

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

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA**  
**TEMSİL**

Doktora Tezi

BÜLENT KARASU

İstanbul, 2018

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

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA**  
**TEMSİL**

Doktora Tezi

BÜLENT KARASU

**TEZ DANIŞMANI**  
**PROF. DR. SERAP HELVACI**

İstanbul, 2018

# İÇİNDEKİLER

|                        |       |
|------------------------|-------|
| İÇİNDEKİLER            | I     |
| KISALTMALAR.....       | XIV   |
| TEZ ONAY BELGESİ ..... | XVI   |
| ÖZET .....             | XVII  |
| ABSTRACT .....         | XX    |
| ÖNSÖZ .....            | XXIII |
| GİRİŞ.....             | 1     |

## Birinci Bölüm

### HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI KAVRAMI.....                                                                  | 8  |
| II. HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI ÇALIŞMALARI .....                                                            | 11 |
| A.AVRUPA BİRLİĞİ'NDE YÜRÜTÜLEN UYUMLAŞTIRMA FAALİYETLERİ                                                  | 12 |
| 1.Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri.....                                                                    | 14 |
| 2.Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları.....                                      | 18 |
| B.ÖZEL HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİ İÇİN ULUSLARARASI ENSTİTÜ'NÜN<br>YÜRÜTTÜĞÜ UYUMLAŞTIRMA FAALİYETLERİ ..... | 22 |
| 1.Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon.....                                          | 23 |
| 2.Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler .....                                                  | 25 |

## İkinci Bölüm

### TEMSİL VE TEMSİLİN TÜRLERİ

|                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. TEMSİL .....                                                                               | 29 |
| A.GENEL BAKIŞ .....                                                                           | 29 |
| B.TEMSİLİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI .....                                               | 33 |
| 1.ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİLİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI.....                | 33 |
| a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde Temsilin Uygulama Alanı .....                          | 33 |
| b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları’nda Temsilin Uygulama Alanı..... | 34 |
| c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Temsilin Uygulama Alanı .....          | 36 |
| d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da Temsilin Uygulama Alanı.....  | 37 |
| 2.ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİLİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI.....                     | 38 |
| 3.DEĞERLENDİRME .....                                                                         | 44 |
| II. TEMSİLİN TÜRLERİ.....                                                                     | 47 |
| A.GENEL BAKIŞ.....                                                                            | 47 |
| B.DOĞRUDAN TEMSİL.....                                                                        | 52 |
| 1.ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOĞRUDAN TEMSİL.....                                        | 53 |
| a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde Doğrudan Temsil .....                                  | 53 |
| b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları’nda Doğrudan Temsil.....         | 55 |
| c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Açık Temsil.....                       | 57 |
| d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da Öngörülen Düzenleme .....     | 58 |
| 2.ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOĞRUDAN TEMSİL.....                                             | 59 |
| a. Türk ve İsviçre Hukukunda Doğrudan Temsil.....                                             | 59 |
| i. Temsil Yetkisinin Varlığı.....                                                             | 60 |
| ii. Başkası Adına ve Hesabına Hareket Edilmesi.....                                           | 61 |
| aa. Başkası Adına ve Hesabına Hareket Açıklaması.....                                         | 61 |

|                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb. İlgili İçin Açık İşlem.....                                                             | 64  |
| aaa. Genel Bakış.....                                                                       | 64  |
| bbb. Belirsizliğin Süresi.....                                                              | 66  |
| ccc. Temsil Olunanın Kimliğinin Açıklanmaması.....                                          | 69  |
| cc. İlgili İçin Örtülü İşlem.....                                                           | 75  |
| b. Alman Hukukunda Doğrudan Temsil.....                                                     | 77  |
| i. Genel Bakış .....                                                                        | 77  |
| ii. İlgili İçin Açık İşlem .....                                                            | 80  |
| iii. İlgili İçin Örtülü İşlem .....                                                         | 81  |
| c. Hollanda Hukukunda Doğrudan Temsil .....                                                 | 83  |
| d. İngiliz Hukukunda Açık Temsil.....                                                       | 84  |
| C. DOLAYLI TEMSİL .....                                                                     | 85  |
| 1. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOLAYLI TEMSİL.....                                      | 86  |
| a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Dolaylı Temsil.....                                  | 86  |
| i. Genel Bakış.....                                                                         | 86  |
| ii. Dolaylı Temsilin Koşulları.....                                                         | 88  |
| aa. Kendi Adına Hareket Etme.....                                                           | 88  |
| bb. Başkası Hesabına Hukuki İşlem Yapılması.....                                            | 88  |
| cc. Dolaylı Temsil Yetkisinin Varlığı.....                                                  | 88  |
| b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Dolaylı Temsil             | 91  |
| c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Gizli Temsil.....                    | 93  |
| d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Öngörülen<br>Düzenleme..... | 94  |
| 2. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOLAYLI TEMSİL.....                                           | 96  |
| a. Türk ve İsviçre Hukukunda Dolaylı Temsil.....                                            | 96  |
| i. Genel Bakış.....                                                                         | 96  |
| ii. Dolaylı Temsilin Koşulları.....                                                         | 98  |
| aa. Kendi Adına Hareket Etme.....                                                           | 98  |
| bb. Başkası Hesabına Hukuki İşlem Yapılması.....                                            | 100 |
| aaa. Başkası Hesabına İşlem Yapılması Kavramı.....                                          | 100 |
| bbb. Başkası Hesabına İşlem Yapılması İradesi.....                                          | 101 |
| cc. Dolaylı Temsil Yetkisinin Varlığı.....                                                  | 104 |
| aaa. Dolaylı Temsil Yetkisi Kavramı.....                                                    | 104 |
| bbb. Dolaylı Temsil Yetkisinin Kanuni Dayanağı.....                                         | 106 |

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| iii. Dolaylı Temsili Düzenleyen Hükümler.....                            | 113 |
| aa. Dolaylı Temsili Genel Olarak Düzenleyen Hükümler.....                | 113 |
| aaa. BK. m. 40 f. 3.....                                                 | 113 |
| bbb. BK. m. 509.....                                                     | 114 |
| ccc. BK. m. 637.....                                                     | 115 |
| bb. Dolaylı Temsilin Uygulanması Niteliğindeki Hükümler.....             | 116 |
| aaa. Vekâlet Sözleşmesi.....                                             | 116 |
| bbb. Vekâletsiz İşgörme .....                                            | 116 |
| ccc. Komisyon Sözleşmesi.....                                            | 117 |
| ççç. Adi Ortaklık Sözleşmesi.....                                        | 119 |
| ddd. Havale.....                                                         | 119 |
| eee. Başkası Hesabına Poliçe Düzenlenmesi.....                           | 120 |
| b. Alman Hukukunda Dolaylı Temsil.....                                   | 120 |
| c. Hollanda Hukukunda Dolaylı Temsil.....                                | 122 |
| d. İngiliz Hukukunda Gizli Temsil.....                                   | 124 |
| D. KENDİ ADINA VEYA BAŞKASI ADINA HAREKET ETMEYE İLİŞKİN<br>BELİRTİ..... | 125 |
| E. DEĞERLENDİRME .....                                                   | 129 |

### Üçüncü Bölüm

#### TEMSİL YETKİSİNİN KAYNAKLARI VE KAPSAMI

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. TEMSİL YETKİSİNİN KAYNAKLARI .....                                                                | 135 |
| A. GENEL BAKIŞ .....                                                                                 | 135 |
| B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN<br>KAYNAKLARI.....                              | 136 |
| 1. Temsil Yetkisinin Verilmesi.....                                                                  | 136 |
| a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Temsil Yetkisinin Verilmesi.....                              | 136 |
| b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Temsil<br>Yetkisinin Verilmesi..... | 138 |
| c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Temsil Yetkisinin Verilmesi                   | 139 |
| d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Temsil                               | 140 |

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Yetkisinin Verilmesi.....                                                           |     |
| 2. Görünen Yetki.....                                                               | 141 |
| a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde Görünen Yetki.....                           | 141 |
| b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları’nda Görünen Yetki..... | 144 |
| c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Görünen Yetki.....           | 145 |
| d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da Görünen Yetki....   | 146 |
| C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAYNAKLARI.....                     | 148 |
| 1. Temsil Yetkisinin Verilmesi.....                                                 | 148 |
| a. Türk ve İsviçre Hukukunda Temsil Yetkisinin Verilmesi.....                       | 148 |
| i. Temsil Yetkisi Veren İşlemin Hukuki Niteliği.....                                | 148 |
| ii. Temsil Yetkisinin Muhatabı.....                                                 | 155 |
| iii. Temsil Yetkisinin Verilme Şekli.....                                           | 157 |
| b. Alman ve Hollanda Hukukunda Temsil Yetkisinin Verilmesi.....                     | 163 |
| i. Temsil Yetkisi Veren İşlemin Hukuki Niteliği.....                                | 163 |
| ii. Temsil Yetkisinin Muhatabı.....                                                 | 169 |
| iii. Temsil Yetkisinin Verilme Şekli.....                                           | 170 |
| c. İngiliz Hukukunda Temsil Yetkisinin Verilmesi.....                               | 172 |
| 2. Dış Temsil Yetkisi.....                                                          | 174 |
| a. Türk ve İsviçre Hukukunda Dış Temsil Yetkisi.....                                | 174 |
| i. Genel Bakış.....                                                                 | 174 |
| ii. Dış Temsil Yetkisinin Kanuni Düzenlemesi.....                                   | 175 |
| iii. Dış Temsil Yetkisinin Gerçekleşme Şekilleri.....                               | 177 |
| aa. Açık veya Örtülü Yetki.....                                                     | 177 |
| bb. Yetki Belgesinin Gösterilmesi.....                                              | 177 |
| aaa. Genel Bakış.....                                                               | 177 |
| bbb. Yetkinin Sona Ermesinde Yetki Belgesinin Kullanımı.....                        | 179 |
| cc. Temsil Olunanın Fiili Davranışları.....                                         | 186 |
| dd. Temsil Yetkisini Gerektiren Bir Konuma Tayin.....                               | 189 |
| iv. Üçüncü Kişinin İyiniyeti.....                                                   | 190 |
| v. Hukuk Sonuç: Temsilin Etkili Olması.....                                         | 191 |
| b. Alman ve Hollanda Hukukunda Dış Temsil Yetkisi.....                              | 192 |
| i. Genel Bakış.....                                                                 | 192 |
| ii. Alman MK. m. 170 Gereğince Yaratılan Hukuki Görünüş.....                        | 192 |

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| iii. Alman MK. m. 171 Gereğince Yaratılan Hukuki Görünüş.....                          | 194 |
| iv. Alman MK. m. 172 Gereğince Yaratılan Hukuki Görünüş.....                           | 196 |
| aa. Yetki Belgesinin Geri Verilmesi.....                                               | 198 |
| bb. Yetki Belgesinin Hükümsüz Kılınması.....                                           | 198 |
| v. Katlanma Yetkisi ve Görünüş Yetkisi.....                                            | 199 |
| aa. Katlanma Yetkisi.....                                                              | 200 |
| bb. Görünüş Yetkisi.....                                                               | 201 |
| vi. Üçüncü Kişinin İyiniyeti.....                                                      | 202 |
| vii. Hukuki Sonuç: Temsilin Etkili Olması.....                                         | 203 |
| c. İngiliz Hukukunda Dış Temsil Yetkisi.....                                           | 204 |
| II. TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI.....                                                     | 206 |
| A. GENEL BAKIŞ.....                                                                    | 206 |
| B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI.....                      | 207 |
| 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Yetkinin Kapsamı.....                           | 207 |
| 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Yetkinin Kapsamı..... | 208 |
| 3. UNIDROIT Bünyesinde Hazırlanan Belgelerde Yetkinin Kapsamı.....                     | 209 |
| C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI.....                           | 210 |
| 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Temsil Yetkisinin Kapsamı.....                            | 210 |
| a. Genel Olarak.....                                                                   | 210 |
| b. Temsil Yetkisinin Kapsamının Belirlenmesinde Kıstaslar.....                         | 210 |
| c. Temsil Yetkisinin Kapsamının Kanun İle Belirlenmesi.....                            | 213 |
| 2. Diğer Ulusal Hukuk Sistemlerinde Temsil Yetkisinin Kapsamı.....                     | 215 |
| III. DEĞERLENDİRME.....                                                                | 218 |



## Dördüncü Bölüm

### MENFAAT ÇATIŞMASI VE ALT TEMSİL

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. MENFAAT ÇATIŞMASI.....                                                               | 226 |
| A. GENEL BAKIŞ.....                                                                     | 226 |
| B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE MENFAAT ÇATIŞMASI.....                               | 227 |
| 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde Menfaat Çatışması.....                           | 227 |
| 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları’nda Menfaat Çatışması..... | 230 |
| 3. UNIDROIT Bünyesinde Hazırlanan Belgelerde Menfaat Çatışması.....                     | 231 |
| C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE MENFAT ÇATIŞMASI.....                                     | 234 |
| 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Menfaat Çatışması.....                                     | 234 |
| a. Genel Bakış.....                                                                     | 234 |

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. Temsilcinin Bizzat Kendisiyle veya Çifte Temsilci Sıfatıyla İşlem Yapması..... | 234 |
| c. Bizzat Kendisiyle Yapılan Sözleşmelerden Farklı Menfaat Çatışmaları.....       | 237 |
| d. Menfaat Çatışması Yasağının Düzenleyici Niteliği.....                          | 240 |
| i. Gerçek Muvafakat.....                                                          | 241 |
| ii. Normatif Muvafakat.....                                                       | 242 |
| e. Yaptırım Rejimi.....                                                           | 246 |
| 2. Alman ve Hollanda Hukukunda Menfaat Çatışması.....                             | 248 |
| 3. İngiliz Hukukunda Menfaat Çatışması.....                                       | 253 |
| II. ALT TEMSİL.....                                                               | 254 |
| A. GENEL BAKIŞ.....                                                               | 254 |
| B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE ALT TEMSİL.....                                | 254 |
| 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Alt Temsil.....                            | 254 |
| 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Alt Temsil.....  | 257 |
| 3. UNIDROIT Bünyesinde Hazırlanan Belgelerde Alt Temsil.....                      | 258 |
| C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE ALT TEMSİL.....                                     | 259 |
| 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Alt Temsil.....                                      | 259 |
| 2. Alman ve Hollanda Hukukunda Alt Temsil.....                                    | 263 |
| 3. İngiliz Hukukunda Alt Temsil.....                                              | 265 |
| III. DEĞERLENDİRME.....                                                           | 265 |

## Beşinci Bölüm

### YETKİSİZ TEMSİL VE TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| I. YETKİSİZ TEMSİL.....                                     | 272 |
| A. GENEL BAKIŞ.....                                         | 272 |
| B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE YETKİSİZ TEMSİL.....     | 273 |
| 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Yetkisiz Temsil..... | 273 |

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi.....                                         | 273 |
| b. Onama.....                                                                       | 273 |
| c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu.....                                            | 277 |
| 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Yetkisiz Temsil... | 278 |
| a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi.....                                         | 278 |
| b. Onama.....                                                                       | 279 |
| c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu.....                                            | 280 |
| 3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Yetkisiz Temsil.....         | 281 |
| a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi.....                                         | 281 |
| b. Onama.....                                                                       | 281 |
| c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu.....                                            | 282 |
| 4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Yetkisiz Temsil.... | 283 |
| C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE YETKİSİZ TEMSİL.....                                  | 286 |
| 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Yetkisiz Temsil.....                                   | 286 |
| a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi.....                                         | 286 |
| b. Onama.....                                                                       | 290 |
| i. Sözleşmenin Onamadan Önceki Hukuki Konumu.....                                   | 290 |
| aa. Askıda Hükümsüzlük.....                                                         | 290 |
| bb. Askıda Hükümsüzlüğün Sona Ermesi.....                                           | 293 |
| ii. Onamanın Şekli.....                                                             | 295 |
| iii. Onamanın Muhatabı.....                                                         | 297 |
| iv. Onamanın Etkisi.....                                                            | 299 |
| c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu.....                                            | 301 |
| i. Genel Bakış.....                                                                 | 301 |
| ii. Sorumluluğun Kapsamı.....                                                       | 302 |
| aa. Menfi Zararın Tazmini.....                                                      | 302 |
| bb. Müspet Zararın Tazmini.....                                                     | 302 |

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| iii. Üçüncü Kişinin İyi Niyeti.....                                                                 | 305 |
| 2. Alman ve Hollanda Hukukunda Yetkisiz Temsil.....                                                 | 307 |
| a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi.....                                                         | 307 |
| b. Onama.....                                                                                       | 308 |
| i. Üçüncü kişinin Onama Konusunda Temsil Olunana Süre Tayini.....                                   | 310 |
| ii. Üçüncü kişinin Onamadan Önce İşlemden Cayması.....                                              | 311 |
| c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu.....                                                            | 312 |
| i. Genel Bakış.....                                                                                 | 312 |
| ii. Sorumluluğun Kapsamı.....                                                                       | 313 |
| aa. Temsilcinin Yetkisizliği Bilmesi.....                                                           | 313 |
| bb. Temsilcinin Yetkisizliği Bilmemesi.....                                                         | 314 |
| iii. Temsilcinin Sorumluluğunun Kalkması.....                                                       | 314 |
| 3. İngiliz Hukukunda Yetkisiz Temsil.....                                                           | 315 |
| a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi.....                                                         | 315 |
| b. Onama.....                                                                                       | 315 |
| c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu.....                                                            | 317 |
| D. DEĞERLENDİRME.....                                                                               | 319 |
| II. TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ.....                                                              | 325 |
| A. GENEL BAKIŞ.....                                                                                 | 325 |
| B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ.....                               | 325 |
| 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....                           | 325 |
| 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Temsil Yetkisinin Sona ermesi..... | 327 |
| 3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....           | 329 |
| 4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....  | 330 |

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ.....                                  | 331 |
| 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....                                   | 331 |
| a. Temsil Yetkisinin BK. m. 42 Gereğince Sınırlanması ve Geri Alınması.....                       | 332 |
| i. Temsil Yetkisinin Sınırlanması ve Geri Alınması.....                                           | 332 |
| ii. Geri Alma Hakkından Feragat.....                                                              | 333 |
| iii. Temsil Yetkisinin Geri Alınmasının veya Sınırlanmasının Üçüncü Kişiyeye<br>Bildirilmesi..... | 334 |
| b. Temsil Yetkisinin BK. m. 43 Gereğince Sona Ermesi.....                                         | 337 |
| c. Temsil Yetkisinin Sona Erdiğinin İleri Sürülememesi.....                                       | 340 |
| d. Dolaylı Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....                                                     | 341 |
| 2. Alman ve Hollanda Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....                                 | 343 |
| a. Alman Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....                                             | 343 |
| i. Temsil Yetkisinin Genel İlkeler Kapsamında Sona Ermesi.....                                    | 343 |
| ii. Temsil Yetkisinin Dayandığı Hukuki İlişki Gereğince Sona Ermesi.....                          | 344 |
| iii. Temsil Yetkisinin Geri Alınması.....                                                         | 345 |
| iv. Temsil Yetkisinin Varlığını Sürdürmesi.....                                                   | 346 |
| b. Hollanda Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....                                          | 347 |
| 3. İngiliz Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi.....                                           | 349 |
| D. DEĞERLENDİRME.....                                                                             | 350 |

## Altıncı Bölüm

### TEMSİLİN ETKİSİ

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. DOĞRUDAN TEMSİLİN ETKİSİ.....                                                   | 355 |
| A. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOĞRUDAN TEMSİLİN ETKİSİ                        | 356 |
| 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Doğrudan Temsilin Etkisi.....               | 356 |
| 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Doğrudan Temsilin |     |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Etkisi.....                                                                                      | 356 |
| 3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Açık Temsilin Etkisi.....                 | 357 |
| 4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da Öngörülen<br>Düzenleme.....      | 358 |
| B. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOĞRUDAN TEMSİLİN ETKİSİ.....                                      | 358 |
| II. DOLAYLI TEMSİLİN ETKİSİ.....                                                                 | 360 |
| A. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOLAYLI TEMSİLİN ETKİSİ.....                                  | 360 |
| 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde Dolaylı Temsilin Etkisi.....                              | 360 |
| 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları’nda Dolaylı Temsilin<br>Etkisi..... | 364 |
| 3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Gizli Temsilin Etkisi.....                | 366 |
| 4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da Öngörülen<br>Düzenleme.....      | 368 |
| B. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOLAYLI TEMSİLİN ETKİSİ.....                                       | 371 |
| 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Dolaylı Temsilin Etkisi.....                                        | 371 |
| a. Genel Bakış.....                                                                              | 371 |
| b. Dolaylı Temsil Olunan İle Üçüncü kişi Arasında Doğrudan İlişki Kurulması.....                 | 372 |
| i. Borçlandırııcı İşlemler Alanında Doğrudan İlişki.....                                         | 372 |
| aa. Dolaylı Temsil Olunan Hesabına Alacak Hakları Kazanılması.....                               | 372 |
| aaa. Genel Olarak.....                                                                           | 372 |
| bbb. Dolaylı Temsil Olunanın Üçüncü kişiye Karşı Doğrudan Alacaklı<br>Olmasının Koşulları.....   | 372 |
| ccc. Dolaylı Temsil Olunanın Üçüncü kişiye Karşı Doğrudan Alacaklı<br>Olmasının Sonucu.....      | 374 |
| bb. Dolaylı Temsil Olunan Hesabına Borçlar Taahhüt Edilmesi.....                                 | 377 |
| aaa. Genel Olarak.....                                                                           | 377 |
| bbb. Dolaylı Temsilcinin Borçlardan Kurtarılması.....                                            | 378 |
| aaaa. Dolaylı Temsilcinin Borcunun Temsil Olunan Tarafından Şahsen                               |     |

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Üçüncü kişiye Yerine Getirilmesi.....                                        | 379 |
| bbbb. Temsil Olunanın Borç İçin Karşılık Sağlaması.....                      | 379 |
| cccc. Borcun Nakli Sözleşmesi.....                                           | 380 |
| dddd. Borçlunun Değişmesiyle Yenileme.....                                   | 380 |
| ii. Tasarruf İşlemleri Alanında Doğrudan İlişki.....                         | 381 |
| aa. Dolaylı Temsil Olunan Hesabına Haklar Kazanılması.....                   | 381 |
| aaa. Taşınır Mallar Kazanılması.....                                         | 381 |
| bbb. Taşınmaz Mallar Kazanılması.....                                        | 383 |
| bb. Dolaylı Temsil Olunana Ait Haklar Üzerinde Tasarrufta Bulunulması.....   | 383 |
| c. Dolaylı Temsilde Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini.....                    | 384 |
| 2. Alman Hukukunda Dolaylı Temsilin Etkisi.....                              | 386 |
| a. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini.....                                     | 388 |
| b. Geleceğe İlişkin Alacakların Devri.....                                   | 389 |
| c. Üçüncü Kişinin MK. m. 826 Gereğince Doğrudan Temsil Olunana Yönelmesi.... | 390 |
| d. Komisyon İşlemi.....                                                      | 391 |
| 3. Hollanda Hukukunda Dolaylı Temsilin Etkisi.....                           | 392 |
| a. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini.....                                     | 393 |
| b. Temsil Olunanın Üçüncü Kişiye Doğrudan Yönelmesi.....                     | 394 |
| c. Üçüncü kişinin Temsil Olunana Doğrudan Yönelmesi.....                     | 395 |
| 4. İngiliz Hukukunda Gizli Temsilin Etkisi.....                              | 397 |
| III. DEĞERLENDİRME.....                                                      | 400 |
| <b>SONUÇ</b> .....                                                           | 408 |
| <b>KAYNAKÇA</b> .....                                                        | 455 |

## KISALTMALAR

|                  |                                                        |
|------------------|--------------------------------------------------------|
| ABD              | : Ankara Barosu Dergisi                                |
| AcP              | : Archiv für die civilistische Praxis                  |
| AJCL             | : American Journal of Comparative Law                  |
| Anglo-Am. L. Rev | : Anglo-American Law Review                            |
| Art.             | : Article                                              |
| art.             | : artikel                                              |
| AT               | : Allgemeiner Teil                                     |
| Aufl.            | : Auflage                                              |
| BB               | : Betriebs-Berater                                     |
| Bd.              | : Band                                                 |
| BGB              | : Bürgerliches Gesetzbuch                              |
| BGE              | : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts    |
| BGH              | : Bundesgerichtshof                                    |
| BGHZ             | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BK               | : Borçlar Kanunu                                       |
| BW               | : Dutch Civil Code                                     |
| Calif. L. Rev.   | : California Law Review                                |
| C.               | : Cilt                                                 |
| c.               | : cümle                                                |
| CC               | : Code Civil                                           |
| CLJ              | : Cambridge Law Journal                                |
| Col. L. Rev.     | : Columbia Law Review                                  |
| Diss.            | : Dissertation                                         |
| Ed.              | : Edition                                              |
| Eds.             | : Editors                                              |
| ERPL             | : European Review of Private Law                       |
| EMK              | : Eski Medeni Kanun                                    |
| EuZW             | : Europäische Zeitschrift für Wirtschaft               |
| Harv. L. Rev.    | : Harvard Law Review                                   |
| HD               | : Hukuk Dairesi                                        |
| HGB              | : Handelsgesetzbuch                                    |
| HGK              | : Hukuk Genel Kurulu                                   |
| Hrsg.            | : Herausgeber                                          |
| İBD              | : İstanbul Barosu Dergisi                              |
| İBK              | : İsviçre Borçlar Kanunu                               |
| ICC              | : International Chamber of Commerce                    |
| ICLQ             | : International and Comparative Law Quarterly          |
| ILA              | : International Law Association                        |
| InsO             | : Insolvenzordnung                                     |
| J. Bus. L.       | : Journal of Business Law                              |
| JCL              | : Journal of Contract Law                              |
| Jura             | : Juristische Ausbildung                               |
| JuS              | : Juristische Schulung                                 |
| JW               | : Juristische Wochenschrift                            |
| JZ               | : Juristische Zeitung                                  |
| K.               | : Karar                                                |
| KO               | : Konkursordnung                                       |
| LG.              | : Landgericht                                          |
| LQR              | : Law Quarterly Review                                 |



|          |                                                                          |
|----------|--------------------------------------------------------------------------|
| m.       | : Madde                                                                  |
| MDR      | : Monatsschrift für Deutsches Recht                                      |
| MK       | : Medeni Kanun                                                           |
| NJ       | : Nederlandse Jurisprudentie                                             |
| NJW      | : Neue Juristische Wochenschrift                                         |
| No:      | : Number                                                                 |
| OLG      | : Oberlandesgericht                                                      |
| PECL     | : Principles of European Contract Law                                    |
| pp.      | : pages                                                                  |
| RabelsZ  | : Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht   |
| Red.     | : Redaktion                                                              |
| Rn.      | : Randnummer                                                             |
| RG       | : Reichsgericht                                                          |
| RGZ      | : Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| s.       | : sayfa                                                                  |
| S.       | : Sayı                                                                   |
| SPR      | : Schweizerisches Privatrecht                                            |
| TTK      | : Türk Ticaret Kanunu                                                    |
| ULR      | : Uniform Law Review                                                     |
| UNIDROIT | : International Institute for the Unification of Private Law             |
| Vol.     | : Volume                                                                 |
| Vorbem.  | : Vorbemerkung                                                           |
| W.       | : Weekblad van het Recht                                                 |
| W.L.R.   | : Weekly Law Reports                                                     |
| WM       | : Wertpapier-Mitteilungen                                                |
| YHGK     | : Yargıtay Hukuk Genel Kurul                                             |
| YKD      | : Yargıtay Kararları Dergisi                                             |
| ZEuP     | : Zeitschrift für Europäisches Privatrecht                               |
| ZfRV     | : Zeitschrift für Rechtsvergleichung                                     |
| ZGB      | : Zivilgesetzbuch                                                        |
| ZHR      | : Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht          |
| ZIP      | : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                       |
| ZSR      | : Zeitschrift für Schweizerisches Recht                                  |

**MARMARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ**

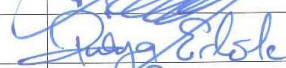
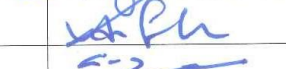
**TEZ ONAY BELGESİ**

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi BÜLENT KARASU'nun KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TEMSİL adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 8.03.2018 tarih ve 2018-7/41 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 30 / 03 / 2018

**Öğretim Üyesi Adı Soyadı**

**İmzası**

|                  |                            |                                                                                       |
|------------------|----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. Tez Danışmanı | Prof. Dr. SERAP HELVACI    |  |
| 2. Jüri Üyesi    | Prof. Dr. MERİH KEMAL OMAĞ |  |
| 3. Jüri Üyesi    | Doç. Dr. FULYA ERLÜLE      |  |
| 4. Jüri Üyesi    | Prof. Dr. FARUK ACAR       |  |
| 5. Jüri Üyesi    | Prof. Dr. CEVDET YAVUZ     |  |

## ÖZET

Günümüzde sözleşmelerin kuruluşunda yer alan taraflar ile sınırlı olarak hüküm doğurması anlayışı köklü değişikliklere uğramıştır. İşlem hayatının gösterdiği hızlı değişim, temsil kurumunu zorunlu bir olgu haline getirmiştir. Bu doğrultuda temsil kurumu başta ulusal hukuk sistemlerinde olmak üzere birçok uluslararası hukuk belgesinde önemli düzenlemelere konu olmuştur. Hukuk sistemimizde öngörülen temsile ilişkin hükümlerin belirsizliği ve tarafların menfaatlerini dengeli bir şekilde korumaması, bu konudaki kuralların yeniden değerlendirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Çalışmamızda uyumlaştırma faaliyetleri ışığında oluşturulan uluslararası hukuk belgelerinde temsile bağlanan sonuçlar ulusal hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Değişik hukuk sistemlerinde öngörülen düzenlemelerin karşılaştırmalı olarak ele alınması, sorunları en etkili şekilde çözecek kuralların oluşturulmasına katkı sunmaktadır. Bu hedefe ulaşmak amacıyla hukuk sistemimiz dışında İsviçre, Alman, Hollanda ve İngiliz hukukunda temsil kurumuna ilişkin yaklaşımlar araştırılmıştır. Çalışmamızda ulusal hukuk düzenlerine etki etme kabiliyeti olan uluslararası hukuk belgeleri de incelenmiştir. Bu kapsamda civil law ile common law geleneğinin temsil kavramına yansımaları dikkate alınmıştır.

Birinci bölümde Avrupa Birliği bünyesinde yürütülen faaliyetler sonucunda hazırlanan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları işlenmiştir. Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü'nün çalışmaları ışığında oluşturulan Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler ile Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Kovansiyon da çalışmamızın parçasını teşkil etmiştir. İkinci bölümde temsilin türleri mercek altına alınmıştır. Bu kapsamda doğrudan ve dolaylı temsil ile açık ve gizli temsil ayırımı irdelenmiştir. Kıta Avrupa hukuk sistemlerinde temsilcinin kendi adına veya başkası adına hareket etmesinde keskin bir ayırım yapıldığı, ancak bu sert ayırımın tutarlı bir şekilde korunamadığı tespit edilmiştir. Dolaylı temsili gerçek bir temsil olgusu olarak tanımayan geniş bir yazımın olduğu, bu temsil türünün hukuk sistemlerinde genel olarak positif bir düzenlemeye kavuşturulmadığı belirlenmiştir. Ancak bir kimsenin kendi adına işlem yaptığı hallerde de hesabına işlem yapılana yönelik önemli hukuki sonuçların doğduğu sonucuna varılmıştır. Borçlar Kanununun temel sistematığı doğrudan ve dolaylı temsil ayırımına yer vermemiştir. Ancak kanunda dağınık bir şekilde yer alan normların dolaylı temsili düzenleyen genel nitelikte düzenlemeler olduğu görülmüştür.

Dolaylı temsilin genel hükümlerde doğrudan temsilin yanında detaylı olarak hüküm altına alınması tavsiye edilmiştir.

Üçüncü bölümde temsilin etkinlik kaynakları ve kapsamı üzerinde durulmuştur. Temsil yetkisi ile temel ilişki arasında kendine özgü bir bağın olduğu görülmüştür. Böylece temsil kurumu bir yandan sözleşmesel ilişkiyi, diğer yandan yetki verilmesini kapsayan bir madalyonun iki yüzünü teşkil etmektedir. Dış temsil yetkisinin dayanağını teşkil eden BK. m. 41 f. 2'nin ve BK. m. 42 f. 3'ün belirsiz bir görünüm sergilediği tespit edilmiştir. Bu anlamda işlem hayatını etkin bir şekilde koruyan Alman MK. m. 170-173 hükümlerine benzer genel düzenlemelerin oluşturulması önerilmiştir. Dördüncü bölümde menfaat çatışması ve alt temsil kavramları işlenmiştir. Hukuk sistemimizde menfaat çatışmasına ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konudaki belirsizliğin giderilmesi için uluslararası belgelerde öngörülen kurallar ışığında doğrudan ve dolaylı temsili içerecek tarzda bir düzenlemenin benimsenmesi tavsiye edilmiştir. Alt temsil ile ilgili sorunların çözümünde ise BK. m. 83'ün ve BK. m. 506 f. 1'in gözetilmesi gerektiği tespit edilmiştir.

Beşinci bölümde yetkisiz temsil kavramı ile temsil yetkisinin sona ermesi incelenmiştir. Hukuk sistemimiz yetkisiz yapılan sözleşmenin geleceği konusundaki takdir olanağını BK. m. 46'da öngörülen süre tayini dışında sadece temsil olunana tanımıştır. Üçüncü kişiye yetkisiz işlemde cayma hakkının verilmemesinin, önemli bir eksiklik olduğu tespit edilmiştir. Onamanın doğrudan ve dolaylı temsilde farklı etkiler meydana getirdiği sonucuna varılmıştır. Türk Borçlar Kanunu yetkisiz temsilcinin sorumluluğu konusunda esnek bir rejim benimsemiştir. Tarafların haklı menfaatlerinin korunmasına hizmet eden bu çözüm şekli desteklenmiştir. Üçüncü kişinin kötüniet, BK. m. 47'de öngörülen sorumluluğu tamamen kaldırmaktadır. Bu konudaki tartışmaların ortadan kaldırılması amacıyla, BK. m. 47 f. 1 c. 2'de yer alan kuralın her iki fıkrayı kapsayacak tarzda üçüncü fıkraya yerleştirilmesi önerilmiştir. Hukuk sistemimiz yetkinin sona ermesinde üçüncü kişiyi sınırlı koşullarda korumaktadır. Dış yetkinin varlığına güvenen iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından korumanın genişletilmesi gerektiği savunulmuştur. Son bölümde temsilin etkisi incelenmiştir. Birinci kısımda doğrudan ve açık temsilcinin yaptığı işlemin, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında doğrudan hukuki ilişkiler kurduğu neticesine ulaşılmıştır. Bölümün ikinci kısmında ise dolaylı ve gizli temsilde üçüncü kişi ile temsilci arasında kurulan sözleşmeye temsil olunanın ekonomik ve hukuki katılımının hangi ölçüde dikkate alındığı irdelenmiştir. Bu temsil türünde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişki kurulmasına olanak tanıyan sistemlerde tarafların haklı menfaatlerinin korunması amacıyla öngörülen tedbirler tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Doğrudan Temsil, Dolaylı Temsil, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkisiz Temsilci, Zarar, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler, Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları.



## **ABSTRACT**

Nowadays, the concept of limited effectiveness has undergone radical changes with the parties involved in the establishment of contracts. The rapid change that the transaction life has undergone has made the pretension of representation a mandatory phenomenon. Accordingly, the pretension of representation has become a subject to important stipulations in many international law documents, mainly in the national law systems. The uncertainty of the provisions regarding representation stipulated in our law system and that the parties do not protect their interests in a balanced manner have created the need for reassessment of the rules in this matter. The results linked to the representation in the international law documents created in the light of the harmonization activities in our study have been examined comparatively with the national law systems.

The fact that the regulations stipulated in various law systems are dealt with comparatively provides contribution to the establishment of the rules that will resolve the problems in the most effective manner. For the purpose of achieving this objective, the approaches regarding the pretension of representation in the Swiss, German, Dutch and English laws apart from our law system have been researched. In our study, also the international law documents that have the capability of affecting the national law orders have been examined. Within this scope, the reflection of the tradition of civil law and common law to the representation concept has been taken into account.

In the first section, the Principles of European Contract Law and the Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law prepared as a result of the activities carried out within the body of European Union have been discussed. The Principles of International Commercial Contracts and the Convention on Agency in the International Sale of Goods established under the light of the studies of the International Institute for the Unification of Private Law have constituted a part of our study. In the second section, the types of the representation have been examined. Within this scope, the difference of the direct and indirect representation and the disclosed and undisclosed representation has been scrutinized. It has been found out that a sharp contrast is made in the act of representative in own name or in name of someone, but this harsh contrast cannot be maintained consistently in the Continental European law systems. It has been determined that there is a wide literature that does not recognize the indirect representation as an actual representation fact and that this representation type has not been provided with an positive regulation in general in the law

systems. However, it has been concluded that also in cases where one person makes a transaction in own name, there occur significant legal results for the person on behalf of whom the transaction is made. The basic systematic in Code of Obligations does not include the contrast of direct and indirect representation. However, it has been observed that the norms dispersedly included in the law are general regulations that regulate the indirect representation. It has been recommended that the indirect representation is stipulated in detail as well as the direct representation in the general provisions.

In the third section, the effectiveness resources and the scope of the representation have been discussed. It is observed that there is a specific correlation between authority and the basic relationship. In this way, the pretension of representation constitutes both sides of a coin that covers the contractual relationship on one side and the authorization on the other side. It has been found out that paragraph 2 of article 41 in Code of Obligations and paragraph 3 of article 42 in Code of Obligations constituting the basis of the power of external representation exhibit an uncertain appearance. In this sense, it has been recommended that the general regulations similar to the provisions of the articles 170-173 of the German Civil Law maintaining its transaction life in an effective manner are established. In the fourth section, the conflict of interest and the sub-representation concepts have been discussed. In our law system, there is no a general provision regarding the conflict of interest. In order to eliminate the uncertainty in this matter, it has been recommended that a regulation of the type to include the direct and indirect representation is adopted in the light of the rules stipulated in the international documents. It has been determined that in resolution of the problems related to the sub-representation, however, the article 83 in Code of Obligations and the paragraph 1 of the article 506 in Code of Obligations should be observed.

In the fifth section, the cessation of the power of representation with the concept of the unauthorized representation has been examined. Our law system grants the estimation opportunity on the future of the contract entered into in an unauthorized manner only to the represented person except for the designation of period stipulated in article 46 in Code of Obligations. It has been determined that it is an important deficiency not to grant the right of withdrawal from the unauthorized transaction to the third person. It has been concluded that the approval causes different effects in the direct and indirect representation. Turkish Code of Obligations adopted a flexible regime about the responsibility of the unauthorized representative. This solution manner serving to the protection of the justified interests of the parties has been supported. The bad faith of the third person completely removes the

responsibility stipulated in article 47 in Code of Obligations. For the purpose of eliminating the discussions on this matter, it has been recommended that the rule set forth in item 2 of paragraph 1 of article 47 in Code of Obligations is included into third paragraph so as to cover both paragraphs. Our law system protects the third person under limited conditions in termination of authority. It has been argued that the protection should be expanded in terms of the well-intentioned third persons relying on the presence of the external authority. In the final section, the effect of the representation has been examined. In the first part, it has been concluded that the transaction made by the direct and disclosed representative establishes direct legal relationships between the represented person and the third person. In the second part of the section, however, to which extent the economic and legal participation of the represented person in the contract made between the third person and the representative in the indirect and undisclosed representation is taken into consideration has been scrutinized. The measures required for the purpose of protecting the justified interests of the parties in the systems allowing for the establishment of direct relationship between the represented person and the third person in this representation type have been discussed.

**Key Words:** Direct Representation, Indirect Representation, Comparative Law, Unauthorized Representative, Damage, Principles of European Contract Law, Principles of International Commercial Contracts, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.



## ÖNSÖZ

Tez planının oluşturulmasında beni yönlendiren ve tezin yazımında desteğini esirgemeyen danışmanım saygıdeğer hocam Prof. Dr. Serap Helvacı'ya çok teşekkür ederim. Tez konusunun seçiminde beni teşvik eden ve çalışmalarım sırasında verdiği akademik katkıları ile önümü açan sayın hocam Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a sonsuz şükranlarımı sunarım. Engin bilgisinden ve tecrübesinden yararlandığım, tezi bilimsel temeller ışığında şekillendiren değerli hocam Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a minnettarım. Tezin yazımında önüme çıkan zorlukları aşmamda fikirleri ile bana yardımcı olan sayın hocam Doç. Dr. Fulya Erlüle'ye teşekkür ederim. Yoğun mesaisine rağmen tez savunma jürisinde yer alarak beni onurlandıran, çalışmamı titizlikle inceleyerek görüşleriyle katkıda bulunan sayın hocam Prof. Dr. Faruk Acar'a teşekkürü borç bilirim.

Hukuki yaklaşımlarından yararlandığım ve bana kaynak desteği sağlayan sayın Prof. Dr. Ulrich Drobniç'e ve sayın Prof. Dr. Arzu Oğuz'a çok teşekkür ederim. Bana akademik çalışmayı sevdiren ve değerli önerileriyle ufkumu genişleten müteveffa hocam Prof. Dr. Christian Kirchner'i hürmetle anıyorum.

Araştırmalarımın zor safhalarında etkili görüşleriyle beni aydınlatan ve cesaretlendiren değerli dostum Avukat Necati Enis Kınay'a özel bir teşekkürü borç bilirim. Çalışmamı beni her zaman sabırla destekleyen sevgili anneme ve uzun yıllar önce vefat eden sevgili babama ithaf ediyorum.

16.04.2018

Bülent Karasu

## GİRİŞ

Günümüzde uluslararası düzeyde gelişen ilişkiler, ekonomik hayatın yanısıra hukuk sistemlerini köklü bir şekilde etkilemektedir. Küreselleşme olgusu kapsamında ortaya çıkan karmaşık hukuki sorunların çözümünde ulusal düzeydeki düzenlemeler yeterli olmamakta, bu durum özellikle özel hukukta ortak temel kuralların oluşturulması ihtiyacını doğurmaktadır. Değişen ilişki biçimleri, yeni ve ulusal sınırların ötesinde normlara olan ihtiyacı gündeme getirmektedir. Bu anlamda hukukun uyumlaştırılmasına yönelik olarak gerçekleştirilen çalışmalar gün geçtikçe önem kazanmaktadır. Hukukun uyumlaştırılmasına yönelik çabalarda klasik legislatif yöntemlerin sakıncalarının görülmesiyle bağlayıcı olmayan kuralların benimsenmeye başlanması, değişen paradigmanın işaretidir. Özel hukuk alanındaki uyumun uluslarüstü düzlemde gerçekleştirilmesi, kuralların emredici nitelikteki düzenlemelerden ziyade objektif ikna güçlerine dayalı olarak üstlenilmeleri yönünde gelişmeler olmaktadır. Bu alanda Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü (International Institute for the Unification of Private Law) uzun yıllardır etkin çalışmalar yürütmektedir. Enstitü'nün hazırladığı 17 Şubat 1983 tarihli Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon (Convention on Agency in the International Sale of Goods) ve ilk yayını 1994 tarihinde gerçekleştirilen Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts) çalışmamızın araştırma parçasını teşkil edecektir. Özel hukukun uyumlaştırılması konusunda Avrupa Birliği bünyesindeki değişik kurumların da yoğun faaliyetleri bulunmaktadır. Bu faaliyetler sonucunda ortaya çıkan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law) ve Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law) önemli hukuk metinleri arasında yer alır. Zikredilen hukuk belgeleri, kıta Avrupa ve Anglosakson hukukçularının işbirliği sonucunda oluşan, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının önemli ve öncü metinleridir. Metindeki hükümler, civil law ve common law sistemlerinde yer alan ve sorunlara en etkili çözüm getirdiğine inanılan kurallardan oluşmaktadır. Civil law ile common law sistemleri arasında önemli farkların olmasına karşılık, hazırlanan uluslararası belgelerin bu iki ana hukuk sistemi arasında bir köprü oluşturabileceği düşünülmektedir. Nitekim son yıllardaki çalışmalar doğrultusunda civil law ile common

law sistemlerinin birbirlerine yaklaştığı, Avrupa hukukunda dogmatik ilkelere dayalı düşüncelerin, menfaat durumlarını gözetecek şekilde yeni arayışlara giriştiği görülmektedir.

Ekonomik hayatın gösterdiği gelişim, ticaret hayatındaki işlem çeşitliliği ve uluslararası işlemlerin büyük bir hızla değişmesi, temsil kurumunu zorunlu bir olgu haline getirmiştir. Modern bir toplumda kişilerin başkalarından yardım almadan, bireysel gayretlerle işlem yapmaları güçtür. Uluslararası ilişkilerin ulaştığı düzeye ve yeni iletişim araçlarıyla varılan teknik kolaylıklara rağmen, kişiler her yerde aktif olarak bulunamaz. Hukuk sùjeleri özellikle hareket alanlarını genişletmek veya işlem hayatını kolaylaştırmak üzere temsilcilerin yardımına ihtiyaç duymaktadır. Günümüzde sözleşmelerin kuruluşunda yer alan taraflar ile sınırlı olarak hüküm doğurması gerektiği anlayışı köklü değişikliklere uğramıştır. Bu doğrultuda temsil kurumu başta ulusal hukuk sistemlerinde olmak üzere birçok uluslararası hukuk belgesinde önemli düzenlemelere konu olmaktadır. Hukukumuzda temsile ilişkin genel hükümler kaynak kanuna uygun olarak Türk Borçlar Kanununda “Genel Hükümler”in “Borç İlişkisinin Kaynakları” başlıklı ilk bölümünün “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri” ayırımının 40. ilâ 48. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak genel hükümlerin dışında da temsile ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Borçlar Kanununun “Özel Borç İlişkileri” kısmında ve Ticaret Kanununda dağınık bir şekilde temsilin unsurlarına veya uygulama alanına yer veren birçok hüküm mevcuttur. Yürürlükteki Borçlar Kanunu, temsile ilişkin düzenlemeler bakımından kelime düzeyindeki değişiklikler dışında eski Borçlar Kanununun sistemini aynen muhafaza etmektedir. Bu konudaki hükümlerin belirsizliği ve tarafların menfaatlerini dengeli bir şekilde korumaktan uzak olması nedeniyle, değişik hukuk sistemlerinin gözetilerek temsile ilişkin hükümlerin yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı bir zorunluluk teşkil etmektedir.

Temsil ilişkisinde değişik çıkarlar çatışır. Bu ilişki içerisinde önemli bir sùje olan temsilci, birden fazla tarafın karşılıklı menfaatlerinin bulunduğu ortamda yer alır. Gelişmiş bir ekonominin karmaşık ilişkilerinde, kişinin kendi menfaatleriyle üçüncü kişinin menfaatlerinin çatışması âdetâ kaçınılmaz bir hal almaktadır. Temsil hükümlerinin işlevi, bu çıkarları tartarak dengeli bir çözümü sunmaktır. Böylece temsil

kurumuna ilişkin olarak etkili kuralların oluşturulması, iş hayatındaki ilişkiler açısından hayati önem taşır. Bu kapsamda temsil hukukuna ilişkin etkin kuralların oluşturulması çabalarına ağırlık verilmektedir. Çalışmamızda özel hukukun dinamik alanlarından birini oluşturan temsil konusuna ilişkin hukuk sistemlerinde yer alan hükümleri ve ulaşılan hedefleri karşılaştırmalı olarak incelemeyi amaç edindik. Tezimiz temsil kurallarının geliştirilmesi yönünde atılan adımlara ilişkin kaynakları güncel olarak ele almaktadır. Değişik hukuk sistemlerinin öngördüğü kuralların karşılaştırmalı olarak belirlenmesi ve sorunlara ilişkin etkin çözümlerin ortaya konulması, gerçekleştirilecek hukuk reformlarına yeni bir gelişim seçeneği sunacaktır. Bu yaklaşım kanun koyucular, hukuk uygulayıcıları ve akademisyenler için önemli bir dayanak oluşturacaktır.

Küreselleşme olgusu, karşılaştırmalı hukuk incelemelerinin önemini arttırmıştır. Zira karşılaştırmalı hukuk çalışmaları, farklı sistemlerin ve geleneklerin kavranmasına olanak sağlamaktadır. Değişik hukuk sistemlerinde öngörülen düzenlemelerin karşılaştırmalı olarak ele alınması, sorunları en etkili şekilde çözecek kuralların oluşturulmasına katkı sunmaktadır. Hukuk kurumlarının dogmatik yapısı yerine işlevlerinin sorgulanması, değişik hukuk düzenlerinin benzer sorunlar için öngördükleri farklı çözümlerin belirlenmesi ve bu doğrultuda ihtiyaçlara uygun seçeneklerin tayini, hukukun ulusal sınırların dışına çıkarılmasını ve bilimsel tartışmaların olumlu yönde gelişmesini destekleyecektir. Bu hedeflere ulaşmak için tezimizde karşılaştırmalı hukuk yöntemi uygulanmıştır. Türk hukukunda temsil kurumu ile ilgili olarak gerçekleştirilen değerlendirmelerde ağırlıklı olarak İsviçre ve Alman hukukunda öngörülen yaklaşımlar dikkate alınır. Bu anlamda geleneksel incelemelerin ötesinde temsil kurumuna ilişkin bakış açısının genişletilmesi ve temsil ilişkisinde taraflar arasında ortaya çıkacak sorunlara etkili çözümlerin üretilmesi gayesiyle İngiliz ve Hollanda hukuk sistemleri araştırmaya dahil edilmiştir. Ancak karmaşık özel bir hukuki sorun ele alındığında, zikredilen hedeflere ulaşmak için sadece ulusal hukuk düzenlerinin incelenmesi yeterli olmayacağından, ulusal hukuk düzenlerine etki etme kabiliyeti olan uluslararası hukuk belgelerine yer verilmiştir. Zira irdedeğimiz hukuk sistemlerinde temsile ilişkin olarak öngörülen kuralların oluşturulması ihtiyacını doğuran olgular temelde hukukumuz açısından da geçerlidir.

Çalışmamız altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm iki kısma ayrılır. İlk kısımda hukukun uyumlaştırılması kavramının ortaya çıkışına ve normların uyumlaştırılması ihtiyacına yol açan nedenlere değinilecektir. İkinci kısımda ise uyumlaştırma çalışmaları sonucunda oluşturulan uluslararası belgeler ele alınacaktır. Hukukun uyumlaştırılması amacı ışığında oluşturulan belgelerin temeli, yapısı ve yöntemi tarihsel bir süreç içerisinde açıklanacaktır. Bu kapsamda Avrupa Birliği bünyesinde yürütülen faaliyetlerin uzantısında hazırlanan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law) ve Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law) incelenecektir. Son olarak Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü'nün (International Institute for the Unification of Private Law) çalışmaları neticesinde oluşturulan Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon (Convention on Agency in the International Sale of Goods) ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts) işlenecektir.

İkinci bölümün birinci kısmında temsil kavramı açıklandıktan sonra hukuki işlemlerde temsile başvurulmasının nedenleri ve temsil ilişkisinin tarafları üzerinde durulacaktır. Hukuk sistemlerinin temsile ilişkin olarak öngördükleri hükümlerin sistematğine değinilmesi akabinde, temsilin konu bakımından uygulama alanı incelenecektir. Bu kısım ara bir değerlendirme ile sonlandırılacaktır. Bölümün ikinci kısmında temsilin türleri mercek altına alınmaktadır. Bu kapsamda doğrudan ve dolaylı temsil ile açık ve gizli temsil ayrımı irdelenecektir. Ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde doğrudan ve açık temsile ilişkin düzenlemelerin sistematği ele alınırken, bu temsil çeşidinin etkili olma koşulları araştırılacaktır. Bu temsil türü içerisinde “ilgili için açık işlem” kavramı işlenirken, temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasının hukuki sonuçlarına değinilecektir. Son olarak kıta Avrupa hukukunda kabul edilen açıklama ilkesinin istisnasını teşkil eden “ilgili için örtülü işlem” kavramı açıklanacaktır. İkinci kısmın diğer alt başlığında dolaylı ve gizli temsilin temel koşulları incelendikten sonra, bu temsil türlerini düzenleyen hükümler tespit edilecektir. Dolaylı temsilin hukuk düzenimizdeki konumunun anlaşılabilmesi ve pozitif yerinin belirlenebilmesi için dolaylı temsili genel olarak düzenleyen hükümler ve dolaylı

temsilin uygulanması niteliğindeki hükümler ayrı başlıklar halinde irdelenecektir. Bir kimsenin temsilci sıfatıyla sadece başkasının hesabına hareket etmesinden hareketle belli bir temsil türüne ulaşmak mümkün olmadığından, o kimsenin kendi adına veya başkası adına hareket etmesine ilişkin belirtilerin neler olduğu sorusuna yanıt aranacaktır. İkinci kısım genel bir değerlendirme ile sonuçlandırılacaktır.

Üçüncü bölümün birinci kısmında hukuk düzenlerinin temsil yetkisinin kaynağına ilişkin yaklaşımları incelenirken, iç ve dış temsil yetkisi ayırımı üzerinde durulacaktır. İç temsil yetkisi kapsamında temsil yetkisi veren işlemin hukuki niteliği açıklanacaktır. Soyutluk ilkesi ele alınırken, temel ilişki ile temsil yetkisi arasındaki bağlantıya değinilecektir. Temsil yetkisinin muhatabının izahından sonra yetkilendirmenin şekli irdelenecektir. Yetkinin şeklinde temsil olunanın sessizliğinin hukuki işleme etkisi araştırılacaktır. Dış temsil yetkisi kapsamında ise temsil olunanın davranışlarına veya beyanlarına haklı olarak güvenen üçüncü kişilerin korunmasına yönelik düzenlemeler incelenecektir. Bu anlamda hukuk sistemlerinin dış temsil yetkisi ile ilgili olarak öngördükleri kanuni düzenlemeler tespit edilecektir. Uygulamadaki önemi nedeniyle yetki belgesinin hukuki konumu üzerinde etkili bir araştırma yapılacaktır. Son olarak dış temsilin hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır. Bölümün ikinci kısmında ise hukuk düzenlerinin temsil yetkisinin kapsamına ilişkin olarak öngördükleri yaklaşımlar ele alınacaktır. Yetkinin kapsamının tayini, temsil işleminin bütün taraflarının menfaatlerini ilgilendirir. Bu doğrultuda kapsamın belirlenmesinde dikkate alınacak ilkeler irdelenecektir. Üçüncü bölüm, genel bir değerlendirme ile neticelendirilecektir.

Dördüncü bölümde hukuk sistemlerinin menfaat çatışması ve alt temsil kavramlarına ilişkin bakış açıları incelenerek, hukukumuz karşısındaki konumları işlenecektir. Birinci kısımda menfaat çatışmasına ilişkin koşullarının öngörüldüğü düzenlemeler ele alınacaktır. Bu düzenlemelerin ışığında geleneksel menfaat çatışmaları dışındaki olgular üzerinde durulacaktır. Menfaat çatışması yasağının sınırını teşkil eden gerçek ve normatif muvafakatin koşulları irdelendikten sonra, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde sözleşme yapmasına uygulanan yaptırım rejimleri ortaya konulacaktır. Bölümün ikinci kısmında temsilcinin yetkisi kapsamında yapması gereken

işlemleri yerine getirmesi için bir başka temsilciyi yetkilendirmesi koşulları araştırılacaktır. Bu anlamda hukuk sistemlerinin alt temsil kavramına dair yaklaşımlarına değinilecektir. Borçlar Kanunumuzun temsile ilişkin genel hükümlerinde alt temsil konusu düzenlenmemekle birlikte, genel ilkelerden ve kanunun diğer hükümlerinden hareketle sonuçlara ulaşılabacaktır. Dördüncü bölüm ara bir değerlendirme ile tamamlanacaktır.

Beşinci bölümün ilk kısmında hukuk düzenlerinin yetkisiz temsil kavramına ilişkin yaklaşımları araştırılacaktır. Bir temsilcinin yetkisiz olarak yaptığı işlem kural olarak temsil olunanın hukuk sahasında etkili değildir. Ancak temsilcinin yetkisiz olmasına rağmen, yaptığı işlemin etkili kabul edildiği olgular söz konusudur. Bu kapsamda temsilcinin yetkisiz bir şekilde hareket etmesi koşulları ve yetkisiz yaptığı işlemin onanması süreci ele alınacaktır. Diğer yandan yetkisiz olarak yapılan bir işlemin geleceğine ilişkin takdirin tamamen temsil olunana bırakılmasının önlenmesi ve tarafların menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması gayesiyle geliştirilen araçlar incelenecektir. Bu konuda üçüncü kişinin süre tayini olanağı ve cayma hakkı açıklığa kavuşturulacaktır. Onamanın şekli ve muhatabı belirlendikten sonra, onamanın etkisi üzerinde durulacaktır. Yetkisiz yapılan işlemin temsil olunan tarafından onanmaması halinde ise temsilcinin hukuki sorumluluğu gündeme gelir. Bu anlamda temsilcinin hangi koşullarda ve kapsamda sorumlu olacağı sorusunun yanıtı aranacaktır. Temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldıran olgular tartışıldıktan sonra ara bir değerlendirme yapılacaktır. Bölümün ikinci kısmında ise temsil yetkisinin sona ermesi işlenecektir. Yetkinin sona ermesine rağmen, yapılan işlemin taraflar bakımından önemli yansımaları olmaktadır. Bu kapsamda yetkiyi sona erdiren nedenler ve yetkinin sona ermesinin taraflar açısından etkileri irdelenecektir. Hukuk düzenleri belli koşullarda yetkinin sona ermesine karşılık, bu sona ermenin taraflara karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir. Böylece tarafların korunmasına yönelik tedbirler araştırılacaktır. Bu konuda iradi ve kanuni sona erme nedenleri arasında yaratılan farkların yerindeliği tartışılacaktır. Bölümün ikinci kısmı ara bir değerlendirme ile sonuçlandırılacaktır.

Altıncı bölümde temsilin etkisi incelenecektir. Bölümün birinci kısmında temsilcinin doğrudan ve açık temsil kapsamında yaptığı işlemin sonuçları ele alınacaktır. İkinci kısımda ise dolaylı ve gizli temsile dayalı olarak yapılan işlemlerin etkileri üzerinde durulacaktır. Ulaşılan sonuçlar geniş bir yelpazeye yayıldığından, bu temsil türünde üçüncü kişi ile temsilci arasında kurulan sözleşmeye temsil olunanın ekonomik ve hukuki katılımının hangi ölçülerde dikkate alındığı açıklığa kavuşturulacaktır. Bu anlamda temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişki kurulmasının koşulları ortaya konulacaktır. Dolaylı temsil ilişkisi kapsamında ise üçüncü kişinin zararının tazmini kavramına değinilecektir. Temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişki kurulmasına olanak sağlayan sistemlerde tarafların menfaatlerinin korunması bakımından öngörülen tedbirler işlenecektir. Son olarak bölüme ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Çalışmamız belli sınırlar öngörmektedir. Temsile ilişkin incelemelerimiz özel hukuk ile sınırlıdır. Araştırmamızın merkezini iradi temsil teşkil etmektedir. Ancak önemi nedeniyle yetkilerinin kapsamı kanunla belirlenen temsilciler ile ilgili olan temsil hükümleri de ele alınacaktır.



## Birinci Bölüm

### HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

Uluslararası ilişkilerin her geçen gün farklı bir boyut kazanarak genişlemesiyle birlikte, değişik aktörlerin katılımı ile şekillendirilen yeni bir hukuk kültürü gelişmektedir. Küreselleşme olgusu kapsamında hukuksal düzenlemelerin sadece ulusal düzeyde gerçekleştirilmesinin yeterli olmadığı, belli alanlarda ortak temel kuralların oluşturulması gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmaya başlamıştır. Bu yeni hukuk kültürünün bir yönü, hukukun uyumlaştırılmasına yönelik olarak gerçekleştirilen uluslararası veya uluslararası çalışmalardır. Bu bölüm başlığı altında önce özel hukuk alanında uyumlaştırma kavramının ortaya çıkışına ve hukukun uyumlaştırılması ihtiyacının temelinde yatan nedenlere değinilecek; daha sonra uyumlaştırma çalışmaları çerçevesinde oluşturulan ve temsile ilişkin düzenlemeler içeren uluslararası hukuk belgeleri incelenecektir.

#### I. HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI KAVRAMI

Hukukun uyumlaştırılması kavramı ulusal ve uluslararası düzeyde birçok güncel tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu kavram özellikle Avrupa Birliğine üyelik süreci ile birlikte gündemimizin üst sıralarına taşınmıştır. Avrupa özel hukukunun oluşturulması çabaları, günümüzün en önemli hukuki gelişmeleri arasında yer alır<sup>1</sup>. Avrupa Birliği bünyesindeki değişik aktörlerin özel hukukta uyumu sağlamaya yönelik çalışmaları artarak devam etmektedir. Birliğe katılma müzakerelerini yürüten, üye ülkeler ile yoğun ekonomik ve hukuki ilişkileri bulunan ülkemiz için de konunun önemli olduğu, sürecin yakından takip edilmesi gerektiği açıktır.

19. yüzyılda ulus devletlerde yaşanan kodifikasyon hareketleri ile birlikte, özel hukukun birleştirici karakteri ayrı bir önem kazanmıştır. Bu dönemde ulusal sınırlar

---

<sup>1</sup> EİDENMÜLLER Horst/FAUST Florian/GRİGOLEİT Hans Christoph/JANSEN Nils/WAGNER Gerhard/ZİMMERMANN Reinhard: "Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht", Juristen Zeitung, 11/2008, s. 529-584, s. 529; ZİMMERMANN Reinhard: "Konturen eines Europäischen Vertragsrecht", Juristen Zeitung, 1/1995, s. 477-491, s. 477.

içerisindeki kanunlaştırma hareketlerinde özel hukuk alanları başı çekmiştir. Nitekim bu değişimi hukukta bölünmüşlüğü üst düzeyde olduğu dönemde İsviçre’de ve Almanya’da görmekteyiz. Alman Ticaret Kanunu 1861 tarihinde, yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu’nun öncüsü olan Obligationenrecht ise 1881 tarihinde kabul edilmiştir. Benzer gelişmeler 1863 tarihinde Avusturya’da, 1865 tarihinde Lichtenstein’da yaşanmıştır<sup>2</sup>. Özel hukukun birleştirilmesi 1804 tarihli Medeni Kanun (Code Civil) ile Fransa’da, 1865 tarihli Medeni Kanun (Codice Civile) ile İtalya’da, 1900 tarihli Medeni Kanun (Bürgerliches Gesetzbuch) ile Almanya’da ulusal düzeyde gerçekleştirilmiştir<sup>3</sup>. Amerika Birleşik Devletlerinde de kapsamlı bir kodifikasyon konusunda tartışmalar yürütülmüştür. Jeremy Bentham 1811 yılında Amerikan Başkanı James Madison’a kodifikasyonun yararlarını ayrıntılı bir şekilde izah ederek, bu yönde bir çalışmanın yürütülmesi konusunda istekte bulunmuştur<sup>4</sup>. Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute) ve Yeknesak Hukuk Komisyonu (Uniform Law Commission)<sup>5</sup> daha 1940’lı yıllarda Ticaret hukukunun Restatements aracılığı ile ticaret hayatının hukuki işlemlerde gereksinim duyduğu öngörülebilirliğini sağlayacak tarzda gerekli düzeyde birleştirilemediği sonucuna ulaşmıştır<sup>6</sup>. Her iki birliğin uzun vadeli ortak projesiyle 1942 yılında taslak faaliyetlerine başlanan Yeknesak Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code), 1952 yılında yayınlanmıştır<sup>7</sup>.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren küreselleşme olgusu karşısında ulusal sınırları aşan ticari ve ekonomik ilişkiler, ulusal hukukun ötesinde yeni bir hukukun yaratılması konusundaki arayışları beraberinde getirmiştir. Ulusal farklılıkları keskinleştiren ulusal nitelikteki kanunlaştırma hareketlerinin ülkeler arasındaki ticarete engel olduğu, bu engellerin ise sadece hukukun uyumlaştırılmasıyla aşılabileceği fikri ortaya çıkmıştır. Böylece gelişen uluslararası ilişkiler, yeni ve ulusal sınırların ötesinde

<sup>2</sup> Her iki ülke Alman Ticaret Kanununu iktibas etmiştir.

<sup>3</sup> OĞUZ Arzu: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31.

<sup>4</sup> ZWEİGERT Kondrad/KÖTZ Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996, s. 236.

<sup>5</sup> “The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws” olarak da anılmaktadır.

<sup>6</sup> SCHWINTOWSKI Hans-Peter: “Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch”, Juristen Zeitung (JZ), März 2002, s. 205-211, s. 207.

<sup>7</sup> Ancak eyaletlerin özel hukukun temel alanlarındaki tasarruf yetkileri azaltılmamıştır. Her bir eyalet Aile hukuku, Miras Hukuku, Sözleşme Hukuku, Haksız Fiil Hukuku, Gayrimenkul Hukuku, Şirketler Hukuku, Sigorta Hukuku ve Kıymetli Evrak Hukuku alanlarında kendi kanunlarını oluşturabilmekte; eyaletlerde case law (Richterrecht) farklı bir yönde gelişebilmektedir. ZWEİGERT/KÖTZ, s. 245.

normlara olan ihtiyacı gündeme getirmiştir. Borç ilişkilerini düzenleyen kuralların, günümüzün hızlı ticaret hayatına uyum sağlamakta güçlük çektiği görülmüştür. Özellikle sınırları aşan sözleşmeler, birbirlerinden içerik bakımından farklı olan ve uluslararası ticaretin özel gereksinimlerine çözüm sunamayan ulusal hukukların uygulama alanı içinde kalmaktadır. Bazı ulusal hukuk sistemlerinin karmaşıklığı ve kaynaklarına ulaşılmasının zorluğu, ortaya çıkabilecek uyuşmazlık için öngörülen çözümün belirlenmesini dahi imkânsız kılmaktadır<sup>8</sup>. Bu yöndeki belirsizlikler sonucunda, tarafların hukuk düzenlerini bilmedikleri ülkeler ile ilişkilerini sınırlı tutmayı tercih edecekleri rahatlıkla söylenebilecektir. Taraflar arasında ortaya çıkacak olası bir uyuşmazlığa uygulanacak sözleşmede özel hükümlerin öngörülmesi düşünülebilecekse de, bu tarz düzenlemelerin ilişkinin tüm boyutlarını eksiksiz bir şekilde kapsaması her zaman mümkün değildir. İşletilecek süreç, zaman ve maliyet faktörlerine etki edecektir<sup>9</sup>. Bu çerçevede kabul edilebilir, tarafsız ve önceden belirlenen düzenlemeler ile olumsuzlukların ortadan kaldırılabileceği, ticari ilişkilerin aradığı istikrarın tesis edilebileceği düşünülmektedir.

Ulusal hukukların farklılığından doğan sorunların aşılmasında izlenecek çözüm yolları tartışmaya açıktır. Uluslararası düzeyde hukukun birleştirilmesine yönelik çabalar uzun yıllar antlaşmalar, konvansiyonlar ve model kanunlar şeklindeki legislatif araçlarla yürütülmüştür<sup>10</sup>. Hukukun uyumlaştırılması kavramı ile sadece bağlayıcı kuralların oluşturulması ve bu kuralların ülkelerin kendi iç hukuklarına aktarılması şeklinde algılanmıştır<sup>11</sup>. Ancak hukukta birliğin sadece legislatif yöntemlerle gerçekleştirilebileceği düşüncesi terk edilmeye başlanmıştır. Zira bu yöndeki birleştirme çalışmalarının belli somut noktalarda toplanmasının, uluslararası antlaşmaların onanması sürecinde konulan çekincelerin adeta birden fazla antlaşmanın ortaya

<sup>8</sup> BASEDOW Jürgen: “Towards A Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG” (Universal Doctrine), International Review of Law and Economics, September 2005, pp. 487-500, s. 489; BONELL Michael Joachim: “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?” (UNIDROIT); Tulane Law Review; 1994-1995, Vol. 69, pp. 1122-1147, s. 1123.

<sup>9</sup> ATAMER Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s.11.

<sup>10</sup> BONELL Michael Joachim: “Unification of Law by Non-Legislative Means: The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts”, AJCL, 1992, pp. 617-633, s.617; REMIEN Oliver, “Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?” Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 56/1992, s. 300-319, s. 301; OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 43.

<sup>11</sup> OGUZ Arzu: “Hukuk Eğitimi ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Yasa Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2004 (Hukuk Eğitimi), S. 256, s. 34-45, s. 37; KALWEIT Dominik: “Towards A European Contract Law: For A Prosperous Future of International Trade”, Victoria University of Wellington Law Review, August 2004, pp. 269-293, s. 280.

çıkmasına neden olmasının<sup>12</sup>, onama sürecinin uzunluğuna ve sonuçlarının belirsiz olmasına bağlı olarak değişen ekonomik ve sosyal durumlara uyarlanmasında görülen zorlukların ulaşılmak istenen amaca hizmet etmediği fark edilmiştir<sup>13</sup>. Bu anlamda hard law düzenlemelerinin iç hukuka aktarılmalardaki zorlukları<sup>14</sup>, iç hukuk tarafından tamamlanmaları gerekliliği ve içerdikleri boşlukların yeni düzenlemeleri zorunlu kılmaları; uyumlaştırmanın bağlayıcılıktan uzak ve kanunlaştırma dışı yollarla gerçekleştirilmesi düşüncesinin savunulmasına yol açmıştır<sup>15</sup>.

## II. HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI ÇALIŞMALARI

Küreselleşmenin uzantısında ulusal sınırların ekonomik ve hukuki anlamda belirsizleştiğini söylememiz gerekir. Ülkeler ve kurumlar arasındaki özel hukuk ilişkileri birbirlerinden ayıramayacak kadar iç içe geçtiğinden, bu ilişkilere geleneksel kurallardan farklı düzenlemelerle yaklaşılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Uluslar ötesi kuralların oluşturulması ve karar mekanizmalarının güçlendirilmesi konusundaki güçlü eğilimler sivil inisiyatifler tarafından da desteklenmektedir. Hukuki çoğulculuk, özerk kurumların kural koymasını ve düzenleme yapmasını olağan değerlendirmekte; bu çerçevede uluslararası kuruluşlar ve özel gruplar tarafından hazırlanan, yaptırım gücü kazanması beklenen uluslararası projeler gün geçtikte daha etkin bir şekilde oluşturulmaktadır<sup>16</sup>.

Günümüzde özel hukukun uluslararası veya uluslarüstü kılınması çabaları önemli bir boyut kazanmıştır. Bu alanda Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü'nün uzun yıllardır etkin çalışmaları bulunmaktadır. Enstitü'nün kayda değer

<sup>12</sup> Nitekim 17.02.1983 tarihli “Uluslararası Mal Satımlarında Temsile ilişkin Konvansiyon”un (Convention on Agency in the International Sale of Goods) 27. ve 28. maddeleri ile önemli hükümlere çekince koyma olanağı tanınmıştır.

<sup>13</sup> BASEDOW Jürgen: “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” (Uniform Law), Unified Law Review, Vol. 5, 2000, pp. 129-140, s. 130; OĞUZ, Hukuk Eğitimi, s. 37;

<sup>14</sup> Bu durum bazı önemli antlaşmalarda açık bir şekilde görülmektedir. 14.06.1974 tarihli “Uluslararası Mal Satımlarında Zamaşımına ilişkin Konvansiyon” (Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods) UNCITRAL’in girişimi ve 65 devletin katılımı ile oluşturulmasına rağmen, nihai senet aynı tarihte sadece 8 devlet tarafından imzalanmıştır. Konvansiyon’da değişiklik yapan 11.04.1980 tarihli Viyana Protokolüne rağmen 1988 yılında ancak 12 devlet tarafından kabul edilmiştir. Yine 17.02.1983 tarihli “Uluslararası Mal Satımlarında Temsile ilişkin Konvansiyon” (Convention on Agency in the International Sale of Goods) sadece 3 devlet tarafından imzalanarak onanmıştır. Konvansiyon’a 2 devletin de katılımı söz konusudur. Düzenlemenin 33. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Konvansiyon onuncu devletin onaması üzerine yürürlüğe girecektir.

<sup>15</sup> BONELL, (AJCL 1992), s. 617; OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 33 ve s. 34.

<sup>16</sup> KRAMER Ernst A.: “Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts”, ZSR 2005 I, s. 421-433, s. 426.

ürünleri arasında 17 Şubat 1983 tarihli Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon ve ilk yayını 1994 tarihinde gerçekleştirilen Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler yer alır. Avrupa Birliği içinde de ortak bir özel hukukun oluşturulması fikri söz konusudur. Bu amaca yönelik olarak kapsamlı çalışmalar gerçekleştirilmekte ve teklifler yayınlanmaktadır. Avrupa Birliği düzleminde özel hukukun uyumlaştırılması konusunda yürütülen faaliyetlerin ilk metinleri, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'dır. Borçlar hukuku alanında önemli araştırmaları olan Türk ve İsviçreli hukukçuların Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerini ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkelerini borçlar hukukunun uluslararası kaynakları kapsamında değerlendirmesi<sup>17</sup>, uluslararası çalışmalara yönelik fikrî değişimin yönünü göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

#### **A. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE YÜRÜTÜLEN UYUMLAŞTIRMA FAALİYETLERİ**

Özel hukuk sistemleri arasındaki farkların Avrupa ortak pazarından beklenen yararların gerçekleşmesinin önündeki önemli engellerden biri olduğu, bu sorunun gerçek bir Avrupa özel hukukunun oluşturulması ile ortadan kaldırılabileceği sık bir şekilde vurgulanmaktadır. Bu amaçla Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılması olanakları yoğun bir şekilde araştırılmaktadır. Sözleşme hukukunun uyumlaştırılması çalışmaları, bu araştırmaların merkezini oluşturmuştur. Ancak son yıllarda sözleşme hukukunun ötesinde daha geniş kapsamlı uyumlaştırma projelerinin gerçekleştirilmesi gerektiği yönündeki fikirlerin hayata geçirildiği görülmektedir. Bu çalışmaların sonuçlarının önceden öngörülmesi zordur. İfade edilen projelerin başarısı, birlik ülkelerinin ve kurumlarının bu konudaki yaklaşımlarına da bağlıdır. Kurumların politik tavırlarının bu çalışmaların desteklenmesi yönünde olduğunu rahatlıkla tespit edebiliriz.

---

<sup>17</sup> YAVUZ Cevdet: *"Türk Hukukunda ve Borçlar Hukukunun Uluslararası Kaynaklarında Temsile İlişkin Gelişmeler"*, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, cilt II, İstanbul 2009, s. 1579-1607, s. 1579 dn. 1; TERCIER Pierre: *Le Droit des Obligations*, 3<sup>e</sup> édition, Fribourg 2004, s. 29 vd.

Avrupa Parlamentosu 1989 yılında Avrupa özel hukukunun kodifiye edilmesi için gerekli hazırlıkların başlatılması çağrısında bulunmuştur<sup>18</sup>. Bu çağrı 1994 yılında tekrarlanmıştır<sup>19</sup>. Avrupa Konseyi 15 ve 16 Ekim 1999 tarihinde Avrupa özel hukukunun birleştirilmesi hususundaki ilgisini açıklamıştır<sup>20</sup>. Bunun üzerine Avrupa Komisyonu 2001 yılında Avrupa sözleşme hukuku ile ilgili olarak Konsey ve Parlamenta yönelik bir bildiri yayınlamıştır<sup>21</sup>. Bu bildiri ile Avrupa sözleşme hukukunun uyumlaştırılması için yoğun bir çalışmanın gerçekleştirilmesi ihtiyacının varlığı gündeme getirilerek, ilgili bütün taraflar bu konuda tartışma yürütmeye davet edilmiştir<sup>22</sup>. Bütün bu çalışmaların uzantısında 2003 yılında yayınlanan “Daha uyumlu bir Avrupa Sözleşme Hukuku için Faaliyet Planı” (A More Coherent European Contract Law an Action Plan) bildirisiyle süreç daha geniş bir boyut kazanmıştır<sup>23</sup>. Avrupa Komisyonu’nun bu bildirisiyle, Ortak Referans Çerçevesine (Common Frame of Reference) ilişkin düşünceler güçlü bir şekilde vurgulanmakta, kanuni bir şekle sahip olmamakla birlikte Avrupa sözleşme hukuku için yetkili bir referans metin olarak tasarlanacak Ortak Referans Çerçevesi ile ilgili yol haritası çizilmektedir<sup>24</sup>. Bildiride

<sup>18</sup> Resolution of 26 May 1989, OJEC No. C 158/401 of 26 June 1989. Parlamento kararının ortak bir Avrupa Medeni Kanun için çalışma yapılması daveti olduğuna ilişkin görüşler konusunda bkz. FESTNER Stephan: Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht, Hamburg 2006, s. 45; JANSEN Nils/ZIMMERMANN Reinhard, “Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrecht?”, Juristen Zeitung, 23/2007, s. 1113-1126, s. 1113; EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEİT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s. 530. Avrupa uzun zamandır ortak bir Medeni Kanun yolunda ilerlemektedir. Avrupa ekonomik bir birlik olmasının yanı sıra, üye ülkelerin hukuk düzenlerinin uyumlaştırılmasına öncülük eden hukuki bir birliktir. Özel hukuk alanında gerçekleştirilen düzenlemeler, uyumun çerçeve koşullarında önemli ölçüde ilerlemiş olduğunu göstermektedir. Bir başka ifadeyle var olan farklarına rağmen, özel hukukun birçok alanının zaten Avrupalılaşmış olduğunu görmekteyiz. Bu anlamda Avrupa Medeni Kanununa ilişkin temel ilkeler halihazırda büyük oranda mevcuttur. Geriye Avrupa’daki uyumlaştırmanın mantıksal bitiş noktası olan bir Avrupa Medeni Kanunun oluşturulması kalmaktadır. Ancak ortak bir Medeni Kanun idealinin gerçekleştirilmesi sürecinde, hedeflenen düzenlemenin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede ulusal Medeni Kanunların dışlanmaması, projenin başarı olanağını arttıracaktır. Zira Avrupa, güçlü ulusal hukuk kültürlerini barındıran çok uluslu bir birliğin fikridir. Yarım yüzyılı aşan uyumlaştırma gayretleri bu durumu değiştirmemiştir. Gelecekte amaçlanan Avrupa Medeni Kanunu da bu görünümü ortadan kaldırmamalıdır. Böylece ortak bir Avrupa Medeni Kanunu, Avrupa’daki mevcut Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku düzenlerinin temel ilkelerini yansıtmalıdır. Ulusal hukuk sistemleri ise oluşturulacak yeni Avrupa hukukunun çerçevesini ayrıntılarda tamamlayarak, yaratılan hukuk kültürü çeşitliliğini korumalıdır.

<sup>19</sup> Resolution of 6 May 1994, OJEC No. C 205 (519) of 25 July 1994.

<sup>20</sup> Finlandiya-Tampera’da yayınlanan bildirinin özellikle 39. maddesinde yer verilmiştir. FESTNER, s. 45; JANSEN/ZIMMERMANN, s. 1113. Bu konuda bkz. [www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm) (19.06.2011).

<sup>21</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, on European Contract Law, Brussels, 11.07.2001 COM (2001) 398 final.

<sup>22</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/cont\\_law\\_02\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf) (15.07.2011). Bu konuda ayrıca bkz. EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEİT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s. 530; JANSEN/ZIMMERMANN, s. 1113.

<sup>23</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A More Coherent European Contract Law an Action Plan, Brussels, 12.2.2003 COM (2003) 68 final, p. 2. Bu konuda bkz. [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/com\\_2003\\_68\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf) (06.04.2012).

<sup>24</sup> EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEİT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s.530; JANSEN/ZIMMERMANN s. 1114.

acquis communautaire'nin uyumunun arttırılmasının, Avrupa Birliği kapsamındaki genel standart sözleşme terimlerinin ayrıntılarının geliştirilmesinin ve belli sektörlerle sınırlı çözüme yer vermeksizin Avrupa sözleşme hukuku alanında seçimlik bir belgeye olan ihtiyacın değerlendirilmesi önerilmektedir. Bu kapsamda mevcut acquis'in gözden geçirilmesi ve yeni kanun taslaklarında kullanılabilecek Ortak Referans Çerçevesinin oluşturulması ana geliştirme önerisi olarak sunulmaktadır<sup>25</sup>. Komisyon 2004 tarihinde bu planı ayrıntılı açıklayan “Avrupa Sözleşme Hukuku ve Topluluk Mevzuatının Gözden Geçirilmesi – İleriye Dönük Adımlar” (European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward) başlıklı bir bildiri daha yayınlamıştır<sup>26</sup>. Bildiride mevcut acquis communautaire'nin geliştirilmesine katkı sağlayacak ve oluşturulmasına karar verilmesi halinde seçimlik bir belgeye kaynak olabilecek Ortak Referans Çerçevesinin “temel ilkeleri, tanımları ve model kuralları” içermesi önerilmektedir.

Avrupa Birliği organlarının özel hukukun uyumlaştırılmasına yönelik bu kararlı tutumları<sup>27</sup>, çeşitli uluslararası organizasyonların katılımlarıyla hazırlanan hukuki belgelerle desteklenmektedir. Bu noktada Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları anılması gereken iki önemli hukuki eserdir.

## 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri<sup>28</sup>, Avrupa ülkelerinin akademisyenlerinden oluşturulan ve başkanlığını Ole Lando'nun yaptığı Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'nun çalışmasının bir sonucudur. Lando Komisyonu olarak da ifade edilen bu özel girişim, Avrupa Komisyonu'nun<sup>29</sup> ve birçok sponsorun desteği ile İlkeler'i üç oturum periyodunda (1982-1990, 1992-1996, 1997-2001) kodifikasyon benzeri bir

---

<sup>25</sup> VON BAR Christian/CLIVE Eric: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar/Eric Clive, Munich 2009, Giriş n. 59; FESTNER, s. 46.

<sup>26</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, Brussels, 11.10.2004 COM (2004) 651 final.

<sup>27</sup> Avrupa Birliği kurumları özel hukukun uyumlaştırılmasını etkin bir şekilde desteklemelerine rağmen, birliğin ajandasında sistemli ve bütüncül bir mevzuat oluşturulması kararı henüz yer almamaktadır.

<sup>28</sup> Çalışmamızda “ASHI” olarak anılacaktır.

<sup>29</sup> Avrupa Komisyonu desteğini 1994 yılı sonuna kadar sürdürmüştür. VON BAR Christian/ZİMMERMANN Reinhard: Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, München 2002, xix.

tarzda ortaya çıkarmıştır. İlkelerin birinci bölümü 1995 yılında<sup>30</sup>, ikinci bölümü 1999 yılında<sup>31</sup> ve üçüncü bölümü 2003 yılında<sup>32</sup> yayınlanmıştır.

ASHİ'nin amaçlarına giriş kısmından ulaşılmaktadır. Buna göre İlkeler, Avrupa Birliği organlarının halihazırda aldığı veya gelecekte alacağı tedbirler için önemli bir hukuki temel sağlamaktadır. Birliğin organlarına hukukun oluşturulmasında; mahkemelere, hakemlere ve hukuk danışmanlarına ise birlik hukukunun uygulanmasında yardımcı olacağı düşünülmektedir<sup>33</sup>. Farklı ülkelerde yaşayan veya ticaret yapan taraflar, sözleşmesel ilişkilerinin ulusal bir hukuk düzeni yerine en iyi çözüme dayanan tarafsız kurallara tabi olmalarını tercih edebilirler. İlkeler bu konuda taraflara önemli bir seçenek sunmaktadır<sup>34</sup>. Yine Avrupa düzleminde kabul edilebilir, hakemlerin olaylara doğrudan uygulayabilecekleri somut kuralların oluşturulması, İlkeler'in amaçları arasında yer alır<sup>35</sup>. Bunun anlamı modern bir Avrupa lex mercatoria'nın oluşturulmasıdır<sup>36</sup>. İlkeler, ulusal hukukta veya uygulanabilir diğer hukuk sistemlerinde yeterli şekilde düzenlenmemiş konularda mahkemelere<sup>37</sup> ve hakemlere yardımcı olabilecektir<sup>38</sup>. Diğer taraftan ülkelerin sözleşme hukuklarını uyumlaştırmalarına yönelik çalışmalarına bir model teşkil edebileceği ve ulusal kanun koyucular tarafından üstlenilebileceği öngörülmektedir<sup>39</sup>. İlkeler'in bir başka önemli

<sup>30</sup> LANDO Ole/ BEALE Hugh, Principles of European Contract Law, Part I; Performance, Non-performance and Remedies, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/London/Boston 1995.

<sup>31</sup> LANDO Ole/ BEALE Hugh, Principles of European Contract Law, Part I and II, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000.

<sup>32</sup> LANDO Ole/CLİVE Eric/PRÜM André/ZİMMERMANN Reinhard, Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, Part III, The Hague 2003.

<sup>33</sup> LANDO/BEALE, 2000, Giriş xxiii.

<sup>34</sup> ASHİ Giriş xxiii. Nitekim "İlkelerin Uygulanması" kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 1:101, "(2) Bu İlkeler, tarafların onları aralarındaki sözleşmeye dahil etmeleri konusunda veya aralarındaki sözleşmeyi bu İlkeler'e tabi kılmalarında anlaşmaları durumunda uygulanır" şeklindedir.

<sup>35</sup> ASHİ'ne dayanılan hakem kararı için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html> (11.6.2010).

<sup>36</sup> ASHİ Giriş xxiv. ASHİ m. 1:101, "(3) Bu İlkeler, tarafların (a) sözleşmelerinin "hukukun genel ilkelerine", "lex mercatoria"ya veya benzerine tabi olacağını kararlaştırdıklarında; veya (b) sözleşmelerinin tabi olacağı hukuk sistemini veya kurallarını seçmedikleri takdirde uygulanabilir." düzenlemesini öngörmektedir.

<sup>37</sup> İlkeler özellikle İspanya, Portekiz, İsveç ve Büyük Britanya yüksek mahkemelerinin içtihatlarına yansımıştır. İngiliz yüksek mahkemesi, iyi niyete ve haksız genel işlem koşullarına ilişkin değerlendirmesinde İlkeler'e dayanmıştır. (Director General of Fair Trading v. First National Bank (2000) European Commercial Cases (E.C.C.) 169). Bu konuda bkz. VON BAR Christian: "Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmen aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung", München 2009, s. 23-33, s. 32 ve dn. 22; RÖTHEL Anne, "Integration durch eine unverbindliche lex academia: Der Referenzrahmen als Modellgesetz?" in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung", München 2009, s. 299 ve dn. 46.

<sup>38</sup> ASHİ Giriş xxiv. ASHİ m. 1:101, "(4) Bu İlkeler, uygulanacak hukuk sisteminin veya kurallarının ortaya çıkan soruna çözüm öngörmemesi durumunda bir çözüm sunabilir" şeklindedir.

<sup>39</sup> ASHİ Giriş xxiv. Yenilenen Hollanda ve Macar Medeni Kanunlarında ASHİ'den esinlenen hükümlere yer verilmiştir. Bu konuda bkz. VON BAR: (Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmen aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs), s. 32 ve dn. 21.



hedefi, gelecekteki bir Avrupa Sözleşmesi Kanunu'na temel oluşturulmasına hizmet etmektir<sup>40</sup>. Bu anlamda İlkeler'in uzun vadeli hedefinin, Avrupa Birliği'nde genel sözleşme hukukunun uyumlaştırılmasının desteklenmesi olduğu belirtilir<sup>41</sup>.

ASHİ'nin belirtilen açık amaçları dışında, Avrupa'da sözleşme hukuku ilkelerinin formüle edilmesinin birçok konuda önemli faydalar sağlayacağını vurgulamamız gerekir. Sözleşme hukuku ilkelerinin uyumlaştırılması, Avrupa'da sınır ötesi ticaretin etkili bir şekilde yürütülmesine engel oluşturan ulusal hukuklar arasındaki farkların ortadan kaldırılması<sup>42</sup> ve pazarın ticari sınırlamalardan uzak şekilde işlemesi bakımından özel yere sahiptir<sup>43</sup>. Diğer taraftan Avrupa'da mevcut hukuk düzenleri arasındaki farklara rağmen, benzer sorunlarda yakın çözümlere ulaşıldığı görülmektedir. Bununla birlikte civil law ile common law arasında hukuki yapı, argümanlar, terminoloji, temel kavramlar ve hukuk politikası bakımından önemli farkların olduğunun kabul edilmesi gerekir. İlkeler'in bu iki hukuk sistemi arasında bir köprü oluşturabileceğini belirtebiliriz<sup>44</sup>.

ASHİ, genel sözleşme hukuku ile sınırlı bir düzenleme öngörür. Avrupa Özel Hukuku'nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'ndan farklı olarak özel sözleşme tipleri içermez. Ancak İlkeler'in uygulama alanı ticari ilişkilerle sınırlı değildir. Tacirler ile tüketiciler arasındaki ilişkileri de kapsayacak şekilde sözleşmelerde genel uygulama alanına sahiptir<sup>45</sup>. Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'nun, kaynakların değerlendirilmesinde kendisini birliğin ulusal hukukları ile sınırlamaması dikkate değerdir. Birleşik Devletler Yeknesak Ticaret Kanunu ve Sözleşme Hukukuna ilişkin Restatements<sup>46</sup> de dahil olmak üzere, Avrupa içinden ve dışından çok sayıda araçtan

---

<sup>40</sup> ASHİ Giriş xxiii.

<sup>41</sup> ASHİ Giriş xxiv.

<sup>42</sup> Avrupa düzleminde sözleşme hukukunun ahenkli bir bütünlük oluşturması, ülkelerdeki farklı düzenlemelere dayalı sistemlerin yarattığı belirsizliği ortadan kaldıracaktır. Sözleşme hukukunun açık ve net olması, hukuki kesinliği sağlar. Bu hukuki kesinlik, Avrupa Birliği kapsamında ekonomik aktivitenin artmasına yardımcı olacaktır. Benzer uyuşmazlıklarda varılacak sonuçların yakınlığı, hukuki eşitliği de gerçekleştirir. Yapılacak sözleşmelerde uluslararası özel hukuk kurallarına başvurma gerekliliği ortadan kalkacağından, tarafların sözleşmeye uygulanacak olası hukukun seçilmesinde belli bir uzlaşmaya varıncaya kadar müzakere yürütmeleri gereği kalmayacağından, zamandan ve harcamalardan tasarruf etmeleri mümkün olacaktır.

<sup>43</sup> ASHİ Giriş xxi.

<sup>44</sup> ASHİ Giriş xxii; FESTNER, s. 53; OĞUZ, Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, s. 53.

<sup>45</sup> ASHİ m. 1:101, "(1) Bu İlkeler, Avrupa Birliğinde sözleşme hukukunun genel kuralları olarak uygulanmak üzere hazırlanmıştır" şeklindedir.

<sup>46</sup> A.B.D. hukukunda eyaletler arasındaki içtihat farklarının yarattığı sorunların ve uyuşmazlığa uygulanacak kuralların belirlenmesinde ortaya çıkan güçlüklerin ortadan kaldırılması amacıyla bağlayıcı özelliği olmayan, yol

yararlanılmıştır. İlkeler'deki bazı hükümler hiçbir ülke hukukunda yer almayan önerileri ve düşünceleri de yansıtır<sup>47</sup>. Kaynakların değerlendirilmesinde izlenen bu yaklaşım, uyumsuzluklara en etkili çözüm getirdiğine inanılan kuralların belirlenmesi iradesini göstermektedir<sup>48</sup>.

İlkeler'de her maddeyi izleyen yorumlara ve notlara yer verilmiştir. Bu yorumlarda oluşturulan kuralların gerekçeleri, amaçları, etki tarzları ve diğer kurallarla olan ilişkileri belirtilmekte, kuralların uygulanması örneklerle açıklanmaktadır. Maddeye ilişkin notlarda ise oluşturulan kuralların temel kaynakları belirtilmekte, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin hukuk sistemlerinde konuya ilişkin düzenlemelere kısaca yer verilmektedir<sup>49</sup>. Burada uygulanan yöntem, Amerikan Sözleşme Hukuku Restatements'e benzemektedir. Ancak İlkeler önemli bir konuda Restatements'ten ayrılır. Birleşik devletlerin birçok eyaletinde sözleşme hukuku common law'a dayandığından, Restatements genel olarak mevcut hukukun formüle edilmesini hedefler. Bir başka ifadeyle, içerik itibarıyla sadece geçerli hukuku açık bir şekilde düzenlemekte, kuralları kısa ve öz bir şekilde belirlemektedir. Buna karşılık Avrupa Birliği'nde değişik hukuk düzenleri mevcut olduğundan, İlkeler mümkün olduğu kadar üye ülkelerin sözleşme hukuklarının ortak esaslarını belirleyerek, bu ortak esaslara dayalı yaratıcı bir tarzda bütün Birlik'te genel olarak uygulanabilecek bir sistemin oluşturulması gayesini takip etmektedir<sup>50</sup>.

İlkeler azami ölçüde esnek ve gelecekte sözleşme hukuku alanındaki hukuki düşünce değişimlerine uyum sağlayacak şekilde tasarlanmıştır. Bundan dolayı Komisyon tüm olasılıkların kapsanması isteklerine, aşırı ayrıntının İlkeler'in somutlaşmasına yol açacağından ve Avrupa sözleşme hukukunun gelişmesine engel olacağından hareketle haklı olarak karşı çıkmıştır. Avrupa'da özel hukukun

---

gösterici nitelikteki kurallar yorumlarıyla birlikte sistematik olarak derlenmektedir. Bu kurallar, mevcut kuralların formüle edilerek yeniden ifade edilmesi anlamında "Restatement" olarak adlandırılır. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1923 yılından itibaren yayınlanmaktadır. Sözleşme hukuku alanında ilk Restatement 1932 yılında yayınlanmıştır. 1962 yılında başlanan ikinci çalışma 1979 yılında tamamlanarak 1981 yılında yayınlanmıştır. Bu konuda bkz. [www.ali.org](http://www.ali.org) (12.04.2010).

<sup>47</sup> ASHİ Giriş xxvi.

<sup>48</sup> İlkeler, Kıta Avrupası ve Anglosakson hukukçularının işbirliği sonucunda oluşan soft law karakterde bir eserdir. Eserdeki hükümlerin, civil law ve common law sistemlerinin içerdiği en etkili kurallardan seçildiği kabul edilmektedir.

<sup>49</sup> AUMÜLLNER Philip: "Das Recht der Stellvertretung in den Principles of European Contract Law und in der österreichischen Rechtsordnung – Ein Systemvergleich", ZfRV 2007, s. 208-217, s. 210; FESTNER, s. 52 ve s. 53.

<sup>50</sup> ASHİ Giriş xxvi. ZIMMERMANN, Konturen eines Europäischen Vertragsrecht, s. 479.

uyumlaştırılması konusunda o ana kadar yürütölmüş çalışmaların en titiz ve gelişmiş projesi olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

## 2. Avrupa Özel Hukuku’nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları

Avrupa Komisyonu, “*Daha uyumlu bir Avrupa Sözleşme Hukuku için Faaliyet Planı*” ve “*Avrupa Sözleşme Hukuku ve Topluluk Mevzuatının Gözden Geçirilmesi – İleriye Dönük Adımlar*” başlıklı bildiriler yayınlamıştır. Bu bildirilerde Avrupa sözleşme hukukunda referans bir metin olarak tasarlanacak, “temel ilkeleri, tanımları ve model kuralları” sağlayacak ve seçimlik bir belgeye kaynak teşkil edecek Ortak Referans Çerçevesi’nin oluşturulması konusunda düşünceler ifade edilmiştir. Bildirilerde önerilen projenin bilimsel hazırlığı için akademik bir network oluşturulmuştur<sup>51</sup>. Bu konuda öncü rolü Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu<sup>52</sup> ve Yürürlükteki Avrupa Topluluğu Özel Hukukunu Araştırma Grubu<sup>53</sup> üstlenmiştir. Sekiz uluslararası araştırma grubunun<sup>54</sup> çalışması sonucunda 2009 tarihinde Avrupa Özel Hukuku’nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları<sup>55</sup> yayınlanmıştır.

<sup>51</sup> Network of Excellence “Joint Network on European Private Law”. Bu konuda [www.copec.org](http://www.copec.org) (21.11.2012). Ayrıca bkz. AUMÜLLNER, s. 209; JANSEN/ZIMMERMANN, s. 1114.

<sup>52</sup> Study Group, 1998 yılında Prof. Dr. Christian von Bar’ın başkanlığında oluşturulmuştur. Yapısı, amacı ve çalışma tarzı itibariyle Lando Komisyonundan açıkça ayrılmakla birlikte, bu komisyonun devamı olarak nitelendirilmiştir. Üçüncü Lando Komisyonundaki üyelerin yaklaşık yarısının çalışmalarına Study Group’ta da devam etmelerinden dolayı, Lando Komisyonu ile Study Group arasında bir devamlılık ilişkisi olduğu belirtilir. Study Group, üye ülkelerin hukuk sistemlerinde mevcut özel hukuk kurallarının karşılaştırmalı hukuk araştırmaları çerçevesinde belirlenerek formüle edilmesini ve hukuk ilkeleri tarzında paylaşılmasını amaçlar. Study Group, Lando Komisyonundan farklı olarak çalışmalarını sadece genel sözleşme hukuku ile sınırlandırmamakta, Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku alanlarında da yürütmektedir. Özel hukukun değişik alanlarında Avrupa Medeni Kanununa taslak olabilecek çalışmalar gerçekleştirmektedir. Bu konuda EİDENMÜLLER/FAUST/GRİGOLEİT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s. 532 ve dn. 29. Ayrıca bkz. <http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.htm> (15.3.2013).

<sup>53</sup> Acquis Group olarak da anılır. Acquis Group, 2002 yılında Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke’nin koordinatörlüğünde üye ülkelerin bilim insanları tarafından kuruldu. Yürürlükteki topluluk müktesebatı (acquis communautaire) üzerinde çalışmaktadır. Grup, yürürlükteki Topluluk Hukuku ilkelerinin ve kurallarının belirlenmesini ve sistemleştirilmesini amaçlar. Bu hedefi gerçekleştirmek için öncelikle mevcut Avrupa Topluluğu özel hukukuna yoğunlaşmaktadır. Group, Yürürlükteki Avrupa Topluluğu Sözleşme Hukuku İlkeleri’ni “*Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*” yayınlamıştır. Bu ilkeler, hazırlayıcıları tarafından birliğin özel hukuk Restatements’leri olarak sunulmaktadır. Acquis İlkeleri, acquis’leri dikkate almayan ASHİ’ne karşıt bir model oluşturur. Bu konuda bkz.; EİDENMÜLLER/FAUST/GRİGOLEİT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s.533; JANSEN/ZIMMERMANN, s.1114 ve s. 1115. Ayrıca bkz. <http://www.acquis-group.org> (22.11.2013).

<sup>54</sup> Bu araştırma gruplarından yedisi bir çatı altında organize bir şekilde merkezi olarak koordine edilmiştir. Study Group, alanında yetkin profesörler tarafından yönetilen değişik ekiplerden oluşur. Kıdemli takım liderlerinin idaresinde genç akademisyenlerin yer aldığı çalışma takımları (Working Teams) kurulmuştur. Takımlar temel karşılaştırmalı hukuk araştırmalarını gerçekleştirmekte, tartışmalar için tasarılar geliştirmekte ve notlar için gerekli olan geniş materyalleri toplamaktadır. Her çalışma takımına bir danışma konseyi (Advisory Council) tahsis edilmiştir. Bu organlar, başlıca Avrupa hukuk sistemlerini temsil eden, ilgili hukuk alanındaki uzmanlardan teşekkül etmektedir. Teklifler çalışma takımlarında tasarlanmakta, seri olarak gerçekleştirilen toplantılarda danışma konseyinde eleştirel bir şekilde incelenmekte ve geliştirilmektedir. Ortaya çıkan metinler, tartışılması için Study Group bünyesindeki

AÖH, sözleşme hukuku ile sınırlı bir düzenleme öngörmez. Bu anlamda sadece sözleşme hukukuna yönelen Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nden ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’den<sup>56</sup> farklı olarak genel borçlar hukuku, vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, eşya hukuku gibi alanlara ilişkin düzenlemeleri de kapsamına almaktadır<sup>57</sup>. Nitekim “*Hedeflenen Uygulama Alanı*” kenar başlığını taşıyan I.-1:101 (1), “*Bu kurallar temel olarak sözleşmeler ve diğer hukuki işlemler, sözleşmesel ve sözleşme dışı haklar ve yükümlülükler ile ilişkili ve eşya ile ilgili konularda uygulanmayı amaçlamaktadır*” düzenlemesini içerir<sup>58</sup>.

AÖH’nun en geniş bölümünü “*Model Kurallar*” oluşturur. “Model” sıfatı, kuralların normatif yürürlüğe sahip olmadığını, ASHİ ve benzer metinler gibi soft law niteliğinde olduğunu gösterir<sup>59</sup>. Model kurallarda yorumlara ve notlara yer verilmiştir. Yorumlarda her bir kural açıklanmakta, çoğunlukla da örneklerle desteklenmektedir. Notlarda ise ulusal hukuk sistemlerinin hukuki pozisyonları yansıtılmakta ve ilgili geçerli topluluk hukuku kuralları belirtilmektedir. Yine uygun yerlerde Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’na ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’e değinilmektedir. Model Kurallar bölümünde özel hukuk alanına ilişkin birçok konuda ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. AÖH’nun uygulama alanı ve yorumlanması ile ilgili “*Genel Hükümler*” I. Kitap’ta

---

gerçek karar alma organı olan Co-ordinating Group’a teslim edilmektedir. Burada gerçekleştirilen oturumlardaki değerlendirmeler sonucu metnin maddeleri ve yorumları birleştirilir. Kararlar oybirliğinin sağlanmadığı hallerde, oy çokluğu ile alınmıştır. Acquis Group’un metni ise Tasarı Takımının, Redaksiyon Komitesinin, Terminoloji Grubunun ve Genel Kurulun çalışmaları sonucunda oluşmuştur. Tasarı Takımları araştırmalarını mevcut Avrupa Topluluğu hukuku konularında gerçekleştirmekte ve kuralların tasarılarını yorumlarıyla birlikte ortaya çıkarmaktadır. Değişik takımlar tarafından oluşturulan tasarılar, kullanılan terminolojinin uyumlaştırılması, dilin geliştirilmesi ve tasarıların tutarlı kılınması için Redaksiyon Komitesine ve Terminoloji Grubuna geçmektedir. Tasarı halindeki bütün kurallar tartışılmakta ve nihayetinde yılda iki kez toplanan Genel Kurul tarafından kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Avrupa Özel Hukuku’nun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları, Academic Contributors, s. 39 – s. 43.

<sup>55</sup> Çalışmamızda “AÖH” olarak anılacaktır.

<sup>56</sup> Bu iki eserin sözleşme hukuku dışındaki alanları kapsayan bir sistem ortaya koymadıklarından ötürü uygulamada tercih edilmediği, AÖH’nun kapsamlı bir düzenleme öngörmesinin mevcut uyumsuzlukları çözmede bir avantaj olduğu yönündeki görüş için bkz. LEHMANN Matthias: “*Anwendung des CFR in Schiedsverfahren*, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung*”, München, s. 2009, s. 454.

<sup>57</sup> Düzenlenen alanlar kapsam bakımından genişletilmesi yanında, içerik itibarıyla da ASHİ’den önemli ölçüde ayrılır. Örneğin temsil, üçüncü kişi lehine sözleşme ve temlik hükümlerinde köklü değişikliklere gidilmiştir. Değişikliklerin eleştirisi için bkz. EIDENMÜLLER/FAUST/GRİGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s. 532 ve s. 541.

<sup>58</sup> AÖH I.-1:101 (2), kuralların hangi konularda uygulama alanı bulmayacağını öngörmektedir. Örneğin kurallar gayrimenkul hukukunda, iş ve aile ilişkilerinde, şirketler hukukunda, gerçek kişilerin kanuni ehliyetlerinde uygulanmaz.

<sup>59</sup> AÖH Giriş n. 24. Belgenin, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler tarzında bir soft law aracı olarak değerlendirilebileceği konusunda bkz. RÖTHEL, (Integration durch eine unverbindliche lex academia: Der Referenzrahmen als Modellgesetz?), s. 289.

öngörülmektedir. “*Sözleşmeler ve Diğer Hukuki İşlemler*” başlığı altında sözleşmelerin kuruluşu, temsil, geçerlilik, sözleşmelerin içeriği ve sonuçları II. Kitap’ta düzenlenmiştir. Borcun yerine getirilmesi, borcun yerine getirilmemesi durumundaki tedbirler, alacakların devri ve borçların üstlenilmesi, takas ve zamanaşımı gibi konulara III. Kitap’ta yer verilmektedir. “*Belirli Sözleşmeler ve bunlardan doğan Haklar ve Yükümlülükler*” başlığı altında satım sözleşmesi, kira sözleşmesi<sup>60</sup>, hizmet sözleşmesi<sup>61</sup>, vekâlet sözleşmesi, ticari temsilcilik, franchise sözleşmesi, bayılık sözleşmesi, kredi sözleşmesi, kişisel teminat ve bağış sözleşmesi IV. Kitap’ta düzenlenmiştir. V. Kitap’ta Vekâletsiz İş Görme, VI. Kitap’ta Sözleşme Dışı Sorumluluk, VII. Kitap’ta Sebepsiz Zenginleşme, VIII. Kitap’ta Malların Mülkiyetinin Edinilmesi ve Kaybedilmesi, IX. Kitap’ta Taşınır Eşyaların Ayni Teminatı ve X. Kitap’ta Trust Hukuku ile ilgili detaylı hükümler öngörülmektedir.

AÖH’nda yer verilen “İlkeler” ile bir dizi kurallar kastedilmemekte, belgenin dayandığı temel değerler ifade edilmektedir. Buna göre eserin temelini özgürlük, güvenlik, adalet, etkinlik ilkeleri oluşturur<sup>62</sup>. Her bir ilkenin farklı görünüşleri bulunmakla birlikte, metnin yorumunda ve uygulanmasında yol gösterici özellikleri olduğu kabul edilir<sup>63</sup>.

Avrupa Birliği ülkelerinde aynı hukuki kavramlara farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir. Oysa hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması, ortak bir terminolojiye ihtiyaç duymaktadır. AÖH’nun Ek’inde yer verilen tanımların ortak bir Avrupa hukuk terminolojisinin gelişmesini destekleme işlevine sahip olabileceği düşünülmektedir. Böylece ortak bir terminolojiye, açık ve tutarlı kavramlara ulaşılmasının eserin takip ettiği hedeflerden olduğunu ifade edebiliriz<sup>64</sup>. Bu amaca yönelik olarak metinde

<sup>60</sup> AÖH I.-1:101 (2) uyarınca gayrimenkul kiralari kapsam dışındadır.

<sup>61</sup> AÖH I.-1:101 (2) uyarınca iş sözleşmeleri kapsam dışındadır.

<sup>62</sup> İlkeler’in içeriklerinin belirsizliğine ve birbirleriyle olan ilişkilerinin yeterince açıklanmamış olmasına yöneltilen haklı eleştiriler için bkz. EIDENMÜLLER/FAUST/GRİGOLEİT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s. 534 ve s. 535.

<sup>63</sup> AÖH İlkeler s. 47 – s. 77. Ayrıca bkz. BEALE Hugh: “The Drafting of the Academic Common Frame of Reference, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung”, München, s. 2009, s. 46 – s. 47.

<sup>64</sup> AÖH Giriş n. 23 ve n. 50. AÖH I.-1:108’de tanımların aksi gerektirmedikçe kuralların amacı doğrultusunda uygulanacağı düzenlenir.

terimlere ve kavramlara kaynak sağlar<sup>65</sup>. Böylece AÖH'nun tanımların uyumlaştırılmasına katkı sağlayabileceği öngörülmektedir.

Çalışmanın mimarları ortaya koydukları eserin akademik bir metin olduğunu<sup>66</sup>, bu metnin Avrupa'da özel hukukta ortak anlayışa dayalı yeni bir temel oluşturma ve kolektif tartışmayı geliştirme konusunda fikir sunduğunu ifade etmektedir<sup>67</sup>. Eserin akademik dünyanın dışında özel hukuk sorunları için de uygun çözümleri geliştirmede esin kaynağı oluşturmaya ümit edilmektedir. Zira ASHİ, yayınlanmasından kısa bir süre sonra Avrupa'da yüksek mahkemelerin ilgisini çekmesinin yanı sıra, çok sayıda resmi organ tarafından ulusal sözleşme hukuklarının modernleştirilmesi hazırlıklarında dikkate alınmıştır. Bu gelişmenin AÖH bakımından da devam edebileceği öngörülmektedir<sup>68</sup>. Diğer taraftan çalışmanın Avrupa Birliği içerisinde ulusal hukuk ve topluluk hukuku düzeyindeki reform projelerinde yankı uyandırması, böylece Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılmasına katkı sunması beklenmektedir<sup>69</sup>.

Avrupa Komisyonu daha sürecin başında düzenlemenin hukuki statüsü konusunda oluşabilecek tereddütleri ortadan kaldırmak gayesiyle, ortaya çıkacak eserin toolbox işlevine sahip olacağını altını çizmiştir<sup>70</sup>. Öğretide de belgenin bir Avrupa

<sup>65</sup> Belgede yer verilen Ek'te iyi niyet, sözleşme, kişi, fiyat gibi terimler ve kavramlar tanımlanır. Ek'in içerdiği tanımların farklı özellikler gösterdiğini görmekteyiz. Bazı durumlarda metin içerisinde yer alan tanımlar tekrarlanmaktadır. Bununla bütün önemli tanımlar grup halinde alfabetik bir sıra ile kullanıcılara sunulacak kolay bir başvuru olanağı oluşturulmak istenmektedir. Diğer taraftan yorumlarda ve ulusal notlarda ifade edilmemekle birlikte, sadece Ek'te öngörülen tanımlar da bulunmaktadır. Kurallarda sık kullanılmakla birlikte hiçbir maddede tanımlanmayan bazı terimlere de listede yer verilmiştir.

<sup>66</sup> Tasarlayıcılar tarafından akademik bir metin vurgusu yapılmasına karşılık, çalışmanın meşru bir kanun koyucu tarafından yürürlüğe konulabilecek kodifikasyon formunda bir hukuki eser niteliğini taşıdığı da ileri sürülmektedir. EIDENMÜLLER/FAUST/GRİGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s. 533. Nitekim akademik AÖH'nun, aynı kapsama ve içeriğe sahip olması gereksizdir, olası politik bir Common Frame of Reference'e (CFR) model olarak hizmet edebileceği açıkça öngörülmektedir. AÖH Giriş n. 6.

<sup>67</sup> AÖH Giriş n. 4 ve n. 7.

<sup>68</sup> Belgenin sadece kanun koyuculara yönelik olmadığı, hukuk sahnesindeki diğer aktörler için de önemli bir referans oluşturduğu, özellikle mahkeme ve tahkim süreçlerinde ilgili düzenlemelerden istifade edilebileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. RIESENHUBER Karl: "Systembildung durch den CFR-Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrecht, Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung", München, s. 2009, s. 193; LEHMANN, (Anwendung des CFR in Schiedsverfahren, Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung), s. 455.

<sup>69</sup> AÖH Giriş n. 8 ve n. 63. Ayrıca bkz. VON BAR, (Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs), s. 24 dn. 7 ve s. 32; RIESENHUBER, (Systembildung durch den CFR-Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrecht), s. 188.

<sup>70</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, Brussels, 11.10.2004 COM (2004) 651 final (2.1.1 ve 2.1.3); Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, The Hague Programme: Ten priorities for the next five years, The Partnership for European renewal in the field of Freedom, Security and Justice, Brussels, 10.05.2005 COM (2005) 184 final (2.3). Avrupa Parlamentosu'nun 12 Aralık 2007 tarihli B6-0513/2007 no'lu kararında da, AÖH'nun sözleşme hukuku alanında mevcut mevzuatın revizyonunda ve yeni kanunların

Medeni Kanun Tasarısı niteliği taşımadığı, özel hukuk işlemlerinde ve çalışmalarında toolbox olarak kullanılmasının gerçekçi bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Ancak çalışmanın ağır tenkitlere uğradığını belirtmemiz gerekir. Belirsiz hukuki kavramlara ve genel klostara yer verilmesinin hukuki güvensizliğe neden olduğu, irade özerkliğinin sınırlandırıldığı, belgenin bütününde ortak bir hukuki kanaatin oluşmadığı, büyük yapısal eksiklikler ve değerlendirme çelişkilerini barındırdığı eleştirileri yöneltilmektedir<sup>72</sup>. Bu anlamda Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu başkanı Ole Lando'nun, AÖH'nun Alman Medeni Kanunu'na yaslanan, katı ve anlaşılmaz bir mantık içerdiğini vurgulaması dikkate değerdir<sup>73</sup>.

## **B. ÖZEL HUKUKUN BİRLEŞTİRİLMESİ İÇİN ULUSLARARASI ENSTİTÜ'NÜN YÜRÜTTÜĞÜ UYUMLAŞTIRMA FAALİYETLERİ**

Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü<sup>74</sup>, 1926 yılında Milletler Cemiyeti'ne bağlı olarak Roma'da kurulan ve 1940 yılında çok taraflı bir anlaşmaya dayalı olarak yeni statüsüne kavuşan bağımsız uluslararası bir kuruluştur. Kuruluşun amacı, ülkelerin özel hukuklarının uyumlaştırılması, yenilenmesi ve koordinasyonu konusunda ihtiyaçların ve yöntemlerin araştırılmasıdır. Bu amaca yönelik olarak Yeknesak Hukuk Belgeleri, Model Kanun'lar, Konvansiyon'lar ve İlkeler hazırlanmaktadır. Türkiye'nin de dahil olduğu değişik hukuk, ekonomik ve politik sistemlerin temsil edildiği 63 üyesi bulunmaktadır. Enstitü'deki çalışmalara yüksek hâkimler, uygulayıcılar, akademisyenler ve sivil memurlar katılmaktadır. UNIDROIT yıllara yayılan süreçte yetmişin üzerinde önemli araştırma ve taslak hazırlamıştır<sup>75</sup>. Belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi doğrultusunda hazırlanan eserlerden

---

hazırlanmasında kullanılabilecek, Avrupa Birliği kanun koyucuları için "toolbox" veya "Handbook" tarzında bir belge olmasının amaçlandığını belirtmektedir.

<sup>71</sup> JUNG Peter: "Der Gemeinsame Referenzrahmen und die Frage einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung", München 2009, s. 270. VON BAR, (Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs), s. 32; RIESENHUBER, (Systembildung durch den CFR-Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrecht), s. 193.

<sup>72</sup> PFEIFFER Thomas: "Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht", 4/2008, s. 679-707, s. 685-686 ve s. 688; EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, s. 537 ve s. 549.

<sup>73</sup> LANDO Ole: The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference, European Review of Contract Law, Volume 3 (2007), Editor: Grudmann Stefan, The Gruyter, s. 239-380, s. 250.

<sup>74</sup> Çalışmamızda "UNIDROIT" olarak anılacaktır.

<sup>75</sup> www.unidroit.org/about-unidroit/overview (14.02.2014).

“Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon” ve “Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler” çalışmamızda yakından incelenecektir.

## 1. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon

UNIDROIT tarafından 1929 yılında başlatılan sınır ötesi satım sözleşmelerinin birleştirilmesi çalışmaları kapsamında temsil alanında da incelemeler gerçekleştirilmiştir. Ancak çalışmalar 1935 yılından itibaren içerik itibarıyla olmasa da organik olarak birbirlerinden ayrılmıştır<sup>76</sup>. Nihayet 1961 yılında “*The Draft Convention Providing a Uniform Law on the Contract of Commission on the International Sale or Purchase of Goods*” ve “*The Draft Convention Providing a Uniform Law on Agency in Private Law Relations of an International Character*” isimli iki Konvansiyon taslağı yayınlanmıştır. Her iki Konvansiyon tasarısı civil law sistemlerinin benimsediği doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını öngörmekteydi. Ancak bu ayırım common law sistemlerinde tanınmaz. Common law sistemlerinin hâkim olduğu ülkelerde taslakların kabul edilebilirliği söz konusu olmadığından, her iki projenin çıkmaza girmesi nedeniyle çalışmadan vazgeçilmiştir<sup>77</sup>. 1970’li yılların başından itibaren benzer bir projenin hazırlıklarına başlanmıştır. UNIDROIT bünyesinde oluşturulan “*Convention on Agency in the International Sale of Goods*” isimli taslak, önceki iki taslağın devamı olarak kabul edilebilir<sup>78</sup>. İsviçre’nin Cenevre kentinde 31 Ocak – 17 Şubat 1983 tarihinde dokuzu gözlemci sıfatıyla 58 ülkeden delegenin katıldığı konferansın çalışmaları sonucunda Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon<sup>79</sup> 17 Şubat 1983 tarihinde kabul edilmiştir<sup>80</sup>.

Konvansiyon; değişik toplumsal, ekonomik ve hukuk sistemlerin dikkate alınması suretiyle uluslararası mal satımlarında temsile ilişkin ortak kuralların belirlenmesinin ve benimsenmesinin, uluslararası ticaretteki hukuki engelleri bertaraf

<sup>76</sup> MÜLLER-FREIENFELS Wolfram: Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt: Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung, Frankfurt am Main 1982, s. 44.

<sup>77</sup> www.unidroit.org/overview-agency (14.02.2014). Detaylar için bkz. EVANS Malcolm: “*Explanatory Report on the Convention on Agency in the International Sale of Goods*”, Uniform Law Review 1984, I, s. 73-159, s. 73-75; BONELL Michael Joachim: “*The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods*”, American Journal of Comparative Law 1984, s. 717-749, s. 720 ve s. 721.

<sup>78</sup> BASEDOW Jürgen: “*Das Vertretungsrecht im Spiegel konkurrierender Harmonisierungsentwürfe*”, ReabelsZ 45 (1981), s. 196-217, s. 203; MÜLLER-FREIENFELS (Stellvertretungsregelungen), s. 56 ve s. 59; BONELL, (AJCL 1984), s. 722-725.

<sup>79</sup> Çalışmamızda “Konvansiyon” olarak anılacaktır.

<sup>80</sup> www.unidroit.org/overview-agency (14.02.2014).



edeceği ve ticaretin gelişmesini destekleyeceği düşüncesiyle oluşturulmuştur<sup>81</sup>. Temsil hükümlerinde uyumlaştırma çabalarına yönelik inisiyatifin bir sonucu olan Konvansiyon'un uygulanmasında, tarafların hangi devletin vatandaşları olduğunun, tacir olup olmadıklarının, satım sözleşmesinin özel veya ticari niteliğinin dikkate alınmayacağı öngörülmüştür<sup>82</sup>. Diğer taraftan Konvansiyon'un yorumunda uluslararası özelliğinin, yeknesak uygulanmasının ve uluslararası ticarete iyi niyetin korunmasının geliştirilmesi gerekliliğinin dikkate alınacağına ilişkin hükümler kayda değer düzenlemelerdir<sup>83</sup>.

Konvansiyon uluslararası ilişkilerde ihtiyaçlara cevap verebilecek bir sistem görüntüsüne sahip olmakla birlikte, konu alanında öngörülen sınırlamalar nedeniyle büyük bir kabul görmemiştir. Düzenlemede temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasının, alt temsilin işlenmemesi önemli eksiklikler olarak değerlendirilir<sup>84</sup>. Konvansiyon'un 33. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Konvansiyon ancak onuncu devletin onaması üzerine yürürlüğe girecektir. Hâlihazırda sadece Avrupa Birliğine üye ülkelerden Hollanda, Fransa ve İtalya tarafından imzalanarak onanmıştır<sup>85</sup>. Konvansiyon'un henüz yürürlüğe girmemesine rağmen, kalıcı ve önemli etkilere sahip olduğu görülmektedir. Özellikle Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Konvansiyon'dan esinlenen hükümlere yer verilmiştir<sup>86</sup>. Bu uluslararası belgelerde Konvansiyon ana plan olarak işlem görmemişse de, benzer yaklaşımlar benimsenmiştir<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> www.unidroit.org/instruments/agency (14.02.2014). Sözleşmenin İngilizce metni için ayrıca bkz. American Journal of Comparative Law, Vol. 32, Y. 1984, s. 751-763.

<sup>82</sup> Konvansiyon m. 2 f. 3.

<sup>83</sup> Konvansiyon, m. 6 f. 1.

<sup>84</sup> FESTNER, s. 58.

<sup>85</sup> AÖH II. Kitap m. 6:101 Notlar IV, 5. Meksika ve Güney Afrika ise Konvansiyon'a katılmıştır.

<sup>86</sup> ASHİ m. 3:302 – 3:304 ve Hollanda MK. m. 7:420 – 7:421 önemli ölçüde Konvansiyon'a dayalıdır. Busch, Konvansiyon'un temsile ilişkin kurallarının büyük ölçüde Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de öngörülen kurallarla aynı nitelikte olduğunu belirtmektedir. BUSCH Danny/MACGREGOR Laura J.: The Unauthorised Agent, Perspectives from European and Comparative Law, Cambridge University Press 2009, s. 363 dn. 1. Heutger de benzer şekilde Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de bazı kuralların Konvansiyon'a dayandığını ifade etmektedir. HEUTGER Viola, "Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004", European Review of Private Law 1-2005, s.83-90, s. 86.

<sup>87</sup> BENNETT Howard, "Agency in the Principles of European Contract Law and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004", Uniform Law Review, Vol. XI, 2006-4, pp. 771-793, s.771 ve s. 772.

## 2. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler

Sözleşme hukukunun uyumlaştırılması konusunda gerçekleştirilen tek proje Lando Komisyonu'nun eseri değildir. UNIDROIT tarafından da uluslararası zeminde sözleşme hukuku ilkeleri konusunda uzun bir çalışma yürütülerek, ASHİ'ne benzeyen bir düzenleme oluşturulmuştur.

UNIDROIT eski genel sekreteri Mario Matteucci 1968 yılında özel hukuk alanında genel ilkelerin Restatement şeklinde birleştirilmesini önermiştir. Yönetim Konseyi'nin yaptığı değerlendirmeler sonucu 1971 yılında “Uluslararası Ticaret Hukukunun Aşamalı Kodifikasyonu” başlıklı proje çalışma programına dahil edilmiştir<sup>88</sup>. 1976 yılında dahi bu projenin bir Model Kanun olarak mı, yoksa Restatement tarzında bir metin olarak mı sonuçlandırılması gerektiği konusunda bir netlik oluşmaz<sup>89</sup>. Nihayet 1980 yılına gelindiğinde UNIDROIT üyelerinin uluslararası bağlayıcı nitelikteki bir sözleşme konusunda uzlaşamayacakları ortaya çıkmıştır. Aynı yıl Prof. Dr. Michael Joachim Bonell başkanlığında, uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun bir çeşit Restatement'lerini hazırlama hedefini güden bir çalışma grubu oluşturulur. Çalışma grubunda dünya genelinde önemli hukuk ve sosyo-ekonomik sistemlerini temsil eden, sözleşme hukuku ve uluslararası ticaret hukuku alanında uzmanlar yer alır<sup>90</sup>. Grubun çalışmalarıyla aynı zamana denk gelen Lando Komisyonu'nun çalışmaları arasında belli bir koordinasyon sağlanmıştır. Bu nedenle bazı üyeler her iki grupta yer almıştır<sup>91</sup>.

UNIDROIT'in en önemli eserlerinden biri olarak kabul edilen Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler<sup>92</sup> uzun yıllar süren çalışmalar sonucunda 1994

---

<sup>88</sup> Bu proje daha sonra “Uluslararası Ticari Sözleşmeler için Kuralların Hazırlanması” ismini alacaktır. BONELL Michael Joachim, Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, *RabelsZ* 56 (1992), s. 274, s. 277; FESTNER, s. 59 dipnot 194.

<sup>89</sup> MATTEUCCI Mario, “Unidroit The First Fifty Years”, *Uniform Law Review*, Volume 4, 1.1.1976, s. 15-33, s.17-18.

<sup>90</sup> İlkeler 1994 Giriş, s. xxii. Ayrıca bkz. BONELL, *RabelsZ* 56 (1992), s. 274, s. 278 ve dn. 16; ZIMMERMANN, *Konturen eines Europäischen Vertragsrecht*, s. 477 ve s. 480.

<sup>91</sup> Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu başkanı Ole Lando'nun, UNIDROIT çalışma grubu başkanı Michael Joachim Bonell'in, Almanya'dan Ulrich Drobnig'in ve Fransa'dan Denis Tallon'un katılımlarıyla her iki grup arasında bir koordinasyon sağlanmaya çalışılmıştır. Bu konuda bkz. ZIMMERMANN, *Konturen eines Europäischen Vertragsrecht*, s. 480.

<sup>92</sup> Çalışmamızda “UTSİ” olarak anılacaktır.

tarihinde yayınlanır<sup>93</sup>. Yönetim Konseyi, İlkeler'e yönelik uluslararası alandaki olumlu yaklaşımları dikkate alarak 1997 yılında metnin genişletilmesi için yeni bir çalışma grubunun oluşturulmasını kararlaştırır<sup>94</sup>. İlkeler'in yeni versiyonunda sorun yarattığı düşünülen eksik kısımların tamamlanmasına gayret edilmiştir<sup>95</sup>. 2004 tarihinde yayınlanan ikinci metinde<sup>96</sup> zaman aşımı, takas, temsil, borçların üstlenilmesi, alacakların devri, üçüncü kişinin lehine sözleşme gibi konularda düzenlemelere yer verilir. İkinci yayından kısa bir süre sonra metnin geliştirilmesi için oluşturulan çalışma grubunun faaliyetleri sonucunda, 2010 tarihinde İlkeler'in üçüncü yayını gerçekleşir<sup>97</sup>. Bu versiyonda hukuka aykırılık<sup>98</sup>, koşullar<sup>99</sup>, müteselsil alacaklılık<sup>100</sup> ve müteselsil borçluluk<sup>101</sup> gibi konularda hükümler öngörülmektedir.

UTSİ, uygulanacakları ülkelerin hukuk geleneklerinden, ekonomik ve politik koşullarından bağımsız olarak dünya genelinde kullanılabilir dengeli kurallar oluşturmayı hedefler<sup>102</sup>. Uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar içeren İlkeler'in amaçlarına ve uygulanma koşullarına giriş kısmında yer verilmiştir. Buna göre İlkeler, taraflar sözleşmelerinin bu İlkeler'e tabi olacağını kararlaştırdıklarında uygulanır. Yine taraflar sözleşmelerinin hukukun genel ilkelerine, *lex mercatoria*'ya veya benzerine tabi olacağını kararlaştırdıklarında uygulanabilir. Taraflar sözleşmelerinin tabi olacağı hukuku seçmedikleri takdirde dahi uygulanabilecektir. İlkeler aynı zamanda uluslararası yeknesak hukuk belgelerinin ve yerel hukukun yorumlanmasında ve tamamlanmasında kullanılabilecek, ulusal ve uluslararası kanun koyucular için model işlevi görebilecektir<sup>103</sup>.

<sup>93</sup> 1994 tarihli İlkeler 120 maddeden oluşmaktadır.

<sup>94</sup> BONELL: "Unidroit Principles 2004, The New Edition of the Principles of International Commercial Contract adopted by the the International Institute for the Unification of Private Law", *Uniform Law Review*, 2004/1, pp. 5-40, s. 5; ZIMMERMANN Reinhard, "Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive", *ZEuP* (2005), s. 264 – s. 266, s. 265; Stephan, s. 59.

<sup>95</sup> BONELL, ULR 2004, s. 17.

<sup>96</sup> 2004 tarihli İlkeler 185 maddeden oluşur.

<sup>97</sup> İlkeler'in üçüncü yayınında uluslararası iş ve hukuk topluluklarının menfaatleri doğrultusunda esere önemli konuların eklenmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede 26 yeni madde ilave edilmiştir. Bu konuda bkz. İlkeler 2010 Giriş, vii.

<sup>98</sup> UTSİ m. 3.3.1 – m. 3.3.2

<sup>99</sup> UTSİ m. 5.3.1 – m. 5.3.5

<sup>100</sup> UTSİ m. 11.2.1 – m. 11.2.4

<sup>101</sup> UTSİ m. 11.1.1 – m. 11.1.13

<sup>102</sup> UTSİ 1994 Giriş, xv.

<sup>103</sup> UTSİ 2010 Giriş (İlkelerin Amacı), s. 1.

UNIDROIT çalışma grubunun ve Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'nun eserleri özü itibarıyla benzer alanlarda yoğunlaşmaktadır. Bu anlamda içerik açısından önemli ortak özellikler taşımaktadır<sup>104</sup>. Her iki metnin amaçları ve uygulanma koşulları birbirine son derece yakındır<sup>105</sup>. Ancak UTSİ uluslararası ticari sözleşmelere<sup>106</sup> yöneldiği halde, ASHİ tacirler ile tüketiciler arasındaki ilişkileri de kapsayacak şekilde sözleşmelerde genel uygulama alanını öngörür<sup>107</sup>. Diğer yandan UTSİ, kuralların global uygulanmasını hedeflemesi açısından evrensel bir niteliğe sahip olduğu halde, ASHİ şeklen Avrupa Birliği ile sınırlı bir görünüm sunmaktadır<sup>108</sup>.

UTSİ, bir uzman grubu tarafından oluşturulan, uluslararası ticari hayatın katılımcılarına önerilen, bağlayıcı olmayan kurallar bütünüdür. Bir başka ifadeyle, doğrudan geçerliliğe sahip kurallar değildir. Bu anlamda soft law için klasik bir örnek oluşturur<sup>109</sup>. UTSİ etkinliğini belli bir otoritenin bağlayıcı kurallarından değil, uluslararası ticari yaşamda uygulanabilir kalitede olmasından almaktadır. Bu çerçevede İlkeler'in uygulamada yaygınlık kazanmaları, içlerinde taşıdıkları ikna gücüne dayanır<sup>110</sup>. İlkeler, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına yanıt verecek, genel olarak kabul görmese dahi sorunlara en iyi çözüm sunduğuna inanılan kuralları belirlemeyi hedeflemektedir<sup>111</sup>. İlkeler, ulusal hukuk reformlarında dikkate alınabilecek özellikler

<sup>104</sup> BONELL Michael Joachim: "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the same Purposes?", Uniform Law Review (1996), s. 229-246; s. 229; ZIMMERMANN Reinhard, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft, Jura 2005, s. 289-297, s. 292; ZIMMERMANN, Konturen eines Europäischen Vertragsrecht, s. 478; REMIEN, s. 313.

<sup>105</sup> Her iki metin birbiriyle uyumlu hükümler içermektedir. UTSİ'nin yaklaşık 2/3'lik kısmı ASHİ'de yer almaktadır. Bu konuda bkz. ZIMMERMANN, ZEuP 2005, s. 268.

<sup>106</sup> İlkeler'de öngörülen "ticari sözleşme" kavramı ile bazı hukuk sistemlerinde geleneksel olarak gerçekleştirilen özel ve ticari taraf ve/veya işlem ayırımı kastedilmez. Bir başka ifadeyle, İlkeler'in uygulanması tarafların resmi statülerinin tacir olmasına ve/veya işlemin niteliğinin ticari olmasına bağlı değildir. Düzenlemede birçok hukuk sisteminde tüketicilerin korunması amacıyla özel kurallara tabi olan tüketici işlemlerinin İlkeler'in kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmektedir. Böylece İlkeler'de açıkça tanımlanmamışsa da "ticari sözleşme" kavramı ile sadece malların ve hizmetlerin değişimini ve teminini içeren ticari işlemler değil, yatırım ve imtiyaz anlaşmaları gibi diğer ekonomik işlemler de hedeflenmiştir. Bu anlamda ticari sözleşmelerin geniş anlaşılması gerekir. UTSİ 2010 Giriş Yorum 2.

<sup>107</sup> UTSİ 2010 Giriş Yorum 1 ve 2; ASHİ m. 1:101 (1).

<sup>108</sup> HEUTGER, s. 89.

<sup>109</sup> Soft law'ın uygulamadaki anlamlı işlevi seçilebilirliğidir. Bu çerçevede özellikle ASHİ ile paralel bir görünüm sergilemektedir.

<sup>110</sup> BONELL Michael Joachim: "Die Unidroit-Prinzipien der internationalen Handelsverträge, Eine neue Lex Mercatoria?", ZfRvgl. (1996), s. 153; OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 58

<sup>111</sup> BONELL, UNIDROIT, s. 1129.

göstermekte<sup>112</sup>, hakem<sup>113</sup> ve mahkeme<sup>114</sup> kararlarının tesisinde iyi bir dayanak teşkil edebilecektir.

İlkeler'in belirlenmesi yönteminde Restatement'ler örnek alınmıştır. Öngörülen kuralı veya genel ilkeyi, kuralın bütüncül parçası olan açıklayıcı yorumlar ve örnekler takip eder<sup>115</sup>. UTSİ'de kuralların uluslararası niteliğinin vurgulanması gayesiyle, oluşturulan hükümlerin temel kaynaklarına ve karşılaştırmalı hukuk bilgilerine yer verilen notlar öngörülmemiştir<sup>116</sup>. Bu anlamda İlkeler'in öz ve açık oluşu, yorumlamada tereddütleri ortadan kaldırmaktadır.

Uzun yıllara yayılan tartışmalar sonucunda UTSİ'nin ve ASHİ'nin birbirleriyle yarışan metinler olmadıkları, kendilerine özgü özellikler taşıyan hukuki eserler oldukları kabul edilmektedir<sup>117</sup>. İlkeler, bilimsel kalitesi ve ikna kabiliyeti bakımından başarılı bir referans metindir.

---

<sup>112</sup> İlkeler Hollanda, Rusya, Litvanya, Estonya ve Yeni Zelanda Medeni Kanunlarının revizyonlarında örnek alınmıştır. RÖTHEL, (Integration durch eine unverbindliche lex academica), s. 299 ve dn. 44.

<sup>113</sup> Bu konuda bkz. Unidroit Principles: New Developments and Applications, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement 2005, 73-91.

<sup>114</sup> 17.09.2002 tarihli, C-334/00 no'lu Avrupa Adalet Divanı kararı için bkz. [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (16.2.2013).

<sup>115</sup> BONELL, *RabelsZ* 56 (1992), s. 274 ve s. 279.

<sup>116</sup> BONELL, *ULR* 1996, s. 229 ve s. 234.

<sup>117</sup> LANDO Ole, *Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives*, Oxford, 2002, s. 23 vd.; HEUTGER, s. 88.

## İkinci Bölüm

### TEMSİL VE TEMSİLİN TÜRLERİ

Bir kimse kural olarak sadece kendisi için hukuki işlemler gerçekleştirebilir. Ancak bu kuralın aşıldığı birçok olgu söz konusudur. Temsil kurumu da genel kurala bir istisna oluşturur. Günümüzde ekonomik hayatın yapısı ve hukuki işlemlerin gösterdiği çeşitlilik, temsili önemi gittikçe artan bir hukuki kurum haline getirmiştir. Modern bir toplumda kişiler hareket alanlarını genişletmek ve işlem hayatını kolaylaştırmak üzere temsilcilerin yardımına gereksinim duymaktadır. Başkasının hukuki konumunu etkileyecek tarzda hareket edilmesi, belli koşullara bağlıdır. Aşağıda bu koşullar ayrıntılı olarak incelenecektir.

#### I. TEMSİL

##### A. GENEL BAKIŞ

Bir hukuki işlem kural olarak işlemi yapan taraflar hakkında sonuç meydana getirmekte ise de<sup>118</sup>, bu hukuki işlemin mutlaka o ilişkiye taraf olan kimseler tarafından yapılması zorunluluğu yoktur. Kişiler irade özerkliği uyarınca hukukun çizdiği sınırları ihlal etmemek kaydıyla kendi hukuk alanlarında hüküm doğuracak ilişkileri düzenlemekte serbest olduklarına göre, bu sonuca ulaşmak için bir temsilciyi yetkilendirme olanağına da sahip olmaları gerekir. Nitekim gelişmiş bütün hukuk düzenlerinde bir kimsenin başkasının temsilcisi sıfatıyla hukuki işlemleri yerine getirmesi olanağı öngörülmektedir. Bir kimse temsilcisine verdiği iktidar sonucunda,

<sup>118</sup> Türk-İsviçre ve Alman hukukunda açıkça ifade edilmemekle birlikte, bu hukuk düzenlerinin borçlar hukuku sistemleri, “Sözleşmelerin Nispiliği” ilkesine dayanır. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda, “Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi” bölümünden bu ilkeye ulaşılabildiği kabul edilir. Sözleşmelerin Nispiliği ilkesi, Fransız Medeni Kanununda iki maddeye konu olmuştur. Fransız MK. m. 1119, “Kural olarak bir kimse, ancak kendisi için borç altına girebilir, söz verebilir”; Fransız MK. m. 1165 ise “Sözleşmeler, ancak sözleşenler arasında hükme sahiptir; hiçbir şekilde üçüncü kişiye zarar veremez ve sadece m. 1121 ile öngörülen durumda üçüncü kişiye yarar sağlar” düzenlemesini öngörmektedir. Bu konuda bkz. YAVUZ Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 3 ve dn.1a; TANDOĞAN Haluk, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 20 ve s. 21.

kendi egemenlik kuvveti yanında bir başkasının da hukuk alanına etkili olarak hareket edebilmesini sağlamakta, işlem hayatındaki etkinlik alanını genişletmektedir<sup>119</sup>.

Hukuki işlemlerin temsilciler aracılığıyla yürütülmesinin tercih edilmesi değişik nedenlere dayanır. Hedeflenen işlemlerin kişilerin bilgisi dışında olmasından ötürü temsilcilerin uzmanlığından ve iş ilişkilerinden yararlanma isteği, masraftan ve zamandan tasarruf etme düşüncesi, temsilcinin kredibilitesinden yararlanma iradesi, işlemlerin bizzat yapılmasına ilişkin engellerin bulunması, kişilerin işlemlerde gizli kalma ihtiyaçları veya işlemlere sadece temsilcinin giriş olanağına sahip olması gibi gerekçeler kişileri temsilcilere yöneltmektedir<sup>120</sup>. Böylece temsilin kural olarak temsil olunanın menfaatine hizmet ettiğini ifade edebiliriz. Ancak temsil ilişkisinin temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine hitap ettiği haller de söz konusudur<sup>121</sup>.

Temsilin yapısı genel olarak üç kişinin katılımını öngörür<sup>122</sup>. Temsilci, üçüncü kişi ile ilişkisinde temsil olunanın hesabına işlem yaparak, onun hukuki konumunu etkileme yetkisi olan kişidir. Temsil olunan ile temsilcinin hesabına işlem yaptığı kişi

<sup>119</sup> ZÄCH Roger/KÜNZLE Hans Rainer: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990; vorbem. zu 32-40, n. 6 ve n. 8; LARENZ Karl/WOLF Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004, s. 841. Kocayusufpaşaoğlu, temsilin önemli bir fonksiyonunun da temsil olunanın hukuki iktidar alanını genişletmek olduğunu ifade etmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Girişi, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, § 45, n. 2.

<sup>120</sup> KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Bern 1996 (AT), n. 1339; VON BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, s. 167; SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, n. 40.01; WATTER Rolf/SCHNELLER Yves, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Auflage, Basel 2007, m. 32, n. 29; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich 2003, n. 1428; FELLMANN Walter, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992, m. 401, n. 29; PESTALOZZI Hans Anton, Die indirekte Stellvertretung, Zürich 1927, s. 30 ve s. 32; LARENZ KARL: Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1988, s. 588; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009, s. 164; YAVUZ, (Dolaylı Temsil), s. 9-11; AÖH Kitap VIII, m. 2:302 Yorum A.

<sup>121</sup> VON TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1979, s. 349; BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 596; LARENZ/WOLF, § 46, n. 3 ve n. 4; ESENER Turhan, Borçlar Hukuku, I (Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği), Ankara 1969 (Akitlerin Kuruluşu). s. 228; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 384; İNCEOĞLU Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2010, s. 8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 621.

<sup>122</sup> Türk-İsviçre ve Alman kanuni düzenlemeleri temsilcinin, temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerine karşı üçlü ilişki içerisinde bulunduğundan hareket etmektedir. Bununla birlikte taraflarda birden fazla kişinin katılımı gerçekleşebilecektir. Böylece birden fazla temsil olunanın bir temsilcisi veya kişinin birden fazla temsilcisi olabileceği gibi, temsilcinin işlemi birden fazla üçüncü kişiyle yapması mümkündür. Yine sözleşmenin sadece bir tarafı kendisini temsil ettirebileceği gibi, iki veya daha çok taraf da kendisini temsil ettirebilir. Kanuni modelde tek tarafın temsili düzenlenmesine karşılık, kanuni düzenlemenin örtülü olarak iki veya çok taraflı temsili de içerdiği sonucuna yorum yoluyla ulaşılabilecektir. Bu konuda bkz. KÜNZLE Hans Rainer, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrecht (OR art. 32-40), Bern und Stuttgart 1986, s. 7 ve s. 13-14.

kastedilmektedir. Bir başka ifadeyle temsilcinin yaptığı işlemin sonuçları kendisine ait olan kimsedir. Temsilcinin işlem yaptığı karşı sözleşen ise üçüncü kişi olarak nitelendirilir<sup>123</sup>. Ancak temsilcinin aynı zamanda temsil olunanın karşısında taraf olarak yer aldığı “kendi kendisiyle sözleşme yapma” ilişkisinde, temsilin genel yapısından farklı olarak sadece iki kişinin varlığından bahsedilecektir.

Günümüzde temsil kurumunun bütün hukuk sistemlerinde işlendiğini görmekteyiz. Nitekim temsil hükümleri ASHİ’nde üçüncü bölümde “*Temsilcilerin Yetkisi*” başlığı altında düzenlenir. Bu bölüm yetkileri üç kısımda ele alır. Birinci kısım genel hükümleri, ikinci kısım doğrudan temsili ve üçüncü kısım dolaylı temsili içermektedir. UTSİ’in ikinci bölümü “*Sözleşmenin Kurulması ve Temsilcilerin Yetkisi*” kenar başlığını taşımaktadır. Temsile ilişkin hükümler ikinci kısımda “*Temsilcilerin Yetkisi*” başlığı altında on maddede düzenlenir. AÖH ise temsil konusuna temel olarak ikinci Kitabın altıncı bölümünde yer vermiştir. Bununla birlikte dördüncü Kitabın D bölümünde<sup>124</sup>, sekizinci Kitabın ikinci bölümünde de temsile ilişkin hükümler söz konusudur<sup>125</sup>. Konvansiyon ise temsil ile ilgili olarak otuz beş maddeyi beş bölümde düzenlemektedir. Ulusal hukuk düzenleri arasında İngiliz hukuk sistemi temsil kurumunu kodifiye etmemesi nedeniyle diğer sistemlerden ayrılmaktadır. İngiliz hukukunda temsile ilişkin hükümler ağırlıklı olarak mahkemelerin içtihatlarına dayanır. İngiliz hukuk sisteminin bu özelliği, temsil kurumunun tarihsel süreç içerisinde sürekli gelişmesine yardımcı olmuştur. Kıta Avrupa hukuk düzenlerinden farklı olarak İngiliz hukukunun katı bir sistematığının olmaması, somut hukuki kavramların eksikliğini de beraberinde getirmiştir<sup>126</sup>. Ancak bu durum genel bir hukuki istikrarsızlığa yol açmamakta, takip edilen içtihatlar önemli bir hukuki güvenlik sağlamaktadır<sup>127</sup>. Alman Medeni Kanunu temsil konusunu 1. Kitabı oluşturan “*Genel Bölüm*” kısmının üçüncü alt bölümünde “*Hukuki İşlemler*”de, “*Temsil ve Yetki*” başlığı altında 164. ilâ 181. madde hükümleri arasında düzenlemiştir. Bunun dışında Alman Ticaret Kanununda

<sup>123</sup> GUHL Theo/MERZ Hans/KUMMER Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.Auflage, Zürich 1980, § 18, II; İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 210.

<sup>124</sup> AÖH IV. D. - 1:101 ve AÖH IV. D. - 1:102.

<sup>125</sup> AÖH VIII. - 2:302.

<sup>126</sup> Örneğin kimliği açıklanmayan temsil olunan, bazı kararlarda açık temsil kapsamında değerlendirilirken, diğer bazı kararlarda gizli temsilin sınırlarına dahil edilmektedir. REYNOLDS Francis M. B.: Bowstead and Reynolds on agency, 18th ed., London 2006, n. 1-037.

<sup>127</sup> VON BERNSTOFF Christoph: Einführung in das Englische Recht, 3. Auflage, München 2006, s. 10; ZWEIFERT/KÖTZ, s. 177.



temsilin uygulanması niteliğinde olan hükümlere yer verilmektedir<sup>128</sup>. Hollanda Medeni Kanunu ise temsil konusunu genel bölümde 3. Kitapta m. 3:60 ilâ 3:79 madde hükümleri arasında öngörmektedir<sup>129</sup>. Ancak özellikle 7. Kitapta vekâlet bahsinde temsile ilişkin önemli hükümlere rastlanmaktadır<sup>130</sup>.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda temsil hükümleri, Alman Medeni Kanununun ve Pandekt öğretisinin etkisiyle vekâlet sözleşmesinden ayrılarak, “Genel Hükümler”in “*Borç İlişkisinin Kaynakları*” başlıklı ilk bölümünün “*Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*” ayrımının 40. ilâ 48. maddeleri arasında “*yetkili temsil*”, “*yetkisiz temsil*” ve “*saklı hükümler*” alt başlıklarında düzenlenmektedir<sup>131</sup>. Ancak temsil ile vekâlet arasındaki ayırım, kavramsal ve sistematik açıdan tam olarak gerçekleşmemiştir. Alman Medeni Kanununda temsil ile vekâlet arasında öngörülen sert ayırım, bu hukuk sistemlerinde rastlanmaz. Özellikle genel hükümlerde yer alması gereken temsile ilişkin bazı esasların özel borç ilişkileri kısmında dağınık bir şekilde düzenlendiğini görmekteyiz<sup>132</sup>. Türk ve İsviçre kanun koyucusu, Borçlar Kanununun birinci kısmındaki “*Genel Hükümler*”in dışında temsile ilişkin hükümlere yer vermiştir. Bu çerçevede Borçlar Kanununun “*Özel Borç İlişkileri*” kısmının onikinci bölümünde

<sup>128</sup> Bu kapsamda Komisyon Sözleşmesi (HGB m. 383-406) ve Taşıma Sözleşmesi (HGB m. 453-466) yer almaktadır. KÖHLER Helmut: Allgemeiner Teil des BGB, München 2009, s. 149; MEDICUS Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 2006, s. 350; LARENZ, s. 588; LARENZ/WOLF, s. 864 ve dn. 17; BROX Hans, Allgemeiner Teil, (2001), n. 472; FLUME Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin Heidelberg New York 1979, § 43, I ve § 44, I; SCHRAMM Karl-Heinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, § 1-240, 5. Auflage, München 2006, Vor § 164, n. 13 ve n. 16; SCHILKEN Eberhard, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, § 164-240, Berlin 2004, vorbem. zu § 164, n. 13, 42-47; BÖRNER Bodo, Offene und verdeckte Stellvertretung und Verfügung, Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1984, s. 409-419, s. 412; HAGER Günter, Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung, Archiv für die civilistische Praxis AcP 180 (1980), s. 239-262, s. 240-241; SCHWARK Eberhard, Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung, Juristische Schulung 1980, s. 777-782, s. 779; SCHMIDT Karsten, Offene Stellvertretung, JuS (1987), s. 425-433, s. 429.

<sup>129</sup> Hükümlerin İngilizce metni için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm> (20.10.2013).

<sup>130</sup> Hollanda MK. m. 7:419 – 7:421 hükümlerinin İngilizce metni için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm> (21.10.2013).

<sup>131</sup> İsviçre Borçlar Kanununda ise temsil hükümleri 32. ilâ 40. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Genel hükümlerin yeni gelişmeler doğrultusunda yeniden oluşturulması amacıyla İsviçre’nin değişik fakültelerinden 23 hukukçunun katılımı ile beş yıllık çalışma sonucunda dört dilde hazırlanan tasarı 2013 yılında yayınlanmıştır. Temsile ilişkin hükümler 187. ilâ 197. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çalışmamızın ilgili konularında bu hükümlere değinilecektir. Bu konuda bkz. HUGUENİN Claire/HILTY Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, Schulthess Verlag. Bu tasarı, hazırlayıcılarının yaklaşımına uygun olarak OR 2020 tasarısı olarak anılacaktır.

<sup>132</sup> GAUTSCHİ Georg, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 2. Auflage, Bern 1960, m. 394, n. 11 ve n. 12 b; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. 2, 3. Bası, Ankara 1988, s. 357; AKÜNAL Teoman, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, s. 28.

öngörülen ve “*Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları*” başlığını taşıyan hükümlerin sistematik olarak “*Genel Hükümler*”i düzenleyen birinci kısımda yer alması gerektiği ifade edilmektedir<sup>133</sup>. Yine Adi Ortaklık Sözleşmesinin 637. maddesi dolaylı temsile ilişkin genel bir hukuk ilkesini öngördüğünden, bu hükmün genel bölümde düzenlenmesinin isabetli olacağı savunulmaktadır<sup>134</sup>. Dolaylı temsile ilişkin bazı esasların de lege ferenda vekâlet sözleşmesi hükümleri arasında yer almasının tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir<sup>135</sup>. Böylece Borçlar Kanununda ve Ticaret Kanununda dağınık bir şekilde temsilin unsurlarına veya uygulama alanına yer veren hükümler bulunduğunu tespit edebiliriz<sup>136</sup>. Çalışmamızın ilgili bölümlerinde bu hükümlere değinilecektir.

## **B. TEMSİLİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI**

### **1. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİLİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI**

#### **a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde Temsilin Uygulama Alanı**

“*Temsilcilerin Yetkisi*” başlığını taşıyan üçüncü bölümün uygulama alanı ASHİ m. 3:101’de düzenlenmiştir. Buna göre İlkeler’de yer alan temsil hükümleri sözleşmesel ilişkilerde uygulanır<sup>137</sup>. İlkeler’in sözleşme hukuku ile ilgili olduğu düşünüldüğünde, bu elbette anlaşılabilir bir yaklaşımdır. Ancak temsil hükümleri ASHİ m. 1:107 gereğince, uygun düştüğü ölçüde sözleşmeler dışındaki hukuki işlemlerde de uygulama alanına sahip olacaktır<sup>138</sup>. Buna karşılık temsilcinin sözleşme koşullarını

<sup>133</sup> OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Zürich 1945, Art. 458-465, vorbem. 1; GAUTSCHİ, m. 394, n. 12 b; FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, Ticari Müessesiler ve Diğer Ticari Vekiller, Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 407-443, s. 410.

<sup>134</sup> GAUTSCHİ, m. 394, n. 12 b; AKÜNAL, s. 30.

<sup>135</sup> Dolaylı temsile ilişkin esaslar içeren BK. m. 508, BK. m. 509 ve BK. m. 510 vekâlet sözleşmesi bölümünde düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. HOFSTELLER Josef, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Bern 2000, s. 136; GAUTSCHİ, m. 394, n. 12 c; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 357 ve s. 358.

<sup>136</sup> Örneğin Taşıma İşleri Komisyoncusuna ilişkin TTK. m. 917-930’da, Acenteliğe ilişkin TTK. m. 102 – 123’te temsilin uygulama alanı söz konusudur.

<sup>137</sup> ASHİ m. 3:101 f. 1, “*Bu bölüm, bir temsilcinin veya bir aracı kişinin, temsil olunanı bir sözleşme ile ilgili olarak üçüncü kişi ile bağlama yetkisini düzenler*” hükmünü içermektedir. Bu çerçevede sözleşmelere ilişkin genel kurallar da uygulama alanı bulacaktır.

<sup>138</sup> “*İlkeler’in Kıyas Yoluyla Uygulanması*” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 1:107, “*Bu İlkeler, uygun değişikliklerle bir sözleşmeyi değiştirmeye veya sona erdirmeye yönelik anlaşmalara, tek taraflı vaatlere ve bir irade niyetini gösteren diğer beyanlara ve davranışlara uygulanır*” şeklindedir. Hükümlerin hukuki işlemlerde uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. BUSCH /MACGREGOR, s. 343.

müzakere edebilme yetkisine sahip olmasına rağmen, sözleşmeyi kurma ve temsil olunanı bağlama yetkisini taşımadığı durumlarda bölümün hükümleri uygulanmaz<sup>139</sup>. İlkeler'in 3:301. maddesinin 2. fıkrası, bölüme ilişkin başka bir sınırlama getirmektedir. Kanuni temsil yetkisi, bir kamu veya yargı makamı tarafından atanan temsilcinin yetkisi bölümün konusu dışındadır<sup>140</sup>. Böylece kanun gereğince bir şirketin müdürüne verilen temsil yetkisi, İlkeler'in hükümlerine tabi olmaz. Ancak şirketin, temsil organının üyesi sıfatını taşımayan bir çalışanı yetkilendirmesi halinde hükümler uygulama alanı bulacaktır<sup>141</sup>. Lando Komisyonu, temsil olunanın iradesine dayalı temsili ele almakta, diğer kaynaklara dayalı temsili çalışma konusu dışında tutmaktadır. Başka bir kaynağa dayalı temsilin, temsil olunanın iradesine dayanan temsilden ayrıldığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, temsil olunanın iradesine dayanan temsile ilişkin hükümlerin, belli durumlarda uygun olduğu ölçüde başka bir kaynağa dayalı temsilde uygulanabileceği ihtimali dışlanmamalıdır. Bu konunun mahkemelerin ve öğretinin değerlendirilmesine bırakılması isabetli olacaktır. Son olarak Lando Komisyonunun, temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkiyi düzenlememe kararı aldığını belirtmemiz gerekir<sup>142</sup>. Bölüm açıkça temsilcinin üçüncü kişiyle ilişkilerinde temsil olunanı bağlama yetkisini düzenler. Böylece İlkeler'in iç ve dış ilişki ayırımına yer verdiğini görmekteyiz<sup>143</sup>.

## **b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Temsilin Uygulama Alanı**

AÖH, sözleşme hukuku ile sınırlı bir düzenleme öngörmez. Eserin genel hükümlerini kapsayan I. Kitabında "*Hedeflenen Uygulama Alanı*" kenar başlığını taşıyan I.-1:101 (1), "*Bu kurallar temel olarak sözleşmeler ve diğer hukuki işlemler, sözleşmesel ve sözleşme dışı haklar ve yükümlülükler ile ilişkili ve eşya ile ilgili konularda uygulanmayı amaçlamaktadır*" düzenlemesini içerir. Temsile ilişkin II.-

<sup>139</sup> ASHİ Yorum A. Bu konuda bkz. AUMÜLLNER, s. 209.

<sup>140</sup> ASHİ m. 3:301 f. 2, "*Bu bölüm, bir temsilciye kanunla verilen temsil yetkisini veya bir kamu ya da yargı makamı tarafından atanan temsilcinin yetkisini düzenlemez*" şeklindedir.

<sup>141</sup> ASHİ m. 3:101 Yorum B. Ayrıca bkz. VON BAR/ZİMMERMANN, s. 224.

<sup>142</sup> ASHİ m. 3:301 f. 3 uyarınca, "*Bu bölüm, temsilci veya aracı kişi ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi düzenlemez*".

<sup>143</sup> Ancak bu ayırım mutlak değildir. İç ilişkinin dış ilişkiyi etkilemesi mümkündür. Özellikle ASHİ m. 3:209'da temsilcinin yetkisinin sona ermesinde iç ilişkideki unsurlar önemlidir. Bir başka ifadeyle yetkinin sona ermesi nedenleri iç ilişkiye dayanabilecektir. Böylece temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkinin, ASHİ m. 3:205'te ve ASHİ m. 3:209'da düzenlenen durumlarda olduğu gibi dış ilişkiye tesir ettiği haller dışında, bölümün konusu dışında kaldığını ifade edebiliriz. Bu konuda bkz. ASHİ m. 3:101 Yorum C ve E.

6:101'in açıklayıcı yorumlarında ise genel kuralların temsilci tarafından temsil olunan hesabına sonuçlandırılan sözleşmelere ve diğer hukuki işlemlere uygulanacağı belirtilmiştir<sup>144</sup>. Bu anlamda temsile ilişkin hükümlerin, sözleşmelerin dışında diğer hukuki işlemlerde de uygulama alanına sahip olacağı sonucuna varabiliriz<sup>145</sup>. Model kuralların hedeflenen kapsamı üzerindeki genel kısıtlamalar bu bölüm için de geçerlidir. Böylece temsilcilerin yetkisine ilişkin kurallar; kamu veya adli kurumlar tarafından kamu hukuku görevlerini yerine getirmek için atanan temsilcilerde, küçüklerin veya engelli yetişkinlerin kanuni temsilcilerinde veya vasiyet tenfizinde uygulama gayesi taşımaz. Bir diğer önemli kısıtlama, *“şirketlerin ve tüzel kişiliği olan veya olmayan diğer organların oluşturulması, kapasitesi, dahili örgütlenmesi, düzenlenmesi ve tasfiyesi”* ile ilgilidir. Böylece müdürlerin ve diğer şirket görevlilerinin, şirketin dahili işlemlerindeki yetkisinin bu bölümün amaçları arasında yer almadığı sonucu çıkarılabilir. Ancak şirketlerin sadece temsilcileri vasıtasıyla hukuki işlemlere girişebildiklerinden hareketle, şirket temsilcilerinin dış işlemlerindeki yetkilerinin bu bölümün kapsamı içerisinde olduğu kabul edilir<sup>146</sup>. AÖH, diğer uluslararası hukuk eserlerinden farklı olarak temsil olunanın iradesine dayanan temsil dışında, kanuna dayanan temsili de açıkça düzenler<sup>147</sup>. Bu anlamda temsilci, bir hukuk kuralından yetki elde edebilecektir. Örneğin şirketin yöneticisi, şirketin hukuki ilişkilerini etkilemek için kanun yoluyla yetkiye sahip olabilir. Ortaklar da ortaklığın temsilcisi olarak hareket etmek üzere benzer bir yetkiye kavuşabilecektir. Bu anlamda bölümün kuralları, bir hukuk kuralıyla yetkilendirilen temsilciler bakımından uygulanır<sup>148</sup>. Nihayet temsile ilişkin genel kuralların yer aldığı bölüm, temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkiyi düzenlemez<sup>149</sup>. Ancak eserin diğer kitaplarında temsil olunan ile temsilci arasındaki iç

<sup>144</sup> AÖH II. – 6:101 Yorum D.

<sup>145</sup> Nitekim yetkinin temsil olunan tarafından bir sözleşmeyle veya tek taraflı bir hukuki işlemle verilebileceği kabul edilmektedir. AÖH II. – 6:101 Yorum D.

<sup>146</sup> AÖH I. – 1:101 (2) ve AÖH II. – 6:101 Yorum B.

<sup>147</sup> AÖH II. – 6:103 (1), *“Bir temsilcinin yetkisi, temsil olunan veya kanun tarafından verilebilir”* düzenlemesini içermektedir.

<sup>148</sup> Bu durumlarda kanunun genellikle sadece şirketin kanuni temsilcilerine yetki verilmesiyle ilgilendiği, yetkinin kullanılmasının sonuçlarını örtülü olarak temsile ilişkin genel kurallara bıraktığı, ilgili kanunun özel kısıtlamalar ve nitelikler içermediği sürece bu boşluğun temsile ilişkin bölümün genel kurallarıyla doldurulabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. AÖH II. – 6:103 Yorum C.

<sup>149</sup> AÖH II. – 6:101 (1), *“Bu bölüm, temsil işlemleri ile kurulan dış ilişkilerde, yani (a) temsil olunan ve üçüncü kişi ve (b) temsilci ve üçüncü kişi arasındaki ilişkilerde uygulanır”*; AÖH II. – 6:101 (3), *“Bu bölüm, temsilci ve temsil olunan arasındaki iç ilişkide uygulanmaz”* şeklindedir.

ilişkinin işlendiğini ve diğer uluslararası belgelerden ayrılan bir yaklaşım benimsediğini vurgulamamız gerekir<sup>150</sup>.

### **c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Temsilin Uygulama Alanı**

“*Temsilcilerin Yetkisi*” başlığını taşıyan ikinci bölümün uygulama alanı UTŞİ m. 2.2.1’de düzenlenir. Hükme göre, İlkeler’de yer verilen temsil kuralları, sözleşmesel ilişkilerde uygulama alanı bulacaktır<sup>151</sup>. Ancak “(...) *bir diğer kişinin (temsil olunanın) hukuki ilişkilerini, üçüncü kişi ile bir sözleşme vasıtasıyla veya bir sözleşme ile ilgili olarak (...)*” ifadeleri, temsilcinin bir sözleşme yapmayı amaçlayan veya üçüncü kişiye bildirim göndermesi ya da üçüncü kişiden bildirim alması da dahil olmak üzere sözleşmenin yerine getirilmesiyle ilgili her türlü işlemi içerdiği şeklinde geniş anlaşılmalıdır. Diğer taraftan bölüm sadece temsil olunan hesabına sözleşme yapma yetkisi olan temsilcileri ele alır. Böylece görevi sadece iki tarafı birbiriyle tanıştırmak veya bir temsil olunan hesabına sözleşmeyi müzakere etmek olan, fakat temsil olunanı bağlama yetkisi bulunmayan aracılar bölümün kapsamı dışında kalacaktır<sup>152</sup>. Temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkinin iradi nitelikte olması gereği, bölümün uygulanmasının bir başka koşulunu teşkil etmektedir. Bu anlamda temsilcinin yetkisinin kanun ile verildiği veya yargı makamından kaynaklandığı durumlar, İlkeler’in hükümlerine tabi değildir<sup>153</sup>. Tüzel kişiliği olsun veya olmasın bir şirketin, ortaklığın veya diğer teşekküllerin organlarının, görevlilerinin veya ortaklarının yetkisinin geleneksel olarak özel kurallarla düzenlendiği, bu kuralların özel kapsamları nedeniyle bölümde düzenlenen genel kuralların üzerinde olduğu kabul edilir. Bununla birlikte bölümde yer alan genel kurallar, sözü edilen organların, görevlilerin veya ortakların yetkisine ilişkin özel kurallarla çakışmadığı sürece uygulanabilecektir. Görülüyor ki ASHİ’de yer verilen düzenleme, buradaki yaklaşımdan temelde farklı değildir. Her iki düzenlemenin yorumlanması ve uygulanması paralel niteliktedir. Nitekim Avrupa

<sup>150</sup> Özellikle dördüncü kitabın D bölümünde “Vekâlet Sözleşmesi” yer almaktadır.

<sup>151</sup> UTŞİ m. 2.2.1 (1), “*Bu bölüm, bir kişinin (temsilcinin), bir diğer kişinin (temsil olunanın) hukuki ilişkilerini, üçüncü kişi ile bir sözleşme vasıtasıyla veya bir sözleşme ile ilgili olarak kendi adına veya temsil olunanın adına hareket ederek, etkileme yetkisini düzenlemektedir*” hükmünü içerir.

<sup>152</sup> UTŞİ m. 2.2.1 Yorum 2.

<sup>153</sup> UTŞİ m. 2.2.1 (3), “*Bu bölüm bir temsilciye kanunla verilen temsil yetkisini veya bir kamu ya da yargı makamı tarafından atanan temsilcinin yetkisini düzenlemez*” şeklindedir.

İlkeleri'nin hazırlanması aşamasında Lando komisyonunda görev almış olan UNİDROİT Çalışma grubunun üyeleri arasında UTSİ'nin uygulama alanının belirlenmesinde fikir ayrılığı yaşanmamıştır<sup>154</sup>. UTSİ, temsil hükümlerinin uygulanması konusunda başka bir sınırlamayı 2.2.1 maddesinin 2. fıkrasında öngörmektedir<sup>155</sup>.

İlkeler, diğer uluslararası hukuk belgelerindeki yaklaşıma benzer şekilde temsil ilişkisinin dış yönüne odaklanmakta, iç yönü sadece dış görünüm üzerinde etki gösterdiğinde dikkate almaktadır. Bir başka ifadeyle bölümdeki hükümler, bir yanda temsil olunan veya temsilci, diğer yanda üçüncü kişi arasındaki dış ilişkilere yoğunlaşmakta, temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkilerle ilgilenmemektedir. Hem iç hem dış ilişkileri etkileyen konuları ele alan hükümlere rağmen, bu konular sadece üçüncü kişi üzerindeki tesirleri bakımından değerlendirilir<sup>156</sup>.

#### **d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Temsilin Uygulama Alanı**

Konvansiyon'un birinci bölümü "*Uygulama Alanı ve Genel Hükümler*" başlığını taşır. Bu başlık altında Konvansiyon'un konu ve coğrafi bakımından uygulama alanlarına detaylı bir şekilde yer verilmektedir<sup>157</sup>. Konvansiyon her şeyden önce mal satım sözleşmelerinde uygulanır<sup>158</sup>. Bununla birlikte sözleşmenin kurulması ve yerine getirilmesi için yapılan bütün işlemler de temsil hükümlerine tabi olacaktır<sup>159</sup>. Birinci maddenin ilk fıkrasında yer alan hükümden hareketle bir temsilcinin sadece sözleşmeye aracılık etme yetkisinin bulunduğu, ancak sözleşme yapma yetkisinin olmadığı durumlarda hükümlerin uygulanmayacağı sonucuna varılmaktadır<sup>160</sup>. Bu sonuç diğer uluslararası hukuk belgelerinin yaklaşımlarıyla uyumludur. Konvansiyon diğer hukuk

<sup>154</sup> UNIDROİT 1999, Study L – Misc. 21, parag. 69. Ayrıca bkz. BENETT, s. 773 ve s. 774.

<sup>155</sup> Nitekim UTSİ m. 2.2.1 (2), "Bu bölüm sadece bir tarafta temsil olunan veya temsilci, diğer tarafta üçüncü kişi arasındaki ilişkileri düzenlemektedir" şeklindedir.

<sup>156</sup> UTSİ m. 2.2.2 "Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamı", UTSİ m. 2.2.7 "Menfaat Çatışması", UTSİ m. 2.2.8 "Alt Temsil", UTSİ m. 2.2.10 "Yetkinin Sona Ermesi" hükümleri bu kapsamda öngörülmektedir. Bu konuda bkz. UTSİ m. 2.2.1 Yorum 1 ve BENETT, s. 772.

<sup>157</sup> Çalışmada eserin coğrafi uygulanma koşullarına değinilmeyecektir.

<sup>158</sup> Konvansiyon m. 1 f. 1, "*Bu Konvansiyon, temsil yetkisine sahip olan veya sahip olduğunu ileri süren bir kişinin 'temsilcinin', bir başka kişinin 'temsil olunanın' hesabına üçüncü kişi ile mal satım sözleşmesi yapmasına uygulanır*" şeklindedir.

<sup>159</sup> Konvansiyon m. 1 f. 2, "*Konvansiyon sadece temsilci vasıtası ile bir sözleşmenin kurulmasını değil, sözleşmenin kurulması veya yerine getirilmesi için yapılan bütün işlemleri de düzenler*" hükmünü içermektedir. UTSİ'de benzer bir yaklaşım öngörülmüştür. Bu konuda bkz. UTSİ m. 2.2.1 (1) ve Yorum 2.

