içeren iki mektuptan hangisi daha önce açılıp okunmuş ise ona itibar edilmesi gerekir. Ne var ki irade açıklamasının hukuki akıbetini böyle rastlantısal bir çözüme bırakmanın her durumda isabetli olmayacağı açıktır⁴⁰⁹. Bu sebeple, elektronik postalarını kontrol eden kişinin gelen kutusunda pek çok postayı birlikte görmesinde olduğu gibi, okunmaları, işitilmeleri veya görülmeleri ile anlaşılmaları arasında belirgin bir zaman farklılığı bulunmayan irade açıklamalarının aynı anda öğrenildikleri söylenebilir. Kanunda düzenlenmeyen böyle bir durumda, kanımızca, TBK m. 10 hükmünün amacına uygun şekilde, geri alma açıklamasının hükümlerini doğurduğu ve böylece önerinin veya kabulün geri alındığı sonucuna varılmalıdır⁴¹⁰.

TBK m. 10 hükmünde öngörülen ikinci ihtimal kapsamında kabulün geri alınması bakımından özel bir duruma daha değinmek gerekir: Sözleşme, kural olarak, kabulün önerene ulaşmasıyla birlikte kurulur. Buna karşın geri alma açıklaması, kabulden daha sonra ulaşmasına karşın öneren tarafından daha önce öğrenilmiş ise kabul yapılmamış sayılır. Böyle bir durumda, kabulün ulaşması ile geri alma açıklamasının öğrenilmesi arasındaki süre bakımından sözleşmenin akıbeti belirsizdir. Burada, kanımızca da yerinde olarak, sözleşmenin kanun gereği bozucu koşula bağlı olarak kurulduğu, geri

⁴⁰⁸ Schmidlin, BK-OR, Art. 9, N. 34; Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 9, N. 26; Müller, BK-OR, Art. 9, N. 41.

⁴⁰⁹ Schmidlin, BK-OR, Art. 9, N. 31; Müller, BK-OR, Art. 9, N. 43; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 21, N. 1.

⁴¹⁰ Aynı yönde bkz. Schmidlin, BK-OR, Art. 9, N. 31; Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 9, N. 23; Müller, BK-OR, Art. 9, N. 43; Kut, CHK-OR, Art. 9, N. 12; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 21, N. 1; Özel, s. 88.

almanın kullanılması ve bozucu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin kanun gereği baştan itibaren kurulmamış olduğu sonuçlarına ulaşmak gerekir⁴¹¹.

3. Önerinin ve Kabulün Geri Alınmasının Sonuçları

TBK m. 10 (OR Art. 9) hükmüne göre geri alınmış öneri veya kabul, yapılmamış sayılır. Buna göre geri alma açıklaması, önerinin veya kabulün esasen hükümsüz olmalarını değil, söz konusu açıklamaların hüküm doğurmamasını sağlar⁴¹². Hükmün öngördüğü birinci ihtimalde önerinin veya kabulün yapılmamış sayılması kolaylıkla anlaşılır. Hükmün öngördüğü ikinci ihtimalde ise sözleşme taraflarından birinin, diğer tarafın sözleşme ile bağlı olmama yönündeki iradesini biliyor olduğu durumlarda sözleşmenin kurulamayacağı ilkesi doğrultusunda hareket edildiği belirtilmektedir⁴¹³. Geri alma, irade açıklamasını yapılmamış olarak sayması yönüyle, bu açıklamanın yöneltildiği kişinin uğramış olduğu zararlardan sorumluluğu gerektirmez⁴¹⁴. Bununla birlikte geri alma açıklamasında bulunan önerenin veya muhatabın, sözleşme görüşmesinden doğan sorumluluğu söz konusu olabilir⁴¹⁵.

III. Genel İşlem Koşulunun Sözleşme Kapsamına Girmesi Bakımından İrade Açıklamalarının Karşılıklı Olması

Klasik sözleşme kurma yönteminin, esas itibarıyla, eşit sosyo-ekonomik düzeydeki tarafların, sözleşmenin hüküm ve sonuçları üzerinde gerektiğinde birtakım müzakerelerde bulunmalarının ardından sözleşme kurmaları anlayışını esas aldığı, ancak bu yöntemin, belirtilen biçimdeki müzakerelerin neredeyse hiç yaşanmadığı ve çoğu kez birbirine eş olmayan sosyo-ekonomik düzeydeki taraflar arasında kurulan

⁴¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 21, N. 3.

⁴¹² Bkz. Müller, BK-OR, Art. 9, N. 45; Kut, CHK-OR, Art. 9, N. 14; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 21, N. 1, 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 92. Karş. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 202.

⁴¹³ Kramer, Anmerkungen, s. 672; Müller, BK-OR, Art. 9, N. 46.

⁴¹⁴ Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 9, N. 30.

⁴¹⁵ Schmidlin, BK-OR, Art. 9, N. 36; Müller, BK-OR, Art. 9, N. 49.

sözleşmeler bakımından bütünüyle uygun olmadığını belirtmiştik⁴¹⁶. Gerçekten, özellikle günümüz bankacılık, sigortacılık ve taşımacılık işlerinde, bireysel sözleşme modeli neredeyse terk edilmiş, bunun yerine taraflardan birinin hazırladığı standart sözleşme içeriğinin karşı tarafa sunulması yöntemi benimsenmiştir. Bu yöntemde karşı taraf, çoğu kez, kendisine sunulan bu içeriği olduğu gibi benimsemek veya sözleşme kurmaktan tamamen vazgeçmek dışında bir üçüncü imkana sahip olmamaktadır⁴¹⁷.

Görüldüğü gibi taraflardan birinin daha önce hazırlamış olduğu standart sözleşme içeriği -özellikle burada sözleşme müzakeresinin dışlanmış olması yönüyle- tarafların menfaatleri bakımından makul bir dengenin kurulmasına elverişli değildir. Bu sebeple kanun koyucu, taraflardan birinin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırladığı sözleşme hükümlerini "genel işlem koşulu" olarak tanımlamakta (TBK m. 20/1), bu tür hükümleri içeren sözleşmelerde düzenleyenin karşısındaki tarafı koruma amacıyla birtakım emredici düzenlemeler öngörmektedir⁴¹⁸. Belirtilen bu düzenlemelerden başlıcası, konumuz itibarıyla da incelenmesi gerekli olan husus, genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olması, diğer bir deyişle genel işlem koşulunun "yürürlük (kapsam) denetimidir"⁴¹⁹.

Yürürlük denetimi, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin kurulması bakımından, irade açıklamalarının karşılıklı olmasına ilişkin getirilen özel düzenlemeyi ifade

⁴¹⁶ Bkz. İkinci Bölüm, I.

⁴¹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 23, N. 1. Ayrıca bkz. **Forstmoser**, s. 99: Yazar, makalesinin yayımlandığı 1980 yılında, Almanya'da yapılan bir araştırmanın sonucunda, bazı iş alanlarındaki sözleşmelerin tamamının standart sözleşmelerin karşı tarafa sunulması yöntemiyle kurulduğunun belirlendiğini, böyle bir araştırma yapılmış olmasa da İsviçre uygulaması bakımından da benzer oranların geçerli olduğunu, ifade etmektedir. Aynı sonucun günümüz Türk uygulaması bakımından da geçerli olduğu hiç kuşkusuz söylenebilir.

⁴¹⁸ Öğretide, "yürürlük denetimi" ("kapsam denetimi"; *Geltungskontrolle*, *Konsenskontrolle*), "yorum denetimi" (*Auslegungskontrolle*) ve "içerik denetimi" (*Inhaltskontrolle*) olarak adlandırılan bu düzenlemeler için bkz. ve karşı. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 187 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 299 vd.; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 50 vd.; **Atamer**, s. 81 vd.; **Aydoğdu**, m. 21, N. 13 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 23, N. 10 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 507 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 636 vd.

⁴¹⁹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmeyen yürürlük denetiminin, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 21 hükmü kapsamında, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki hukuki ilişki bakımından da uygulanacağı kabul edilir. Bkz. **Aydoğdu**, m. 21, N. 28.

etmektedir. Gerçekten, TBK m. 21/1 hükmüne göre, "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. (...)*" Buna göre, kanun hükmünün kapsamına giren genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmelerin kurulması bakımından, öncelikle, yukarıda etraflıca açıkladığımız genel ilkelerin (TBK m. 1 vd.; OR Art. 1 vd.) yine geçerli olduğu anlaşılmaktadır⁴²⁰. Ancak -düzenleyenin karşısında yer alan tarafın menfaatine aykırı- genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, (i) bu nitelikteki hükümler hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmiş ve (ii) karşı tarafın da bu hükümleri (açık veya örtülü olarak) benimsemiş olmasına bağlanmıştır:

(i) Genel işlem koşulu hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, düzenleyenin, bu nitelikteki hükümleri karşı tarafça öğrenilebilir biçimde sunmasını ifade eder⁴²¹. Bu kapsamda, genel işlem koşulunun yer aldığı standart sözleşme metninin şekil bakımından okunabilir ve içerik bakımından anlaşılabilir biçimlerde olması, bunların bir örneğinin karşı tarafa verilmesi, elektronik araçlarla kurulacak sözleşmeler bakımından ise bu metnin indirilebilir, saklanabilir ve çıktısının alınabilir olması gerekir⁴²². Karşı tarafa böyle bir metnin verilmesinin mümkün olmadığı veya bunun düzenleyen bakımından çok zor olduğu otopark, alışveriş merkezi veya sinema salonu gibi halka açık yerlerde ise karşı tarafın görebileceği biçimde ilanların yapılması

⁴²⁰ Bu yönde bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 301.

⁴²¹ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 188; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 323; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 52; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1134; **Aydoğdu**, m. 21, N. 43 vd.; BGer 4A_47/2015. Bkz. ve karşı. **Yelmen**, s. 85-86.

⁴²² **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 327-332; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1135, 1135a-c; **Atamer**, s. 86-88; **Yelmen**, s. 83 vd. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 23, N. 12, 15-16; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 509; **Antalya**, N. 2216 vd.

yeterli kabul edilir⁴²³. Genel işlem koşulu hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç bu anda yapılmış olmalıdır⁴²⁴.

(ii) Genel işlem koşulunun, düzenleyenin karşısındaki tarafça, açık veya örtülü biçimde benimsenmiş olması⁴²⁵ gerekir⁴²⁶. Açık benimsemede düzenleyenin karşısındaki taraf, genel işlem koşulunu, düzenleyen açısından tereddüt uyandırmayacak biçimde onaylar⁴²⁷. Genel işlem koşulunu içeren matbu sözleşme metninin imzalanması durumu böyledir. Örtülü benimsemede ise düzenleyenin karşısındaki tarafın irade açıklaması, genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında yer almasına rıza gösterildiği biçiminde yorumlanır⁴²⁸. Burada özel bir duruma işaret etmek gerekir. Genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamına girmesi, çoğu kez, düzenleyen tarafından sunulan bu tür hükümler okunmadan, üzerinde düşünülmeden veya bunlar yapılsa dahi içerdiği teknik hükümler sebebiyle anlaşılamadan bir bütün halinde benimsenerek gerçekleşir. Buna da "global kabul" (*Globalübernahme*) denilir⁴²⁹. Global kabulün, özellikle okunmadan imzalanan belgeye benzemesi

⁴²³ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 329; Atamer, s. 88-89.

⁴²⁴ Müller, BK-OR, Art. 1, N. 333; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1134; Atamer, s. 90-91; Yelmen, s. 83. Bkz. ve karşı. Antalya, N. 2235.

⁴²⁵ Genel işlem koşulunun benimsenmesi, kabul niteliğinde olabileceği gibi, öneri niteliğinde de olabilir. Zira irade açıklamalarının karşılıklı olmasına ilişkin bu bölümde yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere öneri ve kabul, yalnızca zamansal önceliğe göre birbirinden ayrılmaktadır. Buna göre, genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamasını "daha sonra" açıklayarak (önerinin yöneltildiği kişiyi ifade eden) "muhatap" olması mümkündür. Nitekim kanun hükmünün ifadesi de bu doğrultuda yalnızca "düzenleyen" ve karşı taraf" kişilerini esas almaktadır. Ne var ki bu durum, uygulamada çoğu kez düzenleyenin aynı zamanda öneren olduğu gerçeğini de değiştirmemektedir.

⁴²⁶ Aydoğdu, m. 21, N. 30, 50 vd.

⁴²⁷ Atamer, s. 99; Yelmen, s. 87-88.

⁴²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 23, N. 18. Genel işlem koşulunun örtülü biçimde sözleşme kapsamında yer alması, TBK m. 1/2 (OR Art. 1/2) hükmünün doğal bir sonucu olarak kabul edilir. Bkz. Müller, BK-OR, Art. 1, N. 318; Atamer, s. 99-100.

⁴²⁹ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1128c; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 23, N. 19. Global kabulü gerçekleştiren "global açıklama" (*Globalerklärung*) ile "bireyselleştirilmiş açıklama" (*individualisierten Erklärung*) arasındaki fark için ayrıca bkz. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 1, N. 461 vd.

yönüyle, genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına girmesi bakımından yeterli olduğu kabul edilir⁴³⁰.

Açıklanan çerçevede, genel işlem koşulunu içeren sözleşmeler bakımından yine genel ilkelerin uygulanacağı, ancak genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında yer almasının yürürlük denetimine, diğer bir deyişle düzenleyen ve karşı tarafça yerine getirilmesi iki hususa bağlı olduğu anlaşılmaktadır⁴³¹. Belirtilen hususların yerine getirilmesi durumunda sözleşme kurulur ve genel işlem koşulu bu kez içerik ve yorum denetimlerine tabi olur. Aksi durumda ise sözleşme yine kurulur ancak genel işlem koşulu sözleşmenin kapsamına girmez, kanundaki ifadesiyle "yazılmamış sayılır"⁴³²

⁴³⁰ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 190.

⁴³¹ Yarg. 11. HD T. 11.10.2016 E. 2016/6175 K. 2016/8011: "(...) Yürürlük denetiminde, genel işlem koşulunun karşı tarafın bilgisi dahilinde sözleşmeye konulup konulmadığına bakılmalı, müşterinin sözleşmeye genel işlem koşulu konulduğunu açıkça biliyor olması halinde diğer denetim aşamalarına geçilmelidir. Aksi halde diğer aşamalara geçilmeksizin genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün sözleşmeden çıkarılması gerekmektedir. (...) Yukarıda, TBK'nın 20-25. maddelerinde genel işlem koşulu denetimine dair ilkelere yer verilmiş olup, mahkemece, 01/07/2012 tarihinden önce imzalanan dört adet kredi sözleşmesi yönünden 6098 s. TBK'nın m. 20 vd. deki genel işlem koşullarına dair hükümlerin uygulanması doğru olmadığı gibi, 06/03/2013 tarihli sözleşme yönünden, 6098 Sayılı TBK hükümlerinin uygulanmasına bir engel olmamakla birlikte, somut olayda, sözleşmenin, 21/02/2013 tarihinde "Bilgilendirme Formu" başlıklı belge ekinde davacıya verildiği ve form altında davacıya ait "almış olduğu sözleşmeyi incelediği, anlamadığı hükümler hakkında banka personeli ... ile görüşerek bilgi sahibi olduğu, mutabık kaldığı ve sözleşmeyi imzalamayı kabul ettiği" hususunda imzalı beyanının bulunduğu ve daha sonra da 06/03/2013 tarihinde kredi sözleşmesini imzaladığı hususlarının yukarıdaki ilkeler doğrultusunda genel işlem koşulu denetimine tabi tutulması ve Sözleşme hükmünün bu nitelikte olduğunun tespiti halinde, bu hükmün yazılmamış sayılması ve ortaya çıkan boşluğun da doldurularak, varsa davacıdan kesilen fazla masrafların iadesine karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olarak yazılı gerekçeyle hüküm tesisi de doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir. (...)" (**Kazancı**).

⁴³² Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği ise çok tartışmalıdır. Öğretideki bu tartışma ve görüşler için bkz. **Şeker**, Yazılmamış, s. 137 vd.; **Yelmen**, s. 92 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İRDE AÇIKLAMALARININ BİRBİRİNE UYGUN OLMASI

I. Sözleşmenin Kurulması veya Kurulmuş Sayılması Bakımından İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Olması

TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmüne göre sözleşme, tarafların iradelerini (karşılıklı ve) birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Sözleşmenin kurulma sürecine ilişkin temel ilkeyi ifade eden bu hükmü, "sözleşmenin kurulabilmesi tarafların irade açıklamalarının birbirine uygun olmasına bağlıdır" biçiminde anlamak da mümkündür. Buna göre, "irade açıklamalarının birbirine uygun olmasının" (*Konsens*¹, *Übereinstimmung*) sözleşmenin kurucu unsurlarından biri olduğu, böyle bir uygunluğun bulunmadığı durumlarda ise sözleşmenin kurulamayacağı kendiliğinden anlaşılır². Bu kapsamda, irade açıklamalarının birbirine uygun olmasının, başlı başına bir bölümde incelenmesi gerektiği açıktır. Ancak irade açıklamalarının birbirine uygun olmasının ne olduğu incelenmeden hemen önce, bunun ne olmadığına ilişkin birkaç temel hususu ve bunlarla bağlantılı olarak sözleşmenin kurulmuş sayılması ile kurulması arasındaki farkı kısaca ifade etmek isabetli olur:

(i) İrade açıklamalarının birbirine uygun olması, bahsi geçen açıklamaların subjektif unsuru olan "irade" ile objektif unsuru olan "açıklama" arasındaki uyum veya uyumsuzluk durumlarından farklıdır. Gerçekten, irade açıklaması bütünü bakımından kural, ilgili açıklamanın subjektif ve objektif unsurlarının birbiriyle uyumlu olmasıdır. Bunlar arasındaki uyumsuzluk, esasen, yanıltma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma gibi "irade bozukluğu" yahut zihni kayıt, latife açıklaması veya muvazaa

¹ "*Konsens*" sözcüğü, köken olarak, Latince "*consensus*" veya "*consentire*" sözcüklerine dayanmaktadır. Ayrıca bu sözcüklerin kökünde yer alan "-sens" veya "-sent" ekleri de Almanca dilinde bugün "anlam" veya "düşünce" olarak çevrilebilecek "*Sinn*" sözcüğünün kökenini oluşturmaktadır. Bkz. **Bucher**, OR AT, s. 110, dn. 1.

² **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 308.

gibi "açıklama bozukluğu" durumlarına ilişkindir³. İrade veya açıklama bozukluğu ise konumuzun dışındadır. Bu bölümde, subjektif ve objektif unsurları kendi içerisinde uyumlu birden fazla irade açıklamasının birbirine uygun olup olmadığı durumu incelenmektedir.

(ii) İrade açıklamalarının birbirine uygun olması, bu açıklamaların birbirinin aynısı olması veya bunların aynı anlama gelmesi değildir. İrade açıklamalarının (sözleşme kurmaya elverişli şekilde) birbirine uygun olması, esasen, bu açıklamaların birbirinden farklı ve hatta karşıt anlamda olmalarını gerektirir., Örneğin, (A)'nın dolma kalemini "satmak" istediğini ve buna karşılık (B)'nin dolma kalemi "almak" istediğini açıklamış olması veya (A)'nın taşınmazını "kiraya vermek" istediğini ve buna karşılık (B)'nin taşınmazı "kiralamak" istediğini açıklamış olması, tarafların irade açıklamalarının (satış veya kira sözleşmesi kurulması yönünde) birbirine uygun olduğunu gösterir. Sözleşme, nihayetinde, bu şekilde birbirinden farklı ve hatta karşıt anlamdaki irade açıklamalarının sözleşmenin amacı üzerinde uyum sağlamasıyla kurulur⁴.

(iii) İrade açıklamalarının (sözleşme kurmaya elverişli şekilde) birbirine uygun olması, tarafların, kurulması öngörülen sözleşmede yer alacak bütün unsurlar üzerinde uyum sağlamış olmalarına bağlı değildir⁵. Kaldı ki tarafların henüz kurulma aşamasındaki bir sözleşmede yer alacak unsurların tamamını önceden kararlaştırmaları ve böylece aralarındaki borç ilişkisinin kapsamını bütünüyle belirleyebilmeleri, çoğu kez, mümkün değildir⁶. Tarafların, kurulması öngörülen sözleşmenin birtakım unsurları üzerinde uyum sağlamış olmaları, sözleşmenin "kurulmuş sayılması" için yeterlidir. Sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların sözleşmenin hangi unsurları üzerinde uyum sağlamış olmaları gerektiği, TBK m. 2/1 (OR Art. 2/1) hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Kurulmuş sayılmaya yeterli unsurlar üzerinde uyum sağlanmış

³ İrade açıklamasının subjektif ve objektif unsurları arasındaki uyumsuzluk hakkında ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 34, N. 1 vd.

⁴ **Akyol**, Borçlar, s. 65. Burada bir tür "ayna görüntüsü" (*mirror image*) olduğu yönünde bkz. **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 44.

⁵ Bkz. **Gauch**, s. 45; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 330; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 65-66.

⁶ **Akyol**, Borçlar, s. 112.

olması, aksi ispat edilmedikçe, sözleşmenin kurulması hüküm doğurması bakımından da yeterlidir. Ne var ki kurulmuş sayılmaya yeterli unsurlar üzerinde uyum sağlanmış olması, her durumda, irade açıklamalarının birbirine uygun olduğunu (ve böylece sözleşmenin kurulduğunu) göstermez. Bu doğrultuda, örneğin, tarafların üzerinde uyum sağlayamadığı unsurların da irade açıklamalarında yer alması, ilk bakışta, bu açıklamaların birbirine uygun olmadığını gösterir. Böyle bir durumda da sözleşme, kural olarak, kurulmuş sayılmaz.

(iv) Sözleşmenin kurulmuş sayılması ile kurulması, biraz önceki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, birbirinden farklıdır. Gerçekten, TBK m. 2/1 hükmünde yer aldığı haliyle sözleşmenin kurulmuş sayılması, aksi ispat edilebilir bir "karineyi" (*Vermutung*) ifade eder. Bu karine, tarafların sözleşme ile bağlanma yönündeki iradesinin varlığını gösterir. Taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı üzerinde toplanan anlaşmazlık, birtakım unsurlar üzerinde uygunluk sağlandığı tespit edildiğinde, TBK m. 2/1 hükmünde yer alan karine gereği sözleşmenin kurulmuş sayıldığı yönünde çözümlenir. Sözleşmenin kurulmadığını iddia eden taraf, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Buna göre TBK m. 2/1 hükmünde yer alan kurulmuş sayılma karinesinin aynı zamanda bir "ispat kuralı" (*Beweisregel*) olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür⁷. Sözleşmenin kurulması ise bir karine veya aksi ispat edilemez bir faraziye (*Fiktion*) değildir. Sözleşmenin kurulması, kurulmuş sayılmanın aksinin ispat edilememesi sonucunda ulaşılan "hukuki sonuçtur" (*Rechtsfolge*). Nitekim, üzerinde uyum sağlanan unsurlar sebebiyle kurulmuş sayılmaya uygun bir sözleşmenin, nihayetinde, kurulmadığı sonucuna ulaşılması mümkündür. Belirtelim ki bu sonuç, yalnız geçerlilik şekli aranmayan sözleşmeler bakımından uygulanabilir. Geçerlilik şekli aranan sözleşmeler bakımından, şeklin amacı ile bağlantılı olarak, sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması gereken unsurlara ilişkin sonuçlar farklılaşmaktadır. Böyle bir durumda sözleşmenin kurulmuş sayılması

⁷ Müller, BK-OR, Art. 2, N. 8; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 2, N. 1.

karinesi de önemini ve işlevini bütünüyle yitirmektedir (bkz. TBK m. 2/3; OR Art. 2/3).

Sözleşmenin kurulabilmesi için irade açıklamalarının birbirine uygun olmasını arayan TBK m. 1/1 hükmü, tıpkı OR Art. 1/1 hükmünde olduğu gibi, söz konusu uygunluğun tarafların iradeleri arasında mı yoksa tarafların açıklamaları arasında mı aranacağı hususunda yeteri kadar açık değildir. Bununla birlikte, bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağını düzenleyen TBK m. 19/1 (OR Art. 18/1) hükmü karşısında, tarafların iradeleri arasındaki uygunluğun, sözleşmenin kurulabilmesi bakımından büyük önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Ne var ki sözleşmenin kurulabilmesi için bu tarz bir uygunluğun bulunması zorunlu değildir. Öğretide ve yargı kararlarında, özellikle TBK m. 1/1 hükmünün ifadesinde yer alan "açıklama" ("irade açıklaması", *Willensäusserung*) sözcüğünün etkisiyle⁸, kanımızca da haklı olarak, yalnızca açıklamalar arasındaki uygunluğun sözleşmenin kurulabilmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir⁹. Buna karşın, yalnızca açıklamalar arasındaki uygunluğun, özellikle irade bozukluğuna uğrayan tarafın sözleşmeyi iptal edebilmesi imkanı karşısında, sözleşmenin kurulması bakımından aranan ideal uygunluk biçimi olmadığı kolaylıkla söylenebilir.

⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 5-6.

⁹ **Meier-Hayoz**, s. 131; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 13, N. 5; **Tunçomağ**, s. 201; **Aksoy Dursun**, Falsa, s. 141; **Taşkın**, s. 179-180; BGE 105 II 16. Karş. **Honsell**, Theorie, s. 335. Muvazaa bakımından, sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, adi muvazaa durumunda işlemin kesin hükümsüz olduğu ve buna bağlı olarak sözleşmenin geçersiz dahi olsa kurulduğu yönündedir. Buna karşın aksi yöndeki diğer görüş, aynı tür muvazaa halinde işlemin yok hükmünde olduğu ve buna bağlı olarak sözleşmenin kesin hükümsüz dahi olsa kurulmadığı yönündedir. Tartışmalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 34, N. 18-19. Nitelikli muvazaa bakımından ise gizli işlemin, TBK m. 19/1 (OR Art. 18/1) hükmü karşısında, geçerli olduğu ve böylece sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılmalıdır. Bkz. ve karş. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1021.

İrade açıklamalarının birbirine uygun olup olmamaları bakımından durumları, kanımızca, uygunluk ve uyumsuzluk terimleriyle ifade edilmelidir¹⁰.

II. Uygunluk

A. Kavram

Uygunluk kavramı, biçim uygunluğu ve maddi uygunluk olmak üzere ikiye ayrılabilir¹¹: (i) "Biçim uygunluğu" (*formaler Konsens*), irade açıklamalarının, kanunda öngörülen klasik sözleşme kurma yöntemi bakımından, zamansal olarak (öneri ve kabul görünümünde) birbirini takip etmesini ifade etmektedir. Biçim uygunluğunu, bu çalışmada, irade açıklamalarının karşılıklı olmasına ilişkin ikinci bölümde incelemiştik. (ii) "Maddi uygunluk" (*materieller Konsens*) ise irade açıklamalarının, tarafların sözleşme ilişkisine dahil olma (işlem) iradesi ve sözleşme içeriği bakımından birbirine uygun olmasını ifade etmektedir. Ancak öğretide uygunluk kavramı denildiğinde, bu çalışmada da benimsendiği gibi çoğunlukla, yalnızca içerik bakımından uygunluğu ifade eden maddi uygunluğun anlaşıldığı söylenebilir¹².

Uygunluk kavramına ilişkin olarak yapılan ayrımlar, biçim uygunluğu ve içerik uygunluğu ayrımıyla sınırlı değildir. Gerçekten, irade açıklaması kavramına ilişkin olarak birinci bölümde yapılan, gerçek anlamda irade açıklaması ve normatif irade açıklaması ayrımının bir benzeri, uygunluk kavramı için de söz konusudur¹³. Bu

¹⁰ Bu yönde bkz. **Tunçomağ**, s. 200-201. Türk öğretisinde uygunluk kavramını ifade etmek üzere "uyuşma" (**Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 1 vd.; **Akyol**, Borçlar, s. 110 vd.), uyumsuzluk kavramını ifade etmek üzere ise "uyuşmama" (**Akyol**, Borçlar, s. 121 vd.) veya "uygunsuzluk" (**Antalya**, N. 1167-1170) terimleri de kullanılmaktadır. Kanımızca TBK m. 1/1 hükmünde yer alan "uygun" ifadesine bağlı olarak "uygunluk", TBK m. 2/2 hükmünde yer alan "uyumsuzluğu" ifadesine bağlı olarak da "uyumsuzluk" terimlerinin kullanılması gerekir.

¹¹ Ayrıca bkz. ve karşı. **von Büren**, s. 123-124, 127 vd.; **Akyol**, Borçlar, s. 110.

¹² Bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 121 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 198 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 53 vd.; **Carbonara**, s. 91-92; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 237 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 729 vd.; **Kocağa**, s. 73 vd. Karşı. **Akyol**, Borçlar, s. 110.

¹³ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 121; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 199.

kapsamda uygunluk, tarafların gerçek iradeleri arasında oluşan "gerçek uygunluk" ve taraflardan birinin iradesi ile diğer tarafın irade açıklamasına güven ilkesi doğrultusunda yüklenecek anlam arasında oluşan "normatif uygunluk" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁴.

1. Gerçek Uygunluk

Sözleşme taraflarının birbirini "doğru olarak" anladığı durumlar, "gerçek uygunluk" ("fiili", "doğal", "bilinçli uygunluk"; *tatsächlicher, natürlicher, innerer Konsens*) olarak nitelendirilir¹⁵. Sözleşme kurmaya elverişli her bir irade açıklamasının, kural olarak, irade ve açıklama unsurları arasında uyum içerisinde olması beklendiği için bu tür uygunluğa normal uygunluk da denilir¹⁶. Gerçek uygunluk durumunda taraflar, irade açıklamalarını aynı anlamda algıladıklarını bilirler. Buna ise "uygunluk bilinci" (*Konsensbewusstsein*) denilmektedir¹⁷. Uygunluk bilinci, sözleşmenin saf olarak taraf iradelerine dayandığını gösterir¹⁸. Buna göre gerçek uygunluk durumunun, taraf iradelerini temel alan sözleşme özgürlüğü ilkesine de bütünüyle uygun olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim TBK m. 19/1 (OR Art. 18/1) hükmünden anlaşılabileceği üzere kanun da gerçek uygunluğa üstünlük tanımaktadır¹⁹.

Gerçek uygunluk durumunda sözleşme içeriği, bazı durumlarda açıkça anlaşılabilir niteliktedir. İrade açıklamalarının açık nitelikte olduğu durumlar çoğunlukla böyledir. Bu kapsamda, örneğin, (A)'nın 34 T 01 plakalı otomobilin satışını teklif ettiği (B)'den

¹⁴ Ayrıca bkz. **Kramer**, Grundfragen, s. 95 vd.

¹⁵ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 122; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 202; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 310-312; **Koller**, OR AT, § 6, N. 4; **Carbonara**, s. 92; **Künzle**, s. 53; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 1; **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 45; **Antalya**, N. 1161-1162; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 24-25. Ayrıca bkz. BGE 133 III 406; BGE 129 II 320.

¹⁶ Bkz. **Gauch**, Vertrag, s. 350-351; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 310; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 1.

¹⁷ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 30; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 122; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 202.

¹⁸ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 202.

¹⁹ **Koller**, OR AT, § 6, N. 4; **Eren**, Borçlar Genel, N. 731; **Kocaağa**, s. 74. Ayrıca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 314. Ayrıca bkz. **Kramer**, Grundfragen, s. 93 vd.

34 T 01 plakalı aracı satın almayı kabul ettiği yönünde bir olumlu cevap aldığı ihtimalde tarafların iradeleri ve açıklamaları gerçek duruma bütünüyle uygundur²⁰. Buna karşın bazı durumlarda sözleşme içeriği açıkça anlaşılabilir nitelikte değildir. İrade açıklamalarının örtülü nitelikte olduğu durumlar çoğunlukla böyledir. Gerçekten, (A)'nın annesinden hatıra kalan saatin satışını teklif etmek istediği (B)'ye koleksiyonunda bulunan en değerli saatin satışını teklif etmiş olduğu, bununla birlikte (B)'nin satışı teklif edilenin hatıra saat olduğunu anlayarak hatıra saati almayı veya yalnız kendisine sunulan teklifi kabul ettiği yönünde olumlu bir cevap vermiş olduğu ihtimalde tarafların gerçek iradeleri olan hatıra saat satışı üzerinde yine gerçek uygunluk durumu söz konusu olur.

Gerçek uygunluk, tarafların iradelerini doğru olarak açıkladıkları durumlarla sınırlı değildir. Taraflardan biri veya her ikisi, gerçek iradesini yanlış olarak açıklamış olsa dahi, her bir taraf diğer tarafın gerçek iradesini doğru olarak anlıyorsa sözleşme yine gerçek iradeler üzerinden kurulur²¹. Buna göre, bir önceki örnekten farklı olarak, (A)'nın annesinden hatıra kalan saatin satışını teklif etmek istediği (B)'ye yanlışlıkla hatıra bileziğin satışını teklif etmiş olduğu, bununla birlikte (B)'nin satışı teklif edilenin hatıra saat olduğunu anlayarak, saati veya hatıra saati, hatta bileziği veya hatıra bileziği almayı kabul ettiği yönünde olumlu bir cevap vermiş olduğu ihtimalde tarafların gerçek iradeleri olan hatıra saat satışı üzerinde yine gerçek uygunluk durumu söz konusu olur.

Yargı kararlarına yansımış bir örneği ile karşılaşılmaması pek güç olan gerçek uygunluk durumunda²², irade açıklamalarının ve sözleşmenin yorumlanmasında hakim görüş olan güven ilkesi uygulama alanı bulmaz²³. Zira irade açıklaması, muhatap tarafından,

²⁰ Benzer örnek için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 731.

²¹ **von Tuhr/Peter**, s. 288; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 124; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 203; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 313, 1011; BGE 105 II 16.

²² **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 204; **Koller**, OR AT, § 6, N. 4: Yazarlara göre gerçek uygunluk durumuna yargı kararlarında hemen hiç karşılaşılmamasının sebebi, tarafların gerçek iradelerini belirlemenin pek çok durumda imkansız olmasıdır.

²³ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 202; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 311.

açıklama sahibinin iradesi doğrultusunda anlaşılmaktadır. Bu sebeple muhatabın, kendisine karşı yöneltilen irade açıklamasına karşı korunmaya değer bir menfaati söz konusu değildir. Buna göre, iki Norveçli balık tüccarının, Türkçede "köpek balığı eti" anlamına gelen "*Haakjöringsköd*" satışı üzerinde anlaşmalarına karşın bu sözcüğü "balina eti" anlamında kullanmaları durumunda, satış konusu balina eti olarak belirlenir²⁴. Böyle bir durumda gerçek iradeler balina eti üzerinde uygun olduğu için herhangi bir tarafın lehine veya aleyhine olmak üzere güven ilkesi de uygulama alanı bulmaz. Buna bağlı olarak gerçek uygunluk durumunda, irade ve açıklama arasında uyumsuzluk olsa dahi, sözleşme yanılma hükümleri çerçevesinde iptal edilemez²⁵. Zira gerçek uygunluk durumunda, doğrudan tarafların iradeleri arasındaki uygunluk esas alınır. Bu sebeple, biraz önceki örnekler bakımından, (A)'nın bilezik satışını veya balık tüccarının "köpek balığı eti" anlamına gelen "*Haakjöringsköd*" satışını birer yanılma olarak ileri sürebilmeleri mümkün değildir.

2. Normatif Uygunluk

Taraflardan en az biri, diğer taraftan farklı olarak, irade açıklamalarının birbirine uygun olmadığını veya uygun olduğunu ileri sürüyorsa bu durumda taraflar arasında "uygunluk anlaşmazlığı" (*Konsensstreit*) söz konusu olur. Uygunluk anlaşmazlığı, taraf irade açıklamalarının güven ilkesi doğrultusunda yorumlanmasıyla çözümlenir²⁶. Yorum sonucunda, taraflardan birinin iradesi ile diğer tarafın irade açıklamasına güven ilkesi doğrultusunda yüklenecek anlam arasında oluşan uygunluk, "normatif

²⁴ Alman İmparatorluk Mahkemesi (RGZ 99, § 43, 147 vd.) kararına yansıyan ve Alman öğretisinde "Haakjöringsköd Davası" (*Haakjöringsköd-Fall*) ismiyle "yanlış niteleme zarar vermez" (*falsa demonstratio non nocet*) ilkesinin örneği olarak sıklıkla yer verilen bu olay hakkında bkz. **Wolf/Neuner**, § 35, N. 27-28. Belirtilen ilke hakkında ayrıca bkz. **Aksoy Dursun**, Falsa, s. 134 vd.

²⁵ **Kocağa**, s. 74, dn. 3.

²⁶ **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 309, 316; **Eren**, Borçlar Genel, N. 730.

uygunluk" ("hukuki", "farazi", "varsayımsal uygunluk"; *normativer, rechtlicher, äusserer Konsens*) olarak nitelendirilir²⁷.

Normatif uygunlukta, gerçek uygunluktan farklı olarak, tarafların gerçek iradeleri birbirine uygun değildir. Buna karşın taraflardan birinin gerçek iradesi, diğer tarafın irade açıklamasına güven ilkesi doğrultusunda yüklenecek anlama uygundur. Bu tür uygunluğa, sözleşme taraflarından birinin iradesi ve açıklaması arasındaki uyumsuzluğa dayanıyor olması sebebiyle anormal/patolojik uygunluk da denilmektedir²⁸. Normatif uygunluk, sözleşmenin kurulması için yeterlidir²⁹.

Normatif uygunluğun gerçekleşebilmesi, güven ilkesi doğrultusunda belirlenen sözleşme içeriğinin taraflardan birinin gerçek iradesine uygun olmasına bağlıdır³⁰. Gerçekten, mülkiyetinde yer alan dolmakalemi satmak isteyen (A)'nın satış bedelini 980 TL olarak belirleyen bir irade açıklamasında bulunmuş olduğu, buna karşın (B)'nin satış bedelini 890 TL anlayarak irade açıklamasını “*Olur*” veya “*Kabul ediyorum*” gibi olumlu fakat sözleşme içeriği bakımından belirsiz biçimde cevaplandırmış olduğu örnekte bahsi geçen açıklamalar arasında gerçek uygunluk bulunmadığı açıktır. Ne var ki böyle bir durumda (A), güven ilkesi doğrultusunda, (B)'nin irade açıklamasını kendi iradesine uygun şekilde 980 TL olarak anlamakta haklıdır. Bu durumda, 980 TL bedel üzerinden normatif uygunluk gerçekleşmiştir³¹. (A)'nın ve (B)'nin açıklamaları arasında gerçekleşen normatif uygunluk, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Bununla birlikte irade bozukluklarına ilişkin hükümler

²⁷ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 126; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 205; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 316-317; **Koller**, OR AT, § 6, N. 4; **Schwenzer**, § 29, N. 2; **Carbonara**, s. 92-93; **Künzle**, s. 54; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 2; **Eren**, Borçlar Genel, N. 732; **Kocağa**, s. 74.

²⁸ **Gauch**, Vertrag, s. 351-352; **Gauch/Shluep/Schmid**, N. 315; **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 46. Ayrıca bkz. ve karş. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 279-280, 317 vd.

²⁹ **Gauch**, Vertrag, s. 352.

³⁰ **Taşkın**, s. 180-181, 190 vd.: Yazarın da haklı olarak belirttiği üzere taraflardan birinin gerçek iradesine aykırı olarak sözleşmenin kurulabilmesi, bir bakıma bu kişinin iradesinin sözleşmenin kurulması uğruna "feda edilmesi", diğer tarafın korunmaya değer güveni sayesinde "meşrulaştırılabilir". Ayrıca bkz. ve karş. **Carbonara**, s. 92.

³¹ Örnek için bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 205.

saklıdır. Buna göre (B), gerekli diğer koşullar sağlandığı takdirde, yanılması sebebiyle sözleşmeyi iptal edebilir.

İrade açıklamalarının güven ilkesi doğrultusunda yorumlanması sonucunda belirlenen içerik taraflardan hiçbirinin iradesine uygun değilse bu durumda normatif uygunluk gerçekleşmiş olmaz. Bu kapsamda, örneğin, hindi eti satın almak isteyen (A)'nın irade açıklamasında (B)'ye tavuk eti satın almak istediğini söylemiş olduğu, bununla birlikte (B)'nin satın alınmak istenenin jambon olduğunu düşünerek irade açıklamasını “*Olur*” veya “*Kabul ediyorum*” gibi olumlu fakat sözleşme içeriği bakımından belirsiz biçimde cevaplandırmış olduğu ihtimalde söz konusu açıklamalarda gerçek uygunluk bulunmadığı açıktır. Bu örnekteki irade açıklamaları, güven ilkesi doğrultusunda yapılacak yorum sonucunda, tavuk eti satın alınmasına yönelik olarak anlaşılmalıdır. Oysa (A) ve (B)'den hiçbirinin iradesi sözleşme içeriğinin tavuk eti olarak belirlenmesinden yana değildir. Bu durumda normatif uygunluk dahi gerçekleşmemiştir³².

Taraflardan birinin okumadan belge imzaladığı durumlar, normatif uygunluğun tipik birer örneğidir. Taraflardan birinin okumadan belge imzaladığı durumda karşı taraf, güven ilkesi doğrultusunda, içerik bakımından metnin imzalayanın iradesine uygun olduğunu düşünmekte haklı ise normatif uygunluk gerçekleşir. Bununla birlikte karşı tarafın, güven ilkesi doğrultusunda, içerik bakımından metnin imzalayanın iradesine uygun olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda normatif uygunluk gerçekleşmez³³.

³² Örnek ve açıklamalar için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 352. Yazarlar örneklerinde Almanca ve İngilizce dillerinde birbiriyle karıştırılmaya uygun sözcükleri seçmiştir. Yazarların örneğinde (A), Almanca karşılığı “*truthahnfleisch*” olan hindi istemesine karşın irade açıklamasını İngilizce tavuk anlamına gelen “*chicken*” olarak gerçekleştirmiş, (B) İngilizce “*chicken*” sözcüğünü, Almanca tavuk anlamına gelen “*huhn*” yerine, ses benzerliği olan ve Almanca jambon anlamına gelen “*schinken*” olarak anlamış, buna göre cevap vermiştir. Aynı örnek ve benzer açıklamalar için bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 206.

³³ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 129; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 208; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 320; **Özer**, s. 41. Ayrıca bkz. BGE 109 II 452.

