

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

EGEMEN IŞIK

İstanbul, 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

EGEMEN IŞIK

Danışman: PROF. DR. O. GÖKHAN ANTALYA

Tez Savunma Jürisi

1. Tez Danışmanı	: Prof. Dr. O. GÖKHAN ANTALYA
2. Üye	: Prof. Dr. M. TUFAN ÖĞÜZ
3. Üye	: Prof. Dr. HALÛK NAMİ NOMER
4. Üye	: Prof. Dr. FARUK ACAR
5. Üye	: Prof. Dr. FULYA ERLÜLE

İstanbul, 2024

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	vii

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI	1
III. TERMİNOLOJİ	3

BİRİNCİ BÖLÜM

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUMU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	7
A. ROMA HUKUKUNDA	7
B. MÜŞTEREK HUKUKTA	8
C. İLK KODİFİKASYONLARDA.....	10
1. Genel Olarak	10
2. 1803 Tarihli Fransız Medeni Kanunu ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanunu	11
3. 1855 Tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu	11
4. 1861 Tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu.....	12
5. 1866 Tarihli Dresden Tasarısı	12
D. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKLARINDA	13
1. 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu	13
2. 818 Sayılı Borçlar Kanunu	14
II. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER	15
A. İSVİÇRE HUKUKUNDA	15
B. TÜRK HUKUKUNDA	18
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU	19
A. ALMAN HUKUKUNDA	19
B. FRANSIZ HUKUKUNDA.....	21
C. AVUSTURYA HUKUKUNDA.....	21

D. İNGİLİZ HUKUKUNDA	23
E. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE VE METİNLERDE.....	23
1. Uluslararası Mal Satışlarında Temsile İlişkin Konvansiyon.....	23
2. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri	24
3. Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Çerçevesi Taslağı	25
4. Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri	26
IV. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU NİTELENDİRMEYEN DOĞAN SONUÇLAR.....	26
A. GENEL OLARAK	26
B. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	27
1. İleri Sürülen Görüşler.....	27
a. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu	27
aa. Kusur.....	34
bb. Sorumluluk Öznesi.....	40
b. Haksız Fiil Teorisi.....	42
c. Haksız Fiil Benzeri Teorisi.....	45
d. Sözleşme Benzeri Teorisi.....	47
e. Karma Teori.....	50
2. Değerlendirme	51
C. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HÜKÜMLER	53
1. Fiil Ehliyeti.....	53
a. Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu	55
aa. Yasal Temsilcinin Rızasıyla Hareket Edilmesi	57
bb. Yasal Temsilcinin Rızası Olmadan Hareket Edilmesi	61
b. Tam Ehliyetsizlerin Durumu	63
2. Zamanaşımı	64
a. Genel Olarak.....	64
b. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı	71
aa. Haksız Fiil Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı	71
bb. Genel Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı.....	74
3. Yardımcı Kişilerden Sorumluluk	75
4. Kusurun İspatlanması.....	76

İKİNCİ BÖLÜM

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK	81
II. TEMEL UNSURLAR	83
A. BAŞKASI ADINA HUKUKİ İŞLEM YAPILMASI	83
1. Genel Olarak	83
2. Başkası Adına Hareket Edilmesi	83
3. Hukuki İşlem Yapılması	86
a. Tek Taraflı Hukuki İşlemler	86
b. Hukuki İşlemin Kurulması	92
B. TEMSİL YETKİSİ EKSİKLİĞİ	94
1. Genel Olarak	94
2. Temsil Yetkisi Eksikliği Hâlleri	94
a. Temsil Yetkisinin Hiç Verilmemiş Olması	96
b. Temsil Yetkisinin Geçersiz Olması	98
c. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi	100
aa. Temsil Yetkisinin Geri Alınması	101
bb. Temsil Yetkisinin Diğer Nedenlerle Sona Ermesi	102
d. Temsil Yetkisinin Aşılması	107
e. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması	117
aa. Hileli Anlaşma	121
bb. İş Birliği Olmaksızın Temsil Olunanın Aleyhine Hareket Etmek	125
f. Temsil Yetkisinin Kullanılmaması	127
C. ONAMAMA	129
1. Genel Olarak	129
2. Başka Bir Geçersizlik Nedeninin Bulunmaması	132
a. Genel Olarak	132
b. Üçüncü Kişinin Yanılma Nedeniyle Sözleşmeyi İptal Etmesi	134
c. Temsilcinin Kendi Adına Sözleşmeyi Sona Erdirmesi	143
d. Temsilcinin İrade Bozukluğu Nedeniyle Sözleşmeyi İptal Etmesi	147
e. Temsil Yetkisinin Bildirilmesi Hâlinde Üçüncü Kişinin Temsilin Sonuçlarını Reddetmesi	151
D. ZARAR	154
E. NEDENSELLİK BAĞI	156
F. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİ NİYETLİ OLMASI	157

1. Genel Olarak	157
2. İyi Niyetin Tanımı	159
3. İyi Niyetin Korunmasının Nedeni: Yetki İddiası	163
4. İyi Niyet Karinesi ve Karinenin Çürütülmesi	168
a. Genel Olarak.....	168
b. Temsil Yetkisi Eksikliğinin Bilindiğinin İspatlanması	170
aa. Temsil Yetkisi Eksikliğinin Bilinmesi.....	170
bb. Hukuki Sonucu	172
c. Temsil Yetkisi Eksikliğinin Bilinmesi Gerektiğinin İspatlanması.....	175
aa. TMK m. 3 f. 2'ye Genel Bakış	175
bb. Üçüncü Kişinin Göstermesi Gereken Özen	177
cc. Hukuki Sonucu	182
d. Değerlendirme	190
5. İyi Niyetin Aranacağı An	192
a. Genel Olarak.....	192
b. Özel Durumlar.....	194
aa. Sözleşmenin Hazır Olmayanlar Arasında Kurulması.....	194
bb. Sözleşmenin Geciktirici Koşula Bağlı Olarak Kurulması.....	198
G. KUSURUN GEREKMEMESİ.....	200
1. Genel Olarak	200
2. Temsil Yetkisinin İrade Bozukluğu Nedeniyle İptali	206
III. NİTELİKLİ UNSURLAR.....	210
A. TEMSİLCİNİN KUSURU	211
1. Genel Olarak Kusur Kavramı.....	211
2. TBK m. 47 f. 2 Anlamında Kusur	213
B. HAKKANİYETİN GEREKTİRMESİ	218
1. Temsilcinin Kusurunun Derecesi	220
2. Tarafların Ekonomik Durumları.....	222
3. Üçüncü Kişinin Sıfatı	224
a. Tacir Sıfatı	224
b. Tüketici Sıfatı	225
4. Diğer Nedenler	226

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. SÖZLEŞMENİN GEÇERSİZ OLMASINDAN DOĞAN ZARARIN TAZMİNİ.....	229
A. GENEL OLARAK	229
B. ZARARIN BELİRLENMESİ.....	231
1. Zarar Türü	231
2. Zarar Kalemleri	239
a. Tazmin Edilebilir Zarar Kalemleri	240
b. Tazmin Edilip Edilemeyeceği Tartışmalı Zarar Kalemleri	244
aa. Bütünlük Menfaati	244
bb. Sözleşme Görüşmeleri Masrafları	247
cc. Temsilin Sonuçları Doğmuş Olsaydı Bile Meydana Gelecek Kayıplar	249
C. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ	252
1. Genel Olarak	252
2. Tazminat Türü	253
3. Olumsuz Zararın Tazmininin Olumlu Zararla Sınırlandırılması.....	255
4. Üçüncü Kişinin Kusuru	264
II. DİĞER ZARARLARIN TAZMİNİ	269
A. GENEL OLARAK	269
B. ZARARIN BELİRLENMESİ.....	270
1. Zarar Türü	270
2. Zarar Kalemleri	274
C. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ	277
1. Genel Olarak	277
2. Tazminat Türü	278
3. Temsilcinin Kusuru ile Hakkaniyetin Rolü.....	285
4. Olumlu Zararın Tazmininin Olumsuz Zararla İlişkisi.....	285
5. Üçüncü Kişinin Kusuru	287
III. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN DİĞER SORUMLULUKLARLA İLİŞKİSİ.....	288
A. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ	288
B. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ	291
IV. BİRDEN FAZLA YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU.....	292
A. BİRLİKTE TEMSİL	292
B. ALT TEMSİL	295

1. Gerçek Alt Temsil	295
2. Gerçek Olmayan Alt Temsil	296
SONUÇ	300
KAYNAKÇA	309



KISALTMALAR

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AHBVÜHFD	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Allg. Einl.	Allgemeine Einleitung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
AppGer	Appellationsgericht
AppHof	Appellationshof
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenoss
Bd.	Band
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch von 1896
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
bkz.	bakınız
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
C.	Cilt

c.	cümle
CCfr	Code civil français von 1804
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Çev.	Çeviren
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Diss.	Dissertation
dn.	dipnot
E.	Esas
EBHŞ	Eren Borçlar Hukuku Şerhi
eBK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Ed. / Eds.	Editör / Editörler
Einl.	Einleitung
EVHGB	Einführungsverordnung zum (österreichischen) Handelsgesetzbuch
f.	fıkra
ff.	folgende(r)
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
İM HFD	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İŞ	İstanbul Şerhi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
KUKO	Kurzkommentar Obligationenrecht
m.	madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHY	Marmara Hukuk Yorumu

MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKoBGB	Münchener Kommentar
N.	Numara
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport Zivilrecht
OFK	Orell Füssli Kommentare
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht
OR AT	Obligationenrecht Allgemeine Teil
PECL	Principles of European Contract Law
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	sayfa
S.	Sayı
SemJud	La Semaine Judiciaire
SVG	Strassenverkehr
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBKT	Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
vd.	ve devamı
VJS	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung
Vorbem.	Vorbemerkungen
Yarg.	Yargıtay
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

Ziff.	Ziffer(n)
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Rech



GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

TBK m. 40 vd. anlamında bir temsilci, yetkisi olmadığı hâlde bir başkası (temsil olunan) adına bir hukuki işlem yaparsa kural olarak kanunun doğrudan temsile bağladığı sonuçlar doğmaz. Temsil olunan, yetkisiz olarak yapılan sözleşmeyle bağlı değildir. Ancak dilerse temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi onayarak temsilin sonuçlarının doğmasını sağlayabilir. Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması hâlinde temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmaz. Öte yandan istisnai olarak temsilin sonuçları bir temsil yetkisinin varlığından bağımsız olarak doğabilir (TBK m. 41 f. 2, TBK m. 42 f. 3, TBK m. 45, TBK m. 46 f. 1). Böyle bir istisnai durumda temsil olunanın onamasına bağlı olmadan sözleşme hüküm doğurur.

Temsilin sonuçlarının doğmasını sağlayan bir istisnanın söz konusu olmaması ve temsil olunanın da sözleşmeyi onamaması hâlinde sözleşmenin karşı tarafı olan üçüncü kişi, yetkisiz temsilciyi TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutabilir. TBK m. 47’de yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluk, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kanunda düzenlenmiş özel görünüm biçimlerinden biri olması nedeniyle özellik arz eder.

Türk hukuk literatüründe temsil ile yetkisiz temsilin yanı sıra *culpa in contrahendo* sorumluluğu da sıklıkla incelenmiştir. Ne var ki bahsi geçen başlıkların kapsamından ötürü olsa gerek yetkisiz temsilcinin sorumluluğu hak ettiği ilgiyi görmemiş ve ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Yine literatürde sorumluluk doğuran pek çok norm başlı başına bir monografinin konusu olmuşken TBK m. 47 hükmü bir monografinin konusu olmamıştır. Literatürdeki bu durum, konunun seçilmesinde etkili olmuştur.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin TBK m. 47’den başka düzenlemeler de mevcuttur. Türk Ticaret Kanunu’nun kambiyo senetleri, acenteler, kollektif şirketler, anonim şirketler ve limited şirketlere ilişkin düzenlemelerinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu yer almaktadır. Kooperatifler Kanunu’nun kooperatiflere, TBK’nın adi ortaklığa ilişkin hükümlerinde de yetkisiz temsilcinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Böylece yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun yalnızca TBK m. 47’de değil, başka kanunlarda da düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 ile anılan özel düzenlemelerin yanı sıra başka nedenlerle sorumlu olması da mümkündür. Örneğin yetkisiz temsilcinin haksız fiil sorumluluğu ve genel *culpa in contrahendo* sorumluluğu uyarınca üçüncü kişiye karşı sorumlu olması mümkündür. Öte yandan yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyle bir garanti sözleşmesi yapması hâlinde onun sözleşmesel sorumluluğu da söz konusu olur. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin sorumluluğu yalnızca TBK m. 47 ile diğer kanunlardaki özel düzenlemelerden doğmaz.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ele aldığımız bu çalışma yalnızca TBK m. 47 ile sınırlandırılmıştır. TBK m. 47'nin birinci ve ikinci fıkrasında yetkisiz temsilcinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında ise atıf normu yer almaktadır. Bu hüküm, sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) atıfta bulunmaktadır. Bu çalışma TBK m. 47 f. 1 ve f. 2'de düzenlenen sorumluluk hükümlerini ele almaktadır. TBK m. 47 f. 3 ise yalnızca TBK m. 47 f. 1 ve 2 ile ilgili olduğu ölçüde ele alınacaktır. Yetkisiz temsilcinin anılan düzenlemeler ile diğer nedenlerle sorumluluklarına yer yer değinilecekse de bunlar çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Ayrıca bu çalışma, TBK m. 47'nin doğrudan uygulanabildiği alanı, yani TBK m. 40 vd. anlamında bir temsilci tarafından yapılan hukuki işlemleri esas almaktadır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun tarihî gelişimi, sorumluluğa ilişkin yürürlükteki kanuni düzenlemeler ve karşılaştırmalı hukuktaki durum ele alındıktan sonra sorumluluğun hukuki niteliği ve bu hukuki niteliğe bağlanan sonuçlara yer verilecektir.

İkinci bölümde, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun unsurları ele alınacaktır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğması için gerekli olan unsurların tamamı bu bölümde ayrıntılı bir biçimde incelenecektir. Bu inceleme “temel unsurlar” ve “nitelikli unsurlar” ayırımına göre yapılacak, TBK m. 47'nin birinci ve ikinci fıkralarındaki ayırım esas alınacaktır.

Üçüncü bölüm, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hüküm ve sonuçlarına ayrılmıştır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun unsurlarının mevcut olması hâlinde birinci fıkroda öngörülen sonuçlar ile ikinci fıkroda öngörülen sonuçlar ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu sonuçların ardından birden çok sorumluluk nedeni ile birden çok sorumlu bulunması hâlinde hangi hüküm ve sonuçların doğacağı açıklanacaktır. Bu çalışma, öne çıkan bazı sonuçları içeren bölümle sona erecektir.

III. TERMİNOLOJİ

Temsil yetkisi olmadan, diğer bir deyişle yetkisiz olarak başkası adına hareket eden kişi Türk hukukunda çeşitli biçimlerde adlandırılmıştır. 818 sayılı eBK'da bu kişi "*mümessil sıfatını takınan kimse*" olarak ifade edilmiş iken¹ 6098 sayılı TBK'da ise "*yetkisiz temsilci*" olarak adlandırılmıştır². Öğreti ve uygulamada çoğunlukla "*yetkisiz temsilci*" ifadesi tercih edilmiştir³. Bundan başka "*sözde temsilci*" teriminin de kullanıldığı görülmektedir⁴.

İsviçre hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi çeşitli terimler kullanılmıştır. aOR Art. 48 ile OR Art. 39'da "*temsilci olarak hareket etmiş olan kimse*"ye karşılık gelen "*welcher als Stellvertreter gehandelt hat*" ve "*der als Stellvertreter gehandelt hat*" ifadeleri tercih edilmiştir⁵. İsviçre öğretisinde ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ise bu kimsenin çoğunlukla "*falsus procurator*" olarak ifade edildiği görülmektedir⁶. Bunun yanı sıra "yetkisiz

¹ Bkz. eBK m. 39 f. 1 c. 1: "Eğer icazetten sarahaten veya zımnen imtina olunursa, akdın sahih olmamasından tahaddüs eden zararın tazmini zımında, mümessil sıfatını takınan kimse aleyhinde dava ikame olunur."

² Bkz. TBK m. 47 f. 1 c. 1: "Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir." Ayrıca bkz. TBK m. 46 f. 2 c. 1, TBK m. 47 f. 1 c. 2 ve TBK m. 47 f. 2.

³ Bkz. **KUTLU SUNGURBEY** Ayfer, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 10; **ERGÜNE** Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 196-197; **İNCEOĞLU** M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 437; **YELMEN** Adem, "Yetkisiz Temsil", İnÜHFD, C. 6, S. 3, 2015, s. 430; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir), Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017, § 49, N. 1; **KARASU** Bülent, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil, İstanbul 2018, s. 331; **ANTALYA** O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: **ANTALYA** O. Gökhan), Cilt V/1, 1, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Temel Kavramlar - Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, N. 2942; **NART** Serdar, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: **ÖZ** Turgut/**ACAR** Faruk/**GÖKYAYLA** Emre/**DEVELİOĞLU** H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 40-48, 3. Bası, İstanbul 2019, m. 47, N. 1; **TERCIER** Pierre/**PICHONNAZ** Pascal/**DEVELİOĞLU** H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020, N. 466; **GÜMÜŞ** Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021, s. 415; **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, N. 1424; **EREN** Fikret/**DÖNMEZ** Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I (m. 1-48), Ankara 2022, m. 47, N. 1; **FURRER** Andreas/**MÜLLER-CHEN** Markus/**ÇETİNER** Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2022, N. 752; **AYBAY** Memet Erdem, İsviçre - Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, İstanbul 2022, s. 144; **AYDOĞDU** Murat/**NART** Serdar, Türk Borçlar Kanunu Temsil Şerhi (TBK. m. 40-48) (Bilimsel Katkılarıyla **MERAL** Ö. Oğuzhan), Ankara 2023, s. 122.

⁴ Bkz. **TEKİNAY** Selâhattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Halûk/**ALTOP** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 203; **TERCIER**/**PICHONNAZ**/**DEVELİOĞLU**, N. 463.

⁵ Bkz. aOR Art. 48: "Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann der andere Teil denjenigen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat, auf Schadenersatz belangen, sofern er nicht den Mangel der Vollmacht kannte oder nach den Umständen hätte kennen sollen."

OR Art. 39 Abs. 1: "Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen."

⁶ Bkz. BGE 112 II 453 vd.; BGer 4C.234/1999 E. 3d; **GONZENBACH** Rainer, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s. 174; **BAUMANN** Max, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, Einleitung, Art. 1-7 ZGB (Hrsg.: **GAUCH**

temsilci”ye karşılık gelen “*vollmachtloser Vertreter*”, “*Vollmachtloser Stellvertreter*”, “*Vertreter ohne Vollmacht*”, “*Vertreter ohne Vertretungsmacht*” gibi terimler de kullanılmaktadır⁷. Öte yandan bir temsilcinin temsil yetkisi olmadan hareket ettiği ya da hareket etmiş olduğu bağlamdan açıkça anlaşılıyorsa onun yalın bir biçimde “temsilci” (*Vertreter*) olarak adlandırılması da mümkündür⁸. Nitekim OR Art. 39’un birinci ve ikinci fıkralarında görüldüğü üzere kanun koyucunun yaklaşımı da bu yöndedir⁹.

Türk ve İsviçre hukuklarında da kullanılan *falsus procurator* terimini ayrıca ele almak gerekir. Bu terimin kökeni müşterek hukuka dayanmaktadır¹⁰. Müşterek hukuktaki hâkim anlayışa göre yalnızca kusurlu olarak yani yetkili olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde başkası adına hareket eden kimse için bu ifade kullanılırdı¹¹. Dolayısıyla kusuru olmayan yetkisiz temsilciyi *falsus procurator* olarak ifade etmek mümkün değildi. Buna karşılık başka bir görüşe göre, kusuruna bakılmaksızın yetkisi olmadığı hâlde başkası adına hareket eden herkes yetkisiz temsilci olarak nitelendirilirdi. Başka bir görüşe göre ise başkası adına hareket

Peter/SCHMID Jörg), 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 2, N. 192; JUNG Peter, Kurzkommentar OR, Art. 1-1186 OR (Hrsg.: HONSELL Heinrich), Basel 2014, Art. 39, N. 4; ZÄCH Roger/KÜNZLER Adrian, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 39, N. 20; KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017, N. 20.07; von MOOS Guido, Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht nach Art. 39 OR, Zürich-St. Gallen 2017, N. 3; WATTER Rolf, BSK OR I - Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (Hrsg.: WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David), 7. Aufl., Basel 2020, Art. 39, N. 13; KLEIN Jean-Philippe, ZK - Zürcher Kommentar, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2020, Art. 39, N. 1; SCHWENZER Ingeborg/FOUNTOULAKIS Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2020, N. 43.01. Bu terim Türk öğretisinde de kullanılmıştır. Bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 10; AKYOL Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 394, 453, 456; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 49, N. 1; İŞ-NART, m. 46, N. 1; AYDOĞDU/NART, s. 122.

⁷ Bkz. VIOLAND Georges, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung (OR Art. 38 und 39), Bern-Stuttgart 1988, s. 153; ZK-BAUMANN, Art. 2, N. 201; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 1; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 1; KUT Ahmet/BAUER Christoph, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR (Hrsg.: ATAMER Yeşim M./FURRER Andreas), 4. Aufl., Zürich - Genf 2023, Art. 39, N. 1; KOLLER, OR AT, N. 20.07; von MOOS, N. 3; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 5; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020, N. 1383; SCHÖBI Christian, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg.: KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 39, N. 15. Ayrıca “sözde temsilci”ye karşılık gelen terimler için bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 5.

⁸ von MOOS, N. 3. Aynı yönde bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 5.

⁹ von MOOS, N. 3. OR Art. 39’un “yetkisiz temsilci”nin sorumluluğuna ilişkin bir hüküm olmasına rağmen ikinci fıkra “temsilci” (*Vertreter*) ifadesinin belirsizliğe yol açtığı, ancak burada kastedilenin elbette yetkisiz temsilci (*falsus procurator*) olduğu yönünde bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 5.

¹⁰ von TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984, § 45 III, dn. 29; KUTLU SUNGURBEY, s. 10.

¹¹ von TUHR/PETER, § 45 III, dn. 29; KUTLU SUNGURBEY, s. 10.

eden kimsenin yetkisiz temsilci olarak nitelendirilebilmesi, ancak üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmemesi hâlinde mümkündür.

Modern hukukta, müşterek hukuktaki farklı anlayışların benimsenmediği görülmektedir. Temsil yetkisi olmadığını bilsin bilmesin başkası adına hareket eden kimse yetkisiz temsilci olarak nitelendirilir. Aynı şekilde üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde de bu kimse yetkisiz temsilci olarak nitelendirilir¹². Kısacası yetkisiz olarak başkası adına hareket eden kimsenin kusurlu olup olmamasının ve üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilip bilmemesinin bir önemi yoktur. Bu durumların sorumluluk bakımından elbette önemi vardır, ancak yetkisiz temsilci kavramı özelinde bir anlam ifade etmez. Bununla birlikte İsviçre öğretisinde azınlıkta kalan bir görüş, OR Art. 39 Abs. 1 uyarınca temsilcinin, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğini, bu durumda artık onun yetkisiz temsilci sayılamayacağını ileri sürmektedir¹³. Müşterek hukukta azınlıkta kalan görüşten esinlenen bu görüşe karşılık yetkisiz temsilcinin bu şekilde sorumluluktan kurtulabilmesinin, onun yetkisiz temsilci niteliğini ortadan kaldırmadığı, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiği veya bilmesi gerektiği olgusundan doğan özellik dikkate alınmak kaydıyla bu durumda da yine yetkisiz temsilin söz konusu olduğu belirtilmiştir¹⁴.

Öğretide yetkisiz temsilin gerçek bir temsil olup olmadığı, dolayısıyla “*sözde temsilci*”¹⁵ ifadesinin yerinde olup olmadığı ele alınmıştır. Buna göre öğretide yetkisiz temsilin de gerçek bir temsil olduğu kabul edilmektedir. Yetkinin varlığı ya da yokluğu ise yalnızca işlemin geçerli olup olmamasına ilişkin bir sorundur¹⁶. Dolayısıyla “*sözde temsilci*” ifadesi yerinde değildir.

Bu çalışmada “yetkisiz temsilci” terimini kullanacağız. Dolayısıyla sorumluluğu da “yetkisiz temsilcinin sorumluluğu” olarak adlandıracağız. Öte yandan modern hukuktaki hâkim anlayışı benimsediğimizi, dolayısıyla bir kimsenin yetkisiz temsilci olarak nitelendirilmesi için temsil yetkisi olmadan başkası adına hareket etmesinin yeterli olduğunu, yetkisiz temsilin de

¹² KUTLU SUNGURBEY, s. 10.

¹³ LANDTWING Hans, Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern 1929, s. 12, 15.

¹⁴ KUTLU SUNGURBEY, s. 11.

¹⁵ Türk ve İsviçre öğretilerinde bu yöndeki tercihler için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 203; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 463; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 5.

¹⁶ DE SAUSSURE Claude, L’acte juridique fait sans pouvoirs de représentation, Lausanne 1945, s. 21 (KUTLU SUNGURBEY, s. 11’den naklen).

gerçek bir temsil olması nedeniyle “sözde temsil” veya “sözde temsilci” gibi terimleri tercih etmediğimizi belirtmek isteriz.



BİRİNCİ BÖLÜM

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUMU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun anlaşılabilmesi için bu sorumluluğun tarihî kökeninin açıklanması gerekmektedir.

A. ROMA HUKUKUNDA

Roma hukukunda doğrudan temsil kabul edilmemişti¹⁷. Doğrudan temsilin kabul edilmemiş olması, temsilin tamamen reddedilmiş olduğu anlamına gelmez. Roma hukukunda dolaylı temsil kabul edilmişti¹⁸. Bunun yanı sıra doğrudan temsil ile dolaylı temsilin karma bir biçimi mevcuttu. Böylece doğrudan temsilin eksikliği giderilmişti. Özellikle doğrudan temsil ile dolaylı temsilin karma biçimi sayesinde temsil olunan ile üçüncü kişi bakımından doğrudan temsilin sağladığı sonucun aynısı elde edilebilmekteydi. Karma biçim şu şekilde işlemekteydi: Bir çalışan, işletme müdürü, gemi kaptanı veya malvarlığı yöneticisi adına bir sözleşme akdettiğinde, çalışanın kendisinin yanı sıra işvereni de aynı kapsamda hak sahibi olur ve borç altına girerdi. Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü kişi, nihai borçlu olarak çalışan ve işverenden istediğini seçebilirdi¹⁹.

¹⁷ HUPKA Josef, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903, s. 7; DI MARZO Salvatore, Roma Hukuku (Çev.: UMUR Ziya), 2. Baskı, İstanbul 1959, s. 74; RADO Türkân, Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul 1982, s. 204-205; YAVUZ Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 7, dn. 12; JÖRS Paul/KUNKEL Wolfgang/WENGER Leopold, Römisches Recht (neu bearbeitet von HONSELL Heinrich/MAYER-MALY Theo/SELB Walter), 4. Aufl., Berlin - Heidelberg 1987, § 49 I; KUTLU SUNGURBEY, s. 1; FLUME Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 1992, § 43, 2; UMUR Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 193; EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, AÜHFD, C. 52, S. 1, 2003, s. 109; KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, Roma Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2013, s. 239; HONSELL Heinrich, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin - Heidelberg 2015, s. 37; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 14; von MOOS, N. 52; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 21. Bası, İstanbul 2023, N. 671; EREN, BH GH, N. 1318; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 2.

¹⁸ DI MARZO, s. 74; RADO, s. 205; KUNKEL/HONSELL, § 49 II 1a; KUTLU SUNGURBEY, s. 1; UMUR, s. 193; EMİROĞLU, s. 109; İNCEOĞLU, s. 2; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 239; HONSELL, s. 37; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 14.

¹⁹ von MOOS, N. 52.

Bir kişi, işletme müdürü, gemi kaptanı veya malvarlığı yöneticisinin çalışanı olarak hareket ettiğine dair yanlış bir beyanda bulunarak bir sözleşme akdederse veya iş ilişkisi kapsamındaki yetkisini aşarsa, işveren olarak adlandırılan kişi ne hak sahibi olur ne de borç altına girerdi. Dolayısıyla temsilin sonuçları doğmazdı. Bu durum için özel kurallar mevcut değildi. Bu nedenle genel sözleşme hukuku uygulanırdı²⁰. Buna göre çalışan olarak hareket ettiğini iddia eden veya çalışan olduğu hâlde yetkisini aşan kişi, sözleşmeyi kendisi ifa etmek zorundaydı. Bunun nedeni, doğrudan temsilin mevcut olmaması nedeniyle sözleşmeyi kendi adına akdetmiş olmasıydı²¹.

B. MüşTEREK HUKUKTA

Roma hukuku, Roma İmparatorluğu’nun çöküşünden sonra “müşterek hukuk” biçiminde varlığını srdrmřtr²². Müşterek hukuk, Almanya’nın büyük bölümünde 19. yüzyılın sonuna kadar kanun hükmünde ydi²³. Bu süre zarfında pek çok hukuk sistemini de etkileyen müşterek hukuk, özellikle İsviçre’de 1855 tarihli Zürih Kantonu zel Hukuk Kanunu’nu (PGB) etkilemiştir. Bu kanun da 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu’nu (aOR) etkilemiřtir²⁴.

Müşterek hukukta, 19. yüzyıldan önce doğrudan temsile izin verilmemekteydi²⁵. Tıpkı Romalılar gibi müşterek hukukçular da dolaylı temsilin yanı sıra doğrudan temsil ile dolaylı temsilin karma biçimini esas almaktaydılar. Ancak Roma hukukundan farklı olarak karma biçim, çalışanlar tarafından yapılan sözleşmelerle sınırlı değildi, vekil tarafından yapılan sözleşmelerde de kullanılmıştı. 19. yüzyılın ortalarında müşterek hukuk, doğrudan temsili kabul etmiřtir²⁶. Doğal hukuk kodifikasyonları (ALR, CCfr ve ABGB)²⁷ ile örf ve âdet hukukunun doğrudan temsili kabul etmesinden sonra artık müşterek hukukun buna kayıtsız kalması ve doğrudan temsili kabul etmemesi dřnlemezdi²⁸.

²⁰ HUPKA, s. 18.

²¹ von MOOS, N. 53.

²² von MOOS, N. 54; OğUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 29. Bası, İstanbul 2023, N. 28.

²³ von MOOS, N. 54; OğUZMAN/BARLAS, N. 28.

²⁴ von TUHR/PETER, § 1 I; von MOOS, N. 54.

²⁵ HUPKA, s. 20 vd.

²⁶ von MOOS, N. 55.

²⁷ 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu (ALR) § 1 I 13; 1803 tarihli Fransız Medeni Kanunu (CCfr) Art. 1984; 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 1017.

²⁸ FLUME, § 43, 2; von MOOS, N. 55.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ile ilgili müşterek hukukta farklı görüşler mevcuttu. Bir görüşe göre yetkisiz temsilci, üçüncü kişiye karşı haksız fiil hukuku kapsamında sorumluydu²⁹. Başka bir görüşe göre ise bu sorumluluk bir *culpa in contrahendo* sorumluluğuydu³⁰. Ancak her iki görüş de kabul görmedi. Öğretideki hâkim görüş ve uygulama, yetkisiz temsilcinin kusura bağlı olmayan bir biçimde sorumlu olmasını istemekteydi³¹. Bunu neden istemiş oldukları bilinmemektedir. Üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciden temsil yoluyla yapılan sözleşmenin ifasını kusura bağlı olmadan yüzyıllar boyunca isteyebildiği dikkate alındığında, sözleşme dışı kusur sorumluluğu onu olduğundan daha kötü bir konuma getirecekti³². Muhtemelen hâkim görüş bu düşünceden hareketle kusursuz sorumluluğu istedi.

Yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanağı konusunda da farklı görüşler ileri sürülmüştü³³: (1) Temsilci, temsilin sonuçları doğmadığı takdirde temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi örtülü olarak kendi adına yapmıştır³⁴. (2) Temsilci, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yanı sıra üçüncü kişiyle kendi adına örtülü bir garanti sözleşmesi de yapmıştır. Bu garanti sözleşmesiyle temsilci, üçüncü kişiye temsil yetkisinin varlığını veya temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsil olunan tarafından onanacağını garanti etmiştir³⁵. (3) Temsilci, *bona fides* uyarınca sorumludur³⁶. (4) Temsilci, imkânsızlık hükümlerine göre sorumludur³⁷. (5) Temsilci, zarar tehlikesini göze alması nedeniyle sorumludur³⁸.

Öğreti ve uygulamadaki hâkim görüş, temsilcinin temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yanı sıra üçüncü kişiyle kendi adına örtülü bir garanti sözleşmesi de yaptığı ve böylece temsil

²⁹ HUPKA, s. 23; von MOOS, N. 56.

³⁰ HUPKA, s. 24 vd.; von MOOS, N. 56.

³¹ HUPKA, s. 27 vd.

³² von MOOS, N. 56.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. HUPKA, s. 27 vd.

³⁴ BUCHKA Hermann, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852, s. 238 (HUPKA, s. 28'den naklen).

³⁵ WINDSCHEID Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, Düsseldorf 1875, § 74; MOMMSEN Friedrich, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Über die Haftung des Contrahenden bei der Abschliessung von Schuldverträgen, Heft II, Braunschweig 1879, s. 114 (HUPKA, s. 28-29'dan naklen).

³⁶ ZIMMERMANN Ernst, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Strassburg 1876, s. 293 vd.; BÄHR Otto, Zur Cessionslehre, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1857, Bd. 1, s. 461 (HUPKA, s. 32-33'ten naklen).

³⁷ CURTIUS Friedrich, Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, AcP 1875, s. 101 (von MOOS, N. 57'den naklen).

³⁸ UNGER Joseph, Handeln auf fremde Gefahr, 3. Aufl., Jena 1904, s. 34 vd. (von MOOS, N. 57'den naklen).

yetkisinin varlığını veya temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsil olunan tarafından onanacağını garanti ettiği yönündeydi³⁹.

Kusursuz sorumluluğu savunanlar arasında tazminatın türü ve kapsamı tartışmalıydı. Birinci görüşe göre, üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsilci tarafından ifa edilmesi ve olumlu zararın nakden tazmini arasında bir seçim imkânına sahipti⁴⁰. İkinci görüşe göre, temsilciden yalnızca temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yerine getirilmesi istenebilirdi⁴¹. Üçüncü görüşe göre ise temsilciden yalnızca olumlu zararın nakden tazmini talep edilebilirdi⁴². Bu görüşlerden birinci görüş üstünlük kazanmıştı, yani temsilcinin temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi ifa etmesi ve olumlu zararı nakden tazmini arasında üçüncü kişinin seçim imkânına sahip olduğu görüşü hâkimdi⁴³.

Müşterek hukuk öğretisine göre, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulması sırasında üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmazdı. Temsilcinin sorumluluktan kurtulmasına yol açan bu durumun dayanağı belirtilmemiştir, ancak muhtemelen bunun altında yatan düşünce şudur: Temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi, temsil yetkisi eksikliğini bilmesine rağmen akdeden üçüncü kişinin, bu sözleşmenin temsil olunanın onamasına bağlı olarak kurulmasına razı olduğu söylenebilir⁴⁴.

C. İLK KODİFİKASYONLARDA

1. Genel Olarak

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun ilk modern kodifikasyonlarda nasıl düzenlendiği, her bir kodifikasyon bakımından ayrıca ele alınacaktır. Burada yalnızca 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun (aOR) hazırlanmasında İsviçre kanun koyucusunu etkileyen kodifikasyonlar ele alınacaktır. Bunların 1803 tarihli Fransız Medeni Kanunu (CCfr), 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (ABGB), 1855 tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk

³⁹ RGZ 35 (1895), N. 34; WINDSCHEID, § 74; MOMMSEN, s. 114 (HUPKA, s. 28-29'dan naklen).

⁴⁰ WINDSCHEID, s. 162 vd. (von MOOS, N. 58'den naklen).

⁴¹ MOMMSEN, s. 114; ZIMMERMANN, s. 296 vd. (von MOOS, N. 58'den naklen).

⁴² CURTIUS, s. 102 (von MOOS, N. 58'den naklen).

⁴³ von MOOS, N. 59.

⁴⁴ von MOOS, N. 60.

Kanunu (PGB), 1861 tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu (ADHGB) ve 1866 tarihli Dresden Tasarısı (Borç İlişkileri Hakkında Genel Alman Kanunu Tasarısı) olduğu söylenebilir⁴⁵.

2. 1803 Tarihli Fransız Medeni Kanunu ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanunu

1803 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nda ve 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte her iki kanunun da bu sorumlulukla ilgili örtülü kurallar içerdiği kabul edilmiştir⁴⁶. Öte yandan sorumluluğa ilişkin başlıca sorunların (hukuki dayanak, tazminatın türü ve kapsamı, kusur gerekliliği) 19. yüzyılın Fransız ve Avusturya öğretilerinde ve uygulamalarında çok güçlü bir şekilde tartışılmış olması nedeniyle bu sorunlara dair hâkim bir görüş ortaya çıkamamıştır⁴⁷.

3. 1855 Tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu

1855 tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu⁴⁸ uyarınca yetkisiz temsilci, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle üçüncü kişinin uğramış olduğu tüm zararlardan kişisel olarak sorumludur (PGB § 954). Öğreti ve uygulamada, yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. Tazminatın türü ve kapsamıyla ilgili olarak ise yetkisiz

⁴⁵ Bkz. **SCHWARZ** Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt (Çev.: **DAVRAN** Bülent), İstanbul 1948, s. 16-17; **von TUHR/PETER**, § 1 I; **BUCHER** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Aufl., Zürich 1988, s. 19; **GUHL** Theo/**KOLLER** Alfred/**SCHNYDER** Anton K./**DRUEY** Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 1, N. 1; **von MOOS**, N. 61; **HUGUENIN** Claire/**MEISE** Barbara, OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung, SZW 2015, s. 282. İsviçre'nin batısındaki kantonların 1803 tarihli Fransız Medeni Kanunu'na, merkezi İsviçre'nin bazı kantonlarının ise 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'na dayandıkları, Zürih kantonunun ise bağımsız bir kodifikasyon meydana getirme konusunda başarılı olduğu yönünde bkz. **SCHWARZ**, s. 16. Latin kantonların Fransız Medeni Kanunu'ndan, merkezde ve doğuda bulunan kantonların Avusturya Medeni Kanunu'ndan, diğer kantonların çoğunun da Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu'ndan esinlendikleri yönünde bkz. **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 39. 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1861 tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu'ndan ve özellikle 1866 tarihli Dresden Tasarısı'ndan etkilendiği yönünde bkz. **BUCHER**, s. 19. Bu iki kodifikasyona ek olarak Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu'ndan da etkilendiği yönünde bkz. **SCHWARZ**, s. 17; **von TUHR/PETER**, § 1 I. Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun Walther **MUNZINGER** tarafından kaleme alındığı ve onun da en çok Dresden Tasarısı'ndan esinlendiği yönünde bkz. **HUGUENIN/MEISE**, s. 282. Dresden Tasarısı'nın ise Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu'ndan ve Fransız Medeni Kanunu'ndan etkilendiği yönünde bkz. **BUCHER**, s. 19. Dresden Tasarısı'nın bu iki kodifikasyona ek olarak Avusturya Medeni Kanunu'ndan da etkilendiği ve eski İsviçre Borçlar Kanunu koyucusunun özellikle iki Dresden kaynağına, yani Fransız Medeni Kanunu ile Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu'na atıfta bulunduğu yönünde bkz. **HUGUENIN/MEISE**, s. 282.

⁴⁶ Bkz. Birinci Bölüm, III, B-C.

⁴⁷ **von MOOS**, N. 62.

⁴⁸ Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 1. Juli 1855 (PGB).

temsilcinin ya temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi yerine getirmesi ya da üçüncü kişinin olumlu zararını nakden tazmin etmesi gerektiği benimsenmiştir⁴⁹.

4. 1861 Tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu

1861 tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu'nda üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciye karşı tazminat ve ifa arasında bir seçim imkânına sahip olduğu öngörülmüştü (ADHGB Art. 55). Öğretideki hâkim görüş ve uygulamaya göre tazminat, bugün olumlu zararın kapsamına giren zarar kalemlerini içermektedir. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin ifasını talep etmek, tazminatın ikame değeri (*Surrogat*) olarak kabul edilmekteydi. Bu ikame değerini seçimi, örneğin uğranılan zararın ispatında güçlük yaşanması hâlinde makul kabul edilmekteydi. ADHGB Art. 55 kapsamındaki sorumluluk, yetkisiz temsilcinin kusuruna bağlı değildi. Kanunun lafzına ve öğretideki hâkim görüşe göre, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde temsilcinin sorumluluğu doğmazdı. Yine hâkim görüşe göre, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi, bilme ile aynı anlama gelmezdi ve bu nedenle sorumluluğu ortadan kaldırmazdı⁵⁰.

5. 1866 Tarihli Dresden Tasarısı

1866 tarihli Dresden Tasarısı'nda yetkisiz temsilcinin, sanki kendisi için yapmış gibi sözleşmeyle veya olumlu zararlarla sorumlu tutulabileceği, bu konuda üçüncü kişinin bir seçim imkânına sahip olduğu düzenlenmişti (Art. 89). Hükmün lafzına göre sorumluluk, yetkisiz temsilcinin kusuruna bağlı değildi. Kaldı ki kusur, Tasarı'ya ilişkin materyallerde⁵¹ de sorumluluğun unsurlarından biri olarak belirtilmemiştir. Dresden Tasarısı'nın lafzına göre, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu söz konusu olmazdı. Üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesinin gerekmesi ise sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak belirtilmemiştir. Yine materyallerde de sorumluluğu kaldıran bir neden olarak bilme gerekliliğinden söz edilmemektedir⁵².

⁴⁹ von MOOS, N. 63.

⁵⁰ von MOOS, N. 64.

⁵¹ Bkz. Protokolle zum Dresdener Entwurf, s. 267.

⁵² von MOOS, N. 65.

D. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKLARINDA

1. 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu

1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda (aOR) yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 48. maddede düzenlenmişti. aOR Art. 48 hükmü şöyleydi:

*“Onamanın açıkça veya örtülü olarak reddedilmesi hâlinde karşı taraf, temsil yetkisi eksikliğini bilmedikçe veya durumun gereklerine göre bilmesi gerekmedikçe temsilci olarak hareket etmiş kimseden zararın giderilmesini isteyebilir.”*⁵³

aOR'a ilişkin İsviçre Federal Konseyi Mesajı'na göre, aOR Art. 48'de düzenlenen sorumluluk örtülü bir garanti sözleşmesine dayanmaktaydı⁵⁴. Bu görüş, başlarda öğreti tarafından da benimsenmişti ve hâkim görüş hâline gelmişti⁵⁵. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş ve 1899 tarihli bir kararıyla İsviçre Federal Mahkemesi, hâkim görüşü reddetmişti⁵⁶. Federal Mahkeme, aOR Art. 48'in *ratio legis*'ine ilişkin bir değerlendirme yapmamıştı⁵⁷. Daha sonra öğretilde hükmün *ratio legis*'ine ilişkin fikir ayrılığı meydana gelmişti. Alman hukukuna dayanan bir görüş, sorumluluğun üçüncü kişinin güveninin korunmasına ilişkin olduğunu savunmuştu⁵⁸. Bir diğer görüş ise aOR Art. 48 kapsamındaki sorumluluğun tehlike sorumluluğu olduğu yönündeydi. Bu görüşe göre yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak hareket eden kimse, yani yetkisiz temsilci, kişilerin hukuken korunan menfaatlerini tehlikeye atmış olur⁵⁹.

Sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin fikir ayrılığına karşın öğretilde daima tartışmasız olan bir konu vardı: aOR Art. 48 kapsamındaki sorumluluğun temsilcinin kusuruna bağlı olmadığı konusunda fikir birliğine varılmıştı⁶⁰. Başlarda İsviçre Federal Mahkemesi bu

⁵³ aOR Art. 48'in Almanca metni şöyledir: *“Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann der andere Teil denjenigen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat, auf Schadenersatz belangen, sofern er nicht den Mangel der Vollmacht kannte oder nach den Umständen hätte kennen sollen.”* (SCHNEIDER Albert/FICK Heinrich, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1893, s. 112; MELLIGER Caspar, Culpä in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen, 2. Aufl., Zürich 1898, s. 74-75; von MOOS, N. 67).

⁵⁴ Botschaft des Bundesrats zum aOR von 1881, BBl 1880 I, s. 186.

⁵⁵ MARCUSEN Woldemar, Das negative Vertragsinteresse im schweizer. Obligationenrecht und im deutschen Entwurf, ZBJV 1890, s. 167; SCHNEIDER/FICK, Art. 48, N. 6; HABERSTICH Johannes, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1884, s. 142.

⁵⁶ MELLIGER, s. 75; BGE 25 II 848, 852 vd.

⁵⁷ BGE 25 II 848, 852 vd.

⁵⁸ RABEL, s. 293 vd.

⁵⁹ SCHNELLER Ludwig, Das Veranlassungsprinzip, Diss., Zürich 1904, s. 56 (von MOOS, N. 69'dan naklen).

⁶⁰ BURCKHARDT C. Chr., “Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht”, ZSR 22/1903, s. 499; RABEL, s. 317; MELLIGER, s. 76; SCHNEIDER/FICK, Art. 48, N. 5; HABERSTICH, s. 142.

konuya dair bir tavır almamıştı⁶¹. Daha sonra Federal Mahkeme, aOR Art. 48'e ilişkin yayımlanmış son kararında sorumluluğun unsurlarını belirtmiş ve bunlar arasında temsilcinin kusuruna yer vermemişti⁶². Böylece Federal Mahkemenin, bu konuda öğretiyi katıldığı söylenebilir⁶³.

Öğretide tartışmalı olan konulardan bir diğeri zararın türüne ilişkindi. Hâkim görüş, olumlu zararın tazmin edileceği yönündeydi⁶⁴. Azınlıkta kalan bir görüş ise olumsuz zararın tazmininin mümkün olduğu yönündeydi⁶⁵. Kantonal mahkemeler bu konuyu açıklığa kavuşturmamıştı⁶⁶. İsviçre Federal Mahkemesi ise azınlıkta kalan görüşe katılmış ve olumsuz zararın tazmin edilebileceğini belirtmişti⁶⁷.

Zararın türü gibi tazminatın türü de öğretide tartışmalıydı. Bir görüş, zararın, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsilci tarafından yerine getirilmesi biçiminde tazmin edilmesi gerektiğini savunmuş⁶⁸, buna karşılık başka bir görüş, zararın yalnızca nakden tazmininin mümkün olduğunu ileri sürmüştü⁶⁹. Öğretinin büyük bir bölümü ise bu konuda görüş belirtmemişti⁷⁰. İsviçre Federal Mahkemesinin ise vermiş olduğu karardan⁷¹ yola çıkılarak aOR Art. 51 Abs. 1'in kıyas yoluyla uygulanması sayesinde hâkimin tazminatın türünü belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu kabul ettiği söylenebilirdi⁷².

2. 818 Sayılı Borçlar Kanunu

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda (eBK) yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 39. maddede düzenlenmişti. “*İcazetin bulunmaması*” kenar başlıklı eBK m. 39 hükmü şöyleydi:

“Eğer icazetten sarahaten veya zımnen imtina olunursa, akdin sahih olmamasından tahaddüs eden zararın tazmini zımında, mümessil sıfatını takınan kimse aleyhinde dava ikame

⁶¹ BGE 25 II 848, 855.

⁶² BGE 27 II 199, 208.

⁶³ von MOOS, N. 70.

⁶⁴ SCHNEIDER/FICK, Art. 48, N. 6; HABERSTICH, s. 142.

⁶⁵ MELLIGER, s. 76. Yazara göre olumsuz zararın kapsamına yalnızca fiilî zarar değil, yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) da dahildi.

⁶⁶ Bkz. von MOOS, N. 72, dn. 230.

⁶⁷ BGE 25 II 848, 855 vd.; BGE 27 II 210, 208 vd.

⁶⁸ MARCUSEN, s. 167 vd. (von MOOS, N. 71'den naklen).

⁶⁹ RABEL, s. 312.

⁷⁰ Bkz. von MOOS, N. 71 ve BURCKHARDT, s. 498 vd.; HABERSTICH, s. 142; SCHNEIDER/FICK, Art. 48, N. 6.

⁷¹ BGE 25 II 848, 855 vd.

⁷² von MOOS, N. 71.

olunur. Fakat bu kimse diğer tarafın salahiyeti bulunmadığına vakıf olduğu veya vakıf olması lazım geldiğini ispat ettiği takdirde, davaya mahal yoktur. Mümessilin taksiri vukuunda hakkaniyet iktiza ettiği halde hakim, onu daha fazla zarar ve ziyan itasına mahkûm eder.

Haksız mal iktisabı esasına binaen dava ikamesi hakkı, bu hallerin kaffesinde bakidir.”

22 Nisan 1926 tarihinde kabul edilerek 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (eBK), 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’ndan (OR) iktibas edilmişti. Bu nedenle eBK m. 39 hükmü, kaynak OR Art. 39 hükmüyle neredeyse tamamen aynıydı. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki hükümlerle oldukça benzer düzenlemeler içermesinin bir sonucu olarak OR Art. 39, aOR Art. 48 ile oldukça benzerlik taşımaktadır⁷³. Dolayısıyla eBK m. 39’un da aOR Art. 48’e çok benzer bir hüküm olduğu söylenebilir.

II. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

A. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre’de 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu’nun (aOR) yerini 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (OR) almıştır. Bu kanun, 30 Mart 1911 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmiş olup hâlen yürürlükte dir.

1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nda (OR) yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 39. maddede düzenlenmiştir. “*Onamama*”⁷⁴ (*Nichtgenehmigung*) kenar başlıklı OR Art. 39 hükmü şöyledir:

“(1) Onamanın açıkça veya örtülü olarak reddedilmesi hâlinde temsilci olarak hareket etmiş kimseden, o, karşı tarafın temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlamadıkça sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararın giderilmesi istenebilir.

⁷³ 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun metninin ağırlıklı olarak 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu’nun metnine dayandığı yönünde bkz. **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 44.

⁷⁴ Bu kenar başlığı “*Onamama Halinde*” olarak da Türkçeye çevrilmiştir (Bkz. **YAĞCIOĞLU** Ali Haydar, Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki “İsviçre Borçlar Kanununun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)” Hükümlerine İlişkin Açıklamalar, Ankara 2021, s. 602). Bunu “icazet vermeme” olarak Türkçeye çevirmek de mümkündür.

(2) *Temsilcinin kusurlu olması hâlinde hâkim, hakkaniyet gerektirdiği takdirde diğer zararların giderilmesine hükmedebilir.*

(3) *Her halükârda sebepsiz zenginleşmeden doğan talep saklıdır.*”^{75, 76}

Yürürlükteki kanundan başka İsviçre’deki bir reform çalışmasına da değinmek gerekir. Claire HUGUENIN ve Reto M. HILTY’nin başkanlığında 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) yalnızca genel hükümler kısmının (OR Art. 1-183) değiştirilmesi teklifini içeren bir tasarı hazırlanmış ve 2013 yılında yayımlanmıştır⁷⁷. “İsviçre Borçlar Kanunu 2020 - Yeni Bir Genel Bölüme İlişkin Tasarı”⁷⁸ (OR 2020) ismi verilen bu çalışma, kanunlaşmamış ve rafa kaldırılmıştır. Her ne kadar yalnızca bir tasarı olarak kalmış olsa da bu reform çalışmasının konumuz bakımından ilgili hükümleri incelemeye değerdir.

OR 2020 Tasarısı’nın sistematik açıdan İsviçre Borçlar Kanunu’ndan farklılaştığı görülmektedir. Temsile ilişkin hükümler, İsviçre Borçlar Kanunu’nun birinci kısmı olan “Genel Hükümler”de yer almaktadır. Bu hükümler, “Borç İlişkinin Kaynakları” başlıklı birinci bölümün “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı birinci ayrımında, OR Art. 32-40’ta düzenlenmiştir. Oysa OR 2020 Tasarısı’nda temsil hükümleri, “Borç İlişkilerinde Özel

⁷⁵ OR Art. 39’un Almanca metni şöyledir:

“(1) Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen.

(2) Bei Verschulden des Vertreters kann der Richter, wo es der Billigkeit entspricht, auf Ersatz weitem Schadens erkennen.

(3) In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten.”

⁷⁶ Bu hükmün diğer bir Türkçe çevirisi şöyledir:

“(1) Temsil olunan açık veya örtülü olarak sözleşmeyi onaylamazsa, yetkisiz temsilci, sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak yetkisiz temsilci, sözleşmenin diğer tarafının yetki eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde zararı tazminle sorumlu tutulamaz.

(2) Hakkaniyet gerektiriyorsa mahkeme, kusurlu davranan yetkisiz temsilci hakkında diğer zararları tazmin yönünde hüküm de verebilir.

(3) Her halükârda sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler saklıdır.” (YAĞCIOĞLU, s. 602).

⁷⁷ Bu tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HUGUENIN Claire/HILTY Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich - Basel - Genf 2013, Einl. vor Art. 1 ff., N. 1 vd. Ayrıca bkz. YAĞCIOĞLU, s. 29 vd.

⁷⁸ Bu isim için bkz. BAYSAL Başak, Haksız Fiil Hukuku (BK m. 49-76), İstanbul 2019, N. 1.36. Tasarı isminin Almanca metni şöyledir: “Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil.” Bu tasarı “İsviçre Borçlar Kanununun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)” şeklinde de isimlendirilmiştir (Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 27).

Durumlar” başlıklı altıncı bölümün “Temsil” başlıklı birinci ayrımında, OR 2020 Art. 187-197’de düzenlenmiştir⁷⁹.

OR 2020 Tasarısı’nın OR Art. 39 ve TBK m. 47’ye karşılık gelen hükmü OR 2020 Art. 196’dır. “Onamama” (*Nichtgenehmigung*) kenar başlıklı OR 2020 Art. 196 hükmü şöyledir:

“(1) Onamanın açıkça veya iradeyi göstermeye uygun davranışla reddedilmesi hâlinde temsilci olarak hareket etmiş kimse, diğer tarafın temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlamadıkça sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

(2) Temsilcinin yükümlülüğüne aykırı davranması ve hakkaniyetin gerektirmesi hâlinde mahkeme, diğer zararların giderilmesine hükmedebilir.

(3) Tasfiyeye ilişkin hükümler saklıdır.”^{80, 81}

OR 2020 Art. 196’nın, yürürlükteki OR Art. 39’un tüm hükümlerini içerdiği görülmektedir⁸². OR Art. 39’un hükümleri değiştirilmeden Tasarı’ya dahil edilmiş olsa da bir yandan Tasarı’nın genel terminolojisine uyumlu olması için diğer yandan da Tasarı’daki yetkisiz temsil düzenlemesiyle ilgili iki yeni kavramı göz önünde bulundurarak dilsel değişikliklerin yanı sıra başka değişiklikler de yapılmıştır. Bu çerçevede, birinci fıkrada “örtülü”

⁷⁹ Sistematik açısından böyle bir farklılığın nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. JUNG Peter, Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale (Hrsg.: HUGUENIN Claire/HILTY Reto M.), 6. Titel: Besondere Verhältnisse bei Obligationen, 1. Abschnitt: Die Stellvertretung, Zürich - Basel - Genf 2013, Vorbem. zu Art. 187-197, N. 1-2; YAĞCIOĞLU, s. 581.

⁸⁰ OR 2020 Art. 196’nın Almanca metni şöyledir:

“(1) Wird die Genehmigung ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten abgelehnt, schuldet derjenige, der als Vertreter gehandelt hat, Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schadens, wenn er nicht beweist, dass der andere den Mangel der Ermächtigung gekannt hat oder hätte kennen müssen.

(2) Bei pflichtwidrigem Verhalten des Vertreters und wenn es der Billigkeit entspricht, kann das Gericht auf Ersatz weiteren Schadens erkennen.

(3) Die Bestimmungen über die Liquidation bleiben vorbehalten.” (OR 2020-JUNG, Art. 196).

⁸¹ Bu hükmün diğer bir Türkçe çevirisi şöyledir:

“(1) Temsil olunan açık veya iradeyi dolaylı olarak ifade eden davranışla sözleşmeyi onaylamazsa, yetkisiz temsilci, sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak yetkisiz temsilci, sözleşmenin diğer tarafının yetki eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde zararı tazminle sorumlu tutulamaz.

(2) Hakkaniyet gerektiriyorsa mahkeme, yükümlülüğüne aykırı davranan yetkisiz temsilci hakkında diğer zararları tazmin yönünde hüküm de verebilir.

(3) Tasfiyeye ilişkin düzenlemeler saklıdır.” (YAĞCIOĞLU, s. 601).

⁸² OR 2020-JUNG, Art. 196, N. 1; YAĞCIOĞLU, s. 602.

(*stillschweigend*) yerine OR 2020 Art. 1'deki gibi "iradeyi göstermeye uygun davranış"⁸³ (*schlüssiges Verhalten*) terimi kullanılmıştır⁸⁴. İkinci fıkrada, Tasarı'nın genelinde olduğu gibi OR Art. 39 Abs. 2'deki kusur (*Verschulden*) unsurunun yerini temsilcinin yükümlülüğe aykırı davranışı (*pflchtwidrigen Verhaltens des Vertreters*) unsuru almıştır. Ancak bu unsur, yürürlükteki hükümde olduğu gibi hakkaniyet unsurunun yanında yer almaktadır⁸⁵. Son olarak üçüncü fıkrada yeni bir kurum olan "tasfiye"ye (*Liquidation*) atıfta bulunmaktadır. Zira Tasarı'da sebepsiz zenginleşme hükümleri, yalnızca özel ilişkiler dışındaki sebepten yoksun umulmayan olaya dayalı iade talepleri için öngörülmüştür. Tasfiye hükümleri ise sözleşme veya sözleşme benzeri özel ilişkilere dayanan iade taleplerinde uygulanır. Nitekim yetkisiz temsil hâlinde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında sözleşme benzeri özel bir ilişki olduğundan ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğu *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak kabul edildiğinden söz konusu değişiklik tutarlı görünmektedir⁸⁶.

B. TÜRK HUKUKUNDA

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 47. maddede düzenlenmiştir. "*Onamama hâlinde*" kenar başlıklı TBK m. 47 hükmü şöyledir:

"Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.

Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır."⁸⁷

⁸³ Bu terim "anlaşılmaya uygun davranış" (TAŞATAN, s. 43, dn. 150) ve "iradeyi dolaylı olarak ifade eden bir davranış" (YAĞCIOĞLU, s. 602) şeklinde de Türkçeye çevrilmiştir.

⁸⁴ OR 2020-JUNG, Art. 196, N. 2.

⁸⁵ OR 2020-JUNG, Art. 196, N. 3; YAĞCIOĞLU, s. 602.

⁸⁶ OR 2020-JUNG, Art. 196, N. 4; YAĞCIOĞLU, s. 602.

⁸⁷ Madde gerekçesi şöyledir: "818 sayılı Borçlar Kanununun 39 uncu maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 47 nci maddesinde, temsil olunan tarafından, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukukî işlemlerin onanmamasının sonuçları düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 39 uncu maddesinin kenar başlığında kullanılan "2. İcazetin bulunmaması" şeklindeki ibare, Tasarıda "2. Onamama hâlinde" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 39 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde kullanılan "...hâkim onu daha fazla zarar ve ziyan itasına mahkûm eder." şeklindeki ibare yerine, Tasarının 47 nci maddesinin ikinci

Kanun koyucunun, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin OR ve eBK'dan ayrıldığı, bir hüküm değişikliğinin olmadığı söylenebilir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU

A. ALMAN HUKUKUNDA

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, § 179'da düzenlenmiştir. “Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu” (*Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht*) kenar başlıklı BGB § 179 hükmü şöyledir:

“(1) Temsilci olarak bir sözleşme yapan kimse, temsil olunanın sözleşmeyi onamayı reddetmesi hâlinde, temsil yetkisini ispatlamadıkça, diğer tarafın seçimine bağlı olarak ona karşı ifada bulunmak veya zararı gidermekle yükümlüdür.

(2) Temsilci, temsil yetkisi eksikliğini bilmiyorsa, yalnızca diğer tarafın temsil yetkisine güvenmesi nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak bu tazminat, diğer tarafın sözleşme hüküm doğursaydı elde edeceği menfaat miktarını aşamaz.

(3) Diğer tarafın temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi hâlinde temsilci sorumlu değildir. Temsilci, yasal temsilcisinin rızasıyla hareket etmedikçe, sınırlı ehliyetsiz olsa bile sorumlu değildir.”⁸⁸

fıkrasında, “...kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.” şeklindeki ibare kullanılmıştır. Tasarıda kullanılan “diğer zararlar” sözcükleri ile, üçüncü kişinin, kendisiyle hukukî işlem yapan yetkisiz temsilciden, ancak sözleşme geçerli olarak kurulmuş olsaydı istenebilecek olan olumlu zararlarının da, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, giderilmesini isteyebileceği kastedilmektedir.

Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.” (ANTALYA O. Gökhan, Gerekeçeli ve Açıklamalı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2015, s. 94).

⁸⁸ BGB § 179'un Almanca metni şöyledir:

“(1) Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

(2) Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

(3) Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.”

Öğreti ve uygulamada hâkim görüş, BGB § 179 kapsamındaki sorumluluğun üçüncü kişinin güvenini korumayı amaçlayan bir güven sorumluluğu olduğu yönündedir⁸⁹. Buna göre sorumluluk, temsilcinin yetkili olduğunu iddia etmesiyle ilişkilidir⁹⁰. Temsilci, yetkili olduğu yönündeki iddiasından sorumludur, kusurlu olup olmadığının bir önemi yoktur⁹¹.

Alman kanun koyucusu BGB § 179'da kusurlu temsilcinin sorumluluğu (Abs. 1) ile kusursuz temsilcinin sorumluluğu (Abs. 2) arasında bir ayrım yapmıştır⁹². Üçüncü kişi, yetkisiz olduğunu bilerek hareket eden, yani kusurlu temsilciden sözleşmenin yerine getirilmesini ya da olumlu zararın nakden tazminini isteyebilir (BGB § 179 Abs. 1)⁹³. Üçüncü kişinin temsilciden sözleşmenin yerine getirilmesini istemesi, temsilcinin sözleşmenin tarafı hâline geldiği şeklinde yorumlanamaz⁹⁴. Bu durumda temsilci ile üçüncü kişi arasında, içeriği temsil yoluyla yapılan sözleşmeden oluşan yasal bir borç ilişkisi doğar⁹⁵. Yetkisiz olduğunu bilmeyerek hareket eden, yani kusursuz temsilci, olumsuz zararın tazmininden sorumlu tutulabilir (BGB § 179 Abs. 2)⁹⁶. Temsilci, ağır ihmal nedeniyle yetki eksikliğini bilmemesi hâlinde de sorumludur⁹⁷.

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi hâlinde BGB § 179 kapsamındaki sorumluluk doğmaz (BGB § 179 Abs. 3)⁹⁸. Bu durumda sorumluluğun doğmaması için temsilcinin kusurunun da bir önemi de yoktur⁹⁹. Öte yandan

⁸⁹ BGH, NJW 1995, s. 1739; BGH, NJW 2000, s. 1408; **SCHILKEN** Eberhard, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164-240 (Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung), Berlin 2019, § 179, N. 2; **NEUNER** Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020, § 51, N. 19; **SCHUBERT** Claudia, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG (Hrsg.: **SÄCKER** Franz Jürgen/**RIXECKER** Roland/**OETKER** Hartmut/**LIMPERG** Bettina), 9. Aufl., München 2021, § 179, N. 2; **MANSEL** Heinz-Peter, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Kommentar (Hrsg: **STÜRNER** Rolf), 19. Aufl., München 2023, § 179, N. 4.

⁹⁰ BGH, NJW-RR 2005, s. 268; **FLUME**, § 47, 3a; Staudinger-**SCHILKEN**, § 179, N. 2; MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 2; **SCHÄFER** Hauke, Beck'scher Online-Kommentar: BGB (Hrsg: **HAU** Wolfgang/**POSECK** Roman), Buch 1, Allgemeiner Teil, Abschnitt 3. Rechtsgeschäfte, Titel 5. Vertretung und Vollmacht (§ 164 - § 181), 68. Edition, München 2023, § 179, N. 1.

⁹¹ BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 1.

⁹² **NEUNER**, § 51, N. 22, 29; MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 37, 51; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 19 vd., 25 vd.

⁹³ **NEUNER**, § 51, N. 22 vd.; MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 37 vd., 47 vd.; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 19.

⁹⁴ BGH, NJW 1971, s. 430; Staudinger-**SCHILKEN**, § 179, N. 12; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 20.

⁹⁵ BGH, NJW 1970, s. 241; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 20.

⁹⁶ MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 51 vd.; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 25.

⁹⁷ Staudinger-**SCHILKEN**, § 179, N. 17; MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 51 vd.

⁹⁸ BGH, NJW 2009, s. 216; MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 56; **NEUNER**, § 51, N. 30; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 28.

⁹⁹ Staudinger-**SCHILKEN**, § 179, N. 19; MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 56; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 28.

temsilcinin sınırlı ehliyetsiz olması ve yasal temsilcisinin rızası olmadan hareket etmesi hâlinde de sorumluluk doğmaz (BGB § 179 Abs. 3)¹⁰⁰.

B. FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransız hukukunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu açıkça düzenlenmemiştir¹⁰¹. Bu sorumluluğun, haksız fiil hukukunun genel hükmü olan Fransız Medeni Kanunu m. 1240'a¹⁰² dayandığı kabul edilmektedir¹⁰³. Fransız öğretisi ve uygulamasında yetkisiz temsilcinin sorumluluğu hakkında kabul edilen esaslar şunlardır: Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, kusura dayanan bir sorumluluktur. Böylece yalnızca kusurlu olması hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğar. Hâkim, temsilcinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi yerine getirmesine veya zararı nakden gidermesine hükmedebilir. Nakden tazmin, güven zararının ya da ifa menfaatinin giderilmesine yönelik olabilir. Hâkim, tazminatın türü ve kapsamı hakkında takdir yetkisine sahiptir. Uygulamada kural olarak olumsuz zararın nakden tazminine hükmedilmektedir. Üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulduğu sırada temsil yetkisi eksikliğini bilmesi ya da kusuru nedeniyle bilmemesi hâlinde temsilci sorumlu tutulamaz¹⁰⁴.

C. AVUSTURYA HUKUKUNDA

Avusturya hukukunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 2007 yılına kadar adi işler için açıkça düzenlenmemiştir¹⁰⁵. Bu nedenle yetkisiz temsilcinin sorumluluğu yargı uygulamasına bırakılmıştır¹⁰⁶. Uygulamada ise bu sorumluluk *culpa in contrahendo*'ya dayanmaktaydı¹⁰⁷. Öte yandan yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 2007 yılına kadar ticari işler için açıkça düzenlenmişti (4. EVHGB Art. 8 N. 11)¹⁰⁸. Bu hüküm, BGB § 179'un neredeyse

¹⁰⁰ NEUNER, § 51, N. 31; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 61; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 30.

¹⁰¹ Bkz. Fransız Medeni Kanunu (CCfr) m. 1991 vd.

¹⁰² Fransız Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce haksız fiil hukukuna ilişkin genel hüküm m. 1382 idi.

¹⁰³ HUPKA, s. 43; FERİD Murad/SONNENBERGER Hans Jürgen, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1/1: Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Heidelberg 1994, s. 625; RADEMACHER Lukas, Commentaries on European Contract Laws (Eds.: JANSEN Nils/ZIMMERMANN Reinhard), Oxford 2018, Art. 3:204, N. 1.

¹⁰⁴ HUPKA, s. 45-46; FERİD/SONNENBERGER, s. 625; SAINTIER Séverine, "Unauthorised agency in French law", The Unauthorised Agent (Eds.: BUSCH Danny/MACGREGOR Laura J.), Cambridge 2009, s. 52.

¹⁰⁵ von MOOS, N. 82.

¹⁰⁶ RADEMACHER, Art. 3:204, N. 1.

¹⁰⁷ von MOOS, N. 82; RADEMACHER, Art. 3:204, N. 1.

¹⁰⁸ "Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

(1) Wer als Vertreter ein Handelsgeschäft geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadenersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert.

birebir aynısıydı. Bunun nedeni, Avusturya'nın Nasyonal Sosyalist Almanya'ya ilhakı sırasında Alman Ticaret Kanunu'nu kabul etmiş olmasıdır. Alman Ticaret Kanunu, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin bir hüküm içermemekteydi. O dönem Almanya'da, bugün olduğu gibi ticari işler için BGB § 179 uygulanmaktaydı. Avusturya ve Almanya arasında ticaret hukuku alanında birliği sağlamak amacıyla Avusturya, ticaret kanununa neredeyse BGB § 179'la aynı olan bir hükmü dahil etti. Bu kural 2007 yılına kadar yürürlükte kalmış, o yıl yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hüküm yerine Avusturya Medeni Kanunu'na (ABGB) yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm dahil edilmiştir¹⁰⁹. Kanun koyucu bu hükümle aslında yargı uygulamasını pozitif bir düzenlemeye kavuşturmuş, onun özünde bir değişiklik yapmamıştır¹¹⁰. ABGB § 1019 hükmü şöyledir:

*“Temsilci işlem yapmaya yetkili değilse veya yeterli yetkiye sahip değilse, temsil olunanın işlemi onamaması veya işleminden doğan menfaati elde edememesi hâlinde (§ 1016), diğer tarafın temsil yetkisine güvenmesi nedeniyle uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak temsilci, diğer tarafın sözleşme hükmü doğursaydı elde edeceği menfaati aşan miktardan sorumlu tutulamaz.”*¹¹¹

Avusturya öğretisinde hâkim görüş bu hükmü şöyle yorumlamaktadır: Bu hüküm kapsamındaki sorumluluk, temsilcinin kusuruna bağlıdır. Sorumluluk, güven menfaatini içerir ve ifa menfaatiyle sınırlıdır. Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde sorumluluk doğmaz. Üçüncü kişinin, temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi hâlinde ise karşılıklı kusurlar dikkate alınarak tazminat indirilebilir¹¹².

(2) Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

(3) Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte.”

¹⁰⁹ von MOOS, N. 82

¹¹⁰ RADEMACHER, Art. 3:204, N. 1.

¹¹¹ ABGB § 1019'un Almanca metni şöyledir: “Ist der Gewalthaber zu dem von ihm geschlossenen Geschäft nicht oder nicht ausreichend bevollmächtigt, so ist er, wenn der Gewaltgeber weder das Geschäft genehmigt noch sich den aus dem Geschäft entstandenen Vorteil zuwendet (§ 1016), dem anderen Teil zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser im Vertrauen auf die Vertretungsmacht erleidet. Der Gewalthaber haftet jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat.”

¹¹² von MOOS, N. 84.

D. İNGİLİZ HUKUKUNDA

İngiliz hukukunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu açıkça düzenlenmemiştir¹¹³. İçtihatlarla göre şunlar söylenebilir: Sorumluluk, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki örtülü garanti sözleşmesine dayanır¹¹⁴ ve temsilcinin kusuruna bağlı değildir¹¹⁵. Ayrıca bu sorumluluk, temsil yoluyla yapılan sözleşmedeki ifa menfaatinin nakden tazmin edilmesine yöneliktir¹¹⁶. Üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulduğu sırada temsil yetkisi eksikliğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa sorumluluk doğmaz¹¹⁷.

E. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE VE METİNLERDE

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, uluslararası sözleşmelerde ve özel hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin metinlerde de düzenlenmiştir. Sorumluluğun düzenlendiği tek uluslararası sözleşme 1983 tarihli Uluslararası Mal Satışlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’dur. Sorumluluğu ele alan özel hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin metinler ise 1999 tarihli Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL), 2008 tarihli Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR) ve 2016 tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri’dir¹¹⁸.

1. Uluslararası Mal Satışlarında Temsile İlişkin Konvansiyon

1983 tarihli Uluslararası Mal Satışlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da¹¹⁹ yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 16. maddede düzenlenmiştir. Konvansiyon m. 16 şöyledir:

“(1) Temsil yetkisi olmaksızın veya temsil yetkisinin kapsamı dışında hareket eden temsilci, onamama hâlinde üçüncü kişiye, temsil yetkisi olsaydı ve yetkisi kapsamında hareket etmiş olsaydı üçüncü kişinin içinde bulunacağı durumu ona sağlayacak şekilde tazminat ödemekle yükümlüdür.

¹¹³ von MOOS, N. 88.

¹¹⁴ KÖTZ Hein, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2015, s. 456; von MOOS, N. 88; KARASU, s. 366.

¹¹⁵ KÖTZ, s. 456; von MOOS, N. 88; KARASU, s. 367.

¹¹⁶ KÖTZ, s. 456; von MOOS, N. 88; KARASU, s. 367.

¹¹⁷ von MOOS, N. 88; KARASU, s. 368.

¹¹⁸ PECL, DCFR ve UNIDROIT İlkeleri hakkında bilgi için bkz. YELKENCİ Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014, s. 16 vd.

¹¹⁹ Convention on Agency in the International Sale of Goods (Geneva, 17 February 1983).

(2) Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilcinin yetkisinin olmadığını veya yetkisinin kapsamı dışında hareket ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa temsilci sorumlu tutulamaz.”^{120, 121}

Bu Konvansiyon yeterli sayıda taraf devletin bulunmaması nedeniyle yürürlüğe girmemiştir. İsviçre, Konvansiyon’u imzalamış olmasına rağmen onaylamamıştır¹²².

2. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri

1999 tarihli Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde (PECL)¹²³ yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, m. 3:204 f. 2’de düzenlenmiştir. PECL m. 3:204 f. 2 şöyledir:

“Temsil olunan tarafından madde 3:207 uyarınca onanmaması hâlinde temsilci, üçüncü kişiye, yetkili olarak hareket etmiş olsaydı üçüncü kişinin içinde bulunacağı durumu ona sağlayacak şekilde tazminat ödemekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması hâlinde bu hüküm uygulanmaz.”^{124, 125}

¹²⁰ Bu maddenin İngilizce hâli şöyledir:

“(1) An agent who acts without authority or who acts outside the scope of his authority shall, failing ratification, be liable to pay the third party such compensation as will place the third party in the same position as he would have been in if the agent had acted with authority and within the scope of his authority.

(2) The agent shall not be liable, however, if the third party knew or ought to have known that the agent had no authority or was acting outside the scope of his authority.” (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/agency-convention1983.pdf>).

¹²¹ Bu maddenin diğer bir Türkçe çevirisi şöyledir:

“(1) Yetkisiz veya yetkisinin kapsamı dışında hareket eden temsilci, onama gerçekleşmediğinde, temsilci yetkili olarak ve yetkisinin kapsamı içinde hareket etmiş olsaydı, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararlarını gidermekle yükümlüdür.

(2) Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu veya yetkisinin kapsamı dışında hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci sorumlu olmaz.” (KARASU, s. 330-331, dn. 55-56).

¹²² von MOOS, N. 91.

¹²³ Principles of European Contract Law.

¹²⁴ Bu maddenin İngilizce hâli şöyledir: “Failing ratification by the principal according to Article 3:207, the agent is liable to pay the third party such damages as will place the third party in the same position as if the agent had acted with authority. This does not apply if the third party knew or could not have been unaware of the agent’s lack of authority.” (LANDO Ole/BEALE Hugh, Principles of European Contract Law, The Hague 1999, s. 207; RADEMACHER, Art. 3:204).

¹²⁵ Bu maddenin diğer bir Türkçe çevirisi şöyledir: “Temsil olunanın madde 3:207’ye göre onanmaması halinde; temsilci, yetkili hareket etmesi durumunda, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararları gidermekle yükümlüdür. Bu kural üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisizliğini bilmesinde veya bilmemesinin mümkün olmamasında uygulanmaz.” (KARASU, s. 321, dn. 19).

Bu hükümde kusursuz sorumluluğun öngörülmüş olduğu kabul edilmektedir¹²⁶. Hükümden de anlaşıldığı üzere sorumluluk olumlu zararı kapsamaktadır¹²⁷. Son cümlede ise üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması hâlinde sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir¹²⁸.

3. Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Çerçevesi Taslağı

2008 tarihli Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nda¹²⁹ (DCFR) yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, m. II.– 6:107 f. 2-3'te düzenlenmiştir. DCFR m. II.– 6:107 f. 2-3 şöyledir:

“(2) Sözde temsil olunanın onamaması hâlinde bu kişi, üçüncü kişiye, yetkili olarak hareket etmiş olsaydı üçüncü kişinin içinde bulunacağı durumu ona sağlayacak şekilde tazminat ödemekle yükümlüdür.

(3) Üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesi veya bilmesinin makul olarak beklenebilmesi hâlinde ikinci fıkra uygulanmaz.”^{130, 131}

Öğretide bu hükmün kusursuz sorumluluk öngördüğü kabul edilmektedir¹³². İkinci fıkradan anlaşıldığı üzere sorumluluk olumlu zararı kapsamaktadır¹³³. Üçüncü fıkra ise üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması hâlinde sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir¹³⁴.

¹²⁶ RADEMACHER, Art. 3:204, N. 1; KARASU, s. 322; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 6.

¹²⁷ RADEMACHER, Art. 3:204, N. 5; KARASU, s. 321-322; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 6.

¹²⁸ RADEMACHER, Art. 3:204, N. 4; KARASU, s. 322.

¹²⁹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference.

¹³⁰ Bu maddenin İngilizce hâli şöyledir:

“(2) Failing ratification by the purported principal, the person is liable to pay the third party such damages as will place the third party in the same position as if the person had acted with authority.

(3) Paragraph (2) does not apply if the third party knew or could reasonably be expected to have known of the lack of authority.” (RADEMACHER, s. 618).

¹³¹ Bu maddenin diğer bir Türkçe çevirisi şöyledir:

“(2) İleri sürülen temsil olunan onamadığında, bu kişi yetkili hareket etmiş olsaydı, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararlarını gidermekle yükümlüdür.

(3) Üçüncü kişi, yetkinin yokluğunu bildiğinde veya bilmesinin makul olarak beklenebilmesinde, 2. fıkra uygulanmaz.” (KARASU, s. 324-325, dn. 28, 30).

¹³² MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 6.

¹³³ MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 6.

¹³⁴ KARASU, s. 324.

4. Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri

2016 tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri'nde¹³⁵ yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, 2.2.6. maddede düzenlenmiştir. “*Temsil yetkisi olmaksızın veya temsil yetkisini aşarak hareket eden temsilcinin sorumluluğu*” (*Liability of agent acting without or exceeding its authority*) kenar başlıklı UNIDROIT İlkeleri m. 2.2.6 şöyledir:

“(1) *Temsil yetkisi olmaksızın veya temsil yetkisini aşarak hareket eden temsilci, temsil olunan tarafından onay verilmemesi halinde, üçüncü kişinin zararını, temsil yetkisi bulunmuş ve aşılmamış olsaydı üçüncü kişinin bulunacağı durumu ona sağlayacak şekilde gidermek zorundadır.*

(2) *Bununla beraber, üçüncü kişi temsilcinin temsil yetkisinin bulunmadığını veya aşıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, temsilci sorumlu tutulamaz.*”¹³⁶

Öğretide bu hüküm uyarınca temsilcinin kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹³⁷. Birinci fıkra hükmünden anlaşıldığı üzere yetkisiz temsilcinin sorumluluğu olumsuz zararlarla sınırlı olmayıp olumlu zararı kapsamaktadır¹³⁸. İkinci fıkrada ise üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması hâlinde sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir¹³⁹.

IV. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU NİTELENDİRMEYEN DOĞAN SONUÇLAR

A. GENEL OLARAK

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği son derece tartışmalıdır. Burada ilk olarak TBK m. 47 (OR Art. 39) uyarınca ileri sürülecek talebin sözleşmesel bir talep mi

¹³⁵ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

¹³⁶ Bu madde Ergün ÖZSUNAY ve Murat R. ÖZSUNAY tarafından Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri 2016, İstanbul 2020, s. 80, 404. Bu maddenin İngilizce hâli şöyledir: “(1) *An agent that acts without authority or exceeds its authority is, failing ratification by the principal, liable for damages that will place the third party in the same position as if the agent had acted with authority and not exceeded its authority.*

(2) *However, the agent is not liable if the third party knew or ought to have known that the agent had no authority or was exceeding its authority.*” (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>).

¹³⁷ KREBS Thomas, “Art. 2, Section 2: Authority of agents”, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) (Eds.: VOGENAUER Stefan/KLEINHEISTERKAMP Jan), Oxford 2009, Art. 2.2.6, N. 1; KARASU, s. 327; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 6.

¹³⁸ KREBS, Art. 2.2.6, N. 1; UNIDROIT İlkeleri 2016, s. 80; KARASU, s. 327; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 6.

¹³⁹ KARASU, s. 328.

yoksa sözleşme dışı bir talep mi olduğu sorusu akla gelir¹⁴⁰. Kanun hükmü, bu soruya cevap vermez. Hükmün birinci fıkrasında hâkim görüşe göre olumsuz zararın, hükmün ikinci fıkrasında ise yine hâkim görüşe göre olumlu zararın giderilmesine imkân verilmesi, yalnızca zararın belirlenmesi ile ilgili olup talebin niteliği hakkında hiçbir şey ifade etmez¹⁴¹. Kanun koyucu, hükümde yalnızca sorumluluğun başlıca sorunlarına ilişkin çözümler öngörmüş, başka bir deyişle sorumluluğun unsurlarını düzenlemiştir¹⁴². Bununla birlikte temel sorunlar dışında sorumluluk biçimleri (*Modalität*) olarak da adlandırılan diğer sorunlara yönelik bir düzenleme getirilmemiştir¹⁴³. Sorumluluğun fiil ehliyetini gerektirip gerektirmediği, hangi zamanaşımı süresine tabi olduğu ve yardımcı kişilerden sorumluluğun nasıl olduğu hükümde belirtilmediği gibi birden fazla kimsenin yetkisiz temsilci olarak hareket etmesi hâlinde sorumluluğun nasıl olduğu da öngörülmemiştir¹⁴⁴. Kanunda öngörülme-yen soruların cevabı, sorumluluğun hukuki niteliğine bağlıdır¹⁴⁵. Bu nedenle ilk olarak sorumluluğun niteliği belirlenmelidir¹⁴⁶. Dolayısıyla sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın teorik bir tartışmanın ötesinde olduğu ve bu konuda benimsenecek görüşe göre farklı sonuçların ortaya çıktığı söylenebilir¹⁴⁷.

B. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. İleri Sürülen Görüşler

a. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş, TBK m. 47 (OR Art. 39) hükmünde düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğu yönündedir¹⁴⁸. TBK m. 47, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun pozitif hukuktaki görünüm

¹⁴⁰ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 32.

¹⁴¹ BGE 61 II 255, 256 vd.; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 32.

¹⁴² BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 31; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 32.

¹⁴³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 31.

¹⁴⁴ VIOLAND, s. 153; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 32.

¹⁴⁵ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 32.

¹⁴⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 31.

¹⁴⁷ KUTLU SUNGURBEY, s. 125. Buna karşılık bir görüş, asıl sorunun sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre buradaki sorun, yalnızca hangi hükümlerin uygulanacağından ibarettir. Hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda ise sözleşme veya haksız fiil hükümlerinden birine üstünlük tanımak da gerekmez. Her bir sorumluluk biçimi için somut olay bakımından uygun bir tercih yapılmalıdır. Bu eklektik (seçmecî) yaklaşımın Federal Mahkeme tarafından da benimsendiği görülmektedir (VIOLAND, s. 155-156). Dolayısıyla bu görüşe göre yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği teorik bir tartışmadan ibaret olup söz konusu sorunlara bir çözüm getirmedikinden pratik bir öneme sahip değildir.

¹⁴⁸ ESENER Turhan, "Yetkisiz Temsil", II inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1962, s. 134; von TUHR/PETER, § 45 III; KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und

biçimlerinden biri olarak kabul edilmektedir¹⁴⁹. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kanunda düzenlenmiş özel bir görünüm biçimidir¹⁵⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi, 1978 yılında vermiş olduğu bir kararda OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğu açıkça *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirmiştir¹⁵¹. Önceleri Federal Mahkeme, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak ifade etmemişti. 1932 yılında vermiş olduğu kararda Federal Mahkeme, OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğun kusuru gerekli kılmadığı için haksız fiil sorumluluğu olmadığını belirttikten sonra yetkisiz temsilcinin davranışının sözleşme görüşmelerine girilmesiyle doğan yükümlülüklerin kusursuz olarak ihlali olduğunu belirtmiş ve bu sorumluluğu sözleşme benzeri sorumluluk olarak nitelendirmişti¹⁵². Yargıtay da 2022 yılında

Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986, Allg. Einl., N. 135; **GONZENBACH**, s. 14; **BUCHER**, s. 280; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 117-118; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 205, 977; **ZK-BAUMANN**, Art. 2, N. 201; **LÜCHINGER** Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht: Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung, Freiburg 1999, N. 224, 227; **KIRCA Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 121; **LOSER** Peter, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht (Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung), Bern 2006, N. 579; **YALMAN** Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 39, 44; **RUMPF** Christian, “Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa in Contrahendo, Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı (Ed: **ÇİVİ** Ali), İstanbul 2007, s. 169; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 203; **DEMİRCİOĞLU** Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 73, 209; **GEZDER** Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s. 152-153; **İNCEOĞLU**, s. 467; **OR 2020-JUNG**, Art. 196, N. 4; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 2; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 31; **YELMEN**, s. 438; **SCHÖBI** Christian, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (Hrsg.: **FISCHER** Willi/**LUTERBACHER** Thierry), Zürich-St. Gallen 2016, Art. 39, N. 7; **TİFTİK** Mustafa/**ŞEN** Elif, “Yetkisiz Temsilde Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt III, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, 2016, s. 2657; **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, § 49, N. 27; **HELVACI** Serap/**KARASU** Bülent, “Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”, MÜHF-HAD, C. 24, S. 1, 2018, s. 209; **İŞ-NART**, m. 47, N. 2; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2952; **BSK OR I-WATTER**, Art. 39, N. 5; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 48; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 963, 1420; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 466; **AYRANCI** Mehtap, “Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, TAAD, Y. 12, S. 48, Ekim 2021, s. 489; **EREN**, BH GH, N. 1421; **NOMER** Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul 2023, N. 95.3; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 764; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1453; **SEROZAN** Rona/**BAYSAL** Başak/**SANLI** Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme), İstanbul 2022, § 19, N. 2; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 47, N. 4; **AYBAY**, s. 159; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 5; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 1. Hâkim görüşten farklı olarak yalnızca TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) kapsamındaki sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğu yönünde bkz. **KOLLER**, OR AT, N. 20.13.

¹⁴⁹ **GONZENBACH**, s. 13-14; **BUCHER**, s. 279-280; **ZK-BAUMANN**, Art. 2, N. 201; **LÜCHINGER**, N. 224, 227; **YALMAN**, s. 39; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 203; **DEMİRCİOĞLU**, s. 73; **GEZDER**, s. 153; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 2; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 963; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1453; **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, § 19, N. 2.

¹⁵⁰ **BUCHER**, s. 279-280; **ZK-BAUMANN**, Art. 2, N. 201; **LÜCHINGER**, N. 224, 227; **İNCEOĞLU**, s. 467; **OR 2020-JUNG**, Art. 196, N. 4; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 2; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 963.

¹⁵¹ BGE 104 II 94.

¹⁵² BGE 58 II 429. Bu karar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, IV, B, 4.

vermiş bir kararda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirmiştir¹⁵³.

İlk kez JHERING tarafından ifade edilen “*culpa in contrahendo*”¹⁵⁴, kurulmamış veya geçersiz sözleşmeler nedeniyle meydana gelen zararların tazmini bakımından sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun bir çözüm getirememesi sorunundan yola çıkılarak oluşturulmuş bir kavramdır¹⁵⁵. Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden davranış yükümlülükleri doğar ve bu yükümlülüklerle aykırı davranmak sorumluluğa yol açar¹⁵⁶. Gerçekten de temsil olunan adına hareket etmek, temsilci ile üçüncü kişi arasında özel bir hukuki ilişkinin meydana gelmesine yol açar¹⁵⁷. Temsilci, temsil yetkisi eksikliğini üçüncü kişiye açıklamadığı takdirde, sözleşme öncesi meydana gelen bu davranış yükümlülüklerini ihlal etmiş olur¹⁵⁸. Böylece yetkisiz temsilcinin, yetkili olduğu

¹⁵³ Yarg. HGK, E. 2019/435, K. 2022/352, 22.03.2022 (Lexpera).

¹⁵⁴ Bkz. JHERING Rudolf von, “Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861, s. 1 vd. *Culpa in contrahendo*, Türk hukukunda farklı biçimlerde ifade edilmiştir: “Sözleşmenin görüşülmesinde kusur” (KUTLU SUNGURBEY, s. 99), “akdın müzakeresinde kusur” (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 976), “sözleşme görüşmelerinde kusur” (DEMİRCİOĞLU, s. 43); “sözleşme müzakereleri sırasındaki kusur” (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, N. 8), “sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur” (OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1552), “sözleşme öncesi kusur” (GÜMÜŞ, s. 641), “sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış” (MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 74). Terminoloji hakkında bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 41 vd.

¹⁵⁵ ULUSAN İlhan, “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit. Doğanay’ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 285; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 31. Sözleşmenin kurulmamış veya geçersiz olması hâlinde, bir borcun varlığından ve o borca aykırılıktan söz edilemeyeceği için sözleşmeye dayanarak bir talepte bulunulması mümkün değildir. Bu durumda bir mutlak hakkın ihlali de bulunmadığından haksız fiile dayanarak bir talep de ileri sürülemez (KUTLU SUNGURBEY, s. 99; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 37, DEMİRCİOĞLU, s. 61). Sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun doğmadığı bu hâlde, JHERING’in deyişiyle “*kusurlu taraf yakasını sıyırmakta, kusursuz olansa başkasının kusurunun kurbanı olmaktadır.*” (KUTLU SUNGURBEY, s. 99). Sözleşmenin hüküm doğuracağına güvenilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmemesi adil görülmemiş ve *culpa in contrahendo* kavramı ortaya çıkmıştır (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 37).

¹⁵⁶ Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 191-192; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, N. 8; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, § 19, N. 1.

¹⁵⁷ HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 7.

¹⁵⁸ VIOLAND, s. 154; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 31; KOLLER, OR AT, 20.13. Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi sözleşme görüşmelerine başladıklarında, aralarında güven ilişkisi olarak da nitelendirilebilen bir hukuki ilişki meydana gelir. Bu ilişkiden dürüstlük kuralı uyarınca belli ölçüde karşı tarafın menfaatlerini gözetme, böylece bildirim, aydınlatma (boş yere güven vermeme, güveni boşa çıkarmama) gibi birtakım özen yükümleri doğar. Bunlar, sözleşmeden doğan edim yükümünden farklı olarak kanundan doğan davranış yükümü niteliğindedir. Yetkisiz temsilci de üçüncü kişiyle sözleşme görüşmelerine başladığında, dürüstlük kuralı ve bu kurala dayanan güven ilkesi uyarınca özellikle temsil yetkisi eksikliğine ilişkin bilgi vermek, üçüncü kişiyi bu konuda aydınlatmak ve böylece temsil yetkisinin bulunduğu dair boş yere güven vermemekle yükümlüdür. Yetkisiz temsilcinin yetki eksikliğini açıklamayarak üçüncü kişiye boş yere güven vermesi, *culpa in contrahendo* yani sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlere aykırılık anlamına gelir (KUTLU SUNGURBEY, s. 117-118. Ayrıca bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203; İNCEOĞLU, s. 465; EREN, BH GH, N. 1421).

yönünde üçüncü kişide uyandırmış olduğu ve korunması gereken güvenin, sözleşme görüşmeleriyle boşa çıkması söz konusudur¹⁵⁹.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin tartışmalara, başka bir deyişle hâkim görüşe yönelik itirazlara geçmeden önce kısaca *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğine değinelim. Öncelikle belirtelim ki *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliği de bir hayli tartışmalıdır¹⁶⁰. Bu konudaki tartışmalar, çalışmamızın sınırlarını aşacağından yalnızca birkaç noktaya değinmekle yetineceğiz.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği ilk olarak klasik sorumluluk kaynakları olan sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu içinde aranmıştır¹⁶¹. Buna bağlı olarak bu sorumluluğa sözleşme hukuku hükümlerinin mi yoksa haksız fiil hukuku hükümlerinin mi uygulanacağı tartışma konusu olmuştur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, 1978 yılında vermiş olduğu ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu açıkça *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirdiği kararda, OR Art. 39 uyarınca ileri sürülen tazminat talebinin haksız fiil zamanaşımı süresini düzenleyen OR Art. 60'a (TBK m. 72) tabi olduğuna hükmetmesine rağmen *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu mu yoksa haksız fiil sorumluluğu niteliğinde mi olduğunu açıklığa kavuşturmamıştır¹⁶². Böylece Federal Mahkemenin de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğini klasik sorumluluk kaynakları içinde aradığı, ancak bu konuda bir karar vermekten kaçındığı söylenebilir.

Klasik sorumluluk kaynaklarının *culpa in contrahendo* sorumluluğuyla tam olarak örtüşmemesi, başka bir deyişle bu sorumluluğu açıklamakta yetersiz kalması nedeniyle yeni

¹⁵⁹ VIOLAND, s. 154; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203; İNCEOĞLU, s. 465; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 7; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 34.

¹⁶⁰ VIOLAND, s. 154; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 31. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GONZENBACH, s. 64 vd.; KIRCA, Bilgi Verme, s. 138 vd.; YALMAN, s. 69 vd.; KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 101 vd.; DEMİRCİOĞLU, s. 77 vd.; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 1006 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 975 vd.

¹⁶¹ Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 77 vd.

¹⁶² BGE 104 II 94. Federal Mahkeme, 1975 yılında vermiş olduğu kararda da aynı yönde hüküm kurmuştu. OR Art. 39 ile ilgili olmayan bir uyuşmazlıkta, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmaktan kaçınan Federal Mahkeme, yalnızca *culpa in contrahendo*'dan kaynaklanan tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresini belirlemişti. Bu kapsamda haksız fiil zamanaşımı hükmü olan OR Art. 60'ın (TBK m. 72) uygulanmasına karar vermişti. Bu karar için bkz. BGE 101 II 266.

arayışlar söz konusu olmuş ve bu kapsamda özellikle iki yeni kavram öne çıkmıştır: edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi ve güven sorumluluğu¹⁶³.

Öğretide TBK m. 47 f. 1’de düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğunu kabul etmekle birlikte bu sorumluluğun edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin bir görünüm biçimi olduğu ileri sürülmüştür¹⁶⁴. Bu görüşe göre edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi¹⁶⁵, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu reddetmeyip bilakis tüm sonuçlarıyla onu benimseyen, bu sorumluluğun altında yatan düşünciyi geliştiren daha kapsamlı bir teoridir¹⁶⁶. Hiç kuşkusuz bu teori, olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin tüm hâllerin hukuki niteliğini açıklamayı mümkün kılar¹⁶⁷. Dolayısıyla bu teorinin, olumsuz zarardan sorumluluk doğuran diğer hâllerin yanı sıra *culpa in contrahendo* hâllerini de kapsadığını söylemek yanlış olmaz. Böylece TBK m. 47 f. 1’deki sorumluluğun da bu kapsamda değerlendirilmesi yerindedir.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden başka *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile ilgili bir diğer hukuki figür ise güven sorumluluğudur¹⁶⁸. Güven sorumluluğu

¹⁶³ Bkz. **DEMİRCİOĞLU**, s. 119 vd. Yazara göre klasik sorumluluk kaynaklarının *culpa in contrahendo* sorumluluğunu açıklamakta yetersiz kalması, bu sorumluluğun farklı esaslar uyarınca açıklanmasını kaçınılmaz kılmıştır. Bu kapsamda klasik sorumluluk kaynakları dışındaki çabanın başlangıç noktası, sözleşme görüşmelerinin yasal bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmesidir. Daha sonra edim yükümlülükleriyle koruma yükümlülüklerinin birbirinden ayrılması fikri, buna bağlı olarak edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kavramı ve son olarak da güven sorumluluğu ortaya çıkmıştır. Aslında öğreti, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğini klasik sorumluluk kaynakları dışında ararken ileri sürülen her yeni görüşle adım adım güven sorumluluğu fikrine yaklaşmıştır.

¹⁶⁴ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 118.

¹⁶⁵ Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SEROZAN** Rona, “‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akдын Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Korumucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, C. 2, S. 3, 1968, s. 108 vd.; **KIRCA**, Bilgi Verme, s. 158 vd.; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 109 vd.; **DEMİRCİOĞLU**, s. 126 vd.; **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, § 19, N. 1 vd.

¹⁶⁶ **SEROZAN**, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 120; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 121. Bu teori sayesinde “*culpa in contrahendo*”, “*akдын müsbet ihlali*” ve “*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*” kurumlarının anlamlarını yitirdiğini, bu üç kurum arasında bir nitelik farkı kalmadığını ileri sürülmektedir (**SEROZAN**, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 125, dn. 42). Buna karşılık, bu kurumlarda güven ilişkisinden doğan davranış yükümlülüklerinin ihlal edilmesi nedeniyle sorumluluğun söz konusu olmasının, bunların birbirinden farklı olgulara dayanan kurumlar niteliğinde bulunduğu gerçeğini ortadan kaldırmadığını belirtilmiştir (**KUTLU SUNGURBEY**, s. 107, dn. 27).

¹⁶⁷ Bunun nedeni, olumsuz zarardan sorumluluk doğuran hâllerin tamamının yalnızca *culpa in contrahendo*’dan kaynaklanmamasıdır. Nitekim TBK m. 9 f. 2, TBK m. 512 ve TBK m. 564’teki olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, *culpa in contrahendo*’dan kaynaklanmaz. Dolayısıyla bu hâller *culpa in contrahendo* sorumluluğuyla açıklamak mümkün değildir. Dolayısıyla *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bu hâllerini açıklamakta yetersiz kaldığı söylenebilir (**ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 120).

¹⁶⁸ Güven sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **CANARIS** Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, s. 1 vd.; **KIRCA**, Bilgi Verme, s. 135 vd.; **LOSER**, N. 165 vd.; **KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 112 vd.; **DEMİRCİOĞLU**, s. 161 vd.; **ÇAĞLAYAN AKSOY** Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tanzimi, İstanbul 2016, s. 203 vd.; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 899 vd.; **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, § 19, N. 3 vd.; **GÜMÜŞ**, s. 650 vd.

kavramı, 1990'lı yıllara kadar İsviçre hukukunda neredeyse hiç bilinmiyordu. Almanya'da¹⁶⁹ geliştirilen bu kavram, uygulama bir yana öğretide bile benimsenmemişti. İsviçre öğretisinde¹⁷⁰ nadiren söz edilen güven sorumluluğu, nihayet İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarına konu olmuştur¹⁷¹. Dolayısıyla İsviçre hukukunda güven sorumluluğunun kaynağının İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları olduğunu söylemek yanlış olmaz. Federal Mahkemenin 1994 yılında vermiş olduğu Swissair kararı¹⁷², güven sorumluluğunun İsviçre hukukunda benimsenmesine yol açan ilk karardır. Bu kararla birlikte güven sorumluluğu, sözleşme ile haksız fiil sorumluluğundan ayrı bir sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle Federal Mahkeme, sözleşme ile haksız fiil sorumluluklarına ek olarak üçüncü bir sorumluluk kategorisi yaratmıştır¹⁷³. Federal Mahkeme, öğretide büyük yankı uyandıran Swissair kararında, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu, sözleşme ile haksız fiil arasında yer alan güven sorumluluğunun bir uygulaması olarak kabul etmiş, bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmemesi gerektiğini belirterek sözleşmesel sorumluluğa yakın olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁴. 1995 yılında vermiş olduğu kararda Federal Mahkeme, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu güven sorumluluğunun özel bir görünüm biçimi olarak nitelendirmiştir¹⁷⁵. Son olarak Federal Mahkeme, 2008 yılında vermiş olduğu kararda *culpa in contrahendo* sorumluluğunu sözleşme ile haksız fiil arasında yer alan ve kanunda düzenlenmemiş bir hukuki figür olan güven sorumluluğunun bir görünüm biçimi olarak nitelendirmiştir¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Alman hukukçu CANARIS'in 1971 yılında yayımlanan "Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht" isimli eseri, güven sorumluluğu bakımından büyük yankı uyandırmıştır. Bkz. CANARIS, s. 1 vd.

¹⁷⁰ İsviçre öğretisinde güven sorumluluğundan ilk kez 1986 yılında KRAMER/SCHMIDLIN tarafından söz edilmiştir (Bkz. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl., N. 150 vd.). Dolayısıyla bu kavramı İsviçre hukuk terminolojisine kazandıran KRAMER ile SCHMIDLIN'dir (Bkz. KIRCA, Bilgi Verme, s. 138).

¹⁷¹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 52.01.

¹⁷² BGE 120 II 331. Bu karar hakkında bkz. KIRCA, Bilgi Verme, s. 148 vd.; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 185 vd.; YILMAZ Asuman, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 'Swissair Kararı'", BATİDER, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 429 vd.; KARA Doğan/DEVELİOĞLU H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İstanbul 2020, N. 25; GÜMÜŞ, s. 657-658.

¹⁷³ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 204; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 52.02.

¹⁷⁴ LÜCHINGER, N. 232; YILMAZ, s. 440.

¹⁷⁵ BGE 121 III 350, 355. Bu karar hakkında bkz. KIRCA, Bilgi Verme, s. 152; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 192 vd.; KARA/DEVELİOĞLU, N. 28. İsviçre Federal Mahkemesinin 1994 yılında vermiş olduğu Swissair kararı ile 1995 yılında vermiş olduğu Grossen kararının "leading case" niteliğinde olduğu yönünde bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 52.02.

¹⁷⁶ BGE 134 III 390, 395: "Uyandırılan güvenden doğan sorumluluk, sözleşme ile haksız fiil arasında yer alır ve bir üst kavram olarak culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğu ve yanlış bilgi vermeden doğan sorumluluk gibi menfaat açısından benzer olan diğer olay gruplarını kapsar." Bu kararın Türkçe çevirisi için bkz. KAŞAK, s. 1803 vd. Bu karar hakkında ayrıca bkz. KARA/DEVELİOĞLU, N. 102.

İsviçre'deki gelişmeler Türk hukukunu da etkilemiştir. Yargıtay da güven sorumluluğunu kendine özgü bir sorumluluk hâli olarak benimsemiştir¹⁷⁷. Ayrıca Yargıtay, tıpkı İsviçre Federal Mahkemesi gibi *culpa in contrahendo* sorumluluğunun güven sorumluluğu kapsamında olduğunu belirtmektedir¹⁷⁸. Dolayısıyla Türk ve İsviçre hukuklarında güven sorumluluğu, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu olarak değil, kendine özgü bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir¹⁷⁹. Bu doğrultuda *culpa in contrahendo* sorumluluğu ise güven sorumluluğunun bir görünüm biçimi, başka bir deyişle onun kapsamında yer alan bir kavramdır¹⁸⁰. Bu yönüyle güven sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile bilgi vermeden doğan sorumluluk¹⁸¹ gibi kavramları kapsayan bir üst kavramdır¹⁸².

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirilmesi, akabinde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun da güven sorumluluğunun bir

¹⁷⁷ Yarg. HGK, E. 2010/39, K. 2010/71, 10.02.2010 (Lexpera); Yarg. HGK, E. 2012/670, K. 2013/171, 30.01.2013 (Lexpera): “Güven sorumluluğunun Türk Pozitif Hukuku’nda özel bir kanuni düzenlemesi bulunmamakla birlikte; Türk Hukuk Öğretisinde dürüstlük kuralından hareketle bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için şu şartlar aranmaktadır: Olayda bir “güven” unsuru bulunmalı, zarar gerçekleşmeli, yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucu bağlanmamalı, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı söz konusu olmalı, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durum söz konusu olmamalı, hukuki görünüşü yaratan kimse kusurlu olmalı, kişinin haklı güveni, yani olayda iyiniyeti bulunmalıdır. Haksız fiil zararının söz konusu olduğu haller ile diğer sorumluluk ilkelerinin devreye girdiği hallerde söz konusu olmayan güven sorumluluğu ancak, Türk-İsviçre Hukuku’nda MK.m.2 ve MK.m.3 ışığında Canaris’in “Negativer Vertrauensschutz-güvenin negatif-menfi-olumsuz korunması” olarak nitelendiği hallerde söz konusu olabilir. Güven sorumluluğu olabilmesi için, BK. 36/2.maddesinde olduğu gibi, bir “hukuki görünüme haklı güven olgusu-Rechtsscheinhaftung” söz konusu olmalıdır (Oğuztürk, Burcu(Kalkan): Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008, sahife:1,4, 9, 37-38, 128, 166, 184, 193, 268, 271; Hukuk Genel Kurulu’nun 10.02.2010 gün ve E:2010/9-39, K:2010/71 sayılı ilamı).”; Yarg. HGK, E. 2019/221, K. 2019/575, 16.05.2019 (Lexpera): “Kendine özgü mahiyet arz eden güven sorumluluğu bir kişinin davranışlarıyla başkalarında yarattığı haklı beklentiler nedeniyle oluşan güven ilişkisinden kaynaklanır. Temeli Alman Borçlar Kanunu’nda yer alan, borçlar hukuku mevzuatımızda düzenlemesi bulunmamakla birlikte gerek Türk hukukunda gerekse İsviçre hukukunda kendisine uygulama yeri bulan bu teori bir kimsenin kendi yarattığı dış görünüşün meydana getirdiği sonuçlara kendisinin katlanmasının gerekliliği, aksi yönde bir düşüncenin iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edeceği kabulüne dayanır.”; Yarg. HGK, E. 2019/173, K. 2022/570, 19.04.2022 (Lexpera): “Güven sorumluluğu TMK’nin 2. maddesindeki dürüstlük kuralına dayanmakta olup, ayrı bir sorumluluk türü olarak kanunda düzenlenmemiş kendine özgü bir sorumluluk hâlidir.”

¹⁷⁸ Yarg. HGK, E. 2019/173, K. 2022/570, 19.04.2022 (Lexpera): “Başka bir deyişle güven sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu da kapsayan ve sözleşme sorumluluğu hükümlerine dayanan kendine özgü bir sorumluluk hâlidir.”

¹⁷⁹ KIRCA, Bilgi Verme, s. 111, 121; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 204.

¹⁸⁰ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl., N. 151; KIRCA, Bilgi Verme, s. 121, 138; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 205; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 935.

¹⁸¹ Bilgi vermeden sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, Bilgi Verme, s. 1 vd.

¹⁸² KIRCA, Bilgi Verme, s. 111; HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina Elisabeth, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter), Bern 2012, Art. 2, N. 139; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 205; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 52.02. Aksi yönde bkz. KALKAN OĞUZTÜRK, s. 210-211, 251-252; GÜMÜŞ, s. 655. Federal Mahkemenin içtihatlarıyla İsviçre hukukunda benimsenen güven sorumluluğu aslında İsviçre hukukuna yabancı veya yeni bir sorumluluk türü değildir. Yeni olan *culpa in contrahendo* sorumluluğunu da kapsayan bir üst kavram olarak ifade edilmesi ve bağımsız bir hukuki kurum olarak ele alınmasıdır (KIRCA, Bilgi Verme, s. 138).

görünüm biçimi olarak kabul edilmesinin bu sorumluluğa uygulanacak hükümler bakımından belirsizliği ortadan kaldırmadığını ifade etmek gerekir. Zira Türk ve İsviçre hukuklarında *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin genel hükümler yoktur¹⁸³. Aynı şekilde sözleşme ile haksız fiil arasında yer alan bir sorumluluk için de herhangi bir sorumluluk biçimi (*Modalität*) öngörülmemiştir. Bu da ister istemez sözleşme hukuku veya haksız fiil hukuku hükümlerine geri dönmek zorunda kalınmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu nitelendirme uygulanacak hükümler bakımından bir şey ifade etmez¹⁸⁴. Öte yandan sorumluluğun sözleşme ve haksız fiil ikileminden “kurtulması”, her bir sorumluluk biçimi bakımından ayrı bir değerlendirme yapılarak sözleşme ve haksız fiil hükümlerinden uygun olanının uygulanmasını mümkün kılmıştır¹⁸⁵. Başka bir deyişle karma (seçmeci/eklektik) bir yaklaşımın doğmasına yol açmıştır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna uygulanacak hükümleri aşağıda ele alacağımızdan bu konuda daha fazla açıklama yapmaksızın aşağıya atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁸⁶.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirilmesi bakımından kusur ve sorumluluk öznesi olmak üzere özellikle iki konu çeşitli tartışmalara yol açmıştır.

aa. Kusur

TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) uyarınca sorumluluğun doğması için temsilcinin kusuru gerekli değildir¹⁸⁷. Kanun koyucu bu hükümde bir kusursuz sorumluluk hâli öngörmüştür. Oysa *culpa in contrahendo* sorumluluğu, adından da anlaşılacağı üzere¹⁸⁸ bir kusur sorumluluğudur ve sözleşme görüşmelerinde tarafların birbirlerine yalnızca kusurlu davranışlarıyla verdikleri zararın tazminini öngörür¹⁸⁹. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin

¹⁸³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 976; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 31.

¹⁸⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 33. Hem *culpa in contrahendo* sorumluluğuna hem de güven sorumluluğuna hangi hükümlerin uygulanacağını son derece tartışmalı olması, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna uygulanacak hükümlerin de tartışmalı olmasını beraberinde getirir. Bkz. KIRCA, Bilgi Verme, s. 121 vd.; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 212 vd.

¹⁸⁵ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 33.

¹⁸⁶ Bkz. Birinci Bölüm, IV, C.

¹⁸⁷ Bkz. İkinci Bölüm, II, G.

¹⁸⁸ GONZENBACH, s. 144.

¹⁸⁹ GONZENBACH, s. 146; DEMİRCİOĞLU, s. 249; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 994, 998; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 34; GÜMÜŞ, s. 642. Kanunda aksi öngörülmedikçe *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğu yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 994; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 967.

sorumluluğunun, ilk olarak kusur bakımından *culpa in contrahendo* sorumluluğundan farklılaştığı, her iki sorumluluk arasında böyle önemli bir farkın olduğu söylenebilir¹⁹⁰.

Kusur bakımından söz konusu olan farklılıktan yola çıkan bir görüş, bu nedenle yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir¹⁹¹. Zira bu görüşe göre *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kurucu unsuru olan kusur (*culpa*), yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir unsuru değildir¹⁹². Öte yandan *culpa in contrahendo* sorumluluğunun dürüstlük kuralından ileri geldiği, yetkisiz temsilcinin kusurlu olmasını gerekli kılan TBK m. 47 f. 2'nin (OR Art. 39 Abs. 2) dürüstlük kuralının bir ifadesi olduğu, ancak aynı şeyi birinci fıkra kapsamındaki sorumluluk için söylemenin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, TBK m. 47 f. 1 uyarınca temsilci kusursuz olsa bile sorumludur ve bu sert sorumluluğun altında yatan düşünce *bona fides* değil, işlem güvenliğinin korunmasıdır. Dolayısıyla hükmün birinci fıkrası TMK m. 2 ile ilişkilendirilemez ve bu da *culpa in contrahendo* sorumluluğunun söz konusu olmadığını gösterir¹⁹³.

Bununla birlikte öğretide, TBK m. 47 f. 1'de bir kusursuz sorumluluk hâli öngörülmüş olduğundan bu sorumluluğa *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kıyas yoluyla uygulanacağı da ileri sürülmüştür¹⁹⁴. Buna karşılık kıyasın mümkün olması için kanunda düzenlenmiş bir hükmün bulunması gerektiği, oysa *culpa in contrahendo* sorumluluğunun Türk hukukunda

¹⁹⁰ İNCEOĞLU, s. 465; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 34; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 1.

¹⁹¹ SCHWARZ, s. 396; VIOLAND, s. 156; KOLLER, OR AT, 20.09, 20.13; GÜMÜŞ, s. 415. Kusur unsuruna sıkı sıkıya bağlı kalan bu görüşlerin isabetli olmadığı yönünde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 124-125, dn. 169.

Kusura ilişkin bu tartışmanın pratik önemi iki ihtimalde ortaya çıkar: (1) Örneğin yetkilendirme işleminin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olması hâlinde, bunu bilmeyerek yetkili olduğuna ilişkin mazur görülebilir bir hata içinde olan temsilcinin *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğmaz. Ne var ki bu durum temsilciyi TBK m. 47 f. 1 uyarınca sorumluluktan kurtarmaya yetmez (VIOLAND, s. 156). (2) Üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, TBK m. 47 f. 1 c. 2 uyarınca tazminat talep edemez. Oysa üçüncü kişi, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanırsa, zarar görenin birlikte kusuruna ilişkin TBK m. 52 f. 1 uyarınca indirilmiş olarak da olsa tazminat talep edebilir (KUTLU SUNGURBEY, s. 115; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 124-125, dn. 169).

¹⁹² GÜMÜŞ, s. 415. Bu nedenle yazar, *culpa in contrahendo* sorumluluğu yerine yasal bir sözleşme öncesi koruma yükümü ihlaline dayalı bir kusursuz sorumluluğun varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (GÜMÜŞ, s. 415-416).

¹⁹³ VIOLAND, s. 156-157. Esasen yazarın İsviçre hukuku bakımından ileri sürdüğü bu düşünce, Alman hukukunda CANARIS'in görüşüne dayanmaktadır. CANARIS'e göre BGB § 179 dürüstlük kuralının ifadesi olarak anlaşılamaz. Zira kusursuz sorumluluk öngören bu hükmün altında yatan düşünce işlem güvenliğinin korunmasıdır (CANARIS, s. 534).

¹⁹⁴ KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 49, N. 27. Benzer yönde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2952.

açıkça düzenlenmemiş olduğu ve bu nedenle açıkça düzenlenmemiş bir sorumluluğa ilişkin ilkelerin kıyas yoluyla uygulanmasının isabetli olmadığı ifade edilmiştir¹⁹⁵.

Bizim de katıldığımız görüş, TBK m. 47 f. 1'in bir kusursuz sorumluluk hâli olmasının, kanunda özel olarak düzenlenmiş bir *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmeye engel olmadığı yönündedir¹⁹⁶. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olsa da tıpkı sözleşme ile haksız fiil sorumluluklarında olduğu gibi *culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından da kanunda açıkça öngörülmüş olması kaydıyla kusursuz sorumluluk mümkündür¹⁹⁷. Başka bir deyişle *culpa in contrahendo* sorumluluğunda, kural olarak sorumlu tutulacak kişinin kusurlu olması gerekir, ancak kanunda aksi açıkça öngörülebilir¹⁹⁸. Nitekim TBK m. 47 f. 1'de düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu da kanunun sözleşme görüşmelerindeki kusursuz bir davranışa sorumluluk bağladığı durumlardan birisidir¹⁹⁹.

Öte yandan TBK m. 47 f. 1'deki sorumluluğun *culpa in contrahendo* öğretisiyle çelişmediği, bilakis bu öğretinin benimsediği objektif *culpa* (kusur) anlayışıyla bağdaştığı belirtilmiştir. Buna göre, yetkisiz temsilcinin sözleşme görüşmelerindeki *diligentia* (özen) yükümlülüğünü ihlal etmesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulanması için yeterlidir. Kusur olmaksızın da olsa üçüncü kişide temsil yetkisinin bulunduğu dair güven uyandırmış olmak, sözleşme görüşmelerindeki özen yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilir ve objektif açıdan kusurlu olarak görülen bu davranış yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulmasını haklı kılar. Bu nedenle aslında *culpa in contrahendo* sorumluluğunun *diligentia* yükümlülüğünün ihlaliinden kaynaklandığını söylemek daha doğru olur²⁰⁰. Başka bir deyişle

¹⁹⁵ İNCEOĞLU, s. 466. Aksi yönde bkz. AYBAY, s. 159.

¹⁹⁶ GONZENBACH, s. 146-147; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 124-125, dn. 169, s. 205, dn. 191; DEMİRCİOĞLU, s. 211, 249; GEZDER, s. 131; İNCEOĞLU, s. 467; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 967. Benzer şekilde, hükmün birinci fıkrasında kusurun gerekli kılınmamış olmasının yanlış yorumlanmaması gerektiği yönünde bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 34.

¹⁹⁷ GONZENBACH, s. 146-147; DEMİRCİOĞLU, s. 249. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğabilmesi için kusurun zorunlu bir unsur olduğu aksi yöndeki görüş için bkz. YALMAN, s. 103. Bu görüşe göre sözleşme görüşmelerindeki yükümlülük ihlali kusura dayanmıyorsa sorumluluk doğmaz. Ne var ki yazar, kusurun zorunlu unsur olduğunu belirtmesine rağmen kusursuz sorumluluk öngören yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak da nitelendirmiştir. Bkz. ve karşı. YALMAN, s. 39, 44, 103.

¹⁹⁸ MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 994, 999; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 967.

¹⁹⁹ GONZENBACH, s. 147; DEMİRCİOĞLU, s. 249; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 999; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 967. Aynı yönde bkz. GEZDER, s. 131. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (TBK m. 47 f. 1), sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesinin yalnızca kusur hâlinde *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açacağına ilişkin kuralın yasal bir istisnasıdır (DEMİRCİOĞLU, s. 211; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 999).

²⁰⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 124-125, dn. 169, s. 205. Aynı yönde bkz. AYBAY, s. 159. Sübjektif bir değerlendirmeyi gerektiren kusur kavramının objektif olarak belirlenmesinin isabetli olmadığı yönünde bkz.

yetkisiz temsilcinin sözleşme görüşmelerinde *diligentia* yükümlülüğünü ihlal etmesi ve böylece objektif olarak kusurlu olmasına dayanan bir sorumluluk söz konusudur²⁰¹. Hatta öğretide yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunda kavramın tam olarak ifade edilebilmesi için *culpa in contrahendo* yerine *diligentia in contrahendo*'dan söz edilmesi gerektiği de belirtilmiştir²⁰².

Bu tartışmanın çıkış noktası kusur gerekliliği olduğundan TBK m. 47 f. 2'de birinci fıkranın aksine kusurun gerekli kılınmış olması, başka bir deyişle bir kusur sorumluluğunun öngörülmüş olması, ikinci fıkra kapsamındaki sorumluluk bakımından tereddütleri büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla TBK m. 47 f. 2'deki sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğunun özel bir hâli olduğu konusunda bir kuşku olmadığı söylenebilir²⁰³.

TBK m. 47 f. 1'de bir kusursuz sorumluluğun öngörülmüş olmasının yol açtığı bir diğer tartışma, yetkisiz temsilcinin kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmasını haklı kılan sebebin ne olduğuna ilişkindir. Şayet bir kusur sorumluluğu söz konusu olsaydı, hiç kuşkusuz bu sebebin kusur olduğu ifade edilecekti²⁰⁴. Ne var ki bir kusursuz sorumluluk söz konusudur ve öğretide bu kusursuz sorumluluğu haklı gösteren ilke konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

İNCEOĞLU, s. 466. Yazara göre, zarar verenin kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde objektif bazı değerlendirmelerin yapılması kaçınılmaz olsa da kusur, zarar verene ilişkin sübjektif bir değerlendirmeyi içerir. Zarar verenin objektif olarak kusurlu olduğuna işaret edebilecek olguların varlığına rağmen kusursuz olduğunu ortaya koyabilmesi daima mümkündür. Örneğin faks aracılığıyla kendisine bir yetki belgesi gönderilmiş olan bir yetkisiz temsilcinin, temsil olunanın faks metnini gönderdiği esnada ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmesi mümkün olamayacağına göre onun kusurlu olduğu asla kabul edilemez (**İNCEOĞLU**, s. 466-467).

²⁰¹ **KELLER** Max, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Diss., Zürich 1948, s. 103.

²⁰² **KUTLU SUNGURBEY**, s. 114. Kusur unsurundan yola çıkarak *culpa in contrahendo* sorumluluğunu reddedenlerin bu itirazının tümüyle yararsız bir "sözcük itirazı"ndan başka bir şey olmadığı yönünde bkz. **ANEX** Jean, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977, s. 13 (**KUTLU SUNGURBEY**, s. 114'ten naklen).

²⁰³ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 115. Kusuru gerekli kılan TBK m. 47 f. 2'deki sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğu yönünde bkz. **KOLLER**, OR AT, 20.13. Yazara göre ikinci fıkrada sözleşme görüşmeleri sırasında gösterilmesi gereken bir yükümlülüğün, yani temsil yetkisinin varlığıyla ilgili özen yükümlülüğü ile temsil yetkisi eksikliğini üçüncü kişiye bildirme yükümlülüğünün ihlali yaptırma bağlanmıştır. Birinci fıkranın aksine bu hükümde *culpa in contrahendo* sorumluluğu vardır. Öte yandan öğretide *culpa in contrahendo*'ya örnek olarak "yetkisiz temsilcinin yetkisi bulunmadığını gizlemesi" gösterilmiştir. Bkz. **TANDOĞAN** Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul 1961, s. 404.

²⁰⁴ Hem sözleşmesel sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda temel sorumluluk ilkesi, kusur ilkesidir. Bkz. **ENGİN** Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, İstanbul 2002, s. 45; **ULUSAN** İlhan, Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2012, s. 3. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu için de aynı şeyi söylemek mümkündür.

Öğretide ileri sürülen ilkelerden birisi “sebebiyet verme ilkesi”dir. TBK m. 47 f. 1’in sebebiyet verme ilkesine dayandığı neredeyse oy birliğiyle kabul edilmektedir²⁰⁵. Yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 47 f. 1’i sebebiyet verme ilkesine dayanan bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak değerlendirmek mümkündür²⁰⁶. Başka bir deyişle bu hükümde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kusur ilkesi yerine istisnai olarak sebebiyet verme ilkesine dayandığı söylenebilir²⁰⁷. Dolayısıyla TBK m. 47 f. 1’de sebep sorumluluğu (*Kausalhaftung*) söz konusudur²⁰⁸. Ancak burada bir noktaya dikkat çekmek gerekir: Öğretide bazı yazarlar, TBK m. 47 f. 1’deki sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğu düşüncesini reddetmelerine (veya hiç değilse bu düşüncüyü desteklememelerine, bu konuda bir görüş ileri sürmemelerine) karşın bunun bir sebep sorumluluğu olduğunu, başka bir deyişle sorumluluğun sebebiyet verme ilkesine dayandığını kabul etmektedirler²⁰⁹.

Bir diğer ilke ise “garanti ve güven ilkesi”dir²¹⁰. Bu ilkenin, bir sözleşme yapılırken kanun tarafından öngörülen bir garanti yükümlülüğünden, özellikle açıklamanın muhatabında yaratılan güvenin boşa çıkmasından doğan sorumluluğun temelini oluşturduğu belirtilmiştir²¹¹. İşlem hayatında tarafların yapmış oldukları irade açıklamalarının yarattığı güven ortamının korunmasına yönelik olan bu ilke, açıklama sahibinin açıklamalarının gerçeğe uygun olmamasından doğan zararlardan ötürü onun sorumluluğunu yalnızca kusur ilkesine bağlamanın tatmin edici olmaması nedeniyle ortaya çıkmıştır²¹². Bu doğrultuda TBK m. 47 f. 1’de düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, garanti ve güven ilkesine dayandığı ve bu ilkenin kanundaki görünüm biçimlerinden biri olduğu ileri sürülmüştür²¹³. Garanti ve güven

²⁰⁵ Bkz. **BURCKHARDT**, s. 499; **OSER** Hugo/**SCHÖNENBERGER** Wilhelm, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht (Hrsg.: **EGGER** August/**ESCHER** Arnold/**HAAB** Robert/**OSER** Hugo), Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929, Art. 39, N. 7; **von BÜREN** Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 163, dn. 150; **GONZENBACH**, s. 144-147; **VIOLAND**, s. 164; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, 124-125, dn. 169, s. 206; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 7; **von MOOS**, N. 47; **KOLLER**, OR AT, 20.07; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1421; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 5.

²⁰⁶ **GONZENBACH**, s. 144-147; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 124-125, dn. 169; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 7; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1421; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 5.

²⁰⁷ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 124-125, dn. 169.

²⁰⁸ **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 7; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1421; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 5.

²⁰⁹ Bkz. **von BÜREN**, s. 163, dn. 150; **VIOLAND**, s. 164; **von MOOS**, N. 47; **KOLLER**, OR AT, 20.07.

²¹⁰ Bu ilke kısaca “garanti ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır (**ENGİN**, s. 47, dn. 11).

²¹¹ **TANDOĞAN** Halûk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 6.

²¹² **ENGİN**, s. 47; **ULUSAN**, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s. 5-6.

²¹³ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 6; **ULUSAN**, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s. 7. Garanti ve güven ilkesi, özel borç ilişkilerinde de uygulama alanı bulmaktadır. Satış sözleşmesinde satıcının zapta ve ayıba karşı garanti (tekeffül) borçları buna örnektir (**TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 6; **ENGİN**, s. 48; **ULUSAN**, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s. 7). Yine alacak hakkını devreden sorumluluğu da kanun tarafından öngörülmüş

ilkesi olarak ifade edilmese de öğretide yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun “garanti sorumluluğu”²¹⁴ ve “güven sorumluluğu”²¹⁵ olarak ifade edildiği de görülmektedir.

AKYOL’a göre yetkisiz temsilci, üçüncü kişiye temsil yetkisine sahip olduğuna dair bir tür garanti verir. Bu yüzden bir garanti sorumluluğu söz konusudur. Bu sorumluluk kanundan doğar ve bu nedenle “kanuni garanti sorumluluğu” olarak ifade edilmesi gerekir²¹⁶. Yazar, temsilcinin, üçüncü kişiye yapmış olduğu yetki iddiasını içeren açıklamanın doğruluğunun tehlikesini (riskini) üstlenmiş olduğunu belirtmektedir. Yazara göre temsilcinin bu rizikoyu üstlenmesinden doğan sorumluluk kusurdan bağımsızdır ve bu nedenle sorumluluğun güven sorumluluğu olduğu söylenebilir²¹⁷.

ERGÜNE’ye göre, TBK m. 47 f. 1’de *culpa in contrahendo* öğretisi ışığında sebebiyet verme ilkesine dayanan olumsuz zarardan sorumluluk hâli düzenlenmiştir²¹⁸. Bu hükümle yetkisiz temsilciye yasal garanti sorumluluğu yüklenmiştir. Bu garanti sorumluluğu müşterek hukukta ileri sürülen garanti sözleşmesi teorisiyle benzerlikler taşır²¹⁹. Yazar, sorumluluğun

olan garanti sorumluluğunun özel bir hâlidir (ENGİN, s. 48). Aynı şekilde TBK m. 35’te düzenlenen yanılanın sorumluluğunun da bu ilkeye dayandığı belirtilmiştir (ULUSAN, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s. 6-7). Bu örneklerden yola çıkarak garanti sorumluluğunun kural olarak kusur ilkesini esas alan hukukumuzda yabancı olmadığı söylenebilir (ENGİN, s. 48).

²¹⁴ AKYOL, s. 526; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 201; KOLLER, OR AT, 20.09. Alman hukukunda bkz. FLUME, § 47, 3a; SCHRAMM Karl-Heinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG (Hrsg.: SÄCKER Franz Jürgen), 6. Aufl., München 2012, § 179, N. 1. Garanti sorumluluğu teriminin yalnızca TBK m. 128 ile ilgili olarak kullanılması gerektiği yönünde bkz. KALKAN OĞUZTÜRK, s. 238.

²¹⁵ AKYOL, s. 526; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 7. Alman hukukunda bkz. CANARIS, s. 534; MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 2; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 2; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 2. BGB § 179’da düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu açıklamadan doğan sorumluluk (*Erklärungshaftung*) olarak ifade edilmektedir (Bkz. CANARIS, s. 532 vd.; MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 1). Güven sorumluluğunun bir türü olan açıklamadan sorumluluk, yanlış açıklamadan kaynaklanır (Bkz. CANARIS, s. 532 vd.; KIRCA, Bilgi Verme, s. 136). Açıklamadan doğan sorumluluk, kural olarak riziko esasına veya kusur ilkesine dayanır. Riziko esas bakımından BGB § 122’de düzenlenen yanılanın sorumluluğu ile BGB § 179’de düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, kusur ilkesi bakımından ise *culpa in contrahendo* sorumluluğu örnek olarak gösterilebilir. Öğretideki hâkim görüş BGB § 122 ve § 179’daki sorumlulukların “sebebiyet verme ilkesi”ne dayandığını kabul etse de doğru olan riziko esasıdır (CANARIS, s. 534-535). CANARIS’e göre bir sözleşmenin temsil yoluyla yapılma rizikosunu üçüncü kişiye değil, temsilciye yüklemek yerindedir. Zira temsilci, yetki eksikliğini bildiği veya hiç olmazsa iyi niyetli üçüncü kişiye göre daha çok bilme imkânına sahip olduğu için sorumluluğu üstlenmeye daha yakın olan kişidir (CANARIS, s. 535). Üçüncü kişinin dış temsil yetkisi nedeniyle temsil yetkisi eksikliğini temsilciyle aynı derecede veya daha fazla bilebilecek durumda olması, temsilcinin sorumluluğunun ortadan kalkmasına yol açabilir (CANARIS, s. 535; VIOLAND, s. 163, dn. 115).

²¹⁶ AKYOL, s. 526. Alman hukukunda aynı yönde bkz. MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 1.

²¹⁷ AKYOL, s. 526.

²¹⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206.

²¹⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 205, dn. 192. Garanti sözleşmesi teorisi hakkında bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.

sebebiyet verme ilkesine dayandığını belirtmekle kalmamış, aynı zamanda yasal garanti sorumluluğundan da söz etmiştir.

TBK m. 47 f. 1’de bir sebep sorumluluğunun düzenlenmiş olduğunu belirten KOLLER, bu sorumluluğu bir garanti sorumluluğu olarak nitelendirmektedir. Yazara göre buradaki sorumluluk, tıpkı TBK m. 128 (OR Art. 111), TBK m. 191 f. 1 (OR Art. 171 Abs. 1) ve TBK m. 229 f. 1 (OR Art. 208 Abs. 2) hükümlerinde düzenlenen sorumluluklar gibi bir garanti sorumluluğudur²²⁰. Ancak yazarın yalnızca TBK m. 47 f. 1’deki sorumluluğu garanti sorumluluğu olarak nitelendirdiğini vurgulamak gerekir. Yazar, TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğunu ifade etmektedir²²¹. Başka bir deyişle yazara göre, hükmün birinci fıkrasında garanti sorumluluğu, ikinci fıkrasında ise *culpa in contrahendo* sorumluluğu düzenlenmiştir. Tıpkı ERGÜNE gibi KOLLER’in de sorumluluğun sebebiyet verme ilkesine dayandığını belirttiği, daha sonra da garanti sorumluluğundan söz ettiği görülmektedir.

bb. Sorumluluk Öznesi

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan ayrıştığı ikinci konu ise sorumluluk öznesidir²²². TBK m. 47’de, sözleşmenin tarafları olan temsil olunanın veya üçüncü kişinin değil, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda sorumluluk öznesi, birçok *culpa in contrahendo* olgusundan farklı olarak kurulması amacıyla görüşmeleri yapılan sözleşmenin taraflarından birisi değildir²²³.

Öğretide yetkisiz temsilcinin *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğuran olaylardan farklı olarak yalnızca bir görüşmeci olduğu, müstakbel bir sözleşme tarafı olmadığı, bu durumun da *culpa in contrahendo* sorumluluğunun temelini oluşturan güven ilişkisinin hangi kişiler arasında kurulduğuna ilişkin bir tereddüde yol açtığı ifade edilmiştir²²⁴. Buna göre, temsilcinin üçüncü kişiye nasıl görüldüğü güven ilişkisi bakımından belirleyicidir: Temsilci,

²²⁰ KOLLER, OR AT, N. 20.09.

²²¹ KOLLER, OR AT, N. 20.13.

²²² ZK-KLEIN, Art. 39, N. 34; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 1.

²²³ ZK-BAUMANN, Art. 2, N. 201; DEMİRCİOĞLU, s. 209; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 34; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 1. Bkz. ve karşı. VIOLAND, s. 157; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421. *Culpa in contrahendo* nedeniyle kural olarak kurulması amaçlanan sözleşme taraflarının sorumlu olduğu yönünde bkz. KIRCA, Bilgi Verme, s. 176.

²²⁴ VIOLAND, s. 157.

alter ego olarak mı, temsil olunanın işlem iradesinin yalnızca bir aracı, bir “geçiş noktası” olarak mı yoksa “güvenilir” bir kişi olarak mı görünür²²⁵? Bu soruya genelgeçer bir cevap verilemez, üçüncü kişinin kime güvendiği çeşitli durumlara göre değişir²²⁶. Bir yandan üçüncü kişinin güveninin yalnızca temsil olunana yönelik olması ve böylece temsilci ile üçüncü kişi arasında hiçbir şekilde güven ilişkisinin kurulmaması söz konusu olabilir. Buna iki örnek verilebilir: (1) Temsilci, kişilik olarak âdetâ bütünleştiği bir kurum adına sözleşme yapar. Başka bir deyişle temsilcinin kişiliği, temsil olunan kurumun içine dahil olmuştur²²⁷. (2) Üçüncü kişi, temsilcinin kişiliğinden hoşlanmamasına rağmen temsilcinin arkasında her türlü şüpheden uzak bir temsil olunan olduğunu bilerek sözleşme görüşmelerine başlar. Bu durumlarda güvenilen kişi temsilci değildir. Diğer yandan üçüncü kişinin güveninin temsilciye yönelik olması da mümkündür. Bu duruma temsilcinin özel davranışlarıyla üçüncü kişinin güvenini kazanması örnek gösterilebilir²²⁸. Sonuç olarak bazı durumlarda temsilci ile üçüncü kişi arasında güven ilişkisi kurulmaması nedeniyle OR Art. 39’*un culpa in contrahendo* sorumluluğunun görünüm biçimlerinden biri olarak nitelendirilmesi doğru değildir²²⁹. Kaldı ki en azından temsil yetkisinin varlığına ilişkin olarak üçüncü kişinin güveninin temsilciye yönelik olduğu kabul edilse bile, başka bir deyişle temsilci ile üçüncü kişi arasında bir güven ilişkisi kurulmuş olduğu varsayılsa da bu, yetkisiz temsilcinin davranışının her hâlükârda güven ilişkisinin ihlali olarak nitelendirileceği anlamına gelmez. Zira temsilci, temsil yetkisi eksikliğini kendi kusuru olmaksızın bilmediği takdirde üçüncü kişinin güvenini boşa çıkarmakla itham edilemez²³⁰. Bu da sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirilemeyeceğini gösterir²³¹.

²²⁵ **BALLERSTEDT** Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), s. 511. Bu sorunun, temsilcinin gerçekten temsil yetkisine sahip olup olmamasıyla ilgisi yoktur. Tek belirleyici unsur, üçüncü kişinin temsil yetkisinin bulunduğunu varsaymasıdır (**VIOLAND**, s. 157, dn. 82).

²²⁶ **BALLERSTEDT**, s. 511-512; **VIOLAND**, s. 158. Bazen bir kişilik olarak temsilci, temsil olunanın güçlü ve görkemli görünümünün arkasında tamamen kaybolurken bazen de tam tersi söz konusu olur ve temsil olunan arka planda kalır. Temsil ilişkilerindeki bu farklılık nedeniyle sözleşme öncesi güven ilişkisinin her olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Burada şu örnekleri vermek mümkündür: Bir mağazaya giren müşteri, malları gözden geçirirken mağaza çalışanının ihmali sonucu yaralandığında *culpa in contrahendo* nedeniyle sorumlu tutulması gereken mağaza sahibidir. Zira zarar gören müşterinin güvendiği kişi mağaza çalışanı değil, mağaza sahibidir. Somut olayı şu şekilde kurguladığımızda farklı bir sonuç ortaya çıkar: Bir taşınmazla ilgilenen kişi, taşınmaz sahibi adına sözleşme yapmaya yetkili bir emlak komisyoncusunun iş yerinde, komisyoncunun çalışanının kusuru nedeniyle bir zarar gördüğünde taşınmaz sahibini, vekâlet veren ve temsil olunan olarak *culpa in contrahendo* nedeniyle sorumlu tutmak kabul edilemez (**BALLERSTEDT**, s. 512).