<sup>160</sup> BONELL, (AJCL 1984), s. 725 ve s. 726.

eserlerindeki düzenlemelere benzer şekilde temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiyi düzenlemez. Nitekim Konvansiyon'un 1. maddesinin 3. fıkrası "*Konvansiyon sadece bir tarafta temsil olunan veya temsilci, diğer tarafta üçüncü kişi arasındaki ilişkiler ile ilgilidir*" şeklindedir. Ancak Konvansiyon'da temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkiye ilişkin bazı hükümlere yer verildiği görülmektedir<sup>161</sup>. Bu konular sadece üçüncü kişiler üzerindeki etkileri açısından ele alındığından düzenlemenin temel yapısına bir istisna teşkil etmez. Konvansiyon'un 3. ve 4. maddelerinde ise temsil hükümlerinin uygulanmasına başka istisnalar getirilmektedir. Kanuni ve iradi temsil ayırımı, ASHİ'ne ve UTSİ'ne benzer şekilde burada da göze çarpmaktadır. Düzenleme temel olarak kanuni, yargısal veya idari bir makam tarafından tesis edilen yetkiye ilişkin olguların temsilin uygulama alanının dışında olduğunu hüküm altına alır<sup>162</sup>. Konvansiyon diğer taraftan UTSİ'den ayrılarak tüzel kişiliğinden bağımsız olarak bir şirketin, derneğin, ortaklığın veya diğer bir birlikteki organın müdürünün veya ortağının; görevlerini kanun veya birliğin kuruluş belgesi gereği verilen temsil yetkisi ile hareket ederek yerine getirmesi halinde bu birliğin temsilcisi olarak görülmeyeceğini kesin olarak vurgulamaktadır<sup>163</sup>.

## 2. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİLİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu, temsil konusunu temel olarak "*Genel Hükümler*" kısmının "*Borç İlişkisinin Kaynakları*" bölümünün "*Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*" ayırımında düzenlemiştir<sup>164</sup>. İsviçre Borçlar Kanununda başta 32. madde olmak üzere 38. ve 39. madde metinlerinde sadece sözleşmelerden söz edilmişse de, öğretide temsilin sözleşmelerle sınırlı olmadığı sonucuna varılır. Gerçekten de

<sup>161</sup> Temsil yetkisinin verilmesine ve yetkinin sona ermesine ilişkin hükümler bu kapsamda değerlendirilebilir.

<sup>162</sup> Konvansiyon m. 3 (1), "*Konvansiyon (a) Kıymetli evrak, mal veya diğer borsa satıcısına ilişkin temsilde; (b) Müzayedeciye ilişkin temsilde; (c) Aile Hukuku, Evlilikteki Mal Hukuku ve Miras Hukuku ile ilgili kanuni temsilde; (d) İşlem ehliyetine sahip olmayan kişiler için kanun veya yargı düzenlemesiyle yetkilendirmeye ilişkin temsilde; (e) Mahkeme veya idari makam kararına dayanan veya bunların doğrudan denetimine tabi temsilde uygulama alanı bulmaz*" şeklindedir.

<sup>163</sup> Konvansiyon m. 4, "*Konvansiyon'un amacı için: (a) Tüzel kişiliği olsun veya olmasın bir şirketin, derneğin, ortaklığın veya diğer bir birliğin organının müdürü veya ortağı; görevlerini kanun veya birliğin kuruluş belgesi gereği verilen temsil yetkisi ile hareket ederek yerine getirmesi halinde, bu birliğin temsilcisi olarak görülmez*" şeklindedir.

<sup>164</sup> Ancak Borçlar Kanunu'nun "*Özel Borç İlişkileri*" kısmında ve Ticaret Kanunu'nun değişik kısımlarında dağınık bir şekilde temsile ilişkin hükümler bulunmaktadır.

temsile ilişkin hükümler özellikle sözleşmeler göz önüne alınarak oluşturulmuştur<sup>165</sup>. Bununla birlikte İBK. m. 32 v.d. hükümlerinin tek ve iki taraflı hukuki işlemlerde, borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinde, hukuki işlem benzeri fiillerde uygulama alanı bulacağı kabul edilir<sup>166</sup>. İsviçre hukukunda temsile ilişkin hükümler İMK. m. 7 uyarınca diğer özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanına sahiptir<sup>167</sup>. Türk Borçlar Kanunu düzenlemesinde ise sözleşmeden daha geniş bir anlam taşıyan “*hukuki işlem*” kavramına yer verilmektedir<sup>168</sup>. Böylece özellikle BK. m. 40, m. 46 ve m. 47 hükümlerinde, kaynak kanundan farklı olarak açıkça “*hukuki işlem*” kavramı vurgulanır<sup>169</sup>. Ancak Türk hukukunda İsviçre öğretisinde savunulduğu şekilde temsil hükümlerinin başta sözleşmelerde olmak üzere tek ve iki taraflı hukuki işlemlerde, hukuki işlem benzeri fiillerde uygulanacağı kabul edilir<sup>170</sup>. Hollanda Medeni Kanunu m. 3:60 f. 1 açıkça hukuki işlem kavramına yer vermekte, düzenlemede bir kişinin “*temsil olunanın*” bir başka kişiye “*temsilciye*” bir veya daha fazla hukuki işlemi temsil olunan

<sup>165</sup> Guhl/Merz/Kummer, sözleşmelerin temsilen kurulmasının kurumun en önemli bölümünü oluşturduğundan, temsil hükümlerinin kanunda “*Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*” ayırımında işlendiğini ifade etmektedir. Bu konuda bkz. GUHL/MERZ/KUMMER, s. 135.

<sup>166</sup> HUGUENİN Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008, n. 1092; KOLLER Alfred, Der gute un der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985, n. 186, dn. 203; KOLLER, AT, n. 1496; VIOLAND Georges, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, OR Art. 38 und 39, Bern und Stuttgart, 1988, s. 36-37; KELLER Max/SCHÖBI Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988, s. 57; ZACH/KÜNZLE, Vorbem. zu 32-40, n. 103, n. 108-109, n. 111. Künzle, Alman MK. m. 174’ün tek taraflı hukuki işlemlere ilişkin bir düzenleme öngördüğünü, aynı hususun düşünce itibarıyla İsviçre hukukunda da geçerli olduğunu savunmaktadır. Yazar, temsil hükümlerinin tek taraflı hukuki işlemlere uygulanmasının İBK. m. 32’den hareketle tespit edilebileceğini ifade etmekte, hükmün öneriyi veya yöneltilen beyanın kabulünü içerdiğini, önerinin tek taraflı bir hukuki işlem olmasının dikkate alınarak temsil hükümlerinin tek taraflı işlemlere uygulanabileceği sonucuna varmaktadır. KÜNZLE, s. 305-306.

<sup>167</sup> WATTER/SCHNELLER, m. 32, n. 3; KELLER/SCHÖBI, s. 57. Türk hukukunda TMK. m. 5 uyarınca benzer yaklaşımlar için bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, s. 155; ESENER Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1961, s. 13-14; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2008, s. 128; ATAAY Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 1. Yarım, 3. Bası, İstanbul 1981, s. 188.

<sup>168</sup> Eski Türk Borçlar Kanunu metinlerinde kaynak kanuna uygun olarak “sözleşmeden” söz edilmiştir. Nitekim Eski BK. m. 32 f. 1, “*Salâhiyettar bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları, o kimseye intikal eder*”; Eski BK. m. 38 f. 1, “*Bir kimse salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde, bu şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmaz. Diğer tarafın, temsil edilenin münasip bir müddet içinde o akde icazet verip vermeyeceğini beyan etmesini talebe hakkı vardır. Bu müddet zarfından icazet verilmediği halde, o kimse mülzem olmaz*”; Eski BK. m. 39 f. 1, “*Eğer icazetten sarahaten veya zımnen imtina olunursa akdin sahih olmamasından tahaddüs eden zararın tazmini zımında, mümessil sıfatını takınan kimse aleyhinde dava ikame olunur. Fakat bu kimse diğer tarafın salâhiyeti bulunmadığına vâkıf olduğu veya vâkıf olması lâzım geldiğini ispat ettiği takdirde, davaya mahal yoktur*” şeklindedir.

<sup>169</sup> BK. m. 40 f. 1, “*Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar*”; BK. m. 46 f. 1, “*Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar*”; BK. m. 47 f. 1, “*Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması halinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez*” hükümlerini içermektedir.

<sup>170</sup> AKYOL Şenol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 201 dn. 2; İNCEOĞLU, s. 9; İNAN, s. 212-213.



adına yerine getirmek için yetki vermesinden söz edilmektedir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında, yapılacak bir bildirimin alınmasının hukuki işlem kavramına dahil olduğu öngörülür. Alman Medeni Kanununda ise temsil konusu, “*Hukuki İşlemler*” bölümünde “*Temsil ve Yetki*” başlığı altında düzenlenmiştir<sup>171</sup>. Böylece Alman hukuk sisteminde temsile ilişkin hükümlerin hukuki işlemlerde uygulanacağı öngörülür. Nitekim Alman MK. m. 174’te temsilcinin tek taraflı işlemleri hüküm altına alınmıştır<sup>172</sup>. Öğretide temsil ile ilgili kuralların başta sözleşmeler ve hukuki işlem benzeri fiiller olmak üzere geniş bir alanda uygulama alanına sahip olduğu kabul edilir<sup>173</sup>. Buna karşılık İngiliz hukuk sisteminin bakış açısından hareket edildiğinde sadece sözleşmelere dayanan temsile ilişkin bir düzenleme, bu hukuk sisteminde teorik ve soyut bir yapıya dayandığı gerekçesiyle genel olarak tanınmayan hukuki işlem kavramını içeren bir düzenlemeye nazaran tercihe değer olacaktır. Diğer yandan uluslararası hukuk belgelerindeki yaklaşıma benzer şekilde ulusal hukuk sistemlerinde de işlemlerin yapılmasına aracılık eden, ancak temsilcilerden farklı olarak bu işlemleri sonuçlandırma yetkisine sahip olmayan araçların temsil hükümlerine tabi olmadığını belirtmemiz gerekir<sup>174</sup>.

Kıta Avrupa hukuk düzenlerinde temsile ilişkin değerlendirmeler, belli bir sistem dairesinde gerçekleştirilir. Temsil kurumu genel olarak iradi ve kanuni temsile dayanan bir ayırıma tabi tutulur. Bu ayırımda temsilin kaynağı dikkate alınır. Temsilin temsil olunanın iradesine dayanması iradi temsil, temsil olunanın iradesinden bağımsız temsil durumları ise kanuni temsil kavramı altında irdelenir<sup>175</sup>. Hukuki işleme dayanan temsil, irade özerkliği düşüncesinin temsil kurumuna yansıyan şeklidir. Kişilerin

<sup>171</sup> Alman Medeni Kanununda “*Hukuki İşlemler*” bölümü MK. m. 104 – m. 185 hükümlerini kapsamakta, sözleşme ile ilgili düzenlemelere MK. m. 145 – 157’de yer verildikten sonra temsil konusu “*Temsil ve Yetki*” başlığı altında MK. m. 164 - m. 181’de işlenmektedir.

<sup>172</sup> Alman MK. m. 180, “*Tek Taraflı Hukuki İşlem*” kenar başlığını taşımaktadır. Hükmün 1. cümlesinde tek taraflı işlemlerde yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin geçerli olmadığı belirtilmiştir. Ancak 2. cümlede üçüncü kişi, temsilci tarafından iddia edilen temsil yetkisine itiraz etmemişse veya temsilcinin yetkisi olmadan işlem yapmasına rıza göstermişse sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Maddenin 3. cümlesinde tek taraflı bir işlemin yetkisiz bir temsilciye karşı ve onun rızası ile yapılması halinde de aynı hükmün geçerli olacağı belirtilmiştir.

<sup>173</sup> JAUERNIG Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, München 2007, § 164, n. 2; MÜNCHKOMM/SCHRAMM, 1993, Vor § 164, n. 1 ve n. 5-13.

<sup>174</sup> İsviçre hukukunda: BUCHER, s. 599; SCHWENZER, n. 40.09; VON TUHR/PETER, s. 349. Alman hukukunda: LEIPOLD Dieter, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, Tübingen, 2004, s. 257; LEPTIEN Ulrich, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, § 104-240, 13. Auflage, Stuttgart 1999, § 164, n. 87; LARENZ/WOLF, s. 847. İngiliz hukukunda; MARKESINIS Basil S./MUNDAY R. J. C.: An outline of the law of agency, 4th ed., London 1998, s. 14; BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 1-019.

<sup>175</sup> KOLLER, AT, n. 1358; KÜNZLE, s. 14; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 168-169; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet /KAYNAR Reşat, Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1957, s. 69; KILIÇOĞLU, s. 156.

kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kendi hukuk alanlarında hüküm doğuracak şekilde işlem yapmak için bir başkasını yetkilendirme imkânına sahip olmaları gereğinin bir ifadesidir. Buna karşılık kanuni temsilde yetki, iradi temsilden farklı olarak kanuna dayanır. Bir başka ifadeyle temsilci yetkisini bir kanuni düzenlemeden elde etmektedir<sup>176</sup>. Örneğin velayette kanuni temsil, kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkar. Bazı hallerde ise temsil kaynağını bir kanun hükmünde bulmakla birlikte, vesayette olduğu gibi bir mahkeme kararı ile doğmaktadır<sup>177</sup>. Kanuni temsilin değişik görünüşleri olmasına karşılık, ortak özellikleri kanun hükmüne dayanmalarıdır. İradi temsilde temsil olunan işlemi bizzat yapabilme iktidarını taşıırken, genellikle koruyucu bir amaca dayanan kanuni temsilde kendisine kanuni temsilci tayin edilen kişi ilke olarak bizzat işlem yapma kudretine sahip değildir<sup>178</sup>. Yine iradi temsilde irade özerkliği çerçevesinde bir kimsenin işlem kabiliyetinin genişletilmesinden bahsedilirken, kanuni temsilde fiil ehliyetinin desteklenmesi gündeme gelmektedir. Hiç şüphesiz kanuni temsilde üçüncü kişilerin menfaatleri de korunur<sup>179</sup>. Böylece kanuni temsilde, temsil olunanın iradesinden bağımsız ve iradi temsilin fonksiyonundan önemli ölçüde ayrılan bir temsilin olduğunu ifade edebiliriz<sup>180</sup>. Türk Borçlar Kanununun 40. ilâ 47. maddeleri (İBK. m. 32 – m. 39) arasında genel olarak iradi temsil düzenlenmiştir<sup>181</sup>. Bu nedenle kanuni temsilcilerin işlemlerinde öncelikle özel hükümler dikkate alınacaktır. Ancak genel temsil hükümlerinin, farklarına rağmen uygun düştüğü ölçüde kanuni temsile kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir<sup>182</sup>. Alman hukuk sistemi ise

<sup>176</sup> WESTERMANN Harm Peter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Münster 1981, vor § 164, n. 12; HUGUENİN, n. 1086; SCHWENZER, n. 41.08; VIOLAND, s. 2 ve dn. 7. Hukuki işleme dayanmayan bütün temsil yetkilerini kanuni temsil yetkisi kapsamında değerlendiren görüşler de mevcuttur. Bu konuda bkz. KOLLER, AT, n. 1360; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 628.

<sup>177</sup> KELLER/SCHÖBİ, s. 55; FLUME, s. 780; AKYOL, s. 45; İNCEOĞLU, s. 40; BGE 107 II 115. İngiliz hukukunda bir kimsenin kanun gereği başkasının temsilcisi olarak tayin edildiği temsil durumları sınırlıdır. Özellikle kısıtlı kişilerin kanuni temsilcileri aracılığı ile işlem hayatında yer almalarına ilişkin genel düşünce common law sistemine yabancıdır. Özel hallerde kanuni temsilci yerine “trustee” hareket etmektedir. Bu konuda TREİTEL Guenter H., The Law of Contract, London 2007, s. 608; KÖTZ Hein/FLESSNER Axel, Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages. Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996, s. 336.

<sup>178</sup> VIOLAND, s. 2 ve dn. 7; ATAAY, s. 198.

<sup>179</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, s. 134; VIOLAND, s. 2 dn. 7.

<sup>180</sup> BECKER Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Bern 1941; vorbem. zu m. 32-40, n. 2; KÜNZLE, s. 15; KELLER/SCHÖBİ, s. 55.

<sup>181</sup> VIOLAND, s. 2; İNCEOĞLU, s. 42. OR 2020 tasarısının 187. maddesinin 2. fıkrası, “Temsilcinin yetkisi, hukuki işlem veya kanun aracılığı ile verilebilir” şeklindedir.

<sup>182</sup> Örneğin kanuni temsil olunan İBK. m. 34 gereğince temsili sona erdiremez. KÖTZ, s. 336; KÜNZLE, s. 17; FEYZİOĞLU, s. 378.

temsilcinin kanuna dayanan yetkisiyle hukuki işleme dayanan yetkisini aynı kurallara tabi kılmaktadır<sup>183</sup>.

Ticaret hayatında ilişkilerin sağlıklı işleyişi bakımından özellikle üçüncü kişilerin güvenlerinin korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda Türk Borçlar Kanununun “Özel Borç İlişkileri” kısmının on ikinci bölümünde 547. ilâ 554. maddeleri arasında “Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları” başlığını taşıyan hükümlere yer verilmiştir<sup>184</sup>. Ticari temsilcilerin ve ticari vekillerin yetkileri iradi temsil içerisinde değerlendirilmekle birlikte, yetkilerinin kapsamının kanunla belirlenmesi bunları diğer temsilcilerden ayırır<sup>185</sup>. Hukuki istikrarın ve güvenin korunması düşüncesiyle oluşturulan bu düzenlemeler, temsile ilişkin genel hükümlere nazaran özel nitelikte olmaları itibariyle saklı tutulmaktadır<sup>186</sup>. Ancak özel hükmün yokluğunda, temsile ilişkin genel hükümlerin tamamlayıcı olarak uygulama alanı bulacağı kabul edilir<sup>187</sup>. Son olarak Türk ve İsviçre hukukunda tüzel kişilerin organları vasıtasıyla temsili konusunda oldukça farklı yaklaşımların olduğunu belirtmemiz gerekir. Türk hukuk öğretisinde ağırlıklı görüş, tüzel kişilerin organlarını temsilci olarak değerlendirmemekte, tüzel kişinin bir parçası olarak görmektedir. Organın iradesi ayrı bir irade değil, tüzel kişinin kendi iradesidir<sup>188</sup>. Tüzel kişi sadece organları aracılığıyla

<sup>183</sup> Hollanda MK. m. 3:78 ve İtalyan MK. m. 1387 benzer bir yaklaşımı benimsenir. ASHİ m. 3:101 Notlar 5; AÖH II. – 6:101 Notlar 6. Bu konuda ayrıca bkz. FLUME, s. 791-792; SCHULTZE – V. LASAULX Hermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begründet von Hs. Th. Soergel, Band 1: Allgemeiner Teil (§ 1-240), Fünfter Titel: § 164-176, bearbeitet von H. Schultze-v.Lasaulx, 11. A. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978, vor § 164, n. 25 ve n. 26; HEINRICHS Helmut, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Auflage, München, 2007, m. 164, n. 13, Alman hukukunda iradi temsil ile kanuni temsil ayırımını savunan görüş için bkz. MÜLLER-FREIENFELS Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955, s. 155, s. 176 ve s. 335.

<sup>184</sup> Kaynak İsviçre Borçlar Kanununda 458. ilâ 465. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

<sup>185</sup> KÜNZLE, s. 266; GUHL/MERZ/KUMMER, § 20, I; AKYOL, s. 162.

<sup>186</sup> Nitekim “Saklı Hükümler” kenar başlığını taşıyan Türk Borçlar Kanunu m. 48, “Ortaklık temsilcileri ile organlarının ve ticari vekillerin yetkisine ilişkin hükümler saklıdır” düzenlemesini içerir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu benzer bir düzenleme öngörmektedir. İBK. m. 40, “Ortaklık temsilcilerinin ve organlarının, ticari temsilcilerin ve diğer ticari vekillerin yetkilerine ilişkin özel hükümler saklıdır” hükmüne yer verir. Düzenleme OR 2010 tasarısının 197. maddesinde muhafaza edilmiştir. Ancak yürürlükteki kanundan farklı olarak yetkinin karşılığı olarak “Vollmacht” yerine “Ermächtigung” terimine yer verilmiştir. Hükmün öngördüğü düzenleme, özel hükmün genel hükümden önce uygulanacağına ilişkin genel ilkeyi ifade ettiğinden gereksizdir. Bu nedenle TBK. m. 48 hükmü de lege ferenda kaldırılabilir.

<sup>187</sup> HUGUENİN, n. 1089; KÜNZLE, s. 266; BUCHER, s. 623; VİOLAND, s. 2 dn. 6; OĞUZMAN/ÖZ, s. 193; İNCEOĞLU, s. 11 ve s. 171. Bu yöndeki içtihatlarla bkz. BGE 42 II 648; BGE 35 II 608.

<sup>188</sup> SAYMEN Ferit H./ELBİR Halid K., Türk Borçlar Hukuku, I Umumi Hükümler, c. 1, İstanbul 1958, s. 293; BELGESAY M. Reşit, Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941, s. 36; AKYOL, s. 29 ve s. 159. İsviçre öğretisinde de benzer görüşler temsil edilmektedir. VON BÜREN, s. 167; BUCHER, s. 627. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 98 II 211, 212 kararında “Organ tüzel kişinin temsilcisi değildir, tüzel kişinin iradesini doğrudan ifade etmektedir” sonucuna varmıştır. Benzer yöndeki kararlar için bkz. BGE 54 II 254; BGE 63 II 173. Federal Mahkemenin diğer içtihatlarından farklı olarak tüzel kişinin organını kanuni temsilci olarak değerlendirdiği kararı için bkz. BGE 127 III 333.

hareket edebilirken, temsil ilişkisinde temsil olunan temsilcinin hareketi yanısıra kendisi de işlemi yapma konusunda yetkili kalır. Böylece temsilci ile temsil olunanın değişik iradeleri bulunur. Bu süreçte tüzel kişinin yetkili organı aracılığı ile bir temsilciyi yetkilendirebileceği ifade edilmektedir<sup>189</sup>. İsviçre ve Alman öğretisinde savunulan bir başka görüş, tüzel kişinin organını bir çeşit kanuni temsilci olarak değerlendirir<sup>190</sup>. Gerçekten de konumları, tayin edilme usulleri genel anlamda kanuni düzenlemelerle belirlenen organlar, tüzel kişiyi hukuki işlemler dışında diğer davranışlarıyla bağlayabilmeleri ve tüzel kişinin parçası olmaları ile de iradi temsilden ayrılır. Bu görüşü destekleyenler, temsilcinin başkası için hareket etmesine karşılık, organın sadece kendisi için hareket ettiği yönündeki yaklaşımların isabetli olmadığını ifade etmektedir. Organı oluşturan kişilerin tüzel kişiden ayrı kişilikleri olduğundan, bu kişilerin tüzel kişi dışında bizzat kendileri için de hareket edebileceklerinden dolayı organ sıfatıyla hareket ettiklerini belirtmeleri gerektiği, temsile ilişkin hükümlerin uygulanması koşullarının tam da burada olduğu vurgulanmaktadır<sup>191</sup>. Böylece İBK. m. 40 uyarınca organlar ile ilgili olarak özel hükümlerin bulunmadığı durumlarda genel temsil hükümlerinin uygun olduğu ölçüde kıyasen<sup>192</sup> uygulanabileceği sonucuna varılır<sup>193</sup>.

Avrupa'nın eski kodifikasyonlarında Roma hukukunun vekâlet geleneği takip edilerek, bir yanda temsilci ve temsil olunan arasındaki iç ilişki, diğer yanda temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki dış ilişki ayırımı öngörülmez. Bu hukuk düzenlerinde iç ve dış ilişki ayırımı doktrinde geliştirilmiştir<sup>194</sup>. Common law sisteminde ise temsil kurumu, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin yanısıra, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkileri de kapsar. Bir başka ifadeyle temsil hukuku bir disiplin olarak hem iç hem de dış yönleri içermekte; temsil ilişkisi temsil olunanın bakış

<sup>189</sup> AKYOL, s. 29; KILIÇOĞLU, s. 155; OĞUZMAN/ÖZ, s. 164 dn. 545.

<sup>190</sup> SCHWENZER, n. 41.08; VON TUHR/PETER, s. 378; ZACH/KÜNZLE, vorbem. m. 32-40, n. 7, n. 33 ve n. 46; KÖTZ, s. 336; STAUDINGER/SCHILKEN, Vor m. 164, n. 25. Organların statüsünü kendine özgü bir kategoride inceleyen görüşler için bkz. GAUCH/SCHLUEP, n. 1324; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 629.

<sup>191</sup> MÜNCHKomm/SCHRAMM, Vor m. 164, n. 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 629.

<sup>192</sup> Organların hukuki işlemlerinde temsile ilişkin hükümlerin doğrudan geçerli olacağı konusunda bkz. VON TUHR/PETER, s. 378.

<sup>193</sup> KÜNZLE, s. 36; SUNGURBEY Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 36; İNCEOĞLU, s. 11 dn. 20. Nitekim Federal yüksek mahkemenin kararları, hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanabileceği yönündedir. BGE 89 II 321, 326; BGE 63 II 173; BGE 44 II 132, 138. Alman hukuk öğretisinde de temsile ilişkin hükümlerin organlara uygulanacağı savunulmaktadır. Bu konuda bkz. STAUDINGER/SCHILKEN, Vor m. 164, n. 21 ve n. 25.

<sup>194</sup> Fransa, Belçika ve Lüksemburg: MK. m. 1984-2010; İspanya MK. m. 1709-1739; Avusturya MK. m. 1002-1034. Bu konuda bkz. AÖH II. – 6:101 Notlar I. - 1 ve ASHİ m. 3:101 Notlar 1.

açısından değerlendirildiğinden, iç ve dış ilişki arasında katı sınırlar öngörmez<sup>195</sup>. Buna karşılık 20. yüzyılın başından itibaren yürürlüğe giren birçok kanun, dış ve iç ilişki arasındaki ayrımı gözetmektedir. Bu hukuk sistemlerinde temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiler temsil hükümlerine tabi kılınırken, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiler genel olarak sözleşme hukukunda düzenlenir. Örneğin İtalyan Medeni Kanununda, vekâlet özel bir sözleşme tipi olarak düzenlenirken (MK. m. 1703-1730), temsil genel borçlar hukukunda bir kategori olarak yer alır (MK. m. 1387-1400)<sup>196</sup>. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda da temsile ilişkin hükümler, Pandekt öğretisinin ve Alman Medeni Kanununun etkisiyle vekâlet sözleşmesinden ayrılarak genel hükümlerde düzenlenmiştir. Bu hukuk sistemlerinde Alman Medeni Kanununda öngörülen sert ayırma yer verilmemekle birlikte, öğretide genel anlamda iç ve dış ilişki ayrımı gerçekleştirilmektedir<sup>197</sup>.

### 3. DEĞERLENDİRME

Ulusal hukuk sistemlerinde ve uluslararası belgelerde öngörülen temsil hükümlerinin temel olarak hukuki işlemlerde ve sözleşmelerde uygulama alanına sahip olduğunu görmekteyiz. Metinlerinde tercih edilen yaklaşımlar önemli farklar içermez. Temsile ilişkin hükümlerin sözleşmelerde uygulanacağını öngören düzenlemeler, bu hükümlerin hukuki işlemlerde uygulanmasını dışlamamakta; uygulama alanını hukuki işlemlere yoğunlaştıran sistemler de benzer şekilde sözleşmelere atıfta bulunmaktadır.

Temsil kurumu, kaynağı dikkate alınmak suretiyle genel olarak iradi ve kanuni temsil ayırımına tabi tutulur. Temsil olunanın iradesine dayanan ilişkiler iradi temsil, temsil olunanın iradesinden bağımsız temsil durumları ise kanuni temsil kapsamında değerlendirilir. Kanuni temsilde temsil olunanın iradesine dayanan temsil ilişkisinin işlevinden ayrılan bir yapının oluştuğunu gözetken hukuk düzenleri, ağırlıklı olarak iradi temsili ele almaktadır. AÖH, diğer uluslararası hukuk belgelerinden ayrışarak, kanuna dayanan temsili de çalışma konusunun içeriğine dahil etmiştir. Alman ve Hollanda

<sup>195</sup> AÖH II. – 6:101 Notlar I. - 2; ASHİ m. 3:101 Notlar 1; BENETT, s. 772; BONELL Michael Joachim, Agency, Towards a European Civil Code, 3. Edition, Nijmegen 2004, s. 381-398, s. 384.

<sup>196</sup> Birçok kanunda benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Alman MK. m. 164-181 (temsil), MK. m. 662-676 (vekâlet); Hollanda MK. 3:60-3:67 (temsil), MK. m. 7:400-7:427 (vekâlet); Portekiz MK. m. 258-269 (temsil), MK. m. 1157-1184 (vekâlet); Polonya MK. m. 95-109 (temsil), MK. m. 734-751 (vekâlet); Macaristan MK. m. 219-225 (temsil), MK. m. 474-483 (vekâlet). Bu konuda bkz. AÖH II. – 6:101 Notlar II. – 3 ve ASHİ m. 3:101 Notlar 2.

<sup>197</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, § 18, II; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 357; İNCEOĞLU, s. 26.

hukuk sistemleri, temsilcinin kanuna dayanan yetkisiyle hukuki işleme dayanan yetkisini aynı kurallara tabi kılarak diğer ulusal hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde ise temsil olunanın iradesine dayanan temsilin, başka bir kaynağa dayalı temsilden ayrıldığı kabul edilir. Bu anlamda kanuni temsile ilişkin ilişkilerde özel hükümlerin uygulanmasına isabetli olarak öncelik tanınmaktadır. Yine bu hukuk sistemlerinde iradi temsil ile kanuni temsilin ortak bazı özellikleri dikkate alınarak, genel hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kıyasen kanuni temsilde uygulama alanı bulacağı öngörülür. AÖH, şirket temsilcilerinin dış ilişkilerindeki işlemlerini temsil hükümlerine dahil etmekte; UTSİ organların, görevlilerin ve ortakların yetkilerinin özel kurallara tabi olduğunu, ancak bu özel kurallarla çakışmadığı sürece temsile ilişkin genel hükümlerin uygulanabileceğini öngörmektedir. Türk ve İsviçre hukukunda ticari temsilciler iradi temsil içerisinde değerlendirilmekle birlikte, hukuki istikrarın korunması gayesiyle yetkilerinin kapsamı kanunla belirlendiğinden özel hükümlere öncelik tanınmaktadır. Özel hükümlerin yokluğunda uygun düştüğü ölçüde genel temsil hükümlerinin uygulama alanı bulacağının kabul edilmesi, UTSİ ile uyumlu bir yaklaşımı gösterir. Konvansiyon, Türk hukuk öğretisindeki yaklaşıma benzer şekilde organların temsilcilik sıfatını reddeder. İsviçre ve Alman öğretisi ise tüzel kişilerin organlarını isabetli olarak bir çeşit kanuni temsilci kapsamında değerlendirme eğilimindedir. Tüzel kişinin parçası olan organların hukuki işlemler dışında haksız fiilleriyle ve diğer davranışlarla da tüzel kişiyi bağlamaları, organı oluşturan kişilerin tüzel kişiden bağımsız kişiliklerinin olması nedeniyle organ için hareket ettiklerini açığa vurma gereksinimleri, temsil hükümlerinin uygun olduğu ölçüde kıyasen uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

Uluslararası hukuk belgeleri bir tarafta temsilcinin veya temsil olunanın, diğer tarafta üçüncü kişinin yer aldığı temsil ilişkisinin dış yönüne odaklanmaktadır. Tarafların iç ilişkisi sadece dış görünüm üzerinde etki gösterdiğinde dikkate alınır. Ancak AÖH, genel temsil kurallarının hüküm altına alındığı bölümün dışında, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hükümlere de yer vermek suretiyle hukuk belgelerinden ayrılmaktadır. Diğer uluslararası eserlerin temelde sözleşme hukukunun sadece genel yönlerini düzenleme amacı taşıdığı dikkate alındığında, ulaşılan sonuç anlaşılabilir niteliktedir. Ancak Avrupa hukuk sisteminde

gelecekte oluşturulacak sözleşme hukukunun temsile ilişkin kurallarının, temsilin sadece dış yönlerini kapsaması isabetli olamaz. Bundan ötürü Lando Komisyonu'nun gayri resmi halefi olan Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu'nun öncülüğünde oluşturulan AÖH'nun temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen belirli sözleşmeler üzerine odaklanması, düzenlemenin ciddi eksiklikler ve tutarsızlıklar barındırmasına rağmen, atılmış önemli bir adımdır. Common law sisteminde agency, bir yandan temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiyi, diğer yandan temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi kapsayan bütüncül bir bakış açısı sergilemektedir. Esasen İngiliz hukukunda da temsil yetkisi ile temel ilişki arasında ayırım gözetilir. Ancak bu hukuk düzenindeki yaklaşım, Alman hukukunda benimsenen sistem biçimlendirici anlama sahip bir ayırım niteliğinde değildir. Kıta Avrupa'da Roma vekâlet geleneğini takip eden ulusal hukukların kanuni düzenlemelerinde dış ve iç temsil ilişkisi ayırımına yer verilmediğini, ancak bu ayırımın doktrinlerinde gerçekleştirildiğini tespit edebiliriz. Buna karşılık başta Türk-İsviçre Borçlar Kanununda ve Alman Medeni Kanununda olmak üzere, 20. yüzyılda yürürlüğe giren birçok kanunda temsilin iç ve dış ayırımının gerçekleştirildiğini görmekteyiz. Bu hukuk sistemlerinde temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkiler temel ilişki kapsamında değerlendirilerek özel borç ilişkileri kısmında veya genel olarak sözleşme hukukunda düzenlenirken, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki dış ilişkiler ise genel borçlar hukukunda temsil hükümlerine konu edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda temsil hükümleri vekâlet sözleşmesinden ayrılarak genel hükümlerde düzenlenmişse de, bu ayırım Alman Medeni Kanununda öngörülen katılıkta olmamıştır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleneceği üzere olguların vekâletin iç ilişki, temsilin dış ilişki olarak adlandırılabilirlikte sadelikte meydana gelmediği görülecektir. Temelde soyutluk ilkesinden hareketle gerçekleştirilen iç ve dış ilişki ayırımlarında, temel ilişkinin ve temsil yetkisinin kabul edildiği tarzda birbirlerinden mutlak anlamda bağımsız olmadığının, iki kavram arasında kendine özgü bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu belirtilmesi gerekir.

## II. TEMSİLİN TÜRLERİ

### A. GENEL BAKIŞ

Kıta Avrupa hukuk sistemleri temsil kurumunu meydana getirdiği hükümler bakımından doğrudan ve dolaylı temsil ayırımına tabi tutmaktadır. Bu konuda temsilcinin başkası adına veya kendi adına hareket etmesi, bu durumun üçüncü kişi tarafından bilinmesi veya bilinmesi gerekliliği, temel tasnif kıstası olarak ele alınır. Kıta Avrupa hukuk düzenleri ağırlıklı olarak sadece doğrudan temsile ilişkin pozitif hükümler içermektedir<sup>198</sup>. Bu hukuk düzenlerinde temsil kavramı doğrudan temsile ilişkin kurallarla sınırlı olarak tanımlanır. Özel hukukun modern kodifikasyonlarında dolaylı temsile ilişkin bağımsız düzenlemelerin genel olarak olmadığını belirtmemiz gerekir<sup>199</sup>. Doğrudan temsil kanuni düzenlemelerde ve hukuk biliminde ayrıntılı olarak işlenmesine karşılık, uygulamada geniş bir yer tutan dolaylı temsilin varlığı adeta doğrudan temsile tabi kılınmıştır. Herhangi bir sebepten ötürü doğrudan temsil şeklinin kullanılmadığı durumlara özgülenmiştir. Ancak zikredilen hukuk düzenlerinin doktrinlerinde doğrudan temsilin yanında dolaylı temsilin varlığı kabul edilmekte, temelde aynı ekonomik işlevi yerine getirdikleri gerekçesiyle doğrudan temsile ilişkin düzenlemelerden hareketle dolaylı temsil ile ilgili sonuçlara ulaşılmaktadır. Terminolojide farklılık da olsa özde çoğu Avrupa hukuk sisteminde doğrudan ve dolaylı temsil ayırımı söz konusudur.

Hukuk sistemlerine egemen olan bu ayırım kıstası Türk ve İsviçre Borçlar Kanununa da yansımıştır<sup>200</sup>. Bu yaklaşım BK. m. 40 f. 1'de<sup>201</sup> yer alan açıklama ilkesine uygun düşmektedir. Düzenlemede yetkili bir temsilci tarafından temsil olunan adına ve hesabına yapılan işlemin temsil olunan bakımından doğrudan sonuçlar

<sup>198</sup> Alman MK. m. 164 vd.; Avusturya MK. m. 1002 vd.; Yunan MK. m. 211; Fransız, Belçika ve Lüksemburg MK. m. 1984; Danimarka, Finlandiya ve İsveç Sözleşmeler Kanunu m. 10 (1).

<sup>199</sup> Bununla birlikte Hollanda (MK. m. 7:419-7:421), İspanya (MK. m. 1717), İtalya (MK. m. 1705 vd.), Portekiz (MK. m. 1180-1184) Medeni Kanunlarında ve Türk-İsviçre Borçlar Kanununda dolaylı temsile ilişkin hükümler mevcuttur. Dolaylı temsilin özel ve önemli bir şekli olan komisyon sözleşmesi de birçok ulusal hukuk düzeninde yer bulmuştur. Örneğin Fransız ve Lüksemburg Ticaret Kanunu m. 91; Alman ve Avusturya Ticaret Kanunu m. 383 vd.; İtalyan MK. m. 1731-1736; Portekiz Ticaret Kanunu m. 266-277. Bu konuda bkz. ASHİ m. 3:102 Notlar 4.

<sup>200</sup> KÜNZLE, s. 20-21.

<sup>201</sup> İsviçre BK. m. 32 f. 1.



doğuracağı öngörülür<sup>202</sup>. Borçlar Kanununun genel hükümlerinde dolaylı temsil ayrı bir bölümde açıkça düzenlenmemişse de, dolaylı temsilin esasını teşkil eden temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmesi çeşitli maddelerde yer almaktadır<sup>203</sup>. Nitekim BK. m. 637 f. 1, “*Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur*” dolaylı temsilin unsurlarına değinmektedir<sup>204</sup>. Hüküm, dolaylı temsilde temsil olunan ve üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin doğmayacağına ilişkin genel bir hukuk ilkesini ifade etmektedir<sup>205</sup>. Türk-İsviçre hukuk doktrinde genel anlamda doğrudan ve dolaylı temsil ayırımının altı çizilmekle birlikte, gerçekleştirilen bu ayırımın detaylarında önemli yaklaşım farklarının bulunduğunu görmekteyiz<sup>206</sup>.

Alman hukuk doktrini diğer kıta Avrupa hukuk sistemlerini takip ederek, doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını öngörür<sup>207</sup>. Alman Medeni Kanununun temsil hükümleri genel anlamda Laband’ın etkisi altındadır. Bu etki özellikle açıklama ilkesinde görülür. Alman MK. m. 164 - 181 hükümleri temsilcinin sadece temsil olunan adına hareket etmesini düzenler<sup>208</sup>. Alman Medeni Kanunun’da dolaylı temsile ilişkin

<sup>202</sup> BK. m. 40 f. 1, “*Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar*” hükmünü içermektedir.

<sup>203</sup> Örneğin BK. m. 509 f. 1, “*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer*” şeklindedir.

<sup>204</sup> Benzer yönde İsviçre BK. m. 543 f. 1. Bu konuda bkz. ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 165; YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 133.

<sup>205</sup> GAUTSCHİ, m. 394, n. 12 b; AKÜNAL, s. 29.

<sup>206</sup> Doğrudan ve dolaylı temsil ayırımına genel olarak yer veren görüşler için bkz. KÜNZLE, s. 20-23; VİOLAND, s. 10; PESTALOZZİ, s. 28; GAUTSCHİ, m. 394, n. 6 a-b; m. 396, n. 26 a; m. 401, n. 30 a; HOFTSTELLER, s. 47 ve s. 133; FELLMANN, m. 396, n. 26 ve n. 45; VON BÜREN, s. 167; SCHWENZER, n. 10.04-10.05; KELLER/SCHÖBİ, s. 52-53; YAVUZ, Hatemi’ye Armağan, s. 1603-1604; AKÜNAL, s. 29 vd.; TANDOĞAN (Üçüncü kişinin zararının tazmini), s. 25, s. 134 ve s. 366; TEKİNAY/AKMAN, s. 167-168; İNCEOĞLU, s. 43; OĞUZMAN/ÖZ, s. 165; FEYZİOĞLU, s. 379 ve s. 407; ESENER (Temsil), s. 118; REİSOĞLU, s. 129; AKYOL, s. 46 ve s. 57; İNAN, s. 215; ATAAY, s. 193-194; VELİDEDEOĞLU/KAYNAR, s. 69; SUNGURBEY, s. 9. Yazarlar doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını vurgulamalarına rağmen, özellikle dolaylı temsile ilişkin olarak önemli değerlendirme farklarının olduğunu belirtmemiz gerekir. Örneğin Oğuzman/Öz, sadece doğrudan temsilin gerçek anlamda bir temsil olgusunu ortaya koyduğunu ifade etmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 166. Bu yaklaşımlara çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir. Dolaylı temsili gerçek olmayan bir temsil olarak değerlendiren görüşler için bkz. GAUCH/SCHLUP, n. 1424, n. 1425; BUCHER, s. 597-598; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631.

<sup>207</sup> HAGER, s. 239 vd.; SCHWARK, s. 777 vd.; MÜLLER-FREIENFELS, Stellvertretungsregelungen, s. 15-16; BROX, n. 472; FLUME, s. 743 ve s. 764; LARENZ/WOLF, s. 841; MEDICUS, n. 883-884; STAUDINGER/SCHILKEN, Vorbem. zu § 164, n. 13, 42-47; KÖHLER, s. 149.

<sup>208</sup> Alman MK. m. 164 f. 1 c. 1 uyarınca, bir kimse sahip olduğu temsil yetkisi kapsamında temsil olunan adına bir irade beyanında bulunduğu, bunun hüküm ve sonuçları doğrudan temsil olunana ait olacaktır. Müller-Freienfels, kıta Avrupa hukuk düzenlerinde temsil kurallarının dar ve tek yönlü ilkeler sistemini içerdiğini, Alman Medeni Kanununda da temsil hükümlerinin dogmatik ilkelere dayalı bir yaklaşım sergilediğini, bu durumun düzenlemelerin değişik bölümlerine yansıdığı üzere, kişinin kendi adına veya başkası adına hareket etmesinde de görüldüğünü ifade etmektedir. Yazar, Alman hukukunda geçerli olan açıklama ilkesini gevşetecek veya benzer konularda açılımı teşvik edecek baskı gruplarının bulunmadığını, buna karşılık mevcut kanunlarda düzenlenen temsil kurallarının değiştirilmesinin ortaya çıkaracağı masraftan ve işlem hayatındaki yerleşik düzenin tamamen yeniden

bir düzenlemeye yer verilmesi konusunda yeterli gerekçelerin bulunmadığından hareketle, temsil hükümleri sadece doğrudan temsil ile sınırlandırılmıştır<sup>209</sup>. Ancak Alman Ticaret Kanununda Komisyon işleminde (HGB m. 383-406) ve Taşıma işleminde (HGB m. 453-466) dolaylı temsile değinilmektedir<sup>210</sup>.

Hollanda MK. m. 3:60 f. 1, bir kişinin “temsil olunanın” bir başka kişiye “temsilciye” bir veya daha fazla hukuki işlemi temsil olunan adına yerine getirmek için yetki vermesini düzenler<sup>211</sup>. Böylece Hollanda kanun koyucusunun kıta Avrupa hukuk sistemlerinde genel kabul gören kendi adına veya başkası adına işlem yapma kistasını benimsediğini görmekteyiz. Doktrinde doğrudan ve dolaylı temsil ayrımı işlenmekle birlikte, Hollanda Medeni Kanununun genel hükümlerinde dolaylı temsil pozitif bir varlığa kavuşmamıştır<sup>212</sup>. Ancak aynı kanunun 7. Kitabında vekâlet bölümünde, işlemlerin dolaylı temsil kapsamında yapılması esası düzenlenmiştir<sup>213</sup>.

İngiliz hukuku genel anlamda yeknesak bir temsil anlayışına sahip olmakla birlikte, öğretide açık ve gizli temsil ayrımı öngörülür<sup>214</sup>. Temsil kavramı içerisindeki tüm hukuki ilişkiler “*law of agency*” başlığı altında değerlendirilir. Bir kişinin diğer bir kimse tarafından hesabına üçüncü kişi ile işlem yapması için yetkilendirildiği durumlarda, temsilin mevcut olduğu kabul edilir<sup>215</sup>. Agency kavramı, başkasının menfaatine hukuki iktidarı kullanan tüm kişileri kapsayacak şekilde genel bir uygulama

---

oluşturulmasının yaratacağı güvensizlikten dolayı reformları desteklemeyen büyük sigorta şirketlerinin ve bankalarının bulunduğunu çarpıcı bir şekilde belirtmektedir. MÜLLER-FREIENFELS, (Stellvertretungsregelungen) s. 15-16 ve s. 39-41. Bu yöndeki yaklaşımlarla beklentilerin karşılanmadığı ve hayatın çeşitliliğinin hâkim ilkelerle çatıştığı vurgulanmaktadır. LÜDERİTZ Karl, Prinzipien des Vertretungsrecht, JuS 1976, s. 765-771, s. 770.

<sup>209</sup> Alman Medeni Kanun Tasarısı Gerekçeleri, Genel Bölüm, Band I, Berlin 1888, s. 223-224. Bu konuda bkz. <https://archive.org/stream/motivezudemmentw01germgoog#page/n227/mode/2up> (27.02.2014).

<sup>210</sup> LARENZ/WOLF, s. 841; KÖHLER, s. 149; BROX, vor 164, n. 14.

<sup>211</sup> Hükümlerin İngilizce metni için bkz. <http://www.dutchcivilaw.com/legislation/dcctitle33033.htm> (20.10.2013).

<sup>212</sup> BUSCH Danny, Indirect Representation in European Contract Law (The Hague: Kluwer Law International 2005), s. 5-6; HARTKAMP A.S., Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 5e Druk, Kluwer, Deventer 1999, n. 77-78; BLOEMBERGEN A.R./VAN DAM C.C./HJMA Jac/VALK W.L., Rechtshandeling en Overeenkomst, 3e Druk, Kluwer, Deventer 2001, n. 85-90; KORTMANN S.C.J.J./VERHAGEN H.L.E., Vertegenwoordiging en tussenpersoon (W.E.J) Tjeenk Willink, Deventer (1999), s. 3-28, s. 24; DU PERRON C.E., Overeenkomst en derden, Kluwer, Deventer (1999), n. 23.

<sup>213</sup> VAN DER GRINTEN W.C.L., Lastgeving, Kluwer, Deventer 1993, n. 13; SCHOORDIJK H.C.F., De zogennamde privatieve last van art. 7:423 BW en aanverwante rechtsfiguren, Deventer 2000, s. 299-307, s. 300.

<sup>214</sup> POWELL R., The Law of Agency, 2nd Edition, Sir Isaac Pitman & Sons, London 1961, s. 32-34 ve s. 150-151; FRIDMAN G.H.L., The Law of Agency, 7th Edition, Butterworths, London 1996, s. 215; GOODHART A.L./HAMSON C.J., Undisclosed Principals in Contract, CLJ (1932), s. 320-356, s. 320; TREİTEL, s. 672-673; MARKESİNİS/MUNDAY, s. 152-154. Common law sisteminde doğrudan ve dolaylı temsil ayrımına yer verilmediği konusunda bkz. ASHİ m. 3:102 Notlar 5.

<sup>215</sup> “Temsil, temsil olunan olarak adlandırılan bir kişinin, temsilci olarak adlandırılan bir başkasını, kendi hesabına hareket ederek başkalarıyla işlem yapmak için yetkilendirmesi ile ortaya çıkan ilişkidir”. TREİTEL, s. 752.

alanı taşır. Diğer bir ifade ile temsilcinin temsil olunanın menfaatine hareket ettiği kabul edildiğinden, temsil olunan adına hareket edildiğinin veya temsil ilişkisinin açıklanmasının kural olarak önemli olmadığı sonucuna varılır<sup>216</sup>. Esasen üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasında temsil olunanın sözleşmede taraf olacağını bilip bilmemesinin farklı menfaatleri ilgilendirdiği ve uzantısında hukuki sonuçlarının değişkenlik göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak her iki konumda sürecin temelini aynı olduğu, bir başkasının hesabına işlem yapmak amacıyla ilişkiye girildiği savunulmaktadır<sup>217</sup>. Böylece kıta Avrupa hukuk düzenlerine egemen olan temsilcinin kendi adına veya başkası adına hareket etmesi kıstasına İngiliz hukukunda yer verilmediğinin, temsil ilişkisinin üçüncü kişi tarafından tanınıp tanınmadığının temel çıkış noktası olduğunun belirtilmesi gerekir<sup>218</sup>.

Günümüzde uyumlaştırma projelerinde temsilin tasnif şekli ve özellikleri üzerinde yoğun çalışmalar yürütülmektedir. Bu kapsamda ASHİ, kıta Avrupa hukuk sistemlerinin doğrudan ve dolaylı temsile dayalı modelini takip etmektedir. Nitekim ASHİ m. 3:102, “Temsil Türleri” kenar başlığında dolaylı temsil ile doğrudan temsil arasındaki temel ayırımı düzenler<sup>219</sup>. Eserde her bir temsil türünün ayrı bir kısımda işlendiğini görmekteyiz. İlkeler’in ikinci kısmı doğrudan temsili, üçüncü kısmı ise dolaylı temsili içerir. AÖH da temsilcinin kendi adına ve temsil olunan adına hareket etmesi kıstasını öngörür. Model kuralların değişik bölümlerinde doğrudan ve dolaylı temsile ilişkin kurallar yer almaktadır. “*Temsilcinin İşleminin Temsil Olunanın Hukuki Konumunu Etkilemesi*” kenar başlığını taşıyan II. 6:105’te temsilcinin temsil olunan adına veya başka türlü bir temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini üçüncü kişiye belirtecek şekilde hareket etmesinden söz edilerek, doğrudan temsilin esası belirtilmektedir. “*Temsilcinin Kendi Adına Hareket Etmesi*” kenar başlığını taşıyan II. 6:106’da ise temsilcinin kendi adına veya başka türlü bir temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini belirtmeyecek tarzda işlem yapması düzenlenir. Eserde

<sup>216</sup> BONELL (AJCL 1984), s. 718; FESTNER, s. 8.

<sup>217</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 1-008; KÖTZ/FLESSNER, s. 333.

<sup>218</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 1-020.

<sup>219</sup> ASHİ m. 3:102 (1), “*Temsilcinin temsil olunan adına hareket ettiği durumda, doğrudan temsile ilişkin kurallar uygulanır (Kısım 2). Temsil olunanın kimliğinin, temsilcinin işlemi yaptığı anda veya daha sonra açıklanmasının önemi yoktur*”. (2) “*Bir aracı kişinin, temsil olunanın adına değil de, onun talimatları ile ve onun hesabına hareket etmesi veya bir üçüncü kişinin, aracı kişinin temsilci olarak hareket ettiğini bilmediği ve bilmesi için sebebin olmadığı durumda, dolaylı temsile ilişkin kurallar uygulanır (Kısım 3)*” şeklindedir.

doğrudan ve dolaylı temsil tarif edilmektedir<sup>220</sup>. Konvansiyon doğrudan ve dolaylı temsil ayırımının ötesinde yeknesak bir temsil kavramına dayanır. Temsilcinin kendi adına veya temsil olunanın adına hareket etmesinden bağımsız olarak aynı kurallar geçerlidir<sup>221</sup>. Bununla birlikte Konvansiyon'un 12. ve 13. maddelerinde yer verilen düzenlemeler, doğrudan ve dolaylı temsil ayırımından esinlenmiştir<sup>222</sup>. UTSİ ise civil law'ın dayandığı doğrudan ve dolaylı temsil ayırımı yerine, common law'ın tercih ettiği açık ve gizli temsil yaklaşımını esas alır<sup>223</sup>. Bu anlamda temelde ASHİ'den farklı bir bakış açısı benimsenmiştir. Bu hukuk metninde kritik olan konu, üçüncü kişinin, temsilcinin bir temsilci olarak hareket ettiğini bilmesi veya bilmesi gerekliliğidir<sup>224</sup>. Unidroit çalışma grubu, doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını özellikle reddeder. Bir temsilcinin, temsil olunan adına mı, yoksa kendi adına mı hareket ettiğinin kanıtlanması, kavranması zor bir kriter olduğundan hareketle, temsilin açıklanmadığı durum dışında temsil olunanın yükümlü tutulmasının işletme içeriği itibarıyla daha kolay kavranabilen ve uygulanabilen bir ayırım çizgisini temsil ettiği kabul edilir<sup>225</sup>.

Hukuk sistemimiz kıta Avrupa hukuk düzeninin bir parçası olduğundan, çalışmamızda genel olarak doğrudan ve dolaylı temsil ayırımının özellikleri üzerinde duracağız. Ancak konunun işlenmesinde bakış açımıza özel bir boyut kazandıracağını düşündüğümüz açık ve gizli temsil yaklaşımını detaylı şekilde incelemeyi uygun görmekteyiz.

<sup>220</sup> AÖH VIII. 2:302 Yorum A. Doğrudan ve dolaylı temsile değinen hükümler için bkz. IV. D. 1:102 (d) ve (e); IV. D. 1:101 (a) ve (b) ve VIII. 2:302.

<sup>221</sup> Konvansiyon m. 1 f. 4, "Konvansiyon, temsilcinin kendi adına veya temsil olunanın adına hareket ettiğine bakılmaksızın uygulanır" hükmünü içermektedir.

<sup>222</sup> Konvansiyon m. 12, "Temsilci, temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunanın hesabına işlem yaptığı ve üçüncü kişi temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde; durumun koşullarından, özellikle bir Komisyon sözleşmesi ile ilgili olarak temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediği anlaşılmadıkça, temsilcinin işlemleri doğrudan temsil olunan ile üçüncü kişiyi bağlar"; Konvansiyon m. 13 f. 1 ise "Temsilci, temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunanın hesabına işlem yaptığı, (a) üçüncü kişi, temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerektiğinde veya (b) durumunun koşullarından, özellikle bir Komisyon sözleşmesi ile ilgili olarak temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediğinin anlaşılmasında, işlemleri sadece temsilciyi ve üçüncü kişiyi bağlar" şeklindedir.

<sup>223</sup> Temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket etmesinin önemli olmadığı konusunda bkz. UTSİ m. 2.2.1 Yorum 3 ve UTSİ m. 2.2.3 Yorum 3.

<sup>224</sup> "Açık Temsil" kenar başlığını taşıyan UTSİ m. 2.2.3 f. 1, "Temsilcinin yetkisinin kapsamı içinde yaptığı işlemler, üçüncü kişinin temsilcinin temsilci olarak hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci ile üçüncü kişi arasında hukuki ilişki kurulmaksızın, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri doğrudan etkiler"; "Gizli Temsil" kenar başlığını taşıyan UTSİ m. 2.2.4 f. 1 ise "Temsilcinin yetkisinin kapsamı içinde yaptığı işlemler, üçüncü kişinin temsilcinin temsilci olarak hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerektiğinde, sadece temsilci ve üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkiler" şeklindedir.

<sup>225</sup> BENETT, s. 777.

## B. DOĞRUDAN TEMSİL

Doğrudan temsil kurumu tarihsel süreç içerisinde yavaş bir gelişim göstermesine karşılık, günümüzde önemli bir konuma kavuşmuştur. Antik Roma hukukunda hür insanların başkalarının hukuk alanına etki edecek tarzda adlarına bir işlem yapmaları kural olarak mümkün değildi. Temsil kurumu Babil, Helen, Yahudi ve İslam hukukunda tanınırken, Roma hukuku işlem hayatına aykırı katı kalıplarda ısrar etmiştir<sup>226</sup>. Laband, Roma hukukunda doğrudan temsilin gelişmemesinin sebebi olarak etik anlayışı gösterir. Sübjektif iradenin bağımsızlığının korunması, şahsi özgürlüğün sağlanması ve borçların yüksek şahsi karakter olarak görülmesinin bu gelişimin engeli olan etik değerler olduğu savunulmuştur<sup>227</sup>. Kanımızca bu yöndeki yaklaşımlar süreci açıklamaktan uzaktır. Roma hukukunda katı bir şekilciliğin olması, iş sisteminin yapısı ve temel olarak doğrudan temsil kurumuna yönelik ihtiyacın bulunmaması, bu sürecin temel nedenleridir. Zira Medeni hukukta ve Usul hukukunda temsilin sonuçlarını karşılayan birçok olanağın olduğu görülmektedir<sup>228</sup>. Dolayısıyla Roma hukukunda doğrudan temsilin geçersizliğinden ziyade gereksizliğinden söz edilmesi uygun olacaktır<sup>229</sup>.

Hukukun uyumlaştırılması çabalarının sonucunda oluşturulan uluslararası hukuk belgeleri ve ulusal hukuk düzenleri doğrudan temsile ilişkin hükümlere yer vermektedir. UTSİ’de ve İngiliz hukukunda benimsenen yaklaşım farklılığından ötürü bir ölçüde doğrudan temsilin karşılığını oluşturan açık temsile ilişkin hükümleri de bu başlık altında inceleyeceğiz.

<sup>226</sup> MÜLLER Ulrich, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Köln 1969), s. 16.

<sup>227</sup> LABAND PAUL, Die Stellvertretung bei Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem AHGB, in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 10, 1866, s. 183 ve s. 186; MÜLLER, s.17-19.

<sup>228</sup> Pater familias aile yapısı ve kölelik sistemi iradeye dayanan temsile olan ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır. Ailenin çocukları ve köleler satıları gereği aile babaları veya sahipleri için hareket etmiştir.

<sup>229</sup> MÜLLER, s. 19-20; KASER Max, Das Römische Privatrecht I, 2. Auflage, München 1971, s. 260; ESENER (Temsil), s. 2.

## 1. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOĞRUDAN TEMSİL

### a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Doğrudan Temsil

Temsil konusu üçüncü bölümde düzenlenmiştir. Bu bölüm üç kısımda ele alınır. Her bir temsil türü ayrı bir kısımda işlenmiştir. Birinci kısım genel hükümleri, ikinci kısım doğrudan temsili ve üçüncü kısım dolaylı temsili içermektedir. “*Doğrudan Temsil*” kenar başlığını taşıyan ikinci kısım, 3:201. madde ile 3:209. madde arasındaki hükümleri kapsar. İlkeler’in genel hükümlerinde yer alan m. 3:102 f. 1 c. 1, temsilcinin temsil olunan adına hareket ettiği durumlarda doğrudan temsile ilişkin kuralların uygulanacağını öngörmektedir<sup>230</sup>. Düzenlemede temsilcinin temsil olunanın adına hareket ettiğini üçüncü kişinin bildiği veya bilmesi gereken hallerde, doğrudan temsilin oluşacağı hüküm altına alınmaktadır<sup>231</sup>. İlkeler’de temsile ilişkin kuralların genel olarak yetki kavramına dayandığını tespit edebiliriz. Nitekim üçüncü bölüm “Temsilcilerin Yetkisi” başlığını taşır. İlkeler’in 3:101. maddesinin 1. fıkrasında<sup>232</sup>, her iki temsil türünü kapsayacak şekilde temsilcinin veya aracının temsil ettikleri kişiyi bir sözleşme ile ilgili olarak üçüncü kişi ile bağlama yetkisinin düzenlendiğinin belirtilmesiyle, doğrudan temsilcinin temsil olunanı bağlama yetkisine sahip olması gerektiğine işaret edilmektedir. Keza ASHİ m. 3:201 f. 1, temsil olunanın kendi adına hareket etmesi için temsilciye yetki vermesini düzenler<sup>233</sup>. Son olarak İlkeler’in 3:202. maddesinde, bir temsilcinin 3:201. maddesinde tanımlanan yetkinin sınırları içerisinde hareket etmesi halinde, onun işlemlerinin temsil olunanı ve üçüncü kişiyi doğrudan bağlayacağını öngörülmesi<sup>234</sup>, temsilcinin temsil olunan adına hareket edebilmesi için bu konuda yetkili olması gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Böylece ASHİ’nin öngördüğü sistemde, temsil yetkisine sahip bir temsilcinin, temsil olunan adına hareket ettiğini üçüncü kişinin bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde, doğrudan temsilin oluştuğunun kabul edildiğini görmekteyiz.

<sup>230</sup> ASHİ m. 3:102 (1), “*Temsilcinin temsil olunan adına hareket ettiği durumda, doğrudan temsile ilişkin kurallar uygulanır (Kısım 2)*” düzenlemesini içerir.

<sup>231</sup> ASHİ m. 3:202 Yorum B.

<sup>232</sup> ASHİ m. 3:101 (1), “*Bu bölüm, bir temsilcinin veya bir aracı kişinin, temsil olunanı bir sözleşme ile ilgili olarak üçüncü kişi ile bağlama yetkisini düzenler*” şeklindedir.

<sup>233</sup> ASHİ m. 3:201 (1), “*Temsil olunanın kendi adına hareket etmesi için temsilciye verdiği yetki, açık veya durumlara göre örtülü olabilir*” düzenlemesini içerir.

<sup>234</sup> “Yetkisi İçinde Hareket Eden Temsilci” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:202, “*Bir temsilci madde 3:201’de tanımlanan yetki sınırları içinde hareket ederse, onun işlemleri, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi doğrudan birbirine bağlar. Temsilci, üçüncü kişiye karşı bağlı olmaz*” şeklindedir.

Temsil olunan adına hareket eden temsilci, işlem sırasında temsil olunanın kimliğini açıklamadığında dahi doğrudan temsilin varlığına ulaşılır. Adına hareket edilen temsil olunanın kimliğinin açıklanmaması, doğrudan temsil hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Ancak bu durum sınırsız değildir. Üçüncü kişinin talebi üzerine temsil olunanın kimliğinin uygun bir süre içerisinde açıklanması gerekir<sup>235</sup>. Temsilci, üçüncü kişinin talebine rağmen temsil olunanın kimliğini açıklamadığında veya açıklamayı reddettiğinde, işlem ile kişisel olarak bağlı olur. Temsil olunanın kimliğini açıklamaktan kaçınan temsilcinin, bu tehlikeyi üstlenmek zorunda olması dayanaklıdır. Temsilcinin sözleşme ile bağlanmasının diğer bir haklı gerekçesi, üçüncü kişiden elde edilen değerlerin temsil olunana devrinin veya üçüncü kişiye yönelik borçların temsil olunan tarafından üstlenilmesinin imkân dahilinde olmasıdır<sup>236</sup>. ASHİ m. 3:203'nin lafzı sadece kimliği açıklanmayan temsil olunanları kapsadığı izlenimini taşıyorsa da, hükmün amacı kimliği belirlenmeyen veya henüz tayin edilmeyen temsil olunanları da içerir. Böylece sözleşmenin akdedildiği anda temsil olunanın mevcudiyeti dahi aranmaz<sup>237</sup>.

ASHİ m. 3:203, düzenleyici bir hukuk kuralı niteliğindedir<sup>238</sup>. Tarafların serbest iradeleri ile kuraldan ayrılan bir rejim öngörmeleri yadsınamaz. Böylece taraflar, temsil olunanın belli bir süre boyunca belirsiz kalacağı, bu sürenin genel kıstaslara göre uygun bir süreyi geçemeyeceği konusunda anlaşabilirler. Belirsizliğin objektif olarak belirlenen bir sürenin sona ermesiyle talebe gerek kalmaksızın son bulacağı da kararlaştırılabilir. Keza tarafların, koşulların gerçekleştiği hallerde, temsilcinin sözleşme ile kişisel olarak bağlanmayacağını kararlaştırmalarına dahi bir engel yoktur. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesinin işletilmesi isabetli olacaktır. Ancak tarafların serbest iradeleri ile kuraldan ayrılan bir rejim yaratmalarının sınırları mevcuttur.

<sup>235</sup> “Kimliği Açıklanmayan Temsil Olunan” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:203, “Temsilci, kimliği daha sonra açıklanacak bir temsil olunan adına sözleşme yaptığında, üçüncü kişinin talebinden sonra uygun bir süre içinde bu kimliği açıklamazsa, temsilci kişisel olarak sözleşme ile bağlı olur” düzenlemesini öngörür. Hükümde üçüncü kişinin talebinden sonra uygun bir süre içinde temsil olunanın açıklanmamasından söz edilmesine karşılık, kanımca sözleşmenin yapılması esnasında temsil olunanın kimliğinin açıklanacağı anın belirlenmiş olmasına rağmen, belirtilen sürede açıklanmaması durumunda uygun bir sürenin temsilciye verilmeksizin kendisinin sözleşme ile bağlı olacağının kabul edilmesi gerekir.

<sup>236</sup> ASHİ m. 3:203 Yorum B.

<sup>237</sup> ASHİ m. 3:102 Yorum A. Ayrıca bkz. BENETT, s. 781.

<sup>238</sup> “Sözleşme Özgürlüğü” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 1:102, “(1) Taraflar, iyi niyet ve dürüst işlem yapma kuralları ile İlkeler’de öngörülen emredici kurallar saklı kalmak kaydıyla, sözleşme yapmakta ve sözleşmenin içeriğini belirlemede serbesttir. (2) Taraflar, İlkeler’de aksi öngörülmemişse, İlkeler’in herhangi birinin uygulanmasını dışlayabilir veya onlardan ayrılabilir veya onların etkilerini değiştirebilir” şeklindedir.

Erteleme durumunun aşırı uzun bir süre boyunca veya süresiz olarak devam edeceğini öngören düzenlemeler, ASHİ m. 1:201 uyarınca iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesine aykırılıktan geçersizdir<sup>239</sup>. Bununla birlikte bu durum sözleşmenin tamamının geçersizliğine yol açmamakta, yapılacak müdahale ile süre uygun bir sınıra kavuşturulacaktır.

#### **b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Doğrudan Temsil**

AÖH, doğrudan ve dolaylı temsil ayırım modeline dayanır. Nitekim “*Temsilcinin İşleminin Temsil Olunanın Hukuki Konumunu Etkilemesi*” kenar başlığını taşıyan II. 6:105, “*Temsilci: (a) bir temsil olunan adına veya başka türlü bir temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini üçüncü kişiye belirtecek şekilde ve (b) yetkisi kapsamında hareket ettiğinde, işlem üçüncü kişi ile ilişkide temsil olunan tarafından yapılmış gibi temsil olunanın hukuki konumunu etkiler. Böylece temsilci ve üçüncü kişi arasında hiçbir hukuki ilişki meydana gelmez*” düzenlemesini içermektedir. Hükümde doğrudan temsilin unsurlarına ve temel etkisine yer verilmektedir. Temsilci bu sıfatla açık şekilde, temsil olunan adına veya başka türlü temsil olunanın hukuki konumunu etkileme amacını üçüncü kişiye belirtecek şekilde ve yetkili olarak hareket ettiğinde, doğrudan temsilin olduğu kabul edilir. Temsilcinin gerçekleştirilen işlemde “adına” ibaresini veya diğer özel kelimeler birleşimini kullanması gerekli değildir. Model kurallarda temsil olunanın adının dahi zikredilmesinin zorunlu olmadığı, ancak temsilcinin kişisel yükümlülükten kaçınmak için işlemin temsilci sıfatıyla yapılmakta olduğunun açık kılınmasının menfaati gereği olduğu vurgulanmaktadır. Hükümün (a) bendine uygun hareket edildiğinde üçüncü kişinin, bir kimsenin temsil olunanın temsilcisi olarak hareket ettiğini ve kişisel sıfatıyla hareket etmediğini bileceği ya da en azından bunu makul olarak bilmesinin bekleneceği kabul edilir<sup>240</sup>. Düzenlemede “*temsil olunanın hukuki konumunu etkileme*” ifadesi, bağlama teriminin sadece temsil olunan

<sup>239</sup> “İyi niyet ve Dürüst işlem yapma” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 1:201, “(1) Taraflar iyi niyet ve dürüst işlem yapma kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. (2) Taraflar bu yükümlülüğü dışlayamaz veya sınırlayamaz” şeklindedir.

<sup>240</sup> AÖH II. 6:105 Yorum A ve B.



için bir yükümlülük yaratma sürecini kapsadığı algısını oluşturduğu için “*temsil olunanı bağlamak*” yazımına tercih edilmiştir<sup>241</sup>.

Belirli sözleşmelerin yer aldığı IV. Kitap’ın D bölümünde “*Vekâlet Sözleşmesi*”nin genel hükümler kısmında doğrudan temsilin unsurlarına değinen hükümler mevcuttur. IV. D. 1:101, “*IV. Kitabın bu bölümü, bir kişinin, temsilcinin, başka bir kişi, temsil olunan tarafından aşağıdaki işlemleri gerçekleştirmek üzere yetkilendirildiği ve talimat (vekâlet) verildiği sözleşmeler ve diğer hukuki işlemlerde uygulanır: (a) temsil olunan ile bir üçüncü kişi arasında sözleşme yapmak veya başka türlü üçüncü kişi ile ilişkili olarak temsil olunanın hukuki konumunu doğrudan etkilemek, (...)*” şeklindedir. Hükümde temsilcinin tipik olarak temsil olunan ve üçüncü kişi arasında bir sözleşme yapmak suretiyle bir üçüncü kişi nezdinde temsil olunanın hukuki konumunu doğrudan etkilemeye yetkilendirildiği ve talimat verildiği doğrudan temsile yer verilmektedir<sup>242</sup>. Model Kurallarda doğrudan temsilcinin sahip olması gereken yetki de tarif edilmiştir. Buna göre yetki, temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gücüdür<sup>243</sup>. Böylece temsilcinin sahip olduğu yetkiye dayanarak temsil olunan adına veya başka türlü temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini üçüncü kişiye belirtecek şekilde hareket etmesinin doğrudan temsil kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz<sup>244</sup>.

AÖH’da temsilcinin bir temsil olunan adına hareket ettiği, ancak temsil olunanın kimliğini açıklamadığı durumların da temsil olunanın hukuki konumunu etkileyeceği kabul edilir. Sözleşmenin yapıldığı anda temsil olunanın kimliğinin açıklanmaması, doğrudan temsilin uygulanmasını dışlamaz. Ancak bu gizlilik sürekli sürdürülemez. Üçüncü kişinin talebi üzerine temsilci bu kimliği açıklamadığında veya açıklamayı muhtemelen temsil olunanın talimatıyla reddettiğinde, temsilci işlemle

<sup>241</sup> AÖH II. 6:102 Yorumlar kısmına bkz.

<sup>242</sup> AÖH IV. D. 1:101 Yorum A.

<sup>243</sup> “*Tanımlar*” kenar başlığını taşıyan AÖH II. 6:102’de, “*Bir temsilcinin yetkisi, temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gücüdür*” hükmü öngörülmektedir. Vekâlet Sözleşmeleri bölümünde benzer bir tanıma yer verilmiştir. Nitekim IV. D. 1:102, “*(d) doğrudan temsil için vekâlet, temsilcinin temsil olunan adına veya başka türlü temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini belirtecek şekilde hareket edeceği bir vekâlettir*” şeklindedir.

<sup>244</sup> AÖH VIII. 2:302 Yorum A.

kişisel olarak bağlanır<sup>245</sup>. Temsilcinin kişisel olarak bağlanma gerekçesi ASHİ'deki yaklaşımdan esinlenmiştir. Her iki hukuki belge temsilcinin temsil olunanın kimliğini açıklamayı reddetmesinin bu tehlikeyi üstlenmesini haklı kılacağını öngörür. Temsilcinin üçüncü kişi ile bağlı hale gelmesinin diğer gerekçesi, üçüncü kişiden alınan varlıkların temsil olunana devredilebilecek ve üçüncü kişiye karşı olan borçların temsil olunan tarafından üstlenilebilecek olmasıdır<sup>246</sup>.

AÖH II. 6:108, aksi kararlaştırılabilecek bir düzenleme niteliğindedir. Eserin dayandığı dört temel ilkedен birisi olan özgürlük ilkesinin sözleşme hukukuna yansıyan şekli olan sözleşme özgürlüğü uyarınca tarafların öngörülen kuraldan serbest iradeleri ile ayrılmaları mümkündür<sup>247</sup>. Ancak özellikle üçüncü kişinin üstleneceği yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olmasına karşılık, belirsizlik süresince karşı yükümlülüklerin kimin sorumluluğunda olduğunun bilinmemesi, menfaat dengeleri arasında ciddi bir uçurumun doğmasına neden olacaktır. Bu anlamda temsil olunanın kimliğinin belirsiz bir süre boyunca veya kalıcı olarak açıklanmayacağına ilişkin hükümler iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkelerine aykırıdır<sup>248</sup>.

### **c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Açık Temsil**

UTSİ'de temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket etmesine dayalı temsil ayırımı reddedilmekte, common law sisteminin benimsediği yaklaşımdan esinlenilerek açık ve gizli temsil ayırımına yer verilmektedir<sup>249</sup>. Temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin kurulması için temsilcinin yetkisi kapsamında bir temsil olunan hesabına hareket etmesi ve üçüncü kişinin temsilcinin, temsilci olarak hareket ettiğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi yeterlidir. Bu anlamda temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesi zorunlu değildir. Nitekim “Açık Temsil” kenar başlığını içeren UTSİ m. 2.2.3, “(1) Temsilcinin yetkisinin kapsamı içinde yaptığı işlemler, üçüncü kişinin temsilcinin temsilci olarak hareket ettiğini

<sup>245</sup> “Kimliği Açıklanmayan Temsil Olunan” kenar başlığını taşıyan AÖH II. 6:108, “Bir temsilci, kimliği daha sonra açıklanacak bir temsil olunan için hareket ederse, fakat üçüncü kişinin talebinden sonra uygun bir süre içinde bu kimliği açıklamazsa, temsilci kişisel sıfatı ile hareket etmiş olarak kabul edilir” şeklindedir.

<sup>246</sup> AÖH II. 6:108 Yorum B.

<sup>247</sup> AÖH İlkeler, s. 48-54.

<sup>248</sup> İşlemlerin iyi niyet kurallarına ve dürüst işlem yapma yükümlülüğüne uygun olarak yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin hükümler için bkz. AÖH I. 1:103 ve AÖH III. 1:103.

<sup>249</sup> UTSİ m. 2.2.1 Yorum 3 ve UTSİ m. 2.2.3 Yorum 3.

*bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci ile üçüncü kişi arasında hukuki ilişki kurulmaksızın, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri doğrudan etkiler. (2) Bununla birlikte temsilci, temsil olunanın rızası ile sözleşmeye kendisi taraf olursa, temsilcinin işlemleri sadece temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkiler”* düzenlemesini öngörmektedir. Ancak uygulamada hesabına hareket edilen kişinin kimliğinin açıkça gösterilmesinin temsilcinin kendi çıkarına olabileceğinin belirtilmesi gerekir. Belgenin açıklayıcı yorumlarında temsilciye, sözleşme gereğince kişisel olarak sorumlu tutulması tehlikesinden kaçınması amacıyla sözleşmeyi sadece kendi adına imzalamaması, aynı zamanda temsil olunanın adından sonra “hesabına” şeklindeki bir ibareyi eklemesi önemle tavsiye edilmektedir<sup>250</sup>. Örneğin Uluslararası hukuk ile ilgili özel bir veri tabanı için bir bilgisayar programı geliştirmek amacıyla C araştırma merkezi, A bilgisayar uzmanı ile temas kurar. A, B yazılım şirketinin çalışanı sıfatıyla sözleşmeyi imzalarken, B hesabına hareket ettiğini açıkça ifade etmek zorundadır. A, B’yi belirtmeksizin sözleşmeyi imzalarsa; C, A’yı sözleşme kapsamında kişisel olarak sorumlu tutabilecektir.

UTSİ m. 2.2.3’te temsilcinin yetkili olması gerektiği açıkça ifade edilir. Bu husus bölümün “Temsilcilerin Yetkisi” başlığı ile teyit edilmektedir. Böylece açık temsilde doğrudan ilişkinin kurulmasında iki temel öge, temsilcinin yetkili olarak temsil olunan hesabına hareket etmesi ve üçüncü kişinin temsilcinin bu sıfatla hareket ettiğine ilişkin pozitif veya normatif bilgisi gereklidir.

İlkeler, Avrupa düzleminde oluşturulan hukuk belgelerinden farklı olarak kimliği açıklanmayan temsil olunan ile ilgili olarak bir düzenleme öngörmez.

#### **d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da Öngörülen Düzenleme**

Konvansiyon, civil law sistemlerinin benimsediği doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını açıkça düzenlemez. Temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket ettiğine bakılmaksızın hükümlerin uygulanacağını düzenleyen Konvansiyon’un

---

<sup>250</sup> UTSİ m. 2.2.3 Yorum 3.

yeknesak bir temsil anlayışını benimsediği görülmekle birlikte<sup>251</sup>, örtülü olarak doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını temel alan bir sınıflandırma gerçekleştirdiğini tespit edebiliriz. Nitekim 12. maddede zikredilen koşullar altında temsilcinin işlemleri, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi doğrudan bağlar. Hüküm, *“Temsilci, temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunanın hesabına işlem yaptığında ve üçüncü kişi temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde; durumun koşullarından, özellikle bir komisyon sözleşmesi ile ilgili olarak temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediği anlaşılmadıkça, temsilcinin işlemleri doğrudan temsil olunan ile üçüncü kişiyi bağlar”* düzenlemesini içerir. Düzenleme, tanımı ve hukuki sonuçları bakımından kıta Avrupa hukuk sistemlerinde yer alan doğrudan temsil kurumu ile yakın bir benzerlik gösterir<sup>252</sup>. Bu anlamda temsilci tarafından yapılan işlemin temsil olunan ve üçüncü kişi üzerinde doğrudan etkili olması, onun yetkili bir şekilde temsil olunan hesabına hareket etmesine ve üçüncü kişinin temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bilmesine veya bilmesinin gerekmesine bağlıdır. Konvansiyon’da sözleşmenin kurulması anında temsil olunanının kimliğinin açıklanmasının gerekli olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmaz. Özellikle Avrupa düzleminde gerçekleştirilen uyumlaştırma çalışmalarında öngörülen “Kimliği Açıklanmayan Temsil Olunan” hükmüne yer verilmemiştir. Ancak doktrinde Konvansiyon’un benimsediği sistem içerisinde temsil olunanın kimliğinin üçüncü kişi tarafından bilinmesinin zorunlu olmadığı haklı olarak savunulmaktadır<sup>253</sup>.

## 2. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOĞRUDAN TEMSİL

### a. Türk ve İsviçre Hukukunda Doğrudan Temsil

Türk Borçlar Kanunu temsil hükümlerini genel hükümler kısmında 40. ilâ 48. maddeleri arasında kaynak kanuna uygun olarak “yetkili temsil”, “yetkisiz temsil” ve “saklı hükümler” alt başlıklarında düzenlemektedir<sup>254</sup>. Hâkim görüş, BK. m. 40 f. 3

<sup>251</sup> Konvansiyon m. 1 f. 4.

<sup>252</sup> STÖCKER Hans A., Das Genfer Übereinkommen über die Vertretung beim internationalen Warenkauf, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 1983, 778-785, s. 782; STAUDER B., La convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, in: Corboz, B. (red.), Mélanges Robert Patry, Payot, Lausanne 1988, s. 217-236, s. 229.

<sup>253</sup> EVANS, s. 119-121; STÖCKER, s. 782.

<sup>254</sup> İsviçre Borçlar Kanununda 32. ilâ 40. maddeleri arasında öngörülmüştür.

dışındaki hükümlerin doğrudan temsili kapsadığı yönündedir<sup>255</sup>. Nitekim “Temsilin hükmü” kenar başlığını taşıyan 40. maddenin ilk fıkrasında, yetkili bir temsilci tarafından temsil olunan adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin doğrudan temsil olunana bağlayacağı öngörülür<sup>256</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, temsilci hukuki işlemi yaparken sıfatını bildirmediğinde, ancak temsilcinin işlem yaptığı karşı taraf temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkardığında veya çıkarması gerektiğinde ya da temsilci veya temsil olunandan biri ile işlem yapılması karşı taraf için farksız olduğunda, işlemin sonuçları doğrudan temsil olunana ait olacaktır<sup>257</sup>. Üçüncü fıkarda ise diğer durumlarda alacağın devrine veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına yer verilmiştir<sup>258</sup>. BK. m. 40 f. 1’de ve f. 2’de doğrudan temsilin koşullarının düzenlendiği kabul edilir<sup>259</sup>. Böylece doğrudan temsilin hukuki sonuçlarının meydana gelmesi için temsilcinin gerekli yetkiye sahip olması ve hukuki işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapması koşullarının gerçekleşmesi gerekir<sup>260</sup>.

#### **i. Temsil Yetkisinin Varlığı**

Doğrudan temsilin oluşması için aranan ilk koşul, temsilcinin yetkisinin bulunmasıdır<sup>261</sup>. Temsilcinin yetkili olması ile kastedilen, temsil olunan adına ve hesabına hukuki işlem yapabilme iktidarına sahip olmasıdır<sup>262</sup>. Temsilci tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerin temsil olunanın hukuki konumunu etkilemesi,

<sup>255</sup> HUGUENİN, n. 1078; BUCHER, s. 598; SCHWENZER, n. 40.04; AKÜNAL, s. 8; REİSOĞLU, s. 129; İNCEOĞLU, s. 44 ve dn. 165; FEYZİOĞLU, s. 380. Farklı görüş için bkz. KÜNZLE, s. 22-23. Doktrinde gerçek anlamda temsilin doğrudan temsil olduğu da ileri sürülmektedir. GAUCH/SCHLUEP, n. 1305; BUCHER, s. 598; OĞUZMAN, s. 166; TEKİNAY/AKMAN, s. 167.

<sup>256</sup> BK. m. 40 f. 1, “Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar” hükmünü içermektedir. Kaynak Kanunun 32. maddesinin ilk fıkrasında ise yetkili temsilcinin temsil olunan adına sözleşme yapması durumunda, temsil olunanın alacaklı ve borçlu olacağı düzenlenmiştir.

<sup>257</sup> BK. m. 40 f. 2, “Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur” şeklindedir.

<sup>258</sup> BK. m. 40 f. 3, “Diğer durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır” şeklindedir.

<sup>259</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32, n. 2-10; GUHL/MERZ/KUMMER, 19, III 1; VON BÜREN, s. 164; AKÜNAL, s. 8; ESENER (Temsil), s. 95-96. OR 2020 tasarısının 187. maddesinin 1. fıkrası, İBK. m. 32 f. 1 hükmünü muhafaza etmektedir. İBK. m. 32 f. 2 ise çalışmanın 188. maddesinin 1. fıkrasına kaydırılmıştır.

<sup>260</sup> KÜNZLE, s. 8 vd; GAUCH/SCHLUEP, n. 1318; AKYOL, s. 151 ve dn. 1; s. 155 vd.; İNAN, s. 216; FEYZİOĞLU, s. 394; BGE 126 III 64; BGE 88 II 191.

<sup>261</sup> SCHWENZER, n. 41.06; HUGUENİN, n. 1096; ESENER (Temsil), s. 96; BGE 126 III 64; BGE 88 II 191.

<sup>262</sup> İsviçre doktrininde temsil olunanın temsilciye kendisinin hukuk alanında hüküm ve sonuç doğuracak hukuki işlemler yapmak üzere hukuki işlem ile bahsettiği bir temsil gücünden söz edilmektedir. KELLER/SCHÖBİ, s. 59; VON TUHR/PETER, s. 354.

temsilci ile temsil olunan arasında bunu mümkün kılacak hukuki bir ilişkinin varlığını gerektirir. Bir kimsenin hukuki işlemlerde temsil edilmesini sağlayan bu hukuki ilişki, genel anlamda temsil yetkisi olarak tarif edilir<sup>263</sup>. Doğrudan temsil kurumu kapsamında temsilcinin sahip olması gereken yetki, doğrudan temsil yetkisidir. Bir başka deyişle doğrudan temsil yetkisi, bir kimsenin hukuki işlemlerde sadece doğrudan temsil edilmesini mümkün kılan yetki olarak tanımlanabilecektir. Böylece temsilcinin kendi iradesi ile yaptığı işlemin hükümlerinin temsil olunana ait olmasının, kanuni temsilde kanuna ve iradi temsilde temsil olunan tarafından verilen yetkiye dayandığını tespit edebiliriz<sup>264</sup>. Bu yetki, temsilcinin temsil ettiği kimsenin hukuki konumunu doğrudan düzenlemesine olanak sağlamaktadır.

Türk Borçlar Kanununda ve kaynak İsviçre Borçlar Kanununda temsil başlığı altında “yetkili temsil” ve “yetkisiz temsil” alt başlıklarına yer verilmiştir. BK. m. 40 f. 1’de temsilcinin yetkiye sahip olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. BK. m. 46 f. 1’de ise bir kimsenin yetkili olmadığı halde temsilci sıfatıyla hukuki işlem yapması halinde, bu işlemin temsil olunan tarafından onanmadığı takdirde hakkında hüküm ifade etmeyeceği düzenlenmiştir. Böylece hukuk sistemimizin temsile ilişkin kanuni düzenlemesinin yetki kavramını esas aldığı, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına hareket edebilmesi için bu konuda yetkili olması gerektiği sonucuna rahatlıkla ulaşabiliriz.

## **ii. Başkası Adına ve Hesabına Hareket Edilmesi**

### **aa. Başkası Adına ve Hesabına Hareket Açıklaması**

BK. m. 40 f. 1 gereğince, temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya o kimseyi bağlar. Hükümün açık düzenlemesi uyarınca, doğrudan temsilin ikinci koşulunun başkası adına ve hesabına hareket edilmesi olduğunu ifade edebiliriz<sup>265</sup>.

<sup>263</sup> KOLLER (AT), n. 1357; İNAN, s. 217.

<sup>264</sup> SCHWENZER, n. 41.06; İNAN, s. 217 ve s. 220.

<sup>265</sup> Eski Borçlar Kanununun 32. maddesinin 1. fıkrasında kaynak kanuna uygun olarak “*Salâhiyettar bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları, o kimseye intikal eder*” hükmüne yer verilmiştir. Doktrinde “*diğer bir kimse namına*” sözleşme yapılması düzenlemesinden yola çıkılarak, bir kimsenin başkası adına hareket etmesinin kural olarak başkası hesabına da hareket ettiği anlamına geleceği savunulmaktadır. Yazarlara göre,

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca sözleşmede yer alan her bir taraf karşı sözleşmesini belirlemekte serbesttir. Bu yaklaşım hiç kimsenin işlem yapmak istemeyeceği bir kişi ile sözleşmesel olarak bağlanmaması düşüncesine dayanır. Bu yönde istenilmeyen bir sonucun meydana gelmemesi için temsil ilişkisinin kural olarak açıklanması gerektiği kabul edilmektedir. Türk ve İsviçre hukuk sistemi doğrudan temilde, temsilcinin başkası için hareket ettiğini açıklaması ilkesinden hareket eder<sup>266</sup>. Açıklama ilkesi gereğince temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin yaptığı işlemin temsil olunan bakımından sonuç doğurması, o kimsenin başkası adına hareket ettiğini kural olarak açıklamasına veya bunun üçüncü kişiler tarafından anlaşılmasına bağlıdır. Temsilci en geç işlemin yapılması anında, başkası adına ve hesabına hareket ettiğine ilişkin iradesini beyan etmek zorundadır. Bu açıklama zamanında yapılmadığında ve üçüncü kişi bakımından işlemin temsilci veya temsil olunandan birisi ile yapılması önemsiz değilse, işlemin hukuki sonuçları temsilciye ait olur<sup>267</sup>.

Temsilci iradesini açık veya durumlara göre örtülü olarak beyan edebilecektir<sup>268</sup>. Bu kapsamda üçüncü kişi içinde bulunulan durumlardan bir temsil ilişkisinin varlığına ulaştığında veya ulaşması gerektiğinde, doğrudan temsil hükümlerinin geçerli olacağı sonucuna varılır<sup>269</sup>. Bu yaklaşım BK. m. 1 f. 2’de yer verilen örtülü irade açıklamasına uygundur<sup>270</sup>. Doktrinde içinde bulunulan durumların güven ilkesi ışığında yorumlanması gerektiği kabul edilir<sup>271</sup>. Başkası adına ve hesabına hareket edilmesi koşullarının belirlenmesinde ilişkinin temelindeki menfaatler, işlem

---

başkası adına hareket edildiğinin bildirilmesi yeterlidir. İşlemin nihai yararının ve tehlikesinin kime ait olacağının üçüncü kişiyi ilgilendirmemesi ve temsil kurumuna olan güvenin korunması düşüncesiyle temsilcinin aynı zamanda başkası hesabına hareket ettiğini üçüncü kişiye bildirmesinin gerekli olmadığı ileri sürülmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLI, s. 675; ESENER (Temsil), s. 96; FEYZİOĞLU, s. 395; İNCEOĞLU, s. 51. Buna karşılık doğrudan temsilin hüküm ve sonuç meydana getirmesi için temsilcinin başkası adına ve hesabına hareket etmesi gerektiğine ilişkin görüşü temsil eden yazarlar da söz konusudur. Yazarlar, temsilcinin başkası adına, ancak kendi hesabına hareket ettiği durumlarda doğrudan temsilin oluşmayacağı sonucuna ulaşmaktadır. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 24 dn. 35; TEKİNAY/AKMAN, s. 167 dn. 1. Akyol, bu tartışmalara girmeden başkası adına ve hesabına hareket edilmesinin doğrudan temsilin koşulu olduğunu kabul etmektedir. AKYOL, 151 dn. 1, s. 188 ve s. 192. Yargıtay’ın kararları ikinci görüşü destekler niteliktedir. Yargıtay HGK 30.03.1979 tarih ve 1977/13-842 Esas, 359 Karar; Yargıtay HGK 11.05.1979 tarih ve 1977/13-898 Esas, 450 Karar (İKİD., 1979, c. 19, s. 7059/7060 ve s. 7061).

<sup>266</sup> KOLLER, (AT), n. 1354; TEKİNAY/AKMAN, s. 185; İNCEOĞLU, s. 50-51.

<sup>267</sup> BK. m. 40 f. 2, “Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur” düzenlemesini içermektedir. İBK. m. 32 f. 2 benzer bir düzenleme öngörür.

<sup>268</sup> PESTALOZZI, s. 50; FEYZİOĞLU, s. 395; BGE 90 II 289.

<sup>269</sup> TBK. m. 40 f. 2 c. 2 ve İBK. m. 32 f. 2 c.2.

<sup>270</sup> Örneğin mağazadaki satış elemanı veya banka çalışanı faaliyet tarzı ve yeri itibarıyla temsil olunan adına işlem yaptığını örtülü olarak açıklamaktadır.

<sup>271</sup> BUCHER, s. 619; ESENER (Yetkisiz Temsil), s. 116.

alanı, tipik davranış tarzları, ticari örfler ve âdetler dikkate alınacaktır<sup>272</sup>. Böylece bir kimsede başkası adına ve hesabına hareket etme iradesi olmasa dahi, üçüncü kişi güven ilkesi uyarınca o kimsenin temsilci sıfatıyla başkası adına ve hesabına işlem yaptığı sonucuna haklı olarak ulaştığında, doğrudan temsilin bu unsuru gerçekleşmiş sayılır. Ancak doğrudan temsilin etkili olması, temsilcinin yetkili olmasını gerekli kıldığından, yetki eksikliği halinde yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Aynı şekilde temsilci başkası adına hareket etmeyi istemesine rağmen bu tanınmadığında, işlem den veya durumlardan başkası adına hareket edildiği sonucuna varılmadığında, ilgili için örtülü temsilin koşullarının da bulunmaması halinde, temsilcinin işlemi kendisi için yaptığı kabul edilir<sup>273</sup>. Doktrinde bu durumda BK. m. 40 f. 3 uyarınca alacağın devrini veya borcun naklini düzenleyen hükümlerin uygulanmasının gündeme geleceği savunulmaktadır<sup>274</sup>. Diğer yandan başkası adına işlem yapmayı istemekle birlikte, bu iradesi tanınmayan ve güven ilkesi uyarınca kendi adına hareket ettiği sonucuna ulaşılan temsilcinin BK. m. 31 f. 1 (İBK. m. 24 f. 1) uyarınca esaslı yanılmaya dayanarak sözleşme ile bağılı olmayacağını ileri sürebileceği kabul edilir<sup>275</sup>. Esener ise güven ilkesi ışığında üçüncü kişinin, temsilcinin beyanını iyi niyetle yorumlayarak onun kendi adına sözleşme yapmak istediği sonucuna vardığında, bu güveninde korunması gerektiğine işaret etmektedir. Yazar, başkası adına hareket ettiğini yeterli şekilde açıklamayan bir kimsenin, bunun sonuçlarına katlanmak zorunda olduğunu ileri sürmektedir<sup>276</sup>. Kanaatimizce irade bozukluğu hükümlerine dayanarak sözleşme ile bağılı olmadığını bildiren temsilcinin yanılmasında kusurlu olması halinde BK. m. 35 (İBK. m. 26) uyarınca sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı giderme yükümlülüğü oluşacaktır. Hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda hâkimin daha fazla tazminata hükmedebileceği dikkate alındığında, üçüncü kişinin güveninin korunduğu

<sup>272</sup> ESENER (Temsil), s. 101; FEYZİOĞLU, s. 395.

<sup>273</sup> Nitekim BK. m. 40 f. 2 c. 1, “*Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur*” düzenlemesini öngörür.

<sup>274</sup> Yazarlar iç ilişki uyarınca dolaylı temsilin söz konusu olacağını ifade etmektedir. TEKİNAY/AKMAN, s. 186-187; KILIÇOĞLU, s. 158; OĞUZMAN/ÖZ, s. 168-169; REİSOĞLU, s. 130; FEYZİOĞLU, s. 395; BELGESAY, s. 125; İNCEOĞLU, s. 53. Akyol ve Esener, BK. m. 40’da belirtilen başkası adına hareket açıklamasının yapılmaması ve ilgili için örtülü temsil koşulunun oluşmaması durumunda, temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yaptığından hareketle dolaylı temsilin oluştuğunu ileri sürmektedir. AKYOL, s. 59; ESENER (Temsil), s. 118. Benzer yönde WATTER, m. 32, n. 31. OR 2020 tasarısında BK. m. 40 f. 3 hükmüne (İBK m. 32 f. 3) yer verilmemiştir.

<sup>275</sup> KOLLER, n. 1387; SCHWENZER, n. 41.04; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32, n. 11; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 677; İNCEOĞLU, s. 54.

<sup>276</sup> ESENER (Temsil), s. 118. Alman MK. m. 164 f. 2’den hareket eden Yavuz, güven teorisinin uygulanması gerektiğini vurgulayarak benzer bir görüşü savunmaktadır. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 52 dn. 104.



bir çözüme ulaşılmaktadır. Kaldı ki irade açıklamalarının güven ilkesi doğrultusunda yorumlanması, irade bozukluğuna ilişkin hükümlerin dayanılmasına engel değildir. Güven ilkesinin uygulanmasının açıklamada yanılmaya dayanılmasına engel olacağı yaklaşımı, bu hükümlerin uygulama alanını önemli ölçüde sınırlandıracaktır. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde, Alman Medeni Kanunundan farklı olarak temsilcinin açıklamada yanılma hükümlerine dayanmasını engelleyen özel nitelikte bir düzenleme bulunmadığından, genel hükümlerin uygulanmasını sınırlayan bir yaklaşım isabetli değildir. BK. m. 35 gereğince öngörülecek sorumluluk rejimi, tarafların menfaatleri arasında adil bir denge sağlayacaktır.

## **bb. İlgili İçin Açık İşlem**

### **aaa. Genel Bakış**

Başkası adına işlem yaparken temsil olunanın kimliğinin açıklanmasının zorunlu olmadığı, bu tanımlamanın sonradan gerçekleştirilebileceği kabul edilir<sup>277</sup>. Bir başka ifade ile temsilcinin, hukuki işlemin yapılması anında temsil olunanın kimliğini belirtmesi, başkası için hareket edilmesinin koşulunu oluşturmaz. Böylece işlem esnasında var olan bir temsil olunanın kimliğinin açıklanması gerekli olmadığı gibi, işlemin sonradan belirlenecek bir kimse adına yapılması da mümkündür<sup>278</sup>. Hukuki işlemin yapılması anında adına hareket edilen temsil olunanın kimliğinin açıklanmadığı veya henüz belli olmaması nedeniyle üçüncü kişi tarafından bilinmediği bu tür işlemler “*ilgili için açık işlem*” veya “*kime ait olacaksa onun adına yapılan işlem*” olarak anılır<sup>279</sup>.

<sup>277</sup> KELLER/SCHÖBİ, s. 58; VON BÜREN, s. 165; HUGUENİN, n. 1100; VON BÜREN, s. 164; KOLLER (Der gute glaube), n. 193; BUCHER, s. 619-620; AKYOL, s. 188-189; REİSOĞLU, s. 130 vd.; İNCEOĞLU, s. 56-57.

<sup>278</sup> Bucher, temsilcinin temsil olunanı sonradan belirleyerek temsilin etkili olmasını sağlayabilmesinin, yetkinin işlemin yapıldığı anda bulunmasının zorunlu olmamasının, işlemin sonradan onanabilmesinin sonucu olduğunu ifade etmektedir. BUCHER, s. 620.

<sup>279</sup> ESENER Turhan, Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaksa Onun Namına Yapılan Mukaveleler, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 619-637, s. 622 ve dn. 4; EREN, s. 391; FEYZİOĞLU, s. 398; İNCEOĞLU, s. 56; AKÜNAL, s. 11 ve s. 14. İsviçre hukukunda ise “Handeln für wen es geht”, “Handeln für denjenigen, den es angeht”, “für den, den es angeht” kavramları altında incelenmektedir. KOLLER (Der gute glaube), n. 193; KELLER/SCHÖBİ, s. 58; WATTER, m. 32, n. 19 ve n. 12; BGE 84 II 13 (21).

Türk-İsviçre hukuk sisteminde ilgili için açık işlemlerin geçerli olduğu, bu rejime karşı herhangi bir engelin bulunmadığı kabul edilir<sup>280</sup>. Sözleşme özgürlüğü üzerine kurulu bir sistemde bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesinin ilke olarak tanınması gerekir<sup>281</sup>. BK. m. 40 f. 2'nin kapsamına girmemesine rağmen, konunun kabul edilebilirliği bir anlamda bu maddeden kaynaklanır. BK. m. 40 f. 2 uyarınca üçüncü kişi bakımından karşı tarafın temsil olunan veya temsilci olması farksız ise, üçüncü kişi taraf olarak bilmediği bir kimsenin kendisine dayatıldığını görebilir. Oysa üçüncü kişi kimliği açıklanmayan temsil olunan adına yapılan sözleşmede açık bir şekilde henüz tanımadığı bir kimsenin karşı sözleşeni olmasını kabul etmekte, sözleşme tarafının kendisi için önemsiz olduğunu özgür bir şekilde belirtmektedir. Böylece üçüncü kişinin, kimliği daha sonra açıklanacak olan sözleşme tarafını kabul etmek zorunda olmasının, bu yönde hiçbir istek belirtmediği, hatta bu noktada herhangi bir irade göstermediği halde bir yasal mekanizmanın kendisine bir sözleşme tarafını dayatmasından daha kabul edilebilir bir durum olduğunu söylemek mümkün olacaktır<sup>282</sup>. Başka bir deyişle, BK. m. 40 f. 2'deki farazi iradesi uyarınca hukuk düzeninin üçüncü kişiye isnat ettiği konumu, üçüncü kişi gerçek iradesi ile kendisine dayatabilmelidir. Açıklama ilkesinin genel olarak üçüncü kişinin sözleşme yapma özgürlüğünü koruduğundan hareket edildiğinde<sup>283</sup>, üçüncü kişinin karşı sözleşenin kimliğinin kendisine bildirilmesini önemsemeyerek bu korumadan vazgeçebileceğini de belirtebiliriz<sup>284</sup>.

İlgili açık işlemlerde iki temel durumla karşılaşılır. Temsilci, adına hareket ettiği temsil olunan belli olmasına rağmen, onu üçüncü kişiye açıklamayabilir. Bu subjektif belirsizlik kapsamında değerlendirilir. Temsilcinin temsil ettiği kimsenin kimliğini gizlemekte çeşitli faydalar gözetmesi mümkündür. Örneğin rakiplerin ilgisini çekmeme isteği, zengin olan temsil olunanın öğrenilmesi halinde satıcının daha yüksek fiyat talep etmesi ihtimalini önleme, temsilcinin üçüncü kişinin sözleşme tarafı olmasını

<sup>280</sup> BECKER, m. 32, n. 12; ESENER (Kime ait olacaksa), s. 625. BGE 84 II 13 (21).

<sup>281</sup> ESENER (Kime ait olacaksa), s. 626; AKYOL, s. 66 ve s. 189; BELGESAY, s. 121. BGE 60 II 492, c. 2 (499), "Sözleşme özgürlüğünün kural olması ve işlemlerin bir ihtiyaca karşılık verdiğinin açık olması nedeniyle İsviçre'de de geçerli olması dayanaklı görünmektedir".

<sup>282</sup> BK. m. 40 f. 2'de ele alınan durumda, muhatabının temsilci gibi hareket ettiğini fark etmesi için hiçbir sebebin olmamasına rağmen, üçüncü kişinin varsayılan ilgisizliği, kendisine bir sözleşme tarafının isnat edilmesi için tek başına bir etken teşkil edebilir.

<sup>283</sup> Açıklama ilkesinin karşı sözleşenin tanınması imkânını ortaya koyarak üçüncü kişiye belli bir koruma sağlamanın yanısıra, işlem hayatında istikrarın ve güvenin korunmasına da hizmet ettiği kabul edilir. AUMÜLLNER, s. 210 dn. 21; AKYOL, s. 200.

<sup>284</sup> VIOLAND, s. 16.

sağlamak için ihtiyatlı davranma gayesi gibi düşüncelerle temsil olunanın kimliği gizlenebilir<sup>285</sup>. Temsil olunan hukuki işlemin yapılması sırasında temsilci için de belirsiz olabilir. Bu objektif belirsizlik ihtimalinde temsilci başkası adına hareket etmekle birlikte, adına hareket ettiği kimsenin kimliğini bilmemekte veya henüz bir temsil olunanı belirlememiştir. Temsilci değişik hedeflere ulaşmak için bu yönde işlem yapmayı tercih edebilir. Temsilci birden fazla kişiyi temsil etmekle birlikte, temsil olunan hakkında henüz karar vermediğinde bu tablo ortaya çıkabilir. Temsilci çok sayıda potansiyel temsil olunanlardan birini sözleşmenin tarafı olarak daha sonra tayin etmeyi düşünebilir. Bunun yanı sıra ortada gerçekten de bir temsil olunan olmayabilir. Temsilci ilgili birini bulmayı düşünmektedir. Bu durumda temsilcinin yetkisinden söz edilemez. Tayin edilecek kimsenin bu işlemi onaması da şüphelidir. Ancak temsilci uygun bir fırsatı kaçırmak istemediğinden, başkası adına hareket etmekte ve temsil olunanın kimliğini daha sonra bildirmeyi saklı tutmaktadır<sup>286</sup>.

### **bbb. Belirsizliğin Süresi**

Doktrin ve içtihatlar, ilgili kişi adına yapılan sözleşmede temsil olunanın tayin edilmesine kadar geçecek sürenin geçici olabileceğinin altını çizmektedir. Temsil olunanın kimliği uygun bir süre içerisinde açıklanmalıdır<sup>287</sup>.

Sözleşme yükümlülükleri temsil olunanın kimliğinin açıklandığı anda doğuyorsa, ortada koşullu bir sözleşme mevcuttur. Bu tür bir sözleşme ilke olarak geçerlidir. Bununla birlikte koşullu sözleşme süre kısıtlaması olmaksızın belirsiz kalmaz. Erteleme durumu tarafların farazi iradelerine göre belirlenecek olan bir sürenin geçmesinden sonra sona erecektir<sup>288</sup>. Erteleme durumunun aşırı uzun bir süre boyunca veya süresiz olarak devam edeceğini öngören düzenlemeler geçersizdir. Bu uygun bir zaman dilimine indirilir<sup>289</sup>. Buna karşılık üçüncü kişinin yükümlülüklerinin temsil olunanın kimliğinin açıklanmasından önce yürürlüğe girdiği haller büyük önem

<sup>285</sup> ENGEL Pierre, *Traité des obligations en Droit suisse*, Neuchâtel 1973, s. 380; ESENER (Kime ait olacaksa), s. 622; BGE 60 II 492, c. 2 (500).

<sup>286</sup> ENGEL, s. 380; VON BÜREN, s. 165; FEYZİOĞLU, s. 400.

<sup>287</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, s. 142; BECKER, m. 32, n. 12; BELGESAY, s. 122; İNCEOĞLU, s. 60. BGE 60 II 492, c. 2 (500); 04.02.1958 tarihli BGE 84 II 13, c. 3 (21), "...die vorläufige Unbestimmtheit...".

<sup>288</sup> BGE 72 II 29.

<sup>289</sup> ROUILLER Nicolas, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Publication Cedidac, Lausanne 2007, s. 334.

taşıyacaktır. Temsil olunanın belirsiz olmasının üçüncü kişi açısından dengesiz bir durum olduğu yadsınamaz. Belirsizliğin kötüye kullanılması, bu sürenin uzamasının üçüncü kişinin çıkarlarına zarar vermesi olasıdır. Temsilci, gerçekte var olmasa dahi temsil olunanın iradesini yansıttığını ifade ederek üçüncü kişiye karşı yönelebilecektir. Ancak aynı temsilci sözleşmede taraf olmadığından, yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı üçüncü kişinin uğradığı zararlardan sorumlu değildir. Diğer taraftan üçüncü kişi, sözleşme ilişkisi çerçevesinde kazandığı hakların yerine getirilmesini bizzat temsilciden genel olarak talep edemez. Ayrıca üçüncü kişinin, sözleşme ilişkisinin oluşumu sırasında temsilci karşısında kazandığı hakları, sonradan ortaya çıkacağı varsayılan temsil olunana karşı ileri sürememesi tehlikesi de söz konusudur. Böylece üçüncü kişi, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden veya eksik yerine getirilmesinden kimin sorumlu olduğunu bilmeden kendi yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda kalacağı bir pozisyona girebilecektir. Belirsizlik dönemi sürecinde kazanılmış hakların kime karşı ileri sürüleceği konusunda tereddütler oluşabilir. Bu durumun daimî hale getirilmesi, üçüncü kişinin keyfiyete terk edilmesine ve her türlü suistimal ile karşı karşıya kalmasına neden olabilecektir. Böylece tarafların menfaat dengesinin gözetilmesi suretiyle, üçüncü kişinin sözleşme tarafını tanımadan belirsiz bir süre boyunca veya kalıcı bir şekilde sözleşme ile bağlı kalacağı konusunda anlaşma yapamayacaklarının kabul edilmesi gerekir. Sözleşmede bu yönde yer alacak hükümleri geçersiz kılan, süreye müdahale eden emredici bir sınır mevcuttur. Temsil olunanın bütün işlem süresi boyunca arka planda kalması, ancak kendi ihtiyaçları gereğince ortaya çıkması engellenmelidir. Belirsizlik döneminin sınırlı olması gerekir<sup>290</sup>. Sözleşmede belirsizliğin sürekli olmasının öngörülmesi MK. m. 23 f. 2'de veya BK. m. 27 f. 1'de öngörülen emredici kurala veya ahlâka aykırılık teşkil eder<sup>291</sup>. Federal mahkeme eski bir kararında sözleşmenin sürekli belirsiz olmasının

<sup>290</sup> ROUILLER, s. 314-315; BGE 60 II 492, c. 2 (500).

<sup>291</sup> ESENER (Temsil), s. 19. Rouiller, erteleme durumunun süresiz olarak veya aşırı uzun bir süre boyunca devam edeceğini öngören düzenlemelerin geçersizliğinin İsviçre MK. m. 27 f. 2'den ziyade iyi niyet ve hukuki istikrar ilkeleri uyarınca kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. ROUILLER, s. 334 dn. 898. Belgesay, hal ve duruma göre sözleşmenin bütün icrası süresince temsil olunanın gizli kalması şartıyla yapılan sözleşmelerin ahlâka aykırı olması itibarıyla BK. m. 27 uyarınca hükümsüz kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. BELGESAY, s. 122. Guhl/Merz/Kummer, temsil olunanın ancak geçici bir süre belirlenmeyebileceğini, bu durumun sürekli olmasının hukuk güvenliğine aykırı olacağını, temsil olunanın sürekli belirlenmeyeceğine ilişkin sözleşmenin doğrudan temsilin sonuçlarını meydana getirmeyeceğini ifade etmektedir. GUHL/MERZ/KUMMER, s. 142. Benzer düşüncede VIOLAND, s. 17.

butlana tabi olacağına hükmetmiştir<sup>292</sup>. Yeni görüşler ise sözleşmede belirsizliğin devamlılığını öngören kuralın kabul edilebilir bir süreye indirilmesini desteklemektedir<sup>293</sup>. Zach/Künzle, üçüncü kişinin kimliğini bilmediği bir sözleşme tarafı ile iradi bir şekilde işlem yaptığında, işlemin yerine getirilmesi sürecinin tamamında sözleşme tarafının kimliğinin kendisi için belirsiz kalmasının mümkün olduğunu, tarafların birbirlerini tanımaksızın işlemin yerine getirilebileceğini savunmaktadır<sup>294</sup>. Böyle bir durumda kimliğin uzun süre açıklanmaması gerekçesiyle temsilin geçersiz olduğuna kanaat getirmek isabetli değildir. Üçüncü kişi belirsizliğe uyduğu sürece buna müdahale etmeyi gerektiren bir nedenin olmadığı ileri sürülebilir. Üçüncü kişi, kimliğinin açıklanmasını talep etmediği sürece, kimliği belirsiz bir temsil olunana karşı bağlıdır. Talep gerçekleştirildiğinde temsil olunanın kimliğini açıklaması veya elverişli bir sözleşme tarafı bulması için temsilciye uygun bir süre verilmesi gerekir. Temsilci, temsil olunanın kimliğini bildiği durumlarda dahi, temsil olunan kendi kimliğinin açıklanması konusunda onayı hemen vermeyebilir. İlgili süre temsilciye bu onayı almasına, onayın verilmemesi halinde başka bir temsil olunanın tayin edilmesine yarayacaktır. Konuya eğilen yazarlar, üçüncü kişinin bir süre belirleyebileceğini savunmaktadır<sup>295</sup>. Bu konuda BK. m. 46 f. 2'nin (İBK. m. 38 f. 2) kıyasen uygulanarak, üçüncü kişinin temsilciye bir süre tayin edebileceği ileri sürülmektedir<sup>296</sup>.

---

<sup>292</sup> BGE 60 II 492, c. 2.

<sup>293</sup> KRAMER Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991 (19-22 OR), s. 160, N. 358, "...Analog sollten auch andere Fällen der Überschreitung einer Höchstlaufdauer behandelt werden"; s. 167, N. 377, "...Reduktion auf das gerade noch erlaubte Mass...", "...geltungserhaltende Reduktion"; ROUILLER, s. 37-38. Benzer yönde bkz. BGE 122 II 110 (116).

<sup>294</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 56.

<sup>295</sup> ROUILLER, s. 317-318; STÄHELİ Hermann, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, (Diss. Freiburg i. Ue. 1937), Bern 1938, s. 63; ESENER (Kime ait olacaksa), s. 633.

<sup>296</sup> Zach/Künzle, sorunun İBK. m. 38 f. 2 uyarınca çözümlenmesinin isabetli olacağı, ancak üçüncü kişi bir süre belirlemediği takdirde her işlemin türüne göre değişecek olan makul bir sürenin geçerli olduğu kanaatindedir. ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 63. Kocayusufpaşaoğlu ise sözleşmede bir süre öngörülmediği takdirde, Zach/Künzle'den farklı olarak BK. m. 46 f. 2 (İBK. m. 38 f. 2) uyarınca bir süre tayin edilmesinin zorunlu olduğu görüşündedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 682. Rouiller ise İBK. m. 38 f. 2'nin kıyasen uygulanmasının üçüncü kişinin sadece bir talebinin kendisini kimliği açıklanmayan bir temsil olunanı kabul etme yükümlülüğünden kurtarabileceği sonucuna götüreceğini ifade etmektedir. ROUILLER, s. 318.

### ccc. Temsil Olunanın Kimliğinin Açıklanmaması

Türk-İsviçre doktrini, temsilcinin ilgili için açık bir işlem yapması halinde, temsilci ile üçüncü kişi arasında MK. m. 2 gereğince dürüstlük ilkesinden kaynaklanan bir güven ilişkisinin kurulduğunu, bu ilişki uyarınca temsilcinin makul bir sürede ve uygun bir temsil olunanı açıklama yükümlülüğünde olduğunu kabul eder<sup>297</sup>. Temsilci dürüstlük kuralından doğan bu yükümlülüğünü yerine getirmediğinde süreç nasıl işleyecektir? Konuya eğilen yazarlar, temsil olunanın açıklanmamasının veya açıklanan kimsenin dürüstlük ilkesi ışığında uygun<sup>298</sup> bir temsil olunan niteliğini taşıymasından dolayı üçüncü kişinin bu kişiyi derhal reddetmesinin yapılan işlemi hükümsüz kılacağını ve temsilcinin BK. m. 47'ye (İBK. m. 39) kıyasen sorumluluğuna yol açacağını ifade etmektedir<sup>299</sup>. Temsilcinin kişisel olarak sözleşme ile bağlı olmamasına ilişkin yaklaşımlar, kimliği açıklanmayan temsil olunan adına yapılan işlemlerin tam olarak doğrudan temsil kapsamında değerlendirilmesinden kaynaklanır<sup>300</sup>. Reichel ise bu görüşlerden uzaklaşarak, temsilcinin kişisel olarak bağlanması gerektiğini savunmaktadır<sup>301</sup>.

Temsilcinin sözleşme ile kişisel olarak bağlanmayacağı yönünde hâkim doktrinin verdiği sonucun tereddütle karşılanmasını gerektiren hususların olduğunu görmekteyiz. Öncelikle bazı yazarların temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasından doğan sonucu değerlendirmedeğini ifade etmeliyiz<sup>302</sup>. Mahkemelerin BK. m. 47 (İBK. m. 39) rejimine tabi bir sorumluluk ile ilgili olarak açık bir karar verdikleri de görülmemektedir. Diğer yandan ilgili için açık işlemler doğrudan temsil kapsamında ele alınmalarına rağmen, temsilcinin bir temsil olunan yerine işlemin tarafı olarak kendisini

<sup>297</sup> STÄHELİ, s. 30 ve s. 33; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 681. Ayrıca bkz. BGE 60 II 500.

<sup>298</sup> Zach/Künzle, temsil olunanın uygunluğunun somut işleme göre değerlendirileceğini; ödeme gücünün, kişilerin sahip oldukları şöhretin ve kişilik özelliklerinin dikkate alınacağını belirtmektedir. ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 61. Rouiller ise ifade edilen uygunluğun, üçüncü kişinin kişisel beklentilerine göre değil, temsilcinin sözleşme tarafını belirleme yükümlülüğünde dikkate alınacak objektif zorunlu niteliklere göre değerlendirileceğini savunmaktadır. ROUILLER, s. 312, dn. 804.

<sup>299</sup> BUCHER, s. 620; HUGUENİN, n. 1100; SUNGURBEY, s. 25; ESENER (Kime ait olacaksa), s. 633; İNCEOĞLU, s. 63.

<sup>300</sup> VIOLAND, s. 16. Bucher, kendisi için hareket etmediğini beyan eden temsilcinin kişisel olarak bağlanmayacağını, İBK. m. 39 kapsamında sorumluluğunun gündeme geleceğini ifade etmektedir. BUCHER, s. 620. Zach/Künzle ise bu yönde bir irade uyumu olmadığından, temsilcinin kişisel olarak bağlanmayacağını vurgulamaktadır. ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 60.

<sup>301</sup> REICHEL Hans, Vertragsschluss in eigenem oder fremden Namen, SJZ 1919/20, s. 173. ASHİ m. 3:203 ve AÖH II. 6:108, temsilcinin sözleşme ile kişisel olarak bağlanacağını öngörmektedir.

<sup>302</sup> BECKER, m. 32 n. 12 vd.; SCHWENZER, n. 41.05.

açıklamasının mümkün olabileceği savunulmaktadır<sup>303</sup>. Bu konuda doğrudan uygulanabilir genel bir kuralın olmadığı vurgulamak gerekir. Özellikle BK. m. 46<sup>304</sup> (İBK. m. 38), üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisiz olarak adına hareket ettiği kişiye yönelmesini öngörür. Oysa bu durum temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasında, temsilcinin açıklamayı reddetmesi veya temsil olunanın var olmaması nedeniyle olanaksızdır. Bu tür işlemler ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelerin BK. m. 47’de (İBK. m. 39) ele alınan unsurlar ile benzerlikler taşıdığı yadsınamaz. Ancak ilgili için açık işlemlere ASHİ m. 3:203 ve AÖH II. 6:108 hükümlerine benzer bir kuralın uygulanabileceğini destekleyen öğelerin bulunduğunu ortaya koymak gerekir. İlk bakışta BK. m. 47’de (İBK. m. 39) öngörülen koşullar ile temsilcinin temsil olunanın kimliğini açıklamadığı durum arasında nitelikleri bakımından bir farkın olduğu görülmektedir. Hükümde üçüncü kişinin karşısında temsil olunan bir kişinin varlığından hareket edilir<sup>305</sup>. İlgili için açık işlemlerde ise üçüncü kişinin karşısında bir temsil olunan yoktur. Diğer taraftan üçüncü kişi, temsil olunanın kimliği açıklanmadığında, temsilcinin yetkilerini hiçbir şekilde teyit edemez. Rouiller’e göre, bu süreç üçüncü kişinin geniş bir şekilde korunmasını, temsilcinin sadece BK. m. 47 (İBK. m. 39) uyarınca sorumlu olması yerine kişisel olarak bağlı olmasını gerektirir<sup>306</sup>. Ancak aynı süreç aksi yöndeki değerlendirmeler için de kullanılabilir. Üçüncü kişi, sözleşmenin kimliği açıklanmayan bir temsil olunan adına yapıldığını kabul etmek suretiyle temsilcinin sözleşme tarafı olarak hiç kimseyi bulamaması tehlikesini bilmezlikten

<sup>303</sup> Bucher’e göre, üçüncü kişi, temsilcinin ortaya koyacağı kişi ile işlemin geçerli yapıldığını kabul etmeye hazır olduğundan, temsilcinin işlemi baştan itibaren kendisi için yapmayı amaçlaması halinde, sözleşmeye kendisinin dahil olduğunu beyan etmesinin başkasının temsil olunan olarak tayin edilmesiyle eşdeğerde değerlendirilmesinde bir sakınca bulunmaz. BUCHER, s. 620. Violand ise temsilcinin sadece başkası için hareket ettiğini açık bir şekilde belirtmesi halinde sözleşmenin tarafı olarak kendisini dahil edemeyeceğini, ancak temsilcinin davranışı kendisi için veya başkası için hareket edildiğini ortaya koyduğunda sözleşmenin tarafı olmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. VIOLAND, s. 17. Gautschi, temsilci ile üçüncü kişinin bu konuda örtülü olarak anlaşabileceklerini ileri sürmektedir. GAUTCHI, m. 396, n. 13 d. Inceoğlu, açıklama ilkesinin istisnası olarak kabul edilen BK. m. 40 f. 2 c. 2’deki farksızlık esasından hareketle, temsilcinin bir temsil olunanı bulamadığı hallerde işlemin tarafı olarak kendisini açıklayabileceğini belirtmektedir. İNCEOĞLU, s. 63. Farklı görüşte olan Esener, doğrudan temsilin kapsamı dışında kalması nedeniyle temsilcinin bizzat kendisini tayin edemeyeceğini ifade etmektedir. Esener, (Kime ait olacaksa), s. 633.

<sup>304</sup> “Onama Halinde” kenar başlığını taşıyan BK. m. 46, “Bir kimse yetkisi olmadığı halde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onandığı takdirde temsil olunanı bağlar (f.1). Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur (f.2)” şeklindedir.

<sup>305</sup> “Onamama Halinde” kenar başlığını taşıyan BK. m. 47 f. 1 c. 1, “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması halinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir” düzenlemesini öngörmektedir.

<sup>306</sup> ROUILLER, s. 320.

gelemez. Üçüncü kişinin bu tehlikenin bilincinde olarak kendisini BK. m. 47'nin (İBK. m. 39 ) öngördüğü genel rejimden daha iyi bir konuma getirecek özel bir koruma talep edememesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Bu yaklaşım, ilgili için açık işleme BK. m. 47'nin tam olarak uygulanmasının hangi sonuçlara yol açabileceğini göstermektedir. Üçüncü kişi, BK. m. 47 f. 1 c. 2 (İBK. m. 39 f. 1) uyarınca temsilcinin yetkili olmadığını bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde tazminat hakkı ortadan kalkar<sup>307</sup>. Üçüncü kişi, sözleşmenin yapılması anında temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasını açıkça kabul ettiğinde, temsilci tarafından seçilen yöntemin güçlü olasılıkla henüz yetki sahibi olmadığını gösterdiğini bilmezlikten gelemez<sup>308</sup>. Bu konumda üçüncü kişi her türlü teyitten vazgeçerek, bilinçli bir şekilde yetkinin bulunmaması tehlikesini üstlenir. Böylece BK. m. 47 rejiminin öngördüğü kuralın uygulanması halinde, üçüncü kişi hiçbir korumadan yararlanamaz<sup>309</sup>. İBK. m. 39'a atıfta bulunan doktrinin gayesinin bu olmadığı açıktır. Yazarlar, temsilcinin bir sözleşme tarafını tayin etmemesi halinde, üçüncü kişiye tazminat ödemesi gerektiğini savunmaktadır<sup>310</sup>. Ancak bu görüşü savunanların BK. m. 47'de (İBK. m. 39) öngörülen kıstasların tamamını uygulamamaları dikkat çekicidir. Bu kapsamda artık bir kıyastan söz etmek isabetli değildir<sup>311</sup>. Böylece BK. m. 47'de (İBK. m. 39) öngörülen düzenlemenin ilgili için açık işleme uygulanması ile temsilci sıfatıyla hareket eden kişi açısından aslında ikincil de olsa hiçbir yükümlülüğün oluşmadığı sonucuna varılacaktır. Oysa bu tür sözleşmelere temelde verilmek istenen anlam bu doğrultuda değildir.

<sup>307</sup> BK. m. 47 f. 1 c. 2, “Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez” şeklindedir. Kaynak İBK. m. 39 benzer yöndedir.

<sup>308</sup> BUCHER, s. 620: “...kişiden yetkisi olmadan...”; VON TUHR/PETER, s. 395 ve dn. 49: “Mevcut olmayan veya henüz belirlenmeyen kişi bakımından kural olarak yetki söz konusu değildir”; WATTER, m. 32, n. 19: “Bu durumlarda üçüncü kişi açısından temsilcinin gerçekten de yetkiye sahip olduğu konusunda belirsizlik söz konusudur”; ESENER (Kime ait olacağı), s. 622: “...gayrimuayyenlik sadece subjektif olduğundan mümessilin temsil yetkisini haiz olup olmamasının bir ehemmiyeti yoktur”, s. 623: “...temsil olunan tamamen gayrimuayyendir. Burada mutavassıt şahıs bir selahiyetnameyi haiz değildir”.

<sup>309</sup> Nitekim Sungurbey, Eski BK. m. 38/39'daki yetkisiz temsile ilişkin kuralların kıyasen bir kimsenin ileride belirtilecek bir kişi adına işlem yapılmasına rağmen bu kimsenin belirtilmemesine uygulanacağını, ancak böyle durumlarda Eski BK. m. 39, f. 1 c. 2'deki üçüncü kişinin, temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde, yetkisiz temsilciden tazminat isteyemeyeceği kuralının gözden kaçırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. SUGURBEY, s. 25. Rouiller ise temsil olunanın varlığı hakkında güvence veren, temsil yetkisine sahip olduğunu vurgulayan veya üçüncü kişinin dikkatini dağıtan temsilcinin İBK. m. 39'un öngördüğü sorumluluğa tabi olabileceğini belirtmektedir. ROUILLER, s. 321 ve dn. 843.

<sup>310</sup> HUGUENİN, n. 1100; BUCHER, s. 620; ESENER (Kime ait olacağı), s. 633; İNCEOĞLU, s. 63.

<sup>311</sup> ROUILLER, s. 322.



İlgili için açık işlemlerin temsilciye örtülü yükümlülükler yüklediği genel olarak kabul edilir. Sözleşmenin yapılması ile birlikte üçüncü kişi ile temsilci arasında örtülü bir hukuki ilişki oluşur. Temsilci, üçüncü kişinin karşısına uygun bir temsil olunanı tayin etmesi gerekir. Rouiller'e göre bu tür işlemler, üçüncü kişinin talebinden sonra geçen uygun bir süre içerisinde temsil olunanın tayin edilmemesi halinde, temsilcinin ikincil nitelikte sözleşme tarafı olma taahhüdünü içermektedir. Yazar sözleşmeye dayanan, örtülü ve erteleyici koşula bağlı bir taahhüdün varlığını savunmaktadır. Üçüncü kişi, uygun bir temsil olunanın tayin edilmemesi durumunda güven ilkesi gereğince temsilcinin sözleşme ile kişisel olarak bağlanacağını haklı olarak bekleyecektir<sup>312</sup>. Bu konuda birçok kıta Avrupa hukuk sisteminde temsilcinin uygun bir temsil olunanı açıklamaması halinde, kişisel olarak bağlanmasını öngören düzenlemelere yer verildiğini belirtmemiz gerekir<sup>313</sup>. Common law düzeninde de genel bir kural bulunmamakla birlikte, mahkemeler bu tür işlemlerde temsilcilerin ikincil nitelikteki taahhütlerini kabul etmektedir<sup>314</sup>. Alman hukukunda yetkisiz temsile ilişkin kurallar uygulanmakla birlikte, temsilcinin yetkisizliğini bilmesi halinde üçüncü kişinin Alman MK. m. 179 f. 1 uyarınca temsilciden ifayı veya olumlu zararın giderilmesini talep etmesi konusunda seçimlik hakkı söz konusudur<sup>315</sup>. Böylece hukuk sistemimizin içinde bulunduğu hukuki çevre, ilgili için açık işlemlerde sözleşmenin temsilci açısından ikincil nitelikte bir sözleşme taahhüdü içerdiğini varsaymamızı sağlayacak bir yapıda görünmektedir<sup>316</sup>. Türk-İsviçre hukuk düzeninde temsilcinin sözleşme tarafı olacağına ilişkin örtülü taahhüdüne işaret eden hükümlerin bulunduğunu görmekteyiz. Bir kimse henüz kurulmayan bir anonim şirket adına sözleşme yaptığında, bu kimse şirket yükümlülüklerini üzerine alıncaya kadar sözleşme ile kişisel olarak bağlıdır<sup>317</sup>.

<sup>312</sup> ROUILLER, s. 322-323.

<sup>313</sup> Portekiz MK. m. 455 f. 2; Hollanda MK. m. 3.67 f. 2; İtalyan MK. m. 1405. Fransa, Belçika ve Lüksemburg mevzuatına yansımamakla beraber mahkeme içtihatlarında tanınmıştır. Polonya, Slovenya ve Slovakya hukuk sistemlerinde açık bir düzenleme olmamasına karşılık, temsil olunanın kimliğinin açıklanmaması durumunda temsilcinin kişisel olarak bağlanacağı öngörülmektedir. Bu konuda bkz. AÖH II. 6:108 Notlar 5.

<sup>314</sup> The Virgo (1976) 2 Lloyd's Rep. 135, CA; N. & J. Vlassopoulos v. Ney Shipping Ltd (1977) 1 Lloyd's Rep 478; Kelner v. Baxter, L.R. 2 C.P. 174 (1866).

<sup>315</sup> SCHMIDT Rolf, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. Auflag, Bremen 2005, s. 192; FLUME, s. 766. BGH 20.3.1995, NJW 1995, 1739, 1742; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 1987, 914; OLG Köln NJW-RR 1991, 919.

<sup>316</sup> OR 2020 tasarısının 188. maddesinin 2. fıkrasında, üçüncü kişinin talebi üzerine temsilci uygun bir süre içerisinde temsil olunanın kimliğini açıklamadığında, onun kendi adına hareket ettiğinin varsayılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda üçüncü kişi, irade bozukluğuna dayalı olarak sözleşmeyi geçersiz kılabilir.

<sup>317</sup> TK. m. 355 f. 2; İsviçre BK. m. 645.

Aynı yaklaşım sınırlı sorumlu şirketlerde ve kooperatiflerde söz konusudur<sup>318</sup>. Hükümlerden çıkan sonuç, kurulacak olan bir şirket adına işlem yapan kişinin kişisel olarak bağlı olduğudur. Belirtilen düzenlemeler, ilgili kişi adına yapılan sözleşme çerçevesinde öngörülen ikincil nitelikteki sözleşme taahhüdüne nazaran daha da ileri gitmektedir. İçtihatlarla ve doktrine göre, İsviçre BK. m. 645'ten kaynaklanan kişisel sorumluluğun varlık nedeni, tüzel kişi adına hareket eden kişilerin, kendilerini olmadıkları halde bir tüzel kişinin organı olarak göstermeleridir<sup>319</sup>. Bu açıdan değerlendirildiğinde, kimliği açıklanmayan bir temsil olunan adına işlem yapan temsilcinin konumu ile son derece benzer bir görünümün bulunduğu söylenebilir. Bu yaklaşımdan hareket eden Rouiller, belirsiz bir kişi adına sözleşme yapan temsilcinin sadece ikincil nitelikte bağlılığını kabul etmenin ölçüsüz olmayacağını ifade etmektedir. Yazara göre, sözleşmeye bu yönde verilecek örtülü anlam, yükümlülükleri yasal hükümler tarafından benzer durumlarda dayatılanlardan daha az olduğundan, temsilci için kabul edilebilir niteliktedir. Rouiller, temsilcinin kişisel sorumluluğuna güven ilkesi ışığında, ikincil nitelikte örtülü bir sözleşme taahhüdünün varlığının kabulü ile ulaşılabileceğini, diğer taraftan sürecin aslında İBK. m. 32'nin alanına girmediğini ve kanunda boşluğun olduğunu ifade etmektedir. Bu boşluğun modo legislatoris (MK. m. 1 gereğince) dayatılabileceğini ve temsilcinin kişisel sorumluluğuna İBK. m. 645, m. 783 ve m. 838 hükümlerine kıyasen ulaşmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Keza boşluğun ilgili hükümlerden bağımsız olarak karşılaştırmalı hukuk kapsamında doldurulmasının da düşünülebileceğini savunmaktadır<sup>320</sup>. Karşılaştırmalı hukuk alanında yapılacak değerlendirmelerde, ASHİ m. 3:203 ve AÖH II. 6:108 dikkate alınabilecektir.

İsviçre doktrini ilgili için açık işlemlerin, temsilcinin iradesinin sözleşmeye taraf olarak katılma yönünde olmaması hallerinde hukuken kabul edilebileceğini ifade

<sup>318</sup> Limited Şirketler bakımından TK. m. 588 f. 3 ve f. 4; İsviçre BK. m. 783. 1136 Sayılı Kooperatifler Kanunu m. 7; İsviçre BK. m. 838.

<sup>319</sup> BGE 128 III 127, c. 3b (139); BGE 123 III 24 (28). GUHL Theo/KUMMER Max/DRUEY Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8.Auflage, Zürich 1991, s. 630. İmregün, kişilerin şahsen sorumlu olmalarına ilişkin kuralın, ortaklık adına işlem yapanların üçüncü kişide ortaklığın kurulacağı ve işlemi onaylayacağı konusunda güven yaratmış olmalarından dolayı sorumlu tutulmaları gerektiği yolundaki hukuksal düşünceye dayandığı fikrindedir. İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 3. Bası, İstanbul 1974, s. 79.

<sup>320</sup> ROUILLER, s. 324-327.

eder<sup>321</sup>. Aksi durumda temsilcinin kendi adına ve belirsiz bir dolaylı temsil olunanın hesabına hareket ettiği sonucuna varılacaktır<sup>322</sup>. Böylece tereddüdün olması halinde veya açık hükümlerin yokluğunda, ilgili için açık işlemin varlığının yadsındığı ve temsilcinin kişisel olarak bağlanacağı bir neticeye ulaşılabacaktır. Bu bakış açısından hareketle, Türk-İsviçre hukukunda yapılan işlemlerde yeterli açıklığın bulunmaması durumunda, AÖH II. 6:108'in ve ASHİ m. 3:203'ün ilgili için açık işlemlerin sonuçlarının yorumunda dikkate alınabileceğini söylemek mümkündür. Diğer taraftan içtihatların bu tür işlemlerin varlığını benimsemekte ihtiyatlı davrandıklarını tespit edebiliriz. Zira sözleşmenin içeriğinde hiçbir kuşkuca yer vermeden temsilcinin bir banka grubu adına hareket ettiğinin belirtildiği durumda dahi, temsilcinin sözleşmeyi kendi adına yapmak istediği sonucuna ulaşılmıştır<sup>323</sup>.

Üçüncü kişinin işlem yaptığı temsilcinin yetkiye sahip olduğunu düşünmesini gerektiren bir neden bulunmadığından, ilgili için açık işleme BK. m. 47'nin kıyasen uygulanması sonucunda, temsilcinin gerçekten tazminat ödemekle yükümlü olacağının şüpheli olduğunun hatırlatılması gerekir. Oysa yazarların çoğunluğu bu benzerliği, temsilcinin üçüncü kişinin zararını tazmin etmesi gerektiğini belirtmek için ifade etmektedir. BK. m. 47 f. 2, temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde menfi zarardan daha yüksek bir tazminatı öngörür<sup>324</sup>. İlgili için açık işlemlerde temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasında, temsilcinin kusurlu olduğunun düşünülmesini sağlayan birçok unsur mevcuttur. Nitekim temsilcinin dürüstlük ilkesi uyarınca uygun bir temsil olunanı açıklama yükümlülüğünde olduğu geniş ölçüde benimsenir. Böylece bir temsil olunanın olmasına rağmen, temsil olunanın kendi kimliğinin açıklanmasını istememesi ve temsilcinin de bu talimata uyması sonucunda tayinin gerçekleşmemesi halinde, dürüstlük ilkesinden kaynaklanan yükümlülüğün kasıtlı ihlali söz konusudur. Diğer taraftan temsilci, uygun bir kimse bulamadığı için temsil olunanı tayin edemediği takdirde, zamanı geldiğinde uygun bir sözleşme tarafını

---

<sup>321</sup> ENGEL, s. 380. Watter/Schneller, bir kimsenin kendisi için işlem yaptığına ilişkin genel bir varsayımın olduğunu savunmaktadır. WATTER/SCHNELLER, m. 32, n. 30 ve n. 34. Benzer yönde BECKER, m. 32, n. 18. Zach/Künzle ise bir kimsenin kendisi için işlem yaptığına ilişkin hukuki bir varsayımın olmadığını, konunun ispat kuralları çerçevesinde sonuca kavuşturulması gerektiğini vurgulamaktadır. ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 186.

<sup>322</sup> ROUILLER, s. 830.

<sup>323</sup> KÖTZ, s. 363. Bu konudaki karar için bkz. 19.12.1934 tarihli BGE 60 II 492, c. 3 (501).

<sup>324</sup> BK. m. 47 f. 2, "*Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir*" düzenlemesini içerir. Benzer yönde İBK. m. 39 f. 2.

tayin edebileceğinden emin olmadan, kayıtsız ve koşulsuz bir sözleşme yapmak suretiyle ihmalden dolayı kusurlu kabul edilecektir. Temsilci koşula dayalı bir sözleşme gerçekleştirebilirdi. Böylece temsil olunanın kimliğinin temsilcinin kusuruna dayalı olarak açıklanmadığı fikri geniş ölçüde desteklenebilir. Tarif edilen süreç içerisinde temsilcinin kusuru gözetildiğinde, müspet zararı tazmin etme zorunluluğunda olduğu kabul edilebilir<sup>325</sup>. Hâkimin BK. m. 114 f. 2'den<sup>326</sup> hareketle BK. m. 51 f. 1<sup>327</sup> uyarınca temsil olunan adına taahhüt edilen edimin yetkisiz temsilci tarafından aynen yerine getirilmesine karar verebileceğini savunan görüşler<sup>328</sup> benimsendiğinde, varılacak sonuç ile AÖH II. 6:108'in ve ASHİ m. 3:203'ün öngördüğü sonuç birbirinden çok da farklı değildir.

### cc. İlgili İçin Örtülü İşlem

Türk ve İsviçre kanun koyucusu açıklama ilkesine bir istisna tanımıştır. Temsilcinin başkası adına hareket ettiğini anlamayan veya anlaması gerekmeyen üçüncü kişi bakımından hukuki işlemin kiminle yapıldığının önemsiz olması halinde, doğrudan temsilin etkili olduğu öngörülmektedir<sup>329</sup>. Böylece temsilci açıkça veya örtülü olarak temsil olunan adına ve hesabına hareket ettiğini beyan etmemesine rağmen, üçüncü kişi bakımından hukuki işlemin tarafının temsilci veya temsil olunan olması farksız ise işlemin sonuçları doğrudan temsil olunana ait olacaktır. Bu tür işlemler “ilgili için örtülü işlem” olarak anılır. Üçüncü kişi açısından karşı sözleşmenin önemsiz olması, genel olarak istenilmeyen bir kimse ile karşılaşılması tehlikesinin ortadan kalktığının

<sup>325</sup> Nitekim Esener, temsilcinin kusurlu telakki edilebileceğinden hareketle, hakkaniyet icap ettiğinde hâkimin daha fazla tazminata hükmedebileceğini savunmaktadır. ESENER (Kime ait olacaksa), s. 633. Rouiller da İBK. m. 39 ile ilgili olarak seçmeli kıyasın uygulanması suretiyle üçüncü kişi tarafından kabul edilen belirsizliğin kendisini tazminattan mahrum etmeyeceğini, temsilcinin de temsil olunanın kimliğini açıklamayarak kusurlu olduğunu ve müspet zararı tazmin etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. ROUILLER, s. 331-332.

<sup>326</sup> BK. m. 114 f. 2, “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*” düzenlemesini içermektedir.

<sup>327</sup> BK. m. 51 f. 1, “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*” şeklindedir.

<sup>328</sup> LOSER Peter, Die Vertauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, n. 584; 140; ERGÜNE Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 214 dn. 226; BUCHER, s. 644; BELGESAY, s. 139; İNCEOĞLU, s. 480. Aksi görüşte olan Zach/Künzle, kanunun özel durumlar dışında ifa talebini öngörmediğini, müspet zararın karşılanmasının belli hallerde adeta ifadan farksız olduğunu ifade etmektedir. ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 85. Benzer yönde AKYOL, s. 540.

<sup>329</sup> BK. m. 40 f. 2, “*Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunanın biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur*” düzenlemesini içerir. İsviçre BK. m. 32 f. 2 benzer bir düzenleme öngörmektedir. Bu kural, OR 2020 tasarısının 188. maddesinin 1. fıkrasında muhafaza edilmektedir.

kabulünü beraberinde getirir. Bu durumda açıklama ilkesinden ayrılmanın yerindeligi savunulmaktadır<sup>330</sup>.

İlgili için örtülü işlemler doğrudan temsil kapsamında değerlendirildiğinden, temsilci ile temsil olunan arasında doğrudan temsile dair bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir<sup>331</sup>. Hükmün sistematik yapısından da doğrudan temsil ilişkisinin bulunması zorunluluğuna ulaşılmaktadır. Doktrin ve içtihatlar, temsilcinin temsil olunan adına hareket iradesine sahip olması gereğine işaret etmektedir<sup>332</sup>. Von Büren ise üçüncü kişi açısından kiminle sözleşme yapıldığı önemli olmadığında, temsilci kendi adına hareket ettiğinde dahi İBK. m. 32 f. 2'nin doğrudan temsilin etkili olmasına olanak verdiğini ileri sürmektedir<sup>333</sup>. Violand ise bu görüşe karşı çıkmakta, temsilcinin kendi adına hareket etmesine rağmen, İBK. m. 32 f. 2'nin yine de doğrudan temsilin etkili olmasına olanak sağlayacağı yönündeki görüşün kabul edilemez olduğunu vurgulamaktadır<sup>334</sup>. Bu tür işlemlerde temsilcinin başkasına etkili hareket iradesi üçüncü kişiye yansımaz<sup>335</sup>. Ancak temsilci ile temsil olunan arasında doğrudan temsil ilişkisine dayanan bir temel ilişki bulunduğunda ve temsilci bu temel ilişkiye uygun davrandığında, temsil iradesinin varlığına ulaşılabacaktır<sup>336</sup>.

<sup>330</sup> KOLLER (AT), n. 1375 ve n. 1377; AKÜNAL, s. 87. Violand ise açıklama ilkesine riayet edilmediğinden ortada temsilcinin kendisi için yaptığı bir işlemin olduğunu belirtmektedir. VIOLAND, s. 18.

<sup>331</sup> Doğrudan temsil ilişkisinin ve yetkisinin bulunması gereğine işaret eden görüşler için bkz. TEKİNAY/AKMAN, s. 189; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 683. Von Büren, İBK. m. 32 f. 2'nin formel olarak dolaylı temsile ilişkin olmasına karşılık, doğrudan temsil çerçevesinde değerlendirildiğini ifade etmektedir. VON BÜREN, s. 168. Watter/Schneller de dolaylı olarak hareket edilmesine rağmen, İBK. m. 32 f. 2'nin maddi olarak doğrudan temsili düzenlediğini savunmaktadır. WATTER/SCHNELLER, m. 32, n. 2.

<sup>332</sup> WATTER, m. 32, n. 20; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 683; BGE 117 II 387; BGE 88 II 357. Koller'e göre, temsilci yetkili olduğunda sözleşme temsil olunan ile üçüncü kişi arasında meydana gelmektedir. Temsilcinin yetkisi olmadığında ise sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulacağını, ancak temsilcinin hatasının İBK. m. 23 uyarınca esaslı olması nedeniyle sözleşmeyi iptal edebileceğini savunmaktadır. KOLLER, AT, n. 1376.

<sup>333</sup> VON BÜREN, s. 165. Von Tuhr/Peter'in görüşü belirsiz olmakla birlikte benzer şekilde temsilcinin, temsil olunan adına hareket etmediği hallerde de temsil olunanın sözleşmenin tarafı olabileceğini ifade etmektedir. VON TUHR/PETER, s. 387-388.

<sup>334</sup> Yazar, bu yaklaşımın sözleşme özgürlüğünü ve işlem hayatının güvenliğini tehlikeye sokacağını, başkası için hareket edildiğine ilişkin belirtilerin olmaması halinde, herkesin karşı sözleşeni ile işlem yaptığına güvenebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. VIOLAND, s. 19.

<sup>335</sup> Violand, başkası için hareket etme sürecinde iç iradenin değil, dışa yansıtılan iradenin ölçü olduğunu, bu iradenin ortaya çıkmamasının tehlikesini temsilcinin yüklenmesi gerektiğine işaret etmektedir. VIOLAND, s. 18-19.

<sup>336</sup> BECKER, m. 32, n. 9. Huguenin ise temsil iradesinin yeterli olmadığını, üçüncü kişinin bir temsil ilişkisinin varlığını hesaba katabilecek bir durumun bulunmasına ve temsil ilişkisinin varlığı ihtimalinin tanınabilir olmasına rağmen yine de sözleşmeyi çekincesiz yapması halinde İBK. m. 32 f. 2 uyarınca doğrudan temsilin etkili olabileceğini savunmaktadır. HUGUENİN, n. 1101. Benzer BUCHER, s. 622-623. Kanımca Huguenin'in ve Bucher'in yaklaşımları isabetli değildir. Zira doğrudan temsil iradesi açıkça veya örtülü olarak üçüncü kişiye yansıtıldığında artık açıklama ilkesi uyarınca doğrudan temsilin koşullarının gerçekleşmesinden söz edilecektir. Bu kapsamda artık ilgili için örtülü işlem den bahsedilemez.

BK. m. 40 f. 2’de öngörülen kayıtsızlık sadece temsilci ve temsil olunan ile sınırlı olacaktır. Bir başka deyişle, somut olayda hukuki işlemin temsilci veya temsil olunan ile yapılmasının üçüncü kişi bakımından önemsiz olduğu sonucuna varılması gerekir. Bunun dışında herkesi kapsayacak tarzda bir kayıtsızlık incelemesi hükmün amacını aşacaktır. Kayıtsızlığın belirlenmesi sürecinde yapılacak yorumda taraflar arasındaki ilişkiler, somut olayın özel koşulları ve iş yaşamında geçerli olan görüşler dikkate alınmalıdır. Bu tür işlemler özellikle günlük yaşamda peşin alım satımlarda gündeme gelmektedir. Gerçekten de büyük alışveriş merkezlerinde peşin işlemlerde satıcı bakımından müşterinin kimliğinin çok da önemli olmadığını görmekteyiz. Bu anlamda karşılıklı borçların derhal yerine getirildiği veya alacaklının tam anlamıyla güvence altına alındığı hallerde üçüncü kişinin kayıtsızlığının kabul edilebileceğine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir<sup>337</sup>. Buna karşılık kredili veya vadeli işlemlerde kayıtsızlık değerlendirmesinden imtina edilmesi gereğine işaret edilmektedir<sup>338</sup>.

Doktrinde BK. m. 40 f. 2’nin (İBK. m. 32 f. 2) temsil olunanın menfaatlerini koruduğu, bu kapsamda temsil olunanın üçüncü kişiye karşı yönelebilmesine karşılık, üçüncü kişinin bu hükme dayanarak temsil olunana karşı taleplerde bulunamayacağı savunulmaktadır<sup>339</sup>. Üçüncü kişinin kayıtsızlığının kendi menfaatine olmak üzere temsil olunana doğrudan yönelebile olanağını sağlaması hükmün amacı dışındadır. Kaldı ki temsilcinin başkası adına ve hesabına hareket ettiğini anlamayan veya anlaması gerekmeyen üçüncü kişinin, ilgili için örtülü işlemin koşullarının oluştuğunu iddia ve ispat ederek temsil olunana yönelmesinden söz etmek güç görünmektedir.

## **b. Alman Hukukunda Doğrudan Temsil**

### **i. Genel Bakış**

Alman Medeni Kanunu temsil konusunu “*Genel Bölüm*”ün “*Hukuki İşlemler*” alt bölümünde “*Temsil ve Yetki*” başlığı altında 164. ilâ 181. madde hükümleri arasında düzenlemiştir. Temsile ilişkin hükümler sadece doğrudan temsili kapsamaktadır.

<sup>337</sup> PESTALOZZİ, s. 56; KELLER/SCHÖBİ, s. 58-59; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 684; İNCEOĞLU, s. 68;

<sup>338</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 112.

<sup>339</sup> BUCHER, s. 622; AKÜNAL, s. 51-52. Aksi görüşte olan İnceoğlu, temsilin diğer koşulları olan temsil yetkisinin varlığı ve temsilcinin başkası adına hareket etme unsurlarının gerçekleştiği hallerde, üçüncü kişinin de temsil olunana başvurabileceğini ifade etmektedir. İNCEOĞLU, s. 73.

Nitekim Alman Medeni Kanun tasarısının gerekçesinde, temsilin niteliği gereği bir hukuki işlemin başkası adına yapılmasını veya başkası adına bir hukuki işleme muhatap olunmasını içerdiği vurgulanmıştır<sup>340</sup>. Böylece Alman Medeni Kanun terminolojisinde teknik anlamda temsilin, sadece doğrudan temsili kapsadığını görmekteyiz. Doğrudan temsile ilişkin koşullara, düzenlemenin ilk maddesinde ulaşılmaktadır. “*Temsilcinin Beyanının Etkisi*” kenar başlığını taşıyan Alman MK. m. 164 f. 1 c. 1 uyarınca, bir kimse sahip olduğu temsil yetkisi kapsamında temsil olunan adına bir irade beyanında bulunduğu, bunun sonuçları doğrudan temsil olunana aittir. Doğrudan temsilin hukuki sonuçlarının meydana gelmesi temsilcinin yetkili olması ve temsil olunan adına irade beyanında bulunması koşullarına bağlıdır.

Temsil yetkisinin varlık koşulu, başkalarının temsil olunanın hukuk alanına iradesine aykırı olarak müdahalesini önlemeyi hedefler<sup>341</sup>. Temsil yetkisi, başkası adına hukuki işlem yapabilme iktidarı olarak değerlendirilir. Bu çerçevede temsil yetkisinin sınırları içerisinde hareket etmeyen bir kimse kural olarak başkası adına etkili olarak işlem yapamaz. Bu iktidar, temsil işleminin bir koşulu olmakla birlikte, açıklama ilkesinin bir bölümü olarak algılanmaz. Bundan dolayı kural olarak açıklanması gerekmez<sup>342</sup>. Zira karşı sözleşenin temsil yetkisine ilişkin güveni MK. m. 179 gereğince korunmaktadır.

Alman Medeni Kanununda düzenlenen temsil hükümlerinde açıklama ilkesinin egemen olduğunu belirtebiliriz. Temsilci yapılan işlemin kendisi için değil, başkası için etkili olduğunu ortaya koymak zorundadır. Başkası adına hareket edildiğinin açıklanması, işlemin hukuki sonuçlarının temsil olunana ait olacağının ifade edilmesi anlamındadır. İlkenin öncelikle üçüncü kişinin menfaatlerini koruduğu<sup>343</sup>, ancak bunun dışında genel olarak hukuki kesinliği desteklediği ve işlem hayatının korunmasına

---

<sup>340</sup> Alman Medeni Kanun Tasarısı Gerekçeleri, Genel Bölüm, Band I, Berlin 1888, s. 223-224. Bu konuda bkz. <https://archive.org/stream/motivezudementw01germgoog#page/n227/mode/2up> (27.02.2014).

<sup>341</sup> LARENZ/WOLF, s. 874;

<sup>342</sup> Ancak tek taraflı hukuki işlemler, temsil yetkisi açıklanmadığında MK. m. 174 uyarınca belli koşullar altında geçersiz kabul edilir.

<sup>343</sup> Karşı sözleşen, yapılan işlemin muhatabını tanımakta ve bu işlemten doğacak hukuki sonuçların kime ait olacağını anlamaktadır. Köhler, işlemin taraflarının kural olarak önemli olduğunu, açıklama ilkesinin tarafların tanınmasına olanak sağladığının altını çizmektedir. KÖHLER, s. 147.

hizmet ettiği kabul edilir<sup>344</sup>. Başkası adına hareket iradesinin açıkça belirtilmesi gerekli değildir. Temsilci beyanı genel yorum kuralları doğrultusunda değerlendirilerek, beyanın iyi niyet kuralları ışığında muhatap tarafından nasıl algılandığı dikkate alınır. İçinde bulunulan durumlardan hareketle, başkası adına işlem yapıldığı sonucuna ulaşılması bu koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir. İlgili durumların tespitinde sosyal konumlar, işlemin temelindeki ilişkiler, çıkar durumları, işlemin gerçekleştiği iş alanındaki görüşler ölçü olarak değerlendirilir<sup>345</sup>. Yine bir kimsenin başkası adına yapılan önceki beyanlarından hareketle, o kimsenin sonraki beyanlarının da belli durumlarda bu doğrultuda olduğu sonucuna götürecektir<sup>346</sup>.

Temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin, başkası adına hareket iradesi üçüncü kişi tarafından tanınmadığında, bir başka deyişle yorum kuralları gereğince objektif olarak kendi adına hareket ettiği sonucuna ulaşıldığında, o kimsenin kendi adına hareket iradesine sahip olmadığını ileri sürerek MK. m. 119 uyarınca yanılma hükümlerine dayanması mümkün değildir<sup>347</sup>. Bu anlamda beyan edilenin istenmediği, istenenin de beyan edilmediği bir durum söz konusudur. Bu konuyu Alman MK. m. 164 f. 2 açıkça düzenler. Hükme göre, başkası adına hareket etme iradesi tanınabilir bir şekilde ortaya çıkmadığında, kendi adına hareket etmeye ilişkin irade eksikliği dikkate alınmaz<sup>348</sup>. Kanun koyucu, temsilcinin yanılmaya dayalı iptal olanağını ortadan kaldırmak suretiyle üçüncü kişinin güvenini korumaktadır<sup>349</sup>. Temsilci kendi adına hareket etmek isterken, objektif olarak başkası adına hareket ettiği sonucuna varıldığında ise doğrudan ve dolaylı temsil arasındaki belirsizliği ortadan kaldırma

<sup>344</sup> MÜLLER-FREIENFELS, (Die Vertretung beim Rechtsgeschäft), s. 21; SCHMIDT, s. 425-426. Farklı görüşte HAGER, s. 239 ve s. 248.

<sup>345</sup> LEIPOLD, s. 260; SOERGEL/LEPTIEN, m. 164, n. 12. BGHZ 36, 30, 33; BGH WM 1970, 816. Alman MK. m. 164 f. 1 c. 2, beyanın açıkça temsil olunan adına yapılması ile onun adına yapıldığının durumlardan çıkarılması arasında bir farkın olmadığını öngörür.

<sup>346</sup> Motive I, s. 225. Bu konuda bkz. <https://archive.org/stream/motivezudementw01germgoog#page/n229/mode/2up> (27.02.2014).

<sup>347</sup> SCHMIDT Karsten, s. 425-427; SCHMIDT Rolf, s. 193; NJW-RR 1992, 1010-1011.

<sup>348</sup> Hükümün tasarı gerekçesinde, bu yönde bir itiraz olanağının öngörülmesinin dolaylı temsil ile ilgili tartışmalara kapı aralayacağı vurgulanmıştır. Motive I, s. 226. Bu konuda bkz. <https://archive.org/stream/motivezudementw01germgoog#page/n229/mode/2up> (27.02.2014). Özel düzenlemenin doğrudan temsil ile dolaylı temsil arasındaki ayırım kesinliğini sağlama ve olası karışıklığı ortadan kaldırma bakış açısına sahip olduğu yönündeki görüşler için bkz. SCHULTZE-v.LASAUXX, m. 164, n. 26; FLUME, s. 776.

<sup>349</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 164, n. 34; LARENZ/WOLF, s. 878. Schilken, MK. m. 164 f. 2'nin yokluğunda dahi açıklama ilkesi uyarınca temsilcinin işlemi kendi adına yaptığı sonucuna varılacağını, ancak temsilcinin bu durumda MK. m. 119 uyarınca beyanını iptal edebileceğini ifade etmektedir. STAUDINGER/SCHILKEN, m. 164, n. 16 ve n. 17.



amacını güden MK. m. 164 f. 2'nin uygulanmayacağı<sup>350</sup>, işlemin MK. m. 119 f. 1 uyarınca iptal edilebileceği fikri savunulmaktadır<sup>351</sup>.

## ii. İlgili İçin Açık İşlem

Alman hukuk sisteminde başkası adına hareket eden bir kimsenin, temsil olunanın kimliğini açıklamak zorunda olmadığı kabul edilir<sup>352</sup>. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, başkası için hareket ettiğini ortaya koyduğundan açıklama ilkesinin korunduğu, bu anlamda ilgili için açık işlemlerin sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu görüşünün ağırlıklı olarak savunulduğunu görmekteyiz<sup>353</sup>. Böyle bir sözleşme sadece üçüncü kişinin rızası ile kurulabilir. Bu tür sözleşmelere özellikle borsa işlemlerinde, açık arttırmalarda veya charter sözleşmelerinde rastlanır<sup>354</sup>. Temsil olunanın objektif olarak belirli olduğu, ancak kimliğini açıklamak istemediği durumlarda<sup>355</sup> veya henüz belirlenmemekle birlikte temsilcinin onun kimliğini sonra belirleyerek açıklamayı saklı tuttuğu hallerde<sup>356</sup>, karşı sözleşen başkası adına hareket edildiğini bilmekte, ancak sözleşme ile bağlanacak temsil olunanı henüz bilmemektedir. Alman doktrinde temsilcinin daha sonra temsil olunanı belirlemek zorunda olduğu, ancak bu yükümlülüğünü sözleşmeye kendisini taraf olarak tayin ederek de yerine getirebileceği görüşü savunulur<sup>357</sup>. Diğer taraftan Schramm, üçüncü kişinin belli hallerde açıklanan temsil olunanı reddetme hakkına sahip olacağını, ancak kendisi sözleşme ile bağlı olduğundan temsil olunan tayin

<sup>350</sup> Schramm, Alman MK. m. 164 f. 2 ile sadece üçüncü kişinin korunmasının amaçlandığını, hükmün lafzına rağmen tersi durumda da iptal olanağının ortadan kaldırılması için bir nedenin olmadığını ileri sürmektedir. MünchKomm/Schramm, m. 164, n. 65. Benzer yönde ERMAN/PALM, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, Münster 2004, m. 164, n. 23. Flume ise düzenlemenin özel kural niteliğini vurgulamaktadır. FLUME, s. 776.

<sup>351</sup> ENNECCERUS/NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1960, § 178 II 2; SOERGEL/LEPTIEN, m. 164, n. 35; FLUME, s. 776. Ancak sözleşmenin iptali olanağının tanınmasının temsil olunanın MK. m. 122 uyarınca tazminat hakkını ortadan kaldıracağını ve temsil olunanın hukuki konumuna müdahale anlamı taşıyacağını ileri süren aksi değerlendirmeler için bkz. FIKENTSCHER Wolfgang, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, Acp 154 (1955), 1, 13 vd; BGHZ 36, 30, 34 =NJW 1961, 2251 ve BGH NJW 1962, 2196.

<sup>352</sup> COHN Ernst, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931, s. 3; KÖHLER, s. 147; LARENZ/WOLF, s. 878-879; BGH 23.06.1988, NJW 1989, 164, 166.

<sup>353</sup> LARENZ/WOLF, s. 878-879.

<sup>354</sup> SCHMIDT Rolf, s. 192; STAUDINGER/SCHILKEN, vor m. 164, n. 51.

<sup>355</sup> Örneğin sanat eserinin açık arttırma ile satışında temsil olunan kimliğini değişik gerekçelerle açıklamak istemeyebilir.

<sup>356</sup> Örneğin aracının belirli değerleri birden çok ilgisi için elinde bulundurmasında temsil olunanın kimliğinin daha sonra tayin edilmesi tercih edilebilir.

<sup>357</sup> COHN, s. 66; SCHMIDT, s. 425 ve s. 428. Dilcher, temsilcinin sadece üçüncü kişinin rızası ile sözleşmeye dahil olabileceğini vurgulamaktadır. STAUDINGER/DILCHER, m. 164, n. 51. Flume, sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde, temsilcinin kendisini taraf olarak tayin etmesinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. FLUME, s. 800.

edilinceye kadar geri alma hakkının bulunmadığını ifade etmektedir<sup>358</sup>. Bir temsil olunanı tayin etme yükümlülüğünde olan temsilci bunu gerçekleştirmediğinde, yetkisiz temsile ilişkin MK. m. 179 uyarınca ifadan veya olumlu zararlardan sorumlu olur<sup>359</sup>.

### iii. İlgili İçin Örtülü İşlem

Alman Medeni Kanununda düzenlenmemekle birlikte, temsilcinin başkası adına hareket ettiği üçüncü kişi tarafından tanınmadığı, ancak üçüncü kişi için karşı sözleşenin kim olduğunun fark etmediği hallerde açıklama ilkesinin istisnasına yer verilerek, doğrudan temsilin etkili olacağı kabul edilir. İlgili için örtülü işlem adı verilen bu tür işlemlerde üçüncü kişi bakımından karşı sözleşenin kimliği önemsiz olduğundan hareketle, özellikle üçüncü kişinin korunması işlevini yerine getiren açıklama ilkesinde ısrar etmenin anlamlı olmadığı sonucuna varılmaktadır<sup>360</sup>. İlgili için örtülü işlemlerin geçerliliği için ilk koşul, üçüncü kişi bakımından işlem yapılan karşı sözleşenin kim olduğunun farksız olmasıdır. Bu farksızlığın değerlendirilmesinde objektif kıstasların dikkate alınması gerekir<sup>361</sup>. Bu anlamda somut olayda özel koşullar olmadığı sürece tipik menfaat durumları gözetilecektir. Bu tür işlemlerde aranan ikinci koşul, temsilcinin başkası adına hareket etme iradesini taşımasıdır<sup>362</sup>. Temsilcinin sadece iç dünyasına yansıyan iradesi elbette yeterli değildir. İç iradenin temsil olunana yöneldiğinin objektif dayanaklarının olması gerekir<sup>363</sup>. İç iradenin dış dünyaya yansması gerekir. Temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişki bu konuda önemli belirtiler sunabilir. Örneğin sözleşmeye dayalı olarak başkası hesabına hareket edilmesi, temsil olunana ait değerlerle elde edilen kazanımlar birer belirti olarak dikkate alınabilecektir<sup>364</sup>. Temsilcinin açıklanmayan bu iradesinin işlemin yapıldığı anda mevcut olması gerekir. Böylece temsilci kendi adına hareket ettiğinde, üçüncü kişi bakımından karşı sözleşenin kimliğinin farksız olması halinde dahi, sözleşmenin

<sup>358</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, § m. 164, n. 55-57 ve n. 62-65.

<sup>359</sup> FLUME, s. 766. BGH 20.3.1995, NJW 1995, 1739, 1742; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 1987, 914; OLG Köln NJW-RR 1991, 919.

<sup>360</sup> KÖHLER, s. 21. BGHZ 5 279 = NJW 1952, 658.

<sup>361</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 164, n. 31; BGH NJW 1955, 587, 590; NJW 1971, 24. Larenz/Wolf ise objektif kıstaslar dışında subjektif farksızlığın da bulunması zorunluluğunu ifade etmektedir. LARENZ/WOLF, s. 880.

<sup>362</sup> PALANDT, m. 164, n. 8; Düsseldorf NJW 92, 1707.

<sup>363</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, vor m. 164, n. 53. Bu yaklaşım ile başkası adına hareket iradesinin üçüncü kişi tarafından algılanması kastedilmez. Böyle bir durum gerçekleştiğinde ortada bir doğrudan temsil işlemi olacağından, ilgili için örtülü işlemden bahsedilemez. MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 164, n. 55.

<sup>364</sup> Laren/Wolf, temsilcinin yetkilendirilmesi ve objektif unsurlar çerçevesinde yetkili kılındığı konularda temsil olunan için işlem yapması gereğine işaret etmektedir. LARENZ/WOLF, s. 880.

sonradan tek taraflı olarak ilgili için örtülü işleme dönüştürülmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılır<sup>365</sup>.

Alman hukukunda üçüncü kişi bakımından karşı sözleşenin farksızlığının tipik olarak günlük yaşamda peşin bir şekilde gerçekleştirilen alım satımlarda ortaya çıktığı kabul edilir<sup>366</sup>. Bankaların akreditif sağladığı ithalatı esas alan işlemlerde de ilgili için örtülü işlem oluşabilir<sup>367</sup>. Ancak büyük ve değerli edimleri içeren sözleşmelerde ya da kredili işlemlerde, ilgili için örtülü işlemlerin varlığının kural olarak yadsındığını görmekteyiz<sup>368</sup>. Borçlandırıcı işlemlerde de genel anlamda üçüncü kişi bakımından karşı sözleşenin kimliğinin önemli olduğu sonucuna varılır<sup>369</sup>.

İlgili için örtülü işlemlerin doğrudan temsil kapsamında değerlendirilerek, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında sonuç meydana getirdiğine ilişkin kabulün Alman doktrininde dikkate değer sert eleştirileri beraberinde getirdiğini tespit etmemiz gerekir<sup>370</sup>. Flume, yürürlükteki hukukun doğrudan temsilin etkili olmasında açıklama ilkesini öngördüğünü, ilgili için örtülü işlemlerde doğrudan temsil ile dolaylı temsil arasındaki sınırın belirsizleştiğini ifade ederek bu tür işlemlerin reddini savunmaktadır<sup>371</sup>. Larenz ise doğrudan temsilin bu özel şeklinin kabulü için yeterli gerekçelerin olmadığını düşünmektedir<sup>372</sup>. Leipold, açıklama ilkesinin aşılması nedeniyle üçüncü kişinin menfaatlerinin ihmal edilmemesi gereğini vurgulamakta, kurumun dikkatli uygulanmasını ifade etmektedir<sup>373</sup>.

<sup>365</sup> SOERTEL/LEPTIEN, vorbem. m. 164, n. 36; BGH NJW 1995, 589-590.

<sup>366</sup> JAUERNIG, m. 164, n. 5; HÜBNER, AT, n. 1183; BGHZ 114, 74, 79 = NJW 1991, 2283, 2285; BGH NJW 1955, 587, 590.

<sup>367</sup> PALANDT, m. 164, n. 8.

<sup>368</sup> STAUINGER/SCHILKEN, vor m. 164, n. 54; OLG Stuttgart NJW 1951, 447. Leptien ise küçük meblağlı kredili işlemlerde ilgili için örtülü işlemin oluşabileceğini ifade etmektedir. SOERTEL/LEPTIEN, vor m. 164, n. 31.

<sup>369</sup> JAUERNIG, m. 164, n. 5; HÜBNER, n. 610; BGH NJW-RR 03, 922. Ancak peşin gerçekleştirilen borçlandırıcı işlemlerde bu tür işlemler gündeme gelebilecektir. Bu konuda bkz. LEIPOLD, s. 687. BGH NJW 1991, 2958-2959.

<sup>370</sup> Buna karşılık Schramm, hukuki kesinliği zedelediği ve Alman hukuk sisteminde ihtiyaç duyulmadığı itirazının bu tür işlemlerin hukuki gelişimini engelleyemeyeceğini ifade etmektedir. MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 164, n. 50.

<sup>371</sup> Benzer yöndeki tereddütler için bkz. KRÜGER Wolfgang, Erwerbszurechnung kraft Status, Berlin 1979, s. 145; SCHWARK, s. 778. Schmidt ise hukuki işlem hayatının korunması konusundaki şüphelerini dile getirmektedir. SCHMIDT K., s. 425 ve s. 429.

<sup>372</sup> LARENZ, s. 603-604.

<sup>373</sup> Yazar, içtihatlarda ilgili için örtülü işlemlerin kabul edildiği durumların sınırlı olduğunu belirtmektedir. LEIPOLD, s. 261. Nitekim birçok yazar, işlemlerde tarafların kimliklerinin genel olarak önemli olduğunu, ilgili için örtülü işlemlerin karşılıklı borçların derhal yerine getirildiği işlemler dışında istisnai bir uygulama alanına sahip olması gerektiğini vurgulamaktadır. BROX, m. 164, n. 9; SCHMIDT ROLF, s. 195; JAUERNIG, m. 164, n. 5.

### c. Hollanda Hukukunda Doğrudan Temsil

Hollanda Medeni Kanunu temsil konusunu genel bölümün 3. kitabında 3:60 ilâ 3:79 madde hükümleri arasında düzenlemektedir<sup>374</sup>. Bu hükümler genel anlamda sadece doğrudan temsile ilişkindir<sup>375</sup>. Nitekim “*Yetkinin Tanımı*” kenar başlığını taşıyan MK. m. 3:60, bir kişinin “*temsil olunanın*” bir başka kişiye “*temsilciye*” bir veya daha fazla hukuki işlemi temsil olunan adına yerine getirmek için yetki vermesini öngörmektedir. Kıta Avrupa hukuk sistemlerindeki yaklaşıma benzer olarak bu hukuk düzeninde de doğrudan temsilin iki temel koşuluna değinilir. Öncelikle temsilcinin sözleşmenin kurulması zamanında yeterli yetkiye sahip olması gerekir. Temsilcinin yetkisi hukuki işlemde kaynaklanabileceği gibi, kanuna veya mahkeme kararına da dayanabilir<sup>376</sup>. MK. m. 3:61 f. 1 gereğince, hukuki işleme dayanan bu yetki açık veya örtülü bir şekilde verilebilir. Temsilcinin sözleşmenin yapılması zamanında başkası adına hareket ettiğini açıklaması veya bunun üçüncü kişi tarafından anlaşılması gereği doğrudan temsilin geleneksel diğer koşulunu oluşturmaktadır<sup>377</sup>.