B. Uygunluğun Kapsamı

Taraf irade açıklamalarının gerçek veya normatif olarak birbirine uygun olmasında kapsam, başlıca iki hususa yöneliktir. Bunlardan biri, tarafların sözleşme ile bağlanma yönündeki (işlem) iradesidir³⁴. Taraflardan birinin iradesi, sözleşme ile bağlanma yönünde değilse ve bu durum, güven ilkesi doğrultusunda, karşı tarafça biliniyor yahut bilinmesi gerekiyor ise sözleşme kurulmaz³⁵. Nitekim öğretide bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır. Uygunluk kapsamında aranması gereken diğer ve asıl husus ise "sözleşmenin içeriğidir" (*Vertragsinhalt*). Taraflar sözleşme ilişkisine dahil olma yönünde bir irade taşıyor olsalar dahi irade açıklamaları sözleşme içeriği üzerinde birbirine uygun değilse sözleşme kurulmaz. Sözleşmenin kurulması için taraf irade açıklamalarının sözleşme içeriği bakımından hangi unsurlar üzerinde birbirine uygun olması gerektiği ise çok tartışmalıdır. Bu sebeple, irade açıklamaları arasındaki uygunluğun kapsamına dair incelemenin sözleşme içeriğine özgülenmesi yerinde olur.

Sözleşme içeriğinde yer alan her bir unsur, "nokta" (*Punkte*) terimiyle³⁶ ifade edilir. Bu terim, tarafların kurmak istedikleri sözleşmede düzenlenmesi gerekli olan veya halihazırda düzenlenmiş kısımları ifade etmektedir. Bu kısımların, kurulması istenen sözleşmede zorunlu veya ihtiyari bir unsura ilişkin olması ise önemli değildir. Sözgelimi, bir satış sözleşmesinde, satış bedeli veya satılan dışında, ifa yeri veya ifa zamanı da birer sözleşme noktasıdır³⁷. Sözleşme noktaları, Ortak hukuk döneminden bugüne, "*essentialia negotii*", "*naturalia negotii*" ve "*accidentalia negotii*" olmak

³⁴ Bkz. **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 2, N. 1; **Nomer**, Esaslı, s. 2053.

³⁵ Güven ilkesi böyle bir sonuca imkan vermiş olmasa dahi sözleşme ilişkisine dahil olma yönünde (işlem) iradesi bulunmayan taraf yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edebilir. Ne var ki böyle bir durumda yanılmayı ileri süren taraf, yanılmasında kusurlu ise, iptal sebebiyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 35; OR Art. 26).

³⁶ "Nokta" terimi, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan "*punkte*" (Fr. *point*) ifadesinin çevirisi olarak Türk hukukuna yerleşmiş olsa gerektir. Bu terime hem 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda hem de o döneme ilişkin eserlerde (bkz. **Saymen/Elbir**, s. 153 vd.; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 65-67) rastlıyoruz. Ancak sözleşme içeriğini ifade etmesi bakımından "nokta" terimi yerine "unsur" teriminin kullanılması daha yerinde olabilirdi.

³⁷ Bkz. ve karşı. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 10, **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 28.

üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır³⁸. Özellikle satış sözleşmesinde uygulanan bu ayrımın, kodifikasyon sürecinde sözleşmenin genel nitelikli hükümlerinin çok defa satış sözleşmesinden ilham alınarak düzenlenmesi sebebiyle, Kıta Avrupası hukuk sistemlerini büyük oranda etkilediği belirtilmektedir³⁹:

(i) "*Essentialia negotii*" (esaslı nokta), sözleşmenin tipini belirleyen⁴⁰ veya sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan⁴¹ sözleşme noktalarını ifade etmektedir. Buna göre, örneğin, satış sözleşmesinde satılan ve satış bedeli ile tarafların bunların karşılıklı değişimi hususunda anlaşmış olmaları yahut kira sözleşmesinde kiralanan ve kira bedeli ile yine tarafların bunların karşılıklı değişimi hususunda anlaşmış olmaları, sözleşmenin tipini belirleyen veya sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan birer "*essentialia negotii*" olarak belirtilebilir. Bunların dışında, bizzat sözleşme taraflarının da "*essentialia negotii*" kapsamında oldukları söylenebilir⁴². "*Essentialia negotii*", modern hukuk düzenlerinde, sözleşmenin kanundaki tanımından veya taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dair teamülden anlaşılabilir⁴³.

(ii) "*Naturalia negotii*" (doğal nokta), taraflarca kararlaştırılmış olması gerekmeksizin, doğal olarak sözleşmenin içeriğinde bulunduğu kabul edilen⁴⁴ ve yedek hukuk kuralları aracılığıyla sözleşme içeriğine dahil olan sözleşme noktalarını ifade

³⁸ **Flume**, s. 80-81; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 2-5; **Keller**, s. 51-52; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 18. Bu ayrımın, Ortak hukukun uygulandığı dönemdeki hukukçuların, ünlü düşünür Aristo etkisinde kalarak felsefi kavramları hukuki sorunlara uygulamış olmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. **Coing**, s. 73-74; **Christandl**, CECL, Art. 2:203, N. 4. Ayrıca bkz. **Bucher**, Preisvereinbarung, s. 375.

³⁹ **Coing**, s. 73-74. Roma hukukunda satış sözleşmesinde uygulanan ayrım ve örnekler için bkz. **Zimmermann**, s. 234.

⁴⁰ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 3; **Akyol**, Borçlar, s. 105-106.

⁴¹ Bkz. **Flume**, s. 80; **von Tuhr/Peter**, s. 155; **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 2, N. 4; **Saymen/Elbir**, s. 155; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 6; **Akyol**, Borçlar, s. 106; **Kuntalp**, s. 80; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 28.

⁴² Bkz. **Honsell**, Römisches, s. 42; **Jung**, s. 29.

⁴³ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 3; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 29.

⁴⁴ **Saymen/Elbir**, s. 155-156; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 29.

etmektedir⁴⁵. Buna göre, borcunu hiç veya gereği gibi ifade edemeyen borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda alacaklının zararını giderme yükümlülüğü veya para borçlarının ifasında temerrüde düşen borçlunun faiz ödeme yükümlülüğü birer "*naturalia negotii*" olarak belirtilebilir. "*Naturalia negotii*", sözleşmenin tipini belirleyen veya sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu bir "*essentialia negotii*" olmamasına rağmen onun olağan sonucu olarak sözleşme içeriğine dahil olmaktadır⁴⁶.

(iii) "*Accidentalia negotii*" (arızı, yan nokta) ise "*naturalia negotii*" kavramından ayrılan veya onu tamamlayan yönleriyle sözleşme içeriğine dahil olan sözleşme noktalarını ifade etmektedir⁴⁷. Buna göre, satış bedelinin nakit olarak ödenmesi bir doğal nokta iken, bu bedelin nakit dışı ödeme yöntemleriyle ödenmesinin kararlaştırılması, "*naturalia negotii*" kavramından ayrılan bir "*accidentalia negotii*" olarak belirtilebilir. Benzer biçimde, satış bedelinin ödenmesinde temerrüde düşecek borçlunun ceza koşulu ödemesinin kararlaştırılması, "*naturalia negotii*" kavramını tamamlayan bir "*accidentalia negotii*" olmaktadır.

Kanunun sözleşmenin kurulması (esasen kurulmuş sayılması) bakımından öngördüğü ayrım ise farklıdır⁴⁸. Gerçekten, TBK m. 2/1 hükmüne göre, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Görüldüğü üzere kanun, "*essentialia negotii*", "*naturalia negotii*" ve "*accidentalia negotii*" ayrımı yerine, esaslı nokta ve ikinci derece nokta biçiminde farklı bir ayrımı benimsemektedir. Aynı durum, İsviçre

⁴⁵ Flume, s. 80; von Tuhr/Peter, s. 155; Oser/Schönenberger, ZK-OR, Art. 2, N. 5; Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 2, N. 4; Müller, BK-OR, Art. 2, N. 19; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 17, N. 6; Akyol, Borçlar, s. 108-109; Eren, Borçlar Genel, N. 743; Aksoy Dursun, Sözleşme, s. 29.

⁴⁶ Kuntalp, s. 80.

⁴⁷ Flume, s. 80; Oser/Schönenberger, ZK-OR, Art. 2, N. 6; Müller, BK-OR, Art. 2, N. 20; Saymen/Elbir, s. 156; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 17, N. 6; Eren, Borçlar Genel, N. 743. Ayrıca bkz. Akyol, Borçlar, s. 107, 109.

⁴⁸ Bkz. Saymen/Elbir, s. 156.

hukuku bakımından da geçerlidir. İsviçre hukukunda, OR Art. 2/1 hükmüne⁴⁹ göre, taraflar, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uygunluk sağlamışlarsa, ikinci derece noktaların saklı tutulmasının sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı varsayılır⁵⁰.

TBK m. 2/1 ve OR Art. 2/1 hükmünde benimsenen esaslı nokta ve ikinci derece nokta ayrımı, "*essentialia negotii*", "*naturalia negotii*" ve "*accidentalia negotii*" ayrımından farklı olmakla birlikte ondan bütünüyle bağımsız değildir. Öncelikle "*essentialia negotii*" olan unsurların her durumda birer esaslı nokta oldukları kabul edilmektedir⁵¹.

Buna karşın "*naturalia negotii*" ve "*accidentalia negotii*" olan unsurların, her durumda bir esaslı nokta veya ikinci derece nokta olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵².

Taraflardan en az birisi için, sözleşmenin kurulması bakımından üzerinde uygunluk sağlanması olmazsa olmaz koşul sayılan bir unsur, esasen "*naturalia negotii*" veya "*accidentalia negotii*" niteliğinde olması fark etmeksizin, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, taraflardan biri için (subjektif) esaslı nokta niteliğinde olabilmektedir⁵³.

Öğretide yaygın şekilde incelenen bir diğer ayrım olan asli edim yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımı da bu başlıkta belirtilen ayrımlarla

⁴⁹ OR Art. 2/1 hükmünü ve özellikle TBK m. 2/1 hükmü ile olan ifade farklılığını, sözleşmenin kurulmuş sayılması karinesini incelediğimiz kısımda yeniden ele alacağız.

⁵⁰ OR Art. 2 hükmünde yer alan "*Nebepunkte*" terimi, esasen, sözcük anlamı bakımından "yan nokta" olacak çevrilebilecekse de bunun TBK m. 2/1 hükmünde yer alan "ikinci derece nokta" olarak anlaşılması gerekir. "Yan nokta" ifadesinin kullanılmasının, teoride ve yargı uygulamasında farklı bir sonucu bulunmasa da Türk hukuku bakımından TBK m. 2/1 hükmünde yer alan "ikinci derece nokta" terimini kullanmanın yerinde olduğuna işaret edelim. Bunun dışında TBK m. 2 hükmü, içerdiği karineleri ifade etme bakımından, yine bir çeviri farklılığı sebebiyle OR Art. 2 hükmünden ayrılmaktadır. Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

⁵¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 6.

⁵² İsviçre Federal Mahkemesi'nin "*naturalia negotii*" olan bir unsurun her durumda ikinci derece nokta olduğu görüşünü (BGE 11, 525) çok geçmeden terk ederek, "*naturalia negotii*" ve "*accidentalia negotii*" unsurların taraf iradelerine göre esaslı nokta olabileceği görüşünü (BGE 20, 521) benimsediği yönünde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 33. Ayrıca bkz. **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 30-31.

⁵³ **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 262; BGER 5C.31/2006; BGE 110 II 287; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 79-80; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 31.

bağılantılı olmakla birlikte temelinde farklı bir amaca yöneliktir⁵⁴. "Asli edim yükümlülüğü" (*Hauptleistungspflicht*), sözleşmenin tipini belirleyen edimlere ilişkin yükümlülükleri, "yan edim yükümlülüğü" (*Nebenleistungspflicht*) ise sözleşmenin tipini belirlemeyen ancak ona hizmet eden, kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan, asli edime oranla ikinci derece nitelik ve amaç taşıyan edimlere ilişkin yükümlülükleri ifade etmektedir⁵⁵. Örneğin, satış sözleşmesinde, satılanın mülkiyetinin ve zilyetliğinin devri ile satış bedelinin ödenmesi (bkz. TBK m. 207/1; OR Art. 184/1) asli edim yükümlülüklerinin konusunu oluşturur. Buna karşın satılanın bir yerden bir yere gönderilmesine ilişkin, kural olarak alıcı tarafa ait olan taşıma masraflarının üstlenilmesi (bkz. TBK m. 211/2; OR Art. 189/1) yan edim yükümlülüğünün konusunu oluşturur. "Yan yükümlülük" (*Nebenpflichten*) ise başlı başına bir edim yükümlülüğü olmayan, bağımsız olarak ifası talep edilemeyen ancak borçlu tarafından ihlal edildiği takdirde alacaklıya tazminat talep etme imkanı sağlayan menfaatleri konu edinen yükümlülükleri ifade eder⁵⁶. Satılanın zilyetliği alıcıya devredilinceye kadar iyi bir yerde saklanması veya alıcının satılan hakkında bilgilendirilmesi, yan yükümlülüğün konusunu oluşturur⁵⁷. Bu doğrultuda öncelikle asli edim kavramının "*essentialia negotii*" kavramıyla benzer/eş değer olduğu sonucuna varılabilir. Ne var ki yan edim yükümlülüğüne ve yan yükümlülüğe konu

⁵⁴ Ayrıca bkz. ve karşı. **Bachmann**, MüKo-BGB, § 241, N. 29 vd.; **Olzen**, STK-BGB, § 241, N. 144 vd.; **Grüneberg**, Palandt-BGB, § 241, N. 5 **Eren**, Borçlar Genel, N. 81 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 13 vd.

⁵⁵ **Bachmann**, MüKo-BGB, § 241, N. 29; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 17-18; **Eren**, Borçlar Genel, N. 91. Ayrıca bkz. **Merz**, SPR VI/1, s. 62 vd.

⁵⁶ **Bachmann**, MüKo-BGB, § 241, N. 33; **Eren**, Borçlar Genel, N. 101-104. Ayrıca bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 15. Borç ilişkilerinde tarafların menfaati, Alman hukukunda BGB § 241 II hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bu konuda açık bir düzenleme bulunmayan Türk ve İsviçre hukuklarında söz konusu menfaatlerin kaynağının dürüstlük kuralı olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. ve karşı. **Merz**, SPR VI/1, s. 63-64; **Hausheer/Aebi-Müller**, BK-ZGB, Art. 2, N. 127, 130 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 104; **Antalya**, N. 62 vd.

⁵⁷ Asli ve yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükler, sözleşmenin birincil (asli) yükümlülükleridir. Birincil yükümlülüklerin kusurlu ifa imkansızlığı gibi bir sebeple yerine getirilmemesi durumunda oluşan tazminat ödeme benzeri edimler ise sözleşmenin ikincil (tali) yükümlülüklerini oluşturur. Ayrıca bkz. ve karşı. **Eren**, Borçlar Genel, N. 85-86; **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 14.

olan unsurlar da münferit sözleşmelerde "*essentialia negotii*", "*naturalia negotii*" veya "*accidentalia negotii*" olarak yer alabilirler⁵⁸. Buna göre asli edim yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımı, halihazırda kurulmuş sözleşmede ifası talep edilebilecek dar anlamda borca ilişkindir ve sözleşmenin kurulması sürecinden büyük oranda bağımsızdır.

Açıklanan çerçevede, sözleşmenin kurulabilmesi için irade açıklamalarının sözleşmenin içeriği bakımından birbirine uygun olması gerektiği ve bu uygunluğun kapsamının belirlenmesinde değerlendirmeye alınacak iki unsurun esaslı nokta ve ikinci derecede nokta kavramları olduğu anlaşılmaktadır. Ne var ki sözleşmenin kurulması için bu açıklamaların sözleşmenin hangi unsurları, diğer bir deyişle hangi noktaları üzerinde birbirine uygun olması gerektiği tartışmalıdır. Zira bu hususta kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK m. 2 (OR Art. 2) hükmü, yalnızca birtakım sözleşme noktaları üzerinde uygunluk sağlandığı takdirde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir. Daha önce de belirtildiği gibi sözleşmenin kurulması ile kurulmuş sayılması birbirinden farklıdır. Bununla birlikte sözleşmenin kurulmasına ilişkin açıklamalar ancak sözleşmenin kurulmuş sayılmasına ilişkin bahsi geçen hükmün ışığında yapılabilmektedir. Öyle ki öğretide pek çok eser, sözleşmenin kurulmuş sayılması karinesini doğrudan sözleşmenin kurulması hukuki sonucuyla birlikte incelemektedir. Bu çalışmada ise sözleşmenin kurulmuş sayılması karinesi ve sözleşmenin kurulması hukuki sonucu, mümkün olduğu ölçüde, birbirinden ayrı ele alınacaktır.

1. Sözleşmenin İçeriği: Esaslı ve İkinci Derece Noktalar

a. Esaslı Nokta

Sözleşmenin kurulmasının doğal ve temel amacı, tarafların dar anlamda birer borç altına girmesi ve nihayetinde borçlanılan bu edimlerin yerine getirilmesidir⁵⁹. Buna

⁵⁸ Karş. **Antalya**, N. 55 vd.

⁵⁹ Ayrıca bkz. ve karş. **Serozan**, İfa, § 1, N. 7. Roma hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Zimmermann**, s. 559 vd. Belirtelim ki sözleşme kapsamında taraflardan en az birinin borç altına girmesi, sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

göre, içerisinde taraflara yönelik edim yükümlülükleri barındırmayan bir sözleşmenin kurulmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Bu durum, aynı zamanda, sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu birtakım unsurların varlığını beraberinde getirmektedir. Nitekim, irade açıklamalarının birbirine (gerçek veya normatif olarak) uygun olmasında taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan bu unsurlar, sözleşmenin "esaslı noktaları" (*wesentliche Punkte*) olarak ifade edilmektedir⁶⁰.

Esaslı noktalar, kurulması öngörülen sözleşme bakımından, yalnızca nesnel-objektif nitelikteki unsurlar olarak değerlendirilmemelidir. Zira taraflardan her biri, sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda, sözleşmenin kurulmasını öznel-subjektif nitelikteki bir unsur üzerinde uygunluk sağlanmış olmasına bağlayabilir. Öyle ki uygulamada, öznel-subjektif nitelikteki bu unsurlar üzerinde uygunluk sağlanmış olması, sözleşmenin kurulmasında çoğu kez daha önemli bir rol oynamaktadır⁶¹. Bu durumda esaslı noktaların, objektif esaslı nokta ve subjektif esaslı nokta olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmesi isabetli olur⁶².

(1) Objektif Esaslı Nokta

"Objektif esaslı nokta" (*objektiv wesentliche Punkte*), sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan nesnel-objektif nitelikteki esaslı unsurları ifade etmektedir. Bu tanımın içeriğinin nasıl doldurulacağı, diğer bir deyişle kurulması öngörülen sözleşmede objektif esaslı noktaların nasıl belirleneceği,

⁶⁰ **Gauch**, s. 45; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 330. Ayrıca bkz. ve karşı. **von Büren**, s. 131-132; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 2, N. 23; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 245-246; **Tunçomağ**, s. 202-203; **Ataay**, s. 227; **Akyol**, Borçlar, s. 105 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, § 4, N. 7; **Helvacı, İ.**, s. 10.; **Kocağa**, s. 80; BGE 54 II 300.

⁶¹ **Koller**, OR AT, § 6, N. 1.

⁶² Karşı. **Akyol**, Borçlar, s. 105 vd.

sözleşme hukukunun temelinde yer alan bir sorun olmasına karşın⁶³, oldukça tartışmalıdır. Bu hususta başlıca iki görüş bulunmaktadır⁶⁴:

(i) Objektif esaslı noktaların belirlenmesine ilişkin birinci görüş⁶⁵, bu tür noktaların, sözleşmenin tipini belirleyen unsurlardan ibaret olduğu yönündedir. Bu kapsamda, satış sözleşmesinde satılan ile satış bedeli, kira sözleşmesinde kiralanan ile kira bedeli⁶⁶ veya eser sözleşmesinde eser ile bedel, sözleşmenin tipini belirleyen unsurlar olarak birer objektif esaslı noktadır. Objektif esaslı noktanın, bu görüş çerçevesinde, daha önce açıklanan "*essentialia negotii*" kavramını bütünüyle karşıladığı söylenebilir. Bu görüşün, büyük oranda, sözleşmeden doğan edimlerin talep/dava edilebilmesi için belirli bir sözleşme tipine dahil olması gereğini arayan Roma hukuku etkisinde olduğu ileri sürülmektedir⁶⁷. Objektif esaslı noktayı sözleşmenin tipini belirleyen unsur olarak değerlendiren bu görüş, özellikle isimsiz sözleşmeler bakımından yetersiz kalması yönüyle eleştirilmektedir⁶⁸.

Birinci görüşe ilişkin açıklamalar, kanunda ismen belirtilmiş ve unsurları düzenlenmiş isimli sözleşmeler bakımından, kanımızca da yerindedir. Zira bu tür sözleşmelerde objektif esaslı nokta, sözleşmenin tanımından veya kanunda sözleşmeye ilişkin olarak

⁶³ **Gauch**, Vertragspunkten, s. 46.

⁶⁴ Her iki görüşün neredeyse eşit düzeyde savunulduğu dikkate alındığında bunlardan birisinin hakim görüş olarak nitelendirilmesi kanımızca mümkün değildir. Birinci görüşün "hakim görüş" olduğu yönünde bkz. **Gauch**, Vertragspunkten, s. 46. İkinci görüş olarak adlandırdığımız görüşün "eski görüş" olduğu yönünde bkz. **Huguenin**, N. 258. Karş. **Koller**, OR AT, § 6, N. 29.

⁶⁵ **von Tuhr/Peter**, s. 155; **Merz**, Vertrag, N. 174; **Guhl/Merz/Kummer**, s. 93; **Keller/Schöbi**, s. 53; **Kramer**, BK-OR, Art. 2, N. 7; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 1, N. 23; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 75-76; **Eren**, N. 744; **Kocaaga**, s. 80-81; BGE 97 II 53.

⁶⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski tarihli bir kararında (BGE 54 II 300) ifade edildiği üzere zaman unsuru da kira sözleşmesinin objektif esaslı noktalarından birisidir. Ancak bu unsur, kira sözleşmesinin az veya çok bir süre boyunca devam edecek olmasını ifa eder. Kira süresinin uzunluğu, kira sözleşmesinin objektif esaslı noktası sayılmaz. Zira kira süresinin taraflarca kararlaştırılmadığı durumda sözleşme, bu kez belirsiz süreli olarak kurulmuş olur (bkz. TBK m. 300/2; OR Art. 255/3).

⁶⁷ **Bucher**, OR AT, s. 118; **Gauch**, Vertragspunkten, s. 46; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 340.

⁶⁸ **Gauch**, Vertragspunkten, s. 46; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 340; **Guhl/Koller**, § 13, N. 8.

yer alan hükümlerden doğrudan anlaşılabilir. Gerçekten, satış sözleşmesinde satılan ile satış bedeli TBK m. 207/1 (OR Art. 184/1), kira sözleşmesinde kiralanan ile kira bedeli TBK m. 299 (OR Art. 253) veya eser sözleşmesinde eser ile eser bedeli TBK m. 470 (OR Art. 363) hükümlerinde açıkça yer alan birer objektif esaslı noktadır. Ne var ki kanunda ismen belirtilmemiş ve buna bağlı olarak esaslı noktaları düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelerin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması gerekli zorunlu unsurların neler olduğu hususu, objektif esaslı noktanın belirlenmesine ilişkin öğretideki ikinci görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

(ii) Objektif esaslı noktaların belirlenmesine ilişkin ikinci görüş⁶⁹, bu tür noktaların, kurulması öngörülen sözleşme ister isimli ister isimsiz olsun, sözleşmenin "işlem çekirdeğini" (*Geschäftskern*) oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi "anamlı bir bütün" (*sinnvolles Ganzes*) haline getirmeye yeterli olan unsurlardan ibaret olduğu yönündedir. Bu görüş, sözleşmenin kurulmasında "işlem çekirdeği" veya "anamlı bir bütün" gibi içeriği bakımından belirsiz kriterlere dayanması yönüyle eleştiriye açıktır⁷⁰.

Gerçekten, tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, diledikleri tipte ve içerikte, diğer bir deyişle kanunda ismen belirtilmemiş ve buna bağlı olarak esaslı noktaları düzenlenmemiş isimsiz sözleşmeleri kurabilmeleri mümkündür. Bu tür sözleşmelerde objektif esaslı noktalar, birinci görüşün bakış açısıyla belirlenemez. Gerçi isimsiz sözleşmelerin bir kısmı, sürekli tekrarlanan uygulamanın sonucunda, önce teamüle daha sonra örf ve adet hukukuna dayalı olarak olağan bir tip kazanmakta ve nihayetinde uygulamanın yarattığı tipik nitelikteki isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu kapsamda, örneğin, arsa payı (kat) karşılığı inşaat, franchise veya tek satıcılık sözleşmelerinin, sürekli tekrarlanan uygulamanın oluşturduğu,

⁶⁹ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 84; **Guhl/Koller**, § 13, N. 8; **Gauch**, Vertragspunkten, s. 46 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 332; **Koller**, OR AT, § 6, N. 29-31; **Koller**, Konsens, s. 165-166; **Huguenin**, N. 258; **Carbonara**, s. 98-99. Ayrıca bkz. BGer 4C.155/2004.

⁷⁰ Nitekim bu görüşü savunmakta olan yazarlardan **Gauch** (Vertragspunkten, s. 46) dahi söz konusu kavramların "hukuki akıldan" daha çok "hukuki hislere" yönelik olduğunu belirtmektedir.

isimsiz ancak tipik birer sözleşme oldukları söylenebilir. Belirtelim ki bu tür sözleşmelerin objektif esaslı noktaları, kanunda bunlara ilişkin açık birer düzenleme bulunmamasına karşın tespit edilebilir⁷¹. Ancak bu belirleme, sözleşmenin "işlem çekirdeğini" oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi "anamlı bir bütün" haline getiren unsur kriteri aracılığıyla mümkün olabilir. Objektif esaslı noktanın belirlenmesinde sözleşmenin tipini belirleyen unsur kriterinden ayrılan ikinci görüşün, özellikle isimsiz sözleşmeleri de kapsamı yönüyle, birinci görüşe kıyasen daha geniş kapsamlı olduğu açıktır.

Objektif esaslı noktanın belirlenmesi, kanımızca, sözleşmenin tipini belirleyen unsur ile "işlem çekirdeğini" oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi "anamlı bir bütün" haline getiren unsur kriterlerinin her ikisinin de dikkate alınmasıyla birlikte mümkün olabilir. Zira isimli sözleşmeler bakımından sözleşmenin tipini belirleyen unsur kriterinden ayrılmayı gerektiren haklı bir sebep yoktur⁷². Ancak tipik nitelikteki isimsiz sözleşmelerde, "işlem çekirdeğini" oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte "anamlı bir bütün" haline getiren unsur kriteri dışında objektif esaslı noktanın belirlenebilmesi mümkün değildir. Nitekim, birinci görüşte olan yazarlar, isimsiz sözleşmelerde objektif esaslı noktanın sözleşmenin anlam ve içeriğine göre belirleneceğini⁷³; ikinci görüşte olan yazarlar da isimli sözleşmelerde objektif esaslı noktanın sözleşmenin tanımında veya kanunda sözleşmeye ilişkin olarak yer alan hükümlerde yer aldığını⁷⁴, kanımızca da haklı olarak belirtmektedirler. Bu kapsamda, objektif esaslı noktanın incelenmesinde, isimli ve isimsiz sözleşme ayrımına göre hareket etmenin kaçınılmaz olduğu görülmektedir.

⁷¹ Bunun dışında, sürekli tekrarlanan bir uygulaması olmayan ve esaslı noktalarının bütünüyle tarafların iradesine bırakıldığı "atipik sözleşmelerin" bulunması da mümkündür. İsimli-isimsiz ve tipik-atipik sözleşme ayrımlarına ilişkin açıklamalar ve tartışmalar için ayrıca bkz. **Kuntalp**, s. 1-13; **Tandoğan**, C. I/1, s. 12 vd.; **Eren**, Borçlar Özel, N. 3208 vd.; **Oktay**, s. 263-265.

⁷² Benzer yönde bkz. **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 36-37.

⁷³ **Kramer**, BK-OR, Art. 2, N. 7; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 1, N. 23; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 15-17; **Eren**, Borçlar Genel, N. 744.

⁷⁴ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 3. Ayrıca bkz. **Huguenin**, N. 258.

İsimli sözleşmelerde objektif esaslı nokta, çok defa, kurulması öngörülen sözleşmenin tipi bakımından zorunlu bir unsurdur. Böyle durumlarda objektif esaslı noktanın eksikliği, sözleşmenin öngörüldüğü şekilde kurulmasına engel olur. Gerçekten, örneğin, bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrinin bedel⁷⁵ karşılığında borçlanıldığı sözleşme, satış (TBK m. 207 vd.; OR Art. 184 vd.) olarak nitelendirilir. Burada, bedel yerine, bir başka şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrinin borçlanıldığı sözleşme, mal değişim (TBK m. 282-284; OR Art. 237-238)⁷⁶; herhangi bir karşılığın borçlanılmadığı (ancak her iki tarafın karşılıksız olarak kazandırma/bağışlama amacının bulunduğu) sözleşme, bağışlama vaadi (TBK m. 285 vd.; OR Art. 239 vd.)⁷⁷ olarak nitelendirilir.

Objektif esaslı noktanın, kurulması öngörülen sözleşmenin tipi bakımından zorunlu bir unsur olmadığı, diğer bir deyişle sözleşmenin tipini belirlemediği veya onu değiştirmedikleri durumlar da söz konusu olabilir⁷⁸. Gerçekten, örneğin, vekalet sözleşmesinde vekil, sözleşme veya teamül varsa ücrete hak kazanmaktadır (TBK m. 502/3; OR Art. 394/3)⁷⁹. Teamül gereği ücrete hak kazanılan durumlarda ücret, objektif esaslı nokta niteliğindedir⁸⁰. Ne var ki bu durumun aksinin kararlaştırılması

⁷⁵ Objektif esaslı nokta olarak bedel, kanımızca, miktarından bağımsızdır. Bir şeyin bedel karşılığında devredilmesi hususunda anlaşılması, bu miktarın az veya çok olmasından bağımsız olarak, satış sözleşmesi olarak nitelendirilir. Bu konuyu, sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu unsurlar kapsamında yeniden ele alacağız. Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 3.

⁷⁶ **Tandoğan**, C. I/1, s. 335-336; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 343-345.

⁷⁷ **Tandoğan**, C. I/1, s. 341-342, 346 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 351-353. Öyle ki taraflarca kararlaştırılan olası bir karşı edimin değeri bağışlananın oldukça altında olsa ve edimlerin değerleri arasındaki farkın bağışı amaçlanmış olsa, bu kez de bağışlama vaadi sözleşmesi kurulmaz. Böyle bir durumda, karma bağışlamadan söz edilir. Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, N. 931; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 352; **Tandoğan**, C. I/1, s. 341. Ayrıca bkz. Yarg. HGK T. 04.12.2015 E. 2014/324 K. 2015/2787 (**Lexpera**).

⁷⁸ Benzer yönde bkz. **Kocaağa**, 81: Yazara göre objektif esaslı noktalar, kural olarak, sözleşmenin asgari içeriğini oluşturmakla birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, sözleşmenin asgari içeriğinden daha geniş nitelikte olabilir. Bu durum, kanımızca, objektif esaslı nokta kavramının "*essentialia negoti*" kavramından ayrı olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca bkz. ve karşı. **Kuntalp**, s. 92-94.

⁷⁹ Ayrıca bkz. **Yalçınduran**, s. 107-109.

⁸⁰ Esaslı nokta olduğu yönünde bkz. **Nomer**, Esaslı, s. 2058. Sözleşme ile kararlaştırılan ücret, kanımızca, subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilmelidir.

ve objektif esaslı nokta olan ücretin sözleşme dışına çıkarılması mümkündür⁸¹. Benzer biçimde, yayım sözleşmesinde yayımlatan, aksi kararlaştırılmadıkça, bedele hak kazanmaktadır (TBK m. 496/1; OR Art. 388/1). Buna göre bedelin, aksi kararlaştırılmadıkça, objektif esaslı nokta niteliğinde olduğu söylenebilir. Yayımın bedelsiz olarak gerçekleştirilmesi kararlaştırıldığında⁸² ise bedel, bu kez objektif esaslı nokta olmaktan çıkmaktadır⁸³.

İsimsiz sözleşmelerde objektif esaslı nokta, (i) tipik ve (ii) atipik nitelikteki sözleşmeler bakımından ikiye ayrılarak incelenmelidir:

(i) Tipik nitelikteki isimsiz sözleşme, sürekli tekrarlanan uygulamanın sonucunda, önce teamüle daha sonra örf ve adet hukukuna dayalı olarak olağan bir tip kazandığı, nihayetinde uygulamanın yaratmış olduğu sözleşme tipini ifade etmektedir. Bu tür sözleşmelerde işlem çekirdeğini oluşturacak ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi anlamlı bir bütün haline getirecek objektif esaslı nokta, sözleşmenin anlam ve içeriğine göre belirlenir⁸⁴. Gerçekten, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, işlem çekirdeğini oluşturmak üzere, taraflardan biri arsa payının devrini, diğer taraf ise inşa edilecek eserin devrini⁸⁵ borçlanmadığı sürece işlemin anlamlı bir bütün haline geldiği söylenemez. Benzer biçimde, franchise sözleşmesinde taraflardan biri kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini diğer tarafa

⁸¹ Böyle bir durumda "bedelsizlik" unsuru, taraflar bakımından, bu kez subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilmelidir.

⁸² Ayrıca bkz. **Giritlioğlu**, s. 66-69; **Cumahoğlu**, s. 196-197.

⁸³ Böyle bir durumda "bedelsizlik" unsuru, taraflar bakımından yine bir subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilmelidir.

⁸⁴ **Bucher**, OR AT, s. 118; **Kocağa**, s. 82. Aynı yönde bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 2, N. 7; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 17.

⁸⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları hakkında bkz. **Erman**, s. 2-4; Yarg. HGK T. 24.02.2016 E. 2014/724 K. 2016/168: "*İnşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin ana borçları; bir inşaat (eser) meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borçlarıdır. (...) Yüklenicinin belirtilen borçlarına karşılık bu tür sözleşmelerde, iş sahibi de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık, "arsa payı devri" suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlanmaktadır. Bu sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir. (...) (Lexpera).*"

kullandırmayı (ve onu desteklemeyi), diğer taraf ise bu sistemleri kendi adına ve hesabına kullanmayı, franchise verenin üretim, işletme ve pazarlama ilkelerine uymayı ve ona bir ücret ödemeyi⁸⁶; tek satıcılık sözleşmesinde ise taraflardan biri sözleşme konusu ürünlerin tekel olarak satılmak üzere devrini, diğer taraf sözleşme konusu ürünlerin satın alınmasını ve piyasa sürümünün artırılmasını⁸⁷ borçlanmadığı sürece bahsi geçen işlemlerin anlamlı birer bütün haline geldikleri söylenemez.

(ii) Atipik nitelikteki isimsiz sözleşmeler, sürekli tekrarlanan bir uygulamaya sahip olmamaları yönüyle, olağan bir tip kazanmamışlardır. Böyle durumlarda, sözleşmenin kurulabilmesi için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan nesnel-objektif nitelikte bir unsurun belirlenebilmesi mümkün değildir. Buna göre, atipik nitelikteki isimsiz sözleşmelerde esaslı noktaların, esasen, daha sonra açıklanacak subjektif esaslı noktalardan ibaret oldukları söylenebilir.

Objektif esaslı noktanın önemli bir işlevi, tarafların sözleşme içerisindeki konumunu belirlemektir. Bu kapsamda, satış sözleşmesinde satıcı veya alıcı, kira sözleşmesinde

⁸⁶ Franchise sözleşmesinin unsurları hakkında bkz. **Gürzumar**, Franchise, s. 10-15; **Kırca**, Franchise, s. 20-32; **Honsell**, BT, s. 475. Ayrıca bkz. Yarg. HGK T. 16.05.2019 E. 2017/60 K. 2019/579: "*Franchise sözleşmesi; konusu mal ve/veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olup, bu sözleşme ile mal ve/veya hizmeti üreten ve/veya satan franchise veren; adı, sembolü, markası gibi gayri maddi mal ve değerlerini kullanarak bunların sürümünü yapma hakkını bir bedel karşılığında, belirli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan bağımsız kişilere (franchise alanlara) vermeyi borçlanmaktadır. Franchise veren bu sözleşme ile mal ve/veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım (reklam) yapmak, bu konuda kendine özgü bir anlayış geliştirerek bir organizasyon kurmak ve franchise alanları çalışmalarından yararlancılacak şekilde bu organizasyona dahil etmek yükümlölükleri üstlenmektedir. Franchise alan ise, franchise bedeli ödeme dışında ayrıca sözleşme konusu malların sürümünü destekleme, bu konudaki tüm bilgileri franchise verene aktarma, franchise verenin pazarlama ilkelerine ve talimatlarına uyma, eğitim programlarına katılma ve bu doğrultuda işletmeyi yürütme yükümlölüğü altına girmektedir.*" (**Lexpera**).

⁸⁷ Tek satıcılık sözleşmesinin unsurları hakkında bkz. **İşgüzar**, s. 16-19; **Honsell**, BT, s. 478; **Tandoğan**, C. I/1, s. 27-33. Ayrıca bkz. Yarg. HGK T. 23.11.2011 E. 2011/11-552 K. 2011/686: "*Tek satıcılık sözleşmesi, yapımıcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımıcı, mamüllerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da, sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunma yükümlölüğünü üstlenir. Tek satıcılık sözleşmelerinde tek satıcının asgari alım, sürümü arttırmak için faaliyette bulunma, bilgi verme, müşteri hizmetlerini yerine getirme, yapımıcının menfaatlerini koruma, sır saklama, rekabet yasağı gibi yükümlölükleri bulunmaktadır.*" (**Lexpera**).

kiraya veren veya kiracı yahut eser sözleşmesinde yüklenici veya iş sahibi taraflarını (öneren ve muhatap arasından) kimlerin oluşturduğu, objektif esaslı noktalar sayesinde belirlenebilmektedir⁸⁸ Aynı durum, tipik nitelikteki isimsiz sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Gerçekten, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici veya arsa sahibi, franchise sözleşmesinde franchise veren veya franchise alan, tek satıcılık sözleşmesinde üretici veya tek satıcı taraflarını hangi kişilerin oluşturduğu yine objektif esaslı noktalar sayesinde belirlenebilmektedir.

Objektif esaslı nokta üzerindeki uygunluk eksikliği, kanun, örf ve adet hukuku, hakim tarafından giderilemeyecek niteliktedir⁸⁹. Bu tür bir nokta üzerindeki uygunluk eksikliği, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, hakim tarafından resen dikkate alınır⁹⁰. Buna göre hakim, kurulması öngörülen sözleşmeye ilişkin herhangi bir uyuşmazlıkta, objektif esaslı noktanın varlığını/yokluğunu öncelikle ve resen inceler, bu tür bir nokta üzerindeki uygunluk eksikliğini tespit etmesi ihtimalinde sözleşmenin yokluğu veya kurulmadığı yönünde karar verir⁹¹. Bu kapsamda, taraflar bir taşınırın veya taşınmazın kullanımının bırakılması hususunda anlaşmış olmalarına rağmen bunun karşılığında bir bedelin ödenip ödenmeyeceği hususunda herhangi bir anlaşma sağlayamamışlarsa, kira sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılmalıdır⁹².

⁸⁸ Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 15; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 337.

⁸⁹ Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 15; **Gauch**, Vertragspunkten, s. 47; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 334-335. Bu durum, aynı zamanda, objektif esaslı noktanın belirlenmesine ilişkin bir kriteri de ifade etmektedir. Nitekim, sözleşmede eksikliği giderilebilecek nitelikte unsurların objektif esaslı olmayan nokta oldukları, bunun dışında yer alan, diğer bir deyişle tamamlanamayacak nitelikte unsurların ise objektif esaslı nokta oldukları söylenebilir. Ayrıca bkz. **Koller**, Konsens, s. 165-166.

⁹⁰ **Kut**, CHK-OR, Art. 18, N. 37; **Şeker**, Yazılmamış, s. 187-188. Ayrıca bkz. BGE 119 II 347.

⁹¹ Bu yönde bir ilk derece mahkemesi kararı için bkz. İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi T. 05.09.2018 E. 2016/1184 K. 2018/755 (**Lexpera**).

⁹² Bununla birlikte, tarafların kullanımın bir bedel karşılığında bırakılacağı hususunda anlaştıkları ancak bu bedelin miktarını kararlaştırmadıkları durum, kanımızca, farklıdır. Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 3, b.

(2) Subjektif Esaslı Nokta

Sözleşme kurmak üzere bir araya gelen taraflardan her biri, sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal bir sonucu olarak⁹³, objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bir unsur üzerinde uygunluk sağlanmasını, sözleşmenin kurulabilmesi için olmazsa olmaz koşul haline taşıyabilir⁹⁴. Bu kapsamda "subjektif esaslı nokta" (*subjektiv wesentliche Punkte*), objektif esaslı nokta olmadığı halde, sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan bu tür öznel-subjektif nitelikteki esaslı unsurları ifade etmektedir⁹⁵.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların, objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan unsurları müzakere etmiş ve bunlar üzerinde uygunluk sağlamış olmaları, kural olarak, gerekmez. Örneğin, satış bedelinin ödenme biçimi, satış sözleşmesinin objektif esaslı noktalarından biri değildir⁹⁶. Bu kapsamda, satış bedelinin peşin olarak veya taksitler halinde yahut nakit olarak veya nakit dışı yöntemlerle ödenmesi hususu, taraflarca görüşülmemiş ve buna bağlı olarak bahsi geçen ödeme biçimi üzerinde uygunluk sağlanmamış olsa dahi sözleşmenin kurulabilmesi mümkündür. Ne var ki satıcı bakımından bedelin peşin olarak ödenmesi veya alıcı bakımından ödemenin nakit dışı yöntemle gerçekleşmesi, sözleşmenin kurulabilmesi için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu birer unsur haline getirilmiş olabilir. Böyle bir durumda objektif esaslı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bu unsur, subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilir. Subjektif esaslı nokta, tarafların

⁹³ Eren, Borçlar Genel, N. 745.

⁹⁴ Müller, BK-OR, Art. 2, N. 21; Keller/Schöbi, s. 54-55; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 341; Eren, Borçlar Genel, N. 745; BGE 138 III 29. Ayrıca bkz. von Büren, s. 132.

⁹⁵ Bkz. ve karşı. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 2 N. 33; Müller, BK-OR, Art. 2, N. 21; Gauch, Vertragspunkten, s. 50; Gauch/Schlupe/Schmid, 341; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 17, N. 7; Serozan, İstanbul, m. 2, N. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 76, 79-80; Helvacı, İ., s. 10-11; Kocaağa, s. 84; Şeker, Yazılmamış, s. 188; Aksoy Dursun, Sözleşme, s. 38. Karşı. Ataay, s. 229: Yazarın açıklamalarına göre sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması gerekli bir unsur, sözleşmenin esaslı noktası olmayabilir. Kanımızca böyle bir unsur, en azından, subjektif esaslı nokta niteliğindedir. Yazarın açıklamaları, esaslı noktanın yalnızca objektif esaslı nokta ile sınırlandırıldığı bir çerçevede kabul edilebilir.