²²⁷ Bu tarz durumlarda temsilci, sözleşmenin hazırlanmasına bir “güven taşıyıcısı” olarak değil, yalnızca temsil ettiği işverenin ifa yardımcısı olarak katılmaktadır. Bu nedenle de *culpa in contrahendo* sorumluluğu yalnızca temsil olunana aittir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BALLERSTEDT**, s. 517-518.

²²⁸ **VIOLAND**, s. 158.

²²⁹ **VIOLAND**, s. 158.

²³⁰ **VIOLAND**, s. 158-159.

²³¹ **VIOLAND**, s. 156. Aynı yönde bkz. **NART** Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara 2014, s. 95-96. Yazara göre temsilci, temsil yoluyla yapılan

Buna karşılık, bizce de üstünlük tanınması gereken bir görüşe göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğunda sorumluluk öznesinin mutlaka sözleşmenin taraflarından biri olması gerekmez. Zira *culpa in contrahendo* sorumluluğu, görüşmeleri yapılan sözleşmenin kurulmasından bağımsız olduğu gibi geçerli veya geçersiz olarak kurulmuş sözleşmeden de hem kaynağı hem de tarafları bakımından bağımsızdır. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, haklı güvenin ihlal edilmesinden doğan bir sorumluluktur. Temsil yetkisinin mevcut olduğuna dair üçüncü kişide güven yaratan ise temsil olunan değil, yetkisiz temsilcidir. Kanun koyucu, TBK m. 47 hükmüyle *culpa in contrahendo* sorumluluğunun esasının kurulacak veya kurulmuş olan sözleşmede değil, haklı güvenin ihlalinde aranması anlayışını benimsemiştir. Dolayısıyla sorumlu tutulacak kişi, sözleşmenin taraflarına göre değil, haklı güveni ihlal eden davranışın sahibine göre belirlenmelidir²³². Her ne kadar sözleşme görüşmelerinden doğan davranış yükümlülüklerinin yalnızca amaçlanan sözleşmeye taraf olacak kişileri sorumluluk altına sokacağı, dolayısıyla görüşmelere temsilci olarak katılanların kural olarak sorumlu olmayacağı kabul edilse de TBK m. 47 ile bu kurala bir istisna getirilmiştir²³³. Böylece TBK m. 47'nin, amaçlanan sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin *culpa in contrahendo* sorumluluğunu düzenleyen tek yasal düzenleme olduğu söylenebilir²³⁴.

b. Haksız Fiil Teorisi

Öğretide bir görüş, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu haksız fiile dayandırmaktadır²³⁵. Haksız fiil teorisine göre, amaçlanan sözleşmenin hüküm doğurmaması, dolayısıyla hüküm doğuran bir sözleşmenin mevcut olmaması nedeniyle sözleşmesel sorumluluk doğmaz²³⁶. Dolayısıyla bu sorumluluk, haksız fiil hükümlerine tabi olmalıdır.

sözleşmenin hiçbir zaman (sözleşme görüşmeleri sırasında da sözleşmenin kesin hükümsüz hâle gelmesinden sonra da) tarafı olmaz. Bu nedenle *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu değildir. Temsilci sözleşme tarafı olarak kabul edilecek olsaydı *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabilirdi (NART, Hakkaniyet, s. 95-96).

²³² DEMİRCİOĞLU, s. 209-210.

²³³ Bkz. ve karşı. KIRCA, Bilgi Verme, s. 176.

²³⁴ GONZENBACH, s. 173-174; ZK-BAUMANN, Art. 2, N. 201; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 134, dn. 206; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 1.

²³⁵ SIMONIUS August, “Über den Ersatz des “aus dem Dahinfallen des Vertrages” erwachsenen Schadens”, ZSR 37/1918, s. 232; PIOTET Paul, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé Suisse*, Bern 1963, s. 225 vd. SIMONIUS'un söz konusu davranışı haksız fiil olarak değil, haksız fiil benzeri olarak nitelendirdiği yönünde bkz. VIOLAND, s. 161. Bununla beraber şayet TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak kabul edilirse, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, yetkisiz temsilcinin sorumluluğundan bağımsız olarak haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirildiği gözden kaçırılmamalıdır. Yalnızca yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından değil, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü doğuran tüm hâller bakımından haksız fiil teorisi için bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 92 vd.

²³⁶ Haksız fiil teorisinin bu argümanını “sözleşme olmaksızın sözleşme sorumluluğu olmaz; sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğu vardır” şeklinde özetlemek mümkündür. Başka bir ifadeyle bu düşünce “sözleşmesiz sözleşme

Nitekim SIMONIUS yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemiş olması nedeniyle sözleşme dışı sorumluluk olarak nitelendirmiş ve bu sorumluluğa TBK m. 49 vd. (OR Art. 41 vd.) hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir²³⁷. Bununla birlikte bu argümana yönelik haklı olarak şu eleştiriler getirilmiştir: Hüküm doğuran bir sözleşmenin olmadığı hâllerde haksız fiil hükümlerinin uygulanması zorunlu değildir²³⁸. Başka bir deyişle “sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğu vardır” düşüncesi doğru değildir²³⁹. Örneğin sözleşmeden dönme hâlinde olumsuz zararın tazminine yönelik talep, yalnızca başlangıçta hüküm doğuran bir sözleşme söz konusu olmasına rağmen sözleşme hukuku hükümlerine tabidir. TBK m. 47 (OR Art. 39) kapsamındaki sorumluluk da sözleşmenin askıda olması ve sonradan geçersiz hâle gelmesi nedeniyle çok benzer bir şekilde ortaya çıkar²⁴⁰.

Haksız fiil teorisinin bir diğer argümanı şudur: Sözleşme öncesi davranış yükümlülüklerinin ihlali, herkese karşı söz konusu olan ve üçüncü kişiyle temas hâlinde somutlaşan genel bir yükümlülüğün ihlalidir²⁴¹. Temsilcinin herkese karşı göstermesi gereken genel yükümlülüğü, yetkisiz olarak hareket etmemektir. Mevcut olmadığı hâlde bir temsil yetkisini mevcutmuş gibi ileri sürmeme, diğer bir ifadeyle gerçeğe uygun olmayan bir yetki iddiasında bulunmama yükümlülüğü, genel bir yükümlülüğün tüm özelliklerine sahiptir. Zira herkese karşı söz konusudur ve bu yükümlülüğün ortaya çıkışı özel bir nedene dayanmaz,

sorumluluğu olmayacağı”dır. Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 98. Bu, “*aktsiz akdî sorumluluk olmaz*” özdeyişiyle de ifade edilmiştir. Bkz. ULUSAN, Culpa in Contrahendo s. 302.

²³⁷ SIMONIUS, s. 232. Hüküm doğuran bir sözleşmenin mevcut olmamasından yola çıkan bu görüşün, hukuki niteliğin belirlenmesine yönelik incelemenin amacı olan sorumluluk biçimlerini (*Modalität*) ele almanın yolunu açtığı, ancak OR Art. 39’daki sorumluluğun altında yatan hukuki düşünceye dair derin bir bakış açısı getirmediği yönünde bkz. VIOLAND, s. 163.

²³⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 32.

²³⁹ DEMİRCİOĞLU, s. 99. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi sözleşme sorumluluğunun söz konusu olmadığı hâllerde haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi, ancak haksız fiilin unsurlarının mevcut olması hâlinde mümkündür.

²⁴⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 32. Ayrıca bkz. BGE 61 II 255. Bu örnek bakımından şu noktaya dikkat çekmek gerekir: TBK m. 125 f. 3 uyarınca sözleşmeden dönmeyle birlikte doğan olumsuz zarardan sorumluluk, TBK m. 47’de düzenlenen sorumluluk da dahil olmak üzere diğer olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinin aksine edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ihlalinden kaynaklanmaz. Buradaki sorumluluk, borçlunun sözleşmeye (edim ilişkisine) aykırı davranışının bir sonucudur. Dolayısıyla olumsuz zarardan tazminat yükümlülüğü, borca aykırılığın bir sonucu olarak sözleşmeden dönmeye bağlanan bir yaptırımdır. Bu nedenle sözleşmeden dönme hâlinde olumsuz zararın tazminine yönelik talep bakımından borca aykırılık hükümlerini uygulamak için edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine başvurmaya gerek yoktur (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 126).

²⁴¹ KOLLER Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, 2. Aufl., Freiburg 1989, N. 397, N. 468, dn. 583.

bilakis genel bir nedene dayanır, o da TBK m. 47 hükmüdür²⁴². Sözleşme benzeri teorisini savunanların²⁴³ belirttiğinin aksine söz konusu yükümlülüğün ortaya çıkış nedeni sözleşme görüşmelerine başlamak değildir. Sözleşme görüşmelerine başlamak yalnızca başlangıçta gizli olan yükümlülüğün güncel hâle gelmesine yol açar. Kaldı ki bu durum, mevcut olmayan bir yetkinin mevcut olduğunu iddia etmeme yükümlülüğüne özgü değildir. Bilakis tüm genel yükümlülükler şu anda gizli olarak mevcuttur ve yalnızca özel bir olay ile somutlaşır ve güncel hâle gelir²⁴⁴. Örneğin trafikteki kişilerin birbirlerini korumalarına ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nda (SVG) yer alan genel yükümlülükler düşünüldüğünde, bu yükümlülüklerin herkese karşı söz konusu olduğu, ancak yalnızca birileri trafiğe katıldığında somutlaştığı²⁴⁵, trafiğe katılmayanlar için ise yalnızca gizli olarak (ama yine de) mevcut olduğu söylenebilir²⁴⁶. Ancak bu görüş, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında kurulan güvene dayalı özel ilişkiyi görmezden gelmesi nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir. Zira söz konusu güven ilişkisi, haksız fiildeki üçüncü kişilerin rastlantısal karşılaşmalarından belirgin şekilde farklıdır²⁴⁷. Bu ilişkinin getirdiği davranış yükümlülükleri, herkese karşı değil, yalnızca sözleşme görüşmelerinin diğer tarafına yöneliktir. Ayrıca herkese karşı gösterilmesi gereken genel ve soyut yükümlülüklerin ötesinde özel ve somut yükümlülükler söz konusudur²⁴⁸. Dolayısıyla motorlu araç kullanan kişinin trafikte göstermesi gereken yükümlülükleri, sözleşme görüşmelerine girişen tarafların davranış yükümlülükleriyle bir tutmak doğru değildir²⁴⁹.

Buna karşılık öğretide bazı yazarlar²⁵⁰, TBK m. 47'deki sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olmadığını açıkça belirtmişlerdir. Bu yazarlardan TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olmasa bile

²⁴² KOLLER, Glaube, N. 397. Yazara göre TBK m. 47 (OR Art. 39), mevcut olmadığı hâlde bir temsil yetkisinin varlığını mevcutmuş gibi gerçeğe aykırı olarak iddia etmeme yükümlülüğünü bir tazminat sorumluluğu tesis etmek suretiyle ortaya koymaktadır (KOLLER, Glaube, N. 397, dn. 473).

²⁴³ Örneğin bkz. von TUHR/PETER, § 45 III; BGE 58 II 429: "Yükümlülükler (...) sözleşme görüşmelerine girilmesiyle meydana gelir."

²⁴⁴ JÄGGI Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, s. 185; KOLLER, Glaube, N. 397.

²⁴⁵ Örneğin başkalarının beden bütünlüğünü ihlal etmeme yükümlülüğü, somut bir olayda X yayasının ezilmemesi için motorlu aracı durdurma yükümlülüğü hâline gelir (JÄGGI, s. 185).

²⁴⁶ KOLLER, Glaube, N. 397.

²⁴⁷ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl., N. 141.

²⁴⁸ ULUSAN, Culpa in Contrahendo, s. 303; YALMAN, s. 72; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 94; DEMİRCİOĞLU, s. 110-111.

²⁴⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 94; DEMİRCİOĞLU, s. 110-111.

²⁵⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7; BECKER Hermann, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1945, Art. 39, N. 5; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205, 499; NART, Hakkaniyet, s. 94.

TBK m. 47 f. 1 uyarınca tazminat talebinin hakkaniyet sorumluluğundan doğduğunu belirtmişlerdir²⁵¹. NART da TBK m. 47 f. 2'deki sorumluluğu hakkaniyet sorumluluğu olarak kabul etmektedir²⁵².

c. Haksız Fiil Benzeri Teorisi

Haksız fiil benzeri teorisine göre yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, doğrudan kanun hükmüne dayanan (*ex lege*) bir sorumluluktur²⁵³. Bu sorumluluk, hüküm doğuran bir sözleşme olmadığı için sözleşmesel sorumluluk olarak nitelendirilemeyeceği gibi kusura bağlı olmadığı için haksız fiil sorumluluğu olarak da nitelendirilemez²⁵⁴. Bununla beraber sözleşmesel sorumluluğa nazaran haksız fiil sorumluluğuyla daha çok benzerlik göstermektedir²⁵⁵. Bu teoriyi savunan yazarlardan biri, TBK m. 47 f. 2'deki (OR Art. 39 Abs. 2) zararın sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar olarak nitelendirilmesi gerektiğini, birinci fıkradaki zararın ise sözleşmeden kaynaklanmadığını, bu nedenle de sorumluluğun haksız fiile benzediğini belirtmektedir²⁵⁶.

Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarına göre, TBK m. 47 f. 1'de (OR Art. 39 Abs. 1) bir sebep sorumluluğu (*Kausalhaftung*) düzenlenmiştir²⁵⁷. Bu hükümde düzenlenen sorumluluğun doğmasına yol açan, temsilcinin yetkili olduğu yönündeki gerçeğe uygun olmayan bir açıklama veya böyle bir açıklamaya eş değer bir davranıştır²⁵⁸. Temsilci, üçüncü kişiye temsil yetkisi eksikliğini bildirmediği, onun başkası adına hareket etmesi bile yetkili olduğu yönünde bir iddia olarak kabul edilebilir²⁵⁹. VIOLAND'a göre, temsilcinin, yapmış olduğu açıklamadan dolayı mı yoksa açıklamaya duyulan güvenden dolayı mı sorumlu olması gerektiği ikincil önemdedir²⁶⁰. Asıl önemli olan sorumluluğun doğması için temsilcinin

²⁵¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 499. Bu görüşün isabetli olmadığı yönünde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203, dn. 188.

²⁵² NART, Hakkaniyet, s. 94, 96.

²⁵³ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7; VIOLAND, s. 153.

²⁵⁴ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7.

²⁵⁵ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7. Yazarlar, sorumluluğu haksız fiil benzeri olarak nitelendirmenin gerekçelerini ayrıntılı olarak açıklamadıkları için eleştirilmiştir. Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 102.

²⁵⁶ BÉGUELIN Edouard, Stellvertretung V: Nicht ermächtigte Stellvertretung, Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 517, Genf 1942, s. 7. Bu argümanın, sorumluluğun altında yatan düşünceyi açıklamakta yetersiz kaldığı yönünde bkz. VIOLAND, s. 163.

²⁵⁷ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7; VIOLAND, s. 164.

²⁵⁸ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7.

²⁵⁹ VIOLAND, s. 163.

²⁶⁰ Şayet üçüncü kişinin güveni esas alınırsa, güvenin korunması için üçüncü kişinin iyi niyetli olması ve buna sonuç bağlanması yeterlidir. Oysa sorumluluğun açıklamadan kaynaklandığı kabul edilirse, yetki iddiasını içeren

kusurunun gerekli olmamasıdır. Dolayısıyla gerçeğe uygun olmayan açıklamanın üçüncü kişi için bir dezavantaja, yani bir zarara yol açması yeterlidir. Bu nedenle sebep sorumluluğu söz konusudur. Nasıl ki yapı maliki, binasının veya diğer yapı eserinin yarattığı rizikoyu üstlenmek zorundaysa, temsilci de gerçeği yansıtmayan açıklama yapma rizikosunu üstlenmek zorundadır²⁶¹.

VIOLAND’a göre sebep sorumluluğunun unsurları TBK m. 47 f. 1’de belirtilmiştir: (1) Hukuka aykırılık: Temsil yetkisi bulunmadığı hâlde yetkiliymiş gibi davranmak, hukuka aykırı bir davranış olarak değerlendirilir²⁶². (2) Zarar: Hükmün birinci fıkrasında (ve ikinci fıkrasında da) zararın varlığı kabul edilmiştir. (3) Nedensellik bağı: Temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesi ile üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar arasında nedensellik bağı vardır²⁶³.

Bu görüşe göre, bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hâllerde sebep sorumluluğu, kural olarak haksız fiil hukukuna tabidir²⁶⁴. Bu nedenle yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna TBK m. 49 vd. hükümleri uygulanmalıdır²⁶⁵. Öte yandan eğer TBK m. 47 f. 1’deki temsilcinin kusursuz sorumluluğuna TBK m. 49 vd. hükümleri uygulanırsa, TBK m. 47 f. 2’deki temsilcinin kusur sorumluluğuna da bu hükümlerin *a fortiori* uygulanması gerekir²⁶⁶.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, haksız fiil hukuku ile olan ilişkisi bakımından İsviçre Borçlar Kanunu’nun hazırlık çalışmaları oldukça dikkat çekicidir. 1905 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı, 1908 ve 1909 yıllarında uzmanlar komisyonu tarafından gözden geçirilmiştir. OR Art. 39’a karşılık gelen eOR Art. 1055’te, eOR Art. 1058 (OR Art. 41) vd. hükümlerine, yani haksız fiil hükümlerine atıf yapılmıştı²⁶⁷. 6 Mayıs 1908 tarihinde yapılan

açıklamanın gerçeğe uygun olmaması hâlinde temsilcinin sorumluluğu doğar, ancak temsilci, üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur (VIOLAND, s. 164, dn. 118).

²⁶¹ VIOLAND, s. 164.

²⁶² Hukuka uygun bir davranış, OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğun doğmasına yol açmaz. Ancak gerçeği yansıtmayan bir iddianın hukuka uygun olması mümkün değildir (VIOLAND, s. 164, dn. 119). OR Art. 39 ile ilgili olmasa da İsviçre Federal Mahkemesinin de bu yönde bir kararı vardır: “Gerçeğe uygun olmayan bir iddia, asla hukuka uygun değildir. Böyle bir iddia, dürüstlük kuralına uygun bir davranış sonucu ortaya çıksa bile hukuka aykırılık ortadan kalkmaz, yalnızca kusur ortadan kalkar.” (BGE 71 II 191, 193 vd.).

²⁶³ VIOLAND, s. 164-165.

²⁶⁴ Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kanunda neden diğer sebep sorumluluğu hâlleri (TBK m. 66 vd.; OR Art. 55 vd.) arasında düzenlenmediği sorusu akla gelebilir. VIOLAND’a göre kanun koyucunun bu tercihi doğrudur. Zira sistematik olarak yetkisiz temsilcinin davranışları ve sorumluluğuna daha yakın olan diğer sebep sorumluluğu hâlleri değil, TBK m. 40 vd. (OR Art. 32 vd.) hükümlerinde düzenlenen temsil hukukudur (VIOLAND, s. 165, dn. 120).

²⁶⁵ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7; VIOLAND, s. 165.

²⁶⁶ VIOLAND, s. 165.

²⁶⁷ Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905, BBl 1905 II, s. 87 vd. Bunun nedeninin, Fransız hukukunun etkisiyle ileri sürülen haksız fiil teorilerinin olduğu yönünde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 116.

oturumda uzmanlar komisyonu üyelerinden HITZIG bu atfın nedenini sormuştur. BRÜSTLEIN ise bir adım daha öteye giderek bu atfın sonuçlarının farkında olunması gerektiğini, zira bunun örneğin kısa zamanaşımı süresinin uygulanmasına yol açacağını belirtmiştir. Üyelerin bu müdahaleleri sonucunda bu atfı tasarıdan çıkartılmıştır²⁶⁸. OSER/SCHÖNENBERGER’e göre uzmanlar komisyonu, tartışmalı olan bu konuda görüş bildirmek istemediği için bu atfı çıkarmıştır²⁶⁹. VIOLAND ise “bu atfın çıkarılması, kanunu apaçık konulardan kurtarmak için yapılmış olamaz mı?” diye sormuştur²⁷⁰. Kanaatimizce bunun anlamı, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının istenmemesidir. Başta yapılan atfın yaşanan tartışmalar sonucunda tasarıdan çıkartılması, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğuyla ilişkilendirilmemesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla uzmanlar komisyonunun görüş bildirmek istemediği için atfı tasarıdan çıkarttığı yönündeki fikre katılmadığımız gibi diğer yazarın sorusuna da olumsuz cevap vermekteyiz²⁷¹.

d. Sözleşme Benzeri Teorisi

Yetkisiz temsilcinin davranışını sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali olarak nitelendiren, dolayısıyla TBK m. 47 (OR Art. 39) kapsamındaki sorumluluğu bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak kabul eden yazarların bazıları²⁷², *culpa in contrahendo* sorumluluğunu sözleşme benzeri sorumluluk olarak nitelendirmektedir. Başka bir deyişle yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğrudan sözleşme benzeri sorumluluk olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte bazı yazarlar²⁷³, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğu, doğrudan sözleşme benzeri sorumluluk olarak nitelendirmektedir. Yani *culpa in contrahendo* sorumluluğunun değil, doğrudan yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun sözleşme benzeri sorumluluk olarak nitelendirilmesi söz konusudur²⁷⁴.

BECKER’e göre, OR Art. 39 uyarınca tazminat talebi, sözleşmenin tamamlayıcı unsurlarındaki eksikliğe dayanır ve bu nedenle sözleşme benzeridir²⁷⁵. RABEL de doğrudan sözleşme benzerliğini ifade eder, zira ona göre sorumluluğun temelinde “hüküm doğurmayan

²⁶⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 44.

²⁶⁹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7.

²⁷⁰ VIOLAND, s. 162.

²⁷¹ Aynı yönde bkz. LANDTWING, s. 42.

²⁷² von TUHR/PETER, § 24 VII.

²⁷³ BK-BECKER, Art. 39, N. 5; RABEL, s. 325; KIESEL Helmut, Stellvertretung ohne Vertretungsmacht im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, Diss., Tübingen 1966, s. 111; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205.

²⁷⁴ VIOLAND, s. 159.

²⁷⁵ BK-BECKER, Art. 39, N. 5.

hukuki işlemin kalıntısı” vardır²⁷⁶. Ayrıca yazara göre sözleşme görüşmelerine girişilmesiyle meydana gelen yükümlülüklerin ihlaline bağlanan yaptırım, sözleşmenin sonuçlarının kısmen telafi edilmesine yöneliktir. Dolayısıyla olumsuz zararın tazmini talebinin, ifa talebinin zayıflatılmış ikame değeri (*Surrogat*) olduğu söylenebilir²⁷⁷. KIESEL, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu geçersiz hâle gelen bir sözleşmenin sonucu olarak kabul eder ve bu nedenle sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunur²⁷⁸. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP’a göre ise sözleşmeye benzer bir ilişki vardır ve bu ilişkinin yetkisiz temsilci tarafından ihlali söz konusudur²⁷⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi de önceleri sorumluluğu doğrudan sözleşme benzeri sorumluluk olarak nitelendirmişti: 1932 yılında vermiş olduğu bir kararda, OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğu sözleşme benzeri sorumluluk olarak kabul etmişti²⁸⁰. Federal Mahkemeye göre bu sorumluluk kusuru gerektirmediği için haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilemez. Yetkisiz temsilcinin davranışı, sözleşme görüşmelerine girişilmesiyle meydana gelen yükümlülüklerin kusursuz olarak ihlalidir. Kanunun bu davranışa bağladığı yaptırım, sözleşmeden doğan sonuçların kısmen telafi edilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu sorumluluk sözleşmenin tamamlayıcı unsurlarındaki eksikliğe dayanır ve bu nedenle sözleşme benzeridir²⁸¹. Görüldüğü gibi Federal Mahkeme, BECKER ve RABEL’in görüşlerini benimsemiş ve kararda yazarlara atıf yapmıştır. Ne var ki Federal Mahkeme bu tutumunu sürdürmemiş ve bu karardan üç yıl sonra, 1935 yılında vermiş olduğu yeni bir kararda bir nitelendirme yapmaktan kaçınarak sorunu yeniden çözümsüz bırakmıştı²⁸².

²⁷⁶ **RABEL**, s. 325. **ERGÜNE**, RABEL’in cümlesini şu şekilde ifade etmiştir: “*Olumsuz zarar talebi, sonuçsuz kalan (amaçlanan neticeye ulaşamayan) hukukî işlemin bir çökeltisi olarak görünmektedir.*” (**ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 129). Bu görüşün, hiçbir zaman var olmamış bir hukuki işlemde geriye bir şeyin nasıl kalabileceğini açıklayamadığı yönünde bkz. **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 7. **ERGÜNE**, bu eleştirinin yerinde olmadığını, zira bir sözleşmenin hiç kurulmadığı durumlarda da tarafların yapmayı amaçladıkları hukuki işlemin sonuçsuz kaldığını ve böylece arzu edilen sonuca ulaşılamadığını belirtmektedir. Yazara göre, bir sözleşme kurmak amacıyla sözleşme görüşmelerine giren taraflar, görüşmelerin çeşitli nedenlerle kesilmesi ve böylece sözleşmenin kurulamaması hâlinde amaçlanan hukuki işlem sonuçsuz kalmış, başka bir deyişle boşa çıkmış olur. Bu nedenle olumsuz zarardan sorumluluğu “boşa çıkan bir hukuki işlemde geriye kalan tortu” olarak nitelendirmek hiç de yanlış olmaz (**ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 129).

²⁷⁷ **RABEL**, s. 325.

²⁷⁸ **KIESEL**, s. 111. Yazar, Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman hukukunda kanun koyucunun sözleşme benzeri sorumluluğa işaret ettiğini belirtmektedir. BGB § 179 Abs. 3’ün ikinci cümlesine göre “*Temsilci, (...) sınırlı ehliyetsiz olsa bile sorumlu değildir*”. Şayet sorumluluk haksız fiil hukukuna göre ele alınacak olsaydı bu hükümde temsilcinin sınırlı ehliyetsizliğine atıf yapılması gereksiz olurdu. Zira haksız fiil hukukuna ilişkin BGB § 827 ve 828 zaten bu hususu düzenlemektedir (**KIESEL**, s. 71).

²⁷⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 205.

²⁸⁰ BGE 58 II 429.

²⁸¹ BGE 58 II 429, 430.

²⁸² BGE 61 II 255, 257.

RABEL ve KIESEL'in hüküm doğurmayan sözleşmeden yola çıkarak sorumluluğun sözleşme benzeri olduğunu ileri sürmeleri VIOLAND tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, temsil olunan onamadığı için hiçbir zaman hüküm doğuran bir sözleşmeden söz edilemez²⁸³. Dolayısıyla sorumluluğun temelinde sözleşmenin yer aldığı söylenemez. Kaldı ki temsil olunanın onaması hâlinde bile sözleşme yalnızca temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hüküm doğuracaktır. Bu nedenle temsilcinin, böyle bir sözleşmeden doğan sorumluluğa tabi olmayacağı açıktır. Yazar, aynı eleştirinin, sorumluluğu sözleşmenin tamamlayıcı unsurlarındaki eksiklikle açıklayan BECKER'e de yöneltilebileceğini belirtmektedir²⁸⁴.

VIOLAND'a göre sözleşmesel sorumluluk da tıpkı haksız fiil sorumluluğu gibi kural olarak kusuru gerekli kılar. TBK m. 47 f. 1'de ise bir kusursuz sorumluluk hâli öngörülmüştür. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu, haksız fiil sorumluluğu yerine sözleşmesel sorumlulukla bağdaştırma nedenini anlamak mümkün değildir, zira her ikisi de kusura dayanır²⁸⁵.

Sözleşme benzeri sorumluluk görüşüne getirilen bir diğer eleştiri de sorumluluktan kurtulma imkânıyla ilgilidir. Buna göre, sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun kusursuzluk kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı vardır²⁸⁶. Oysa TBK m. 47 f. 1 uyarınca temsilci, temsil yetkisi eksikliğini bilebilecek durumda olmadığını, yani kusursuzluğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz²⁸⁷.

Sorumluluğun sözleşme benzeri olarak nitelendirilmesine karşı çıkılmasının bir başka nedeni de şudur: Kanun koyucu, TBK m. 47 f. 1 hükmünü getirerek kusursuz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisi kurmak zorunda kalmıştır. Zira böyle bir borç ilişkisi ne sözleşme görüşmelerinden ne de sözleşmenin kendisinden doğabilir. Şayet borç ilişkisinin bu şekilde kendiliğinden doğması mümkün olsaydı söz konusu hüküm gereksiz olurdu²⁸⁸.

²⁸³ Aynı yönde bkz. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 7.

²⁸⁴ VIOLAND, s. 160.

²⁸⁵ VIOLAND, s. 160.

²⁸⁶ Karş. TBK m. 112 (OR Art. 97 Abs. 1).

²⁸⁷ VIOLAND, s. 160.

²⁸⁸ VIOLAND, s. 160-161.

e. Karma Teori

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin olarak ileri sürülen karma (seçmeci/eklektik) teori²⁸⁹, sözleşme öncesi sorumluluğun hukuki niteliğinin sözleşme ve haksız fiil ayrımı çerçevesinde belirlenemeyeceği düşüncesine dayanır²⁹⁰. Karma teoriyi savunan JÄGGI'ye göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesine gerek yoktur. Sözleşme veya haksız fiil sorumluluğundan yana bir hukuki nitelendirme yapmak anlamlı değildir. Belirlenmesi gereken, sözleşme öncesi sorumluluğun hangi biçimlere (*Modalität*) tabi olduğudur²⁹¹. Bu sorumluluk biçimleri, kusuru ispat yükü, yardımcı kişilerden sorumluluk ve zamanaşımıdır²⁹². Yazar, zamanaşımı bakımından haksız fiil hükmünün (TBK m. 72; OR Art. 60), yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından borca aykırılık hükmünün (TBK m. 116; OR Art. 101) uygulanmasının uygun olacağını, kusuru ispat yükü bakımından ise genel bir hüküm belirlemenin mümkün olmadığını belirtmektedir²⁹³. Bu teoriyi savunan yazarlardan BUCHER ise *culpa in contrahendo* sorumluluğunun dürüstlük kuralına (TMK m. 2; ZGB Art. 2) dayanan ve kendi özel kurallarına tabi olan kendine özgü bir sorumluluk olduğunu ifade etmektedir²⁹⁴.

İsviçre Federal Mahkemesinin de karma teoriyi benimsediği görülmektedir. Federal Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda *culpa in contrahendo* ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında bir değerlendirme yapmaktan kaçınmış, yalnızca uygulanacak hükümleri belirlemiştir. Bu doğrultuda zamanaşımı bakımından haksız fiil hükmünün (TBK m. 72; OR Art. 60), yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından borca aykırılık hükmünün (TBK m. 116; OR Art. 101) uygulanmasına hükmetmiştir²⁹⁵. Dolayısıyla Federal Mahkemenin JÄGGI'den etkilendiği ve onun görüşünü benimsediği söylenebilir.

²⁸⁹ Karma teori hakkında bkz. GONZENBACH, s. 67 vd.; YALMAN, s. 78 vd.; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 106 vd.; DEMİRCİOĞLU, s. 111 vd. “Karma teori” ifadesi yerine “eklektik (seçmeci) teori” ifadesinin daha uygun olduğu yönünde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 124, dn. 73.

²⁹⁰ Bkz. SCHÖNENBERGER Oser/JÄGGI Peter, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung und Art. 1-17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973, Art. 1, N. 592; BUCHER, s. 286; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 106; DEMİRCİOĞLU, s. 111. Karma teoriye göre *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin asıl sorun, sorumluluğun nasıl nitelendirildiği değil, bu sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanacağıdır (DEMİRCİOĞLU, s. 111).

²⁹¹ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1, N. 592.

²⁹² ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1, N. 593 vd.

²⁹³ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1, N. 593-595.

²⁹⁴ BUCHER, s. 286.

²⁹⁵ Bu konudaki kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, IV, C, 2-3.

Karma teorisinin farklı sistemlerden en uygun çözümü seçme yaklaşımı öğretide eleştirilmiştir²⁹⁶. Karma teorisinin, borçlar hukuku sistemiyle bağdaşmadığı, zira bir olaya kısmen sözleşme sorumluluğu kısmen de haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir²⁹⁷. Kaldı ki bir sorumluluğa hangi kuralların uygulanacağını belirlemek için her şeyden önce sorumluluğun niteliği belirlenmelidir²⁹⁸. Öte yandan bu teoriye getirilen bir diğer eleştiriye göre karma teorisinin uygulanabilmesi için bir kanun boşluğunun bulunması gerekir²⁹⁹. *Culpa in contrahendo* ile ilgili olarak kanun boşluğunun varlığı kabul edilse bile bu teorisinin sistematik bir yaklaşımı benimsememesi hukuk güvenliğini ciddi şekilde zedelemektedir³⁰⁰. Ayrıca bu teorisinin, TBK m. 114 f. 2'ye aykırı olduğu da ileri sürülmüştür. Zira bu hükümde yalnızca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşme hukukunda uygulanması öngörülmüş, sözleşme hukuku hükümlerinin haksız fiil hukukunda uygulanmasına izin verilmemiştir³⁰¹.

Karma teorisinin TBK m. 47 (OR Art. 39) bakımından da ele alınabileceği, örneğin kısa zamanaşımı süresinin mi yoksa uzun zamanaşımı süresinin mi yetkisiz temsilin özelliklerine daha uygun olduğu sorusuna cevap aranabileceği belirtilmiş, bu yaklaşımın uygulanabilir sonuçları garanti ettiği ifade edilmiştir. Bu düşünceye göre karma teori, tatmin edici sonuçlara yol açan çözümler bulmaya yönelik bir çabadır ve bu nedenle övgüye değerlidir. Elbette bunun kanuna aykırı olmaması gerekir³⁰².

2. Değerlendirme

İlk olarak belirtilmesi gereken, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde kusuru esas almanın doğru olmadığıdır. TBK m. 47'de düzenlenen sorumluluğun kusura bağlı olmaması, hukuki niteliğe ilişkin değerlendirme bakımından önemli

²⁹⁶ Karma teorisinin eleştirisi için bkz. YALMAN, s. 79 vd.; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 107-108; DEMİRCİOĞLU, s. 116 vd.

²⁹⁷ YALMAN, s. 79-80; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 107-108; DEMİRCİOĞLU, s. 116.

²⁹⁸ KUTLU SUNGURBEY, s. 124; DEMİRCİOĞLU, s. 116.

²⁹⁹ PIOTET, s. 258 vd.; YALMAN, s. 80.

³⁰⁰ PIOTET, s. 258 vd. Aynı yönde bkz. YALMAN, s. 80; DEMİRCİOĞLU, s. 117-118. Kanun boşluğunun varlığı kabul edilse bile hâkim, TMK m. 1 uyarınca hukuk yaratırken kanun koyucu gibi hareket etmek zorundadır. Dolayısıyla hâkimin, kanunun sisteminden ayrılarak hukuk yaratması mümkün değildir (YALMAN, s. 80).

³⁰¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 108.

³⁰² VIOLAND, s. 165-166.

değildir³⁰³. Dolayısıyla sorumluluğun hukuki niteliğini kusurdan bağımsız bir şekilde ele almak gerekir.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği bakımından yukarıda da belirttiğimiz gibi Türk ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüşün benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğudur. Gerçekten de yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda hüküm doğurmayan bir hukuki işlem söz konusudur³⁰⁴. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından söz konusu olan genel ilkelerin yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Zira TBK m. 47'deki sorumluluk, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kanundaki özel görünüm biçimlerinden biridir. Başka bir deyişle kanun koyucu, bu *culpa in contrahendo* sorumluluğunu kanunda açıkça ve özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur. Ancak elbette yalnızca yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından geçerli olan özellikler de vardır. Bunları göz ardı etmemek gerekir. Bu özellikler şunlardır:

(1) TBK m. 47 f. 1'deki sorumluluk, temsilcinin kusuruna bağlı değildir. Bu hükümde bir sebep sorumluluğu düzenlenmiştir. Oysa *culpa in contrahendo* sorumluluğu kural olarak kusura bağlıdır. Dolayısıyla bu hükümde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun istisnai hâli düzenlenmiştir³⁰⁵.

(2) Temsilci, sözleşme görüşmelerine sözleşmenin tarafı olarak katılmamış olmasına rağmen TBK m. 47 uyarınca ve hükümdeki unsurların gerçekleşmesi kaydıyla *culpa in contrahendo* kapsamında sorumludur³⁰⁶. Yetkisiz temsilci, “sözleşme görüşmeleri bakımından” üçüncü kişi durumundadır³⁰⁷. Zira temsilci, görüşmelerini yürüttüğü sözleşmenin tarafı değildir. Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında rastlantısal temasları aşan yoğunlukta belirli bir güven ilişkisi kurulmuş olsa bile yetkisiz temsilci asla sözleşmenin tarafı hâline gelmez³⁰⁸. Bu nedenle sözleşmesel sorumluluk söz konusu olmaz³⁰⁹. Sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen yetkisiz temsilci, karşı tarafta uyandırdığı haklı güvenin ihlalinden sorumlu olur. Ne de olsa *culpa in contrahendo* sorumluluğu, görüşmeleri yürütülen

³⁰³ KUTLU SUNGURBEY, s. 116. Olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin diğer hâller bakımından aynı yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 89.

³⁰⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 48.

³⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421.

³⁰⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421.

³⁰⁷ DEMİRCİOĞLU, s. 261.

³⁰⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 48.

³⁰⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 48.

sözleşmenin kurulup kurulmamasından bağımsız olduğu gibi şayet sözleşme kurulmuş ise sözleşmeden de kaynakları ve tarafları bakımından bağımsızdır. Bu nedenle karşı tarafın güvenini temsil olunan için değil, kendisi için kazanan yetkisiz temsilcinin de *culpa in contrahendo* kapsamında sorumluluğu kabul edilmiştir³¹⁰.

Yukarıda yapılan eleştiriler doğrultusunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu, haksız fiil benzeri sorumluluk, sözleşme benzeri sorumluluk ve karma sorumluluk olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bugün için yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğu konusunda neredeyse görüş birliği mevcuttur.

C. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HÜKÜMLER

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliğini *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak belirledikten sonra bu sorumluluğa uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gerekir. Bu nitelendirmenin beraberinde getirdiği sonuç, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna kıyas yoluyla haksız fiil hükümlerinin değil, sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması gerektiğidir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından sözleşme hukuku ile haksız fiil hukuku hükümleri arasında bir tercih yapmak gerekirse bu tercih sözleşme hukuku hükümlerinden yana olmalıdır. Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında rastlantısal temasları aşan yoğunlukta belirli bir güven ilişkisinin kurulduğunu göz ardı ederek söz konusu edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisine sözleşme hukuku yerine elverişli olmayan haksız fiil hukukunun hükümlerini uygulamak yerinde olmaz. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna kıyas yoluyla sözleşme hukuku hükümleri uygulanmalıdır. Bu esastan hareketle yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna uygulanacak hükümler aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

1. Fiil Ehliyeti

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğması için onun fiil ehliyetine sahip olmasının gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulmamış bir sorundur. Nitekim bu sorun, sorumluluğun niteliği konusunda hâkim görüş olan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin içtihatlarda

³¹⁰ KIRCA, Bilgi Verme, s. 177; DEMİRCİOĞLU, s. 261-262.

da hiç tartışılmamıştır. Kaldı ki İsviçre Federal Mahkemesinin nitelendirdiği gibi³¹¹ *culpa in contrahendo* sorumluluğunu sözleşme hukuku ile haksız fiil hukuku arasında yer alan üçüncü bir sorumluluk kategorisi olan güven sorumluluğunun bir parçası olarak nitelendirmek de sorunu çözmeye yetmez³¹². Bu noktada önemli olan sözleşme hukuku hükümlerinin mi yoksa haksız fiil hukuku hükümlerinin mi uygulanacağıdır.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğundan önce temsilci olarak hareket edebilmek bakımından ehliyetin rolü ele alınmalıdır. Hâkim görüş, başkası adına hareket edebilmek için ayırt etme gücüne sahip olmanın yeterli olduğu yönündedir³¹³. Böylece ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, temsilci olarak yetkilendirilebilirler. Temsil olunanın aksine temsilcinin fiil ehliyetine sahip olması gerekmez. Zira temsilcinin üçüncü kişiyle yapacağı hukuki işlem ile temsilci değil, temsil olunan borç altına girer. Bu nedenle sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin başkası adına hukuki işlem yapabilmesi mümkündür³¹⁴. Öte yandan ayırt etme gücü olmayanların temsilci olarak yetkilendirilebilmeleri mümkün değildir. Zira temsilci, haberciden farklı olarak kendi iradesini açıkladığından onun ayırt etme gücüne sahip olması zorunludur³¹⁵. Nitekim Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman hukukunda, BGB § 165'te, sınırlı ehliyetsizlerin temsilci olarak yetkilendirilebilecekleri, başka bir ifadeyle temsilci olarak

³¹¹ BGE 134 III 390, 395; BGE 121 III 350, 355.

³¹² ZK-KLEIN, Art. 39, N. 35.

³¹³ von TUHR/PETER, § 44 II 1; BUCHER, s. 601; VIOLAND, s. 31; İNCEOĞLU, s. 135; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 130; KUKO OR-JUNG, Art. 32, N. 6, 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 34; BSK OR I-WATTER, Art. 32, N. 21; İŞ-NART, m. 40, N. 44; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 3; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 423; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1340; KOLLER, OR AT, N. 16.14; NOMER, BH GH, N. 84.3; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 662; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2022, N. 481; OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 22. Baskı, İstanbul 2024, N. 332. Azınlıkta kalan bir görüş, temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olmasının yeterli olmadığı, onun fiil ehliyetine sahip olması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, hâkim görüş SAVIGNY'nin işlem sahibi teorisine dayanmaktadır. Oysa kanun koyucu temsil teorisini kabul etmiştir. Temsil teorisi uyarınca işlem yapan kişinin temsilci olması nedeniyle onun fiil ehliyetine sahip olması gerekir (KELLER Max/SCHÖBI Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel - Frankfurt am Main 1988, s. 65; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2734; EREN, BH GH, N. 1362; OFK-SCHÖBI, Art. 32, N. 4. Ayrıca bkz. GUHL/KOLLER, § 18, N. 13). Diğer bir görüşe göre, sınırlı ehliyetsizin, kendisine verilen temsil yetkisini kullanmasıyla iç ilişkide vekâlet ilişkisi doğar. Temsil olunan ile sınırlı ehliyetsiz temsilci arasında başta kurulan vekâlet sözleşmesi, yasal temsilci tarafından onanmadığı için kesin hükümsüz hâle gelirse, sınırlı ehliyetsizin yetkilendirilmesi işlemi de karşılıksız kazandırma vetosuna kıyasen ve belki de evleviyetle kesin hükümsüz olmuş demektir (HATEMİ Hüseyin, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 9. Bası, İstanbul 2021, I, § 4, N. 113).

³¹⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 130; KUKO OR-JUNG, Art. 32, N. 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 34; İŞ-NART, m. 40, N. 44; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 3; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 423; NOMER, BH GH, N. 84.3; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 662; DURAL/ÖĞÜZ, N. 481; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, KH, N. 332.

³¹⁵ İNCEOĞLU, s. 135.

hareket edebilmek için ayırt etme gücüne sahip olmanın yeterli olduğu açıkça düzenlenmiştir³¹⁶.

TBK m. 47 (OR Art. 39) uyarınca sorumluluğun doğup doğmayacağı sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bu kapsamda ilk olarak temsilci olarak yetkilendirilebilen sınırlı ehliyetsizlerin durumu, daha sonra ise temsilci olarak yetkilendirilemeyen tam ehliyetsizlerin durumu ele alınacaktır.

a. Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulup tutulamayacakları tartışmalıdır. Bu durum, sınırlı ehliyetsizlerin korunması ile üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması arasındaki çatışmadan kaynaklanmaktadır³¹⁷.

Haksız fiil hükümlerinin uygulanması hâlinde yetkisiz olarak hareket eden sınırlı ehliyetsizler TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulurlar³¹⁸. Zira sınırlı ehliyetsizler, haksız fiillerinden sorumludurlar (TMK m. 16 f. 2; ZGB Art. 19 Abs. 3)³¹⁹. Bu bakımdan yasal temsilcinin rızasının bir rolü yoktur; yasal temsilcinin rızası olsun olmasın sorumluluk doğar³²⁰. Yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulabilmesi için onun ayırt etme gücüne sahip olması yeterli olup fiil ehliyetine sahip olması gerekmez³²¹. Böylece temsilci olarak yetkilendirilebilen herkes, TBK m. 47 kapsamında sorumlu tutulabilir³²².

Bununla beraber öğretide, haksız fiil hükümlerinin uygulanması bakımından bir sınırlama getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin sorumluluğu, kusurlu oldukları hâllerle sınırlı olmalıdır. Zira küçüklerin korunması, ancak kusurun varlığı hâlinde hukuki işlem menfaatinin arkasında kalabilir. Her ne kadar ayırt etme gücüne sahip kişilerin temsilci olarak hareket edebilecekleri kabul edilerek küçüklerin korunması geri plana itilmişse de onlar için TMK m. 16 f. 2 (ZGB Art. 19 Abs. 3) hükmünde öngörülmüş olan kusur esasına dayanan sorumluluk asla aşılmamalıdır. Başka bir deyişle bu sorumluluktan daha katı bir sorumluluğa tabi kılınmamalıdır. Dolayısıyla TBK m. 47 f. 1'deki

³¹⁶ Bkz. MüKoBGB-SCHUBERT, § 165, N. 1; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 165, N. 3.

³¹⁷ GONZENBACH, s. 184; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 140, dn. 229; NEUNER, § 51, N. 31.

³¹⁸ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 9; VIOLAND, s. 170; KUTLU SUNGURBEY, s. 125; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 140; İNCEOĞLU, s. 469. Ayrıca bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 94.

³¹⁹ Bkz. BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.61.

³²⁰ İNCEOĞLU, s. 469.

³²¹ Bkz. KOLLER, Glaube, N. 394; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 94.

³²² VIOLAND, s. 170.

kusursuz sorumluluğun, kanunun küçükler için sağladığı korumayı engellediği açıktır. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip küçükler, kusursuz oldukları hâllerde bile TBK m. 47 f. 1 kapsamında sorumlu tutulamamalıdır³²³. Sözleşme hukukunun uygulanması, sınırlı ehliyetsizlerin korunmasını epey ileri götürür. Zira ayırt etme gücüne sahip küçük, yalnızca yasal temsilcisinin rızası olduğu takdirde yetkisiz olarak hareket ettiği için sorumlu tutulabilir. Ne var ki sözleşme hukukunun uygulanmasından kaynaklanan bu sonuç, temsil yetkisinin varlığı hakkında üçüncü kişiyi kasten aldatarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan ayırt etme gücüne sahip temsilciyi haksız yere korumuş olur. Sorumluluğu söz konusu kusurlu davranışla sınırlandırarak sözleşme hükümlerinin aksine haksız fiil hükümlerinin uygulanması tatmin edici bir sonuca yol açar³²⁴.

Benzer şekilde öğretilde başka bir yazar da haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunurken sınırlı ehliyetsizin kusurlu olması hâlinde sorumlu tutulmasının adil olacağını belirtmektedir. Yazara göre sınırlı ehliyetsiz temsilciyi her durumda sorumlu tutmak sakıncalı olabilir. Ne var ki yasal temsilcisiyle olan ilişkisi nedeniyle sınırlı ehliyetsizi sorumlu tutmanın büyük sorunlara yol açmayacağı ortadadır³²⁵.

Sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması hâlinde sınırlı ehliyetsizlerin yetkisiz olarak hareket ederken yasal temsilcilerinin rızasının bulunup bulunmadığı bakımından bir ayırım yapılmalıdır³²⁶. Zira haksız fiil hukukunun aksine sözleşme hukukunda, sorumluluk bakımından yasal temsilcinin rızasının rolü bulunmaktadır. TMK m. 16 f. 1'de sınırlı ehliyetsizlerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça borç altına giremeyecekleri düzenlenmiştir.

Kanaatimizce yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna kıyas yoluyla sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu nedenle haksız fiil hükümlerinin, yani TMK m. 16 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanması yönündeki görüşe katılmıyoruz. Bu konuda uygulanması gereken hüküm TMK m. 16 f. 1'dir.

TMK m. 16 f. 1'in kıyas yoluyla uygulanması bakımından yasal temsilcinin rızası önem taşıdığından bunu dikkate alarak konuyu incelemeyen önce şunu belirtmek gerekir:

³²³ VIOLAND, s. 170-171.

³²⁴ VIOLAND, s. 171.

³²⁵ AYBAY, s. 163-164.

³²⁶ von MOOS, N. 363.

Öğretide bazı yazarlar, herhangi bir ayırım yapmadan sınırlı ehliyetsiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumlu olmayacağını belirtmişlerdir. Bu görüşe göre sınırlı ehliyetsiz temsilci TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulamamasına karşın onun TMK m. 452 f. 2 uyarınca sorumlu tutulması mümkündür³²⁷. Yazarların bu açıklamalarından, yasal temsilcisinin rızası olmadan hareket eden sınırlı ehliyetsiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumluluğunun doğmayacağı sonucuna ulaşmak neredeyse kesin gibidir. Bununla birlikte yasal temsilcisinin rızasıyla hareket eden sınırlı ehliyetsiz temsilci bakımından durum muğlaktır. Bu belirsizliğe rağmen yasal temsilcilerinin rızası olsa bile sınırlı ehliyetsiz temsilcilerin TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulamayacakları sonucuna ulaşmak daha olasıdır. Yazarların TMK m. 452 f. 2’de öngörülenin ötesinde bir sorumluluğa geçit vermek istemedikleri anlaşılmaktadır.

aa. Yasal Temsilcinin Rızasıyla Hareket Edilmesi

Öğretide, kanunda bu konuya ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, yalnızca sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasıyla yükümlülük altına girebilecekleri ve bir haktan vazgeçebilecekleri yönünde bir düzenlemenin yer aldığı belirtilmiştir³²⁸. Gerçekten, TMK m. 16 f. 1 (ZGB Art. 19 Abs. 1) hükmüne göre sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin rızasıyla borç altına girebilirler³²⁹. Bu hüküm esas alınarak yetkisiz olarak hareket eden sınırlı ehliyetsizlerin, yasal temsilcilerinin rızası olduğu takdirde TBK m. 47 (OR Art. 39) kapsamında sorumluluklarının doğacağı kabul edilmektedir³³⁰. Kanaatimizce TMK m. 16 f. 1’in kıyas

³²⁷ DURAL/ÖĞÜZ, N. 484; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, KH, N. 332.

³²⁸ von MOOS, N. 364.

³²⁹ Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, N. 433, 435; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, KH, N. 294. “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar” kenar başlıklı TMK m. 16 f. 1’de, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ifade edilmiştir. Esasen bu hüküm, aZGB Art. 19 Abs. 1’in Türkçeye tercüme edilmiş hâlidir. 19 Aralık 2008 tarihli Federal Kanun ile İsviçre Medeni Kanunu’nun 19. maddesi de dahil olmak üzere çeşitli hükümlerde değişiklik yapılmış ve bu değişiklik 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), AS 2011, s. 725, 756; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), BBl 2006, s. 7001, 7095). Bu değişiklik uyarınca, “3. Ayırt etme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler / a. Kural” kenar başlıklı ZGB Art. 19 Abs. 1’de ayırt etme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin yalnızca yasal temsilcilerinin rızasıyla yükümlülük altına girebilecekleri ve bir haktan vazgeçebilecekleri belirtilmiştir. Hükmün kenar başlığının yanı sıra cümlelerin yapısında da değişikliğe gidilmiş, olumsuz cümle yerine olumlu cümle tercih edilmiştir. Ayrıca “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar” ifadesi yerine “ayırt etme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler” ifadesine yer verilmiş, “kendi işlemleriyle” ifadesi çıkarılmış, “borç altına girmek” yerine “yükümlülük altına girmek” ifadesine yer verilmiş ve “haktan vazgeçmek” ifadesi ilave edilmiştir. Türk hukuku bakımından *de lege ferenda* TMK m. 16 f. 1’deki ilgili hükmün şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir: “*Ayırt etme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler sadece yasal temsilcilerinin rızasıyla borç altına girebilir veya haklar kazanabilir.*” (YAVUZ Cevdet/ERLÜLE Murat/TOPUZ Fulya/ERLÜLE Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017, s. 201).

³³⁰ LANDTWING, s. 44; von TUHR/PETER, § 45 III; VIOLAND, s. 171; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 141; İNCEOĞLU, s. 470; von MOOS, N. 364. Ayrıca karş. KUTLU SUNGURBEY, s. 125; YALMAN, s. 116.

yoluyla uygulanması sonucunda yasal temsilcisinin rızasıyla hareket eden sınırlı ehliyetsiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulması mümkündür. Bir görüşe göre böyle bir çözüm, gerçek bir kanun boşluğunun doldurulması olarak anlaşılmalıdır. Kanun boşluğunun bu şekilde doldurulması, özellikle karşılaştırmalı hukuk göz önünde bulundurulduğunda yerindedir³³¹. Zira benzer bir çözüm, Alman hukukunda, TBK m. 47 ile OR Art. 39 hükümlerine karşılık gelen BGB § 179'da açıkça öngörülmüştür. BGB § 179 Abs. 3'ün ikinci cümlesine göre sınırlı ehliyetsiz temsilci, yasal temsilcisinin rızasıyla hareket etmedikçe sorumlu değildir³³². Bu hükmün *a contrario* yorumundan yasal temsilcisinin rızasıyla hareket eden sınırlı ehliyetsiz temsilcinin sorumlu tutulabileceği anlaşılmaktadır.

Sınırlı ehliyetsiz bir temsilcinin, yasal temsilcisinin rızasıyla hareket etmesi temel alınarak TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için yasal temsilcinin neye rıza vermiş olması gerektiği tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hâkim görüş, temsilci olarak hareket etmeye ilişkin bir rızanın sorumluluk için yeterli olduğu yönündedir³³³. Rızanın açıkça yetkisiz olarak hareket etmeye ilişkin olması zorunlu değildir³³⁴. Zira temsil yetkisinin geri alınabilmesinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda temsil yetkisi eksikliği, temsil yetkisinin beraberinde getirdiği tipik bir risktir ve sorumluluk zaten temsilci olarak hareket etmekle bağlantılıdır³³⁵. Dolayısıyla yasal temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bilip bilmediği önemli değildir³³⁶. Başka bir deyişle yasal temsilcinin, sınırlı ehliyetsizin yetkisiz olduğunu bilmesi gerekmez. Hatta yasal temsilcinin, temsil yetkisinin sınırları içinde hareket edilmesi kaydıyla rıza vermesi hâlinde de sonuç değişmez³³⁷. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise sorumluluğun doğması için yetkisiz temsilci olarak hareket etmeye ilişkin bir rıza gereklidir. Temsilci olarak hareket etmeye ilişkin rıza açıklaması, yetkisiz olarak hareket etmeyi de kapsayacak biçimde anlaşılmamalıdır³³⁸. Azınlıkta kalan görüşün kabul edilmesi hâlinde şöyle bir sonuç ortaya çıkar: Yasal temsilci, koruması altındaki sınırlı ehliyetsizin, doğrudan temsilci olarak TBK m. 47 uyarınca sorumlu olup olmayacağına karar veren konumundadır. Bunun

³³¹ von MOOS, N. 364.

³³² Bkz. ve karş. FLUME, § 47, 3a; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 61-62; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 30.

³³³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 141; Palandt-ELLENBERGER, § 179, N. 4; von MOOS, N. 366; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 19a; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 62; Soergel-BAYER, § 179, N. 33; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 30.

³³⁴ MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 62; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 30.

³³⁵ MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 62.

³³⁶ Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 19a.

³³⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 141.

³³⁸ VAN VENROOY, s. 227 vd.

yerinde olmadığı açıktır. Bir yasal temsilcinin, bir kanun hükmünün uygulama alanı hakkında karar verme yetkisi yoktur³³⁹.

Sınırlı ehliyetsiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için yasal temsilcinin hangi anda rıza vermesi gerektiği de tartışmalı olan bir diğer konudur. Bizim de katıldığımız hâkim görüş, yasal temsilcinin hukuki işlem kurulduktan sonra da rıza verebileceği yönündedir³⁴⁰. Böylece sınırlı ehliyetsiz temsilcinin sorumluluğu geriye etkili olarak doğabilir³⁴¹. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise temsilcinin menfaatlerini zedeleyeceği için hukuki işlem kurulduktan sonra rıza verilmesi mümkün değildir³⁴². Gerçekten de yasal temsilcinin sözleşmenin kurulmasından sonra rıza vermesi, olayların büyük çoğunluğunda sınırlı ehliyetsiz temsilcinin menfaatlerini zedeler. Ancak bu durum, rızanın verilemeyeceği veya verilen rızanın geçerli olmadığı anlamına gelmez³⁴³.

Yasal temsilcisinin rızasıyla hareket eden sınırlı ehliyetsiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumlu olacağı yönündeki hâkim görüşe karşılık azınlıkta kalan diğer bir görüş, sınırlı ehliyetsizlerin, yasal temsilcilerinin rızasıyla hareket etmeleri hâlinde bile sorumlu tutulamayacakları yönündedir³⁴⁴. Alman hukukunda açıkça düzenlenen, İsviçre ve Türk hukuklarında çeşitli yazarlar tarafından benimsenen yasal temsilcinin rızasıyla hareket edilmesi hâlinde sınırlı ehliyetsiz sorumlu olacağı yönündeki çözümün, İsviçre için ikna edici olmadığı belirtilmektedir³⁴⁵. Bu görüşe göre, ZGB Art. 19 Abs. 1 (TMK m. 16 f. 1) hükmü, sınırlı ehliyetsizlerin fiillerinin hukuki sonuçlarına ilişkin genel bir rızadan değil, açıkça onların yükümlülük altına girebilmelerine ilişkin rızadan söz eder. Bir baba, çocuğunu sebze ve meyve satın almak için markete gönderir ve çocuk eve teslim edilmek üzere iki haftalık erzak ısmarlarsa, yasal temsilcinin rızası ne söz konusu satın alma işlemini ne de teslimat masrafı için çocuğun OR Art. 39 (TBK m. 47) hükmünden doğan sorumluluğunu kapsar. Çocuğu, babasının

³³⁹ von MOOS, N. 366.

³⁴⁰ Soergel-LEPTIEN, § 179, N. 20; von MOOS, N. 367; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 62; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 30. Hiç kuşkusuz bu rıza, onama (icazet) anlamı taşıyacak ve geriye etkili hüküm doğuracaktır.

³⁴¹ BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 30.

³⁴² PRÖLSS, s. 172.

³⁴³ von MOOS, N. 367. Bununla beraber yazara göre sınırlı ehliyetsiz temsilcinin, rıza vererek menfaatlerini zedeleyen yasal temsilciyi ZGB Art. 454 uyarınca sorumlu tutabilmesi mümkün olur. Hemen belirtelim ki ZGB Art. 454'ün TMK'da bir karşılığı yoktur. Bu hükmün TMK'da düzenlenmesine ilişkin öneri için bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 170-171.

³⁴⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37 vd.; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 36. Karş. DURAL/ÖĞÜZ, N. 484; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, KH, N. 332.

³⁴⁵ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 36.

yalnızca temsilci olarak hareket etmeye rızası olduğu için sorumlu tutmak yerinde değildir³⁴⁶. Sınırlı ehliyetsizler temsilci olarak yetkilendirilebilirler, ancak yasal temsilcilerinin rızası onların OR Art. 39 kapsamında sorumlu tutulmalarına yol açmaz³⁴⁷. OR Art. 39 uyarınca sorumlu tutulacak kişinin yasal temsilci değil, babasının talimatlarını yanlış anlamış olabilecek çocuk olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle ZGB Art. 19 Abs. 1 kapsamındaki rıza yalnızca yasal temsilcinin bilinçli olarak rıza gösterdiği yükümlülükler için geçerli olmalıdır. Yasal temsilcinin daha sonra işlemi onamasında durum böyledir. Bu da OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğu ortadan kaldırır³⁴⁸.

ZÄCH/KÜNZLER'e göre bu sorun, kişiler hukukuna ilişkindir ve ZGB Art. 19 (TMK m. 16) çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğun doğması için kural olarak yetkisiz temsilcinin fiil ehliyetine sahip olması gerektiği kabul edilmelidir. Böylece sınırlı ehliyetsizlerin OR Art. 39 uyarınca sorumlulukları doğmaz³⁴⁹. Başka bir deyişle temsilci olarak yetkilendirilebilen sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızası olsa bile kural olarak OR Art. 39 kapsamında sorumlu tutulamazlar³⁵⁰. Ne var ki sınırlı ehliyetsiz temsilcinin, yetkili olduğu veya temsil olunanın işlemi onayacağı konusunda üçüncü kişiyi kasten aldatması hâlinde OR Art. 39 uyarınca istisnai olarak sorumluluğu doğar³⁵¹. Bunun nedeni şudur: OR Art. 39 Abs. 1'de kusursuz sorumluluk öngörülmüştür. Oysa sınırlı ehliyetsizler, ZGB Art. 19b Abs. 2 ve ZGB Art. 452 Abs. 3 uyarınca yalnızca kusurlu olmaları hâlinde sorumludurlar. Sınırlı ehliyetsizlerin kusurlu olmadıkları hâlde özel hükümler (örneğin OR Art. 58; TBK m. 69) uyarınca sorumlu oldukları ve OR Art. 39'un da böyle özel bir hüküm olduğu yönündeki olası bir itiraz da yerinde değildir. Zira özel hükümlerde öngörülen sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu, esasen tehlikeli bir durumdan, özellikle de tehlikeli bir faaliyetten kaynaklanmaktadır. Oysa mevcut sorun, bir kişinin iş ilişkilerindeki davranışı ile ilgilidir³⁵². Bununla birlikte temsilci olarak yetkilendirilebilmek için yalnızca ayırt etme gücünün varlığı gerekli kılınırken sorumluluk için temsilcinin fiil ehliyetine sahip olmasını gerekli kılmanın makul olup olmadığı düşünülebilir. Yetkilendirme ve sorumluluk için temsilciye ilişkin aranan gerekliliklerin mümkün olduğunca aynı olması istenir. Ne var ki bu

³⁴⁶ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 36.

³⁴⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37.

³⁴⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 36. Yazar, yasal temsilcinin rıza göstermemesi hâlinde yalnızca onun ZGB Art. 333 (TMK m. 369) uyarınca yetersiz gözetim nedeniyle sorumlu tutulacağını belirtmektedir.

³⁴⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 38.

³⁵⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37.

³⁵¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37-38.

³⁵² BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 39.

ideale daima ulaşamaz³⁵³. Sonuç olarak yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için kural olarak fiil ehliyeti gerekir. Bu nedenle haksız fiil hukuku hükümleri yerine sözleşme hukuku hükümleri tercih edilir³⁵⁴.

Buna karşılık KLEIN, sınırlı ehliyetsiz temsilcinin, üçüncü kişiyi kasten aldatması hâlinde sorumlu olup olmayacağı konusunda bir ayrım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre ZGB'nin bu hükümleri (ZGB Art. 19b Abs. 2 ve ZGB Art. 452 Abs. 3), sınırlı ehliyetsizin, üçüncü kişiyi fiil ehliyeti veya yetişkinlerin korunması tedbirleri hakkında kasten aldatması hâlinde sorumlu olacağını düzenlemektedir. Ne var ki fiil ehliyetine ilişkin aldatma, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin temsil yetkisine ilişkin aldatması ile bir tutulamaz. Sınırlı ehliyetsiz temsilcinin, üçüncü kişiyi yalnızca temsil yetkisine sahip olduğu konusunda aldatması hâlinde onun OR Art. 39 kapsamında neden sorumlu olması gerektiğini anlamak güçtür. Zira ZGB Art. 19b Abs. 2'nin *a contrario* yorumu uyarınca temsilci, sınırlı ehliyetsiz bir kimse olarak hâlâ korunmaya muhtaçtır. Bu prensip, hayali temsil yetkisinin yasal temsilciye ait olduğu iddiasında bile geçerli olmalıdır. Zira temsil yetkisine ilişkin aldatma, yasal temsilcinin fiil ehliyetine ilişkin bir aldatma içermediği gibi temsilcinin tam ehliyetli olması gerekmediğinden kendi yükümlülüklerine yasal temsilcinin rıza gösterdiğine ilişkin bir aldatma da içermez. Bu durumda yalnızca OR Art. 41 Abs. 2 (TBK m. 49 f. 2) uyarınca bir sorumluluk mümkündür. Öte yandan sınırlı ehliyetsizin, üçüncü kişiyi fiil ehliyetine veya yetişkinlerin korunması tedbirlerine ilişkin aldatması hâlinde onun ZGB Art. 19b Abs. 2 veya ZGB Art. 452 Abs. 3 uyarınca sorumlu tutulması mümkündür. Bu kapsamda tazmin edilmesi gereken zarar, OR Art. 39 kapsamında açılan davanın temsilcinin fiil ehliyetinin bulunmaması nedeniyle reddedilmesinden kaynaklanır³⁵⁵.

bb. Yasal Temsilcinin Rızası Olmadan Hareket Edilmesi

Bizim de katıldığımız hâkim görüş, yasal temsilcisinin rızası olmadığı takdirde sınırlı ehliyetsiz bir temsilcinin TBK m. 47 kapsamında sorumlu olmayacağı yönündedir³⁵⁶. TMK m. 16 f. 1'de sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi fiilleriyle borç altına giremeyecekleri belirtilmiştir. Bu hüküm, yalnızca sözleşmelerde değil, sözleşme görüşmeleri

³⁵³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 40.

³⁵⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 41.

³⁵⁵ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 37.

³⁵⁶ LANDTWING, s. 44; von TUHR/PETER, § 45 III; VIOLAND, s. 171; KUTLU SUNGURBEY, s. 125; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 140; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 41, 57. Karş. DURAL/ÖĞÜZ, N. 484; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, KH, N. 332.

aşamasında doğan ve ihlal edildikleri takdirde *culpa in contrahendo* sorumluluğuna neden olan yasal davranış yükümlülüklerinde de uygulanır³⁵⁷. Sözleşme görüşmelerine başlamakla birlikte ortaya çıkan yükümlülükler bakımından da yasal temsilcinin rızası gerekir³⁵⁸. Yasal temsilcinin rızası olmadığı takdirde, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin sözleşme öncesi yükümlülükler aykırı davranması, onun sözleşmesel sorumluluğuna yol açmaz; aksi hâlde, doğrudan sözleşme sorumluluğunun öznesi olamayan kimseler, kıyas yoluyla sözleşmesel sorumluluğa tabi kılınmış olurlar ki böyle bir sonuç ne hukuk mantığıyla ne de TMK m. 16 f. 1'in korumayı amaçladığı değer ile bağdaşır³⁵⁹.

Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, sınırlı ehliyetsiz bir temsilcinin, yasal temsilcisinin rızası olmadan hareket ettiği takdirde de TBK m. 47 kapsamında sorumlu tutulabileceği yönündedir³⁶⁰. Bu görüşe göre, İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak sınırlı ehliyetsiz temsilciler için özel koruma sağlayan herhangi bir hükmün bulunmaması nedeniyle sınırlı ehliyetsizler OR Art. 39 kapsamında sorumlu tutulabilirler³⁶¹. İyiniyetli üçüncü kişinin korunmasından ziyade sınırlı ehliyetsiz bir temsilcinin korunmasına önem veren hâkim görüş ikna edici argümanlara sahip değildir³⁶². Kaldı ki TBK m. 47'nin

³⁵⁷ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 140. Yazara göre varılan sonuç, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin ve bu bağlamda *culpa in contrahendo* sorumluluğunun yeterince geniş tutulması yönündeki eğilime de aykırı değildir. Zira öğretilerdeki ortak kanaat, hukuki işlem ehliyetine tam olarak sahip olmayanların gözetilmesine öncelik vermek ve böylece güven sorumluluğu temelinde doğan yasal borç ilişkisinin (*culpa in contrahendo*'nun) kapsamını, sınırlı ehliyetsizlerin korunması ilkesine aykırı olacak biçimde genişletmemek yönündedir (**ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 140-141).

³⁵⁸ **GONZENBACH**, s. 181; **YALMAN**, s. 116. **YALMAN**'a göre, sözleşme öncesi yükümlülükler bakımından sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafın hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerekir. Şayet görüşme tarafı sınırlı ehliyetsizse yasal temsilcisinin rızası bulunmalıdır (**YALMAN**, s. 116). Kaldı ki von TUHR/PETER, temsilcinin sorumluluğunu *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirdikten sonra bunun bir sonucu olarak temsilcinin sorumluluğu için ZGB Art. 19 (TMK m. 16) uyarınca fiil ehliyetinin veya yasal temsilcinin rızasının gerekli olduğunu belirtmektedir (**von TUHR/PETER**, § 45 III). Öte yandan **DEMİRCİOĞLU**'na göre sınırlı ehliyetsizin, yasal temsilcisinin rızası olmadan yaptığı ve daha sonra yasal temsilcinin rıza vermemesi nedeniyle kesin hükümsüz hâle gelen bir hukuki işlem taraflar için bir edim borcu doğurmasa da tarafların iradelerinden değil, TMK m. 2 f. 1'den kaynaklanan koruma yükümlülükleri, hukuki işlemin tam ehliyetli tarafı için olduğu gibi sınırlı ehliyetsiz taraf için de söz konusu olur. Bu nedenle koruma yükümlülüklerinin sınırlı ehliyetsizler tarafından ihlalinin de bir *culpa in contrahendo* oluşturduğu kuşkusuzdur. Tam ehliyetsizlerden farklı olarak sözleşme kurmaya ehil olan sınırlı ehliyetsizler, sözleşme görüşmeleri yapmaya da ehildirler. Dolayısıyla sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafa zarar veren kusurlu davranışlarda bulunabilirler. Bununla birlikte sınırlı ehliyetsizin sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışının hangi sorumluluk hükümlerine tabi olacağı ayrı bir sorundur (**DEMİRCİOĞLU**, s. 211-212).

³⁵⁹ **DEMİRCİOĞLU**, s. 212.

³⁶⁰ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 8 vd.; **KOLLER**, OR AT, N. 16.14, dn. 5; **von MOOS**, N. 375.

³⁶¹ **KOLLER**, OR AT, N. 16.14, dn. 5. Aynı yönde bkz. **von MOOS**, N. 375. Alman hukukunda, yetkisiz olarak hareket eden sınırlı ehliyetsiz temsilciler, BGB § 179 Abs. 3'ün ikinci cümlesinde yer alan ve sınırlı ehliyetsizlerin BGB § 179 kapsamında kural olarak sorumlu olmayacaklarını öngören hüküm ile özel olarak korunmaya layık görülmüşlerdir. Gelgelelim İsviçre hukukunda sınırlı ehliyetsiz temsilcilerin korunmasına ilişkin böyle bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle onların OR Art. 39 kapsamında sorumlu olmaları mümkündür (**KOLLER**, OR AT, N. 16.14, dn. 5).

³⁶² **von MOOS**, N. 374.

sınırlı ehliyetsiz temsilcilere kayıtsız şartsız bir biçimde uygulanmasıyla kanunun amaçları arasında bir denge sağlanabilir. Zira hâkim, somut olayın özelliklerine göre hakkaniyet düşüncesiyle daima tazminatı indirme imkânına sahiptir. Hukuk tekniği bakımından böyle bir yaklaşımın dayanağı kıyas yoluyla uygulanacak olan TBK m. 51 f. 1'dir. TBK m. 51 f. 1, hâkimin hakkaniyet düşüncesiyle somut olayın özelliklerine göre tazminatı indirmesine imkân veren bir hükümdür³⁶³. Yetkisiz olarak hareket eden sınırlı ehliyetsizi, kusursuz olduğu hâlde TBK m. 47 f. 1 anlamında olumsuz zararın tamamını tazmin etmekle yükümlü tutmak kural olarak adil olmaz. Bu durumda kanunun yalnızca bir amacını, yani iyi niyetli üçüncü kişinin korunmasını sağlayıp kanunun diğer amacı olan sınırlı ehliyetsiz kişilerin korunmasını tamamen bir kenara bırakmak hakkaniyetle bağdaşmaz³⁶⁴. Bununla beraber temsilcinin kusurlu olması hâlinde durum farklıdır. Kusurlu temsilciyi TBK m. 47 f. 1 anlamında zararın tamamından sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olmaz. Sınırlı ehliyetsizler, kusur ehliyetine sahip kişilerdir. Başka bir deyişle onlara kusur izafe edilebilir. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsiz temsilcinin TBK m. 47 f. 2 uyarınca kusura bağlı sorumluluğu da söz konusu olabilir³⁶⁵.

b. Tam Ehliyetsizlerin Durumu

Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin temsilci olarak hareket etmesi hâlinde onun TBK m. 47 kapsamında sorumluluğu doğmaz³⁶⁶. Bunun iki nedeni vardır: (1) Tam ehliyetsiz bir temsilcinin yaptığı hukuki işlem, temsil yetkisi eksikliği nedeniyle değil, ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olur. TBK m. 47 hükmü, hukuki işlemin temsil yetkisi eksikliği dışında bir nedenle geçersiz olduğu hâllerde uygulanmaz³⁶⁷. (2) Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna uygulanacak hükümler bakımından ehliyet konusunda sözleşmeden doğan sorumluluğa nazaran daha katı olan haksız fiil sorumluluğu bile ayırt etme gücünün varlığını gerektirir³⁶⁸.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir temsilci, TBK m. 47 kapsamında sorumlu tutulamayacaksa da TBK m. 47'den doğan sorumluluğun niteliğinden bağımsız olarak onun

³⁶³ von MOOS, N. 375.

³⁶⁴ von MOOS, N. 376.

³⁶⁵ von MOOS, N. 377.

³⁶⁶ İNCEOĞLU, s. 470, dn. 424; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37.

³⁶⁷ İNCEOĞLU, s. 470, dn. 424. Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2.

³⁶⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37. TMK m. 16 f. 2 (ZGB Art. 19 Abs. 3) hükmüne göre sınırlı ehliyetsizler haksız fiillerinden sorumludurlar. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu, ayırt etme gücünün varlığını gerektirir.

hakkaniyet esasına göre sorumlu tutulabilmesi mümkündür³⁶⁹. Başka bir deyişle yetkisiz temsilcinin sorumluluğu nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin tam ehliyetsiz bir temsilcinin hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65; OR Art. 54) doğabilir. Zira TBK m. 114 f. 2 (OR Art. 99 Abs. 3) uyarınca TBK m. 65 hükmü, sözleşmeden doğan sorumluluğa da uygulanır³⁷⁰.

2. Zamanaşımı

a. Genel Olarak

TBK m. 47 (OR Art. 39) hükmünün lâfzından yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımına süresine dair bir sonuca varılamaz³⁷¹. Bu nedenle sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı süresi belirsizdir. Bu sorun, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna uygulanacak hükümlerin belirlenmesiyle açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır³⁷². Haksız fiil hukuku hükümlerinin uygulanması hâlinde tazminat alacağı, iki yıllık kısa (nispi) zamanaşımı süresi ile on yıllık uzun (mutlak) zamanaşımı sürelerine tabidir (TBK m. 72; OR Art. 60)^{373, 374}. Sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması hâlinde ise tazminat alacağı, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olur (TBK m. 146; OR Art. 127)³⁷⁵.

³⁶⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 38.

³⁷⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 9; BUCHER, s. 349-350; HELVACI, s. 161; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 37; ANTALYA O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: ANTALYA O. Gökhan), Cilt V/1, 2, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri - Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, N. 1358 vd.; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 38; EREN, BH GH, N. 1905; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1364; C. II, N. 562; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 65, N. 4; DURAL/ÖĞÜZ, N. 390; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, KH, N. 288. Kanundaki sistematik konumuna rağmen OR Art. 54 hükmünün yalnızca haksız fiiller için değil, aynı zamanda ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin sözleşmeye aykırı davranışları bakımından da uygulanabileceği yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 102 II 226, 230.

³⁷¹ von MOOS, N. 378.

³⁷² VIOLAND, s. 166; von MOOS, N. 379.

³⁷³ KUTLU SUNGURBEY, s. 126-127; VIOLAND, s. 166; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 42.

³⁷⁴ 15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun ile OR Art. 60 hükmünde değişiklik yapılmış ve bu değişiklik 1 Ocak 2020’de yürürlüğe girmiştir (Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts), Änderung vom 15. Juni 2018 (AS 2018, s. 5343). Buna göre, OR Art. 60 Abs. 1’deki bir yıllık kısa (nispi) zamanaşımı süresi, üç yıl olarak değiştirilmiştir. Ayrıca uzun (mutlak) zamanaşımının başlangıcı da “zarara neden olan davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği gün” olarak değiştirilmiştir. Böylece OR Art. 60 Abs. 1 uyarınca tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden başlayarak üç yılın ve herhâlde zarara neden olan davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği günden itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAŞAK Esra/GANBARİ Muhammed Kiomers, “İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu”, AHBVÜHFD, C. 24, S. 1, 2020, s. 94 vd.; SARIKAYA Murat, “İsviçre Borçlar Hukuku’nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”, MÜHF-HAD, C. 26, S. 2, 2020, s. 1204 vd.; GÜNERGÖK Özcan, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi”, İMHFD, C. 6, S. 11, 2021, s. 128 vd.

³⁷⁵ KUTLU SUNGURBEY, s. 126-127; VIOLAND, s. 166; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 42.

İsviçre Federal Mahkemesi ile öğretide azınlıkta kalan bir görüş, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna OR Art. 60 (TBK m. 72) hükmünün uygulanması gerektiğini kabul etmektedir³⁷⁶. Federal Mahkemenin içtihadı, öğretide bir hayli eleştirilmiştir³⁷⁷. Ne var ki Federal Mahkeme, son olarak 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda, öğretide ileri sürülen eleştirileri bildiğini, buna rağmen içtihadını sürdürdüğünü, zira mevcut içtihattan ayrılmayı gerektiren bir neden bulunmadığını belirtmiştir³⁷⁸. Dolayısıyla bu içtihadın yerleşik bir içtihat hâline geldiğini söylemek yanlış olmaz. Federal Mahkemenin, öğretinin büyük bir kısmının eleştirisine rağmen sürdürdüğü içtihadı, şu gerekçeye dayanır: Sözleşme görüşmeleri yürüten bir kimsenin OR Art. 127'ye göre on yıl boyunca bir tazminat istemiyle karşı karşıya kalması hukuk güvenliği ile bağdaşmaz. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, hukuki ilişkilerin korunmasına hizmet etse de bu korumanın aşırı uzun bir zamana yayılarak hukuk güvenliğini tehlikeye atmasına izin verilmemelidir. Bu ilkeler, yalnızca *culpa in contrahendo* sorumluluğu için değil, aynı zamanda güven sorumluluğu için de geçerlidir. Bir kimsenin on yıl boyunca güven sorumluluğundan doğan olası sorumluluk taleplerine maruz kalması hukuk güvenliğine aykırıdır³⁷⁹.

KLEIN'a göre, her ne kadar öğretide kayda değer gerekçeler ileri sürülerek OR Art. 127'nin uygulanması ileri sürülse de OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluk bakımından OR Art. 60'ın uygulanması daha uygundur. Kambyo hukukunda yetkisiz temsile ilişkin katı düzenlemeler (OR Art. 998; TTK m. 678 ve OR Art. 1069; TTK m. 749) uyarınca kambyo senedinden bizzat sorumlu olan yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, vadenin geldiği tarihten itibaren üç yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olduğu dikkate alındığında, OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğa OR Art. 127'deki genel zamanaşımı süresini uygulamak ilk bakışta daha uygun gibi görünür. Üstelik yapılan değişiklikle 1 Ocak 2020'den itibaren OR Art. 60'taki kısa (nispi) zamanaşımı süresi üç yıl olmuştur. OR Art. 60'taki yeni zamanaşımı süresi hâlâ kısa olmasına rağmen OR Art. 39 uyarınca istemde bulunmanın hüküm doğurmayan bir işlem den kaynaklandığı unutulmamalıdır. Üçüncü kişi, kural olarak, işlemin hüküm doğurmadığını hızlı bir şekilde, temsil olunan ile iletişime geçer geçmez öğrenir. Temsil olunan

³⁷⁶ BGE 134 III 390, 396; BGE 121 III 350, 354; BGE 108 II 419, 422; BGE 104 II 94; BGE 101 II 266, 269; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1, N. 595; VIOLAND, s. 166; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 39.

³⁷⁷ KUTLU SUNGURBEY'in de katıldığı ANEX'in eleştirileri için bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 130 vd.

³⁷⁸ BGE 134 III 390, 397. Bu kararın Türkçe çevirisi için bkz. KAŞAK Fahri Erdem, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Güven Sorumluluğunun Tâbi Olduğu Zamanaşımı Süresine İlişkin 13.5.2008 Tarihli (BGE 134 III 390) Kararı", GÜHFD, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1803 vd.

³⁷⁹ BGE 134 III 390, 396 vd. İsviçre Federal Mahkemesinin 1975 tarihli kararı (BGE 101 II 266) ile 1978 tarihli kararının (BGE 104 II 94) Türkçe çevirisi için bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 127-129.

ile iletişime geçildiğinde, o işlemi onamazsa, durum açıktır. Eğer temsil olunan düşünmek için süre isterse, üçüncü kişinin OR Art. 38 Abs. 2 uyarınca süre vermesiyle durum açıklığa kavuşturulur. Bu nedenle eskiden bir yıl olup bugün için üç yıl olan kısa (nispi) zamanaşımı süresi uygun görünmektedir³⁸⁰.

Buna karşılık öğretide hâkim görüş, TBK m. 146 (OR Art. 127) hükmündeki genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündedir³⁸¹. Hâkim görüşün gerekçeleri şunlardır:

(1) Genel zamanaşımı süresinin (TBK m. 146; OR Art. 127) uygulanması gerektiğini savunan hâkim görüşün ilk dayanağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmalarıdır. İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (eOR), 1908 ve 1909 yıllarında uzmanlar komisyonu tarafından gözden geçirilmiştir. 6 Mayıs 1908 tarihinde yapılan oturumda uzmanlar komisyonu üyelerinden HITZIG, 1905 tarihli eOR Art. 1055 (OR Art. 39) hükmünde, eOR Art. 1058 vd. (OR Art. 41 vd.) hükümlerine, yani haksız fiil hükümlerine atıf yapılmasının nedenini sormuştur. Üyelerden BRÜSTLEIN bir adım daha öteye giderek söz konusu atfın sonuçlarının farkında olunması gerektiğini, zira bunun kısa zamanaşımı süresinin uygulanacağı anlamına geldiğini ifade etmiştir. Üyelerin bu müdahaleleri sonucunda söz konusu atıf çıkartılmıştır. Daha sonra BRÜSTLEIN, genel zamanaşımı süresinin OR Art. 39'a karşılık gelen 1905 tarihli eOR Art. 1055'in metnine eklenmesini önermiştir³⁸². Başka bir deyişle OR Art. 39'a dayalı tazminat isteminin genel zamanaşımı süresine (OR Art. 127) tabi olduğunun kanunda açıkça ifade edilmesi önerilmiştir³⁸³. Bu önerinin gereksiz olduğu, bunun zaten kendiliğinden anlaşıldığı ileri sürülmüş³⁸⁴ ve bu nedenle dokuza karşı on iki oyla reddedilmiştir³⁸⁵. Bu önerinin reddiyle birlikte iki farklı yorum yapmak mümkündür: (i) OR Art. 127'deki genel zamanaşımı süresinin uygulanması fiilen kabul edilmiştir. (ii) OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı süresini belirlemek öğretisi ve uygulamaya

³⁸⁰ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 39.

³⁸¹ BUCHER, s. 287; von TUHR/PETER, § 45 III; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl., N. 141; KOLLER, Glaube, N. 409; KUTLU SUNGURBEY, s. 133; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 48; TİFTİK/ŞEN, s. 2661; von MOOS, N. 384; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 972; KOLLER, OR AT, N. 28.48; GÜMÜŞ, s. 649; AYBAY, s. 165.

³⁸² Protokoll der Expertenkommission, Sitzung vom 6. Mai 1908, s. 2 vd.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 44.

³⁸³ von MOOS, N. 378.

³⁸⁴ SCHERRER, s. 20; KOLLER, Glaube, N. 409, dn. 499; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 104, dn. 108; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 44; von MOOS, N. 378.

³⁸⁵ von MOOS, N. 378.

bırakılmıştır³⁸⁶. Nitekim birinci yorum, genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşün dayanağı hâline gelmiştir. Bu görüşe göre önerinin reddedilmesi, kanun koyucunun on yıllık genel zamanaşımı süresini kabul ettiğini göstermektedir³⁸⁷.

(2) TBK m. 146 vd. (OR Art. 127 vd.) hükümleri, zamanaşımı süresinin özel olarak düzenlenmediği her durumda uygulanabilir hükümlerdir³⁸⁸. Bu görüşe göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun açıkça haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmemesi, bu sorumluluktan doğan tazminat isteminin kendiliğinden on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğunu gösterir. TBK m. 47'deki gibi kanunda düzenlenmiş olan *culpa in contrahendo* sorumluluğu hâllerinde de zamanaşımına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından genel zamanaşımı süresi uygulanır³⁸⁹. Buna karşılık TBK m. 72 (OR Art. 60) hükmünün, genel zamanaşımı süresinin geçerli olmasını engelleyen özel bir hüküm olduğu ileri sürülebilir. Ancak bunun kabul edilebilmesi için daha açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır ve tereddüt hâlinde temel hüküm (TBK m. 146; OR Art. 127) uygulanmalıdır³⁹⁰.

(3) İsviçre Federal Mahkemesinin görüşünün aksine TBK m. 147 (OR Art. 127) hükmünün uygulanması hâlinde hukuk güvenliği çok daha iyi bir şekilde sağlanır. Bunun nedeni, aşağıdaki ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, genel zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı anı, haksız fiil zamanaşımının başlangıcına nazaran belirlemenin daha kolay olmasıdır³⁹¹.

(4) TBK m. 146 (OR Art. 127) hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresinin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna uygulanması sarsıcı sonuçları önler³⁹². Örneğin bir kimse, sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız bir edimi kusurlu olarak üstlendiğinde, bu kimseye *culpa in contrahendo* esas alınarak yöneltilecek tazminat isteminin, o kimsenin kusurlu davranışının yol açtığı sonraki imkânsızlık nedeniyle yöneltilecek tazminat isteminden farklı bir zamanaşımı süresine tabi tutulması düşünülemez³⁹³.

³⁸⁶ von MOOS, N. 378.

³⁸⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 44.

³⁸⁸ BUCHER, s. 287; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 47; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 972. Benzer yönde bkz. KOLLER, Glaube, N. 409; dn. 500.

³⁸⁹ BUCHER, s. 287.

³⁹⁰ BUCHER, s. 287; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 47.

³⁹¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 46. Ayrıca bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 130 vd.; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 145, dn. 248; AYBAY, s. 165-166.

³⁹² von MOOS, N. 382.

³⁹³ BUCHER, s. 288.

Kanaatimizce zamanaşımı konusunda hâkim görüşe üstünlük tanımak gerekir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna kıyas yoluyla sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması gerektiğini benimsediğimize göre zamanaşımı bakımından da bu esastan ayrılmayı haklı kılan bir neden bulunmamaktadır. Azınlıkta kalan görüşün argümanları ikna edici değildir. Gerçekten de aşağıda açıklanacağı üzere azınlıkta kalan görüşün dile getirdiği hukuk güvenliği kaygısını haksız fiil zamanaşımı süresinin uygulanması değil, genel zamanaşımı süresinin uygulanması giderir. Sürenin kısa olması, hukuk güvenliğini sağlamak için yeterli değildir. Sürenin başlayacağı anın belirlenmesi de önemlidir. Azınlıkta kalan görüş, bunu gözden kaçırmıştır. Elbette genel zamanaşımı süresine ilişkin TBK m. 146 vd. hükümlerinin, zamanaşımı süresinin özel olarak düzenlenmediği her durumda uygulanabileceği de göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna kıyas yoluyla TBK m. 146'nın uygulanması gerekir.

Sözleşme hukuku hükümlerinin (TBK m. 146; OR Art. 127) uygulanması kabul edildiğinde bu defa şöyle bir sorun ortaya çıkar: Temsil olunan tarafından onanmadığı için hüküm doğurmayan, yani temsil yoluyla yapılan sözleşmeden kaynaklanan ifa talebi, TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresinden daha kısa bir süreye tabi olduğu takdirde, TBK m. 47 uyarınca ileri sürülecek tazminat talebinin hangi süreye tabi olacağı tartışmalıdır.

Alman hukukundan etkilenen bir görüşe göre, hüküm doğurmayan sözleşmeden kaynaklanan ifa talebi, TBK m. 146'da öngörülen zamanaşımı süresinden daha kısa bir süreye tabi ise bu süre *culpa in contrahendo* sorumluluğu için de geçerlidir³⁹⁴. Diğer bir ifadeyle amaçlanan sözleşmedeki alacak, örneğin TBK m. 147 (OR Art. 128) hükmünde öngörülen alacaklardan olup beş yıllık zamanaşımı süresine tabi ise, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu da beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. Alman Federal Mahkemesi, 2002 yılındaki Alman borçlar hukuku reformundan önce vermiş olduğu kararlarda, hüküm doğurmayan sözleşme daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi ise *culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından genel zamanaşımı süresinin uygulanmayacağına hükmetmiştir³⁹⁵. Federal Mahkemeye göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayalı tazminat istemi, hüküm doğurmayan sözleşmeyle fiili ve ekonomik açıdan yakın ilişki içindedir. Bu nedenle de zarar

³⁹⁴ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl., N. 141; GONZENBACH, s. 195; KUTLU SUNGURBEY, s. 127, dn. 78; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 42; von MOOS, N. 384.

³⁹⁵ BGH, NJW 1972, s. 95.

görenin, amaçlanan sözleşmenin tabi olduğu zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre korunmaya ihtiyacı yoktur³⁹⁶.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş, amaçlanan sözleşmenin tabi olduğu kısa zamanaşımı süresinin yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna uygulanamayacağı yönündedir³⁹⁷. Bu görüşü savunan yazarlardan KLEIN'a göre bir kimsenin sözleşme görüşmelerinden doğan özen yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde genel *culpa in contrahendo* sorumluluğu uyarınca, amaçlanan sözleşmenin tabi olduğu süreden daha uzun bir zamanaşımı süresinin uygulanmaması yerindedir. Sözleşmenin kurulmasından önce özen yükümlülüğünü ihlal eden kişi, sözleşmenin kurulması hâlinde tabi olacağı zamanaşımı süresinden daha uzun bir süreye maruz kalmamalıdır. Ancak bu esas, bağımsız bir sorumluluk olan yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için geçerli değildir. Zira yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, farklı bir *culpa*'ya dayanır. İki sorumluluk arasında yakın bir ilişki olsa bile yetkisiz temsilcinin kendisi için değil, üçüncü kişi için yaptığı bir sözleşmeye ilişkin bir *culpa* söz konusudur³⁹⁸. Kaldı ki Alman hukukundan etkilenen görüşün, genel *culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından dahi kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Buna göre, tıpkı yetkisiz temsilcinin sorumluluğu gibi *culpa in contrahendo* sorumluluğu da görüşmeleri yapılan sözleşmenin kurulup kurulmamasından, kurulan sözleşmenin geçerlilik ya da geçersizliğinden, taraflarından ve içeriğinden bağımsızdır. Kanun koyucu, genel zamanaşımı süresinden daha kısa zamanaşımı süresini (TBK m. 147; OR Art. 128) bazı edimler için öngörmüştür. Oysa sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler, ifası talep edilebilen edim yükümlülükleri değildir. Bunlar yalnızca ihlal edildiği takdirde tazmini talep edilebilen koruma yükümlülükleridir. Bu nedenle iki farklı hukuki ilişkiden doğan borçların ifası birbiriyle ilişkilendirilemez. Kaldı ki sözleşme görüşmelerinin yapıldığı sırada, kısa zamanaşımına tabi olan alacağın kaynağı olan sözleşme henüz kurulmamış olup görüşmelerin sözleşmenin kurulmasıyla sonlanıp sonlanmayacağı da belli değildir. Daha bu aşamada söz konusu olan koruma yükümlülüklerinin ihlaline, sözleşme kurulduğu takdirde doğacak olan alacağın tabi olduğu zamanaşımını

³⁹⁶ BGH, NJW 1972, s. 97. Aynı yönde bkz. von MOOS, N. 384.

³⁹⁷ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 42. Ayrıca bkz. YALMAN, s. 121; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 142-143. Konuyu özel olarak yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından değil, genel olarak olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri bakımından ele alan ERGÜNE'ye göre, amaçlanan sözleşmenin yokluğu veya kesin hükümsüzlüğünden kaynaklanan sorumluluk hâllerinde, tazminat istemi yine on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olur. Zira sorumluluğun kaynağını oluşturan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, tarafların amaçladığı sözleşmeden bağımsız olarak kanun uyarınca doğar. Dürüstlük kuralı uyarınca meydana gelen sözleşme benzeri yasal borç ilişkisine ilişkin kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemesi nedeniyle her türlü borca aykırılığı kapsayan genel zamanaşımı süresine ilişkin hüküm bu durumda da uygulanır.

³⁹⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 42.

uygulamak kurulacak sözleşmenin etkilerinin, sözleşme öncesi aşamaya çekilmesi anlayışının benimsendiğini gösterir ki böyle bir anlayış ne hukuk mantığıyla ne de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kurulacak sözleşmeden bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşır³⁹⁹. Aynı şekilde, Alman hukukunda benimsenen çözüm, pratik açıdan haklı bir gerekçeye dayanmış olsa da dogmatik bir yanlışlık içermektedir. Kanundan (*ex lege*) doğan ve edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisini, zamanaşımı süresinin uzunluğu ileri sürülerek tarafların hüküm doğurmasını amaçladıkları sözleşmenin şartlarına tabi tutmak, yalnızca yıllar önce terk edilmiş “amaç sözleşme teorisi”⁴⁰⁰ çerçevesinde mümkündür. “Amaç sözleşme teorisi”ni reddederek yasal borç ilişkisinin bağımsız niteliğini öne çıkardıktan sonra, bu teoriye uygun sonuçlar benimsemek tutarsızdır⁴⁰¹.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından ne İsviçre Federal Mahkemesinin ve öğretinin bir kısmının kabul ettiği haksız fiil zamanaşımı süresinin ne de hâkim görüşün benimsediği genel zamanaşımı süresinin uygun olduğu ifade edilerek *de lege ferenda* bir öneri sunulmuştur. Bu görüşe göre, bir yıllık⁴⁰² haksız fiil zamanaşımı süresi çok kısadır. Zira sözleşme görüşmeleri yürüttüğü kimseden ve olası iş ortaklarından tazminat istemek zorunda kalan bir kimse, zararın giderilmesini hızlı bir biçimde istemek konusunda, hiç tanımadığı kimseden zarar gören bir kişiye nazaran daha ürkektir. Ayrıca genellikle, sözleşme öncesi zararın kapsamını belirlemek, sözleşme dışı zararın kapsamını belirlemekten daha zordur. Öte yandan kısa zamanaşımı süresinin yarattığı sakıncalar, zamanaşımı süresinin yalnızca temsil olunan tarafından sözleşmenin onanmadığı andan itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilerek hafifletilir. Ancak üçüncü kişi olur da önce yanlış kişiye dava açarsa, tazminat talebinin çok çabuk bir şekilde zamanaşımına uğrama riski söz konusu olur. Buna karşılık sözleşme hukukundaki on yıllık genel zamanaşımı süresi çok uzundur. Sözleşme hukuku kuralları daha uygun olmasına rağmen sözleşme öncesi sorumluluğun özel niteliği nedeniyle her iki çözüm de tam olarak tatmin edici değildir. Beş yıllık bir zamanaşımı süresi daha uygun olur. Bu nedenle *de lege ferenda* beş yıllık bir süre öngörülmelidir. Kambiyo senedinden bizzat sorumlu

³⁹⁹ DEMİRCİOĞLU, s. 278.

⁴⁰⁰ Amaç sözleşme teorisi hakkında bkz. YALMAN, s. 73-74; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 97-98; DEMİRCİOĞLU, s. 77 vd.; GEZDER, s. 65-66.

⁴⁰¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 143-144.

⁴⁰² Bu görüşün ifade edildiği 2014 yılında, OR Art. 60’taki kısa (nispi) zamanaşımı süresi bir yıl idi. Yazarların görüşlerini doğru bir biçimde aktarabilmek için 1 Ocak 2020’den itibaren üç yıl olan OR Art. 60’taki kısa (nispi) zamanaşımı süresini değil, o gün yürürlükte olan zamanaşımı süresini belirttik.

olan yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda olduğu gibi üç yıllık bir süre de düşünülebilir (OR Art. 998 ve OR Art. 1069)⁴⁰³.

b. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

Zamanaşımı bakımından son derece önemli olan bir konu, zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı andır. TBK m. 47 uyarınca ileri sürülecek tazminat isteminin tabi olduğu zamanaşımı süresinin başlangıcı, TBK m. 72 (OR Art. 60) ve TBK m. 147 (OR Art. 127) hükümlerine göre ayrı ayrı ele alınmalıdır.

aa. Haksız Fiil Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

TBK m. 72'ye göre kısa (nispi) zamanaşımı süresi, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesiyle işlemeye başlar⁴⁰⁴. Zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için üçüncü kişinin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenebilecek durumda olması yeterli olmayıp her ikisini de fiilen öğrenmesi gerekir⁴⁰⁵.

TBK m. 47 çerçevesinde zararın öğrenilmesi için temsil olunanın sözleşmeyi onamaması gerekir⁴⁰⁶. Dolayısıyla kısa (nispi) zamanaşımı süresi, temsil olunanın sözleşmeyi onamaması hâlinde işlemeye başlayabilir⁴⁰⁷. Başka bir deyişle zamanaşımı süresi en erken temsil olunanın sözleşmeyi onamadığı zaman başlayabilir⁴⁰⁸.

Kısa (nispi) zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı anı belirlemek bazı durumlarda zordur⁴⁰⁹. Özellikle temsil olunanın sessiz kalması hâlinde zamanaşımının başlangıcını

⁴⁰³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 45.

⁴⁰⁴ Bkz. ÇELİK Nazlı Hilal, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 72-75, 3. Bası, İstanbul 2019, m. 72, N. 21; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 9.19; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 72, N. 6.

⁴⁰⁵ Zamanaşımı süresinin başlangıcı belirlenirken zarar görenin "bilmesi gerektiği" (BGer 4C.234/1999 E. 5c/cc) veya "bilebilecek durumda olduğu" (BGE 111 II 55, S. 57 vd.; BGer 4C.182/2004 E. 5.2.1) gün değil, yalnızca fiilen bilme anı esas alınır (BGer 5A_563/2009 E. 4.1; BK-BREHM, Art. 60, N. 59). Başka bir deyişle zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenebilecek durumda olmak, zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasına yol açmaz (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 216. Ayrıca bkz. ERDEM Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 175-176; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 9.19, dn. 37). BGer 4C.135/2003 E. 4.2.1: "Zamanaşımı süresinin başlangıcı için belirleyici olan zarar görenin, durumun gerektirdiği özeni göstererek zararı ne zaman öğrenebileceği değil, yalnızca fiili bilgisidir." Ayrıca bkz. von MOOS, N. 387; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 40.

⁴⁰⁶ VIOLAND, s. 167; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 46; von MOOS, N. 387; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 40.

⁴⁰⁷ VIOLAND, s. 167; von MOOS, N. 387.

⁴⁰⁸ VIOLAND, s. 167.

⁴⁰⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 46; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 40. Haksız fiil zamanaşımının başlangıcını belirlemenin zor olmasının nedenlerinden birisi de sürenin işlemeye başlaması için zararın öğrenilmesi gerekliliğidir. Zarar, ancak uzun bilirkişi incelemeleri ve güç hesaplama yöntemlerinin ardından öğrenilebilir (KUTLU SUNGURBEY, s. 131-132; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 145, dn. 248).

belirlemek bir hayli zorlaşır⁴¹⁰. Ancak üçüncü kişi, TBK m. 46 f. 2 (OR Art. 38 Abs. 2) uyarınca temsil olunana bir süre vererek belirsizliği giderebilir. Temsil olunana süre verilmesi hâlinde zamanaşımı süresi, bu sürenin sonunda işlemeye başlar⁴¹¹. Temsil olunanın kendisine verilen süreye rağmen sessizliğini sürdürmesi, kural olarak sözleşmenin onanmaması anlamına geldiği için sürenin sonunda üçüncü kişi sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulur ve zamanaşımı süresi işlemeye başlar⁴¹². Örtülü onamama hâlinde ise zamanaşımı süresinin başlangıcı kesin olarak belirlenemez⁴¹³.

Öte yandan temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığı konusunda bir ihtilaf varsa dava açılması gerekecektir. Dava sonuçlanana kadar üçüncü kişinin TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilciye yönelteceği tazminat talebi hakkında belirsizlik olabilir. Bu nedenle zamanaşımı süresinin davanın sonuçlanmasından önce başlayıp başlamadığı şüphelidir⁴¹⁴. Aargau Kanton Mahkemesi 1932 yılında vermiş olduğu bir kararda, temsil olunanın, temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi yerine getirmeyi reddettiğinde, OR Art. 60'taki zamanaşımı süresinin henüz işlemeye başlamadığına hükmetmiştir⁴¹⁵. Temsil olunanın,

⁴¹⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 46; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 40. ZÄCH/KÜNZLER'e göre, şayet temsil olunan herhangi bir açıklamada bulunmazsa, zamanaşımı süresi, onama hakkının kullanılabilceği bir yıllık hak düşürücü sürenin bitiminden sonra başlar (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 46). Yazarların söz ettiği bir yıllık hak düşürücü süre, kanundan kaynaklanmayan, yalnızca yazarlar tarafından ileri sürülen bir süredir. Bu görüşe göre, kendisine üçüncü kişi tarafından süre verilmeyen temsil olunanın sözleşmeyi onama hakkı, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Bu görüş hakkında bkz. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 36, 42, 61. Bu görüşün, kanunda böyle bir hüküm yer almadığından hukuki dayanaktan yoksun olduğu yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 5. Kanunda yer almayan böyle bir hak düşürücü sürenin kanun boşluğunun doldurulması yöntemi ile kabul edilmesi için bir ihtiyaç bulunmadığı yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 410.

⁴¹¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 40.

⁴¹² Temsil olunanın, kendisine üçüncü kişi tarafından verilen süre içinde herhangi bir açıklamada bulunmaması, kural olarak sözleşmenin onanmadığı anlamına gelir. Başka bir deyişle verilen sürenin susarak geçirilmesi, onamama demektir (İNCEOĞLU, s. 408; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 4; KARASU, s. 343; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.05). Bununla birlikte verilen sürenin susarak geçirilmesinin istisna olarak sözleşmenin onanması olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, temsil olunanın sözleşmeyi onamadığını açıkça bildirmesinin dürüstlük kuralı uyarınca beklenebildiği durumlarda, örneğin temsilci, yetkisini çok küçük bir miktarda aşarak bir işlem yapmış ve bu durum kendisine bildirilen ve sözleşmeyi onaması istenen temsil olunan susmakla yetinmişse, üçüncü kişi açık bir ret cevabını beklemekte haklı olduğundan susma sözleşmeyi onama olarak yorumlanabilir (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 55; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 6. Aynı yönde bkz. KARASU, s. 343; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.05. Ayrıca bkz. BGE 124 III 355, 361; BGer 9C 495/2015, E. 5.2.6). Buna karşılık diğer bir görüş, bunun TBK m. 46'nın açık hükmüne aykırı olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, temsil olunanın, üçüncü kişinin davranışı ile cevap verme yükümlülüğü altına sokulması isabetli değildir. Üçüncü kişinin temsil olunana süre verirken cevap verilmediği takdirde bunu bir onama sayacağını ifade etmesi de bu sonucu değiştirmez (İNCEOĞLU, s. 409).

⁴¹³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 46. Örtülü onamama olarak yorumlanabilecek davranışlara örnek olarak temsil olunanın, üçüncü kişinin edimini reddetmesi veya kendi edimini yerine getirmeyeceğini açıklaması gösterilmektedir (İNCEOĞLU, s. 433).

⁴¹⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 40.

⁴¹⁵ OGer AG, VJS 1933, s. 33.

sözleşmeyi ifa etmeyi reddettiği anda temsilin sonuçlarının doğmadığı, başka bir deyişle sözleşmenin hüküm doğurmadığı henüz kesin değildi. Zira temsil yetkisi eksikliği nedeniyle temsilin sonuçlarının doğup doğmadığı konusunda bir ihtilaf mevcuttu. Bu nedenle OR Art. 60'taki zamanaşımı süresi, ancak üçüncü kişiye temsilin sonuçlarının gerçekleşmediğinin mahkeme tarafından tebliğ edildiği an işlemeye başlamıştır. Üçüncü kişi, ancak kendisine yapılan tebligat ile OR Art. 39 anlamında bir zarardan haberdar olmuştur⁴¹⁶.

Üçüncü kişi, temsil olunanın kimliğini bilmediği takdirde (ilgili için açık işlem), kıyas yoluyla uygulanacak TBK m. 46 f. 2 uyarınca temsileciye temsil olunanın kimliğini açıklaması için bir süre verebilir⁴¹⁷. Bu süre içinde temsil olunanın kimliği açıklanmazsa, üçüncü kişi sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulur ve bu sürenin sonunda zamanaşımı süresi işlemeye başlar⁴¹⁸.

TBK m. 72 uyarınca, on yıllık uzun (mutlak) zamanaşımı süresi, zarara neden olan fiilin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar⁴¹⁹. OR Art. 60 uyarınca ise on yıllık süre, zarara neden olan davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği günden itibaren işlemeye başlar⁴²⁰. Dolayısıyla TBK m. 47 çerçevesinde uzun (mutlak) zamanaşımı süresi, yetkisiz temsilci tarafından yapılan sözleşmenin kurulduğu an işlemeye başlar⁴²¹. Başka bir deyişle on yıllık sürenin başlangıcı, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulma anıdır. Uzun (mutlak) zamanaşımı süresi bakımından temsil olunanın sözleşmeyi onamama anının bir önemi yoktur⁴²². Aynı şekilde, zarara neden olan davranışın hemen mi yoksa daha sonra mı zarara yol açtığı da önemli değildir⁴²³. Öte yandan üçüncü kişi, temsil olunana TBK m. 46 f. 2 uyarınca süre vermiş ve temsil olunan da onama açıklamasını yetkisiz temsileciye yapmış olmasına karşın yetkisiz

⁴¹⁶ OGer AG, VJS 1933, s. 36 vd.; **VON MOOS**, N. 386. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığı konusunda bir uyumsuzluğun, üçüncü kişi bakımından dezavantajlı bir durum yaratmadığı, zira zararın ancak bu konunun netlik kazanmasıyla öğrenilebileceği ve böylece zamanaşımı süresinin de bu uyumsuzluğun neticelenmesiyle başlayacağı yönünde bkz. **VIOLAND**, s. 167. Aynı yönde bkz. **VON MOOS**, N. 387.

⁴¹⁷ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, II, F, 4, b, aa.

⁴¹⁸ **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 40.

⁴¹⁹ Bkz. **İŞ-ÇELİK**, m. 72, N. 35; **BAYSAL**, Haksız Fiil, N. 9.22; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 72, N. 15.

⁴²⁰ İsviçre'de kanun koyucu, zamanaşımı hukuku revizyonu kapsamında OR Art. 60'ta değişiklik yapmıştır. 15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun ile yapılan ve 1 Ocak 2020'de yürürlüğe giren değişiklik uyarınca OR Art. 60'ta uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin başlangıcı "zarara neden olan davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği gün" olarak değiştirilmiştir (Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts), Änderung vom 15. Juni 2018 (AS 2018, s. 5343). Değişiklikten önce bu sürenin başlangıcı "zarara neden olan fiilin gerçekleştiği gün" şeklindeydi.

⁴²¹ **VON MOOS**, N. 388; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 41.

⁴²² **VON MOOS**, N. 388.

⁴²³ **BGE** 127 III 257, 260; **BGE** 106 II 134; **İŞ-ÇELİK**, m. 72; N. 36; **BAYSAL**, Haksız Fiil, N. 9.23; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, N. 229.

temsilci bunu süresi içinde üçüncü kişiye iletmemiş olabilir⁴²⁴. Bu durumda bile zamanaşımının başlamasına neden olan olay, temsilcinin yetkisiz bir biçimde hareket etmesi olarak görülmelidir. Zira kanun koyucunun sorumluluğa sonuç bağladığı durum değişmemiş olup hâlâ temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesidir⁴²⁵. Dolayısıyla uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an değişmez.

bb. Genel Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

TBK m. 146 (OR Art. 127) hükmünde zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı ifade edilmemiştir. Bu hükümde yalnızca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacağın on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğradığı belirtilmektedir. Zamanaşımı süresinin başlangıcı, ayrı bir hükümde, TBK m. 149 (OR Art. 130) hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükmeye göre, zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar⁴²⁶. Öyle ki alacaklı, alacağın varlığını veya muaccel olduğunu bilmese bile zamanaşımı süresi işlemeye başlar⁴²⁷. Her alacak, kural olarak doğumu anında muaccel olur (TBK m. 90; OR Art. 75).

Zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin genel ilkeler çerçevesinde, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi, temsil olunanın, sözleşmeyi onamadığı andan itibaren işlemeye başlar⁴²⁸. Zamanaşımı süresinin başlangıç anı, sözleşmenin kesin olarak geçersiz hâle geldiği an olarak da ifade edilebilir⁴²⁹. Zira sözleşmenin onanmadığı ve böylece kesin olarak geçersiz hâle geldiği andan itibaren üçüncü kişinin TBK m. 47 uyarınca temsilciye karşı tazminat alacağı muaccel olur (TBK m. 90; OR Art. 75)⁴³⁰. Üçüncü kişi,

⁴²⁴ Üçüncü kişinin temsil olunana süre vermesi hâlinde onama açıklamasının mutlaka üçüncü kişiye karşı yapılması gerektiği kabul edilmektedir (**VON TUHR/PETER**, § 45 II; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 70; **VIOLAND**, s. 131; **İNCEOĞLU**, s. 388; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 59; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 7; **İŞ-NART**, m. 46, N. 16; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2936; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 5; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 88). Dolayısıyla onama açıklaması temsilciye karşı yapılamaz. Ancak temsilcinin, kendisine yapılmış olan onama açıklamasını, temsil olunanın habercisi olarak hareket ederek süresi içinde üçüncü kişiye iletmesi hâlinde bu da yeterli olur (**KUTLU SUNGURBEY**, s. 71; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 59; **İNCEOĞLU**, s. 389; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 7; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2936; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 5). Yetkisiz temsilcinin, temsil olunanın habercisi olarak da onama açıklamasını üçüncü kişiye iletemeyeceği yönünde bkz. **VIOLAND**, s. 134. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **İNCEOĞLU**, s. 389.

⁴²⁵ **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 41.

⁴²⁶ Bkz. **ERDEM**, s. 162; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1926 vd.; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 149-150, N. 1-2.

⁴²⁷ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 145; **ERDEM**, s. 163; **AYAN**, Zamanaşımı, s. 30; **VON MOOS**, N. 389; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1933; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 149-150, N. 3.

⁴²⁸ **AKYOL**, s. 555; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 147; **İNCEOĞLU**, s. 468; **VON MOOS**, N. 389.

⁴²⁹ **İNCEOĞLU**, s. 468; **AYBAY**, s. 166. Sözleşmenin hüküm doğurması için ek unsurlara ihtiyaç duyulan noksanlık hâllerinde zamanaşımı süresi, tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceğinin kesinleştiği andan itibaren başlar. Zira noksanlık hâlinde sözleşme askıda hükümsüzdür ve sözleşmenin hüküm doğurup doğurmayacağı eksik kalan unsurun tamamlanmasına bağlıdır (**ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 147).

⁴³⁰ **VON MOOS**, N. 389.

sözleşmeyi onaması için temsil olunana TBK m. 46 f. 2 (OR Art. 38 Abs. 2) uyarınca bir süre vermişse, temsil olunanın verilen süre içinde onamadığını açık bir şekilde açıklaması hâlinde bu andan itibaren; onamamaya ilişkin açık bir açıklama yoksa, verilen sürenin dolmasından itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar⁴³¹. Bu doğrultuda zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması bakımından temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığının tartışmalı olup olmaması önemli değildir⁴³².

3. Yardımcı Kişilerden Sorumluluk

Yetkisiz temsilcinin yardımcı kişi kullanması hâlinde onun yardımcı kişilerden sorumluluğunun hangi hükümlere tabi olduğu, bu durumda bağımsız sorumluluk normu (*eigenständige Haftungsnorm*) olan TBK m. 66 (OR Art. 55) hükmünün mü yoksa isnadiyet normu (*Zurechnungsnorm*) olan TBK m. 116 (OR Art. 101) hükmünün mü uygulanacağı açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer sorundur⁴³³. Bu sorunun çözümünde belirleyici olan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna sözleşme hukuku hükümlerinin mi yoksa haksız fiil hukuku hükümlerinin mi uygulanacağıdır. Buna göre yardımcı kişilerden sorumluluk, haksız fiil hükümlerinin uygulanması hâlinde TBK m. 66'ya tabi olurken sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması hâlinde ise TBK m. 116'ya tabi olur⁴³⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna OR Art. 101 (TBK m. 116) hükmünün uygulanmasını kabul etmektedir⁴³⁵. Öğretide hâkim görüş de sözleşme hukukuna ait bir isnadiyet normu olan TBK m. 116'nın uygulanması gerektiği yönündedir⁴³⁶. Böylece TBK m. 116, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk için de geçerlidir⁴³⁷. Dolayısıyla yetkisiz temsilci, yardımcı kişilerden TBK m. 116'ya göre sorumludur. Kanaatimizce bu çözüm yerindedir.

⁴³¹ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 147; **İNCEOĞLU**, s. 468; **AYBAY**, s. 166.

⁴³² **VON MOOS**, N. 389.

⁴³³ **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 56; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 43.

⁴³⁴ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 135 vd.; **VIOLAND**, s. 171-172; **ŞENOCAK** Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 267; **YALMAN**, s. 109; **DEMİRCİOĞLU**, s. 271; **GEZDER**, s. 211; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 131; **İNCEOĞLU**, s. 468.

⁴³⁵ BGE 108 II 419, 422.

⁴³⁶ **BK-KRAMER/SCHMIDLIN**, Allg. Einl., N. 141; **BUCHER**, s. 288; **ŞENOCAK**, s. 274; **YALMAN**, s. 113; **DEMİRCİOĞLU**, s. 274; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 131; **GEZDER**, s. 213; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 56-57; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 43; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 48.04; **AYBAY**, s. 166. TBK m. 66'nın kurtuluş kanıtı imkânı sunması nedeniyle kıyas yoluyla uygulanmasının uygun olmadığı yönünde bkz. **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 56.

⁴³⁷ **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 43.

TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi, borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden veya ifa faaliyetlerinde yer alan kişidir⁴³⁸. Yetkisiz temsilcinin, yardımcı kişilerden sorumlu tutulabilmesi için yardımcı kişi ile arasında en azından isnadiyeti haklı kılacak kadar olayla ilgili bir yakınlığın bulunması gerekir⁴³⁹. Yardımcı kişiler, kural olarak temsilci olarak hareket etmeyen, yani kendi iradelerini açıklamayıp iş sahibinin irade açıklamasını ileten veya onun maddi fiillerini yerine getiren haberci, tercüman, aracı veya noter gibi kişilerdir⁴⁴⁰. Bu durumda bağımsız hareket eden ve kendi iradesini açıklayan bir temsilci yerine bağımlı ve yalnızca iş sahibinin iradesini ileten bir yardımcı kişi bulunmaktadır. Yetkisiz temsilcinin sözleşme görüşmelerinde bu tip klasik yardımcı kişilerden birini kullanması hâlinde onun sorumluluğu doğabilir. Bunun yanı sıra yalnızca sözleşme görüşmelerinin yapıldığı, ancak sözleşmenin kurulmamış olduğu durumda da yardımcı kişilerden sorumluluk söz konusu olabilir. Buna aracı simsarın faaliyeti örnek verilebilir. Bu durumda TBK m. 40 vd. hükümlerinin uygulanabileceği bir sözleşme kurulmamış, yalnızca sözleşme görüşmeleri yapılmıştır⁴⁴¹.

4. Kusurun İspatlanması

TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluk, kusurdan bağımsız olduğu için bu sorumluluk bakımından kusurun ispatlanması sorunu ortaya çıkmaz⁴⁴². Ancak TBK m. 47 f. 2'ye göre sorumluluğun ağırlaşmasına yol açan temsilcinin kusurunun üçüncü kişi tarafından ispatlanmasının gerekip gerekmediği veya sözleşme sorumluluğunun genel ilkeleri uyarınca kusur karinesinin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁴³.

Haksız fiil hukuku hükümlerinin uygulanması hâlinde üçüncü kişi, temsilcinin kusurlu olduğunu ispatlamakla yükümlüdür (TMK m. 6; ZGB Art. 8)⁴⁴⁴. Sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması hâlinde ise temsilcinin kusurlu olduğu karine olarak kabul

⁴³⁸ ŞENOCAK, s. 104; ANTALYA O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: ANTALYA O. Gökhan), Cilt V/1, 3, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçların İfası - Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, N. 1817; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 23.04.

⁴³⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 43.

⁴⁴⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 56; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 43.

⁴⁴¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 56.

⁴⁴² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 130, dn. 192; İNCEOĞLU, s. 468; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45; AYBAY, s. 164.

⁴⁴³ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45. Karş. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 49.

⁴⁴⁴ KUTLU SUNGURBEY, s. 126; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 49.

edildiğinden onun sorumluluktan kurtulmak için kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispatlaması gerekir (TBK m. 112; OR Art. 97 Abs. 1)⁴⁴⁵.

Öğretide hâkim görüş, temsilcinin kusurunun üçüncü kişi tarafından ispatlanması gerektiği yönündedir⁴⁴⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından güven sorumluluğu ile *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin geliştirilen kurallara uyulursa, *culpa in contrahendo* sorumluluğunda temsilcinin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir⁴⁴⁷. Dolayısıyla üçüncü kişi, temsilcinin kusurlu olduğunu ispatlamakla yükümlü değildir. TBK m. 112 (OR Art. 97 Abs. 1) hükmünün kıyas yoluyla uygulanması, sorumluluktan kurtulmak isteyen temsilciye kusursuzluk kanıtı getirme imkânı verir⁴⁴⁸. İlk bakışta bu çözüm, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk bakımından da uygun görünmektedir⁴⁴⁹. Zira temsilcinin kusuru, onun temsil yetkisi eksikliğini bilmesine dairdir ve temsilciye ait böyle bir içsel olgunun üçüncü kişi tarafından ispatlanması pek beklenemez⁴⁵⁰. İspat yükünün üçüncü kişiye yüklenmesi hâlinde onun temsilciye ait içsel bir olguyu, yani temsilcinin yetki eksikliğini bildiğini ispatlaması gerekir ki bu son derece zordur. Ancak şu gözden kaçırılmamalıdır: Şayet üçüncü kişiden temsilcinin kusurunu ispatlaması bekleniyorsa, üçüncü kişi temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğini (müspet vukuf) ispatlamak zorunda değildir⁴⁵¹. Zira TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumluluk için temsilcinin ihmali nedeniyle yetkisiz hareket ettiğinin ispatlanması yeterlidir⁴⁵². Başka bir deyişle üçüncü kişinin, temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğine ilişkin (dışsal)

⁴⁴⁵ VIOLAND, s. 169; KUTLU SUNGURBEY, s. 126; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 49.

⁴⁴⁶ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 9; VIOLAND, s. 169 vd.; LOSER, N. 582; AKYOL, s. 553; İNCEOĞLU, s. 468; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 54; İŞ-NART, m. 47, N. 15; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 8; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45; AYBAY, s. 164; AYDOĞDU/NART, s. 148, 158; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 11. Aksi yönde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 126; WALTER Hans Peter, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter), Bern 2012, Art. 8, N. 519; TİFTİK/ŞEN, s. 2660-2661; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 27; EREN, BH GH, N. 1425; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 4. ZÄCH/KÜNZLER'in argümanlarının dikkate almaya değer olduğu ancak ikna edici olmadığı yönünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421.

⁴⁴⁷ BGE 112 II 172, 180: "Sözleşme veya sözleşme benzeri niteliğindeki hukuki ilişkilerden kaynaklanan tazminat davalarında, OR Art. 97 Abs. 1 uyarınca kusurun olduğu karine olarak kabul edilir." Ayrıca bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁴⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 48.06.

⁴⁴⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁵⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 51; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁵¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45. Ayrıca bkz. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 51.

⁴⁵² BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 51; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45. Ayrıca bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213, dn. 225; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 29.

olguları ispatlaması yeterlidir⁴⁵³. Kaldı ki üçüncü kişi bunu ispatlayamasa bile birinci fıkra (TBK m. 47 f. 1; OR Art. 39 Abs. 1) kapsamında olumsuz zarar ölçüsünde korunmaya devam eder⁴⁵⁴.

Temsil yetkisinin verilme şekli, TBK m. 112'nin kıyas yoluyla uygulanacağı düşüncesine yol açabilir. Yetkilendirme işleminin yegâne muhatabı temsilcidir ve üçüncü kişi bu hukuki işlemin hiçbir şekilde bir parçası değildir⁴⁵⁵. Dolayısıyla temsil yetkisine daha yakın olan kişi temsilcidir. Kaldı ki temsilci ile temsil olunan arasında genellikle temel bir ilişki bulunduğu için temsilcinin temsil yetkisinin varlığına ilişkin gerekli bilgileri üçüncü kişiden çok daha önce elde edebilmesi mümkündür⁴⁵⁶. Bu nedenle üçüncü kişiyi temsilcinin kusurunu ispatla yükümlü tutmamak gerektiği düşünülebilir. Ancak şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir: Bu tür durumlar ispatlandığı takdirde temsilcinin ihmalinin olduğu kabul edilir. Temsil yetkisinin mevcut olup olmadığını kolayca denetleme imkânına sahip olmasına karşın bunu yapmayan temsilcinin ihmali söz konusudur⁴⁵⁷.

OR Art. 39 (TBK m. 47) hükmünün yapısı da ispat yükünün üçüncü kişiye ait olduğunu gösterir⁴⁵⁸. OR Art. 39'un kademeli yapısı, OR Art. 97 Abs. 1'in kıyas yoluyla uygulanmasını engeller⁴⁵⁹. Zira kanun koyucu, OR Art. 39'u sözleşme hukuku ile bağdaşmayacak biçimde düzenlemiştir⁴⁶⁰. Hükmün birinci fıkrasında kusur gerekliliğine yer verilmemiştir⁴⁶¹. Böylece kusursuz sorumluluk, hükümde temel hukuki olgu olarak düzenlenmiştir⁴⁶². Temsilcinin kusurlu olması hâlinde ise daha fazla tazminata hükmedileceği hükmün ikinci fıkrasında belirtilerek kusura dayanan sorumluluğun nitelikli hukuki olgu olarak düzenlendiği görülmektedir⁴⁶³. Dolayısıyla hükümde kusursuz sorumluluğun temel unsur

⁴⁵³ KOLLER, Glaube, N. 399; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213, dn. 225; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 51. Ayrıca bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 178; İNCEOĞLU, s. 476; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 29.

⁴⁵⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1343; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 32.

⁴⁵⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 52.

⁴⁵⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 52.

⁴⁵⁸ VIOLAND, s. 169; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁵⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁶⁰ VIOLAND, s. 169. Sözleşme hukukunda, sözleşmenin ihlal edilmesi hâlinde borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir. Şayet borçlu kusurlu değilse, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispatlaması gerekir. OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluk, sözleşme benzeri bir sorumluluk olarak nitelendirilirse, temsilci kural olarak ikinci fıkra ile ifade edilen diğer zararlardan sorumlu olur. Kusursuz olduğunu ispat etmesi hâlinde ise yetkisiz temsilci, istisnai olarak sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararlardan sorumlu olur (VIOLAND, s. 169).

⁴⁶¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁶² KOLLER, Glaube, N. 371; VIOLAND, s. 169.

⁴⁶³ KOLLER, Glaube, N. 371; VIOLAND, s. 169.

olduğu, kusur sorumluluğunun ise nitelikli unsur olduğu kademeli bir yapı mevcuttur. Bu yapı, ispat yükü bakımından haksız fiil hukuku ile bağdaşmaktadır: Zarar gören kişinin, zararı, temsilcinin yetki iddiasının hukuka aykırılığını ve nedensellik bağıını ortaya koyması gerekir. Şayet zarar gören, temsilcinin kusurlu olduğunu da ispat ederse, hâkim daha fazla tazminata hükmedebilir⁴⁶⁴. Buna karşılık diğer bir görüş, hükmün yapısından ispat yükü dağılımına ilişkin bir sonuca varılamayacağı yönündedir⁴⁶⁵. Bu görüşe göre, OR Art. 39'un tarihî gelişimi, hükmün yapısının büyük bir anlam ifade etmediğini göstermektedir: OR Art. 39 Abs. 1, büyük ölçüde yalnızca olumsuz zararın tazminini düzenleyen aOR Art. 48'e karşılık gelmektedir⁴⁶⁶. aOR Art. 48'in hâlihazırda yürürlükte olan OR'a dahil edilmesi, kanunun uygulanmasının sürekliliğini sağlamasından ötürü anlamlıdır. OR meydana getirildiğinde, kusura dayalı sorumluluk sınıflandırması kanuna yeni dahil edilmiş ve OR Art. 39 Abs. 2'de düzenlenmiştir. Bu nedenle hükmün birinci fıkrası (OR Art. 39 Abs. 1) temel hukuki olgu olmaktan ziyade kanunda ilk önce düzenlenmiş bir hukuki olgu olarak görünmektedir. Öte yandan aOR Art. 49'un, hükme üçüncü fıkra (OR Art. 39 Abs. 3) olarak dahil edilmesi mevcut yapıyı destekler niteliktedir: Böylece sorumluluk artacak şekilde tasarlanmıştır. Birinci fıkroda yalnızca olumsuz zararın tazmini, ikinci fıkroda diğer zararların tazmini ve üçüncü fıkroda sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan diğer talepler düzenlenmiştir. Bu nedenle OR Art. 39'un yapısının tek başına ispat yükünün dağılımını gösterdiğini söylemek doğru olmaz⁴⁶⁷.

Kanun metni de kusurun üçüncü kişi tarafından ispatlanması gerektiğini göstermektedir⁴⁶⁸. OR Art. 39'un lâfzından yola çıkan bu görüşe göre, hükmün ikinci fıkrasının ifadesi, TBK m. 112 (OR Art. 97 Abs. 1) hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasının önüne geçer⁴⁶⁹. OR Art. 39 Abs. 2'nin ifadesi, kusurun üçüncü kişi tarafından ispatlanması gerektiğini açıkça göstermektedir⁴⁷⁰. İkinci fıkroda yer alan "*Bei Verschulden*" (kusur hâlinde) deyişi, "*wenn Verschulden vorliegt*" (şayet kusur varsa) deyişinden başka bir anlam ifade etmez. Bu deyişle, birinci fıkraya nazaran ispatlanması gereken ek bir unsur olduğu anlatılmıştır. Dolayısıyla bu hükümde bir karine olduğu sonucuna varılamaz⁴⁷¹. Kaldı ki davacı üçüncü

⁴⁶⁴ VIOLAND, s. 169-170.

⁴⁶⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 53.

⁴⁶⁶ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 5.

⁴⁶⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 53.

⁴⁶⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 54; İŞ-NART, m. 47, N. 15; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45; AYDOĞDU/NART, s. 148.

⁴⁶⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45.

⁴⁷⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 54.

⁴⁷¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 45. Karş. OR Art. 97 Abs. 1: "... soweit er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle." (... kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe ...).

kişinin TMK m. 6 (ZGB Art. 8) uyarınca hakkını dayandırdığı olgulardan biri olan temsilcinin kusurunu ispatlamak zorunda olmaması veya davalı temsilcinin kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesinin gerekmesi, hukukçu olmayan bir kimse tarafından anlaşılması son derece güç bir durumdur⁴⁷². Şayet TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) hükmü, temel hüküm olan TBK m. 112 (OR Art. 97 Abs. 1) örnek alınarak şu şekilde ifade edilseydi kusur karinesi ile kusursuzluk kanıtının mevcut olduğu sonucuna varılabilirdi: “Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, temsilci kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, daha fazla tazminata hükmedebilir.”⁴⁷³

Biz de yukarıda belirtilen nedenlerle hâkim görüşe katılıyoruz. TBK m. 47 f. 2 hükmü, TBK m. 112 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasına elverişli değildir. Dolayısıyla TBK m. 47 f. 2 uyarınca yetkisiz temsilcinin kusurunu ispat yükü, üçüncü kişiye aittir. Bu durum, TBK m. 47 ve kaynak OR Art. 39’un yapısından ve lafzından kaynaklanmaktadır⁴⁷⁴. Nitekim kanun koyucunun açıkça düzenlediği *culpa in contrahendo* sorumluluklarında ispat yükü dağılımı genel olarak değil, ilgili hükme göre belirlenir⁴⁷⁵. Özel bir düzenleme olmasaydı tüm *culpa in contrahendo* sorumluluklarında olduğu gibi (elbette sözleşme hukuku hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasının benimsenmesi kaydıyla) TBK m. 112’nin kıyas yoluyla uygulanabilmesi mümkün olurdu. Nasıl ki kanun koyucu TBK m. 47 f. 1’de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun temel ilkesi olan kusur ilkesinden sapmışsa, ispat yükü dağılımı bakımından da farklı bir esası belirleyebilir. Sonuçta kanun koyucunun yine bir istisna öngördüğü ve ispat yükünü bu şekilde düzenlediği hükmün yapısından ve lafzından anlaşılmaktadır.

⁴⁷² BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 54.

⁴⁷³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 54: “Der Richter kann, wo es der Billigkeit entspricht, auf Ersatz weiteren Schadens erkennen, sofern der Vertreter nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.”. TBK m. 47 f. 2’nin ifadesine daha benzer bir ifade de tercih edilebilir: “Hakkaniyet gerektiriyorsa, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.”

⁴⁷⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 48.

⁴⁷⁵ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl., N. 141.

İKİNCİ BÖLÜM

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

TBK m. 47 (OR Art. 39) hükmü, TBK m. 46 (OR Art. 38) hükmünün devamı niteliğindedir ve yetkisiz temsilci tarafından yapılan hukuki işlemin onanmaması hâlinde ne olacağını düzenlemektedir⁴⁷⁶. Bu hükümde yetkisiz temsilcinin tazminat sorumluluğu öngörülmüştür⁴⁷⁷ ve iki hukuki olgu düzenlenmiştir: hukuki sonucu olumsuz zararın tazmini olan temel olgu (f. 1) ve hukuki sonucu olumlu zararın tazmini olan nitelikli olgu (f. 2)⁴⁷⁸.

TBK m. 47 f. 1’de yetkisiz temsilcinin, “işlemin geçersiz olmasından doğan zarar”dan sorumluluğu öngörülmüştür. Bu sorumluluğun unsurlarını “temel unsurlar” olarak ifade edebiliriz ve temel unsurlar şunlardır:

- (1) Temsilcinin, temsil olunan adına bir hukuki işlem yapması gerekir.
- (2) Temsilcinin yetkisiz olması gerekir.
- (3) Temsil olunanın, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemi onamaması gerekir.
- (4) Üçüncü kişinin zarara uğramış olması gerekir.
- (5) Yetkisiz temsilcinin davranışı ile sözleşmenin geçersizliği yüzünden meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.
- (6) Üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir.

Bu unsurların mevcut olması hâlinde, temsilcinin kusuru olmasa bile onun “işlemin geçersiz olmasından doğan zarar”dan sorumluluğu söz konusu olur. Dolayısıyla TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluk için temsilcinin kusuru gerekli değildir. Başka bir deyişle temsilcinin kusuru, temel unsurlar arasında yer almaz.

⁴⁷⁶ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 1.

⁴⁷⁷ KOLLER, Glaube, N. 371; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 1; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.07.

⁴⁷⁸ KOLLER, Glaube, N. 371.

TBK m. 47 f. 2’de ise yetkisiz temsilcinin, “diğer zararlar”dan sorumluluğu öngörölmüştür. Bu zararlardan sorumluluk için yukarıdaki temel unsurlara ek olarak iki unsur daha gereklidir. “Nitelikli unsurlar” olarak ifade edilen bu unsurlar şunlardır: (1) temsilcinin kusuru ve (2) hakkaniyetin gerektirmesi.

Böylece TBK m. 47 f. 1-2 uyarınca sorumluluğun unsurlarını “temel unsurlar” ve “nitelikli unsurlar” olarak ikiye ayırmak gerekir⁴⁷⁹. Buna karşılık öğretide bu ayırım şu şekilde eleştirilmiş ve farklı bir görüş ileri sürölmüştür: Öğretideki hâkim görüş⁴⁸⁰ her ne kadar TBK m. 47 f. 1 ve 2’de iki bağımsız sorumluluk unsurunun düzenlenmiş olduğunu kabul etse de bu doğru değildir. TBK m. 47 (OR Art. 39) hükmünün sistematüğinden bu normda yalnızca tek bir sorumluluk unsurunun düzenlendiğı anlaşılmaktadır. Bu sorumluluk unsuru da birinci fıkrada düzenlenmiştir. Sorumluluğun hukuki sonuçları ise hem birinci fıkrada hem de ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Nitekim Alman hukukundaki hükmün (BGB § 179) yapısı da benzer şekildedir. Dolayısıyla kanun koyucu, OR Art. 39’u oluştururken büyük ihtimalle BGB § 179’dan esinlenmiştir. Ancak bu yaklaşımın, hâkim görüşe nazaran pratik bir önemi yoktur⁴⁸¹. Belirttiğimiz ayrımı reddeden bu görüş, kanunun lafzına göre sorumluluğun iki unsuru olduğunu ileri sürmektedir: (1) Temsil yoluyla yapılan bir sözleşme söz konusu olduğunda, temsilin sonuçlarının temsil yetkisi eksikliği nedeniyle gerçekleşmemiş olması gerekir. Bu unsur, birinci fıkradaki “temsil olunanın açık veya örtölü olarak” yetkisiz olarak yapılan “hukuki işlemi onamaması” ifadesinden anlaşılmaktadır. (2) Üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir. Bu unsur ise yine birinci fıkradaki üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğı veya bilmesi gerektiğı takdirde sorumluluğun doğmayacağı ifadesinden anlaşılmaktadır⁴⁸². Kanunun lafzına göre sorumluluğun ek bir unsuru yoktur⁴⁸³. Ancak kanunun lafzında açıkça ifade edilmemiş olsa bile nedensellik bağı da sorumluluğun doğması için gereklidir⁴⁸⁴.

Biz, TBK m. 47’de düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun unsurlarını “temel unsurlar” ve “nitelikli unsurlar” ayrımı çerçevesinde inceleyeceğiz.

⁴⁷⁹ Aynı yönde bkz. **KOLLER**, Glaube, N. 371; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 7 vd., 26 vd.; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 12 vd., 28 vd.