Hollanda hukuk sisteminde temsilcinin temsil olunanın kimliğini açıklamadığı durumlar da doğrudan temsil kapsamında değerlendirilir. Bu konunun diğer ulusal kanunlardan farklı olarak pozitif bir düzenlemeye kavuşturulduğunu görmekteyiz<sup>378</sup>. Böylece bir temsilci, kimliğini daha sonra açıklamak üzere bir temsil olunan adına anlaşma yaptığında, temsil olunanın adını hukuk kuralında, anlaşmada veya genel âdetlerde belirlenen sürede, bu yönde bir düzenlemenin olmaması halinde makul bir sürede beyan etmek zorundadır<sup>379</sup>. Temsilci, temsil olunanın adını zamanında beyan etmediğinde, aksi yönde örtülü bir anlaşma olmadığı takdirde, sözleşmenin bizzat tarafı haline gelecektir<sup>380</sup>.

<sup>374</sup> Hükümlerin İngilizce metni için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm> (20.10.2013).

<sup>375</sup> ASHİ m. 3:102 Notlar 2.

<sup>376</sup> VAN SCHAÏCK A.C., *Volmacht* (Monografieen Nieuw BW, B-serie; 5), Kluwer, Deventer 1999, n. 2.

<sup>377</sup> BUSCH, (Indirect Representation), s. 7 ve s. 10.

<sup>378</sup> İtalyan ve Portekiz Medeni Kanunlarında kimliği açıklanmayan temsil olunanla ilişkin düzenlemeler temsil hükümlerinde yer almamakla birlikte, aynı sonuçları doğuran “*tayin edilecek kişi için sözleşme*” tarzında özel düzenlemelere yer verilmiştir. Tayin edilen kişi, alacakları devralmakta ve borçları üstlenmektedir. Aksi kararlaştırılmadığı takdirde açıklama üç veya beş gün içerisinde gerçekleşmek zorundadır. Üçüncü kişi geçerli olarak tayin edilmediğinde, sözleşmenin ilk tarafları bağlı kalmaya devam etmektedir. İtalya MK. m. 1405; Portekiz MK. m. 455 f. 2. Bu konuda bkz. AÖH II . – 6:108 Notlar II. 2.

<sup>379</sup> Hollanda MK. m. 3:67 f. 1.

<sup>380</sup> Hollanda MK. m. 3:67 f. 2.

#### d. İngiliz Hukukunda Açık Temsil

İngiliz hukuku temel olarak yeknesak bir temsil yaklaşımını benimsemektedir. Ancak doktrinde açık ve gizli temsil ayrımı geliştirilmiştir<sup>381</sup>. Sözleşmenin kurulması anında üçüncü kişi için karşı sözleşenin bir başkası hesabına hareket ettiğinin açık olduğu durumlarda açık temsilin varlığı kabul edilir. Bir başka deyişle üçüncü kişinin, sözleşme ilişkisine girdiği kimsenin temsilci sıfatıyla hareket ettiğine ilişkin pozitif veya normatif bilgisi bu temsil şeklinin uygulanmasını gündeme getirir. Diğer yandan temsilcinin temsil olunanı bağlaması, sözleşmenin kurulması anında kural olarak yetkili olmasını zorunlu kılar<sup>382</sup>. Temsil olunan ile üçüncü kişiyi doğrudan bağlayan temsilcinin yetkisi genel olarak açık veya örtülü bir anlaşmaya dayanır. Bu durumda açık veya örtülü gerçek yetkiden bahsedilir<sup>383</sup>. Böylece temsilcinin yetkili bir şekilde temsil olunan hesabına hareket etmesi ve üçüncü kişinin temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, açık temsilin temel dinamiklerini oluşturur.

Temsilcinin sözleşmenin yapılmasında temsil olunanı belirtmesi ve sözleşmenin onun için yapıldığını ifade etmesiyle açık temsile ulaşılır. Ancak üçüncü kişi ile temsilci, sözleşmenin kuruluşunda tayin edilmemekle birlikte, temsil olunanın daha sonra tayin edileceğini veya kimliğinin durumlardaki gelişmelere paralel olarak ortaya çıkacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bu anlamda sözleşmenin yapılması anında temsil olunanın kimliğinin üçüncü kişi tarafından bilindiği hallerde ismi açıklanan temsil olunan; üçüncü kişinin sözleşmenin kurulması zamanında, temsil olunanın işleme katılımını ve ilgisini bilmesine rağmen, onun kimliğini bilmediği hallerde ismi açıklanmayan temsil olunanın varlığından söz edilir<sup>384</sup>. Temsilci, temsil olunanın ismini açıklamadığında sözleşme ile kişisel olarak bağlanabilecektir. Temsilcinin bu konuda ikincil nitelikte taahhüdünün varlığına ulaşılır<sup>385</sup>. Ancak üçüncü kişi, temsilcinin kişisel olarak sorumlu olmasını gerektiren sözleşme gayesini ispat

<sup>381</sup> FRIDMAN, s. 215; GOODHART/HAMSON, s. 320-356; MARKESINIS/MUNDAY, s. 152-154; POWELL, s. 32-34 ve s. 150-151.

<sup>382</sup> Görünüşte yetkinin varlığı ve temsil olunanın yetkisiz olarak yapılan sözleşmeyi onaması bu kuralın istisnalarıdır.

<sup>383</sup> POWELL, s. 35-41; TREİTEL, s. 651, s. 656-658.

<sup>384</sup> Bu durumda "unnamed principal" söz konusudur. Bu konuda bkz. POWELL, s. 33-34, s. 150-151.

<sup>385</sup> The Virgo (1976) 2 Lloyd's Rep. 135, CA; N. & J. Vlassopoulos v. Ney Shipping Ltd (1977) 1 Lloyd's Rep. 478; Kelner v. Baxter, L.R. 2 C.P. 174 (1866).

edemezse, temsilci kişisel olarak sorumlu olmaz. Böylece temsilcinin kişisel olarak bağlanmamasını öngören, aksi kanıtlanabilen bir varsayım söz konusudur<sup>386</sup>.

İngiliz hukuk sisteminde temsilcinin yetkisi kapsamında temsil olunan hesabına yaptığı işlemler, üçüncü kişinin temsilcinin bu sıfatıyla hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci ile üçüncü kişi arasında herhangi bir hukuki ilişki oluşturmaksızın, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri doğrudan etkiler. Üçüncü kişi, karşı sözleşen olarak sadece temsil olunanı dikkate almaktadır. Bir başka ifade ile bu temsil türünde üçüncü kişi ile temsil olunanın doğrudan bağlandığı, temsilcinin ise hukuki anlamda sözleşmenin dışında kaldığı kabul edilir<sup>387</sup>. Böylece İngiliz hukuk sisteminde açık temsil olarak betimlenen hukuki figürün etkileri itibarıyla kıta Avrupa hukuk sistemlerinde benimsenen doğrudan temsilin karşılığını oluşturduğunu tespit edebiliriz. Nitekim her iki temsil şeklinde temsil olunan ve üçüncü kişi doğrudan sözleşmesel ilişkiye girerken, temsilci bu sözleşmenin bir tarafı değildir.

### **C. DOLAYLI TEMSİL**

Roma hukukunda temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki temsil ilişkilerinde doğrudan sonuçlara istisnai olarak izin verilmiştir. Özel hukukta hür insanların başkalarının hukuk alanına etki edecek tarzda onların adlarına işlem yapmaları kural olarak mümkün olmadığından, uygulamada başkası için hareket edilmesinde dolaylı temsile müracaat edilmekteydi. Roma hukukunda kişilerin sadece kendileri için hukuki işlem yapabilecekleri kabul edilmiştir. Böylece doğrudan temsil etkili olmamakla birlikte, işlemler belli koşullar altında dolaylı temsil kapsamında gerçekleştirilmiştir.

Modern kanunlarda genel olarak sadece doğrudan temsile ilişkin pozitif hükümler öngörülürken, dolaylı temsil ile ilgili bağımsız düzenlemelere yer verilmemektedir. Doktrinde de temsilin türleri kapsamında yapılan yüzeysel ayırımın ötesinde dolaylı temsilin ihmal edildiğini, unsurları ve etkileri bakımından ayrıntılı bir tarzda işlenmediğini belirtmemiz gerekir.

<sup>386</sup> The Santa Carina (1977) 1 Lloyd's Rep. 478, CA; BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 9-045.

<sup>387</sup> MARKESİNİS/MUNDAY, s. 154-166; TREİTEL, s. 673.

Tarihsel gelişim sürecinde doğrudan temsilin ulaştığı seviyeye rağmen, dolaylı temsil etkinliğini kaybetmemiştir. Günümüzde geniş bir uygulama alanına yayılan bu temsil türünün incelenmemesinin büyük bir eksiklik olacağını düşündüğümüzden, bu kısımda değişik hukuk sistemlerinin dolaylı temsile ilişkin yaklaşımları üzerinde duracağız.

## 1. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOLAYLI TEMSİL

### a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Dolaylı Temsil

#### i. Genel Bakış

İlkelerin genel hükümlerinde yer alan ASHİ m. 3:102, “*Temsil Türleri*” kenar başlığında doğrudan temsil ile dolaylı temsil arasındaki temel ayrımı düzenler. Hükmün birinci fıkrası doğrudan temsile ilişkin kuralların uygulanması koşulunu tarif ettikten sonra, ikinci fıkrası bir aracının, temsil olunanın adına olmaksızın onun talimatları ile ve onun hesabına hareket etmesi veya üçüncü kişinin, aracının temsilci olarak hareket ettiğini bilmemesi veya bilmesi için sebebin olmaması durumunda dolaylı temsile ilişkin kuralların uygulanacağını öngörür<sup>388</sup>. Dolaylı temsil, eserin üçüncü kısmında ayrı ve bağımsız bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Dolaylı temsil ana başlığını taşıyan bu kısmın ilk maddesi olan 3:301, “*Temsil Olunan Adına Hareket Etmeyen Aracı Kişiler*” kenar başlığını taşır<sup>389</sup>. Hükmün birinci fıkrasında aracı kişi ile üçüncü kişinin hangi koşullarda birbirleriyle bağlı olacağı ifade edilmektedir. Buna göre ASHİ m. 3:301 (1), “*Aracı kişi: (a) Temsil olunanın adına olmaksızın, talimatları ile ve hesabına hareket ediyorsa, (b) Temsil olunanın talimatları ile hareket ediyor, fakat üçüncü kişi bunu bilmiyorsa veya bilmesi için sebep yoksa, aracı kişi ve üçüncü kişi birbirleriyle bağlı olur*” düzenlemesini içermektedir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında temsil olunan ile üçüncü kişinin 3:302. ilâ 3:304. arasındaki maddelerde öngörülen koşullarda birbirleriyle bağlı olacakları belirtilmiştir<sup>390</sup>. Böylece dolaylı temsilde temsil

<sup>388</sup> ASHİ m. 3:102 (2), “*Bir aracı kişinin, temsil olunanın adına değil de, onun talimatları ile ve onun hesabına hareket etmesi veya bir üçüncü kişinin, aracı kişinin temsilci olarak hareket ettiğini bilmediği ve bilmesi için sebebin olmadığı durumda, dolaylı temsile ilişkin kurallar uygulanır (Kısım 3)*” düzenlemesini içerir.

<sup>389</sup> Bu madde hükmü dolaylı temsili tarif etmektedir. ASHİ m. 3:301 Yorum A.

<sup>390</sup> ASHİ m. 3:301 (2), “*Temsil olunan ve üçüncü kişi, ancak 3:202 ilâ 3:204 arasındaki maddelerde düzenlenen koşullarda birbirleriyle bağlı olur*” şeklindedir.

olunan ile üçüncü kişi arasında belirli ve sınırlı durumlarda doğrudan hukuki ilişkilerin kurulabileceği kabul edilir.

Bu temsil türünü doğrudan temsilden ayıran en önemli nokta, dolaylı temsilcinin temsil olunan adına işlem yapmamasıdır. Temsil olunan adına açık, örtülü veya hukuki görünüş itibarıyla hareket edilmez. Bu farkın vurgulanması gayesiyle dolaylı temsilci, aracı olarak tanımlanır. Doğrudan temsilden farklı olarak istisnalar dışında temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan hukuki ilişki kurulmaz.

ASHİ sisteminde aracının kendi adına ve temsil olunanın hesabına hareket ettiği durumlarda dolaylı temsil söz konusudur. Aracının temsil olunanın hesabına işlem yaptığını açıkladığında da bu sonuca ulaşılır. Kıta Avrupa hukuk sistemlerinde ticari hayatta karşılaşılan komisyoncu buna tipik bir örnektir. İlkelerin 3:301. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde tarif edilen durumda, üçüncü kişinin, aracının temsil olunan hesabına hareket ettiğini bilip bilmemesi önemli değildir. Aracının üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme, doğrudan temsile ilişkin ASHİ m. 3:202 ve ASHİ m. 3:201 hükümlerinde öngörülen koşullar uyarınca temsil olunan adına hareket edilmemesi nedeniyle kendisini şahsen bağlamaktadır. Aracı kişinin kendi adına hareket etmekle birlikte, temsil olunan hesabına işlem yapıldığının açıklanmadığı durumlarda dahi dolaylı temsilin oluştuğu kabul edilir. Bu yaklaşım ile common law'da geçerli olan gizli temsil ile kıta Avrupa ülkelerinde karşılaşılan saman adam (strohmann, prête-nom) kapsamaktadır<sup>391</sup>. Nitekim ASHİ m. 3:301 f. 1 (b)'de tarif edilen durumda, üçüncü kişi, aracının temsil olunan hesabına hareket ettiğini bilmemekte ve bilmesini gerektiren bir sebep yoktur<sup>392</sup>. Bir başka ifade ile yetkisinin sınırları içerisinde hareket eden aracı kişi, temsilci olarak hareket ettiğini açıklamamakta, üçüncü kişi de bunu bilmemekte ve bilmesi için de neden bulunmamaktadır. Temsilci bu temsil türünün tarif edilen her iki durumunda kendi adına hareket ettiğinden üçüncü kişi ile bağlıdır. Böylece dolaylı temsilde temel olarak temsilci ile üçüncü kişi arasında hukuki ilişkiler meydana gelmekle birlikte, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında ikincil bir tabanda hukuki ilişkilerin meydana gelmesi ihtimalinin olduğunu görmekteyiz. Biri temsil olunan ile

---

<sup>391</sup> ASHİ m. 3:102 Yorum B.

<sup>392</sup> Düzenlemenin common law sisteminin gizli temsil olunan doktrindeki olgusal durumları ele almak üzere tasarlandığı kabul edilir. BENETT, s. 776.



aracı kişi, diğeri aracı kişi ile üçüncü kişi arasında gerçekleşen yan yana iki ayrı hukuki ilişki söz konusudur<sup>393</sup>.

## **ii. Dolaylı Temsilin Koşulları**

### **aa. Kendi Adına Hareket Etme**

ASHİ'nin öngördüğü düzenleme doğrultusunda dolaylı temsilden söz edilebilmesi, aracının sözleşmeyi kendi adına yapmasını gerekli kılar. Açıklayıcı notlar bu kavramın tanımlanmasına ilişkin çok az bir rehberlik sunmaktadır. Bu kavramın gereğinden fazla şekilci yorumlanmaması isabetli olacaktır. Temel husus sözleşmenin yapılması zamanında aracının, üçüncü kişinin kendisinin karşı sözleşeni olduğunu makul ölçüde bilmesini bekleyebileceği şekilde davranmasıdır.

### **bb. Başkası Hesabına Hukuki İşlem Yapılması**

İlkeler, aracının sözleşmeyi kendi adına yapması gerektiği koşulunun yanında, temsil olunan hesabına hareket etmesini de öngörür<sup>394</sup>. Eserin yorumlarından ve notlarından bu terimden tam olarak ne anlaşılması gerektiği ortaya çıkmamaktadır. Kıta Avrupa hukuk düzenlerinde hesabına kavramı genel olarak temsil olunanın, aracının üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeden kaynaklanan menfaatleri elde etmesi ve yükümlülükleri üstlenmesi, işlemin ekonomik anlamda tamamen temsil olunana ait olması şeklinde yorumlanır<sup>395</sup>. Bu yaklaşım şekli, İlkeler'de ifade edilen "temsil olunan hesabına" kavramını değerlendirmekte iyi bir dayanak teşkil eder.

### **cc. Dolaylı Temsil Yetkisinin Varlığı**

İlkeler, dolaylı temsili genel yaklaşımlar doğrultusunda, aracının bir sözleşmeyi kendi adına ve temsil olunan hesabına yapması olarak ele almaktadır. Dolaylı temsil bu şekilde değerlendirildiğinde, dolaylı temsilcinin yetkisinin niteliğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

---

<sup>393</sup> ASHİ m. 3:102 Yorum B.

<sup>394</sup> ASHİ m. 3:102 (2); ASHİ m. 3:301 (1).

<sup>395</sup> SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL Wolfgang/GEBLER Ernst/HILDEBRAND Wolfgang/SCHRÖDER Georg, Handelsgesetzbuch Band VI, § 383-460, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1977, § 383, n. 21; ZWIEGERT/KÖTZ, s. 433; BLOEMBERGEN/VAN DAM/HIJMA/VALK, n. 119.

Temsil ilişkisindeki yetki unsuru geleneksel olarak doğrudan temsilin aksine dolaylı temsil ile bağlantılı olarak ele alınmaz. Ancak İlkeler'in yetki kavramına dayandığını tespit edebiliriz. Nihayetinde üçüncü bölüm "*Temsilcilerin Yetkisi*" başlığını taşır. İlkeler'in öngördüğü düzenleme, doğrudan ve dolaylı temsile yetki bakış açısından yaklaşıldığını ortaya koymaktadır. Eserin uygulama alanını açıklayan 3:301. maddesinin birinci fıkrası, bölümün her iki temsil türünü kapsayacak şekilde temsilcinin veya aracının temsil ettikleri kimseyi bir sözleşme ile ilgili olarak üçüncü kişi ile bağlama yetkisini düzenlediğini belirterek, aracının da temsil olunanı bağlama yetkisine sahip olması gerektiğine işaret etmektedir. Dolaylı temsil, aracının kendi adına ve temsil olunan hesabına üçüncü kişi ile sözleşme yapması olarak tarif edildiğinde, dolaylı temsil yetkisinin niteliğine ilişkin sorunun cevabı açıktır. Bu anlamda yetki, aracının kendi adına ve temsil olunan hesabına sözleşme yapabilmesi iktidarındır<sup>396</sup>. Ancak İlkeler'de, aracının doğrudan temsilci sıfatıyla sözleşme yapmaya yetkili olmasına rağmen, kendi adına sözleşme yaptığı durumlarda da dolaylı temsilin oluşacağı izlenimini veren hükümler söz konusudur. ASHİ m. 3:102 (2)'de yer alan cümlelerin ikinci kısmı, üçüncü kişinin, aracının temsilci olarak hareket ettiğini bilmediği ve bilmesi için sebebin olmadığı hallerde dolaylı temsile ilişkin kuralların uygulanacağını öngörmektedir. Açıklayıcı yorumlarda bu olgunun common law sistemindeki gizli temsili kapsadığının altı çizilir<sup>397</sup>. Yine ASHİ m. 3:301 (1) (b) gereğince bir aracı, temsil olunanın talimatları ile hareket etmesine rağmen, üçüncü kişi bunu bilmiyorsa veya bilmesi için neden yoksa dolaylı temsil oluşur<sup>398</sup>. İngiliz hukukunda bir temsilci, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında bir sözleşme kurma yetkisine sahip olmasına rağmen, üçüncü kişinin sözleşmenin yapılması zamanında işlem yapmakta olduğu kişinin bir temsil olunan için hareket etmekte olduğunu bilmesi gerekmediğinde, ortada gizli temsilin mevcut olduğu kabul edilir. Böylece İlkeler'in işaret ettiği gizli temsil doktrininin hareketle yer verilen hükümlerin yazımından, üçüncü kişinin, karşı tarafın bir temsil olunan adına sözleşme yapma yetkisinin olduğunu bilmediği ve bilmesi için nedenin bulunmadığı durumlarda, temsilci kendi adına hareket etmeye yetkili olmamakla birlikte, işlemi kendi adına yaptığında dolaylı temsilin oluşacağı izlenimi

<sup>396</sup> BUSCH (Indirect Representation), s. 230.

<sup>397</sup> ASHİ m. 3:102 Yorum B.

<sup>398</sup> Hüküm common law sisteminde geçerli olan gizli temsil doktrininin yansımasıdır. AUMÜLLNER, s. 216. Nitekim düzenlemeye ilişkin açıklayıcı yorumların (B) kenar başlığı "Undisclosed Agency"dir.

doğmaktadır. Bir başka deyişle temsil olunan, doğrudan temsilci sıfatına sahip bir kimseye talimatlar vermekte, aracı kişi temsil olunan adına işlem yapmak yerine yetkisi olmadığı halde kendi adına hareket etmekte, üçüncü kişi de bu durumu bilmemekte ve bilmesi için bir neden bulunmamaktadır. İlkeler’de yer verilen hükümlerin bakış açısına göre, aracı temsil olunan adına hareket etme yetkisine sahip olmasına rağmen, sözleşmeyi kendi adına yaptığı durumlarda da dolaylı temsil söz konusudur<sup>399</sup>.

Aracı her şeyden önce dolaylı temsil yetkisine sahip olduğunda ve bu yetkiye uygun bir şekilde sözleşmeyi üçüncü kişi ile yaptığında dolaylı temsil oluşacaktır. Bu konuda üçüncü kişinin sözleşmenin yapıldığı anda aracının dolaylı temsil amacıyla hareket ettiğini bilmesi önemli değildir<sup>400</sup>. Oysa hükümde bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hareket etme yetkisine, bu kimsenin sahip olduğu doğrudan temsil yetkisinin varlığından çıkarımla ulaşılabileceği görüntüsü mevcuttur. Temsil olunanın menfaatleri bakımından doğrudan ve dolaylı temsilin hukuki sonuçları farklılık gösterir<sup>401</sup>. Bu anlamda düzenlemenin yol açtığı tereddüdün ortadan kaldırılması amacıyla dolaylı temsilde aracının taşınması gereken yetkinin niteliğine ilişkin olarak detaylı bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır<sup>402</sup>. Böylece bir kimse doğrudan temsilci sıfatıyla hareket etme yetkisine sahip olmasına rağmen, sözleşmeyi kendi adına ve başkası hesabına yaptığında, ortada yetkisiz dolaylı temsilin olduğunu kabul etmek gerekir<sup>403</sup>.

<sup>399</sup> HARTKAMP A.S., De rechtstreckse acties van de artikelen 7:420/421 BW vergeleken met de UNİDROİT Agency Convention en de Principles of European Contract Law, Antwerpen/Groningen 1999, s. 161-177, s. 163. Türk-İsviçre ve Hollanda hukuk düzenlerinde de benzer yaklaşımlara rastlanmaktadır.

<sup>400</sup> BUSCH (İndirect Representation), s. 213.

<sup>401</sup> Örneğin temsil olunan, malını üçüncü kişiye satması için doğrudan temsilcisine talimat verir. Üçüncü kişinin, temsilciden 3.000 TL tutarında takas edilebilir bir alacağı bulunmaktadır. Doğrudan temsil yetkisini taşıyan temsilcinin, temsil olunanın talimatlarına aykırı olarak sözleşmeyi kendi adına yaptığını düşünelim. Sözleşmenin yapılmasından sonra temsilci iflas eder. İlkeler’de öngörülen düzenleme uyarınca, gerçekleştirilen işlemin bir dolaylı temsil teşkil ettiği kabul edildiğinde, temsil olunan, malın satış bedelini ödemesi için alıcı olan üçüncü kişiye yönelebilecektir. Üçüncü kişi de dolaylı temsil hükümleri gereğince, temsilciye karşı sahip olduğu tüm savunmaları temsil olunanı ileri sürebileceğinden, üçüncü kişi takas talebinde bulunabilecektir. Böylece temsil olunan malın satış bedelinin ancak 3.000 TL’lik kısmının takası sonucu kalan miktarını alabilecektir. Temsil olunanın iç ilişkiye dayalı olarak temsilcisine yönelme olanağı olmasına rağmen, temsilcinin iflas etmesi nedeniyle bu süreçte olumlu sonuç elde etmesi güç görünecektir. Bu durumda talimatlara uygun olarak doğrudan temsil edilecek olan temsil olunanın konumu hiç şüphesiz daha iyi olurdu. Zira temsil olunan doğrudan temsil hükümleri uyarınca üçüncü kişiye yöneldiğinde, üçüncü kişi temsilci ile olan ilişkisine dayanan takas talebini ileri süremez.

<sup>402</sup> Busch, dolaylı temsilin genel tanımına aykırı olan ASHİ m. 3:102 (2)’nin ikinci kısmının ve ASHİ m. 3:301 (1)(b)’nin tamamen ortadan kaldırılması gerektiğini haklı olarak vurgulamaktadır. BUSCH (İndirect Representation), s. 231.

<sup>403</sup> Busch, belli durumlarda temsilcinin işlemi doğrudan veya dolaylı temsil uyarınca gerçekleştirmesinin temsil olunan açısından önemli olmayabileceğini, bu hallerde temsil olunanın temsilciye hem doğrudan hem de dolaylı

## **b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Dolaylı Temsil**

AÖH'nun "*Temsilcinin Kendi Adına Hareket Etmesi*" kenar başlığını taşıyan II. 6:106, "*Temsilci, yetkiye sahip olmasına rağmen, kendi adına veya başka türlü, bir temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini üçüncü kişiye belirtmeyecek şekilde işlem yaparsa, bu işlem, üçüncü kişi ile ilişkide, temsilcinin kişisel sıfatı ile yapılmış gibi temsilcinin hukuki konumunu etkiler. Herhangi bir hukuk kuralı ile özel olarak öngörülmedikçe, temsil olunanın üçüncü kişi karşısındaki hukuki konumunu etkilemez*" düzenlemesini içerir. Hükmün "(...) yetkiye sahip olmasına rağmen, kendi adına (...) işlem yaparsa (...)" yazımı, doğrudan temsil yetkisine sahip olan temsilcinin kendi adına hareket etmesi şeklinde anlaşılmaya elverişli bir görüntüsü söz konusudur. Ancak açıklayıcı yorumda verilen örnekte<sup>404</sup>, temsilcinin gizli bir temsil olunan için hareket etmekle birlikte, kendi adına işlem yapmaya yetki ve talimat aldığının ifade edilmesiyle, bu görüntü farklı bir boyut kazanmaktadır. Nitekim "Belirli Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Haklar ve Yükümlülükler" konusunun işlendiği IV. Kitap'ın D. Bölümündeki Vekâlet Sözleşmesinin IV. D. 1:101, "*IV. Kitabın bu bölümü, bir kişinin, temsilcinin, başka bir kişi, temsil olunan tarafından aşağıdaki işlemleri gerçekleştirmek üzere yetkilendirildiği ve talimat (vekâlet) verildiği sözleşmeler ve diğer hukuki işlemlerde uygulanır: (...). (b) temsil olunanın değil, temsilcinin sözleşmeye veya başka bir hukuki işleme taraf olacağı şekilde, temsil olunanın hesabına bir üçüncü kişi ile bir sözleşme akdetmek veya bir üçüncü kişi ile ilişkili olarak başka bir hukuki işlem yapmak*" düzenlemesini öngörür. Açıklayıcı yorumlarda, bu bentte belirtilen durumun, temsilcinin temsil olunanın hesabına olmak üzere kendisinin sözleşmeye veya hukuki

---

temsil için yetki verdiği, temsilcinin iki tür temsil arasında seçim yapabileceği sonucuna varılacağını savunmaktadır. BUSCH (Indirect Representation), s. 232.

<sup>404</sup> Bir temsilci, "*Bu parçayı kimliğinin gizli kalmasını tercih eden bir koleksiyoncu için satın almak üzere talimat ve yetki aldım. Ancak bu parçanın satın alınmasına ilişkin sözleşmeyi kişisel sıfatımla sonuçlandıracağım ve temsil olunan doğrudan etkilenmeyecektir*" demektedir. Böyle bir durumda üçüncü kişi, sadece temsilci ile sözleşme yapma tehlikesini kabul edip etmediğine karar verecektir. Böylece mülkiyetin geçişi koşuluna ilişkin özel bir kuralın yokluğunda, temsilci tarafından edinilen parçanın, temsil olunana ne şekilde ve hangi koşullarda geçeceği, temsilci ile temsil olunan arasındaki sözleşme ile düzenlenecektir. AÖH II. 6:106 Yorumlar.

işleme taraf olacak şekilde üçüncü bir kişi ile sözleşme yapmaya yetkilendirildiği ve talimat aldığı dolaylı temsili kapsadığının altı çizilmektedir<sup>405</sup>.

Eserin “*Malların Mülkiyetinin Edinilmesi ve Kaybedilmesi*” başlığını taşıyan VIII. Kitap’ında, malların dolaylı temsil kapsamında devrinin özelliklerini düzenleyen bir hükme yer verildiğini görmekteyiz. “*Dolaylı Temsil*” kenar başlığını taşıyan VIII. 2:302 hükmüne göre, “*IV.D. 1:102 (Tanımlar)’de yer alan anlam dahilinde, dolaylı temsil için bir vekâlet ile hareket eden bir temsilci, temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiden mallar edinirse, temsil olunan malların mülkiyetini doğrudan edinir (1). Yine dolaylı temsil için bir vekâlet ile hareket eden bir temsilci, temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiye mallar devrederse, üçüncü kişi malların mülkiyetini doğrudan edinir (2)*”. Böylece malların mülkiyetinin dolaylı temsil suretiyle edinilmesinde ve devredilmesinde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin oluştuğu sonucuna varılır.

AÖH’nun tasarlayıcıları, özellikle ticari uygulamalarda aracılardan temsil olunan adına ya da temsil olunanı doğrudan bir sözleşme tarafı olarak bağlayacak tarzda hareket etmek yerine, temsil olunanın talimatları üzerine ve onların hesaplarına hareket ettiklerine sıklıkla rastlandığını, bunun geleneksel olarak dolaylı temsil olarak adlandırıldığını ifade etmektedir. Üçüncü kişinin, aracının bir temsil olunan hesabına hareket ettiğini bildiği hallerde dolaylı temsilin açık olduğu; buna karşılık üçüncü kişinin, aracının bir temsil olunan hesabına hareket ettiğini bilmediğinde açıklanmayan<sup>406</sup> dolaylı temsilin oluştuğu kabul edilir<sup>407</sup>. Böylece bir temsil olunanın varlığı üçüncü kişiye açıklansa dahi, temsilci kişisel olarak bağlanabilir. Burada belirleyici olan temsilcinin bir temsil olunanın hukuki ilişkilerini doğrudan etkileme niyetini üçüncü kişiye ifade edecek şekilde hareket edip etmediğidir.

<sup>405</sup> AÖH IV. D. 1:101 Yorum A. Benzer şekilde IV. D. 1:102, “(c) *dolaylı temsil için vekâlet, temsilcinin kendi adına veya başka türlü temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini belirtmeyecek şekilde hareket edeceği bir vekâlettir*” şeklindedir.

<sup>406</sup> Örneğin P amatör bir sanat koleksiyoncusudur. P, bir sanat galerisinin sahibi olan T’ye ait değerli bir tabloyu edinmek istemektedir. P, işlemi tedbirli bir şekilde gerçekleştirmek istediğinden ve T’nin kendisinin bilgi eksikliğinden faydalanarak yüksek bir fiyat talep etmesinden veya kendi kredibilitesine güvenmeyeceğinden endişe ederek, profesyonel bir tablo taciri olan I ile tabloyu kendi adına edinmesi için anlaşır. Üçüncü kişi, karşı sözleşmenin bir temsil olunan hesabına hareket ettiğini bilmediğinden ortada açıklanmayan bir dolaylı temsil türü söz konusudur.

<sup>407</sup> AÖH VIII. 2:302 Yorum A.

Bir temsil olunanın işlemlerini dolaylı temsil yoluyla yapması için farklı sebepler söz konusudur. İşlemlerin ihtiyatlı bir şekilde yürütülmesi veya daha avantajlı sözleşme koşullarının ya da fiyatlarının güvence altına alınması gayesiyle dolaylı temsile müracaat edilebilir. Aracının ünü veya bilinen ödeme gücü, üçüncü kişinin işleme girme isteğini artırabilir. Yine aracının ilgili piyasada uzman olması ve müşterilerin adlarını temsil olunana açıklamak istememesi de işlemlerin dolaylı temsil yoluyla gerçekleştirilmesini gündeme getirir<sup>408</sup>.

AÖH, kıta Avrupa hukuk düzenlerinde genel kabul gören ayırım modelini takip eder. Ancak öngörülen sistem, her iki temsil türünün yan yana ve bağımsız bir şekilde ele alındığı ASHİ'den farklı bir iskeleti taşımaktadır. Öncelikle genel temsil hükümlerinde dolaylı temsilin koşulları detaylı bir şekilde işlenmez. Dolaylı temsilin esasını teşkil eden unsurlara tarafların iç ilişkisini düzenleyen vekâlet sözleşmesinde yer verilmiştir. Son olarak bu temsil türünde temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiler önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

### **c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Gizli Temsil**

UTSİ, common law sisteminin benimsediği yaklaşımdan esinlenerek açık ve gizli temsil ayırımını takip etmektedir. Bu yaklaşım farklılığından ötürü, bir ölçüde dolaylı temsilin karşılığını oluşturan gizli temsile ilişkin düzenlemeyi bu başlık altında incelemeyi tercih ettik.

*“Gizli Temsil”* kenar başlığını taşıyan UTSİ m. 2.2.4, *“(1) Temsilcinin yetkisinin kapsamı içinde yaptığı işlemler, üçüncü kişinin temsilcinin temsilci olarak hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, sadece temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkiler. (2) Bununla birlikte, böyle bir temsilci, bir işletme hesabına kendisini işletme sahibi olarak göstererek üçüncü kişiyle sözleşme yaptığı; üçüncü kişi, gerçek işletme sahibini ortaya çıkardığında, temsilciye karşı sahip olduğu hakları gerçek işletme sahibine karşı da kullanabilir”* düzenlemesini öngörmektedir. Hükümde temsilcinin, bir temsil olunan hesabına yetkisi kapsamında hareket ettiği, ancak üçüncü kişinin temsilcinin başkası için hareket ettiğini bilmediği ve bilmesinin

---

<sup>408</sup> AÖH VIII. 2:302 Yorum A.

gerekmediği durumlar ele alınmaktadır. Temsilcinin işlemleri sadece temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkileri etkiler (f. 1)<sup>409</sup>. Ancak temsilcinin bir temsil olunan hesabına açıkça hareket etmesine rağmen, sözleşmenin tarafı olması da mümkündür. Bu özellikle kimliğinin ortaya çıkmasını istemeyen bir temsil olunanın, temsilciye “*komisyon temsilcisi*” olarak hareket etme, yani temsil olunan ile üçüncü kişi arasında herhangi bir doğrudan ilişki tesis etmeksizin kendi adına üçüncü kişiyle işlem yapması talimatını verdiği durumlarda söz konusudur<sup>410</sup>. Bu aynı zamanda üçüncü kişinin, temsilci dışında başkasıyla sözleşmeyi yapmayı düşünmediğini açık bir şekilde ortaya koyduğu ve temsilcinin, temsil olunanın muvafakati ile sözleşmenin temsil olunanı değil, tek başına kendisini bağlayacağını kabul ettiği durumu kapsar. Böylece temsilci ile temsil olunan arasındaki anlaşma hükümlerinden, temsilcinin üçüncü kişiyle yapılan sözleşmeden doğan hakları edinmesinin ardından, bunları temsil olunana devredeceği anlaşılmaktadır<sup>411</sup>.

Unidroit İlkeleri, gizli temsilde temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi önemli ölçüde sınırlamak suretiyle diğer hukuk metinlerinden ayrılır. İlkeler her ne kadar common law sisteminden ilham almışsa da, bu hukuk düzenine egemen olan “*undisclosed agency*” doktrini kapsamında temsil olunan ile üçüncü kişinin genel olarak herhangi bir koşul olmadan birbirlerine doğrudan yönelme olanağını tanımaz. Düzenlemenin çıkış noktasını teşkil eden, gizli olan temsil olunanın sözleşmeye müdahalesinin ticaret hayatında tarafların beklentilerine aykırı olduğu gerekçesine ilişkin tereddütlerimizi altıncı bölümde detaylı bir şekilde işleyeceğiz.

#### **d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon’da Öngörülen Düzenleme**

Konvansiyon’un genel olarak yeknesak bir temsil anlayışı benimsediğine, bu kapsamda hükümlerin temsilcinin kendi adına veya başkası adına hareket etmesinden

<sup>409</sup> Bununla birlikte üçüncü kişi istisnai olarak temsil olunana karşı doğrudan yönelebilecektir. Temsilci kendisini işletme sahibi olarak göstererek bu işletmenin hesabına işlem yaptığında, bu durumun ortaya çıkmasıyla üçüncü kişi gerçek işletme sahibine yönelebilecektir (f.2).

<sup>410</sup> Örneğin B bayisi, buğdayın fiyatında önemli bir artış olmasını beklediğinden çok miktarda buğday satın almaya karar verir. Kimliğinin bilinmesini istemeyen B, komisyon temsilcisi A’ya bu görevi verir. C tedarikçisi, A’nın bir temsil olunan hesabına satın alma işlemini gerçekleştirdiğini bilse dahi, sözleşme A ve C’yi bağlamakta, B’nin hukuki konumunu doğrudan etkilemez.

<sup>411</sup> UTSİ m. 2.2.3 Yorum 4.

bağımsız şekilde her iki durumda da uygulanacağına değinmiştik. Bununla birlikte düzenlemelerde yer verilen koşulların ve bu koşulların uzantısında öngörülen sonuçların temelde doğrudan ve dolaylı temsil ayırımına işaret ettiğini de ifade etmiştik. Özellikle 13. maddenin 1. fıkrasında yer verilen hükmün, benzer hukuki sonuçları öngörmek suretiyle kıta Avrupa hukuk sistemindeki dolaylı temsil kurumunun karşılığını teşkil ettiğini tespit edebiliriz. Nitekim temsilcinin işlemleri, 13. maddenin 1. fıkrasında değinilen koşullar altında sadece temsilciyi ve üçüncü kişiyi bağlar<sup>412</sup>. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında da hukuki ilişkilerin meydana gelebileceği düzenlenmektedir<sup>413</sup>. Konvansiyon üçüncü kişi ile temsilci arasında yapılan sözleşmede temsil olunanın ekonomik katılımını açıkça dikkate alan bir sistemi yansıtmaktadır. Böylece 13. maddenin 1. ilâ 7. fıkraları, civil law sisteminin öngördüğü dolaylı temsil kurumu ile common law sisteminde yer alan gizli temsil olunan doktrini arasında gerçekleşen bir uzlaşmanın görünümüdür<sup>414</sup>. Hükmün 1. fıkrasında civil law sistemine uygun olarak sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulduğu, 2. ilâ 7. fıkralarında ise common law sisteminden esinlenilerek belirli durumlarda temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişkinin oluşabileceği öngörülmektedir.

Konvansiyon'un 13. maddesinde öngörülen hukuki sonuçların meydana gelmesi, temsilcinin yetkili olmasını gerektirir. Düzenlemenin sistemi, özellikle 1. maddenin 4. fıkrasından hareketle<sup>415</sup>, doğrudan ve dolaylı temsili içine alan bir yaklaşıma dayandığından, bütün hükümler uygun olduğu ölçüde dolaylı temsil durumlarında da geçerlidir. Bu anlamda 9. maddenin 1. fıkrasının her iki temsil türüne

---

<sup>412</sup> Konvansiyon m. 13 f. 1, "Temsilci, temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunanın hesabına işlem yaptığında, (a) üçüncü kişi, temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde veya (b) durumunun koşullarından, özellikle bir Komisyon sözleşmesi ile ilgili olarak temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediğinin anlaşılmasında, işlemleri sadece temsilciyi ve üçüncü kişiyi bağlar" şeklindedir.

<sup>413</sup> Konvansiyon m. 13 f. 2, "Bununla birlikte, (a) Temsilcinin, üçüncü kişinin borca aykırılığından veya başka sebeplerden dolayı, temsil olunana karşı olan borçlarını yerine getirmedeğinde veya getiremediğinde, temsil olunan, temsilcinin kendisinin hesabına kazandığı hakları, üçüncü kişinin temsilciye karşı ileri sürebileceği tüm savunmalar saklı kalmak üzere, üçüncü kişiye karşı kullanabilir. (b) Temsilci, üçüncü kişiye karşı olan borçlarını yerine getirmedeğinde veya getiremediğinde, üçüncü kişi, temsilciye karşı kullanabileceği hakları, temsilcinin üçüncü kişiye ve temsil olunanın temsilciye karşı ileri sürebileceği tüm savunmalar saklı kalmak üzere, temsil olunana karşı kullanabilir" düzenlemesini içermektedir.

<sup>414</sup> EVANS, s. 73-159, s. 123; STAUDER, s. 229 ve s. 233.

<sup>415</sup> Konvansiyon m. 1 f. 4, "Konvansiyon, temsilcinin kendi adına veya temsil olunanın adına hareket ettiğine bakılmaksızın uygulanır" şeklindedir.



de uygulanacağı kabul edilir<sup>416</sup>. Böylece temsilcinin yetkili bir şekilde temsil olunan hesabına hareket etmesi, üçüncü kişinin temsilcinin sıfatını bilmemesi ve bilmesinin gerekmemesi halinde, dolaylı temsil kurumuna yaklaşan bir süreç işlemektedir.

## 2. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOLAYLI TEMSİL

### a. Türk ve İsviçre Hukukunda Dolaylı Temsil

#### i. Genel Bakış

Türk-İsviçre Borçlar Kanununda temsil hükümleri, Pandekt öğretisinin ve Alman Medeni Kanununun etkisiyle vekâlet sözleşmesinden ayrılarak genel hükümlerde 40. ilâ 48. maddeleri arasında yer alır. Bu düzenleme içerisinde dolaylı temsil bağımsız bir niteliğe kavuşturulmamıştır. Bu anlamda dolaylı temsilin bir hukuk kurumu olarak işlenmesi dayanaklı mıdır? Dolaylı temsil, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki bir sözleşmeden (örneğin satım sözleşmesinden) ve temsilci ile temsil olunan arasında devri talep hakkı veren başka bir sözleşmeden mi ibarettir? Doktrinde genellikle bu temsil türünün altı çizilmekte, ancak soruların cevabı açık bırakılmaktadır. Hukuk sistemimizde dolaylı temsil ibaresine açıkça yer veren bir hüküm bulunmadığından, bu temsil türünün varlığı ve niteliği konusunda değişik yaklaşımlar söz konusudur. Doktrinde dolaylı temsilin bir temsil türü olmadığı, özgün bir kimlik barındırmadığının, temsilci ile temsil olunan arasındaki bir iç ilişkiden ibaret olduğunun ileri sürüldüğünü görmekteyiz<sup>417</sup>. Dolaylı temsilin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli olmasına bir engel olmamakla birlikte, onun üzerine genel ilkeler konulmasına

<sup>416</sup> Konvansiyon m. 9 f. 1, “*Temsilci, temsil olunan tarafından açık veya örtülü olarak yetkilendirilebilir*” düzenlemesini içerir. Dolaylı temsilcinin yetkilendirilmesi konusunda bkz. STÖCKER, 778-785, s. 781.

<sup>417</sup> Bucher, dolaylı temsilin bir temsil olgusunu ortaya koymadığını, üçüncü kişinin menfaatine ilişkin olmasına rağmen, İBK. m. 32 vd. hükümlerinde kapsamadığını ifade eder. BUCHER, s. 598. Keller/Schöbi, birbirinden bağımsız hukuki ilişkilere dayanan bir temsil türünü ortaya koyduğundan, özel bir hukuki niteliği içermediğini, hukuki anlamda değil, ekonomik anlamda bir temsil ilişkisinin olduğunu belirtmektedir. KELLER/SCHÖBİ, s. 52. Von Büren, doğrudan temsilin yanında gerçek bir temsil olan dolaylı temsilin de temsilin hükümlerini ve sonuçlarını doğurduğunu, ancak temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkide sonuç meydana getirdiğinden iç temsil olarak betimlendiğinin altını çizmektedir. VON BÜREN, s. 167. Gauch/Schluep ise dolaylı temsili gerçek olmayan temsil olarak adlandırmakta, temsilin esasen doğrudan temsil olduğunu vurgulamaktadır. GAUCH/SCHLUEP, n. 1424-n.1428. Türk hukuk doktrininde benzer görüşler savunulmaktadır. Oğuzman/Öz, sadece doğrudan temsilin bir temsil olgusu ortaya koyduğunu, gerçek anlamı ile temsilin temsilcinin temsil olunan nam ve hesabına işlem yapması halinde olduğunu zikretmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 166. Kocayusufoğlu da gerçek anlamıyla temsilin sadece doğrudan temsil olduğunu, dolaylı temsilin gerçek olmayan bir temsil sayılabileceğini, dolaylı temsilin esasen temsil olunan ile temsilci arasındaki bir temel ilişkiden ibaret olduğunu ileri sürmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631. Benzer yönde ANTALYA O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. I, İstanbul 2015, s. 508.

ihtiyaç bulunmadığı da ifade edilir<sup>418</sup>. Türk-İsviçre hukuk sisteminde dolaylı temsilden söz edilmemesine karşılık, dolaylı temsilin esasını oluşturan unsurlar başta vekâlet sözleşmesi olmak üzere Borçlar Kanununun özel borç ilişkilerinde ve Ticaret Kanununda dağınık bir şekilde birçok maddede düzenlenmektedir. Bu temsil türü kanunumuzda genel olarak yer almamışsa da, değişik görünüm şekilleri ayrıntılı olarak işlenmiştir.

Dolaylı temsilin Yargıtay'ın kararlarına konu olduğunu belirtmemiz gerekir<sup>419</sup>. Özellikle eski tarihli iki içtihadı birleştirme kararı<sup>420</sup> birçok çalışmanın yürütülmesine kaynak teşkil eder<sup>421</sup>. Türk hukukunda bu konu bağımsız bir hukuk kurumu tarzında da incelenmiştir<sup>422</sup>. Ancak bu çalışmaların dışında dolaylı temsilin detaylı bir değerlendirmeye tabi tutulmadığını görmekteyiz. Hukuki işlemlerin kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket eden bir temsilci<sup>423</sup> aracılığı ile yürütülmesi değişik nedenlere dayanır. Bir kimse hukuki işlem yapmak iradesinde olduğu bir üçüncü kişiyle doğrudan bir hukuki ilişkiye girmek yerine rakiplerinin dikkatini çekmemek veya fiyatların yükselmesini engellemek düşüncesiyle, bir başka deyişle gizli kalmak gayesiyle, o hukuki işlemi kendi adına yapacak bir temsilciyle gerçekleştirmek isteyebilir. İstenilen güven ilişkisinin temsilci ile üçüncü kişi arasında mevcut olduğu veya ilgili işlemlere sadece temsilcinin giriş sağlayabildiği<sup>424</sup> durumlarda dolaylı temsile müracaat edilmesi gündeme gelebilir. Temsilcinin bilgisinden ve uzmanlığından yararlanma ihtiyacı veya kredibilitesine dayanma isteği temsil olunanı bu temsil türüne

<sup>418</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32-40, n. 5.

<sup>419</sup> Yargıtay HGK., 17.05.2000 gün ve E. 2000/2-888, K. 2000/885 sayılı karar; 13. HD., 10.11.2003 gün ve E. 2003/9750, K. 2003/13343 sayılı karar.

<sup>420</sup> YİBK., 5.2.1947 gün ve E. 20, K. 6 sayılı karar (RG. N. 6651); YİBK., 7.10.1953 gün ve E. 8, K. 7 sayılı karar (RG. N. 7669).

<sup>421</sup> Bu konuda bkz. POSTACIOĞLU İlhan E., Nam-ı Müstear meselesi, Vekâlet ve itimat mukaveleleri ile muvazaanın karşılıklı münasebetleri, İHFM., 1947, c. 13, sy.3, s. 1011-1037; POSTACIOĞLU İlhan E., Nam-ı Müstear meselesi, MHAD. 1958, y.2, s. 109-116; OĞUZMAN Kemal M., Vekâlet ve Nam-ı Müstear, İBD., 1953, s. 645-647; FEYZİOĞLU Necmeddin F., Karı koca arasındaki gayrimenkule müteallik vekalet akdi, muvazaa ve nam-ı müstear iddiaları (Karar Tahlili), İHFM. 1953, c. 9, s. 989-1021; HATEMİ Hüseyin, Nam-Müstear kavramı ve vekâlet ile ilişkisi, Temsil ve Vekâlete ilişkin sorunlar (Sempozyum 14-16 Haziran 1976), İstanbul 1977, s. 127-146.

<sup>422</sup> YAVUZ Cevdet, Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

<sup>423</sup> Dolaylı temsilin ihmal edilmesi veya reddedilmesi nedeniyle katılımcı kişilerin tanımlanmasında doğrudan temsilden ayrılan bir yaklaşım mevcuttur. Dolaylı temsili, temsil kavramı içerisinde görmeyenler temsilci yerine iş gören, temsil olunan yerine ise iş sahibi kavramına yer vermektedir. Temsil olunanın hukuki konumunu etkileme yetkisi olmayan kişiler için "aracı (agent)" kelimesinin kullanımına da günlük dilde sıkça rastlanmaktadır. Alışılmış dil geniş bir serbesti içermektedir. Biz çalışmamızda bir kimsenin diğerini hukuki işlemlerde temsil etmesine daha keskin bir şekilde odaklanabilmek için aracı yerine temsilci veya dolaylı temsilci terimlerini kullanmayı tercih etmekteyiz.

<sup>424</sup> Borsa işlemlerinde sıkça karşılaşılr.

yöneltebilir<sup>425</sup>. Bir kimse ticari hayatta sağladığı kolaylıklardan yararlanmak için dolaylı temsile başvurabilir. Örneğin temsil olunan için birden fazla işlemin yapılması gerektiği hallerde temsilcinin kendi adına hareket etmesi, her bir işlem için yetkinin ispatı sorununu ortadan kaldırır. Üçüncü kişi, muhatabı kendi adına hareket ettiğinden, doğrudan temsilden farklı olarak temsil olunanın hukuki konumunu araştırma ihtiyacı duymaz. Yine sözleşmenin çözümlenmesi sürecinde taraflar arasında ortaya çıkacak olası bir uyuşmazlıkta temsilci doğrudan muhatap olacaktır<sup>426</sup>.

Doğrudan temsilde temsilcinin yetkisi kapsamında yaptığı işlemler temsil olunanın malvarlığına etkisi doğrudan gerçekleşir. Dolaylı temsil çerçevesinde yapılan işlemlerin etkisi kendine özgü özellikler taşıması nedeniyle, bu sürecin koşullarının ve sonuçlarının araştırılması gerekir. Bu kısımda Türk-İsviçre hukuk sisteminde dolaylı temsilin temel koşullarını inceledikten sonra dolaylı temsile ilişkin düzenlemeleri ele alacağız. Bu temsil türünün sonuçları ise çalışmamızın altıncı bölümünde işlenecektir.

## **ii. Dolaylı Temsilin Koşulları**

### **aa. Kendi Adına Hareket Etme**

Türk-İsviçre hukuk sisteminde öngörülen düzenlemeler doğrultusunda dolaylı temsilden bahsedilmesi, temsilcinin kendi adına hareket etmesini gerektirir<sup>427</sup>. Dolaylı temsilde kendi adına işlem yapılması ile kastedilen, dolaylı temsilcinin sözleşmenin yapılması zamanında üçüncü kişinin, onun karşı sözleşeni olduğunu bilmesini makul ölçüde bekleyebileceği tarzda hareket etmesidir. Temsilci, açık veya örtülü olarak kendisi adına hareket eder. Bu temsilcinin işlemde taraf olma iradesini beyan etmesi

<sup>425</sup> Bu motifler özellikle komisyon sözleşmelerinde ön plandadır.

<sup>426</sup> PESTALOZZI, s. 30-32; VON BÜREN, s. 167; YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 9-11; AKYOL, s. 59.

<sup>427</sup> BK. m. 509 (İBK. m. 401), dolaylı temsilin unsurlarına yer vermektedir. Hükmün birinci fıkrası, “Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer” düzenlemesini içerir. Dolaylı temsilin esasını teşkil eden koşullara adi ortaklık sözleşmesinde de değinilmektedir. BK. m. 637 f. 1 (İBK. m. 543 f. 1), “Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur” hükmünü öngörür. Tipik bir dolaylı temsil niteliğini taşıyan komisyon sözleşmesinde komisyoncunun kendi adına ve vekâlet veren hesabına işlem yapması düzenleme konusu yapılmıştır. Nitekim BK. m. 532 f. 1 (İBK. m. 425 f. 1), “Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınurların alım ve satımını üstlendiği sözleşmedir” şeklindedir.

anlamına gelir<sup>428</sup>. Bir kimsenin kendi adına hareket edip etmediği, o kimsenin davranışlarının güven ilkesine göre yorumlanmasıyla belirlenir<sup>429</sup>. Bir kimsenin kendi adına hareket etmesinde, başkası adına hareket etmesinde olduğu gibi sözleşmenin yapılması zamanı dikkate alınacaktır<sup>430</sup>.

Türk-İsviçre Borçlar Kanununun temsile ilişkin genel hükümlerinde yer alan BK. m. 40'da dolaylı temsilin temelde doğrudan temsil ile ilişkili olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Doğrudan temsilin özelliği, işlemin başkası adına ve hesabına yapılmasıdır. Ancak BK. m. 40 f. 2 gereğince, temsilci başkası adına ve hesabına hareket ettiği halde bu açıklama ilkesi uyarınca tanınmadığında, işleminden veya durumlardan başkası adına hareket edildiği sonucuna ulaşılmadığında ve ilgili için örtülü temsilin koşulları bulunmadığında, temsilcinin işlemi kendisi için yaptığı kabul edilir. Bir başka deyişle doğrudan temsilci sıfatında olan bir kimse, açıkça veya örtülü olarak başkası adına işlem yaptığını ortaya koymadığında ve ilgili için örtülü işlemin koşulları oluşmadığında, temsilci o işlemi kendi adına yapmış sayılır. Temsilcinin kendi adına hareket etmesi, başkası adına hareket edilmemesi şeklinde algılanmaktadır<sup>431</sup>. Doktrinde BK. m. 40 f. 3'te yer alan "*diğer durumlarda*" ifadesinin ikinci fıkra ile bağlantılı olarak temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı işlemleri içerdiği, bu anlamda dolaylı temsilin doğrudan temsilin eksik hali olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>432</sup>. Temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı kabul edilen bu işlemin hukuki sonuçlarının temsil olunana geçirilmesinde alacağın devrine veya borcun üstlenilmesine ilişkin kuralların uygulanacağı öngörülür<sup>433</sup>. Böylece dolaylı

<sup>428</sup> Watter/Schneller, temsilcinin açıkça veya örtülü olarak kendi adına hareket etmekle birlikte, temsil olunan hesabına işlem yapması halinde dolaylı temsilin oluştuğunu ifade etmektedir. WATTER/SCHNELLER, m. 32, n. 29; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 143. Benzer yönde BGE 100 II 211.

<sup>429</sup> WATTER/SCHNELLER, m. 32, n. 30.

<sup>430</sup> Temsilcinin hem kendi adına hem temsil olunan adına hareket ettiği işlemler söz konusudur. Ortağın adı ortaklık adına sözleşme yapması halinde bu durum gerçekleşir. Bu tür işlemlerde temsilci, temsil olunanın yanında kişisel olarak alacaklı veya borçlu olur. Bu konuda bkz. VON TUHR/PETER, s. 397; KOLLER (AT), n. 1384.

<sup>431</sup> PESTALOZZI, s. 38, s. 44 ve s. 47; ESENER (Temsil), s. 115.

<sup>432</sup> AKYOL, s. 57-59; REİSOĞLU, s. 130; ESENER (Temsil), s. 95-96 ve s. 118; ATAAY, s. 194; FEYZİOĞLU, s. 408; VELİDEDEOĞLU/KAYNAR, s. 69; KÜNZLE, s. 20-21. Watter/Schneller'e göre, temsilci başkası hesabına hareket etmekle birlikte, temsilci olduğu açık veya örtülü olarak ortaya konmadığında ve ilgili için örtülü işlemin koşulları oluşmadığında dolaylı temsil söz konusudur. Dolaylı temsilciye ait olan işlemin hukuki sonuçlarının, alacakların devri veya borçların üstlenilmesi kuralları uyarınca temsil olunana geçirilmesi gerekir. WATTER/SCHNELLER, m. 32, n. 31.

<sup>433</sup> BK. m. 40 f. 3, "*Diğer durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır*" hükmünü içermektedir. Von Tuhr/Peter'e göre temsilci, üçüncü kişi bakımından karşı sözleşenin önemli olduğu bir sözleşmeyi kendi adına yaptığında ortada bir dolaylı temsil söz konusu olup, alacakların devrinin ve borçların üstlenilmesinin İBK. m. 32 f. 3 uyarınca yapılması gerekir. VON TUHR/PETER, s. 390. Oser/Schönenberger de İBK. m. 32 f. 3'ün dolaylı temsile işaret ettiğini, böylece hesabına hareket edilen kişiye alacakların devrinin ve bu

temsilde erişilmek istenen amaca iki işlem ile ulaşıldığı kabul edilir. Dolaylı temsilcinin kendi adına üçüncü kişi ile yaptığı işlemin hukuki sonuçlarının önce kendisine ait olduğu, bu hukuki sonuçları ikinci bir işlem ile temsil olunana geçirdiği savunulmaktadır<sup>434</sup>.

Katıldığımız diğer bir görüşe göre dolaylı temsil, doğrudan temsil kavramından hareket edilerek tanımlanamaz<sup>435</sup>. BK. m. 40'ın içerdiği metin, kötü bir düzenleme niteliğindedir. Bir kimsenin kendi adına hareket etmesi, başkası adına hareket etmesinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bir kimsenin doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla hareket edebilmesi için gereken koşulların ayrı bir düzlemde tarif edilmesi gerekir.

## **bb. Başkası Hesabına Hukuki İşlem Yapılması**

### **aaa. Başkası Hesabına İşlem Yapılması Kavramı**

Türk-İsviçre hukuk sistemi dolaylı temsilde temsilcinin başkası hesabına hareket etmesi koşulunu öngörür<sup>436</sup>. Doktrinde de temsilcinin temsil olunan hesabına işlem yapması gerektiğine işaret edilmektedir<sup>437</sup>. Kanun metinlerinde yer alan düzenlemelerde “*başkası hesabına işlem yapılmasından*” ne anlaşılması gerektiği açıklanmadığından, bu konuya ilişkin genel yaklaşımların dikkate alınması isabetli olacaktır. Dolaylı temsilci işlemi kendi adına yaptığından, bu işlemin hukuki sonuçları kendisine aittir. Ancak dolaylı temsilci aynı zamanda bir temsil olunan hesabına hareket ettiğinden, yapılan işlemler temsil olunanın malvarlığına etkili olacaktır. Kıta Avrupa hukuk doktrininde başkası hesabına hareket edilmesinin, yapılacak işlemin tehlikelerinin ve yükümlülüklerinin, yararlarının ve haklarının hesabına hareket edilen

---

kişi tarafından borçların üstlenilmesinin gereğini ifade etmektedir. OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32, n. 11. OR 2020 tasarısında BK. m. 40 f. 3 hükmüne (İBK m. 32 f. 3) yer verilmez.

<sup>434</sup> KILIÇOĞLU, s. 157; REİSOĞLU, s. 129; İNAN, s. 215; FEYZİOĞLU, s. 379; ESENER Turhan, Borçlar Hukuku, I (Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği), Ankara 1969, S. 233; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32-40, n. 5; VON BÜREN, s. 167; SCHWENZER, n. 40.04.

<sup>435</sup> DROİN Jacques, La représentation indirecte en Droit suisse, th. Genève 1956, s. 43-44; YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 50-51.

<sup>436</sup> BK. m. 509 f. 1 (İBK. m. 401 f. 1); BK. m. 637 f. 1 (İBK. m. 543 f. 1). Yargıtay HGK., 17.05.2000 gün ve E. 2000/2-888, K. 2000/885 sayılı karar; 13. HD., 10.11.2003 gün ve E. 2003/9750, K. 2003/13343 sayılı karar; BGE 100 II 211; BGE 126 III 64.

<sup>437</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, s. 143; SCHWENZER, n. 40.04; PESTALOZZİ, s. 39 vd.; AKYOL, s. 59; İNAN, s. 215; FEYZİOĞLU, s. 379.

temsil olunana ait olması anlamına geldiği savunulmaktadır<sup>438</sup>. Bir başka deyişle, bu kavram ile dolaylı temsilci tarafından yapılan işlemin nihai ekonomik sonuçlarının temsil olunana ait olması kastedilir. Yavuz, hem alacakların hem borçların dolaylı temsil olunanın hesabına yapıldığını, aradaki farkın temsil olunanın yararına veya zararına olmasının hukuki durumda bir değişiklik yapmayacağını haklı olarak ifade etmektedir<sup>439</sup>. Dolaylı temsilci, temsil olunanın haklarını kazanacağını, borçları üstleneceğini bildiği veya amaçladığı bir sözleşme yaptığında, başkası hesabına hareket etmekten söz edilir<sup>440</sup>. Zach/Künzle, dolaylı temsil olunan ile dolaylı temsilci arasında işlemin ekonomik anlamda sonuçlarının temsil olunana ait olduğu konusunda bir uzlaşmanın olduğunu ifade etmektedir. Yazarlar, başkası hesabına hareket etmenin temel işlemin bir bölümünü teşkil ettiğini, dolaylı temsilcinin genellikle temsil olunan ile bir komisyon sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, vekâletsiz iş görme ya da ortaklık sözleşmesiyle bağlı bulunduğunu savunmaktadır<sup>441</sup>.

Bu temsil türünde temsilci kendi adına, ancak başkası hesabına işlem yaptığından iki hukuk süjesiyle yakın bir ilişki halindedir. Dolaylı temsilci bir yandan kendi adına hareket ettiğinden karşı sözleşeni üçüncü kişi ile diğer yandan hesabına hareket ettiği temsil olunan ile bağımlılık içeren ikili bir hukuki ilişki içerisinde. Böylece dolaylı temsilci, başkası hesabına yaptığı hukuki işlemlerin kurulmasında ve ifasında taraf olarak yer alır<sup>442</sup>.

### **bbb. Başkası Hesabına İşlem Yapılması İradesi**

Bir temsil ilişkisinin esasını, temsilcinin henüz işlemin yapılması anında, yapılan işlemin sonuçlarının nihai olarak başkasına ait olması amacını taşıması gereği teşkil eder. Böyle bir amacın olmaması halinde, temsilci sıfatıyla hareket etmekten söz edilemez. Temsilcinin sahip olması gereken temsil iradesi özellikle dolaylı temsilde

<sup>438</sup> MEIJER S.Y.Th., *Middellijke vertegenwoordiging*, Kluwer, Deventer 1999, s. 6; ZWİGERT/KÖTZ, s. 433; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, § 383, n. 21; BLOEMBERGEN/ VAN DAM/HIJMA/VALK, n. 119; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 674.

<sup>439</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 34

<sup>440</sup> PESTALOZZİ, s. 40. Fellmann, vekâlet sözleşmesi kapsamında başkası hesabına hareket etmenin, temsilciye bir taraftan işlemin ekonomik sonuçlarının temsil olunana ait olmasını sağlama borcunu yüklediğini, diğer taraftan temsil olunanın borçlardan kurtarılmasını talep etme hakkını verdiğini belirtmektedir. FELLMANN, m. 401 n. 28.

<sup>441</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 175. Benzer görüşleri ileri süren Pestalozzi, başkası hesabına hareket etmenin temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkiye ilişkin olduğunu belirtir. PESTALOZZİ, s. 40-41.

<sup>442</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 74-75; İNAN, s. 215.

özel bir önem taşır<sup>443</sup>. Zira dolaylı temsilci kendi adına hareket etmekte, üçüncü kişi de karşı sözleşeni olarak dolaylı temsilciyi görmektedir. Nitekim Türk-İsviçre doktrininde dolaylı temsilcinin işlemi başkası hesabına hareket etme iradesiyle yapması gerektiği kabul edilir<sup>444</sup>.

Bir kimsenin kendisini dolaylı temsilci olarak tanıttığı veya üçüncü kişinin işlemin niteliğinden ya da durumun koşullarından karşı sözleşenin bir dolaylı temsilci sıfatında olduğunu tanıyabildiği durumlarda, temsil olunan hesabına işlem yapma iradesinin varlığı açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Ancak bir kimse kendisini dolaylı temsilci olarak tanıtmadığında, işlemin yapılması zamanında bir temsil olunan hesabına hareket iradesinin var olup olmadığının tespiti zorlaşacaktır. Konu bir kişinin sadece başkasının hesabına hareket etmesine ilişkin iç iradesine indirgenemez. Kendi adına hareket eden bir kimse, başkasının hesabına hareket etme iradesine sahip olduğunda, bunun makul bir şekilde görünür olması ve dış dünyaya yansımaları gerekir. Dolaylı temsilcinin, işlemin yapılması zamanında bir temsil olunan hesabına hareket etme iradesinde olduğunun makul olarak görünür olması gerektiği koşulu ile sözleşmelere haksız bir şekilde müdahale etme olanağına karşı bir koruma sağlanmaktadır. Ancak görünürlüğü üçüncü kişiye yönelik olması zorunlu değildir<sup>445</sup>. Bu süreçte önemli olan husus, kendi adına hareket eden bir kişinin, hukuki işlemin yapılması zamanında bir başkasının hesabına hareket etme iradesinde olduğuna ilişkin belirtinin varlığıdır. İşlemin niteliğinden veya karşı sözleşenin kimliğinden de bu sonuca varılabilir<sup>446</sup>. Bir kimsenin başkasının hesabına hareket etme iradesinde olup olmadığını belirlemede, işlemin yapılmasından sonraki durumlar veya koşullar dikkate alınabilir. Bu olgular karşı sözleşenin bir temsil olunan hesabına hareket etme iradesine ışık tutabilir. Dolaylı temsil olunan, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemin aralarındaki temel ilişkiye uygun olarak gerçekleştirildiğini ortaya koymak suretiyle de kendi hesabına hareket edildiğine ilişkin iradeyi ispat edebilir<sup>447</sup>. Bir kimse kendi adına hareket etmekle

<sup>443</sup> Örneğin komisyoncu kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket edebilmesinin yanısıra tamamen kendi adına ve hesabına işlem yapabilecektir. Bu iki işlem türünün birbirinden ayırt edilmesinde, komisyoncunun başkası hesabına hareket iradesi belirleyicidir.

<sup>444</sup> DROİN, s. 51-54; YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 37 ve s. 41; AKÜNAL, s. 75.

<sup>445</sup> Yavuz, bu iradenin üçüncü kişiye açıklanmasının zorunlu olmadığını, üçüncü kişinin dolaylı temsilcinin dolaylı temsil iradesine katılmaksızın dolaylı temsile özgü hükümlerin uygulanacağını vurgulamaktadır. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 41.

<sup>446</sup> Komisyoncu tarafından tutulan kayıtlar bir başkası hesabına işlem yapma iradesini gösterebilir.

<sup>447</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 41; AKÜNAL, s. 82.

birlikte, işlemin yapılması anında bir temsil olunan hesabına hareket etme iradesine ilişkin emare bulunmadığında, ortada dolaylı temsilin olmadığı, o kimsenin kendi adına ve hesabına hareket ettiği sonucuna ulaşılacaktır.

Doğrudan temsil alanında başkası adına işlem yapan temsilcinin, işlemin yapılması anında temsil olunanın kimliğini açıklamak zorunda olmadığını, temsil olunanın kimliği açıklanmadığından veya henüz belli olmadığından üçüncü kişi tarafından bilinmediği bu tür işlemlerin geçerli olduğunu inceledik. Bu işlemler genel olarak “*ilgili için açık işlem*” veya “*kime ait olacaksa onun adına yapılan işlem*” olarak tarif edilir. Dolaylı temsil alanında da bir dolaylı temsilcinin, kimliği daha sonra belirlenecek bir temsil olunan hesabına işlem yapabileceği kabul edilmelidir<sup>448</sup>. Bu durumda “*ilgili hesabına işlem*”, “*kime ait olacaksa onun hesabına yapılan işlem*” veya “*ait olacağı kimse hesabına işlem*” yapılmasından söz edilir. Ancak burada kritik konu, dolaylı temsilcinin dış dünyaya yansımayan başkası hesabına işlem yapılmasına ilişkin iç iradesine hukuki sonuç bağlanamayacağıdır. Başkası hesabına hareketin dış dünyaya yansıyan fiili olgularla ortaya konması gerekir. Yavuz, dolaylı temsilciye önceden dolaylı temsil yetkisinin verildiği durumlarda bu yetkinin verildiğinin, kendi adına vekâletsiz iş görmede ise bunun koşullarının oluştuğunun ispat edilmesi gereğine işaret etmektedir. Yazar, henüz kimliği belirlenmeyen bir temsil olunan hesabına hareket edilmesi halinde önceden verilen bir dolaylı temsil yetkisi bulunmayacağından, başkası hesabına hareket edildiğinin dış dünyaya yansıyan vakıalarla ortaya konmasının gerekli olduğunu haklı olarak vurgulamaktadır<sup>449</sup>.

Doğrudan temsilde temsil olunanın kimliği sadece geçici bir süre belirsiz kalabilir. Temsil olunanın kimliği, uygun bir süre içerisinde açıklanmalıdır. Aksi takdirde temsilcinin kişisel olarak bağlanması veya yetkisiz temsil hükümleri uyarınca sorumluluğu gündeme gelir. Dolaylı temsil alanında da hesabına hareket edilen temsil

---

<sup>448</sup> Reichel, ilgili için açık işlem yapmanın mümkün olmadığını, sadece ilgili hesabına işlemlere yer verilebileceğini ifade eder. REICHEL, s. 173 vd. Oser/Schönenberger ise bazı durumlarda ilgili hesabına işlem yapılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32, n. 10. Yavuz da dolaylı temsilcinin kimliğini henüz belirlemediği veya belirleyemediği bir dolaylı temsil olunan hesabına işlem yapabileceğini savunmaktadır. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 85. Esener’e göre, krediye dayalı işlemlerde tarafların öneminin büyük olması nedeniyle, bu işlemlerde ait olacağı kimse adına işlem yapılmasına izin verilmeyip, ancak kime ait olacaksa onun hesabına işlem yapılması mümkündür. ESENER (Kime ait olacaksa), s. 632.

<sup>449</sup> Yazar, bir komisyoncunun müstakbel müşterileri için işlem yaptığını tuttuğu defterlerle ispatlayabileceğini belirtmektedir. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 87.



olunanın uygun bir süre içerisinde belirlenmesi gerekir. Belirsizliğin devamlılık göstermesi dengesiz bir durumu doğuracaktır. Hukuki istikrarın sağlanması gayesiyle hesabına işlem yapılan dolaylı temsil olunanın işlemin niteliğine uygun bir sürede tayin edilmesi zorunludur. Aksi takdirde dolaylı temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin, işlemi kendi adına ve hesabına yaptığı sonucuna varılır<sup>450</sup>. Dolaylı temsilci sıfatında hareket eden kişi, üçüncü kişinin sözleşmesel karşı tarafı olduğundan, uygun bir süre içerisinde temsil olunanın belirlenmemesi halinde, o kişinin kişisel olarak bağlanacağının veya yetkisiz temsil hükümlerine tabi olacağının belirtilmesi gereksiz olacaktır<sup>451</sup>.

### **cc. Dolaylı Temsil Yetkisinin Varlığı**

#### **aaa. Dolaylı Temsil Yetkisi Kavramı**

Türk-İsviçre hukuk sistemi dolaylı temsili genel yaklaşımlar doğrultusunda, temsilcinin sözleşmeyi kendi adına ve temsil olunan hesabına yapması olarak ele almaktadır. Dolaylı temsil kavramı bu şekilde değerlendirildiğinde, dolaylı temsilcinin yetkisinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Dolaylı temsilin genel olarak ihmal edilmesi veya reddedilmesi nedeniyle bu temsil ilişkisinde geleneksel olarak yetki unsuruna değinilmediğini görmekteyiz. Dolaylı temsil ilişkisinin oluşumunda doğrudan temsilde olduğu gibi bir yetkilendirmenin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu temsil türünde yetkinin varlığı konusunda iki temel görüşün savunulduğunu ifade edebiliriz. Doktrinde temsil edilen bir görüşe göre, dolaylı temsilde temsilcinin yetkisinden söz edilemez. Temsil yetkisi ile sadece doğrudan temsil kapsamında hareket edilmesi anlaşılmakta, başkası hesabına hareket eden dolaylı temsilcinin bu olanağı temel ilişkiye dayanmaktadır. Temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişki, temsilcinin kendi adına yaptığı hukuki işlemin, temsil olunan hesabına yapıldığının kabul edilmesinin hukuki dayanağını oluşturur. Bir başka ifade ile temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yapması ayrı bir yetkilendirmeyi gerektirmemekte, bu olanak tamamen temsilci ile temsil olunan

<sup>450</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 87.

<sup>451</sup> BENETT, s. 781.

arasındaki iç ilişkiden kaynaklanır<sup>452</sup>. Bu konuda temsil edilen diğer bir görüş, dolaylı temsil ilişkisinde temsilcinin yetkiye sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Temsilci, dolaylı temsil yetkisine dayanarak kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yaptığında dolaylı temsil söz konusudur<sup>453</sup>. Nitekim Yavuz’a göre, “*Bir kişi, bir dolaylı temsil yetkisine dayanarak dolaylı temsil olunan hesabına olduğu halde kendi adına bir üçüncü kişi ile hukuki işlem yaptığında dolaylı temsil vardır*”<sup>454</sup>. Bu görüşün destekleyicileri, dolaylı temsil yetkisinin varlığını, dolaylı temsilin üçüncü koşulu olarak kabul etmektedir.

Bir kimsenin başkası için hukuki işlem yapabilmesi, o kimsenin bu konuda hukuki iktidara sahip olmasını gerektirir. Hukuki işlemler alanında temsil olunanın bir kimseye, kendisi için işlemler yapabilme gücünü tanımasıyla, o kimsede hukuki iktidarın oluştuğu kabul edilir. Temsilcinin yaptığı hukuki işlemlerin temsil olunanın hukuki konumunu etkilemesi, temsilci ile temsil olunan arasında bu olanağı sağlayan hukuki bir ilişkinin varlığına bağlıdır. Bir kimsenin hukuki işlemlerde temsil edilmesi olanağını sağlayan bu hukuki ilişki, temsil yetkisi olarak tarif edilir. Bu anlamda dolaylı temsil, dolaylı temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yapması olarak ele alındığında, dolaylı temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına hukuki işlem yapmasına hukuki dayanak teşkil edecek bir hukuki ilişkinin olması gerektiği sonucuna

<sup>452</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 176 ve m. 33, n. 121; GAUCH/SCHLUEP, n. 1428; PESTALOZZI, s. 32, s. 60 ve s. 79. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631 ve dn. 46; s. 652 ve dn. 61. ANTALYA, s. 508. Gautschi, vekilin kendi adına hareket etmesi halinde yetkiye (Ermächtigung) ihtiyacının olmadığını, bununla birlikte temsil olunan hesabına hareket etmek için yetki (Ermächtigung) olarak ifade edilemeyecek bir anlaşmaya gereksinim duyduğunu ileri sürmektedir. GAUTSCHİ, m. 394, n. 23 a ve m. 396, n. 37 c.

<sup>453</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 23-25; AKYOL, s. 198; EREN, s. 388; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 395; AKİPEK, s. 46-47. Esener, temsilcinin gerek doğrudan temsilde gerekse dolaylı temsilde sahip olduğu temsil kudretine dayanarak üçüncü kişi hesabına bir hukuki işlem yaptığını ifade etmektedir. ESENER Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Mümessilin Kendi Kendisiyle Mukavele Yapması, AHFD., Ankara 1957, s. 72-107, s. 73. Ataay, dolaylı temsilin temsilcinin sahip bulunduğu yetkiye dayanarak temsil ettiği kişi adına değil, kendi adına işlem yapması bakımından doğrudan temsilden ve bir temsil yetkisine dayanması bakımında da yetkisiz temsilden ayrıldığını ileri sürmektedir. ATAAY, s. 194. İnan da temsile ilişkin tanımında, temsilin bir kişinin hukuki hükümleri ve sonuçları başkasına ait olmak üzere başkası adına ve hesabına veya sadece hesabına bir hukuki işlem yapabilmesi yetkisi olduğunu ifade ederek, kendi adına ve başkası hesabına hareket eden temsilcinin yetkili olması gerektiğine işaret etmektedir. İnan, s. 210. Künzle ise temsilcinin dış ilişkide yetkisini kullanmak suretiyle üçüncü kişiyle ilişkiye girerek temsil olunan hesabına ve çoğunlukla onun adına sözleşme yaptığını belirtmektedir. Yazar, temsilcinin dolaylı temsil için belli ölçüde bir yetkiye (Vollmacht) sahip olması gerektiğini zikretmekte, komisyoncunun İBK. m. 425’in tanımı itibarıyla sadece dolaylı temsile ilişkin yetkiyi (nur eine Vollmacht zur indirekten Stellvertretung) taşıdığını vurgulamaktadır. KÜNZLE, s. 8, s. 50 dn. 86, s. 55 -56 ve s. 263. Ancak doğrudan temsil için yetkilendirilen bir temsilcinin, temsil olunan adına hareket etmek yerine, kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmesi halinde dolaylı temsilin oluşacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu konuda bkz. BUCHER, s. 597 dn. 7; ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 176; AKYOL, s. s. 198.

<sup>454</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 57.

varılır. Dolaylı temsilci ile temsil olunan arasındaki bu hukuki ilişkinin<sup>455</sup>, dolaylı temsil yetkisi şeklinde ifade edilmesi isabetli olacaktır. Böylece dolaylı temsil yetkisi, bir kimsenin hukuki işlemlerde sadece dolaylı temsil edilmesine olanak sağlayan yetki olarak tanımlanabilir<sup>456</sup>. Dolaylı temsil alanında temsilcinin dolaylı temsil yetkisine sahip olması, dolaylı temsile özgü hükümlerin doğması ve temsil olunanın hukuki konumunun etkilenmesi için gerekli üçüncü koşuldur.

### **bbb. Dolaylı Temsil Yetkisinin Kanuni Dayanağı**

Bir kimse dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etme yetkisine sahip olduğunda ve bu yetkiye uygun olarak kendi adına ve temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiyle işlem gerçekleştirdiğinde ortada bir dolaylı temsilin olduğu sonucuna ulaştık. Bu durumda dolaylı temsilin bir unsuru olarak ele aldığımız dolaylı temsil yetkisinin Türk-İsviçre borçlar hukuku sistemindeki pozitif düzenlemesinin araştırılması gerekir.

Bu konuda Borçlar Kanununun 504. maddesinin 2. fıkrası önemli bir düzenleme öngörmektedir. Hükme göre, “*vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar*”<sup>457</sup>. Bu hüküm uyarınca vekilin, vekâletin kapsamına giren hukuki işlemleri yerine getirmesi konusunda temsil yetkisine sahip olduğu kabul edilir. Böylece vekâletin örtülü bir yetkilendirmeyi kapsadığını tespit edebiliriz. Ancak düzenlemede yer verilen yetkinin hukuki niteliği tartışmalıdır<sup>458</sup>.

Hofstellers, hukuki işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin vekâlette vekilin müvekkilin hesabına hukuki işlemi yapmasında iki yolunun olduğunu ifade eder. Vekil kendi adına dolaylı temsilci veya müvekkilin adına doğrudan temsilci olarak hareket edebilir. Vekil doğrudan temsilde ve aynı şekilde kendi adına hareket etmekle birlikte, müvekkilin hakları üzerinde tasarrufla bulunduğu yetkiye (Vollmacht) ihtiyaç

<sup>455</sup> Temsil yetkisi ile temel işlem arasındaki ilişki üçüncü bölümde incelenecektir.

<sup>456</sup> Çalışmamızda dolaylı temsil alanındaki hukuki durumu açık bir şekilde vurgulamak için dolaylı temsil yetkisi terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

<sup>457</sup> Bu hükme karşılık gelen İsviçre Borçlar Kanunu m. 396 f. 2, “*Özellikle vekâlet, yerine getirilmesinin gerektirdiği hukuki fiillerin yapılması yetkisini de içerir*” şeklindedir.

<sup>458</sup> Kaynak kanunun 396. maddesinin 2. fıkrasında yetkinin karşılığı olarak “*Ermächtigung*” terimi kullanılmıştır. Aynı terime temsile ilişkin genel hükümlerin I. ve II. alt başlıklarında ve İBK. m. 32’de, İBK. m. 33’te, İBK. m. 34 f. 1’de, İBK. m. 35 f. 1’de, İBK. m. 38 f. 1’de yer verilmiştir. Buna karşılık İBK. m. 34 f. 3’te, İBK. m. 36 f. 1’de, İBK. m. 37’nin kenar başlığında ve içeriğinde, İBK. m. 39 f. 1’de (OR 2020 tasarısı m. 196 f. 1’de “*Ermächtigung*”) ve İBK. m. 40’da (OR 2020 tasarısı m. 197’de “*Ermächtigung*”) “*Vollmacht*” terimi kullanılmıştır.

duyar<sup>459</sup>. Yazar, vekilin hukuki işlemi yerine getirmesinde iki yolunun olmasına rağmen, İBK. m. 396 uyarınca işlemin niteliği, amaca uygunluk, tarafların olası iradeleri, İBK. m. 540 f. 1 ve İBK. m. 543 f. 3 olan paralelliği doğrultusunda dolaylı temsile göre daha kolay ve tarafın iflas tehlikesini barındırmaması nedeniyle daha güvenli bir yol olan doğrudan temsilin esas olacağını kabul etmektedir<sup>460</sup>.

Fellmann, vekilin müvekkil adına veya kendi adına hareket etmeye yetkili (befugt) olmasının vekâlet sözleşmesinin yorumundan anlaşılacağını, ancak İBK. m. 396 f. 2'nin zorunlu olarak doğrudan temsilin sonuçlarına ilişkin olmadığı, hükmün vekilin müvekkil adına hareket etmesini gerekli kılmadığı yönündeki görüşü isabetli bulmadığını ifade etmektedir. Yazar, vekâlet sözleşmesinin yorumundan hareketle vekilin temsil olunan adına veya kendi adına hareket edebileceğini kabul etmekle birlikte, vekâletin dolaylı temsile ilişkin olduğunun ispat edilememesi halinde, vekilin iflası tehlikesine rağmen bu amaçla hareket edeceğini kabul etmenin yerinde olmadığını savunmaktadır. Tereddüt halinde vekilin gerekli hukuki işlemleri doğrudan temsilci olarak yerine getirmeye yetkili (befugt) olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>461</sup>.

Gautschi de vekâlette hukuki işlemlerin doğrudan veya dolaylı temsil gereğince yerine getirilebileceğini, bu hususun somut olayda tarafların açık veya örtülü anlaşmalarına göre belirleneceğini belirtmektedir. Vekâletin yerine getirilmesi doğrudan temsil çerçevesinde gerçekleştirildiğinde yetki (Ermächtigung -Vollmacht-) gereklidir. Buna karşılık vekil kendi adına hareket ettiğinde yetkiye (Ermächtigung) gereksinim olmamakla birlikte, temsil olunan hesabına işlem yapılması yetki (Ermächtigung) olarak tanımlanamayacak bir anlaşmayı gerektirecektir. Yazar, somut olayda vekilin kendi adına veya müvekkilin adına hareket ederek vekâleti yerine getirebildiği durumlarda İBK. m. 396'nın doğrudan temsil yönünde bir karineyi içerdiğini, ancak vekâletin

---

<sup>459</sup> Hofsteller, dolaylı temsilde temsil yetkisinin (Vertretungsmacht) değil, tasarruf yetkisinin (Verfügungsmacht) bulunduğunu, bunun terminolojide “*Bevollmächtigung*”a dayalı olmayan, “*Ermächtigung*”a dayanan kavramı karşıladığını zikretmektedir. Yazar, “*Vollmacht*” ile “*Ermächtigung*” arasındaki ayrımın sadece teorik bir anlam ifade ettiğini vurgulamaktadır. HOFSTELLER, s. 47 dn. 1.

<sup>460</sup> HOFSTELLER, s. 47-48.

<sup>461</sup> FELLMANN, m. 396, n. 11, n. 47 ve n. 51.

işlemin niteliği gereği sadece doğrudan veya dolaylı olarak yerine getirilebildiği hallerde, bu yönde bir varsayımın gündeme gelmeyeceğini ileri sürmektedir<sup>462</sup>.

Von Tuhr/Peter, İBK. m. 396 f. 2’de yer alan “*Ermächtigung*” kavramının hem doğrudan temsil yetkisi (Vollmacht) hem de dolaylı temsil yetkisi (die Befugnis zur mittelbaren Vertretung) anlamına gelebileceğinden, hükmün pratik bir önem taşımadığını zikretmektedir. Yazarlar “*Ermächtigung*” kavramının genel bir anlamının olduğunu, havale ve dolaylı temsilde de kullanıldığından doğrudan temsilde bu kavrama değinilmemesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>463</sup>.

Gauch/Schluep’a göre, gerçek olmayan temsilci kendi adına hareket ettiğinde, temsil yetkisine ihtiyaç duymaz. Bir kimse vekil sıfatıyla hareket ettiğinde, İBK. m. 396 f. 2 sadece doğrudan temsile ilişkin olduğundan, vekâletten ayrı bir yetkiye gereksinim yoktur. Böylece hükümde ifade edilen yetki ile doğrudan temsil yetkisi kastedilir<sup>464</sup>. Kocayusufpaşaoğlu da benzer tarzda dolaylı temsil için bir yetkilendirme işleminin gerekli olmadığını, Borçlar Kanununun 504. maddesinin 2. fıkrasında geçen temsil yetkisinin dolaylı temsil ile hiçbir ilgisinin bulunmadığını, sözü edilen yetki ile doğrudan temsil yetkisinin amaçlandığını belirtmektedir<sup>465</sup>.

Tandoğan, hukuki işlemlerin yapılmasına ilişkin vekâlette vekilin müvekkilin doğrudan veya dolaylı temsilcisi olarak hareket ettiğine, temsil yetkisinin de yapılacak işin gereklerine göre doğrudan veya dolaylı olabileceğine işaret etmektedir<sup>466</sup>. Yazar hangi çeşit yetkinin öngörüldüğüne ilişkin bir açıklık olmadığında, bunun sözleşmenin yorumundan çıkarılabileceğini, işlemin niteliği gereği doğrudan veya dolaylı temsil yollarından herhangi biriyle yerine getirilmesinde bir sakınca bulunmadığında ve bu

<sup>462</sup> GAUTSCHİ, m. 394, n. 10; m. 394, n. 23 a; m. 396, n. 27 b.

<sup>463</sup> VON TUHR/PETER, s. 348 dn. 9 ve s. 356 dn. 14. Violand da bu kavramın geniş bir yetki tanımlamasını ifade ettiğini, havale işlemlerinde ve vekâlet sözleşmesinde de kullanıldığını vurgulamaktadır. Vekilin İBK. m. 396 f. 2’de ve İBK. m. 401 f. 1’de sahip olduğu “*Ermächtigung*” ile kendi adına hareket etmesinin mümkün olduğunu, İBK. m. 398 f. 3’te yer alan kavramın mutlaka doğrudan temsil yetkisi anlamına gelmediğini, dolaylı temsil için yetkiyi (befugnis) kapsayabileceğini ifade etmektedir. Yazar, “*Ermächtigung*” kavramının İBK. m. 32 vd. kanun koyucu tarafından öngörülmesine rağmen doğrudan temsilde kullanılmamasını, “*Vertretungsmacht*” teriminin tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır. VIOLAND, s. 11 ve dn. 15. Künzle ise İBK. m. 33’te yer alan yetkinin dolaylı temsilci olarak işlem yapmayı da içerdiğini belirtmektedir. KÜNZLE, s. 268.

<sup>464</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 1428.

<sup>465</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 652.

<sup>466</sup> Yazar, yetkiyi doğrudan ve dolaylı temsili kapsayacak tarzda tarif etmektedir. Tandoğan’a göre, “*Temsil yetkisi, temsil yetkisine sahip kişiye, başkası adına ve hesabına (doğrudan temsil) sözleşmeler veya hukuki işlemler yapma yetkisi verdiği gibi başkası hesabına ve kendi adına (dolaylı temsil) sözleşmeler ya da hukuki işlemler yapma yetkisi de verir*”. YAVUZ’dan naklen, (Dolaylı Temsil), s.23 dn. 33.

konuda olanağın olması halinde, doğrudan temsil yetkisinin karine olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eder<sup>467</sup>. Akipek de benzer şekilde doğrudan temsil yetkisine sahip vekilin hukuki işlemi müvekkili adına ve hesabına yapacağını, vekilin dolaylı temsil yetkisine sahip olması halinde ise işlemi kendi adına ve müvekkili hesabına gerçekleştireceğini zikreder. Akipek, açıkça belirtilmediğinde vekilin hangi tür temsil yetkisine sahip olduğunun sözleşmenin yazımından çıkarılacağını, herhangi bir sonuca ulaşamadığında ise karinenin vekilin hukuki işlemleri doğrudan temsilci olarak yapacağı yolunda olduğunu savunmaktadır<sup>468</sup>.

Oser/Schönenberger'e göre, İBK. m. 396 f. 2'de yer alan "Ermächtigung" ile sadece doğrudan temsil için yetki (Vollmacht) anlaşılırsa, komisyon kavramıyla ve komisyon sözleşmesinin yapılması amacıyla tutarsız olacak şekilde bütün alım veya satım komisyoncularının temsil olunan adına alım veya satım yapmaları mümkün olacaktır. Böylece "Ermächtigung" müvekkil adına değil, hesabına işlem yapma yetkisi anlamındadır. Zira vekâletin yerine getirilmesi için gerekli hukuki işlemler doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla yapılabilir. İBK. m. 396 f. 2 hükmü bir karine içermez. Diğer sözleşme ilişkilerinde de benzer bir durum söz konusudur. Hizmet sözleşmesinin içeriği, işlemlerin yapılmasında doğrudan temsili, dolaylı temsili veya her ikisini de kapsayacak yetkiyi (Ermächtigung) barındırdığını belirleyecektir<sup>469</sup>.

Künzle, İBK. m. 396 f. 2'nin vekâletin üstlenilen işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yerine getirilmesi yetkisini (Ermächtigung) içerdiğini, ancak bunun doğrudan temsil yetkisi (Vollmacht) verildiği anlamına gelmediğini, vekilin görevini hemen bütün işlerde dolaylı temsil yetkisiyle (indirekten Vollmacht) de yerine getirebileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Vekâletin verilmesi örtülü bir yetkilendirme niteliğindedir. Böylece vekâlete sıklıkla doğrudan veya dolaylı temsil için yetki (Vollmacht) eşlik etmektedir. Bu anlamda Hofsteller'in argümanları yerinde değildir. Amaca uygunluğun ve tarafların olası iradelerinin doğrudan temsil yönünde olduğunun ileri sürülmesi isabetli olmaktan uzaktır. Zira temsil olunanın korunması esastır. Temsil olunanın kesin olarak doğrudan temsil için

<sup>467</sup> TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 356 ve s. 395.

<sup>468</sup> AKİPEK Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara 2003, s. 46-47.

<sup>469</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 33, n. 6 ve n. 8.

yetki vermemesi durumunda, kendisinin aşırı derecede bağlanması sonucunu doğuracak iradesinin bu yönde olacağının savunulması yerinde değildir. Bu anlamda vekâletin yerine getirilmesi için gerekli olan doğrudan temsil yetkisi değil (die Vollmacht zu direkter Stellvertretung), dolaylı temsil yetkisidir (die Vollmacht zu indirekter Stellvertretung)<sup>470</sup>.

Yavuz, vekilin BK. m. 504 f. 2 uyarınca vekâletin kapsamına giren hukuki işlemleri yapması konusunda yetkisinin olduğunu, bu yetkinin doğrudan temsilci veya dolaylı temsilci sıfatıyla kullanılabileceğini ifade etmektedir. Taraflar vekilin hangi tarz yetkiye sahip olduğunu açıklığa kavuşturmadıklarında, sözleşmenin yorumundan sonuca varılacaktır. Yazara göre, her iki temsil türü başkası hesabına hukuki işlem yapma yollarından olduğundan, aynı amaca varmak için kullanılan farklı ancak eş değerde iki araç söz konusudur. Böylece vekilin hukuki işlemi doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla yapması hususunda seçim hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Vekâletin kapsamından hareketle de bir seçim hakkının varlığına ulaşılmalıdır. Aksi takdirde vekilin vekâletini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu olmasının koşulları ağırlaşacaktır<sup>471</sup>. Bu çerçevede hükümde yer alan yetki, doğrudan temsil yetkisinin yanı sıra dolaylı temsil yetkisini içerir. Yavuz, dolaylı temsil yetkisinin doğrudan temsil yetkisi gibi kanuni bir terim olduğunu belirterek, dolaylı temsilin tanımında bir unsur olarak ele alınmasının önemini vurgulamaktadır<sup>472</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararları, İBK. m. 396 f. 2'nin doğrudan veya dolaylı temsile ilişkin yetkiyi (Ermächtigung) içerdiği yönündedir. Bir başka ifade ile mahkeme kararlarında hükmün sadece doğrudan temsil yetkisini kapsadığı reddedilmekte, dolaylı temsil yetkisini de kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim Federal Mahkeme 2 Haziran 1992 tarihinde, “İBK. m. 396 f. 2'nin öngördüğü doğrudan veya dolaylı temsile ilişkin yetki, işin gerçekleştirilmesi için gerekli hukuki işlemler ile sınırlıdır” kararına yer vermiştir<sup>473</sup>.

<sup>470</sup> KÜNZLE, s. 49, s. 50 dn. 84 ve s. 235-236.

<sup>471</sup> YAVUZ Cevdet/ÖZENBurak/ACAR Faruk, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1178.

<sup>472</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 29.

<sup>473</sup> BGE 118 II 313 S. 315 ve özellikle S. 316. Benzer yönde BGE 41 II 271 E. 3.

İsviçre doktrinde ve kaynak kanunun Almanca metninde yetkinin karşılığı olarak kullanılan terimlerin geniş bir yelpaze oluşturduğunu görmekteyiz. Doktrinde gerek doğrudan gerekse dolaylı temsilde “Vollmacht” ve “Ermächtigung” terimlerine yer verilmesinin yanısıra, her iki temsil türünde “Befugnis” kelimesi de kullanılmaktadır. Yetkinin karşılığı olarak kullanılan terimlerin belli bir tür temsile özgülmesi gayretlerinin olmasına rağmen, terminoloji geniş bir serbesti içermektedir. Kaynak kanunun Almanca metninde benzer bir yaklaşım söz konusudur. Temsile ilişkin genel hükümlerde yetkinin karşılığı olarak “Vollmacht” ve “Ermächtigung” terimleri kullanılmaktadır. Borçlar Kanununun özel hükümlerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesinin 396. maddesinin 2. fıkrasında ise “Ermächtigung” terimine yer verilmiştir. Von Tuhr/Peter ve Violand, bu kavramın her iki temsili içerdiğinden doğrudan temsilde kullanılmaması gerektiğine işaret etmektedir. Birçok yazar vekilin hukuki işlemleri doğrudan veya dolaylı temsil yoluyla gerçekleştirebileceğini ifade etmektedir. Görüşler temelde hükümde öngörülen yetkinin hangi tür temsili karine olarak düzenlediği konusunda ayrılır. Kanımızca BK. m. 504 f. 2, vekâletin yerine getirilmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılmasında temsil yetkisinin bulunduğu ilişkin bir karine öngörmekte, ancak vekilin hangi tür temsil yetkisine sahip olacağını düzenlememektedir. Böylece hükümden hareketle belli bir temsil türüne ulaşılamaz. İsviçre Federal mahkemesinin kararlarına yansıdığı üzere BK. m. 504 f. 2, doğrudan ve dolaylı temsile ilişkin yetkiyi içerdiğinden, dolaylı temsilin yetkiyi gerektirmemesi nedeniyle kullanılan terimin doğrudan temsil yetkisini ifade ettiğinin savunulması yerinde değildir. Hükümde yer alan yetki terimi ile sadece doğrudan temsil yetkisine ulaşılması, kanunda düzenlenen komisyon sözleşmesinin niteliği ile tutarsız olacaktır. Zira bu durumda komisyoncunun bütün alımlarını veya satımlarını temsil olunan adına yapması mümkün olacaktır ki, varılacak böyle bir sonuç, tipik bir dolaylı temsil ilişkisini teşkil eden komisyon sözleşmesinin yapılması amacına aykırıdır. Keza bu yaklaşım komisyon sözleşmesi bölümünde düzenlenen BK. m. 537’de (İBK. m. 430)<sup>474</sup> ve BK. m. 543’te (İBK. m. 436)<sup>475</sup> değinilen yetkinin niteliğinin açıklanmasını güçleştirecektir. Diğer yandan BK. m. 532 f. 2 gereğince komisyon sözleşmelerine

<sup>474</sup> BK. m. 537 f. 1, “Yetkisi olmaksızın veresiyle mal satması dışında (...)” hükmünü içerir.

<sup>475</sup> BK. m. 543 f. 1, “Borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan kambiyo senetleri veya diğer kıymetli evrakı ya da ticari malları satmaya veya satın almaya yetkili kılınan komisyoncu (...)” şeklindedir.



vekâlet hükümlerinin uygulanacağı dikkate alındığında, komisyoncunun sahip olması gereken yetkinin kapsamının belirlenmesinde BK. m. 504 f. 2'nin uygulanması kaçınılmaz olacaktır. Bu durumda BK. m. 504 f. 2'de yer alan yetki kavramının dolaylı temsil yetkisini de içermesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Nitekim Künzle, komisyon sözleşmesinin İBK. m. 425'nin tanımını itibarıyla sadece dolaylı temsile ilişkin yetkiyi (nur eine Vollmacht zur indirekten Stellvertretung) taşıdığını ifade etmektedir<sup>476</sup>.

Tarafların olası iradelerinin, amaçlarının ve işlemin niteliğinin doğrudan temsil yönünde olduğuna ilişkin değerlendirmeler tamamen göreceli bir çıkış noktasını barındırmaktadır. Temsilcinin iflası tehlikesinden ötürü doğrudan temsilin karine olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüşleri, temsil olunanın korunması esasında hareket eden ve temsil olunanın aşırı derecede bağlanması sonucuna yer verecek iradenin bu yönde olamayacağını savunan dolaylı temsil yaklaşımları karşılamaktadır. Yazarların değişik bakış açılarından hareketle ulaştıkları karineler, kanun hükmünün açık düzenlemesi karşısında doğru gözükmemektedir. Kanımızca vekilin hangi tür yetkiye sahip olduğu hususunda açıklık yoksa, bu konuda sözleşmenin genel ilkeler doğrultusunda yorumlanmasıyla sonuca ulaşılabilecektir. Sözleşmenin yorumundan hareketle belli bir temsil türüne ulaşılmadığında nasıl bir yol izlenecektir? Bizce temsil olunan, işlemlerin belli bir temsil türünde yürütülmesini istiyorsa, bunu anlaşılır kılmalıdır. Temsil olunan, kendisini hukuki işlemlerde temsil edecek bir kimseyi tayin ettiğinde, gerek temsilcinin şahsı ile ilgili gerekse yürütülecek işlemlerin içeriğinin belirlenmesinde gerekli özeni göstermek zorundadır. Temsil olunan bu yönde bir irade yansıtmadığında, vekilin hukuki işlemleri doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla yerine getirmesi konusunda seçim hakkına sahip olduğu sonucuna varılmalıdır. Vekilin vekâlet sözleşmesi kapsamında sorumluluğu dikkate alındığında, vekâletin gereği gibi yerine getirilmediği hallerde sorumluluğunun ağırlaştırılması gündeme geleceğinden, aksi yönde bir düzenleme olmadığında ve sözleşmenin yorumundan farklı bir sonuca ulaşılmadığında vekilin seçim hakkına sahip olacağını kabul etmek gerekir. Yetki vermek suretiyle hareket alanını genişleten temsil olunan, gerekli önlemleri tesis etmekle ve açıklığı sağlamakla yükümlüdür. Çatışan menfaatlerin tehlikesini, tehlike zeminini oluşturan temsil olunan taşınmalıdır.

---

<sup>476</sup> KÜNZLE, s. 263.

Dolaylı temsil alanında bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hareket edebilmesi, o kimsenin bu konuda yetkili olmasını gerektirir. Bu yetkinin kaynağını temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişki teşkil edecektir. Türk Borçlar Kanununun 504. maddesinin 2. fıkrasında (İBK. m. 396 f. 2) yer verilen yetki “Ermächtigung” kavramı, doğrudan temsil yetkisi yanında dolaylı temsil yetkisinin karşılığını oluşturmaktadır.

### **iii. Dolaylı Temsili Düzenleyen Hükümler**

Özel hukukun modern kodifikasyonlarında dolaylı temsile ilişkin bağımsız düzenlemelere genel olarak yer verilmemiştir. Türk-İsviçre hukuk sistemi de dolaylı temsili pozitif bir hukuk metninde öngörmez. Ancak Borçlar ve Ticaret Kanununda dağınık bir şekilde dolaylı temsilin unsurlarına değinen maddeler bulunmaktadır. Dolaylı temsilin uygulama alanına hitap eden değişik hükümler de mevcuttur. Bu temsil türünün değişik görünüm şekilleri ayrıntılı olarak işlenmektedir. Bu normların geçerliliklerinin düzenlendikleri uygulama alanlarıyla sınırlı olmadığı, genel bir nitelik taşıdığı konusunda güçlü emareler mevcuttur. Dolaylı temsilin sistemimizde işgal ettiği yerinin anlaşılabilmesi ve pozitif düzenlemesinin belirlenebilmesi için bu hükümlerin incelenmesi gerekir.

#### **aa. Dolaylı Temsili Genel Olarak Düzenleyen Hükümler**

Türk-İsviçre Borçlar Kanununda dolaylı temsili genel olarak düzenleyen üç madde bulunur. Bunlardan birincisi kanunun genel hükümleri arasında yer alan 40. maddenin 3. fıkrasıdır. Kanunun özel borç ilişkilerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin 509. maddesi de dolaylı temsili genel olarak düzenler. Son olarak adi ortaklık sözleşmesi bölümünde düzenlenen 637. maddenin 1. fıkrası dolaylı temsilin esasını genel olarak ifade etmektedir<sup>477</sup>.

#### **aaa. BK. m. 40 f. 3**

BK. m. 40 f. 1’de ve f. 2’de (İBK. m. 32 f. 1 ve f. 2) doğrudan temsile ilişkin koşullar düzenlenmiştir. Hükümün 3. fıkrasında ise, “*Diğer durumlarda alacağın devri*

<sup>477</sup> GAUTSCHİ, m. 394, n. 12b; YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 124; AKÜNAL, s. 29.

veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır” düzenlemesi öngörülür<sup>478</sup>. Kanun metninde yer alan bu ifade şeklinin, ikinci fıkra ile bağlantılı olarak doğrudan temsile ulaşılamadığı hallerde temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı işlemleri içerdiği, bu anlamda dolaylı temsili kapsadığı kabul edilmektedir. Doktrinde temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı kabul edilen işlemin hukuki sonuçlarının temsil olunana geçirilmesinde alacağın devrine veya borcun üstlenilmesine ilişkin kuralların uygulanacağı savunulmaktadır<sup>479</sup>.

Yavuz, bu temsil türünün unsurlarına başka hükümlerde değinilmeseydi, sadece bu hükümden hareketle dolaylı temsilin tanındığı sonucuna varılamayacağını haklı olarak belirtmektedir<sup>480</sup>.

### bbb. BK. m. 509

Türk-İsviçre Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmının vekâlet sözleşmeleri bölümünde yer alan BK. m. 509 (İBK. m. 401), dolaylı temsilin esasını teşkil eden unsurlarını ve etkilerini düzenler. Hüküm, “*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer (f.1). Vekilin iflası halinde vekâlet veren, bu alacağın kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı da ileri sürebilir (f.2). Vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır*

<sup>478</sup> OR 2020 tasarısı bu hükme yer vermez.

<sup>479</sup> AKYOL, s. 57-59; İNCEOĞLU, s. 44 dn. 165;; REİSOĞLU, s. 130; ESENER (Temsil), s. 95-96 v; ATAAY, s. 194; FEYZİOĞLU, s. 395 ve s. 408; BELGESAY, s. 125; VELİDEDEOĞLU/KAYNAR, s. 69; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32-40, n. 5; WATTER/SCHNELLER, m. 32, n. 31. Künzle ise genel hükümlerde düzenlenen temsile ilişkin maddelere dikkate değer bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Yazar, İBK. m. 32’nin düzenlediği kanuni modelin tek taraflı, aktif ve pasif, iradi, yetkiye dayalı doğrudan temsile ilişkin olduğunu, ancak bu modelin değişik temsil çeşitlerine dair birçok birleşim olanağından sadece birini teşkil ettiğini, böylece BK. m. 32 f. 1’de formüle edilen her bir koşul ile temsil çeşitlerinin birbirleriyle bağlantılı olduğunu ifade etmektedir. Buna göre kanun yetkili temsilde doğrudan temsil (İBK. m. 32 f. 1 ve f. 2) ile dolaylı temsil (İBK. m. 32 f. 2 ve f. 3) arasında ayırım yapmaktadır. İBK. m. 33-37 ve İBK. m. 40 her iki temsil çeşidine de uygulanacaktır. Ancak dolaylı temsile ilişkin kurallar kanun metninde kendisini eksik göstermektedir. Bunların kısmen yorum yoluyla ortaya konulması gerekir. KÜNZLE, s. 11 ve s. 20-23.

<sup>480</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 126.

(f.3)” şeklindedir. Kanun koyucu bu hüküm ile işlemin ekonomik karakterine ağırlık vererek, taraflar arasındaki ilişkinin dışa etkili olmasını düzenlemektedir<sup>481</sup>.

Doktrin BK. m. 509’un (İBK. m. 401) geniş yorumlanarak, temel işlemin vekâlet sözleşmesi olduğu durumlar dışında, bütün dolaylı temsil hallerinde uygulama alanı bulacağını kabul eder<sup>482</sup>. İsviçre Federal mahkemesi de İBK. m. 401’in komisyon sözleşmesinde uygulanacağı sonucuna ulaşarak, hükmün etkisini düzenlendiği alan ile sınırlamamıştır<sup>483</sup>. Bir başka deyişle, düzenlemenin içeriği vekâlet sözleşmesine değil, dolaylı temsile aittir. Kanun koyucu bu hükme vekâlet hükümleri bölümünde yer vererek, bütün dolaylı temsil hallerinde uygulanabilir bir düzenleme oluşturmak istediğini göstermektedir. Kanun metni ticari ve ticari olmayan işlemler arasında fark gözetmeksizin uygulanmasını öngördüğünden, Alman Ticaret Kanununa (HGB m. 392, m. 406) göre daha kapsamlı bir sınıra sahip olduğunu kanıtlamaktadır.

### **ccc. BK. m. 637**

BK. m. 637 f. 1 (İBK. m. 543 f. 1), “*Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur*” düzenlemesini öngörür. Hüküm dolaylı temsilin unsurlarını ve borçlandırıci işlemler alanındaki sonuçlarını belirtmektedir<sup>484</sup>. Dolaylı temsilde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin doğmayacağına ilişkin genel bir hukuk ilkesini içeren düzenlemenin genel bölümde yer almasının isabetli olacağı savunulmaktadır<sup>485</sup>.

<sup>481</sup> FELLMAN, m. 401, n. 13.

<sup>482</sup> PESTALOZZI, s. 62 ve s. 81. Hofstetter, İBK. m. 401’in olması gereken hukuk açısından borçlar hukukunun genel hükümlerinde temsil kurallarına eklenmesi gerektiğini, bu durumun vekâlet dışında da bir hukuki ilişki çerçevesinde dolaylı temsilci sıfatıyla hareket edilebilmesinden ötürü dayanaklı olacağını savunmaktadır. HOFSTELLER, s. 136. Oğuzman/Öz ise hükmün diğer dolaylı temsil durumlarında uygulanmayacağını ileri sürmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 165 dn. 550,

<sup>483</sup> BGE 41 II 573; BGE 47 II 218. Aynı sonuca BK. m. 532 f. 2’nin göndermesi ile varılmaktadır. Benzer yönde Koller (AT), n. 1470.

<sup>484</sup> Yavuz, hükmün genel bir niteliğe sahip olmasına rağmen, BK. m. 509’da yer verilen düzenleme karşısında ayrıca ifade edilmesinin isabetli olmadığını belirtmektedir. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 127-128.

<sup>485</sup> GAUTSCHI, m. 394, n. 12 b; AKÜNAL, s. 29. Akünal, kanunun genel bölümünde yer alması gereken bu ilkenin özel borç ilişkilerinde bulunmasının doğrudan temsil ile dolaylı temsil ayırımının kanunda reddedildiği anlamına gelmediğini, gerçekleştirilen ayırımın başarısızlığını ortaya koyduğunu vurgulamaktadır. AKÜNAL, s. 30.

## **bb. Dolaylı Temsilin Uygulanması Niteliğindeki Hükümler**

Türk-İsviçre hukuk düzeninde dolaylı temsili genel olarak düzenleyen hükümler dışında, bu temsil türünün uygulama alanı bulduğu düzenlemeler de söz konusudur. Bu düzenlemeler Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmında ve Ticaret Kanununda yer alır. Dolaylı temsile ilişkin kapsamlı bir bakış açısına sahip olabilmemiz için bu hükümleri tespit etmemiz gerekir.

### **aaa. Vekâlet Sözleşmesi**

Vekil, vekâlet sözleşmesi ile vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlenir<sup>486</sup>. Hukuki işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin vekâlette vekilin müvekkilin hesabına hareket etmesinde iki yolun olduğu kabul edilir. Vekil, işlemleri belli koşullar altında doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla yerine getirir<sup>487</sup>. Kanun koyucu, vekilin her iki tür temsil kapsamında vekâletin amacına ulaşılabilmesine ilişkin bir düzenleme öngörür<sup>488</sup>. Böylece mevcut düzenlemelerin sistematüğinde vekilin doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etmesi olanağının eşit bir konuma sahip olduğu kabul edilebilecektir<sup>489</sup>.

### **bbb. Vekâletsiz İşgörme**

BK. m. 526 (İBK. m. 419), “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür*” şeklindedir. Maddede yer alan “*başkasının hesabına işgörme*” kavramından hareketle, vekâletsiz işgörmenin hukuki işlemler alanında iş sahibinin adına ve hesabına veya işgörenin adına olmak üzere iş sahibinin hesabına gerçekleştirilebileceği sonucuna varılır<sup>490</sup>. Bu sonuca vekâlet hükümlerinin uygulanmasına atıfta bulunan 531. maddeden de ulaşılabacaktır.

<sup>486</sup> BK. m. 502 f. 1; İBK. m. 394 f. 1.

<sup>487</sup> KÜNZLE, s. 56 ve s. 235-236; FELLMANN, m. 396, n. 11, n. 45 ve n. 47; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 356-357; AKİPEK, s. 46-47.

<sup>488</sup> GAUTSCHİ, m. 401, n. 30 a.

<sup>489</sup> Yavuz ve Akünal, vekâlet sözleşmesinin kanuni düzenlemesinde vekilin doğrudan temsilci veya dolaylı temsilci olarak hareket etmesi ihtimalinin, Türk-İsviçre Borçlar Kanununun bir özelliğini teşkil edecek şekilde diğer kanunlardan farklı olarak eşit değerde ve yan yana yer aldığını savunmaktadır. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 128; AKÜNAL, s. 29.

<sup>490</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 129; KÜNZLE, s. 56.

BK. m. 529 (İBK. m. 422) da işgörenin dolaylı temsilci olarak kendi adına ve başkası (iş sahibi) hesabına hareket etmesine ilişkindir<sup>491</sup>. Düzenleme iş sahibine, işgörenin onun hesabına yüklendiği borçlardan kurtarma yükümlülüğü getirmektedir. Yavuz, Fransız Medeni Kanununda iş sahibi adına yapılan işlemlerde de iş sahibinin borçları üstlenmek zorunda olduğuna ilişkin bir düzenlemenin yer aldığını, bu çözüm şeklinin basitliğinden ve doğrudan temsil ile dolaylı temsilin eşit ve yan yana konumundan ötürü hukukumuzda de lege ferenda savunulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>492</sup>. Tandoğan’a göre, iş sahibi, adına yapılan sözleşmeyi onamadığı takdirde işgören yetkisiz temsile ilişkin BK. m. 47 (İBK. m. 39) gereğince sorumlu olacaktır. Bu durumda işin görülmesi iş sahibinin menfaatine ise, işgören ondan kendisini bu tazminat borcundan kurtarmasını isteyebilecektir. Ancak işgören, iş sahibini işlemi onamaya zorlayamaz<sup>493</sup>. Guhl/Merz/Kummer ise benzer şekilde hükmün temsil olunanın (iş sahibinin) menfaatine hareket edilmesi koşulu ile doğrudan temsilde de uygulanabileceğini, böylece temsil olunanın (iş sahibinin) temsilciyi (işgöreni) İBK. m. 39 uyarınca üçüncü kişiye karşı olan borçlarından kurtarması gerektiğini savunmaktadır<sup>494</sup>.

Borçlar Kanununda vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen hükümler, dolaylı temsilin uygulama alanına hitap etmektedir.

### ccc. Komisyon Sözleşmesi

Komisyon sözleşmesi tipik bir dolaylı temsil ilişkisidir<sup>495</sup>. Dolaylı temsil yetkisine sahip olan komisyoncu hukuki işlemleri kendi adına ve temsil olunan hesabına yapmaktadır<sup>496</sup>. Nitekim BK. m. 532 f. 1 (İBK. m. 425 f. 1), “*Alım veya satım*

<sup>491</sup> Vekâletsiz işgören dolaylı temsilciyi, gerçek bir vekil olarak değerlendiren görüş için bkz. GUHL/MERZ/KUMMER, s. 150.

<sup>492</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 130 dn. 20.

<sup>493</sup> TANDOĞAN Haluk, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1975, s. 275.

<sup>494</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, s. 150.

<sup>495</sup> Ancak komisyon sözleşmesi dolaylı temsilin tek ve zorunlu kombinasyonu değildir. Yavuz, komisyon sözleşmesinin Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında düzenlenmesinin, bu kanunlarda dolaylı temsilin bir hukuk kurumu olarak benimsendiğini gösteren bir kanıt olduğunu düşünmektedir. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 131.

<sup>496</sup> Künzle, komisyoncunun İBK. m. 425’nin tanımı itibarıyla sadece dolaylı temsile ilişkin yetkiye (Vollmacht) sahip olduğunu ifade etmektedir. KÜNZLE, s. 55-56 ve s. 263. Nitekim BK. m. 537’de komisyoncunun yetkisi olmadan işlem yapmasından (İBK. m. 430’da “unbefugterweise”) ve BK. m. 543 f. 1’de yetkili kılınmasından (İBK. m. 436 f. 1’de “befugt”) söz edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanununun 532. maddesinde düzenlenen komisyon

*komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım ve satımını üstlendiği sözleşmedir”* hükmünde dolaylı temsilin unsurlarına değinilir. Dolaylı temsilci sıfatıyla hareket eden komisyoncu kendi adına işlem yaptığından, üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği dış ilişkinin tarafı konumundadır. Bu anlamda işlemde doğan haklar ve borçlar komisyoncuya ait olmakla birlikte, dolaylı temsil kuralları uyarınca işlem müvekkil hesabına yapıldığından bu haklar ve borçlar iç ilişkide müvekkile geçmektedir veya geçirilecektir<sup>497</sup>. Doktrinde de komisyon sözleşmesinin dolaylı temsile özgü bir sözleşme figürü olduğu oybirliği ile kabul edilir<sup>498</sup>.

BK. m. 546 f. 3’te taşıma işleri komisyonculuğu hakkındaki özel hükümler saklı tutulmuştur. Taşıma İşleri Komisyonculuğu TTK. m. 917-930’da düzenlenir. Bu sözleşme ile komisyoncu dolaylı temsilci sıfatıyla eşya taşımayı üstlenir<sup>499</sup>. TTK. m. 917 (3) gereğince, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla komisyonculuk sözleşmesi ve eşyanın taşınmasına ait konularda taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler taşıma işleri komisyonculuğuna da uygulanır. Keza TTK. m. 918 (3) uyarınca, *“Taşıma işleri komisyoncusu, gerekli sözleşmeleri kendi veya böyle bir yetki almış olmak şartıyla, gönderen adına yapar”*. Böylece komisyoncunun temelde kendi adına ve gönderen hesabına dolaylı temsilci sıfatıyla işlem yaptığı<sup>500</sup>, ancak yetkili olması halinde gönderen adına da doğrudan temsilci sıfatıyla hareket edebileceği öngörülmektedir.

TTK. m. 102-123’te düzenlenen acentelikte de dolaylı temsilin uygulama alanı bulabileceğini belirtmemiz gerekir. Nitekim acenteliğin uygulama alanının düzenlendiği 103. madde, *“(1) Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, bu Kısım hükümleri şunlar hakkında da uygulanır: a) Sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar (...)”* içeriğini taşır. Böylece yerli veya yabancı bir tacirin hesabına ve kendi adına sözleşme yapmaya yetkili olan acentenin faaliyetinin bir dolaylı temsil teşkil ettiğini görmekteyiz.

---

sözleşmesinin tanımı dikkate alındığında, sözü edilen yetki ile dolaylı temsil yetkisinin kastedildiği sonucuna varılması gerekir.

<sup>497</sup> YAVUZ (Özel Hükümler), s. 1286; KÜNZLE, s. 55-56.

<sup>498</sup> SCHWENZER, n. 40.05; VON BÜREN, s. 167; İNCEOĞLU, s. 43.

<sup>499</sup> TANDOĞAN (Üçüncü şahsın zararının tazmini), s. 133; EREN, s. 388.

<sup>500</sup> Bu konuda ayrıca bkz. TTK. m. 922 (1).

### ççç. Adi Ortaklık Sözleşmesi

BK. m. 637 f. 3 (İBK. m. 543 f. 3) uyarınca, “Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır”. Yönetici ortak, hukuki işlemleri dolaylı temsil veya doğrudan temsil yoluyla gerçekleştirebilir<sup>501</sup>. Maddenin birinci fıkrasında, ortağın kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişiyle işlem yapması halinde, ortağın bizzat alacaklı ve borçlu olacağı öngörülmektedir. Düzenleme ortağın dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etmesine ilişkindir. Buna karşılık ortaklardan birinin, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yapması halinde, diğer ortakların temsile ilişkin hükümler uyarınca alacaklı veya borçlu olacaklarının belirtildiği hükmün ikinci fıkrası ise doğrudan temsilci sıfatıyla hareket edilmesine dair bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir.

Anonim Şirketlerin kuruluşuna ilişkin Ticaret Kanununun 337. maddesinde yer alan hüküm de dolaylı temsile ilişkin bir düzenlemeyi öngörür<sup>502</sup>. Hükümün birinci fıkrası uyarınca, pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucu olarak tanımlanır. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise kurucuların birinci fıkrada yazılı işlemi üçüncü bir kişinin hesabına yaptıkları takdirde, bu kişilerin de kuruluştan doğan sorumluluk açısından kurucu sayılacakları ifade edilmektedir.

### ddd. Havale

Havale ile yerine getirilen edimlerde doğrudan temsilin oluşmadığı kabul edilir<sup>503</sup>. Havalede bir kimsenin hesabına hareket edilmekle birlikte, işlem o kimsenin adına yapılmaz. Nitekim havalenin tanımına yer veren BK. m. 555 (İBK. m. 466), “Havale, havale edenin kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul

<sup>501</sup> GAUTSCHİ, m. 396, n. 28 a. Yavuz, temsil yetkisine sahip ortağın bu yetkisini iki şekilde kullanabileceğini vurgulamaktadır. YAVUZ (Özel Hükümler), s. 1467.

<sup>502</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 133.

<sup>503</sup> İsviçre Federal Mahkemesi 27.06.1995 tarihli kararında, havalede dolaylı temsilci sıfatıyla hareket edildiğine hükmetmiştir. BGE 121 III 310 S. 312.



*etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir” hükmünü öngörür. Bu kapsamda havalenin dolaylı temsilin bir uygulama alanını teşkil ettiğini kabul etmek gerekir<sup>504</sup>.*

### **eee. Başkası Hesabına Poliçe Düzenlenmesi**

Poliçenin başkası hesabına düzenlenmesi sürecinde dolaylı temsilin uygulanma alanı söz konusudur<sup>505</sup>. Bu husus Ticaret Kanununun 673. maddesine yansımaktadır. Hükme göre, “(1) *Poliçe bizzat düzenleyenin emrine yazılı olabileceği gibi, bizzat düzenleyen üzerine veya bir üçüncü kişi hesabına da düzenlenebilir*”<sup>506</sup>. Poliçenin üçüncü kişi hesabına düzenlenmesi durumunda, poliçeyi düzenleyenin bir komisyoncu konumunda olduğu kabul edilir. Bu kural, TTK. m. 818 (1)(a) uyarınca çekler hakkında da uygulanır.

### **b. Alman Hukukunda Dolaylı Temsil**

Alman Medeni Kanununun genel hükümlerinde yer verilen temsile ilişkin kurallar sadece doğrudan temsile ilişkin düzenlemeler öngörür. Bu yaklaşımın temelini kanunun tasarı gerekçesinde görmekteyiz. Tasarı gerekçesinde temsilin niteliği gereği sadece bir hukuki işlemin başkası adına yapılması veya başkası adına bir hukuki işleme muhatap olunması şeklinde algılandığı; bir kimsenin kendi adına, ancak hukuki sonuçları başkasına ait olması amacıyla bir hukuki işlemi yapması olarak ifade edilen dolaylı temsilin hukuki açıdan incelendiğinde temsil olgusuna dahil olmadığı vurgulanmaktadır. Bir kimsenin kendi adına hareket ederek yaptığı hukuki işlemin ekonomik sonuçlarının geçişinin başka bir hukuki işleme ihtiyaç duyduğu, bu intikalin kanun gücü ile gerçekleştirilmesinde pozitif bir kural öngörülmesi için yeterli gerekçelerin bulunmadığı belirtilmektedir<sup>507</sup>. Alman Medeni Kanununda pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmamışsa da işlemlerin sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca dolaylı temsil çerçevesinde gerçekleştirilebileceği kabul edilmekte, bu kapsamda

<sup>504</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 132-133.

<sup>505</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 134.

<sup>506</sup> İBK. m. 993 f. 3.

<sup>507</sup> Alman Medeni Kanun Tasarısı Gerekçeleri, Genel Bölüm, Band I, Berlin 1888, s. 223-224. Bu konuda bkz. <https://archive.org/stream/motivezudemmentw01germgoog#page/n227/mode/2up> (27.02.2014).

doktrinde genel olarak doğrudan ve dolaylı temsil ayırımına yer verilmektedir<sup>508</sup>. Bununla birlikte bu temsil türü Alman Ticaret Kanununda iki hükümde düzenlenmiştir. Alman hukuk sisteminde Komisyon işlemi (HGB m. 383-406) ve Taşıma işlemi (HGB m. 453-466) tipik bir dolaylı temsil olarak öngörülmektedir.

Dolaylı temsilin oluşmasında diğer kıta Avrupa hukuk sistemlerindeki yaklaşıma benzer şekilde ilgili işlemin dolaylı temsilci tarafından kendi adına ve başkası hesabına yapılması koşulu aranır<sup>509</sup>. Ancak bu hukuk düzeninde dolaylı temsil ile ilgili olarak öngörülen sistem çerçevesinde yetki unsuruna genel olarak değinilmez. Nitekim Larenz/Wolf, bu temsil türünde doğrudan temsilden farklı olarak yetkiye (Vertretungsmacht) ihtiyaç bulunmadığını ileri sürer<sup>510</sup>. Schmidt-Rimpler ise bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hareket etmesinin, bu konuda doğrudan temsilde (Vollmacht veya Vertretungsmacht) olduğu gibi ayrı bir hukuki ilişkinin varlığını gerektirdiğini, böyle bir ilişki olmadan başkası hesabına hareket edilemeyeceğini savunmaktadır<sup>511</sup>. Busch daha açık bir tarzda, Alman hukukunda aracının sözleşmenin yapılması zamanında yetkili (with authority) bir şekilde kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmesi durumunda dolaylı temsilin oluşacağını vurgulamaktadır<sup>512</sup>. Müller-Freienfels ise Alman hukukunda “Vollmacht” kavramı ile bir kimsenin başkası adına hareket etmesinin, “Ermächtigung” kavramı ile de bir kimsenin kendi adına hareket etmesinin kastedildiğini, ancak bu iki kavrama yüklenen anlamın ve gerçekleştirilen katı ayırımın isabetli olmadığını zikreder. Yazar, İngiliz hukukunda bu konunun uzun zaman önce aşıldığını, bu hukuk düzeninde iki kavram arasında derin bir sistematik karşıtlığın algılanmadığını ifade etmektedir<sup>513</sup>.

Alman Medeni Kanun terminolojisine göre sadece doğrudan temsil, temsil olgusu içerisinde değerlendirilir. Kanun koyucu dolaylı temsile ilişkin özel kurallar

<sup>508</sup> HAGER, s. 239-241.; SCHWARK, s. 777-779; MÜLLER-FREIENFELS, Stellvertretungsregelungen, s. 15-16; FLUME, s. 743 ve s. 764; LARENZ/WOLF, s. 841.

<sup>509</sup> SCHULTZE-V.LASAU, vor § 164, n. 44; LEIPOLD, s. 225; HAGER, s. 239; SCHWARK, s. 777-779. Schlegelberger/Hefermehl, işlemin maddi yararlarının ve menfaatlerinin, tehlikesinin ve masrafinın işlemi yapan tarafa ait olmadığı, vekâlet verene ait olduğu durumlarda geleneksel olarak başkası hesabına hareket etmekten söz edildiğini ifade etmektedir. Yazarlara göre, burada bir kimsenin hukuken kendisi için olmakla birlikte, ekonomik anlamda başkası için yaptığı bir işlem bulunmaktadır. SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, § 383, n. 21.

<sup>510</sup> LARENZ/WOLF, s. 870.

<sup>511</sup> SCHMIDT-RİMPLE Walter, Das Kommissionsgeschäft, Handbuch des gesamten Handelsrechts, (1928), Fünfter Band, 1. Abteilung, 1. Hälfte, OR. Reisland, Leipzig-Zürich 1928, s. 494.

<sup>512</sup> BUSCH (Indirect Representation), s. 83.

<sup>513</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 99-101.

koymayı gerekli görmemiştir. Ancak doktrinde bir görüş, kanun koyucunun bu yaklaşımının isabetli olmadığını savunmaktadır<sup>514</sup>. Bu görüşün destekleyicileri, açıklama ilkesinin birçok konuda zaten ihlal edildiğini, kanun koyucunun bakış tarzının yerinde olmadığını, dolaylı temsilde işlemin aldığı hukuki şekil ile gerçek menfaat durumu arasındaki uyumsuzluğun özel sorunları beraberinde getirdiğini vurgulamaktadır. Böylece Alman MK. m. 164 vd. hükümlerinden bazı kuralların benzer menfaat durumlarında dolaylı temsilde de kıyasen uygulanabileceği belirtilmekte, dolaylı temsil kapsamında hareket edilmesinin hukuki sonuçlarının doğrudan temsilin hukuki sonuçlarına yakınlaştırılması yönünde öneriler sunulmaktadır<sup>515</sup>.

### **c. Hollanda Hukukunda Dolaylı Temsil**

Hollanda hukuk doktrini, kıta Avrupa hukuk sisteminde genel olarak benimsendiği üzere bir temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına bir üçüncü kişi ile sözleşme yapması halinde dolaylı temsilin oluştuğunu kabul eder<sup>516</sup>. Dolaylı temsilin oluşması için temsilcinin öncelikle işlemi kendi adına yapması gerekir. Bunun anlamı üçüncü kişinin, sözleşmenin yapılması zamanında temsilcinin karşı sözleşeni olduğunu haklı olarak bekleyebilmesidir. Temsilcinin işlemi temsil olunanın hesabına yapması gereği ile kastedilen, temsil olunanın, temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeden doğan yararları elde etmesi ve yükümlülükleri taşımasıdır<sup>517</sup>. Bu hukuk sisteminde de yetki geleneksel olarak dolaylı temsil ile ilişkili olarak ele alınmaz<sup>518</sup>. Ancak temsilcinin, yetkili bir şekilde kendi adına ve temsil ettiği kimse hesabına üçüncü bir kişiyle sözleşme yapması halinde dolaylı temsilin meydana geleceğinin ifade

<sup>514</sup> STAUDİNGER/SCHILKEN, Vor § 164, n. 35 ve n. 43; SOERGEL/LEPTIEN Vor § 164, n. 34; MÜNCHKOMM/SCHRAMM, vor § 164, n. 13.

<sup>515</sup> LARENZ/WOLF, s. 842; LARENZ, s. 865; MÜNCHKOMM/SCHRAMM, vor § 164, n. 14; STAUDİNGER/SCHILKEN, Vor § 164, n. 35; SOERGEL/LEPTIEN Vor § 164, n. 34; SCHWARK, s. 777; HAGER, s. 239.

<sup>516</sup> KORTMANN S.C.J.J./DE LEEDE I.J.M./THUNNISSEN H.O., Bijzondere overeenkomsten, Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, Asser-serie deel 5-III, 7e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwoll 1994, n. 149; HARTKAMP, n. 79; MEIJER, s. 1; BLOEMBERGEN/VAN DAM/HIJMA/VALK, n. 119.

<sup>517</sup> WESSELS B./MEIJER S.J.Th., Schakelbepalingen en vertegenwoordiging, Vertegenwoordiging en tussenpersoon, W.E.J., Tjeenk Willink, Deventer 1999, s. 189-210, s. 206; VAN DER GRINTEN, n. 25.

<sup>518</sup> İhtiyatlı bir şekilde de olsa bu kavrama değinen yazarlar bulunmaktadır. KORTMANN S.C.J.J./VERHAGEN H.L.E., vertegenwoordiging: een terreinafbakening, in: Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Strens-Meulemeester, J.A.M. (red.), W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999, s. 3-28, s. 23-24; COEHORST Pierre Joseph Marie Gerard, De bevoegdheid tot middellijke vertegenwoordiging, Onderneming en nieuw burgerlijk recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, s. 107-112.

edildiğini de görmekteyiz<sup>519</sup>. Coehorst, doğrudan temsilci sıfatıyla hareket etme yetkisine sahip olan bir kimsenin genellikle dolaylı temsilci olarak hareket etme yetkisine de sahip olduğunun savunulabileceğini ileri sürmektedir<sup>520</sup>. Böylece doktrinde doğrudan temsil yetkisine sahip olan bir temsilcinin, işlemi değişik nedenlerden ötürü kendi adına ve başkası hesabına yapmasını dolaylı temsil kapsamında değerlendiren görüşlere rastlanmaktadır. Hollanda kanun koyucunun bakış açısı da temelde bu yöndedir<sup>521</sup>.

Hollanda Medeni Kanununun genel bölümünde 3. Kitapta 3:60. ilâ 3:79. maddeleri arasında düzenlenen temsil hükümleri doğrudan temsile ilişkindir. Kanunun genel bölümünde dolaylı temsile ilişkin hükümler yer almaz<sup>522</sup>. Kanun koyucu dolaylı temsili genel hükümlerde pozitif olarak düzenlememekle birlikte, dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan hukuki işlemde temsil olunanın ekonomik ilişkisini göz ardı etmemiştir. Medeni Kanunun vekâlet sözleşmesi kısmında<sup>523</sup> öngörülen 7:419. ilâ 7:421. maddeleri, vekilin dolaylı temsilci sıfatı ile hareket etmesini düzenler. MK. m. 7:419'da vekilin kendi adına üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmede, üçüncü kişinin borcunu yerine getirmemesinden ötürü temsil olunanın zararının giderilmesi düzenleme konusu yapılmaktadır. Bir başka ifade ile dolaylı temsil ile ilişkili olarak üçüncü kişinin zararının tazminine yer verilmektedir. MK. m. 7:420'de ise vekilin kendi adına üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmede temsil olunanın belli koşullarda üçüncü kişiye yönelmesi öngörülür. Son olarak MK. m. 7:421'de üçüncü kişinin belli koşullarda temsil olunana yönelmesi düzenleme konusu yapılmaktadır<sup>524</sup>. Busch, bir kimsenin üç durumda dolaylı temsilci sıfatıyla hareket edebileceğini belirtir. Birincisi vekilin kararlaştırıldığı üzere

<sup>519</sup> BUSCH (İndirect Representation), s. 13 ve s. 15.

<sup>520</sup> COEHORST, s. 109.

<sup>521</sup> SCHOORDIJK H.C.F., Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W., Kluwer, Deventer 1986, s. 199-200; HARTKAMP (1999a), s. 162. Parl. Hist. 7: W.H.M. Slob, E.E (red), Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1,7,9 en 14, Kluwer, Deventer 1991, s. 355

<sup>522</sup> Doğrudan ve dolaylı temsil arasında yapılan ayırımdan hareketle, temsile ilişkin hükümlerin dolaylı temsilde hiçbir anlam taşımadığı sonucuna varılamayacağı, doğrudan temsile ilişkin hükümlerin belli durumlarda dolaylı temsilde kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır. Onamaya ilişkin Hollanda MK. m. 3:69'un kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanabileceği yönünde bkz. HARTKAMP, s. 163-164; KORTMANN/VERHAGEN, s. 24. Görünen yetkiye ilişkin Hollanda MK. m. 3:61 f. 2'nin kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanabileceği yönünde bkz. DU PERRON, n. 56; KORTMANN/VERHAGEN, s. 24. Alt temsile ilişkin MK. m. 3:64'ün ve yetkinin sona ermesine ilişkin MK. m. 3:72'nin kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanabileceği yönünde bkz. MEIJER, s. 228-229.

<sup>523</sup> Vekâlet sözleşmesi, Medeni Kanunun 7. Kitabının 7.7.2 kısmında 7:414 ilâ 7:424 maddeleri arasında yer alır.

<sup>524</sup> Medeni Kanun'da öngörülen bu iki hüküm, ASHİ'de yer alan m. 3:302 – m. 3:304 hükümlerinin karşılığını teşkil eder. Bu konuya altıncı bölümde değinilecektir.

işlemi dolaylı temsil uyarınca gerçekleştirmesi, ikincisi ilgili işlemin dolaylı veya doğrudan temsil çerçevesinde yapılması konusunda olanağın olması ve temsilcinin tercihini dolaylı temsil yönünde kullanması, üçüncüsü ise temsilcinin işlemi doğrudan temsil gereğince yapması gerekirken kendi adına hareket ederek dolaylı temsil kapsamında gerçekleştirmesidir<sup>525</sup>.

Doktrinde ve uygulamada, Hollanda MK. m. 7:419 – 7:421’in MK. m. 7:424 f. 1 aracılığı ile vekâlet sözleşmeleri dışında, niteliğine aykırı olmadığı sürece dolaylı temsil yoluyla yapılan diğer sözleşmelerde uygulanacağı kabul edilir<sup>526</sup>. Diğer yandan ilgili hükümlerin dolaylı temsili düzenleyen genel nitelikli hükümler olduğundan hareket eden yazarlar, bu hükümlere Medeni Kanunun 3. kitabında temsil ile ilgili genel bölümde yer verilmesini önermektedir<sup>527</sup>.

#### **d. İngiliz Hukukunda Gizli Temsil**

İngiliz hukuk sistemi, kıta Avrupa hukuk düzenlerine egemen olan doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını öngörmez. Bu sistem yeknesak bir temsil yaklaşımını benimsemekle birlikte, doktrinde açık ve gizli temsil ayırımına yer verilir. Gizli temsil olarak ifade edilen temsil türü, bir ölçüde civil law sistemindeki dolaylı temsil kurumunun karşılığını oluşturur. Ancak bu iki kurum arasında temel yapısal farkların olduğunu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde işleyeceğiz.

Bir kimse temsil olunan hesabına üçüncü kişiyle sözleşme yaparken, üçüncü kişinin sözleşmenin kuruluşu anında temsil olunanın varlığını bilmediği ve bilmesinin mümkün olmadığı durumlarda gizli temsil söz konusu olur. Bu temsil türünde üçüncü kişi, sadece işlem yaptığı kimseyi karşı sözleşeni olarak kabul eder<sup>528</sup>. İngiliz hukukunda geliştirilen gizli temsil olunan doktrininde temsilcinin sadece temsil yetkisinin sınırları içerisinde temsil olunan hesabına etkili olacak şekilde hareket edebileceği sonucuna varılır<sup>529</sup>. Konuya eğilen yazarlar, temsilcinin açık veya örtülü

<sup>525</sup> HARTKAMP, s. 162; SCHOORDIJK, s. 199-200. Parl. Hist. Book 7, s. 355.

<sup>526</sup> VAN DER GRINTEN, n. 58-60; WESSELS/MEIJER, s. 202-210. President of Amsterdam District Court, 1 July 1993, S&S 1995, 105 (Thomas Fanoy Assuradeuren v. Sedgwick).

<sup>527</sup> COEHORST, s. 109-110; KORTMANN/DE LEEDE/THUNNISSEN, n. 128.

<sup>528</sup> ASHİ m. 3:102 Notlar 5. Bu konuda bkz. Kötz, s. 364.

<sup>529</sup> ASHİ m. 3:301 Notlar 3.

gerçek yetkiye sahip olması gerektiği üzerinde durmaktadır<sup>530</sup>. Zira bu temsil türünde, açık temsilden farklı olarak yetkisiz olarak yapılan işlemin onanamayacağı ve görünüşte yetkinin oluşmayacağı kabul edilir. Bu anlamda temsilci sözleşmenin kurulması zamanında yetkili olmadığı takdirde, işlem temsil olunan açısından geçerli değildir. Yetkisiz işlem onanmak suretiyle de etkili hale getirilemez. Böylece temsilcinin yetkisi kapsamında temsil olunan hesabına hareket etmesi ve üçüncü kişinin sözleşmenin kuruluşu zamanında karşı tarafın temsilci sıfatı ile hareket ettiğini bilmemesi ve bilmesinin mümkün olmaması, gizli temsilin belirgin unsurlarını oluşturur. Bu konuda son olarak İngiliz hukuk sisteminin, Alman ve İsviçre hukuk düzenlerinde yetkinin karşılığı olarak kullanılan ve yarattığı belirsizlikle tartışmalara zemin oluşturan “Vollmacht” ile “Ermächtigung” kavramları arasında derin bir sistematik karşıtlık görmediğini, her iki kavramı da “authority” kavramı altında değerlendirdiğini belirtmeliyiz<sup>531</sup>.

#### **D. KENDİ ADINA VEYA BAŞKASI ADINA HAREKET ETMEYE İLİŞKİN BELİRTİ**

Temsilci doğrudan ve dolaylı temsilde temsil olunan hesabına hareket eder. Bu nedenle sadece başkası hesabına hareket etmekle, belli bir temsil türüne ulaşılamaz<sup>532</sup>. Başka bir ifadeyle üçüncü kişinin, temsilcinin başkası hesabına hareket ettiğini bilmesi, o kimsenin adına da hareket edildiği sonucunu ortaya koymaz<sup>533</sup>. Böylece belirli bir kişi hesabına hareket edildiğinin açıklanması, o kişi adına hareket edildiğini ve doğrudan temsile ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini göstermez. Başkası hesabına hareket edildiğinin bildirildiği veya üçüncü kişinin bu hareket tarzını herhangi bir şekilde kendiliğinden öğrendiği hallerde dahi bir kimse dolaylı temsilci sıfatıyla kendi adına hareket edebilecektir. Bu tarz bir süreçte dolaylı temsile ilişkin hükümler dikkate alınır<sup>534</sup>.

<sup>530</sup> MARKESİNİS/MUNDAY, s. 153; BOWSTEAD/REYNOLDS, s. 411.

<sup>531</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 101.

<sup>532</sup> REICHEL, s. 173; ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 168. Alman hukukunda temsilcinin sadece başkası hesabına hareket ettiğinin ortaya konmasının açıklama ilkesinin gerçekleşmesi için yeterli olmadığı, bunun tipik olarak dolaylı temsili yansıttığı kabul edilir. STAUDINGER/SCHILKEN, § 164, n. 3; MÜNCHKOMM/SCHRAMM, § 164, n. 17.

<sup>533</sup> BGE 100 II 212.

<sup>534</sup> FEYZİOĞLU, s. 395; PESTALOZZI, s. 50.

Bir kimsenin hukuki işlemde kendi adına veya başkası adına hareket etmesi kavramsal olarak göreceli basit betimlenebilmesine karşılık, somut olayda bu ayırımın gerçekleştirilmesinde genellikle önemli zorluklarla karşılaşılır. Temsilci tarafından gerçekleştirilen işlemin kendisi için mi, yoksa temsil olunan için mi yapıldığı açık değilse, irade beyanının genel ilkeler uyarınca güven ilkesi ışığında yorumlanması gerekir. Bu konuda ticari örf ve âdetler, taraflar arasındaki ilişkiler ve tanınabilen menfaat durumları dikkate alınır<sup>535</sup>. Örneğin bir süthane belirli bir bölgedeki çiftçilerin süt ürünlerinin taşınması gayesiyle bir nakliye şirketi ile sözleşme yapmaktadır. Süthane sözleşmeyi çiftçilerin temsilcisi olarak yapmasına karşılık, menfaat durumu itibarıyla nakliye şirketi çiftçilerin her birinden aldığı süt miktarını ve değişik taşıma uzaklığını hesaplamak zorunda olamayacağından, taşıma ücretinden süthanenin de sorumlu olacağına karar verilmiştir<sup>536</sup>. İsviçre Federal Mahkemesinin tesis ettiği bir kararda benzer değerlendirmelere rastlamaktayız. Bir banka, temsil ettiğini bildirdiği “banka grubu adına” bir şirkete kredi sağlamaktadır. Sözleşmede bankaların ve kredi alacağına ilişkin hisselerin daha sonra tayin edilmesi imkânı saklı tutulur. Alacaklı bankalar uygun kabul ettikleri bir zamanda kendilerini açıklayabileceklerdir. Borçlu, taksitlerini düzenli bir şekilde öderken temsilci banka iflas eder. Temsil olunan bankalar borçluya başvurarak, ödemelerin doğrudan kendilerine yapılmasını talep etmektedir. Kararda sözleşmede doğrudan temsile ilişkin bir ifade kullanılmasına karşılık, bunun farklı bir anlam taşıdığının ispatı olanağının karşı sözleşene tanınması gerekliliği üzerinde durularak, temsilci sıfatıyla hareket eden bankanın sözleşmeden doğan hakların ve borçların tarafı olacağına hükmedilmiştir. Federal mahkeme, temsilcinin sözleşmeyi kendi adına yaptığına değişik karinelere ulaşılabilirliğini kabul etmektedir. Kararda büyük bir meblağa ilişkin kredi sözleşmesi yapan bir borçlu bakımından alacaklının kimliğinin önemsiz olamayacağı, borçlunun ödeme güçlüğü ile karşılaşması halinde kredi koşullarında değişiklik isteme zorunluluğunun doğabileceği vurgulanmaktadır. Mahkeme, yüksek miktardaki paranın kimliği bilinmeyen kimseden kredi olarak alınması ihtimalinin düşük olacağına, borçlunun alacaklıyı öğrenme hakkının

---

<sup>535</sup> İsviçre hukukunda: KOLLER, (Der gute Glaube), n. 191 dn. 214; VIOLAND, s. 14; ESENER (Kime ait olacaksa), s. 637; BGE 88 II 355. Alman hukukunda: KÖHLER, s. 147; LEIPOLD, s. 260; BGHZ 36, 30, 33; BGH NJW 1994, 1649.

<sup>536</sup> BGH, 01.12.1965, LM § 164 BGB Nr. 26.

olmamasının da gerçek alacaklının bizzat karşı sözleşenin olduğuna delalet edeceğine hükmetmiştir<sup>537</sup>.

Belli durumlar veya sözleşmeler, yapılan işlemin temsilcinin kendi adına veya başkasının adına yapıldığına emare oluşturabilir<sup>538</sup>. Alman hukukunda gemi acenteleri olağan olarak armatörleri temsil ettiklerinden, acentenin yaptığı sözleşmede temsil olunan açıkça belirtilmese dahi armatör sözleşmenin tarafı olur. Ancak acente tipik iş sahasını terk ederek bir nakliye sözleşmesi yaptığında, sözleşmeyi temsil olunan için yaptığını belirtmediği takdirde acente sözleşmenin tarafı olacaktır<sup>539</sup>. İsviçre BK. m. 425 vd. uyarınca yapılan işlemlerde komisyoncu dolaylı temsilci sıfatında hareket eder<sup>540</sup>. Böylece gerçekleştirilen işlemlerde komisyoncunun kendi adına işlem yaptığı kabul edilir. Diğer yandan mühendislik bürosunun teklifleri ve hesap özetleri mimarlık bürosunun adresine iletildiğinde ve yazılardan vekâlet veren olarak inşaat sahibinin kastedildiği ortaya çıkmadığında, mimarın inşaat sahibi adına değil, kendi adına hareket ettiği sonucuna varılır. Keza belli bir meblağ karşılığında anahtar teslim bina yapan inşaat sahibi kendi adına hareket eder<sup>541</sup>. Temsilcinin tanınabilen bir temsil ilişkisi içerisinde olması ve belli tür işlemleri geleneksel olarak temsil olunan adına yapması, mevcut işlemin de başkası adına yapıldığının göstergesi olabilir<sup>542</sup>.

Sözleşmenin yapıldığı yer veya işlemin konusu belli bir temsil türüne işaret edebilir. Belli bir konuda yetkili kılınan bir banka çalışanının, o konu ile ilgili olarak kendisine verilen bir görevi çalışma alanında kabul etmesi, tereddüdün hasıl olması halinde, işlemin banka adına gerçekleştirildiği sonucuna götürecektir. Keza açıklığın olmaması durumunda işletme ile ilgili bir işlemin işyeri adına yapıldığı neticesine varılır<sup>543</sup>. Temsilcinin talimatlar vermesi, şikâyetleri değerlendirmeye alması ve ücret hesaplamaları yaparak ödemeyi yapması, onun kendi adına hareket etmesine ilişkin belirtileri oluşturabilir. Yine bir kimse kendi adını kullanarak işlem yaptığında, işlemleri kendi hesabından yürüttüğünde, yazışmaları adından gerçekleştirdiğinde ve temsil

<sup>537</sup> 19.12.1943 tarihli BGE 60 II (492) 501.

<sup>538</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 183.

<sup>539</sup> OLG Hamburg, 08.11.1981, VersR. 1983, s. 79.

<sup>540</sup> KÜNZLE, s. 263.

<sup>541</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 169 ve n. 183.

<sup>542</sup> FUNK Fritz, Handkommentar des Obligationenrechts, Aarau 1928, m. 32, n. 7.

<sup>543</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 32, n. 5.



olunanın tanınmaması için gayret sarf ettiğinde, o kimsenin kendi adına hareket ettiği kabul edilir<sup>544</sup>. Bir süt işleme kooperatifi, peynirci ile yaptığı sözleşmede sütlerin satıcısı olarak tanımlandığında, sütlerin kaynağından ve kazanç yokluğundan bağımsız olarak işlem kooperatif adına yapılmıştır<sup>545</sup>.

Bir kimsenin başkası adına veya kendi adına hareket etmesinde, sözleşmenin yapılması zamanı belirleyicidir. Sözleşmenin kurulmasından sonra sürece müdahale edilemez. Sözleşmenin yapılması anında temsilcinin kendi adına hareket ettiği sonucuna ulaşıldıktan sonra temsil olunanın sözleşmeden kaynaklanan borçları kabul etmesi veya kısmî ödeme yapması, o sözleşmenin temsil olunan adına yapılması sonucunu doğurmaz<sup>546</sup>. Ancak bir kimsenin aynı anda hem kendi adına hem başkası adına hareket etmesi mümkündür. Bu takdirde sözleşmenin hükümleri temsil olunan ve temsilciye ilişkin olur<sup>547</sup>. Adi ortaklıkta ortağın ortaklık adına sözleşme yapması halinde, temsilci ve ortaklık adına işlem yapılması gündeme gelir.

Hiç şüphesiz tüm bu yaklaşımlar genellemelerden uzak, somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Tarafların davranışlarının ve beyanlarının güven ilkesi uyarınca yorumlanması önemli bir dayanak oluşturur. Bu konuda ticari örf ve âdetlerin, tarafların birbirleriyle olan ilişkilerinin ve tanınabilen menfaat durumlarının dikkate alınması hakkaniyete dayalı sonuçlara ulaşılmasına yardımcı olacaktır. Bir kimse doğrudan temsilde sahip olduğu doğrudan temsil yetkisine dayanarak başkası adına ve hesabına hareket ederken, dolaylı temsilde dolaylı temsil yetkisine dayanarak kendi adına ve başkası hesabına hareket eder. Doğrudan ve dolaylı temsil birbirinden bağımsız başkası hesabına hukuki işlem yapma yöntemleridir<sup>548</sup>. Bu anlamda sadece başkası hesabına hareket edildiği gerçeğinden hareketle, belli bir temsil türüne ulaşmak isabetli değildir.

---

<sup>544</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 169.

<sup>545</sup> BGE 88 II 355.

<sup>546</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 170.

<sup>547</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, § 164, n. 3; BGH NJW 1988, 1908, 1909; OLG Düsseldorf NJW 1996, 558.

<sup>548</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. s. 53 ve s. 56.

## E. DEĞERLENDİRME

Kıta Avrupa hukuk düzenleri temelde sadece doğrudan temsile ilişkin pozitif hükümlere yer vermekte, dolaylı temsili bağımsız bir şekilde düzenlememektedir. Ancak hukuk sistemleri dağınık bir şekilde de olsa dolaylı temsil ile ilgili hükümler öngörmektedir. Türk-İsviçre ve Hollanda hukuk sistemleri, bir temsilcinin dolaylı temsil kapsamında üçüncü kişiyle yaptığı işlemde temsil olunanın ekonomik katılımını gözeterek bir yaklaşım sergiler. Alman kanun koyucusu benimsediği sistemin gereği olarak dolaylı temsili reddetmekte, temsil olgusu içerisinde sadece doğrudan temsili kabul etmektedir. İngiliz hukukunda ise bir temsilcinin sadece başkası adına hareket etmesine ilişkin dar sınırlama tanınmamakta, temsilcinin başkası hesabına hareket etmesi etkin kılınarak, üçüncü kişinin sözleşmenin kurulması anında temsil olunanın varlığına ilişkin pozitif veya normatif bilgisine farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Temsilcinin bir üçüncü kişi ile ilişkili olarak temsil olunan hesabına hareket etmesi için yetkilendirildiği durumlarda temsilin varlığına ulaşılır. Temsil ilişkisinin veya temsilcilik sıfatının tanınmadığı ya da açıklanmadığı hallerde dahi temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişkiler kurulur. Ancak bu süreçte tarafların haklı menfaatlerinin korunmasına yönelik değişik tedbirler geliştirilmiştir.

Uluslararası belgeler temsil kurumunun sınıflandırılmasında geniş bir yelpazeye yayılan yaklaşımlar sergilemektedir. ASHİ, doğrudan ve dolaylı temsile dayalı modeli benimsemekte, her bir temsil türünü ayrı bir kısımda işlemektedir. Bu açıdan diğer belgelerden ayrılır. AÖH’nda da kıta Avrupa hukukunda geçerli olan ayırım takip edilir. Ancak belgede genel olarak sadece doğrudan temsil kurumu ele alınmakta, dolaylı temsil ise temsil olunan ile temsilci arasındaki bir iç ilişki kapsamında değerlendirilmektedir. Bir başka ifade ile temsil olgusunu doğrudan temsil ile sınırlandıran görüşlerin ağırlık kazandığı bir sistem kurulmuştur. Böylece AÖH’nun temsil türlerine yaklaşım bakımından selefinden temel çizgilerde ayrıldığını görmekteyiz. Konvansiyon ise biçimsel anlamda yeknesak bir temsil anlayışını yansıtır. Bu anlamda temsilcinin kendi adına veya temsil olunanın adına hareket etmesinden bağımsız olarak aynı kurallar uygulanmaktadır. Ancak düzenlemelerin içeriğinden hareketle doğrudan ve dolaylı temsilin aslî koşullarına ve hukuki sonuçlarına

ulaşıldığını tespit edebiliriz. Son olarak UTSİ, açık ve gizli temsil modelini benimsemekle diğer hukuk metinlerinden ayrılır. Açıklayıcı yorumlarda, temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket etmesinin önemli olmadığı vurgulanmaktadır. Bu konuda common law sisteminden esinlenilmesine karşılık, gizli temsilde taraflar arasındaki ilişkiler önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Dolaylı ve gizli temsil olgusunda temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye temsil olunanın katılımının öngörülmesinin işlem hayatına katkısı ilerleyen bölümlerde ayrıntılı bir şekilde açıklanacağından, bu aşamada bu olanağı sınırlandıran yaklaşımların isabetli olmadığını belirtmekle yetinmekteyiz.

İngiliz hukuku ve UTSİ dışında bütün sistemler doğrudan temsile temelde benzer tarzda yaklaşır. Temsilci konumunda hareket eden bir kimsenin yaptığı işlemin temsil olunan bakımından hüküm doğurması, o kimsenin başkası adına hareket ettiğini açıklamasına veya bunun üçüncü kişi tarafından anlaşılmasına bağlıdır. Keza temsilcinin doğrudan temsil kapsamında doğrudan temsil yetkisine sahip olması gerektiği kabul edilir. İngiliz hukuku ve UTSİ ise koşulları ve hukuki sonuçları bakımından doğrudan temsilin karşılığını oluşturan açık temsilde temsilcinin bir başkası için hareket edebilmesi için kural olarak yetkili olması gerektiğine işaret etmektedir. Açık temsilde temsilcinin yetkili olarak temsil olunan hesabına hareket etmesi ve üçüncü kişinin bu durumu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde, işlem temsil olunan ile üçüncü kişi arasında etkili olur. Temsilcinin adına hareket ettiği temsil olunanın kimliğini açıklamak zorunda olmadığına ilişkin genel bir mutabakat söz konusudur. Ulusal sistemlerden Hollanda hukuku, uyumlaştırma metinlerinden ise ASHİ ve AÖH bu konuda pozitif düzenlemelere yer vermiştir. Ancak diğer ulusal sistemlerde de ilgili için açık işlemlerin geçerli olduğu kabul edilir. ASHİ ve AÖH düzenlemesinden çıkan sonuç ile Türk-İsviçre hukukunun öngördüğü sürecin uyumlu olduğunu ifade edebiliriz. Bu kapsamda ilgili kişi adına yapılan işlemlerin hukuken geçerli olduğu, bu tür işlemlerde üçüncü kişinin bağlandığı sonucuna varılır. Temsilciden temsil olunanın kimliğinin açıklanması talep edildiğinde ve uygun bir süre geçtiğinde, belirsizliğin üçüncü kişiye dayatılamayacağı kabul edilir. İncelediğimiz sistemler özellikle temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasının hukuki sonuçlarında değişiklik gösterir. Hollanda hukuku, ASHİ ve AÖH, temsil olunanın kimliğinin

açıklanmaması halinde, temsilcinin kişisel olarak bağlı olmasını hüküm altına almıştır. İngiliz hukukunda da genel bir kural olmamakla beraber, temsilcinin ikincil nitelikteki taahhüdü gereğince kişisel olarak bağlanabileceği kabul edilir. Ancak bu konuda üçüncü kişi, karşı sözleşenin kişisel olarak bağlanmasını gerektiren sözleşme gayesini ispat etmek zorundadır. Alman hukuku ise temsilcinin yetkisiz temsil hükümleri gereğince sorumluluğunu öngörmektedir. Türk ve İsviçre hukuku da temsilcinin yetkisiz temsil uyarınca sorumlu olması gerektiğini benimsemektedir. Ancak temsilcinin kişisel olarak bağlanmasına işaret eden olguların da olduğunu belirtmeliyiz. İlgili için açık işlemlerin temsilci ile üçüncü kişi arasında dürüstlük ilkesinden kaynaklanan bir güven ilişkisi oluşturduğu, bu ilişki kapsamında temsilcinin temsil olunanı açıklama yükümlülüğünde olduğu kabul edilir. Bu anlamda temsilcinin güven ilkesi ışığında ikincil nitelikte taahhüdünün olduğu, uygun bir temsil olunanın tayin edilmemesi durumunda, üçüncü kişinin güven ilkesi uyarınca temsilcinin sözleşme ile kişisel olarak bağlanacağını haklı olarak bekleyeceği sonucuna varılabilir. Bu tür işlemler ile ilgili olarak Borçlar Kanunumuzda bir boşluğun olduğunu, mevcut boşluğun temsilcinin kişisel olarak bağlanmasını öngören TTK. m. 355 f. 2; TTK. m. 588 f. 3-4 ve Kooperatifler Kanunu m. 7 hükümlerine kıyasen doldurulması gerektiğini ifade edebiliriz. Diğer yandan temsilcinin kişisel olarak bağlanması konusunda karşılaştırmalı hukuk verilerinden istifade edilebilecektir. Nitekim Türk ve İsviçre hukuk sisteminin dahil olduğu hukuki çevre, temsil olunanın kimliğini açıklamayan temsilcinin kişisel olarak bağlanmasını öngörür. Hukuk düzenimizin ilgili için açık işlemlerde temsilciyi yetkisiz temsil hükümleri gereğince sorumlu tuttuğu gözetildiğinde, temsilcinin kusurlu hareket etmesinden dolayı BK. m. 47 f. 2 kapsamında müspet zararları karşılaması gerektiği üzerinde durulması hakkaniyete uygun bir sonucu doğuracaktır.

İlgili için örtülü işlemler açıklama ilkesinin istisnasını teşkil eder. Bu konuda Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu pozitif bir düzenleme öngörür. Muhatabının başkası adına hareket ettiğini algılayamayan üçüncü kişi bakımından işlemin kiminle yapıldığının önemli olmaması durumunda, işlemin hukuki sonuçları temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hüküm doğurur. İlgili için örtülü işlemler doğrudan temsil kapsamında değerlendirildiğinden, temsilcinin başkası adına hareket etme iradesini taşıması gerektiği kabul edilir. Bu iradenin dış dünyada tanınması gerekir. Temsilci ile

temsil olunan arasında doğrudan temsile ilişkin bir iç ilişkinin olması, bu iradenin varlığına işaret edebilecektir. Alman hukukunda da ilgili için örtülü işlemlere geçerlilik tanınmasına karşılık, bu konuda pozitif bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu işlemlerin özellikle günlük yaşamda peşin olarak gerçekleştirilen alım ve satımlarda etkili kabul edildiğini, ancak genel olarak borçlandırııcı işlemlerde, değerli edimleri içeren sözleşmelerde ve kredili işlemlerde reddedildiğini görmekteyiz.

UTSİ dışındaki bütün uyumlaştırma metinleri temelde dolaylı temsili düzenlemiştir. ASHİ, dolaylı temsili bağımsız bir düzenlemeye kavuşturmuştur. İlkeler’de öngörülen temsil hükümleri dikkate alındığında, dolaylı temsil yetkisine sahip olan bir temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yapmasının dolaylı temsil kapsamında ele alındığını görmekteyiz. AÖH’nda da dolaylı temsile ilişkin hükümlere yer verilir. Temsile ilişkin genel hükümlerde temsilcinin kendi adına hareket etmesinin hukuki etkisi açıkça düzenlenmiştir. Ancak dolaylı temsil ilişkisi genel hükümlerde bağımsız bir tarzda ele alınmaz. Bu temsil türü özellikle belirli sözleşme tipleri içerisinde bir iç ilişki kapsamında değerlendirilmektedir. Bu anlamda eserin hazırlanmasında dolaylı temsili bağımsız bir hukuk kurumu olarak görmeyen geleneksel yaklaşımlar etkili olmuştur. Konvansiyon’un 13. maddesinde düzenlenen hüküm, koşulları ve hukuki sonuçları bakımından dolaylı temsilin karşılığını oluşturur. Temsilcinin yetkili bir şekilde üçüncü kişiyle yaptığı işlem, dolaylı temsilin genel ilkesi uyarınca bu iki tarafı bağlar. Ancak temsil olunan, hükümde yer alan koşullar altında işleme katılmakta ve ikincil tabanda üçüncü kişi ile arasında doğrudan bir ilişki oluşmaktadır. Farklı bir bakış açısını ortaya koyan UTSİ, gizli temsil olgusunda temsilcinin yetkili olmasını düzenler. Üçüncü kişi, karşı sözleşmenin bir temsilci olduğunu bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, temsil olunan kural olarak sözleşmenin tarafı değildir. Bu eserde düzenlenen gizli temsil olgusu temelde common law sisteminden ilham almışsa da, temsil olunan ile üçüncü kişinin birbirlerine doğrudan yönelme olanağı sınırlandırılmıştır. Alman kanun koyucusu dolaylı temsili genel olarak reddeder. Bu hukuk sisteminde temsil olgusu doğrudan temsil ile sınırlı olarak ele alınır. Ancak Ticaret Kanununda dolaylı temsili düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. İngiliz hukukunda ise öngörülen gizli temsil doktrini bir anlamda dolaylı temsilin yansımasıdır. Temsilci sıfatında hareket eden kişinin yetkili olması gerekir.

Üçüncü kişi, karşı sözleşenin temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi mümkün olmadığında, gizli temsilden söz edilir. Ancak İngiliz hukuk düzeninde açıklama ilkesi benimsenmediğinden, başkası için hareket edildiği açıklanmadığında dahi, temsil olunanın ayrı bir koşula gereksinim duymadan üçüncü kişiye yönelebileceği, benzer şekilde üçüncü kişinin de temsilciye veya temsil olunana yönelmekte seçim hakkına sahip olduğu kabul edilir. Bu süreçte tarafların haklı menfaatlerinin korunması konusunda değişik tedbirler geliştirilmişse de, taraflara herhangi bir koşula yer vermeden birbirlerine yönelmeleri olanaklarının tanınmasının hukuki gerekçesinin izahının önemli zorlukları barındırdığına çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değineceğiz. Türk-İsviçre ve Hollanda hukuk sistemleri ise dolaylı temsile ilişkin hükümlere değişik sözleşme tiplerinde yer vermektedir. Böylece dolaylı temsil kapsamında temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye temsil olunanın katılımını içeren değişik kuralların bulunduğunu görmekteyiz. Dolaylı temsil ile ilişkili bu hükümlerin genel nitelikte olduğu, düzenlendikleri sözleşme türleri ile sınırlı olmadıkları, bütün dolaylı temsil hallerinde uygulama alanına sahip olacakları sonucuna varabiliriz. Zikredilen ulusal hukuk düzenlerinde dolaylı temsil, bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hukuki işlem yapması olarak değerlendirilir. Kıta Avrupa hukuk sistemlerindeki geleneksel yaklaşıma benzer olarak bu hukuk düzenlerinde de yetkinin dolaylı temsil ile ilişkili olarak ele alınmasında değişik yaklaşımlar söz konusudur. Kanaatimizce dolaylı temsil alanında bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hareket edebilmesi, o kimsenin bu konuda yetkili olmasını gerektirir. Temsilci sıfatında olan bir kimse, ancak dolaylı temsil yetkisine sahip olduğunda ve bu yetki doğrultusunda kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yaptığında dolaylı temsile özgü hukuki sonuçlar meydana gelecektir. Nitekim hukuk düzenimizde dolaylı temsil yetkisinin kanuni dayanağı mevcuttur. BK. m. 504 f. 2’de (İBK. m. 396 f. 2) değinilen yetki kavramı doğrudan temsil yetkisi yanında dolaylı temsil yetkisini içermektedir. Ancak hukuk sistemimizde, Hollanda hukukunda ve ASHİ’de hâkim olan yaklaşıma benzer tarzda, doğrudan temsil yetkisine sahip olan bir temsilcinin kendi adına yaptığı işlemleri dolaylı temsil kapsamında değerlendirmeye yol açan bir kural bulunmaktadır. BK. m. 40 f. 2’de (İBK. m. 32 f. 2) doğrudan temsilci sıfatında olan bir kimse, açıkça veya örtülü olarak başkası adına işlem yaptığını ortaya koymadığında, üçüncü kişi bakımından ise hukuki işlemin temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız

olmadığında, o kimsenin işlemi kendi adına yapmış sayılacağı düzenlenir. Aynı hükmün üçüncü fıkrasında ise diğer durumlarda alacağın devrine veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Nitekim doktrinde “diğer durumlarda” ifadesinin ikinci fıkra ile bağlantılı olarak temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına işlemler yapmasını içerdiği, dolaylı temsil kapsamında yapıldığı kabul edilen işlemlerin hukuki sonuçlarının temsil olunana geçirilmesinde alacağın devrine veya borcun üstlenilmesine ilişkin kuralların uygulanacağı savunulur. Bu görüşe göre, bir kimsenin sahip olduğu doğrudan temsil yetkisinin varlığından, bu kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hareket etme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Doğrudan temsil yetkisinin zorunlu olarak dolaylı temsil yetkisini içerdiği kabul edilir. Bu yaklaşım tutarlı değildir. Yaratılan izlenimin ortadan kaldırılması amacıyla bu hükmün tamamen çıkarılması veya temsilcinin taşıması gereken yetkinin açık bir şekilde tarif edilmesi sonucunda, bir kimsenin sadece kendi adına ve başkasının hesabına hareket etmeye yetkili olduğu durumlarda dolaylı temsilin oluşacağının öngörülmesi isabetli olacaktır. Dolaylı temsil yetkisinin niteliğinin kesin olarak açıklığa kavuşturulması, yorumlarda ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Uluslararası hukukun gelişim yönünün dikkate alınarak, dolaylı temsile ilişkin yaklaşımın temel olarak tekrar düşünülmesi tavsiyeye şayandır. Böylece uluslararası ticari işlemlere ve ulusal işlemlere ilişkin hukuki değerlendirmeler birbirinden uzaklaşmadan gelişimlerinin teşviki sağlanabilecektir

## Üçüncü Bölüm

### TEMSİL YETKİSİNİN KAYNAKLARI VE KAPSAMI

Bir temsilcinin başkası hesabına etkili olacak tarzda işlem yapması, o temsilcinin kural olarak yetkili bir şekilde ve yetkisi kapsamında hareket etmesini gerektirir. Temsilcinin yetkisiz olarak veya mevcut yetkisinin sınırlarını ihlal ederek işlem yapması halinde, yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir. Bu anlamda temsilcinin yetkilendirilmesi koşullarının ve yetkili kabul edildiği olguların üzerinde durulması gerekir. Ele aldığımız hukuk sistemlerinin bu konudaki yaklaşımları ortak paydalar içermekle birlikte, detaylarda önemli farklar söz konusudur. Değişik hukuk düzenlerinin yetkinin kaynaklarında ve kapsamında vardıkları sonuçların incelenmesi özel bir önem taşımaktadır. Bu bölümün birinci kısmında hukuk sistemlerinin yetkinin kaynağına ilişkin yaklaşımları incelenecektir. Yetkinin kaynaklarının belirlenmesinden sonra ikinci kısımda bu kaynakların sınırlarını belirleyen kapsamları araştırılacaktır.

