Borçlar Hukuku Genel Hükümler
Güz Dönemi – Doping Serisi - 3

İÇİNDEKİLER

11. HAFTA

- GENEL İŞLEM KOŞULLARI....3
- UYGUN NEDENSELLİK BAĞI....18
- TAZMİNATIN İNDİRİM SEBEPLERİ....26

12. HAFTA

- ŞEKİL ÖZGÜRLÜĞÜ....29
- KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ....49

13. HAFTA

- SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU....60
- KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ DEVAM....77

14. HAFTA

- TEMSİL....84

15. HAFTA

✦TEMSİL DEVAM.....101

✦TEHLİKE SORUMLULUĞU.....113

CENART BORÇLAR GENEL 11. HAFTA

✦ GENEL İŞLEM KOŞULLARI

- Genel işlem koşulları, 19.maddede düzenlenen sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemlerden sonra 20.madde ve akabinde de **21,22,23,24 ve 25** arasında düzenlenmiştir.

- Düzenlenme hükümlerine genel olarak baktığımız vakit sanki *emredici hükümler anlamında bir düzenleme gözlemlenmektedir. Ayrıca dürüstlük kuralının yansıması da karşımıza çıkar.*

- Düzenleme itibariyle Alman Medeni Kanun'u nüans alınarak hazırlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'na getirilen yeni hükümlerden birisidir.

- Genel işlem koşulları bu kanun hükmü dışında yani TBK hükümleri dışında ***TTK madde 55'te fıkra 1 ve f bendinde ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, madde 5'te*** özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

- Genel işlem koşullarına kısaltılmış olarak "GİK" deniyor. Koşul dememizin sebebi de şu; teknik anlamdaki şarttan farklı bir anlam yüklemek için koşul kelimesini kullanırız.

- **Koşul kelimesinin gerçek karşılığı kayıttır. Yani sözleşme kaydı, sözleşme hükmü.**

▶Genel İşlem Koşullarının Gelişimi

Bildiğiniz üzere Roma Hukuku ve Liberalizmin en hakim olduğu dönemde, sözleşme özgürlüğüne bir rağbet talebi vardı ve sözleşmeye katılanlara iradelerini ve irade olgunluklarını bir ilke çerçevesinde yaptıkları kabul ediliyordu. Eşitlerin, eşit iradeleriyle oluşturdukları bir kurum olarak sözleşmeye bakılıyordu. Bu bildiğiniz bizim klasik bireysel sözleşme modeli. Ama özellikle sanayi devrimi sonrasında çeşitli ihtiyaçlar, genel işlem koşullarını ihtiva eden sözleşmenin oluşmasını sağladı.

- Özellikle bu sözleşmelere **tip sözleşme, örnek sözleşme, formül sözleşme, formula sözleşme** gibi isimler verilmeye çalışıldı. Biz daha çok standart sözleşme kelimesini tercih ediyoruz.

- Bunun içinde bir de **katılmalı sözleşmeler** diye başka bir sözleşme grubu var ki bunlar da aslında genel işlem koşullarına bir başka örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

- Demek ki 2 tip sözleşme var. **Bir geniş anlamda standart sözleşmeler diğeri de katılmalı sözleşmeleri ihtiva eden yine standart sözleşmeler.**

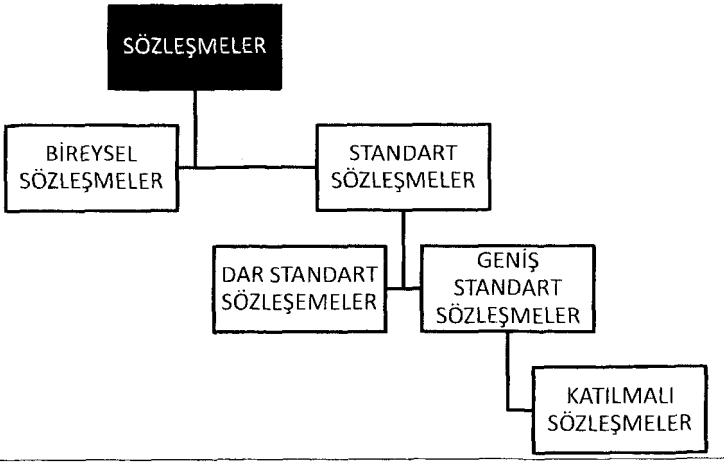
Bunların alt çeşitleri itibariyle nasıl çeşitleri vardır?

✓ Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi itibariyle ⇨**Genel Standart Sözleşme.**

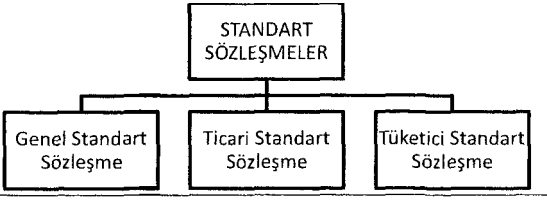
✓ TTK'de düzenlenmesi itibariyle ⇨**Ticari Standart Sözleşme.**

✓ Tüketici Kanunu'nda düzenlenmesi itibariyle⇨

Tüketici Standart Sözleşme.



AYRICA:



Burada tartışmamız gereken konulardan bir tanesi **ticari standart sözleşmelerine, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşulları uygulanacak mıdır? Uygulanmayacak mıdır?**

Doktrindeki ağırlıklı çoğunluk görüş:

- Bu hükümlerin ticari standart sözleşmelere de uygulanacağı noktasındadır.

Gökhan Hoca ve Yargıtay azınlık görüş olarak:

- Borçlar Kanunu hükümlerinin bu hükümlerinin ticari standart sözleşmelerine uygulanmayacağı noktasındadır.

SEBEBİ:

1) Zayıfın korunması ya da tüketicinin korunmasını gerektiren bir gerekçe yoktur. Yani bireysel standart sözleşme, tacirler arasında hala bir ilke olarak geçerlidir. Bundan sapmayı gerektirecek herhangi bir şeye ihtiyaç yoktur. (AMAÇSAL YORUM)

2) Tacirler arasındaki rekabet ilişkileri, Rekabet Kanunu ile özel olarak düzenlenmiştir. Hatta Rekabet Kanunu'na dayanılarak rekabet kuralı, tacirler arasındaki bazı sözleşmelerde rekabete aykırılık hususlarını özel olarak genel işlem niteliğinde olan bazı koşulları, özel olarak düzenlemiştir.

3) TTK'de genel işlem koşulları genel olarak düzenlenmemiştir. Özel olarak düzenlenmiştir ve farklı bir yapı olarak düzenlenmiştir. Haksız rekabetin bir unsuru olarak düzenlenmiştir.

Bu üç sebepten dolayı, gerekçe dolayısıyla ticari standart sözleşmelere Borçlar Kanunu 20 ve devamındaki genel işlem koşulları uygulanmaz.

Borçlar Kanunu hükümlerinin tüketici sözleşmelerine uygulanması söz konusu mudur?

- Genel hüküm ve özel hüküm ilişkisi ile, genel kanun-özel kanun ilişkisi kapsamına baktığımız zaman bir, özel hüküm bulunan yerlerde genel kanuna ihtiyaç duyulmayacaktır.

2 İstisnası vardır:

1) Bir tanesi, Tüketici Kanunu'nda düzenlenmeyen bir denetim türü. Özellikle kapsam denetimi, Tüketici Kanunu'nda haksız şartlarla ilgili olarak bir denetim şekli olarak düzenlenmemiştir. **Öyleyse kapsam denetimine ilişkin olarak Borçlar Kanunu hükümleri burada uygulanacaktır.**

Bir başka uygulama ihtimali de şöyledir; Borçlar Kanunu madde 60:

Madde 60: *Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*

2) Sonucu olarak, daha iyi koruyucu olan genel hükmün önceliği söz konusu olur. Eğer Borçlar Kanunu'na getirilen haksız denetime ilişkin bir hüküm TKHK'de düzenlenen haksız şartlara rağmen daha iyi bir koruma getiriyorsa genel kanun tercih edilebilir.

▼İltihaki Sözleşmelerin Değerlendirilmesi

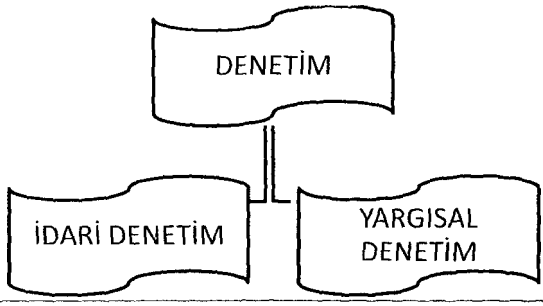
- Standart sözleşmeler geniş anlamıyla katılma ve iltihaki sözleşmeleri de kapsar.

20.maddenin son fıkrasına bakalım:

Madde 20/f.4: *Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*

- Burada bahsedilen sözleşmeler katılmalı ve iltihaki sözleşmelerdir.
- Aynı zamanda genel işlem koşullarının uygulama alanını da belirleyen bir düzenlemedir.
- Bu kanuna koyulmasının sebebi, kanunun yorumlanması suretiyle katılmalı sözleşmelere uygulanmasının engellenmemesi amacıyladır.
- Yani uygulanmasını sağlamak amacıyla konulmuş olan düzenlemelerdir.
- İltihaki ve katılmalı sözleşmelere, genel işlem koşulları uygulanır.

▶Genel İşlem Koşullarının Denetimi



- İdari denetim, idarenin uygulamış olduğu denetimdir. Örneğin, para cezasının yaptırımı daha çok görülür. Bu düzenlemeler daha çok görülür.

- Bizim Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler ise daha çok yargısal denetim anlamında sözleşmenin denetimidir.

- Bu denetim de uygulanan yaptırım daha çok geçersizlik türleri olan ya yazılmamış sayılma ya da kesin hükümsüzlüktür.

Genel işlem koşulları Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olsaydı, acaba genel hükümlerden hareketle aynı sonuca varılabilir miydi? Varılabilirse o zaman hangi genel hükümlerden yararlanılırdı?

1-Dürüstlük Kuralı, özellikle de hakkın kötüye kullanılması devreye girer.

2-Edimi tek taraflı belirleme yetkisi.

3-Kamu düzenine aykırılık.

4-Ahlaka aykırılık.

5-Aşırı yararlanma.

Hatta bu konuda Yargıtay'ın uygulaması, genel işlem koşullarına ilişkin olarak eski dönemde daha çok dürüstlük kuralına ve kamu düzenine dayanmakta idi.

Genel işlem koşulları niteliği itibariyle emredici hükümler olduğunu da burada anti parantez belirtelim.

Borçlar Hukuku Genel Hükümler
Güz Dönemi – Doping Serisi - 3

YARGISAL DENETİM AŞAMALARI

ÖN AŞAMA	GİK.NUN VARLIĞININ BELİRLENMESİ AŞAMASI (GİK.'NUN HUKUKİ OLGULARIN VARLIĞININ TESPİTİ) TBK.m.20

⇩

İKİNCİ DENETİM: GENEL KAPSAM DENETİMİ TBK.m.21

⇩

BİRİNCİ AŞAMA	İLİŞKİLENDİRME DENETİMİ TBK.m.21 f.1
İKİNCİ AŞAMA	YÜRÜRLÜK DENETİMİ TBK.m.21 f.1
ÖZEL KAPSAM DENETİMİ	ŞAŞIRTICI KURAL DENETİMİ TBK.m21.f.2
ÜÇÜNCÜ DENETİM	YORUM DENETİMİ TBK m.23
DÖRDÜNCÜ DENETİM	GENEL İÇERİK DENETİMİ TBK m.25
ÖZEL İÇERİK DENETİMİ	TBK m.24

Bu şemadan hareketle konuyu değerlendirmeye devam edelim.

20.maddenin 1.fıkrası ve 1.cümlesi, genel işlem koşullarını tanımlamıştır:

Madde 20/f.1: *Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*

- Bu tanımdan hareketle öncelikle ön aşama söz konusudur ki bu birinci denetim aşamasıdır. Ön denetim aşamasıdır. Genel işlem koşullarının varlığının tespit aşamasıdır.
- Sonraki aşama kapsam denetleme aşamasıdır.

Madde 21'de düzenlenmiştir:

Madde 21: *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. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

- Kapsam denetimi iki aşamadan oluşur. İlişkilendirme denetimi ve yürürlülük denetiminden.
- Sonraki aşama ise yani üçüncü aşama yorum denetimi aşamasıdır.
- Son denetleme aşaması ise içerik denetimi aşamasıdır.

- Kapsam denetimini de kendi içerisinde ikiye ayıracağız. Bir, genel kapsam denetimi bir de özel kapsam denetimi olarak.

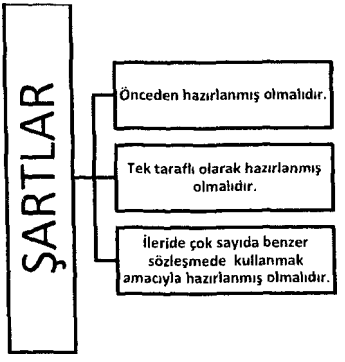
- Özel kapsam denetimi aynı zamanda şaşırtıcı kural denetimidir. 21.maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

- İçerik denetimini de kendi içerisinde ikiye ayıracağız. Genel içerik denetimi ve özel içerik denetimi.

- Özel içerik denetimi de aynı zamanda yasak şart denetimi anlamına gelir. Değiştirme yasağı denetimi de söylenir. Hatta bu daha doğru gibi geliyor.

- Birinci aşama ön denetim aşamasıdır. Yani genel işlem koşullarının varlığının denetimi. Eğer genel işlem koşulunun varlığı tespit edilirse diğer aşamalara öyle geçilir.

Tanımdan bakıldığında bir işlemin genel işlem koşulu olabilmesi için:



in varlığda genel işlem koşulundan söz

inci fıkrının ikinci cümlesinde:

me metnin veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı e önem taşaz.

da yine: *Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin ası, bu sözleşelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem maz.*" demedir.

addelerin niteliği yorumlayıcı hukuk

işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir ların her bir tartışılarak kabul edildiğine ilişkin enel işlem kabul olmaktan çıkarmaz.

eliği ispatüküdür.

apsam detimidir.

da genelkapsam denetimi, 21.madde

arafın menfaine aykırı genel işlem koşullarının esi, sözleşmin yapılması sırasında düzenleyenin iğini öğrenimkânı sağlamasına ve karşı tarafın ine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları

- 2 parçadan oluşur. İlişkilendirme denetimi ve yürürlük denetimi.

İlişkilendirme Denetimi Unsurları:

➲Düzenleyenin karşı tarafa koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi.

➲Bunların içeriğini öğrenme imkanını sağlaması.

- Sonraki aşama yürürlük denetimidir.
- Bu aşamada içeriği öğrenilen sözleşmenin bilinçli bir iradeyle kabul edilip edilmediği denetlenir.

(Hoca burada genel bir kabulün olup olmayacağıyla ilgili tartışmaların olduğu söylendi ve kitaptaki ilgili bölümden okunması gerektiğini belirtti.)

- Diğer bir düzenleme özel kapsam denetimiydi. Şaşırtıcı kural denetimi.
- Şaşırtıcı kural denetimi, şaşırtıcı kuralların sözleşme içeriğinden sayılmaması kuralıdır.
- Bunlar hiçbir zaman için sözleşme içeriğine dahil olmamış kriterler olarak karşımıza çıkıyor.

Şaşırtıcı Kural Kriteri:

➲ Sözleşmenin niteliği.

➲ İşin özelliği.

- Yani iki temel kriter vardır. Bir pozitif hukuk kuralındaki hak ve yükümlülüklerden belli bir ölçüde sapma ve diğeriyse tarafların sözleşmenin niteliği ve özellikleri dolayısıyla tarafların hak ve borçlarının adil dağıtımından, dengeli dağıtımından önemli ölçüde sapma.

Değiştirme yasağı yani özel içerik denetimine bakalım son olarak.

- Bir tek sözleşmede veya ayrı ayrı sözleşmede yer alan ve düzenleyene de tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını içeren sözleşme hükmünü değiştirmeye ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.
- Bu düzenleme aynı zamanda haksız şartlar kısmında da yer alan bir şarttır.

✦ UYGUN NEDENSELLİK BAĞI

(Haksız fiilin unsurlarından uygun nedensellik bağı işlenmeye devam etti.)

- Uygun illiyet bağı meselesi objektif bir değerlendirmeyi gerektirir.
- Yani ceza hukuku ve özel hukuk bakımından ortak bir unsuru ifade eder.

- İlliyet bağıyla ilgili değerlendirmelerde bazı teoriler esas alınır. Örnek olarak: Şart teorisi.
- Fakat şart teorisini esas alırsanız, zararın meydana gelmesinde etkin olan her unsur zararın sebebi olarak görülür.
- Bu sebeple de şart teorisi tazminat sorumluluğunu çok fazla genişleteceği için kabul edilmemektedir.
- Bugün artık kabul edilen görüş **uygun illiyet bağı** görüşüdür.
- Yani illiyet değil ancak uygun illiyet sorumluluğun meydana gelmesinde zararın sebebi olarak kabul edilir.

Uygun İlliyet Bağı: Hayat tecrübelerine göre, yaşam deneyimlerine göre meydana gelen zarar o davranışın uygun ve mantıklı sonucuysa, hayatın olağan akışına göre tesadüfi bir zarar değil de gerçekten yapılan davranışın normalde de meydana getirebileceği bir sonuç ise o zarar, işte o zaman uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilir.

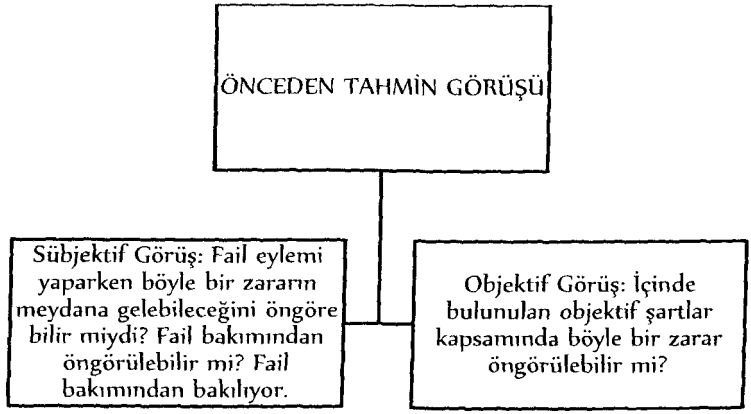
- Uygun illiyet bağının olup olmadığı hususunu hâkim belirler.