⁴⁸⁰ Bkz. **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 7 vd., 26 vd., 58 vd.; **BSK OR I-WATTER**, Art. 39, N. 2 vd., 8 vd.; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 10; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 4 vd., 10 vd.

⁴⁸¹ **von MOOS**, N. 42.

⁴⁸² **von MOOS**, N. 43. Ayrıca bkz. ve karşı. **KOLLER**, Glaube, N. 373 vd.

⁴⁸³ **von MOOS**, N. 43.

⁴⁸⁴ **von MOOS**, N. 46.

II. TEMEL UNSURLAR

A. BAŞKASI ADINA HUKUKİ İŞLEM YAPILMASI

1. Genel Olarak

Bir kimsenin TBK m. 47 (OR Art. 39) uyarınca sorumlu tutulabilmesi için ilk olarak onun başkası adına, yani temsilci olarak hareket ederek bir hukuki işlem yapmış olması gerekir⁴⁸⁵. Böylece sorumluluğun birinci unsuru, temsil yoluyla bir hukuki işlem yapılmasıdır. TBK m. 47’de bu unsurdan açıkça bahsedilmemiştir. Bunun nedeni, TBK m. 47’nin doğrudan TBK m. 46 (OR Art. 38) hükmündeki olguları takip etmiş olmasıdır⁴⁸⁶. Nitekim TBK m. 46’da açıkça “temsilci olarak bir hukuki işlem yapılması”ndan söz edilmektedir⁴⁸⁷.

Bu unsuru başkası adına hareket edilmesi ve hukuki işlem yapılması olmak üzere ikiye ayırarak ele alacağız.

2. Başkası Adına Hareket Edilmesi

Bir kimse bir başkasıyla hukuki ilişkiye girerken kendi adına hareket edebileceği gibi başkası adına da hareket edebilir⁴⁸⁸. Başkası yani temsil olunan adına hareket edilmesi, temsilci olarak hareket edilmesi anlamına gelir⁴⁸⁹. Zira TBK m. 40 f. 1 (OR Art. 32 Abs. 1) uyarınca temsilin temel unsuru, temsilcinin başkası yani temsil olunan adına hareket etmesidir⁴⁹⁰. TBK m. 46’da açıkça “temsilci olarak” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla sorumluluğun birinci adımı, temsilci olarak yani başkası adına hareket etmektir.

⁴⁸⁵ **ESENER** Turhan, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1-40), Ankara 1969, s. 282; **AKYOL**, s. 519; **İNCEOĞLU**, s. 439; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 7; **TİFTİK/ŞEN**, s. 2651; **HELVACI/KARASU**, s. 199; **İŞ-NART**, m. 47, N. 4; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 12; **AYBAY**, s. 145-146; **AYDOĞDU/NART**, s. 144; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 4.

⁴⁸⁶ **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 12.

⁴⁸⁷ Yetkisiz temsil, TBK m. 46-47 (OR Art. 38-39) hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 46’nın kenar başlığı “*Onama hâlinde*” iken TBK m. 47’nin kenar başlığı “*Onamama hâlinde*”dir. TBK m. 46 f. 1’de “*Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.*” hükmü yer almaktadır. Onamama hâlinde ne olacağı ise TBK m. 47’de düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK m. 47’nin TBK m. 46’daki olguları takip ettiği açıktır. TBK m. 46’da “temsilci olarak bir hukuki işlem yapılması”ndan söz edildiğine göre, bu unsurun TBK m. 47’deki sorumluluk bakımından da geçerli olduğu kuşkusuzdur. Öyleyse TBK m. 47’nin uygulanması için her şeyden önce bir temsil durumu söz konusu olmalıdır.

⁴⁸⁸ Bir kimsenin kendi fiilleriyle kendi adına ve kendi hesabına hukuki işlem yapması temel kural iken bir kimsenin bir başkasını temsil vasıtasıyla hak sahibi kılması ve sorumluluk altına sokması bu temel kuralın istisnasıdır (**TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 376, 381).

⁴⁸⁹ **ZK-KLEIN**, Art. 32, N. 46; **EREN**, BH GH, N. 1346; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 40, N. 30.

⁴⁹⁰ **ZK-KLEIN**, Art. 32, N. 46.

Bir kimse başkası adına değil de kendi adına hareket ederse temsilci olarak nitelendirilemez⁴⁹¹ ve TBK m. 47 uyarınca sorumlu olmaz⁴⁹². Kendi adına hareket ederek bir sözleşme yapan kimse, tarafı olduğu sözleşmeden doğan borcu ifa etmekle yükümlüdür⁴⁹³. Oysa bu kimse başkası adına hareket ederse, kendisinden temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yerine getirilmesi istenemez, ancak diğer unsurlar da mevcutsa TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulabilir⁴⁹⁴. Dolayısıyla kimin adına hareket edildiği hem kurulan sözleşmenin ifası hem de TBK m. 47'deki sorumluluk bakımından önemlidir. Başka bir deyişle üçüncü kişinin talepleri bakımından da belirleyicidir.

Başkası adına hareket eden kimse, aslında mevcut olmayan bir kimse adına hareket etmiş de olabilir. Diğer bir ifadeyle temsilci, kendi adına hareket etmeyip başkası adına hareket eder, ancak adına hareket ettiği kişi aslında mevcut değildir⁴⁹⁵. Bu durumda yetkisiz temsilcinin sorumlu olup olmayacağı sorunu ortaya çıkar. Bizim de katıldığımız hâkim görüş, TBK m. 47'nin mevcut olmayan bir kimse adına hareket edilmesi hâlinde de kıyas yoluyla uygulanacağı yönündedir⁴⁹⁶. Bu kişinin hiç var olmamış olması ya da bir zamanlar var olup da sözleşmenin yapıldığı sırada varlığının sona ermiş olması önemli değildir⁴⁹⁷. Buna karşılık öğretilerde bu durumda kıyas yoluyla TBK m. 47 yerine doğrudan TBK m. 49 vd. (OR Art. 41 vd.) hükümlerinin uygulanması gerektiği, böylece temsilcinin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmiştir⁴⁹⁸. Bu görüş, ilk olarak, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasıyla TBK m. 47 f. 1'deki kusursuz yetkisiz temsilciyi olumsuz zarardan sorumlu tutma sonucuna varılamayacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir⁴⁹⁹. Bir diğer eleştiri de şudur: Haksız fiil hükümlerinin uygulanması hâlinde, mevcut olmayan bir kimse adına hareket eden temsilcinin

⁴⁹¹ Temsilci olarak nitelendirmenin gereklerinden biri, başkası adına hareket etmektir (AKYOL, s. 155; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 46). Temsilin genel unsuru olarak nitelendirilen başkası adına hareket etme, Fransız hukukunda “temsilci niteliğinin kazanılması” olarak adlandırılmaktadır (TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 395).

⁴⁹² ESENER, BH, s. 282; İNCEOĞLU, s. 439.

⁴⁹³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 7; EREN, BH GH, N. 1346; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 30.

⁴⁹⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 7.

⁴⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 82 vd.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 38-39, N. 1.

⁴⁹⁶ BGE 46 II 411 vd.; BGE 51 II 212, 219; LANDTWING, s. 61; BK-BECKER, Art. 39, N. 7; von BÜREN, s. 163, dn. 152; KIESEL, s. 103; von TUHR/PETER, § 45 III; KUTLU SUNGURBEY, s. 25; KOLLER, Glaube, N. 417; AKYOL, s. 524; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, N. 9; TİFTİK/ŞEN, s. 2651; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 12. Ticaret hukukundan kaynaklanan istisnalar için bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 198 vd.; İNCEOĞLU, s. 84 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, N. 9.

⁴⁹⁷ KOLLER, Glaube, N. 417.

⁴⁹⁸ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 22. Açıkça belirtmiş olmasalar da yazarların bu durumda genel bir *culpa in contrahendo* sorumluluğunu kabul ettiklerinin anlaşıldığı yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 83-84.

⁴⁹⁹ KUTLU SUNGURBEY, s. 25.

sorumlu tutulabilmesi, üçüncü kişinin, diğer unsurların yanı sıra temsilcinin hukuka aykırı ile kusurlu davrandığını ispatlamasına bağlıdır. Aksi takdirde sorumluluk doğmaz. Ne var ki böyle bir sonuç yerinde değildir. TBK m. 47 hükmü, üçüncü kişinin korunmasına hizmet etmektedir. Üçüncü kişi için önemli olan tek şey, karşısında bir muhatap bulabilmektir. Kaldı ki mevcut olmayan bir kimsenin temsilcisini, mevcut olan bir kişinin yetkisiz temsilcisinden farklı (daha iyi) bir konuma getirmek için hiçbir neden yoktur⁵⁰⁰. Bu yorumun hükmün lafzıyla bağdaşmadığı⁵⁰¹, ancak amaçsal yorumla bu gibi durumların da hükmün kapsamına dahil edilmesinin isabetli olacağı belirtilmiştir⁵⁰².

Başkası “hesabına” hareket edilmiş olması, başkası adına hareket edilmiş olduğu anlamına gelmez. Bir kimse, kendi adına ve başkası hesabına hareket etmiş olabilir. Dolaylı temsilde durum böyledir⁵⁰³. Bu durumda üçüncü kişiyle hukuki işlem yapan kişi, yani dolaylı temsilci, başkası hesabına hareket etmiş olsa da kendi adına hareket etmiş olduğundan TBK m. 47 uyarınca sorumluluk doğmaz. Başkası hesabına hareket edilmiş olması, sorumluluğun doğması için yeterli değildir. Dolaylı temsilin söz konusu olduğu durumlarda TBK m. 47 hükmü uygulanmaz⁵⁰⁴.

Her ne kadar sorumluluğun temelinde üçüncü kişinin temsil yetkisine duyduğu güven yer alsa da bu nitelikli bir güven değildir⁵⁰⁵. Bu nedenle TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk için başkası adına yani temsilci olarak hareket eden kimsenin, üçüncü kişiyi yetkili olduğu konusunda aldatması gerekmez⁵⁰⁶. Başkası adına hareket etmek yeterlidir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 38-39, N. 1.

⁵⁰¹ OR Art. 39 Abs. 1’de “Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt (...)” (onama açıkça veya örtülü olarak reddedilirse) ifadesi yer almaktadır. İlk bakışta bu ifadenin böyle bir yoruma engel oluşturacağı düşünülebilir. Ancak bu ifade “Fehlt es an einer Genehmigung (...)” (onamanın mevcut olmaması) olarak da anlaşılabilir. Dolayısıyla OR Art. 39 Abs. 1’in lafzı bile bu yoruma engel oluşturmaz (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 38-39, N. 1). Buna karşılık eBK m. 39’da “Eğer icazetten sarahaten veya zımnen imtina olunursa” ifadesinin, TBK m. 47’de ise “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde” ifadesinin yer aldığı, bu ifadelerin kapsamına var olmayan bir kimse adına hareket edilmesini sokmanın zor olduğu yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 84, dn. 328.

⁵⁰² İNCEOĞLU, s. 84.

⁵⁰³ Dolaylı temsilin en özellikli niteliğinin dolaylı temsilcinin hukuki işlemi kendi adına yapması olduğu yönünde bkz. YAVUZ, s. 22. Bir kimsenin bir dolaylı temsil yetkisine dayanarak dolaylı temsil olunan hesabına olduğu hâlde kendi adına bir üçüncü kişiyle hukuki işlem yapmasının dolaylı temsil olduğu yönünde bkz. YAVUZ, s. 57.

⁵⁰⁴ HELVACI/KARASU, s. 199; EREN, BH GH, N. 1406; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 46, N. 2; GÜMÜŞ, s. 412.

⁵⁰⁵ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 1.

⁵⁰⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 8; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 13; AYBAY, s. 146.

⁵⁰⁷ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 2; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 8; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 13; AYBAY, s. 146.

3. Hukuki İşlem Yapılması

Hukuki işlem yapılmasını da iki açıdan ele almak gerekir. İlk olarak hukuki işlem kavramının yalnızca iki taraflı hukuki işlem olan sözleşme ile sınırlı olup olmadığı, tek taraflı hukuki işlemlerin de bu hükmün kapsamında yer alıp almadığı incelenmelidir. İkinci olarak da bir hukuki işlemin kurulmasının gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir.

a. Tek Taraflı Hukuki İşlemler

İsviçre hukukunda temsil, OR Art. 32 vd. hükümlerinin lafzından anlaşıldığı üzere, sözleşmelerin kurulması esas alınarak düzenlenmiştir⁵⁰⁸. Türk hukukunda ise TBK m. 40 vd. hükümlerinin lafzına bakıldığında daha geniş bir ifadenin tercih edilmiş olduğu anlaşılır. Türk kanun koyucusu, temsil kurumunun oluşturulmasında hukuki işlem kavramını esas almıştır⁵⁰⁹. Kanunlar arasındaki bu farka rağmen Türk ve İsviçre hukukları bakımından ortak olan, bir temsilcinin başkası adına tek taraflı bir hukuki işlem (örneğin fesih) yapması hâlinde nasıl bir hukuki durumun ortaya çıkacağının kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasıdır⁵¹⁰.

İsviçre hukukunda, temsil hükümlerinin (OR Art. 32 vd.) tek taraflı hukuki işlemlere kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵¹¹. Bunun dayanağı, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması, ifası ve sona ermesine ilişkin genel hükümlerinin, diğer medeni hukuk ilişkilerine de uygulanacağını öngören ZGB Art. 7 hükmüdür⁵¹².

⁵⁰⁸ **VON MOOS**, N. 398. Yetkisiz temsil hükmü olan OR Art. 38 Abs. 1'de sözleşmenin kurulmasından söz edilmektedir (ZK-KLEIN, Art. 38, N. 2).

⁵⁰⁹ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 414; **AYBAY**, s. 4. 818 sayılı eBK'da temsil, İsviçre hukukuyla uyumlu biçimde "sözleşme" kavramı esas alınarak inşa edilmişti (eBK'daki temsil hükümlerinin iki taraflı hukuki işlemler, özellikle de sözleşmeler göz önüne alınarak düzenlendiği yönünde bkz. **İNCEOĞLU**, s. 372). 6098 sayılı TBK'da, kanun koyucunun bu bakımdan farklı bir tercihte bulunduğu görülmektedir. Karş. eBK m. 32 vd. Kanun koyucunun TBK m. 40 vd. hükümlerini borç doğuran sözleşmeler bakımından düzenlemiş olduğu yönünde bkz. **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2668; **İŞ-NART**, m. 40, N. 21; **GÜMÜŞ**, s. 377; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 671.

⁵¹⁰ Bkz. **İNCEOĞLU**, s. 372; **VON MOOS**, N. 398.

⁵¹¹ BGer 2C_1071/2012 E. 5.4; ZK-**OSER/SCHÖNENBERGER**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 14; BK-**BECKER**, Art. 38, N. 9; **VON TUHR/PETER**, § 45 II; KUKO OR-**JUNG**, Art. 32, N. 2; **KOLLER**, OR AT, 15.14; BSK OR I-**WATTER**, Art. 32, N. 3; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 414; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 32, N. 11. Kıyas yoluyla değil, doğrudan uygulanabileceği yönünde bkz. BK-**ZÄCH/KÜNZLER**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 103. Yazarlara göre temsil hukukunun hükümleri bir bütün olarak sözleşmeye değil, sözleşmenin kurulmasına yol açan irade açıklamalarına (öneri, kabul) atıfta bulunur.

⁵¹² ZK-**OSER/SCHÖNENBERGER**, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 14; BSK OR I-**WATTER**, Art. 32, N. 3; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 32, N. 11.

Temsil hükümlerinin tek taraflı hukuki işlemlere uygulanmasının bir sonucu olarak yetkisiz temsilcinin de kural olarak tek taraflı bir hukuki işlem yapabilmesi mümkündür⁵¹³. Ancak bu durum, yenilik doğuran işlemler (fesih, dönme vb.) başta olmak üzere pek çok işlemde çeşitli sorunlara yol açar. Üçüncü kişinin böyle bir işlemi kabul etmesi ondan beklenemez. Zira temsil yoluyla yapılan yenilik doğuran işlemin hüküm doğurması, başka bir ifadeyle temsilin sonuçlarının doğması temsil olunanın onamasına bağlıdır ve onamanın olup olmayacağı belirsizdir⁵¹⁴. Bu nedenle İsviçre hukukunda yöneltmesi gerekli tek taraflı hukuki işlemlerde üçüncü kişiye bir ret hakkı tanınmıştır: Üçüncü kişi, yetkisiz temsilci tarafından yapılan ve yöneltmesi gerekli tek taraflı hukuki işlemi reddedebilir⁵¹⁵. Ancak bu hak, üçüncü kişinin işlemin geçerliliğinden gerçekten şüphe duyması hâlinde kullanılmalıdır⁵¹⁶. Kuşkusuz üçüncü kişi bunu fark etmeden yetki eksikliği giderilmişse artık ret hakkı kullanılamaz⁵¹⁷.

Ret hakkının derhal kullanılması gerekir⁵¹⁸. Bu doğrultuda üçüncü kişinin ret açıklamasını hazır olanlar arasında hazır bulunma süresi boyunca (OR Art. 4; TBK m. 4) açıklamayı yapan temsilciye, hazır olmayanlar arasında ise değerlendirme süresinin kısa olması kaydıyla OR Art. 5'te (TBK m. 5) öngörülen süre içinde temsilciye veya temsil olunana yapması gerekir⁵¹⁹. Üçüncü kişi tek taraflı hukuki işlemi yetki eksikliği nedeniyle reddetmiş olmalıdır⁵²⁰. Üçüncü kişinin ret hakkını kullanmasının sonucu, hukuki işlemin kesin olarak hükümsüz olmasıdır⁵²¹. Eğer üçüncü kişi ret hakkını kullanmazsa (veya derhal değil, geç

⁵¹³ LANDTWING, s. 37; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 104 ZK-KLEIN, Art. 38, N. 2; Yetkisiz temsil hükümlerinin uygulama alanının sözleşmelerle sınırlı olmadığı, tek taraflı hukuki işlemlerde de uygulanabileceği yönünde bkz. BGer 4A_107/2010, Erw. 2.3: “Nasıl ki 32. maddenin uygulanabilmesi bir sözleşmenin kurulmasını gerektirmez ise 38. maddenin uygulanabilmesi de bir sözleşmenin kurulmasını gerektirmez.”

⁵¹⁴ BGer. 4A_107/2010, E.2.3; von TUHR/PETER, § 20 III, dn. 17; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 104.

⁵¹⁵ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 32, N. 24; BK-BECKER, Art. 38, N. 9; von TUHR/PETER, § 20 III, dn. 17; BUCHER, s. 619; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 104; ZK-KLEIN, Allg. Einl. zu den Art. 32-40, N. 38, Art. 38, N. 71. Bu imkân iki taraflı hukuki işlemlerde de mevcut olsa da bunun bir pratik bir önemi yoktur. Zira üçüncü kişi, temsilcinin açıklamasını yalnızca (yetki eksikliği nedeniyle) şeklen değil, (önerinin reddi biçiminde) maddi olarak da reddedebilir. Başka bir deyişle sözleşmeyi kurmaktan kaçınılabilir (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 104).

⁵¹⁶ BUCHER, s. 619; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 71.

⁵¹⁷ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 71.

⁵¹⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 105; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 71. Temsilcinin yetkili olduğunu derhal ispatlaması hâlinde üçüncü kişinin ret açıklamasını geçersiz kılabilceği yönünde bkz. BUCHER, s. 619.

⁵¹⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 105.

⁵²⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 106.

⁵²¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 107.

kullanmışsa), tek taraflı hukuki işlem tıpkı iki taraflı hukuki işlem gibi askıda hükümsüzdür ve temsil olunan tarafından onanabilir veya onanmayabilir⁵²².

İsviçre öğretisinde von MOOS tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işlemlere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda bir kanun boşluğu vardır. ZGB Art. 1 Abs. 2 uyarınca hâkim, kanun boşluğunu doldurmak için öncelikle örf ve âdet hukukuna başvurmalıdır. Örf ve âdet hukukunda da bir kural yoksa hâkim, kanun koyucu gibi hareket ederek (*modo legislatoris*) bir kural yaratmalıdır. Bu konuda İsviçre örf ve âdet hukukunda bir kural yoktur. Ayrıca kıyas yoluyla uygulanacak hükümler de yoktur. Bu yüzden söz konusu kanun boşluğunun Alman hukukuna göre doldurulması gerekir. Alman hukuku, bu konuda yerinde bir çözüm sunmaktadır⁵²³. Alman hukukundaki durum şöyledir:

Alman hukukunda, kural olarak temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işlemler geçersizdir (BGB § 174 c. 1, BGB § 180 c. 1)⁵²⁴. Üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işleme aktif olarak katılmaz, ancak yine de işlemin sonuçlarından etkilenir⁵²⁵. Bu nedenle temsilin sonuçlarının meydana gelip gelmediğine ilişkin belirsizlik üçüncü kişi için makul değildir⁵²⁶. Bu belirsizlik temsil yoluyla yapılan hemen her işlemde mevcuttur. Zira üçüncü kişi, kural olarak temsilcinin gerçekten temsil yetkisine sahip olup olmadığını bilmemektedir⁵²⁷. Bununla birlikte temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işlemlerin geçersiz olduğuna ilişkin kuralın dört istisnası vardır:

⁵²² BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40, N. 107; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 71.

⁵²³ von MOOS, N. 400.

⁵²⁴ NEUNER, § 51, N. 13; MüKoBGB-SCHUBERT, § 180, N. 5; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 174, N. 1, § 180, N. 1.

BGB § 174: “Yetkili bir temsilci tarafından yapılan tek taraflı bir hukuki işlem, temsilcinin yetki belgesini sunmaması ve diğer tarafın bu nedenle hukuki işlemi derhal reddetmesi hâlinde geçersizdir. Temsil olunanın diğer tarafı yetkilendirme konusunda bilgilendirmiş olması hâlinde işlem reddedilemez.”

BGB § 180: “Tek taraflı bir hukuki işlemde yetkisiz temsil mümkün değildir. Ancak bu işlemin muhatabı, hukuki işlem yapılırken temsilcinin iddia ettiği temsil yetkisine itiraz etmemiş veya temsilcinin yetkisiz hareket etmesine rıza göstermişse, sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanır. Tek taraflı bir hukuki işlemin yetkisiz temsilciye karşı ve onun rızasıyla yapılması hâlinde de aynı hüküm geçerlidir.” Bu hükmün KUTLU SUNGURBEY tarafından çevirisi şöyledir: “Tek yanlı bir hukuksal işlemde yetkisiz temsil caiz değildir. Şu var ki, kendisine karşı böyle bir hukuksal işlem yapılmış olan kimse, temsilci tarafından iddia olunan temsil yetkisine hukuksal işlem yapılırken itiraz etmemiş ya da temsilcinin yetkisi olmadan davranmasına rıza göstermiş olursa, sözleşmelere ilişkin kuralları örnekseme yoluyla uygulanır. Tek yanlı bir hukuksal işlemin yetkisiz bir temsilciye onun rızasıyla yapılması durumunda da aynı kural yürür.” (KUTLU SUNGURBEY, s. 96)

⁵²⁵ MEDICUS, N. 980; MüKoBGB-SCHUBERT, § 180, N. 1; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 180, N. 1.

⁵²⁶ Staudinger-SCHILKEN, § 180, N. 1; NEUNER, § 51, N. 13.

⁵²⁷ MEDICUS, N. 980.

(1) Temsilcinin, temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işlemi yaparken yetki belgesi sunması (BGB § 174 c. 1)⁵²⁸,

(2) Temsil olunanın, tek taraflı hukuki işlem yapılmadan önce temsil yetkisini üçüncü kişiye bildirmiş olması (BGB § 174 c. 2)⁵²⁹,

(3) Üçüncü kişinin, temsilcinin iddia ettiği temsil yetkisine itiraz etmemiş olması (BGB § 174 c. 1 (*a contrario*), BGB § 180 c. 2)⁵³⁰,

(4) Üçüncü kişinin, yetkisiz olarak hareket eden temsilciye açıkça rıza göstermiş olması (BGB § 180 c. 2)⁵³¹.

Bu dört istisnai hâlden biri söz konusuysa temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işlem üçüncü kişiyi bağlar. Zira bu istisnai hâllerde üçüncü kişinin işlemle bağlı olması onun için makuldür. Temsilcinin söz konusu istisnai durumlarda yetkisiz hareket etmiş olması hâlinde yetkisiz temsil hükümleri (OR Art. 38 vd.) kıyas yoluyla uygulanır. Dört istisnai hâlde de yetkisiz hareket etmek mümkündür⁵³². Birinci ve ikinci istisnai hâllere yol açan olgular, temsilcinin bir temsil yetkisine sahip olduğunu veya temsilin sonuçlarının bir temsil yetkisinden bağımsız olarak gerçekleşeceğini garanti etmez. Örneğin sahte bir yetki belgesi veya ehliyetsiz bir temsil olunanın yapmış olduğu bildirim söz konusuysa durum böyledir. Dört istisnai hâlden biri mevcut olduğunda temsil olunan, yetkisiz olarak yapılan işlemi onamazsa, temsilcinin kıyas yoluyla uygulanacak olan OR Art. 39 kapsamında sorumluluğu doğabilir⁵³³. Ancak kıyas yoluyla uygulanan OR Art. 39 uyarınca sorumluluk, yalnızca üçüncü kişinin iyi niyetli olması hâlinde mümkündür. Bu yüzden dördüncü istisnai hâlde hiçbir şekilde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz⁵³⁴.

⁵²⁸ Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 11; MüKoBGB-SCHUBERT, § 174, N. 1; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 174, N. 7.

⁵²⁹ Staudinger-SCHILKEN, § 174, N. 11; NEUNER, § 51, N. 16; MüKoBGB-SCHUBERT, § 174, N. 1; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 174, N. 13.

⁵³⁰ MEDICUS, N. 982; MüKoBGB-SCHUBERT, § 174, N. 1, § 180, N. 9 vd.; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 180, N. 5 vd.

⁵³¹ MüKoBGB-SCHUBERT, § 180, N. 12; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 180, N. 8.

⁵³² von MOOS, N. 403.

⁵³³ von MOOS, N. 403. Karş. Staudinger-SCHILKEN, § 180, N. 6; MüKoBGB-SCHUBERT, § 180, N. 17; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 180, N. 11.

⁵³⁴ von MOOS, N. 403. Karş. Staudinger-SCHILKEN, § 180, N. 5; MüKoBGB-SCHUBERT, § 180, N. 17; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 180, N. 11.

Belirtilen istisnai hâllerden hiçbirisi yoksa OR Art. 39'un kıyas yoluyla uygulanması mümkün olmaz. Böylece yetkisiz temsilci sorumlu tutulamaz. OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluk, üçüncü kişinin bir temsil yetkisine güvenmesini gerektirir. Birinci, ikinci veya üçüncü istisnai hâlden biri, temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işlemde üçüncü kişinin bir temsil yetkisine güvenmesine yol açar ve böylelikle OR Art. 39'un kıyas yoluyla uygulanması gündeme gelir. Bu istisnai hâllerden hiçbirisi yoksa üçüncü kişi bir temsil yetkisine güvenmemiştir ve dolayısıyla OR Art. 39'un kıyas yoluyla uygulama alanı bulması mümkün değildir⁵³⁵.

Bu açıklamalar, yöneltilmesi gerekli tek taraflı hukuki işlemlere ilişkindir (örneğin OR Art. 266a; TBK m. 328). Yöneltilmesi gerekli olmayan tek taraflı hukuki işlemler söz konusu olduğunda Alman hukukundaki özelliklere dikkat edilmelidir: Yöneltilmesi gerekli olmayan tek taraflı hukuki işlemler, yetkisiz temsilci tarafından yapılırsa daima geçersizdir. Bunların temsil olunan tarafından onanması da mümkün değildir⁵³⁶. Alman hukukundaki bu özel durumun İsviçre hukukunda da geçerli olup olmadığı şüphelidir. Ancak bu sorun pratik olarak çok önemli olmadığından daha fazla ele alınmasına gerek yoktur. Bununla beraber OR Art. 39'un kıyas yoluyla örneğin ilan yoluyla ödül sözü verme (OR Art. 8; TBK m. 9) hâlinde olduğu gibi yöneltilmesi gerekli olmayan tek taraflı hukuki işlemlere de uygulanabileceği unutulmamalıdır⁵³⁷. Örneğin yetkisiz temsilci T, bir gazete ilanı verir ve bu ilanda A'nın kayıp köpeğini bulana A adına bir ödül sözü verir. Ü köpeği bulur ve getirir, ancak A ilanın yayımlanması konusunda T'ye yetki vermediği için ödülü yerine getirmek istemez. Bu durumda T, Ü'ye karşı kıyas yoluyla uygulanan OR Art. 39 uyarınca sorumlu olabilir⁵³⁸.

Türk hukukunda da tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi temsil hükümlerinin (TBK m. 40 vd.) tek taraflı hukuki işlemlere uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵³⁹. Dolayısıyla tek

⁵³⁵ von MOOS, N. 404. Karş. MüKoBGB-SCHUBERT, § 180, N. 5.

⁵³⁶ Staudinger-SCHILKEN, § 180, N. 2; MüKoBGB-SCHUBERT, § 180, N. 6; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 180, N. 3.

⁵³⁷ von MOOS, N. 405.

⁵³⁸ von MOOS, N. 406.

⁵³⁹ KUTLU SUNGURBEY, s. 95; İNCEOĞLU, s. 9; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 45, N. 4; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2668; İŞ-NART, m. 40, N. 21; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 414; GÜMÜŞ, s. 377; OĞUZMAN/ÖZ. C. I, N. 673-674; EREN, BH GH, N. 1319; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 7; AYBAY, s. 5; AYDOĞDU/NART, s. 29; Yarg. HGK, E. 2017/1-2610, K. 2019/12, 17.01.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “Temsil, yalnız sözleşmelerde değil, tek taraflı hukuki işlemlerde de uygulama alanı bulabilir.”

tarafli hukuki islemlerin yetkisiz olarak yapılması hâlinde yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulabilir.

İNCEOĞLU, İsviçre hukukunda üçüncü kişiye ret hakkı tanıyan görüşün BGB § 180'deki çözümden esinlendiğini belirttikten sonra bu görüşün Türk hukuku bakımından uygun olmadığını ileri sürmüştür. Yazara göre yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu tek tarafli bir hukuki işlemin üçüncü kişinin yapacağı bir açıklama ile geçersiz kılınabilmesi yerinde bir çözüm değildir. Böyle bir çözüm, hukuki işlemin tek tarafli olması ve karşı tarafın kabul etmesine bağlı olmamasına ters düşmektedir. Temsil yoluyla yapılan işlemin askıda hükümsüzlüğüne son verme imkânı yalnızca temsil olunana tanınmıştır. Tek tarafli hukuki işlemlerde de Alman hukukunda olduğu gibi açık bir hüküm mevcut olmadıkça bu ilkedan ayrılmak için bir neden yoktur. Ayrıca temsilcinin gerçekten yetkili olduğu hâllerde bile yetkinin derhal ispatlanamaması, üçüncü kişiye tek tarafli hukuki işlemi reddetme ve böylece geçersiz kılma imkânı verir. İspatla ilgili bir konuya, maddi hukuka ilişkin bir sonuç bağlanmasının ne kadar yerinde olduğu tartışmaya açıktır. Kaldı ki yetkinin ispatının ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı da çoğunlukla başli başına bir uyuşmazlığa konu olur. Böylelikle hâkim görüşün ulaşmak istediği üçüncü kişi bakımından söz konusu olan belirsizliğin giderilmesi amacı da gerçekleşmez. Bundan başka üçüncü kişinin çoğu kez temsilcinin gerçekten yetkili olup olmadığını bilmesine olanak yoktur. Temsilcinin yetkili olduğunu düşünen üçüncü kişi, böyle bir itirazı ileri sürmez. Yetkisizliği bilmeyen bir üçüncü kişinin, yetkisizliği bilen birine göre daha olumsuz bir konuma sokulması yerinde değildir. Tüm bu nedenlerle üçüncü kişiye bir ret hakkı tanınması isabetli değildir. Belirsizlik durumunun yol açabileceği sakıncaları gidermek için TBK m. 46 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanmasıyla üçüncü kişinin temsil olunana süre verebileceğini ve gerekirse işlemi onayıp onamayacağını bu uygun süre içinde açıklamasını isteyebileceğini kabul etmek uygun olur⁵⁴⁰. Ayrıca yazara göre tek tarafli hukuki işlemlerde üçüncü kişilerin korunması için işin niteliği gereği, fesih gibi ileriye etkili sonuç doğuran tek tarafli hukuki işlemler bakımından onama ileriye etkili sonuç doğurmalıdır. Örneğin hizmet sözleşmesinin yetkisiz temsilci tarafından feshedilmesi hâlinde işin niteliği gereği temsil olunanın işlemi onaması ileriye etkili olmalıdır. Feshin, açıklamanın yetkisiz temsilci tarafından yapıldığı andan itibaren değil, onama anından itibaren hüküm ifade edeceğini kabul etmek gerekir. Aynı şekilde bir fesih ihbarının yapıldığı hâllerde de ihbar

⁵⁴⁰ İNCEOĞLU, s. 373-374.

süresinin, açıklamanın yetkisiz temsilci tarafından yapıldığı andan değil, onama anından itibaren işlemeye başlaması gerekir⁵⁴¹.

Kanaatimizce yetkisiz temsil hükümleri tek taraflı hukuki işlemlere uygulanırken temsil yoluyla yapılan tek taraflı hukuki işlemin muhatabı üçüncü kişi ile temsil yoluyla yapılan sözleşmenin karşı tarafı üçüncü kişi arasındaki farkı görmezden gelmemek gerekir. Her ikisi de yetkisiz temsilcinin karşısındadır; ancak birisi hukuki işleme katılmayıp irade açıklamasında bulunmazken diğeri hukuki işleme katılıp irade açıklamasında bulunmaktadır. Dolayısıyla her ikisinin de yetkisiz olarak yapılan işlemin sonuçlarından aynı şekilde etkileneceği kabul edilemez. Yetkisiz temsilciyle sözleşme yapan üçüncü kişinin sözleşmenin askıda olduğu aşamada işlemle bağlı olmasını anlamak mümkündür. Ancak tek taraflı hukuki işlemin muhatabı olan üçüncü kişinin işlemle bağlı olması anlaşılabilir. Bu nedenle tek taraflı hukuki işlemlerde üçüncü kişiye tanınan ret hakkı yerindedir. Alman hukukundan esinlenilerek İsviçre hukukunda geliştirilen çözümlerin Türk hukukunda da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda üçüncü kişinin, yetkisiz temsilci tarafından yapılan tek taraflı hukuki işlemin reddedebilmesi mümkündür. Ret hakkının nasıl kullanılacağı ve sonuçları konusunda yukarıda belirtilen esaslar geçerlidir.

b. Hukuki İşlemin Kurulması

Başkası adına hareket eden kimse, sözleşme görüşmeleri yapmışsa da bu görüşmeler sonucunda sözleşme kurulmamış olabilir. Bu durumda TBK m. 46'da belirtilen unsur gerçekleşmemiş olur. TBK m. 46'da "temsilci olarak bir hukuki işlem yapılması"ndan söz edildiğine göre başkası adına hareket eden kimsenin bir hukuki işlem yapmış olması gerekir. Bu hükümde temsil yoluyla bir sözleşmenin kurulmuş olması gerektiği belirtilmiştir.

Kanunun açık ifadesine rağmen öğretide TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun doğması için başkası adına hareket eden kimse ile üçüncü kişi arasında mutlaka bir sözleşmenin kurulmuş olmasının gerekmediği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi hâlinde de diğer koşulların bulunması kaydıyla TBK m. 47'deki *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğar. Her ne kadar TBK m. 47'nin lafzı aksini işaret etse de sözü edilen ihtimali hükmün kapsamına sokmamak için hiçbir haklı neden bulunmaz. Zira TBK m. 47'de düzenlenen sorumluluk, yetkisiz temsilci olarak hareket eden kimsenin işlemsel temas

⁵⁴¹ İNCEOĞLU, s. 374.

sırasında uyandırmış olduğu güvenden dolayı sorumlu olması düşüncesine dayanır. Bu yüzden korunmak istenen menfaat bakımından sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin kurulmaması arasında bir fark yoktur. Bir başkası adına ve hesabına hareket etme yetkisine sahip olduğunu iddia ederek sözleşme görüşmelerine girişen kimse, davranışının sonuçlarına katlanmalıdır. Aksi hâlde uzun süren sözleşme görüşmeleri sonrasında temsil yetkisi olmadığı anlaşılan yetkisiz temsilci, sırf sözleşme kurulmadığından TBK m. 47'nin kusursuz sorumluluk kısılcısından kurtulmuş olur⁵⁴².

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre sorumluluğun doğması için sözleşmenin kurulmuş olmasının zorunlu olmadığını savunan görüş TBK m. 47'nin açık lafzına aykırıdır. TBK m. 47'de sorumluluğun doğması için onamama (eBK m. 39'un ifadesiyle icazetten imtina olunması) unsuru aranmıştır. Nitekim hükmün kenar başlığı "*Onamama hâlinde*" (eBK m. 39'un ifadesiyle "*İcazetin bulunmaması*") şeklindedir. Onama için "kurulmuş ancak geçerliliği askıda olan" bir sözleşmenin varlığının gerektiği kuşkusuzdur. Ayrıca henüz sözleşme görüşmeleri sürerken başkası adına hareket eden kimsenin temsil olunandan temsil yetkisi alması, hatta temsil olunanın sözleşmenin kurulmasından sonra onayarak bu işlemi geçerli kılması mümkündür. Anılan bu ihtimallerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmadığı bir durumda yetkisiz temsilciyi üstelik kusursuz olarak sorumlu tutmak isabetli değildir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hâli olduğu unutulmamalıdır. Olması gereken hukuk bakımından bile yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunun bu derece geniş bir şekilde düzenlenmesi isabetli olmaz⁵⁴³. Sonuç olarak TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk için temsil yoluyla bir sözleşmenin kurulmuş olması gerekir⁵⁴⁴.

Başkası adına hareket edilmesine rağmen sözleşmenin kurulmaması hâlinde TBK m. 47 uyarınca sorumluluk doğmasa bile kendisini sözleşme görüşmeleri sırasında hukuki işlem yapmaya yetkili olarak tanıtmış olan bir kişinin genel bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabilir⁵⁴⁵. Genel *culpa in contrahendo* sorumluluğu, TBK m. 47 kapsamındaki

⁵⁴² **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 207.

⁵⁴³ **İNCEOĞLU**, s. 442-443.

⁵⁴⁴ **ESENER**, BH, s. 276; **AKYOL**, s. 519; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 7; **İŞ-NART**, m. 47, N. 4; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 2; **AYBAY**, s. 145-146; **AYDOĞDU/NART**, s. 144. Sözleşmenin kurulmamış olması hâlinde yetkisiz temsilin mevcut olup olmadığını incelemeye gerek dahi olmadığı yönünde bkz. **ESENER**, BH, s. 276. Ayrıca bkz. Antalya BAM 7. HD, E. 2021/1317, K. 2023/526, 02.05.2023 (Lexpera): "*Yetkisiz temsilin söz konusu olabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Öncelikle, yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme yapılmış olmalıdır.*"

⁵⁴⁵ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 207, dn. 198; **İNCEOĞLU**, s. 443.

sorumluluktan farklı olarak kusura bağlı bir sorumluluktur⁵⁴⁶. Ne var ki yetkisiz olarak başkası adına hareket eden bir kimsenin olayların büyük çoğunluğunda kusurlu sayılacağı göz önünde bulundurulduğunda kusursuz sorumluluk öngören TBK m. 47'nin uygulanması, olumsuz zarardan sorumluluk bakımından pratik bir fark yaratmaz⁵⁴⁷.

B. TEMSİL YETKİSİ EKSİKLİĞİ

1. Genel Olarak

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun ikinci unsuru, temsil yetkisi eksikliğidir. Başka bir deyişle yetkisiz temsil olgusunun varlığı şarttır. TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun doğması için temsil olunan adına hareket eden temsilcinin yetkisiz olması gerekir⁵⁴⁸. Öte yandan yetkisiz temsilin gerçekleşmesi yeterli olup hangi yetkisiz temsil hâlinin söz konusu olduğunun önemi yoktur⁵⁴⁹. Diğer bir ifadeyle temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu olan temsil yetkisi eksikliğinin nedeni önemli değildir⁵⁵⁰. Bunun dışında sorumluluğun doğması için yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyi temsil yetkisi konusunda aldatmış olması gerekli değildir⁵⁵¹.

2. Temsil Yetkisi Eksikliği Hâlleri

Yetkisiz temsilin gerçekleşmesi çeşitli nedenlerden ileri gelebilir. Bu nedenleri belirli bir sayıyla sınırlamak mümkün değildir. Yetkisiz temsile yol açan nedenler başka bir deyişle temsil yetkisi eksikliği hâlleri sınırlı sayıda değildir⁵⁵². Öğretide bazı nedenlerin yetkisiz temsile yol açıp açmadığı tartışmalı iken bazı nedenlerin ise yetkisiz temsile yol açtığı konusunda fikir birliği mevcuttur.

⁵⁴⁶ İNCEOĞLU, s. 443. Yazara göre, sözleşme görüşmeleri sırasında kendisini yetkili temsilci olarak tanıtmış olan kişi, üçüncü kişinin uğradığı zarardan nedensellik bağının kurulabildiği ölçüde sorumludur. Başka bir deyişle sözleşmenin kurulmaması ile üçüncü kişinin zarara uğraması bu kişinin kendisini yetkili olarak tanıtmaya rağmen yetkisinin bulunmamasından kaynaklanmalıdır. Bunun tipik örneğini üçüncü kişinin, temas ettiği kişinin yetkisinin bulunmadığını ve temsil olunanın da bu sözleşmeye icazet vermeyi düşünmediğini uzun süren sözleşme görüşmeleri sonrasında öğrenmesi ve bundan ötürü de sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmesi oluşturmaktadır. Sözleşme görüşmelerinin sürdüğü sırada kaçırılan bir sözleşme yapma fırsatı varsa, kendisini yetkili olarak tanıtmış olan kişinin bu zarardan sorumluluğu söz konusu olabilir.

⁵⁴⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 207, dn. 198.

⁵⁴⁸ AKYOL, s. 520; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 8; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 3; TİFTİK/ŞEN, s. 2651; HELVACI/KARASU, s. 200; von MOOS, N. 43; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 3; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 12; AYBAY, s. 146; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 4.

⁵⁴⁹ İNCEOĞLU, s. 439; AYBAY, s. 146.

⁵⁵⁰ BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 2.

⁵⁵¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 9; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 13; AYBAY, s. 146.

⁵⁵² AKYOL, s. 451.

Öğretide tereddütsüz kabul edilen yetkisiz temsil hâlleri şunlardır:

(1) Bir kimse, kendisine hiçbir zaman temsil yetkisi verilmemiş olmasına rağmen temsilci olarak hareket etmiştir⁵⁵³.

(2) Temsilciye temsil yetkisi verilmesini konu alan yetkilendirme işlemi geçersizdir⁵⁵⁴.

(3) Temsilciye başlangıçta verilmiş olan temsil yetkisi, temsil yoluyla yapılan işlemin kurulmasından önce sona ermiştir⁵⁵⁵.

(4) Temsilci, kendisine verilmiş olan temsil yetkisinin sınırlarını aşmıştır⁵⁵⁶.

(5) Temsilci, kendisine verilmiş olan temsil yetkisini kötüye kullanmıştır⁵⁵⁷.

Bu hâller konusunda tartışma yokken temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının bir yetkisiz temsil hâli olup olmadığı tartışmalıdır. Aşağıda bunların tamamı ele alınacaktır.

⁵⁵³ **ESENER**, BH, s. 277-278; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 11; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 199; **AKYOL**, s. 450-451; **İNCEOĞLU**, s. 355, dn. 3; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 1; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 5; **KUKO OR-JUNG**, Art. 38, N. 4; **VON MOOS**, N. 109; **KARASU**, s. 332; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 2; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2919; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 15; **EREN**, BH GH, N. 1403; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 761; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 464; **AYBAY**, s. 70; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 717; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 2; **AYDOĞDU/NART**, s. 122. Bu konudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 110 II 196, 198; 101 II 222, 229 vd.; 58 III 9, 11; 41 II 387, 390 vd.; 41 II 369, 372 vd.

⁵⁵⁴ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 11; **AKYOL**, s. 455; **İNCEOĞLU**, s. 128; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 1; **KUKO OR-JUNG**, Art. 38, N. 4; **VON MOOS**, N. 109; **KARASU**, s. 332; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 2; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2919; **EREN**, BH GH, N. 1403; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 46, N. 3; **AYBAY**, s. 71; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 2; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 38, N. 4.

⁵⁵⁵ **ESENER**, BH, s. 278; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 11; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 199; **AKYOL**, s. 454; **İNCEOĞLU**, s. 355; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 1; **VON MOOS**, N. 109; **KARASU**, s. 332; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 2; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2919; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 15; **EREN**, BH GH, N. 1403; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 46, N. 3; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 761; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 464; **AYBAY**, s. 72; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 717; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 2; **AYDOĞDU/NART**, s. 122; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 38, N. 4.

⁵⁵⁶ **ESENER**, BH, s. 278; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 11; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 199; **AKYOL**, s. 452; **İNCEOĞLU**, s. 356; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 1; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 12; **KUKO OR-JUNG**, Art. 38, N. 4; **VON MOOS**, N. 109; **KARASU**, s. 332; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 2; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2919; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 34; **EREN**, BH GH, N. 1403; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 761; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 464; **AYBAY**, s. 74; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 2; **AYDOĞDU/NART**, s. 122.

⁵⁵⁷ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 15; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 199; **AKYOL**, s. 457; **İNCEOĞLU**, s. 356; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 1; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 14; **KARASU**, s. 332; **İŞ-NART**, m. 46, N. 2; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 2; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2919; **AYDOĞDU/NART**, s. 123.

a. Temsil Yetkisinin Hiç Verilmemiş Olması

Temsil yetkisinin hiç verilmemiş olması hâlinde yetkisiz temsil söz konusu olur⁵⁵⁸. Temsil olunanın yetkilendirmeye yönelik bir irade açıklaması yoksa, temsilciye temsil yetkisi hiç verilmemiştir⁵⁵⁹. Başka bir deyişle yetkilendirme işlemi yoksa temsil yetkisi hiç verilmemiş sayılır⁵⁶⁰. Temsil olunanın temsil yetkisi verip vermediğinin belirlenmesinde, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulduğu an önem taşır⁵⁶¹. Temsil yetkisi, temsil yoluyla yapılan sözleşme kurulduktan sonra verilmişse veya temsil yetkisini içeren irade açıklaması temsil yoluyla yapılan sözleşme kurulduktan sonra temsilciye ulaşmışsa, temsil yetkisi hiç verilmemiş gibi sonuç doğurur⁵⁶².

Temsil yetkisi hiç verilmemiş gibi sonuç doğuran bir başka hâle birden çok temsilcinin yetkilendirilmeleri de örnek olarak gösterilebilir. Birlikte temsilin görünümülerinden biri olan “elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil”⁵⁶³ söz konusu ise, başka bir deyişle birden çok temsilcinin hukuki işlemi ancak birlikte yapmaya yetkili oldukları hâlde temsilcilerden yalnızca biri üçüncü kişiyle bir hukuki işlem yapmışsa, tek başına hareket eden temsilci, yetkisiz olarak hareket

⁵⁵⁸ AKYOL, s. 451; İNCEOĞLU, s. 355; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 1; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 5; KARASU, s. 332; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 18; AYBAY, s. 70.

⁵⁵⁹ VIOLAND, s. 53; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 5.

⁵⁶⁰ von MOOS, N. 110.

⁵⁶¹ VIOLAND, s. 52; İNCEOĞLU, s. 357; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 1; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 4; KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2918.

⁵⁶² AKYOL, s. 453; İNCEOĞLU, s. 357; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 5; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 21. Temsilcinin temsil yetkisine sahip olmadan üçüncü kişiyle hukuki işlem yaptıktan sonra yetkilendirilmesi, onama anlamına gelmediği gibi bu işlemin temsil olunan tarafından onanması da temsil yetkisi verilmesi anlamına gelmez (AKYOL, s. 453). Ancak temsil olunanın yetkisiz temsilciye temsil yetkisi vermesindeki amaç, yetkisiz temsilcinin daha önce yaptığı işlemleri onamak olabilir (İNCEOĞLU, s. 357, dn. 11). Bu yüzden yetki belgesinin içeriğinde onama iradesinin mevcut olabileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir (ZK-KLEIN, Art. 38, N. 21).

⁵⁶³ Elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 50 vd.; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2751 vd. Belirtelim ki öğretide, birden fazla temsilcinin olduğu durumları açıklamak üzere kullanılan terimlerde birlik yoktur. Öğretide kimi yazarlar, birden çok temsilcinin olduğu tüm hâlleri “birlikte temsil” olarak adlandırlar (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 48; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2744). Yazarlara göre birlikte temsil, “müteselsil (dayanışmalı, zincirleme) temsil” ve “elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil” olmak üzere iki görünüme sahiptir. Öğretide kimi yazarlar ise, “birlikte temsil” terimini daha dar anlamda kullanırlar (ESENER Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 74; İNCEOĞLU, s. 225; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 419; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 735). Yazarlara göre birlikte temsil, birden çok temsilcinin hukuki işlemi ancak birlikte yapmaya yetkili oldukları duruma verilen addır. İlk grupta yer alan yazarlar, bu durumu açıklamak üzere “elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil” terimini kullanırlarken ikinci grupta yer alan yazarlar, “birlikte temsil” terimini tercih ederler. EREN ise bu durum için “müşterek temsil” terimini kullanırken birden çok temsilcinin olduğu tüm hâlleri “toplu temsil” olarak adlandırır (EREN, BH GH, N. 1373). AKYOL ise “birlikte temsil” terimini hem dar hem de geniş anlamıyla kullanır (AKYOL, s. 299).

etmiş olur ve böylece yetkisiz temsil söz konusu olur⁵⁶⁴. Dolayısıyla tek başına hareket eden temsilci, kendisine temsil yetkisi hiç verilmemiş bir kimseden farksızdır.

Türk ve İsviçre hukuklarında temsil yetkisinin yalnızca temsilciye yöneltilecek bir açıklamayla verilebileceği, üçüncü kişiye yapılacak bir bildirimle yetkilendirmenin yapılamayacağı kabul edilmektedir⁵⁶⁵. Oysa Alman hukukunda, üçüncü kişiye yöneltilecek bir açıklamayla da yetkilendirmenin yapılabilmesine açıkça imkân verilmiştir (BGB § 167 Abs. 1). Buna “dış temsil yetkisi” denilmektedir⁵⁶⁶. Türk ve İsviçre öğretisinde azınlıkta kalan bir görüş, Alman hukukundaki imkânın Türk ve İsviçre hukuklarında da geçerli olması gerektiğini, üçüncü kişiye yapılacak bildirimle dış temsil yetkisi verilebileceğini ileri sürmektedir⁵⁶⁷. İsviçre Federal Mahkemesinin zaman zaman dış temsil yetkisi terimini ne anlama geldiğini belirtmeden kullandığı görülmektedir⁵⁶⁸. Federal Mahkeme bir kararında, üçüncü kişiye yapılacak bildirimin iyi niyetin korunmasına yol açabileceğini ancak temsil yetkisinin verilmesi anlamına gelmediğini belirterek öğretideki hâkim görüşü benimsemiştir⁵⁶⁹. Öte yandan dış temsil yetkisine ilişkin tartışmanın Türk ve İsviçre hukuklarında pratik bir önemi yoktur⁵⁷⁰. Zira dış temsil yetkisinin varlığı kabul edilse de edilmese de temsil yetkisinin bildirilmesi karşısında iyi niyetli üçüncü kişiler korunur ve temsil olunan işlemle bağlı olur (kıyas yoluyla TBK m. 41 f. 2; OR Art. 33 Abs. 3). Dolayısıyla üçüncü kişiye yapılan bildirimle bir kimseye temsil yetkisi verilemiyorsa da TBK m. 41 f. 2’nin kıyas yoluyla uygulama alanı bulması hâlinde temsil

⁵⁶⁴ AKYOL, s. 457; İNCEOĞLU, s. 236; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1375; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2919; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 20; EREN, BH GH, N. 1403; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 46, N. 3; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 717.

⁵⁶⁵ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 32, N. 23; ESENER, Temsil, s. 45; KOLLER, Glaube, N. 215 vd.; İNCEOĞLU, s. 103-104; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 9, 32; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 10, 18; KOLLER, OR AT, N. 18.19; İŞ-NART, m. 41, N. 32; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 30; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1343, 1407; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.04; EREN, BH GH, N. 1359; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 41, N. 5; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 680.

⁵⁶⁶ Dış temsil yetkisi hakkında bkz. İNCEOĞLU, s. 112 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 9 vd.; KARASU, s. 204 vd.; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2737 vd.; EREN, BH GH, N. 1358 vd.; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 41, N. 4-5. Dış temsil yetkisi teriminin kullanılmaması gerektiği yönünde bkz. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 128. Dış temsil kavramıyla bir kimsenin yetkilendirilmiş olduğunun üçüncü kişilere bir açıklamayla bildirilmesinin söz konusu olduğu, yalnızca böyle bir açıklamayla temsil yetkisi verilmesinin mümkün olmadığı, bu açıklamanın tek işlevinin üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunmasına yol açan bir güven olgusu yaratmak olduğu, bununla birlikte kolaylık sağlayan bu terimin kullanılmasında bir sakınca olmadığı yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 18.

⁵⁶⁷ BK-BECKER, Art. 32, N. 3; BUCHER, s. 602, 606; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 173; AKYOL, s. 170; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2737, dn. 91; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 709; OFK-SCHÖBI, Art. 33, N. 5.

⁵⁶⁸ Bkz. BGE 131 III 511, 516; BGE 120 II 197, 199; BGer 4C.293/2006 E. 2.1.1.

⁵⁶⁹ BGE 135 III 464 E. 3.3.4. Bu kararda Federal Mahkemenin dış temsil yetkisi kavramını kabul edip etmediğinin belli olmadığı, ancak reddetme ihtimalinin daha yüksek olduğu yönünde bkz. von MOOS, N. 111.

⁵⁷⁰ İNCEOĞLU, s. 105; von MOOS, N. 112.

yoluyla yapılan sözleşme geçerli olur ve yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulmaz. Böylece dış temsilin söz konusu olması hâlinde hâkim görüş benimsense bile peşinen yetkisiz temsilin varlığından söz edilemez.

b. Temsil Yetkisinin Geçersiz Olması

Temsil yetkisi eksikliğine yol açan bir diğer hâl, temsil yetkisinin geçersizliğidir. Bir temsil yetkisi şeklen verilmiş, ancak geçerliliğini etkileyen bir neden varsa geçersiz temsil yetkisinden söz edilir⁵⁷¹. Temsil olunan ile temsilci arasındaki yetkilendirme işleminin geçersiz olması, temsilcinin temsil yetkisine sahip olmasını önler⁵⁷². Temsil yetkisinin verildiği andan itibaren geçersiz olduğu hâllerde yetkisiz temsil söz konusudur⁵⁷³. Geçersizlik hâlleri şunlardır:

(1) Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin verdiği temsil yetkisi, baştan geçersizdir (TMK m. 15; ZGB Art. 18)⁵⁷⁴.

(2) Hukuka veya ahlaka aykırı bir işlemin veya imkânsız olan bir işlemin yapılmasını konu alan bir temsil yetkisi, baştan geçersizdir (TBK m. 27 f. 1; OR Art. 19 vd.)⁵⁷⁵. Aynı şekilde temsile elverişli olmayan bir işlemin (örneğin evlenme) yapılması için verilen temsil yetkisi de geçersizdir⁵⁷⁶.

(3) Muvazaalı bir temsil yetkisi, TBK m. 19 f. 1 (OR Art. 18 Abs. 1) uyarınca temsil olunan ve temsilci arasında hiçbir sonuç doğurmaz ve baştan geçersizdir⁵⁷⁷. Bununla birlikte,

⁵⁷¹ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 23.

⁵⁷² İNCEOĞLU, s. 128.

⁵⁷³ AKYOL, s. 455.

⁵⁷⁴ KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4; von MOOS, N. 117; EREN, BH GH, N. 1361; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 37.

⁵⁷⁵ VIOLAND, s. 56; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 8; KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4; von MOOS, N. 118; İŞ-NART, m. 46, N. 2; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 24; EREN, BH GH, N. 1353; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 26; AYDOĞDU/NART, s. 122-123.

⁵⁷⁶ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 24.

⁵⁷⁷ von TUHR/PETER, § 42 III; VIOLAND, s. 56; AKYOL, s. 455; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 119; KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4; KARASU, s. 332; EREN, BH GH, N. 1359; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 39; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 24. Öğretide bazı yazarlar, temsilcinin muvazaayı bilmesi hâlinde temsil yetkisinin geçersiz olacağını belirtmişlerdir (von TUHR/PETER, § 42 III; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 24; EREN, BH GH, N. 1359; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 39). İNCEOĞLU'nun isabetle belirttiği gibi temsilcinin muvazaayı bilmesi gerektiğine özel bir vurgu yapılması lüzumsuzdur. Temsil yetkisinin verilmesi, tek taraflı bir hukuki işlem olsa da muvazaanın gerçekleşebilmesi için temsil olunan ile temsilcinin bu konuda anlaşmaları gerektiği kuşkusuzdur (İNCEOĞLU, s. 129, dn. 115).

iyi niyetli üçüncü kişinin, TBK m. 41 f. 2 (OR Art. 33 Abs. 3) uyarınca kendisine bildirilmiş temsil yetkisine olan güveni korunur⁵⁷⁸.

(4) Temsil yetkisi, şekil eksikliği nedeniyle baştan geçersiz olabilir. TBK m. 12 (OR Art. 11) uyarınca, kanunda aksi öngörülmedikçe hukuki işlemlerin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda temsil yetkisinin verilmesini şekle bağlayan genel bir kural yoktur. Bu yüzden kural olarak temsil yetkisi herhangi bir şekle bağlı olmadan verilebilir⁵⁷⁹. Kanun koyucu (örneğin TBK m. 583 f. 2; OR Art. 493 Abs. 6)⁵⁸⁰ veya taraflarca, temsil yetkisi verilmesi için geçerlilik şekli öngörülmüşse, şekle aykırı olarak verilen temsil yetkisi baştan beri geçersizdir⁵⁸¹.

Temsil yoluyla yapılan işlemin şekle bağlı olduğu hâllerde (örneğin taşınmaz satış sözleşmesi, TBK m. 237 f. 1; OR Art. 216 Abs. 1) temsil yetkisi verilmesinin de aynı geçerlilik şekline bağlı olup olmadığı tartışmalıdır⁵⁸². İsviçre Federal Mahkemesi⁵⁸³ ve öğretideki hâkim görüş⁵⁸⁴, temsil yoluyla yapılan işlem şekle bağlı olsa bile temsil yetkisi verilmesinin şekle bağlı olmadığını kabul etmektedir. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, temsil yoluyla yapılan işleme ilişkin şekil zorunluluğunun yetkilendirme işlemine teşmil edilmesini haklı

⁵⁷⁸ von TUHR/PETER, § 42 III; VIOLAND, s. 56; İNCEOĞLU, s. 129-130; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 5; KARASU, s. 332, dn. 60; EREN, BH GH, N. 1359; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 39.

⁵⁷⁹ İNCEOĞLU, s. 139; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 34; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 60; İŞ-NART, m. 40, N. 45; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 14; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2725; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 19; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.03; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 712; EREN, BH GH, N. 1360; NOMER, BH GH, N. 84.2; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 36; AYDOĞDU/NART, s. 43. Temsil yetkisi, sözlü veya yazılı olarak, açık veya örtülü olarak verilebilir (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 34; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 19).

⁵⁸⁰ TBK m. 583 f. 2'ye göre "Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi (...) aynı şekil koşullarına bağlıdır." Bu hüküm uyarınca, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için aranan şekil temsil yetkisi verilirken de aranmaktadır (ÖZEN Burak, Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2017, s. 271; AYAN Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018, s. 232-233). TBK m. 583 f. 2 aracılığıyla uygulanacak olan TBK m. 583 f. 1 şöyledir: "Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır." Buna göre, kefil olmaya ilişkin temsil yetkisinin geçerliliği nitelikli yazılı şekle bağlıdır. Temsil yetkisi veren, yetkilendirme işleminde sorumlu olduğu azami miktarı ve müteselsil kefil olması durumunda bunu kendi el yazısıyla belirtmelidir.

⁵⁸¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 56; von MOOS, N. 119; İŞ-NART, m. 46, N. 2; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 23; AYBAY, s. 71; AYDOĞDU/NART, s. 122-123; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 4.

⁵⁸² von MOOS, N. 119.

⁵⁸³ BGE 112 II 330, 332; BGE 99 II 159, 162; BGE 84 II 151, 157.

⁵⁸⁴ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 32, N. 25; BK-BECKER, Art. 32, N. 5; von TUHR/PETER, § 42 I; VIOLAND, s. 43; BUCHER, s. 602; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 173; AKYOL, s. 181; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 60; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.03; EREN, BH GH, N. 1360; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 36.

gösterecek bir koruma amacı olması kaydıyla yetkilendirme işleminin de aynı şekle bağlı olduğu yönündedir⁵⁸⁵.

(5) Tamamlanmamış bir hukuki işleme dayanan temsil yetkisi, baştan geçersizdir⁵⁸⁶. Bu durumlar şunlardır: (i) Sınırlı ehliyetsizin temsil yetkisi vermesi ve yasal temsilcisinin bu işlemi onamaması⁵⁸⁷. (ii) Bir temsilcinin yetkisi olmadığı hâlde alt temsil yetkisi vermesi⁵⁸⁸. (iii) Yetkilendirmenin bir koşula bağlı olması ve koşulun gerçekleşmemesi⁵⁸⁹.

(6) İrade bozukluğu altında verilmiş olan temsil yetkisi, temsil olunan tarafından iptal edilebilir (TBK m. 30 vd.; OR Art. 23 vd.)⁵⁹⁰. Temsil yetkisinin iptal edilmesi, geriye etkili (*ex tunc*) sonuç doğurur. Temsil yetkisi temsil olunan tarafından iptal edildiği takdirde verildiği andan itibaren geçersiz hâle gelir⁵⁹¹.

c. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

Temsil yetkisinin sona ermesi de temsil yetkisi eksikliğine yol açar. Temsil yetkisinin sonradan sona ermesi hâlinde, yetkisiz temsil söz konusu olur. Sonradan sona erme deyişinden temsil yetkisinin temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulmasından önceki herhangi bir an sona ermesi anlaşılmalıdır. Temsil yetkisinin sona ermesi, çeşitli nedenlerden ileri gelebilir. Sona erme nedenlerinin bazıları kanunda öngörülmüş olmakla birlikte bazıları ise kanunda açıkça öngörülmemiştir. TBK m. 42-43 (OR Art. 34-35), temsil yetkisinin sona ermesini düzenleyen hükümlerdir.

⁵⁸⁵ İNCEOĞLU, s. 144; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 57; İŞ-NART, m. 40, N. 45; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2726; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 14; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 712; AYDOĞDU/NART, s. 44. Şekil zorunluluğunun amacına odaklanılırsa bu görüşün desteklenebileceği, ancak şekil zorunluluğunun genişletilmesinin, şekil kurallarının dar yorumlanması ilkesiyle çeliştiği yönünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1350.

⁵⁸⁶ VIOLAND, s. 59 vd.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 7; KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4; von MOOS, N. 120.

⁵⁸⁷ VIOLAND, s. 59 vd.; AKYOL, s. 455; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 7; KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4; von MOOS, N. 120; KARASU, s. 332; AYBAY, s. 72.

⁵⁸⁸ VIOLAND, s. 61 vd.; AKYOL, s. 456; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 7; von MOOS, N. 120.

⁵⁸⁹ VIOLAND, s. 60; AKYOL, s. 455; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 7; KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4; von MOOS, N. 120. Buna şu örnek verilebilir: A, fiil ehliyetini kaybetmesi hâlinde finansal işlerini yönetmesi için B'ye bir temsil yetkisi verir. A (tam) fiil ehliyetine sahip olduğu sürece B'nin temsil yetkisi yoktur (von MOOS, N. 120).

⁵⁹⁰ BUCHER, s. 632; AKYOL, s. 110; İNCEOĞLU, s. 148; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 9; von MOOS, N. 126; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 25; EREN, BH GH, N. 1359; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 40.

⁵⁹¹ von TUHR/PETER, § 42 III; BUCHER, s. 632; İNCEOĞLU, s. 148; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 9; von MOOS, N. 126; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 25; AYBAY, s. 71-72; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 4.

aa. Temsil Yetkisinin Geri Alınması

TBK m. 42’de temsil yetkisinin tamamen veya kısmen geri alınması düzenlenmiştir. “Yetkinin sınırlanması ve geri alınması” kenar başlıklı TBK m. 42 şöyledir: “Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır (f. 1). Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez (f. 2). 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 (f. 3).”

Temsil yetkisinin geri alınması, temsil yetkisinin iradi olarak sona erdirildiği hâllerden biridir. Temsil olunan, temsilciye duyduğu güvenin bir göstergesi olarak verdiği temsil yetkisini her zaman geri alabilir⁵⁹². Kanunda her ne kadar geri almanın yanı sıra yetkinin sınırlanması ifadesine yer verilmişse de öğretide bu ifadenin temsil yetkisinin kısmen geri alınması anlamına geldiği, temsil yetkisinin geri alınması teriminin temsil yetkisinin hem kısmen hem de tamamen geri alınmasını kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁹³. Temsil olunan, temsil yetkisini hiçbir neden göstermek zorunda olmaksızın tamamen veya kısmen geri alabilme iktidarına sahiptir.

Temsil olunan, tıpkı temsil yetkisinin verilmesinde olduğu gibi temsilciye yönelteceği, ulaşması gereken tek taraflı bir irade açıklaması ile temsil yetkisini geri alabilir⁵⁹⁴. Geri alma açıklaması, açıklamanın temsilciye ulaştığı anda, ileriye etkili (*ex nunc*) sonuç doğurur⁵⁹⁵.

⁵⁹² ESENER, Temsil, s. 187; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 191; İNCEOĞLU, s. 271; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 42; İŞ-NART, m. 42, N. 5; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2858; EREN, BH GH, N. 1382; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 42, N. 4; NOMER, BH GH, N. 90; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 744; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 458; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 708.

⁵⁹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 191; İNCEOĞLU, s. 271; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 43; İŞ-NART, m. 42, N. 4; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2859; EREN, BH GH, N. 1382; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 42, N. 3. Öğretide temsil yetkisinin kaldırılması teriminin kullanıldığı da görülmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 743). Temsil yetkisinin tamamen geri alınmasına karşılık gelmek üzere “azil” terimi de kullanılmaktadır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 191; EREN, BH GH, N. 1383; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 42, N. 3).

⁵⁹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 192; AKYOL, s. 430; İNCEOĞLU, s. 273; KOLLER, OR AT, N. 18.23; KARASU, s. 383; İŞ-NART, m. 42, N. 4; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2861; BSK OR I-WATTER, Art. 34, N. 3; EREN, BH GH, N. 1384; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 42, N. 4; NOMER, BH GH, N. 90; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 745; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 457; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 708.

⁵⁹⁵ ESENER, Temsil, s. 188; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 192; AKYOL, s. 430; İNCEOĞLU, s. 273; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 43; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 34, N. 9; KARASU, s. 383; İŞ-NART, m. 42, N. 5; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2861;

Temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin irade açıklamasının bozucu yenilik doğuran bir açıklama olduğu kabul edilmektedir⁵⁹⁶.

bb. Temsil Yetkisinin Diğer Nedenlerle Sona Ermesi

aaa. Kanunda Öngörülen Sona Erme Nedenleri

TBK m. 43'te temsil yetkisinin sona erme nedenleri düzenlenmiştir. “Ölüm, ehliyetsizlik ve diğer durumlar” kenar başlıklı TBK m. 43 şöyledir: “*Hukuki işlemde 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 (f. 1). Bu hüküm, bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda da uygulanır (f. 2). Tarafların karşılıklı kişisel hakları saklıdır (f. 3).*”

Kanunda öngörülen sona erme nedenlerinden birinin gerçekleşmesiyle temsil yetkisi kural olarak kendiliğinden sona erer⁵⁹⁷. Ancak TBK m. 43 hükmü, kanunun ifadesinden anlaşılacağı üzere emredici bir hüküm değildir⁵⁹⁸. İki hâlde temsil yetkisi sona ermez: (1) Temsil olunanın kanunda öngörülen nedenler gerçekleşse bile temsil yetkisinin devam etmesini öngörmesi, (2) TBK m. 43'te düzenlenen nedenlerin gerçekleşmesine rağmen işin niteliğinden temsil yetkisinin devam edeceğinin anlaşılması⁵⁹⁹.

Kanunda öngörülen sona erme nedenleri şunlardır:

(1) Temsil olunanın veya temsilcinin ölümü hâlinde kural olarak temsil yetkisi sona erer. TBK m. 43'te getirilen istisnalar ile temsil olunanın ölümüne rağmen temsil yetkisinin devam etmesi mümkündür. Bu istisnalardan birincisi, işin niteliği gereği temsil yetkisinin sona ermemesidir⁶⁰⁰. Temsil olunanın ölümüne rağmen işin niteliği gereği temsil yetkisi sona ermeyebilir. Öğretide temsil yetkisinin temsil olunanın ölümüne rağmen sona ermesine yol

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1364; ZK-KLEIN, Art. 34, N. 16; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 745; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 708.

⁵⁹⁶ ESENER, Temsil, s. 188; AKYOL, s. 430; KARASU, s. 383; İŞ-NART, m. 42, N. 4; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2862; BSK OR I-WATTER, Art. 34, N. 3; EREN, BH GH, N. 1384; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 42, N. 4. Temsil yetkisinin kısmen geri alınmasına ilişkin açıklamanın değiştirici yenilik doğuran nitelikte olduğu yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 43; KARASU, s. 383.

⁵⁹⁷ İNCEOĞLU, s. 286; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 749.

⁵⁹⁸ AKYOL, s. 415; İNCEOĞLU, s. 287; KARASU, s. 389.

⁵⁹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 5; İŞ-NART, m. 43, N. 11; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 43, N. 1; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 714.

⁶⁰⁰ İNCEOĞLU, s. 290; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 6; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2876 vd.; EREN, BH GH, N. 1395; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 43, N. 2.

açmayan işlere temsil olunanın kişiliğinin önem taşımadığı, bir ticari işletme ile ilgili standart nitelikteki ticari işlerin yanında bankacılık işlemleri ile hızla bitirilmesi gerekip bitirilmediği takdirde büyük zararlara yol açacak işler örnek olarak gösterilmektedir⁶⁰¹. İkinci istisna ise temsil olunanın ölümünden sonra temsil yetkisinin sona ermemesini öngörmesidir⁶⁰². Temsil olunan, temsilciyi yetkilendirirken yetkinin kendi ölümünden sonra da devam etmesini öngörebilir. Bu durum, ölümünden sonraya etkili temsil (*transmortal* temsil) olarak anılır⁶⁰³. Bunun dışında *mandatum post mortem* olarak anılan temsil olunanın sırf ölümünden sonra geçerli olmak ve kullanılmak üzere temsil yetkisinin verilmesi de mümkündür⁶⁰⁴. TBK m. 43'te düzenlenen istisna, temsil olunanın sağlığında kullanılmak üzere verilen temsil yetkisinin onun ölümünden sonra da devam etmesinin öngörülmesinden ibarettir⁶⁰⁵. Başka bir ifadeyle TBK m. 43'te yalnızca ölümünden sonraya etkili temsil (*transmortal* temsil) durumu öngörülmüştür.

TBK m. 43'ün getirdiği istisnaların temsilcinin ölümü hâlinde de söz konusu olacağı öğretide kabul edilmektedir. Kural olarak temsilcinin ölümüyle birlikte temsil yetkisi sona erse de işin niteliği veya temsil olunanın iradesi gereği temsilcinin ölümü temsil yetkisinin son bulmasına yol açmayabilir. Bu durumda ölen temsilcinin mirasçıları, temsilcinin yerine geçerek temsilci sıfatını taşırlar. Ancak temsil olunanın, temsilcinin ölümünden sonra temsilcinin mirasçılarının temsil yetkisine sahip olmalarını isteyerek temsil yetkisinin devam etmesini öngörmesi, oldukça düşük bir ihtimal olarak kabul edilir. Bunun nedenleri olarak temsilcinin mirasçılarının önceden kesin olarak bilinmemesinin yarattığı güvensizlik ve birden fazla mirasçının olması durumunda onların miras ortaklığı kapsamında karar alma ve uygulamalarının yaratacakları zorluklar gösterilmiştir⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 195; İNCEOĞLU, s. 292-293; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 6; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2876; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1370; EREN, BH GH, N. 1391; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 43, N. 2.

⁶⁰² İNCEOĞLU, s. 295; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 6; İŞ-NART, m. 43, N. 2; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2871; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 714.

⁶⁰³ AKYOL, s. 417; İNCEOĞLU, s. 296; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 35, N. 46; İŞ-NART, m. 43, N. 17; BSK OR I-WATTER, Art. 35, N. 7; ZK-KLEIN, Art. 35, N. 65.

⁶⁰⁴ İNCEOĞLU, s. 295; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 35, N. 46; İŞ-NART, m. 43, N. 17; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2871; BSK OR I-WATTER, Art. 35, N. 7. *Transmortal* temsil ile *mandatum post mortem* olarak anılan bu iki kavramın üst kavramı *postmortal* temsildir (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 35, N. 46).

⁶⁰⁵ İNCEOĞLU, s. 295; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 35, N. 47; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 7; İŞ-NART, m. 43, N. 18; ZK-KLEIN, Art. 35, N. 65.

⁶⁰⁶ İNCEOĞLU, s. 305-306; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 35, N. 78; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 12; İŞ-NART, m. 43, N. 25; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2879.

(2) Temsil olunan veya temsilcinin gaipliğine karar verilmesi hâlinde temsil yetkisi sona erer. TMK m. 35 f. 1 uyarınca gaiplik kararı, ölüme bağlı hakların aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılmasına yol açar. TMK m. 35 f. 2'ye göre gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur. Ancak öğretide gaiplik kararının geriye etkili olmasının hukuk güvenliğini sarsacağı endişesiyle temsil yetkisinin gaiplik kararının verilmesiyle birlikte sona ereceği kabul edilmektedir⁶⁰⁷.

(3) Fiil ehliyetinin kaybı, temsil yetkisini sona erdirir. Fiil ehliyetinin kaybı iki şekilde olabilir. Birincisi, kısıtlama kararının verilmesi; ikincisi ise ayırt etme gücünün kaybedilmesidir⁶⁰⁸. Ne var ki öğretide azınlıkta kalan bir görüşe göre, TBK m. 43'te kullanılan "fiil ehliyetini kaybetmesi" ifadesiyle kastedilen kısıtlama kararıdır⁶⁰⁹. Dolayısıyla bu görüş, ayırt etme gücünün kaybedilmesini temsil yetkisini sona erdiren bir neden olarak kabul etmez⁶¹⁰.

Temsil olunanın kısıtlanması hâlinde temsil yetkisinin sona ereceği konusunda öğretide görüş birliği vardır⁶¹¹. Temsil olunanın ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde ise ayırt etme gücünün kaybedilmesine ilişkin bir ayırım yapılmalıdır. Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmesi temsil yetkisinin sona ermesine yol açmaz. Ne var ki ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybedilmesi henüz bir kısıtlama kararı verilmiş olmasa bile temsil yetkisinin sona ermesine yol açar⁶¹².

Temsilcinin kısıtlanması hâlinde temsil yetkisinin sona erip ermeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, temsilcinin ayırt etme gücünü kaybetmemesi kaydıyla onun kısıtlanması temsil yetkisinin sona ermesine yol açmaz⁶¹³. Zira temsilcinin tam fiil ehliyetine sahip olması zorunlu

⁶⁰⁷ İNCEOĞLU, s. 306-307; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 13; İŞ-NART, m. 43, N. 3.

⁶⁰⁸ İNCEOĞLU, s. 307; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 17, 26; NOMER, BH GH, N. 91.

⁶⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 749, dn. 690.

⁶¹⁰ Ne var ki yazarlar, temsil yetkisini sona erdiren bir neden olan fiil ehliyetinin kaybı ile yalnızca kısıtlamanın kastedildiğini ifade ettikten sonra temsil olunanın sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde temsil yetkisinin sona ereceğini de belirtmişlerdir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 760.

⁶¹¹ İNCEOĞLU, s. 307; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 18; İŞ-NART, m. 43, N. 5; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2880; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1371; EREN, BH GH, N. 1392; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 43, N. 3; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 749, dn. 690.

⁶¹² BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 35, N. 13; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 19; İŞ-NART, m. 43, N. 5.

⁶¹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 195; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2882; EREN, BH GH, N. 1392; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 43, N. 3. ANTALYA'ya göre temsil yetkisi güven ilişkisine dayandığından hakkında kısıtlama kararı verilen temsilci, durumu temsil olunana bildirmelidir. Temsilcinin kısıtlandığını öğrenen temsil olunanın temsil yetkisini geri alma hakkı saklıdır. Temsilci, temsil olunanı kısıtlama kararı ile ilgili bilgilendirdikten ve onun geri alma hakkını kullanması uygun bir süre bekledikten sonra temsil yetkisini kullanabilir (MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2882).

değildir; onun ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir⁶¹⁴. Başka bir görüşe göre, temsil yetkisinin verildiği sırada tam fiil ehliyetine sahip olan temsilci sonradan kısıtlanırsa, temsil olunanın ona duyduğu güven sarsılacağından temsil yetkisi sona erer⁶¹⁵. Temsilcinin ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde ise yine bir ayırım yapılmalıdır. Temsilcinin ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesi hâlinde temsil yetkisi sona ermez iken ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybedilmesi hâlinde ise henüz bir kısıtlama kararı verilmiş olmasa bile temsil yetkisi sona erer⁶¹⁶.

(4) Temsil olunanın iflası hâlinde, iflas masasına dahil olan mal ve değerlere ilişkin temsil yetkisi sona erer⁶¹⁷. Öğretideki hâkim görüş, temsil olunanın, iflasına rağmen temsil yetkisinin devam etmesini öngöremeyeceği yönündedir⁶¹⁸. Öte yandan iflas masası dışında kalan konulara ilişkin temsil yetkisi işin niteliği gereği iflasa rağmen sona ermez⁶¹⁹.

Temsilcinin iflası hâlinde kural olarak temsil yetkisi sona erer. Bunun nedeni, temsilcinin iflasıyla birlikte temsil olunanın ona karşı güveninin sarsılmasıdır⁶²⁰. Ancak temsil olunanın bu durumun aksini öngörmesi mümkündür. Temsil olunan, temsilcinin iflasına rağmen temsil yetkisinin sona ermemesini öngörebilir⁶²¹.

(5) TBK m. 43 f. 2 uyarınca tüzel kişiliğin sona ermesi de temsil yetkisinin sona ermesine yol açar. Temsil olunanın tüzel kişi olması durumunda, her ne kadar TMK m. 52

⁶¹⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 195. Temsilcinin ehliyetine ilişkin açıklamalar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 46, N. 34.

⁶¹⁵ **ESENER**, Temsil, s. 196; **İNCEOĞLU**, s. 314; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 26; **İŞ-NART**, m. 43, N. 7. Belirtelim ki **ESENER**, bu görüşü savunmakla birlikte ilk görüşü destekleyen açıklamalarda da bulunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ESENER**, Temsil, s. 196. Bu görüşü savunan yazarlardan **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, bir kişinin sınırlı ehliyetsiz olduğunu bile bile ona temsil yetkisi vermekle, tam fiil ehliyetine sahip olan temsilcinin sonradan kısıtlanmasına rağmen temsil yetkisinin devam etmesinde bir sakınca görülmemesinin aynı olmadığını belirtir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 26). **İNCEOĞLU**'na göre temsilcinin kısıtlanmasıyla birlikte ona karşı güveni sarsılan temsil olunanın temsil yetkisini geri alma hakkı bulunsada onun asıl kısıtlama kararını henüz öğrenemediği dönem korunmaya ihtiyacı vardır. Bu dönemde temsil olunanın korunabilmesi için temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiğinin kabul edilmesi zorunludur (**İNCEOĞLU**, s. 314).

⁶¹⁶ **AKYOL**, s. 421; **İNCEOĞLU**, s. 313; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 26.

⁶¹⁷ **ESENER**, Temsil, s. 185-186; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 28; **KARASU**, s. 389; **İŞ-NART**, m. 43, N. 9. Temsil yetkisinin iflasın açılmasından itibaren sona ereceği yönünde bkz. **ESENER**, Temsil, s. 185-186; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 28. Temsil yetkisinin iflas kararının kesinleşmesinden itibaren sona ereceği yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 749.

⁶¹⁸ **İNCEOĞLU**, s. 316; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 28. Aksi yönde bkz. **EREN**, BH GH, N. 1393.

⁶¹⁹ **ESENER**, Temsil, s. 186; **AKYOL**, s. 425; **İNCEOĞLU**, s. 316; **KARASU**, s. 389; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 750. Bu istisna yalnızca gerçek kişilerin iflasına ilişkindir. Tüzel kişilerin iflası hâlinde tüzel kişilik sona ereceğinden tüzel kişinin verdiği tüm temsil yetkileri kendiliğinden sona erer (**İNCEOĞLU**, s. 317).

⁶²⁰ **ESENER**, Temsil, s. 196; **AKYOL**, s. 425; **İNCEOĞLU**, s. 317; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 29; **İŞ-NART**, m. 43, N. 10.

⁶²¹ **ESENER**, Temsil, s. 196; **İNCEOĞLU**, s. 317; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 29.

hükmü uyarınca tüzel kişiliğin sona ermesine yol açan neden ortaya çıkmasına rağmen tüzel kişi tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere tasfiye sona erinceye dek varlığını sürdürse de temsil yetkisinin tüzel kişiliğin sona erme nedeninin gerçekleştiği an sona ereceği kabul edilmektedir⁶²². Hâkim görüşe göre kural olarak tasfiye sürecinde temsil yetkisi yoktur⁶²³. Temsilcinin tüzel kişi olması durumu için de aynıları geçerlidir⁶²⁴.

bbb. Kanunda Açıkça Öngörülmemiş Sona Erme Nedenleri

(1) Öğretide temsilcinin temsilcilikten çekilmesi (istifası) hâlinde temsil yetkisinin sona ereceği kabul edilmektedir⁶²⁵. Bu kabule göre temsilcinin temsil olunana yönelteceği, ulaşması gereken tek taraflı bir irade açıklaması ile temsil yetkisinin sona erdirilmesi mümkündür. İstifaya ilişkin irade açıklaması, bozucu yenilik doğuran bir açıklamadır. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüşe göre temsil yetkisi, temsilcinin kabulüne bağlı bir yetki olmadığından temsilcinin istifası temsil yetkisi üzerinde bir etki yaratmaz⁶²⁶.

(2) Temsil yetkisinin belirli bir süre için verilmiş olduğu hâllerde sürenin geçmesi, temsil yetkisinin sona ermesine yol açar⁶²⁷.

⁶²² AKYOL, s. 426; İNCEOĞLU, s. 318; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 14. Aksi yönde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2885. Yazar, kanunun temsil yetkisinin sona ermesi için tüzel kişiliğin sona ermesini aradığını, tüzel kişiliğin ise tüzel kişiliğin son bulmasına yol açan nedenin gerçekleşmesiyle başlayan tasfiye aşaması sonrasında sona ereceğini, bu nedenle tasfiyenin tamamlanması ile temsil yetkisinin sona ereceğini ifade eder. Ancak yazara göre, temsil yetkisinin tasfiye amacı ile sınırlı olmak üzere devam edeceği gözden kaçırılmamalıdır.

⁶²³ Ne var ki hâkim görüşe göre temsil olunan, tasfiye sürecinde tasfiye amacıyla sınırlı olmak kaydıyla temsil yetkisinin devam etmesini öngörmüş olabilir. Temsil yetkisinin tasfiye sürecinde işin niteliği gereği devam etmesi de mümkündür (İNCEOĞLU, s. 319; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 14). Öğretide temsil yetkisinin tasfiye sürecinde tasfiye amacı ile sınırlı olmak üzere devam edeceği de savunulmaktadır (MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2885). Dolayısıyla bu görüşe göre temsil olunanın tasfiye sürecinde temsil yetkisinin devam etmesini öngörmesine veya işin niteliğinden temsil yetkisinin devam etmesinin anlaşılmasına gerek olmadan temsil yetkisi tasfiye amacı ile sınırlı olmak üzere devam eder.

⁶²⁴ AKYOL, s. 426; İNCEOĞLU, s. 319-320; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 16.

⁶²⁵ ESENER, Temsil, s. 197-198; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 194; GUHL/KOLLER, § 19, N. 10; AKYOL, s. 426-427; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 3; KOLLER, OR AT, N. 18.16; von MOOS, N. 123; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2886; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1368; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 42.24; EREN, BH GH, N. 1390; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 43, N. 6; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 456; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 711. Çekilme veya istifa terimleri yerine feragat veya vazgeçme terimleri için bkz. AKYOL, s. 426; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 711.

⁶²⁶ SARI, s. 214; İNCEOĞLU, s. 269; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 741.

⁶²⁷ ESENER, Temsil, s. 174; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 195; AKYOL, s. 426; İNCEOĞLU, s. 321; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 48, N. 4; von MOOS, N. 124; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2888; ZK-KLEIN, Art. 35, N. 42, Art. 38, N. 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1363; EREN, BH GH, N. 1395; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 43, N. 7; NOMER, BH GH, N. 91.3; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 740; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 456; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 707; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 4.

(3) Belirli bir işin görülmesi için verilmiş temsil yetkisi, o işin görülmesiyle sona erer⁶²⁸.

(4) Temsil yetkisinin bozucu koşula bağlanmış olması hâlinde, bozucu koşulun gerçekleşmesiyle temsil yetkisi sona erer⁶²⁹.

d. Temsil Yetkisinin Aşılması

Temsil yetkisinin aşılması, temsil yetkisi eksikliğine yol açar. Temsilci, temsil olunan tarafından belirlenen⁶³⁰ temsil yetkisinin sınırlarını aşarsa yetkisiz temsil söz konusu olur⁶³¹. Temsilcinin, temsil yetkisinin içeriğiyle bağdaşmayan bir işlem yapması hâlinde temsil yetkisi aşılmış olur⁶³². Örneğin 10.000 litre mazot satın almak için yetkili olan temsilcinin 11.000 litre mazot satın alması⁶³³.

Temsil yetkisinin aşılması bir yetkisiz temsil hâli olduğuna göre bu durumda da TBK m. 46 (OR Art. 38) uygulanır. Ancak temsil yetkisinin aşılması hâlinde temsil yoluyla yapılan

⁶²⁸ **ESENER**, Temsil, s. 174; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 195; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 4; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2887; **ZK-KLEIN**, Art. 35, N. 42, Art. 38, N. 32; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1363; **EREN**, BH GH, N. 1395; **NOMER**, BH GH, N. 91.3; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 740; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, N. 456; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 707. Temsilciden yapılması istenen işin bizzat temsil olunan veya başka bir temsilci tarafından yapılması hâlinde de temsil yetkisinin sona ereceği yönünde bkz. **AKYOL**, s. 427. Aynı konuda işlem yapılmış olmasının temsil yetkisi üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **İNCEOĞLU**, s. 322 vd.

⁶²⁹ **ESENER**, Temsil, s. 174; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 195; **AKYOL**, s. 426; **İNCEOĞLU**, s. 127; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 48, N. 4; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Vorbem. zu Art. 34-35, N. 11; **von MOOS**, N. 125; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2888; **ZK-KLEIN**, Art. 35, N. 42, Art. 38, N. 32; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1363; **EREN**, BH GH, N. 1395; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 43, N. 7; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 707; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 38, N. 4.

⁶³⁰ Temsil olunan, temsil yetkisinin kapsamını serbestçe belirleyebilir (**AKYOL**, s. 103; **İNCEOĞLU**, s. 159) ve temsil yetkisinin sınırlarını baştan belirleyebileceği gibi bunu sonradan da yapabilir (**AKYOL**, s. 104; **İNCEOĞLU**, s. 198). Diğer bir deyişle temsil olunanın temsil yetkisini verirken yetkinin sınırlarını belirleyebilmesinin yanı sıra temsil yetkisini verdikten sonra çeşitli sınırlamalar getirebilmesi de mümkündür. Temsil yetkisinin sınırlanması, farklı biçimlerde olabilir. Temsil yetkisinin kişi, konu, zaman ve yer bakımından sınırlanması en sık karşılaşılan biçimlerdir (**AKYOL**, s. 118; **İNCEOĞLU**, s. 198; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 12; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2795 vd.; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 33; **OFK-SCHÖBI**, Art. 33, N. 10). Ancak temsil yetkisinin sınırlanma biçimlerinin bu sayılanlardan ibaret olmadığını, başka biçimlerin de mümkün olabileceğini belirtmekte yarar vardır (**İNCEOĞLU**, s. 198). Temsil olunan, belirtilen biçimler dışında da temsil yetkisini dilediği gibi sınırlayabilir.

⁶³¹ **ESENER**, Yetkisiz Temsil, s. 121; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 34; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1441.

⁶³² **von MOOS**, N. 129. Temsil yetkisinin aşılp aşılmadığı belirlenirken temsil yetkisinin içeriği esas alınır. TBK m. 41 uyarınca temsil yetkisi hukuki bir işlemten doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği o hukuki işleme göre belirlenir. Temsil yetkisinin verilmesi, tek taraflı bir hukuki işlem olduğuna göre temsil yetkisinin içeriğinin belirlenmesinde asıl olan temsil olunanın yetkilendirmeye ilişkin irade açıklamasıdır. Temsilcinin yaptığı işlemin temsil yetkisinin içeriğiyle bağdaşp bağdaşmadığı, yetkilendirmeye ilişkin irade açıklamasının yorumlanmasıyla belirlenebilir (**von TUHR/PETER**, § 42 IV 3; **KUTLU SUGURBEY**, s. 11-12; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 12; **KOLLER**, OR AT, N. 18.09; **von MOOS**, N. 129).

⁶³³ **von MOOS**, N. 129.

işlem daima diğer temsil yetkisi eksikliği hâllerindeki gibi ele alınmaz. Türk ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüşe göre, temsil yoluyla yapılan işlem bölünebilirse, TBK m. 27 f. 2 (OR Art. 20 Abs. 2) kıyas yoluyla uygulanır⁶³⁴. Böylece temsil yoluyla yapılan işlem temsil olunanı temsil yetkisinin kapsadığı ölçüde bağlar⁶³⁵. Başka bir deyişle bölünebilir bir işlem TBK m. 27 f. 2 uyarınca kısmi olarak geçerli olabilir⁶³⁶. Üstelik bunun için temsil olunanın işlemi onamasına gerek de yoktur⁶³⁷. Zira işlemin ilgili kısmı bakımından temsilci zaten yetkilidir. Temsil yetkisinin kapsamına girmeyen kısım ise askıda geçersizdir⁶³⁸. Buna karşılık öğretide bir görüş, bu hükmün kıyasen uygulanması hâlinde yetki kapsamında kalan kısmın kendiliğinden geçerli olmayacağını, yalnızca temsil olunanın kısmi onama imkânına sahip olduğunu belirtmektedir⁶³⁹. Buna göre, temsil olunan yalnızca yetki kapsamında kalan kısmı

⁶³⁴ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 38, N. 3; ESENER, Yetkisiz Temsil, s. 121; von TUHR/PETER, § 45 I 2e; BUCHER, s. 642, dn. 152; KUTLU SUNGURBEY, s. 38; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199, dn. 172; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 13; İŞ-NART, m. 46, N. 10; BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 2; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 35; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1442; AYDOĞDU/NART, s. 128; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 4. Temsil yetkisinin aşılması hâlinde TBK m. 27 f. 2'nin kıyasen uygulanacağı yönündeki görüşün, bölünebilir işlemler bakımından bile ancak tarafların farazi iradelerine uygun düştüğü ölçüde geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, taraflardan birinin, özellikle de üçüncü kişinin durumu bilseydi bu kısmi işlemi kabul etmeyeceğinin anlaşıldığı hâllerde işlemin tümünün yetkisiz temsil hükümlerine tabi olması gerekir. Bu durumda temsil olunanın onamasına bağlı olarak ya işlemin tamamı geçersiz hâle gelir ya da tamamı geçerli olur (İNCEOĞLU, s. 371). Aynı yönde bkz. AYBAY, s. 75.

⁶³⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 13; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 35. Örneğin 10.000 litre mazot satın almaya yetkili temsilcinin 11.000 litre mazot satın alması bu duruma örnektir. Bu örnekte temsil yoluyla yapılan işlem bölünebilir bir işlemdir ve temsil olunan 10.000 litrelik kısım bakımından işlemle bağlıdır.

⁶³⁶ von TUHR/PETER, § 45 I 2e; KUTLU SUNGURBEY, s. 38; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199, dn. 172; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 13; İŞ-NART, m. 46, N. 10; BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 2; AYDOĞDU/NART, s. 128.

⁶³⁷ BUCHER, s. 642, dn. 152; KUTLU SUNGURBEY, s. 38; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199, dn. 172; AKYOL, s. 452; İŞ-NART, m. 46, N. 10; AYDOĞDU/NART, s. 128.

⁶³⁸ AKYOL, s. 452; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 13; İŞ-NART, m. 46, N. 10; BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 2; AYBAY, s. 75; AYDOĞDU/NART, s. 128. Temsil yetkisinin sınırları içinde kalan kısmın temsil olunan tarafından reddedilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı yönünde bkz. AKYOL, s. 452.

⁶³⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 11. Belirtelim ki yazar, kural olarak onamanın işlemin tümüne yönelik olabileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla yazara göre, işlemin kısmen kabul edilmesine ilişkin bir onama geçersizdir. Başka bir deyişle “kısmi onama” kural olarak mümkün değildir. Ancak temsil yetkisinin aşılması biçimindeki yetkisiz temsil hâllerinde, sözleşmenin bölünebilir olması kaydıyla bu ilkeye bazı istisnalar getirilmiştir. Kısmi onama imkânı da TBK m. 27 f. 2'nin kıyasen uygulanmasına dayalı bir istisnadır. Aynı yönde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 83; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2934; EREN, BH GH, N. 1417; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 46, N. 13. Kısmi onama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 379 vd. Kısmi onamanın daima geçersiz olduğu yönünde bkz. VIOLAND, s. 135-136. Kısmi onamanın, yeni bir sözleşmenin kurulması için yapılmış bir öneri niteliğinde olduğu yönünde bkz. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 38, N. 14; ESENER, Yetkisiz Temsil, s. 129; VIOLAND, s. 135; İŞ-NART, m. 46, N. 10; BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 6; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 35; AYDOĞDU/NART, s. 128. VIOLAND'a göre işlem bölünebilir olsa bile kısmi onama geçerli değildir. Zira işlemin üçüncü kişi için ne ifade ettiğine ve üçüncü kişinin kısmi bir işleme razı olup olmayacağına temsil olunan karar veremez. Bu nedenle üçüncü kişinin rızası gereklidir. Ancak üçüncü kişinin rızası temsil yoluyla yapılan ve kısmi onama nedeniyle geçersiz olan işlemin ilgili kısmını canlandırmaz. Üçüncü kişi kısmi işlemi kabul ederse, temsil olunanın yeni bir sözleşme önerisini kabul etmiş olur (VIOLAND, s. 136). Bu durumda yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 (OR Art. 39) kapsamında sorumluluğu temsil yoluyla yapılan işlemin onanmadığı diğer hâllerdeki kadar ağır olmaz. Zira üçüncü kişinin temsilciye yönelttiği tazminat talebinde yeni kurulan işlem sayesinde kurtulduğu zararın dikkate alınması gerekir (VIOLAND, s. 136, dn. 86).

onadığı takdirde üçüncü kişinin bu kısım üzerinden sözleşme yapılabileceğini bilseydi onun yine aynı sözleşmeyi yapacağı sonucuna varılabiliyorsa onama geçerli olur ve sözleşme yetki kapsamında kalan kısım açısından yapıldığı andan başlayarak hüküm doğurur⁶⁴⁰. Öte yandan temsil yoluyla yapılan işlem bölünemezse diğer temsil yetkisi eksikliği hâllerinde aynı şekilde ele alınır ve böylece işlemin tamamı askıda hükümsüzdür⁶⁴¹.

Temsil yetkisinin aşılmasına ilişkin bir diğer istisna, üçüncü kişinin temsil yetkisinin sınırları içinde kalmaya razı olduğunu açıklaması hâlinde söz konusu olur. Örneğin temsilcinin bir malı 100 liradan satın almaya yetkili olmasına rağmen 110 liraya satın almış olması hâlinde temsil yetkisinin aşıldığını öğrenen satıcı yani üçüncü kişi malı 100 liradan satmaya razı olduğunu açıklayabilir⁶⁴². Bu durumda bir görüşe göre, TBK m. 505 f. 2 (OR Art. 397 Abs. 2) kıyas yoluyla uygulanır ve temsil olunanın işlemi onamaması dürüstlük kuralına aykırı olur⁶⁴³. Ancak üçüncü kişinin yetki sınırları içinde kalmaya razı olduğuna ilişkin açıklaması, temsil olunanın onamanın reddine ilişkin açıklamasından önce temsil olunana ulaşmalıdır⁶⁴⁴. Buna karşılık başka bir görüşe göre, bu durumda TBK m. 34 f. 2 (OR Art. 25 Abs. 2) hükmünün kıyasen uygulanması söz konusudur⁶⁴⁵. Üçüncü kişi, yetki sınırları içinde işlem yapmayı kabul ettiğini açıkladığında sözleşme geçerli olur⁶⁴⁶. Üstelik temsil olunanın onamanın reddine ilişkin açıklamasından önce açıklama yapmasına gerek yoktur. Temsil olunanın onamanın reddine ilişkin açıklaması kendisine ulaştığında derhal yetki sınırları içinde işlemi yapmayı kabul ettiğini temsil olunana bildirmesi yeterlidir⁶⁴⁷. Böylece temsil olunanın onamasına da gerek kalmadan sözleşme geçerli olacağı gibi onun onamayı reddetmesi de üçüncü kişinin taleplerini

⁶⁴⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 11. Aynı yönde bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, s. 83. Buna şu örnek verilmektedir: Temsilci, bir maldan 20 ton satın almak için yetkilidir, ancak yetkisini aşır 30 ton mal satın alır. Temsil olunan 20 ton için işlemi onadığı takdirde üçüncü kişinin yalnızca 20 ton üzerinden sözleşme yapılabileceğini bilseydi onun yine de aynı sözleşmeyi yapacağı sonucuna varılabiliyorsa onama geçerlidir ve sözleşme 20 tona ilişkin kurulduğu andan başlayarak hüküm doğurur (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 11).

⁶⁴¹ **AKYOL**, s. 452; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 13; **İŞ-NART**, m. 46, N. 10; **AYDOĞDU/NART**, s. 128.

⁶⁴² **VON TUHR/PETER**, § 45 I 2e, dn. 4; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 38; **İNCEOĞLU**, s. 417; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 11.

⁶⁴³ **VON TUHR/PETER**, § 45 I 2e; **BSK OR I-WATTER**, Art. 38, N. 2. TBK m. 505 f. 2'nin burada kıyasen uygulanmayı sağlayacak bir benzerlik taşımadığı yönünde bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, s. 38; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 199-200, dn. 172; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 11, dn. 21.

⁶⁴⁴ **VON TUHR/PETER**, § 45 I 2e.

⁶⁴⁵ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 38; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 199-200, dn. 172; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 11; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2934-2935; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1443; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 38, N. 4. Bu durumda TBK m. 34 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanarak kısmi onama yükümlülüğünün savunulabileceği yönünde bkz. **İNCEOĞLU**, s. 380.

⁶⁴⁶ **BUCHER**, s. 642, dn. 152; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 11.

⁶⁴⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 11.

yetki sınırları içinde kalacak ölçüye indirgeyerek sözleşmeyi kurtarabilmesine engel olmaz⁶⁴⁸. Her iki görüş açısından şöyle bir fark bulunmaktadır⁶⁴⁹: Birinci görüşe göre bu durumda temsil olunanın dürüstlük kuralı uyarınca onama yükümlülüğü söz konusudur. İkinci görüşe göre ise temsil olunanın onama yükümlülüğü olmayıp sözleşmenin kendiliğinden geçerli hâle gelmesi söz konusudur.

Temsil yetkisinin aşılması hâlinde TBK m. 27 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ilk olarak şunu belirtmek gerekir: TBK m. 27 f. 2, kesin hükümsüzlük hâllerinin yanı sıra kıyas yoluyla diğer hükümsüzlük hâllerinde de uygulama alanı bulur⁶⁵⁰. Öyleyse bu hükmün temsil yoluyla yapılan askıda hükümsüz sözleşmeler bakımından uygulanabilmesi mümkündür. Bu hükmün doğrudan uygulanması bakımından iki unsur söz konusudur: (1) Sözleşmenin bölünebilir olması, (2) sözleşmenin kalan kısmının geçerli olmasının tarafların farazi iradelerine uygun olması⁶⁵¹. Bu kapsamda ilk olarak temsil yoluyla yapılan sözleşmenin bölünebilir olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin 100 litre zeytinyağı satın almaya yetkili temsilcinin 150 litre zeytinyağı satın almış olması hâlinde bölünebilir bir sözleşme vardır. Bununla birlikte örneğin temsilcinin bir bisikleti 100 liradan satın almaya yetkili olmasına rağmen 110 liraya satın almış olması hâlinde bölünemeyen bir sözleşme söz konusudur. Her iki örnekte de temsil yetkisinin aşılması söz konusudur, ancak birinci örnekte bölünebilir bir sözleşme, ikinci örnekte ise bölünemeyen bir sözleşme vardır. Bölünemeyen sözleşme bakımından TBK m. 27 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir⁶⁵². Dolayısıyla ikinci örnekteki bölünemeyen sözleşme yetkisiz temsil hükümlerine tabi olup askıda hükümsüzdür. Bölünebilir sözleşmede ise ancak tarafların farazi iradelerine uygun düşmesi kaydıyla TBK m. 27 f. 2 kıyas yoluyla uygulanabilir. Burada belirleyici olan tarafların farazi iradesidir⁶⁵³. Temsil olunanın ziyade üçüncü kişinin farazi iradesi önemlidir. Zira temsil yetkisinin kapsamına giren kısım bakımından temsilci zaten yetkilidir. Temsil olunanın yetki kapsamına uygun kısımla bağlı olmasından daha doğal bir şey yoktur. Bu nedenle bu kısım için temsil olunanın onama açıklamasına da gerek yoktur. Temsil yetkisini

⁶⁴⁸ **BUCHER**, s. 642, dn. 152. Aynı yönde bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, s. 38.

⁶⁴⁹ **İNCEOĞLU**, s. 417.

⁶⁵⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 44, N. 18; **ERGÜNE** Mehmet Serkan/**KURŞUN** Ali Suphi, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: **ÖZ** Turgut/**ACAR** Faruk/**GÖKYAYLA** Emre/**DEVELİOĞLU** H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 27-29, 3. Bası, İstanbul 2019, m. 27, N. 76; **NOMER**, BH GH, N. 41.2.

⁶⁵¹ **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2070; **İŞ-ERGÜNE/KURŞUN**, m. 27, N. 76 vd.

⁶⁵² Nitekim TBK m. 27 f. 2'nin doğrudan uygulanabilmesi için de sözleşmenin bölünebilir olması gerekir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 44, N. 18; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2071; **İŞ-ERGÜNE/KURŞUN**, m. 27, N. 76).

⁶⁵³ **VIOLAND**, s. 74.

aşan kısım ise hiç kuşkusuz askıda hükümsüzdür, temsil olunanın bu kısımına bağlı olması beklenemez. Temsil olunan bakımından sözleşmenin kısmen geçerli olmasında bir sakınca olmasa da üçüncü kişinin iradesi sözleşmenin tamamına yöneliktir. Bu nedenle üçüncü kişi temsil yetkisinin kapsamına giren kısım ile yetinmek zorunda değildir⁶⁵⁴. Başka bir deyişle ona kısmi geçerlilik dayatılamaz⁶⁵⁵. Temsil olunan, yetkiyi aşan kısmı onarsa sorun yoktur, sözleşmenin tamamı geçerli olur. Zaten üçüncü kişinin iradesi de bu yöndedir. Ancak temsil olunan yetkiyi aşan kısmı onamazsa, üçüncü kişinin, sözleşmenin kısmen geçerli olacağını bilseydi yine de sözleşmeyi yapacağı sonucuna varılırsa kısmi geçerlilik söz konusu olur. Aksi takdirde sözleşmenin tamamı yetkisiz temsil hükümlerine tabidir ve askıda hükümsüzdür⁶⁵⁶.

Bölünemeyen sözleşme bakımından TBK m. 27 f. 2 uygulanamasa da TBK m. 34 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanabilmesi mümkündür. Yukarıda ikinci örnekte belirtilen bölünemeyen sözleşme askıda hükümsüzdür. Temsil olunan sözleşmeyi onamasa bile üçüncü kişinin, yetki sınırları içinde kalmaya razı olarak sözleşmeyi ayakta tutma imkânı vardır. Bisikleti 110 liraya satan üçüncü kişinin, yetki sınırlarında kalan 100 liralık satış bedelinden işlem yapmaya razı olduğunu açıklaması hâlinde TBK m. 34 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanması söz konusu olur. TBK m. 34 f. 2'de yanılanın muhatabına yenilik doğuran hak tanınmıştır⁶⁵⁷. Buna “karşı yenilik doğuran hak” denilmektedir⁶⁵⁸. Kanaatimizce bu hükme kıyasen benzer nitelikte bir karşı yenilik doğuran hak, temsil yetkisinin aşılması hâlinde üçüncü kişiye de tanınmalıdır. Bu hakkın kullanılması, sözleşmenin içeriğini üçüncü kişinin razı olduğu yetki sınırlarına uygun olacak şekilde geriye etkili (*ex tunc*) olarak değiştirir⁶⁵⁹. Böylece sözleşmede yasal bir çevirme (tahvil) söz konusu olur⁶⁶⁰. Üçüncü kişi bu hakkı kullanarak temsil olunanın onamama hakkını ortadan kaldırır veya daha önce kullanılmış onamama hakkını geçersiz hâle

⁶⁵⁴ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 38, N. 14; VIOLAND, s. 73.

⁶⁵⁵ Temsil yoluyla yapılan sözleşmeyle 150 litre zeytinyağı satan üçüncü kişiye kısmi geçerlilik dayatılarak onun 100 litrelik satışla yetinmesi beklenemez. Zira o, miktar 150 litre olduğu için kararlaştırılan satış bedelini kabul etmiş olabilir. 100 litrelik satış yapacağını bilseydi daha farklı bir bedel talep edebilirdi. Bundan başka onun kalan 50 litreği ayrıca satmasının ticari menfaatlerine aykırı olması söz konusu olabilir. Bunun gibi pek çok neden akla gelebilir. Kısacası üçüncü kişi, 150 litrenin satılmaması hâlinde hiç zeytinyağı satmak istemeyebilir. Dolayısıyla 150 litre zeytinyağı satan üçüncü kişiyi 100 litrelik satışı kabul etmeye zorlamak uygun olmaz.

⁶⁵⁶ VIOLAND, s. 74-75; İNCEOĞLU, s. 371; AYBAY, s. 75.

⁶⁵⁷ BUZ Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 198; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 82; KURŞAT Zekeriya, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 30-39, 3. Bası, İstanbul 2019, m. 34, N. 5; KANIŞLI Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul 2018, s. 618; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 609.

⁶⁵⁸ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 198; KANIŞLI, s. 618; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 609. Karşı yenilik doğuran haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 198 vd.

⁶⁵⁹ Bkz. ve karşı. KANIŞLI, s. 619; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 609.

⁶⁶⁰ Bkz. ve karşı. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 82, dn. 140; KANIŞLI, s. 619.

getirir⁶⁶¹. Böylece sözleşme kurulduğu andan itibaren kesin olarak geçerli olur⁶⁶². Üçüncü kişinin açıklaması yenilik doğuran bir işlem olduğundan temsil olunanın onama açıklamasına ihtiyaç da yoktur. Başka bir deyişle üçüncü kişinin tek başına sözleşmeyi ayakta tutabilmesi mümkündür. Dolayısıyla burada bir onama yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bu hak, temsil olunanın onamama açıklamasından önce kullanılabileceği gibi onun onamama açıklamasından sonra da kullanılabilir. Temsil olunan onamama yönünde bir açıklama yaparsa, üçüncü kişinin bu hakkı “derhal” kullanması gerekir⁶⁶³.

Temsil yetkisinin aşılmasına ilişkin pratik açıdan önemli bir sorun daha ortaya çıkmaktadır: Temsilcinin, temsil yetkisinin dış çerçevesine uygun ancak temsil olunanın talimatlarına⁶⁶⁴ aykırı davranması hâlinde bunun temsil yetkisinin aşılması anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır⁶⁶⁵. Buna şu örnekler verilebilir: A, taşınmazını satması için T’ye temsil yetkisi verir. Daha sonra A, taşınmazını Ü’ye satmaması yönünde T’ye talimat verir. Ne var ki

⁶⁶¹ Bkz. ve karş. **BUZ**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 198-199.

⁶⁶² Bkz. ve karş. **KANIŞLI**, s. 620.

⁶⁶³ Bkz. ve karş. **KANIŞLI**, s. 619; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 1673.

⁶⁶⁴ Talimat, temsil yetkisinin nasıl kullanılacağına ilişkin emir ve direktifler olarak tanımlanır (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 181; **AKYOL**, s. 115; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 11; **İŞ-NART**, m. 41, N. 26; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2844; **EREN**, BH GH, N. 1380; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 41, N. 18; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 722; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 36; **TEKBEN** Tuğçe, Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2021, s. 66-67). Talimatı veren temsil olunan, talimatın muhatabı ise temsilcidir. Talimat, tek taraflı ve ulaşması gereken irade açıklamasıyla verilir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 11; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2845.). Talimat kavramı açıklanırken talimatın niteliği bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, talimat daima temsil yetkisini sınırlayıcı nitelikte verilebilir (**MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2849; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1443; **EREN**, BH GH, N. 1381; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 41, N. 19). Başka bir görüşe göre ise talimat, temsil yetkisini genişleten veya daraltan emir ve direktifler şeklinde verilebileceği gibi temsil yetkisine etki etmeyen, onu sınırlamayan şekilde de verilebilir (**İNCEOĞLU**, s. 260-261; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 722; **TEKBEN**, s. 70. Talimatın temsil yetkisini sadece tamamlamaktan ibaret kalabileceği gibi sınırlayıcı bir mahiyet de alabileceği yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 181). Buna örnek olarak temsil olunanın temsilciye iyi bir piyasa araştırması yapılması yönündeki emir ve direktifleri gösterilmektedir (**OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 722). Bu görüşe göre, bu şekilde verilen talimatın dış ilişki bakımından etkisi olmaz. Dolayısıyla talimata aykırılık, yalnızca iç ilişki bakımından sonuç doğurur; başka bir ifadeyle, temsilcinin temsil olunana karşı temel ilişki bakımından sorumluluğuna yol açar (**İNCEOĞLU**, s. 261). Öğretide talimata ilişkin şu örnekler verilmiştir: Temsil olunanın, temsilciden taşınmazın hiçbir zaman belirli bir miktarın altında bir fiyattan satmamasını (“800.000 liradan aşağıya satmayacaksın”) veya taşınmazı dilediği kimseye satmakta serbest olmakla birlikte, onun Ü adlı kişiye satılmasını kesinlikle istemediğini (“Ü dışında istediğin kimseye satabilirsin”) belirtmesi talimattır (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 11, 13). Ankara’nın Çankaya ilçesinde bir taşınmaz satın alması için temsilciye yetki veren temsil olunanın, söz konusu taşınmazı 750.000 liraya almasını temsilciye bildirmesi talimattır (**EREN**, BH GH, N. 1381; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 41, N. 19). İstanbul’daki evini satma konusunda yetkilendirdiği temsilciye daha sonra gönderdiği bir mektupla evi 500.000 liradan aşağı satmamasını bildiren temsil olunan, bu talimatla temsil yetkisine fiyat sınırı getirmiştir (**OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 722. Yazarlar, satışın kime yapılacağına sonradan bildirilmesi ve yetkinin birden fazla taşınmazın satışını kapsamasına rağmen sonradan yalnızca birinin satılmasının istenmesini de temsil yetkisini sınırlayan talimatlara örnek olarak göstermiştir).

⁶⁶⁵ **von MOOS**, N. 129.

T, talimata aykırı davranarak taşınmazı Ü'ye satar⁶⁶⁶. Başka bir örnekte ise temsil olunan, temsilciye taşınmazı 800.000 liradan aşağı satmamasını belirttiği hâlde temsilci taşınmazı 600.000 liraya satar⁶⁶⁷. Bu örneklerde temsilci, temsil yetkisinin dış çerçevesine uygun bir işlem yapmasına karşın temsil olunanın talimatına aykırı davranmıştır.

Söz konusu sorun, temsil yetkisinin bağımsızlığından ileri gelir. Temsil yetkisi, temsil olunan ile temsilci arasındaki diğer hukuki ilişki olan temel ilişkiden bağımsızdır⁶⁶⁸. Diğer bir deyişle temsil yetkisi, temel ilişkiden “soyut”tur⁶⁶⁹. Temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsızlığı, öğretide tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir⁶⁷⁰. Ne var ki bu bağımsızlığın ne kadar ileri gittiği tartışmalıdır. Kanun koyucu temsil olunan tarafından temsil yetkisinin temel ilişkiyi etkilemeden her zaman geri alınabileceğini belirtmekle yetinmiştir (TBK m. 42 f. 1; OR Art. 34 Abs. 1). Temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki ilişki hakkında bundan başka bir şey söylemez⁶⁷¹.

İsviçre Federal Mahkemesi, 1951 yılında vermiş olduğu bir kararda, temsil yetkisinin talimata aykırı bir şekilde kullanılmasının yalnızca temel ilişkiyi etkilediğine, temsil yetkisine herhangi bir etkisi olmadığına hükmetmiştir⁶⁷². Ne var ki Federal Mahkeme, 1973 yılında vermiş olduğu bir kararda aksi yönde bir hüküm kurmuştur⁶⁷³.

Eski İsviçre öğretisinde, müşterek hukukta olduğu gibi İsviçre hukukunda da temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki katı ayrımın geçerli olduğu savunulmuştur⁶⁷⁴. Müşterek hukukta geçerli olan şuydu⁶⁷⁵: Temsilci, temsil yetkisinin dış çerçevesi kapsamına giren ancak

⁶⁶⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 11; KOLLER, OR AT, N. 18.11; von MOOS, N. 130.

⁶⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 12; KOLLER, OR AT, N. 18.14; von MOOS, N. 130.

⁶⁶⁸ Temel ilişki kavramı hakkında bkz. AKBIYIK Cem, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, İÜHF, C. 55, S. 4, 1997, s. 219-220; KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, “Temsil Yetkisinin Açıklanması”, AÜHF, C. 70, S. 2, 2021, s. 371 vd.

⁶⁶⁹ von TUHR/PETER, § 42 II; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1351.

⁶⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 174; AKYOL, s. 36; İNCEOĞLU, s. 26-27; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 160; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 22; KOLLER, OR AT, N. 18.05; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 12; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2680; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.07; EREN, BH GH, N. 1366; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 42; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 698; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 444. Aksi yönde bkz. ESENER, Temsil, s. 69-70.

⁶⁷¹ von MOOS, N. 131.

⁶⁷² BGE 77 II 138, 141.

⁶⁷³ BGE 99 II 39, 44 vd.

⁶⁷⁴ von TUHR/PETER, § 42 IV 3. Eski İsviçre öğretisinin diğer yazarlarının da (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 32, N. 26, Art. 33, N. 3) açıkça ifade etmemelerine karşın bu görüşte oldukları yönünde bkz. von MOOS, N. 133. Türk öğretisinde aynı yönde bkz. TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 416; AKYOL, s. 119 vd.

⁶⁷⁵ von MOOS, N. 133.

temsil olunanın temel ilişkiden kaynaklanan talimatıyla çelişen bir hukuki işlem yaparsa, temsilin sonuçları doğar. Böylece talimat, yalnızca temel ilişkiyle ilgili bir kavram olup temsil yetkisinin sınırlanmasına yol açmaz. Hatta üçüncü kişi, temsilcinin talimata aykırı davrandığını bilse bile sonuç değişmez. Bunun tek istisnası, temsilci ile üçüncü kişinin, temsil olunan aleyhine işlem yapmak üzere kasıtlı olarak iş birliğinde bulunmaları, başka bir deyişle “hileli anlaşma”⁶⁷⁶ yapmalarıdır⁶⁷⁷. Talimata aykırılığa ilişkin yukarıda belirtilen ilk örnekte, T’nin taşınmazı Ü’ye satması, temsil olunan A’yı bağlar. A’nın taşınmazın Ü’ye satılmamasına ilişkin talimatı, temsil yetkisini sınırlamaz. Aynı şekilde ikinci örnekte taşınmazın temsil olunanın talimatına aykırı bir biçimde 600.000 liraya satılması da temsil olunanı bağlar.

Eski İsviçre öğretisindeki bu görüş, haklı olarak şu şekilde eleştirilmiştir: Talimatın yalnızca temel ilişkiyle ilgili olduğu kabul edilse bile bundan menfaatler dengesini altüst edecek şekilde kötü niyetli üçüncü kişilerin de korunacağı sonucunu çıkarmayı gerektirecek bir hukuki dayanak yoktur⁶⁷⁸. Kaldı ki Federal Mahkeme bir kararında, talimatı yalnızca temel ilişkiyle ilgili kabul etmesine rağmen kötü niyetli üçüncü kişileri korumayı reddetmiştir⁶⁷⁹.

Yeni İsviçre öğretisinde, müşterek hukukta geçerli olan temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki katı ayrılığın objektif olarak haklı olmadığı ve yasal dayanağının olmadığı görüşü hâkimdir. Buna göre temsilci, temsil yetkisinin dış çerçevesi kapsamına giren ancak temsil olunanın temel ilişkiden doğan talimatına aykırı bir işlem yaparsa yetkisiz temsil söz konusudur⁶⁸⁰. Zira temsil olunan, vermiş olduğu temsil yetkisini her zaman tamamen veya kısmen geri alabilir. Öyleyse temsil olunanın mevcut bir temsil yetkisinin belirli şekilde kullanılmasına ilişkin talimat vermesi hâlinde, temsilcinin bu talimatı yetkinin kısmen geri alınması olarak kabul etmemesi için hiçbir neden yoktur⁶⁸¹. Dolayısıyla talimatlar daima temsil yetkisinin sınırlanmasına yol açar⁶⁸².

⁶⁷⁶ Hileli anlaşma hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, e, aa; **AKYOL**, s. 380 vd.; **İNCEOĞLU**, s. 333 vd.; **AYDIN** Gülşah Sinem, “Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması”, TBB, S. 148, 2020, s. 255 vd.

⁶⁷⁷ **VON TUHR/PETER**, § 42 IV 3.

⁶⁷⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 12; **TEKBEN**, s. 262.

⁶⁷⁹ BGE 77 II 138, 142 vd.

⁶⁸⁰ **KOLLER**, OR AT, N. 18.09 vd.; **VON MOOS**, N. 135; **BSK OR I-WATTER**, Art. 33, N. 17; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 36; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1443a; **OFK-SCHÖBI**, Art. 33, N. 10.

⁶⁸¹ **VON MOOS**, N. 136.

⁶⁸² **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 33, N. 106; **KOLLER**, OR AT, N. 18.11; **BSK OR I-WATTER**, Art. 33, N. 17; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1443. Aksi yönde bkz. **ZK-KLEIN**, Art. 33, N. 45, dn. 93.

von MOOS, müşterek hukukta söz konusu olan temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki katı ayrımın nedenini şöyle tahmin etmektedir: Müşterek (medeni) hukuk, irade teorisinden güçlü bir şekilde etkilenmiştir. Hukuki görünüş (güven) yaratarak hukuki sonuç doğması ticaret hukukuna özgü bir durum olarak görülüyordu. Bu nedenle müşterek hukukta temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmesi figürüne izin verilmemiştir. Zira temsil yetkisinin bildirilmesi yoluyla temsil olunan bir temsil yetkisinin mevcut olduğuna dair hukuki görünüş yaratır ve bu da hukuki sonuç doğurur. Bunun yerine temsil olunan ile üçüncü kişi arasında bir (dış) temsil yetkisi kurgusu kullanılmıştır. Bu kurguda üçüncü kişiyi korumak için temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsız olması gerekiyordu. Aksi takdirde dış temsil yetkisinin bir anlamı olmaz ve temsil yetkisinin bildirilmesinin işlevini göremezdi⁶⁸³. Öte yandan 1881 tarihli aOR ve yürürlükteki OR benzersiz kanunlar olarak tasarlanmışlardır. Her iki kanun da hem adi hem de ticari işleri düzenlemek için oluşturulmuşlardır. aOR, temsil yetkisinin bildirilmesi yoluyla güven yaratılmasının hukuki sonuç doğurabileceğini zaten kabul etmişti (aOR Art. 41). Aynı durum yürürlükteki OR için de geçerlidir (OR Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3). Dolayısıyla OR, müşterek hukukta ve bugün Alman hukukunda olduğu gibi temsil yetkisi ile temel ilişkinin bu kadar katı bir şekilde ayrılmasını gerektirmez. Dahası böyle bir ayrım belirgin bir fayda da sağlamaz. Bilakis Alman hukukunda olduğu gibi çeşitli sorunları beraberinde getirir. Bunun yanı sıra kanunun yorumlanmasından da böyle bir ayrıma varmak mümkün değildir⁶⁸⁴.

Yeni İsviçre öğretisinde olduğu gibi Türk öğretisinde de hâkim görüş, talimatın temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişkinin ötesinde bir etkiye sahip olduğu, temsil yetkisini sınırladığı ve dış ilişki bakımından da sonuç doğurduğu yönündedir⁶⁸⁵. Bu görüşe göre talimat yalnızca temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişki bakımından sonuç doğurmakla kalmaz, temsil yetkisinin sınırlandırılmasına da yol açar. Bu görüşü savunan KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre, “talimat yalnızca temel ilişkiye yöneliktir” veya “talimatla aynı zamanda temsil yetkisi de sınırlandırılmıştır” biçiminde kesin bir sonuca

⁶⁸³ von MOOS, N. 138. Nitekim dış temsil kurumunun kabul edilmiş olması nedeniyle Alman hukukunda hâlâ temsil yetkisi ile temel ilişki arasında katı bir ayrım vardır. Bu ayrım, temsil yetkisinin kötüye kullanılması tehlikesini açıkça beraberinde getirmektedir. Bu tehlikenin nasıl kontrol altına alınacağı Alman öğretisinde ve uygulamasında derin tartışmalara yol açmıştır. Hâkim görüşe göre, temsilcinin yetkisini talimata veya temsil olunanın menfaatlerine aykırı kullanması ve bu durumun üçüncü kişi için apaçık olması hâlinde temsil olunan, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel kurala (BGB § 242) dayanarak temsilin sonuçlarının doğmasını önleyebilir (von MOOS, N. 139).

⁶⁸⁴ von MOOS, N. 140.

⁶⁸⁵ İNCEOĞLU, s. 260-261; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 13; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2849; İŞ-NART, m. 41, N. 26; EREN, BH GH, N. 1381; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 41, N. 19; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 723; AYDIN, s. 254; TEKBEN, s. 262; AYDOĞDU/NART, s. 68.

ulaşmak hemen hemen imkânsız olduğundan aksi anlaşılmadıkça temsil olunanın hem temsilciyi temel ilişki bakımından yükümlülük altına sokan hem de temsil yetkisini sınırlayan bir açıklamada bulunduğunu kabul etmek gerekir⁶⁸⁶.

Biz de öğretideki hâkim görüşe katılıyoruz. Şöyle ki talimat, temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin bir kavramdır. Örneğin bir resim koleksiyonunun mümkün olan en iyi fiyattan satılması yönündeki bir talimat, temsil yetkisinin nasıl kullanılması gerektiğini ifade eder. Bununla birlikte temsilciye belirli bir miktara kadar işlem yapma yetkisi verilmiş ve daha sonra iç ilişkide talimatla bir alt sınır belirlenmişse, bu talimat temsil yetkisinin sınırlandırılmasına yol açar ve buna aykırılık temsil yetkisinin aşılması anlamına gelir. “Talimat” ile “temsil yetkisinin sınırlandırılması”nı ayırt etmek bazen zordur⁶⁸⁷. Bu nedenle bu ayrımın tamamen ortadan kaldırılması ve talimata aykırılığın temsil yetkisinin aşılması olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁸⁸. Bizce bu ayrım korunmalı, ancak şüphe hâlinde Türk ve İsviçre temsil hukuklarının iradi geleneğinin bir sonucu olarak ve temsil olunanın korunması için temsil yetkisinin sınırlandırıldığı kabul edilmelidir⁶⁸⁹. Dolayısıyla temsilcinin talimata aykırı davranması hâlinde temsil yetkisinin aşılması söz konusu olur⁶⁹⁰. Böylece talimata aykırılığa ilişkin

⁶⁸⁶ KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 50, N. 13. Yazar, bu kabul ile talimatın yalnızca iç ilişkiye yönelik olarak mı verildiği, yoksa dış ilişki üzerinde de etkili mi olduğu konusunda karşılaşılabilecek büyük ispat zorluklarına yer kalmayacağını belirtmiştir.

⁶⁸⁷ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 36.

⁶⁸⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1443. Yazarlara göre pek çok durumda “temsil yetkisinin aşılması”nın mı yoksa “temsil yetkisinin talimata aykırı kullanılması”nın mı söz konusu olduğuna karar vermek zordur. Ayrımı bir kenara bırakmak ve temsil yetkisinin talimata aykırı kullanılmasını temsil yetkisinin aşılması olarak değerlendirmek yerinde olur. Zira her talimat, temsil yetkisini sınırlayıcı bir etkiye sahiptir. Aynı yönde bkz. EREN, BH GH, N. 1381; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 41, N. 19.

⁶⁸⁹ ZK-KLEIN, Art. 33, N. 45; Art. 38, N. 36. Bu konuda yalnızca somut olayın koşullarına göre karar verilmelidir; ancak kural olarak açıklamanın şekline bakılmaksızın (yani yetkilendirmenin veya ekli sözleşmenin bir parçası olup olmadığı dikkate alınmaksızın) içerik açısından kesin olarak sınırlandırılmış (yani uygulanmasında herhangi bir değerlendirme gerektirmeyen) ve bağlayıcı bir şekilde verilen (yalnızca bir dilek veya tavsiye olarak sunulmayan) bir talimatın temsil yetkisini içerik olarak sınırlandırdığı kabul edilmelidir. Bu kapsamda bağlayıcı fiyat sınırlamaları, yalnızca belirli bir eşyanın satın alınması, belirli kişilerle sözleşme yapılması veya yapılmaması gibi talimatlar temsil yetkisini sınırlayıcı talimatlardır. Bunlara uyulmaması yetkisiz temsile yol açar (BUCHER, s. 617-618). Buna karşılık bir fiyat beklentisi belirtilmiş olmakla birlikte mümkün olan en iyi fiyattan satışın yapılması gerektiği yönündeki bir talimat, temsil yetkisini sınırlamayan bir talimattır (BUCHER, s. 617; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 45). Şayet temsilci malları mümkün olan en iyi fiyattan satmazsa, yani talimata uymazsa temsil olunan yine de sözleşmeyle bağlıdır (ZK-KLEIN, Art. 33, N. 45). Aynı şekilde üçüncü kişinin görüşü alınmadan sözleşme yapılmaması gerektiği yönündeki bir talimat da temsil yetkisini sınırlandırmaz (BUCHER, s. 618). Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 77 II 138), temel ilişkiden kaynaklanan sınırlamaların yalnızca temsilciyle temsil olunan arasındaki iç ilişkide geçerli olduğunu, bunların ancak üçüncü kişiye bildirilmesi hâlinde ona karşı ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık BUCHER ve KLEIN’a göre, bu ancak üçüncü kişinin herhangi bir sınırlama içermeyen bir yetki belgesine (vekâletnameye) dayanabilmesi hâlinde doğrudur (TBK m. 41 f. 2; OR Art. 33 Abs. 3). Temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirilmediği sürece temel ilişkiden kaynaklanan sınırlamalar üçüncü kişi için de geçerli olmalıdır (BUCHER, s. 607, dn. 34, s. 618, dn. 65; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 45, dn. 92).

⁶⁹⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 12; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 17; EREN, BH GH, N. 1381; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 41, N. 19; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 36; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1443.

yukarıda belirtilen ilk örnekte, T'nin taşınmazı Ü'ye satması, temsil olunan A'yı bağlamaz. Zira A'nın taşınmazın Ü'ye satılmamasına ilişkin talimatı, temsil yetkisini sınırlamıştır ve talimata aykırı davranan T yetkisiz olarak hareket etmiştir. Aynı şekilde ikinci örnekte, taşınmazın temsil olunanın talimatına aykırı bir biçimde 600.000 liraya satılması da temsil olunanı bağlamaz. Elbette bu sonuç, dış temsil yetkisi olgusunun gerçekleşmediği veya dış temsil yetkisi olgusu gerçekleşmiş olsa bile üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığı durumda böyledir⁶⁹¹.

Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar, temsilcinin talimata aykırı davranmasını temsil yetkisinin aşılması olarak değil, temsil yetkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir⁶⁹². Azınlıkta kalan bu görüşün savunulabilmesi için talimatın temsil yetkisinin sınırlamadığını da kabul etmek gerekir. Zira talimatın temsil yetkisini sınırladığı kabul edilirse, temsil yetkisinin aşılması söz konusu olacağından temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına başvurmaya gerek kalmaz⁶⁹³.

e. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması

Temsil yetkisinin, temsil olunanın menfaatlerine aykırı olmayacak biçimde kullanılması gerekir⁶⁹⁴. Temsilci, temsil yetkisini kullanırken temsil olunanın menfaatlerini gözetmelidir. Bir görüşe göre, bunun dayanağı temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişkidir⁶⁹⁵. Başka bir görüş ise temsil olunan ile temsilci arasında temel ilişki olmadığı hâllerde bile temsilcinin böyle bir yükümlülüğünün bulunduğunu ve bunun dayanağının dürüstlük kuralı olduğunu kabul etmektedir⁶⁹⁶. Temsilcinin gerek temel ilişkiden gerekse dürüstlük kuralından

Temsil yetkisinin aşıldığından bahsedilmese de talimata aykırılığın yetkisiz temsil hâli olduğu yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 14, 16; **AYDIN**, s. 254.

⁶⁹¹ Bu konudaki ihtimaller ve ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 14.

⁶⁹² **ESENER**, Temsil, s. 86; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 13; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2851.

⁶⁹³ **İNCEOĞLU**, s. 262; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 16; **AYDIN**, s. 255. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 16 vd.

⁶⁹⁴ **ESENER**, Temsil, s. 86; **İNCEOĞLU**, s. 332; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 1; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2815; **AYDIN**, s. 238; **AYBAY**, s. 62.

⁶⁹⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 1. Yazar, temel ilişkinin hayatta en sık rastlanan örneği olarak ifade ettiği vekâlet sözleşmesinden yola çıkmış, TBK m. 506 f. 2 gereğince vekilin borcunu sadakat ve özenle ifa etmesi gerektiğinden hareketle sadakatle ifa yükümlülüğünün sonucu olarak vekilin, kendisine güvenen vekâlet verenin menfaatlerini gözetmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bkz. **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2812.

⁶⁹⁶ **İNCEOĞLU**, s. 332-333; **AYDIN**, s. 242; **AYBAY**, s. 62. **AYDIN**'a göre, temsil yetkisinin mutlaka temel ilişkiye dayanması zorunlu olmadığı gibi temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkinin geçersizliği veya sona ermesi de söz konusu olabilir. Temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsız olduğu da düşünüldüğünde, söz konusu yükümlülüğün TMK m. 2'ye dayandığını kabul etmek gerekir. Temsil yetkisinin verilmesiyle temsil olunan ile temsilci arasında dürüstlük kuralı uyarınca edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi kapsamında temsil olunanın menfaatlerine uygun davranma yükümlülüğü içeren bir güven ve özen ilişkisi oluşur. Temsil olunan, temsil yetkisinin menfaatlerine aykırı kullanılmayacağı konusunda temsilciye karşı güven duyar. Dolayısıyla

kaynaklanan temsil olunanın menfaatlerine aykırı davranmama yükümlülüğünün olması, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına zemin hazırlar. Temsilcinin, temsil yetkisinin sınırları içinde kalmakla birlikte temsil olunanın menfaatlerine açıkça aykırı hareket etmesi hâlinde temsil yetkisinin kötüye kullanılması söz konusudur⁶⁹⁷. Bu durumda sorun temsil yetkisinin kapsamı değil, temsilcinin hareket tarzıdır⁶⁹⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi, 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda, öğretiyeye de atıfta bulunarak temsil yetkisinin temsil olunanın menfaatlerine açıkça aykırı olarak kullanılmasının yetkinin kapsamında olmadığını, başka bir deyişle yetkisiz hareket etmek anlamına geldiğini belirtmiştir⁶⁹⁹. Federal Mahkemenin tutumu dikkate alındığında temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının, temsil yetkisinin aşılmasıyla aynı anlama geldiği düşünülebilir. Oysa bu iki kavram birbirinden ayırt edilmelidir⁷⁰⁰. Yukarıda da belirtildiği gibi temsil yetkisinin kötüye kullanılması, temsil yetkisinin kapsamı ile ilgili olmayıp temsilcinin davranış biçimiyle ilgilidir. Ayrıca temsil yetkisinin aşılmasında yetkinin sınırlarına riayet etmemek söz konusu iken temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında temsilci yetki sınırları içinde hareket etmektedir. Dolayısıyla bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu söylenebilir⁷⁰¹.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasıyla karşılaştırılması gereken benzer iki kavram vardır: temsil yetkisinin talimata aykırı kullanılması ve temsil yetkisinin amaca aykırı kullanılması.

Yukarıda temsil yetkisinin aşılması kapsamında ele aldığımız temsil yetkisinin talimata aykırı kullanılması, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına benzemektedir⁷⁰². Zira her

temsilcinin özen yükümlülüğü dürüstlük kuralından kaynaklanır ve bu yükümlülüğe aykırı davranmak hakkın kötüye kullanılması hâli oluşturarak TMK m. 2'ye aykırılığa yol açar (AYDIN, s. 241-242).

⁶⁹⁷ KUTLU SUNGURBEY, s. 12; İNCEOĞLU, s. 333; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 14; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 1; AYDIN, s. 244. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması, temsilcinin iç ilişkide temsil olunan tarafından temsilin içeriği olarak benimsenen koşullara uymaması olarak da tanımlanmıştır. Bkz. AKYOL, s. 378.

⁶⁹⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 14.

⁶⁹⁹ BGer, 19.06.2013, 9F_5/2013, E. 4.1. Federal Mahkeme WATTER'e atıf yapmıştır. Bkz. BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 17.

⁷⁰⁰ KUKO OR-JUNG, Art. 38, N. 4.