#### I. TEMSİL YETKİSİNİN KAYNAKLARI

##### A. GENEL BAKIŞ

Bir kimsenin kendi hukuk alanına etki etmesi için başkasına hareket iktidarı tanıyan bir hukuki ilişki oluşturması durumunda, o kimsenin yetki vermesinden söz edilir. Bir kimse yetki vermekle, hukuk alanında kendi egemenlik kuvveti yanında başkasına hareket olanağı sağlamaktadır. İradeye dayalı temsilde bir başkasının yetkilendirilmesi temelde temsil olunanın hâkimiyetine hitap eder. Temsil olunanın hukuki konumunu etkileyecek bu hukuki ilişkinin tek taraflı bir hukuki işlem ile oluşturulabileceği görüşü dışında, yetki vermenin sözleşmesel bir nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir. Temsil yetkisinin muhatabı konusunda da değişik yaklaşımlar söz konusudur. Yetkilendirmenin sadece temsilciye yönelik olarak yapılabileceğinin öngörüldüğü sistemlerin yanı sıra, yetki bildiriminin üçüncü kişiye yapılması ile temsilcinin yetkili olduğunun kabul edildiği hukuk düzenleri mevcuttur. Temsil



olunanın yetki bildirimini üçüncü kişiye yöneltmesiyle temsilcinin yetkili olduğunun kabul edilmesinin temeli, bu yaklaşımın üçüncü kişinin menfaatlerini ve işlem güvenliğini daha güçlü bir şekilde koruduğu düşüncesine dayanır. Yetkilendirme beyanının sadece temsilciye yöneltilebileceğinin kabul edildiği hallerde ise işlem güvenliğinden uzaklaşıldığı eleştirilerine karşılık, yetkinin üçüncü kişiye bildirilmesinin temsilciyi yetkili kılmamasına rağmen, menfaat dengesinin sağlanması gayesiyle bu bildirimin belli koşullarda üçüncü kişiyi koruyucu etki göstereceği sonucuna varılmaktadır.

Temsil olunanın bir temsilciyi yetkilendirmesi değişik şekillerde gerçekleşir. Ancak temsilcinin yetkisi zorunlu olarak temsil olunanın yetkilendirme gayesini ortaya koyan beyanlarına veya davranışlarına dayanmaz. Temsil olunanın yetkilendirme amacı dışında da temsilcinin yetkili kabul edildiği olgular söz konusudur. Çalışmamızın bu kısmında önce yetkinin kaynakları ile ilgili olarak uluslararası hukuk belgelerinde gerçekleştirilen düzenlemeler ele alınacaktır. Akabinde bu konuda ulusal hukuk sistemlerinin yaklaşımları irdelenerek temel farklar üzerinde durulacaktır.

## **B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAYNAKLARI**

### **1. Temsil Yetkisinin Verilmesi**

#### **a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Temsil Yetkisinin Verilmesi**

ASHİ m. 3:201'de temsil olunanın temsilciyi yetkilendirme tarzları, temsil olunanın yetki verdiğinin kabul edildiği haller ile temsilcinin yetkisinin kapsamı düzenlenmektedir<sup>549</sup>. Hükmün birinci ve üçüncü fıkralarında temsilin etkinlik kaynakları öngörülür<sup>550</sup>. Birinci fıkra uyarınca, temsilci açık veya örtülü olarak yetkilendirilebilir. Durumlara dayalı örtülü yetkilendirme uygulamada özel bir önem

<sup>549</sup> ASHİ m. 3: 201, "(1) Temsil olunanın kendi adına hareket etmesi için temsilciye verdiği yetki, açık veya durumlara göre örtülü olabilir. (2) Temsilci, temsil yetkisinin verilme amacını gerçekleştirmek için, durumun gerektirdiği tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir. (3) Bir kişinin beyanları veya davranışları, üçüncü kişinin haklı olarak ve iyi niyetle görünürde temsilcinin yaptığı işlem için yetki verdiğine güvenmesine neden olduğunda, o kişinin görünürde temsilciye yetki verdiği kabul edilir" şeklindedir.

<sup>550</sup> Rouiller, birinci fıkra da yer alan düzenlemenin yetkinin temsilciye yöneltmesi ile ilgili olduğundan bu olguyu "iç yetki", üçüncü fıkra da ise yaratılan görüntü üçüncü kişi ile ilişkili olarak değerlendirildiğinden bu olguyu da "dış yetki" olarak tanımlar. ROUILLER, s. 283-286 ve dn. 946.

taşıır. Temsilci bir görevi yerine getirmek için belli bir konuma atandığında, bu konum veya görev belli yetkileri içermesi halinde, temsilciye ilgili yetkilerin örtülü olarak verildiğı kabul edilir. Örneğın bir mağazanın satış bölümünde görevli satıcı, satışa sunulan mallarla ilgili olarak satış yapmanın yanısıra olağan işlemlerden doğan borçları yerine getirmeye örtülü olarak yetkilendirilmiştir<sup>551</sup>. Örtülü yetki, bir temsilcinin faaliyet gösterdiği piyasanın ve ticari alanın örflerine ve âdetlerine göre belirlenecektir. İlkeler genel olarak uygulanacak örflere ve taraflar arasında iş hayatında ortaya çıkmış olan âdetlere geçerlilik tanımaktadır<sup>552</sup>. ASHİ m. 3:201 f. 1’de yetkilerin örtülü olarak verilebileceğı belirtilerek, özel bir şeklin gerekliliğı bertaraf edilmektedir.

ASHİ’de doğrudan temsil yetkisinin verilış tarzının düzenlenmesine rağmen, dolaylı temsil yetkisinin açık veya örtülü olarak verilebileceğinin öngörölmemesi bir eksikliktir. Kanaatimizce yetkinin verilışine ilişkin hükümler kıyasen dolaylı temsilde uygulanabilecektir. Bu anlamda dolaylı temsil yetkisi açık veya örtülü bir şekilde verilebilir. İlkeler’in bakış açısına göre yetkilerin geçerliliğı, temsil yoluyla yapılacak sözleşme için öngörölmeıen bir şekli gerektirmez.

ASHİ’de yetkinin üçüncü kişilere beyan edilmesiyle temsilcinin yetkili kabul edileceğine ilişkin bir açıklık bulunmaz. Açıklayıcı yorumlarda temsil olunanın zorunlu olmadığı halde temsilcinin yetkilendirildiğini üçüncü kişilere bildirebileceğı belirtilmekle beraber, bu ifadeden üçüncü kişiye doğrudan yöneltilecek bir bildirim ile temsilcinin yetkilendirildiğı sonucuna varılamaz. Bu anlamda hükmün yazımından yetkinin muhatabının temsilci olduğunu tespit edebiliriz<sup>553</sup>. Ancak temsil olunanın üçüncü kişiye yönelik gerçekleştireceğı beyanların ve davranışların belli koşullar altında işlemin etkili olması sonucunu doğuracağını belirtmemiz gerekir. Son olarak eserde yetki verilışinin hukuki niteliğı konusunda belirsizliğın olduğunu görmekteyiz. Hükmün birinci fıkrasının yazımından yetkinin mutlaka tek taraflı bir hukuki işlem ile verileceğı izlenimi ortaya çıkmamaktadır. İlkeler’in genel sözleşme hukukuna ilişkin olduğu düşünöldüğünde, yetkinin tarafların anlaşmaları ile verileceğı ifade edilebilir. Nitekim bölümün uygulama alanına dair açıklayıcı yorumlarda, bölümün temel olarak temsil

<sup>551</sup> ASHİ m. 3:201 Yorum B.

<sup>552</sup> ASHİ m. 1:105.

<sup>553</sup> Loser, ASHİ’de ve UTSİ’de yetki beyanının sadece temsilciye yöneltilebileceğinin öngöröldüğünü vurgulamaktadır. LOSER, s. 201.

olunan ile temsilcinin anlaşmalarıyla verilen yetkileri düzenlediğinden, sözleşmelere ilişkin genel kuralların ve birinci bölümde düzenlenen genel hükümlerin uygulanacağı vurgulanmaktadır<sup>554</sup>. Şüphesiz metnin yazımından hareketle, yetkinin tek taraflı bir şekilde verilmesini engelleyen bir değerlendirme yapılamaz. Bu konuda açık bir düzenlemenin olmaması nedeniyle daraltıcı yorum yapmaktan imtina etmek gerekir. Bu anlamda her iki durumda da temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı sonucuna varılması isabetlidir<sup>555</sup>.

#### **b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Temsil Yetkisinin Verilmesi**

Avrupa düzleminde gerçekleştirilen bir diğer uyumlaştırma çalışması olan AÖH'nun II. 6:103'te temsil yetkisinin etkinlik kaynakları düzenlenmiştir. Model Kuralların bakış açısına göre, bir temsilcinin yetkisi özünde temsil olunan veya hukuk kuralı aracılığı ile verilebilir. Temsil olunan tarafından yapılacak olan bu yetkilendirme açık veya örtülü tarzda gerçekleşebilir<sup>556</sup>. Temsilciye açık olarak yetki verilirken gözetilmesi gereken belli bir biçim yoktur. Açıklayıcı yorumda bu yaklaşımın genel bir kural olmasının önemli olduğu, zira gündelik yaşamda olağan olarak bir başkası hesabına formalitesiz yürütülecek birçok sözleşmenin sonuçlandırılmasının istenildiği, bununla birlikte daha resmi durumlarda katılan tüm tarafların korunması açısından yetkinin yazılı bir şekilde verilmesinin âdeta vazgeçilmez zorunluluk teşkil ettiği vurgulanmıştır. Temsil olunanın bir temsilciye örtülü olarak yetki verip vermediğinin tespitinde sıklıkla örflerin ve âdetlerin dikkate alınması önem arz eder. Böylece kişinin belli bir tür aracı olarak atanmasında örfler veya taraflar arasında yerleşik olan âdetler, o aracıya belli türdeki hukuki işlemlerle ilgili yetkinin verildiğini ortaya koyabilecektir.

<sup>554</sup> ASHİ m. 3:101 Yorum D.

<sup>555</sup> Busch, dolaylı temsil için yetkinin doğrudan temsilde olduğu şekilde tek taraflı bir hukuki işlem ile verilebileceğini, bu yetkinin kanundan kaynaklanmasının da mümkün olduğunu haklı olarak zikreder. Yazar bu konuda Hollandalı yazarların ve Alman yazar Schmidt-Rimpler'in argümanlarından hareket etmektedir. BUSCH (İndirect Representation), s. 232.

<sup>556</sup> "Yetkilendirme" kenar başlığını taşıyan AÖH II. 6:103, "(1) Bir temsilcinin yetkisi, temsil olunan veya hukuk vasıtasıyla verilebilir. (2) Temsil olunanın yetkilendirmesi, açık veya örtülü olabilir. (3) Bir kişi, üçüncü kişinin makul olarak ve iyiniyetle, o kişinin belli işlemleri yerine getirmek için bir temsilciyi yetkilendirdiğine güvenmesine neden olursa, kişi görünürde temsilciyi yetkilendiren bir temsil olunan olarak kabul edilir" içeriğini taşır.

Şüphesiz örtülü yetki, temsil olunanın açık sınırlamalarına tabi olacaktır. Ancak sınırlamalar, örtülü olan yetkinin varlığına da işaret edebilir<sup>557</sup>.

ASHİ'nin genişletilen halefi olarak sunulan bu eserde yetkinin üçüncü kişiye yöneltilmesiyle birlikte temsilcinin yetkili kabul edileceğine dair bir düzenleme yer almaz. Böylece öngörülen madde hükümlerinden ve bu hükümleri açıklayan yorumlardan hareket edildiğinde, yetkinin muhatabının temsilci olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Son olarak temsilin uygulama alanını belirleyen açıklayıcı yorumlarda, bölümde bir temsil olunanın ne şekilde yetki vereceğiyle ilgilenilmediği, yetkilendirmenin bir sözleşmeyle veya tek taraflı bir hukuki işlemle gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür<sup>558</sup>.

### **c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Temsil Yetkisinin Verilmesi**

UTSİ'de temsilciye yetki verilmesinin özel bir şekle bağlı olmadığı, yetki verilisinin açık veya örtülü olabileceği açıklığa kavuşturulmuştur<sup>559</sup>. Nitekim eserin genel hükümlerinde m. 1.2'de şekil serbestisi ilkesi hüküm altına alınmıştır. Hükümün açıklayıcı yorumlarında açık yetkinin yazılı olarak verilmesinin ilgili tüm taraflara yetkinin varlığının ve kapsamının net kanıtını sunacağı ifade edilir<sup>560</sup>. Temsil olunanın bir temsilciye örtülü yetki verme niyeti, temsilciye özel bir görev verilmesi tarzındaki temsil olunanın davranışlarından, iki taraf arasındaki özel iş ilişkilerinden veya genel ticari örflerden anlaşılabilecektir. Örneğin B, A'yı B'ye ait apartmanın müdürü olarak görevlendirir. A'nın, apartmandaki dairelerle ilgili kısa süreli kira kontratı yapma konusunda örtülü yetkisi söz konusudur<sup>561</sup>. Bu konuda gerçekleştirilecek değerlendirmelerde tarafların kabul ettiklerini açıkladıkları örfler ve aralarında oluşan âdetler özellikle dikkate alınır.

---

<sup>557</sup> AÖH II. 6:103 Yorum B.

<sup>558</sup> AÖH II. 6:101 Yorum D.

<sup>559</sup> “Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamı” kenar başlığını taşıyan UTSİ m. 2.2.2, “(1) Temsil olunan bir temsilciye temsil yetkisini açık veya örtülü verebilir. (2) Temsilci, temsil yetkisinin verilme amacını gerçekleştirmek için durumun gerektirdiği tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir” düzenlemesini öngörmektedir.

<sup>560</sup> UTSİ m. 2.2.2 Yorum 1.

<sup>561</sup> UTSİ m. 2.2.2 Yorum 1 ve Örnek 1.

UTSİ'nin oluşturulması sürecinde yürütülen çalışmalarda Schlechtriem'in yetkilendirmenin muhatabının üçüncü kişi ve/veya temsilci olmasına ilişkin değerlendirmesinin karşılığı hükümde somutlaşmamıştır<sup>562</sup>. Bu anlamda eserde yetkinin muhatabının sadece temsilci olduğu görülmektedir<sup>563</sup>. Ancak temsil olunanın beyanları veya davranışları belli koşullarda iyi niyetli üçüncü kişi nezdinde görünen yetkinin oluşmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan Unidroit çalışma grubu içinde yetki verilisinin sözleşmesel veya tek taraflı bir işlem olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin fikir ayrılıkları olmuştur. Schlechtriem, yetki verilisinin bir sözleşme olarak değil, tek taraflı bir hukuki işlem olarak kabul edilmesini, bu nedenle sözleşmeye ilişkin genel hükümlerin uygulanmamasını önermiştir<sup>564</sup>. Bonell ise common law ülkelerinde temsilin esasen temsil olunan ile temsilci arasındaki sözleşmeye dayandığını, buna karşılık civil law ülkelerinde temsilcinin yetkisinin mutlaka temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiye dayanmasının gerekli olmadığını belirtmektedir<sup>565</sup>. Temsile ilişkin hükümlerde hangi anlayışın benimsendiğine ilişkin bir düzenleme bulunmaz.

#### **d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Temsil Yetkisinin Verilmesi**

Konvansiyon'un ikinci bölümü "*Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kurulması ve Kapsamı*" başlığını taşır. Bölümün 9. maddesinin 1. fıkrası, "*Temsilci, temsil olunan tarafından açık veya örtülü olarak yetkilendirilecektir*" düzenlemesini öngörür. Konvansiyon'da temsil olunan tarafından gerçekleştirilecek yetkilendirmenin belli bir şekil koşuluna tabi olmadığı açıkça hüküm altına alınmaktadır<sup>566</sup>. Böylece temsilcinin üçüncü kişiyle gerçekleştireceği sözleşmenin belli bir şekli gerektirdiği hallerde dahi tesis edilecek yetkinin bu şekle tabi olmayacağı sonucuna varılır. Taraflar arasındaki yetkilendirme koşullarının değerlendirilmesinde özellikle ticari örflerin ve âdetlerin önemli bir yer işgal ettiğini görmekteyiz. Bu konu ayrı bir hükümde düzenlenir<sup>567</sup>.

<sup>562</sup> Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 89.

<sup>563</sup> UTSİ m. 2.2.2 (1), "*grant of authority to an agent*"; UTSİ m. 2.2.2 Yorum 1.

<sup>564</sup> Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 82.

<sup>565</sup> Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 83.

<sup>566</sup> Nitekim Konvansiyon m. 10, "*Yetkilendirmenin yazılı yapılması veya ispat edilmesi gerekli değildir ve herhangi başka bir şekil şartına tabi değildir. Yetkilendirme, tanık dahil her türlü tarzda ispat edilebilir*" şeklindedir.

<sup>567</sup> Konvansiyon m. 7, "*(1) Temsil olunan ve temsilci bir tarafta ve üçüncü kişi diğer tarafta, kabul ettiklerini açıkladıkları ticari örfler ve aralarında oluşan âdetler ile bağlıdır. (2) Taraflar aksini kararlaştırmadıkları takdirde,*

Konvansiyon'un temsile ilişkin ortak kurallar belirlenmesinin uluslararası ticari yaşamdaki hukuki engelleri bertaraf edeceği ve ticaretin gelişmesini destekleyeceği fikri dikkate alındığında, bu yönde bir norma yer verilmesi anlaşılır niteliktedir.

Konvansiyon doğrudan ve dolaylı temsili içine alan yeknesak bir temsil yaklaşımına dayalı olduğundan, bütün hükümler uygun olduğu ölçüde dolaylı temsil durumlarında geçerlidir<sup>568</sup>. Böylece dolaylı temsilci, 9. maddenin 1. fıkrası uyarınca temsil olunan tarafından açık veya örtülü olarak yetkilendirilebilecektir.

Bu düzenlemede de yetkinin muhatabının sadece temsilci olduğunu görmekteyiz. Bu anlamda temsil olunanın üçüncü kişiye yönelteceği bildirim, temsilcinin yetkili olması sonucunu doğurmaz. Son olarak yetki verilisinin hukuki niteliğine ilişkin konseptin, UTSİ'nin oluşturulması sürecinde çalışma grubunda yapılan değerlendirmeler ile uyumlu olduğunu tespit edebiliriz<sup>569</sup>.

## 2. Görünen Yetki

### a. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Görünen Yetki

ASHİ, temsil olunanın açık veya örtülü olarak temsilciyi yetkilendirmesi gayesi dışında da temsilcinin yetkili olduğunun kabul edilebileceğini öngörmektedir. ASHİ m. 3:201'in birinci fıkrasında temsil olunanın temsilciyi yetkilendirme tarzları, üçüncü fıkrasında ise temsil olunanın hangi durumlarda yetki verdiğinin kabul edileceğine ilişkin koşullar düzenlenir. Bu anlamda temsilin etkinliği, her biri kendi başına etkili olan iki temel olguya dayanır.

ASHİ m. 3:201 f. 3 uyarınca bir kişinin beyanları veya davranışları, üçüncü kişinin haklı olarak ve iyi niyetle görünürde temsilcinin yaptığı işlem için yetki verdiğine güvenmesine neden olduğunda, o kişinin görünürde temsilciye yetki verdiği kabul edilir<sup>570</sup>. Bu hüküm temsil olunanın yetki verdiğine ilişkin yarattığı izlenime

---

*ilişkilerini örtülü olarak bildikleri veya bilmeleri gereken ve uluslararası ticarete taraflarca ilgili iş dalında bu tarz temsil ilişkilerinde bilinen ve düzenli olarak dikkate alınan ticari örfelere dahil ettikleri kabul edilir*" şeklindedir.

<sup>568</sup> Konvansiyon m. 1 (4), "Konvansiyon, temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket ettiğine bakılmaksızın uygulanır" düzenlemesini içermektedir. Bu düzenlemeden hareketle m. 9 f. 1'in her iki temsil türüne uygulanacağı kabul edilir.

<sup>569</sup> Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 83.

<sup>570</sup> ASHİ m. 3:201'nin kenar başlığı "Açık, Örtülü ve Görünen Yetki" şeklindedir.

güvenen üçüncü kişinin korunması gayesine hizmet etmektedir. Ancak diğer yandan temsil olunanın, temsilcinin yaptığı işlem ile bağlı olmak istememesine ilişkin menfaatinin dikkate alınması gerekir. Bu çerçevede üçüncü fıkra, temsil olunan olarak muamele gören kişinin, ilgili işlemleri yapmak üzere temsilciye yetki verdiğine ilişkin üçüncü kişinin haklı olarak ve iyi niyetle güvenmesine neden olması gerektiği koşulunu öngörmek suretiyle bu iki menfaati dengelemektedir<sup>571</sup>. Böylece temsil olunanın açıklamaları veya davranışları üçüncü kişide makul ve dürüst bir güven yaratırken; üçüncü kişi, temsilcinin somut olarak yaptığı işlem için temsil olunanın yetki verdiğine güvenmesi gerekir<sup>572</sup>.

ASHİ m. 3:201 f. 3'te iyi niyetin vurgulanması önemlidir. İyi niyet kavramı eşzamanlı birçok işlevi yerine getirir. Objektif görünümünde dış yetkinin teorik kaynağını, subjektif görünümünde ise yetkinin sınırını oluşturur<sup>573</sup>. Hükümde iyi niyete yapılan gönderme, üçüncü kişi tarafından buna dayanılmadığında, kendisine yapılan bildirimden yararlanamayacağı yönündeki görüşü kavramaya da yardımcı olmaktadır. Üçüncü kişi sadece iyi niyetli olduğu takdirde korunmaya değer olacaktır.

Hukuken görünen yetkili temsilci, açık bir temsil yetkisine sahip olduğu şekilde temsil olunanı borçlandırabilecektir. Hükümde belirtilen koşullar kapsamında temsil olunanın yetki verdiğini kabul edilir. Bunun anlamı yetkinin varlığı kabul edilir ve yetkisiz temsilcinin sözleşmeyi geçerli olarak yaptığı sonucuna varılır. İlkeler'in bakış açısına göre, doğrudan temsilde görünen yetkinin koşulları oluştuğunda, üçüncü kişi ile temsil olunan birbirleriyle doğrudan bağlanır<sup>574</sup>. Böylece üçüncü kişi, görünen yetkinin sonuçları yerine ASHİ m. 3:204 f. 2 uyarınca sözde temsilcinin sorumluluğuna yönelemez. Bu konuda üçüncü kişinin bir seçim hakkı bulunmaz. Temsilci tarafından yürütülen işlem, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında ex lege etkilidir.

<sup>571</sup> ASHİ m. 3:209 f. 2, görünen yetkiye ilişkin genel hüküm niteliğindeki ASHİ m. 3:201 f. 3'e nazaran *lex specialis* görünüm taşır. Bu kural, görünen yetkinin özel bir durumu olarak temsilcinin gerçekte yetkisinin sona ermesine rağmen, temsilcinin bu durumu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü kişi ile temsil olunan için işlem yapmaya devam etmesini öngörür. ASHİ m. 3:201 Yorum D.

<sup>572</sup> Bir kuyumcu, çalışanına çek almaması konusunda talimat vermesine karşılık, çalışan bu talimata aykırı bir surette müşteriden çek aldığı anda, çalışanın hukuken görünen yetkisi çerçevesinde kuyumcu bu işlemle bağlı olacaktır. Zira kuyumcularda çek ile ödeme genel geçerli bir uygulamadır. ASHİ m. 3:201 Yorum D.

<sup>573</sup> ROUILLER, s. 299.

<sup>574</sup> Lando, görünen yetki ile örtülü yetki arasındaki ayırım güçlüğü karşısında ASHİ'de her iki yetkiye aynı hukuki sonuçlarının öngörülmesinin bu zorlu konuya bir çözüm sunduğunu ifade etmektedir. Bu konuda bkz. Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 131.

Doğrudan temsilde görünen yetkinin koşulları oluştuğunda, temsilcinin yetkisi olmadığında dahi temsil işlemi geçerlidir. Benzer bir istisnaya yetkisiz dolaylı temsilde yer verilebilir<sup>575</sup>. Zira tarafların menfaat durumları dolaylı temsilde yakın özellikler göstermektedir. Elbette yetkisiz gizli dolaylı temsilde görünen yetkiden bahsetmek isabetli değildir. Bir diğer ifade ile üçüncü kişiye, karşı sözleşenin arkasında bir temsil olunanın olduğu makul ölçüde görünür değilse, görünen yetkiden söz edilemez. Ancak yetkisiz açık dolaylı temsilde, örneğin bir komisyoncunun profesyonel sıfatı ile hareket etmesinde ulaşılabilecek sonuç değişebilir. Temsil olunanın davranışları veya beyanları, üçüncü kişinin haklı olarak ve iyi niyetle gerçekte yetkisi olmamasına rağmen, kendi adına ve temsil olunan hesabına sözleşme yapmaya yetkili bir temsilci ile işlem yapmakta olduğuna güvenmesine neden olması mümkündür. Bu anlamda görünen yetkinin varlığı halinde, dolaylı temsile ilişkin açık veya örtülü bir yetki mevcut olmasa dahi, dolaylı temsilin hukuki sonuçları etkisini gösterecektir. Böylece ASHİ m. 3:302’de ve ASHİ m. 3:303’te öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle, temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerine doğrudan yönelmeleri gündeme gelecektir. İlkeler’de dolaylı temsili düzenleyen kısımda bu yönde bir hükme yer verilmemesi önemli bir eksikliktir. Kanımızca doğrudan temsilde yer verilen hüküm, benzer menfaat durumlarında dolaylı temsilde kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

ASHİ m. 3:201 uyarınca temsilin etkinliği, her biri kendi başına etkili olan iki temel olguya dayanır. Ancak hükümde öngörülen bu iki temel olgu arasındaki bağlantı gereğince, üçüncü kişinin iyi niyeti sadece temsil olunanın temsilciye yetki vermediği durumlarda değerlendirilecektir. Temsilcinin bir işlemi iç yetkilere dahil olduğunda, bu işlemin aynı zamanda dış yetkilere girdiğini incelemek gereksizdir. Bir başka deyişle düzenlenen hüküm, temsil olunanın üçüncü kişi tarafından algılanan beyanlarının ve davranışlarının, ancak temsilci yetkilendirilmediğinde dikkate alındığını açıkça belirtmektedir. Böylece düzenlemede takip edilen sistematığın dış yetkilerin yardımcı niteliğinin algılanmasını sağladığını ifade edebiliriz.

---

<sup>575</sup> BUSCH (Indirect Representation), s. 235.



## **b. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Görünen Yetki**

AÖH II. 6:103'te temsilin etkinlik kaynakları öngörülmektedir. Hükümün ikinci fıkrasında temsilcinin açık veya örtülü olarak yetkilendirilebileceği ifade edildikten sonra, üçüncü fıkra da bir kişinin üçüncü kişinin makul olarak ve iyiniyetle, o kişinin belli işlemleri yerine getirmek için bir temsilciyi yetkilendirdiğine güvenmesine neden olduğunda, kişinin görünürde temsilciyi yetkilendiren bir temsil olunan olarak kabul edileceği düzenlenmektedir<sup>576</sup>. Eserin temsilin etkinlik kaynaklarına ilişkin düzenlemesi temel olarak ASHİ'den iktibas edilmiştir. Görünen yetkiye ilişkin hüküm fıkrasında sadece kelime düzeyinde bir fark göze çarpmakta, iki belgenin öngördüğü koşullar tamamen örtüşmektedir.

Açıklayıcı yorumlarda bir temsilcinin yetkisinin her zaman temsil olunanın yetki vermeyi amaçladığı beyanlarına ve davranışlarına dayanmayabileceğine; temsil olunanın açık veya örtülü niyeti olmadan da üçüncü kişinin makul şekilde ve iyi niyetle temsilciye yetki verildiğine güvenmesine yol açtığına, o temsilcinin yetkisinin hukuk aracılığı ile ortaya çıkabileceğine işaret edilmiştir<sup>577</sup>. Böylece durumların görünümüne dayalı bir yetki söz konusudur. Bu kural temsil olunanın gerçekte bir yetki verdiği izlenimine dayanan üçüncü kişiyi korumak üzere tasarlanmıştır. Ancak temsil olunan tarafından yaratılan görünüme dayanan üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerektiğine ilişkin koşul ile temsil olunanın işlemle bağlanmak istememesine ilişkin menfaati arasında denge sağlanmaktadır<sup>578</sup>.

Bu tür bir yetki, açık yetkiye sahip bir temsilcinin temsil olunanı bağladığı tarzda bir etki gücü içermektedir. Böylece üçüncü fıkra da düzenlenen kural, temsil olunanın üçüncü kişiye karşı temsilcinin yetkisizliğini ileri sürmekten alıkoymasının ötesine geçmektedir. Temsilci, açık veya örtülü yetki verilmesi olmadığını ileri süren

<sup>576</sup> AÖH II. 6:103 (3), “Bir kişi, üçüncü kişinin makul olarak ve iyiniyetle, o kişinin belli işlemleri yerine getirmek için bir temsilciyi yetkilendirdiğine güvenmesine neden olursa, kişi görünürde temsilciyi yetkilendiren bir temsil olunan olarak kabul edilir” şeklindedir.

<sup>577</sup> AÖH II. 6:103 Yorum D.

<sup>578</sup> “Yetkilendirmenin Sona Ermesinin veya Kısıtlanmasının Etkisi” kenar başlığı altında II. 6:112’de görünen yetkinin ortaya çıkacağı özel bir durum düzenlenmiştir. Hükümde bir temsilcinin yetkisinin, yetkiyi bilen bir üçüncü kişi ile ilişkide temsilcinin yetkisinin sona ermesine veya kısıtlanmasına rağmen, üçüncü kişinin bu sona ermeyi veya kısıtlamayı bilmesine veya makul olarak bilmesinin beklenebilmesine kadar devam edeceği öngörülmüştür.

herkese karşı gerçek bir yetkiye sahip sayılmaktadır<sup>579</sup>. Bu durumda iyi niyetli üçüncü kişi, yetkisizliğinden hareket ederek temsilciyi II. 6:107 gereğince sorumlu tutamaz. Üçüncü kişinin bu konuda tercih olanağı bulunmaz. Bir başka deyişle, görünüme dayanan yetkinin koşulları oluştuğunda, temsil olunan ile üçüncü kişi birbirleriyle ex lege bağlanır.

AÖH II. 6:103'te öngörülen temsilin etkinlik kaynakları birbirinden bağımsızdır. Ancak bu etkinlik kaynakları arasında belli bir etkileşim söz konusudur. Nitekim üçüncü kişinin yaratılan görünüme ilişkin iyi niyeti, temsilcinin açık veya örtülü olarak yetkilendirilmediği durumlarda korunacaktır.

### c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Görünen Yetki

UTSİ sisteminde bir temsilcinin yetkisiz veya yetkisi dışında hareket etmesine rağmen, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi birbirine bağlayabileceği iki durum söz konusudur. Bunlardan birincisi, UTSİ m. 2.2.9'da düzenlenir. Temsil olunan işlemi onadığında yetkisiz yapılan işlem geçerlidir. İkincisi ise görünen yetki olarak ifade edilen ve UTSİ m. 2.2.5 (2)'de hüküm altına alınan olgudur<sup>580</sup>. Bu hükme göre, davranışı bir üçüncü kişinin makul ölçüde temsilcinin kendi hesabına hareket etme yetkisine sahip olduğuna güvenmesine yol açan bir temsil olunan, üçüncü kişiye karşı temsilcinin yetkisizliğine dayanamaz ve temsilcinin hareketiyle bağlı olur<sup>581</sup>. İyi niyet genel ilkesinin (UTSİ m. 1.7) ve çelişkili davranış yasağının (UTSİ m. 1.8) bir uygulaması olan görünen yetki, temsil olunanın bir kuruluş olduğu durumlarda özellikle önem taşır. Üçüncü kişi işlem yaptığı şirket, ortaklık veya diğer ticari bir birlik için hareket eden kişilerin bunun için gerçek yetkiye sahip olup olmadıklarını tespit etmekte güçlük çekebilir. Bu nedenle koşulları oluştuğunda görünen yetkiye dayanmayı tercih

<sup>579</sup> AÖH II. 6:103 Yorum D.

<sup>580</sup> İlkeler'in oluşturulması sürecinde Unidroit çalışma grubunun üyelerinden Di Majo, örtülü yetki ile görünen yetki arasındaki ayırımın belirsiz olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşe iştirak eden grubun başkanı Bonell, birçok durumda örtülü yetki ile görünen yetki arasındaki sınırın belirlenmesinin güç olduğunu, ancak buna rağmen iki kavram arasında önemli teorik farkın olduğunu haklı olarak ifade etmiştir. Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 88.

<sup>581</sup> “Yetkisiz veya Yetkisi Dışında İşlem Yapan Temsilci” kenar başlığını taşıyan m. 2.2.5, “(1) Bir temsilci yetkisi olmadığı halde veya yetkisi dışında işlemler yaptığında, bu işlemler, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkilemez. (2) Bununla birlikte temsil olunan, üçüncü kişinin, temsilcinin temsil olunan hesabına hareket etme yetkisi olduğuna ve temsilcinin yetkisinin kapsamı içinde hareket ettiğine haklı olarak güvenmesine neden olursa; temsil olunan, üçüncü kişiye karşı temsilcinin yetkisizliğine dayanamaz” şeklindedir. Buna karşılık UTSİ m. 2.2.10 (1), görünen yetkiyi genel olarak düzenleyen UTSİ m. 2.2.5 (2)'ye nazaran özel bir hüküm niteliğindedir. Hüküm uyarınca temsilcinin yetkisi sona erdiği halde, üçüncü kişi bu sona ermeyi bilmediğinde veya bilmesi gerekmediğinde yapılan işlem etkili olur.

edebilir. Bu amaçla üçüncü kişi sadece kuruluşu temsil ettiği düşünülen kişinin bunun için yetkili olduğuna güvenmesinin makul olduğunu ve bu güvene aslında yönetim kurulu, yöneticiler veya ortaklar gibi kuruluşu temsile yetkili olanların davranışlarının neden olduğunu kanıtlaması gerekir. Üçüncü kişinin güveninin makul olup olmadığı, görünen temsilcinin kuruluşun hiyerarşisindeki pozisyonu, ilgili işlemin türü, kuruluş temsilcilerinin geçmişteki kabulü tarzındaki koşullara bağlı olacaktır. Örneğin B şirketinin baş finans sorumlusu olan A, yetkisi olmamasına rağmen yönetim kurulunun rızası ile B hesabına C bankasıyla mükerrer mali işlemler yapmıştır. B için dezavantaj teşkil eden yeni bir işlemde B'nin yönetim kurulu, A'nın yetkisizliğini C'ye karşı ileri sürer. C, A'nın B hesabına mali işlem yapması konusundaki görünen yetkisiyle bu işlemin B'yi bağladığını ileri sürerek bu itirazı ortadan kaldırabilir<sup>582</sup>.

UTSİ'de koşulların varlığında görünen yetkiye ilişkin kurala sadece üçüncü kişi başvurabilir. Bu anlamda görünen yetkinin varlığı üçüncü kişinin menfaat alanı içerisinde yer alır. Bir başka ifade ile üçüncü kişi, koşulların mevcudiyetinde görünen yetkinin hükümlerine başvurmaya yetkili olmasına karşılık, bu konuda yükümlü değildir. Bu nedenle üçüncü kişi, görünen yetki kapsamında temsil olunan ile bağlanmayı tercih etmeyerek, UTSİ m. 2.2.6 gereğince yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yönelebilecektir<sup>583</sup>.

#### **d. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Görünen Yetki**

Konvansiyon'da görünen yetkiye ilişkin düzenlemenin sistematığı ve içeriği UTSİ ile tamamen uyumludur<sup>584</sup>. Konvansiyon'un 14. maddesinin 1. fıkrasında,

---

<sup>582</sup> UTSİ m. 2.2.5 Yorum 2.

<sup>583</sup> Unidroit Çalışma grubunda konuya ilişkin farklı yaklaşımlar tartışılmıştır. Lando, görünen yetki halinde temsil olunanın sözleşme ile bağlı olmasına karşılık, üçüncü kişinin neden bağlı olmadığını şaşkınlıkla karşıladığını belirtmiştir. Yazar, temsil olunanın üçüncü kişinin kararına göre sözleşme ile bağlanması fikrini anlamadığını vurgulamıştır. Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi E. Allan Farnsworth ise Amerikan hukukunda görünen yetki durumunda üçüncü kişiye sözleşmenin varlığı konusunda bir seçim olanağının öngörülmediğine işaret ederek, ASHİ'ne benzer bir hükmün kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bonell, UTSİ (ve Cenevre Konvansiyonu) ile ASHİ arasındaki konsept farklılığına dikkat çekmektedir. Buna göre Avrupa ülkelerinde görünen yetki, temsil olunanın ve üçüncü kişinin bağlanması sonucunu doğuran bir yetkidir. Oysa Uluslararası İlkelerde (ve Cenevre Konvansiyonu'nun'da) görünen yetkiye sadece üçüncü kişi müracaat edebilir. Çalışma grubu ASHİ'nin yaklaşımını oy çokluğu (7:5) ile reddetmiştir. Bu konuda bkz. Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 128, 131, 140-141.

<sup>584</sup> Her iki eser Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü (International Institute for the Unification of Private Law) tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda oluşturulmuştur.

temsilcinin yetkisiz veya yetkisinin kapsamı dışında hareket etmesi halinde, gerçekleştirilen işlemin temsil olunanı ve üçüncü kişiyi bağlamayacağı belirtilir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise temsil olunanın davranışının, üçüncü kişinin iyi niyetle temsilcinin temsil olunanın hesabına hareket etmeye yetkili olduğuna güvenmesine neden olduğunda, temsil olunanın üçüncü kişiye karşı temsilcinin yetkisizliğini ileri süremeyeceğini içermektedir<sup>585</sup>. Görünen yetkinin oluşması için gereken koşullar temelde diğer uluslararası belgelerle ortak özellikler göstermektedir. Öncelikle temsil olunanın ortaya koyduğu tavırların, temsilcinin kendisinin hesabına hareket etmeye yetkili olduğu görünüşünü meydana getirmesi gerekir. Bir başka ifade ile yaratılan izlenimin temsil olunanın kaynaklanması gerekir. Temsil olunan tarafından yaratılan bu risk alanının da üçüncü kişinin makul olarak ve iyi niyetle temsilcinin yetkisi kapsamında hareket ettiğine güvenmesine yol açmalıdır. Konvansiyon’da öngörülen koşullar diğer belgelerle uyumlu olmakla birlikte, görünen yetkiye yüklenen anlam ASHİ’den ve AÖH’den ayrılmaktadır. Bu düzenlemede görünen yetkiye UTSİ’e benzer tarzda sadece üçüncü kişi dayanabilir<sup>586</sup>. Bu konuda üçüncü kişinin seçim hakkı bulunur. Üçüncü kişi, görünen yetkinin koşullarının oluştuğu gerekçesiyle temsil olunan ile bağlanmayı veya 16. madde kapsamında yetkisiz temsil hükümleri uyarınca temsilcinin sorumluluğuna yönelmeyi tercih edebilecektir.

Konvansiyon yeknesak bir temsil yaklaşımına dayalı olduğundan görünen yetkiye ilişkin hüküm uygun olduğu ölçüde dolaylı temsilde geçerlidir<sup>587</sup>. Üçüncü kişi, karşı tarafın temsilci sıfatı ile hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, temsil olunanın davranışı bakımından görünen yetkinin varlığından söz edilemez<sup>588</sup>. Dolayısıyla görünen yetkiye ilişkin m. 14 f. 2’nin bu tarz dolaylı temsil<sup>589</sup> durumlarında geçerli olacağını savunmak isabetli değildir. Buna karşılık özellikle profesyonel sıfatı ile hareket eden bir komisyon temsilcisinde olduğu gibi üçüncü kişinin karşı tarafın

<sup>585</sup> Konvansiyon m. 14 (2), “Bununla birlikte temsil olunanın davranışı, üçüncü kişinin makul olarak ve iyiniyetle, temsilcinin temsil olunanın hesabına hareket etmeye yetkili olduğuna ve yetkisinin kapsamı içinde hareket ettiğine güvenmesine neden olursa, temsil olunan üçüncü kişiye karşı temsilcinin yetkisinin eksikliğine dayanamaz” şeklindedir.

<sup>586</sup> Unidroit 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 128.

<sup>587</sup> EVANS, s. 133-137; STÖCKER, s. 783. Bonell ise görünen yetkiye ilişkin hükmün dolaylı temsilde uygulanmasını reddetmektedir. BONELL, (AJCL 1984), s. 739.

<sup>588</sup> Konvansiyon m. 13 (1), “Temsilci, temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunanın hesabına işlem yaptığında, (a) üçüncü kişi, temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde (...)” şeklindedir.

<sup>589</sup> Genel olarak gizli veya açıklanmayan dolaylı temsil şeklinde adlandırılabilir.

temsilci sıfatına sahip olduğunu bildiği ve içinde bulunan koşullardan temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediğinin anlaşıldığı<sup>590</sup> durumlarda sonuç farklı olabilecektir<sup>591</sup>. Bir kimse kendi adına ve temsil olunan hesabına sözleşme yapma yetkisine sahip olmamasına rağmen, temsil olunanın davranışları, üçüncü kişinin, bu kimsenin kendi adına ve temsil olunan hesabına sözleşme yapması konusunda yetkilendirilen bir temsilci olduğuna güvenmesine neden olduğunda, görünen yetkinin koşullarının gerçekleştiği sonucuna varılabilir. Böylece Konvansiyon'un 13. maddesinin 2. ilâ 5. hükümleri kapsamında, temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerine yönelebileceğini ifade edebiliriz.

## **C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAYNAKLARI**

### **1. Temsil Yetkisinin Verilmesi**

#### **a. Türk ve İsviçre Hukukunda Temsil Yetkisinin Verilmesi**

##### **i. Temsil Yetkisi Veren İşlemin Hukuki Niteliği**

Temsil yetkisi 1881 tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanununda akdi ilişkinin bir unsuru olarak düzenlenmiştir<sup>592</sup>. Günümüzde Avusturya Medeni Kanunu m. 1002'de "yetkilendirme sözleşmesinden" söz edilir. Fransız Medeni Kanununun 1984. maddesi uyarınca temsil yetkisi vekâletten ayrılmamıştır. Bu hukuk sistemlerinde temsil yetkisi vekâlet sözleşmesinin bir parçası olarak anlaşılır. Temsil yetkisi vekâlet sözleşmesinden ayrılmadığından, yetkinin verilmesi için yapılan irade beyanının temsilci tarafından kabulü aranmakta; bu anlamda yetkinin verilmesi, temsil olunan ile temsilci arasındaki bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Ancak 19. yüzyıldan itibaren temsil yetkisinin vekâlet sözleşmesinden ayrılması gerektiğine ilişkin fikirler doğmaya başlamıştır. Bu konuda Laband'ın yazdığı makale birçok çalışmanın temelini oluşturur<sup>593</sup>. Laband,

<sup>590</sup> Genel olarak açık dolaylı temsil şeklinde adlandırılabilir.

<sup>591</sup> Konvansiyon m. 13 (1), "(...), (b) durumun koşullarından, özellikle bir komisyon sözleşmesi ile ilgili olarak, temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediğinin anlaşılmasında, (...)" hükmünü öngörür.

<sup>592</sup> Eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 39, "Ist die Ermächtigung vertragsmäßig eingeräumt (...) ausdrücklichen oder stillweigenden Vereinbarung"; m. 40, "Eine vertragsmäßig erteilte Vollmacht "..."; m. 42, "Die vertragsmäßige Vollmacht (...)" düzenlemelerinde yetkinin sözleşmeye uygun ve sözleşme gereğince verilmesi öngörülmektedir.

<sup>593</sup> LABAND Paul, "Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch", in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 10, 1866, s. 183-241. Ancak temsil yetkisi ile

temsil yetkisi ile vekâletin aynı hukuki ilişkinin iç ve dış görünüm şekillerini oluşturmadağını, bu iki kurumun birçok durumda bir arada bulunmasına rağmen, birbirinden ayrılmasının hukuki bir zorunluluk teşkil ettiğini savunur. Alman hukukçuya göre, vekâlet sözleşmesi olmadan temsil yetkisi ve temsil yetkisi olmadan vekâlet sözleşmesi mevcut olabilecektir<sup>594</sup>. Laband'ın yaklaşımı modern hukukta temelde Türk-İsviçre Borçlar Kanununda ve Alman Medeni Kanununda benimsenmiştir. Böylece temsil olunanın tek taraflı iradesine dayanan temsil yetkisi, vekilin haklarını ve yükümlülüklerini belirleyen vekâlet sözleşmesinden ayrılır. Bu hukuk sistemlerinde temsil yetkisinin temel ilişkiden ayrı ve bağımsız olduğu kabul edilmektedir<sup>595</sup>. Özellikle BK. m. 42 f. 1 yetkinin bağımsız niteliğini gösterir. Hüküm uyarınca, temsil olunanın temsil yetkisini geri alması taraflar arasında mevcut olan hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmesi gibi temel ilişkiden kaynaklanan taleplerin ileri sürülmesine engel olmaz<sup>596</sup>. Nitekim doktrinde temsil yetkisinin tek taraflı, muhatabına varması gerekli, ancak kabulü gerekmeyen bir hukuki işlem olduğu savunulmaktadır<sup>597</sup>. Bir başka ifade ile yetki verililişinin bir sözleşme ilişkisini zorunlu kılmadığı sonucuna varılmaktadır. Temsil yetkisi temsilciye verilen bir hukuki olanaktan ibaret olduğu halde, temel ilişki temsilcinin yükümlülüklerini ve sorumluluklarını gösterir<sup>598</sup>. Temsil yetkisinin varlığının temel ilişkiden bağımsız olduğundan hareket edilmesi sonucunda yetkinin soyut olduğu ileri sürülür. Soyutluk ilkesi gereğince temsil yetkisinin varlığı ve geçerliliği, geçerli bir temel ilişkinin varlığına bağlı değildir. Temel ilişkinin geçersizliği temsil yetkisini geçersiz kılmamakta, temel ilişki olmadan dahi temsil

---

vekâlet sözleşmesi arasındaki ayırım Laband'ın buluşu değildir. Uzun bir gelişimin sonucudur. Laband'dan önce Ørstedt ve Diephuis, yetki ile vekâlet ayırımına işaret etmelerine rağmen, bu konuda büyük bir etki oluşmamıştır. Bu konuda bkz. MÜLLER-FREIENFELS Wolfram, "Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrecht im 19. Jahrhundert, Band II: Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin, hgg. V. Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt am Main 1977, s. 144-212, s. 144 ve s. 160.

<sup>594</sup> LABAND, s. 203 ve s. 209.

<sup>595</sup> BGE 78 II 372; BGE 94 IV 51: "(...) die Vertretungsmacht (...) nicht nur ein selbständiges, von einem Kausalverhältnis (Dienstvertrag, Auftrag usw.) unabhängiges Rechtsgeschäft (...)".

<sup>596</sup> ROÜLLER, s. 295 dn. 730. Keza BK. m. 43 f. 3'te yetkinin sona ermesinin temel ilişkiden bağımsız olduğu hüküm altına alınmaktadır.

<sup>597</sup> VIOLAND, s. 41; SCHWENZER, n. 42.02; KILIÇOĞLU, s. 159. Koller, kabul beyanını gerektirmediğinden bir kimsenin iradesi hilafına yetkilendirilmesinin mümkün olduğunu, ancak her zaman vazgeçme olanağı bulunduğundan temsilcinin zararına bir durumun oluşmadığını ifade etmektedir. Yazar, vazgeçme hakkının kanunda açıkça tanınmamasından dolayı, bu sonuca MK. m. 1 f. 2 uyarınca boşluk doldurma yoluyla ulaşılabileceğini savunmaktadır. KOLLER (AT), n. 1401. Temsilcinin yetkiyi baştan reddedebileceği veya sonradan çekilebileceği yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 28; BUCHER, § 33 III 5d. OR 2020 tasarısının 189. maddesinde, yetkinin temsilciye tek taraflı beyan ile verildiği düzenlenmiştir.

<sup>598</sup> KÜNZLE, s. 50.

yetkisi tek başına var olabilmektedir<sup>599</sup>. Ancak doktrinde yetkinin temel işlemde yoksun olduğuna ilişkin sadece sınırlı örneklerin sunulduğunu görmekteyiz. Acil durumların ihtiyatla karşılanması amacıyla temsil olunanın bir yakınına gerekli olduğu takdirde, bankada işlemleri yürütmesi için yetki verdiği hallerde, temel ilişkinin olmadığı ifade edilir. Yine ayırt etme gücüne sahip küçüğe temsil yetkisinin verilmesi ve onunla vekâlet sözleşmesi yapılması halinde, yetkinin geçerli olmasına rağmen vekâlet sözleşmesi bakımından kanuni temsilcinin MK. m. 16 uyarınca muvafakati olmadığında, vekâlet sözleşmesinin hükümsüz olacağı vurgulanmaktadır<sup>600</sup>. Keza bir kimseye sorumluluk yüklenmeden başkası için bir eşya satın alması veya daireyi kiralaması için yetki verilebileceği, bu durumda temsilci sıfatında olan kişinin yükümlülüğünün bulunmamasına rağmen, eşya satın alma veya daireyi kiralama konusunda yetkisinin olacağı kabul edilir<sup>601</sup>. Doktrinde temel ilişkiden yoksun bir temsil yetkisinin varlığının düşünülebileceğinin, ancak bunun gerçekte çok nadir olabileceğinin belirtilmesinin yanı sıra, temsilci ile temsil olunan arasında her zaman sözleşmeye veya kanuna dayalı bir temel ilişkinin bulunduğunu savunan görüşlere rastlanmaktadır<sup>602</sup>. Kocayusufpaşaoğlu, temsil olunanın kendisine karşı hiçbir yükümlülüğü olmayan bir temsilciyi tayin etmesinin, bu anlamda hiçbir temel ilişkiye dayanmayan tek başına bir temsil yetkisinin normal bir görünüm oluşturmadığını savunur. Yazara göre, mevcut bir temel ilişki olmadan yapılan yetkilendirme işlemi, geciktirici koşula bağlı bir vekâlet sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir öneriyi içermektedir. Bu öneri, açık bir kabul beyanını gerektirmez. Temsilci uygun bir süre içerisinde öneriyi reddettiğini bildirmediğinde, sözleşme BK. m. 6 uyarınca kurulacaktır. Hükümde belirtilen işin özel niteliği ve durumun gereği koşulları gerçekleşmiştir. Bu anlamda tek başına bir temsil yetkisi değil, geciktirici koşula bağlı bir vekâlet sözleşmesine dayalı bir temsil yetkisi söz konusudur<sup>603</sup>. Diğer yandan ayırt etme gücüne sahip reşit olmayan bir temsilciye verilen yetkinin geçerli olmasına rağmen, kanuni temsilcinin muvafakatine ihtiyaç duyan vekâlet sözleşmesinin kesin hükümsüz hale geldiği durumlarda dahi, temsil yetkisinin temelinde kanuna dayanan

<sup>599</sup> WATTER/SCHNELLER, m. 33, n. 12; KÜNZLE, s. 50-51; OĞUZMAN/ÖZ, s. 171; TEKİNAY, s. 174.

<sup>600</sup> KÜNZLE, 51; VON TUHR/PETER, s. 359; EREN, s. 399.

<sup>601</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 171; TEKİNAY, s. 175.

<sup>602</sup> SCHWENZER, n. 42.07; ENGEL, s. 383. Von Tuhr/Peter, temsil yetkisinin istisnai olarak bir hukuki ilişkiye dayanmadan verilebileceğini ifade etmektedir. VON TUHR/PETER, s. 359.

<sup>603</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 627, s. 649 ve s. 652.

vekâletsiz iş görme ilişkisinin oluşacağı ileri sürülebilir<sup>604</sup>. Bir başka deyişle, bu durumda dahi temsil yetkisi bir temel ilişki çerçevesinde ele alınarak, taraflar arasındaki karşılıklı hakları ve borçları düzenleyen bir ilişki mevcut olacaktır. Hiç şüphesiz bu süreç aynı zamanda temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsızlığını göstermektedir. Son olarak ihtiyatlı bir yaklaşım çerçevesinde ileride bankada yapılacak olası işlemler için bir kimseye bilgi verilmeden ilgili bankaya bildirim yapılması durumunda, temsilcinin hiçbir şekilde yetkili olmadığı sonucuna varılabilir<sup>605</sup>. Ancak ilgili banka, yetkili olacağı bildirilen kişiyi davet ettiğinde ve yetkilendirme beyanını iletildiğinde, kişinin tavrı belirleyici olacaktır. Bu kişi, yetkilendirme beyanının kendisine iletilmesi ile birlikte daveti kabul ettiğini ortaya koyan davranışlarda bulunduğu anda, temsil olunan ile temsilci arasında temsil yetkisinin dayanağını oluşturan bir vekâlet sözleşmesinin kurulduğu savunulabilir<sup>606</sup>.

Temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi kapsamında, üçüncü kişinin temel ilişkiyle ilgilenmeksizin sadece yetki ile muhatap olduğu, temel ilişkiden kaynaklanan itirazların kendisine karşı ileri sürülemediği, bu anlamda üçüncü kişinin hukuki durumunun iyileştirildiği kabul edilir<sup>607</sup>. Ancak bu ilke doğrultusunda, yetkinin kötüye kullanımının oluşturduğu tehlike alanının da temsil olunana ait olduğu sonucuna varılması gerekir. Zira uygun bir temsilcinin bulunması, tamamen temsil olunanın yükümlülüğündedir. Üçüncü kişinin sadece yetkiyi dikkate almak zorunda olduğundan hareket edildiğinde, temsilcinin temel ilişki gereğince bağlılığının üçüncü kişiyi ilgilendirmemesi gerekir. Ancak yetkinin soyutluğu ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanmasının yaratacağı sorunlar karşısında, temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki ayrımı destekleyen yazarların ağırlıklı olarak bu ilkeye istisna tanıma eğilimi içerisinde olduğu görülmektedir. Böylece temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı hallerde soyutluk ilkesi terk edilerek, işlem hayatının dürüst işleyişinin korunması hedefiyle temel ilişkiden

<sup>604</sup> Esener, taraflar arasında temel ilişkinin bulunmadığı hallerde işgören ile işsahibi arasındaki durumun vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir. ESENER (Temsil) s. 60, dn. 160.

<sup>605</sup> Ancak bankaya yapılacak bildirim, BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 3) uyarınca etki doğurabilecektir.

<sup>606</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 650.

<sup>607</sup> BUCHER, s. 616; ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 121 ve n. 160; İNCEOĞLU, s. 28 vd.



kaynaklanan itirazların üçüncü kişiye karşı etkili olarak ileri sürülebileceği savunulmaktadır<sup>608</sup>.

Doktrinde yetkinin soyutluğu konusunda tereddütler sergileyen görüşler söz konusudur. Gautschi, temsil yetkisinin temel ilişkiden soyutluğunun yapay olduğunu, soyutluğun tutarlı olarak gerçekleşmediğini ifade eder. Yazar yetki verilmesini vekâlet verilisinin bir unsuru olarak görmektedir<sup>609</sup>. Rouiller, yetkilerin soyutluğu kabul edilirken, yetki ile temel ilişki arasında ayırım yapılmasının değil, iç yetkiler ile dış yetkiler arasında bir ayırım yapıldığını vurgular<sup>610</sup>. Butscher-Schwarz, iç yetkinin iç ilişkinin içeriksel oluşumuna tabi olduğundan iç yetkinin soyutluğundan bahsedilemeyeceğini, soyut olanın dış yetki olduğunu savunmaktadır. Üçüncü kişi sadece iyi niyetli olduğunda, iç kısıtlamaları bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde dış yetkiye dayanabilir<sup>611</sup>. Esener'e göre, temel ilişki kavramı üzerindeki anlaşmazlık ile iç ve dış yetkinin karıştırılmasından ötürü soyutluk ilkesinin kapsamı fazla genişletilmiştir. Yazar, sadece dış temsil yetkisinin soyut olduğunu düşünmektedir. Soyutluk ilkesi ile üçüncü kişilerin korunması amaçlanır. Oysa Türk-İsviçre hukukunda iyi niyetli üçüncü kişiler güven ilkesi uyarınca korunduğundan, temsil yetkisinin soyut olduğunda ısrar etmenin anlamı yoktur. Böylece temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsız olarak geçerliliği yetkinin soyutluğu ilkesine değil, temsil olunanın oluşturduğu görünüşün muhatap tarafından iyi niyetle yorumuna bağlıdır<sup>612</sup>. Tandoğan ise Alman hukukundan esinlenen bazı yazarların temsil yetkisi ile temel ilişkinin birbirinden ayrılmasında temsil yetkisinin soyutluğunu, yani temel ilişkinin geçerliliğinden bağımsız olduğunu isabetli olmaktan uzak bir şekilde savunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre gerçekte illetten soyutluğun değil, iç ilişkideki bozuklukların iyi niyetli üçüncü kişilerin dış görünüşe güvenlerini korumak için onlara karşı ileri sürülememesi söz konusudur<sup>613</sup>.

<sup>608</sup> VIOLAND, s. 77 ve s. 78.

<sup>609</sup> GAUTSCHI, m. 396, n. 10 d; n. 12 ve n. 24 c.

<sup>610</sup> ROUILLER, 295 dn. 731.

<sup>611</sup> BUTSCHER-SCHWARZ Suzanne, Die Bedeutung des Innenverhältnisses für die Auslegung der Vollmacht, Diss. Basel 1954, s. 30-33 ve s. 38. Schnurrenberger benzer yönde dış yetkinin kural olarak temel ilişkiden bağımsız olduğunu ileri sürmektedir. SCHNURRENBERGER Albert, Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht sowie nach Internationalem Privatrecht, Diss. Basel 1969, s. 106 ve s. 126.

<sup>612</sup> ESENER (Borçlar Hukuku), s 249-250.

<sup>613</sup> TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 359.

Temsil yetkisinin tek taraflı bir hukuki işlem ile verildiğini ve temsil yetkisi ile temel ilişkinin bağımsızlığını vurgulayan yazarlar, bu iki hukuki ilişkinin birbirlerini değişik görünümelerde etkilediklerine işaret etmektedir<sup>614</sup>. Buna göre tek taraflı olarak verilen yetki, temsil olunan ile temsilci arasında bir sözleşme ilişkisi meydana getirmemekle birlikte, bu temsil yetkisi genellikle temsil olunan ile temsilci arasındaki bir sözleşmeye dayanır. Böylece temsil yetkisi, sözleşme ile üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile ilişkili olarak verilmektedir. Bu durumda yetkinin, sözleşmesel olarak yüklenilen görevlerin yerine getirilmesinin bir aracı olduğu ifade edilebilir. Böylece iki hukuki ilişki birbirleriyle karşılıklı etkileşim halindedir. Bu anlamda yetkinin kapsamı açık veya örtülü olarak temel ilişkiye göre değerlendirilirken, yetkinin yorumlanmasında temel ilişki belirleyici bir etkiye sahip olacaktır<sup>615</sup>. Diğer yandan temsil yetkisi bir temel ilişkinin gerçekleşmesi için verildiğinde, temel ilişkinin geçersizliğinde soyutluk ilkesine istisna tanınarak temsil yetkisinin geçersiz olması gerektiği belirtilmektedir. Bir başka ifade ile temel ilişkinin hükümsüzlüğü, temsil yetkisinin hükümsüzlüğüne yol açabilir. Keza temel ilişkiye son verilmesi halinde, bağımsızlık ilkesine rağmen yetkinin varlığını kural olarak sürdürmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira yetkinin genellikle temel ilişkiye bağlı olarak verilmesinden ötürü temel ilişkiye son veren bir beyanın temsil yetkisini de sona erdirdiği kabul edilir<sup>616</sup>. Benzer şekilde yetkinin kaldırıldığı haller belli koşullarda temel ilişkinin kaldırılması anlamına gelir<sup>617</sup>. Son olarak Türk-İsviçre Borçlar Kanunu, temel ilişki ile temsil yetkisi arasındaki yakın bağı somut olarak düzenleyen bir hükme yer vermektedir. Nitekim BK. m. 504 f. 2 (İBK. m. 396 f. 2), “*Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar*” içeriğini taşır. Hükümde açıkça vekâletin yerine getirilmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılmasında temsil

<sup>614</sup> KÜNZLE, s. 51-52; ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 120- 122 ve n. 161; İNCEOĞLU, s. 39.

<sup>615</sup> BGE 90 II 288; BUTSCHER-SCHWARZ, s. 38; SCHNURRENBERGER, s. 106 ve s. 126.

<sup>616</sup> Bu sonuca ulaşılmasında iki yaklaşım söz konusudur. Birinci görüşe göre, bir temel ilişkinin gerçekleştirilmesi amacıyla verilen yetki, örtülü olarak bu ilişkinin devamı süresince geçerli olmak üzere bozucu koşula bağlı olarak verilmektedir. ZACH/KÜNZLE, vorbem. 34-35, n. 11 ve m. 34 n. 15; HOFSTELLER, s. 43. İkinci görüşe göre ise temel ilişki kapsamında yetkilendirilen temsilci, farklı bir sonuca ulaşmayı gerekli kılan koşullar bulunmadığı takdirde, temsil olunanla arasındaki ilişkinin sonlandırılmasının güven ilkesi uyarınca temsil yetkisini de nihayete erdirdiğini anlamak zorundadır. BUCHER, s. 616; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 651. Ancak yetkinin amacı temel ilişkiye dayalı olmadığında, temel ilişkinin sona ermesi yetkinin varlığına etki etmez. KELLER/SCHÖBI, s. 82; FELLMANN, m. 396, n. 101.

<sup>617</sup> İNCEOĞLU, s. 39.

yetkisinin bulunduğuna ilişkin karine öngörülür. Düzenlemede yetkinin varlığı yanında bu yetkinin kapsamının belirlenmesinde temel ilişkinin önemi dikkate alınmaktadır<sup>618</sup>.

Doğrudan temsil yetkisinin hukuki niteliği ile ilgili yaklaşımlara benzer şekilde dolaylı temsil yetkisinin de bağımsız ve tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirildiğini görmekteyiz. Yavuz, temsilci ile temsil olunan arasında bir temel ilişki olmadan dolaylı temsil olunanın tek taraflı bir irade beyanıyla dolaylı temsilciyi kendi hesabına hukuki işlem yapması için yetkilendirebileceğini ifade eder. Ancak bu tek taraflı hukuki işlem ile dolaylı temsilcinin kendisine verilen yetki doğrultusunda hareket borcu altına girmeyeceğini, yetki verme işleminin bir temel işlem ile birlikte verilmesi durumunda bu yönde bir borcun meydana geleceğini belirtmektedir. Yazar, doğrudan temsil yetkisine nazaran dolaylı temsil yetkisinin kullanılmasının çok defa bir temel ilişkinin kurulması sonucunu doğuracağını, bu anlamda verilmesi bakımından tek taraflı bir işlem olan dolaylı temsil yetkisinin kullanılmasının taraflar arasında bir temel ilişki oluşturacağını vurgulamaktadır<sup>619</sup>. Aksi görüşte olan Kocayusufpaşaoğlu, dolaylı temsil yetkisi sadece bir iç ilişkiden ibaret olduğundan temel ilişkiyi oluşturan vekâlet sözleşmesinin içinde kendiliğinden bulunduğunu, dolaylı temsil yetkisinin temel ilişkinin sağladığı yetki dışında ayrı bir yetkilendirme anlamına gelmediğini savunur. Bir başka ifade ile dolaylı temsil yetkisi doğrudan doğruya temel ilişkiden doğmakta, temel ilişkinin kendisinden ibarettir. Yazarın bakış açısına göre, dolaylı temsil yetkisi için vekâlet sözleşmesi dışında ayrı bir yetkilendirmeden bahsedilemeyeceğinden, BK. m. 504 f. 2’de (İBK. m. 396 f. 2) tanımlanan temsil yetkisi ile dolaylı temsil yetkisi kastedilmemekte, hüküm sadece doğrudan temsil yetkisini içermektedir<sup>620</sup>. Biz birinci görüşün desteklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Temsil yetkisinin vekâletin (geniş manada temel ilişkinin) bir parçası olarak görüldüğü sistemlerde, dolaylı temsil yetkisinin verilmesi sözleşmesel sürecin bir parçası olarak değerlendirilir. Temsilcinin yetkiye ilişkin kabul beyanının uzantısında sözleşmesel haklar ve yükümlülükler belirlenmektedir. Ancak yetkinin vekâlet sözleşmesinden ayrılarak tek taraflı bir hukuki işlem olarak ele alındığı, bu anlamda kabulü gerekmeyen ve karşı tarafa ulaşmasının

<sup>618</sup> Bu düzenleme genel bir nitelik taşır. Böylece BK. m. 502 f. 2 gereğince niteliğine uygun düştüğü ölçüde kanunda düzenlenmemiş olan diğer iş görme sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır.

<sup>619</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 30.

<sup>620</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631 dn. 46 ve s. 652.

yeterli görüldüğü sistemlerde süreç oldukça sorunlu alanlar taşımaktadır. Yetki verilmesini tek taraflı bir hukuki işlem olarak değerlendiren görüşler dahi, temsil yetkisi ile temel işlemin yakın bir ilişki içerisinde olduğunu kabul etmektedir. Her iki temsil türünde temel ilişkiden yoksun bir temsil yetkisinin tek başına varlığı atipik bir görünüm oluşturmaktadır. Tek başına verilecek yetkinin işlevselliği de bünyesinde birçok soru işaretini barındırır. Böylece her iki temsil türünde hukuki niteliği bakımından tek taraflı verilen temsil yetkisinin aynı zamanda geciktirici koşula bağlı bir sözleşme kurulmasına yönelik öneriyi içerdiği sonucuna varılabilecektir. Temsilcinin tek taraflı bir hukuki işlem ile yöneltilen yetkiyi BK. m. 6 (İBK. m. 6) uyarınca uygun bir süre içerisinde reddetmemesi veya kendisine yöneltilen yetki doğrultusunda işlem yapması halinde, önerinin örtülü olarak kabul edildiği ve taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ifade edilebilecektir.

## **ii. Temsil Yetkisinin Muhatabı**

Türk-İsviçre kanun koyucusu yetkinin muhatabını açıkça düzenlememiştir. Bu durumda konunun sunulması, kodifiye edilmemiş hukuka kalmaktadır. Doktrinde temsil olunanın vereceği yetkinin muhatabına ilişkin olarak iki temel görüş savunulur. Azınlıkta kalan görüşe göre, temsil yetkisinin muhatabı mutlaka temsilci değildir. Kanunda yetkinin temsilciye bildirilmesi koşuluna yer verilmemiştir. Aksine BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 3), yetkinin üçüncü kişiye bildirilmesini yeterli bulan görüşü desteklemektedir<sup>621</sup>. Diğer yandan iyi niyetli üçüncü kişiye yöneltilen yetki bildirimine dayalı olarak temsilin etkili olması halinde, temsilcinin yetki ile hareket ettiği kabul edilmektedir<sup>622</sup>. Temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesi halinde, temsilcinin bunu dolaylı olarak öğrenmesi ve dürüstlük kuralı uyarınca temsil olunanın kendisini yetkilendirdiği sonucuna varması durumunda, temsilcinin yetkilendirildiği ileri sürülmektedir. Keza yetki verilmesine ilişkin irade açıklamasının temsilci yerine hukuki işlemi yapacak olan üçüncü kişiye yöneltilmesinin mümkün olduğu, temsil olunanın

<sup>621</sup> TEKİNAY/AKMAN, s. 173.

<sup>622</sup> Nitekim Keller/Schöbi, yetki bildiriminin varlığının değerlendirilmesinde, somut durumun yorumlanmasıyla üçüncü kişinin temsil olunanın davranışlarından yetki verdiği sonucuna ulaşmasının mümkün olup olmadığının dikkate alınacağını, bunun olumlu yanıtlanabilmesi halinde İBK. m. 33 f. 3'ün kıyasen uygulanarak, temsilcinin gerçekte yetkisi olmasa da iyi niyetli üçüncü kişi bakımından yetkinin varlığına ulaşılacağını belirtmektedir. KELLER/SCHÖBI, s. 63. Bucher de yetkilendirmenin muhatabının normal olarak temsilci olduğunu, ancak özel bir durum olan dış yetki kapsamında iyi niyetli üçüncü kişiye yetki verilmesinden bahsedilebileceğine işaret etmektedir. BUCHER, s. 602 ve s. 606.

temsilciye veya üçüncü kişiye yetkilendirme iradesini açıklamasının esasen aynı sonucu meydana getirdiği savunulmaktadır<sup>623</sup>. Bu kapsamda temsil yetkisinin temsilci yerine üçüncü kişiye bildirilmesi suretiyle temsilcinin yetkilendirildiğinin kabul edildiği, bir başka ifade ile üçüncü kişiye yapılacak bildirimin aslî bir yetkilendirme olarak görüldüğü hallerde, temsil yetkisi iki şekilde verilebilecektir. Temsil yetkisi temsil olunan tarafından bizzat temsilciye yöneltilir. Bu durum “*iç temsil yetkisi*” olarak ifade edilir. İkinci olarak temsil yetkisi temsil olunan tarafından işlemin yapılacağı üçüncü kişiye beyan edilerek temsilci yetkili kılınabilir. Bu durumda ortada bir “*dış temsil yetkisi*” söz konusudur<sup>624</sup>.

Hâkim görüş, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda temsil yetkisinin üçüncü kişiye açıklanabileceği öngörülmediğinden, temsil olunanın sadece temsilciye yönelik olarak yetki verebileceğini savunur<sup>625</sup>. İctihatlar benzer bir sonuca ulaşmaktadır<sup>626</sup>. Bu görüşü destekleyenlere göre, üçüncü kişiye doğrudan yapılacak bir bildirim ile temsilci tayin edilmesi mümkün değildir. Bir başka ifade ile temsil olunanın üçüncü kişiye, bir başkasının temsil için yetkili olduğunu bildirmesi yetkiyi oluşturmaz. Yetkilendirmenin muhatabı temsilcidir. Temsil olunan tarafından temsilciye yetkinin verilmesi sonucu iç temsil yetkisi oluşur. Temsilci sadece bu şekilde yetkilendirilebilir. Ancak üçüncü kişiye yapılacak bildirimin önemli hukuki sonuçlarının olduğu kabul edilir. Temsil yetkisinin temsil olunan tarafından işlem yapılacak üçüncü kişilere bildirilmesi belli koşullar altında üçüncü kişinin iyi niyetini koruyarak, temsilin sonuçlarını meydana getirmesine dayanak teşkil edebilir<sup>627</sup>. Böylece temsilci yetkili olmadığı halde, temsil etkili olacaktır. Nitekim temsilin üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması düşüncesiyle BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 3) gereğince etkili kılınması, temsil yetkisinin yokluğunu göstermektedir. Zira temsilci etkili bir işlem için gerekli yetkiye sahip olsaydı, hükümde belirtilen iyi niyet koruması gerekli olmazdı.

<sup>623</sup> WATTER/SCHNELLER, m. 33, n. 9; AKYOL, s. 170.

<sup>624</sup> BUCHER, s. 602 ve s. 606; AKYOL, s. 170.

<sup>625</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 1343, n. 1406-1408; VIOLAND, s. 44; FEYZİOĞLU, s. 385; ESENER (Temsil), s. 44-45.

<sup>626</sup> 07.04.1975 tarihli BGE 101 II 117 S. 119: “(...) dass die Vollmachterteilung erst mit ihrer Mitteilung an den Vertreter wirksam wird”; 15.05.1973 tarihli BGE 99 II 39 S. 42: “(...) dass die Vollmachterteilung als empfangsbedürftige Willenserklärung bloss dem Vertreter zugehen muss (...)”.

<sup>627</sup> ISENRIING Bernhard, Vertretungswirkung durch den falsus Procurator, Schutz & Verantwortung, Liber amicorum für Heinrich Honsell, Zürich 2007, s. 87-112, s. 96; FELLMANN, m. 396, n. 85; FEYZİOĞLU, s. 385.

Biz hâkim görüşün desteklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde temsil yetkisinin verilmesi, Alman Medeni Kanunundan farklı olarak sadece iç ilişkiyi ilgilendirir<sup>628</sup>. Bu nedenle temsilci yetkilendirilmediği halde, üçüncü kişiye yetkinin bildirilmesi iç temsil yetkisinin oluşması için yeterli değildir. Temsilciye iç temsil yetkisinin verilmemesi nedeniyle üçüncü kişinin karşı sözleşeniyle yaptığı işlemin yetkisiz temsil hükümlerine tabi olması gerekir. Böyle bir sonucun tarafların menfaatlerine uygun olmadığı açıktır. Hukuk sistemimiz temel olarak temsil olunanın menfaatini koruyan iç temsil yetkisinin yetersizliğinden ötürü, üçüncü kişinin ve işlem hayatının korunması ihtiyacını karşılamak için tedbirler öngörmektedir. Tarafların menfaatlerinin dengelenmesi gayesiyle, belli koşullarda üçüncü kişinin iyi niyetinin temsili etkili kılacağı kabul edilir. Nitekim BK. m. 41 f. 2'nin (İBK. m. 33 f. 3) yazımı, bu değerlendirmeyi desteklemektedir. Gerçekten de yetkinin var olduğu bir süreçte üçüncü kişinin iyi niyet korumasına ihtiyaç duymasından söz edilemez. Bu anlamda yetkinin muhatabının temsilci olduğunu, ancak üçüncü kişiye yönelik beyanların iyi niyet korumasını meydana getireceğini ifade edebiliriz. Üçüncü kişinin iyi niyeti, bir anlamda yetki eksikliğini giderecektir. Yetkisinin mevcut olmamasına rağmen, temsilci tarafından yapılan işlem temsil olunanı bağlar. Belirtmeliyiz ki, yürütülen tartışmalar temelde teorik bir anlam içermekte, iki yaklaşım arasında sadece tanımlama seviyesinde bir fark bulunmaktadır. Çünkü gerek üçüncü kişiye yapılacak bildirimin temsilciyi yetkili kıldığı yönündeki görüşler, gerekse bu bildirimin üçüncü kişinin güveninin korunmasına yol açacağına ilişkin değerlendirmeler temsil olunanın ilgili işlem ile bağlı olacağı sonucuna işaret etmektedir. Her iki durumda yapılan işlem etkilidir.

### **iii. Temsil Yetkisinin Verilme Şekli**

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu yetkilerin veriliş sürecini açık bir şekilde işlemez. Bu nedenle hukuki işlemlerin geçerliliğinin şekle tabi olmadığına ilişkin BK. m. 12'nin (İBK. m. 11) temsil yetkisinin verilmesinde uygulanacağı kabul edilir. Doktrinde ve içtihatlarda yetkilendirmenin açık veya örtülü olarak gerçekleşebileceği sonucuna

---

<sup>628</sup> Alman MK. m. 167 uyarınca yetkinin verilmesi temsilciye veya kendisiyle işlem yapılacak üçüncü kişiye beyanla gerçekleşir.

varılmaktadır<sup>629</sup>. Bu konuda doğrudan temsil yetkisi ile dolaylı temsil yetkisi arasında ayırım yapmayı gerektiren bir neden bulunmaz. Dolaylı temsil yetkisi açık veya örtülü bir irade beyanıyla verilecektir<sup>630</sup>. Hukuki sonuca ilişkin isteği tereddütten uzak bir şekilde ortaya koyan irade beyanı açık bir irade beyanıdır. Bu anlamda yetkilendirmenin sözlü, yazılı veya işaretlerle<sup>631</sup> gerçekleştirilmesi halinde yetkinin açık olarak beyan edildiğinden söz edilir<sup>632</sup>.

Yetkinin örtülü olarak verilmesi, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Öncelikle irade özerkliği düşüncesinin, beyan sahibinin ortaya koyduğu iradenin başlı başına belirleyici olmadığı, bu irade beyanına muhatap olan kimselerin güvenlerinin korunmasını da dikkate aldığı tespit edilmesi gerekir. Bir irade beyanına muhatap olan temsilci, tanınabilen koşullar içerisinde bu irade beyanını iyi niyetle yorumlayarak kendisine temsil olunan tarafından yetki verildiği sonucuna ulaştığında, temsil olunanın yetki verme niyeti mevcut olmasa dahi iç ilişki bakımından yetkinin örtülü olarak verildiği kabul edilir<sup>633</sup>. Belli davranışlar ve beyanlar güven ilkesinin uygulanması ışığında, o davranışı ortaya koyanın veya beyanda bulunanın iradesine rağmen, kendisine normatif olarak isnat edilmesi sonucunu doğurur. Beyanda bulunan kendisini objektif olarak doğru ifade etmediğinde ve muhatap beyanda bulunanın subjektif olarak kastetmek istediğini gerçekten anlamadığında, beyanda bulunanın bu beyanı kendisine normatif olarak yüklenecektir<sup>634</sup>. Normatif isnat edilen bir irade beyanının varlığı ve içeriği, somut durumlar kapsamında beyanın muhatapı

<sup>629</sup> BGE 101 Ia 43; BGE 99 II 41; BGE 96 II 442; Yargıtay 4. HD. 22.12.1967, E. 8206, K. 10848 (KARAHASAN, Genel Hükümler, s. 684); VİOLAND, s. 43; VON BÜREN, s. 155; BELGESAY, s. 37; İNAN, s. 222.

<sup>630</sup> Benzer yönde YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 147-152.

<sup>631</sup> Kararlaştırılan veya toplumsal kabul gören iletişim yoluyla gerçekleştirilebilir. Örneğin baş eğme ile irade açık olarak beyan edilebilir.

<sup>632</sup> Borçlar hukuku sistemimizde belirli işlemlerin açık bir yetkilendirmeye tabi olacağı öngörülür. Bu işlemlerde yetkinin örtülü olarak verilmesi mümkün değildir. Ticari temsilcinin açıkça yetkili kılınmadıkça taşınmazları devredemeyeceğine ve bir hak ile sınırlandıramayacağına ilişkin BK. m. 548 f. 2 ile ticari vekilin açıkça yetkilendirilmedikçe ödünç olarak para veya benzerlerini alamayacağına, kambiyo taahhüdünde bulunamayacağına, dava açamayacağına ve açılmış davayı takip edemeyeceğine ilişkin BK. m. 551 f. 2 buna örnek teşkil etmektedir. Ancak ticari temsilci BK. m. 547 uyarınca açıkça veya örtülü olarak yetkilendirilebilir. Hükmün 2. fıkrasında öngörülen tescil kurucu bir nitelik taşımaz. Nitekim aynı fıkra ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğunun tescilin yapılmasına bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Keza BK. m. 551'de yer verilen ticari vekilin tayini de belli bir şekle tabi olmadığından, ticari vekil açıkça veya örtülü olarak tayin edilebilir.

<sup>633</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 38; ESENER (Temsil), s. 39; BGE 93 II 482. Belli durumlarda temsil olunanın iradesi değil, davranışına üçüncü kişinin dürüstlük ilkesi gereğince verdiği veya vermesi gereken anlam esastır. GUHL/MERZ/KUMMER, § 19, I, 3.

<sup>634</sup> KRAMER Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht: 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (1-18 OR), m. 1, n. 44.

tarafından objektif olarak nasıl anlaşılması gerektiğine göre belirlenir<sup>635</sup>. Böylece temsil olunanın davranışı belli koşullarda iyi niyetli temsilcinin bakış açısına göre yetkilendirme olarak anlaşılmaktadır. Beyan sahibi ortaya koyduğu beyanın içeriğinin bilincinde olmadığı durumlarda da normatif irade beyanı oluşabilecektir. Zira bir irade beyanı için beyan bilincinin varlığı zorunlu değildir. Karşı sözleşenin açık olan davranışının kendisi için hukuken bağlayıcı bir beyan amacıyla yapıp yapılmadığı iyi niyetli muhatap bakımından önemli değildir. Ancak beyan bilinci olmadan yapılan beyanın, beyan sahibine isnat edilebilmesi için kendisince bilinen veya tanınabilen durumlarda davranışının anlamının farkında olması gerekir<sup>636</sup>.

Yetkinin örtülü olarak verilmesi sürecinde temsil olunanın sessizliğinin etkisinin saptanması gerekir. Bu konu iç yetkinin örtülü olarak verilmesi kapsamında katlanma temsili ve görünüş temsili başlığı altında ele alınır. Temsil olunanın yetki verme iradesinin olmamasına rağmen, bir kimsenin kendisinin temsilcisi olarak hareket ettiğini bildiğinde ve müdahale etme olanağına sahip olmasına karşılık tepki göstermediğinde, sözde temsilci de temsil olunanın kendisini yetkilendirme iradesinde olmadığını dürüstlük kuralı uyarınca anlamadığında katlanmaya dayalı örtülü yetki verilisinin varlığı kabul edilir<sup>637</sup>. Temsil olunan harekete tolerans gösterirken, sessizliğinin sözde temsilciye makul bir şekilde muvafakat ettiği izlenimini verdiğini bilmezlikten gelemeyiz. Bu durumda yetkinin örtülü olarak verildiği kabul edilir. Katlanma yetkisi bu anlamda iç yetki olarak değerlendirilir<sup>638</sup>. Katlanmaya dayalı olarak verilen bu yetki, iyi niyet korumasının somutlaştığı güven ilkesinin uygulanmasından ibarettir. Buradan sözde temsilcinin yaptığı işleme temsil olunanın muvafakat ettiğini gerçekten düşündüğünde katlanmaya dayalı yetkinin gerçekleştiği sonucu çıkmaktadır. Aksi takdirde korunacak iyi niyetten bahsedilemez. Böylece temsilci, temsil olunanın yetki verme iradesine sahip olmadığını anladığında veya anlaması gerektiğinde

<sup>635</sup> Ancak beyanın muhatabı, beyan sürecini bu objektif anlam doğrultusunda yorumlamış olmalıdır.

<sup>636</sup> KRAMER, m. 1, n. 37 ve n. 50; ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 41 ve n. 42.

<sup>637</sup> ROUÏLLER, s. 288; ISENİRİNG, s. 100. Türk hukuk doktrinde “katlanmaya dayalı yetki” tanımlaması yapılmadan süreç benzer şekilde tarif edilerek, kendisine açıkça yetki vermediği bir kimse tarafından adına hukuki işlemler yapıldığını bilen kişinin, makul bir sebep yok iken sessiz kalmakla, o kimseye örtülü temsil yetkisi verdiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. ÜLGEN Hüseyin, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul, 2005, s. 116-117; BELGESAY, s. 37.

<sup>638</sup> Savunulan bu görüş uyarınca katlanma temsili örtülü yetkilendirmenin özel bir durumu olarak algılanmaktadır. Isenring, s. 100. Watter benzer şekilde katlanma temsili öncelikle temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye ilişkin bulunduğunu vurgular. WATTER/SCHNELLER, m. 33, n. 16.



katlanma yetkisi oluşmaz. Ancak İBK. m. 33 f. 3'ün koşullarının gerçekleşmesi durumunda, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması suretiyle temsilin etkili olması gündeme gelebilir. Katlanma temsili bu durumda iyi niyetli üçüncü kişiye karşı dış yetki kapsamında etkilidir<sup>639</sup>. Buna karşılık bir kimsenin temsilci sıfatıyla hareket ettiğini temsil olunanın bilmemesine rağmen, koşulların kendisinden beklediği özeni göstermesi halinde bu durumu bilmesinin gerekmesi (MK. m. 3 f. 2) ve engellemesinin mümkün olması, temsilcinin de temsil olunanın davranışını dürüstlük kuralı gereğince yetki verme olarak değerlendirmesi halinde görünüşe dayalı yetki oluşur. Temsil yetkisinin verilmesine içinde bulunulan durumlardan ulaşılmaktadır. Temsilci gerçekte yetkilendirilmediğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde görünüşe dayalı yetki oluşmaz. Buna rağmen bir temsil işlemi yapıldığında, temsil olunanın davranışı iyi niyetli üçüncü kişiye bildirim olarak değerlendirilerek İBK. m. 33 f. 3 uyarınca iyi niyet korumasına yol açabilir<sup>640</sup>. Görünüşe dayalı yetkinin koşulları genel anlamda katlanmaya dayalı yetki ile örtüşmekle birlikte, temsil olunanın temsilcinin bu sıfatla hareket ettiğini bilmemesi, ancak bilmesi gerekliliği temel ayırım noktasıdır. Böylece temsil olunanın katlanmasından değil, görünüş yaratmasından bahsedilir.

Belirttiğimiz olguların dışında da yetkilerin örtülü olarak verilmesi söz konusudur. Temsilciye yerine getirilmesi temsil işlemlerini gerektiren bir görev verildiğinde veya temsilci yetkiyi gerektiren bir konuma getirildiğinde, içinde bulunulan koşullar kapsamında beyan edilmeyen yetkilendirmenin temsil olunanın gerçek iradesine uygun olduğu kabul edilir<sup>641</sup>. Böylece gerçek irade beyan edilmese de yetki

<sup>639</sup> ISENRING, s. 100; KÜNZLE, s. 277; WATTER/SCHNELLER, m. 33, n. 16; ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 48. Bu anlamda Kocayusufoğlu'nun temsilcinin, temsil olunanın kendisine bir temsil yetkisi vermek istemediğinin farkına vardığında veya farkına varması gerektiğinde katlanma suretiyle yaratılan hukuki görünüşe dayalı bir yetkilendirmenin olamayacağını ifade eden Zach/Künzle'nin görüşüne yönelttiği eleştiri isabetli değildir. Keza Kocayusufoğlu'nun, yazarların temsilcinin kendisine yetki verilmediğini anlaması gereken hallerde, onun üçüncü kişi ile yaptığı işlemin katlanma suretiyle yaratılan hukuki görünüşe değil, İBK. m. 33 f. 3 hükmüne dayalı olarak geçerli kılınabileceğine ilişkin itirazına da katılmak mümkün değildir. Zira Zach/Künzle'nin ve doktrinde işaret ettiğimiz birçok yazarın katlanma temsili iç temsil yetkisinin verilmesi bakımından değerlendirdiklerine dikkat etmek gerekir. Bu açıdan doktrinin ulaştığı sonuç yerindedir.

<sup>640</sup> WATTER/SCHNELLER, m. 33, n. 16; ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 52. Buna karşılık doktrinde görünüşe dayalı yetkinin koşullarının oluşması durumunda örtülü bir yetkilendirmenin meydana gelmeyeceği, bu durumun her zaman için dış yetki kapsamında ele alınarak İBK. m. 33 f. 3'ün uygulama alanına girdiği savunulmaktadır. Bu görüş doğrultusunda ISENRING, s. 100; GAUCH/SCHLUEP, n. 1412.

<sup>641</sup> GUHL/KUMMER/MERZ, s. 139; İNAN, s. 222; BGE 96 II 439 (442).

oluşturabilecektir. Ancak tamamen gizli bir irade kuşkusuz kendi başına yeterli olamaz<sup>642</sup>.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde özel bir şekle tabi tutulmayan işlemlerin yapılması için verilecek yetkinin de herhangi bir şekli gerektirmediği kabul edilir. Geçerliliği yazılı veya resmi şekli gerektiren işlemlerle ilgili olarak ise değişik yaklaşımlar söz konusudur. Hâkim görüş şekle bağlı olan işlemlerin yapılması için dahi temsil olunanın herhangi bir şekil koşuluna tabi olmadan temsilcisine yetki vermek suretiyle temsilcinin işlemleriyle bağlanabileceği yönündedir<sup>643</sup>. Bu anlayışa göre, yetki verilmesini şekle bağlayan bir hüküm mevcut olmadığı sürece genel kural uyarınca temsilci herhangi bir şekilde yetkilendirilebilir<sup>644</sup>. Şekil serbestisi ilkesi özellikle yetkinin örtülü verilmesi olanağının bir gereğidir. Temsilciye yetki vermekle, şekle tabi kılınan işlem henüz yapılmamıştır. Temsil yetkisini bir şekle tabi tutmak, temsil yetkisinin her zaman geri alınabilir karakteri ile örtüşmez. Temsil yetkisinin verilmesi için bir şekil öngörüldüğünde, geri alınmasının da aynı şekle uyularak yapılması gerekecektir<sup>645</sup>. Oysa temsil olunan İBK. m. 34 uyarınca yetkiyi her zaman geri alma imkânına sahiptir. Böylece üçüncü kişi ile gerçekleştirilecek işlem için öngörülen şekil kurallarına temsilcinin uyması yeterli görülmektedir. Doktrinde yeni bir görüş, temsilci aracılığı ile şekil kurallarının aşılması tehlikesinin önlenmesi için ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Temsilci, işlemi şekle uygun olarak yapmak durumunda olmakla birlikte, bununla normun koruma amacı değil, genellikle sadece ispat amacı gerçekleşir. Zira temsilci şekle bağlı işlemi yaparken, bu işlemle nihai olarak kendisi bağlanmadığından gerekli dikkati ve özeni göstermeyebilir. Buna göre şekle bağlı bir işlemde, bu şekil geçerlilik koşulu ise ve tarafların düşünmeden işlem yapmalarından korunmalarını hedefliyorsa, verilecek yetki de öngörülen şekle tabi olmalıdır<sup>646</sup>.

<sup>642</sup> Tamamen gizli bir irade ile hukuki bir işlem oluşturulamaz. KRAMER, BK. m. 18, n. 16.

<sup>643</sup> ENGEL, s. 384; BUCHER, s. 602; VON BÜREN, s. 155; BECKER, m. 32, n. 5; EREN, s. 396; AKYOL, Temsil, s. 181; BGE 99 II 39; BGE 99 II 159; Yarg. 4. HD. 22.12.1967, E. 8206, K. 10848. Ancak Yargıtay'ın temsil yetkisinin geçerliliğini şekle bağlı tutan kararları da mevcuttur. Yarg. 1. HD. 06.04.1977, E. 1977/1832, K. 1977/3634; Yarg. 1. HD. 15.10.1973, E. 8355, K. 7459; YHGK., 04.06.1952, E. 163, K. 99.

<sup>644</sup> BK. m. 583 f. 1 (İBK. m. 493 f. 1) uyarınca kefalet sözleşmesi yazılı yapılmadıkça geçerli olmaz. Hükümün 2. fıkrasında (İBK. m. 493 f. 6) ise kendi adına kefil olma hususunda özel yetki verilmesinin ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulmasının da aynı şekil koşullarına bağlı olacağı düzenlenmiştir. Böylece kefalet sözleşmesi kapsamında verilecek yetkinin yazılı şekle tabi olduğunun hüküm altına alındığını görmekteyiz.

<sup>645</sup> POSTACIOĞLU, s. 97 ve s. 100.

<sup>646</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 61; KÜNZLE, s. 141; KOLLER, n. 1402. Guhl/Merz/Kummer, yetki verilişi ile işlemin henüz yapılmaması nedeniyle yetkilendirmenin o işlem için öngörülen şekle tabi olması zorunluluğunu reddeden görüşe karşı temsil olunanın karşılaşılabileceği sorumluluğu vurgulamak adına, temsilcinin yaptığı işlemin doğrudan

Doktrinde, şeklin sadece amacından hareket edildiğinde zikredilen düşüncelerin yerinde olduğu, bununla birlikte bu genişletici yaklaşımın şekil kurallarının dar yorumlanması gerektiği ilkesiyle çeliştiği, işlem hayatının aşırı engellenmesi sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir<sup>647</sup>. Watter, geleneksel kabulün şekil kurallarının sadece ispat amacını taşımadığını, borçlanan tarafları koruma fonksiyonunu da içerdiğini göz ardı ettiğini, buna karşılık şeklin koruma fonksiyonu öngördüğü durumlarda yetki verilisinin ilgili şekle tabi olması yaklaşımının hukuk güvenliğini sarsabileceğini, bu kapsamda İtalyan MK. m. 1392’de düzenlendiği tarzda genel olarak yetkinin sözleşmenin şekline bağlı olması gerektiği yönünde bir hükmün kabul edilmesinin düşünülebileceğini savunmaktadır<sup>648</sup>. Belirtmeliyiz ki, şekil kuralları tarafların düşünmeye sevk edilmesi ve acele karar vermelerini önlemek gayesi dışında, işlem açıklığının ve hukuk güvenliğinin sağlanması, resmi sicillerin sağlam temellere dayandırılarak kamu menfaatinin gerçekleştirilmesi amaçlarını da takip etmektedir. Bir başka deyişle, işlemler için öngörülen şekil kurallarının tek amacı tarafların acele karar vermelerini önlemek değildir. Böylece şeklin koruma amacı dışındaki diğer amaçları bakımından yetki verilisinin şekle tabi tutulması görüşü gerekçesini yitirecektir. Bu nedenle yeni görüşü temsil eden yazarlar tüm şekle bağlı işlemler yerine, sözleşme tarafını düşünmeden işlem yapmaktan koruma amacını taşıyan şekle bağlı işlemlerde yetki verilisinin şekle tabi olması gerektiğini savunmaktadır<sup>649</sup>. Temsil yetkisinin verilmesi ile işlemin temsilci tarafından henüz yapılmamasına ve verilen bu yetkinin geri alınabilmesi olanağına rağmen, temsilcinin yetkilendirilmesinden sonra temsil olunanın süreç içerisindeki etkinliğini büyük oranda kaybettiğini tespit etmemiz gerekir<sup>650</sup>. Doğrudan veya dolaylı temsil işleminin nihai ekonomik sonucunun temsilciye ait olmadığı dikkate alındığında, sonuçları kendisine ait olmayan bir işlemi gerçekleştirecek temsilcinin

---

temsil işlemlerinde temsil olunanı sözleşmenin tarafı haline getirdiğini, dolaylı temsil işlemlerinde temsil olunanı temsilciyi borçlardan kurma yükümlülüğünü yüklediğini ifade etmektedir. GUHL/MERZ/KUMMER, s. 138. OR 2020 tasarısının 189. maddesinin 2. fıkrası uyarınca şekil, yetki vereni acele karar vermekten koruduğu takdirde, yetkilendirme beyanı kurulacak sözleşmenin şekline tabi olur.

<sup>647</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 1350.

<sup>648</sup> WATTER/SCHNELLER, m. 33, n. 14.

<sup>649</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 61; KOLLER, n. 1402. Zach/Künzle, işlemde öngörülen şeklin sadece geçerlilik koşulu olması ve tarafları düşünmeden sözleşme yapmaktan korumayı amaçlaması halinde, yetkinin de şekle bağlı olması gerektiğini ileri sürerek, İtalyan Medeni Kanununda öngörülen düzenlemeden ayrılmaktadır. Böylece yetkinin verilmesi için her zaman işlemin öngördüğü katı şekle yer verilmesinin zorunlu olmayacağı, örneğin taşınmaz satımı için yetkinin yazılı verilmesinin koruma amacının gerçekleşmesi için yeterli olacağı kabul edilmektedir. ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 57.

<sup>650</sup> Biz temsil yetkisinin geri alınamaz şekilde verilmesinin mümkün olması gerektiğini savunduğumuzdan, bu yönde bir kabul halinde temsil olunanın etkinliğinin önemli ölçüde azalacağı açıktır.

temel ilişki kapsamındaki sorumluluğu bir kenara bırakıldığında, bu işlem için temsil olunanın göstereceği dikkati ve özeni temsilcinin sarf etmesi beklenemez. Yetki verilisinin şekle tabi tutulmaması halinde, ilgili işlemler için öngörülen şekil kurallarının temsilci aracılığı ile aşılması tehlikesi söz konusudur. Ancak diğer yandan Türk ve İsviçre hukukunun, kanunda aksine bir hüküm öngörülmediği sürece şekil serbestisi ilkesini tanıdığını vurgulamamız gerekir. Bu ilke yetkilendirmede de geçerlidir. BK. m. 12’de (İBK. m. 11) altı çizilen şekil serbestisi kuralına rağmen, kanunda öngörülmeyen bir şekil kuralına yer vermek bize isabetli gözükmemektedir. Şekle ilişkin kurallar işlem hayatının serbest işleyişini genel olarak sınırlandırmaları nedeniyle, ancak korunmaya değer menfaatlerin tehlikeye girdiği hallere özgülenmelidir. Şekil kurallarının dar yorumlanması ilkesinden ve hukuk güvenliğinin sağlanması düşüncesinden hareket edildiğinde, yetkilendirmede öngörülecek şekil koşulunun kanuni düzenlemeye konu olması kaçınılmaz olacaktır.

## **b. Alman ve Hollanda Hukukunda Temsil Yetkisinin Verilmesi**

### **i. Temsil Yetkisi Veren İşlemin Hukuki Niteliği**

Temsil yetkisinin vekâlet sözleşmesinden ayrılması gerektiğine ilişkin görüşler 19. yüzyıldan itibaren özellikle Laband’ın makalesi ile etkili bir düzeye ulaşmıştır. Alman hukukçu, yetki ile vekâletin birbirinden ayrılmasının hukuki bir zorunluluk oluşturduğunu savunmaktadır. Yazara göre, bu iki kavram birçok durumda bir arada olmakla birlikte, aynı hukuki ilişkinin iç ve dış görünümünü oluşturmaz<sup>651</sup>. Laband, yetki ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayırmasına rağmen, yetki verilisinin rızai bir sözleşme (Consensual-Vertrag) ile gerçekleşeceğini ifade eder. Buna göre temsil yetkisi, temsil olunan ile temsilci arasında akdedilen ve temsilcinin temsil olunan adına üçüncü kişiyle bir işlem yapmayı taahhüt ettiği bir rızai sözleşmedir<sup>652</sup>. Laband’dan esinlenen modern doktrin benzer bir yaklaşım sergilemekte, yetki ile temel ilişki arasındaki ayrımı vurgulamaktadır. Ancak geçen süre içerisinde temsil yetkisinin vekâlet sözleşmesinden farklı olarak temsilci tarafından kabul edilmesine ihtiyaç duymadığı kabul edilmiştir. Böylece temsil kuramının taraftarları, temsil yetkisini tek

<sup>651</sup> LABAND, s. 203 ve s. 209.

<sup>652</sup> LABAND, s. 208; FLUME, s. 823 dn. 2.

tarafli bir hukuki işlem olarak nitelendirmiştir. Alman Medeni Kanun tasarısının gerekçesinde, yetkinin vekâletin ayrılmaz bir unsuru olduğuna ilişkin yaklaşımın isabetli olmamasına rağmen, vekâletin kurulmasına yönelik bir irade beyanının aynı zamanda yetki verililişini de içerebileceğine, ancak bu karşılaşmanın kavramsal birlikteliğin ötesinde amaç ve araç ilişkisine dayandığına işaret edilmektedir. Vekâletin kabulü ile vekil, müvekkil adına hukuki işlem yapma borcunu üstlenmekte, ancak bu yükümlülüğü yerine getirebilmek için aynı zamanda müvekkil adına hareket edebilmek için özel bir hukuki işlemi, iktidarı elde etmektedir. Temsilci vekâlet gücüyle değil, yetki kuvvetiyle hareket eder. Zikredilen ilişkiye rağmen, vekâlet geçerliiyken yetkinin hükümsüz olması mümkündür. Keza vekâletsiz yetki gerçekleşebilir. Tasarının gerekçesinde, yetki verililişinin kabul edilmesi gerekli olmayan tek tarafli bir hukuki işlem olarak ele alındığı, temsilcinin yetkiyi kullanma konusunda temsil olunana karşı yükümlülüğünün de yetkinin dayandığı hukuki işlemten kaynaklandığı vurgulanmaktadır<sup>653</sup>. Doktrinde, yetkinin hukuki ilişki karşısında bağımsız olarak ele alınmasına uygun tarzda, Alman MK. m. 167 f. 1'den hareketle yetkinin verililiş tek tarafli bir hukuki işlem olarak değerlendirilir. Bu nedenle yetkinin temsilcinin kabulüne ihtiyaç duymadığı, herhangi bir yükümlülük getirmemesinden ötürü bu durumun bir sorun teşkil etmediği sonucuna varılır. Yetkilendirme beyanı kural olarak tek tarafli olmakla birlikte, yetkinin sözleşme ile verilmesinin mümkün olduğu kabul edilir. Bir başka ifade ile Alman MK. m. 167 f. 1, emredici nitelikte olmadığından tek tarafli bir hukuki işlem olan yetki, bir sözleşme aracılığı ile karşı tarafa verilebilir<sup>654</sup>. Yetkinin tek tarafli bir hukuki işlem olduğunu belirtilen yazarlar, temsilcinin istenmeyen bir yetkiyi reddetme veya bu yetkiden vazgeçme olanağına sahip olduğunu, ancak yetkinin sözleşme ile verildiği hallerde temsil olunanın bu yetkiyi tek tarafli olarak geri alamayacağını, tersi olarak da temsilcinin tek tarafli olarak reddedemeyeceğini savunmaktadır<sup>655</sup>. Aralarındaki bağlantıya rağmen, hukuki sonuçları ve geçerlilikleri konusunda temel işlem ile yetki verililişinin birbirlerinden ayrılması gereken farklı hukuki işlemler olmaları, bağımsız birer yapı teşkil etmeleri nedeniyle, yetkinin soyut olduğu ifade edilir. Soyutluk ilkesi ile yetki, temel işlemin oluşumundan ve devamından

<sup>653</sup> Alman Medeni Kanun Tasarısı Gerekçeleri, Genel Bölüm, Band I, Berlin 1888, s. 229-230.

<sup>654</sup> LEIPOLD, n. 705; OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 101.

<sup>655</sup> KÖHLER; s. 150; LARENZ/WOLF, s. 873.

bağımsız olmakta, geçerliliği kural olarak temel işlemin geçerliliğinden ayrı bir görünüm oluşturmaktadır. Böylece ayırt etme gücüne sahip küçüğe yönelecek tek taraflı yetki herhangi bir yükümlülük getirmeden sadece hukuki bir yarar sağladığından geçerliyen, kanuni temsilcinin muvafakat vermemesi halinde temel ilişki hükümsüz olur. Bu durumda temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişki, vekâletsiz iş görme hükümlerine yaslanacaktır<sup>656</sup>.

Temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki bağlantıya ilişkin hâkim anlayışa tereddütle yaklaşan görüşler bulunmaktadır. Müller-Freienfels, temsil yetkisinin her zaman tek taraflı bir hukuki işlem olduğu fikrini reddeder. Yetkinin tek taraflı bir hukuki işlem olup olmadığı, temsil suretiyle yapılan işlemin niteliğine göre değişecektir. Tek taraflı bir hukuki işlem yapılacağı takdirde, verilen yetki tek taraflı olacaktır. Yetkinin verilmesinde temsil olunanın iradesi temsil işleminin içeriğine yöneldiğinden, yetkilendirme ile temsil işlemi birleşik bir işlem oluşturur<sup>657</sup>. Yazar, hâkim doktrinin tek taraflı olarak verilen yetkiyi temsilcinin reddedebileceğini veya yetkiden vazgeçebileceğini savunmasının dahi esasen yetki ile temel ilişki arasındaki birleşmeyi gösterdiğini ifade etmektedir<sup>658</sup>. Keza yetkinin yapılacak işlemin şekline tabi olmadığını düzenleyen Alman MK. m. 167 f. 2'den hareket eden yazarların yetki ile temsil işlemi arasında var olan özgün ilişkiyi reddetmelerine karşılık<sup>659</sup>, zikredilen hükümde öngörülen şekil serbestisi ilkesine içtihatların çok sayıda istisnaya yer verdiğini, bunun da yetkinin tek taraflı bir işlem olmadığına işaret ettiğini vurgulamaktadır<sup>660</sup>. Kötz, İngiliz hukukunda temsil olunan ile temsilci arasında bir consensus arandığını, kıta Avrupa hukuk sistemlerinde ise uygulamada örtülü de olsa temsilcinin rızasının bulunması gerektiğinin kabul edildiğini ifade eder. Böylece yetkilendirme iradesinin karşı tarafa ulaşmasının yeterli olduğu belirtilmekle birlikte,

<sup>656</sup> HÜBNER Ulrich, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, München 1977, n. 1238; LEIPOLD, n. 718.

<sup>657</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 204-205 ve s. 246-247. Larenz, bu görüşün genel yetkide başarısız olduğunu ifade eder. Temsil olunan sadece dar kapsamlı özel yetkilerde temsil işleminin içeriğini somut olarak öngörebilir ve yetkiyi belirleyebilir. Temsil olunan genellikle yapılacak işlemin içeriğini belirli sınırlar içerisinde temsilciye bırakmaktadır. Bundan dolayı temsil olunanın yetkinin verilmesi esnasında dahi, temsilci tarafından daha sonra yapılacak somut işlemi istediğini söylemek zor olacaktır. Yetkinin verilmesi, temsilcinin yaptığı işlem ile birleşik bir işlem oluşturmaz. İki kavram birbirinden ayrılmalıdır. LARENZ, s. 907.

<sup>658</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 46 ve dn. 46.

<sup>659</sup> HUPKA Josef, Die Vollmacht, Leipzig 1900, s. 113. Oertmann, MK. m. 167 f. 2 uyarınca yapılacak işlemin şekline tabi olmayan yetkilendirmenin bununla tek başına bir hukuki işlem olduğunu gösterdiğini ifade etmektedir. OERTMANN Paul, Rechtsbedingungen: Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre, Keip 1924, s. 24.

<sup>660</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 228 ve s. 232.

temsilcinin yetkiyi reddettiğini zikretmesi halinde, yetkinin mevcudiyetine ilişkin tartışmanın teorik olmaktan ibaret kalacağını savunmaktadır<sup>661</sup>. Medicus, yetkinin düzenli olarak temsil olunan ile temsilci arasındaki bir hukuki ilişkiye dayandığını, bu ilişkinin temsilciye yetkiyi kullanma konusunda borç yüklediğini veya olanak verdiğini ifade etmektedir. Yazara göre, yetkinin temel ilişki karşısında ileri sürülen bağımsızlığı açık bir şekilde dış yetkiye ve dışa bildirilen iç yetkiye ilişkindir. MK. m. 170-172 hükümleri, yetkinin temel ilişkiden bağımsızlığını belirler. Buna karşılık iç yetki bakımından MK. m. 168 c. 1, yetkinin sona ermesini temel ilişkiye bağlamaktadır. Bu bağlantı soyutluk ilkesinden önemli bir sapma anlamına gelir. Soyutluk ilkesi gereğince yetki, temel ilişkiden bağımsız ele alınmaktadır. Yetkinin özellikle iç ilişki meydana gelmediğinde dahi oluşacağı kabul edilir. Bunun örneği olarak da yetki ile bağlantılı vekâletin küçük bir kişiye verilmesi gösterilmektedir. Hâkim doktrin vekâletin hükümsüzlüğüne rağmen yetkiyi geçerli kabul etmektedir. Medicus, varılan bu sonucu kuşku ile karşılamaktadır. MK. m. 168 c. 1, geçerli temel ilişki ile yetki arasında öyle bir bağlantı ortaya koymaktadır ki, temel ilişkinin sona ermesiyle yetki de sona ermektedir. Bu yaklaşımdan hareket edildiğinde temel ilişkinin geçerli olmaması halinde, yetkinin de oluşmayacağını evleviyetle kabul edilmesi uygun olacaktır<sup>662</sup>. Flume ise temsilcinin menfaatine olduğu durumlar dışında, yetkinin varlığında temsil olunana karşı her zaman bir borç ilişkisi içerisinde bulunduğunu ileri sürmektedir. Zira temsilci, yetki iktidarının yerine getirilmesi konusunda yükümlü olduğunda süreç bir anlam taşır. Laband hukuk tekniği bakımından yetkinin borç ilişkisine karşı bağımsızlığına rağmen, bu iki kavram arasındaki bağıllığın esasen temsil kurumuna dahil olduğunu göz ardı etmektedir. Yazar, Laband'ın doğru bir düşünceyi tek taraflı olarak aştığına ilişkin Müller-Freienfels'in eleştirisinin haklı olduğunu ifade eder<sup>663</sup>. Bu durum özellikle yetkinin kötüye kullanılması sorunsalı bakımından dikkate değerdir. Temsil yetkisinin hukuki ilişki karşısında bağımsızlığının benimsenmesi kapsamında, temsil olunan yanılarak bu yönde bir hukuki ilişkinin varlığını varsaydığında veya bir hukuki ilişki beklentisi içerisinde önceden yetki verdiğinde “izole yetkinin (isolierte Vollmacht)” varlığından söz edilecektir. Bir başka deyişle temsil yetkisi, temelinde bir

---

<sup>661</sup> KÖTZ, s. 337-338 ve dn. 19.

<sup>662</sup> MEDICUS, n. 949.

<sup>663</sup> FLUME, s. 787 ve dn. 22.

hukuki ilişki olmadan da başlı başına mevcut olabilecektir<sup>664</sup>. Ancak bir temsil yetkisi makul olarak temel ilişkiden yoksun olacak şekilde temsil olunan tarafından verilmez<sup>665</sup>. Flume'ye göre, temsil yetkisi ile temeldeki hukuki ilişki arasındaki ayırımı rağmen, Alman MK. m. 168 uyarınca yetkinin sona ermesinin yetkiyi veren hukuki ilişkiye göre belirlendiğinin gözetilerek, bu iki kavramın değişik tarzlarda birbirleriyle bağlı olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>666</sup>. Münhasıran yetki ile yetkinin dayandığı hukuki ilişki arasındaki sorunsal dış yetkide temelde iç yetkiden farklı olarak şekillenir. Dış yetki, varlığı ve içeriği bakımından kural olarak dayandığı hukuki ilişkiden bağımsızdır. Hükümsüzlük nedenleri iç ilişkide temsilci ile temsil olunan arasında oluşurken, bu süreç dış yetkide bir anlam taşımaz. Zira dış yetkinin varlığı ve içeriği, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye göre belirlenir. Dış yetkinin içeriği Alman MK. m. 170-172 uyarınca yetki beyanına göre belirlenir. Ancak temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiye ilişkin sınırlamalar, dış yetkinin içeriğine de etki edebilir. Temsilcinin bu sınırlamaları dikkate almaması, yetkinin kötüye kullanılmasına ilişkin kuralların uygulanmasına neden olur. Sonuç olarak yazara göre, yetki kural olarak temelinde yatan hukuki ilişki karşısında bağımsız ele alınmasına rağmen, yetki ile hukuki ilişki arasında kendine özgü bir bağımlılık ilişkisi söz konusudur<sup>667</sup>.

Temsil yetkisinin tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan hareket ederek; oluşumları, geçerlilikleri ve hukuki sonuçları bakımından yetki ile temel işlemin birbirlerinden ayrılması gereken bağımsız hukuki ilişkiler olduğunu vurgulayan yazarlar, bu iki kavramın değişik şekillerde yoğun bir etkileşim içerisinde bulunduğu ilişkin görüşlere de yer vermektedir. Schramm, soyutluk ilkesinin iradi temsilde sonuçta dış ilişkide ve dışa bildirilen iç ilişkide geçerli olduğunu, bu durumun MK. m. 170-172'de görüldüğünü belirtmektedir<sup>668</sup>. Tartışmalı olan konu, temsilciye yönelik olarak beyan edilen iç yetkinin temel işlemin oluşumundan ve varlığından bağımsız olup

<sup>664</sup> Buna karşılık doktrinde yetkilerin adeta olağan olarak temeldeki hukuki ilişkiden yoksun bir şekilde kurulabildiği kabul edilir. STAUDINGER/COING H., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1980, § 167, n. 2; LEHMANN Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 13. Auflage, Berlin 1962, § 36 V 3.

<sup>665</sup> FLUME, s. 840. Benzer düşüncede olan Brox, temel ilişkiden yoksun bir yetkinin pratik olarak var olmasının neredeyse mümkün olmadığını ifade etmektedir. BROX, vor m. 164, n. 6.

<sup>666</sup> FLUME, s. 843.

<sup>667</sup> FLUME, s. 841 ve s. 845.

<sup>668</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 164, n. 101.



olmamasıdır<sup>669</sup>. Yetkilendirme ile temel ilişki arasında araç ve amaç ilişkisi bulunur. Kanun bu iç bağlantıyı MK. m. 168 c.1’de yetkiyi temel işlemle birlikte aynı zamanda sona erdirmekle tanımaktadır. Böylece yetki sadece devamında değil, oluşumunda da temel işleme dayanır. Bu durum kanuni olarak belirlenmediği sürece yetkinin kapsamının saptanmasında da geçerlidir. Yetkinin kapsamı BGB m. 133 ve BGB m. 157 uyarınca, amacına ve temelindeki hukuki ilişkiye göre tespit edilecektir<sup>670</sup>. Köhler, temel işlem ile yetkinin birleşik bir işlem oluşturabileceğini belirtmektedir. Bu durumda temel işlemin hükümsüzlüğü yetkiyi hükümsüz kılacaktır. Ters durumda da yetkinin hükümsüzlüğü temel işlemin hükümsüzlüğüne neden olacaktır<sup>671</sup>. Larenz/Wolf da soyutluk ilkesinin uzantısında yetki ile iç ilişki arasında kabul edilen ayırma rağmen, bu iki kavram arasında bağlantının mevcut olduğunu zikreder. Temsil, iç ilişkide belirlenen görevlerin yerine getirilmesine hizmet ettiğinden, yetkinin sona ermesi de verilisinin dayandığı iç ilişkiye göre belirlenir. Bu anlamda soyutluk ilkesi sadece sınırlı bir geçerliliğe sahip olacaktır. Bu husus Alman MK. m. 168 c. 1’de öngörülür<sup>672</sup>. Diğer yandan temsil yetkisi, vekâlet veya işgörme sözleşmesinin yerine getirilmesi için verildiğinde, bu amaca ulaşılmasının uzantısında vekâlet veya işgörme sözleşmesinin sona ermesiyle yetki sona erer. Son olarak yetki ile temel ilişki arasındaki ayırımı savunan yazarlar, bu ayırımın yetkinin kötüye kullanılması durumunda mutlak bir şekilde korunamadığını kabul etmektedir<sup>673</sup>. Soyutluk ilkesi gereğince temel ilişkiden kaynaklanan itirazlar üçüncü kişiye karşı ileri sürülememesine karşılık, yetkinin kötüye kullanılması halinde bu ilkeye bir istisna tanınmaktadır. Buna göre, temsilcinin amaca ve yükümlülüğe aykırı hareketi dış ilişkide karşı sözleşeni etkilemez. İç ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlaline rağmen, yapılan işlem yetkinin kapsamında olduğu sürece geçerlidir. Temsilcinin temel ilişkiden kaynaklanan yükümlülüğe aykırı hareketinin tehlikesini temsil olunan taşır. Temsilcinin sözleşmesel borçlarına aykırılığı, örneğin işverenin talimatlarına aykırılığı, temsil olunana karşı tazminat sorumluluğunu

<sup>669</sup> Yazara göre, iç ilişkide de soyutluk ilkesi geçerlidir. Bu durum sadece işlem hayatının korunması menfaatine hizmet etmemekte, aynı zamanda temsilcinin MK. m. 179 uyarınca sorumluluğuna karşı da güvence oluşturur. Ancak iç yetkinin soyutluğu pratik olarak büyük bir rol taşımaz. Çünkü iç ilişkinin kurulmasındaki eksiklikler genellikle her iki hukuki işlemde de bulunmaktadır. MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 164, n. 102.

<sup>670</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 164, n. 101.

<sup>671</sup> KÖHLER, s. 151. Larenz, hükümsüzlük nedenlerinin kanuni amacından hareketle sözleşmenin hükümsüzlüğünün yetkinin hükümsüzlüğüne uzanabileceğini ifade eder. LARENZ, s. 871. Bu yöndeki kararlar için bkz. BGH NJW 1990, 1721, 1722; BGH NJW 2002, 66.

<sup>672</sup> LARENZ/WOLF, s. 870-871.

<sup>673</sup> BROX, vor m. 164, n. 6 ve m. 167, n. 46; LEIPOLD, n. 721-722.

doğurabilir. Ancak bu durum üçüncü kişiyle yapılan işleme etkili olmaz. Soyutluk ilkesi, üçüncü kişinin yetkiye olan güvenini korumaktadır. Ancak üçüncü kişi, yetkinin kötüye kullanımında temsilciyle birlikte hareket ettiğinde veya kötüye kullanımını bildiğinde, korunmaya değer değildir. Bu durumda yetkinin temel ilişkiden bağımsızlığı bir kenara bırakılarak, temel ilişkiye aykırılığın üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği kabul edilir. Böylece temsil olunana tek taraflı olarak yüklenen tehlike, menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanması amacıyla taraflar arasında dağıtılmaktadır.

Hollanda hukuk doktrini de yetkinin verilişini tek taraflı bir hukuki işlem olarak ele alır. Bu konuda Medeni Kanunun hukuki işlem kenar başlığını taşıyan 3.2 kısmında yer alan hükümlerin, özellikle de 3:33'ün ve 3:35'in uygulama alanı bulacağı kabul edilir<sup>674</sup>.

Son olarak bu iki hukuk sisteminin dolaylı temsil kapsamındaki değerlendirmelerine göz atacağız. Alman Medeni Kanun terminolojisinde temsil kurumu altında sadece doğrudan temsil dikkate alınır. Bu nedenle dolaylı temsilin hukuki niteliği konusunda geniş bir yazıma rastlanmaz. Ancak Schmidt-Rimpler, bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hareket etmesinin, bu konuda ayrı bir hukuki ilişkinin varlığını gerektirdiğini savunmaktadır. Bu hukuki ilişki, taraflar arasındaki bir sözleşmeye veya kanuni bir hükme dayanır<sup>675</sup>. Hollanda doktrininde ise dolaylı temsil yetkisinin tek taraflı bir hukuki işlem ile verilebileceği kabul edilir. Ancak dolaylı temsil yetkisinin genellikle sözleşmenin bir parçası olduğu sonucuna varılır. Keza temsil olunanın beyanları veya davranışları, dolaylı temsil yetkisi verme amacıyla olduğuna temsilcinin haklı olarak güvenmesine neden olduğunda, yetkinin verildiği sonucuna ulaşılır. Dolaylı temsil yetkisinin kanundan da kaynaklanabileceği ifade edilmektedir<sup>676</sup>.

## **ii. Temsil Yetkisinin Muhatabı**

Alman Medeni Kanunu yetkinin muhatabını açıkça düzenler. “*Yetkinin verilmesi*” kenar başlığını taşıyan MK. m. 167 f. 1 uyarınca, “*temsil yetkisinin verilmesi*

<sup>674</sup> SCHOORDIJK, s. 204-205; VAN SCHAİK, n. 13 ve n. 17.

<sup>675</sup> SCHMIDT-RIMPLER, s. 492-496.

<sup>676</sup> COEHORST, s. 107-112; KORTMANN/DE LEEDE/THUNNİSSEN, n. 127; HARTKAMP, s. 161-177, s. 162 ve dn. 7.

*temsil olunanın temsilciye veya kendisiyle temsil işleminin yapılacağı üçüncü kişiye beyanı ile gerçekleşir*". Yetkinin temsilciye yönelerek verildiği duruma iç yetki, üçüncü kişiye yönelen beyanla temsilcinin yetkilendirildiği duruma dış yetki denir<sup>677</sup>. Ancak temsil olunan, bir kimseyi yetkilendirdiğini özel bir bildirim ile üçüncü kişiye veya aleni bir ilan ile duyurduğunda; o kimse birinci durumda üçüncü kişiye, ikinci durumda ise bütün üçüncü kişilere karşı temsile yetkilidir<sup>678</sup>. Dış yetki, belli bir üçüncü kişiye veya geniş bir kitleye yönelik olabilir. Bu konuda bir işyerinin müşterilerine yazılan yazı veya gazete ilanı, dış yetkinin temelini teşkil edebilir. İç yetkinin yorumlanmasında özellikle temsilcinin bakış alanı belirleyici olur. Belli bir kişiye yönelen dış yetkide o kişinin bakış açısı, belirsiz bir çevreye yönelen dış yetkide ise o çevrenin ortalama bakış açısı dikkate alınacaktır<sup>679</sup>.

Dış yetki, yetkinin temsilciye yöneltilmemesine ve bu nedenle iç yetkinin kurulmamasına rağmen, yetkilendirme beyanının üçüncü kişiye yöneltilmesi suretiyle temsilcinin yetkili hale gelmesi anlamındadır. Bu nedenle Alman hukuk sistemi, incelediğimiz diğer hukuk düzenlerinden ayrılır. Zira diğer hukuk sistemlerinde temsilciye yetki verilmediği halde, temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesi iç temsil yetkisinin mevcudiyeti için yeterli değildir. Bu sistemlerde üçüncü kişiye yönelik beyanlar belli koşullarda iyiniyet koruması kapsamında değerlendirilmekle birlikte, yetkinin verilmesi temel olarak iç ilişkiyi ilgilendirir. Alman Medeni Kanununda yetkinin üçüncü kişiye bildirilerek verilmesi, aslî bir yetkilendirme tarzı olarak düzenlenmiştir. Ancak temsil olunanın bir kimseyi iç yetki kapsamında yetkilendirdiğini üçüncü kişiye bildirmesinin hukuki sonucu da MK. m. 171'de ayrı bir hükümde öngörülerek, bu konuda geniş bir açıklık sağlanmıştır.

### **iii. Temsil Yetkisinin Verilme Şekli**

Alman hukukunda yetkinin verilmesi kural olarak bir şekle bağlı değildir. Bu anlamda yetkinin verilmesi açık veya örtülü olarak gerçekleşebilir<sup>680</sup>. Alman MK. m. 167 f. 2 uyarınca temsil işlemi belli bir şekil öngördüğünde dahi, verilecek yetki o şekle

<sup>677</sup> SCHULTZ-V. LASAULX, m. 167, n. 4; STAUDINGER/DILCHER, m. 167, n. 12.

<sup>678</sup> Alman MK. m. 171 f. 1. Bu düzenleme bir anlamda BK. m. 41 f. 2'nin (İBK. m. 33 f. 3) karşılığını oluşturur.

<sup>679</sup> LEIPOLD, n. 705.

<sup>680</sup> BGH NJW 2003, 1811. Benzer yönde Hollanda MK. m. 3:61 f. 1, "Yetki, açık veya örtülü olarak verilebilir" hükmünü içerir.

tabi olmaz<sup>681</sup>. Bu düzenlemenin soyutluk ilkesinin ve yetkinin temsil işlemi karşısında bağımsız ele alınmasının bir sonucu olduğu kabul edilir<sup>682</sup>. Ancak bu hükmün, Medeni Kanun'daki birçok şekil kuralının koruma amacı ile uyuşmadığı da ileri sürülmektedir. Yetkinin verilmesi ile şekil kurallarının öngörülme amacı olan temsil olunanın korunmaya değer menfaatlerinin doğrudan zedelenmediği söylenebilir. Kaldı ki, temsil işleminin yapılması anına kadar görüşünü değiştiren temsil olunanın yetkiyi geri alma olanağı bulunmaktadır. Bununla birlikte yetkinin geri alınamaz tarzda verilmesinin mümkün olduğu gözetilmelidir. Yapılacak anlaşmalarla temsil işleminin öngördüğü şekil zorunluluğunu etkisiz kılacak bir yaklaşım sergilemek de mümkündür. Temsil teorisi gereğince, temsil olunanın yerine geçen temsilcinin şekil kuralları aracılığı ile temsil işleminin sonuçları hakkında uyarıldığı bir vakıadır. Ancak temsil işleminin sonuçları temsil olunana ait olduğundan, aynı koruma etkisinin varlığından söz edilemez. Böylece şeklin amacının gerektirdiği durumlarda, özellikle şekil kurallarının ispat fonksiyonunun ötesinde koruma işlevini taşıdığı hallerde Alman MK. m. 167 f. 2'de yer alan açık hükme rağmen, şekil zorunluluğunun yetki verililişlerine yansıtılması düşüncesinin savunulduğunu görmekteyiz<sup>683</sup>. İçtihatlar belli koşullarda şeklin amacını dikkate alarak, MK. m. 167 f. 2'nin uygulanmasını bir kenara bırakmaktadır<sup>684</sup>. Nitekim taşınmaz satımında MK. m. 311 (b) (1) gereğince öngörülen noter düzenlemesi, yetkinin geri alınamaz tarzda verililişinde aranmaktadır<sup>685</sup>. Temsilcinin kendisiyle işlem yapması yasağını öngören MK. m. 181'i ortadan kaldıran bir yetkinin de temsil olunanı hukuken veya fiilen bağladığı hallerde, temsil işleminin şekline tabi olduğu kabul edilir<sup>686</sup>. Alman Federal Mahkemesi, temsil işleminin yerine getirilmemesi halinde

<sup>681</sup> Birçok hukuk sisteminde yetkinin verililiş, temsilci tarafından yapılacak işlemin şekline tabi kılınmıştır. İtalyan MK. m. 1392; Portekiz MK. m. 262; Yunan MK. m. 217. Hollanda Medeni Kanunu bu yönde genel bir kural öngörmez. Ancak MK. m. 3:260 (3) uyarınca ipotek tesisi için verilecek yetkinin aynı şekle tabi olduğu düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm>. (13.04.2015).

<sup>682</sup> SCHULTZE-V.LASAUXX, s. 968; MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 164, n. 16; KÖHLER, s. 151.

<sup>683</sup> MEDICUS, n. 929; LEIPOLD, s. 272.

<sup>684</sup> Müller-Freienfels, yetkilendirme ile temsil işleminin birleşik bir işlem oluşturduğunu ve iki kavram arasında kendine özgü bir ilişkinin bulunduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda kanun koyucunun var olan çelişkileri görmediğini, bundan ötürü içtihatların üstünlük tanınacak menfaatleri tartması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, önemli olan şekle ilişkin kuralların amacına ulaşabilmek konusunda yetkilendirme beyanının hangi durumlarda öngörülen şekle bağlanacağını gözetilmesidir. MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 267-268.

<sup>685</sup> OLG München NJW-RR 1989, 663; Köln BB 1985, 825; BGH NJW 79, 2306. Köhler, şekil kurallarındaki koruma amacının gerektirdiği bütün hallerde yetkinin temsil işleminin şekline tabi olmasını, bu kapsamda içtihatlarda öngörülen sınırlamalardan uzak, bütün taşınmaz satımlarına ilişkin yetkilendirmenin şekle bağlanmasını savunmaktadır. KÖHLER, s. 152. Schramm ise koruma işlevi gören şekil kurallarının genel olarak bütün yetki verililişlerine genişletilmesinin hukuk güvenliğini sarsacağını ileri sürmektedir. MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 164, n. 18.

<sup>686</sup> BGH NJW 1979, 2306, 2307; NJW 1979, 2306.

hakkında cezai koşul öngören bir anlaşma ile temsil olunanın tamamen bağlandığı yetki verililerinin şekil zorunluluğuna tabi olduğu sonucuna ulaşmaktadır<sup>687</sup>. Yine MK. m. 766’da kefalet sözleşmesinde öngörülen şekil, yetkilendirmede geçerli olacaktır<sup>688</sup>. Bağışlamayı düzenleyen MK. m. 518’de de benzer bir yaklaşım sergilenmektedir.

Mahkeme kararlarına yansıdığı üzere, MK. m. 167 f. 2’nin uygulama alanı önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Kararlarda şekil özgürlüğü vurgulanmasına karşılık, koruma fonksiyonundan hareketle değişik kıstaslar kapsamında bu özgürlüğe kısıtlamalar getirilmektedir. Bu yaklaşımın çıkış noktası, belirli olgularda yetkilendirmenin yapılacak işlemin şekline tabi olmaması halinde, şekle ilişkin kurallar ile güdülen amacın gerçekleşmeyeceği düşüncesinde yatmaktadır.

### **c. İngiliz Hukukunda Temsil Yetkisinin Verilmesi**

İngiliz hukukunda “agency” kavramı bir taraftan temsil yetkisinin verilmesini, diğer taraftan temsilci ile temsil olunanın haklarının ve borçlarının yer aldığı temel işlemi kapsar. Bu hukuk sisteminde, yetkinin soyutluğu ilkesi konusunda kıta Avrupa ülkelerinde öngörülen yaklaşım ve varılan sonuç desteklenmez. Temsilin esasen temsil olunan ile temsilci arasındaki sözleşmeye dayandığı, yetkinin verilmesinde temsil olunan ile temsilci arasında bir uzlaşmanın (consensus) bulunması gerektiği ifade edilir. İngiliz hukuku özde temsil yetkisi ile temel ilişkiyi birbirinden ayıran ayırma ilkesini tanımaktadır<sup>689</sup>. Ancak bu iki kavram arasındaki ayırım, Alman hukukunda benimsenen sistem biçimlendirici anlama sahip soyutluk ilkesi niteliğinde değildir<sup>690</sup>. Eserlerde Laband’ın ayırımına genellikle kısa bir şekilde değinilmekte, temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki kavramsal ayırma sadece alt sıralarda bir rol yüklenmektedir. Doktrinde yetkinin sözleşmesel boyutu üzerinde durulmasına karşılık, yetki verilisinin tek taraflı bir süreci içerdiğini savunan görüşlere de rastlanır<sup>691</sup>. Taraflar arasında oluşan ilişki, genellikle bir sözleşmenin kurulmasına yer vermekle birlikte, bu zorunlu bir

<sup>687</sup> BGH NJW 1971, 93; BGH NJW 1971, 557.

<sup>688</sup> BGHZ 132, 119, 124; NJW 1996, 1467.

<sup>689</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 3 dn. 23; BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 1-006; FESTNER, s. 6-7.

<sup>690</sup> İngiltere’de agency hukuku kodifiye edilmediğinden iyi bir kanuni düzenlemenin gerektirdiği kavramsal açıklık oluşturulması ihtiyacı duyulmamıştır. ZWEİGERT/KÖTZ, s. 432.

<sup>691</sup> ZWEİGERT/KÖTZ, s. 432. Reynolds, temsil yetkisinin temel gerekçesinin temsil olunanın kendi hukuk alanını temsilci aracılığıyla tek taraflı olarak değiştirme isteğinin olduğunu, bu anlamda “agreement” kelimesinin biraz yanıltıcı olmakla birlikte yine de uygun olduğunu vurgulamaktadır. BOWSTEAD/REYNOLDS, s. 3-4.

sonuç değildir. Böylece İngiliz hukukunda da temsilci ile temsil olunan arasında geçerli bir sözleşme olmadan yetkinin etkili olarak verilebileceği kabul edilmekte, temsil olunanın ayırt etme gücüne sahip küçüğü yetkilendirebileceği savunulmaktadır<sup>692</sup>.

İngiliz hukukunda temsil yetkisinin temsil olunana dayandığı ve temsilciye yöneltileceği kabul edilir. Bir başka deyişle yetkinin muhatabı temsilcidir<sup>693</sup>. Ancak üçüncü kişiye yöneltilecek yetkilendirme beyanı temsilciyi yetkili kılmamakla birlikte, belli hukuki sonuçlara yol açacaktır.

İngiliz hukukunda şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Taraflar yetkilendirmenin şekli konusunda serbesttir. Açık temsilde temsil olunan ile üçüncü kişiyi doğrudan bağlayan temsilcinin yetkisi genel olarak açık veya örtülü anlaşmaya dayanır. Bu durumda temsilcinin açık veya örtülü gerçek yetkisinden bahsedilir<sup>694</sup>. Gizli temsilde de temsilcinin açık veya örtülü gerçek yetkiye sahip olması gerektiği üzerinde durulur<sup>695</sup>. Yetkinin verilme şekli, sözleşmenin yapılması için öngörülen şekle tabi değildir. Ancak bu mutlak değildir. İngiliz hukukunda hukuki işlemlerin yapılmasında kamusal organların katılımının olmaması nedeniyle, bazı sözleşmeler mühürlü belgelerle oluşturulur. Mühürlü belge ile gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yetkilendirmede de aynı şekil geçerlidir. Bu konuda common law sisteminin eski bir kuralı geçerlidir: *“An agent to execute a deed, must himself be appointed by deed”*. Bu hukuk düzeninde kanuna dayalı şekil kurallarına yer verilmiştir<sup>696</sup>. Bir sözleşme için yazılı şekil öngörüldüğünde, bu sözleşmenin yapılması için verilecek yetkinin de o şekle tabi olması hususu kanuni düzenleme ile belirlenir. Ancak sözleşmenin yazılı şekilde yapıldığı hallerde yetkinin de bu şekle tabi olmasını öngören genel bir kuralın bulunmadığını belirtmemiz gerekir. Özellikle bir sözleşmede öngörülen şeklin geçerlilik koşulunu içermediği, sadece ispat koşulu olduğu durumlarda verilecek yetkinin ilgili şekle tabi olması reddedilmektedir.

---

<sup>692</sup> FRİDMANN, s. 50.

<sup>693</sup> BÖCKER Alfons, Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis in anglo-amerikanischen Recht, Münster 1963, s. 13.

<sup>694</sup> POWELL, s. 35-41; TREİTEL, s. 651, s. 656-658.

<sup>695</sup> MARKESİNİS/MUNDAY, s. 153.

<sup>696</sup> BEALE Hugh G.: Chitty on contracts, Vol. II, 29th ed., London 2004, n. 31-022; MÜLLER-FREİENFELS (Die Vertretung), s. 296 dn. 153.

Nitekim taşınmaz satım sözleşmesi şekle tabi olmasına rağmen, bu konudaki yetkinin sözlü dahi verilebileceği sonucuna varılmaktadır<sup>697</sup>.

## **2. Dış Temsil Yetkisi**

### **a. Türk ve İsviçre Hukukunda Dış Temsil Yetkisi**

#### **i. Genel Bakış**

Yetkisiz yapılan bir işlem önemli hukuki sonuçlar doğurur. Yetki eksikliği kural olarak temsilin etkili olmasını engellemektedir. Temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin yetkisiz olmasının veya yeterli yetkiye sahip olmamasının tehlikesini temelde üçüncü kişi taşır. Ancak bunun istisnaları söz konusudur. Öncelikle hesabına hareket edilen temsil olunan yetkisiz yapılan işlemi onadığında, temsil etkili hale gelir. Bunun yanı sıra temsil olunan tarafından yetkinin varlığına ilişkin yaratılan görünüş belli koşullar kapsamında kendisine isnat edilerek, temsilcinin yetkisinin olmamasına karşılık temsilin etkili kabul edilmesi sonucuna yol açar. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde baskın görüş, temsil yetkisinin temsilciye yöneltilmesi gerektiğini, yetkilendirmenin sadece bu şekilde gerçekleştirilebileceğini savunur. Böylece temsilciye yetki verilmediği halde üçüncü kişiye yetkinin bildirilmesi iç temsil yetkisinin meydana gelmesi için yeterli olmadığından, temsilci ile üçüncü kişinin yaptığı işlemin yetkisiz temsil kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Temsil olunanın beyanlarına veya davranışlarına güvenerek temsilci olduğuna inandığı bir kimse ile işlem yapan üçüncü kişi, yetkinin mevcut olmadığının ileri sürülmesi ve işlemin onanmaması halinde, temsilci ile karşı karşıya gelecektir. Bu sonuçtan üçüncü kişi ve işlem hayatı zarar görür. Nitekim kanun koyucu, temsil olunanın davranışlarına veya beyanlarına haklı olarak güvenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak ve işlem güvenliğini desteklemek için genel kurallardan ayrı ilkeler öngörmektedir.

Temsilin bu etkinlik kaynağı, temsil olunanın yarattığı görünüşün üçüncü kişi tarafından iyi niyetle yetki verilmesi kabulüne dayandığından, iç temsil yetkisine karşılık dış temsil yetkisi veya iyi niyet korumasına dayalı temsil olarak ifade edilir<sup>698</sup>.

---

<sup>697</sup> Daniels v. Trefusius (1914) 1 Ch. 788, Jenks, A Digest of English Civil Law, §§ 220, 221, 654.

## ii. Dış Temsil Yetkisinin Kanuni Düzenlemesi

Konunun ilk bakışta “*Temsil Yetkisinin İçeriği ve Derecesi*” başlığını taşıyan BK. m. 41 f. 2’nin (İBK. m. 33 f. 3) uygulama alanına girdiği izlenimi doğmaktadır. Hükme göre, “*Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir*”. Ancak hüküm, yetkiye ilişkin bu olguyu uygulandığı şekilde doğru yansıtmaz. Zira düzenleme öncelikle dış yetkilerin verilmesine değil, sadece kapsamına ilişkindir<sup>699</sup>. Yine temsilcinin iç yetkilere sahip olmadığı durumları içermediği, dış yetkilerin bunlardan ayrıldığı halleri öngördüğü izlenimini vermektedir. Diğer taraftan metnin yazımında temsil olunanın müspet olarak üçüncü kişiye bildirimde bulunduğu hareket edilmektedir. Son olarak üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekliliği belirtilmemekte, uygulama aksi yönde olmakla birlikte, bu gerekliliği bertaraf etme amacına sahip olduğu görüntüsünü taşımaktadır. Dış temsil yetkisi temelde kodifiye edilmemiş hukukta detaylandırılır.

Doktrinde hâkim görüş, BK. m. 41 f. 2’nin (İBK. m. 33 f. 3) dış temsil yetkisinin veya iyi niyet korumasının kanuni dayanağını teşkil ettiği yönündedir<sup>700</sup>. BK. m. 41 f. 2’nin yazılış şekli, düzenlemenin sadece yetkinin kapsamına ilişkin olduğu yönünde ise de, bu hükmün kıyas yoluyla yetkinin varlığı konusunda da uygulama alanı bulması gerektiği kabul edilir<sup>701</sup>. Böylece temsil olunanın işlem yapmak için bir temsilciye gerçekte yetki vermediği veya verdiği yetkinin bildirilen kapsamda olmadığı halde, üçüncü kişiye aksi yönde bir bildirimde bulunulduğunda, üçüncü kişinin kendisine yapılan beyana olan güveninin korunacağı sonucuna varılır. BK. m. 41 f. 2 hükmü, temsil olunanın yetki verdiğine ilişkin yarattığı görünüşe güvenen üçüncü kişinin korunmasına hizmet eder. Bu kapsamda temsil olunanın daha önce yetkinin varlığını bildirdiği üçüncü kişilere karşı yetkinin gerçekte mevcut olmadığını ileri

<sup>698</sup> Doktrinde kullanılan “dış yetkiler” kavramı eleştirilmektedir. Bu kavramın, İBK. m. 33 f. 3’ün sadece iyi niyeti koruduğunu maskeleyen bir içeriği taşıdığı düşünülmektedir. ISENİNG, s. 96; ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 9 ve n. 129. Buna karşılık “dış yetki” ifadesini tercih eden yazarlar söz konusudur. SCHWENZER, n. 42.04, n. 42.29 ve n. 42.31; EREN, s. 394. Rouiller, iç yetkiler ile olan paralelliği, bir yetkilendirmenin söz konusu olduğuna ve bunun da ancak temsil olunanın kaynaklanabileceğine işaret etmesi bakımından dış yetkiler tanımlamasının yerinde olduğunu savunmaktadır. ROUILLER, s. 286.

<sup>699</sup> Bu durum kaynak kanunda daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Nitekim kaynak kanunda hükmün kenar başlığı “Yetkinin Kapsamı” şeklindedir. İBK. m. 33 f. 3 uyarınca, temsil yetkisi temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirildiğinde, yetkinin kapsamı yapılan bildirimde göre değerlendirilir.

<sup>700</sup> LOSER, s. 207 n. 32; ÜLGEN, s. 113.

<sup>701</sup> SCHWENZER, n. 42.30; ESENER (Temsil), s. 84; SÜNGÜBEY, s. 39. BGE 53 III 175.



sürmesini engellemektedir. Hükme sadece temsil olunandan bir bildirim alan üçüncü kişiler dayanabilir. Bir başka ifade ile temsil olunanın dışında bir başkasına, örneğin temsilciye güvenen üçüncü kişinin temsil olunan ile olan ilişkisinde korunmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Yetkinin varlığına ilişkin yaratılan görünüşün temsil olunandan kaynaklanması gerekir. Bu anlamda üçüncü kişinin, temsil olunan tarafından bildirilen yetkiye veya temsil olunana isnat edilebilen hukuki görünüşe dayanması gerekir<sup>702</sup>.

Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişiye bildirdiğinde, üçüncü kişide yetkinin varlığı konusunda özel bir güven yaratır. Temsilciye bildirilen bu yetki geri alındığında, yaratılan güvenin ortadan kaldırılması amacıyla yetkinin geri alındığının üçüncü kişiye bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde üçüncü kişinin yetkinin devamına ilişkin güveni korunur. Bu konuda temsile ilişkin genel hükümlerde BK. m. 42 f. 3'te (İBK. m. 34 f. 3) özel bir düzenleme yer alır<sup>703</sup>. BK. m. 41 f. 2'de (İBK. m. 33 f. 3) baştan itibaren yetkinin varlığı veya kapsamı konusunda gerçeğe uymayan bir görünüş yaratılmaktadır. Oysa BK. m. 42 f. 3'te gerçekleştirilen yetki bildirimi önce gerçeğe uygundur. Bir başka ifade ile var olan gerçek bir yetki üçüncü kişiye bildirilmektedir. Ancak yetkinin temsil olunan tarafından geri alınmasından sonra gerçeğe aykırı bir görünüme dönüşmekte, temsilci yetkisiz hale gelmektedir. BK. m. 42 f. 3'ün öngördüğü düzenleme kapsamında üçüncü kişiye yetki bildiriminde bulunan temsil olunan, yetkiyi geri aldığını üçüncü kişiye hiçbir şekilde bildirmediğinde veya eşdeğer usulde bildirmediğinde, yetkinin devam ettiği yolunda yarattığı görünüşten sorumludur. Zira temsil olunan yetkiyi geri aldığı halde, bunu üçüncü kişiye bildirmemek suretiyle temsil yetkisinin devam ettiği hususunda bir görünüş oluşturabileceğini bilecek durumdadır. Yetkinin devam ettiği konusunda yaratılan ve üçüncü kişinin güvenine esas teşkil eden görünüş, hareketsiz kalmayı tercih eden temsil olunana isnat edilir. Bu anlamda BK. m.

---

<sup>702</sup> Nitekim OR 2020 tasarısının 190. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, temsil olunan üçüncü kişiye yetkiyi bildirdiğinde veya ona karşı yetkiye ilişkin görünüş yarattığında ya da bunu sürdürdüğünde, temsilci iyi niyetli üçüncü kişi karşısında belirtilen kapsamda yetkili olduğu kabul edilir.

<sup>703</sup> Hüküm, *"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"* içeriğini taşır. OR 2020 tasarısının 190. maddesinin 2. fıkrası benzer bir düzenleme öngörmektedir. Temsil olunan üçüncü kişiye yetki bildirdiğinde, bu yetkiyi sadece tamamen veya kısmen geri aldığını da bildirdiğinde iyi niyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir.

42 f. 3, dış yetkinin veya iyi niyete dayalı korumanın özel bir durumunu oluşturmaktadır.

### **iii. Dış Temsil Yetkisinin Gerçekleşme Şekilleri**

Temsil olunanın üçüncü kişiye bildirimde bulunması değişik şekillerde gerçekleşebilir. Dış temsil yetkisinin oluşturulmasında kural olarak şekil serbestisi geçerlidir. Yetki bildirimi temsil olunan tarafından istenilmiş olmasının yanısıra, kendisine normatif olarak da isnat edilebilir. Aşağıda bu konuda karşılaşılan görünüm biçimleri üzerinde durulacaktır.

#### **aa. Açık veya Örtülü Yetki Bildirimi**

Yetki bildirimi kural olarak belirli bir şekle bağlı değildir. Bu anlamda bildirim, açık veya örtülü olarak gerçekleştirilebilir. Temsil olunan, sözlü (telefon) veya yazılı (e-mail, mektup) bir şekilde ya da haberci göndererek belli üçüncü kişilere; sirküler, gazete, ticaret siciline tescil ve ilan, kamuya aleni bildirim ile belirsiz üçüncü kişilere yetki verdiğini bildirebilir<sup>704</sup>. Temsilciye verilen yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesi de dış temsil yetkisinin bildirilmesi kapsamında değerlendirilir. Bu konuyu önemi nedeniyle ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz.

#### **bb. Yetki Belgesinin Gösterilmesi**

##### **aaa. Genel Bakış**

Temsil olunan tarafından düzenlenerek temsilciye verilen yetki belgesinin üçüncü kişiye gösterilmesi dış temsil yetkisini meydana getirebilir. Yetki belgesinin kullanımında temsil olunanın irade beyanı üçüncü kişiye doğrudan varmaz. Temsilci, yetki belgesini üçüncü kişiye ibraz etmek suretiyle temsil olunanın irade beyanını üçüncü kişiye ulaştırır. Bu durumda yetki belgesi teslim edilen temsilci, temsil olunanın beyanını ileten haberci sıfatını taşımaktadır<sup>705</sup>.

<sup>704</sup> İSENİRİNG, s. 96-97; İNCEOĞLU, s. 115 ve s. 145; BGB 99 II 29.

<sup>705</sup> LOSER, s. 210; BGE 77 II 142; Yargıtay 14. HD. 25.10.2005, 5926 Esas, 9546 Karar.

Doktrinde yetki belgesinin temsilci tarafından üçüncü kişiye ibraz edilmesinin genel olarak yetki bildirimine yol açtığı savunulmasına karşılık, konunun detaylarında önemli görüş ayrılıkları söz konusudur. Temsil edilen bir fikre göre, yetki belgesi temsilciye sadece üçüncü kişiye ibraz edilmesi gayesiyle verildiğinde veya bu tarz bir kullanım dışlanmadığında bir yetki bildirimi gerçekleşir. Temsilcinin işlem yapacağı üçüncü kişiye belgeyi ibrazı, temsil olunanın iradesine uygun olması gerekir. Ancak bu durumda temsil olunana isnat edilebilen bir bildirim mevcut olur. Temsilcinin aksinin doğru olduğunu bildiği halde, yetki belgesini ibraz edemeyeceği bir üçüncü kişiye veya temsil olunanın iradesi uyarınca bu amaçla kullanamayacağını bilmesine rağmen belgeyi ibraz etmesi durumunda, BK. m. 41 (İBK. m. 33) veya BK. m. 42 (İBK. m. 34) kapsamında temsil olunanın meydana getirdiği bir hukuki görünüşten bahsedilemez. Yetki belgesinin üçüncü kişilere gösterilmesi için verilmediği, iç ilişkide teminat sağlanması, incelenmesi veya sadece ispat amacına yönelik olarak sunulduğu hallerde yetki bildirimi oluşmaz. Böylece dış temsil yetkisinin temelinde yatan yetki bildiriminin gerçekleşmesi, temsilcinin yetki belgesini üçüncü kişiye ibraz etmesi gayesiyle kullanabilmesine bağlıdır. Bu koşulun gerçekleşmemesi halinde yetki bildiriminin oluşmadığı sonucuna varılmakta, unsurlarının varlığında BK. m. 44'ün (İBK. m. 36)<sup>706</sup> uygulanmasının gündeme geleceği kabul edilmektedir<sup>707</sup>. Bu yaklaşıma karşı çıkan diğer bir görüş, temsil olunanın temsilciye yetki belgesini vermesi ve buna dayalı olarak işlem yapılması halinde, başka bir unsur gerekli olmadan BK. m. 41'in (İBK. m. 33) uygulanacağını; belgenin üçüncü kişiye ibraz edilmesi için belirlenmediği, sadece ispat veya incelenmesi gayesiyle sunulduğu hallerde dahi dış temsil yetkisinin oluşacağını savunmaktadır. Yetki bildiriminin oluşması için belgenin üçüncü kişiye ibrazı amacını öngören yaklaşım sadece temsil olunanın bakış açısını esas aldığından güven ilkesine aykırıdır. Hiçbir sınırlamaya yer vermeyen belgenin içeriğine güvenen üçüncü kişiye tam koruma sağlanmalıdır. Baştan her türlü riski göze alarak üçüncü kişileri yanıltmaya elverişli bir yetki belgesi düzenleyen temsil olunan, yarattığı görünüşün sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bir belgenin içeriğinden hangi amaçla düzenlendiği üçüncü kişi

<sup>706</sup> “Yetki Belgesinin Geri Verilmesi” kenar başlığını taşıyan BK. m. 44, “Temsilciye yetki belgesi verilmişse, yetkinin sona ermesi durumunda temsilci, bu belgeyi temsil olunana geri vermekle veya hâkimin belirleyeceği yere bırakmakla yükümlüdür (f.1). Temsil olunan veya halefleri, temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapmazlarsa, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler (f.2)” düzenlemesini öngörür. OR 2020 tasarısının 193. maddesi ise sadece BK. m. 44 f. 1’i muhafaza etmektedir.

<sup>707</sup> ISENİRİNG, s. 97; ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 145 ve m. 36, n. 65.

tarafından anlaşılmıyorsa, temsilcinin işlemleri, yetkisinde yanılmasından veya yetkisini bilerek aşmasından bağımsız olarak temsil olunana isnat edilecektir<sup>708</sup>. Böylece yetki belgesinin üçüncü kişiye ibrazı için düzenlenmediği hallerde dahi, meydana getirilen görünüş nedeniyle sorumluluk doğurucu bir bildirimin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>709</sup>.

### **bbb. Yetkinin Sona Ermesinde Yetki Belgesinin Kullanımı**

Üçüncü kişiye yetki belgesini ibraz eden temsilci, temsil olunanın iradesini ileten bir haberci konumundadır. Bu durumda yetkisinin geri alınması veya kanuni sona erme gerekçelerinin ortaya çıkması nedeniyle temsilcinin yetkisiz bir konuma gelmesine rağmen, yetki belgesinin kullanılması halinde izlenecek yolun incelenmesi gerekir.

Yetkisi geri alınan kötü niyetli bir temsilci, bu geri almadan sonra yetki belgesini üçüncü kişiye ibraz ederek, yetkinin sona erdiğini bilmeyen iyi niyetli üçüncü kişi ile işlem yapabilir. Bu durumun hukuki çözümünde önemli zorluklarla karşılaşılır. Türk hukukunda savunulan baskın görüşe göre, yetkinin geri alınmasından sonra yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesi ile gerçekleştiği kabul edilen bildirim, iç ilişkiyi doğru bir şekilde yansıtmamakta, baştan itibaren gerçeğe aykırı bir görünüş yaratmaktadır. Bu ise yetkinin sadece kapsamı değil, varlığı konusunda da bir bildirim yapılması halinde, üçüncü kişinin iyi niyetini koruduğu kabul edilen BK. m. 41 f. 2'nin uygulama alanına girer. Temsilcinin elinde bulunan yetki belgesinin meydana getirdiği hukuki görünüşe inanan üçüncü kişinin haklı güveni korunmalıdır. Temsilcinin yetkisini kaldırmasına rağmen, onun elinde kalan yetki belgesini göstererek yetkinin varlığı konusunda üçüncü kişinin güvenmekte haklı olacağı bir hukuki görünüş yaratmasının

<sup>708</sup> Watter, açığa verilen bir yetki belgesinin temsilci tarafından güven ilkesine uygun olarak doldurulması gerektiğini belirtmekte, bununla birlikte talimata aykırı olarak doldurulan yetki belgesini İBK. m. 33 f. 3 uyarınca üçüncü kişiye yönelik yetki bildirimi olarak değerlendirmektedir. WATTER/SCHNELLER, m. 33, n. 18. Aksi düşüncede olan Zach/Künzle, bu durumda İBK. m. 36'nin uygulanacağını vurgulamaktadır. ZACH/KÜNZLE, m. 36, n. 9.

<sup>709</sup> LOSER, s. 155 ve s. 210; SCHWENZER, n. 42.31; ZİKO, s. 34; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK. m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 207-229, s. 223 ve s. 225. Koller, bu yaklaşımın temelde Alman MK. m. 172 f. 1'den esinlendiğini, üçüncü kişiye bir yetki belgesinin tesliminin bir bakıma İBK. m. 33 f. 2'nin karşılığını teşkil eden MK. m. 171 f. 1 uyarınca bir yetki bildirimi anlamına geldiğini, ancak İsviçre Borçlar Kanununda MK. m. 172 f. 1 tarzında bir düzenlemenin yer almadığını ifade etmektedir. Yazara göre, İBK. m. 33 f. 2 yetki bildirimini koşul olarak ortaya koyduğundan, yetki belgesinin teslimi ile bu yetki bildiriminin mutlaka gerçekleştiği sonucuna ulaşılamaz. Yetki belgesi sadece üçüncü kişiye ibraz edilmek üzere kararlaştırıldığında, bu koşul gerçekleşmektedir. KOLLER (Der gute Glaube), n. 255.

tehlikesini temsil olunan taşır. Ancak temsil olunan, sadece bildiği veya bilmesi gerektiği üçüncü kişilere temsilcinin elinde bulunan yetki belgesinin hukuki değerini kaybettiğini bildirecektir. Bu anlamda temsil olunandan bildiği veya bilmesi gerektiği üçüncü kişilere karşı beyanda bulunarak, var olan hukuki görünüşü ortadan kaldırması beklenir. Bunu ihmal eden temsil olunan, BK. m. 41 f. 2 uyarınca sorumlu olmalıdır. Temsil olunan tarafından bilinmeyen veya bilinmesi gerekmeyen üçüncü kişiler açısından ise iç ilişkide belgenin temsilciden geri alınmasındaki ihmalden dolayı BK. m. 44 uygulanacaktır<sup>710</sup>. Oğuzman/Öz, yetkinin sona ermesinden sonra yetki belgesinin üçüncü kişiye gösterilmesinde BK. m. 42 f. 3'e işaret etmekte, temsil olunanın sözleşme ile bağlanması gerektiğini belirtmektedir. Böylece temsil olunanın yetki belgesini geri almakta ihmali bulunduğu hareketle, üçüncü kişinin sadece zararının giderilmesini öngören BK. m. 44'ün uygulama alanı daraltılacaktır<sup>711</sup>. Bu konuda İsviçre doktrininde farklı sonuçlara varılır. Yetkinin sona ermesinden sonra yetki belgesinin temsilci tarafından sunulması, temsil olunanın iradesine dayanmadığından yetki bildirimi oluşmaz. Temsilcinin haberci sıfatı kalmadığından, dış yetkiyi meydana getirebilecek tarzda belge ibrazından söz edilemez. Üçüncü kişi tam korumadan yararlanamaz. Ancak üçüncü kişi nezdinde yetki belgesini bulunduran temsilcinin yetkili olduğu düşüncesine neden olan temsil olunan, İBK. m. 36 uyarınca sorumlu olur<sup>712</sup>. Koller ise yetkinin sona ermesinden sonra belgenin gösterilmesinin yetki bildirimini oluşturmayaacağına ilişkin düşüncenin yerinde olmadığını, ancak ortada baştan itibaren yanlış bir bildirimin bulunduğunu ifade eder. Temsil olunan ibraz edilmesi için temsilciye bir yetki belgesi verdiğinde, örtülü bir yetki bildirimi söz konusudur. Bunun tamamlanabilmesi için belgenin üçüncü kişiye ibrazı yeterlidir. Yetkinin sona ermesi, yetki bildirimini kendiliğinden etkisiz kılmaz. Yetki bildirimi işlemekte ve belgenin ibrazı ile tamamlanır. Bunun için temsilcinin yetkisinin sona erdiğinden habersiz olması ve yetki belgesini ibraz etmekte yetkili olduğunu düşünmesi gerekir. Yazar, temsilcinin İBK. m. 35 uyarınca yetkinin sona erdiğini bilmemesi halinde, İBK. m. 36'nın uygulanacağını

<sup>710</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (Yetki Belgesi), s. 220 ve s. 227. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da benzer bir sonuca ulaşmıştır. Yarg. HGK. 25.06.2003 gün, 14-402 Esas, 435 Karar (www.kazanci.com 11.03.2015).

<sup>711</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 185.

<sup>712</sup> ISENİRİNG, s. 108-109; PİOTET Paul, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963, s. 100. Türk hukukunda İnceoğlu, BK. m. 44'ün (İBK. m. 36) uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. İNCEOĞLU, s. 491 vd.

savunmaktadır<sup>713</sup>. Kanımızca Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler kapsamında yetkinin sona ermesine rağmen, temsil olunanın yetki belgesini geri almada ihmalinin olması halinde, BK. m. 44'ün uygulanması gerekir. Zira temsil olunanın BK. m. 42 f. 3'te bağlanma nedeni, yetkiyi geri almasına karşılık yetkiyi bildirdiği üçüncü kişilere değişen hukuki statüyü belirtmemesidir. Oysa incelenen olguda kendisine belge verilen temsilcinin yetkisi temsil olunan tarafından kaldırıldığı halde, belgenin geri alınması konusunda gerekli özen gösterilmemiştir. Bu olgu BK. m. 44'te düzenlenir<sup>714</sup>. Koller'in verdiği sonuç diğer yazarlarla aynı olmakla birlikte, gerekçesi isabetli değildir. Zira temsilci yetkisinin sona erdiğini bilmediğinde, üçüncü kişinin iyi niyetli olması kaydıyla uygulanacak hüküm İBK. m. 37'dir<sup>715</sup>. Ele alınan olgu, yetkinin temsil olunan tarafından geri alınmasının sonuçlarına ilişkindir. Koller'in İBK. m. 35 kapsamında değindiği olgu ise kanuni sona erme nedenlerini ihtiva etmektedir. Temsilci, İBK. m. 35'te düzenlenen yetkiyi sona erdiren kanuni gerekçelerin varlığını bildiğinde, bir başka deyişle kötü niyetli olduğunda, iyi niyetli üçüncü kişinin İBK. m. 36 uyarınca korunacağı zaten genel kabul gören bir sonuçtur. Yetkinin İBK. m. 35'te belirtilen nedenler kapsamında sona ermesi halinde, iyi niyetli üçüncü kişi yetki belgesine güvenmiş dahi olsa mutlak korumadan yararlanamaz<sup>716</sup>. Türk-İsviçre Borçlar Kanununun açık düzenlemesi karşısında, temsil yetkisinin kaldırılmasından sonra yetki belgesinin geri alınmasında gerekli girişimlerde bulunmayan temsil olunanın BK. m. 44'te öngörülen sorumluluk rejimine tabi olması uygun olacaktır.

Yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesinden sonra temsilcinin yetkisinin geri alınmasında uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde de önemli görüş ayrılıkları söz konusudur. BK. m. 42 f. 3 (İBK. m. 34 f. 3), yetkinin üçüncü kişiye açıkça veya

<sup>713</sup> KOLLER (Der gute glaube), n. 330 ve n. 336.

<sup>714</sup> Kanun koyucu yetkinin herhangi bir nedenle sona ermesine rağmen, temsilcinin belgeye dayanarak iyi niyetli üçüncü kişilerle işlem yapmasına ilişkin özel bir sistem öngörmüştür. Yetkisi sona eren temsilci, üçüncü kişilerde yanlış bir izlenim yaratmaya elverişli olduğundan, belgeyi temsil olunan veya mahkemeye tevdi etmek zorundadır. Temsil olunan da belgeyi geri alabilmek için girişimde bulunmakla yükümlüdür. Böylece yetki belgesinin iadesinin talep edilmesi, temsilcinin iadeden kaçınması halinde ise belgenin geri verilmesini sağlamak için dava açılması gereklidir. Ancak bu dava Alman Medeni Kanununda açıkça öngörülen düzenlemeden farklı olarak belgenin hükümsüz kılınmasına yönelik değildir.

<sup>715</sup> Nitekim "Yetkinin Sona Erdiğinin İleri Sürülememesi" kenar başlığını taşıyan BK. m. 45 (İBK. m. 37), "Temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağldırlar. Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda uygulanmaz" şeklindedir.

<sup>716</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 36, n. 68; VON TUHR/PETER, s. 372-373; SUNGURBEY, s. 39. Watter, İBK. m. 34 f. 3'ün kıyasen uygulandığı haller dışında, yetkinin İBK. m. 35 uyarınca sona ermesinde İBK. m. 36 f. 2'nin gündeme geleceğini ifade etmektedir. WATTER, m. 36, n. 8.

örtülü olarak bildirilmesi koşulunu öngörür. Üçüncü kişiye yönelik olarak yapılacak yetki bildirimi, belli bir şekle tabi değildir. Bu anlamda temsil olunanın düzenlendiği yetki belgesinin temsilci tarafından işlem yapılacak üçüncü kişilere ibrazının, yetki bildirimini oluşturabileceği kabul edilir. BK. m. 42 f. 3'ün kapsamına giren durumlarda yetkinin üçüncü kişiye bildirildiği aşamada temsilcinin yetkisi gerçekten mevcuttur. Bir başka ifade ile üçüncü kişiye yönelik bildirim, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi doğru bir şekilde yansıtmaktadır. İncelenen bu ihtimalde temsil olunanın iç ilişkide temsilciye verdiği yetki, üçüncü kişiye karşı yapılan bildirimden sonra geri alınmaktadır. Temsil olunan, verdiği yetkiyi kısmen veya tamamen geri aldığını ilgili üçüncü kişilere bildirmediği takdirde, BK. m. 42 f. 3 gereğince iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sözleşme ile bağlı olur. Düzenlemede temsil olunana yetkiyi bildirdiği üçüncü kişilere, yetkinin geri alındığını bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak yetki belgesinin gösterilmesi suretiyle yapılan bildirimlerde, üçüncü kişinin iyi niyetinin ortadan kaldırılması ve hükmün uygulanmasının engellenmesi için yapılacak bildirimin niteliğinde önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Zira haberci sıfatını taşıyan bir temsilci tarafından yetki belgesinin ibraz edilmesi sonucunda yapıldığı kabul edilen bildirim, temsil olunanın doğrudan üçüncü kişiye yaptığı bildirime nazaran önemli bir özellik taşır. Temsil yetkisinin doğrudan temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirildiği hallerde, bildirimin muhatabı olan üçüncü kişi bilinmektedir. Böylece geri alma bildiriminin kime yönelik olarak yapılması gerektiği aşikârdır. Temsil olunan, yetkiyi bildirdiği kişilere karşı, yetkinin geri alındığını eşdeğer yollarla bildirebilecektir. Oysa yetki belgesinin gösterilmesi ile gerçekleşen bildirimlerde süreç değişmektedir. Temsil olunan, yetki belgesinin sunulacağı üçüncü kişilerin belirtilmediği veya sınırlanmadığı hallerde, belgenin kime ibraz edildiğini olağan olarak bilemez. Bu anlamda BK. m. 42 f. 3'te düzenlenen sorumluluğun ortadan kaldırılması için nasıl bir yol izlenecektir? Temsilcinin yetki belgesini üçüncü kişiye göstermek suretiyle yaptığı işlemlerde yetkinin geri alındığına dair umuma yapılacak bir ilan, temelde eşdeğer bir geri alma niteliğini taşımadığından, üçüncü kişinin yetkinin varlığına ilişkin iyi niyetini bertaraf etmez. Türk-İsviçre hukukunda yetki belgesinin mahkeme aracılığı ile iptal edilmesi olanağı tanınmadığından, belgenin kime ibraz edildiğini bilmeyen temsil olunanın

yetkiyi geri aldığını bildirmesi mümkün olmayacaktır<sup>717</sup>. Doktrinde bu sorunun aşılması için temsil olunanın, ancak yetkinin devamı konusunda üçüncü kişide yarattığı hukuki görünüşün kendisine isnat edilebilmesi halinde sorumlu olacağı ileri sürülmektedir. Bu anlamda üçüncü kişiye yönelerek yaratılan hukuki görünüşü ortadan kaldırma olanağına sahip olmayan temsil olunan, BK. m. 42 f. 3 kapsamında bağlanmayacaktır. Nitekim Bucher, sadece belli bir üçüncü kişiye ibraz edilmesi gayesiyle temsilciye verilen belgenin dış yetkiyi oluşturacağını, temsil olunanın yetki belgesinin temsilci tarafından kime sunulduğunu bilemeyecek veya belgenin temsilci tarafından ibraz edileceğini öngöremeyecek durumda olması nedeniyle üçüncü kişiye karşı geri alma bildirimini yapma olanağından yoksun bulunduğu, İBK. m. 34 f. 3 yerine İBK. m. 36 f. 2'nin (BK. m. 44 f. 2) gündeme geleceğini vurgulamaktadır<sup>718</sup>. Kocayusufpaşaoğlu, yetki belgesinin gösterilmesiyle dış temsil yetkisinin oluşturulmasından sonra yetkinin geri alınması halinde temsil olunanın geri almayı üçüncü kişiye bildirmesi gerektiğini, temsilciden yetki belgesinin geri alınmasının yeterli olmadığını ifade eder. Zira üçüncü kişi bu belgeyi gördüğünden, işlemi daha sonra yaparken tekrar görmek zorunda değildir<sup>719</sup>. Bucher'in yaklaşımının yeterli olmadığını düşünen yazar, temsil olunan tarafından bilinen ve bilinmesi gereken üçüncü kişilere bildirim yapılmadığında, BK. m. 42 f. 3'ün uygulanacağını belirtmektedir. Böylece yetki belgesinin temsilciye sadece belirli üçüncü kişilere ibraz edilmesi için verilmesinin ötesinde, belgenin ibraz edildiği kişilerin temsil olunan tarafından sonradan öğrenilmesi veya temsil olunanın işin niteliği gereği temsilcinin mutlaka belirli üçüncü kişiler ile temas kuracağını apaçık bileceği durumlarda yetkinin geri alındığı bu kimselere bildirilmesi zorunludur. Aksi takdirde temsil olunanın BK. m. 34 f. 3 uyarınca sorumluluğu doğar. Belirtilen koşullar dışında belgenin kime gösterildiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen temsil olunan,

<sup>717</sup> Alman MK. m. 172 f. 2 uyarınca yetki belgesi temsil olunanı geri verinceye veya hükümsüz kılınmaya kadar temsil yetkisi varlığını sürdürür. Yetki belgesinin hükümsüz kılınması süreci ise MK. m. 176'da ayrı bir hükümde düzenlenir. Von Tuhr/Peter haklı olarak bu kuralın İsviçre Borçlar Kanununda geçerli olacak şekilde yorumlanamayacağını savunmaktadır. VON TUHR/PETER, s. 373, dn. 96. Türk hukukunda Eren ve Tekinay aksi görüştedir. Yazarlar, açılacak davanın belgenin geri verilmesine, bu mümkün olmadığında veya belge zayi olduğunda hükümsüz sayılmasına yönelik olacağını ileri sürmektedir. EREN, s. 410; TEKİNAY, s. 198.

<sup>718</sup> BUCHER, s. 612 ve dn. 49. Yazar, Alman MK. m. 172 f. 1 ve MK. m. 171 f. 2'de geçerli olduğu üzere, yetkinin belge ile ortaya konulmasında temsilin etkisinin genişletilmesinin lege de ferenda öngörülmesi gerektiğini savunmaktadır. BUCHER, s. 611.

<sup>719</sup> Yazar, Dilcher'in Alman hukuku için öne sürdüğü gerekçeyi Türk-İsviçre hukukuna aktarmıştır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 219 dn. 36. Aksi görüş için bkz. ZİKOS Georg, Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht, Zürich, 1966, s. 34. Esener, belgenin geri verilmesine veya hükümsüzlüğü beyan edinceye kadar yetkinin baki kalacağını öngören Alman MK. m. 172 f. 2'ye benzer bir kural bulunmadığından, belgenin her bir işlem için ayrı ayrı ibraz edilmesi gerektiğini savunmaktadır. ESENER (Temsil), s. 47.



üçüncü kişiye karşı yetkinin geri alındığına ilişkin bir bildirimde bulunamayacağından, yetki belgesini geri almak için gerekli girişimlerde bulunmayı ihmalinden ötürü BK. m. 44 kapsamında yükümlü olabilecektir<sup>720</sup>. Von Tuhr/Peter ise temsil olunanın sorumluluğuna ilişkin yapılan bu ayrımı kabul etmez. Yazarlara göre, yetki bildirimini yetki belgesinin gösterilmesi suretiyle gerçekleştğinde, geri almanın yetki belgesinin ibraz edildiği tüm kişilere bildirilmesi gerekir. Geri alma bu üçüncü kişilerden birine, örneğin temsil olunanın yetki belgesinin kime ibraz edildiğini bilmediğinden bildirilmediğinde, üçüncü kişi geri almayı başka şekilde öğreninceye kadar temsil yetkisi varlığını sürdürür<sup>721</sup>. Bu durumda üçüncü kişiler, İBK. m. 34 kapsamında geniş bir korumadan yararlanacaktır.