"Takdir yetkisini kullanır." Gibi bir ifade kullanmadığımıza lütfen dikkat edin. Ancak geniş anlamda takdir edecektir denilebilir.

Hâkimin bu durumu değerlendirirken dikkate alacağı koşullar:

- İlliyet bağının varlığının veya yokluğunun tespitinde önceden tahmin görüşü veya sonradan tahmin görüşü.

> Sonradan tahmin görüşüne gidersek, bir yandan zaten bir olay gerçekleşmiş ve o eylemden dolayı gerçeklemiş. O zaman vardır demek kolaydır.

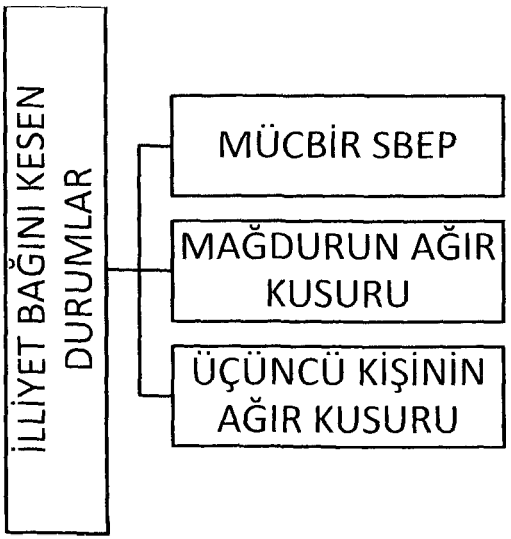


- Bugün itibariyle kullanılan görüş sonradan tahmin görüşüdür.

- Sonradan tahmin görüşü, olay meydana geldikten sonra da bütün koşulları dikkate alan görüştür.

- İlliyet bağını kesen sebepler yoksa ve bir zarar bir davranışın sonucu olarak meydana gelmişse ve davranış da hukuka aykırı ise kolay kolay burada uygun illiyet bağının olmadığından ve haksız fiilin olmadığından bahsedemeyiz.

- Kusura göre çok daha objektif bir biçimde bakılır ve eğer illiyet bağını gerçekten kesen sebepler yoksa, kişi davranışının verdiği zararlardan kural olarak sorumlu tutulur.



- Aslında sınırlı sayıda olmamakla beraber doktrinde yoğun olarak karşımıza çıkan sebepler bunlardır.

- Mücbir sebep dediğimiz kavram bir kişinin önüne geçmesi fiilen mümkün olamadığı genellikle de insan kuvvetini aşan doğal kaynaklı olayladır. Deprem, sel baskını, çığ...

- Ayrıca eğer bir kişinin bir fiili yaparken ek olarak kendi kusuru da varsa yerine göre illiyet bağının kesilmedi de söylenebiliyor. (İlerleyen derslerde anlatılacak.)

- İkincisi mağdurun ağır kusuru. Bir kişi bir başkasını yaralamış. Normalde böyle bir yaralama ölüme sebebiyet vermeyecekken mağdur kendisine verilen ilaçları içmediği için ölüyor ya da mağdur gerçekten de ölüme sebebiyet verebilecek bir yarama söz konusuyken gerçekten kişi ölmek üzere iken bir anda çekiyor silahı ve kendi kendisini vuruyor. Bu örnekler de illiyet bağını kesmektedir.

- Üçüncü kişinin ağır kusuru olarak da bir kişi camdan aşağıya itiliyor. 10.kattan. Kişi daha yere düşmeden başka birinin silahı ile vuruluyor. Burada da üçüncü kişinin ağır kusuru illiyet bağının kesilmesine sebep olmuştur.

- Bünyevi durumlar da aslında illiyet bağını kesebilir. Normalde öyle bir yaralama zarara sebebiyet vermeyecekken o kişinin bünyesi aşırı kan kaybına çok müsait olmasından doğan bir sonuçla kişi ölürse de yine illiyet bağı kesilir.

Sonuç itibariyle eğer buradaki doğru formülü bulmak istiyorsak şöyle söyleyebiliriz; hayatın olağan akışına göre, mantık kurallarına göre, dürüstlük kuralına göre yapılan eylemin normal sonucuysa meydana gelen zarar, tesadüfi de olabilir sonuçta. Ama yapılan eylemin direkt sonucuysa araya da illiyet bağını kesecek başka bir sebep girmediyse kişi kural olarak yapmış olduğu hukuka aykırı fiilden dolayı meydana gelen zarardan sorumludur. Buradaki sorumluluk tazminat sorumluluğudur.

- Borçlar Kanunu'nda bir hüküm vardır. Bu çok önemlidir. ***Hâkim tazminatın miktarını veya hukuka aykırılığı belirlerken kural olarak ceza hakiminin tespitleriyle bağlı değildir.***

- Ceza hukukunun hukuka aykırılık anlayışı ile özel hukukun hukuka aykırılık anlayışı bir değildir.

Madde 74: *Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığını, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.*

- Aynı şekilde, ceza hakiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hakimini bağlamaz.

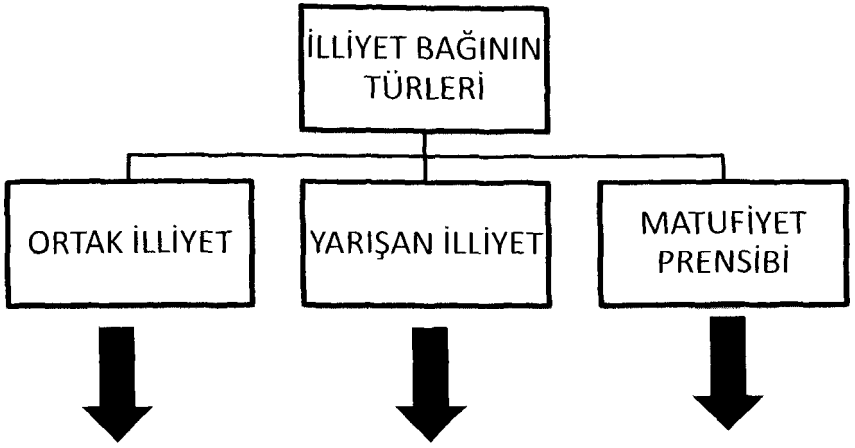
- Bazen zararın meydana gelmesinde birden fazla kişinin eyleminin de illiyet bağının kurması söz konusu olabiliyor. Bu ihtimalleri değerlendirelim.

- Mesela bir kere birden fazla eylem zararı meydana getirmeye elverişli gözükmekle birlikte bunlardan bir tanesinin zarara kesin bir şekilde sebebiyet vermediği anlaşılırsa uygun illiyet bağı yok demektir.

- Eğer birden çok olgu zararı meydana getirmeye elverişliyken bunlardan sadece bir tanesi zararı meydana getirmişse, bunlardan en ağırlıklı olan sebep zarara sebep olmuşsa o zaman da işte illiyet bağının o sebep dolayısıyla kesildiği, mesela üçüncü kişinin ağır kusuru dolayısıyla illiyet bağının kesilmiş olduğunun kabulü gerekir.

- Birden fazla eylem zararı vermeye müsaitken bunların içerisinde bir tanesi yoğun bir şekilde illiyet bağı kuruyorsa artık diğerleri bakımından illiyet bağının kesildiğini söyleyebiliriz.

Borçlar Hukuku Genel Hükümler
Güz Dönemi – Doping Serisi - 3



Mesela birden fazla sebep ancak bir araya gelerek o zararı meydana getirebiliyorsa, içerisinde yüklü miktarda para bulunan kasanın ancak 3 kişi tarafından taşınabilmesi durumu gibi. Burada **ortak illiyettin** varlığından bahsedilir. Burada ne var? Herkes zararın meydana gelmesinde pay sahibi ve ancak üçünün de eylemiyle zarar meydana geliyor.

Her biri tek başına bir zararı meydana getirebilecek eylemler var ve hangisinin zararı meydana getirdiği tespit edilemiyorsa, yani hepsi bu eylemi yapmış ama hangisinin yaptığı tam olarak tespit edilemiyorsa buna da **yarışan illiyet** denir. Fabrikanın atıklarını dökmesi örneği böyledir. Hâkim burada tazminatı kusurun ağırlığına göre dikkate alır.

Birden çok fiil bir zararı meydana getirmiş ama bunlardan hangisinin meydana getirdiği tespit edilemiyor. Burada tabi yarışan illiyetten daha farklı bir durum söz konusu. Örneğin 4 kişi havaya ateş açtı ve bunlardan bir tanesinin açtığı ateş ile birisi yararlandı. Kim olduğunun bulunamadığını farz edelim. Burada bir tazminatın söz konusu olmayacağı söz konusudur. Buna da ceza hukukunda daha çok başvurulur ama özel hukukta da dikkate alınabilecek bir kavram olan **matufiyet prensibi** denir.

✦TAZMİNATIN İNDİRİM SEBEPLERİ

51.maddeden başlayalım:

Madde 51: *Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

- Hâkim tazminatın miktarını belirlerken neleri dikkate alır? Durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alır.

- Burada hâkime takdir yetkisi verilmesi söz konusudur. Genel bir takdir yetkisi verir.

- Hâkim takdir yetkisini kullanırken neden tazminatı o miktarda belirlediğini gerekçelendirmek zorundadır.

- Ağır kusur varsa, kastı varsa tazminatın kapsamı farklı, hafif kusur varsa tazminatın kapsamını hâkim daha farklı belirleyebilir.

- Buradan da şu sonuca varılmamalıdır; hâkim mutlaka hafif kusur olduğunda tazminatı azaltmalıdır gibi bir sonuca varılmamalı.

- Yani normalde bizim hukukumuzda, özel hukukta kusurun ağırlığı, doğrudan doğruya tazminatın indirilmesi

sebebi değildir. Somut olayın şartları bunu gerektiriyorsa hâkim bunu yapar.

Şimdi 52.maddeye bakalım:

Madde 52: *Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

- Yani birlikte kusur dediğimiz durumdur bu.
- Öncelikle bir kere mağdurun rızası varsa biliyorsunuz ki hukuka aykırılık ortadan kalkar ve tazminat söz konusu olmaz.
- Ama mağdurun rızası da hukuka aykırıysa yani hukuka aykırı rıza varsa o zaman mağdurun rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz tazminat yine söz konusu olur ama mağdurun hukuka aykırı rızası burada müterafik kusura yol açar.
- Yine mağdurun herkesten beklenen davranışta bulunmayarak, zararı azaltabilecek, artmasını engelleyecek davranışlarda ve tedbirlerde bulunması mümkünken bunu yapmadıysa yine müterafik yani birlikte kusur vardır.

- Bunların sonucunda hâkim tazminatta indirime gidebilir.

- Mağdur kusuruyla zararın artmasına sebep oluyor veya azalmasını engelliyor. Bu da bir nevi diğer tarafa karşı zararı arttırmak bakımından kusur kabul ediliyor. O sebepten de birlikte kusur olarak bu kavram yerleşmiştir.

- Hatta ayırt etme gücü olmayan hatta o kadar ki ayırt etme gücü olmayan mağdur da normalde başkası yapsa kusurlu kabul edilebilecek bir davranışla zararın artmasına veya azalmasını engellemesine yol açtıysa bu da dikkate alınmaktadır.

- Burada kusuru daha çok hukuka aykırılık gibi algılayacağız. Zararın artmasına yol açma veya azalmasını engelleme şeklinde.

- Şimdi 52.maddenin 2.fıkrası da bir başka durumdur. Hem hafif kusurlu olacak bunun yetmediği gibi bir de tazminatı öderse yoksulluğa düşmesi gerekli.

Bu hüküm Anayasa'nın "Sosyal Devlet" ilkesinden kaynaklanmaktır.

- Yani zayıfı koruma düşüncesiyle hareket ediliyor.
- Buradaki zayıf da korunmaya layık bir zayıf olacak.
- Yani kasıtlı olarak zarar veren veya ağır ihmal dolayısıyla zarar veren kişi normalde bu hükme dayanarak tazminatta indirim isteyemez.

- Hem hafif kusurlu hem de ekonomik olarak çökmesine sebep olacaksa o zaman talep edebilir.

- Yine daha önce söylediğimiz gibi mağdurun bünyesinden kaynaklanan sebepler zararı arttırmışsa bunların hepsi tazminatta indirim sebebi olabilir.

- Mesela mücbir sebep derecesine ulaşmamış beklenmedik haller zararın artmasına yol açtıysa bu da tazminatta indirimi sağlayabilir.

CENART BORÇLAR GENEL 12. HAFTA

✦ ŞEKİL ÖZGÜRLÜĞÜ

- Öncelikle şekil ya taraflardan birini veya her iki tarafı birden koruma amacıyla öngörülmüş olabilir.

- Çünkü şekil tarafları düşünmeye sevk eder. Yani bir sözleşmeyle borç altına girecek olan kişiyi bir kez daha düşünmeye sevk ettiği için bu fonksiyon itibariyle şekil, tarafları koruma amacı güder.

- Yine aynı şekilde şekil, hukuki güvenlik sağlar.

- Hem taraflar arasında hem de üçüncü kişiler açısından. Sözleşmelerde açıklık ve güven sağlar.

- Aynı zamanda şekil, sözleşmelerin yorumunu da kolaylaştırır.

- Aynı zamanda şekil resmi sicillerin de sağlam temele dayanmasını sağlar.
- **Borçlar Kanunu** kural tıpkı sözleşme özgürlüğünde olduğu gibi burada da şekil serbestisidir.
- Kural şekil serbestisidir. İstisna şekil zorunluluğudur.

Madde 12: *Sözleşmenin geçerliliği, kanunda öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.

- Sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Dolayısıyla şekil özgürlüğü bir ilke, şekil mecburiyeti ise bizim hukukumuzda istisnadır.
- İstisnalar da kanunda açıkça düzenlenmiştir.

Amaçlarına Göre Şeklin Türleri

1-Geçerlilik Şartına Göre Şekil

2-İspat Şartına Göre Şekil

▶Geçerlilik Şartı Olarak Şekil

Madde 12/f.2: *Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*

- Demek ki kanunda bir şekil öngörülmüşse bu kural olarak bir geçerlilik şeklidir ve kanunda öngörülen o şekle uyulmaksızın bir sözleşme yapılmışsa o sözleşme şekle aykırılıktan dolayı kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır.

- Kanunda öngörülen bu şekil için bazı yazarlar aynı zamanda kanuni şekil ifadesini de kullanırlar.

Neden kanuni şekil? Çünkü bir de iradi şekil bulunmaktadır.

- İradi şekil, Borçlar Kanunu madde 17'de düzenlenmiştir.

Madde 17: *Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmeler tarafları bağlamaz.*

Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır.

- Bu noktada kanunda o sözleşme için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olabilir. Ama taraflar kendi aralarında o sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması gerektiği hususunda anlaşmaya varabilirler.

- Tarafların kendi aralarında yaptıkları bir sözleşme. X sözleşmesini şekle tabi tutmak konusunda anlaşmış olduklarını düşünün. Buradaki şekil geçerlilik şartı mıdır? İspat şartı mıdır? 17.maddenin 1.fıkrası bunu düzenliyor.

Madde 17/f.1: *Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmeler tarafları bağlamaz.*

Yani taraflar böyle bir irade kararlaştırmışsa bu bir geçerlilik şartıdır. Kanun burada bir karine öngörmüştür.

Ancak taraflar bunun aksini ispatlayabilirler.

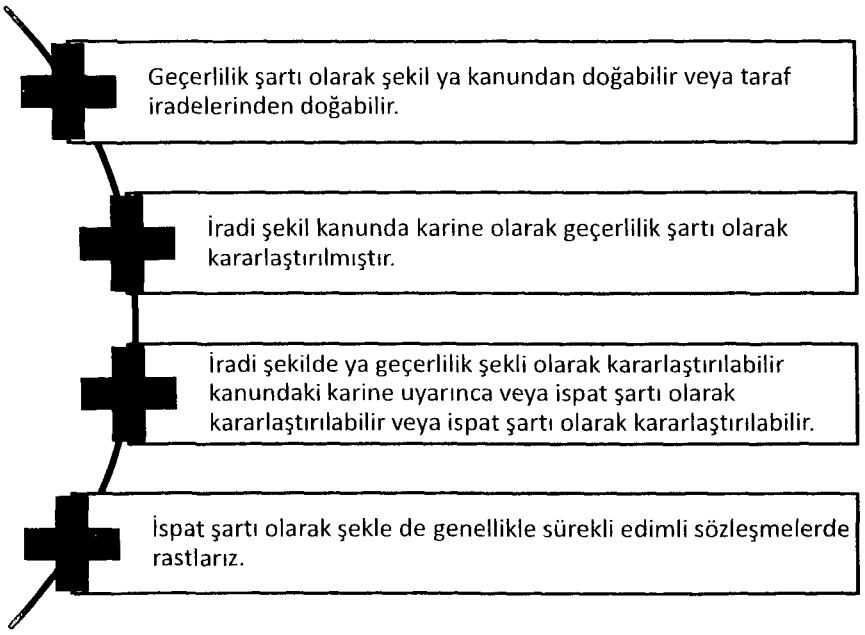
Örneğin, henüz şekil şartı yerine getirilmemiş olsa bile taraflardan biri borcunu ifa edebilir ve bu noktada artık öngörülen şekil şartı artık geçerlilik şartı değil, ispat şartı olarak devreye girebilir.

Şekil geçerlilik şartı olarak kanundan doğabileceği gibi yani kanunda öngörülebileceği gibi iradi şekil olarak da karşımıza çıkabilir.