⁷⁰¹ Alman hukukunda da benzer bir yaklaşım söz konusudur. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında temsilci, temsil yetkisinin aşılmasından farklı olarak kendisine verilen temsil yetkisinin çerçevesine uygun hareket eder, ancak temsil olunanla olan iç ilişkide yetkinin kullanılmasına ilişkin getirilen sınırlara uymaz (MüKoBGB-SCHRAMM, § 164, N. 106). Başka bir deyişle temsil yetkisinin kötüye kullanılması, temsil yetkisinin aşılmasından farklı olarak dış ilişkiyle değil, temsil olunanın iç ilişkide temsil yetkisinin kullanılması için temsilciye getirdiği sınırlarla ilgilidir (MüKoBGB-SCHUBERT, § 164, N. 225)

⁷⁰² Temsilcinin talimata aykırı davranması ile temsil yetkisinin kötüye kullanılması arasındaki ilişki hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 15 vd.

ikisinde de temsilcinin, temsil yetkisinin dış çerçevesine uygun hareket etmesi söz konusudur. Bununla beraber temsilci birinde temsil olunanın talimatına aykırı davranırken diğerinde temsil olunanın menfaatlerine aykırı davranmaktadır. Benimsediğimiz görüşe göre talimat, temsil yetkisini sınırladığı için talimata aykırı davranmak temsil yetkisinin aşılmasına yol açar. Temsilci, bilinçli olarak temsil olunanın aleyhine hareket etmez, ancak talimata uymayarak yükümlülüğe aykırı davranırsa sınırlanmış temsil yetkisinin aşılması söz konusu olur⁷⁰³. Bu durumda temsil olunanın aleyhine hareket edilmemesi nedeniyle temsil yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu değildir. Öte yandan bir temsilcinin, temsil olunanın hem talimatına hem de menfaatlerine aykırı davranması söz konusu olabilir. Bu durumda eğer talimata aykırılık üçüncü kişiye karşı ileri sürülemiyorsa, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının unsurlarının gerçekleşmesi kaydıyla bunun ileri sürülebilmesi mümkündür⁷⁰⁴.

Temsil yetkisinin amaca aykırı kullanılmasının da temsil yetkisinin kötüye kullanılmasıyla karşılaştırılması gerekir. Amaca aykırılığa ilişkin şu örnek verilebilir⁷⁰⁵: Temsil olunan, bazı taşınmazlarının satılması için temsilciye yetki verir, ancak bu amaç yetki belgesinde açıkça yer almaz. Temsilci, yetkinin verilme amacını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu hâlde sahip olduğu geniş kapsamlı yetki belgesine dayanarak temsil olunanın taşınır malları üzerinde tasarruf eder. Burada da temsilcinin, temsil yetkisinin dış çerçevesine uygun hareket etmesi nedeniyle temsil yetkisinin kötüye kullanılmasıyla benzerlik vardır. Ancak bu durumda sorun temsil yetkisinin yorumlanması, yani sınırlandırılmasıdır⁷⁰⁶. Yetkinin verilmiş amacı, tıpkı talimatta olduğu gibi⁷⁰⁷ daha baştan temsil yetkisini sınırlamaktadır⁷⁰⁸. Temsilci, temsil yetkisinin lafzıyla bağdaşmasına rağmen yetkilendirmenin amacına açıkça aykırı olan ve böylece temsil yetkisinin kapsamında olmayan bir işlem yapar⁷⁰⁹. Dolayısıyla temsil yetkisinin sınırlarına uyulmadığından temsil yetkisinin aşılması söz konusu olur⁷¹⁰. Bu durumda temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin esaslar değil, talimata aykırılığa ilişkin esaslar uygulanır⁷¹¹. Talimata aykırılık ile amaca aykırılığa ilişkin açıklamalar göstermektedir

⁷⁰³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 22.

⁷⁰⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 17.

⁷⁰⁵ BGE 112 II 450, 453; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 18.

⁷⁰⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 23.

⁷⁰⁷ Talimat ve temsil yetkisinin verilmiş amacı aynı anlama gelmez. Talimat için temsil olunanın bir açıklama iradesinin mevcut olması gerekir. Temsil olunanın açıklama iradesi olmadan dış dünyaya yansıyan davranışları temsil yetkisinin güven ilkesi uyarınca temsilci tarafından anlaşılabilir şekilde belirli bir amaçla sınırlı olarak verildiğini gösteriyorsa artık bir talimat söz konusu değildir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 18).

⁷⁰⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 18.

⁷⁰⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 23.

⁷¹⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 23.

⁷¹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 18.

ki temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile temsil yetkisinin aşılmasını ayırt etmek oldukça zordur⁷¹².

Buna karşılık öğretilerde bir görüş, temsil yetkisinin yükümlülüğe veya amaca aykırı kullanılmasının “temsil yetkisinin aşılması”, temsil olunanın menfaatlerine aykırı olarak kullanılmasının ise “temsil yetkisinin kötüye kullanılması” olarak karakterize edilmesini eleştirmektedir. Bu görüşe göre, temsil yetkisinin, temsil olunanın menfaatlerine aykırı olarak kullanılması aynı zamanda yükümlülüğe ve amaca da aykırılık oluşturur. Zira temsil olunanın iyice anlaşılmış menfaatleri temsilciye yükümlülük getirdiği gibi temsil yetkisinin amaca aykırı kullanılması muhtemelen temsil olunanın menfaatlerine de aykırı olur. Bu nedenle bu ayırım doğru değildir. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması, temsilcinin temsilcilik konumunu dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanması hâlinde ortaya çıkar. Dolayısıyla temsil yetkisinin kötüye kullanılması, örneğin temsil yetkisinin belirli işlemlerle sınırlandırılması gibi belirli iç sınırlara uyulmamasıyla değil, TMK m. 2 f. 1’den (ZGB Art. 2 Abs. 1) kaynaklanan ve her temsil yetkisinin doğasında bulunan sınırlara uyulmamasıyla ilgilidir⁷¹³. Temsil yetkisi verilirken neredeyse hiç söz edilmeyen ancak yetkilendirme işleminin dürüstlük kuralına uygun bir şekilde yorumlanmasından kaynaklanan doğal sınırlar da vardır⁷¹⁴. Temsil yetkisinin sınırı, temsil olunanın doğru bir şekilde anlaşılmış menfaatleridir⁷¹⁵. Başka bir deyişle medeni hukuk anlamında her temsil yetkisinin sınırı, temsil olunanın iyice anlaşılmış menfaatleridir. Dolayısıyla genel bir temsil yetkisi bile temsil olunanın menfaatlerine aykırı olan temsilcinin

⁷¹² İNCEOĞLU, s. 348; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 23.

⁷¹³ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 43.

⁷¹⁴ ZK-KLEIN, Art. 33, N. 43. Temsil yetkisinin sınırlarının dürüstlük kuralı çerçevesinde belirleneceği yönünde bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 453.

⁷¹⁵ ZK-KLEIN, Art. 33, N. 43. BGE 82 II 388, 393-394: “Temsil yetkisinin davalıya görünüşte sınırsız yetkiler verdiği doğrudur. Ne var ki bir temsil yetkisinin asli ve gerekli içeriğini, yani temsil olunanın menfaatlerinin korunmasını ortadan kaldıracak kadar genel kapsamlı olamayacağı açıktır.”

kendi kendisiyle işlem yapma⁷¹⁶ (*Insichgeschäft*) yetkisini içermez⁷¹⁷. Bu yüzden temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapmasının yanı sıra menfaat çatışması içeren diğer işlemler⁷¹⁸ de temsil yetkisinin kötüye kullanılması teşkil eder⁷¹⁹. Ayrıca üçüncü kişinin, yapılan işlemin temsil olunanın menfaatlerine aykırı olup olmadığı konusunda genel bir araştırma veya soruşturma yükümlülüğü yoktur⁷²⁰.

Uygulamada temsil yetkisinin kötüye kullanılması özellikle iki şekilde ortaya çıkar: (1) Temsilci ile üçüncü kişi, kasıtlı olarak temsil olunan aleyhine hareket ederler. (2) Temsilci (bilinçli veya bilinçsiz olarak) temsil olunanın aleyhine hareket eder ve üçüncü kişi de bunu bilir veya bilmesi gerekir⁷²¹.

aa. Hileli Anlaşma

Hileli anlaşma (*Kollusion*), temsilci ile üçüncü kişinin, temsil olunan aleyhine işlem yapmak üzere kasıtlı olarak iş birliğinde bulunmalarıdır⁷²². Bu durum, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının tipik hâlidir. Temsil olunanı ait taşınmazın satışı konusunda bedel bakımından sınırlanmamış bir yetkiye sahip olan temsilcinin, taşınmazı dilediği bedele satma konusunda tam yetkili olmasına karşın işlemin tarafı olan üçüncü kişiyle anlaşarak taşınmazı gerçek

⁷¹⁶ Tek ve aynı kişinin işlemin her iki tarafında da bulunması hâlinde temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması (*Insichgeschäft*) söz konusudur (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.18; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 701). Bu bir üst kavram olup bu kavramın altında temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme yapması (*Selbstkontrahieren*) ve çifte temsil (*Doppelvertretung*) kavramları yer alır (ZK-KLEIN, Art. 33, N. 80; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.18). Temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme yapmasında temsilci, bir yandan temsil olunan adına hareket ederken diğer yandan da kendisi adına hareket eder ve böylece bizzat sözleşmenin tarafı hâline gelir. Çifte temsilde ise bir yandan temsil olunan adına hareket ederken diğer yandan da temsil ettiği bir üçüncü kişi adına hareket eder. BÖCKLI'nın yerinde bir şekilde belirttiği gibi çifte temsilci, sözleşme kurulduktan sonra "iki efendinin hizmetkârı" olarak "hukuk sahnesi"nden kaybolur (BÖCKLI Peter, "Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR", GesKR 03/2012, s. 355, ZK-KLEIN, Art. 33, N. 80'den naklen). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 209 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 62 vd.; KARASU, s. 271 vd.; İŞ-NART, m. 41, N. 19 vd.; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2801 vd.; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 80 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1438 vd.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.18 vd.; EREN, BH GH, N. 1382 vd.; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 41, N. 20 vd.; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 701 vd.

⁷¹⁷ ZK-KLEIN, Art. 33, N. 37.

⁷¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARASU, s. 271 vd.; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 116 vd.

⁷¹⁹ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 43.

⁷²⁰ BGer 4A_536/2008, 10.02.2009, E. 5.3; BGer 9C_460/2016, 10.01.2017, Erw. 2.3; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 35; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 43.

⁷²¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 14.

⁷²² BGer 4C.243/2004, 30.03.2005; KUTLU SUNGURBEY, s. 18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 183; AKYOL, s. 380; İNCEOĞLU, s. 333; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 18; KUKO OR-JUNG, Art. 33, N. 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 2; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2819; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 19; AYDIN, s. 255; AYBAY, s. 63; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 749. Üçüncü kişi aleyhine hileli anlaşma kavramı hakkında bkz. KARAYALÇIN, s. 355 vd.

değerinin çok altında bir bedelden satmış olması, hileli anlaşmaya örnek oluşturur⁷²³. Bu örnekte, her ne kadar temsil yetkisinin sınırları içinde hareket edilmiş olsa da temsil olunanın menfaatlerine açıkça aykırı davranılması söz konusu olduğundan temsil yetkisi kötüye kullanılmıştır. Hileli anlaşmanın özelliği, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına yol açan davranışlarda temsilcinin yanı sıra sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişinin de rolünün bulunmasıdır. Temsilci ile üçüncü kişi arasındaki bu anlaşma, temsil olunanın aleyhine sonuç doğurmakla birlikte doğası gereği üçüncü kişinin yararınadır. Hatta bu hileli anlaşmadan temsilcinin de yarar sağlaması olasıdır⁷²⁴.

Hileli anlaşma hâlinde temsil yoluyla yapılan sözleşmenin TBK m. 27 f. 1 uyarınca kesin hükümsüz mü yoksa TBK m. 46 uyarınca askıda hükümsüz mü olduğu açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur ve bu konu öğretide tartışmalıdır. Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hileli anlaşmanın ahlaka aykırılık nedeniyle TBK m. 27 f. 1 uyarınca kesin hükümsüz olduğu ve bu geçersizliğin aralarındaki sıkı bağıllık nedeniyle temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi de geçersiz kıldığı yönündedir⁷²⁵. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin TBK m. 46 uyarınca

⁷²³ **İNCEOĞLU**, s. 333-334; **AYBAY**, s. 63. Yargıtayın kararına konu olan bir olayda temsilci, temsil yetkisine sahip olduktan bir gün sonra eski bir arkadaşına yirmi sekiz milyon lira değerinde olan bir taşınmazı beş milyon liraya satmıştır. Yargıtay, temsilci ile üçüncü kişinin menfaat birliği içinde olduklarını belirtmiş ve temsilcinin temsil yetkisini kötüye kullandığına hükmetmiştir (Yarg. HGK, E. 1993/1-79, K. 1993/195, 05.05.1993 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E. 2001/1-306, K. 2001/404, 25.04.2001 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “(...) malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu gözardı etmek suretiyle makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez.”

⁷²⁴ **AKYOL**, s. 381; **İNCEOĞLU**, s. 334; **AYDIN**, s. 255-256; **AYBAY**, s. 63.

⁷²⁵ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 18-19; **AKYOL**, s. 383; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 50, N. 2; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2820; **AYDIN**, s. 266; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 749. Alman hukukunda aynı yönde bkz. **MüKoBGB-SCHRAMM**, § 164, N. 107; **MüKoBGB-SCHUBERT**, § 164, N. 227. **AKYOL** ayrıca, temsil olunanın hile def’ini de ileri sürebileceğini belirtmiştir (**AKYOL**, s. 392, 404. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **İNCEOĞLU**, s. 335, dn. 901). **ANTALYA**, hileli anlaşma hâlinde öncelikle ahlaka aykırılık olgusunun, daha sonra TMK m. 2 f. 2’nin uygulanmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, temsil olunanın ahlaka aykırılığın yanı sıra temsil yetkisinin kötüye kullanılması hukuki sebebine de dayanabileceğini ifade etmiştir (**MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2820). **AYDIN**’a göre ahlaka aykırı olan hileli anlaşma, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin de amacını bu işlem hileli anlaşmaya dayalı olarak yapıldığından ahlaka aykırı kılar. Yazar aynı sonuca ulaşırken bilgide temsil kavramından da yola çıkılabileceğini düşünmektedir. Yazara göre, bilgide temsil uyarınca, hukuki sonuç doğuran bazı olguların temsilci tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği zaman, söz konusu bilginin temsil olunanda da varsayılması söz konusudur. Üçüncü kişinin ahlaka aykırı amacını bilen temsilcinin bu bilgisinin temsil olunana da izafe edilmesi söz konusu olduğundan temsil olunanın da ahlaka aykırı amacı bilmesi nedeniyle temsil yoluyla yapılan sözleşme kesin hükümsüzdür (**AYDIN**, s. 266). Hileli anlaşma hâlinde geçersizliğin TMK m. 2 f. 2’ye (ZGB Art. 2 Abs. 2) dayandığı, ayrıca TBK m. 27 f. 1 (OR Art. 20 Abs. 1) uyarınca ahlaka aykırılığa dayanmanın da mümkün olduğu yönünde bkz. **von TUHR/PETER**, § 42 IV 3.

askıda hükümsüz olduğu ve dolayısıyla hileli anlaşma hâlinde yetkisiz temsilin söz konusu olduğu yönündedir⁷²⁶.

Kanaatimizce ilk olarak hileli anlaşma biçimindeki temsil yetkisinin kötüye kullanılması hâlinde iki ayrı sözleşmenin olduğunu belirtmek gerekir: (1) Temsilci ile üçüncü kişinin taraf olduğu temsil olunan aleyhine işlem yapılmasını konu alan sözleşme (hileli anlaşma). (2) Temsil olunan ile üçüncü kişinin taraf olduğu temsil yoluyla yapılan sözleşme. Hileli anlaşma ahlaka aykırıdır ve bu nedenle TBK m. 27 f. 1 uyarınca kesin hükümsüzdür⁷²⁷. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin de ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu yönündeki hâkim görüşe katılmıyoruz. Bir işlemin geçerliliğinin başka bir işlemin geçerliliğine bağlı olması istisnadır. Başka bir deyişle bir işlemin geçersizliğinin başka bir işlemi de geçersiz kılması, kolayca rastlanabilen bir hukuki sonuç değildir. Hileli anlaşma hâlinde sebebe bağlı bir tasarruf işleminin borçlandırıcı işlemin geçersizliğinden etkilenmesinde olduğu gibi bir sonuç kabul edilmemelidir⁷²⁸. Hileli anlaşma kesin hükümsüz olmakla birlikte temsil yoluyla

⁷²⁶ İNCEOĞLU, s. 337; CİHAN Hulki, Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 72-73; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 18; AYDIN, s. 266-267; AYBAY, s. 76. İNCEOĞLU, ZÄCH/KÜNZLER ile aynı sonuca ulaşsa da bir konuda yazarlardan ayrılmıştır. İNCEOĞLU'na göre, yazarlar bu gibi işlemlerin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliğini kabul etmiş, hemen ardından bu gibi durumlarda yetkisiz temsil hükümlerinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Oysa yetkisiz temsil hâlinde askıda hükümsüzlük söz konusu olmaktadır ve kesin hükümsüzlük yaptırımı ile askıda hükümsüzlük yaptırımının bir arada bulunması mümkün değildir. Bu nedenle yazara göre, yazarların ifadeleri arasında bir çelişki bulunmaktadır (İNCEOĞLU, s. 335, dn. 900). AYDIN, hâkim görüşe katılmakla birlikte azınlıkta kalan görüşü de desteklemektedir. Yazar, hileli anlaşmanın aynı zamanda temsil yetkisinin kötüye kullanılması hâli olduğunu, bu nedenle TMK m. 2 f. 2 çerçevesinde temsil yetkisinin kullanıldığı işlemde yetkinin kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumasından ötürü artık temsil yetkisinin kullanılamaz duruma gelmiş olduğunu ve yetkisiz temsilin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, yetkisiz temsil durumunda geçersizlik türü askıda hükümsüzlüktür. Hileli anlaşma yoluyla temsil yetkisinin kötüye kullanılması, kesin hükümsüzlük ile askıda hükümsüzlük yaptırımlarının bir arada bulunmasına yol açar. Alman hukukunda savunulan “hukukta çift etki” kuramı uyarınca aynı anda birden çok geçersizlik türü bir arada bulunabilir. Bu durumda hak sahibinin istediği geçersizlik türüne dayanabilmesi mümkündür. Hileli anlaşma hâlinde işlemin geçerliliği temsil olunanın iradesine bırakılmalı ve yetkisiz temsilin uygulanmasına imkân verilmelidir. Yazar, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin diğer hâller bakımından yetkisiz temsil hükümleri uygulanırken hileli anlaşma yoluyla temsil yetkisinin kötüye kullanılması hâlinde işlemin kesin hükümsüz sayılmasının, benzer hâller için farklı yaptırımların uygulanması şeklinde çelişkili bir sonuca açacağından uygun olmadığı kanaatinde (AYDIN, s. 266-267). Ayrıca yazar, hileli anlaşmaya dayalı olarak temsil yoluyla yapılan sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu sonucuna varma noktasında örtülü boşluğun olduğunu kabul ederek teleolojik redüksiyon yoluyla TBK m. 27'nin getirdiği kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir (AYDIN, s. 267-268). Yazarın bu konuya ilişkin açıklamaları için bkz. AYDIN, s. 266 vd.

⁷²⁷ Alman hukukunda aynı yönde bkz. MüKoBGB-SCHRAMM, § 164, N. 107; MüKoBGB-SCHUBERT, § 164, N. 227 (Hileli anlaşma, BGB § 138 Abs. 1 uyarınca kesin hükümsüzdür). Hileli anlaşmanın kesin hükümsüz olması nedeniyle üçüncü kişi, temsilciden hileli anlaşmaya dayanarak bir talepte bulunamaz (İNCEOĞLU, s. 336; AYDIN, s. 266).

⁷²⁸ İNCEOĞLU, s. 336. Yazar, bir işlemde yer alan geçersizlik nedeninin başka bir işlemi de geçersiz kılmasının hukukumuzda kabul edilen bir durum olmadığını, bunun tek istisnasını sebebe bağlı tasarruf işlemlerinin oluşturduğunu belirtmektedir.

yapılan sözleşmenin hileli anlaşma ile aynı hukuki kadere tabi olmasını gerektiren bir neden yoktur.

Temsilcinin hiç yetkisinin olmadığı hâllerde bile kanun koyucu temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçerliliğini temsil olunanın iradesine bırakmıştır. Hileli anlaşma hâlinde de bu ilkeden ayrılmamak gerekir⁷²⁹. Kaldı ki bu durumda zarar görecektir olan kişi temsil olunanıdır. Dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğine temsil olunanın karar vermesi, onun korunmaması anlamına da gelmez. İNCEOĞLU, vermiş olduğu bir örnekle konuyu çok iyi açıklamaktadır: A, T'ye bir taşınır malını 300.000 TL'ye satması için yetki verir. T, Ü'ye malı 150.000 TL'ye satarsa yetkisiz temsil söz konusudur ve temsil yoluyla yapılan sözleşme askıda hükümsüzdür. Buna karşılık A, T'ye aynı malı satması herhangi bir sınırlama içermeyen yetki verir ve T de aynı şekilde Ü'ye malı 150.000 TL'ye satarsa, hâkim görüşe göre bu kez temsil yoluyla yapılan sözleşme ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılacaktır. Bunun isabetli olmadığı açıktır⁷³⁰. Bu nedenle hileli anlaşma hâlinde de TBK m. 46'nın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz⁷³¹.

Hileli anlaşma hâlinde temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yetkisiz temsil hükümlerine tabi olduğu kabul edilir ve temsil olunan da sözleşmeyi onamazsa üçüncü kişinin temsil yetkisini kötüye kullanan temsilciden TBK m. 47 uyarınca tazminat talep edebilmesi mümkün değildir⁷³². Zira TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulabilmesi için üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir. Oysa hileli anlaşma hâlinde üçüncü kişi kötü niyetlidir⁷³³. Öğretide üçüncü kişinin temsilciden tazminat talep etmesinin TMK m. 2 f. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁷³⁴. Ancak hileli anlaşma hâlinde TBK m. 47'nin unsurlarından “üçüncü kişinin iyi niyetli olması” unsuru gerçekleşmediğinden TMK m. 2 f. 2'ye başvurmaya gerek yoktur. Bir başka hükmün

⁷²⁹ İNCEOĞLU, s. 336.

⁷³⁰ İNCEOĞLU, s. 336-337.

⁷³¹ Bu çözümün Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin sistemiyle daha uyumlu olduğu, kaldı ki hileli anlaşmaların ispat edilmesindeki zorluğun da bu görüşü desteklediği yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 337.

⁷³² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 209, dn. 206; İNCEOĞLU, s. 337; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 18; KUKO OR-JUNG, Art. 33, N. 9.

⁷³³ KUKO OR-JUNG, Art. 33, N. 9. Hileli anlaşma hâlinde üçüncü kişinin korunacak haklı güveninin olmadığı ve bu nedenle TBK m. 47'nin uygulanamayacağı yönünde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 209, dn. 206.

⁷³⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 18.

kapsamına giren durumlarda TMK m. 2'nin uygulanmasına yer olmadığı, TMK m. 2'nin ikincil (tali) nitelikte olduğu unutulmamalıdır⁷³⁵.

bb. İş Birliği Olmaksızın Temsil Olunanın Aleyhine Hareket Etmek

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının daima temsilci ile üçüncü kişinin iş birliği içinde olduğu hileli anlaşma biçiminde olması gerekmez⁷³⁶. Temsil yetkisinin, üçüncü kişinin doğrudan dahil olmadığı bir biçimde de kötüye kullanılması mümkündür. Başka bir deyişle temsilci, üçüncü kişiyle iş birliği içinde olmaksızın temsil olunan aleyhine hareket edebilir. Bu hâlin hileli anlaşma biçimindeki temsil yetkisinin kötüye kullanılmasına göre daha hafif nitelik taşıdığı da söylenebilir⁷³⁷. Ne var ki her iki hâl bakımından da ortak olan temsil yetkisinin temsil olunan aleyhine sonuç doğuracak biçimde kullanılmasıdır. Temsilci, üçüncü kişiyle hileli bir anlaşma yapmaksızın bilinçli veya bilinçsiz olarak temsil yetkisini temsil olunanın menfaatlerine açıkça aykırı bir biçimde kullanır ve üçüncü kişi de bunu bilir veya hiç değilse bilmesi gerekirse, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı ikinci hâl söz konusu olur⁷³⁸. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için iki unsurun gerekli olduğu kabul edilmektedir⁷³⁹: (1) Temsilcinin, temsil olunanın menfaatlerine açıkça aykırı hareket etmesi⁷⁴⁰, (2) üçüncü kişinin kötü niyetli olması⁷⁴¹. Temsilcinin kusurlu olmasına gerek yoktur⁷⁴².

Bu durumda, yani hileli anlaşmanın olmadığı temsil yetkisinin kötüye kullanılması hâlinde yetkisiz temsilin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁷⁴³. Bu konuda ileri sürülen gerekçeler şunlardır: (1) TMK m. 2 f. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması kavramından

⁷³⁵ İNCEOĞLU, s. 337-338, dn. 905. Yazar, üçüncü kişinin TBK m. 47 uyarınca tazminat isteme hakkı olmadığı için mevcut olmayan bir hakkın kötüye kullanılmasının da söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Ayrıca bkz. ve karşı. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 2.

⁷³⁶ AKYOL, s. 382-383; İNCEOĞLU, s. 338; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 3; AYDIN, s. 257.

⁷³⁷ AKYOL, s. 392; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 3.

⁷³⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 19; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 3.

⁷³⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 19; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 3. ESENER, bu iki unsurun yanı sıra temsil yetkisinin varlığını da üçüncü unsur olarak ifade etmektedir (ESENER, Temsil, s. 86). Temsil yetkisinin hiç olmadığı hâllerde zaten kötüye kullanma da mümkün olmayacağı için bu unsuru ayrıca belirtmeye gerek yoktur (İNCEOĞLU, s. 339, dn. 910). İNCEOĞLU'na göre temsil olunanın menfaatine aykırı davranmak, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının olmazsa olmaz unsurudur. Temsilcinin kasten hareket etmesi, üçüncü kişinin kötü niyetli olması veya temsil olunanın menfaatine aykırı davranıldığına açık olması gibi diğer unsurlar, yan unsurlardır (İNCEOĞLU, s. 350).

⁷⁴⁰ İNCEOĞLU, s. 350; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2817; AYDIN, s. 252; AYBAY, s. 64.

⁷⁴¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 183; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 19; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 3 vd.; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2829 vd.; AYBAY, s. 65. Bu unsurun, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının zorunlu unsuru olmadığı yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 346 vd.

⁷⁴² İNCEOĞLU, s. 349; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 14, 19; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 3.

⁷⁴³ KUTLU SUNGURBEY, s. 15; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 14; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 10; von MOOS, N. 137; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2842-2843; AYDIN, s. 260-261; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 46.

hareket etmek gerekir⁷⁴⁴. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması hâlinde sırf o olaydaki kullanıma ilişkin olarak temsil yetkisinin sınırları aşılmış olur⁷⁴⁵. Dolayısıyla yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 46-47 hükümleri uygulama alanı bulur ve böylece temsil yoluyla yapılan sözleşme askıda hükümsüzdür⁷⁴⁶. (2) İradî temsil yetkisi, temsil olunanın iradesine dayanır. Bu da onu “yasal” temsil yetkisinden ayırır. Bu nedenle temsil yetkisinin kapsamı, temsil olunanın iradesine göre belirlenir. Temsilci ise bu iradenin belirlenmesinde dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Hiç kimse temsil olunanın menfaatlerine ve dolayısıyla varsayılan iradesine aykırı hareket etmek için temsil yetkisine sahip olduğunu ileri süremez. Bu iradenin bir yetkilendirme açıklamasında açıkça veya örtülü olarak ifade edilmemiş olması da önemli değildir. Temsil yetkisi verildikten sonra temsilcinin yetkiyi yorumlamaktan kaçınmasına imkân veren bir neden yoktur⁷⁴⁷. (3) Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının TMK m. 2 f. 2 ile hiçbir ilgisi yoktur. Zira hakkın kötüye kullanılması kavramı, objektif olarak var olan, ancak adalet duygusunu zedeleyen bir hukuki durumun düzeltilmesini sağlar. Ne var ki temsil yetkisinin kötüye kullanılması hâlinde böyle bir düzelticiye gerek yoktur. Zira temsil yetkisini kötüye kullanan temsilci, İsviçre hukukundaki iradilik esasına dayalı temsil anlayışına göre zaten yetkisiz olarak hareket etmektedir⁷⁴⁸.

Kanaatimizce iş birliği olmaksızın temsil olunanın aleyhine hareket edilmesi hâlinde tıpkı hileli anlaşma hâlinde olduğu gibi yetkisiz temsil söz konusudur. Dolayısıyla temsil yoluyla yapılan sözleşme TBK m. 46 uyarınca askıda hükümsüzdür. Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması hâlinde (kötü niyetli) üçüncü kişinin TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilciden tazminat talep edebilmesi mümkün değildir⁷⁴⁹. Başka bir deyişle yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz. Zira hileli anlaşma hâlinde olduğu gibi bu durumda da üçüncü kişi kötü niyetlidir ve sorumluluğun unsurlarından “üçüncü kişinin iyi niyetli olması” unsuru gerçekleşmemiştir.

⁷⁴⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 19, 21; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 8; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2841.

⁷⁴⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 50, N. 10; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2842.

⁷⁴⁶ Temsil yetkisinin kötüye kullanılması ile temsil yetkisinin aşılmasının birbirine oldukça benzeyen kavramlar olması ve tarafların menfaat durumlarının da büyük ölçüde benzerlik göstermesi nedeniyle yalnızca TBK m. 46-47’nin kıyas yoluyla uygulanmasının değil, temsil yetkisinin sınırlarının aşılmasına ilişkin tüm hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 347.

⁷⁴⁷ von MOOS, N. 137.

⁷⁴⁸ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 46.

⁷⁴⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 21.

f. Temsil Yetkisinin Kullanılmaması

Temsil yetkisinin kullanılmaması, başka bir deyişle temsilcinin yetkili olduğu hâlde yetkisini kullanmayarak temsil yoluyla sözleşme yapmasının bir yetkisiz temsil hâli olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır.

Temsil yetkisi, yetkinin kullanılması yükümlülüğünü içermez⁷⁵⁰. Temsil yetkisinin temsilcinin kabulüne bağlı olmadan tek taraflı bir irade açıklamasıyla verilebildiği düşünüldüğünde bu durum olağandır. Temsil olunan tarafından yetkilendirilen temsilci, yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbesttir⁷⁵¹. Temsil yetkisini kullanmayan temsilci, temsil olunan adına hareket etmemiş olur. Böylece TBK m. 46'nın (OR Art. 38) "başkası adına hareket etme" unsuru gerçekleşmemiştir⁷⁵². Ancak yetkili temsilci, yetkisini kullanmayıp temsil olunanın onaması kaydıyla onun adına bir sözleşme yapabilir⁷⁵³. Bu durumda temsilci, temsil olunan adına hareket eder, ancak "yetkisi olmadan", daha doğrusu yetkisine başvurmadan hareket eder⁷⁵⁴. Bu, temsilcinin kendisine verilmiş olan yetkinin söz konusu işlemi gerçekten kapsayıp kapsamadığından emin olmadığı hâllerde anlam kazanır⁷⁵⁵. Temsilci, tereddüt yaşadığında risk almak yerine böyle bir yol izlemeyi tercih edebilir. Esasen temsilcinin yetkiyi kullanmama nedeninin bir önemi yoktur. O, akıl dışı nedenlerden dolayı bile yetkisini kullanmamış olabilir⁷⁵⁶.

Temsilcinin yetkisini kullanmayarak yaptığı sözleşme, temsil olunanın onaması kaydıyla yapıldığından geciktirici koşula bağlıdır⁷⁵⁷. Böylece temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsil olunanın onaması geciktirici koşuluna bağlı olması söz konusudur⁷⁵⁸. Ancak burada özel bir durum vardır: Yetkisiz temsil nedeniyle askıda hükümsüz sözleşmenin temsil olunan tarafından onanması hâlinde kural olarak onama geriye etkili (*ex tunc*) sonuç doğurur⁷⁵⁹. Oysa yetkinin kullanılmayıp temsil olunanın onaması kaydıyla sözleşmenin

⁷⁵⁰ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 28.

⁷⁵¹ von MOOS, N. 128; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 28. Temsilcilikten çekilebilen (istifa edebilen) temsilcinin temsil yetkisini kullanmamasına da *a fortiori* izin verilmesi gerektiği yönünde bkz. MüKoBGB-SCHUBERT, § 177, N. 13.

⁷⁵² ZK-KLEIN, Art. 38, N. 28.

⁷⁵³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 10; von MOOS, N. 128; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 28.

⁷⁵⁴ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 28.

⁷⁵⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 10.

⁷⁵⁶ von MOOS, N. 128.

⁷⁵⁷ İNCEOĞLU, s. 356; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 10; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 28.

⁷⁵⁸ İNCEOĞLU, s. 356.

⁷⁵⁹ BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 8; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 92.

yapıldığı bu hâlde, onama ileriye etkili (*ex nunc*) sonuç doğurur⁷⁶⁰. Bu sonuç, TBK m. 170 f. 2'nin bir gereğidir⁷⁶¹.

Temsil yetkisinin varlığına rağmen yetkisini saklı tutan temsilci bunu açıkça yapmalıdır. Aksi takdirde temsil yetkisinin kullanılmaması, üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecek bir zihni kayıttır. Zira aslında temsilci yetkilendirilmiştir, böylece temsilin sonuçlarının doğması için kanunda öngörülen unsurlar (temsil yetkisi, başkası adına hareket etme) yerine getirilmiştir⁷⁶². O, yetkisini saklı tuttuğunu açıkça dile getirmezse temsilin sonuçlarının doğması kaçınılmazdır.

Temsil olunanın onaması geciktirici koşuluna bağlı olarak yapılan sözleşmenin TBK m. 46 vd. hükümlerine tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu sözleşme yetkisiz temsil hükümlerine tabidir⁷⁶³. Bu durumda TBK m. 46-47'nin unsurlarının gerçekleşmiş olması nedeniyle bu hükümlerin uygulanması yerinde olur⁷⁶⁴. Buna karşılık başka bir görüşe göre temsilcinin yetkiye sahip olduğunu bilmesine dahi gerek olmadığı düşünüldüğünde, onun yetkisini kullanmamış olduğundan söz etmek isabetli değildir. Bu nedenle bu durumda yetkisiz temsil hükümleri kıyasen dahi uygulanmamalıdır⁷⁶⁵. Temsil olunanın onaması kaydıyla sözleşme yapıldığında temsilcinin gerçeğe uygun olmayan bir yetki iddiası olmadığı için TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk doğmaz⁷⁶⁶.

Kanaatimizce yetkili temsilcinin, yetkisini kullanmayarak temsil olunanın onaması kaydıyla sözleşme yapması hâlinde yetkisiz temsil söz konusu değildir. Bu durumda temsilcinin yetkisine başvurmaması, başka bir deyişle yetkiyi kullanmak istememesi onu yetkisiz temsilci kılmaz. Temsilci, sözleşmenin kurulduğu anda geçerli bir temsil yetkisine sahip olduğuna göre onun yetkisiz olarak nitelendirilmesi doğru değildir. O, yetkili bir temsilcidir; ancak buna rağmen sözleşme temsil olunanın onaması geciktirici koşuluna bağlı olarak yapılmıştır. Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması hâlinde üçüncü kişi, TBK m. 47 uyarınca temsilciyi sorumlu tutamaz. Zira temsilcinin sözleşmenin yapıldığı sırada bir yetki iddiası yoktur. Dolayısıyla üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Onun, temsil

⁷⁶⁰ VIOLAND, s. 54; İNCEOĞLU, s. 356; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 10. Alman hukukunda aynı yönde bkz. MüKoBGB-SCHUBERT, § 177, N. 13.

⁷⁶¹ İNCEOĞLU, s. 356.

⁷⁶² ZK-KLEIN, Art. 38, N. 29.

⁷⁶³ VIOLAND, s. 54; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 10.

⁷⁶⁴ VIOLAND, s. 54.

⁷⁶⁵ İNCEOĞLU, s. 356.

⁷⁶⁶ von MOOS, N. 128.

olunanın onaması koşuluna bağlı bir sözleşme yapmayı kabul ettiğini gözden kaçırmamak gerekir. Bu nedenle onamama hâlinde temsilciyi sorumlu tutması hükmün *ratio legis*'iyle bağdaşmaz.

C. ONAMAMA

1. Genel Olarak

Yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 (OR Art. 39) uyarınca sorumlu tutulabilmesi için temsilin sonuçlarının temsil yetkisi eksikliği nedeniyle doğmaması gerekir⁷⁶⁷. Temsil yoluyla yapılan sözleşme, temsil yetkisi eksikliği nedeniyle geçersiz olmalıdır⁷⁶⁸. Buradan iki sonuca ulaşmak mümkündür:

(1) Temsil yetkisi eksikliğine rağmen temsil yoluyla yapılan sözleşme geçerli hâle gelirse TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk doğmaz. Temsilin sonuçları, doğrudan sözleşmenin kurulmasıyla (örneğin TBK m. 41 f. 2; OR Art. 33 Abs. 3 uyarınca) doğabileceği gibi TBK m. 46 (OR Art. 38) uyarınca onama yoluyla dolaylı olarak da doğabilir⁷⁶⁹. Başka bir deyişle üçüncü kişinin iyi niyetini koruyan hükümler veya güven teorisi (hukuki görünüş temsili ve katlanma temsili) sayesinde sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olmasının yanında askıda hükümsüz sözleşmenin temsil olunan tarafından onanarak geçerli olması ve hüküm doğurması hâlinde temsil yoluyla yapılan sözleşme temsil olunanı bağlar ve geçersizlik söz konusu olmadığı için temsilcinin sorumluluğu doğmaz⁷⁷⁰.

Yetkisiz temsilciyi temsil yoluyla yapılan sözleşmeyle bizzat bağlı tutan istisnai düzenlemelerin⁷⁷¹ varlığı hâlinde de sözleşme geçersiz hâle gelmez. Bu durumda da hükmün

⁷⁶⁷ KOLLER, Glaube, N. 373; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199; von MOOS, N. 43, 107.

⁷⁶⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199. Nitekim bu husus, TBK m. 47 f. 1'de "işlemin geçersiz olması", OR Art. 39 Abs. 1'de ise "Dahinfallen des Vertrages" ifadesiyle belirtilmiştir (KOLLER, Glaube, N. 373).

⁷⁶⁹ KOLLER, Glaube, N. 373.

⁷⁷⁰ KOLLER, Glaube, N. 373; LOSER, N. 575; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199. Bu durumda temsilci tarafından tazmin edilmesi gereken bir zararın söz konusu olmadığı yönünde bkz. LOSER, N. 575.

⁷⁷¹ TTK m. 678'e göre "Temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödediği takdirde, temsil olunduğu kabul edilen kişinin haiz olabileceği haklara sahip olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir." Poliçelere ilişkin bu hüküm, TTK m. 778 f. 2'nin (e) bendi uyarınca bonolara ve TTK m. 818 f. 1'in (c) bendi uyarınca çeklere de uygulanır. Böylece TTK m. 678 poliçelere, bonolara ve çeklere uygulanır. TTK m. 678 uyarınca yetkisiz temsilci, kambiyo senedinden bizzat sorumludur (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 201; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 200; NOMER, BH GH, N. 95.1). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 193 vd.; İNCEOĞLU, s. 444 vd. Karş. OR Art. 998 (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1419).

TBK m. 637'ye göre adi ortaklıkta ortaklardan biri, yetkisiz olarak tüm ortaklar adına sözleşme yapar ve diğer ortaklar sözleşmeyi onamazlarsa, işlemi yapan ortak bizzat işlemle bağlıdır. Zira o işlemi aynı zamanda kendi adına gerçekleştirmiştir (KOLLER, Glaube, N. 375; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 200; İNCEOĞLU, s. 448;

aradığı geçersizlik söz konusu olmadığından yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz⁷⁷². Başka bir deyişle üçüncü kişinin, ifa menfaatini işlemle bizzat bağlı olan yetkisiz temsilciden talep edebilme imkânı söz konusu olduğundan onun TBK m. 47'daki sorumluluğu ileri sürebilmesi pratik olarak anlamsız olduğu gibi teorik olarak da mümkün değildir⁷⁷³.

(2) Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliğinin *temsil yetkisi eksikliğinden* kaynaklanması gerekir. Buna TBK m. 47 hükmünün amaçsal yorumundan ulaşmak mümkündür. Zira hükmün amacı, üçüncü kişiyi yalnızca temsil yetkisi eksikliği rizikosuna karşı korumaktır. Bu rizikonun yanı sıra temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliğine yol açabilecek diğer rizikolara karşı üçüncü kişiyi koruma amacı yoktur. Diğer rizikolara örnek

BARLAS Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Bası, İstanbul 2016, s. 88). Karş. OR Art. 543 Abs. 2. **KOLLER**'e göre kambyo senetlerine ilişkin düzenleme ile adi ortaklığa ilişkin düzenleme birbirinden farklıdır. TTK m. 678'de (OR Art. 998) yetkisiz temsilcinin doğrudan kanun gereği işlemle bağlı sayılması söz konusudur. Oysa TBK m. 637'de (OR Art. 543 Abs. 2) yalnızca üçüncü kişinin isteğiyle yetkisiz temsilcinin sözleşmeyle bağlı olması mümkündür. Zira üçüncü kişi, işlemin yalnızca bir ortak için geçerli olmasını reddedebilir. Bu durumda yetkisiz temsilciyi TBK m. 47 (OR Art. 39) uyarınca sorumlu tutabilir (**KOLLER**, Glaube, N. 376). Buna karşılık **İNCEOĞLU**, olması gereken hukuk bakımından bu görüşün savunulmasının mümkün olduğunu, ne var ki mevcut düzenleme göz önünde bulundurulduğunda üçüncü kişinin böyle bir seçim imkânının olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte yazara göre, bütün ortaklarla işlem yapmak isteyen üçüncü kişinin, sözleşmenin onanmaması nedeniyle yalnızca yetkisiz temsilci olarak hareket eden ortakla baş başa kalması da isabetli değildir. Bu durumda sorun TBK m. 27 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Buna göre sözleşmenin hükümlerinin temsilci adi ortak ve üçüncü kişi arasında yürürlüğe girebilmesi, sözleşmeyi onanmamış olan adi ortakların bu işleme katılmayacakları bilinseydi dahi yine de bu sözleşmenin yapılacak olduğunun söylenebilmesine bağlıdır. Özellikle üçüncü kişinin diğer ortaklar mevcut olmadığı takdirde bu sözleşmeyi kurmayacağı anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamının hükümsüz olduğunu kabul etmek gerekir (**İNCEOĞLU**, s. 449).

Kambyo senetleri ve adi ortaklığa ilişkin düzenlemelerin yanı sıra acentelere ilişkin bir düzenleme de yetkisiz temsilciyi bizzat sorumlu tutar. TTK m. 108'e göre "*Acente, yetkisi olmaksızın veya yetki sınırlarını aşarak, müvekkili adına bir sözleşme yaparsa müvekkili bunu haber alır almaz icazet verebilir; vermediği takdirde acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur.*" Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, s. 190 vd.; **ERGÜNE**, *Olumsuz Zarar*, s. 200, dn. 175; **İNCEOĞLU**, s. 449 vd.

Kollektif şirketlere ilişkin TTK m. 216 f. 1'e göre "*Tescil yükümlülüğü yerine getirilmeksizin şirket adına işlere başlanmışsa, ortaklar giriştikleri işlerden dolayı üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumludur.*"

Anonim şirketlere ilişkin TTK m. 355 f. 2'ye göre "*Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girişenler, bu işlem ve taahhütlerden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak, işlem ve taahhütlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa, yalnız şirket sorumlu olur.*"

Limited şirketlere ilişkin TTK m. 588 f. 3'e göre "*Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar, bu işlemler dolayısıyla şahsen ve müteselsilen sorumludur.*"

Kooperatifler Kanunu m. 7'ye göre "*Kooperatif ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Tescilden önce kooperatif namına işlem yapanlar bunlardan şahsan ve zincirleme olarak sorumludur.*"

Ticari şirketlere ilişkin bu düzenlemeler de yine yetkisiz temsilciyi bizzat sorumlu tutan istisnai düzenlemelerdir (**KUTLU SUNGURBEY**, s. 198 vd.; **ERGÜNE**, *Olumsuz Zarar*, s. 200-201; **İNCEOĞLU**, s. 451-452).

TTK m. 1406 f. 1 ise sigorta hukukundan kaynaklanan bir istisnadır. Bu hükme göre, "*Bir kişi, diğer bir kişinin adına onu temsilen sigorta sözleşmesi yapabilir; temsilci yetkisiz ise ilk sigorta döneminin primlerinden sorumlu olur.*" Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **İNCEOĞLU**, s. 452 vd.

⁷⁷² **KOLLER**, Glaube, N. 375; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 201; **ERGÜNE**, *Olumsuz Zarar*, s. 201; **İNCEOĞLU**, s. 443-444.

⁷⁷³ **ERGÜNE**, *Olumsuz Zarar*, s. 201. İfa menfaatini yetkisiz temsilciden talep edebilen üçüncü kişinin zararının da olmadığı yönünde bkz. **İNCEOĞLU**, s. 444.

olarak temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olmaması (TMK m. 15; ZGB Art. 18) gösterilebilir. Bu tür rizikolar, bir sözleşmeye taraf olan herkes gibi rizikoların dağılımına ilişkin genel kurallara (örneğin TBK m. 65; OR Art. 54) uygun olarak üçüncü tarafa yüklenmelidir⁷⁷⁴. Bunun altında yatan temel düşünce şudur: Hükümün amacı, üçüncü kişiyi, şayet yetkili bir temsilciyle işlem yapmış olsaydı içinde olacağı durumdan daha iyi bir duruma getirmek değildir⁷⁷⁵.

Temsilin sonuçlarının temsil yetkisi eksikliği nedeniyle gerçekleşmemesi için de temsil yoluyla yapılan ve temsil yetkisi eksikliği nedeniyle TBK m. 46 uyarınca askıda hükümsüz olan sözleşmenin, temsil olunan tarafından onanmaması gerekir. Aksi takdirde sözleşme geçerli olur ve temsilin sonuçları doğar. Temsil olunanın sözleşmeyi onanmaması ve böylece sözleşmenin geçersiz hâle gelmesi gerekmektedir⁷⁷⁶. Böylelikle yetkisiz temsilcinin ancak sözleşmenin onanmaması hâlinde sorumlu tutulabileceği söylenebilir⁷⁷⁷. Nitekim bu unsur, TBK m. 47’den açıkça anlaşılmaktadır. TBK m. 47’nin kenar başlığı “*Onamama hâlinde*” şeklindedir. Söz konusu hükümde (f. 1) “*Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onanmaması hâlinde*” yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir⁷⁷⁸.

OR Art. 39’un kenar başlığı da “Onamama” (*Nichtgenehmigung*) şeklindedir. Ancak TBK m. 47 f. 1’den farklı olarak OR Art. 39 Abs. 1’de “onamama” yerine “onamanın reddi” ifadesi kullanılmıştır. Hükümün lafzına göre sorumluluk, “onamanın açıkça veya örtülü olarak reddedilmesi”ne bağlıdır⁷⁷⁹. Öğretide “onamanın açıkça veya örtülü olarak reddedilmesi hâlinde” ifadesinin yanlış olduğu ifade edilmektedir⁷⁸⁰. Onamanın reddi, sorumluluğun unsurlarından değildir. OR Art. 39’un uygulanması bakımından önemli olan hükümün lafzında belirtildiği gibi onamanın açıkça veya örtülü olarak reddedilmesi değil, onamama nedeniyle temsilin sonuçlarının doğmamasıdır. Onamanın reddinin yanı sıra üçüncü kişinin temsil olunana uygun bir süre vermesi (TBK m. 46 f. 2; OR Art. 38 Abs. 2) ve bu süre içinde sözleşmenin onanmaması hâlinde de temsilin sonuçları doğmaz. Bu süre içinde temsil olunanın

⁷⁷⁴ von MOOS, N. 107.

⁷⁷⁵ KOLLER, Glaube, N. 377; von MOOS, N. 107.

⁷⁷⁶ İNCEOĞLU, s. 439; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 1; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2942.

⁷⁷⁷ İNCEOĞLU, s. 439; TİFTİK/ŞEN, s. 2652; HELVACI/KARASU, s. 200; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2942; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 14.

⁷⁷⁸ İNCEOĞLU, s. 439; HELVACI/KARASU, s. 200.

⁷⁷⁹ KOLLER, Glaube, N. 374.

⁷⁸⁰ KOLLER, Glaube, N. 374; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 198, dn. 168.

sessiz kalmasını, susmanın kural olarak irade açıklaması olmadığı göz önüne alındığında onamanın örtülü olarak reddi olarak değerlendirmek yanlıştır⁷⁸¹.

Onamama, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun olumsuz unsurudur. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından onamamanın nedeni önemli değildir. Ayrıca onamamanın açık mı yoksa örtülü mü olduğu, TBK m. 46 f. 2 uyarınca üçüncü kişinin temsil olunana verdiği sürenin cevapsız geçip geçmediğinin bir önemi yoktur⁷⁸².

Kural olarak onama gibi onamama da geri alınamaz⁷⁸³. Ne var ki taraflar, onamamadan sonra, onamama nedeniyle geçersiz olan işlemi canlandırabilirler, ancak elbette bunun için üçüncü kişinin rızası gerekir. Başka bir deyişle geçersiz olan işlem ile aynı olan bir işlemin yapılabilmesi mümkündür. Bu işlem, onanmayan işlemle aynı olmakla birlikte aslında yeni bir işlemdir. Bu durumda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu söz konusu olmaz⁷⁸⁴.

2. Başka Bir Geçersizlik Nedeninin Bulunmaması

a. Genel Olarak

Temsil yoluyla yapılan sözleşmede temsil yetkisi eksikliği dışında bir geçersizlik nedeni varsa, temsilin sonuçları temsil yetkisi eksikliği nedeniyle değil, söz konusu geçersizlik nedeni yüzünden doğmaz⁷⁸⁵. Böyle olunca da TBK m. 47'nin uygulanması, yani yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulabilmesi mümkün olmaz. Yetkisiz temsilcinin sorumlu olabilmesi için temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliğine onamama hâli yol açmış olmalı, sözleşmenin geçersizliği temsil yetkisi eksikliğinden kaynaklanmalıdır⁷⁸⁶. Başka bir deyişle eğer temsil yetkisi eksikliği olmasaydı ya da temsil yetkisi eksikliğine rağmen sözleşme temsil olunan tarafından onansaydı, sözleşme geçerli sayılacak olmalıdır⁷⁸⁷. Sözleşmenin başka bir nedenden geçersiz olması, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun doğmasını önler⁷⁸⁸. Dolayısıyla

⁷⁸¹ KOLLER, Glaube, N. 374; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 198, dn. 168.

⁷⁸² ZK-KLEIN, Art. 39, N. 14.

⁷⁸³ İNCEOĞLU, s. 434; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 13; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 14.

⁷⁸⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 15.

⁷⁸⁵ von MOOS, N. 141.

⁷⁸⁶ VIOLAND, s. 149; İNCEOĞLU, s. 441; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2948.

⁷⁸⁷ VIOLAND, s. 149.

⁷⁸⁸ VIOLAND, s. 149; KOLLER, Glaube, N. 377; İNCEOĞLU, s. 441; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 9, 25; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 24; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2948. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 9; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 33; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 10.

onamamanın yol açtığı geriye etkili geçersizlik sonucuna, hukuki işlemlerin geçersizliğine yol açan nedenlerden biri gölge düşürmemelidir.

Başka bir geçersizlik nedeninin bulunmaması gerekliliğinin altında iki düşünce yatar: (1) Başka bir geçersizlik nedeninin varlığı hâlinde temsil yetkisi eksikliği ile üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar arasında nedensellik bağı bulunmaz⁷⁸⁹. TBK m. 47 hükmü, yalnızca temsil yetkisinin varlığına duyulan güveni korur⁷⁹⁰. Temsil yetkisi eksikliği olmasaydı, yani işlem yetkili bir temsilci tarafından yapılmış olsaydı da işlemin yine geçersiz olması, nedensellik bağının bulunmadığını gösterir⁷⁹¹. (2) Başka bir geçersizlik nedeninin varlığına rağmen yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmak, üçüncü kişinin yetkili bir temsilciyle hukuki işlem yapmasından daha iyi bir duruma getirilmiş olmasına yol açar⁷⁹². Üçüncü kişinin böyle elverişli bir duruma getirilmesi adil olmaz. Diğer bir deyişle TBK m. 47 (OR Art. 39) hükmü, üçüncü kişiyi, temsil yetkisi olsaydı içinde bulunacağı konumdan daha elverişli bir konuma getirmeyi amaçlamaz⁷⁹³.

Sözleşmenin geçersizliğine yol açan temsil yetkisi eksikliği dışında başka bir nedenin bulunması hâlinde her ne kadar TBK m. 47 hükmü uygulanmaz ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğu söz konusu olmazsa da yetkisiz temsilcinin genel hükümler çerçevesinde *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabilir. Öğretide bu duruma örnek olarak yetkisiz temsilcinin temsil olunandaki ehliyet eksikliğini üçüncü kişiye bildirmemesi ile imkânsızlığı bile bile üçüncü kişiyle hukuki işlem yapması gösterilmiştir. Yetkisiz temsilcinin genel hükümler çerçevesinde doğabilecek *culpa in contrahendo* sorumluluğunun TBK m. 47 uyarınca doğan sorumluluktan farklı olarak yetkisiz temsilcinin kusuruna bağlı olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁷⁹⁴.

Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliğine yol açan neden, emredici hukuk kurallarına aykırılık, ehliyetsizlik, şekle aykırılık gibi bir neden olabilir. Bu nedenlerin

⁷⁸⁹ AKYOL, s. 520; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 201; İNCEOĞLU, s. 441; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 25; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 10.

⁷⁹⁰ Karş. BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 10.

⁷⁹¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 201; İNCEOĞLU, s. 441; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 10.

⁷⁹² VIOLAND, s. 149; KOLLER, Glaube, N. 377; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 201-202; AKYOL, s. 521; HELVACI/KARASU, s. 200.

⁷⁹³ KOLLER, Glaube, N. 377.

⁷⁹⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 202; İNCEOĞLU, s. 441-442.

tamamının ayrı ayrı ele alınmasına gerek yoktur. Aşağıda yalnızca bazı geçersizlik nedenleri özelinde meydana gelen sorunlar ele alınacaktır.

b. Üçüncü Kişinin Yanılma Nedeniyle Sözleşmeyi İptal Etmesi

Üçüncü kişinin, temsil yetkisinin varlığı konusunda yanılmış olması hâlinde temsil yetkisi eksikliği nedeniyle askıda hükümsüz olan sözleşmeyi, temsil olunanın sözleşmeyi onamasını beklemeden irade bozukluğu hâllerinden biri olan yanılmaya ilişkin hükümlere (TBK m. 30 vd.; OR Art. 23 vd.) dayanarak iptal edip edemeyeceği öğretide tartışmalıdır⁷⁹⁵.

Sözleşmenin askıda olduğu aşamada üçüncü kişinin yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal edip edemeyeceğini ele almadan önce Alman hukukunda üçüncü kişiye bu aşamada tanınan yanılmayla ilgili bir imkândan söz edeceğiz: BGB § 178'e göre, üçüncü kişinin, sözleşmenin yapıldığı anda temsil yetkisi eksikliğini bilmemesi hâlinde işlem temsil olunan tarafından onanincaya dek sözleşmeden dönebilmesi mümkündür⁷⁹⁶. Başka bir deyişle temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin, sözleşmenin askıda olduğu aşamada, sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulabilme imkânı vardır. Üçüncü kişi, temsil olunana veya temsilciye yönelteceği tek taraflı bir irade açıklaması ile kendisine tanınmış bu hakkı kullanabilir⁷⁹⁷. Alman hukukunda yer alan bu düzenleme, yanılmaya ilişkin genel kuralın somut bir hâlidir⁷⁹⁸. Üçüncü kişi bu imkânı kullanarak sözleşmeyi kesin hükümsüz hâle getirirse BGB § 179 uyarınca yetkisiz temsilciyi sorumlu tutamaz⁷⁹⁹. Zira dönme hakkını kullandıktan sonra artık üçüncü kişinin korunma ihtiyacı kalmamıştır⁸⁰⁰.

Türk ve İsviçre hukuklarında BGB § 178'e benzer bir hüküm yoktur. Bununla birlikte öğretide azınlıkta kalan bir görüş, bu konuda pozitif bir düzenleme olmasa da Alman hukukunda üçüncü kişiye tanınmış olan imkânın İsviçre hukukunda da geçerli olduğu yönündedir⁸⁰¹. Bu görüşü savunan yazarlardan BUCHER'e göre, sözleşmenin yapıldığı anda temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişi, OR Art. 38 Abs. 2 (TBK m. 46 f. 2) uyarınca sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesi için temsil olunana süre vermek zorunda

⁷⁹⁵ von MOOS, N. 142.

⁷⁹⁶ Bu konuda bkz. MüKoBGB-SCHUBERT, § 178, N. 1 vd.; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 178, N. 1 vd.

⁷⁹⁷ MüKoBGB-SCHUBERT, § 178, N. 9; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 178, N. 2.

⁷⁹⁸ Staudinger-SCHILKEN, § 178, N. 5.

⁷⁹⁹ FLUME, § 47, 3a; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 6; MüKoBGB-SCHUBERT, § 178, N. 11; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 9.

⁸⁰⁰ MüKoBGB-SCHUBERT, § 178, N. 11.

⁸⁰¹ BUCHER, s. 604-605; VIOLAND, s. 114.

kalmadan sözleşme askıda iken tek taraflı bir irade açıklamasıyla sözleşmeden dönebilmelidir. Zira sözleşmenin her bir tarafı, sözleşmenin kurulduğu anda yalnızca karşı tarafın da aynı sözleşmeyle bağlı olması kaydıyla kendisini o sözleşmeyle bağlı kılar⁸⁰². Temsil olunan, yetki eksikliği nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığından, sözleşme kurulduktan sonra temsil yetkisi eksikliğini öğrenen üçüncü kişinin de işlemle bağlı olmaması ve isterse sözleşmeden cayabilmesi gerekir⁸⁰³. Bu görüşü eleştiren ZÄCH/KÜNZLER'e göre, kanun koyucu üçüncü kişiye dönme hakkı tanımış olsaydı, OR Art. 38 Abs. 2'de yer alan süre verme imkânını sağlamazdı⁸⁰⁴. Süre verme imkânı, üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlılıktan kurtulmasına etki eden bir araçtır. Kanun koyucunun sözleşmenin geçerliliğine ilişkin son sözü söyleme konusundaki tercihi üçüncü kişi değil, temsil olunandır. Bu çözümün dayanağı, *pacta sunt servanda* düşüncesi olabilir. Üçüncü kişi, sözleşmenin temsil olunan tarafından onanmasıyla geçerlilik kazanmasına itiraz edememelidir. Üçüncü kişiye tanınan süre verme imkânı özel olarak tasarlanmış bozucu koşula bağlı bir dönme hakkıdır. Üçüncü kişi, temsil olunana süre vererek temsil yetkisi eksikliği nedeniyle askıda hükümsüz olan sözleşmenin, belirlediği sürenin sonuna kadar geçerli hâle getirilmediği takdirde bu işlemle bağlı kalmayacağını belirtmektedir⁸⁰⁵.

Buna karşılık hâkim görüş, üçüncü kişinin dönme hakkına sahip olmadığı yönündedir⁸⁰⁶. Bu görüşün dayanağı, TBK m. 46 (OR Art. 38) hükmünün son cümlesinde yer alan “*Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan*

⁸⁰² VIOLAND'a göre bu argüman, OR Art. 38'de öngörülen çözümle çelişmektedir. Zira hükümde öngörülen, sözleşmenin askıda olduğu durumda temsil olunanın sözleşmeyle bağlı olmaması iken üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı olmasıdır (VIOLAND, s. 113).

⁸⁰³ BUCHER, s. 604-605. Yazara göre OR Art. 38 Abs. 2, yalnızca üçüncü kişinin sözleşmenin kurulduğu anda temsil yetkisi eksikliğini bildiği durumlar için geçerlidir. Başka bir ifadeyle üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlılıktan kurtulabilmek için temsil olunana uygun bir süre verme gerekliliği, ancak onun temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde söz konusudur. Dolayısıyla yazar, OR Art. 38 Abs. 2'nin uygulanmasında üçüncü kişinin sözleşmenin kurulduğu anda temsil yetkisi eksikliğini bilip bilmemesi bakımından bir ayırım yapmaktadır (BUCHER, s. 604).

⁸⁰⁴ Aynı yönde bkz. AKYOL, s. 467.

⁸⁰⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 35. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, yazarların benimsediği görüşü eleştirmiş ve dönme hakkı ile süre verme imkânının bir arada bulunabileceğini belirtmiştir. Yazar, buna örnek olarak bu iki hakkı bir arada tanıyan BGB §§ 177-178 hükümlerini göstermiştir. Yazara göre, her iki imkânın bir arada bulunması son derece anlamlıdır. Zira üçüncü kişi, temsil olunana sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesi için süre vermesine rağmen piyasadaki gelişmeler nedeniyle daha fazla bekleyemeyeceği bir durum ortaya çıkarsa, sözleşme onanmadan hemen dönme hakkını kullanmak isteyebilir. Öte yandan üçüncü kişi, tarafı olduğu sözleşmeye önem veriyor ve temsil olunanın sözleşmeyi onama ihtimalini yüksek görüyorsa, temsil yetkisi eksikliğini öğrenmesine rağmen derhal dönme hakkını kullanarak sözleşmeyle bağlılıktan kurtulmaktansa temsil olunana süre verebilir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 16, dn. 33).

⁸⁰⁶ BK-BECKER, Art. 38, N. 3; von TUHR/PETER, § 45 II; KUTLU SUNGURBEY, s. 92; AKYOL, s. 467; İNCEOĞLU, s. 364-365; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 35; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 16; von MOOS, N. 146; KARASU, s. 338; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2937; İŞ-NART, m. 46, N. 7; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70; EREN, BH GH, N. 1421; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 46, N. 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1385; AYDOĞDU/NART, s. 125.

kurtulur.” ifadesidir. Kanun koyucu, üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulacağı anı, onun temsil olunana süre vermesinden sonra sözleşmenin onanmadığının anlaşıldığı an olarak belirlemiştir. Bu andan önce üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı olduğu ve sözleşmeden serbestçe dönemeyeceği açıktır. Dolayısıyla BUCHER’in savunduğu görüş, kanunun açık ifadesine aykırıdır⁸⁰⁷. Yürürlükteki hukuk (*de lege lata*) bakımından durum böyle olmakla birlikte, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından BGB § 178’e benzer bir hükmün Türk ve İsviçre kanunlarında da düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁰⁸. Bizce de sözleşmenin yapıldığı anda temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin sözleşme onanıncaya dek tek taraflı bir irade açıklamasıyla sözleşmeyle bağlılıktan kurtulabilmesi mümkün değildir. Kanunun açık ifadesi karşısında azınlıkta kalan görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. BGB § 178’de üçüncü kişiye tanınan dönme hakkı, hukukumuz bakımından kanun koyucunun bu yönde açık bir düzenlemesiyle mümkün olur. Öte yandan üçüncü kişinin kanundan doğan bir dönme hakkı olmasa bile tarafların böyle bir dönme hakkını kararlaştırmalarının önünde bir engel yoktur⁸⁰⁹. Uygulamada bu tür bir anlaşma yalnızca hem temsilcinin hem de üçüncü kişinin gerçek hukuki durumu yani yetki eksikliğini bilmesi hâlinde söz konusu olur⁸¹⁰. Sözleşme kurulduktan sonra artık temsilci ile üçüncü kişi dönme hakkına ilişkin böyle bir anlaşma yapamaz. Bunun nedeni, sözleşmenin kurulmasından sonra bu yönde yapılacak bir anlaşmanın TBK m. 46 f. 1 ile bağdaşmayacak olmasıdır⁸¹¹. Başka bir deyişle bu anlaşma, temsil olunanı sözleşmeyi onama imkânından mahrum bırakır⁸¹².

Alman hukukunda üçüncü kişiye tanınmış olan dönme hakkının Türk ve İsviçre hukuklarında kabul edilmemiş olması, öğretinin aynı sonuca ulaşmak için başka yollar

⁸⁰⁷ KUTLU SUNGURBEY, s. 92; İNCEOĞLU, s. 364; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 16; KARASU, s. 338-339; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2937; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70.

⁸⁰⁸ VIOLAND, s. 114; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 16. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmeyen üçüncü kişinin en az temsil olunan kadar korunmayı hak ettiğini, bu nedenle kanunumuza BGB § 178’e benzer bir hükmün eklenmesinin çok yerinde olacağını belirtmiştir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 16). Öte yandan ZÄCH/KÜNZLER, *de lege ferenda* bakımından da böyle bir revizyona karşı çıkmaktadır. Zira dönme hakkı yalnızca birtakım yararları beraberinde getirmekle kalmayıp aynı zamanda kötüye kullanılma riski veya temsilcinin, sözleşmeyi temsil olunanın onamasına sunmayı ihmal etmesi gibi bazı olumsuzlukları da beraberinde getirebilir (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 35). KLEIN ise kanun koyucunun böyle bir dönme hakkı öngörmediğini, OR Art. 38 Abs. 2’deki süre verme imkânı ile temel yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilme imkânı varken böyle bir dönme hakkının gerekli olmadığını belirtmiştir (ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70).

⁸⁰⁹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 38, N. 8; von TUHR/PETER, § 45 II, dn. 21; KUTLU SUNGURBEY, s. 92; VIOLAND, s. 108; İNCEOĞLU, s. 365; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 33; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70, 73.

⁸¹⁰ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70, 73.

⁸¹¹ ZK-KLEIN, Art. 38, N. 73.

⁸¹² ZK-KLEIN, Art. 38, N. 73.

aramasına yol açmıştır⁸¹³. Bu yollardan ilki, üçüncü kişinin temsil olunana sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesi için süre verirken bu süreyi “çok kısa” belirleyebilmesidir⁸¹⁴. Bu görüşün, kanunda açıkça “uygun bir süre” verilmesi gerektiğinin belirtilmesi ve temsil olunana uygun bir süre verilmesinin onun kendi adına yapılmış olan sözleşmenin önem ve kapsamına göre düşünüp sözleşmenin onayıp onanmayacağına ilişkin karar verebilmesi için zorunlu olması karşısında isabetli olmadığı ifade edilmiştir⁸¹⁵. Ne var ki WATTER’e göre kanun koyucu, sürenin “uygun bir süre” olması gerektiğini açıkça belirtmişse de sürenin uygun olması bir yandan askıda olan hukuki işlemin türüne, diğer yandan üçüncü kişinin menfaatlerine bağlıdır. Üçüncü kişi süreyi zarar görmeyeceği kadar kısa belirlemelidir⁸¹⁶.

Bir diğer yol ise yanılma hükümlerine (TBK m. 30 vd.; OR Art. 23 vd.) dayanarak sözleşmenin iptal edilmesidir. Azınlıkta kalan bir görüşe göre temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişi, onamadan önce sözleşmeyi temel yanılması (TBK m. 32; OR Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4) nedeniyle iptal edebilir⁸¹⁷. Bu konuda ileri sürülen gerekçeler şunlardır:

(1) Sözleşmenin geçerli olması, temsil yetkisinin varlığı olgusuna bağlı olduğundan üçüncü kişinin bu olguyu sözleşmenin temeli saymış olması dürüstlük kuralı uyarınca haklı görülebilir. Üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğinden şüphelenmiş olsaydı temsil yetkisinin varlığını sözleşmeye bir şart olarak koyacaktı. Bu nedenle temsil yetkisinin varlığı olgusunu sözleşmenin temeli saymak ve üçüncü kişinin bu olguya ilişkin yanılması durumunda ona temel yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımak gerekir⁸¹⁸.

(2) Temel yanılması için önemli bir yanılmanın varlığı gerekir. Yanılmanın önemli olması ise sübjektif ve objektif olarak ele alınır. Yanılanın, yanılmayı bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya en azından aynı koşullarla yapmayacağı söylenebilirse yanılma sübjektif olarak önemlidir. Makul ve dürüst bir üçüncü kişinin de tıpkı yanılan gibi yanılma konusu olgulara yanılmayı bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak veya en azından aynı koşullarla yapmayacak kadar büyük önem vermesi, yanılmanın objektif olarak önemli olmasının birinci unsurudur. Bir yanılmanın objektif olarak önemli olması için ikinci unsur ise yanılanın

⁸¹³ İNCEOĞLU, s. 365-366; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 17.

⁸¹⁴ BK-BECKER, Art. 38, N. 3; BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 8, 10.

⁸¹⁵ KUTLU SUNGURBEY, s. 94.

⁸¹⁶ BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 10.

⁸¹⁷ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 38, N. 8; VIOLAND, s. 113; KUTLU SUNGURBEY, s. 94; von MOOS, N. 146; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70. Ayrıca bkz. ve karşı. BK-BECKER, Art. 38, N. 3; AKYOL, s. 466-467.

⁸¹⁸ KUTLU SUNGURBEY, s. 94.

sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Bir yanılmanın objektif olarak önemli olup olmadığı konusunda hâkim geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve somut olayın özelliklerini dikkate almalıdır⁸¹⁹. Alman hukukunda üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına ilişkin yanılmasının kanun koyucu tarafından genel olarak önemli kabul edildiği (BGB § 178) göz önüne alındığında, benzer şekilde İsviçre hukukunda da böyle bir yanılmanın sübjektif ve objektif olarak önemli olarak nitelendirilebileceği düşünülebilir. Üçüncü kişi, temsilciyle sözleşme yaparken temsil yetkisinin mevcut olmadığını bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak veya en azından aynı koşullarla yapmayacak idiyse bu durum genellikle yanılmanın objektif olarak da önemli kabul edilmesi için gerekli olan ilk unsuru da beraberinde getirir: Makul ve dürüst bir üçüncü kişinin temsil yoluyla sözleşme yaparken temsil yetkisinin varlığına şayet temsil yetkisi eksikliğini bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak veya yalnızca farklı koşullarla (örneğin dönme hakkı ile) yapacak kadar büyük önem vermesi gerektiği kabul edilebilir. Objektif olarak önemli olmanın ikinci unsurunun (üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisinden beklenemeyecek olması) gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın özelliklerine bağlıdır. Bazı hâllerde, örneğin üçüncü kişinin askı aşamasında sözleşmeyle bağlı olması nedeniyle önemli bir kayıp yaşaması hâlinde ikinci unsurun gerçekleştiği söylenebilir. Örneğin üçüncü kişi, temsil olunana karşı üstlendiği yükümlülük nedeniyle başka bir sözleşme yapamayabilir. Zira yetkisiz olarak yapılan askıda hükümsüz sözleşmeye ek olarak başka bir sözleşmeyi ifa edememesi söz konusudur. Bu durumda bunun üçüncü kişi bakımından önemli bir kayıp olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan, Alman hukukunda olduğu gibi temsil yetkisinin varlığına ilişkin yanılmanın objektif olarak önemli olduğuna dair genel bir nitelendirmeye varılamaz⁸²⁰.

(3) TBK m. 46 f. 2'de (OR Art. 38 Abs. 2) temsil olunana süre verme imkânı dışında başka bir imkânın öngörülmemiş olması, temel yanılmasına başvurulamayacağı anlamına gelmez. Yanılma hükümleri üçüncü kişinin iradesinin oluşumuyla ilgiliyken TBK m. 46 f. 2 hükmü temsil olunanın işlemle bağlı olup olmayacağıyla ilgilidir. Temsil olunanla bir sözleşme ilişkisi kurduğunu düşünerek temsilcinin bu işlemi kapsayan bir yetkisi olmadığını bilmeden onunla işlem yapan üçüncü kişi yanılmıştır. Bununla birlikte üçüncü kişinin sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal edebilmesi, ancak temsil yetkisinin varlığının sözleşmenin temelini oluşturması ve TBK m. 46 f. 2 uyarınca sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesi için

⁸¹⁹ von MOOS, N. 145.

⁸²⁰ von MOOS, N. 146.

temsil olunana çok kısa bir süre verilmesinin bile çözüm getirmemesi hâlinde mümkündür. Bu ender görülen bir durum olsa da göz ardı edilemez. Buna bir açık artırmadan örnek verilebilir: Açık artırmayı yapan üçüncü kişinin, temsil olunan adına öneride bulunan ancak temsil yetkisini aşan kişiye ihale etmesi hâlinde sözleşmeyi derhal iptal edebilmesi ve açık artırmaya devam edebilmesi gerekir⁸²¹. Bu durumda üçüncü kişiden temsil olunana sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesi için bir süre vermesi beklenemez. Dolayısıyla temel yanılmasının unsurları gerçekleşirse, üçüncü kişinin sözleşmeyi iptal edebileceği kabul edilmelidir⁸²².

Buna karşılık hâkim görüşe göre temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişi, temel yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal edemez⁸²³. Bu konuda ileri sürülen gerekçeler şunlardır: (1) Başkası adına hareket eden temsilci, temsil yetkisine sahip olabileceği gibi yetkisiz de olabilir. Bu nedenle temsilcinin başkası adına hareket etmesinden temsil yetkisinin varlığı sonucuna ulaşılamaz. Diğer bir deyişle başkası adına hareket etmek, temsil yetkisinin bulunduğu göstermez⁸²⁴. Şayet temsil olunan, temsil yetkisinin mevcut olduğunun anlaşılmasına yol açarsa iyi niyetli üçüncü kişi korunur. Aksi takdirde üçüncü kişi korunmayacaktır. Temsil yetkisinin mevcut olup olmadığı veya üçüncü kişinin TBK m. 41 f. 2 (OR Art. 33 Abs. 3) uyarınca korunup korunmayacağı konusunda temsilcinin değil, temsil olunanın davranışları belirleyicidir. Dolayısıyla üçüncü kişi, temsil yetkisinin varlığı konusunda temsilcinin kendisini yanılttığını ileri süremez⁸²⁵. (2) Temsil yetkisinin mevcut olup

⁸²¹ Uygulamada açık artırma yapan üçüncü kişi elbette bu tür durumlar için önlem alacaktır (ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70, dn. 85). Bu önlemler hakkında bkz. ZK-KLEIN, Art. 33, N. 206.

⁸²² ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70.

⁸²³ von TUHR/PETER, § 45 II, dn. 21; İNCEOĞLU, s. 368; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 34; KARASU, s. 336-337; İŞ-NART, m. 46, N. 8; BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1385; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 740; AYDOĞDU/NART, s. 126; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 9.

⁸²⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 34; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 9. Aynı yönde bkz. KARASU, s. 337. Başkası adına hareket etmenin temsil yetkisinin varlığını göstermediği argümanının ikna edici olmadığı yönünde bkz. ZK-KLEIN, Art. 38, N. 70.

⁸²⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 34. Yazarlara göre böyle bir davranış olsa olsa yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yol açabilir. Yazarların açıklamalarından yanılmanın yanı sıra aldatma (TBK m. 36; OR Art. 28) nedeniyle de sözleşmenin iptal edilmesinin mümkün olmadığı sonucunun anlaşıldığı yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 19. Oysa KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre yetkisini aştığını bilen temsilcinin, bazı aktif davranışlar sergileyerek veya aydınlatma yükümlülüğü olmasına rağmen susarak kendisinin yetkili olduğu izlenimi yaratması hâlinde üçüncü kişinin aldatma nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür: (1) Hiç yetkilendirilmediği hâlde (örneğin sahte bir yetki belgesine dayanarak) temsilci olduğunu iddia eden yetkisiz temsilcinin aldatması "üçüncü kişinin aldatması" (TBK m. 36 f. 2) sayılacağından bu şekilde kurulan sözleşmenin üçüncü kişi tarafından iptal edilebilmesi, temsil olunanın bu aldatmayı bildiğinin veya bilebilecek durumda olduğunun ispatlanmasına bağlıdır. Bu gibi durumlarda aldatma nedeniyle iptal hakkının kural olarak kullanılamayacağı söylenebilir. (2) Temsilci, yetkisini aştığı hâlde üçüncü kişiyi yetkisinin çerçevesi içinde kaldığı konusunda aldatmış ise bu taraf aldatması sayılır (TBK m. 36 f. 1) ve başka bir şarta bağlı olmadan iptal hakkı doğar (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 22). Temsil yetkisini aşan temsilcinin aldatmasının "üçüncü kişinin aldatması" yerine "taraf aldatması" olarak kabul edilmesinin nedeni şudur: Aldatan kimsenin sözleşmenin tarafı mı yoksa üçüncü kişi mi olduğu sözleşmenin hazırlık, görüşme ve kurulma aşamalarına katılıp

olmadığının bir kimsenin sözleşme yapma arzusuna etki eden bir saik olarak nitelendirilmesi güçtür. Temsil yetkisinin varlığının sözleşmenin kurulmasına etki eden bir saik olarak kabul edilmesi, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının bir saik olarak nitelendirilmesi sonucuna yol açar. Gelgelelim sözleşmenin geçerlilik şartlarını bir saik olarak nitelendirmek doğru değildir. Aksi hâlde sınırlı ehliyetsizle hukuki işlem yapan bir kimsenin de yanıldığını kabul etmek gerekir. Hatta bu görüşün kabulü, taraflardan birinin yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkının bulunduğu hâllerde karşı tarafın da yanıldığı anlamına gelir. Zira bu durumlarda hukuki işlemin geçerliliği askıdadır. Oysa hukuki işlemin karşı tarafı da işlemin kesin olarak geçerli olacağı saiki ile hareket etmiş ve bu konuda yanılmıştır. Bu nedenle tarafların temsil yetkisinin mevcut olduğu veya hukuki işlemin geçerli olduğu yönündeki inançlarının işlemin yapılmasına yönelik bir saik olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁸²⁶. Hâkim görüşüne göre, üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına ilişkin yanılması hâlinde temel yanılmasının objektif unsuru⁸²⁷ gerçekleşmez⁸²⁸.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, yetkisiz temsile ilişkin yalnızca tek bir ihtimal ile ilgili olması ve diğer ihtimalleri göz ardı etmesi nedeniyle haklı olarak hâkim görüşü eleştirmiş, “bir kimsenin kendisine yetki verilmediği hâlde yetkili bir temsilci gibi davranması” ihtimalinin yanı sıra “yetkili bir temsilcinin yetkisini aşması” ihtimalinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir⁸²⁹. Bu doğrultuda yazar, iki ihtimali ayrı ayrı ele almıştır: (1) Kendisine yetki verilmemiş bir kimsenin yetkiliymiş gibi davranması hâlinde üçüncü kişinin temel yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkün değildir. Zira her ne kadar temsil yetkisinin varlığı dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin temelini oluşturacak önem ve nitelikte bir olgu

katılmadığına göre belirlenir. Sözleşmenin bu üç aşamasından birine veya birkaçına katılan kimse TBK m. 36 f. 2 anlamında üçüncü kişi sayılmaz. Dolayısıyla bu kimsenin aldatması da üçüncü kişinin aldatması olarak değil, taraf aldatması olarak değerlendirilir. Bu doğrultuda bir tarafın sözleşmenin bu aşamalarında kullandığı temsilciler üçüncü kişi sayılmazlar (İŞ-KURŞAT, m. 36, N. 4, dn. 3). Temsil yetkisi bulunmamasına rağmen sözleşme görüşmelerine katılma yetkisine sahip olan kişiler, temsil olunan açısından TBK m. 36 çerçevesinde üçüncü kişi olarak kabul edilmezler (Bkz. KURŞAT Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s. 39; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 22, dn. 45; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 1719; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 24; EREN, BH GH, N. 1234; OĞUZMAN/ÖZ. C. I, N. 360; NOMER, BH GH, N. 64; FURRER/MÜLLER-CHEN/CETİNER, N. 588; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 36, N. 15). Temsil yetkisini aşan temsilci de hiç kuşkusuz sözleşme görüşmelerine katılmak konusunda temsil olunan tarafından görevlendirilen bir kişidir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 22, dn. 45).

⁸²⁶ İNCEOĞLU, s. 368. Aynı yönde bkz. KARASU, s. 336-337.

⁸²⁷ Temel yanılmasının objektif unsuru hakkında bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 431; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 31 vd.; KANIŞLI, s. 234 vd.; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 1645 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 783 vd.; EREN, BH GH, N. 1201; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 32, N. 10 vd.

⁸²⁸ Bkz. İNCEOĞLU, s. 368; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 34; KARASU, s. 336-337; İŞ-NART, m. 46, N. 8; AYDOĞDU/NART, s. 126.

⁸²⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 20.

sayılabilirse de temel yanılmasının şartlarından bir diğeri gerçekleşmemiştir. Bu şart, temsil olunanın, yanılanın bu noktaya ilişkin yanlış tasavvuruna bu derece önem verdiğini, bu tasavvurun onun açısından karar verdirici bir rol oynadığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır. Yetkili bir temsilci, üçüncü kişiyle hukuki işlem yaptığında, temsilcinin bu noktayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması, “bilgide temsil” çerçevesinde temsil olunana da isnat edilir. Ne var ki kendisine temsil yetkisi verilmemiş bir kimsenin yetkili bir temsilci gibi davranarak üçüncü kişiyle hukuki işlem yapması hâlinde yetkisiz temsilcinin bilgisini hiçbir şekilde temsil olunana isnat etmek mümkün değildir. Temsil olunanın, hukuki işlemin kurulduğu anda tıpkı yetkisiz temsilci gibi bu noktayı bildiği veya bilebilecek durumda olduğu kabul edilemez. (2) Yetkili bir temsilcinin yetkisini aşması hâlinde ise üçüncü kişi, temel yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir. Zira temsil yetkisini aşan temsilci, temsil olunan tarafından yetkilendirilmiş bir temsilcidir ve onun bilgi ve tasavvurlarını “bilgide temsil” çerçevesinde temsil olunana isnat etmek mümkündür. Yetkilendirme işlemindeki sınırlama yalnızca temsilcinin yapabileceği hukuki işlemlere ilişkin bir sınırlama olup onun bilgi ve tasavvurlarının temsil olunana isnat edilmesini engelleyen bir sınırlama değildir. Bu nedenle üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına bağladığı karar verdirici önemin, temsil olunan tarafından da bilindiği veya bilinmesi gerektiği kabul edilebilir⁸³⁰.

Üçüncü kişinin temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi temel yanılması nedeniyle iptal edip edemeyeceğini değerlendirirken elbette TBK m. 32’de düzenlenmiş olan temel yanılmasının unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ele alınmalıdır.

(1) Yanılanın, yanıldığı olguyu sözleşmenin temeli sayması gerekir. Başka bir deyişle yanılanın, gerçek durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya en azından aynı koşullarla yapmayacağı söylenebilmelidir. Bu, temel yanılmasının sübjektif unsurudur⁸³¹. Üçüncü kişinin, temsil yetkisi eksikliğini bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya en azından aynı koşullarla

⁸³⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 21.

⁸³¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 430; SCHMIDLIN Bruno, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Aufl., Bern 2013, Art. 24, N. 161 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 27; KANIŞLI, s. 210; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 1623; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 24, N. 21; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 37.25; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 334; EREN, BH GH, N. 1200; NOMER, BH GH, N. 60.1; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 806; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 32, N. 12; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 522.

yapmayacağı söylenebilir. Dolayısıyla temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişi bakımından sübjektif unsur gerçekleşmiştir⁸³².

(2) Yanılanın yanıldığı olguya bu derece önem verdiğinin karşı tarafça bilinmesi veya bilinebilir olması gerekir⁸³³. Üçüncü kişinin, temsil yetkisinin varlığına verdiği önemin temsil olunan tarafından bilinmesi veya bilinebilir olması gerekir. Temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi temsilcinin yaptığı göz önüne alındığında bunun temsil olunan tarafından bilinebilir olması, bilgide temsil sayesinde mümkündür. Temsilcinin, üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına bu denli önem verdiğini bilmesi veya bilebilecek olması, bilgide temsil yoluyla temsil olunana da isnat edilir. Böylece temsil olunan da bu hususu biliyor veya bilebilecek durumda sayılır⁸³⁴. Dolayısıyla temel yanılmasının bu unsurunun da gerçekleşmesi mümkündür. Ancak burada KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun yerinde olarak belirttiği gibi “temsil yetkisinin hiç verilmemiş olması” ile “temsil yetkisinin aşılması” arasında bir ayrım yapılmalıdır: (i) Temsil olunan tarafından hiçbir zaman yetkilendirilmemiş bir yetkisiz temsilcinin bilgisini temsil olunana isnat etmek mümkün olmaz. Dolayısıyla temel yanılmasının bu unsuru gerçekleşmemiş olur ve böylece üçüncü kişinin temel yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkı doğmaz⁸³⁵. (ii) Temsil olunan tarafından yetkilendirilmiş olmakla birlikte yetkisini aşan temsilcinin bilgisini temsil olunana isnat etmek mümkündür. Zira yetkilendirme işlemindeki sınırlama, yalnızca temsilcinin yapabileceği “hukuki işlemlere” ilişkin bir sınırlama olup onun “bilgi ve tasavvurlarının” temsil olunana isnat edilmesini engelleyen bir sınırlama değildir. Dolayısıyla temel yanılmasının bu unsuru gerçekleşmiş olduğundan üçüncü kişinin temel yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkı doğar⁸³⁶. Nitekim temel yanılması nedeniyle sözleşmenin iptal edilebileceğini savunan KLEIN'in vermiş olduğu yukarıdaki açık artırma örneğinde de temsil yetkisinin aşılması söz konusudur. Sonuç olarak bu unsurun gerçekleşmesi yalnızca temsil yetkisinin aşılması hâlinde mümkündür.

⁸³² Aynı yönde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 94; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 21; von MOOS, N. 146.

⁸³³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 431; BK-SCHMIDLIN, Art. 24, N. 180; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 28; KANIŞLI, s. 218; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 1623; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 24, N. 23; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 37.27; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 335; EREN, BH GH, N. 1202; NOMER, BH GH, N. 60.1; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 806; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 32, N. 14; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 527.

⁸³⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 21.

⁸³⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 21.

⁸³⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 21.

(3) Yanılma konusu olgunun iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralı uyarınca da sözleşmenin temeli sayılması gerekir. Başka bir deyişle yanılan yerine ortalama, makul ve dürüst bir üçüncü kişinin gerçek durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya en azından aynı koşullarla yapmayacağı söylenebilir. Bu, temel yanılmasının objektif unsurudur⁸³⁷. Temsil yetkisinin varlığının iş hayatında hâkim dürüstlük kuralı uyarınca daima sözleşmenin temelini oluşturacak önem ve nitelikte bir olgu sayılabileceği söylenebilir. Başka bir ifadeyle ortalama, makul ve dürüst bir üçüncü kişinin de temsil yetkisi eksikliğini bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya en azından aynı koşullarla yapmayacağı söylenebilir. Dolayısıyla temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişi bakımından objektif unsur gerçekleşmiştir⁸³⁸.

Temel yanılmasının unsurları bakımından yaptığımız değerlendirmeden görüleceği gibi belirli hâllerde üçüncü kişinin temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi temel yanılması nedeniyle iptal edebilmesi mümkündür. Temel yanılması nedeniyle sözleşmenin hiçbir şekilde iptal edilemeyeceği yönündeki hâkim görüşe katılmıyoruz. Üçüncü kişinin sözleşmeyi temel yanılması nedeniyle iptal etmesi hâlinde ise yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz. Temel yanılmasının unsurları gerçekleşmez ve üçüncü kişi sözleşmeyi iptal edemez ise temsil olunanın sözleşmeyi onamayarak kesin hükümsüz hâle getirmesinin ardından yetkisiz temsilci sorumlu tutulabilir.

c. Temsilcinin Kendi Adına Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

Yetkisiz temsilcinin bazı hâllerde temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi temsil olunan yerine kendi adına sona erdirip erdiremeyeceği ele alınması gereken bir diğer sorundur⁸³⁹. Bu sorun yalnızca Alman ve İsviçre hukuklarında ele alınmıştır.

Alman hukukunda hâkim görüşe göre, temsilin sonuçları doğduğunda temsil olunan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olacak ise yetkisiz temsilcinin sözleşmeyi kendi adına sona erdirmesi mümkündür. Başka bir deyişle temsil yoluyla yapılan sözleşme hükümlerini doğurduğunda temsil olunan sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip ise yetkisiz temsilci de

⁸³⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 431; BK-SCHMIDLIN, Art. 24, N. 104; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 31; KANIŞLI, s. 235; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 1623; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 24, N. 22; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 37.26; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 334; EREN, BH GH, N. 1201; NOMER, BH GH, N. 60.1; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 807; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 32, N. 13; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 524.

⁸³⁸ Aynı yönde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 94; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 21; von MOOS, N. 146.

⁸³⁹ von MOOS, N. 147.

bu imkâna sahiptir. Bu durumda yetkisiz temsilci, temsil olunan yerine sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanabilir⁸⁴⁰.

Bu soruna ilişkin Alman Federal Mahkemesinin bir kararı incelenmeye değerdir⁸⁴¹. Bu karara konu olan olayda kadın eş, yetkisiz olarak erkek eş adına çiçek otomatını konu alan bir kira sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşme erkek eşin çiçekçi dükkânı işlettiği ve eşlerin konutunun da bulunduğu taşınmaz üzerinde yapılmıştır. Erkek eş, sözleşmeyi onamamıştır. Federal Mahkeme, kira sözleşmesinin kurulmasını kapıdan işlem olarak nitelendirmiş ve kadın eşin bu tür işlemlerle ilgili olarak cayma hakkını erkek eş yerine kullanmasına izin vermiştir (aHWiG § 1 Abs. 1⁸⁴²). Federal Mahkemeye göre bu cayma hakkı, temsilin sonuçları doğmuş olsaydı erkek eşe ait olacaktı⁸⁴³. Başka bir deyişle temsil yoluyla yapılan sözleşme hükümlerini doğurmuş olsaydı sözleşmenin tarafı olan erkek eş, cayma hakkına sahip olacaktı. Bu nedenle kadın eş de erkek eş yerine cayma hakkını kullanabilir. Yetkisiz temsilcinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerle bağlı olmaktan kurtulmakla değil, yalnızca BGB § 179 kapsamındaki yasal garanti sorumluluğunu ortadan kaldırmakla ilgilenmesi, temsil olunan yerine cayma hakkını kullanmasını engellemez⁸⁴⁴.

Federal Mahkemenin yetkisiz temsilciye böyle bir imkân tanımasının nedeni şudur: Yetkisiz temsilciyle sözleşme yapan üçüncü kişi, yetkili bir temsilciyle sözleşme yapmış olsaydı bulunacağı konumdan daha iyi bir konumda olmamalıdır⁸⁴⁵. Başka bir deyişle yetkisiz temsilcinin bu imkâna sahip olduğu kabul edilmezse, üçüncü kişinin sözleşmeyi yetkili temsilci yerine yetkisiz temsilciyle yapmış olması onun açısından daha avantajlıdır ve böylece üçüncü kişi, sözleşme yaptığı kişi yetkili olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir durumda olur⁸⁴⁶.

Öğretide yetkisiz temsilcinin sözleşmeyi sona erdirebilme imkânını ne zaman kullanabileceği açıkça belirtilmemiştir. Bu imkânın ancak sözleşmenin temsil olunan tarafından onanmadığında mümkün olduğu açıktır⁸⁴⁷. Nitekim Federal Mahkemenin tutumu da bu

⁸⁴⁰ BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.; BGH, NJW 2002, s. 1867 vd.; Palandt-ELLENBERGER, § 179, N. 2; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 10; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 33; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 13.

⁸⁴¹ BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.

⁸⁴² Bu kanun hükmünün bugünkü karşılığı BGB § 312g Abs. 1'dir.

⁸⁴³ von MOOS, N. 149.

⁸⁴⁴ BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.

⁸⁴⁵ BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.

⁸⁴⁶ von MOOS, N. 150.

⁸⁴⁷ von MOOS, N. 150.

yöndedir⁸⁴⁸. Kaldı ki temsil olunanın onamamasından önce yetkisiz temsilcinin sözleşmeyi sona erdirmeye konusunda korunmaya değer bir menfaati yoktur⁸⁴⁹. Sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanan yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı BGB § 179 kapsamında sorumluluğu doğmaz⁸⁵⁰.

İsviçre öğretisinde bir görüş, Alman hukukundaki hukuki durumun kıyas yoluyla İsviçre hukuku için de geçerli olması gerektiği yönündedir. İsviçre kanun koyucusu, söz konusu soruna ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Kaldı ki bu noktada kanun koyucunun susması bilinçli bir susma değildir. Dolayısıyla burada bir kanun boşluğu söz konusudur (ZGB Art. 1 Abs. 2). Bu soruna ilişkin Alman hukukunda kabul edilen çözüm yerindedir ve dolayısıyla söz konusu kanun boşluğunun doldurulması için de uygundur (ZGB Art. 1 Abs. 3)⁸⁵¹.

Kanaatimizce Alman hukukunda benimsenen yaklaşım yerindedir. Yetkisiz temsilci, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulmak için temsilin sonuçları doğmuş olsaydı temsil olunanın sahip olacağı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını temsil olunan yerine kullanabilir. Zira yetkisiz temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin, yetkili bir temsilciyle işlem yapmış olsaydı bulunacağı konumdan daha iyi bir konumda olmasını gerektiren bir neden yoktur. TBK m. 47'nin *ratio legis*'i üçüncü kişinin daha avantajlı bir konum elde etmesini sağlamak değildir. Diğer bir deyişle hükmün amacı, üçüncü kişiyi, şayet yetkili bir temsilciyle işlem yapmış olsaydı içinde olacağı durumdan daha iyi bir duruma getirmek değildir⁸⁵².

Yetkisiz temsilci, sözleşmenin askıda olduğu aşamada sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanamaz. Sözleşme temsil olunan tarafından onanmadığı takdirde yetkisiz temsilcinin bu imkânı kavuştuğu kabul edilmelidir. Bu andan önce yetkisiz temsilcinin sözleşmeyi sona erdirmekte bir menfaati yoktur. Yetkisiz temsilcinin sözleşmeyi sona erdirmekteki yegâne menfaati, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun doğmasını önlemektir. Dolayısıyla sözleşmenin onanmamasıyla birlikte yetkisiz temsilcinin sorumluluğu gündeme gelebileceğinden onamama anından itibaren onun sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı doğar.

⁸⁴⁸ BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.

⁸⁴⁹ von MOOS, N. 150.

⁸⁵⁰ BGH, NJW 2002, s. 1867 vd.; BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 33; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 13.

⁸⁵¹ von MOOS, N. 152.

⁸⁵² KOLLER, Glaube, N. 377; von MOOS, N. 107.

Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin, temsil olunanın onamamasıyla birlikte kesin hükümsüz hâle geldiği düşünüldüğünde, hüküm doğurmayan bir sözleşmeden doğan bir hakkın nasıl kullanılacağı sorusu akla gelebilir. Başka bir deyişle hüküm doğurmayan bir sözleşmenin sağladığı bir sona erdirme hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı düşünülebilir. Böyle durumlarda “çifte etki kuramı”ndan⁸⁵³ yararlanmak mümkündür. Bu kurama göre, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hüküm doğurmaması, yenilik doğuran hakların sona ermesine yol açmaz⁸⁵⁴. Zira geçersizlik hükmü, doğrudan kamu menfaatinin sağlamak yerine bireysel menfaate yönelik ise ve bu çerçevede sözleşme taraflarından yalnızca birini korumayı amaçlıyorsa, normun koruma amacı kapsamındaki taraf, sözleşmeyi yenilik doğuran hakkı kullanarak sona erdirebilir⁸⁵⁵. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin onamama hâlinde geçersizliğini öngören TBK m. 46 hükmü, sözleşmenin taraflarından yalnızca birini, yani temsil olunanı korumayı amaçlayan bir hükümdür. Böylece temsil olunan dilerse sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir, dilerse ve menfaati gerektiriyor ise sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanarak sona erdirebilir. Dolayısıyla temsil olunanın onamamasıyla birlikte temsil yoluyla yapılan sözleşme kesin hüküm hâle gelse de bu sözleşmeden doğan yenilik doğuran hakların kullanılması mümkündür. Bu hakların kullanılması bakımından temsil olunanın herhangi bir menfaati yoktur, zira temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi onamadığı için sözleşmeyle bağlı değildir. TBK m. 47 kapsamında sorumluluğu doğacağı için yalnızca temsilcinin menfaati vardır. Bu nedenle temsilcinin sorumluluktan kurtulması için en azından yenilik doğuran hakları kullanabilmesi gerekir⁸⁵⁶. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin sağladığı sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullanması mümkündür. Esnek hükümsüzlük öğretisiyle de uyumlu olan bu çözümde, geçersizliğin ileri sürülmesi ile yenilik doğuran hakkın kullanılması yoluyla sözleşmeyi sona erdirme hakkı birbiriyle yarışır⁸⁵⁷.

⁸⁵³ Çifte etki kuramı hakkında bkz. **TÜRKMEN** Ahmet, “Theodor Kipp’in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözülemeyeceği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler”, MÜHF-HAD, C. 28, S. 2, Aralık 2022, s. 1065 vd.

⁸⁵⁴ **MüKoBGB-SCHUBERT**, § 179, N. 33.

⁸⁵⁵ **TÜRKMEN**, s. 1079-1080.

⁸⁵⁶ **MüKoBGB-SCHUBERT**, § 179, N. 33; **BeckOK BGB-SCHÄFER**, § 179, N. 13.

⁸⁵⁷ **TÜRKMEN**, s. 1080.

d. Temsilcinin İrade Bozukluğu Nedeniyle Sözleşmeyi İptal Etmesi

Yetkisiz temsilcinin temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi irade bozukluğu nedeniyle iptal edip edemeyeceği de ele alınması gereken bir sorundur.

Temsil yoluyla yapılan sözleşmede bir irade bozukluğunun bulunup bulunmadığı konusunda esas alınması gereken kural olarak temsil olunan değil, temsilcidir⁸⁵⁸. Zira sözleşmeyi yapan ve iradesini açıklayan temsilcidir⁸⁵⁹. Temsilci, kural olarak sahip olduğu temsil yetkisi uyarınca tek başına aldığı karar sonucu sözleşmeyi yapmıştır⁸⁶⁰. Bununla beraber sözleşmeyi irade bozukluğu nedeniyle iptal etme hakkı sözleşmenin tarafı olan ve işlemin sonuçlarından etkilenen temsil olunana aittir⁸⁶¹. Temsilci, her ne kadar sözleşmeyi yapan ve kendi iradesini açıklayan kişi olsa da sözleşmenin tarafı olmadığından ve işlemin sonuçları onun üzerinde doğmadığından irade bozukluğuna dayanarak sözleşmeyi iptal edemez.

Eski İsviçre öğretisinde BECKER, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulmak için temsilcinin de sözleşmeyi irade bozukluğu nedeniyle iptal edebileceğini savunmaktadır. Yazara göre temsilci, yanıltma veya aldatma nedeniyle kendisini yetkili zannetmiş ve bu yüzden temsil olunan adına hareket etmişse, sözleşmeyi kendi adına iptal edebilir⁸⁶². Yeni İsviçre öğretisinde KLEIN, temsilcinin açıklamasının kendi menfaatlerini etkilemesi hâlinde (örneğin yetkili olduğu konusunda yanıltmışsa ve bu nedenle TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulma riskini taşıyorsa) onun da temsil yoluyla yapılan işlemi iptal edebileceğini savunmaktadır. Ayrıca yazara göre temsilci, kendisini yanlış ifade etmişse, örneğin kendi adına sözleşme yapmayı istemesine rağmen temsil olunan adına hareket etmişse veya temsil olunan adına hareket etmiş olmasına rağmen bunu istemeyerek açıklamamışsa, temsil yoluyla yapılan işlemi kendi adına iptal edebilir⁸⁶³. Buna karşılık İNCEOĞLU, sözleşmenin tarafı olmayan temsilcinin, üçüncü kişiyle temsil olunan arasındaki sözleşmeyi iptal edemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre sözleşmenin temsil olunan tarafından

⁸⁵⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 189-190; KURŞAT, Hile, s. 38; İNCEOĞLU, s. 20; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 6; KANIŞLI, s. 560; ÖZER Mustafa Tolga, Medeni Hukukta Hata Kavramı, İstanbul 2019, s. 220-221; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 22; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1446; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.12; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 409.

⁸⁵⁹ ÖZER, s. 221; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.12.

⁸⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 6.

⁸⁶¹ İNCEOĞLU, s. 23; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 132; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 6; KANIŞLI, s. 560; İŞ-KURŞAT, m. 39, N. 14; ÖZER, s. 223; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.12; NOMER, BH GH, N. 59.5; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 410.

⁸⁶² BK-BECKER, Art. 32, N. 16.

⁸⁶³ ZK-KLEIN, Art. 32, N. 32.

onanmaması nedeniyle geçersiz olması hâlinde bile bu görüş kabul edilemez. Zira onamama nedeniyle geçersiz hâle gelen bir sözleşmenin iptalinden söz edilemez. Ayrıca böyle bir iptal hakkının, yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu öngören TBK m. 47'nin amacıyla bağdaşmayacağı da açıktır⁸⁶⁴.

Kanaatimizce BECKER ve KLEIN tarafından ileri sürülen görüş yerinde değildir. Temsilcinin kendisini yetkili sanmasına ilişkin yanılması veya aldatılması ne temsil olunana ne de temsilciye iptal hakkı verir. Sözleşmenin irade bozukluğu nedeniyle iptal edilebilmesi için temsilcinin yanılması, temsil olunanın sözleşmeye taraf olmasını etkileyecek bir olguya ilişkin olmalıdır. Yalnızca temsilcinin şahsını etkileyen konulara ilişkin yanılma, iptal hakkı vermez. Yanılmanın esaslı olup olmadığının belirlenmesinde yanılma söz konusu olmasaydı temsilcinin sözleşmeyi yapıp yapmayacağı değil, temsil olunanın temsil yoluyla yapılan sözleşmeye taraf olup olmayacağı esas alınmalıdır⁸⁶⁵.

Asıl ele alınması gereken konu, temsil olunanın sahip olduğu bir iptal hakkının, temsilci tarafından kullanılıp kullanılamayacağıdır. Temsilcinin iptal hakkını kullanabilmesi, onun iptal hakkının kullanılmasına ilişkin temsil olunan tarafından yetkilendirilmiş olması hâlinde mümkündür⁸⁶⁶. Böyle bir yetkilendirme olmamasına rağmen temsilcinin yapmış olduğu iptal açıklamasının temsil olunan tarafından onanması hâlinde de iptal hakkının kullanılması mümkündür⁸⁶⁷. Bununla birlikte bir diğer ihtimal, temsilcinin, temsil olunanın sahip olduğu iptal hakkını temsil olunan yerine kendi adına kullanmasının mümkün olup olmadığıdır. Bunun pratik önemi şudur: Şayet yetkisiz temsilci, temsil olunan yerine iptal hakkını kullanabilirse TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulur. Zira temsil yoluyla yapılan sözleşme, temsil yetkisi eksikliği nedeniyle değil, irade bozukluğu nedeniyle geçersiz olur. Bu nedenle yetkisiz temsilcinin sorumluluktan kurtulabilmek için temsil olunan yerine kendi adına sözleşmeyi irade bozukluğu nedeniyle iptal edip edemeyeceği önem arz eder.

Alman hukukunda temsilcinin, temsil olunanın sahip olduğu iptal hakkını temsil olunan yerine kendi adına kullanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Alman Federal

⁸⁶⁴ İNCEOĞLU, s. 23-24.

⁸⁶⁵ ÖZER, s. 221-222. Yazara göre örneğin temsilcinin, temsil yoluyla yapılan sözleşme sonucunda kendisinin de bir menfaat elde edeceğine ilişkin yanılması veya aldatılması, tek başına sözleşmenin iptali için yeterli değildir (ÖZER, s. 222). Zira bu, temsil olunanın sözleşmeye taraf olup olmayacağına ilişkin bir husus değildir.

⁸⁶⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 6, dn. 18; İŞ-KURŞAT, m. 39, N. 14; ÖZER, s. 224; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 32.

⁸⁶⁷ ÖZER, s. 224.

Mahkemesi ve Alman öğretisindeki hâkim görüş, yetkisiz temsilcinin, BGB § 179'daki sorumluluktan kurtulmak için iptal hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir⁸⁶⁸. Bunun nedeni, yetkisiz temsilciyle sözleşme yapan üçüncü kişiyi, yetkili temsilciyle sözleşme yapmış olsaydı bulunacağı konumdan daha iyi bir konuma getirmeme düşüncesidir. Yetkisiz temsilciye iptal hakkını kullanma imkânı verilmezse, üçüncü kişinin sözleşmeyi yetkili temsilci yerine yetkisiz temsilciyle yapmış olması onun açısından daha avantajlıdır ve böylece üçüncü kişi, sözleşme yaptığı kişi yetkili olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir durumda olur⁸⁶⁹. İptal hakkını kullanan yetkisiz temsilci, yalnızca BGB § 122 uyarınca olumsuz zarardan sorumlu tutulabilir⁸⁷⁰. Dolayısıyla iptal hakkının kullanılmasında yalnızca BGB § 179 Abs. 1 uyarınca olumlu zarardan sorumlu olan yetkisiz temsilcinin menfaati vardır⁸⁷¹. Başka bir deyişle iptal hakkının kullanılmasında temsil olunanın yanı sıra olumsuz zarardan sorumlu olan yetkisiz temsilcinin de herhangi bir menfaati yoktur.

Kanaatimizce Alman hukukunda benimsenen yaklaşım yerindedir. Yetkisiz temsilci, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulmak için irade bozukluğu nedeniyle doğan iptal hakkını temsil olunan yerine kendisi kullanabilir. Temsilcinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar, burada da geçerlidir. Tekrara düşmemek için yalnızca kısaca değineceğiz:

Yetkisiz temsilcinin iptal hakkını sözleşmenin askıda olduğu aşamada kullanması mümkün değildir. Zira bu aşamada temsil olunanın sözleşmeyi onama ihtimali vardır. Sözleşme temsil olunan tarafından onanmadığı takdirde temsilci sözleşmeyi iptal edebilme imkânına kavuşur. Sözleşmenin askıda olduğu aşamada temsilcinin sorumluluğu doğmadığı için bu aşamada temsilcinin sözleşmeyi iptal etmekte bir menfaati yoktur.

Yukarıda görüleceği üzere İNCEOĞLU, sözleşmenin temsil olunan tarafından onanmaması nedeniyle geçersiz olması hâlinde bile temsilcinin sözleşmeyi iptal edemeyeceğini, zira onamama nedeniyle geçersiz hâle gelen bir sözleşmenin iptalinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Oysa yukarıda açıkladığımız gibi “çifte etki kuramı” uyarınca temsil

⁸⁶⁸ BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.; BGH, NJW 2002, s. 1867 vd.; Palandt-ELLENBERGER, § 179, N. 2; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 10; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 33; Soergel-BAYER, § 179, N. 13; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 13.

⁸⁶⁹ BGH, NJW-RR 1991, s. 1074 vd.

⁸⁷⁰ MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 34; Soergel-BAYER, § 179, N. 13; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 13.

⁸⁷¹ MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 33.

yoluyla yapılan sözleşmenin onamama hâlinde kesin hükümsüz olması, yenilik doğuran hakların sona ermesine yol açmaz. Temsil olunan dilerse onamadığı için sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir, dilerse ve menfaati gerektiriyor ise sözleşmeyi yenilik doğuran hakkını kullanarak geçersiz kılabilir. Dolayısıyla temsil olunanın, irade bozukluğu nedeniyle iptal hakkını kullanması mümkündür. Bununla beraber iptal hakkının kullanılmasında temsil olunanın herhangi bir menfaati yoktur. Zira temsil olunan, sözleşmeyi onamadığı için temsil yoluyla yapılan sözleşmeyle bağlı değildir⁸⁷². İptal hakkının kullanılmasında menfaati olan TBK m. 47 kapsamında sorumluluğu doğacağı için yetkisiz temsilcidir. Üçüncü kişinin daha iyi bir duruma gelmesini önlemek amacıyla yetkisiz temsilcinin iptal hakkını kullanması mümkün olmalıdır.

İptal hakkını kullanan yetkisiz temsilci, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulur. Ne var ki üçüncü kişi, sözleşmeyi yanıltma nedeniyle iptal eden yetkisiz temsilciyi TBK m. 35 uyarınca sorumlu tutabilir. TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kaçarken bu kez TBK m. 35'teki sorumluluğa yakalanan yetkisiz temsilci yine de avantajlı durumdadır. Zira TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk kusura bağlı değil iken TBK m. 35 kapsamındaki sorumluluk kusura bağlıdır.

Yetkisiz temsilcinin, temsil olunanın sahip olduğu iptal hakkını kullanabileceğini kabul etsek de şu husus özellikle vurgulanmalıdır: Temsil olunanın iptal hakkına sahip olmaması hâlinde yetkisiz temsilcinin de bu hakkı kullanması söz konusu olmaz. Bu durumda dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır: Bilindiği gibi temsil olunanın irade bozukluğu nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilmesi, başka bir deyişle iptal hakkına sahip olması “bilgide temsil” sayesinde mümkün olur. Öyleyse temsilcinin bilgisinin temsil olunana isnat edilememesi hâlinde temsil olunan, irade bozukluğu nedeniyle sözleşmeyi iptal edemez. Özellikle yetkisiz temsil hâlinde temsilcinin bilgisinin temsil olunana isnat edilemediği durumlar vardır. Başka bir deyişle yukarıda da belirtildiği gibi temsilcinin bilgisi daima temsil olunana isnat edilmez. Bu konuda bir ayırım yapılması zorunludur: (1) Temsil olunan tarafından kendisine hiç yetki verilmediği hâlde onun adına işlem yapan yetkisiz temsilcinin bilgisi temsil olunana isnat edilemez. Bu da hiçbir zaman yetkilendirilmemiş bir yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme bakımından temsil olunanın iptal hakkı olmadığı sonucuna yol açar. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkün olmadığından onun TBK m. 47

⁸⁷² Aynı yönde bkz. **KURŞAT**, Hile, s. 22.

uyarınca sorumlu tutulması mümkündür. (2) Temsil yetkisini aşan yetkisiz temsilcinin bilgisini temsil olunana isnat etmek mümkündür. Dolayısıyla yetkinin aşıldığı hâllerde temsil olunanın irade bozukluğu nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür. Temsil olunanın iptal hakkı bulunduğundan yetkisini aşan yetkisiz temsilci de temsil olunan yerine sözleşmeyi iptal edebilir ve böylece TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulabilir.

e. Temsil Yetkisinin Bildirilmesi Hâlinde Üçüncü Kişinin Temsilin Sonuçlarını Reddetmesi

Temsil yoluyla yapılan sözleşmede yetki eksikliği söz konusu ise kural olarak temsilin sonuçları doğmaz. Ancak üçüncü kişinin iyi niyetinin korunduğu hâllerden biri mevcutsa temsil yetkisi eksikliğine rağmen yetkisiz temsil hükümleri (TBK m. 46-47; OR Art. 38-39) uygulanmaz ve temsilin sonuçları doğar. TBK m. 41 f. 2 (OR Art. 33 Abs. 3) ve TBK m. 42 f. 3 (OR Art. 34 Abs. 3) hükümlerine göre, temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmiş olması hâlinde üçüncü kişinin bu bildirimde güven duymasına hukuki sonuç bağlanmıştır. Bu durumda temsilcinin yetkili olarak hareket etmiş olduğu kabul edilir ve hukuki eksiklik (temsil yetkisi eksikliği) giderilir⁸⁷³. Böylece temsil yoluyla yapılan sözleşme geçerli hâle gelir ve temsil olunanı bağlar.

Öğretide, TBK m. 41 f. 2 ile TBK m. 42 f. 3'ün uygulanması için gerekli unsurların mevcut olması hâlinde üçüncü kişinin, temsilin sonuçlarının doğması ile TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulması arasında bir seçim yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Başka bir deyişle üçüncü kişinin, temsilin sonuçlarının doğmasını reddetmesinin mümkün olup olmadığı, yani temsilin sonuçlarının doğması için gerekli unsurlar mevcut olmasına rağmen bunu reddederek yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanmasını isteyip isteyemeyeceği açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur⁸⁷⁴. Bu konu Türk ve İsviçre hukuklarının yanı sıra Alman hukukunda da tartışmalıdır. Bu konudaki görüşleri iki grupta açıklamak mümkündür:

Birinci görüşe göre üçüncü kişi, temsilin sonuçlarının doğması ile yetkisiz temsilcinin sorumluluğu arasında seçim yapabilir⁸⁷⁵. Bir yazara göre bu görüş, TBK m. 41 f. 2 ve TBK m.

⁸⁷³ KOLLER, Glaube, N. 287.

⁸⁷⁴ von MOOS, N. 156.

⁸⁷⁵ CANARIS, s. 520; LOSER, N. 575; İNCEOĞLU, s. 440-441; BORK, N. 1547; Staudinger-SCHILKEN, § 177, N. 26; NEUNER, § 50, N. 68; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 29. LOSER'a göre üçüncü kişi, temsil olunana karşı haklı güvenin korunmasına dayanmak ile yetkisiz temsilcinin sorumluluğu arasında bir seçim yapma hakkına sahiptir. Ancak bu hak, kullanıldığında tükenen ve hukuki ilişkileri kesin olarak belirleyen bir yenilik doğuran hak değildir (LOSER, N. 575).

42 f. 3'ün unsurlarının mevcut olması hâlinde TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun doğması için üçüncü kişinin en azından örtülü olarak temsilin sonuçlarının doğmasını reddettiğini kabul etmektedir⁸⁷⁶. Bu görüşe ait argümanlar şunlardır: (1) Üçüncü kişi, iradesine aykırı hareket edilen bir kişi (temsil olunan) ile sözleşme ilişkisi içinde olmak isteyip istemediğine karar vermekte özgür olmalıdır⁸⁷⁷. (2) Üçüncü kişi, güvenin korunması yoluyla temsilin sonuçlarının doğmasına ilişkin temsil olunana karşı açacağı davayı kaybetme riskiyle karşı karşıya bırakılmamalıdır⁸⁷⁸. (3) Üçüncü kişi, gerçek hukuki durumu, yani temsilcinin yetkisizliğini ileri sürme imkânına sahip olmalıdır⁸⁷⁹. (4) “Hukuki görünüş temsili”⁸⁸⁰ (*Rechtsscheinsvollmacht*) kurumu, temsilcinin değil, üçüncü kişinin güveninin korunması için geliştirilmiştir. Bu nedenle üçüncü kişi, güven korumasından yararlanmak isteyip istemediğine kendisi karar verebilmelidir⁸⁸¹. Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilin sonuçlarının doğmaması yönünde bir karar verirse yetkisiz temsilciden yalnızca olumsuz zararın tazminini isteyebilir. Zira o, temsilin sonuçlarını reddederek sözleşmenin hüküm doğurması konusunda ilgisizliğini ortaya koymuştur⁸⁸². (5) Genel olarak, üçüncü kişinin, hukuki görünüş temsiliyle sözleşmeye bağlı olması ve temsil yoluyla yapılan sözleşmeden tek taraflı olarak kurtulamamasında ne temsilcinin ne de temsil olunanın korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır⁸⁸³. (6) Yetkisiz temsilci, dış temsil yetkisinin varlığı nedeniyle sözleşmenin geçerli olduğunu ileri süremez. Zira dış temsil, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkidir. Üçüncü kişinin güvenliğini korumaya yönelik olan TBK m. 41 f. 2 ile TBK m. 42 f. 3 hükümlerinden yetkisiz temsilcinin yararlanması uygun olmaz. Nitekim TBK m. 42 f. 3'teki “(...) yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.” hükmünden görüldüğü üzere, burada sözleşmenin geçerli

⁸⁷⁶ von MOOS, N. 156.

⁸⁷⁷ LOSER, N. 575. Bu yüzden yazara göre, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciyi sorumlu tutabilme imkânı ortadan kalkmamalıdır.

⁸⁷⁸ LOSER, N. 575. Bu argümanın ikna edici olmadığı, zira üçüncü kişinin, temsil olunana karşı açtığı davayı hukuki görünüş temsiline varlığını ispatlayamadığı için kaybetmesi hâlinde bile katlanmış olduğu yargılama giderlerini yetkisiz temsilciden talep edebileceği yönünde bkz. BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 6. Kaldı ki üçüncü kişinin temsil olunana karşı davayı kaybetme riski yalnızca hukuki görünüş temsiline özgü olmayıp hukuki işlemle verilen temsil yetkisinde de mevcuttur.

⁸⁷⁹ NEUNER, § 50, N. 68.

⁸⁸⁰ Öğretide bu kavram “hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisi” (KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 46, N. 15 vd.) ve “görünüşte temsil yetkisi” (AKYOL, s. 235, dn. 2) olarak da ifade edilmektedir.

⁸⁸¹ BORK, N. 1547; Staudinger-SCHILKEN, § 177, N. 26; MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 142. Hukuki görünüşün korunmasının, üçüncü kişiye dayatılamayacağı yönünde bkz. MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 29.

⁸⁸² MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 29.

⁸⁸³ MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 142.

olacağı değil, geçersizliğin temsil olunan tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir⁸⁸⁴.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise üçüncü kişinin, temsilin sonuçlarının doğması ile yetkisiz temsilcinin sorumluluğu arasında bir seçim yapma imkânı yoktur⁸⁸⁵. Bu görüşe ait argümanlar şunlardır: (1) Temsilin sonuçları, üçüncü kişinin lehe veya aleyhe bir seçim yapma imkânı olmaksızın *ex lege* doğar⁸⁸⁶. (2) Üçüncü kişinin böyle bir seçim hakkı olursa, o, temsilci yetkili olarak hareket etmiş olsaydı içinde bulunacağı durumdan bile daha iyi bir konumda olur⁸⁸⁷. Zira üçüncü kişi, iki borçludan (temsil olunan ve yetkisiz temsilci) ödeme gücü yüksek olanı seçebilecektir⁸⁸⁸. TBK m. 41 f. 2 hükmünün üçüncü kişiye böylesi avantajlı bir konum sağlamayı amaçladığı söylenemez⁸⁸⁹. (3) Üçüncü kişiye tanınacak bir seçimlik hak, yetkisiz temsil hükümleriyle bağdaşmaz. Sözleşme geçerli olarak kurulacağı için artık yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁸⁹⁰. (4) Üçüncü kişi, TBK m. 47'ye dayanarak temsil yetkisi eksikliği nedeniyle temsilin sonuçlarının meydana gelmemesinden ötürü yetkisiz temsilciyi kusursuz olsa bile sorumlu tutabilme ve hatta bazı hâllerde olumlu zararın tazminini isteyebilme ayrıcalığına sahiptir. Üçüncü kişiye yetkisiz temsilcinin zararına olacak şekilde daha fazla ayrıcalık tanımak adil olmaz⁸⁹¹.

İsviçre yargı kararlarında bu konuya ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir⁸⁹². Alman yargı kararlarında ise bu konu ele alınmıştır. 1983 yılında Alman Federal Mahkemesi, üçüncü kişinin bu konuda bir seçim yapma imkânına sahip olmadığına karar vermiştir. BGB § 179 (Abs. 1) hükmünden doğan sorumluluk, üçüncü kişinin güvenini

⁸⁸⁴ İNCEOĞLU, s. 440-441. Kaldı ki yetkisiz temsilcinin dış temsil yetkisini ileri sürerek sözleşmenin geçerli olduğu yönündeki iddialarının kabul edilmesi, üçüncü kişileri önce temsil olunana karşı bir dava açmak ve bu davayı kaybetmesi hâlinde temsilciye yönelmek zorunda bırakır. Bu da üçüncü kişi açısından zahmetli ve masraflı bir yoldur. Üçüncü kişinin güvenini korumaya yönelik söz konusu hükümlerin amacı bu değildir. Buna karşılık TBK m. 45 aynı zamanda yetkisiz temsilciyi de koruyan bir hükmüdür ve bu hükmün kapsamına giren hâllerde yetkisiz temsilcinin bu yöndeki itirazları dikkate alınmalıdır (İNCEOĞLU, s. 441).

⁸⁸⁵ KOLLER, Glaube, N. 288, 300; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199, dn. 171; Soergel-LEPTIEN, § 179, N. 3; von MOOS, N. 160; MAIER-REIMER Georg, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBG, VersAusglG und WEG (Hrsg.: WESTERMANN Harm Peter/GRUNEWALD Barbara/MAIER-REIMER Georg), 16. Aufl., Köln 2020, § 179, N. 4; KÖHLER Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 47. Aufl., München 2023, § 11, N. 72; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 6.

⁸⁸⁶ KOLLER, Glaube, N. 288, 300.

⁸⁸⁷ KOLLER, Glaube, N. 288; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199, dn. 171; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 6.

⁸⁸⁸ KÖHLER, § 11, N. 72; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 6.

⁸⁸⁹ KOLLER, Glaube, N. 288. Aynı şekilde BGB § 179'un üçüncü kişiye avantajlı bir konum sağlamayı amaçlamadığı yönünde bkz. BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 6.

⁸⁹⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199, dn. 171.

⁸⁹¹ von MOOS, N. 160.

⁸⁹² von MOOS, N. 159.

korumaya yöneliktir. Bu yüzden böyle bir sorumluluk, ancak üçüncü kişinin temsil olunana karşı bir talepte bulunamaması hâlinde anlamlıdır⁸⁹³. Öte yandan 2012 yılında Alman Federal İş Mahkemesi, hukuki görünüş temsili ile güven korumasının üçüncü kişiye dayatılamayacağına karar vermiştir. Bununla birlikte karara konu olan olay, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili olmayıp fesih şeklinde tek taraflı bir hukuki işlemle ilgilidir⁸⁹⁴.

Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Temsil hukukunda üçüncü kişinin güvenliğini koruyan hükümlerin amacı, üçüncü kişiyi olabildiğince avantajlı konuma yerleştirmek değildir. Üçüncü kişinin yeterli bir hukuki korumanın ötesine de geçecek şekilde seçim yapma imkânına kavuşması ve oldukça avantajlı konum elde etmesi, bu hükümlerin amacı olamaz. Aksi takdirde üçüncü kişilerin, yetkili temsilci yerine yetkisiz temsilciyle işlem yapmayı daha baştan arzu etmeleri gibi yerinde olmayan bir sonuç ortaya çıkar. Kaldı ki temsilin sonuçları doğduğunda, başka bir ifadeyle temsil yoluyla yapılan sözleşme ilgili hükümler uyarınca hüküm doğurduğunda artık yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz.

D. ZARAR

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için zararın varlığı gerekir⁸⁹⁵. Başka bir deyişle üçüncü kişinin malvarlığında irade dışı bir azalma meydana gelmelidir⁸⁹⁶. Öğretide azınlıkta kalan bir görüş, zararın yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun unsurlarından biri olmadığı, sorumluluğun sonuçlarından biri olduğu yönündedir⁸⁹⁷. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira zarar, TBK m. 47’de düzenlenen sorumluluğun bir unsurudur; sorumluluğun sonucu ise tazminat yükümlülüğüdür. Üstelik zarar, yalnızca yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir unsuru da olmayıp bütün sorumluluk hukukunda geçerli bir unsurdur⁸⁹⁸.

⁸⁹³ BGH, NJW 1983, s. 1308 vd.

⁸⁹⁴ BAG, NZA 2013, s. 528. TBK m. 47’nin tek taraflı hukuki işlemler bakımından uygulanması için bkz. İkinci Bölüm, II, A, 3, a.

⁸⁹⁵ TİFTİK/ŞEN, s. 2652; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1; İŞ-NART, m. 47, N. 13; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 2, 16; AYDOĞDU/NART, s. 146-147; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1.

⁸⁹⁶ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 16. Zarar, malvarlığında meydana gelen irade dışı azalmadır. Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 9; SCHÖNENBERGER Beat, Kurzkommentar OR, Art. 1-1186 OR (Hrsg.: HONSELL Heinrich), Basel 2014, Art. 41, N. 4; THIER Andreas, Kurzkommentar OR, Art. 1-1186 OR (Hrsg.: HONSELL Heinrich), Basel 2014, Art. 97, N. 18; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 1887; KESSLER Martin A., BSK OR I - Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (Hrsg.: WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David), 7. Aufl., Basel 2020, Art. 41, N. 3; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 819; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1260; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 15; m. 112, N. 52.

⁸⁹⁷ von MOOS, N. 46.

⁸⁹⁸ HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1.

Dolayısıyla genel sorumluluk unsurları arasında yer alan zarar bakımından genel ilkeler geçerlidir⁸⁹⁹. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna özgü bir özellik taşınamaması nedeniyle zarar unsuru ele alınmayacaktır. Tazmin edilecek zararın türü ise aşağıda zararın belirlenmesi başlığı altında ele alınacaktır.

Üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden tazminini isteyebileceği “geciktirme zararı” (*Verzögerungsschaden*) burada kısaca ele alınmalıdır. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsil olunan tarafından onanması ve böylece hüküm doğurmasına karşın sözleşmenin kurulmasından hüküm doğurmasına kadar geçen zamanın bir hayli fazla olması hâlinde üçüncü kişi bu gecikme yüzünden (sözleşmenin onama yoluyla geçerlilik kazanması üzerine telafi edilemeyen) bazı zararlara uğramış olabilir⁹⁰⁰. Bu durumda üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden uğramış olduğu gecikme zararının tazminini isteyebilir. Ancak geciktirme zararının TBK m. 47 kapsamında tazmin edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle TBK m. 47’nin kapsamına geciktirme zararı girmez⁹⁰¹. Zira TBK m. 47 kapsamında yetkisiz temsilciden tazminat talep edebilmek için temsil yoluyla yapılan sözleşmenin onamama nedeniyle kesin hükümsüz hâle gelmesi gerekir. Oysa geciktirme zararının ortaya çıktığı durumlarda sözleşmenin geçersizliği söz konusu olmayıp sözleşme gecikmeli de olsa onama ile geçerlilik kazanmıştır⁹⁰². Dolayısıyla üçüncü kişi, uğramış olduğu geciktirme zararını yetkisiz temsilciden TBK m. 47 uyarınca talep edemez. Bununla beraber üçüncü kişinin kusurlu yetkisiz temsilciden genel *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında geciktirme tazminatı isteyebilmesi mümkündür⁹⁰³.

⁸⁹⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 16.

⁹⁰⁰ İNCEOĞLU, s. 428; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 39; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 96.

⁹⁰¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 39; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 7.

⁹⁰² KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 39.

⁹⁰³ İNCEOĞLU, s. 429; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 61; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 39; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 96, Art. 39, N. 7; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 21. Aksi yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203. ERGÜNE’ye göre geciktirme zararı temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesinden değil, temsil olunanın özensiz tutumundan kaynaklanır. Bu nedenle bu zararın tazmini yetkisiz temsilciden talep edilemez. Bununla beraber İNCEOĞLU, temsil olunanın onama yükümlülüğü bulunmadığından söz konusu zararın temsil olunanın özensiz davranışından kaynaklanmadığını belirterek haklı olarak bu argümana karşı çıkmıştır (İNCEOĞLU, s. 429). Üçüncü kişinin, onama süresini herhangi bir zarara uğramayacağı kadar kısa tutabileceği, bu nedenle böyle bir zararın tazmininin yalnızca istisnai hâllerde mümkün olduğu yönünde bkz. BSK OR I-WATTER, Art. 38, N. 8; CHK-KUT/BAUER, Art. 38, N. 21. Buna karşılık üçüncü kişinin uzun bir onama süresi belirlenmesi hâlinde bunun bir indirim nedeni (birlikte kusur) olarak tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 430; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 77; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 96.

Görüldüğü gibi TBK m. 47 f. 1’den farklı olarak geciktirme zararından sorumluluk temsilcinin kusuruna bağlıdır⁹⁰⁴.

E. NEDENSELLİK BAĞI

Zarar gibi nedensellik bağı da bütün sorumluluk hukukunda geçerli bir unsurdur⁹⁰⁵. Türk ve İsviçre hukuklarında sorumluluğun doğması için sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir⁹⁰⁶. Ne var ki kanunda herhangi bir sorumluluk için bu unsur açıkça ifade edilmez. Aynı durum Alman Medeni Kanunu için de geçerlidir. Alman Medeni Kanunu’nun gerekçesinde kanun koyucu nedensellik bağına “her türlü tazminat talebi için açık bir unsur” olarak ifade etmektedir. Nedensellik bağının her türlü sorumluluk bakımından doğal bir gereklilik olması nedeniyle ayrıca belirtilmesine ihtiyaç duyulmadığı söylenebilir. Aynı durumun Türk ve İsviçre kanun koyucularının yaklaşımı bakımından da söz konusu olduğu kabul edilebilir⁹⁰⁷.

Öğretide yazarların bir kısmı TBK m. 47 (OR Art. 39) kapsamındaki sorumluluğun doğması için nedensellik bağının gerekip gerekmediğine ilişkin açıklamada bulunmamıştır⁹⁰⁸. Yazarların bir kısmı ise yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için nedensellik bağının gerekliliğinden söz etmiştir⁹⁰⁹. Ancak yazarların, sonucun zarar olduğu konusunda hemfikir

⁹⁰⁴ İNCEOĞLU, s. 429; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 39; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 96, Art. 39, N. 7.

⁹⁰⁵ HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1.

⁹⁰⁶ Bkz. TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 71 vd.; EREN Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 1 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 566 vd.; FELLMANN Walter/KOTTMANN Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N. 67; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 1141 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1223 vd., 1885 vd.; WEBER Rolf H./EMMENEGGER Susan, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 97, N. 345 vd.; BREHM Roland, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 41, N. 103 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 133 vd.; EREN, BH GH, N. 1662 vd.; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49; N. 52 vd.; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 843 vd.

⁹⁰⁷ von MOOS, N. 167. Kanun koyucunun nedensellikten açıkça söz etmediği, ancak eş anlamlı ifadeler kullandığı yönünde bkz. BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97, N. 345. Örneğin TBK m. 112’de (OR Art. 97) “*bundan doğan*” (*daraus entstanden*) ifadesi kullanılmıştır.

⁹⁰⁸ Bkz. BK-BECKER, Art. 39, N. 1 vd.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 2; von TUHR/PETER, § 45 III vd.; KOLLER, Glaube, N. 373 vd.; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 1 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1418 vd.; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 1 vd.

⁹⁰⁹ Bkz. VIOLAND, s. 149; AKYOL, s. 520; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 201; İNCEOĞLU, s. 441; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 25; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 3; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1; TİFTİK/ŞEN, s. 2651; von MOOS, N. 46, 169; HELVACI/KARASU, s. 200; KARASU, s. 349; İŞ-NART, m. 47, N. 5; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 17; AYRANCI, s. 494; AYBAY, s. 147; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1; AYDOĞDU/NART, s. 144.

olmalarına rağmen sebebin ne olduğu konusunda fikir birliğine varamadıkları görülmektedir. Bir görüş, temsil yetkisi eksikliği (daha doğrusu temsilcinin yükümlülük ihlali⁹¹⁰) ile üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği yönündedir⁹¹¹. Başka bir görüş ise onamama nedeniyle sözleşmenin geçersizliği ile üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği yönündedir⁹¹². Kanaatimizce yetkisiz temsilcinin davranışı ile sözleşmenin geçersizliği yüzünden meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu nedenle birinci görüşün ifadesi daha doğrudur. Zira birinci görüş, fiil ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması gerekliliğinden hareketle temsilcinin davranışını esas almıştır. Oysa ikinci görüş, temsilcinin davranışı yerine temsil olunanın onamamasını ve onamamanın sonucu olarak sözleşmenin geçersizliğini esas almıştır. Onamama, tıpkı nedensellik bağı gibi sorumluluğun unsurlarından biridir.

F. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİ NİYETLİ OLMASI

1. Genel Olarak

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğması için üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir⁹¹³. Bu unsur, TBK m. 47 f. 1 c. 2’de “*Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.*” şeklinde belirtilmiştir⁹¹⁴. Kanun koyucu, temsil yetkisi eksikliğini bilen veya bilebilecek durumda olan üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciden tazminat isteyemeyeceğini belirterek iyi niyet unsuruna zıt anlamı bakımından vurgu

⁹¹⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 25. Başka bir yazar (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 201) bunu yetkisiz temsilcinin davranışı olarak ifade etmiştir.

⁹¹¹ İNCEOĞLU, s. 441; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 25; HELVACI/KARASU, s. 200; KARASU, s. 349; İŞ-NART, m. 47, N. 5; AYRANCI, s. 494; AYDOĞDU/NART, s. 144. Alman hukukunda aynı yönde bkz. MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 32.

⁹¹² ZK-KLEIN, Art. 39, N. 17. Benzer yönde bkz. AYBAY, s. 147.

⁹¹³ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; BK-BECKER, Art. 39, N. 3; BUCHER, s. 644; KOLLER, Glaube, N. 378; KUTLU SUNGURBEY, s. 173; VIOLAND, s. 150; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206; AKYOL, s. 527; İNCEOĞLU, s. 454; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 4; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 49, N. 34; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 4; von MOOS, N. 43; KARASU, s. 352; KOLLER, OR AT, N. 20.08; İŞ-NART, m. 47, N. 7; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2953; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 4; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 20; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 43.09; EREN, BH GH, N. 1422; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 764; NÖMER, BH GH, N. 95.3; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 5; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 752; GÜMÜŞ, s. 416; AYBAY, s. 148; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 1; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 6.

⁹¹⁴ Bkz ve karşı. OR Art. 39 Abs. 1: “... sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen.”

yapmıştır⁹¹⁵. Ayrıca yetkisiz temsilciye, üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanındığı da söylenebilir⁹¹⁶.

Alman hukukunda, Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir. BGB § 179 Abs. 3'ün birinci cümlesine göre üçüncü kişinin, temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi hâlinde temsilci sorumlu değildir⁹¹⁷.

Üçüncü kişinin iyi niyetli olması unsuru tartışmasız bir biçimde kabul edilse de iyi niyetten ne anlaşılacağı açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Bu nedenle aşağıda ilk olarak TBK m. 47 (OR Art. 39) anlamında iyi niyetin tanımı ve korunmasının nedeni ele alınacaktır.

TMK m. 3 f. 1 (ZGB Art. 3 Abs. 1) uyarınca kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı hâllerde asıl olan iyi niyetin varlığıdır. “İyi niyet karanesi” olarak adlandırılan bu karene, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk bakımından da geçerlidir. Öte yandan TBK m. 47 anlamında üçüncü kişinin iyi niyetine ilişkin karene, her iyi niyet karanesi gibi çürütülebilir⁹¹⁸. Dolayısıyla iyi niyet karanesinin nasıl çürütüleceği de ele alınması gereken bir başka konudur.

TBK m. 47'nin uygulanabilmesi için üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulduğu anda iyi niyetli olması gerekir⁹¹⁹. Sözleşmenin hazır olmayanlar arasında (TBK m. 5; OR Art. 5) veya geciktirici koşula bağlı (TBK m. 170; OR Art. 151) olarak kurulması hâlinde özel birtakım sorunlar söz konusu olup bunlar da ele alınacaktır.

⁹¹⁵ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 206-207. Aynı yönde bkz. **AYBAY**, s. 148. Kanun koyucunun daima “iyi niyet” veya “kötü niyet” terimlerini kullanmadığını, benzer anlamlara gelecek başka ifadelerle de yer verdiği yönünde bkz. **EDİS** Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 274; **AKKANAT** Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010, s. 184. Yazarlar buna örnek olarak eBK m. 39 (TBK m. 47) hükmünü de göstermektedir.

⁹¹⁶ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 180-181; **AYBAY**, s. 148.

⁹¹⁷ Bkz. MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 56; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 28.

⁹¹⁸ **von MOOS**, N. 171.

⁹¹⁹ **BK-BECKER**, Art. 39, N. 3; **VIOLAND**, s. 150; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 207; **İNCEOĞLU**, s. 454; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 18; **von MOOS**, N. 172; **İŞ-NART**, m. 47, N. 7; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 20; **AYBAY**, s. 148; **AYDOĞDU/NART**, s. 144.