⁹⁶ Müller, BK-OR, Art. 2, N. 21.

iradesine bağılı olması yönüyle, taraflardan birinin edim yükümlülüğünü oluşturan bir unsur olmak zorunda değildir.

Objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bir unsurun subjektif esaslı nokta haline gelmesini isteyen taraf, bu iradesini, sözleşmenin karşı tarafı bakımından "anlaşılabilecek" (*erkennbar*) biçimde açıklamış olmalıdır⁹⁷. Belirtelim ki öğretide bir kısım yazarın görüşü⁹⁸ ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın tarihli kararları⁹⁹, subjektif esaslı nokta haline getirme yönündeki taraf iradesinin "açıkça" (*deutlich*) anlaşılabilecek biçimde ortaya konması gerektiği yönündedir. Ne var ki bahsi geçen iradenin, taraf irade açıklamasında kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde olduğu gibi, sözleşme görüşmesindeki diğer unsurlar yardımıyla anlaşılabilecek biçimde örtülü olarak yer almasına, kanımızca, bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁰.

İsimli sözleşmelerde objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan her bir unsur, subjektif esaslı nokta haline getirilmiş olabilir. Örneğin, satış sözleşmesinde satılanın gönderilme biçimi veya kira sözleşmesinde alt kira yasağı, birer subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilebilir¹⁰¹. Aynı durum, tipik nitelikteki isimsiz sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Gerçekten, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin iskan ruhsatı alındıktan önce veya sonra teslim edilmesi, franchise sözleşmesinde fikri haklara yönelik olarak üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen haksız fiillere karşı franchise alanın hukuki yollara başvurusu¹⁰² veya

⁹⁷ **Guhl/Koller**, § 13, N. 8; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 341; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 76.

⁹⁸ Bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 21; **Guhl/Merz/Kummer**, § 13, I, 2; **Eren**, Borçlar Genel, N. 745; **Kocağa**, s. 85-86; **Şeker**, Yazılmamış, s. 188-189.

⁹⁹ Bkz. BGE 118 II 32; BGer 4A_409/2017.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 76, dn. 8a. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kıyasen daha eski tarihli kararlarında aynı yönde bkz. BGE 110 II 287; BGE 68 II 229.

¹⁰¹ Örnekler için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 745.

¹⁰² Bu hususun sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda, franchise alanın böyle bir borcunun bulunup bulunmadığı hakkında ayrıca bkz. **Gürzumar**, Franchise, s. 160.

tek satıcılık sözleşmesinde satılanın miktarının alt ve üst sınırları, birer subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilebilir.

Atipik nitelikteki isimsiz sözleşmeler bakımından ise durum farklıdır. Zira bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan unsurlar, objektif esaslı nokta kavramı açıklanırken de belirtildiği üzere, bütünüyle tarafların iradeleri doğrultusunda belirlenir. Diğer bir deyişle, bu tür sözleşmeler bakımından esaslı noktaların bütünü subjektif niteliktedir. Bu sebeple, atipik nitelikteki isimsiz sözleşmeler bakımından, objektif esaslı nokta ve subjektif esaslı nokta biçiminde bir ayırımın yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bir unsurun subjektif esaslı nokta haline geldiğine ilişkin ispat yükü, bunu iddia eden tarafın üzerindedir¹⁰³. Subjektif esaslı nokta olduğu ispat edilen bir unsur üzerindeki uygunluk eksikliği, objektif esaslı nokta üzerindeki uygunluk eksikliğinde olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasına engel olur¹⁰⁴. Zira böyle bir durumda tarafların irade açıklamaları, esasen, "sözleşme kurulması yönünde" birbirine uygun değildir¹⁰⁵. Gerçi objektif esaslı nokta olmayan ve böylece subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olan bir unsurun taraflarca saklı tutularak ileriye bırakılması ve böylece iradenin sözleşme kurulması yönünde birbirine uygunluğun sağlanması mümkündür. Ne var ki böyle bir durumda ileriye bırakılan bu unsur, subjektif esaslı nokta olarak değil, (subjektif) ikinci derece nokta olarak nitelendirilir.

¹⁰³ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 59; **Kramer**, BK-OR, Art. 2, N. 18.

¹⁰⁴ **Guhl/Koller**, § 13, N. 8; **Gauch**, Vertragspunkten, s. 50; **Helvacı, İ.**, s. 11. PICC sisteminde bunun açıkça düzenlendiğini görüyoruz. Gerçekten PICC Art. 2.1.13 hükmüne göre, "*Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form.*" PECL sistemi bakımından yine bu yönde bkz. Art. 2:103/2: "*However, if one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached.*"

¹⁰⁵ Bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 341-342.

b. İkinci Derece Nokta

Sözleşmenin kurulabilmesi, tarafların, nesnel-objektif veya öznel-subjektif nitelikte olmaları fark etmeksizin, kısaca esaslı nokta olarak ifade edilen ve esasen sözleşmenin zorunlu içeriğini oluşturan unsurlar üzerinde uygunluk sağlamış olmalarına bağlıdır. Ancak sözleşmenin içeriği, taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu bu tür unsurlardan ibaret değildir. Nitekim, sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olmayan, diğer bir deyişle, objektif veya subjektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bu unsurlar, sözleşmenin "ikinci derece noktaları" ("yan nokta"; *Nebenpunkte*) olarak ifade edilmektedir¹⁰⁶.

İkinci derece nokta olarak nitelendirilen bir unsur üzerindeki uygunluk eksikliği, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Ne var ki bahsi geçen unsur üzerinde, sözleşmenin kurulma aşamasından sonra gerçekleşecek olası bir uyuşmazlık, ikinci derece noktanın müzakere sırasında taraflarca üzerinde durulmuş ve müzakere konusu yapılmış olup olmamasına göre birbirinden farklı biçimlerde çözümlenir. Bu durumda ikinci derece noktaların, objektif ikinci derece nokta ve subjektif ikinci derece nokta olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmesi isabetli olur.

(1) Objektif İkinci Derece Nokta

"Objektif ikinci derece nokta" ("objektif yan nokta"; *objektiv Nebenpunkte*), sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde durulmadığı ve müzakere konusu yapılmadığı halde, kanun gereği, sözleşmenin içeriğinde yer alan ikinci derece noktaları ifade etmektedir¹⁰⁷. Buna göre, örneğin, faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı

¹⁰⁶ Bkz. ve karşı. **Becker**, BK-OR, Art. 2, N. 4; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 26; **von Tuhr/Peter**, s. 190; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 996; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 8; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 246; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 76; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 66; **Ataay**, s. 227-228; **Hatemi/Gökyayla**, § 4, N. 8; **Eren**, Borçlar Genel, N. 749; **Antalya**, N. 236; **Kocaağa**, s. 84, 87; **Şeker**, Yazılmamış, s. 188; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 37-40.

¹⁰⁷ Bkz. ve karşı. **Eren**, Borçlar Genel, N. 749; **Antalya**, N. 1225; **Kocaağa**, s. 88. Karşı. **Keller/Schöbi**, s. 53 vd.; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 37 vd: Yazarlara göre objektif esaslı nokta dışında kalan bütün unsurlar, objektif ikinci derece nokta niteliğindedir. Objektif ikinci derece noktalar, üzerinde

(TBK m. 88; OR Art. 73), borcun ifa yeri (TBK m. 89; OR Art. 74) veya ifa zamanı (TBK m. 90; OR Art. 75), sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde durulmamış ve müzakere konusu yapılmamış olmasına rağmen sözleşmenin içeriğinde yer alan birer objektif ikinci derece noktadır.

Objektif ikinci derece nokta, sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde durulmayan veya müzakere konusu yapılmayan bir unsur olması yönüyle, tarafların sözleşme kurmaya elverişli irade açıklamalarında yer almamaktadır¹⁰⁸. Buna bağlı olarak, tarafların irade açıklamaları arasında, objektif ikinci derece nokta üzerinde bir uyuşmazlığın gerçekleşmesi ve bu uyuşmazlığın sözleşmenin kurulmasına engel olması, mümkün değildir. Ne var ki sözleşmenin kurulma aşamasından sonra bu nitelikteki bir unsur üzerinde uyuşmazlığın gerçekleşmesi mümkündür. Böyle bir durumda ortaya çıkan uyuşmazlık, hakim tarafından, bahsi geçen unsurun objektif ikinci derece nokta olarak nitelendirilmesini sağlayan yedek hukuk kuralı aracılığıyla çözümlenir. Gerçekten, biraz önce objektif ikinci derece nokta örneği olarak belirtilen unsurlar bakımından uygulanacak faiz oranı, borcun ifa yeri veya ifa zamanı ilgili kanun hükümleri aracılığıyla belirlenir¹⁰⁹.

(2) Subjektif İkinci Derece Nokta

"Subjektif ikinci derece nokta" ("subjektif yan nokta"; *subjektiv Nebenpunkte*), sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde durulan ve müzakere konusu yapılan,

görüşülmüş olup olmamalarına göre ikiye ayrılır. Üzerinde görüşülmemiş olan objektif ikinci derece nokta, bu çalışmada yalnızca objektif ikinci derece nokta olarak ifade edilmektedir. Üzerinde görüşülmüş objektif ikinci derece noktalar ise subjektif esaslı nokta ve subjektif ikinci derece nokta olmak üzere yine ikiye ayrılmaktadır.

¹⁰⁸ **Antalya**, N. 1226; **Kocaağa**, s. 88.

¹⁰⁹ Objektif ikinci derece nokta olarak nitelendirilmeye elverişli bir unsur üzerindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak kanunda veya örf ve adet hukukunda uygulanacak bir hükmün bulunmaması, ortada bir kanun boşluğu olduğunu gösterir. Böyle durumlarda hakim, kanun boşluğunu, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse o şekilde doldurur. Diğer bir deyişle, hakim hukuk yaratır. Hakim tarafından yaratılan bu hukuk-hüküm ise uyuşmazlık konusu unsurun objektif ikinci derece nokta olarak nitelendirilmesini sağlar ve nihayetinde taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümler. Bkz. ve karşı. **Eren**, Borçlar Genel, N. 749; **Kocaağa**, s. 88.

bununla birlikte subjektif esaslı nokta haline getirilmeyen ikinci derece noktaları ifade etmektedir¹¹⁰. Subjektif ikinci derece nokta ile üç farklı ihtimalde karşılaşılr¹¹¹:

(i) Birinci ihtimalde, sözleşme görüşmesi sırasında üzerinde durulan ve müzakere konusu yapılan unsur, hiçbir zaman, subjektif esaslı nokta haline getirilmemiştir. Gerçekten, taraflardan herhangi biri, kurulması öngörülen sözleşmede objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan herhangi bir unsuru, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, görüşme sırasında müzakereye açabilir. Ne var ki bahsi geçen unsur, bu konuyu müzakereye açan taraf bakımından subjektif esaslı nokta haline getirilmediği sürece, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Bu ihtimal, tarafların iradesi veya çoğu kez ihmali yahut unutkanlığı¹¹² sebebiyle gerçekleşir. Bu kapsamda, satış sözleşmesi kurulmasına yönelik olarak gerçekleşen bir görüşme sırasında satış bedelinin ödeme yeri, taraflardan herhangi biri tarafından sözleşme görüşmesi sırasında ileri sürülmüş ancak bu hususta taraflarca herhangi bir uygunluk sağlanmamış olabilir. Ödeme yerini müzakereye açan taraf, bu unsurun sözleşmenin kurulması bakımından olmazsa olmaz bir koşul olmasını istememiş veya bunu daha sonra ihmal etmiş veya unutmuş olabilir. Böyle bir durumda ödeme yeri, sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde durulmasına rağmen, sözleşmenin kurulmasına engel bir unsur olarak kabul edilemeyeceği için subjektif ikinci derece nokta niteliği taşır.

(ii) İkinci ihtimalde, sözleşme görüşmesi sırasında subjektif esaslı nokta haline getirilen bir unsur, yeniden ikinci derece nokta haline getirilmiştir. Gerçekten, objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bir unsurun subjektif esaslı nokta haline getirilmesi tarafların iradesine bağlı olduğu için bunun tam tersinin de

¹¹⁰ Keller/Schöbi, s. 55; Eren, Borçlar Genel, N. 750; Antalya, N. 1228; Aksoy Dursun, Sözleşme, s. 38-39; Kocağa, s. 88.

¹¹¹ Bkz. ve karşı. Eren, Borçlar Genel, N. 750; Aksoy Dursun, Sözleşme, s. 39-40; Kocağa, s. 89-90. Bu ihtimaller, bahsi geçen subjektif ikinci derece nokta üzerinde sözleşmenin kurulma aşamasından sonra ortaya çıkacak uyuşmazlığın çözümü bakımından önemlidir. Uyuşmazlığı çözümlenecek hakim, biraz sonra açıklanacak birinci ve ikinci ihtimalde yedek hukuk kuralına göre, üçüncü ihtimalde ise işin özelliğine göre karar verir.

¹¹² Aksoy Dursun, Sözleşme, s. 40.

mümkün olduğu hususu tartışmasızdır. Bu kapsamda, satış sözleşmesi kurulmasına yönelik olarak gerçekleşen bir sözleşme görüşmesi sırasında, satış bedelinin nakit dışı ödeme yöntemlerinden biri ile ödenmesi üzerinde uygunluk sağlanmasının kendisi için olmazsa olmaz bir koşul olduğunu ileri süren alıcı, daha sonra, müzakere aşamasında bunun önemsiz olduğunu ve ödemeyi nakit olarak yapabileceğini belirtmiş olabilir. Böyle bir durumda ödeme yöntemi, sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde durulmasına rağmen, sözleşmenin kurulmasına engel bir unsur olarak kabul edilemeyeceği için subjektif ikinci derece nokta niteliği taşır.

(iii) Üçüncü ihtimalde, sözleşme görüşmesi sırasında üzerinde durulan ve müzakere konusu yapılan unsur, sözleşme kurulduktan sonra yeniden ele alınmak üzere, taraflarca ileriye bırakılmıştır. Bu durum, ikinci derece noktanın "saklı tutulması" (*vorbehalten*) olarak nitelendirilmektedir¹¹³. İkinci derece noktanın saklı tutulmasının sözleşmenin kurulmuş sayılmasına engel olmayacağı, birazdan açıklanacağı üzere, TBK m. 2/2 hükmünde örtülü olarak, OR Art. 2/2 hükmünde ise açıkça düzenlenmektedir. Bu çerçevede, örneğin, eser sözleşmesinde iş sahibi ve yüklenici, eserin ne zaman teslim edileceği hususu üzerinde uygunluk sağlama imkanları olmadığını anlayarak bu konunun çözümünü ileriye bırakabilirler. Böyle bir durumda ifa zamanı, sözleşme görüşmesi sırasında taraflarca üzerinde durulmasına ve müzakere konusu yapılmasına rağmen, sözleşmenin kurulmasına engel bir unsur olarak kabul edilemeyeceği için subjektif ikinci derece nokta niteliği taşır.

2. Sözleşmenin Kurulmuş Sayılması Karinesi

İrade açıklamalarının birbirine (maddi olarak) uygun olması incelenirken başlıca iki hususun ele alınması gerektiğini, bunlardan birinin tarafların sözleşme ile bağlanma yönündeki iradelerinin varlığı, diğerinin ise sözleşmenin içeriği olduğunu belirtmiştik. Gerçekten, sözleşmenin kurulabilmesi, her şeyden önce, tarafların bu yöndeki (işlem)

¹¹³ Bkz. Keller, s. 25 vd.; Becker, BK-OR, Art. 2, N. 7; Eren, Borçlar Genel, N. 750; Aksoy Dursun, Sözleşme, s. 40; Kocaağa, s. 89-90. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 17, N. 9-10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıop, s. 75 vd.; Akyol, Borçlar, s. 115 vd.; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 246; Esener/Gündoğdu, s. 40-41.

iradelerinin varlığına bağlıdır. Sözleşme kurmak üzere bir araya gelen ve irade açıklamalarında bulunan tarafların, sözleşme ilişkisine dahil olma, diğer bir deyişle sözleşme ile bağlanma yönünde iradeleri bulunmuyorsa, sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılır. Böyle bir durumda sözleşme yok hükmündedir. Nitekim, öğretide bu hususta bir tartışma da bulunmamaktadır. Sözleşmenin içeriği bakımından ise durum farklıdır.

Tarafların irade açıklamaları ve buna bağlı olarak kurulması öngörülen sözleşmenin içeriği, sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal bir sonucu olarak, objektif veya subjektif, esaslı veya ikinci derece nokta niteliğinde olması fark etmeksizin, sayısız sözleşme unsurunu içerebilir¹¹⁴. Ancak bünyesinde sayısız sözleşme unsurunu içerebilecek irade açıklamalarının nihayetinde sözleşmeyi kurabilmesi için -en azından- hangi unsurlar üzerinde birbirine uygun olması gerektiği, kanunda açıkça düzenlenmiş değildir¹¹⁵. Bununla birlikte, kanunda, birtakım sözleşme unsurları üzerinde uygunluk sağlayan taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş sayılmasına, esasen, tarafların sözleşme ile bağlanma iradesinin varlığına yönelik iki karine yer almaktadır:

(i) TBK m. 2/1 hükmüne göre, "*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*" Buna göre taraflar, ikinci derece noktalar üzerinde durmamış ve bunları müzakere konusu yapmamış olsalar dahi, esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağladıkları takdirde¹¹⁶ sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Bunun dışında, "ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olması" ifadesinin, bu unsurların "çözümünün ileriye bırakılması" (saklı tutulması) durumunu da kapsadığı, hükmün gerekçesinde açıkça belirtilmektedir. Bu kapsamda, esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlayan tarafların ikinci derece noktaların üzerinde durmadıkları veya üzerinde

¹¹⁴ Bu yönde bkz. **Guhl/Koller**, § 13, N. 8.

¹¹⁵ **Huguenin**, N. 256; **Nomer**, Esaslı, s. 2053-2055.

¹¹⁶ Sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için gerekli olan "esaslı noktalar üzerinde uygunluk" koşulunun objektif veya subjektif esaslı nokta niteliğindeki unsurlardan hangisine/hangilerine yönelik olduğu tartışmalıdır. Bu tartışmayı birazdan inceleyeceğiz.

durmakla birlikte bunların çözümünü ileriye bıraktıkları durumlarda sözleşme kurulmuş sayılır.

Belirtelim ki bu hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu'nda biraz farklı ifade edilmektedir. Gerçekten, OR Art. 2/1 hükmüne¹¹⁷ göre, "Taraflar, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uygunluk sağlamışlarsa, ikinci derece noktaların saklı tutulmasının sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı varsayılır." Görüldüğü gibi bu hüküm, yalnızca saklı tutulan ikinci derece noktaların sözleşmenin kurulmuş sayılmasına engel olmayacağını açıkça düzenlemekte ancak üzerinde durulmayan ikinci derece noktaların sözleşmenin kurulmuş sayılmasına engel olup olmayacağı hususunda, TBK m. 2/1 hükmünün aksine, bir düzenleme içermemektedir¹¹⁸. Bununla birlikte İsviçre öğretisinde dahi ikinci derece nokta üzerinde durulmamış olmasının sözleşmenin kurulmuş sayılmasına engel olmayacağı kabul edilmektedir¹¹⁹. Bu kapsamda, aralarındaki ifade farklılığına karşın, TBK m. 2/1 ve OR Art. 2/1 hükümleri arasında esasa etkili bir farklılığın olmadığı sonucuna varılabilir.

TBK m. 2/1 hükmü çerçevesinde sözleşmenin kurulmuş sayılması, esasen, tarafların sözleşme ile bağlanma iradesinin varlığına yönelik -aksi ispat edilebilir- bir karineyi ifade etmektedir¹²⁰. Bu karine, objektif veya subjektif esaslı nokta niteliğindeki bir unsur üzerinde uygunluk sağlanmadığı veya taraflardan en az birinin sözleşme ile bağlanma iradesi bulunmadığı ispat edildiği takdirde geçerliliğini yitirir. Sözleşmenin kurulmuş sayılması karinesi karşısında nihayetinde sözleşmenin kurulmadığına ilişkin

¹¹⁷ OR Art. 2/1: "*Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle.*"

¹¹⁸ Bunun bilinçli bir tercih olduğu yönünde bkz. **Antalya**, N. 1222. Ne var ki özellikle TBK m. 2/2 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde bu farklılığın çözümden çok soruna sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır. Aynı yönde bkz. **Serozan**, İstanbul, m. 2, N. 27.

¹¹⁹ Bkz. **Kut**, CHK-OR, Art. 2, N. 6. Bunun İsviçre hukuku bakımından öncelikle (evlebiyetle, *a fortiori*) kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 4.

¹²⁰ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 24; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 7; **Kut**, CHK-OR, Art. 2, N. 1; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 4, 9-12; **Nomer**, Esaslı, s. 2053-2054. Karş. **Akyol**, Borçlar, s. 112, 114.

ispat yükü, bundan lehine hak iddia eden tarafın üzerindedir¹²¹. Sözleşmenin kurulmuş sayılması karinesinin geçerli olabilmesi, öncelikle, kurulması öngörülen sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde taraflarca uygunluk sağlanmış olmasına bağlıdır. Ancak bu karine kapsamında, TBK m. 2/1 hükmünde yalnızca "esaslı nokta" (*wesentliche Punkte*) ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle, subjektif esaslı noktalar üzerinde de uygunluk sağlanmasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda başlıca iki görüş bulunmaktadır:

Azınlıkta kalan bir görüş¹²², hükümde yer alan "esaslı nokta" ifadesinin subjektif esaslı noktaları da kapsadığı yönündedir. Bu görüş doğrultusunda taraflar, öncelikle, objektif esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlamış olmalıdırlar. Bunun dışında, objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan herhangi bir unsur, tarafların iradeleri doğrultusunda, subjektif esaslı nokta haline getirilmiş olabilir. Subjektif esaslı nokta, bunu ileri süren taraf bakımından, sözleşmenin kurulabilmesi için üzerinde uygunluk sağlanması olmazsa olmaz koşul niteliğindedir. Buna göre, subjektif esaslı nokta üzerinde uygunluk sağlanmadığı takdirde sözleşme kurulmuş sayılmaz. Dolayısıyla, TBK m. 2/1 hükmünde yer alan "esaslı nokta" ifadesi, yalnız objektif esaslı noktayı değil, aynı zamanda subjektif esaslı noktayı da kapsar.

Buna karşın, kanımızca da üstün tutulması gerekli olan hakim görüş¹²³, hükümde yer alan "esaslı nokta" ifadesinin objektif esaslı nokta kavramı ile sınırlı olduğu

¹²¹ Nitekim, sözleşmenin kurulmuş sayılması karinesinin aynı zamanda bir ispat kuralı olduğunu bu bölümün başlangıcında belirtmiştik. Ayrıca bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 8; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 2, N. 1.

¹²² **Merz**, Vertrag, N. 179; **Keller**, s. 100; **Eren**, Borçlar Genel, N. 747; **Kocağa**, s. 87; **Şeker**, Yazılmamış, s. 188-189. Ayrıca bkz. **Becker**, BK-OR, Art. 2, N. 4; **Guhl/Merz/Kummer**, § 13, I, 2; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 246. İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski tarihli kararları da bu yöndedir. Bkz. BGE 110 II 287; BGE 97 II 53; BGER 5C.31/2006. Aksi yönde bkz. BGE 118 II 32. İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü ve bu görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 2, N. 9; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 21; **Kut**, CHK-OR, Art. 2, N. 2.

¹²³ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 37 vd.; **Kramer**, BK-OR, Art. 2, N. 10; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 22; **Kut**, CHK-OR, Art. 2, N. 2; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 995-998; **Koller**, OR AT, § 6, N. 24; **Bucher**, OR AT, s. 119-120; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 9 ve özellikle dn. 10; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 43-44; **Atamer**, s. 118, dn. 180. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararı da bu yöndedir. bkz. Bger 4A_80/2013. Aynı yönde bkz. **Nomer**, Esaslı, s. 2053-2054.

yönündedir. Bu görüş doğrultusunda tarafların subjektif esaslı nokta üzerinde de uygunluk sağlamış olmaları arandığı takdirde, kanun hükmünde yer alan karine anlamsızlaşır. Zira objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan ve taraflarca subjektif esaslı nokta haline getirilmemiş bir unsurun sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı açıktır. Buna göre, tarafların esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlayamadıkları durumlarda sözleşme kurulmaz. Tarafların subjektif esaslı noktalar üzerinde de uygunluk sağlamış olmaları arandığı takdirde sözleşme kesin olarak kurulmuş olur ve böylece kanun hükmünde yer alan kurulmuş sayılma karinesine de gerek duyulmaz. Dolayısıyla, TBK m. 2/1 hükmünde yer alan "esaslı nokta" ifadesi, yalnız objektif esaslı nokta kavramı ile sınırlıdır.

Gerçekten, TBK m. 2/1 hükmü, esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlayan tarafların sözleşme ile bağlanma iradeleri olduğuna yönelik bir karine getirmektedir. Bu karine sayesinde, sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde uygunluk sağlandığının tespit edilmesi durumunda sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Taraflardan birinin sözleşmenin ikinci derece noktalarının görüşülmediğine veya bu noktalar üzerinde uygunluk sağlanmadığına yönelik iddiası, sözleşmenin kurulmuş sayılmasına engel olmaz. Buna göre hüküm, esasen, "sözleşmenin ayakta tutulması" ("sözleşme lehine"; *favor contractus*) amacına yöneliktir¹²⁴. Sözleşmenin ayakta tutulması için karine öngören bu hükmün subjektif esaslı noktaları da kapsayacak biçimde geniş yorumlanması, kural olarak, mümkün olmamalıdır. Aksi takdirde sözleşmenin kurulmuş sayıldığını iddia eden tarafın subjektif esaslı nokta üzerinde de uygunluk sağlandığını ispat etmesi gerekir ki bu durum karinenin geçerli olabilmesini çok zorlaştırır¹²⁵. Subjektif esaslı nokta üzerinde uygunluk sağlanamamış olması sebebiyle sözleşmenin de kurulmuş sayılamayacağına ilişkin ispat yükü, bunu iddia eden tarafın üzerinde olmalıdır.

¹²⁴ Aynı yönde bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 2, N. 4; **Akyol**, Borçlar, s. 112-113; **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 42.

¹²⁵ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 37.

(ii) TBK m. 2/2 hükmüne göre, "*İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hakim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar.*" Bu hüküm, esasen, TBK m. 2/1 hükmünün devamı niteliğindedir. Bu hüküm kapsamında taraflar, ikinci derece noktalar üzerinde durmamışlar veya üzerinde durup onları müzakere konusu yapmış olmakla birlikte bu unsurlar üzerindeki (açık) uyuşmazlığın çözümünü ileriye bırakmışlardır. Taraflar, ikinci derece nokta üzerinde daha sonra uygunluk sağladıkları takdirde bu anlaşmaya uyulur. Böyle bir uygunluğun bulunmadığı durumlarda ise hakim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar. Hakimin ortaya çıkan sözleşme boşluğunu tamamlaması, hükümde açıkça belirtilmemekle birlikte, sözleşmenin kurulmuş sayıldığı anlamına gelir¹²⁶.

TBK m. 2/2 hükmü de birinci fıkrada olduğu gibi İsviçre Borçlar Kanunu'nda biraz farklı ifade edilmektedir. Gerçekten, OR Art. 2/2 hükmüne¹²⁷ göre, "*Saklı tutulan ikinci derece noktalarda uyuşulamazsa hakim, uyuşmazlık hakkında işin özelliğine göre karar verir.*" Görüldüğü üzere bu hüküm, hakimin işin özelliğine göre karar vermesi durumunu, saklı tutulan ikinci derece noktalar üzerindeki uyuşmazlık ile açıkça sınırlamaktadır. Taraflar ikinci derece nokta üzerinde durmamışlar veya bu noktaları ileride yeniden ele almak üzere saklı tutmamışlarsa, yedek hukuk kurallarına göre karar verilir¹²⁸.

Görüldüğü gibi TBK m. 2/2 ve OR Art. 2/2 hükümleri arasındaki ifade farklılığı, üzerinde durulmayan veya üzerinde durulmakla birlikte esaslı nokta haline getirilmemiş ancak taraflarca da saklı tutulmamış unsurların nasıl tamamlanacağı hususunda, birbirinden farklı sonuçlara ulaşılmasına elverişlidir. Ancak böyle durumlarda TBK m. 2/2 hükmü, kanımızca, yine OR Art. 2/1-2 hükümleri

¹²⁶ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 4; **Nomer**, Esaslı, s. 2054. Nitekim hakimin sözleşmeyi tamamlayabilmesi, sözleşmenin kurulmuş olması koşuluna bağlıdır. Bkz. **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 24 vd.

¹²⁷ OR Art. 2/2: "*Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.*"

¹²⁸ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 4, 45 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 23, 42 vd., 53; **Kut**, CHK-OR, Art. 2, N. 6.

doğrultusunda yorumlanmalıdır. Aksi takdirde yedek hukuk kuralları, yalnızca, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların bu nitelikteki hükümler aracılığıyla çözümlenmesi yönünde anlaşmaları ihtimalinde uygulanabilir. Bu ihtimal, yedek hukuk kurallarını, pek çok durumda, işlevsiz kılar. Ayrıca, uyuşmazlığın işin özelliğine bakarak karara bağlanması durumunun ikinci derece noktaların saklı tutulmasına özgülenmesi, taraflar açısından da uygun bir çözümdür. Zira ikinci derece noktaların saklı tutulması, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın yedek hukuk kuralları aracılığıyla çözümlenmemesi yönünde irade sahibi olduklarını göstermektedir¹²⁹.

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşıldığı üzere TBK m. 2 hükmü, taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususunda ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklara ilişkin birbirine bağlı iki karine öngörmektedir. Bu kapsamda, taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususunda bir uyuşmazlık bulunmadığı takdirde, emredici nitelik taşımayan bu hüküm içerisinde yer alan karinelerin uygulanmasının mümkün olmadığı açıktır.

3. Sözleşmenin Kurulması İçin Üzerinde Uygunluk Sağlanması Zorunlu Olan Unsurlar

a. Hukuki Sorun ve Görüşler

İrade açıklamalarının sözleşmeyi kurabilmesi için sözleşmenin -en azından- hangi unsurları üzerinde birbirine uygun olması gerektiğinin kanunda açıkça düzenlenmediğini ancak birtakım unsurlar üzerinde uygunluk sağlayan taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş sayılmasına yönelik olarak TBK m. 2 (OR Art. 2) hükmünde iki karinenin yer aldığını belirledik. Hükümde yer alan bu karinelerden hareket eden ve hem Türk hem de İsviçre öğretisinde -günümüze kadar- hakim olan

¹²⁹ Bkz. ve karşı. **Antalya**, N. 1233. İsviçre öğretisinde, OR Art. 2/2 hükmüne rağmen, tarafların üzerinde durdukları ancak bir şekilde saklı tutmadıkları ikinci derece noktalar üzerindeki uyuşmazlıkların yine hakim tarafından işin özelliğine göre karara bağlanması gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Bkz. **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 2, N. 4. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu görüşü savunduğu (BGE 103 II 190) yönünde bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 2, N. 29.

görüş, sözleşmenin kurulabilmesi için irade açıklamalarının kurulması öngörülen sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun olması ve aynı zamanda bu noktaların taraflarca "belirli" (*bestimmt*) veya "belirlenebilir" (*bestimmbar*) biçimde kararlaştırılmış olması gerektiği yönündedir¹³⁰. Buna karşın, gerekçe ve sonuç bakımından farklılaşmakla birlikte, öğretide farklı yöndeki görüşler de savunulmaktadır. Belirtelim ki hakim görüş, objektif esaslı noktayı, sözleşmenin tipini belirleyen unsur olarak tanımlayan görüşle sınırlı değildir. Gerçekten, objektif esaslı noktayı, sözleşmenin işlem çekirdeğini oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi anlamlı bir bütün haline getirmeye yeterli olan unsur olarak tanımlayan *Guhl/Koller*¹³¹ ve *Koller*¹³², birazdan açıklanacak görüşün aksine, edimin miktarını objektif esaslı nokta olarak nitelendirmekte ve bu unsurun taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olmasını aramaktadır.

¹³⁰ **von Tuhr/Peter**, s. 182-183, 190; **Becker**, BK-OR, Art. 1, N. 20; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 171; **Keller/Schöbi**, s. 53; **Merz**, ZBJV, s. 99-101; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 9; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 244-245; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 75-76, 78-79; **Antalya**, N. 1238; **Kocağa**, s. 82; Yarg. 14. HD T. 01.03.2004 E. 2003/8604 K. 004/1301: "Satış vaadi sözleşmeleri ile ileride yapılacak asıl satım sözleşmesinin kurulması borcu altına girilir. Bu sözleşmenin hukuken geçerli bir biçimde kurulması sözleşmede tarafların borçlandıkları ana edimlerin belirlenmiş ya da belirlenebilir olmasına bağlıdır. Belirli ya da belirtilebilir olma yönünden önemli olan, sözleşmenin kurulduğu an değil ifa anıdır. Değişik bir ifadeyle satış vaadi sözleşmesinde, ileride kurulması amaçlanan satım sözleşmesinin temel unsurlarının kesin bir biçimde belirtilmesinde yasal zorunluluk yoktur. Bunların ifa anında belirlenebilir olması yeterlidir. Satış vaadine konu taşınmazların mahkemece yapılacak inceleme sonucu teşhis ve tayini mümkün olmuşsa bu durumda belirli olma özelliğinin varolduğu söylenebilir. Sözleşmelerin yerine getirilmesine olanak verecek biçimde yorumlanması asıl olduğundan, satış vaadi sözleşmesinde de bu sözleşmeye konu taşınmazların genel ve kapsamlı bir biçimde gösterilmesi halinde sözleşme ve dışındaki başka delillerle hangi yer olduğu anlaşılabilirse sözleşme konu taşınmazın belirli ya da belirtilebilir olma unsurunu taşıdığı kabulü gerekir." (**Legalbank**). Ayrıca bkz. **Kötz**, s. 59 vd.; **Serozan**, Parça, s. 212-213. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda (BGE 84 II 13) taraflar arasında, satıcıya ait mağazada yer alan "mobilya, halı, çamaşır, perde ve benzerlerinin" satın alınacağı yönündeki anlaşma, belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olma bakımından yeterli görülmüştür.

¹³¹ **Guhl/Koller**, § 13, N. 8-9.

¹³² **Koller**, OR AT, § 6, N. 35-39; **Koller**, Konsens, s. 166 vd.

Hakim görüŖe en çok yaklaşan *Gauch*¹³³ ve *Gauch/Schluiep/Schmid*¹³⁴, sözleşmenin işlem çekirdeğini oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi anlamlı bir bütün haline getirmeye yeterli olan unsurların, taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması gerektiği görüşündedir. Bu görüş, esasen, münferit olarak hangi unsurların objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmesi gerektiği hususu dışında, hakim görüşle bütünüyle uyum içerisinde. Yazarlara göre edimin miktarı, tamamlanabilir bir unsur olması sebebiyle, objektif esaslı nokta niteliğinde değildir. Bu yönüyle edimin miktarının taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin kurulmasına da engel olmayacaktır. Kaldı ki kanunda, edimin miktarının hakim tarafından tamamlanmasına yönelik olarak pek çok hüküm bulunmaktadır. Yazarlara göre sözleşmeden doğan edimlerden biri ne ölçüde ifa edilmişse, karşı edim miktarının hakim tarafından belirlenmesi (ve böylece sözleşmenin kurulduğu hukuki sonucuna varılması) aynı ölçüde haklılık kazanacaktır. *Zellweger-Gutknecht/Bucher*¹³⁵ de hakim görüşe katılmamaktadır. Yazarlara göre OR Art. 2 hükmünde yer alan karineler, sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesinden önceki bir aşamayı düzenlemektedir. Bu aşamadan sonra, özellikle, ivazlı sözleşmelerde karşı edim ifa edildikten sonra, ivazın taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engel olmayacaktır. Buna göre, başlangıçta objektif esaslı nokta niteliğindeki ivazın, sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olmasının gerekli olmadığı anlaşılmaktadır¹³⁶.

¹³³ **Gauch**, Vertragspunkten, s. 47-49.

¹³⁴ **Gauch/Schluiep/Schmid**, N. 338.

¹³⁵ **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 1, N. 23-26.

¹³⁶ Yazarlardan *Bucher*, başka bir makalesinde, edimin ifasından sonra sözleşmenin kurulmadığının iddia edilmesinin "çelişkili davranış yasağına" (*venire contra factum proprium*) aykırı nitelikte bir davranış olması sebebiyle dikkate alınamayacağını belirtmektedir. Yazara göre bu anlayış, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda da yer almaktadır. Önerinin geçerliliği ile satış bedelinin belirlenmesine ilişkin olarak birbiriyle çelişkili gözükten CISG m. 14/1 ve Art. 55 hükümlerinin, sözleşmenin içerisinde bulunduğu aşamaya, diğer bir deyişle satıcının borcunun ifa edilmiş olup olmamasına göre yorumlanması gerekir. Önerinin geçerliliğini satış bedelinin belirli veya belirlenebilir olması koşuluna bağlayan CISG m. 14/1

*Aksoy Dursun*¹³⁷ da hakim görüşe katılmamaktadır. Yazara göre, objektif esaslı nokta kavramının (Ortak hukuktan gelen) *essentialia negotii* kavramına bağlı kalınarak tanımlanması, özellikle tarafların sözleşme ile bağlanma iradesinin açıkça anlaşıldığı durumlarda isabetli değildir. Böyle durumlarda sözleşmenin kurulup kurulmadığı, "anamlı bütün" kavramından hareketle belirlenebilir. Ancak bu durum, tarafların, içeriği bütünüyle belirsiz bir sözleşme ile bağlı kalmaları sonucunu doğurmaz. Bu kapsamda, öncelikle, isimli sözleşmelerde karakteristik edim, taraflarca mutlaka belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olmalıdır. Karşı edim (örneğin satış bedeli) üzerinde uygunluk sağlanmış olmaması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Ne var ki böyle bir durumda tarafların sözleşme ile bağlanma iradesinin varlığı, en azından, sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmesi aşamasına başlanmış olmasıyla desteklenmelidir. İsimli sözleşmeler bakımından ise o sözleşme ile ilgili teamüllere bakılarak uygunluğun yine anlamlı bir bütün oluşturması, ayrıca tarafların sözleşme ile bağlanma iradesinin varlığı araştırılmalıdır.

*Nomer*¹³⁸ de hakim görüşe katılmamaktadır. Yazara göre, kanunda, sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlanmış olması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki kanunda, esaslı nokta niteliğinde olan bedel üzerinde uygunluk sağlanmasının gerekli olmadığına ilişkin pek çok hüküm bulunmaktadır. TBK m. 2 hükmünde yer alan karineler, yalnız tarafların bağlanma iradesinin ispatına yöneliktir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar, sonradan tamamlanması mümkün olmayan unsurlar hariç olmak üzere, esaslı

hükmü doğrultusunda, satış bedelinin belirli veya belirlenebilir olmadığı durumlarda önerinin gerçekleşebilmesi ve böylece sözleşmenin kurulabilmesi, mümkün değildir. Ne var ki satış bedelinin belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olmadığı sözleşmelerde bedelin belirlenmesine ilişkin CISG m. 55 hükmü durumun böyle olmadığını göstermektedir. Yazara göre bu çelişkili durum, CISG m. 14/1 hükmünün ifadan önceki, CISG m. 55 hükmünün ise ifadan sonraki aşamalara özgülenmesi ihtimalinde giderilebilir. Bkz. **Bucher**, Preisvereinbarung, s. 381 vd. ve özellikle s. 404-405. Belirtelim ki CISG m. 14 ve CISG m. 55 hükümleri arasındaki ilişki çok tartışmalıdır. Ayrıca bkz. ve karşı. **Magnus**, STK-CISG, Art. 14, N. 27 vd.; **Kaya Kızılırmak**, CISG, s. 91 vd.

¹³⁷ **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 68-69.

¹³⁸ **Nomer**, Esaslı, s. 2065 vd.

noktalar ve özellikle karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde ivazın miktarı üzerinde uygunluk sağlamış olmasalar dahi sözleşme kurulabilmelidir. İvazın miktarının belirlenmesi, taraflardan birine veya sözleşme dışındaki üçüncü bir kişiye bırakılabildiğine, sonradan anlaşmak üzere doğrudan taraflara da bırakılmış olabilir. Esaslı nokta üzerinde daha sonra bir anlaşma sağlandığı takdirde buna uyulmalıdır. Aksi durumda hakim, oluşan sözleşme boşluğunu, tarafların farazi iradelerine göre tamamlamalıdır.

Benzer bir görüşü savunan *Akyol*¹³⁹ da hakim görüşe katılmamaktadır. Yazara göre, sözleşmenin kurulması, TBK m. 2/1 (OR Art. 2/1) hükmünden de anlaşılacağı üzere, taraf irade açıklamalarının sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun olmasına bağlıdır. Bununla birlikte ne sözleşme teorisindeki esaslı noktalar üzerindeki uygunluk zorunluluğu ne de TBK m. 2/1 hükmü, esaslı noktaların saklı tutulamayacağına ilişkin bir ilke veya düzenleme içerir. Buna göre esaslı noktaların taraflarca saklı tutulmuş olması, istisnai durumlarla sınırlı dahi olsa, mümkündür. Bunun için saklı tutulan esaslı nokta dışındaki esaslı noktalar üzerinde taraflarca uygunluk sağlanması ve saklı tutulan esaslı noktanın da tamamlanabilecek nitelikte olması gerekir¹⁴⁰.

Hakim görüşten en çok uzaklaşan *Schönenberger/Jäggi*¹⁴¹, OR Art. 2/1 hükmünün, sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca objektif esaslı noktaların tamamı üzerinde uygunluk sağlanması gerektiği yönünde genel bir kural içermediği görüşündedir. Yazarlara göre, tarafların sözleşme kurma yönündeki (işlem) iradelerini açık veya örtülü olarak açıklamaları ve sözleşme kavramı bakımından gerekli asgari içerikte uygunluk sağlamış olmaları, sözleşmenin kurulabilmesi için yeterlidir. Bu iki koşulun gerçekleşmesi durumunda, objektif esaslı noktaların bilerek veya bilmeyerek üzerinde

¹³⁹ *Akyol*, Borçlar, s. 114-115.

¹⁴⁰ *Akyol*'a göre (Borçlar, s. 114) satılanın saklı tutulması, satış sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Buna karşın yazarla benzer görüşteki *Nomer*'e göre (Esaslı, s. 2068) satılanın belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmaması, satış sözleşmesinin kurulmasına engel olur.

¹⁴¹ *Schönenberger/Jäggi*, ZK-OR, Art. 2, N. 61.

durulmamış ve buna bağlı olarak düzenlenmemiş (belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış) olması sözleşmenin kurulmasını engellemez¹⁴².