Yani iradi şekil de iki türlü olabilir. Bunlardan ilki geçerlilik şartıdır ki kanun karine olarak geçerlilik şartı olarak öngörmüştür bunu. İkincisi de ispat şartıdır.

Özellikle uzun süreli sözleşmelerde güven ilkesine dayanan kira gibi, hizmet gibi, ortaklık sözleşmesi gibi sürekli edimli borç ilişkilerinde genellikle taraflar iradi şekil şartı olarak bunu bir ispat şartı olarak kararlaştırabilirler.

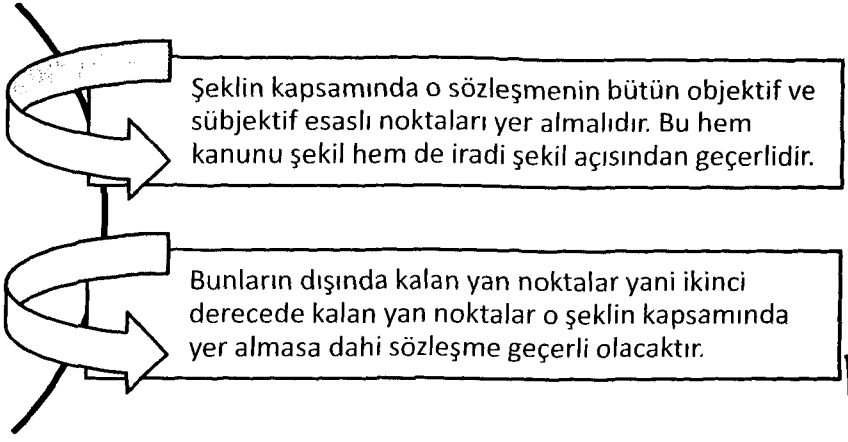
ÖZETLENİRSE:



- Şekil kapsamında eğer o şekil bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüşse o şeklin kapsamında o sözleşmenin bütün esaslı unsurlarının yer alması gerekir.
- Yani hem objektif unsurların hem de sübjektif unsurların yer alması gerekir.
- Ancak bir sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları dışında kalan ikinci derecedeki yan noktaları o

sözleşmenin o şeklin kapsamında yer almasa da o sözleşme geçerli olabilecektir.

ÖZETLERSEK:



▶İspat Şartı Olarak Şekil

- İspat şartı olarak şekil az önceki bilgilerden de anlaşılacağı üzere kanundan doğabileceği gibi taraf iradelerinden de doğabilir.
- İspat şartı olarak şekil Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda vardır.

- Belirli bir limitin üzerindeki sözleşmelerin, hukuki işlemlerin ispatı ancak senetle ispat olunabilir. Yani bu durum şu ana kadar 2500 TL'ydi. Bu miktarı aşan hukuki işlemlerin ispatı ancak yazılı delille, senetle ispatlanabilir. Tanıkla ispat edilemez.

- Bu noktada bir şeklin ispat şartı mı geçerlilik şartı mı olarak kanunda kararlaştırıldığı son derece önemlidir.

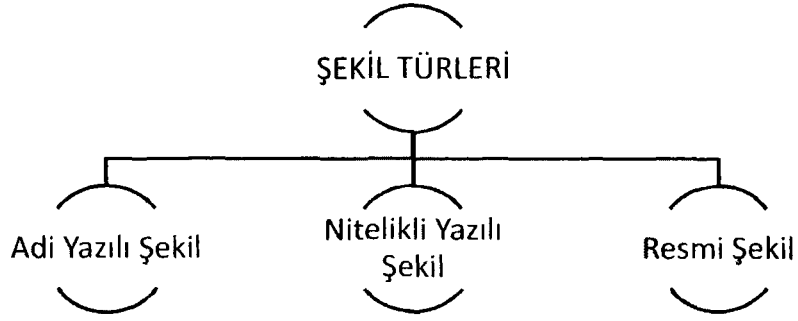
- Çünkü eğer bir şekil, ispat şartı olarak kararlaştırılmışsa, belirli bir limitin üzerindeki sözleşmeler ancak senetle ispat edilebilir. Tanıkla ispat edilemez. (İstisnaları vardır ama usul hukukuna değinmemek adına anlatılmadı.)

- Bu olasılıkta bir sözleşme ispat şartı olduğu için 2500 TL'yi aşsa bile herhangi bir şekle tabi olmadan taraflar arasında yapıldığı takdirde geçerli sayılacaktır. Çünkü bu geçerlilik şartı değildir.

- Ama bu konuyu hâkim önünde ispatlayamazsınız.

▶Yapılış Tarzına Göre Şeklin Türleri

TBK'da üç çeşit şekil kabul edilmiştir.



▼ADİ YAZILI ŞEKİL

Adi yazılı şekilde sadece insanın el yazısı ile öngörülmesi durumu söz konusudur.

Adi yazılı şekilde iki unsur burada devreye girer.

1. ***Metin Unsuru***
2. ***İmza Unsuru***

Şimdi metnin özellikleri konusuna bakalım.

- Genellikle evet kâğıt üzerinde ama taraflarca bunun el yazısı ile yazılmış olması şart değildir.
- Hatta üçüncü kişi tarafından da kaleme alınabilir. Bir taş üzerine bile yazılabilir.
- Yani metnin ne olduğu önemli değildir.

- El yazısı mutlaka elle yazılmak zorunda da değildir. Ayakla veya ağızla da yazılabilir.
- Asıl önemli olan metinden ziyada imzadır.
- Kişinin öz adıyla soyadından oluşur aslında.
- İmza doğrudan doğruya kişinin beyan iradesini ortaya koyup tamamlayan bir unsur.
- Kural imzanın el yazısı ile atılmasıdır.
- Peki, o sözleşme metninin altının mutlaka her iki tarafça da imzalanması şart mıdır?

Madde 14/f.1: *Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.*

- Eğer yapılan sözleşme sadece tek bir tarafa borç yüklüyorsa sadece o borç altına giren kişinin imzası yeterlidir.
- Karşı tarafın imzasının bulunmasına gerek yoktur.
- Özellikle kefalet gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece kefilin imzasının bulunması yeterlidir.
- Buna karşılık iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da borç altına girdiği için her ikisinin de imzasının bulunması zorunludur.
- Bu ana kuralı belirttikten sonra işte telgraf, faks ve güvenli elektronik imza konusunda da bir düzenleme getirilmiştir.

Madde 14/f.2: *Kanunda aksi öngörülmedikçe imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.*

- Faks konusunda kanun teyit edilme şartını getiriyor. Yani teyit edilmiş, onaylanmış olmak kaydıyla faks yazılı metin yerine geçer.
- Gönderilen metnin onaylandığı alan kişi tarafından gönderene bildirildiğinde artık o takdirde artık imza aranmaksızın adi yazılı şekil şartının yerine getirildiğini kabul ediyoruz.
- Yani burada artık taraf imzaları olmasa da olur.
- Faks metninin karşı tarafça onaylandığı diğer tarafa gönderene bildirildiğinde artık imza aranmaksızın adi yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmektedir.
- Burada karşımıza çıkan bir başka unsur daha var. O da nedir? ***Güvenli Elektronik İmza.***
- Burada sıradan bir imza değil "Güvenli" bir elektronik imza olması hususu önemlidir.
- Güvenli elektronik imza, el yazısı imza ile yani el yazısı ile atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.
- Yani el yazısı imza ile aynı ispat gücüne sahiptir.
- El yazısı imza ile aynı ispat gücüne sahip olması noktası son derece önemlidir.

Adi Yazılı Şekle Tabi Sözleşme Örnekleri:

- *Alacağın Temliki*
- *Ön Alım Sözleşmesi*
- *Miras Paylaşım Sözleşmesi*

• Eğer bir sözleşmeyi temsilci yapıyorsa bu noktada sözleşmeye kendi imzasını atmalıdır.

• Yalnız temsilci kendi imzasının yanına mutlaka kendisinin temsilci olduğunu veya bu sıfatla bu sözleşmeyi imzaladığına dair bir ibareye yer vermelidir.

▼BEYAZA İMZA

• Sadece beyaz bir kâğıdın altının imzalanması durumu.

• Burada iki olasılık söz konusu olmaktadır.

• Güven kötüye kullanılarak sözleşmeye aykırı hususlar yazılır.

• Böyle bir durumda sözleşme üzerinde iradeler uyuşmadığı için yaptırımı yokluktur.

• İkinci olasılıkta da karşı taraf sizin iradenize uygun olduğu zannıyla sözleşmeyi doldurmuştur ve güven teorisine göre de bu davranışında haklıdır.

• Bu olasılıkta sözleşme kurulmuştur ve geçerlidir.

• Ancak bir görüşe göre burada beyaza imza atan kişi ne yapabilir? Bu sözleşmeyi yanılma hükümlerine dayanarak geçersiz kılabilir. (Bu durum tartışmalıdır, bazı yazarlar artık burada yanılma hükümlerine dayanılamayacağını savunur.)

• Beyaza imza atan kişi bu metnin kendi iradesine aykırı olarak doldurulduğunu ispat etmekle yükümlüdür.

• Yani ispat yükünü beyaza imza atan kişi üzerine bırakmışlardı. Şimdi bu madde metni çıkarılmış olmasına rağmen aslında sonuç değişmemektedir.

• Beyaza imza prensip olarak geçerlidir. Ancak size bahsettiğim olasılıklar söz konusudur. Ancak bu durumda ispat yükü beyaza imza atan kişiye ait olacaktır yine.

• Beyaza attığınız imzada karşı taraf borcunuz olduğuna dair bir ifade yazsa ve sonra bunu alacağın temliki yoluyla üçüncü bir kişiye devretse üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecek bir hakkınız yoktur. Ancak alacağı temlik edene karşı doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunabilirsiniz.

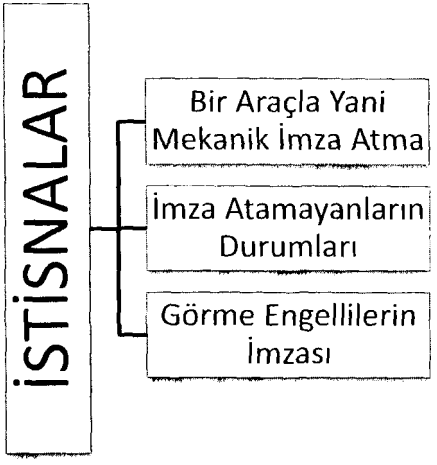
İmzanın Yeri

• İmza metnin sonuna atılması gerekir.

• Eğer o sözleşme örneğin birden fazla sayfadan oluşuyorsa ve sayfalar arasında bir mantık silsilesi varsa yani bir mantık örgüsü çerçevesinde bir sonraki sayfa bir önceki sayfanın

devamı niteliğindeyse ve bu ortaya konduğu takdirde o zaman imzanın yine o sözleşmenin en son sayfasının altına atılması yeterlidir.

El Yazısı İmza Kuralının İstisnaları



Madde 15/f.2: *İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve adetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.*

- Yeni bir anonim şirket kurulduğunu varsayalım. Hisselerinin de halka dağıtılacağını, arz edileceğini düşünün. Binlerce hisse vardır. Yani hepsinin tek tek ıslak imza atması mümkün olmayacağı için bu tür durumlarda mühür gibi mekanik bir araçla imzanın atılması yeterli kabul edilir.

Madde 16: *İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.*

Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklıdır.

Madde 15/f.3: *Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.*

✚ GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA İLE YAPILAMAYACAK İŞLEMLER

- Resmi şekle tabi tutulan işlemlere örnek olarak taşınmaz satış sözleşmesi, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hakların kurulmasına ilişkin sözleşmeler.
- İkincisi teminat sözleşmeleri.

Burada öncelikle ve ilk etapta akla gelen kefalet sözleşmesi.

Çünkü kefalet sözleşmesinin mutlaka kefilin kendi el yazısıyla imzalanmış olması şarttır. Kefalet sözleşmesinde ayrıca kefil mutlaka kefalet tarihini, kefalet miktarını ve eğer müteselsil kefil ise bu ifadeyi mutlaka el yazısı ile yazmak zorundadır.

- Yine aynı şekilde el yazısıyla vasiyetname durumu. Bu da güvenli elektronik imza ile yapılamaz.
- Bir de özel merasime tabi tutulan hukuki işlem denmiştir. Bunun da örneği evlenmedir.

▼ NİTELİKLİ YAZILI ŞEKİL

- Aslında burada da bir kanuni yazılı şekil söz konusudur.
- Nitelikli yazılı şekil konusunda karşımıza aslında iki hukuki işlem çıkmaktadır.
- Birincisi el yazılı vasiyetname. El yazılı vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için metnin baştan sona imza ve tarih dahil olmak üzere adı üzerinde kişinin kendi el yazısıyla atılması, yazılması şarttır.
- İkincisi de kefalet sözleşmesidir.
- Kefalet sözleşmesinin de geçerli olabilmesi için üç unsurun kişinin kendi el yazısı ile yazılması şarttır. Kefalet tarifi, kefalet miktarı. Üçüncü bir şart da müteselsil kefil söz konusu da bu ibarenin de kendi el yazısı ile yazılması gerekir.
- Ardından da imza. El yazısı ile imza şarttır.

▼ RESMİ ŞEKİL

Bazı sözleşmeler resmi makamların önünde veya resmi makamın katılımı ile gerçekleşmesi gerekir.

Madde 237: *Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlemesi şarttır.*

Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz.

Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

- Yine Medeni Kanun madde 706'ya göre taşınmaz mülkiyetinin devri konusu.

TMK Madde 706: *Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*

Ölüme bağlı tasarruflar ve mal rejimi sözleşmeleri, kendilerine özgü şekillere tabidir.

Önemli bir madde olan Tapu Kanunu madde 26 uyarınca da bu resmi şekli yapmaya yetkili olan makam tapu sicil müdürü ve tapu memurudur.

- Genel olarak resmi senet düzenleme yetkisi noterlere aittir.
- Dolayısıyla aksi herhangi bir kanunda açık olarak öngörülmedikçe resmi şekle tabi işlemleri yapacak olan makam noterlerdir.

Noterin düzenlemeye yetkili olduğu hukuki işlemler:

✓ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi.

✓ Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ve yine resmi vasiyetname.

✓ Yine trafik sicili tescil edilmiş her çeşit motorlu taşıt araçlarının satış ve devri de noterde yapılmak zorundadır.

✓ Evlilik dışı çocuğun tanıması işlemi de yapılır.

✓ Mal rejimi sözleşmeleri de yapılabilir.

Noter ile devam ettiğimizde noterin iki tür senet düzenleme yetkisi vardır.

1. Düzenleme şeklinde, baştan sona noter tarafından düzenlenmesi gereken ki burada hemen karşımıza taşınmaz satış vaadi sözleşmesi çıkar.

2. Onaylama şeklinde dediğimiz resmi senet. Burada da noter sadece o imzanın o şahsa ait olduğunu onaylar. Noterin buradaki onayı o sözleşmenin içeriğini kapsamaz. Sadece imzaya yöneliktir. Bu nokta son derece önemlidir.

Kanuni Şekle Bağlı Sözleşmelerin Değiştirilmesi

Madde 13: *Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*

Bu kural yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.

- Dolayısıyla kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur.

- Adi yazılı bir sözleşme ise alacağın temliki, değiştirilmesi de adi yazılı şekle tabi olması kaydıyla geçerli olacaktır.

- Resmi şekle tabi ise değiştirilmesinde de resmi şekil şartı aranacaktır.

✦ Sadece esaslı noktalardaki değişiklikler aynı yazılı şekle tabi olarak değiştirilecektir.

- Buna karşın esaslı noktaların dışında kalan yani ikinci derecedeki yan noktaların değiştirilmesinde aynı şekil şartına uyulması mecburiyeti yoktur.

Madde 13/f.1: *Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*

✦ Burada sadece kanunen şekle tabi sözleşmelerin değiştirilmesinde de aynı şekil şartına tabi tutulma kuralı geçerlidir. Kanunen şekle tabi tutulmamış, iradi şeklin söz konusu olduğu sözleşmelerde bu kural uygulanmamaktadır.

Şekle Aykırılığın Yaptırımı

Madde 12/f.2: *Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*

- Geçerlilik şartına uyulmadan yapılan sözleşme şekle aykırılıktan dolayı klasik görüşe göre kesin hükümsüzdür. Baskın görüş budur.
- Bunun dışında 4 tane daha görüş var.
- Bazı yazarlar burada bir yokluk olduğunu ileri sürüyor.
- Özellikle yeni olan bir görüş şekle aykırılığın yaptırımının kendi özgü bir geçersizlik olarak kabul edilmesi.
- Kesin hükümsüzlüğün hükümleri burada aynen geçerlidir. Yani re'sen dikkate alınır. İfanın yapılması geçerli hale getirmez veya zamanın geçmesi sözleşmeyi geçerli hale getirmez vs. Çünkü bu sözleşme kesin hükümsüzlük çerçevesinde başından beri sonuç doğurmaz.

Bazı hallerde şekle aykırılığın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü

- Burada geçersizlik herkes tarafından değil sadece taraflarca def'i olarak ileri sürülebilmektedir ve burada şekil noksanlığı hâkim tarafından re'sen dikkate alınmıyor.
- Ancak o sözleşmenin taraflarınca ileri sürülüyor.
- Eğer taraflar bilerek ve isteyerek o sözleşmeyi ifa etmişlerse artık sözleşme geçerlilik kazanmaktadır.

• Bakın aslında sonuç itibariyle butlan görüşündeki sonuçtan farklı bir sonuç karşımıza ama gerekçeler farklıdır.

• Çünkü butlan görüşünde de şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki hallerde hâkim re'sen bu durumu dikkate almak zorundaydı ve sözleşme sanki geçerliymiş gibi sonuç doğuracaktı.

▶ TAHVİL

• Tahvilin devreye girip uygulama alanı bulabilmesi için aranan iki temel şart vardır.