2. İyi Niyetin Tanımı

Kanun koyucu, TBK m. 47’de (OR Art. 39) iyi niyete ilişkin bir tanım yapmaktan kaçınmış, yalnızca “bilme” ve “bilmesi gerekme” hâllerini ifade etmekle yetinmiştir⁹²⁰. Bu hükümde kötü niyetli olma hâli ile TMK m. 3 f. 2 (ZGB Art. 3 Abs. 2) uyarınca iyi niyet iddiasında bulunamama hâlinin ifade edildiği belirtilmektedir⁹²¹. Öte yandan iyi niyete ilişkin temel hüküm olan TMK m. 3 (ZGB Art. 3) hükmünde de bir tanım yoktur. Kanun koyucu, bilinçli olarak genel bir iyi niyet tanımına yer vermemiştir⁹²². Dolayısıyla iyi niyetin tanımlanması, öğretiyeye ve uygulamaya bırakılmıştır.

İsviçre öğretisinde OR Art. 39 anlamında iyi niyet, “olumlu” ve “olumsuz” olarak tanımlanmıştır⁹²³. Bu ayrımı yapan yazarlara göre bu hüküm anlamında üçüncü kişinin iyi niyeti hem olumlu hem de olumsuz olarak tanımlanabilir⁹²⁴. Elbette bu ayrım, bu hüküm anlamındaki iyi niyete özgü değildir. Genel iyi niyet tanımlarında da aynı ayrıma rastlanmaktadır⁹²⁵. Bu ayrımın temelinde, iyi niyetin “*bir hukuki eksiklik bulunmadığına dair inanç mı yoksa bu husustaki bilgisizlik mi*” olduğu sorusu yer alır⁹²⁶. Bu çerçevede, olumlu tanıma göre iyi niyet, hukuki eksiklik bulunmadığına ilişkin güvendir⁹²⁷. Olumsuz tanıma göre ise iyi niyet, hukuki eksikliğin bilinmemesidir⁹²⁸. Bu genel iyi niyet tanımları doğrultusunda

⁹²⁰ von MOOS, N. 174. TBK m. 47 f. 1: “... yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ...”, OR Art. 39 Abs. 1: “... Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen.”

⁹²¹ AKKANAT, s. 184; von MOOS, N. 174.

⁹²² von MOOS, N. 175.

⁹²³ Bkz. KOLLER, Glaube, N. 200, dn. 233; von MOOS, N. 170.

⁹²⁴ KOLLER, Glaube, N. 200, dn. 233; von MOOS, N. 175.

⁹²⁵ Öğretideki iyi niyet tanımları için bkz. AKKANAT, s. 31 vd. Yargıtayın iyi niyet tanımı için bkz. AKKANAT, s. 40 vd.

⁹²⁶ Bu soruyu dile getiren yazara göre iyi niyeti bir tür “inanç” veya bir tür “bilgisizlik” olarak tanımlamak arasında pek bir fark yoktur. Fark, kelime oyununa dayanır. Temelde her ikisi de aynı şeyi ifade eder. Bir olgunun doğruluğuna inanılırsa bu, olguyu hatalı kılan unsurlar bilinmediğindendir. Bkz. AKKANAT, s. 33.

⁹²⁷ İyiniyet, “başka bir kişinin beyanına veya dışarıdan bir olguya güvenerek bir şeyi doğru zannetme”dir (AKKANAT, s. 36).

⁹²⁸ “İyiniyet, hakların doğumuna engel olan bir durumun olayda varlığı veya hakkın doğumu için gerekli unsurlardan birinin olayda yokluğu konusunda kişideki mâzur görülebilir bir bilgisizlik veya yanlış bilgidir.” (EDİS, s. 263). “İyi niyet; Hukuk Düzeni’nin, bir hakkı kazanmak veya belirli bir hukukî konumda olmak için aranan bir “olgu”nun, bir vâkıanın yokluğunu bilmemektir.” (HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2021, § 13, N. 6). “Dar ve geleneksel tanımıyla iyi niyet, hukuki eksikliği ve aksaklığı kusursuzca bilmemektir. (...) daha geniş bir tanımlamayla, iyi niyet, hukuki eksikliğin ve aksaklığın varlığına karşın, hukuka aykırı davranma bilincinin eksikliğidir.” (SEROZAN Rona/ENGİN B. İlkay/ATAMER Yeşim M., Serozan Medeni Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku), 9. Baskı, İstanbul 2022, Genel Bölüm, II § 8, N. 3). “İyiniyet; bir hakkın kazanılması veya bir hukukî sonucun doğması yönünden mevcut bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu bilmemek ve hâlin gerektirdiği özen gösterilse dahi bilecek durumda olmamaktır.” (DURAL Mustafa/SARI Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 18. Baskı, İstanbul 2023, N. 1194). İyi niyet, “durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukukî sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamak”tır (OĞUZMAN/BARLAS, N. 809). İyi niyet, “hak süjesinin hukuki kuralızsızlığı/eksikliği bilmemesinin mazur

TBK m. 47 anlamında üçüncü kişinin iyi niyeti, olumlu olarak “temsil yetkisi eksikliğinin bulunmadığına ilişkin güven” şeklinde tanımlanır. Başka bir deyişle temsilcinin yetkili olduğuna dair inanç, temsil yetkisinin varlığına duyulan güvendir. Olumsuz olarak ise TBK m. 47 anlamında iyi niyet, “temsil yetkisi eksikliğinin bilinmemesi” şeklinde tanımlanır. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmemesidir⁹²⁹.

Öğretide kimi yazarlar bu hüküm anlamında iyi niyeti olumlu olarak tanımlarlar. Bu tanıma göre üçüncü kişi, temsilcinin temsil yoluyla yapılan işlemi kapsayan bir yetkiye sahip olduğuna güvendiği takdirde iyi niyetlidir⁹³⁰. Olumsuz tanım yerine olumlu tanıma üstünlük tanınması gerektiğini savunan KOLLER, olumlu tanımın, hükmün *ratio legis*’ine daha uygun olduğu görüşündedir. Yazara göre olumsuz tanım, üçüncü kişinin, temsil hukukunun iyi niyete koruyucu etki tanıyan hükümleri çerçevesinde neden korunmaya layık olduğunun anlaşılmasını engeller. Zira üçüncü kişinin korunmaya layık olmasının nedeni, yalnızca olumsuz bir bilinç durumu değildir, aksine belirleyici olan olumlu bir bilinç durumudur. Yani üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmemesi ve temsil yetkisinin varlığından şüphe duymaması değil, onun temsilin sonuçlarının doğacağına güvenmesi belirleyicidir. Dolayısıyla OR Art. 37 (TBK m. 45) ve OR Art. 39 (TBK m. 47) hükümleri doğru bir şekilde kaleme alınmamıştır. Zira bu hükümlerde iyi niyet tanımının yalnızca olumsuz yönü belirtilmiştir⁹³¹.

Olumlu tanıma benimseyen von MOOS, KOLLER’in ifade ettiği argümana ek olarak OR Art. 39’un tarihî yorumunun da olumlu tanıma desteklediğini belirtmektedir⁹³²: aOR Art. 48 kapsamındaki sorumluluğun örtülü bir garanti sözleşmesine dayandığı kabul

görülebiliyor olması nedeniyle, söz konusu hukuki kuralızlığa/kural eksikliğine rağmen, hukuki sonucun doğmasına engel durumun (yine hukuki düzenleme nedeniyle) ortadan kaldırılması veya etkisinin azaltılması”dır (ANTALYA O. Gökhan/TOPUZ Murat, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: ANTALYA O. Gökhan), Cilt I, Medeni Hukuk (Giriş - Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri), Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2024, N. 1719).

⁹²⁹ Bkz. KOLLER, Glaube, N. 200, dn. 233; von MOOS, N. 170. KOLLER’e göre iyi niyet, temsil yetkisinin varlığına duyulan güven olarak olumlu bir şekilde tanımlanabileceği gibi üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmediği ve temsil yetkisinin varlığından şüphe duymadığı bir bilinç durumu olarak olumsuz bir biçimde de tanımlanabilir. Yazar, üçüncü kişinin, temsil yetkisinin varlığından şüphe duymamasını da iyi niyetin olumsuz tanımına dahil eder (KOLLER, Glaube, N. 200, dn. 233). von MOOS ise genel bir iyi niyet tanımı yapmak yerine iyi niyete koruyucu etki tanıyan her bir norm için ayrı bir tanım yapılmasının daha doğru olduğu görüşündedir (von MOOS, N. 175).

⁹³⁰ KOLLER, Glaube, N. 200, dn. 233, N. 273, 378; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; von MOOS, N. 175; HELVACI/KARASU, s. 206. Ayrıca bkz. LOSER, N. 575, 586; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 43.07; AYBAY, s. 149. Bu görüş uyarınca üçüncü kişinin güvenine yol açan temsilcinin yetkili olduğu yönündeki (gerçeğe uygun olmayan) iddiasıdır. Bkz. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 2; KOLLER, Glaube, N. 3, 385; LOSER, N. 575; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 23; von MOOS, N. 170.

⁹³¹ KOLLER, Glaube, N. 200, dn. 233.

⁹³² von MOOS, N. 175.

edilmektedir⁹³³. Örtülü garanti sözleşmesi, hukuki işlemlerde haklı güvenin korunabilmesi için müşterek hukukta yardımcı bir yapı olarak geliştirilmiştir. Müşterek hukuk, 19. yüzyılın sonlarına doğru dogmatik katılığını kaybedince hukuki işlemlerin korunması için kusurdan bağımsız ve kanundan doğan (*ex lege*) bir güven sorumluluğu kabul etti. Bu sorumluluk, örtülü garanti sözleşmesinin yerini aldı, ancak tamamen onun yerine geçmeyi başaramadı. Öyle ki örtülü garanti sözleşmesi figürü, 1900 yılında müşterek hukukun yerini Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) almasına kadar yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için belirleyici olmaya devam etmiştir. Bunun nedeni, o zamanki hukuk anlayışına göre ifa menfaatinin tazmin edilmesinin geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektirmesi olabilir. Tarihî gelişime bakıldığında yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin ifası veya olumlu zararın nakden tazminini amaçladığı söylenebilir. Bu da yalnızca örtülü garanti sözleşmesinin yardımcı yapısıyla başarılabilirdi⁹³⁴.

Öğretide kimi yazarlar ise bu hüküm anlamında iyi niyeti olumsuz olarak tanımlamayı tercih etmişlerdir. Bu tanıma göre üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğini bilmediği ve bilmesi gerekmediği takdirde iyi niyetlidir⁹³⁵.

İyi niyetin tanımına ilişkin bu ayrımın temsil yetkisinin varlığından şüphe duyulması hâlinde önem kazandığı belirtilmektedir. Bu yaklaşıma göre, üçüncü kişinin, temsil yetkisinin varlığından şüphe duyması hâlinde bu durumun nasıl ele alınacağı benimsenecek tanıma göre değişiklik gösterir⁹³⁶. Şayet olumlu tanım benimsenirse şüphelenen üçüncü kişinin kötü niyetli olduğu kabul edilir. Zira şüphelenen kimse, temsil yetkisinin varlığına güven duymaz. Böylece “temsil yetkisi eksikliğini bilmesi” ile “temsil yetkisinin varlığından şüphelenilmesi” eşdeğer olarak kabul edilir. Başka bir deyişle yetki eksikliğini bilen de yetkinin varlığından şüphelenen de güven duymadığı için kötü niyetlidir. Şayet olumsuz tanım tercih edilirse artık şüphelenen üçüncü kişiyi kötü niyetli olarak nitelendirmek mümkün olmaz. Zira kötü niyet, yalnızca temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde söz konusudur⁹³⁷. Başka bir deyişle

⁹³³ Bkz. Birinci Bölüm, I, D, 1.

⁹³⁴ von MOOS, N. 176.

⁹³⁵ KUTLU SUNGURBEY, s. 172-173; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206; İNCEOĞLU, s. 454; İŞ-NART, m. 47, N. 7; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 4; AYDOĞDU/NART, s. 144; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 6. Olumlu tanımı üstün tutan görüş karşısında olumsuz tanım destekleyen herhangi bir argümana rastlanmadığı yönünde bkz. von MOOS, N. 174.

⁹³⁶ KOLLER, Glaube, N. 273; von MOOS, N. 187.

⁹³⁷ KOLLER, Glaube, N. 273.

şüphelenen kimsenin yetki eksikliğini bildiği söylenemeyeceği için onun kötü niyetli olması söz konusu olmaz.

Bununla birlikte pratikte, iyi niyetin olumlu ya da olumsuz olarak tanımlanmasının pek bir önemi yoktur⁹³⁸. Üçüncü kişi, temsil yetkisinin varlığından şüphelenmişse, olumlu tanıma göre kötü niyetli, olumsuz tanıma göre ise iyi niyetlidir. Ancak o, (olumsuz tanıma göre) iyi niyetli olarak kabul edilse bile iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanamaz. Zira TMK m. 3 f. 2 (ZGB Art. 3 Abs. 2) hükmü onun iyi niyet iddiasında bulunmasını engeller⁹³⁹.

Aslında bu yaklaşım, iyi niyet ve kötü niyet kavramlarına yüklenen anlamdan kaynaklanmaktadır. Bu düşünceye göre, hukuki eksikliği bilen kimse, kötü niyetlidir. Hukuki eksikliği bilmeyen kimse ise iyi niyetlidir. Ancak burada bir nokta gözden kaçırılmamalı ve hukuki eksikliği bilmeyen kimse için şöyle bir ayırım yapılmalıdır: Gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen hukuki eksikliği bilmeyen kimse ve gerekli özeni göstermediği için hukuki eksikliği bilmeyen kimse. Birincide tereddüt yoktur, bu kimse iyi niyetlidir. Peki ya ikincide, yani hukuki eksikliği bilmeyen ancak gerekli özeni de göstermeyen, bu özeni gösterseydi hukuki eksikliği bilebilecek durumda olan kimseyi nasıl nitelendirmek gerekir? Bu yaklaşıma göre bu kimse de iyi niyetlidir; ancak iyi niyet iddiasında bulunamayan, başka bir ifadeyle iyi niyet korumasından yararlanamayan bir kimsedir. Bu kimsenin gerçekten de hukuki eksikliği bildiği söylenemez. Bu nedenle ona kötü niyetli denilemez. Ne var ki gerekli özeni gösterseydi hukuki eksikliği bilebileceği de göz ardı edilemez. Dolayısıyla o iyi niyetli olarak adlandırılabilir ya da gerçekten de hukuki eksikliği bilmeyen bir kimse olsa da gerekli özeni göstermemiştir ve bu nedenle iyi niyet iddiasında bulunamaz. “Hukuki eksikliği bilen kimse” ile “gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olan kimse” aynı hukuki sonuçla karşı karşıya kalır, her ikisi de iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanamaz. Ancak birincisi kötü niyetli kimse olarak nitelendirilirken diğeri bu nitelendirmeden mahrum kalır. Bu yaklaşıma göre temsil yetkisinin varlığından şüphelenen kimse, hukuki eksikliği bilmediği için kötü niyetli olarak kabul edilmez. Bu kimse iyi niyetli olarak nitelendirilir; ancak gerekli özeni göstermiş olsaydı hukuki eksikliği bilebilecek durumda olduğundan iyi niyet iddiasında bulunamaz. Dolayısıyla hem temsil yetkisi eksikliğini bilen kimse hem de temsil yetkisinin varlığından şüphelenen kimse iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanamaz.

⁹³⁸ KOLLER, Glaube, N. 274; von MOOS, N. 177.

⁹³⁹ KOLLER, Glaube, N. 274.

Kanaatimizce iyi niyet ve kötü niyet kavramlarına bu yönde bir anlam yüklenmemelidir. İyi niyet ve kötü niyet arasında “gri” veya “nötr” olarak ifade edilebilecek bir alan yoktur⁹⁴⁰. Bir kimse ya iyi niyetlidir ya da kötü niyetlidir. İyi niyetli kimse, iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanabilirken kötü niyetli kimsenin bu koruyucu etkiden yararlanması mümkün olmaz. Dolayısıyla bir kimseyi hem iyi niyetli olarak nitelendirilip hem de onun iyi niyet iddiasında bulunamayacağını söylemek yerinde değildir. İyi niyet, hukuki eksikliği bilmemek veya gerekli özen gösterilmiş olsa bile bilebilecek durumda olmamaktır. Hukuki eksikliği bilen veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda olan kimse ise kötü niyetlidir. Başka bir deyişle kötü niyet, hukuki eksikliği bilmek veya bilmesi gerekmektedir⁹⁴¹. Dolayısıyla bir kimsenin kötü niyetli olarak nitelendirilmesi için hukuki eksikliği gerçekten bilmesine gerek yoktur. Gerekli özeni göstermediği için hukuki eksikliği bilmeyen kimse de kötü niyetli kabul edilir⁹⁴². Sonuç olarak temsil yetkisi eksikliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, kötü niyetlidir⁹⁴³. Sonuç olarak iyi niyetin olumlu ya da olumsuz olarak tanımlanmasının pratik bir önemi olmadığını kanaatindeyiz.

3. İyi Niyetin Korunmasının Nedeni: Yetki İddiası

İyi niyetin koruyucu etkisinden söz edebilmek için üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını haklı kılan özel bir nedenin bulunması gerekir⁹⁴⁴. Bu neden, TMK m. 3 (ZGB Art. 3) hükmünde gösterilmemiş olup iyi niyete koruyucu etki tanıyan özel hükümden çıkarılabilir⁹⁴⁵. Nitekim hukuk tekniği de böyle bir nedenin varlığını gerektirir. Zira hukukun tüm alanlarında olduğu gibi temsil hukukunda da genel bir iyi niyet koruması yoktur⁹⁴⁶. Bu yüzden daima iyi niyetin korunmasını haklı kılan bir neden bulunmalıdır⁹⁴⁷.

⁹⁴⁰ **SUNGURBEY** İsmet Gülümser, *İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman*, İstanbul 1956, s. 103; **ÖZEN** Burak, *Haksız Zilyedlikte İade*, İstanbul 2003, s. 107, dn. 204; **AKKANAT**, s. 46-47.

⁹⁴¹ **AKKANAT**, s. 49.

⁹⁴² **AKKANAT**, s. 50.

⁹⁴³ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 172-173.

⁹⁴⁴ **EDİS**, s. 270; **AKKANAT**, s. 174; **HÜRLIMANN-KAUP** Bettina/**SCHMID** Jörg, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, 3. Aufl., Zürich 2016, N. 330.

⁹⁴⁵ **EDİS**, s. 270.

⁹⁴⁶ BGE 107 II 105, 116; **VON MOOS**, N. 178; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 1402. Temsilcinin yetkisiz olma rizikosunu, kural olarak temsilciyle işlem yapan üçüncü kişiye aittir (**KOLLER**, Glaube, N. 204). Temsilcinin açıklaması hukuki durumu yansıtmadığı takdirde, bu açıklamaya güvenen üçüncü kişi kural olarak korunmaz. Kanun koyucu, yalnızca bazı istisnai hâllerde bu ilkedenden sapar. Bunlardan biri de temsilcinin yetkili olduğunu iddia etmesi hâlinde, OR Art. 39 Abs. 1 uyarınca üçüncü kişinin güveninin korunmasıdır (**HOFFER** Sibylle, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: **HAUSHEER** Heinz/**WALTER** Hans Peter), Bern 2012, Art. 3, N. 63).

⁹⁴⁷ **HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID**, N. 330; **VON MOOS**, N. 178.

TBK m. 47 (OR Art. 39), iyi niyete koruyucu etki tanıyan bir hükümdür. Öyleyse temsil yoluyla yapılan işlemin tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasının nedeni, bu hükümden yola çıkarak belirlenebilir. İsviçre öğretisinde, bu hüküm uyarınca iyi niyetin korunmasının, temsilcinin davranışının bir sonucu olarak ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁹⁴⁸. Bu davranış ise temsilcinin temsil yetkisine sahip olmadığı hâlde yetkili olduğunu iddia etmesidir⁹⁴⁹. Buna “yetki iddiası” (*Vollmachtsbehauptung*) denilmektedir⁹⁵⁰. Hatta öyle ki temsilcinin bu davranışının, sorumluluğun gereklerinden biri olduğu dahi savunulmaktadır. Bu görüşe göre, TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) uyarınca sorumluluk, temsilcinin yükümlülük ihlalini (*Pflichtverletzung*) gerektirir⁹⁵¹: Temsilci, üçüncü kişiye, aslında yetkili olmamasına rağmen temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi kapsayan bir temsil yetkisine sahip olduğunu açıklamalıdır⁹⁵².

Temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğunu iddia etmesi, yani yetki iddiası, bilgi açıklaması niteliğindedir⁹⁵³. Bu tür bir açıklama, açık veya örtülü olarak yapılabilir⁹⁵⁴. Temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini açıkça belirtmeden bir başkasının temsilcisi gibi hareket etmesi hâlinde açıklamanın örtülü olarak yapıldığı kabul edilir⁹⁵⁵. Yetki iddiasının mevcut olup olmadığı, temsilcinin gerçek iradesinin üçüncü kişi tarafından bilinmemesi kaydıyla güven ilkesine göre belirlenir⁹⁵⁶.

⁹⁴⁸ KOLLER, Glaube, N. 385; von MOOS, N. 178.

⁹⁴⁹ KOLLER, Glaube, N. 385; von MOOS, N. 178.

⁹⁵⁰ Kuşkusuz burada söz edilen yetki iddiası, gerçeği yansıtmayan, yanlış bir iddiadır. Bkz. KOLLER, Glaube, N. 385; von MOOS, N. 178.

⁹⁵¹ KOLLER, Glaube, N. 385.

⁹⁵² ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 2; KOLLER, Glaube, N. 385; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 8; KARASU, s. 349.

İsviçre öğretisinde, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasının nedeninden nadiren söz edildiği yönünde bkz. von MOOS, N. 175. Bkz. ve karşı. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 2; KOLLER, Glaube, N. 385; LOSER, N. 575; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 23. von MOOS’a göre İsviçre Federal Mahkemesi bu konudan hiç söz etmemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi yalnızca OR Art. 998’de düzenlenen sorumluluk kapsamında iyi niyetin korunmasının nedeninden söz etmiştir (Bkz. BGE 85 II 30). Alman öğretisinde ve uygulamasında üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasının nedeni sıklıkla ifade edilmişse de ayrıntılı bir biçimde ele alınmamıştır (von MOOS, N. 175). Bkz. ve karşı. BGH, NJW-RR 2005, s. 268; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 2; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 2.

⁹⁵³ von MOOS, N. 180. Yetki iddiası bir bilgi açıklaması olduğundan bu açıklama doğru veya yanlış olarak nitelendirilmelidir. Zira bilgi açıklaması, irade açıklamasının aksine geçerli veya geçersiz olarak değil, doğru veya yanlış olarak nitelendirilmeye elverişlidir. Bkz. TAŞATAN, s. 36. İyi niyetin korunmasının nedeni olarak ele alınan yetki iddiasının, yani bu bilgi açıklamasının “yanlış” olduğunu bir kez daha vurgulamak gerekir. Zira doğru bir yetki iddiası/bilgi açıklaması, temsilcinin sorumluluğuna yol açmaz.

⁹⁵⁴ KOLLER, Glaube, N. 385; von MOOS, N. 180; KARASU, s. 349.

⁹⁵⁵ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 2; KOLLER, Glaube, N. 385; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203; İNCEOĞLU, s. 465; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 8; von MOOS, N. 180; KARASU, s. 349.

⁹⁵⁶ von MOOS, N. 180. Karşı. KOLLER, Glaube, N. 226. Bilgi açıklamasının güven ilkesine göre yorumlanacağı yönünde bkz. ve karşı. TAŞATAN, s. 36.

Yetki iddiası, güven uyandırmaya elverişli bir davranış olmak zorundadır. Zira TBK m. 47’de düzenlenen sorumluluğun altında yatan düşünce, yetkisiz temsilcinin uyandırmış olduğu güvenden dolayı sorumlu olmasıdır⁹⁵⁷. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, haklı güvenin ihlal edilmesinden doğan bir sorumluluk olduğu düşünüldüğünde yetki iddiasının güven uyandırmaya elverişli bir davranış olma zorunluluğu ortaya çıkar. Dolayısıyla yetkisiz temsilcinin yetki iddiası olarak nitelendirilen davranışı, güven uyandırmaya elverişli değilse yetki iddiasından söz edilemez.

Yetki iddiasının mevcut olmaması hâlinde üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektiren bir neden yoktur. Temsilci ne açıkça ne de örtülü olarak yetkili olduğunu ileri sürüyorsa, başka bir deyişle yetki iddiası yoksa TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulamaz⁹⁵⁸. Dolayısıyla yetki iddiası yoksa üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığını araştırmaya dahi gerek yoktur. Bu nedenle ilk olarak yetki iddiasının mevcut olup olmadığı belirlenmelidir.

Yetki iddiası varsa artık üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığı ele alınabilir. Zira iyi niyetin korunmasını gerektiren bir neden vardır. Bu durumda üçüncü kişinin, yetki iddiasının gerçeği yansıtip yansıtmadığını, başka bir deyişle temsil yetkisi eksikliğini bilip bilmediği veya bilmesinin gerekip gerekmediği araştırılmalıdır.

Bu noktada şu ayrıma dikkat etmek gerekir: TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk, yetki iddiası mevcut olmadığı için doğmayabileceği gibi yetki iddiasının mevcut olmasına rağmen üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması nedeniyle de doğmayabilir. Başka bir deyişle yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını haklı kılan bir nedenin bulunmaması veya üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması nedeniyle sorumlu tutulamayabilir. Bu ayrımın pratik önemi, üçüncü kişinin gerekli özeni göstermiş temsil yetkisi eksikliğini bilebilecek durumda olmasının mutlaka TBK m. 47’deki sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı kabul edildiği takdirde ortaya çıkar. İsviçre Federal Mahkemesinin ve öğretideki bazı yazarların kabul ettiği gibi üçüncü kişinin gerekli özeni göstermemiş olması, sorumluluğu ortadan kaldırmak yerine yalnızca tazminatta indirim yol açacaksa, bu ayrım oldukça önemli hâle gelir. Zira yetki iddiasının bulunmaması sorumluluğu ortadan kaldırırken, üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması sorumluluğu ortadan kaldırmayıp tazminatın indirilmesine neden olur. Buna karşılık bu görüşün benimsenmemesi hâlinde bu ayrımın pratik bir önemi olmaz. Zira iyi niyetin

⁹⁵⁷ Birinci Bölüm, IV, B, 1; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 1.

⁹⁵⁸ KOLLER, Glaube, N. 386.

korunmasını haklı kılan bir nedenin yani yetki iddiasının olmadığı sonucuna da varılsa, üçüncü kişinin gerekli özeni göstermediği için yetki eksikliğini bilmediği de söylene sonuç değişmeyecek, her ikisinde de yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmayacaktır.

Yetki iddiasına ilişkin bazı konular tartışmalıdır:

(1) Öğretide, temsilcinin, üçüncü kişiyi temsil yetkisine ilişkin olgular hakkında bilgilendirmesi ve temsil yetkisinin mevcut olup olmadığına karar vermeyi üçüncü kişiye bırakması⁹⁵⁹ hâlinde örtülü olarak yetki iddiasında bulunup bulunulmadığı tartışmalıdır⁹⁶⁰.

Alman öğretisinde hâkim görüş, böyle bir durumda yetki iddiasının söz konusu olmadığı yönündedir⁹⁶¹. Böylece temsilcinin sorumluluğu doğmaz. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, bu durumda yetki iddiasının mevcut olduğunu şu gerekçelerle ileri sürer: (1) Temsilci, söz konusu olguları açıklamasına rağmen temsil yetkisinin varlığına güven duyulmasına neden olmuştur. Başka bir deyişle güven uyandırmıştır⁹⁶². (2) Bu tür bir bildirim, temsilcinin temsil yetkisi eksikliği nedeniyle sorumluluğunu önlemek istediğini açıkça göstermez⁹⁶³. (3) Bu tür bir bildirimle rağmen temsilci, üçüncü kişiye nazaran temsil yetkisi eksikliği rizikosuna daha yakındır ve bu yüzden buna katlanmak zorundadır⁹⁶⁴.

İsviçre ve Türk öğretisinde de hâkim görüş, temsilcinin sorumlu olmayacağı yönündedir⁹⁶⁵. Bu konuda iki gerekçe ileri sürülmüştür: (1) Temsilci, bir şekilde üçüncü kişinin dikkatini yetkinin bulunmaması ihtimaline çekerse sorumluluktan kurtulur⁹⁶⁶. Başka bir deyişle temsilcinin açıkça veya örtülü olarak sözleşmenin temsil olunan tarafından onanması gerektiğine dikkat çekmesi hâlinde sorumluluk doğmaz⁹⁶⁷. Böylece temsilci, üçüncü kişinin, yetkinin varlığına olan güvenini yok etmiş ve rizikoyu üçüncü kişiye devretmiş olur⁹⁶⁸. (2) Temsilcinin, temsil yetkisine ilişkin olguların hukuki değerlendirmesini üçüncü kişiye

⁹⁵⁹ Örneğin temsilci, temsil olunana ait bir mektubu üçüncü kişiye gösterip onun mektubun içeriğinden temsil yetkisinin mevcut olup olmadığı hakkında karar vermesini istemiş olabilir (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 209, dn. 204).

⁹⁶⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 20; von MOOS, N. 181.

⁹⁶¹ MÜLLER Klaus, Gesetzliche Vertretung ohne Vertretungsmacht, AcP 1968, s. 140; PRÖLSS Jürgen, Haftung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1986, s. 170; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 18; MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 6; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 29.

⁹⁶² MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 5.

⁹⁶³ MEDICUS Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg 2010, N. 995.

⁹⁶⁴ Palandt-ELLENBERGER, § 179, N. 2.

⁹⁶⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 209, dn. 204; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 20; von MOOS, N. 182.

⁹⁶⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 20.

⁹⁶⁷ KOLLER, Glaube, N. 386.

⁹⁶⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 20.

bırakması hâlinde OR Art. 39 anlamında üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektiren bir nedenin bulunmadığı kabul edilmelidir. Kuşkusuz böyle bir durumda bile temsilci, temsil yetkisinin varlığına dair belirli bir güven uyandırır; hiç değilse temsil yetkisinin varlığını inkâr etmez. Ne var ki temsilcinin bu şekilde belirli bir güven uyandırması, OR Art. 39 anlamında iyi niyetin korunması için yeterli değildir. Bu durum, OR Art. 39'un *ratio legis*'iyle bağdaşmaz. Burada OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluk, üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması nedeniyle değil, iyi niyetin korunmasını haklı kılan bir nedenin bulunmaması nedeniyle doğmaz. Bu ayrımın pratik bir öneminin olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Şayet İsviçre Federal Mahkemesinin kabul ettiği gibi, üçüncü kişinin gerekli özeni göstermiş olsaydı temsil yetkisi eksikliğini bilebilecek durumda olmasının mutlaka yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edildiği takdirde, bu ayrım pratik bir öneme sahiptir⁹⁶⁹.

Kanaatimizce yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişiyi temsil yetkisine ilişkin olgular hakkında bilgilendirmesi ve temsil yetkisinin mevcut olup olmadığı konusundaki değerlendirmeyi üçüncü kişiye bırakması hâlinde TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk doğmaz. Dolayısıyla Alman ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüşe katılıyoruz. Bize göre böyle bir durumda yetki iddiası yoktur. Zira yetkisiz temsilcinin davranışı, güven uyandırmaya elverişli bir davranış değildir. Böylece üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektiren bir neden olduğundan söz edilemez. Yetki iddiasının yokluğu nedeniyle temsilcinin sorumluluğu doğmaz. Bu nedenle üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığına dair bir araştırmaya gerek yoktur. Üçüncü kişinin, temsilci tarafından bilgilendirildiği olgular üzerine gerekli özeni gösterip göstermediği önem taşımaz.

(2) Yetki iddiasının yanı sıra temsil olunanın üçüncü kişiye temsil yetkisini bildirmiş olması da söz konusuysa üçüncü kişinin, temsilcinin yetki iddiasına güveninin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Alman öğretisindeki bir görüşe göre, böyle bir durumda üçüncü kişinin güveni korunmaz, zira temsil olunanın bildirimi karşısında temsilcinin yetki iddiası tamamen arka planda kalır⁹⁷⁰. Bildirimin geçersiz olma rizikosuna, hukuki işlemlere ilişkin genel ilkelere göre açıklamanın muhatabı olan üçüncü kişiye aittir. Bu nedenle BGB § 179 uyarınca temsilcinin sorumluluğu doğmaz⁹⁷¹. Buna karşılık İsviçre öğretisindeki bir görüş, böyle bir yaklaşımın OR Art. 39'un *ratio legis*'iyle bağdaşmayacağı yönündedir. Buna göre temsil

⁹⁶⁹ von MOOS, N. 182. Ayrıca bkz. von MOOS, N. 224 vd.; İkinci Bölüm, II, F, 4, c, cc.

⁹⁷⁰ CANARIS, s. 535, dn. 53; MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 8.

⁹⁷¹ MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 8.

olunan, temsil yetkisini üçüncü kişiye bildirmiş olsa bile üçüncü kişinin, temsilcinin yetki iddiasına olan güveni korunmalıdır. Zira temsil olunanın üçüncü kişiye temsil yetkisini bildirmiş olması, temsilin sonuçlarının doğacağını garanti etmez⁹⁷². Bildirim, örneğin temsil olunan ayırt etme gücüne sahip olmadığı için geçersiz olabilir (OR Art. 18; TMK m. 15). Ayrıca bildirimin irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmesi de mümkündür (kıyas yoluyla OR Art. 23 vd.; TBK m. 30 vd.)⁹⁷³.

Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Temsil olunan üçüncü kişiye temsil yetkisini bildirmiş olsa bile yetki iddiasında bulunan yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Yetkisiz temsilci kendi açıklamasından sorumludur. Üçüncü kişinin bu açıklamaya duyduğu güven korunmalıdır. Gerçekten de temsil olunanın yapmış olduğu bildirim daima temsilin sonuçlarının doğmasına yol açmaz. Örneğin temsil olunan temsil yetkisini üçüncü kişiye bildirdikten sonra bu bildirimi yanlışla nedeniyle iptal ettiğinde iyi niyetli üçüncü kişinin TBK m. 41 f. 2’den yararlanması mümkün olmaz ve yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur⁹⁷⁴. Böylece temsilin sonuçları doğmamış olur. Bu durumda üçüncü kişinin yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna başvurması mümkündür. Dolayısıyla temsil olunanın bildiriminin, yetki iddiasını arka planda bırakarak yetkisiz temsilciyi sorumluluktan kurtarması biçimindeki çözüm TBK m. 47’nin *ratio legis*’iyle bağdaşmaz.

4. İyi Niyet Karinesi ve Karinenin Çürütülmesi

a. Genel Olarak

Türk ve İsviçre hukuklarındaki kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyi niyetin varlığıdır (TMK m. 3 f. 1; ZGB Art. 3 Abs. 1)⁹⁷⁵. Bu kural, “iyi niyet karinesi” olarak adlandırılır⁹⁷⁶. Ancak bu kuralın gerçek ve teknik anlamda bir karine olup

⁹⁷² von MOOS, N. 184. Ayrıca bkz. von MOOS, N. 165 vd.; İkinci Bölüm, II, G, 1.

⁹⁷³ von MOOS, N. 165; İkinci Bölüm, II, G, 1. Bu konuda bkz. İNCEOĞLU, s. 151 vd.

⁹⁷⁴ BGer 4C.377/2000 E. 1a; von TUHR/PETER, § 42 III; KOLLER, Glaube, N. 233; İNCEOĞLU, s. 154; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 127; EREN, BH GH, N. 1364; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 40. Aksi yönde bkz. AKYOL, s. 251; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 19; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 34.

⁹⁷⁵ KOLLER, Glaube, N. 176; EDİS, s. 282; AKKANAT, s. 53; BK-HOFER, Art. 3, N. 97; DURAL/SARI, N. 1210; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, Genel Bölüm, II § 8, N. 4; OĞUZMAN/BARLAS, N. 840; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1846, 1848.

⁹⁷⁶ KOLLER, Glaube, N. 175; EDİS, s. 282; AKKANAT, s. 53; HAUSHEER Heinz/JAUN Manuel, SHK - Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003, Art. 3, N. 34; BK-HOFER, Art. 3, N. 97, 105; HONSELL Heinrich, BSK OR I - Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (Hrsg.: GEISER Thomas/FOUNTOLAKIS Christiana), 7. Aufl., Basel 2022, Art. 3, N. 28; DURAL/SARI, N. 1211; OĞUZMAN/BARLAS, N. 840; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1846.

olmadığı tartışmalıdır⁹⁷⁷. Öğretide, bu hükmün gerçek ve teknik anlamda bir karine içermediği, yalnızca ispat yüküne ilişkin özel bir ispat kuralı olduğu kabul edilmektedir⁹⁷⁸. Dolayısıyla TMK m. 3 f. 1, genel ispat kuralı olan TMK m. 6 (ZGB Art. 8) hükmünden farklı bir ispat yükü dağılımı öngörmüştür⁹⁷⁹. TMK m. 3 f. 1'deki özel ispat kuralı olmasaydı, iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanacak olan kişinin, TMK m. 6 uyarınca hakkını dayandığı olguları ispatlamakla yükümlü olması nedeniyle iyi niyetli olduğunu ispat etmesi gerekecekti. Bu özel ispat kuralı nedeniyle ispatlanması gereken iyi niyetin varlığı değil, iyi niyet eksikliğidir. İspat yükü, iyi niyet eksikliğini iddia eden kişiye aittir⁹⁸⁰.

TMK m. 3 f. 1'de yer alan iyi niyet karinesinin çürütülmesi mümkündür⁹⁸¹. İyi niyet karinesinin çürütülmesinin üç yolu vardır⁹⁸²: (1) Korunan iyi niyet ile ilişkili olan olguların mevcut olmadığının ispatlanması⁹⁸³. (2) İyi niyetli olduğu kabul edilen kişinin hukuki eksikliği bildiğinin ispatlanması (TMK m. 3 f. 1)⁹⁸⁴. (3) İyi niyetli olduğu kabul edilen kişinin gerekli özeni göstermiş olsaydı hukuki eksikliği bilebilecek durumda olduğunun ispatlanması (TMK m. 3 f. 2)⁹⁸⁵. TBK m. 47 (OR Art. 39) hükmünde yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişinin temsil

⁹⁷⁷ Bu tartışmanın pratik bir etkisinin olmadığı yönünde bkz. ZK-BAUMANN, Art. 3, N. 15; BK-HOFER, Art. 3, N. 98.

⁹⁷⁸ KOLLER, Glaube, N. 177; EDİS, s. 282; BK-HOFER, Art. 3, N. 98; OĞUZMAN/BARLAS, N. 840; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1848. Aksi yönde bkz. AKKANAT, s. 58 vd.

⁹⁷⁹ SHK-HAUSHEER/JAUN, Art. 3, N. 2; KOLLER, Glaube, N. 175; BK-HOFER, Art. 3, N. 97. Böyle bir düzenleme getirmenin nedenleri hakkında bkz. AKKANAT, s. 57.

⁹⁸⁰ BK-HOFER, Art. 3, N. 97.

⁹⁸¹ BK-HOFER, Art. 3, N. 104; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 31.

⁹⁸² İyi niyet karinesinin çürütülmesinin iki yolu olduğu yönünde bkz. AKKANAT, s. 61; SCHWANDER Ivo, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Hrsg.: KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 3, N. 3.

⁹⁸³ SHK-HAUSHEER/JAUN, Art. 3, N. 37; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 31; AKKANAT, s. 61. Buna şu örnek verilebilir: Tapu siciline yolsuz bir biçimde malik olarak kaydedilmiş olan kimse, TMK m. 712'deki olağan zamanaşımından yararlanmak ister. Bu kişi her şeyden önce tapu sicilinde isminin gerçekten malik olarak kayıtlı olduğunu ve söz konusu taşınmazı davasız ve aralıksız bir biçimde on yıl süresince zilyetliğinde bulundurduğunu ispatlamak zorundadır. Ancak bu olguların mevcut olduğunun tespit edilmesinden sonra iyi niyet karinesinin devreye girmesi söz konusu olabilir. İyi niyet karinesi asla diğer yasal unsurları kapsamına almaz. Bu doğrultuda iyi niyet karinesinin devreye girmesi için aranan unsurların mevcut olmadığı ispatlanabilir. TMK m. 712'deki iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen kimsenin zilyet olmadığının ispatlanması hâlinde iyi niyet karinesi devreye girmez (AKKANAT, s. 61). Başka bir deyişle iyi niyetli zilyetliğin unsuru olan zilyetliğin olmadığının ispatlanmasıyla karineyi çürütmek mümkündür (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 31).

⁹⁸⁴ KOLLER, Glaube, N. 176, dn. 186; AKKANAT, s. 61; BK-HOFER, Art. 3, N. 105; OFK-SCHWANDER, Art. 3, N. 3; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 31; DURAL/SARI, N. 1210; OĞUZMAN/BARLAS, N. 842; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1850.

⁹⁸⁵ KOLLER, Glaube, N. 137 ve N. 176, dn. 186; BK-HOFER, Art. 3, N. 105; OFK-SCHWANDER, Art. 3, N. 3; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 31; DURAL/SARI, N. 1210; OĞUZMAN/BARLAS, N. 843; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1852-1853. KOLLER, iyi niyet karinesinin çürütülmesine yol açan bu yolu ikiye ayırarak ifade eder: Temsilci, (1) üçüncü kişinin TMK m. 3 f. 2 uyarınca gerekli özeni göstermediğini ve (2) gerekli özenin gösterilmemesi ile iyi niyet arasında nedensellik bağının bulunduğunu ispatlamalıdır (KOLLER, Glaube, N. 176, dn. 186).

yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlaması hâlinde sorumluluktan kurtulabileceği belirtilerek son iki yol ifade edilmiştir⁹⁸⁶.

b. Temsil Yetkisi Eksikliğinin Bilindiğinin İspatlanması

aa. Temsil Yetkisi Eksikliğinin Bilinmesi

Sözleşmenin temsil olunanın onaması kaydıyla yapılması, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliği hakkında bilgi sahibi olduğu hâllerin başında gelir⁹⁸⁷. Zira bu durumda temsilcinin yetkisiz olduğunu üçüncü kişiye bildirmiş olması söz konusudur⁹⁸⁸. Öte yandan üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini nereden öğrendiği önemli değildir⁹⁸⁹. Bu bilgi, genellikle bizzat temsilcinin yetkisiz olduğunu üçüncü kişiye açıklamış olması sonucu öğrenilir. Ancak temsilcinin yetkiliymiş gibi davranmış olması hâlinde temsil yetkisi eksikliğinin temsil olunandan veya başka bir kişiden öğrenilmesi de mümkündür⁹⁹⁰.

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğinin kabul edilmesi için temsilcinin, yetki eksikliğini doğrudan üçüncü kişiye bildirmiş olmasına gerek yoktur. Üçüncü kişinin temsilcisine yapılmış olan bu yöndeki bir bildirim yeterlidir. Zira bilgide temsilin bir sonucu olarak temsilcinin bilgisi, temsil olunan üçüncü kişiye isnat edilir⁹⁹¹. Bununla birlikte her somut olay bakımından temsilcinin bilgisinin temsil olunana isnadının gerekip gerekmediği dikkatlice

⁹⁸⁶ KOLLER, Glaube, N. 176, dn. 186; von MOOS, N. 186. Ayrıca bkz. HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 4; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 6.

⁹⁸⁷ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; von TUHR/PETER, § 45, dn. 32; KOLLER, Glaube, N. 379; von MOOS, N. 190. Ayrıca bkz. BUCHER, s. 644; KUTLU SUNGURBEY, s. 173; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18.

Temsilcinin, sözleşmenin kurulduğu anda temsil yetkisinin bulunmadığını üçüncü kişiye bildirmesi hâlinde sözleşmenin onama koşuluna bağlı olarak yapılmış olduğu yönünde bkz. BUCHER, s. 644; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; İŞ-NART, m. 47, N. 8; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21; AYDOĞDU/NART, s. 145.

⁹⁸⁸ BUCHER, s. 644; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21.

⁹⁸⁹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; KUTLU SUNGURBEY, s. 174; VIOLAND, s. 150; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 210; İNCEOĞLU, s. 454; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; von MOOS, N. 190; KARASU, s. 352; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 20; AYBAY, s. 149.

⁹⁹⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; KUTLU SUNGURBEY, s. 174; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 210; İNCEOĞLU, s. 454; KARASU, s. 352; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 4; von MOOS, N. 190; İŞ-NART, m. 47, N. 7; AYBAY, s. 149; AYDOĞDU/NART, s. 145.

⁹⁹¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 22. Kanunun iyi niyete hukuki sonuç bağladığı hâllerde, bilgide temsilin bir sonucu olarak hem temsil olunanın hem de temsilcinin iyi niyetli olması gerekir. Temsilcinin hukuki eksikliğe ilişkin bilgisi temsil olunana isnat edildiğinden onun da kötü niyetli sayılmasına yol açar. Temsilcinin kötü niyeti, temsil olunanın da kötü niyeti sayılır (İNCEOĞLU, s. 19; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 8; EREN, BH GH, N. 1322; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 10; GÜMÜŞ, s. 377). Temsilcinin bilgisinin temsil olunana isnadı hakkında bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 22 vd. Ayrıca bkz. İNCEOĞLU, s. 18 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, N. 5 vd.

açıklığa kavuşturulmalıdır⁹⁹². Öte yandan hukuki işlem yapılırken çoğu zaman noter, banka memuru, yediemin, tercüman ya da tanık gibi çeşitli kişiler, üçüncü kişinin yanında işleme katılırlar⁹⁹³. Bu yardımcı kişilerin temsil yetkisi eksikliğine ilişkin bilgisi, üçüncü kişiye isnat edilemez⁹⁹⁴. Aynı şekilde temsilcinin yanında işleme katılan yardımcı kişilerin bilgisi de temsilciye isnat edilemez⁹⁹⁵.

Temsilcinin, üçüncü kişiye başkası adına hareket ettiğini açıklamakla birlikte temsil olunanın kim olduğunu açıklamaması hâlinde (“ilgili için açık işlem”⁹⁹⁶), üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiği kabul edilmez⁹⁹⁷. Zira üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olarak hareket ettiğini bilmez, onun tek bildiği temsil olunanın kimliğinin kendisine daha sonra açıklanacağıdır⁹⁹⁸. İlgili için açık işlem hâlinde temsil olunanın kimliği, TBK m. 46 f. 2 (OR Art. 38 Abs. 2) kıyas yoluyla uygulanarak⁹⁹⁹ temsilciye verilen uygun bir süre içinde üçüncü kişiye açıklanmazsa TBK m. 47 (OR Art. 39) uygulama alanı bulur ve temsilcinin sorumluluğu doğar¹⁰⁰⁰. Zira bu durumda tıpkı temsil olunanın sözleşmeyi onamamasında olduğu gibi aynı sonuç meydana gelir: Temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmamıştır¹⁰⁰¹.

Üçüncü kişiyi temsil yetkisi eksikliğini bilmekle itham edebilmek bakımından temsil yetkisinin hiçbir zaman var olmadığını bilmek ile temsil yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmek arasında bir fark yoktur¹⁰⁰². Dolayısıyla temsil yetkisi eksikliğini bilmek, bunlardan yalnızca biriyle sınırlandırılmaz¹⁰⁰³. Bununla birlikte üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğine yol açan

⁹⁹² ZK-KLEIN, Art. 39, N. 22.

⁹⁹³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 21.

⁹⁹⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 21; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 22. Ayrıca bkz. BK-BECKER, Art. 39, N. 3. Noterin bilgisinin üçüncü kişiye isnat edilemeyeceğine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 25 II 848, 854 vd. Bilginin, haberci veya herhangi bir yardımcı kişi olarak değil, yalnızca yetkili temsilci olarak hareket edilmesi hâlinde temsil olunana isnat edilebileceği yönünde bkz. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 135; BGer. 4A_303/2007, E. 3.4.3.

⁹⁹⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 21.

⁹⁹⁶ “İlgili için açık işlem” terimi hakkında bkz. AKÜNAL Teoman, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, s. 11 vd. İlgili için açık işlem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 56 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, N. 11 vd.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 32 vd.; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 55 vd.

⁹⁹⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; von MOOS, N. 190; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 23.

⁹⁹⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 23.

⁹⁹⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 63; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, N. 16.

¹⁰⁰⁰ BUCHER, s. 620; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 32, N. 60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, N. 16; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 23; KAPANCI Kadir Berk, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 11 Şubat 2015 Tarihli ve 4A_496/2014 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler: Doğrudan Temsil mi, Dolaylı Temsil mi?”, GSÜHFD, 2021/2, s. 1909.

¹⁰⁰¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 23. Ayrıca bkz. ZK-KLEIN, Art. 32, N. 60.

¹⁰⁰² von MOOS, N. 191.

¹⁰⁰³ Bkz. ve karşı. FLUME, § 50, 3; Staudinger-SCHILKEN, § 173, N. 7; MüKoBGB-SCHUBERT, § 173, N. 2; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 173, N. 2.

durumları bilmesi, onun temsil yetkisi eksikliğini bildiğinin kabul edilmesi için yeterli değildir. Zira üçüncü kişi, hukuk bilgisi olmayan bir kişidir. Bu nedenle onun temsil yetkisi eksikliğine yol açan durumları bilmesi değil, temsil yetkisinin mevcut olmadığını bilmesi anlam ifade eder. Dolayısıyla hukuk bilgisinden yoksun olan üçüncü kişi, temsil yetkisinin dayandığı bir hukuki ilişkinin olmadığını bilse bile temsil yetkisi eksikliğini bilmekle itham edilemez¹⁰⁰⁴. Ancak üçüncü kişi, temsil yetkisinin mevcut olmadığını biliyorsa, temsil yetkisi eksikliğinin ibraz edilen yetki belgesinden anlaşılamadığını ileri süremez¹⁰⁰⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin, temsil yetkisinin varlığına ilişkin en ciddi şüpheleri bile burada ele alındığı anlamda bilgi olarak değerlendirilmez¹⁰⁰⁶.

bb. Hukuki Sonucu

TBK m. 47 f. 1 c. 2 (OR Art. 39 Abs. 1) hükmünün lafzına göre, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz¹⁰⁰⁷. Üçüncü kişi, temsilcinin yetkisizliğini bildiği hâlde hukuki işlem yapmaktan imtina etmezse, temsil olunan tarafından işlem onanmadığı takdirde temsilciyi sorumlu tutamaz. Zira üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğini bilmesine rağmen hukuki işlem yaparak her türlü riski göze almaktadır¹⁰⁰⁸. Kaldı ki yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ileri sürmek, TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmündeki düşünceye de aykırılık oluşturur¹⁰⁰⁹. Ne de olsa yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına duyduğu güvene dayanır¹⁰¹⁰. Bu nedenle temsilci, temsil yetkisi eksikliğine ilişkin üçüncü kişinin dikkatini çekerse sorumluluğun doğmasını önleyebilir¹⁰¹¹.

Temsil olunanın onaması kaydıyla sözleşmenin yapılması hâlinde, temsilcinin yetkisizliğini üçüncü kişiye bildirmiş olması ve bu nedenle üçüncü kişinin temsil yetkisi

¹⁰⁰⁴ von MOOS, N. 191; MüKoBGB-SCHUBERT, § 173, N. 3.

¹⁰⁰⁵ von MOOS, N. 191. Karş. BGH, NJW-RR 1988, 1321; Staudinger-SCHILKEN, § 173, N. 2.

¹⁰⁰⁶ von MOOS, N. 192.

¹⁰⁰⁷ BUCHER, s. 644; KOLLER, Glaube, N. 167; İNCEOĞLU, s. 456; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38; KOLLER, OR AT, 20.08; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 4; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 20, 25; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.09.

¹⁰⁰⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 25. Temsil yetkisi eksikliğini bilen üçüncü kişi, temsil olunanın sözleşmeyi onamaması tehlikesini göze almış ve sözleşmenin geçersizliğinden doğacak zararlara razı olmuştur (KUTLU SUNGURBEY, s. 181; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38).

¹⁰⁰⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 20. Ayrıca bkz. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18.

¹⁰¹⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18. Temsil yetkisi eksikliğini bilen üçüncü kişinin güveninin söz konusu olmayacağı ve bu nedenle korunmasına gerek olmadığı yönünde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 181; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.09.

¹⁰¹¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; KARASU, s. 352.

eksikliğini bilmesi söz konusu olduğundan temsil olunan işlemi onamasa bile sorumluluk doğmaz¹⁰¹². Böyle bir sözleşmenin geciktirici koşula (TBK m. 170; OR Art. 151) bağlı olarak yapılabileceği ve özel kurallara tabi olduğu unutulmamalıdır¹⁰¹³. Bu yüzden sözleşmenin onama kaydıyla yapılması, hukuki işlemin temsil olunan tarafından onanacağına ilişkin örtülü bir garanti içermez¹⁰¹⁴. Öte yandan yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişiye, temsil olunanın sözleşmeyi onayacağına ilişkin bir garanti vermiş olması mümkündür¹⁰¹⁵. Bu durumda yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir garanti sözleşmesi kurulmuştur¹⁰¹⁶. Bu nedenle yetkisiz temsilci, temsil olunan tarafından sözleşme onanmadığı takdirde üçüncü kişiye karşı TBK m. 128 (OR Art. 111) uyarınca sorumludur¹⁰¹⁷. Bu durumda yetkisiz temsilcinin TBK m. 128'in yanı sıra TBK m. 47 kapsamında da sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bir görüş, böyle bir durumda üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi nedeniyle TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun doğmayacağı, yetkisiz temsilcinin yalnızca TBK m. 128 uyarınca sorumlu tutulabileceği yönündedir¹⁰¹⁸. Zira garanti verilmesi, temsil olunanın sözleşmeyi onayıp onamayacağını temsilci ile üçüncü kişi arasında açıkça tartışılmasını gerektirir. Böylece üçüncü kişi, temsil yetkisinin varlığı konusunda şüpheye düşmeli veya düşmesi gerekmektedir. Daha sonra sözleşmenin onanmaması hâlinde iyi niyetli olmayan üçüncü kişi, TBK m. 47 uyarınca temsilciyi sorumlu tutamaz; yalnızca ilgili garanti taahhüdü kapsamında bir talepte bulunabilir¹⁰¹⁹. Buna karşılık bir diğer görüş ise yetkisiz temsilcinin TBK m. 128'in yanı sıra TBK m. 47 uyarınca da sorumlu tutulabileceği yönündedir¹⁰²⁰. Bu görüşü savunan yazarlardan KLEIN'a göre, temsil yetkisi eksikliğinin bilinmesi yalnızca TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluğu ortadan kaldırır. Bu nedenle bu

¹⁰¹² KOLLER, Glaube, N. 379; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 209; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21.

¹⁰¹³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18. Ayrıca bkz. BUCHER, s. 644.

¹⁰¹⁴ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18, 86; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21. Yalnızca yetkisiz olarak hareket etmek örtülü garanti taahhüdü olarak nitelendirilemez. Temsilci onama kaydıyla hareket etse, yani temsil yetkisinin bulunmadığını üçüncü kişiye bildirse bile bu tek başına temsil yetkisinin varlığına dair örtülü bir garanti taahhüdü değildir. Aksi takdirde TBK m. 47 (OR Art. 39) anlam ifade etmezdi (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 86. Bkz. BGE 25 II 848, 852 vd.). Temsilci yetkili olsa bile sözleşmenin onama kaydıyla kurulabilmesinin mümkün olduğunu, zira temsilcinin sahip olduğu yetkiyi kullanmak zorunda olmadığını bir kez daha belirtmek gerekir (ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21, dn. 16). Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, f.

¹⁰¹⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 210, dn. 208; İNCEOĞLU, s. 456; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 86.

¹⁰¹⁶ VIOLAND, s. 151.

¹⁰¹⁷ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 19; BUCHER, s. 644; VIOLAND, s. 151; KOLLER, Glaube, N. 379; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 210, dn. 208; İNCEOĞLU, s. 456, 461; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 87; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421a.

¹⁰¹⁸ VIOLAND, s. 151; KOLLER, Glaube, N. 379; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 210, dn. 208; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 87.

¹⁰¹⁹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 87.

¹⁰²⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 19; BUCHER, s. 644; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21.

durumda TBK m. 47 f. 1 uygulama alanı bulmaz, ancak TBK m. 47 f. 2 uygulanır. Böylece TBK m. 128'in yanı sıra TBK m. 47 f. 2 de uygulama alanı bulur. Başka bir deyişle yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye onama konusunda garanti vermiş olması hâlinde yalnızca TBK m. 128 uyarınca bir garanti sorumluluğu değil, TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumluluk da geçerlidir. TBK m. 128 kapsamındaki garanti sorumluluğu, üçüncü kişi için daha avantajlıdır. Zira garanti sorumluluğu bakımından üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi, TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumlulukta olduğu gibi tazminatta indirim yol açmaz. Dolayısıyla TBK m. 128 uyarınca üçüncü kişinin ifa menfaatinin tamamen tazmin edilmesi mümkündür. Bu da garanti sorumluluğunun, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğa nazaran daha geniş bir sorumluluk olduğunu gösterir. Ancak bir garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilirken ihtiyatlı olmak gerektiği de unutulmamalıdır¹⁰²¹. KLEIN'ın ileri sürdüğü görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira temsil yetkisi eksikliğini bilmesi, yalnızca TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluğu değil, TBK m. 47 (f. 1 ve f. 2) kapsamındaki sorumluluğu ortadan kaldırır. Başka bir deyişle temsil yetkisi eksikliğini bilen üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden ne olumsuz ne de olumlu zararın tazminini isteyebilir. Öte yandan yetkisiz temsilcinin bir tali sorumluluk olan TBK m. 49 f. 2 (OR Art. 41 Abs. 2) uyarınca sorumlu tutulması da mümkündür¹⁰²².

Yeri gelmişken şunu da belirtelim: Yetkisiz temsilci, üçüncü kişiye sözleşmenin temsil olunan tarafından onanacağını garanti etmekten başka temsil yetkisinin mevcut olduğunu garanti etmiş de olabilir¹⁰²³. KLEIN'a göre, ticaret sicilinden yetkili olmadığı anlaşılmasına rağmen temsil yetkisinin mevcut olduğunu üçüncü kişiye garanti etmiş olan yetkisiz temsilci, TBK m. 47 f. 1 uyarınca değil, ancak TBK m. 47 f. 2 uyarınca sorumlu tutulabilir. Zira üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi, yalnızca TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluğu ortadan kaldırır¹⁰²⁴. Kanaatimizce üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde TBK m. 47 (f. 1 ve f. 2) kapsamındaki sorumluluk doğmaz. Dolayısıyla temsil yetkisi eksikliğini bilen üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden TBK m. 47 uyarınca tazminat isteyemez.

¹⁰²¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21.

¹⁰²² KOLLER, Glaube, N. 379; İNCEOĞLU, s. 461; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21.

¹⁰²³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 86; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21.

¹⁰²⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 21.

c. Temsil Yetkisi Eksikliğinin Bilinmesi Gerektiğinin İspatlanması

Kanun koyucu, TBK m. 47 f. 1’de (OR Art. 39 Abs. 1) temsil yetkisi eksikliğinin bilinmesinin gerekmesini, başka bir deyişle ihmal yüzünden bilmemeyi, bilmek (müspet vukuf) ile eşdeğer tutmuştur¹⁰²⁵. Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekip gerekmediği konusunda durumun gerekleri dikkate alınmalıdır¹⁰²⁶. Nitekim bu aOR Art. 48’de açıkça belirtilmişti¹⁰²⁷. Ancak bu, yürürlükteki hükümlerde (TBK m. 47; OR Art. 39) açıkça belirtilmemiştir. Bu sonuç TMK m. 3 f. 2 (ZGB Art. 3 Abs. 2) hükmüyle de bağdaşmaktadır. Zira bu hükümde de durumun gereklerinin dikkate alınmasından açıkça söz edilmiştir. Dolayısıyla temsil yetkisi eksikliğinin bilinmesinin gerekmesi konusunda TMK m. 3 f. 2 esas alınmalıdır: Üçüncü kişi, TMK m. 3 f. 2’nin gerektirdiği özeni göstermemiş ve onun bu özensizliği temsil yetkisi eksikliğinin bilinmemesine neden olmuşsa, temsil yetkisi eksikliğinin bilinmesi gerektiği kabul edilecektir¹⁰²⁸. Böylece TBK m. 47 anlamında “bilme gerekliliği” yalnızca TMK m. 3 f. 2’ye yapılan bir atıf olarak görülmelidir¹⁰²⁹. Bu nedenle ilk olarak ana hatlarıyla TMK m. 3 f. 2 ele alınacak, daha sonra TBK m. 47 bağlamında konu incelenecektir.

aa. TMK m. 3 f. 2’ye Genel Bakış

Türk ve İsviçre hukuklarında “*durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse*”, iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanamaz (TMK m. 3 f. 2; ZGB Art. 3 Abs. 2). Kanunda iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanabilmek için gerekli özenin derecesi belirtilmemiştir¹⁰³⁰. Durumun gerektirdiği özenin derecesini TMK m. 4 (ZGB Art. 4) uyarınca hâkim takdir edecektir¹⁰³¹. Hâkim, hakkaniyet, hukuk güvenliği ve hukuki uygulanabilirlik ilkeleri arasında bir denge aramalıdır¹⁰³². O, gerekli özenin derecesini objektif bir ölçüyü esas

¹⁰²⁵ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; KUTLU SUNGURBEY, s. 174; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰²⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰²⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24. İsviçre kanun koyucusu, aOR Art. 48’de üçüncü kişinin, temsil yetkisi eksikliğini “durumun gereklerine göre” bilmesi gerekmesinden söz etmekteydi. Ancak OR Art. 39’da bu ifadeye yer verilmemiştir. aOR Art. 48 hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, D, 1.

¹⁰²⁸ KOLLER, Glaube, N. 167; BGE 116 II 689, 692.

¹⁰²⁹ KOLLER, Glaube, N. 167.

¹⁰³⁰ von MOOS, N. 200.

¹⁰³¹ BGE 131 III 418, 421 vd.; KOLLER, Glaube, N. 148; EDİS, s. 269; SHK-HAUSHEER/JAUN, Art. 3, N. 40; AKKANAT, s. 76; BK-HOFER, Art. 3, N. 117; OĞUZMAN/BARLAS, N. 846; DURAL/SARI, N. 1212; MIDDENDORF Patrick, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz (Hrsg.: ARNET Ruth/BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra), 4. Aufl., Zürich - Genf 2023, Art. 3, N. 9; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1783.

¹⁰³² KOLLER, Glaube, N. 148.

olarak belirlemelidir¹⁰³³. Bu belirlemede “ortalama insan” esas alınmalı, aynı hâl ve koşullar altında ortalama zekâyâ sahip bir insanın göstereceği özene göre değerlendirme yapılmalıdır¹⁰³⁴. Bir uzmanın söz konusu olduğu hâllerde ise ortalama bir uzmanın göstereceği özen esas alınır¹⁰³⁵.

Kural olarak TMK m. 3 f. 2 anlamında her derecede özen eksikliği, iyi niyetin koruyucu etkisinin doğmasını engeller¹⁰³⁶. Dolayısıyla hafif ihmal hâlinde bile iyi niyet korumasından yararlanılamaz¹⁰³⁷. Bununla birlikte iyi niyete koruyucu etki tanıyan hüküm yorumlanarak hükmün anlamı ve amacına göre, iyi niyet korumasının doğmaması için hafif ihmalden daha fazlasının gerekli olduğu sonucuna varılabilir¹⁰³⁸.

Uygulamada, TMK m. 3 f. 2 anlamında özensizlik, genellikle iyi niyet korumasından yararlanmak isteyen kişinin, hukuki eksikliğin (örneğin temsil yetkisi eksikliği) ortaya çıkmasını sağlayacak araştırmayı yapmamış olmasından kaynaklanır¹⁰³⁹. Oysa hukuki eksiklikleri araştırmaya ilişkin genel bir yükümlülük yoktur¹⁰⁴⁰. Dolayısıyla kural olarak, iyi niyet korumasından yararlanmak isteyen kişinin hukuki eksiklikleri araştırma yükümlülüğü bulunmaz. Ancak hukuki eksikliğe dair bir şüphe varsa araştırma yapılmalıdır¹⁰⁴¹. Öte yandan şüphe için özel bir neden olmasa bile alışılmış soruşturmalar yapılmalıdır¹⁰⁴².

¹⁰³³ BGE 131 III 418, 422; **KOLLER**, Glaube, N. 146; **EDİS**, s. 268; **SHK-HAUSHEER/JAUN**, Art. 3, N. 39; **BK-HOFER**, Art. 3, N. 117; **BSK ZGB I-HONSELL**, Art. 3, N. 37; **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 846; **CHK-MIDDENDORF**, Art. 3, N. 9.

¹⁰³⁴ BGE 119 II 23, 27; **KOLLER**, Glaube, N. 146; **EDİS**, s. 269; **AKKANAT**, s. 77; **BSK ZGB I-HONSELL**, Art. 3, N. 37; **OĞUZMAN/BARLAS**, N. 846; **CHK-MIDDENDORF**, Art. 3, N. 9; **MHY-ANTALYA/TOPUZ**, C. I, N. 1782.

¹⁰³⁵ BGE 119 II 23, 27; **KOLLER**, Glaube, N. 147.

¹⁰³⁶ BGE 119 II 23, 27; **KOLLER**, Glaube, N. 149; **BK-HOFER**, Art. 3, N. 120.

¹⁰³⁷ BGE 119 II 23, 27; **KOLLER**, Glaube, N. 149; **ZK-BAUMANN**, Art. 3, N. 59; **AKKANAT**, s. 85.

¹⁰³⁸ **KOLLER**, Glaube, N. 149. İyi niyetin koruyucu etkisinin doğmaması için kast veya ağır ihmali gerekli kılan kanun hükümleri için bkz. **EDİS**, s. 269; **AKKANAT**, s. 86 vd.

¹⁰³⁹ **KOLLER**, Glaube, N. 151; **AKKANAT**, s. 72; **VON MOOS**, N. 202. Ne var ki özensizlik, daima, hukuki eksikliği ortaya çıkaracak olan gerekli araştırmaların ihmal edilmesinden kaynaklanmaz. Doğrudan (yani araştırma olmaksızın) fark edilebilir bir hukuki eksikliğin fark edilmemiş olması da özensizliğe yol açar. Örneğin otomobil tamircisi A, yakından tanıdığı müşterisi B'nin otomobilinin çalındığından haberdardır. Daha sonra B'nin boyanmış ancak başka bir değişikliğe uğramamış otomobili A'ya teklif edilir. A, B'nin otomobili olduğunu fark etmesi gerektiği hâlde şüphelenmeden teklifi kabul eder ve otomobili satın alır. Somut olayın özellikleri dikkate alındığında A, hukuki eksikliği (satıcının tasarruf yetkisi eksikliğini) derhal fark etmiş olmalıydı (**KOLLER**, Glaube, N. 151, dn. 156).

¹⁰⁴⁰ BGE 100 II 8, 14; BGE 83 II 126, 139; **KOLLER**, Glaube, N. 152.

¹⁰⁴¹ BGE 122 III 1, 3; **KOLLER**, Glaube, N. 152; **AKKANAT**, s. 74; **SHK-HAUSHEER/JAUN**, Art. 3, N. 42; **CHK-MIDDENDORF**, Art. 3, N. 9.

¹⁰⁴² **JÄGGI** Peter, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, Bern 1962, Art. 3, N. 128; **KOLLER**, Glaube, N. 154; **VON MOOS**, N. 202. Alışılmış (mutat) soruşturmaların neler olduğu, hangi çevrelerin bu soruşturmaları yapması gerektiği konusunda belirleyici olan uygulamadır. Örneğin bankacılık uygulamasında buna rastlanır (**KOLLER**, Glaube, N. 154).

TMK m. 3 f. 2 anlamında gerekli özenin gösterilmemesi ile iyi niyet arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁰⁴³. Bu bağ, sorumluluk hukuku anlamında doğal bir nedensellik bağıdır¹⁰⁴⁴. Bu nedenle özensizlik, iyi niyet için *conditio sine qua non*'dur¹⁰⁴⁵. Nedensellik bağının mevcut olması, iyi niyet iddiasında bulunmaya engeldir. Gerekli özenin gösterilmesi, iyi niyetin ortadan kalkmasına yol açmazsa iyi niyet korumasından yararlanmak mümkündür¹⁰⁴⁶.

bb. Üçüncü Kişinin Göstermesi Gereken Özen

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğinin kabul edilmesi için iki unsur bir arada bulunmalıdır: (1) Üçüncü kişi, durumun gerektirdiği özeni göstermemiş olmalıdır. (2) Üçüncü kişinin gerekli özeni göstermemesi, onun temsil yetkisi eksikliğini bilmemesine neden olmalıdır¹⁰⁴⁷. Başka bir deyişle gerekli özenin gösterilmemesi ile temsil yetkisi eksikliğinin bilinmemesi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁰⁴⁸.

TMK m. 3 f. 2 (ZGB Art. 3 Abs. 2) anlamında üçüncü kişinin göstermesi gereken özen hâkimin takdirine bağlı olduğundan TBK m. 47 anlamında hangi hâllerde gerekli özenin gösterilmemiş olarak kabul edileceği peşinen söylenemez¹⁰⁴⁹. Dolayısıyla üçüncü kişinin durumun gerektirdiği özeni gösterip göstermediği somut olayın özelliklerine göre belirlenir¹⁰⁵⁰. Bununla beraber çoğu hâlde geçerli olan bazı ilkelerden söz etmek mümkündür¹⁰⁵¹:

Kanun koyucu, TBK m. 47'de, gerekli özenin derecesi bakımından TMK m. 3 f. 2'deki kuraldan ayrılmamıştır. Böylece üçüncü kişinin göstermesi gereken özeni yalnızca ağır ihmalle

¹⁰⁴³ BGE 131 III 418, 423; BGE 100 II 8, 16; KOLLER, Glaube, N. 159; SHK-HAUSHEER/JAUN, Art. 3, N. 50; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 34; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1781.

¹⁰⁴⁴ KOLLER, Glaube, N. 159.

¹⁰⁴⁵ KOLLER, Glaube, N. 159.

¹⁰⁴⁶ KOLLER, Glaube, N. 160; SHK-HAUSHEER/JAUN, Art. 3, N. 50; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 34. Gerekli özenin iyi niyeti ortadan kaldırıp kaldırmayacağının önemli olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. MÜLLER-CHEN, s. 1271-1272.

¹⁰⁴⁷ BGE 116 II 689, 692; KOLLER, Glaube, N. 167.

¹⁰⁴⁸ BGE 116 II 689, 692; KOLLER, Glaube, N. 167; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰⁴⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208; İNCEOĞLU, s. 455; von MOOS, N. 204; KARASU, s. 353; İŞ-NART, m. 47, N. 12; AYDOĞDU/NART, s. 146.

¹⁰⁵⁰ KUTLU SUNGURBEY, s. 174; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208; İNCEOĞLU, s. 455; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; İŞ-NART, m. 47, N. 12; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24; AYDOĞDU/NART, s. 146. ERGÜNE'ye göre, iyi niyete koruyucu etki tanıyan hükmün kapsamına giren hâlleri, taraflar arasındaki işlemsel temasın ortaya çıkış biçimini dikkate almayan birtakım varsayımlarla soyut olarak belirlemek mümkün değildir.

¹⁰⁵¹ von MOOS, N. 204.

sınırlamak doğru olmaz. Hükümde özel bir özen derecesi belirtilmediğine göre üçüncü kişinin gerekli özeni göstermemiş olduğunu kabul etmek için hafif ihmal bile yeterli olabilir¹⁰⁵².

Üçüncü kişinin, yetkiliymiş gibi davranan temsilciden yetki belgesini ibraz etmesini istememesi ve temsil yetkisine ilişkin başka bir araştırma yapmaması hâlinde onun gerekli özeni göstermemiş olduğundan söz edilemez¹⁰⁵³. Zira temsil yetkisinin mevcut olduğunu temsilci ispatlamalıdır. Üçüncü kişiden, kural olarak temsilciden bu yönde (temsil yetkisinin bulunduğu dair) bir ispat talep etmesi beklenmez¹⁰⁵⁴. Başka bir deyişle üçüncü kişinin, temsil yetkisinin varlığını ve kapsamını araştırma yükümlülüğü yoktur¹⁰⁵⁵. Bununla beraber, temsil yetkisi eksikliğini gösteren hâllerin bulunması veya temsil yetkisini incelemenin alışılmış olduğu bir işlemin (örneğin bankacılık işlemleri¹⁰⁵⁶) söz konusu olması hâlinde üçüncü kişinin temsil yetkisini incelemesi gereklidir¹⁰⁵⁷. Aynı şekilde temsilci, temsil yetkisine ilişkin

¹⁰⁵² von MOOS, N. 205. Alman hukukunda aynı yönde bkz. BGH, NJW 2001, s. 2627; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 19.

¹⁰⁵³ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208; İNCEOĞLU, s. 455; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; von MOOS, N. 206; KARASU, s. 353; İŞ-NART, m. 47, N. 12; AYBAY, s. 150; AYDOĞDU/NART, s. 146. Yargıtayın tacirler bakımından aksini kabul ettiği kararları mevcuttur. Buna göre TTK m. 18 f. 2’de düzenlenen basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü kapsamında bir tacirin temsilciden yetki belgesini ibraz etmesini istememesi, yetki belgesini gereği gibi incelememesi veya temsil yetkisinin mevcut olup olmadığını araştırmamış olması hâlinde o gerekli özeni göstermediğinden iyi niyet iddiasında bulunamaz. Bkz. Yarg. TD, E. 787, K. 4718, 13.12.1966 (KUTLU SUNGURBEY, s. 174, dn. 154a); Yarg. HGK, E. 544, K. 68, 09.03.1966 (KUTLU SUNGURBEY, s. 174, dn. 154a). Yargıtayın bu uygulamasının haklı olduğu yönünde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208, dn. 201.

Yargıtayın yeni tarihli bir kararı da dikkate değerdir: Temsil olunan, temsilci tayin eder ve temsilci noterde düzenlenen yetki belgesiyle bankadan kredi kullanır. Daha sonra temsil olunan, temsilcinin yetkisiz olduğunu, bankanın bu konuda gerekli özeni göstermediğini ileri sürerek bankaya karşı dava açar. İlk derece mahkemesi, davalı bankanın kredi kullandırmadan önce vekâletnamenin geçerliliğini ilgili noterliğe teyit ettirdiğini, söz konusu işlemlerin yetki kapsamında olduğunu belirterek davayı reddetmiştir. Daha sonra Bölge Adliye Mahkemesi, “banka personelince sadece ilgili noterlik aranarak vekaletname yönünden azil olup olmadığı sorularak, iptal edilmediklerine ilişkin yanıt üzerine başka herhangi araştırma yapılmaksızın kredi kullandırılması karşısında, davalı bankanın özen yükümlülüğüne uygun davrandığının kabul edilemeyeceği, bu nedenle davalı bankanın kusurunun bulunduğu”nu belirterek ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın kısmen kabulüne karar vermiştir (İstanbul BAM 13. HD, E. 2018/1875, K. 2020/666, 25.06.2020 (Lexpera). Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, hükmü davalı banka yararına bozmuş ve şu tespitlerde bulunmuştur: “Bankanın geçerli olan vekaletnameye uygun olarak işlem yapması karşısında davacının kredilerden sorumlu olacağı, bunun yanında bankaların güven kurumu olması tek başına vekaletnameye değer vermemesi veya vekaletname içeriğinden açıkça yetki verildiği belirlenen hususlarda ayrıca araştırma yapması zorunluluğunu ortaya koymaz. Tüm bu hususlar karşısında, bankanın vekaletname uyarınca davacı adına kredi kullandırması usul ve yasaya ve vekaletname içeriğine uygundur.” (Yarg. 11. HD, E. 2020/7459, K. 2022/2065, 17.03.2022 (Lexpera); Yarg. 11. HD, E. 2021/3374, K. 2022/7370, 25.10.2022 (Kazancı)).

¹⁰⁵⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰⁵⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208; İNCEOĞLU, s. 455; İŞ-NART, m. 47, N. 12; AYBAY, s. 150; AYDOĞDU/NART, s. 146.

¹⁰⁵⁶ BGE 116 II 689, 693; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; von MOOS, N. 206; İŞ-NART, m. 47, N. 12; AYDOĞDU/NART, s. 146. Örneğin bankadaki gişe memuru, temsil yetkisinin varlığını incelemeyen hesap sahibinin temsilcisi olduğunu iddia eden kişiye para verirse, çifte ödeme yapmak zorunda kalan banka uğramış olduğu zararın tazminini yetkisiz temsilciden talep edemez (ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24).

¹⁰⁵⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5; von MOOS, N. 206; İŞ-NART, m. 47, N. 12; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24; AYDOĞDU/NART, s. 146. Ayrıca bkz. İzmir BAM 14. HD, E. 2021/1145,

şüphelerini dile getirirse üçüncü kişinin bir incelemede bulunması gerekir¹⁰⁵⁸. Kısacası temsil yetkisinin varlığından emin olmak, onu incelemek için bir nedenin mevcut olması hâlinde üçüncü kişinin bu incelemeyi yapması beklenir¹⁰⁵⁹. Buna da işlemin niteliği¹⁰⁶⁰, önceden var olan şüpheler¹⁰⁶¹ veya diğer özel nedenler¹⁰⁶² yol açabilir. Bunlara rağmen üçüncü kişi temsil yetkisini incelemese onun gerekli özeni göstermemiş olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan yetkisizliğe işaret eden olguların bulunması nedeniyle gerekli araştırmayı yapan ancak haklı nedenlerle yetkinin mevcut olduğu sonucuna ulaşan üçüncü kişinin de iyi niyetli olduğu kabul edilmelidir. Zira önemli olan üçüncü kişinin gerekli özeni göstermiş olmasıdır¹⁰⁶³.

Temsil yetkisini incelemeyi gerektiren bir nedenin mevcut olması ve üçüncü kişinin iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanmak için gerekli özeni göstermek istemesi hâlinde onun temsil yetkisini hangi şekilde incelemesi gerektiği de ele alınması gereken bir konudur. Başka bir deyişle bu bakımdan incelemenin biçimi de önemlidir¹⁰⁶⁴. Öğreti ve uygulamada üçüncü kişinin temsil yetkisini inceleyebilmesi için kendisine bir yetki belgesi ibraz edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶⁵. Başka bir deyişle üçüncü kişi, temsilcinin kendisine yetki belgesi sunmasını istemelidir. Buna karşı çıkan von MOOS'a göre, bir yetki belgesi, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkide temsil yetkisinin gerçekten mevcut olup olmadığı hakkında bir şey ifade etmez. Yetki belgesi, süresi dolmuş bir temsil yetkisine atıfta bulunabilir¹⁰⁶⁶. Nitekim bankacılık uygulamasında üçüncü kişi konumundaki bankaların, sunulan yetki belgesiyle yetinmeyip ilgili noterlikle iletişime geçerek bir azilnamenin mevcut olup olmadığını araştırdıkları görülmektedir¹⁰⁶⁷. Yazar, bu konuda Alman Federal Mahkemesinin çözümünü benimsemektedir: Üçüncü kişinin temsilciye temsil yetkisinin varlığına ilişkin duyduğu

K. 2024/276, 15.02.2024 (Lexpera): “Davacı şirketin tacir olduğu, TTK’nın 18/2. maddesi uyarınca basiretli davranma yükümlülüğü altında bulunduğu, bir şirket ile sözleşme imzalarken şirket yetkilisini bilmesi/araştırması gerektiği ...”

¹⁰⁵⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 4; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5.

¹⁰⁵⁹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208; İNCEOĞLU, s. 456; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰⁶⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰⁶¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; İŞ-NART, m. 47, N. 12; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24; AYDOĞDU/NART, s. 146.

¹⁰⁶² ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 208; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰⁶³ İNCEOĞLU, s. 456. Yazar, yetki eksikliğinden şüphelenen üçüncü kişinin gerekli araştırmaları yapması, ancak temsilcinin bir gün sonra bir yetki belgesi ibraz etmesi nedeniyle yetkinin mevcut olduğuna haklı olarak ikna olmasını buna örnek olarak göstermektedir.

¹⁰⁶⁴ von MOOS, N. 207.

¹⁰⁶⁵ Bkz. BGE 116 II 689, 693; LANDTWING, s. 49.

¹⁰⁶⁶ von MOOS, N. 207.

¹⁰⁶⁷ Bkz. Yarg. 11. HD, E. 2020/7459, K. 2022/2065, 17.03.2022 (Lexpera); Yarg. 11. HD, E. 2021/3374, K. 2022/7370, 25.10.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

şüpheleri ifade etmesi ve temsilcinin de temsil yetkisini en azından örtülü olarak “teyit etmesi” yeterlidir. Bu durumda üçüncü kişinin daha fazla araştırma yapması beklenemez. Böyle davranan bir temsilcinin korunması gerektiğinden söz edilemez¹⁰⁶⁸. Aynı şekilde yetkisiz temsilcinin, kendisini açıkça yetkili olarak tanıtmış olması hâlinde üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesi gerektiğini ileri süremeyeceği, başka bir deyişle üçüncü kişinin temsil yetkisinin bulunmadığını düşünmesine yol açan belirtilerin sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir¹⁰⁶⁹. Bu durumda yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğini ileri sürmesine karşılık üçüncü kişinin *replicatio doli* itirazında bulunabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁷⁰. Buna karşılık kanun koyucunun, yetkisiz temsilcinin kendisini açıkça yetkili olarak tanıtmış olup olmadığı yönünde bir ayırım yapmadığı, bu nedenle yetkisiz temsilcinin kendisini açıkça yetkili olarak tanıtmış olması hâlinde de üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesinin gerekmesinin sorumluluğu ortadan kaldıracağı ileri sürülmüştür¹⁰⁷¹. Kanaatimizce kural olarak kendisini açıkça yetkili olarak tanıtan yetkisiz temsilci, daha sonra üçüncü kişinin gerekli özeni göstermediğini ileri sürememelidir. Temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bildiği hâlde kendisini açıkça yetkili olarak tanıttığı söylenebilirse “zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali kural olarak göz önünde tutulmaz” ilkesi uyarınca artık üçüncü kişinin gerekli özeni göstermediğinden söz edilemez. Ancak üçüncü kişinin yetkinin varlığını kolayca denetleyip denetleyemediği de önemlidir. Şayet üçüncü kişi temsil yetkisini kolayca inceleyebileceği hâlde temsilcinin açıklamasına güvenmiş ve gerekli incelemeyi yapmamışsa artık onun yetki eksikliğini bilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Zira bu durumda üçüncü kişinin hafif ihmali değil, ağır ihmali vardır.

Üçüncü kişinin temsil yetkisini araştırma külfetinin olup olmadığıyla ilgili bazı mahkeme kararlarını ele almakta yarar görüyoruz. Aşağıda ele alacağımız kararlar yalnızca BGB § 179 ile ilgili Alman mahkemelerinin kararlarıdır. TBK m. 47 ile OR Art. 39’a ilişkin kayda değer bir karar bulunmamaktadır¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁸ von MOOS, N. 208. Alman Federal Mahkemesinin kararı için bkz. BGH, NJW 2000, s. 1407 vd.

¹⁰⁶⁹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 211; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 19; AYBAY, s. 151. KLEIN’a göre bu çoğu zaman doğru olabilir, ancak bankadaki gişe memurunun temsil yetkisinin varlığını incelememesi örneğinde yetkisiz temsilcinin açık bir güvencesi yeterli olmaz. Üçüncü kişinin yetkinin varlığını denetleme imkânının olup olmadığı ve böyle bir incelemenin alışılmış olup olmadığı da önemlidir. İncelemek ne kadar kolay olursa bilme gerekliliğinin kabul edilmesi ihtimali de o kadar artar. Bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 24.

¹⁰⁷⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 211, dn. 217.

¹⁰⁷¹ KUTLU SUNGURBEY, s. 176.

¹⁰⁷² von MOOS, N. 209.

(1) Aşağıdaki olayda üçüncü kişinin temsil yetkisini araştırma külfetinin olduğu kabul edilmiştir:

Temsil yetkisi olmayan bir şantiye şefi, iş sahibi adına hareket ederek yüklenici ile mevcut eser sözleşmesinde değişiklik yapılması konusunda anlaşır. Mahkeme, yüklenicinin araştırma külfetinin olduğunu şu gerekçelerle kabul etmiştir: (i) Sözleşmede önemli bir değişiklik söz konusudur. (ii) Sözleşme bizzat iş sahibi tarafından imzalanmıştır. (iii) Yüklenici, iş sahibiyle pek çok sözleşme yapmış ve iş sahibiyle daima kendisi muhatap olmuştur¹⁰⁷³.

(2) Aşağıdaki olaylarda üçüncü kişinin temsil yetkisini araştırma külfetinin olmadığına hükmedilmiştir:

(i) Temsil yetkisi olmayan bir hastane müdürü, hastane adına hemşirelerin konaklaması için bir kira sözleşmesi imzalar. Sözleşme imzalanmadan önce ev sahibi, hastane müdürüne yetkisi hakkında sorular sorar. Hastane müdürü, yetkisinin kanundan kaynaklandığını belirterek “yazılı bir yetkiye” ihtiyacı olmadığını söyler. Mahkeme, ev sahibinin araştırma külfetinin olmadığına şu gerekçelerle hükmetmiştir: Üçüncü kişi olan ev sahibi, hastane müdürünün temsil yetkisine ilişkin soruya vermiş olduğu cevap üzerine şüphelerinin ortadan kalktığını düşünmekte haklıdır. Hastane müdürü verdiği cevapla temsil yetkisini “teyit etmiştir”¹⁰⁷⁴.

(ii) Yetkisiz temsilci, G Şirketi adına üçüncü kişiden uçak bileti rezervasyonu yaptırır. Temsilci, G Şirketi’nin çalışanı değildir ve üçüncü kişi bunu bilir. Daha önce bu rezervasyonları G Şirketi’nin genel müdürü veya bir çalışanı yaptırmaktadır. Buna rağmen mahkeme, üçüncü kişinin araştırma külfetinin olmadığına hükmetmiştir: Üçüncü kişinin temsil yetkisi konusunda şüphe duymasına yol açacak bir durum yoktur. Temsilcinin G Şirketi çalışanı olmadığını bilmek, temsil yetkisinin varlığından şüphelenmek için yeterli değildir. Aksi takdirde üçüncü kişilerin, her olayda temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişkiyi incelemeleri ve bu ilişki uyarınca temsil yetkisi verilmesinin güvenilir görünüp görünmediğini belirlemeleri gerekirdi. Bu, genel bir araştırma yükümlülüğü anlamına gelecektir. G Şirketi’nin geçmişte genel müdürü veya bir çalışanı aracılığıyla rezervasyon yaptırmaması da üçüncü kişinin şüphelenmesi için yeterli değildir. Kaldı ki söz konusu durumun şüpheyeye yol açtığı kabul edilse

¹⁰⁷³ OLG Saarbrücken, NJW-RR 2001, s. 453 vd.; von MOOS, N. 214.

¹⁰⁷⁴ BGH, NJW 2000, s. 1407 vd.; von MOOS, N. 217.

bile üçüncü kişinin araştırma külfeti yoktur. Zira temsilci, faturalandırmanın geçen seferki gibi yapılması gerektiğini belirterek şüpheyi yer bırakmamıştır. Temsilci daha önce G Şirketi genel müdürü tarafından ödenen bir uçuşa katılmış olduğu için üçüncü kişinin G Şirketi adına yapılan rezervasyonun bu sefer de doğru olduğunu düşünmesi doğaldır¹⁰⁷⁵.

cc. Hukuki Sonucu

TMK m. 3 f. 2'nin lafzına göre gerekli özenin gösterilmemesinin hukuki sonucu, iyi niyet iddiasında bulunulamamasıdır¹⁰⁷⁶. Bu hükmün maddi hukuk bakımından anlamı, iyi niyete koruyucu etki tanıyan hükmün hukuki sonucunun doğmamasıdır¹⁰⁷⁷. Başka bir deyişle iyi niyete bağlanan hukuki sonuç meydana gelmez. Sonuç olarak gerekli özeni göstermeyen kişi, kötü niyetli bir kişi olarak kabul edilir¹⁰⁷⁸. Nitekim TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) hükmü de üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini "bilmesi gerektiği" durumda, bu hükümde öngörülmüş olan sorumluluğun doğmayacağını belirterek bu esasları ortaya koyar¹⁰⁷⁹. Bu konu, TBK m. 47 f. 1 c. 2'de "*Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.*" biçiminde belirtilmiştir.

TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünün lafzından, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğmayacağı anlaşılmaktadır. Ancak temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğinin ispatlanmasının hukuki sonucu kanunun açık ifadesine rağmen tartışmalıdır¹⁰⁸⁰. Tartışmadan söz etmeden önce şunu belirtelim: Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerekmesinin, kusursuz yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu kesin biçimde ortadan kaldıracağı konusunda bir tereddüt yoktur. Başka bir deyişle kusursuz yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulur¹⁰⁸¹. Kusurlu bir üçüncü kişiye karşı yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmak sakıncalı görünmemekte, karşılaştırmalı hukuktaki hükümler de göz önünde bulundurulduğunda yetkisiz

¹⁰⁷⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1995, s. 113; von MOOS, N. 218-220.

¹⁰⁷⁶ KOLLER, Glaube, N. 138; OFK-SCHWANDER, Art. 3, N. 5; von MOOS, N. 224.

¹⁰⁷⁷ BK-JÄGGI, Art. 3, N. 106; KOLLER, Glaube, N. 138; OFK-SCHWANDER, Art. 3, N. 5.

¹⁰⁷⁸ BGE 122 III 1, 3; KOLLER, Glaube, N. 138; EDİS, s. 268; OFK-SCHWANDER, Art. 3, N. 5; von MOOS, N. 224.

¹⁰⁷⁹ von MOOS, N. 224; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 25.

¹⁰⁸⁰ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 25.

¹⁰⁸¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38; von MOOS, N. 230; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.09.

temsilciyi kusurlu bir üçüncü kişiye karşı kusursuz olduğu hâlde sorumlu kılmanın adil olmadığı düşünülmektedir¹⁰⁸².

Bilindiği üzere TBK m. 47'nin birinci fıkrasında kusursuz yetkisiz temsilcinin sorumluluğu düzenlenirken hükmün ikinci fıkrasında kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğu düzenlenmektedir. TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünde ise temsilcinin kusurlu olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmamıştır¹⁰⁸³. Bu nedenle TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünün “kusursuz” yetkisiz temsilcilerin yanı sıra “kusurlu” yetkisiz temsilciler için de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmaya yol açmıştır¹⁰⁸⁴. Başka bir deyişle tartışmalı olan TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünün yalnızca kusursuz yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için geçerli bir hüküm olup olmadığı ve kusurlu yetkisiz temsilcinin bu hükmü ileri sürüp süremeyeceğidir¹⁰⁸⁵.

Bu konudaki görüşleri iki grupta açıklamak mümkündür:

(1) Hâkim görüşe göre, yetkisiz temsilci kusurlu olsun olmasın, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi hâlinde TBK m. 47 kapsamındaki yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz¹⁰⁸⁶. Hükmün açık ifadesi dikkate alındığında temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden tazminat talep edemez¹⁰⁸⁷. Tazminat sorumluluğunun birinci fıkradan mı yoksa ikinci fıkradan mı kaynaklandığı önemli değildir;

¹⁰⁸² von MOOS, N. 230.

¹⁰⁸³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 34.

¹⁰⁸⁴ KUTLU SUNGURBEY, s. 181; İNCEOĞLU, s. 456; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 34.

¹⁰⁸⁵ İNCEOĞLU, TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünün TBK m. 47 f. 1'in yanı sıra TBK m. 47 f. 2'yi de kapsayıp kapsamadığının tartışmalı olduğunu belirtmektedir (İNCEOĞLU, s. 456). Kanaatimizce bu ifade yanıltıcıdır. Tartışmalı olan bu hükmün kapsamına TBK m. 47 f. 2'nin girip girmediği değil, kusurlu yetkisiz temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişiye karşı bu hükmü ileri sürüp süremeyeceğidir. Zira kusurlu yetkisiz temsilcinin mutlaka TBK m. 47 f. 2'nin kapsamına girmesinden söz edilemez. Başka bir deyişle kusurlu yetkisiz temsilci yalnızca TBK m. 47 f. 2 ile bağdaştırılamaz. Kimi hâllerde kusurlu yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1 kapsamına girmesi de mümkündür. Şöyle ki yetkisiz temsilci kusuru olmadığını ispat edemese bile mahkeme TBK m. 47 f. 2'de öngörülen “hakkaniyet” unsurunun somut olayda gerçekleşmediği sonucuna varırsa, kusurlu yetkisiz temsilci yine TBK m. 47 f. 1 uyarınca (tıpkı kusursuz temsilci gibi) yalnızca olumsuz zarardan sorumlu olur. TBK m. 47 f. 1'in kapsamına kusursuz olan yetkisiz temsilciler gibi hakkaniyet unsurunun gerçekleşmediği hâllerde kusurlu yetkisiz temsilciler de girebilmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38). Bu nedenle KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, TBK m. 47 f. 1 c. 2'nin yalnızca yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulduğu hâller için kanuna konulmuş bir hüküm olmadığını belirtmektedir.

¹⁰⁸⁶ von TUHR/PETER, § 45 III; BUCHER, s. 644; VIOLAND, s. 152; KUTLU SUNGURBEY, s. 181; KOLLER, Glaube, N. 381; ZÄCH Roger, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Art. 32-40 OR (Hrsg.: MEIER-HAYOZ Arthur), Bern 1990, Art. 39, N. 20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; İNCEOĞLU, s. 455, 459-461; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5; von MOOS, N. 231; HELVACI/KARASU, s. 207-208; KARASU, s. 352-353; İŞ-NART, m. 47, N. 11; EREN, BH GH, N. 1426; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 5; AYRANCI, s. 497-498; AYBAY, s. 150; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 4; AYDOĞDU/NART, s. 146.

¹⁰⁸⁷ HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 4.

belirleyici unsur, üçüncü kişinin gerekli özeni gösterip göstermediğidir¹⁰⁸⁸. Başka bir deyişle bu konuda bir yargıya varırken temsilcinin kusurlu olup olmadığına değil, yalnızca üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekip gerekmediği esas alınmalıdır. Dolayısıyla TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmü hem kusursuz hem de kusurlu yetkisiz temsilci bakımından geçerlidir. Her ne kadar TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmü, yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 47 f. 1'in birinci cümlesinin ardından gelmekte ve sadece bu hâle ilişkinmiş gibi gözükse de hükmün ikinci fıkrasında düzenlenen kusur sorumluluğu için de geçerli olmaması için bir neden bulunmamaktadır¹⁰⁸⁹. Zira her iki hâlde de üçüncü kişi, temsil olunanın sözleşmeyi onamaması tehlikesini göze almış, bundan doğacak zararlara razı olmuştur¹⁰⁹⁰. Ayrıca üçüncü kişinin, temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, yetkisiz temsilci kusurlu bile olsa ona karşı haklı bir güven duyulmasına engeldir¹⁰⁹¹. Bu nedenle TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünün kıyas yoluyla kusurlu yetkisiz temsilciye de uygulanması amaca ve hakkaniyete uygun bir çözümdür¹⁰⁹².

İNCEOĞLU'na göre, yetkisiz olduğunu açıkça üçüncü kişiye açıklayan bir temsilcinin sorumlu olmaması gerektiği kuşkusuzdur. Ancak böyle açık bir bildirim yapılmamışsa üçüncü kişinin yetkisizliği bildirginin ispatlanması kolay değildir. Bu nedenle yalnızca üçüncü kişinin “bilme”sine bir sonuç bağlanmış olması, temsilcinin sorumluluktan kurtulmasını oldukça güçleştirir. Özellikle yetkisizliğin açıkça belli olduğu hâllerde temsilci böyle bir açıklama yapma gereği dahi duymayabilir. Bu durumda da sırf üçüncü kişi bunu anlayamadı diye temsilcinin sorumlu tutulması adil olmaz. Dolayısıyla kusurlu yetkisiz temsilci bile üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmelidir¹⁰⁹³. Kanaatimizce bu senaryoda üçüncü kişinin ağır ihmalinden söz edilmektedir. Aşağıda açıklayacağımız gibi ağır ihmal nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin yetkisiz temsilciyi sorumlu tutamaması yerindedir. Kusursuz yetkisiz temsilci gibi kusurlu yetkisiz

¹⁰⁸⁸ HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 4.

¹⁰⁸⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 207, dn. 195; İNCEOĞLU, s. 457. TBK m. 47 f. 2'nin, TBK m. 47 f. 1'i tamamlayan bir hüküm olduğu, birinci fıkra için aranan “üçüncü kişinin iyi niyetli olması” unsurunun ikinci fıkra için de geçerli olduğu yönünde bkz. von MOOS, N. 348.

¹⁰⁹⁰ KUTLU SUNGURBEY, s. 181; İNCEOĞLU, s. 457. Temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen, ancak bu konuda ihmali olan (yani yetki eksikliğini bilmesi gereken) üçüncü kişinin ortaya çıkabilecek tüm zararlara önceden razı olduğunun söylenemeyeceği, yalnızca yetki eksikliğini bilen üçüncü kişinin bu yüzden gerçekleşebilecek zararları önceden gördükleri ve kabul etmiş sayılabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38.

¹⁰⁹¹ KUTLU SUNGURBEY, s. 181; AKYOL, s. 527; İNCEOĞLU, s. 457. Karş. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 51.

¹⁰⁹² KUTLU SUNGURBEY, s. 181. Aynı yönde bkz. AYRANCI, s. 498.

¹⁰⁹³ İNCEOĞLU, s. 460-461.

temsilcinin de üçüncü kişinin ağır ihmali olduğunu, bu nedenle yetki eksikliğini bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür.

Hâkim görüşe yönelik getirilen üçüncü kişinin kusurunun, kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldıracak görüşünün sorumluluk hukuku sistemiyle bağdaşmadığı yönündeki eleştirinin iki açıdan isabetsiz olduğu ifade edilmiştir: (i) Sorumluluk hukuku sisteminde *culpa in contrahendo* sorumluluğu kural olarak bir kusur sorumluluğudur. Oysa bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olan yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, TBK m. 47’de bir kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenmiştir. Bunun olağan bir durum olmadığı açıktır. (ii) Sözleşmenin geçersiz hâle geldiği bir durumda olumlu zararın tazmininin istenebilmesi de sorumluluk hukuku sistemiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla kanun koyucunun bir yandan temsilciyi sözleşme görüşmelerindeki davranışından ötürü kusursuz bile olsa sorumlu tutarken, hatta temsilcinin kusurlu olduğu durumlarda olumlu zarara kadar bir tazminat ödenmesine imkân tanırken, diğer yandan da üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması hâlinde bu sorumluluğu kaldırması çok da yadırgatıcı değildir. Kanun koyucu bir anlamda tarafların menfaatleri arasında bir denge kurmak istemiştir¹⁰⁹⁴.

Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarının dayanağı, Alman hukukundaki durumdur. BGB § 179 Abs. 3’e göre, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz. Alman öğretisindeki hâkim görüş, hükmün lafzına göre yorumlanması gerektiği yönündedir¹⁰⁹⁵. Dolayısıyla üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi, BGB § 254 (TBK m. 52; OR Art. 44) çerçevesinde tazminatın indirilmesine yol açan bir neden olarak kabul edilmez. Üçüncü kişinin ihmali, temsilcinin ihmaliinden daha önemsiz görmek için bir neden yoktur. Kaldı ki temsilci yetki eksikliğini bilse bile yetki eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişinin güveni korunmayacağından yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz¹⁰⁹⁶.

Öte yandan von MOOS’a göre TBK m. 47 f. 2’deki hâkimin takdir yetkisi, yalnızca üçüncü kişinin olumsuz zararı yerine olumlu zararının tazmin edilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkindir. Bu takdir yetkisi, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi hâlinde sorumluluğun mu ortadan kalkacağı yoksa tazminatın mı indirileceği ile ilgili değildir. Ayrıca TBK m. 52’nin kıyas yoluyla uygulanmasını gerektirecek bir kanun

¹⁰⁹⁴ İNCEOĞLU, s. 460.

¹⁰⁹⁵ PRÖLSS, s. 171; Soergel-LEPTIEN, § 179, N. 19; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 56.

¹⁰⁹⁶ von MOOS, N. 229, 232.

boşluğu da yoktur. Bu durumda ne gerçek ne de gerçek olmayan bir kanun boşluğu vardır. Temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişinin kusurlu yetkisiz temsilciden hiçbir şey elde edememesi, başka bir deyişle eli boş dönmesi rahatsız edici olurdu ve gerçek olmayan bir boşluktan söz edilebilirdi. Ancak bu durumda iyi niyet iddiasında bulunamayan üçüncü kişinin kusurlu yetkisiz temsilciyi hâlâ genel *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanarak sorumlu tutma olasılığı vardır¹⁰⁹⁷.

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi hâlinde kural olarak kusurlu yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun doğmayacağını savunan KUTLU SUNGURBEY, bu kurala şöyle bir istisna getirmiştir: Roma-Pandekt hukukundaki “zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali kural olarak göz önünde tutulmaz” ilkesine göre örneğin zimmetine para geçiren bir veznedar, bu zararın zarar görenin gereği gibi denetim yapmamasından ileri geldiğini öne süremez. Bu kökleşmiş ilkenin kusurlu yetkisiz temsilciye de uygulanması gerekir. Temsil yetkisi eksikliğini bilerek, başka bir deyişle kasten hareket etmiş bir yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz veya tazminatın indirilmesini isteyemez¹⁰⁹⁸. Dolayısıyla yazara göre bu durumda istisna olarak yetkisiz temsilciyi TBK m. 47 kapsamında sorumlu tutmak mümkündür.

Bununla beraber bazı yazarlar, temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişinin TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilciden tazminat talep edemeyeceğini, ne var ki yetkisiz temsilciye karşı tamamen savunmasız olmadığını ileri sürmektedirler:

(i) Yetkisiz temsilcinin özel bir güven yaratmış olması hâlinde onun *culpa in contrahendo* uyarınca sorumluluğu ileri sürülebilir¹⁰⁹⁹.

(ii) Yetkisiz temsilcinin kasten hareket etmiş olması hâlinde onun TBK m. 49 f. 2 (OR Art. 41 Abs. 2) uyarınca ahlaka aykırı fiil ile zarar vermesi nedeniyle sorumluluğunu ileri sürülebilir¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁷ von MOOS, N. 349.

¹⁰⁹⁸ KUTLU SUNGURBEY, s. 182.

¹⁰⁹⁹ KUTLU SUNGURBEY, s. 183; İNCEOĞLU, s. 456; von MOOS, N. 231.

¹¹⁰⁰ KOLLER, Glaube, N. 381; BK-ZÄCH, Art. 39, N. 20; İNCEOĞLU, s. 461; HELVACI/KARASU, s. 208. İNCEOĞLU’na göre bu sorumluluğun doğması için temsilcinin yetkisi olmadığını bilerek hareket etmesinin yeterli sayılması gerekir. Yetkisiz temsilcinin kasten hareket etmesinden “temsil yetkisi eksikliğini bilmesine rağmen temsilci olarak hareket etmesi” anlaşılmakta ise de bu doğru değildir. Kastın varlığı için bilmenin yanı sıra “istemek” unsuru da gerekir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yol açan yalnızca temsil yetkisi eksikliği değil,

(iii) Yetkisiz temsilcinin, temsil olunanın sözleşmeyi mutlaka onayacağı yönünde bir güven yaratmış olması hâlinde TBK m. 128 (eBK m. 110) anlamında bir garanti taahhüdünün söz konusu olduğu kabul edilerek onun bu nedenle sorumluluğu ileri sürülebilir¹¹⁰¹.

(2) İsviçre Federal Mahkemesinin de benimsediği ve son yıllarda gittikçe taraftar toplayan bizim de katıldığımız bir görüş, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi hâlinde kusurlu yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmüne dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağı yönündedir¹¹⁰². Bu görüşe göre üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi, kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmak yerine TBK m. 52 (OR Art. 44) uyarınca tazminatın indirilmesine yol açar¹¹⁰³.

İsviçre Federal Mahkemesi, 1990 yılında vermiş olduğu bir kararda hükmü lafzına göre yorumlamamıştır. Kara konu olan olayda, kasten hareket eden yetkisiz temsilcinin yetkili olup olmadığını denetlemeyen bir banka zarara uğramıştır. Federal Mahkeme, bankayı kusurlu bulmuş ve zarar görenin kusuru nedeniyle tazminatı üçte bir oranında indirmiştir. Federal Mahkeme, bu kararın gerekçesini şöyle açıklamaktadır: “Bir kanun hükmü, öncelikle lafzına göre yorumlanmalıdır. Hukuku uygulayan merciler, kural olarak, hükmün gerçek anlamını yansıttığı sürece kanunun açık ifadesiyle bağlıdır. Bununla beraber kanunun yorumlanmasında sistematik bakış açısı da dikkate alınmalı ve bir normu mümkün olduğunca çelişkileri önleyecek biçimde tüm hukuk sistemiyle bütünleştirmeye çalışılmalıdır. Zarar görenin kusurlu davranışının yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı görüşü, kanunun lafzına uygundur, ancak hem haksız fiile hem de sözleşmeye dayalı sorumluluk hukukunda, zararın

aynı zamanda temsil olunanın işlemi onamaması, yani işlemin geçersiz hâle gelmesidir. Bu nedenle yetkisiz temsilcinin kastından ancak hem kendisinin yetkisiz olduğunu hem de temsil olunanın bu işlemi onamayacağını bildiği hâllerde söz etmek mümkündür. Temsilcinin yetkisizliği bilmesine rağmen temsil olunanın işlemi onayacağına -belki de haklı olarak- inanması mümkündür. İstemek unsuru gerçekleşmedikçe yetkisiz temsilcinin kasten hareket ettiği ve ahlaka aykırı fiilinden ötürü sorumlu olacağı söylenemez. Bu yüzden bu sorumluluğun doğması için en azından temsilcinin yetkisizliğini bilmesinin yanı sıra temsil olunanın işlemi onamayacağını da bilmesi ve buna rağmen işlemi yapması gerekir (İNCEOĞLU, s. 461). TBK m. 49 f. 2’deki kast kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 370 vd.; KAPANCI Kadir Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), İstanbul 2016, s. 22 vd.

¹¹⁰¹ İNCEOĞLU, s. 461. Ayrıca bkz. İNCEOĞLU, s. 456.

¹¹⁰² BGE 116 II 689; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 210-211; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 20; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 4; TİFTİK/ŞEN, s. 2660, dn. 99; KOLLER, OR AT, N. 20.08; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 49, N. 37; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 4; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2955; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 43.09; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 752. Federal Mahkemenin kararından önce bu görüşü savunan yazarlar için bkz. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; BK-BECKER, Art. 39, N. 7; PIOTET, s. 101-102; SCHERRER, s. 39; SEROZAN, Culpa in Contrahendo, s. 41. SEROZAN’a göre TBK m. 47’nin “ya hep ya hiç” (ya tam tazminat ya sıfır tazminat) çözümü yerine TBK m. 52 çerçevesinde “koşullara uyarılma” (indirimli tazminat) esnek çözümü tercih edilmelidir (SEROZAN, Culpa in Contrahendo, s. 41; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, § 19, N. 5a).

¹¹⁰³ Bu görüşü açıkça savunmasa da değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. NOMER, BH GH, N. 95.3.

görenin kusurunu kural olarak yalnızca bir indirim nedeni olarak kabul eden (OR Art. 44; TBK m. 52 ve OR Art. 99 Abs. 3; TBK m. 114 f. 2) ve istisna olarak uygun nedensellik bağının kesilmesini sağlayacak yoğunlukta olduğunda sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayan İsviçre tazminat hukuku sistemiyle çelişir. Sorumluluk hukukunun genel ilkeleri uyarınca, üçüncü kişinin özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecek her davranışının, yetkisiz temsilcinin de kusurlu olduğu, özellikle kasten hareket ettiği hâllerde sorumluluğu ortadan kaldıracığı kabul edilmemelidir. Böyle durumlarda OR Art. 44'ün kıyas yoluyla uygulanması ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kapsamının karşılıklı durumlar göz önüne alınarak belirlenmesi gerekir¹¹⁰⁴. Böylece Federal Mahkemeye göre üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesinin gerekmesi, kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, OR Art. 44 (TBK m. 52) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla yalnızca tazminatta indirim nedeni olabilir.

Somut olayda yetkisiz temsilci kasten hareket etmiş olduğundan, yani yetkisiz temsilci kusurlu olduğundan Federal Mahkeme, üçüncü kişinin kusurunu indirim nedeni olarak kabul etmekle yetinmiş ve temsilcinin kusuruna ilişkin kesin bir yargıda bulunmamıştır¹¹⁰⁵. Böylece yetkisiz temsilcinin kusursuz olup yalnızca üçüncü kişinin kusurlu olduğu bir kurguda nasıl bir sonuca varılması gerektiği açıklanmamıştır. Dolayısıyla Federal Mahkeme söz konusu kararda kusursuz veya kusurlu temsilci ayırımına açıkça değinmemiştir. Bu karardan çıkarılabilecek tek şey, üçüncü kişinin kusuru en azından kusurlu yetkisiz temsilci bakımından tazminatın indirilmesine yol açar¹¹⁰⁶.

Federal Mahkeme, temsilcinin kusuru bakımından bir ayırma açıkça değinmemişse de öğretide bu konuda bir ayırım yapılmıştır¹¹⁰⁷. Bu doğrultuda temsilcinin kusursuz olması hâlinde hükmün lafzından ayrılmayı gerektirecek bir durum olmadığı konusunda görüş birliği vardır. Başka bir deyişle temsilci kusurlu değilse, hükmün ifadesinden de anlaşılacağı üzere üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerekmesi hâlinde bile sorumluluk tamamen ortadan

¹¹⁰⁴ BGE 116 II 689, 694. Federal Mahkemeye göre bu görüş aynı zamanda yetkisiz temsilcinin hakkaniyetin gerektirmesi ve kusurlu olması hâlinde olumlu zarardan da sorumlu olduğu ve böyle hakkaniyete uygun bir kararın her türlü durum ve koşullar göz önünde bulundurularak verilmesi gerektiği yönündeki OR Art. 39 Abs. 2 hükmünün düzenlenme amacıyla da bağdaşmaktadır.

¹¹⁰⁵ von MOOS, N. 228; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26.

¹¹⁰⁶ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26.

¹¹⁰⁷ Bkz. KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 4; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 43.09. Bu ayırımı dikkate almayan yazarlara örnek olarak bkz. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 20; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 4.

kalkar¹¹⁰⁸. Temsilcinin kusursuz olduğu hâllerde, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerekmesinin kanunun açık ifadesine aykırı (*contra expressa verba legis*) bir biçimde sorumluluğu ortadan kaldırmadığını, yalnızca tazminatın indirileceğini söylemek mümkün olmaz¹¹⁰⁹. Böylece üçüncü kişinin hafif ihmali nedeniyle tazminatın indirilmesi yalnızca temsilcinin kusurlu olduğu hâllerle sınırlıdır¹¹¹⁰.

Bu görüşe gerekçe olarak şunlar ileri sürülmüştür: Kusurlu yetkisiz temsilciyle işlem yapan ve temsil yetkisi eksikliğini ihmali nedeniyle bilmeyen üçüncü kişinin, meydana gelebilecek tüm zararlara önceden razı olduğu söylenemez¹¹¹¹. Bu nedenle o, kusurlu yetkisiz temsilciden uğramış olduğu zararın giderilmesini isteyebilir. Ancak onun temsil yetkisi eksikliğine ilişkin bilgisizliğine kendi ihmalinin yol açması, tazminat istemini önlemeyip TBK m. 52 f. 1 çerçevesinde bir indirim nedeni olarak kabul edilmelidir.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluktan kurtulmasını sağlayan TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmü, her türlü tazminat talebinin ortak hükmü olan TBK m. 52 f. 1'e istisna getiren bir hükümdür. Sorumluluğun tamamen ortadan kalkması biçiminde oldukça sert bir sonuca yol açan bu istisnai hükmün yorumlanmasında kanunun lafzına sıkıca bağlı kalınmamalıdır. Özellikle de yetkisiz temsilcinin kasten hareket ettiği, buna karşılık üçüncü kişinin hafif ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmediği hâllerde zarar gören konumundaki üçüncü kişinin kusurunun yalnızca tazminatın indirilmesine yol açan TBK m. 52 f. 1'den ayrılmayı gerektiren bir neden yoktur. Aksi takdirde hem adil olmayan bir sonuç ortaya çıkar hem de Roma-Pandekt hukukundan günümüze kadar gelen “zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali dikkate alınmaz” ilkesiyle bağdaşmaz¹¹¹².

Temsil yetkisi eksikliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmasını önleyen TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmü yalnızca iki hâlde amaca ve sorumluluk hukukunun temel ilkelerine uygun düşer: (i) Yetkisiz temsilci kusursuzdur. (ii)

¹¹⁰⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.09.

¹¹⁰⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26.

¹¹¹⁰ KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 4; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 26; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.09.

¹¹¹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38.

¹¹¹² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 210-211. Yazar, temsilcinin kasten hareket ettiği, üçüncü kişinin de hafif ihmalinin söz konusu olduğu hâllerde zarar türüne göre bir ayırım yapılmaması gerektiğini belirtmektedir. Başka bir deyişle yazar, bu durumda sonuca varırken olumsuz zarar (f. 1) veya olumlu zarar (f. 2) ayırımını esas almaz. Yazara göre, TBK m. 52 f. 1 saklı kalmak kaydıyla yetkisiz temsilci daima sorumludur ve tazminat kapsamı hakkaniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmemesine göre üçüncü kişinin olumsuz veya olumlu zararı çerçevesinde belirlenmelidir (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 211, dn. 217).

Yetkisiz temsilci kusurludur, ancak üçüncü kişi temsil yetkisi eksikliğini bilir. Buna karşılık bir tarafta kusurlu yetkisiz temsilcinin, diğer tarafta ise yetki eksikliğini bilmemekle birlikte ihmali sonucu bunun (yetki eksikliğinin) farkına varmayan üçüncü kişinin karşı karşıya oldukları durumlarda tazminat talebini tümüyle ortadan kaldırmak, amaca ve sorumluluk hukukunun temel ilkelerine hiç uymayan bir sonuç doğurur. Şu hâlde, TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmü, bu hükmü sınırlandırması gereken bir istisna hükmü unutulurak gereğinden fazla geniş biçimde kaleme alınmış, bir başka deyişle amacının dışına taşan bir hükümdür. Yani bir “örtülü boşluk” vardır. Bu durumda, “amaca uygun sınırlandırma” (teleolojik redüksiyon) yoluyla bu hükmün temelinde yatan amaç ve değerlendirmelerin haklı kıldığı alana çekilmesi ve geriye kalan boşluğun sorumluluk hukukunun temel taşlarından birini oluşturan TBK m. 52 hükmüyle doldurulması gerekir. Böylece bile bile (kasten) veya ağır ihmale dayalı olarak hareket etmiş yetkisiz temsilci, hafif ihmali sonucu yetki eksikliğinin farkına varmamış davacı üçüncü kişi karşısında her türlü sorumluluktan kurtulamayacak ve hâkimin TBK m. 52 çerçevesinde üçüncü kişi lehine indirimli bir tazminata hükmedebilme imkânı saklı kalacaktır¹¹¹³.

d. Değerlendirme

Yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlamasının hukuki sonuçlarına ilişkin şöyle bir genel değerlendirme yapmak mümkündür:

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğinin ispatlanması hâlinde yetkisiz temsilci kusurlu olsun olmasın sorumlu tutulamaz. Başka bir deyişle üçüncü kişinin yetki eksikliğini bildiğini ispatlayan yetkisiz temsilci, kusurlu da olsa kusursuz da olsa sorumluluktan tamamen kurtulur. Temsil yetkisi eksikliğini bile bile (yani kasten) işlem yapan üçüncü kişinin korunması, TBK m. 47’nin *ratio legis*’iyle bağdaşmaz. Kast derecesinde kusurlu olan üçüncü kişinin korunmasını gerektiren bir durum yoktur. Onun doğacak zararlara razı olduğu söylenebilir. Üçüncü kişinin, gerçek durumu yani yetki eksikliğini bilmesi hâlinde temsilciye güvenmesi için bir neden yoktur. Dolayısıyla hukuken korunması gereken, haklı bir güvenden söz edilemez. Böyle olunca da üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden tazminat isteyebilmesi, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun özünü oluşturan anlayış ile bağdaşmaz.

¹¹¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 38.

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğinin ispatlanması hâlinde ise yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmadığı önem taşır. Ancak burada ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin kusurunun derecesine de dikkat edilmelidir. Üçüncü kişinin ağır ihmali veya hafif ihmali söz konusu olabilir. Bu bakımdan söz konusu ihtimaller şunlardır:

(1) Yetkisiz temsilcinin kusursuz olması hâlinde temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişi tazminat talep edemez. Kusursuz yetkisiz temsilci karşısında ağır ihmali veya hafif ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin korunmasını gerektiren bir durum yoktur. Temsilcinin kusursuz olması hâlinde hükmün lafzından ayrılmaya gerek yoktur.

(2) Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması hâlinde temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişinin kusurunun derecesi (ağır ihmal veya hafif ihmal) kadar yetkisiz temsilcinin kusurunun derecesi de önemlidir.

(i) Üçüncü kişinin kusuru ağır ihmal derecesinde ise yetkisiz temsilcinin kusurunun derecesi ne olursa olsun onun yetkisiz temsilciden tazminat talep edebilmesi mümkün değildir. Ağır ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin korunmasını gerektiren bir durum yoktur. Ağır ihmalin, kastı da içeren ağır kusur anlamına geldiği dikkate alındığında ağır kusurlu üçüncü kişinin kasten hareket etmiş yetkisiz temsilciden bile tazminat isteyebilmesi mümkün değildir. Üçüncü kişinin, ağır ihmal nedeniyle yetki eksikliğini bilmemesi hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünün amaca uygun olduğu söylenebilir.

(ii) Üçüncü kişinin kusuru hafif ihmal derecesinde ise yetkisiz temsilcinin kusuru önem arz eder. Hafif ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin karşısında hafif ihmal derecesinde kusurlu bir yetkisiz temsilci varsa sorumluluk doğmaz. Bununla beraber yetkisiz temsilci kast veya ağır ihmal derecesinde kusurlu ise sorumlu tutulabilir. Başka bir deyişle ağır kusurlu yetkisiz temsilci, hafif ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişiye karşı sorumluluktan kurtulamaz. Sorumluluk hukukunda zarar görenin kusuru kural olarak TBK m. 52 f. 1 uyarınca tazminatın indirilmesine yol açar. Zarar görenin kusurunun istisnai olarak sorumluluğu tamamen ortadan kaldırması ancak onun uygun nedensellik bağının kesilmesini sağlayacak derecede kusurlu olması hâlinde mümkündür. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran TBK m. 47 f. 1 c. 2 hükmünün yorumlanmasında

yalnızca hükmün lafzının esas alınması, sorumluluk hukukunun bu esaslarıyla çelişir. Bu nedenle amaca uygun yorum yapılmalıdır. TBK m. 47 hükmü, yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu öngörürken bu ağır sorumluluğu hafifletmek için yetkisiz temsilcinin belli hâllerde sorumluluktan kurtulmasına imkân vermiştir. Ancak onun ağır kusurlu olduğu hâllerde bile üstelik karşısında hafif ihmali olan bir üçüncü kişiye karşı sorumluluktan tamamen kurtulması amaçlanmış olamaz. Hükmün amacı, başta kusursuz yetkisiz temsilciye sorumluluktan kurtulma imkânı vermektir. Ağır kusurlu bir yetkisiz temsilcinin hafif ihmali olan üçüncü kişiye karşı sorumluluktan bütünüyle kurtulması kabul edilmemelidir. Aksi takdirde üçüncü kişiye karşı yetkisiz temsilcinin aşırı ölçüde korunması söz konusudur. Bu nedenle üçüncü kişinin hafif ihmalinin yalnızca tazminatın indirilmesine yol açtığı kabul edilmelidir. Böylece bu durumda TBK m. 52 f. 1'deki esastan ayrılmaya gerek yoktur.

5. İyi Niyetin Aranacağı An

a. Genel Olarak

İyi niyetin koruyucu etkisinin doğması için iyi niyetin ne zaman mevcut olması gerektiğini belirleyen genel bir hüküm yoktur. Bu noktada belirleyici olan iyi niyete koruyucu etki tanıyan hükümdür¹¹¹⁴. İyi niyetin mevcut olması gereken an, iyi niyete koruyucu etki tanıyan hükmün yorumlanması yoluyla belirlenir¹¹¹⁵. Dolayısıyla üçüncü kişinin iyi niyetinin aranacağı anın belirlenmesinde iyi niyete sonuç bağlayan TBK m. 47 (OR Art. 39) esas alınır. Hükümde yer alan “işlemin yapıldığı sırada” ifadesi ile iyi niyetin aranacağı an açıkça belirtilmiştir. Buna göre, TBK m. 47 uyarınca sorumluluğun doğması için üçüncü kişinin temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulduğu anda iyi niyetli olması gerekir¹¹¹⁶. Üçüncü kişinin, sözleşmenin kurulmasından sonra kötü niyetli hâle gelmesi yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹¹¹⁷. Başka bir deyişle iyi niyetin aranacağı andan sonra iyi niyetin devam

¹¹¹⁴ ZK-BAUMANN, Art. 3, N. 47; KOLLER, Glaube, N. 181; von MOOS, N. 233; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 45; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1777.

¹¹¹⁵ ZK-BAUMANN, Art. 3, N. 47; EDİS, s. 278; AKKANAT, s. 202; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 45.

¹¹¹⁶ BK-BECKER, Art. 39, N. 3; VIOLAND, s. 150; KOLLER, Glaube, N. 382; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 207; İNCEOĞLU, s. 454; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 4; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 18; von MOOS, N. 233; HELVACI/KARASU, s. 206; KARASU, s. 352; İŞ-NART, m. 47, N. 7; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 20; AYBAY, s. 148; AYDOĞDU/NART, s. 144. ERGÜNE, TBK m. 47'deki sorumluluk için mutlaka bir sözleşmenin kurulmuş olmasının şart olmadığını savunmaktadır (Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 3). Bu nedenle yazara göre “iyi niyetin sözleşmenin kurulduğu an aranması gerektiği” şeklindeki ifade biçimi dar ve sığdır. Bunun yerine üçüncü kişinin kendisinde güven uyandıran işlemsel temas (sözleşme görüşmeleri) sırasında iyi niyetli olması gerektiğini ifade etmek daha isabetli olur (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 207-208).

¹¹¹⁷ KOLLER, Glaube, N. 382; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 207; İNCEOĞLU, s. 454; von MOOS, N. 233; HELVACI/KARASU, s. 208; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 20; AYBAY, s. 148.

edip etmemesi önemli değildir¹¹¹⁸. Bu husus Roma hukukunda “*Mala fides superveniens non nocet*” (“Sonradan gelen kötü niyet zarar vermez”)¹¹¹⁹ biçiminde ifade edilmiştir¹¹²⁰. Ne var ki sonradan gelen kötü niyet, tazminatın belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak dikkate alınabilir¹¹²¹. Üçüncü kişinin, temsil yetkisi eksikliğini öğrendikten sonra zararın doğmasına veya artmasına engel olmaması hâlinde TBK m. 52 f. 1 (OR Art. 44 Abs. 1) uyarınca tazminatın indirilmesi söz konusu olabilir¹¹²². Örneğin üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini öğrenir öğrenmez üçüncü kişiye süre vermemesi kusurlu bir davranış olarak değerlendirilebilir¹¹²³. Ayrıca şu örnekler de verilebilir:

(1) Ü, A adına hareket eden yetkisiz temsilci T ile yapmış olduğu satış sözleşmesiyle bir at satın alır. Ü, satış sözleşmesinin geçerli olduğuna güvenerek hayvanın barınması için bir ahır kiralar. Daha sonra A, sözleşmeyi onamaz. Ü, onamamanın ardından kira sözleşmesini mümkün olan en kısa sürede feshetmez. Bu yüzden Ü, kira sözleşmesiyle üç ay yerine altı ay boyunca bağlı kalır ve kira bedeli olarak 600 İsviçre francı yerine 1200 İsviçre francı ödemek zorundadır. Ü’nün onamamadan sonra vakit kaybetmeden kira sözleşmesini feshetmek için herhangi bir çaba göstermemiş olması, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilir. Bu nedenle T, Ü’nün 1200 İsviçre francı tutarındaki zararının tamamından sorumlu olmaz, bunun yalnızca bir kısmını tazmin etmesi gerekir. İndirim miktarını hâkim takdir edecektir¹¹²⁴.

(2) Üçüncü kişi, sözleşmenin kurulmasından sonra temsilcinin yetkisiz olduğunu öğrenir. Buna rağmen, temsil olunandan TBK m. 46 f. 2 (OR Art. 38 Abs. 2) uyarınca sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesini istemez ve sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeye (örneğin mobilya üretmeye) başlar. Temsil olunan sözleşmeyi onamazsa sözleşmenin boş yere ifa edilmesi nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zarar kadar tazminatın indirilmesi yerinde olur. Bu indirimi TBK m. 52 f. 1 (OR Art. 44 Abs. 1) uyarınca hâkim takdir edecektir¹¹²⁵.

¹¹¹⁸ AKKANAT, s. 199; OĞUZMAN/BARLAS, N. 836; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1746.

¹¹¹⁹ Bu ilke hakkında bkz. HELVACI Serap/TOPUZ Murat, Geçmişten Günümüze Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri (Şerhli-İftihatlı), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2023, s. 403-404.

¹¹²⁰ KOLLER, Glaube, N. 382; AKKANAT, s. 199; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3, N. 45; OĞUZMAN/BARLAS, N. 836; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1746.

¹¹²¹ KOLLER, Glaube, N. 382; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 207, dn. 197; İNCEOĞLU, s. 454, dn. 366, s. 481; von MOOS, N. 233; HELVACI/KARASU, s. 208.

¹¹²² KOLLER, Glaube, N. 383; İNCEOĞLU, s. 481; von MOOS, N. 233; HELVACI/KARASU, s. 208; AYBAY, s. 175-176.

¹¹²³ İNCEOĞLU, s. 481; HELVACI/KARASU, s. 208, dn. 55; AYBAY, s. 176.

¹¹²⁴ KOLLER, Glaube, N. 384.

¹¹²⁵ von MOOS, N. 234.

b. Özel Durumlar

İyi niyetin aranacağı ana ilişkin birtakım özel durumlardan söz etmek gerekir. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması (TBK m. 5; OR Art. 5) ile geciktirici koşula bağlı olarak kurulması (TBK m. 170; OR Art. 151), ele alınması gereken özel durumlardır. Bunlar Türk ve İsviçre öğretilerinde yalnızca bir yazar tarafından ele alınmıştır. Yazara göre bu konu, satış hukukundaki ayıba karşı tekeffüle ilişkin literatüre ve içtihatlarla başvurularak ele alınmalıdır. Zira ayıba karşı tekeffül hükümleri, OR Art. 39'a benzer biçimde sözleşme tarafının haklı beklentisinin boşa çıkmasıyla ilgilidir¹¹²⁶.

aa. Sözleşmenin Hazır Olmayanlar Arasında Kurulması

Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması hâlinde şöyle bir sorun ortaya çıkar: Üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğini, kabul açıklamasını temsilciye gönderdikten sonra ancak ona ulaşmadan önce öğrenirse, onun iyi niyetli olarak kabul edilip edilmeyeceği, böylece yetkisiz temsilciyi sorumlu tutup tutamayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Öncelikle sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması hâlinde “sözleşmenin kurulduğu an” ile “sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı an” arasındaki ayrıma dikkat çekmek ve bu anları tespit etmek gerekir. Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin, kabul açıklamasının önerene ulaştığı anda kurulduğu yönündedir¹¹²⁷. Sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı an ise TBK m. 11 f. 1 (OR Art. 10 Abs. 1) hükmünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşme, kabul açıklamasının önerene gönderildiği andan itibaren hüküm doğurur¹¹²⁸.

İsviçre öğretisinde von MOOS, yukarıda da belirtildiği gibi bu sorunun çözümünde Alman satış hukukundaki ayıba karşı tekeffüle ilişkin literatüre ve içtihatlarla başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede Alman hukukundaki duruma ilişkin şu açıklamalarda bulunmaktadır¹¹²⁹:

¹¹²⁶ von MOOS, N. 235. Ayrıca yazar, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ile satış hukukunda ayıba karşı tekeffül arasındaki ilişkiye BGB kaynaklarında da yer verildiğini belirtmektedir.

¹¹²⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 22, N. 1; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 1433; TAŞATAN, s. 252; NOMER, BH GH, N. 30; EREN, BH GH, N. 826; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 1, N. 164; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 250; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 235.

¹¹²⁸ Bu konuda bkz. TAŞATAN, s. 254-255.

¹¹²⁹ von MOOS, N. 236.

Alman hukukunda, alıcının, hazır olmayanlar arasında kurulan satış sözleşmesinin konusunu oluşturan maldaki ayıbı, irade açıklamasının gönderilmesi ile satıcıya ulaşması arasındaki bir anda öğrenmesi hâlinde BGB § 442 uyarınca ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybedip kaybetmeyeceği tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, bu durumda alıcı, irade açıklamasını zamanında geri almazsa ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder¹¹³⁰. Zira alıcı, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda ayıbı bilmiyorsa ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. Sözleşmenin kurulduğu an ise kabulün önerene ulaştığı andır (BGB § 130). İkinci görüşe göre ise alıcı, irade açıklamasının gönderilmesi ile satıcıya ulaşması arasındaki bir anda ayıbı öğrense bile ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını yitirmez. Bu durumda alıcıdan irade açıklamasını geri alması beklenemez¹¹³¹.

Alman Federal Mahkemesi, öğretide ileri sürülen ikinci görüşü benimsemiştir. Dava konusu olayda alıcı, noter aracılığıyla yapmış olduğu önerinin gönderilmesi ile satıcıya ulaşması arasındaki bir anda satış konusu maldaki ayıbı öğrenmiştir. Federal Mahkemeye göre, böyle bir durumda alıcıdan öneriyi geri almasını beklenemez. Aslında alıcı, önerinin satıcıya ulaşmadan önce geri alınabileceğini bile bilmez. Bu yüzden ancak istisnai hâllerde ondan öneriyi geri alması beklenebilir. Örneğin alıcı, önerinin bağlayıcılığını sona erdirmenin yollarını araştırmak için bir nedene sahiptir ve zamanında öneriyi geri alabilme imkânı vardır. Bu durumda alıcı, öneriyi geri almazsa önerinin bağlayıcılığını sona erdirebileceği hâlde sözleşmenin kurulmasına izin vermiş olur. Alıcının bu tutumu, BGB § 442 uyarınca ayıba karşı tekeffülden doğan hakların yitirilmesine yol açan bir davranıştır¹¹³².

von MOOS, Alman Federal Mahkemesinin değerlendirmelerinin kıyas yoluyla OR Art. 39 (TBK m. 47) için de geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bu konuda OR Art. 10 Abs. 1 (TBK m. 11 f. 1) hükmünün hiçbir etkisi yoktur¹¹³³. Bu hüküm, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin, kabul açıklamasının gönderildiği andan başlayarak hüküm

¹¹³⁰ **WEIDENKAFF** Walter, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433-853), Titel 1. Kauf, Tausch. (§§ 433-480), 75. Aufl., München 2016, § 442, N. 8.

¹¹³¹ **MATUSCHE-BECKMANN** Annemarie, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-480 (Kaufrecht), Berlin 2014, § 442, N. 20; **FAUST** Florian, Beck'scher Online-Kommentar: BGB (Hrsg: **HAU** Wolfgang/**POSECK** Roman), Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt 8: Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 1: Kauf, Tausch, 69. Edition, München 2024, § 442, N. 7.

¹¹³² BGH, NJW 2012, s. 2793 vd.; **von MOOS**, N. 238.

¹¹³³ Alman Medeni Kanunu'nda bu hükme karşılık gelen bir hüküm yoktur (**von MOOS**, N. 239, dn. 589).

doğurduğunu belirtmektedir¹¹³⁴. Bununla birlikte bu hükümden, hazır olmayanlar arasında, bir irade açıklamasının muhataba ulaşmadan önce geri alınamayacağı sonucu çıkarılamaz (OR Art. 9; TBK m. 10)¹¹³⁵. Dolayısıyla irade açıklamasının geri alınması, OR Art. 10 Abs. 1 hükmüne rağmen mümkündür¹¹³⁶. Dolayısıyla bu hüküm (OR Art. 10 Abs. 1; TBK m. 11 f. 1), temsil yoluyla yapılan sözleşme söz konusu olduğunda, irade açıklamasını gönderdikten sonra kötü niyetli hâle gelen ve kendisi için makul olması kaydıyla irade açıklamasını geri almayan üçüncü kişinin, OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğun ortadan kalkmasına yol açacak bir davranış sergilediği gerçeğini değiştirmez¹¹³⁷.

Biz de Alman hukukunda ağırlık kazanıp İsviçre öğretisinde de karşılık bulan görüşe katılıyoruz. Üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulması için hazır olmayan temsilciye öneri veya kabul açıklaması yöneltebilir. Bu irade açıklamasını yönelttiği sırada temsil yetkisi eksikliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciyi sorumlu tutamayacağı açıktır. Bu sırada yani irade açıklamasını yöneltirken temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen, ancak irade açıklamasını yönelttikten sonra ve bu açıklama temsilciye ulaşmadan önce temsil yetkisi eksikliğini öğrenen üçüncü kişi ise kural olarak yetkisiz temsilciyi sorumlu tutabilir. Kanaatimizce hazır olmayan temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme bakımından üçüncü kişinin iyi niyetinin aranacağı an, sözleşmenin kurulduğu an değil, irade açıklamasının gönderildiği andır¹¹³⁸. Böyle bir yorum, TBK m. 47'nin *ratio legis*'ine uygundur. TBK m. 47'de iyi niyetin aranacağı an olarak sözleşmenin kurulduğu anın belirlenmesinin nedeni şudur: Üçüncü kişi, sözleşmenin kurulduğu anda yetki eksikliğini bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen sözleşmeyi yine de yapmayı tercih etmiştir¹¹³⁹. Böylece üçüncü kişinin artık haklı bir beklentiye sahip olması söz konusu değildir¹¹⁴⁰. Bu durumda korunmaya layık olmayan üçüncü kişinin yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmak istemesi,

¹¹³⁴ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 10, N. 9; KOLLER, OR AT, N. 7.61; BK-MÜLLER, Art. 10, N. 16; TAŞATAN, s. 254-255; CHK-KUT/BAUER, Art. 10, N. 3.

¹¹³⁵ von MOOS, N. 239.

¹¹³⁶ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 10, N. 16; KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (Hrsg.: KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 10, N. 6. Önerinin veya kabulün geri alınması hakkında bkz. TAŞATAN, s. 157 vd.

¹¹³⁷ von MOOS, N. 239.

¹¹³⁸ Alman hukukunda BGB § 442 bakımından aynı yönde bkz. ve karşı. BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 7.

¹¹³⁹ Alman hukukunda BGB § 442 bakımından aynı yönde bkz. ve karşı. BGH, NJW 2012, s. 2793 vd., N. 22; BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 7.

¹¹⁴⁰ Bkz. ve karşı. WESTERMANN Harm Peter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Aufl., München 2019, § 442, N. 1.