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşıldığı üzere öğretideki farklı görüşler, objektif esaslı noktaların yalnızca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmaması ile bu tür unsurlar üzerinde henüz uygunluk sağlanmamış olmasına kadar geniş bir ölçüde ele alınmakta ve böyle durumlara birbirinden farklı çözümler öngörmektedir. Bununla birlikte bütün bu görüşlerin, "edimin miktarının" belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olmasının sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı hususunda birleşebilecekleri görülmektedir. Nitekim bu husus, öğretide, çeşitli sözleşme tipleri bakımından da ayrıca incelenmektedir.

Konuyu kredi açma sözleşmesi bakımından inceleyen *Özen*¹⁴³, bu sözleşme kapsamında, esaslı nokta olarak, hangi limite kadar kredi temin edileceği üzerinde taraflarca uygunluk sağlanmış olmasını (bu limitin belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olmasını) aramaktadır. Ancak yazara göre yine bir esaslı nokta niteliğinde olan ve müşteri tarafından ödenmesi gerekli meblağı ifade eden kredi karşılığı üzerinde taraflarca uygunluk sağlanmış olması gerekmez. Böyle durumlarda, kanunda diğer sözleşme tipleri bakımından öngörülen ve esaslı nokta üzerinde uygunluk sağlanmamasına rağmen sözleşmeyi kurulmuş sayan (TBK m. 233/1; m. 387/2; m. 481) hükümlerin kıyasen uygulanmasını, böylece, taraflar arasında benzer kredi işlemlerinde uygulanan faiz oranı esas alınarak sözleşme faizi yürütülmesine ilişkin örtülü bir anlaşmanın olduğunu kabul etmek yerinde olur. Buna göre yazarın, esaslı nokta niteliğindeki faiz oranının taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde

¹⁴² Bkz. ve karş. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 2, N. 82-84: Yazarlara göre, sözleşmenin kurulabilmesi, sözleşmenin işlem çekirdeğini oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi anlamlı bir bütün haline getirmeye yeterli olan unsurlar üzerinde uygunluk sağlanmış ve bunların belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olmasına bağlıdır. Buna göre yazarların, bu başlık altında biraz önce hakim görüşe en çok yaklaşan yazarlar olarak belirttiğimiz *Gauch* ve *Gauch/Schluep/Schmid*'in aksine, sözleşmenin asgari içeriğini edimin miktarı ile sınırlamadıkları ancak bu haliyle objektif esaslı nokta kavramına ilişkin önceki açıklamaları ile çeliştikleri anlaşılmaktadır.

¹⁴³ **Özen**, İrade, s. 250 vd.; **Özen**, Kredi s. 139 vd.

kararlaştırılmamış olmasını sözleşmenin kurulmasına engel olarak değerlendirmediği anlařılmaktadır¹⁴⁴.

Esaslı nokta üzerinde uygunluk sağlanmış olması ve bunun taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması, esasen, kira sözleşmesi bakımından tartışılmaktadır. Öğretide -olumsuz olarak nitelendirilebilecek- bir görüş¹⁴⁵, kira sözleşmesinde bedelin taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olmasının, sözleşmenin kurulmasına engel olacağı yönündedir. Buna karşın -olumlu olarak nitelendirilebilecek- aksi yöndeki diğer görüş¹⁴⁶, kiralananın kullanımının bedel karşılığında bırakılacağı hususunda anlaşıldığı durumlarda, bu bedelin taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olmasının, sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı yönündedir.

Kira sözleşmesinde bedelin belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olmasına ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin her iki yöndeki görüşü savunan kararları bulunmaktadır:

(i) İsviçre Federal Mahkemesi'nin 24 Eylül 1974 tarihli kararına¹⁴⁷ konu olan olayda, taraflar, 01.10.1959 başlangıç tarihli on yıl boyunca sürececek bir kira sözleşmesi kurulması hususunda anlaşmışlardır. Daha sonra taraflar, 01.07.1963 tarihinde yaptıkları yazılı bir anlaşmayla, bu sürenin on yıl daha uzatılması hususunda anlaşmalarına rağmen söz konusu uzatılan dönem için bir kira bedeli kararlaştırmamışlardır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, taraflar, kira bedelinin uzatılan dönem için de aynı biçimde devam edeceğini öngörseler bu hususta açıkça anlaşırlardı. Bu tür bir anlaşmanın yokluğunda kiraya verenin, özellikle kira bedeli

¹⁴⁴ Bununla birlikte yazar, öğretide bu konuda ileri sürülen farklı görüşleri ve yapılan eleştirileri belirtmekle birlikte (İrade, s. 250-251), kredi limitinin neden belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması gerektiğine ilişkin bir açıklamada bulunmamaktadır (Kredi, s. 140-141).

¹⁴⁵ **Weber**, BSK-OR, Art. 253, N. 5-6; **Guhl/Koller**, § 13, N. 9; **Koller**, OR AT, § 6, N. 46; **Aral/Ayrancı**, s. 259; **Eren**, Borçlar Özel, N. 1077; **İnceoğlu**, C. 1, s. 15-16.

¹⁴⁶ **Higi/Bühlmann**, ZK-OR, Art. 253, N. 31; **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 898; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 338; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 379-381; **Nomer**, Esaslı, 2069-2070. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, C. I/2, s. 14 vd.

¹⁴⁷ BGE 100 II 330.

gibi yıldan yıla sürekli artan yaşam maliyetleri karşısında, 1959 yılına ait kira bedelinin 1969 yılından itibaren on yıl daha geçerli olacağı hususunda bir taahhütte bulunduğu kabul edilmesi mümkün değildir. Uzatılan dönem için kira bedeli kararlaştırılmaması sebebiyle kira sözleşmesinin 01.10.1969 tarihinden itibaren kurulmadığı yönünde bir itirazda bulunulabilecekse de bu çözümün adil olmadığı açıktır. Bununla birlikte, tarafların, bir şeyin bedel karşılığında kullanımının bırakılması konusunda anlaşmalarına rağmen bedeli kararlaştırmadıkları durumların ayırt edilmeleri gerekir. Böyle durumlarda, taraflar arasında uyuşmazlığa konu olan eksik sözleşme, hakim tarafından dürüstlük kuralı aracılığıyla tamamlanmalıdır. Kira hukukunda OR Art. 322/1 (TBK m. 401), Art. 374 (TBK m. 481) ve Art. 394/3 (TBK m. 502/3) benzeri bir düzenleme olmamasına rağmen söz konusu düzenlemeler, (ıvazlı sözleşmelerde bedelin belirlenmesine ilişkin) genel bir hukuk ilkesine dayanmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların halihazırda kira ilişkisinde olmasının söz konusu çözümü adil kılacağı hususuna kararda ayrıca işaret etmektedir.

(ii) İsviçre Federal Mahkemesi'nin 15 Eylül 1993 tarihli kararına¹⁴⁸ konu olan ve biraz önceki karara çok benzer başka bir olayda ise 24 Eylül 1974 tarihli kararda benimsenen görüşün, öğretilde yapılan eleştiriler doğrultusunda, bütünüyle terk edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kira sözleşmesinde kira bedelinin belirli veya belirlenebilir biçimde olmasının sözleşmenin esaslı noktalarından biri olarak kabul edilmesi gerekir. Hizmet, eser veya vekalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin özel hukuki düzenlemelerin genel bir hukuk kuralı oluşturması mümkün değildir. Kira sözleşmesinin sonunda taraflar, söz konusu kira ilişkisinin devam edip etmeyeceğini istemekte serbest kalırlar. Taraflar, sözleşme görüşmesi sonunda anlaşma sağlanacağına ve bunun icra edilmeye başlanacağına güvenmiş olsalar dahi sözleşme görüşmesinin olumsuz biçimde sonuçlanmasının riskini üstlenmelidirler. Hakim, yalnız kiralananın kullanılmış olduğu süreye ilişkin

¹⁴⁸ BGE 119 II 347.

olarak bir karşılık bedel belirleyebilir. Kira sözleşmesinde bedelin belirlenmemesinin oluşturduğu boşluk, hakim tarafından tamamlanamaz¹⁴⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın tarihli kararları, 15 Eylül 1993 tarihli kararda benimsenen görüş doğrultusunda, bedelin kararlaştırılmadığı durumlarda hakim tarafından yalnızca kullanımın gerçekleştiği döneme ilişkin olarak bir karşılık bedel belirlenebileceği yönündedir¹⁵⁰. Bu çerçevede İsviçre Federal Mahkemesi'nin, olumsuz görüşü benimsediği sonucuna varılabilir.

Kira sözleşmesinde bedelin belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olması hususunda Yargıtay'ın da her iki yöndeki görüşü savunan kararları bulunmaktadır:

Yargıtay'ın 18 Kasım 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında¹⁵¹, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un kira sözleşmesinde bedelin belirlenmesine ilişkin m. 2 ve m. 3 hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, aynı kanunun m. 11 hükmü gereği yenilenen sözleşmelerde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin olarak Yargıtay dairelerinin verdikleri kararlar arasındaki içtihat farklılığı birleştirilmektedir. Yargıtay, kararın 1 numaralı gerekçesinde, iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra başlayan yeni dönem için kiraya verenin kira bedelini belirlemede serbest olduğu fikrini reddederek burada bir kanun boşluğu olduğu görüşünü oy çokluğuyla benimsemiştir. Kararın 4 numaralı gerekçesinde, mülga kanunun m. 9 ve m. 11 hükümleri gereği yenilenen kira sözleşmelerinde esaslı nokta olan kira bedelinin belirlenmemiş olması sebebiyle sözleşmenin kurulmadığının ileri

¹⁴⁹ Benzer bir uyuşmazlıkta, kullanım bedelinin belirlenmediği süre boyunca bir "fiili sözleşme ilişkisi" (*faktisches Vertragsverhältnis*) kurulmuş olduğu yönünde bkz. BGE 108 II 112. Türk hukukunda bu görüşün benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. **İnceoğlu**, C. 1, s. 15-16. Ancak sözleşmenin kurulması için tarafların irade açıklamasında bulunmasına gerek olmadığı yönündeki bir anlayışa dayanan fiili sözleşme ilişkisi teorisi, günümüz Türk ve İsviçre öğretisinde büyük ölçüde terk edilmiştir.

¹⁵⁰ BGer 4A_70/2018; BGer 5A_62/2014.

¹⁵¹ Yarg. İBK T. 18.11.1964 E. 1964/2 K. 1964/4 (RG 27.11.1964-11867). Benzer yönde bkz. Yarg. İBK T. 12.11.1979 E. 1979/1 K. 1979/3 (RG 13.01.1980-16868).

sürülemeyeceği, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde karşılık bedelin piyasa rayicine göre hakim tarafından belirlenmesinin genel bir hukuk ilkesi olduğu, nitekim satış, kira, hizmet ve eser sözleşmelerinde bu ilkenin uygulandığı, Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarının da bu yönde olduğu ifade edilmektedir¹⁵².

Yargıtay daireleri tarafından verilen kararların ise içtihadı birleştirme kararı ile nadiren aynı yönde¹⁵³, fakat -içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığına rağmen- çoğunlukla aksi yönde¹⁵⁴ oldukları görülmektedir. Bu çerçevede Yargıtay'ın, olumsuz veya olumlu görüşlerden birini benimsemek yerine, somut uyuşmazlık bakımından tarafların menfaat dengesi doğrultusunda karar verdiği sonucuna varılabilir.

b. Değerlendirme

TBK m. 2 (OR Art. 2) hükmü, birtakım sözleşme unsurları üzerinde uygunluk sağlayan taraflar arasında, sözleşmeyi kurulmuş sayan karineler öngörmektedir. Bu hüküm, kanımızca, sözleşmenin kurulması hukuki sonucunun gerçekleşebilmesi için üzerinde uygunluk sağlaması zorunlu birtakım unsurların varlığını düzenlediği biçiminde yorumlanamaz. Ne var ki bu durum, daha önce de belirtildiği üzere, sözleşmenin kurulmasının doğal ve temel amacının tarafların dar anlamda birer borç altına girmesi ve nihayetinde borçlanılan bu edimlerin yerine getirilmesi olduğu

¹⁵² Satış, hizmet ve eser sözleşmelerinde bedelin veya ücretin belirlenmesine ilişkin özel hükümlerin bulunması sebebiyle bu kararın, esasen, kira sözleşmesi bakımından önem taşıdığı yönünde bkz. **Nomer**, Esaslı, s. 2061.

¹⁵³ Yarg. 6. HD T. 22.10.2015 E. 2015/8204 K. 2015/8841, "*Takiple dayanılan ve karara esas alınan 02.12.2013 başlangıç tarihli ve 5 ay süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinde kira bedeli kararlaştırılmamıştır. Yine 02.12.2013 düzenleme ve 01.05.2014 tahliye tarihli tahliye taahhütnamesi davalı tarafından imzalanmış ve imzası inkar edilmemiştir. Kira sözleşmesini başlangıcında kira bedeli belirlenmese dahi tahliye taahhütnamesinde tahliye edeceği tarihe kadar olan bütün kira borcunu ödeyeceğini de taahhüt etmiştir. Kira sözleşmesinde salt kira bedelinin gösterilmemiş olması sözleşmenin kurulmadığı anlamına gelmez.*" (**Lexpera**).

¹⁵⁴ Yarg. 1. HD T. 06.02.2017 E. 2016/12369 K. 2017/665, "*Kira sözleşmeleri yazılı veya sözlü yapılabileceği gibi zımni (üstü kapalı) olarak da vücuda getirilebilir. Yeter ki taraflar kira sözleşmesinin esaslı unsurlarında anlaşmış olsunlar.*" Aynı ifadelerin yer aldığı yakın tarihli diğer kararlar için bkz. Yarg. 1 HD T. 24.11.2016 E. 2015/300 K. 2016/10569; Yarg. 1. HD T. 15.06.2016 E. 2016/5743 K. 2016/7306; Yarg. 6. HD T. 30.04.2013 E. 2013/2108 K. 2013/7563 (**Lexpera**).

gerçeğini değiştirmez. Buna göre, her sözleşmede üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu birtakım unsurların bulunması gerektiği açıktır. Ancak görüldüğü gibi bu durum, kanundaki kurulmuş sayılma karinelerinden değil, bizzat sözleşme kavramının kendisinden kaynaklanmaktadır¹⁵⁵. Bu kapsamda, tarafların sözleşme ile bağlanma iradelerinin bulunmasının, sözleşmenin kurulabilmesi için tek başına yeterli olmadığı sonucuna varılabilir.

Sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan unsurlar, Ortak hukuktaki ifadesiyle sözleşmenin *essentialia negotii* niteliğindeki unsurlarıdır. Hem Türk hem de İsviçre öğretisinde objektif esaslı nokta ile eş anlamlı olarak kabul edilen *essentialia negotii*, esasen, subjektif esaslı noktaları da içerisinde barındırmaktadır. Nitekim, sözleşmenin kurulmuş sayılmasına yönelik karinelerin öngörülmediği ve buna bağlı olarak objektif-subjektif esaslı nokta biçiminde bir ayırımın yapılmadığı Alman hukukunda, sözleşmenin kurulması için bütün noktalar üzerinde uygunluk sağlanması gerektiği BGB § 154 I hükmünde açıkça dzenlenmektedir¹⁵⁶.

Sözleşmenin kurulması için esaslı noktaların tamamı üzerinde uygunluk sağlanması gerekliliği, BGB § 154 I benzeri bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Türk ve İsviçre hukukları bakımından da geçerlidir. Subjektif esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlanması gerekliliği, bu tür unsurların tarafların iradeleri doğrultusunda belirlenmesi yönüyle, kolaylıkla açıklanabilir. Ancak aynı kolaylık, objektif esaslı noktalar bakımından geçerli değildir. Bu durum, esasen, Roma hukukundan gelen tipe bağlılık ilkesinin bir sonucudur. Roma hukukunda, taraflar arasındaki anlaşmanın sözleşme olarak nitelendirilmesi ve sözleşmeden doğan edimlerin talep/dava edilebilmesi, bu başlık altında biraz sonra açıklanacağı üzere, bu anlaşmanın belirli bir tipe uygun olmasına bağlıydı. Sözleşme zgrlğ ilkesinin geçerli olduğu günümüz hukukunda

¹⁵⁵ Bu yönde bkz. **Witz**, s. 160.

¹⁵⁶ Alman öğretisinde sözleşmenin esaslı noktaları hakkında ayrıca bkz. **Bork**, STK-BGB, § 154, N. 3 vd.; **Wolf/Neuner**, § 38, N. 1 vd.

böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin ilgili tipi oluşturabilmesi için yine objektif esaslı nokta üzerinde taraflarca uygunluk sağlanmış olması gerektiği açıktır¹⁵⁷. Buna göre, sözleşmenin kurulabilmesi için -en azından- objektif esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlanmış olması gerektiği kendiliğinden anlaşılır¹⁵⁸.

Sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan unsurlara ilişkin tartışma, objektif esaslı nokta kavramının kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu kavramın günümüz sözleşme anlayışı çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi, kanımızca, öğretilerdeki tartışmayı sona erdirecektir. Objektif esaslı nokta, Roma hukukunda edimlerin belirli olmasını ifade eden "*pretium certum*" ilkesinin¹⁵⁹ aksine, bu noktayı oluşturan unsurun miktarından bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Roma hukukuna ve Ortak hukuka yabancı bir kavram olan objektif esaslı noktanın yegane işlevi, esasen, sözleşmenin niteliğini belirlemekten ibarettir. Bu tür bir noktanın az veya çok miktarda olması, sözleşmenin niteliğini değiştirmemektedir. Kaldı ki objektif esaslı nokta örneği olarak verilen unsurlar dikkate alındığında, bunların miktardan bağımsız olarak ifade edildikleri görülmektedir. Gerçekten, satış sözleşmesinde bedelin veya hizmet sözleşmesinde ücretin az veya çok olması, bunların satış veya hizmet olarak nitelendirilmelerine engel değildir. Bu kapsamda, bedel karşılığında devir veya ücret karşılığında işgörme hususunda anlaşılması, objektif esaslı noktalar üzerinde uygunluğun sağlanması bakımından gerekli ve yeterlidir. Objektif esaslı noktanın miktar olarak belirlenmediği durumlarda ise bunun belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması gerekir. Buna göre, herhangi bir şeyin değil, belirli veya belirlenebilir bir şeyin devri veya işin görüleceği hususunda taraflar anlaşmış olmalıdır¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Roma hukukunda geçerli olan tipe bağlılık ilkesi ile irade özgürlüğü ilkesinin, İsviçre Borçlar Kanunu'na olan etkisi hakkında ayrıca bkz. **Bucher**, Hundert Jahre, s. 318-319.

¹⁵⁸ Karş. **Nomer**, Esaslı, s. 2066.

¹⁵⁹ Bu ilke için bkz. **Witz**, s. 11 vd.

¹⁶⁰ Benzer yönde bkz. ve karşı. **Jung**, s. 30-32. Burada, temelinde irade ve sözleşme özgürlüğü ilkesi olan günümüz sözleşme hukukuna, temelinde böyle bir anlayışın bulunmadığı Roma hukuku sistemini uygulamanın bütünüyle yerinde olmayacağını da ifade etmek gerekir. Ayrıca bkz. **Honsell**, Römisches, s. 100-101.

Objektif esaslı noktanın miktar itibarıyla az veya çok olması, çoğu kez, taraflar bakımından sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması olmazsa olmaz koşul niteliğindedir. Bu durum ise objektif esaslı nokta niteliğindeki unsurun miktarının, subjektif esaslı nokta niteliğinde olduğunu göstermektedir. Demek oluyor ki objektif esaslı noktanın miktar bakımından kapsamı, esasen, (objektif) ikinci derece nokta niteliğindedir. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda, satış, hizmet, eser, yayım ve simsarlık sözleşmelerine ilişkin hükümler arasında, bu konuya ilişkin bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır: (i) Satış sözleşmesinde satış bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 233/1 (OR Art. 212/1) hükmüne göre, "*Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır.*" (ii) Hizmet sözleşmesinde ücretin belirlenmesine ilişkin TBK m. 401 (OR Art. 322/1) hükmüne göre, "*İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.*" (iii) Eser sözleşmesinde bedelin belirlenmesine ilişkin TBK m. 481 (OR Art. 374) hükmüne göre, "*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*" (iv) Yayım sözleşmesinde bedelin belirlenmesine ilişkin TBK m. 496/2 (OR Art. 388/2) hükmüne göre, "*Bedel ödenmesi gereken hâllerde ödenecek miktar belli değilse bedel, hâkim tarafından belirlenir.*" (v) Simsarlık sözleşmesinde ücretin belirlenmesine ilişkin TBK m. 522 (OR Art. 414) hükmüne göre, "*Ücret, belirlenmemişse tarife, tarife yoksa teamüle göre ödenir.*"

Belirtilen bu özel düzenlemelerin tamamı, objektif esaslı nokta niteliğindeki bedelin veya ücretin (ivazın), kanımızca, ikinci derece nokta niteliğindeki miktarının belirlenmesine ilişkindir¹⁶¹. Böyle durumlarda, taraflardan birinin ödemekle yükümlü olduğu para ediminin miktarı, uyuşmazlığı çözümleyecek hakim tarafından belirlenmektedir. Belirtelim ki bu edimin para olmasına da gerek bulunmamaktadır.

¹⁶¹ Bkz. ve karşı. **Nomer**, Esaslı, s. 2058.

Sözgelimi, bir ticari tüketim ödöncü olarak, kredi açma sözleşmesinde kredi karşılığına faiz uygulanması, objektif esaslı nokta niteliğindedir. Ne var ki kredi karşılığına uygulanacak faiz oranı, taraflarca kararlaştırılmamış olabilir. Buna ilişkin TBK m. 388/1 (OR Art. 314/1) hükmüne göre, *"Tüketim ödöncü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır."* Bu kapsamda, kredi açma sözleşmelerinde faiz oranının kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engel olmayacaktır¹⁶². Özetle, sayı, hacim veya tartı aracılığıyla belirlenen edimler, diğör bir deyişle misli mallar, bu yönleri itibarıyla, yalnızca ikinci derece nokta niteliği taşırlar. İkinci derece nokta üzerinde uygunluk sağlanmamış olmasının sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı açıktır.

Göröldüğü üzere kanun, objektif esaslı nokta niteliğindeki unsurların miktarının belirlenmesi bakımından pek çok yedek hukuk kuralını bünyesinde barındırmaktadır. Bu hükümler sayesinde öğretime, gerekçelerinde farklılaşmakla birlikte, nihayetinde sözleşmenin kurulacağı hususunda görüş birliği olduğı söylenebilir. Böyle bir yedek hukuk kuralının bulunmadığı durumlar ise ayrıca tartışılmalıdır. Nitekim kira sözleşmesi, bu tartışma için son derece elverişlidir. TBK ve OR hükümleri arasında, taraflarca kararlaştırılmayan kira bedelinin nasıl belirleneceğı hususunda bir düzenleme yer almamaktadır. Kanımızca böyle bir hükme gerek de bulunmamaktadır. Zira tarafların, kullanımın bedel karşılığında bırakılması hususunda anlaşmaları durumunda kira sözleşmesi yine kurulmuş olabilir. Bu bedelin az veya çok olması ise sözleşmenin hukuki niteliğini değıştirmemektedir. Kiraya verenin edimi bakımından ise durum farklıdır. Bu edim, miktar olarak belirlenmemesi yönüyle, taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olmalıdır. Benzer biçimde, kredi açma sözleşmelerinde taraflarca kredi limiti üzerinde anlaşma sağlanmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engel olmamalıdır.

¹⁶² Özen, **İrade**, s. 255.

Objektif esaslı nokta niteliğindeki bir unsurun miktarı üzerinde uygunluk sağlanmamış olmasının sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı, başka hukuki dayanaklarla da desteklenebilir. Gerçekten, sözleşme ile bağlanma iradeleri bulunduğu hususunda tereddüt olmayan ve sonradan tamamlanması mümkün olmayan (sözgelimi satılan veya işgörmenin biçimi gibi) unsurlar üzerinde uygunluk sağlayan taraflar arasında, edimin miktarı¹⁶³ üzerinde uygunluk sağlanmamış olması sebebiyle sözleşmenin kurulmadığı (yok hükmünde olduğu) sonucuna varılması için haklı bir sebep bulunmamaktadır¹⁶⁴. Zira taraflar, Türk ve İsviçre hukuklarında bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte¹⁶⁵, esaslı veya ikinci derece nokta niteliğinde olması fark etmeksizin, sözleşmenin unsurlarının belirlenmesini taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakabilirler. Bu belirleme, ikinci derece noktalarla sınırlı olmak üzere, doğrudan tarafların anlaşmasına da bırakılabilir.

III. Uyuşmazlık

A. Kavram

Uyuşmazlık kavramı, uygunluk kavramında olduğu gibi ama biraz farklı bir biçimde, sözleşme uyuşmazlığı ve basit uyuşmazlık olarak ikiye ayrılabilir¹⁶⁶: (i) "Sözleşme uyuşmazlığı" (*Vertrags-Dissens*), irade açıklamaları arasında normatif uygunluğun bulunduğu durumlarda söz konusu olur. Zira böyle durumlarda sözleşme, irade bozukluklarına ilişkin hükümler çerçevesinde, gerçek iradesine aykırı olarak sözleşme kurulan tarafın irade açıklaması sonucunda iptal edilebilir. Buna göre, taraflar

¹⁶³ CISG m. 14/1 hükmü kapsamında önerinin geçerli olabilmesi, satılanın ve bedelin miktarının belirli veya belirlenebilir olmasına bağlıdır. Bununla birlikte, satılanın bedelinin belirli veya belirlenebilir olması öğretide oldukça geniş biçimde yorumlanmaktadır (**Brunner**, Art. 14, N. 6; **Magnus**, STK-CISG, Art. 14, N. 21. Karş. **Dornis**, UN-Kaufrecht, Art. 14, N. 21). Bedelin miktarının belirli veya belirlenebilir olmasının ise CISG m. 55 hükmü kapsamında ele alındığını belirtmiştik.

¹⁶⁴ Benzer yönde bkz. **Nomer**, Esaslı, s. 2068.

¹⁶⁵ Alman hukukunda BGB § 315-317 hükümleri, edimin taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından belirlenmesine ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler için bkz. **Aksoy Dursun**, Sözleşme, s. 33-35.

¹⁶⁶ Ayrıca bkz. ve karşı. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 279 vd.

arasında, en azından normatif anlamın öngördüğü içerikte bir anlaşmazlık, diğer bir deyişle sözleşme uyuşmazlığı olduğu söylenebilir. (ii) "Basit uyuşmazlık" (*einfache Dissens*) ise irade açıklamalarının, gerçek veya normatif anlamda birbirine uygun olmadığı durumları ifade etmektedir. Bu ikinci durumda, uyuşmazlık ve uygunluk kavramlarının, içerikleri itibarıyla birbirine zıt durumları işaret ettikleri kendiliğinden anlaşılır¹⁶⁷. Bunun dışında, öğretide, uyuşmazlık kavramı denildiğinde, bu çalışmada da benimsendiği gibi büyük bir çoğunlukla, yalnızca basit uyuşmazlığın anlaşıldığı söylenebilir.

B. Uyuşmazlık Türleri

Uyuşmazlık kavramına ilişkin olarak yapılan ayrımlar, sözleşme uyuşmazlığı ve basit uyuşmazlık ayrımıyla sınırlı değildir. Uyuşmazlık kavramı, öğretide, tarafların uyuşmazlığın bilincinde olup olmamaları ve özellikle üzerinde uyuşmazlık bulunan unsurların niteliği bakımından pek çok türe ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrımların pratik bir önemi de bulunmaktadır. Gerçekten, sözleşmenin kurulması için taraf irade açıklamalarının birbirine uygun olmasını arayan TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmü karşısında, irade açıklamaları arasındaki uyuşmazlığın, her durumda, sözleşmenin kurulmasına engel olacağı düşünülebilirdi¹⁶⁸. Ne var ki uyuşmazlık olarak nitelendirilecek durumların sözleşmenin kurulmasına olan etkisi, birazdan açıklanacak uyuşmazlık türlerine göre değişebilmektedir.

1. Gerçek Uyuşmazlık - Gerçek Olmayan Uyuşmazlık

İrade açıklamaları arasındaki uyuşmazlığın sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde olması durumunda "gerçek uyuşmazlık" (*eigentlicher Dissens*) söz konusudur¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 137; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 222; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 325; **Keller/Schöbi**, s. 53; **Bucher**, OR AT, s. 143-144; **Huguenin**, N. 251; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 3; **Eren**, Borçlar Genel, N. 752; BGE 123 III 35. Ayrıca bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 281 vd.

¹⁶⁸ Bu yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 3.

¹⁶⁹ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 223; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 326; **Bucher**, OR AT, s. 145; **Eren**, Borçlar Genel, N. 758. Buna dar anlamda uyuşmazlık da denilmektedir. Bkz. **Serozan**, İstanbul, m.

Gerçek uyuşmazlık, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Bu durum, esaslı nokta kavramının doğal bir sonucudur. Buna göre, örneğin, taraflardan birinin tek satıcılık tekeli istemesine karşın diğer tarafın yalnızca satış sözleşmesi kurmak istediği bir durumda taraflar arasında (objektif) esaslı nokta niteliğindeki unsur üzerinde oluşan bu uyuşmazlık, gerçek uyuşmazlık olarak nitelendirilir ve sözleşmenin kurulmasına engel olur¹⁷⁰.

İrade açıklamaları arasındaki uyuşmazlığın sözleşmenin ikinci derece noktaları üzerinde olması durumunda ise "gerçek olmayan uyuşmazlık" (*uneigentlicher Dissens*) söz konusudur¹⁷¹. Gerçek olmayan uyuşmazlık, gerçek uyuşmazlığın aksine, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Bu durum da ikinci derece nokta kavramının doğal bir sonucudur. Objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmeyen bir unsur, kural olarak, ikinci derece nokta niteliğindedir. Bu tür bir nokta üzerinde uyuşmazlığın bulunması, uyuşmazlığa konu unsurun, taraflarca üzerinde durulduğunu ve müzakere konusu yapıldığını gösterir. Buna göre, üzerinde uyuşmazlık bulunan unsur, subjektif ikinci derece nokta niteliğindedir. Üzerinde uyuşmazlık bulunan unsurun subjektif ikinci derece nokta olmadığı, aksine, subjektif esaslı nokta niteliğinde olduğu ispat edildiği takdirde ise bu kez taraflar arasında gerçek uyuşmazlığın bulunduğu ve buna bağlı olarak da sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılır¹⁷².

1, N. 64. Karş. **Koller**, OR AT, § 6, N. 9: Yazara göre gerçek uyuşmazlık, sözleşmede düzenlenmesi gerekli bir unsur üzerinde uygunluk sağlanmamış olmasını ifade etmektedir.

¹⁷⁰ **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 64; Yarg. 19. HD T. 16.04.2015 E. 2014/8739 K. 2015/5509. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD T. 05.06.2015 E. 2015/1798 K. 2015/7787 (**Lexpera**).

¹⁷¹ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 223; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 326; **Bucher**, OR AT, s. 145-146; **Eren**, Borçlar Genel, N. 758. Buna geniş anlamda uyuşmazlık da denilmektedir. Bkz. **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 65. Karş. **Koller**, OR AT, § 6, N. 8: Yazara göre gerçek olmayan uyuşmazlık, sözleşmede düzenlenmesi gerekli bir unsur üzerinde tarafların irade açıklamasında bulunmamış olmalarını ifade etmektedir.

¹⁷² **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 65; m. 2, N. 13.

2. Açık Uyuşmazlık - Gizli Uyuşmazlık

a. Açık Uyuşmazlık

Sözleşmenin taraflarından her birinin diğer tarafı doğru olarak anladığı ve irade açıklamalarının sözleşmenin esaslı veya ikinci derece nokta niteliğindeki unsurları üzerinde birbirine uygun olmadığının bilincinde olduğu durumlarda "açık uyuşmazlık" (*offener Dissens*) söz konusudur¹⁷³. Bu tür bir uyuşmazlıkta tarafların iradeleri ve irade açıklamaları, sözleşmenin kurulması yönünde değil, aksine, sözleşmenin kurulmaması yönünde birbirine uygundur. Nitekim bu yönüyle açık uyuşmazlık, tarafların "uyuşmazlık üzerinde uygunluk sağlaması" (*agree to disagree*) olarak da ifade edilmektedir¹⁷⁴. Buna göre, örneğin, alıcının mavi renkli otomobili istemesine karşın satıcının yalnızca kırmızı renkli otomobili satabileceğini söylemesi veya alıcının satışa konu olan otomobil için 100.000 TL teklif etmesine karşın satıcının 150.000 TL altında bir bedeli kabul etmesinin mümkün olmadığını söylemesi durumlarında, taraflar arasında açık uyuşmazlığın bulunduğu söylenebilir¹⁷⁵.

Açık uyuşmazlık, Türk ve İsviçre hukuklarında açık bir kanuni düzenlemede yer almamaktadır. Buna karşın Alman hukukunda, "*Açık Uyuşmazlık*" (*Offener Einigungsmangel*) başlıklı BGB § 154 I hükmüne¹⁷⁶ göre: "Sözleşme taraflarından

¹⁷³ Bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 189; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 330; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 138; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 227; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 27; **Koller**, OR AT, § 6, N. 9; **Schwenzer**, § 29, N. 8; **Huguenin**, N. 252; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 3; **Tunçomağ**, s. 201-203; BGE 123 III 35; BGer 4A_683/2011. Açık uyuşmazlığın esaslı noktalar üzerinde olabileceği yönünde bkz. **Huguenin**, N. 252; **Serozan**, İstanbul, m. 1, N. 66; **Eren**, Borçlar Genel, N. 754.

¹⁷⁴ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 138; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 227; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 27; **Eren**, Borçlar Genel, N. 755.

¹⁷⁵ Açık uyuşmazlık durumunda, taraflardan herhangi birinin sözleşmenin kurulduğuna yönelik güveni doğrultusunda yaptığı bir masrafın bulunmaması sebebiyle, olumsuz zararın tazmini de söz konusu olmamaktadır. Bkz. **Ergüne**, Olumsuz, s. 219.

¹⁷⁶ BGB § 154 I: "*Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.*"

yalnızca birinin irade açıklamasına göre üzerinde uygunluk sağlanması gerekli olsa dahi, sözleşmenin bütün noktaları üzerinde taraflarca uygunluk sağlandığının şüphe içerisinde olduğu süre boyunca sözleşme kurulmaz. Sözleşmenin münferit noktaları üzerindeki uygunluk, bu husus kayıt altına alınmış olsa dahi, taraflar açısından bağlayıcı olmaz." Sözleşmenin kurulmuş sayılmasına yönelik karinelerin öngörülmediği ve buna bağlı olarak objektif esaslı nokta ve subjektif esaslı nokta biçiminde bir ayrımın yapılmasına elverişli olmayan bu hüküm, esaslı noktaların bütününe (*essentialia negotii*) yöneliktir. Türk ve İsviçre hukuklarında, TBK m. 2 (OR Art. 2) hükmü dikkate alındığında, sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde uygunluk sağlanması, sözleşmenin kurulmuş sayılması bakımından gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte, subjektif esaslı nokta üzerindeki bir uyumsuzluğun da açık uyumsuzluk olarak nitelendirileceği ve nihayetinde sözleşmenin kurulmasına engel olacağı açıktır¹⁷⁷.

Hemen bu noktada belirtmek gerekir ki açık uyumsuzluğun sözleşmenin kurulmasına engel olması, üzerinde uyumsuzluk bulunan unsurun (objektif veya subjektif) esaslı nokta niteliğinde olmasına, diğer bir deyişle açık uyumsuzluğun aynı zamanda gerçek uyumsuzluk olmasına bağlıdır. Gerçek olmayan açık uyumsuzluklar bakımından ise durum farklıdır. Zira irade açıklamalarının, sözleşmenin ikinci derece nokta niteliğindeki unsurları üzerinde birbirine uygun olmaması durumunda, sözleşmenin kurulmasına bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, tarafların uyumsuzluğun bilincinde olmaları dikkate alındığında, sözleşmenin ikinci derece nokta niteliğindeki unsurlarının -örtülü olarak- saklı tutulduğu ve bunların çözümünün ileriye bırakıldığı sonucuna varılmalıdır. Bunların dışında, objektif veya subjektif esaslı nokta niteliğinde olmaları fark etmeksizin, sözleşme unsurlarının, örneğin satılanın veya satış bedelinin, belirlenmesinin taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakıldığı durumlarda ise açık uyumsuzluk söz konusu değildir¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Ayrıca bkz. **Diederichsen**, s. 431 vd.

¹⁷⁸ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 139; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 229.

b. Gizli Uyuşmazlık

Sözleşme taraflarının veya en azından bunlardan birinin, irade açıklamalarının sözleşmenin esaslı veya ikinci derece nokta niteliğindeki unsurları üzerinde birbirine uygun olmadığının bilincinde olmadığı durumlarda "gizli uyuşmazlık" (*verstecker Dissens*) söz konusudur¹⁷⁹. Bu tür bir uyuşmazlıkta, sözleşmenin tarafları veya en azından bunlardan biri, gerçekte öyle olmamasına karşın, irade açıklamalarının birbirine uygun olduğunu düşünmektedir¹⁸⁰. Belirtelim ki daha önce açıklanan normatif uygunluk ile gizli uyuşmazlık (ve özellikle birazdan açıklanacak görünüşte uygunluk) kavramları, her ikisi bakımından da taraflar arasında gerçek uygunluğun bulunmaması yönüyle, birbirinden ayırt edilmesi oldukça güç kavramlardır. Bununla birlikte gizli uyuşmazlıkta, normatif uygunluktan farklı olarak, irade açıklamalarının birbirine uygun olduğunu düşünen tarafın korunmaya değer bir haklı menfaati bulunmamaktadır¹⁸¹.

Gizli uyuşmazlık, Türk ve İsviçre hukuklarında açık bir kanuni düzenlemede yer almamaktadır. Buna karşın yine Alman hukukunda, "Gizli Uyuşmazlık" (*Versteckter Einigungsmangel*) başlıklı BGB § 155 hükmüne¹⁸² göre: "Taraflar, üzerinde uygunluk sağlanması gerekli bir nokta üzerinde gerçekte uygunluk sağlamamış olmalarına karşın sözleşmeye kurulmuş gözüyle bakıyorlarsa, bu nokta olmasa dahi kurabilecekleri sözleşme geçerlidir." Bu hükmün BGB § 154 I hükmüne bir istisna getirmediği, esasen bir yorum kuralı olduğu, esaslı noktalar (*essentialia negotii*)

¹⁷⁹ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 326-329; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 141; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 230; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 27; **Koller**, OR AT, § 6, N. 9; **Huguenin**, N. 252; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 3; **Eren**, Borçlar Genel, N. 759; **Tunçomağ**, s. 203-204; BGer. 4A_574/2013.

¹⁸⁰ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 230; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 27; **Tunçomağ**, s. 203-204. Gizli uyuşmazlıkta olumsuz zararın tazmin edilmesi hakkında ayrıca bkz. **Ergüne**, Olumsuz, s. 219.

¹⁸¹ Ayrıca bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 141; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 238; **Koller**, OR AT, § 6, N. 16-17.

¹⁸² BGB § 155: "Haben sich die Parteien bei einem Vertrag, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde."

üzerinde taraflarca uygunluk sağlanmamış olması durumunda sözleşmenin kurulmayacağı kabul edilmektedir¹⁸³. Görüldüğü gibi Türk ve İsviçre hukuklarında gizli uyuşmazlık kavramı, nihayetinde benzerlikler taşımakla birlikte, Alman hukukundan oldukça farklı ele alınmaktadır¹⁸⁴.

(1) Tek Taraflı Gizli Uyuşmazlık - Çift Taraflı Gizli Uyuşmazlık

İrade açıklamaları arasındaki uyuşmazlık, sözleşmenin taraflarından yalnızca birinin bilincinde değilse "tek taraflı gizli uyuşmazlık" (*einseitig versteckter Dissens*), her iki tarafın da bilincinde değilse "çift taraflı gizli uyuşmazlık" (*beidseitig versteckter Dissens*) söz konusu olur¹⁸⁵. Bu tür gizli uyuşmazlıkta sözleşmenin kurulması, uyuşmazlığın esaslı veya ikinci derece nokta niteliğindeki unsur üzerinde olmasına, diğer bir deyişle yine gerçek veya gerçek olmayan uyuşmazlık ayrımına bağlı olarak değerlendirilmelidir.

(2) Açıklama Uyuşmazlığı

"Açıklama uyuşmazlığı" ("beyan uyuşmazlığı"; *Erklärungsdissens*), taraflardan birinin gerçek iradesini doğru olarak açıkladığı, buna karşın, irade açıklamasının yöneltildiği kişinin söz konusu açıklamayı yanlış algılayarak kendi anlayışı doğrultusunda bir karşılık vermiş olduğu ihtimalde, önceki ve sonraki irade açıklamaları arasındaki uyuşmazlığı ifade eder¹⁸⁶. Bu kapsamda, örneğin, (A)'nın mülkiyetinde yer alan "Dolmakalemi 980 TL karşılığında satabileceği" biçimindeki irade açıklamasına (B)'nin -satış bedelini yanlış anlayarak- "Dolmakalemi 890 TL

¹⁸³ Bork, STK-OR, § 155, N. 1, 15-16; Wolf/Neuner, § 38, N. 12 vd.

¹⁸⁴ Ayrıca bkz. Diederichsen, s. 483 vd.

¹⁸⁵ Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 141; Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 1, N. 369 vd.; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 231; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 17, N. 3; Serozan, İstanbul, m. 1, N. 68; Eren, Borçlar Genel, N. 759.

¹⁸⁶ Kramer, BK-OR, Art. 1, N. 144; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 232-233.

karşılığında satın alabileceği" biçiminde bir karşı irade açıklamasında bulunduğu ihtimalde, irade açıklamaları arasında açıklama uyumsuzluğu söz konusu olur¹⁸⁷.

Açıklama uyumsuzluğu, biraz önceki örnekte olduğu gibi irade açıklamalarına olumlu içerikte karşılık verilen durumlarla da sınırlı değildir. Gerçekten, biraz önceki örnek bakımından, (A)'nın "*Dolmakalemi 980 TL karşılığında satabileceği*" biçimindeki irade açıklamasına (B)'nin -satış bedelini bu kez doğru olarak anlamasına ve hatta sözleşmenin kurulması yönünde (işlem) iradesi bulunmasına karşın- dalgınlığı veya dikkatsizliği sebebiyle "*Dolmakalemi satın alamayacağı*" biçiminde olumsuz yönde ve içerikte bir karşılık vermiş olduğu ihtimalde yine irade açıklamaları arasında açıklama uyumsuzluğu söz konusu olur¹⁸⁸.