Yetkinin varlığına ilişkin olarak üçüncü kişiye bildirimde bulunan temsil olunan, bu yetkiyi geri aldığı üçüncü kişiye bildirmediği takdirde BK. m. 42 f. 3 gereğince, yetkinin devam ettiği yönünde yarattığı görünüşten sorumludur. Yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesinin üçüncü kişiye yönelik bir yetki bildirimini anlamına geldiği kabul edildiğinden, yetkinin geri alındığı belgenin ibraz edildiği kişilere bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde yaratılan hukuki görünüşün tehlikesini temsil olunan taşır. Ancak Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde temsil olunan sadece bildiği ve bilmesi gerektiği üçüncü kişilere yönelerek, temsilcinin elinde kalan belgenin hukuki değerini yitirdiğini bildirebilecektir. Zira yetkinin geri alındığına ilişkin olarak yapılacak aleni bir ilan, temsil olunan tarafından bilinmeyen ve bilinmesi gerekmeyen üçüncü kişiler nezdinde muadil bir geri alma bildirimini niteliğini taşımadığından<sup>722</sup>, üçüncü kişinin geri almayı öğrendiği ispat edilmediği sürece yetkinin varlığını

<sup>720</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 225. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu benzer bir sonuca ulaşmıştır. Yarg. HGK. 25.06.2003 gün, 14-402 Esas, 435 Karar. Bu konuda bkz. www.kazanci.com (23.03.2015). İsenring de yetkinin geri alınması halinde temsilcinin potansiyel olarak temasa geçtiği, ancak temsil olunanın pratik olarak bilmediği çok sayıda üçüncü kişinin bulunabileceğini, bu üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin ortadan kaldırılması olanağının olmayacağını ifade etmektedir. Bu durumda İBK. m. 36 devreye girecektir. Ancak temsil olunan, yetki belgesini almak için gerekeni yaptığında, artık İBK. m. 36 f. 2'ye dayalı sorumluluğu da olmaz. İyi niyetli üçüncü kişi, İBK. m. 39 uyarınca yetkisiz temsilciye yönelecektir. İSENİRİNG, s. 108-109.

<sup>721</sup> VON TUHR/PETER, s. 372 dn. 92.

<sup>722</sup> Oysa Yargıtay, yetki belgesinin üçüncü kişiye gösterildiği hallerde geri alma bildiriminin gazete ilanı ile gerçekleşmesi gerektiğini kabul ederek, farklı bir sonuca varmıştır. Karara göre, “Mahkemenin vekâletten azlin gazetedeki ilanının üçüncü kişiyi bağlamayacağı kabul edilmiş ise de vekâletname kapsamında olan tüm işlerin yapılacağı kurum ve kuruluşlara teker teker bildirim amaçla bağdaşmayan aşırı bir yükümlülüktür”. Yarg. 14. HD. 25.10.2005, E. 5926-K. 9546 (www.kazanci.com 04.04.2015). Temsil olunanın sorumluluğunun ortadan kaldırılmasında azlin gazetedeki ilanını yeterli kabul eden kararda ulaşılan sonuç, tarafların menfaatlerinin korunmasındaki mevcut dengesizliğin giderilmesine yönelik bir yaklaşımdır. Ancak bu yaklaşım, eşdeğer bir bildirim teşkil etmediğinden kanuni düzenlemeye uygun değildir.

sürdürdüğü yönündeki iyi niyetini ortadan kaldırmaz. Bu hukuk düzenlerinde yetki belgesinin iptal edilmesine olanak tanıyan bir hüküm öngörülmediğinden, belgenin kime gösterildiğini bilmeyen temsil olunan geri almayı eşdeğer etkide bildirmez. Böylece belgenin gösterildiği üçüncü kişileri bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen temsil olunanın, üçüncü kişiye karşı yaratılan hukuki görünüşü bertaraf etme olanağına sahip olmamasına karşılık BK. m. 42 f. 3 uyarınca bağlanmasının kabulü, tarafların menfaatleri bakımından dengesiz bir sonuç doğurur. Yetkinin kaldırılmasından önce belgenin üçüncü kişiye ibraz edilmesi halinde, temsil olunanın, yetkinin geri alındığını bildirmemesi nedeniyle bilmediği ve bilmesinin gerekmediği üçüncü kişilere karşı BK. m. 44 uyarınca yükümlü olacağına ilişkin yaklaşım da isabetli gözükmemektedir. Zira belgenin üçüncü kişiye sunulduğu sırada temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkide yetki halen mevcut olduğundan, belgenin geri alınmasında bir ihmalden söz edilemez. Yetki belgesi ibraz edildiğinde, iç ilişkinin statüsüne uygundur. Belgenin işlem yapılacak üçüncü kişiye bir defa gösterilmesinin yeterli olduğu, yetkinin varlığına ilişkin şüphe uyandıracak olgular olmadığı sürece, sözleşmenin kurulduğu anda bu belgenin temsilciden tekrar istenilmesinin zorunlu bulunmadığı kabul edildiğinde, daha önce sunulan yetki belgesine dayanarak yapılan işlemlerde belgenin iadesi için gereken özenin ihlalden bahsedilemez. Bir başka deyişle üçüncü kişi, yetki belgesini işlemin yapılmasından önce gördüğünde ve varlığı konusunda tereddüt uyandıracak koşullar olmadığı sürece daha sonra yapılan işlem sırasında aynı belgeyi tekrar görmek zorunda değildir<sup>723</sup>. Böylece daha önce iç ilişkinin yetki statüsüne uygun olarak ibraz edilen yetki belgesine dayanarak işlem yapan üçüncü kişi, sözleşmenin kurulması anında bu belgeyi tekrar görmek zorunda olmadığı dikkate alındığında, yetkinin kaldırıldığını bilmediği ve bilmesini gerekmeyen üçüncü kişilere bildiremeyen temsil olunanın yetki belgesini geri almasındaki ihmalden söz edilemez. Türk-İsviçre Borçlar Kanununun

---

<sup>723</sup> Yetki belgesinin daha önce gösterilmesinden bağımsız olarak her bir işlem için tekrar sunulmasının zorunlu olduğunun kabul edildiği hallerde, yetkinin geri alınmasına rağmen yetki belgesinin iadesi konusunda gerekli girişimlerde bulunmayan ve temsilcinin elindeki belgeyi üçüncü kişiye ibraz ederek işlem yapmasına yol açan temsil olunanın özen eksikliğinden söz edilebilecektir. Ancak belgenin her bir işlem için sunulması zorunluluğuna yönelik değerlendirme, BK. m. 42 f. 3'ün uygulanması koşullarına aykırıdır. Zira BK. m. 42 f. 3, yetkinin üçüncü kişiye açık veya örtülü olarak bildirilmesi koşulunu öngörmektedir. Böylece yetki belgesinin ibraz edilmesi dışında gerçekleştirilecek açık veya örtülü yetki bildirimlerinde temsil olunan, yetkiyi geri aldığını üçüncü kişiye bildirmediği takdirde yetkinin devam ettiği yolunda yarattığı görünüşten sorumlu olacaktır. Yetkinin devamı konusunda yaratılacak görünüşün meydana gelmesinde açık veya örtülü yetki bildiriminin üçüncü kişiye yönelik olarak bir defa gerçekleşmesinin yeterli olduğu dikkate alındığında, yetki belgesinin de yetki bildirimini oluşturacak tarzda üçüncü kişiye bir defa ibraz edilmesi ile üçüncü kişinin güvenine temel oluşturan görünüşün meydana getirildiği sonucuna varılmalıdır.

pozitif düzenlemesi kapsamında, yetki belgesinin temsilci tarafından yetkinin geri alınmasından önce üçüncü kişiye ibraz edilmesi ve temsil olunanın geri almadan üçüncü kişiyi haberdar etmemesi durumunda, temsil olunan tarafından bilinmeyen ve bilinmesi gerekmeyen üçüncü kişilere karşı bir sorumluluk oluşmaz. Buna karşılık temsil olunanın bildiği ve bilmesi gerektiği üçüncü kişilere karşı bildirimde bulunarak, yetkinin devamı konusunda yaratılan görünüşü ortadan kaldırması beklenecektir.

### **cc. Temsil Olunanın Fiili Davranışları**

Temsil olunanın davranışları belli koşullar altında üçüncü kişi tarafından bir yetki bildirimi olarak değerlendirilebilir. Bu anlamda dış temsil yetkisinin, temsil olunanın iradesinden bağımsız olarak üçüncü kişide hukuki bir görünüş yaratan fiili davranışlarına dayalı olarak da meydana gelebileceği kabul edilir. Bunun için temsil olunanın davranışları ile yetkinin varlığı konusunda bir görünüş meydana getirmesi, üçüncü kişinin de yaratılan bu görünüşe dayalı olarak temsilci ile işlem yapması gerekir. Temsil olunanın davranışları üçüncü kişi tarafından güven ilkesi ışığında temsilciye yetki verildiği şeklinde yorumlanmalıdır. Bu kapsamda üçüncü kişinin yetkinin varlığına ilişkin olarak meydana getirilen görünüşe ilişkin haklı güveni korunmaktadır. Temsil olunanın davranışları aktif bir hareket tarzında olabilmesinin yanı sıra, eylemsizlik tarzında edilgen bir davranış olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu konu katlanma temsili ve görünüş temsili adı altında ele alınır.

Katlanmaya ve görünüşe dayalı dış yetkilere uygulamada<sup>724</sup> çok sık rastlanmakta, yetkilerin bu tarz oluşumu doktrinin<sup>725</sup> de desteğini bulmaktadır. Temsil olunanın yetkilendirme iradesinin olmamasına rağmen, bir kimsenin kendisi için hareket ettiğini bildiğinde ve müdahale olanağının bulunmasına karşılık, itiraz etmeyerek olayların akışına katlandığında; bu katlanma üçüncü kişi tarafından dürüstlük ilkesi gereğince temsilcinin yetkili olduğuna haklı olarak güvenmesine yol açtığında, katlanma temsili söz konusudur. Yaratılan görünüşün yetki bildirimi olarak kabulü için temsilcinin davranışına katlanma belli bir süreklilik gerektirmez. Bir başka ifade ile koşulların oluşması durumunda, temsilcinin davranışlarının tekrarı aranmaksızın, temsil

<sup>724</sup> BGE 124 III 355; BGE 105 II 110; 101; Yarg. 13. HD. 13.12.1999, E. 9126, K. 9465; Yarg. 15. HD. 5.4.1994, E. 409, K. 2051.

<sup>725</sup> LOSER, s. 209; KÜNZLE, s. 278; İNCEOĞLU, s. 118; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 641.

olunan tarafından yaratılan görünüşe güvenmekte haklı olan üçüncü kişi korunacaktır. Yetki bildirimi sonucunu doğuran davranışın temsil olunana isnat edilmesi, sözde temsilcinin hareketine müdahale olanağının olmasına rağmen, herhangi bir itirazın yöneltilmemesini gerektirir. Temsilcinin hareketlerini engelleme olanağı bulunmadığında, bu hareketler temsil olunana isnat edilemez. Diğer yandan katlanmaya dayalı yetkiden bahsedilebilmesi için temsil olunanın davranışlarının üçüncü kişi tarafından güven ilkesi ışığında temsilcinin yetkiye sahip olduğu sonucunu çıkarmakta haklı olmasını gerektirmelidir. Buna karşılık temsil olunanın, bir kimsenin temsilci sıfatıyla kendisi için hareket ettiğini bilmemesine rağmen, gerekli özeni göstermesi halinde bu durumu bilmesinin ve engellemesinin mümkün olduğu; ihmal nedeniyle yaratılan bu görünüşün üçüncü kişi tarafından dürüstlük ilkesi gereğince temsilcinin yetkili olduğuna haklı olarak güvenmesine yol açtığı hallerde ise görünüş temsilinden bahsedilir. Bu durumda katlanma temsilinden farklı olarak temsil olunanın yetkisiz temsilcinin davranışından bilgisi yoktur. Ancak gereken özeni göstermesi halinde, görünüşte temsilcinin davranışını teşhis edebilmesi ve önleyebilmesi mümkündür. Bu anlamda temsil olunan ilgili hukuki görünüş olgusunun varlığını öğrenebilme olanağına sahipse ve bunu önleyebilecek bir durumda bulunuyorsa, kendisi için bağlamanın zorunlu kıldığı kontrolün olguları gerçekleşmiştir. Zikredilen koşullarda temsil olunana isnat edilebilecek bir hukuki görüşünün varlığından söz edilecektir<sup>726</sup>. Diğer yandan görünüş temsilinin oluşabilmesi için tekrarlanan davranışların zorunlu olduğu yönünde görüşlere rastlanmasına rağmen<sup>727</sup>, kanaatimizce koşulların varlığı halinde üçüncü kişinin haklı güveninin korunmasında davranışların belirli bir süre devam etmesinin veya tekrarlanmasının aranması isabetli değildir<sup>728</sup>.

Katlanma temsili ve görünüş temsili kavramları ile ilgili olarak ortak bir anlayışın olmadığını belirtmemiz gerekir. Her dış yetkiyi görünüş temsili olarak tanımlayan fikrin yanısıra<sup>729</sup>, bu iki kavramı eşdeğer olarak algılayan yaklaşımlar<sup>730</sup>

<sup>726</sup> Bir davranışa güven ilkesine göre üçüncü kişi açısından objektif olarak sahip olduğu pasif anlamı verebilmek, kaynağının (temsil olunan) koşulların gerektirdiği dikkati verseydi, bileceği bir gerekliliğe bağlıdır. Aksi takdirde sessizlik kendisine yüklenemez. Üçüncü kişinin bakış açısı belirleyici tek kıtas değildir. Beyan, beyan sahibine objektif olarak yüklenebilir olmalıdır. Yakın zamanda verilen karar bu yaklaşımı desteklemektedir. Bu konuda bkz. BGE 120 II 197.

<sup>727</sup> KÜNZLE, s. 277-278.

<sup>728</sup> Davranışların süresinin veya tekrarlanacak davranışın sayısının belirlenmesi, izafi bir değerlendirmeyi içermesinin yanısıra, ispat açısından önemli sorunları barındırmaktadır.

<sup>729</sup> VON BÜREN, s. 154. Benzer şekilde BGE 70 II 115.

bulunmaktadır. Keza görünüş temsilinin koşullarından hareket edilerek, bu temsil türünde katlanma temsilinden ayrılan hukuki sonuçlara ulaşılmaktadır<sup>731</sup>. Yetkilendirme iradesinin bulunmaması halinde, yetkinin oluşumunu ticari alanlar ile sınırlayan görüşlere de rastlanmaktadır. Bucher, temsil olunan tarafından meydana getirilen görünüşe dayalı temsil yetkisinin varlığını sadece ticari alanda geçerli kabul etmekte, kural olarak özel alanda reddetmektedir<sup>732</sup>. Günümüzde geçerli olan güven ilkesi anlayışına aykırı olması nedeniyle bu düşünceye katılmamız mümkün değildir. Ancak katlanma temsilinin ve görünüş temsilinin özel alana veya ticari alana konu olması, güveni ilkesi gereğince somut olayın özelliklerinde önem kazanabilecektir<sup>733</sup>.

Yaratılan bir hukuki görünüşe dürüstlük ilkesi ışığında güvenen bir kimse, bu hukuki görünüşe neden olan kimseye karşı korunmalıdır. Bu anlamda kanunda açık olmayan temsil halleri bakımından temsil olunanın, temsilci durumunda olan kimsenin davranışını bilmesine veya bilmek zorunda olmasına göre bir ayırım yapmak suretiyle değişik neticelere ulaşmak isabetli değildir. Burada önemli olan, temsil olunanın davranışlarının iyi niyet ilkeleri ışığında yetkinin verilmesi niteliğinde bir bildirim iradesi olarak kabul edilebilmesidir. Temsil olunanın hareketi, objektif olarak yetki verilmesine ilişkin bir bildirim olarak değerlendirilebilmelidir. Temsilcinin başkası için hareket etmesi başlı başına temsil olunanın güven sorumluluğunun oluşması için yeterli değildir. Yaratılan görünüşe ilişkin sorumluluğu, buna objektif olarak neden olan kişi üstlenecektir<sup>734</sup>. Nitekim Federal mahkeme, yetkileri kendisine kambiyo taahhütleri gerçekleştirme olanağı vermeyen bir ticari vekilin bu tür taahhütleri yapması için açık bir yetkiye sahip olması gerektiğini öngören kanun hükmünün<sup>735</sup>, görünürde yetki kavramını geniş ölçüde aldatici kılacağını kabul etmektedir. Bu anlamda güven ilkesinden kaynaklanan olguların kapsamının daraltılmaması gerekir. Ticari vekilin yetkisinin olmamasına rağmen kambiyo taahhüdünde bulunduğunu temsil olunanın

<sup>730</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, s. 139.

<sup>731</sup> Loser, görünüş temsilde tam koruma yerine olumsuz güven sorumluluğunun gündeme gelmesi gerektiğini savunur. LOSER, s. 214. Keller/Schöbi ise görünüş temsilde ihlal edilen özen yükümlülüğünün sadece culpa in contrahendo ilkeleri doğrultusunda bir sorumluluğa yol açabileceğini ifade etmektedir. KELLER/SCHÖBI, s. 63-64.

<sup>732</sup> BUCHER, s. 630.

<sup>733</sup> BGE 120 II 197, 200.

<sup>734</sup> BGE 120 II 197, 200.

<sup>735</sup> İBK. m. 462. Benzer yönde BK. m. 551 f. 2, “Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez” şeklindedir.

bilmesine veya bilmesinin gerekmesine ve engelleme olanağına sahip olmasına karşılık harekete geçmemesi, yapılan işlemleri etkili kılar<sup>736</sup>. Bir temsilcinin işyerini sadece ortak imza ile taahhüt altına sokabileceği durumlarda da benzer bir süreç yaşanabilecektir. Tüzel kişi, temsilcinin kendisini tek başına taahhüt altına girmesine müsaade etmesi halinde, Ticaret Sicilinde kayıtlı sınırlamalara dayanamaz<sup>737</sup>. Ticari konularda temsil olunandan beklenen özen ölçüsü, temsil olunanın işyerinin işleyişini ve teşkilatını gözetme görevi nedeniyle daha sert bir şekilde değerlendirilecektir<sup>738</sup>.

#### **dd. Temsil Yetkisini Gerektiren Bir Konuma Tayin**

Bir kimsenin olağan olarak yetkiyi gerektiren bir konuma getirilmesi halinde, BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 3) gereğince temsil olunana isnat edilen bir yetki bildiriminin olduğu kabul edilir<sup>739</sup>. Bir kimse ticari örfilere ve âdetlere veya işlem hayatının genel anlayışına göre yetki ile bağlantılı bir pozisyona tayin edildiğinde, bu kimsenin iç yetkisinin olmaması halinde dahi, üçüncü kişinin iyi niyeti dış yetkinin oluşmasını sağlayacaktır. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu özel bir düzenleme öngörür. BK. m. 552’de toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevlileri veya hizmetlileri, o ticari işletme içinde müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyabilecekleri bir biçimde yazıyla aksine duyuru yapılmış olmadıkça ticari işletmenin alışılmış işlemlerini yapmaya yetkili sayılmaktadır. Anılan kişiler mezkûr işlemleri yapmaya yetkili olmasalar dahi bu konuda gerekli yetkinin varlığı kabul edilir. Hükümde hukuki görünüşe güvenen üçüncü kişiler korunmaktadır. Temsil olunan dışa karşı bir görünüş yaratması halinde, bu görünüşe dayanarak işlemi gerçekleştiren üçüncü kişilere karşı görevlilerin ve hizmetlilerin gerçekte yetkili olmadıklarını ileri süremez. Ticari işletme içerisindeki ilgililerin temsilci sıfatıyla davranmaları, tamamen işletme sahibinin yarattığı görünüşün sonucu olması nedeniyle, bu durum kendisine yüklenir. Böylece bir kimsenin diğer bir kimseyi

<sup>736</sup> BGE 94 II 117.

<sup>737</sup> BGE 66 II 254; BGE 50 II 123. Yargıtay benzer bir sonuca ulaşmıştır. Buna göre, “(...) genel müdür bu yetkisine dayanarak tek başına şirketi temsilen 18.2.1987 tarihli sözleşmeyi imzalamıştır. Bu sözleşmeden sonra bütün işlemleri aynı kişi kendi imzası ile yürütmüş ve bu yöne hiçbir itiraz vaki olmamıştır. Bütün bu eylemli durum karşısında davacı şirketin, adı geçen genel müdürün tek başına temsile yetkili olduğu konusunda sözleşmenin diğer tarafı olan idarede kanaat uyandırdıktan sonra bu eylemli duruma aykırı olarak daha sonra aynı kişinin birden çok dilekçe ile vaki feragatinin şirketi bağlamayacağı yolundaki savunması çelişkili davranış olan MK. m. 2’deki dürüstlük ve ticari işlerdeki güven ve istikrar kuralı ile bağdaşmaz”. Yarg. 15. HD. 5.4.1994, E. 409, K. 2051.

<sup>738</sup> BGE 120 II 197.

<sup>739</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, s. 139; KELLER/SCHÖBİ, s. 63; ÜLGİN, s. 129. BGE 120 II 197 (s. 204 ve s. 205).

olağan olarak yetkiyi gerektiren bir konuma getirmesi halinde, yetki verme amacı olmasa dahi, iyi niyetli üçüncü kişiler nezdinde yarattığı izlenim uyarınca bu yetkinin mevcudiyeti kabul edilir.

#### **iv. Üçüncü Kişinin İyiniyeti**

Temsil olunanın yetki bildirimine dayanarak, temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerekir. Üçüncü kişinin iyiniyetle hareket etmesi gereği, temsilcinin yetkiye sahip olduğuna güvenmesi anlamındadır. BK. m. 41 f. 2’de iyiniyet unsuruna değinilmemişse de, bu gerekliliğe düzenlemenin amacından ve BK. m. 42 f. 3 ile olan sistematik bağlantısından ulaşılır. BK. m. 42 f. 3’te üçüncü kişinin iyiniyeti aranırken, BK. m. 41 f. 2’de bu koşulun istenilmemesi değerlendirme çelişkisine yol açacaktır. Zira her iki hükümde dış temsil yetkisi kapsamında yaratılan veya devam ettirilen görünüşe haklı olarak güvenen üçüncü kişi korunmaktadır<sup>740</sup>. Böylece temsil olunanın üçüncü kişiye yönelik yetki bildirimine rağmen, temsilcinin yetkili olmadığını bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin korunması, hükümlerin lafzına ve temel ruhuna aykırıdır.

Dış temsil olgusunda iyi niyetin ifade edilmesi, temsil olunanın bildiriminden tek başına mutlak bir sonuç doğurmadığını vurgulaması açısından önemlidir. Nitekim içtihatlarda<sup>741</sup> ve doktrinde<sup>742</sup> genel olarak kabul edildiği üzere, üçüncü kişinin iç sınırlamaları bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda yapılan işlem geçersiz kabul edilmektedir. Kötüniyetli üçüncü kişinin, temsilcinin iç ilişkideki yetkisine dayanması, hükümlerin takip ettiği koruma amacı ile uyumlu değildir.

Üçüncü kişinin korunması için iyiniyetli olması gerektiğine ilişkin yaptığımız vurgu, buna dayanılmadığı takdirde yetki bildiriminden yararlanamayacağını gösterme meziyetini taşır. Özellikle BK. m. 41 f. 2 hükmü, üçüncü kişinin yetkinin gerçekte var olduğuna ilişkin güvenini korumayı amaçladığından, bu yöndeki güvenin oluşması yetki bildiriminden üçüncü kişi tarafından öğrenilmesine bağlıdır. Böylece bildirimin üçüncü kişiye varması ve üçüncü kişinin bu bildirimden haberdar olması gerektiği ifade

<sup>740</sup> Federal mahkemenin yetki eksikliğine rağmen, üçüncü kişinin iyiniyetinin temsili etkili kılacağı yönündeki kararı için bkz. BGE 99 II 39 (özellikle s. 42).

<sup>741</sup> BGE 131 III 511; BGE 77 II 138.

<sup>742</sup> WATTER, m. 33, n. 17; KOLLER (AT), n. 1396.

edilir<sup>743</sup>. Rouiller, temsil olunanın bildirimini gerçekleştirdikten sonra bunu geri almaya girişmediği takdirde, üçüncü kişinin iyiniyetli olduğunun varsayılması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir. Üçüncü kişi, MK. m. 6 (İMK. m. 8) uyarınca bildirimden haberdar olduğuna ilişkin ispat yükünü taşımamalıdır<sup>744</sup>. Kanımızca üçüncü kişinin korunması gayesiyle, yetki bildiriminin muhatabına varması yeterli olmalıdır. Bildirimin üçüncü kişi tarafından öğrenildiğinin varsayılması isabetli olacaktır. Üçüncü kişinin yetki bildirimini öğrenmediğine ilişkin ispat yükünü temsil olunan taşımamalıdır.

Üçüncü kişinin yetkinin varlığına ilişkin iyiniyeti, MK. m. 3 f. 2 uyarınca haklı olmalıdır. Bu kapsamda üçüncü kişinin yetki bildiriminin iç ilişki karşısındaki doğruluğunu genel olarak araştırma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, temsil olunanın bildirdiği yetkinin varlığı konusunda tereddüt uyandıracak olguların mevcudiyeti halinde, gerekli araştırmayı yaparak kendisini aydınlatması veya işlemi yapmaktan kaçınması gerekir. Üçüncü kişi, bildirilen yetkinin varlığı konusunda şüphesinin olmasına rağmen işlemi yapması halinde, iyiniyetinin yokluğundan hareketle tehlikeyi üstlendiğinden, BK. m. 47 uyarınca temsilciye de yönelemez. Zira BK. m. 47, temsilcinin sorumluluğunun oluşumunda üçüncü kişinin iyiniyetini öngörür. Böylece üçüncü kişinin yetkisizliğe ilişkin bilgisi, işlemin etkili olmaması sonucunu doğurur. Üçüncü kişinin gerçek durumu yanılarak algılayamaması durumunda ise dürüst bir kişinin aynı koşullarda yetkinin varlığına güvenip güvenmeyeceğinin ve devamında araştırma yapıp yapmayacağını değerlendirilmesi gerekir<sup>745</sup>. Bu konuda işlem yapılan ticari alanın ve olayın somut özellikleri, işlemin olağan veya büyük ekonomik değerleri içermesi, üçüncü kişinin tecrübesi, üçüncü kişi açısından tehlike derecesi veya temsilcinin menfaatleri<sup>746</sup> dikkate alınır.

#### **v. Hukuk Sonuç: Temsilin Etkili Olması**

Dış temsil yetkisine ilişkin koşulların gerçekleşmesi halinde, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem, temsil olunanın onamasından bağımsız olarak ex lege etkili

<sup>743</sup> KOLLER (Der gute Glaube), n. 269. Üçüncü kişi, temsil olunanın dışında bir başkasına güvendiğinde, temsil olunan ile olan ilişkisinde korunmasını gerektiren bir durum olamaz.

<sup>744</sup> ROUILLER, s. 391 dn. 759.

<sup>745</sup> Örneğin yetki belgesinin istenilmesi veya temsil olunan ile temasa geçilmesi gerekebilecektir.

<sup>746</sup> Yapılan işlemden temsilcinin büyük bir menfaatinin olması, üçüncü kişinin şüphelenmesini gerekli kılabilir.



olur<sup>747</sup>. Bunun için üçüncü kişinin temsil olunan tarafından bildirilen yetkiye veya temsil olunana isnat edilebilen görünüşe iyiniyetle dayanması gerekir. Temsilin ex lege etkili olmasında, temsilcinin iyiniyetinin bir rolü yoktur. Ancak temsilcinin kötüniyeti, temsil olunan ile olan ilişkisinde dikkate alınır. Böylece BK. m. 41 f. 2’de (İBK. m. 33 f. 3) ve BK. m. 42 f. 3’te (İBK. m. 34 f. 3) belirtilen koşulların yerine gelmesi halinde, tarafların yaptığı işlem hukuki sonuçlarını meydana getirir. Temsilin etkili olmasında üçüncü kişinin seçim hakkı yoktur. Bir başka ifade ile iyiniyetli üçüncü kişi, dış temsil yetkisinin koşulları kapsamında etkili olan hukuki işlemle bağlılığını reddederek, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yönelemez<sup>748</sup>. Sözleşme geçerli olarak kurulmuş sayılacağından, yetkisiz temsile ilişkin hükümlere başvurulamaz. Üçüncü kişiye bu konuda bir seçim hakkının sağlanması, kendisinin yetkili bir temsilci ile işlem yapmasından daha elverişli bir konuma getirilmesi anlamını taşıyacaktır ki, hükümlerin takip ettiği amacın bu doğrultuda olduğunu ifade etmek mümkün değildir.

## **b. Alman ve Hollanda Hukukunda Dış Temsil Yetkisi**

### **i. Genel Bakış**

Alman Medeni Kanunu işlem hayatının korunmasına yönelik önemli düzenlemeler öngörmektedir. Bu konuda özellikle MK. m. 170 – m. 173, iyiniyetli üçüncü kişilerin temsil yetkisinin varlığına veya devamına ilişkin güvenlerini korumayı hedefler. Ancak uygulamada kanuni düzenlemelerde öngörülen hükümlerin dışında, temsil olunan tarafından yaratılan hukuki görünüş hallerinin bulunduğu dikkate alınarak, üçüncü kişilerin korunmasına yönelik içtihatlar oluşturulmuştur. Hollanda Medeni Kanununun 3:61. maddesinde de, temsil hükümleri kapsamında iyiniyetli üçüncü kişinin korunmasını öngören önemli bir kurala yer verilmiştir.

### **ii. Alman MK. m. 170 Gereğince Yaratılan Hukuki Görünüş**

Alman hukuku, üçüncü kişiye yöneltilecek bir beyan ile temsilcinin yetkilendirilmesine olanak tanımaktadır (MK. m. 167 f. 1). MK. m. 170, üçüncü kişiye

<sup>747</sup> ISENRIING, s. 102. BGE 107 II 105 (özellikle s. 115); BGE 120 II 197.

<sup>748</sup> Loser ise temsilcinin sorumluluğunun ortadan kalkması için İBK. m. 33 f. 3 ve İBK. m. 34 f. 3 uyarınca temsilin etkisinin gerçekleşmesine ilişkin koşulların bulunduğu dayanamayacağını, ancak karşı sözleşenin yetkisiz temsilciye yönelmekte veya temsil olunan ile bağlanmakta seçim hakkına sahip olması gerektiğini savunmaktadır. LOSER, s. 345.

yönelen beyan kapsamında yetkilendirilen temsilcinin, bu yetkisinin sona ermesine rağmen işlem yapması halinde, üçüncü kişinin hukuki durumunu düzenler. “*Yetkinin Etki Süresi*” kenar başlığını taşıyan hüküm, tamamen dış temsil yetkisine ilişkindir. İç ilişkide sona eren yetkinin üçüncü kişiye karşı varlığını devam ettirebilmesi için dış yetkilendirme beyanının üçüncü kişiye ulaşması gerekir. Ancak yetki beyanının, üçüncü kişiye ulaşması yeterli değildir. Üçüncü kişinin bu beyanı, temsil işleminden önce veya en geç işlemin yapıldığı anda öğrenmesi gerekir. Aksi takdirde hükmün öngördüğü koşullar kapsamında, güvene dayalı olarak hareket edildiği sonucuna varılamaz. Bununla birlikte üçüncü kişinin korunması gayesiyle, yetkinin üçüncü kişi tarafından öğrenilmediğine ilişkin ispat yükünün temsil olunana ait olduğu kabul edilir<sup>749</sup>.

Temsilcinin yetkisinin iç ilişki kapsamında geri alınması veya temeldeki ilişkinin ortadan kalkması, dış yetkinin sona ermesine yol açmaz. Çünkü bu sona erme nedenleri, muhtemelen üçüncü kişi tarafından bilinmez. MK. m. 170’e göre, üçüncü kişiye beyan edilerek verilen yetki, yetkinin sona erdiği temsil olunan tarafından bildirilinceye kadar ona karşı geçerli olur. Bu anlamda üçüncü kişi, yetkinin sona erdiği kendisine temsil olunan tarafından bildirilmesi veya yetkinin sona erdiğini başka şekilde öğrenmesi ya da öğrenmesinin gerekmesi halinde, yetkinin devam ettiğine dayanamaz<sup>750</sup>. Yetkinin sona erdiğine ilişkin bildirim, hukuki işlem benzeri bir işlemdir. Bu konuda irade beyanlarına ilişkin hükümler uygulanır. Böylece temsil olunanın yetkinin sona erdiğine ilişkin bildiriminin üçüncü kişiye ulaşmasının yeterli olduğu, üçüncü kişi tarafından öğrenilmesinin gerekli olmadığı sonucuna varılmaktadır<sup>751</sup>.

Netice olarak dış yetkilendirme beyanı uyarınca, yetkinin varlığına ve devamına ilişkin yaratılan hukuki görünüme ilişkin üçüncü kişinin güveni, yetkinin sona erdiğine dair yapılacak bildirim kendisine ulaşınca veya yetkinin sona erdiğini başka şekilde öğrenmesine ya da öğrenmesinin gerekmesine kadar korunacaktır.

<sup>749</sup> FROTZ Gerhard, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, s. 281; SOERGEL/LEPTIEN, m. 170, n. 4.

<sup>750</sup> LARENZ/WOLF, s. 892.

<sup>751</sup> KÖHLER, s. 156; FLUME, s. 857

### iii. Alman MK. m. 171 Gereğince Yaratılan Hukuki Görünüş

Bir kimse özel bir bildirim ile üçüncü kişiye veya aleni bir ilan ile bir başkasını yetkilendirdiğini bildirdiğinde, o kimse birinci durumda üçüncü kişiye ve ikinci durumda bütün üçüncü kişilere karşı yetkilidir (MK. m. 171 f.1)<sup>752</sup>. Ancak bildirimde veya aleni ilanda belirtilen yetki gerçeği yansıtmadığında, bildirim veya ilanı yapan kimse, yarattığı hukuki görünüşten sorumlu olacaktır. Bu kapsamda yetkili olduğu bildirilen temsilcinin yaptığı işlemler, temsil olunanı bağlar.

Alman MK. m. 171’de öngörülen düzenleme işlem hayatının korunmasına hizmet etmekte, özellikle üçüncü kişinin yetki bildiriminin doğruluğuna ilişkin güvenini korumaktadır. Temsil olunan iç ilişkide temsilciye hiçbir şekilde yetki vermediğinde veya verdiği yetkiyi sınırlandırdığında ya da geri aldığı dahi, MK. m. 171 f. 1’in öngördüğü koruma etkisi devreye girecektir<sup>753</sup>. Bu durumda iyiniyetli üçüncü kişi, bildirilen yetkinin varlığına güvenebilir. Buna göre, temsil olunanın yetkili olduğunu bildirdiği bir kimse özel bildirimde ilgili üçüncü kişiye, aleni bir ilanda ise bütün üçüncü kişilere karşı temsile yetkili kabul edilir. Aynı şekilde üçüncü kişiye bildirilen yetkinin kapsamı temsilcinin var olan yetkisinden geniş olduğunda, üçüncü kişiye bildirilen yetki dikkate alınır<sup>754</sup>.

Hükümde öngörülen düzenleme, muhatabın iyiniyetini korumayı hedeflediğinden, bu bildirim muhataba ulaşması gerekir. Keza bildirim muhatap tarafından öğrenilmesi gerektiği kabul edilir<sup>755</sup>. Bununla birlikte temsil işleminin yapılmasından önce ulaşan özel bildirim veya aleni ilanın üçüncü kişi tarafından öğrenildiği varsayılmaktadır<sup>756</sup>. Ancak yetki bildirim, temsil işleminin yapılmasından sonra gerçekleştiğinde, MK. m. 171 uygulanmaz<sup>757</sup>.

<sup>752</sup> Bir kimsenin yetkilendirildiğinin yazılı veya sözlü olarak bir üçüncü kişiye bildirilmesi durumunda, özel bildirimden söz edilir. Böylece bildirim bilinçli ve belli bir kişiye yönelik olması gerektiğini ifade edebiliriz. Buna karşılık bildirim sınırlı olmayan bir çevreye yönelmesi, belirsiz üçüncü kişilere hitap etmesi halinde, aleni bir ilandan bahsedilecektir. Örneğin yetkinin gazete, posta gönderimi, ticaret siciline kayıt ile ilan edilmesi halinde aranan koşul gerçekleşmiş sayılır.

<sup>753</sup> LEIPOLD, s. 278; STAUDINGER/DILCHER, m. 171, n. 1. RGZ 108, 125, 127.

<sup>754</sup> BGH WM 1958, 871.

<sup>755</sup> CANARIS Claus-Wilhelm, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, s. 507 ve s. 509.

<sup>756</sup> FROTZ, s. 281 ve s. 302.

<sup>757</sup> Bu bildirim, belli koşullarda yetkisiz işlemin onanması anlamına gelebilir.

Temsil olunanın yetki bildirimi ile üçüncü kişiler nezdinde yetkinin varlığı veya devamı konusunda yarattığı hukuki görünüşün ortadan kaldırılması usulü, MK. m. 171 f. 2’de düzenlenmiştir. Hükme göre temsil yetkisi, yetkinin geri alındığının verildiği usulde bildirilmesine kadar varlığını sürdürecektir. Aksi takdirde yetkinin bildirildiği veya ilan edildiği üçüncü kişiler, yetkinin varlığına veya devamına ilişkin güvenlerinde korunur. Temsil olunanın meydana getirdiği hukuki görünüşün ortadan kaldırılması, yetkinin geri alındığının bildirilmesini gerektirir. Bu geri alma bildirimi, yetkinin verildiğinin bildirildiği tarzda gerçekleşmek zorundadır. Hükümün lafzında “aynı usulde” ifadesine yer verilmişse de, karşı bildirimde mutlak bir ayniyet kastedilmez<sup>758</sup>. Geri alma bildiriminin eşdeğerde olması yeterlidir. Böylece özel bir bildirim ile yetkinin varlığı ve devamı konusunda üçüncü kişide yaratılan hukuki görünüş, bu kişiye yönelik özel bir geri alma bildirimi ile ortadan kaldırılacaktır. Yetkinin geri alındığına ilişkin aleni ilanın da yetkinin ilan edildiği aynı araçlarla gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Burada önemli olan, yetkinin ilan edildiği çevreye veya belirsiz üçüncü kişilere yönelik bir geri alma ilanının yapılmasıdır. Ancak aleni bir ilan kapsamında gerçekleştirilen yetki bildiriminden kaynaklanan hukuki görünüş, özel bir geri alma bildirimi ile sadece bu bildirimin yöneltildiği üçüncü kişiye karşı etkisiz hale getirilebilir<sup>759</sup>. Doktrinde gerek özel bir bildirim ile üçüncü kişiye, gerekse aleni bir ilan ile belirsiz üçüncü kişilere yöneltilecek geri alma bildiriminin muhatabına varmasının yeterli olduğu, bu geri alma bildiriminin öğrenilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir<sup>760</sup>. Son olarak üçüncü kişinin, MK. m. 171 f. 2’de düzenlenen eşdeğerdeki geri alma bildirimi dışında, yetkinin sona erdiğini bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde MK. m. 173 uyarınca yaratılan hukuki görünüşe dayanamayacağını vurgulamamız gerekir.

Hollanda Medeni Kanunu temsil olunanın davranışlarını ve beyanlarını iyiniyetle yetki verilisi olarak yorumlayan üçüncü kişinin güvenini geniş anlamda koruyan bir hükme yer vermektedir. Hollanda MK. m. 3:61 f. 2, temsil olunanın beyanlarına veya davranışlarına dayanarak yeterli yetkinin verildiğini kabul eden ve

<sup>758</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 171, n. 5. Örneğin yazılı bir bildirim ile yetkinin varlığı konusunda yaratılan görünüş, belli koşullarda sözlü bir geri alma bildirimi ile ortadan kaldırılabilir.

<sup>759</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, m. 171, n. 10. Aksi görüşte FLUME, s. 857.

<sup>760</sup> FLUME, s. 857; MÜNCHKONM/SCHRAMM, m. 171, n. 15 ve n. 17.

mevcut durumlar uyarınca makul olarak kabul edebilecek üçüncü kişiye karşı bu kabulün yanlış olduğunun ileri sürülemeyeceğini düzenler<sup>761</sup>. Görünen yetkiye ilişkin bu hükmün kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanabileceği savunulmaktadır<sup>762</sup>. Diğer yandan aynı hükmün üçüncü fıkrasında, kanuni hükümler veya genel uygulamalar gereğince alenen ilan edilen yetkinin, karşı tarafın varlığını beklemediği olağandışı sınırlamalar içermesi halinde, bu sınırlamaların varlığı gerçekten bilinmedikçe karşı tarafa ileri sürülemeyeceği öngörülmektedir. Böylece üçüncü kişinin yetkinin varlığına ilişkin haklı güveninin öz bir formülasyon ile etkili olarak korunduğunu görmekteyiz.

#### **iv. Alman MK. m. 172 Gereğince Yaratılan Hukuki Görünüş**

“Yetki Belgesi” kenar başlığını taşıyan Alman MK. m. 172’de temsilciye verilen yetki belgesinin, işlem yapılacak üçüncü kişiye ibrazının hukuki etkisi düzenlenir. Hükme göre, temsil olunanın temsilciye teslim ettiği yetki belgesinin üçüncü kişiye sunulması, MK. m. 171 f. 1’de öngörülen yetkilendirmenin özel bildirimini ile eşdeğer niteliktedir. Yetki belgesinin üçüncü kişiye sunulması halinde, temsil olunan üçüncü kişiye doğrudan bildirimde bulunmamakta, bu bildirim temsilci aracılığı ile gerçekleşmektedir. Böylece yetki belgesinin temsilci tarafından üçüncü kişiye sunulması, MK. m. 171 f. 1’e uygun yetki bildirimini anlamını taşır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkide kullanılan yetki belgesi, ilgili temsilcinin belirtilen kapsamda yetkili olduğunu içerir. Yetki belgesi sunulan üçüncü kişi, temsilcinin belgede yer verilen kapsamda yetkili olduğuna ilişkin güveninde korunmaktadır. Belgenin üçüncü kişiye sunulmasının en önemli özelliği, temsil olunanın yetkinin varlığına ilişkin itirazlarını ortadan kaldırmasıdır. Temsil yetkisinin verilmediği, sona erdiği veya geçersiz olduğu iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Keza belgenin içeriğinden anlaşılmayan sınırlamalara dayanılamaz<sup>763</sup>. Ancak üçüncü kişi, temsil olunanın gerçek iradesini bildiğinde, yetkinin var olmadığını veya sınırlandığını öğrendiğinde, belgenin görünen değerine güvendiğini iddia edemez<sup>764</sup>.

<sup>761</sup> İngilizce metin için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm> (11.04.2014).

<sup>762</sup> DU PERRON, n. 56; KORTMANN/VERHAGEN, s. 24.

<sup>763</sup> STAUDINGER/DILCHER, m. 172, n. 6; LARENZ/WOLF, s. 891

<sup>764</sup> BGH NJW-RR 1988, 1320.

Temsil olunan yetki belgesini iradi olarak teslim etmesi gerekir. Temsil olunanın iradesi dışında, örneğin belgenin çalınması sonucunda temsilcinin eline geçen belgenin üçüncü kişiye ibraz edilmesi, MK. m. 172 f. 1'in uygulanmasını engeller. Bu durumda hukuki görünüş temsil olunana isnat edilemez<sup>765</sup>. Ancak belgeyi muhafazasında kusuru olan temsil olunanın culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>766</sup>. Yetki belgesinin kötüye kullanılmasının tehlikesini kural olarak temsil olunan taşır. Temsil olunanın iradesine aykırı olarak belgenin ibraz edilmesi gereken üçüncü kişi dışında bir kimseye sunulması, itiraza konu teşkil edemez<sup>767</sup>.

Temsilci, yetki belgesini işlemiden önce veya en geç işlemin yapıldığı anda üçüncü kişiye sunmak zorundadır. Ancak yetki belgesi üçüncü kişiye daha önce sunulduğunda, temsil işlemi yapılırken tekrar sunulması gerekli değildir<sup>768</sup>. Bu sonuç, belge ibrazının MK. m. 171 f. 1 anlamında üçüncü kişiye yönelik özel bir bildirim ile eşdeğerde değerlendirilmesiyle uyumludur. Zira üçüncü kişiye yönelik özel bildirimin bir defa gerçekleşmesi yeterlidir. Bununla birlikte işlemin yapılmasından önce belgenin geri verilmesinin tehlikesini MK. m. 172 f. 2 uyarınca üçüncü kişi taşıyacaktır. Bu durumda üçüncü kişi, belgenin kendisine daha önce ibraz edildiğine dayanarak, yetkinin varlığına ilişkin yaratılan hukuki görünüşü ileri süremez<sup>769</sup>.

MK. m. 172 f. 2, belgenin temsil olunana geri verilmesine veya hükümsüz kılınmasına kadar temsil yetkisinin varlığını sürdüreceğini düzenlemektedir. Hükmün lafzına rağmen, yetki belgesinin sunulduğu üçüncü kişilere yetkinin sona erdiğinin bildirilmesi veya geri alma beyanının yöneltilmesi halinde de belgenin bu kişiler bakımından hukuki etkisini yitireceği kabul edilir. Yetkinin sona erdiğine ilişkin bildirimin veya beyanın üçüncü kişiye ulaşması yeterli olup, onun tarafından öğrenilmesi gerekli değildir<sup>770</sup>.

---

<sup>765</sup> FROTZ, s. 299; CANARİS, s. 38.

<sup>766</sup> FLUME, s. 827.

<sup>767</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 172, n. 3.

<sup>768</sup> Motive I, s. 239. Bu konuda bkz. <https://archive.org/stream/motivezudementw01germgoog#page/n243/mode/2up> (12.04.2014). FLUME, s. 859; SOERGEL/LEPTIEN, m. 172, n. 4. Aksi yönde HUPKA, s. 171.

<sup>769</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 172, n. 8 ve n. 12.

<sup>770</sup> CANARİS, s. 137; Stuttgart DnotZ 1952, s. 183. Aksi görüşte FLUME, s. 857.

### **aa. Yetki Belgesinin Geri Verilmesi**

Temsil olunanın teslim ettiği yetki belgesinin temsilci tarafından kötüye kullanılması engellenmelidir. Bu konuda “Yetki Belgesinin Geri Verilmesi” kenar başlığını taşıyan MK. m. 175 hükmü önemli bir düzenleme içermektedir. Buna göre yetkilendirilen, yetkinin sona ermesinden sonra yetki belgesini temsil olunana geri vermekle yükümlüdür. Temsilci yetki belgesini alıkoyamaz. Belgenin geri verilmesi yükümlülüğünün doğumu bakımından yetkinin sona erme nedeni önemli değildir. Hükmün amacı ve anlamı dikkate alındığında, yetki hiçbir şekilde verilmediğinde veya baştan itibaren etkili olmadığında dahi, temsilcinin geri verme yükümlülüğü oluşacaktır<sup>771</sup>. Zikredilen düzenleme ile temsil olunana işlem hayatına dahil ettiği yetki belgesini geri çekmek suretiyle MK. m. 172 f. 1 uyarınca yol açtığı hukuki görünüşü ortadan kaldırma olanağı tanınmaktadır.

Belgenin geri verilmesi, yetkiyi sona erdiren bir sonucu meydana getirir. Böylece MK. m. 172 f. 1 uyarınca etkili olan yetki, belgenin temsil olunana iadesi ile bütün üçüncü kişilere karşı sona erer. Belgenin iadesi neticesinde yaratılan hukuki görünüş etkisini kaybeder. Bu anlamda daha önce sunulan belgeye dayanılarak yapılacak temsil işlemlerinde, üçüncü kişinin iyiniyeti dikkate alınmaz<sup>772</sup>. Belgenin ibraz edildiği kimselere iade ile ilgili olarak temsil olunanın bilgi verme yükümlülüğü de bulunmaz<sup>773</sup>. Ancak koşulların varlığı halinde, MK. m. 177 vd. hükümleri uyarınca, temsilcinin yetkisiz temsile ilişkin sorumluluğu gündeme gelir.

### **bb. Yetki Belgesinin Hükümsüz Kılınması**

MK. m. 175’te öngörülen düzenlemeye rağmen, temsil belgesinin iadesi değişik nedenlerden ötürü gerçekleşmeyebilir. Temsilci, yetkinin sona ermesine veya talep edilmesine karşılık, elindeki belgeyi iade etmekten kaçınabilir. Temsil olunan, iade talebini yöneltmek üzere temsilciye ulaşamayabilir<sup>774</sup>. Yetkinin sona erdiğine ilişkin üçüncü kişiye yöneltilecek özel bir bildirim de temsil olunanı her zaman yaratılan hukuki görünüşün etkilerinden korumayabilir. Belgenin sınırlamalardan uzak

<sup>771</sup> ENNECCERUS-NİPPERDEY, m. 188, n. 1, 3; SOERGEL-SCHULTZE-VON LASAULX, m. 175, n. 1.

<sup>772</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 172, n. 4.

<sup>773</sup> Bu konudaki öneriler ikinci komisyon tarafından reddedilmiştir. Bu konuda bkz. Motive I, s. 148.

<sup>774</sup> Motive, s. 239. Bkz. <https://archive.org/stream/motivezudemtw01germgoog#page/n243/mode/2up> (19.04.2014)

olarak belirsiz bir çevredeki üçüncü kişilerle işlem yapılması yetkisini içerecek tarzda verildiği hallerde, temsil olunanın hukuki konumu tehlike altındadır. Böylece yetki belgesi temsilcinin hâkimiyetinde bulunduğu sürece, MK. m. 172 f. 1 kapsamında yetkinin varlığı konusunda yaratılan hukuki görünüş devam edecektir. Kanunda yetki belgesinin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla, seçimlik başka bir araca daha yer verilmiştir.

Temsil olunanın yetki belgesini usul kanunundaki hükümler uyarınca, aleni bir ilan ile hükümsüz kılabilceği MK. m. 176'da düzenlenmektedir (f.1)<sup>775</sup>. Bu konuda mahkemeye yapılacak başvuru kapsamında ilanın uygun bulunması gerekir (f.2). Temsil olunanın yapacağı müracaat, yetkinin sona ermesini gerektirmez. Yetki sona ermediğinde dahi, yetki belgesi ile ilgili olarak tesis edilecek hükümsüzlük beyanı, yetkinin sona ermesi anlamını taşır. Ancak yetkinin temsil olunan tarafından geri alınamayacağı hallerde, hükümsüzlük beyanı geçersiz olacaktır (f.3)<sup>776</sup>. Bu konuda mahkemenin vereceği karara karşı itiraz olanağı söz konusudur. Özellikle geri alınamaz tarzda tesis edilen yetkiye ilişkin olarak önemli bir nedenin mevcudiyeti halinde, belgenin hükümsüzlüğü konusunda yapılacak başvuru sonucunda verilecek karar, yetkinin geri alınması anlamını taşıyacağından, hükümsüzlük beyanı 3. fıkradaki düzenlemeye rağmen geçerlidir<sup>777</sup>.

Yetki belgesinin MK. m. 176 uyarınca hükümsüz kılınması, MK. m. 172 f. 1 kapsamında meydana gelen hukuki görünüşü ortadan kaldırır. Bu anlamda temsil yetkisi, MK. m. 172 f. 2 uyarınca sona ermektedir. Yetki belgesi etki kabiliyetini yitirdiğinden, üçüncü kişi iyiniyetinden bağımsız olarak korumadan yararlanamaz<sup>778</sup>.

#### **v. Katlanma Yetkisi ve Görünüş Yetkisi**

Alman MK. m. 170 - 172 hükümleri, yetkinin varlığı konusunda yaratılan hukuki görünüşe ilişkin güvenin korunduğu sadece belli olguları kapsar. Hükümlerde öngörülen haller dışında, yetkinin varlığına ilişkin görünüşün yaratıldığı birçok olgu

<sup>775</sup> Temsil olunan, MK. m. 175'te öngörülen düzenlemeden bağımsız olarak doğrudan bu yola başvurabilir. Hollanda MK. m. 3:75 f. 2 benzer bir düzenleme öngörmektedir.

<sup>776</sup> Alman hukukunda yetkinin geri alınamaz tarzda verilmesi mümkündür. Ancak bu yöndeki bir kayda rağmen, önemli bir nedenin varlığı halinde, yetkinin geri alınabileceği kabul edilir.

<sup>777</sup> SOERGEL-SCHULTZE-VON LASAULX, m. 176, n. 4.

<sup>778</sup> STAUDINGER/DILCHER, m. 176, n. 4; SOERGEL/LEPTIEN, m. 176, n. 3.



bulunmaktadır. İctihatlar ve doktrin, kanunda öngörülen düzenlemelerin dayandığı genel hukuk düşüncesinden hareketle, yetkinin varlığına ilişkin olarak görünüş yaratan bir kimsenin, bu görünüşe haklı olarak güvenen bir başka kimseye karşı sorumlu olması gerektiğine ilişkin iki temel olgu geliştirmiştir. Bu iki olgu, katlanma yetkisi ve görünüş yetkisi olarak adlandırılır.

#### **aa. Katlanma Yetkisi**

Bir kimse başkasının temsilcisi olarak hareket ettiğinde, o kimse üçüncü kişiler nezdinde yetkili olduğuna ilişkin bir görünüş meydana getirir. Ancak bu durum, meydana getirilen görünüşün temsil olunana isnat edilmesi için yeterli değildir. Yaratılan bir hukuki görünüş, temsil olunanın kendisi tarafından meydana getirilmesi halinde, ona isnat edilecektir. Bu anlamda bir kimsenin temsilci sıfatıyla kendisi için hareket ettiğini bilen temsil olunanın, bunu önleme olanağına sahip olmasına karşılık itiraz etmemesi, üçüncü kişinin de dürüstlük kuralları gereğince temsilci sıfatıyla hareket eden kimsenin yetkili olduğuna haklı olarak güvenebilmesi durumunda, katlanma yetkisi oluşur<sup>779</sup>. Örneğin T, arkadaşı B'yi işlettiği giyim mağazasında ziyaret eder. B, bir müşteri ile ilgilenirken, başka bir müşteri satın almayı düşündüğü gömleği kasaya getirir. T, satıcı olarak davranarak ödemeyi alır. B, diğer müşteri ile sohbet etmesine rağmen, T'nin davranışını görmekte ve itiraz etmez. Gömleği satın alan müşteri, içinde bulunulan koşullarda T'nin yetkili olduğuna iyiniyetle güvendiğinde, yapılan sözleşme geçerlidir. B, işlemin yapılmasından sonra T'nin gömleği düşük bir fiyattan sattığını öğrendiğinde, T'nin yetkisiz bir şekilde hareket ettiğini ileri süremez<sup>780</sup>. Katlanma yetkisinin oluşumunda temsil olunanın yetki verme iradesi bulunmaz<sup>781</sup>. Zira bu durum gerçekleştiğinde, yetkiye ilişkin örtülü bir irade beyanından söz edilecektir. Bu konuda temsilcinin davranışlarının belli bir devamlılık göstermesi gerektiğinin genel olarak kabul edildiğini görmekteyiz<sup>782</sup>. Katlanma yetkisinin oluşmasında ve devam etmesinde, temsilcinin davranışlarının bilinmesi ve olanağın

<sup>779</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 167, n. 46 ve n. 50; BROX, n. 518; BGH NJW 2002, 2325, 2327; BGH 2003, 2091, 2092.

<sup>780</sup> Satışı yapan T, mağaza çalışanı olmadığından Alman Ticaret Kanununun 56. maddesi uygulanmaz. Alman Ticaret Kanunu m. 56 uyarınca, mağaza çalışanının olağan satışa ve bunun karşılığını teşkil eden ödemeyi tahsile yetkili olduğu kabul olunur.

<sup>781</sup> BGH NJW 1997, 312, 314.

<sup>782</sup> LEIPOLD, s. 279; BGH NJW 2005, 2985, 2987. Köhler ise istisnai olarak temsilcinin bir defalık davranışına dahi itiraz edilmemesinin, katlanma temsilini oluşturabileceğini ifade etmektedir. KÖHLER, s. 158.

bulunmasına rağmen itiraz edilmemesi belirleyicidir. Temsilci, davranışlarına devam etmekle birlikte temsil olunan bunları artık bilmediğinde, katlanma yetkisinden bahsedilemez. Ancak bu takdirde, görünüş yetkisinin varlığı gündeme gelebilir<sup>783</sup>.

### **bb. Görünüş Yetkisi**

Bir kimsenin kendisi için hareket ettiğini bilmeyen temsil olunanın, gereken özeni göstermesi halinde bu durumu bileceği ve önleyeceği; üçüncü kişinin de içinde bulunulan koşullar kapsamında temsilcinin yetkili olduğu sonucuna haklı olarak varabileceği hallerde görünüş yetkisi oluşur<sup>784</sup>. Bu yetki türünde de üçüncü kişi, temsil olunanın davranışlarından hareketle temsilcinin yetkilendirildiği sonucuna ulaşmalıdır. Diğer yandan hukuki görünüş olgusunun önlenmesi olanağının bulunması, zorunlu bir koşuldur<sup>785</sup>. Aksi takdirde temsil olunana isnat edilecek bir görünüşten söz edilemez. Görünüşe temel teşkil eden bu davranışların kural olarak belli bir süre tekrarlanması gerektiği kabul edilir<sup>786</sup>. Bu temsil türünün ortadan kaldırılması için temsil olunanın mevcut hukuki görünüşü bertaraf etmesi gerekir. Temsilcinin davranışlarını devam ettirmesi tehlikesi bulunduğu sürece, bu davranışların iç ilişkide yasaklanması, hukuki görünüşün ortadan kaldırılmasında tek başına yeterli değildir. Bu kapsamda yaratılan hukuki görünüşün ortadan kaldırılması için önlemlerin alınması<sup>787</sup>, ortadan kaldırılan görünüşün de dışa yansıtılarak üçüncü kişi tarafından fark edilebilir hale getirilmesi gerekir<sup>788</sup>.

Bu temsil türünün uygulama alanı konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Hübner, temsil olunanın sadece ağır kusuru durumunda, yaratılan görünüşün kendisine isnat edileceğini savunur<sup>789</sup>. Flume ise bu tarz özen yükümlülüklerinin ihlalinde temsil olunanın bağlanması isabetli olmadığını, temsil

<sup>783</sup> KÖHLER, s. 159; BGH LM -167 BGB Nr. 10.

<sup>784</sup> MEDICUS, AT, n. 969; KÖHLER, s. 159; BGH NJW 2006, 1971; BGH NJW 1991, 1225; BGE NJW 1981, 1728;

<sup>785</sup> Örneğin yetkisi bulunmayan bir yardımcının, çalıştığı firmanın antetli zarflarını veya mührünü işyeri sahibinin bilgisi dışında kullanması durumunda, işyeri sahibinin gerekli özeni göstermesi halinde bu kullanımı engelleme olanağına sahip olduğu sonucuna varıldığında, görünüş yetkisinin oluşabileceği kabul edilir. BGH NJW 1998, 1854.

<sup>786</sup> SOERGEL-SCHULTZE-VON LASAULX, m. 167, n. 26; BGH NJW 2006, 1971; BGH NJW 1998, 1854, 1855. Ancak istisnai olarak temsilcinin tek hareketi dahi yeterli olabilir. LG Oldenburg MDR 1959, 37.

<sup>787</sup> Örneğin temsilcinin yetkili olmadığına ilişkin olarak üçüncü kişiye uygun bir bildirim yapılması gerekir.

<sup>788</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, m. 167, n. 42; BGH NJW 1998, 1854; BGH NJW 1991, 1225.

<sup>789</sup> HÜBNER, n. 1289.

olunan açısından culpa in contrahendo sorumluluğunun oluşacağını belirtmektedir<sup>790</sup>. Temsil olunanın gözetme yükümlülüğünün genel olarak yüksek bir seviyede tutulmaması gerektiğini belirten bazı yazarlar, görünüş yetkisinin işlem hayatının korunmasının özel bir ağırlık taşıdığı ticari işlemler ile sınırlı bir şekilde dikkate alınmasını önermektedir<sup>791</sup>. Ancak uygulama ve hâkim doktrin, görünüş yetkisinin koşullarının oluşması halinde, temsil olunanın işlemle bağlı olduğu sonucuna haklı olarak varmaktadır<sup>792</sup>. Böylece ticari işlemler ile özel işlemler arasında ayırım yapmayı gerektiren makul nedenlerin bulunmadığı kabul edilir. Temsil olunanın MK. m. 170-172 kapsamında yarattığı hukuki görünüşü ortadan kaldırmasını ihmal etmesi halinde, bu durumun ona yüklendiği dikkate alındığında, görünüş yetkisinde gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünün belirlenmesinde ağır ve hafif kusur ayırımı yapılmasının isabetli olmadığı vurgulanmaktadır<sup>793</sup>.

#### **v. Üçüncü Kişinin İyiniyeti**

Üçüncü kişinin güveninin korunması, onun iyiniyetli olmasını gerektirir. Bu konuda pozitif bir düzenlemeye yer verilmiştir. Nitekim MK. m. 173 uyarınca, üçüncü kişi yetkinin sona erdiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, MK. m. 170, MK. m. 171 f. 2 ve MK. m. 172 f. 2 uygulama alanı bulmaz. Hükmün lafzında sadece “yetkinin sona ermesine” değinilmesine rağmen, yetkinin baştan itibaren hiç verilmemesine veya geçersiz olmasına ilişkin üçüncü kişinin pozitif veya normatif bilgisi korumayı etkisiz kılar<sup>794</sup>. Düzenlemenin amacı dikkate alındığında, yetkiye ilişkin sınırlamalar açısından da MK. m. 173’ün uygulanacağı sonucuna varılacaktır. Özellikle yetkiye ilişkin sınırlamaların bilindiği veya bilinmesinin gerektiği hallerde, yetki belgesinin objektif değeri dikkate alınmaz. Bir başka ifade ile temsil olunanın iradesine vâkıf olan üçüncü kişi, yetki belgesinin görünüşüne güvendiğini ileri süremez<sup>795</sup>. Katlanma ve görünüş temsiliinde de yetkinin varlığına ilişkin üçüncü kişinin güveni, ancak onun iyiniyetli

<sup>790</sup> FLUME, s. 835.

<sup>791</sup> CANARİS, s. 48 ve s. 191; MEDİCUS, n. 972.

<sup>792</sup> BGH NJW 1998, 1854, 1855; BGH NJW 1991, 1225; KÖHLER, s. 160; ERMAN/PALM, m. 167, n. 7.

<sup>793</sup> BGH NJW 1991, 1225; BGH NJW 1972, 940.

<sup>794</sup> PALANDT/HEİNRİCH, m. 173, n. 1; BGH NJW 2000, 2270; BGH NJW 2001, 3774.

<sup>795</sup> BGH NJW 1988, 1320.

olması halinde korunur. Buna göre üçüncü kişi, yetki eksikliğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, güvene dayanan koruma ortadan kalkar<sup>796</sup>.

Üçüncü kişinin, yetkinin varlığına veya devam ettiğine ilişkin genel bir araştırma yükümlülüğü bulunmaz. Ancak bu konuda şüpheyi gerektiren hususların olması halinde, üçüncü kişiden gerekli incelemeleri yapması beklenir. Örneğin yaratılan görünüş ile temsil işlemi arasında uzun bir sürenin geçmesi, üçüncü kişide yetkinin devamı konusunda tereddüt oluşturmaktadır. Bu şüphelerin açık olması zorunlu değildir<sup>797</sup>. Son olarak yetkinin kendisine bildirildiğini veya yaratılan hukuki görünüşe dayandığını iddia eden üçüncü kişinin, bunu ispatla yükümlü olduğunu belirtmemiz gerekir. Keza yetki belgesinin gösterildiğini üçüncü kişi ispat etmek zorundadır. Buna karşılık yetkinin sona erdiğine dayanan temsil olunan, bu konuda bildirim gerçekleştirmediğini, yetki belgesini geri aldığını ya da MK. m. 175 uyarınca hükümsüz kıldığını ispat etmekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunu temsil olunanın ortaya koyması gerekir.

#### **vi. Hukuki Sonuç: Temsilin Etkili Olması**

Alman MK. m. 170 – 172’de öngörülen koşullar kapsamında, iyiniyetli üçüncü kişinin yetkinin varlığı veya devamı konusunda yaratılan görünüşe ilişkin güveni korunur. Temsil olunan ve üçüncü kişi, MK. m. 164 kapsamında bağlanır. Böylece temsilci yetkilendirilmediğinde ya da yetkilendirilmesine karşılık bu yetkisi sona erdiğinde dahi, temsil olunanın hukuki konumu üçüncü kişi karşısında yetkili bir temsilcinin işlem yapması tarzında etkilenir. Katlanma ve görünüş yetkisine ilişkin koşulların oluşması halinde de temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirleriyle bağlanacağı kabul edilir. Bu konuda üçüncü kişinin, temsil olunana veya temsilciye yönelmekte seçim hakkının bulunmadığı, MK. m. 164 uyarınca etkili bir işlemin meydana geldiği sonucuna varılmaktadır. Böylece üçüncü kişi, yetkisiz olduğu gerekçesiyle MK. m. 179 uyarınca temsilcinin sorumluluğunu gündeme getiremez<sup>798</sup>. Ancak doktrinde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Bu görüşlerin temel çıkış noktası,

<sup>796</sup> BGH NJW 2006, 1971; BGH NJW 1998, 1854.

<sup>797</sup> BGH NJW 2001, 3774; BGH NJW 2000, 2270.

<sup>798</sup> SOERGEL-SCHULTZE-VON LASAULX, m. 167, n. 30; OLG Düsseldorf WM 1973, 473; OLG Hamm JuS 1971, 655.

katlanma ve görünüş yetkisinin varlık koşullarının belirlenmesinin zorluğuna, bu nedenle üçüncü kişinin olumsuz bir sonuçla karşı karşıya kalabileceğine dayanır. Zira üçüncü kişi önce temsil olunana karşı dava açtığında, katlanma veya görünüş yetkisinin koşullarını ispat edemediği takdirde, onun bu davası reddedilecektir. Üçüncü kişi önce temsilciye yöneldiğinde ise davalı sıfatında olan temsilci, olayda katlanma veya görünüş yetkisinin bulunduğunu ispat ederek davayı reddettirebilir<sup>799</sup>. Bu sorunların ortadan kaldırılması bakımından üçüncü kişiye, işlemin etkili olduğundan hareketle temsil olunana veya yetkisiz hareket eden temsilcinin MK. m. 179 uyarınca sorumluluğuna yönelmesi konusunda seçim olanağının verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Katlanma ve görünüş yetkisinin temelde üçüncü kişiyi koruduğu, bu nedenle üçüncü kişinin haklarına zarar verilmemesi için yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu öngören MK. m. 179'un uygulama alanının dışlanmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>800</sup>.

### **c. İngiliz Hukukunda Dış Temsil Yetkisi**

Temsilcinin açık temsil ilişkisinde temsil olunanı bağlaması, onun sözleşmenin kurulması anında kural olarak yetkili olmasını zorunlu kılar. Ancak temsilcinin yetkisiz hareket etmesine rağmen, temsil olunanın bağlanabileceği iki durum söz konusudur. Temsil olunan yetkisiz olarak gerçekleştirilen işlemi onadığında, bu işlem geçerli olur. Temsil olunanın davranışları veya beyanları, bir kimsenin yetkili olduğuna ilişkin olarak üçüncü kişi nezdinde bir görünüş meydana getirdiğinde, bu durum belli koşullar altında temsil olunana isnat edilerek, onun temsilcinin yetkisiz bir şekilde hareket ettiğini üçüncü kişiye ileri sürmesini engellemektedir. Bu olgu, görünen yetki kavramı kapsamında değerlendirilir.

Görünen yetkinin esası, temsil olunanın kendi hesabına hareket etmesine ilişkin olarak temsilciyi yetkilendirdiği konusunda üçüncü kişiye karşı bir görünüş meydana getirmesidir. Üçüncü kişi, yaratılan bu görünüşe güvenerek karşı sözleşeni ile işlem yapmaktadır<sup>801</sup>. Temsil olunan, gerçekte yetkisi bulunmayan temsilcinin kendisinin

<sup>799</sup> Schmidt, bu tehlikenin ortadan kaldırılması veya azaltılması ile ilgili olarak usul hukukunda değişik seçeneklerin bulunduğunu vurgulamaktadır. SCHMİDT, s. 429-430.

<sup>800</sup> PAWLOWSKI Hans-Martin, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, s.125-132, s. 131; CANARİS, s. 518-520; LARENZ/WOLF, s. 897-898; PRÖLSS Jürgen, Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1985, 577-580, s. 578.

<sup>801</sup> Nitekim Reynolds'a göre, bir kimse beyanları veya davranışları ile bir başkasının kendisinin hesabına hareket etmeye yetkili olduğunu gösterdiğinde veya kabul ettiğinde, o kimse, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin gerçek

hesabına işlem yapmaya yetkili olduğuna ilişkin bir izlenim meydana getirmesini teşvik ettiğinde veya bu yönde bir görünüşe izin verdiğinde, görünen yetki oluşur. Meydana getirilen görünüşün temsil olunandan kaynaklanması gerekir. Bu anlamda yetkisiz temsilci, bir başkası hesabına hareket etmeye yetkili olduğunu ifade etmesine rağmen, bu durum hiçbir şekilde temsil olunana isnat edilemediğinde görünen yetkinin oluşmadığı sonucuna varılır<sup>802</sup>. Böylece temsil olunan, bir kimsenin yetkiye veya yeterli yetkiye sahip olmadığı halde temsilci sıfatıyla hareket etmesine izin verdiğinde, var olan yetki sona erdiği halde itiraz etmediğinde<sup>803</sup> veya iç ilişkide yetkinin kapsamı sınırlandırıldığı halde bu durumu üçüncü kişiye bildirmediğinde<sup>804</sup>, üçüncü kişinin korunması gündeme gelir. Temsil olunanın yetki bildirimini üçüncü kişiye yöneltmesi ve üçüncü kişinin bildirimine güvenmesi gerekir<sup>805</sup>. Bu bildirimin iradi olması zorunlu değildir<sup>806</sup>. Yetki bildirimi açık veya örtülü bir şekilde gerçekleşebilir. Yerine getirilecek işlemlerin temsilciye bırakılması halinde de yetki bildiriminin meydana gelmesi mümkündür<sup>807</sup>. İngiliz hukukunda bir kişi belli bir pozisyona getirildiğinde, o kişinin ilgili pozisyonda olağan olarak yapılan bütün işlere ilişkin hukuken görünen yetkiye sahip olduğu kabul edilir. Ancak üçüncü kişi, o kişinin olağan temsil yetkisine sahip olmadığını bildiği hallerde, görünen yetki oluşmaz<sup>808</sup>.

Görünen yetkiye ilişkin kurallar, gizli temsil doktrininde uygulanamaz. Zira görünen yetkinin oluşması için temsil olunanın üçüncü kişiye ilgili temsilcinin yetkili olduğu konusunda bir izlenim sergilemesi veya bildirimde bulunması gerekir. Bu olgu üçüncü kişinin, sözleşmenin kuruluşu anında temsil olunanın varlığını bilmediği veya bilmesinin mümkün olmadığı gizli temsilde gerçekleşmez. Bir başka deyişle gizli temsilde üçüncü kişi, karşı sözleşeni ile gerçekleştirdiği işlemde temsil olunanın varlığından veya katılımından haberdar değildir<sup>809</sup>. Temsil olunanın gizli kaldığı bir ilişkide, temsil olunanın davranışlarına veya beyanlarına dayanarak meydana getirilen

---

yetkisi olmadığında dahi, onun temsilci olduğuna güvenen bir kimseyle (üçüncü kişiyle) yapacağı işlemle bağlanır. BOWSTEAD/REYNOLDS, s. 366.

<sup>802</sup> POWELL, s. 53-72.

<sup>803</sup> AMB Generali Holding AG v. SEB Trygg Liv. Holding Aktiebolag [2005] EWCA Civ. 1237.

<sup>804</sup> MARKESİNİS/MUNDAY, s. 37.

<sup>805</sup> TREİTEL Guenter H./PEEL Edwin, The Law of Contract, Twelfth Edition, London 2007, n. 16-025.

<sup>806</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 8-020. Farklı düşüncede FRİDMANN, s. 104 n. 7.

<sup>807</sup> Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangel) Ltd. [1964] 2 Q.B. 480.

<sup>808</sup> Waugh v. HB Clifford & Sons Ltd (1982) Ch 374. Bu konuda bkz. AÖH II. 6:103 Notlar 7.

<sup>809</sup> FRİDMAN, s. 72-73.

bir görünüş uyarınca işlem yapılan kimsenin yetkili kılındığına güvenildiğinden bahsedilemez. Nitekim bu temsil türünde, yetkisiz yapılan işlemin onanmasının ve görünen yetkinin oluşmasının olanaksızlığından hareket edildiğinden, temsilcinin mutlaka açık veya örtülü gerçek yetkiye sahip olması gerektiği savunulmaktadır<sup>810</sup>.

İngiliz hukuk sisteminde “*apparent authority*” ifadesi, bir yetkilendirme sonucu olmaması, temsile ilişkin iktidarın temsil olunanın iradesine dayanmaması nedeniyle eleştirilere maruz kalmaktadır<sup>811</sup>. Gerek görünen yetkide gerekse gerçek yetkide iktidardan söz edilse de, temsilin etkisinin farklı bir şekilde gerçekleştiği kabul edilir. Bir başka deyişle, temsilin etkileri konusunda görünen yetki ile gerçek yetki arasında farklı sonuçlara varılmaktadır. Bu hukuk sisteminde görünen yetki, gerçekte mevcut olmayan bir yetkiden hareketle, temsil olunanın temsilin varlığını inkâr etmesini önleyen bir doktrin olarak görülmesi bakımından diğer sistemlerden ayrılır<sup>812</sup>. Görünen yetkiye ilişkin koşulların varlığında, temsil tek taraflı etki gösterir. Böylece üçüncü kişi, koşulların tezahürü halinde görünen yetki kapsamında temsil olunana veya karşı sözleşenin yetkisiz olması nedeniyle yetkisiz temsil hükümleri kapsamında temsilciye yönelme olanağına sahiptir. Görünen yetkiye sadece üçüncü kişi dayanabilir<sup>813</sup>. Ancak buna yükümlü değildir.

## II. TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

### A. GENEL BAKIŞ

Temsil yetkisinin verilmesine ilişkin sorunların yanında, yetkinin kapsamı konusunda önemli belirsizlikler söz konusudur. Uygulamada yetkinin verilmesi kadar verilen bir yetkinin kapsamında tereddütler yaşanmaktadır. Yetkilendirilen bir temsilcinin başkası hesabına etkili olacak şekilde işlem yapması, o temsilcinin yetkisinin sınırları içerisinde hareket etmesini zorunlu kılar. Bu anlamda yetkinin kapsamının tayini, tarafların menfaatlerini doğrudan ilgilendirir. Temsilcinin yetkisinin sınırları dışında işlem yapması, onun hukuki sorumluluğunu gündeme getirecektir. Üçüncü kişi ise muhatap olduğu temsilcinin yetkisinin kapsamında hareket ettiğine

<sup>810</sup> MARKESİNİS/MUNDAY, s. 153.

<sup>811</sup> MARKESİNİS/MUNDAY s. 37 ve s. 39; TREİTEL/PEEL, n. 16-014.

<sup>812</sup> Unidroit 1999 Study L - Misc. 21, parag. 128-131; BENETT, s. 782.

<sup>813</sup> BENETT, s. 782.

güvenmek isteyecektir. Zira işlemin yetkisiz olduğu gerekçesiyle askıda hükümsüz kabul edilmesi, üçüncü kişinin menfaatleriyle uyumsuz. Temsil olunan da güven ilkesinin uygulanması sonucunda, vermek istediği yetkinin ötesinde bir kapsamda işlem ile bağlanma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Temsilcinin yetkisinin sınırları içerisinde hareket ettiğinin tespiti açısından, temsil olunan tarafından verilen yetkinin kapsamının tayin edilmesi gerekir. Ancak hukuki istikrarın sağlanması amacıyla belli yetkilerin kapsamı kanuni düzenlemelere konu olmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında, hukuk düzenlerinin temsil olunan tarafından verilen yetkinin kapsamına ilişkin olarak öngördükleri yaklaşımlar incelenecektir.

## **B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI**

### **1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Yetkinin Kapsamı**

Yetkinin kapsamı ASHİ m. 3:201 f. 2'de düzenlenmiştir<sup>814</sup>. Buna göre, açık veya örtülü olarak yetkili kılınan temsilcinin yetkisinin kapsamı, temsil olunanın yetkilendirme gayesine göre belirlenir. Zikredilen kural, özellikle yetkinin kapsamının temsil olunan tarafından belirlenmediği hallerde özel bir önem taşır. Temsilcinin sahip olduğu yetkinin kapsamı, ikinci fıkra gereğince amacı gerçekleştirmeyi gerektirecek işlemleri içermekte, tersi olarak da amaca aykırı işlemleri sınırlamaktadır. İkinci fıkra iç yetkilerle ilgili olmasına rağmen, üçüncü fıkra ile olan yakınlığı çerçevesinde yetkilerin verildiği amaç kıstasını üçüncü kişilere dayatır. Üçüncü kişilerin yetkilerin kapsamlarını yorumlamada, temsilcilerin tabi olduğu yetkilerin verildiği amaç kıstası dışında bir kıstasa tabi olmalarını gerektiren bir neden yoktur. Üçüncü kişinin, temsil olunanın temsilciye hangi yetkileri vermek istediğini değerlendirmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Ancak üçüncü kişi, bunu algılayabildiği unsurlardan yola çıkarak gerçekleştirecektir. Böylece dış yetkilerin, üçüncü kişilerin iç yetkiler üzerindeki algıları ile belirlendiği söylenebilir. Nitekim ASHİ m. 3:201 f. 2'den ve f. 3'ten dış yetkilerin

---

<sup>814</sup> ASHİ m. 3:201 (2), “*Temsilci, temsil yetkisinin verilmesi amacını gerçekleştirmek için durumun gerektirdiği tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir*” şeklindedir.



kapsamının, yetkilerin temsilciye verililiş amaçlarının üçüncü kişi tarafından algılanan sınırlara bağılı olması gerektiğı sonucu çıkmaktadır<sup>815</sup>.

İlkeler'in beşinci bölümünde sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin hükümlere yer verilmektedir<sup>816</sup>. Bu hükümler, yetkilendirme beyanının yorumlanmasında da geçerlidir. Nitekim ASHİ m. 3:101'in (D) açıklayıcı yorumlarında, beşinci bölümün temsilde uygulanacağı vurgulanmıştır. Böylece yetkilendirme beyanı, temsil olunanın iradesine göre belirlenir. Ancak bu irade tespit edilemediğinde, makul bir kişinin aynı koşullarda beyana vereceğı anlama uygun olarak yorum yapılır<sup>817</sup>. ASHİ m. 5:102'de ise gerçekleştirilecek yorumda dikkate alınacak hususlar ifade edilir. Buna göre tarafların ilk görüşmelerini kapsayacak tarzda sözleşmenin yapıldığı durumlar, sözleşmenin yapılmasından sonra da olsa tarafların davranışları, sözleşmenin niteliğı ve amacı, tarafların benzer kayıtlara daha önce yaptığı yorumlar, taraflar arasında oluşan âdetler, örfler, iyiniyet ve dürüst işlem yapma ilkeleri göz önünde bulundurulur.

## **2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Yetkinin Kapsamı**

Temsil yetkisinin kapsamı AÖH II. 6:104'te düzenlenmiştir. Hükümün birinci fıkrası gereğince yetkinin kapsamı, bu yetkinin verililişle belirlenir<sup>818</sup>. Böylece yetkinin kapsamı, öncelikli olarak verildiğı veya bahşedildiğı koşullara bağılıdır. Nitekim birçok üye devletin Ticaret Kanunu, örneğın bir işveren belli kategorilerde çalışanlarına yetki vermeye karar verdiğinde, bahşedilen yetkilerin içeriğini ve sınırlarını tam olarak tanımlayan standart yetki formları sunmaktadır<sup>819</sup>. Hükümün ikinci fıkrasında ise ASHİ'ne benzer şekilde temsilcinin, yetkinin verilme amacını gerçekleştirmek için gerekli işlemleri yerine getirme yetkisini taşıdığı öngörölür<sup>820</sup>. Zikredilen kural, yetkinin verilmesinde aksi belirtilmediğı veya durumun koşullarından farklı bir sonuca ulaşılmadığı sürece uygulanacaktır. Düzenleme kısıtlı bir konuyu ele almakta, yetkinin verildiğı amaçları yerine getirmek üzere gereken işlemleri yapmak hususunda,

<sup>815</sup> ROUILLER, s. 302.

<sup>816</sup> Beşinci bölüm "Yorum" kenar başlığını taşımakta ve genel yorum kurallarını içermektedir.

<sup>817</sup> ASHİ m. 5:101

<sup>818</sup> AÖH II. 6:104 (1), "Temsilcinin yetkisinin kapsamı, verililişle belirlenir" içeriğini taşır.

<sup>819</sup> AÖH II. 6:104 Yorum A.

<sup>820</sup> AÖH II. 6:104 (2), "Temsilci, temsil yetkisinin verilme amacını gerçekleştirmeye gerekli tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir" şeklindedir.

temsilcinin yetkisinin kapsamı ile ilgilenmektedir. Bu yönde bir hükmün olmaması halinde, özellikle açık yetki verililişleri, temsilcinin yapması gereken her türlü bağılı işlemi kapsamak üzere son derece detaylı olması icap edecektir. Böyle dikkatli bir sunumun hukuki anlamda tavsiye almadan hareket eden bireylerden beklenemeyeceğı, bunun da uygulamada önemli sorunları beraberinde getireceğı açıktır.

### 3. UNIDROIT Bünyesinde Hazırlanan Belgelerde Yetkinin Kapsamı

UTSİ'nin 2.2.2. maddesi, “*Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamı*” kenar başlığını taşır. Hükmün ikinci fıkrasına göre temsilci, temsil yetkisinin verilme amacını gerçekleştirmek için durumun gerektirdiğı tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir. İlkeler sisteminde temsilciye verilen yetki ne kadar geniş olursa, yetkinin kapsamı da o kadar geniş olur. Bu doğrultuda temsilcinin yetkisinin, temsil olunan tarafından yetkilendirmede başka şekilde belirtilmedikçe ve açık hükümlerle sınırlandırılmadıkça, verilen yetkinin amaçlarını gerçekleştirmek için bu koşullarda gerekli olan bütün işlemleri kapsadığı kesin bir şekilde ifade edilir. Örneğın mal sahibi B, 10 gün içerisinde x ülkesine taşınmak üzere A gemi kaptanına bir yük verir. Yola çıktıktan üç gün sonra gemi hasar görür ve onarım için en yakın limanda durması gerekir. A, yükün boşaltılması ve varış noktasına taşınmak üzere başka bir gemiye yüklenmesi konusunda örtülü yetkiye sahip olacaktır<sup>821</sup>.

UTSİ’de beyanlar için özel yorum kuralları öngörülmektedir. Yetkilendirmenin muhatabı, temsil olunanın iradesini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, yetkilendirme beyanı temsil olunanın iradesine göre yorumlanır<sup>822</sup>. Bu irade tespit edilemediğinde ise makul bir kişinin aynı koşullarda beyana vereceğı anlama uygun olarak yorum yapılır<sup>823</sup>. Gerçekleştirilecek yorumda hazırlık görüşmeleri, taraflar arasındaki yerleşik âdetler, örfler, sözleşmenin yapılmasından sonraki davranışlar, sözleşmenin niteliğı ve amacı, genel koşullara ve ifadelere ilgili iş alanında verilen anlam dikkate alınacaktır<sup>824</sup>.

Konvansiyon’da temsil yetkisinin kapsamını düzenleyen hükmün, UTSİ’deki düzenlemeye esin kaynağı teşkil ettiğini belirtebiliriz. Zira “Temsilcinin Temsil

<sup>821</sup> UTSİ m. 2.2.2 Yorum 2 ve Örnek 2.

<sup>822</sup> UTSİ m. 4.2 (1)

<sup>823</sup> UTSİ m. 4.2 (2)

<sup>824</sup> UTSİ m. 4.3

Yetkisinin Kurulması ve Kapsamı” başlığını taşıyan İkinci Bölümün 9. maddesinin 2. fıkrası, “Temsilci, yetkilendirmenin amacını gerçekleştirmek için durumun gerektirdiği bütün işlemleri yapma yetkisine sahiptir” düzenlemesini öngörmektedir.

## **C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI**

### **1. Türk ve İsviçre Hukukunda Temsil Yetkisinin Kapsamı**

#### **a. Genel Olarak**

Türk Borçlar Kanununun temsile ilişkin genel hükümlerinde yetkinin kapsamı, “*Temsil Yetkisinin İçeriği ve Derecesi*” kenar başlığını taşıyan 41. maddesinde düzenlenmiştir<sup>825</sup>. Hükme göre, kamu hukukundan veya özel hukuktan doğan temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, ilgili kanun hükümleri ile tayin edilir. Temsil hukuksal bir işlemde kaynaklanmışsa, yani iradi bir temsil söz konusu olduğunda, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir (BK. m. 41 f. 1; İBK. m. 33 f. 1-2)<sup>826</sup>. Üçüncü kişilere bildirilen yetkinin kapsamı, bu bildirimde göre tayin edilir (BK. m. 41 f. 2; İBK. m. 33 f. 3). Hükümün hukuki işlemlere ilişkin olan kısmının yazımı, yetkilerin kapsamının temsil olunan tarafından özgürce tayin edilebileceğini göstermektedir. Hiç şüphesiz temsil olunan, özel hukuk ilişkilerinde BK. m. 26 ve BK. m. 27 gereğince irade özerkliğinin sınırları çerçevesinde, yetkinin kapsamını kural olarak serbestçe tespit edebilir.

#### **b. Temsil Yetkisinin Kapsamının Belirlenmesinde Kıstaslar**

Yetkinin kapsamının belirlenmesinde temel olarak temsil olunanın iradesi dikkate alınır. Ancak temsil olunanın beyanında, yetkinin kapsamı kesin olarak belirlenmediğinde veya onun iradesi açık bir şekilde anlaşılmadığında, genel yorum kuralları ışığında sonuca ulaşılır. Bu konuda yetkiler güven ilkesine göre yorumlanır. Böylece irade beyanına muhatap olan temsilci veya üçüncü kişi tarafından bilinen veya

<sup>825</sup> Kaynak Kanunun 33. maddesinin kenar başlığı, “*Yetkinin Kapsamı*” şeklindedir. Hükümün lafzında “*içerik ve derece*” kavramı yerine “*kapsam*” ifadesi kullanılmaktadır.

<sup>826</sup> OR 2020 tasarısının 189. maddesinin 2. fıkrasında, yetkinin kapsamının hukuki işleme göre değerlendirileceği öngörülmüştür.

bilinmesi gereken tüm koşullar güven ilkesi ışığında gözetilerek, bu beyana verilmesi gereken anlam dikkate alınır<sup>827</sup>. Yetkinin kapsamının belirlenmesinde temsil olunanın menfaatleri, yetkinin amacı ve temel ilişki gözetilir<sup>828</sup>. Temsil olunanın yetki verme amacına ilişkin olarak yapılacak değerlendirme, güven ilkesinin somutlaşmış halidir. Böylece temsilci, temsil olunanın kendisine yetki vermesine sebep olan amacın dışında işlemlerde bulunabileceğini düşünemez. Temsil olunan da verildikleri amaca uygun olduğu halde, yetkilerin ilgili işlemi kapsamadığını ileri süremez. İsviçre Federal Mahkemesine göre dış yetkilerin verildiğinin kabulü ile birlikte, kapsamlarının incelenmesi zorunlu hale gelir. Spor malzemeleri satan bir mağazada müşterilerle ilgilenen çalışanın, üçüncü kişiler nezdinde işlerini yerine getirecek temsil yetkisine sahip olduğu kabul edilir<sup>829</sup>. Bu şekilde mağazayı taahhüt altına sokarak, malzeme satabilir ve değiştirebilir. Ancak temsilci, mağazayı başka bir binaya dönüştürmek için görüşmelerde bulunma yetkisine sahip değildir. Temsilcinin yetkileri, konumuyla bağlı işlerle sınırlıdır<sup>830</sup>. Böylece üçüncü kişiler, müşterilerle ilgilenen görevli çalışanın, olağan işleri yerine getirme dışındaki amaçlarda yetkiye sahip olmadığını bilmediğini ileri süremez. Üçüncü kişiler, işlem yaptıkları temsilcinin sahip olduğu yetkileri güven ilkesi ışığında yorumlamaları sonucunda, temsilcinin temsil ettiği işyerini kendi çıkarları doğrultusunda borçlandırabileceği fikrinden yola çıkamaz<sup>831</sup>. Temsilcinin bu niyetini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, temsil yetkisinin geçerliliğine dayanamaz<sup>832</sup>. Böyle bir işlemin, yetkilerin verildiği amacı kapsamadığı açıktır. Aynı durum temsilcinin özel iç sınırları aştığında (örneğin talimatlarda) da söz konusudur. Bu sınırların aşıldığını bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, temsilin geçerliliğini ileri süremez<sup>833</sup>.

<sup>827</sup> Ancak sadece iyi niyetli bir temsilci veya üçüncü kişi korunmaya değer olduğundan, herhangi bir tereddüt olduğunda, o kimsenin bu hususu aydınlatmak için temsil olunana yönelmesi beklenir. BGE 129 III 118, 122.

<sup>828</sup> FELLMANN, m. 396, n. 35-36, n. 68 ve n. 70; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 33, n. 9. Rouiller'e göre temsilcinin görüş alanı alıcı olarak bağlayıcı olmakla birlikte, hukuki ortamını ellerine teslim eden beyan sahibinin çıkarlarına özellikle dikkat etmelidir. ROUILLER, s. 294, dn. 726. Çıkar ve amaç kıstasına içtihatlarla da değinilmiştir. BGE 82 II 388, S. 393.

<sup>829</sup> BGE 129 II 197.

<sup>830</sup> Bu aynı zamanda yetkinin ilgili mevki ile bağlantılı işlerin içeriğiyle sınırlı olduğunu ve karşı tarafın başka gerekçeler bulunmadığı sürece daha geniş bir yetkiden hareket edemeyeceğini belirtmektedir.

<sup>831</sup> BGE 126 III 361.

<sup>832</sup> BGE 119 II 23, c. 3c; BGE 121 III 69, c.3.

<sup>833</sup> BGE 124 III 355; BGE 119 II 23.

Türk ve İsviçre hukukunda yetkinin kapsamının, temel işlem ve güdülen amaç ilişkisi içerisinde ele alındığına ilişkin birçok düzenleme söz konusudur<sup>834</sup>. Bu konuda BK. m. 504 (İBK. m. 396) dikkate değer bir yer işgal eder. Hükümün birinci fıkrası, yetkinin kapsamının sözleşmede açıkça gösterilmemesi halinde, işin niteliğine göre belirleneceğini öngörmektedir. Ancak kuralda öngörülen işin niteliği ölçüsü oldukça belirsiz bir görünüm taşır. Bu anlamda işgörme ile ulaşılmak istenen gayenin, olayın özelliklerinin ve ilgili teamüllerin göz önünde tutulması gerektiği kabul edilir<sup>835</sup>. Hükümün ikinci fıkrası ise uluslararası hukuk belgelerindeki düzenlemelere benzer şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, “*Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar*”<sup>836</sup>. Böylece vekilin, vekâletin kapsamına giren, vekâletin yerine getirilmesi için gereken hukuki işlemleri yapma yetkisini taşıdığı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Hükümde düzenlenen yetki kavramının doğrudan ve dolaylı temsil yetkisini içerdiği dikkate alındığında, vekilin somut olayın koşulları altında doğrudan veya dolaylı temsilci olarak hareket etmesine göre vekâletin kapsamının değişeceği sonucuna varılacaktır. Nitekim dolaylı temsilci sıfatıyla hareket eden vekil, bir müddet müvekkilin hesabına kazanılan hakları kullanacağından ve değerleri idare edeceğinden, vekâletin kapsamının vekilin doğrudan temsilci sıfatıyla hareket ettiği vekâlete nazaran daha geniş olacağı kabul edilir<sup>837</sup>. Keza Türk ve İsviçre hukuk sisteminde şirketi temsil eden kişilerin, şirketin amacının gerektirdiği işlemleri yerine getirme yetkilerine sahip oldukları yolunda düzenlemelere yer verilmesi, yetkilerin kapsamlarının belirlenmesinde şirket amacının önemli bir kıstas olduğunu göstermektedir<sup>838</sup>.

BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 3), “*Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirime göre belirlenir*” düzenlemesini içerir.

<sup>834</sup> Watter, temel işlemin amacına ulaşılması veya yerine getirilmesi için gerekli yetkiyi kapsadığını, güven ilkesi doğrultusunda yapılacak yoruma dayalı anlayışın dikkate alınacağını ifade etmektedir. WATTER, m. 33, n. 17 ve n. 21.

<sup>835</sup> GAUTSCHİ, m. 396, n. 2c ve 3a; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 393; Yarg. 3. HD., 04.02.2002 gün ve 2002/414 E, 2002/1200 K. (YKD. Cilt 28, S. 8, s. 1166).

<sup>836</sup> Engel, yetkilerin kapsamı ile ilgili özel bir hükmün bulunmaması halinde, İBK. m. 396 f. 2’nin uygulanabilir genel bir kural olduğunu savunmaktadır. ENGEL, s. 389.

<sup>837</sup> TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 394; YAVUZ (Özel Hükümler), s. 1178.

<sup>838</sup> Anonim Şirketlerde İBK. m. 718a (TTK. m. 371 f. 1); Limited Şirketlerde İBK. m. 814 f. 4 (TTK. m. 629 f. 1); Kollektif Şirketlerde İBK. m. 564 f. 1 (TTK. m. 233 f. 1: Kaynak kanundan farklı olarak şirket amacı yerine şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri yapma yetkisinden bahsedilmektedir); Komandit Şirketlerde TTK. m. 318 f. 1.

Hükümde temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirildiğinde, üçüncü kişinin iyiniyeti korunarak, yetkinin kapsamının bu bildirim doğrultusunda etkili olacağı öngörülmüştür. Bu anlamda kuralın temelde üçüncü kişilerin ve genel olarak işlem hayatının korunmasına hizmet ettiğini belirtebiliriz. Nitekim temsilciye verilen yetkinin kapsamı ile üçüncü kişilere bildirilen yetkinin kapsamı arasında bir fark ortaya çıktığında, üçüncü kişilere yapılan bildirim dikkate alınır. Bununla üçüncü kişilere yapılan bildirimin, daha kısıtlı olan iç yetkiler karşısında belirleyici olacağı kastedilir<sup>839</sup>. Zira dış yetkilerin genel işlevi, iç yetkilerin yokluğunda veya yetersizliğinde, onların yerini almaktır. Böylece dış yetkileri belirleyen üçüncü kişilere yönelik bildirim, iç yetkileri eş zamanlı olarak kısıtlayan özel durumlar dışında<sup>840</sup>, yetkilerin kapsamını genişletebilmesine karşılık kısıtlayamaz. Bir başka ifade ile BK. m. 41 f. 2, üçüncü kişilerin korunmasına yönelik bir kural getirdiğinden, üçüncü kişiye yapılan bildirimin kapsamı temsilciye verilen yetkinin kapsamından dar olması, temsilcinin yetkisini kısıtlamaz. Bu durumda üçüncü kişiye bildirilen dar kapsamlı yetkiyi aşmakla birlikte, temsilciye verilen yetkinin kapsamı içerisinde yer alan işlem genel ilkeler çerçevesinde geçerlidir<sup>841</sup>.

### **c. Temsil Yetkisinin Kapsamının Kanun İle Belirlenmesi**

Temsil yetkisinin kapsamına ilişkin genel hükümler, işlemlerin hızlı ve güvenilir bir şekilde yerine getirilmesini esas alan ticari işlem hayatında üçüncü kişilerin ihtiyaçlarını karşılamakta yetersizdir. Üçüncü kişiler muhatap oldukları

<sup>839</sup> Ancak düzenlemede kendilerine yetki bildiriminde bulunulan üçüncü kişilerin bu bildirimde olan güvenleri korunduğundan, daha az kapsamlı iç yetkileri bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, kendisine yapılan daha kapsamlı yetki bildirimine dayanamaz. SCHWENZER, n. 42.33; WATTER, m. 33, n. 35.

<sup>840</sup> Temsil olunanın, temsilcinin yetkisini sınırlamak gayesiyle üçüncü kişiye dar kapsamlı bir yetki bildiriminde bulunduğu anlaşılmaması durumunda, iç yetkilerin kısıtlandığı sonucuna varılabilecektir. Böylece taraflar, temsilcinin daha geniş kapsamlı yetkisine dayanarak işlemin geçerli olduğunu ileri sürmeleri mümkün olmaz. Temsilci, temsil olunanın üçüncü kişiye gönderdiği beyanı aldığı anda veya buna ulaşabildiğinde, bu hususun teyidini istemelidir. Dışa doğru bu tür bir sınırlamanın bilinmesi çoğu zaman iç yetkilerin kısıtlanmasının varsayılmasına neden olmakla birlikte, bu durum mutlak değildir. Üçüncü kişiye yönelik böyle bir sınırlama yazısı temsilci tarafından, kendisinin temsil olunanı danışması gerektiği izlenimini vermek suretiyle, pazarlık amacına yönelik bir adım olarak algılanabilir. Rouiller, bu tür bir sınırlamada aşırıya giden hallere de rastlanabileceğini ifade etmektedir. Yazar, temsil olunanın temsilcisine sınırlamayı bilerek bildirmeyerek, sınırlama olmadan yetkilendirildiğini düşünen temsilcinin elde ettiği sonucun kendisini bağlamadığını iddia etmesi suretiyle temsilcinin İBK. m. 39 uyarınca zor durumda bırakılması ve uzantısında üçüncü kişiden ek tavizler koparması amacıyla yapılabileceğini vurgulamaktadır. ROUILLER, s. 286 dn. 693.

<sup>841</sup> BUCHER, s. 606 ve dn. 33. Zach/Künzle, üçüncü kişiye daha dar yapılan bildirimin temsilcinin yetkisini daraltmayacağını, temsil işleminin gerçek yetki kapsamında yapılmasından dolayı kural olarak meydana geleceğini, ancak üçüncü kişinin daha geniş iç yetkiye dayanmasının MK. m. 2 f. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir. ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 143.

temsilcilerin taşıdıkları yetkilerin kapsamına ilişkin olarak kesin sınırlara güvenebilmeleri gerekir. Bu temel gereksinime karşılık vermek amacıyla, belli temsilcilerin yetkilerinin kapsamı kanuni düzenlemeler ile belirlenmiştir. Ticari işletmeleri temsil eden temsilcilerin sahip oldukları yetkilerin kapsamının kanunen belirlenmesi, ticaret hayatında geçerli olan işlem güvenliğinin sağlanması bakımından ayrı bir önem taşır. Kanunen belirlenen yetkinin kapsamına güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin bu güvenleri korunmaktadır. Böylece temsil yetkisinin sınırlandırılması, üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmemekte veya sadece belli koşullar altında ileri sürülebilmektedir.

Temsil olunan, BK. m. 26 ve BK. m. 27 sınırları içerisinde temsil yetkisinin kapsamını tayin etmekte kural olarak serbest ise de, Borçlar Kanununda bu ilkeden ayrılan özel hükümlerin düzenlendiğini görmekteyiz. Nitekim BK. m. 48 (İBK. m. 40), *“Ortaklık temsilcileri ile organlarının ve ticari vekillerin yetkisine ilişkin hükümler saklıdır”* şeklindedir. Ticari temsilcilere ve ticari vekillere ilişkin düzenlemeler, temsile ilişkin genel hükümlere nazaran özel nitelikte olmaları nedeniyle saklı tutulmaktadır<sup>842</sup>. Ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları ile ilgili düzenlemeler, BK. m. 547 – BK. m. 554’te (İBK. m. 458 – İBK. m. 465) öngörülmüştür. Ticari temsilcilerin ve ticari vekillerin yetkileri iradi temsil içerisinde değerlendirilmekle birlikte, yetkilerinin kapsamının kanunla belirlenmesi, bunları diğer temsilcilerden ayırır. Ticari temsilcinin yetkisinin kapsamı BK. m. 548’de (İBK. m. 459) tayin edilmektedir. Buna göre ticari temsilci, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve işletmenin amacına giren her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkili sayılır. Bu yetki sadece bir şubenin işleriyle veya birden çok kişinin birlikte imza atmaları koşuluyla sınırlandırılabilir<sup>843</sup>. Ticari temsilcinin son derece geniş yetkileri olmakla birlikte, taşınmazları devretmek veya bir hak ile sınırlamak için açık yetkiye ihtiyacı vardır<sup>844</sup>. Bu konuda ticari temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerekir<sup>845</sup>. Ticari vekillerin yetkilerinin kapsamı da kanunla

<sup>842</sup> Düzenleme OR 2020 tasarısının 197. maddesinde aynen muhafaza edilmiştir.

<sup>843</sup> Bu sınırlamalar BK. m. 549 f. 3 uyarınca ticaret siciline tescil edilmedikçe, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmaz. Diğer sınırlamalar ise dördüncü fıkra gereğince tescil edildiğinde dahi, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

<sup>844</sup> BK. m. 548 f. 2; İBK. m. 459 f. 2.

<sup>845</sup> Ticari temsilin dışında da temsil olunan hesabına hareket eden temsilcinin özel yetkiye ihtiyaç duyduğu birçok işlem söz konusudur. Nitekim BK. m. 504 f. 3, *“Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz,*

belirlenmektedir. BK. m. 551 f. 2 (İBK. m. 462 f. 1) uyarınca ticari vekilin yetkisi, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Böylece ticari vekilin yetkisi sadece işletmenin olağan işlemleri ile sınırlıdır. Olağan işlemler kavramının belirlenmesinde ise ticari örf ve âdetler, işletmenin niteliği gibi öğeler dikkate alınır. Ticari vekil, ödünç olarak para veya benzerlerini almak, kambiyo taahhüdünde bulunmak, dava açmak ve açılmış davayı takip edebilmek için açık yetkiye gereksinim duyacaktır<sup>846</sup>.

Kapsamı kanunla belirlenen yetkilerde genel temsil hükümlerinin uygulanması kısmen sınırlandırılmıştır. BK. m. 41 f. 2’de (İBK. m. 33 f. 3) yer alan bildirim, ticari temsilcilerde ticaret siciline kayıt ile gerçekleştirilir. Her iyiniyetli üçüncü kişi, yetkinin kanuni kapsamına dayanabilir. Bu anlamda BK. m. 41 f. 2, kanuni kapsamından daha geniş bir yetkinin olması halinde, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasında tatbik edilir. Keza BK. m. 43 (İBK. m. 35), BK. m. 554 (İBK. m. 465) ile sınırlandırılarak, temsil olunanın (işletme sahibinin) ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi, ticari temsilcinin ya da ticari vekilin yetkisini sona erdirmez. Ancak istisnalar dışında genel temsil hükümlerinin ticari temsilciler ve ticari vekiller bakımından uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır<sup>847</sup>.

## 2. Diğer Ulusal Hukuk Sistemlerinde Temsil Yetkisinin Kapsamı

Alman Medeni Kanunu temsilin kapsamına ilişkin hükümler içermez. Yetkinin kapsamı irade özerkliği uyarınca, emredici hükümlerin sınırları dahilinde temsil olunan tarafından kural olarak serbestçe tayin edilir. Yetkinin verilışı bir irade beyanı ile gerçekleştiğinden, yetkinin kapsamına ilişkin bir tereddüt hasıl olduğunda, irade beyanlarının yorumlanmasında geçerli olan genel ilkeler dikkate alınır. Böylece yetkinin kapsamının belirlenmesinde yapılacak yorumda, MK. m. 133<sup>848</sup> ve MK. m.

---

*hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, başgışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz”* şeklindedir. Zikredilen kural, doğrudan ve dolaylı temsilde geniş bir uygulama alanı taşır. Dolaylı temsilci özel olarak yetkilendirilmemesine rağmen ilgili işlemi yaptığında, bu işlem üçüncü kişi ile olan ilişkisinde geçerlidir. Ancak özel yetkiyi gerektiren bu işlem temsil olunana karşı ileri sürülemez. Bu konuda bkz. HOFSTELLER, s. 49; YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 144.

<sup>846</sup> BK. m. 551 f. 2; İBK. m. 462 f. 2.

<sup>847</sup> BGE 42 II 648; BGE 35 II 608.

<sup>848</sup> “Bir İrade Beyanının Yorumu” kenar başlığını taşıyan MK. m. 133, bir irade beyanının yorumunda ifadenin kelime anlamının değil, gerçek iradenin araştırılacağını düzenlemektedir.



157<sup>849</sup> uygulanır. Beyana muhatap olan bir kimsenin, yetkilendirme beyanını bilinen veya bilinmesi gereken koşullar altında, dürüstlük ilkesi ışığında nasıl anladığı veya anlaması gerektiği dikkate alınır<sup>850</sup>. İç yetkinin kapsamı, beyanın muhatabı olan temsilcinin bakış açısına göre yapılacak normatif yorum uyarınca tayin edilir. İç yetkinin yorumunda münhasıran temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişki, yetkinin amacı ve katılımcıların menfaatleri gözetilir<sup>851</sup>. Dış yetkinin kapsamının belirlenmesinde<sup>852</sup>, kendisine bildirim yapılan veya belge sunulan üçüncü kişinin bakış açısına göre normatif yorum yapılacaktır<sup>853</sup>. Yetkinin aleni ilanında ise objektif ve işlem hayatının olağan anlamından hareket edilir. Temsilci ile temsil olunan arasındaki temel ilişki ve yetkinin amacı, sadece üçüncü kişi tarafından tanındığı veya tanınabilir olduğu hallerde, dış yetkinin kapsamının tayininde gözetilir<sup>854</sup>. İngiliz hukukunda ise yetkinin kapsamı konusunda tereddüdü olan temsilcinin, bu hususu aydınlatmak için temsil olunana yönelmesi gerektiği kabul edilir<sup>855</sup>. Temsilcinin, muhatap olduğu beyanı nasıl anlaması gerektiğinin belirlenmesinde seçilen ifadeler, ticari örfler ve taraflar arasındaki ilişkiler göz önünde bulundurulur. Yetkinin verilme tarzına göre yapılacak yorumlar değişiklik gösterebilir. Bu anlamda yazılı yetki beyanlarının dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır<sup>856</sup>.

Hukuk düzenlerinde yetkinin kapsamı konusunda geleneksel olarak genel ve özel yetki ayırımı gerçekleştirilir<sup>857</sup>. Nitekim Hollanda MK. m. 3:62'nin kenar başlığı, "*Genel ve Özel Yetki*" şeklindedir. Hükmün birinci fıkrasında, temsil olunanın kesin olarak dışlaması hariç olmak üzere, bütün işlerini ve olası bütün hukuki işlemlerini gerçekleştirmek için verdiği yetkinin, genel bir yetki olduğu düzenlenmektedir. Hükmün ikinci fıkrasında ise belli işlemlerin yerine getirilmesine yönelik olarak temsil

<sup>849</sup> "Sözleşmelerin Yorumu" kenar başlığını taşıyan MK. m. 157, sözleşmelerin dürüstlük ilkesinin gerektirdiği şekilde yorumlanacağını öngörmektedir.

<sup>850</sup> MEDICUS, n. 932; SOERGEL/LEPTIEN, m. 167, n. 38-39.

<sup>851</sup> ERMAN/PALM, n. 30. Larenz/Wolf, soyutluk ilkesi uyarınca, yetkinin kapsamının doğrudan iç ilişkiye ve amaca göre belirlenmeyeceğini, ancak yine de yetkinin yorumunda iç ilişkiye başvurulacağını ifade etmektedir. LARENZ/WOLF, s. 871. BGH NJW 1988, 3012.

<sup>852</sup> Özellikle iç yetki dışı bildirildiğinde (MK. m. 171), yetki belgesi üçüncü kişiye ibraz edildiğinde (MK. m. 172) veya dış yetki verildiğinde (MK. m. 170) söz konusudur.

<sup>853</sup> BGH NJW-RR 1992, 1135; BGH NJW 1983, 1906.

<sup>854</sup> BGH NJW 1988, 3012.

<sup>855</sup> Woodhouse A.C. Israel cocoa Ltd. S.A. v. Nigerian Produce Marketing Co. Ltd. [1972] A.C. 741.

<sup>856</sup> CHITTY/BEALE, n. 31-043.

<sup>857</sup> MEDICUS, n. 932; KÖHLER, s. 167. Bazı yazarlar bu ayırımın dışında, tür yetkisi kavramına yer vermektedir. MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 167, n. 82.

olunanın verdiği özel yetki üzerinde durulmaktadır. Düzenlemede belli bir amacın yerine getirilmesi için verilen yetkinin, bu amacın gerçekleştirilmesi için faydalı olan işlemleri de kapsadığı öngörülmüştür. Temsil olunanın irade özerkliği ilkesi gereğince genel bir yetki verebileceği kabul edilir. Genel yetki kural olarak temsilin caiz olduğu bütün hukuki işlemlerin yapılmasını sağlayan geniş bir yetkidir. Ancak yetkinin genel olduğuna ilişkin ifade, yetkinin kapsamının sınırsız olduğu anlamına gelmez. Genel yetki de yoruma tabi tutulacağından, kapsam itibariyle sınırlı olabilir<sup>858</sup>. Özellikle dürüstlük ilkesi, bunun sınırını oluşturur. Bu nedenle genel yetkinin, temsil olunanın açıkça tanınabilen iradesine aykırı bir yetkiyi içerdiği sonucuna varılamaz. Temsil olunana açıkça zarar veren olağanüstü işlemler, yetkinin kapsamı içerisinde yer almaz<sup>859</sup>. Temsil olunan, yetkiyi belli bir hukuki işlemin yerine getirilmesi ile ilgili olarak sınırlandırabilir. Örneğin belli bir taşınmazın satımına ilişkin yetki verilebilir. Bu durumda özel yetkiden söz edilir<sup>860</sup>. Belli tür işlemleri kapsayacak tarzda yetki verilmesi de mümkündür. Örneğin belli malların alımı veya satımı, işçi alımı veya çıkarılması konusunda verilen yetkilerde tür yetkisinden bahsedilir. Bu durumlarda temelde yatan hukuki ilişki ve işlem hayatının olağan kapsamı dikkate alınır<sup>861</sup>. Belli işler veya amaçlar için sürekli yetki verildiğinde, o yetkiler işlem hayatındaki olağan kapsamlarına göre tayin edilir<sup>862</sup>. Bir başka ifade ile işlem hayatında tipik yetkilerin sınırları, işlem hayatında geçerli olan olağan kapsamlarına göre belirlenir. Örneğin kasiyerlerin, apartman yöneticilerin sahip oldukları yetkilerin kapsamları, işlem hayatında geçerli kabul edilen olağan yetkileri çerçevesinde değerlendirilir<sup>863</sup>. Bu durumda üçüncü kişi ve temsilci, yetkinin işlem hayatındaki olağan kapsamını taşıdığından hareket edebilir. Ancak yetkinin daha dar olduğuna ilişkin somut belirtiler ortaya çıktığında, varılacak sonuç değişecektir<sup>864</sup>. İngiliz hukukunda da genel temsilcinin (örneğin genel müdür), olağan görev alanındaki bütün işlemleri yerine getirme konusunda yetkili olduğu kabul edilir<sup>865</sup>. Özel yetkili temsilci ise sadece belli bir işlem için yetkilidir. Temsilci, yerine getirmesi konusunda açıkça yetkilendirildiği

<sup>858</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 1990, 931.

<sup>859</sup> Frankfurt NJW-RR 1987, 482; OLG Düsseldorf WM 1993, 350.

<sup>860</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 167, n. 82.

<sup>861</sup> KÖHLER, s. 166.

<sup>862</sup> BGH DB 1957, 866; SOERGEL/LEPTIEN, m. 167, n. 40.

<sup>863</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, m. 167, n. 86.

<sup>864</sup> BGH NJW 1980, 2799.

<sup>865</sup> Hely-Hutchinson v. Brauhead Ltd. [1968] 1 Q.B. 549.

görev ile ilgili gerekli bütün işlemleri yapmakta kural olarak yetkilidir<sup>866</sup>. Böylece verilen açık bir yetkinin genişlemesi söz konusudur. Temsilci, işlemlerin yerine getirilmesinde örf ve âdetlerin öngördüğü temsil yetkisine sahip olacaktır<sup>867</sup>.

Bazı temsil türlerinde yetkinin kapsamının kanunla belirlendiğini ifade etmiştik. Alman Ticaret Kanununda da ticari temsilcinin (Ticaret Kanunu m. 48 vd.) ve ticari vekilin yetkisinin kapsamı kanunla tayin edilir. Yetkinin kapsamının kanuni düzenlemeye konu olmasının temeli, işlem hayatında güvenliğin ve istikrarın sağlanması düşüncesine dayanır<sup>868</sup>. Üçüncü kişi, özel bir araştırmaya gereksinim duymadan, muhatap olduğu temsilcinin yetkisinin kapsamını algılamalıdır. Nitekim yetkilerin dışarıya karşı sınırlandırılması sadece belli durumlarda etkili olur. Böylece üçüncü kişilerin yetkinin kanuni kapsamına ilişkin güvenleri korunmaktadır.

### III. DEĞERLENDİRME

Alman Medeni Kanunu yetkinin temsilciye veya üçüncü kişiye yöneltilebileceğini öngörmektedir. Ancak incelediğimiz diğer hukuk sistemlerinde yetkinin muhatabı konusunda açıklık bulunmaz. Türk ve İsviçre hukukunda yetkinin muhatabının sadece temsilci olduğu kabul edilir. Ancak üçüncü kişiye yapılacak bir bildirim, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasına yol açar. Alman hukukunun benimsediği yaklaşımda yetkinin üçüncü kişiye bildirilerek temsilcinin yetkili kılınması, asli bir yetkilendirme tarzı olmasına karşılık; ikinci yaklaşımda bir kimse, iyiniyetli üçüncü kişi nezdinde görünürde temsilciyi yetkilendiren bir temsil olunan olarak kabul edilir. İki yaklaşım arasında tanımlama seviyesinde bir fark söz konusudur. Zira her iki düzenlemede temsilin etkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yetki verilisinin hukuki niteliği konusunda, iki temel anlayış söz konusudur. Bir görüşe göre, yetkinin verilisi temel ilişkinin bir parçası olarak görülmekte, yetki beyanı sözleşmesel bir ilişki kapsamında algılandığından, beyanın muhatabı tarafından kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Diğer yaklaşımda ise yetkinin verilisi tek taraflı ve kabulü gerekmeyen, ulaşmasının yeterli olduğu bir hukuki işlem olarak ele

<sup>866</sup> Howard v. Baillie [1796] 2 H.Bl. 618.

<sup>867</sup> TREÏTEL/PEEL, n. 16-019.

<sup>868</sup> Belli yetkilerin kanuni düzenlemeye konu olması, işlem hayatının hızlı işleyişine de katkı sağlamaktadır.

alınır. İngiliz hukuku dışındaki ulusal hukuk sistemleri temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsız olduğunu kabul eder. Hukuk düzenlerinde geçerli soyutluk ilkesi gereğince, temsil yetkisinin varlığının temel ilişkinin varlığına bağlı olmadığı benimsenir. Nitekim BK. m. 42 f. 1, yetkinin bağımsızlığını gösterir. Yetkinin geri alınması, temel ilişkiden doğan talepleri etkisiz kılmaz. Ancak soyutluk ilkesine rağmen, temsil yetkisi ile temel ilişki arasında yoğun bir etkileşim mevcuttur. Temel ilişkinin yerine getirilmesi için verilen yetkinin hükümsüzlüğü, temel ilişkinin hükümsüzlüğüne yol açabilir. Aynı şekilde yetkinin sona erdirilmesi belli koşullarda temel ilişkinin sona ermesine neden olmaktadır. Temsil yetkisinin yorumlanmasında temel ilişki bir veri olarak ele alınır. Keza bütün ulusal hukuk sistemlerinde temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı hallerde, temel ilişkiye ilişkin itirazların üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi, soyutluk ilkesinden önemli bir sapma anlamına gelmektedir. Diğer yandan BK. m. 504 f. 2 (İBK. m. 396 f. 2), temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki yakın bağı açıkça düzenlemektedir. Hüküm gereğince vekâlet, vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemleri yapılması yetkisini içerir. Ancak temel ilişkiden yoksun bir yetkinin verilebileceğine ilişkin geniş bir yazımın bulunduğunu görmekteyiz. Kanımızca temsil yetkisinin olağan olarak temel ilişkiden yoksun bir şekilde verilmesi tutarlı değildir. Zira bir temsilci, sahip olduğu yetkiyi kullanması hususunda ancak yükümlü olduğunda, temsil ilişkisi bir anlam taşır. Bu kapsamda doğrudan ve dolaylı temsilde hukuki niteliği bakımından tek taraflı bir hukuki işlem olan temsil yetkisinin verilisinin aynı zamanda geciktirici koşula bağlı bir sözleşme kurulmasına yönelik öneriyi içerdiği ifade edilebilecektir. Bu konuda BK. m. 6 uyarınca örtülü bir kabule ulaşıldığında, temsil olunan ile temsilci arasında sözleşme kurulur.

İncelenen hukuk sistemleri yetkinin verilisini belli bir şekle tabi kılmaz. Bu anlamda doğrudan ve dolaylı temsil yetkisi açık veya örtülü bir şekilde verilebilir. Temsil işlemi belli bir şekle bağlı olduğunda dahi, temsil olunanın vereceği yetkinin o şekle bağlı olmadığı kabul edilir. Aksi yönde içtihatlar olmakla birlikte, Alman hukuku bu konuda pozitif bir düzenlemeye yer vermektedir. Alman Medeni Kanunu m. 167 f. 2, yetkinin temsil işleminin şekline tabi olmadığını açıkça düzenler. Türk ve İsviçre hukukunda benzer bir yaklaşım söz konusudur. Bu sonuca kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliliğinin hiçbir şekle bağlı olmadığı yönündeki BK.

m. 12’de (İBK. m. 11) tanımlanan genel kuraldan ulaşılmaktadır. Ancak temsilci vasıtasıyla şekil kurallarının aşılması tehlikesinin engellenmesi amacıyla şekle bağlı bir işlemde, şeklin geçerlilik koşulu olması ve tarafların acele işlem yapmalarından korunmasına hizmet etmesi durumunda, yetkilendirmenin öngörülen şekle tabi olması gerektiği ileri sürülmektedir. Temsilci tarafından yapılan işlemlerde şekil kurallarına riayet edilmesi icap ediyorsa da, doğrudan ve dolaylı temsil işleminin nihai ekonomik sonucunun temsil olunana ait olduğu dikkate alındığında, şeklin koruma fonksiyonunun gerçekleşmemesi ve temsilcinin acele karar vermesi tehlikesi nedeniyle temsil olunanın menfaatlerinin zarar görmesi mümkündür. Bu durumda temsilci tarafından yapılan işlemde öngörülen şekil kurallarının takip ettiği koruma amacı temsil olunan bakımından yerine gelmez. Şekil kurallarının sadece tarafların düşünmeye sevk edilmesi ve acele karar vermelerinin önlenmesi gayesiyle kabul edilen işlemler bakımından yetki verilisinin de aynı şekle bağlanması isabetli olacaktır. Ancak BK. m. 12’ye (İBK. m. 11) rağmen, bu yönde bir sonuca ulaşmak güç gözükmemektedir. Yetki verililerinin şekle bağlanması istisnai bir nitelik taşımaktadır. Böylece temsil yetkisinin şekle bağlanacağı olguların pozitif düzenlemeye konu olması, belirsizliklerin giderilmesini sağlayacaktır.

Yetkisiz bir işlemin hukuki sakıncalarını gidermeye yönelik kurallar değişik çıkış noktalarından hareket etmekle birlikte, bu kurallar temelde iyi niyetli üçüncü kişilerin menfaatlerini korumayı hedefler. Hukuk düzenleri temsil olunanın meydana getirdiği hukuki görünüşe iyiniyetle güvenen üçüncü kişileri koruyan özel hükümler öngörmektedir. Bu düzenlemelerin ortak noktaları söz konusudur. Temsil olunanın davranışları veya beyanları, üçüncü kişinin iyi niyetle temsilcinin temsil olunanın hesabına hareket etmeye yetkili olduğuna güvenmesine neden olması gerekir. Yaratılan izlenimin temsil olunandan kaynaklanması gerekir. Görünen yetkinin meydana gelmesinde aranan koşullar temelde örtüşmekle birlikte, temsilin bu kaynağına yüklenen anlam hukuki sonuçları bakımından ayrılmaktadır. Birinci sistemde üçüncü kişinin, görünen yetkiye dayalı olarak temsil olunana yönelmesi, yetkisiz temsilciye karşı harekete geçmesini engellemektedir. Buna karşılık yetkisiz temsilciye yönelen üçüncü kişi, temsil olunana karşı görünen yetkiye dayanamaz. Yetkinin bu kaynağı üçüncü kişinin menfaat alanı içerisinde kabul edildiğinden, üçüncü kişinin seçim hakkı

bulunmaktadır. İkinci sistemde ise görünen yetkinin koşullarının yerine gelmesi halinde, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında geçerli bir sözleşme kurulur. Bu durumda üçüncü kişi, görünen yetkinin hükümleri yerine yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yönelemez. İki sistem arasındaki kavramsal yaklaşım farkı, incelediğimiz uluslararası hukuk belgelerindeki hükümlerin yazımına yansımıştır. Nitekim ASHİ’de ve AÖH’da görünen yetkinin koşullarının oluşması durumunda, temsil olunanın temsilciye yetki verdiğinin kabul edildiği ifade edilirken; UTSİ’de ve Konvansiyon’da temsil olunanın üçüncü kişiye karşı sadece temsilcinin yetkisizliğine dayanamayacağı zikredilmiştir. Bir başka ifade ile UTSİ’de ve Konvansiyon’da temsil olunanın temsilciye yetki verdiği kabul edilmez. Bu konuda İngiliz hukuku birinci sistemi benimser. Diğer ulusal hukuk düzenleri ise genel olarak ikinci yaklaşımı desteklemektedir. Kanımızca görünen yetkiye ilişkin koşulların oluşması halinde, temsilci tarafından yapılan işlemin taraflar arasında doğrudan etkili olacağına ilişkin olarak benimsenen ikinci sistemin vardığı sonuç isabetlidir. Aksi yönde ulaşılabilecek bir netice, taraflar arasındaki menfaat dengesini haksız bir şekilde üçüncü kişinin lehine değiştirecektir. Görünen yetkiye ilişkin koşulların meydana gelmesi halinde, temsilciye veya temsil olunana yönelme hususunda tanınacak bir seçim hakkı, üçüncü kişinin yetkili bir temsilci ile işlem yapmaktan daha elverişli bir konuma gelmesi anlamını taşır. Diğer yandan görünen yetkiye ilişkin hükümler uygun olduğu ölçüde dolaylı temsilde de geçerli olacaktır. Zira dolaylı temsilde taraflar arasında benzer bir menfaat durumu söz konusudur. Nitekim temsil olunanın beyanları veya davranışları, iyiniyetli üçüncü kişi nezdinde kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmeye yetkili bir temsilci ile işlem yaptığının güvenmesine neden olabilir. Böylece ASHİ’de, Konvansiyon’da ve Hollanda hukukunda dolaylı temsil ilişkisinde belirli koşullarda görünen yetkiye ilişkin kurallar gereğince temsil olunan ile üçüncü kişinin birbirlerine doğrudan yönelmeleri gündeme gelecektir. Ancak temsil olunanın gizli kaldığı bir ilişkide, temsil olunanın davranışlarına veya beyanlarına dayalı olarak meydana getirilen bir görüşün bahsedilemeyeceğinden, görünen yetkiye ilişkin hükümler uygulanamaz.

Dış temsil yetkisi başlığı altında ele aldığımız temsil yetkisinin kaynağı konusunda bir dizi kurallar öngörülür. BK. m. 41 f. 2 ve BK. m. 42 f. 3, dış temsil yetkisinin kanuni dayanağını oluşturur. Ancak her iki kural, değişik olgular karşısında

ihtiyaçları karşılamaktan ve hukuki kesinliği sağlamaktan uzak bir görünüm sergilemektedir. BK. m. 41 f. 2'nin yazılış şekli, düzenlemenin sadece yetkinin kapsamına ilişkin olduğuna işaret etmektedir. Temsilcinin i yetkiye sahip olduğu durumları dışlayan bir içerik taşıdığından, tarafların menfaatleri arasında dengenin sağlanması düşüncesiyle kapsama ilişkin kuralın kıyasen yetkinin varlığına da uygulanması gerektiği kabul edilir. Katlanmaya ve görünüşe dayalı temsil, BK. m. 41 f. 2 kapsamında ele alınmaktadır. Bir kimsenin, temsil yetkisini gerektiren bir konuma tayinin oluşturacağı yetki bildirimi de BK. m. 41 f. 2'ye dayandırılır. Yetkinin varlığı konusunda yaratılan bütün hukuki görünüş olgularının BK. m. 41 f. 2'ye dahil edilmesi, hukuki belirsizliğe neden olmaktadır. Diğer yandan BK. m. 42 f. 3, dış temsil yetkisine ilişkin özel bir düzenleme öngörür. Temsil olunan, bildirdiği yetkiyi geri aldığı halde, bunu üçüncü kişiye bildirmediğinde, yetkinin devam ettiği hususunda oluşturduğu görünüşten sorumludur. Ancak düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere üçüncü kişinin korunması, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak yetkinin sadece iradi sona ermesi ile sınırlıdır. BK. m. 45 (BK. m. 37) ise temelde temsilcinin iyi niyetini korumaktadır. nc kişi, iyi niyetli olması koşuluyla sadece dolaylı olarak korunur. Oysa işlem hayatının desteklenmesi düşüncesinden hareketle, temsil olunan tarafından bildirilen yetkiye iyi niyetle güvenen üçüncü kişinin lege de ferenda temsilcinin iyiniyetinden bağımsız olarak bütün sona erme nedenlerinde korunması gerekir.

Türk ve İsviçre hukukunda, temsilcinin üçüncü kişi ile olan ilişkisinde yetki belgesini kullanmasında değişik sorunlarla karşılaşıldığını görmekteyiz. Uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde ileri sürülen fikirler, geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Bu durum hukuk güvenliğini sarsacak boyutlar taşımaktadır. Zira somut bir olaya ilişkin yaklaşımların birbirlerinden tamamen ayrışması, uygulamada önemli zorlukları karşımıza çıkarır. Öncelikle kendisine yetki belgesi ibraz edilen üçüncü kişi, temsilcinin belgeden anlaşılan kapsamda yetkili olduğuna ilişkin güveninde korunmalıdır. Bu sonuca yetki belgesinin temsil olunan tarafından üçüncü kişilere ibraz edilmesi amacıyla temsilciye teslim edilmesinden bağımsız olarak ulaşılması gerekir. Temsilcinin bilinçli bir şekilde haberci sıfatına aykırı hareket ederek, belgeyi öngörülmeyen bir kimseye sunması, üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. nc kişi, temsil olunanın gerçek iradesini, yetkinin baştan itibaren verilmediğini, yetkinin sona

erdiğini veya sınırlandığını bilmediği sürece, belgeden anlaşılan yetkinin varlığına ilişkin güveninde korunmalıdır. Ancak yetki belgesinin üçüncü kişiye ibrazının mutlaka yetki bildirimine yol açacağı konusunda BK. m. 41 f. 2 açık bir düzenleme öngörmez. Bu durum üçüncü kişinin haklı menfaatlerinin korunması bakımından dengesiz bir sonuçtur. Zira üçüncü kişi, herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan ibraz edilen yetki belgesindeki yetkinin varlığına güvenebilmelidir. Temsil yetkisinin sona ermesi veya geri alınması, belgenin muhatabı açısından önemsizdir. Bu konuda temsil olunanın bildiği ve bilmesi gereken ya da bilmediği ve bilmesinin gerekmediği üçüncü kişi ayırımından bağımsız bir şekilde belgenin muhatabına tam koruma sağlanmalıdır. Oysa Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun açık düzenlemesi gereğince, yetkinin geri alınmasına veya yetkiyi sona erdiren kanuni bir nedenin oluşmasına karşılık, temsil olunanın yetki belgesini geri almakta ihmalinin olması durumunda, BK. m. 44'te (İBK. m. 36) öngörülen sorumluluk rejiminin uygulanması gerekir. Ulaştığımız bu sonucun, lege de ferenda savunulamayacağını vurgulamamız gerekir. Diğer yandan Borçlar Kanununun öngördüğü düzenleme gereğince, yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesinden sonra yetkinin geri alınması, temsil olunanın bilmediği veya bilmesinin gerekmediği üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Pozitif hukuku dikkate alarak ulaştığımız bu sonuç da hakkaniyete uygun değildir. Temsil belgesini düzenleyerek hâkimiyet alanını genişleten bir kimse, ortaya çıkacak olası riskleri üstlenmelidir. Temsil olunanın hiç sorumlu olmaması, temsil kurumunun bünyesine ve üçüncü kişinin haklı menfaatlerine uygun değildir. Bu konuda özellikle Alman Medeni Kanununda öngörülen enstrümanlar üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasına etkili çözümler sunmaktadır. Alman MK. m. 172 gereğince, yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesi, yetkilendirmenin özel bildirimi niteliğindedir. Böylece üçüncü kişi, belgede tanımlanan kapsamda yetkinin varlığına ilişkin güveninde korunmaktadır. Temsil olunan, yetki belgesinin içeriğinden anlaşılmayan sınırlamaları ileri süremez. Belgenin temsil olunana iadesine veya hükümsüz kılınmasına kadar temsil yetkisinin etkili olacağının açıkça düzenlenmesi, hukuki istikrarın tesisine hizmet etmektedir. Zira bir taraftan üçüncü kişi yetki belgesinde tanımlanan temsil yetkisinin varlığına ilişkin güveninde korunurken, diğer taraftan temsil olunana bu güveni etkisiz kılma olanakları tanınmaktadır. Hukuk sistemimizde benzer pozitif düzenlemelerin



öngörülmesi, işlem hayatının desteklenmesi ve tarafların menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması bakımından isabetli olacaktır.

Bütün uluslararası hukuk sistemleri temsil yetkisinin kapsamını pozitif olarak düzenlemiştir. Yetkinin kapsamı kural olarak temsil olunanın iradesine göre tayin edilir. Ancak temsil olunanın iradesi açık olmadığında veya yetkinin kapsamına ilişkin bir tereddüt hasıl olduğunda, irade beyanlarının yorumlanmasında geçerli olan genel ilkeler gözetilir. Ulusal hukuk sistemlerinde beyanın güven ilkesi ışığında yorumlanması gerektiği kabul edilir. Beyana muhatap olan kişinin içinde bulunduğu koşullar güven ilkesi uyarınca gözetilerek, bu beyana verilmesi gereken anlama göre sonuca ulaşılmaktadır. Yetkinin kapsamının tayininde özellikle yetkinin verilme amacı, temsil olunanın menfaati ve temel ilişki dikkate alınır. Bütün uluslararası hukuk belgelerinde temsilcinin, yetkilendirmenin amacını gerçekleştirmek için durumun gerektirdiği bütün işlemleri yapma yetkisine sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Ulusal hukuk sistemlerinde de benzer sonuçlara ulaşılmaktadır. Münhasıran BK. m. 504 f. 2 (İBK. m. 396 f. 2), vekâletin, vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini kapsadığını öngörerek, uluslararası metinlerde düzenlenen kural ile ortak bir bakış açısını taşımaktadır. BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 3) ise üçüncü kişilere bildirilen yetkinin kapsamının, bu bildirimle göre tayin edileceğini düzenler. Bu bildirimin açık olmaması halinde, üçüncü kişinin güven ilkesi ışığında bildirimle vermesi gereken anlama göre sonuca ulaşılabacaktır. Bu konuda yetkinin verilme amacı, ancak üçüncü kişi tarafından tanındığında veya tanınabilir olduğunda dikkate alınır. ASHİ m. 3:201 f. 3, dış yetkilerin verilmesi kadar kapsamını da işleme avantajını sunmaktadır. Nitekim ASHİ m. 3:201 f. 2, iç yetkilerin kapsamına ilişkin olmasına karşılık, üçüncü fıkra ile olan bağlantısı gereğince yetkilerin verildiği amaç kıstasını üçüncü kişilere dayatmaktadır. Dış yetkilerin kapsamı, üçüncü kişilerin iç yetkiler üzerindeki algıları ile tayin edilecektir. ASHİ’de öngörülen bu etkili düzenlemenin ulusal hukuk sistemimizde gözetilmesi isabetli olacaktır. Son olarak hukuki istikrarın desteklenmesi düşüncesiyle belirli yetkilerin kapsamlarının kanuni düzenlemelere konu olduğunu görmekteyiz. Temsil yetkisinin kanuni kapsamı içerisinde işlem yapan üçüncü kişilerin güvenleri korunmaktadır. Bu temsilcilerin yetkileri özel düzenlemelere konu

olmasına rağmen, temsile ilişkin genel hükümlerin uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulacağından kuşku duymamak gerekir.



## **Dördüncü Bölüm**

### **MENFAAT ÇATIŞMASI VE ALT TEMSİL**

Türk ve İsviçre hukuk sisteminde menfaat çatışması ve alt temsil kavramları temelde temsil yetkisinin kapsamı içerisinde ele alınmasına rağmen, iki konuya ilişkin detaylı incelemelerin olmadığını görmekteyiz. Ancak bu iki önemli konu birçok hukuk düzeninde pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu bölümde menfaat çatışması ve alt temsil kavramına ilişkin olarak değişik hukuk sistemlerinin bakış açısını inceleyerek, hukukumuz karşısındaki konumlarını tespit edeceğiz. Bu tespiti gerçekleştirdikten sonra ulaşılmaması gereken sonuçlar üzerinde durulacaktır.

#### **I. MENFAAT ÇATIŞMASI**

##### **A. GENEL BAKIŞ**

Tipik bir temsil ilişkisinde temsil olunanın menfaatlerini korumak ve desteklemek yükümlülüğünde olan temsilcinin karşısında, kendi menfaatlerini sağlamaya çalışan üçüncü bir kişi bulunur. Temsilcinin değişik saiklerden hareketle, kendi menfaatlerini temsil olunanın zararına gözetme ihtimali de söz konusudur. Böylece temsilci, birden fazla tarafın menfaatlerinin karşılaştığı bir ortamda yer alır. Bu süreç içerisinde temsilcinin, hesabına hareket ettiği temsil olunanın zararına olmak üzere kendi veya temsil ettiği diğer bir temsil olunanın ya da üçüncü bir kişinin menfaati doğrultusunda hareket etmesi tehlikesi mevcuttur. Günümüzde gelişmiş bir ekonominin karmaşık ilişkilerinde, bireylerin kendi menfaatleriyle üçüncü kişilerin menfaatlerinin çatışması adeta kaçınılmaz bir hal almaktadır. Bu durum temsil olunan için büyük bir tehlike oluşturmamasına rağmen, tüm hukuk sistemlerinin buna etkili bir çözüm sunduğu söylenemez. Zikredilen nedenleri göz önünde bulunduran bazı ulusal ve uluslararası metinler menfaat çatışması kavramını işlemektedir.

## B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE MENFAAT ÇATIŞMASI

### 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Menfaat Çatışması

ASHİ m. 3:205, menfaat çatışmasına bir çözüm sunmaktadır<sup>869</sup>. Bir temsilcinin yaptığı sözleşme, temsilci hakkında üçüncü kişinin bildiği veya bilmesinin mümkün olduğu bir menfaat çatışması içerdiğinde, temsil olunan bu sözleşmeyi iptal edebilir. Bir sözleşme menfaat çatışmasına rağmen yapıldığında, bu sözleşme temsil olunan tarafından ASHİ m. 3:205 f. 1 gereğince iptal edilebilecektir. İptal usulü, ASHİ m. 4:112 - 4:116'ya tabidir. Temsil olunana tanınan bu iptal olanağı, temsil olunanı korumayı amaçlar. Ancak temsilci aracılığı ile yapılan bir sözleşmeye yaptırım uygulanması, bunun üçüncü kişiye karşı hakkaniyete uygun olması halinde mümkün olmalıdır. Bu anlamda temsil olunana sağlanan iptal olanağı, menfaat çatışmasının üçüncü kişi tarafından bilinmesi veya bilinmesinin mümkün olması koşuluna bağlanarak, üçüncü kişinin çıkarları dengeli bir şekilde gözetilmektedir. İlkeler sisteminde iki özel menfaat çatışmasına yer verildiğini görmekteyiz. Temsilcinin aynı anda iki temsil olunanı temsil etmesi, bir başka ifade ile çifte temsilci olarak işlem yapması halinde, menfaat çatışmasının varlığı kabul edilir. Bu durumda temsilci, potansiyel karışık menfaatlere sahip iki kişiyi dikkate almak zorundadır. Taraflardan birinin menfaatlerinin ihmal edilmesi riski yüksektir<sup>870</sup>. Temsilcinin sözleşmeyi kendisi ile yapmasında, yani temsil olunanın karşısına üçüncü kişi sıfatıyla çıkması halinde de aynı potansiyel menfaat çatışması mevcuttur. Bu iki durumda, aksi kanıtlanabilen önemli bir menfaat çatışmasının bulunduğu varsayılır. Örneğin iş sahibi, temsilcisi A'ya, X şirketine ait 50 hisse senedini güncel piyasa fiyatına göre satın alması talimatını

<sup>869</sup> “Menfaat Çatışması” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:205, “(1) Bir temsilcinin yaptığı sözleşme, temsilci hakkında, üçüncü kişinin bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı bir menfaat çatışmasını içeriyorsa, temsil olunan sözleşmeyi 4.112 ilâ 4.116 hükümlerine göre iptal edebilir. (2) (a) Temsilci, üçüncü kişinin de temsilcisi olarak hareket etmiş ise veya (b) Sözleşmeyi kendisi ile kişisel sıfatıyla yapmış ise bir menfaat çatışması varsayılır. (3) Bununla birlikte: (a) Temsilcinin böyle hareket etmesine muvafakat etmişse veya temsilcinin böyle hareket ettiğini bilmemesi mümkün değilse veya (b) Temsilci, menfaat çatışmasını açıklamışsa ve temsil olunan uygun bir süre içinde itiraz etmemişse sözleşmeyi iptal edemez” şeklindedir.

<sup>870</sup> Hükümün 2. fıkrasının (a) bendinde öngörülen çifte temsilde, her iki temsil olunan sözleşmeyi iptal edebilir.

verir. X şirketine ait hisse senedi bulunan A, kendi senetlerini güncel piyasa fiyatına göre iş sahibine sattığında, menfaat çatışmasının etkisizleştirildiği sonucuna varılır<sup>871</sup>.

Temsil olunanın sözleşme öncesi ve sözleşmenin yapılması sırasındaki davranışları nedeniyle sözleşmeyi iptal edememesine ilişkin koşullara ASHİ m. 3:205 f. 3'te yer verilmiştir<sup>872</sup>. Temsil olunan, menfaat çatışmasını teşkil eden temsilcinin hareketine muvafakat etmişse, sözleşmeyi iptal edemez. Çatışmayı pozitif olarak bilen temsil olunanın sözleşmeyi iptal edemeyeceğini belirtmemiz gerekir. Temsil olunan yetkileri vereceği sırada temsilcinin yapmaya hazırlandığı sözleşme nedeniyle bir menfaat çatışması içerisinde bulunduğunu bildiğinde, temsilci iyiniyetle bu çatışmaya rağmen hareket etmesine muvafakat edildiği sonucuna varacaktır. Ancak temsil olunanın, menfaat çatışmasını yetkiyi verdiği anda bilmesi ile yetkiyi verdikten sonra öğrenmesi arasında farklı bir değerlendirmeyi gerektiren bir neden bulunmaz. Temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket ettiğini temsil olunanın bilmesinin mümkün olduğu hallerde de aynı durum geçerlidir (f. 3 a). Hükmün ikinci cümlesinde, temsil olunanın normatif bilgisi sonucu olarak sözleşmeyi iptal edememesi öngörülür. Diğer yandan temsilci, menfaat çatışmasını temsil olunana açıklamışsa ve temsil olunan uygun bir süre içinde itiraz etmemişse, sözleşme iptal edilemez (f. 3 b). Temsil olunanın işlemin yapılmasını engelleme imkânına sahip olması için açıklamanın işlemin yapılmasından önce gerçekleştirilmesi gerekir. Temsil olunan, açıklamanın yapılmasından itibaren uygun bir süre içerisinde itiraz etmezse, işlem iptal edilemez. Açıklamadan itibaren temsil olunan hareket etmek zorundadır. Bunu yapmadığı takdirde, işleme muvafakat ettiği kabul edilir. Bu açıklama f. 2 (a)'da her iki temsil olunana yönelik yapılmalıdır.

Temsil olunanın sözleşmenin yapılmasından sonraki davranışları ve bu davranışların hukuki sonuçları, ASHİ m. 3:205 f. 1 aracılığı ile değinilen ASHİ m. 4:112 – m. 4:116 hükümlerine tabi olacaktır. Temsil olunan, menfaat çatışmasını bildiği

---

<sup>871</sup> ASHİ m. 3:205 Yorum D.

<sup>872</sup> Hükümde sözleşmeye muvafakat edilmesinden söz edilmez. Fransızca metin yanılgıya neden olabilecek şekilde yazılmıştır. Bu konuda Almanca ve İngilizce metinleri kesin bir açıklık taşımaktadır. Nitekim metinler, “*consented to the agent's so acting*” ve “*dem Handeln des Vetreters*” yazımını içermektedir.

veya bilmesi gerektiği andan itibaren uygun bir sürede (m. 4:113)<sup>873</sup> kararını bildirerek (4:112)<sup>874</sup> sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak temsil olunan, sözleşmeyi açıkça veya örtülü onadığında, sözleşmeyi iptal edemez (m. 4:114)<sup>875</sup>.

ASHİ m. 3:205 hükmü doğrudan temsil kısmında yer almakla birlikte, dolaylı temsile dayalı olarak yapılan işlemlerde benzer menfaat çatışmaları doğabilecektir. Örneğin bir temsil olunanın dolaylı temsilcisine, bir üçüncü kişiden temsil olunan hesabına ve kendi adına mal satın alması talimatı verdiğini düşünelim. Temsil olunan, dolaylı temsilcisinden malı 15.000 TL'ye satın almasını istemekte, ancak 20.000 TL'ye kadar azami bir ödeme yapabileceğini bildirmektedir. Dolaylı temsilci aynı zamanda malı satmaya hazır olan üçüncü kişinin doğrudan temsilcisidir. Temsilci, malı başka bir kişiden 15.000 TL'ye alması mümkün ise de, doğrudan temsilcisi olduğu üçüncü kişinin menfaatlerini baskın olarak gözeterek, malı üst tutar olan 20.000 TL üzerinden satın alır. Temsilci, sözleşmeyi bir tarafın dolaylı temsilcisi ve diğer tarafın doğrudan temsilcisi olarak yaptığından, sözleşme temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulur. Üçüncü kişi, temsilcinin temsil olunanın dolaylı temsilcisi olarak hareket ettiğini bilmektedir. Temsilci, ilgili mal teslim edilmeden ve üçüncü kişi bedeli almadan iflas eder. İlkeler sisteminde üçüncü kişi, ASHİ m. 303 (b) uyarınca temsil olunana doğrudan yönelebilecektir. Üçüncü kişinin doğrudan temsil olunana yönelebileceğini kabul ettiğimizde, temsil olunanın menfaatleri etkili şekilde temsil edilmemiş olacaktır. Dolaylı temsil olunanın, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeyi reddedebilmesinde önemli bir menfaatinin olduğunu kabul etmemiz gerekir. Temsil olunan, işlemi doğrudan temsilci aracılığı ile gerçekleştirseydi, üçüncü kişi ile olan sözleşmeyi menfaat çatışmasına dayalı olarak iptal edebilirdi. Temsil olunanın, dolaylı temsil ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek bir menfaat çatışması halinde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede katılımını ortadan kaldırma olanağına sahip olması, menfaatlerinin yeterince korunması sonucunu doğuracaktır. Böylece üçüncü kişi, temsil

<sup>873</sup> “Süre” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 4.113, “(1) İptal bildirimi, iptal eden tarafın, ilgili olayları bildiği veya bilmesinin gerekeceği ya da serbestçe hareket edebildiği andan itibaren, durumlara göre uygun bir süre içinde yapılır” düzenlemesini öngörmektedir.

<sup>874</sup> “İptal Bildirimi” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 4:112, “İptal, sözleşmenin diğer tarafına bildirme yolu ile gerçekleşir” şeklindedir.

<sup>875</sup> “Onama” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 4:114, “Bir sözleşmeyi iptal etme hakkı olan taraf, iptal sebebini öğrendikten veya serbestçe hareket etme olanağına kavuştuktan sonra açıkça veya örtülü olarak onarsa, artık sözleşmeyi iptal edemez” düzenlemesini kapsamaktadır.

olunana karşı doğrudan yönelemez. Dolaylı temsilin uygulandığı hallerde benzer menfaat çatışmalarının doğmasının mümkün olması karşısında, İlkeler’de dolaylı temsil başlığı altında konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmesi gerekirdi. Mevcut düzenleme karşısında, belirttiğim sonuca yorum yoluyla ulaşılması tartışmaya açıktır. Kanaatimce ASHİ m. 3.205’in dolaylı temsil ilişkilerine uygun olduğu ölçüde kıyasen uygulanması sonucunda, zikredilen hedeflere ulaşılması mümkün gözükmektedir.

## **2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları’nda Menfaat Çatışması**

AÖH’da menfaat çatışmasına ilişkin öngörülen düzenleme, ASHİ’de benimsenen kural ile sadece kelime düzeyinde farklar içermektedir. İki belgenin menfaat çatışmasında öngördüğü koşullar örtüşür. AÖH II. 6:109 (f. 1) gereğince, bir temsilci tarafından yapılan işlem, temsilci hakkında üçüncü kişinin bildiği veya makul olarak bilmesinin beklenebildiği bir menfaat çatışmasını içeriyorsa, temsil olunan bu işlemi II. 7:209 (İptal Bildirimi) ilâ II. 7:213 (Kısmî İptal) arasındaki hükümlere göre iptal edebilir. Açıklayıcı yorumlarda temsil olunana işlemi iptal etmesi veya etmemesi konusunda karar vermesi olanağının tanınmasıyla, temsil olunanın menfaatlerinin korunduğu; üçüncü kişinin işlemi korumadaki menfaatinin ise üçüncü kişinin menfaat çatışmasını bilmesi veya makul olarak bilmesinin beklenmesi koşulu ile sağlandığı vurgulanmaktadır. Böylece temsilci, bir menfaat çatışmasına rağmen işlemi yapmışsa, temsil olunan bu işlemi iptal edebilir. Hükmün ikinci fıkrası, potansiyel menfaat çatışmasını içeren iki özel durumu ele alır. Temsilci, üçüncü kişinin de temsilcisi olarak hareket etmişse veya işlemi kendisi ile kişisel sıfatıyla yapmışsa, aksi kanıtlanabilen bir menfaat çatışması varsayılır. Temsilci bir işlemi sonuçlandırırken, kendisi veya aynı anda sözleşen her iki taraf için hareket ederse, üçüncü fıkra sıralanan gerekçelerden birinin uygulanmaması halinde, temsil olunan bu işlemi iptal edebilecektir. Çifte temsilde her iki temsil olunan sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir.

Temsil olunanın işlemin yapılmasından önceki davranışlarına dayalı olarak iptalin dışlandığı dört durum, hükmün üçüncü fıkrasında belirtilmiştir<sup>876</sup>. ASHİ’den

---

<sup>876</sup> AÖH II. 6:109 f. 3 gereğince, “Temsil olunan: (a) Temsilci, temsil olunanın önceden rızasını alarak hareket etmişse, (b) Temsilci, menfaat çatışmasını temsil olunana açıklamışsa ve temsil olunan uygun bir süre içinde itiraz

farklı olarak (d) bendinde, temsil olunanın iç ilişki kapsamında temsilciyi yetkilendirmesi halinde, menfaat çatışmasına tabi olan işlemin iptal edilemeyeceği düzenlenmiştir. AÖH'nun IV. Kitap'ta, temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişkileri ayrıntılı olarak düzenlediği dikkate alındığında, bu yönde bir kurala yer verilmesine şaşırılmamak gerekir. Ancak bu kural, temel olarak (a) bendinde yer verilen hükmün kapsamı içerisinde ele alınabileceğinden, ASHİ'deki düzenlemenin eksik olduğu ileri sürülemez. Menfaat çatışmasının açıklanması, temsilcinin işleminden önce gerçekleşmesi gerekir. Temsil olunan, temsilciyi harekete geçmeden önce önleyebilecek bir konumda olmalıdır. Böylece temsil olunan makul bir süre zarfında itiraz etmediği takdirde, fiili ya da kanunen varsayılan bilgi, işlemin iptalini engeller.

Temsil olunanın sözleşmenin yapılmasından sonraki davranışları, AÖH II. 7:209 – 7:213 kapsamında değerlendirilir. Bu anlamda temsil olunan, menfaat çatışmasını bildiği veya makul olarak bilmesinin beklendiği andan itibaren uygun bir sürede (II. 7:210) kararını bildirerek (II: 7:209), sözleşmeyi iptal edebilecektir. Temsil olunan tarafından açıkça veya örtülü onanan sözleşme iptal edilemez (II: 7:210).

### 3. UNIDROIT Bünyesinde Hazırlanan Belgelerde Menfaat Çatışması

Konvansiyon menfaat çatışmasına ilişkin bir hüküm öngörmez. Zira konu temsil olunan ile temsilci arasındaki bir iç ilişki olarak değerlendirilir<sup>877</sup>. UTSİ'nin hazırlanması sürecinde de menfaat çatışmasının iç ilişkiye ait olduğu veya dış ilişkiye ilişkin olmadığı yönünde büyük tartışmalar yaşanılmasına rağmen, bu konuya ilişkin düzenlemeye “*Temsilcilerin Yetkisi*” bölümünde yer verilmiştir<sup>878</sup>. Hüküm, tasarının dışında bırakılamayacak kadar önemli bir konu olması gerekçesiyle bölüme dahil edilmiştir<sup>879</sup>.

---

etmemişse, (c) Temsil olunan başka türlü, temsilcinin menfaat çatışması içinde olduğunu bildiğinde veya makul olarak bilmesinin beklenebilmesinde, uygun bir süre içinde itiraz etmemişse, (d) Temsilci, herhangi başka bir sebepten ötürü temsil olunanın karşısında bu işlemi yerine getirmek için IV. D. 5:101 (Kendisiyle Sözleşme Yapma) veya IV. D. 5:102 (Çifte Vekâlet) dayanağı ile yetki sahibi yapılmışsa, işlemi iptal edemez”.

<sup>877</sup> UNIDROIT 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 158 (Çeşitli 158). Nitekim Konvansiyon'da “Kendisiyle Sözleşme Yapma”, “Yetkinin Kötüye Kullanılması”, “Alt Temsil” konularının işlenmemesinin önemli bir eksiklik olduğu savunulmaktadır. Bu konuda bkz. BONELL, (AJCL 1984), s. 748.

<sup>878</sup> Schlechtriem, konunun temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiye dayalı olması nedeniyle, bu bölümün dışında olduğu ve yerel hukuka tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Common law ve civil law yaklaşımı konusunda bkz. UNIDROIT 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 157 (Çeşitli 157).

<sup>879</sup> UNIDROIT 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 156 (Çeşitli 156).



UTSİ m. 2.2.7 f. 1 gereğince, temsilcinin yaptığı sözleşme, üçüncü kişinin bildiği veya gerekli özeni göstermesi halinde bileceği bir menfaat çatışmasını içermesi halinde, iptal edilmesi mümkündür<sup>880</sup>. Üçüncü kişinin gerçek veya normatif bilgisinin öngörülmesinin amacı, kusursuz üçüncü kişinin sözleşmenin varlığını devam ettirmesindeki menfaatini korumaktır. Örneğin B perakendecisi, A satış temsilcisinden kendi hesabına belirli malları satın almasını talep eder. A ise malları kendisinin çoğunluk hissedarı olduğu C şirketinden satın alır. B, C şirketinin, çoğunluk hissedarı olan A'nın menfaat çatışmasında olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini kanıtlayabilmesi halinde, sözleşmeyi iptal edebilecektir<sup>881</sup>. İptal usulü ile ilgili olarak m. 3.12, m. 3.14 ilâ 3.17 arasındaki hükümler uygulanır. Böylece temsil olunan, menfaat çatışmasını bildiği veya bilmesi gerektiği ya da serbestçe hareket edebildiği andan itibaren uygun bir sürede (m. 3.15: “*İptal Süresi*”), diğer tarafa bildirim yoluyla (m. 3.14: “*İptal Bildirimi*”) sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak temsil olunan, iptal süresinin başlamasından itibaren sözleşmeyi açıkça veya örtülü onadığında, sözleşme iptal edilemez (m. 3.12: “*Onama*”). UTSİ’de öngörülen düzenleme ilk bakışta diğer uluslararası hukuk belgeleriyle uyumlu özellikler göstermektedir. Ancak hükümde, üçüncü kişinin korunma ölçüsünün farklı olduğu göze çarpmaktadır. Avrupa düzleminde oluşturulan hukuk belgelerinde temsil olunanın iptal olanağı, üçüncü kişinin menfaat çatışmasına ilişkin bilgisizliğinde ağır kusuru öngörürken; UTSİ sözleşmenin iptali için üçüncü kişinin bilgisizliğinde hafif kusuru yeterli kabul etmektedir<sup>882</sup>. Ticari işlemlerde güvenin ve kolaylığın temel alınması nedeniyle, işlemin ayakta tutulması hedefine özel hukuk işlemlerine nazaran öncelik verilmesi gerekirken, hafif kusurun dahi iptal için yeterli görülmesi eleştiriye açıktır. UTSİ’deki düzenlemenin çıkış noktası, tacir olan üçüncü kişinin gerekli dikkati göstermesi zorunluluğudur. Hükümün ikinci fıkrasında ise temsil olunanın, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket etmesine muvafakat etmesi veya menfaat çatışması içerisinde hareket ettiğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde, sözleşmeyi iptal edemeyeceği öngörülür. Aynı

<sup>880</sup> UTSİ m. 2.2.7, “(1) Bir temsilcinin yaptığı sözleşme, temsilci hakkında, üçüncü kişinin bildiği veya bilmesi gereken bir menfaat çatışmasını içeriyorsa, temsil olunan sözleşmeyi iptal edebilir. İptal hakkına ilişkin 3.12 ve 3.14 ilâ 3.17 madde hükümleri uygulanır” şeklindedir.

<sup>881</sup> UTSİ m. 2.2.7 Yorum 2, Örnek 2.

<sup>882</sup> Bu özellik, hükümlerin yazımına yansımaktadır. Nitekim ASHİ’de “*could not have been unaware*”, AÖH’da “*could reasonably be expected to have known*” ifadelerine yer verilirken; UTSİ’de “*ought to have known*” yazımı tercih edilmektedir.

şekilde temsilcinin menfaat çatışması içerisinde işlem yaptığını temsil olunana bildirmesine karşılık, temsil olunanın uygun bir sürede bu duruma itiraz etmemesinin iptal hakkını ortadan kaldırdığı düzenlenmektedir<sup>883</sup>.

Avrupa düzleminde oluşturulan hukuk belgeleri, temsilcinin kendisiyle işlem yapması veya çifte temsilci olarak hareket etmesi halinde, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde olduğuna ilişkin aksi kanıtlanabilen bir varsayımı öngörmektedir. UTİSİ’de ise bu yönde bir varsayım düzenlenmemiştir. İlkeler’in hazırlanması çalışmalarında bu iki durumda öngörülen varsayımların tutarlılığı konusunda tereddütler oluşmuştur. Nitekim temsilcinin kendisiyle işlem yapmasının veya çifte temsilci olarak hareket etmesinin günümüz dünya ticaretinde uygulamasının sık olması ve zorunlu olarak menfaat çatışmasını içermemesi gerekçesiyle, bu iki işlem türünde çatışmanın varlığı konusunda bir varsayımın hüküm altına alınmasına karşı çıkan görüşler ağırlık kazanmıştır<sup>884</sup>. Açıklayıcı yorumlarda, temsilcinin iki temsil olunan için hareket ettiği veya kendisiyle sözleşme yaptığı hallerde menfaat çatışmasının sık yaşandığının, ancak bu tür işlemlerde gerçek bir menfaat çatışmasının oluşmayabileceğinin altı çizilmiştir. Özellikle iki temsil olunan için hareket edilmesinin ilgili ticari sektörün uygulamalarına uygun olabileceği gibi, temsil olunanın olası bir menfaat çatışmasını etkisiz kılmak amacıyla temsilciye manevra yapabilmesi için boşluk bırakmayacak şekilde kesin bir yetki verebileceği ifade edilmiştir<sup>885</sup>. Böylece temsil olunan, menfaat çatışmasının varsayıldığı sistemlerden farklı olarak bu iki tür işlemde menfaat çatışmasının varlığını ispat etmek zorundadır.

---

<sup>883</sup> UTİSİ m. 2.2.7, “(2) Bununla birlikte temsil olunan: (a) Temsilcinin menfaat çatışmasına dahil olmasına muvafakat etmişse veya bunu biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, (b) Temsilci, temsil olunana menfaat çatışmasını bildirmişse ve temsil olunan uygun bir süre içinde buna itiraz etmemişse, sözleşmeyi iptal edemez” şeklindedir.

<sup>884</sup> UNİDROİT 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 165-172. Çalışma grubunda yer alan Lando, bu iki durumda menfaat çatışmasının ispatının temsil olunana yüklenmemesi gerektiğini savunmuştur. Yazar, varsayımın hüküm altına alınmasının isabetli olacağını vurgulamıştır.

<sup>885</sup> UTİSİ m. 2.2.7 Yorum 1.

## C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE MENFAAT ÇATIŞMASI

### 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Menfaat Çatışması

#### a. Genel Bakış

Temsilcinin gerçekleştirdiği işlemler, potansiyel menfaat çatışması tehlikesine açıktır. Ancak bu konuda Türk-İsviçre Borçlar Kanununun temsile ilişkin genel hükümlerinde bir düzenleme öngörülmez. Bu hukuk sistemlerinde menfaat çatışması kavramı geleneksel olarak “*Kendi Kendisiyle Sözleşme Yapma*” ve “*Çifte Temsil*” başlığı altında ele alınır. Kuşkusuz temsilci tarafından yapılan işlemlerde ortaya çıkacak menfaat çatışması, bu iki işlem türü ile sınırlı değildir. İşlem hayatında farklı menfaat çatışması hallerine rastlanmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında Türk-İsviçre hukuk sisteminde menfaat çatışması ile ilgili olarak ulaşılan sonuçları inceleyeceğiz.

#### b. Temsilcinin Bizzat Kendisiyle veya Çifte Temsilci Sıfatıyla İşlem Yapması

Doğrudan ve dolaylı temsilde temsilcinin tipik faaliyet alanı, kendisini yetkilendiren temsili olunan hesabına bir üçüncü kişi ile hukuki işlem yapmasıdır. Ancak temsilcinin, bir üçüncü kişi yerine sözleşme tarafı olarak bizzat kendisiyle işlem yapması veya iki temsil olunan hesabına hareket etmesi mümkündür. Temsilcinin bu şekilde işlem yapması önemli özellikler taşır<sup>886</sup>. Bir sözleşme BK. m. 1 gereğince, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Oysa temsilci tarafından yapılan bu işlemlerde, iradelerini açıklayan iki kişi olmadan tek bir kişinin iradesi açıklanır. Doktrinde hukuk tekniği açısından, temsilcinin aynı anda temsil olunan ve kendisi veya iki temsil olunan için irade açıklamak suretiyle, işlem yapabileceği kabul edilir<sup>887</sup>. Tarafların haklı menfaatlerinin korunması düşüncesinden

<sup>886</sup> Temsilcinin, üçüncü bir kişi ile işlem yapmak yerine kendi kendisiyle işlem yapması halinde, “*temsilcinin kendisiyle işlem yapması*” söz konusudur. Temsilcinin kendisini yetkilendiren temsil olunanlar arasında işlem yapması halinde ise “*çifte temsil*”den bahsedilir.

<sup>887</sup> VON BÜREN, s. 158. Von Tuhr/Peter, temsilcinin biri kendi adına, diğeri temsil olunan adına olmak üzere iki irade beyanını açıkladığını ifade etmektedir. VON TUHR/PETER, s. 364, dn. 51. Yavuz ise dolaylı temsilcinin kendisiyle sözleşme yapmasını, sözleşmesel hükümler meydana getiren tek taraflı bir hukuki işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eder. Yapılan sözleşme, tek bir kararın sonucudur. Böylece dolaylı temsilci tek bir irade açıklamasıyla, kendisiyle yaptığı sözleşmenin bir tarafı olarak dolaylı temsil olunan hesabına ve kendi adına; diğeri tarafı olarak da kendi adına ve hesabına veya kendi adına olduğu halde bir başka dolaylı temsil olunan hesabına hareket etmektedir. YAVUZ, s. 201. Hofstetter, komisyoncunun kendisiyle işlem yapmasının (Selbsteintritt) tek

hareketle, temsilcinin işlemlerinin objektif olarak incelenebilecek şekilde dış dünyaya yansıtılarak gerçekleştirilmesi gerekir. Temsilcinin tamamen iç dünyasına yönelik olarak yürüteceği bir süreç, temsilin sözleşmesel etkilerini meydana getiremez. Bu konuda ticari defter kaydı, resmi veya özel belge hazırlanması, banka hesaplarında temsil olunana ilişkin işlemler veya temsil olunana yapılacak bir bildirim yeterli olacaktır<sup>888</sup>.

Türk ve İsviçre hukukunda doğrudan ve dolaylı temsilde temsilcinin kendisiyle veya iki temsil olunan hesabına hukuki işlem yapmasını genel olarak düzenleyen bir hüküm yer almaz<sup>889</sup>. İçtihatlar ve doktrin, temsilcinin bu tarz işlemler yapmasını engelleyen bir kuralın bulunmamasına rağmen, işlemlerin temsil olunana zarar verme tehdidini içeren menfaat çatışmasını barındırdığı için yasağın uygulanması gerektiğini savunur<sup>890</sup>. Bu tür işlemlerde temsilcinin temsil olunana nazaran kendi menfaatlerini tercih edebileceği, iki temsil olunan için hareket edildiğinde ise içlerinden birinin menfaatlerini gözetmeme tehlikesinin bulunduğu kabul edilir<sup>891</sup>. Ancak aynı zamanda menfaat çatışmasının bu yasağın sınırı olduğu; menfaat çatışmasının bulunmadığı veya temsil olunana zarar verme tehlikesinin olmadığı hallerde, temsilcinin kendisiyle veya

---

tarafı, varması gerekli bildirim niteliğinde yenilik doğuran bir hak olduğunu savunmaktadır. HOFSTELLER, s. 212. Esener, temsilcinin kendisiyle sözleşme yapmasını sui generis bir sözleşme olarak tarif eder. Esener (Temsil), s. 87. Bu konuda katılmadığımız farklı görüşlere de rastlanmaktadır. Pestalozzi, temsilcinin işlemi bir üçüncü kişiyle yapmasının doğrudan ve dolaylı temsilin koşullarından biri olduğunu, dolaylı temsilcinin kendisiyle işlem yapmasının üçüncü kişiyle ilişkili olmamasından ötürü ortada bir dolaylı temsilin bulunmadığını ifade etmektedir. Temsil olunanın karşısında bir üçüncü kişi değil, temsilcinin bizzat kendisi yer aldığından, üçüncü kişinin yokluğu nedeniyle dolaylı temsilin sınırları dışında yer alan bir süreç söz konusudur. PESTALOZZI, s. 66-67. Busch, bir aracının, dolaylı temsilci sıfatı ile kendi kendisiyle bir sözleşme yapamayacağını savunmaktadır. Yazara göre, bu durumda sadece aracı sözleşmeye taraf olur. Oysa bir sözleşmenin yapılması için en az iki tarafa ihtiyaç vardır. Aracı, iki temsil olunanın dolaylı temsilcisi sıfatı ile sözleşme yaptığından, sadece aracının taraf olduğu bir sözleşme oluşacağından, bunun da geçerli olmadığını ifade etmektedir. BUSCH (Indirect Representation), s. 281

<sup>888</sup> VON BÜREN, s. 158.

<sup>889</sup> Ancak Borçlar Kanununda tipik bir dolaylı temsilci olan komisyoncunun kendisiyle işlem yapması pozitif olarak düzenlenmektedir. Bu konu "*Komisyoncunun Kendisiyle İşlem Yapması*" kenar başlığı altında BK. m. 543'te "*a. Bedel ve ücret*", BK. m. 544'te "*b. İşlemi kendisiyle yapmış sayılma*", BK. m. 545'te "*c. İşlemi kendisiyle yapma hakkının düşmesi*" çözüme kavuşturulmaktadır.

<sup>890</sup> BGE 127 III 332 c. 2a: "*Federal mahkemenin istikrarlı içtihatları uyarınca, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması, menfaat çatışmalarına sebebiyet verdiği için yasaktır.*"; BGE 120 II 5 c. 2c; BGB 93 II 461 c. 6a; BGB 89 II 321 c. 5: "*mevcut menfaat çatışmalarından dolayı*"; BGE 82 II 388 c. 4. Federal Mahkemenin eski kararlarında da, temsil olunana zarar verme riski nedeniyle yasağın varlığından söz edilir. BGE 39 II 561 (s. 566 ve s. 568); BGB 50 II 168 [183]; BGB 57 II 556 [560]; BGE 63 II 174; BGE 95 II 617 c. 2 a [621]. BUCHER, s. 638; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1439.

<sup>891</sup> Çifte temsile dayalı olarak yapılan bir işlemde işin niteliği, menfaat çatışmasının temsil olunandan sadece birine zarar verme riskini taşıması mümkündür. Örneğin temsil olunandan biri kesin olarak belli bir fiyattan satma talimatını verdiğinde, ancak diğeri bu kadar kesin bir talimat vermediğinde (örneğin karşı fiyat bildirmediğinde veya o anda satın alma emri vermediğinde), sadece ikinci temsil olunan açısından menfaat çatışması vardır.

çifte temsilci sıfatıyla sözleşme yapmasının geçerli olduğu sonucuna varılır<sup>892</sup>. Belli bir fiyat belirlenerek veya piyasa ya da borsa fiyatı üzerinden temsilcinin yapacağı işlemlerde, temsil olunanın zarara uğraması tehlikesinin bulunmadığı kabul edilir<sup>893</sup>. İşlemlere piyasa fiyatının uygulanması halinde, temsil olunan için dezavantaj tehlikesinin olmayacağını savunan yazımın geniş olduğu görülmektedir<sup>894</sup>. Nitekim kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket eden komisyoncunun kendisiyle işlem yapmasına ilişkin BK. m. 543'e göre, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan kambiyo senetleri veya diğer kıymetli evrakı ya da ticari malları satmaya veya satın almaya yetkili kılınan komisyoncu, vekâlet veren tarafından aksine talimat verilmemişse, satın alacağı mal yerine kendi mallarını satabilir veya satacağı malı kendisi için satın alabilir. Bu hüküm temsil olunanın menfaatini koruduğundan, komisyon sözleşmesi dışındaki temel ilişkilerde de uygulanma kabiliyetini haizdir<sup>895</sup>. Temsil olunana sadece bir hak tanıyan veya bir borcun yerine getirilmesini öngören işlemler temsilci tarafından bizzat kendisiyle yapılabilecektir<sup>896</sup>. Böylece temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması veya çifte temsilci olarak hareket etmesi, doğrudan ve dolaylı temsilde mümkün olacaktır<sup>897</sup>. Ancak doğrudan temsilde oluşturulan kuralların, uygun değişikliklerle dolaylı temsile ilişkin hukuki değerlendirmelerde gözetilmesi gerekir<sup>898</sup>.