önceki davranışıyla çelişir¹¹⁴¹. Aslında sözleşmenin kurulduğu an, üçüncü kişinin sözleşme ilişkisi kurmak konusunda karar verdiği andır. Hükmün amacı bakımından sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anın da bir önemi yoktur. Dolayısıyla üçüncü kişinin sözleşme yapmak konusundaki karar anının, irade açıklamasını hazır olmayan temsilciye yönelttiği an olduğu dikkate alındığında sözleşmenin kurulduğu anın değil, irade açıklamasının gönderildiği anın esas alınması yerinde olur¹¹⁴².

Öte yandan irade açıklamasını gönderdikten sonra temsil yetkisi eksikliğini öğrenen üçüncü kişinin irade açıklamasını geri almasını beklemek yerinde değildir. Çoğunlukla onun böyle bir imkândan haberinin dahi olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle üçüncü kişinin daha sonra yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna başvurması, çelişkili bir davranış oluşturmaz¹¹⁴³. Öte yandan Alman Federal Mahkemesi, istisnai hâllerde çelişkili davranışın söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Buna göre irade açıklamasını yönelten kimse, irade açıklamasının bağlayıcılığını sona erdirmenin yollarını araştırmak için bir nedene sahipse ve bağlayıcılığı sona erdirmek için zamanı da varsa bu durumda artık onun irade açıklamasını geri alması beklenir. Sözleşmenin kurulmasını önleyebileceği hâlde bunu yapmayan ve sözleşmenin kurulmasına izin veren kimsenin, daha sonra karşı tarafın sorumluluğuna başvurması çelişkili davranıştır. Anılan ihtimalde sözleşmenin kurulduğu andaki bilginin belirleyici olduğu hüküm dar yorumlanmayacaktır¹¹⁴⁴. Kanaatimizce irade açıklamasını yönelttikten sonra ancak sözleşme kurulmadan önce yetki eksikliğini öğrenen üçüncü kişi, şayet irade açıklamasını geri alabileceğini biliyor ve bunun için zamanı da varsa yine de yetkisiz temsilciyi sorumlu tutabilir. Zira hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından iyi niyetin aranacağı an, irade açıklamasını gönderildiği andır ve bu andan sonra yetki eksikliğinin öğrenilmesi “sonradan gelen kötü niyet zarar vermez” ilkesi çerçevesinde temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ne var ki yukarıda da belirttiğimiz gibi üçüncü kişinin bu tutumu, tazminatın

¹¹⁴¹ Bkz. ve karşı. BGH, NJW 2012, s. 2793 vd., N. 22.

¹¹⁴² Kanun koyucu, TBK m. 47’de iyi niyetin aranacağı an olarak sözleşmenin kurulduğu anı, hazır olanlar arasında kurulan sözleşmeleri göz önünde bulundurarak kaleme almış olabilir. Nitekim kanun koyucunun hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeleri dikkate almaması doğaldır. Zira sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an ayrımının uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Bunun nedeni ise hiç kuşkusuz sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki zaman diliminin, günümüz iletişim teknolojisi göz önüne alındığında oldukça kısa olmasıdır (TAŞATAN, s. 257).

¹¹⁴³ Aynı yönde bkz. ve karşı. BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 7. Yazar, irade açıklamasının geri alınmasının taraflar arasındaki uyumsuzluğu mutlaka ortadan kaldırmayacağını, ayıptan sorumluluk yerine irade açıklamasının geri alınmasının hüküm doğurmasıyla ilgili bir uyumsuzluğun söz konusu olacağını belirtmektedir. Alman Federal Mahkemesine göre irade açıklamasının teorik olarak geri alınabilmesi mümkün olsa bile kural olarak üçüncü kişinin çelişkili davrandığından söz edilemez (BGH, NJW 2012, s. 2793 vd., N. 24).

¹¹⁴⁴ BGH, NJW 2012, s. 2793 vd., N. 26.

belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak dikkate alınabilir. Üçüncü kişinin yetki eksikliğini öğrendikten sonra zararın doğmasına veya artmasına engel olmaması hâlinde tazminatın indirilmesi söz konusu olur. Bu çerçevede şayet üçüncü kişinin irade açıklamasını geri almayarak sözleşmenin kurulmasını engellememesi, böyle bir davranış olarak değerlendirilebilir.

bb. Sözleşmenin Geciktirici Koşula Bağlı Olarak Kurulması

Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geciktirici koşula bağlı olarak kurulması hâlinde üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğini sözleşmenin kurulmasından sonra, koşulun gerçekleşmesinden önce öğrenirse, onun iyi niyetli olarak kabul edilip edilmeyeceği, böylece yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

İsviçre öğretisinde von MOOS, bu sorunun çözümü bakımından da yine satış hukukundaki ayıba karşı tekeffüle ilişkin literatüre başvurmuş ve bu çerçevede şu açıklamalarda bulunmuştur¹¹⁴⁵:

Türk ve İsviçre hukuklarında satıcı, satış sözleşmenin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir (TBK m. 222 f. 1; OR Art. 197 Abs. 1). İsviçre hukukunda, bir satış sözleşmesinin geciktirici koşula bağlı olarak kurulması hâlinde alıcı, satılandaki ayıbı sözleşmenin kurulması ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki bir anda öğrenirse, bu durumun kural olarak alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını etkilemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁴⁶. Ancak beğenme koşuluyla satış (TBK m. 249 vd.; OR Art. 223 vd.) bakımından bir istisna söz konusudur. Beğenme koşuluyla satış da kural olarak geciktirici koşula bağlı olarak yapılmış sayılır¹¹⁴⁷. Beğenme koşuluyla satışta alıcının satılandaki ayıba ilişkin bilgisi bakımından sözleşmenin kurulduğu an değil, onay anı esas alınır¹¹⁴⁸. Böylece

¹¹⁴⁵ von MOOS, N. 240 vd.

¹¹⁴⁶ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 200, N. 18 vd.

¹¹⁴⁷ KOLLER, OR AT, N. 77.22; von MOOS, N. 240; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 200, N. 19; YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 11. Baskı, İstanbul 2022, s. 305. Beğenme koşuluyla satış bozucu koşula bağlı olarak da yapılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, Tecrübe veya Muayene, s. 26 vd., s. 40 vd.

¹¹⁴⁸ BK-GIGER, Art. 200, N. 6; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 200, N. 19. Alman hukukunda aynı yönde bkz. BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 9. Aksi yönde bkz. ANTALYA, Tecrübe veya Muayene, s. 149-150. Yazara göre beğenme koşuluyla satışta da TBK m. 222 f. 1'deki satıcının, *satış sözleşmesinin kurulduğu sırada* alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmayacağı şeklindeki genel kuraldan ayrılmayı haklı kılan bir neden yoktur.

beğenme koşuluyla satışta alıcı, sözleşmenin kurulduğu andan sonra, ancak onaylamadan önce satılndaki ayıbı öğrenirse ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını yitirir.

Alman hukukunda, alıcının satılndaki ayıbı sözleşmenin kurulması ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki bir anda öğrenmesi hâlinde bunun ayıba karşı tekeffül haklarına etkisi tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, koşulun gerçekleşmesinin, alıcının iradesine bağlı olup olmamasına göre bir sonuca varılmalıdır¹¹⁴⁹: (1) Koşulun gerçekleşmesi alıcının iradesine bağlı ise (örneğin beğenme koşuluyla satış hâlinde) alıcı, satılndaki ayıbı bilmesine rağmen koşulun gerçekleşmesini sağlarsa, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını yitirir. Zira alıcının davranışı, BGB § 442 Abs. 1'in *ratio legis*'i doğrultusunda ayıba karşı tekeffülden doğan hakların yitirilmesine yol açan bir davranıştır¹¹⁵⁰. (2) Koşulun gerçekleşmesi alıcının iradesine bağlı değilse alıcı, sözleşmenin kurulması ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki bir anda satılndaki ayıbı öğrenmiş olsa bile ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını yitirmez¹¹⁵¹.

İsviçre öğretisinde von MOOS, BGB § 442 Abs. 1 hükmüne ilişkin Alman öğretisindeki hâkim görüşün kıyas yoluyla OR Art. 39 bakımından da geçerli olması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁵².

Kanaatimizce temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geciktirici koşula bağlı olarak yapılması ve üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini sözleşmenin kurulmasından sonra, ancak koşulun gerçekleşmesinden önce öğrenmesi hâlinde koşulun gerçekleşmesinin onun iradesine bağlı olup olmadığına ilişkin Alman hukukundaki ayırım esas alınmalıdır. Koşulun gerçekleşmesi üçüncü kişinin iradesine bağlı ise onun yetki eksikliğini bilmesine rağmen sözleşmenin hüküm doğurmasına izin vermesi hâlinde artık yetkisiz temsilciyi sorumlu tutamayacağını kabul etmek gerekir. Zira üçüncü kişi, sözleşmeyi yapmaya karar verdiği sözleşmenin kurulduğu anda yetki eksikliğini bilmemesine rağmen daha sonra bunu öğrenmiş ve yine karar vereceği yeni bir an doğmuştur. Bu anda onun iradesi yine aynı yönde ise, artık yetki eksikliğine rağmen sözleşmeyle bağlı olmak istediği söylenebilir. Bu yüzden onun

¹¹⁴⁹ KÖHLER Helmut, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, s. 765; MüKoBGB-WESTERMANN, § 442, N. 6; GRUNEWALD Barbara, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG (Hrsg.: WESTERMANN Harm Peter/GRUNEWALD Barbara/MAIER-REIMER Georg), 16. Aufl., Köln 2020, § 442, N. 7; BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 9.

¹¹⁵⁰ KÖHLER, JZ, s. 765; MüKoBGB-WESTERMANN, § 442, N. 6; BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 9.

¹¹⁵¹ KÖHLER, JZ, s. 765; MüKoBGB-WESTERMANN, § 442, N. 6; BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 9. Ayıba karşı tekeffül bakımından esas alınması gereken anın yalnızca sözleşmenin kurulduğu an olduğu yönündeki azınlık görüşü için bkz. Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 442, N. 18.

¹¹⁵² von MOOS, N. 244.

yetkisiz temsilciyi sorumlu tutabilmesi mümkün olmaz. Buna karşılık koşulun gerçekleşmesi üçüncü kişinin iradesine bağlı değil ise üçüncü kişi sözleşme kurulduktan sonra yetki eksikliğini öğrenmiş olsa bile yetkisiz temsilciyi sorumlu tutabilir. Ancak bu durumda üçüncü kişi her ne kadar koşulun gerçekleşmesine etki edemeyecek olsa bile zararın doğmasına veya artmasına engel olacak davranışlar göstermezse tazminatın indirilmesi söz konusu olur. Sonuç olarak iyi niyetin aranacağı an, koşulun gerçekleşmesi üçüncü kişinin iradesine bağlı ise *koşulun gerçekleştiği an* iken üçüncü kişinin iradesine bağlı değil ise *sözleşmenin kurulduğu andır*¹¹⁵³.

G. KUSURUN GEREKMEMESİ

1. Genel Olarak

Türk ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüşe göre, TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) kapsamındaki sorumluluk, yetkisiz temsilcinin kusuruna bağlı değildir¹¹⁵⁴. Başka bir deyişle yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için kusur gerekmez. Dolayısıyla bu hükümde bir kusursuz sorumluluk hâli söz konusudur¹¹⁵⁵. Bu görüşün iki dayanağı vardır:

(1) TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) hükmünde temsilcinin kusurundan söz edilmemesine karşın TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) hükmünde açıkça kusur gerekliliğinden söz edilmektedir. Eğer kanun koyucu, hükmün birinci fıkrasından doğan sorumluluk için temsilcinin kusurunu gerekli kılsaydı, hükmün ikinci fıkrasında açıkça kusur gerekliliğini ifade etmezdi. Hükmün birinci ve ikinci fıkraları bir bütün olarak ele alındığında,

¹¹⁵³ Alman hukukunda BGB § 442 bakımından aynı yönde bkz. ve karşı. BeckOK BGB-FAUST, § 442, N. 9.

¹¹⁵⁴ BGE 58 II 429; BGE 51 II 212, 219; BGE 46 II 411, 412; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 14; BK-BECKER, Art. 39, N. 4; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 7; GONZENBACH, s. 144; BUCHER, s. 644; KOLLER, Glaube, N. 388; KUTLU SUNGURBEY, s. 145; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 203; LOSER, N. 577; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 204; AKYOL, s. 521-522; İNCEOĞLU, s. 462; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 3; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 22; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 26; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 7; TİFTİK/ŞEN, s. 2652; von MOOS, N. 47, 165; KOLLER, OR AT, N. 20.11; HELVACI/KARASU, s. 202; KARASU, s. 348; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2952; İŞ-NART, m. 47, N. 2; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1421; GÜMÜŞ, s. 415; AYRANCI, s. 489-490; EREN, BH GH, N. 1420; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 2; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 764; NOMER, BH GH, N. 95.3; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 751; AYBAY, s. 151; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5; AYDOĞDU/NART, s. 142; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 7.

¹¹⁵⁵ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 7; İNCEOĞLU, s. 462; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 26; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 7; von MOOS, N. 47; KOLLER, OR AT, N. 20.09; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2952; AYBAY, s. 152; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 5.

kanun koyucunun birinci fıkradan doğan sorumluluk için temsilcinin kusurunu gerekli kılmağığı sonucuna ulaşılmaktadır¹¹⁵⁶.

(2) TBK m. 47 f. 1'deki sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olarak kabul edilmesi, TBK m. 47 f. 1'in TBK m. 45 (OR Art. 37) ile çelişmesine yol açardı. TBK m. 45, temsil yoluyla yapılan işlemin geçerli olmasını sağlayarak hem iyi niyetli temsilciyi TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtaran hem de iyi niyetli üçüncü kişiyi koruyan bir hükümdür. Bu hüküm, yalnızca önceden bir temsil yetkisinin bulunup daha sonra sona erdiği ve temsilcinin, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmeden iyi niyetli üçüncü kişiyle sözleşme yapmış olduğu hâlde uygulanır. Diğer tüm hâllerde TBK m. 47 f. 1 temsilcinin kusuruna bağılı olmadan uygulanır¹¹⁵⁷. Örneğin temsilci hiçbir zaman temsil yetkisine sahip olmamışsa¹¹⁵⁸ TBK m. 45 uygulanmaz, ancak bu durumda iyi niyetli üçüncü kişi TBK m. 47 f. 1 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ileri sürebilir. Böylece kanun koyucunun, iyi niyetli üçüncü kişiyi daima korumak istediğı anlaşılr: İyi niyetli üçüncü kişi, ya TBK m. 45 uyarınca temsil yoluyla yapılan işlemin geçerliliğini ileri sürebilmeli ya da TBK m. 47 uyarınca tazminat talep edebilmelidir. Şayet TBK m. 47 f. 1'in uygulanması için temsilcinin kusurunun gerekli olduğu kabul edilmiş olsaydı, kanun koyucunun inşa ettiğı bu uyum bozulmuş olurdu. Bu durumda iyi niyetli üçüncü kişi, hiçbir zaman temsil yetkisine sahip olmayan bir kusursuz temsilciyle işlem yaptığında ne TBK m. 45'e ne de TBK m. 47 f. 1'e başvurabilirdi. Zira önceden bir temsil yetkisi mevcut olmadığı için TBK m. 45, temsilci kusursuz olduğu için TBK m. 47 f. 1 uygulanmazdı. Böylece hiçbir zaman temsil yetkisine sahip olmayan ve kusursuz olan bir temsilciyle işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişi hiçbir şekilde korunmazdı¹¹⁵⁹.

İsviçre öğretisinde azınlıkta kalan bir görüş, sorumluluğun doğması için temsilcinin kusurlu olması gerektiğı yönündedir. Ancak bu görüşe göre yetkisiz hareket etmek, temsilcinin kusurlu olarak kabul edilmesi için yeterlidir¹¹⁶⁰. Temsilcinin kusurlu olmasına yüklenen bu

¹¹⁵⁶ BK-BECKER, Art. 39, N. 4; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 14; GONZENBACH, s. 144; KOLLER, Glaube, N. 388; KUTLU SUNGURBEY, s. 145; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 204; İNCEOĞLU, s. 462; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 22; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 3; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 7; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 49, N. 26; HELVACI/KARASU, s. 202; KARASU, s. 350; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 18; AYBAY, s. 152.

¹¹⁵⁷ TBK m. 45'in (OR Art. 37) uygulanması, TBK m. 47'nin (OR Art. 39) uygulanmasına göre önceliklidir. Bkz. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 37, N. 16, Art. 39, N. 24; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 11; AYBAY, s. 153.

¹¹⁵⁸ Örneğin temsil olunan, temsil yetkisini verirken ayırt etme gücünden yoksun olduğu takdirde temsilci hiçbir zaman temsil yetkisine sahip olmamıştır (KOLLER, OR AT, N. 20.10). Diğer hâller için bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2.

¹¹⁵⁹ KOLLER, Glaube, N. 389-391; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 204, dn. 189.

¹¹⁶⁰ MERZ, N. 129.

farklı anlam nedeniyle azınlık görüşü ile hâkim görüş arasındaki fark ortadan kalkmaktadır¹¹⁶¹. Öte yandan Türk öğretisinde AKYOL, yetkisiz temsilcinin mutlak olarak kusursuz olmasına rağmen sorumlu olacağı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadığını belirtmektedir. Yazara göre bazı istisnai hâllerde yetkisiz temsilcinin kusursuz olmasına rağmen sorumlu olması uygun ve adil olmaz. Söz gelişi yetkisiz temsilcinin bunamış olması veya yaptığı işlemin çapını ve içeriğini idrak edemeyecek kadar ayırt etme gücünün zayıf olması hâlinde onu sorumlu tutmak hukuk etiğine aykırıdır¹¹⁶². HELVACI/KARASU, hükmün lafzına rağmen sorumluluğun belli durumlarda sınırlandırılmasının dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürerek bu görüşe karşı çıkmaktadır¹¹⁶³. İNCEOĞLU ise *de lege lata* bakımından kusursuz sorumluluğun inkâr edilemeyeceğini, bununla birlikte *de lege ferenda* bakımından rizikonun temsilciye yüklenmiş olmasının isabetli olmadığını belirtmektedir. Yazara göre temsil yoluyla yapılan işlemde menfaat elde eden temsilci değil, temsil olunan ile üçüncü kişidir. Dolayısıyla rizikonun temsilci yerine üçüncü kişiye yüklenmesi ve yetkisiz temsilcinin yalnızca kusurlu olduğu takdirde sorumlu tutulması daha isabetli olurdu¹¹⁶⁴. Buna karşılık AYBAY, sorun menfaat kavramından ele alınsa bile korunması gereken menfaatin üçüncü kişiye ait olduğunu, yetkisiz temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin güveninin boşa çıktığını, bu nedenle mevcut düzenlemenin adaletli ve isabetli olduğunu belirtmektedir¹¹⁶⁵.

Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi Alman hukukunda da hâkim görüş, BGB § 179 Abs. 2 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kusura bağlı olmadığı yönündedir¹¹⁶⁶. Bu görüşe göre kanun koyucu, üçüncü kişinin güvenliğini korumak için yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunu öngörmüştür¹¹⁶⁷. Şöyle ki genellikle üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliği nedeniyle zarar görme rizikosunu üstlenmek istemez. Üçüncü kişiyi bu rizikoyla mümkün olduğunca karşı karşıya bırakmamak için yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulması gerekmiştir. Üçüncü kişi bu rizikodan kurtarılmamış olsaydı, temsilciyle işlem yapmadan önce temsil olunandan temsilcinin yetkili olup olmadığına ilişkin bilgi almak

¹¹⁶¹ von MOOS, N. 162.

¹¹⁶² AKYOL, s. 538.

¹¹⁶³ HELVACI/KARASU, s. 203.

¹¹⁶⁴ İNCEOĞLU, s. 463.

¹¹⁶⁵ AYBAY, s. 152.

¹¹⁶⁶ BGH, NJW-RR 2005, s. 268; BGH, NJW 2009, s. 216; FLUME, § 47, 3a; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 17; NEUNER, § 51, N. 33; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 2; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 1.

¹¹⁶⁷ BGH, NJW 2000, s. 1408; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 2. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. von MOOS, N. 165.

veya işlemi yapmaktan vazgeçmek zorunda kalacaktı. Bu da hiç kuşku yok ki doğrudan temsil kurumunun değerini önemli ölçüde düşürecekti¹¹⁶⁸.

İsviçre öğretisinde von MOOS, kusursuz sorumluluğun üçüncü kişinin güvenliğini korumayı amaçladığını, dolayısıyla Alman hukukundaki hâkim görüşe katıldığını, ancak bir düşünceye katılmadığını belirtmektedir: Yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğu olmadan temsil kurumunun değerini önemli ölçüde yitireceği düşüncesi doğru değildir. Bu düşüncenin doğru olmadığını Fransız ve Avusturya hukuklarında yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiş olması da gösterir. Öte yandan kusursuz sorumluluğun, hukuki işlemleri hızlandırmaya ve düşük maliyetli tutmaya yardımcı olabileceği de inkâr edilemez. Örneğin üçüncü kişinin, hukuki işlem yapmadan önce temsilcinin yetki iddiasını doğrulamak için temsil olunanla temasa geçmekten kaçınmasını sağlayabilir. Temsil olunan tarafından temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmiş olması hâlinde de aynı şeyi söylemek mümkündür. Böyle bir bildirim, temsilin sonuçlarının doğacağını garanti etmez. Zira bildirim, söz gelimi temsil olunan ayırt etme gücüne sahip olmadığı için geçersiz olabilir (ZGB Art. 18; TMK m. 15). Ayrıca bildirimin irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmesi de mümkündür (kıyas yoluyla OR Art. 23 vd.; TBK m. 30 vd.)¹¹⁶⁹. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesi için en önemli argüman, OR Art. 39 Abs. 1 (TBK m. 47 f. 1) ile OR Art. 37 (TBK m. 45) arasındaki ilişkidir. Alman hukukunda OR Art. 37'ye benzer bir hüküm yoktur¹¹⁷⁰.

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulmasının, temsil yetkisi eksikliği rizikosunun temsilciye yüklenmesinin altında yatan düşünce şudur: Temsil yetkisi eksikliğini fark edebilecek konumda olan kişi, iyi niyetli üçüncü kişi değil, temsilcidir. Temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini bilme ihtimali üçüncü kişiye göre doğal olarak daha yüksektir. Temsilcinin egemenlik alanından kaynaklanan bir riziko olması nedeniyle bunun temsilciye yüklenmesi gerekir¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ PRÖLSS, s. 169.

¹¹⁶⁹ Bkz. von TUHR/PETER, § 42 III; KOLLER, Glaube, N. 233.

¹¹⁷⁰ von MOOS, N. 165.

¹¹⁷¹ Bkz. CANARIS, s. 535; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 204; AKYOL, s. 526; İNCEOĞLU, s. 462-463; MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 2; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 23; HELVACI/KARASU, s. 203; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 2; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 1. SCHERRER'in, üçüncü kişiden temsil yetkisinin mevcut olup olmadığına ilişkin derin bir araştırma yapmasının beklenemeyeceği, bu nedenle kendisine kusur yüklenemeyeceği, kusursuz sorumluluğun altında yatan düşüncenin bu olduğu görüşü ve kusursuz sorumluluğun nedeninin, üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğüyle ilgisinin olmadığı, zira araştırma

Alman hukukunda azınlıkta kalan bir görüş, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kusura bağlı olmadığı yönündeki hâkim görüşe karşı çıkmaktadır. FLUME'ye göre, BGB § 179 Abs. 2 uyarınca temsilcinin sorumluluğuna ilişkin sorun, kanunun lafzından kaynaklanmaktadır. Kanunun lafzına göre, temsil yetkisi eksikliğinin neden kaynaklandığına bakılmaksızın temsil yetkisinin bulunmadığı her durumda temsilci sorumludur. Alman kanun koyucusu, BGB § 179 Abs. 2'yi, yanılanın sorumluluğunu (BGB § 122) model olarak düzenlemiştir. Yanılanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği dikkate alındığında bunun yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından da geçerli olduğu düşünülebilir; ancak yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, yanılanın sorumluluğundan bir hayli farklıdır. Zira yetkisiz temsile yol açan yegâne durum, temsilcinin kendi yetkisi konusunda yanılması, başka bir deyişle kendisini temsilci zannederek işlem yapması değildir. Eğer yalnızca temsilcinin kendisini yetkili zannederek yanılığa düşmesi söz konusu olsaydı o zaman BGB § 122'ye karşılık gelen BGB § 179 Abs. 2'in farklılaşmasından ve dolayısıyla bir sorundan söz edilmezdi. Ancak örneğin temsil yetkisi korkutma nedeniyle iptal edilir ve korkutma hakkında hiçbir şey bilmemesine rağmen temsilci BGB § 179 Abs. 2 uyarınca sorumlu tutulursa, aslında kendisi yanıldığı için değil, hiçbir ilgisinin olmadığı bir korkutma için sorumlu tutulmuş olacaktır. Kanun koyucu, temsilcinin sorumluluğunun bu tür sonuçlarını bilinçli olarak kabul etmiştir, zira çok farklı bir düzenleme yapmak istememiştir. Ne var ki temsilcinin, haricî bir korkutma nedeniyle bu şekilde sorumlu tutulmasının hukuk düzeninin genel ilkelerine uygun olup olmadığı sorulmalı ve bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Temsilcinin BGB § 179 Abs. 2 kapsamındaki sorumluluğu, onun kusurunu gerektirmese bile - ki kanun koyucunun bu yöndeki tercihi inkâr edilemez- yine de anlamını yitirir. Temsil yetkisi eksikliğinin, temsilcinin bilgi veya değerlendirme imkânının dışında kalan durumlardan kaynaklanması hâlinde onun kusursuz sorumluluğu, kanunun lafzına ve kanun koyucunun amacına aykırı olarak reddedilmelidir. Temsilci, yalnızca kendi değerlendirmesindeki yanlışlık nedeniyle BGB § 179 Abs. 2 uyarınca kusursuz olarak sorumlu tutulabilir. Bu sınırlama, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu haksız yere sınırlamaz. Zira kural olarak temsilci BGB § 179 Abs. 2 uyarınca kusursuz olarak sorumlu olmaya devam eder. Özellikle temsil yetkisi verilmesinin ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olması hâlinde temsilci sorumludur. Ancak temsil yetkisi irade bozukluğu nedeniyle iptal edilirse temsilci kural olarak sorumlu olmayacaktır. Tek taraflı bir hukuki işlemle yetkilendirilen temsilci, yetkilendirmenin kendi değerlendirmesine

yükümlülüğünün zarar verenin kusuruyla değil, zarar görenin iyi niyetiyle ilgili bir olgu olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 204, dn. 190.

açık olmayan nedenlerle geçersiz olması hâlinde sorumlu tutulamaz¹¹⁷². CANARIS'e göre ise kusursuz sorumluluğun altında yatan düşünce, temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini fark etme ihtimalinin iyi niyetli üçüncü kişiden daha yüksek olmasıdır. Bu düşünceden hareketle temsil yetkisi eksikliği rizikosu temsilciye yüklenmiştir. Ancak temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bilme ihtimalinin üçüncü kişiden daha yüksek olmadığı hâllerde BGB § 179 Abs. 2 teleolojik redüksiyon yoluyla uygulanamaz. Başka bir ifadeyle temsilcinin, yetki eksikliğine olan yakınlık bakımından üçüncü kişiye nazaran elverişli konumunun ortadan kalktığı durumlarda onun kusursuz olarak sorumlu tutulmaması gerekir¹¹⁷³.

Buna karşılık Alman, İsviçre ve Türk öğretilerinde bu görüşe yönelik haklı olarak bir hayli eleştiri getirilmiştir: Bu görüş, kanunun açık düzenlemesine aykırıdır¹¹⁷⁴. Sorumluluğun amacıyla da bağdaşmayan bu görüşün kabul edilmesi hâlinde işlem güvenliğini koruyan tüm kusursuz sorumluluk hâllerinin (OR Art. 171; TBK m. 191, OR Art. 195 Abs. 1; TBK m. 217 f. 1, OR Art. 208 Abs. 2; TBK m. 229 f. 1 veya BGB § 122) kusur sorumluluğu olarak yeniden yorumlanması mümkün olur¹¹⁷⁵. Başka bir deyişle bu yaklaşım, kanunun amaçlamadığı bir kusur sorumluluğuna yol açtığı için yerinde değildir¹¹⁷⁶. Öte yandan her iki tarafın da fark etmediği bir temsil yetkisi eksikliği hâlinde bile rizikonun üçüncü kişi yerine temsilciye yüklenmesi daha doğrudur¹¹⁷⁷.

Temsilcinin kusuruyla bağlantılı ve oldukça tartışmalı olan konu, temsil yetkisi verilmesinin irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmiş olması hâlinde temsilcinin sorumlu olup olmayacağıdır. Bu konuyu ayrıca ele almak gerekir.

¹¹⁷² FLUME, § 47, 3c. İsviçre hukuku açısından burada gerçek olmayan kanun boşluğunun tartışıldığı yönünde bkz. von MOOS, N. 164.

¹¹⁷³ CANARIS, s. 535, dn. 53. Yazar, özellikle dış temsil söz konusu olduğunda bu yaklaşımın genel olarak benimsenebileceğini belirtir. Zira yazara göre dış temsilde, üçüncü kişiyle yapılan bir hukuki işlem vardır. Bu yüzden üçüncü kişi, kural olarak gerçek hukuki durumu bilmeye temsilci kadar yakındır. Başka bir deyişle, yalnızca temsilci değil, üçüncü kişi de temsil yetkisi eksikliğini fark edebilecek konumdadır. Dolayısıyla temsil yetkisi eksikliği rizikosu artık yalnızca temsilcinin egemenlik alanından kaynaklanan bir riziko olmaktan çıkar. Ayrıca üçüncü kişinin güveni, temsilcinin tamamen arka planda kalan yetki iddiasına yönelik olmayıp yalnızca dış temsil yetkisinin verilmesine yöneliktir. Dolayısıyla açıklamadan doğan sorumluluğun (*Erklärungshaftung*) unsurları temsilci için değil, yalnızca temsil olunan için geçerlidir. Bu nedenle dış temsilde kural olarak BGB § 179 Abs. 2 uygulama alanı bulmaz.

¹¹⁷⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 205, dn. 192.

¹¹⁷⁵ von MOOS, N. 166.

¹¹⁷⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 205, dn. 192; MüKoBGB-SCHRAMM, § 179, N. 4.

¹¹⁷⁷ MEDICUS, N. 994; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 17; KÖHLER, § 11, N. 70.

2. Temsil Yetkisinin İrade Bozukluğu Nedeniyle İptali

Temsil olunan, temsilciye vermiş olduğu temsil yetkisini, irade bozukluklarından birinin (yanılma, aldatma veya korkutma) mevcut olması hâlinde TBK m. 30 vd. (OR Art. 23 vd.) hükümleri uyarınca iptal etme imkânına sahiptir¹¹⁷⁸. Temsil yetkisinin verilmesi, bir hukuki işlem olduğundan bu işlemin (yetkilendirme işleminin) irade bozukluğu nedeniyle iptal edilebilmesi mümkündür. Temsil yetkisi henüz temsilci tarafından kullanılmamışsa temsil olunanın çok daha kolay bir yolu seçerek temsil yetkisini geri alması daha olasıdır¹¹⁷⁹. Bu nedenle temsil yetkisi kullanılana kadar yetkinin iptal edilmesine pek rastlanmaz¹¹⁸⁰. Dolayısıyla temsil yetkisinin iptal edilmesinin pratik önemi, temsil yetkisi kullanıldıktan sonrasına ilişkindir. Zira temsil yetkisi kullanıldıktan sonra yetkiyi geri almak ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sonuç doğuracağından yetkiye dayanılarak yapılan işlemi etkilemez ve bu nedenle temsil olunan için bir anlam ifade etmez¹¹⁸¹. Oysa temsil yetkisinin iptal edilmesi geriye etkili (*ex tunc*) sonuç doğurur¹¹⁸². Temsilci yetkiyi kullandıktan sonra yetkilendirme işlemi iptal edildiği takdirde temsilci, geriye etkili olarak yani yetkinin verildiği andan itibaren yetkisiz temsilci hâline gelir ve dolayısıyla temsil yetkisi eksikliği nedeniyle temsilin sonuçları doğmaz¹¹⁸³. Başka bir ifadeyle yetkilendirme işleminin iptal edilmesiyle birlikte yetkisiz temsil söz konusu olur¹¹⁸⁴. Bu durumda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı Alman, İsviçre ve Türk öğretilerinde tartışmalıdır.

Alman hukukunda hâkim görüş, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından iptal edilmiş olması hâlinde yetkisiz temsilcinin BGB § 179 uyarınca sorumlu olacağı yönündedir¹¹⁸⁵. Bunun nedeni, üçüncü kişinin, temsilcinin yetki iddiasına kayıtsız şartsız

¹¹⁷⁸ von TUHR/PETER, § 42 III; BUCHER, s. 632; VIOLAND, s. 56; AKYOL, s. 455; İNCEOĞLU, s. 148; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 118; von MOOS, N. 153; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 28; ZK-KLEIN, Art. 38, N. 25; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.08; EREN, BH GH, N. 1364; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 40. Alman hukukunda aynı yönde bkz. FLUME, § 52, 5a; Staudinger-SCHILKEN, § 167, N. 78 vd.; MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 48; Soergel-BAYER, § 167, N. 31; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 167, N. 58.

¹¹⁷⁹ BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 28; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.08; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 167, N. 57.

¹¹⁸⁰ BeckOK BGB-SCHÄFER, § 167, N. 57.

¹¹⁸¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 9; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.08.

¹¹⁸² BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 9.

¹¹⁸³ von TUHR/PETER, § 42 III; BUCHER, s. 632; VIOLAND, s. 56; İNCEOĞLU, s. 150; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 9; von MOOS, N. 153; KARASU, s. 332; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 28; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 37, Art. 38, N. 25; EREN, BH GH, N. 1365; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 41.

¹¹⁸⁴ İNCEOĞLU, s. 150; EREN, BH GH, N. 1365; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 40, N. 41.

¹¹⁸⁵ FROTZ, s. 325 vd.; BORK, N. 1479; Staudinger-SCHILKEN, § 167, N. 81; MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 54; Soergel-LEPTIEN, § 166, N. 23; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 167, N. 58.

güvenebilecek olmasıdır. Temsilci, temsil yetkisi eksikliği rizikosunu kesin bir biçimde taşır¹¹⁸⁶. Ayrıca temsilci, temsil yetkisini kullanmak zorunda da değildir. Mecbur olmadığı hâlde sahip olduğu yetkiyi kullanan temsilcinin, temsil yetkisi eksikliği rizikosunu taşımasından daha doğal bir şey yoktur. Kaldı ki temsilcinin, yetkilendirme işlemini yanlışla nedeniyle iptal eden temsil olunanı BGB § 122 (OR Art. 26; TBK m. 35) uyarınca sorumlu tutma imkânı da vardır. Başka bir deyişle temsilci yanlışla nedeniyle yetkilendirme işlemini iptal eden temsil olunandan tazminat talep edebilir¹¹⁸⁷.

Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, böyle bir durumda yetkisiz temsilcinin BGB § 179 Abs. 2 uyarınca kusursuz sorumluluğunun söz konusu olmayacağı, üçüncü kişinin BGB § 122 uyarınca doğrudan temsil yetkisini iptal eden temsil olunanı sorumlu tutabileceği yönündedir¹¹⁸⁸. Zira bu durumda temsilciyi sorumlu tutmak, ona gereğinden fazla yük bindirir. Başka bir deyişle temsilcinin sorumlu kılınması, onu üstesinden gelemeyeceği son derece olumsuz bir konuma sokar. Hatta öyle ki yetkisiz temsilciyi, temsil olunanın korkutulması sonucu verilen bir temsil yetkisinin iptal edilmiş olmasından da sorumlu tutmak gerekecektir. Bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yetkilendirme işleminin temsil olunan tarafından iptal edilmiş olması hâlinde BGB § 179 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, ancak temsilcinin irade bozukluğunu bildiği veya bilebilecek durumda olduğu takdirde doğar¹¹⁸⁹.

Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından iptal edilmiş olması hâlinde yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) uyarınca sorumlu olacağı yönündedir¹¹⁹⁰. Bu görüşü savunan yazarlardan ERGÜNE'ye göre, Alman hukukunda ileri sürülen ve azınlıkta kalan görüşü, Türk ve İsviçre hukukları bakımından kabul etme imkânı yoktur. Zira iyi niyetli üçüncü kişinin TBK m. 35 uyarınca temsil olunandan tazminat isteyebilmesi, yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1'deki kusur aranmayan yasal garanti sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Yetkisiz temsilci, temsil olunanın irade açıklamasındaki bozukluğu bilemeyecek hâlde olsa bile geçersiz bir temsil yetkisine dayanarak işlem yaptığından sözleşme görüşmelerindeki *diligentia* yükümünü ihlal etmiş olur¹¹⁹¹. von MOOS'a

¹¹⁸⁶ Staudinger-SCHILKEN, § 167, N. 81.

¹¹⁸⁷ MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 54.

¹¹⁸⁸ FLUME, § 52, 5e.

¹¹⁸⁹ FLUME, § 52, 5e. Ayrıca bkz. FLUME, § 47, 3c.

¹¹⁹⁰ von TUHR/PETER, § 42 III; KOLLER, Glaube, N. 404, dn. 482; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206; von MOOS, N. 155. Ayrıca bkz. BUCHER, s. 634.

¹¹⁹¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206, dn. 194.

göre, bu durumda yetkisiz temsilcinin sorumlu olmayacağını kabul etmek hükmün *ratio legis*'iyle bağdaşmaz. Zira temsilcinin kusursuz sorumluluğu, üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan işlemin kurulmasından önce temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişki hakkında bilgi edinmekten vazgeçmesini sağlar. Üstelik bu iç ilişki hakkında bilgi almak zaman alıcı ve masraflıdır. Üçüncü kişi, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından iptal edilmesi hâlinde temsilcinin kusursuz sorumluluğunun doğmayacağını düşünürse, başka bir deyişle temsilcinin sorumlu olacağını bekleyemezse, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkide irade bozukluğunun olup olmadığını, bir iptal nedeninin bulunup bulunmadığını açıklığa kavuşturma ihtiyacı hissedecektir¹¹⁹².

Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, bu durumda yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1 uyarınca sorumluluğunun doğmayacağını ileri sürmektedir¹¹⁹³. İNCEOĞLU'na göre, her ne kadar yetkisiz temsilcinin sorumluluğu kanun koyucu tarafından bir kusursuz sorumluluk hâli olarak kabul edilmişse de hukuki işlemin yapıldığı sırada yetkili olan bir kimsenin sorumlu tutulması adil değildir. Bu hükmün amacı, temsil yetkisi olmadığı hâlde hukuki işlem yapan bir kimseyi sorumlu tutmaktır. Oysa temsilci, hukuki işlemin kurulduğu an temsil yetkisine sahiptir ve kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin temelindeki düşünce gerçekleşmemiştir. Bu yüzden bu durumda amaca göre daraltıcı bir yorum (teleolojik redüksiyon) yapılmalı ve temsilci sorumlu tutulmamalıdır¹¹⁹⁴. KLEIN ise temsil yetkisinin temsil olunan tarafından iptal edilmiş olması hâlinde TBK m. 47 uyarınca temsilcinin sorumluluğunun doğmayacağını, TBK m. 35 uyarınca temsil olunanın üçüncü kişiye karşı sorumlu olabileceğini belirtmektedir¹¹⁹⁵.

Kanaatimizce temsil yetkisinin temsil olunan tarafından irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmiş olması hâlinde yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumluluğu doğar. Bu konuda Türk, İsviçre ve Alman hukuklarındaki hâkim görüşe katılıyoruz. Yukarıda da ifade edildiği gibi temsil yetkisinin iptal edilmesi geriye etkili olarak sonuç doğurur. Böylece temsil yetkisi verildiği andan itibaren geçersiz bir temsil yetkisi olarak değerlendirilir. Dolayısıyla

¹¹⁹² von MOOS, N. 155. Ayrıca bkz. von MOOS, N. 165.

¹¹⁹³ İNCEOĞLU, s. 464; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 7.

¹¹⁹⁴ İNCEOĞLU, s. 464. Alman hukukunda FLUME'ye göre de bu durumda BGB § 179 hükmü daraltıcı yoruma tabi tutulmalıdır (FLUME, § 52, 5e). ERGÜNE, aksi yöndeki bir düşüncenin kabul edilmesinin sebep olma ilkesine dayanan objektif sorumluluk ile bağdaşmayacağını, bu hâllerde bile temsilcinin geçerli olmayan bir temsil yetkisine dayanarak hukuki işlem yapmasıyla zarara yol açmış olduğunu belirtmektedir (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 205, dn. 192, s. 206, dn. 194). Bu görüşe katılmadığını belirten İNCEOĞLU'na göre, temsilci hukuki işlemin kurulması anında geçerli bir temsil yetkisine sahiptir. Bu yüzden temsilcinin davranışları ile zarar arasında mantıklı bir nedensellik bağı bulunsa bile zarara yol açan aslında temsilcinin davranışları değil, temsil olunanın davranışlarıdır (İNCEOĞLU, s. 464-465).

¹¹⁹⁵ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 7. Ayrıca bkz. ZK-KLEIN, Art. 36, N. 9 ve Art. 38, N. 26.

temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yapıldığı anda temsilcinin aslında geçersiz bir temsil yetkisine dayanması söz konusudur. Bu da temsil yoluyla yapılan işlemin yetkisiz temsil hükümlerine tabi olmasına yol açar. Temsil olunanın bu işlemi onamaması hâlinde artık yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulmaması için hiçbir neden yoktur.

Kanun koyucu, TBK m. 47 f. 1'de temsil yetkisi eksikliği rizikosunu temsilciye yüklemiştir. Bu nedenle temsilcinin işlemin yapıldığı anda temsil yetkisine sahip olduğunu, bu yetkinin daha sonra iptal edildiğini, bunun da geriye etkili sonuç doğurması nedeniyle yetkisiz bir konuma geldiğini, kusurunun olmadığını ileri sürmesi onu sorumluluktan kurtarmaz. Temsilci bu durumda gerçekten de kusursuzdur; ancak kanun koyucu temsilcinin kusursuz sorumluluğunu öngörmüştür. Bu durumda temsilcinin, yanılma nedeniyle temsil yetkisini iptal eden temsil olunandan TBK m. 35 uyarınca tazminat talep edebilmesi mümkündür. Dolayısıyla üçüncü kişiye TBK m. 47 uyarınca tazminat ödemek zorunda kalan temsilcinin, temsil olunandan tazminat isteyebilmesi mümkündür. Aynı şekilde korkutma nedeniyle temsil yetkisini iptal eden temsil olunanın, temsilciye karşı TBK m. 37 f. 2 uyarınca sorumluluğu doğar. Bununla beraber temsil yetkisinin aldatma nedeniyle iptal edilmesi hâlinde temsilci, temsil olunandan tazminat talep edemez.

Bu konudaki başka bir tartışma ise temsil olunanın temsil yetkisini iptal etmesi hâlinde üçüncü kişinin doğrudan temsil olunanı sorumlu tutup tutamayacağına ilişkindir. Bir görüşe göre yanılma nedeniyle temsil yetkisinin iptal edilmesi hâlinde üçüncü kişinin TBK m. 35 (OR Art. 26) uyarınca temsil olunandan tazminat isteyebilmesi mümkündür¹¹⁹⁶. Temsil yetkisinin korkutma nedeniyle iptal edilmiş olması hâlinde ise yine üçüncü kişi temsil olunandan TBK m. 37 f. 2 (OR Art. 29 Abs. 2) uyarınca tazminat isteyebilir¹¹⁹⁷. Böylece iyi niyetli üçüncü kişinin TBK m. 35 veya TBK m. 37 f. 2 uyarınca temsil olunana, TBK m. 47 uyarınca da yetkisiz temsilciye ileri sürebileceği tazminat istemleri birbirleriyle yarışma hâlindedir; yetkisiz temsilci ile temsil olunan, üçüncü kişinin olumsuz zararından müteselsilen sorumludur¹¹⁹⁸. Bazı yazarlar ise temsil olunanın, üçüncü kişinin yanı sıra temsilciye karşı da TBK m. 35 veya TBK m. 37 f.

¹¹⁹⁶ von TUHR/PETER, § 42 III; BUCHER, s. 634; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206, dn. 194; İNCEOĞLU, s. 489-490; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 38, N. 9, Art. 39, N. 69; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 28; ZK-KLEIN, Art. 32, N. 37; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.08. Temsil yetkisini iptal eden temsil olunana karşı doğrudan bir talepte bulunmanın, temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve her hâlükârda temsil olunanın tek başına sorumluluğunun devam edip etmeyeceğinin tartışılabilceği yönünde bkz. BUCHER, s. 634, dn. 117.

¹¹⁹⁷ BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 28; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.08.

¹¹⁹⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206, dn. 194.

2 uyarınca sorumlu olabileceğini belirtmişlerdir¹¹⁹⁹. Buna karşılık başka bir görüş, üçüncü kişinin TBK m. 35 uyarınca temsil olunandan tazminat talep edemeyeceği yönündedir¹²⁰⁰.

İlk bakışta üçüncü kişinin, temsil yetkisinin yanılma veya korkutma nedeniyle iptal edilmesi hâlinde TBK m. 35 veya TBK m. 37 f. 2 uyarınca temsil olunandan tazminat talep edebilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Zira temsil olunanın irade bozukluğu nedeniyle iptal ettiği işlem, muhatabının temsilci olduğu tek taraflı bir hukuki işlem olan yetkilendirme işlemidir; üçüncü kişinin tarafı olduğu temsil yoluyla yapılan sözleşme değildir. Temsil yetkisinin iptal edilmesinin dolaylı bir sonucu olarak temsil yoluyla yapılan sözleşme de geçersiz hâle gelir. Bu durumda sanki temsil yoluyla yapılan sözleşme irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmiş gibi olur. Bu nedenle TBK m. 35 ile TBK m. 37 f. 2 hükümlerinin doğrudan değil, kıyas yoluyla uygulanması ve üçüncü kişinin temsil olunandan tazminat isteyebilmesi gerekir¹²⁰¹. Üçüncü kişinin doğrudan TBK m. 47, kıyas yoluyla TBK m. 35 veya TBK m. 37 f. 2 uyarınca tazminat talep edebildiği dikkate alındığında tazminat istemlerinin birbirleriyle yarışma hâlinde olacağını ve temsilci ile temsil olunanın üçüncü kişiye karşı müteselsilen sorumlu olacağını söyleyebiliriz.

III. NİTELİKLİ UNSURLAR

Yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) kapsamında sorumlu tutulabilmesi, başka bir deyişle ondan “diğer zararların giderilmesi”nin istenebilmesi için hükmün birinci fıkrasında aranan unsurlara ek olarak iki unsur daha gerekir: (1) Temsilci kusurlu hareket etmiş olmalıdır. (2) Hakkaniyet, diğer zararların giderilmesini gerektirmelidir¹²⁰². Temel unsurların yanı sıra nitelikli unsurların da gerçekleşmesiyle yetkisiz temsilci diğer zararlardan sorumlu tutulabilir.

Alman hukukunda, yetkisiz temsilcinin olumlu zarardan sorumlu tutulabilmesi için Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak temsil yetkisi eksikliğinin bilinmesi gerekir. Temsil

¹¹⁹⁹ von TUHR/PETER, § 42 III; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 206, dn. 194; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 69; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 28; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.08.

¹²⁰⁰ KOLLER, Glaube, N. 404, dn. 482; AKYOL, s. 544. Üçüncü kişinin hem OR Art. 39 hem de OR Art. 26’ya göre tazminat talep edebileceği kabul edilirse, taleplerin yarışmasının söz konusu olacağı yönünde bkz. KOLLER, Glaube, N. 404, dn. 482.

¹²⁰¹ Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, s. 489-490.

¹²⁰² ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 16; KOLLER, Glaube, N. 398; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213-214; AKYOL, s. 538; İNCEOĞLU, s. 475; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 26; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 5; KARASU, s. 351; İŞ-NART, m. 47, N. 14; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2958 vd.; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 28; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1420; NOMER, BH GH, N. 95.3; AYBAY, s. 153; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 10-11; AYDOĞDU/NART, s. 147; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 10.

yetkisi eksikliğini bilmeyen temsilci, yalnızca olumsuz zarardan sorumludur (BGB § 179 Abs. 2)¹²⁰³. Dolayısıyla Alman kanun koyucusu, temsilcinin kusurlu olması yerine onun temsil yetkisi eksikliğini bilmesini gerekli kılarak Türk ve İsviçre kanun koyucularına göre daha dar bir ifade tercih etmiş, öte yandan hakkaniyet gerekliliğine hiç yer vermemiştir.

A. TEMSİLCİNİN KUSURU

1. Genel Olarak Kusur Kavramı

Kanunda kusur kavramının tanımına yer verilmemiştir¹²⁰⁴. TBK Tasarısı'nda kusurun tanımına yer verilmiş, ancak daha sonra Tasarı'dan çıkarılmıştır: “(1) *Kusur, bir davranışın hukuk düzenince kınanacak biçimde kasten veya ihmal suretiyle gerçekleşmesidir. (2) Kast, zararlı sonucun doğumunu öngörerek ve isteyerek davranmaktır. (3) İhmal, zararlı sonucu istememekle beraber doğmaması için durumun gerektirdiği ve kendisinden beklenen özeni göstermemektir.*” (TBKT m. 59)¹²⁰⁵. Öğreti ve uygulamada kusur çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır¹²⁰⁶. En yalın ifadeyle kusur, hukuken olumsuz olarak nitelendirilebilecek bir insan davranışdır¹²⁰⁷. Öğreti ve uygulamada hâkim görüş, objektifleştirilmiş bir kusur kavramını kabul etmektedir¹²⁰⁸. Bu nedenle bir davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken failin kişisel özellikleri değil, objektif makul bir kişi (model davranış) esas alınır¹²⁰⁹. Ancak kanun koyucunun açık iradesi aksi yöndeysse kişinin subjektif özellikleri dikkate alınır, başka bir ifadeyle objektif kusur uygulanmaz¹²¹⁰. Örneğin TBK m. 400 f. 2 (OR Art. 321e Abs. 2) ve TBK m. 628 f. 1 (OR Art. 538 Abs. 1) hükümleri, failin subjektif

¹²⁰³ MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 1; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 25.

¹²⁰⁴ GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./EMMENEGGER Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich 2020, N. 2963.

¹²⁰⁵ BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.19.

¹²⁰⁶ Bkz. BGE 116 Ia 169; Yarg. HGK, E. 2013/4-579, K. 2014/155, 26.02.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 45-46; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 492; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 103; BK-BREHM, Art. 41, N. 168; EREN, BH GH, N. 1759; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 153; NOMER, BH GH, N. 114; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 961; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 150.

¹²⁰⁷ MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 106; von MOOS, N. 316; BK-BREHM, Art. 41, N. 168; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 961. Bkz. ve karşı. GUHL/KOLLER, § 10, N. 71.

¹²⁰⁸ BGE 124 III 155, 164; BGE 112 II 172, 180; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 50 vd.; GUHL/KOLLER, § 24, N. 39; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 105, 133; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.29; BSK OR I-KELLER, Art. 41, N. 48a; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 969-970. Aksi yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 163; NOMER, BH GH, N. 114.2.

¹²⁰⁹ TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 51; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 134; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.26-2.27; EREN, BH GH, N. 1767; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 153; BK-BREHM, Art. 41, N. 172.

¹²¹⁰ BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.30.

eksikliklere (örneğin eğitim eksikliği, psikolojik sıkıntı vb.) dayanarak kendisini aklamasına izin verir¹²¹¹.

Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır¹²¹². Kast, hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek davranmaktır¹²¹³. Kast, doğrudan kast¹²¹⁴ ve dolaylı kast¹²¹⁵ olmak üzere ikiye ayrılır¹²¹⁶. Doğrudan kast, tasavvur edilen hukuka aykırı sonucun açıkça istenmesidir¹²¹⁷. Dolaylı kast ise hukuka aykırı sonucun doğrudan doğruya istenmemesine rağmen bu sonucun gerçekleşme ihtimalinin göze alınmasıdır¹²¹⁸. İhmal, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte bu sonucun doğmaması için durum ve şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesidir¹²¹⁹. Gerekli özenin gösterilmemesi, bilinçli olabileceği gibi bilinçsiz de olabilir: Bilinçli ihmal, hukuka aykırı bir sonucun gerçekleşebileceğinin bilinmesine rağmen bu sonucun gerçekleşmeyeceği ümidiyle gerekli tedbirlerin alınmamasıdır¹²²⁰. Bilinçsiz ihmal ise hukuka

¹²¹¹ von MOOS, N. 316; KOLLER, OR AT, N. 47.31; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.30.

¹²¹² TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 46; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; KOLLER, OR AT, N. 48.43; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.33; EREN, BH GH, N. 1774; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 166; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 156; NOMER, BH GH, N. 114; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 962; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 22.11. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK m. 49) aksine İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR Art. 41) kusurun türlerine ilişkin ayrıma açıkça yer verilmiş, kast ve ihmal olarak ikiye ayrıldığı ifade edilmiştir (BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.33, dn. 57). Kusurun istem ve ihmal olarak ikiye ayrıldığı yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 138. Yazara göre kast, istemin bir türüdür. Türk öğretisinde istem ve kast ayırt edilmeksizin her iki terim de aynı anlamda kullanılmaktadır. Oysa OR Art. 41'de ifade edilen kast bu anlamıyla değil, istemin bir türü olarak anlaşılmalıdır. Bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 139.

¹²¹³ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 46; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; KOLLER, OR AT, N. 48.48; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.34; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 146; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N. 45; EREN, BH GH, N. 1775; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 167; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 158; NOMER, BH GH, N. 114; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 966; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 22.12.

¹²¹⁴ Doğrudan kast, "vasıtasız kast" olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 47.

¹²¹⁵ Dolaylı kast, "ihtimalî kast" (TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.38; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 158; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 966) ve "olası kast" (BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.38; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 966) olarak da adlandırılmaktadır.

¹²¹⁶ MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 155; EREN, BH GH, N. 1777; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 169; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 158.

¹²¹⁷ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 47; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 156; EREN, BH GH, N. 1777; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 169; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 158.

¹²¹⁸ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; KOLLER, OR AT, N. 48.48; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 157; EREN, BH GH, N. 1777; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 169; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 158; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 966; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 22.12.

¹²¹⁹ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 48; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 494; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.40; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 160; EREN, BH GH, N. 1781; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 173; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 159; NOMER, BH GH, N. 114; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 968; BK-BREHM, Art. 41, N. 196.

¹²²⁰ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.43; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 200; EREN, BH GH, N. 1798; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 191.

aykırı sonucun doğabileceğinin sırf dikkatsizlik yüzünden fark edilmemesidir¹²²¹. Bilinçli ihmal, dolaylı kasta yakın bir kavramdır; aralarındaki fark, dolaylı kastta hukuka aykırı sonucun göze alınması (“Ne fark eder?”¹²²²), dolaylı da olsa istenilmesi söz konusu iken bilinçli ihmalde hukuka aykırı sonuç arzu edilmez ve göze alınmaz, bu sonucun gerçekleşmeyeceği umulur¹²²³ (“Sorun olmayacak.”¹²²⁴). İhmal, derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır¹²²⁵. Ağır ihmal, makul bir kişinin aynı durum ve şartlarda göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi, başka bir deyişle en temel önlemlerin alınmamış olmasıdır¹²²⁶ (“Nasıl yaparsın!”¹²²⁷). Hafif ihmal ise dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir¹²²⁸ (“Bunu yapmalıydın.”¹²²⁹). Öğreti ve uygulamada ağır ihmal ve hafif ihmalin yanı sıra orta ihmalin de mevcut olduğu, orta ihmalin ağır ihmal ile hafif ihmal arasında yer aldığı da ileri sürülmektedir¹²³⁰.

2. TBK m. 47 f. 2 Anlamında Kusur

Kusur, TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) hükmünde açıkça gerekli kılınmıştır¹²³¹. Öyleyse temsilcinin kusurundan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir temsilci, yetkisiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde yetki iddiasında bulunursa TBK m. 47 f. 2 anlamında kusurlu davranmış olur¹²³². Başka bir deyişle temsil yetkisi eksikliğini

¹²²¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495. Bkz. ve karş. TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 49; KOLLER, OR AT, N. 48.52; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.43.

¹²²² KOLLER, OR AT, N. 48.52.

¹²²³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; KOLLER, OR AT, N. 48.52; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 201; EREN, BH GH, N. 1798; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 191.

¹²²⁴ KOLLER, OR AT, N. 48.52.

¹²²⁵ TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 54-55; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.44; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 194; NOMER, BH GH, N. 114.1; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 159; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 22.22.

¹²²⁶ BGE 107 II 161, 167; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 54-55; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.44; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 195; EREN, BH GH, N. 1795; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 188; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 159; NOMER, BH GH, N. 114.1; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 975; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 22.22.

¹²²⁷ KOLLER, OR AT, N. 48.55.

¹²²⁸ TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 55; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.44; EREN, BH GH, N. 1796; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 189; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 159; NOMER, BH GH, N. 114.1; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 977; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 22.22.

¹²²⁹ KOLLER, OR AT, N. 48.55.

¹²³⁰ BGE 100 II 332, 338; BGer 15.09.2004, 4C.126/2004, E. 2.4; GUHL/KOLLER, § 10, N. 71; KOLLER, OR AT, N. 48.44; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 2.44; EREN, BH GH, N. 1794, 1797; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 49, N. 187, 190; NOMER, BH GH, N. 114.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2972. Aksi yönde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 196.

¹²³¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 27; AYBAY, s. 155.

¹²³² ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15; KIESEL, s. 116; von TUHR/PETER, § 45 III; KUTLU SUNGURBEY, s. 178; VIOLAND, s. 185; KOLLER, Glaube, N. 399; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 203-204; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213, dn. 225; AKYOL, s. 539; İNCEOĞLU, s. 476; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 27-28; KUKO OR-JUNG, Art. 39,

bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen başkası adına hareket ederek temsil yoluyla işlem yapan temsilci kusurludur¹²³³. Temsil yetkisinin varlığından kuşkulandığı veya kuşkullanması gerektiği hâlde temsil yoluyla işlem yapan temsilci de TBK m. 47 f. 2 anlamında kusurludur¹²³⁴. Temsilcinin kusurundan anlaşılması gereken bu ifade edilenlerden ibarettir. TBK m. 47 f. 2’de yalnızca böyle bir kusur kastedilmektedir¹²³⁵. Başka bir deyişle bu hüküm kapsamında yalnızca temsil yetkisi eksikliğine ilişkin bir kusur dikkate alınır¹²³⁶. TBK m. 47 f. 2, diğer kusurlu davranışları kapsamaz¹²³⁷. Örneğin temsilcinin üçüncü kişiyi işlem temeli hakkında aldatması kusurlu bir davranıştır, ancak bu kusur, hükmün kapsamına girmez ve bu nedenle diğer zararlardan sorumluluğa yol açmaz¹²³⁸. Ancak böyle bir kusur, TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) anlamında tazminatın belirlenmesi bakımından önemlidir¹²³⁹.

Temsilcinin kusurunun ne anlama geldiğine ilişkin öğretide başka bir görüş daha ileri sürülmüştür. KLEIN’a göre temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen bir temsilci de kusurlu kabul edilebilir. Başka bir deyişle yetki eksikliğini bilen temsilcinin yanı sıra bunu bilmeyen temsilcinin de kimi hâllerde kusurundan söz etmek mümkündür. Yazar, şöyle bir kurgudan söz etmektedir: Temsilci, sözleşmenin yapıldığı sırada yetki eksikliğini bilmez. Üçüncü kişi, TBK m. 46 f. 2 uyarınca temsil olunana sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesi için uygun bir süre verir. Temsil olunan, kendisine verilen süre içinde sözleşmeyi onadığını üçüncü kişiye değil, temsilciye bildirir. Temsilci ise onama açıklamasını kusurlu bir şekilde üçüncü kişiye

N. 5; TİFTİK/ŞEN, s. 2659; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 29; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 5; von MOOS, N. 319; HELVACI/KARASU, s. 203-204; KARASU, s. 351; İŞ-NART, m. 47, N. 15; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2959; AYRANCI, s. 491; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 29; EREN, BH GH, N. 1420; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 2; AYBAY, s. 155; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 10; AYDOĞDU/NART, s. 147-148; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 11.

¹²³³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 28; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 5; von MOOS, N. 319; HELVACI/KARASU, s. 203-204; KARASU, s. 351; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 10; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 11. Temsilcinin kusuruna ilişkin bkz. Yarg. 3. HD, E. 2019/4606, K. 2020/486, 22.01.2020 (Lexpera): “Dava konusu kira sözleşmesinin davalılardan ... tarafından okul müdürü sıfatıyla ... Otelcilik ve Turizm Meslek Lisesi adına imzalandığı, ancak temsil edilenin bu sözleşmeye onay vermediği, buna rağmen davalılardan ...’in gerek yargılama sırasında gerekse hakkındaki disiplin soruşturması sırasında kira sözleşmesindeki sorumluluğun kendisine ait olduğunu kabul ettiği yönünde beyanlarda bulunduğu, nitekim bu davalı tarafından kiralanmış eşyaların tutanakla teslim alındığı ve sözleşmeye uygun bir kısım ödemelerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Yetkisiz olarak temsil olunan okul adına yapıldığı iddia olunan kira sözleşmesi Millî Eğitim Bakanlığınca kabul edilmediğine göre TBK m. 47 kapsamında davalı ...’in borçtan sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekir. Hâl böyle olunca, davacı hakkında dolandırıcılık iddiasının bulunduğu da dikkate alındığında taraflar arasındaki ceza soruşturmalarının ve dosyalarının akıbeti sorulup gerekirse neticesi beklenerek davalı ...’in sorumluluğu açısından TBK m. 47/2 gereğince bir değerlendirme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.”

¹²³⁴ KOLLER, Glaube, N. 399; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213, dn. 225; von MOOS, N. 319.

¹²³⁵ KOLLER, Glaube, N. 399.

¹²³⁶ KUTLU SUNGURBEY, s. 178; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213, dn. 225; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 28; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 29; AYBAY, s. 156.

¹²³⁷ KUTLU SUNGURBEY, s. 178; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213, dn. 225; von MOOS, N. 319.

¹²³⁸ KOLLER, Glaube, N. 399; von MOOS, N. 319.

¹²³⁹ KOLLER, Glaube, N. 399. Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 1.

iletmez. Onama açıklaması kendisine bildirilmediği için üçüncü kişi artık sözleşmeyle bağlı olmaz¹²⁴⁰. Bu durumda en azından TBK m. 47 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanması yerinde olur. Zira belirleyici olan yetkisiz temsilcinin her iki hâlde de yetki eksikliği nedeniyle sözleşmenin hüküm doğurmamasına kusuruyla yol açmasıdır¹²⁴¹. Kanaatimizce temsilcinin bu davranışı, kusurlu bir davranış olsa bile temsil yetkisi eksikliğine dair bir davranış değildir. Bu nedenle TBK m. 47 f. 2'nin kapsamına girmez. Sözleşmenin yapıldığı sırada yetki eksikliğini bilmeyen yetkisiz temsilcinin, sözleşme kurulduktan sonraki ve yetki eksikliğine dair olmayan bir davranışıyla TBK m. 47 f. 2 anlamında kusurlu olarak kabul edilmesi yerinde olmaz.

Temsilcinin kusuruna yüklenen anlam doğrultusunda öğretide TBK m. 47 hükmünün yalnızca üçüncü kişinin değil, temsilcinin de iyi niyetini koruyan bir hüküm olduğu ileri sürülmüştür¹²⁴². Başka bir deyişle bu hüküm, temsilcinin de iyi niyetine koruyucu etki tanıyan bir normdur. Şöyle ki temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan temsilci, yalnızca hükmün birinci fıkrası uyarınca olumsuz zarardan sorumlu olur, hükmün ikinci fıkrası anlamında diğer zararlardan sorumlu tutulmaz. Temsil yetkisi eksikliğini bilen veya bilebilecek durumda olan temsilci ise hakkaniyetin de gerektirmesi kaydıyla diğer zararların tazmininden sorumlu olur. Dolayısıyla temsilcinin bir hukuki eksiklik (temsil yetkisi eksikliği) ile ilgili belirli bir bilinç düzeyi, hukuki durumun temsilci lehine değişmesine yol açabilir¹²⁴³. Bu da iyi niyetin korunmasından başka bir şey değildir¹²⁴⁴.

Temsilcinin kusurunun görünüm biçimlerini şöyle ele alabiliriz:

¹²⁴⁰ Üçüncü kişinin, temsil olunana sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesi için süre vermiş olması hâlinde onama açıklamasının temsilciye değil, mutlaka üçüncü kişiye yapılması gerekir (**KUTLU SUNGURBEY**, s. 70; **VIOLAND**, s. 131; **İNCEOĞLU**, s. 388; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 59; **KOLLER**, OR AT, N. 19.27; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 12; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2936; **ZK-KLEIN**, Art. 38, N. 88; **AYBAY**, s. 125). Öte yandan yetkisiz temsilcinin, kendisine yapılmış olan onama açıklamasını temsil olunanın habercisi olarak süresi içinde üçüncü kişiye ulaştırması da yeterlidir (**KUTLU SUNGURBEY**, s. 71; **İNCEOĞLU**, s. 388-389; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 38, N. 59; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 7; **AYBAY**, s. 126-127, dn. 478).

¹²⁴¹ **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 30.

¹²⁴² **KOLLER**, Glaube, N. 400-401; **von MOOS**, N. 324.

¹²⁴³ **KOLLER**, Glaube, N. 401; **von MOOS**, N. 324. **KOLLER**'e göre TMK m. 3 f. 2'nin (ZGB Art. 3 Abs. 2) gerektirdiği özenin gösterilmemesi öğreti ve uygulamada "kusur" olarak adlandırılmaktadır. Bu doğrultuda TBK m. 47 f. 2'deki "kusur", "kötü niyet" veya TMK m. 3 f. 2 uyarınca gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle "iyi niyet iddiasında bulunamama" anlamına gelir (**KOLLER**, Glaube, N. 140, dn. 132).

¹²⁴⁴ İyi niyetli yetkisiz temsilci, TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) uyarınca olumsuz zararın tazmininden sorumludur. Kötü niyet (TBK m. 47 f. 2; OR Art. 39 Abs. 2 uyarınca "kusur") hâlinde sorumluluk, TBK m. 47'nin temel unsurlarının gerçekleşmesi ve hakkaniyetin de gerektirmesi koşuluyla diğer zararların, yani olumlu zararın tazminini kapsar. Sonuç olarak temsilcinin iyi niyeti, yalnızca hükmün birinci fıkrasının uygulanmasına yol açabilir. Böylece temsilcinin sorumluluğu olumsuz zarar ile sınırlıdır. Oysa kötü niyet hâlinde hakkaniyetin de gerektirmesi koşuluyla sorumluluk olumlu zarara kadar uzanır. Temsilcinin iyi niyeti, sorumluluğu ortadan kaldırmaz, ancak en azından kapsamını sınırlandırabilir (**KOLLER**, Glaube, N. 130, dn. 120).

(1) Temsilci, *temsil yetkisi eksikliğini bilmesi* hâlinde iki türlü davranabilir:

(i) Temsilci, yetkisiz olduğunu üçüncü kişiden gizleyerek yetkili temsilci gibi hareket edebilir. Bu durumda hâkim görüş, kusurun kast biçiminde ortaya çıktığı yönündedir¹²⁴⁵. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, kastın varlığının kabul edilebilmesi için yalnızca temsil yetkisi eksikliğini bilmenin yeterli olmadığı yönündedir¹²⁴⁶. Bu görüşü savunan yazarlardan İNCEOĞLU'na göre, kast yalnızca bilme unsurunu değil, isteme unsurunu da içerir. Temsil yetkisi eksikliğini bilerek işlem yapan temsilcinin daima işlemin geçersiz olmasını istediği söylenemez. Bilakis yetkisiz temsilci genellikle temsil olunanın işlemi onayacağı inancıyla hareket eder. Kaldı ki sorumluluğa yol açan yalnızca temsil yetkisi eksikliği değil, aynı zamanda temsil olunanın işlemi onamaması, yani işlemin onamama nedeniyle geçersiz olmasıdır. Bu yüzden hem temsil yetkisi eksikliğinin hem de temsil olunanın işlemi onamayacağının bilinmesi hâlinde yetkisiz temsilcinin kastı söz konusu olur. Aksi takdirde yalnızca ihmalin varlığı kabul edilir¹²⁴⁷. von MOOS'a göre ise temsil yetkisi eksikliğini gizleyen temsilci, üçüncü kişiye zarar vermek istemesi veya en azından üçüncü kişinin zarara uğramasını göze alması hâlinde kasten hareket etmiş olur. Temsilcinin zarar verme kastının olmaması ve zarar vermeyi göze almaması hâlinde, örneğin temsilci sözleşmenin onanacağını umarak işlem yaptığı takdirde kast yoktur, ihmal vardır¹²⁴⁸.

Kanaatimizce temsil yetkisi eksikliğini bilmesine rağmen bunu üçüncü kişiden gizleyen temsilcinin kastı söz konusudur. Azınlıkta kalan birinci görüşün göz ardı ettiği nokta şudur: Kast, doğrudan kasttan ibaret değildir. Yukarıda açıklandığı gibi kast, doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kastta gerçekten de hukuka aykırı sonucu bilmenin yanı sıra bu sonucun istenmesi de gereklidir. Ne var ki dolaylı kastta oluşacak hukuka aykırı sonuç bilinmekle birlikte bu sonucun gerçekleşmesi doğrudan istenmemekte, gerçekleşme ihtimali göze alınmaktadır. Temsil yetkisi eksikliğini bilen ve bunu üçüncü kişiden gizleyen temsilci, işlemin temsil olunan tarafından onanacağı inancıyla hareket etmiş olsa da işlemin onanmayacağı ihtimalini göze almaktadır. Dolayısıyla doğrudan kast olmasa bile dolaylı kasttan söz edilebilir. Burada dolaylı kast yerine bilinçli ihmalin mevcut olduğu düşünülebilir. Bizce burada bilinçli ihmal yoktur. Zira bilinçli ihmalde, hukuka aykırı sonucun

¹²⁴⁵ AKYOL, s. 539; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 28; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 29; KARASU, s. 351; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2959; AYRANCI, s. 491.

¹²⁴⁶ İNCEOĞLU, s. 476; von MOOS, N. 320.

¹²⁴⁷ İNCEOĞLU, s. 476. Aynı yönde bkz. AYBAY, s. 156.

¹²⁴⁸ von MOOS, N. 320.

arzu edilmemesi ve göze alınmaması söz konusudur. Oysa yetki eksikliğini üçüncü kişiden gizleyen temsilcinin, hukuka aykırı sonucu istemediği kabul edilse bile göze almadığı söylenemez. Şayet temsilci, işlemin geçersizliğini göze almamış olsaydı çeşitli yollarla bunu gösterebilirdi. Örneğin yetki eksikliğini gizlemek yerine bunu üçüncü kişiye açıklayabilirdi. Temsil yetkisinin varlığı konusunda şüphelerinin olması hâlinde üçüncü kişiyi yetkiye ilişkin olgular hakkında bilgilendirebilir ve yetkinin mevcut olup olmadığı konusunda karar vermeyi üçüncü kişiye bırakabilirdi. Ayrıca sözleşmeyi temsil olunanın onaması kaydıyla yapabilirdi. Bunlar dururken yetki eksikliğini açıklamamayı ve gizlemeyi tercih eden temsilcinin, işlemin geçersizliğini istemediği kabul edilse bile hiç değilse işlemin geçersizliğini göze aldığı söylenebilir.

(ii) Temsilci, temsil yetkisi eksikliğini gizlemek yerine bunu üçüncü kişiye açıklamayı tercih edebilir. Ancak temsilci, temsil yetkisi eksikliğini üçüncü kişiye açıklarken özensiz davranır ve üçüncü kişinin açıklamayı anlamayacağı ve güven ilkesine göre de anlamak zorunda kalmayacağı kadar belirsiz bir şekilde ifade ederse, temsilcinin ihmali söz konusudur¹²⁴⁹.

Sonuç olarak temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi hâlinde hem kast hem de ihmal söz konusu olabilir¹²⁵⁰.

Öte yandan temsil yetkisine ilişkin bir iptal nedeni varsa ve temsilci bunu biliyorsa, onun temsil yetkisi eksikliğini bildiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle temsil yetkisine ilişkin bir iptal nedenini bilmek, temsil yetkisi eksikliğini bilmekle eşdeğerdir¹²⁵¹.

(2) Temsilcinin, *temsil yetkisinin varlığından kuşkullanması* hâlinde o, kuşkularını gidermeden yetki iddiasında bulunursa kusurlu davranmış olur. Temsilcinin bu davranışı dolaylı kast veya ihmal olarak nitelendirilebilir. Kusurun türü konusunda belirleyici olan ise kuşkulanan temsilcinin üçüncü kişinin zarara uğramasını göze alıp almadığıdır¹²⁵². Türk ve İsviçre hukuklarında kusur kavramı objektifleştirildiği için temsilciyle aynı şartlarda bulunan makul, ortalama bir kişinin de temsil yetkisinin varlığından kuşkullanması hâlinde temsilciye kusur atfedilebilir. Bu çerçevede objektif makul kişi, özellikle temsil olunanın tam ehliyetli

¹²⁴⁹ von MOOS, N. 320.

¹²⁵⁰ von MOOS, N. 320.

¹²⁵¹ Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 11; von MOOS, N. 321.

¹²⁵² von MOOS, N. 322.

olup olmadığından emin değilse veya yetkilendirme açıklaması muğlak görünüyorsa, temsil yetkisinin varlığından kuşku duyabilir¹²⁵³.

(3) Temsil yetkisi eksikliğini bilmemesine veya temsil yetkisinin varlığından kuşulanmamasına rağmen yetki iddiasında bulunan temsilci, gerekli özeni göstermiş olsaydı temsil yetkisi eksikliğini bilebilecek veya en azından temsil yetkisinin varlığından kuşulanacak durumda ise kusurlu hareket etmiş olur¹²⁵⁴. Bu durumda kusurun türü ihmaldir¹²⁵⁵. Örneğin temsilciye posta yoluyla gönderilen bir yetkilendirme açıklamasının, temsil olunana kesinlikle atfedilemeyecek el yazılı tashihler içermesine rağmen yetkiliymiş gibi hareket etmek kusurlu bir davranıştır¹²⁵⁶. Benzer şekilde temsilci, gerekli özeni göstermemiş olduğu için temsil yetkisini yanlış yorumlayıp aşarsa, ihmal söz konusudur¹²⁵⁷.

B. HAKKANİYETİN GEREKTİRMESİ

TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) uyarınca diğer zararların giderilmesi, ancak hakkaniyet¹²⁵⁸ bunu gerektirdiği takdirde mümkündür¹²⁵⁹. Bu hükümde, TMK m. 4 (ZGB Art. 4) hükmüne doğrudan atıfta bulunmaktadır¹²⁶⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, OR Art. 39 Abs. 2 uyarınca verilecek hakkaniyet kararının hâkimin istediği gibi (keyfine göre) vereceği bir karar

¹²⁵³ von MOOS, N. 322.

¹²⁵⁴ von MOOS, N. 320. Temsilcinin göstermesi gereken özenin belirlenmesinde TMK m. 3 f. 2'nin esas alınması gerektiği yönünde bkz. von MOOS, N. 324.

¹²⁵⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 28; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 29; KARASU, s. 351; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2959.

¹²⁵⁶ von MOOS, N. 323.

¹²⁵⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 28. Aynı yönde bkz. AYBAY, s. 156.

¹²⁵⁸ Hakkaniyet kavramı hakkında bkz. İMRE Zahit, "Doktrinde ve Türk Mesuliyet Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Halleri II", İÜHF, C. 14, S. 1-2, 1948, s. 439 vd.; EDİS, s. 217-218; HELVACI İlhan, "Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine", İHF, C. 55, S. 4, 1997, s. 153; NART, Hakkaniyet, s. 63 vd.; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, Genel Bölüm, I § 1, N. 48; HRUBESCH-MILLAUE Stephanie, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter), Bern 2012, Art. 4, N. 5 vd. ve N. 273 vd.; ANTALYA O. Gökhan, Hukuk Bilimine Katkı Olarak, Cilt II, Hukuk Metodolojisi, Ankara 2021, N. 3488; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1692.

¹²⁵⁹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 16; KUTLU SUNGURBEY, s. 178; KOLLER, Glaube, N. 402; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 214; AKYOL, s. 538; İNCEOĞLU, s. 476; ERGÜNE, Olumlu Zarar, s. 918; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 29; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 5; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 10; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 29; HELVACI/KARASU, s. 203; KARASU, s. 351; İŞ-NART, m. 47, N. 16; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2960; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 9; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 31; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1420; FURRER/FOUNTOULAKIS, N. 43.08; AYRANCI, s. 491; NOMER, BH GH, N. 95.3; GÜMÜŞ, s. 416; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 753; EREN, BH GH, N. 1421; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 3; AYBAY, s. 156-157; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 11; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 12. Hâkimin, hakkaniyetin gerektirmesi hâlinde daha fazla tazminata hükmedebilmesine izin veren başka bir hüküm için bkz. ve karş. TBK m. 35 f. 2 (OR Art. 26 Abs. 2).

¹²⁶⁰ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 31.

olmadığını, onun tüm önemli durumları dikkate alması gerektiğini belirtmiştir¹²⁶¹. Dolayısıyla hakkaniyetin hangi hâllerde diğer zararların giderilmesini haklı kıldığı konusunda önceden kesin bir ölçüt belirlemek mümkün değildir¹²⁶². Hâkim, somut olayın özelliklerine göre hakkaniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir¹²⁶³. Federal Mahkemeye göre bu tür takdir kararlarının gerekçelendirilmesi olağan kararlara göre daha gerekli olup varılan sonucun hakkaniyete uygun olup olmadığı ise hukuki bir sorundur ve Federal Mahkemenin denetimine tabidir¹²⁶⁴.

Hakkaniyete ilişkin yapılacak değerlendirmede önceden kesin bir kural koymak mümkün olmamasına rağmen bazı ölçütlerin göz önünde bulundurulabileceği kabul edilmektedir: (1) Temsilcinin kusurunun derecesi¹²⁶⁵, (2) tarafların ekonomik durumları¹²⁶⁶, (3) üçüncü kişinin uğramış olduğu zararın miktarı¹²⁶⁷, (4) üçüncü kişinin sıfatı¹²⁶⁸. Nitekim ilk üç ölçütü bir kararında Yargıtay da belirtmektedir: *“Hakkaniyetin gerektirip gerektirmediği, tarafların ekonomik durumu, kusurun derecesi ve zararın büyüklüğü gibi somut olaya ilişkin bütün önemli hususlar gözetilerek tespit edilmelidir.”*¹²⁶⁹

¹²⁶¹ BGE 106 II 131, 133. Bu kararın yerinde olduğu yönünde bkz. **VIOLAND**, s. 184; **AKYOL**, s. 540; **BSK OR I-WATTER**, Art. 39, N. 9; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 12.

¹²⁶² **İNCEOĞLU**, s. 476-477; **ERGÜNE**, Olumlu Zarar, s. 918; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 29; **von MOOS**, N. 325; **KARASU**, s. 351; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 753.

¹²⁶³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 205; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214; **İNCEOĞLU**, s. 477; **ERGÜNE**, Olumlu Zarar, s. 918; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 5; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 11; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 29; **HELVACI/KARASU**, s. 204; **KARASU**, s. 351; **İŞ-NART**, m. 47, N. 16; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2960; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 753.

¹²⁶⁴ BGE 106 II 131, 133.

¹²⁶⁵ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 16; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 178; **VIOLAND**, s. 184, dn. 199; **KOLLER**, Glaube, N. 402; **LOSER**, N. 585; **AKYOL**, s. 539; **ERGÜNE**, Olumlu Zarar, s. 918; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 11; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 29; **HELVACI/KARASU**, s. 204; **KARASU**, s. 351; **İŞ-NART**, m. 47, N. 16; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 2960; **AYRANCI**, s. 492; **GÜMÜŞ**, s. 416; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 753; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 11; **AYDOĞDU/NART**, s. 148; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 12.

¹²⁶⁶ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 178; **KOLLER**, Glaube, N. 402; **LOSER**, N. 585; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214; **ERGÜNE**, Olumlu Zarar, s. 918; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 11; **HELVACI/KARASU**, s. 204; **KARASU**, s. 351; **İŞ-NART**, m. 47, N. 16; **AYRANCI**, s. 492; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 11; **AYDOĞDU/NART**, s. 148; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 12.

¹²⁶⁷ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 178; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214; **ERGÜNE**, Olumlu Zarar, s. 918; **HELVACI/KARASU**, s. 204; **KARASU**, s. 351; **İŞ-NART**, m. 47, N. 16; **AYRANCI**, s. 492; **AYDOĞDU/NART**, s. 148.

¹²⁶⁸ **von MOOS**, N. 336 vd.; 339.

¹²⁶⁹ Yarg. 3. HD, E. 2022/805, K. 2022/2138, 10.03.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Üçüncü kişi, kusurda olduğu gibi¹²⁷⁰ diğer zararların tazmin edilmesini haklı gösteren durumları ispatlamalıdır (TMK m. 6; ZGB Art. 8)¹²⁷¹. Hâkimin hakkaniyete göre karar verme yükümlülüğünün, TBK m. 51 f. 1 (OR Art. 43 Abs. 1) ile örtüştüğünü de eklemek gerekir¹²⁷².

1. Temsilcinin Kusurunun Derecesi

Bir görüşe göre, temsilcinin hafif kusurlu¹²⁷³ olması hâlinde TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) uyarınca sorumluluğun doğması için kusurun yanı sıra özel hakkaniyet nedenleri (örneğin temsilcinin ekonomik olarak iyi durumda olmasına karşın üçüncü kişinin yoksul olması) bulunmalıdır. Öte yandan temsilcinin ağır kusuru¹²⁷⁴, özel hakkaniyet nedenlerine ihtiyaç duyulmadan TBK m. 47 f. 2'nin uygulanmasını sağlar. Başka bir deyişle temsilcinin ağır kusuru varsa, hakkaniyet unsurunun ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur¹²⁷⁵, bu hâlde hakkaniyet diğer zararların tazminini haklı kılar¹²⁷⁶. Temsilcinin yetki eksikliğini bilerek işlem yapması hâlinde güven korumasının arttırılmasını haklı kılan nitelikli bir yükümlülük ihlali söz konusudur¹²⁷⁷. Bu görüşü savunan yazarlardan von MOOS'a göre, bir mahkemenin takdir kararı, olayla ilgisi olmayan kişiler tarafından da makul olarak kabul edilebiliyorsa hakkaniyete uygundur¹²⁷⁸. İsviçre hukukunda kusursuz sorumluluk yükleyen ve sırf kusurun otomatik olarak sorumluluğun ağırlaşmasına yol açacağını açıkça öngören çeşitli hükümler (OR Art. 195, Art. 208; karşı. TBK m. 217, m. 229) vardır. Nitekim öğreti ve uygulamada da bu hükümlerin yerinde olmadığı düşünülmemektedir. Bu çerçevede hâkimin ağır kusur hâlinde yetkisiz temsilciyi OR Art. 39 Abs. 2 anlamında diğer zararların tazmininden sorumlu tutması, ilgili olmayan kişilerin hukuk duygusunu zedelemeyiz. Öte yandan bazı mahkeme kararlarında¹²⁷⁹ olduğu gibi yetkisiz temsilciyi sırf kusurlu diye OR Art. 39 Abs. 2 kapsamında sorumlu tutmak da doğru değildir. Bu hüküm, temsilcinin kusurlu olması hâlinde diğer zararlardan sorumluluğun doğup doğmayacağını hâkimin takdirine bırakmaktadır. Hükümün amacı, kusur hâlinde yetkisiz temsilcinin olumlu zarardan otomatik olarak sorumlu tutulmasını

¹²⁷⁰ Bkz. Birinci Bölüm, IV, C, 4.

¹²⁷¹ AKYOL, s. 540; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 29; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 31.

¹²⁷² PIOTET, s. 87; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 31.

¹²⁷³ Hafif kusur, hafif ihmalden ibarettir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; KOLLER, OR AT, N. 48.44; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 202).

¹²⁷⁴ Ağır kusur, kast ve ağır ihmale karşılık gelmektedir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; KOLLER, OR AT, N. 48.44; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 202; BK-BREHM, Art. 41, N. 191).

¹²⁷⁵ KOLLER, Glaube, N. 402, 413. Aynı yönde bkz. von MOOS, N. 326.

¹²⁷⁶ von MOOS, N. 326.

¹²⁷⁷ LOSER, N. 582. Yazara göre ihmal hâlinde kural olarak yalnızca olumsuz zararın tazmini uygundur.

¹²⁷⁸ von MOOS, N. 104, 328.

¹²⁷⁹ AppHof BE, ZBJV 1965, s. 149; Cour de justice civile GE, SemJud 1946, s. 271 vd.

önlemektir¹²⁸⁰. Ayrıca yazara göre, OR Art. 39 Abs. 1'deki kusursuz sorumluluğun hâkimin takdir kararıyla kusura bağlı olarak genişletilmesi, modern hukuk sistemlerinde reddedilmesi gereken tazminat ve cezanın bir arada verilmesi sonucunu doğurmaz. Burada kusurlu yetkisiz temsilcinin, zararın “tamamı”ndan sorumlu olmama ayrıcalığını kaybetmesi söz konusudur. Nitekim kusura bağlı ayrıcalık kayıpları, günümüzün tazminat hukuku anlayışıyla uyumludur¹²⁸¹.

Bizim de katıldığımız başka bir görüş ise bunu kanunun lafzıyla çeliştiği için reddetmektedir¹²⁸². Zira kanun koyucu, yalnızca hafif kusur için değil, ağır kusur için de hakkaniyeti gerekli kılmıştır. Kusurun her derecesi için hakkaniyet gereklidir¹²⁸³. Dolayısıyla hakkaniyet unsuru, temsilcinin her bir kusur derecesi için ayrıca değerlendirilmelidir¹²⁸⁴. Tek başına ağır kusurun varlığı, hakkaniyetin sorumluluğu haklı kıldığını göstermez¹²⁸⁵.

İsviçre uygulamasında ağır kusurlu yetkisiz temsilcinin diğer zararlardan sorumlu tutulduğu kararlara rastlanmaktadır¹²⁸⁶. Ancak bu kararlarda ağır kusurun bir hakkaniyet nedeni olduğundan açıkça söz edilmemiştir¹²⁸⁷. Temsilcinin “kasten”¹²⁸⁸, “son derece düşüncesizce”¹²⁸⁹, “bile bile”¹²⁹⁰ veya “temsil yetkisi eksikliğini bilerek”¹²⁹¹ hareket ettiği ifade edilmiştir. Bununla beraber iki kararda temsilcinin yalnızca kusurlu olması diğer zararlardan sorumluluk için yeterli olarak kabul edilmiştir¹²⁹².

Kanaatimizce temsilcinin ağır kusuru hâlinde hakkaniyet unsurunun değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki görüş yerinde değildir. Temsilcinin ağır kusuruna rağmen hakkaniyet diğer zararların tazminini haklı kılmayabilir. Örneğin temsilcinin ağır kusurlu ve yoksul olması, buna karşın üçüncü kişinin zengin olması hâlinde hakkaniyetin diğer zararların tazminini gerektirmediği söylenebilir. Kaldı ki bu durumda bile üçüncü kişinin hiç

¹²⁸⁰ von MOOS, N. 328.

¹²⁸¹ von MOOS, N. 329.

¹²⁸² CR-CHAPPUIS, Art. 39, N. 8; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 30; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 214-215, dn. 229; İŞ-NART, m. 47, N. 16; AYBAY, s. 157; AYDOĞDU/NART, s. 149.

¹²⁸³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 214-215, dn. 229.

¹²⁸⁴ VIOLAND, s. 184, dn. 199. Aynı yönde bkz. AYBAY, s. 157.

¹²⁸⁵ VIOLAND, s. 184; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 30.

¹²⁸⁶ BGE 116 II 691; BGer, VJS 1933, s. 40; Cour de justice civile GE, SemJud 1950, s. 223 vd.; AppHof BE, ZBJV 1941, s. 514 vd.

¹²⁸⁷ von MOOS, N. 327.

¹²⁸⁸ BGE 116 II 691.

¹²⁸⁹ BGer, VJS 1933, s. 40.

¹²⁹⁰ AppHof BE, ZBJV 1941, s. 515.

¹²⁹¹ Cour de justice civile GE, SemJud 1950, s. 223 vd.

¹²⁹² AppHof BE, ZBJV 1965, s. 149; Cour de justice civile GE, SemJud 1946, s. 271 vd.

tazminat elde edememesi söz konusu değildir, onun birinci fıkra kapsamındaki zararının giderilmesi mümkündür. Dolayısıyla hakkaniyet unsurunun, kusurun her derecesi için ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Temsilcinin ağır kusuru, genellikle hakkaniyet unsurunun gerçekleşmesine yol açacaksa da belirttiğimiz gibi aksi de mümkün olabilir. Bu nedenle peşinen ağır kusurun hakkaniyet unsurunu sağladığını söylemek isabetli değildir.

2. Tarafların Ekonomik Durumları

Genel hakkaniyet sorumluluğunda (TBK m. 65; OR Art. 54) olduğu gibi¹²⁹³ TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) kapsamındaki sorumluluk için de tarafların ekonomik durumlarının hakkaniyeti haklı kılabilceği kabul edilmektedir¹²⁹⁴. Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişinin ekonomik durumlarına ilişkin dört senaryo düşünülebilir¹²⁹⁵:

(1) Temsilcinin zengin, üçüncü kişinin mütevazı bir yaşam sürmesi hâlinde hakkaniyet, temsilcinin sorumlu tutulmasını gerektirir¹²⁹⁶.

(2) Üçüncü kişinin zengin, temsilcinin yoksul olması hâlinde hakkaniyet, temsilcinin sorumlu tutulmasını haklı kılmaz¹²⁹⁷.

(3) Tarafların her ikisinin de mütevazı bir yaşam sürmesi hâlinde hakkaniyet, temsilcinin sorumlu tutulmasını haklı kılmaz¹²⁹⁸. Zira bu durumda tarafların ekonomik durumları arasında bir fark yoktur. Hakkaniyetin sorumluluğu haklı kılması için tarafların

¹²⁹³ Bkz. BGE 102 II 226, 331; BGE 122 III 262, 266; Yarg. 4. HD, E. 2016/3415, K. 2017/8481, 20.12.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 10. HD, E. 2016/12924, K. 2019/2458, 18.03.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 59; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 500; **HELVACI**, s. 154; **ROBERTO** Vito, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022, N. 07.37; **FELLMANN/KOTTMANN**, N. 697; **NART**, s. 166; **HK-FISCHER**, Art. 54, N. 23; **KOLLER**, OR AT, N. 48.42; **BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER**, Art. 54, N. 8; **CHK-MÜLLER**, Art. 54, N. 11; **REY**, N. 814; **KUKO OR-SCHÖNENBERGER**, Art. 54, N. 7; **BAYSAL**, Haksız Fiil, N. 3.40; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 2, N. 1350 vd.; **BK-BREHM**, Art. 54, N. 19; **EREN**, BH GH, N. 1908; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 65, N. 1, 7; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, N. 568.

¹²⁹⁴ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 178; **KOLLER**, Glaube, N. 402; **LOSER**, N. 585; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214; **ERGÜNE**, Olumlu Zarar, s. 918; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 11; **von MOOS**, N. 330; **HELVACI/KARASU**, s. 204; **KARASU**, s. 351; **İŞ-NART**, m. 47, N. 16; **AYRANCI**, s. 492; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 11; **AYDOĞDU/NART**, s. 148; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 12.

¹²⁹⁵ **von MOOS**, N. 330. Ayrıca bkz. **BK-BREHM**, Art. 54, N. 20-23.

¹²⁹⁶ **KOLLER**, Glaube, N. 402; **von MOOS**, N. 331. Ayrıca bkz. BGE 102 II 226 E. 3b; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 59-60; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 500; **HELVACI**, s. 154; **NART**, Hakkaniyet, s. 166; **BAYSAL**, Haksız Fiil, N. 3.40; **BK-BREHM**, Art. 54, N. 20; **EREN**, BH GH, N. 1908; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 65, N. 1.

¹²⁹⁷ **von MOOS**, N. 332. Ayrıca bkz. **HK-FISCHER**, Art. 54, N. 23; **BK-BREHM**, Art. 54, N. 22.

¹²⁹⁸ Bu durumda yalnızca sınırlı bir sorumluluğun düşünülebileceği aksi yöndeki görüş için bkz. **von MOOS**, N. 333.

ekonomik durumları arasında farklılık olmalıdır¹²⁹⁹. Böyle bir farklılık yoksa hâkim diğer hakkaniyet nedenleri bakımından bir değerlendirme yapmalıdır¹³⁰⁰.

(4) Tarafların her ikisinin de zengin olduğu bir senaryoda ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu durumda zarar vereni sorumlu tutmak hakkaniyete uygundur. Zira zarar veren, zararı tazmin edecek ekonomik güce sahiptir¹³⁰¹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise hakkaniyet sorumluluğunun istisnai bir düzenleme olduğunu ve bu nedenle dar yorumlanması gerektiğini belirterek bu görüşe karşı çıkmaktadır: Yalnızca zarar veren değil, zarar gören de varlıklı ise hakkaniyet sorumluluğu yerinde olmaz¹³⁰². Zarar verenin ekonomik olarak daha iyi durumda olması yeterli değildir; taraflar arasında ekonomik farklılık olmalıdır¹³⁰³. Kaldı ki zarar verenin, zararı tazmin edebilecek ekonomik güce sahip olması bir hakkaniyet nedeni olarak yeterli olsaydı, kanun koyucu hakkaniyet sorumluluğunu düzenlemekten vazgeçebilir, zarar verenin (2 ve 3 numaralı senaryolarda olduğu gibi) ekonomik imkânlarla sahip olmaması hâlinde, TBK m. 51 vd. (OR Art. 43 vd.) çerçevesinde hakkaniyet düşüncesiyle tazminatı belirleyecek olan hâkimin zarar vereni kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtaracağına güvenebilirdi¹³⁰⁴. Ayrıca bu senaryoda sorumluluğun doğmayacağı görüşü, zengin bir zarar görenin, TBK m. 47 f. 2 uyarınca hiçbir zaman tazminat talep edemeyeceği anlamına gelmez. Zira hakkaniyetin gerektirmesi için tek neden tarafların ekonomik durumları değildir. Diğer hakkaniyet nedenleri (örneğin temsilcinin ağır kusuru), diğer zarar görenler için olduğu gibi onun için de geçerlidir¹³⁰⁵.

Bir görüşe göre, TBK m. 35 f. 2 (OR Art. 26 Abs. 2) ve TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) anlamında hakkaniyete ilişkin bir değerlendirmede tarafların ekonomik durumları gibi “güvenle ilgili olmayan” ölçütlere temkinli yaklaşmak gerekir. Elbette bu ölçütler tamamen dışlanamaz, ancak büyük bir sınırlamayla uygulanmalıdır. Böyle bir tutum, hukuk güvenliğini sağlamaya yarayacağı gibi borçlar hukuku sisteminde doğabilecek tutarsızlıkları da önler¹³⁰⁶. Bu görüş, tarafların ekonomik durumları gibi güvenle ilgili olmayan nedenlerin yalnızca istisnai

¹²⁹⁹ NART, Hakkaniyet, s. 167.

¹³⁰⁰ HELVACI, s. 154.

¹³⁰¹ WERRO, N. 600.

¹³⁰² FELLMANN/KOTTMANN, N. 699; BK-BREHM, Art. 54, N. 21; von MOOS, N. 334. Alman hukukunda aynı yönde bkz. BGH, NJW 1979, s. 2096; MüKoBGB-WAGNER, § 829, N. 16.

¹³⁰³ MüKoBGB-WAGNER, § 829, N. 16. Aynı yönde bkz. NART, Hakkaniyet, s. 167.

¹³⁰⁴ von MOOS, N. 334.

¹³⁰⁵ von MOOS, N. 335. Aynı yönde bkz. MüKoBGB-WAGNER, § 829, N. 16

¹³⁰⁶ LOSER, N. 282, 585.

olarak hakkaniyeti haklı kılacağı yönündedir¹³⁰⁷. Buna karşılık bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, hakkaniyet kararı, somut olay adaletine ve hukuki eşitliğe yönelik olmalıdır. Hiç kuşkusuz hukuki eşitlik, hukuk güvenliğinin sağlanmasına ve hukuk düzenindeki tutarsızlıkların önlenmesine de hizmet eden bir değerdir. Somut olay adaleti ile hukuki eşitlik değerlerinin birbirleriyle nasıl uzlaştırılacağı belirsizdir. Bu noktada hâkimin, takdirine bağlı olarak uyumu sağlaması gerektiği kabul edilebilir. Bununla beraber bu değerlerden birinin diğerine göre bir önceliği olmadığı açıktır. Bu nedenle hâkim, TBK m. 47 f. 2 anlamında hakkaniyete ilişkin bir değerlendirme yaparken hukuk güvenliği ile hukuk düzeninin tutarlılığına, somut olay adaletinden daha fazla önem vermemelidir¹³⁰⁸.

3. Üçüncü Kişinin Sıfatı

a. Tacir Sıfatı

Üçüncü kişinin tacir olması hâlinde hakkaniyetin TBK m. 47 f. 2 uyarınca diğer zararların giderilmesini haklı kılacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, tacirler, faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlara ihtiyaçlar duyarlar. Onlar kazanç olmadan faaliyetlerini sürdüremezler. Bu nedenle bir tacirin yoksun kaldığı kâr son derece önemlidir. TBK m. 47 f. 1 anlamında olumsuz zarar, yoksun kalınan kârı da içerebilir, ancak bu yalnızca üçüncü kişilerle başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyetidir. Ne var ki çoğu kez bir tacir için önemli olan temsil yoluyla yapılan işlem nedeniyle yoksun kaldığı kârdır. Söz konusu yoksun kalınan kârın tazmini ise yalnızca olumlu zarar çerçevesinde mümkündür¹³⁰⁹.

Bu görüşün dayanağı, Avusturya hukukundaki durumdur¹³¹⁰: Avusturya hukukunda, 2007 yılına kadar yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından ticari iş ile adi iş ayrımı mevcuttu. Ticari işler bakımından kusurlu yetkisiz temsilci, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin ifasından veya olumlu zararın nakden tazmininden sorumlu iken (EVHGB Art. 8 Nr. 11) adi

¹³⁰⁷ von MOOS, N. 342.

¹³⁰⁸ von MOOS, N. 343.

¹³⁰⁹ von MOOS, N. 336. Olumlu zarar kapsamında talep edilebilecek yoksun kalınan kârın genellikle ticari işlemlerde söz konusu olduğu, tüketici işlemlerinde ise kural olarak böyle bir kâr mahrumiyetinden söz edilemeyeceği yönünde bkz. GÜNDÜZ, s. 385.

¹³¹⁰ von MOOS, N. 337.

işlerde yetkisiz temsilci yalnızca olumsuz zararın tazmininden sorumluydu. 2007 yılında öğretideki eleştiriler üzerine söz konusu ayrıma son verilmiştir¹³¹¹.

Bu görüş, ticari işler bakımından hakkaniyetin olumlu zararın tazminini haklı kılacağı yönünde olduğu gibi ticari işin söz konusu olmadığı hâller bakımından da aynı yöndedir. Buna göre, yalnızca üçüncü kişinin tacir sıfatına sahip olması hâlinde, yani bir ticari işin söz konusu olmaması hâlinde de TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki olumlu zarardan kusura bağlı sorumluluk yerindedir. Bu görüşün dayanağı ise yine karşılaştırmalı hukuktaki durumdur. Karşılaştırmalı hukukta, yetkisiz temsilcinin kusursuz olması ve ne kendisinin ne de üçüncü kişinin tacir olarak kabul edilmesi hâlinde onun olumlu zararın tazmininden sorumlu tutulması bile mümkün kılınmaktadır¹³¹².

Kanaatimizce üçüncü kişinin tacir olması, hakkaniyetin diğer zararların giderilmesini haklı kılacağı söylenebilir. Gerçekten de tacirler bakımından önemli olan temsil yoluyla yapılan sözleşme nedeniyle yoksun kaldığı kârdır. Bu nedenle adi iş-ticari iş ayırımından ziyade üçüncü kişinin ticari veya mesleki amaçla hareket edip etmediğine bakılmalıdır. Üçüncü kişinin ticari veya mesleki amaçla hareket etmesi hâlinde işin adi iş veya ticari iş olduğuna bakılmaksızın hakkaniyetin olumlu zararın tazminini haklı kılacağı söylenebilir.

b. Tüketici Sıfatı

TBK m. 47 f. 2 uyarınca sorumluluğun doğmasına yol açan bir diğer hakkaniyet nedeninin, üçüncü kişinin tüketici sıfatı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşün dayanağı, İsviçre Anayasası'nda tüketicilerin korunmasına ilişkin hükümdür (BV Art. 97). Anayasa'da özellikle tüketicilerin korunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle temsil yoluyla yapılan sözleşmede tüketici sıfatına sahip üçüncü kişilerin, TBK m. 47 f. 2 kapsamında tazminat elde edebilecekleri, kendilerine sağlanan korumadan yararlanmaları için bunun yerinde olduğu belirtilmektedir¹³¹³. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 172'de de tüketicilerin korunması açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede biz de bu görüşe katılıyoruz. Kanaatimizce üçüncü kişinin tüketici sıfatına sahip olması hâlinde hakkaniyet, TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki diğer zararların tazminini haklı kılar.

¹³¹¹ Bkz. Birinci Bölüm, III, C.

¹³¹² von MOOS, N. 338.

¹³¹³ von MOOS, N. 339.

4. Diğer Nedenler

Hakkaniyet nedenlerinden bir diğeri, üçüncü kişinin, temsilin sonuçlarının doğmaması nedeniyle tasarrufta bulunma imkânından mahrum kalmasıdır. Bu durumda hakkaniyet, üçüncü kişinin olumlu zararının tazminini haklı kılar. Örneğin üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmadığı için iade etmek zorunda kaldığı malın değeri sözleşmenin kurulmasından sonra artabilir ve üçüncü kişi iade edilen satış bedeliyle eşdeğer bir mal satın alamayabilir¹³¹⁴.

TBK m. 35 f. 2 (OR Art. 26 Abs. 2) uyarınca yanılmanın sorumluluğuna ilişkin ileri sürülen hakkaniyet nedenleri, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından da ele alınabilir. Yanılmanın çok uzun bir süre sonra ileri sürülmesi veya olumsuz zararın olumlu zarara göre çok az olması hâlinde de hakkaniyetin olumlu zararın tazminini haklı kılacağı belirtilmiştir¹³¹⁵. Bu görüşü destekleyen ve TBK m. 47 f. 2'ye kıyas yoluyla uygulanmasını haklı kılacak nedenler belirtilmediği ileri sürülerek bu görüşe temkinli yaklaşılmaktadır¹³¹⁶. Yukarıda da belirttiğimiz gibi üçüncü kişinin uğramış olduğu zararın miktarı hakkaniyet nedenlerinden biridir. Olumsuz zararın olumlu zarara göre çok az olması hâlinde, başka bir deyişle iki zarar arasında büyük bir fark varsa bu durumda artık hakkaniyet olumlu zararın tazminini haklı kılabilir.

Zarar gören üçüncü kişinin ekonomik durumunun yetkisiz temsilciden iyi olması veya tarafların ekonomik durumları arasında bir farklılık olmaması hâlinde hakkaniyetin sorumluluğu haklı kılmadığını belirtmiştik¹³¹⁷. Öğreti ve uygulamada sorumluluğu haklı kılmayan nedenlere pek değinilmemiştir de 1980 yılında verilmiş bir İsviçre Federal Mahkemesi kararından¹³¹⁸ bahsetmek gerekir¹³¹⁹: Federal Mahkemeye göre hakkaniyet değerlendirmesinde üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin avantajlı koşullarından yararlanıp yararlanmadığı dikkate alınmalıdır. Karara konu olan olayda, birkaç yıldır devam eden ve avantajlı koşullara sahip bir kira sözleşmesi vardır. Üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmeden menfaat sağlaması hâlinde, söz konusu karar uyarınca hakkaniyet, TBK

¹³¹⁴ von MOOS, N. 340.

¹³¹⁵ SCHERRER, s. 71 vd.

¹³¹⁶ von MOOS, N. 341.

¹³¹⁷ İkinci Bölüm, III, B, 2.

¹³¹⁸ BGE 106 II 131.

¹³¹⁹ von MOOS, N. 344.

m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumluluğu haklı kılmayabilir¹³²⁰. Federal Mahkemenin tutumu açık değildir, zira söz konusu davada bir hakkaniyet kararı vermemiş, ancak dosyayı alt mahkemeye geri göndermiştir¹³²¹. Federal Mahkeme, hakkaniyet değerlendirmesinde alt mahkemenin, davalı üçüncü kişinin, hükümsüz kira sözleşmesinin son derece elverişli koşullarından yaklaşık beş yıl boyunca yararlandığını dikkate alması gerektiğini de belirtmiştir¹³²².

von MOOS, bu kararın yerinde olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte yazara göre, üçüncü kişinin, yetkisiz olarak akdedilen sözleşmeden elde ettiği maddi menfaatleri sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77 vd.; OR Art. 62 vd.) uyarınca iade etmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir (TBK m. 47 f. 3; OR Art. 39 Abs. 3). Bu nedenle bu sözleşmeden elde edilen menfaatlerin TBK m. 47 f. 2 anlamında hakkaniyet değerlendirmesine konu olması, ancak üçüncü kişinin istisna olarak maddi menfaatleri iade etmek zorunda kalmadığı (TBK m. 79; OR Art. 64) veya menfaatlerin maddi olmayan nitelikte olduğu hâllerde mümkündür. Ayrıca iyi niyetli üçüncü kişinin, TMK m. 988 (ZGB Art. 933) sayesinde temsil yoluyla yapılan sözleşmenin konusunu oluşturan bir malın mülkiyetini kazanması ve böylece malı iade etmek zorunda olmaması gibi bir durum asla söz konusu olamaz¹³²³. Ancak yazarın son ifade ettiği konu, yani emin sıfatıyla zilyedin, malikin yetkili temsilcisiymiş gibi hareket etmesi hâlinde TMK m. 988'in uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız birinci görüş, bu durumda üçüncü kişinin hak kazanımının korunması gerektiği yönündedir¹³²⁴. İkinci görüş ise TMK m. 988'in yalnızca tasarruf yetkisi eksikliğini gideren bir hüküm olduğunu, temsil yetkisi eksikliğini gidermediğini, dolayısıyla üçüncü kişi iyi niyetli olsa bile temsil yetkisi eksikliği nedeniyle onun mülkiyeti kazanamayacağı yönündedir¹³²⁵. Böylece von

¹³²⁰ von MOOS, N. 345.

¹³²¹ BGE 106 II 131, 133; von MOOS, N. 345.

¹³²² BGE 106 II 131, 134.

¹³²³ von MOOS, N. 346.

¹³²⁴ SEROZAN Rona, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2014, N. 605, 1132, 1139; ERGÜNE Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul 2017, N. 478; OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 25. Bası, İstanbul 2023, N. 524; DURAL/SARI, N. 1205, dn. 265; NOMER Halûk Nami/ERGÜNE Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2023, N. 245. Emin sıfatıyla zilyedin temsilcisiymiş gibi hareket etmesinin, malikin oluşturduğu görüşüne güvenen iyi niyetli üçüncü kişilerin korunmasına engel olmaması gerektiği, TMK m. 988'in temel borç ilişkisindeki ve aynı sözleşmedeki taraf eksikliğini giderdiği yönünde bkz. ERGÜNE, Taşınır, N. 478.

¹³²⁵ HAAB Robert/SIMONIUS August/SCHERRER Werner/ZOBL Dieter, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977, Art. 714, N. 57; TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I: Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 172, dn. 5; ÖZ M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 204, dn. 69; STARK Emil W./LINDENMANN Barbara, BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016, Art. 933, N. 67. TMK m. 988'in gerek sebebe bağlılık gerekse sebepten soyutluk

MOOS'un ikinci görüşü benimsediği anlaşılmaktadır. Oysa birinci görüş benimsenirse iyi niyetli üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin konusunu oluşturan malın mülkiyetini TMK m. 988 uyarınca kazanabilir ve böylece malı iade etmek zorunda kalmaz. Dolayısıyla iyi niyetli üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan sözleşme sayesinde maddi menfaat elde etmiş olur. Bu nedenle artık hakkaniyetin sorumluluğu haklı kılmadığı söylenebilir.



görüşünde yetkisiz temsilciden iyi niyetle mülkiyet kazanmaya izin vermediği, başka bir deyişle hangi görüş benimsenirse benimsensin sonucun değişmediği yönünde bkz. **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 204, dn. 69.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. SÖZLEŞMENİN GEÇERSİZ OLMASINDAN DOĞAN ZARARIN TAZMİNİ

A. GENEL OLARAK

TBK m. 47 f. 1’de hukuki işlemin onanmaması hâlinde, yetkisiz temsilciden “*bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi*”nin istenebileceği belirtilmiştir. Burada hüküm doğurmaya başlamış bir hukuki işlemin sonradan geçersiz olması değil, üçüncü kişinin baştan beri geçersiz olan ve hüküm doğurmayan bir hukuki işlemin geçerli olduğuna ve hüküm doğurduğuna güvenmesi ifade edilmektedir¹³²⁶. “Hukuki işlem” ifadesiyle, temsilci ile üçüncü kişi arasında akdedilen, geçerli olmayan, ancak yine de üçüncü kişiyi geçici olarak bağlayan hukuki işlem, yani temsil yoluyla yapılan sözleşme kastedilmektedir¹³²⁷.

TBK m. 47 f. 1’deki tazminat yükümlülüğü, esasen yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun ana sonucudur. TBK m. 47 uyarınca kural, birinci fıkra anlamında zararı tazmin yükümlülüğü; istisna ise ikinci fıkra anlamında zararı tazmin yükümlülüğüdür. Hükmün ikinci fıkrasında öngörülen tazminat yükümlülüğü yalnızca istisnai olarak söz konusu olur¹³²⁸. Bunun nedenini şöyle açıklayabiliriz: Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, birinci fıkra kapsamında olumsuz zararın tazmini söz konusu iken ikinci fıkra kapsamında olumlu zararın tazmini söz konusudur. Böylece TBK m. 47’de düzenlenen *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, alışveriş menfaatinin tazminine yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Alışveriş menfaatinin tazmininde kural olumsuz zararın tazminidir; istisna ise zarar görenin amaçlanan sözleşmeden elde edeceği ifa menfaatinin karşılanmasıdır¹³²⁹.

¹³²⁶ SIMONIUS, s. 229; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59.

¹³²⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59.

¹³²⁸ TİFTİK/ŞEN, s. 2659; von MOOS, N. 246; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 25 vd. Karş. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 63; AYBAY, s. 167-168. TBK m. 35’te düzenlenen yanılmanın sorumluluğu bakımından aynı yönde bkz. ve karş. KANIŞLI, s. 658 vd.

¹³²⁹ ERGÜNE, Olumlu Zarar, s. 915 vd.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun unsurlarından biri olan zarar kavramı yukarıda incelenmişti¹³³⁰. Bu nedenle burada zarar unsuru ele alınmayacaktır.

Temsil yetkisinin aşılması nedeniyle kısmi geçersizliğin mevcut olması hâlinde¹³³¹ temsilci elbette yalnızca sözleşmenin geçersiz kısmından doğan zarardan sorumludur¹³³².

TBK m. 47 f. 1 anlamında tazminatın belirlenmesi bakımından hiç kuşkusuz yalnızca TBK m. 47 değil, aynı zamanda kıyas yoluyla uygulanacak TBK m. 51 (OR Art. 43) vd. hükümleri de esas alınır¹³³³. Aslında TBK m. 51 vd. hükümleri, sistematik olarak Borçlar Kanunu’nun birinci bölümünün ikinci ayırımında (TBK m. 49-76; OR Art. 41-61) düzenlenmiş olup haksız fiil hukukunun bir parçasıdır¹³³⁴. TBK m. 47 ise kanunun birinci bölümünün birinci ayırımında yer alır. TBK m. 51 vd. hükümlerinin uygulanacağını açıkça ifade eden TBK m. 114 f. 2 (OR Art. 99 Abs. 3) gibi bir atıf hükmü de yoktur¹³³⁵. Ancak TBK m. 47’de tazminatın belirlenmesine ilişkin bir düzenleme yer almadığı ve bu konuda bir boşluk bulunduğu için TBK m. 51 vd. hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması mümkündür¹³³⁶.

Tazminatın belirlenmesi için ilk önce zararın belirlenmesi gerekir¹³³⁷. Sorumluluk hukukuna hâkim olan tek bir zarar kavramı olsa da “meydana gelen zarar” ve “tazmin edilmesi gereken zarar” kavramlarını, başka bir ifadeyle zararın hesaplanması ile tazminatın takdir edilmesi aşamalarını birbirinden ayırmak gerekir¹³³⁸. Bu aşamalar arasındaki ayrım konusunda titiz olunmalıdır¹³³⁹. Dolayısıyla zararın belirlenmesi ve tazminatın belirlenmesi olmak üzere birbirini izleyen iki aşama söz konusudur¹³⁴⁰. Bunlar eş zamanlı değil, art arda yapılmalıdır¹³⁴¹.

¹³³⁰ Bkz. İkinci Bölüm, II, D.

¹³³¹ Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, d.

¹³³² Soergel-LEPTIEN, § 179, N. 3; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 58.

¹³³³ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 8; von TUHR/PETER, § 45 III; KOLLER, Glaube, N. 408; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 62; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 9; von MOOS, N. 248; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 56; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 9. Ayrıca bkz. BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 4.

¹³³⁴ KOLLER, Glaube, N. 408; von MOOS, N. 248.

¹³³⁵ KOLLER, Glaube, N. 408.

¹³³⁶ KOLLER, Glaube, N. 408; OFTINGER/STARK, § 6, N. 3. Aynı yönde bkz. von MOOS, N. 248. Tazminatın belirlenmesine ilişkin sorunlarda OR Art. 43 (TBK m. 51) vd. hükümlerinin esas alınacağı, bu konuda atıf hükmü olup olmadığına bakılmaksızın bu hükümlerin İsviçre hukuki inancının (*opinio iuris*) bir ifadesi olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. OFTINGER/STARK, § 6, N. 3.

¹³³⁷ MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2356.

¹³³⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 332.

¹³³⁹ GUHL/KOLLER, § 10, N. 17; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 4.2; BK-BREHM, Art. 43, N. 29. Uygulamada bu iki aşamanın net bir şekilde birbirinden ayrılmadığı yönünde bkz. FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1228.

¹³⁴⁰ von MOOS, N. 248; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 16.01; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 4.2.

¹³⁴¹ BK-BREHM, Art. 43, N. 29.

Sıraya uyulmaması hâlinde yanlış sonuçların doğması kaçınılmazdır¹³⁴². İlk aşamada “meydana gelen zarar”, fark veya somut zarar teorisine göre matematiksel bir yöntemle hesaplanır¹³⁴³. Böylece tazminat miktarının üst sınırı belirlenmiş olur¹³⁴⁴. Bu aşamada zararın tam olarak tazmin edilmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir karar verilmez¹³⁴⁵. İkinci aşamada ise hâkimin TBK m. 51-52 (OR Art. 43-44) hükümlerine göre sahip olduğu takdir yetkisi uyarınca “meydana gelen zarar”ın ne kadarının tazmin edilmesi gerektiği, kısacası tazminat miktarı belirlenir¹³⁴⁶.

Bu açıklamalar doğrultusunda aşağıda öncelikle birinci aşama olan zararın belirlenmesi, daha sonra ise ikinci aşama olan tazminatın belirlenmesi incelenecektir.

B. ZARARIN BELİRLENMESİ

1. Zarar Türü

TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) hükmünde ne tür bir zararın öngörülmüş olduğu tartışmalıdır. Esasında bu tartışma öteden beri devam etmektedir. Bunun nedeni, kanundaki ifadelerin belirsiz olmasıdır¹³⁴⁷. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen hükmünde (aOR Art. 48) yalnızca “zararın giderilmesi”nin istenebileceği ifade edilmişti¹³⁴⁸ ve bu ifade nedeniyle giderilmesi istenebilecek olan zararın olumlu zarar mı yoksa olumsuz zarar mı olduğu tartışmalıydı¹³⁴⁹. İsviçre kanun koyucusu, bu

¹³⁴² **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 332, dn. 116; **BAYSAL**, Haksız Fiil, N. 4.2.

¹³⁴³ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 332.

¹³⁴⁴ **NOMER**, Maddi Tazminat, s. 63; **GUHL/KOLLER**, § 10, N. 16; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 2, N. 2356; **BAYSAL**, Haksız Fiil, N. 4.3; **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, N. 2912; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, N. 255, 347; **EREN**, BH GH, N. 2387; **NOMER**, BH GH, N. 131.2

¹³⁴⁵ **GUHL/KOLLER**, § 10, N. 16; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1228.

¹³⁴⁶ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 332; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 16.01; **BK-BREHM**, Art. 43, N. 29. Tazminata konu olan zararın “tazmin edilmesi gereken zarar” değil, “tazmin edilebilecek zarar” olduğu yönünde bkz. **NOMER**, Maddi Tazminat, s. 6. İsviçre Federal Mahkemesi, zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi aşamaları arasındaki ayrıma ilişkin şöyle bir vurgu yapmıştır: “OR Art. 43 hükmü, mahkemeye zararın doğru bir şekilde hesaplanmasından kaçınma yetkisi vermez; aksine tazminatın somut olayın özelliklerine göre belirlendiği hâllerde bile öncelikle zarar matematiksel olarak mümkün olduğunca kesin bir biçimde belirlenmelidir.” (BGE 127 III 73, 80).

¹³⁴⁷ **BUCHER**, s. 344, dn. 64; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 139-140; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 212.

¹³⁴⁸ aOR Art. 48 hükmü şöyledir: “Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann der andere Theil denjenigen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat, auf Schadenersatz belangen, sofern er nicht den Mangel der Vollmacht kannte oder nach den Umständen hätte kennen sollen.” Bu hükmün Türkçe çevirisi için bkz. Birinci Bölüm, I, D, 1.

¹³⁴⁹ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 5; **LANDTWING**, s. 45; **VIOLAND**, s. 179; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 139; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 212. İsviçre Federal Mahkemesinin 1899 yılında vermiş olduğu bir kararda bu konu ele alınmıştır. Federal Mahkemeye göre, aOR Art. 48’de yer alan “zararın giderilmesi” ile ilgili açık olan yegâne şey, bunun ifa talebi anlamına gelmediğidir. WINDSCHEID’a dayanan önceki tasarımlarda, üçüncü kişiye ifa talebi ile tazminat talebi arasında seçim yapma imkânı verilmişti. Bu da yetkisiz

tartışmaya son vermek için yürürlükteki OR Art. 39'da “*aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens*” (sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarar) ifadesini kullanmıştır¹³⁵⁰. Ne var ki hukuk tekniği bakımından başarılı olmayan bu ifade de sis perdesini aralayamamıştır¹³⁵¹. Türk kanun koyucusu da tıpkı İsviçre kanun koyucusu gibi eBK m. 39 f. 1'de “*akdin sahih olmamasından tahaddüs eden zarar*” ifadesini, TBK m. 47 f. 1'de ise “*işlemin geçersiz olmasından doğan zarar*” ifadesini kullanarak bu belirsizliği sürdürmüştür. Kanun hükmündeki ifadenin eleştirilmesinin nedeni, sözleşmenin yerine getirilmemesinin de “sözleşmenin geçersizliği”nin bir sonucu olmasıdır¹³⁵². Sözleşmenin geçersizliği hâlinde alacaklı, sözleşme ifa edilmiş olduğu takdirde elde edeceği ifa menfaatini de kaybetmektedir¹³⁵³. Dolayısıyla “sözleşmenin geçersizliğinden doğan zarar” ifadesi, olumsuz zararın yanı sıra olumlu zararı da çağrıştırdığından tereddüde yol açar¹³⁵⁴.

Kanun koyucunun kullanmış olduğu ifade nedeniyle oluşan tereddüde rağmen Türk ve İsviçre hukuklarında, “sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarar”ın olumsuz zarar olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁵⁵. Bu sonuca TBK m. 47 (OR Art. 39)

temsilci ile üçüncü kişi arasında bir garanti sözleşmesinin kurulmuş olduğu sonucuna yol açmaktaydı. Buna karşılık aOR Art. 48'in dayandığı 1879 tarihli tasarı, üçüncü kişiye yalnızca tazminat talep etme imkânı vermiştir. Federal Mahkeme, tazminat talebinin niteliğine ilişkin buradan bir sonuca varılamayacağını, ancak her hâlükârda İsviçre hukuku için garanti sözleşmesi teorisinin reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira garanti sözleşmesi teorisi kabul edilirse üçüncü kişiye ifa talebi verilmesi de gerekecek ve zaten aOR Art. 127'ye dayanarak talepte bulunulabildiği için aOR Art. 48 gereksiz hâle gelecektir. Buradan yola çıkarak Federal Mahkeme, aOR Art. 48'in yalnızca olumsuz zararın tazminine imkân verdiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. BGE 25 II 848, 855 vd.; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 49.

¹³⁵⁰ KUTLU SUNGURBEY, s. 140; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 212.

¹³⁵¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 212. Aynı yönde bkz. VIOLAND, s. 179; BUCHER, s. 344, dn. 64; KUTLU SUNGURBEY, s. 140.

¹³⁵² VIOLAND, s. 179; KUTLU SUNGURBEY, s. 140; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43.

¹³⁵³ von TUHR/PETER, § 12 IV. Aynı yönde bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 140; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43.

¹³⁵⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43. Aynı yönde bkz. VIOLAND, s. 179.

¹³⁵⁵ BGE 90 II 404, 413; BGE 106 II 131, 132; BGE 116 II 689, 691; Yarg. 3. HD, E. 2022/805, K. 2022/2138, 10.03.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “(...) yetkisiz temsilciden, işlemin geçersiz olması sebebiyle meydana gelen menfi zararın tazmin edilmesi talep edilebilir.”; BK-BECKER, Art. 39, N. 6; SCHWARZ, s. 395-396; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 6; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 427; von TUHR/PETER, § 45 III; VIOLAND, s. 181; KOLLER, Glaube, N. 405; BUCHER, s. 644; KUTLU SUNGURBEY, s. 143; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 203; GUHL/KOLLER, § 21, N. 24; YALMAN, s. 44; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43, 212; DEMİRCİOĞLU, s. 265; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 3; İNCEOĞLU, s. 471; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59; YELMEN, s. 436-437; TİFTİK/ŞEN, s. 2652; KOCAYUSUFPİŞAOĞLU, § 49, N. 26; von MOOS, N. 259; HELVACI/KARASU, s. 202; KARASU, s. 350; KOLLER, OR AT, N. 20.07; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 6; İŞ-NART, m. 47, N. 13; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2951; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 466; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1420; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 43.08; NOMER, BH GH, N. 95.3; GÜMÜŞ, s. 416; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 52; EREN, BH GH, N. 1420; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 764; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 750; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 2; AYBAY, s. 168; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 7; AYDOĞDU/NART, s. 147; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 8. Hükmün lafzı dikkate alındığında bu yorumun yerinde olduğu, bununla birlikte yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirilmesi hâlinde bunun sorgulanması gerektiği yönünde bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 51.

hükümünün birinci fıkrası ile ikinci fıkrası arasındaki karıştıktan yola çıkılarak ulaşılmaktadır¹³⁵⁶. Hükümün ikinci fıkrasında yer alan “diğer zararlar”¹³⁵⁷ (*weitem Schaden*) ifadesinin, sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan olumlu zarara, yani ifa menfaatine karşılık gelmesi, “sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarar”ın olumsuz zarar olarak anlaşılmasını âdeta zorunlu kılar¹³⁵⁸. Aksi takdirde, hükümün birinci fıkrası ile ikinci fıkrası arasında bir fark yokmuş gibi bir sonuç ortaya çıkar. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir: “İfa menfaatinin söz konusu olmadığı, özellikle OR Art. 39 Abs. 2’den açıkça anlaşılmaktadır. Aksi takdirde, hakkaniyet nedeniyle ‘daha fazla tazminat’ talep etme imkânının bu hükümde neden öngörüldüğü anlamsız olurdu.”¹³⁵⁹ Bu karardan, İsviçre Federal Mahkemesinin, tıpkı kanun koyucu gibi¹³⁶⁰ ifa menfaatinin daima olumsuz zarardan fazla olacağını kabul ettiği anlaşılmaktadır¹³⁶¹. Ancak bazen, söz gelişi temsil olunanın onamaması nedeniyle geçersiz olan sözleşmenin, bu sözleşmenin geçersizliği nedeniyle kurulma fırsatının kaçırıldığı bir sözleşmeden daha az yarar sağlaması hâlinde olduğu gibi bunun tersi de mümkün olabilir¹³⁶². Öte yandan kanun koyucunun amacı, kusursuz yetkisiz temsilciyi, çoğu kez olumsuz zarardan daha yüksek olan olumlu zarardan sorumlu tutmak kesinlikle olamaz¹³⁶³. Ayrıca “sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarar” kavramı TBK m. 125 f. 3 (OR Art. 109 Abs. 2) hükmünde de yer almaktadır¹³⁶⁴. Bu hükümde sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarar ile sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar arasında alacaklıya seçim hakkı tanınmış

¹³⁵⁶ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 6; BK-BECKER, Art. 39, N. 6; KUTLU SUNGURBEY, s. 143; VIOLAND, s. 180; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43, 212-213; İNCEOĞLU, s. 471; HELVACI/KARASU, s. 202; KARASU, s. 350.

¹³⁵⁷ 818 sayılı BK’da “daha fazla zarar ve ziyan” ifadesi kullanılmıştı.

¹³⁵⁸ KUTLU SUNGURBEY, s. 143; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43, 212-213. Kanun koyucunun bu karıştılgı öngörmekteki amacı, kusursuz yetkisiz temsilcinin, kusurlu yetkisiz temsilciye göre daha hafif biçimde sorumlu tutulmasıdır. Dolayısıyla birinci fıkradaki ifade olumsuz zarara, ikinci fıkradaki ifade ise miktar olarak genellikle daha yüksek olan olumlu zarara karşılık gelir (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213).

¹³⁵⁹ BGE 44 II 500, 507.

¹³⁶⁰ TBK m. 47 f. 1 ve f. 2’de iki farklı menfaat türünün düzenlenmesinin nedeninin, olumlu zararın daima olumsuz zarardan fazla olacağı düşüncesi olduğu yönünde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215.

¹³⁶¹ VIOLAND, s. 180.

¹³⁶² VIOLAND, s. 180. Aynı yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215.

¹³⁶³ KIESEL, s. 113; VIOLAND, s. 180-181.

¹³⁶⁴ VIOLAND, s. 181; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59. Bu kavram, TBK m. 125 f. 3 (OR Art. 109 Abs. 2) hükmünde “sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zarar” (*aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens*) olarak ifade edilmiştir. Bu hükümden başka TBK m. 35 f. 1 (OR Art. 26 Abs. 1) hükmünde de bu kavram yer almakta ve şu şekilde ifade edilmektedir: “sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar” (*aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens*). Görüldüğü gibi Türk kanun koyucusu farklı ifadeler kullanmış olsa da İsviçre kanun koyucusunun tercihi her hükümde aynıdır.

olması da sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararın olumsuz menfaate karşılık geldiğini göstermektedir¹³⁶⁵.

Ayrıca kanunun tarihî ve özellikle amaçsal yorumu da hükümdeki zararın olumsuz zarar olduğunu gösterir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun hazırlık çalışmalarına¹³⁶⁶ göre, “sözleşmenin geçersiz olmasından doğan” (*aus dem Dahinfallen des Vertrages*) zarar kavramı, olumsuz zararı açıklayan teknik bir terimdir. Ancak bu bilginin pek bir önemi yoktur. Zira tarihî yorumun, diğer yorum yöntemlerinden önceliği veya üstünlüğü yoktur. Bu nedenle çoğu kez olduğu gibi kanunun amaçsal yorumu belirleyicidir¹³⁶⁷: OR Art. 39 Abs. 1 (TBK m. 47 f. 1) hükmündeki sorumluluğun amacı, üçüncü kişinin güvenliğini korumaktır. Müşterek hukukta, bir sözleşmenin geçerliliğine dair güven uyandırılması ve bu güvenin boşa çıkarılmasına ilişkin bir sorumluluk kabul edildiğinde, bunun için uygun bir sınır bulunması gerekiyordu. Geçersiz sözleşmedeki yoksun kalınan kârı da kapsayan “tam” tazminat elbette söz konusu değildi. Sınırlamada antik Roma hukukundaki zarar ayrımı olan fiilî zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) ayrımının esas alınmamasına, bununla birlikte yeni bir sınırlamanın meydana getirilmesine karar verildi: olumsuz zarar. Bu zarar türü hem fiilî zararı hem de *güvene bağlı* yoksun kalınan kârı kapsıyordu. Anlaşılan o ki olumsuz zarar, güven sorumluluğundaki zararı, eskiden beri bilinen fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımı esas alınarak sınırlamak uygun görülmediği için yaratılmıştır¹³⁶⁸.

Öte yandan öğretide, TBK m. 47 f. 1’de kullanılan ifade yerine “hukuki işlemin hüküm ifade edeceğine güvenden doğan zarar” ifadesinin kullanılmasının hukuk tekniği açısından daha doğru olacağı belirtilmiştir¹³⁶⁹. Nitekim Alman hukukunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen BGB § 179 Abs. 2’de “temsil yetkisine güvenden doğan zarar” ifadesinin kullanılmış olması, bu görüşe dayanak oluşturmuş ve Alman kanun koyucusunun kullandığı ifadenin, sorumluluğun dayanağı olan karşı tarafın korunmaya değer güvenliğini daha iyi anlattığından söz edilmiştir¹³⁷⁰.

¹³⁶⁵ VIOLAND, s. 181; KUTLU SUNGURBEY, s. 143; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43. Ayrıca bkz. BGE 44 II 500, 507; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 3013-3014; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 125, N. 30.

¹³⁶⁶ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905), vom 1. Juni 1909, BBl 1909 III 725, 736.

¹³⁶⁷ von MOOS, N. 259.

¹³⁶⁸ von MOOS, N. 260.

¹³⁶⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43.

¹³⁷⁰ Bkz. BUCHER, s. 344, dn. 64; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 43. BGB § 122 Abs. 1 bakımından aynı yönde bkz. von TUHR/PETER, § 12 IV, dn. 23. Ayrıca bkz. ve karşı. BGB § 122 Abs. 1.

Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, TBK m. 47 f. 1’de düzenlenmiş olan zararın olumlu zarar olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşü savunan von BÜREN, Borçlar Kanunu’nun çözümünü eleştirmiştir: Yetkisiz temsilcinin her hâlükârda sözleşmenin yerine getirilmemesinden sorumlu tutulması daha doğru olur. Nitekim kambiyo senetlerinde yetkisiz temsile ilişkin OR Art. 998 (TTK m. 678) hükmünde bu çözüm benimsenmiştir. Borçlar Kanunu’nda bu çözümü içeren genel bir kurala yer verilmemiş olması anlaşılmalıdır. Bununla birlikte indirim düşüncesiyle bu çözümün sertliği yumuşatılabilir¹³⁷¹. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira kanun koyucu, kambiyo senetlerinde işlem güvenliğinin korunmasına daha fazla ihtiyaç duyulması nedeniyle TTK m. 678 (OR Art. 998) hükmünde daha sert bir sorumluluk öngörmüştür. Dolayısıyla kanun koyucunun her iki durumdaki menfaatler dengesinin farklı olduğunu kabul ederek bir düzenleme yaptığı açıktır. Bu nokta göz ardı edilerek TTK m. 678’de benimsenen çözümün yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin tüm hâller bakımından bağlayıcı genel bir kurala dönüştürülmesi doğru olmaz¹³⁷². Nitekim von MOOS’un belirttiği gibi İsviçre Borçlar Kanunu’nun kambiyo hukuku hükümleri (OR Art. 990 vd.), Alman kambiyo hukuku sistemi örnek alınarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, İsviçre’nin modern kambiyo hukuku kurallarına kavuşmasıdır. Öyle ki bu amaç uğruna kanun koyucu, hükümler arasındaki uyumsuzluğu göze almış, hatta kambiyo hukuku hükümleri ile Borçlar Kanunu’nun diğer hükümleri arasında bir bütünlük olmadığını kabul etmiştir. Sonuç olarak kambiyo hukuku, İsviçre Borçlar Kanunu’na “bir tür yabancı cisim” olarak eklenmiştir¹³⁷³. Bu arka plan dikkate alındığında Borçlar Kanunu’nun Art. 39 Abs. 1 gibi genel bir hükmünün yorumlanmasında kambiyo hukuku hükümlerinden sonuç çıkarmak yerinde değildir¹³⁷⁴. Kaldı ki von BÜREN’in söz konusu çözümün sertliğini indirim düşüncesiyle yumuşatmaya açık kapı bırakmış olması, ileri sürülen görüşün sonuç olarak kanunun benimsediği çözümden çok farklı olmadığını gösterir. Zira bu indirim, yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmadığı dikkate alınarak yapılır¹³⁷⁵.

Azınlıkta kalan bir diğer görüş, hükmün birinci fıkrasındaki zararın doğrudan zarar olarak anlaşılması gerektiği yönündedir¹³⁷⁶. Bu görüşü savunan PIOTET’e göre, yetkisiz

¹³⁷¹ von BÜREN, s. 81-82, 163, 211-212.

¹³⁷² Bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 179-181, dn. 169; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 212, dn. 220.

¹³⁷³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einföhrungsbestimmungen. vom 3. März 1905, BBl 1905 II 1, 9.

¹³⁷⁴ von MOOS, N. 261.

¹³⁷⁵ Bkz. KUTLU SUNGURBEY, s. 179-181, dn. 169; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 212, dn. 220.

¹³⁷⁶ PIOTET, s. 83 vd.

temsilcinin sorumluluğu bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak kabul edildiği takdirde, yetkisiz temsilciden her hâlükârda yalnızca sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi istenebilir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda ifa menfaatinin tazmin edilmesi mantıksızdır ve açıkça çelişkilidir. Yalnızca sözleşme öncesi davranışın yol açtığı zararların tazmin edilmesi gerektiğinden olumsuz zarar-olumlu zarar ayrımı yerine satış hukukuna ilişkin TBK m. 217 (OR Art. 195) ve TBK m. 229 (OR Art. 208) hükümlerindeki¹³⁷⁷ doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı¹³⁷⁸ esas alınmalıdır. Böylece hükmün birinci fıkrasındaki zarar, doğrudan zarar olarak kabul edilmelidir.

PIOTET'in görüşü, yeni İsviçre öğretisinde hem desteklenmiş hem de eleştirilmiştir. KLEIN, bu görüşü ikna edici bulmaktadır. Yazara göre, yetkisiz temsilcinin hiçbir zaman sözleşmeye taraf olmaması gerektiği için ifa menfaatinin tazminine imkân vermeyen bu görüş yerindedir. Ayrıca yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, hükmün hangi fıkrası uyarınca olursa olsun, yalnızca işlemin hüküm doğurmasından kaynaklanan zarara ilişkin olabilir: Yetkisiz temsilci, (bir garanti sözleşmesi yapılmadıkça) temsil yoluyla yapılan sözleşmenin onanacağını ve dolayısıyla hüküm doğuracağını taahhüt etmez; o, yalnızca temsil yetkisi eksikliğini açıklamakla yükümlüdür¹³⁷⁹.