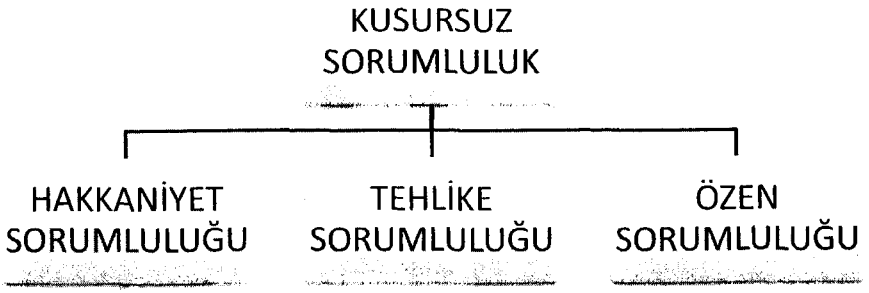
OBJEKTİF ŞART	Eğer ortada şekle aykırılıktan dolayı geçersiz bir sözleşme varsa ve bu geçersiz sözleşme ona yakın bir amaç taşıyan başka bir sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve bu anlamda onun geçerlilik şartı olarak öngörülen şekil şartını yerine getirmişse bu objektif unsurdur.
SÜBJEKTİF ŞART	Tarafların farazi iradesi. Farazi iradenin o sözleşmenin ayakta tutulmasına yönelik olması.

• Bu iki unsurun gerçekleşmesi durumunda geçersiz bu işlem başka bir işleme dönüştürülerek ayakta tutulabilecektir.

✦KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ

KUSURSUZ SORUMLULUK ⟷ SEBEP SORUMLULUĞU

- Bu durumdan söz edebilmek için hukuka aykırı bir davranış olacak ve bundan dolayı bir zarar meydana gelecek ve bu zarar da hukuka aykırı davranıştan kaynaklanacak dediğimiz gibi ayrıca illiyet bağı da olacak ama bir tek kusur olmayacak.
- Kusurun aranmadığı sorumluluk sebepleri söz konusu olacak.



- Hakkaniyet sorumluluğu ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin yine de vermiş olduğu zararı tazmin etmek zorunda olmasından doğan bir sorumluluk. İstisnai bir sorumluluktur.

- Tehlike sorumluluğu, kişinin yapmış olduğu faaliyetin, burada gerçek veya tüzel kişi olması fark etmez, hukuka uygunluğundan söz etsek bile tek başına o faaliyetin yapılması tehlike meydana getirdiği için deniyor ki; "Sen bu tehlike yaratan faaliyetten menfaat elde ettiğine göre hukuka aykırı bir davranışın olmasa bile sırf bir tehlike yarattığın için meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüsün."

- Tehlike yaratan faaliyette bulunma durumunda nimet-külfet dengesi vardır.

- Bir de özen sorumluluğu var. Yasada en fazla kusursuz sorumluluk örneğinin düzenlendiği sorumluluk tipidir.

- Burada da şöyle bir anlayış vardır; hakimiyet anlayışı söz konusudur.

- Bir kişi veya bir eşya üzerindeki hakimiyetinden dolayı kişinin bir objektif özen yükümlülüğü vardır. Bu objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmezsen kusura gerek kalmadan sorumluluk doğar.

- Bir zararın ortaya çıkmaması için gereken her türlü özeni göstermek ve her türlü tedbiri almış olmak gerekir. Gösterilmediği ve alınmadığı durumda özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu için sorumluluk doğar.



- Özen sorumluluğa ilişkin genel kural bulunmaz. Somut özen sorumluluğu tipleri mevcuttur.
- Tehlike sorumluluğunda yasa genel kural getirmiştir.
- Yine hakkaniyet sorumluluğunda da genel kural bulunmaz.

▶ Kusursuz Sorumluluk Tipleri

A. Hakkaniyet Sorumluluğu

Madde 65: *Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*

- Burada takdir yetkisini "hakkaniyet gerektiriyorsa" ifadesi ile vermiştir. Hakkaniyet somut olay adaletidir.

Bu durumun bir tane örneği vardır.

TMK Madde 15: *Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.*

- Ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz, haksız fiilleri de hukuki sonuç doğurmaz. Yani haksız fiillerinden sorumlu olmazlar.
- Çünkü kusuru yoktur. Madem ki kusur sorumluluğu esastır.
- Hem borca aykırılıkta hem de haksız fiilde o zaman kusurlu olmayanı sorumlu tutamayız.
- Fakat Yasada istisnai haller varsa kanundan doğan istisnaların dışında bu kural uygulanır. İşte kanundan doğan istisna da Borçlar Kanunu 65.
- Bir kere kusur dışındaki bütün sorumluluk şartları mevcut olacak. Hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı bunlar bulunacak. Ayrıca yapılan eyleme baktığımız zaman eğer kişinin ayırt etme gücü olsaydı böyle bir eylem kural olarak kusurlu bir eylemdir diyebilmem lazım.
- Yani normalde bir kişi bu eylemi yaptığı zaman sorumlu olmayacaksa kişi sırf ayırt etme gücünden yoksun diye sorumlu olmayacak.
- "Normalde böyle bir eylemi ayırt etme gücüne sahip olan kişi yaptığı zaman kusurlu kabul edilir ve sorumluluk doğar. Ama somut olayda ayırt etme gücü olmadığı için sorumlu

tutulmayacakken istisnaen 65.maddeye göre burada sorumlu tutmak gerekir. "

- Eğer kusursuz sorumlu tutmak istediğimiz kişi başka kusursuz sorumluluk sebeplerine göre zaten sorumluysa aynı zamanda hiç hakkaniyet sorumluluğuna gitmemize gerek kalmaz.

- Hakkaniyet sorumluluğuna gitmem için başka bir kusursuz sorumluluk hali bulunmayacaktır.

- Ayırt etme gücünden kural olarak zaten geçici yoksunluk durumunda kişinin kusuru ayırt etme gücünden kendi iradesiyle mi yoksun kaldığı yoksa başkası tarafından mı yoksun bırakıldığı durumuna bakılır.

- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi kendi kusuruyla kaybetmişse burada zaten sorumluluk vardır.

- Ayırt etme gücünden yoksun kişi geçici olarak biri tarafından ayırt etme gücünü kaybetmişse, kusuru yoksa burada sorumluluk doğmaz.

- Tabi istisnaen bu sebeple sorumlu olabilir. Ama hakkaniyet sorumluluğu genelde ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk durumundadır.

B.Özen Sorumluluğu

- Özen sorumluluğunun bir diğer adı da olağan sebep sorumluluğudur.
- Kişinin hakimiyeti altında olan kişi veya eşya diyelim, gereken zararın meydana gelmemesi konusunda gereken özenin gösterilmemesidir.
- Burada önemli olan gereken özenin gösterilmemiş olmasıdır.
- Zararın meydana gelmesini engelleyecek özenin gösterilmiş olup olmadığı önemlidir. Özenin gösterilmemesinde kusurlu olup olmamak önemli değildir.
- Bazı özen sorumluluğu halleri olağan özen sorumluluğunu ifade eder. Bazıları ise ağırlaştırılmış özen sorumluluğunu ifade eder.
- Ağırlaştırılmış özen sorumluluğunda sorumluluktan kurtulma şansı yoktur.
- Yani ben gereken özeni gösterdim diye ispat ederek sorumluluktan kurtulma şansım bulunmaz.
- Olağan sorumluluk durumunda da yasa kurtuluş kanıtı getirmiştir. Yani burada sorumluluktan kurtulma imkânı sağlanmıştır.

- Meydana gelen zarara rağmen denetim ve gözetim külfetini, yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edersen yani kurtuluş kanıtı getirirsen sorumluluktan kurtulursun.

- Bu sorumluluk hali, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden kaynaklandığı karinesine dayanan bir sebep sorumluluğu halidir.

- Eğer ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu yoksa da kişinin belli kanıtları getirerek sorumluluktan kurtulma ihtimali mevcuttur.

Özen sorumluluğu çeşitleri:

Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

Uygulamada en çok görülen ve en ayrıntılı düzenlenmiş özen sorumluluğudur.

Madde 66: *Adam çalıştıran, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasına engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

- Öncelikle taraflar arasında bir istihdam ilişkisi olacak.
- Yani bir emir ve talimat ilişkisi olacak.
- Yani ben emir ve talimatım altındaki kişinin verdiğim işi, benim işimi yaparken başkalarına verdiği haksız fiil zararlarından sorumluyumdur.
- İstihdam ilişkisi çoğunlukla hizmet akdi veya iş akdi şeklinde olur. (Bağımlılık unsuru.)
- Burada önemli olan istihdam edilen kişinin kendisine verilen işi yaptığı sırada bir zarar vermiş olmasıdır.
- Bir diğer önemli nokta da benim verdiğim işi yapıyor gözükse de yine de amacı işi yapmak değil de başkasına zarar vermekse yani kısaca yaptığı işle verdiği zarar arasında fonksiyonel, işlevsel bağlılık yoksa ben yine sorumlu olmam.
- Bir kurtuluş kanıtı mevcuttur. Özeni gösterdiğini ispat edersen sorumluluktan kurtulursun. Yalnız dikkat edilmesi gereken özeni göstermekte kusurlu olup olmadığın değil özeni gösterdiğinin ispat edilmesidir.
- Objektif özeni yerine getirmemekte kusurlu olup olmamanın bir önemi yoktur.
- Kural olarak kusursuz sorumluluk olduğu için kusurun bir etkisi yoktur.

EK KUSUR VARSA:

1-Bazen illiyet bağının yokluğunu ortadan kaldırır. Yani illiyet bağının yokluğunu ileri sürüp sorumluluktan kurtulacakken ek kusuru varsa bu bağın kaldırılması söz konusu olmaz.

2-Birlikte kusur savunmasını da etkisiz kılar. Yani ben kusursuz sorumluyum ama zarar görenle birlikte bir kusur mevcut dedi mesela istihdam eden. Bu durumda istihdam edenin kusurunun olması söz konusuysa birlikte kusuru ileri süremez. Tazminattan indirim isteyemez.

İstihdam ilişkisinde emir talimat ilişkisinin gerektiğini söylemiştik. Bu talimat ilişkisi içerisinde de kişinin menfaatine yönelik bir hizmetin görülüyor olması gerekir. Peki kimler bu kapsama girmez?

- ✓ Birinin davasını almış serbest çalışan avukat
- ✓ Bir işi üstlenmiş, bir projeyi çizmeyi üstlenmiş emir-talimat ilişkisi içerisinde çalışmayan mimar
- ✓ Biriyle sözleşme yapmış ve onun arsasında inşaat yapan müteahhit
- ✓ Bu kişiler menfaatinde çalıştıkları kişinin emir ve talimatı altında çalışmadıkları için bir istihdam ilişkisinden bahsedemeyiz.
- ✓ Aynı şekilde ortaklar arasında da bir istihdam ilişkisinin varlığından bahsedemeyiz.

- Burada ayrıca şunu da söyleyelim. Ortaya çıkan zarardan ne işçinin kusurunun olması ne de istihdam edenin kusurunun olması gerekir. Her durumda zaten istihdam eden kusursuz sorumludur.

- Bazı şartların varlığını öne sürerek bu sorumluluktan kurtulma söz konusu olabilir.

➢ İşçiyi Seçerken

➢ Talimat Verirken

➢ Talimatı Denetlerken

- Teoride işveren işçiyi seçerken, işle ilgili talimat verirken ve bu talimatı nasıl yerine getirdiğini denetlerken gereken özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

- Demek ki burada kurtuluş kanıtı getirilebilen bir sorumluluk söz konusudur.

- İstihdam edenin sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir imkân daha bulunur. O da bu özen yükümlülüğünü yerine getirseydi daha yine de zararın meydana geleceğini ispat etmesi. Yani illiyet bağının yokluğu.

- İşçinin zarar vermesi durumunda eğer işçi kusurluysa işveren işçiye rücu edebilir.

- İşçi kusurlu, kusuruyla zarar vermiştir. Normalde bunu işçi ödeyecekken işveren ödüyor. Yasa gereği işveren sorumlu ama işçi de kusuru dolayısıyla sorumlu olduğu için işveren kusurlu işçiye rücu edebilir.

- Ayrıca zarar gören hem işçiye hem de işverene dava açabilir. Müteselsilen sorumluluk vardır.

- İşçi kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu ile yani Borçlar Kanunu 49'a dayalı olarak işveren ise 66'ya dayalı olarak sorumlu tutulabilir.

- Burada mağdur davayı istediğine açabilir. Her ikisine de açabileceği gibi yalnız birine de açabilir.

Madde 66/f.3: *Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.*

- Bu hükümde işletmede adam çalıştırma durumundan bahsedilmiş ve sorumluluk bir kat daha arttırılmıştır.

- Normalde işçiyi seçerken veya talimat verirken gereken özeni gösterdiğini ispat ederek veya bunu yapsan bile zararın meydana geleceğini yine de ispat ederek sorumluluktan kurtulursun ama ortada bir ticari, esnaf işletmesi varsa işletmede adam çalıştıranın bunları ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

- Ayrıca bir de hüküm bunun üzerine o işletme organizasyonunun zararı her şekilde engelleyecek bir organizasyona sahip olduğunu da ispat etmesi gerekmektedir hükmü eklemiştir. Buna organizasyon sorumluluğu demekteyiz.

- Burada zararın organizasyondan kaynaklandığı karinesi mevcuttur. Burada ispatlanması gereken de işletmenin organizasyonunda bir bozukluk olmadığının ispatı.

- Ayrıca bir de işletmede bu bozuk olmasaydı bile yine bu zararın meydana geleceğini yani illiyet bağının yokluğunu ispat etmesi gerekmektedir. Böylelikle sorumluluktan kurtulabilir.

CENART BORÇLAR GENEL 13. HAFTA

✦ SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

- Sözleşme serbestisinin istisnasıdır. Ana kural sözleşme serbestisidir.
- Sözleşme yapma mecburiyeti de bunun istisnasını oluşturmaktadır.
- Sözleşme yapma zorunluluğunu hem kamu hukukunda hem de özel hukukta görmekteyiz.
- Kamu hukukundaki yansıması özellikle hukuki tekelinde olan işletmelerin, İGDAŞ gibi, İSKİ gibi kurumlarla bizlerin yapmış oldukları sözleşmeler bu kapsamda karşımıza çıkmaktadır.
- Tabi yine yapılan sözleşme niteliği itibariyle özel hukuk karakterli bir sözleşmedir.
- Özel hukukta sözleşme yapma zorunluluğu iki sebepten kaynaklanır.

- Bunlardan birincisi doğrudan doğruya kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğudur.
- İkincisi de hukuki işlemden doğan sözleşme yapma zorunluluğudur.
- Bu anlamda da karşımıza ön sözleşme yani sözleşme yapma vaadi çıkar.

▶Kanundan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

- Bu çok istisnai bir durumdur. Mesela bunun çok tipik bir örneğini yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da görmekteyiz.
- Bu madde uyarınca vitrinde, rafta veya elektronik ortamda yani internet sayfasında veya bunun dışında açıkça görülebilir bir yerde teşhir edilen bir malın satılık olmadığına ilişkin bir ibareye yer verilmediği takdirde satıcının o malın satışından kaçınamayacağı düzenlenmiştir.
- Doğrudan doğruya satıcıya bir sözleşme yapma zorunluluğu yüklemektedir.
- Bir kanun hükmü doğrudan doğruya o sözleşme yapma zorunluluğunun dayanağını oluşturmaktadır.
- Ayrıca mesela zorunlu geçit irtifakı, zorunlu kaynak irtifakı sözleşmesinde olduğu gibi haller de mevcuttur.

- Genel olarak sözleşme yapma zorunluluğunun dayanağını oluşturan temel norm bizde TMK md.2 dürüstlük kuralıdır.

- Özellikle de umuma açık yerlerde, sinema gibi, tiyatro gibi, lokanta gibi yerlerde veya fiili tekel durumunda olan yani bir kasabadaki tek bir fırıncı, eczacı, bakkal gibi durum söz konusu olduğunda kişiler haklı sebep olmadığı müddetçe sözleşme yapmaktan kaçınamazlar.

- Eğer bu tip durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınılırsa bu olasılıkta iki tür yaptırım mevcuttur.

  ❖ Aynen ifa davası açmaktır. Bu olasılıkta karşı taraf sözleşme yapmaya zorlanır. Çünkü hâkimin vereceği karar burada irade beyanına mahkumiyettir.

  ❖ Sözleşme yapmaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınan kişiye karşı, bu sözleşmenin yapılamamasından dolayı doğrudan doğruya uğranılan zararın tazmini için bir tazminat davası açılması.

- Bunların dayanağı TMK md.2'dir.

▶Hukuki İşlemden Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu (ÖN SÖZLEŞME)

Madde 29/f.1: *Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.*

- Burada taraflar asıl sözleşmeyi kurma borcu altına girerler.
- Bu sözleşmenin en tipik örneği taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir.
- Uygulama alanı bulduğu iki sözleşme vardır.

1-Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi

2-Kefalet vaadi

- Ön sözleşmeyle taraflar birbirlerine karşı ileride asıl sözleşmeyi yapma borcu altına girebilecekleri gibi ön sözleşmeyle aynı zamanda üçüncü bir kişiyle de ileride bir sözleşme yapmayı taahhüt edebilirler.
- Şimdi ön sözleşmede önemli olan nokta, ön sözleşmenin en önemli özelliği aslında **ön sözleşmenin sadece ilerideki borçlandırıcı işlem hakkında yapılabilmesi.**
- Yani tasarruf işlemlerinde ön sözleşme olmaz.
- Ön sözleşme ilerideki asıl borçlandırıcı işlemden önce yapılır.
- Ancak ortada bir tasarruf sözleşmesi varsa alacağın temliki örneğinde olduğu gibi, tasarruf işlemlerinde ön sözleşme olmaz. Çünkü tasarruf işlemlerinden önce zaten yapılan sözleşme doğrudan doğruya o asıl borçlandırıcı sözleşmenin ta kendisidir.