Açıklama uyumsuzluğu, tek taraflı veya çift taraflı olabilir. Gerçekten, biraz önceki örnekler bakımından, irade açıklamaları arasındaki uyumsuzluğun yalnız (B)'nin bilincinde olmadığı durumlarda tek taraflı gizli uyumsuzluk, hem (A)'nın hem de (B)'nin bilincinde olmadığı durumlarda ise çift taraflı gizli uyumsuzluk söz konusu olur. Belirtelim ki açıklama uyumsuzluğunun varlığı, en azından taraflardan birinin, uyumsuzluğun bilincinde olmamasına bağlıdır¹⁸⁹.

Açıklama uyumsuzluğunda sözleşmenin kurulması, yine uyumsuzluğun esaslı veya ikinci derece nokta niteliğindeki unsur üzerinde olmasına, diğer bir deyişle gerçek veya gerçek olmayan uyumsuzluk ayırımına bağlı olarak değerlendirilmelidir. Esaslı nokta niteliği taşıyan bir unsur üzerindeki gizli uyumsuzluk, sözleşmenin kurulmasına

¹⁸⁷ Aynı örnekte (B), satış bedelini yine 890 TL üzerinden anlayarak, "*Dolmakalemi belirttiğiniz fiyata satın alıyorum*" gibi olumlu yönde fakat içeriği belirsiz bir karşı irade açıklamasında bulunmuş olsa, bu kez açıklama uyumsuzluğu bulunmaz. Zira bu ihtimalde, (A)'nın kendisine yöneltilen irade açıklamasına karşı korunmaya değer haklı bir menfaati bulunmaktadır. Buna göre sözleşme, normatif uygunluk sonucunda, (A)'nın iradesi doğrultusunda 980 TL bedel üzerinden kurulur. Böyle bir durumda (B), yanılmasını ileri sürerek sözleşmeyi iptal edebilir.

¹⁸⁸ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 147; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 234. Aynı örnekte (A), dalgınlığı veya dikkatsizliği sebebiyle olumsuz yönde bir karşılık vermiş olan (B)'nin gerçek iradesinin olumlu yönde olduğunu biliyorsa taraflar arasında gerçek uygunluk bulunduğu sonucuna varılır. Böyle bir durumda gerçek uygunluk, açıklama uyumsuzluğunu dışlar.

¹⁸⁹ Zira tarafların tamamının uyumsuzluğun bilincinde olduğu durumlar, açık uyumsuzluk olarak nitelendirilirler. Bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 144; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 232.

engel olur. Gerçekten, bu tür bir nokta üzerindeki açıklama uyumsuzluğu, gerçek veya normatif uygunluk bulunduğu yönünde değerlendirilmeye elverişli değildir. Zira böyle bir durumda, irade açıklamalarını aynı anlamda algıladıklarını bilmeyen taraflar arasında uygunluk bilinci ve buna bağlı olarak gerçek uygunluk bulunmadığı açıktır. Ayrıca, tarafların kendilerine yöneltilen irade açıklamalarına karşı korunmaya değer haklı birer menfaatlerinin olmaması sebebiyle, irade açıklamaları arasında normatif uygunluğun bulunduğu da söylenemez¹⁹⁰. Buna mukabil, ikinci derece nokta niteliğindeki bir unsur üzerindeki gerçek olmayan uyumsuzluk ise sözleşmenin kurulmasına engel olmaz.

(3) Görünüşte Uygunluk

Görünüşte uygunluk (*Scheinkonsens*), taraflardan birinin birden fazla anlama gelebilecek irade açıklamasına diğer tarafın birden fazla anlama gelebilecek başka bir irade açıklaması ile karşılık vermesi, buna karşılık, tarafların irade açıklamalarını birbirine uygun olmayan anlamlarda algılaması durumunda ortaya çıkar. Böyle bir durumda tarafların iradeleri ve irade açıklamaları arasında, gerçek veya normatif olarak değil, görünüşte bir uygunluk söz konusudur¹⁹¹. Bu kapsamda, örneğin Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı satıcı (A) ile Kanada vatandaşı alıcı (B) arasındaki satış sözleşmesinde, taraflar satış bedelinin dolar üzerinden ödeneceği hususunda birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmuş olsalar, buna karşın satış bedelini taraflardan (A) Amerikan Doları, diğer taraf (B) ise Kanada Doları olarak anlamış olsa irade açıklamaları arasında görünüşte bir uygunluk söz konusu olur¹⁹².

Görünüşte uygunluk, esasen bir gizli uyumsuzluk olduğundan, esaslı nokta niteliğindeki bir unsur üzerinde gerçekleştiği durumda, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Bununla birlikte, sözleşmenin "yaşam alanı" (*Lebensbereich*), karşılıklı irade açıklamalarını farklı anlamda algılayan taraflardan birinin anlayışına yoğun

¹⁹⁰ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 147; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 233.

¹⁹¹ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 145; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 235-236.

¹⁹² Örnek için bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 236.

şekilde yaklaşıyorsa, bu yönde bir yorum yapılabilmesi ve böylece sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşılması mümkündür. Gerçekten, biraz önceki örnek bakımından, irade açıklamalarının Kanada'da gerçekleşmiş olması veya satılanın Kanada'da teslim edilecek olması, taraflar arasında Kanada Doları üzerinden bir normatif uygunluğun bulunduğu biçiminde yorumlanmaya elverişlidir¹⁹³. Böyle bir yaşam alanı yoğunluğunun bulunmadığı durumlarda ise taraflardan birinin iradesine öncelik verilmesi ise mümkün değildir. Bu gibi durumlarda yine görünüşte uygunluğun bulunduğu sonucuna varılır.

3. Tam Uyuşmazlık - Kısmi Uyuşmazlık

İrade açıklamaları arasındaki uyumsuzluk, sözleşme unsurlarının tamamı üzerinde ise "tam uyumsuzluk" (*Totaldissens*), yalnızca bazı unsurları üzerinde ise "kısmi uyumsuzluk" (*Teildissens*, *Partialdissens*) söz konusudur¹⁹⁴. Tam uyumsuzluk durumunda sözleşme kurulmaz¹⁹⁵. Belirtelim ki bu durum, sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu birtakım unsurların varlığını gerekli bulan görüşümüzle uyum içerisindedir. Kısmi uyumsuzluğun sözleşmenin kurulmasına olan etkisi ise üzerinde uyumsuzluk bulunan unsurun esaslı veya ikinci derece nokta olmasına göre değişmektedir¹⁹⁶.

¹⁹³ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 236-237. Böyle bir durumda irade açıklamaları arasında bulunduğu kabul edilen normatif uygunluk, görünürde uygunluğu dışlar. Ayrıca görünürde uygunluk, gizli uyumsuzluğa ilişkin genel açıklamalarda da belirtildiği gibi normatif uygunluktan ayırt edilmesi oldukça güç bir kavramdır.

¹⁹⁴ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 152-153; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 242-243; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 17, N. 3; **Eren**, Borçlar Genel, N. 756, 760; BGE 123 III 35.

¹⁹⁵ Bu durumun resen dikkate alınacağı yönünde bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 152; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 242.

¹⁹⁶ Karş. **Kurşat**, İnşaat, s. 10.

a. Esaslı Kısmi Uyuşmazlık

(1) Objektif Esaslı Nokta Üzerinde

Kısmi uyuşmazlığın sözleşmenin objektif esaslı nokta niteliğindeki bir unsuru üzerinde bulunması, diğer bir deyişle kısmi gerçek uyuşmazlığın bulunması, sözleşmenin kurulmasına engel olur¹⁹⁷. Bu durum, esasen, objektif esaslı nokta kavramının doğal bir sonucudur. Gerçekten, "sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarca üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan nesnel-objektif nitelikteki unsur" olarak tanımlanan objektif esaslı nokta üzerindeki uyuşmazlığın sözleşmenin kurulmasına engel olacağı açıktır. Buna göre, isimli sözleşmelerde sözleşmenin tipini belirleyen, tipik nitelikteki isimsiz sözleşmelerde ise "işlem çekirdeğini" oluşturan ve üzerinde uygunluk sağlanmasıyla birlikte sözleşmeyi "anamlı bir bütün" haline getirecek unsur üzerindeki kısmi uyuşmazlık sözleşmenin kurulmasına engel olur¹⁹⁸. Bu tür kısmi uyuşmazlık, kurulması öngörülen sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi amacıyla, taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin herhangi bir ihtilafı çözümleyecek hakim tarafından resen dikkate alınmalıdır.

(2) Subjektif Esaslı Nokta Üzerinde

Kısmi uyuşmazlığın sözleşmenin subjektif esaslı nokta niteliğindeki bir unsuru üzerinde bulunması, diğer bir deyişle kısmi gerçek uyuşmazlığın bulunması, yine sözleşmenin kurulmasına engel olur¹⁹⁹. Bu durum ise subjektif esaslı nokta kavramının doğal bir sonucudur. Nitekim, sözleşmenin kurulabilmesi için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan bir unsur üzerinde uyuşmazlık bulunması, sözleşmenin kurulmasına tereddütsüz biçimde engel olur. Bu tür kısmi uyuşmazlık, objektif esaslı

¹⁹⁷ **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 153-154; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 244; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 308, 326; **Koller**, OR AT, § 6, N. 12; **Schwenzer**, § 29, N. 9.

¹⁹⁸ Atipik nitelikteki isimsiz sözleşmeler bakımından objektif esaslı noktanın bulunmadığını, bu tür sözleşmeler bakımından esaslı noktaların subjektif esaslı noktalardan ibaret olduğunu belirtmiştik. Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 1, a, (1).

¹⁹⁹ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 247; **Koller**, OR AT, § 6, N. 20; **Schwenzer**, § 29, N. 10; BGE 118 II 32. Ayrıca bkz. **Bucher**, OR AT, s. 145.

nokta üzerindeki kısmi uyuşmazlıktan farklı olarak, taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin herhangi bir ihtilafı çözümleyecek hakim tarafından resen dikkate alınmaz²⁰⁰.

b. Esaslı Olmayan Kısmi Uyuşmazlık

Kısmi uyuşmazlığın sözleşmenin ikinci derece nokta niteliğindeki bir unsuru üzerinde bulunması, diğer bir deyişle kısmi gerçek olmayan uyuşmazlığın bulunması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz²⁰¹. Bu durum, ikinci derece nokta kavramı ile objektif ve subjektif esaslı nokta üzerindeki kısmi uyuşmazlığa ilişkin açıklamaların karşıt anlamı dikkate alındığında kendiliğinden anlaşılır. Esaslı olmayan kısmi uyuşmazlık durumunda taraflar, ikinci derece nokta üzerinde daha sonra uygunluk sağladıkları takdirde bu anlaşmaya uyulmalıdır. Bu durum, sözleşme özgürlüğü ilkesine de bütünüyle uygundur. Böyle bir anlaşmanın yokluğu durumunda ise hakim, taraflar ve irade açıklamaları arasındaki uyuşmazlığı, eğer bu husus taraflarca saklı tutulmuş ise TBK m. 2/2 hükmü kapsamında işin özelliğine bakarak karara bağlar. İkinci derece noktaların saklı tutulmamış olması durumunda ise yedek hukuk kurallarına göre karar verilir.

Belirtelim ki İsviçre hukukunda durum bu kadar açık değildir. Zira OR Art. 2/1 hükmü yalnızca saklı tutulan noktaların sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağını, OR Art. 2/2 hükmü ise saklı tutulan bu ikinci derece noktalar üzerindeki uyuşmazlığın işin özelliğine bakılarak karara bağlanacağını düzenlemektedir. Bununla birlikte, İsviçre

²⁰⁰ Ayrıca bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N. 380: Yazara göre eser sözleşmesinin kurulması, OR Art. 1/1 (TBK m. 1/1) hükmü kapsamında diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi taraflarca esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlanmış olmasına bağlıdır. Subjektif esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlanmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Bu tür bir nokta üzerindeki uygunluk eksikliği, objektif esaslı noktadan farklı olarak, hakim tarafından resen dikkate alınmaz. Bu durum, subjektif ve objektif esaslı nokta kavramları arasındaki önemli bir ayrıma işaret etmektedir.

²⁰¹ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 249. Karş. **Kurşat**, İnşaat, s. 103.

öğretisinde²⁰² ve yargı uygulamasında²⁰³, saklı tutulmayan ikinci derece noktaların sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı hususunda görüş birliği bulunmaktadır.

Esaslı olmayan kısmi uyuşmazlık, özellikle tacir olan sözleşme taraflarının kendi genel işlem koşullarına atıf yaparak sözleşme kurdukları, ancak bu hükümler arasında uyuşmazlığın bulunduğu ("hükümlerin çatışması"; *battle of the forms*) durumlarda²⁰⁴ söz konusu olur. Gerçekten, bu tür uyuşmazlık durumunda, tarafların sözleşmenin birtakım unsurları üzerinde uygunluk sağladıkları açıktır. Üzerinde uyuşmazlık bulunan unsur, genel işlem koşulu olması yönüyle, objektif esaslı nokta niteliğinde değildir. Ayrıca tarafların, bu unsur üzerinde uyuşmazlık bulunmasına rağmen yine de sözleşmenin kurulması yönünde iradelerinin bulunması, objektif esaslı nokta niteliği taşımadığını belirlediğimiz bu unsurun subjektif esaslı nokta olarak da nitelendirilemeyeceğini gösterir. Buna göre böyle bir uyuşmazlığın, sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı açıktır²⁰⁵.

²⁰² **von Tuhr/Peter**, s. 190; **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 1, N. 60; **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 157; **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 250; **Kut**, CHK-OR, Art. 1, N. 28; **Schwenzer**, § 29, N. 10; **Huguenin**, N. 254.

²⁰³ BGE 118 II 32. Ayrıca bkz. **Müller**, BK-OR Art. 1, N. 250, dn. 404.

²⁰⁴ **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 351 vd.; **Eugster**, s. 344-345. Ayrıca bkz. **Atar/Erzengin**, s. 345 vd.

²⁰⁵ Benzer yönde bkz. **Atar/Erzengin**, s. 375-376. Karş. **Müller**, BK-OR, Art. 1, N. 356-357. Bununla birlikte, genel işlem koşulu hükümlerinin çatışması sebebiyle oluşan sözleşme boşluğunun nasıl tamamlanacağı hususu çok tartışmalıdır. Bu tartışma ve görüşler için bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 160; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 1130-1130a; **Eugster**, s. 344-345; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 23, N. 4.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İRDE AÇIKLAMALARININ SÖZLEŞMEYİ KURMASI

I. Sözleşme Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesi

TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmüne göre, "*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*" Bu hükmün, esasen, sözleşmenin kurulma sürecini bir temel ilke olarak ifade ettiğini belirtmiştik¹. Gerçekten, dar anlamıyla sözleşme hukuki işleminin oluşma sürecini ifade etmesi bakımından "sözleşmenin kurulması" (*Vertragsabschluss*), kişinin iç dünyasındaki subjektif iradenin objektif unsur aracılığıyla dış dünyaya açılarak irade açıklaması formunu alması ve buna karşılık olarak gerçekleştirilen diğer bir irade açıklaması ile uygunluk sağlamış olması biçiminde özetlenebilir. Nitekim, buraya kadar açıklamış olduğumuz TBK m. 1-10 (OR Art. 1-9) ve (genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına girmesi bakımından) TBK m. 20-21 hükümleri, sırasıyla, "irade açıklaması", "irade açıklamalarının karşılıklı olması" ve "irade açıklamalarının birbirine uygun olması" bölümleri temelinde, sözleşmenin kurulma sürecini düzenlemektedir.

Sözleşmenin kurulma sürecinde tarafların iradeleri, bu sürecin dar anlamıyla sözleşme hukuki işleminin oluşması ile sonuçlanmasına ve böylece sözleşme hükümlerinin yürürlüğe girmesine yöneliktir. Sözleşme hükümleri, öğretide, (i) bağlayıcı/kurucu hüküm ve (ii) maddi/yenilik doğurucu hüküm olmak üzere ikiye ayrılır²:

(i) Sözleşmenin kurulması, öncelikle, (karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunan) taraflar arasında bir hukuki işlemin oluşmasını sağlar. Bu

¹ Bkz. Birinci Bölüm, I.

² Bu ayrım, daha çok, İsviçre öğretisinde yapılmaktadır. Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 4 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 10 vd.; **Kut**, CHK-OR, Art. 10, N. 1 vd.; **Kren-Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 10, N. 1 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 460 vd.; **Bucher**, OR AT, s. 137-138; **Koller**, OR AT, § 7, N. 59 vd.; **Higi**, s. 768-769. Türk öğretisinde bkz. ve karşı. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 16, N. 3; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 93 vd.; **Akyol**, Borçlar, s. 125. Türk öğretisinde, çoğunlukla, sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurma anı şeklinde bir ayrım yapıldığını birazdan göreceğiz. Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe girmesi hakkında ayrıca bkz. **von Büren**, s. 123 vd.

hukuki işlem, dar anlamıyla³, sözleşmedir. Sözleşme, geniş anlamıyla, taraflar arasında karşılıklı hak ve yükümlülük ilişkisi kuran, soyut bir kavramdır. Sözleşme kavramına ilişkin başlıca ilkelerden biri ise verilen söze sadık kalınmasını ifade eden sözleşmeye bağlılık ilkesidir (*ein Mann, ein Wort*)⁴. Bu ilke doğrultusunda, sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcı nitelikte olduğu ve taraflardan herhangi birinin, kural olarak, bağlayıcı nitelikteki bu sözleşmeyi tek taraflı irade açıklaması sonucunda değiştirmesinin veya sona erdirmesinin mümkün olmadığı kabul edilir. Bu durum, sözleşmenin "bağlayıcı/kurucu hükmü" (*Bindungswirkung/Abschlusswirkung*) olarak tanımlanır⁵.

Sözleşmenin bağlayıcı/kurucu hüküm doğurmaya başlaması, Türk öğretisinde, "sözleşmenin kurulması" olarak ifade edilir⁶. Bu çalışma kapsamında da sözleşmenin kurulma anı denildiğinde, aksi belirtilmedikçe, yalnızca sözleşmenin bağlayıcı/kurucu hükmünün yürürlüğe girmeye başladığı an anlaşılmalıdır. Ancak sözleşmenin kurulduğu ana önemli sonuçlar bağlanmış olmasına karşın (bkz. TBK m. 89, m. 92; OR Art. 74, Art. 77), bunun nasıl belirleneceğine ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşmenin kurulma anının belirlenmesi, özellikle kabulün hazır olmayana karşı yöneltildiği durumlarda veya kabulün yöneltmediği bazı durumlarda tartışmalıdır.

³ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 16, N. 1-2; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 224 vd.

⁴ Sözleşmeye bağlılık ilkesi ve özellikle bu ilkenin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından yeniden değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Baysal**, N. 12 vd.

⁵ **Bucher**, OR AT, s. 137; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 16, N. 3; **Akyol**, Borçlar, s. 125. Ayrıca bkz. **Higi**, s. 768. Sözleşmenin bağlayıcı/kurucu hükmü, sözleşmeden doğan taleplerin kime veya kimlere karşı ileri sürülebileceğini de gösterir. Sözleşmenin bağlayıcı/kurucu hüküm doğurmadığı, diğer bir deyişle sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden sorumlu tutulabilmesi mümkün olmaz. Bkz. Yarg. 15. HD T. 19.01.2015 E. 2014/6345 K. 2015/214: "*Somut olaya gelince; davacı iş sahipleri vekili dava dilekçesinde, kendilerinin işi yüklenici olarak davalı İ. K.'e verdiklerini, yüklenici İ. K.'in de beton dökme işini taşeron olarak davalı şirkete yaptırdığını beyan etmiştir. Bu halde, davacılar kendilerinin davalılardan İ. K. ile sözleşme yaptıklarını ifade ettiklerine göre kendilerinin akdi muhatabı da yüklenici İ. K. olup, taşeron şirketin akdi ilişkisinin bulunmadığı davacılar karşı bir sorumluluğunun bulunduğu söz edilemez.*" (**Kazancı**). Ayrıca bkz. **Akkanat**, s. 222 vd.

⁶ Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 94 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 95 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 22, N. 1; **Akyol**, Borçlar, s. 125.

(ii) Sözleşmenin kurulması, tarafların bu yöndeki (işlem) iradelerinin sonucunda gerçekleşir. Ne var ki tarafların iradesi, soyut bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesiyle sınırlı değildir⁷. Diğer bir deyişle taraflar, yalnızca aralarında bir hukuki işlem/sözleşme bulunması gayesiyle hareket etmezler. Tarafların sözleşme kurulması yönündeki iradeleri, aynı zamanda, birtakım maddi sonuçların gerçekleşmesine yöneliktir⁸. Gerçekten, bir satış sözleşmesinde (dar anlamda borçları ifade eden) satıcının bedelin ödenmesine, alıcının ise satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devredilmesine yönelik talepleri, sözleşmenin bu türden maddi sonuçlarıdır. Bu durum ise sözleşmenin "maddi/yenilik doğurucu hükmü" (*materielle Vertragswirkung, Gestaltungswirkung*) olarak tanımlanır⁹.

Sözleşmenin maddi/yenilik doğurucu hükmünün yürürlüğe girmesi, diğer bir deyişle dar anlamda borcun/borçların doğumu vadeye bağlanmış olabilir. Bu durum, dar anlamda borcun ifasının vadeye bağlanmasından farklıdır. Birinci durumda borç, vade gelmeden önce henüz doğmuş değildir. Henüz doğmadığı halde yerine getirilen edim, sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77 vd.; OR Art. 62 vd.) kapsamında geri istenebilir. İkinci durumda ise borç doğmuştur ancak vade gelmediğinden henüz muaccel değildir. Henüz muaccel olmadığı halde yerine getirilen edim, sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında geri alınamaz¹⁰.

Sözleşmenin maddi/yenilik doğurucu hükmünün yürürlüğe girmesi, Türk öğretisinde, "sözleşmenin hüküm doğurması" olarak ifade edilir¹¹. Bu çalışma kapsamında da sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anı denildiğinde, aksi belirtilmedikçe, yalnızca sözleşmenin maddi/yenilik doğurucu hükmünün yürürlüğe girme anı

⁷ Bkz. ve karşı. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 10, N. 3 vd.

⁸ Bu hususun, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların en azından objektif esaslı nokta niteliğindeki unsurlar üzerinde uygunluk sağlamış olması gerektiği fikriyle uyum içerisinde olduğuna dikkat edilmelidir.

⁹ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 4 vd.; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 8 vd. özellikle N. 13; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 11; **Bucher**, OR AT, s. 137; **Akyol**, Borçlar, s. 125, 127.

¹⁰ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 996, dn. 214.

¹¹ Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s.100-101; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 22, N. 2; **Akyol**, Borçlar, s. 125.

anlaşılmalıdır. TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmü, hazır olmayanlar arasında kurulan veya kurulması için açık bir kabulün gerekli olmadığı sözleşmelerin hüküm doğurmaya başladığı anı açıkça düzenlemektedir. Gerçi bu hükmün, uygulama alanı bakımından, sözleşmenin hüküm doğurmasına özgü olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide azınlıkta kalan bir görüş¹², bahsi geçen hükmün daha sonra açıklanacak tarihi kökeni dikkate alındığında, sözleşmenin kurulması (bağlayıcı/kurucu hüküm doğurması) bakımından da uygulanması gerektiği yönündedir¹³. Kanımızca da üstün tutulması gerekli olan hakim görüş¹⁴ ise hükmün uygulama alanının, özellikle lafzı itibarıyla, sözleşmenin hüküm doğurmasına özgü olduğu yönündedir¹⁵. Gerçekten, TBK m. 11 hükmünde yer alan "kurulan sözleşme" (*Vertrag (...) zustande gekommen*) ifadesi, kanun koyucunun, sözleşmenin kurulma anından önceki bir aşamada hüküm doğurmaya başladığı fikrinden hareket ettiğini göstermektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hüküm, yerindeliği bakımından da tartışmaya açıktır.

Bunların dışında, sözleşmenin kurulma süreci, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması eksikliğine bağlı olarak, sözleşmenin kurulmamasıyla da sonuçlanmış olabilir. Böyle durumlarda, taraflar arasında sözleşme hükümlerinin yürürlüğe girmeyeceği, diğer bir deyişle soyut bir hukuki işlem olan sözleşmenin oluşmayacağı ve buna bağlı olarak tarafların birbirine karşı sözleşmeden doğan karşılıklı haklarının ve yükümlülüklerinin bulunmayacağı açıktır. Ne var ki sözleşmenin kurulmaması, tarafların birbirine karşı herhangi bir hukuki sebepten ötürü sorumlu olmayacakları anlamına gelmez. İrade açıklamalarının sözleşmeyi kurmaması durumunda taraflar,

¹² **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 10, N. 2, 8. Açık olmamakla birlikte aynı yönde bkz. BGE 99 II 297.

¹³ Bu görüş kapsamında sözleşme, hazır olmayanlar arasında, kabulün önerene gönderildiği anda kurulur ve bu andan itibaren hüküm doğurmaya başlar.

¹⁴ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 4; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 8; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 10; **Kut**, CHK-OR, Art. 10, N. 4; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 462; **Schwenzer**, § 28, N. 41.

¹⁵ Bu görüş kapsamında sözleşme, hazır olmayanlar arasında, kabulün önerene ulaştığı anda kurulur ancak bu andan önce (önerinin gönderildiği andan itibaren) hüküm doğurmaya başlar.

dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda, bu kez sözleşme görüşmesinden sorumluluk ilkesi çerçevesinde birbirlerine karşı sorumlu olurlar¹⁶.

II. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Belirlenmesi

Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesinin ele alındığı eserlerin bir kısmında¹⁷, önce sözleşmenin kurulduğu an ve hüküm doğurmaya başladığı an birbirinden ayrılmakta, daha sonra bu ayrım çerçevesinde, kabulün hazır olana ve hazır olmayana karşı yöneltilmesi ihtimalleri ayrıca incelenmektedir. Ne var ki bu yöntemde, kabulün hazır olana karşı yöneltmesi ve kabulün yöneltilmemesi ihtimalleri, bir kısım eserde hiç yer almamakta, diğer bir kısım eserde ise başlık olarak yer almakla birlikte bu eserlerdeki başka açıklamalara atıf yapılarak incelenmektedir. Burada ise daha farklı bir yol izlenerek önce kabulün hazır olana karşı yöneltmesi, kabulün hazır olmayana karşı yöneltmesi ve kabulün yöneltilmemesi ihtimallerinin esas alındığı bir ayrım yapılacaktır, sonra bu çerçevede sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an ayrımı her bir ihtimal bakımından ayrıca incelenecektir¹⁸.

A. Kabulün Hazır Olana Karşı Yöneltilmiş Olması

1. Sözleşmenin Kurulduğu An

Kabulün hazır olana karşı yöneltmesi ihtimalinde bu nitelikteki irade açıklaması, öneren tarafından, açıklamanın gerçekleştiği anda öğrenilir. Böyle bir durumda sözleşme, kabul niteliğindeki irade açıklamasının gerçekleştirildiği ve bunun öneren

¹⁶ Ayan, s. 163-164.

¹⁷ Bkz. Keller/Schöbi, s. 60-62; Feyzioğlu, C. 1, s. 94 vd.; Akyol, Borçlar, s. 125 vd.; Eren, Borçlar Genel, N. 820 vd.; Tunçomağ, s. 204 vd.

¹⁸ Bkz. ve karşı. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 10, N. 3 ve N. 9 vd.; Schmidlin, BK-OR, Art. 10, N. 14 vd.; Müller, BK-OR, Art. 10, N. 7 vd.; Kut, CHK-OR, Art. 10, N. 2 vd.; Kren-Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 10, N. 2 vd.; Koller, OR AT, § 7, N. 59 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 22, N. 1 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 95 vd.; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 248 vd.

tarafından öğrenildiği anda kurulur¹⁹. Bu ihtimalde kabulün açıklanması, önerene gönderilmesi, ulaşması ve onun tarafından öğrenilmesi durumları, "aynı anda" gerçekleşir. Buna bağlı olarak, böyle durumlarda sözleşmenin hangi anda kurulduğuna ilişkin olarak, öğretide bir tartışma bulunmamaktadır.

Kabulün hazır olana karşı yöneltilmesi ve sözleşmenin kabulün gerçekleştirildiği anda kurulabilmesi, önerinin de hazır olana karşı yöneltilmiş olmasına bağlı değildir. Örneğin, mektup aracılığıyla teklifte bulunulan kişinin telefonla cevap vermesinin istendiği durumlarda, hazır olmayana karşı yöneltilen öneri, hazır olana karşı kabul edilmiş olabilir. Böyle bir durumda sözleşme, yine kabulün gerçekleştirildiği anda kurulur²⁰.

Sözleşmenin kabulün hazır olana karşı yöneltildiği anda kurulması, bu nitelikteki irade açıklamasının gerçekleştiği (yöneltildiği) anda öneren tarafından öğrenilmesi ilkesi üzerine kurulur. Bu noktada, açıklamanın öğrenilmediği durumlara ilişkin özel bir durumun incelenmesi gerekir. Hazır olana karşı yöneltilen kabul, bir sebeple, öneren tarafından öğrenilmeye elverişli olmayabilir. Hazır olana karşı, sözlü açıklama yöneltilmesi durumunda önerenin işitme engelli olması veya yazılı açıklama yöneltilmesi durumunda önerenin görme engelli olması durumları böyledir. Böyle durumlarda, irade açıklamasının hüküm doğurmasına ilişkin genel ilkelerin uygulanması gerekir. Bu kapsamda öneren, kabulü öğrenmesine engel olan hususları muhataba bildirmeli, muhatap da kabulünün öneren tarafından öğrenilmeye elverişli olup olmadığına dikkat etmelidir. Nihayetinde, güven ilkesi kapsamında, irade açıklamasının hüküm doğurduğu veya doğurmadığı, böylece sözleşmenin kurulduğu veya kurulmadığı sonucuna varılır²¹.

¹⁹ Bu yönde bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 3; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 14; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 9; **Kut**, CHK-OR, Art. 10, N. 2; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 460; **Keller/Schöbi**, s. 60; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 249; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 22, N. 1; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 94; **Akyol**, Borçlar, s. 125.

²⁰ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 249 ve özellikle dn. 103.

²¹ Bkz. **Kramer**, BK-OR, Art. 1, N. 91; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 15, N. 7.

2. Sözleşmenin Hüküm Doğurmaya Başladığı An

Kabulün hazır olana karşı yöneltilmesi ihtimalinde sözleşme, kural olarak, kurulduğu andan itibaren hüküm doğurmaya başlar²². Bununla birlikte tarafların, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasını kurulmasından sonraki bir tarihe bırakmaları mümkündür²³. Örneğin, avukat ve müvekkil, aralarındaki -kabulün hazır olana karşı yöneltilmesi sonucunda kurulmuş- vekalet sözleşmesinin, kurulmasından bir ay sonra hüküm doğurmaya başlayacağı hususunu kararlaştırmış olabilir. Böyle bir durumda kabulün gerçekleştirilmesiyle birlikte kurulan sözleşmenin hüküm doğurmaya başlaması ileri bir tarihe bırakılmış olur.

Sözleşmenin hüküm doğurması, taraflarca geciktirici koşula da bağlanmış olabilir. Nitekim, öğretilde *Akyol*'un "önceden yazılma yolu" (*Subskription*) olarak tanımladığı, bir işin yeterli talep sayısına ulaşılması durumunda yapılacağı, örneğin bir kitabın belirli miktarda sipariş edilmesi durumunda basımının gerçekleştirileceği biçimindeki sözleşme kurulması yöntemi, esasen, sözleşmenin hüküm doğurmasının geciktirici koşula bağlandığı durumları ifade etmektedir²⁴.

Sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasına ilişkin olarak, taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümler arasında özel bir düzenleme bulunmaktadır. TBK m. 255 hükmüne²⁵ göre, "*Taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. (...)*" Görüldüğü gibi taksitle satış sözleşmesi, bu hüküm kapsamında, alıcı bakımından,

²² **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 3; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 14; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 9; **Kut**, CHK-OR, Art. 10, N. 2; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 460; **Keller/Schöbi**, s. 61; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 249; **Akyol**, Borçlar, s. 127.

²³ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 249; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 94.

²⁴ Bkz. ve karşı. **Akyol**, Borçlar, s. 67: Yazara göre, böyle bir durumda, yeterli talep sayısına ulaşılması durumunda sözleşme kurulur. Bu çerçevede yazarın, önceden yazılma yolunda, sözleşmenin hüküm doğurmasının değil, önerinin geçerliliğinin geciktirici koşula bağlandığı görüşünde olduğu söylenebilir. Ayrıca bkz. ve karşı. **von Tuhr/Peter**, s. 183-184, dn. 17.

²⁵ TBK m. 255 hükmünün karşılığı olan OR Art. 226a hükmü, 23.03.2001 tarihinde yapılan değişiklikle 01.01.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

genel ilkenin aksine kurulduğu andan itibaren değil, sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden itibaren yedi gün sonra hüküm doğurmaya başlayacaktır.

Sözleşmenin hüküm doğurmaya başlaması, kanun tarafından belirli koşullara da bağlanmış olabilir. Gerçekten, TTK m. 1421/1 hükmüne²⁶ göre, sigortacının sorumluluğu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, sigorta priminin veya ilk taksidinin ödenmesiyle birlikte başlar. Bu hüküm kapsamında, sigortacının sorumluluğunun (maddi/yenilik doğrucu nitelikte) bir sözleşme hükmü olduğu, bu hükmün de geciktirici koşul niteliğindeki ilk primin veya taksidin ödenmesiyle birlikte yürürlüğe gireceği hususlarında tereddüt yoktur. Böyle bir durumda sigorta sözleşmesinin, kural olarak, kurulmasından sonraki bir andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağı sonucuna varılabilir²⁷.

Buraya kadar olan açıklamalar, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anının, tarafların iradeleri doğrultusunda sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihe alınabileceğini göstermektedir. Ne var ki sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anının, yine tarafların iradeleri doğrultusunda sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihe alınması mümkün değildir. Bununla birlikte tarafların, sözleşmenin hüküm doğurmasına ilişkin münferit edimleri, sözleşmenin kurulmasından önceki dönemi dikkate alarak kararlaştırmaları mümkündür. Örneğin, 10 Ağustos 2019 tarihinde kurulan bir yıllık kira sözleşmesi, 10 Mayıs 2019 tarihinden itibaren hüküm doğuramaz. Bunun yerine tarafların, aradaki üç aylık kira bedeli yerine, aynı tutarda bir peşin ödeme yapılmasını kararlaştırmaları mümkündür²⁸. Ne var ki böyle bir

²⁶ TTK m. 1421/1: "Aksine sözleşme yoksa, sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidinin ödenmesi ile başlar; kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur."

²⁷ Bkz. ve karşı. Ünan, s. 166 vd. ve özellikle s. 178; Yarg. 17. HD, T. 16.04.2018 E. 2017/4980 K. 2018/4154: "Sigortacılık hukukunda ilke olarak sigorta sözleşmesinin meydana gelmiş olması sigortacının sorumluluğunun başlamış olmasını gerektirmez. Sigortacının sorumluluğunun başlaması için TTK'nun 1421 maddesi hükmü gereğince primin veya ilk taksitinin ödenmiş olması zorunludur. TTK'nun taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olsa bile sigortacının sorumluluğu ancak primin veya ilk taksidinin ödendiği tarihten itibaren başlar." Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD, T. 25.04.2017, E. 2016/2084, K. 2017/2406 (Lexpera).

²⁸ Örnek için bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 249.

durumda, sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihte hüküm doğurmaya başlaması değil, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte ortaya çıkan ayrı bir edim yükümlülüğü olduğuna dikkat etmek gerekir.

Sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihten itibaren hüküm doğurmaya başlaması, yalnızca kanun tarafından öngörülen durumlarda mümkün olabilir²⁹. Gerçekten, geçmişe etkili sigortayı düzenleyen TTK m. 1458 hükmü³⁰ kapsamında, sigorta korumasının, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önceki bir tarihten itibaren hüküm doğurmaya başlamasının taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Benzer biçimde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 39/2-3 hükümleri³¹, toplu iş sözleşmelerinin kurulduğu tarihten önce hüküm doğurmaya başlamasına imkan tanımaktadır³².

B. Kabulün Hazır Olmayana Karşı Yöneltilmiş Olması

Kabulün hazır olmayana karşı yöneltilmesi ihtimalinde sözleşmenin hangi anda kurulduğu belirsizdir. Bu belirsizlik, esasen, Türk ve İsviçre hukuklarında yöneltilmesi gerekli irade açıklamasının hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağına ilişkin genel nitelikli bir kanuni düzenleme bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

²⁹ von Tuhr/Peter, s. 153; BGE 99 II 297.

³⁰ TTK m. 1458: "Sigorta, sigorta koruması sözleşmenin yapılmasından önceki bir tarihten itibaren sağlanacak şekilde yapılabilir. Ancak, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla, sigortalı tarafından biliniyorsa sözleşme geçersizdir. Rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığından sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinip sigortacı tarafından bilinmediği durumlarda, sigortacı sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, ödenmesi gereken primin tamamına hak kazanır." Ayrıca bkz. Ünán, s. 174-175.

³¹ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 39/2-3: "(2) Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır. (3) Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır."

³² Ne var ki bu husus da öğretilde çok tartışmalıdır. Toplu iş sözleşmesinin kurulduğu tarihten önce hüküm doğurmaya başlaması hakkında ayrıca bkz. Oğuzman, s. 81-83; Özkaraca, s. 140 vd.

Alman hukukunda ise durum farklıdır. Gerçekten, BGB § 130 I c. 1 hükmüne³³ göre, "Bir başkasına yöneltilecek irade açıklaması, kişiye, hazır olmadığı bir sırada yöneltilmiş ise, bu açıklamanın ulaşmasıyla birlikte hüküm doğurmaya başlar³⁴." Buna göre de sözleşme, yöneltilmesi gerekli bir irade açıklaması olan kabulün önerene ulaştığı anda kurulmuş olur³⁵.

Türk ve İsviçre hukuklarında, Alman hukukunda geçerli BGB § 130 I hükmü benzeri bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, yöneltilmesi gerekli irade açıklamasının hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağı hususu tartışmalıdır³⁶. Gerçi bu tartışma, kabulün hazır olmayana karşı yöneltilmesi ihtimalinde kurulan sözleşmelerin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesi açısından önemli değildir. Zira TBK ve OR içerisindeki sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler incelendiğinde, kanun koyucunun, kabulün hazır olmayana karşı yöneltildiği sözleşmeler bakımından, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlamasına ilişkin olarak birazdan açıklanacak teoriler arasından, kurulma anının belirlenmesinde - tartışmalı olmakla birlikte- örtülü (bkz. TBK m. 3/2, m. 5/1, m. 10; OR Art. 3/2, Art. 5/1, Art. 9), hüküm doğurmaya başlama anının belirlenmesinde ise açık (bkz. TBK m. 11/1; OR Art. 10/1) bir tercihte bulunduğu anlaşılmaktadır. Ne var ki kanun koyucunun, özellikle sözleşmenin hüküm doğurma anının belirlenmesine ilişkin tercihi, bu kez de yerindeliği bakımından tartışmaya açıktır.

³³ BGB § 130 I c. 1: "*Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht.*"

³⁴ Buna göre BGB § 130 I hükmü, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlaması bakımından, daha sonra açıklanacak, ulaşma teorisini benimsemektedir. Eski Alman Ticaret Kanunu Art. 320-321 hükümlerinde de ulaşma teorisinin benimsendiği yönünde bkz. **Koch**, s. 2.

³⁵ Belirtelim ki sözleşmenin kurulmasına özgü olmayan bu hüküm, 19. yüzyıl Ortak hukuk öğretisinde, sözleşmenin hangi anda kurulduğuna ilişkin tartışmalara dayanmaktadır. Başlangıçta sözleşmenin kurulduğu anın belirlenmesine yönelik bu tartışma, daha sonra genel bir çerçeveye bürünerek, irade açıklamasının hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağı üzerinde toplanmıştır. Bkz. **Singer/Benedict**, STK-BGB, § 130, N. 1.

³⁶ Tartışma için bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 250, dn. 106.

1. İrade Açıklamasının Hüküm Doğurmaya Başlamasına İlişkin Teoriler

Sözleşmenin hangi anda kurulduğunun belirlenmesi, hazır olanlar arasında kurulan sözleşmeleri düzenleyen Roma hukukunda bu soruna uygulanabilecek bir çözüm bulunmaması sebebiyle, 19. yüzyıl Ortak hukuk öğretisindeki temel tartışmalardan birini oluşturmaktaydı. Bu tartışma, aynı dönem içerisinde, irade açıklamasının hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağı hususu üzerinde yeni bir tartışmayı ortaya çıkarmıştı. Nihayetinde, sözleşmenin kurulduğu anın belirlenmesine yönelik olarak, irade açıklamasının hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başladığına ilişkin başlıca dört teori geliştirilmiştir³⁷:

a. Açıklama Teorisi

"Açıklama teorisi" ("izhar teorisi"; *Äusserungstheorie, Deklarationstheorie*)³⁸ kapsamında irade açıklaması, bu açıklamanın gerçekleştirildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Görüldüğü üzere bu teori, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başladığı anı mümkün olan en erken tarih olarak belirlemektedir³⁹. Açıklama teorisinde irade, irade açıklaması ve hukuki işlem bakımından yegane etkili ve önemli unsurdur⁴⁰. Bu teori kapsamında, kabul niteliğindeki irade açıklamasını içeren mektup, yazıldığı andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Buna göre de sözleşme, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının gerçekleşmesine bağlı olarak (TBK m. 1/1; OR Art. 1/1), mektubun yazılma anında kurulmuş olur.

³⁷ von Tuhr, s. 432-433. Ayrıca bkz. Oestman, HKK-BGB, §§ 130-132, N. 16 vd.; Flume, s. 223 vd; Brinkmann, s. 32 vd; Burgard, s. 79 vd.; Schmidlin, BK-OR, Art. 10, N. 1.

³⁸ von Savigny, Band 8, § 371, s. 235-237; Puchta, § 251. Açıklama teorisini savunan diğer yazarlar ve görüşleri için bkz. Oestman, HKK-BGB, §§ 130-132, N. 21; Singer/Benedict, STK-BGB, § 130, N. 2; Koch, s. 1, dn. 1; Augner, s. 71-73. Ayrıca bkz. Feyzioğlu, C. 1, s. 94-96; Einsele, MüKo-BGB, § 130, N. 7.

³⁹ Stinger/Benedict, STK-BGB, § 130, N. 2.

⁴⁰ von Savigny, Band 3, § 134, s. 258.

Açıklama teorisinin sözleşmenin kurulmasında öneri ve kabulün birbirine uygun olmasının yeterli olduğu, sözleşmenin kurulması için açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlara ilişkin düşünce biçiminden hareket ettiği, bu düşünce biçiminin de Alman hukukunda somut bir karşılığının bulunduğu belirtilmektedir⁴¹. Gerçekten, BGB § 151 c. 1 hükmüne⁴² göre, "Sözleşme, teamülün bu yönde olması veya öneren tarafından daha önce vazgeçilmiş olması sebebiyle, kabulün yöneltilmesinin gerekli olmadığı durumlarda, önerinin kabul edilmesiyle birlikte kurulur."