<sup>892</sup> BGE 120 II 5 c. 2c: "Menfaat çatışması tehlikesinin bulunduğu durumlarda, temsilcinin kendisiyle yaptığı işlemlerde, temsil yetkisinin sınırlandırılması söz konusudur"; BGE 93 II 461 c. 6a (S. 481): "Temsil olunan iki kişi arasında herhangi bir menfaat çatışması bulunmadığında, dolayısıyla temsilcinin diğerinin zararına olacak şekilde birinden avantaj sağlamasından endişe duymak için hiçbir nedenin olmadığı hallerde, çifte temsil kabul edilir"; BGE 89 II 321 c. 5 (S. 325): "Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasının mümkün olması için temsilci ile temsil olunan arasında menfaat karşıtlığının bulunmaması ve uzantısında temsil olunanın zarara uğramasının endişe etmeyeceği objektif bir durum olması yeterlidir"; BGE 95 II 617 c. 2a: "Sözleşmenin niteliği temsil olunanın zarara uğraması tehlikesini ortadan kaldırmadığı takdirde, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması yasaktır"; BGE 89 II 321 (S. 326): "İsviçre hukukunda kendisiyle işlem yapma yasağı, temsil olunanın zarara uğraması tehlikesinin bulunmadığı durumlarda uygulanmaz".

<sup>893</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 70; TEKİNAY/AKMAN, s. 180. BGE 82 II 388 [393]; BGE 39 II 568; BGE 93 II 461, c. 6a (S. 481 ve S. 483): "Sözleşmenin koşulları önceden tüzel kişinin yönetim kurulu tarafından kesin olarak belirlenmiştir. Çifte temsilin tüzel kişiliğe zarar vermesi tehlikesi bulunmaz".

<sup>894</sup> Ancak temsilcinin bu hallerde dahi, sözleşmeden haksız avantaj elde etmesi mümkündür.

<sup>895</sup> Zikredilen hükmün dolaylı temsilcinin iki temsil olunan hesabına işlem yapmasında da uygulanması isabetli olacaktır. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 203.

<sup>896</sup> Örneğin temsilci, temsil olunanın alacaklısı olduğunda, kendi hesabına borcu ödeyebilir. BGE 125 V 434 (S. 437). Ancak sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesinde dahi içtihadın ihtiyatlı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. BGE 89 II 321 (özellikle S. 327); BGE 57 II 556 (özellikle S. 561): "Temsil olunana zarar verme tehlikesi kısıtı, her halükârda uygulanmalıdır".

<sup>897</sup> GAUTSCHİ, m. 436, n. 1a.

<sup>898</sup> KOLLER (AT), n. 1495.

Türk ve İsviçre hukukunda, temsilcinin bizzat kendisiyle işlem yapmasında, menfaat çatışmasının varlığı karine olarak kabul edilir<sup>899</sup>. Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasında geliştirilen ilkelerin, kıyasen çifte temsilde de geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>900</sup>. Özenli bir temsilci, çifte temsilci sıfatıyla veya kendisiyle işlem yaptığında, bu işlemlerin dürüstlük ilkesi uyarınca temsil olunanın menfaatine aykırı olduğunu algılayacaktır. Böylece temsilci işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, sözleşmenin bir menfaat çatışmasını barındırdığını bilmediğini ileri süremez.

### c. Bizzat Kendisiyle Yapılan Sözleşmelerden Farklı Menfaat Çatışmaları

Temsilcinin güven ilkesi ışığında yapacağı yorum, kendisine verilen yetkilerin içeriklerini belirler. Yetkilerin yorumunda uygulanan güven ilkesinin kapsamını belirleyen farklı kıstaslar arasında, temsil olunanın menfaatlerine özel bir önem atfedilir<sup>901</sup>. Makul hiçbir temsilci, menfaat çatışması içerisinde temsil olunanı yükümlendirmeye yetkili olduğunu düşünemez. Böylece dürüst ve iyi niyetli temsilcilerin, güven ilkesi uyarınca menfaat çatışmasını algılamaları gerektiğinden hareket edilir. Diğer yandan üçüncü kişi, bildirilen yetkilerin varlığına iyi niyetli olmak kaydıyla güvenebilir (BK. m. 41 f. 2). Ancak üçüncü kişi, bu bildirimini güven ilkesi ışığında yorumlamak zorundadır. Bu noktada üçüncü kişinin, yetkilerin verilmesini temsilciden farklı olarak yorumlaması, temsilcinin temsil olunanı bir menfaat çatışması varsayımında yükümlendirme yetkisine sahip olduğunu düşünmesi için hiçbir neden yoktur. İyi niyetli bir üçüncü kişi, kendisine yapılan bildirimin menfaat çatışması içerisinde bulunan bir temsilcinin gerçekleştirdiği işlemi kapsayacağını bekleyemez. Tüzel kişilerin organlarında veya yetkilerinin kapsamı kanunla belirlenen ticari temsilcilerde, durumun farklı olmadığını belirtmek gerekir. Bu kişilerin ve organların, kanunun tarif ettiği şekilde tüzel kişinin amacının gerektirdiği her türlü işlemi yerine

<sup>899</sup> BGE 127 III 332, c. 2a ve BGB 126 III 364, c. 3: “düzenli olarak menfaat çatışmalarına götürdüğünden”; BGB 95 II 442; BGB 93 II 461; BGB 82 II 388. Zach/Künzle, bizzat kendisiyle yapılan bir sözleşmenin varlığının temsil olunanın muvafakati ile birlikte incelenmesini tavsiye eder. Muvafakat olmadığında, menfaat çatışmasının ilke olarak bulunması nedeniyle yasak varsayılır. Ancak temsilci, zarar verme tehlikesinin bulunmadığını ispat edebilir. ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 82. Benzer yönde Gauch/Schlupe, kendisiyle işlem yapmanın ve çifte temsilin, menfaat çatışması tehlikesi nedeniyle kural olarak yasak olduğunu ifade eder. Ancak işin niteliği temsil olunanın zarara uğrama tehlikesini taşııyorsa veya temsil olunan temsilciye özel yetki vermişse, yapılan işlem geçerlidir. Yetkisiz olarak yapılan işlemin onanması, temsili etkili kılar. Bu kurallar çifte temsilde de uygulanır. GAUCH/SCHLUEP, n. 1439-1440.

<sup>900</sup> BGE 112 II 506; BGE 98 II 219.

<sup>901</sup> BGE 82 II 388 (S. 392).

getirme yetkileri bulunur. Ancak bu yetkilerin, temsilciler ve üçüncü kişiler tarafından iyi niyetle ve güven ilkesine uygun olarak yorumlanmaları zorunludur. Bu yorum şekli, temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde bulunduğu hallerde, şirket amacının temsilcinin tüzel kişiyi yükümlendirebileceği düşüncesini bertaraf etmektedir<sup>902</sup>. Nitekim tüzel kişilerin organları tarafından yapılan işlemlerin menfaat çatışması yasağına tabi olduğu genel olarak kabul edilir<sup>903</sup>.

Üçüncü kişi, temsilcinin içinde bulunduğu menfaat çatışmasını biliyorsa, onun temsil olunanı bağlama yetkisine sahip olduğunu savunamaz. Aynı şekilde MK. m. 3 f. 2 gereğince koşulların kendisinden beklediği özeni göstermeyen üçüncü kişinin, menfaat çatışmasına temel olan olayları bildiği kabul edilir. Buna karşılık üçüncü kişi, temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde olduğunu bilmiyorsa ve bilecek durumda değilse, temsilcinin yetkileri konusundaki iyi niyetini ileri sürebilir (BK. m. 41 f. 2). Bu durumda yapılan işlemin geçerliliği doğruluğunu, temsilin barındırdığı tehlikelerde bulmaktadır. Temsil olunan, bir temsilci vasıtasıyla hareket etmeyi tercih ettiğinde, temsilin getirdiği avantajlara karşılık, tehlikelerini üstlenmesi gerekir. Nitekim doktrin, üçüncü kişinin temel olarak temsilcinin yetkisizlik tehlikesini üstlenmesi gerektiği fikrini reddeder<sup>904</sup>. Risklerin bu şekildeki dağılımı, temsil olunanın, bir temsilcinin kendisine rağmen hareket etmesini önlemek için sahip olduğu araçlarla doğrulanmaktadır<sup>905</sup>. Ancak temsil olunan yetkileri üçüncü kişiye bildirmediğinde, BK. m. 41 f. 2 uygulanmaz. Bu durumda üçüncü kişinin olası iyi niyeti korunmaz<sup>906</sup>. Böylece genel temsil ilkeleri uyarınca, üçüncü kişinin temsilcinin bir menfaat çatışması

<sup>902</sup> Federal mahkemenin bu yönde açık kararları mevcuttur. BGE 126 III 361: “Kendi kendisiyle işlem yapılması, menfaat çatışmalarına sebep olması ve şirket amacını kapsamaması nedeniyle kural olarak yasaktır”; BGE 95 II 442: “Sınırlı sorumlu şirketin tüzüğe göre amacı, müdürün kişisel menfaatine kefaletle yer vereceği şeklinde anlaşılamaz”.

<sup>903</sup> Temsilcinin kendisiyle ve çifte temsilci sıfatıyla yaptığı işlemlere ilişkin kurallar tüzel kişilerin organlarına, ticari şirketlere ve kanuni temsilcilere kıyasen uygulanabilir. SCHWENZER, n. 42.11. BGE 95 II 617 : “Bir kişi, her iki tarafın organı veya temsilcisi olarak hukuki işlem yaptığı anda aynı geçerlidir”; BGE 89 II 321; BGE 126 III 361 (S. 363); BGE 127 II 332. Organlar tüzel kişinin doğrudan iradesini oluşturduğundan, bir menfaat çatışması ihtimalinin bulunmadığını ifade eden aksi yönde kararlar da söz konusudur. BGE 98 II 211: “Kişisel menfaatleri doğrudan tehlike içerisinde olmadığında, iki tüzel kişinin organı niteliğini taşıyan bir gerçek kişi, bunlar arasında geçerli olarak hukuki işlemler yapabilir”. Zikredilen mahkeme kararına yer veren Bucher, iki tüzel kişinin organı sıfatıyla işlem yapılmasının geçerli kabul edilmesini isabetli bulmaktadır. BUCHER, s. 638 dn. 133 ve s. 640 dn. 142. Bu yaklaşım açıkça çok ileri gitmektedir. Çünkü çifte organ, işgal ettiği pozisyona göre, tüzel kişilerden birinin menfaatlerini daha iyi korumayı tercih edebilecektir. Tüm çifte temsil durumlarında olduğu gibi, bir menfaat çatışmasının varlığı nedeniyle, genel kurallar uygulanmalıdır.

<sup>904</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 115.

<sup>905</sup> Bu tehlike müşterek yetki vermek suretiyle güçlü bir şekilde sınırlandırılabilir. Ayrıca bkz. BGE 105 II 110 c. 3.

<sup>906</sup> Üçüncü kişinin yetkinin varlığı ve kapsamı konusundaki iyiniyeti genel olarak korunmaz. VON TUHR/PETER, s. 399.

içerisinde bulunduğu bilgisinden bağımsız olarak işlem etkili olmaz. Tartışılan konu, üçüncü kişiye bildirilmeyen talimatlarla veya iç sınırların aşılmasıyla ilgili olarak ulaşılan sonuçlara yakındır. Nitekim içtihatlar, iç sınırların aşılmasının üçüncü kişiler tarafından bilinmelerinden bağımsız olarak temsili geçersiz kıldığını öngörmektedir<sup>907</sup>. Bilinmeyen menfaat çatışmaları, bu tür sınırlamalara benzer şekilde tamamen dahili niteliktedir. Dolayısıyla menfaat çatışmaları için de aynı sonuç kabul edilmelidir. Temsil olunan, üçüncü kişiye yetkiyi bildirmediğinde, menfaat çatışması üçüncü kişi açısından bilinebilir olmasa dahi temsil etkili olmaz<sup>908</sup>.

Bu esaslar doğrultusunda bizzat kendisiyle yapılan sözleşme ve çifte temsil işlemleri dışındaki farklı menfaat çatışması varsayımlarında temsilin geçerli olmadığına kanaat getirilmektedir<sup>909</sup>. Nitekim temsilci organ, üçüncü kişiden kişisel sıfatıyla aldığı parayı ödeme konusunda şirketi yükümlendirdiğinde, menfaat çatışmasının tanınabilir olması nedeniyle temsil etkisiz kabul edilir<sup>910</sup>. Aynı durum temsilcinin kendi borcunu teminat altına almak için temsil olunanın malını yükümlülük altına soktuğunda, temsil olunanın malını üçüncü kişi lehine teminat olarak kullandığında veya hesabına ödenmek üzere temsil olunanın bankasına havale talimatı vermesinde söz konusudur<sup>911</sup>. Belirtilen olgularda temsilci sadece bir tarafı temsil etmesi nedeniyle, ortada kendi kendisiyle yapılan bir sözleşme yoktur. Sorun açıkça belli olan menfaat çatışmasından kaynaklanmaktadır.

---

<sup>907</sup> Federal mahkeme kararında, “*Bildirim yapılmadığı takdirde talimatların dikkate alınmaması, yetkilendirmenin aşılmasında olduğu üzere temsil olunanı bağlamaz. Temsil olunan, üçüncü kişiye karşı yetkilendirme işleminin içeriğine dayanabilecektir. Üçüncü kişiye bildirilmeyen bir yetkinin sınırlandırılması, temsilciye açıklanmasıyla etkili olur. Temsilci bunu dikkate almadığında, temsil olunan sınırlandırmanın ihlalini üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir*” sonucuna ulaşmıştır. Bu konuda bkz. BGE 99 II 39.

<sup>908</sup> Uygulamada yetkilerin üçüncü kişilere değişik şekillerde bildirildiği görülmektedir. Doktrinde bir kimsenin işyerinde belli bir konuma getirilmesinin, üçüncü kişilerin nazarında olağan olarak bu iş ile ilgili hukuki işlemlerin yerine getirilmesi yetkisinin verildiği anlamına geldiği kabul edilir. VON TUHR/PETER, s. 385. Mahkeme kararları benzer sonuca ulaşmıştır. Federal mahkeme 21.07.1994 tarihli kararında bu hususu vurgulamaktadır. “*(...) dem Sohn sei eine betriebliche Stellung eingeräumt worden, mit den üblicherweise eine Vollmacht verbunden sei (...)*”. Bu konuda bkz. BGE 120 II 197 (S. 204); BGE 105 II 110. Diğer önemli bildirim şekilleri arasında ticaret siciline yapılan kayıtlar, katlanmaya ve görünüşe dayalı yetkiler yer alır.

<sup>909</sup> BGE 126 III 361; BGE 111 II 284; BGE 96 II 439; BGE 107 II 105 c. 6a.

<sup>910</sup> BGE 126 II 361; BGE 127 III 332.

<sup>911</sup> Zach/Künzle, benzer ekonomik olguları bünyesinde barındıran yakın bir durum olarak nitelendirmekte ve temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına ilişkin kurallardan etkilendiğini ifade etmektedir. ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 78. Benzer örnek ve değerlendirmeler için bkz. WATTER, m. 33, n. 19; FELLMANN, m. 398, n. 130.



Doktrinde kendi kendisiyle yapılan sözleşme ve çifte temsil ile eşdeğer nitelik oluşturmayan az sayıda menfaat çatışması örneği sunulur<sup>912</sup>. Ancak Türk-İsviçre hukuk sistemleri bu tür menfaat çatışması tehlikelerini tanımaktadır<sup>913</sup>. Nitekim BK. m. 553, ticari temsilcilerin ve vekillerin temsil ettikleri işyerine karşı rekabet etmelerini yasaklar. Bu yasak, Adi ortaklıkta ortaklar (BK. m. 626), Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri (TTK. m. 396), Kollektif şirket ortakları (TTK. m. 230) ve Limited şirket müdürleri (TTK. m. 626) için de öngörülür. Rekabet yasağının ihlali, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasında veya çifte temsilde karşılaşılan menfaat çatışmasından tamamen farklı türde bir çatışma oluşturur. Bu süreçte temsilcinin rakip işyerine avantaj sağlaması, dolaylı olarak da kendisine menfaat elde etmeye yönelik çalışmalarda bulunması tehlikesi nedeniyle, yetkinin sınırlandırılması söz konusudur.

#### **d. Menfaat Çatışması Yasağının Düzenleyici Niteliği**

Türk-İsviçre hukuk doktrini ve içtihatları, menfaat çatışması yasağının düzenleyici bir nitelik taşıdığı konusunda uzlaşmaktadır<sup>914</sup>. Bu yaklaşım, herkesin kendisi için dezavantajlı bir sözleşme yapmakta özgür olduğu anlayışına dayanır<sup>915</sup>. Temsil olunan, menfaat çatışması yasağının kendisine sunduğu korumadan vazgeçebilir.

<sup>912</sup> VON DER CRONE Hans Casper, Interessenkonflikte im Aktienrecht, RSDA 1994, sayfa 1-8.

<sup>913</sup> İsviçre MK. m. 68'de ve Türk MK. m. 82'de "Oy hakkından yoksunluk" kenar başlığında, "Hiçbir dernek üyesi, dernek ile kendisi, eşi, üstsoyu ve altsoyu arasındaki bir hukuki işlem veya uyumsuzluk konusunda alınması gereken kararlarda oy kullanamaz." düzenlemesi yer alır. TTK. m. 393'te "Müzakereye katılma yasağı" kenar başlığında, "Yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatleriyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatleriyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz. Bu yasak, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır. Tereddüt uyandıran hâllerde, kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya da ilgili üye katılamaz. Menfaat uyumsuzluğu yönetim kurulu tarafından bilinmiyor olsa bile, ilgili üye bunu açıklamak ve yasağa uymak zorundadır." düzenlemesi öngörülmüştür. TTK. m. 395, "Şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı" kenar başlığında "(1) Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz. (2) Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler" şeklindedir.

<sup>914</sup> WATTER, m. 33, n. 19; KOLLER, n. 1493; TEKİNAY/AKMAN, s. 179-180; İNCEOĞLU, s. 213; BGE 93 II 461, c. 6a (S. 481); BGE 126 III 361, c. 3a (S. 363); Yarg. 11. HD. 10.06.1988 gün, 4317 E. – 3844 K. sayılı karar (Uygur, cilt 1, s. 1212); Yarg. 11. HD. 19.10.1981 gün, 4359 E. – 4309 K. sayılı karar (Karahasan, Genel Hükümler, s. 701-702).

<sup>915</sup> Nitekim Zach/Künzle, temsil olunanın zararına olacağına beklendiği veya kesin olduğu hallerde dahi, temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına olanak sağlayan özel bir yetkisinin olabileceğini, bu yöndeki bir yetkinin genel olarak veya sadece belli durumlar için dahi verilebileceğini vurgulamaktadır. ZACH/KÜNZLE, BK m. 33, n. 80-81; BGE 93 II 461, c. 6a (S. 481).

Böylece temsil olunan, menfaat çatışmasına muvafakat etmek suretiyle sözleşmenin tehlikesini üstlenebilir.

Temsil olunanın işleme muvafakati, menfaat çatışması yasağının sınırını oluşturur. Temsil olunanın muvafakati işlemten sonra gerçekleştiğinde, onamadan söz edilir. Buna karşılık muvafakat, işlemten önce verildiğinde, temsil yetkisinin kapsamını genişleten özel bir yetkilendirmenin<sup>916</sup> varlığından bahsedilir.

### **i. Gerçek Muvafakat**

Taraflar arasındaki temel ilişki veya temsil olunanın yetkilendirme beyanı, temsiliye menfaat çatışması içerisinde hareket etme olanağını tanıyabilir. Hiç şüphesiz temsil olunan, yetkinin verilmesinden sonra da temsilcinin menfaat çatışması içerisinde olduğu bir işlemi yapmasını öngörebilir.

Doktrin ve içtihatlar, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket etmesine ilişkin muvafakatin açık veya örtülü olabileceğini kabul eder<sup>917</sup>. Yavuz, BK. m. 543 kapsamına girmeyen bir hukuki işlem yapılması durumunda, dolaylı temsilcinin sahip olduğu yetki gereğince bizzat kendisiyle işlem yapması hususunun açıklığa kavuşturulmasında amaca en elverişli sonucun güven ilkesinin uygulanması ile elde edilebileceğini savunur. Dolaylı temsil olunanın önceden izin verdiği veya sonradan uygun bulunduğu hallerde menfaat çatışmasına rağmen, temsilci bizzat kendisiyle işlem yapabilir. Dolaylı temsil yetkisinin kapsamı, dolaylı temsil olunanın tanınabilen iradesine göre tayin edilecektir. Buna göre, dolaylı temsil yetkisinin verildiği irade açıklamasını dürüst ve makul bir temsilci sıfatıyla yorumlayan dolaylı temsilci, kendisiyle işlem yapabileceği sonucuna ulaşmışsa, dolaylı temsilcinin bizzat kendisiyle yaptığı işlem, temsil olunana karşı ileri sürülebilir. Aksi takdirde yetkisiz dolaylı temsile

<sup>916</sup> Bu özel yetki, genel de olabilir. Temsilci bu durumda menfaat çatışması içerisinde olduğu işlemleri genel olarak yerine getirebilecektir.

<sup>917</sup> WATTER, m. 33, n 19; AKYOL, s. 337; İNCEOĞLU, s. 213. Federal mahkeme kararı bu hususu açıkça vurgulamaktadır. BGE 93 II 461 (özellikle S. 482). Ancak doktrinde ve uygulamada, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket etmesi yetkisinin özel veya açık olması gerektiği sonucuna da varılmaktadır. GAUCH/SCHLUEP, n. 1440; KELLER/SCHÖBI, s. 71; REİSOĞLU, s. 136. BGE 95 II 617 (S. 621): “dieser den Vertreter zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt oder ihn nachträglich genehmigt hat”; BGE 126 III 361; BGE 127 III 332. Yargıtay’ın yetkinin açıkça verilmesi gerektiğini kabul eden kararı mevcuttur. Yarg. 11. HD. 10.06.1988 gün, 4317 E. – 3844 K. sayılı karar (Uygur, cilt 1, s. 1212).

ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir<sup>918</sup>. Bu yaklaşım, dolaylı temsilcinin çifte temsilci sıfatıyla yaptığı işlemleri kapsayacak tarzda, diğer menfaat çatışması hallerinde de geçerlidir. Özellikle çifte temsilin tipik olduğu borsa faaliyetlerinde aracı kurumların alım ve satım işlemlerinde, temsilcinin iki temsil olunan hesabına hareket etmesinin taraflarca bilinmesi, aracı kuruma yetki veren kimselerin menfaat çatışmasına rağmen, işlem yapılmasına örtülü olarak muvafakat ettiklerini göstermektedir.

## **ii. Normatif Muvafakat**

Menfaat çatışmasının olduğu bir durumda gerçek bir muvafakatin bulunmamasına rağmen, temsilin geçerli kabul edilmesi temsil olunanın davranışlarına dayanabilir. Uluslararası hukuk belgelerinde temsil olunanın, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesinin beklenmesinde ya da temsilcinin menfaat çatışmasını bildirmesine rağmen uygun bir süre içerisinde itiraz etmemesi durumunda, sözleşmeyi iptal edemeyeceği öngörülmektedir. Hükümlerde normatif muvafakatin koşullarına yer verilmiştir.

Türk ve İsviçre hukukunda menfaat çatışmasına rağmen, temsilin geçerliliği aynı koşullara mı tabidir? Konuya güven ilkesi ışığında yaklaşılmaktadır. Güven ilkesi bir irade beyanının, onu ortaya koyanın verdiği anlama değil, beyana muhatap olanın iyi niyetli bir şekilde atfettiği anlama sahip olduğunu öngörür. Pasif davranışlar da bu kurala tabi irade beyanları olarak kabul edilebilir<sup>919</sup>. Böylece pasif davranışın belli bir anlamı olduğunda, sahibinin bundan kaçınmak için aktif bir davranış sergilemesi gerekir. Temsil olunanın oluşturulan görüntüyü yıkan bir reaksiyonunun olmaması halinde, sözde temsilcinin faaliyetlerini bilmesi için herhangi bir nedenin bulunmaması dışında, sözde temsilci tarafından yerine getirilen işlemler geçerli olur. Bu süreç, görünen yetkideki olgularla açıklanabilir. Görünen yetkide esasen temsil olunanın yetki verme yönünde bir iradesi bulunmaz. Yukarıda değindiğimiz üzere görünen yetkide, beyanların veya davranışların bir yetkinin oluşumu üzerindeki etkileri değerlendirilir. İncelediğimiz konuda ise temsilcinin sadece menfaat çatışmasından uzak bir şekilde hareket etme yetkisi söz konusudur. Dolayısıyla temsil olunanın sessizliğinin,

---

<sup>918</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 204.

<sup>919</sup> BGE 120 II 197.

temsilcinin var olan menfaat çatışmasından uzak hareket etme yetkisini genişletip genişletmediğinin araştırılması gerekir. Yetki verme yönünde bir iradenin bulunmamasına rağmen, temsil olunanın pasif davranışının yetkinin verildiği sonucuna ulaşıldığı bir sistemde, aynı pasif davranışın var olan yetkileri genişleteceği evleviyetle kabul edilmelidir. Dolayısıyla temsil olunanın sessizliğinin değerlendirilmesinde, görünen yetkinin incelenmesinde geliştirilen kıstasların dikkate alınması isabetli olacaktır. Böylece katlanmaya ve görünüşe dayalı yetkinin oluşumunda uygulanan kıstasların, yetkilerin ilk kapsamlarının ötesinde sınırlarının genişlemesinde uygulanabilmeleri nedeniyle, temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde olmasına rağmen, temsil olunanı bağlayacak tarzda yetki genişlemelerini de düzenlediklerine kanaat getirebiliriz<sup>920</sup>.

Temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde kendisini bağlayacak bir işlem yapmaya hazırlandığını bilen temsil olunanın üçüncü kişi karşısında sessizliğini koruması, onun temsilcinin faaliyetine muvafakat ettiği anlamına gelecektir. Temsil olunan, temsilcisinin sürekli ve genel bir menfaat çatışması içerisinde bulunduğunu bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, yetkileri kaldırmayarak temsilin geçerliliğine muvafakat ettiği sonucuna varılır. Diğer yandan temsil olunan, temsilci ile ilgili olarak açıkça kısıtlanan yetkilerin verilmesinden sonra sürekli ve genel bir menfaat çatışmasından haberdar olduğunda veya olması gerektiğinde, sözleşmenin örtülü değiştirilmesine ilişkin genel kurallara uygun bir şekilde sessiz kalmakla, kısıtlamanın kaldırdığını ve iç yetkilerin genişletildiğini kabul edebiliriz. Ancak temsil olunanın, temsilcisinin bir menfaat çatışması içerisinde hareket etmesi durumunda işlemle bağlı olmayacağını üçüncü kişiye bildirmesine karşılık, bu bildirimi temsilciye yönelik olarak yapmaktan kaçınması halinde, üçüncü kişinin kötü niyetine rağmen, temsilcinin güven ilkesi uyarınca yetkilendirildiğini düşünmesi mümkündür. Temsil olunanın iç ilişkide yaptığı sınırlamalara karşılık, temsilin geçerli kabul edilmesinin temel amacı, bir taraftan iyi niyetli karşı sözleşenin korunmasını sağlamak, diğer taraftan temsilcinin falsus procurator gereğince sorumlu olmamasını teminat altına almaktır. Oysa açıkladığımız olguda üçüncü kişi iyi niyetli olmamakta, temsilcinin de temsilin geçersizliği nedeniyle BK. m. 47 gereğince bir sorumluluğu oluşmamaktadır. Zira BK.

---

<sup>920</sup> ROUILLER, s. 391-392.

m. 47 uyarınca üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, zararının giderilmesini talep edemez. Böylece üçüncü kişinin kötü niyetine rağmen, iç yetkiler temsili etkili kalmaz. Rouiller, üçüncü kişinin bu durumda iç yetkileri ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir<sup>921</sup>.

Temsil olunanın, temsilcisinin içinde bulunduğu çatışmanın bilincinde olması gerektiği anı belirlemede göstereceği dikkatin ölçüsünde, kendisi için hareket eden kişileri denetleme görevine dayanılabilir. Bu konuda genel ve kesin kıstasların öngörülmesi zordur. Bu görev, işyerinde veya sözleşme ilişkisinde beklenen denetim derecesine bağlıdır. Örneğin temsilcinin büyük bir manevra alanından yararlanan bir kimse olduğu veya denetlemenin uzun aralıklarla yapılabildiği hallerde, beklenen denetim derecesi daha düşük olur. Bu aralıklarda gerek temsilci gerekse üçüncü kişi, temsil olunanın menfaat çatışmasının bilincinde olduğu fikrinden yola çıkarak hareket edemez. Bu açıdan tüzel kişilerin konumu belirleyicidir. Bir anonim şirketin, menfaat çatışması içerisinde olmayan ve itiraz edebilecek konumda olan bir organının haberdar olmasından önce temsilcisinin bir menfaat çatışması içerisinde olduğunu bilmesi gerektiği ileri sürülemez<sup>922</sup>. Yönetim kurulu çatışma içerisindeyse, bundan genel kurulun haberdar olmasından önce Anonim şirketin normatif olarak bilgi sahibi olduğu sonucuna varılamaz<sup>923</sup>. Denetleme organının, menfaat çatışmasını algılaması gerekir. Denetleme organı TTK. m. 402 ve TTK. m. 403 uyarınca, şüpheli işlemleri bildirmelidir. Şirkete yönelik olarak etkisiz bir denetimin uygulandığı veya işyerlerinin kendi organizasyon yapılarının barındırdığı tehlikelere ilişkin uygun ve yeterli denetim süreçlerine sahip olmadıkları ileri sürülebilir. Bu fikre karşı, her işyerinin bu tür aksaklıkları önleyecek tarzda iyi bir organizasyonu oluşturması ve etkili denetime elverişli bir yapıyı kurması gerektiği ifade edilebilir. Rouiller, işyeri risklerinin kısa argümanlarla tamamen tüzel kişilere yüklenilmesinin isabetli olmadığını zikreder<sup>924</sup>. Bu konuda işlemlerin güvenlik ihtiyacı ile gerçekleştirilebilir denetim süreçleri arasında bir dengenin sağlanması gerekir. Temsil olunanın, çatışmayı bilmesi veya bilmesinin

<sup>921</sup> ROUILLER, s. 392.

<sup>922</sup> 16.12.1969 tarihli BGE 95 II 442 (özellikle S. 455): “Bank für Gemeinwirtschaft AG gegen Konkursmass der Prospera GmbH”.

<sup>923</sup> Bu konuda bkz. BGE 129 III 129.

<sup>924</sup> ROUILLER, s. 393.

mümkün olması halinde, tepki gösterebilecek durumda olmasına rağmen reaksiyon göstermemesi, temsilcinin hareketine muvafakat ettiği görüntüsünü vermektedir. Reaksiyon süresine ilişkin olarak genel ve kesin kıstasların olmadığını tespit etmemiz gerekir. Katıldığımız Rouiller'in görüşüne göre, temsil olunan derhal reaksiyon göstermek zorunda değildir. Temsil olunanın ortaya koyması gerekli olan tepkinin süresinin belirlenmesinde, çatışmanın niteliğinin ve değerlendirilecek seçeneklerin dikkate alınması zorunludur<sup>925</sup>. Hukuki bir avantaja yer vermeyen, düşünmeye izin veren bir süre olması gerekir<sup>926</sup>.

Uluslararası belgelerde temsilcinin, menfaat çatışmasını açıklaması ve temsil olunanın uygun bir süre içinde itiraz etmemesi halinde, sözleşmenin iptal edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler güven ilkesinin somutlaştırılmasına yönelik bir rejim öngörmektedir. Temsil olunan bildirim sayesinde temsilcisinin bir menfaat çatışmasına rağmen, kendisi için hareket etmeye hazırlandığını öğrenir. Böylece gösterilmesi gereken özen ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek her türlü anlaşmazlık ortadan kaldırılmıştır. Bu durumda temsil olunanın sessizliği, katlanmaya dayalı iç yetkiye ilişkin yaklaşım gereğince, temsilci tarafından haklı olarak işlemin yerine getirilmesine muvafakat edildiği şeklinde yorumlanır. Temsil olunanın menfaat çatışmasını ve temsilcinin ilk yetkilerinin ötesinde hareket etme niyetini bilmesi nedeniyle, sessizliğinin normatif muvafakat anlamına gelmesi için geçmesi gereken süre kısa olacaktır. Temsil olunanın çatışmanın farkına varması için gereken süreyi içermemekte, sadece reaksiyon süresini kapsamaktadır. Temsilci, uygun süre içerisinde itiraz edilmediğinde harekete geçeceği izlenimini verdiğinde, bu süre belirleyici olur<sup>927</sup>. Açık bir şekilde çok kısa olmadıkça, temsilci reaksiyon gösterilmemesi durumunda harekete geçme yetkisine sahip olduğunu düşünebilir. Ancak belirtilen süre makul olarak nitelendirilecek asgari süreden fazla olduğunda, sözleşmenin sürenin sona ermesinden önce yapılması halinde, temsilci ilke olarak temsil olunanı bağlayamaz<sup>928</sup>.

---

<sup>925</sup> Örneğin başka bir temsilcinin seçilmesi, aracı kullanılmadan işlemlere müdahale edilmesi, temsilciye kesin talimatlar verilmesi için gerekli süre dikkate alınır. ROUILLER, s. 394.

<sup>926</sup> Temsilcinin faaliyetlerinin beklenmesi ve elde edilecek sonuçlara göre yaklaşım gösterilmesi spekülasyon temellidir.

<sup>927</sup> BGE 56 II 266.

<sup>928</sup> İyiniyetli üçüncü kişinin çatışmanın temsil olunana açıklandığını bildiği, ancak ölçüsüz derecede uzun bir sürenin temsilci tarafından verildiğini bilmediği istisnai durumları saklı tutabiliriz. Temsilci, belirlenen süreden önce ama

### e. Yaptırım Rejimi

İncelediğimiz hukuk belgeleri, temsilcinin menfaat çatışmasına rağmen sözleşmeyi yapması halinde, bu sözleşmenin temsil olunan tarafından iptal edilebileceğini öngörür. Bu anlamda temsil olunan, menfaat çatışmasını bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren uygun bir sürede kararını bildirerek, sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak temsil olunan sözleşmeyi açıkça veya örtülü onadığında, menfaat çatışmasına rağmen yapılan sözleşmenin iptali mümkün olmaz.

Türk ve İsviçre hukuk sisteminde, temsilcinin kendi kendisiyle yaptığı sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilir<sup>929</sup>. Bu geçersizliğin izafi nitelikte olduğu ileri sürülmektedir<sup>930</sup>. Böylece temsil olunanın, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebileceği veya ileri sürmekten vazgeçebileceği; buna karşılık üçüncü kişinin, sözleşme ile bağlı olacağı ve yükümlülükten kurtulmak için menfaat çatışmasını ileri süremeyeceği sonucuna varılır. İlk bakışta uluslararası hukuk belgeleri ile hukuk düzenimiz arasında zamanın geçmesi suretiyle gerçekleşen onama kurgusunda bir farkın olduğu izlenimi göze çarpmaktadır. Belgelerde temsil olunanın menfaat çatışmasını bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren uygun bir süre içerisinde iptal bildirimini gerçekleştirmediği takdirde, sözleşmenin tamamen geçerli olduğu öngörülür. Hukukumuzda ise menfaat çatışması etkisi altında yapılan sözleşmelere BK. m. 46'da (İBK. m. 38) düzenlenen rejim uygulanmaktadır<sup>931</sup>. Bu konuda yerleşik içtihatlar, sözleşmenin açıkça veya örtülü onanması halinde, sözleşmenin geçerli olacağı yönündedir<sup>932</sup>. BK. m. 46 (İBK. m. 38) hükmü, yetkisiz temsil halinde temsil olunanın işlem ile bağlı olmadığını düzenler. Temsil olunanın işlem ile ilgili olarak temsilci veya üçüncü kişi tarafından haberdar edilmesi ve harekete geçmesi için uyarılmasından sonra da aynı durum geçerlidir. Tayin

---

makul bir süre geçtikten sonra sözleşme yapmaya karar verirse, üçüncü kişi temsil olunanın muvafakatiyle hareket edildiğini düşünebilir. Dolayısıyla temsil olunan, muhalefeti göstermek için çok uzun bir süre beklememelidir. ROUILLER, s. 396, dn. 1136.

<sup>929</sup> BGE 127 III 332; BGE 126 III 361; BGE 98 II 211.

<sup>930</sup> ENGEL, s. 415. Von Büren'e göre, yetkisiz olarak kendisiyle veya çifte temsilci sıfatıyla işlem yapılması halinde, işlem tamamen hükümsüz değildir. Bu işlem, temsil olunanın onamasına tabidir. VON BÜREN, s. 159.

<sup>931</sup> VON BÜREN, s. 159; FEYZİOĞLU, s. 420; BGE 82 II 388 c. 4 (S. 393); BGE 95 II 442 c. 7 (S. 456); BGE 98 II 211 c. 8 (S. 219).

<sup>932</sup> BGE 98 II 211 c. 7b (S. 218); BGE 95 II 442 c. 5 (S. 453) ve 6 (S. 455); BGE 93 II 461, c. 6a (S. 481); BGE 89 II 321 c. 6 i.f. (S. 328). Menfaat çatışmasının örtülü onanması ile ilgili olarak Federal Mahkemenin kararı için bkz. 25.08.2000, 4C.335/1999, c. 4a/cc. Uluslararası belgelerde onamanın geçerli olması, onama esnasında temsil olunanın menfaat çatışmasını bilmesine veya bilmesinin gerekmesine bağlıdır. Hukuk sistemimizde bu yaklaşıma aykırı bir durum bulunmaz. Ancak pozitif olarak da doğrulanmamıştır.

edilen sürenin geçmesi, üçüncü kişinin sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulmasını sağlamaktadır.

Temsil olunanın sözleşmenin yapılmasından sonraki sessizliğinin anlamını doğru bir şekilde değerlendirmek için sözleşmenin yapılmasından önceki sessizliğinin kapsamına bakmak gerekir. İlgili menfaatler aynı olduğundan, kapsamın temel olarak farklı olması düşünülemez. Temsil olunan, bir kimsenin kendisinin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, işlemi onamadığını göstermesi gerekir. Aksi halde katlanmaya veya görünüşe dayalı olarak yetkinin verildiği sonucuna ulaşılır. Temsil olunan, temsilcisinin bir menfaat çatışması içerisinde bulunmasına rağmen, sözleşme yapmayı düşündüğünü bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde de bu yükümlülük söz konusudur. Temsil olunan tepki göstermediği takdirde, temsil etkili olur. Buna bağlı olarak temsil olunanın, sözleşmenin kurulmasından sonra temsilcinin sözleşmeyi bir menfaat çatışması içerisinde yaptığını öğrendiğinde veya öğrenmesi gerektiğinde (MK. m. 3 f. 2) benzer bir tepki gösterme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir durumda sessizliğin, onama anlamına geldiği sonucuna varılmalıdır.

Türk ve İsviçre hukuku, bir hukuk süjesinin, sessizliğin kendisini bağlayacağı bir konumda olması halinde, uygun bir süre içinde itiraz etmesi gerektiğini genel olarak kabul etmektedir. Yaklaşımlar bazı farklar içermekle birlikte, özellikle yetkisiz temsilde reaksiyon gösterme yükümlülüğünün varlığı konusunda benzer sonuçlara ulaşılabilir. Yetkisiz olarak yapılan işleme sessiz kalınması, kural olarak onamanın reddi anlamındadır<sup>933</sup>. Ancak özel durumların varlığında, temsil olunanın sessiz kalması onama anlamına gelir. Somut olayın koşulları gereğince, temsil olunandan itiraz etmesinin beklenebildiği ve ona isnat edilebildiği hallerde, temsil olunanın sessiz kalması onama anlamını taşıyabilecektir<sup>934</sup>. Bu konuda BK. m. 6'nın dikkate alınması

<sup>933</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, § 21 IV; VON BÜREN, s. 162; BGE 58 III 12; BGE 93 II 308.

<sup>934</sup> SCHWENZER, n. 43.05; WATTER/SCHNELLER, m. 38, n. 6. Bucher, temsilcinin temsil olunanla bir ilişkisinin bulunması veya özel durumlar nedeniyle ret beyanının beklenebilmesi halinde, sessiz kalmanın onama anlamını taşıyacağını ileri sürmektedir. BUCHER, s. 604. Violand da belli durumlarda onamanın reddinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini, özellikle ticari işlemlerde temsil olunandan itiraz etmesinin daha fazla bekleneceğini ifade etmektedir. Organ, yetkisiz bir temsilcinin hareket ettiğini öğrendiğinde derhal itiraz etmediğinde, işlemi onadığı sonucuna varılır. Üçüncü kişi ve temsil olunan düzenli bir iş ilişkisi içerisinde olduklarında, sessiz kalma onama anlamına gelir. VIOLAND, s. 128 ve s. 130. Zach/Künzle, özel durumların varlığında sessiz kalmanın onama anlamına geleceğini, özellikle ticari işlemlerde itirazın ivedi gerçekleştirilmesinin bekleneceğini zikreder.



mümkündür<sup>935</sup>. İtiraz süresi, üçüncü kişinin işlem güvenliğindeki menfaatini dikkate alınmalıdır. Bu süre spekülasyona değil, düşünmeye izin vermelidir. Menfaat çatışmasına dayalı yetki aşımalarında da benzer bir reaksiyon gösterme yükümlülüğünün kabul edilmesi yerinde olacaktır<sup>936</sup>. Böylece menfaat çatışması etkisi altında gerçekleştirilen temsil işleminde temsil olunanın sessizliği, onama anlamını taşıyacaktır.

Rouiller, İBK. m. 38'in tamamen yetkisiz temsil durumları için düzenlendiğini, hükmün yetkilerin aşıldığı veya kötüye kullanıldığı durumlara kıyasen uygulandığını ifade eder. Menfaat çatışması sui generis bir yetki aşımı olduğundan, bu olgulara nazaran daha büyük farklar içerdiğini, bu nedenle kıyasa sadece uygun olduğu ölçüde başvurulabileceğini vurgulamaktadır. Yazar, üçüncü kişinin işlem ile bağlı olduğuna ve temsil olunana karar vermesi için bir süre tayin ederek yükümlülükten kurtulabileceğine ilişkin İBK. m. 38'in öngördüğü rejimin menfaat çatışmalarında dikkate alınmasının uygun olduğunu, ancak İBK. m. 38'de yer alan ve sessizliğin onama anlamına gelmesini sınırlandıran kısmın menfaat çatışmalarına yansıtılmasının isabetli olmadığını; menfaat çatışması konusunda yasal bir boşluğun bulunduğunu ve bu boşluğun İBK. m. 38'in öngördüğü rejimin tamamen uygulanmasını zorunlu kılmadığını savunmaktadır<sup>937</sup>. Biz bu yaklaşımı güven ilkesine uygun olduğundan desteklemekteyiz. Menfaat çatışması altında gerçekleştirilen bir sözleşme ile bağlı olmak istemeyen temsil olunan, tayin edilen makul sürede tepkisini ortaya koymak zorundadır. Aksi takdirde olası spekülasyonların tehlikesini temsil olunan taşımaktadır.

## 2. Alman ve Hollanda Hukukunda Menfaat Çatışması

Alman Medeni Kanunu, temsilcinin kendisiyle ve iki temsil olunan için işlem yapmasına ilişkin pozitif bir düzenleme öngörmektedir<sup>938</sup>. MK. m. 181 uyarınca bir

---

ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 55. BGE 93 II 308; BGE 43 II 293 (özellikle S. 300); BGE 124 III 355 (özellikle S. 361): "İtirazın mümkün ve beklenebilir olması durumunda, sessizlik onama anlamına gelir".

<sup>935</sup> BK. m. 6, "Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır" şeklindedir.

<sup>936</sup> Menfaat çatışması için bkz. BGE 95 II 617; BGE 89 II 321; BGE 82 II 388. Menfaat çatışması dışındaki yetkisiz temsil için bkz. BGE 101 V 229; BGE 93 II 302; BGE 121 III 176; BGE 121 III 69; BGE 120 II 197; BGE 119 II 23.

<sup>937</sup> ROUILLER, s. 419. Yasal boşluğun İMK. m. 1 f. 2 ve İMK. m. 3 uyarınca doldurulması konusunda varılan sonuçlar hakkında bkz. BGE 39 II 566.

<sup>938</sup> Alman Medeni Kanun tasarısında temsilcinin kendisiyle veya çifte temsilci sıfatıyla işlem yapabileceği, sadece temsilcinin irade beyanı ile sözleşmenin kurulabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu irade beyanının dış dünyada tanınabilir olması, hukuki istikrarın bir gereğidir. Bu konuda yüksek ölçüler aranmaz. Ticari defterlerdeki kayıtlar, talimatlar, yazılı tespitler, malların ayrılması veya muhasebecinin ya da temsil olunanın bilgilendirilmesi yeterli

temsilci, kendisine izin verilmemişse, hukuki işlem sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin olması dışında, temsil olunan adına bizzat kendisiyle veya üçüncü kişinin temsilcisi olarak bir hukuki işlem yapamaz. Kanuni düzenlemenin amacı, temsilcinin kendisiyle işlem yapması veya birden çok temsil olunan için hareket etmesi durumunda ortaya çıkacak olası menfaat çatışmalarından temsil olunanı korumaktır. Zira temsilci bu işlemlerde kural olarak karşıt menfaatlerin karşılaştığı bir konumda yer aldığından, kendisiyle işlem yapması halinde kendi menfaatlerini temsil olunanın veya çifte temsilde bir temsil olunanın menfaatlerini diğerinin aleyhine gözetebilir. Bu tür işlemlerde temsilcinin bilinçsiz de olsa kendisinin veya birden fazla temsil olunan için hareket ettiği hallerde bir temsil olunanın yararına karar verme yeteneği etkilenebilir<sup>939</sup>.

MK. m. 181'in uygulanması, somut bir menfaat çatışmasının veya zararın varlığını gerektirmez. Hüküm, genel ve soyut bir menfaat çatışması tehlikesine dayalı bir düzenlemeyi içerir. Zira her bir işlemde, somut bir menfaat çatışmasının veya zararın araştırılması, hukuki istikrarın tesisi gayesiyle uyumaz<sup>940</sup>. Ancak hükmün açık yazımına rağmen, bu iki temsil türünde çıkar çatışmasının olmadığı hallerde, hükmün uygulanmaması gerektiğine ilişkin değişik görüşler söz konusudur. Keza düzenlemede öngörülen şekli olguların gerçekleşmemesine karşılık, menfaat çatışmasının mevcut olduğu diğer işlemlerde de hükmün uygulanabilmesi konusunda fikirlerin ileri sürüldüğünü görmekteyiz. MK. m. 181 hükmü, eski içtihatlarda şekli bir düzen kuralı olarak ele alınmıştır. Bu nedenle hükmün, düzenlemede yer alan olgular dışında, uygulama alanının genişletilmesi veya sınırlandırılması talepleri reddedilmiştir. Kanun koyucu kuralı bilinçli bir şekilde soyut ve şekli olarak öngörmüştür. Bu şekli kuralın lafzına sadık olarak uygulanması, hukuki istikrarın tesisine ve işlem hayatının korunmasına hizmet etmektedir<sup>941</sup>. Buna göre, düzenleme tamamen yapılan hukuki

---

görülmektedir. Alman Medeni Kanun tasarısı için bkz. <https://archive.org/stream/motivezudemmentw01germgoog#page/n227/mode/2up> (23.06.2015). Bu konudaki kararlar için bkz. BGH NJW 1991, 1730; DB 1976, 2238; BGHZ 56, 97, 105; OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 677. Doktrinde de tanınabilirlik kistasına atıf yapılmaktadır. STAUDİNGER/SCHILKEN, m. 181, n. 64; SOERGEL/LEPTIEN, m. 181, n. 8-11.

<sup>939</sup> MK. m. 181 hükmü, iradi temsil dışında kanuni temsilde ve tüzel kişilerin organlarında da uygulama alanı bulur. Örneğin yönetim kurulu üyesi, şirket adına kendisiyle sözleşme yapamaz. Keza değişik tüzel kişilerin organı olarak çifte temsilci sıfatıyla hareket edemez. Bu konuda bkz. BHG WM 1960, 803; BGHZ 58, 115, 117. Doktrindeki görüşler için bkz. SOERGEL/LEPTIEN, m. 181, n. 18; STAUDİNGER/DILCHER, m. 181, n. 18 ve n. 19.

<sup>940</sup> Menfaat çatışmasının somut olarak ele alınması gerektiğini savunan yazarlar için bkz. ERMAN/PALM, m. 181, n. 2; STAUDİNGER/DILCHER, m. 181, n. 5.

<sup>941</sup> BGHZ 56, 97, 102; BGHZ 50, 8, 11 (NJW 1968, 936); BGHZ 21, 229, 231 (NJW 1956, 1433): "(...) MK. m. 181'in hukuki istikrarı sağlamaya yönelik olduğu, menfaat çatışması kavramının belirsiz ve üçüncü kişiler açısından

işlemin türüne ilişkin olduğundan, menfaat çatışmasının varlığından ve temsil olunanın menfaatlerinin tehlikede olmasından bağımsız olarak hükmün uygulanması gerekir. Ancak yeni içtihatlar, kanunun katı şekli yorumunu terk etme eğilimindedir. Böylece temsilci, kendisiyle veya çifte temsilci sıfatıyla işlem yaptığı hallerde dahi, işlem niteliği bakımından menfaat çatışmasını genel ve soyut olarak içermediğinde, MK. m. 181'in uygulanması sınırlandırılacaktır<sup>942</sup>. Özellikle temsil olunana sadece hukuki bir yarar sağlayan hukuki işlemler, hükmün uygulama alanı dışında kalır<sup>943</sup>. Hükümde öngörülen şekli koşullar bulunmamakla birlikte, menfaat çatışması içerisinde işlem yapılması halinde de hükmün koruma amacının devreye gireceği kabul edilir. Bir temsilci, MK. m. 181'in öngördüğü yasağı aşmak için bir alt temsilci tayin ederek temsil olunan hesabına onunla işlem yaptığında, benzer bir menfaat çatışması tehlikesi söz konusudur. Alt temsilci, kendisini tayin eden temsilciye bağımlı olarak ve onun talimatlarıyla işlem yapacağından, temsil olunanın menfaatlerinin ihlal edilmesi tehlikesi mevcuttur. Temsilcinin kendisine bir temsilci tayin ederek işlem yapmasında da hükmün koruma amacının devreye girmesi gerektiği savunulmaktadır. Zira temsilcinin tayin ettiği bir başka temsilcinin kararlarına etki etme olanağı bulunmakta, bu durum temsil olunanın menfaatlerinin ihlali tehlikesini barındırmaktadır<sup>944</sup>. Doktrin bu yeni içtihatları desteklemekte, MK. m. 181'in koşullarının formel olarak gerçekleşmemesi halinde dahi, menfaat çatışmasının varlığında işlemin hükmün kapsamına dahil edilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>945</sup>. Keza içtihatlarla uygun olarak koşullar mevcut olmakla birlikte, menfaat çatışması bulunmadığında, maddenin uygulama dışında bırakılması gerektiği savunulmaktadır<sup>946</sup>.

Alman MK. m. 181 hükmü, menfaat çatışması yasağına ilişkin olarak iki istisna öngörür. Menfaat çatışması içerisinde hareket edilmesine izin verilmişse veya işlem sadece bir borcun yerine getirilmesine ilişkin ise temsilcinin yapacağı işlem etkili

---

*tanınması zor bir koşul olması itibarıyla, madde hükmüne tabi kılınmasının mümkün olmadığı (...)*". Bu yaklaşımı destekleyen görüş için bkz. FLUME, § 48, n. 1 ve n. 5.

<sup>942</sup> BGHZ 75, 358 (NJW 1980, 932, NJW 1971, 1355); BGH DB 1976, 2238; BGHZ 59, 236, 240 (NJW 1972, 2262): "İşlemin niteliğinin menfaat çatışmasını ortadan kaldırması durumunda, MK. m. 181'in uygulanmayacağını (...)"

<sup>943</sup> BGHZ 94, 232, 235; BGHZ 59, 236; BGH NJW 1989, 2542, 2543; MEDICUS, n. 961; KÖHLER, s. 169; LARENZ/WOLF, s. 861.

<sup>944</sup> BGH NJW 1991, 691, 692; BGHZ 91, 334 (NJW 1984, 2085); BGHZ 64, 72, 74 (NJW 1975, 1117); BGHZ 56, 97, 102 (NJW 1971, 1355); OLG Frankfurt OLGZ 1974, 347 (Dnot Z 1974, 435).

<sup>945</sup> KÖHLER, s. 169; LARENZ/WOLF, s. 862.

<sup>946</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, m. 181, n. 7; HÜBNER, n. 1324.

olur. Kanun koyucu bu hallerde menfaat çatışması tehlikesinin ortadan kalkacağını kabul eder. Böylece temsil olunan, MK. m. 181'in temel aldığı korumadan vazgeçerek, temsilcisinin menfaat çatışması içerisinde hareket etmesine izin verebilir. Bu izin, yetkilendirme beyanının içerisinde yer alabileceği gibi, temsil olunan tarafından tamamlayıcı olarak sonradan da verilebilir. Verilecek izin kural olarak belli bir şekle tabi değildir. Bu anlamda iznin açık veya örtülü olarak verilmesi mümkündür<sup>947</sup>. Temsil olunanın açık olarak izin vermediği hallerde dahi, yorum yoluyla iznin varlığına ulaşılabilir<sup>948</sup>. Bu konuda temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişki dikkate alınır. Ancak sadece genel yetkiden hareketle, iznin verildiği sonucuna varılamaz<sup>949</sup>. MK. m. 181'de öngörülen işlem yasağı, işlemin sadece bir borcun yerine getirilmesine ilişkin olması halinde uygulanmaz. Zira bu durumda menfaat çatışması tehlikesinin bulunmadığı sonucuna varılır. Örneğin temsilci, kendi borcu için malvarlığından temsil olunanın temsilcisi olarak idare ettiği kasaya ödeme yaparak borcunu yerine getirebilecektir.

MK. m. 181 hükmü, temelde temsil yetkisini sınırlamaktadır. Düzenlemeye aykırı hareket edilmesi halinde, temsilci tarafından yapılan işlemin askıda hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu kabul edilir. Ancak temsilcinin yaptığı işlem, temsil olunan tarafından MK. m. 177 uyarınca onanabilir<sup>950</sup>. Çifte temsilde işlemin her iki temsil olunan tarafından onanması gerekir<sup>951</sup>. Temsil olunan onamayı açık veya örtülü olarak gerçekleştirebilir<sup>952</sup>. Temsil olunanın işlemi onama yükümlülüğü kural olarak bulunmaz. Ancak onamanın reddi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir<sup>953</sup>.

Hollanda Medeni Kanunu da temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına ilişkin bir hükme yer vermiştir. MK. m. 3:68 hükmü, başka şekilde kararlaştırılmış olmadıkça bir temsilcinin, temsil olunanın karşı sözleşeni olarak işlem yapmasının sadece işlemin içeriğinin kesin olarak temsilci ile temsil olunan arasında bir menfaat çatışmasını olanaksız kılması halinde mümkün olabileceğini öngörür. Bu hukuk sistemi, Alman

<sup>947</sup> RGZ 99, 208, 210; BGH BB 1971, 1212; ENNECCERUS-NİPPERDEY, m. 181 II 1.

<sup>948</sup> OLG München WM 1973, 1252.

<sup>949</sup> PALANDT, m. 181, n. 17.

<sup>950</sup> BGHZ 65, 123, 126 (NJW 1976, 104); BGH NJW-RR 1994, 291, 292; OLG Frankfurt OLGZ 1974, 347. ERMANN-WESTERMANN, m. 181, n. 12.

<sup>951</sup> OLG Düsseldorf DB 1999, 578.

<sup>952</sup> STAUDINGER/DILCHER, m. 181, n. 30.

<sup>953</sup> ENNECCERUS-NİPPERDEY, m. 181 dn. 26.

Medeni Kanununa benzer şekilde menfaat çatışması içerisinde yapılacak işlemleri geçersizlik yaptırımına tabi tutmaktadır<sup>954</sup>. Böylece menfaat çatışması içerisinde yapılacak işlemin, temsil olunan tarafından MK. m. 3:69 uyarınca onanması gündeme gelebilir. İtalyan Medeni Kanunu diğer ulusal hukuk sistemlerinden farklı olarak menfaat çatışması konusunda ilgimizi çeken özel düzenlemelere yer verdiğiinden, bakış açımızı genişletmek adına bu hükümlere kısaca değinmeği uygun görmekteyiz. “*Menfaat Çatışması*” kenar başlığını taşıyan İtalyan MK. m. 1394, “*Temsilci, temsil olunanın menfaatiyle çatışan bir sözleşmeyi yaptığıında, çatışma üçüncü kişi tarafından bilindiğinde veya bilinebilir olduğunda, sözleşme temsil olunan tarafından hükümsüz kılınabilir*” düzenlemesini içermektedir. “*Kendisiyle Sözleşme*” kenar başlığını taşıyan MK. m. 1395 ise, “*Temsilcinin kendisiyle kendi adına veya bir başka tarafın temsilcisi sıfatıyla yaptığı sözleşme, temsil olunanın temsilciyi özel olarak yetkilendirdiği veya sözleşmenin içeriğinin menfaat çatışmasını mümkün kılmayacak şekilde belirlendiği durumlar dışında, hükümsüz kılınabilir. İptal sadece temsil olunan tarafından gerçekleştirilir*” şeklindedir. Menfaat çatışmasına ilişkin bu düzenlemeler, temelde uluslararası hukuk belgeleriyle yakın bir benzerlik gösterir. Bu hukuk düzeninde, ulusal hukuk sistemlerine egemen olan geçersizlik yaptırımı yerine, iptal edilebilirlik rejimi hüküm altına alınmıştır. Hükümde öngörülen koşulların kesin ve açık olması, hukuki istikrara hizmet etmektedir. MK. m. 1394 hükmü, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını menfaat çatışması kapsamında değerlendirmektedir. Bu açıdan da diğer ulusal sistemlerden ayrılmaktadır. Kanımızca bu özellikleriyle düzenlemeler, kayda değer bir çekim gücü taşımaktadır. Nitekim Alman hukukunda menfaat çatışması içerisinde yapılacak işlemlere geçersizlik yaptırımı yerine, iptal edilebilirlik rejiminin uygulanması gerektiğinin savunulduğunu görmekteyiz<sup>955</sup>.

Alman hukuk doktrinde dolaylı temsilde temsilcinin kendisiyle işlem yapmasının tehlike ve menfaat durumunun doğrudan temsildeki ile son derece yakın olduğu, her iki temsil türünde temsil olunanın korunması ve temsilcinin haksız avantaj elde etmemesi gayesi takip edildiğinden, kendisiyle işlem yapan dolaylı temsilci

---

<sup>954</sup> ASHİ m. 3:205 Notlar 1 ve 3.

<sup>955</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Stellvertretungsregelungen), s. 24; FESTNER, s. 268.

hakkında MK. m. 181'in kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>956</sup>. Alman TK. m. 400 vd. hükümleri gereğince, malların borsa veya piyasa fiyatının olduğu hallerde, komisyoncunun kendisiyle işlem yapması mümkündür. Bu ve benzeri işlemlerde tarafların korunması ihtiyaçları, doğrudan temsilde yer alan tarafların konumlarından pek de farklı değildir. Hükümlerde komisyoncunun borsa veya piyasa fiyatına dayalı olarak kendisiyle işlem yapması halinde ortaya çıkabilecek bir menfaat çatışmasının engellenmesi sağlanmaktadır. Ancak borsa veya piyasa fiyatlarının dikkate alındığı işlemlerde dahi kur farklılığına dayanarak gizli bir manipülasyonun yapılması tehlikesinin bulunduğunu, dolaylı temsilcinin kendi menfaatine ve dolaylı temsil olunanın aleyhine işlem yapmasının gündeme gelebileceğini belirtmemiz gerekir<sup>957</sup>.

### 3. İngiliz Hukukunda Menfaat Çatışması

İngiliz hukukunda menfaat çatışmasına ilişkin kurallar, temsilcinin sadakat borcundan hareketle geliştirilmiştir. Temsilci ile temsil olunan arasında var olan güven ilişkisi gereğince, temsilcinin temsil olunana karşı geniş bir sadakat borcunun olduğu kabul edilir. Temsilci, bu ilişki uyarınca menfaat çatışması yasağına tabidir. Temsilci, menfaat çatışmasına yol açan hukuki işlemlerden kaçınmak zorundadır<sup>958</sup>. Temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması (self-dealing), menfaat çatışması yasağı kapsamındadır. Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasında, temsil olunan lehine aksi kanıtlanabilen bir menfaat çatışması karinesi kabul edilir. Böylece bu tarz bir işlem yapması halinde, temsilci bir menfaat çatışmasının bulunmadığını ispat etmediği sürece, temsil olunan işlemi iptal edebilir. Aynı ispat yükü, çifte temsilde de söz konusudur. Yapılan işlemin menfaat çatışması yasağına tabi olduğu konusunda bir tereddüt oluştuğunda; temsilcinin, güveni ve durumu kötüye kullanmadığını, iyi niyetli hareket ettiğini, işlemin adil yapıldığını veya temsil olunanı yeterince aydınlattığını ve temsil olunanın bu yönde işlem yapmasına izin verdiğini ispatlaması gerekir<sup>959</sup>. İngiliz hukuku temsilciye, bir sözleşmedeki menfaat çatışmasına ilişkin tüm önemli koşulları tam

<sup>956</sup> HÜBNER, s. 93; RUSCH Konrad, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, Tübingen 2003, s. 178; FESTNER, s. 81-82. Festner'e göre, Alman ve İngiliz hukukunda menfaat çatışmasına ilişkin kurallar, ilke olarak hukuki iktidarlarını başkasının menfaatine kullanabilen tüm araçlara uygulanır. Bu kurallar özel hükümler saklı kalmak kaydıyla özel hukuk ve ticaret hukuku alanında, doğrudan ve dolaylı temsilde tatbik edilecektir. FESTNER, s. 261.

<sup>957</sup> SCHOTT Ansgar, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Zürich 2002, s. 135.

<sup>958</sup> MARKESİNİS/MUNDAY, s. 102.

<sup>959</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 6-063.

olarak açıklayarak, temsil olunanın rızasını aktif olarak isteme borcunu yüklemektedir. Temsil olunanın aktif olarak temsilcinin izinde denetleyici durumda olması beklenmez. Temsilcinin menfaat çatışmasına ilişkin olarak sadece genel bilgi vermesi, işleme temsil olunan tarafından rıza verildiği anlamını taşımaz<sup>960</sup>. Böylece menfaat çatışmasına tabi işlemin içeriği ve koşulları konusunda, önceden ve tam olarak açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. İşlemin temsil olunanın yararına olup olmaması veya temsil olunan adına yapılıp yapılmaması önemli değildir.

İngiliz hukuku, menfaat çatışması içerisinde yapılan işlemin geçerli olduğu sonucuna varmakta, ancak temsil olunana geçerli olan bu işlemi iptal etme olanağı tanımaktadır<sup>961</sup>. Üçüncü kişinin sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkin menfaati ise tanınabilirlik kistasıyla korunmaktadır<sup>962</sup>.

## **II. ALT TEMSİL**

### **A. GENEL BAKIŞ**

Bir temsilci, temsil yetkisini kullanırken, başka kişilerin hizmetlerinden yararlanmayı uygun veya gerekli görebilir. İşlemlerin yapılacağı yerin uzak mesafede olması, işlemin özel bir bilgiyi veya beceriyi gerektirmesi gibi nedenler temsilcinin başkasını kısmen veya tamamen yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu durumda temsilcinin kendisine verilen işleri kısmen veya tamamen başkasına yaptırabilmesi olanaklarının araştırılması gerekir. Bu kısımda hukuk sistemlerinin alt temsile ilişkin yaklaşımları üzerinde durulacaktır.

### **B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE ALT TEMSİL**

#### **1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Alt Temsil**

ASHİ'de alt temsile ilişkin pozitif bir düzenlemeye yer verilmiştir. “*Alt Temsil*” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3.206 gereğince, “*Temsilcinin, kişisel niteliği olmayan ve kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasının beklenmesinin makul*

---

<sup>960</sup> BENETT, s. 790.

<sup>961</sup> TREİTEL/PEEL, n. 16-096.

<sup>962</sup> Nitekim tesis edilen bir kararda, üçüncü kişinin rüşvet vermesinde temsil olunana iptal hakkı tanınmıştır (Panama & South Pacific Telegraph Co v. India Rubber Co (1875) LR 10 CA 515).

*olmadığı işleri yerine getirmede alt temsilci atamaya ilişkin örtülü yetkisi vardır”.* Düzenlemede, alt temsilcinin kendisinin ve temsilcinin yetkisi kapsamındaki işlemlerin temsil olunanı ve üçüncü kişiyi doğrudan birbirine bağlayacağı öngörülür<sup>963</sup>.

Temsilcinin alt temsilci tayin etme yetkisi açık, örtülü veya görünen yetkiye dayanabilir. Temsil olunanın, temsilcinin bu konuda yetkili olup olmadığını açık bir şekilde ortaya koyması, tereddütleri ortadan kaldırması açısından yararlıdır. Temsil olunanın bunu ihmal etmesi halinde, maddenin birinci cümlesinde belirtilen koşullar altında, temsil olunanın iradesi varsayılır. Örneğin yaşlı kadın P, Londra’da yaşamaktadır. Londra’da yaşayan temsilci A’ya, New York’ta bir daire satın alması için genel yetki verir. A’nın, New York’ta daire satın alınması için orada yerleşik uygun birini alt temsilci olarak atama konusunda örtülü yetkiye sahip olduğu kabul edilir<sup>964</sup>. Alt temsilcinin yetkisi, doğrudan asıl temsilciye dolaylı olarak temsil olunana dayanır. Alt temsilci tarafından yapılan işlemlerin hükümlerinin, asıl temsilcinin yaptığı işlemlerle aynı hukuki sonuçları doğurabilmesi için alt temsilcinin işlemleri, hem kendisinin hem de asıl temsilcinin yetkisi kapsamında olması zorunludur. Bu koşullar altında alt temsilci tarafından yapılan işlemler, asıl temsilcinin yaptığı işlemlerin hukuki sonuçlarını doğurmakta, kendisi bağlı olmadan temsil olunan ile üçüncü kişi doğrudan bağlanmaktadır.

Açıklayıcı yorumlarda alt temsilcinin, temsil olunanın adına veya duruma göre hesabına hareket edeceği vurgulanır. Böylece bu bölümün bütün hükümleri alt temsilciye, asıl temsilci gibi uygulanacaktır<sup>965</sup>. Lando komisyonu, iki dolaylı temsilcinin veya dolaylı temsilcinin başka bir doğrudan temsilci ile alt temsil ilişkisinde olduğu bir düzenlemeyi açıkça öngörmemiştir. Oysa uygulamada temsilciler arasında değişik kombinasyonlar oluşur. Ancak açıklayıcı yorumlarda alt temsilcinin duruma göre, temsil olunanın hesabına hareket edebileceğinin zikredilmesi, dolaylı temsilin uygulama alanına ilişkin bir yaklaşımı içermektedir. Nitekim ASHİ’de dolaylı temsil kurumu doğrudan temsilin yanında bağımsız bir temsil türü olarak düzenlendiğinden,

<sup>963</sup> ASHİ m. 3:206, “*Temsilcinin, kişisel niteliği olmayan ve kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasının beklenmesinin makul olmadığı işleri yerine getirmede, alt temsilci atamaya ilişkin örtülü yetkisi vardır. Bu bölümün kuralları alt temsile uygulanır; alt temsilcinin kendisinin ve temsilcinin yetkisi kapsamındaki işlemleri, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi doğrudan birbirine bağlar*” şeklindedir.

<sup>964</sup> ASHİ m. 3:206 Yorum B.

<sup>965</sup> ASHİ m. 3:206 Yorum C.



dolaylı temsilde alt temsil ilişkisi ile ilgili olarak sonuçlara varılması isabetli olacaktır. Böylece taraflar aksini kararlaştırmadıklarında, dolaylı temsilci sıfatı ile hareket eden bir kimsenin, kişisel nitelikte olmayan ve kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasını beklemenin makul olmadığı işleri yerine getirmede, temsil olunanın dolaylı temsilcisi olarak bir başka temsilciyi tayin etmeye ilişkin örtülü yetkiye sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda işlemin asıl dolaylı temsilci tarafından yapılması ile tayin edilen alt temsilci tarafından yapılması arasında bir fark yoktur. Temsil olunan her iki durumda sözleşmenin tarafı değildir. Yine taraflar farklı bir düzenleme öngörmediklerinde, dolaylı temsilci sıfatı ile hareket eden bir kimsenin, kişisel nitelikte olmayan ve kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasını beklemenin makul olmadığı işleri yerine getirmede, dolaylı temsilcinin adına ve hesabına hareket edecek bir alt temsilciyi tayin etmeye ilişkin örtülü yetkiye sahip olduğu sonucuna varılabilmelidir. Zira asıl temsilci, her iki durumda sözleşmenin tarafıdır. Ancak taraflar aksini kararlaştırmadıklarında, dolaylı temsilci sıfatı ile hareket eden bir kimsenin, kişisel nitelikte olmayan ve kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasını beklemenin makul olmadığı işleri yerine getirmede, temsil olunanın doğrudan temsilcisi sıfatı ile hareket edecek bir alt temsilciyi tayin etmeye ilişkin örtülü yetkiye sahip olduğu kabul edilemez. Her iki sözleşmenin hukuki sonuçları açısından önemli farklar söz konusudur. Aynı şekilde taraflar farklı bir düzenleme öngörmediklerinde, doğrudan temsilci sıfatı ile hareket eden bir temsilcinin, kişisel nitelikte olmayan ve kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasını beklemenin makul olmadığı işleri yerine getirmede, kendisinin veya temsil olunanın dolaylı temsilcisi olarak bir alt temsilciyi tayin etmeye ilişkin örtülü yetkiye sahip olduğu sonucuna varılamaz. Sözleşmenin asıl temsilci tarafından yapılması halinde, sözleşmenin tarafları temsil olunan ve üçüncü kişi olacaktır. Oysa sözleşmenin dolaylı temsilci sıfatına sahip bir alt temsilci tarafından gerçekleştirilmesinde, temsil olunan sözleşmenin tarafı değildir<sup>966</sup>.

---

<sup>966</sup> Bu konuda bkz. BUSCH (İndirect Representation), s. 242.

## 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Alt Temsil

AÖH alt temsil konusuna bir çözüm sunmaktadır. “Yetkinin Kapsamı” kenar başlığını taşıyan II. 6:104 (3), “*Bir temsilci, kendisinin kişisel olarak yapmasının beklenmesinin makul olmadığı işlemlerde, temsil olunan hesabına işlemler yapmak üzere, başka bir kişiye yetki verme yetkisine sahiptir. Bu bölümün kuralları atanan kişinin yaptığı işlemlere uygulanır*” şeklindedir. Öngörülen kural temel olarak ASHİ'deki hüküm ile aynı anlamı taşır.

Açıklayıcı yorumlarda, temsilciden sıklıkla işlerin veya gereken tüm işlerin kişisel olarak yapılmasının makul olarak beklenemeyeceği ve bu kapsamda temsilcinin başka kişileri işlerin yapılmasına dahil edebileceği vurgulanır. Böylece asıl temsilcinin, alt temsilci atamak konusunda fiili yetkisi olabilir. Temsil olunanın, temsilcinin bu yönde bir yetkisinin varlığını açıkça ortaya koyması tavsiyeye şayandır. Hükümün 3. fıkrası, temsil olunanın bu konuda bir açıklık getirmediği hallerde, yetkinin verilişinde veya içinde bulunulan durumlarda aksi öngörülmediği sürece, uygulanacak bir kural ortaya koymaktadır<sup>967</sup>. Bir başka deyişle, kişisel olarak yapılmasının makul olmadığı işlemlerde, yetkilendirme beyanında veya mevcut koşullarda aksine bir düzenlemeye yer verilmediğinde, temsilcinin alt temsilci tayin etme yetkisi varsayılır.

AÖH sisteminde tayin edilen alt temsilci, temsil olunan hesabına hareket eder. Bu temsilcinin yetkisi, doğrudan temsilciden ve sadece dolaylı olarak temsil olunan kaynaklanır. Alt temsilcinin işlemleri, hem kendisine verilen hem de kendisini tayin eden temsilcinin sahip olduğu yetkinin kapsamında olması gerekir. Böylece alt temsilci, temsil olunan adına veya temsil olunanın hukuki konumunu doğrudan etkileme niyetini ifade edecek şekilde hareket etmesi halinde, yapılan işlemler temsil olunanın hukuki konumunu doğrudan etkiler<sup>968</sup>.

---

<sup>967</sup> AÖH II. 6:104 Yorum C.

<sup>968</sup> AÖH II. 6:104 Yorum C.

### 3. UNIDROIT Bünyesinde Hazırlanan Belgelerde Alt Temsil

Konvansiyon alt temsile ilişkin bir hüküm öngörmez. Bu konunun işlenmemesinin önemli bir eksiklik olduğu haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>969</sup>. Ancak UTSİ, alt temsili pozitif olarak düzenlemiştir. UTSİ m. 2.2.8, kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasının beklenmesinin makul olmadığı işleri yerine getirmek için temsilcinin bir alt temsilci tayin etmek hususunda örtülü yetkiye sahip olduğunu ortaya koymaktadır<sup>970</sup>.

Temsilcinin bir veya daha fazla alt temsilci tayin edebilmesi, temsil olunanın verdiği yetkinin içeriğine bağlıdır. Temsil olunan, alt temsilci tayinini açık bir şekilde kaldırabilir veya önceden onayının alınması koşuluna bağlayabilir. Alt temsilci tayin edilmesi olasılığıyla ilgili olarak yetkilendirmede hiçbir hususun belirtilmemesi ve verilen yetkinin koşullarının bu tür bir olasılık ile tutarsız olmaması halinde, temsilci bu madde kapsamında alt temsilci tayin etme hakkına sahip olur. Bu konudaki tek sınırlama, temsilcinin, yerine getirilmesi makul olarak kendisinden beklenen görevleri bir alt temsilciye verememesidir. Bu özellikle temsilcinin kişisel uzmanlığını gerektiren işlemlerde söz konusudur. Örneğin B Çin müzesi, Almanya'daki özel bir müzayedede satışa çıkarılan belirli bir yunan çömlek parçasını satın alması için Londra'da yer alan A sanat galerisine talimat verir. A'nın, Almanya'daki müzayedede ilgili çömlek parçasını satın alması ve B'ye göndermesi için Alman alt temsilci S'yi tayin etme konusunda örtülü yetkisi söz konusudur. Buna karşılık satış için teklif edilen en uygun parçayı seçmesi konusunda A'nın uzmanlığına güvenen B Çin müzesinin, Almanya'daki müzayedede satın alınacak belirli bir yunan çömlek parçasını belirtmediğini düşünelim. Bu durumda A'dan, satın alma işlemini bizzat gerçekleştirmesi beklenir. Ancak A, çömlek parçasını satın aldıktan sonra B'ye göndermek için S alt temsilcisini tayin edebilir<sup>971</sup>. UTSİ m. 2.2.8, bölümün kurallarının alt temsilciliğe uygulanacağını açıkça öngörmektedir. Böylece temsilci tarafından tayin edilen bir alt temsilcinin işlemleri, bu

<sup>969</sup> BONELL, (AJCL 1984), s. 748.

<sup>970</sup> “Alt Temsil” kenar başlığını taşıyan UTSİ m. 2.2.8, “Temsilci, kendisinden yetkisini kişisel olarak kullanmasının beklenmesinin makul olmadığı işleri yerine getirmede, alt temsilci atamaya ilişkin örtülü yetkiye sahiptir. Bu bölümün kuralları, alt temsile uygulanır” şeklindedir.

<sup>971</sup> UTSİ m. 2.2.8 Yorum 2; Örnekler 1 ve 2.

işlemlerin hem asıl temsilcinin hem de tayin edilen alt temsilcinin yetkileri kapsamında olması kaydıyla, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi bağlar.

## C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE ALT TEMSİL

### 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Alt Temsil

Temsil kurumunun temeli güven ilişkine dayanır. Temsil olunan, bir kimseyi hesabına işlem yapmak için yetkilendirirken, o kimsenin şahsına duyduğu güvenden hareket eder. Bu nedenle temsilcinin kural olarak başkasını temsilci sıfatıyla tayin edemeyeceği sonucuna varılır. Ancak bazı hallerde temsilcinin yetkisi kapsamında yapması gereken işlemlerin icra edilmesi için başkasına temsil yetkisi vermesine olanak tanınmaktadır.

Temsilcinin bir başkasını alt temsilci olarak tayin etmesi, yetkinin kapsamı ile ilgili bir konudur. Temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde başvurulacak ilk kaynak, temsil olunanın iradesidir. Böylece temsil olunan, temsil yetkisini verirken açıkça temsilcinin sahip olduğu yetki ile başka bir temsilciyi atamaya mezon olduğunu belirtebilir. Yetkilendirme beyanında açık bir düzenleme yoksa, temsil olunanın davranışlarından veya beyanlarından hareketle temsilciye yönelik örtülü bir yetkiye ulaşılabilir<sup>972</sup>. Temsil olunanın irade beyanından açıkça veya içinde bulunan koşullardan örtülü olarak temsilcinin başkasını alt temsilci olarak tayin etmeye yetkili olduğu sonucuna varılamadığında, işin niteliği gözetilir. Bu anlamda işlemin temsilci tarafından şahsen yapılmasında temsil olunan bakımından korunmaya değer bir menfaatin olup olmadığının araştırılması gerekir. Temsilcinin işlemi kişisel olarak yapmasında temsil olunanın korunmaya değer menfaatinin bulunması halinde, temsilcinin alt temsilci ataması mümkün değildir. Bir başka ifade ile temsil yetkisi, temsilcinin kişisel özelliklerinin verdiği güven dikkate alınarak oluşturulduğunda, temsilci bir başkasını yetkilendiremez<sup>973</sup>. Bu yetkilendirme, temsil olunanın iradesine uygun olmaz. Temsilcinin yerine getirmesi gereken işlemlerin karmaşık yapısı, uzmanlığı gerektirmesi veya işlemlerde temsilcinin takdir ölçüsünün yoğunluğu, kişisel hareket etmeyi gerektirebilir. Buna karşılık temsil yetkisinin, temsilcinin kişisel bilgisi

<sup>972</sup> PESTALOZZI, s. 79; İNCEOĞLU, s. 246

<sup>973</sup> WATTER, m. 33, n. 20; VON BÜREN, s. 157.

veya yetenekleri dikkate alınmadan verildiği hallerde, onun bir başka temsilciyi ikame etmesine mani bir durum yoktur. Hiç şüphesiz yetkinin kapsamının yorumlanmasında taraflar arasındaki iç ilişki dikkate alınacaktır. Böylece temel ilişkiden hareketle temsilcinin bir başkasını alt temsilci olarak tayin etmeye izin verdiği sonucuna ulaşılabilir. Yetkinin temsilcinin menfaatine verildiği hallerde, alt temsilci tayin yetkisi varsayılacaktır.

Genel hükümlerde alt temsile ilişkin bir kural bulunmamakla birlikte, BK. m. 83 (İBK. m. 68) ve BK. m. 506 f. 1 (İBK. m. 398 f. 3) çözüme ışık tutacak düzenlemeler içermektedir. “*Şahsen ifa zorunluluğunun olmaması*” kenar başlığını taşıyan BK. m. 83’te, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunmadığı hallerde, borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Zikredilen kural, borçlanılan edimin kimin tarafından ifa edileceğine ilişkin genel bir ilke getirmiştir. Doktrinde BK. m. 83’ün kıyasen uygulanarak, temsilcinin işlemi kişisel olarak yerine getirmesinde temsil olunanın çıkarının olmadığı hallerde, alt temsilcinin tayin edilebileceği savunulmaktadır<sup>974</sup>. Buna karşılık temsilcinin kişisel özelliğine hitap eden işlemler sadece temsilci tarafından yapılacaktır. Böylece genel hükümler arasında düzenlenen ifanın gayrişahsiliği ilkesi kural olarak her türlü borç bakımından uygulanabilir. Ancak borçlunun kişisel özelliklerinin, bu anlamda yeteneğinin veya uzmanlığının önem taşıdığı sözleşmeler, bu ilkenin istisnasını teşkil eder. İş görme sözleşmeleri arasında düzenlenen vekâlet sözleşmesinde borçlu konumundaki vekilin kişiliği, bilgisi ve uzmanlığı sözleşmenin önemli unsurları arasında değerlendirilir. Böylece vekil, vekâlette güven unsurunun taşıdığı önem kapsamında sözleşme konusu iş görmeyi bizzat yapmakla yükümlüdür. Nitekim BK. m. 506 f. 1’de (İBK. m. 398 f. 3) bir yandan vekile işleri bizzat görme yükümlülüğü yüklenirken, diğer yandan bunun istisnalarına yer verilmektedir<sup>975</sup>. Buna göre, alt temsilci tayin etme konusunda vekile verilecek yetki, açık veya örtülü olabilir. Müvekkilin örtülü irade beyanı değişik şekillerde gerçekleşebilir. İşin niteliği gereği, vekilin başkasını tevkil etmesinin gerekeceğinin hesaba katılması gereken hallerde, örtülü yetkilendirmeden söz edilir. Örneğin

<sup>974</sup> ROUILLER, s. 427; BUCHER, s. 634 dn. 118; AKYOL, s. 286.

<sup>975</sup> BK. m. 506 f. 1, “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*” şeklindedir.

müvekkil, yurtdışında bulunan malların idaresini vekile bıraktığında, vekilin sürekli olarak malların bulunduğu yere gidemeyeceğini dikkate alması gerekir. Bu durumda vekile örtülü olarak başkasını tayin etme yetkisinin verildiği sonucuna varılır. Temsilcinin işi bir başka alt temsilciye yaptırdığını öğrenen temsil olunanın tepki göstermemesi ve bunu hoş görmesi durumunda da örtülü yetkilendirmeden bahsedilecektir<sup>976</sup>. Hükümde düzenlenen diğer bir istisna, durumun zorunlu kılması nedeniyle temsilcinin vekâlet borcunu bizzat ifa edememesidir. Bu koşulun gerçekleşmesi halinde, vekil zorunlu olarak işi bir üçüncü kişiye yaptırır. Temsilcinin işi bizzat yerine getiremeyecek derecede hastalanması halinde, bu istisna gerçekleşir. Son olarak vekilin teamüller gereğince, işi başkasına yaptırmasının olağan olduğu durumlarda vekilin bizzat hareket etme yükümlülüğü bulunmaz. Kıymetli evrak alım satımında diğer bir borsadaki komisyoncunun veya eşya taşımada aracı taşıyıcının görevlendirilmesi bu kapsamda değerlendirilir<sup>977</sup>. Kanun koyucu, BK. m. 506 f. 1’de getirdiği kural ile belirtilen sınırlı koşullarda vekilin işi bizzat görmesine ilişkin ilkeden ayrılmakta, vekile işi başkasına yaptırma olanağı tanımaktadır. Bu anlamda BK. m. 506 f. 1’in öngördüğü düzenleme, BK. m. 83’e nazaran özel hüküm niteliğindedir.

Asıl temsilcinin bir alt temsilciyi tayin etmesi, yetkinin devri anlamına gelmez. Asıl temsilci, yetkiden vazgeçmediği veya alt temsilci tayini ile yetkinin sona ermesi bozucu koşuluna tabi olarak yetki verilmediği sürece, alt temsilcinin tayininden sonra da yetkili kalmaya devam edecektir. Alt temsil yetkisinin kapsamı kural olarak asıl temsilcinin sahip olduğu yetkinin sınırlarını aşamaz. Ancak bir temsilci, kendi yetkisinin kapsamını aşacak şekilde bir alt temsilci tayin etmeye yetkili kılınabilir<sup>978</sup>.

Temsilcinin bir başkasına temsil yetkisi vermesinde değişik olasılıklarla karşılaşılır. Alt temsilci, temsil olunan adına ve hesabına hareket etmek üzere yetkilendirilebilir<sup>979</sup>. Bu durumda işlem doğrudan temsil hükümleri gereğince icra edilir. Doktrinde bu tarz bir yetkilendirme, gerçek alt temsil olarak tanımlanır<sup>980</sup>. Bu

<sup>976</sup> BECKER, m. 398, n. 13; FELLMANN, m. 398, n. 576; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 457.

<sup>977</sup> GAUTSCHİ, m. 398, n. 43 a; AKİPEK, s. 112.

<sup>978</sup> VON TUHR/PETER, s. 374 ve dn. 102.

<sup>979</sup> Doktrinde asıl temsilcinin bir alt temsilci tayin etmesi halinde, onun temsil olunan adına ve hesabına işlem yapmaya yetkili olduğunun ilke olarak kabul edilmesi gerektiği savunulur. VON TUHR/PETER, s. 374; BELGESAY, s. 92.

<sup>980</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 71, ZİKOS, s. 74; AKYOL, s. 279; KOCAYUSUFPASAOĞLU, s. 665.

görüşü destekleyen bazı yazarlar, gerçek alt temsilin yanında gerçek olmayan (dolaylı) alt temsilin varlığını savunmaktadır. Bir temsilci, bir başkasını kendi (alt) temsilcisi olarak tayin ettiğinde, bir başka ifadeyle kendi adına yetki verdiğinde, ortada dolaylı bir alt temsil mevcuttur. Böylece asıl temsilci doğrudan temsil edilirken, temsil olunan bakımından bir dolaylı temsil söz konusudur. Alt temsilci, asıl temsilcinin adına hareket etmekte ve onu yükümlülük altına sokmaktadır. Gerçek olmayan alt temsilci, temsil olunanın adına hareket ettiğinde ise yetkisiz temsil meydana geleceğinden, temsil olunan yükümlülük altına girmez. Bu ilişki içerisinde İBK. m. 401'de (BK. m. 509) öngörülen kanuni temlik kapsamında, asıl temsil olunan bakımından doğrudan etkinin meydana gelebileceği ifade edilir<sup>981</sup>. Fellmann, alt vekilin işlemi asıl vekilin veya müvekkilin dolaylı temsilcisi olarak yerine getirebileceğini, yine alt vekilin yetkili olması kaydıyla asıl vekilin veya müvekkilin adına hareket edebileceğini ifade etmektedir<sup>982</sup>. Asıl vekil, adına hareket etmesi için alt vekile yetki verdiğinde, hukuki işlemin sonuçları asıl vekile hitap etmekle birlikte, müvekkil (temsil olunan) İBK. m. 401'in (BK. m. 509) koşulları kapsamında hakları elde edebilecektir<sup>983</sup>. Violand da haklı olarak İBK. m. 398 f. 3'ün (BK. m. 506 f. 1) mutlaka doğrudan temsil yetkisinin verilmesine ilişkin olmadığını, hükümde belirtilen koşullarda alt temsilciye dolaylı temsil kapsamında hareket etme yetkisinin verilebileceğini savunmaktadır<sup>984</sup>. Kanımızca alt temsil ilişkisini sadece doğrudan temsil ile sınırlandıran yaklaşımlar isabetli değildir. Temsil olunanın verdiği veya taraflar arasındaki iç ilişkinin yorumundan ulaşılabilecek yetki, doğrudan veya dolaylı temsile ilişkin olabilir. Bu anlamda asıl temsilcinin sahip olduğu yetkinin türüne göre, yetkilendireceği alt temsilcinin yetkisi doğrudan veya dolaylı temsile hitap edecektir.

<sup>981</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 33, n. 76; ZİKOS, s. 74; AKYOL, s. 281; İNCEOĞLU, s. 254-255. Bir kısım yazarlar ise dolaylı alt temsil tanımlamasına yer vermeden, asıl temsilcinin kendi adına hareket etmek üzere bir alt temsilci tayin edebileceğini, bu şekilde verilen alt temsil yetkisinin asıl temsilcinin temsiline ilişkin bir yetki olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda alt temsilci, asıl temsilci adına hareket etmekle birlikte, işlemin sonuçları asıl temsilci aracılığı ile dolaylı olarak temsil olunana ait olmaktadır. Bu konuda BUCHER, s. 634 dn. 119; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 33, n. 11; GAUTSCHİ, m. 398, n. 46. Bu yaklaşım doktrinin diğer bir kısmı tarafından günümüzde geçerli temsil hukuku ilkeleriyle uyumadığı için eleştirilmekte ve reddedilmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. SCHWENZER, n. 41.17; GAUCH/SCHLUEP, n. 1452.

<sup>982</sup> FELLMANN, m. 398, n. 621 ve n. 625. Akyol ise alt temsilcinin kuracağı sözleşmede, ön temsilcinin adını vermeden dolaylı temsil yolundan hareket edebileceğini ileri sürmektedir. AKYOL, s. 265.

<sup>983</sup> FELLMANN, m. 398, n. 623.

<sup>984</sup> VIOLAND, s. 11 dn. 15.

## 2. Alman ve Hollanda Hukukunda Alt Temsil

Alman Medeni Kanunu, alt temsile ilişkin bir hüküm içermez. Temsilcinin bir kimseyi alt temsilci olarak tayin etmesi, temsil yetkisinin kapsamı ile ilgilidir. Temsil olunan, kanuni bir engelin olmadığı hallerde, temsilcisine verdiği yetkide alt temsilci tayini ile ilgili olarak açık bir düzenleme öngörebilir<sup>985</sup>. Temsilcinin bir kimseyi alt temsilci olarak tayin yetkisi açıkça tanınabilmesinin yanı sıra bu yöndeki yetki tamamen sınırlandırılabilir. Alt temsilci tayin etme yetkisi, örtülü bir şekilde de verilebilir<sup>986</sup>. Böylece temsil olunan tarafından verilen yetkinin yorumlanmasından hareketle sonuca varılmaktadır. Bu konuda temsilcinin yetkiyi bizzat kullanmasının, temsil olunanın menfaati icabı olup olmadığı dikkate alınır. Temsilcinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı hallerde, asıl temsilcinin bir kimseyi alt temsilci olarak tayin etme yetkisinin olmadığı kabul edilir<sup>987</sup>. Temsilciye karşı olan borcun yerine getirilmesini güvence altına alan veya kolaylaştıran temsil yetkisi, alt temsilciyi tayin yetkisini içerebilir<sup>988</sup>. Alt temsilcinin hareket kabiliyetinin bulunmadığı hallerde de asıl temsilcinin alt temsile başvurabileceği neticesine ulaşılır<sup>989</sup>. Temsil yetkisinin kapsamının yorumunda, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkinin gözetilmesi gerekir. Ancak bir kimsenin yetkilendirilmesi kural olarak o kişiye duyulan özel bir güvenin sonucu olması nedeniyle, tereddüt halinde temsil olunanın yetki verdiği temsilcinin bir başkasını alt temsilci olarak tayin edemeyeceği kabul edilir<sup>990</sup>.

Alman hukukunda temsilcinin bir başka kimseye verdiği yetkinin, sadece temsil olunan adına hareket etme yetkisini içereceği kabul edilir. Alt temsilci, temsil olunan adına hareket edebilir. Böylece alt temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemin sonuçları, doğrudan temsil olunana aittir<sup>991</sup>. Ancak Alman Federal Mahkemesinin bazı kararları ve doktrinin bir bölümü, asıl temsilcinin kendi adına hareket etmek üzere bir alt temsilciyi yetkilendirdiği durumlarda dahi, yapılan işlemin sonuçlarının temsil

<sup>985</sup> Alt temsilin kanunen sınırlandırıldığı düzenlemeler söz konusudur. Nitekim Alman TK. m. 52 f. 2 gereğince ticari temsilci, başka bir ticari temsilciyi alt temsilci olarak tayin edemez. Alman MK. m. 181'de yer alan menfaat çatışması yasağını ihlal eden alt temsilci tayini geçersizdir.

<sup>986</sup> KÖHLER, s. 166.

<sup>987</sup> München vom 30.03.1984, WM 1984, 834; OLG Frankfurt 28.11.1974, kVersR 1974, 173; BGH WM 1959, 377; Karlsruhe Oberlandsgericht 40, 44.

<sup>988</sup> BGH WM 1959, 377.

<sup>989</sup> München ZIP 1984, 815

<sup>990</sup> BGH BB 1959, 319.

<sup>991</sup> STAUDINGER/DILCHER, m. 167, n. 61; LARENZ//WOLF, s. 879.



olunana ait olacağını savunmaktadır<sup>992</sup>. Bu yaklaşıma göre asıl temsilci, temsil olunan adına hareket etmek üzere bir alt temsilciyi tayin etmemesine rağmen, asıl temsilci adına hareket eden alt temsilcinin yaptığı işlem, asıl temsilci aracılığı ile nihai olarak temsil olunanı bağlar. Bu husus, “*temsilcinin temsilcisi*” veya “*dolaylı alt temsil*”<sup>993</sup> olarak ifade edilir<sup>994</sup>. Günümüzde hâkim doktrin, Alman hukukunda temsile ilişkin hükümlerin sadece doğrudan temsili tanıdığından hareketle, bu anlayışı reddetmektedir. Açıklama ilkesi gereğince, alt temsilcinin asıl temsilci adına hareket etmesi halinde, işlemin sadece asıl temsilci bakımından sonuç doğuracağı vurgulanmaktadır<sup>995</sup>.

Asıl temsilci bir kimseyi alt temsilci olarak tayin ettiğinde, kural olarak yetkisi sona ermez. Ancak asıl temsilci, alt temsilciyi tayin ettikten sonra yetkisinden vazgeçebilir. Keza asıl temsilci yetkilendirilirken, alt temsilcinin tayini ile asıl temsilcinin yetkisinin sona ereceği baştan kararlaştırılabilir. Bu durumda asıl temsilcinin yetkisi sona ereceğinden, onun icra edeceği işlemler yetkisiz temsile tabi olur. Alt temsil yetkisi, asıl temsilcinin yetkisinden dar olabilmesinin yanısıra, iki yetki aynı kapsamı içerebilir. Ancak temsilcinin bir başkasına vereceği yetki, kendi yetkisinden geniş olamaz. Yine sınırlı süreli yetkiye sahip bir temsilci, süresiz yetkili bir alt temsilci tayin edemez<sup>996</sup>. Bu durumda yetkisiz temsilin uygulanması gündeme gelir.

Hollanda Medeni Kanunu, diğer ulusal hukuk sistemlerinden farklı olarak alt temsili genel hükümlerde pozitif bir düzenlemeye kavuşturmuştur. Nitekim MK. m. 3:64 gereğince, temsil olunan tarafından başka türlü öngörülmediği sürece, temsilci sadece belli koşullarda bir başkasını yetkilendirebilir. Buna göre, hukuki işlemin niteliğinden, yerine getirilmesinin bir başkasına yetki verilmesinin zorunlu olduğu veya genel uygulamaların mümkün kıldığı hallerde, alt temsilci tayin edilebilir (MK. m. 3:64 a). Temsilci, temsil olunanın menfaatlerinin zorunlu kılması ve temsil olunanın bizzat

<sup>992</sup> BHG 32, 250, 254 = JZ 1960, 603; BGH BB 1963, 1193; Hamburg VersR 1987, 1216; Köln NJW-RR 1996, 212; RGZ 108, 405, 407; BGH LM § 179, Nr. 11 = NJW 1977, 1535; ERMAN-WESTERMANN, m. 167, n. 29; ENNECCERUS-NIPPERDEY, m. 185 II 2.

<sup>993</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 167, n. 59. Nitekim Fülster, temsilci bir başkasını kendi (alt) temsilcisi olarak tayin ettiğinde, bir başka ifadeyle kendi adına yetki verdiği dolaylı alt temsilin oluşacağını ileri sürmektedir. FÜLSTER Hans, Die rechtliche Natur der Untervollmacht, Diss. Hamburg, Giessen 1928, s. 64.

<sup>994</sup> BGHZ 68, 391 = NJW 1977, 1535; BGH BB 1963, 1193; RGZ 106, 108; BHG 32, 250, 254; MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 28.

<sup>995</sup> SIEBENHARR Hermann, Vertreter des Vertreters? Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 1963, 162. Band, s. 354-383, s. 258; STAUDINGER/SCHILKEN, m. 167, n. 62.

<sup>996</sup> BGH NJW-RR 1990, 746.

gerekli önlemleri almasının olanaksız olması durumunda, bir başkasını yetkilendirebilir. (MK. m. 3:64 b). Temsile konu olan ilgili varlıkların temsilcinin yerleşim yerinin dışında olduğu durumlarda, alt temsilci tayin edilebilir (MK. m. 3:64 c). Doktrinde alt temsile ilişkin MK. m. 3:64'ün, kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanabileceği savunulmaktadır<sup>997</sup>.

### 3. İngiliz Hukukunda Alt Temsil

İngiliz temsil hukuku, temsilci ile temsil olunan arasında bir sadakat ilişkisinin varlığından hareket eder. Bu ilişki, alt temsilci tayin yasağının dayanağını oluşturur. Böylece temsilciye kural olarak alt temsilci tayin etme olanağı tanınmaz. Ancak temsilci bu konuda açık veya örtülü bir şekilde yetkilendirilebilir<sup>998</sup>. Sözleşmenin bizzat temsilci tarafından yapılmasında temsil olunanın menfaatinin bulunmadığı hallerde, alt temsil etkili olacaktır. Alt temsilcinin atanmasının geçerli olması, ticari örflere dayanabilir<sup>999</sup>. Temsilcinin yetkilendirildiği işlemleri tek başına kişisel yeterliliği veya coğrafi koşullar nedeniyle yerine getirmesinin makul olarak beklenemeyeceği hallerde, alt temsilci tayin etme yetkisinin varlığına ulaşılır<sup>1000</sup>. Keza takdir veya karar verme konusunda temsilcinin hareket kabiliyetinin bulunmadığı işlemler bakımından da alt temsilcinin tayin edilebileceği kabul edilir<sup>1001</sup>. Temsilci, yetkiye sahip olmadığı halde alt temsilci tayin ettiğinde, alt temsilci tarafından gerçekleştirilen işlemler geçersizlik yaptırımına tabi kılınır. Bu durumda asıl temsilci, temsil olunana karşı sorumludur<sup>1002</sup>. Buna karşılık temsilcinin yetkisi kapsamında tayin ettiği veya yetkisiz olmasına rağmen temsil olunan tarafından onanan alt temsilcinin işlemleri, temsil olunanı bağlar<sup>1003</sup>.

### III. DEĞERLENDİRME

Temsilcinin gerçekleştirdiği işlemler, menfaat çatışması tehlikesine açıktır. İncelediğimiz uluslararası hukuk belgeleri menfaat çatışmasına ilişkin olarak önemli pozitif düzenlemelere yer vermelerine karşılık, bu konuda Türk-İsviçre hukukunda

<sup>997</sup> MEIJER, s. 228-229.

<sup>998</sup> De Bussche v. Alt (1878) 8 Ch. D 286, 310.

<sup>999</sup> De Bussche v. Alt (1878) 8 Ch. D 286, 310-311.

<sup>1000</sup> BENETT, s. 787.

<sup>1001</sup> Allam & Co. Ltd. v. Europa Poster Services Ltd. (1968) 1 W.L.R. 639.

<sup>1002</sup> FESTNER, s. 189.

<sup>1003</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, § 5-008.

hemen algılanabilecek kanuni bir çözüm öngörülmemiştir. Bu durum hukuki güvensizliğe yol açmaktadır. Temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket edemeyeceğine ilişkin ilke, sözleşmenin yapılması sürecine değer veren önemli bir teminattır. Bu yöndeki bir yasak, sözleşme özgürlüğünün egemen olduğu bir sistemde yerini alır. Zira sözleşme özgürlüğünün geçerli olduğu bir sistemde sözleşmenin oluşturulmasına temel olan iradenin, sözleşmeyi yapan tarafların farklı menfaatlerini gözeteyeceği ön kabulüne dayanır. Sözleşmeler yükümlülüklerinin meşruluğunu ve kabul edilebilirliğini, tarafların serbest iradelerinden alır. Bu iradenin engellenmemesi gerekir. Temsilcinin, temsil olunanın menfaatlerini kendi menfaatlerini gözeteyeceği şekilde temsil edeceği kabul edilir. Bu gerçekleşmeden temsili meşrulaştıran maddi adaletin teminatı ortadan kalkar. Oysa temsilcinin iradesini engelleyen değişik nedenler söz konusudur. Böyle bir durum ortaya çıktığında, sözleşmenin hazırlık süreci sakatlanmakta, temsilcinin iradesi serbest olmadığından, temsil olunanın menfaatleri meşru şekilde savunulamaz. Bu şekilde yapılan bir sözleşmenin yükümlülüğünden temsil olunanın kurtarılması için maddi bir zarar koşulunun aranılması, özel hukuk sistemimizin dayalı olduğu sözleşme serbestisi ilkesinin yok sayılması anlamına gelecektir. Üstelik temsilcinin iradesinin sarsılması halinde, temsil olunanın zarara uğraması tehlikesinin, onun sözleşmeyi bizzat yerine getirmesi sırasında iradesinin sakatlanmasından daha yüksek olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşmeyi kendisi için yapan bir kimse, kendi menfaatlerini azami ölçüde gözetme gayreti içerisinde olacaktır. Bu kimse, temsilci aracılığı ile hareket ettiğinde ve temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin iradesi engellendiğinde, artık hiçbir irade temsil olunanın menfaatlerini gözetemez. Böylece menfaat çatışmasının varlığında maddi bir zararın gerekliliğinin öngörülmesi, sözleşme yükümlülüklerinin serbest bir şekilde oluşturulması hakkının inkâr edilmesi anlamını taşıyacaktır. Her bir işlemde somut maddi zararın araştırılması, hukuki istikrarın temini gayesiyle de uyuşmaz. Temsil olunanın kendisini menfaat çatışmasından uzak bir kimse aracılığı ile temsil ettirme hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Hukuk düzeni temsil olunana, şüphesini muhafaza etme ve menfaat çatışması içerisinde olmayan bir temsilci aracılığıyla daha avantajlı bir sonuç alacağını düşünme hakkı tanınmalıdır. Bununla birlikte işlemin maddi ve somut yönlerinin belli bir öneme sahip olduğunu inkâr edemeyiz. Yapılan işlemin niteliği temsil olunanın zarara uğramasına ilişkin her türlü tehlikeyi bertaraf ettiği hallerde, menfaat çatışmasının bulunmadığı kabul

edilmelidir. Dolayısıyla menfaat çatışması yasağının soyutluğu sınırsız değildir. Menfaat çatışmasına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede işlemin zarar verici niteliği kısıtlı bir rol oynamakla birlikte, hiçbir şekilde yok sayılamaz. Böylece işlemin niteliği genel ve soyut olarak menfaat çatışması tehlikesini ortadan kaldırdığında, işlemin etkili olduğu sonucuna varılacaktır. Gerçekleştirilecek yorumda genel menfaat durumu ile temsil yoluyla yapılacak somut işlemin özellikleri bütüncül bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Hukuk sistemimiz dolaylı temsilci sıfatında olan komisyoncunun kendisiyle işlem yapmasını BK. m. 543'te düzenlemişse de, bu hüküm sınırlı bir uygulama alanı taşır. Konuya eğilim gösterilmesine rağmen, doktrinde ve içtihatlarda menfaat çatışmasının koşulları ve sonuçları ile ilgili olarak eksik bir bakış açısı sunulmaktadır. Türk ve İsviçre hukukunda temsili düzenleyen ilkelere, temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde hareket etmesi halinde, temsil olunanın hukuki konumunu geçerli bir şekilde etkilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu hukuk sistemlerinde menfaat çatışması yasağının, iyi niyetin korunması ışığında uluslararası belgelerde öngörülen hükümlerle benzer odaklara sahip olduğunu görmekteyiz. Üçüncü kişinin menfaat çatışmasını bildiği veya bilmesinin gerekeceği durumlarda, sözleşmenin kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu sonuca ulaşılması için temsil olunanın üçüncü kişiye yönelik bir yetki bildiriminin olması gerekir. Bu yönde bir yetki bildirimi olmadığında, menfaat çatışmasını bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü kişi korumadan yararlanamaz.

Avrupa düzleminde oluşturulan hukuk belgelerinde temsilcinin kendisiyle işlem yapmasında ve çifte temsilci sıfatıyla hareket etmesinde, aksi kanıtlanabilen önemli bir menfaat çatışmasının bulunduğu varsayılır. Alman ve Hollanda Medeni Kanunları da, bu iki durumda işlemin kural olarak geçersizliğinden hareket eder. Zikredilen varsayımların haklılığı, iki durumda menfaat çatışmasının meydana gelmesi olasılığının temsilcinin güvene aykırı diğer menfaat çatışmalarına nazaran yüksek olmasına dayanır. Temsilci kendisiyle işlem yaptığında, menfaatlerini temsil olunanın menfaatlerine üstün tutarak, sözleşmeyi lehine elverişli olacak şekilde yapması tehlikesi mevcuttur. Temsilcinin aynı hukuki işlemde menfaatleri zıt olan kimseleri temsil etmesinde de, taraflardan birinin menfaatlerini yeterli ölçüde korumaması tehlikesi söz konusudur. Günümüz ekonomik düzenlerinde bir kimsenin çifte temsilci sıfatıyla birçok

kuruluşu temsil etmesinin ve bu kuruluşların birbirleriyle iş ilişkisi içerisinde olmasının olağan veya zorunlu bir hal aldığını ileri sürmek mümkün ise de, bu durum tehlikenin göz ardı edilmesini gerektirmez. Bu iki tür işlemde menfaat çatışmasının varsayılması sonucunda, ispat yükünde değişiklik olmaktadır. Temsil olunan diğer menfaat çatışması hallerinde menfaat çatışmasını ve karşı tarafın kötü niyetini ispat etmesi gerekirken, öngörülen iki işlemde benimsenen karine kapsamında bunu ispat etmek zorunda değildir. Türk-İsviçre ve İngiliz hukukunda, temsilcinin kendisiyle veya çifte temsilci sıfatıyla işlem yapmasında, aksi kanıtlanabilen bir menfaat çatışması karinesinin benimsenmesi isabetlidir. Ancak Borçlar Kanunu'nda öngörülecek pozitif bir düzenleme, hukuki kesinliğin sağlanmasını destekleyecektir.

Uluslararası belgelerde temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde hareket etmesine temsil olunanın muvafakat etmesi halinde, sözleşmenin iptal edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu anlamda temsil olunan muvafakat ettiğinde, menfaat çatışması içerisinde olan temsilci tarafından yapılan sözleşmenin temsil olunana karşı etkili olacağına ilişkin düzenlemenin Türk-İsviçre hukuku ile uyum içerisinde olduğunu ifade edebiliriz. Temsil olunanın gerçek veya normatif muvafakati, sözleşmenin etkisiz kılınmasını engeller. Bir temsilci menfaat çatışmasına rağmen, temsil olunanın davranışından onun için hareket etmeye yetkili olduğu sonucuna iyi niyetle vardığında, temsil iç yetkiler gereğince geçerlidir. Buna karşılık üçüncü kişi, menfaat çatışmasının olmasına rağmen, temsil olunanın temsilciyi yetkilendirdiği sonucuna iyi niyetle ulaşmışsa, temsil dış yetkiler uyarınca etkilidir. Ancak temsil olunanın sessizliğinin, temsilci ve üçüncü kişi tarafından nasıl algılandığının belirlenmesi gerekir. Temsilcinin veya üçüncü kişinin, temsil olunanın sessizliğine iyi niyetle atfettikleri güven korunmalıdır. Bu korumanın işlemesi için temsilcinin veya üçüncü kişinin, temsil olunanın menfaat çatışmasından haberdar olduğunu veya haberdar olması için gerekli tüm unsurlara sahip olduğunu düşünmeleri için haklı nedenlerinin olması zorunludur. Temsilcinin veya üçüncü kişinin, temsil olunanın menfaat çatışmasından haberdar olmadığını düşünmelerine yol açan nedenlerin varlığı halinde, bu kişiler temsil olunanın sessizliğine güven atfedemez ve işleme normatif muvafakat edildiği sonucuna ulaşamaz. Diğer yandan temsilcinin menfaat çatışmasını açıklamasına rağmen, temsil olunanın uygun bir süre içinde itiraz etmemesi halinde, sözleşmeyi iptal edemeyeceğine

ilişkin uluslararası belgelerde yer alan düzenlemelerin hukuk sistemimize yansımaları üzerinde durmak gerekir. Belgelerde temsilcinin menfaat çatışmasını açıklaması hüküm altına alınırken, üçüncü kişinin çatışmayı temsil olunana bildirmesi düzenlenmemiştir. Ancak temsil olunan, üçüncü kişinin bu yöndeki bildiriminin sonucunda da, temsilcisinin menfaat çatışması içerisinde sözleşme yapmaya hazırlandığını öğrenmektedir. Temsil olunan, katlanmaya dayalı dış yetkiler uyarınca tepki göstermek zorundadır. Aksi takdirde temsil olunan sözleşme ile bağlanır. Belgelerdeki düzenlemeler, temsil olunanın itirazda bulunması ve temsilcinin menfaat çatışmasını açıklayan bildirisine tepki göstermesi yükümlülüğünü öngörmektedir. Hükümlerin yazımı, itirazın sadece temsilciye yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Ancak temsil olunan, temsilciye yapılan itiraza rağmen, sözleşmenin kendisini dış yetkiler uyarınca bağlamasından kaçınmak istiyorsa, tepkisini üçüncü kişiye yönelik olarak da göstermesi gerekir. Bu anlamda temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaat çatışmasını bildirmesine rağmen, temsil olunanın uygun bir süre içerisinde itiraz etmemesi halinde, işlemin iptal edilemeyeceği açıkça öngörülmelidir.

Menfaat çatışması ile ilgili olarak oluşturulacak kuralın hedefi, işlemdeki bütün katılımcıların çıkarlarını adil bir şekilde dengelemeye yönelik olmalıdır. Bu hedefin çıkış noktası, temsil kurumunun yönelttiği tehlikelerden ilke olarak temsil olunanı korumaktır. Ancak temsilcinin veya üçüncü kişinin korunma ihtiyacının ağır basması durumunda, o tarafın işlemin varlığını sürdürmesine dayanan menfaati korunacaktır. Menfaat çatışması içerisinde yapılan bir sözleşmenin daha sonra elverişsiz hale gelmesi nedeniyle ilgili tarafa yarar getirecek şekilde iptalinin mümkün olmaması gerekir. Bu konuda işlemin öncelikle geçerli kabul edildiği, ancak belli koşullarda temsil olunana iptal hakkının tanındığı bir hükmün öngörülmesi uygun olacaktır. İptal rejimi, hukuk güvenliğini kesin olarak tesis etmektedir. Bu rejim, menfaat çatışmasına bağlı güvensizliği temsil olunanın korunmasını meşrulaştıran bir yöntemle gidermektedir. Hukukumuzda menfaat çatışması altında yapılan işlemlere uygulanan İBK. m. 38'in öngördüğü rejimin, tarafların menfaatlerini karşılamakta yetersiz olduğunu görmekteyiz. Türk ve İsviçre hukukunda, menfaat çatışmasına dayalı olarak yapılan işlemlere uygulanacak yaptırım olarak iptal edilebilirlik rejiminin öngörülmesi desteklenmelidir. Ancak sözleşmenin geçersiz hale getirilmesinin tamamen temsil

olunanın takdirine bırakılması isabetli değildir. Bu nedenle menfaat çatışmasının üçüncü kişinin pozitif veya normatif bilgisi dahilinde olması koşulunun aranması gerekir. Diğer yandan menfaat çatışmasını bilen veya içinde bulunulan koşullar altında bilmesi beklenen temsil olunanın sessizliğini onama olarak değerlendiren uluslararası belgelerin bakış açısı, İBK. m. 38'in (BK. m. 46) katı uygulanma tarzına tercih edilmelidir. Bu konuda uluslararası belgelerde yer verilen hükümler kaynak olarak dikkate alınmalıdır.

Temsil olunan, bir kimseyi kendi hesabına hareket etmek için yetkilendirirken, o kimsenin şahsına duyduğu güvenden hareket eder. Ancak temsilcinin yetkisi kapsamında yapması gereken işlemlerin icra edilmesi hususunda bazı hallerde başkasını yetkilendirmesine olanak tanınmaktadır. Nitekim alt temsil kavramı uluslararası belgelerde benzer odaklar taşır. Asıl temsilci belirli koşullarda bir başkasını alt temsilci olarak tayin edebilecektir. Buna göre, temsil olunan aksi yönde bir irade beyan etmediğinde ve işin niteliği bakımından farklı bir sonuca ulaşılmadığında, temsilcinin kişisel olarak yapmasını beklemenin makul olmadığı işlemlerde bir başkasını alt temsilci olarak tayin etme konusunda yetkili olduğu kabul edilir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun temsile ilişkin genel hükümlerinde alt temsil işlenmemiştir. Bu konu yetkinin kapsamı içerisinde ele alınır. Böylece temsil olunan açıkça veya örtülü olarak alt temsilci tayinine izin verebilir. Temsil olunanın davranışları veya beyanları, iyi niyetli temsilcinin veya üçüncü kişinin nezdinde temsilcinin bir alt temsilci tayin edebileceğine ilişkin olarak haklı bir güvene neden olduğunda, temsilcinin bir başkasını yetkilendirebileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak temsilcinin kişisel özelliklerinin dikkate alındığı hallerde, alt temsilci tayin etme yetkisinin olmadığı kabul edilmelidir. Hukuk sistemimizde alt temsile ilişkin olarak ortaya çıkacak ihtilafların çözümünde BK. m. 83 (İBK. m. 68) ve BK. m. 506 f. 1 (İBK. m. 398 f. 3) etkili birer dayanak teşkil eder. Genel hükümlerde yer alan BK. m. 83 gereğince, borcun bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesinde alacaklının menfaatinin olmaması halinde, borçlu borcunu kişisel olarak ifa etmekle yükümlü değildir. Bu genel hüküm doğrultusunda temsilcinin işlemi bizzat yerine getirmesinde temsil olunanın menfaatinin olmadığı hallerde, alt temsilci tayin edilebileceği neticesine varılabilir. BK. m. 506 f. 1 ise vekilin vekâlet borcunu bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğuna ilişkin temel ilkeyi içerir. Ancak aynı

hükümde bu ilkenin istisnalarına yer verilmiştir. Böylece temsil olunan açıkça veya örtülü olarak temsilcisinin bir alt temsilci tayin edebileceğini öngörmesi mümkündür. Temsilci zorunlu nedenlerle veya teamüller gereğince de bir başkasını alt temsilci olarak atayabilir. Ancak alt temsilin sadece doğrudan temsil kurumu ile ilişkili olarak ele alınması isabetli değildir. Bu konuda yetkinin içeriği ölçü olacaktır. Dolaylı temsil yetkisine sahip olan bir temsilci, belirli koşullarda dolaylı temsil hükümleri ışığında işlem yapmak üzere bir alt temsilci tayin edebilir. Böylece dolaylı temsilci BK. m. 506 f. 1 gereğince, bir alt temsilci tayin etme hususunda açık veya örtülü olarak mezun kılınabilir. Hükümde tarif edilen zorunlu hallerde veya teamüller doğrultusunda dolaylı temsil kapsamında bir alt temsilcinin tayini de gündeme gelebilir. Keza dolaylı temsil yetkisini taşıyan temsilcinin şahsen yerine getirmesinde temsil olunanın menfaatinin olmadığı hukuki işlemler bakımından alt temsilci tayin etme yetkisine sahip olduğu sonucuna varılmalıdır.



## **Beşinci Bölüm**

# **YETKİSİZ TEMSİL VE TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ**

Bir temsilcinin başkası hesabına etkili olarak işlem yapması, o temsilcinin kural olarak yetkili olmasını gerektirir. Temsilcinin yetkisiz bir şekilde işlem yapması, yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanmasını gündeme getirir. Ancak temsilcinin yetkisiz olmasına veya yetkisinin sona ermesine rağmen, yaptığı işlemlerin etkili olarak kabul edildiği olgular söz konusudur. Yetkisiz bir şekilde yapılan işlemin etkili olmasını sağlayan bu olguların yokluğu, temsilcinin sorumluluğuna yol açar. Böylece temsil yetkisinin sona ermesi ve yetkiyi sona erdiren nedenler, tarafların menfaatlerini yakından ilgilendirir. Hukuk sistemleri, tarafların menfaatlerine tanıdıkları öncelikler doğrultusunda, yetkisiz olarak yapılan işlemlerin geçerli kılınması konusunda değişik koşullar öngörmektedir. Bu koşullar belirli ortak noktalar içermekle birlikte, detaylarda önemli farklar barındırır. Bu bölümün birinci kısmında hukuk sistemlerinin yetkisiz temsil kavramına ilişkin yaklaşımları üzerinde durulacaktır. İkinci kısımda ise temsil yetkisinin sona ermesine yol açan sebepler ile yetkinin sona ermesinin etkileri incelenecektir.

### **I. YETKİSİZ TEMSİL**

#### **A. GENEL BAKIŞ**

Temsil olunan hesabına yapılan bir işlemin etkili olması, temsilcinin yetkili olarak ve yetkisinin kapsamında hareket etmesini gerektirir. Aksi takdirde yapılan işlem etkili olmaz. Ancak bu kuralın istisnaları söz konusudur. Temsile ilişkin bazı unsurların eksik olması, temsilin hiçbir şekilde etkili olmayacağı anlamına gelmez. Yetkisiz veya yeterli yetkiye sahip olmadan yapılan işlemin onanması mümkündür. Tarafları koruyan hükümlerin varlığında da temsil geçerli bir şekilde hüküm doğurur. Temsilcinin yetkisiz veya yetkisini aşarak yaptığı işlemin onanmaması halinde, temsilcinin sorumluluğu

gündeme gelir. Bölümün bu kısmında önce temsilcinin yetkisiz bir şekilde hareket etmesi koşulları, ardından yetkisiz olarak yapılan işlemin onanması süreci üzerinde durulacaktır. İkinci aşamada ise yetkisiz yapılan bir işlemin temsil olunan tarafından onanmaması halinde, temsilcinin hukuki sorumluluğu incelenecektir.

## **B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE YETKİSİZ TEMSİL**

### **1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Yetkisiz Temsil**

#### **a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi**

ASHİ m. 3:204 f. 1, temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin yetkisi olmadan yaptığı işlemlerin temsil olunanı ve üçüncü kişiyi bağlamadığını düzenler<sup>1004</sup>. Hükümde, ASHİ m. 3:202'de belirtilen koşulların yerine getirilmemesinin sonucu ifade edilir. Temsilci açık, örtülü veya görünen yetki olmadan veya eksik yetkiyle hareket ettiğinde, temsil olunanın hukuki konumu etkilenmez. Ancak temsilcinin yetkisi işlemi kısmen kapsamaması halinde, işlemin sonucu yapılan sözleşmenin bölünebilir olup olmamasına bağlıdır. Sözleşme bölünebilir ise yetkinin kapsamı içerisindeki işlem temsil olunanı ve üçüncü kişiyi bağlarken, diğer kısmı bağlamaz. Sözleşme bölünebilir nitelikte değilse, işlemin bütünü temsil olunanın hukuki konumunu etkilemez. Örneğin temsilcinin yetkisi, temsil olunanın hesabından 10.000 Avro'ya kadar para tahsilini kapsamamasına karşılık, 11.000 Avro çekildiğinde temsil olunan sadece 10.000 Avro'yu geri ödemekle yükümlüdür<sup>1005</sup>.

#### **b. Onama**

Bir temsilci yetkisiz veya yeterli yetkiye sahip olmadan hareket ettiğinde, temsil olunanın hukuki konumunu etkileyecek bir işlemi kural olarak gerçekleştiremez. Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur. Temsil olunan bir taraftan yetkisiz yapılan işlemi onadığında, diğer taraftan üçüncü kişide temsilcinin yetkili hareket ettiği görüntüsünü oluşturduğunda işlemle bağlanır. Böylece temsilcinin yetkisiz hareket etmesine rağmen, işlemin onanması temsili etkili kılar. Nitekim ASHİ m. 3:207 f. 1,

<sup>1004</sup> ASHİ m. 3:204 f. 1, “Yetkisiz veya yetkisinin kapsamı dışında temsilci olarak hareket eden bir kişinin işlemleri, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi bağlamaz” şeklindedir.

<sup>1005</sup> ASHİ m. 3:204 Yorum B.

temsilcinin yetkisiz veya yetkisinin dışında yaptığı işlemi temsil olunanın onayabileceğini öngörür<sup>1006</sup>. Temsil olunan onamayı, temsilciye veya üçüncü kişiye yönelteceği açık bir beyanla yapabilir. Ancak temsil olunan, temsilci tarafından yapılan sözleşmeyi kabul ettiğine ilişkin açık gayesini gösteren hareketlerle örtülü bir şekilde de onayabilir. Örneğin temsilci A, temsil olunan iş sahibi P adına, T ile 22.500 Avro değerinde bilgisayar alımı konusunda satış sözleşmesi yapmaktadır. Temsilcinin yetkisi 20.000 avro ile sınırlıdır ve T bunu bilmemektedir. İş sahibi P'nin, temsilcisinin yaptığı bu satış sözleşmesini öğrendikten sonra bilgisayarın teslimi için talimat göndermesi, A'nın işleminin örtülü onanması anlamındadır<sup>1007</sup>. İlkelerin temsile ilişkin bölümünde onamaya ilişkin özel bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Bununla birlikte işlemlerin nihai olarak belirsiz kalmasının tarafların menfaatlerine uygun olmadığından hareket edildiğinde, onamanın ASHİ m. 14: 201'de yer alan 3 yıllık genel zaman aşımı süresine tabi olduğu savunulabilir<sup>1008</sup>.

ASHİ m. 3:207 f. 2'de onamanın etkisi üzerinde durulmaktadır. Buna göre, temsilcinin yetkisiz bir şekilde yaptığı işlem, temsil olunanın onamasıyla sağlıklı hale gelir<sup>1009</sup>. Temsil olunanın onaması sonucunda temsilcinin işlemleri, diğer kişilerin haklarına zarar vermeksizin, yetkili bir temsilci tarafından yapıldığı kabul edilir. Bu anlamda doğrudan temsilde yetkisiz işlemin onanması, temsil olunan ile üçüncü kişinin baştan itibaren yükümlü olması neticesini doğurur. Temsil olunan, temsilcinin işlemi ile meydana gelen alacakları elde etmekte ve borçları üstlenmektedir. Örneğin yukarıdaki olayda P'nin onama yazısını gönderdiği gün, piyasa fiyatı yükselmiştir. T, üç gün sonra eksik temsil yetkisi nedeniyle sözleşmeyi iptal etmeyi istemektedir. P sözleşmeyi onayladığından, T artık yetki eksikliğine dayanarak sözleşmenin bağlayıcılığını ortadan kaldıramaz. İlkeler'in öngördüğü sistemde, temsilcinin işlemi yaptığı anda temsil olunanın henüz mevcut olmaması veya kimliğinin belli olmaması mümkündür<sup>1010</sup>. Bu durumda temsilcinin işleminin daha sonra onanması halinde, temsil olunan mevcut veya

<sup>1006</sup> ASHİ m. 3:207 f. 1, "Temsilci olarak hareket eden bir kişi, yetkisiz veya yetkisinin dışında hareket ederse, temsil olunan temsilcinin işlemlerini onayabilir" şeklindedir.

<sup>1007</sup> ASHİ m. 3:207 Yorum A.

<sup>1008</sup> BUSCH/MACGREGOR, s. 352-355.

<sup>1009</sup> ASHİ m. 3:207 f. 2, "Temsilcinin işlemleri, temsil olunanın onaması ile diğer kişilerin haklarına zarar vermeksizin, yetkili temsilci tarafından yapıldığı kabul edilir" şeklindedir.

<sup>1010</sup> Böylece henüz kurulmamış bir şirket adına işlem yapılması, seçilmemiş işletmeler (alt yüklenici) için iş yapılması mümkün olacaktır.

kimliğinin belli olduğu andan itibaren yükümlü olacaktır. Ancak şirketlerin kuruluşu öncesi sözleşmelere ilişkin şirket hukuku ile ilgili özel hükümler öncelik taşır<sup>1011</sup>.

Temsilcinin yetkisi dışında yaptığı işlemin onanması, ASHİ m. 3:207 gereğince temsil olunanın takdirindedir. Ancak ASHİ m. 3:208, üçüncü kişiye, temsilcinin yetkisi konusunda temsil olunanı açıklama yapmaya zorlama imkânını verir. Böyle bir yükün haklı bir nedene dayalı olarak temsil olunana yüklenmesi gerekir. Bu koşullar, hükmün birinci cümlesinde ifadesini bulmaktadır. Üçüncü kişi, temsil olunanın beyanlarından veya davranışlarından hareketle, temsilcinin yaptığı işlemin yetkili bir şekilde yapıldığına güvendiğinde, ancak yetkilendirme konusunda kuşkusu olduğunda, temsil olunana yönelerek yazılı bir teyit gönderebilir veya onun onamasını talep edebilir<sup>1012</sup>. Temsil olunanın davranışları veya beyanları, üçüncü kişi nezdinde temsilcinin işlemi yapma yetkisinin bulunduğu kabulüne neden olmalıdır. Bu kabulün makul ve dürüst olması gerekir. Diğer yandan üçüncü kişinin, yetkilendirme konusundaki kuşkusunun da makul ve dürüst olması gerekir<sup>1013</sup>. Temsilcinin işlemi, fiili veya görünen yetkisi içerisinde yer alıyorsa, ASHİ m. 3:208 üçüncü kişiye yönelik sadece açıklama sunma görevini görmektedir. Bu anlamda gerçekte var olan bir yetkinin inkâr edilmesi, yetkinin kapsamı içerisinde yapılan işlemi etkilemez<sup>1014</sup>. Teyit yazısını alan veya kendisinden onama talep edilen temsil olunana bir külfet yüklenir. Temsil olunan onamadığı takdirde, gecikmeden itirazını üçüncü kişiye bildirmesi gerekir. Temsil olunanın susması veya gecikmesi, temsilcinin işlem için yetkilendirildiğinin teyidi neticesine yol açar (c. 2). Üzerinde dikkatle durulması gereken nokta, üçüncü kişinin kuşkusuna temsil olunanın açıklamalarının veya davranışlarının sebebiyet vermesidir.

ASHİ sisteminde dolaylı temsil kurumu, doğrudan temsilin yanında bağımsız bir temsil türü olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar dolaylı temsil kurumuna yetki bakış açısından yeterince yaklaşılmamışsa da, kendi adına hareket eden bir kişinin yetkisi

<sup>1011</sup> ASHİ m. 3:207 Yorum B.

<sup>1012</sup> “Yetki Onaması Konusunda Üçüncü Kişinin Hakkı” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:208, “Temsil olunanın açıklamaları veya davranış, üçüncü kişinin, temsilcinin yaptığı işlemi yetkili olarak yaptığına güvenmesine neden olmuşsa, ancak üçüncü kişinin yetkilendirme hususunda kuşkusu varsa, üçüncü kişi temsil olunana yazılı bir teyit gönderebilir veya onun onamasını isteyebilir. Temsil olunan itiraz etmez veya talebe gecikmeksizin cevap vermez ise, temsilcinin işleminin yetki ile yapıldığı kabul edilir” şeklindedir.

<sup>1013</sup> ASHİ m. 3:208 Yorum B.

<sup>1014</sup> BENETT, s. 785.

olmadığı halde, bu işlemi temsil olunan hesabına yapma iradesinde olduğunda, yetkisiz dolaylı temsilin oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Temsil olunanın, temsilcisine doğrudan veya dolaylı temsil arasında seçim yapacak şekilde yetki vermeden, sadece doğrudan temsilci sıfatı ile hareket edecek tarzda yetki vermesine rağmen, temsilci ilgili sözleşmeyi temsil olunanın hesabına yapma iradesinin anlaşılacağı şekilde kendi adına sonuçlandırdığında, ortada yetkisiz bir dolaylı temsilin olduğu sonucuna varılacaktır<sup>1015</sup>. Temsilci, kendisine verilen talimatların özüne uygun hareket etmediğinde de, yetkisiz dolaylı temsil meydana gelir<sup>1016</sup>. Doğrudan temsil kapsamında incelediğimiz üzere, temsilcinin sözleşmeyi yaparken yeterli yetkiye sahip olması gerektiğinin görünen yetki dışındaki diğer bir istisnası, işlemin temsil olunanın tarafından onanmasıdır. Benzer bir istisnaya yetkisiz dolaylı temsilde yer verilebilir. ASHİ m. 3:207, yetkisiz temsilcinin, temsil olunan adına ve hesabına yaptığı yetkisiz işlemin açık veya örtülü olarak onanabileceğini öngörür<sup>1017</sup>. Bu hüküm, yetkisiz dolaylı temsilde de geçerli olmalıdır<sup>1018</sup>. Örneğin temsil olunanın 2.000 Avro'ya kadar bir makineyi satın alması için bir dolaylı temsilciyi yetkilendirdiğini kabul edelim. Ancak dolaylı temsilci, sözleşmeyi kendi adına ve temsil olunan hesabına 2.300 Avro'ya yapmıştır. Sözleşmenin yapılması zamanında temsil olunanın hesabına hareket edildiği dış dünyaya görünür nitelikte ise ortada yetkisiz bir dolaylı temsil söz konusudur. Temsil olunan, ilke olarak sözleşmeyi onayabilir. Yetkisiz dolaylı temsilcinin yaptığı işlemin onanması halinde, dolaylı temsilin hukuki sonuçları etkisini gösterir. Böylece ASHİ m. 3:302'de ve ASHİ m. 3:303'te öngörülen koşullar gerçekleştiğinde, taraflar birbirlerine doğrudan yönelebilir. Örneğimizde dolaylı temsilci, ilgili makine teslim edilmeden ve satış bedeli ödenmeden iflas ettiğinde, temsil olunanın aracıya ve üçüncü kişiye

<sup>1015</sup> BUSCH (İndirect Representation), s. 233.

<sup>1016</sup> Busch, aracının talimatlara aykırı davranması sonucunda meydana gelebilecek olan yetkisiz temsil durumunu bir örnekle açıklamaktadır. Yazar, bir aracının temsil olunanın dolaylı temsilcisi olarak 10.000 Avro'yu aşmayan tutarda antik bir saati, antik eşya satıcısı üçüncü kişiden alma yetkisinin olduğundan hareket etmektedir. Üçüncü kişi, saati 12.000 Avro'dan daha az fiyata satmak istemediğinden, aracı sözleşmeyi bu miktardan yapmayı kabul eder. Aracı, sözleşmeyi kendi adına yapmakla birlikte, sözleşmenin yapılması zamanında temsil olunan hesabına hareket etme iradesinde olduğunun bilinmesi için nedenin bulunması halinde, ortada yetkisiz bir dolaylı temsil söz konusudur. BUSCH (İndirect Representation), s. 234.

<sup>1017</sup> ASHİ m. 3:207 Yorum A.

<sup>1018</sup> BUSCH (İndirect Representation), s. 283.

bildirimde bulunarak haklarını kullanma isteğini ortaya koyması, örtülü bir onama teşkil edecektir<sup>1019</sup>.

ASHİ m. 3:208 hükmü, doğrudan temsili düzenleyen ikinci kısımda, temsil olunan adına ve hesabına hareket eden temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin yetki onaması konusundaki hakkını düzenler. Kanımızca dolaylı temsilde de benzer bir süreç gerçekleşebilir. Açık dolaylı temsil durumlarında<sup>1020</sup>, temsil olunanın açıklamaları veya davranışları, üçüncü kişinin, dolaylı temsilcinin sözleşmeyi kendi adına ve temsil olunan hesabına yetkili olarak yaptığına güvenmesine neden olmakla birlikte, üçüncü kişinin yetkilendirme konusunda haklı şüphelerinin bulunması mümkündür. Böylece üçüncü kişinin, temsilcinin dolaylı temsil yetkisine sahip olduğunu yazılı olarak teyit etmesini veya dolaylı temsilci yetkisiz bir şekilde hareket etmişse, işlemi onamasını temsil olunandan talep edebilmesi isabetli olacaktır. Temsil olunan itiraz etmezse veya talebe gecikmeksizin cevap vermezse, dolaylı temsilcinin sözleşmeyi yetkili bir şekilde yaptığı kabul edilir<sup>1021</sup>. Bu durumda üçüncü kişi ile temsilci arasındaki sözleşmenin, dolaylı temsilcinin yetkisi kapsamında yapıldığı sonucuna varılır. Böylece temsil olunan ve üçüncü kişi, ASHİ m. 3.302’de ve ASHİ m. 3.303’te öngörülen koşullar altında birbirlerine doğrudan yönelebilir. İlkeler’in üçüncü kısmında dolaylı temsil bağımsız bir temsil türü olarak düzenlenmesine rağmen, değindiğimiz olgular doğrultusunda dolaylı temsilcinin yetkisiz hareket etmesine ve yetkisiz yapılan dolaylı temsil işleminin onanmasına ilişkin hükümlerin öngörülmemesi önemli bir boşluk teşkil etmektedir. Ancak İlkeler’in öngördüğü sistem kapsamında, doğrudan temsilde yer verilen bu hükümlerin kıyasen dolaylı temsilde uygulanması gerekir.

### **c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu**

Yetkisiz hareket eden temsilcinin sorumluluğu ASHİ m. 3:204 f. 2’de düzenlenmiştir. Temsil olunan, yetkisiz olarak yapılan işlemi ASHİ m. 3:207 kapsamında onamadığı takdirde, temsilcinin sorumluluğu gündeme gelir. Temsilci,

<sup>1019</sup> “Bildirim Zorunluluğu” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:304, “3:302 ve 3:303 maddelerindeki haklar, ancak bu hakları kullanma iradesinin, aracı kişiye ve üçüncü kişiye veya temsil olunana bildirilmesiyle kullanılabilir. Bildirimin ulaşmasından itibaren, üçüncü kişi veya temsil olunan, aracı kişiye ifada bulunma hakkına sahip değildir” şeklindedir.

<sup>1020</sup> Dolaylı temsilcinin kendi adına ve başkasının hesabına hareket ettiğinin üçüncü kişi nezdinde anlaşılır olduğu halleri kastetmekteyiz.

<sup>1021</sup> BUSCH (Indirect Representation), s. 238.

işlemi yetkili olarak yapması halinde, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan bütün zararları gidermekle yükümlüdür<sup>1022</sup>. Böylece falsus procurator'un ifa menfaatlerinden sorumlu olduğu sonucuna varılır. Ancak temsilci, temsil olunanın sözleşmeyi yerine getiremeyeceğini veya tazminatı ödeyemeyeceğini (örneğin temsil olunanın iflas etmesi nedeniyle) ispat ederse, kendisi de tazminat yükümlülüğünde olmaz. Böylece yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisizliğinin sonucu olarak zarara uğraması gerektiğini görüyoruz. Temsilcinin bu ağır sorumluluğunun gerekçesi, temsilcinin temsil olunan adına hareket etmekle, temsil olunanı borçlandırmaya yetkili olduğunu üçüncü kişiye garanti etmesidir<sup>1023</sup>. Garanti edilen bu yetki gerçekte mevcut değilse, temsilci sözleşme ile şahsen bağlanmamakla birlikte, ikinci fıkra gereğince tazminat ödemekle yükümlüdür.

ASHİ'de yer alan düzenleme, yetkisiz temsilcinin kusurunu öngörmez. Yetkisiz temsilci, yeterli yetkiye sahip olduğunu bilmemesine veya bilmesinin mümkün olmamasına rağmen, sorumlu olur. Ancak üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir. Üçüncü kişinin, temsilcinin yetki eksikliğini bilmesi veya bilmesinin mümkün olması, temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırır<sup>1024</sup>. Üçüncü kişinin kötüniyetli olması halinde, temsilcinin yetki garantisinden bahsedilemeyeceğinden, onun garantiye dayalı sorumluluğu da gündeme gelmez.

## **2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Yetkisiz Temsil**

### **a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi**

AÖH, yetkiye sahip olmadığı halde temsilci olarak hareket ettiğini ileri süren bir kişinin, bir temsil olunan adına veya onun hukuki konumunu etkileme amacını belirtecek şekilde yaptığı işlemin, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki

---

<sup>1022</sup> ASHİ m. 3:204 f. 2, "Temsil olunanın madde 3:207'ye göre onamaması 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" şeklindedir.

<sup>1023</sup> ASHİ m. 3:204 Yorum C.

<sup>1024</sup> ASHİ m. 3:204 f. 2 c. 2.

ilişkileri etkilemeyeceğini öngörmektedir<sup>1025</sup>. Bu işlem, temsilci olarak hareket eden kişiyi de doğrudan bağlamaz. Zira üçüncü kişinin, sözde temsilcinin kişisel sıfatıyla hareket ettiğini varsayması için bir nedenin olmamasının yanısıra, o kişinin kredibilitesine güvenmek için gerekçesi yoktur. Üçüncü kişi, temsilci olma iddiasındaki kişi ile değil, iddia edilen temsil olunan ile bir işlem yürütmek niyetindedir. Ancak temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, belli koşullarda üçüncü kişi ile muhatap olacaktır. Özellikle işlemin temsil olunan tarafından onanmaması halinde, temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu gündeme gelir.

AÖH sisteminde, bir temsilcinin mevcut yetkisinin işlemi sadece kısmen kapsamaması halinde, hukuki ilişkinin bölünebilir olup olmamasına bağlı olarak sonuca ulaşılacağı düzenlenmiştir. Gerçekleştirilen işlem bölünemez ise temsil olunan hiçbir şekilde bağlanmaz. Buna karşılık işlem bölünebilir olduğunda, sadece yetkili olarak yapılan kısım temsil olunan ile üçüncü kişiyi bağlar<sup>1026</sup>.

## **b. Onama**

AÖH II 6:111, yetkisi olmadığı halde bir başkası için hareket eden temsilcinin yaptığı işlemin temsil olunan tarafından onanabileceğine ilişkin genel bir ilkeyi düzenlemektedir. Nitekim hükmün birinci fıkrası uyarınca, temsilci olduğunu ileri süren bir kimsenin yetkisiz olarak yaptığı işlem, ilgili temsil olunan tarafından onanabilir<sup>1027</sup>. Yetkisiz işlemin onanması, temsilciye veya üçüncü kişiye hitaben açık bir beyan ile yapılabilir. Ancak onamanın temsil olunanın ilgili işlemi kabul etmeye ilişkin niyetini kesin olarak gösteren hareketlerle, örtülü olarak yapılması da mümkündür. Onamanın etkisi ikinci fıkra ile ifade edilir. Buna göre onanan işlem, diğer kişilerin haklarına zarar

<sup>1025</sup> AÖH II. 6:107, temsil olunan için hareket etme iddiasında olan bir kişinin yetkisiz bir işlem gerçekleştirmesinde ortaya çıkacak neticeleri ele alır. Hükmün birinci fıkrası, “Bir kişi, bir temsil olunanın adına veya başka türlü bir temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini üçüncü kişiye belirtecek şekilde yetkisiz hareket ettiğinde, bu işlem, ileri sürülen temsil olunanın hukuki konumunu etkilemez veya 2. fıkra ile öngörülenin dışında, yetkisiz kişi ve üçüncü kişi arasında hukuki ilişkiler meydana getirmez” şeklindedir.

<sup>1026</sup> AÖH II. 6:106 Yorum B.

<sup>1027</sup> AÖH II. 6:111 f. 1, “Bir kişi, temsilci olarak hareket ettiğini ileri sürer, ancak yetkisiz işlem yaparsa, ileri sürülen temsil olunan bu işlemi onayabilir” şeklindedir.



vermeden, yetki ile yapıldığı kabul edilir<sup>1028</sup>. Böylece temsil olunan, işlemin menfaatlerini elde etmekte ve yükümlülüklerini üstlenmektedir.

Hükmün üçüncü fıkrasında, üçüncü kişinin, adına işlem yapılan temsil olunana bildirim yoluyla onama için uygun bir süre tayin edebileceği öngörülmektedir<sup>1029</sup>. Adına işlem yapılan temsil olunan o süre içerisinde işlemi onamadığı takdirde, artık onaması mümkün değildir. UTSİ'den türetilmiş olan bu kuralın amacı, temsil olunanı bir üçüncü kişiyi kesin olmayan bir süre boyunca hukuki belirsizlikte tutmaktan alıkoymaktır. Ancak bu kural üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmesinde uygulanabilir. Üçüncü kişinin şüphelenmesi için neden varsa, izlemesi gereken uygun yol, temsilciden yetki konusunda kanıt göstermesini talep etmesi veya temsilcinin konumu hususunda temsil olunandan açıklama istemesi ve bu arada ifayı yapmamasıdır<sup>1030</sup>.

### c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu

Temsil olunan adına veya temsil olunanın hukuki ilişkilerini etkileme niyetini belirtecek şekilde hareket eden bir kişi, bunu yapmak için yetkinin mevcut olduğuna ilişkin olarak üçüncü kişiye garanti verdiği kabul edilir. Yetkili hareket ettiğini iddia eden temsilcinin gerçekte yetkisi olmadığında, onun ilgili işlemle bağlı olduğu sonucu ortaya çıkmaz. Ancak temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin, üçüncü kişinin zararlarını giderme yükümlülüğü doğar. Bu giderim, kişi yetkili hareket etmiş olsaydı, üçüncü kişi hangi konumda olacaksa, üçüncü kişiyi o konuma getirmelidir<sup>1031</sup>. Bununla birlikte temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, temsil olunanın sözleşmeyi yerine getiremeyeceğini veya tazminatı ödeyemeyecek durumda olduğunu kanıtlarsa, üçüncü kişinin zararlarını gidermesi gerekmez<sup>1032</sup>. Hükmün ikinci fıkrasında yer verilen sorumluluğun doğumu, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasına bağlıdır. Üçüncü kişinin, muhatabının yetkisizliğini bilmesi veya bilmesinin makul ölçüde beklenebilmesi halinde, temsilcinin sorumluluğu

<sup>1028</sup> AÖH II. 6:111 f. 2, “İşlem onama üzerine, diğer kişilerin haklarına zarar vermeksizin, yetki ile yapıldığı kabul edilir” şeklindedir.

<sup>1029</sup> AÖH II. 6:111 f. 3, “Bir işlemin yetkisiz olarak yapıldığını bilen üçüncü kişi, ileri sürülen temsil olunana bildirim yoluyla, onama için uygun bir süre belirleyebilir. Bu süre içinde işlem onanmazsa, artık onama mümkün değildir” şeklindedir.

<sup>1030</sup> AÖH II. 6:111 Yorum D.

<sup>1031</sup> AÖH II. 6:107 f. 2, “İleri sürülen temsil olunan onamadığında, bu kişi yetkili hareket etmiş olsaydı, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararlarını gidermekle yükümlüdür” şeklindedir.

<sup>1032</sup> AÖH II. 6:107 Yorum C.

oluşmaz<sup>1033</sup>. Bu konumda üçüncü kişinin, sözde temsilcinin yetkisizliğinin veya iddia edilen temsil olunanın işlemi onamaması tehlikesini üstlendiği kabul edilir.

### 3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Yetkisiz Temsil

#### a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi

UTSİ m. 2.2.5 f. 1, temsilcinin yetkisiz hareket etmesi halinde, işlemlerinin temsil olunanı ve üçüncü kişiyi bağlamayacağını düzenler<sup>1034</sup>. Temsilcinin sınırlı kapsamda yetkilendirildiği ve işlemlerinin yetkisini aştığı durumlarda da aynı kural uygulanır. Örneğin temsil olunan B, A temsilcisine muayyen bir bedele kadar kendi hesabına belirli bir miktarda tahıl satın alması yetkisini verir. A, B tarafından yetki verilenden daha fazla miktarda ve daha yüksek bedelle tahıl satın almak için C satıcısı ile sözleşme yapmaktadır. A’nın yetkisizliği nedeniyle, A ve C arasındaki sözleşme B’yi bağlamaz, A ve C arasında da etkili olmaz<sup>1035</sup>.

#### b. Onama

UTSİ m. 2.2.9, yetkisiz veya yetkinin aşılarak hareket edilmesi nedeniyle temsil olunan üzerinde etkili olmayan işlemlerle ilgili olarak temsilcinin daha sonraki bir aşamada temsil olunan tarafından yetkilendirilebileceği yönündeki genel kabul gören ilkeyi ortaya koymaktadır. İlkeler sisteminde, bu sonraki yetkilendirmeye onama denir. Onama, şekil bakımından herhangi bir koşula tabi değildir. Tek taraflı bir irade beyanı olduğundan temsilciye, üçüncü kişiye veya her ikisine bildirilebilir. Temsil olunanın işlemi onaması, beyanlarla veya davranışlarla açık ya da örtülü olarak gerçekleştirilebilir<sup>1036</sup>.

Temsilcinin işlemleri, onama üzerine başlangıçtan itibaren yetkili bir şekilde yapılmasıyla aynı sonuçlar doğurur<sup>1037</sup>. Üçüncü kişi, temsilci ile yaptığı sözleşmeyi

<sup>1033</sup> AÖH II. 6:107 f. 3, “Üçüncü kişi, yetkinin yokluğunu bildiğinde veya bilmesinin makul olarak beklenebilmesinde, 2. fıkra uygulanmaz” şeklindedir.

<sup>1034</sup> UTSİ m. 2.2.5 f. 1, “Bir temsilci yetkisi olmadığı halde veya yetkisi dışında işlemler yaptığında, bu işlemler, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkilemez” şeklindedir.

<sup>1035</sup> UTSİ m. 2.2.5 Yorum 1 Örnek 1.

<sup>1036</sup> UTSİ m. 2.2.9 Yorum 1.

<sup>1037</sup> Nitekim UTSİ m. 2.2.9 f. 1, “Temsil olunan, yetkisiz veya yetkisinin dışında hareket eden temsilcinin işlemini onayabilir. İşlem, onama ile başlangıçtan itibaren yetkili olarak yapılmasıyla aynı etkileri meydana getirir” şeklindedir.

değiştirme konusunda temsil olunanın bir öneride bulunmasına yol açtığından, işlemlerin kısmi onamasını reddedebilir. Onama, üçüncü kişinin dikkatine sunulmasından sonra geri alınamaz. Aksi takdirde temsil olunan, üçüncü kişiyle yapılan sözleşmeden tek taraflı olarak geri çekilme pozisyonunda olur<sup>1038</sup>.

Temsil olunan ilke olarak işlemi herhangi bir zamanda onayabilir. Bunun nedeni üçüncü kişinin, yetkisi olmayan veya yetkisini aşan bir temsilciyle sözleşme yaptığını olağan olarak bilmemesidir. Ancak UTSİ, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunmasına özel bir değer vermektedir. Üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisizliğini bildiği veya daha sonra fark ettiği durumlarda dahi, sözleşmenin nihai kaderi ile ilgili olarak sınırsız bir şekilde şüphede bırakılmamasına ilişkin meşru menfaatinin olduğu kabul edilir. Bu doğrultuda üçüncü kişiye, temsil olunanın bu yönde iradesinin olması halinde, işlemi onaması gerektiği hususunda makul bir zaman sınırı koyma hakkı tanınmıştır<sup>1039</sup>. Bu durumda onamanın mutlaka üçüncü kişiye bildirilmesi gerekir. Diğer yandan üçüncü kişi, işlemin yapıldığı anda temsilcinin yetkisizliğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, onamadan önce temsil olunana onamayı kabul etmediğini bildirebilir<sup>1040</sup>. Bu olanağın iyiniyetli üçüncü kişiye sağlanmasının nedeni, temsil olunanın piyasadaki gelişmelere dayalı olarak spekülasyonda bulunacak ve onama konusunda karar verecek konumdaki tek kişi olmasının engellenmesi gayesidir<sup>1041</sup>.

### c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu

Temsil olunanın onayı olmadan yetkisiz veya yetkisi dışında işlem yapan bir temsilci, üçüncü kişiye yönelik zararlardan sorumludur<sup>1042</sup>. Bu sonuç, yetkisiz hareket eden temsilcinin sözleşmenin tarafı olmayacağı anlamına gelir<sup>1043</sup>. Temsilcinin sorumluluğu, garanti taahhüdünün ihlaline dayanır. Temsilci, kusurundan bağımsız

<sup>1038</sup> UTSİ m. 2.2.29 Yorum 2.

<sup>1039</sup> UTSİ m. 2.2.9 f. 2, “Üçüncü kişi, temsil olunana bildirimde bulunarak, onama için uygun bir süre belirleyebilir. Temsil olunan, işlemi bu süre içinde onamazsa, daha sonra artık onayamaz” şeklindedir.

<sup>1040</sup> UTSİ m. 2.2.9 f. 3, “Üçüncü kişi, temsilcinin yetkisizliğini işlemin yapılması anında bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, onamadan önce her zaman bildirim yoluyla, onama ile bağlı olmayı kabul etmediğini temsil olunana belirtebilir” şeklindedir.

<sup>1041</sup> UTSİ m. 2.2.9 Yorum 4.

<sup>1042</sup> Bu husus UTSİ m. 2.2.6 f. 1’de açıkça öngörülür. Nitekim düzenlemeye göre, yetkisiz veya yetkisi dışında hareket eden temsilci, temsil olunanın onaması gerçekleşmediğinde, yetkili temsilci olarak ve yetkisi kapsamında işlem yapması söz konusu olsaydı, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararları gidermekle yükümlüdür.

<sup>1043</sup> Unidroit 1999 Study L-Misc. 21, Nr. 153.

olarak sorumludur. Çalışma grubu, tazminatın belirlenmesinde kararsız kaldığından, bu konuda iki oylama gerçekleştirmiştir. Nihayetinde temsilcinin olumlu menfaatlerden sorumlu olmasına karar verilir. Çalışma grubu, üçüncü kişilerin yetkinin araştırılmasında ve kontrol edilmesinde temsilciye nazaran daha az olanaklara sahip olduklarını, temsilcilerin genellikle mesleki bir sıfatla hareket etmelerini ve yetkilerinin varlığını daha kolay teyit edebileceklerini dikkate alarak, üçüncü kişilerin menfaatlerini üstün tutmuştur<sup>1044</sup>. Hükmün birinci fıkrasında yetkisiz temsilcinin, işlemin yetkili yapılması halinde üçüncü kişinin içinde bulunacağı konuma getirecek tazminattan sorumlu olacağı ifade edilir. Böylece sorumluluğun menfi menfaatle sınırlı olmayacağı, müspet menfaate uzanacağı vurgulanmaktadır. Üçüncü kişi, yetkisiz temsilciyle yapılan sözleşme geçerli olsaydı, ortaya çıkacak olan kazancı alabilir. Örneğin A temsilcisi, temsil olunan B tarafından yetkilendirilmeden, B'ye ait petrol yükünün satışı için üçüncü kişi C ile sözleşme yapmaktadır. C, sözleşme bedeli ile mevcut piyasa bedeli arasındaki farkı A'dan tahsil edebilir<sup>1045</sup>.

Üçüncü kişinin yetkisiz temsilciye yönelmesi, onun iyi niyetli olmasını gerektirir. Üçüncü kişi, ancak yetkisiz veya yetki dışında hareket edildiğini bilmediğinde ve bilmesi gerektiğinde temsilcinin sorumluluğuna yönelebilir<sup>1046</sup>. Örneğin B şirketinin yeni çalışanlarından olan A yetkisi olmadan, B'nin işyerini yeniden dekore etmesi için C inşaat şirketini görevlendirir. B, sözleşmeyi onaylamayı reddeder. C, A'nın mevkiindeki bir çalışanın olağan olarak böyle bir sözleşmeyi yapma yetkisinin olmadığını bilmesi gerektiği için A'dan zararının karşılanmasını talep edemez<sup>1047</sup>.

#### **4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Yetkisiz Temsil**

Konvansiyon'un yetkisiz temsile, onamaya ve temsilcinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri, UTSİ'e esin kaynağı teşkil etmiştir. Hükümlerin sistematigi ve içeriği, temelde birbiriyle uyumlu bir görüntü sergilemektedir. Nitekim Konvansiyon'un

<sup>1044</sup> Unidroit 1999 Study L-Misc. 21, Nr. 142 ve Nr. 148; Unidroit 2000 Study L-Misc. 22, Nr. 856 ve Nr. 863.

<sup>1045</sup> UTSİ m. 2.2.6 Yorum 1 ve Örnek 1.

<sup>1046</sup> UTSİ m. 2.2.6 f. 2, "Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu veya yetkisi dışında hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci sorumlu olmaz" şeklindedir.

<sup>1047</sup> UTSİ m. 2.2.6 Yorum 2 ve Örnek 2.

14. maddesinin 1. fıkrasında, temsilcinin yetkisiz veya yetkisinin kapsamı dışında hareket etmesi halinde, gerçekleştirilen işlemin temsil olunanı ve üçüncü kişiyi bağlamayacağı düzenlenir. Yetkisiz bir şekilde yapılan işlemin onanması süreci ise düzenlemenin 15. maddesinde ayrıntılı olarak betimlenir. Konvansiyon yeknesak bir temsil yaklaşımına dayalı olduğundan, bütün hükümler uygun olduğu ölçüde dolaylı temsil durumlarında geçerli olacaktır<sup>1048</sup>. Bu anlamda onama konusunun işlendiği 15. maddenin, her iki temsil türünde uygulama alanı bulacağını ifade edebiliriz<sup>1049</sup>.

Yetkisiz olarak yapılan işlemin onanması, yetkili bir işlemin sonuçlarını doğurur<sup>1050</sup>. Böylece yetkisiz dolaylı temsil işleminin onanması ve 13. maddenin 2. fıkrasında belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde, temsil olunan ve üçüncü kişi birbirlerine karşı doğrudan hareket edebilir. Düzenlemede onamanın belli bir şekle tabi olmadığı, açık veya örtülü olarak gerçekleştirilebileceği vurgulanmaktadır<sup>1051</sup>. Bu konudaki irade beyanının üçüncü kişiye ulaşmasıyla veya bu iradenin üçüncü kişi tarafından herhangi bir şekilde öğrenilmesiyle, onamanın etkili olduğu sonuca varılır. Etkili olan onama, geri alınamaz<sup>1052</sup>. Onamanın geri alınabilmesinin kabulü, kurulan sözleşmenin tek taraflı olarak etkisiz kılınabilmesi anlamına gelir. Diğer yandan onamanın yapıldığı anda işlemin geçerli bir şekilde yapılmasının mümkün olmaması, onamayı etkisiz hale getirmez<sup>1053</sup>. Ancak işlemin yerine getirilememesinin hukuki sonuçları dikkate alınır. Üçüncü kişi, sözleşmenin değiştirilmesi konusunda bir öneriyi içermesinden ötürü, temsil olunanın kısmî onamasını reddedebilir<sup>1054</sup>. Kısmî onamanın reddi, işlemin onanan kısmının da yetkisiz temsil kapsamında değerlendirilmesine yol

<sup>1048</sup> Konvansiyon m. 1 (4), “*Konvansiyon, temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket ettiğine bakılmaksızın uygulanır*” şeklindedir.

<sup>1049</sup> Benzer yönde EVAN, s. 133-137; STAUDER, s. 230; BONELL, (AJCL 1984), s. 741.

<sup>1050</sup> Konvansiyon m. 15 f. 1, “*Temsilcinin yetkisiz veya yetkisinin kapsamının dışında yaptığı işlemler, temsil olunan tarafından onanabilir. Onama ile işlem, işlemin temsil yetkisi ile yapılması durumundaki aynı neticeleri meydana getirir*” şeklindedir.

<sup>1051</sup> Konvansiyon m. 15 f. 8, “*Onama herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Onama açık yapılabilir veya temsil olunanın davranışlarından anlaşılabilir*” şeklindedir.

<sup>1052</sup> Konvansiyon m. 15 f. 5, “*Onama, üçüncü kişiye ulaşmasıyla veya üçüncü kişinin onamayı başka bir tarzda öğrenmesiyle etkili olacaktır. Onama etkili olduğunda geri alınamaz*” şeklindedir.

<sup>1053</sup> Konvansiyon m. 15 f. 6, “*Onamanın gerçekleştiği anda işlemin geçerli olarak yapılmasının mümkün olmaması halinde dahi onama etkilidir*” şeklindedir.

<sup>1054</sup> Konvansiyon m. 15 f. 4, “*Üçüncü kişi, kısmî onamayı reddedebilir*” şeklindedir.

açar. Son olarak kuruluşundan önce tüzel kişilerin hesabına yapılan işlemlerin onanmasının, yetkili hukukun bu konudaki hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir<sup>1055</sup>.

Yetkisiz işlemin onanması konusunda temsil olunanın sahip olduğu olanağın karşısında, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması ile ilgili olarak iki temel enstrüman öngörülmektedir. Buna göre, işlemin yapıldığı anda muhatabının yetkisiz olduğunu bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişi, temsil olunanın onamasından önce bu onama ile bağlı olmadığını bildirebilir. Aynı şekilde yetkisiz işlem uygun kabul edilecek bir sürenin geçmesinden sonra temsil olunan tarafından onandığında, üçüncü kişi bu onama ile bağlı olmadığını derhal açıklayabilir. Bu durumda üçüncü kişi temsil olunana karşı yükümlü değildir<sup>1056</sup>. İkinci olarak temsilcinin yetkisiz olduğunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişiye, işlemin akıbetini aydınlatma olanağı tanınmıştır. Üçüncü kişi, yetkisiz bir şekilde yapılan işlemin onanması konusunda bir süre kararlaştırıldığında, bu sürenin sonunda onama ile bağlı olmadığını ifade edebilir. Taraflar arasında bir süre kararlaştırılmadığında ise üçüncü kişinin tayin edeceği makul bir sürenin geçmesinden sonra aynı sonuca yönelen bir bildirim yapılabilir<sup>1057</sup>. Her iki kural, UTSİ’ye esin kaynağı teşkil etmiştir.

Temsilci yetkisiz olarak bir temsil olunan hesabına işlem yaptığında ve üçüncü kişi temsilcinin bu sıfatla hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde; durumun koşullarından temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediği anlaşılmadığında ve yetkisiz yapılan işlem temsil olunan tarafından onanmadığında, temsilcinin üçüncü kişinin zararlarını giderme yükümlülüğü ortaya çıkar. Zira temsilci, belirtilen koşullarda sözleşmenin tarafı değildir. Üçüncü kişi ise bir temsilci ile işlem yaptığını ve bu işlemin muhatabının bir temsil olunan olduğunu bilmektedir. Üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olması nedeniyle hedeflediği muhatabı olan temsil olunan ile etkili bir işlem yapamamasından ötürü uğradığı zararlarının giderilmesini talep edebilmelidir. Bu

<sup>1055</sup> Konvansiyon m. 15 f. 7, “Bir tüzel kişiliğin hesabına, kuruluşundan önce işlem yapıldığında, onama sadece kuruluş için yetkili hukukun izin vermesi halinde geçerlidir” şeklindedir.

<sup>1056</sup> Konvansiyon m. 15 f. 2, “Üçüncü kişi, işlemin yapıldığı anda temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, onamadan önce onama ile bağlı olmayı kabul etmediğini bildirdiği takdirde, temsil olunana karşı yükümlü olmaz. Temsil olunan onadığında, ancak bu uygun süre içerisinde olmadığında; üçüncü kişi, temsil olunana onama ile bağlı olmayı kabul etmediğini gecikmeksizin bildirebilir” şeklindedir.

<sup>1057</sup> Konvansiyon m. 15 f. 3, “Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilcinin yetkisizliğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, ancak onama için kararlaştırılan sürenin veya böyle bir kararlaştırma olmadığında, üçüncü kişinin tayin ettiği uygun sürenin geçmesinden sonra onama ile bağlı olmayı kabul etmediğini açıklayabilir” şeklindedir.

kapsamda temsilcinin sorumluluğu 16. maddede düzenlenmiştir. Yetkisiz veya yetkisinin kapsamı dışında hareket eden bir temsilci, yetkili olarak veya yetkisinin kapsamında hareket etmesi halinde üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan bütün zararlardan sorumludur<sup>1058</sup>. “*Bütün zararlardan sorumluluk*” ile kastedilen, üçüncü kişinin müspet zararlarının karşılanmasıdır. Ancak hükmün ikinci fıkrasında, temsilcinin sorumluluğuna yönelecek olan üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerektiği belirtilmiştir. Böylece temsilcinin yetkisiz olduğunu veya yetkisinin kapsamı dışında hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, zararlarının karşılanmasını talep edemez<sup>1059</sup>.

## C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE YETKİSİZ TEMSİL

### 1. Türk ve İsviçre Hukukunda Yetkisiz Temsil

#### a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi

Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun temsile ilişkin genel hükümleri üç alt başlıkta düzenlenmiştir. İki hükmü ihtiva eden yetkisiz temsil, ikinci alt başlıkta yer alır. Bir kimsenin yetkisi olmadığı halde, temsilci olarak yaptığı hukuki işlemin onanması süreci 46. maddede (İBK. m. 38) öngörülmektedir. Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamamasının hukuki sonuçları ise 47. maddede (İBK. m. 39) tarif edilir. Bir kimsenin temsilci sıfatıyla üçüncü kişiyle yaptığı işlemin temsil olunanın hukuk sahasında etkili olması, o kimsenin kural olarak temsil yetkisine sahip olmasını gerektirir. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, yetkisi olmamasına rağmen temsil olunanın hesabına sözleşme yaptığında, yetkisiz temsil söz konusudur. Yetkisi olmadan işlem yapan kimse ise yetkisiz temsilci konumundadır. Yetkisiz temsil işleminin oluşumunda temsilcinin yetki eksikliğine ilişkin pozitif veya normatif bilgisi belirleyici değildir<sup>1060</sup>.

<sup>1058</sup> Konvansiyon m. 16 f. 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” şeklindedir.

<sup>1059</sup> Konvansiyon m. 16 f. 2, “Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu veya yetkisinin kapsamı dışında hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci sorumlu olmaz” şeklindedir.

<sup>1060</sup> Ancak yetkinin sona erdiğinin bilinmemesi belli koşullarda BK. m. 45’in (İBK. m. 37) uygulanmasını gündeme getirir. Diğer yandan temsilcinin yetki eksikliğine ilişkin bilgisi, sorumluluğunun kapsamına yansır.

Genel hükümlerde yetkisiz temsile ilişkin olarak iki hükme yer verilmesine karşılık, yetkisiz temsilin olduğu hallere ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda açık bir hüküm olmamasına rağmen, temsil hükümlerinden ve genel hukuk ilkelerinden hareketle, yetkisiz temsilin meydana geldiği olguları belirleyebiliriz. Öncelikle hiçbir şekilde yetki verilmediği halde, temsilcinin başkası hesabına işlem yapması halinde, yetkisiz temsil söz konusudur. Temsilci, kendisine verilen yetkinin geri alınması (İBK. m. 34), kanuni bir sona erme sebebinin (İBK. m. 35) ortaya çıkması, vazgeçme, sürenin geçmesi, bozucu koşulun gerçekleşmesi nedeniyle sona ermesine rağmen, temsilci sıfatıyla hareket etmeye devam ettiğinde, yetkisiz bir işlemin varlığı kabul edilir. Yetkinin verilmesinde şekil eksikliği<sup>1061</sup>, ahlâka aykırılık, imkânsızlık, içeriğin hukuka aykırılıktan hükümsüz olması durumunda da temsilci yetkisiz hareket etmektedir<sup>1062</sup>. Taraflar iç ilişkide muvazaalı hareket ettiğinde, yetki BK. m. 19 (İBK. m. 18) uyarınca meydana gelmez<sup>1063</sup>. İrade bozukluğu nedeniyle yetkinin iptal edilmesi halinde, işlemlerin temsilci tarafından yetkisiz olarak yapıldığı sonucuna varılır. Keza sınırlı ehliyetsiz, bir kimseyi temsilci olarak yetkilendirdiğinde, kanuni temsilcinin muvafakati olmadığı sürece yetkinin geçersiz olduğu kabul edilir<sup>1064</sup>. Temsilcinin yetkili hareket etmesine rağmen, bu yetkisini kötüye kullanması da yetkisiz temsil kavramı içerisinde değerlendirilir<sup>1065</sup>. Son olarak yetkinin kapsamının aşılması halinde, yetkisiz temsile ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak yetkinin sınırlarının aşılması suretiyle yapılan işlemin bölünmesinin mümkün olduğu hallerde, yetkinin kapsamı içerisinde olan kısım temsil olunanın onamasına ihtiyaç duymadan doğrudan geçerlidir. Yetkinin kapsamı dışında kalan bölümün geçerliliği ise askıda hükümsüzdür. Bu sonuca BK. m. 27 f. 2 (İBK. m. 20 f. 2) uyarınca kıyasen ulaşılmaktadır. Ancak işlemin kısmen geçerli olarak kabul edilmesi konusunda tarafların farazi iradelerinin varlığı aranır. Böylece makul ve dürüst bir kimse sınırlı yetkiyi bildiğinde, kısmî işlemi

<sup>1061</sup> Ancak şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin kötüye kullanım teşkil ettiği hallerde, İBK m. 38 uygulama alanı bulmaz. ZACH/KÜNZLE, m. 38, n. 8.

<sup>1062</sup> Bu konuda BK. m. 26 ve BK. m. 27 dikkate alınır.

<sup>1063</sup> Yetkinin muvazaalı bir şekilde verilmesi, iyi niyetli üçüncü kişinin BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 3) gereğince korunmasına yol açabilir. İyi niyetli üçüncü kişi, bildirilen yetkiye güvenebilecektir.

<sup>1064</sup> Yetkisiz temsil durumlarına ilişkin olarak bkz. GAUCH/SCHLUEP, n. 1004; VON TUHR/PETER, § 42, VI, 3; SUNGURBEY, s. 11; AKYOL, s. 455.

<sup>1065</sup> Yetkinin kötüye kullanılmasında iki temel olgu üzerinde durulmaktadır. Temsilci, yetkisinin sınırları içerisinde hareket etmekle birlikte, temsil olunana zarar vermek amacıyla üçüncü kişi ile anlaştığında, bu işlem temsil olunanı bağlamaz. Ancak bu konuda tarafların mutlaka anlaşmaları gerekli değildir. Üçüncü kişi, yetkinin kötüye kullanıldığını bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde de temsilcinin işlemi yetkisiz yaptığı kabul edilmektedir. Benzer yönde bkz. VIOLAND, s. 77 ve s. 81; SUNGURBEY, s. 12; BGE 52 II 360; BGE 77 II 138.



kabul edecekse, işlemin geçerliliğine hükmedilir<sup>1066</sup>. Yetkinin aşılmasında BK. m. 34 f. 2'nin (İBK. m. 25 f. 2) kıyasen uygulama alanı bulması gerektiği de savunulmaktadır. Böylece üçüncü kişi, istemlerini yetkinin sınırlarına indirmeye razı olduğunu bildirmesi durumunda, taraflar arasında yapılan sözleşme, yetkinin sınırları içinde kalan bölümü bakımından geçerli olarak kurulacaktır. Von Tuhr/Peter, bu konumda onaydan kaçınmanın dürüstlük kurallarına aykırı olacağını ifade etmekte, üçüncü kişinin sözü geçen açıklamasını temsil olunanın onaydan kaçınmasından önce yapmasını gerekli görmektedir<sup>1067</sup>. Hâkim doktrin ise belirtilen koşullarda sözleşmenin doğrudan geçerli olacağını, temsil olunanın sözleşmeyi ayrıca onamasının gerekli olmadığını, onamayı reddetmesinin de üçüncü kişinin istemlerini temsil yetkisi sınırları içinde kalacak ölçüye indirgeyerek sözleşmeyi kurtarabilmesine engel olmayacağını haklı olarak vurgulamaktadır<sup>1068</sup>. Buna karşılık yapılan işlem bölünebilir nitelikte değilse, işlemin tamamı askıda hükümsüz kabul edilir.