Ön Sözleşmenin Şartları

- Ön sözleşme sadece borçlandırıcı bir işleme yani borç sözleşmesine ilişkin olabilir. Tasarruf işlemlerinden önce ön sözleşme olmaz.
- Ön sözleşmede asıl sözleşmenin konusu yeterli derecede belirli veya en azından belirlenebilir olmalıdır.
- Ön sözleşmenin bir diğer şartı şekil konusunda karşımıza çıkmaktadır. Borçlar Kanunu hükmüne göre, kanunlarda öngörülen istisnalar dışında ön sözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak olan sözleşmenin şekline bağlıdır. Yani ön sözleşme asıl sözleşmenin bağlı tutulduğu şekle uygun olarak yapılmalıdır.

Bunun istisnası nerede karşımıza çıkmaktadır? Taşınmaz satış vaadini düşünün. Taşınmaz satış vaadi bir ön sözleşmedir. Asıl sözleşme nedir? Taşınmaz satış sözleşmesi. Peki kuralı uygulayalım. Taşınmaz satış vaadinin şeklinin ne olması gerekmektedir aslında? Taşınmaz satış sözleşmesi şeklinde olması gerekirdi. Oysa taşınmaz satış vaadini kim yapmakta? Noterler. Buna rağmen taşınmaz satış sözleşmesini kim yapıyor? Tapu memur ve müdürleri. Dolayısıyla bakın burada kanunda öngörülen bir istisna devreye girmektedir.

- Ön sözleşme alacaklıya borçludan borcunu yerine getirmesini isteme yetkisi vermektedir.

- Ön sözleşmede alacaklı tek taraflı irade beyanıyla asıl sözleşmeyi kurma imkanına sahip değildir.

- Ön sözleşmede asıl sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına ihtiyaç vardır. Aynı durum opsiyon hakkında da karşımıza çıkmaktadır.

- Taraflar yaptıkları bir sözleşmeyle içlerinden birine bir opsiyon hakkı tanıyabilirler.

- Bu opsiyon hakkının fonksiyonu şurada karşımıza çıkar; opsiyon hakkı sahibi tek taraflı irade beyanıyla kendisine tanınan bu opsiyon hakkına dayanarak, ki opsiyon hakkı da yenilik doğuran bir haktır, tek taraflı irade beyanıyla ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç kalmaksızın bir sözleşmeyi kurma imkanını elde eder.

- Ön sözleşmede durum böyle değildir. Ön sözleşmede alacaklı tek taraflı irade beyanıyla bir sözleşmeyi kurma imkanına sahip değildir. Alacaklı sadece ve sadece borçludan bu borcu yerine getirmesini isteyebilir.

- Yani tek taraflı irade beyanıyla alacaklının asıl sözleşmeyi kurma imkânı yoktur.

  - Tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi ön sözleşmelerin konusunun da imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir.

▼Ön Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçları

Örneğin, bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düşünün. Ön sözleşme. İleride asıl satış sözleşmesini kurma borcu altına

giriyor taraflar. Ancak bu borcu yerine getirmekten kaçınırsa bu olasılıkta ne olacaktır?

- Bu olasılıkta alacaklı, borçluya karşı borcun ifası için dava açacaktır.

Peki bu noktada mahkemenin vereceği kararın niteliği ne yönde olacaktır?

Birinci görüşe göre; mahkemenin bu yönde vereceği karar asıl borçlunun irade beyanı yerine geçer. İrade beyanına mahkûmiyet ve alacaklı mahkemenin bu kararıyla nereye gider? Tapuya gider ve tapuda tapu memuru bu kararı istinaden satış sözleşmesini düzenlemek zorundadır.

İkinci görüş diyor ki; burada mahkemenin vereceği karar irade beyanı mahkumiyetini aşar artık mahkemenin vereceği karar doğrudan doğruya bu sözleşmeyi, asıl sözleşmeyi kurar. Yani mahkemenin vereceği hükümle artık asıl sözleşme kurulmuş olur. Bu görüşte önce ifa davası sonra tescile zorlama davası açmak gerekmektedir.

Üçüncü görüş ise; usul ekonomisi gereğince ikinci görüşün pratik olmadığı düşüncesiyle burada alacaklının borçluya karşı açtığı ifa davasıyla hem sadece asıl sözleşmenin kurulması sonucunu değil aynı zamanda doğrudan doğruya o taşınmazın mülkiyetinin de 719 uyarınca hükmen yani mahkeme kararıyla alacaklıya geçirilmesi sonucunun doğacağını kabul

- Ön sözleşme alacaklısına aynen ifa davasının yanı sıra aynı zamanda ifa yerine tazminat davası açma imkânı da elbette tanınmıştır.

▶ SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASI

Yorum, tarafların sözleşmede kullanmış oldukları kelimelerin, ifadelerin, terimlerin anlamının tespitidir.

Ama gerek sözleşmelerin yorumlanması gerekse sözleşmelerin tamamlanması için yani bu aşamalara geçebilmek için öncelikle ortada geçerli bir sözleşmenin olması gerekir.

İkinci aşama olarak sözleşmenin yorumlanması veya tamamlanması gündeme gelebilir.

Sözleşmelerin yorumlanması ne zaman söz konusu olabilir?

Taraflardan biri özellikle sözleşmenin içeriğini diğerinden farklı anlıyorsa.

Taraflar bir sözleşmenin içeriğini farklı şekilde algılıyorlarsa ortada bir yorum uyuşmazlığı vardır ve yorum uyuşmazlığı konusunda Borçlar Kanunu madde 19, temel ilkeyi, yorum ilkesini ortaya koyar.

Madde 19: *Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*

Borçlu, yazılı bir borç tanımasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.

Yani hâkim sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradelerini araştırıp bulmak zorundadır.

- Sözleşmenin yorumlanmasında taraflar sözleşmenin içeriğini farklı şekillerde anlamalıdırlar ve bu noktada hâkim, tarafların birbirine uygun gerçek ve ortak iradelerini araştırıp bulmakla yükümlüdür.
- Farazi irade, bu kişilerin makul ve dürüst şekilde davranan taraflar olarak mevcut şartlar altında güven teorisine göre sözleşme iradelerini esas alınmasını gerektirir ve bu şekilde hâkim uyuşmazlığı çözer.

Hâkimin Kullanmış Olduğu Yorum Araçları

1-Asli Yorum Araçları

2-Tamamlayıcı Yorum Araçları

- Asli yorum araçları doğrudan doğruya tarafların, bir sözleşmede kullanmış oldukları sözcükler, kelimeler, terimlerdir. Davranışlardır.

- Bunu yazıya dökmüş olabilirler veya davranışlarla bunu ortaya koyabilirler. Burada bir kelimenin anlamının tespitinin yapılması vs. gibi yöntemlerle ilerlenir.

- Sözleşme bir bütündür. Dolayısıyla bir sözleşmenin belirli bir kelimesini yorumlarken onu cımbızla çekip tek başına yorumlayamazsınız. O kelimeyi bir bütünün içerisinde değerlendireceksiniz.

- Yani yapacağınız yorumun sözleşmenin bütünüyle uyumlu olmalıdır. Buna doğrudan doğruya yorumda sistematik bağlantı adı verilir.

- Bunlarla bir sonuna ulaşılmasa o takdirde tamamlayıcı yorum araçları devreye girmektedir.

- Yani doğrudan doğruya sözleşme dışı olaylar bu anlamda özellikle tarafların sözleşme öncesi sözleşme müzakereleri aşamasında konuşmuş oldukları davranışlar, tutumlar devreye girmektedir.

- Yani sözleşme müzakereleri ve sözleşmenin kurulmasından sonraki taraf davranışları bu noktada tamamlayıcı yorum araçları olarak belirleyici olmaktadır.

Ancak hâkim ne şekilde olursa olsun yorum yaparken mutlaka yorum kurallarına bağlı kalmak zorundadır. Yorum kuralları:

I. *Geçmişe dönük yorum kuralı. Sözleşmenin yorumlanmasında sözleşmenin kurulduğu zamana inerek o sırada somut olayın durumuna göre bir anlam vermelidir.*
II. *Dürüstlüğe dayalı yorum kuralı.*
III. *Bütünsel yorum kuralı.*
IV. *Lafzi yorum yasağı kuralı.*
V. *Düzenleyen taraf aleyhine yorum kuralı. (Genel İşlem Koşullarında görülmüştü. Tek tarafın kaleme aldığı sözleşmenin metinlerde düzenleyenin aleyhine göre yorum yapılır.)*
VI. *Sözleşmenin korunması lehine yorum kuralı.*
VII. *Yedek hukuk kurallarından sapan antlaşmaların mümkün olduğu ölçüde dar yorumlanması kuralı.*
VIII. *Borçlu lehine yorum kuralı. (Özellikle kira- hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerde yararlanılır.)*

▶SÖZLEŞMELERİN TAMAMLANMASI

- Taraflar isteyerek veya bazen istem dışı şekilde bazı noktaları eksik bırakmış olabilirler. Boş bırakmış olabilirler.
- İşte bu durumda ortaya bir sözleşme boşluğu çıkar ve bu sözleşme boşluğunun da tamamlanması gerekmektedir.
- Taraflar daha sonra bu bıraktıkları boşluğu elbette kendi iradeleriyle anlaşarak her zaman tamamlayabilirler.(İradi tamamlama).

- Ama bu mümkün olmazsa mutlaka hâkim tarafından buradaki boşluğun doldurulması gerekmektedir. Yani sözleşmenin tamamlanması gerekmektedir.

Şimdi bu anlamda sözleşmenin tamamlanması ne zaman söz konusu olur?

- Öncelikle yine tabi ki kurulmuş bir sözleşme olmalıdır.
- İkinci olarak taraflar bu sözleşmenin içeriğini oluşturan ikinci derecede kalan yan noktaları düzenlememiş, boş bırakmış olmalıdırlar.
- Eğer taraflar objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşamamışlarsa bunlardan biri eksikse o takdirde zaten sözleşme kurulmamıştır.

Bu olasılıkta da karşımıza üç ihtimal çıkabilir:

Taraflar sözleşmeyi yaparken bu ikinci derecedeki bir noktayı hiç düşünmemişlerdir. Bu konu üzerinde hiç konuşmamışlardır. Bu olasılıkta buradaki boşluk nasıl doldurulur?

1) **Hâkim öncelikle bu konuya ilişkin yedek hukuk kuralı var mı diye bakar. Eğer böyle bir hüküm varsa buradaki boşluğu yedek hukuk kuralındaki hükümle tamamlayacaktır.**

✓ Bir görüş diyor ki hâkim tıpkı kanun boşluğunda olduğu gibi nereye bakar? Örf ve âdet hukukuna bakar. Burada işte bu görüşün devamı olarak örf ve âdet hukukunda uygulama bulamazsa hâkim tıpkı kanun boşluğunu doldurur gibi burada da kendisi oradaki boşluğu tamamlayacak kuralı MK md.1'e göre koyar.

✓ Örf ve âdet hukuku aşamasını es geçen görüş de vardır. Bu olasılıkta yedek hukuk kuralı yoksa hâkim doğrudan doğruya kendisi buradaki boşluğu kural koyarak tamamlar. Hâkim buradaki kuralı, işin özelliğine bakarak, tarafların farazi iradesine bakarak koyacaktır.

2) Taraflar bu ikinci derece kalan yan noktayı görüşmüşlerdir ancak bir anlaşmaya varamamışlardır ve bundan vazgeçmişlerdir. Daha sonra ileride kendileri buradaki boşluğu aralarında anlaşarak tamamlayabilirler.

✓ Anlaşamazlarsa da hâkim birinci olarak yine yedek hukuk kurallarına bakarak boşluğu tamamlar.

✓ Yoksa da ikinci olarak konuya ilişkin örf ve âdet hukuku var mı diye bakacaktır. Burada bir tartışma yoktur. Eğer burada da bir hüküm bulamazsa kendisi buradaki boşluğu kural koyarak tamamlayacaktır.

3)Bu durumda bakın taraflar ikinci derecedeki yan noktalar üzerinde müzakere etmişler, konuşmuşlar veya bunları hiç görüşmeden de bu da olabilir çünkü, ileride bunları görüşmek üzere saklı bırakmış olabilirler. Saklı tutmuşlardır.

Ancak ileride bir araya geldiklerinde de bu konuda anlaşma sağlayamamışlardır. Burada bir farklılık karşımıza çıkıyor. TMK md.2/2 devreye giriyor.

✓ Bu olasılıkta hâkim öncelikle yedek hukuk kurallarını devreye sokmaz.

✓ Somut olayın şartlarına, sözleşmenin niteliğine ve tarafların farazi iradesine göre(En önemlisi) boşluğu doldurur.

✓ Bu şekilde bir sonuca varılamazsa ikinci aşama olarak hâkim yedek hukuk kurallarına başvurur.

▶SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI

TBK md.138'de yasal dayanak bulan bir kurumdur.

Madde 138: *Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenemeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu hakimden sözleşmenin yeni koşullara göre uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.

- Özellikle sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin kuruluş aşamasındaki şartlar önemli ölçüde

değişmişse bu noktada bazı şartların da gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin uyarlanması gündeme gelebilir.

- **Özellikle bunlar sürekli edimli sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır.**
- Yani taraflar arasındaki edim dengesi büyük ölçüde bozulmuş olabilmektedir.
- Yani sözleşmenin kurulmasında tarafların o sözleşmenin temeli saydıkları işlemi saydıkları unsurlar daha sonradan çökebiliyor.
- Deprem, sel, su baskını, savaşlar gibi durumlarda ya da bizde olduğu gibi ekonomik krizler bir anda para değerindeki çok ciddi düşüşe sebep olması durumu örnektir.
- Borçlunun bu durumda hala edimini aynı şekilde ifa etmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa o takdirde doğrudan doğruya borçlu sözleşmenin uyarlanmasını, bu mümkün değilse de sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.
- Daha önceki uyarlamalar TMK md.2'ye dayandırılmaktaydı. Yeni Borçlar Kanunu'nda 138.maddeye dayandırılmaya başlanmıştır.
- Burada iki ilkenin birbiriyle çatıştığını özellikle ortaya koymak gerekmektedir. Bunlardan birincisi ahde vefa ilkesidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi.

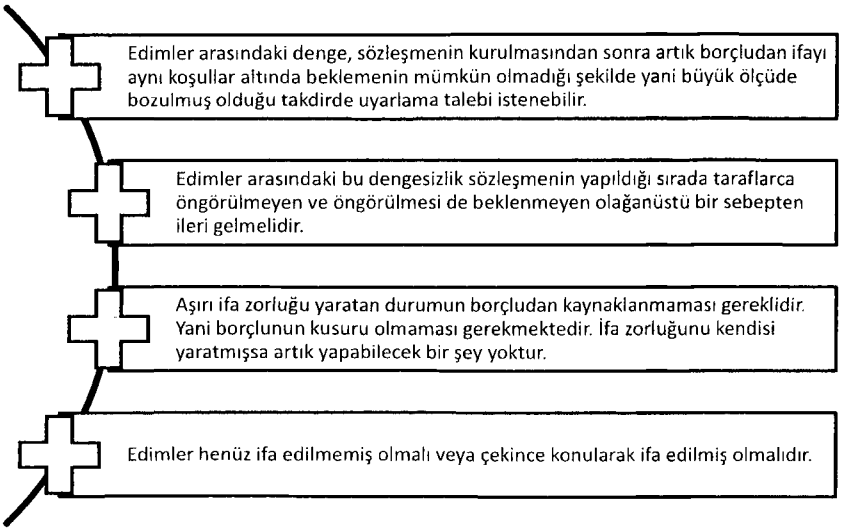
- Yani taraflar sözleşme koşulları ne olursa olsun sözleşmeye bağlıdırlar ve edimlerini ifa etmekle yükümlüdürler. İkinci ilke ise borçlu ancak sözleşmenin şartları değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlüdür. Dolayısıyla şartlar değişmişse borçlunun durumu itibariyle artık yeni sözleşmenin içeriği veya sözleşmenin süresi de değişmelidir. Şimdi bu iki ilke birbiriyle çatışmaktadır.

- Taraflar bizzat kendi düzenledikleri sözleşmede uyarlamanın koşullarını ve uyarlamanın ne şekilde yapılacağını açıkça düzenlemiş olabilirler. O takdirde tarafların arasındaki bu uyarlama sözleşmesi neyse o uygulanacaktır. (İRADİ UYARLAMA)

- Eğer buna ilişkin bir düzenleme yoksa o takdirde kanunu uyarlama dediğimiz 138.maddede öngörülen şartlara göre hâkim eğer uyarlama mümkünse önce uyarlamayı sözleşmenin yeni şartlarına uyarlanmasına karar verebilecektir. Bu mümkün değilse sözleşmeden dönme şıkkı burada kullanılabilecektir.

138.MADDE

Tarafların hâkimden uyarlama talebinde bulunabilmesi için:



- Farklı uyarlama tipleri karşımıza çıkabilir. Hâkim nasıl uyarlamaya karar verebilir? Hâkim miktarı azaltabilir, fazlalaştırabilir, bedeli indirebilir veya vade süresini uzatabilir, taksitlere bağlayabilir.

- Sözleşmenin süresini kısaltabilir veya uyarlama mümkün değilse sözleşmenin süresinden önce sona ermesine karar verebilir. Dönme ya da sürekli edimli sözleşmelerde feshe karar verebilir.

✦KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ DEVAM

▶ÖZEN SORUMLULUĞU

▼Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Madde 67: *Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

...

Yani kişi hayvan bulunduruyorsa, bakımını sürekli veya geçici olarak üstlenmişse, bakımını ve yönetimini tabi o zaman bu hayvanın vermiş olduğu zararlardan sorumlu olmaktadır.

Hayvan bulunduranın gerekli özenin gösterildiğini ispat ederse o zaman sorumlu olmaz. Yine diğer özen sorumluluklarında olduğu gibi kurtuluş kanıtı mevcuttur.

▼Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Şartları

Sorumluluğun niteliği özen sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk, bir hayvanı fiili hakimiyeti altında tutmak ve bundan yararlanmak anlayışına dayanıyor.

Maddi veya manevi olarak yararlanmak yeterlidir.