Açıklama teorisi, pek çok yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle bu teoride irade açıklamasının ne zaman gerçekleştiğini belirlemek, çoğu kez, imkansızdır. Bunun dışında irade açıklaması, ilgisine yöneltmediği ve buna bağlı olarak ulaşmadığı bir aşamada, açıklama sahibi tarafından her zaman değiştirilebilir veya geri alınabilir. Böyle bir durumda sözleşmenin kurulup kurulmadığını belirlemek dahi mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu teori kapsamında yalnızca açıklamada bulunan tarafın menfaatinin korunması, sözleşmenin eşit taraflar arasında kurulması ilkesine de aykırıdır⁴³.

b. Gönderme Teorisi

"Gönderme teorisi" ("irsal teorisi"; *Absendtheorie*, *Entäusserungstheorie*, *Übermittlungstheorie*)⁴⁴ kapsamında irade açıklaması, bu açıklamanın ilgili kişiye veya kişilere gönderildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Buna göre, kabul niteliğindeki irade açıklamasını içeren mektup, önerene gönderilmek üzere postaya

⁴¹ **Singer/Benedict**, STK-BGB, § 130, N. 2.

⁴² BGB § 151 c. 1: "Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat." Ayrıca bkz. **Bork**, STK-BGB, § 151, N. 25. Karş. TBK m. 6, m. 11 (OR Art. 6, Art. 10).

⁴³ Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 95-96.

⁴⁴ **Windscheid**, § 309, s. 197-198. Gönderme teorisini savunan diğer yazarlar ve görüşleri için bkz. **Oestman**, HKK-BGB, §§ 130-132, N. 22; **Singer/Benedict**, STK-BGB, § 130, N. 3; **Koch**, s. 1, dn. 2; **Augner**, s. 73-77. Ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 96-97; **Einsele**, MüKo-BGB, § 130, N. 8.

verildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Buna göre de sözleşme, mektubun gönderildiği anda kurulmuş olur.

Gönderme teorisi, açıklamada bulunan taraf açısından oldukça elverişlidir. Gerçekten, bu teori kapsamında açıklamada bulunan, irade açıklamasını gönderdiği andan itibaren hukuki sonucun gerçekleştiğini bilmektedir. Ne var ki bu durumun, tıpkı açıklama teorisinde olduğu gibi, açıklamada bulunan tarafın menfaatini gereğinden fazla koruduğu söylenebilir. Zira böyle bir durumda irade açıklamasının gönderilme sürecindeki riziko, bütünüyle açıklamanın gönderildiği/yöneltildiği kişi üzerinde bırakılmaktadır. Örneğin, kendisine karşı yöneltilen öneriyi gönderdiği bir karşı mektupla kabul eden muhatap, bu mektubu gönderdiği/postaya verdiği andan itibaren sözleşmenin kurulduğunu bilmektedir. Buna karşın öneren, mektubun kendisine ulaşması gerekmez, böyle bir açıklamanın varlığından haberi olmasa dahi sözleşme ile bağlıdır⁴⁵.

c. Ulaşma Teorisi

"Ulaşma teorisi" ("*Empfangstheorie*", "*Zugangstheorie*")⁴⁶ kapsamında irade açıklaması, açıklamanın yöneltildiği kişiye ulaştığı andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Buna göre, kabul niteliğindeki irade açıklamasını içeren mektup, önerene ulaştığı andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Buna göre de sözleşme, mektubun önerene ulaştığı anda kurulmuş olur. Alman hukukunda, yöneltilmesi gerekli bütün irade açıklamalarının, buna bağlı olarak sözleşmenin kurulmasına yönelik önerinin veya kabulün hüküm doğurması bakımından ulaşma teorisi benimsenmektedir (bkz. BGB § 130 I)⁴⁷.

⁴⁵ Feyzioğlu, C. 1, s. 96.

⁴⁶ Bu teoriyi savunan yazarlar ve görüşleri için bkz. **Oestman**, HKK-BGB, §§ 130-132, N. 23; **Singer/Benedict**, STK-BGB, § 130, N. 4; **Koch**, s. 1-2, dn. 4; **Augner**, s. 79-82. Ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 97-98; **Einsele**, MüKo-BGB, § 130, N. 9.

⁴⁷ Bkz. **Singer/Benedict**, STK-BGB, § 130, N. 7; **Einsele**, MüKo-BGB, § 130, N. 11; **Hefermehl**, Soergel-BGB, § 130, N. 2; **Arnold**, Erman-BGB, § 130, N. 7. Ayrıca bkz. **Brinkmann**, s. 32-34. Fransız hukukunda aynı yönde bkz. **Develioğlu**, s. 605.

Ulaşma teorisi, irade açıklamasının gönderilme sürecindeki rizikoyu bütünüyle açıklamanın gönderildiği kişinin üzerinde bırakmaması yönüyle, açıklama ve gönderme teorilerine kıyasen üstündür. Bu teoride, iradenin gönderilmesi ve yöneltildiği kişiye ulaşması üzerindeki rizikoyu açıklamada bulunan taraf üstlenir. Açıklamanın yöneltildiği kişi ise bu açıklama kendisine ulaştıktan sonraki rizikoyu üstlenir⁴⁸. Görüldüğü üzere açıklama teorisi, irade açıklamasında bulunan ve bu açıklamanın yöneltildiği taraflar arasında görece adil bir menfaat dengesi kurmaktadır.

d. Öğrenme Teorisi

"Öğrenme teorisi" (*Vernehmungstheorie*)⁴⁹ kapsamında irade açıklaması, yöneltildiği kişi tarafından öğrenildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Bu teori, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başladığı anı, açıklama teorisinin aksine, mümkün olan en ileri tarih olarak belirlemektedir⁵⁰. Öğrenme teorisi kapsamında, kabul niteliğindeki irade açıklamasını içeren mektup, öneren tarafından öğrenildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Buna göre de sözleşme, mektubun okunması ve böylece mektubun içeriğinin öneren tarafından öğrenilmesi anında kurulmuş olur.

Öğrenme teorisi, açıklama ve -kısmen- gönderme teorilerinin aksine, açıklamanın yöneltildiği kişinin menfaatlerini üstün tutmaktadır. Bu teoride, açıklamanın yöneltildiği kişinin açıklamanın içeriğini öğrenmekten kaçınması veya öğrenmediğini ileri sürmesi pek muhtemeldir. Böyle durumlarda, irade açıklamasının içeriğinin, yöneltildiği kişi tarafından öğrenilip öğrenilmediği veya söz konusu içerik öğrenildi ise bunun hangi anda gerçekleştiği hususunun ispatı, çoğu kez, imkansızdır⁵¹.

⁴⁸ **Einsele**, MüKo-BGB, § 130, N. 11; **von Tuhr/Peter**, s. 168-169.

⁴⁹ Bu teoriyi savunan yazarlar ve görüşleri için bkz. **Oestman**, HKK-BGB, §§ 130-132, N. 24; **Singer/Benedict**, STK-BGB, § 130, N. 5; **Koch**, s. 1, dn. 3; **Augner**, s. 77-79. Ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 99; **Einsele**, MüKo-BGB, § 130, N. 10.

⁵⁰ **Stinger/Benedict**, STK-BGB, § 130, N. 5.

⁵¹ Bkz. **Feyzioğlu**, C. 1, s. 99.

2. Sözleşmenin Kurulması ve Hüküm Doğurması Bakımından Türk ve İsviçre Hukuklarında Benimsenen Teoriler

Türk ve İsviçre hukuklarında, Alman hukukunda geçerli BGB § 130 I hükmü benzeri bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, yöneltmesi gerekli irade açıklamalarının hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağı hususunun tartışmalı olduğunu, ne var ki bu tartışmanın, kabulün hazır olmayana karşı yöneltmesi sonucunda kurulacak sözleşmelerin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesi açısından önemli olmadığını belirtmiştik. Gerçekten, Türk ve İsviçre hukuklarında, kabulün hazır olmayana karşı yöneltildiği durumlarda, kurulma anının belirlenmesinde -tartışmalı olmakla birlikte- ulaşma, hüküm doğurmaya başlama anının belirlenmesinde ise gönderme teorileri benimsenmektedir:

a. Sözleşmenin Kurulduğu An

Kabulün hazır olmayana yöneltmesi ihtimalinde, sözleşmenin hangi anda kurulduğuna ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide azınlıkta kalan bir görüş⁵², bu ihtimalde gönderme teorisinin benimsendiği, sözleşmenin, önerene ulaşması ve geri alınmaması koşuluyla, kabulün gönderildiği anda kurulduğu yönündedir. Buna karşın kanımızca da üstün tutulması gerekli olan hakim görüş⁵³, bu ihtimalde ulaşma teorisinin benimsendiği, buna bağlı olarak sözleşmenin, kabulün önerene ulaştığı anda kurulduğu yönündedir. Gerçekten, TBK m. 3/2, m. 5/1 ve m. 10 (OR Art. 3/2, Art. 5/1 ve Art. 9) hükümleri, önerinin bağlayıcılığının sona ermesini, kabulün ulaşmaması kriterine bağlamaktadır. Buna göre de sözleşmenin, kabulün

⁵² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 96.

⁵³ Bkz. von Tuhr/Peter, s. 191-192; Müller, BK-OR, Art. 10, N. 14 vd.; Keller/Schöbi, s. 60; Saymen/Elbir, s. 128; Feyzioğlu, C. 1, s. 99; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 250; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 22, N. 1; Akyol, Borçlar, s. 126. Bu yönde bkz. Yarg. 6. HD T. 09.06.2016 E. 2015/9617 K. 2016/4542: "(...) Elektronik posta vasıtasıyla iletişimde yazılı metnin muhatabın elektronik posta adresine gönderilip muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedilmekle öneri (irade beyanı) muhatabın hakimiyet alanına girmiş sayılır. (...)" (Kazancı). Ayrıca bkz. BGE 119 II 147.

ulaştığı anda kurulduğu (bağlayıcı/kurucu hükmünün yürürlüğe girdiği) sonucuna ulaşmak gerekir⁵⁴.

Ulaşmanın hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı hususu ise tartışmalıdır. Öğretide bir görüş⁵⁵, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlaması ve buna bağlı olarak sözleşmenin kurulması için söz konusu açıklamanın yöneltildiği kişinin hakimiyet alanına girmesinin yeterli olduğu yönündedir. Bu görüş kapsamında irade açıklaması, yalnızca yöneltildiği kişi tarafından öğrenilebilecek bir "alan ilişkisi" içerisine girdiği durumda bu kişiye ulaşmıştır. Buna karşın öğretideki kanımızca da üstün tutulması gerekli diğer görüş⁵⁶, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlaması ve buna bağlı olarak sözleşmenin kurulması için söz konusu açıklamanın yöneltildiği kişinin hakimiyet alanına, bu kişi tarafından öğrenilmesi beklenebilecek biçimde girmesi gerektiği yönündedir.

Bu iki görüş arasındaki fark ve bunun sözleşmenin kurulduğu ana etkisi şu örneklerle açıklanabilir: Kabul açıklamasını içerir mektubun önerenin işyerine çalışma saatinin bitiminde veya işyerinin kapalı olduğu bir günde varmıştır. Böyle bir durumda öğretideki birinci görüş, mektubun işyerine vardığı gün ulaştığı, bu andan itibaren de irade açıklamasının hüküm doğurduğu ve sözleşmenin kurulduğu yönündedir. Buna karşın öğretideki ikinci görüş, mektubun işyerine vardığı gün değil, bunu takip eden günün çalışma saatinin başlangıcında ulaştığı, böylece irade açıklamasının da bu andan itibaren hüküm doğurduğu ve sözleşmenin kurulduğu yönündedir.

⁵⁴ **Akyol**, Borçlar, s. 126. Kabulün hazır olmayana yöneltilmesi ihtimali bakımından açıklanan ilkeler, CISG hükümlerinin uygulandığı durumlarda da geçerlidir. Gerçekten, CISG m. 18/2 hükmüne göre, "*Bir icabın kabulü, kabul açıklamasının icapta bulunana varması anında hüküm doğurur. (...)*" Kabulün hüküm doğurma anını belirleyen CISG m. 23 hükmüne göre de "*Kabul beyanının, bu Antlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşme kurulmuş sayılır.*" Belirtilen bu hükümler çerçevesinde, CISG kapsamındaki bir sözleşmenin, TBK ve OR hükümlerinde olduğu gibi, kabulün önerene ulaştığı anda kurulacağı kendiliğinden anlaşılır. Ayrıca bkz. **Magnus**, STK-CISG, Art. 23, N. 3; **Dornis**, UN-Kaufrecht, Art. 23, N. 2; **Brunner**, Art. 23, N. 1; **Sağlam**, CISG, s. 318 vd.

⁵⁵ **von Tuhr/Peter**, s. 168-169; **von Büren**, s. 16-17; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 251. Bu yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 92.

⁵⁶ **Eren**, Borçlar Genel, N. 391. Alman hukukunda bu yönde bkz. **Wolf/Neuner**, § 33, N. 14 vd. Bu görüş hakkında ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 15, N. 8.

Görüldüğü gibi kabulün hazır olmayana yöneltilmesi durumunda sözleşmenin kurulma anı, kabulün, diğer bir deyişle sözleşmenin kurulması için gerekli nihai irade açıklamasının ulaştığı anı esas almaktadır. Bu ilke, önerilerin kesişmesi bakımından da geçerli olmalıdır. Buna göre, kesişen önerilerin, aynı anda ulaşmış olmaları ihtimalinde bu anda, farklı anlarda ulaşmış olmaları ihtimalinde ise daha sonra ulaşılan anda sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Belirtelim ki bu durum, sözleşmenin kurulmasını, tarafların tamamının bu yönde bilgi sahibi olmasına (veya bunun beklenebilir olmasına) bağlaması yönüyle de önceki açıklamalarla uyum içerisindedir.

Tarife, fiyat listesi veya benzerlerini gönderenin, bunların ulaştığı kişiler arasında gerçekleşen kabul sayısı kadar sözleşme ile bağlı olacağını, böyle bir durumda gönderenin, sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmesine yönelik olarak ve yerine getiremeyeceği kadar çok sayıda taleple karşı karşıya kalabileceğini, bu sonucun önüne geçebilmek için tarife, fiyat listesi veya benzerleri içerisinde "*Stoklarla sınırlıdır*" benzeri bir kaydın bulunmasının isabetli olacağını belirtmiştik. Böyle bir kaydın bulunmaması durumunda, sınırlı sayıdan fazla kabulün aynı anda ulaşması durumunda nasıl bir sıralama yapacağı belirsizdir. Burada, kabulün öğrenilmesine göre bir sıralama yapılacağı düşünülebilir. Ne var ki bunun kanunda bir dayanağı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, kanımızca, gönderilene yöneltilen kabul sayısı kadar sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşmak gerekir⁵⁷.

b. Sözleşmenin Hüküm Doğurmaya Başladığı An

Kabulün hazır olmayana karşı yöneltilmesi ihtimalinde sözleşmenin hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başladığı, kanunda açıkça düzenlenmektedir. Gerçekten, TBK m. 11/1 (OR Art. 10/1) hükmüne göre, "*Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur.*" Bu hüküm

⁵⁷ Böylece tarife, fiyat listesi veya benzerlerini gönderen, dilediği sözleşmeden doğan borcu ifa edebilir. Ne var ki bu kişinin, ifa edilmeyen sözleşmeler kapsamında sorumluluğunun devam edeceği açıktır.

çerçevesinde, Türk ve İsviçre hukukları bakımından, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anının belirlenmesinde gönderme teorisinin benimsendiği, böylece sözleşmenin, kabulün önerene gönderildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağı anlaşılmaktadır⁵⁸. Böyle bir durumda sözleşme, kabulün önerene ulaşmasıyla birlikte kurulmasına karşın, kabulün gönderildiği andan itibaren geriye etkili olarak hüküm doğurur⁵⁹. Kabulün (fiili kabulün gerçekleşme biçimlerinden biri olan) iradeyi gösteren davranış aracılığıyla gerçekleşmesi bakımından da durum böyledir.

Görüldüğü gibi hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde hüküm doğurma anı, kabulün, diğer bir deyişle sözleşmenin kurulması için gerekli nihai irade açıklamasının yöneltildiği anı esas almaktadır. Bu ilke, önerilerin kesişmesi bakımından da geçerlidir. Böyle bir durumda, kesişen önerilerin, aynı anda yöneltilmiş olmaları ihtimalinde bu anda, farklı anlarda yöneltilmiş olmaları ihtimalinde ise daha sonra yöneltilen anda, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı sonucuna ulaşmak gerekir. Belirtelim ki bu durum, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasını, tarafların tamamının bu yönde iradesini açıklamış olmasına bağlaması yönüyle de önceki açıklamalarla uyum içerisindedir.

Hazır olanlar arasında kurulan sözleşmenin hüküm doğurmasını incelediğimiz kısımda, taksitle satış sözleşmesinin hüküm doğurması bakımından TBK m. 255 hükmünde özel bir düzenleme bulunduğunu belirtmiştik. Gerçi TBK m. 255 hükmünün ifadesi, hükmün uygulama alanını, kabulün hazır olmayana karşı yöneltilmesi sonucunda kurulmuş sözleşmeler ile sınırladığı yönünde anlaşılmaya elverişlidir. Ancak sözleşmenin geri alınması bakımından alıcıya yedi günlük bir süre

⁵⁸ **Schönenberger/Jaggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 12; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 16; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 16; **Kut**, CHK-OR, Art. 10, N. 6; **Keller/Schöbi**, s. 60; **Bucher**, OR AT, s. 137-138; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 250-251; **Kocayusufoğlu**, Borçlar, § 22, N. 2; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 100.

⁵⁹ **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 14; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 462; **Akıncı**, s. 76; BGE 99 II 297. Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesindeki bu ayrım, eleştiriye açıktır.

öngören bu hükmün, kabulün hazır olana karşı yöneltilmesi sonucunda kurulan sözleşmeler bakımından uygulanmaması isabetli olmayacaktır. Zira TBK m. 255 hükmünün amacı, esasen, bu tür bir sözleşme kuran alıcıyı üzerinde düşünmeden yaptığı muhtemel işleme karşı korumaktır⁶⁰. Bu ihtimalin, kabulün hazır olana karşı yöneltildiği durumlarda daha yoğun bir şekilde gerçekleşeceği ise tartışmasıdır.

C. Kabulün Yöneltilmemiş Olması

Buraya kadar olan açıklamalar, kabulün, hazır olana veya hazır olmayana yöneltilmesi ihtimallerini esas almaktaydı. Her iki ihtimal bakımından da sözleşme, kabulün önerene yöneltilmesi ve ulaşması sonucunda kurulmaktadır. Ne var ki kabulün (fiili kabulün gerçekleşme biçimlerinden biri olan) irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleştirildiği veya susmanın kabul sayıldığı, bu iki duruma bağlı olarak önerene yöneltilmiş bir kabulün bulunmadığı durumlarda sözleşmenin kurulmasının mümkün olduğunu gördük. Böyle durumlarda sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesi, her iki durum bakımından ayrıca incelenmelidir:

Sözleşmenin kurulduğu anın belirlenmesine ilişkin olarak her iki durum açısından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Kabulün irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda sözleşme, kanımızca, fiilin yapıldığı anda kurulur⁶¹. Buna göre, daha önce açıklanan fiili kabul örnekleri bakımından⁶², kitapların ciltlendiği veya odanın rezerve edildiği anda sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Susmanın kabul sayıldığı durumlarda ise sözleşme, TBK m. 6 (OR Art. 6) hükmü doğrultusunda, önerinin reddedilebileceği uygun sürenin sonunda kurulur⁶³.

⁶⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 286, dn. 45.

⁶¹ Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 252. Karş. Schmidlin, BK-OR, Art. 6. N. 74. Yazara göre irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleştirilen kabul sonucunda sözleşme, önerinin reddedilebileceği uygun sürenin sonunda kurulur.

⁶² İrade faaliyeti aracılığıyla gerçekleşen fiili kabul örnekleri için bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, d, (2), i.

⁶³ Oser/Schönenberger, ZK-OR, Art. 10, N. 2; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 252.

Sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesine ilişkin olarak ise kanunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten, TBK m. 11/2 (OR Art. 10/2) hükmüne göre, "*Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur.*" Buna göre, kabulün irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleştirildiği veya susmanın kabul sayıldığı durumlarda sözleşme, önerinin ulaştığı andan itibaren hüküm doğurmaya başlar⁶⁴. Görüldüğü üzere sözleşme, irade faaliyetinin gerçekleşmesi veya uygun sürenin sona ermesi sonucunda kurulmasına karşın, önerinin ulaştığı andan itibaren geriye etkili olarak hüküm doğurur.

III. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı An Ayrımının Uygulama Alanı

Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an ayrımı, günümüzde sınırlı bir uygulama alanına sahiptir⁶⁵. Bunun başlıca iki sebebi bulunmaktadır: (i) Sözleşmenin kurulması için karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunan öneren ile muhatap, henüz sözleşme kurulmamış olmakla birlikte içerisinde bulundukları "sözleşme görüşmesi ilişkisi" (*Vertragsverhandlungsverhältnis*) kapsamında, kural olarak, sözleşmenin kurulmasına engel olacak nitelikte davranışlarda bulunamazlar⁶⁶. (ii) Sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki zaman dilimi, günümüz haberleşme teknolojisi dikkate alındığında, oldukça kısadır⁶⁷. Buna karşın, sözleşmenin kurulduğu ve hüküm

⁶⁴ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 14; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 17; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 23; **Bucher**, OR AT, s. 137-138; **Schwenzer**, § 28, N. 41; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 252; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 22, N. 4; **Feyzioğlu**, C. 1, s. 101. Ayrıca bkz. **Hatemi/Gökyayla**, § 4, N. 28.

⁶⁵ Bkz. **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 15 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 26; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 10, N. 5 vd.; **Koller**, OR AT, § 7, N. 62-63.

⁶⁶ **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 27. Ayrıca bkz. **Becker**, BK-OR, Art. 10, N. 4.

⁶⁷ **Schönenberger/Jäggi**, ZK-OR, Art. 10, N. 17; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 28.

doğurmaya başladığı an ayrımı, özellikle ortaya çıkardığı teorik sonuçlar bakımından önemini korumaktadır.

Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an ayrımına ilişkin sonuçlardan başlıcası, 818 sayılı mülga BK döneminde, satış sözleşmesinde yararın ve hasarın alıcıya geçişine ilişkindi. Gerçekten, BK m. 183/1 (OR Art. 185/1) hükmüne⁶⁸ göre, satış sözleşmesinde yarar ve hasar, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçmekteydi. Bu durum, yararın veya hasarın, sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki zaman dilimi arasında gerçekleşmesi durumunda, ortaya çıkardığı teorik ve pratik sonuçlar bakımından çok tartışmalıydı. Bu tartışma, yararın ve hasarın geçebilmesi için sözleşmenin kurulmasını yeterli görmeyen, bunun için aynı zamanda zilyetliğin devredilmiş olmasını arayan TBK m. 208 hükmü karşısında, Türk hukuku bakımından artık geçerli değildir⁶⁹. Ne var ki sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an ayrımının, çoğu kez yalnızca teorik düzeyde olan başlıca sonuçlarının ayrıca incelenmesi gerekir.

A. Başlangıçtaki ve Sonraki İmkansızlık Ayrımının Belirlenmesi

Sözleşmenin kurulmasının doğal ve temel amacı, tarafların dar anlamda birer borç altına girmesi ve nihayetinde borçlanılan bu edimlerin yerine getirilmesidir. Bu amaçla kurulacak sözleşmenin, kural olarak, borçlanılan edimlerin yerine getirilmesi ile sona ermesi beklenir. Ancak bazı durumlarda bu edimlerin yerine getirilmesi, kesin ve

⁶⁸ BK m. 183/1: "*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder.*"

⁶⁹ Bu konu, İsviçre hukukunda, halen çok tartışmalıdır. Klasik olarak adlandırılabilcek bir görüş, özellikle hükmün ifadesinden hareketle, sözleşmenin kurulmasının, yararın ve hasarın alıcıya geçmesi bakımından gerekli ve yeterli olduğu yönündedir (bkz. **Becker**, BK-OR, Art. 10, N. 2; **von Tuhr/Peter**, s. 192. Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 97). Buna karşın, günümüzde daha çok savunulmakta olan diğer görüş, özellikle tam hasar durumunu imkansızlığa benzeterek, konusu imkansızlaşan sözleşmenin "kesin hükümsüz" niteliğinde olacağı, buna bağlı olarak, sözleşmenin doğmayan hükümlerinin geriye etkili de olmayacağı, yönündedir (bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 26 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 36. Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, § 22, N. 3).

sürekli bir biçimde gerçekleşen, maddi veya hukuki bir sebepten ötürü, mümkün olmaz. Bu durum, "imkansızlık" (*Unmöglichkeit*) olarak nitelendirilir⁷⁰.

İmkansızlık, öğretide, pek çok farklı ayırmda incelenmektedir⁷¹. Bunlar arasında, imkansızlığın gerçekleştiği zaman kriterini esas alan başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımı, sözleşmenin akıbetine olan etkisi açısından oldukça önemlidir. Gerçekten, başlangıçtaki imkansızlığı düzenlediği kabul edilen TBK m. 27/1 (OR Art. 20/1) hükmüne göre konusu (objektif olarak) imkansız olan sözleşme, kesin hükümsüzdür. Sonraki imkansızlığı düzenlediği kabul edilen TBK m. 136/1 (OR Art. 119/1) hükmüne göre ise borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelirse borç sona erer⁷². Görüldüğü gibi başlangıçtaki imkansızlık sözleşmenin kesin hükümsüz olmasına, sonraki imkansızlık ise yalnızca borcun sona ermesine sebep olmaktadır⁷³.

Başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımının nasıl belirleneceği hususu, kanunda bu konuda bir hüküm bulunmaması sebebiyle, tartışmalıdır:

(i) Azınlıkta kalan ve günümüz öğretisinde neredeyse hiç savunulmayan bir görüş⁷⁴, esasen bahsi geçen ayrımın varlığını reddederek, bu ayrımın, edimin yerine getirileceği an dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşte olan

⁷⁰ İmkansızlık kavramı ve bu kavram üzerindeki tartışmalar için ayrıca bkz. **Aepli**, ZK-OR, Art. 119, N. 40 vd.; **Kurt**, s. 81 vd.

⁷¹ Bu ayrımlar için topluca bkz. **Dural**, s. 75 vd.; **Altunkaya**, s. 101 vd.; **Kurt**, s. 92 vd.

⁷² Borcun ifasının, borçlunun sorumlu tutulacağı bir sebeple imkansız hale gelmesi durumunun borca etkisi ise tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, böyle bir durumda borcun sona erdiği, borçlunun TBK m. 112 hükmü kapsamında alacaklıya karşı sorumlu olduğu yönündedir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 1455, 1809. Buna karşın hakim görüş, böyle bir durumda borcun sona ermediği, içeriği itibarıyla alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü olarak değiştiği yönündedir. Bkz. **Serozan**, İfa, § 16, N. 1-3; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 853-854. Sonraki imkansızlık ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki için ayrıca bkz. **Baysal**, N. 433 vd.

⁷³ Bu ayrımın kökeni hakkında bkz. **Kurt**, s. 163-164. Belirtelim ki Alman hukukunda, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı değişiklikler sonrasında BGB § 275 ve § 306 hükümlerinde yer alan başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımına son verilmiştir. Bkz. **Ergüne**, İmkansızlık, s. 352.

⁷⁴ **Krückmann**, s. 101, 125. Bu görüşü savunan diğer yazarlar ve onlara yöneltilen eleştiriler için bkz. **Dural**, s. 76-77; **Altunkaya**, s. 102.

yazarlara göre, başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımının, sözleşmenin kurulma anı gibi dakikaların ve hatta saniyelerin rol oynayacağı bir ayrıma bırakılması, isabetli değildir. Kaldı ki böyle bir ayrım, yalnızca sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmesi beklentisindeki alacaklı bakımından önemli de değildir. Kanunda başlangıçta ve sonraki imkansızlık ayrımının varlığına işaret edecek farklı hükümlerin bulunması, yalnızca Ortak hukukun etkisinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, ortada bir tek imkansızlığın bulunduğunu, kanunun da bu imkansızlığa farklı sonuçlar öngördüğünü kabul etmek gerekir. Ne var ki TBK m. 27 /1 (OR Art. 20/1) ve TBK m. 136/1 (OR Art. 119/1) hükümlerinin öngördüğü bu farklı sonuçlar karşısında⁷⁵ ortada bir tek imkansızlık bulunduğu görüşünü savunmak, en azından "olan hukuk" (*de lege lata*) bakımından, kanımızca, mümkün değildir.

(ii) Hakim görüş⁷⁶ ise başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımının, sözleşmenin kurulma anına göre belirlenmesi gerektiği yönündedir. Bu görüş kapsamında, edimin sözleşmenin kurulma anında imkansız olması, başlangıçtaki imkansızlığın varlığı için gerekli ve yeterlidir. Sözleşmenin kurulma anında imkansız olmayan bir edimin daha sonra imkansız hale gelmesi durumu, sonraki imkansızlık olarak nitelendirilmelidir.

⁷⁵ Buna karşın, belirtilen hükümlerin kanunun farklı yerlerinde ve farklı başlıklar altında düzenlenmiş olmasının bir gerekçe olarak ileri sürülmesi, kanımızca, mümkün değildir. Karş. **Altunkaya**, s. 103.

⁷⁶ **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 35; **Wiegand**, BSK-OR, Art. 97, N. 8; **Ziegler**, s. 29; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 633; **Schwenzer**, § 63, N. 9; **Dural**, s. 79; **Akyol**, Borçlar, s. 152; **Altunkaya**, s. 104-105, 161-162; **Kurt**, s. 164-165; **Gündoğdu**, s. 95; BGE 96 II 18; Yarg. 15. HD T. 30.01.2017 E. 2016/159 K. 2017/350: "Sözleşmedeki edim yerine getirilmemişse borçlu alacaklının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Fakat bazen sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi; edimin yok olması gibi maddi, sözleşme konusunu yapılamaz kılan hukuki bir nedenle ya da ekonomik, sosyal vs. bir olay niteliğindeki fiili bir nedenle mümkün olmayabilir. Bu durumda ifa imkansızlığı gündeme gelir. İfa imkansızlığı; edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin imkansız hale gelmesi olarak açıklanabilir. Eğer ifa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkansızlık, yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da subjektif imkansızlık denir. İfa imkansızlığı sözleşme yapılmadan önce var ve bu olgu herkes bakımından aynı sonucu meydana getirmekte ise BK'nın 20. maddesi gereğince sözleşme geçersizdir. İfa imkansızlığı sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış ve eğer borçlunun kusuru olmaksızın edim imkansızlaşmışsa BK'nın 117. maddesi, borçlunun kusuru sonunda imkansızlaşmış olursa BK'nın 96. maddesinin uygulanması gerekir." Bu yönde bkz. Yarg. 23. HD T. 12.09.2019 E. 2016/5667 K. 2019/3576 (**Legalbank**).

Belirtelim ki hakim görüşü savunan yazarlardan bir kısmı⁷⁷, sözleşmenin kurulma anında imkansız olmamasına karşın, edimin ifa edileceği anda imkansız olacağının açıkça belli olduğu -sözleşmenin kurulma anında ithalatı yasak olmayan bir ilacın vade tarihinde ithalatının yasaklanması gibi- durumlarda yine başlangıçta imkansızlığın bulunduğu görüşündedir. Ne var ki hakim görüşten kısmen ayrılan bu görüşe, TBK m. 27/1 hükmünün "konusu imkansız olan" (*einen unmöglichen (...) Inhalt hat*) bir sözleşmeden bahsetmesi karşısında katılmamız mümkün değildir⁷⁸.

Hakim görüş, sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anı birbirinden ayıran TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmünün uygulama alanı bulduğu durumlarda, sözleşmenin kurulmasından önceki bir zamanda gerçekleşecek hüküm doğurma anının, başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımının belirlenmesine bir etkisi olup olmadığı hususunda tartışmaya açıktır. Bu konuda bir görüş, bahsi geçen hükmün uygulama alanı bulduğu durumlarda, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anın, başlangıçtaki ve sonraki imkansızlığın belirlenmesinde dikkate alınmayacağı yönündedir⁷⁹. Buna karşın, İsviçre öğretisinde savunulmakta olan aksi yöndeki diğer görüş⁸⁰, başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımının belirlenmesi bakımından, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anın dikkate alınması gerektiği yönündedir. Bu kapsamda, OR Art. 185/1 hükmüne⁸¹ göre satış sözleşmesinde yarar ve hasar, sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçmektedir. Ancak bu hükümde yer alan kurulma ifadesi, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı an olarak değerlendirilmektedir. Buna göre,

⁷⁷ **Barth**, s. 32; **Hürlimann**, N. 93-96; **Aeppli**, ZK-OR Art. 119, N. 53; **Weber**, BK-OR, Art. 97, N. 107; **Furrer/Wey**, CHK-OR, Art. 97-98; N. 28; **Topuz/Canbolat**, s. 678.

⁷⁸ **Kurt**, s. 165.

⁷⁹ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 31; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 35; **Akyol**, Borçlar, s. 131. Açıkça ifade edilmemekle birlikte aynı yönde bkz. **Gündoğdu**, s. 95-96; **Ercoşkun Şenol**, s. 82.

⁸⁰ **Barth**, s. 33-34; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 10, N. 7; **Kut**, CHK-OR, Art. 10, N. 5.

⁸¹ OR Art. 185/1 hükmünü karşılayan 818 sayılı mülga BK m. 183/1 hükmü, 6098 sayılı yürürlükteki TBK hükümlerine alınmamıştır.

başlangıçtaki ve sonraki imkansızlığın belirlenmesi bakımından da sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anın dikkate alınması isabetli olacaktır.

İsviçre öğretisinde savunulan bu ikinci görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira birinci görüş, öncelikle, TBK m. 27/1 (OR Art. 20/1) ve TBK m. 136/1 (OR Art. 119/1) hükümlerinin ifadesine daha uygundur. Gerçi başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımı, çoğu kez pratik bir sonucu olmasa dahi, sözleşmenin akıbeti üzerindeki belirsizliğin derhal ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Buna göre de sözleşmenin konusunun imkansız olup olmadığı ve böylece sözleşmenin geçerli olup olmadığı, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının gerçekleştiği anda belirli olmalıdır. TBK m. 11 hükmünün uygulandığı durumlarda ise buna yönelik irade açıklamaları gerçekleşmesine karşın, sözleşme henüz kurulmuş değildir. Sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anı kabulün gönderilme anı olarak belirleyen bu hüküm karşısında, sözleşmenin geçerli olup olmadığının da aynı kriter çerçevesinde belirlenmesi isabetli olurdu. Bu sebeple kabulün gönderildiği anda imkansız olmayan konu, daha sonra imkansız hale gelerek, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel olur. Bu durum ise kabul niteliğindeki irade açıklamasını gerçekleştirdiği anda sözleşmenin kurulması yönünde menfaati bulunan muhatabın aleyhine sonuç doğurmaya elverişlidir. Gerçi bu eleştiri, satış sözleşmesinde yararın ve hasarın geçişi bakımından İsviçre öğretisinde savunulduğu gibi, sözleşmenin kurulma aşamasında doğmayan hükümlerinin geriye de etkili olmayacağı yönündeki bir değerlendirme sayesinde cevaplandırılabilir. Ancak sözleşmenin kabulün gerçekleştiği anda kurulduğu veya sözleşmenin hüküm doğurmasının sonraki bir tarihe bırakıldığı veya bunun bir geciktirici koşula⁸² bağlandığı durumlarda, başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımının belirlenmesi bakımından bu kez sözleşmenin kurulma anının dikkate alınması çelişkili olur⁸³.

⁸² Barth, s. 33.

⁸³ Başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımının belirlenmesindeki yegane zorluk, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmünün uygulandığı durumlarla sınırlı değildir. Gerçekten, imkansızlığa sebep olan olayın sözleşmenin kurulma anında mevcut olduğu -satış sözleşmesine konu atın bu sözleşmenin kurulma anında ölümcül hastalığının bulunması gibi- durumlarda imkansızlığın başlangıçtaki

B. Borcun Doğumu ve Muaccel Olması

Sözleşmenin kurulmasının doğal ve temel amacının tarafların dar anlamda birer borç altına girmesi olduğu dikkate alındığında, bu işlemin ortaya çıkardığı en önemli hukuki sonucun tarafların ifa yükümlülüğünün başlaması, diğer bir deyişle borcun doğumu olduğunda tereddüt yoktur⁸⁴. Ancak borcun doğumu, alacaklı tarafından ifasının talep edilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Bunun için, aynı zamanda, borcun muaccel olması aranır. Borcun muaccel olmasına ilişkin TBK m. 90 (OR Art. 75) hükmüne göre, "*İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.*" Görüldüğü gibi borcun muaccel olması, kural olarak, borcun doğumuna göre belirlenir⁸⁵. Borcun doğum anı ise, kanunda buna ilişkin başka bir hüküm bulunmaması sebebiyle, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmü aracılığıyla belirlenebilir.

Sözleşmenin hazır olanlar arasında kurulması durumunda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an birbirinin aynıdır. Sözleşme kapsamında borcun doğumu ise sözleşmenin maddi/yenilik doğurucu hükümlerinden biridir. Buna göre, sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an, aynı zamanda, borcun doğması ve kural olarak muaccel olması anı olarak nitelendirilir. Bunun dışında, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anının, taraflarca, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihe bırakılabileceğini belirtmiştik. Böyle bir durumda, borcun doğumu ve kural olarak muaccel olması, taraflarca kararlaştırılan bu sonraki anda gerçekleşecektir.

imkansızlık mı yoksa sonraki imkansızlık mı olduğu hususu tartışmalıdır. Bu tartışma hakkında ayrıca bkz. **Gündoğdu**, s. 96-97; **Ercoşkun Şenol**, s. 80.

⁸⁴ Bkz. ve karşı. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 21 vd.; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 31; **Kut**, CHK-OR, Art. 10, N. 5.

⁸⁵ **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 995. TBK m. 90 hükmünde yer alan "muaccel olur" ifadesinin eleştirisi ve 818 sayılı mülga BK m. 74 hükmünde yer alan "borcun ifa ve icrası talep olunabilir" (*ifa edilebilir/talep edilebilir*) ifadesinin daha yerinde olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz. **Serozan**, İfa, § 5, N. 5.

Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından ise durum farklıdır. Zira bu tür sözleşme, TBK m. 11 hükmü doğrultusunda, kurulma anından önceki bir tarihte hüküm doğurmaya başlamaktadır. Buna göre, sözleşmenin maddi/yenilik doğurucu hükümlerinden biri olan borcun doğumu, sözleşmenin kurulma anından önce başlayarak hüküm doğurma anında gerçekleşecektir⁸⁶. Ancak böyle bir durumda, kendisine karşı kabul niteliğindeki bir irade açıklamasının yöneltildiğini ve nihayetinde sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığını bilmeyen önerenin, sözleşmeden doğan alacağının ifasını nasıl talep edeceği veya bu sözleşmeden doğan borcunu nasıl ifa edeceği sorunlarıyla karşılaşılır⁸⁷. Buna ilişkin olarak, öğretide, TBK m. 11 hükmünün zaten sınırlı bir uygulama alanının olduğu, ayrıca borcun muaccel olması bakımından olayların pek çoğunda taraflarca bir vade kararlaştırıldığı, böyle bir kararlaştırma olmasa dahi borcun derhal ifasının -kural olarak- talep edilmeyeceği belirtilmektedir⁸⁸. Bu değerlendirmenin, uygulamadaki genel görünümü kanımızca da isabetli biçimde yansıtmış olmasına karşın, teorik bir çözüm getirmediği açıktır⁸⁹.

C. Faizin Başlangıcı

"Faiz" (*Zins*), para alacaklısına, bu alacağından belirli bir süre mahrum kalması sebebiyle ödenmesi gereken karşılığı ifade etmektedir⁹⁰. Faiz, para alacağından ayrı dava/talep edilebilmekte ve ayrı bir zamanaşımına bağlı olmakta (TBK m. 147, b. 1; OR Art. 128, Ziff. 1) ancak yine de anapara alacağının sona ermesi ile birlikte sona

⁸⁶ Akyol, Borçlar, s. 129; Nomer, N. 172.1.

⁸⁷ Akyol, Borçlar, s. 129.

⁸⁸ Schöenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 10, N. 15-16. Ayrıca bkz. Müller, BK-OR, Art. 10, N. 31.

⁸⁹ Belirtelim ki işin niteliği gereği borcun ifasının derhal talep edilemediği -eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi için az veya çok bir sürenin gerekli olması gibi- durumlar dışında buna teorik bir çözüm getirilemeyeceği kanısındayız. Görüldüğü gibi buradaki hukuki sorun, yalnızca, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmünün, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasını kurulma anından önceki bir tarihe almasından kaynaklanmaktadır.

⁹⁰ Bkz. ve karşı. Oser/Schöenberger, ZK-OR, Art. 73, N. 1; von Tuhr/Peter, s. 68; Schraner, ZK-OR, Art. 73, N. 6; Weber, BK-OR, Art. 73, N. 13; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2350; Helvacı, M., s. 64-66; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 966; Feyzioğlu, C. 2, s. 59-60; Serozan, İfa, § 8, N. 8; Eren, Borçlar Genel, N. 3049; Nomer, Borçlar, N. 166; Kaya, s. 347.

ermekte ve zamanaşımına uğraması ile birlikte zamanaşımına uğramaktadır (TBK m. 131, b. 1; OR Art. 114/1-2). Görüldüğü gibi faiz, asıl para alacağından ayrı fakat ona bağlı⁹¹, başka bir alacak hakkıdır.

Faizin miktarı, anapara alacağının miktarına, bu alacaktan mahrum kalınan sürenin uzunluğuna ve nihayetinde uygulanacak faiz oranına bağlı olarak, değişkenlik göstermektedir⁹². Faizin miktarının belirlenmesinde, konumuz itibarıyla, anapara alacağından mahrum kalınan sürenin ve özellikle bunun başlangıcının incelenmesi gerekir. Faizin başlangıcının belirlenebilmesi için bu nitelikteki alacağın gerçekleştiği döneme göre yapılacak anapara-temerrüt faizi ayırımından⁹³ hareket edilir.

Anapara faizinin başlangıcı, taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Sözgelimi, faiz karşılığında ödünç para verilmesi hususunda anlaşılan taraflar, bu faizin başlangıç tarihini de kararlaştırmış olabilirler. Bu ihtimalde, taraflarca kararlaştırılan başlangıç tarihine uyulur. Taraflarca böyle bir tarihin kararlaştırılmadığı ihtimalde faizin başlangıcı, bu kez anapara alacağının doğduğu an olarak kabul edilir⁹⁴. Ancak faizin sözleşmenin kurulması ile birlikte başlayacağı kararlaştırılmış ise başlangıç tarihi, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmüne göre belirlenir⁹⁵. Böylece faiz, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı andan itibaren işler. Ne var ki bu son durumda asıl alacağın da hüküm doğurmaya başlamış olması gerekir. Bu hususu, kredi açma sözleşmeleri bakımından somutlaştırmak mümkündür.