Doktrindeki bir görüş, temsil olgusunu sadece başkası adına işlem yapılmasıyla sınırlı olarak ele alır. Bu anlamda doğrudan temsilin gerçek bir temsil olduğu, buna karşılık dolaylı temsilin gerçek olmayan bir temsil teşkil ettiği ve temsil olgusu kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu konuda BK. m. 40'da (İBK. m. 32) başkası adına ve hesabına işlem yapan bir kimsenin temsilci olarak tanımlandığından hareket edilerek, yetkisiz temsil ile sadece doğrudan temsilin kastedildiği ifade edilir. Böylece başkası adına ve hesabına hareket etme yetkisi olmadan doğrudan temsilci sıfatıyla işlem yapılması halinde, yetkisiz temsilden söz edilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, dolaylı temsilde kurumun niteliği gereği yetkisizlikten bahsedilemez. Zira dolaylı temsilde temel ilişki dışında bir yetki bulunmaz. Temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmesi ayrı bir yetkilendirmeyi gerektirmemekte, bu olanak temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiden kaynaklanmaktadır<sup>1069</sup>. Desteklediğimiz diğer görüşe göre, dolaylı temsilin bir temsil olgusunu ortaya koymadığı, temsilcinin kendi adına ve başkası hesabına hareket

<sup>1066</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 69; VIOLAND, s. 74; ERGÜNE, s. 199-200; SUNGURBEY, s. 38.

<sup>1067</sup> VON TUHR/PETER, s. 400 ve dn. 4.

<sup>1068</sup> KOLLER, AT, n. 1373-1374; BUCHER, s. 642 dn. 152; ERGÜNE, s. 200 dn. 172; SUNGURBEY, s. 38.

<sup>1069</sup> WATTER/SCHNELLER, m. 38, n. 2; VIOLAND, s. 9; ZACH/KÜNZLE, m. 38, n. 1 ve n. 30; GAUCH/SCHLUEP, n. 1305; ANTALYALI, s. 508; EREN, s. 410; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631 ve dn. 46; s. 652 ve dn. 61; OĞUZMAN/ÖZ, s. 166.

etmesinin yetkiyi gerektirmediği ve bu olanağın temel ilişkiden ibaret olduğu yönündeki yaklaşımlar isabetli değildir. Dolaylı temsil alanında bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına işlem yapabilmesi, o kimseye bu olanağı sağlayan bir hukuki ilişkinin varlığını gerektirir. Temsilci sıfatıyla hareket eden kimse ile hesabına işlem yapılan temsil olunan arasındaki bu hukuki ilişki, dolaylı temsil yetkisi olarak tarif edilebilir. Bu anlamda dolaylı temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına sözleşme yapabilmesi için yetkisinin olması gerektiği kabul edilirse, bu yönde bir yetkinin olmadığı durumda yetkisiz dolaylı temsilin varlığına ulaşılabilecektir<sup>1070</sup>. Nitekim Yavuz, dolaylı temsilcinin, borçlandırıci işlemlerde ve üçüncü kişilerden hak kazanma şeklindeki tasarruf işlemlerinde, özel yetkinin yokluğunda veya dolaylı temsil yetkisinin sınırları dışında bir üçüncü kişiyle işlem yapması durumunda, bu işlemin geçerli olacağını, ancak temsil olunana karşı ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, dolaylı temsil olunanın malvarlığında bulunan haklar ile ilgili olarak yapılan tasarruf işlemlerinde bir ayırım yapmaktadır. Dolaylı temsilcinin başkasına ait menkul eşyada ve hamile yazılı senetlerde kendi adına tasarrufta bulunabilmesi için bu eşyaların zilyedi olması yeterlidir. Ancak temsilcinin dolaylı temsil yetkisi olmadığında ve üçüncü kişi yetki eksikliğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, yapılan işlem dolaylı temsil olunana karşı ileri sürülemez. Bu durumda yapılan işlem, yetki eksikliği nedeniyle geçersizdir. Buna karşılık tapu siciline kaydedilen haklar ile alacaklının adıyla ayrılan ve belirlenen adi alacaklarda dolaylı temsilcinin tasarrufta bulunabilmesi, bu haklara sahip olmasını gerektirir. Bu haklara sahip kılınan temsilci, özel yetkisi olmadan veya mevcut dolaylı temsil yetkisinin sınırlarını aşarak yaptığı tasarruf işlemleri geçerlidir. Üçüncü kişinin yetki eksikliğine ilişkin pozitif veya normatif bilgisi, işlemin geçerliliğine tesiri yoktur. Zira dolaylı temsilci bu durumlarda tasarruf yetkisi ile donatılmıştır. Dolaylı temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında da benzer sonuçlara ulaşılabilecektir<sup>1071</sup>.

---

<sup>1070</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 31. Bu konuda Guhl/Merz/Kummer, temsilcinin başkası adına hareket etmesi halinde yetkisiz temsilden, kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket ettiğinde ise vekâletsiz dolaylı temsilden söz edileceğini belirtmektedir. Yazarlara göre, temsilci, yetkisi olmadan temsil olunan için bir sözleşme yapmak istediğinde ve sözleşmeyi kendi adına yaptığında, sözleşmeye ilişkin haklar ve borçlar belli koşullarda temsil olunanın ve üçüncü kişinin katılımı ile dolaylı temsil kuralları uyarınca temsil olunana geçebilecektir. GUHL/MERZ/KUMMER, § 21, I ve III 1.

<sup>1071</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 144-146.

## **b. Onama**

### **i. Sözleşmenin Onamadan Önceki Hukuki Konumu**

#### **aa. Askıda Hükümsüzlük**

Doğrudan temsil kapsamında yetkisiz olarak yapılan bir sözleşmenin askıda hükümsüz olduğu kabul edilir<sup>1072</sup>. Bu askı durumu esnasında temsil olunan hukuken bağlı değildir. Buna karşılık üçüncü kişi, yetkinin yokluğuna ilişkin bilgisinden bağımsız olarak sözleşme ile bağlıdır. Sözleşmenin temsil olunan tarafından onanması veya onanmaması ile askıda hükümsüzlük sona erer. Sözleşmeyi kesin olarak geçerli veya geçersiz kılmak temsil olunanın takdirindedir. Üçüncü kişi, temsil olunanın iradesi hilafına sözleşmeden tek taraflı olarak ayrılamaz. Temsilci ve üçüncü kişi, sözleşmede cayma hakkına ilişkin bir kayda yer vermediklerinde, temsil olunanın kararını beklemek zorundadır.

Temsilcinin yetki eksikliğini bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişinin askı süresince işlem ile bağlı olmasının sakıncalarını gidermek konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar, yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin esaslı yanılmaya ilişkin İBK. m. 24 f. 1 b. 4'e dayanabileceğini ifade eder<sup>1073</sup>. Sungurbey, sözleşmenin geçerli olmasının ve sonuç doğurmasının, temsilcinin yetkili olmasına bağlı olduğundan, BK. m. 31-32 (Eski BK. m. 24 b. 4) uyarınca üçüncü kişinin bu olguyu sözleşmenin temeli saymasının dürüstlük kuralları gereğince haklı görülebileceğini ileri sürmektedir<sup>1074</sup>. Kocayusufpaşaoğlu'na göre, yetkisini aşarak işlem yapan temsilci, temsil olunan tarafından yetkilendirildiğinden, onun bilgisi ve tasavvurları bilgede temsil esasına dayanarak temsil olunana isnat edilebilir. Böylece üçüncü kişinin yetkiye

<sup>1072</sup> Bir kimsenin dolaylı temsil kapsamında dolaylı temsil yetkisi olmadan, kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı borçlandırıcı işlemler ve üçüncü kişilerden hak kazanma şeklindeki tasarruf işlemleri geçerlidir. Keza tapu siciline kaydedilen haklarda ve alacaklının adıyla ayrılan ve belirlenen adi alacaklarda hak sahibi kılınan dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı tasarruflar, bu konuda dolaylı temsil yetkisi olmadığına dahi geçerlidir. Dolaylı temsilci bu işlemleri, kendi adına üçüncü kişiyle geçerli olarak yapmıştır. Bununla birlikte, temsilcinin dolaylı temsil yetkisi olmadan yaptığı bu işlemlerin hükümleri ve sonuçları, temsil olunana karşı ileri sürülemez. Ancak dolaylı temsilcinin zilyedi olduğu başkasına ait menkul eşyada ve hamile yazılı senetlerde, kendi adına ve temsil olunan hesabına yetkisiz olarak bu yetki eksikliğini bilen veya bilmesi gereken bir üçüncü kişiyle tasarruf işlemi yapması halinde, tasarruf işlemi hükümsüz olur. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 143-145.

<sup>1073</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 38, n. 8; VIOLAND, s. 113. Üçüncü kişinin esaslı yanılmaya dayanamayacağı yönündeki aksi görüşler için bkz. WATTER, m. 38, n. 4; GAUCH/SCHLUEP, n. 1385; VON TUHR/PETER, s. 402, dn. 21.

<sup>1074</sup> SUGURBEY, s. 94.

atfettiği önemin temsil olunan tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği kabul edildiğinden, iyi niyetli üçüncü kişi temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir. Buna karşılık yetkinin hiçbir şekilde verilmediği durumlarda temel hatasına ilişkin unsur gerçekleşmez<sup>1075</sup>. Kanımızca üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisizliğinden hareket ederek sözleşmeyi esaslı yanılmaya dayanarak iptal edebilmesi isabetli değildir. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişi ile karşı karşıya gelen üçüncü kişiyi sözleşme yapmaya yöneltten husus, temsil yetkisinin varlığı değildir. Bu anlamda sözleşme kurulmasına yönelik iradenin oluşumunda karşı tarafın yetkili olması, bu iradenin oluşumuna etki eden bir saik olarak değerlendirilemez. Hiç şüphe yok ki, üçüncü kişi, muhatabının yetkili bir kimse olması ve bu kimse ile geçerli bir sözleşme kurma iradesiyle hareket etmektedir. Ancak bu husus, sözleşmenin kurulmasına etki eden bir saik teşkil etmediği gibi, sözleşmenin temeli sayılamaz. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin yetkisizliğini bilmeyen üçüncü kişinin işlemin geçerliliğine ilişkin güveni, ancak koşulların gerçekleşmesi halinde, iyi niyeti koruyan genel temsil hükümlerine tabi olur. Kaldı ki temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimse ile temasa geçen üçüncü kişi, muhatabının yetkisiz veya yetkisinin sınırlarını aşarak hareket etmiş olabileceğini hesaba katmak zorundadır. Böylece üçüncü kişi de riske girmektedir. Bu riskin, taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetmeden tamamen temsil olunana yüklenmesi, temsil kurumunun niteliğine uygun düşmez.

Temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişinin askı durumu süresince bağlı olmasının haksız sonuçlara yol açacağı endişesinden hareketle, üçüncü kişiye sözleşmeden cayma olanağının tanınması gerektiği savunulmaktadır. Nitekim Alman MK. m. 178’de sözleşmenin yapıldığı anda temsil yetkisinin mevcut olmadığını bilmeyen diğer tarafa, icazet verilinceye kadar sözleşmeden cayma hakkı tanınmıştır. Bucher, Borçlar Kanununda bu yönde bir hüküm olmamasına karşılık, yetkinin yokluğunu bilmeyen üçüncü kişinin cayma hakkına sahip olduğunu ifade eder. Her bir taraf sözleşmenin yapılması zamanında sadece diğer tarafın da bağlı olması halinde bağlanacağından örtülü olarak hareket etmektedir. Temsil olunan sözleşme ile bağlı olmadığından, iyi niyetli üçüncü kişi sözleşmeden cayabilecektir<sup>1076</sup>. Ancak

<sup>1075</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, n. 21.

<sup>1076</sup> BUCHER, s. 604-605.

Zach/Künzle'ye göre, kanun koyucu bir cayma hakkı tanımak isteseydi, İBK. m. 38'de süre tayin edilmesi olanağını öngörmezdi. Bu anlamda süre verilmesi, üçüncü kişinin sözleşmeden kurtulmasına etki eden bir araçtır. Kanun koyucu, sözleşmenin geleceğine ilişkin takdiri üçüncü kişiye değil, temsil olunana tanımıştır. Bu çözümün temelinde pacta sunt servanda düşüncesi yatabilir. Üçüncü kişi, temsilci ile yaptığı sözleşmenin onanması suretiyle meydana gelmesine itiraz edememelidir. Yazarlar, süre tayin edilmesinin temelde bozucu koşula bağlı özel bir cayma hakkı olduğunu savunmaktadır. Yetkisiz olarak yapılan işlem tayin edilen sürenin sonuna kadar iyileştirilmediği takdirde cayılacağı bildirilmektedir. Böylece Alman MK. m. 178 hükmüne kıyasen bir revizyonun yapılması, cayma hakkının yararları yanında kötüye kullanılması veya işlemin temsilci tarafından temsil olunana onamaya sunulmaması ihtimalini beraberinde getireceğinden, tavsiyeye şayan değildir<sup>1077</sup>. Isenring benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Kanunda öngörülen süre tayini hakkı ile üçüncü kişiye yeterince koruma sağlanmıştır. Cayma hakkının tanınması halinde, üçüncü kişiye kendisi için avantajlı olmayan bir işlemde başka bir koşul aranmadan ayrılma olanağı sağlanmış olur. Bu durum İsviçre hukukunda sadece irade bozukluklarında öngörülür. Üçüncü kişi, temsilcinin yetkili hareket etmesinden daha elverişli bir konuma getirilmemelidir<sup>1078</sup>. Saussure, İsviçre Borçlar Kanunu sistemini hakkaniyete uygun bulmakta, Alman MK. m. 178'in de lege ferenda dahi amaca elverişli olmadığını ileri sürmektedir. Zira üçüncü kişi, muhatabından temsilcilik sıfatını ispat etmesini isteyebileceğinden, askıda kalan bir sözleşme ile bağlanmaktan kaçınabilir<sup>1079</sup>. Sungurbey ise Alman hukukundaki çözümün de lege ferenda dahi arzu edilen bir düzenleme olmadığı yolundaki düşüncelerin yerinde olmadığını, bu durumun temsil yetkisinin varlığına güvenen üçüncü kişiyi cezalandırmaktan başka bir şey olmadığını ifade etmektedir. Yazar, aksi yöndeki yaklaşımların temsil yetkisinin varlığına güvenen üçüncü kişiye sözleşmeyle bağlılıktan kurtulma olanağını tanımanın bir gereksinim olduğunu kabul eden tarihsel gelişime ve modern hukuktaki güven ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir<sup>1080</sup>. Violand da Alman MK. m. 178'de öngörülen cayma hakkının İsviçre hukukunda de lege ferenda düzenlenmesini desteklemekte, temsil

---

<sup>1077</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 38, n. 35.

<sup>1078</sup> İSENİRİNG, s. 91.

<sup>1079</sup> DE SAUSSURE, s. 114.

<sup>1080</sup> SUNGURBEY, s. 95.

olunan ile üçüncü kişinin birbirlerinin karşısında eşdeğer haklara sahip olmalarının yerinde olacağını savunmaktadır<sup>1081</sup>. Kanımızca Borçlar Kanunundaki açık düzenleme karşısında temsilcinin yetkisizliğini bilmeyen üçüncü kişi, askı süresince sözleşmeden kaynaklanan bağlılığını cayma hakkını kullanarak tek taraflı olarak ortadan kaldıramaz. Nitekim BK. m. 46 f. 2 c. 2’de (İBK. m. 38 f. 2), yetkisiz bir temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin temsil olunana tanıdığı uygun süre içinde işlemin onanmaması durumunda, üçüncü kişinin bu işlemle bağlı olmaktan kurtulacağı öngörülmüştür. Böylece üçüncü kişinin tayin edilen sürenin sonuna kadar bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme kurulurken yetki eksikliğini bilmeyen üçüncü kişinin cayma hakkına sahip olduğuna ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığından, bu konudaki aksi görüşlere katılmak mümkün değildir. Ancak tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında bu hakkı saklı tutmalarına bir engel yoktur.

#### **bb. Askıda Hükümsüzlüğün Sona Ermesi**

Üçüncü kişi, sözleşmenin askıda bulunduğu süre içerisinde sözleşme ile bağlıdır. Temsilcinin yetkisiz bir şekilde yaptığı işlemin temsil olunan tarafından onanması, bu işlemi kesin olarak geçerli hale getirir. Buna karşılık işlemin onanmayacağı anlaşılırsa, askıda olan işlem kesin olarak geçersiz olur. Bu durumun üçüncü kişi açısından belirsizlik yarattığı ve onun menfaatlerine aykırı olduğu açıktır. Üçüncü kişi, askı durumunu tek başına sona erdiremez. Kanunda askı durumunun süresine ilişkin bir hüküm de yer almaz. Ancak taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, temsil olunanın belli bir süre içerisinde onamayı gerçekleştirmesini koşul olarak öngörebilir. Bu yönde bir kararlaştırma olmadığı takdirde, üçüncü kişinin yetki eksikliğine ilişkin bilgisinden bağımsız olarak temsil olunana onama konusunda uygun bir süre tayin etme olanağı mevcuttur. Nitekim kanun koyucu, askı durumunun doğurduğu sakıncaları gidermek için BK. m. 46 f. 2’de üçüncü kişinin uygun bir süre tayin ederek, temsil olunandan bu süre içerisinde işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebileceğini açıkça düzenlemiştir<sup>1082</sup>. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu,

<sup>1081</sup> VİOLAND, s. 114.

<sup>1082</sup> BK. m. 46 f. 2, "Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur" şeklindedir. Bu düzenleme, OR 2020 tasarısının 195. maddesinin 2. fıkrasında korunmuştur.

Alman Medeni Kanunundan farklı olarak belirli bir süre belirlemek yerine, üçüncü kişinin temsil olunana tayin edeceği sürenin uygun olması gerektiğini ifade etmekle yetinmiştir<sup>1083</sup>. Sürenin uygunluğunda somut olaydaki işlemin türü ve ağırlığı, onamayı gerçekleştirecek temsil olunanın gerçek kişi ya da organ olması, özel durumlar ve temel olarak da dürüstlük ilkesi dikkate alınır.

Kanun koyucu, BK. m. 46'da (İBK. m. 38) belirtilen süreyi hâkime tayin ettirme konusunda bir düzenleme öngörmemiştir. Zach/Künzle, süreyi hâkime tayin ettirme konusunda genel bir olanağın olmadığını, bunun sadece kanunda öngörülen hallerde olabileceğini vurgulamaktadır. Hâkim, uyuşmazlık halinde verilen sürenin uygunluğunu denetleyebilir<sup>1084</sup>. Von Tuhr/Peter ise 1911 tarihli revizyondan itibaren İBK. m. 107'de ve İMK. m. 410 f. 2'de öngörüldüğünden farklı olarak İBK. m. 38'de sürenin mahkemeye tayin ettirilmemesi konusunda ayırım yapılmasını gerektiren bir nedenin bulunmadığını belirtmekte, bu durumu kanun koyucunun unutkanlığına dayandırmaktadır<sup>1085</sup>. Kanımızca üçüncü kişinin işlemin geçerliliğine ilişkin belirsizliği bir an önce ortadan kaldırmak için kısa bir süre tayin etme isteği, bu sürenin temsil olunanın yeterli bir değerlendirme yapmasına olanak tanımayabilir. Bu durumda temsil olunan, verilen sürenin olayın özellikleri itibarıyla hükümde tarif edilen uygun süreyi kapsamadığını iddia edecektir. Tarafların menfaatlerinin dengelenmesi ve her bir somut olayın karmaşık yapısından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla, sürenin BK. m. 123 ve MK. m. 451 f. 2 hükümlerine kıyasen hâkime tayin ettirilmesi olanağının tanınması isabetli gözükmemektedir. Bu sayede tayin edilen sürenin uygun olmadığına ilişkin itirazlar engellenmekte, süre ile ilgili olası belirsizlikler ortadan kalkmaktadır.

Temsil olunanın yetkisiz yapılan işlemi onaması belli bir süre ile sınırlanmamıştır. Böylece yetkisiz olarak yapılan işlemin askıda hükümsüz kalmasının

---

<sup>1083</sup> Alman MK. m. 177 f. 2'de temsil olunanın üçüncü kişinin beyanının kendisine ulaşmasından itibaren iki hafta içinde yetkisiz işlemi onayıp onamayacağını bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir. İki haftalık süre, üçüncü kişinin temsil olunana tayin edeceği sürenin asgarisini teşkil eder. Türk-İsviçre hukukunda da duruma göre uzatılabilecek veya kısaltılabilecek belli bir süre öngörülmesinin, belirsizliğin sakıncalarını ortadan kaldırarak hukuk güvenliğini destekleyeceği savunulmaktadır. Bu konuda bkz. İSENİRİNG, s. 91; VİOLAND, s. 111 ve s. 195. Aksi görüşte olan Akyol, Alman hukukundaki sert çözüme oranla Türk hukukundaki düzenlemenin daha yumuşak ve çeşitli olasılıklara uyumlu olduğunu ileri sürmektedir. AKYOL, s. 484.

<sup>1084</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 38, n. 61.

<sup>1085</sup> VON TUHR/PETER, s. 402, dn. 22.

süresi konusunda değişik yaklaşımlar söz konusudur. Bir görüşe göre, üçüncü kişi BK. m. 46 (İBK. m. 38) gereğince temsil olunana bir süre tayin etmediği takdirde, yetkisiz yapılan işlem her zaman onanabilir<sup>1086</sup>. Zira onama kural olarak belli bir süreye tabi değildir. Zach/Künzle, temsil olunanın sessiz kalması ve üçüncü kişinin süre tayin etmemesi halinde, bir başka ifade ile taraflar tamamen pasif kaldıklarında, onama olanağının belli bir sürenin geçmesi ile ortadan kalkacağını savunmaktadır. Yazarlar bu sonucu MK. m. 2 f. 2'ye dayandırmaktadır. Bu konuda bir yıllık sürenin uygun olacağı düşünülmektedir. Bu bir yıllık sürenin sonunda sözleşme geçersiz olacağından, üçüncü kişi sözleşme ile bağlılıktan kurtulur. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, işlemin yıllarca askıda kalacağı sonucunu doğuracak şekilde onamanın belirsiz bir süre beklenemeyeceğini öngörmüştür<sup>1087</sup>. Bir başka görüşe göre ise üçüncü kişi süre tayin etmemekle birlikte, temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeden veya içinde bulunulan koşullardan işlemin üçüncü kişi açısından sadece belirli bir zaman diliminde önemli olduğunun anlaşıldığı durumlarda, onamanın bu süre içerisinde olması gerektiği sonucuna varılır. Aksi takdirde askı durumu sona erer<sup>1088</sup>. Bu konuda Sungurbey, temsil olunanın davranışlarıyla üçüncü kişide sözleşmeyi onaylamayacağı yönünde haklı bir güven uyandırmasına rağmen, bu hakkını sonradan kullanmaya kalkışmasının MK. m. 2 f. 2 kapsamında çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil ettiğini haklı olarak savunmaktadır<sup>1089</sup>.

## ii. Onamanın Şekli

Onama kural olarak bir şekle bağlı değildir. Yetkisiz işlemin onanması, açık veya örtülü olarak gerçekleştirilebilir<sup>1090</sup>. Temsil olunanın temsil işleminden doğan edimleri yerine getirmesi, örneğin üçüncü kişi tarafından gönderilen malları teslim alması ve geri göndermemesi onama anlamını taşır.

<sup>1086</sup> VIOLAND, s. 136; AKYOL, s. 481-482.

<sup>1087</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 38, n. 42. Federal Mahkemenin kararı için bkz. 15.06.1981 tarihli BGE 107 III 51. Ancak 03.06.1975 tarihli bir başka kararda, kanunda onamaya ilişkin bir süre sınırına yer verilmediğinden ve işin niteliğinden kaynaklanan bir sınırlama da olmadığından, yetkisiz olarak yapılan işlem uzun yıllar geçmesine karşılık onamanın yapılabileceği sonucuna varılmıştır. Karar için bkz. BGE 101 II 222, s. 230.

<sup>1088</sup> BEGUELİN Edouard, Nichtermächtigte Stellvertretung, SJK Nr. 517, s. 2-3; VIOLAND, s. 111-112.

<sup>1089</sup> SUNGURBEY, s. 62 ve s. 87.

<sup>1090</sup> BGE 101 II 230; BGE 93 II 307.



Onamanın şekline ilişkin tartışılan önemli bir konu, susmanın onama olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Yetkisiz olarak yapılan işleme sessiz kalınması, kural olarak onamanın reddi anlamını taşır. Zira hiç kimse kendisinin sebebiyet vermediği konularda cevap vermek zorunda değildir. Böylece üçüncü kişi, temsil olunanın sessiz kalmasını tek taraflı bakışı ile onama olarak yorumlayamaz<sup>1091</sup>. Ancak dürüstlük ilkesi gereğince itiraz etmesinin beklenebildiği ve isnat edilebildiği hallerde temsil olunanın sessiz kalması, onama anlamını taşıyabilir<sup>1092</sup>. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi üçüncü kişinin iyiniyetle temsil olunanın rızasının bulunmadığı hallerde itiraz edeceğini bekleyebildiği, sessizliğin dürüstlük kuralları uyarınca onama anlamına geleceği durumlarda, genel ilkelerden farklı bir sonuca ulaşmaktadır<sup>1093</sup>. Temsilcinin temsil olunan ile bir ilişki içerisinde bulunması, temsilcinin var olan yetkisini aşması özel durum olarak algılanabilir. Temsilci, yetkisini son derece kısıtlı aştığında ve üçüncü kişi işlemin onanması için temsil olunana yöneldiğinde, bu koşullar altında temsil olunanın itiraz etmesi beklenebildiğinden, sessiz kalınması onama olarak değerlendirilir. Özellikle ticari işlem hayatında işlemin yetkisiz temsilci tarafından yapılması halinde, teyit yazısını alan temsil olunanın itirazını veya reddini üçüncü kişiye bildirmesi gerekir. Ticari alanda temsil olunanın dürüstlük kuralı gereğince itiraz etme yükümlülüğüne daha kolay ulaşılacaktır. Örneğin temsilcinin yetkisiz bir şekilde hareket ettiğini öğrenen ticari şirketin organı derhal itiraz etmediğinde, işlemi onadığı sonucuna varılabilir. Ticari işlemlerde itiraz edilmesi ivedi olarak beklenmesine rağmen, her sessiz kalma onama olarak kabul edilemez. Sessizliğe onama anlamının yüklenebilmesi için temsil olunanın yetkisiz olarak yapılan işlemde bilgisinin bulunması veya bilgisinin olması gerekliliği koşul olarak aranmalıdır<sup>1094</sup>. Bununla birlikte, üçüncü kişinin BK. m. 46 f. 2 (İBK. m. 38 f. 2) gereğince temsil olunana süre tayin etmesi halinde, temsil olunanın sessiz kalmasının dürüstlük ilkesi ışığında onama anlamına gelmeyeceği, temsil olunanın tayin edilen süre içerisinde yanıt vermemesinin onamanın reddi anlamını taşıyacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, üçüncü kişi muhatabına süre tayin etmediğinde ve temsil olunan

<sup>1091</sup> BGE 58 III 12; BGE 93 II 308.

<sup>1092</sup> BUCHER, s. 604; VIOLAND, s. 129; WATTER, m. 38, n. 6; SCHWENZER, n. 43.05; EREN, s. 413; AKYOL, s. 485 ve s. 501; SUNGURBEY, s. 60 ve s. 89.

<sup>1093</sup> Mahkeme, itiraz edilmesinin mümkün ve isnat edilebilir olduğu hallerde, sessiz kalmanın onama anlamına geleceğini vurgulamıştır. Bu konuda bkz. BGE 124 III 355, özellikle S. 361. Benzer yönde BGE 93 II 308.

<sup>1094</sup> BUCHER, s. 604; AKYOL, s. 485. BGE 32 II 285.

dürüstlük kuralı uyarınca itiraz etmesi beklenebildiğinde, temsil olunanın pasif davranışı onama anlamına gelebilmesine karşılık; üçüncü kişinin BK. m. 46 f. 2 (İBK. m. 38 f. 2) gereğince süre tayin ettiği hallerde, temsil olunanın sessizliği hiçbir şekilde onama iradesi niteliğinde algılanamaz<sup>1095</sup>. Desteklediğimiz görüşe göre ise temsil olunanın tayin edilen süre içerisinde onama talebine sessiz kalması ilke olarak ret anlamına gelecekse de, güven ilkesinin uygulanması kapsamında olayın özellikleri gereğince tayin edilen süre içerisinde sessiz kalan temsil olunanın pasif davranışı onama anlamına gelebilir. Nitekim Schwenzer, tayin edilen süre içerisinde temsil olunanın sessiz kalmasını kural olarak onamanın reddi olarak kabul etmekle birlikte, üçüncü kişinin içinde bulunulan durumlarda dürüstlük ilkesi uyarınca temsil olunanın uygun görmediği hallerde itiraz edeceğini bekleyebilmesinde sessiz kalmasının onama anlamına geleceğini savunmaktadır<sup>1096</sup>. Kocayusufpaşaoğlu ve Sungurbey benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, temsilcinin yetkisini çok az miktarda aştığı bir durumda, temsil olunanın süreyi susarak geçirmesini örnek olarak göstermektedir. Bu hallerde üçüncü kişi açık bir ret yanıtını beklemekte haklı olduğundan, sürenin sessiz geçirilmesi onama olarak yorumlanmalıdır<sup>1097</sup>. Sungurbey, karşı tarafın bir anlaşma veya dürüstlük kuralı uyarınca öneriyi yanıtlamakla yükümlü olduğu durumların, önerinin bağışlama gibi karşı tarafın yararına yapıldığı veya BK. m. 503'teki (Eski BK. m. 387) hallerin kıyasen uygulanmasını ve tayin edilen uygun süre içinde bir açıklama yapılmamasının onama sayılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>1098</sup>.

### iii. Onamanın Muhatabı

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu, onamanın muhatabı konusunda bir düzenleme öngörmez. Yerleşik doktrin ve uygulama, onamanın temsilciye veya üçüncü kişiye yönelik olarak yapılabileceği yönündedir<sup>1099</sup>. Böylece temsil olunan, işlemi kendiliğinden veya temsilcinin talebi üzerine onadığında, onama açıklamasını temsilciye veya üçüncü kişiye yapabilir. Bu anlamda üçüncü kişinin süre tayin etmeyerek, onama beyanının temsilciye yöneltilebileceğini örtülü olarak kabul ettiği

<sup>1095</sup> BECKER, m. 38, n. 2; VON TUHR/PETER, s. 402 dn. 23a; KILIÇOĞLU, s. 173.

<sup>1096</sup> SCHWENZER, n. 43.05.

<sup>1097</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, n. 6.

<sup>1098</sup> SUNGURBEY, s. 89.

<sup>1099</sup> VON BÜREN, s. 162; KÜNZLE, s. 19; REİSOĞLU, s. 139; BGE 93 II 307; BGE 41 II 273.

sonucuna varılır. Kuşkusuz üçüncü kişi, belli durumlarda yetki eksikliğini bilemez. Özellikle bu hallerde onamanın temsilciye yöneltilebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak BK. m. 46 f. 2 uyarınca süre tayin edilerek, temsil olunanın işlemi onayıp onamayacağı konusunda kararını bildirmesi istendiğinde, bu beyanın mutlaka üçüncü kişiye yapılması gerektiği kabul edilir<sup>1100</sup>. Her ne kadar hükümde süre tayin edilmesinde dahi onamanın kime yapılacağı açıkça ifade edilmemişse de, anlam ve konu bağlantısı bakımından onamanın muhatabının üçüncü kişi olduğu anlaşılmaktadır. Zira üçüncü kişi sadece uygun bir süre tayin etmemekte, bu istekle aynı zamanda beyanın kendisine yapılmasını da örtülü olarak ifade etmektedir. Bu durumda temsil olunan, yetkisiz yapılan işlemi onayıp onamayacağına ilişkin bildirimini MK. m. 2 f. 2'deki dürüstlük kuralları uyarınca üçüncü kişiye yönelik olarak yapması gerekir<sup>1101</sup>. Ancak temsil olunanın, kararını temsilciye bildirmesine bir mani olmadığını ifade etmeliyiz. Temsilcinin bu beyanı haberci sıfatıyla üçüncü kişiye iletmesi mümkün olmakla birlikte, onama beyanının süresi içerisinde üçüncü kişiye ulaşmamasının tehlikesini temsil olunan taşıyacaktır.

Temsil olunanın yetkisiz işlemle ilgili olarak beyanda bulunmasından önce üçüncü kişinin süre tayin etmesi halinde, onamanın muhatabı ve beyanın hükmü konusunda temelde ortak bir yaklaşım mevcuttur. Temsil olunan yetkisiz işlem ile ilgili kararını üçüncü kişiye bildirmek zorundadır. Bu beyan onama yönünde olduğunda askıda hükümsüz olan işlem kesin geçerli bir niteliğe bürünmekte, onamanın reddi halinde ise geçersizlik gündeme gelmektedir. Ancak süre tayininden önce yapılan onama veya ret beyanlarının hükmü konusunda önemli görüş ayrılıkları göze çarpmaktadır. Alman MK. m. 177 f. 2 gereğince, süre tayininden önce temsilciye karşı yapılan onama veya ret beyanları süre tayin edilmesiyle geçersiz hale gelir. Bu çözümü İsviçre hukukunda von Tuhr/Peter desteklemektedir<sup>1102</sup>. Kendisine süre tayin edilen temsil olunan, önceki beyanından bağımsız olarak yeni bir karar alabilir. Bu yaklaşımın en önemli avantajı, üçüncü kişinin işlemin hukuki konumu konusunda açık ve kesin bilgi sahibi olmasını sağlamasıdır. Bir başka görüşe göre, temsil olunanın onaması

<sup>1100</sup> LANDTWING Hans, Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht, (Diss. Bern) Zug 1929, s. 31; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 38, n. 5 ve n. 13.

<sup>1101</sup> LANDTWING, s. 31; SUNGURBEY, s. 70.

<sup>1102</sup> VON TUHR/PETER, s. 402 dn. 23.

üçüncü kişiye bildirilmediğinde, üçüncü kişinin süre tayin hakkı korunmaktadır. Böylece süre tayin edildiğinde, temsil olunanın üçüncü kişiye tekrar beyanda bulunması gerekir. Bu durumda temsil olunanın ikinci beyanı ölçü olacaktır. Temsilciye yapılan onama bildirimi, ancak üçüncü kişinin süre tayin etmeyeceği veya edemeyeceği anlaşıldığında hüküm doğurur<sup>1103</sup>. Violand ise talepten önce temsilciye yöneltilen beyanın geçersiz kabul edilmesi ve temsil olunanın yönelttiği ikinci beyanın farklı bir mahiyette olması halinde, temsilcinin bu beyana ilkesel olarak güvenmeyeceğini ileri sürmektedir. Temsilcinin yetkisiz hareket ettiğini bilmeyen ve işlemin geçerliliğinden hareket eden üçüncü kişinin ise temsil olunanın ret beyanını temsilcinin kendisine iletmemesinden zarar göreceğini vurgulamaktadır. Böylece temsilcinin haberci sıfatıyla dahi hareket etmesi halinde, bu beyana itibar etmeyecek olan üçüncü kişinin temsil olunana yöneleceğini belirtmektedir. Yazar, temsilciye yönelik beyanın tamamen anlamsız olmayıp iç ilişkiyi ilgilendirdiğini, ancak onama beyanının muhatabının sadece üçüncü kişi olması gerektiğini savunmaktadır<sup>1104</sup>.

#### **iv. Onamanın Etkisi**

Yetkisiz bir şekilde yapılan işlemin onanması, doğrudan ve dolaylı temsilde farklı hukuki etkiler meydana getirir. Doğrudan temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin, başkası adına ve hesabına yetkisiz bir şekilde yaptığı işlemin temsil olunan tarafından onanması, askıda hükümsüz olan sözleşmenin kesin geçerli hale gelmesi sonucunu doğurur. BK. m. 46 f. 1 (BK. m. 38 f. 1), yetkisiz yapılan işlemin, ancak onandığı takdirde temsil olunanı bağlayacağını düzenler<sup>1105</sup>. Temsil olunan, yetkisiz yapılan işlemi onamakla, temsilcinin işlemi yetkisi dahilinde yaptığı tarzda alacaklı ve borçlu olmaktadır. Kanunda onanan işlemin hangi andan itibaren geçerli olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte<sup>1106</sup>, doktrinde taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, işlemin geriye etkili olarak yapıldığı andan itibaren geçerli olacağı kabul edilir. Üçüncü kişi, karşı sözleşeni ile işlemin esaslı noktalarında uyduğunda sözleşmenin kurulduğunu ve hükümlerini o anda meydana getireceğini

---

<sup>1103</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 38, n. 60.

<sup>1104</sup> VİOLAND, s. 133.

<sup>1105</sup> OR 2020 tasarısının 195. maddesinin 1. fıkrası benzer bir hüküm öngörmektedir.

<sup>1106</sup> OR 2020 tasarısının 195. maddesinin 3. fıkrası, onamanın sözleşmenin yapıldığı ana geriye etkili olduğunun varsayıldığını düzenler.

kabul etmektedir. Temsilcinin, sözleşmenin hükümlerini meydana getireceği zamana ilişkin olarak sessiz kalması, sözleşmenin yapıldığı anda etkili olacağı konusunda tarafların mutabakatını gösterir. Böylece onamanın geriye etkili olmasında, iki tarafın örtülü uzlaşmasından söz edilir<sup>1107</sup>. Bu durumda sözleşme, başlangıçtan itibaren geçerli bir sözleşmenin bütün sonuçlarını doğurur. Böyle bir çözüm şekli ile temsil olunanın, üçüncü kişinin aleyhine spekülasyon yapması engellenmektedir. Bu anlamda temsil olunanın işleme istediği andan itibaren hüküm izafe etmesinin, değişen koşullarda kendisi için en elverişli zamana göre karar vermesinin önüne geçilmektedir. Zira onamanın etkili olma zamanı faizin hesaplanmasında, sürelerin başlangıcında, fiyatların tespitinde, hasarın veya yararın geçiş anının belirlenmesinde önem taşır. Doktrin ve uygulama, onamanın geriye etkili olması kuralının tasarruf işlemlerinde üçüncü kişilerin kazandığı haklara zarar vermeyeceği sonucuna varmaktadır. Böylece temsil olunanın yetkisiz işlemi onamasından önce üçüncü kişilerin kazandığı haklar korunacaktır<sup>1108</sup>. Doğrudan temsilde yetkisiz olarak yapılan işlemin onanması, temsilcinin sorumluluğunu kural olarak ortadan kaldırır<sup>1109</sup>. Zira BK. m. 48 (İBK. m. 39) kapsamında temsilcinin sorumluluğunun oluşumunda, temsil olunanın işlemi açık veya örtülü olarak onamaması koşulu aranmaktadır.

Doğrudan temsilcinin yetkisiz bir şekilde yaptığı işlemin onanması, işlemin kesin olarak geçerli olmasını ve hükümlerini temsil olunanın hukuk sahasında meydana getirmesini sağlamaktadır. Oysa temsilcinin, dolaylı temsil yetkisi olmadan kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket ettiği yetkisiz dolaylı temsilde onamanın işlevi farklı özellikler taşır. Dolaylı temsilcinin yetkisiz olarak yaptığı işlemin onanması, yetkisiz işlemin kural olarak geçerli kılınması işlevini taşımaz<sup>1110</sup>. Zira dolaylı temsilci, yetkisiz olarak başkası hesabına hareket etmesine rağmen, işlemi kendi adına yaptığından, temsil olunanın onamasından önce dahi geçerli bir işlem söz konusudur. Böylece

<sup>1107</sup> GUHL/MERZ/KUMMER, § 21, IV; OĞUZMAN/ÖZ, s. 189-190. Ancak sözleşme özerkliği ilkesinin bir gereği olarak temsilcinin ve üçüncü kişinin sözleşme yapılırken açıkça veya örtülü olarak onamanın etki zamanını serbestçe kararlaştırmalarına bir engel yoktur.

<sup>1108</sup> BGE 47 II 391.

<sup>1109</sup> Ancak onamaya kadar geçecek sürede üçüncü kişinin uğradığı gecikme zararları, c.i.c uyarınca temsildiden talep edilebilir.

<sup>1110</sup> Ancak yetkisiz dolaylı temsil işleminin onanması, temsil olunana ait menkul eşyalar ile hamile yazılı senetler üzerinde tasarruf edilmesi şeklindeki tasarruf işlemlerinde tasarruf yetkisi eksikliğini giderdiğinden, üçüncü kişi bu durumu bildiğinde, onama beyanı ile başlangıçta geçersiz olan tasarruf işlemi sonradan geçmişe etkili olarak geçerli olur. Bu konuda bkz. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 147.

dolaylı temsil yetkisi eksikliğini gideren onama beyanı, hukuki işlemin dolaylı temsilci tarafından temsil olunana karşı geçmişe etkili olarak ileri sürülmesini sağlamaktadır<sup>1111</sup>.

### c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu

#### i. Genel Bakış

Yetkisiz yapılan işlemin açık veya örtülü olarak onanmaması halinde askı durumu sona ermekte, işlem geçersiz olmaktadır. Üçüncü kişi, askı durumunun sona ermesiyle bağılıktan kurtulur. Temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimse, üçüncü kişiyle temsil olunan için işlem yaptığında, bu sıfatla hareket etmesinin gerçeğe aykırı olmasının tehlikesini üstlenmek zorundadır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu BK. m. 47’de (İBK. m. 39) düzenlenmiştir<sup>1112</sup>. Hükmün ilk fıkrası, temsilcinin kusurundan bağımsız olarak menfi zararın giderilmesini öngörür. İkinci fıkra da temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde, müspet zararın karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. Üçüncü fıkra da sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklı tutulmaktadır<sup>1113</sup>.

BK. m. 47’nin uygulanması, bir kimsenin temsilci sıfatıyla başkası adına ve hesabına hareket etmesini gerektirir. Yetkisiz bir dolaylı temsilci ise kendi adına hareket ettiğinden, borcu bizzat yerine getirmek zorundadır. Böylece temsil olunan, bir başkasına yetki vermediğinde alacaklı ve borçlu olmaz. Yetkisiz hareket eden bir doğrudan temsilci ise sözleşmeyi kendi adına yapmadığından, sözleşme ile şahsen bağlanmaz. Temsilcinin sorumluluğunu öngören hükmün karşıt anlamından yetkisiz doğrudan temsilcinin yaptığı sözleşme ile kişisel olarak sorumlu olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak yetkisiz bir şekilde başkası adına ve hesabına hareket eden temsilciyi kişisel olarak sorumlu tutan ve BK. m. 47’de düzenlenen rejimden ayrılan özel

<sup>1111</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 146.

<sup>1112</sup> “Onamama Halinde” kenar başlığını taşıyan BK. m. 47, “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onanmaması halinde, 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 (1). Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir (2). Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır (3)” şeklindedir. Bu düzenleme, OR 2020 tasarısının 196. maddesinde muhafaza edilmektedir.

<sup>1113</sup> Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri BK. m. 77 vd. hükümleri kapsamında düzenlendiğinden, hükmün üçüncü fıkrasında ayrıca değinilmesi gereksizdir.

hükümlerin bulunduğunu belirtmeliyiz<sup>1114</sup>. Doğrudan temsilci sıfatıyla hareket eden yetkisiz temsilcinin kişisel sorumluluğunu öngören bir düzenlemenin varlığı, BK. m. 47'nin uygulanmasını dışlar. Bu düzenlemelerde genel ilkeye getirilen sınırlamalar kapsamında, doğrudan temsilci sıfatıyla hareket eden yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemle kişisel olarak bağlanacağı hüküm altına alınarak, daha ağır bir sorumluluğa yer verilmektedir.

BK. m. 47 (İBK. m. 39) hükmü, temsilcinin sorumluluğu için bir yükümlülüğün ihlal edilmesini öngörür. Temsilci yetkili olmadığı halde, sözleşmenin yapılması zamanında muhatabı olan üçüncü kişiye yetkili olduğunu belirtmelidir. Bu beyan açık veya örtülü olarak gerçekleşebilir. Bir kimse açıkça yetkili olmadığını açıklamamasına rağmen, doğrudan temsilci sıfatıyla hareket ettiğinde, bu konuda yeterli yetkiyi taşıdığını örtülü bir şekilde beyan ettiği kabul edilir<sup>1115</sup>. Bu anlamda BK. m. 47 hükmü, temsilcinin üçüncü kişiyi yetkili olduğuna ikna edebilmek için özel bir çaba göstermesini aramaz. Yetki eksikliği ifade edilmeden temsilci sıfatıyla hareket edilmesi, yetkinin varlığının ileri sürüldüğünün kabulüne yol açar<sup>1116</sup>. Temsilcinin BK. m. 47 kapsamında sorumlu olması, işlemin yetki eksikliği nedeniyle geçersiz olmasını gerektirir. Sözleşmenin kurulmasını engelleyen başka nedenlerin varlığında<sup>1117</sup>, yetki eksikliği ile zarar arasında gerekli olan nedensellik bağının yokluğundan, BK. m. 47 uygulanmaz<sup>1118</sup>. Aksi takdirde üçüncü kişi, işlem yaptığı temsilcinin yetkili olması halinde içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hale getirilmiş olur. Benzer gerekçe ile temsilcinin, sözleşme geçerli olsaydı üçüncü kişinin temsil olunana yöneltebileceği talepler ölçüsünde sorumlu olacağının kabul edilmesi gerekir. Bu anlamda temsil olunanın sözleşmeyi yerine getiremeyeceği veya tazminatı ödeyemeyeceği ispat edildiğinde, temsilcinin sorumluluğu sınırlı olarak veya tamamen ortadan kalkar. Yetkisiz olarak yapılan işlemin BK. m. 46 uyarınca onanması dışında; BK. m. 41 f. 2,

<sup>1114</sup> TTK. m. 355 f. 2; TTK. m. 216 f. 1; TTK. m. 588 f. 3; TTK. m. 678; TTK. m. 1406 f. 1 ve f. 3; Kooperatifler Kanunu m. 7.

<sup>1115</sup> Bir kimse sadece dolaylı temsilci olarak hareket etmeye yetkili olmakla birlikte, doğrudan temsilci sıfatıyla sözleşme yaptığında, bu sözleşme İBK. m. 38 gereğince onanmadığında, üçüncü kişi İBK. m. 39 çerçevesinde yetkisiz temsilciden tazminat talep edebilir. FELLMANN, m. 396, n. 57.

<sup>1116</sup> BGE 85 II 30.

<sup>1117</sup> Bu nedenlere BK. m. 27'ye aykırılık veya irade bozukluğu halleri örnek teşkil eder.

<sup>1118</sup> VIOLAND, s. 149; AKYOL, s. 520-521.

BK. m. 42 f. 3 veya BK. m. 45 hükümlerinin uygulanması koşullarının varlığı halinde de temsilcinin BK. m. 47 gereğince sorumluluğu oluşmaz.

## **ii. Sorumluluğun Kapsamı**

### **aa. Menfi Zararın Tazmini**

Yetkisiz temsilci BK. m. 47 f. 1 c. 1 uyarınca, işlemin geçersiz olmasından doğan zararlardan sorumludur. Böylece üçüncü kişi, geçerli olduğuna güvendiği bir sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı uğradığı menfi zararların karşılanmasını talep edebilir. Bu sonuca hükmün ikinci fıkrasında yer alan “*diğer zararlar*” ifadesinin karşıt anlamından da ulaşılmaktadır<sup>1119</sup>. Hükümde düzenlenen bu sorumluluğun meydana gelmesi için yetkisiz temsilcinin kusurlu olması zorunlu değildir. Bu husus açıkça ifade edilmemişse de, hükmün ikinci fıkrasında “*diğer zararların giderilmesinde*” kusur koşuluna yer verildiğinden, birinci fıkrada temsilcinin kusursuz olarak sorumlu olduğu sonucuna varılabilir<sup>1120</sup>. Böylece temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimse, yetkisinin olmadığını bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde de menfi zararlardan sorumludur. Ancak yetkisinin sona erdiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen temsilci bakımından BK. m. 45’in (İBK. m. 37) tatbikinin gündeme gelebileceği dikkate alınmalıdır. Bu durumda BK. m. 47’de öngörülen sorumluluk doğmaz.

### **bb. Müspet Zararın Tazmini**

Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması ve olayın özellikleri kapsamında hakkaniyetin gerektirmesi halinde, menfi zararı aşan ve üst sınırı müspet zarar olan bir giderim talep edilebilir (BK. m. 47 f. 2). Hükme göre, “*Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir*”. Hükümde geçen “*diğer zararlar*” ile müspet zarar kastedilmektedir.

<sup>1119</sup> Von Büren, temsilcinin sorumluluğu konusunda yapılan bu ayırımın tartışmaya açık olduğunu ifade etmektedir. Yazar, temsilcinin her olasılıkla ifa menfaatlerinden sorumlu olmasının, bu konudaki katılığın yumuşatılması amacıyla da indirim nedenlerinin dikkate alınmasının uygun olacağını savunmaktadır. VON BÜREN, s. 163.

<sup>1120</sup> BGE 51 II 219; BGE 46 II 412. Bu konuda aksi görüşler bulunmaktadır. İnCEOğlu, temsilci bir menfaat elde etmediğinden ve olması gereken hukuk açısından sorumluluk rizikosunun temsilciye yüklenmesinin isabetli olmadığını ileri sürerek, yetkisiz temsilcinin sadece kusurunun bulunduğu hallerde sorumlu tutulmasının doğru olacağını savunmaktadır. İNCEOĞLU, s. 463-464. Akyol da istisnai durumlarda yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olmasının uygun ve adil olmadığını ifade etmektedir. AKYOL, s. 583.



Kanun koyucu, yetkisiz temsilcinin menfi zararı aşan bir zarardan sorumlu olmasında iki koşul öngörmüştür. Birinci koşul, yetkisiz temsilcinin kusurlu olmasıdır. Temsilcinin yetkisizliğini bilmesine veya bilmesinin gerekmesine rağmen, sözleşmeyi temsil olunan adına ve hesabına yapması halinde, temsilcinin kusurundan söz edilir. Temsilci, yetkisizliğini bildiği halde bu sıfatla hareket ettiğinde, kusurun şekli kasıttır. Yetkisiz işlem yapan temsilci yetki eksikliğini bilmesi gerektiğinde, bir başka ifade ile yetkisi konusunda gerekli özeni göstermemesi halinde ise ihmalinden bahsedilir. Temsilcinin kusurlu olmasının yanısıra hakkaniyetin de menfi zararı aşan bir giderimi haklı kılması gerekir. Böylece hükümde öngörülen ikinci koşul, somut olayda hakkaniyetin diğer zararların giderilmesini gerektirmesidir. Bu konuda önceden kesin kıstasların belirlenmesi oldukça güçtür. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, somut olayın özelliklerini gözetecektir<sup>1121</sup>. Ancak hukuki belirsizliklerin giderilmesi amacıyla makul kıstasların uygulanması, borçlar hukuku sisteminin değerlerinin korunması açısından önemlidir. Kusurun derecesi, tarafların malvarlığı, zararın büyüklüğü dikkate alınacak kıstaslar arasında yer alır. BK. m. 47 f. 2’de müspet zararın tamamının değil, ancak hakkaniyetin gerektirdiği kadarının tazmin edileceği öngörülür<sup>1122</sup>. Bu anlamda hakkaniyet, bir yandan menfi zararı aşan bir tazminata hükmedilmesinin koşulunu oluştururken, aynı zamanda hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde hâkimin dikkate alacağı öğelerden birini teşkil etmektedir.

Alman MK. m. 179 f. 1 hükmü üçüncü kişiye, yetki eksikliğini bilen yetkisiz temsilciden ifayı veya olumlu zararın giderilmesini talep etmesi konusunda bir seçim hakkı tanımaktadır. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda benzer bir hüküm bulunmamakla birlikte, doktrinde BK. m. 47 f. 2’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, yetkisiz temsilcinin BK. m. 51 f. 1 (İBK. m. 43 f. 1) uyarınca temsil olunan adına taahhüt edilen edimi aynen yerine getirmesine karar verilebileceği savunulmaktadır<sup>1123</sup>. Böylece temsilciden makul olarak beklenebilir ve tarafların

<sup>1121</sup> BGE 70 I 219; BGE 106 II 131, S. 133.

<sup>1122</sup> LOSER, n. 585; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, n. 30; BGE 90 II 404. Düzenlemede yer alan koşulların gerçekleşmesi halinde, somut durumun özellikleri kapsamında menfi zararı aşan, ancak müspet zararın altında bir tazminata hükmedilebilir. Öngörülecek giderimin mutlaka bütün müspet zarar miktarınca olması zorunlu değildir. Temsilci, menfi zarardan müspet zarara kadar geniş bir yelpaze içerisinde sorumlu tutulabilir.

<sup>1123</sup> LOSER, n. 584; BUCHER, s. 644; VON TUHR/PETER, s. 403; ERGÜNE, s. 214 dn. 226; SUNGURBEY, s. 179. Zach/Künzle ise İBK. m. 39’un Alman MK. m. 179 f. 1’den farklı olarak sadece tazminat taleplerini öngördüğünü, kanunun belli özel durumlar dışında ifa talebini öngörmediğinden aynen ifaya hükmedilemeyeceğini, bu nedenle tazminatın sadece nakden olabileceğini ileri sürmektedir. ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 85. Akyol da

menfaatlerinin korunması bakımından gerekli olması halinde, BK. m. 47 f. 2 uyarınca nakden tazmin yerine aynen tazmine hükmedilebilir. Bu durumda temelde geçersiz olan işlemin geçerli hale gelmesine benzer bir sonuç ortaya çıkar. Zira yetkisiz temsilci, yetkili hareket etmesi halinde temsil olunanın yerine getirmekle yükümlü olacağı edimi üçüncü kişiye karşı aynen ifa etmekle sorumlu olacaktır. Hiç kuşkusuz sözleşmede kararlaştırılan edimin temsil olunanın kişisel özelliklerine hitap etmesi ve sadece onun tarafından yerine getirilebilir olması halinde, aynen tazmine karar verilemez.

### iii. Üçüncü Kişinin İyi Niyeti

Üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden tazminat talep etmesi, onun iyi niyetli olmasını gerektirir. Bu husus BK. m. 47 f. 1 c. 2’de (İBK. m. 39 f. 1), “*Ancak yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece üçüncü kişi yetki eksikliğini bildiğinde, temsilci sorumlu olmaz. Sorumluluğun ortadan kalkması, MK. m. 2 düşüncesine dayanır<sup>1124</sup>. Üçüncü kişinin, temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldıran yetki eksikliğine ilişkin bilgisi; temsilciden, temsil olunandan veya üçüncü bir kişiden kaynaklanabilir. Bu yöndeki bilginin sözleşmenin yapılması anında mevcut olması gerekir. Yetki eksikliğinin bilinmesi gerekliliği ile eksikliğin bilinmesi aynı değerlendirmeye tabidir. Temsilcinin yetkisizliğinin bilinmesi gerekliliği, içinde bulunulan koşullara bağlı olarak ele alınır. Bu anlamda üçüncü kişinin, temsilciden yetki belgesini istememesi veya yetkinin varlığını araştırmaması tek başına kusurlu kabul edilmesi için yeterli değildir<sup>1125</sup>. Üçüncü kişinin, yetkinin varlığını ve kapsamını araştırmak konusunda genel bir yükümlülüğü bulunmaz. Ancak yetkiyi araştırmayı gerekli kılan olguların bulunduğu veya araştırmanın işlem hayatında olağan olarak beklenebildiği hallerde, bunu ihmal eden üçüncü kişi kusurlu kabul edilir. Üçüncü kişinin yetkilendirme konusundaki şüphesi, kusurlu olması için yeterlidir. Çünkü bu durumda yetki

---

kanunda düzenlenmemesi nedeniyle, yetkisiz temsilciye ağır sonuçları olan bu yönde bir yaptırımın uygulanmasının yerinde olmadığını ve amacı aşacağını ifade etmektedir. AKYOL, s. 540.

<sup>1124</sup> AKYOL Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 33 ve s. 59.

<sup>1125</sup> TTK. m. 18 f. 2 kapsamında basiretli bir işadımı gibi hareket etmesi gereken tacirler açısından ulaşılabilecek sonuç farklıdır. Tacirlerin göstermesi gereken özen ölçüsü yüksektir. Bu anlamda muhatabı olan temsilcinin yetki belgesini incelemeyen ve onun yetkisi hakkında gerekli araştırmayı yapmayan tacirin, iyiniyetli olmadığı kabul edilecektir. Yargıtay’ın kararı da bu yöndedir. Yarg. HGK. 09.03.1966 gün, 544 Esas-68 Karar.

konusunda bilgi alınması veya işlemin yapılmasından kaçınılması gerekir. Yetkisinin eksikliği olasılığı konusunda üçüncü kişinin dikkatini bir şekilde çeken temsilcinin sorumluluğu kalkar. Zira temsilci, üçüncü kişinin yetkinin varlığı konusundaki güvenini yıkarak, tehlikeyi üçüncü kişiye yüklemiştir<sup>1126</sup>.

Temsilcinin sorumluluğunun oluşumunda üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiği koşulu ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer önemli bir konu, kusursuz temsilci hakkında BK. m. 47 f. 1 c. 2'de yer alan düzenlemenin, kusurlu temsilcinin tazminat sorumluluğu bakımından da geçerli olup olmadığına ilişkin tartışmadır. Sistematiği bakımından kusursuz yetkisiz temsilci ile ilgili olan birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ve temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldıran üçüncü kişinin kötü niyetinin, ikinci fıkra da belirtilen olguyu da kapsamına alıp almadığı hususunda yaşanan görüş ayrılıklarının incelenmesi gerekir. Üçüncü kişinin kötü niyetinin kanıtlanmasının, kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yapacağı etki konusunda iki temel görüş ortaya çıkmıştır. Desteklediğimiz görüşe göre, üçüncü kişinin iyi niyetli olmaması halinde temsilcinin sorumlu olmayacağına ilişkin düzenleme BK. m. 47 f. 1 c. 2'de yer almasına karşılık, bu kural BK. m. 47 f. 2'de düzenlenen olguda da uygulanır. Temsilcinin yetkisizliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, temsil olunanın işlemi onamaması tehlikesini üstlenmek zorundadır<sup>1127</sup>. Bu konuda yetkisiz temsilcinin kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi yoktur. Temsilci bilerek yetkisiz hareket ettiğinde dahi, üçüncü kişinin iyi niyeti aranacaktır. Bu anlamda üçüncü kişinin hafif kusuru, temsilcinin sorumsuzluğuna yol açar. Ancak hafif kusurlu üçüncü kişi, kasıtlı hareket eden yetkisiz temsilciye karşı korumasız değildir. Zira üçüncü kişi, temsilciyi BK. m. 49 (İBK. m. 41) uyarınca sorumlu tutabilir<sup>1128</sup>. Böylece kusurlu yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin yetki eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu konuda diğer bir görüş, tazminat hakkını ortadan kaldıran kuralın sadece kusursuz temsilcinin sorumluluğu bakımından geçerli olduğunu, temsilcinin kusurlu olması halinde ise sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır<sup>1129</sup>. Üçüncü kişinin kusurunun temsilcinin sorumluluğunu tamamen

<sup>1126</sup> KOLLER (Der gute Glaube), n. 378.

<sup>1127</sup> VON BÜREN, s. 163; İNCEOĞLU, s. 460.

<sup>1128</sup> KOLLER (Der gute Glaube), n. 381 ve n. 387; ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 20.

<sup>1129</sup> Nitekim Loser, üçüncü kişinin kusurunun temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldıran düzenlemenin sistematik olarak açıkça BK. m. 47 f. 1 c. 2'de yer alması nedeniyle, bu kuralın sadece kusursuz temsilciler bakımından

ortadan kaldırması gerektiğine ilişkin anlayış, birlikte kusurun nedensellik bağıını kesecek yoğunlukta bulunmaması halinde, bunu sadece bir indirim sebebi olarak dikkate alan sorumluluk hukuku sistemiyle çelişmektedir<sup>1130</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi 18.12.1990 tarihli bir kararında benzer bir sonuca ulaşmıştır. Kararın gerekçesinde, üçüncü kişinin kusurunun temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmasının kanun hükmüne uygun olduğu, ancak zarar görenin kusurunun ilke olarak illiyet bağıını kesecek yoğunlukta olmadığı sürece bunu İBK. m. 44 uyarınca bir indirim sebebi sayan İsviçre Borçlar Kanunu sistemine uygun düşmeyeceği belirtilmiştir<sup>1131</sup>. Özellikle yetkisiz olduğunu bilerek hareket eden temsilci, üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesi gerektiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz<sup>1132</sup>.

## 2. Alman ve Hollanda Hukukunda Yetkisiz Temsil

### a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi

Hollanda MK. m. 3:69 f. 1 gereğince, bir kimse yetkisi olmadan temsilci sıfatıyla başkası adına bir hukuki işlem yaptığında, bu hukuki işlem sadece onandığı takdirde, yeterli yetkiye dayalı bir temsilin hukuki sonuçlarını meydana getirir<sup>1133</sup>. Alman Medeni Kanunu da benzer bir düzenlemeye yer vermektedir. Nitekim MK. m. 177 f. 1’de bir kimsenin yetkisi olmadan başkası adına bir sözleşme yapması halinde, sözleşmenin temsil olunan bakımından geçerliliğinin onun onamasına bağlı olduğu öngörülür. Böylece yetkisiz bir şekilde hareket eden temsilcinin bir başkası adına

---

uygulanacağını ileri sürmektedir. LOSER, s. 274 ve s. 353. Schwenzer ise bu konuda bir ayırım yapılması gerektiğini, İBK. m. 39 f. 1 uyarınca üçüncü kişinin kusurunun temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldıracağını, ancak İBK. m. 39 f. 2’de temsilcinin de kusuru bulunduğundan, üçüncü kişinin ihmale dayanan bilgisizliğinin tazminat sorumluluğunu tamamen kaldırmayacağını, İBK. m. 44 f. 1 anlamında bir indirim sebebi teşkil edeceğini belirtmektedir. SCHWENZER, n. 43.09.

<sup>1130</sup> WATTER, m. 39, n. 4; LOSER, s. 353, n. 587.

<sup>1131</sup> BGE 116 II 689, özellikle S. 694.

<sup>1132</sup> Bu konuda Roma-Pandekt hukukundan günümüze kadar geçerli olan “zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali göz önünde tutulmaz” ilkesine dayanan yazarlar bulunmaktadır. SUNGURBEY, s. 182; ERGÜNE, s. 211. Kocayusufpaşaoğlu ise üçüncü kişinin yetkisizliği bildiği hallerde temsilcinin sorumlu olmamasına karşılık, üçüncü kişinin yetkisizliği bilmesi gereken hallerde temsilcinin kastından ve ağır kusurundan sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, düzenlemede mevcut olan boşluk sorumluluk hukukunun temel dayanaklarından birini oluşturan BK. m. 52 (İBK. m. 44) ile doldurulmalıdır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 49, n. 38.

<sup>1133</sup> Hükmün İngilizce metni için <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle33033.htm> (14.05.2015). Onamaya ilişkin MK. m. 3:69’un kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanabileceği yönünde bkz. HARTKAMP (1999a), s. 163-164; KORTMANN/VERHAGEN, s. 24.

yaptığı işlem, MK. m. 164 f. 1’de belirtilen sonuçları oluşturmaz<sup>1134</sup>. Ancak Alman MK. m. 170-173’te öngörülen koşulların gerçekleşmesi veya katlanma ya da görünüş temsiline ilişkin olguların varlığı halinde, yetkisiz yapılan bir işlem dahi etkili kabul edilir.

Temsilcinin yetkisizliğinin nedeni temelde önemli değildir. Böylece başkası için hareket ettiğini iddia eden bir kimsenin hiçbir şekilde yetkilendirilmemesi, temsilciye verilen yetkinin sınırlarının aşılması veya kötüye kullanılması halinde yetkisizlikten söz edilir. Temsil olunanın verdiği yetkinin geçersiz olması, iptal edilmesi veya sona ermesi durumunda da yetkisiz hareket eden bir temsilciden bahsedilir<sup>1135</sup>. Temsilcinin yetkisiz bir şekilde yaptığı işlem askıda hükümsüzdür. Temsil işleminin temsil olunan bakımından sonucu yoktur. Bu askı durumu, yetkisiz işlemin temsil olunan tarafından onanmasına veya onanmasının reddedilmesine kadar devam eder. Temsil olunan bu süre içerisinde üçüncü kişiyle bağlı olmamasının yanısıra, yetkisiz işlemi onaması hususunda kural olarak yükümlü değildir<sup>1136</sup>.

## **b. Onama**

Yetkisiz yapılan işlemin onanması, askıda hükümsüz olan işlemi kesin geçerli hale getirir. Alman MK. m. 182 f. 1, onamanın muhatabı konusunda açık bir düzenleme öngörmektedir. Hüküm gereğince, onama beyanı temsilciye veya üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleştirilebilir. Bu konuda Hollanda hukuku farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Onamanın hukuki bir işlem olduğundan hareketle, “*Hukuki Fiiller*” kenar başlığını taşıyan 3.2 kısımda yer alan hükümlerin onamada uygulanabileceği kabul edilir<sup>1137</sup>. Doktrin ve uygulama, onamanın sadece üçüncü kişiye karşı yapılabileceği sonucuna varmaktadır<sup>1138</sup>. Alman MK. m. 184 f. 1 uyarınca, onama aksi kararlaştırılmadıkça işlemin yapıldığı andan itibaren etkili olur. Ancak hükmün ikinci

<sup>1134</sup> Alman MK. m. 180: “c. 1’de tek taraflı işlemlerde yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin geçerli olmadığı düzenlenmiştir. Ancak c. 2 gereğince üçüncü kişi, temsilci tarafından iddia edilen temsil yetkisine itiraz etmemişse veya temsilcinin yetkisi olmadan işlem yapmasına rıza göstermişse, sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Tek taraflı bir işlem, yetkisiz bir temsilciye karşı ve onun rızası ile yapılması halinde de, aynı hüküm geçerli olur (c.3)”.

<sup>1135</sup> FLUME, s. 799.

<sup>1136</sup> LEIPOLD, s. 293.

<sup>1137</sup> Hollanda MK. m. 3:32-3:59. İngilizce metin için <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle33022.htm> (14.05.2015).

<sup>1138</sup> Bu konuda özellikle MK. m. 3:37 (3) hükmüne dayanılmaktadır. BLOEMBERGEN/VAN DAM/HIJMA/VALK, n. 108; VAN SCHAICK, n. 43. HR 15.01.1999, NJ 1999, 574 (Amrosan Establishment v. Mickey Groen).

fıkrasına göre geriye etki, onamadan önce hukuki işlemin konusuna ilişkin olan ve onayan tarafından yapılan tasarruf işlemlerini geçersiz kılmaz. Hollanda Medeni Kanunu da benzer sonuçlar öngörmektedir. MK. m. 3:69 f. 1’de yetkisiz işlemin onanmasının, o işlemin yetkili bir şekilde yapılmasıyla aynı sonuçları doğuracağı ifade edilir. Böylece onama geriye etkilidir<sup>1139</sup>. Aynı hükmün beşinci fıkrasında, hukuki işlemin onanmasından önce temsil olunanın üçüncü kişiye sağladığı hakların korunacağı belirtilmiştir.

Yetkisiz işlemin onanması açık veya örtülü olarak gerçekleştirilebilir<sup>1140</sup>. Yetkisiz işlemin örtülü onanmasından bahsedilebilmesi için temsil olunanın askıda hükümsüz sözleşmenin bilincinde olması veya en azından bu yönde bir durumun imkân dahilinde olduğunu hesap edebilmesi gerektiği kabul edilir<sup>1141</sup>. Keza temsil olunanın, işlem hayatının gerektirdiği özeni göstermesi halinde, davranışının dürüstlük ilkesi kapsamında bir irade beyanı anlamına geleceğini anlayabileceği ve bunu önleyebileceği durumlarda da, örtülü bir onama söz konusudur. Ancak bu sonuca varılabilmesi için üçüncü kişinin, temsil olunanın davranışını örtülü bir onama olarak gerçekten anlaması gerekir. Bir başka ifade ile üçüncü kişi, temsil olunanın davranışını genel yorum ilkeleri uyarınca bir onama beyanı olarak algılayabilmelidir<sup>1142</sup>. Temsil olunanın basit sessizliği kural olarak örtülü onama niteliğini taşımaz. Ancak temsil olunanın dürüstlük ilkesi gereğince itiraz iradesini beyan etmesinin gerekli olduğu hallerde, sessizlik beyan değerini içerecektir<sup>1143</sup>. Eşin yetkisiz olarak diğer eş için hareket etmesi<sup>1144</sup> veya yetkisiz temsilcinin sonradan yetkilendirilmesi<sup>1145</sup> halinde, sessiz kalan temsil olunanın

<sup>1139</sup> Parliamentary History Book 3, Part I, s. 278.

<sup>1140</sup> Alman MK. m. 182 f. 2’de onamanın ilgili hukuki işlem için öngörülen şekle tabi olmadığı düzenlenmiştir. Bu konuda şekil kurallarının koruma işlevini taşıdığı hallerde bir sınırlama getirilmesi, yetki verilmesi için belli bir şeklin öngörüldüğü durumlarda onamanın da bu şekle tabi olması gerektiği ileri sürülmektedir. STAUDINGER/SCHILKEN, m. 177, n. 11; MEDICUS, n. 976. Ancak hâkim doktrin, zikredilen kurala yorum yoluyla getirilecek bir sınırlamaya karşı çıkmaktadır. Zira ortada somut olarak sunulan ve bu anlamda denetime elverişli olan bir işlemin onanması söz konusudur. Bir başka ifade ile yetkinin verilmesinden farklı olarak onamada temsil olunanın önüne kural olarak şekle uygun yapılan bir sözleşme sunulmaktadır. Aksi halde temsil olunanın onaması, şekil eksikliğini gideremez. Bu koşullarda onamanın şekil zorunluluğuna tabi olmayacağı kabul edilmektedir. PALANDT/HEINRICH, m. 177, n. 6; LARENZ/WOLF, s. 903. BGHZ 125, 218 =BGH NJW 1994, 1344. Hollanda Medeni Kanununda ise farklı bir düzenlemeye yer verilmektedir. MK. m. 3:69 f. 2 uyarınca yetkinin verilmesi için belli bir şeklin öngörüldüğü hallerde, onama da bu şekil koşuluna tabi olacaktır.

<sup>1141</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 177, n. 24; BGH NJW 1997, 312, 313; BGH NJW 1988, 1199, 1200.

<sup>1142</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 177, n. 27-28. BGH NJW 1999, 3263, 3264; BGHZ 109, 171, 177 = NJW 1990, 454.

<sup>1143</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, m. 177, n. 11. BGH NJW 1990, 1601; BGH NJW 1995, 1281.

<sup>1144</sup> OLG Karlsruhe VersR 1992, 1363.

<sup>1145</sup> OLG Frankfurt am Main BB 1980, 10.

örtülü onama iradesine ulaşılabilir. Yetkisiz bir işlem ile ilgili olarak üçüncü kişinin gönderdiği ticari teyit yazısına sessiz kalan temsil olunanın, yazının içeriği doğrultusunda yetkisiz işlemi onadığı kabul edilir<sup>1146</sup>.

Alman ve Hollanda hukuk sistemleri, yetkisiz işlemin onanmasında belli bir süre öngörmez<sup>1147</sup>. Böylece askı durumu, işlemin temsil olunan tarafından onanmasına veya onamanın reddine kadar devam eder. Üçüncü kişi bakımından önemli bir sorun teşkil eden bu belirsizliğin ortadan kaldırılması gayesiyle her iki hukuk düzeninde önemli kurallara yer verilmiştir.

### **i. Üçüncü kişinin Onama Konusunda Temsil Olunana Süre Tayini**

Sözleşmenin yapılması anında temsilcinin yetkisiz olduğunu bilen üçüncü kişi, yetkisiz bir şekilde yapılan sözleşmenin temsil olunan tarafından onanmaması tehlikesini üstlenir. Ancak MK. m. 177 f. 2 üçüncü kişinin askı durumunu bir an önce sona erdirmesindeki menfaatini dikkate alan bir kural öngörmektedir. Bu amaçla üçüncü kişiye onama konusunda temsil olunana yönelme olanağı tanınmıştır. Üçüncü kişi, yetkisiz işlemi onamasını veya onamayı reddetmesini temsil olunanından talep edebilir. Bu talepten önce temsilciye yöneltilen onama veya onamayı ret beyanı ise geçersiz hale gelir. Temsil olunan bu talebin kendisine ulaşmasından itibaren iki hafta içerisinde beyanını üçüncü kişiye yöneltecektir. Bu süre içerisinde beyanda bulunmadığında, onamayı reddettiği sonucuna varılır<sup>1148</sup>. Bu durum askıda hükümsüz olan sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirir. Ancak ticari teyit yazısını içeren bir talebe temsil olunanın iki hafta sessiz kalması, yetkisiz sözleşmenin kurulmasına yol açar<sup>1149</sup>. Kanunda öngörülen iki haftalık süre, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında açıkça veya örtülü olarak kısaltılabilir, uzatılabilir veya tamamen etkisiz kılınabilir. Belirtilen süre temel olarak üçüncü kişinin korunmasına hizmet ettiğinden, üçüncü kişi bu süreyi tek taraflı olarak uzatabilir<sup>1150</sup>.

<sup>1146</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 177, n. 24. BGH NJW 1990, 386.

<sup>1147</sup> Hollanda MK. m. 3:306'da yer verilen 20 yıllık genel zamanaşımı süresi dışında, temsil ile ilgili bir süre sınırı yoktur.

<sup>1148</sup> Alman MK. m. 177 f. 2.

<sup>1149</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 177, n. 32; LARENZ/WOLF, s. 905; BGH BB 1967, 902.

<sup>1150</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, m. 177, n. 13; RG JW 1937, 2036.

Hollanda Medeni Kanunu benzer hedeflere yönelen bir kurala yer vermektedir. Nitekim Hollanda MK. m. 3:69 f. 4, doğrudan menfaati olan kişinin, yetkisiz işlemi onaması konusunda temsil olunana uygun bir süre tayin edebileceğini düzenlemiştir. Bu süre içerisinde işlemin onanmaması halinde, üçüncü kişi de bağılıktan kurtulur<sup>1151</sup>. Yetkisiz işlemin onanması konusunda temsil olunana yönelen üçüncü kişi, kısmî veya koşullu onamayı kabul etmek zorunda değildir (f. 4 c. 2).

## ii. Üçüncü kişinin Onamadan Önce İşlemden Cayması

Alman MK. m. 178’de sözleşmenin yapıldığı anda temsil yetkisinin mevcut olmadığını bilmeyen üçüncü kişiye, sözleşme onanıncaya kadar sözleşmeden cayma hakkı tanınmaktadır. Öngörülen düzenleme, yetkisiz yapılan işlemin meydana getirdiği askı durumunun yarattığı belirsizliği giderme konusunda üçüncü kişiye önemli bir olanak sağlamaktadır. Üçüncü kişi, askı durumu devam ederken cayma iradesini tek taraflı olarak gösterebilecektir. Ancak temsil olunanın işlemi onaması, onamayı reddetmesi veya MK. m. 177 f. 2 kapsamındaki iki haftalık süreyi sessiz bir şekilde geçirmesi halinde, üçüncü kişinin cayma hakkı ortadan kalkar<sup>1152</sup>. Zira mevcut belirsizlik giderildiğinden, üçüncü kişinin korunmasına ilişkin bir menfaati kalmamıştır. Hükmün açık düzenlemesi karşısında, cayma hakkını kullanmak isteyen üçüncü kişinin, sözleşmenin yapılması zamanında muhatabı olan temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmemesi gerekir. Üçüncü kişinin, yetkisizliğin varlığı konusundaki ağır kusuru, cayma hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez<sup>1153</sup>. Üçüncü kişi, caydığını mutlaka temsil olunana bildirmesi gerekli değildir. Temsilciye karşı yapılacak bildirim de etkili olur (c.2). Üçüncü kişi, MK. m. 178’de düzenlenen koşulların bulunmaması halinde ise askı süresince sözleşme ile bağlanır.

Hollanda hukuk sistemi de üçüncü kişiye yetkisiz işlemin onanmasından önce işlemin geçersizliğini ileri sürme olanağını tanımaktadır. Üçüncü kişi, yetki eksikliği nedeniyle işlemin geçersizliğini onamadan önce belirttiğinde, onama etkili olmaz (MK. m. 3:69 f. 3). Ancak üçüncü kişinin, işlemin yapıldığı anda yeterli yetkinin mevcut olmadığını bilmesi veya durumlar itibarıyla makul olarak bilmesinin gerekmesi halinde,

<sup>1151</sup> Parliamentary History Book, Part I, s. 281.

<sup>1152</sup> OLG Frankfurt BB 1995, 2440, 2441.

<sup>1153</sup> STAUDINGER/DILCHER, m. 178, n. 4; SOERGEL/LEPTIEN, m. 178, n. 1.



onama etkisiz kılınmaz. Bu konuda üçüncü kişinin göstermesi gereken özen ölçüsü, Alman hukukuna nazaran ağırlaştırılmıştır. Böylece yetki eksikliğini bilen ve içinde bulunulan koşullarda makul olarak bilmesi gereken üçüncü kişi, onamadan önce yetkisiz işlemin geçersizliğini ileri süremez.

### **c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu**

#### **i. Genel Bakış**

Bir kimse temsilci sıfatıyla bir başkası için hareket ettiğinde, o kimse aksine bir beyanda bulunmadığı sürece, bu konuda gerekli yetkiye sahip olduğunu örtülü de olsa beyan ettiği kabul edilir. Üçüncü kişi, muhatabının temsilci sıfatıyla hareket etmesiyle varlığı kabul edilen yetki iddiasına kural olarak güvenebilir. Ancak temsilci, yetkisiz bir şekilde yaptığı sözleşme onanmadığında, Alman MK. m. 179 gereğince sorumlu olur<sup>1154</sup>. Bununla birlikte üçüncü kişi, MK. m. 178 uyarınca tek taraflı olarak cayma hakkını kullandığında, MK. m. 179 hükmü uygulanamaz. Zira düzenlemede öngörülen, yetkisiz işlemin onanmasının reddi koşulu gerçekleşmemiştir<sup>1155</sup>. Temsilcinin sorumluluğu, yetki eksikliğinden kaynaklanmak zorundadır. Bir başka ifade ile yetkisiz olarak yapılan sözleşme, temsil olunanın onaması halinde geçerli hale gelebilmelidir. Bu anlamda yetkisizlik dışında bir nedenden ötürü geçersiz olan bir sözleşmeye dayalı olarak MK. m. 179 kapsamında bir sorumluluk oluşmaz<sup>1156</sup>. Aksi halde üçüncü kişi, yetkili bir kimse ile işlem yapmasından daha iyi bir konuma getirilmiş olur. Benzer gerekçe ile temsilcinin sorumluluğunun, sözleşme geçerli olsaydı üçüncü kişinin temsil olunandan elde edebileceği değerler ile sınırlı olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Böylece temsil olunanın yeterli malvarlığı olmadığı takdirde, temsilcinin MK. m. 179 uyarınca sorumluluğu gündeme gelmez<sup>1157</sup>.

<sup>1154</sup> Alman hukukunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, kanuni bir garanti sorumluluğudur. İşlem güvenliğinin tesisi menfaatine yönelik, bir güven sorumluluğundan da bahsedilmektedir. Bu anlamda temsilci, kusurundan bağımsız olarak yetkinin varlığını teyit etmektedir. KÖHLER, s. 171; SOERGEL/LEPTIEN, m. 179, n. 1; BGH NJW 2000, 1407. Hollanda hukukunda temsilcinin sorumluluğu konusunda aynı sonuca varılır. Temsilcinin sorumluluğu, örtülü garantiye dayanır. Yetkisizliği konusunda kusursuz olan temsilci dahi sorumludur. Bu konuda bkz. Parliamentary History Book 3, Part I, s. 283.

<sup>1155</sup> JAUERNIG, m. 179, n. 4; LARENZ/WOLF, s. 908. Farklı yönde BGH NJW 1988, 1199, 1200.

<sup>1156</sup> FLUME, s. 802. BGH WM 1977, 478, 479.

<sup>1157</sup> HÜBNER, n. 1313; FLUME, s. 806; OLG Hamm MDR 1993, 515. Bu sonuç ile ilgili tereddütleri konusunda bkz. MEDICUS, n. 987.

## ii. Sorumluluğun Kapsamı

### aa. Temsilcinin Yetkisizliği Bilmesi

Sözleşmenin yapılması zamanında yetkisizliğini bilen temsilci, üçüncü kişinin temsil olunana yönelememesi tehlikesini bilinçli bir şekilde yaratmıştır. Bu durumda temsilci, askıda hükümsüz olan sözleşmenin onanması temsil olunan tarafından reddedildiğinde, üçüncü kişinin seçimine göre ifa veya müspet zararın tazmini ile sorumlu olur<sup>1158</sup>. Ancak temsil olunanın kişisel olarak yerine getirebileceği edimlerin aynen yerine getirilmesi temsilciden talep edilemez<sup>1159</sup>. Üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden aynen ifayı talep ettiğinde, üçüncü kişi ile temsilci arasında askıda hükümsüz sözleşmenin içeriğine göre belirlenecek bir kanuni borç ilişkisi oluşur. Temsilci, sözleşmenin bir tarafı haline gelmez. Zira üçüncü kişinin iradesi bu yönde teşekkül etmemiştir<sup>1160</sup>. Üçüncü kişi, ifa yerine ifa menfaatlerini de talep edebilecektir. Bu durumda temsilci, nakdi tazmin ile yükümlü olur<sup>1161</sup>. Üçüncü kişi, sözleşme geçerli olsaydı ve temsil olunan edimini tam olarak ifa etseydi, içinde bulunacağı konuma getirilir.

Hollanda hukukunda yetkisiz temsilcinin pozisyonu MK. m. 3:70’te düzenlenir. Hükme göre, başkasının temsilcisi olarak hareket eden bir kimse, üçüncü kişiye karşı yetkinin varlığını ve kapsamını teyit etmektedir. Bu anlamda temsilcinin sorumluluğu kesin olduğundan ve kusura dayanmadığından, yetkisiz olduğunu bilmeyen temsilci dahi bütün zararlardan sorumludur. Nitekim Hollanda Yüksek Mahkemesi, temsilcinin, üçüncü kişinin bütün zararlarından sorumlu olması yönünde karar tesis etmiştir. Böylece üçüncü kişi, temsilci yetkili olsaydı içinde bulunacağı finansal konuma getirilmesi gerekir<sup>1162</sup>.

<sup>1158</sup> Alman MK. m. 179 f. 1.

<sup>1159</sup> LARENZ/WOLF, s. 907

<sup>1160</sup> MÜNCHKomm/SCHRAMM, m. 179, n. 32; BGH 19.11.2003 XII ZR 68/00; BGH NJW 1970, 241; BGH NJW 1971, 430.

<sup>1161</sup> PALANDT/HEINRICH, m. 179, n. 6.

<sup>1162</sup> Parliamentary History Book 3, Part I, s. 283; HR 28.03.1997, NJ 1997, N. 454.

### **bb. Temsilcinin Yetkisizliğı Bilmemesi**

Sözleşmeyi yaparken yetkisiz olduğunu bilmeyen temsilcinin MK. m. 179 f. 1’de öngörülen ağırlaştırılmış sorumluluğı ortadan kalkar. Nitekim MK. m. 179 f. 2’de temsilcinin yetkisizliğini bilmemesi halinde, yetkiye güvenen karşı sözleşenin bu güveninden dolayı uğradığı zararların karşılanacağı düzenlenmiştir. Hükmün açık ifadesi karşısında, ağır kusurlu temsilci dahi ikinci fıkra kapsamında değerlendirilir. Temsilci, üst sınırı ifa menfaati olan menfi zararlardan sorumludur. Temsilcinin sorumluluğı, kusurundan bağımsızdır. Kanun koyucu, temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin yetkisinin olmamasının tehlikesini taşıması gerektiğinden hareket etmiştir. Zira temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimse, temsil olunan ile daha yakın bir ilişki içerisinde olduğundan, yetki eksikliğini üçüncü kişiye nazaran evleviyetle algılayabilecektir<sup>1163</sup>.

### **iii. Temsilcinin Sorumluluğunun Kalkması**

Üçüncü kişi, yetkisizliğı bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde temsilcinin sorumluluğı kalkar<sup>1164</sup>. Zira bu durumda üçüncü kişinin, yetkinin varlığına ilişkin olarak korunacak bir güveninden söz edilemez. MK. m. 179 f. 3’ün uygulanmasında, birlikte kusura ilişkin MK. m. 254 hükmü dikkate alınmaz. Üçüncü kişi, sözleşmenin yapılması anında yetkisizliğı bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilcinin sorumluluğı tamamen ortadan kalkacaktır. Bu sonuç, temsilcinin yetkisiz bir şekilde hareket ettiğini bildiği durumlar için de geçerlidir<sup>1165</sup>. Yetkisizliğin sonradan öğrenilmesi halinde ise birlikte kusura ilişkin MK. m. 254’ün uygulanması gündeme gelebilir. Üçüncü kişinin yetkinin varlığına ve kapsamına ilişkin genel bir araştırma ve kontrol yükümlülüğünün bulunmamasına karşılık, işlem hayatında geçerli görüşlere göre somut olayın özellikleri, yetkinin varlığı veya sınırları konusunda tereddüt uyandırdığında gerekli adımların atılması yükümlülüğü doğmaktadır. Bu durumda üçüncü kişi özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, doğacak sonuçlara katlanmak

<sup>1163</sup> LARENZ/WOLF, s. 908; MEDICUS, n. 994. Aksi görüşte olan yazarlar, kanunun lafzına ve kanun koyucunun amacına rağmen, yetki eksikliğinin her türlü bilgi ve değerlendirme olanağından yoksun bir şekilde temsilci tarafından algılanamaması halinde dahi, MK. m. 179 f. 2’nin uygulanmasının isabetli olmadığını savunmaktadır. HÜBNER, n. 1315; CANARİS, s. 535 dn. 53.

<sup>1164</sup> Alman MK. m. 179 f. 3.

<sup>1165</sup> SOERGEL/LEPTIEN, m. 179, n. 19.

zorundadır<sup>1166</sup>. Ancak üçüncü kişi, koşulların oluşması halinde MK. m. 179'da öngörülen talepler yanında, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan talepleri de temsilciye yöneltebilecektir.

Üçüncü kişi, Hollanda MK. m. 3:70 uyarınca yetkinin varlığı ve kapsamı konusunda iyiniyetli olması gerekir. Hükümde başkasını temsil eden bir kimsenin, üçüncü kişiye karşı yetkinin varlığını ve kapsamını teyit etmesine karşılık, üçüncü kişinin yetkisizliği bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde, bu yönde bir teyidin ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde üçüncü kişiyi yetkinin içeriği konusunda tam olarak bilgilendiren temsilcinin sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>1167</sup>. Böylece yetkinin varlığı ve kapsamı konusunda iyi niyetli olmayan veya temsilcinin verdiği bilgiler uyarınca yetki eksikliğini öğrenen üçüncü kişinin korunacak bir güveni olmadığından, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu doğmaz.

### **3. İngiliz Hukukunda Yetkisiz Temsil**

#### **a. Temsilcinin Yetkisiz Hareket Etmesi**

Yetkisiz hareket eden temsilcinin yaptığı sözleşme, temsil olunanın hukuki konumunu kural olarak etkilemez. Bu konuda yetkisizliğin nedeni önemli değildir. Temsilcinin var olan yetkisinin sınırlarını aşması, yetkisinin sona ermesi veya hiçbir şekilde yetkilendirilmemesi, temsil olunanın sözleşme ile bağlanmaması sonucuna yol açar. Ancak tarafların menfaatlerinin ve genel olarak işlem hayatının korunması düşüncesiyle, bu ilkenin istisnaları mevcuttur. Temsil olunan, bir taraftan hesabına yetkisiz olarak yapılan sözleşmeyi onadığında, diğer taraftan üçüncü kişide temsilcinin yetkili hareket ettiği görüntüsünü oluşturduğunda, sözleşme ile bağlanır.

#### **b. Onama**

İngiliz hukuku, diğer hukuk sistemlerine benzer şekilde temsil olunanın, hesabına yapılan sözleşmeyi onaylamak suretiyle temsilcinin yetkisizliğini giderebileceğini öngörür<sup>1168</sup>. Temsil olunanın onaması sadece yetki eksikliğini

<sup>1166</sup> BGH NJW 2000, 1407,1408.

<sup>1167</sup> Hollanda MK. m. 3:70.

<sup>1168</sup> FRİDMAN, s. 74; Firth v. Staines [1897] 2 Q.B. 70.

gidermektedir. Böylece sözleşmenin geçerliliğini etkileyen başka bir koşulun eksik olması halinde, bu eksiklik temsilin etkili olmasını engellemektedir. Temsil olunanın onaması sadece açık temsilde kabul edilir. Gizli temsil olunan, yetkisiz bir şekilde hesabına yapılan sözleşmeyi onaylayamaz<sup>1169</sup>. Bu konuda farklı bir yaklaşımın benimsenmesinin, sözleşmelere haksız bir şekilde müdahale etme olanağını ortaya çıkaracağından hareket edilmektedir. Sözleşmenin yapılması zamanında üçüncü kişinin varlığını bilmediği bir kimsenin, sözleşmeyi onaylamak suretiyle kendisine yönelmesinin isabetli olmadığı sonucuna varılır<sup>1170</sup>. Ancak bu yaklaşımla tutarsız olacak tarzda, kimliği açıklanmamasına karşılık belirlenebilir bir temsil olunan hesabına yapılan sözleşmenin onanabileceği yönünde karar tesis edilmiştir<sup>1171</sup>.

İngiliz hukuku, temsilin etkili olması konusunda karar verme iktidarını genel anlamda temsil olunana tanımaktadır. Nitekim üçüncü kişi iyiniyetli dahi olsa cayma hakkına sahip olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>1172</sup>. Ancak Bolton Partners v. Lambert kararı önemli eleştirilere uğramaktadır. Bu kararın yumuşatılması için gayret sarf edilerek<sup>1173</sup>, özellikle sözleşmenin sonradan onanması kaydıyla yapıldığı hallerde, üçüncü kişinin onamadan önce cayabileceği kabul edilir<sup>1174</sup>. Diğer yandan üçüncü kişinin menfaatinin desteklenmesi amacıyla, temsil olunanın yetkisiz yapılan sözleşmeyi öğrenmesinden itibaren, onamayı uygun bir süre içerisinde gerçekleştirmesi gerektiği vurgulanır. Makul sürenin belirlenmesinde, içinde bulunulan koşullar dikkate alınır<sup>1175</sup>. Böylece temsil olunanın değişen piyasa koşullarında kendi lehine ve üçüncü kişinin aleyhine spekülasyon yapması engellenmeye çalışılmaktadır<sup>1176</sup>. Bu yaklaşımın, üçüncü kişinin onama konusunda temsil olunana uygun bir süre tayin etmesine bir alternatif teşkil ettiği düşünülebilir.

<sup>1169</sup> Keighly Maxstead & Co v. Durant [1901] A.C. 240.

<sup>1170</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, s. 411-412.

<sup>1171</sup> National Oilwell (UK) Ltd. v. Davy Offshore Ltd. [1993] 2 Lloyd's Rep. 582, 592-597. Karar konusunda bkz. CHITTY/BEALE, n. 31-028. Ayrıca TREİTEL, s. 641.

<sup>1172</sup> Bolton Partners v. Lambert [1889] 41 Ch. D. 295.

<sup>1173</sup> Reynolds, onamadan önce üçüncü kişiye tek taraflı olarak geri alma hakkını düzenleyen bir kuralın, ona piyasada spekülasyon olanağı sağlayacağını ifade etmektedir. REYNOLDS Francis Martin Baillie, Authority of Agents (2005) ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, Unidroit Principles: New Developments and Applications, pp. 9-16, s. 9 ve s. 13.

<sup>1174</sup> FRİDMAN, s. 87; Watson v. Davies [1931] 1 Ch. 455.

<sup>1175</sup> Metropolitan Asylums Board Managers v. Kingham & Sons [1890] 6 TLR 217, 218.

<sup>1176</sup> TREİTEL, s. 628.

Onama kural olarak bir şekle bağlı değildir<sup>1177</sup>. Temsil olunan, sözleşmeyi açık veya örtülü olarak onayabilir. Temsil olunanın malları teslim alması ve ödemeyi gerçekleştirmesi veya yetkisiz satılan malların bedelini üçüncü kişiden teslim alması durumunda, sözleşmenin onandığı sonucuna varılır<sup>1178</sup>. Temsil olunanın yetkisiz sözleşme karşısında sadece sessiz kalması, genel olarak onama anlamını taşımaz. Ancak temsil olunanın sessizliği, içinde bulunulan koşullar kapsamında onama anlamına gelebilir<sup>1179</sup>. Temsil olunanın yetkisiz yapılan sözleşmeye makul bir süre içerisinde itiraz etmemesi, üçüncü kişinin içinde bulunulan durumlar gereğince sözleşmenin yetki sınırları içerisinde yapıldığını kabul etmesine yol açtığında, sessizlik onamanın varlığına yol açabilir<sup>1180</sup>. Böylece temsil olunanın tepkisizliği, belli koşullarda yetkisiz sözleşmeyi onamadığını ileri sürmesini engelleyecektir.

Onamanın muhatabı, temsilci veya üçüncü kişi olabilir. Onamanın üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi zorunlu değildir<sup>1181</sup>. Ancak onama kaydı ile yapılan sözleşmelerde, onamanın mutlaka üçüncü kişiye yönelik yapılması gerekir<sup>1182</sup>. Temsilci tarafından yapılan sözleşmenin bir bütün olarak onanması gerekir. Yetkisiz sözleşmenin bir kısmının onanmasına kural olarak izin verilmez. Son olarak onamanın ex tunc etkili olduğu kabul edilir. Bununla birlikte üçüncü kişilerin onamadan önce kazandığı haklar korunacaktır<sup>1183</sup>.

### **c. Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu**

Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin, karşı sözleşsenine yetkinin varlığı konusunda örtülü bir garanti verdiği kabul edilir<sup>1184</sup>. Temsilcinin gerçekte yetkisi olmadığında veya mevcut yetkisinin sınırları aşıldığında, bu garantinin ihlalinin ötürü üçüncü kişiye karşı sorumluluğu doğacaktır. Yetkisinin varlığına kusursuz olarak güvenen temsilcinin dahi sorumluluğu söz konusudur. Sorumluluk kusura

<sup>1177</sup> Ancak sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılmasının gerekli olduğu hallerde onama da şekle tabi olur. CHITTY/BEALE, n. 31-027.

<sup>1178</sup> Hunter v. Parker (1840) 7 M & W 322.

<sup>1179</sup> Bank Melli Iran v. Barclays Bank (Dominion, Colonial and Overseas) [1951] 2 Lloyd's Rep 367; De Bussche v. Alt (1878) 8 CH D 286 at 312-313.

<sup>1180</sup> Suncorp Insurance & Finance v. Milano Assicurazioni SpA (1993) 2 Lloyd's Rep 225 at 241.

<sup>1181</sup> Shell Co. of Australia Ltd v. NAT Shipping and Bagging Services Ltd (The Kilmun) [1988] 2 Lloyd's Rep 1 at 11, 14.

<sup>1182</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, n. 2-074.

<sup>1183</sup> FRIDMAN, s. 87; CHITTY/BEALE, n. 31-03.

<sup>1184</sup> CHITTY/BEALE, n. 31-100; Collen v. Wright [1857] 8 E. & B. 647, 119 Eng. Rep. 1259.

dayanmadığından, yetkisiz olduğunu kusuru olmadan bilmeyen temsilci de muhatabına tazminat ödemekle yükümlüdür<sup>1185</sup>. Bu tazminat, ifa menfaatlerini kapsar. Üçüncü kişi, yetkili bir temsilci ile sözleşme yapması halinde, içinde bulunacağı konuma getirilir. Ancak bu katı sorumluluk yaklaşımı eleştirilmekte ve “*yetkinin örtülü garantisi*” kavramının, yetkinin kontrolü konusunda özen göstermeyi taahhüt etme şeklinde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1186</sup>.

Üçüncü kişiye karşı sorumluluktan bahsedilebilmesi, yetkisiz temsilcinin sözleşme ile kişisel olarak bağlanmamasını gerektirir. Böylece temsilcinin yetkisizlik nedeniyle ifa menfaatlerinden sorumlu olması, üçüncü kişiye karşı açık bir şekilde temsilci sıfatıyla hareket etmesine bağlıdır. Zira gizli temsil kapsamında yetkisiz bir şekilde yapılacak sözleşmede temsilci kişisel olarak bağlanacağından, ortada tazmini gereken bir zarardan söz edilemez. Temsilcinin ifa menfaatlerinden sorumlu olması; onun yetkisiz olmasını, yetkisinin sınırını aşmasını veya başta mevcut olan yetkisinin sona ermesine rağmen temsilci sıfatıyla hareket etmesini gerektirir<sup>1187</sup>. Temsilcinin sorumluluğu için üçüncü kişinin zararının oluşması gerekir. Bu anlamda görünen yetkiye ilişkin hükümlerin uygulanması halinde, üçüncü kişinin zararından bahsedilemeyeceğinden, tazmini gereken bir ifa menfaati gündeme gelmez<sup>1188</sup>. Keza temsil olunanın iflas etmesi veya sözleşmeyi yerine getiremeyeceğinin ispat edilmesi halinde, temsilcinin sorumluluğu ortadan kalkar. Zira temsilci yetkili bir şekilde hareket etseydi dahi, üçüncü kişi temsil olunana yöneldiğinde daha iyi bir konuma ulaşamazdı<sup>1189</sup>. Temsilcinin sözleşmeyi yetkisiz bir şekilde yapması, üçüncü kişinin konumunu iyileştirmemesi gerekir. Son olarak üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, temsilcinin sorumluluğunu kaldıracaktır<sup>1190</sup>.

<sup>1185</sup> Collen v. Wright [1857] 8 E. & B. 647, 119 Eng. Rep. 1259; Yonge v. Toynbee [1910] 1 K.B. 215.

<sup>1186</sup> TREİTEL, s. 641.

<sup>1187</sup> Ancak Powers of Attorney Act 1971 (5) (1) gereğince, yetki belgesine dayalı olarak yetkili olduğundan hareket eden bir temsilci, yetkisinin geri alındığını bilmediği takdirde sorumlu olmaz. Bu konuda bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/27/section/5/enacted> (15.02.2016).

<sup>1188</sup> TREİTEL/PEEL, n. 16-081.

<sup>1189</sup> CHITTY/BEALE, n. 31-104.

<sup>1190</sup> Beattie v. Ebury (1872) L.R. 7 CH. App. 777, 888; Lilly, Wilson & Co. v. Smales, Eeles & Co. [1892] 1 Q.B. 456.

#### D. DEĞERLENDİRME

İncelediğimiz hukuk sistemleri yetkisiz temsilde genel bir kural öngörmektedir. Yetkisiz temsilcinin bir temsil olunan hesabına yaptığı işlem, temsil olunan ile üçüncü kişinin hukuki konumunu kural olarak etkilemez. Ancak yetkisiz temsil kavramının doğrudan temsil kurumu ile sınırlı olarak tanımlanması isabetli değildir. Bu bakış açısını özellikle Alman hukukunda, UTSİ’de ve AÖH’da görmekteyiz. Temsilcinin yetkisiz yaptığı işlemin temsil olunan tarafından onanabileceği genel kabul gören bir ilkedir. Yetkisiz yapılan işlemin onanması temsili etkili kılar. Bu yaklaşım, temsil olunanın iradesi dışında bağlanmasını önlediğinden, onun özerkliğini korumaktadır. Ancak yetkisiz işlemin temsil olunan tarafından tek taraflı bir şekilde onanması suretiyle geçerli kılınması, onama sürecinin piyasa koşullarının üçüncü kişinin aleyhine olduğu bir anda temsil olunanın lehine işletilmesi tehlikesini gündeme getirir. Bu konuda taraflar arasında meydana gelebilecek çıkar çatışmasının tehlikesini kimin taşıyacağının belirlenmesi, taraflar arasındaki yükün dağılımı açısından önem arz eder. Nitekim doğrudan temsil kapsamında yetkisiz yapılan bir sözleşmede üçüncü kişinin bağlı olmasına karşılık, temsil olunanın hukuki konumunda bir değişikliğin olmadığını görmekteyiz. Yetkisiz sözleşmenin askıda hükümsüz olduğu, temsil olunan bakımından sonuç doğurmadığı, bu askı durumunun yetkisiz yapılan sözleşmenin temsil olunan tarafından onanmasına veya onanmayacağının kesinleşmesine kadar devam edeceği sonucuna varılmaktadır. Onama kural olarak belli bir süreye tabi olmadığından, yetkisiz işlem ile bağlanacak olan üçüncü kişinin konumu önemli bir belirsizlik oluşturur. Askıda hükümsüz bir sözleşmenin geleceği konusundaki takdirin tamamen temsil olunana bırakılması, tarafların menfaat dengesine uygun olamaz. Bu konuda ASHİ’de öngörülen düzenleme, işlem hayatını daha az koruyucu bir görüntü sergilemektedir. Temsilin etkili olması, temelde temsil olunanın inisiyatifine bırakılmıştır. İlkeler, onama ile ilgili olarak süre sınırına veya üçüncü kişinin cayma hakkına sahip olduğuna ilişkin bir hükme yer vermez. Üçüncü kişinin dayanabileceği tek koruma tedbiri, temsil yetkisi konusunda temsil olunanı açıklama yapmaya zorlamaktır. Ancak üçüncü kişi bu olanağa sınırsız bir şekilde sahip değildir. Üçüncü kişi, ancak ASHİ m. 3:208’de yer verilen koşullar dairesinde temsil olunanı açıklama yapmaya zorlayabilir. Hükümde belirtilen sürecin temsil olunan tarafından hareketsiz geçirilmesi, temsilin etkili olması sonucunu



doğurduğundan, üçüncü kişiye belli bir koruma sağlamaktadır. İngiliz hukukunda sözleşmenin yetkisiz bir temsilci tarafından yapıldığını öğrenen temsil olunan, onamayı makul bir süre içerisinde gerçekleştirmek zorundadır. Aksi takdirde bu olanağı ortadan kalkar. Bu sonuç, üçüncü kişinin menfaatlerini desteklemektedir. Hukuk düzenimizde askı durumunun sonlandırılması temelde temsil olunana tanınmıştır. Bu konuda BK. m. 46 bir istisnayı içerir. Temsil olunan, yetkisiz işlem kapsamında üçüncü kişiyi kesin olmayan bir süre boyunca belirsizlikte tutamaz. Bu gayeye yönelik olarak üçüncü kişi, muhatabının yetkisiz hareket ettiğini bildiğinde veya öğrendiğinde, temsil olunana uygun bir süre tayin ederek, bu süre içerisinde işlemin açıklığa kavuşturulmasını talep edebilir. Sürenin uygunluğu konusunda ortaya çıkacak olası ihtilafların önlenmesi için bu süre BK. m. 123 ve MK. m. 451 f. 2 hükümlerine kıyasen hâkime tayin ettirilebilir. Üçüncü kişinin temsil olunana tanıdığı uygun süre içerisinde yetkisiz işlemin onanmaması veya sürenin sessiz geçirilmesi, üçüncü kişinin kural olarak işlemle bağlı olmaktan kurtulmasına yol açar. İncelediğimiz diğer sistemler ise tarafların menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması gayesiyle, üçüncü kişinin korunmasına yönelik önemli araçlar oluşturmuştur. Üçüncü kişiye bir taraftan temsil olunana yönelik olarak onama konusunda süre tayini olanağı verilmekte, diğer taraftan iyi niyet halinde cayma hakkı tanınmaktadır. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda iyi niyetli üçüncü kişiye, temsil olunanın onamasından önce yetkisiz işlemle bağlı olmadığını bildirmesi olanağının öngörülmemesi önemli bir eksikliktir. Bu yöndeki bir hüküm, yetkisiz yapılan işlemin geleceği konusundaki takdirin sadece temsil olunana bırakılmasını önleyeceğinden, tarafların meşru menfaatlerini destekleyecektir. Böylece muhatabının yetkisiz olduğunu bilmeyen veya bilecek durumda olmayan üçüncü kişi, belirsiz bir süre boyunca işlemle bağlı olmaktan kurtulacaktır. Üçüncü kişinin cayma hakkına sahip olması halinde, BK. m. 46'da (İBK. m. 38) öngörülen süre tayin edilmesi olanağının anlamsız kalacağı yönündeki yaklaşımlar kabul edilemez. Her iki kural, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden iki ayrı araçtır. Nitekim incelediğimiz birçok hukuk düzeninde, üçüncü kişinin süre tayini olanağı ile cayma hakkı bir arada bulunur. Üçüncü kişi, piyasadaki olumsuz gelişmeler nedeniyle temsil olunanın onama konusundaki kararını beklemek istemediğinde, derhal cayma hakkını kullanmayı tercih edebilir. Ancak aynı üçüncü kişi, yetkisiz bir temsilci ile yaptığı sözleşmeye atfettiği önem nedeniyle sözleşmeden caymak yerine, temsil olunana onama konusunda süre

tain etmeyi uygun görebilir. Bu düzenlemenin üçüncü kişi tarafından haksız olarak fırsata dönüştürülebileceği, ona uygun koşullara göre işlem den cayma olanağı sağladığı yönünde eleştiriler ifade edilebilir. Ancak kuralın sadece yetki eksikliğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişiler bakımından uygulanabilir olması, bu eleştiri yi etkisiz kılacaktır. İyi niyetli üçüncü kişi, yetkisiz bir kimse ile yaptığı sözleşmenin belirsizliğini en kısa zamanda bertaraf edebilmelidir.

Doğrudan ve dolaylı temsilcinin yetkisiz yaptığı işlem, temsil olunan tarafından açık veya örtülü olarak onanabilir. Bu konuda temsil olunanın sessizliğinin, iyi niyet ilkeleri ışığında yorumlanarak, onama yerine geçip geçmediğinin araştırılması gerekir. nc kişinin, onama konusunda temsil olunana süre tain etmediği hallerde, dürüstlük ilkesi gereğince temsil olunanın sessizliğinin onama anlamını taşıyabileceği sonucuna varılmakla birlikte, süre tain edilmesi halinde sessizliğin onama olarak kabul edilemeyeceği yönünde geniş bir yazım söz konusudur. Kuşkusuz temsil olunana onama konusunda süre verilmesine rağmen, onun bu süre içerisinde olumlu veya olumsuz bir yanıt vermemesi, kural olarak onama talebinin reddi manasına gelir. Ancak zel durumların varlığında, susmaya onama anlamı yüklenecektir. Temsil olunanın sessizliğinin yorumunda, güven ilkesinin uygulanması amaca elverişli bir araç olacaktır. Bu anlamda üçüncü kişinin, dürüstlük ilkesi ışığında yapacağı değerlendirme, temsil olunanın susmasını bir onama olarak kabul etmesini haklı kılması durumunda, temsil olunana süre verilmesi ile bu yönde bir süre tain edilmemesi bakımından farklı bir çözümün benimsenmesini haklı gösterecek bir gerekçe yoktur. Kaldı ki BK. m. 46 f. 2'nin lafzı, temsil olunanın susmasının onama olarak kabul edileceğini açıkça kapsamamakta ise de, bunu dışlar nitelikte değildir. Böylece somut olayın özellikleri, üçüncü kişinin açık bir ret yanıtını beklemesini haklı kılması durumunda, susma onama olarak değerlendirilmelidir. Ticari alanda teyit yazısını alan temsil olunanın tain edilen sürede pasif kalması evleviyetle onama anlamını taşıyacaktır. Ancak ticari olmayan alanlarda da tain edilen süre içerisinde sessiz kalınması, dürüstlük ilkesinin uygulanması sonucunda onama olarak kabul edilmelidir.

Ele aldığımız hukuk düzenleri yetkisiz işlemin temsilciye veya üçüncü kişiye yönelik olarak onanabileceğini kabul etmektedir. Ancak yetkisiz işlemin onanması

konusunda temsil olunana süre tayin edildiğinde, onama beyanı mutlaka üçüncü kişiye yöneltilecektir. Alman kanun koyucu, üçüncü kişinin süre tayin etmesinden önce temsilciye karşı yapılan onama ve ret beyanının süre tayini ile hükümsüz olacağını öngörür. Bu durum konuya belli bir açıklık sağlamaktadır. Türk ve İsviçre hukukunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu çözümü aynen veya kısmi değişikliklerle destekleyen görüşler söz konusudur. Borçlar Kanununda süre tayin edilmesinden önce temsil olunanın onama veya ret beyanını hükümsüz kılan bir düzenleme olmadığından, bu yöndeki yaklaşımlar hukuki temelden yoksundur. Hukuk tekniği açısından onamanın kurucu yenilik doğuran bir hukuki işlem olma özelliği dikkate alındığında, süre verilmesinden önce temsil olunanın onama veya ret beyanı ile kesin olarak geçerli veya hükümsüz hale gelen hukuki işlemin, süre tayini ile birlikte tekrar askıda hükümsüz duruma dönüştüğünün kabul edilmesi isabetli değildir. Bu netice kurucu yenilik doğuran hakların kullanılmasından sonra geri alınamayacağı ilkesine riayet etmez. Temsil olunanın ortaya koyduğu davranışların ve açıklamaların güven ilkesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunda, yetkisiz hukuki işleme yönelen beyana belli bir anlam verilir. Değerlendirmede objektif unsurlar yanında üçüncü kişinin içinde bulunduğu koşullardaki bakış açısı dikkate alınır. Bu konuda güveni korunacak kişi, temelde yetkisiz bir temsilci ile işlem yapmak zorunda kalan üçüncü kişidir. Böylece üçüncü kişinin güven ilkesi ışığında temsil olunanın beyanlarına ve davranışlarına verdiği anlam ölçü alınmalıdır. Oysa onama beyanının temsilciye yönelik olarak yapılması gerektiği kabul edildiğinde, güveni korunacak olan üçüncü kişi açısından bu süreç işletilemez. Temsilcinin yetkisiz hareket etmesi nedeniyle, üçüncü kişinin işlem yaptığı muhatabına duyduğu güvenin sarsıldığı açıktır. Bu anlamda temsilciye yapılan onama beyanının üçüncü kişiye ulaştırılmaması tehlikesi yanısıra, ulaştırılan beyana üçüncü kişinin güvenmeme ihtimali söz konusudur. Hollanda Medeni Kanunu, onama beyanının sadece üçüncü kişiye yönelik olarak yapılacağını öngörmektedir. Bu yaklaşım tarzı, ortaya çıkacak olası ihtilafları ortadan kaldırır. Hukuk düzenimizde açıklığın ve kesinliğin sağlanması açısından benzer bir kuralın benimsenmesi, lege de ferenda savunulmalıdır.

Doğrudan temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin yetkisiz yaptığı işlemin onanması, askıda hükümsüzlüğü kesin olarak ortadan kaldırmakta, işlemi etkili

kılmaktadır. Bu durumda temsil olunan, yapılan işlemin baştan itibaren alacaklısı ve borçlusu olur. Alman ve Hollanda Medeni Kanunu, yetkisiz işlemin onanmasının, üçüncü kişinin haklarına zarar vermeksizin geriye etkili olduğunu düzenlemiştir. Diğer hukuk sistemlerinde açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, tarafların menfaatlerinin korunması ve spekülasyon olanağının ortadan kaldırılması gayesiyle aynı sonuca varılmaktadır. Oysa dolaylı temsilcinin yetkisiz bir şekilde yaptığı işlemin onanması, o işlemi kural olarak geçerli kılmaz. Zira dolaylı temsil ilişkisinde temsilci kendi adına hareket ettiğinden, temsil olunanın onamasından bağımsız olarak işlemin kural olarak geçerliliği söz konusudur. Ancak dolaylı temsil yetkisi eksikliğini gideren onama beyanı, işlemin temsil olunana karşı geçmişe etkili olarak ileri sürülmesini sağlamaktadır. Dolaylı temsili düzenleyen ASHİ'de ve Konvansiyon'da yetkisiz dolaylı temsilin onanmasının hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Eserlerde yetkisiz dolaylı temsil işleminin onanması halinde, dolaylı temsil ile ilgili hükümlerde öngörülen koşullar kapsamında temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerine yönelebileceği düzenlenmektedir.

İncelediğimiz sistemlerde doğrudan temsil kapsamında hareket eden yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu öngörülmüştür. Bir kimse gerçeğe aykırı olarak yetkili olmadığı halde temsilci sıfatıyla bir başkası hesabına hareket ettiğinde, o kimse muhatabı olan üçüncü kişinin güvenini boşa çıkarmasının tehlikesini üstlenmek zorundadır. Üçüncü kişi, sözleşmenin yapılması anında temsilcinin adına ve hesabına hareket ettiği muhatabıyla geçerli bir işlem yapamamasından doğan zararların karşılanmasını talep edebilir. Yetkili olduğunu iddia eden veya bu konuda bir görüntü oluşturan doğrudan temsilci, ortaya çıkan zararın tazmininden sorumludur. Doğrudan temsilcinin sorumluluğu, yetkisizliğine dayanır. Temsilcinin yetkisizliği ile ortaya çıkan zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Böylece temsilcinin yetkisizliği dışındaki bir nedenden ötürü geçersiz olan bir işlemde sorumluluktan bahsedilemez. Aksine bir sonuç üçüncü kişiyi yetkili bir temsilci ile işlem yapmasından daha elverişli bir konuma ulaştırır. Ancak dolaylı temsilde süreç farklı işlemektedir. Zira üçüncü kişinin muhatap olduğu kişinin, yetkisiz bir dolaylı temsilci olarak hareket ettiğinin ortaya çıktığı durumlarda dahi, sözleşme üçüncü kişinin amacı doğrultusunda temsilci ile yapılmıştır. Dolaylı temsilci sıfatında hareket eden kişi, üçüncü kişinin sözleşmesel

karşı tarafı olduğundan, sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını ifade edilmesi gereksizdir.

Doğrudan temsilcinin sorumluluğunun kapsamı konusunda değişik yaklaşımlar söz konusudur. Bu ayırım, menfaat önceliklerinin farklı değerlendirilmesinden kaynaklanır. Türk ve İsviçre hukukunda temsilcinin sorumluluğu diğer sistemlerden farklı olarak garanti taahhüdünün ihlaline dayanmaz. Temsilci, sözleşmenin yapılması anında yetkisizliğine rağmen yetkili olduğunu açıkça veya örtülü olarak beyan ettiğinden, sözleşme görüşmelerinin ihlalinden ötürü sorumlu kabul edilir. Ancak bütün hukuk düzenleri, temsilciyi kusurundan bağımsız olarak sorumlu tutmaktadır. Bu yaklaşım, temsilcinin yetkisini incelemek ve doğrulamak konusunda elverişli konumda olan taraf olması nedeniyle yerindedir. Türk-İsviçre ve Alman hukuku, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda basamaklı bir rejim öngörmektedir. Oysa diğer sistemlerde temsilci kusursuz dahi olsa ifa menfaatlerinden sorumludur. Kanımızca hukuk sistemimizin ve Alman hukukunun öngördüğü dengeli yaklaşım, tarafların haklı menfaatlerinin korunması bakımından isabetlidir. Türk ve İsviçre hukukunda, üçüncü kişinin kusurunun belli koşullar altında temsilcinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağı, bu durumun birlikte kusura ilişkin hükümler gereğince tazminattan indirim sebebi teşkil edeceği yönünde geniş bir kabulün olduğunu görmekteyiz. Ancak Borçlar Kanunumuzun açık düzenlemesi gereğince, üçüncü kişinin kötüniyeti, yetkisizliğe ilişkin kusurundan bağımsız olarak temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Temsilci iddiasında olan bir kimsenin yetkisizliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, işlemin onanmaması tehlikesini taşımalıdır. Böylece hakkaniyete dayalı yaklaşımlardan veya genel ilkelerden hareketle ulaşılabilecek sonuçlar dayanaktan yoksundur. Zira hafif kusurlu üçüncü kişi tamamen korumasız değildir. Bu konuda yetkisizliğini bildiği halde işlem yapan temsilciyi, hafif kusurlu üçüncü kişiye karşı sorumlu kılan önemli bir hüküm mevcuttur. Nitekim üçüncü kişinin BK. m. 49 uyarınca muhatabının sorumluluğuna yönelmesi, onun iyi niyetli olmasını gerektirmez. Üçüncü kişi, yetkisinin olmadığını bildiği halde temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimseye karşı haksız fiil hükümleri kapsamında yönelebilecektir. Bu durumda üçüncü kişinin kusuru, tazminattan indirim sebebi teşkil eder.

## II. TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

### A. GENEL BAKIŞ

Tarafların çatışan menfaatleri bakımından irdelenmesi gereken konuların başında temsil yetkisinin sona ermesi gelir. Zira yetkinin sona ermesine rağmen, yapılan işlemin değişik yansımaları olur. Yetkinin sona ermesi nedeniyle temsil işleminin kendisini bağlamadığını ileri süren temsil olunana karşı, yetkinin sona erdiğini bilmeyen üçüncü kişi işlemin etkili olduğunu ifade edebilir. Yetkisi sona eren bir temsilci, bu sıfatla yaptığı işlemlerden dolayı yetkisiz temsil hükümleri gereğince sorumlu olabilir. Böylece yetkisinin sona erdiğini bilmeyen temsilci, iyiniyetinden dolayı sorumlu olmaması gerektiğini ileri sürecektir. Bütün hukuk sistemleri, tarafların konumları açısından büyük önem taşıyan yetkinin sona ermesine ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. Bu kısımda yetkiyi sona erdiren nedenler ve yetkinin sona ermesinin taraflar açısından etkileri üzerinde durulacaktır.

### B. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

#### 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

“Yetkinin Süresi” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3: 209, yetkinin sona erme nedenlerini, bu konuda üçüncü kişinin bilgisinin etkisini ve sona eren yetkinin zorunlu olarak devam etmesi koşulunu düzenler. Yetkinin sona erme halleri, hükmün birinci fıkrasında dört bent halinde sayılmıştır<sup>1191</sup>. (a) bendi bünyesinde değişik seçenekleri ihtiva etmektedir. Temsilcinin yetkisinin temsil olunan tarafından geri alınması, iptal edilmesi veya borca aykırılık nedeniyle sonlandırılması; temsilcinin istifası veya temsilci ile temsil olunanın anlaşması suretiyle yetkinin sona erdirilmesi mümkündür. (b) bendi uyarınca, yapılması için yetki verilen işlemler tamamlandığında veya işlemlerin yapılması için verilen süre geçtiğinde yetki sona erer. (c) bendinde temsilcinin iflas etmesi veya gerçek kişi olan temsilcinin ölmesi ya da fiil ehliyetini

<sup>1191</sup> ASHİ m. 3: 209 (1), “Bir temsilcinin yetkisi, üçüncü kişinin aşağıdaki durumları bilmesine veya bilmesi gerekinceye kadar varlığını sürdürür: (a) Temsilcinin yetkisi temsil olunan, temsilci veya her ikisi tarafından sona erdirilmiştir. (b) Yapılması için yetki verilen işlemler tamamlanmıştır veya işlemlerin yapılması için verilen süre geçmiştir. (c) Temsilci iflas etmiştir, gerçek kişi olan temsilci ölmüştür veya fiil ehliyetini kaybetmiştir. (d) Temsil olunan iflas etmiştir” şeklindedir.

kaybetmesi de yetkiyi nihayete erdirir. Temsil olunanın iflası etmesi yetkiyi sona erdiren bir başka neden teşkil etmektedir (d). Ancak temsilcinin yetkisi, zikredilen nedenlerin üçüncü kişi tarafından bilinmesine veya bilinmesinin gerekmesine kadar varlığını sürdürecektir. Bu sonuç, ASHİ m. 3: 102’de ve ASHİ m. 3: 202’de düzenlenen kaidelere bir refleks mahiyetindedir. Temsilci olarak hareket eden kişinin yetkisi, bu sıfatının bilinmesinin gerektiği veya bilinmesi için nedenin olduğu durumlarda, üçüncü kişi karşısında hüküm ifade eder. Bu ilkenin tersi şekilde işletilerek, üçüncü kişinin yetkinin sona erdiğine ilişkin gerçek veya normatif bilgisine kadar temsilcinin yetkisi etkili olacaktır. Böylece temsilcinin açık veya örtülü yetkisi, yetkinin herhangi bir nedenden ötürü sona ermesi halinde dahi, üçüncü kişiye karşı görünen yetki olarak devam eder<sup>1192</sup>.

Hükmün ikinci fıkrası, yetkinin geri alındığına ilişkin normatif bilgiyi düzenler. Yetkinin sona erdiği, verildiği usule uygun olarak bildirilmişse veya ilan edilmişse, yetkinin birinci fıkranın (a) bendine göre sona erdiğini üçüncü kişinin bildiği kabul edilir<sup>1193</sup>. Böylece üçüncü kişiye yöneltilen yetki, verildiği usule uygun olarak geri alınabilir. Bu yaklaşım yetkinin alenen ilan edildiği durumlarda özellikle önem taşır.

Yetkiyi sona erdiren sebebin olmasına rağmen, yetkinin devam ettiği başka bir olgu, hükmün üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Temsilci yetkisini, yetkinin sona erme nedenine rağmen zorunlu işlemleri yerine getirecek uygun bir süre varlığını sürdürür. Bunun amacı, temsil olunanın ve haleflerinin menfaatlerinin korunmasıdır. Ancak yetkiyi sona erdiren nedenden hemen sonra başka bir temsilciye yetki verilmesi, temsil olunanın veya halefinin zorunlu ve ivedi işlemleri yapabilecek duruma gelmesi halinde, temsilcinin yetkisi varlığını sürdüremez. Yetkinin uzaması sadece zaman açısındandır. Özü bakımından kısıtlanmıştır. Çünkü temsil olunanın menfaatlerinin korunması için gerekli olan işlemlerle sınırlandırılmıştır<sup>1194</sup>. ASHİ m. 3:209 hükmü, yetki

---

<sup>1192</sup> ASHİ m. 3: 209 Yorum C.

<sup>1193</sup> ASHİ m. 3 209 f. 2.

<sup>1194</sup> ASHİ m. 3:209 Yorum E.

değişikliklerinde, özellikle yetkinin sınırlandırılmasında mutatis mutandis uygulama alanı bulur<sup>1195</sup>.

İlkeler, temsilcinin yetkisinin geri alınmazlığı konusunda özel hükümler öngörmez. Temsil olunan üçüncü kişiye, temsilcinin yetkisinin geri alınmayacağını vaat etmesi halinde, ASHİ m. 1:107<sup>1196</sup> gereğince kuruluş, borcun yerine getirilmesi veya borcun yerine getirilmemesine ilişkin genel hükümler uygulanır. İlkelerin uygulama alanı kapsamında olup da açıkça düzenlenmeyen sorunların İlkelerin altında yatan genel fikirlere uygun olarak çözüme kavuşturulması gerektiği öngörüldüğünden<sup>1197</sup>, geri alınamaz nitelikteki irade beyanları geçerli olacaktır<sup>1198</sup>.

Taraflar arasındaki menfaat dengesinin dolaylı temsilde de gözetilmesi gerekir. Temsilciye verilen dolaylı temsil yetkisinin sona ermesine rağmen, yetkinin sona erdiğini bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen bir üçüncü kişi ile sözleşme yapıldığında, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması isabetli olacaktır. Bu durum üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasında geçerli bir sözleşmenin yapıldığı anlamına gelir. Koşullar oluştuğunda taraflar birbirlerine doğrudan yönelebilir<sup>1199</sup>. Böylece ASHİ m. 3:209 hükmü uygun olduğu ölçüde dolaylı temsilde uygulanmalıdır.

## **2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

AÖH'da yetkilendirmenin sona ermesinin ve kısıtlanmasının etkisi II. 6:112'de düzenlenmiştir. Bu madde, bir temsilcinin yetkilendirilmesi sona erdiğinde veya kısıtlandığında, birçok tipik durumda ortaya çıkabilecek zorluklarla ilgilenmektedir. Muhatabı olan temsilcinin yetkisi hakkında bilgisi olan bir üçüncü kişi, yetkinin sona ermesine veya kısıtlanmasına vâkıf olmayabilir. Temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki bir sözleşme uyarınca, yetkinin sonlandırılması veya kısıtlanması

<sup>1195</sup> ASHİ m. 3:209 Yorum F.

<sup>1196</sup> “İlkelerin Kıyas Yoluyla Uygulanması” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 1:107, “Bu İlkeler, uygun değişikliklerle bir sözleşmeyi değiştirmeye veya sona erdirmeye yönelik anlaşmalara, tek taraflı vaatlere ve bir niyeti gösteren diğer beyanlara ve davranışlara uygulanır” şeklindedir.

<sup>1197</sup> ASHİ m. 1:106 f. 2.

<sup>1198</sup> ASHİ m. 1:201, “İyi niyet ve dürüst işlem yapma” kenar başlığını taşır. Yorum C’de, “Çelişkili davranış” başlığı altında, ASHİ m. 2:202 (3) uyarınca bir önerinin geri alınmaz şekilde verilmesi ve karşı tarafın buna güvenerek işlem yapması halinde, geri alınmasının çelişkili davranışa ilişkin olacağı ve ASHİ m. 1:201’de yer alan iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesine aykırı olacağı sonucuna varılmaktadır.

<sup>1199</sup> BUSCH (Indirect Representation), s. 238-239.



engellenmiş olabilir. Yetkinin sona ermesi o kadar ani olabilir ki, temsil olunanın yeni bir temsilciyi ikame etmek için yeterli zamanı kalmayabilir. Öngörülen düzenlemede yetkinin nasıl sona erdiğinin bir önemi yoktur. Örneğin bu sebep, yetki verme işleminin iptali, sürenin sona ermesi, temsil olunanın yetkiyi sona erdirmesi veya kısıtlaması olabilir. Model Kurallarda yetkinin sona ermesi veya kısıtlanması gerekçeleri, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkilerinin bir parçasını oluşturmaktadır. Bu konu IV. D bölümünde işlenir<sup>1200</sup>.

Hükmün birinci fıkrası, temsil yetkisinin sona ermesine veya kısıtlanmasına rağmen, üçüncü kişinin bu sona ermeyi veya kısıtlamayı bildiği veya makul şekilde bildiğinin beklenebildiği zamana kadar yetkinin üçüncü kişi nezdinde devam etmesini düzenler<sup>1201</sup>. Bu görünen yetki olarak adlandırılan duruma veya olayların görünümünden hukuken türetilen yetkiye bir örnek teşkil etmektedir. Hükmün ikinci fıkrası, temsil olunanın üçüncü kişi karşısında, temsilcinin yetkisini sonlandırmama veya kısıtlamama yükümlülüğünde olduğu olguyu ele alır<sup>1202</sup>. Bu tür bir düzenlemenin pratik önemi söz konusudur. Zira üçüncü kişinin, yetki verilisinin geri alınamaz olduğuna dayanabilmesinin gerekli olduğu birçok durum vardır. İkinci fıkra bu yönde bir yükümlülüğün olması halinde, üçüncü kişi sona ermeyi veya kısıtlamayı bildiğinde dahi yetkinin devam edeceğini öngörmektedir. Üçüncü fıkra ise kanunen varsayılan bilgiyi hüküm altına almıştır. Üçüncü kişiye yöneltilen bir yetkilendirme, verildiği yöntemle sona erdirilebilir veya kısıtlanabilir. Böylece sona erme veya kısıtlama, özellikle başlangıçta yetkinin verilisinin bildirildiği veya ilan edildiği şekilde bildirildiğinde veya ilan edildiğinde, üçüncü kişinin sona ermeyi veya kısıtlamayı bilmesi makul olarak beklenecektir<sup>1203</sup>. Dördüncü fıkra, temsil olunanın veya halefinin menfaatlerini korumak için gerekli olması halinde, yetkinin uygun bir süre devam edeceğini düzenler<sup>1204</sup>. Temsilcinin yetkisi sadece zaman açısından uzamakta, özü

<sup>1200</sup> AÖH II. 6:112 Yorum A ve B.

<sup>1201</sup> AÖH II. 6:112 f. 1, “Bir temsilcinin yetkisi, yetkiyi bilen bir üçüncü kişi ile ilişkisinde, temsilcinin yetkilendirilmesinin sona ermesine veya kısıtlanmasına rağmen, üçüncü kişi bu sona ermeyi veya kısıtlamayı bilmesine veya makul olarak bilmesinin beklenmesine kadar devam eder” şeklindedir.

<sup>1202</sup> AÖH II. 6:112 f. 2, “Temsil olunan üçüncü kişiye karşı, temsilcinin yetkilendirilmesini sona erdirmeme veya kısıtlamama yükümlülüğünde ise; temsilcinin yetkisi, üçüncü kişi sona ermeyi veya kısıtlamayı bildiğinde dahi, yetkilendirmenin sona erdirilmesine veya kısıtlanmasına rağmen devam eder” şeklindedir.

<sup>1203</sup> AÖH II. 6:112 f. 3.

<sup>1204</sup> AÖH II. 6:112 f. 4, “Temsilci, yetkilendirmenin sona ermesine rağmen, temsil olunanın veya haleflerinin menfaatlerinin korunması için gerekli olan işlemleri yerine getirmek için uygun bir süre yetkili olmaya devam edecektir” şeklindedir.

bakımından temsil olunanın menfaatlerinin korunması için gerekli olan işlemlerle kısıtlanmaktadır<sup>1205</sup>. Ancak yetkinin sona ermesinden hemen sonra yeni bir temsilciye yetki verildiğinde ya da temsil olunan (veya halefi) gereken ve ivedi tüm işlemleri üstlenecek bir konumda olduğunda, bu yönde bir sonuca ulaşılamaz.

### **3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

Yetkinin sona ermesi, UTSİ m. 2.2.10’da düzenlenmiştir. İlkeler, yetkinin her bir sona erme nedenini belirtmekten özellikle kaçınmakta, sona erme nedenleri konusunda ulusal hukuka atıfta bulunmaktadır. Bu yaklaşım, bir taraftan yetkinin sona ermesi nedenlerinin iç ilişkiye ilişkin olmasına ve iç ilişkinin İlkeler’de sadece istisnai hallerde düzenlemeye konu edilmesine, diğer taraftan çalışma grubunun ulusal düzlemdeki kuralların birbirlerinden çok farklı olmaları nedeniyle kabul edilebilir ortak bir çözüme ulaşmanın zor olduğunu öngörmesine dayanır<sup>1206</sup>.

Yetkinin sona ermesi nedenlerinden bağımsız olarak üçüncü kişinin bu nedenleri bilmediği veya bilmesinin gerekmediği hallerde, yetkinin sona ermesi üçüncü kişiye karşı geçerli değildir<sup>1207</sup>. Bu durum temsil olunanın veya temsilcinin sona erme bildirimini üçüncü kişiye göndermesiyle açıkça netleşir. Bu yönde bir bildirim olmadığında, üçüncü kişinin sona ermeye ilişkin pozitif veya normatif bilgisi, olayın koşullarına bağlıdır. Örneğin temsil olunan B, X şehrinde bir şube açar. Yerel gazetede yayınlanan bir ilan, A müdürünün, B hesabına hareket etme konusunda tam yetkili olduğunu gösterir. B, daha sonra A’nın yetkisini geri aldığı anda, aynı gazetede benzer bir bildirim, yetkinin sona ermesini X şehrindeki B’nin müşterilerine karşı etkili kılar<sup>1208</sup>.

Yetkinin sona ermesinden sonra içinde bulunulan koşullar, temsil olunanın menfaatlerinin zarar görmesini engellemek amacıyla, temsilcinin ek işlemler yapmasını gerekli kılabilir. Bu konu ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre temsilci, yetkisinin sona ermesine rağmen, temsil olunanın menfaatlerinin zarara uğramaması için gerekli

<sup>1205</sup> AÖH II. 6:112 Yorum E.

<sup>1206</sup> Unidroit 1998 Study L-Doc. 56; Unidroit 1999 Study L-Mics. 21, Nr. 242-247.

<sup>1207</sup> UTSİ m. 2.2.10 f. 1, “Yetkinin sona ermesi, üçüncü kişinin bu sona ermeyi bilmediği veya bilmesinin gerekmediği durumlarda, üçüncü kişiye karşı etkili değildir” şeklindedir.

<sup>1208</sup> UTSİ m. 2.2.10 Yorum 2 ve Örnek 1.

olan işlemleri yapma yetkisini taşır. Örneğin temsilci A, temsil olunan B hesabına belirli miktarda bozulabilir mal satın alma yetkisine sahiptir. Malların satın alınmasından sonra B'nin öldüğü A'ya bildirilir. Yetkisinin sona ermesine bakılmaksızın A, malları başka bir kişiye satma veya uygun bir depoda muhafaza etme konusunda yetkili olmaya devam eder<sup>1209</sup>. Açıklayıcı yorumlarda bölüme ilişkin kuralın sadece sona ermede değil, aynı zamanda uygun değişikliklerle bir temsilcinin yetkisine yönelik kısıtlamalar için de uygulanacağı vurgulanmıştır<sup>1210</sup>.

UTSİ'de geri alınamaz yetki özel olarak düzenlenmez. Ancak İlkeler'in uygulama alanı içerisinde yer almakla birlikte, açıkça kararlaştırılmamış sorunların çözümünde mümkün olduğu kadar temelde yatan genel ilkelere uygun sonuca varmak gerektiğinden<sup>1211</sup>, UTSİ m. 2.1.4 (2)(a) uyarınca yetkinin geri alınamaz tarzda verilmesine olanak sağlanmaktadır.

#### **4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

Konvansiyon, temsilcinin temsil yetkisinin sona ermesini dört maddede düzenlemektedir. Düzenlemenin 17. maddesi uyarınca; *"(a) temsil olunan ile temsilci arasındaki bir anlaşmanın sonucu ise, (b) yetkinin verildiği işlem veya işlemler tamamlanmışsa, (c) anlaşmanın koşullarına uygun olmasa da, temsil olunan geri almışsa veya temsilci feragat etmişse, temsilcinin yetkisi sona erer"*. Yetkiyi sona erdiren bir başka olguya 18. maddede yer verilmiştir. Hükme göre, uygulanacak hukukun bunu öngörmesi halinde temsilcinin yetkisi sona erer. Bunun anlamı, tarafların iç hukuklarında yer alan sona erme nedenleri yetkinin sona ermesinde dikkate alınacaktır. Ancak zikredilen sona erme nedenleri ortaya çıktığında, yetkinin sona ermesinin üçüncü kişiye karşı etkili olması, bu nedenlerin veya yetkinin sona erdiğinin üçüncü kişi tarafından bilinmesine veya bilinmesinin gerekmesine bağlıdır. Nitekim 19. maddede yetkinin sona ermesinin, üçüncü kişinin temsil yetkisinin sona ermesini veya sona ermesine neden olan olayları bilmesine veya bilmesinin gerekmesine kadar üçüncü kişiye karşı etkili olmadığı hüküm altına alınmaktadır. Konvansiyon'un 20. maddesinin

<sup>1209</sup> UTSİ m. 2.2.10 Yorum 3 ve Örnek 3.

<sup>1210</sup> UTSİ m. 2.2.10 Yorum 4.

<sup>1211</sup> UTSİ m. 1.6.

diğer uluslararası belgelere esin kaynağı olduğunu ifade edebiliriz. Hükümde temsil olunanın ve haleflerinin menfaatlerinin korunmasına yönelik önemli bir düzenleme öngörülmektedir. Buna göre temsilci, yetkisinin sona ermesine rağmen, temsil olunanın veya haleflerinin menfaatlerinin zarara uğramasını önleyecek gerekli olan işlemleri hesaplarına yapma yetkisini taşıyacaktır. Hükümün amacı yetkinin sona ermesi nedeniyle temsil olunanın veya haleflerinin menfaatlerinin zarara uğramasını önlemek olduğundan, temsilcinin yetkisi bu gayeye yönelik işlemlerle sınırlı olarak devam eder. Korunması hedeflenen menfaatler tehlikede olmadığında, temsilcinin yetkisi de sona erecektir.

Konvansiyon yeknesak bir temsil anlayışını benimsediğinden, 1. maddenin 4. fıkrası uyarınca bütün hükümler uygun olduğu ölçüde her iki temsil türüne uygulanır. Böylece temsilcinin yetkisinin sona ermesini düzenleyen 4. Bölümde yer alan hükümler, 13. maddede yer alan koşullarda da etkilidir. Temsil yetkisinin sona ermesine rağmen, bu durumu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin, muhatabı olan temsilci ile yaptığı sözleşme geçerlidir. Temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme kapsamında 13. maddenin 2. fıkrasında öngörülen koşullarda taraflar birbirlerine doğrudan yönelebilecektir.

## **C. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ**

### **1. Türk ve İsviçre Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

Borçlar Kanununun genel hükümlerinde temsil yetkisinin sona ermesi iki maddede öngörülmektedir. BK. m. 42’de (İBK. m. 34) yetkinin temsil olunan tarafından sınırlandırılması ve geri alınması; BK. m. 43’te (İBK. m. 35) ise yetkinin ölüm, gaiplik kararı verilmesi, fiil ehliyetinin kaybı, iflas ve tüzel kişiliğin nihayete ermesi nedeniyle sona ermesi düzenlenmiştir. Hiç şüphesiz temsil yetkisini sona erdiren nedenler kanunda pozitif olarak düzenlenen nedenler ile sınırlı değildir. Kanunda açıkça yer verilmemesine rağmen, hukukun genel ilkelerinden hareketle ulaşılabilecek başka nedenler de yetkiyi sona erdirebilir. Yetkinin verilme nedeni olan işlemlerin tamamlanması halinde, temsil yetkisi sona erer. Belli bir süreye veya koşula bağlı olarak verilen yetki,

sürenin geçmesi veya koşulun gerçekleşmesiyle nihayete erer. Temsilci tek taraflı beyanı ile de yetkiyi sona erdirebilecektir.

#### **a. Temsil Yetkisinin BK. m. 42 Gereğince Sınırlanması ve Geri Alınması**

##### **i. Temsil Yetkisinin Sınırlanması ve Geri Alınması**

BK. m 42 f. 1 c. 1, hukuki işlemde doğan yetkinin temsil olunan tarafından her zaman sınırlanabileceğini veya geri alınabileceğini öngörür. Ancak taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklı tutulmaktadır (c.2)<sup>1212</sup>.

Temsil olunanın bir kimseyi yetkilendirmesi, o kimseye karşı duyulan güvenin neticesidir. Bu güvenin sarsılması durumunda, verilen yetkinin geri alınabileceği kabul edilir. Yetkinin geri alınması ile verilen yetkinin sona erdiğine ilişkin temsil olunanın irade beyanı anlaşılmaktadır. Yetkinin geri alınması, tek taraflı ve varması gerekli bir hukuki işlemdir. Yetkiyi tamamen geri alan bir irade beyanı bozucu yenilik doğuran bir işlem mahiyetini taşıırken, yetkinin sınırlanmasını öngören irade beyanı değiştirici yenilik doğuran bir işlemdir. Yetkinin geri alınmasının veya sınırlandırılmasının ölçüsü, irade özerkliği ışığında temsil olunan tarafından kural olarak serbestçe belirlenir. Bu durum kural olarak belli bir şekle bağlı değildir. Açık veya örtülü bir irade beyanı ile gerçekleştirilebilir. Örneğin yetki belgesinin geri alınması, özel ve tek bir işlemin yerine getirilmesi için başka bir temsilcinin tayin edilmesi veya o işlemin temsil olunan tarafından bizzat yerine getirilmesi, yetkinin örtülü bir şekilde geri alınması anlamını taşıyabilir<sup>1213</sup>.

Yetkinin geri alınması, yetkinin ex nunc sona ermesi sonucunu doğurur. Geri alma beyanı temsilciye ulaştığı anda, temsil yetkisi sona erer<sup>1214</sup>. Ancak geri alma beyanının temsilciye ulaşması ile temsilci tarafından öğrenilmesine kadar yapılacak işlemlerde, BK. m. 45'in (İBK. m. 37) uygulanması gündeme gelebilecektir.

<sup>1212</sup> Ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerinin sona ermesini düzenleyen hüküm benzer bir içerik taşır. Nitekim BK. m. 554 f. 1, “*İşletme sahibi, ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerini, aralarındaki hizmet, vekâlet, ortaklık ve benzeri sözleşmelerden doğan hakları saklı kalmak koşuluyla, her zaman geri alabilir*” şeklindedir.

<sup>1213</sup> VIOLAND, s. 66; BGE 112 II 451.

<sup>1214</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 1364.

Temsil yetkisinin geri alınmasının temel ilişkiye kural olarak bir etkisi yoktur (BK. m. 42 f. 1 c. 2). Bu anlamda temsil yetkinin geri alınması her zaman mümkün ise de, temel ilişkiden doğan haklar taraflarca ileri sürülebilir. Bu kural kapsamında temsilcinin menfaatlerinin temel ilişki ile korunması gayesi güdülmüştür. Özellikle yetkinin geri alınması iç ilişkinin ihlali niteliğinde olduğunda, temsilci muhatabına yönelebilecektir. Ancak temel ilişkinin sona erdirilmesi genel yorum ilkeleri ışığında yetkinin sona ermesine yol açabilir. Bir başka ifade ile temel ilişkinin kaldırılması, yetkinin örtülü geri alınması anlamını taşıyabilecektir<sup>1215</sup>.

## ii. Geri Alma Hakkından Feragat

Temsil kurumu temelde taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanır. Bu güven ilişkisinin ortadan kalkması veya zayıflaması, temsil ilişkisinin unsuru olan yetkinin geri alınmasını veya sınırlandırılmasını gündeme getirir. Kanun koyucu, yetkinin her zaman ve serbestçe geri alınabileceğini vurgulamak gayesiyle, temsil olunanın bu haktan önceden feragat edemeyeceğini ayrı bir fıkra düzenlemiştir. Nitekim BK. m. 42 f. 2, “*Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez*” şeklindedir<sup>1216</sup>. Ancak hükümde öngörülen yasağın içeriği konusunda değişik görüşler söz konusudur. Bir görüş, BK. m. 42 f. 2’nin (İBK. m. 34 f. 2) mutlak bir geçerliliğe sahip olmadığını, temsil olunanın MK. m. 23 (İMK. m. 27) hükmüne uygun olduğu sürece geri alma hakkından feragat edebileceğini ileri sürmektedir<sup>1217</sup>. Bir başka görüş ise hükmün sadece yetkinin geri alınmasından feragati öngördüğünü, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasını amaçlamadığını savunmaktadır. Böylece temsil olunan, İBK. m. 19 f. 2’ye (BK. m. 27 f. 1) aykırılık teşkil etmemesi kaydıyla, yetkiyi geri almamayı geçerli olarak taahhüt edebilir. Bu yöndeki bir taahhüt, temsil olunanın geri alma hakkını ortadan kaldırmamakla birlikte, temsilcinin geri alma nedeniyle uğradığı zararın tazminini gerektirir. Bu durum cezai koşul ile de teminat altına alınabilir<sup>1218</sup>. Hâkim doktrin ve içtihatlar, BK. m. 42 f. 2’nin (İBK. m. 34 f. 2) öngördüğü düzenlemenin

<sup>1215</sup> SCHWENZER, n. 42.07 ve n. 42.22.

<sup>1216</sup> OR 2020 tasarısının 192. maddesinin 1. fıkrası benzer bir düzenleme öngörmektedir.

<sup>1217</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 34, n. 8.

<sup>1218</sup> BUCHER, s. 617 ve dn. 62; BELGESAY, s. 97. Von Büren, öngörülen kuralın istisnasız olmadığını, geri almadan feragat edilememesinin yetkinin temsil olunanın menfaatine verilmesi koşuluna tabi olduğunu, temsilcinin menfaatine verildiği hallerde geri almadan feragatin mümkün olduğunu ifade etmektedir. VON BÜREN, s. 159 dn. 138. Temsilcinin menfaatine geri alnamaz tarzda verilen yetkinin, temsil olunanın bir hakkı üzerinde geçerli olarak tasarrufta bulunması şeklinde görülmesi gerektiği konusunda bkz. BUCHER, s. 610.

mutlak anlaşılması gerektiği, temsil olunanın geri alma hakkından feragat edemeyeceği sonucuna varmaktadır. Kanun koyucu, geri alınamaz yetkide temsil olunanın menfaatlerinin tehlikeye girdiğini dikkate alarak, geri alma ve sınırlama hakkından feragati yasaklamıştır. Böylece temsilcinin menfaatine verildiği hallerde dahi, yetki geri alınabilir. Yetkiden feragat edilmesi, İMK. m. 27’de öngörülen ilkelere aykırılık teşkil eder. Üstelik BK. m. 42 f. 2 (İBK. m. 34 f. 2), İMK. m. 27’ye nazaran özel bir hükümdür. Kanun koyucu bilinçli olarak istisnai bir kural getirmiştir. Temsilcinin çıkarları zaten temel ilişki ile korunmaktadır. Geri alınamaz yetki için bir ihtiyacın olduğu söylenemez. Zira temsilcinin başka şekillerde korunabileceği araçlar söz konusudur. Örneğin yetkinin geri alınamaz tarzda verilmesi yerine, alacağın temlikine veya mülkiyetin devrine müracaat edilebilir. Diğer yandan temsil olunanın temel ilişki gereğince geri alma hakkını kullanmayacağı yönünde bir yükümlülüğün ve bu yükümlülüğün ihlali halinde ödenmek üzere bir cezai koşulun öngörülmesi, geri alma hakkının kullanılmasını BK. m. 42 f. 2’nin (İBK. m. 34 f. 2) amacına aykırı olarak güçleştirecektir. Yetkinin geri alınmayacağına ilişkin taahhütler, BK. m. 27 f. 1 (İBK. m. 19 f. 2) uyarınca hükümsüzdür. Bu anlamda geri alma hakkına ilişkin sınırlandırma, BK. m. 27 f. 2 (İBK. m. 20 f. 2) kapsamında değerlendirilir<sup>1219</sup>.

Kanımızca işlem hayatındaki karmaşık sorunlar, hukuk güvenliğini sağlamaktan uzak bir şekilde BK. m. 42 f. 2’de öngörülen geri alınabilir yetki tesisiyle çözümlenemez. Hükümde öngörülen yasak, haklı bir ihtiyacın karşılanmasının reddi anlamındadır. İşlem hayatında tarafların menfaatleri arasındaki dengenin desteklenmesi amacıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareketle yetkinin geri alınmayacağına ilişkin taahhütlerin ve cezai koşulların geçerliliğine olanak tanınmalıdır.

### **iii. Temsil Yetkisinin Geri Alınmasının veya Sınırlanmasının Üçüncü Kişiye Bildirilmesi**

Bir kimseye yetki verdiğini üçüncü kişiye bildiren temsil olunan, üçüncü kişide yetkinin varlığı konusunda özel bir güven oluşturur. Üçüncü kişiye bildirilen yetkinin geri alınması veya sınırlandırılması halinde, yaratılan güvenin ortadan kaldırılması için

<sup>1219</sup> Bu konuda bkz. SCHWENZER, n. 42.23; GUHL/MERZ/KUMMER, § 19 II 2; KILIÇOĞLU, s. 162; EREN, s. 405-406; BGE 127 III 517; BGE 51 II 145.

yetkinin geri alındığının veya sınırlandırılmasının üçüncü kişiye bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde üçüncü kişinin bildirilen yetkinin devamı konusundaki güveni korunur. Bu konuda BK. m. 42 f. 3 (İBK. m. 34 f. 3), üçüncü kişinin iyiniyetini dikkate alan önemli bir düzenleme öngörmektedir. Nitekim BK. m. 42 f. 3, “*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*” şeklindedir<sup>1220</sup>. Bir kimsenin yetkilendirildiğinin üçüncü kişiye bildirilmesi belli bir şekle bağlı değildir. Yetkinin verildiği üçüncü kişilere örtülü olarak bildirilmesi veya üçüncü kişinin içinde bulunulan durumlardan ya da işin niteliğinden bunu çıkarması halinde de kuralın uygulanması gündeme gelir. Üçüncü kişinin güven ilkesi ışığında temsil olunanın irade beyanına atfettiği anlama göre değerlendirme yapılır. Bir temsilciye verildiği bildirilen yetkinin hiçbir şekilde verilmemesi veya geçersiz olması halinde dahi üçüncü kişinin iyiniyeti korunur. Ancak üçüncü kişinin, yetkinin varlığına iyiniyetle dayanabilmesi, bu yetkinin temsil olunan tarafından bildirilmesine bağlıdır. Temsilcinin veya bir üçüncü kişinin bildirimine güvenen üçüncü kişi korunmaz. Bu durumda temsil olunanın geri almayı veya sınırlamayı bildirmesi gerekli değildir. Temsil olunan tarafından bildirilen bir yetki, temsilcinin istifası veya sürenin geçmesi nedeniyle sona erdiğinde, bu durum üçüncü kişiye bildirilinceye kadar iyiniyetli üçüncü kişi, yetkinin devam ettiğine ilişkin güveninde korunacaktır. Ancak yetki bildirimini, belli bir sona erme süresini içerdiğinde, sona erme bildirimine gerek kalmadan temsil yetkisi üçüncü kişiye karşı ortadan kalkar.

Borçlar Kanunu geri almanın veya sınırlandırmanın üçüncü kişiye ne şekilde bildirileceğine ilişkin açık bir hüküm öngörmez. Desteklediğimiz doktrindeki baskın görüşe göre, temsil olunanın yetkiyi geri almasına veya sınırlandırmasına ilişkin bildirimının üçüncü kişiye varması, BK. m. 42 f. 3’ün (İBK. m. 34 f. 3) öngördüğü korumanın etkisizleştirilmesi açısından yeterlidir. Ancak bildirimin üçüncü kişiye varmasının korumayı ortadan kaldırmasının yeterli görülmesinin yaratabileceği sorunları gidermek amacıyla, bu bildirimin yetkinin verilmesiyle eşdeğer tarzda yapılması gerekir. Yetkilendirmenin üçüncü kişiye kişisel bir şekilde bildirildiği hallerde, bunun etkisinin ortadan kaldırılması, geri almanın veya sınırlamanın da kişisel

<sup>1220</sup> OR 2020 tasarısının 190. maddesinin 2. fıkrası benzer bir düzenleme içermektedir.



bir bildirim ile gerçekleşmesine bağlıdır. Böylece belli bir üçüncü kişiye yazılı ya da sözlü olarak yapılan yetki bildirimlerinin geri alınması veya sınırlandırılması, bu tarzda icra edilmesini gerektirir. Yetkinin kişisel olarak bildirilmesi halinde, geri alma veya sınırlama bildiriminin aleni bir şekilde gerçekleşmesinin yeterli olup olmadığı konusunda ayırım yapılmaktadır. Yetki bildirimi belirsiz bir ticari çevreye yönelik olmuşsa, ticari uygulamalara uygun olduğundan yetkinin geri alınması veya sınırlandırılması bildirimi aleni bir usulde gerçekleştirilebilir. Bu durumda tacirlerin ilgili bildirimleri bildiği kabul edilir. Yetki bildirimi belli bir çevredeki kişilere veya sadece bir üçüncü kişiye yönelik olarak yapılmışsa, geri almanın veya sınırlamanın aleni bir usulde bildirilmesi geçersizdir. Buna karşılık kişisel olmayan usuldeki yetki bildirimlerinin geri alınmasına veya sınırlandırılmasına yönelik bildirimlerin etkili olması için aleni bir usulde yapılması yeterlidir. Aynı şekilde aleni bildirimlerin üçüncü kişilere yöneltilecek şahsi bir bildirim ile geri alınması veya sınırlandırılması mümkündür. Zira önemli olan bildirimin şekli olmayıp, yetkinin geri alındığının veya sınırlandırıldığının öğrenilmesinin, yetkinin verildiğine ilişkin beyanın öğrenilmesi kadar güvencede olmasıdır. Bu anlamda eşdeğer yoldan yapılmayan geri alma veya sınırlama bildirimleri, BK. m. 42 f. 3 kapsamında üçüncü kişinin iyiniyetini etkisiz kılacak bir bildirim olarak kabul edilmez<sup>1221</sup>. Ancak bu kural, üçüncü kişinin bildirilen yetkinin varlığına ve kapsamına ilişkin güvenini koruduğundan, üçüncü kişiye yönelen eşdeğerde bir bildirim olmamasına rağmen, yetkinin geri alındığına veya sınırlandırıldığına ilişkin pozitif veya normatif bilgisi onun iyi niyetini ortadan kaldıracığından, hükmün korumasından söz edilemez<sup>1222</sup>. Böylece yetkinin geri alındığı veya sınırlandırıldığı eşdeğer bir yöntem ile bildirildiğinde, üçüncü kişi tarafından öğrenilmesinden bağımsız olarak bildirimin ulaşmasıyla iyi niyet koruması etkisiz hale gelir. Ancak eşdeğer bir bildirim olmadığında dahi, üçüncü kişinin yetkinin geri alındığına veya sınırlandırıldığına ilişkin pozitif veya normatif bilgisi de hükmün uygulanmasını dışlayacaktır. Bu konudaki azınlık görüş, üçüncü kişinin haklı güvenine göre bir çözümün üzerinde durmaktadır. Bu anlamda bildirimin varması yeterli olmayıp, üçüncü kişinin bildirimi öğrenmesi veya öğrendiğinin kabulü gereklidir. Örneğin gelen posta ile uzun süre ilgilenmeyen üçüncü kişi, bildirimi öğrenememenin sonucuna katlanır. Bu görüşü temsil eden

<sup>1221</sup> GUHL/MERZ7KUMMER, § 19, II 2; FEYZİOĞLU, s. 429

<sup>1222</sup> KOLLER (Der gute Glaube), n. 307; TEKİNAY/AKMAN, s. 197.

yazarlar, bildirimin eşdeğer olması gerektiği koşulundan vazgeçilmesini savunmaktadır<sup>1223</sup>. Böylece yetkinin geri alındığına veya sınırlandırıldığına ilişkin bildirimin eşdeğer bir tarzda yapılması gerekli değildir. Bildirimin üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf eden bir yoldan yapılması yeterlidir. Bir başka ifade ile geri alma beyanını üçüncü kişinin bilgisine ulaştıracak bildirim, onun iyiniyet iddiasını engelleyecek nitelikte olması kaydıyla herhangi bir yoldan yapılabilir.

Ticaret hayatında üçüncü kişilerin güvenlerinin korunması gerekir. Bu nedenle ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerinin sona ermesine ve sınırlandırılmasına ilişkin özel hükümler öngörülmüştür. Bu konuda ticari temsilcilere değinmekte fayda görüyorum. Ticari temsilcinin yetkisi bir şubenin işleriyle veya birden çok kişinin birlikte imza atmaları koşuluyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamaların ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. Aksi takdirde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir (BK. m. 549 f. 1 ve 2; İBK. m. 460 f. 1 ve 2). Bunun dışındaki sınırlamalar tescil edildiğinde dahi, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmaz (f. 3). Ticari temsilcinin yetkisinin sona ermesi ise BK. m. 550’de (İBK. m. 461) düzenlenmiştir. Buna göre, ticari temsilcinin tayini tescil edilmese dahi, üçüncü kişinin iyiniyetinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir. Böylece geri almanın tescil ve ilanından önce ticari temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişi ile yaptığı işlemler geçerliliğini koruyacaktır. Ancak yetkinin sona erdiği tescil ve ilan edilmemesine rağmen, yetkinin sona erdiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin korunacak iyiniyetinden bahsedilemeyeceğinden, bu koşullarda yapılacak işlemler temsil olunanı bağlamaz.

#### **b. Temsil Yetkisinin BK. m. 43 Gereğince Sona Ermesi**

Temsil yetkisi, temsil olunan aksini öngörmedikçe<sup>1224</sup> veya işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, temsilcinin veya temsil olunanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi hallerinde sona erecektir (BK. m. 43 f.1). Tüzel kişiliğin sona ermesi de aynı sonuca yol açar (BK. m. 43 f.2). Ancak yetkinin

<sup>1223</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 34, n. 43 ve n. 41-47 ve n. 57; WATTER, m. 34, n. 12.

<sup>1224</sup> Hükümde “aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça” ifadesine yer verilmesine karşılık, bununla yetkiyi sona erdiren bir nedenin ortaya çıkması durumunda, temsil olunanın önceden yetkinin devam etmesini açık veya örtülü olarak öngörmesi kastedilmektedir.

kanuni bir neden ile sona ermesi, taraflar arasındaki kişisel hakları etkilemez (BK. m. 43 f. 3).

Hükmün açık ifadesinden hareketle, yetkiyi sona erdiren nedenlerin sayıldığı düzenlemenin kural olarak emredici nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılır<sup>1225</sup>. Bu anlamda BK. m. 43'te yer alan nedenlerin varlığında, temsil yetkisinin sona ereceğine ilişkin kuralın temsil olunanın iradesinden veya işin niteliğinden kaynaklanan istisnaları söz konusudur<sup>1226</sup>. Örneğin temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, yetkiyi sona erdirecekse de, ölümün gerçekleşmesinden önce temsil olunanın aksini tek taraflı olarak açıkça veya örtülü olarak öngörmesi ya da temsilci ile kararlaştırması halinde yetkinin devamı sağlanacaktır. Temsil olunanın ticari işlerinin, resmi dairelerdeki ilişkilerinin kesintisiz devamı açısından ölümden sonra da işleyecek bir temsil yetkisinin verilmesinin faydalı olabileceği kabul edilmektedir<sup>1227</sup>. Ancak temsil olunanın iflas etmesi, iflas masasına giren mallar bakımından yetkiyi zorunlu olarak sona erdiren bir neden teşkil eder. Buna karşılık iflas masasına dahil olmayan, haczedilemeyen mallar üzerinde yetkinin devam etmesi kararlaştırılabilir veya bu sonuca işin niteliğinden ulaşılabilir<sup>1228</sup>. Yetkiyi sona erdiren nedenin ortaya çıkmasına rağmen, temsil olunanın yetkinin devam edeceğini açık veya örtülü olarak öngörmesinin yanı sıra, temsil yetkisi işin niteliğinden ötürü de varlığını koruyabilir. Yetkinin sona ermesinin temsil olunanın veya hukuki haleflerinin menfaatlerini tehlikeye düşürmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Temsil olunanın acil işlemlerinin yapılmasında, sürenin korunması amacıyla hareket edilmesinde<sup>1229</sup>, başlanan işlemlerin kesintiye uğramamasında ve tamamlanmasında<sup>1230</sup>, işletmelerin idaresinde önemli sorunların ortaya çıkmasında bu yönde bir tehlikeden söz edilebilir<sup>1231</sup>. Bu konuda BK. m. 513'ün (İBK. m. 405) dikkate alınması yararlı olur. BK. m. 513 f. 2 (İBK. m. 405 f. 2) uyarınca, vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da

<sup>1225</sup> Ticari işlem hayatında üçüncü kişilerin güveninin korunması gayesiyle özel kurallar benimsenmiştir. Nitekim BK. m. 554 f. 2'de işletme sahibinin fiil ehliyetini kaybetmesinin veya ölümünün, ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcılarının yetkisini sona erdirmeyeceği düzenlenmiştir.

<sup>1226</sup> OR 2020 tasarısının 192. maddesinin 2. fıkrasında yetkiyi sona erdiren nedenler muhafaza edilmektedir. Ancak işin niteliğinden kaynaklanan istisnaya yer verilmemiştir.

<sup>1227</sup> AKYOL, s. 417.

<sup>1228</sup> WATTER, m. 35, n. 6.

<sup>1229</sup> BGE 110 V 391.

<sup>1230</sup> BGE 97 I 275.

<sup>1231</sup> VIOLAND, s. 68.

temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür. Temsile ilişkin genel hükümlerde benzer bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yetkinin sona ermesinden ötürü temsil olunanın veya mirasçılarının menfaatleri tehlikeye girdiğinde, işin niteliği gereğince temsil yetkisinin varlığını sürdüreceği sonucuna varılmalıdır. Ancak yetkinin işin niteliğinden ötürü sona ermediği hallerde, yetki işin niteliğinin gerektirdiği ölçüde ve sürece devam edecektir.

BK. m. 43'te öngörülen kanuni sona erme nedenlerinin ortaya çıkması, yetkinin varlığını devam ettiren istisnai haller saklı kalması kaydıyla, temsil yetkisini ex nunc sonlandırır. Bu durumda temsil yetkisi, üçüncü kişiye bildirilmesinden bağımsız olarak ortadan kalkar. İyiniyetli üçüncü kişi korunmaz<sup>1232</sup>. Hâkim doktrin, yetkinin BK. m. 43 uyarınca sona ermesine BK. m. 42 f. 3'ün kıyasen uygulanamayacağı görüşündedir. BK. m. 42 f. 3'te öngörülen koruma, bildirilen yetkinin sadece geri alınması suretiyle sona ermesine ilişkindir. Böylece yetkinin BK. m. 43'te sayılan nedenlerden ötürü sona ermesinde uygulama alanı bulmaz<sup>1233</sup>. Azınlık görüşü ise yetkinin sona erdiğini temsil olunanın bildiği ve geri alınmasında olduğu gibi yetkinin sona erdiğini üçüncü kişiye bildirmesi için sebebin olduğu hallerde, BK. m. 42 f. 3'ün kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>1234</sup>.

Bir kimse bildirdiği yetkiyi geri aldığı anda, bildirilen yetki ile gerçek yetki arasında iradi bir şekilde uyuşmazlık yaratmaktadır. Oysa temsil yetkisi BK. m. 43 uyarınca sona erdiğinde, temsil olunan kural olarak bu yönde bir uyuşmazlığı iradi bir şekilde oluşturmaz. Kanun koyucu, bildirilen bir yetki ile ilgili olarak üçüncü kişinin güvenini sadece belli koşullarda korumayı tercih etmiştir<sup>1235</sup>. Böylece BK. m. 42 f. 3'ün ve BK. m. 43'ün düzenlemesi karşısında, hükümlerin amacına ve anlamına aykırı olacak tarzda kıyas yoluna gidilmesi isabetli değildir. Hiç şüphesiz BK. m. 43'ün öngördüğü sistem içerisinde, bildirilen yetkinin varlığı konusunda iyi niyetli olan üçüncü kişinin korunmaması hakkaniyetten uzaktır. Olması gereken hukuk açısından

<sup>1232</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 65-66; VON BÜREN, s. 161; ISENRING, s. 103; BUCHER, s. 609.

<sup>1233</sup> SCHWENZER, n. 42.32; VON BÜREN, s. 161.

<sup>1234</sup> KOLLER, n. 1428; WATTER, n. 33, n. 13.

<sup>1235</sup> Keller/Schöbi, iyi niyetli üçüncü kişinin, temsil olunan tarafından bildirilen yetkinin bütün sona erme hallerinde korunması gerektiğini de lege ferenda savunmaktadır. KELLER/SCHÖBI, s. 65. Üçüncü kişinin İBK. m. 35'teki sona erme nedenlerinde de korunması konusundaki görüşleri için bkz. VÍOLAND, s. 72-73 ve s. 194.

bildirilen yetkiye güvenen üçüncü kişinin korunmasının genişletilmesi gerekir. İyiniyetli üçüncü kişi, temsilcinin iyiniyetinden bağımsız olarak korunmalıdır. Hukuk düzenimizde bu yönde bir düzenlemenin olmaması, önemli bir eksikliktir. Ancak iyiniyetli üçüncü kişinin, temsilcinin de iyiniyetli olması halinde, BK. m. 45 (İBK. m. 37) kapsamında yer alan korumadan yararlanması gündeme gelebilir. Bir başka ifade ile temsilcinin iyiniyeti, BK. m. 45 (İBK. m. 37) gereğince iyiniyetli üçüncü kişinin korunmasına etki eder.

### **c. Temsil Yetkisinin Sona Erdiğinin İleri Sürülememesi**

Bir sona erme nedeninin ortaya çıkmasına rağmen, yetkinin sona erdiğinin ileri sürülememesi temsilcinin veya üçüncü kişinin çıkarına hizmet edebilir. Öncelikle yetkinin devam etmesi, temsilcinin BK. m. 47 uyarınca sorumlu olması tehlikesini ortadan kaldırır. Sözleşmenin kurulmasına dayalı olarak alacağı komisyon da temsilci bakımından önemlidir. Üçüncü kişinin bakış açısından yaklaşıldığında, BK. m. 47 veya BK. m. 44 f. 2 kapsamında elde edilecek tazminat yerine, ifaya ulaşılması onun menfaatine hitap eder.

Temsilci, BK. m. 45 (İBK. m. 37) uyarınca<sup>1236</sup> yetkisinin sona erdiğini bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yaptığı hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdır (f.1). Ancak üçüncü kişi, yetkinin sona erdiğini bildiğinde, bu kural uygulanmaz (f.2). Hükümde yetkinin sona ermesi nedenleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu anlamda yetkinin hem BK. m. 42 gereğince sınırlanmasında veya geri alınmasında, hem de BK. m. 43'te belirtilen nedenler kapsamında sona ermesinde uygulanır<sup>1237</sup>. Yetkinin sınırlanmasına veya geri alınmasına ilişkin beyan temsilciye ulaşmasına rağmen, bu beyan temsilcinin kusuru olmadan öğrenilemediğinde, temsilcinin iyiniyeti BK. m. 45 kapsamında korunur. Aynı şekilde BK. m. 43 uyarınca ölüm, gaiplik kararı verilmesi, fiil ehliyetinin kaybı, iflas veya tüzel kişiliğin sona ermesi nedeniyle yetkinin nihayete erdiğinin temsilci tarafından bilinmemesi halinde iyiniyet koruması etkili olur. Ancak bu sonucun ortaya çıkması, üçüncü kişinin de

<sup>1236</sup> Öngörülen düzenleme, temsilcinin İBK. m. 39 uyarınca sorumlu olmasını engellemek suretiyle doğrudan iyiniyetli temsilcinin, temsili ex lege etkili olmasından ötürü de dolaylı olarak iyi niyetli üçüncü kişinin korunmasına hizmet etmektedir. ISENİRİNG, s. 104; BECKER, m. 37, n. 1; GAUCH/SCHLUEP, n. 1415.

<sup>1237</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 1416; İNCEOĞLU, s. 541; Yarg. HGK. 25.06.2003, E. 14-402, K. 435 (www.kazanci.com 22.01.2015).

iyiniyetli olmasını gerektirir. Hükümün lafzına göre, temsilcinin ve üçüncü kişinin yetkinin sona erdiğine ilişkin sadece pozitif bilgisi işlemin geçersizliğine yol açmaktadır. Loser, İBK. m. 37 f. 1'in açık ifadesi kapsamında temsilcinin sadece pozitif bilgisinin hükmün uygulanmasına engel olması gerektiğini savunmaktadır<sup>1238</sup>. MK. m. 3 f. 2 anlamında bir özen yükümlülüğü dikkate alındığında, iyiniyetli üçüncü kişinin durumunun kötüleşeceğini ifade etmektedir. Ancak aynı yazar, üçüncü kişinin iyiniyeti bakımından MK. m. 3 f. 2'de öngörülen özenin aranması gerektiğini savunmaktadır<sup>1239</sup>. Doktrin ve içtihatlar<sup>1240</sup>, temsilcinin ve üçüncü kişinin pozitif bilgisi dışında gerekli özeni göstermeleri halinde, yetkinin sona erdiğini öğrenebilecekleri durumda iyiniyet iddiasını ileri süremeyecekleri sonucuna varmaktadır (MK. m. 3 f. 2)<sup>1241</sup>. Böylece temsilci ve üçüncü kişi, sözleşmenin kurulduğu anda yetki eksikliğini bildiklerinde veya bilmeleri gerektiğinde, temsil etkili olmaz<sup>1242</sup>.

BK. m. 45 hükmü, iyiniyetli üçüncü kişiye sadece temsilcinin iyiniyetine bağlı olarak dolaylı bir koruma sağlamaktadır. Düzenlemenin birincil hedefinin temsilciyi korumak olduğu dikkate alındığında, ulaşılan bu sonucun yadırganmaması gerekir. Ancak konu pozitif hukukun ötesinde olması gereken hukuk açısından ele alındığında, temsil olunan tarafından yetki bildiriminde bulunulan iyiniyetli üçüncü kişinin bütün sona erme hallerinde temsilcinin iyiniyetinden bağımsız olarak korunması gerekir.