Burada hayvan bulunduran olduğunda hayvanın illa maliki olmak gerekmemektedir. Hayvanın geçici veya sürekli olarak bakımının üstlenilmesi gerekmektedir.

❖ Hayvanın bir zarara sebebiyet vermiş olması gerekmektedir.

❖ Kişiyle hayvan arasında bir bakım ilişkisi veya kontrol-denetim ilişkisinin söz konusu olması gerekmektedir.

❖ Hayvanın içgüdüsel fiilinden kaynaklanan işte ısırmak, saldırmak, tırmalamak gibi bir zararın meydana gelmesi gerekiyor.

❖ Zarar ile hayvanın fiili arasında bir uygun illiyet bağı gerekmektedir.

67.maddenin 3.fıkrasına bakalım bir de: *Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişileri rücu hakkı saklıdır.*

- Yani burada sebebiyet veren burada artık ürküten, bir başka kişi, ürküten bir başka hayvan söz konusu olduğu için burada da o kişilere rücu hakkının bulunduğunu ifade etmekte yasa.
- Bir de 68.madde vardır. Alıkoyma hakkını düzenlemektedir.

Madde 68: *Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hale getirebilir.*

...

- Hayvanın öldürülmesi durumu da hükmün kapsamındadır. Ama tabi ki ne olacak? Kişi başka çaresi kalmamışsa, yapacak başka bir şeyi yoksa buna başvurabilir.

- Ama tabi yine de asıl olan hayvanı öldürmemek ve zarara katlanmaktır. Ondan sonra da zararı hayvanın sahibinden istemektir.

- Tabi burada 68.madde sadece taşınmazları düzenlemektedir. Başkasının taşınmazı. Yasa burada biraz taşınmaz mülkiyetini kutsamaktadır.

- Bir de hayvanın sahiplerinin sorumluluğu diye ayrı bir sorumluluk vardır. Hayvan Koruma Kanunu'nda. O da benzer bir konudur. Orada da şöyle bir düzenleme getirilmiştir;

"Hayvan sahipleri, sahip oldukları hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğini ve insanlara verilebilecek zarar ve rahatsızlıkları, önleyici tedbirleri almakla yükümlü olup; zamanında ve yeteri seviyede tedbir alınmamasından kaynaklanan zararları tazmin etmek zorundadır."

Burada da çevre kirliliği ve insanlara verilen zarar söz konusu olmuştur. 68.madde özel hukuktan kaynaklanan zararlar için genel bir düzenleme getirmekte tabi.

▼Yapı ve Eser Malikinin Sorumluluğu

Madde 69: *Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludur.

Sorumluların, bu sebeplerden kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

- Bina malikinin sorumluluğunu veya diğer yapı maliklerinin sorumluluğu düzenliyor bu madde.
- Bu yasaya göre bina maliki veya yapı eseri maliki binanın yapımındaki bozukluk veya bakımından doğan birtakım zararlar varsa hiçbir şekilde sorumluluktan kurtulamaz.
- Tabi sorumluluktan kurtulmak için her zaman illiyet bağı eksikliğinden yararlanabilir.
- Bina maliki veya neyi ispat edecek? Yapımda bir bozukluk olmadığını, bakımında bir eksiklik olmadığını ve zararın bundan meydana gelmediğini. Başka sebeple meydana geldiğini. Ya da böyle eksiklikler ve bozukluklar olsa bile zararın yine başka sebeple meydana geldiğini ispat ettiğinde ancak sorumluluktan kurtulabilir.

- Ama kusursuz sorumluluk hali olduğu gibi gerekli özeni bu konuda göstermiş olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz.

- Şimdi söylediğimiz gibi burada bir özen eksikliği var. Bakımda ve yapımda bir sorun varsa bunlardan sorumlu kabul ediliyorsun ve burada kurtuluş kanıtı düzenlenmemiştir.

- Burada tabi yalnız eskiden sadece malik sorumluydu şimdi ise intifa hakkı ve sükna hakkı sahipleri de yasa tarafından sorumlu tutulmuştur. Ama yapımındaki bozukluktan değil onlarınki. Sadece bakımındaki eksiklikten.

- Kiracılar, işte hasılat kiracıları bu durumdan sorumlu tutulmamıştır. Tabi burada farklı yorumlar vardır. (Gökhan Antalya'nın görüşü sorumlu tutulmaları yönündedir.)

- Tabi bu kişilerin zarara katlanmakla beraber bu bakımı yerine getirmeyen kişilere veya kurumlara rücu etme hakları mevcuttur.

Bir de 70.madde zarar tehlikesinin önlenmesi talebini düzenlemektedir.

Madde 70: *Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.*

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku hükümleri saklıdır.

- Zarar görme tehlikesi içerisinde bulunan kişi, önleme talebinde bulunabiliyor.

- Önleme davaları yasada genel olarak düzenlenmemiştir. Parça parça ayrı ayrı ihtimallerle düzenlenmiştir.

- Zarar tehlikesinin giderilmesini-önlemesini isteyebilirim yani. Eğer yapmazsa da o zaman nam-a ifa denilen yola giderek de hatta masrafı ona ait olmak üzere benim tarafından onarımın yapılmasına izin verilmesini dahi hâkimden isteyebilirim.

▼Yapı Denetim Şirketi ve İlgililerin Sorumluluğu

- 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkındaki Kanun açısından **yapı denetim şirketi ve ilgililerin sorumluluğu.** Burada bir sorumluluk düzeni getirilmiştir.

- Bunun 3.maddesine göre yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje görevlileri ve laboratuvar görevlileriyle, yapı müteahhidiyle birlikte yapının ruhsat ve eklerine sağlık kurallarına aykırı eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarlarından dolayı yapı sahibinin idareye karşı kusurları oranında sorumludurlar.

- Burada mesela bir kusur sorumluluğu düzenlenmiş ama bu kusur sorumluluğu sözleşmesel bir sorumluluk. Neden

burada bunu düzenlemiştir? Çünkü bina malikine karşı, bina malikinin kusursuz sorumluluğu var ama bina malikine karşı bir de bu kişilerin kusur sorumluluğu var. Yani rücu edilebilir.

- Burada bir kusursuz sorumluluk tipinden söz edememekteyiz.

▼Üreticinin Güvenli Olmayan Ürünü Piyasaya Arzından Sorumluluğu

4703 sayılı kanuna göre üreticinin güvenli olmayan ürünü piyasaya arzından dolayı sorumluluğu.

Bu konuda şöyle bir düzenleme getirilmiş bu kanunun 5.maddesinde. **"Üretici piyasaya sadece güvenli ürünleri arz etmek zorundadır. Teknik düzenlemelere uygun ürünlerin güvenli olduğu kabul edilir. Üretici güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması hali ilgili teknik düzenlemeden kaynaklanmadığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur ve dağıtıcı sahip olduğu bilgiler çerçevesinde güvenli olmadığını bildiği ürünleri piyasaya arz edemez."**

Üreticinin buradaki sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

▼Noterlerin Hukuki Sorumluluğu

- Bu çok önemli bir sorumluluktur.

- Noterin yaptığı vasiyetname şekil bakımından hata ve geçersiz. Bu sebeple de vasiyetnamenin iptal edilmesinden dolayı hak sahibi olması gerekirken olamayanlar zarara uğrayanlar, vasiyetname geçerli olsaydı belli bir hakkı elde edecekken edemeyenler zarara uğramıştır. Burada o kişiler notere rücu edebilirler. Noter burada kusursuz sorumludur.

- Gerçi zaten kural olarak kusuru da vardır. Çünkü mesleğinin kapsamında olan bir şeyi bilmemek zaten kusurdur da ayrıca kusursuz sorumlu da sayılmışlardır.

CENART BORÇLAR GENEL 14. HAFTA

✦ TEMSİL

Temsil: Bir kişinin başka bir kişinin adı ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisi dolayısıyla da bu hukuki işlemden doğan hak ve borçların da doğrudan doğruya temsil olunan kişinin hukuk alanında doğmasıdır.

- Hüküm ve sonuçlar temsil olunan kişi üzerinde doğar.
- Sözleşmenin tarafı artık temsil olunan kişi olur.
- Dolayısıyla alacaklı ve borçlu doğrudan doğruya artık temsil olunan kişidir.
- Sanki işlemi bizzat kendisi yapmış gibi sonuçlar doğar.

- Temsil kurumuna çoğunlukla bir ihtiyaç ya da bir zorunluluk gereği başvurulur.
- Kişi başka bir yerde olduğu için, hasta olduğu için, hukuki işlemi bizzat yapamayacak durumda olduğu için temsil kurumuna başvurulur.

Temsil dediğimiz zaman bu temsil ilişkisinde 3 kişi söz konusudur:

- ✓ *Temsil olunan kişi / Adına ve hesabına işlem yapılan kişi*
- ✓ *Temsilci / Başkası adına ve hesabına işlem yapan kişi*
- ✓ *Üçüncü Kişi*

Temsilci ve Habercinin Birbirinden Ayrılması

Mesela işte bir kişi size gelse ve dese ki "Aslında Bay (A) sizin cep telefonunuzu veya arabanızı almak istediğini söyledi." Burada doğrudan doğruya başka birinin iradesini doğrudan doğruya size aktarılma durumu söz konusudur. İşte bu habercidir. Haberci hukuki işlem yapmaz. Sadece başka birisinin iradesini iletir.

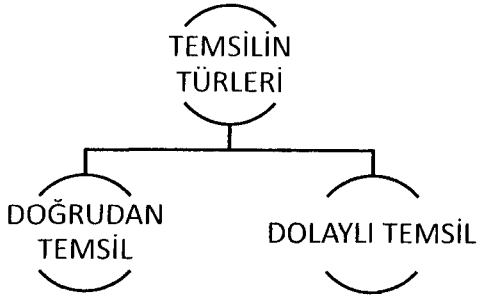
Tabi bunun yerine, "Bay (A) adına sizin arabanızı almak istiyorum." demiş olsa o zaman bu temsilcidir.

- o Temsilci hukuki işlem yapar.
- o Habercinin yaptığı doğrudan doğruya fiili bir görevken temsilcinin yaptığı doğrudan doğruya hukuki bir görevdir.

o Habercinin ayırt etme gücüne sahip olmasını aramazken temsil ilişkisinin geçerli olması için temsilcinin en azından ayırt etme gücüne sahip olması şarttır.

- Bir diğer önemli konu da tüzel kişilerde karşımıza çıkıyor. Tüzel kişinin organları temsilci değildir.

- Tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla açıklasa da organlar tüzel kişinin temsilcisi değildir.



- Doğrudan doğruya temsil, az önce size anlatmış olduğum temsilin tanımındaki bütün özellikleri içerir.

- Yani burada temsilci kendisine verilen temsil yetkisine dayanarak başkası adına ve hesabına hukuki işlem yapar.

- Zaten temsilin olağan biçimi de budur.

(Doğrudan temsil anlatılacak, dolaylı temsil seneye anlatılacak bir konudur.)

- Doğrudan doğruya temsilde temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişi ilişkisini düşünün

- Bu noktada adı üzerinde temsilcinin hukuki işlem yapmasıyla birlikte artı olarak ikinci bir devir işlemine, ikinci bir işleme gerek kalmaksızın o hukuki işlemden doğan bütün hak ve borçlar kendiliğinden, doğrudan doğruya temsil olunan üzerine doğacaktır.

- Bu noktada bu temsil ilişkisinin gerçekleşmesi için, temsilcinin başkası adına ve hesabına hareket etmesi gerekecektir. **Bu son derece önemli bir noktadır.**

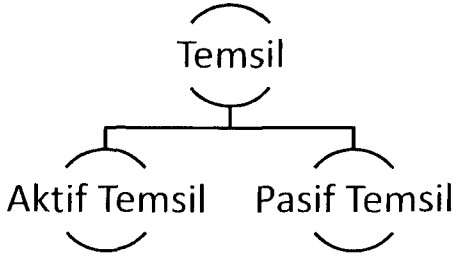
- Dolaylı temsili doğrudan doğruya temsilden ayıran en önemli özelliklerden bir tanesi, dolaylı temsilde temsilci kendi adına ama başkası hesabına hareket eder.

- Dolaylı temsil, komisyonculuk sözleşmesinde karşımıza çıkar. Komisyoncu burada kendi adına ama başkası hesabına hareket etmektedir.

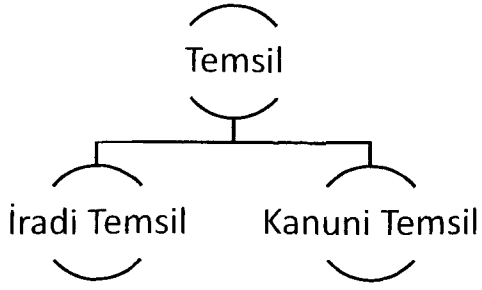
- İkinci olarak dolaylı temsilde işlemin ilk önce bütün hukuki sonuçları temsilcinin hukuki alanında doğar ancak temsilci daha sonra bu kendi alanında doğan hak ve borçları temsil olunana devretmekle yükümlüdür. İkinci bir işlem ile bunları devreder.

- Dolaylı temsilde temsilcinin yine de başkası hesabına yani temsil olunan kişi hesabına bu işi yapmış olması gerekir.

Başkası hesabına hareket etmemişse o zaman dolaylı temsilden bahsedemeyiz.



- Aktif temsil durumunda temsilci, karşı tarafa belirli bir irade beyanında bulunma yani örneğin bir sözleşme yapmak üzere bir öneride bulunma yetkisine de sahip olmaktadır.
- Buna karşılık pasif temsilde böyle doğrudan doğruya aktif bir öneride değil de karşı taraftan gelen öneriyi kabul etme yetkisine sahiptir.



- İradi temsilde doğrudan doğruya bu temsilin dayanağını bir hukuki işlem oluşturmaktadır.
- Kanunu temsilin dayanağı ise bir kanun hükmüdür.
- Vasinin atanması, kayyımın atanması, sınırsız ehliyetsizin yasal temsilcisi vs. kanunu temsil olarak karşımıza çıkmaktadır.

▼İradi Temsil Şartları

2 şart bulunmaktadır.

1. Hukuki İşlemi Başkası Adına Yapma
2. Temsil Yetkisi

- Doğrudan temsilde başkası adına hareket etme son derece önem arz eden ve bu noktada temsil ilişkisini kuran bir olgudur.
- Temsil ilişkisinin geçerli olabilmesi için temsilcinin her şeyden önce bir başkası adına hareket etmiş olması gerekir.
- Eğer temsilci bir başkası adına değil de kendi adına hareket etmişse dolayısıyla bu hukuki işlemden kendisi hak kazanıp borç altına girecektir.
- Ancak başkası adına hareket etme niyetiyle bu işlemi yapmışsa o işlemin bütün hüküm ve sonuçları temsil olunan adına doğacaktır.

- Bunun dışında temsilcinin aynı zamanda üçüncü kişilere bu sıfatını yani başkası adına hareket ettiğini bildirmesi, açıklaması gerekir veya bunun üçüncü kişiler tarafından anlaşılması gerekir.

Peki temsilcinin başkası adına hareket iradesi ne şekilde ortaya çıkar? 3 şekilde ortaya çıkmaktadır:

1. ***Temsilcinin Açıkça Üçüncü Kişiye Bildirmesi***
2. ***Üçüncü Kişilerin Durumundan Çıkarması***
3. ***Açıklama İlkesine Getirilen İstisna Durumu***

- Temsilci bu durumu, yani başkası adına hareket ettiğini, temsilci olduğunu açık olarak üçüncü kişilere sözlü veya yazılı olarak bildirebilir. Örtülü olarak da bunu ortaya koyabilir.
- Bu noktada şu önemlidir; açık beyanla temsilcinin temsil ettiğini kişinin adını açıklaması şart değildir.
- Başkası adına, ilgili şahıs adına işlem yaptığını bildirmesi yeterlidir.
- Buna ilgili için açık işlem adı verilir.
- Ama bazı durumlarda bu şekilde adın açıklanmaması mümkün değildir. Hangi durumlarda mesela? Taşınmaz satışında, resmi senet düzenlenmesinde olduğu gibi.
- Bu tür durumlarda ilgili için açık işlemin yapılması zaten niteliği gereği mümkün değildir.

- ***Temsilci başkası adına hareket etmediğini bildirmediği sürece doğrudan doğruya temsil hükümleri uygulanmaz ve Borçlar Kanunu madde 40 uyarınca hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur.***

İkinci olasılığa geçelim. İkinci olasılıkta üçüncü kişi mevcut bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyorsa veya çıkarması gerekiyorsa, bunun için 40.maddeyi okuyalım.

Madde 40: *Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar.*

Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.

Diğer durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır.

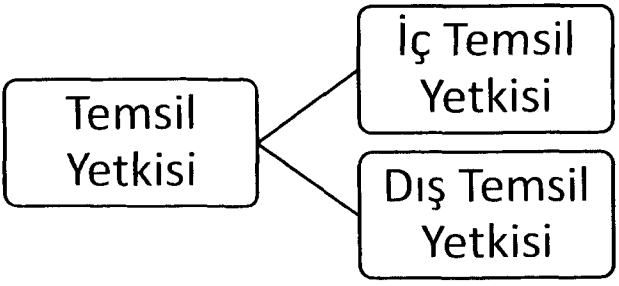
- Bakın karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ise hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.
- Bu tip durumlarda artık temsil ilişkisinin açıkça bildirilmesine gerek yoktur.

Üçüncü olasılıkta da açıklama ilkesine bir istisna getirildiğini görüyoruz. 40.maddenin 2.fıkrasında.

Madde 40/f.2: *Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.*

- Üçüncü kişi açısından bu işlemin temsil olunan veya temsilci tarafından yapılması farksızsa o takdirde bu hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde doğacaktır.
- Buna da ilgili için örtülü işlem adı verilir.
- Bu olasılıkta da doğrudan temsil ilişkisi gerçekleşmiş olacaktır.
- Geçelim ikinci şarta yani **temsil yetkisine.** Bir iradi temsilde temsil ilişkisinin kurulabilmesi için aynı zamanda temsil olunanın temsilciye bir temsil yetkisi vermiş olması şarttır.
- Tek taraflı bir hukuki işlemdir.
- Temsilcinin bunu kabul etmesine gerek yoktur.
- Dolayısıyla bu temsil yetkisinin karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşması yeterlidir.
- Hatta temsilcinin bunu fiilen öğrenmesine de gerek yoktur.