⁹¹ **von Tuhr/Peter**, s. 71; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 969 vd.; **Nomer**, Borçlar, N. 166.1 vd.

⁹² **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2350. Bu yönüyle faiz, özellikle anaparanın yüksekliğine ve bundan mahrum kalınan süreye göre değişkenlik göstermeyen provizyon, komisyon, kredi masrafi ve temettü gibi diğer alacaklardan ayrılmaktadır. Bkz. **Serozan**, İfa, § 8, N. 8.

⁹³ Anapara-temerrüt faizi ayırımı hakkında ayrıca bkz. **Helvacı, M.**, s. 102; **Kaya**, s. 352-353.

⁹⁴ **Helvacı, M.**, s. 146; **Kaya**, s. 366. Temerrüt faizinin başlangıcı bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Gerçekten, temerrüt faizinin başlangıcının taraflarca kararlaştırılmış olmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak taraflarca böyle bir başlangıç anı kararlaştırılmadığı takdirde temerrüt faizinin başlangıcı, bu kez doğrudan kanunda belirlenmektedir (TBK m. 120-121, 117; OR Art. 104-105, 102).

⁹⁵ **Akyol**, Borçlar, s. 130. Benzer yönde bkz. **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 30; **Zellweger-Gutknecht/Bucher**, BSK-OR, Art. 10, N. 10.

Anapara faizi, kredi açma sözleşmelerinin temelini oluşturur. Bu tür sözleşmelerde kredi alan, kullandığı kredinin karşılığını faiziyle birlikte ödemekle yükümlüdür. Kredi açma sözleşmelerinde anapara faizinin başlangıç tarihi, çoğunlukla, taraflarca kararlaştırılır. Böyle bir tarihin kararlaştırılmadığı ihtimalde faizin başlangıcı, bu kez kredi karşılığının doğduğu an olarak kabul edilir. Tarafların faizin başlangıcı olarak sözleşmenin kurulmasını işaret ettiği durumlarda ise bu tarih yine TBK m. 11 hükmüne göre belirlenir. Ancak biraz önce belirtildiği gibi bu ihtimalde de asıl alacağın hüküm doğurmaya başlamış olması gerekir. Asıl alacak hüküm doğurmaya başlamamış, diğer bir deyişle kredi kullanılmadığı için kredi karşılığı alacağı doğmamış ise faizin de başladığı söylenemez⁹⁶.

D. Zamanaşımının Başlangıcı

"Zamanaşımı" (*Verjährung*), belirli bir sürenin geçmesine ve bu süre içerisinde alacaklının alacağını elde etmek için hareketsiz kalmasına bağlı olarak, borçlunun ifadan süresiz biçimde kaçınma hakkına sahip olmasını ifade etmektedir⁹⁷. Belirtelim ki alacağın dava veya takip yoluyla talep edilebilmesi, (borcun doğmasından sonra) aradan ne kadar süre geçmiş olursa olsun, her zaman mümkündür. Ne var ki böyle bir durumda borçlu, zamanaşımını defini ileri sürerek⁹⁸, davayı veya takibi sonuçsuz

⁹⁶ Kredi alanın krediyi kullanmaması (veya bu kredinin kullandırılmaması) durumunda kredi karşılığı alacağı doğmaz. Bu kapsamda, kullanılmayan kredinin faiz alacağına da sebebiyet vermesi mümkün olmaz. Nitekim uygulamada karşılaşılan kredi sözleşmelerinde, tahsis edilen ancak kullanılmayan krediler için "taahhüt komisyonu" veya "hazır bulundurma provizyonu" adları altında faiz yerine başka alacakların talep edildiği görülmektedir. Ayrıca bkz. **Özen**, Kredi, s. 205-206, 228 vd.

⁹⁷ Bkz. ve karşı. **Killias/Wiget**, CHK-OR, Vor. zu OR 127-142, N. 1; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3269, 3276-3277; **Erdem**, s. 5-8; **Feyzioğlu**, C. 2, s. 520; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 1903; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1030; **Eren**, Borçlar Genel, N. 4046; **Nomer**, Borçlar, N. 211; **Karavaşin**, s. 3-4. Belirli bir sürenin geçmesine bağlı olarak kişinin bir aynı hak kazanmasını ifade eden kazandırıcı zamanaşımı (*Ersitzung*) bundan farklıdır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 1, N. 1901.

⁹⁸ Zamanaşımının hakim tarafından resen dikkate alınamayacağı, TBK m. 161 (OR Art. 142) hükmünde açıkça düzenlenmektedir.

bırakabilir. Buna göre, zamanaşımının, borcu sona erdirmedeği ancak onu bir eksik borç haline getirdiği⁹⁹, kendiliğinden anlaşılır.

Zamanaşımının geçmesi için gerekli olan süre, kanunda belirlenmektedir¹⁰⁰. Bu süre, TBK m. 146 (OR Art. 127) hükmünde, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, on yıl olarak belirlenmiştir. Buna "genel zamanaşımı süresi" (*ordentliche Verjährungsfrist*) denilmektedir¹⁰¹. Genel zamanaşımı süresi dışında, kanunda, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar bakımından iki yıllık süre öngören TBK m. 72/1 (bir yıl, OR Art. 60/1) ve TBK m. 82/1 (bir yıl, OR Art. 67) ile bazı sözleşme tiplerinden doğan alacaklar bakımından beş yıllık süre öngören TBK m. 147 (OR Art. 128) veya taşınmaz satış sözleşmesinde ayıptan doğan seçimlik haklar bakımından satıcının ağır kusurunun bulunması durumunda yirmi yıllık süre öngören TBK m. 244/3 (karş. OR Art. 219) hükümlerinde olduğu gibi, on yıldan daha kısa veya daha uzun, başka zamanaşımı süreleri de bulunmaktadır.

Zamanaşımının başlangıcına ilişkin TBK m. 149/1 (OR Art. 130/1) hükmüne göre, "*Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.*" Zamanaşımının başlangıcının belirlenmesinde, konumuz itibarıyla, alacağın sözleşmeden kaynaklanması durumunun incelenmesi gerekir. Borcun doğması ve muaccel olması başlığı altında, kural olarak, her alacağın doğumu anında muaccel olduğunu, alacağın doğum anının ise sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı an olduğunu belirtmiştik. Buna göre zamanaşımı, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmünün uygulandığı durumlarda, açık bir kabulün gerekli olduğu durumlarda kabulün gönderildiği andan, böyle bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda ise önerinin muhataba ulaştığı andan itibaren başlar¹⁰². Sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anın -borcun vadeye bağlı olması

⁹⁹ Killias/Wiget, CHK-OR, Vor. zu OR 127-142, N. 1; Feyzioğlu, C. 2, s. 520; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1030; Akyol, Borçlar, s. 48-49.

¹⁰⁰ Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 3284; Koller, OR AT, § 68, N. 1; Eren, Borçlar Genel, N. 4059. Normal zamanaşımı süresi olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1922.

¹⁰¹ Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 3287; Nomer, Borçlar, N. 212.

¹⁰² Aynı yönde bkz. Nomer, Borçlar, N. 213.1.

gibi- taraflarca sonraki bir tarihe bırakılması durumunda ise zamanaşımı, bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁰³.

Görüldüğü gibi zamanaşımı, TBK m. 11 hükmünün uygulandığı durumlarda, sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihte başlayacaktır. Böyle bir durumda "alacaklı öneren", zamanaşımının başladığı hususunda bilgi sahibi olmayacaktır. Bu durum, tartışmaya açıktır. Nitekim öğretide azınlıkta kalan bir görüş¹⁰⁴, alacağın muaccel olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen alacaklıya karşı zamanaşımının başlamayacağı yönündedir. Buna karşın öğretideki ve uygulamadaki hakim görüş¹⁰⁵, alacaklının, alacağın muaccel olduğu veya böyle bir alacağın bulunduğu hususlarında bilgi sahibi olmamasının, zamanaşımının başlamasına engel olmayacağı yönündedir.

E. Birden Fazla Tasarruf İşlemi Arasındaki Sıranın Belirlenmesi

"Tasarruf işlemi" (*Verfügungsgeschäfte*), malvarlığının aktifinde yer alan bir hakkı doğrudan doğruya etkileyerek, o hakkı değiştiren, sınırlayan, devreden veya sona erdiren işlemleri ifade etmektedir¹⁰⁶. Tasarruf işleminin geçerli olabilmesi, işlemin konusunu oluşturan hakkı doğrudan doğruya etkilemesi yönüyle, işlemi gerçekleştiren kişinin hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmasına bağlıdır. Kişinin, malvarlığının aktifinde yer almayan ve buna bağlı olarak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı bir hakkı konu edinen tasarruf işlemi, kural olarak¹⁰⁷, geçersizdir¹⁰⁸. Geçerli bir tasarruf

¹⁰³ Erdem, s. 163; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1929.

¹⁰⁴ von Büren, s. 428.

¹⁰⁵ Däppen, BSK-OR, Art. 130, N. 9; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3309; Koller, OR AT, § 68, N. 1; Erdem, s. 163; Karasahin, s. 14-15; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 1933; BGE 136 V 73.

¹⁰⁶ Bkz. von Tuhr/Peter, s. 194; Keller/Schöbi, s. 12; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 137; Feyzioğlu, C. 1, s. 40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 45-46; Eren, Borçlar Genel, N. 470.

¹⁰⁷ Kanuni veya iradi temsilciliğin bulunduğu durumlarda temsilci, temsil olunan kişinin malvarlığının aktifinde yer alan haklar üzerinde tasarruf işlemi yapabilmektedir. Bunun dışında, takas hakkının kullanıldığı durumlarda da alacaklı, karşı alacaklının malvarlığı hakkını (yenilik doğuran bir tek taraflı irade açıklaması ile) sona erdirmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 47; Eren, Borçlar Genel, N. 483.

¹⁰⁸ Ancak bazı durumlarda tasarruf işlemi, tasarruf yetkisi eksikliğine rağmen geçerli olabilmektedir. Örneğin, bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinilmesi bir tasarruf işlemidir. Emin sıfatıyla zilyedin taşınır üzerinde tasarruf yetkisi

işlemi, bu işleme konu olan hakkı değiştirdiği, sınırladığı, devrettiği veya sona erdirdiği ölçüde, kişinin hak üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırır. Buna göre, örneğin, alacağının bir kısmını daha önce devreden kişinin, devrettiği bu kısım üzerinde daha sonra, onu değiştiren, sınırlayan, devreden veya sona erdiren bir başka tasarruf işlemi gerçekleştirmesi mümkün değildir. Tasarruf işlemi, sözleşme ile gerçekleştirilmesi durumunda, sözleşmenin maddi/yenilik doğurucu hükümlerinden biridir. Bu kapsamda, konumuz itibarıyla, sözleşme ile gerçekleştirilen ve aynı hakkı konu edinen birden fazla tasarruf işleminde, hangi işlemin geçerli olarak kabul edileceği hususunun incelenmesi gerekir.

Aynı hak üzerinde gerçekleşen birden fazla tasarruf işlemi arasındaki sıra, "zamansal öncelik ilkesine" (*Prinzip der Priorität*) göre belirlenir¹⁰⁹. Bu ilkeye göre, birden fazla tasarruf işlemi arasında sonraki sırada yer alan tasarruf işlemi, önceki tasarruf işlemi sebebiyle geçersizdir. Hazır olanlar arasında kurulan sözleşmelerle gerçekleştirilen tasarruf işlemleri bakımından, bu sözleşmelerin kurulduğu andan itibaren aynı zamanda hüküm doğurmaya başlamaları sebebiyle, bir tartışma bulunmamaktadır. Gerçekten, hazır olan (C) ile kurduğu bir sözleşme ile alacağını devreden (A), aynı alacağı daha sonra karşılaştığı ve yine hazır olan (D) ile kurduğu ikinci bir sözleşme ile devretmiş olsa yapılan bu ikinci alacağın devri işlemi, tasarruf yetkisi eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır.

Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından ise durum biraz farklıdır. Öncelikle, birden fazla sözleşmenin hüküm doğurma anı birbirinden farklı olduğunda, yine zamansal öncelik ilkesi dikkate alınacaktır. Buna göre, örneğin, alacağını devretmesi yönünde (C)'den ve (D)'den birer öneri alan muhatap (A), kabul niteliğindeki irade açıklamasını 1 Mart günü (C)'ye, 2 Mart günü (D)'ye göndermiş olsa, bu açıklama 3 Mart günü (C)'ye, 4 Mart günü (D)'ye ulaşmış olsa, alacak (C)'ye

bulunmamasına rağmen belirtilen bu tasarruf işlemi, TMK m. 988 (ZGB Art. 933) hükmü gereği, geçerli olarak kabul edilir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 46-47; **Eren**, Borçlar Genel, N. 482.

¹⁰⁹ **von Tuhr/Peter**, s. 195; **Engin**, s. 320.

devredilmiş olur¹¹⁰. Zira (A) ile (C) arasındaki sözleşme, 3 Mart gününde kurulur ve TBK m. 11/1 (OR Art. 10/1) hükmü gereği 1 Mart gününden itibaren hüküm doğurmaya başlar. (A) ile (D) arasındaki sözleşme ise 4 Mart gününde kurulur ve yine belirtilen kanun hükmü gereği 2 Mart gününden itibaren hüküm doğurmaya başlar. Buna göre (D)'ye yapılan devir işlemi, tasarruf yetkisi eksikliği sebebiyle, geçersiz olarak kabul edilir. Belirtelim ki bu örnekte, her iki irade açıklaması da 3 Mart gününde ulaşılmış olsa, yine sözleşmenin hüküm doğurma anı dikkate alınmalıdır. Buna göre, (A) ile arasındaki sözleşme 1 Mart gününden itibaren hüküm doğurmaya başlayan (C), yine alacak hakkını devralmış olur.

Açıklanan bu örneklerde, diğerinden daha önce veya aynı anda kurulan sözleşmenin diğerinden daha önce hüküm doğurması söz konusudur. Ancak TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmü, daha sonra kurulmakla birlikte daha önce hüküm doğurmaya başlayan ve daha önce kurulmakla birlikte daha sonra hüküm doğurmaya başlayan sözleşmelerin kurulmasına elverişlidir. Gerçekten, biraz önceki ilk örnek bakımından, (A)'nın kabul niteliğindeki irade açıklaması, 4 Mart günü (C)'ye, 3 Mart günü (D)'ye ulaşılmış olabilir. Böyle bir durumda, (A) ile (C) arasındaki sözleşme 4 Mart gününde kurulmakla birlikte 1 Mart gününden itibaren, (A) ile (D) arasındaki sözleşme ise 3 Mart gününde kurulmakla birlikte 2 Mart gününden itibaren hüküm doğurmaya başlar¹¹¹. Böyle bir durumda, yine zamansal öncelik ilkesi uygulanırsa, alacak daha önce hüküm doğurmaya başlayan sözleşme kapsamında (C)'ye devredilmiş olur. Ne var ki bu durum, kanımızca, teorik olarak mümkün değildir¹¹². Zira (A) ile (C) arasındaki sözleşmenin daha önce hüküm doğurmaya başlayacağı düşünülse dahi bu sözleşme henüz kurulmadan önce (A) ile (D) arasındaki sözleşme kurulmuştur ve halihazırda hüküm doğurmaktadır. Buna göre, (A) ile (D) arasındaki sözleşmenin kurulmasıyla

¹¹⁰ Akyol, Borçlar, s. 131.

¹¹¹ Örnek için bkz. Engin, s. 320-321.

¹¹² Bkz. ve karşı. von Tuhr/Peter, s. 191-192; Müller, BK-OR, Art. 10, N. 32; Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK-OR, Art. 10, N. 12; Kut, CHK-OR, Art. 10, N. 5; Akyol, Borçlar, s. 131; Eren, Borçlar Genel, N. 830.

birlikte, (A) ile (C) arasında daha önce hüküm doğurmaya başlayacak bir sözleşme kapsamında tasarruf işleminin gerçekleşmesi imkanı kalmadığı sonucuna ulaşmak gerekir¹¹³. Bu sonuç, kanımızca, sözleşmenin geriye etkili olarak hüküm doğurması için, geçerli bir şekilde kurulmuş olması görüşüyle de uyum içerisindedir.

F. Sözleşmenin Kurulduğu Yerin Belirlenmesi

Sözleşmenin kurulduğu yer, tüketici hukuku bakımından bazı sözleşmelerin niteliğinin, icra hukuku bakımından yetkili icra dairesinin¹¹⁴ ve devletler özel hukuku bakımından uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından önemlidir. Gerçekten, TKHK m. 47/1 hükmü kapsamında işyeri dışında kurulan sözleşme, belirli koşullar çerçevesinde sözleşmeden cayma hakkı sağlaması yönüyle, tüketiciyi özel olarak korumaktadır. Bunun dışında, ilamsız takipte yetkiye ilişkin İİK m. 50/1 hükmüne göre, takibe konu olan sözleşmenin kurulduğu yer icra dairesi, takibe yetkili olmaktadır¹¹⁵. Yabancılik unsuru taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 24/4 hükmüne göre tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili

¹¹³ Aynı yönde bkz. **Engin**, s. 320-321. Ayrıca bkz. **Akyol**, Borçlar, s. 129.

¹¹⁴ Sözleşmenin kurulduğu yer, 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından da önemliydi. Gerçekten, HMUK m. 10 hükmüne göre, davalının veya vekilinin dava tarihinde orada bulunması koşuluyla, davanın sözleşmenin kurulduğu yerde açılması mümkündü. Bkz. **Kuru**, Usul, C. 1, s. 450-451. Bu düzenleme, davalının veya vekilinin dava tarihinde sözleşmenin kurulduğu yerde bulunup bulunmadığı hususunun araştırılmasının ve tespit edilmesinin zorluğu karşısında, uygulama alanı bulamaması sebebiyle, 6100 sayılı HMK hükümlerine alınmamıştır. Bkz. 6100 sayılı HMK m. 10 Gerekçesi; **Akkan**, Pekcanitez, s. 280; **Yılmaz**, s. 337.

¹¹⁵ Kambiyo senetlerine özgü ilamsız takipte senet üzerinde yer alan düzenleme yeri icra dairesi, İİK m. 50/1 hükmünde yer alan sözleşmenin kurulduğu yer hükmü kapsamında, takibe yetkili olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Kuru**, İcra, s. 762. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. Bkz. Yarg. 12. HD T. 11.12.2017 E. 2016/24745 K. 2017/15353: "*İİK'nun 50/1. maddesine göre, para ve teminat borçlarına ilişkin icra takiplerinde yetkili icra dairesi, HMK'nun 447/2. maddesi atfıyla aynı Kanun'un yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle belirlenir. Ayrıca, takip dayanağı akdın yapıldığı yer icra dairesi de yetkilidir. Buna göre, bonoya dayalı takip, genel yetkili yer olan borçlunun yerleşim yerindeki icra dairesinde (HMK. 6. md.), bonoda öngörülen ödeme yerinde (6102 sayılı TTK'nun 777/3. maddesine göre ödeme yeri gösterilmeyen bonoda, ödeme yeri olarak tanzim yeri kabul edilir) (HMK. 10. md.) ve ayrıca İİK'nun 50/1. maddesi uyarınca bononun tanzim edildiği yerdeki icra dairesinde yapılabilir.*" Aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD T. 16.11.2017 E. 2017/8005 K. 2017/14253 (**Lexpera**).

olan hukuk uygulanır. Belirtilen bu hüküm, karakteristik edim borçlusundan hareketle, en sıkı ilişkili hukuku belirleyecek kriterleri sıralamaktadır. Hükümde sözleşmenin kurulduğu yere açıkça değinilmemesine karşın, hükmün son cümlesi dikkate alındığında, sözleşmenin kurulduğu yerin en sıkı ilişkili hukuk olarak belirlenmesi mümkündür¹¹⁶.

Ne var ki kanunda, belirtilen bu önemine karşın, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda, öncelikle, sözleşmenin (i) hazır olanlar ve (ii) hazır olmayanlar arasında kurulması ile (iii) önerilerin kesişmesi durumunu esas alan üçlü bir ayırım yapılmalıdır:

(i) Hazır olanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından, tarafların sözleşme görüşmesi sırasında aynı yerde bulunmaları ve yine irade açıklamalarını aynı yerde gerçekleştirmiş olmaları ihtimalinde, bu yerin sözleşmenin kurulduğu yer olarak belirlenmesi gerektiği açıktır. Böyle bir durumda, sözleşmenin kurulma yerinin, tarafların iradeleri doğrultusunda, başka bir yer olarak kararlaştırılması da mümkün olmamalıdır. Tarafların sözleşme görüşmesi sırasında aynı yerde bulunmamaları ihtimalinde ise sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması bakımından birazdan yapılacak açıklamalar dikkate alınmalıdır.

(ii) Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasını kurulmasından önceki bir tarihe alan TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmü çerçevesinde, açık bir kabulün gerekli olduğu durumlarda kabulün yöneltildiği yerin¹¹⁷, açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda ise önerinin ulaştığı yerin, sözleşmenin kurulduğu yer olarak belirlenmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır¹¹⁸. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira TBK m. 11 hükmü, sözleşme hukuki işlemin oluşmasını değil, yalnızca hüküm doğurmasını düzenlemektedir. Sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anının, kanun hükmü ile kurulmasından önceki bir tarihe

¹¹⁶ Bkz. ve karş. **Çelikel/Erdem**, s. 373 vd.; **Özdemir Kocasakal**, s. 60 vd.

¹¹⁷ **Tunçomağ**, s. 206-207; **Akyol**, Borçlar, s. 131.

¹¹⁸ **Akyol**, Borçlar, s. 131.

alınması, bu hükmün hukuki işlemin olduğu yeri de belirleyici nitelikte olduğu biçiminde yorumlanamaz. Buna göre, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından, kabulün ulaştığı yer, sözleşmenin kurulma yeri olarak belirlenmelidir. Bu sonuç, hazır olan ancak sözleşme görüşmesi sırasında aynı yerde bulunmayan, diğer bir deyişle eş zamanlı iletişim sağlayan araçlarla sözleşme görüşmesinde bulunan taraflar arasında sözleşme kurulması ihtimali bakımından da geçerli olmalıdır. Buna göre, örneğin, İstanbul'da bulunan muhatabın, Ankara'da bulunan önerene yöneltilmiş olduğu kabul sonucunda kurulacak bir sözleşmenin, Ankara'da kurulduğu sonucuna ulaşmak gerekir.

(iii) Önerilerin kesişmesi ile kurulan sözleşmeler bakımından durum çok farklıdır. Zira böyle bir durumda, klasik sözleşme kurma yöntemi bakımından kolaylıkla tespit edilebilen bir öneren veya muhatap bulunduğu söylenemez. Buna karşın, kesişen önerilerin sözleşmeyi kurmasına da bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, esasen, sözleşmenin kurulduğu ana ilişkin açıklamalar çerçevesinde, daha sonra ulaşan öneri muhatabının bulunduğu yerin, sözleşmenin kurulma yeri olarak belirlenmesi gerektiği düşünülebilir. Ne var ki bu düşünce, önerilerin aynı anda ulaşmış olması ihtimali bakımından uygulanamaz. Ayrıca kesişen önerilerin ulaşma anına göre yapılacak bir değerlendirme, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesini bütünüyle bir tesadüfe bırakır. Böyle bir durumda, teorik olarak eleştirilebilecek bir sonuç olmakla birlikte, irade açıklamalarının yöneltildiği her iki yerin de sözleşmenin kurulduğu "ortak yer" olarak belirlenmesi, kanımızca, yerinde olur.

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşıldığı üzere sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurmaya başlama anına ilişkin TBK m. 11 hükmü, öğretide aksi yönde görüşler ve açıklamalar bulunmakla birlikte, kanımızca, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesi bakımından bir önem taşımamaktadır.

G. Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Başlangıcı

Satıcının zapttan sorumluluğu, üstün hakkını ileri süren üçüncü kişinin, satılan alıcının elinden alması veya onun alıcı tarafından kullanılmasına engel olması

sebebiyle oluşan zarardan, satıcının alıcıya karşı sorumlu olmasını ifade etmektedir¹¹⁹. Satıcının zapttan doğan sorumluluğunun gerçekleşebilmesi, TBK m. 214/1 (OR Art. 192/1) hükmünün ifadesinden anlaşılacağı üzere, üçüncü kişinin üstün hakkının "sözleşmenin kurulduğu sırada var olmasına" (*die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben*) bağlıdır. Görüldüğü gibi, satış sözleşmesinin kurulma (bağlayıcı/kurucu hüküm doğurma) anı, satıcının zapttan sorumluluğunun başlangıcını oluşturmaktadır¹²⁰. Üçüncü kişinin satılan üzerindeki üstün hakkının en geç bu anda var olması, zapttan doğan sorumluluğun varlığı için gerekli ve yeterlidir. Buna göre, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmünün uygulama alanı bulduğu durumlar bakımından, sözleşmenin (maddi/yenilik doğurucu) hüküm doğurmaya başladığı sırada bulunmayan bir üstün hakkın sözleşmenin kurulma anından önce var olması, satıcının zapttan doğan sorumluluğunu gerektirir.

H. Gerçek Kişi Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Sürenin Başlangıcı

Kefalet sözleşmesinin düzenlendiği TBK m. 581 (OR Art. 492) vd. hükümleri incelendiğinde, kefilin gerçek veya tüzel kişi olması ayırımına oldukça önemli sonuçların bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu sonuçlardan biri, gerçek kişi kefilin sorumlu olduğu sürenin sınırlanmasına ilişkindir¹²¹. Gerçekten, TBK m. 598/3 (OR Art. 509/3) hükmüne göre, "*Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.*"¹²² Bununla birlikte, gerçek kişi kefilin sorumlu olduğu azami sürenin hangi

¹¹⁹ Bkz. **Honsell**, BSK-OR, Art. 192, N. 1-3; **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 269-270; **Tandoğan**, C. I/1, s. 148-149; **Aral/Ayrancı**, s. 107-108; **Eren**, Borçlar Özel, N. 229; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 141; **Akçaal**, s. 62-63, 154-155; **Demirsatan**, Zapt, s. 221-222; BGE 109 II 319. Taşınmazlar bakımından ayrıca bkz. **Çabri**, Zapt, s. 586 vd.

¹²⁰ **Honsell**, BSK-OR, Art. 192, N. 4; **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 278; **Tandoğan**, C. I/1, s. 153; **Akçaal**, s. 139; **Demirsatan**, Zapt, s. 221-222, 226 vd.; **Çabri**, Zapt, s. 591.

¹²¹ Kefilin gerçek kişi olması durumunda karşılaşılan belki de en önemli sonuç, kefilin evli olmasına ilişkindir. TBK m. 584 (OR Art. 494) hükmü kapsamında, eşlerden birinin kefil olabilmesi, diğer eşin yazılı rızasına bağlıdır. Bu husus, kefaletin kapsamının artırılması bakımından da geçerlidir. Bkz. **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 2304-2305; **Eren**, Borçlar Özel, N. 2643 vd.

¹²² İsviçre hukuku bakımından OR Art. 509/3 hükmü, gerçek kişi kefilin sorumlu olduğu azami süreyi yirmi yıl olarak düzenlemektedir.

andan itibaren başlayacağı hususu, tartışmalıdır. Bu hususta, azınlıkta kalan bir görüş¹²³, kefalet sözleşmesinin (maddi/yenilik doğurucu) hüküm doğurma anının, buna karşın hakim görüş¹²⁴ kefalet sözleşmesinin kurulma (bağlayıcı/kurucu hüküm doğurma) anının dikkate alınması gerektiği yönündedir.

Gerçek kişi kefilin sorumlu olduğu azami süreyi mümkün olduğu ölçüde daraltan birinci görüş, TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmünün uygulama alanı bulmadığı ancak sözleşmenin hüküm doğurma anının kurulma anından sonraki bir tarihe bırakıldığı durumlarda, bu kez kefil aleyhine sonuç doğurmaya elverişlidir. Gerçi OR Art. 509/3 hükmünün Almanca metnindeki -kefalet sözleşmesine- "dahil olduktan sonra" (*nach ihrer Eingehung*) olarak çevrilebilecek ifadesi, hüküm doğurma anının dikkate alınması gerektiği biçiminde yorumlanmaya elverişlidir. Ne var ki aynı hükmün Fransızca metninde bu kez "kurulma" (*conclusion*) ifadesinin özel olarak tercih edildiği görülmektedir. Nitekim, TBK m. 598/3 hükmünün açık ifadesi de sözleşmenin hüküm doğurma anı ile ilgili gözükmemektedir. Bu çerçevede, azami sürenin başlangıcının belirlenmesinde sözleşmenin kurulma anını dikkate alan ikinci görüş, kanımızca da üstün tutulmalıdır.

IV. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Ayrılmasına Yönelik Ara Değerlendirme

Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesine ilişkin açıklamalarımız şu şekilde özetlenebilir: (i) Kabulün hazır olmayana karşı yöneltilmesi durumunda sözleşme, kabulün gerçekleştiği anda kurulur ve bu andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. (ii) Kabulün hazır olmayana karşı yöneltilmesi durumunda sözleşme, kabulün ulaştığı anda kurulur (bkz. TBK m. 3/2, m. 5/1, m. 10; OR Art. 3/2, Art. 5/1 ve Art. 9) ancak kabulün gönderildiği andan itibaren "geriye etkili olarak" hüküm doğurmaya başlar (bkz. TBK m. 11/1; OR Art. 10/1). (iii)

¹²³ Özen, Kredi, s. 606; Ayan, s. 637.

¹²⁴ Pestalozzi, BSK-OR, Art. 509, N. 12; Kaya Kızılırmak, Kefalet, s. 102; Çınar, s. 66-67. Açık olmamakla birlikte aynı yönde bkz. Gümüş, Borçlar, s. 550-551.

Yöneltirilmiş bir kabul olmamasına rağmen sözleşmenin kurulduğu durumlarda sözleşme, irade faaliyetini oluşturan fiilin gerçekleştirilmesi veya önerinin reddedilebileceği uygun sürenin sonunda kurulur ancak her iki durumda da önerinin ulaştığı andan itibaren yine "geriye etkili olarak" hüküm doğurmaya başlar (bkz. TBK m. 11/2; OR Art. 10/2).

Görüldüğü üzere TBK m. 11 (OR Art. 10) hükmü, sözleşmenin, kurulduğu anın öncesindeki bir andan itibaren geriye etkili olarak hüküm doğurmaya başlamasını sağlamaktadır. Belirtelim ki bu hüküm, emredici nitelikte değildir. Öneride bulunan taraf, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anı, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarih olarak belirlemek koşuluyla, serbestçe kararlaştırmış olabilir¹²⁵. Böyle bir kayıt bulunmuyorsa sözleşmenin hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başladığı, yedek nitelikteki bu kanun hükmü doğrultusunda belirlenir. Hükmün amacı, sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasını, kabulün yöneltildiği durumlarda mümkün olan daha gerideki, kabulün yöneltilmediği durumlarda ise mümkün olan en gerideki tarihe almaktır¹²⁶. Bunun dışında, TBK m. 11/1 hükmünün uygulama alanı bulduğu durumlar bakımından, kabulün yöneltildiği tarihin, ulaşma tarihine göre, daha kolay tespit edilebileceği ifade edilmektedir¹²⁷.

Sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurmaya başlama anının, "olması gereken hukuk" (*de lege ferenda*) bakımından birbirinden ayrılmaması gerektiği, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren aynı zamanda hüküm doğurmaya başlaması gerektiği kanısındayız¹²⁸. Ne var ki TBK m. 11 hükmünün yürürlükte olduğu bir sistemde bunun mümkün olmadığı açıktır. Belirtelim ki söz konusu kanun hükmünün temelinde yer alan düşünce ve bunun hangi sebeple kanunda yer aldığı hususu, yeterince açık

¹²⁵ Schmidlin, BK-OR, Art. 10, N. 15; Müller, BK-OR, Art. 10, N. 8; Kut, CHK-OR, Art. 10, N. 3.

¹²⁶ Bkz. Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 10, N. 13; Schmidlin, BK-OR, Art. 10, N. 9; Müller, BK-OR, Art. 10, N. 22.

¹²⁷ Schönenberger/Jäggi, ZK-OR, Art. 10, N. 13.

¹²⁸ Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, § 22, N. 2; Akyol, Borçlar, s. 126-127.

değildir. Bununla birlikte söz konusu hükmün tarihi kökeni ve gelişimi incelendiğinde, kanun koyucunun, sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurmaya başlama anının birbirinden ayrılması gerektiği yönünde bir anlayış içerisinde olduğunu söylemek mümkün değildir¹²⁹.

Gerçekten, TBK m. 11 hükmü, tarihi kökeni itibarıyla, 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu'nun (ALR) Art. 80 ve Art. 102 hükümlerine dayanmaktadır. ALR Art. 80 hükmüne göre, "Kabulün açıklandığı an, sözleşmenin hükümlerini doğurduğu anı belirler." Bu hükmü tamamlayıcı ALR Art. 102 hükmüne göre ise "Kabulün açıklanması için gerekli her şeyin muhatap tarafından yapıldığı an, kabulün açıklandığı andır." Bu hükümlerin, sözleşmenin kurulması için kabulün gönderilmesinin veya ulaşmasının yeterli olarak görülmediği, aksine "kabulün de kabul edilmesi" gerektiği yönündeki doğal hukuk anlayışına karşı olarak kanunda yer aldığı ifade edilmektedir¹³⁰. ALR hükümlerinin öngördüğü bu çözüm, sırasıyla, Prusya Ticaret Kanunu Tasarısı Art. 239, eski Alman Ticaret Kanunu Art. 321 ve eski İsviçre Borçlar Kanunu Art. 8 hükümlerinde, aynı veya çok benzer biçimde düzenlenmiştir¹³¹. Bu düzenlemeler sayesinde, önerenin, "kabulü kabul etmemesinin" veya kabulün kendisine ulaşmasından önce önerisini geri almasının önüne geçilmek istenmiştir¹³². Önerinin bağlayıcılığı ilkesinin benimsenmiş olduğu Türk ve İsviçre hukuku sistemlerinde, TBK m. 11 benzeri bir düzenlemeye gerek bulunmadığı açıktır¹³³.

Bu çerçevede, kanun koyucunun, sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurmaya başlama anının birbirinden ayrılması gerektiği yönünde bir amacı olmadığı, TBK m. 11

¹²⁹ TBK m. 11/1 (OR Art. 10) hükmünün tarihi kökeni ve gelişimi hakkında ayrıca bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 1 vd.; **Engin**, s. 314-316.

¹³⁰ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 2-3.

¹³¹ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 4-6. Ayrıca bkz. **Becker**, BK-OR, Art. 10, N. 1; **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 10, N. 1; **Müller**, BK-OR, Art. 10, N. 1.

¹³² **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 5-6.

¹³³ Aynı yönde bkz. **Schmidlin**, BK-OR, Art. 10, N. 5; **Engin**, s. 315. Önerinin bağlayıcılığı, Roma hukuku etkisindeki Ortak hukuk sisteminde benimsenmiyordu. Zira Roma hukukunda "bir tarafın irade açıklamasının dava hakkı doğurmayacağı" (*ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*) ilkesi kabul edilmekteydi. Bkz. **Saymen/Elbir**, s. 169.

hükümünün yalnızca tarihi bir alışkanlığın sonucunda OR ve buna bağlı olarak BK-TBK hükümleri arasında yer aldığı anlaşılmaktadır¹³⁴. Nitekim, OR 2020 Taslağı'nda bu konuya ilişkin Art. 13 hükmü¹³⁵, "(1) Sözleşme, kurulmasıyla birlikte, tarafları bağlar. (2) Sözleşmenin hükümleri, geciktirici bir koşul kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte yürürlüğe girer (sözleşme hüküm doğurmaya başlar)" biçiminde, kanımızca da yerinde bir düzenleme içermekteydi. Kaldı ki ne Alman hukukunda ne de yeknesaklaştırma projelerinin herhangi birinde TBK m. 11 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın ayrılmasının gerekli olmadığı, çözümden çok sorun üreten TBK m. 11 hükmünün ilga edilmesi gerektiği söylenebilir.

¹³⁴ Bu ayrımın, salt tarihsel ve ideolojik nedenlere dayalı olduğu, çoğu ülkede terk edildiği, İsviçre dışında hiçbir batı ülkesinde rastlanmadığı yönündeki eleştiri için bkz. **Serozan**, Yenilikler, s. 671-672. Karş. **Belen**, s. 58.

¹³⁵ OR 2020 Art. 13: "(1) Ein Vertrag bindet die Parteien mit seinem Abschluss. (2) Die Wirkungen des Vertrages beginnen sofort, wenn dieser nicht unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden ist."

SONUÇ

Sözleşmenin kurulmasını incelediğimiz bu çalışmada ulaştığımız başlıca sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Borcun başlıca kaynaklarından biri ve belki de en önemlisi olan sözleşme, yalnızca borçlar hukukunun değil, tüm özel hukukun temel kavramlarının başında gelir. Sözleşme, iki veya daha fazla tarafın, hukuki sonuç doğurması amacıyla, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurdukları hukuki işlemi ve bu işlemin ortaya çıkardığı hukuki ilişkiyi ifade eden çift anlamlı bir kavramdır. Sözleşmenin kurulması denildiğinde ise bundan, çoğunlukla ve bu çalışmada da benimsendiği üzere, dar anlamıyla sözleşme hukuki işleminin oluşması ve böylece tarafların geniş anlamıyla sözleşme hukuki ilişkisine dahil olması anlaşılır.

2. Sözleşmenin kurulma sürecini bir temel ilke biçiminde ifade eden TBK m. 1/1 (OR Art. 1/1) hükmüne göre, "*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*" Bu hüküm çerçevesinde sözleşmenin kurucu unsurları, tarafların iradelerini açıklamaları, irade açıklamalarının karşılıklı olması ve irade açıklamalarının birbirine uygun olması biçiminde sıralanır. Görüldüğü gibi sözleşmenin kurucu unsurları, irade açıklaması ortak paydasında birleşir. Bu çerçevede irade açıklaması, sözleşme kavramının merkezinde yer alır.

3. İrade açıklaması, iradenin, bir hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya sona erdirmeye yönelik olarak açığa çıkarılmasıdır. İrade açıklaması kavramına ilişkin hususlar, kanunlarında bu konuyu düzenleyen açık hükümler barındırmayan Türk ve İsviçre hukuklarında, sözleşmeyi ve özellikle sözleşmenin kurulmasını düzenleyen hükümler çerçevesinde incelenir. Böylece irade açıklaması, sözleşmeyi ve buna bağlı olarak hem borçlar hukukunu hem de tüm özel hukuku biçimlendirir.

4. İrade açıklamalarının karşılıklı olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının, sözleşmenin tarafı olması arzu edilen kişiye veya kişilere yöneltilmiş olmasını ifade eder. Kanunda öngörülen klasik sözleşme kurma yönteminde önce taraflardan biri sözleşme kurmaya yönelik bir irade açıklamasında bulunur, daha sonra

bu irade açıklamasının yöneltildiği taraf sözleşme kurmaya uygun ikinci bir (karşı) irade açıklamasında bulunur ve bu ikinci açıklamanın diğer tarafa ulaşmasıyla birlikte sözleşme kurulur. Bu açıklamalardan zaman itibarıyla önce gerçekleşmiş olanı öneri, daha sonra gerçekleşmiş olanı ise kabul kavramlarıyla ifade edilir. Ancak karşılıklı olma kavramı, sözleşme kurmak üzere müzakerede bulunan taraflardan birinin irade açıklamasına diğer tarafın cevap vermesi olarak sınırlandırılmaz. Bu kapsamda, tarafların kurulması öngörülen sözleşme bakımından birbirine karşı öneride bulunmaları durumunda dahi sözleşme kurulur. Ayrıca, sözleşmeyi kuran irade açıklamalarının öneri ve kabul biçiminde ikiye ayrılmaları zorunlu değildir. Zira sözleşmeyi kuran irade açıklamaları arasında -sözleşme taslağının birlikte imza edilmesinde olduğu gibi- zamansal bir farklılığın bulunmaması mümkündür.

5. Öneri, bir kişinin, kendisi tarafından belirlenen içeriğe uygun bir sözleşmenin kurulması hususunda, diğer bir kişiye veya herkese teklifte bulunduğu irade açıklamasıdır. Öneri, yöneltmesi gerekli bir irade açıklamasıdır. Önerinin temel özelliği bağlayıcılığıdır. Bu özellik çerçevesinde önerinin yöneltildiği kişi, bu öneriye uygun bir karşı irade açıklamasında (kabul) bulunarak sözleşmeyi kurabilir. Öneri, iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmenin (kabul ile birlikte) iki eş parçasından biridir.

6. Önerinin içeriği, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde (ve hukuk düzeninin elverdiği sınırlar içerisinde), öneride bulunan kişi tarafından serbestçe belirlenir. Bu içerik, yeterli bütünlükte ve belirlilikte olmalıdır. Önerinin bütünlüğü, sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması zorunlu olan unsurların önerinin içeriğinde yer almasını; önerinin belirliliği, önerinin bütünlüğünü sağlayacak unsurların, sözleşmenin tarafları açısından, belirli veya belirlenebilir olmasını ifade eder. Öneri, açık veya örtülü nitelikte olabilir.

7. Sözleşme görüşmesi sırasında tarafların, müzakerenin devamına ve nihayetinde sözleşmenin kurulmasına yönelik olmasına karşın, sözleşme konusunun fiyatı veya teslim koşulları gibi sözleşme unsurları üzerinde kendileri için en elverişli durumu sağlamak amacıyla yaptıkları ve öneri niteliğinde olmayan açıklamalarının tamamına öneriye davet denilir. Öneriye davet, iki farklı biçimde gerçekleşir. Birinci durumda, açıklamada bulunanın sözleşmenin kurulması yönünde bağlayıcı iradesi yoktur. Bu tür

açıklamaya bağlayıcı olmayan öneri denilir. Bağlayıcı iradenin bulunmaması, açıklamada bulunanın önerisiyle bağlı olmadığını açıkça saklı tutması veya bunun işin özelliğinden yahut durumun gereğinden anlaşıldığı ihtimallerde söz konusu olur. İkinci durumda ise açıklamada bulunanın sözleşmenin kurulması yönünde bağlayıcı iradesi vardır ancak bu açıklama, kanun gereği, öneriye davet sayılır. Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi böyledir.