Öte yandan KLEIN'a göre, HUBER'in Ulusal Konsey'deki görüşü de PIOTET'in görüşünü desteklemektedir¹³⁸⁰: “Art. 1055 Abs. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) hükmünde, yetkisiz temsilcinin tazminat yükümlülüğü ile ilgili, yürürlükteki kanunda zaten bulunan sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararın tazminine ek olarak hakkaniyet gerektirdiği takdirde daha fazla tazminat ödenmesine karar verilebileceği özellikle vurgulanmıştır. Bir kimsenin yetkisi olmadığı hâlde bir başkasına sözleşme önerisinde bulunduğunu, ancak ona yetkisiz olduğunu söylemediğini düşünün. Üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan sözleşme olmasa yapmayacağı ikinci bir işlem daha yapar ve daha sonra temsil yetkisi eksikliği ortaya çıkar. Bu durumda üçüncü kişi, sözleşmeyi hiç yapmasaydı söz konusu olmayacak masrafların kendisine ödenmesiyle yeterince tazmin edilmiş olmaz. Ancak en azından hâkimin uygun görmesi hâlinde

¹³⁷⁷ Doğrudan zarar, TBK m. 217 f. 1 b. 4 (OR Art. 195 Abs. 1) ve TBK m. 229 f. 1 b. 3 (OR Art. 208 Abs. 2) hükümlerinde, dolaylı zarar ise TBK m. 217 f. 2 (OR Art. 195 Abs. 2) ve TBK m. 229 f. 2 (OR Art. 208 Abs. 3) hükümlerinde düzenlenmiştir.

¹³⁷⁸ Bu konuda bkz. KIRCA Çiğdem, “Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 433 vd.; KARA Doğan, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayrıtan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, GSÜHFD, 2018/1, s. 483 vd.

¹³⁷⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 51.

¹³⁸⁰ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 52.

ikinci sözleşmeyi yerine getirememesi nedeniyle karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalması yüzünden uğradığı zararın tazminini de talep edebilmelidir.”¹³⁸¹

KLEIN, hükmün birinci fıkrası ile ikinci fıkrası karşılaştırıldığında bir artış görüldüğünü, söz konusu artışın da bu görüşü desteklediğini belirtmiştir. Yazara göre, olumsuz ve olumlu zarar, iki farklı esasa dayanan ve birbiriyle çelişen zarar türleridir; oysa ikinci fıkra, birinci fıkrayı izler ve yalnızca kusurun varlığı ve hakkaniyetin gerektirmesi hâlinde “diğer zararlar”ın giderilmesinden söz eder. Böylece tazmin edilebilecek kalemler sil baştan belirlenmemiş, “hakkaniyete göre” ölçülü bir şekilde genişletilmiştir. Bu nedenle hem birinci fıkra hem de ikinci fıkra, yalnızca olumsuz zararın tazminine ilişkindir. Her iki hâlde de üçüncü kişinin malvarlığının, söz konusu işlem hiç yapılmıyaydı içinde bulunacağı duruma getirilmesi gerekir. Her iki fıkra arasındaki ayrım, zararın amaçlanan işlemle doğrudan ilgili olup olmadığına veya işlemin geçerliliğine güvenerek yapılan diğer işlemler nedeniyle yani dolaylı olarak meydana gelip gelmediğine göre yapılmalıdır. Sonuç olarak birinci fıkra uyarınca tazmin edilebilecek zararın kapsamı da sınırlıdır. Nitekim böyle bir sonuç yerindedir, zira bu sorumluluk, yetkisiz temsilcinin kusuruna bağlı değildir. Örneğin nasıl ki temsil olunandan satın aldığı malı başkasına satan üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliği nedeniyle aslında malı satamadığı için yoksun kaldığı kârdan kusurlu bile olsa yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulmasını onun hüküm doğurmayan bir işlemi yerine getirmekle, yani üçüncü kişinin başkasına yaptığı satıştan kâr elde etmesini sağlamakla yükümlü olmamasından ötürü kabul etmek mümkün değilse, malı sattığı kişiye karşı üstlenmiş olduğu yükümlülükleri yerine getiremediği için yüklendiği (tazminat veya sözleşme cezası gibi) bir borçtan (sorumluluk menfaati) kusursuz bir yetkisiz temsilcinin neden sorumlu tutulması gerektiğini anlamak da mümkün değildir¹³⁸².

von MOOS’a göre, PIOTET’in görüşü¹³⁸³, kanun hükümlerinin uygulanmasının yol açabileceği bir çelişkinin sistematik yorum yoluyla önlenmesi için ileri sürülmüştür. PIOTET’in doğrudan zarar yönündeki görüşünün hareket noktası, belirli durumlarda doğrudan

¹³⁸¹ Stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung, Nationalrat, Sitzung vom 19. Oktober 1909, s. 476 (<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=20027851>). KLEIN’a göre ZÄCH/KÜNZLER (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59) bir yandan bu örnekteki zararı olumsuz zarar kalemi olarak ederken diğer yandan da Eugen HUBER’in bu örneği olumlu zarara ilişkin bir örnek olarak sunduğunu kabul etmektedir. KLEIN ise burada çelişki olduğunu belirterek yazarları eleştirmektedir. Bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 52, dn. 77.

¹³⁸² ZK-KLEIN, Art. 39, N. 52.

¹³⁸³ PIOTET, s. 85 vd.

zararın olumsuz zarardan daha az olduğuna ilişkin kabuldür. Şöyle ki doğrudan zarar, yoksun kalınan kârı (*lucrum cessans*) kapsamaz. Yoksun kalınan kâr, yalnızca dolaylı zararın kapsamına girer. Oysa olumsuz zararın, doğrudan zarardan farklı olarak yoksun kalınan kârı da kapsadığı kabul edilmektedir. Böylece doğrudan zararın olumsuz zarardan daha dar bir kapsamı olduğu kabul edildiğinde, doğabilecek bir çelişkiyi önlemek için TBK m. 47 f. 1 hükmü, TBK m. 217 f. 1 b. 4 (OR Art. 195 Abs. 1) ve TBK m. 229 f. 1 b. 3 (OR Art. 208 Abs. 2) hükümleriyle birlikte sistematik olarak yorumlanmalı ve böylece TBK m. 47 f. 1'deki zararın doğrudan zarar olduğu sonucuna varılmalıdır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen hüküm, satış hukukundaki ilgili hükümlerle deyim yerindeyse akrabadır. Dolayısıyla bir kimsenin bir durumda (TBK m. 217 f. 1; OR Art. 195 Abs. 1 ve TBK m. 229 f. 1; OR Art. 208 Abs. 2) kusursuz olarak doğrudan zarardan sorumlu tutulması, ancak benzer başka bir durumda (TBK m. 47 f. 1; OR Art. 39 Abs. 1) daha fazla olan olumsuz zarardan sorumlu tutulması bir çelişkidir¹³⁸⁴. Bizim de katıldığımız von MOOS'a göre, sistematik yoruma dayanan bu görüş reddedilmelidir. Zira TBK m. 217 f. 1 b. 4 ve TBK m. 229 f. 1 b. 3 yalnızca fiilî zararın tazminini öngören hükümlerdir. Dolayısıyla bu hükümler, üçüncü kişinin güvenini eksik bir şekilde korurlar¹³⁸⁵. Yalnızca kısmi koruma sağlayan ve üçüncü kişinin güveninin korunmasında yetersiz kalan bu hükümlerin getirilmesinde İsviçre kanun koyucusunun, olumsuz zarar kavramını hiçbir zaman benimsememiş olan Fransız hukukundan (CCfr m. 1151¹³⁸⁶) esinlenmiş olduğu kabul edilmektedir¹³⁸⁷.

Ayrıca TBK'da yalnızca üç ayrı yerde¹³⁸⁸ bulunan doğrudan zarar kavramı hukuk sistematigi bakımından istisnai bir düzenlemedir¹³⁸⁹. Kanun koyucu, kanunun çeşitli yerlerinde olumsuz ve olumlu zarar kavramlarını kullanmışken bazı yerlerde ise doğrudan zarar kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bu nedenle bu tercihin bilinçli yapıldığı anlaşılmaktadır¹³⁹⁰. Kanun koyucunun bilinçli olarak yaptığı bu ayrım karşısında, istisnai bir nitelik taşıyan doğrudan zarar kavramını, TBK m. 47 f. 1'deki zarar ile bağdaştırmamak gerekir. Başka bir ifadeyle genel

¹³⁸⁴ von MOOS, N. 257.

¹³⁸⁵ von MOOS, N. 260.

¹³⁸⁶ 2016 yılındaki revizyondan sonra bu hüküm, m. 1231-4 olmak üzere aynen varlığını sürdürmektedir (ÖCAL APAYDIN Bahar, TBK ve CISG Uyarınca Taşınır Satımında Ayıplı İfa Halinde Satıcının Sorumlu Olduğu Maddi Zarar, Ankara 2021, s. 196, dn. 76).

¹³⁸⁷ LÜCHINGER, N. 132; KIRCA, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 436; von MOOS, N. 260; ÖCAL APAYDIN, s. 196.

¹³⁸⁸ Bkz. TBK m. 217 f. 1 b. 4, TBK m. 229 f. 1 b. 3, TBK m. 627 f. 1.

¹³⁸⁹ KARA, s. 523.

¹³⁹⁰ KARA, s. 523.

nitelikteki TBK m. 47 hükmündeki zarar ayrımı bakımından, özel hüküm niteliğindeki satış hukukunun istisnai düzenlemesini esas almak yerinde değildir.

Öte yandan öğretide, TBK m. 47'nin emredici bir hüküm olmaması nedeniyle tarafların TBK m. 47 f. 1'in kapsamına giren hâller bakımından olumsuz zarar yerine olumlu zararın giderilmesini kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir¹³⁹¹. Buna karşılık yetkisiz temsilci ile üçüncü kişinin bu yönde bir anlaşma yapmalarının nadir olarak karşılaşılabilecek bir ihtimal olduğu, kaldı ki böyle bir anlaşmanın çoğu zaman üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiği veya bilmesi gerektiği anlamına geleceği, dolayısıyla TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğmayacağı ifade edilmiştir¹³⁹². Bu görüşe göre, böyle bir anlaşmayı TBK m. 128 anlamında bir garanti yükümlülüğü olarak nitelendirmek daha isabetli olur¹³⁹³.

2. Zarar Kalemleri

Kanunda olumsuz zarar kapsamında tazmin edilebilecek zarar kalemlerinin neler olduğuna dair bir hüküm yoktur. Olumsuz zarar kavramının geliştirildiği müşterek hukuk ve bu kavramı benimseyen yabancı hukuklarda da durum aynıdır¹³⁹⁴. Bu nedenle zarar kalemlerinin belirlenmesinde olumsuz zararın tanımından yola çıkılabilir. Olumsuz zarar, geniş anlamı bakımından herhangi bir zarar verici olayın ortaya çıkmamasındaki menfaat, dar anlamı bakımından ise sözleşme öncesi yükümlülüklerin ihlalinin doğan zarar verici olayın ortaya çıkmamasındaki menfaat olarak ifade edilebilir¹³⁹⁵. Zarar verici olay olmasaydı zarar görenin içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanmasını amaçlayan olumsuz zararı, daha açıklayıcı bir biçimde *“bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimsenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen rıza dışı azalma”* olarak tanımlamak mümkündür¹³⁹⁶. Başka bir deyişle olumsuz zarar, temsil yoluyla yapılan işlem hiç olmasaydı üçüncü kişinin malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum ile malvarlığının onamama sonrasındaki fiilî durumu arasındaki farktır¹³⁹⁷.

¹³⁹¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213, dn. 223.

¹³⁹² İNCEOĞLU, s. 472; AYBAY, s. 169.

¹³⁹³ İNCEOĞLU, s. 472.

¹³⁹⁴ von MOOS, N. 262.

¹³⁹⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 38.

¹³⁹⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 38, 40.

¹³⁹⁷ BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 6.

Öğretide, olumsuz zararın tanımından yola çıkılarak olumsuz zararın kapsamına hangi zarar kalemlerinin girdiği belirlenmeye çalışılmıştır. Elbette tüm zarar kalemleri, başka bir deyişle ortaya çıkan tüm malvarlığı azalmaları olumsuz zararın kapsamına dahil değildir¹³⁹⁸. Üçüncü kişi nezdinde uyandırılan güven ile uygun nedensellik bağı bulunan malvarlığı azalmaları, olumsuz zarar kapsamındadır¹³⁹⁹. Bu nedenle öğretisi ve uygulamada bu zarar türü “güven menfaati”¹⁴⁰⁰ veya “güven zararı”¹⁴⁰¹ olarak da adlandırılmaktadır¹⁴⁰².

Olumsuz zarar kapsamına giren zarar kalemleri ile olumsuz zarar kapsamına girip girmediği tartışmalı olan zarar kalemleri ayrı ayrı incelenecektir.

a. Tazmin Edilebilir Zarar Kalemleri

Olumsuz zararın kapsamına giren zarar kalemlerini peşinen tüketici olarak saymak mümkün değildir¹⁴⁰³. Bununla birlikte bazı tipik zarar kalemleri vardır ki bunların olumsuz zarar kapsamına girdiği tartışmasız bir biçimde kabul edilir. Bunları olumsuz zararı oluşturan fiilî zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kalemleri olarak ele almak gerekir.

Fiilî zarar (*damnum emergens*) kalemleri şunlardır:

¹³⁹⁸ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 287; **von MOOS**, N. 263.

¹³⁹⁹ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 287.

¹⁴⁰⁰ BGE 120 II 201; **HUGUENIN**, N. 1554; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N. 38.

¹⁴⁰¹ BGE 80 II 38; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 44; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 3; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 8; **FELLMANN/KOTTMANN**, N. 150; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 1908, 3014; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97, N. 291; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 8.

¹⁴⁰² **ERGÜNE**, olumsuz zararın “güven zararı” olarak adlandırılmasına ilişkin önemli bir noktaya dikkat çekmektedir: Buradaki güven, sözleşmenin kurulacağına, geçerli olacağına ya da geçersiz olmasına rağmen ifa edileceğine dair uyandırılan güvenle sınırlıdır. Her türlü güven ihlali değil, yalnızca sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde uyandırılan güvenin ihlalden doğan alışveriş menfaatine ilişkin kayıplar olumsuz zararın kapsamına dahildir. Aksi takdirde olumsuz zarardan sorumluluk, temelindeki güvenin korunması anlayışı nedeniyle sınırı ve kapsamı belli olmayan bir hâle gelir. Başka bir deyişle zarar gören, sözleşmenin hüküm doğuracağına ilişkin kendisinde uyandırılan güven hiç uyandırılmasaydı bulunacağı duruma gelmeyi talep eder. Söz gelimi bir taşınmaz satın almak için İzmir’e seyahat eden zarar gören, İzmir’de kısa süreli bir tatil de yapmışsa, sözleşmenin hüküm doğuracağına ilişkin kendisinde uyandırılan güven nedeniyle uğramış olduğu zararların (örneğin seyahat masrafları) tazmin edilmesini talep edebilir, ancak tatil harcamalarını talep edemez (**ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 44-45).

¹⁴⁰³ **KELLER**, s. 260; **GONZENBACH**, s. 217; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 147; **ÖZ**, Dönme, s. 287; **BUZ**, Sözleşmeden Dönme, s. 243; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 288; **von MOOS**, N. 266; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 3036.

(1) Sözleşme kurma masrafları¹⁴⁰⁴ (örneğin noter giderleri¹⁴⁰⁵).

(2) Sözleşmenin ifa edileceği beklentisiyle yapılan masraflar¹⁴⁰⁶ (örneğin satın alınan otomobil için garaj kiralama masrafları¹⁴⁰⁷).

(3) Kendi edimini yerine getirmek için yapılan masraflar¹⁴⁰⁸ (örneğin nakliye masrafları¹⁴⁰⁹).

¹⁴⁰⁴ BGer 4A_251/2010 E. 3; **SIMONIUS**, s. 248; **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 10; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 427; **von TUHR/PETER**, § 12 IV; **VIOLAND**, s. 182; **BUZ**, Dönme, s. 243; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 289; **İNCEOĞLU**, s. 471; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 59; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 3; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 8; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 36, N. 85; **von MOOS**, N. 267; **KOLLER**, OR AT, N. 54.151; **BSK OR I-WATTER**, Art. 39, N. 6; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 1912, 3037; **BK-WEBER/EMMENEGGER**, Art. 109, N. 87; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 14.31; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1275; **EREN**, BH GH, N. 3309; **NOMER**, BH GH, N. 201.2; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 112, N. 69; **AYBAY**, s. 168; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 7; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 8.

¹⁴⁰⁵ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 10; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 427; **BUZ**, Dönme, s. 243; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 289; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 59; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 36, N. 85; **KOLLER**, OR AT, N. 54.151; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 1912, 3037; **İŞ-NART**, m. 47, N. 13; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1275; **EREN**, BH GH, N. 3309; **NOMER**, BH GH, N. 201.2; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 112, N. 69; **AYDOĞDU/NART**, s. 147; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 8. Noter giderlerinin yanı sıra telefon ve seyahat masrafları, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya ve bilirkişiye ödenen ücretler de örnek olarak gösterilebilir (**BUZ**, Sözleşmeden Dönme, s. 243-244; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 289; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593).

¹⁴⁰⁶ **VIOLAND**, s. 182; **BUZ**, Dönme, s. 244; **von MOOS**, N. 267; **BK-WEBER/EMMENEGGER**, Art. 109, N. 88. Ayrıca bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 291; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 36, N. 85; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **EREN**, BH GH, N. 3309; **NOMER**, BH GH, N. 201.3; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593.

¹⁴⁰⁷ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 14.31. Ayrıca bkz. **BUZ**, Dönme, s. 244; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **BK-WEBER/EMMENEGGER**, Art. 109, N. 88; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **EREN**, BH GH, N. 3309; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 112, N. 69.

¹⁴⁰⁸ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 10; **VIOLAND**, s. 182; **BUZ**, Dönme, s. 244; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 291; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 59; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 3; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 8; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 36, N. 85; **von MOOS**, N. 267; **KOLLER**, OR AT, N. 54.154; **BSK OR I-WATTER**, Art. 39, N. 6; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **İŞ-NART**, m. 47, N. 13; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1275; **NOMER**, BH GH, N. 201.3; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 7; **AYDOĞDU/NART**, s. 147; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 8.

¹⁴⁰⁹ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 10; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 291; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 59; **von MOOS**, N. 267; **KOLLER**, OR AT, N. 54.154; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1275; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **AYDOĞDU/NART**, s. 147.

(4) Yerine getirilen edim¹⁴¹⁰ ve ondan elde edilecek yararlar¹⁴¹¹ (örneğin faiz¹⁴¹²).

(5) İfanın yerine getirilmesi için yapılan masraflar¹⁴¹³ (örneğin yargılama giderleri¹⁴¹⁴). Bu doğrultuda üçüncü kişinin temsil olunana karşı açtığı ve kaybettiği ifa davasının masrafları, yetkisiz temsilciden istenebilir¹⁴¹⁵. Ne var ki yetkisiz temsilci, üçüncü kişiye sözleşmenin hüküm doğurmadığını bildirmiş olmasına rağmen üçüncü kişi temsil olunana karşı ifa davası açmış ve dava reddedilmişse yargılama giderleri talep edilemez¹⁴¹⁶. Sözleşmenin hükümsüz olduğunu bile bile ifa davası açan üçüncü kişi, davanın reddedilmesi sonucu ortaya çıkan yargılama masraflarına katlanmak zorundadır.

(6) Sözleşmeye aykırılık nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminatlar¹⁴¹⁷ veya sözleşme cezaları¹⁴¹⁸ (sorumluluk menfaati; *Haftungsinteresse*)¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁰ **SIMONIUS**, s. 248; **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 10; **GONZENBACH**, s. 217-218; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 146; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 292; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593. Üçüncü kişi, yerine getirmiş olduğu edimi sebepsiz zenginleşme uyarınca talep edebileceği gibi olumsuz zararın tazmini çerçevesinde de isteyebilir. Bu talepler yarışma hâlidir (SIMONIUS, s. 248; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 293; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593).

¹⁴¹¹ **SIMONIUS**, s. 248; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 147; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 294; **von MOOS**, N. 267; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **BK-WEBER/EMMENEGGER**, Art. 109, N. 91.

Bazı yazarlar, yerine getirilen edimden elde edilecek yararları fiilî zarar kalemi olarak değil, yoksun kalınan kâr kalemi olarak kabul etmektedir (Bkz. **GONZENBACH**, s. 221-222; **ÖZ**, Dönme, s. 290; **BUZ**, Dönme, s. 246; **YALMAN**, s. 129; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593). Bu görüş ayrılığının teorik yanının ağır bastığı, hangi görüş kabul edilirse edilsin yerine getirilen edimden elde edilecek yararların olumsuz zararın kapsamına girdiği konusunda bir tereddüt olmadığı yönünde bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 294-295, dn. 24.

¹⁴¹² **KUTLU SUNGURBEY**, s. 147; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 294; **von MOOS**, N. 267; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **BK-WEBER/EMMENEGGER**, Art. 109, N. 91.

¹⁴¹³ **SIMONIUS**, s. 248; **GONZENBACH**, s. 219; **LÜCHINGER**, N. 285; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 296; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 3; **von MOOS**, N. 267; **KOLLER**, OR AT, N. 54.152; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 7.

¹⁴¹⁴ **BGE** 46 II 411, 412 vd.; **SIMONIUS**, s. 248; **GONZENBACH**, s. 219; **VIOLAND**, s. 183; **KOLLER**, Glaube, N. 407, dn. 493; **BUZ**, Dönme, s. 245; **AKYOL**, s. 524; **İNCEOĞLU**, s. 471; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 59; **KUKO OR-JUNG**, Art. 39, N. 3; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 8; **İŞ-NART**, m. 47, N. 13; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **AYBAY**, s. 169. Aksi yönde bkz. **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53.

¹⁴¹⁵ **RABEL**, s. 313; **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 12; **GONZENBACH**, s. 219-220; **LÜCHINGER**, N. 286; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 297.

¹⁴¹⁶ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 12; **LÜCHINGER**, N. 286; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 297.

¹⁴¹⁷ **BGer** 4A_251/2010 E. 3; **KELLER**, s. 262-263; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 428; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 148; **VIOLAND**, s. 183; **BUZ**, Dönme, s. 245; **LÜCHINGER**, N. 290; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 297; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 59; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 36, N. 85; **von MOOS**, N. 267; **KOLLER**, OR AT, N. 54.144; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **BK-WEBER/EMMENEGGER**, Art. 109, N. 90; **EREN**, BH GH, N. 3309; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 112, N. 69.

¹⁴¹⁸ **KELLER**, s. 262-263; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 428; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 148; **BUZ**, Dönme, s. 245; **LÜCHINGER**, N. 290; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 294; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 36, N. 85; **von MOOS**, N. 267; **KOLLER**, OR AT, N. 54.144; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **EREN**, BH GH, N. 3309; **NOMER**, BH GH, N. 201.6; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER**, N. 1593; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 112, N. 69.

¹⁴¹⁹ Aksi yönde bkz. **KELLER**, s. 117; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 53.

(7) Sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle yapılan masraflar¹⁴²⁰ (örneğin kendi edimini geri almak ve karşı edimi iade etmek için yapılan masraflar¹⁴²¹).

Yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kalemi ise şudur:

(1) Sözleşmenin hüküm doğuracağına güvenilmesi yüzünden aynı veya daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle yoksun kalınan kâr¹⁴²². Örneğin üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan satış sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle aynı nitelikte başka bir sözleşme yaparak daha fazla satış bedeli ödemesi¹⁴²³.

Nasıl ki yukarıda belirtilen zarar kalemlerinin olumsuz zararın kapsamına girdiği tartışmasız bir biçimde kabul edilmekteyse hüküm doğurmayan sözleşmenin ifa edilmesi hâlinde elde edilecek kârın olumsuz zararın bir parçası olmadığı konusunda da görüş birliği mevcuttur¹⁴²⁴.

Hükmün birinci fıkrası uyarınca tazmini gereken zararın olumsuz zarar olduğunu kabul etmekle birlikte bunun kapsamının sınırlı olduğunu, yalnızca doğrudan zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunan görüş¹⁴²⁵, zarar kalemleri bakımından yukarıda belirtilenlerle

¹⁴²⁰ BUZ, Dönme, s. 245; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 296; von MOOS, N. 267; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 3037; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 109, N. 91; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1593.

¹⁴²¹ BUZ, Dönme, s. 245; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 296; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 109, N. 91; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1593.

¹⁴²² BGE 44 II 500, 507 vd.; BGer 4A 251/2010 E. 3; KUTLU SUNGURBEY, s. 148; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 298; İNCEOĞLU, s. 471; KÜKO OR-JUNG, Art. 39, N. 3; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 36, N. 85; KOLLER, OR AT, N. 54.146; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2903; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, von MOOS, N. 267; N. 1912; İŞ-NART, m. 47, N. 13; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 14.31; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 109, N. 95; BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N. 9; EREN, BH GH, N. 3310; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1593; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 112, N. 69; AYDOĞDU/NART, s. 147; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 8. Aksi yönde bkz. ZK-KLEIN, Art. 39, N. 54.

¹⁴²³ Öğretide bazı yazarlar (LÜCHINGER, N. 283-284; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59) bu durumu fiilî zarar kalemi olarak değerlendirmektedir. Bunu “ikame bir sözleşme için yapılan masraflar” olarak adlandırıp yoksun kalınan kârdan başka bir zarar kalemi olarak ele almaktadır (BK-BECKER, Art. 26, N. 7; LÜCHINGER, N. 283-284; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59; HK-SCHÖBI, Art. 39, N. 8; von MOOS, N. 267; İŞ-NART, m. 47, N. 13; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 6; AYDOĞDU/NART, s. 147; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 8). Oysa burada yoksun kalınan kâr söz konusudur (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 307, dn. 49). Örneğin bu görüşteki yazarlardan ZÄCH/KÜNZLER’in verdiği örnek şöyledir: Üçüncü kişi, 58.50 İsviçre francı ödeyerek bir mal satın alır. Sözleşmenin kurulduğu sırada üçüncü kişi aynı malı 61 İsviçre francı karşılığında satın alabilirdi. Daha sonra sözleşme geçersiz olur ve üçüncü kişi aynı malı 83.50 İsviçre francı karşılığında satın almak zorunda kalır. Bu durumda onun 22.50 İsviçre francı zararı vardır. Yazarın verdiği bu örnekteki zarar, hiç kuşkusuz yoksun kalınan kârdır. Bunun ikame bir sözleşme için yapılan bir masraf adı altında fiilî zarar kalemi olduğu yönündeki görüşe katılmıyoruz.

¹⁴²⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 300; von MOOS, N. 268; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 3041; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2903; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 14.31; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 109, N. 95.

¹⁴²⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 1.

tamamen aynı yönde değildir. Bu görüşü savunan KLEIN'a göre, hükmün birinci fıkrası uyarınca noter giderleri, bilirkşi giderleri, seyahat giderleri gibi doğrudan sözleşmenin kurulmasına yönelik yapılan masraflar ile nakliye masrafları, kiralama masrafları gibi sözleşmenin ifası için yapılan masrafların tazmini mümkündür. Bununla birlikte temsil olunandan satın alınan malların başkalarına satışı için yapılan reklam (gazete ilanı vb.) masrafları, bu kimselerle yapılan sözleşmelerin yerine getirilememesi nedeniyle onlara karşı yüklenilen tazminat veya sözleşme cezası ödeme borcu (sorumluluk menfaati) ve yalnızca olumlu zarar kapsamında dikkate alınacak olan kâr mahrumiyetinin tazmini mümkün değildir. Aynı şekilde temsil olunana karşı açılan ve kaybedilen ifa davasına ilişkin yargılama giderleri bu hüküm kapsamında tazmin edilebilecek bir zarar kalemi değildir. Öte yandan kapsamı bu denli daraltılmış olsa bile zararın gerçekten temsil yetkisinin geçerliliğine olan güvenin bir sonucu olup olmadığı konusunda dikkatli olunmalıdır. Örneğin temsil yetkisinin varlığının henüz önemli olmadığı, yalnızca amaçlanan sözleşmeye dair ilk değerlendirmelerin yapıldığı bir durumda, temsil yetkisinin geçerliliğine duyulan güvenin sonucu bir zarardan söz edilemez¹⁴²⁶.

b. Tazmin Edilip Edilemeyeceği Tartışmalı Zarar Kalemleri

Bazı zarar kalemlerinin olumsuz zararın kapsamına dahil olup olmadığı tartışmalıdır. Bunlardan ilki bütünlük menfaatinin parçası olan zarar kalemleridir. Bir diğer tartışmalı zarar kalemi, sözleşme kurma masraflarına dahil edilemeyen ancak sözleşme görüşmeleri masrafları olarak nitelendirilen masraflardır.

Alman ve İsviçre hukuklarında ele alınmakla birlikte Türk hukukunda ele alınmayan bir diğer sorun ise temsilin sonuçları doğmuş olsaydı yine de meydana gelecek kayıpların tazmin edilip edilmeyeceğidir. Özellikle de temsil olunanın, temsilin sonuçları doğmuş olsaydı bile temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi ödeme gücü olmaması nedeniyle ifa edemeyecek durumda olması ele alınmalıdır¹⁴²⁷.

aa. Bütünlük Menfaati

Olumlu ve olumsuz menfaat ayrımının sözleşmeden veya sözleşme görüşmelerinden doğan zararların tamamını kapsamaması, başka bir deyişle meydana gelen zararların kesinlikle

¹⁴²⁶ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 53. Ayrıca bkz. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 11.

¹⁴²⁷ von MOOS, N. 270.

olumlu veya olumsuz menfaat olarak ele alınamaması¹⁴²⁸, başka bir menfaat türünün ortaya çıkmasına yol açmıştır¹⁴²⁹. “Bütünlük menfaati” (*Integritätsinteresse*) veya “korunma menfaati” (*Erhaltungsinteresse*) kavramı, Alman öğretisinde geliştirilmiş ve İsviçre öğretisinde de benimsenmiştir¹⁴³⁰. Bu kavram, bir kimsenin hukuki değerlerinin bütünlüğüne ilişkin menfaati ifade eder¹⁴³¹. Genellikle bu menfaatin kapsamına kişiye veya eşyaya gelen zararlar girer¹⁴³². Başka bir deyişle bütünlük menfaatinin konusunu yaşam, vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı, kişilik hakkı gibi mutlak olarak korunan hukuki değerler oluşturmaktadır¹⁴³³. Bütünlük menfaatini olumsuz menfaatten ayıran, bütünlük menfaatiyle korunmak istenen hukuki durumun taraflar arasındaki özel hukuki bağlantıdan, yani edimden veya sözleşme görüşmelerinden soyut olmasıdır¹⁴³⁴. Sözleşme benzeri bir ilişkinin varlığını arayan olumsuz menfaatten bu yönüyle ayrılan bütünlük menfaati, hüküm doğuracağına inanılan sözleşmeden kaynaklanan zararların karşılanmasına değil, yalnızca taraflar arasındaki özel bağlantıyı doğuran hukuki sebebe yabancı olan değerlerin korunmasına hizmet eder¹⁴³⁵.

Olumsuz zarar kapsamında, bütünlük menfaatinin parçası olan zarar kalemlerinin de tazmin edilip edilemeyeceği konusu burada ele alınmayacaktır¹⁴³⁶. Bu konuyu yalnızca TBK

¹⁴²⁸ Sözleşme görüşmelerinde meydana gelen zarar türlerinin tümünü “alışveriş menfaati” başlığında bir araya getirerek olumlu ve olumsuz zarar türlerinden birine dahil edilmesi mümkün değildir. Bazı zarar kalemleri, örneğin sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin mülkiyet hakkının veya vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlar, amaçlanan sözleşmenin hüküm doğuracağına yönelik karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından doğan zarar olarak nitelendirilemez. Bu durumda alışveriş menfaatine özgü olumlu ya da olumsuz zarardan değil, bütünlük menfaatinin söz edilir. Kısacası, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların alışveriş menfaati veya bütünlük menfaati ihlal edilebilir. Alışveriş menfaatinin ihlalinde olumlu veya olumsuz zarar ortaya çıkarken bütünlük menfaatinin ihlalinde olumlu veya olumsuz zarardan söz edilemez. Bkz. **ERGÜNE**, Olumlu Zarar, s. 914-915.

¹⁴²⁹ **LÜCHINGER**, N. 345; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 32.

¹⁴³⁰ **BK-KRAMER/SCHMIDLIN**, Allg. Einl., N. 98; **LÜCHINGER**, N. 368; **GÜNDÜZ**, s. 70. Bu kavram “bütünlüğün korunması menfaati” (**DEMİRCİOĞLU**, s. 239; **EREN**, BH GH, N. 108), “bütünlük yararı” (**MHY-ANTALYA**, C. V/1, 1, N. 69), “korunma menfaati” (**EREN**, BH GH, N. 105, 108) ve “koruma menfaati” (**EREN**, BH GH, N. 3289) olarak da adlandırılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin bütünlük menfaati kavramına yer verdiği kararı için bkz. BGE 129 III 331, 334. Bütünlük menfaati hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **LÜCHINGER**, N. 344 vd.

¹⁴³¹ **LÜCHINGER**, N. 369; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 32; **DEMİRCİOĞLU**, s. 239; **KOLLER**, OR AT, N. 46.18; **GÜNDÜZ**, s. 69; **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, N. 2904; **BK-WEBER/EMMENEGGER**, Art. 97, N. 213.

¹⁴³² **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 33; **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, N. 14.32; **GÜNDÜZ**, s. 75-76. Bütünlük menfaatinin kapsamına salt malvarlığı zararlarının da girdiği yönünde bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 34; **GÜNDÜZ**, s. 76. Aksi yönde bkz. **DEMİRCİOĞLU**, s. 239. Salt malvarlığı zararı kavramı için bkz. **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 10 vd.

¹⁴³³ **LÜCHINGER**, N. 369.

¹⁴³⁴ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 34. Aynı yönde bkz. **GÜNDÜZ**, s. 76. Bütünlük menfaati ihlalinde, doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisi veya görüşmeleri yapılan sözleşme ile bağlantılı bir yükümlülüğün ihlali yoktur. Esasen haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan ihlal söz konusudur (**DEMİRCİOĞLU**, s. 239).

¹⁴³⁵ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 35. Aynı yönde bkz. **GÜNDÜZ**, s. 76.

¹⁴³⁶ Söz konusu sorun, olumsuz zarar ile bütünlük menfaatinin bazı durumlarda kesişip kesişmemesidir. Bütünlük menfaatinin parçası olan zarar kalemlerinin olumsuz zarar kapsamında tazmin edilebileceği yönünde bkz.

m. 47 f. 1 açısından ele alacağız. Bu çerçevede yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişinin bütünlük menfaatinin ihlal etmesi hâlinde TBK m. 47 f. 1 kapsamında sorumlu olup olmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bütünlük menfaatinin parçası olan zarar kalemlerinin TBK m. 47 f. 1 kapsamında tazmini istenemez. Hükmün *ratio legis*'i bu tür zarar kalemlerini kapsamamaktadır. Hükmün amacı, üçüncü kişiyi yalnızca temsil yetkisi eksikliği rizikosuna karşı korumaktır. Örneğin yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin evinde yaptığı sözleşme görüşmeleri sırasında onun bir mobilyasına zarar verirse, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciyi TBK m. 47 f. 1 uyarınca kusursuz olarak sorumlu tutması, başka bir deyişle onun kusursuz sorumluluk öngören bir hüküm tarafından korunması için hiçbir neden yoktur. Üçüncü kişi sözleşme görüşmelerini temsilci yerine doğrudan temsil olunan ile yapmış olsaydı, aynı durumda, temsil olunanın eşyaya gelen zarar nedeniyle yalnızca TBK m. 49 (OR Art. 41) uyarınca haksız fiilden doğan bir kusur sorumluluğu veya tartışmalı¹⁴³⁷ olmakla birlikte kusura bağlı *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olurdu¹⁴³⁸. Öte yandan TBK m. 47 f. 1 hükmü, yalnızca sözleşmenin hüküm doğuracağına yönelik üçüncü kişide uyandırılan güvenin ihlal edilmesinden doğan alışveriş menfaatinin ilişkin güven zararlarının tazminine dair bir

SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 14.32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 961 vd. Aksi yönde bkz. LÜCHINGER, N. 380; KOLLER, OR AT, N. 54.148.

¹⁴³⁷ Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1911 yılında vermiş olduğu meşhur “muşamba topu” kararından beri bütünlük menfaatine yönelik ihlallerinin de *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında yer aldığı görülmektedir (RGZ 78, 239; Alman Federal Mahkemesinin aynı yöndeki “muz kabuğu” kararı için bkz. BGH 26.09.1961, NJW 1962, s. 31). Ne var ki bütünlük menfaatine yönelik ihlallerin *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kapsamına dahil olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, klasik kürsü örneği olarak gösterilen muşamba topu olayındaki gibi bir ihlalin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açmaması gerektiği yönündedir (GONZENBACH, s. 42; YILMAZ, s. 239.). Bu görüşün gerekçesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğması için zarar ile sözleşme görüşmeleri ilişkisi arasında fonksiyonel bir bağıllığın bulunması gerekirken bu tarz ihlallerin yaşandığı olaylarda bu bağıllığın bulunmamasıdır. Şayet böyle bir fonksiyonel bağıllık yoksa, başka bir ifadeyle zarara, sözleşme görüşmelerine tamamen yabancı kusurlu bir davranış yol açmışsa, *culpa in contrahendo* sorumluluğu değil, haksız fiil sorumluluğu doğar. Bütünlük menfaati ihlallerine konu olan olaylarda, sözleşme görüşmeleri ile zarar arasında fonksiyonel bir bağıllık değil, yalnızca tesadüfi bir zaman ve mekân bağlantısı vardır. İhlal edilen yükümlülük ise görüşmecilerin birbirlerinin menfaatlerini korumaya yönelik yükseltilmiş özen yükümlülüğü niteliğinde olmayıp herkesin başkalarına karşı yükümlü olduğu genel bir özen yükümlülüğüdür. Böyle bir yükümlülük ihlali *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dahil edilirse, haksız fiil hukukuna yalnızca kavşak kazaları kalır (Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 240-241). Buna karşılık başka bir görüş, bütünlük menfaati ihlallerinin *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir (KUTLU SUNGURBEY, s. 107 vd.; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 36; DEMİRCİOĞLU, s. 241; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, N. 11a vd.; EREN, BH GH, N. 3550). Bu görüşe göre, bu tür ihlaller için görüşmeciler arasında kurulmuş olan güven ilişkisi görmezden gelinerek yalnızca haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması, kimi olaylar bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açar. Sözleşme görüşmelerinde taraflar, edim menfaatleriyle hiçbir ilgisi olmayan kişi ve malvarlığı değerlerini birbirlerinin etkisine açık hâle getirirler ve bunların karşı tarafça haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir özenle korunacağına haklı olarak güvenirlir. Nasıl ki geçerli bir sözleşme kurulduktan sonra edim menfaati ile ilgisi olmayan ve haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan menfaat ihlalleri bakımından taraflar arasındaki güven ilişkisinin ihlal edilmesi nedeniyle sözleşme sorumluluğu uygulanmaktaysa, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşen bütünlük menfaati ihlalleri bakımından da *culpa in contrahendo* sorumluluğu uygulanmalıdır (DEMİRCİOĞLU, s. 241-245).

¹⁴³⁸ von MOOS, N. 272.

hükümdür¹⁴³⁹. Alışveriş menfaatine ilişkin zararların tazminini sağlayan bu hükmün, bütünlük menfaatinin parçası olan zararların tazminine imkân vermesi düşünülemez¹⁴⁴⁰.

bb. Sözleşme Görüşmeleri Masrafları

Sözleşme kurma masraflarının (*Kosten des Vertragsabschlusses*) olumsuz zarar kapsamında tazmin edilebileceği konusunda bir tereddüt bulunmamasına rağmen sözleşme görüşmeleri masraflarının (*Kosten der Vertragsverhandlungen*) olumsuz zararın kapsamına girip girmediği tartışmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi, 2010 yılında, olumsuz zarar kapsamında hem sözleşme görüşmeleri masraflarının hem de sözleşme kurma masraflarının tazmin edilebileceğine karar vermiştir: “Olumsuz zarar, temel olarak, geçersiz hâle gelen sözleşmenin müzakeresi, kurulması veya ifasına hazırlık için alacaklı tarafından yapılmış olan masrafları kapsamalıdır.”¹⁴⁴¹

Öğretide bir görüş, sözleşme görüşmeleri masraflarının olumsuz zarar kalemlerinden biri olduğu yönündedir¹⁴⁴². Örneğin sözleşmenin kurulmasından önce yapılan masrafların, sözleşmenin kurulmasına yönelik haklı güven nedeniyle yapılmış olması hâlinde olumsuz zarar kapsamına girdiği belirtilmiştir¹⁴⁴³.

Buna karşılık bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, sözleşme görüşmeleri masrafları kural olarak olumsuz zararın içeriğine dahil değildir¹⁴⁴⁴. Zira sözleşme görüşmeleri için yapılan masraflar, her bir tarafın rizikoyu üstlenerek yaptığı masraflardır¹⁴⁴⁵. İrade özgürlüğünün ve sözleşme yapma özgürlüğünün bir sonucu olarak taraflar, sözleşme

¹⁴³⁹ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 44. Kanunda açıkça düzenlenen *culpa in contrahendo* sorumluluğu hâllerinin (TBK m. 35 f. 1, m. 47 f. 1) salt malvarlığı zararlarının tazminine yönelik olduğu yönünde bkz. **DEMİRCİOĞLU**, s. 247. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, üçüncü kişinin uğramış olduğu salt malvarlığı zararlarının tazminine yönelik olduğu yönünde bkz. **TİFTİK/ŞEN**, s. 2658. Alışveriş menfaatine yönelik ihlallerin ve bu doğrultuda ortaya çıkan salt malvarlığı zararlarının kural olarak haksız fiil sayılmadığı yönünde bkz. **SEROZAN/BAYSAL/SANLI**, § 19, N. 1.

¹⁴⁴⁰ TBK m. 35 f. 1 (OR Art. 26 Abs. 1) bakımından aynı yönde bkz. ve karşı. **KANIŞLI**, s. 659.

¹⁴⁴¹ BGer 4A_251/2010 E. 3.

¹⁴⁴² **ÖZ**, Dönme, s. 287; **HK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 8; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3037; **İŞ-NART**, m. 47, N. 13; **OFK-SCHÖBI**, Art. 39, N. 7; **AYDOĞDU/NART**, s. 147. Sözleşme kurma masraflarının olumsuz zarar kapsamında olduğu, bu kavramın geniş yorumlanması gerektiği, seyahat masrafları ve telgraf masraflarının da buna dahil olduğu yönünde bkz. **BK-BECKER**, Art. 26, N. 6.

¹⁴⁴³ **KELLER**, s. 261.

¹⁴⁴⁴ **ZK-OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 39, N. 11; **von MOOS**, N. 276; **KOLLER**, OR AT, N. 54.150.

¹⁴⁴⁵ **von MOOS**, N. 275. Ayrıca bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 222-223.

görüşmelerini her zaman yarıda kesebilirler¹⁴⁴⁶. Hiç kuşkusuz başlamış olan sözleşme görüşmelerini sürdürme yükümlülüğü yoktur; aksine taraflardan her biri sözleşme görüşmelerini kesebilir ve kural olarak karşı tarafa hesap vermek zorunda değildir¹⁴⁴⁷. Sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların görüşmelerin kesilebileceğini öngörmesi gerekir¹⁴⁴⁸. Dolayısıyla sözleşmenin kurulacağını düşünen taraf, görüşmelerin yarıda kesilmesi nedeniyle zarara uğramışsa bunun tazminini isteyemez; sözleşme görüşmeleri aşamasındaki bu riziko her bir tarafa aittir¹⁴⁴⁹. Diğer bir deyişle sözleşme görüşmeleri masraflarının, sözleşmenin geçerliliğine güvenilmesi nedeniyle yapılmadığı, bu yüzden de tazmininin gerekmediği söylenebilir¹⁴⁵⁰. Ancak bu konuda iki istisnadan söz etmek gerekir:

(1) Sözleşme görüşmelerini yarıda kesen tarafı *culpa in contrahendo* sorumluluğu uyarınca sorumlu tutmak mümkünse bu durumda sözleşme görüşmeleri masraflarının da tazmini mümkündür. Örneğin sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmeleri yapılması, bir *culpa in contrahendo* hâlidir ve sorumluluğa yol açar¹⁴⁵¹. Ancak bu, TBK m. 47

¹⁴⁴⁶ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 11; GONZENBACH, s. 95; YALMAN, s. 48; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 222; DEMİRCİOĞLU, s. 195; GEZDER, s. 52, 164; KOLLER, OR AT, N. 54.150; von MOOS, N. 275.

¹⁴⁴⁷ BGE 105 II 75, 79 vd.

¹⁴⁴⁸ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 11; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 222; DEMİRCİOĞLU, s. 195; EREN, BH GH, N. 3530.

¹⁴⁴⁹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 11; YALMAN, s. 48; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 222-223; GEZDER, s. 52. Bunun nedeni, sözleşme görüşmelerini yarıda kesmenin kural olarak dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olmaması ve dolayısıyla *culpa in contrahendo* olarak nitelendirilememesidir (GONZENBACH, s. 95).

¹⁴⁵⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 11.

¹⁴⁵¹ YALMAN, s. 48; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 223; DEMİRCİOĞLU, s. 192; von MOOS, N. 275; KOLLER, OR AT, N. 54.150; EREN, BH GH, N. 3547. Ayrıca bkz. GEZDER, s. 53. Sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerinin yapılması, sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Böyle bir davranış, sözleşme görüşmelerinin ciddi bir şekilde başlatılıp sürdürülmesine ilişkin koruma yükümlülüğünü ihlal eder (DEMİRCİOĞLU, s. 192; GEZDER, s. 166-167). Ancak zarar görenin, karşı tarafın sözleşme kurma niyeti olmadan sözleşme görüşmelerine başladığını ispatlaması son derece zordur (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 223, dn. 262; DEMİRCİOĞLU, s. 193). Sözleşme görüşmeleri yapan herkesin amaçlanan sözleşmenin kurulmasına ilişkin menfaati olduğu bir karine olarak kabul edildiğinden sözleşme görüşmelerini yarıda kesen kişinin sözleşme kurma niyeti olmadığını açıkça gösteren emarelere ihtiyaç vardır (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 223, dn. 262). Bir kimsenin sözleşme kurma niyetinin olmadığı, çoğunlukla sözleşmenin geçersizliğine veya zarar görenin bütünlük menfaatinin ihlaline yol açan bir davranış ile dışa vurulduğunda anlaşılabilir. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerinin ciddi bir şekilde başlatılıp sürdürülmesine ilişkin yükümlülüğün genellikle diğer yükümlülük ihlalleriyle bir arada ortaya çıktığı söylenebilir. Söz gelimi bir kuyumcudaki müşteri gibi davranarak birçok eşyanın sergilenmesini sağlayan ve bunlardan bazılarını çalan kişinin hiçbir zaman sözleşme kurma niyeti yoktur. Bu örnekte, sözleşme kurma niyetinin yokluğu, zarar görenin bütünlük menfaatinin ihlal edilmesine yol açan bir davranışla dışa vurulmuştur (DEMİRCİOĞLU, s. 193-194).

Sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmeleri yapılmasından başka sözleşme görüşmelerini dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesmek de sorumluluğa yol açan bir *culpa in contrahendo* hâlidir (DEMİRCİOĞLU, s. 194). Sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların, bu görüşmeleri ciddi bir şekilde sürdürmeleri ve bir sözleşme kuramayacağını anlamaları hâlinde ise vakit kaybetmeden görüşmeleri sonlandırmak yerine sürdürmek, sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşme yapmak anlamına gelir (DEMİRCİOĞLU, s. 194). Burada dikkat çekilen nokta şudur: *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açan yalnızca sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi değil, karşı tarafta

f. 1 bakımından söz konusu değildir. Zira yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir. Sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi hâlinde sözleşme kurulmamış olduğundan yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1 uyarınca sorumluluğu doğmaz. Dolayısıyla sözleşme görüşmeleri masraflarının ancak *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında tazmini mümkün olabilir.

(2) Yetkisiz temsilcinin sözleşmenin kurulmasından önce kendisini yetkili olarak tanıtması ve üçüncü kişinin buna güvenerek birtakım masraflar (örneğin satış sözleşmesine konu olan eşyayı incelemek için yapılan seyahat masrafları) yapması da sorumluluğa yol açar¹⁴⁵². Yetkisiz temsilci kendisini yetkili olarak tanıtılmamış olsaydı, üçüncü kişi bu seyahat masraflarını yapmayacaktı. Bu masraflar, temsil yetkisinin geçerliliğine duyulan güvenin bir sonucu olarak yapılmıştır¹⁴⁵³. Hemen belirtelim ki bu durumda yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 f. 1 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir. Aksi takdirde yine sözleşme görüşmeleri masraflarının TBK m. 47 f. 1 kapsamında tazmini mümkün olmaz.

Sonuç olarak ikinci istisna hariç olmak üzere sözleşme görüşmeleri masraflarının, TBK m. 47 f. 1 kapsamında yetkisiz temsilciden talep edilemeyeceği kanaatindeyiz.

cc. Temsilin Sonuçları Doğmuş Olsaydı Bile Meydana Gelecek Kayıplar

Temsilin sonuçları doğmuş olsaydı yine de meydana gelecek kayıpların tazmin edilip edilmeyeceği ele alınması gereken başka bir konudur. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersiz olmasından doğan kayıpların, sözleşme hüküm doğurmuş olsaydı bile meydana gelecek olması hâlinde hukuki durumun ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu durumda yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 kapsamında sorumluluğu söz konusu olmaz. Zira TBK m. 47 hükmünün amacı, üçüncü kişiyi, temsilcinin yetkili olması hâlinde bulunacağı konumdan daha iyi bir konuma getirmek değildir¹⁴⁵⁴. Üçüncü kişinin güvenliğini korumayı amaçlayan bu hüküm,

sözleşmenin kurulacağı yönünde güçlü bir kanaat uyandırıp esaslı bir neden olmaksızın görüşmeleri yarıda kesen tarafın çelişkili davranışdır. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerini dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesmek esas itibarıyla “önceki davranış ile çelişki (*venire contra factum proprium*)” yasağının ihlalini oluşturur (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 223; DEMİRCİOĞLU, s. 196).

¹⁴⁵² ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 11; von MOOS, N. 275.

¹⁴⁵³ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 11.

¹⁴⁵⁴ von MOOS, N. 279.

üçüncü kişiyi, şayet yetkili bir temsilciyle işlem yapmış olsaydı içinde olacağı durumdan daha iyi bir duruma getirmemelidir¹⁴⁵⁵.

Bu konu şu örnekle daha iyi açıklanabilir: Yetkisiz temsilci, temsil olunanın atını üçüncü kişiye kiralar. Temsil olunan, kira sözleşmesini onamaz. Böylece temsilin sonuçları doğmaz ve TBK m. 47 kapsamında yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğabileceği bir durum söz konusudur. Onamamanın ardından at, kira sözleşmesinde kira süresinin başlangıcı olarak belirlenen tarihten önce ölür. Atın ölümünde temsil olunanın kusuru yoktur (TBK m. 136 f. 1; OR Art. 119 Abs. 1). Üçüncü kişi, kira sözleşmesinin hüküm doğuracağına güvenerek hâlihazırda birtakım tasarruflarda bulunmuşsa (örneğin bir eyer satın almışsa), bunların tazminini TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilciden isteyemez. Aksi takdirde üçüncü kişi, temsilin sonuçları doğmuş olsaydı bulunacağı konumdan daha iyi bir konumda olurdu¹⁴⁵⁶. Zira kira sözleşmesi hüküm doğurmuş olsaydı bile satın almış olduğu eyerin tazminini talep edebilmesi kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle mümkün olmayacaktı.

Özellikle temsil olunanın ödeme gücünün olmaması durumu ayrıca ele alınmalıdır. Temsilin sonuçları doğmuş olsaydı bile temsil olunanın ödeme gücü bulunmaması nedeniyle sözleşmeyi yerine getirememesi hâlinde temsilcinin sorumluluktan kurtulup kurtulmayacağı Alman ve İsviçre hukuklarında ele alınmış bir sorundur.

Alman hukukunda hâkim görüş, BGB § 179 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulamayacağı yönündedir¹⁴⁵⁷. Zira temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hüküm doğurmaması sayesinde üçüncü kişi, temsilin sonuçları doğmuş olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi konumda olmamalıdır¹⁴⁵⁸. Temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmuş olsaydı bile temsil olunan ödeme gücü olmadığı için sözleşmeyi ifa edemeyecek veya tazminat ödeyemeyecek idiyse temsilci sorumlu tutulamaz¹⁴⁵⁹. Azınlıkta kalan görüş ise yetkisiz temsilcinin sorumlu olacağı yönündedir¹⁴⁶⁰. Bu konuda ileri sürülen argümanlar şunlardır: (1) Temsil olunanın gerçek kişi olması hâlinde iflas olsun veya olmasın malvarlığının

¹⁴⁵⁵ İkinci Bölüm, II, C, 2, a.

¹⁴⁵⁶ **KOLLER**, OR AT, N. 54.23; **VON MOOS**, N. 280.

¹⁴⁵⁷ OLG Hamm MDR 1993, s. 515; **FLUME**, § 47, 3b; Staudinger-**SCHILKEN**, § 179, N. 15; Palandt-**ELLENBERGER**, § 179, N. 2 Soergel-**LEPTIEN**, § 179, N. 16; MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 43; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 15.

¹⁴⁵⁸ **FLUME**, § 47, 3b; Staudinger-**SCHILKEN**, § 179, N. 15; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 15.

¹⁴⁵⁹ MüKoBGB-**SCHUBERT**, § 179, N. 43; BeckOK BGB-**SCHÄFER**, § 179, N. 15.

¹⁴⁶⁰ **HILGER** Norbert, Zur Haftung des falsus procurator, NJW 1986, s. 2238 vd.; **NEUNER**, § 51, N. 32.

kaybedilmesi, daima malvarlığına erişim imkânının son bulduğu anlamına gelmez¹⁴⁶¹. (2) Hâkim görüş, üçüncü kişi için iflas riskinin kabul edilemez bir şekilde ikiye katlanmasına yol açar. Bu durumda üçüncü kişi yalnızca temsil olunanın iflas riskini değil, aynı zamanda temsilcinin de iflas riskini taşıyacaktı¹⁴⁶². Buna karşılık ikinci argüman şöyle eleştirilmiştir: Temsil olunanın ödeme gücü bulunmadığı takdirde hâkim görüşün benimsenmesi ve böylece temsilcinin sorumlu tutulmaması hâlinde üçüncü kişi, ikiye katlanmış bir iflas riskiyle karşı karşıya kalmaz. Zira üçüncü kişi, temsil olunanı sözleşmenin tarafı olarak seçmiştir. Temsil olunanın iflas riski, temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmuş olsa bile üçüncü kişiye yüklenir. Temsilcinin iflas riskini de üçüncü kişinin üstlenmesi doğaldır. Zira her zarar gören, sorumluluk konusuyla ilgili bu riski üstlenmelidir¹⁴⁶³.

İsviçre hukukunda da yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁶⁴. Buna göre yetkisiz temsilci, temsil olunanın sözleşmeyi yerine getiremeyeceğini veya kapsamlı bir tazminat ödeyemeyeceğini ispatlarsa sorumluluğu sınırlanmalı veya sorumluluktan tamamen kurtulmalıdır¹⁴⁶⁵. Bu konuda üç neden ileri sürülmüştür: (1) Üçüncü kişi, temsil yetkisi mevcut olsaydı hangi konumda olacak idiyse o konuma getirilmeyi isteyebilir¹⁴⁶⁶. (2) Böyle bir durumda temsil yetkisi eksikliği ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmaz¹⁴⁶⁷. (3) Bu sorun, nedensellik bağıyla değil, zararın belirlenmesiyle ilgilidir¹⁴⁶⁸. Dolayısıyla nedensellik bağından ziyade bu durumda bir zarar söz konusu değildir. Temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmuş olsaydı bile üçüncü kişinin uğramış olduğu kayıpların zarar olarak nitelendirilmemesi gerekir¹⁴⁶⁹. Öte yandan Alman hukukunda azınlıkta kalan görüşün belirttiği gerçek kişilerin malvarlığını kaybetmesinin, onun gelecekteki malvarlığına erişimi engellemeyeceği yönündeki argüman doğrudur. Malvarlığı olmayan bir temsil olunanın gelecekte malvarlığını (örneğin miras yoluyla) yeniden kazanacağı öngörülebilirse, temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmadığı için üçüncü kişinin uğradığı kayıplar zarar olarak nitelendirilebilir¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶¹ HILGER, s. 2238 vd.

¹⁴⁶² HILGER, s. 2238 vd.

¹⁴⁶³ von MOOS, N. 283.

¹⁴⁶⁴ LOSER, N. 584; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 25; von MOOS, N. 282. Bu görüşün Alman ve İngiliz hukuklarındaki hâkim görüşün yanı sıra PECL m. 3:204 hükmüyle de örtüştüğü yönünde bkz. LOSER, N. 584.

¹⁴⁶⁵ LOSER, N. 584.

¹⁴⁶⁶ LOSER, N. 584.

¹⁴⁶⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 25.

¹⁴⁶⁸ von MOOS, N. 283.

¹⁴⁶⁹ von MOOS, N. 282.

¹⁴⁷⁰ von MOOS, N. 283.

Kanaatimizce Alman ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüş yerindedir. Daha önce de vurguladığımız gibi TBK m. 47'nin amacı, üçüncü kişiyi yalnızca temsil yetkisi eksikliği rizikosuna karşı korumaktır. Hükmün amacı, üçüncü kişiyi, temsilin sonuçları doğmuş olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirmek değildir. Dolayısıyla üçüncü kişi, temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğursaydı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmeyi isteyebilir. O, yetkili temsilci yerine yetkisiz temsilciyle işlem yaptığı için daha avantajlı bir konum elde etmemelidir. Böylece yetkisiz temsilci, temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmuş olsaydı temsil olunanın sözleşmeyi ifa edemeyeceğini ispatlaması hâlinde TBK m. 47 uyarınca sorumluluktan kurtulur. Yetkisiz temsilci, yetkisi olsaydı yine de üçüncü kişinin söz konusu kayıplara uğrayacağını ispatlarsa aslında nedensellik bağı unsurunun mevcut olmadığını ortaya koymuş olur. Dolayısıyla nedensellik bağı eksikliği nedeniyle sorumluluk doğmaz.

C. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

1. Genel Olarak

Birinci aşama olan zararın belirlenmesi sona erince ikinci aşamaya geçilir: tazminatın belirlenmesi. Birinci aşamada tazminat miktarının üst sınırı belirlenmiş olduğundan ikinci aşamada artık bu üst sınır uyarınca zararın paylaşılması söz konusudur. Bu aşamada, meydana gelen zararın ne kadarının zarar veren tarafından karşılanacağı, ne kadarına zarar görenin katlanacağı belirlenir¹⁴⁷¹. Bu paylaşımın nasıl yapılacağı, tazminatın ne şekilde belirleneceği konusunda TBK m. 51-52 (OR Art. 43-44) hükümleri belirleyicidir¹⁴⁷².

TBK m. 51 f. 1 (OR Art. 43 Abs. 1) uyarınca hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirler. Bunu yaparken durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alır. TBK m. 52 f. 1 (OR Art. 44 Abs. 1) hükmünde ise hâkimin tazminatı indirmesi veya tamamen kaldırması için çeşitli nedenler belirtilmiştir.

TBK m. 51-52 (OR Art. 43-44) hükümleri, “tazminat” üst başlığında düzenlenmiş olup aralarındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Bu hükümlerin kenar başlıkları (TBK m. 51; OR Art. 43: “Belirlenmesi”; “Bestimmung des Ersatzes” ve TBK m. 52; OR Art. 44: “İndirilmesi”;

¹⁴⁷¹ NÖMER, Maddi Tazminat, s. 63; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 332; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.2; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1267.

¹⁴⁷² Üçüncü Bölüm, I, A.

“Herabsetzungsgründe”), hükümlerin farklı konuları düzenlediği izlenimine yol açmıştır¹⁴⁷³. Oysa her iki hüküm de tazminatın belirlenmesine ilişkindir¹⁴⁷⁴. Nitekim her iki hüküm de sıklıkla birlikte anılmaktadır¹⁴⁷⁵. Hatta tazminatın her iki hükme de genel bir atıfta bulunularak indirildiği görülmektedir¹⁴⁷⁶.

TBK m. 51-52 (OR Art. 43-44) hükümlerinin içeriği, burada bütün yönleriyle ele alınmayacaktır. TBK m. 47 f. 1 anlamında tazminatın belirlenmesi bakımından şunları belirtmekle yetinelim: Bu hükümler uyarınca hâkim, tazminatın belirlenmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹⁴⁷⁷. Öyle ki hâkim, tazminatın ödenme biçimi konusunda da takdir yetkisine sahiptir. Bu bakımdan ilk olarak tazminatın türü ele alınacaktır. Hâkimin olumsuz zararın tamamının tazminine hükmedip hükmedemeyeceği, başka bir deyişle olumsuz zararın tazmininin olumlu zarar (ifa menfaati) ile sınırlanıp sınırlanmayacağı tartışmalıdır. Bu nedenle bu konu da ele alınacaktır. Ayrıca kusursuz sorumluluk hâllerinde, zarar görenin kusurunun tazminatın belirlenmesine etkisi de tartışmalıdır. Dolayısıyla bir kusursuz sorumluluk hâli olan TBK m. 47 f. 1 bakımından da zarar gören üçüncü kişinin kusurunun nasıl bir etki doğuracağı ele alınacaktır.

2. Tazminat Türü

TBK m. 51 f. 1 (OR Art. 43 Abs. 1) uyarınca hâkim, durumun gereğini ve özellikle de kusurun ağırlığını göz önüne alarak tazminatın türünü belirler. Durumun gereği ve kusurun ağırlığı daha çok tazminatın kapsamı belirlenirken dikkate alınsa da hâkim, durumun gereğini dikkate alarak tazminatın ödenme biçimini de belirleyebilir¹⁴⁷⁸.

Kanunda tazminatın ödenme biçiminin hâkim tarafından belirleneceği belirtilmiş, ancak zararın hangi biçimde tazmin edileceği, başka bir deyişle tazminat türlerinin ne olduğu

¹⁴⁷³ BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.7; BK-BREHM, Art. 43, N. 31. Her iki hükmün farklı amaçları ifade ettiği yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2352.

¹⁴⁷⁴ BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.7. TBK m. 52’nin, TBK m. 51’in özel bir hâli olduğu yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2373.

¹⁴⁷⁵ BK-BREHM, Art. 43, N. 31. Bkz. BGer 4C.75/2004 E. 4.2; BGer 4C.402/2006 E. 5.1.

¹⁴⁷⁶ BK-BREHM, Art. 43, N. 31.

¹⁴⁷⁷ NOMER, Maddi Tazminat, s. 48; KOLLER, OR AT, N. 51.01; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2355, 2373; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.3.

¹⁴⁷⁸ BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.9. Ayrıca bkz. KOLLER, OR AT, N. 46.33; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2515; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 353; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1205. Hâkimin, somut olayın özelliğini, zararın niteliğini, tarafların ilişkilerini, hakkaniyet, dürüstlük, genel ahlak ilke ve kurallarını göz önünde tutarak aynen veya nakden tazmin biçimlerinden hangisinin amaca daha uygun olduğuna karar vereceği yönünde bkz. EREN, BH GH, N. 2423; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 9.

belirtilmemiştir¹⁴⁷⁹. Öğretide, iki farklı tazminat türü olduğu yönünde görüş birliği vardır: aynen tazmin ve nakden tazmin¹⁴⁸⁰. Aynen tazmin, zararın para dışında bir yolla giderilmesidir¹⁴⁸¹. Bu tazmin biçiminde zarar verici olayın gerçekleşmesinden önceki durumun yeniden kurulması amaçlanır¹⁴⁸². Nakden tazmin ise zarar görenin uğramış olduğu zararın parasal olarak tazmin edilmesidir¹⁴⁸³. Alman hukukunun aksine Türk ve İsviçre hukuklarında tazminat türleri arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi yoktur¹⁴⁸⁴. Bu konuda hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁴⁸⁵. Öyle ki hâkim, zararın kısmen aynen kısmen de nakden tazmin edilmesine de hükmedebilir¹⁴⁸⁶. Öte yandan zarar gören kişi, kural olarak zararın aynen tazmin edilmesini talep edebilir¹⁴⁸⁷. Ne var ki hâkim, tazminat biçiminin belirlenmesinde zarar görenin

¹⁴⁷⁹ BK-BREHM, Art. 43, N. 4.

¹⁴⁸⁰ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 253; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; GUHL/KOLLER, § 10, N. 64; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 333; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2516; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.9; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 351; EREN, BH GH, N. 2420; NOMER, BH GH, N. 132; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 6; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1204.

¹⁴⁸¹ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 253; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 351. Aynen tazminin, ihlale uğrayan hak konusu varlığın gerçek anlamda eski hâle getirilmesi olduğu yönünde bkz. NOMER, BH GH, N. 132; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1204.

¹⁴⁸² TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 253; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; FELLMANN/KOTTMANN, N. 1327; KOLLER, OR AT, N. 46.34; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2522-2523; EREN, BH GH, N. 2421; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 7.

¹⁴⁸³ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 255; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2529; BSK OR I-KESSLER, Art. 43, N. 2; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 351; EREN, BH GH, N. 2422; BK-BREHM, Art. 43, N. 6; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 8; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1204.

Aynen tazmin ile nakden tazmin ayrımının, zararın parasal olarak mı yoksa başka bir şekilde mi giderileceği ayrımına dayanmadığı yönünde bkz. NOMER, Maddi Tazminat, s. 38. Yazara göre, ayrımın temelinde tazminatın, zararın hangi görünüş şekli dikkate alınarak gerçekleştirileceği yer almaktadır. Zarara uğrayan şeyin fiili durumunun esas alınması hâlinde aynen tazmin söz konusudur. Malvarlığındaki değer eksilmesinin esas alınması hâlinde ise nakden tazmin söz konusudur. Dolayısıyla aynen tazmine karar veren hâkim, tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi tazminat yükümlüsünü bir şey yapmaya da mahkûm edebilir. Aynen tazminde amaç, ihlale uğrayan hak konusu varlığın eski hâle getirilmesidir. Oysa nakden tazminde amaç, malvarlığının eski hâle getirilmesidir. Bu da genellikle bir miktar paranın ödenmesiyle olur. Ancak elbette bundan başka bir yolla malvarlığının eski hâline getirilmesi de mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Maddi Tazminat, s. 38 vd.

¹⁴⁸⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 333; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2520; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.9; EREN, BH GH, N. 2423; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, § 16, N. 8; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 9.

¹⁴⁸⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 333; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2515, 2520; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.9; EREN, BH GH, N. 2423; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 9. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken durumun şartlarından aksi gerekmedikçe, ölüm ve bedensel zararların giderilmesinde nakden tazmine, eşyaya ilişkin zararlarda ise eski hâle veya cinsi ile teminin mümkün olması kaydıyla aynen tazmine hükmetmesinin zarar türlerinin niteliğine uygun olduğu yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2521.

¹⁴⁸⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 334; CHK-MÜLLER, Art. 43, N. 1; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2520; BSK OR I-KESSLER, Art. 43, N. 5; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.10; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2911; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 353; EREN, BH GH, N. 2424; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 10.

¹⁴⁸⁷ KOLLER, OR AT, N. 46.33.

talebiyle bağılı değildir¹⁴⁸⁸. Bununla birlikte tarafların tazminat türüne ilişkin anlaşmalarının önünde bir engel yoktur¹⁴⁸⁹.

Olumsuz zararın aynen tazmin biçiminde giderilmesi, zarar kalemlerinin niteliğinden ötürü çoğu kez mümkün olmaz. Zira genellikle masraflar ve/veya yoksun kalınan kârdan oluşan olumsuz zararların aynen tazmin edilme imkânı yoktur. Bu yüzden nakden tazmin, olumsuz zararın tazmini bakımından ağır basan bir tazminat türüdür. Elbette, nadiren de olsa aynen tazminin mümkün olduğu durumlar da vardır. Bunların başında, sözleşmenin yerine getirileceği inancıyla ifa edilen edimin uğramış olduğu zararlar gelir. Örneğin hüküm doğurmayan sözleşme uyarınca teslim edilen otomobilin zarar görmesi hâlinde, otomobilin onarılması biçiminde bir aynen tazmin mümkün olabilir. Bundan başka, zarar görenin, üçüncü kişiye karşı ödemekle yükümlü olduğu tazminat veya sözleşme cezasının zarar veren tarafından üstlenilmesi veya ifa edilmesi biçiminde bir aynen tazmin de mümkündür¹⁴⁹⁰. Doğrudan yetkisiz temsil ile ilgili şöyle bir örnek verilebilir: Yetkisiz temsilcinin, montaj yükümlülüğü içeren bir satış sözleşmesi yapması ve satış konusu malı sözleşmenin kurulmasının ardından monte etmesi hâlinde, satış konusu malın sökülmesi (demonte edilmesi) biçiminde bir aynen tazmin mümkün olabilir. Ayrıca hâkimin, masrafları yetkisiz temsilciye ait olmak üzere zarar gören üçüncü kişinin malı sökmesine izin vermesi biçiminde aynen tazmin de mümkündür¹⁴⁹¹.

3. Olumsuz Zararın Tazmininin Olumlu Zararla Sınırlandırılması

Bir sözleşmenin hüküm doğurmaması nedeniyle meydana gelen olumsuz zarar, o sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen olumlu zarardan genellikle miktar olarak daha azdır¹⁴⁹². Bunun nedeni, hüküm doğurmayan bir sözleşmenin yol açtığı masraflar ve kaçırılan fırsatların, genellikle sınırlı düzeyde olmasıdır¹⁴⁹³. Ne var ki olumsuz zararın, olumlu zarardan daha fazla olması da mümkündür¹⁴⁹⁴. Kimi zaman, özellikle amaçlanan

¹⁴⁸⁸ **NOMER**, Maddi Tazminat, s. 49; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 2, N. 250; **BAYSAL**, Haksız Fiil, N. 5.10; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, N. 353.

¹⁴⁸⁹ **NOMER**, Maddi Tazminat, s. 49.

¹⁴⁹⁰ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 334. Bunun aynen tazmin değil, nakden tazmin olduğu yönünde bkz. **NOMER**, Maddi Tazminat, s. 42.

¹⁴⁹¹ **VON MOOS**, N. 251.

¹⁴⁹² **KOLLER**, Glaube, N. 416; **YALMAN**, s. 131; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 353; **İNCEOĞLU**, s. 472; **KANIŞLI**, s. 664; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3055; **GÜNDÜZ**, s. 55; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1281.

¹⁴⁹³ **YALMAN**, s. 131; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 353; **İNCEOĞLU**, s. 472; **GÜNDÜZ**, s. 55.

¹⁴⁹⁴ **GONZENBACH**, s. 212; **KOLLER**, Glaube, N. 416; **BUZ**, Sözleşmeden Dönme, s. 250; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 353; **DEMİRCİOĞLU**, s. 266; **İNCEOĞLU**, s. 472; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 59; **KANIŞLI**, s. 664; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 3, N. 3055; **BSK OR I-WATTER**, Art. 39, N. 6; **GÜNDÜZ**, s. 55;

sözleşme için aşırı masrafların yapılmış olması hâlinde, olumsuz zararın olumlu zarardan daha fazla olması söz konusudur¹⁴⁹⁵. Bu gibi hâllerde tazminatın belirlenmesi bakımından olumlu zarar miktarının bir üst sınır oluşturup oluşturmadığı sorunu ortaya çıkar¹⁴⁹⁶. Bunun nedeni, olumsuz zararda nedensellik bağının, sözleşmenin yerine getirilmemesinden ilgisiz bir şekilde, güven olgusundan hareketle kurulmasının, zararın kapsamının hakkaniyete aykırı düşecek boyutlara ulaşması tehlikesini doğurmasıdır¹⁴⁹⁷. Belirtelim ki bu sorun, yalnızca olumsuz zarar tazminatının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ile ilgili olup zararın hesaplanmasına ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir¹⁴⁹⁸. Zira hukuk düzeni, tazminatın kapsamını sınırlayabilse de bir zararın varlığını ve miktarını inkâr edemez¹⁴⁹⁹. Açıklığa kavuşturulmaya çalışılan, zararın belirlenmesine ilişkin birinci aşamada, bu aşamaya dair kurallar uyarınca herhangi bir sınırlama olmaksızın belirlenen olumsuz zarar miktarının ne kadarının tazmin edileceği, başka bir deyişle tazminatın belirlenmesine ilişkin ikinci aşamaya gelindiğinde olumlu zarar miktarının bir üst sınır oluşturup oluşturmayacağıdır¹⁵⁰⁰.

Alman hukukunda bu konu kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. Alman kanun koyucusu, BGB § 179'un ikinci fıkrasında, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2901; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1281; **CHK-KUT/BAUER**, Art. 39, N. 8.

¹⁴⁹⁵ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 353; **GÜNDÜZ**, s. 55. Olumsuz zararın olumlu zarardan daha fazla olduğu hâllerden biri de başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle yoksun kalınan kârın, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan daha fazla olmasıdır (**GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, N. 2901). Örneğin A, B'den 10.000 liraya süpürge satın alır. Daha sonra C, A'ya aynı süpürgeyi 5.000 liraya satmayı önerir, ancak A, B ile yapmış olduğu sözleşmenin geçerli olduğunu düşünerek bu öneriyi reddeder. Sözleşmenin geçersiz olmasının ardından A, aynı malı 15.000 liraya satın alır. Bu olayda A'nın olumsuz zararı 10.000 lira, olumlu zararı ise 5.000 liradır (Bkz. ve karş. **BUZ**, Sözleşmeden Dönme, s. 249-250; **GÜNDÜZ**, s. 55; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, N. 1281, dn. 1393). Şöyle bir örnek de verilebilir: A, motosikletini 5.000 İsviçre frangına B'ye satar ve ertesi gün aldığı 6.000 İsviçre frangı değerindeki teklifi B ile yapmış olduğu sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle reddeder. Sözleşmenin geçersiz olması üzerine A, motosikletini C'ye 5.000 İsviçre frangına satar. Bu durumda A'nın olumsuz zararı 1.000 İsviçre frangı iken olumlu zararı yoktur (**ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 55). Bir başka hâl de bir mal için piyasa değerinin üzerinde bir bedel ödenmesidir. Örneğin A, piyasa değeri 5.000 İsviçre frangı olan bir atı 7.000 İsviçre frangına satın alır. Satıcı, sözleşmeyi onamaz ve sözleşme geçersiz hâle gelirse, A'nın olumlu zararı yoktur, başka bir deyişle onun hiçbir ifa menfaati ihlal edilmemiş olduğundan olumlu zararı sıfırdır. Zira sözleşme yerine getirilmiş olsaydı A, sözleşme yerine getirilmediği takdirde içinde bulunacağından daha kötü durumda olacaktı. Ancak bu, A'nın olumsuz zararının olmayacağı anlamına gelmez. Örneğin A, atın barınması için bir ahır kiralamış ve kira bedeli ödeme yükümlülüğü altına girmiş olabilir. Bu durumda, A'nın olumlu zararı olmamasına rağmen olumsuz zararı mevcuttur (**KOLLER**, Glaube, N. 416. Karş. **KOLLER**, Glaube, N. 452; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 153, dn. 124; **KOCAYUSUFPŞAOĞLU**, § 36, N. 86; **KANIŞLI**, s. 664).

¹⁴⁹⁶ Bu sorunun TBK m. 47 f. 2'de öngörülmüş olan kusur ve hakkaniyet unsurlarının gerçekleşmiş olup olmamasından bağımsız olduğu yönünde bkz. **İNCEOĞLU**, s. 472, dn. 432.

¹⁴⁹⁷ **ÖZ**, Dönme, s. 298.

¹⁴⁹⁸ **GONZENBACH**, s. 212; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 353.

¹⁴⁹⁹ **GONZENBACH**, s. 212. Aynı yönde bkz. **YALMAN**, s. 131; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 358.

¹⁵⁰⁰ **GONZENBACH**, s. 212; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 353; **GÜNDÜZ**, s. 56.

isteyebileceği olumsuz zarara ilişkin tazminat miktarını ifa menfaatiyle sınırlandırmıştır¹⁵⁰¹. Bu hükümde zararın kendisinin değil, zararı tazmin yükümlülüğünün sınırlandırıldığını vurgulamak gerekir¹⁵⁰². Böylece hâkim, sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarar miktarı olumlu zarardan fazla olsa bile olumlu zararı aşan bir tazminata hükmedemeyecektir.

Alman hukukunun aksine Türk ve İsviçre hukuklarında yetkisiz temsilcinin olumsuz zarara ilişkin sorumluluğunu ifa menfaatiyle sınırlayan bir düzenleme yoktur. Buna rağmen öğretide bu konu bir hayli tartışmalıdır. Bu konuda farklı görüşleri savunan yazarların ortak özelliği, dayanaklarının TBK m. 47 (OR Art. 39) olmasıdır¹⁵⁰³. Sınırlamayı savunanlar da reddedenler de anılan hükmü esas almalarına rağmen farklı sonuçlara ulaşmışlardır¹⁵⁰⁴. Bu da hükmün kötü bir şekilde kaleme alınmış olduğu yönünde bir eleştiriye yol açmıştır¹⁵⁰⁵. Hatta bir yazara göre, tartışmanın çıkış noktası olan hüküm, kötü yazılmış ve her şeyden önce kötü düşünülmüştür¹⁵⁰⁶. Bu konuda öğretideki görüşler şu şekildedir:

(1) Azınlıkta kalan bir görüşe göre, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi Türk ve İsviçre hukuklarında da yetkisiz temsilciden istenebilecek olumsuz tazminat, temsil yoluyla yapılan sözleşmedeki ifa menfaatiyle sınırlıdır¹⁵⁰⁷. Bu görüşün tarihî yorum ve hakkaniyet olmak üzere iki dayanağı vardır:

(i) Tarihî yorum yapıldığında görülmektedir ki kanun koyucu, sorumluluğun hiç doğmaması ile olumlu zarardan sorumluluk arasında yer alan bir çözüm bulmayı amaçlamıştı. Böyle uzlaşmacı bir çözüm amacıyla, TBK m. 35 f. 1 (OR Art. 26 Abs. 1) ile TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) hükümlerinde olumsuz zarara ilişkin bir tazminat yükümlülüğü öngördü. Bu çözüm, olumlu zarar miktarını aşan olumsuz zararın tazmin edilmesine izin verilerek ortadan kaldırılmamalıdır¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰¹ Yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden yanılardan istenebilecek tazminat bakımından da aynı durum geçerlidir. Bkz. ve karşı. BGB § 122 Abs. 1.

¹⁵⁰² GONZENBACH, s. 212.

¹⁵⁰³ GONZENBACH, s. 212; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 355.

¹⁵⁰⁴ GONZENBACH, s. 212.

¹⁵⁰⁵ Bkz. GONZENBACH, s. 212.

¹⁵⁰⁶ ANEX, s. 87. Hükmün, olumsuz zararın daima olumlu zarardan daha az olacağına ilişkin hatalı bir düşüncenin etkisiyle kaleme alındığı yönünde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 357. Aynı yönde bkz. GONZENBACH, s. 212.

¹⁵⁰⁷ SIMONIUS, s. 280 vd.; SCHERRER, s. 72; KELLER, s. 254 vd.; PIOTET, s. 89 vd.; İNCEOĞLU, s. 475; İŞ-NART, m. 47, N. 13; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 55; AYDOĞDU/NART, s. 147.

¹⁵⁰⁸ SCHERRER, s. 72. Ayrıca bkz. SIMONIUS, s. 280-281.

(ii) Hakkaniyet de böyle bir sınırlamayı gerektirir. Onamama nedeniyle üçüncü kişinin sözleşmenin onanmasına oranla daha elverişli bir duruma gelmesi hakkaniyetle ve borçlar hukuku sistemiyle bağdaşmaz. Üçüncü kişi, bir sözleşme yapmaya karar verdiğinde, özellikle bu sözleşmenin kurulmasının ardından karşılaşılabileceği daha elverişli sözleşme yapma fırsatlarını kaçırmaya ihtimalini de göze almış, bu rizikoyu üstlenmiş olur. Dolayısıyla üçüncü kişinin, sözleşme onama ile geçerli hâle gelip ifa edilseydi dahi uğrayacak olduğu zararları, onamama hâlinde isteyebilmesi adil olmaz¹⁵⁰⁹.

Bu argüman, yeni İsviçre öğretisinde şu şekilde açıklanmıştır: Örneğin üçüncü kişi, motosikletini 5.000 İsviçre frangı karşılığında temsil olunana satar. Ertesi gün aldığı 6.000 İsviçre frangı değerindeki teklifi temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle reddeder. Sözleşmenin geçersiz olması üzerine üçüncü kişi, motosikletini bir başkasına 5.000 İsviçre frangına satar. Bu durumda üçüncü kişi, sözleşmenin geçerliliğine güvenmiş olması nedeniyle 1.000 İsviçre frangından yoksun kalır. Öte yandan onun olumlu zararı yoktur. Böylece olumsuz zararın, olumlu zararı aşması söz konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi, bu konuda açık bir tutum sergilememiş, ancak vermiş olduğu bir kararda¹⁵¹⁰, üçüncü kişinin “en iyi ihtimalle, sözleşme yerine getirilmiş olsaydı içinde bulunacağı durumda olabileceğini” ifade etmiştir. Bu ifade, olumsuz zararın tazmininin ifa menfaatiyle sınırlandırılması gerektiğine işaret etmektedir ve bu görüş benimsenmelidir. Üçüncü kişinin TBK m. 47 kapsamında elde edeceği menfaat, işlem temsil olunan tarafından onanmış olsaydı elde edeceğinden daha fazlası olamaz. Kuşkusuz, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulması nedeniyle üçüncü kişiyi daha elverişli bir işlem yapmaktan alıkoyan yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmanın önünde bir engel yoktur. Gerçekten de üçüncü kişi, matematiksel olarak da hesaplanabilen kâr mahrumiyeti şeklinde bir zarara uğramıştır. Ancak TBK m. 47 hükmünün, amaçlanan işlemin geçersizliği nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zararların giderilmesini amaçladığı göz ardı edilmemelidir. Üçüncü kişi, sözleşme temsil olunan tarafından onanmış olsaydı motosikletini 5.000 İsviçre frangı karşılığında satmış olacaktı ve sözleşmenin onanmış olması nedeniyle daha elverişli başka bir sözleşme önerisini reddettiği için ne temsil olunandan ne de temsilciden bir fark isteyebilecekti. Şimdi 1.000 İsviçre frangı zarara uğradığını ileri sürerek yetkisiz temsilciden bunu talep etmesi ve böylece işlemin geçersiz olmasından bir yarar sağlayabilmesi şok edicidir. Şayet olumsuz zararın tazmininin ifa menfaatiyle sınırlandırılması

¹⁵⁰⁹ İNCEOĞLU, s. 475.

¹⁵¹⁰ BGE 106 II 131, 132.

görüŖü benimsenmek istenmezse, üçüncü kiŖinin olumlu zararı aşan talebini hâkimin takdir yetkisi kapsamında, yani hakkaniyet çerçevesinde veya TBK m. 51 (OR Art. 43) vd. uyarınca sınırlama imkânı daima mevcuttur. Ne var ki böyle bir çözüm dogmatik olarak hatalıdır, zira buradaki sorun, somut olayın değerlendirilmesine ilişkin bir sorun olmayıp ilkesel bir sorundur¹⁵¹¹.

(2) Bizim de katıldığımız hâkim görüş, TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) uyarınca olumsuz zarardan sorumluluğun ifa menfaatiyle sınırlı olmadığı yönündedir¹⁵¹². Bu görüşe ilişkin argümanlar Ŗunlardır:

(i) İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında olumsuz zarardan sorumluluğun ifa menfaatiyle sınırlanmasına yönelik bir öneri, uzmanlar komisyonunda reddedilmiştir¹⁵¹³. Alman Medeni Kanunu örneğine rağmen herhangi bir düzenleme getirmeyip hazırlık çalışmaları sırasında bu yönde yapılan önerileri de açıkça reddetmiş olan kanun koyucunun sınırlamayı benimsemediği, bu sorunu bilinçli susma yoluyla olumsuz olarak çözüme kavuşturmak istediği, dolayısıyla bir kanun boşluğundan söz etmenin de mümkün olmadığı görölmektedir¹⁵¹⁴. İlan yoluyla ödöl sözü vermeye ilişkin TBK m. 9 f. 2 (OR Art. 8 Abs. 2) hükmü ile yanılanın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 35 f. 2¹⁵¹⁵ hükmünde olumsuz zarar tazminatını ifa menfaatiyle sınırlayan kanun koyucu, bu hükümler dışında böyle bir sınırlama öngörmemiştir¹⁵¹⁶. Dolayısıyla olumsuz zararın tamamen tazmininden sapmak ve tazminatı olumlu zararla sınırlamak için hiçbir neden yoktur¹⁵¹⁷.

¹⁵¹¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 55.

¹⁵¹² ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 9; ANEX, s. 91 vd.; GONZENBACH, s. 213 vd.; KOLLER, Glaube, N. 406, 416; VIOLAND, s. 187; YALMAN, s. 131-132; LOSER, N. 1246; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 357 vd.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 59; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 30; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 6; AYRANCI, s. 491; AYBAY, s. 170-171. Ayrıca bkz. BUCHER, s. 379, dn. 200; BUZ, Dönme, s. 278-279; ÖZ, Dönme, s. 298; BK-SCHMIDLIN, Art. 26, N. 23; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 87; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 1914, 3055; GÜNDÜZ, s. 59; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2812; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 109, N. 97; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 125, N. 41; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 8.

¹⁵¹³ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 9. Ayrıca bkz. KOLLER, Glaube, N. 455.

¹⁵¹⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 357. Bu konuda kanun boşluğu yoktur. Kanun koyucu, bilinçli olarak sınırlamaya ilişkin bir düzenleme yapmamıştır (MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 3057).

¹⁵¹⁵ Hemen belirtelim ki eBK m. 26 f. 2'de ve TBK m. 35 f. 2'nin İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı olan OR Art. 26 Abs. 2'de böyle bir sınırlama yoktur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KANIŞLI, s. 664 vd.

¹⁵¹⁶ von TUHR/PETER, § 12 IV, dn. 30; BUCHER, s. 342, dn. 54; VIOLAND, s. 187; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 354; GÜNDÜZ, s. 56; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 14.31.

¹⁵¹⁷ GONZENBACH, s. 213; VIOLAND, s. 187; ÖZ, Dönme, s. 298; LÜCHINGER, N. 591; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 360; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 3057; GÜNDÜZ, s. 59. Karş. BK-SCHMIDLIN, Art. 26, N. 23; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 109, N. 97.

(ii) TBK m. 47 (OR Art. 39) hükmünün yapısından da bir sınırlamanın mevcut olduğu sonucu çıkarılamaz¹⁵¹⁸. Kanun koyucu, bu hükmü olumsuz zararın daima olumlu zarardan daha az olduğu düşüncesinden hareket ederek kaleme almıştır¹⁵¹⁹. Böylece kusursuz yetkisiz temsilcinin, kusurlu yetkisiz temsilciye nazaran daha az miktarda zarardan sorumlu olması istenmiştir¹⁵²⁰. Başka bir deyişle hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, zarar görenin kusurlu yetkisiz temsilciden daha geniş kapsamlı bir tazminat elde edebilmesi amaçlanmıştır¹⁵²¹. Kanun koyucunun bu düşüncesi, olumsuz zararın tazmininin sınırlandırılması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır¹⁵²².

(iii) Olumlu ve olumsuz zarar, hiçbir melez ögeyi hoş görmeyen birbirine zıt iki kutuptur¹⁵²³. Bunlar, nedensellik bağı açısından birbirinden farklıdır¹⁵²⁴. Olumsuz zararda, zarar verici olay ile meydana gelen zarar arasındaki uygun nedensellik bağının olup olmadığı değerlendirilirken sözleşme görüşmelerinin hiç yapılmamış olması hâli esas alınır, oysa olumlu zararda, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunulacak farazi durum dikkate alınır¹⁵²⁵. Bunu görmezden gelerek olumlu zararın, olumsuz tazminatı sınırladığını kabul etmek doğru olmaz¹⁵²⁶.

(iv) Olumsuz zarardan sorumluluk, amaçlanan sözleşmeden bağımsızdır. *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açan olaylarda amaçlanan sözleşme, hüküm doğurmadığı için ortadan kaybolur, geriye yalnızca zarar kalır¹⁵²⁷. Öyleyse sözleşmenin, zararı tazmin yükümlülüğünün sınırını belirleyecek şekilde âdeta küllerinden doğan bir Anka kuşu gibi neden yeniden canlandırılması gerektiğini anlamak mümkün değildir¹⁵²⁸. Bir sınırlama için özel bir nedene ihtiyaç duyulur, ancak böyle bir neden yoktur¹⁵²⁹. Kaldı ki amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin belirlenmesi her zaman mümkün olmaz. Sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi

¹⁵¹⁸ VIOLAND, s. 187; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 358.

¹⁵¹⁹ GONZENBACH, s. 212; VIOLAND, s. 187; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 357; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 30; İŞ-NART, m. 47, N. 17; AYDOĞDU/NART, s. 149.

¹⁵²⁰ VIOLAND, s. 187.

¹⁵²¹ GONZENBACH, s. 212; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 357; von MOOS, N. 49.

¹⁵²² VIOLAND, s. 187; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 30.

¹⁵²³ ANEX, s. 91. Aynı yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 360. Bunun abartılı bir iddia olduğu yönünde bkz. BUZ, Dönme, s. 263.

¹⁵²⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 360; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 3057; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 109, N. 97.

¹⁵²⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 360.

¹⁵²⁶ ANEX, s. 91; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 360.

¹⁵²⁷ GONZENBACH, s. 213; YALMAN, s. 131-132; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 358.

¹⁵²⁸ GONZENBACH, s. 213. Aynı yönde bkz. YALMAN, s. 132.

¹⁵²⁹ GONZENBACH, s. 213.

nedeniyle sözleşmenin hiç kurulmadığı durumlarda¹⁵³⁰, sözleşme koşullarının belirlenmesi farazi olarak bile çok zor olduğundan ifa menfaati hesaplanamaz¹⁵³¹. Geçersiz de olsa bir sözleşmenin kurulduğu hâllerde¹⁵³², ifa menfaati hesaplanabildiğinden tazminatı sınırlama imkânı mevcutken yokluk hâlinde tazminatın sınırlanamamasının çelişkiye yol açtığı açıktır. Bunu önlemek için sözleşmenin kurulduğu ancak geçersiz olduğu durumlarda bile ifa menfaati, olumsuz zararın tazmininin bir sınırı olarak kabul edilmemelidir¹⁵³³.

(v) Olumsuz zararın giderilmesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun temel taşıdır. Mademki bu kabul edildi, o hâlde tazminatın kapsamı olumlu zarar miktarıyla sınırlandırılmamalı, sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararın tamamı giderilmelidir¹⁵³⁴. Aksi takdirde, sözleşmenin hüküm doğurmaması nedeniyle zarar gören kişi, sözleşme görüşmeleri sırasında muhatabına göstermiş olduğu sadakat ve duymuş olduğu güvenden ötürü cezalandırılmış olur¹⁵³⁵.

Olumsuz zararın tazmininin ifa menfaatiyle sınırlanmasını reddeden yazarların bir kısmı, zararın kapsamının hakkaniyete aykırı düşecek boyutlara ulaşması tehlikesini önleyen bir emniyet supabının kanunda mevcut olduğunu belirtmişlerdir. Bu, tazminatın belirlenmesi konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi veren TBK m. 51-52 (OR Art. 43-44) hükümleridir. Bu hükümler uyarınca hâkim, olumlu zarar miktarını aşan olumsuz tazminatı indirme imkânına sahiptir. Olumsuz zarar miktarının olumlu zararı aştığı hâllerde, olumsuz zararın tazminine ilişkin genel bir sınırlama yerine sorunun bu şekilde, her somut olayın özelliği dikkate alınarak çözülmesi daha doğru olur¹⁵³⁶. Kaldı ki genel bir sınırlamanın kabul edilmesi, olumsuz zararın

¹⁵³⁰ Belirtelim ki TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için sözleşmenin kurulmuş olması gerekir (İkinci Bölüm, II, A, 3, b). Sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi nedeniyle sözleşmenin kurulmadığı durumlarda TBK m. 47 kapsamında sorumluluk doğmaz.

¹⁵³¹ GONZENBACH, s. 214; LÜCHINGER, N. 592; YALMAN, s. 132; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 358-359.

¹⁵³² Hiç kuşkusuz bu durum, TBK m. 47 kapsamındaki yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ile örtüşmektedir. Zira TBK m. 47'nin uygulanmasına yol açan olaylarda, temsil yoluyla kurulan ancak temsil olunanın onamaması nedeniyle geçersiz hâle gelen bir sözleşme mevcuttur.

¹⁵³³ LÜCHINGER, N. 592; LOSER, N. 1246; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 358-359.

¹⁵³⁴ GONZENBACH, s. 214. Aynı yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 360; GÜNDÜZ, s. 59.

¹⁵³⁵ GONZENBACH, s. 213; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 360; GÜNDÜZ, s. 59.

¹⁵³⁶ von TUHR/PETER, § 37 VI; BUCHER, s. 379, dn. 200; KOLLER, Glaube, N. 453; ÖZ, Dönme, s. 301; BUZ, Dönme, s. 279; YALMAN, s. 132; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 36, N. 86-87. Aynı yönde bkz. AYBAY, s. 170. Sınırlamada yararlanılacak hukuki kurumları “uygun nedensellik bağı”, “denkleştirme” ve “yargıcın takdir yetkisi” olarak belirten ÖZ, yargıcın takdir yetkisinin “son çare” olduğuna işaret etmektedir (ÖZ, Dönme, s. 299 vd., özellikle s. 301).

belirlenmesindeki güçlük yetmiyormuş gibi bir de tazminatın üst sınırını belirlemek için hâkimin olumlu zarar miktarını hesaplamak zorunda kalmasına yol açar¹⁵³⁷.

(3) Başka bir görüşe göre, olumsuz zararın kapsamında yer alan fiilî zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) bakımından bir ayırım yapmak doğru olur: Sözleşmenin geçerliliğine güvenerek daha elverişli başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) niteliğindeki olumsuz zarara ilişkin tazminat taleplerinin ifa menfaatiyle sınırlanması gerekir. Buna karşılık sözleşmenin geçerliliğine güvenilmiş olması nedeniyle uğranılan fiilî zarar (*damnum emergens*) niteliğindeki olumsuz zarara ilişkin tazminat taleplerinin ifa menfaatiyle sınırlandırılması söz konusu olamaz. Böylece ifa menfaatinin hiç olmadığı, başka bir deyişle üçüncü kişinin sözleşme ifa edilseydi herhangi bir kâr elde edemeyecek olduğu (olumlu zararın olmadığı) durumlarda da sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yapılan masrafların tazmin edilmesi mümkündür¹⁵³⁸.

(4) Yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden yanılanın sorumluluğu (TBK m. 35; OR Art. 26) bakımından ileri sürülen başka bir görüşe göre, zarar görenin geçersiz olan sözleşmeye ilişkin maddi menfaati olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmalıdır: Zarar gören, maddi menfaate sahip ise olumsuz zarara ilişkin tazminat, ifa menfaatiyle sınırlıdır. Zira o, sözleşme gereği gibi ifa edilecek olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir konumda olmamalıdır. Buna karşılık zarar görenin maddi menfaati yoksa böyle bir sınırlama kabul edilmemelidir. Aksi takdirde, maddi menfaati olmadığı için ifa menfaati de sıfır olan zarar görenin, olumsuz zarara ilişkin tazminat talebinde bulunamaması gibi hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkar. Sözleşme geçersiz olduğu için zaten ifa talebinde bulunamayan zarar göreni, bir de olumsuz zararın giderilmesi talebinden mahrum bırakmak adil olmaz¹⁵³⁹.

Bu görüşün yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (TBK m. 47; OR Art. 39) bakımından da geçerliliğini savunan görüşe göre, üçüncü kişinin, temsil yoluyla kurulan sözleşmeyi maddi

¹⁵³⁷ BUZ, Dönme, s. 278-279; YALMAN, s. 132.

¹⁵³⁸ KUTLU SUNGURBEY, s. 154-155. Bu görüşün uygulamada tazminatın hesaplanmasına ilişkin güçlüklerle yol açacağı yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 474. Bununla birlikte öğretide, bu görüşün ulaştığı sonuca, sorunun TBK m. 51-52 hükümleriyle çözülebileceği yönündeki görüş ile de ulaşılabileceği belirtilmiştir. Şöyle ki hâkim, ifa menfaatini aşan bir miktarın yoksun kalınan kâr çerçevesinde olumsuz tazminat olarak talep edilmesini hemen hemen her zaman hakkaniyete aykırı kabul edecek ve TBK m. 51'e dayanarak bu tazminatı hiç değilse olumlu zarar miktarına indirecektir. Yoksun kalınan kâr dışındaki fiilî zararların tazmini ise ifa menfaatiyle bağlantılı görülmeceğinden indirim söz konusu olmayacaktır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 36, N. 87).

¹⁵³⁹ KOLLER, OR AT, N. 14.229 vd.

menfaat gözeterek yapması hâlinde TBK m. 47 f. 1 anlamında olumsuz zarara ilişkin tazminatın, olumlu zarar miktarıyla sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Bunun bir nedeni de şudur: TBK m. 47, tıpkı BGB § 179 gibi olumsuz zarardan sorumluluk ile olumlu zarardan sorumluluk arasında bir ayrım yapmaktadır. Alman hukukunda bu ayrımla, denkleştirici adaletin gözetildiği belirtilmektedir. Anlaşılan o ki bazı hâllerde yetkisiz temsilci, olumlu zararı tazmin yükümlülüğünden korunmalıdır. TBK m. 47 f. 1'in de benzer bir amacı olduğu kabul edilmelidir. Eğer benzer bir amaç güdülmeseydi, TBK m. 47'de olumsuz zarardan sorumluluk ile olumlu zarardan sorumluluk arasında bir ayrım yapılmazdı. Bu doğrultuda, belirtilen istisna dışında, TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki olumsuz zararın tazminine, ancak olumlu zararı aşmadığı ölçüde izin verilmesi gerekir¹⁵⁴⁰.

Bu görüş şu örnekle açıklanabilir: A, temsil olunan adına hareket eden bir yetkisiz temsilciyle başkasına satmak amacıyla antika vazoyu konu alan bir satış sözleşmesi yapar. A, vazo satın almış olduğu için bir tablo satın almaktan vazgeçer. Zira her ikisini birlikte satın alacak ekonomik gücü yoktur. TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluğun unsurları gerçekleşirse A, yetkisiz temsilciden, tabloyu satın alamaması, yani başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmayı yüzünden yoksun kaldığı kâra ilişkin olumsuz zararın tazminini, vazoyu satışını konu alan sözleşmedeki ifa menfaatini aşmadığı ölçüde isteyebilir. Zira A, satış sözleşmesini maddi menfaat gözeterek yapmıştır. Bu kez örneği şu şekilde değiştirelim: A, antika vazoyu başkasına satmak amacıyla değil, duygusal sebeplerle satın alır. Objektif bir değer atfetmez. TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluğun unsurları gerçekleşirse A, vazoya ilişkin sözleşmedeki olumlu zararı sıfır olmasına rağmen olumsuz zararının (örneğin vazo için bir vitrin satın alma masrafları) tazmin edilmesini yetkisiz temsilciden talep edebilir. Zira sıfır olan ifa menfaati, A'nın satış sözleşmesini maddi menfaat gözetmeksizin yapmış olması nedeniyle olumsuz zararın tazminini sınırlamaz¹⁵⁴¹.

Kanaatimizce TBK m. 47 f. 1 uyarınca olumsuz zarardan sorumluluk ifa menfaatiyle sınırlı değildir. Türk hukukunda, TBK m. 47 hükmünü amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yoluyla tazminata istisnai olarak sınır getiren BGB § 179'a uyarlamamanın bir temeli yoktur¹⁵⁴². Yukarıda belirttiğimiz argümanlara ek olarak şunları belirtebiliriz:

¹⁵⁴⁰ von MOOS, N. 289.

¹⁵⁴¹ von MOOS, N. 290-291.

¹⁵⁴² LOSER, N. 1246.

Olumsuz zararın tazmininin, olumlu zararlarla sınırlanmasını ilke olarak kabul eden, ancak istisnai olarak üçüncü kişinin maddi menfaatinin olmadığı hâllerde sınırlamanın söz konusu olmayacağını benimseyen görüşün şöyle bir sakıncası vardır: Somut olayda bir sözleşmenin kâr elde etme niyeti olmaksızın veya maddi olmayan amaçlarla yapıldığını belirlemek zordur¹⁵⁴³. Dolayısıyla üçüncü kişinin temsil yoluyla yapılan sözleşmede maddi menfaatinin bulunup bulunmadığını belirlemenin zorluğu göz ardı edilmemelidir. Kaldı ki sınırlamanın duruma veya olaya göre kabul edilmesi, ciddi bir eşitsizlik tehlikesine ve hukuk güvenliğine aykırılığa yol açar¹⁵⁴⁴.

Olumsuz zararın tazminini ifa menfaatiyle sınırlamak, Avrupa hukukundaki gelişmeleri de göz ardı etmek anlamına gelir. Ne Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ne de UNIDROIT İlkeleri böyle bir sınırlama öngörmüştür¹⁵⁴⁵. Dolayısıyla olumsuz zararın tazminini ifa menfaatiyle sınırlama yönünde bir eğilim de yoktur. Böyle bir sınırlama için kanun koyucunun açık iradesine ihtiyaç vardır.

Azınlıkta kalan görüşün endişelerini giderecek yollar, sınırlamanın reddedilmesi hâlinde de mevcuttur. Bu bağlamda uygun nedensellik bağı teorisi ile normun koruma amacı teorisinden yararlanılabilir. Böylece olumsuz zarardan sorumluluğun sınırlandırılması mümkün olur. Uygun nedensellik bağı ile normun koruma amacı ölçütlerine rağmen giderilecek zarar miktarı hâlâ hakkaniyete aykırı görülüyorsa TBK m. 51-52 uyarınca tazminatta indirim yapılabilir¹⁵⁴⁶. Böylece genel bir sınırlamayı reddederek de dile getirilen sakıncaların giderilmesi mümkündür.

4. Üçüncü Kişinin Kusuru

Zarar gören üçüncü kişinin kusurlu olması hâlinde TBK m. 52 f. 1 (OR Art. 44 Abs. 1) hükmünün kusursuz sorumluluk hâllerinde de uygulanacağı tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir¹⁵⁴⁷. Dolayısıyla TBK m. 52 f. 1 hükmü, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda da

¹⁵⁴³ LOSER, N. 1246.

¹⁵⁴⁴ LÜCHINGER, N. 592 vd.; LOSER, N. 1246.

¹⁵⁴⁵ LOSER, N. 1246.

¹⁵⁴⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 361 vd.

¹⁵⁴⁷ Yarg. HGK, E. 1966/9-494, K. 1968/769, 23.11.1968 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 596; NOMER, Maddi Tazminat, s. 90; BAYSAL Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 139, 245; GÖNÜL KOŞAR Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020, s. 249; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.37; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 383; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1275. Karş. EREN, BH GH, N. 2401; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 28.

uygulanır¹⁵⁴⁸. Böylece bir kusursuz sorumluluk hâli olan yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda da zarar görenin kusurunun¹⁵⁴⁹ tazminatta indirim nedeni olduğu kuşkusuzdur¹⁵⁵⁰. Bununla birlikte öğretide zarar gören üçüncü kişinin kusurunun daima tazminatın indirilmesine neden olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre üçüncü kişinin kusuru, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu anda ortaya çıkması hâlinde tazminatın indirilmesinden söz edilmez. Zira sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu anda zarar görenin kusuru, temsil yetkisi eksikliğini bilmek veya bilmesi gerekmemek biçiminde olur¹⁵⁵¹. Bu da üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması anlamına gelir. Böylelikle üçüncü kişinin kusurlu olması, tazminatın indirilmesine değil, sorumluluğun doğmamasına neden olur¹⁵⁵². Sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu anda üçüncü kişinin kusuru, sorumluluğun unsurlarıyla ilgili olup tazminatın belirlenmesiyle ilgili değildir. Sözleşmenin kurulmasından sonra söz konusu olan üçüncü kişinin kusurlu davranışı tazminatın indirilmesine yol açar. Örneğin üçüncü kişinin sözleşme kurulduktan sonra yetkisizliği öğrenmesine rağmen zararın artmasına engel olacak davranışlarda bulunmaktan kaçınması, yetkisizliği öğrenir öğrenmez temsil olunana süre vermemesi zarar görenin kusuru olarak değerlendirilebilir¹⁵⁵³. Kanaatimizce bu görüşün eleştirilecek yanı, sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu anda üçüncü kişinin tek bir kusurlu davranışının mümkün olabileceğini kabul etmesidir. Gerçekten de üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliği bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu anda söz konusu olduğunda tazminatın indirilmesine değil, sorumluluğun doğmamasına yol açan kusurlu bir davranıştır. Ne var ki sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu an üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi dışında başka kusurlu davranışları da söz konusu olabilir. Bu görüş, bunu göz ardı etmektedir. Nitekim aşağıda ele alacağımız İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu

¹⁵⁴⁸ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15 vd.; KOLLER, Glaube, N. 408; VIOLAND, s. 170; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 2; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 62; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 7; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 56-57.

¹⁵⁴⁹ Kusursuz sorumlulukta “zarar görenin kusuru” ifadesinin kullanılması gerektiği, “ortak kusur” ifadesinin kullanılamayacağı, zira zarar verenin kusuru sorumluluğun kurucu unsuru olmadığı için bununla zarar görenin kusurunun “ortaklık” oluşturmamasının mümkün olmadığı yönünde bkz. EREN, BH GH, N. 2395; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 51-52, N. 22. “Müterafik (birlikte) kusur” ifadesinin, kusursuz sorumluluk hâlleri dikkate alındığında, zarar görenin kusuruna ilişkin tüm hâlleri kapsamadığı için yetersiz kaldığı yönünde bkz. NOMER, Maddi Tazminat, s. 86. “Birlikte kusur”un yalnızca kusur sorumluluğunda söz konusu olabileceği, kusursuz sorumlulukta söz konusu olamayacağı yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 2412. Aynı yönde bkz. BAYSAL, Zarar Görenin Kusuru, s. 35; BAYSAL, Haksız Fiil, N. 5.55.

¹⁵⁵⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15 vd.; KOLLER, Glaube, N. 411; VIOLAND, s. 170; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 62.

¹⁵⁵¹ VIOLAND, s. 186; İNCEOĞLU, s. 481.

¹⁵⁵² VIOLAND, s. 186; KOLLER, Glaube, N. 411; İNCEOĞLU, s. 481.

¹⁵⁵³ İNCEOĞLU, s. 481.

olan olayda üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu anda söz konusu olan kusurlu davranışı, temsil yetkisi eksikliği bilgisiyle ilgili olmayan bir davranıştır. Bu olayda üçüncü kişinin davranışı, temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesine yol açmakla ilgilidir. Aynı şekilde öğretide de üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesini kışkırtarak kusurlu davranmış olabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁵⁴. Temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesini kışkırtmak ise hiç kuşkusuz sözleşmesinin kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulduğu an söz konusu olabilecek bir davranıştır.

Kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusurunun, kusur sorumluluğundan farklı bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Hâkim görüş, zarar görenin kusurlu olması hâlinde kusursuz sorumlulukta tazminat indiriminin, kusur sorumluluğundan daha az olması gerektiği yönündedir. Zira kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğundan daha katı olmalıdır¹⁵⁵⁵. Azınlıkta kalan diğer bir görüş ise kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusurunun, kusur sorumluluğundan farklı olarak ele alınmaması gerektiği yönündedir. Zira kusursuz sorumluluk ile kusur sorumluluğu arasındaki farklar, zaten sorumluluğun unsurlarında yeterince dikkate alınmıştır. Bu yüzden her iki sorumluluğa ilişkin farklılıklar, tazminatın belirlenmesinde yeniden dikkate alınmamalıdır¹⁵⁵⁶. Üstelik hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılmasını gerektiren bir neden de yoktur. Hâkimin takdir yetkisini hâkim görüşe uygun olarak kullanmaması ve böylece kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusurunu kusur sorumluluğundan farklı olarak ele almaması hakkaniyete aykırılık da oluşturmaz¹⁵⁵⁷. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da kusursuz sorumlulukta tazminat indiriminin kusur sorumluluğundan daha az olmasına yönelik genel bir eğilimin bulunduğu da söylenemez¹⁵⁵⁸.

Kusursuz sorumluluğa yol açan olayların pek çoğunda zarar veren kusurludur¹⁵⁵⁹. Sorumlu kişinin, kusursuz sorumluluğu doğuran olay yanında ayrıca zararın doğmasına yol açan bir kusuru da varsa buna ek kusur (munzam kusur) denilmektedir¹⁵⁶⁰. Ek kusurun varlığı hâlinde, zarar görenin kusurunun nasıl değerlendirileceği öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, ek

¹⁵⁵⁴ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 57.

¹⁵⁵⁵ FELLMANN/KOTTMANN, N. 2468; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 44, N. 4; GÖNÜL KOŞAR, s. 263; BK-BREHM, Art. 44, N. 22a.

¹⁵⁵⁶ ROBERTO, N. 33.17; von MOOS, N. 293.

¹⁵⁵⁷ von MOOS, N. 293.

¹⁵⁵⁸ Bkz. OFTINGER/STARK, § 7, N. 32; ROBERTO, N. 33.17.

¹⁵⁵⁹ ROBERTO, N. 33.18.

¹⁵⁶⁰ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 8; MHY-ANTALYA, C. V/1, 2, N. 1307.

kusurun, zarar görenin kusurunu etkisizleştireceği, başka bir deyişle nötralize edeceği yönündedir¹⁵⁶¹. Böylece zarar görenin kusuruna rağmen tazminatın indirilmesi söz konusu olmaz ve sorumlu kişi tam tazminatla yükümlüdür¹⁵⁶². Bunun nedeni, kusursuz bile olsa sorumlu tutulan zarar verenin, ek kusurunun da olması hâlinde, bu kusur oranında daha fazla kınanmasının gerekmesidir. Böyle bir çözüm, sosyal adalet kurallarıyla da bağdaşır. Zira kusursuz sorumlulukta zarar gören, çoğunlukla sosyal ve ekonomik yönden zarar verene oranla daha zayıf durumdadır¹⁵⁶³. Başka bir görüşe göre ise zarar görenin kusurunun etkisizleşmesi mümkün değildir¹⁵⁶⁴. Kusursuz sorumluluk hâllerinde zarar görenin daima zarar verene oranla daha zayıf konumda olduğu söylenemez. Ayrıca kusurlu davranış, kınanacak bir davranış olarak ele alınmamalıdır. Zira kusur, kişinin iradi bir davranışı olup bu davranış hukuk düzeninin ondan beklediği makul özeni göstermemesi yönündedir. Kınanma ise kusurun hukuki yönüyle ilgili olmayıp ahlaki yönüyle ilgilidir. Öte yandan zarar görenin kusurlu davranışına rağmen buna sonuç bağlamamak kabul edilemez. Kaldı ki kusursuz sorumlulukta tarafların kusurunun birbirini etkisizleştirmesi oldukça şematik bir çözümdür¹⁵⁶⁵. Ek kusur, tazminatın yalnızca daha az indirilmesine yol açar¹⁵⁶⁶. İsviçre Federal Mahkemesinin karşılıklı kusurların birbirini nötralize etmesini kabul ettiği kararları mevcut olduğu gibi aksi yönde, yani zarar görenin kusurunun etkisizleşmesini reddettiği kararları da bulunmaktadır¹⁵⁶⁷.

Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar¹⁵⁶⁸ incelenmeye değerdir. Zira bu karar, zarar görenin kusuru nedeniyle yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğunda tazminatın indirilmesine ilişkin yayımlanmış tek karardır¹⁵⁶⁹. Daha önce ele aldığımız zarar görenin kusuru nedeniyle tazminatın indirilmesini konu alan Federal Mahkeme

¹⁵⁶¹ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 8; **MHY-ANTALYA**, C. V/1, 2, N. 2505; **EREN**, BH GH, N. 2399; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 51-52, N. 26.

¹⁵⁶² **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 8.

¹⁵⁶³ **EREN**, BH GH, N. 2399; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 51-52, N. 26.

¹⁵⁶⁴ **OFTINGER/STARK**, § 7, N. 21, § 9, N. 17; **NOMER**, Maddi Tazminat, s. 99; **ROBERTO**, N. 33.18; **BAYSAL**, Zarar Görenin Kusuru, s. 250; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 245-246; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 16.19.

¹⁵⁶⁵ **BAYSAL**, Zarar Görenin Kusuru, s. 250. Benzer yönde bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 16.19.

¹⁵⁶⁶ **NOMER**, Maddi Tazminat, s. 100; **ROBERTO**, N. 33.18; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 16.19.

¹⁵⁶⁷ Ek kusurun, zarar görenin kusurunu etkisizleştireceği yönünde bkz. BGer, 4C.435/2005, E. 7.4; BGE 128 III 390, 399; BGE 116 II 422, 428; BGE 81 II 568; aksi yönde bkz. BGer, 23.12.2009, 4A_479/2009, B. 7; BGE 132 III 249, 252 vd.; BGE 129 I 65, 69 vd.; BGE 113 I 323, 328; BGE 111 II 429 E. 3. von MOOS'a göre, Federal Mahkemenin bir kararından (BGE 132 III 249, 252 vd.), etkisizleşmenin ancak zarar görenin kusurunun çok hafif olması hâlinde mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. **von MOOS**, N. 294.

¹⁵⁶⁸ BGE 27 II 199.

¹⁵⁶⁹ **von MOOS**, N. 295.

kararı¹⁵⁷⁰, OR Art. 39 Abs. 2 uyarınca yetkisiz temsilcinin kusur sorumluluğuna ilişkindir¹⁵⁷¹. Burada ele alacağımız kararda ise yalnızca zarar gören üçüncü kişinin değil, aynı zamanda yetkisiz temsilcinin de ek kusurlu olup olmadığı tartışma konusudur¹⁵⁷². Başka bir deyişle kusursuz olarak sorumlu olan temsilcinin, ek kusurunun bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Bu karara konu olan olay şöyledir¹⁵⁷³:

Sahibi olduğu taşınmazı satmak isteyen Ü, satış sözleşmesinin kurulması amacıyla A, B ve C'nin doğrudan temsilcisi olarak hareket eden T ile görüşmeler yapar. Birkaç ay süren sözleşme görüşmeleri sonuçlanır ve bir satış sözleşmesi kurulur. Ancak satıcı Ü, T'nin sözleşmenin kurulmasına yol açan irade açıklamasını bir öneri olarak anlar ve daha cazip başka bir teklifle karşılaştığı için T'den öneriyi geri almasını rica eder. T ise bu isteği geri çevirmez ve “öneri”yi geri alır. Daha sonra alıcılar A, B ve C, satıcı Ü'den taşınmaz mülkiyetinin kendilerine devredilmesini talep ederler. Onların, sözleşmeden doğan bir talep hakkı vardır. Zira T, “öneri”yi geri alırken yetkisiz olarak hareket etmiştir. Ancak Ü, taşınmaz mülkiyetini devretmez. Bunun üzerine Bern Kanton Mahkemesi, Ü'nün A, B ve C'ye tazminat ödemesine karar verir. Daha sonra Ü, T'ye dava açar ve ondan A, B ve C'ye ödemek zorunda olduğu tazminat miktarını ister. İsviçre Federal Mahkemesi, Ü'yü haklı bulur: T tarafından “öneri”nin geri alınması, aslında satış sözleşmesinin haksız bir şekilde sona erdirilmesidir. T, yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği için aOR Art. 48 (OR Art. 39 Abs. 1) uyarınca Ü'ye karşı sorumludur. Bu nedenle T, Ü'nün sözleşmenin sona erdirilmesinin geçersizliğinden doğan olumsuz zararını tazmin etmek zorundadır. Bu olumsuz zararın kapsamına Ü tarafından A, B ve C'ye ödenen tazminat da dahildir. Ancak T'nin ödemekle yükümlü olduğu tazminat, Ü'nün kusurlu olması nedeniyle yaklaşık altıda bir oranında indirilmelidir. Zarar gören Ü, T'nin sözleşmeyi sona erdirmesine yol açarak kusurlu davranmıştır¹⁵⁷⁴.

Öğretide, bu dava hakkında yapılan bir değerlendirme şu şekildedir: Bu olayda tazminatın indirilmesi zorunlu olmamakla birlikte hâkimin takdir yetkisini aştığından da söz edilemez. Tazminat hukukunda, zarar görenin, zarar veren kişiyi zarar verici davranışta bulunmaya kışkırtması hâlinde onun kusurlu olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte genel olarak temsilde, üçüncü kişinin temsileye temsil yoluyla bir hukuki işlemin yapılmasını teklif

¹⁵⁷⁰ BGE 116 II 689.

¹⁵⁷¹ Bkz. İkinci Bölüm, II, F, 4, c, cc.

¹⁵⁷² von MOOS, N. 295.

¹⁵⁷³ von MOOS, N. 296-299.

¹⁵⁷⁴ BGE 27 II 199 vd.

etmesi ve daha sonra temsilcinin gizlice yetkisiz olarak hareket etmesi hâlinde üçüncü kişinin kusurlu olmadığı kabul edilmelidir. Ancak Federal Mahkeme kararı, oldukça özel bir duruma dayanmaktadır¹⁵⁷⁵. Kanaatimizce Federal Mahkemenin kararı yerindedir. Zarar gören üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesini kışkırtması kusurlu bir davranış olarak değerlendirilebilir. Temsilcinin söz konusu işlemi yapmaya niyeti yokken üçüncü kişi bunu teşvik etmişse ve daha sonra işlemin geçersizliği nedeniyle zarar görmüşse, elbette yetkisiz temsilciyi sorumlu tutabilir, ancak kusurlu davranışı nedeniyle tazminatın indirilmesi uygun olur.

II. DİĞER ZARARLARIN TAZMİNİ

A. GENEL OLARAK

Hâkim, kusurlu yetkisiz temsilciyi, hakkaniyet gerektirdiği takdirde diğer zararları gidermeye mahkûm edebilir (TBK m. 47 f. 2; OR Art. 39 Abs. 2). Temsilcinin kusurlu olması hâlinde, üçüncü kişinin hükmün birinci fıkrasında öngörülmüş olandan daha kapsamlı bir tazminat elde edip edemeyeceğini hâkim takdir edecektir¹⁵⁷⁶. TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2), hâkimin takdir yetkisine işaret edilen bir hükümdür¹⁵⁷⁷. TBK m. 47 f. 2’de takdir yetkisine yalnızca tek bir kavramla işaret edilmiştir. OR Art. 39 Abs. 2 ise tek başına bu işlevi görmeye yetecek iki işaret içerir¹⁵⁷⁸. Her ikisinin de ortak işareti hakkaniyet kavramıdır (“*hakkaniyet gerektiriyorsa*”; “*wo es der Billigkeit entspricht*”). Kaynak hükmünde takdir yetkisine “hâkim hükmedebilir” ifadesiyle de işaret edilmiştir (“*kann der Richter*”)¹⁵⁷⁹. İsviçre öğretisinde, OR Art. 39 Abs. 2’nin bu iki işareti içermesinin nedenine ilişkin şunlar söylenmiştir:

Eski İsviçre Borçlar Kanunu (aOR) yürürlükteyken verilmiş bir Federal Mahkeme kararına göre, yetkisiz temsilci, temsilin sonuçları gerçekleşmediği takdirde üçüncü kişiye karşı yalnızca olumsuz zararın tazmininden sorumludur (aOR Art. 48). Olumlu zararın tazmini, sözleşmenin hüküm doğurmaması nedeniyle mümkün değildir¹⁵⁸⁰. Nitekim müşterek hukuktaki hâkim görüş de olumlu zararın tazmin edilebilmesi için geçerli bir sözleşmenin mevcut olması

¹⁵⁷⁵ von MOOS, N. 300.

¹⁵⁷⁶ KOLLER, Glaube, N. 413; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213-214; von MOOS, N. 49.

¹⁵⁷⁷ von MOOS, N. 49. Hâkimin takdir yetkisine işaret edilen hükümlere ilişkin açıklamalar ve örnekler için bkz. EDİS, Takdir Yetkisi, s. 183 vd.; BK-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 4, N. 256-257; MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1675 vd.

¹⁵⁷⁸ von MOOS, N. 301.

¹⁵⁷⁹ von MOOS, N. 301.

¹⁵⁸⁰ BGE 25 II 848, 857.

gerektiği yönündedir¹⁵⁸¹. Anlaşılan o ki kanun koyucu, OR Art. 39 Abs. 2 ile hâkimin, takdir yetkisi çerçevesinde yalnızca hakkaniyetin gerektirmesi kaydıyla tazminata hükmedebilmesine imkân vermek istemiştir. Ne var ki adalet düşüncesini OR Art. 39 Abs. 2’ye dahil etmek için hakkaniyete yollama yapılmasına gerek yoktu. Zira kanunun takdir yetkisi tanıdığı konularda hâkimin vereceği her karar, bu ihtiyacı karşılamak zorundadır (ZGB Art. 4). Kaldı ki ZGB Art. 4’ün içeriği, OR Art. 39 Abs. 2 kaleme alınırken biliniyordu¹⁵⁸².

TBK m. 47 f. 2’de yalnızca istisnai olarak söz konusu olan bir tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür. Daha önce de ifade edildiği gibi¹⁵⁸³ TBK m. 47’de öngörülmüş olan yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun sonucu, kural olarak hükmün birinci fıkrası anlamında bir tazminat yükümlülüğüdür. Böylece kural, yetkisiz temsilcinin kusur gerekmeksizin sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zarardan sorumlu tutulması iken istisna, yetkisiz temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi hâlinde hâkimin diğer zararların tazminine hükmedebilmesidir¹⁵⁸⁴.

B. ZARARIN BELİRLENMESİ

1. Zarar Türü

Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş, TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) anlamında zararın (“diğer zararlar”¹⁵⁸⁵; “*weitern Schadens*”) olumlu zarar olarak anlaşılması gerektiği yönündedir¹⁵⁸⁶. Öğretide ileri sürülen nedenler şunlardır:

¹⁵⁸¹ Birinci Bölüm, I, B; von MOOS, N. 176.

¹⁵⁸² von MOOS, N. 302.

¹⁵⁸³ Üçüncü Bölüm, I, A.

¹⁵⁸⁴ TBK m. 35’te düzenlenen yanılanın sorumluluğu bakımından aynı yönde bkz. ve karşı. KANIŞLI, s. 658-659, 662.

¹⁵⁸⁵ Bu ifadenin 818 sayılı eBK’daki karşılığı “daha fazla zarar ve ziyan” ifadesidir.

¹⁵⁸⁶ BK-BECKER, Art. 39, N. 7; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 16; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 427; von TUHR/PETER, § 45 III; BUCHER, s. 644; VIOLAND, s. 183; KUTLU SUNGURBEY, s. 145, 177; KOLLER, Glaube, N. 413; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; LOSER, N. 582; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 213-214; İNCEOĞLU, s. 475, 477; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 5; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 60; TİFTİK/ŞEN, s. 2659; KOLLER, OR AT, N. 20.07, 20.12; von MOOS, N. 306; KOCAYUSUFPASAOĞLU, § 49, N. 30; KARASU, s. 351; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 9; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2948, 2956; İŞ-NART, m. 47, N. 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1420; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 466; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.08; NOMER, BH GH, N. 95.3; EREN, BH GH, N. 1421; GÜMÜŞ, s. 416; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 753; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 4; AYBAY, s. 168, 171; OFK-SCHÖBI, Art. 39, N. 9; AYDOĞDU/NART, s. 149; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 13. Diğer zararların olumlu zararla sınırlı olmadığı, onu aşabileceği yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2956.

(1) Hükümün birinci fıkrasındaki zarar olumsuz zarar olarak kabul edildiğinde, mantıklı olan ikinci fıkradaki zararı olumlu zarar olarak kabul etmektir¹⁵⁸⁷.

(2) Özellikle hükmün amaçsal yorumu, olumlu zararın kabul edilmesini gerektirir: TBK m. 47’de öngörülmüş olan sorumluluğun amacı, üçüncü kişinin, temsilcinin yetki iddiasının doğruluğuna duyduğu güvenin korunmasıdır. Güvenin olabildiğince yüksek bir şekilde korunması için üçüncü kişinin olumlu zararın tazminini talep etme imkânı bulunmalıdır. Kaldı ki bazı hukuk sistemlerinde¹⁵⁸⁸, her hâlükârda, hatta temsilci kusursuz olsa bile üçüncü kişiye bu koruma sağlanmaktadır. Bu yüzden TBK m. 47 f. 2’nin, somut olayın özellikleri gerektirdiği takdirde, en azından hâkime tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, üçüncü kişiye en yüksek güven korumasını sağlayabileceğini kabul etmek gerekir¹⁵⁸⁹.

Biz de hâkim görüşe katılıyoruz. Bu hükümde öngörülen zarar, olumlu zarardır. Nitekim TBK m. 47’nin gerekçesinde “diğer zararlar” ifadesi ile olumlu zararın kastedildiği açıkça belirtilmiştir¹⁵⁹⁰. Bu da söz konusu zararın olumlu zarar olduğunu göstermektedir. Yargıtay da aynı görüştedir: “İlgili hükmün gerekçesinde hükümde belirtilen, “diğer zararlar” kavramı ile, üçüncü kişinin kendisiyle hukuki işlem yapan yetkisiz temsilciden, ancak sözleşme geçerli olarak kurulmuş olsaydı istenebilecek olan müspet zararların kastedildiği belirtilmiştir.”¹⁵⁹¹

Buna karşılık kambiyo hukukundaki yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin OR Art. 998 (TTK m. 678) hükmünün genelleştirilmesi gerektiğini savunan ve azınlıkta kalan bir görüş, birinci fıkradaki zararın yanı sıra ikinci fıkradaki zararın da olumlu zarar olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁷ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 16.

¹⁵⁸⁸ Bkz. Birinci Bölüm, III.

¹⁵⁸⁹ von MOOS, N. 306.

¹⁵⁹⁰ “818 sayılı Borçlar Kanununun 39 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde kullanılan “...hâkim onu daha fazla zarar ve ziyan itasına mahkûm eder.” şeklindeki ibare yerine, Tasarının 47 nci maddesinin ikinci fıkrasında, “...kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.” şeklindeki ibare kullanılmıştır. Tasarıda kullanılan “diğer zararlar” sözcükleri ile, üçüncü kişinin, kendisiyle hukukî işlem yapan yetkisiz temsilciden, ancak sözleşme geçerli olarak kurulmuş olsaydı istenebilecek olan olumlu zararlarının da, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, giderilmesini isteyebileceği kastedilmektedir.” (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 44; AYDOĞDU/NART, s. 140).

¹⁵⁹¹ Yarg. 3. HD, E. 2022/805, K. 2022/2138, 10.03.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁹² von BÜREN, s. 163, 211.

Azınlıkta kalan başka bir görüşe göre, hükmün ikinci fıkrasında olumlu zarar değil, “tam” olumsuz zarar kastedilmektedir¹⁵⁹³. Bu görüşün olumlu zararı reddetmesinin nedeni, yalnızca olumsuz zararı sözleşmenin geçersizliğiyle ilgili görmesidir¹⁵⁹⁴. Ayrıca bu görüş, HUBER’in Ulusal Konsey’deki görüşüne¹⁵⁹⁵ atıfta bulunmakta, buradan hareketle kanun koyucunun hükmün ikinci fıkrasındaki diğer zararlar ile üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan işlemin geçerliliğine güvenerek başka bir kimseyle ikinci bir sözleşme yapması ve bu ikinci sözleşmeyi yerine getirememesi nedeniyle karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalması yüzünden uğradığı zararın kastedildiğini belirtmektedir¹⁵⁹⁶.

Hükmün birinci fıkrasındaki zararı doğrudan zarar olarak nitelendirerek azınlıkta kalan diğer bir görüş, ikinci fıkradaki zararın dolaylı zarar (*lucrum cessans*) olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁹⁷. İkinci fıkradaki zararın olumlu zarar olamayacağını belirten bu görüşe göre, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak kabul edilmesi hâlinde yetkisiz temsilciden her hâlükârda yalnızca sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi istenebilir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda ifa menfaatinin tazmin edilmesi mantıksızdır ve açıkça çelişkilidir. Bu nedenle olumsuz zarar-olumlu zarar ayrımı yerine satış hukukundaki doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı esas alınmalıdır. Bu kapsamda da hükmün ikinci fıkrasındaki zarar dolaylı zarar olarak nitelendirilmelidir¹⁵⁹⁸.

Yeni İsviçre öğretisinde bir yazar bu görüşü ikna edici bulmaktadır. Yazara göre, yetkisiz temsilcinin hiçbir zaman sözleşmeye taraf olmaması gerektiği için ifa menfaatinin tazminine imkân vermeyen bu görüş yerindedir. Ayrıca yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, hükmün hangi fıkrası uyarınca olursa olsun, yalnızca işlemin hüküm doğurmamasından kaynaklanan zarara ilişkin olabilir: Yetkisiz temsilci, (bir garanti sözleşmesi yapılmadıkça) temsil yoluyla yapılan sözleşmenin onanacağını ve dolayısıyla hüküm doğuracağını taahhüt etmez; o, yalnızca temsil yetkisi eksikliğini açıklamakla yükümlüdür. Öte yandan HUBER’in Ulusal Konsey’deki görüşü de bunu desteklemektedir. Bu doğrultuda yazara göre, ikinci fıkra uyarınca tazmini gereken zarar olumlu zarar olmayıp olumsuz zarardır. Hükmün birinci fıkrası

¹⁵⁹³ KELLER, s. 113, 117 dn. 29. Yazarın tam olumsuz zarar ile neyi kastettiğinin açık olmadığı, anlaşılan o ki bu ifadeyle olumlu zararı aşan olumsuz zararın kastedildiği yönünde bkz. von MOOS, N. 305.

¹⁵⁹⁴ KELLER, s. 112.

¹⁵⁹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 1.

¹⁵⁹⁶ KELLER, s. 117.

¹⁵⁹⁷ PIOTET, s. 88.

¹⁵⁹⁸ PIOTET, s. 83 vd.

ile ikinci fıkrasını karşılaştıran yazar, ikinci fıkra da bir artışa işaret edildiğini, olumsuz ve olumlu zararın, iki farklı esasa dayanan ve birbiriyle çelişen zarar türleri olduğunu, oysa ikinci fıkranın, birinci fıkrayı izlediğini ve yalnızca kusurun varlığı ve hakkaniyetin gerektirmesi hâlinde “diğer zararlar”ın tazmininden söz ettiğini belirtmektedir. Yazara göre ikinci fıkra da tazmini gereken zarar, “hakkaniyete göre” ölçülü bir şekilde genişletilmiştir. Bu nedenle birinci fıkra da olduğu gibi ikinci fıkradaki zarar da olumsuz zarardır. İkinci fıkra da, birinci fıkradan farklı olarak amaçlanan işlemle doğrudan ilgili olmayan zararlar söz konusudur. Temsil yoluyla yapılan işlemin geçerliliğine güvenerek yapılan diğer işlemler nedeniyle yani dolaylı olarak meydana gelen zararlar, ikinci fıkra kapsamındadır¹⁵⁹⁹.

Kanaatimizce HUBER’in Ulusal Konsey’deki görüşü, söz konusu yazarlar tarafından yanlış anlaşılmıştır¹⁶⁰⁰. Yazarlar, HUBER’in belirttiği zarar kalemlerinin yalnızca olumsuz zarar kapsamına giren zarar kalemleri olduğunu kabul etmektedirler. Bu nedenle de TBK m. 47 f. 2 kapsamında tazmin edilecek zararın da olumlu zarar olmadığını, bunun olumsuz zarar olduğunu belirtmektedirler. HUBER’in hükmün ikinci fıkrası kapsamında tazmin edilebileceğini belirttiği zarar kalemi, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin ardından yapılan diğer sözleşmelere aykırılık nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminatlar veya sözleşme cezaları, yani sorumluluk menfaatidir. Oysa bu zarar kalemi hem olumsuz zarar kalemi hem de olumlu zarar kalemidir¹⁶⁰¹. Bazı olumsuz zarar kalemlerinin ifa menfaatinin de kapsamında bulunduğu, yani bazı zarar kalemlerinin her iki zarar türünün kapsamında ortak olarak yer aldığı kabul edilmektedir¹⁶⁰². Buna örnek olarak ise amaçlanan sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güven nedeniyle üçüncü kişilere karşı üstlenilen sorumluluklar (tazminat veya sözleşme cezası ödeme borcu) gösterilmektedir¹⁶⁰³. Dolayısıyla HUBER’in söz konusu ifadesinde olumsuz zararı işaret ettiğine yönelik bir kesinlik yoktur. Bu zarar kaleminin aynı zamanda olumlu zarar kalemi olması nedeniyle bu görüşü referans alarak kesin bir sonuca ulaşmak ve böylece olumlu zararı dışlamak mümkün değildir. Kaldı ki HUBER, yine Ulusal Konsey’de OR Art. 39 Abs. 2’nin ikizi olan OR Art. 26 Abs. 2 hükmündeki zararın “ifa menfaati” olduğunu açıkça

¹⁵⁹⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 51-52.

¹⁶⁰⁰ von MOOS, N. 307.

¹⁶⁰¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 2, a; Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

¹⁶⁰² BUZ, Dönme, s. 263; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 61, 320, 371, 380; KOLLER, OR AT, N. 14.226; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1280.

¹⁶⁰³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 61, 371, 380; KOLLER, OR AT, N. 14.226. Bir zarar kaleminin hem olumsuz zarar hem de olumlu zarar kapsamında yer alması hiç kuşkusuz istisnai bir durumdur. Olumsuz zarar kalemlerinin pek çoğu olumlu zarar kapsamına girmediği gibi aynı şekilde olumlu zarar kalemlerinin pek çoğu da olumsuz zarar kapsamına girmez (KOLLER, OR AT, N. 14.226).

belirtmiştir¹⁶⁰⁴. Bu da aslında HUBER'in OR Art. 39 Abs. 2 bakımından da ifa menfaatinin tazminini dışlamadığını, bu hüküm kapsamında tazmin edilebilecek zararı olumlu zarar olarak kabul ettiğini göstermektedir.

Öte yandan TBK m. 47 f. 2'de olumlu zararı reddeden yazarların, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersiz olması ve hüküm doğurmaması nedeniyle ortada geçerli bir sözleşme olmadığından hareketle olumlu zararın tazmin edilemeyeceği yönündeki argümanı da yerinde değildir. Gerçekten de olumlu zararın tazmini için kural olarak geçerli bir sözleşmenin varlığı gereklidir¹⁶⁰⁵. Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur. TBK m. 35 f. 2 ile TBK m. 47 f. 2 hükümleri, sözleşme geçersiz olmasına rağmen olumlu zararın tazminine imkân vermektedir¹⁶⁰⁶. Aynı şekilde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin feshedilmesi hâlinde de olumlu zararın tazmini mümkündür¹⁶⁰⁷. Bu nedenle ortada geçerli bir sözleşmenin mevcut olup olmaması, her iki zarar türünü ayırmak için doğru bir ölçüt değildir¹⁶⁰⁸.

2. Zarar Kalemleri

Olumlu zarar kapsamında tazmin edilebilecek zarar kalemlerinin neler olduğu, ne TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) hükmünde ne de başka bir kanun hükmünde belirtilmiştir¹⁶⁰⁹. Öğreti ve uygulamada, olumlu zararın tazmininin, zarar görenin malvarlığının, sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma getirilmesini amaçladığı kabul edilmektedir¹⁶¹⁰. Bu tanımın hangi zarar kalemlerini kapsadığını peşinen söylemek mümkün değildir¹⁶¹¹. Bununla birlikte olumlu zararın hem fiilî zarar (*damnum*

¹⁶⁰⁴ Stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung, Nationalrat, Sitzung vom 19. Oktober 1909, s. 475 (<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=20027851>); von MOOS, N. 307.