- Bazı hallerde temsil yetkisi yazılı bir belgeyle verilir. Buna da temsil yetkisini içeren yetki belgesi adı verilir.



- İç temsil yetkisinde ki bu temsil yetkisi tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla temsil olunan tarafından temsilciye bildirilir ve bu şekilde bir iç temsil yetkisi kurulmuş olur.

- İşte bu iç temsil yetkisiyle artık temsilci temsil olunan adına hukuki işlem yapma yetkisi elde eder. Bu temsil olunan ile temsilci arasındadır.

- Dış temsil yetkisinde, özellikle temsil olunan sözleşme yapılacak üçüncü kişiye bu temsil yetkisini bildirir.

- Doğrudan doğru üçüncü kişiye sözlü olarak bildirir veya bunu ilan eder, yetki belgesiyle bunu bildirir.

- Üçüncü kişilere bu temsil yetkisinin bildirilmesiyle birlikte üçüncü kişiler nezdinde o kişinin temsilci olduğuna ilişkin haklı bir güven oluşur.

- Kanun koyucu bazı durumlarda üçüncü kişinin bu iyiniyetini korumuştur.

Şöyle bir durum karşımıza çıksa. İç temsil yetkisi daha dar ama dış temsil yetkisi daha geniş ise, kapsam itibariyle; hangisine bir üstünlük tanınacaktır? Dış temsil yetkisi. Bunu nereden çıkarıyoruz? 41/f.2'den çıkarıyoruz.

Madde 41/f.2: *Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirime göre belirlenir.*

- Burada iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunduğunu görüyoruz.
- Üçüncü kişilere bildirilirken bu dış temsil yetkisine itibar edilmesi gerektiğinin altını çiziyor kanunda.

Başka bir hükmü nerede buluyoruz? 42/f.3'te.

Madde 42: *Temsil olunan, hukuki bir işlemden doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekalet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır.*

Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez.

Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.

- Temsil olunan verdiği yetkiyi önce açıkça veya dolaylı olarak üçüncü kişilere bildirmiş. Daha sonra da temsilciden iç ilişki dolayısıyla bu yetkisini geri almış. Ama bu geri aldığına ilişkin durumu üçüncü kişilere bildirmemiş. Bu durumda işte, geri aldığına ilişkin durumu bildirmediği takdirde yetkinin geri alındığını artık iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecektir.

- Bu süre zarfında temsilcinin yapmış olduğu işlemler temsil olunan kişiyi bağlayacaktır. Ortada bir yetkisiz temsil durumu söz konusu olmayacaktır.

▼Temsil Yetkisinin Verilmesi

- Temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü herhangi bir şekle tabi değildir.

- Ancak taşınmazlara ilişkin, devir, sınırlı ayni hak gibi durumlarda temsil yetkisinin verilmesi ki uygulamada buna noterde düzenlenen vekaletname adı veriyorlar biliyorsunuz.

- Bu vekaletnamenin yazılı olmasının gerektiği Noterlik Kanunu'nda belirtilmiştir.

▼ Temsilcinin Ehliyeti

- Temsilcinin böyle bir hukuki işlemde bulunabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir.

- Ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.
- Acaba sınırlı ehliyetsiz temsilci olabilir mi? Geçerli olur mu?
- Sınırlı ehliyetsizin yapmış olduğu hukuki işlemlerden bütün hak ve borçlar temsil olunan kişiye ait olur. Çünkü ayırt etme gücü mevcuttur.
- Sınırlı ehliyetsizin yapmış olduğu bu anlamda kendisine bir hak ve yükümlülük doğmaz. Yani temsilci olarak atanabilir.
- Ama aynı sınırlı ehliyetsiz bir vekalet sözleşmesini tek başına yapamaz çünkü o vekalet sözleşmesi ile borç altına girecektir. Fark burada karşımıza çıkmaktadır.

▼Temsil Yetkisi ve Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesi ile temsil birbirine benzeyen ama birbirinden farklı kurumlardır.

Şöyle ki, bir vekalet sözleşmesi adı üzerinde bir sözleşmedir. İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur. Bunun için karşı tarafın kabulüne ihtiyaç vardır. Oysa temsil yetkisinin verilmesinde tek tarafın iradesi yeterlidir. Karşı tarafın kabulüne ihtiyaç yoktur. İlk fark burada karşımıza çıkar.

Bir diğeri, vekalet sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte vekil iş görme borcu altına girer. Yani bir iş veya hizmet borcu altına girer. Buna karşılık temsil yetkisinin verilmesiyle birlikte temsilci sadece yetki elde eder. Herhangi bir borç altına girmez.

Üçüncü olarak da vekalet sözleşmesi iç ilişkiyi ilgilendirir. Müvekkil ile vekil arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. Temsil yetkisinde az öncede gördüğümüz gibi dış ilişkiyi ilgilendirir. Üçüncü farklılık da burada karşımıza çıkar.

Dördüncü farklılık vekalet sözleşmesinde vekalet sözleşmesinin hükümsüzlüğü herhangi bir şekilde hükümsüz olması, temsil o sözleşmeyle verilen temsil yetkisinin de geçersizliğine yol açmaz. Çünkü temsil yetkisi soyuttur. Temel ilişkiden bağımsızdır. Temelde bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi temsil yetkisinden söz edebiliriz.

Temsil yetkisi sadece hukuki işlemlerde olur. Maddi fiillerde temsil işlemez. Maddi fiillerde temsilci olmaz. Maddi fiillerde sadece yardımcı kişi olur. Sözleşmenin yanı sıra tek taraflı hukuki işlemlerde de olabilir. Fakat vekalet sözleşmesi hem hukuki işlemler hem de maddi fiiller için yapılabilir.

- Temsil kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda işlemez. Nişanlanma, evlenme, tanımada temsil işlemez.

- Genellikle vekalet sözleşmesiyle birlikte onunla aynı anda temsil yetkisi de verilmiş olur.

▼Temsil Yetkisinin Kapsamı

Temsil olunan kişi öncelikle bu temsil yetkisini süre olarak sınırlanabilir. Belirli bir zaman sınırı konulabilir.

Dolayısıyla bu zamandan önce veya bu zamanın bitmesinden sonra yapılan işlemler artık yetkisiz temsile tabi olacaktır.

Yani zaman sınırlaması konulmuşsa sadece o zaman zarfında yapılan işlemler temsil olunanı bağlayacaktır.

Bu noktada bir de temsil yetkisinin kapsamı konusunda 2 kavram karşımıza çıkar. Genel yetki ve özel yetki.

Genel yetki adı üzerinde temsilciyi bütün hukuki işlemleri yapabilme yetisinin verilmesidir.

Genellikle genel vekaletnamelerde süre konulmaz ama süre konulması da mümkündür.

Özel yetkide temsil olunan sadece belirli bir veya birkaç işlemin yapılması için temsilciye yetki verir.

Genel yetkinin verilmesi içerisinde özel yetki de olabilir.

Ama mesela özel yetkinin arandığı bazı haller vardır. Özel yetkide mutlaka temsil olunan kişi tarafından hangi işlemin yapılacağı açıkça belirtilir.

Özel yetkide sadece belirli işlem için veriyorsunuz. Genel bir yetki vermiyorsunuz.

Borçlar Kanunu mesela özel yetkinin arandığı bazı hukuki işlemler öngörmüştür.

-TBK Madde 504'te öngörülen durumlar.

✓ Sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas- iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, taşınmaz bağışı, kambiyo tahlilinde bulunamaz. Kefil olamaz. Taşınmaz üzerine sınırlı ayni kuramaz.

✓ Bütün bu işlemler özel yetki gerektirmektedir. Bu durumun özellikle belirtilmesi gerekir.

-Bunun dışında bir de HMK'da var özel yetki gerektiren durumlar.

✓ Açıkça yetki verilmemişse sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davayı ıslah edemez, yemin teklim edemez, tahkim sözleşmesi yapamaz, haczi kaldıramaz vs. gibi.

- Bunun dışında temsil yetkisinin kapsamı dediğimizde temsil yetkisinin aynı zamanda temsil olunan kişi, kişi yönünden sınırlandırabilir. Sınırlı bir temsil yetkisi verebilir.

- Bunun dışında temsil olunan kişi aynı zamanda birden fazla kişiye de temsil yetkisi verilebilir.

- Müteselsil temsil dediğimiz durum budur. Temsilcilerden her biri tek başına o işlemi yapmaya yetkilidir.

- Müşterek temsilde ise ancak birden fazla temsilci birlikte hareket o hukuki işlemi yapabilirler.

- Bunun dışında bir de ikame temsil yetkisi karşımıza çıkmaktadır. İkame temsilde, temsilci yerine başka birisini ikame ediyor. Başka birisini geçiriyor.

- Eğer temsil olunan kişi yasaklamışsa mümkün değildir ama yasaklamamışsa o takdirde ikame söz konusu olabilir.

- Bazen zorunluluk gereği ikame temsilin zorunlu olduğu durumlar söz konusu olabilir.

Temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde temsilciye bildirilen yetki daha dar bir yetkiyse buna karşılık üçüncü bir kişiye bildirilen yetki daha geniş bir yetkiyse bu noktada doğrudan doğruya eğer temsilci temsil yetkisinin kapsamını aşmışsa ne olur?

- Ana kural, eğer temsilci temsil yetkisinin kapsamını aşmışsa bu durumda yapılan sözleşme temsil olunan kişiyi bağlamaz.

- Yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur.

Ancak bu olasılıkta yetkinin kapsamı üçüncü kişiye bildirilmişse ve bu üçüncü kişiye bildirilen kapsam çerçevesinde temsilci işlem yapmışsa yani ne olursa bu durumda?

- Temsilciye verilen yetkiyle üçüncü kişiye verilen yetki birbiriyle örtüşmüyorsa bir şekilde üçüncü kişiye verilen yetkiye itibar edilecektir.
- Üçüncü kişiye verilen yetki kapsamındaysa o işlem o takdirde hukuki işlem temsil olunan kişiyi bağlar.
- Burada yine iyiniyetin korunduğu bir durum söz konusudur.

CENART BORÇLAR GENEL 15. HAFTA

✦ TEMSİL DEVAM

▶TALİMAT

- Talimat aslında temsil yetkisinin nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin temsil olunan tarafından verilen direktiflerdir.

Talimat aşılırsa yapılan işlem temsil olunanı bağlar mı? Bağlamaz mı?

Bu noktada 2 temel görüş vardır.

1. Talimatın sadece temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğini kabul eder. Dolayısıyla temsil yetkisi varsa temsilcinin yapılan işlem temsil olunanı bağlar görüşü benimsenir.

2. Buna karşılık ağırlıklı görüş, talimatın aynı zamanda temsil yetkisinin kapsamını da belirlediğini yani temsil yetkisini sınırlandırdığını ifade etmektedir. Dolayısıyla talimata aykırı her davranış aynı zamanda temsil yetkisinin aşılması anlamına gelecektir ve bu anlamda temsil yetkisi aşıldığı için de yetkisiz temsil hükümleri burada devreye girecektir. Yani özetle yapılan işlem temsil olunan kişiyi bağlamayacaktır.

İç ilişkide daha dar dış ilişkide daha geniş bir temsil yetkisi söz konusuysa; bu durumda dış ilişki esas alınır. Dış ilişkide bildirilen, üçüncü kişiye bildirilen yetki esas alınır. Temsil yetkisinin kapsamını dış ilişki belirler.

▶TEMSİL İLİŞKİSİNDEKİ BAZI ÖZEL DURUMLAR

Temsilcinin Kendi Kendisiyle Sözleşme Yapması veya Çift Temsil

Örneğin, temsil olunan temsilciye kendisi için bir mal satın alması konusunda bir temsil yetkisi vermiştir. Bu mal temsilcinin elinde de bulunuyor. Acaba bu olasılıkta temsilci bir taraftan temsil olunan kişinin temsilcisi sıfatıyla alıcı konumunda diğer taraftan da üçüncü kişi konumunda yanı satıcı konumunda olabilir mi?

1) Eğer temsil olunan kişi temsilciye bu konuya ilişkin açık olarak rıza vermişse. Yani açık rıza varsa.

2) Yapılan işlemin niteliği gereği temsil olunanın menfaatlerine zarar vermemesi, yani temsil olunan kişiye zarar vermemesi durumunda da bu durum söz konusudur. Özellikle işte satılacak olan malın borsada, piyasada sabit bir fiyatı varsa rayiç bir bedeli varsa bu durumda temsil olunan zarar görmeyecektir.

İşte bu iki olasılıkta yapılan işlem temsil olunanı bağlayacaktır. Aksi halde temsilcinin kendi kendisiyle yapmış olduğu işlem hükümsüz sayılacaktır.

Şimdi gelelim çift temsil durumuna.

Bay(A), örneğin Suadiye'deki evini kiralaması için (T)'yi temsilci atamıştır. Bay(B)'de yine Suadiye'de bir ev kiralamak için (T)'yi temsilci atadı. Bakın her ikisinde de temsilci çift temsilci olarak görev yapmakta. Bu durumda elbette her iki tarafın menfaatlerinin de objektif olarak temsilci korumak zorundadır. Ama bu işlemler geçerli midir? **Az önce bahsettiğimiz iki şarttan birinin gerçekleşmesi kaydıyla geçerlidir.**

▶ TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

- Borçlar Kanunu temsil yetkisinin sona ermesi konusunda bazı sebepleri saymıştır. Ama bu sebeplerin dışında da temsil yetkisi sona erebilir.

Madde 42: **Temsil olunan, hukuki bir işlemden doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekalet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerinden doğabilecek haklar saklıdır.**

Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez.

Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.

- Birincisi temsil olunan kişi her zaman temsil yetkisini kısmen geri alabilir.
- Geri alma beyanının hukuki niteliği itibariyle bir bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır aslında.
- Dolayısıyla biz buna bozucu yenilik doğuran bir hak dediğimizde bu hakkın kullanılması şarta bağlanamaz ve bu hak kullanıldıktan sonra bundan dönülemez çünkü artık hak kullanılmakla tükenmiştir.
- Temsil ilişkisi genellikle bir güven ilişkisine dayanır ve bu güven ilişkisi zedelendiği anda temsil olunan her zaman temsil yetkisini geri alabilir.
- Dolayısıyla temsil olunan kişinin önceden temsil yetkisinin geri alınmasını hiç kullanmayacağını taahhüt etmesi yani bu haktan feragat etmesi önceden ne sayılacaktır? Geçersiz sayılacaktır.
- Yani geri alma hakkını kullanmayacağı yönündeki taahhüt geçerli değildir. Kesin hükümsüz sayılır.
- Temsil olunan önce bu temsil yetkisini üçüncü kişilere bildiriyor. Açık olarak veya örtülü olarak. Daha sonra bu yetkiyi

temsilciden tamamen veya kısmen geri alırsa ve bu geri almayı üçüncü kişilere bildirmezse artık o süreçte temsilcinin yaptığı işlemler temsil olunan kişiyi bağlayacaktır.

- Geri aldığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecektir.
- Temsilcinin istifası konusunda kabule ihtiyaç olmadığı için istifaya da gerek olmadığını söyleyebiliriz.

▶ Temsil Yetkisinin Kendiliğinden Sona Ermesi

Madde 43: **Hukuki işlemden doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer.**

Bu hüküm, bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda da uygulanır.

Tarafların karşılıklı kişisel hakları saklıdır.

- Bu tip durumlarda kural olarak temsilci veya temsil olunan kişinin ölmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi, hakkında gaiplik kararı verilmesi veya iflas etmesi veya tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde temsil yetkisi kural olarak kendiliğinden sona erer.
- Ancak temsil olunan bunun aksini kararlaştırabilir.

- Özellikle temsil olunan kişi ölümünden sonra da temsil yetkisinin devam edeceğine ilişkin bir temsil yetkisi de tanıyabilir. Bu geçerli bir durumdur.

- Bu durumda ölümünden sonra bu işleri yapan temsilci artık mirasçıların da temsilcisi sayılacaktır.

- Ama mirasçılar her zaman o temsilcinin temsil yetkisini geri alabilirler.

- Bu ölümden sonraya etkili temsil yetkisi, bunun ölümden sonraya etkili olabilmesi için ölüme bağlı tasarrufla yani vasiyetnameyle düzenlenmesi gerektiğini kabul etmektedir.

- Bazen de işin niteliği gereği yani temsil yetkisi normalde saydığımız sebeplerden dolayı kendiliğinden sona erecek olsa da işin niteliği gereği temsil yetkisi bir süre daha devam etmek zorunda olabilir. Acil olarak bitirilmesi gereken yarım kalan iş gibi. Bu tip durumlarda temsil yetkisi o işlemin bitirilmesine kadar bir süre daha devam edebilir.

- Temsil yetkisi belirli bir süreyle de verilebilir. Süresiz de verilebilir ama süreyle de verilebilir.

▶ TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

Kural olarak artık temsil yetkisi sona ermişse temsilci temsil olunan adına hukuki işlem yapamaz.

Temsil yetkisinin sonra ermesinden sonra yapılan işlemler temsil olunan kişiyi bağlamaz. (İSTİSNALARI VARDIR.)

Madde 45: **Temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdır.**

Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumda uygulanmaz.

Burada iyiniyetli üçüncü kişilerin korunduğunu görmekteyiz.

Temsilci yetkisinin sona erdiğini bilmiyor yani iyiniyetli durumda. Artı sadece o da değil üçüncü kişi de iyiniyetli. Yani burada çifte iyiniyet var. Çifte iyiniyet durumunda, sözleşme geçerlidir.

Yapılan işlem temsil olunan kişiyi bağlar.

İkisi de kötü niyetli. Bu tür durumda zaten yapılan işlem temsil olunanı bağlamayacaktır.