8. Kabul, önerinin yöneltildiği kişi tarafından gerçekleştirilen ve sözleşmenin öneride belirlenen içeriğe uygun olarak kurulmasını sağlayan irade açıklamasıdır. Kabul de yöneltmesi gerekli bir irade açıklamasıdır. Kabul, çok defa, öneriye karşı verilmiş bir cevap açıklamasıdır. Bununla birlikte, önerinin ulaşmasından önce yöneltile ve bu sebeple öneriye cevap niteliğinde sayılması mümkün olmayan bazı irade açıklamalarının kabul olarak nitelendirilmesi mümkündür. Kabul, açıklamada bulunanın sözleşmenin kurulması yönündeki (işlem) iradesini içerir. Bu irade, açıklamada bulunan açısından kesin niteliktedir. Kesinlik, açıklamada bulunanın, sözleşmenin öneriye uygun şekilde kurulması yönündeki mutlak iradesini ifade eder. Kabul de iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmenin (öneri ile birlikte) iki eş parçasından biridir. Ayrıca kabul, yenilik doğuran hukuki işlem olarak da nitelendirilemez.

9. Kabulün içeriği, önerinin içeriği doğrultusunda belirlenir. İrade açıklaması, önerinin belirlediği objektif veya subjektif esaslı nokta sınırını aşıyorsa, karşı öneri olarak nitelendirilebilir. Kabul, açık veya örtülü nitelikte olabilir. Mutat yöntemler aracılığıyla (irade beyanı olarak) gerçekleşen bir kabulün açık veya örtülü nitelikte olabileceği hususunda tereddüt yoktur. Davranış aracılığıyla gerçekleşen kabul ise çoğu kez örtülü niteliktedir. Örtülü kabul, fiili kabul ve susma olarak ikiye ayrılır. Fiili kabul, davranış aracılığıyla gerçekleşen kabulü ifade eder. Susma ise -kural olarak- kabul niteliğinde değildir. Bununla birlikte susma, iki ihtimalde, kabul olarak nitelendirilebilir. Birinci ihtimalde taraflar, bir önsözleşme veya çerçeve sözleşme kapsamında, susmanın kabul olarak nitelendirileceği hususunu kararlaştırmışlardır. Böyle bir durumda susma aracılığıyla gerçekleşen kabul, gerçek anlamda bir (örtülü) irade açıklaması niteliğindedir. İkinci ihtimalde ise susma, kanunun belirlediği koşullar çerçevesinde, önerinin yöneltildiği kişinin sözleşmenin kurulması yönündeki

(işlem) irade eksikliğine karşın normatif anlamda bir irade açıklaması sayılarak kabul olarak hüküm doğurmaktadır.

10. Öneri ve kabul açıklamalarını gerçekleştiren kişiler, öneren ve muhatap olarak ifade edilir. Bir sözleşmede öneride bulunan taraf olabilmek için hak ehliyetine sahip olmak, diğer bir deyişle hukuk düzeni bakımından kişi olarak kabul edilmek gerekli ve yeterlidir. Bu kapsamda öneren, sözleşmenin kurulması için öneride bulunan tarafı oluşturan her gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Muhatap ise kendisine öneri yöneltilmiş gerçek veya tüzel kişidir. Muhatap, önerinin kendisine ulaşması sonucunda bir sözleşme kurma yetkisi elde etmiş olur. Önerinin yöneltilmesi gerekli bir irade açıklaması olması yönüyle muhatap da belirli kişi veya kişilerden ibarettir. Muhatabın belirli kişi veya kişiler olmamasına rağmen önerinin geçerli olması, bu konuda TBK m. 8/2 hükmünde olduğu gibi kanuni bir düzenleme bulunmasına bağlıdır.

11. Öneri veya kabul, kural olarak, öneren veya muhatap tarafından gerçekleştirilecek tek taraflı irade açıklaması sonucunda serbestçe geri alınamaz. Ne var ki önerenin veya muhatabın irade açıklamalarını hiçbir durumda geri alamamaları yönünde bir ilke benimsemek de bütünüyle adil sayılmaz. Buna göre önerinin veya kabulün, yöneltildikleri kişilerin menfaatine aykırı olmayacak şekilde geri alınmaları imkanını tanımakta bir engel yoktur. Nitekim TBK m. 10 hükmü, önerinin ve kabulün geri alınmasını düzenlemektedir. Önerinin ve kabulün geri alınması, sınırlı sayıdaki durumda bozucu yenilik doğuran, büyük çoğunlukla alelade bir hak niteliğindedir. Önerinin veya kabulün geri alınabilmesi, bu açıklamaların hüküm doğurmaya başlamamış ve geri alma açıklamasının karşı tarafa ulaşmış olmasına bağlıdır. Önerinin ve kabulün hüküm doğurmaya başlamasına rağmen geri alınabilmesi, daha sonra ulaşmış geri alma açıklamasının, daha önce ulaşmış öneri ve kabul açıklamalarından daha önce öğrenilmiş olması ihtimalinde mümkündür.

12. Taraflardan birinin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırladığı sözleşme hükümleri, genel işlem koşulu olarak tanımlamaktadır. Kanunda, bu tür hükümleri içeren sözleşmeler bakımından düzenleyenin karşısındaki tarafı koruma amacıyla birtakım emredici düzenlemeler yer

almaktadır. Belirtilen bu düzenlemelerden başlıcası, genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olması, diğer bir deyişle genel işlem koşulunun yürürlük denetimidir. Yürürlük denetimi, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin kurulması bakımından, irade açıklamalarının karşılıklı olmasına ilişkin getirilen özel düzenlemeleri ifade etmektedir. Düzenleyenin karşısında yer alan tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olması, TBK m. 21/1 hükmüne göre, bu hükümler hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmiş olmasına ve karşı tarafın da bu hükümleri açık veya örtülü olarak benimsemiş olmasına bağlıdır.

13. İrade açıklamalarının birbirine uygun olması, sözleşmenin kurucu unsurlarından biridir. İrade açıklamalarının birbirine uygun olması, bahsi geçen açıklamalardan her birinin subjektif unsuru olan iradenin ve objektif unsuru olan açıklamanın kendi içerisinde uyumlu olması, belirtilen irade açıklamalarının birbirinin aynısı olması veya bunların aynı anlama gelmesi ve nihayet tarafların kurulması öngörülen sözleşmede yer alacak bütün unsurlar üzerinde uyum sağlamış olmaları değildir. İrade açıklamalarının birbirine uygun olması, tarafların açıklamaları arasındaki uygunluğu ifade eder.

14. Sözleşmenin kurulmuş sayılması ile kurulması birbirinden farklıdır. Sözleşmenin kurulmuş sayılması, aksi ispat edilebilir bir karineyi ifade eder. Taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı üzerinde toplanan anlaşmazlık, birtakım unsurlar üzerinde uygunluk sağlandığı tespit edildiğinde, karine gereği, sözleşmenin kurulmuş sayıldığı yönünde çözümlenir. Sözleşmenin kurulmadığını iddia eden taraf, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Buna göre kurulmuş sayılma karinesi, aynı zamanda bir ispat kuralı niteliğindedir. Sözleşmenin kurulması ise kurulmuş sayılma karinesinin aksinin ispat edilememesi sonucunda ulaşılan hukuki sonuçtur.

15. Uygunluk kavramı, biçim uygunluğu ve maddi uygunluk olmak üzere ikiye ayrılır. Biçim uygunluğu, irade açıklamalarının, kanunda öngörülen klasik sözleşme kurma yöntemi bakımından, zamansal olarak (öneri ve kabul görünümünde) birbirini takip etmesini; maddi uygunluk, irade açıklamalarının, tarafların sözleşme ilişkisine dahil olma (işlem) iradesi ve sözleşme içeriği bakımından birbirine uygun olmasını ifade

eder. Ancak öğretide, uygunluk denildiğinde bundan yalnızca maddi uygunluk anlaşılır.

16. Maddi uygunluk, gerçek ve normatif uygunluk olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşme taraflarının birbirini doğru olarak anladığı durumlar, gerçek uygunluk olarak nitelendirilir. Sözleşme kurmaya elverişli her bir irade açıklamasının, kural olarak, irade ve açıklama unsurları arasında uyum içerisinde olması beklendiği için bu tür uygunluğa normal uygunluk da denilir. Taraflardan en az biri, diğer taraftan farklı olarak, irade açıklamalarının birbirine uygun olmadığını veya uygun olduğunu ileri sürüyorsa bu durumda taraflar arasında uygunluk anlaşmazlığı söz konusu olur. Uygunluk anlaşmazlığı, taraf irade açıklamalarının güven ilkesi doğrultusunda yorumlanmasıyla çözümlenir . Yorum sonucunda, taraflardan birinin iradesi ile diğer tarafın irade açıklamasına güven ilkesi doğrultusunda yüklenecek anlam arasında oluşan uygunluk, normatif uygunluk olarak nitelendirilir.

17. Taraf irade açıklamalarının, gerçek veya normatif olarak, birbirine uygun olmasında kapsam, başlıca iki hususa yöneliktir. Bunlardan biri, tarafların sözleşme ile bağlanma yönündeki (işlem) iradesidir. Taraflardan birinin iradesi, sözleşme ile bağlanma yönünde değilse ve bu durum, güven ilkesi doğrultusunda, karşı tarafça biliniyor yahut bilinmesi gerekiyor ise sözleşme kurulmaz. Nitekim öğretide bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır. Uygunluk kapsamında aranması gereken diğer ve asıl husus ise sözleşmenin içeriğidir. Taraflar sözleşme ilişkisine dahil olma yönünde bir irade taşıyor olsalar dahi, irade açıklamaları sözleşme içeriği üzerinde birbirine uygun değilse sözleşme kurulmaz.

18. Sözleşme içeriğinde yer alan her bir unsur, nokta terimiyle ifade edilir. Bu terim, tarafların kurmak istedikleri sözleşmede düzenlenmesi gerekli olan veya halihazırda düzenlenmiş kısımları ifade etmektedir. Bu kısımların, kurulması istenen sözleşmede zorunlu veya ihtiyari bir unsura ilişkin olması ise önemli değildir. Sözleşme noktaları, Ortak hukuk döneminden bugüne, "*essentialia negotii*", "*naturalia negotii*" ve "*accidentalia negotii*" olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda, esaslı nokta ve ikinci derece nokta biçiminde farklı bir ayrım benimsenmiştir.

19. Sayısız sözleşme unsuru içerebilecek irade açıklamalarının nihayetinde sözleşmeyi kurulabilmesi için -en azından- hangi unsurlar üzerinde birbirine uygun olması gerektiği, kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, TBK m. 2 hükmünde, birtakım sözleşme unsurları üzerinde uygunluk sağlayan taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş sayılmasına yönelik iki karine yer almaktadır. Birinci karineye göre, esaslı noktalar üzerinde uygunluk sağlayan tarafların ikinci derece noktaların üzerinde durmadıkları veya üzerinde durmakla birlikte bunların çözümünü ileriye bıraktıkları durumlarda, sözleşme kurulmuş sayılır. TBK m. 2/1 hükmünde yer alan bu karine kapsamında esaslı nokta kavramı, objektif esaslı nokta ile sınırlıdır. İkinci karineye göre, ikinci derece noktalar üzerinde uyuşamazsa hakim uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar. TBK m. 2/2 hükmünde yer alan bu karinede ikinci derece noktanın saklı tutulmuş olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Saklı tutulmayan ikinci derece nokta üzerindeki uyuşmazlık, yedek hukuk kurallarına göre çözümlenir. Saklı tutulan ikinci derece nokta üzerindeki uyuşmazlık ise hakim tarafından işin özelliğine bakarak karara bağlanır.

20. Sözleşmenin kurulabilmesi için irade açıklamalarının sözleşmenin hangi unsurları üzerinde birbirine uygun olması gerektiği hususunda hakim görüş, irade açıklamalarının, sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun olması ve aynı zamanda bu noktaların taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması gerektiği yönündedir. Ancak gerekçe ve sonuç bakımından farklılaşmakla birlikte, öğretide farklı yöndeki görüşler de savunulmaktadır. Kanımızca, sözleşmenin kurulabilmesi için irade açıklamalarının sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun olması gerekir. Ayrıca bu noktaların, taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmış olması aranır. Esaslı noktaların objektif veya subjektif nitelikte olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak üzerinde uygunluk sağlanması gerekli objektif esaslı nokta kavramının günümüz sözleşme anlayışı çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekir.

21. Objektif esaslı nokta, bu noktayı oluşturan unsurun miktarından bağımsızdır. Objektif esaslı noktanın miktar itibarıyla az veya çok olması, çoğu kez, taraflar bakımından sözleşmenin kurulması için üzerinde uygunluk sağlanması olmazsa olmaz

koşul niteliğindedir. Bu durum ise objektif esaslı nokta niteliğindeki unsurun miktarının, subjektif esaslı nokta niteliğinde olduğunu gösterir. Demek oluyor ki objektif esaslı noktanın miktar bakımından kapsamı, esasen, (objektif) ikinci derece nokta niteliğindedir. İkinci derece nokta niteliğindeki miktarın üzerinde durulmaması veya bu noktanın saklı tutulması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Bu tür bir nokta üzerindeki uyuşmazlık sebebiyle oluşan sözleşme boşluğu, yedek hukuk kurallarına göre çözümlenir veya hakim tarafından işin özelliğine göre karara bağlanır.

22. Uyuşmazlık kavramı, sözleşme uyuşmazlığı ve basit uyuşmazlık olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşme uyuşmazlığı, irade açıklamaları arasında normatif uygunluğun bulunduğu durumlarda söz konusu olur. Zira böyle durumlarda sözleşme, irade bozukluklarına ilişkin hükümler çerçevesinde, gerçek iradesine aykırı olarak sözleşme kurulan tarafın irade açıklaması sonucunda iptal edilebilir. Basit uyuşmazlık ise irade açıklamalarının, gerçek veya normatif anlamda birbirine uygun olmadığı durumları ifade etmektedir. Bu ikinci durumda, uyuşmazlık ve uygunluk kavramlarının, içerikleri itibarıyla birbirine zıt durumları işaret ettikleri kendiliğinden anlaşılır. Ancak öğretilde, uyuşmazlık denildiğinde bundan yalnızca basit uyuşmazlık anlaşılır.

23. Uyuşmazlık kavramına ilişkin başka ayrımlar da yapılmaktadır. Gerçek uyuşmazlık ve gerçek olmayan uyuşmazlık ayrımı, uyuşmazlık konusu unsurun niteliğine göre yapılır. İrade açıklamaları arasındaki uyuşmazlığın sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde olması durumunda gerçek uyuşmazlık, sözleşmenin ikinci derece noktaları üzerinde olması durumunda ise gerçek olmayan uyuşmazlık söz konusudur. Gerçek uyuşmazlık, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Gerçek olmayan uyuşmazlık ise sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Uyuşmazlık kavramına ilişkin olarak yapılan diğer ayrımlarda da sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi bakımından yine üzerinde uyuşmazlık bulunan unsurun esaslı veya ikinci derece nokta olması dikkate alınır.

24. Sözleşmenin kurulma sürecinde tarafların iradeleri, bu sürecin dar anlamıyla sözleşme hukuki işleminin oluşması ile sonuçlanmasına ve böylece sözleşme hükümlerinin yürürlüğe girmesine yöneliktir. Sözleşme hükümleri, bağlayıcı/kurucu hüküm ve maddi/yenilik doğurucu hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşme

taraflarından herhangi birinin, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucunda kurdukları sözleşmeyi tek taraflı irade açıklaması sonucunda değiştirmesinin veya sona erdirmesinin mümkün olmaması bağlayıcı/kurucu hüküm, soyut bir hukuki işlem olan sözleşmenin kurulmasının ardından tarafların satış bedelini veya satılanın mülkiyetinin ve zilyetliğinin devrini talep etme hakları gibi maddi sonuçları maddi/yenilik doğurucu hüküm olarak ifade edilir. Sözleşmenin kurulması denildiğinde sözleşmenin bağlayıcı/kurucu hükmünün yürürlüğe girmesi, sözleşmenin hüküm doğurması denildiğinde ise sözleşmenin maddi/yenilik doğurucu hükümlerinin yürürlüğe girmesi anlaşılmalıdır. Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an, Türk ve İsviçre hukuklarında birbirinden ayrılmıştır.

25. Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın belirlenmesinde kabulün hazır olana karşı yöneltilmesi, hazır olmayana karşı yöneltilmesi ve yöneltilmemiş olması durumlarını esas alan bir ayırım yapılmalıdır. Kabulün hazır olana karşı yöneltilmesi durumunda sözleşme, irade açıklamasının gerçekleştiği anda kurulur ve bu andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Kabulün hazır olmayana karşı yöneltilmesi ihtimalinde sözleşmenin hangi anda kurulduğu belirsizdir. Bu belirsizlik, esasen, Türk ve İsviçre hukuklarında yöneltilmesi gerekli irade açıklamasının hangi andan itibaren hüküm doğurmaya başlayacağına ilişkin genel nitelikli bir kanuni düzenleme bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu konuda, kanundaki düzenlemeler incelendiğinde, sözleşmenin kabulün ulaştığı anda kurulduğu ancak gönderildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başladığı sonucuna varılmalıdır. Kabulün yöneltilmemiş olması durumu da ikiye ayrılmalıdır. Sözleşme, kabulün irade faaliyeti aracılığıyla gerçekleştirildiği durumlarda fiilin yapıldığı anda, kabulün susma ile gerçekleştiği durumlarda önerinin reddedilebileceği uygun sürenin sonunda kurulur. Böyle durumlarda sözleşme, önerinin ulaştığı andan itibaren hüküm doğurmaya başlar.

26. Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an ayrımı, günümüzde sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Ancak bu ayrımın ortaya çıkardığı teorik sonuçlar oldukça önemlidir. Özellikle başlangıçta ve sonraki imkansızlık ayrımı, borcun doğumu ve muaccel olması, faizin ve zamanaşımının başlangıcı, birden fazla tasarruf

işlemi arasındaki sıranın ve nihayet satıcının zapttan sorumluluğu ile gerçek kişi kefilin sorumlu olduğu azami sürenin başlangıcı hususlarında, sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı an ayrımının teorik sonuçları görülür. Ancak Türk ve İsviçre hukukları dışında örneği bulunmayan bu ayrımın ilga edilmesi isabetli olur.



KAYNAKÇA

- Aepli, Viktor : Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürich, 1991 (Aepli, ZK-OR).
- Akbıyık, Cem : “Türk Borçlar Kanunu’na Göre İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, 2012, s. 25-46.
- Akçaal, Mehmet : Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Ankara, 2020.
- Akıncı, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. bs., Konya, 2017.
- Akkanat, Halil : Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000.
- Aksoy Dursun, Sanem : Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008 (Aksoy Dursun, Sözleşme).
- Aksoy Dursun, Sanem : “Borçlar Hukukunda “Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)” Kuralının Uygulanması”, İstanbul Hukuk

- Mecmuası, C. 76, S. 1, s. 133-152
(Aksoy Dursun, Falsa)
- Akyol, Şener : Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul, 1995 (Akyol, Borçlar).
- Akyol, Şener : Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, 2010 (Akyol, Yorum).
- Altunkaya, Mehmet : Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara, 2005.
- Antalya, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. bs., Ankara, 2019.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. bs., Ankara, 2015.
- Aslan, İ. Yılmaz : 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. bs., Bursa, 2015.
- Ataay, Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. bs., İstanbul, 1995.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2018.
- Atamer, Yeşim M. : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. bs., İstanbul, 2001.
- Atar, Eray Aksın / Erzengin, Ertuğrul : "Mukayeseli Hukukta Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması ve Bu Duruma Bağlanan Hukuki

- Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, 2020, s. 339-381.
- Atasoy, Kemal : Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, İstanbul, 2020.
- Augner, Jörn : Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung, Frankfurt am Main - Bern - New York, 1985.
- Ayan, Mehmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. bs., Ankara, 2016.
- Aydoğdu, Murat : Genel İşlem Koşulları Şerhi, Ankara, 2018.
- Ayhan, Rıza : "Teyit Mektubu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 51-70.
- Barth, Hans Rudolf : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Aarau, 1958.
- Baş Süzel, Ece : "Sipariş Edilmemiş Mal Gönderilmesi veya Hizmet Sağlanması", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 163-199 (Baş Süzel, Sipariş).
- Baş Süzel, Ece : "Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu", Bahçeşehir

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
Y. Temmuz-Ağustos 2018, C. 13, S.
167-168, s. 9-37 (Baş Süzel, Tüketici).
- Baysal, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, 3. bs.,
İstanbul, 2019.
- Becker, Hermann : Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1.
Abteilung, Allgemeine Bestimmungen
ART. 1-183, Bern, 1941 (Becker, BK-
OR).
- Behling, Thorsten B. : Der Zugang elektronischer
Willenserklärungen in modernen
Kommunikationssystem, Baden-
Baden, 2007.
- Belen, Herdem : 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel
Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul, 2014.
- Blum, Germaine : Smart Contracts, Grundlagen,
Leistungsstörungen und
Rechtsdurchsetzungsmechanismen,
Zürich-Basel-Genf, 2018.
- Brinkmann, Franz-Josef : Der Zugang von Willenserklärungen,
Berlin, 1984.
- Brunner, Christoph : UN Kaufrecht - CISG, Kommentar
zum Übereinkommen der Vereinten
Nationen über Verträge über den
internationalen Warenkauf von 1980,

- Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern, 2004.
- Brückner, Christian : Das Personenrecht des ZGB, Zürich, 2000.
- Bucher, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Auflage, Zürich, 1988 (Bucher, OR AT).
- Bucher, Eugen : “Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?”, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 102 II, 1983, s. 251-383 (Bucher, Hundert Jahre).
- Bucher, Eugen : “Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit beim Kauf, Zum angeblichen Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55 des Wiener Kaufrechts”, Mélanges Paul Piotet, Berne, 1990, s. 371-408 (Bucher, Preisvereinbarung).
- Burgard, Ulrich : “Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation”,

- Archiv für die civilistische Praxis, B. 195, H. 1, 1995, s. 74-136.
- Buz, Vedat : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005 (Buz, Yenilik).
- Buz, Vedat : Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007 (Buz, Kamu).
- von Büren, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.
- Carbonara, Antonio : “Privatautonomie und Vertragsschluss”, Vertrauen, Vertrag, Verantwortung: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich, 2007, s. 85-105.
- Coing, Helmut : “A Typical Development in the Roman Law of Sales”, Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgesichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht: 1947-1975, Band 1, Frankfurt am Main, 1982, s. 61-74.
- Cumalıoğlu, Emre : Yayım Sözleşmesi, İstanbul, 2018.
- Çabri, Sezer : 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016 (Çabri, Tüketici).
- Çabri, Sezer : "Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr.

- Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 585-613 (Çabri, Zapt).
- Çekin, Mesut Serdar : "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 1, s. 315-341.
- Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır : Milletlerarası Özel Hukuk, 15. bs., Ankara, 2017.
- Çetiner, Bilgehan : "Dernekler Örneğinde Tüzel Kişi Temsil Organının Temsil Gücünün/Yetkisinin Sınırlanması", Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, İstanbul, 2020, s. 231-253.
- Çınar, Ömer : Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul, 2013.
- Demir, Mehmet : Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 2001 (Demir, Geri Alma).
- Demir, Mehmet : Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara, 2004 (Demir, Mesafe).

- Demirsatan, Barış : Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2019 (Demirsatan, Haksız).
- Demirsatan, Barış : "Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2020, s. 219-253 (Demirsatan, Zapt).
- Develioğlu, Hüseyin Murat : "Fransa'da Sözleşmeler Hukuku Alanındaki Reformda Yer Alan Sözleşmenin Kurulması ile İlgili Bazı Düzenlemeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2-1, 2016, s. 601-613.
- Diederichsen, Uwe : "Der Auslegungsdissens", Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November, Berlin-New York, 1984, s. 421-441.
- Dörner, Heinrich : "Rechtsgeschäfte im Internet", Archiv für die civilistische Praxis, Band 202, Heft 3, 2002, s. 363-396.
- Dural, Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan : Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku, 11. bs., İstanbul, 2016.

- Engin, Baki İlkay : “Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiyeye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var mıdır?”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 313-321.
- Ennecerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen, 1960.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra : Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık, İstanbul, 2016.
- Erdem, Mehmet : Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. bs., Ankara, 2019 (Eren, Borçlar Genel).
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. bs., Ankara, 2019 (Eren, Borçlar Özel).
- Ergüne, Mehmet Serkan : Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008 (Ergüne, Olumsuz).
- Ergüne, Mehmet Serkan : Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011 (Ergüne, Yorum).
- Ergüne, Mehmet Serkan : “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi

- Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXII, S. 1-2, 2004, s. 351-380 (Ergüne, İmkansızlık).
- Erman, Alexander Walter (Begr.) : Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, Köln, 2017 (Erman-BGB).
- Erman, Hasan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul, 2010.
- Esener, Turhan / Gündoğdu, Fatih : Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48), İstanbul, 2017.
- Eugster, Bruno : “Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten”, Schweizerische Juristen-Zeitung, 74. Jahrgang, Heft 22, 1978, s. 344-345.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. bs., İstanbul, 1976.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. bs., İstanbul, 1977.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. 1, 4. bs., İstanbul, 1980 (Feyzioğlu, Özel).
- Flume, Werner : Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das

- Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg, 1992.
- Forstmoser, Peter : “Die rechtliche Behandlung von Allgemein Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht”, Festgabe für Prof. Dr. Max Kummer, Bern, 1980, s. 99-142.
- Fried, Charles : Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation, 2. Edition, New York, 2015.
- Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K. (Hrsg.) : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2016 (Yazar Adi, CHK-OR).
- Gauch, Peter : Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2019 (Gauch, Werkvertrag).
- Gauch, Peter : “Vertrag und Parteiwille”, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, 1982, s. 343-368 (Gauch, Vertrag).
- Gauch, Peter : “Von den wesentlichen Vertragspunkten”, recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, S. 45, 1991, s. 45-52 (Gauch, Vertragspunkten).

- Gauch, Peter / Schulep, Walter R. / : Schweizerisches Obligationenrecht
Schmid, Jörg Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Auflage,
Zurich-Basel-Genf, 2014.
- Gauch, Peter / Schulep, Walter R. / : Schweizerisches Obligationenrecht
Emmenegger, Susan Allgemeiner Teil, Band 2, 10. Auflage,
Zurich-Basel-Genf, 2014.
- Gezder, Ümit : Mukayeseli Hukuk Açısından
İnternette Akdedilen Sözleşmelerde
Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2004
(Gezder, İnternet).
- Gezder, Ümit : Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in
contrahendo Sorumluluğu, İstanbul,
2009 (Gezder, Culpa).
- Gezder, Ümit : "Mukayeseli Hukukta Web
Sitelerindeki Tekliflerin İcap mı İcaba
Davet mi Olduğu Sorunu", Prof. Dr.
Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul,
2004, s. 701-721 (Gezder, Web).
- Gezder, Ümit : "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda
Sözleşmenin Kuruluşuna Dair Bazı
Değişiklikler ve Yenilikler (YTBK m.
4; m. 7; m. 8)", Prof. Dr. Cevdet
Yavuz'a Armağan, 2. bs., İstanbul,
2012, s. 33-65 (Gezder, Değişiklikler).
- Giritlioğlu, Necla : Yayın Sözleşmesi, İstanbul, 1967.

- Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Nicolas : Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000.
- Guhl, Theo / Merz, Hans / Kummer, Max : Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich, 1980.
- Gümüş, Mustafa Alper : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde:1-46), İstanbul, 2014 (Gümüş, Tüketici).
- Gümüş, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 4. bs., İstanbul, 2019 (Gümüş, Borçlar)
- Gündoğdu, Fatih : Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014.
- Gürzumar, Osman Berat : Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995 (Gürzumar, Franchise).
- Gürzumar, Osman Berat : Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara, 2006 (Gürzumar, Sözleşme).
- Gürzumar, Osman Berat : "Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

- Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. 1, S. 1, Y. 2004, İstanbul, s. 105-161 (Gürzumar, Medeni).
- Hacımahmutoğlu, Sibel : Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın (Yönetim Kurulunun) Yetkilerinin Sınırlandırıl原因aması, Ankara, 2016.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. bs., İstanbul, 2017.
- Hausheer, Heinz / Aebi-Müller, Regina E. : Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern, 2012.
- Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Artikel 1-9 ZGB, Band 1, Bern, 2012 (Yazar Adı, BK-ZGB).
- Helvacı, İlhan : Turkish Contract Law, Cham, 2017.
- Helvacı, Mehmet : Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, 2000.
- Higi, Peter : “Die Vertragsänderung und Art. 269d OR”, Aktuelle Juristische Praxis, 1998, s. 767-776.

- Hodler, Ernst : Der Widerruf nach schweizerischem Obligationenrecht verglichen mit dem deutschen Recht, Bern, 1909.
- Hoffmann, Egon : Auslobung und Preisausschreiben nach schweizerischem Recht, Zürich, 1947.
- Honsell, Heinrich : Römisches Recht, 8. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2015 (Honsell, Römisches).
- Honsell, Heinrich : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Auflage, Zürich, 2017 (Honsell, BT).
- Honsell, Heinrich : “Willentheorie oder Erklärungstheorie?”, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis - Festschrift für Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Bern, 2005 (Honsell, Theorie).
- Honsell, Heinrich (Hrsg.) : Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Auflage, Wien, 2009 (Yazar Adı, UN-Kaufrecht).

- Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim : Basler Kommentar zum
Peter / Wiegand, Wolfgang (Hrsg.) Schweizerischen Privatrecht,
Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel,
2015 (Yazar Adı, BSK-OR).
- Huguenin, Claire : Obligationenrecht, Allgemeiner und
Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich-
Basel-Genf, 2019.
- Hürlimann, Roland : Teilnichtigkeit von Schuldverträgen
nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg,
1984.
- Işıқтаç, Yasemin : Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2.
bs., İstanbul, 2014.
- İnal, Emrehan : E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve
İnternette Sözleşmelerin Kurulması,
İstanbul, 2005 (İnal, İnternet).
- İnal, Emrehan : Reklam Hukuku ve Aldatıcı
Reklamlar, İstanbul, 2000 (İnal,
Reklam).
- İnal, Emrehan / Baysal, Başak : Reklam Hukuku ve Uygulaması,
İstanbul, 2008.
- İnan, Ali Naim : Türk Hukukunda İlan Suretiyle
Yapılan Vaadler, Ankara, 1961.
- İnceoğlu, M. Murat : Kira Hukuku, C. 1, İstanbul, 2014.
- İnceoğlu, M. Murat / Başoğlu, Başak : “Sipariş Edilmemiş Malların
Gönderilmesi”, Prof. Dr. Rona

- Serozan'a Armağan, C. 2, İstanbul, 2010, s. 981-1027.
- İşgüzar, Hasan : Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989.
- Jansen, Nils / Zimmermann, Reinhard : Commentaries on European Contract Laws, Oxford, 2018 (Yazar Adı; (Edited by) CECL).
- Jung, Ute : “Die Einigung über die “essentialia negotii” als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages”, Juristische Schulung, 1999, s. 28-32.
- Kanışlı, Erhan : İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul, 2018.
- Karaşahin, Yasin Alperen : Parteiautonomie im Verjährungsrecht, Inhalt und Grenzen, Zürich, 2017.
- Kaya Kızılırmak, Cansu : Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri, İstanbul, 2019 (Kaya Kızılırmak, Kefalet).
- Kaya Kızılırmak, Cansu : CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul, 2012 (Kaya Kızılırmak, CISG).

- Keller, Ernst : Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschlusse, Aarau, 1943.
- Keller, Max / Schöbi, Christian : Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, 1988.
- Kırca, Çiğdem : Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997 (Kırca, Franchise).
- Kırca, Çiğdem : “İnternette Sözleşme Kurulması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XX, S. 4, 2000, s. 99-119 (Kırca, İnternet).
- Kocaağa, Köksal : “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 79, 2008, s. 73-102.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968 (Kocayusufpaşaoğlu, Hata).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. bs., İstanbul, 2017 (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar).
- Koch, Wilhelm : Der Zugang der Willenserklärung, Marburg, 1932.

- Koller, Alfred : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern, 2017 (Koller, OR AT).
- Koller, Alfred : “Konsens- oder Formmangel?”, Aktuelle Juristische Praxis, 2020, s. 165-170 (Koller, Konsens).
- Kötz, Hein : Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen, 2015.
- Kramer Ernst A. : Grundfragen der vertraglichen Einigung, München, 1972 (Kramer, Grundfragen).
- Kramer Ernst A. : “Anmerkungen zum Konsenserfordernis bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen”, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, B. 1, München, 2007, s. 665-677 (Kramer, Anmerkungen).
- Kramer, Ernst A. / Schmidlin, Bruno : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern, 1986 (Yazar Adı, BK-OR).

- Kren Kostkiewicz, Jolanta / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc / Fankhauser, Roland (Hrsg.) : OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Zürich, 2016 (Yazar Adı, OFK-OR).
- Krückmann, Paul : Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess, Tübingen, 1907.
- Kuntalp, Erden : Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. bs., Ankara, 2013.
- Kurşat, Zekeriya : İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017 (Kurşat, İnşaat).
- Kurt, Leyla Müjde : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara, 2016.
- Kuru, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (Kuru, Usul).
- Kuru, Baki : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, 2013 (Kuru, İcra).
- Küçükaydın, Emine Aslı : Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, İstanbul, 2018.
- Künzle, Hans Rainer : “Konsens und Dissens”, recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, S. 52, 1992, s. 52-58.
- Leenen, Detlef : Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages -zugleich

- ein Beitrag zur Lehre vom Dissens-,
Archiv für die civilistische Praxis, 188.
Band, Tübingen, 1988.
- Meier-Hayoz, Arthur : Das Vertrauensprinzip beim
Vertragsabschluss, Zürich, 1948.
- Merz, Hans : Obligationenrecht, Allgemeiner Teil
Schweizerisches Privatrecht, Band
VI/1, Basel, 1984 (Merz, SPR VI/1).
- Merz, Hans : Vertrag und Vertragsschluss, 2.
Auflage, Freiburg, 1992 (Merz,
Vertrag).
- Merz, Hans : “Die privatrechtliche Rechtsprechung
des Bundesgerichts im Jahre 1974”,
Zeitschrift des Bergischen
Juristenvereins, Band 112, 3, 1976, s.
97-117 (Merz, ZBJV).
- Müller, Christoph : Berner Kommentar zum
schweizerischen Privatrecht,
Obligationenrecht Allgemeine
Bestimmungen Art. 1-18 OR mit
allgemeiner Einleitung in das
Schweizerische Obligationenrecht,
Bern, 2018 (Müller, BK-OR).
- Neumayer, Karl H. : “Vertragsschluss durch
Kreuzofferten?”, Festschrift für Otto
Riese aus Anlass seines siebenzigsten

- Geburtstags, Karlsruhe, 1964, s. 309-328.
- Nomer, Haluk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. bs., İstanbul, 2018 (Nomer, Borçlar).
- Nomer, Haluk N. : “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, S. 8, C. 2, 2013, s. 2053-2074 (Nomer, Esaslı).
- Oğuzman, M. Kemal : Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, 4. bs., İstanbul, 1987.
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami : Medeni Hukuk, 21. bs., İstanbul, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. bs., İstanbul, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 14. bs., İstanbul, 2018.
- Oktay, Saibe : “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, 1996, s. 263-296.

- Oser, Hugo / Schöenberger, Wilhelm : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. umgearbeitete Auflage, Zürich, 1929 (Oser/Schöenberger, ZK-OR).
- Öz, M. Turgut / Acar, Faruk / Gökyayla, Emre / Develioğlu, H. Murat (Ed.) : İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, 3. bs., İstanbul, 2019 (Yazar Adı, İstanbul).
- Özdemir Kocasakal, Hatice : "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 30, S. 1-2, İstanbul, 2010, s. 27-88.
- Özel, Çağlar : Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1991.
- Özen, Burak : Kefalet Sözleşmesi, 4. bs., İstanbul, 2017 (Özen, Kefalet).
- Özen, Burak : Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul, 2019 (Özen, Kredi).
- Özen, Burak : "İradeyi Gösteren Fiillerle Kredi Açma Sözleşmesinin Kurulması", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 245-263 (Özen, İrade).
- Özer, Mustafa Tolga : Medeni Hukukta Hata Kavramı, İstanbul, 2019.
- Özkaraca, Ercüment : Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul, 2014.
- Özlük, Betül : İsmarlanmamış Edim, Ankara, 2018.
- Özsunay, Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 4. Bası, İstanbul, 1978 (Özsunay, Tüzel).
- Özsunay, Ergun : Borçlar Hukuku I, 2. bs., İstanbul, 1983 (Özsunay, Borçlar).
- Öztan, Bilge : Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970.
- Palandt, Otto (Begr.) : Bürgerliches Gesetzbuch, 78. neuarbeitete Auflage, München, 2019 (Yazar Adı, Palandt-BGB).
- Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray : 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, 2018.
- Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya (Ed.) : Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. bs., İstanbul, 2017 (Yazar Adı, Pekcanitez).

- Peksöz, Vildan : Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, İstanbul, 2020.
- Puchta, Georg Friedrich : Pandekten, Leipzig, 1877.
- Riesenhuber, Karl : Der Vertragsschluss im Entwurf für ein OR 2020, OR 2020 - Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Tübingen, 2016, s. 61-95.
- Sarıkaya, Murat : Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, 2019.
- von Savigny, Friedrich Carl : System des Heutigen Römischen Recht, Band 3, Berlin, 1840.
- von Savigny, Friedrich Carl : System des Heutigen Römischen Recht, Band 8, Berlin, 1849.
- Sağlam, İpek : Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24), İstanbul, 2013 (Sağlam, CISG).
- Sağlam, İpek : Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2007 (Sağlam, Elektronik).
- Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K. : Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, C. 1, İstanbul, 1958.
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, 8. Auflage,

- München, 2018 (Yazar Adı, MüKo-BGB).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I §§ 241-310, 8. Auflage, München, 2019 (Yazar Adı, MüKo-BGB).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/2, Schuldrecht-Besonderer Teil III/2 §§ 651a-704, 7. Auflage, München, 2017 (Yazar Adı, MüKo-BGB).
- Schläpfer, Max J. : Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht, Zürich, 1937.
- Schmid, Jörg (Hrsg.) : Zürcher Kommentar Obligationenrecht Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR) Art. 253-265 OR, Die Miete, 5. Auflage, Zürich, 2019 (Yazar Adı, ZK-OR).
- Schmid, Jörg / Stöckli, Hubert / Krauskopf, Frédéric : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2016.
- Schmoeckel, Mathias / Rücker, Joachim / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.) : Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, §§ 1-240 (Yazar Adı, HKK-BGB).

- Schönenberger, Wilhelm / Jäggi, Peter : Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-17, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Zürich, 1973 (Schönenberger/Jäggi, ZK-OR).
- Schraner, Marius : Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf, 2000 (Schraner, ZK-OR).
- Schwenzer, Ingeborg : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern, 2016.
- Schwenzer, Ingeborg / Schroeter, Ulrich G. (Hrsg.) : Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Auflage, München, 2019 (Yazar Adı, UN-Kaufrecht).
- Schwenzer, Ingeborg / Mohs, Florian : “Sözleşmenin Kurulması”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 2. bs., Ed. Yeşim Atamer, İstanbul, 2012.

- Serozan, Rona : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 7. bs., İstanbul, 2016 (Serozan, İfa).
- Serozan, Rona : Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2018 (Serozan, Medeni).
- Serozan, Rona : “Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5, 1969, s. 211-238 (Serozan, Parça).
- Serozan, Rona : “Yeni Borçlar Kanunu’nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 663-672 (Serozan, Yenilikler).
- Serozan, Rona / Baysal, Başak / Sanlı, Kerem Cem : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. bs., İstanbul, 2018.
- Soergel, Hans-Theodor (Begr.) : Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 Allgemeiner Teil §§ 104 - 240, 13. Auflage, Stuttgart, 1999 (Yazar Adı, Soergel-BGB).
- von Staudinger, Julius (Begr.) : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und

Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 90-124; 130-133 (Sachen und Tiere, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung), Berlin, 2017 (Yazar Adı, STK-BGB).

von Staudinger, Julius (Begr.) : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), Berlin, 2015 (Yazar Adı, STK-BGB).

von Staudinger, Julius (Begr.) : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 241-243 (Treu und Glauben), Berlin, 2015 (Yazar Adı, STK-BGB).

von Staudinger, Julius (Begr.) : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-661a (Maklervertrag; Auslobung), Berlin, 2016 (Yazar Adı, STK-BGB).

von Staudinger, Julius (Begr.) : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und

- Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht, 2018 (Yazar Adı, STK-CISG).
- Steiner, Rolf : Das Gestaltungsrecht, Zürich, 1984.
- Szostek, Dariusz : Blockchain and the Law, Baden-Baden, 2019.
- Şeker, Muzaffer : Yazılmamış Sayılma, İstanbul, 2015 (Şeker, Yazılmamış).
- Şeker, Muzaffer : "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10. Yıl'a Armağan, Y. 11, S. 22, 2012/2, s. 127-155 (Şeker, İnternet).
- Şeker, Muzaffer : "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, Güz 2013/2, s. 81-98 (Şeker, İsmarlanmayan).
- Şeker, Muzaffer : "Sipariş Edilmeyen Mal veya Hizmetler (TKHK m. 7) ile İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK m. 7)", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,

- Y. 13, S. 26, 2014/2, s. 73-93 (Şeker, Sipariş).
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. bs., İstanbul, 2008.
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. bs., İstanbul, 2008.
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. bs., İstanbul, 2010.
- Taşkın, Zeynep Damla : Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, 2020.
- Tekinay, Selahattin Sulhi : Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1992.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, 1993.
- Tercan, Erdal : İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara, 1996.
- Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- Topuz, Seçkin / Canbolat, Ferhat : “Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, s. 673-718.

- von Tuhr, Andreas : Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, München und Leipzig, 1914.
- von Tuhr, Andreas / Peter, Hans : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement), 3. Auflage, 1984.
- von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement), 3. Auflage, 1984.
- Tunçomağ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler, 6. bs., İstanbul, 1976.
- Ünan, Samim : Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt 1, Birinci Kısım: Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul, 2016.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah : Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. bs., Ankara, 2020.
- Weber, Rolf H. : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern, 2000 (Weber, BK-OR).

- Weber, Rolf H. : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 2005 (Weber, BK-OR).
- Windscheid, Bernhard : Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 6. Auflage, Frankfurt am Main, 1887.
- Witz, Wolfgang : Der unbestimmte Kaufpreis, Frankfurt, 1989.
- Wolf, Manfred / Neuner, Jörg : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München, 2016.
- Yalçınduran, Türker : Vekalet Sözleşmesinde Ücret, 2. bs., Ankara, 2007.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., İstanbul, 2014.
- Yelmen, Adem : Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014.
- Yılmaz, Ejder : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. bs., Ankara, 2019.

- Ziegler, Antje : Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, Bern-Stuttgart-Wien, 1992.
- Zimmermann, Reinhard : The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, 2006.
- www.kazanci.com : Kazancı Hukuk Otomasyon (Kazancı).
- www.legalbank.net : Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (Legalbank).
- www.lexpera.com.tr : Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (Lexpera).

ÖZGEÇMİŞ

Caner Taşatan, 1991 yılında İstanbul'da doğdu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2013 yılında mezun oldu. Özel hukuk yüksek lisansını Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde 2015 yılında tamamladı. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde özel hukuk doktorasına başladı. Halen İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.