¹⁶⁰⁵ KELLER, s. 4; LÜCHINGER, N. 214; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 61; GÜNDÜZ, s. 30.

¹⁶⁰⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 63; GÜNDÜZ, s. 49; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1279.

¹⁶⁰⁷ GÜNDÜZ, s. 49.

¹⁶⁰⁸ GÜNDÜZ, s. 47.

¹⁶⁰⁹ von MOOS, N. 308.

¹⁶¹⁰ BGE 106 II 131; BGer 4A_364/2013 E. 7.1; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 426; BUCHER, s. 342; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855; LÜCHINGER, N. 117; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 57; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 2885; TOPUZ, Maddi Zarar, s. 128-129; GÜNDÜZ, s. 28-29; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2898; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97, N. 288; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 14.30; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1266; EREN, BH GH, N. 3306; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 112, N. 65; AYDOĞDU/NART, s. 149; FURRER Andreas/WEY Rainer, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR (Hrsg.: ATAMER Yeşim M./FURRER Andreas), 4. Aufl., Zürich - Genf 2023, Art. 98, N. 74.

¹⁶¹¹ von MOOS, N. 308.

emergens) kalemlerini hem de yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kalemlerini içerdği tartışmasız bir biçimde kabul edilir¹⁶¹².

Olumlu zararın kapsamına giren zarar kalemleri şunlardır:

(1) İfa edilmeyen edimin değeri¹⁶¹³.

(2) Sözleşmenin ifa edilmemesiyle doğrudan (örneğin ihtar masrafları¹⁶¹⁴, yargılama giderleri¹⁶¹⁵) veya dolaylı (örneğin sözleşme cezasının ödenmesi¹⁶¹⁶) olarak ilişkili masraflar¹⁶¹⁷.

(3) Yoksun kalınan kâr¹⁶¹⁸ (örneğin sözleşme konusu malın yeniden satışından elde edilecek kâr¹⁶¹⁹)

Bütünlük menfaatinin bir parçası olan zarar kalemlerinin, olumsuz zararın aksine, olumlu zararın kapsamına dahil olabileceği, başka bir deyişle kimi durumlarda bütünlük menfaati ile olumlu zararın kesişebileceği kabul edilmektedir¹⁶²⁰. Bir edim yükümlülüğünün, alacaklının bütünlük menfaatini korumayı amaçladığı hâllerde edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu, alacaklının bütünlük menfaatini de ihlal etmiş olur. Örneğin saklanması için verilen malın zarar görmesi hâlinde alacaklının hem ifa menfaati hem de bütünlük menfaati ihlal edilmiş olur ve bu gibi durumlarda her iki menfaat kesişir¹⁶²¹. Ancak olumlu zararın tazminine imkân veren TBK m. 47 f. 2 hükmü, hiçbir şekilde bütünlük menfaatinin parçası olan zarar kalemlerini kapsamaz. Zira bu hüküm, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin diğer hükümler gibi (TBK m. 35; OR Art. 26) yalnızca salt malvarlığı zararlarını kapsar. Salt

¹⁶¹² BGE 116 II 441, 443; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 426; LÜCHINGER, N. 136; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 2888; TOPUZ, Maddi Zarar, s. 131; BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97, N. 289; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2865; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N. 38a; GÜNDÜZ, s. 347; EREN, BH GH, N. 3306; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 112, N. 65; CHK-FURRER/WEY, Art. 98, N. 74.

¹⁶¹³ GUHL/KOLLER, § 10, N. 50; LÜCHINGER, N. 141; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 60; von MOOS, N. 309; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 2888; İŞ-NART, m. 47, N. 18; GÜNDÜZ, s. 348; AYDOĞDU/NART, s. 149.

¹⁶¹⁴ von MOOS, N. 309; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N. 38a; GÜNDÜZ, s. 353.

¹⁶¹⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 60; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 2888; GÜNDÜZ, s. 356-357; AYDOĞDU/NART, s. 149.

¹⁶¹⁶ von MOOS, N. 309; MHY-ANTALYA, C. V/1, 3, N. 2888; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2898; GÜNDÜZ, s. 365.

¹⁶¹⁷ von MOOS, N. 309; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2898. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N. 38a.

¹⁶¹⁸ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 60; von MOOS, N. 309; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2898; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N. 38a; GÜNDÜZ, s. 384; AYDOĞDU/NART, s. 149.

¹⁶¹⁹ LÜCHINGER, N. 159; GÜNDÜZ, s. 385.

¹⁶²⁰ LÜCHINGER, N. 379; KOLLER, OR AT, N. 46.18.

¹⁶²¹ LÜCHINGER, N. 379; KOLLER, OR AT, N. 46.18.

malvarlığı zararları dışındaki zararların tazmini, *culpa in contrahendo* sorumluluğu düzenleyen bu hükümlerin *ratio legis*'iyle bağdaşmaz¹⁶²². TBK m. 47 hükmü, bütünlük menfaatinin değil, alışveriş menfaatinin tazminine yönelik bir hükümdür.

TBK m. 47 f. 2 uyarınca olumlu zararın değil, olumsuz zararın tazmin edilebileceğini, bu doğrultuda dolaylı zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunan görüş¹⁶²³, yukarıda belirtilenlerden tamamen farklı zarar kalemlerinden söz etmektedir. Bu görüşü savunan KLEIN'a göre, hükmün ikinci fıkrası kapsamında, temsil olunandan satın alınan malların başkalarına satışı için yapılan reklam (gazete ilanı vb.) masrafları, bu kimselerle yapılan sözleşmelerin yerine getirilememesi nedeniyle onlara karşı yüklenilen tazminat veya sözleşme cezası ödeme borcu (sorumluluk menfaati)¹⁶²⁴ ve temsil olunana karşı açılan ve kaybedilen ifa davasına ilişkin yargılama giderlerinin tazmini mümkündür. Üçüncü kişi temsil yoluyla yapılan işlemi hiç yapmamış olsaydı bu zarar kalemlerinden hiçbirisi ortaya çıkmayacaktı. Öte yandan malların başkalarına satılamaması nedeniyle yoksun kalınan kâr, ifa talebiyle ilişkili olduğundan tazmini gereken bir zarar değildir. Üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliği nedeniyle aynı nitelikte başka bir sözleşme yaparak daha fazla satış bedeli ödemesi hâlinde uğramış olduğu zararın da bu hüküm kapsamında tazmini mümkündür. Ne var ki temsil yoluyla yapılan sözleşmenin piyasa fiyatına göre daha elverişli olması, daha sonra aynı nitelikte yapılan başka bir sözleşmenin ise piyasa fiyatına tekabül etmesi hâlinde tazmini gereken bir zarar söz konusu değildir. Zira bu durumda olumlu zarardan söz edilir¹⁶²⁵. Yazarın son olarak ifade ettiği esasen yoksun kalınan kârdan başka bir şey değildir. Yazarın TBK m. 47 f. 2 kapsamında tazminini mümkün gördüğü ve mümkün görmediği yoksun kalınan kârı iki örnekle açıklayabiliriz:

(1) Ü, temsil olunan adına hareket eden yetkisiz temsilci T'den 10.000 TL bedel karşılığında bir bilgisayar satın alır. Sözleşmenin kurulmasından sonra Ü, A'nın aynı nitelikte başka bir bilgisayarı 11.000 TL bedelle satma önerisini, sözleşmenin hüküm doğuracağına güvenerek reddeder. Sözleşmenin geçersizliği nedeniyle Ü, aynı nitelikteki bilgisayarı piyasa fiyatlarında meydana gelen değişiklik yüzünden B'den 14.000 TL bedelle satın alır. Bu örnekte Ü'nün olumsuz zarar kapsamında tazmini gereken kâr mahrumiyeti, 3.000 TL'dir. Zira Ü,

¹⁶²² von MOOS, N. 310.

¹⁶²³ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 1.

¹⁶²⁴ Sorumluluk menfaatinin TBK m. 47 f. 2 kapsamında tazmin edilebileceği yönündeki aynı görüş için bkz. KELLER, s. 117.

¹⁶²⁵ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 54.

temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçerliliğine güvenmemiş olsaydı aynı nitelikteki bilgisayar 14.000 TL yerine 11.000 TL bedelle satın alabilecekti. Ü'nün olumsuz zarar olarak nitelendirilen kâr mahrumiyetinin (3.000 TL) tazmini TBK m. 47 f. 2 kapsamında mümkündür.

(2) Ü, bu kez piyasa fiyatının altında bir bedel olan 8.000 TL karşılığında bir bilgisayar satın alır. Sözleşmenin kurulmasından sonra Ü, A'nın aynı nitelikte başka bir bilgisayar piyasa fiyatı olan 10.000 TL bedelle satma önerisini, sözleşmenin hüküm doğuracağına güvenerek reddeder. Sözleşmenin geçersizliği nedeniyle Ü, aynı nitelikteki bilgisayar piyasa fiyatı olan B'den 10.000 TL bedelle satın alır. Bu örnekte Ü'nün olumsuz zarar kapsamında tazmini gereken kâr mahrumiyeti yoktur. Zira Ü, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçerliliğine güvenmemiş olsaydı bilgisayar 10.000 TL'ye satın alabilecekti aynı nitelikteki bilgisayar yine 10.000 TL bedelle satın almıştır. Ne var ki bu kez Ü'nün olumlu zarar kapsamında tazmini gereken 2.000 TL miktarında kâr mahrumiyeti vardır. Zira Ü, temsil yoluyla yapılan sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı aynı nitelikteki bilgisayar 10.000 TL yerine 8.000 TL bedelle satın alabilecekti. Ü'nün olumlu zarar olarak nitelendirilen kâr mahrumiyetinin (2.000 TL) tazmini TBK m. 47 f. 2 kapsamında mümkün değildir.

KLEIN'in bu konudaki görüşünü genel olarak özetlemek gerekirse, aslında yazar, yukarıda açıkladığımız TBK m. 47 f. 1 kapsamında tazmin edilebilir fiilî zarar kalemlerinden 5 ve 6 numaralı zarar kalemleri ile yoksun kalınan kârın TBK m. 47 f. 2 kapsamında tazmin edilebileceğini ifade etmektedir¹⁶²⁶.

C. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

1. Genel Olarak

TBK m. 47 f. 1 (OR Art. 39 Abs. 1) anlamında tazminatın belirlenmesine ilişkin yukarıda yapılan genel açıklamalar¹⁶²⁷ burada da geçerlidir. Birinci aşamada zararın belirlenmesiyle birlikte tazminat miktarının üst sınırı da belirlenmiş olur. TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) anlamında tazminatın üst sınırı, üçüncü kişinin olumlu zararıdır¹⁶²⁸. Başka bir

¹⁶²⁶ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 53-54.

¹⁶²⁷ Üçüncü Bölüm, I, C, 1.

¹⁶²⁸ BK-BECKER, Art. 39, N. 7; KUTLU SUNGURBEY, s. 177; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 214, dn. 228; İNCEOĞLU, s. 477-478; TİFTİK/ŞEN, s. 2660; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 30; HELVACI/KARASU, s. 203; KARASU, s. 350; İŞ-NART, m. 47, N. 17; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.08; EREN, BH GH, N. 1425; AYBAY, s. 172; EBHŞ-EREN/DÖNMEZ, m. 47, N. 4; AYDOĞDU/NART,

deyişle yetkisiz temsilciden giderilmesi istenebilecek “diğer zararlar”, hiçbir zaman üçüncü kişinin olumlu zararını aşamayacağından tazminatın üst sınırını da olumlu zarar miktarı oluşturur. Tazminatın belirlenmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olan hâkim, tazminatın ödenme biçimi konusunda da takdir yetkisine sahiptir. Bu doğrultuda ilk olarak tazminatın türü ele alınacaktır. Daha sonra hem yetkisiz temsilcinin olumlu zarardan sorumluluğunun unsurları olan hem de tazminatın belirlenmesinin ölçütleri olan temsilcinin kusuru ile hakkaniyetin rolü ele alınacaktır. Hâkim, sahip olduğu geniş takdir yetkisi çerçevesinde olumlu zarar miktarının tamamının tazminine hükmedebilir¹⁶²⁹. Ancak hâkimin, olumlu zarar miktarının altında bir tazminata hükmedebilmesi de mümkündür¹⁶³⁰. Bu çerçevede olumlu zararın tazmininin olumsuz zararlar ilişkisi ile zarar gören üçüncü kişinin kusuru ele alınacaktır.

2. Tazminat Türü

TBK m. 47 f. 2 (OR Art. 39 Abs. 2) hükmünde öngörülmüş olan tazminatın türü hakkında kanun koyucunun açık bir tutumu yoktur¹⁶³¹. Bu nedenle bu konu öğreti ve uygulamada tartışmalıdır.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, TBK m. 51 f. 1 (OR Art. 43 Abs. 1) uyarınca hâkim, tazminatın türünün belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu nedenle hâkim, olumlu zararın aynen veya nakden tazminine hükmedebilir. Dolayısıyla aynen tazminata hükmedebilme yetkisi çerçevesinde temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsilci tarafından aynen ifa edilmesine karar verebilir¹⁶³². Başka bir deyişle temsilciyi, temsil yetkisi bulunsaydı temsil olunanın ifa etmekle yükümlü olacağı edimi yerine getirmeye mahkûm edebilir¹⁶³³. Örneğin A adına hareket eden yetkisiz temsilci T, Ü’den bir mal satın alır. A’nın sözleşmeyi onamaması üzerine Ü’nün T’ye karşı açtığı davada aynen tazminat olarak T, malın kendisine

s. 149. Diğer zararların olumlu zararlar sınırlı olmadığı, bunu aşabileceği yönünde bkz. MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2956.

¹⁶²⁹ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214, dn. 228.

¹⁶³⁰ **KIESEL**, s. 117; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 177; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214, dn. 228; **İNCEOĞLU**, s. 478; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 30; **İŞ-NART**, m. 47, N. 17; **EREN**, BH GH, N. 1425; **AYBAY**, s. 172; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 47, N. 4.

¹⁶³¹ **von MOOS**, N. 350.

¹⁶³² **SCHWARZ**, s. 396; **von TUHR/PETER**, § 45 III; **BUCHER**, s. 644; **KUTLU SUNGURBEY**, s. 179; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 205; **LOSER**, N. 584; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214, dn. 226; **KOLLER**, OR AT, N. 20.02; **von MOOS**, N. 351; **HELVACI/KARASU**, s. 204; **KARASU**, s. 352; **EREN**, BH GH, N. 1425; **EBHŞ-EREN/DÖNMEZ**, m. 47, N. 4.

¹⁶³³ **KUTLU SUNGURBEY**, s. 179; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 214, dn. 226.

teslim edilmesine karşılık satış bedelini Ü'ye ödemeye mahkûm edilebilir¹⁶³⁴. Bu örnekte aynen tazmin, bir miktar paranın ödenmesi olarak gerçekleşir. Bir başka örnekte ise aynen tazmin, çeşit borcuna konu olan misli bir malın teslim edilmesiyle gerçekleşir: Yetkisiz temsilci T, A adına Ü'ye bir mal satar. Sözleşmenin onanması üzerine açılan davada hâkim, satış bedeline karşılık T'nin malı Ü'ye teslim etmesine hükmedebilir¹⁶³⁵. Aynen tazminata karar verilmesi, pratik olarak sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulmuş olması gibi bir sonuç doğurur¹⁶³⁶.

Aynen tazminatın mümkün olduğunu savunan yazarlardan bazıları, herhâlde zararın aynen tazmin edilemeyeceğini belirterek birtakım sınırlamalardan söz ederler. Buna göre temsil yoluyla yapılan sözleşmede kararlaştırılan edimin yalnızca temsil olunan tarafından yerine getirilebilecek bir edim olması hâlinde aynen tazminata hükmedilemez; başka bir deyişle temsil olunanın kişisel özelliklerinin önem taşıdığı bir sözleşme mevcut olduğu takdirde zararın aynen tazminine karar verilmesi yerinde olmaz¹⁶³⁷. Dolayısıyla aynen tazminatın özellikle para borçları ile çeşit borçlarında mümkün olabileceği belirtilmektedir¹⁶³⁸. Bunu bir adım daha ileri taşıyan bir görüş ise aynen tazminatı reddetmemekle birlikte uygulama alanının sınırlı kalması gerektiğini savunur. Bu görüşe göre aynen tazminata hükmedilirken yetkisiz temsilcinin bunu yerine getirmesinin “beklenebilir veya istenebilir” olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin avukat olan temsilci T'nin, A şirketi adına Ü'ye petrol ürünleri veya belirli kalitede buğday satması hâlinde mesleği gereği petrol veya buğday piyasalarına yabancı olan T'yi aynen tazminata, yani piyasadan petrol veya buğday temin edip bunu Ü'ye teslim etmeye mahkûm etmek anlamsızdır. Aynen tazminatın konusunu çeşit borcu yerine para borcu oluşturduğunda da kabul edilemez sonuçlar doğabilir. Örneğin T, A adına Ü'nün konutunu üç yıllığına kiralar. A'nın sözleşmeyi onamaması üzerine açılan davada T'yi aynen tazminata, yani kira sözleşmesine konu olan konutta kiracı olarak oturma karşılığında kira bedellerini Ü'ye ödemeye mahkûm etmek (yetkili olduğunu iddia eden temsilciye güveni kalmayan kiraya verenin onu kiracı olarak görmek istemeyeceği de dikkate alındığında) takdir yetkisinin yanlış

¹⁶³⁴ von TUHR/PETER, § 45 III; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 32.

¹⁶³⁵ KUTLU SUNGURBEY, s. 179; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 214, dn. 226; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 32.

¹⁶³⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; HELVACI/KARASU, s. 204.

¹⁶³⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 214, dn. 226; İNCEOĞLU, s. 480; HELVACI/KARASU, s. 204; KARASU, s. 352.

¹⁶³⁸ MEDICUS, N. 986.

yönde kullanılması anlamına gelir. Bu yüzden hâkim, böyle sonuçlara yol açacak aynen tazminat kararlarını vermekten kaçınmalıdır¹⁶³⁹.

Benzer şekilde aynen tazmin imkânını reddetmeyen ancak çeşitli sınırlamalara tabi tutan bir yazara göre, TBK m. 47 f. 2 hükmündeki “diğer zararların giderilmesi” ifadesi, üçüncü kişinin temsilciye karşı ifa talebinde bulunma imkânını ortadan kaldırmaz. Zira tazminat hukukunun tamamı için geçerli olan TBK m. 51 uyarınca tazminatın türünü hâkim belirler ve aynen tazmin de tazminat türlerinden biridir. Bununla birlikte kural olarak İsviçre hukukunda güven sorumluluğunun hukuki sonuçlarını belirlerken gözetilmesi gereken ölçülülük ilkesi uyarınca ifa talebi reddedilmelidir. Temsilcinin kişiliğinin, sözleşmenin tarafı olan temsil olunandan farklı olduğu dikkate alındığında, ifa talebi pek çok durumda (örneğin temsilcinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmeye konu olan eşya üzerinde tasarruf yetkisi olmaması hâlinde) ifa menfaatinin nakden tazminine dönüşecek ve temsil olunanın ödeme gücünün zayıf olması hâlinde bu sonuç üçüncü kişinin lehine olacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişi, yalnızca temsilin sonuçları doğmuş olsaydı mevcut olacak durumun tesis edilmesini talep edebilir. Bunun anlamı şudur: Temsilci, temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmuş olsaydı temsil olunanın bu sözleşmeyi ifa edemeyeceğini veya kapsamlı bir tazminat ödeyemeyeceğini ispatlarsa, temsilcinin sorumluluğu sınırlandırılmalı veya tamamen ortadan kaldırılmalıdır. Nitekim Alman ve İngiliz hukuklarındaki hâkim görüşün yanı sıra PECL m. 3:204 hükmü de bu yöndedir. Ne var ki sınırlamaya yol açan bu koşulların mevcut olmaması ve ifa talebinin menfaatlerin korunması için gerekli ve yetkisiz temsilci için makul olması hâlinde (örneğin temsilcinin sözleşme konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması hâlinde), temsilcinin üçüncü kişiye karşı TBK m. 47 f. 2 kapsamında aynen ifaya mahkûm edilmesi mümkündür¹⁶⁴⁰.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, aynen ifa talebinin “aynen tazmin” kisvesi altında mümkün kılınmış olduğunu, üstelik bunun Alman hukukunda olduğu gibi yalnızca “temsilcinin yetkisizliğini bilmesi” hâliyle sınırlı olmadığını belirtmektedir¹⁶⁴¹. Gerçekten de Alman hukukunda yetkisiz temsilciden aynen ifa talebinde bulunulabilmesi için yetkisiz temsilcinin yetkisizliğini bilmesi gerekmektedir. Üçüncü kişi, yetkisiz olduğunu bilmeyen bir temsilciye karşı aynen ifa talebinde bulunamaz¹⁶⁴². Yazarın bu ifadesinin aksine Türk ve İsviçre hukuklarında da aynen tazmin yoluyla üçüncü kişiye sağlanan aynen ifa talebi Alman

¹⁶³⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 32.

¹⁶⁴⁰ LOSER, N. 584.

¹⁶⁴¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 32.

¹⁶⁴² Bkz. Birinci Bölüm, III, A.

hukukunda olduğu gibi çeşitli sınırlamalara tabidir: Üçüncü kişinin aynen tazmin yoluyla aynen ifa talebinde bulunabilmesi için TBK m. 47 f. 2’de öngörülen nitelikli unsurların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yani temsilcinin kusuru ve hakkaniyet unsurları mevcut olmalıdır. Başka bir deyişle olumlu zararın tazminine hükmetme imkânı olmalıdır¹⁶⁴³. Aksi takdirde aynen ifa talebi ileri sürülemez. Temsilcinin kusurunun, temsilcinin yetkisizliğini bilmesi hâlini kapsadığı düşünüldüğünde Alman hukukundaki bu sınırlamanın Türk ve İsviçre hukuklarında da geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Hatta Türk ve İsviçre hukuklarında bir adım öteye gidilerek “hakkaniyet” unsuru da aranmaktadır. Dolayısıyla Türk ve İsviçre hukuklarında aynen ifa talebinin Alman hukukuna göre daha katı sınırlamalara tabi olduğu kuşkusuzdur. Nitekim yazar, başta sınırlama olmadığını ifade etmiş olsa da daha sonra sınırlamanın olduğu anlamı taşıyan ifadeler kullanmıştır. Yazara göre, aynen tazmin yoluyla aynen ifaya karar verilmesi ancak TBK m. 47 f. 2’deki temsilcinin kusuru ve hakkaniyet şartları gerçekleştiği ve olumlu zararın tazminine hükmetme imkânı doğduğunda mümkündür. Buna karşılık üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden TBK m. 47 f. 1 uyarınca yalnızca olumsuz zararın tazminini isteyebileceği hâllerde ifa menfaatinin tazminini isteme hakkı olmayan üçüncü kişi lehine aynen ifa biçiminde bir aynen tazmin kararı verilemez¹⁶⁴⁴.

Başka bir görüşe göre ise TBK m. 47 f. 2 uyarınca yalnızca nakden tazminat mümkündür¹⁶⁴⁵. Aynen tazminatı reddeden görüşün gerekçeleri şunlardır:

(1) 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu’nun (aOR) hazırlık çalışmalarında (1875 ve 1877 tarihli tasarılar), üçüncü kişinin temsilciden, temsil yoluyla yapılan işlemin aynen ifasını veya zararın giderilmesini talep edebileceği öngörülmüştü. Ancak bu tasarı kanunlaşmadı (bkz. aOR Art. 48). ESCHER’in redaksiyon komisyonundaki müdahalesiyle aynen ifa talebi tasarıdan çıkarıldı. Dolayısıyla kanun koyucunun iradesi, üçüncü kişinin bu hüküm kapsamında aynen ifa talebinde bulunamayacağı yönündedir¹⁶⁴⁶. Bu argümana yönelik şu eleştiri getirilmiştir: İfa talebi de hukuk tekniği bakımından bir tazminat biçimidir. Kaldı ki kanun koyucunun kanun metninden ifa talebini çıkararak bu tür bir talebi gerçekten dışlamayı amaçlayıp amaçlamadığı da belirsizdir. Kanun koyucunun yaklaşımı, üçüncü kişinin tazminat başlığı altında aynen veya nakden tazminat hakkına sahip olup olmadığının hâkimin takdir

¹⁶⁴³ KOLLER, OR AT, N. 20.02.

¹⁶⁴⁴ KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, § 49, N. 33.

¹⁶⁴⁵ AKYOL, s. 540; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 60, 85; KUKO OR-JUNG, Art. 39, N. 6; İŞ-NART, m. 47, N. 18; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 2; AYDOĞDU/NART, s. 149; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 13.

¹⁶⁴⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 85.

yetkisine bırakılması gerektiği şeklinde de anlaşılabilir¹⁶⁴⁷. Bu eleştiriye biz de katılıyoruz. Kanun koyucunun bir imkânı kanun metninden çıkarması, mutlaka onun aksini öngördüğü biçiminde yorumlanamaz. Pekâlâ kanun koyucu, aynen ifa talebinin aynen tazmin yoluyla sağlanabileceğini öngördüğü için gereksiz bir ifade kullanmamak maksadıyla aynen ifa talebini kanun metninden çıkarmış olabilir. Bu yönde yorum yapmak da mümkündür.

(2) Temsilcinin kendi adına sözleşme yapma yönünde bir irade açıklaması yoktur. Bu yüzden üçüncü kişinin temsilciyi sözleşmenin tarafı olarak kabul etmesi doğal olarak beklenemez¹⁶⁴⁸. Dolayısıyla yetkisiz temsilci, tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan edimi ifa etmekle yükümlü olamaz¹⁶⁴⁹. Bu argümana yönelik şu eleştiri getirilmiştir: Kural olarak bu görüş doğrudur. Ne var ki kimi durumlarda temsilcinin sözleşmeyi yerine getirmesi konusunda haklı nedenler bulunabilir. Temsilcinin sözleşmeyi ifa edip etmeyeceği konusunu hâkim takdir etmelidir. Bu görüş, hâkimin neden bu konuda bir takdir yetkisine sahip olmadığını açıklamaz¹⁶⁵⁰. Gerçekten de temsilcinin kendi adına sözleşme yapma yönünde bir irade açıklaması yoktur. Ne var ki aynen tazmin yoluyla aynen ifaya karar verilmesi hâlinde aşağıda açıklayacağımız üzere temsilcinin sözleşmenin tarafı hâline gelmesi söz konusu olmaz. Kaldı ki üçüncü kişinin talep etmemesi hâlinde aynen ifaya karar verilmemelidir. Dolayısıyla üçüncü kişiye sözleşmenin tarafı veya sözleşmedeki edimi ifa edecek kimse olarak temsilcinin dayatılması gibi bir durum da söz konusu değildir.

(3) Temsilcinin ifaya mahkûm edilmesi, onun ifayı gerçekleştirecek bilgi ve beceriye sahip olmaması nedeniyle yeni uyuşmazlıkların doğmasına yol açar. Uygulanması mümkün olmayan bir yaptırım, üçüncü kişiye yarar sağlamaz. Kaldı ki temsilcinin aynen ifaya mahkûm edilmesi kanunda öngörülmemiştir¹⁶⁵¹. Bu argümana da şu eleştiriye getirebiliriz: Temsilcinin aynen ifaya mahkûm edilmesi hâkimin takdirindedir. Bu nedenle hâkim, temsilcinin ifayı gerçekleştirecek bilgi ve beceriye sahip olmaması hâlinde onu aynen ifaya mahkûm etmeyebilir. Dolayısıyla aynen tazmin yoluyla aynen ifayı peşinen reddetmek yerine konuyu hâkimin takdirine bırakmak yerindedir. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre aynen ifaya karar verilip verilmeyeceğini takdir edecektir.

¹⁶⁴⁷ von MOOS, N. 353.

¹⁶⁴⁸ AppGer BS, BJM 1989, s. 40 vd.

¹⁶⁴⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 2.

¹⁶⁵⁰ von MOOS, N. 354.

¹⁶⁵¹ AKYOL, s. 540-541.

Kanaatimizce hâkimin yetkisiz temsilciyi aynen tazmin yoluyla aynen ifaya mahkûm etmesinin önünde bir engel yoktur. Dolayısıyla yukarıda haklı olarak belirtilen sınırlamalar da göz önünde bulundurularak hâkimin aynen tazminata hükmetmesi mümkündür. Tazminatın türü bakımından hâkimin takdir yetkisi bulunduğu somut olayın özelliklerine göre aynen tazminatın mı yoksa nakden tazminatın mı daha uygun olduğunu hâkim takdir edecektir. Olayların büyük çoğunluğunda üçüncü kişinin talebi nakden tazmin yönünde olur. Ancak aynen tazmin yoluyla aynen ifa talebinde bulunulması ve hâkimin de bu yönde karar vermesine hukuk sistemimiz izin vermektedir.

Hâkimin TBK m. 51 çerçevesinde aynen tazmine karar vermesi, bir takdir kararıdır. Bu nedenle her takdir kararı gibi tazminatın türünün aynen tazmin olarak belirlenmesine ilişkin bu karar da hakkaniyete dayanmalıdır. Hâkimin aynen tazmine hükmetmesi, ancak üçüncü kişinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yetkisiz temsilci tarafından yerine getirilmesini talep etmesi hâlinde hakkaniyete uygun olur. Üçüncü kişi, kendisinin seçmediği bir kimseyi sözleşmenin tarafı olarak kabul etmek zorunda olmamalıdır. Nitekim yetkisiz temsilcinin, temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi yerine getireceğini açıkça öngören tüm hukuk sistemlerinde¹⁶⁵², bu yalnızca üçüncü kişinin talebi üzerine mümkündür¹⁶⁵³. Üçüncü kişinin talebi olmadan aynen tazmine karar verilmesi hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla hâkimin aynen tazmine karar vermesinin ön koşulunun, üçüncü kişinin bu yöndeki talebi olduğu söylenebilir.

Üçüncü kişinin talebinden başka hangi durumlarda temsilciyi aynen ifaya mahkûm etmenin hakkaniyete uygun olduğunu peşinen söylemek mümkün değildir. Hatta pek çok durumda temsilciyi aynen ifaya mahkûm etmenin adil olmayacağı dahi söylenebilir¹⁶⁵⁴.

Hâkim, temsilcinin zararı aynen tazmin etmesine ve böylece temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi yerine getirmesine hükmettiğinde hukuki durumun ne olacağı öğreti ve uygulamada ele alınmamıştır. Bu konunun açıklığa kavuşturulması için BGB § 179 ile ilgili Alman öğretisine başvurulması gerekir¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵² Birinci Bölüm, III.

¹⁶⁵³ von MOOS, N. 355.

¹⁶⁵⁴ von MOOS, N. 356.

¹⁶⁵⁵ von MOOS, N. 358.

BGB § 179 Abs. 1’de üçüncü kişiye seçimlik bir hak tanınmıştır. Buna göre üçüncü kişi, kötü niyetli yetkisiz temsilciden temsil yoluyla yapılan sözleşmenin aynen ifa edilmesini veya sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğramış olduğu olumlu zararın tazminini isteyebilir¹⁶⁵⁶. Sonuç olarak kanun koyucu, üçüncü kişiye aynen tazminat ile nakden tazminat arasında bir seçim yapma imkânı sağlamıştır¹⁶⁵⁷. Üçüncü kişinin aynen ifayı seçmesi, temsilcinin sözleşmeye taraf olduğu anlamına gelmez¹⁶⁵⁸. Temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmadığı için sözleşmenin devri de söz konusu değildir¹⁶⁵⁹. Bu durumda yasal bir borç ilişkisi meydana gelir ve bu borç ilişkisinin içeriğini temsil yoluyla yapılan sözleşme belirler¹⁶⁶⁰. Elbette bu borç ilişkisinin taraflarını üçüncü kişi ile yetkisiz temsilci oluşturur. Temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğursaydı uygulanacak olan kanun hükümleri (örneğin ifa engellerine ilişkin hükümler) bu borç ilişkisine de uygulanır¹⁶⁶¹.

BGB § 179 Abs. 1 uyarınca üçüncü kişinin aynen ifayı seçmesi hâlinde doğan yasal borç ilişkisi bakımından şu hususa dikkat edilmelidir: Bu yasal borç ilişkisi, temsil yoluyla yapılan sözleşme hüküm doğurmuş olsaydı ortaya çıkacak borç ilişkisinin içeriğiyle birebir aynı olmak zorunda değildir. Örneğin temsilci, kendi edimini ifa etmeden üçüncü kişinin edimini ifa etmesini isteyemez¹⁶⁶². Ayrıca temsil yoluyla yapılan sözleşmeden kaynaklanan bir tahkim anlaşması varsa bu anlaşma temsilciyi bağlamaz¹⁶⁶³. Alman Federal Mahkemesine göre temsilciyi tahkim şartıyla bağlı tutmak, anayasadaki en temel haklardan olan doğal hâkim ilkesinden feragat etmek anlamına gelmektedir ve bu feragat kural olarak yalnızca tarafların bu yöndeki iradesiyle mümkündür. Dolayısıyla doğal hâkim ilkesi, üçüncü kişinin tahkim şartının uygulanmasındaki menfaatinden daha ağır basmaktadır¹⁶⁶⁴. Bununla beraber temsil yoluyla yapılan sözleşmede yer alan yetki anlaşması temsilci için bağlayıcıdır¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁵⁶ Birinci Bölüm, III, A.

¹⁶⁵⁷ MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 37 vd.

¹⁶⁵⁸ BGH, NJW 1971, 430; FLUME, § 47, 3a; Soergel-LEPTIEN, § 179, N. 16; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 12; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 39; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 20.

¹⁶⁵⁹ NEUNER, § 51, N. 23.

¹⁶⁶⁰ BGH, NJW 1971, s. 430; NEUNER, § 51, N. 23; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 39; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 20.

¹⁶⁶¹ Palandt-ELLENBERGER, § 179, N. 5; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 40; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 22.

¹⁶⁶² MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 40; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 22.

¹⁶⁶³ BGH, NJW 1977, s. 1399; Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 14; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 40; Soergel-BAYER, § 179, N. 20; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 20.

¹⁶⁶⁴ BGH, NJW 1977, s. 1399.

¹⁶⁶⁵ Staudinger-SCHILKEN, § 179, N. 14; MüKoBGB-SCHUBERT, § 179, N. 40; Soergel-BAYER, § 179, N. 20; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 20.

Türk ve İsviçre hukuklarında hâkimin yetkisiz temsilciyi aynen tazmine mahkûm etmesi hâlinde Alman hukukundaki duruma benzer bir hukuki durumun söz konusu olacağı kabul edilebilir¹⁶⁶⁶.

3. Temsilcinin Kusuru ile Hakkaniyetin Rolü

Hâkim, tazminatın kapsamının belirlenmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹⁶⁶⁷. Bu konuda hâkimin göz önüne alacağı ölçütlerin başında temsilcinin kusurunun derecesi ile hakkaniyet gelir. Böylece temsilcinin kusuru ve hakkaniyet, hem diğer zararların tazminine hükmedebilmek için gereken unsurlardır hem de tazminatın kapsamının belirlenmesinde göz önüne alınması gereken ölçütlerdir¹⁶⁶⁸. Temsilcinin kusuru ile hakkaniyet “nitelikli unsurlar” başlığında ayrıntılı olarak ele alınmış olduğundan burada yeniden ele alınmayacaktır.

4. Olumlu Zararın Tazmininin Olumsuz Zararla İlişkisi

TBK m. 47’de öngörülen temel unsurların yanı sıra nitelikli unsurların oluşmasıyla olumlu zararın tazmininin mümkün olması, olumsuz zarar ile olumlu zararın birlikte tazmin edilebileceği anlamına gelmez¹⁶⁶⁹. Zira bu iki zarar türü, farklı hesaplama esaslarına dayanır ve aynı olayda hem olumsuz zararın hem de olumlu zararın talep edilebilmesi asla mümkün değildir¹⁶⁷⁰. Ne var ki TBK m. 47 f. 2 hükmünün ifadesi, her iki zarar türü arasındaki ayrımın getirdiği bu sonuca ilişkin bir tereddüde yol açmaktadır. Hükümde geçen “*diğer zararların giderilmesi de istenebilir*” ifadesi¹⁶⁷¹, olumsuz zarara ek olarak olumlu zararın da tazmin edilebileceği izlenimi yaratmaktadır¹⁶⁷². Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de hükmün lafzına uygun bir karar vermiştir¹⁶⁷³. Oysa TBK m. 47 f. 2, hâkime olumsuz zarar yerine olumlu

¹⁶⁶⁶ von MOOS, N. 361.

¹⁶⁶⁷ KOLLER, Glaube, N. 413; İNCEOĞLU, s. 478.

¹⁶⁶⁸ İNCEOĞLU, s. 478.

¹⁶⁶⁹ KOLLER, Glaube, N. 415; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 60; İŞ-NART, m. 47, N. 19; AYBAY, s. 170; AYDOĞDU/NART, s. 150; CHK-KUT/BAUER, Art. 39, N. 13.

¹⁶⁷⁰ KOLLER, Glaube, N. 415; LÜCHINGER, N. 215-216; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 70, 215; İŞ-NART, m. 47, N. 19; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1278; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, § 16, N. 9; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 1590.

¹⁶⁷¹ Aynı şekilde bkz. ve karşı. OR Art. 39 Abs. 2: “*kann der Richter ... auf Ersatz weitem Schadens erkennen.*”

¹⁶⁷² KOLLER, Glaube, N. 415.

¹⁶⁷³ BGE 106 II 131, 132. Federal Mahkeme, ilk derece mahkemesinin olumsuz zarar kalemleri ile olumlu zarar kalemlerini ayrı ayrı belirlemesini yerinde bulmuştur. Kanaatimizce kanun hükmünü yalnızca lafza göre yorumlayan, hükmün amacını görmezden gelen Federal Mahkemenin kararı yerinde değildir. Üçüncü kişi, hem temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yerine getirilmesi hâlinde içinde bulunacağı farazi durumun hem de sözleşme hiç yapılmayıp içinde bulunacağı farazi durumun aynı anda tesis edilmesini isteyemez (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 70).

zararın tazminine karar verme imkânı sağlayan bir hükmüdür¹⁶⁷⁴. Aynı şekilde bu hüküm esas alınarak tazminatın bir kısmının olumsuz, diğer kısmının ise olumlu zarar çerçevesinde hesaplanması da mümkün değildir. Bunun nedeni, zarar türleri arasındaki karma yöntem yasağıdır¹⁶⁷⁵. Buna karşılık öğretide, olumlu zarar miktarını aşmadığı sürece hâkimin tazminat miktarını dilediği gibi belirleyebileceği, kanunda yalnızca olumsuz zararı aşan bir tazminata hükmedilebileceği belirtildiğinden olumlu zarar miktarını aşmamak kaydıyla karma bir yöntemle tazminatın belirlenmesinin de mümkün olması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁷⁶.

Olumlu zararın tazminine imkân veren TBK m. 47 f. 2 hükmü, olumlu zararın daima olumsuz zarardan daha fazla olduğu düşüncesiyle düzenlenmiş bir hükmüdür¹⁶⁷⁷. Bu hükmün amacı, üçüncü kişiyi TBK m. 47 f. 1'in getirdiği konumdan daha iyi bir konuma getirmektir¹⁶⁷⁸. Ne var ki bazı hâllerde olumsuz zararın, olumlu zarardan daha fazla olması mümkündür¹⁶⁷⁹. Böyle istisnai bir durumda, yani olumsuz zararın, olumlu zarardan daha fazla olması hâlinde daima olumsuz zararın tazmin edilmesi gerekir¹⁶⁸⁰. Bu durumda TBK m. 47 f. 2 hükmü uygulanmaz¹⁶⁸¹. Bunun iki nedeni vardır: (1) Daha az olan olumlu zararın tazminine hükmedilmesi, TBK m. 47 f. 2'nin amacıyla bağdaşmaz¹⁶⁸². (2) Olumsuz zarardan daha az olan olumlu zararın tazmin edilmesi hakkaniyete uygun değildir¹⁶⁸³. Başka bir deyişle olumlu zararın tazmini için gerekli olan hakkaniyet unsuru gerçekleşmemiştir¹⁶⁸⁴.

TBK m. 47 f. 2'nin amacı, üçüncü kişiyi TBK m. 47 f. 1'in sağladığından daha iyi bir duruma getirmek olduğuna göre buradan çıkan bir diğer sonuç şudur: Üçüncü kişi pekâlâ

¹⁶⁷⁴ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 215.

¹⁶⁷⁵ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 215. Aynı yönde bkz. **İŞ-NART**, m. 47, N. 19; **AYDOĞDU/NART**, s. 150.

¹⁶⁷⁶ **İNCEOĞLU**, s. 478.

¹⁶⁷⁷ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 215; **TİFTİK/ŞEN**, s. 2660; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 30; **İŞ-NART**, m. 47, N. 17; **AYDOĞDU/NART**, s. 149.

¹⁶⁷⁸ **KOLLER**, Glaube, N. 403.

¹⁶⁷⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 3.

¹⁶⁸⁰ **KOLLER**, Glaube, N. 403; **VIOLAND**, s. 187; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 358; **TİFTİK/ŞEN**, s. 2660; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 30. Olumsuz zararın tazmininin, olumlu zarar miktarıyla sınırlı olduğunu savunanlar doğal olarak aksi görüştedir (Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 3). Bu durumda nitelikli unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinden bağımsız olarak hâkimin olumlu zarar miktarından daha fazla bir tazminata hükmedemeyeceği yönünde bkz. **İNCEOĞLU**, s. 479. Daha fazla miktardaki olumsuz zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunan bir yazar, hâkimin TBK m. 51 uyarınca tazminatta indirim yapma yetkisinin saklı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 49, N. 30.

¹⁶⁸¹ **GONZENBACH**, s. 215.

¹⁶⁸² **KOLLER**, Glaube, N. 403.

¹⁶⁸³ **GONZENBACH**, s. 215-216; **KOLLER**, Glaube, N. 403.

¹⁶⁸⁴ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 358.

olumsuz zararın tazminini istemekle yetinebilir. Özellikle olumlu zararı ispatlamakta güçlük çekmesi hâlinde bunun pratik bir faydası vardır¹⁶⁸⁵.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, TBK m. 47’de üçüncü kişiye bir seçimlik hak tanınmıştır. Üçüncü kişi, olumsuz zararın tazmini ile olumlu zararın tazmini arasında seçim yapma imkânına sahiptir. Yenilik doğuran hakkını kullanan üçüncü kişinin yaptığı seçim bağlayıcıdır ve artık onun bu seçimden tek taraflı olarak dönmesi mümkün değildir. Üçüncü kişinin seçim yapmaması hâlinde seçim hakkı temsilciye geçmez, hâkim karar verir¹⁶⁸⁶. Bu görüş, pek çok yazar tarafından haklı olarak eleştirilmiştir¹⁶⁸⁷. Zira böyle bir seçim hakkının kabul edilmesi, üçüncü kişinin hiç tazminat elde edememesine yol açabilir. Örneğin üçüncü kişi, olumlu zararın tazmini yönünde seçim yapar, ancak bu talebi temsilcinin kusuru ispatlanamadığı için reddedilirse, olumsuz zararın tazmini imkânından yoksun kalır¹⁶⁸⁸. Böylece üçüncü kişi, olumsuz zararını tazmin ettirebilecekken sırf seçim hakkı nedeniyle tazminat elde edememiş olur. Halbuki onu bu tazminattan yoksun bırakmak anlamsızdır. Öyleyse üçüncü kişinin, olumsuz veya olumlu zararın tazminini istemesi, seçimlik hakkın kullanılması olarak kabul edilemez¹⁶⁸⁹. Üçüncü kişinin talep ettiği tazminat miktarını aşmamak kaydıyla¹⁶⁹⁰ tazminat miktarını hâkim takdir edecektir¹⁶⁹¹.

5. Üçüncü Kişinin Kusuru

TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Bu nedenle zarar gören üçüncü kişinin kusurunu, TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluğa göre daha farklı ele almak gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu anda temsil yetkisi eksikliğini bilmek veya bilmesi gerekmem biçiminde ortaya çıkan üçüncü kişinin kusuru, TBK m. 47 f. 1 kapsamındaki sorumluluğun doğmamasına

¹⁶⁸⁵ KOLLER, Glaube, N. 403.

¹⁶⁸⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 60.

¹⁶⁸⁷ Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215, dn. 233; İNCEOĞLU, s. 479; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 31; İŞ-NART, m. 47, N. 19; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2948; BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 9; AYDOĞDU/NART, s. 150.

¹⁶⁸⁸ BSK OR I-WATTER, Art. 39, N. 9. Aynı yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215, dn. 233; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 31; İŞ-NART, m. 47, N. 19; AYDOĞDU/NART, s. 150.

¹⁶⁸⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215, dn. 233.

¹⁶⁹⁰ Usul hukuku kuralları uyarınca hâkim, üçüncü kişinin talep sonucuyla bağlıdır. Başka bir ifadeyle üçüncü kişinin talep ettiği miktarı aşan bir tazminata hükmedilemez. Üçüncü kişinin, olumsuz zararın tazminini istemesi hâlinde temel unsurların yanı sıra nitelikli unsurlar gerçekleşmiş olsa bile olumlu zararın tazminine karar verilemez. Ancak davalı temsilcinin rızası veya ıslah yoluyla talebin miktarı artırılmışsa aksi mümkündür. Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215, dn. 233; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 31.

¹⁶⁹¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 215, dn. 233; İNCEOĞLU, s. 479; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, N. 31; İŞ-NART, m. 47, N. 19; AYDOĞDU/NART, s. 150.

yol açar¹⁶⁹². Bununla beraber bu kusurlu davranışın, TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumluluğun doğmasını önlemeyip önlemediği tartışmalıdır. Bir görüş, üçüncü kişinin bu kusurlu davranışının TBK m. 47 f. 2 kapsamındaki sorumluluğu da önleyeceği yönünde iken diğer bir görüş bunun sorumluluğu ortadan kaldırmayıp yalnızca tazminatın indirilmesine yol açacağı yönündedir. Bu konudaki tartışmaları ve değerlendirmemizi yukarıda üçüncü kişinin iyi niyetli olması kapsamında ayrıntılı olarak ele aldığımız için burada yeniden ele almayacağız¹⁶⁹³.

Üçüncü kişinin kusuru, yetki eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesinin yanı sıra zararın meydana gelmesine veya artmasına katkıda bulunmak, zararı arttırmama külfetine aykırı davranmak biçiminde de olabilir¹⁶⁹⁴. Bunları yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız için burada yeniden ele almayacağız¹⁶⁹⁵. Söz konusu açıklamalar burada da geçerlidir.

III. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN DİĞER SORUMLULUKLARLA İLİŞKİSİ

A. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ

Bir temsilcinin, yetkili olmadığı hâlde yetkiliymiş gibi davranması, temsil yetkisine sahip olduğunu kusurlu bir şekilde iddia etmesi hâlinde onun TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğu ile TBK m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğu arasındaki ilişki tartışmalıdır.

Bir görüşe göre yetkisiz temsilci yalnızca TBK m. 47 kapsamında değil, TBK m. 49 f. 1 kapsamında da sorumlu tutulabilir¹⁶⁹⁶. Temsilcinin üçüncü kişiyi temsil yetkisinin varlığı hakkında kasıtlı olarak aldatması, temsil olunanın veya birlikte temsil hâlinde diğer yetkili temsilcinin imzasını taklit etmesi ya da temsil yetkisini kötüye kullanması hâlinde onun bu davranışı genel davranış yükümlülüklerine aykırı olduğundan haksız fiil söz konusudur ve yetkisiz temsilci TBK m. 49 f. 1 uyarınca sorumludur¹⁶⁹⁷. Bu durumda taleplerin yarışması söz

¹⁶⁹² Üçüncü Bölüm, I, C, 4.

¹⁶⁹³ İkinci Bölüm, II, F, 4, c, cc.

¹⁶⁹⁴ von MOOS, N. 285; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 57.

¹⁶⁹⁵ Bkz. İkinci Bölüm, II, F, 5, a; Üçüncü Bölüm, I, C, 4.

¹⁶⁹⁶ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 39, N. 15, 18; BÉGUELIN, s. 7; von TUHR/PETER, § 45 III, dn. 36; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203, dn. 185; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 89; von MOOS, N. 415; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 76.

¹⁶⁹⁷ von TUHR/PETER, § 45 III, dn. 36; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 203, dn. 185; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 89; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 76.

konusu olur¹⁶⁹⁸. TBK m. 47 f. 3'te sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların saklı tutulmasına ek olarak haksız fiil sorumluluğu da saklı tutulabilirdi¹⁶⁹⁹. Ne var ki TBK m. 47 f. 3'te sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların saklı tutulması, TBK m. 47 f. 1 ve 2'deki taleplere ek olarak yalnızca sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulabileceği şeklinde anlaşılmamalıdır¹⁷⁰⁰. TBK m. 47 f. 3 hükmü, TBK m. 49 vd. kapsamındaki talepleri dışlamaz¹⁷⁰¹.

Bununla birlikte kural olarak üçüncü kişi TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğu TBK m. 49 f. 1 kapsamındaki sorumluluğa tercih edecektir. Zira TBK m. 47 f. 1 uyarınca yetkisiz temsilcinin kusurunu ispatlamak zorunda değildir¹⁷⁰². Öte yandan TBK m. 47'deki sorumluluğun aksine TBK m. 49 f. 1 kapsamındaki sorumluluk üçüncü kişinin iyi niyetli olmasını gerektirmez¹⁷⁰³. Üçüncü kişinin haksız fiil sorumluluğunu ileri sürmesi hâlinde ise artık olumsuz zarar-olumlu zarar ayırımına yer kalmaz¹⁷⁰⁴.

Buna karşılık başka bir görüşe göre TBK m. 47 hükmü, TBK m. 49 f. 1'in ileri sürülmesini engeller¹⁷⁰⁵. Zira TBK m. 47 özel bir hükümdür¹⁷⁰⁶. Bu hüküm, temsilcinin bir temsil yetkisinin varlığı konusunda gerçeğe uygun olmayan bir iddiada bulunmama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğunu kesin olarak düzenlemektedir¹⁷⁰⁷. Bu nedenle bu hükmün kapsamına giren hâllerde TBK m. 49 f. 1 uyarınca yetkisiz temsilcinin haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁷⁰⁸. Söz konusu yükümlülüğün ihlali TBK m. 49 f. 1 anlamında hukuka aykırı olsa bile¹⁷⁰⁹ hukuka aykırılık yalnızca TBK m. 47 kapsamında yaptırıma bağlanmıştır¹⁷¹⁰. “*Lex specialis derogat legi generali*” (“Özel kanun genel kanunu ilga eder”)

¹⁶⁹⁸ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 203, dn. 185; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 89; **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 76. Bu taleplerin yarışmasının sözleşmesel sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğa dayanan taleplerin yarışmasına benzediği yönünde bkz. **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 89.

¹⁶⁹⁹ **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 89.

¹⁷⁰⁰ **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 68-69, 75.

¹⁷⁰¹ **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 69, 75.

¹⁷⁰² **ZK-KLEIN**, Art. 39, N. 76.

¹⁷⁰³ **KOLLER**, Glaube, N. 381; **BK-ZÄCH/KÜNZLER**, Art. 39, N. 89.

¹⁷⁰⁴ **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s. 203, dn. 185.

¹⁷⁰⁵ **KOLLER**, Glaube, N. 387; **VIOLAND**, s. 187-188; **İNCEOĞLU**, s. 483-484.

¹⁷⁰⁶ **VIOLAND**, s. 187-188; **İNCEOĞLU**, s. 484.

¹⁷⁰⁷ **KOLLER**, Glaube, N. 387.

¹⁷⁰⁸ **KOLLER**, Glaube, N. 387; **İNCEOĞLU**, s. 484.

¹⁷⁰⁹ Bunun nedeni, gerçeğe uygun olmayan yetki iddiasında bulunmama yükümlülüğünün, genel davranış yükümlülüğü olmasıdır (**KOLLER**, Glaube, N. 387, dn. 462).

¹⁷¹⁰ **KOLLER**, Glaube, N. 387. Yazara göre temsilcinin üçüncü kişiyi temsil yetkisinin varlığı hakkında kasıtlı olarak aldatması hâlinde bile TBK m. 47, TBK m. 49 f. 1'in uygulanmasını engeller. Bununla birlikte bu davranış diğer unsurların da mevcut olması kaydıyla TBK m. 49 f. 2'nin uygulanmasına yol açabilir (**KOLLER**, Glaube, N. 387, dn. 463).

ilkesi¹⁷¹¹ uyarınca kusursuz sorumluluk hükmü olan TBK m. 47 f. 1, temsilcinin kusurlu olması hâlinde bile genel kusur sorumluluğuna (TBK m. 49 f. 1) göre önceliklidir¹⁷¹². Dolayısıyla TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu ile yarışması mümkün değildir. Haksız fiil sorumluluğu ancak TBK m. 47'nin uygulanamadığı hâllerde söz konusu olabilir¹⁷¹³.

Bu görüşü savunan yazarlardan KOLLER'e göre TBK m. 47 hükmü, temsilcinin söz konusu yükümlülüğünün ihlaline dayanmayan talepleri dışlamaz. Örneğin yetkisiz temsilcinin TBK m. 128 uyarınca bir garanti sözleşmesi veya TBK m. 49 f. 2 kapsamında sorumlu tutulması mümkündür. TBK m. 49 f. 1'in aksine TBK m. 49 f. 2 hükmü hukuka aykırı bir fiili (gerçeğe uygun olmayan yetki iddiasında bulunmama yükümlülüğünün ihlalini) değil, ahlaka aykırı bir fiili gerektirdiğinden yetkisiz temsilcinin bu hüküm uyarınca sorumlu tutulması mümkündür¹⁷¹⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, 1971 yılında vermiş olduğu bir kararda, üçüncü kişinin kusurlu yetkisiz temsilciye karşı OR Art. 39 ve OR Art. 41 vd. hükümlerinde kendisine tanınan haklara sahip olduğuna hükmetmiştir¹⁷¹⁵. KOLLER'e göre bu ifade yoruma açıktır ve burada OR Art. 41 vd. hükümlerinin ya OR Art. 39'a alternatif olarak ya da OR Art. 39'da bir boşluk bulunması hâlinde bunu doldurmak üzere ikincil olarak uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁷¹⁶.

Kanaatimizce birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. TBK m. 47'nin TBK m. 49'a göre özel bir hüküm olduğu, bu nedenle öncelikli olarak uygulanacağı söylenemez. Özel hüküm, genel hükmün öngördüğü hukuki sonucu belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldıran veya değiştiren bir kuraldır. Eğer bir hüküm, başka bir hükme göre daha elverişsiz unsurlar veya hukuki sonuçlar öngörüyorsa bu hüküm özel hüküm sayılır. Böyle bir özel hüküm, genel hükmü dışlar¹⁷¹⁷. Aksi takdirde özel hükmün gereksiz olduğu söylenebilir¹⁷¹⁸. Bu açıklamalar çerçevesinde TBK m. 47'nin TBK m. 49'ü dışlamadığı, öncelikli olarak uygulanmadığı takdirde gereksiz hâle geleceği söylenemez¹⁷¹⁹. Zira TBK m. 47 f. 1'de olumsuz zararın

¹⁷¹¹ Bu ilke hakkında bkz. HBK-ANTALYA, C. II, N. 1942 vd. Ayrıca bkz. MHY-ANTALYA/TOPUZ, C. I, N. 1578 vd.; HELVACI/TOPUZ, s. 245-246.

¹⁷¹² VIOLAND, s. 187-188.

¹⁷¹³ VIOLAND, s. 188; İNCEOĞLU, s. 484.

¹⁷¹⁴ KOLLER, Glaube, N. 387. Örneğin temsil olunan kimsenin hiç var olmadığı ve temsilcinin bunu bilerek sahte bir temsil yetkisiyle hareket etmesi hâlinde bunun ahlaka aykırı bir fiil olduğu yönünde bkz. von MOOS, N. 415. Karş. KAPANCI, TBK 49 II, s. 120-121.

¹⁷¹⁵ BGE 97 II 71.

¹⁷¹⁶ KOLLER, Glaube, N. 387, dn. 461.

¹⁷¹⁷ SEROZAN, Yöntem, N. 331, 335; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, Genel Bölüm, I § 5, N. 60a, 62.

¹⁷¹⁸ KRAMER, s. 111 vd.; von MOOS, N. 414.

¹⁷¹⁹ von MOOS, N. 418.

tazminine yönelik kusursuz sorumluluk öngörülmüştür. Oysa TBK m. 49'daki sorumluluk kusura bağlıdır. Dolayısıyla TBK m. 49, TBK m. 47 f. 1'den daha elverişsiz unsurlar öngörmektedir¹⁷²⁰. TBK m. 47 f. 2'de ise ifa menfaatinin tazminine yönelik kusur sorumluluğu öngörülmüştür. Her ne kadar TBK m. 47 f. 2 ile TBK m. 49 kusur unsuru bakımından bir farklılık öngörmese de TBK m. 49 hükmü TBK m. 47 f. 2'ye göre daha kapsamlı bir tazminat elde etme imkânı vermez. Zira TBK m. 49'un ifa menfaatinin tazminine imkân sağladığından söz edilemez¹⁷²¹. Dolayısıyla TBK m. 49, TBK m. 47 f. 2'den daha elverişsiz hukuki sonuçlar öngörmektedir. Bu nedenle TBK m. 47 özel hüküm, TBK m. 49 ise genel hüküm olarak nitelendirilemez. Böylece TBK m. 47 ile TBK m. 49'un yarışması söz konusudur.

B. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ

Yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğu ile genel *culpa in contrahendo* sorumluluğu arasındaki ilişki tartışmalıdır.

Bir görüşe göre yetkisiz temsilci TBK m. 47 kapsamında sorumlu tutulabileceği gibi genel *culpa in contrahendo* sorumluluğu uyarınca da sorumlu tutulabilir. TBK m. 47 hükmü, özel hüküm olmadığından *culpa in contrahendo* sorumluluğunu dışlamaz. Zira TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluk, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna göre daha elverişsiz bir sorumluluk değildir. TBK m. 47'nin öncelikli olarak uygulanmadığında gereksiz hâle geleceği söylenemez¹⁷²². TBK m. 47 f. 1'de kusursuz sorumluluk öngörülmüştür. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu ise kusura bağlıdır. Dolayısıyla *culpa in contrahendo* sorumluluğu, TBK m. 47 f. 1'den daha elverişsiz unsurlar öngörmektedir¹⁷²³. TBK m. 47 f. 2'de ise ifa menfaatinin tazminine yönelik kusur sorumluluğu öngörülmüştür. TBK m. 47 f. 2 ile *culpa in contrahendo* sorumluluğu arasında kusur unsuru bakımından bir fark yoktur. Ancak *culpa in contrahendo* sorumluluğu, TBK m. 49 f. 2'e göre daha elverişli koşullarda daha kapsamlı bir tazminat imkânı sağlamaz. TBK m. 35 f. 2 ile TBK m. 47 f. 2'nin kıyas yoluyla uygulanmasıyla *culpa in contrahendo* sorumluluğunda hakkaniyetin gerektirmesi kaydıyla olumlu zararın tazmininin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁷²⁴. Ancak TBK m. 35 ile TBK m. 47'nin kıyas yoluyla

¹⁷²⁰ von MOOS, N. 419.

¹⁷²¹ von MOOS, N. 420.

¹⁷²² von MOOS, N. 418.

¹⁷²³ von MOOS, N. 419.

¹⁷²⁴ KOLLER, OR AT, N. 28.46; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 370; DEMİRCİOĞLU, s. 268-269; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 966; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N. 47.13. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda yetkisiz temsilcinin olumlu zarardan sorumlu tutulamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. İNCEOĞLU, s. 483.

uygulanmasıyla *culpa in contrahendo* sorumluluğunun da zarar gören üçüncü kişinin iyi niyetli olmasını gerektirdiği unutulmamalıdır¹⁷²⁵.

Buna karşılık başka bir görüşe göre TBK m. 47 hükmü, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu dışlar. Zira TBK m. 47 özel bir hükümdür. Dolayısıyla TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile yarışması mümkün değildir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu ancak TBK m. 47'nin uygulanamadığı hâllerde söz konusu olabilir¹⁷²⁶.

Kanaatimizce birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Kuşkusuz TBK m. 47'de düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun özel görünüm biçimlerinden biridir. Ancak bu sorumluluk, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu dışlayacak biçimde düzenlenmemiştir. TBK m. 47'nin, genel *culpa in contrahendo* sorumluluğunun öngördüğü hukuki sonucu belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldırdığı veya değiştirdiği söylenemez. Aynı şekilde TBK m. 47'nin *culpa in contrahendo* sorumluluğundan daha elverişsiz bir düzenleme olmadığı da görülmektedir. Dolayısıyla TBK m. 47 ile *culpa in contrahendo* sorumluluğu yarışmaktadır.

IV. BİRDEN FAZLA YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU

A. BİRLİKTE TEMSİL

Birden fazla temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesi hâlinde yetkisiz temsilcilerin TBK m. 47 kapsamında üçüncü kişiye karşı müteselsilen sorumlu olacakları kabul edilmektedir¹⁷²⁷. Bu sorumluluk, TBK m. 61 (OR Art. 50) hükmünden doğar¹⁷²⁸. Zira üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar, yetkisiz temsilcilerin “birlikte sebep oldukları zarar”dır¹⁷²⁹. Örneğin çifte imzanın gerekli olduğu bir senaryoda iki temsilcinin birlikte hareket etmelerine karşın sahip oldukları yetkinin sınırını aşmaları hâlinde yetkisiz temsilciler üçüncü kişiye karşı

¹⁷²⁵ KOLLER, Glaube, N. 811; von MOOS, N. 420.

¹⁷²⁶ İNCEOĞLU, s. 483-484.

¹⁷²⁷ VIOLAND, s. 148, dn. 35; KOLLER, Glaube, N. 404, dn. 483; AKYOL, s. 555; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 202, dn. 183; İNCEOĞLU, s. 484; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 63; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46; AYBAY, s. 176.

¹⁷²⁸ AKYOL, s. 555; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 202, dn. 183; İNCEOĞLU, s. 484; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 63; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46; AYBAY, s. 176.

¹⁷²⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46.

müteselsilen sorumlu olurlar¹⁷³⁰. Üçüncü kişi, uğramış olduğu zararın tamamının tazminini her bir yetkisiz temsilciden isteyebilir (TBK m. 163; OR Art. 144)¹⁷³¹.

Öğretide yetkisiz temsilcilerin bir kısmının TBK m. 47 f. 1'e, diğer bir kısmının da TBK m. 47 f. 2'ye göre sorumlu tutulamayacağı, aksi hâlde zarar gören üçüncü kişinin temel ilkeyle bağdaşmayacak biçimde olumlu ve olumsuz zararını bir arada elde etmiş olacağı ileri sürülmüştür¹⁷³². Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Temsilcilerden birinin kusursuz olduğu için yalnızca olumsuz zarardan sorumlu tutulduğu, diğerinin ise kusurlu olması ve hakkaniyetin de gerektirmesi nedeniyle olumlu zarardan sorumlu olduğu durumlarda bile TBK m. 61'nin uygulanmasıyla yetkisiz temsilcilerin üçüncü kişiye karşı müteselsilen sorumlu tutulmaları mümkündür¹⁷³³. Bu durumda yetkisiz temsilciler olumsuz zarardan müteselsilen sorumlu olurlar. Bununla beraber üçüncü kişinin olumsuz zararı aşan kısım için yalnızca kusurlu yetkisiz temsilciden tazminat talep etme hakkı devam eder. Ne var ki kusursuz yetkisiz temsilciden olumsuz zararını tazmin ettirmiş olan üçüncü kişi, kusurlu yetkisiz temsilciden olumlu zararın tamamı için değil, yalnızca olumsuz zararı aşan kısım için talepte bulunabilir¹⁷³⁴. Böylece üçüncü kişinin hem olumsuz de olumlu zararını elde etmesi gibi bir durum ortaya çıkmaz.

Birden fazla temsilcinin, yetkisiz temsilin yol açtığı zarardan üçüncü kişiyle yapılan bir anlaşmaya dayanarak paylı sorumlulukları mümkün değildir. Zira böyle bir anlaşma için temsilcilerin üçüncü kişiye yetkisiz olduklarını bildirmeleri gerekir. Bu da TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğu üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması nedeniyle baştan ortadan kaldırır¹⁷³⁵.

Birden fazla temsilcinin sorumluluğu, İsviçre Federal Mahkemesinin 1932 yılında vermiş olduğu bir kararda ele alınmıştır. Bu karar, belediye tarafından yetkilendirilmediği hâlde bir projenin yapılması için üçüncü kişiyle sözleşme yapan belediye meclisi üyelerinin sorumluluğuna ilişkindir. Bu uyuşmazlıkta Federal Mahkeme, yetkisiz temsilcilerin müteselsil sorumluluklarına yol açan OR Art. 403 (TBK m. 511) hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasını

¹⁷³⁰ İNCEOĞLU, s. 484.

¹⁷³¹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46.

¹⁷³² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 202, dn. 183.

¹⁷³³ İNCEOĞLU, s. 484; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 64; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46.

¹⁷³⁴ İNCEOĞLU, s. 484.

¹⁷³⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 63.

kabul etmiştir¹⁷³⁶. Görüldüğü üzere Federal Mahkeme, amaçlanan sözleşme hükümlerini doğurmuş olsaydı uygulanacak olan hükmü uygulamıştır¹⁷³⁷. Kanaatimizce ifa talebinin dayandığı sorumluluk sebebine başvurmak yerinde değildir. Hiçbir zaman sözleşmenin tarafı hâline gelmeyecek olan temsilciler, temsil yoluyla yapılan sözleşme hükmü doğurmuş olsaydı temsil olunana uygulanacak olan kanun hükümlerine göre sorumlu tutulamazlar¹⁷³⁸.

Tazminatın iç ilişkide yetkisiz temsilciler arasında nasıl paylaştırılacağı konusunda TBK m. 62 f. 1 uygulanır¹⁷³⁹. Bu hüküm uyarınca tazminat, hâkimin takdirine bağlı olarak paylaştırılır. Türk hukuku bakımından mevcut olmayan ancak İsviçre hukuku bakımından mevcut olan bir ayrıma dikkat çekmek gerekir: (1) Yetkisiz temsilcilerin tamamının ya OR Art. 39 Abs. 1 ya da OR Art. 39 Abs. 2'ye göre sorumlu olmaları hâlinde aynı hukuki sebepten sorumluluk söz konusudur. Bu durumda tazminat, OR Art. 50 Abs. 2 hükmüne göre paylaştırılır. (2) Yetkisiz temsilcilerin bir kısmının OR Art. 39 Abs. 1'e göre, bir kısmının da OR Art. 39 Abs. 2'ye göre sorumlu olması hâlinde farklı hukuki sebeplerden sorumluluk söz konusudur. Bu durumda tazminat, OR Art. 51 hükmüne göre paylaştırılır¹⁷⁴⁰. Türk hukuku bakımından tam teselsül-eksik teselsül ayrımı mevcut olmadığından her iki ihtimalde de iç ilişkide tazminat TBK m. 62 f. 1'e göre paylaştırılır¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ BGE 58 II 429. Federal Mahkemenin bu kararda OR Art. 39'a dayanan talebi sözleşme benzeri bir talep olarak nitelendirdiğini de belirtmek gerekir. Başka bir deyişle bu karar, OR Art. 39 kapsamındaki sorumluluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak nitelendirilmesinden önce verilmiş bir karardır. Görüldüğü kadarıyla o zamandan bu yana birden fazla temsilcinin sorumluluğuna ilişkin bir sorun ortaya çıkmamıştır (ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46).

¹⁷³⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 63.

¹⁷³⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46. Zamanaşımı bakımından benzer açıklamaları yukarıda yapmıştık. Bkz. Birinci Bölüm, IV, C, 2.

¹⁷³⁹ İNCEOĞLU, s. 485; AYBAY, s. 176.

¹⁷⁴⁰ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 64; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 46. Yazarlar, tazminatın birinci durumda tam teselsül hükmü olan OR Art. 50 Abs. 2'ye göre, ikinci durumda ise eksik teselsül hükmü olan OR Art. 51'e göre paylaştırılacağını belirtmişlerdir. OR Art. 50 Abs. 2'nin TBK'daki karşılığı TBK m. 62 f. 1 hükmüdür. eBK'daki tam teselsül-eksik teselsül ayrımı TBK'da kaldırılmış olduğu için OR Art. 51'in TBK'da karşılığı yoktur. Ancak eksik teselsül hâlinde de OR Art. 50'nin kıyas yoluyla uygulanacağı düşünüldüğünde TBK m. 62 f. 1'deki esasın geçerli olduğu söylenebilir. Tek fark, eksik teselsül hâlinde iç ilişkide sorumluluk sırası öngören ve artık TBK'da karşılığı olmayan OR Art. 51 Abs. 2 (eBK m. 51 f. 2) hükmüdür (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, N. 844). Bu hükme göre, eksik teselsülde tazminat sorumluluğu iç ilişkide kural olarak önce haksız fiil failine, sonra sözleşmeden dolayı sorumlu olana, en son olarak da kanundan dolayı sorumlu olan kimseye yüklenecektir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 326).

¹⁷⁴¹ Tam teselsül-eksik teselsül ayrımının olduğu eBK döneminde bile her iki durumda da tazminatın eBK m. 50 f. 1 c. 2 (TBK m. 62 f. 1) hükmüne göre paylaştırılacağı savunulmuştur. Bu görüşe göre bunun nedeni, temsilcilerin tamamının sorumluluğunun kaynağının eBK m. 39 (TBK m. 47) hükmü olmasıdır. Temsilcilerden birinin kusursuz, diğerinin kusurlu olması bu sonucu değiştirmez. Temsilcilerden birinin birinci fıkraya, diğerinin ise ikinci fıkraya göre sorumlu olması hâlinde eksik teselsül hükmü olan eBK m. 51'in uygulanmaz. Böylece yazarın İsviçre öğretisindeki hâkim görüşe katılmadığı söylenebilir. Bkz. İNCEOĞLU, s. 485.

B. ALT TEMSİL

Bir alt temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesi hâlinde asıl temsilci ile alt temsilcinin üçüncü kişiye karşı TBK m. 47 uyarınca sorumlu olup olmayacağı, şayet sorumluluk doğacaksa temsilcilerin müteselsilen sorumlu tutulup tutulamayacakları açıklığa kavuşturulması gereken bir başka sorundur. Bu sorunu alt temsil çeşitleri olan “gerçek (doğrudan) alt temsil” ve “gerçek olmayan (dolaylı) alt temsil”e göre ele almak gerekir.

1. Gerçek Alt Temsil

Gerçek alt temsilde, temsil olunanın temsilcisi (asıl temsilci¹⁷⁴²), sahip olduğu yetkiye dayanarak temsil olunan adına ve temsil olunanı doğrudan temsil etmek üzere bir kimseyi alt temsilci olarak yetkilendirir. Alt temsilci, kendisini yetkilendiren asıl temsilcinin değil, doğrudan temsil olunanın temsilcisidir¹⁷⁴³.

Asıl temsilcinin yetkisi olmadığı hâlde bir alt temsil yetkisi vermesi ve alt temsilcinin de temsil olunan adına hareket ederek bir işlem yapması hâlinde asıl temsilci ile alt temsilci üçüncü kişiye karşı farklı hukuki sebeplerden müteselsilen sorumlu olurlar (TBK m. 61; OR Art. 51)¹⁷⁴⁴. Üçüncü kişiye karşı alt temsilci TBK m. 47 uyarınca sorumlu iken asıl temsilci *culpa in contrahendo* uyarınca sorumludur¹⁷⁴⁵. Yalnızca asıl temsilci kusurlu olsa bile alt temsilci sorumlu tutulabilir. Zira her temsilci, TBK m. 47 f. 1 uyarınca temsil yetkisinin varlığına ilişkin üçüncü kişi nezdinde uyandırdığı güvenin rizikosunu üstlenmek zorundadır¹⁷⁴⁶. Hem asıl temsilcinin hem de alt temsilcinin kusurlu olması hâlinde, özellikle hileli anlaşmada, tazminatın iç ilişkide paylaştırılmasında TBK m. 62 f. 1 (OR Art. 50 Abs. 2) uygulanır¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴² Bu temsilci, “ana temsilci” veya “ön temsilci” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. AKYOL, s. 261.

¹⁷⁴³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 71; KARASU, s. 303; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 55; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2763; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1449. Ayrıca bkz. AKYOL, s. 278 vd.; İNCEOĞLU, s. 243 vd.; İŞ-NART, m. 41, N. 15 vd.; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 56 vd.; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, N. 692 vd.; AYDOĞDU/NART, s. 61 vd.

¹⁷⁴⁴ AKYOL, s. 296; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 66; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47. Bu durumda eksik teselsül mevcut olduğundan İsviçre hukukunda eksik teselsüle ilişkin OR Art. 51 uygulanır.

¹⁷⁴⁵ İNCEOĞLU, s. 259; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 66; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47; GÜMÜŞ, s. 389. Asıl temsilcinin *culpa in contrahendo* uyarınca sorumlu tutulabilmesi için alt temsil yetkisinin geçerli olduğu konusunda üçüncü kişide haklı bir güven oluşturması gerekir (İNCEOĞLU, s. 259; GÜMÜŞ, s. 389). Asıl temsilcinin TBK m. 49 uyarınca sorumlu olacağı yönünde bkz. AKYOL, s. 295.

Alman hukukunda hâkim görüş, geçerli bir asıl temsil yetkisi mevcut olmasına rağmen alt temsil yetkisinin geçersiz olması veya geçerli bir alt temsil yetkisi verilmesine rağmen alt temsilcinin bu yetkinin sınırlarını aşması hâlinde alt temsilcinin BGB § 179 uyarınca sorumlu olacağı yönündedir (FLUME, § 49, 5; Staudinger-SCHILKEN, § 167, N. 74; NEUNER, § 51, N. 34; Soergel-BAYER, § 167, N. 82; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 33).

¹⁷⁴⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 66.

¹⁷⁴⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 66; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47.

Yalnızca asıl temsilcinin kusurlu olup alt temsilcinin kusursuz olması hâlinde de yine TBK m. 62 f. 1 uygulanır¹⁷⁴⁸.

Asıl temsilcinin alt temsilciye geçerli bir temsil yetkisi vermesine rağmen alt temsilcinin bu yetkinin sınırlarını aşması hâlinde ise alt temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumluluğu doğar. Bu durumda asıl temsilcinin sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁷⁴⁹.

2. Gerçek Olmayan Alt Temsil

Gerçek olmayan alt temsilde, temsil olunanın temsilcisi (asıl temsilci), bir kimseyi alt temsilci olarak yetkilendirirken bunu temsil olunan adına değil, kendi adına yapar. Gerçek alt temsilden farklı olarak alt temsilci, temsil olunanın değil, asıl “temsilcinin temsilcisi”dir. Bunun sonucu olarak alt temsilcinin yaptığı hukuki işlemin hüküm ve sonuçları temsil olunan üzerinde değil, asıl temsilci üzerinde doğması gerekir. Ne var ki gerçek olmayan alt temsilde, asıl temsilci de temsil olunanın temsilcisi olduğundan alt temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmenin hüküm ve sonuçları adeta bir “geçiş istasyonu” rolünü üstlenen asıl temsilciye bir an için ait olduktan sonra kendiliğinden temsil olunana geçer ve böylece dolaylı da olsa alt temsilcinin yaptığı işlemin hüküm ve sonuçları yine temsil olunan üzerinde doğar¹⁷⁵⁰.

Gerçek olmayan alt temsil kavramı, Alman Federal Mahkemesi¹⁷⁵¹ ve Alman öğretisindeki bazı yazarlar¹⁷⁵² tarafından kabul edilmektedir. Bununla beraber Alman öğretisinin büyük bir kısmı¹⁷⁵³ ile Türk ve İsviçre öğretilerinde¹⁷⁵⁴ yerinde olarak reddedilmektedir.

¹⁷⁴⁸ İsviçre hukukunda eksik teselsüle ilişkin OR Art. 51 Abs. 2 hükmü uygulanır (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 66; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47).

¹⁷⁴⁹ İNCEOĞLU, s. 258.

¹⁷⁵⁰ AKYOL, s. 281; İNCEOĞLU, s. 252-253; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 59; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2762, dn. 111; BSK OR I-WATTER, Art. 33, N. 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1451; CHK-KUT/BAUER, Art. 33, N. 24.

¹⁷⁵¹ BGHZ 32, s. 250 vd.

¹⁷⁵² MÜLLER-FREIENFELS Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955, s. 28; ENNECCERUS Ludwig/NIPPERDEY Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959, § 185 II 2.

¹⁷⁵³ FLUME, § 49, 5; MEDICUS, N. 951; Staudinger-SCHILKEN, § 167, N. 62; NEUNER, § 50, N. 34; MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 83; Soergel-BAYER, § 167, N. 79. FLUME’ye göre alt temsilcinin yaptığı işlemin hüküm ve sonuçlarının asıl temsilciden temsil olunana geçtiği düşüncesi bir mistisizmdir (FLUME, § 49, 5).

¹⁷⁵⁴ İNCEOĞLU, s. 253; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33, N. 76; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 46, N. 59; MHY-ANTALYA, C. V/1, 1, N. 2762, dn. 111; İŞ-NART, m. 41, N. 18; ZK-KLEIN, Art. 33, N. 58; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1451-1452; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.17; AYDOĞDU/NART, s. 62-63; CHK-KUT/BAUER, Art. 33, N. 24.

Gerçek olmayan alt temsilde, alt temsil yetkisi mevcut olmasına rağmen asıl temsil yetkisinin bulunmaması hâlinde alt temsilcinin sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır.

Hâkim görüşe göre, bu durumda alt temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumluluğu doğmaz¹⁷⁵⁵. Zira alt temsilci, asıl temsil yetkisinin varlığına dair güven uyandırmaz ve böylece üçüncü kişi yalnızca mevcut olan alt temsil yetkisine güvenir. Yalnızca asıl temsilci adına, başka bir deyişle “temsilcinin temsilcisi” olarak hareket eden bir kimse, (mevcut olmayan) asıl temsil yetkisine değil, yalnızca kendi (alt) temsil yetkisine dayanır. Dolayısıyla alt temsilci, temsil olunan adına hareket ettiğini açıklamadıkça asıl temsil yetkisi eksikliği nedeniyle sorumlu tutulamaz¹⁷⁵⁶. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de alt temsilcinin alt temsil ilişkisini açıklaması hâlinde onun yalnızca alt temsil yetkisinin varlığından sorumlu olduğuna, buna karşılık asıl temsil yetkisi eksikliğinden sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir¹⁷⁵⁷. Bununla birlikte alt temsilcinin asıl temsilci adına hareket etmesi, TBK m. 47 uyarınca asıl temsilcinin sorumluluğuna yol açar¹⁷⁵⁸. Zira alt temsilcinin asıl temsilci adına hareket ettiğine ilişkin açıklaması, asıl temsilciye atfedildiği için sorumluluk da asıl temsilciye ait olur¹⁷⁵⁹.

İsviçre hukukundaki hâkim görüşün, Alman hukukundaki hâkim görüşten etkilendiği söylenebilir. Alman hukukunda hâkim görüş, alt temsilcinin, alt temsil yetkisini üçüncü kişiye açıklaması hâlinde yalnızca alt temsil yetkisinin varlığından sorumlu olduğu yönündedir¹⁷⁶⁰. Zira BGB § 179 kapsamındaki sorumluluk, yetki iddiasının gerçeğe uygun olmamasından kaynaklanmaktadır. Kendisine geçerli bir alt temsil yetkisi verilmiş olan bir kimse, haklı olarak asıl temsilci tarafından yetkilendirilmiş olduğunu iddia eder¹⁷⁶¹. Başka bir ifadeyle alt temsilci, asıl temsil yetkisinin değil, alt temsil yetkisinin varlığını iddia eder. Böylece alt temsilci, alt temsil yetkisini açıklamış olduğu için üçüncü kişinin asıl temsil yetkisine güvenmesine yol açmaz¹⁷⁶². Ayrıca alt temsilcinin, asıl temsil yetkisini üçüncü kişiye nazaran daha kolay bir şekilde denetleyebileceği de söylenemez¹⁷⁶³. Bu durumda üçüncü kişiye karşı yalnızca asıl

¹⁷⁵⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 39, N. 67; ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47.

¹⁷⁵⁶ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47.

¹⁷⁵⁷ BGHZ 32, s. 250, 254 vd. (BGH, NJW 1960, s. 1565 vd.); BGH, NJW 1977, s. 1535.

¹⁷⁵⁸ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47. Yazar bu düşüncenin 5 Mayıs 1960 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararından geldiğini ifade etmektedir (BGHZ 32, s. 250, 254).

¹⁷⁵⁹ ZK-KLEIN, Art. 39, N. 47.

¹⁷⁶⁰ FLUME, § 49, 5; Palandt-ELLENBERGER, § 179, N. 3; Staudinger-SCHILKEN, § 167, N. 73; Soergel-BAYER, § 179, N. 82; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 34.

¹⁷⁶¹ BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 34.

¹⁷⁶² Staudinger-SCHILKEN, § 167, N. 73; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 34.

¹⁷⁶³ FLUME, § 49, 5; BeckOK BGB-SCHÄFER, § 179, N. 34.

temsilci BGB § 179 uyarınca sorumludur¹⁷⁶⁴. Zira asıl temsilci, alt yetkilendirme yoluyla üçüncü kişiye belirli bir asıl temsil yetkisinin mevcut olduğunu iddia etmiştir ve BGB § 179 uyarınca bu yetki iddiasından sorumludur¹⁷⁶⁵.

Buna karşılık azınlıkta kalan görüş, alt temsilcinin, her hâlükârda BGB § 179 uyarınca üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu yönündedir¹⁷⁶⁶. Bu görüşe göre BGB § 179’da temsilcinin en azından örtülü olarak temsil yetkisine sahip olduğunu üçüncü kişiye açıklamasına dayanan bir garanti sorumluluğu söz konusudur. Alt temsilci, alt temsili açıklayıp açıklamadığından bağımsız olarak böyle bir yetki iddiasında bulunmaktadır. BGB § 179 kapsamındaki sorumluluk bakımından temsil yetkisi eksikliğinin nedeni önemsizdir¹⁷⁶⁷. Başka bir deyişle üçüncü kişi için temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliğinin hangi temsil yetkisinin eksikliğine dayandığının bir önemi yoktur¹⁷⁶⁸. Dolayısıyla BGB § 179, alt temsil yetkisinin varlığına duyulan güveni korumaktadır. Bu nedenle alt temsilci hem alt temsil yetkisi eksikliğinden hem de alt temsil yetkisinin geçersizliğine yol açan asıl temsil yetkisi eksikliğinden sorumludur¹⁷⁶⁹. Kaldı ki alt temsilci, asıl temsil yetkisinden şüphe duyduğu takdirde, alt temsil yetkisini kullanmaktan kaçınabilir veya temsil olunandan doğrudan kendisini yetkilendirmesini isteyebilir. Böylece alt temsilci kendisini koruyabilecek olmasına rağmen alt temsil yetkisiyle hukuki işlem yaparsa sorumluluktan kurtulamaz. Bununla beraber alt temsilcinin asıl temsilciye rücu hakkı saklıdır¹⁷⁷⁰.

Kanaatimizce temsil yetkisi eksikliği nedeniyle temsilin sonuçlarının doğmaması hâlinde alt temsilci her hâlükârda üçüncü kişiye karşı TBK m. 47 uyarınca sorumludur¹⁷⁷¹. Temsilcinin gerçek veya gerçek olmayan alt temsilci olarak hareket edip etmediğinin bir önemi yoktur. Aynı şekilde temsilin sonuçlarının doğmamasının asıl temsil yetkisinin eksikliğinden mi yoksa alt temsil yetkisi eksikliğinden mi kaynaklandığı da önemli değildir. Temsilin sonuçlarının doğmamasının asıl temsil yetkisinin eksikliğinden ileri gelmesi hâlinde alt temsilcinin sorumluluktan kurtulması, TBK m. 47’nin amacıyla bağdaşmaz¹⁷⁷². Zira TBK m.

¹⁷⁶⁴ FLUME, § 49, 5; MEDICUS, N. 996; NEUNER, § 51, N. 35 vd.

¹⁷⁶⁵ FLUME, § 49, 5.

¹⁷⁶⁶ Soergel-LEPTIEN, § 167, N. 60; MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 92

¹⁷⁶⁷ MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 92.

¹⁷⁶⁸ Soergel-LEPTIEN, § 167, N. 62; NEUNER, § 51, N. 34 vd.; MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 92.

¹⁷⁶⁹ NEUNER, § 51, N. 35; MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 92.

¹⁷⁷⁰ MüKoBGB-SCHUBERT, § 167, N. 92.

¹⁷⁷¹ Türk ve İsviçre hukuklarında aynı yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 199, dn. 170; von MOOS, N. 397.

¹⁷⁷² von MOOS, N. 396.

47'nin amacı, hukuki işlemleri kolaylaştırmaktır. Hükümün birinci fıkrasında düzenlenen sebep sorumluluğu ile amaçlanan, üçüncü kişinin, sözleşme kurulmadan önce temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi açıklığa kavuşturmaktan kaçınmasını özendirme. Bu iç ilişkiyi açıklığa kavuşturmaya çalışmak, hukuki işlemin yapılmasını geciktirir. Asıl temsil yetkisinin eksikliği nedeniyle temsilin sonuçları doğmadığında, üçüncü kişi alt temsilciyi sorumlu tutamamış olsaydı, üçüncü kişi sözleşme kurulmadan önce temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi açıklığa kavuşturmak isterdi. Kuşkusuz üçüncü kişi, olası sorumlu asıl temsilcinin kimliğini bilmek isteyecektir. Bunu yaparken alt temsilcinin yalnızca bir isim vermesiyle yetinmesi pek mümkün değildir. Zira adı geçen kişinin aslında asıl temsilci olduğundan emin olamaz. Bu konuyu kesinleştirmek için ona daha fazla açıklama yapılması gerekir. Örneğin üçüncü kişi, söz konusu kişiyle iletişime geçmek isteyebilir¹⁷⁷³.

¹⁷⁷³ von MOOS, N. 397.

SONUÇ

1. TBK m. 47’de düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, yetkisiz temsilin sonuçlarından biridir. Yetkisiz temsilde, temsil yoluyla yapılan hukuki işlemin onanması veya onanmaması söz konusu olur. Onama hâlinde temsilin sonuçları doğar ve temsil yoluyla yapılan işlem hüküm doğurur. Onamama hâlinde ise temsilin sonuçları doğmaz ve temsil yoluyla yapılan işlem hüküm doğurmaz. Bunun sonucunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu gündeme gelir. TBK m. 47’de belirtilen sorumluluğun unsurlarının mevcut olması hâlinde temsil yoluyla yapılan işlemin tarafı olan üçüncü kişi, uğramış olduğu zarar nedeniyle yetkisiz temsilciyi sorumlu tutabilir.

2. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği neredeyse oy birliğiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak kabul edilmektedir. TBK m. 47 hükmü, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun pozitif hukuktaki özel görünüm biçimlerinden biridir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından söz konusu olan genel ilkeler yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından da geçerlidir. Ne var ki yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bakımından bazı özellikler mevcuttur. Bunlardan ilki, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kusura bağlı olmamasıdır. Oysa *culpa in contrahendo* sorumluluğu kusura bağlı bir sorumluluktur. İkincisi ise yetkisiz temsilcinin, görüşmeleri yapılan sözleşmenin tarafı olmamasıdır. Sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen yetkisiz temsilcinin karşı tarafta uyandırdığı haklı güvenin ihlalinden sorumlu olması söz konusudur.

3. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliğine uygun olarak elverişli olmayan haksız fiil hükümleri yerine sözleşme hukuku hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması gerekir.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun temsilcinin fiil ehliyetini gerektirip gerektirmediği konusunda kıyas yoluyla TMK m. 16 f. 1 hükmü uygulanmalıdır. Bu doğrultuda yasal temsilcisinin rızasıyla hareket eden sınırlı ehliyetsiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulması mümkündür. Bu bakımdan yasal temsilcinin, sınırlı ehliyetsizin temsilci olarak hareket etmesine ilişkin bir rıza vermiş olması yeterlidir. Yasal temsilcisinin rızası olmadığı takdirde sınırlı ehliyetsiz bir temsilcinin TBK m. 47 kapsamında sorumlu olmaz. Sözleşme görüşmelerine başlamakla birlikte ortaya çıkan yükümlülükler bakımından da yasal temsilcinin rızası gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin temsilci olarak hareket etmesi hâlinde onun TBK m. 47 kapsamında sorumluluğu doğmaz.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımına kıyas yoluyla TBK m. 146 hükmü uygulanmalıdır. TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi, temsil olunanın sözleşmeyi onamadığı andan itibaren işlemeye başlar. Zamanaşımı süresinin başlangıç anı, sözleşmenin kesin olarak geçersiz hâle geldiği an olarak da ifade edilebilir.

Yetkisiz temsilcinin yardımcı kişilerden sorumluluğuna kıyas yoluyla TBK m. 116 hükmü uygulanmalıdır.

Kusurun ispatlanması konusunda ise TBK m. 112 hükmü uygulanmamalıdır. TBK m. 47 f. 2 uyarınca yetkisiz temsilcinin kusurunu ispat yükü, üçüncü kişiye aittir. Bu durum, TBK m. 47 ve kaynak OR Art. 39'un yapısından ve lafzından kaynaklanmaktadır. Nitekim kanun koyucunun açıkça düzenlediği *culpa in contrahendo* sorumluluklarında ispat yükü dağılımı genel olarak değil, ilgili hükme göre belirlenir. Özel bir düzenleme olmasaydı TBK m. 112'nin kıyas yoluyla uygulanabilmesi mümkün olurdu.

4. Tazminat sorumluluğu öngören TBK m. 47'de iki hukuki olgu düzenlenmiştir: hukuki sonucu olumsuz zararın tazmini olan temel olgu ve hukuki sonucu olumlu zararın tazmini olan nitelikli olgu. Bu çerçevede yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun unsurlarını “temel unsurlar” ve “nitelikli unsurlar” olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

Temel unsurlar, TBK m. 47 f. 1'de düzenlenmiştir ve şu şekildedir: (i) başkası adına hukuki işlem yapılması, (ii) temsil yetkisi eksikliği, (iii) onamama, (iv) zarar, (v) nedensellik bağı, (vi) üçüncü kişinin iyi niyeti. Bu unsurlardan birinin mevcut olmaması hâlinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz. Kusur, sorumluluğun unsurlarından biri değildir.

Nitelikli unsurlar, TBK m. 47 f. 2'de düzenlenmiştir ve şu şekildedir: (i) temsilcinin kusuru, (ii) hakkaniyet.

5. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun temel unsurlarından ilki, başkası adına hukuki işlem yapılmasıdır. Bunun iki anlamı vardır: (i) Bir kimsenin, kendi adına değil, başkası adına hareket etmiş olması gerekir. Başka bir deyişle “temsilci” olarak hareket etmelidir. (ii) Başkası adına hareket eden kimsenin, yani temsilcinin üçüncü kişiyle bir hukuki işlem yapmış olması gerekir. Hukuki işlem kavramına hem tek taraflı hukuki işlemler de sözleşmeler dahildir. Yetkisiz temsilcinin, yöneltmesi gerekli tek taraflı hukuki işlem yapması hâlinde üçüncü kişinin ret hakkı vardır. Böylece üçüncü kişi tek taraflı hukuki işlemi kesin olarak hükümsüz

kılabilir. Öte yandan TBK m. 47'nin uygulanabilmesi için hukuki işlemin kurulmuş olması gerekir. Sözleşme görüşmelerinin kesilmesi nedeniyle sözleşmenin kurulmamış olması hâlinde yetkisiz temsilci TBK m. 47 uyarınca sorumlu tutulamaz.

6. Yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulabilmesi için temsil yetkisi eksikliği olmalıdır. Başka bir deyişle yetkisiz temsil olgusuna ihtiyaç vardır. Temsil yetkisi eksikliğinin nedeni önemli değildir. Temsil yetkisinin hiç verilmemiş olması, geçersiz olması, sona ermesi, aşılması, kötüye kullanılması ve kullanılmaması, temsil yetkisi eksikliği hâlleridir.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması, hileli anlaşma ve iş birliği olmaksızın temsil olunanın aleyhine hareket etmek olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar. Her ikisinde de yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, üçüncü kişinin kötü niyetli olması nedeniyle doğmaz. Temsil yetkisinin kullanılmamasında da yetkisiz temsilci sorumlu tutulamaz. Zira onun üçüncü kişiye karşı yetki iddiası yoktur.

7. Onamama, sorumluluğun olumsuz unsurudur. Yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulabilmesi için temsilin sonuçlarının temsil yetkisi eksikliği nedeniyle doğmaması gerekir. Buradan iki sonuca ulaşılabilir: (i) Temsil yetkisi eksikliğine rağmen temsil yoluyla yapılan sözleşme geçerli hâle gelirse sorumluluk doğmaz. (ii) Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersizliğinin temsil yetkisi eksikliğinden kaynaklanması gerekir.

Temsil yoluyla yapılan sözleşmede temsil yetkisi eksikliği dışında bir geçersizlik nedeni varsa, temsilin sonuçları temsil yetkisi eksikliği nedeniyle değil, söz konusu geçersizlik nedeni yüzünden doğmaz. Sözleşmenin başka bir nedenden geçersiz olması sorumluluğun doğmasını önler. Başka bir geçersizlik nedeninin varlığı hâlinde temsil yetkisi eksikliği ile üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar arasında nedensellik bağı bulunmaz. Ayrıca başka bir geçersizlik nedeninin varlığına rağmen yetkisiz temsilciyi sorumlu tutmak, üçüncü kişinin yetkili bir temsilciyle hukuki işlem yapmasından daha iyi bir duruma getirilmiş olmasına yol açar.

Öğretide ve uygulamada oldukça tartışmalı bazı geçersizlik nedenleri özel olarak ele alınmış ve şu sonuçlara varılmıştır:

(i) Üçüncü kişinin, temsil yetkisinin varlığı konusunda yanıltmış olması hâlinde temsil yetkisi eksikliği nedeniyle askıda hükümsüz olan sözleşmeyi, temsil olunanın sözleşmeyi onamasını beklemeden irade bozukluğu hâllerinden biri olan yanıltmaya ilişkin hükümlere

dayanarak iptal edebilir. Belirli hâllerde üçüncü kişinin temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi temel yanılması nedeniyle iptal edebilmesi mümkündür. Bu durumda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz.

(ii) Yetkisiz temsilcinin bazı hâllerde temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi temsil olunan yerine kendi adına sona erdirebilir. Yetkisiz temsilci, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulmak için temsilin sonuçları doğmuş olsaydı temsil olunanın sahip olacağı sözleşmeyi sona erdirme hakkını temsil olunan yerine kullanabilir. Zira yetkisiz temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin, yetkili bir temsilciyle işlem yapmış olsaydı bulunacağı konumdan daha iyi bir konumda olmasını gerektiren bir neden yoktur.

(iii) Yetkisiz temsilci, temsil yoluyla yapılan sözleşmeyi irade bozukluğu nedeniyle iptal edebilir. Yetkisiz temsilci, TBK m. 47 kapsamındaki sorumluluktan kurtulmak için irade bozukluğu nedeniyle doğan iptal hakkını temsil olunan yerine kendisi kullanabilir. Sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılmasındaki esaslar burada da geçerlidir.

(iv) Temsil yetkisinin bildirilmesi hâlinde üçüncü kişinin temsilin sonuçlarını reddetmesi mümkün değildir. TBK m. 41 f. 2 ile TBK m. 42 f. 3'ün uygulanması için gerekli unsurların mevcut olması hâlinde üçüncü kişinin, temsilin sonuçlarının doğması ile TBK m. 47 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulması arasında bir seçim yapma imkânı yoktur. Zira temsil hukukunda üçüncü kişinin güvenini koruyan hükümlerin amacı, üçüncü kişiyi olabildiğince avantajlı konuma yerleştirmek değildir.

8. Her sorumluluğun olduğu gibi yetkisiz temsilcinin sorumluluğun unsurlarından biri de zarardır. Dolayısıyla genel sorumluluk unsurları arasında yer alan zarar bakımından genel ilkeler geçerlidir.

Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsil olunan tarafından onanması ve böylece hüküm doğurmasına karşın sözleşmenin kurulmasından hüküm doğurmasına kadar geçen zamanın bir hayli fazla olması hâlinde üçüncü kişi bu gecikme yüzünden (sözleşmenin onama yoluyla geçerlilik kazanması üzerine telafi edilemeyen) bazı zararlara uğramış olabilir. Ancak geciktirme zararının TBK m. 47 kapsamında tazmin edilmesi mümkün değildir. Zira TBK m. 47 kapsamında yetkisiz temsilciden tazminat talep edebilmek için temsil yoluyla yapılan sözleşmenin onamama nedeniyle kesin hükümsüz hâle gelmesi gerekir.

9. Zarar gibi nedensellik bağı da bütün sorumluluk hukukunda geçerli bir unsurdur. Yetkisiz temsilcinin davranışı ile sözleşmenin geçersizliği yüzünden meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

10. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğması için üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir. Temsil yetkisi eksikliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, iyi niyetli değildir ve iyi niyetin koruyucu etkisinden yararlanamaz.

Üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasının nedeni, temsilcinin yetki iddiasıdır. Temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğunu iddia etmesi, yani yetki iddiası, bilgi açıklaması niteliğindedir. Bu tür bir açıklama, açık veya örtülü olarak yapılabilir. Temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini açıkça belirtmeden bir başkasının temsilcisi gibi hareket etmesi hâlinde açıklama örtülü olarak yapılır.

Yetki iddiası, güven uyandırmaya elverişli bir davranış olmak zorundadır. Zira TBK m. 47’de düzenlenen sorumluluğun altında yatan düşünce, yetkisiz temsilcinin uyandırmış olduğu güvenden dolayı sorumlu olmasıdır. Yetki iddiasının mevcut olmaması hâlinde üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasını gerektiren bir neden yoktur. Dolayısıyla yetki iddiası yoksa üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığını araştırmaya dahi gerek yoktur. Bu nedenle ilk olarak yetki iddiasının mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Yetki iddiası varsa artık üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığı ele alınabilir. Zira iyi niyetin korunmasını gerektiren bir neden vardır. Bu durumda üçüncü kişinin, yetki iddiasının gerçeği yansıtıp yansıtmadığını, başka bir deyişle temsil yetkisi eksikliğini bilip bilmediği veya bilmesinin gerekip gerekmediği araştırılmalıdır.

İyi niyet karinesi uyarınca asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin yetki eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlayarak iyi niyet karinesini çürütebilir.

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğinin ispatlanması hâlinde yetkisiz temsilci kusurlu olsun olmasın sorumlu tutulamaz. Temsil yetkisi eksikliğini bile bile (yani kasten) işlem yapan üçüncü kişinin korunması, TBK m. 47’nin *ratio legis*’iyle bağdaşmaz.

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerektiğinin ispatlanması hâlinde ise yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmadığı önem taşır. Yetkisiz temsilcinin kusursuz olması hâlinde temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişi tazminat talep edemez. Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması hâlinde temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gereken üçüncü kişinin

kusurunun derecesi (ağır ihmali veya hafif ihmali) kadar yetkisiz temsilcinin kusurunun derecesi de önemlidir. Üçüncü kişinin kusuru ağır ihmali derecesinde ise yetkisiz temsilcinin kusurunun derecesi ne olursa olsun onun yetkisiz temsilciden tazminat talep edebilmesi mümkün değildir. Üçüncü kişinin kusuru hafif ihmali derecesinde ise yetkisiz temsilcinin kusuru önem arz eder. Hafif ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin karşısında hafif ihmali derecesinde kusurlu bir yetkisiz temsilci varsa sorumluluk doğmaz. Bununla beraber yetkisiz temsilci kast veya ağır ihmali derecesinde kusurlu ise sorumlu tutulabilir. Başka bir deyişle ağır kusurlu yetkisiz temsilci, hafif ihmali nedeniyle yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişiye karşı sorumluluktan kurtulamaz. Üçüncü kişinin hafif ihmali yalnızca tazminatın indirilmesine yol açar.

TBK m. 47 uyarınca sorumluluğun doğması için üçüncü kişinin temsil yoluyla yapılan sözleşmenin kurulduğu anda iyi niyetli olması gerekir. Üçüncü kişinin, sözleşmenin kurulmasından sonra kötü niyetli hâle gelmesi sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Şayet üçüncü kişi, temsil yetkisi eksikliğini öğrendikten sonra zararın doğmasına veya artmasına engel olmazsa TBK m. 52 f. 1 uyarınca tazminatın indirilmesi söz konusu olabilir.

Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması ile geciktirici koşula bağlı olarak kurulması, iyi niyetin aranacağı ana dair özel durumlardır. Hazır olmayan temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme bakımından üçüncü kişinin iyi niyetinin aranacağı an, sözleşmenin kurulduğu an değil, irade açıklamasının gönderildiği andır. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geciktirici koşula bağlı olarak yapılması ve üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini sözleşmenin kurulmasından sonra, ancak koşulun gerçekleşmesinden önce öğrenmesi hâlinde koşulun gerçekleşmesinin onun iradesine bağlı olup olmadığına ilişkin ayrım esas alınmalıdır. Bu durumda iyi niyetin aranacağı an, koşulun gerçekleşmesi üçüncü kişinin iradesine bağlı ise koşulun gerçekleştiği an iken üçüncü kişinin iradesine bağlı değil ise sözleşmenin kurulduğu andır.

11. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, temsilcinin kusuruna bağlı değildir. Temsil yetkisi eksikliği rizikosunun temsilciye yüklenmesinin altında yatan düşünce şudur: Temsil yetkisi eksikliğini fark edebilecek konumda olan kişi, iyi niyetli üçüncü kişi değil, temsilcidir. Temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini bilme ihtimali üçüncü kişiye göre doğal olarak daha yüksektir. Temsilcinin egemenlik alanından kaynaklanan bir riziko olması nedeniyle bunun temsilciye yüklenmesi gerekir.

Temsil olunan, temsilciye vermiş olduğu temsil yetkisini, irade bozukluklarından birinin (yanılma, aldatma veya korkutma) mevcut olması hâlinde TBK m. 30 vd. hükümleri uyarınca iptal etme imkânına sahiptir. Temsil yetkisinin iptal edilmesi geriye etkili olarak sonuç doğurur. Böylece temsil yetkisi verildiği andan itibaren geçersiz bir temsil yetkisi olarak değerlendirilir. Dolayısıyla temsil yoluyla yapılan sözleşmenin yapıldığı anda temsilcinin aslında geçersiz bir temsil yetkisine dayanması söz konusudur. Böylece temsil yetkisinin temsil olunan tarafından irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmiş olması hâlinde yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 uyarınca sorumluluğu doğar.

12. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun nitelikli unsurlarından birincisi, temsilcinin kusurudur. Bir temsilci, yetkisiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde yetki iddiasında bulunursa TBK m. 47 f. 2 anlamında kusurlu davranmış olur. Bu hüküm kapsamında yalnızca temsil yetkisi eksikliğine ilişkin bir kusur dikkate alınır.

13. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun nitelikli unsurlarından ikincisi, hakkaniyettir. Hakkaniyete ilişkin yapılacak değerlendirmede önceden kesin bir kural koymak mümkün olmamasına rağmen bazı ölçütlerin göz önünde bulundurulabileceği kabul edilmektedir: (i) temsilcinin kusurunun derecesi, (ii) tarafların ekonomik durumları, (iii) üçüncü kişinin uğramış olduğu zararın miktarı, (iv) üçüncü kişinin sıfatı.

14. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun ana sonucu, TBK m. 47 f. 1'deki tazminat yükümlülüğüdür. TBK m. 47 uyarınca kural, TBK m. 47 f. 1 anlamında zararı tazmin yükümlülüğü; istisna ise TBK m. 47 f. 2 anlamında zararı tazmin yükümlülüğüdür. TBK m. 47'de düzenlenen *culpa in contrahendo* sorumluluğu, alışveriş menfaatinin tazminine yöneliktir. Alışveriş menfaatinin tazmininde kural olumsuz zararın tazminidir; istisna ise zarar görenin amaçlanan sözleşmeden elde edeceği ifa menfaatinin karşılanmasıdır.

15. TBK m. 47 f. 1'de sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararın tazmini öngörülmüştür. Bu hükümde kastedilen zarar olumsuz zarardır. Olumsuz zarar, fiilî zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kârı (*lucrum cessans*) kapsar. Fiilî zarar kalemleri şunlardır: (i) sözleşme kurma masrafları, (ii) sözleşmenin ifa edileceği beklentisiyle yapılan masraflar, (iii) kendi edimini yerine getirmek için yapılan masraflar, (iv) yerine getirilen edim ve ondan elde edilecek yararlar, (v) ifanın yerine getirilmesi için yapılan masraflar, (vi) sözleşmeye aykırılık nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminatlar veya sözleşme cezaları, (vii) sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle yapılan masraflar. Sözleşmenin hüküm doğuracağına

güvenilmesi yüzünden aynı veya daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle yoksun kalınan kâr da olumsuz zararın içeriğine dahildir.

Yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişinin bütünlük menfaatini ihlal etmesi hâlinde bütünlük menfaatinin parçası olan zarar kalemlerinin TBK m. 47 f. 1 kapsamında tazmini istenemez. Hükümün *ratio legis*'i bu tür zarar kalemlerini kapsamamaktadır. Sözleşme görüşmeleri masrafları kural olarak olumsuz zararın içeriğine dahil değildir. Temsil yoluyla yapılan sözleşmenin geçersiz olmasından doğan kayıpların, sözleşme hüküm doğurmuş olsaydı bile meydana gelecek olması hâlinde yetkisiz temsilcinin TBK m. 47 kapsamında sorumluluğu söz konusu olmaz.

16. TBK m. 47 f. 1 uyarınca hâkimin olumsuz zararın tamamının tazminine hükmedip hükmedemeyeceği, başka bir deyişle olumsuz zararın tazmininin olumlu zarar (ifa menfaati) ile sınırlanıp sınırlanmayacağı konusunda vardığımız sonuç, olumsuz zarardan sorumluluğun ifa menfaatiyle sınırlı olmadığıdır.

17. TBK m. 47 f. 2'de diğer zararların tazmini öngörülmüştür. Bu hükümde kastedilen zarar olumlu zarardır. Olumlu zarar, fiilî zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kârı (*lucrum cessans*) kapsar. Zarar kalemleri şunlardır: (i) İfa edilmeyen edimin değeri, (ii) sözleşmenin ifa edilmemesiyle doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili masraflar, (iii) yoksun kalınan kâr.

18. TBK m. 47 f. 2 uyarınca hükmedilecek tazminatın türü konusunda hâkim takdir yetkisine sahiptir. Bu nedenle hâkim, olumlu zararın aynen veya nakden tazminine hükmedebilir. Dolayısıyla aynen tazminata hükmedebilme yetkisi çerçevesinde temsil yoluyla yapılan sözleşmenin temsilci tarafından aynen ifa edilmesine karar verebilir.

19. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun diğer sorumluluklarla ilişkisi önem arz eder. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki ilişkide, TBK m. 47'nin TBK m. 49'a göre özel bir hüküm olduğu, bu nedenle öncelikli olarak uygulanacağı söylenemez. Özel hüküm, genel hükmün öngördüğü hukuki sonucu belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldıran veya değiştiren bir kuraldır. Eğer bir hüküm, başka bir hükme göre daha elverişsiz unsurlar veya hukuki sonuçlar öngörüyorsa bu hüküm özel hüküm sayılır. Böyle bir özel hüküm, genel hükmü dışlar. Aksi takdirde özel hükmün gereksiz olduğu söylenebilir. Bu açıklamalar çerçevesinde TBK m. 47'nin TBK m. 49'ü dışlamadığı, öncelikli olarak

uygulanmadığı takdirde gereksiz hâle geleceği söylenemez. TBK m. 47 ile TBK m. 49'un yarışması söz konusudur. Aynı nedenlerle yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile yarıştığı söylenebilir.

20. Birden fazla temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesi hâlinde yetkisiz temsilciler TBK m. 47 kapsamında üçüncü kişiye karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Üçüncü kişi, uğramış olduğu zararın tamamının tazminini her bir yetkisiz temsilciden isteyebilir. Alt temsil hâlinde asıl temsilcinin yetkisi olmadığı hâlde bir alt temsil yetkisi vermesi ve alt temsilcinin de temsil olunan adına hareket ederek bir işlem yapması hâlinde asıl temsilci ile alt temsilci üçüncü kişiye karşı farklı hukuki sebeplerden müteselsilen sorumlu olurlar. Üçüncü kişiye karşı alt temsilci TBK m. 47 uyarınca sorumlu iken asıl temsilci *culpa in contrahendo* uyarınca sorumludur. Temsil yetkisi eksikliği nedeniyle temsilin sonuçlarının doğmaması hâlinde alt temsilci her hâlükârda üçüncü kişiye karşı TBK m. 47 uyarınca sorumludur. Temsilcinin gerçek veya gerçek olmayan alt temsilci olarak hareket edip etmediğinin bir önemi yoktur. Aynı şekilde temsilin sonuçlarının doğmamasının asıl temsil yetkisinin eksikliğinden mi yoksa alt temsil yetkisi eksikliğinden mi kaynaklandığı da önemli değildir.

KAYNAKÇA

AKBIYIK Cem, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, İÜHFM, C. 55, S. 4, 1997, s. 217-232.

AKKANAT Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010.

AKÜNAL Teoman, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975.

AKYOL Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.

ALANGOYA Yavuz, “İspat Yüğü Yönünden MK. 3”, İÜHFM, C. 27, S. 1-4, 1961, s. 358-361.

ANEX Jean, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977.

ANTALYA O. Gökhan, Gerekçeli ve Açıklamalı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2015 (Kısaltma: **ANTALYA**, TBK).

ANTALYA O. Gökhan, Hukuk Bilimine Katkı Olarak, Cilt II, Hukuk Metodolojisi, Ankara 2021 (Kısaltma: HBK-**ANTALYA**, C. II).

ANTALYA O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: **ANTALYA** O. Gökhan), Cilt V/1, 1, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Temel Kavramlar - Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma: MHY-**ANTALYA**, C. V/1, 1).

ANTALYA O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: **ANTALYA** O. Gökhan), Cilt V/1, 2, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri - Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma: MHY-**ANTALYA**, C. V/1, 2).

ANTALYA O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: **ANTALYA** O. Gökhan), Cilt V/1, 3, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçların İfası - Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma: MHY-**ANTALYA**, C. V/1, 3).

ANTALYA O. Gökhan, Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993 (Kısaltma: **ANTALYA**, Tecrübe veya Muayene).

ANTALYA O. Gökhan/**TOPUZ** Murat, Marmara Hukuk Yorumu (Ed.: **ANTALYA** O. Gökhan), Cilt I, Medeni Hukuk (Giriş - Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri), Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2024 (Kısaltma: MHY-**ANTALYA**, C. I).

AYAN Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018.

AYBAY Memet Erdem, İsviçre – Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, İstanbul 2022.

AYDIN Gülşah Sinem, “Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması”, TBBD, S. 148, 2020, s. 235-290.

AYDOĞDU Murat/**NART** Serdar, Türk Borçlar Kanunu Temsil Şerhi (TBK. m. 40-48) (Bilimsel Katkılarıyla **MERAL** Ö. Oğuzhan), Ankara 2023.

AYRANCI Mehtap, “Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, TAAD, Y. 12, S. 48, Ekim 2021, s. 473-508.

BÄHR Otto, Zur Cessionslehre, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1857, Bd. 1, s. 351 vd.

BALLERSTEDT Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), s. 501-531.

BARLAS Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Bası, İstanbul 2016.

BAUMANN Max, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, Einleitung, Art. 1-7 ZGB (Hrsg.: **GAUCH** Peter/**SCHMID** Jörg), 3. Aufl., Zürich 1998.

BAYER Walter, Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 2/2: Allgemeiner Teil 2/2: §§ 158-240, 14. Aufl., Stuttgart 2022.

BAYSAL Başak, Haksız Fiil Hukuku (BK m. 49-76), İstanbul 2019 (Kısaltma: **BAYSAL**, Haksız Fiil).

BAYSAL Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012 (Kısaltma: **BAYSAL**, Zarar Görenin Kusuru).

BECKER Hermann, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1945.

BÉGUELIN Edouard, Stellvertretung V: Nicht ermächtigte Stellvertretung, Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 517, Genf 1942.

BÖCKLI Peter, Insihgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 03/2012, s. 354 vd.

BREHM Roland, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021.

BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Aufl., Zürich 1988.

BUCHKA Hermann, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852.

BURCKHARDT C. Chr., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 22/1903, s. 469-586.

BUZ Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Kısaltma: **BUZ**, Dönme).

BUZ Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Kısaltma: **BUZ**, Yenilik Doğuran Haklar).

CANARIS Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

CHAPPUIS Christine, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 OR (Eds.: **THÉVENOZ** Luc/**WERRO** Franz), 2. édition, Basel 2012.

CİHAN Hulki, Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011.

CURTIUS Friedrich, Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, AcP 1875, s. 69 vd.

ÇAĞLAYAN AKSOY Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tanzimi, İstanbul 2016.

ÇELİK Nazlı Hilal, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: **ÖZ** Turgut/**ACAR** Faruk/**GÖKYAYLA** Emre/**DEVELİOĞLU** H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 72-75, 3. Bası, İstanbul 2019.

DE SAUSSURE Claude, L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation, Lausanne 1945.

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (ICC'nin URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber), İstanbul 2021.

DI MARZO Salvatore, Roma Hukuku (Çev.: **UMUR** Ziya), 2. Baskı, İstanbul 1959.

DURAL Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2022.

DURAL Mustafa/**SARI** Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 18. Baskı, İstanbul 2023.

EDİS Seyfullah, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", AÜHFD, C. 30, S. 1, 1973, s. 169-196 (Kısaltma: **EDİS**, Takdir Yetkisi).

EDİS Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

ELLENBERGER Jürgen, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Abschnitt 3. Rechtsgeschäfte (§§ 104-185), Titel 5. Vertretung und Vollmacht. (§§ 164-181), 75. Aufl., München 2016.

EMİROĞLU Haluk, "Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil", AÜHFD, C. 52, S. 1, 2003, s. 101-111.

ENGİN Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, İstanbul 2002.

ENNECCERUS Ludwig/**NIPPERDEY** Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959.

ERDEM Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022 (Kısaltma: **EREN**, BH GH).

EREN Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Kısaltma: **EREN**, İliyet Bağı).

EREN Fikret/**DÖNMEZ** Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt I (m. 1-48), Cilt II (m. 49-82), Cilt III (m. 83-206), Ankara 2022.

ERGÜNE Mehmet Serkan, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”. Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 909-926 (Kısaltma: **ERGÜNE**, Olumlu Zarar).

ERGÜNE Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008 (Kısaltma: **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar).

ERGÜNE Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul 2017 (Kısaltma: **ERGÜNE**, Taşınır).

ERGÜNE Mehmet Serkan/**KURŞUN** Ali Suphi, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: **ÖZ** Turgut/**ACAR** Faruk/**GÖKYAYLA** Emre/**DEVELİOĞLU** H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 27-29, 3. Bası, İstanbul 2019.

ESENER Turhan, “Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaksa Onun Namına Yapılan Mukaveleler”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara 1958, s. 619-637 (Kısaltma: **ESENER**, Kime Ait Olacaksa).

ESENER Turhan, “Yetkisiz Temsil”, II inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1962, s. 115 vd. (Kısaltma: **ESENER**, Yetkisiz Temsil).

ESENER Turhan, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1-40), Ankara 1969 (Kısaltma: **ESENER**, BH).

ESENER Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961 (Kısaltma: **ESENER**, Temsil).

FAUST Florian, Beck’scher Online-Kommentar: BGB (Hrsg: **HAU** Wolfgang/**POSECK** Roman), Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt 8: Einzelne Schuldverhältnisse, Titel 1: Kauf, Tausch, 69. Edition, München 2024.

FELLMANN Walter/**KOTTMANN** Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.

FERID Murad/**SONNENBERGER** Hans Jürgen, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1/1: Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Heidelberg 1994.

FLUME Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 1992.

FUNK Fritz, Handkommentar des Obligationenrechts, Aarau 1928.

FURRER Andreas/**MÜLLER-CHEN** Markus/**ÇETİNER** Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2022.

FURRER Andreas/**WEY** Rainer, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR (Hrsg.: **ATAMER** Yeşim M./**FURRER** Andreas), 4. Aufl., Zürich - Genf 2023.

GAUCH Peter/**SCHLUEP** Walter R./**EMMENEGGER** Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich 2020.

GAUCH Peter/**SCHLUEP** Walter R./**SCHMID** Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020.

GEZDER Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.

GIGER Hans, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Kauf und Tausch – Die Schenkung. 1. Teilband, 1. Abschnitt (Gesamtband): Art. 184-215, Bern 1979.

GONZENBACH Rainer, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.

GÖNÜL KOŞAR Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020.

GRUNEWALD Barbara, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG (Hrsg.: **WESTERMANN** Harm Peter/**GRUNEWALD** Barbara/**MAIER-REIMER** Georg), 16. Aufl., Köln 2020.

GUHL Theo/**KOLLER** Alfred/**SCHNYDER** Anton K./**DRUEY** Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021.

GÜNDÜZ Ş. Deren, Olumlu Zarar, İstanbul 2020.

GÜNERGÖK Özcan, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi”, İMHFD, C. 6, S. 11, 2021, s. 125-154.

HAAB Robert/**SIMONIUS** August/**SCHERRER** Werner/**ZOBL** Dieter, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977.

HABERSTICH Johannes, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1884.

HATEMİ Hüseyin, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 9. Bası, İstanbul 2021 (Kısaltma: **HATEMİ**, KH).

HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2021 (Kısaltma: **HATEMİ**, MH)

HAUSHEER Heinz/**AEBI-MÜLLER** Regina Elisabeth, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: **HAUSHEER** Heinz/**WALTER** Hans Peter), Bern 2012.

HAUSHEER Heinz/**JAUN** Manuel, SHK - Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003.

HELVACI İlhan, “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine”, İHFM, C. 55, S. 4, 1997, s. 145-171.

HELVACI Serap/**KARASU** Bülent, “Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”, MÜHF-HAD, C. 24, S. 1, 2018, s. 197-214.

HELVACI Serap/**TOPUZ** Murat, Geçmişten Günümüze Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri (Şerhli-İçtihatlı), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2023.

HILGER Norbert, Zur Haftung des falsus procurator, NJW 1986, s. 2237 vd.

HOFER Sibylle, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: **HAUSHEER** Heinz/**WALTER** Hans Peter), Bern 2012.

HONSELL Heinrich, BSK OR I - Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (Hrsg.: **GEISER** Thomas/**FOUNTOULAKIS** Christiana), 7. Aufl., Basel 2022.

HONSELL Heinrich, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin - Heidelberg 2015

HRUBESCH-MILLAUE Stephanie, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: **HAUSHEER** Heinz/**WALTER** Hans Peter), Bern 2012.

HUGUENIN Claire/**HILTY** Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich - Basel - Genf 2013.

HUGUENIN Claire/**MEISE** Barbara, OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung, SZW 2015, s. 280 vd.

HUPKA Josef, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.

HÜRLIMANN-KAUP Bettina/**SCHMID** Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.

İMRE Zahit, “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri II”, İÜHFM, C. 13, S. 4, s. 423 vd.

İNCEOĞLU M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

JÄGGI Peter, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, Bern 1962.

JÄGGI Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, s. 181-197.

JHERING Rudolf von, “Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861, s. 1 vd.

JÖRS Paul/**KUNKEL** Wolfgang/**WENGER** Leopold, Römisches Recht (neu bearbeitet von **HONSELL** Heinrich/**MAYER-MALY** Theo/**SELB** Walter), 4. Aufl., Berlin - Heidelberg 1987.

JUNG Peter, Kurzkomentar OR, Art. 1-1186 OR (Hrsg.: **HONSELL** Heinrich), Basel 2014 (Kısaltma: KUKO OR-**JUNG**).

JUNG Peter, Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale (Hrsg.: **HUGUENIN** Claire/**HILTY** Reto M.), 6. Titel: Besondere Verhältnisse bei Obligationen, 1. Abschnitt: Die Stellvertretung, Zürich - Basel - Genf 2013 (Kısaltma: OR 2020-**JUNG**).

KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.

KANIŞLI Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul 2018.

KAPANCI Kadir Berk, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 11 Şubat 2015 Tarihli ve 4A_496/2014 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler: Doğrudan Temsil mi, Dolaylı Temsil mi?”, GSÜHFD, 2021/2, s. 1891-1924 (**KAPANCI**, Temsil).

KAPANCI Kadir Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), İstanbul 2016 (Kısaltma: **KAPANCI**, TBK 49 II).

KARA Doğan, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, GSÜHFD, 2018/1, s. 483-530.

KARA Doğan/**DEVELİOĞLU** H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İstanbul 2020.

KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, Roma Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2013.

KARASU Bülent, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil, İstanbul 2018.

KARAYALÇIN Yaşar, “Muvazaa (Danışık) - Hileli Anlaşma - Miras Bırakanın Muvazaası”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 343-373.

KAŞAK Esra/**GANBARI** Muhammed Kiomers, “İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu”, AHBVÜHFD, C. 24, S. 1, 2020, s. 93-126.

KAŞAK Fahri Erdem, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Güven Sorumluluğunun Tâbi Olduğu Zamanaşımı Süresine İlişkin 13.5.2008 Tarihli (BGE 134 III 390) Kararı”, GÜHFD, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1803 vd.

KELLER Max, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Diss., Zürich 1948.

KELLER Max/**SCHÖBI** Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel - Frankfurt am Main 1988.

KESSLER Martin A., BSK OR I - Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (Hrsg.: **WIDMER LÜCHINGER** Corinne/**OSER** David), 7. Aufl., Basel 2020.

KIESEL Helmut, Stellvertretung ohne Vertretungsmacht im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, Diss., Tübingen 1966.

KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, “Temsil Yetkisinin Açıklanması”, AÜHFD, C. 70, S. 2, 2021, s. 361-388.

KIRCA Çiğdem, “Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 433-458 (Kısaltma: **KIRCA**, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar).

KIRCA Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004 (Kısaltma: **KIRCA**, Bilgi Verme).

KLEIN Jean-Philippe, ZK - Zürcher Kommentar, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2020.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir), Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası’dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

KOLLER Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, 2. Aufl., Freiburg 1989 (Kısaltma: **KOLLER**, Glaube).

KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017 (Kısaltma: **KOLLER**, OR AT).

KÖHLER Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 47. Aufl., München 2023 (Kısaltma: **KÖHLER**, AT).

KÖHLER Helmut, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, s. 761-776 (Kısaltma: **KÖHLER**, JZ).

KÖTZ Hein, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2015.

KRAMER Ernst A./**SCHMIDLIN** Bruno, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine

Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.

KREBS Thomas, “Art. 2, Section 2: Authority of agents”, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) (Eds.: **VOGENAUER** Stefan/**KLEINHEISTERKAMP** Jan), Oxford 2009.

KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (Hrsg.: **KREN KOSTKIEWICZ** Jolanta/**WOLF** Stephan/**AMSTUTZ** Marc/**FANKHAUSER** Roland), 4. Aufl., Zürich 2023.

KURŞAT Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003 (Kısaltma: **KURŞAT**, Hile).

KURŞAT Zekeriya, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: **ÖZ** Turgut/**ACAR** Faruk/**GÖKYAYLA** Emre/**DEVELİOĞLU** H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 30-39, 3. Bası, İstanbul 2019 (Kısaltma: **İŞ-KURŞAT**).

KUT Ahmet/**BAUER** Christoph, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR (Hrsg.: **ATAMER** Yeşim M./**FURRER** Andreas), 4. Aufl., Zürich - Genf 2023.

KUTLU SUNGURBEY Ayfer, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.

LANDO Ole/**BEALE** Hugh, Principles of European Contract Law, The Hauge 1999.

LANDTWING Hans, Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern 1929.

LEPTIEN Ulrich, Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 1999.

LOSER Peter, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht (Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung), Bern 2006.

LÜCHINGER Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht: Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung, Freiburg 1999.

MAIER-REIMER Georg, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG (Hrsg.: **WESTERMANN** Harm Peter/**GRUNEWALD** Barbara/**MAIER-REIMER** Georg), 16. Aufl., Köln 2020.

MANSEL Heinz-Peter, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Kommentar (Hrsg: **STÜRNER** Rolf), 19. Aufl., München 2023.

MARCUSEN Woldemar, Das negative Vertragsinteresse im schweizer. Obligationenrecht und im deutschen Entwurf, ZBJV 1890, s. 121 vd.

MATUSCHE-BECKMANN Annemarie, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-480 (Kaufrecht), Berlin 2014.

MEDICUS Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg 2010.

MELLIGER Caspar, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen, 2. Aufl., Zürich 1898.

MIDDENDORF Patrick, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz (Hrsg.: **ARNET** Ruth/**BREITSCHMID** Peter/**JUNGO** Alexandra), 4. Aufl., Zürich - Genf 2023.

MOMMSEN Friedrich, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Über die Haftung des Contrahenden bei der Abschliessung von Schuldverträgen, Heft II, Braunschweig 1879.

MÜLLER Christoph, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht (Hrsg.: **AEBI-MÜLLER** Regina E./**MÜLLER** Christoph), Bern 2018.

MÜLLER Klaus, "Gesetzliche Vertretung ohne Vertretungsmacht", AcP 1968, s. 113 vd.

MÜLLER-CHEN Markus, "Die Crux mit dem Eigentum an Kunst", AJP 2003, s. 1267-1279.

MÜLLER-FREIENFELS Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.

NART Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara 2014 (Kısaltma: **NART**, Hakkaniyet).

NART Serdar, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu - Yürürlük Kanunu (Ed.: **ÖZ** Turgut/**ACAR** Faruk/**GÖKYAYLA** Emre/**DEVELİOĞLU** H. Murat), Cilt - 1 (Madde 1-82), TBK m. 40-48, 3. Bası, İstanbul 2019 (Kısaltma: **İŞ-NART**).

NEUNER Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020.

NOMER Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul 2023 (Kısaltma: **NOMER**, BH GH).

NOMER Halûk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996 (Kısaltma: **NOMER**, Maddî Tazminat).

NOMER Halûk Nami/**ERGÜNE** Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2023.

OFTINGER Karl/**STARK** Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.

OĞUZMAN M. Kemal/**BARLAS** Nami, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 29. Bası, İstanbul 2023.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 21. Bası, İstanbul 2023 (Kısaltma: **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I).

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 18. Bası, İstanbul 2023 (Kısaltma: **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II).

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 25. Bası, İstanbul 2023 (Kısaltma: **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya).

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 22. Baskı, İstanbul 2024 (Kısaltma: **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, KH).

OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht (Hrsg.: **EGGER August/ESCHER Arnold/HAAB Robert/OSER Hugo**), Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929.

ÖCAL APAYDIN Bahar, TBK ve CISG Uyarınca Taşınır Satımında Ayıplı İfa Halinde Satıcının Sorumlu Olduğu Maddi Zarar, Ankara 2021.

ÖZ M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Kısaltma: **ÖZ**, Dönme).

ÖZ M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Kısaltma: **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme).

ÖZEN Burak, Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul 2003 (Kısaltma: **ÖZEN**, Haksız Zilyedlik)

ÖZEN Burak, Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltma: **ÖZEN**, Kefalet).

ÖZER Mustafa Tolga, Medeni Hukukta Hata Kavramı, İstanbul 2019.

ÖZKAYA Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016.

PIOTET Paul, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé Suisse, Bern 1963.

PRÖLSS Jürgen, "Haftung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht", JuS 1986, s. 169 vd.

RABEL Ernst, "Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht", ZSR 27/1908, s. 291-328.

RADEMACHER Lukas, Commentaries on European Contract Laws (Eds.: **JANSEN Nils/ZIMMERMANN Reinhard**), Oxford 2018.

RADO Türkân, Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul 1982.

ROBERTO Vito, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022.

RUMPF Christian, “Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa in Contrahendo, Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış”, İşviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı (Ed: **ÇİVİ** Ali), İstanbul 2007, s. 161-185.

SAINTIER Séverine, “Unauthorised agency in French law”, The Unauthorised Agent (Eds.: **BUSCH** Danny/**MACGREGOR** Laura J.), Cambridge 2009, s. 17-60.

SARI Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.

SARIKAYA Murat, “İsviçre Borçlar Hukuku’nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”, MÜHF-HAD, C. 26, S. 2, 2020, s. 1203-1219.

SCHÄFER Hauke, Beck’scher Online-Kommentar: BGB (Hrsg: **HAU** Wolfgang/**POSECK** Roman), Buch 1, Allgemeiner Teil, Abschnitt 3. Rechtsgeschäfte, Titel 5. Vertretung und Vollmacht (§ 164 - § 181), 68. Edition, München 2023.

SCHERRER Karl, Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen, Diss., Zürich 1928.

SCHILKEN Eberhard, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164-240 (Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung), Berlin 2019.

SCHMIDLIN Bruno, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Aufl., Bern 2013.

SCHNEIDER Albert/**FICK** Heinrich, Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1893.

SCHNELLER Ludwig, Das Veranlassungsprinzip, Diss., Zürich 1904.

SCHÖBI Christian, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (Hrsg.: **FISCHER** Willi/**LUTERBACHER** Thierry), Zürich - St. Gallen 2016 (Kısaltma: HK-SCHÖBI).

SCHÖBI Christian, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg.: **KREN** **KOSTKIEWICZ** Jolanta/**WOLF** Stephan/**AMSTUTZ** Marc/**FANKHAUSER** Roland), 4. Aufl., Zürich 2023 (Kısaltma: OFK-SCHÖBI).

SCHÖNENBERGER Beat, Kurzkomentar OR, Art. 1-1186 OR (Hrsg.: **HONSELL** Heinrich), Basel 2014.

SCHÖNENBERGER Oser/**JÄGGI** Peter, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung und Art. 1-17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973.

SCHÖNLE Herbert/**HIGI** Peter, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Hrsg.: GAUCH Peter/SCHMID Jörg), Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Band V/2b, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005.

SCHRAMM Karl-Heinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG (Hrsg.: **SÄCKER** Franz Jürgen), 6. Aufl., München 2012.

SCHUBERT Claudia, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG (Hrsg.: **SÄCKER** Franz Jürgen/**RIXECKER** Roland/**OETKER** Hartmut/**LIMPERG** Bettina), 9. Aufl., München 2021.

SCHWANDER Ivo, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Hrsg.: **KREN KOSTKIEWICZ** Jolanta/**WOLF** Stephan/**AMSTUTZ** Marc/**FANKHAUSER** Roland), 4. Aufl., Zürich 2021.

SCHWARZ Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt (Çev.: **DAVRAN** Bülent), İstanbul 1948.

SCHWENZER Ingeborg/**FOUNTOULAKIS** Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2020.

SEROZAN Rona, “‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdiñ Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüñcü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İÜMHAD, C. 2, S. 3, 1968, s. 108-129 (Kısaltma: **SEROZAN**, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi).

SEROZAN Rona, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2014 (Kısaltma: **SEROZAN**, Eşya).

SEROZAN Rona, Hukukta Yöntem - Mantık, 2. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltma: **SEROZAN**, Yöntem)

SEROZAN Rona/**BAYSAL** Başak/**SANLI** Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme), İstanbul 2022.

SEROZAN Rona/**ENGİN** B. İlkay/**ATAMER** Yeşim M., Serozan Medeni Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku), 9. Baskı, İstanbul 2022.

SÉVERINE Saintier, “Unauthorised agency in French law”, The Unauthorised Agent (Ed.: **BUSCH** Danny/**MACGREGOR** Laura J.), Cambridge 2009, s. 17-60.

SIMONIUS August, “Über den Ersatz des “aus dem Dahinfallen des Vertrages” erwachsenen Schadens”, ZSR 37/1918, s. 225-287.

STARK Emil W./**LINDENMANN** Barbara, BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016.

SUNGURBEY İsmet Gülümser, İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956.

ŞENOCAK Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

TANDOĞAN Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul 2010.

TANDOĞAN Halûk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kısaltma: **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan).

TANDOĞAN Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), İstanbul 1961 (Kısaltma: **TANDOĞAN**, Mes'uliyet).

TAŞATAN Caner, Sözleşmenin Kurulması, İstanbul 2021.

TEKBEN Tuğçe, Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2021.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Halûk/**ALTOP** Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Halûk/**ALTOP** Atillâ, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I: Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989 (Kısaltma: **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, EH).

TERCIER Pierre/**PICHONNAZ** Pascal/**DEVELİOĞLU** H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020.

THIER Andreas, Kurzkommentar OR, Art. 1-1186 OR (Hrsg.: **HONSELL** Heinrich), Basel 2014.

TİFTİK Mustafa/**ŞEN** Elif, “Yetkisiz Temsilde Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt III, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, 2016, s. 2643-2664.

TOPUZ Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2020.

TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

TÜRKMEN Ahmet, “Theodor Kipp’in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözilemeyeceği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler”, MÜHF-HAD, C. 28, S. 2, Aralık 2022, s. 1065-1084.

ULUSAN İlhan, “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit. Doğanay’ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 275 vd. (Kısaltma: **ULUSAN**, Culpa in Contrahendo).

ULUSAN İlhan, Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2012 (Kısaltma: **ULUSAN**, Fedakârlığın Denkleştirilmesi).

Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri 2016, İstanbul 2020.

UMUR Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999.

UNGER Joseph, Handeln auf fremde Gefahr, 3. Aufl., Jena 1904.

van VENROOY Gerd J., “Zur Dogmatik von § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB”, AcP 1981, s. 220-235.

VIOLAND Georges, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung (OR Art. 38 und 39), Bern-Stuttgart 1988.

von BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

von MOOS Guido, Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht nach Art. 39 OR, Zürich-St. Gallen 2017.

von TUHR Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984.

WALTER Hans Peter, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB (Hrsg.: **HAUSHEER** Heinz/**WALTER** Hans Peter), Bern 2012.

WATTER Rolf, BSK OR I - Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (Hrsg.: **WIDMER LÜCHINGER** Corinne/**OSER** David), 7. Aufl., Basel 2020.

WEBER Rolf H./**EMMENEGGER** Susan, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Aufl., Bern 2020.

WEIDENKAFF Walter, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433-853), Titel 1. Kauf, Tausch. (§§ 433-480), 75. Aufl., München 2016.

WERRO Franz, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, Diss., Freiburg 1986.

WESTERMANN Harm Peter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Aufl., München 2019.

WIEGAND Wolfgang, BSK OR I - Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (Hrsg.: **WIDMER LÜCHINGER** Corinne/**OSER** David), 7. Aufl., Basel 2020.

WINDSCHEID Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, Düsseldorf 1875.

YAĞCIOĞLU Ali Haydar, Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki “İsviçre Borçlar Kanununun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)” Hükümlerine İlişkin Açıklamalar, Ankara 2021.

YALMAN Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

YAVUZ Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

YAVUZ Cevdet/**ACAR** Faruk/**ÖZEN** Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 11. Baskı, İstanbul 2022.

YAVUZ Cevdet/**ERLÜLE** Fulya/**TOPUZ** Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017.

YELKENCİ Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014.

YELMEN Adem, “Yetkisiz Temsil”, İnÜHFD, C. 6, S. 3, 2015, s. 429-448.

YILMAZ Asuman, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ‘Swissair Kararı’”, BATİDER, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 429 vd.

ZÄCH Roger, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Art. 32-40 OR (Hrsg.: **MEIER-HAYOZ** Arthur), Bern 1990.

ZÄCH Roger/**KÜNZLER** Adrian, BK - Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Aufl., Bern 2014.

ZIMMERMANN Ernst, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Strassburg 1876.