Çünkü işlem hükümsüz sayılacaktır.

Peki içlerinden bir tanesi iyiniyetli olsun. İşte üçüncü kişi diyelim iyiniyetli ise yapılan işlem yine temsil olunanı bağlayacaktır.

Peki şöyle bir olasılık olsa, üçüncü kişi kötü niyetli olursa? O zaman 45/2 bunu düzenlemektedir. Bu kural üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildiği durumlarda uygulanmaz.

Bir başka üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu hal 42/3' hükmüdür.

Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.

Bir de hemen 44.maddeye bakalım.

Madde 44: **Temsilciye yetki belgesi verilmişse, yetkinin sona ermesi durumunda temsilci, bu belgeyi temsil olunana geri vermekle veya hâkimin belirleyeceği yere bırakmakla yükümlüdür.**

Temsil olunan veya halefleri, temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapmazlarsa, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler.

Şimdiye kadar sayılan bütün durumlarda yapılan sözleşme geçerlidir.

Ama burada yapılan sözleşme hükümsüzdür. İşte buradaki zararın tazmini neyi içeriyor aslında? Sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı uğranılan menfi zararın tazminini içerir.

DİPNOT:

İki hükmü kıyasladığımız zaman doktrinde bir görüş diyor ki hatta epey ağırlıklı bir görüş, az önce okuduğumuz fıkrayla yani 42/3 ile bu 44.madde arasında bir yere kadar temelde bir farklılığın olmadığını ortaya koyuyor. Şöyle ki siz nasıl temsil yetkini birine bildirdiğinizde onun geri alındığını da bildirmek zorundaysanız birisine yetki belgesi verdiğiniz de aynı zamanda üçüncü kişilere ona yetki verdiğinizi bildirdiğinizde çünkü bu o anlama gelmektedir. Temsil yetkisi sona erdiğinde de bu yetki belgesini bir şekilde geri almanız gerekmektedir. Bu noktada ihmalkar davranırsanız temsil yetkisinin sona erdiğini üçüncü kişilere bildirmemiş oluyorsunuz. Yani az önceki hükmün uygulama alanına giriyor.

Dolayısıyla bunu sözlü olarak bildirmişsin veya yetki belgesini göstermişsin ikisi aynı şeydir. Yetki belgesinin verilmesi o benim temsilcim demektir. Bunun anlamı budur. Dolayısıyla sözlü olarak bildirimde bunu geri almadığını bildirmezsen kanun burada sözleşme geçerlidir demektedir. Ama yetki belgesinde onun geri alındığını bildirmediği takdirde farklı bir yaptırım sanki söz konusuymuş gibi bir durum ortaya çıkıyor. İşte bu olasılıkta bugün doktrinde baskın görüş, bu durumda yetki belgesinin de(temsil yetkisi geri alınmışsa) geri alındığını bildirmediğiniz takdirde üçüncü kişilere bu olasılıkta yapılan işlem, sözleşme tıpkı 42/3'te olduğu gibi geçerli sayılacaktır. Yani temsil olunan işlemle bağlı olacaktır.

Peki 44.maddenin önemi, uygulama alanı nedir? Sadece temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği hallerde uygulama alanı bulacaktır. Ölüm, ehliyet kaybı, iflas gibi. Ancak bu tür durumlarda yetki belgesini almada kusurlu bir davranış sergilemişse temsil olunan veya halefleri bu olasılıkta bu sözleşmenin hükümsüz sayılması yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı(menfi zarar) tazmin etmek zorundadır.

▶YETKİSİZ TEMSİL

Hangi durumlarda söz konusu olur?

- *1-Temsil yetkisi baştan hiç verilmemiştir.*
- *2-Temsil yetkisinin kapsamı aşılmıştır.*
- *3-Temsil yetkisi sona ermiştir.*

Peki yetkisiz temsil hangi durumlarda, hangi şartların gerçekleşmesiyle kabul edilebilir?

- *1-Üçüncü kişi ile temsilci bir sözleşme yapmış olmalıdır.*
- *2-Bu sözleşmeyi temsilci temsil olunan adına yapmalıdır.*
- *3-Temsil yetkisi bulunmamalı.*

Bu üç şart aynı anda gerçekleşmişse artık yetkisiz temsil tüm şartlar gerçekleşmiştir diyebiliriz.

▶YETKİSİZ TEMSİL SONUÇLARI

- Sözleşme kurulur evet ama yetkisiz temsilde yapılan sözleşme temsil olunan tarafından onanıncaya kadar askıda hükümsüzdür.

- Temsil olunan prensip olarak yapılan bu sözleşmeyle bağlı değildir. Bu sözleşmeden onun hukuki alalına herhangi bir hak veya borç doğmaz.

- Bu sözleşmeyi temsilci temsil olunan adına yaptığı için yapılan bu sözleşmenin tarafı temsilci de değildir.

- Yapılan sözleşme askıda hükümsüz ancak temsil olunan kişi bu sözleşmeye sonradan icazet verirse bu takdirde yapılan işlem geçmişse etkili olarak baştan itibaren geçerli hale gelir.

- Sanki en başından beri temsil yetkisi varmış gibi sonuç doğurur.

- Bu süreç zarfında eğer temsil olunan kişi yapılan işlemi onaylamazsa, onaylamayacağını açık açık beyan etmişse bu takdirde askıda hükümsüz olan işlem yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale dönüşür.

- Üçüncü kişi kural olarak bu sözleşmeyle bağlıdır. Ancak üçüncü kişi tıpkı sınırlı ehliyetsizlerde olduğu gibi temsil olunan kişiye bu sözleşmeyi onaylaması için bir süre verir.

- İşte bu süreyi eğer temsil olunan kişi susarak geçirirse veya doğrudan doğruya açıkça bu sözleşmeyi onamayacağını beyan ederse o takdirde sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olduğu gibi artık üçüncü kişinin de bu sözleşmeyle bağlı olduğunu da söyleyemeyiz.

- Bu noktadan sonra üçüncü kişi bu sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden birtakım zarara uğramış olabilir. Bu menfi zarardır. Sözleşmeye güven yüzünden uğranılan zarardır.

- Dolayısıyla bu noktada üçüncü kişi bu menfi zararını kural olarak yetkisiz temsilciden talep edebilir.

- Yetkisiz temsilci kusursuz olsa dahi yani temsil yetkisinin sona erdiğini bilmese veya bilmesi gerekmekse daha bu menfi zararı ödemekle yükümlüdür. Bundan kurtulmasının tek bir olasılığı vardır; hükmü okuyalım 47.madde.

Madde 47/1: **Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması halinde bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.**

- Yani üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunu ispat ederse tazminattan kurtulur. İspat yükü temsilcidedir.

Peki üçüncü kişinin bunu aşan bir zararı varsa? Menfi zararı aşan bir zararı varsa? Bu olasılıkta da hemen 47/2'ye bakalım.

Madde 47/2: **Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.**

- Menfi zararı aşan zarar burada olumlu zarardır. Yani müspet zarardır.

- Buradaki üst sınır müspet zarar oluşturur. Yani müspet zararı aşmayacak şekilde menfi zararı aşan ama müspet zararı da aşmayan bir tazminata hükmedilir.

- Hakkaniyet gerektiriyorsa ve temsilci kusurlu ise bu zararın tazmini gerekir.

- Yetkisiz temsilde, temsil olunan kişi bu yetkisiz temsil sebebiyle birtakım zararlara uğramışsa bu olasılıkta temsil olunan temsilciden bu zararları vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilecektir.

- Temsil yetkinin vekalet sözleşmesine dayandığı hallerde bu sözleşmenin sona ermesi halinde genellikle temsil yetkisi de sona erer. Ama böyle olmak zorunda değildir.

✦ TEHLİKE SORUMLULUĞU

- Bir işletme eğer tehlike yaratan bir faaliyet yürütüyorsa hakkında özel hüküm bulunması gerekmeksizin genel hüküm dolayısıyla bundan zarar görenler korunur.

- Borçlar Kanunu 71.maddesinde bir düzenlenmiştir.

Madde 71: **Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.**

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

- Ortada önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti söz konusu olması gerekmektedir.
- Önemli ölçüde tehlike arz etmek yapılan faaliyetin hukuka aykırı olmasından kaynaklanmamaktadır. O faaliyet, o işletmenin normal tipik faaliyeti çok tehlike arz eden bir faaliyettir.
- Maden işletmek, nükleer santral işletmek, havaalanı işletmek gibi faaliyetlerin kendisi bizzat kendi içinde bu konuda gereken her türlü özenin gösterilmiş olması halinde bile kendiliğinden her an bir zarar getirmeye müsait faaliyetlerdir.

- Bundan dolayı da denmiştir ki kişiler bundan dolayı eğer özel hukuk zararı görürse, "Bir kişi böyle olağanüstü zarar doğurmaya elverişli, buna yatkın bir faaliyette bulunuyorsa bunun külfetini de çekecektir." ➡ *YARAR GÖRÜŞÜ*

- Diğer bir görüş, "Sen gereken özeni göstersen bile bu faaliyetin hakimiyetini elinde tuttuğun için sorumlusun." demiştir. ➡ *HAKİMİYET GÖRÜŞÜ*

- (Hoca yarar görüşünü daha mantıklı bulduğunu söyledi.)

- Çünkü hakimiyet görüşü çoğunlukla objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dayanıyor.

- Burada yerine getirilmesi gereken bir özen söz konusu değildir. Hükme dikkat ederseniz bir kurtuluş kanıtı da yoktur.

- Hükümde işletme ve işletme sahibini ayrı tutması eğer kişiler ayrı kişilerse müteselsilen sorumlu tutabilmek içindir.

Burada hukuka aykırılık nerede aranır?

- Hukuka aykırılık sonucun hukuka aykırılığıdır.

Gelelim 2.fıkraya. Peki ne zaman önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet vardır?

- Özenle ilgisi olmaksızın faaliyetin önemli ölçüde tehlike arz etmeye elverişli olması gerekmektedir.

- O yüzden kullandığın araçlar, yaptığın faaliyetin içeriği, türü buna müsaitse faaliyet hukuka uygun olsa bile sorumluluk doğurur.

- Burada kusuru ispat etmek zorunda değilsiniz. Bu büyük bir avantajdır.

✓ ***İşletmenin faaliyeti elverişli olmalı.***

✓ ***Faaliyet elverişli değilse bile kullanılan araçlar, malzemeler buna elverişli olmalı.***

Burada bahsedilen işletmenin de mutlaka ticari işletme olması da gerekmez. Esnaf işletmesi de olması yeterlidir.

✓ **Son olarak da ne kadar özen gösterirsen göster bu zararın meydana gelme ihtimalinin yüksek olması gerekir.**

- Sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa bunun önemli ölçüde tehlike arz bir işletme olduğu kabul edilir.

- Yasa burada bir kıyas imkânı getirir.

- Diyor ki hükmün devamında, özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.

Son hüküm biraz tartışmalıdır. Yanlış yazıldığını düşünen yazarlar var. Son fıkrada aslında anlatılmak istenen:

Bazen kusursuz sorumlulukta ek kusur illiyet bağının kesilmesini de engeller. Motorlu araç işletenin sorumluluğunda olduğu gibi. Ama sonuçta illiyet bağı kesilirse kişi kural olarak sorumlu olmaz ama şu denebilir, "Bizim burada sana petrol arama veya maden arama faaliyetinde bulunmama izni vermememizin bir sebebi var. Bu sebeplerden biri de bu. Burası deprem bakımından çok riskli bir bölge. O yüzden bu izni vermedik sana" denilirse illiyet bağı kesilmiş olmaz. Ama öyle bir deprem meydana gelir ki öngörünün olmadığı derecede bir deprem, o zaman nerede o faaliyeti yapsan o zarar meydana gelebilir. O zaman illiyet bağı kesilmiştir. Bu da somut olaya göre değerlendirilecektir.

Son fıkra şu anlama gelir:

Senin yaptığın faaliyetin hukuka uygunluğuna veya hukuka aykırılığına bakılmaz. Faaliyet izinli ve hukuka uygun olsa bile bir zarar meydana geldiyse yine de sorumlusun. Bu hükmün demek istediği budur.

Peki zararın azaltılması mümkün olabilecek mi bu sorumluluk tipinde?

- Mağdurun ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve illiyet bağının kesilmesi tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırır.

- Tabi ek kusur yani zarar verenin yani işletme sahibinin veya işleticinin ek kusuru illiyet bağının kesilmesini kesin engeller diyemiyoruz ama engelleyebilir.

- Yani illiyet bağının kesilmesini engellediği durumlar olabildiği gibi engellemediği durumlar da olur. Yasa bu konuda bir şey söylemiyor. Buna somut olayda bakmak gerekir.

- Müterafik kusur yani zararın doğmasına veya artmasına sebep olma durumu tazminatın özellikle indirilmesine sebep olabilir.

▶Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu

Bu sebeple Karayolları Trafik Kanunu'nda bu konuya ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. 85.madde.

KTK Madde 85: **Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüs unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüs sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olur.**

86.maddede de buna ilişkin düzenleme devam etmektedir.

Madde 86: **İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.**

85.maddenin 3.fıkrasında da işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulması için bir düzenleme mevcuttur.

Madde 85/3:**İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gereklidir.**

El freni bozuk olduğu için park halindeki aracın kayıp birine zarar vermesi mesela.

- Sonuçta böyle bir işletilmeyen aracın sebep olduğu zarardan sorumlu olunabilmesi için ya kişinin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru gerekiyor ya da araçtaki bozukluğun kazaya sebep olması gerekmektedir.
- 85.maddede düzenlenen durum karayollarındaki motorlu araçları ilgilendirir.
- Karayollarından da kasıt umuma açık karayollarıdır.
- Yani bir kişinin özel mülkünde meydana gelen bir zarar da bu kapsamda kabul edilmemektedir.
- Araç işletilme halinde olmalıdır.
- İşletilme halinde olmak motorun çalıştırılması ve faaliyete geçilmesi anlamına geliyor.

Şimdi işleten kimdir? İşletenin kim olduğunu da kanun maddesi düzenlemiştir.

Madde 3: **İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehini gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır.**

Kimin işleten olduğunun belirlenmesinde bir ***farazi işleten*** var bir de ***gerçek işleten*** var.

Farazi işleten aracın maliki.

Ama araç malikin zilyetliğinden çıkmış ve **uzun süreli olarak bir başkasının zilyetliğine geçmişse artık o kişi gerçek işletendir.**

- ❖Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan,
- ❖Rehin alan,
- ❖Uzun süreli kiralayan,
- ❖Uzun süreli ariyet alan,

Bunlar gerçek işletendir.

- Ne kadar süreli kullanım uzun süreli kullanım sayılır sorusunun cevabı için yasada bir hüküm yoktur. Ama tarafların niyeti, amacı bunu belirler.

- İlgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına veya tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse bu kişi işleten sayılır.

- Eğer uzun süreli kiralama yapmış olmama rağmen, alt kiraya verdiysem burada başkası zilyetliği elinde bulunduruyorsa bu kişiler gerçek işleten olur yine.

- Teşebbüs sahibi diye bir kavram vardır. Yani benim büyük bir otobüs firması ile anlaştığımı düşünün. Bu durumda bağlı olduğum işletme sahibi, bağlı olduğum teşebbüsün sahibi de benimle beraber müteselsilen sorumlu oluyor.

- Buradaki bağlı olma kavramını geniş yorumluyoruz. Emir talimat altında çalışması şeklinde değil, birlikte çalışması, ortaklık kurması veya istihdam edenin olması da mümkündür.

Bir de zarar bakımından yasa sınırlama getirmiştir.

- Bir kişinin ölümü,
- Yaralanması
- Bir eşyanın bu kaza sonucunda zarar görmüş olması gereklidir.

- İster bir yaya olsun ister bir otomobilin içerisinde olsun kişinin şahıs varlığının uğradığı zararlar yani ölüm veya yaralanma durumlarında veya kişinin beraberindeki eşyalar zarar gördüğünde bu kusursuz sorumluluk söz konusudur.

- Onun dışında yine burada da önemli bir durum da uygun illiyet bağının bulunması gereğidir.

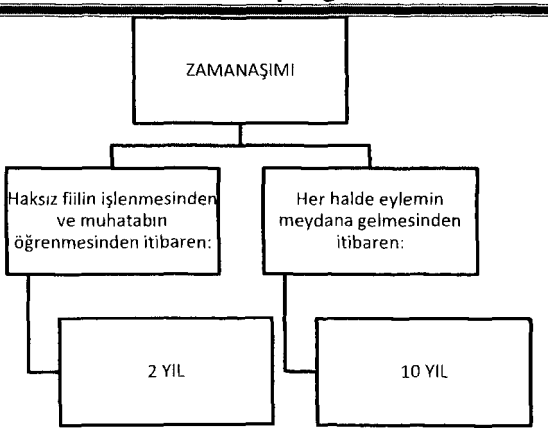
- Burada işte yasa ek kusur halinde illiyet bağının kesilmeyeceğini özel bir hükümle düzenlemiştir.

Yani yasa diyor ki burada, kişi kusurlu olmasa da sorumlu ama mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru veya mağdurun ağır kusuru illiyet bağını keser ama kişinin ek kusuru varsa yani zaten kusursuz sorumlu olan kişinin bir de ek kusuru varsa illiyet bağı kesilmez diye özel olarak hüküm getirilmiştir.

- Yasa burada varsayım getirmiştir. İspat imkânı getirmemiştir.

- Tazminatı azaltan sebepler varsa tazminatın azaltılmasından zarar veren yararlanabilir. Ama ek kusuru varsa da müterafik kusuru da nötralize eder ek kusur. Yani ek kusur varsa ne tazminatın azaltılmasını isteyebiliyor ne de illiyet bağının kesildiğini ileri sürebiliyor.

- Ama ek kusur yoksa bu üç sebepten biri illiyet bağını keser.



- Rücu bakımından da zamanaşımı mevcuttur. Kişiye rücu edilebilir. Buradaki süre de aynıdır.