#### **d. Dolaylı Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

Doğrudan temsil yetkisini sona erdiren nedenler temelde dolaylı temsil yetkisini de sonlandırır. Bu durum Borçlar Kanununun vekâlet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin sistematığında vekilin, doğrudan ve dolaylı temsilci sıfatıyla hareket

<sup>1238</sup> Benzer yönde ESENER (Temsil), s. 207.

<sup>1239</sup> LOSER, s. 220-221. Guhl/Merz/Kummer ve Von Tuhr/Peter ise üçüncü kişinin sadece bilgisinden bahsetmektedir. GUHL/MERZ/KUMMER, s. 145; VON TUHR/PETER, s. 367 ve s. 370.

<sup>1240</sup> ISENİRİNG, s. 104; İNCEOĞLU, s. 543; Yarg. HGK. 25.06.2003, E. 14-402, K. 435 (www.kazanci.com 22.01.2015).

<sup>1241</sup> Nitekim OR 2020 tasarısının 194. maddesinde, temsilcinin ve üçüncü kişinin bilmesinden ve bilmesi gerekliliğinden söz edilir.

<sup>1242</sup> Üçüncü kişinin kötü niyeti, temsilcinin yetkinin sona ermesine ilişkin bilgisizliğinden bağımsız olarak işlemin yetkisiz yapıldığı sonucunu doğurur. Bu durumda temsil olunanın BK. m. 46 kapsamında onayabileceği veya reddedebileceği yetkisiz bir temsil işlemi söz konusudur. Temsil olunanın onamayı reddetmesi halinde, kötü niyetli üçüncü kişi BK. m. 47 f. 1 uyarınca temsilcinin sorumluluğuna yönelemez.

etmesinin genel olarak eşit bir konumda olmasının bir sonucudur<sup>1243</sup>. Bu anlamda dolaylı temsil olunanın iradesi doğrultusunda BK. m. 42 (İBK. m. 34) gereğince, dolaylı temsil yetkisinin ex nunc sınırlanabileceği veya geri alınabileceği sonucuna varılacaktır. Dolaylı temsilcinin istifası da yetkinin sona ermesine yol açar<sup>1244</sup>. Dolaylı temsil yetkisini sona erdiren nedenlerin belirlenmesinde, BK. m. 43'ün (İBK. m. 35) içeriğinden istifade edilebilir. Temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi, iflas etmesi veya tüzel kişiliğinin sona ermesi kural olarak dolaylı temsil yetkisini nihayete erdirir<sup>1245</sup>. Hükümde öngörülen istisnalar, dolaylı temsil kurumunda uygulama kabiliyetini haizdir. Böylece yetkiyi sona erdiren nedenlerin oluşmasına rağmen, temsil olunanın aksini açıkça veya örtülü olarak öngörmesi veya temsilci ile kararlaştırması halinde, dolaylı temsil yetkisi varlığını koruyacaktır. BK. m. 43'te belirtilen nedenlerin mevcut olmasına karşılık, işin niteliğinden hareketle de dolaylı temsil yetkisinin devam edebileceği sonucuna ulaşılabılır. Dolaylı temsil yetkisinin sona ermesinin temsil olunanın menfaatlerini tehlikeye düşürmesi halinde, işin niteliğinden kaynaklanan bir istisnanın gerçekleştiğini ifade edebiliriz. Bu konuda BK. m. 513 f. 2 benzer bir kural öngörür. Hüküm, *“Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür”* şeklindedir. Böylece temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişki uyarınca, temsilcinin dolaylı temsil yetkisine dayalı olarak bir dolaylı temsil işlemi yapmasının borç teşkil ettiği hallerde, BK. m. 513 f. 2 kapsamında yetkinin sona ermesi temsil olunanın menfaatlerini tehlikeye düşürdüğünde, dolaylı temsil yetkisi varlığını sürdürür<sup>1246</sup>.

Dolaylı temsilcinin yetkisinin sona ermesine rağmen, kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı işlem yetkisiz dolaylı temsil hükümlerine tabi olur. Dolaylı temsilcinin kendi adına üçüncü kişiyle yaptığı işlem etkili olmakla birlikte, bu işlemin

<sup>1243</sup> Böylece vekâlet sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen BK. m. 512 ve BK. m. 513, her iki temsil türünde dikkate alınacaktır. Hükümlerde tanımlanan sona erme nedenleri BK. m. 42'de ve BK. m. 43'te zikredilen nedenlerle ortak özellikler taşımaktadır.

<sup>1244</sup> Vekâlet veren veya vekil, BK. m. 512 f. 1 c. 1 gereğince sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirebilir.

<sup>1245</sup> BK. m. 513 f. 1, *“Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır”* şeklindedir.

<sup>1246</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 154.

sonuçları hesabına hareket edilen temsil olunana karşı ileri sürülemez. Ancak BK. m. 514 (İBK. m. 406), bu kuralın istisnasını teşkil eder. Hükme göre, vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlemlerden vekâlet veren veya mirasçıları sorumludur. Temsile ilişkin genel hükümlerde BK. m. 45 f. 1’de (İBK. m. 37) benzer bir düzenlemenin olduğunu incelemiştik. BK. m. 45 f. 2’de ise temsilcinin iyiniyetini tamamlayacak bir kurala yer verilmiştir. İyiniyetli temsilcinin yaptığı hukuki işlemin temsil olunan bakımından geçerli olması, üçüncü kişinin de yetkinin sona ermesi konusunda iyiniyetli olmasına bağlıdır. Bu hüküm, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunana ait menkul eşyalarda ve hamile yazılı senetlerde onun hesabına yaptığı tasarruf işlemlerinde uygulanacaktır<sup>1247</sup>. Böylece dolaylı temsil yetkisinin sona erdiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, menkul eşya ve hamile yazılı senetler üzerinde aynı hak kazanamaz. Bunun dışında iyiniyetli dolaylı temsilci tarafından dolaylı temsil yetkisinin kapsamı içerisinde yapılacak işlemler, üçüncü kişinin iyiniyetinden bağımsız olarak temsil olunana karşı ileri sürülecektir.

## **2. Alman ve Hollanda Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

### **a. Alman Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

Alman Medeni Kanunu, yetkinin sona ermesi hallerini sınırlı bir şekilde düzenlemiştir. Bu konuda temsile ilişkin genel hükümlerde MK. m. 168, iki temel neden üzerinde durmaktadır. Ancak diğer hükümlerden ve hukukun genel ilkelerinden hareketle de temsil yetkisini sona erdiren nedenlere ulaşılmaktadır.

#### **i. Temsil Yetkisinin Genel İlkeler Kapsamında Sona Ermesi**

Bir kimsenin yetkilendirilmesi, temsil olunanın irade özerkliğinin yansımasıdır. Bu anlamda bir kimseye yetki verilmesi, yetkinin sınırlarının veya süresinin tayini, temsil olunanın tasarruf alanına ilişkindir. Temsil olunan, temsilcisini yetkilendirirken yetkinin süresini sınırlandırdığında, sürenin geçmesi ile temsil yetkisi sona erer. Yetkinin verilme amacına ulaşıldığında, yetki sona erecektir. Bu sonuç, yetkinin belli işlemlerin yerine getirilmesi için verildiği hallerde geçerli olur. Temsil yetkisi bozucu

---

<sup>1247</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 153.



bir koşula bağlı olarak verildiğinde, bu koşulun gerçekleşmesiyle yetki nihayete erer<sup>1248</sup>. Diğer yandan temsilcinin istifası, iç ilişkinin ihlalden bağımsız olarak yetkiyi sona erdiren bir neden olarak benimsenmektedir<sup>1249</sup>. Temsilcinin istifa etmesi, temsil olunanın menfaatlerini doğrudan ilgilendirir. Bu durumu öğrenmesi, yeni bir temsilci tayin edebilmesi açısından özel bir önem taşır. Bu nedenle temsilci, istifa beyanını dış temsil yetkisinin varlığında dahi temsil olunana yöneltmesi gerekir. Ancak temsil olunan, MK. m. 170 uyarınca üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmak amacıyla, bu istifayı üçüncü kişinin bilgisine sunmak zorundadır<sup>1250</sup>.

## ii. Temsil Yetkisinin Dayandığı Hukuki İlişki Gereğince Sona Ermesi

Alman hukukunda temsil yetkisi temel ilişkiden bağımsız olarak ele alınmasına karşılık, MK. m. 168 c. 1’de yetkinin dayandığı hukuki ilişkiye göre sona ereceği düzenlenmektedir. Hükümde yetkinin sona ermesinin, dayandığı hukuki ilişkiye göre belirleneceği öngörülmüştür. Böylece iç ilişkinin sona ermesi, kural olarak temsil yetkisinin nihayete ermesine yol açar. Örneğin temsilci ile temsil olunan arasındaki vekâlet ilişkisi, MK. m. 671 f. 1 uyarınca her iki tarafça sonlandırılabilir. Bu durum, temsil yetkisinin MK. m. 168 c. 1 gereğince sona ermesine neden olur. Temsil olunanın iflası, İflas Kanunu m. 117 f. 1’e göre temsil olunanın iflas masasına giren malvarlığı değerleri bakımından yetkinin sona ermesine yol açar<sup>1251</sup>. Bu sonuç, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu MK. m. 170 karşısında da geçerlidir<sup>1252</sup>. Temsilcinin iflası ise kural olarak temsil yetkisini sonlandırmaz. Hiç şüphesiz bunun aksi taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılabilir. Keza temsilcinin iflası, temel ilişki kapsamında haklı bir fesih sebebi teşkil edebilir.

MK. m. 673 c. 1 uyarınca vekilin ölümü, tereddüt halinde vekâleti sonlandırır<sup>1253</sup>. Bu durum yetkinin sona ermesine yol açmaktadır. Zira temsilcinin

<sup>1248</sup> MEDICUS, s. 375.

<sup>1249</sup> STAUDINGER/SCHILKEN, m. 168, n. 18; OVG Hamburg NVwZ 1985, 350.

<sup>1250</sup> LARENZ/WOLF, s. 884.

<sup>1251</sup> Ancak İflas Kanunu m. 115 f. 2 gereğince, iflas idaresi gerekli tedbirleri alıncaya kadar işlemlerin ertelenmesinin tehlike yaratması halinde, vekilin zorunlu işlemleri yapacağı düzenlenmiştir. Böylece vekâletin sınırlı olarak devam ettiği kabul edilir.

<sup>1252</sup> MÜNCHKOMM/SCHRAMM, m. 170, n. 6.

<sup>1253</sup> Vekilin mirasçısı, ölümü derhal vekil edene bildirmekle yükümlüdür. Vekilin mirasçısı, vekâlet veren gerekli tedbirleri alıncaya kadar, ertelenmesi tehlikeli olan işlemleri yerine getirecektir. Vekâletin devam ettiği kabul edilir (MK. m. 673 c. 2).

ölümü, taraflar arasındaki güven ilişkisinden ötürü, yetkinin de ortadan kalkması sonucunu doğurur. Ancak temsilcinin menfaatine verilen yetkinin mirasçılar tarafından kullanılması gündeme gelebilir<sup>1254</sup>. Fiil ehliyetini kaybeden temsilcinin etkili işlem yapması mümkün değildir. Ehliyetsizliğin sürekli olması halinde, yetki sona erer. Ancak MK. m. 165'te ehliyeti kısıtlanan temsilcinin geçerli olarak işlem yapabileceği düzenlenmiştir<sup>1255</sup>.

Vekâlet verenin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi, tereddüt halinde vekâleti sona erdirmez (MK. m. 672 c.1)<sup>1256</sup>. Benzer şekilde temsil olunanın ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi, temsilcinin yetkisini kural olarak ortadan kaldırmaz<sup>1257</sup>. Nitekim Alman TK. m. 52 f. 3'te ölüm halinde ticari temsilcinin yetkisinin sona ermeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

### iii. Temsil Yetkisinin Geri Alınması

Temsil olunanın irade özerkliği ilkesi kapsamında verdiği temsil yetkisi, kural olarak her zaman geri alınabilir. Temsil yetkisi, MK. m. 168 c. 2 gereğince, hukuki ilişkiden farklı bir sonuca ulaşılmadığı sürece, hukuki ilişki devam ettiğinde dahi geri alınabilir. Temsil olunanın bir başkasını yetkilendirmesi, kendisini bir ölçüde temsilcinin kararları karşısında bağımlı hale getirdiğinden, onun temsilciye karşı özel bir güven duymasını gerektirir. Temsil olunanın bu güveni ortadan kalktığında veya bir başkasını yetkilendirme konusundaki düşüncesi değiştiğinde, verilen yetki geri alınabilmelidir. Geri alma beyanı, temsilciye veya üçüncü kişiye yöneltilebilir (MK. m. 168 c. 3). Ancak yetkinin üçüncü kişiye bildirildiği hallerde, MK. m. 170-173 gereğince, üçüncü kişinin iyiniyetinin ortadan kaldırılması gayesiyle, geri alma beyanının üçüncü kişiye ulaştırılması gerekir. Aksi takdirde sadece temsilciye yöneltilecek beyan, üçüncü kişiye karşı etkili olmaz<sup>1258</sup>.

<sup>1254</sup> OLG Köln OLGZ 1969, 304.

<sup>1255</sup> FLUME, § 51, n. 8; ERMAN/PALM, m. 168, n. 12.

<sup>1256</sup> Ancak vekâlet sona erdiğinde, ertelenmesinde tehlike olan işlemler, vekâlet verenin mirasçısı veya kanuni temsilcisi gerekli tedbirleri alıncaya kadar vekil tarafından devam ettirilecektir. Vekâletin devam ettiği kabul edilir (MK. m. 672 c.2).

<sup>1257</sup> BGH NJW 1962, 1718.

<sup>1258</sup> MEDICUS, n. 941.

MK. m. 168 c. 2'nin lafzından anlaşılacağı üzere, temsil yetkisi geri alınamaz tarzda verilebilir. Bir başka ifade ile hukuki ilişki kapsamında yetkinin geri alınamayacak tarzda verilmesi olanaklıdır<sup>1259</sup>. Ancak yetkinin geri alınamaz tarzda verilmesinin haklı bir gerekçeye dayanması gerekir. Aksi yönde bir değerlendirme, temsil olunanın menfaatlerine zarar verebilir. Böylece yetkinin temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine verildiği hallerde, geri alınamaz tarzda bir düzenlemenin gerçekleştirilebileceği kabul edilir. Temsilcinin menfaatine verilen yetkinin, örtülü olarak dahi geri alınamaz tarzda verildiği sonucuna varılabilir<sup>1260</sup>. Buna karşılık vekâlet ilişkisine dayalı olarak verilen yetkinin temsil olunanın menfaatine hizmet ettiği hallerde, temsil yetkisi geri alınamayacak şekilde tesis edilemez. Keza sözleşme özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmasına yol açacağından, genel bir yetki geri alınamaz tarzda verilemez<sup>1261</sup>. Temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine yetkilendirme, yetki alanının sınırlarının belirlenmemesi veya belirlenebilir olmaması halinde, geçersizlik söz konusudur. Bu tehlike özellikle genel yetkide ortaya çıkar. Bu konuda “*Ahlâka Aykırı İşlem ve Gabin*” kenar başlığını taşıyan MK. m. 138'in uygulanması gündeme gelir<sup>1262</sup>. Diğer yandan temsil olunanın geçerli olarak geri alınamaz tarzda verdiği bir temsil yetkisi, önemli bir nedenin olması halinde geri alınabilir. Bu konuda taraflar arasındaki iç ilişki dikkate alınacak kıstaslar arasında yer alır. Temsilcinin yetkisini kötüye kullanması, önemli bir neden olarak kabul edilmektedir<sup>1263</sup>.

#### iv. Temsil Yetkisinin Varlığını Sürdürmesi

Alman Medeni Kanunu, yetkinin geri alınması dışında bir nedenden ötürü sona erdiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen temsilcinin korunmasına yönelik düzenlemelere yer vermiştir. Nitekim MK. m. 674'te vekâletin geri alınması dışında bir nedenden ötürü sona ermesi halinde, vekilin sona ermeyi bilmesine veya bilmesinin gerekmesine kadar vekâletin devam ettiği kabul edilir. Bu sonuç üçüncü kişiye de yansımaktadır. Temsil işlemi üçüncü kişi bakımından etkilidir. Ancak üçüncü kişinin

<sup>1259</sup> Bu sonuca MK. m. 176 f. 3'ten de ulaşılabilir. Yetki belgesinin hükümsüz kılınmasına ilişkin kural gereğince, temsil olunanın yetkiyi geri alma hakkına sahip olmadığı hallerde, hükümsüzlük beyanı geçersizdir.

<sup>1260</sup> BHG NJW RR 1991, 439 (13.12.1990); BGH WM 1985, 646.

<sup>1261</sup> ERMAN/PALM, m. 168, n. 18; STAUDINGER/SCHILKEN, m. 168, n. 9 ve n. 17.

<sup>1262</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Vertretung), s. 115.

<sup>1263</sup> BGH WM 1985, 646 (08.02.1985); BGH WM 1969, 1009 (12.05.1969).

kötüniyeti, sürecin ayrışmasına yol açar. Temsil yetkisinin sona erdiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bakımından yetkinin devam ettiği varsayımı, MK. m. 169 uyarınca geçerli olmaz. Bu durum iyiniyetli temsilci açısından olumsuz bir sonuç doğurmaz. Zira yetkisizliği bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, MK. m. 179 f. 3 kapsamında temsilcinin sorumluluğuna yönelemez. İlgili hükümlerin tamamen iç yetkiye ilişkin olduğunu vurgulamamız gerekir. Bir başka ifade ile düzenlemeler işlem hayatının korunmasına yönelik değildir. Yetkinin bildirildiği hallerde üçüncü kişinin güveni, temsilcinin iyiniyetinden bağımsız olarak MK. m. 170-173 gereğince korunur.

#### **b. Hollanda Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi**

“Yetkinin Sona Ermesi” kenar başlığını düzenleyen MK. m. 3:72’nin (a) ve (b) bentleri, temsilcinin veya temsil olunanın ölmesinin, fiil ehliyetini kaybetmesinin ya da iflas etmesinin yetkiyi sona erdireceğini hüküm altına almaktadır. Temsil olunanın yetkiyi geri alması (bent c) veya temsilcinin istifası (bent d) yetkiyi sona erdirecek diğer nedenler arasında sayılmıştır<sup>1264</sup>. Temsil olunanın ölmesine veya fiil ehliyetini kaybetmesine rağmen, yetkinin devam ettiği haller söz konusudur. Temsil olunanın işletmesinin idaresi ve yönetimi için zorunlu işlemlerin yapılması konusunda temsilcinin yetkisi devam eder (MK. m. 3:73 f. 1). Temsilci, ertelenmesi temsil olunanın zararına neden olacak işlemlerin yerine getirilmesi konusunda yetkili kalır (MK. m. 3:73 f. 2 c. 1). Aynı hükümler temsilcinin istifasında uygulanır (MK. m. 3:73 f. 2 c. 2).

Hollanda hukukunda yetkinin belli koşullarda geri alınamaz tarzda verilebileceği pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Nitekim MK. m. 3:74 f. 1’de yetkinin temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine geri alınamaz tarzda verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Keza temsil olunan öldüğünde veya fiil ehliyetini kaybettiğinde, temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine işlemlerin yapılması amacıyla verilen yetkinin sona ermeyeceği taahhüt edilebilir. Ancak yetkinin geri alınamaz tarzda verilmesinin, temsil olunan açısından doğuracağı sakıncaların giderilmesine yönelik olarak önemli bir kurala yer verildiğini görüyoruz. Mahkeme,

<sup>1264</sup> Meijer, MK. m. 3:72’nin kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanacağını ifade etmektedir. MEIJER, s. 228-229.

temsil olunanın, mirasçının veya kanuni temsilcinin talebi üzerine önemli bir nedenden ötürü geri alınamaz karakterde olan yetkinin değiştirilmesine veya sona ermesine karar verebilir (MK. m. 3:74 f. 4).

Temsil olunan, yetkinin sona erdiğini bilmeyen üçüncü kişiye karşı temsilcinin yetkisizliğini ileri süremez. Üçüncü kişinin yetkinin varlığı konusunda özel bir araştırma yükümlülüğü bulunmaz. Ancak kanun koyucu, temsil olunanın belli koşullarda yetkinin sona ermesini, bu durumu bilmeyen üçüncü kişiye karşı dahi ileri sürebileceğini öngörmüştür. Yetkinin sona erdiği veya yetkiyi sona erdiren neden, kanuni hükümlere veya genel uygulamaya uygun olarak üçüncü kişiye bildirildiğinde ya da aleni olarak ilan edildiğinde, yetkinin sona erdiği temsil olunan tarafından üçüncü kişiye karşı etkili olarak ileri sürülebilir (MK. m. 3:76 f. 1 bent a). Temsil olunanın öldüğü geniş ölçüde bilindiğinde<sup>1265</sup>, yetkinin sona erdiği üçüncü kişi tarafından bilinmese dahi üçüncü kişi korumadan yararlanamaz (bent b). Temsil yetkisinin açık veya örtülü olarak dayandığı işlem, üçüncü kişi bakımından fark edilebilir şekilde sona erdiğinde, bu sona erme üçüncü kişi tarafından gerçekte bilinmese dahi etkili olur (bent c). Son olarak yetkinin temsilcinin beyanları dışında üçüncü kişiye bildirilmediği durumlarda da yetkinin sona ermesi veya yetkiyi sona erdiren neden, üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecektir (bent d). Bir başka ifade ile üçüncü kişi sadece temsilcinin beyanlarından hareketle muhatabının yetkili olduğu konusunda bir bilgiyi taşımaktadır. Temsil olunan tarafından yönelen bir yetki beyanı olmadığından, üçüncü kişinin korunmasını gerektiren bir güveninden söz edilemez.

Hükmün ikinci fıkrasında temsilciyi koruyan bir düzenleme öngörülmüştür. Yetkisinin sona ermesine rağmen, temsil olunan adına hareket etmeye devam eden temsilci, yetkinin sona erdiğini bilmeyen üçüncü kişiye karşı sorumludur. Ancak temsilci iyi niyetli olduğunda, yetkinin sona erdiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, temsilcinin sorumluluğu gündeme gelmez (MK. m. 3:76 f. 2).

---

<sup>1265</sup> Örneğin tanınan bir kişi öldüğünde, bu durumun geniş ölçüde bilindiği sonucuna varılır.

### 3. İngiliz Hukukunda Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

İngiliz hukuku, yetkinin tarafların iradelerine dayalı olarak sona ermesi ile kanuni nedenlerden ötürü sona ermesi arasında genel bir ayırım yapmaktadır. Temsil yetkisi; belli bir işlemin yerine getirilmesi, öngörülen sürenin geçmesi, tarafların anlaşması, temsil olunanın yetkiyi geri alması veya temsilcinin istifası ile tarafların iradeleri kapsamında sona erdirilebilir<sup>1266</sup>. Bu konuda belli bir şekil zorunluluğu yoktur. Temsil olunanın yetkiyi geri alması ve temsilcinin istifası her zaman mümkündür. Yetkinin geri alınması konusunda feragati öngören sözleşmeler, kural olarak geçerli değildir<sup>1267</sup>. Temsil olunanın geri alma beyanı, sözleşmesel yükümlülükleri ihlal ettiğinde dahi, temsil yetkisi ile birlikte taraflar arasındaki ilişkiyi sona erdirir. Bu sonuç, yetkinin temel işlemde soyut algılanmamasının yansımasıdır. Ancak zarara uğrayanın tazminat hakkı saklıdır<sup>1268</sup>. Kanuni sona erme nedenleri ise hem temsilci hem de temsil olunan bakımından geçerlidir. Bu anlamda ölüm<sup>1269</sup>, fiil ehliyetinin kaybı<sup>1270</sup>, iflas<sup>1271</sup> veya şirketin sona ermesi<sup>1272</sup> yetkiyi sona erdiren nedenler arasında kabul edilir.

Yetkinin sona ermesi, temsilcinin temsil olunanı bağlayacak tarzda sözleşme yapamamasına yol açar. Bu sonucun doğması için temsilcinin yetkinin sona erdiğini bilmesi kural olarak gerekli değildir. Bu konuda Powers of Attorney Act 1971, kanuni bir istisnaya yer vermiştir. Temsil olunanın yazılı olarak verdiği yetkinin sona erdiğini bilmeyen temsilcinin yaptığı işlemler, yetkili bir işlemin sonuçlarını meydana getirir<sup>1273</sup>.

İngiliz hukuku, yetkinin belli durumlarda geri alınamaz tarzda verilebileceğini kabul etmektedir. Yetkinin geri alınamaz tarzda verildiği hallerde, yukarıda belirtilen sona erme nedenlerinin gerçekleşmesine rağmen, temsil yetkisi sona ermez<sup>1274</sup>. Nitekim Powers of Attorney Act 1971’de, yetkinin birtakım özel olguların teminat altına

<sup>1266</sup> FRİDMAN, s. 359 ve s. 366; MARKESİNİS/MUNDAY, s. 203.

<sup>1267</sup> REYNOLDS, s. 259.

<sup>1268</sup> REYNOLDS, s. 259.

<sup>1269</sup> Farrow v. Wilson [1860] L.R. 4 C.P. 744.

<sup>1270</sup> Drew v. Nunn [1879] 4 Q.B.D 661; Yonge v. Toynbee [1910] KB 215.

<sup>1271</sup> Elliot v. Turquand [1881] 7 App. Cas. 79. Temsilcinin iflasının yetkiyi sona erdirmesi, iflasın temsilcinin yetkiyi kullanmasını olumsuz etkilemesine bağlıdır. McCall v. Australian Meat Co. Ltd. [1870] 19 W.R. 188. Karar konusunda bkz. TREİTEL/PEEL, n. 16-107.

<sup>1272</sup> TREİTEL/PEEL, n. 16-106 dn. 520; Salton v. New Beeston Cycle Co. [1900] 1 Ch. 43.

<sup>1273</sup> Powers of Attorney Act 1971 (5) (1). Metin için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/27/section/5/enacted> (19.03.2016).

<sup>1274</sup> CHITTY/BEALE, n. 31-161.

alınması amacıyla geri alınamaz tarzda verildiği hallerde<sup>1275</sup>; bu yetkinin geri alma, ölüm, fiil ehliyetini kaybetme veya şirketin nihayete ermesi nedeniyle sona ermeyeceği öngörülmüştür<sup>1276</sup>. Temsilcinin menfaatine verilen yetkinin güvence altına alınması amacıyla da yetkinin geri alınamaz tarzda tesis edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>1277</sup>.

Bu hukuk sisteminde de temsil olunan tarafından bildirilen yetkinin sona erdiğini bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişi belli ölçüde korunmaktadır. Nitekim tesis edilen bir kararda, yetkinin sona erdiğine ilişkin bir bildirim almasından önce üçüncü kişinin muhatabı olan temsilci ile yaptığı işlemin temsil olunanı bağlayacağı ve temsilin etkilerini ortadan kaldırmayacağı öngörülmüştür<sup>1278</sup>.

#### **D. DEĞERLENDİRME**

Uluslararası belgeler yetkinin sona ermesinin üçüncü kişiye karşı etkili olması için sona ermenin veya yetkiyi sona erdiren nedenlerin üçüncü kişi tarafından bilinmesine veya bilinmesinin gerekmesine bağlı olduğunu öngörür. Bu yaklaşım iyiniyetli üçüncü kişinin korunmasına önemli bir dayanak teşkil etmektedir. UTSİ ve AÖH, temsil yetkisini sona erdiren nedenleri tanımlamaktan kaçınmakta, yetkiyi sona erdiren olgulardan bağımsız olarak üçüncü kişinin sona ermeyi bilmesine veya bilmesinin gerekmesine kadar iyiniyetini korumaktadır. İncelediğimiz diğer sistemlerde ise yetkiyi sona erdiren nedenler zikredilmekte, ancak bu nedenleri bilmeyen üçüncü kişiye belli bir koruma sağlanmaktadır. Tarafların menfaatlerine verilen önem derecesinden hareketle, koruma düzeyleri bakımından geniş bir yelpazeye yayılan yaklaşımlar söz konusudur. Nitekim Hollanda MK. m. 3:76 (1)(a-d) yetkiyi sona erdiren nedenlere değindikten sonra bu nedenleri bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağını vurgulamaktadır. Hollanda hukuku, temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli temsilcinin sorumlu olmayacağını öngörerek, diğer sistemlere benzer tarzda temsilcinin güvenini koruyan bir anlayış benimsemiştir. Alman MK. m. 170-173'te bildirilen yetkinin varlığı ve

<sup>1275</sup> Powers of Attorney Act 1971 (4) (1) (a ve b).

<sup>1276</sup> Powers of Attorney Act 1971 (4) (1) (ii).

<sup>1277</sup> BENETT, s. 791; Gaussen v. Morton (1830) 10 B & C 731.

<sup>1278</sup> Brett, Bramwell LJ in Drew v. Nunn (1879) 4 QBD 661. Benzer yönde Pole v. Leask (1862) 33 LJ Ch 133, 162-163.

devamı konusunda iyiniyetli olan üçüncü kişiyi koruyan etkili kurallar öngörülür. Temsil olunanın menfaatlerine özel bir ağırlık veren İngiliz hukuku da yetkinin sona erdiğini bilmeyen üçüncü kişiye diğer hukuk düzenlerindeki kadar sistematik ve açık olmamakla birlikte, belli bir korumayı desteklemektedir. Türk ve İsviçre hukukunda öngörülen kanuni düzenleme ise karmaşık olmasının yanısıra, tarafların menfaatleri arasında adil bir denge sağlamaktan uzaktır. Bu konuda Borçlar Kanunu üç temel hüküm öngörür. BK. m. 42 gereğince, temsil olunanın bildirdiği yetkinin geri alındığı üçüncü kişiye bildirilmelidir. Aksi takdirde yetkinin geri alındığı iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. İncelediğimiz bütün hukuk metinleri temelde bu kurala yer vermektedir. Üçüncü kişiye bildirilen yetkinin geri alınması, verildiği usule uygun olarak veya eşdeğerde bildirildiğinde, üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisinin geri alındığını bildiği kabul edilir. BK. m. 43 gereğince ise yetkiyi sona erdiren kanuni olguların ortaya çıkması halinde, temsil olunanın iradesinden veya işin niteliğinden kaynaklanan istisnalar saklı kalması kaydıyla, bildirilen yetkinin hukuki durumunun devamına ilişkin üçüncü kişinin güveni korunmaz. Bu anlamda hukuk düzenimiz, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak yetkiyi sona erdiren kanuni nedenlerin varlığında üçüncü kişiye koruma sağlamaz. Temsil olunan, iyi niyetli üçüncü kişiye karşı işlemin yetkisiz temsil kapsamında yapıldığını ileri sürebilecektir. Kanun koyucu sadece belli koşullarda yetkinin sona ermesinin temsilciye ve üçüncü kişiye karşı kullanılamayacağını düzenlemiştir. Bu kapsamda öngörülen BK. m. 45 (İBK. m. 37), temsilcinin ve üçüncü kişinin menfaatlerinin korunmasına bir ölçüde katkı sağlamaktadır. Ancak BK. m. 45'in, temsilcinin de iyiniyetli olması koşuluyla, yetkinin sona erdiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişiye dolaylı bir koruma sağladığını görmekteyiz. Mevcut kuralların tarafların menfaatlerini etkili bir şekilde korumadığını belirtmeliyiz. İyi niyetli bir üçüncü kişi, temsil olunanın bildirdiği yetkinin devam ettiğine ilişkin güveninde, temsilcinin iyiniyetinden bağımsız olarak korunması gerekir.

Temsil olunan, menfaati doğrultusunda hukuki egemenlik alanına etki etmek için bir başkasına yetki verdiğinde, onun bu menfaati ortadan kalktığında yetkisini geri alabilmesi gerektiği kabul edilir. Bu konuda yetkinin geri alınmazlığı kavramı, önemli bir tartışma zemini oluşturur. Temsil yetkisinin geri alınamamasının, özellikle yetkinin



kapsamı ve süresi dikkate alındığında, temsil olunanı temsilciye karşı bağımlı hale getireceği düşünülmektedir. Nitekim Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu geri alınamaz yetkinin varlığını kabul etmemekte, bu yöndeki bir tasarrufun geçersizliğini öngörmektedir. Ancak ele aldığımız hukuk sistemleri belli koşullar altında yetkinin geri alınamaz tarzda verilebileceğini düzenler. Kanımızca yetkinin geri alınamaz tarzda tesisi, uygulamada önemli bir ihtiyaca karşılık vermektedir. Üçüncü kişiden alacaklı olan bir borçlunun, bu alacağı tahsil etmesi ve kullanması için kendi alacaklısına geri alınamaz tarzda yetki vermesi gerekli olabilir. Alacağın devredilmesi yerine, temsilcinin menfaatine böyle bir yetkinin verilmesinin değişik haklı gerekçeleri söz konusudur. Devrin dışarıya karşı açık hale gelmesi, devreden veya devralan açısından sakıncalar barındırabilir. Olası yeni sicil kayıtlarından, masraflardan ve vergi ödemelerinden kaçınma isteği dikkate alınabilecektir. Bir şirketteki oy hakkının devrinin mümkün olmamasına karşılık, geçerli bir geri alınamaz yetkinin tanınmasıyla güdülen gaye gerçekleştirilebilir. Keza yetkinin geri alınmazlığı banka uygulamalarında ekonomik anlamda devrin yerini tutacak çözümlerin üretilmesine katkı sağlayabilecektir. Geri alınamaz tarzda yetkilendirme, mutlaka borç ödenmesine hizmet etmesi gayesiyle yapılmaz. Bu yöndeki yetki, teminat amaçlı da verilebilir. Alınan bir kredi karşılığında kredinin teminat altına alınması amacıyla, borcun vadesinde düzenli ödenmemesi halinde kullanılmak üzere kredi alanın sahip olduğu şirketteki belli bir miktara kadar olan hisse senetleri üzerinde kredi verenin tasarrufta bulunmasına ilişkin geri alınamaz yetki verilmesi, geçerli kabul edilmelidir. Kredi veren ile kredi alan şirket, kredinin teminat altına alınması gayesiyle kredi verenin tayin edeceği bir kişinin geri alınamaz bir şekilde yetkilendirilerek, kredi alan şirket için belli işlemleri yapması konusunda anlaşmaları da mümkündür. Tesis edilen bir yetkinin geri alınamayacağına ilişkin kararlaştırılması hukuki kesinliğin sağlanmasına hizmet etmesinin yanısıra, bu durum borçlar kanunumuzun dayandığı irade özerkliği ilkesine de uygun olacaktır. Keza sözleşme özgürlüğü ilkesi ışığında yetkinin geri alınmayacağına ilişkin sözleşmesel taahhütlere ve cezai koşullara geçerlilik tanınmalıdır. Ancak geri alınamaz tarzda verilen bir yetkinin önemli bir nedenin varlığında geri alınabilmesi gerekir. Zira yetkinin hiçbir sınırlamaya tabi olmadan geri alınamaz tarzda verilmesi veya temsil olunanın verdiği yetkiyi geri alamaması, belli koşullarda karar sürecinin tamamen temsilcinin takdirine bırakılması anlamını taşıyacaktır. Bu konuda Hollanda MK. m.

3:74'e benzer bir kuralın benimsenmesi isabetli olur. Temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine işlemler yapılması amacıyla verilen yetki, geri alınamaz tarzda olabilmelidir. Ancak verilen bu yetkinin sınırlarının belirlenmesi veya belirlenebilmesi gerekir. Geri alınamaz tarzda verilen bir yetki, önemli bir nedenin varlığında mahkeme kararı ile sona erdirilebilmelidir. Bu anlamda temsilcinin yetkisini kötüye kullanması veya güveni ağır derecede zedeleyecek tarzda hareket etmesi gibi olgularda, yetki geri alınabilmelidir.

Uluslararası hukuk belgeleri, yetkinin sona erdiği hallerde temsil olunanın menfaatlerinin korunmasına yönelik etkili düzenlemeler öngörmektedir. Temsilci, yetkiyi sona erdiren bir nedenin varlığında dahi, temsil olunanın menfaatlerinin zarara uğramasını önleyecek olan işlemleri onun hesabına yapma yetkisine sahip olmaya devam eder. Bu konuda ulusal hukuk düzenlerinde mevcut kurallar eksik bir görünüm oluşturmaktadır. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde, temsilcinin yetkisinin sona ermesine rağmen, temsil olunanın veya haleflerinin menfaatlerinin korunması amacıyla yetkinin belli koşullarda sınırlı olarak devam edeceğine ilişkin sonuca BK. m. 43 f. 1'den ve BK. m. 513 f. 2'den ulaşılmaktadır. Uluslararası belgelerde benimsenen kurallar ise sistematik açıdan kesin bir nitelik taşır. Temsil olunanın menfaatleri bakımından son derece önemli ve yararlı olan bu düzenlemenin, hukuki istikrarı sağlayacak tarzda genel temsil hükümlerinde açık olarak öngörülmesi yerinde olacaktır.

Doğrudan temsili sona erdiren nedenler temelde dolaylı temsil yetkisini de sona erdirir. Bu anlamda her iki temsil türünde yetkinin sona ermesi halinde, tarafların haklı menfaatlerinin korunması gerekir. Nitekim ASHİ'de ve Konvansiyon'da dolaylı temsil yetkisinin sona ermesine rağmen, bu durumu bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin yaptığı sözleşmenin etkili olacağı sonucuna varılmaktadır. Hollanda hukukunda, yetkiyi sona erdiren nedenleri düzenleyen MK. m. 3:72'nin kıyasen dolaylı temsil ilişkilerinde uygulanacağını savunulduğunu görmekteyiz. Türk ve İsviçre hukukunda ise doğrudan temsil yetkisini sona erdiren nedenlerin dolaylı temsil yetkisini de sona erdireceğini ifade edebiliriz. Temsilcinin yetkisini sona erdiren nedenler BK. m. 42-43'te ve BK. m. 512-513'te düzenlenmiştir. Bu hükümler dolaylı temsil yetkisini sona erdiren nedenlerin belirlenmesinde gözetilecektir. Benzer şekilde dolaylı temsil

yetkisini sona erdiren nedenlerin varlığına rağmen, temsil olunanın menfaatlerinin tehlikeye düşmesinin engellenmesi gayesiyle sınırlı olmak üzere temsilcinin yetkisi devam edecektir. Bu konuda BK. m. 43 ve BK. m. 513 dikkate alınmalıdır. Son olarak dolaylı temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen dolaylı temsilcinin, dolaylı temsil olunana ait menkul eşyalarda ve hamile yazılı senetlerde onun hesabına üçüncü kişiyle yapacağı tasarruf işlemleri bakımından BK. m. 514'ün ve BK. m. 45 f. 2'nin uygulama alanı bulacağını belirtebiliriz. Bu anlamda üçüncü kişinin kötüniyeti, tasarruf işleminin geçersizliğine yol açar. Yetkisi sona eren dolaylı temsilcinin iyiniyetle yapacağı diğer işlemlerde üçüncü kişinin iyiniyetinden bağımsız olarak işlemin temsil olunana karşı etkili olacağını, ancak temsil olunanın BK. m. 49 f. 2 gereğince kötüniyetli üçüncü kişinin sorumluluğuna yönelebileceğini vurgulamamız gerekir.

## **Altıncı Bölüm**

### **TEMSİLİN ETKİSİ**

Bir kimsenin temsilci sıfatıyla temsil olunan hesabına hareket etmesinin sonuçları, o kimsenin doğrudan veya dolaylı temsil kapsamında işlem yapmasına bağlı olarak değişir. İncelediğimiz sistemlerde temsilcinin yetkili olarak başkası adına ve hesabına hareket ettiği veya üçüncü kişinin muhatap olduğu kişinin temsilci sıfatıyla başkası hesabına işlem yaptığını bildiği ya da bilmesinin gerektiği hallerde temel olarak ortak sonuçlara ulaşılmaktadır. Ancak bir kimsenin yetkili olarak kendi adına ve başkası hesabına hareket ettiği veya üçüncü kişinin muhatap olduğu kişinin temsilci sıfatıyla başkası hesabına işlem yaptığını bilmediği ya da bilmesinin gerekmediği durumlarda, yapılan işlemin etkileri konusunda geniş bir yelpazeye yayılan yaklaşımlar söz konusudur. Bazı hukuk düzenleri temsil olunana veya üçüncü kişiye belli koşullarda birbirlerine doğrudan yönelme olanağını tanıırken, diğer sistemler bu yaklaşımı reddetmektedir. Temsilcinin başkasının hesabına işlem yapmasına rağmen, temsil ilişkisini açıklamaması veya kendi adına hareket etmesi durumunda, tarafların haklarının ve borçlarının ne olacağı sorusunun karşılığının incelenmesi gerekir. Bölümün birinci kısmında, doğrudan ve açık temsilin etkileri üzerinde durulacaktır. İkinci kısımda ise dolaylı ve gizli temsile ilişkin düzenlemelerin her bir özel yönü ele alınarak, üçüncü kişi ile temsilci arasındaki sözleşmede temsil olunanın katılımının dengeli bir şekilde dikkate alınıp alınmadığı araştırılacaktır.

## I. DOĞRUDAN TEMSİLİN ETKİSİ

### A. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOĞRUDAN TEMSİLİN ETKİSİ

#### 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Doğrudan Temsilin Etkisi

Temsilcinin doğrudan temsil kapsamında hareket etmesinin etkisi ASHİ m. 3:202'de düzenlenir. Buna göre, bir temsilci ASHİ m. 3:201'de<sup>1279</sup> tanımlanan yetki sınırları içerisinde hareket ederse, onun işlemleri, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi doğrudan birbirine bağlar. Böylece temsilci, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişkiyi kurmakta, mevcut ilişkiyi değiştirmekte veya sonlandırmaktadır. Temsilci, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişki kurmaktadır<sup>1280</sup>. Hükmün uygulanması koşulu, temsilcinin başkası adına hareket ettiğini üçüncü kişinin bilmesi veya bilmesi gerekliliğidir. Bu gerçekleşmediği takdirde, dolaylı temsile ilişkin hükümler uygulanır. Hükmün ikinci cümlesi, temsilcinin yetkisi dahilinde hareket etmesinin olağan neticesini belirtmektedir. Temsilci, üçüncü kişiye karşı bağlı olmaz. Şüphesiz öngörülen hükmün dışında temsilci ile üçüncü kişi veya temsilci ile temsil olunan, temsilcinin şahsen sorumlu olacağını kararlaştırabilir. Bu durumda temsilci, temsil olunanın yanında borçlu olabilmesinin yanı sıra, onun yükümlülüklerini garanti edebilir<sup>1281</sup>.

#### 2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları'nda Doğrudan Temsilin Etkisi

*“Temsilcinin İşleminin Temsil Olunanın Hukuki Konumunu Etkilemesi”* kenar başlığını taşıyan II. 6:105, *“Temsilci: (a) bir temsil olunan adına veya başka türlü bir temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini üçüncü kişiye belirtecek şekilde ve (b) yetkisi kapsamında hareket ettiğinde, işlem üçüncü kişi ile ilişkide temsil olunan tarafından yapılmış gibi temsil olunanın hukuki konumunu etkiler. Böylece temsilci ve*

<sup>1279</sup> ASHİ m. 3: 201, *“(1) Temsil olunanın kendi adına hareket etmesi için temsilciye verdiği yetki, açık veya durumlara göre örtülü olabilir. (2) Temsilci, temsil yetkisinin verilme amacını gerçekleştirmek için, durumun gerektirdiği tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir. (3) Bir kişinin beyanları veya davranışları, üçüncü kişinin haklı olarak ve iyi niyetle görünürde temsilcinin yaptığı işlem için yetki verdiği güvenmesine neden olduğunda, o kişinin görünürde temsilciye yetki verdiği kabul edilir”* düzenlemesini öngörür.

<sup>1280</sup> ASHİ m. 3:102 Yorum A.

<sup>1281</sup> ASHİ m. 3:202 Yorum B ve C.

*üçüncü kişi arasında hiçbir hukuki ilişki meydana gelmez”* şeklindedir. Hükümde doğrudan temsilin unsurlarına ve temel etkisine yer verilmektedir. Temsilci, temsil olunan adına veya başka türlü temsil olunanın hukuki konumunu etkileme amacını üçüncü kişiye belirtecek şekilde yetkili olarak hareket ettiğinde; temsilcinin işlemi, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiyi doğrudan etkiler. Ancak bu işlem, temsilci ile üçüncü kişi arasında hiçbir hukuki ilişki doğurmaz. Düzenlemede *“temsil olunanın hukuki konumunu etkileme”* ifadesi, bağlama teriminin sadece temsil olunan için bir yükümlülük yaratma sürecini kapsadığı algısını oluşturduğu için *“temsil olunanı bağlamak”* ibaresine tercih edilmiştir<sup>1282</sup>. Elbette temsilci ile üçüncü kişi veya temsil olunan ile temsilci öngörülen temel kuralın dışında anlaşarak, temsilciye kişisel sorumluluk yükleyebilir. Temsilci, temsil olunanın müteselsil borçlusu veya garantörü haline gelebilir.

### **3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Açık Temsilin Etkisi**

Belgenin *“Açık Temsil”* kenar başlığını taşıyan 2.2.3. maddesindeki düzenleme, hukuki sonuçları bakımından temelde kıta Avrupa hukuk sistemlerinde yer alan doğrudan temsilin karşılığını teşkil eder. Nitekim UTSİ m. 2.2.3, *“(1) Temsilcinin yetkisinin kapsamı içinde yaptığı işlemler, üçüncü kişinin temsilcinin temsilci olarak hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci ile üçüncü kişi arasında hukuki ilişki kurmaksızın, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri doğrudan etkiler. (2) Bununla birlikte temsilci, temsil olunanın rızası ile sözleşmeye kendisi taraf olursa, temsilcinin işlemleri sadece temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkiler”* düzenlemesini öngörür. Böylece açık temsilde temsilcinin işlemleri, temsil olunanın üçüncü kişi karşısındaki hukuki konumunu doğrudan etkiler. Bir başka ifade ile temsilci tarafından yapılan bir sözleşme, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi birbirine bağlar. Aynı şekilde temsilcinin üçüncü kişiye gönderdiği veya üçüncü kişiden aldığı irade bildirimi, temsil olunan tarafından alındığı veya gönderildiği tarzda temsil olunanın hukuki konumunu etkiler. Örneğin B bilgisayar üreticisinin satış temsilcisi olan A, belirli sayıda bilgisayarın satışı için C üniversitesi tarafından verilen siparişi kabul eder. Satış sözleşmesi, C nezdinde B’yi doğrudan bağlar. C’ye malları

---

<sup>1282</sup> AÖH II. 6:102 Yorumlar.

teslim etme yükümlülüğü ve C tarafından yapılacak ödemeyi alma hakkı A'ya değil, B'ye ait olur<sup>1283</sup>.

#### 4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Öngörülen Düzenleme

Konvansiyon temsile ilişkin hükümlerde yeknesek bir yaklaşımı tercih etmektedir. Konvansiyon'da düzenlenen hükümler m. 1. f. 4 gereğince, temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket ettiğine bakılmaksızın uygulanır. Konvansiyon'un 12. maddesinde öngörülen düzenleme, tanımı ve hukuki sonuçları bakımından kıta Avrupa hukuk sistemlerinde kabul edilen doğrudan temsil kurumu ile yakın bir benzerlik taşımaktadır. Temsilcinin işlemleri, m. 12'nin koşulları gereğince, temsil olunanı ve üçüncü kişiyi doğrudan bağlar. Hüküm, *“Temsilci, temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunanın hesabına işlem yaptığında ve üçüncü kişi temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde; durumun koşullarından, özellikle bir komisyon sözleşmesi ile ilgili olarak temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediği anlaşılmadıkça, temsilcinin işlemleri temsil olunan ile üçüncü kişiyi doğrudan bağlar”* şeklindedir.

#### B. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOĞRUDAN TEMSİLİN ETKİSİ

Türk ve İsviçre hukukunda doğrudan temsil kapsamında yapılan işlemin sonuçları, temsil olunanın ve üçüncü kişinin hukuk alanında oluşur. Temsil olunan ve üçüncü kişi, alacaklı veya borçlu olmakta, haklar kazanmakta veya kaybetmektedir. Nitekim *“Temsilin hükmü”* kenar başlığını taşıyan BK. m. 40 f. 1'de, yetkili bir temsilci tarafından temsil olunan adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin doğrudan temsil olunanı bağlayacağı öngörülmektedir<sup>1284</sup>. Böylece doğrudan temsilin koşulları gerçekleştiğinde, temsil işleminin bütün hükümleri ayrı bir işlem gerektirmeden, kendiliğinden temsil olunanın hukuk alanında doğmaktadır. Doğrudan temsilci sıfatıyla

<sup>1283</sup> UTSİ m. 2.2.3 Yorum 2 ve Örnek 1.

<sup>1284</sup> BK. m. 40 f. 1, *“Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar”* şeklindedir. Kaynak Kanunun 32. maddesinin ilk fıkrasında ise yetkili temsilcinin temsil olunan adına sözleşme yapması durumunda, temsil olunanın alacaklı ve borçlu olacağı düzenlenmiştir.

hareket eden bir kimse, hukuki kurumun mahiyeti itibarıyla başkası adına ve hesabına işlem yaptığından, yapılan işlemin sonuçları kural olarak tamamen o kimsenin dışında kabul edilir. Etkili bir temsil sonucunda, sözleşmenin bizzat temsil olunan tarafından yapılması ile aynı hukuki konum oluşur<sup>1285</sup>. Sözleşme ile istenilen sonuçların yanısıra, kanuna dayanan sonuçlar sadece temsil olunana tesir eder. Temsil olunan sözleşmenin bir tarafını teşkil etmektedir. Örneğin temsil olunan adına ve hesabına bir mal satıldığında, temsil olunanın sadece BK. m. 207 (İBK. m. 184) uyarınca borcu doğmamakta, hukuki ve maddi ayıplardan da sorumluluğu oluşmaktadır<sup>1286</sup>. Temsilin neticeleri olağan olarak işlemin kurulduğu anda meydana gelir. Ancak ilgili için açık bir işlemde temsilin sonuçları, temsil olunanın kimliğinin açıklandığı anda ortaya çıkmaktadır<sup>1287</sup>.

Alman MK. m. 164-181’de düzenlenen temsile ilişkin genel hükümler, sadece doğrudan temsile ilişkindir. Temsilcinin yetkili bir şekilde temsil olunan adına yaptığı işlem, temsil olunanın hukuk çevresinde doğrudan etkili olur. Nitekim Alman MK. m. 164 f. 1 c. 1’de doğrudan temsilin sonucu açıkça öngörülmüştür. “*Temsilcinin Beyanının Etkisi*” kenar başlığını taşıyan hüküm gereğince, bir kimsenin temsil yetkisinin sınırları içerisinde temsil olunan adına beyan ettiği iradenin hükümleri, doğrudan temsil olunana ait olur. Hükümün lafzından anlaşılabacağı üzere, doğrudan temsilin etkili olması için temsilcinin yetkili bir şekilde temsil olunan adına hareket etmesi gerekir. Doğrudan temsilin koşullarının yerine getirilmesi sonucunda temsil olunan sözleşmenin tarafı konumuna gelir. Böylece sözleşmeden kaynaklanan bütün haklar ve yükümlülükler, temsil olunanın hukuk alanını ilgilendirir. Temsilci ise hukuki işlemi yapmasına karşılık, bu işlemin tarafı değildir. Bu durum, üçüncü kişinin istisnai haller dışında temsilciye yönelemeyeceği anlamına gelir<sup>1288</sup>.

Hollanda Medeni Kanunu da doğrudan temsil kapsamında yapılan işlemin etkisini pozitif bir düzenlemeye kavuşturmuştur. MK. m. 3:66 f. 1’de bir temsilcinin, yetkisinin sınırları içerisinde temsil olunan adına yaptığı hukuki işlemin sadece temsil olunan için hukuki etki meydana getireceği öngörülmüştür. Böylece doğrudan

---

<sup>1285</sup> BUCHER, s. 597.

<sup>1286</sup> KOLLER (AT), n. 1345.

<sup>1287</sup> ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 147.

<sup>1288</sup> BROX, n. 489.



temsilcinin yetkisinin sınırları içerisinde temsil olunan adına yaptığı işlemin tarafları, temsil olunan ile üçüncü kişidir. Temsilci başkası adına yaptığı işlemin tarafı sıfatını kazanmaz.

İngiliz hukukunda benimsenen açık temsil doktrini, kıta Avrupa hukuk düzenlerinde öngörülen doğrudan temsilin karşılığını teşkil eder. Sözleşmenin kurulması zamanında üçüncü kişi için karşı tarafın başkası hesabına hareket ettiğinin açık olduğu durumlarda, açık temsilin varlığından söz edilir. Açık temsilde, temsilci yapılan işlemle bağlı olmamasına karşılık, temsil olunan ve üçüncü kişi doğrudan bağlanır<sup>1289</sup>. Temsilci, kurulan sözleşmenin bir tarafı değildir. Böylece temsilcinin yetkisinin sınırları içerisinde bir temsil olunan hesabına yaptığı sözleşme, üçüncü kişinin karşı tarafın temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci ile üçüncü kişi arasında hukuki ilişki oluşturmadan, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri doğrudan etkilemektedir.

## II. DOLAYLI TEMSİLİN ETKİSİ

### A. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE DOLAYLI TEMSİLİN ETKİSİ

#### 1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Dolaylı Temsilin Etkisi

ASHİ m. 3:301 (1)'de, aracı ile üçüncü kişinin hangi koşullarda birbirleriyle bağlı olacağı düzenlenir. Aracı, “(a) *Temsil olunan adına olmaksızın, onun talimatları ile ve hesabına hareket ediyorsa, (b) Temsil olunanın talimatları ile hareket ediyor, fakat üçüncü kişi bunu bilmiyorsa veya bilmesi için sebep yoksa, aracı kişi ile üçüncü kişi birbirleriyle bağlı olur*”<sup>1290</sup>. Hükümde dolaylı temsil tarif edilmektedir. Doğrudan temsilden ayrılan önemli noktaların başında, dolaylı temsilcinin başkası adına hareket etmemesidir. Dolaylı temsilci, temsil olunan adına açıkça, örtülü olarak veya hukuki görünüş kapsamında hareket etmez. Bu farkın vurgulanması gayesiyle, dolaylı temsilci aracı olarak tanımlanmıştır<sup>1291</sup>. Aracının üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme, doğrudan

<sup>1289</sup> Fridman açık bir şekilde: “a direct contractual relationship (...) between principal and third party”. FRIDMAN, s. 194 ve s. 216-217; POWELL, s. 260-267.

<sup>1290</sup> ASHİ m. 3:301 (b) bendi, common law sisteminin “undisclosed agency” doktrinine yaklaşımdır.

<sup>1291</sup> ASHİ m. 3:301 Yorum A.

temsile ilişkin ASHİ m. 3:201’de ve ASHİ m. 3:202’de öngörülen koşullar uyarınca temsil olunan adına hareket edilmediğinden, aracıyı kişisel olarak bağlar. Ancak dolaylı temsilde ASHİ 3:302. ilâ 3:304. maddeleri arasında öne sürülen koşullar altında, doğrudan temsilin belirli hukuki sonuçları kabul edilmektedir<sup>1292</sup>. Açıklayıcı notlarda temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerine doğrudan yönelmesi olanağının öngörülme nedeni açıkça belirtilmemiştir. Bu sonucun, dolaylı temsil ilişkisinde temsil olunanın ekonomik ilgisinin dikkate alınması isteğine dayandığını ifade edebiliriz. Bu yaklaşım tarzı, hükümlerin açıklayıcı notlarında temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerinin ekonomik karşıtları olarak gösterilmesinden örtülü olarak da anlaşılmaktadır<sup>1293</sup>. ASHİ m. 3:302’de ve ASHİ m. 3:303’te düzenlenen kurallar, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki ayırımı ortadan kaldırır. İki madde arasındaki fark, aracının hangi tarafa karşı borçlu olduğuna dayalıdır. Aracının, temsil olunana karşı borcu bulunuyorsa ASHİ m. 3:302<sup>1294</sup>, üçüncü kişiye karşı borcunun bulunması halinde ise ASHİ m. 3:303<sup>1295</sup> uygulanır. Aracının iki tarafa karşı borcunun olması halinde, her iki hüküm uygulanır. Ancak aracı, her iki tarafa karşı borçlarını yerine getirmemesine rağmen, temsil olunan ve üçüncü kişi kendi yükümlülüklerini yerine getirdiklerinde, hükümler tarafların ileri sürecekleri savunmalar ile etkisiz kalır.

Her iki hüküm içerik bakımından ortak koşullar taşımaktadır. Doğrudan hukuki ilişki oluşturan birinci neden aracının iflas etmesidir. İflas eden aracı, temsil olunana veya üçüncü kişiye karşı borçlarını yerine getiremez. İkinci neden, aracının esaslı borca

<sup>1292</sup> ASHİ m. 3:301 (2), “Temsil olunan ve üçüncü kişi, ancak 3:302. ilâ 3:304. maddeleri arasında düzenlenen koşullarda birbirleriyle bağlı olur” şeklindedir. Temsil olunan, hükümde belirtilen koşulların dışında üçüncü kişiye yönelmek istediğinde, alacakları devralması ve borçları üstlenmesi gerekir. Bu süreçte üçüncü kişi, Türk ve İsviçre hukuk sisteminde yer alan hükümlere benzer kurallarla korunmaktadır. Nitekim ASHİ m. 12:101 (1), borcun üstlenilmesinde üçüncü kişinin muvafakatini; ASHİ m. 11:307, savunmaları ve takas hakkını; ASHİ m. 11:301, sözleşmeye dayalı devir yasağını; ASHİ m. 12:201, sözleşmenin devrini düzenler.

<sup>1293</sup> ASHİ m. 3:303 Yorum C ve E.

<sup>1294</sup> “Aracı Kişinin İflas Etmesi ve Temsil Olunana Karşı Esaslı Borca Aykırılık İçinde Olması” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:302, “Aracı kişi iflas ederse veya temsil olunana karşı esaslı bir borca aykırılık içinde olursa veya borcun ifa edileceği zamanın gelmesinden önce esaslı bir borca aykırılığın olacağı açıkça belli olursa: (a) Temsil olunanın talebi üzerine aracı kişi, üçüncü kişinin adını ve adresini temsil olunana bildirecektir. (b) Temsil olunan, aracı kişinin temsil olunanın hesabına kazandığı hakları, üçüncü kişinin aracı kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaların saklı kalması kaydıyla, üçüncü kişiye karşı kullanabilecektir” şeklindedir.

<sup>1295</sup> “Aracı Kişinin İflas Etmesi veya Üçüncü Kişiye Karşı Esaslı Borca Aykırılık İçinde Olması” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:303, “Aracı kişi iflas ederse veya üçüncü kişiye karşı esaslı bir borca aykırılık içinde olursa veya borcun ifa edileceği zamanın gelmesinden önce esaslı bir borca aykırılığın olacağı açıkça belli olursa: (a) Üçüncü kişinin talebi üzerine aracı kişi, temsil olunanın adını ve adresini üçüncü kişiye bildirecektir. (b) Üçüncü kişi, aracı kişiye karşı kullanabileceği hakları, aracı kişinin üçüncü kişiye ve temsil olunanın aracı kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaların saklı kalması kaydıyla, temsil olunana karşı kullanabilecektir” şeklindedir.

aykırılık içinde olmasıdır<sup>1296</sup>. Borcun ifa edileceği zamanın gelmesinden önce esaslı bir borca aykırılığın olacağı açıkça belli olan durumlarda da doğrudan ilişki oluşabilecektir<sup>1297</sup>. Bu yaklaşım da önemli ölçüde aracının iflas etmesindeki gerekçeye dayanır. Doğrudan hukuki ilişkinin kurulmasında, aracının esaslı bir borca aykırılık içinde olması yeterlidir. Temsil olunanın veya üçüncü kişinin yargı yoluna müracaat etmesi veya bir yargı kararını icraya konu etmesi gerekli değildir<sup>1298</sup>.

ASHİ m. 3:302 ve ASHİ m. 3:303, iki temel hukuki sonuç öngörmektedir. Öncelikle aracı, temsil olunanın veya üçüncü kişinin adını ve adresini bildirecektir. Aracı, temsil olunanın veya üçüncü kişinin karşı tarafın adı ve adresi konusunda bilgi sahibi olup olmadığını bilemeyeceğinden, temsil olunanın veya üçüncü kişinin bunu aracından talep etmesi gerekir. Aracı, hükümlerin (a) bendini ihlal ederek, temsil olunanın veya üçüncü kişinin ismini ve adresini ekonomik karşıta bildirmediğinde hangi hukuki tedbirlere müracaat edilecektir? Aracı kişinin tazminle yükümlü olması gerektiği savunulabilecekse de, özellikle iflas ettiğinde bu yaptırım bir anlam ifade etmez. Aracının yargı kararı ile karşı tarafın ismini ifşa etmesinin öngörülmesi, etkili bir hukuki tedbir olacaktır<sup>1299</sup>. Hükümlerde öngörülen ikinci sonuç, ekonomik karşıt olarak betimlenen temsil olunanın veya üçüncü kişinin, ileri sürülecek savunmaların saklı kalması kaydıyla, birbirlerine doğrudan yönelmeleridir. Temsil olunan ve üçüncü kişi, doğrudan hukuki ilişkinin kurulması neticesinde, aracıya karşı sahip oldukları savunmaları ekonomik karşıtlarına yönelik olarak ileri sürebilir. Bu husus, hükümlerin (b) bentlerinde öngörülür. Ancak ASHİ m. 3:303 (b) bendi, ASHİ m. 3:302’den farklı bir düzenleme içerir. Bunun sebebi, temsil olunan ile aracı arasındaki temel ilişkinin varlığıdır. Bu ilişki kapsamında aracının temsil olunandan talebi olduğunda, temsil olunan ona karşı savunmalarını ileri sürebilecektir. Bu konunun üçüncü kişinin temsil olunandan talepte bulunması halinde de muhafaza edilmesi gerekir.

Hükümlerde öngörülen hakların kullanılabilmesi için izlenecek usul ve bu hakların devrinin etkili olacağı zaman ASHİ m. 3:304’te düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, ASHİ m. 3:302’de ve ASHİ m. 3:303’te öngörülen haklar, ancak bu hakları

<sup>1296</sup> Esaslı borca aykırılık ASHİ m. 8:103’te düzenlenmiştir.

<sup>1297</sup> “Açıkça belli olması” hususu ASHİ m. 9:304’te düzenlenmiştir.

<sup>1298</sup> ASHİ m. 3:303 Yorum B.

<sup>1299</sup> ASHİ m. 3:303 Yorum D. Bu konuda ASHİ m. 9:102: “Parasal Olmayan Borçlar” hükmü uygulanabilir.

kullanma iradesinin aracıya ve üçüncü kişiye veya temsil olunana bildirilmesiyle kullanılabilir. Bildirimin ulaşmasından itibaren üçüncü kişi veya temsil olunan, aracıya ifada bulunma hakkını kaybeder<sup>1300</sup>. Böylece üçüncü kişi borcunu aracıya yerine getirmişse, ASHİ m. 3:302 temsil olunan açısından etkisiz kalır. Aracının üçüncü kişiye karşı dava hakkı, borcun yerine getirilmesi ile sona erer. Bunun neticesinde temsil olunan da bildirimde bulunarak üçüncü kişiye doğrudan yönelme olanağını kullanamaz. Ancak bildirim sonrasında süreç farklı işler. Hükümde açıkça belirtildiği üzere üçüncü kişi, bildirimin kendisine ulaşmasından itibaren aracıya ifada bulunma hakkını kaybeder. Bildirimin kendisine ulaşmasına rağmen aracıya ifada bulunan üçüncü kişinin temsil olunana karşı sorumluluğu ortadan kalkmaz. Bu durumda üçüncü kişinin yeniden temsil olunana ödeme yapması gerekir. Busch, temsil olunanın haklı menfaatlerini göz ardı ederek aracıya ifada bulunan üçüncü kişi bakımından genel kurala bir istisnanın tanınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, aracının ödemeyi temsil olunana iletme niyetinde olmadığını bilmesine rağmen, ödemeyi aracıya gerçekleştiren üçüncü kişi sorumlu olmalıdır. Kuşkusuz bu süreç üçüncü kişinin, sözleşmesel karşı tarafın bir dolaylı temsilci olduğunu bilmesinin makul olarak beklenebildiği durumlarda işler<sup>1301</sup>. Diğer yandan temsil olunan, bildirimden önce aracıya ifada bulunursa, ASHİ m. 3:303 üçüncü kişi açısından etkisiz kalır. Bu sonuç üçüncü kişinin aracı karşısında sahip olduğu hakların sona erdiği anlamına gelmez. Ancak üçüncü kişi, temsil olunana doğrudan yönelemez<sup>1302</sup>. Böylece temsil olunanın, kendisine bildirim ulaşmadan önce aracıya ifada bulunma hakkına sahip olduğu yönünde bir çıkarım yapılabilir. Bu koşullar altında temsil olunanın üçüncü kişiye yeniden ödeme yapması gerekli değildir.

İlkeler üçüncü kişinin, temsil olunana doğrudan yönelme iradesine ilişkin olarak bildirimde bulunduktan sonra aracıya karşı talepleri konusunda bir açıklık getirmemiştir. Kanımızca üçüncü kişi, bildirimden sonra da aracıya karşı taleplerini ileri sürebilmelidir. Temsil olunan ve aracı, üçüncü kişiye karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu hale gelir. Üçüncü kişinin bildirimini aldıktan sonra aracının konumunda bir

---

<sup>1300</sup> Açıklayıcı yorumlarda, ASHİ 3:302. ilâ 3:304. maddeler arasındaki hükümlerin iflas usulünü etkilemeyeceği açıkça ifade edilir. Böylece aracının iflasının, temsil olunanın veya üçüncü kişinin konumuna zarar vermeyeceği vurgulanmıştır. Özellikle aracıya teslim edilen malvarlığı değerleri olumsuz etkilenmez. Bu konuda ulusal hukuka, genel iflas kurallarına veya özel hükümlere göre karar verilir. ASHİ m. 3:304 Yorum B.

<sup>1301</sup> BUSCH (İndirect Representation), s. 254.

<sup>1302</sup> AUMÜLLNER, s. 216-217.

değişiklik olmaz. Böylece üçüncü kişinin durumunda olası bir kötüleşme meydana gelmez. Bu konu uygulamada muhtemelen büyük bir önem taşımayacaktır. Zira aracı ifa olanağına sahip olmadığında veya iflas ettiğinde, aracıya bildirimden sonra dava açılması olumlu bir sonuç getirmez.

ASHİ sisteminde üçüncü kişi ile aracı arasında yapılan sözleşmede doğrudan yönelme olanağı dışlanabilecektir. Bu konuda “*Sözleşme Özgürlüğü*” kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 1:102’den sonuca ulaşılabilir<sup>1303</sup>. Tarafların birbirlerine doğrudan yönelmeleri olanakları, üçüncü kişi ile aracı arasında yapılan sözleşmeye dayanır. Sözleşmenin tarafları bu olanağı dışlamakta serbest olmalıdır. Ancak üçüncü kişinin doğrudan yönelmenin hariç tutulmasının temsil olunanın talimatlarına aykırı olduğunu sözleşmenin yapılması zamanında bildiği durumlara bir istisna tanınabilir. Bu durumda temsil olunan üçüncü kişiye doğrudan yöneldiğinde, üçüncü kişinin doğrudan yönelmenin hariç tutulduğunu ileri sürmesi, ASHİ m. 1:201’de düzenlenen iyi niyet ve dürüst işlem yapma kuralının ihlali olarak görülebilir<sup>1304</sup>. Ancak diğer yandan temsil olunanın, üçüncü kişinin kendisine doğrudan yönelmesinin sözleşme ile engellenmesine karşı çıkmasını beklememek gerekir. Zira üçüncü kişinin temsil olunana yönelmesi, üçüncü kişinin menfaatine hitap eder<sup>1305</sup>.

## **2. Avrupa Özel Hukuku İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları’nda Dolaylı Temsilin Etkisi**

AÖH, selefi olan ASHİ’den farklı olarak iki temsil türünü bağımsız bir şekilde yan yana ele almamıştır. Bu hukuk belgesi, temsil olgusunu doğrudan temsil ile sınırlandıran geleneksel yaklaşımın ağırlık taşıdığı bir sistem kurmuştur. Model Kurallar, temsile ilişkin genel hükümlerde doğrudan ve dolaylı temsile dayalı bir iskeleti tasarlamamakla birlikte, dolaylı temsil kurumunun unsurlarını ve etkilerini içeren değişik kurallara yer vermektedir. Nitekim “*Temsilcinin Kendi Adına Hareket Etmesi*” kenar başlığını taşıyan II. 6:106, “*Temsilci, yetkiye sahip olmasına rağmen,*

<sup>1303</sup> ASHİ m. 1:102, “(1) Taraflar, iyi niyet ve dürüst işlem yapma kuralları ile İlkeler’de öngörülen emredici kurallar saklı kalması kaydıyla, sözleşme yapmakta ve sözleşmenin içeriğini belirlemekte serbesttir. (2) Taraflar, İlkeler’de aksi öngörülmemişse, İlkeler’in herhangi birinin uygulanmasını dışlayabilir veya onlardan ayrılabilir veya onların etkilerini değiştirebilir” şeklindedir.

<sup>1304</sup> ASHİ m. 1:201, “(1) Taraflar iyi niyet ve dürüst işlem yapma kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. (2) Taraflar bu yükümlülüğü dışlayamaz veya sınırlayamaz” düzenlemesini öngörmektedir.

<sup>1305</sup> BUSCH (Indirect Representation), s. 266 ve s. 273.

kendi adına veya başka türlü, bir temsil olunanın hukuki konumunu etkileme gayesini üçüncü kişiye belirtmeyecek şekilde işlem yaparsa, bu işlem, üçüncü kişi ile ilişkide temsilcinin kişisel sıfatı ile yapılmış gibi temsilcinin hukuki konumunu etkiler. Herhangi bir hukuk kuralı ile özel olarak öngörülmedikçe, temsil olunanın üçüncü kişi karşısındaki hukuki konumunu etkilemez” düzenlemesini içerir. Böylece temsilcinin kendi adına hareket ederek veya temsil olunanın hukuki konumunu etkilemek amacıyla hareket ettiğini ifade etmeden yaptığı işlem, üçüncü kişi ile temsilci arasında etkilidir. Ancak temsilcinin yaptığı bu işlem, özel bir hukuk kuralının varlığında temsil olunan ile üçüncü kişi bakımından hukuki sonuçlar meydana getirebilir. Açıklayıcı yorumlarda gizli bir temsil olunan için temsilci tarafından satın alınan bir malın mülkiyetinin doğrudan temsil olunana geçmesini öngören özel bir kuralın uygun olacağı vurgulanmıştır. “Malların Mülkiyetinin Edinilmesi ve Kaybedilmesi” başlığını taşıyan VIII. Kitap’ta, malların dolaylı temsil kapsamında devrini düzenleyen özel bir kurala yer verilmektedir. “Dolaylı Temsil” kenar başlığını taşıyan VIII. 2:302’ye göre, “(1) IV. D. 1:102 (Tanımlar)’da yer alan anlam dahilinde, dolaylı temsil için bir vekâlet ile hareket eden bir temsilci, temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiden mallar edinirse, temsil olunan malların mülkiyetini doğrudan edinir. (2) IV. D. 1:102 (Tanımlar)’da yer alan anlam dahilinde, dolaylı temsil için bir vekâlet ile hareket eden bir temsilci, temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiye mallar devrederse, üçüncü kişi malların mülkiyetini doğrudan edinir. (3) Malların mülkiyetinin temsil olunan (1. fıkra) veya üçüncü kişi (2. fıkra) tarafından edinilmesi: (a) Temsilci, temsil olunan hesabına malları devretme veya alma yetkisine sahip olduğunda, (b) Temsilci ve üçüncü kişi arasında bir sözleşme veya başka bir hukuki işlem, bir mahkeme kararı veya bir hukuk kuralı nedeniyle devretme yetkisi olduğunda, (c) Üçüncü kişi ve temsilci arasında, mülkiyetin geçmesi veya teslim edilmesi veya VIII. 2:101 (Genel olarak mülkiyetin devri için koşullar) paragraf (1)(e) anlamında teslimin eşdeğeri bir durumun gerçekleşeceği zamana ilişkin bir anlaşma olduğunda gerçekleşir”. Hükümde belirtilen koşullarda, malların mülkiyetinin dolaylı temsil kapsamında edinilmesinde ve devredilmesinde, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin oluştuğunu görmekteyiz.

AÖH’da benimsenen doğrudan devir yaklaşımında, mallar aracıya teslim edildiği anda temsil olunan mülkiyeti doğrudan üçüncü kişiden edinir. Temsil olunan,

alış bedelini aracıya öderse veya halihazırda ödemişse, “*Mülkiyetin Korunması*” kenar başlığını taşıyan VIII- 6:101’e dayanarak malları ayırabilir. Böylece temsil olunan, aracının iflas etmesi ile malları kaybetme riskine karşı korunmaktadır. Bu husus, doğrudan devir yaklaşımının temel avantajı olarak kabul edilir. Ancak aracıya veya aracının alacaklılarına karşı haksızlık yapıldığı ileri sürülebilir. Aracı, temsil olunanın doğrudan edinmesi nedeniyle hem malları hem de elde etmesi gereken ödemeyi kaybetme riskini taşıyorsa, bu kesinlikle bir sorun teşkil eder. Bununla birlikte, sorunu ortadan kaldırmak konusunda aracıya koruma sunan kurallar söz konusudur. Aracının özellikle ticari temsilciliğe ilişkin bir sözleşme kapsamında hareket ettiği durumlarda, “*Hapis hakkı*” kenar başlığını taşıyan IV.E – 2:401 uyarınca, temsil olunan ilgili yükümlülüklerini yerine getirinceye kadar ticari temsilcinin ödemeye, telafiye, zararlara ve tazminata ilişkin haklarını güvence altına alabilmesi için temsil olunanın malları üzerinde hapis hakkı sağlanmaktadır. Bu göz önünde bulundurulduğunda, doğrudan devir kuralında aracıya haksız bir muamelenin yapılmadığını ifade edebiliriz<sup>1306</sup>.

AÖH’nun öngördüğü sistemde istisnai hükümler dışında, dolaylı temsil kapsamında yapılacak bir işlemde temsil olunanın ekonomik katılımı sınırlandırılmıştır.

### 3. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de Gizli Temsilin Etkisi

UTSİ, kıta Avrupa hukuk sistemlerinden farklı olarak açık ve gizli temsil modelini benimsemiştir. Bu anlamda gizli temsil olgusu, bir ölçüde dolaylı temsilin karşılığını oluşturmaktadır. Nitekim “*Gizli Temsil*” kenar başlığını taşıyan UTSİ m. 2.2.4, “(1) *Temsilcinin yetkisinin kapsamı içinde yaptığı işlemler, üçüncü kişinin temsilcinin temsilci olarak hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, sadece temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkiler. (2) Bununla birlikte, böyle bir temsilci, kendisini işletme sahibi olarak göstererek bir işletme hesabına üçüncü kişiyle sözleşme yaptığı; üçüncü kişi, gerçek işletme sahibini ortaya çıkardığında, temsilciye karşı sahip olduğu hakları gerçek işletme sahibine karşı da kullanabilir*” şeklindedir. Üçüncü kişi, temsilcinin başkası için hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde, işlem temsilci ile üçüncü kişi arasında etkili olur. Böylece temsilin açıklandığı yerde temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki

<sup>1306</sup> AÖH VIII. m. 2:302 Resmi Yorum B (a).

ilişkiler etkilenirken, temsilin açıklanmadığı hallerde ikinci fıkra da belirtilen istisna dışında sadece temsilci sorumludur.

Hükümün birinci fıkrası, gizli temsilde temsilci tarafından yapılan işlemlerin sadece temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkileri etkilediğini ve üçüncü kişiye karşı temsil olunana doğrudan bağlamadığını öngörmektedir. Ancak ikinci fıkra da, üçüncü kişinin istisnai olarak temsil olunana karşı da doğrudan hareket edebileceği ifade edilmiştir. Üçüncü kişi aslında iş sahibinin temsilcisi ile alışveriş yaparken, fiilen bir iş sahibiyle alışveriş yaptığına inanırsa, gerçek iş sahibinin ortaya çıkarılmasından sonra temsileye karşı sahip olduğu hakları, iş sahibine karşı da kullanabilecektir<sup>1307</sup>. UTSİ m. 2.2.4 f. 2, temsil olunanın üçüncü kişiyi dava etmek üzere ortaya çıkmasını kabul etmez. Bu hüküm sadece üçüncü kişi lehine işlemekte, üçüncü kişiye sınırlı ve spesifik koşullar altında temsil olunana yönelme olanağını sağlamaktadır. Çalışma grubu, yürütülen uzun tartışmalar sonucunda, uluslararası ticaret hayatında tarafların beklentileri ile çelişeceği gerekçesiyle<sup>1308</sup>, temsil olunana, temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye müdahale etme olanağını tanımamıştır<sup>1309</sup>. Bonell, uluslararası ticarete karşı taraf olduğuna inanılan bir kişiyle sözleşme yapıldıktan sonra temsil olunan olduğunu iddia eden, ancak varlığı o ana kadar hiçbir şekilde bilinmeyen başka bir kimse ile karşı karşıya kalınmasının sıklıkla diğer tarafın makul beklentilerine aykırı olacağını ifade etmektedir<sup>1310</sup>. Benett de benzer şekilde Unidroit İlkelerinde öngörülen yaklaşımın ticari kesinliği teşvik ettiğini savunmaktadır<sup>1311</sup>.

Temsil olunan ile üçüncü kişi arasında kural olarak doğrudan bir hukuki ilişki meydana gelmediğinden; temsil olunanın üçüncü kişiye yönelebilmesi, alacakları

---

<sup>1307</sup> Örneğin A üreticisi, daha önce kurulan X şirketine aktiflerini devrettikten sonra, aslında sadece X'in müdürü olarak hareket ettiğini B tedarikçisine açıklamaksızın, kendi adına sözleşme yapmaya devam eder. X'in varlığının ortaya çıkmasından sonra B, bu şirkete karşı dava hakkına sahip olur. UTSİ m. 2.2.4 Yorum 4 ve Örnek 2.

<sup>1308</sup> BONELL (2004), s. 390.

<sup>1309</sup> Unidroit 1999 Study L, Misc. 21, Nr. 108-127 ve Nr. 266-274; Unidroit 1999 Study L, Doc. 63/Add. 1 s. 2 ve s. 7; Unidroit 2000 Study L, Misc. 22, Nr. 866-883.

<sup>1310</sup> BONELL, Uniform Law Review, s. 5 ve s. 21.

<sup>1311</sup> BENETT, s. 777.



devralmasını veya borçları üstlenmesini gerektirir. Bu süreçte üçüncü kişi, Türk ve İsviçre hukuk sisteminde öngörülen hükümlere benzeyen kurallarla korunmaktadır<sup>1312</sup>.

#### 4. Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon'da Öngörülen Düzenleme

Konvansiyon, doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını öngörmez. Temsilcinin kendi adına veya temsil olunanın adına hareket etmesi bakımından ayırım yapılmadan, aynı kurallar geçerlidir (m. 1 f.4). Ancak üçüncü kişinin, temsilcinin temsilci olarak hareket ettiğini bilmediği hallere ilişkin özel hükümler bulunur. Özellikle 13. maddenin 1. fıkrasında yer alan hüküm, benzer hukuki sonuçları öngördüğünden kıta Avrupa hukuk sistemindeki dolaylı temsil kurumunun karşılığını teşkil etmektedir. Nitekim temsilcinin işlemleri, 13. maddenin 1. fıkrasında ifade edilen koşullar altında, sadece temsilciyi ve üçüncü kişiyi bağlar<sup>1313</sup>. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hukuki ilişkilerin meydana gelebileceği düzenlenmiştir<sup>1314</sup>. Konvansiyon, üçüncü kişi ile temsilci arasında yapılan sözleşmede, temsil olunanın ekonomik katılımını açıkça dikkate alan bir sistemi yansıtmaktadır. Böylece 13. maddenin 1. ilâ 7. fıkraları, civil law sisteminin öngördüğü dolaylı temsil kurumu ile common law sisteminde yer alan gizli temsil olunan doktrini arasında gerçekleşen bir uzlaşmanın görünümüdür<sup>1315</sup>. Hükümün 1. fıkrasında civil law sistemine uygun olarak sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulduğu; 2. ilâ 7. fıkralarında ise common law sisteminden esinlenilerek, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında belirli koşullarda doğrudan ilişkinin doğabileceği öngörülmektedir.

<sup>1312</sup> UTSİ m. 9.2.3, borcun üstlenilmesinde üçüncü kişinin muvafakatini; UTSİ m. 9.1.9, devir yasağını; UTSİ m. 9.1.10, borçluya bildirimi; UTSİ m. 9.1.13, savunmaları ve takas hakkını; UTSİ m. 9.3.1 vd. ise sözleşmenin devrini düzenlemektedir.

<sup>1313</sup> Konvansiyon m. 13 f. 1, “Temsilci, temsil yetkisinin kapsamı içinde temsil olunanın hesabına işlem yaptığında, (a) üçüncü kişi, temsilcinin bu sıfatı ile hareket ettiğini bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde veya (b) durumunun koşullarından, özellikle bir Komisyon sözleşmesi ile ilgili olarak temsilcinin sadece kendisini bağlamak istediğinin anlaşılmasında, işlemleri sadece temsilciyi ve üçüncü kişiyi bağlar” şeklindedir.

<sup>1314</sup> Konvansiyon m. 13 f. 2, “Bununla birlikte, (a) Temsilcinin, üçüncü kişinin borca aykırılığından veya başka sebeplerden dolayı temsil olunana karşı olan borçlarını yerine getirmedeğinde veya getiremediğinde, temsil olunan, temsilcinin kendisinin hesabına kazandığı hakları, üçüncü kişinin temsilciye karşı ileri sürebileceği tüm savunmalar saklı kalmak üzere, üçüncü kişiye karşı kullanabilir. (b) Temsilci, üçüncü kişiye karşı olan borçlarını yerine getirmedeğinde veya getiremediğinde, üçüncü kişi, temsilciye karşı kullanabileceği hakları, temsilcinin üçüncü kişiye ve temsil olunanın temsilciye karşı ileri sürebileceği tüm savunmalar saklı kalmak üzere, temsil olunana karşı kullanabilir” düzenlemesini içermektedir.

<sup>1315</sup> STÖCKER, s. 782; STAUDER, s. 229 ve s. 233.

Temsil olunan, Konvansiyon m. 13 (2)(a)'da belirtilen koşullarda üçüncü kişiye doğrudan yönelebilecektir. Düzenlemede temsilcinin borcunu yerine getirememesinden söz edilir. Temsilcinin iflas etmesi, bu hüküm kapsamında değerlendirilir<sup>1316</sup>. Temsil olunan, temsilcinin kendisinin hesabına kazandığı hakları, üçüncü kişinin temsilciye karşı ileri sürebileceği savunmalar saklı kalması kaydıyla, üçüncü kişiye karşı kullanabilir. Temsil olunanın, temsilcinin kendisinin hesabına kazandığı hakları ileri sürebileceğine ilişkin düzenlemeden hareketle, temsilcinin üçüncü kişiden alması gereken komisyonu<sup>1317</sup> veya üçüncü kişinin borcunu yerine getirmemesinden temsilcinin uğradığı zararları ileri süremeyeceği sonucuna ulaşılır. Konvansiyon m. 13 (2)(b) ise üçüncü kişinin doğrudan temsil olunana yönelmesi olanağını düzenlemektedir. Temsilcinin iflas etmesi, borcun yerine getirilememesi kavramı içerisinde telakki edilir<sup>1318</sup>. Üçüncü kişi, temsilciye karşı kullanabileceği hakları, temsilcinin üçüncü kişiye ve temsil olunanın temsilciye karşı ileri sürebileceği tüm savunmalar saklı kalması kaydıyla, temsil olunana karşı kullanabilir. Temsil olunanın, temsilcinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaları kullanabilecek olması; üçüncü kişinin haklarının, karşı sözleşeni ile olan ilişkisinden kaynaklandığı gerçeğinin bir karşılığıdır. Diğer yandan temsil olunanın, temsilciye karşı ileri sürebileceği savunmaları üçüncü kişiye karşı kullanabilmesi; üçüncü kişinin, temsilciye karşı ileri sürebileceği savunmaları temsil olunana karşı kullanabilmesinin karşıt yansımasıdır. Böylece temsil olunanın, temsilci yerine üçüncü kişinin kendisine yönelmesi nedeniyle daha kötü bir konuma düşmesi engellenmektedir<sup>1319</sup>. Hükümün ikinci fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, bu yöndeki iradenin temsilciye ve karşıt tarafa bildirilmesini gerektirir. Bildirimin alınmasından itibaren, tarafların temsilciye yapacakları ifa etkili olmaz<sup>1320</sup>.

Temsilci, üçüncü kişiye karşı olan borçlarını, temsil olunanın borca aykırılığı nedeniyle yerine getirmedeğinde veya getiremediğinde, temsil olunanın ismini üçüncü kişiye bildirecektir (m. 13 f. 4). Konvansiyon'da üçüncü kişinin temsil olunanı dava

<sup>1316</sup> EVANS, s. 123; STÖCKER, s. 782.

<sup>1317</sup> EVANS, s. 123-125.

<sup>1318</sup> BONELL (AJCL 1984), s. 736; STÖCKER, s. 782.

<sup>1319</sup> EVANS, s. 125.

<sup>1320</sup> Konvansiyon m. 13 f. 3, "2. fıkradaki haklar, ancak bu hakları kullanma iradesinin, temsilciye ve üçüncü kişiye veya temsil olunana bildirilmesiyle kullanılabilir. Üçüncü kişi veya temsil olunan, bildirimin alınmasından itibaren, temsilci ile işlem yaparak borçlarından kurtulamaz" şeklindedir.

etmesi koşulları, temsil olunanın üçüncü kişiyi dava etmesi koşullarıyla temelde aynı sürece tabi tutulur. Bununla birlikte Konvansiyon'da öngörülen düzenleme, önemli bir noktada ASHİ m. 3:303'ten ayrılmaktadır. Temsilcinin temsil olunanın kimliğini bildirmesi, temsilcinin borca aykırılığının, temsil olunanın borca aykırılığına dayanması koşuluna bağlanmıştır (m. 13 f. 4). Diğer yandan üçüncü kişi, sözleşmeden doğan borçlarını temsilciye karşı yerine getirmediğinde, temsilci üçüncü kişinin adını temsil olunana bildirecektir (m. 13 f. 5). Konvansiyon temsilcinin üçüncü kişinin ismini bildirmesini ASHİ m. 3:302 (a) bendindeki kuraldan farklı olarak üçüncü kişinin temsilciye karşı borca aykırılık içinde olması koşuluna bağlamıştır. Böylece temsilcinin iflas etmesi halinde, temsilcinin üçüncü kişinin ismini verme yükümlülüğünün olmadığı sonucuna varılır. Bu anlamda temsil olunan, üçüncü kişinin kimliğini bilmediğinden, üçüncü kişiye doğrudan yönelemez<sup>1321</sup>.

Konvansiyon, temsilcinin yaptığı işlemde temsil olunanın varlığını ve kimliğini bilmeyen üçüncü kişiye karşı doğrudan yönelmeyi sınırlandıran bir kurala yer vermiştir. Temsil olunan, temsilci aracılığı ile hesabına kazanılan hakları, durumun koşullarından üçüncü kişinin, temsil olunanın kimliğini bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı anlaşılıyorsa, üçüncü kişiye karşı kullanamaz (m. 13 f. 6). Temsil olunanın korunması düşüncesinden hareketle benzer bir düzenlemenin öngörülmemesi tutarlıdır. Zira sözleşmeyi bir temsilci aracılığı ile yapmayı tercih eden ve kimliğini açıklamamayı seçen bizzat temsil olunanıdır. Temsil olunan tarafından yetkilendirilen bir temsilcinin yaptığı sözleşmenin, temsil olunanın istemediği bir üçüncü kişi ile yapıldığı itirazı kabul edilemez.

Tarafların belirli koşullar altında birbirlerine doğrudan yönelmelerini düzenleyen kurallar, emredici bir nitelik taşımaz. Bu anlamda ikinci fıkrada öngörülen sürecin aksi kararlaştırılabilir. Temsilci, temsil olunanın açık veya örtülü talimatı ile üçüncü kişiyle anlaşarak, ikinci fıkradan ayrılabilir veya neticelerini değiştirebilir (m. 13 f. 7). Temsilci ile üçüncü kişinin ikinci fıkranın dışlanması konusunda uzlaşmalarına temsil olunanın itiraz etmemesi durumunda, örtülü talimat verildiği sonucuna varılır<sup>1322</sup>. Ancak bu çözüm şeklinin önemli bir soruna neden olabileceğini belirtmemiz gerekir.

---

<sup>1321</sup> EVANS, s. 125-127.

<sup>1322</sup> BONELL (AJCL 1984), s. 737-739.

Kanımızca temsilcinin, talimat olmadan üçüncü kişi ile anlaşarak doğrudan yönelmeyi etkisiz hale getirmesi halinde, temsil olunanın itirazı üzerine varılan anlaşmanın temsil olunana karşı etkili olmadığına belirtilmesi, sözleşme özgürlüğüne aykırı olmakta ve üçüncü kişinin haklı güvenini göz ardı etmektedir.

## **B. ULUSAL HUKUK SİSTEMLERİNDE DOLAYLI TEMSİLİN ETKİSİ**

### **1. Türk ve İsviçre Hukukunda Dolaylı Temsilin Etkisi**

#### **a. Genel Bakış**

Bir kimse dolaylı temsil yetkisi kapsamında kendi adına ve başkası hesabına hareket ettiğinde, dolaylı temsil oluşur. Temsilcinin açık veya örtülü olarak kendi adına hareket etmesi, onun hukuki işlemle kişisel olarak bağlanma iradesini beyan etmesi anlamını taşır. Böylece sözleşmeden doğan hukuki sonuçlar temsilciye ait olur. Ancak temsilcinin kendi adına yaptığı bu işlem bir temsil olunan hesabına yapıldığından, işlemin ekonomik anlamda nihai tehlikesi ve yararı tamamen temsil olunanın malvarlığına ilişkindir. Doktrinde dolaylı temsil kapsamında erişilmek istenen amaca iki işlem ile ulaşıldığının, temsilcinin karşı sözleşeni ile yaptığı sözleşmeden doğan hakların ve borçların temsilcide meydana geldiğinin, sözleşmenin hukuki sonuçlarının ise İBK. m. 401'in saklı kalması kaydıyla İBK. m. 32 f. 3 gereğince hesabına hareket edilen kişiye nakledileceğinin belirtilmesiyle yetinilmektedir<sup>1323</sup>. İleri sürülen bu görüşler, temelde eksik bir değerlendirmeye dayanır. Bu değerlendirmelerin çıkış noktası, dolaylı temsilin genel olarak temsil kapsamında ele alınmamasından kaynaklanır.

Türk ve İsviçre hukukunda dolaylı temsil işleminin etkileri açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum anlaşılır niteliktedir. Zira hukuk sistemimizde dolaylı temsil kurumu bağımsız bir düzenlemeye konu edilmemiştir. Ancak bu temsil türü, özel hükümlerde unsurları ve sonuçları açısından değişik görünüm şekillerinde işlenmiştir. Böylece dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye, dolaylı temsil olunanın katılımını içeren değişik hükümlerin bulunduğunu ifade edebiliriz.

<sup>1323</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 1427; SCHWENZER, n. 40.04; VON BÜREN, s. 167; REİSOĞLU, s. 129; FEYZİOĞLU, s. 379. Zach/Künzle, dolaylı temsilin istisnai olarak irade bozukluklarında, İMK. m. 923'te (TMK. m. 978) ve BK. m. 401'de anlam kazanacağını vurgulamaktadır. ZACH/KÜNZLE, m. 32, n. 178.

## **b. Dolaylı Temsil Olunan İle Üçüncü kişi Arasında Doğrudan İlişki Kurulması**

### **i. Borçlandırııcı İşlemler Alanında Doğrudan İlişki**

#### **aa. Dolaylı Temsil Olunan Hesabına Alacak Hakları Kazanılması**

##### **aaa. Genel Olarak**

BK. m. 509 f. 1’de ve f. 2’de (İBK. m. 401 f. 1 ve f. 2) dolaylı temsil olunan hesabına kazanılan alacakların ona nasıl geçeceği öngörüldüğünden, bu hükümlerin karşıt anlamından dolaylı temsilcinin temsil olunan hesabına kazandığı alacakların kural olarak sahibi olduğunun kanunen kabul edildiği neticesine varılır<sup>1324</sup>. Nitekim temsilcinin, dolaylı temsil kapsamında temsil olunan hesabına kazandığı alacakların sahibi olduğu, BK. m. 637 f. 1’de (İBK. m. 543 f. 1) açıkça düzenlenmiştir<sup>1325</sup>. Böylece dolaylı temsilcinin BK. m. 637 f. 1 gereğince temsil olunan hesabına kazandığı alacakların temsil olunana geçmesi, BK. m. 509 f. 1 ve f. 2 uyarınca kanunen veya BK. m. 40 f. 3’ten hareketle BK. m. 183 vd. hükümleri uyarınca alacağın devrine ilişkin kurallar kapsamında olur. Dolaylı temsil yoluyla kazanılacak hakların temsil olunana geçmesi konusunda BK. m. 509 hükmüne benzeyen özel kurallar öngörmeyen hukuk sistemlerinde, dolaylı temsilin sadece alacağın devrine ilişkin ilkeler kapsamında işlev görmesinden bahsedilecektir.

#### **bbb. Dolaylı Temsil Olunanın Üçüncü kişiye Karşı Doğrudan Alacaklı Olmasının Koşulları**

Doğrudan temsilci, temsil olunan adına hukuki işlemlere girer. Bu işlemde doğan hakların sahibi doğrudan temsil olunan olur. Temsil olunan adına elde edilen değerler, ekonomik ve hukuki anlamda temsil olunana ait olduğundan, bu değerlerin temsilcinin mamelekinin kaderini paylaşması tehlikesi yoktur<sup>1326</sup>. Dolaylı temsilde ise

<sup>1324</sup> BK. m. 509, “*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer (f.1). Vekilin iflası halinde vekâlet veren, bu alacağın kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı da ileri sürebilir (f.2)*” şeklindedir.

<sup>1325</sup> BK. m. 637 f. 1, “*Kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur*” şeklindedir.

<sup>1326</sup> TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 512; FELLMANN, m. 401, n. 31.

temsilcinin yaptığı borçlandırıcı işlemlerden doğan alacak haklarının sahibi, geçici süre için de olsa, dolaylı temsilcidir. Dolaylı temsilci, başkası hesabına hareket etmesine rağmen, üçüncü kişiyle ilişkisinde işlemi kendi adına yaptığından, ekonomik anlamda temsil olunana ait olan değerler, hukuken dolaylı temsilcinin malvarlığının kaderini paylaşır. Türk ve İsviçre kanun koyucusu, dolaylı temsilcinin başkasının hesabına hareket ederek elde ettiği alacakları devretmeyi reddetmesinin veya haciz ya da iflas nedeniyle bu değerler üzerindeki tasarruf yetkisini yitirmesinin temsil olunan açısından yaratacağı tehlikeleri ortadan kaldırmak amacıyla tedbirlere yer vermiştir. Bu konuda BK. m. 509 f. 1 ve f. 2, temsil olunanı koruyan özel bir hükümdür<sup>1327</sup>. BK. m. 509 f. 1’de öngörülen koşul, temsil olunanın dolaylı temsile temel olan ilişkiden doğan bütün borçlarını yerine getirmesiyle gerçekleşir<sup>1328</sup>. Temsil olunanın, temsilciyi onun hesabına girdiği borçlardan kurtarma yükümlülüğü bulunsa da, bu borçların yerine getirilmesi kanuni temlikin olmazsa olmaz bir şartı değildir. Temsil olunanın borçları üstlenmesi veya borçların karşılığını temsilciye vermesi, kanuni temlikin ortaya çıkması için yeterlidir<sup>1329</sup>. Ancak borçların yerine getirilmesi anında, temsil olunan hesabına kazanılan alacakların ifa, takas, kusursuz ifa imkânsızlığı gibi herhangi bir hukuki nedenle ortadan kalkmamış olması gerekir<sup>1330</sup>.

Temsilcinin hükümde öngörülen koşullar altında dolaylı temsil kapsamında yaptığı işlemler, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurmaktadır. Bu koşulların öngörülmesinin nedeni, hesabına kazanılan alacakları elde eden temsil olunan korunurken, kanuni temlik sürecinin temsilcinin aleyhine sonuçlar doğurmasını önlemektir. Temsilcinin, bir yandan karşı sözleşeni olan üçüncü kişiye karşı yükümlendiği borçlar, diğer yandan temel ilişki gereğince temsil olunana karşı sahip olduğu alacaklar bakımından durumunun kötüleşmemesi gerekir. Böylece temsilcinin, kendi adına ve temsil olunan hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü

<sup>1327</sup> YAVUZ (Özel Hükümler), s. 1240; VON BÜREN, s. 168; FELLMANN, m. 401, n. 10 ve n. 12. BK. m. 509 hükmü, dolaylı temsile ilişkin genel nitelikte bir düzenleme içerdiğinden, bütün dolaylı temsil ilişkilerinde uygulama alanı bulur. PESTALOZZI, s. 62 ve s. 81; GAUTSCHİ, m. 401, n. 5 b; AKÜNAL, s. 65-66. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, İBK. m. 401’in komisyon sözleşmesinde uygulanacağı sonucuna varmıştır. BGE 41 II 573; BGE 47 II 218.

<sup>1328</sup> Nitekim İsviçre BK. m. 401 f. 1’de, “(...) *allen Verbindlichkeiten aus den Auftragsverhältnisse (...)*”, “(...) *vekâlet ilişkisinden doğan bütün borçlar (...)*” ifadesine yer verilir. Kanunumuzda ise “(...) *bütün borçlarını ifa ettiği anda (...)*” şeklindedir.

<sup>1329</sup> TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 521; BECKER, m. 401, n. 3.

<sup>1330</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 241; GAUTSCHİ, m. 401, n. 9 a; BGE 102 II 297.

kişilerdeki alacağın, ancak bütün borçların yerine getirilmesi ve temsilcinin borçlardan kurtarılması halinde, temsil olunana geçmesi sağlanmaktadır.

### **ccc. Dolaylı Temsil Olunanın Üçüncü Kişiye Karşı Doğrudan Alacaklı Olmasının Sonucu**

BK. m. 509 f. 1’de öngörülen “*bütün borçların ifa edilmesi*” koşulunun gerçekleşmesiyle, dolaylı temsilcinin üçüncü kişilerden elde edeceği alacak hakları, ayrı bir temlik beyanına lüzum kalmadan ex lege temsil olunana geçmektedir. Bu durumda dar anlamda sadece alacak değil, temsil olunan hesabına yapılan sözleşmedeki hükümlerin tümü temsil olunanın hukuk alanına intikal etmektedir<sup>1331</sup>. Kanuni temlik, kendiliğinden gerçekleşir. Kanuni temlikin meydana gelmesi için ayrı bir ifa davası açılmaz. Ancak kanundan doğan hukuki koşulun yerine getirildiğinin tespiti konusunda bir tespit davası açılabilir<sup>1332</sup>.

Dolaylı temsilci, “*Hesap Verme*” kenar başlığını taşıyan BK. m. 508 uyarınca, talep üzerine ve gerekiyorsa kendiliğinden işin durumu hakkında temsil olunana bilgi vermek zorundadır. Dolaylı temsilcinin işlem yaptığı üçüncü kişinin kimliği hakkında gerekli bilgileri temsil olunana vermesi, hesap verme borcunun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Böylece hesabına işlem yapılan temsil olunanın, kanuni temlikin koşullarını yerine getirerek, kimlik bilgilerini öğrendiği üçüncü kişiye yönelmesi mümkün olur. Hesap verme borcu, bir yapma borcu niteliği taşıdığından, bu borcun bizzat temsilciden başkasının yerine getirmesi olanağı bulunmuyorsa, temsilciyi bu borcu yerine getirmeye mahkûm eden bir ilam alan temsil olunan, temsilcinin haklı bir özrü olmaksızın ilama uymaktan kaçınması halinde, onu icra ceza mahkemesine şikâyet ederek İİK. m. 343 uyarınca üç aya kadar tazyik hapsine mahkûm edebilecektir<sup>1333</sup>.

Kanuni temlike konu olan alacakların geçişi, borçlunun konumunu kötüleştirmemesi gerekir. Böylece borçlu üçüncü kişi, alacakların geçişi ile taraf durumuna gelen ve bu alacakları kendisine yöneltten temsil olunana karşı, temsilciye

<sup>1331</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 232; AKÜNAL, s. 66 ve dn. 44.

<sup>1332</sup> GAUTSCHİ, m. 401, n. 24; BGE 84 II 692.

<sup>1333</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 167. Yarg. 13. HD. 29.04.1992, 3147/4041 (YKD. 1992, s. 13987-1388).

yönelik olarak kullanabileceği bütün savunmaları ileri sürebilir<sup>1334</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, üçüncü kişiler, kanuni temlikin gerçekleştiği kendilerine bildirildikten sonra artık temsilciye ifade bulunarak borçtan kurtulamaz. Ancak üçüncü kişilerin, durum kendilerine bildirilmeden önce iyi niyetle temsilciye yaptıkları ödemeler borçtan kurtulmalarını sağlar (BK. m. 186)<sup>1335</sup>. İkinci bir yaklaşım, BK. m. 509'da (İBK. m. 401) öngörülen koşullarının gerçekleştiği durumlarda dahi, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil kurumunun gördüğü fonksiyonların gereği olarak bu niteliği ile yaptığı sözleşmenin ifasını takip etmek yükümlülüğünde olduğunu savunmaktadır<sup>1336</sup>. Bu görüşü destekleyen Yavuz'a göre, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil olunan hesabına kazandığı alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi, hükümde öngörülen koşulların gerçekleştiği aşamadan önce de sonra da dolaylı temsil olunanın talimatları ile sınırlıdır. Her iki safha arasındaki fark, dolaylı temsilcinin bu tasarruf yetkisini ilk aşamada bizzat alacak hakkının sahibi, ikinci aşamada ise dolaylı temsil olunanın temsilcisi olarak kullanmasında görülür. İki safha arasında yaratılan farkın nedeni, temsilciyi temsil olunan karşısında korumaktır. Temsilcinin temsil olunandan alacaklı olduğu süre zarfında, üçüncü kişiye temsil olunana ifade bulunarak borçtan kurtulma olanağının sağlanması temsilciye zarar verir<sup>1337</sup>. Dolaylı temsilci ilk aşamada dolaylı temsil olunanın talimatları doğrultusunda olmakla birlikte, alacaklar üzerinde alacaklı sıfatıyla tasarrufta bulunduğundan, dolaylı temsil yetkisinin sona ermesi veya kapsamının aşılması, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Oysa ikinci aşamada dolaylı temsilcinin alacak üzerinde tasarrufta bulunması, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen dolaylı temsil yetkisinin sonucu olduğundan, dolaylı temsil yetkisinin sona ermesi veya sınırlarının aşılması, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Böylece dolaylı temsil yetkisi, dolaylı temsilcinin bu niteliğiyle yaptığı işlemlerin ifası için gerekli tasarruflarda bulunmayı da kapsayacağından; borçlu üçüncü kişi, dolaylı temsil yetkisi devam ettiği takdirde, kanuni temlik sonucu dolaylı temsil olunanın doğrudan alacaklı

<sup>1334</sup> BUCHER, s. 567; FELLMANN, m. 401, n. 70; GAUTSCHİ, m. 401, n. 24 e; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 525.

<sup>1335</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 401, n. 8; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 525; AKİPEK, s. 64 ve dn. 121. Pestalozzi, kanuni temlikten sonra temsilcinin veya temsil olunanın üçüncü kişiye sadece temsil olunana ödemenin yapılmasına ilişkin bildirimde bulunması gerektiğini savunmaktadır. PESTALOZZİ, s. 85.

<sup>1336</sup> PACHE, s. 19 (YAVUZ, s. 698'den naklen); FLATTET, s. 199-200 (YAVUZ, s. 699'dan naklen). JdT 1962 I 612, gerekçe n. 4 (YAVUZ, s. 698'den naklen).

<sup>1337</sup> JOST Arthur, Der Übergang von Eigentums und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR), in JSR. 72 (1953), s. 131-142, s. 135.



olduğunu bildiği hallerde dahi, dolaylı temsilciye ifada bulunarak borcundan kurtulabilir. Ancak temsilci, sadece yetkisinin kapsamı içerisindeki işlemleri temsil olunana karşı ileri sürebilecektir. Keza borçlu üçüncü kişi, temsilcinin yetkisinin sınırları dışında hareket ettiğinin açık olduğu işlemleri temsil olunana yönelmez<sup>1338</sup>.

Kanun koyucu, temsilcinin iflası tehlikesine karşı dolaylı temsil olunanı koruyan bir düzenlemeye yer vermiştir. Temsil olunan, BK. m. 509 f. 2 gereğince kanuni temlik iflas masasına karşı ileri sürebilir. Hiç şüphesiz, bu sonucun ortaya çıkması için temsil olunanın iflas masasına karşı bütün borçları ifa etmesi gerekir. Dolaylı temsilcinin iflasının açıldığı anda hükmün birinci fıkrasında öngörülen koşul gerçekleştirilmemişse, bu koşul iflas masasına karşı yerine getirilerek kanuni temlikten yararlanılabilir<sup>1339</sup>. Böylece temsilcinin iflasının temsil olunanın aleyhine olması engellenmekte, iflas masasının da haksız fayda sağlamasının önüne geçilmektedir. Diğer yandan temsilcinin alacaklıları, temsilcinin iflası halinde yapılacak müdahaleden ötürü zarara uğramaz. Çünkü işlemler temsil olunanın hesabına yapıldığından, temsilcinin malvarlığından şekli hukuki taşıyıcısı olduğu haklara karşılık bir değer çıkmamaktadır. Dolaylı temsil işleminde değerlerin ekonomik anlamda sahibinin temsil olunan olması ve temsilcinin bu değerlerin sadece geçici hukuki taşıyıcısı olması nedeniyle, temsil olunanın BK. m. 509 kapsamında göreceli elverişli bir konuma getirilmesi, hakkaniyete ve pratik ihtiyaçlara uygundur. Borçlar Kanunu, üçüncü kişi bakımından bu yönde bir kural öngörmez. Bunun adil olmadığı söylenemez. Çünkü üçüncü kişi, temsilciyi dikkate alarak işlemi gerçekleştirmiştir. Temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki olmadığından, farklı bir sonuca ulaşılması olağandır. Kaldı ki BK. m. 509 gereğince gerçekleşecek olan kanuni temlik, üçüncü kişiyi daha kötü bir vaziyete düşürmez. Her şeyden önce üçüncü kişinin muhatabının, iflas etmiş olan karşı sözleşen yerine bir başkasının olması, üçüncü kişinin yararına olacaktır. Temsil olunanın temsilciye olan borçlarını iflas masasına yerine getirmek zorunda olması, üçüncü kişinin temsilciye karşı olan alacaklarına belli bir güvence sağlayacaktır. Üçüncü kişinin alacakları ortadan kalkmamaktadır. Üçüncü kişi, hukuki bir işlemle yapılacak bir temlikte, itirazlarını devir alana karşı ileri sürebilir. Bu kural,

<sup>1338</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 245.

<sup>1339</sup> FELLMANN, m. 401, n. 93 ve n. 94.

kanuni temlikte de uygulanır. Doktrin<sup>1340</sup> ve uygulama<sup>1341</sup>, BK. m. 509 f. 2'nin haciz yoluyla girilen takiplere de uygulanacağını kabul eder. Böylece dolaylı temsilcinin alacaklıları, temsil olunan hesabına kazanılan alacakları haczetmeleri halinde, temsil olunanın kanuni temlik için öngörülen koşulu yerine getirmesi kaydıyla, ikinci fıkranın kıyasen tatbik edilerek haczedilen alacakların temsil olunana geçişi sağlanabilir. Temsil olunan, haciz uygulayan alacaklılara karşı kanuni temlik ileri sürebilir. Bu konuda temsilcinin iflası ile temsil olunan hesabına kazanılan alacaklara haciz uygulanması arasında farklı değerlendirme yapmayı gerektiren haklı bir gerekçe olamaz.

Türk ve İsviçre hukuk sistemi, üçüncü kişinin, dolaylı temsilciye karşı sahip olduğu alacağın yerine getirilmesini temsil olunanın talep etmesine olanak sağlayan hukuki bir yol öngörmez. Bu anlamda alacaklı üçüncü kişinin, sadece kendi sözleşeni olan dolaylı temsilciye yönelebileceği kabul edilir. Sözleşme taraflarının birbirlerine karşı borçlanmaları, temsilcinin kendi adına hareket etmesinin bir sonucudur. Üçüncü kişinin sözleşmeyi kendi adına hareket eden bir dolaylı temsilci ile yapması nedeniyle, onun karşı sözleşeni ile yetinmek zorunda olması, tarafların menfaatlerine ve kanuna aykırı bir durum oluşturmaz. Nitekim üçüncü kişi, sözleşmeyi yaparken dolaylı temsilciyi dikkate alarak hareket etmiştir. Böylece karşı sözleşenin bir dolaylı temsil ilişkisi içerisinde bulunmasından ötürü, üçüncü kişinin daha iyi bir konuma sahip olmasını gerektiren haklı bir neden yoktur<sup>1342</sup>.

## **bb. Dolaylı Temsil Olunan Hesabına Borçlar Taahhüt Edilmesi**

### **aaa. Genel Olarak**

Dolaylı temsilci, dolaylı temsil kapsamında kendi adına hareket ettiğinden, yapılan hukuki işlemde doğan borçlardan kişisel olarak sorumludur. Temsilcinin başkası hesabına olmakla birlikte, sözleşmeyi kendi adına kurması, onun kişisel olarak bağlanma iradesini gösterir. Kendi adına hareket eden temsilci, borçlardan kişisel olarak sorumlu olmasına rağmen, temsil olunanın dolaylı temsil kapsamında temsilciyi bu borçlarından kurtarma yükümlülüğü bulunur. Temsil olunanın bu borcu, BK. m. 510'da

<sup>1340</sup> BECKER, m. 401, n. 5; AKÜNAL, s. 67, dn. 47.

<sup>1341</sup> BGE 99 II 396; BGE 47 II 220.

<sup>1342</sup> PESTALOZZI, s. 76 ve s. 86; YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 177, s. 205 ve s. 252.

(İBK. m. 402)<sup>1343</sup> ve BK. m. 529’da (İBK. m. 422)<sup>1344</sup> düzenlenmiştir. Böylece temsil olunanın, dolaylı temsilciyi onun hesabına girdiği borçlardan kurtarma borcu, kanundan doğan bir borçtur. Temsil olunan bakımından bir borç olan bu durum, temsilci açısından bir alacak hakkı teşkil eder. Bir başka ifade ile temsilcinin girdiği borçlardan kurtarılması yolundaki talep hakkı, bir alacak hakkı niteliğindedir. Bu anlamda temsilci tarafından bir üçüncü kişiye temlik edilebilir.

### **bbb. Dolaylı Temsilcinin Borçlardan Kurtarılması**

Dolaylı temsilci, girdiği borçlardan kurtarılmasına ilişkin alacağını, fiilen borç altına girdikten sonra temsil olunana karşı ileri sürebilir<sup>1345</sup>. Temsil olunan ise bir yandan BK. m. 509 gereğince kanuni temliki gerçekleştirmek, diğer yandan da temsilci ile olan temel ilişkinin kendisine yüklediği borçları yerine getirmek için temsilciyi girdiği borçlardan kurtarmakla yükümlüdür. Bu borç, takas, ifa, ibra veya ileri sürülen zamanaşımı def’i nedeniyle ortadan kalktığında; borçtan kurtarma yükümlülüğü, masrafların ödenmesi yükümlülüğüne dönüşür<sup>1346</sup>.

Kanun koyucu, temsilcinin kendi adına ve başkası hesabına hukuki işlem yapması halinde, temsilcinin girdiği borçlardan kurtarılması konusunda sadece BK. m. 40 f. 3 gereğince borcun üstlenilmesine ilişkin hükümleri açık bir şekilde düzenlemiştir. Ancak dolaylı temsilcinin başkası hesabına girdiği borçlardan kurtarılması süreci, bu hükümle sınırlı değildir. Temsilcinin girdiği borçlardan kurtarılması, hukukun genel ilkelerinden, BK. m. 510’dan ve BK. m. 529’dan hareketle değişik şekillerde olur. Böylece borcun üstlenilmesi dışında, edimin bizzat temsil olunan tarafından üçüncü kişiye yerine getirilmesi, borç için karşılık sağlanması veya borçlu tarafın değişerek yenilenmesi suretiyle dolaylı temsilcinin girdiği borçlardan kurtarılması mümkündür.

<sup>1343</sup> BK. m. 510 f. 1, “*Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklediği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür*” şeklindedir. Örneğin bir havaleyi veya poliçeyi kabul etmek veya akreditif açıp teyit etmek suretiyle, kendi adına ve dolaylı temsil olunan hesabına bir ödeme borcu altına giren temsilcinin bu borcundan kurtarılması, BK. m. 510 f. 1’in bir gereğidir. BGE 36 II 403; BGE 78 II 49.

<sup>1344</sup> BK. m. 529, “*İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır*” şeklindedir.

<sup>1345</sup> BECKER, m. 402, n. 6.

<sup>1346</sup> GAUTSCHİ, m. 402, n. 16 b ve n. 18 b; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 589.

#### **aaaa. Dolaylı Temsilcinin Borcunun Temsil Olunan Tarafından Şahsen Üçüncü kişiye Yerine Getirilmesi**

BK. m. 83 gereğince, borcun bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu, borcunu kişisel olarak yerine getirmekle yükümlü değildir. Bu sınırlama alacaklıyı koruma amacına hizmet eder. Dolaylı temsil olunan, hesabına yapılan işlemde alacaklı olan üçüncü kişiye bizzat ifade bulunarak borcu sona erdirebilir<sup>1347</sup>. Bu anlamda dolaylı temsilci aracılığı ile borç yüklenildiğinde, temsil olunanın borçları doğrudan yerine getirmesi ve üçüncü kişinin karşısına hukuken çıkması mümkün olacaktır. Ancak konusu işgörmeye olan sözleşmelerde, kişisel özelliklerin önem taşıdığı borçların üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesinin zorlaştırıldığını görmekteyiz. Örneğin BK. m. 506 f. 1 gereğince vekil, vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunu durumun zorunlu veya teamülün mümkün kıldığı hallerde veya BK. m. 395 uyarınca işçi yüklendiği işi durumun gereğinden aksi anlaşıldığı hallerde başkasına yaptırabilecektir.

#### **bbbb. Temsil Olunanın Borç İçin Karşılık Sağlaması**

Temsil olunan, üçüncü bir kişiyle doğrudan hukuki ilişkiye girmek yerine, rakiplerinin dikkatini çekmemek veya fiyatların yükselmesini engellemek düşüncesiyle, alacaklı konumunda olan üçüncü kişiye şahsen ifade bulunmayarak, dolaylı temsilciye borcun ifası konusunda gerekli olanakları sunabilir. Böylece temsil olunan, hesabına hareket ederek borca giren temsilcisine doğrudan ifade bulunabilir<sup>1348</sup>. Bu yola olağan olarak dolaylı temsilin gizliliğin sağlanması amacıyla tercih edildiği hallerde başvurulur.

Dolaylı temsilde temel ilişkinin temsil olunana yüklediği borçların başında, temsilciye karşılık sağlanması gelir. Temsil olunan tarafından sunulan karşılık, temel ilişkiden kaynaklanan bütün borçları karşıladığında, BK. m. 509 gereğince kanuni temlik oluşur<sup>1349</sup>.

<sup>1347</sup> GAUTSCHI, m. 402, n. 18 d; TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 591.

<sup>1348</sup> FELLMANN, m. 401, n. 45.

<sup>1349</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil) s. 267.

BK. m. 87 gereğince, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı veya işlemin niteliğinden farklı bir sonuca ulaşılmadığı sürece, temsilciye karşılık sağlama veya üçüncü kişiye bizzat ifada bulunma konusunda seçim hakkı temsil olunana aittir.

#### **cccc. Borcun Nakli Sözleşmesi**

Borç taahhütleri alanında, borçlunun değişmesi kural olarak alacaklının muvafakatine bağlıdır. Temsilci, borçların temsil olunan tarafından üstlenmesini sağlayabilecekse de; borcun üstlenilmesi, alacaklı üçüncü kişinin kabulünü gerektirir. Bu yaklaşım, alacaklı üçüncü kişinin korunmasına yöneliktir. Üçüncü kişi, temsilciyi dikkate alarak sözleşmeyi yaptığından, iradesi dışında hiçbir şekilde kötü bir duruma gelmemelidir. Nitekim “*Dış üstlenme sözleşmesi*” kenar başlığını taşıyan BK. m. 196 (İBK. m. 176), borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olacağını öngörmektedir. Böylece temsil olunanın, alacaklı üçüncü kişi ile yapacağı sözleşme kapsamında dolaylı temsilcinin ona karşı olan borcunu üstlenebileceği sonucuna varılır. Bu konudaki hukuki sorunların çözümü, borcun nakline ilişkin hükümlere tabidir<sup>1350</sup>.

Temsil olunan ile alacaklı üçüncü kişi arasındaki anlaşmanın uzantısında dolaylı temsilcinin borcunun üstlenilmesi ve temel ilişkiden doğan bütün borçların yerine getirilmesi halinde, BK. m. 509’da öngörülen kanuni temlik gerçekleşir. Böylece borcun üstlenilmesi sonucunda, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişki oluşur<sup>1351</sup>.

#### **dddd. Borçlunun Değişmesiyle Yenileme**

Borçlunun değişmesiyle yenileme, borcun naklinden ayrılır. Borcun naklinde eski borç varlığını sürdürürken, borçlunun değişmesi suretiyle yenilemede eski borç sona ermekte, yerine yeni bir borç meydana gelmektedir. Taraflar anlaştıklarında, sözleşme tarafının değişmesi suretiyle yenileme gerçekleşir. Böylece dolaylı temsil kapsamında temsil olunanın, alacaklı olan üçüncü kişiyle anlaşarak dolaylı temsilciyi borçlarından kurtarabileceği sonucuna ulaşılır. Temel ilişkiden doğan borçların

<sup>1350</sup> FELLMANN, m. 401, n. 45; GAUTSCHİ, m. 401, n. 18 c ve n. 22 d.

<sup>1351</sup> YAVUZ (Özel Hükümler), s. 1264.

tamamının yerine getirilmesiyle, BK. m. 509 uyarınca kanuni temlik gerçekleşeceğinden, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulur<sup>1352</sup>.

## **ii. Tasarruf İşlemleri Alanında Doğrudan İlişki**

### **aa. Dolaylı Temsil Olunan Hesabına Haklar Kazanılması**

#### **aaa. Taşınır Mallar Kazanılması**

Temsil olunan, temsilcinin dolaylı temsil kapsamında hesabına elde ettiği taşınır eşyalar bakımından iflas tehlikesine karşı korunmuştur. Nitekim BK. m. 509 f. 3 hükmü, iflas masasının hapis hakkını saklı tutmak kaydıyla, taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak temsil olunana verilmesini öngörür. Doktrindeki bir yaklaşım, aksine hükmen teslim şeklinde bir anlaşma olmadığı sürece, temsil olunan hesabına edinilen taşınır eşyanın malikinin temsilci olduğunu savunmaktadır<sup>1353</sup>. Temsilcinin iflası veya taşınır eşya üzerine haciz uygulanması halinde, temsil olunanın hesabına elde edilen taşınır eşyalar bakımından ayırma hakkı söz konusudur. Böylece temsilcinin iflası durumunda, taşınır eşyanın temsil olunana verilmesi yerine, kısmen bir para ödenmesinin önüne geçilmektedir. Ancak temsil olunan bütün borçlarını ifa etmediği sürece, temsilcinin veya iflas masasının korunması amacıyla bu taşınır eşya üzerinde hapis hakkı mevcuttur. Bu anlamda hükümde yer verilen hapis hakkı, şahsi nitelikte bir ödemelik def'i teşkil eder<sup>1354</sup>. Pestalozzi, temsil olunanın kendi temsilcisini seçebileceğini belirterek, temsil olunanın korunması düşüncesiyle mülkiyetin doğrudan geçişinin doğru olmadığını ifade etmektedir. Yazar, hükümde belirtilen hapis hakkının geniş bir mana taşıdığını, malın ayrılarak temsil olunana verilmesi ve malın mülkiyetinin devri talebine karşılık bir itiraz niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Zira hukuki anlamda sadece başkasının mülkiyetinde olan bir mal üzerinde hapis hakkı tanınabilir<sup>1355</sup>. Fellmann, taşınır eşyanın malikinin temsilci olduğunu belirtmesine karşılık, taşınır eşyanın mülkiyetinin vekil tarafından kazanıldığının kabul edilmesi

<sup>1352</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 257.

<sup>1353</sup> FELLMANN, m. 401, n. 97, n. 147; GAUTSCHİ, m. 401, n. 2 a; AKİPEK, s. 64; AKÜNAL, s. 67. Yargıtay'ın benzer yönde kararları bulunmaktadır. Yarg. 13. HD. 08.10.1990, E. 1165-K. 6012 (KARAHASAN, c. 6, s. 724-725); Yarg. 13. HD. 10.05.1989, E. 1041-K. 3158 (KARAHASAN, c. 6, s. 724-725).

<sup>1354</sup> TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 540 ve dn. 571.

<sup>1355</sup> PESTALOZZİ, s. 107.

halinde, hapis hakkından bahsedilmesinin yerinde olmadığını ileri sürmektedir<sup>1356</sup>. Bu konuda desteklediğimiz bir başka yaklaşım ise dolaylı temsil kapsamında temsilcinin elde ettiği taşınır eşyanın malikinin temsil olunan olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce karşılaştırmalı hukukta<sup>1357</sup> ve uluslararası metinlerde<sup>1358</sup> görülen hukuki gelişim dikkate alınarak, BK. m. 509 f. 3'ün kendi içinde çelişkiye düşmeden yorumlanması, ancak dolaylı temsil olunanın taşınırlara ilişkin aynı hakları doğrudan kazandığının kabulü ile mümkün olacaktır. Doğrudan devir yaklaşımı, diğer avantajların yanında basitliği ve uygulanabilirliği ile dikkat çekmektedir. Bütün işlemin amaçlanan ekonomik etkisi bir anda gerçekleştirilir. Ayrıca temsilcinin, malların mülkiyetini edinmede hiçbir çıkarının olmadığını vurgulanması gerekir. Temsilci için önemli olan sunduğu hizmete karşılık ödemesini elde etmesidir. Bu çıkarları yeterli ölçüde güvence altına alan hukuki yollar mevcut olduğu sürece, mülkiyetin kazanılması gerekli değildir. Son olarak temsilcinin alacaklıları karşısında temsil olunana emniyetli bir konumun sağlanması, genel anlamda dolaylı temsili kolaylaştırabilir ve işlemlerin dolaylı temsil yoluyla yürütülmesine ilişkin ticari menfaatlere hizmet edebilir. Nitekim Borçlar Kanununda öngörülen hapis hakkı ile temsilcinin, temel ilişkiden doğan alacaklarını elde edinceye kadar temsil olunanın istihkak talebine karşı koyması sağlanmaktadır<sup>1359</sup>.

İİK. m. 189 hükmü, müflisin başkasına ait bir malı satmasına rağmen, iflasın açılmasından önce parasını almadığı takdirde, mal sahibinin bu mal için yapılan

<sup>1356</sup> FELLMANN, m. 401, n. 118.

<sup>1357</sup> Hollanda MK. m. 3:110, temsilcinin temsil olunan hesabına bir taşınır eşyayı alma yükümlülüğünü üstlendiği bir hukuki ilişkide, taşınır eşyanın temsilciye teslim edilmesinin, doğrudan temsil olunana teslimi olarak addedilmesi gerektiğini öngörmektedir. İtalyan MK. m. 1706 f. 1'e göre, "Müvekkil, vekilin kendi adına onun hesabına iktisap ettiği taşınır eşya için iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalması kaydıyla, istihkak iddiasında bulunabilir". Dolaylı temsilde mülkiyetin doğrudan devri; Slovenya, İsveç, Danimarka ve Norveç hukuk sistemlerinde de öngörülmektedir. Bu konuda bkz. AÖH Kitap VIII. m. 2:302 Resmi Notlar n. 1, n.16 ve n.18.

<sup>1358</sup> AÖH VIII Kitap, "Dolaylı Temsil" kenar başlığını taşıyan AÖH m. 2:302,

"(1) IV.D. 1:102 (Tanımlar)'da yer alan anlam dahilinde, dolaylı temsil için bir vekâlet ile hareket eden bir temsilci, temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiden mallar edinirse, temsil olunan malların mülkiyetini doğrudan edinir (edinme için temsil).

(2) IV.D. 1:102 (Tanımlar)'da yer alan anlam dahilinde, dolaylı temsil için bir vekâlet ile hareket eden bir temsilci, temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiye mallar devredirse, üçüncü kişi malların mülkiyetini doğrudan edinir (devir için temsil).

(3) Malların mülkiyetinin temsil olunan (1.fıkra) veya üçüncü kişi (2.fıkra) tarafından edinilmesi:

(a) Temsilci, temsil olunan hesabına malları devretme veya alma yetkisine sahip olduğunda,

(b) Temsilci ve üçüncü kişi arasında bir sözleşme veya başka bir hukuki işlem, bir mahkeme kararı veya bir hukuk kuralı nedeniyle devretme yetkisi söz konusu olduğunda,

(c) Üçüncü kişi ve temsilci arasında, mülkiyetin geçmesi veya teslim edilmesi veya VIII. 2:101 (Genel olarak mülkiyetin devri için şartlar) paragraf (1)(e) anlamında teslimin eşdeğeri bir durumun gerçekleşeceği zamana ilişkin bir anlaşma olduğunda gerçekleşir" düzenlemesini içermektedir.

<sup>1359</sup> Pache, s. 47-51 (YAVUZ, s. 266'dan naklen).

masrafları masaya tesviyesi karşılığında alıcıda olan alacağın kendisine temlikini veya satılan şeyin bedeli masaya ödenmişse, bu bedelin verilmesini talep edebileceğini öngörmektedir. Böylece temsil olunana ait bir malın dolaylı temsilci tarafından satılması ve satım parasının iflas masasına ödenmesi halinde, temsil olunanın bu bedelin verilmesini iflas masasından talep edebileceği sonucuna varılacaktır<sup>1360</sup>.

### **bbb. Taşınmaz Mallar Kazanılması**

Doktrinde<sup>1361</sup> ve uygulamada<sup>1362</sup> hâkim görüş, BK. m. 509 f. 3'ün taşınır eşyalara özgü olduğu, taşınmazlara ilişkin aynı hak kazanılmasının tescil ilkesine tâbi olması nedeniyle kıyas yoluyla taşınmazlara uygulanamayacağı yönündedir. Ancak hesabına hareket edilen temsil olunanın, dolaylı temsilciye karşı taşınmazın kendisine devri yolunda bir alacak hakkı vardır. Temsil olunan bu alacak hakkına dayanarak, hesabına kazanılan taşınmazın devrini sağlamak için MK. m. 716 uyarınca tescili isteme hakkına sahiptir<sup>1363</sup>.

### **bb. Dolaylı Temsil Olunana Ait Haklar Üzerinde Tasarrufta Bulunulması**

Dolaylı temsilci, zilyet olduğu temsil olunana ait taşınır eşyalar ve hamile yazılı senetler üzerinde tasarrufta bulunabilir. Keza dolaylı temsilcinin, dolaylı temsil yetkisine dayalı olarak temsil olunanın zilyetliğinde olan taşınır eşyalar ve hamile yazılı senetler üzerinde zilyetliğin havalesi yoluyla tasarrufta bulunabileceği kabul edilir. Bu durumda dolaylı temsil kapsamında yapılan tasarruf işlemine temsil olunanın katılımının olmamasına rağmen, menkul eşya ve hamile yazılı senet üzerindeki mülkiyet hakkının ortadan kalktığı veya sınırlandığı bir sonuçla karşılaşılır. Böylece dolaylı temsilci tarafından yapılan tasarruf işleminin temsil olunanın malvarlığına etkisi doğrudan olacağından, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulacaktır<sup>1364</sup>.

<sup>1360</sup> BERKİN Necmettin M., İflas Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972, s. 225.

<sup>1361</sup> TANDOĞAN (Özel Borç İlişkileri), s. 518 ve s. 531; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 401, n. 10.

<sup>1362</sup> BGE 99 II 393; BGE 71 II 103; BGE 72 II 360.

<sup>1363</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 272; Yarg. 14. HD. 4.3.1986, E. 5102-K. 1412 (KARAHASAN, c. 6, s. 726-727).

<sup>1364</sup> STARCK, s. 152 (YAVUZ, s. 260'dan naklen); PACHE, s. 18 (YAVUZ, s. 260'dan naklen); YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 260.



Dolaylı temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına alacaklar üzerinde tasarruf edebilmesi, bu alacağa malik kılınmasına bağlıdır. Dolaylı temsilci bir alacak üzerinde tasarrufta bulunduğunda, temsil olunan temel ilişki gereğince dolaylı temsilciyi girdiği borçlardan kurtarması gerekir. Bu konuda dolaylı temsilciye karşılık sağladığında, alacağın veya kıymetli evrakın devrine ilişkin kurallar gereğince ona alacak üzerinde malik olarak tasarruf etme olanağı tanınmalıdır. Temsil olunan, dolaylı temsilciyi onun hesabına girdiği borçlardan kurtarma borcunu diğer yollardan biriyle de yerine getirerek, üçüncü kişi ile doğrudan bir hukuki ilişki oluşturacaktır<sup>1365</sup>.

Temsilci, dolaylı temsil kapsamında temsil olunana ait taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunduğunda, temsil olunanın üçüncü kişiyle resmi olarak borcun nakli sözleşmesi veya borçlunun değişmesiyle yenileme sözleşmesi yapması mümkündür. Ancak taşınmaz mülkiyetine ilişkin tasarruf işlemlerinde geçerli olan tescil ilkesi gereğince, temsil olunanın doğrudan üçüncü kişiye ifada bulunması kabul edilemez. Bu tasarruf işlemlerinde, tapu sicilinde gerekli kurucu değişikliği sağlayacak tescil talebini sadece taşınmazın maliki veya onun doğrudan temsilcisi yapabilecektir<sup>1366</sup>.

### **c. Dolaylı Temsilde Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**

Dolaylı temsil kapsamında yapılan işlemin hukuki sonuçları temsilciye ilişkin olmasına karşılık, nihai ekonomik sonuçları temsil olunana aittir. Bu anlamda üçüncü kişinin kusurlu bir şekilde borcunu hiç veya gereğince yerine getirmemesinin, temsil olunanın varlıklarına verdiği zararın etkisinin ele alınması gerekir.

Temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı sözleşmenin üçüncü kişiye yüklediği borçların yerine getirilmemesinden temelde kendi adına sözleşme yapan dolaylı temsilci değil, hesabına sözleşme yapılan temsil olunan zarar görür<sup>1367</sup>. Bu durumda üçüncü kişi, sözleşmelerin nispileği ilkesine dayanarak, temsil olunanın zararının bulunmasına rağmen sözleşmede taraf olmadığından kendisine

<sup>1365</sup> YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 261.

<sup>1366</sup> Yavuz'a göre, bu durumda temsil olunanın dolaylı temsilde temel ilişkiyi oluşturan hukuki ilişkinin kendisine yüklediği dolaylı temsilciyi borçtan kurtarma borcunu, taşınmaz üzerinde gerekli tasarruf olanağını sağlayarak ifa etmesi mümkündür. Bu konuda taraflar arasında resmi bir sözleşmenin yapılması da gerekli değildir. YAVUZ (Dolaylı Temsil), s. 262.

<sup>1367</sup> Üçüncü kişinin sözleşmeyi hiç veya gereğince yerine getirmemesinden dolaylı temsilcinin zarar gördüğü haller konusunda bkz. TANDOĞAN (Üçüncü kişinin zararının tazmini), s. 131.

yönelemeyeceğini, sözleşmenin tarafı olan dolaylı temsilcinin ise zararının olmaması nedeniyle kendisini dava edemeyeceğini ileri sürerek sorumluluktan kaçınabilir mi? Dolaylı temsilcinin temsil olunan lehine tazminat talebinde bulunamaması, zarar gören temsil olunanın da sözleşmeye taraf olmaması nedeniyle üçüncü kişiye yönelememesi hakkaniyete aykırıdır. Böylece dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşmede üçüncü kişinin borca aykırılığından ötürü temsil olunanın uğradığı zararın tazmini sorunu gündeme gelir.

Bu konuda iki aşama arasında ayırım yapılması gerekir. Birinci aşamada, üçüncü kişinin borca aykırılığından önce dolaylı temsilcinin yaptığı sözleşmeden doğan alacak hakkı BK. m. 40 f. 3 gereğince devredildiğinde veya BK. m. 509 kapsamında kanuni temlike konu olduğunda, temsil olunan alacak hakkının doğrudan sahibi olur. Böylece temsil olunan, alacak hakkının sahibi sıfatıyla üçüncü kişinin borca aykırılığından ötürü doğrudan zarara uğrayacağından, zararının tazminini üçüncü kişiden talep edebilecektir<sup>1368</sup>. Ancak dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemde doğan alacak hakkının devrinden veya kanuni temlike konu olmasından önceki aşamada üçüncü kişinin borca aykırılığı halinde, temsil olunanın uğradığı zararın giderilmesinde sorun nasıl çözümlenir? Alacaklının sadece kendi menfaatlerinin tazminini isteyebileceği dogmasının mutlak olmadığını, özellikle BK. m. 112'de (İBK. m. 97) hüküm altına alınan giderilecek zararın kime ait olduğu hususunda bir kesinliğin bulunmadığını ifade etmeliyiz<sup>1369</sup>. Böylece BK. m. 112 (İBK. m. 97) hükmü, borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın sözleşme alacaklısı için sorumlu olunan menfaat ile ilgili olduğu, bu kapsamda alacaklının üçüncü kişi konumunda olan dolaylı temsil olunanın menfaatlerini de ileri sürebileceği şeklinde yorumlanabilir<sup>1370</sup>. Dolaylı temsil kapsamında kurulan sözleşmenin üçüncü kişiye yüklediği borçların yerine getirilmemesi halinde, temsil olunanın uğradığı zararların tazmini konusunda kanunda bir boşluğun olduğu da ifade edilmektedir<sup>1371</sup>. Nitekim Droin, hâkimin MK. m. 1

<sup>1368</sup> TANDOĞAN (Üçüncü kişinin zararının tazmini), s. 125.

<sup>1369</sup> Nitekim İBK. m. 97 f. 1'de borcun hiç veya uygun olarak yerine getirilmemesinden doğacak zararın borçlu tarafından giderileceği düzenlenmiştir.

<sup>1370</sup> PESTALOZZI, s. 73-74. Dolaylı temsilde üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi gerektiği konusunda bkz. GAUTSCH/SCHLUEP, n. 2709; SCHWENZER, n. 14.26; WEBER Rolf H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 -109, Bern 2000, m. 97, n. 301.

<sup>1371</sup> DROİN, s. 112-114; GELPKE, s. 58 ve s. 63 (TANDOĞAN, s. 296 -297'den naklen).

gereğince kanun koyucu tarzında hareket ederek, bu boşluğu doldurması ve borca aykırılıktan ötürü temsil olunanın uğradığı zararın dolaylı temsilci tarafından talep edilebilmesine olanak tanınması gerektiğini savunmaktadır<sup>1372</sup>. Bu konuda öngörülecek pozitif bir düzenleme, hukuki kesinliğin sağlanmasını destekleyecektir.

## 2. Alman Hukukunda Dolaylı Temsilin Etkisi

Alman MK. m. 164-181’de yer verilen hükümler, sadece doğrudan temsile ilişkindir. Medeni Kanun, dolaylı temsili pozitif olarak düzenlemez<sup>1373</sup>. Bu konuda bir kimsenin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı işlemin ekonomik sonuçlarının intikalinin kanun gücü ile gerçekleştirilmesinde pozitif bir düzenleme öngörülmesi için yeterli gerekçelerin bulunmadığından hareket edilmektedir. Ancak işlemlerin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince dolaylı temsil kapsamında yapılabileceği kabul edilmektedir. Doktrinde de doğrudan ve dolaylı temsil ayırımı gözetilmektedir<sup>1374</sup>.

Dolaylı temsilci kendi adına hareket ettiğinden, bu işlemde bizzat alacaklı ve borçlu olur<sup>1375</sup>. Ancak işlemin nihai ekonomik sonucu, dolaylı temsil olunan konumundaki iş sahibine aittir<sup>1376</sup>. Temsil olunan, dolaylı temsilcinin işlem yaptığı üçüncü kişiyle hukuki bir ilişki içerisinde yer almamakta, onun işleme katıldığına ilişkin açık ve tanınabilen bir hareketinin olmaması nedeniyle, temsilci ile üçüncü kişi arasında gerçekleşen işlemde arka planda kalmaktadır. Dolaylı temsil olunan, bu tür işlemlerde doğrudan temsilden farklı olarak üçüncü kişinin karşı sözleşeni olmadığından, sözleşmeden doğan haklar ve borçlar ona ait değildir<sup>1377</sup>. Dolaylı temsilci, üçüncü

<sup>1372</sup> Yazar, bu konuda tereddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla Borçlar Kanununda bir hükme yer verilmesini önermektedir. Buna göre, “*Akden üçüncü kişi tarafından ifa edilmemesi*” kenar başlığı altında, “*1. Üçüncü kişi, aracı kişinin (dolaylı temsilcinin) yaptığı sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı lehine araya girilen kişinin (dolaylı temsil olunanın) uğradığı zararı, aracı kişiye (dolaylı temsilciye) tazminle yükümlüdür. 2. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler saklıdır*” şeklinde bir düzenleme öngörülmelidir. DROİN, s. 114 (YAVUZ, s. 217’den naklen).

<sup>1373</sup> Ancak Alman Ticaret Kanununda, tipik bir dolaylı temsil olan Komisyon işlemi (TK. m. 383-406) ve Taşıma işlemi (TK. m. 453-466) düzenlenmiştir.

<sup>1374</sup> LARENZ/WOLF, s. 841; MÜLLER-FREIENFELS (Die Stellvertretung), s. 15-16; FLUME, s. 743 ve s. 764.

<sup>1375</sup> BROX, n. 472; HAGER, s. 239-262; SCHWARK, s. 777-782.

<sup>1376</sup> LEIPOLD, s. 255

<sup>1377</sup> LARENZ/WOLF, s. 841; STAUDINGER/SCHILKEN, vorbem. m. 164, n. 42. Ancak Müller-Erzbach, dolaylı temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişkinin kurulması gereği üzerinde durmaktadır. Dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmede gerçek menfaatleri olan taraflar, temsil olunan ile üçüncü kişidir. Bu anlamda temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulması, dolaylı temsil kapsamında ortaya çıkacak sorunları çözecektir. Sözleşme temsil olunanın menfaatine yapıldığından, onun korunmaya değer menfaatleri dikkate alınmalıdır. Temsil olunanın üçüncü kişiyle doğrudan ilişkiye girmesi, onun dolaylı temsilciye verdiği vekâletle haklı gösterilebilir. Zira temsil olunan, verdiği vekâlet kapsamında menfaatler elde etmektedir.

kişiyile olan işlemde doğan değerleri aralarındaki iç ilişki uyarınca temsil olunana devretmekle yükümlüdür (MK. m. 662 veya MK. m. 675). İş sahibi de temsilcinin masraflarını karşılamak zorundadır (MK. m. 670)<sup>1378</sup>. Bir başka ifadeyle kanuni düzenlemeye konu olmadığından, alacakların ve borçların iş sahibine devri genel ilkeler ışığında iç ilişkiye dayalı olarak gerçekleşir. Bunun sonucu olarak dolaylı temsilci tarafından edinilen değerler, onun alacaklılarının müdahalesi tehlikesine açık olacaktır<sup>1379</sup>. Ancak dolaylı temsilcinin kazandığı hakların ve alacakların onun malvarlığına dahil olmasının önlenmesine, temsil olunanın karşı karşıya olduğu tehlikenin azaltılmasına veya bu değerlerin iş sahibine geçişine ilişkin sürelerin kısaltılmasına yönelik değişik seçeneklerin oluşturulması gayretlerinin bulunduğunu da vurgulamak gerekir<sup>1380</sup>.

Dolaylı temsilde iç ilişkide temsil olunan ile temsilci arasında, dış ilişkide temsilci ile üçüncü kişi arasında iki ayrı hukuki ilişkinin varlığı söz konusudur. Alman hukukunda, Medeni Kanuna ve kanunun tasarı gerekçesine yansıdığı üzere, diğer sistemlerden farklı olarak bu ayırımın son derece keskin bir şekli içerdiği görülmektedir. Dolaylı temsilde iç ve dış ilişki arasında egemen olan bu katı ayırımın, yani her bir tarafın sadece temsilci ile ilişkisinin bulunduğu ve karşı sözleşeni dışında birinin kendilerine yönelemeyeceğine ilişkin yaklaşımın köklerinin 19. yüzyılda doğrudan temsilde yetkinin vekâletten ayrılmasında ve doğrudan temsil ile dolaylı temsil arasındaki sınırın belirsizleşmesi endişesinde yattığını belirtebiliriz<sup>1381</sup>. Ancak doktrinde ve içtihatlarda, dolaylı temsilde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hukuki

---

Temsil olunanın sorumluluğunun haklılığı da, verdiği vekâlete dayanır. Bu anlamda vekâlet, doğrudan temsildeki yetki ile aynı işlevi görmektedir. Ancak bu yaklaşım, dolaylı temsil kapsamında yapılan işlemde dolaylı temsilcinin hiçbir rolünün kalmadığı anlamına gelmez. Dolaylı temsilci kendi adına hareket ettiğinden, üçüncü kişiye karşı sorumludur. Dolaylı temsilci, temsil olunanın sorumluluğu devam ettiği sürece sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk ikincil olmayıp, temsil olunanın sorumluluğu yanında birincil niteliktedir. Temsilci, temsil olunanın haklarını üçüncü kişiye yöneltebilir, onun hesabına mallar elde edebilir. Bu sonuç, bütün katılanların menfaatine hitap eder. Zira üçüncü kişi, sözleşmenin arkasında bir temsil olunanın olduğunu genellikle bilmez. Temsil olunan, gizli kalmak için işlemin bir dolaylı temsilci tarafından yapılmasını tercih edebilmektedir. MÜLLER-ERZBACH Rudolf, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905, s. 11-21; s. 30-35.

<sup>1378</sup> LARENZ/WOLF, s. 841. Medicus, vekilin vekâlet sözleşmesi kapsamında (MK. m. 662 vd.) kendi adına hareket etmesi halinde, dolaylı temsilin oluşabileceğini ifade etmektedir. Yazar, bu durumda dolaylı temsilcinin elde ettiği değerleri arka planda kalmayı tercih eden kişiye devretmekle yükümlü olduğunu, ancak aynı zamanda yaptığı masrafların karşılanmasını MK. m. 670 uyarınca talep etme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Medicus, s. 350.

<sup>1379</sup> SCHWARK, s. 777. BGH NJW 1992, 2023, 2024.

<sup>1380</sup> SCHULTZE-v. LASAULX, vor m. 164, n. 45-47; SCHWARK, s. 777-780; STAUDINGER/SCHILKEN, vor m. 164, n. 45-47; HAGER, s. 242-249.

<sup>1381</sup> LABAND, s. 240 vd.; SCHWARK, s. 777. Nitekim MK. m. 164 f. 2'nin düzenlenme sebebinin temelinde benzer kaygılar mevcuttur.

ilişkinin bulunmadığı ilkesine önemli istisnalar getirilmektedir<sup>1382</sup>. Böylece Alman hukuk sisteminde dolaylı temsilde kural olarak temsilci ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişkinin oluştuğundan hareket edilmesine rağmen, belli koşullarda temsil olunan ile üçüncü kişi arasında da doğrudan bir hukuki ilişkinin meydana geleceği sonucuna ulaşılmaktadır.

#### **a. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**

Dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmenin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmemesinden genellikle dolaylı temsilciden ziyade temsil olunan zarar görür. Alman doktrini<sup>1383</sup> ve içtihatları<sup>1384</sup>, dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmede üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılığından ötürü temsil olunan bakımından ortaya çıkan zararın dolaylı temsilci tarafından ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Dolaylı temsilci, dış ilişkide zarara uğramadığında dahi üçüncü kişinin zararının tazmini kapsamında temsil olunanın uğradığı zararı ileri sürebilecektir. Bu konuda dolaylı temsilcinin zarara uğramaması, onun arkasındaki kişinin zararının bulunması nedeniyle üçüncü kişinin giderim borcundan kurtulmasının isabetli olmayacağı sonucuna varılmıştır<sup>1385</sup>. Ancak üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecek zararın kapsamı konusunda değişik görüşler savunulmaktadır. Bir görüşe göre, temsil olunanın uğradığı zararın tamamı üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir<sup>1386</sup>. Bir başka görüş, üçüncü kişinin tipik sözleşme zararından sorumlu olacağını ifade eder. Bu durumda olağan koşullarda beklenen zararın tazmini gündeme gelir<sup>1387</sup>. Üçüncü bir yaklaşım ise somut olayların koşullarına göre bir sonuca varılması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>1388</sup>.

<sup>1382</sup> HAGER, s. 241-245; SCHWARK, s.777-779; BROX, vor m. 164, n. 14; MÜLLER-ERZBACH, s. 11, s. 29-30; SCHMIDT-RIMPLER, s. 604; HAGEN Horst, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt am Main 1971, s. 142; BGH 1964 NJW 1965, 249-251; BGHZ 25, 258.

<sup>1383</sup> SCHWARK, s. 778; HAGER, s. 243; CANARİS Klaus-Wilhelm, Handelsrecht, 23. Auflage, München 2000, § 32, n. 41.

<sup>1384</sup> BGH 21.5.1996, BGHZ 133, 36-43; BGH 4.12.1997, ZIP (1998), 511-513.

<sup>1385</sup> BGHZ 57, 335; HAGEN, s. 142.

<sup>1386</sup> ESSER Josef/SCHMIDT Eike, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, 2000, § 34 IV b.

<sup>1387</sup> PETERS Frank, Zum Problem der Drittschadensliquidation, AcP 180 (1980), (s. 329-372), s. 350 ve s. 364.

<sup>1388</sup> STAUB Hermann/KOLLER İngo, Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 1985, § 383-406, § 383, n. 73. Schmidt, üçüncü kişinin genellikle temsil olunanın varlığından haberdar olmadığından, ortaya çıkabilecek büyük zararları önceden öngöremeyeceğinden ötürü sorumluluğun tayininde bu koşulların dikkate alınması gerektiğini ifade eder. Ancak bir komisyoncu ile işlem yapan üçüncü kişiden, komisyoncunun arkasında yer alan temsil olunan bakımından ortaya çıkabilecek özel tehlikeyi göz önünde bulundurması beklenecektir. SCHMIDT Karsten, Handelsrecht, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, s. 887-888.

Böylece dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmede temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hukuki bir ilişkinin kurulmadığı yönünde genel olarak benimsenen yaklaşım, üçüncü kişinin dış ilişkide sözleşmeye aykırılığı halinde, temsil olunanın zararının dolaylı temsilci tarafından ileri sürülebilmesinin kabulü ile farklı bir görünüme dönüşmektedir.

## **b. Geleceğe İlişkin Alacakların Devri**

Alman MK. m. 398-413 hükümleri, alacağın devrini düzenlemektedir. Bir alacağın devri, onun kural olarak mevcut olmasını gerektirir. Ancak Alman hukuku, henüz mevcut olmamakla birlikte, gelecekte doğması mümkün olan alacakların devre konu olabileceğini tanımaktadır. Bu anlamda devredilecek alacağın mutlaka devir sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olması gerekli değildir. Devre konu teşkil edecek alacağın kesin olarak doğması da zorunlu olmayıp, doğması olasılığının mevcudiyeti dahi bu devir sözleşmesi için yeterlidir<sup>1389</sup>. Ancak sözleşmede kararlaştırılan devir, alacağın doğumu ile taraflar arasında etkili olur. Böylece dolaylı temsilcinin, kendi adına ve temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiyle yapacağı dolaylı temsil işleminden doğacak alacakları önceden temsil olunana devredebileceği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda dolaylı temsilci, üçüncü kişiyle yapacağı işlem kapsamında elde edeceği alacakları önceden temsil olunana devretmekte, alacağın doğumu ile de temsil olunan bu alacakları doğrudan elde etmektedir. Devre konu alacaklar, dolaylı temsilcinin mamelekine hukuki olarak hiçbir şekilde intikal etmemekte, doğrudan doğruya temsil olunanın hukuk alanında etkili olmaktadır<sup>1390</sup>. Bu etki özellikle dolaylı temsilcinin alacaklıları açısından önemli sonuçlara yol açar. Zira dolaylı temsilci iflas ettiğinde, alacak iflas masasına girmez<sup>1391</sup>. Temsil olunanın alacağı, dolaylı temsilcinin iflasından etkilenmez<sup>1392</sup>. Aynı sonuç, dolaylı temsilciye karşı yürütülecek haciz işlemlerinde geçerlidir. Dolaylı temsilcinin alacaklıları, devre konu alacağı haczedemez.

Alacağın devrinin geçerliliği, bu devrin üçüncü kişiye bildirilmesini gerektirmez. Bu yönde bir koşulun öngörülmemesi, üçüncü kişi bakımından haksız

<sup>1389</sup> ESSER/SCHMİDT, § 37 I, s. 2-3; BROX, n. 384-385.

<sup>1390</sup> WILMOWSKY von Peter, Sachenrecht (Zivilrecht IIb). Bu konuda bkz. <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43004675> (07.03.2017).

<sup>1391</sup> Alman İflas Kanunu m. 110 f. 1-2'de istisnalar söz konusudur.

<sup>1392</sup> STAUDİNGER/SCHILKEN, vor m. 164, n. 45; MEDICUS, n. 712-713.

sonuçlara yol açabilir. Zira devir sözleşmesi gereğince, alacağın doğumu ile birlikte temsil olunan bu alacağın sahibi olur. Bu durumda devirden bilgisi olmayan üçüncü kişi, dolaylı temsilciye yapacağı ödemeden ötürü sorumluluktan kurtulamaz. Ancak üçüncü kişinin korunması gayesiyle öngörülen MK. m. 407 kapsamında, devirden haberi olmadan iyi niyetle dolaylı temsilciye ödeme yapan üçüncü kişinin, tekrar temsil olunana ödemede bulunmak zorunda olmayacağı sonucuna varılmaktadır. Üçüncü kişinin pozitif bilgisi, kötünietli olmasına neden olur. Böylece devirle ilgili bilgisi olması gereken üçüncü kişi, iyi niyetli addedilir<sup>1393</sup>. Diğer yandan doktrin<sup>1394</sup> ve içtihatlar<sup>1395</sup>, alacağın önceden devredilmesi halinde borçlu üçüncü kişinin MK. m. 404'e kıyasen karşı sözleşeni olan dolaylı temsilciye karşı ileri sürebileceği itirazları temsil olunana kullanabileceğini kabul etmektedir.

Görülüyor ki, temsilcinin dolaylı temsil kapsamında üçüncü kişiyle yaptığı işleminden doğan alacaklar, belli koşullarda henüz meydana gelmeden önce dahi temsil olunana devredilebilir. Devre konu olan geleceğe ilişkin alacaklar, temsil olunanın hukuk çevresinde doğrudan etkili olur. Böylece temsil olunanın, üçüncü kişiye doğrudan yönelmesi mümkün olacaktır. Bu sonuç, dolaylı temsilde üçüncü kişi ile temsil olunan arasında doğrudan bir ilişkinin kurulamayacağına ilişkin genel ilkenin bir istisnasını teşkil eder.

### **c. Üçüncü Kişinin MK. m. 826 Gereğince Doğrudan Temsil Olunana Yönelmesi**

Alman Federal Mahkemesi 8.10.1964 tarihli bir kararında<sup>1396</sup>, üçüncü kişinin belli koşullar altında haksız fiil hükümleri kapsamında MK. m. 826 uyarınca, temsil olunanı doğrudan dava edebileceği sonucuna varmıştır<sup>1397</sup>. Dava konusu olayda bir şarap tüccarı, şarap satın alması için bir komisyoncuya talimat verir. Komisyoncu, satıcı konumundaki bir üçüncü kişiden şarapları satın alır. Şaraplar komisyoncuya, onun

<sup>1393</sup> LEMPENAU Gerhard, Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Bad Homburg v.d.H, Berlin/Zürich 1968, s. 112-113; HAHNZOG Klaus, Die Rechtsstellung des Zessionairs künftiger Forderungen, München 1962, s. 54-55.

<sup>1394</sup> LEMPENAU, s. 110-112; HAHNZOG, s. 49-50.

<sup>1395</sup> BGH 19.11.1968, NJW (1969), s. 276/277; OLG Hamburg 16.4.1957, JZ (1957), s. 581-583.

<sup>1396</sup> BGH 8.10.1964, BGH NJW 1965, s. 249-251.

<sup>1397</sup> MK. m. 826 hükmü, bir başkasına ahlâka aykırı tarzda kasıtlı olarak zarar veren bir kimsenin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenler.

tarafından da vekâlet veren şarap tüccarına teslim edilir. Satın alınan şarapların bedeli, üçüncü kişiye tam olarak ödenmez. Zira komisyoncu, ciddi finansal zorluklar yaşamaktadır. Bir müddet sonra da iflas eder. Üçüncü kişinin MK. m. 433 f. 2 gereğince, satılan şarapların bedelini komisyoncudan talep hakkı söz konusudur. Komisyoncunun da girdiği borçlardan kurtarılması konusunda temsil olunana karşı talep hakkı bulunmaktadır (MK. m. 257 ve MK. m. 670). Temsil olunan, komisyoncunun borçtan kurtarılması yönündeki talep hakkını iki şekilde karşılayabilir. Temsil olunan, malların bedelini doğrudan satıcı konumundaki üçüncü kişiye ödeyebilir. İkinci olanak ise bedelin üçüncü kişiye iletilmek üzere komisyoncuya verilmesidir. Alman Federal Mahkemesi, temsil olunanın seçim hakkını kullanırken tamamen serbest olmadığına işaret etmiştir. Temsil olunan, üçüncü kişinin menfaatlerini gözetmek zorundadır. Komisyoncunun içinde bulunduğu finansal zorluklar dikkate alınarak, komisyoncuya yapılacak ödemenin üçüncü kişiye iletilmemesi tehlikesi nedeniyle, ödemenin doğrudan satıcı konumundaki üçüncü kişiye yapılması gerekir. Bu yükümlülüğü ihlal eden temsil olunan, üçüncü kişiye karşı MK. m. 826 gereğince sorumlu olur. Mahkemece tesis edilen kararda, sözleşme temsil olunanın hesabına yapıldığından, onun komisyoncu ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeye ekonomik anlamda yakın katılımı dikkate alınmıştır<sup>1398</sup>.

Böylece dolaylı temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı sözleşmede, üçüncü kişinin belli koşullarda doğrudan doğruya temsil olunana yönelebileceği sonucuna varılmaktadır.

#### **d. Komisyon İşlemi**

Komisyon işlemlerine ilişkin Alman TK. m. 392, Türk BK. m. 509'dan farklı olarak kanuni temlik olanağını içermemesine karşılık, temsil olunana özel bir pozisyon sağladığından ve komisyoncunun alacaklılarına karşı belli bir korumayı öngördüğünden çalışmamızda kısaca değerlendirilecektir.

Temsil olunan, komisyoncunun yaptığı bir işlemde doğan alacakları, ancak devirden sonra borçluya karşı ileri sürebilir (f. 1). Bununla birlikte, bu alacaklar

---

<sup>1398</sup> HAGER, s. 243 ve s. 253.



devredilmemiş dahi olsa, müvekkil ile komisyoncu veya onun alacaklıları arasındaki ilişkilerde, müvekkilin alacakları hükmünde sayılır (f. 2). Düzenlemeden anlaşılacağı üzere temsil olunan, dolaylı temsil kapsamında hesabına kazanılan alacaklarını, dolaylı temsilcinin alacaklılarına karşı ileri sürebilir. Bu sonuç, alacağın devrinden önce de geçerlidir. Böylece temsil olunan, komisyoncunun alacaklılarının haczine Alman Usul Kanunu m. 771 uyarınca itiraz edebilir. Komisyoncunun iflası halinde de benzer bir koruma söz konusudur. Nitekim temsil olunan, İflas Kanunu m. 47 gereğince, dolaylı temsil işlemi kapsamında kazanılan alacakların komisyoncunun malvarlığından ayrılmasını sağlayabilecektir.

Alman Medeni Kanununun oluşturulması sürecinde ikinci komisyon, TK. m. 392 f. 2'ye benzer bir kuralı vekâlet sözleşmesine dahil edilmesini ayrıntılı olarak tartışmıştır<sup>1399</sup>. Ancak bu öneri reddedilmiştir. Kanunu hazırlayanların bu kararı sonucunda içtihatlar<sup>1400</sup> ve doktrinin bir bölümü<sup>1401</sup>, TK. m. 392 f. 2'nin özel hukuk ilişkilerinde kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadır<sup>1402</sup>. Bu kararın gerekçesi, doğrudan ve dolaylı temsil arasındaki ayırımın açık kılınması düşüncesine dayanır<sup>1403</sup>.

Alman TK. m. 457'de nakliye işlemlerine ilişkin olarak temelde benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Böylece iki hükmün, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil kapsamında üçüncü kişiyle yaptığı işlemde temsil olunanın ekonomik katılımını dikkate alan bir yaklaşım benimsediğini rahatlıkla tespit edebiliriz.

### 3. Hollanda Hukukunda Dolaylı Temsilin Etkisi

Dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmede temsilci kendi adına hareket ettiğinden, sözleşme temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulur. Temsil olunan, doğrudan temsilden farklı olarak sözleşmenin tarafı değildir. Bu sonuç, üçüncü kişinin özerkliği bakımından isabetlidir. Zira üçüncü kişi, sözleşmenin kuruluşunda karşı sözleşen olarak

<sup>1399</sup> Protokolle, II (1898), s. 360 vd. Dresdner Tasarısı m. 90 f. 2, dolaylı temsilcinin alacaklarının temsil olunana doğrudan geçmesini öngörmektedir.

<sup>1400</sup> RG 14.6.1904, RGZ 58, 273-277 (276-277); RG 19.2.1914, RGZ 84, 214-219 (216).

<sup>1401</sup> STAUDİNGER/SCHILKEN, Vor m. 164, n. 44; SOERGEL/LEPTIEN Vor m. 164, n. 35; ENNECCERUS/NİPPERDEY, m. 179 III 2.

<sup>1402</sup> Ancak TK. m. 392 f. 2'nin bütün dolaylı temsil hallerinde uygulanması gerektiği konusunda bkz. SCHWARK, s. 781; HAGEN, s. 252; SCHMİDT-RİMLER, s. 610-612; HAGER, s. 249-250; DRESSLER R., Die entsprechende Anwendung handelsrechtlicher Normen auf Nichtkaufleute am Beispiel des § 392 II HGB, München 1968, s. 126-129.

<sup>1403</sup> Protokolle, II (1898), s. 364.

kendi adına hareket eden temsilciyi görmektedir<sup>1404</sup>. Sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişiyi bağlaması, üçüncü kişinin haklı beklentisini karşılamaktadır. Böylece dolaylı temsilin birincil hukuki etkisi, hukuki işlemin temsilci ile üçüncü kişi bakımından sonuç meydana getirmesidir. Ancak dolaylı temsilde sözleşme temsil olunanın hesabına yapıldığından, üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasındaki bu sözleşmeye temsil olunanın ekonomik anlamda yakın katılımı söz konusudur. Hollanda kanun koyucusu, dolaylı temsil kapsamında yapılan sözleşmeye temsil olunanın katılımını dikkate almıştır. Nitekim MK. m. 7:419'da, üçüncü kişinin borcunu yerine getirmemesi nedeniyle, temsil olunanın uğradığı zararların dolaylı temsilci tarafından ileri sürülmesi düzenlenmiştir. MK. m. 7:420'de ise dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme kurulmasına rağmen, temsil olunanın belli koşullarda üçüncü kişiyi dava edebileceği öngörülmüştür. MK. m. 7:421'de sözleşmenin dolaylı temsilci ile kurulmasına karşılık, üçüncü kişinin temsil olunana doğrudan yönelebileceği koşullar hüküm altına alınmıştır<sup>1405</sup>. Vekâlet sözleşmesi kapsamında düzenlenen bu hükümlerin MK. m. 7:424 f. 1 aracılığı ile niteliklerine aykırı olmamaları kaydıyla, dolaylı temsil yoluyla yapılan diğer sözleşmelerde de uygulama alanına sahip olduğu sonucuna varılır<sup>1406</sup>. Zikredilen düzenlemelerin dolaylı temsile ilişkin genel nitelikli hükümler olarak kabul edilebileceği, bu nedenle Hollanda Medeni Kanununun 3. kitabında yer alan temsil ile ilgili genel bölüme dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>1407</sup>.

#### **a. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**

Dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmede üçüncü kişinin borcunu yerine getirmemesi, temelde temsil olunanın zararına yol açar. Ancak temsil olunan sözleşmede taraf olmadığından, borca aykırılığından ötürü üçüncü kişiyi dava edemez. Dolaylı temsilci ise üçüncü kişinin borca aykırılığından ötürü genellikle zarara uğramadığından, üçüncü kişiye yönelemez<sup>1408</sup>. Bu sonuç, temsil olunanın menfaatlerini zedelemekte ve üçüncü kişiye haksız bir menfaat sağlamaktadır. Bu nedenle dolaylı

<sup>1404</sup> MEIJER, n. 1; HARTKAMP, n. 79.

<sup>1405</sup> Dolaylı temsilin önemli ve tipik bir şekli olan komisyoncu MK. m. 7:425-7:427'de düzenlenmektedir.

<sup>1406</sup> KORTMANN/DE LEEDE/THUNNISSEN, n. 127; VAN DER GRINTEN, n. 58-60; WESSELS/MEIJER, s. 202-210. President of Amsterdam District Court, 1 July 1993, S&S 1995, 105 (Thomas Fanoy Assuradeuren v. Sedgwick).

<sup>1407</sup> COEHORST, s. 109-110; KORTMANN/VERHAGEN, s. 23.

<sup>1408</sup> Parl. Hist. Book 7, s. 351-352, s. 355; HARTKAMP (1999), n. 412.

temsilcinin, kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı sözleşme kapsamında üçüncü kişiyi dava edebilmesi gerekir. Bu konuda Medeni Kanunda pozitif bir düzenlemeye yer verilmiştir. MK. m. 7:419 hükmü, vekilin kendi adına bir üçüncü kişiyle anlaşma yapması halinde, üçüncü kişinin bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinden ötürü müvekkilin uğradığı zararlardan vekile karşı sorumlu olacağını öngörmektedir. Böylece dolaylı temsilci, temsil olunanın uğradığı zararların tazminini üçüncü kişiden talep edebilecektir. Doktrinde dolaylı temsilcinin hesabına hareket ettiği temsil olunanın kimliğinin üçüncü kişi tarafından bilinmemesi veya yapılan işleme bir temsil olunanın katılımının olduğuna ilişkin üçüncü kişinin hiçbir bilgisinin olmaması halinde, olağan zararların ötesinde bir sorumluluğun oluşmayacağı kabul edilir. Zira bu olgularda olağan zararı aşan bir zararın önceden öngörülmesi, üçüncü kişiden makul olarak beklenemez. Ancak yapılan işlemde temsil olunanın kimliğinin özel bir tehlikeyi içerdiğinin üçüncü kişi tarafından bilindiği hallerde, olağan zararı aşan bir sorumluluk gündeme gelebilecektir<sup>1409</sup>.

#### **b. Temsil Olunanın Üçüncü Kişiye Doğrudan Yönelmesi**

Hollanda kanun koyucusu, dolaylı temsil kapsamında yapılan bir işlemde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında belli koşullar altında doğrudan bir hukuki ilişkinin kurulabileceğini öngörmüştür. Bu koşullar, MK. m. 7:420’de düzenlenir. *“Vekil, kendi adına hareket ederek bir üçüncü kişiyle anlaşma yapmasına rağmen, temsil olunana karşı olan borçlarını yerine getirmediğinde (f. 1), iflas ettiğinde (f. 1) veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmediğinde (f. 2); müvekkil, vekilin üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeden doğan haklarını devralabilecektir”*. Böylece dolaylı temsilci, temsil olunana karşı olan borçlarını yerine getirmediğinde, iflas ettiğinde veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmediğinde, temsil olunan doğrudan doğruya üçüncü kişiye yönelebilir<sup>1410</sup>. Ancak temsil olunanın bu haklarını kullanabilmesi, dolaylı temsilciye ve üçüncü kişiye yazılı bildirimde bulunmasına bağlıdır (f. 1). Hiç şüphesiz temsil olunan, üçüncü kişinin kimliğini bildiğinde ona yönelebilir. Bu nedenle dolaylı temsilci, temsil olunanın talebi üzerine üçüncü kişinin kimlik bilgilerini bildirmek zorundadır (f. 3).

<sup>1409</sup> DU PERRON, n. 60-61; VERHAGEN, s. 54-55.

<sup>1410</sup> Hükümde öngörülen koşulların varlığına rağmen, üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasında yapılan sözleşmede, temsil olunanın üçüncü kişiye doğrudan yönelemeyeceği kararlaştırılabilir. Parl. Hist. Book 7, s. 356.

Üçüncü kişi, bildirimden önce dolaylı temsilciye karşı olan borcunu yerine getirdiğinde, temsil olunana yönelik sorumluluğu ortadan kalkar. Zira üçüncü kişinin, dolaylı temsilciye karşı olan borcunu yerine getirme yükümlülüğü söz konusudur. Ancak üçüncü kişinin, temsil olunanın menfaatlerini ağır şekilde ihlal ederek, dolaylı temsilciye yapacağı ifada farklı bir sonucuna ulaşılacaktır. Özellikle dolaylı temsilciye yapılacak ödemenin temsil olunana iletmeyeceğini bilen üçüncü kişinin sorumluluğu devam eder. Bunun için üçüncü kişinin, temsil olunanın varlığını makul olarak bilmesi gerekir<sup>1411</sup>. Temsil olunanın yazılı bildiriminden sonra dolaylı temsilciye yapılacak ifa etkili olmaz. Bu durumda üçüncü kişi, sadece temsil olunana borcunu yerine getirebilir<sup>1412</sup>.

Üçüncü kişi, karşı sözleşeni olan dolaylı temsilci yerine bir başkasının kendisine yönelmesi nedeniyle, daha kötü bir konuma gelmemesi gerekir. Borçlu olan üçüncü kişinin pozisyonu korunmalıdır. Bu konuda MK. m. 6:145, borçlunun menfaatlerini koruyan bir kural öngörmektedir. Borçlu, yeni alacaklıya karşı savunmalarını ileri sürebilir. Böylece üçüncü kişi, dolaylı temsil kapsamında işlem yaptığı dolaylı temsilciye ileri sürebileceği bütün savunmaları, temsil olunana karşı kullanabilecektir<sup>1413</sup>.

### **c. Üçüncü kişinin Temsil Olunana Doğrudan Yönelmesi**

Hollanda MK. m. 7:421, üçüncü kişinin dolaylı temsile dayalı olarak yapılan işlem kapsamında temsil olunanı doğrudan dava edeceği koşulları düzenler. Hüküm uyarınca, *“vekil kendi adına üçüncü kişiyle yaptığı anlaşmadan doğan yükümlülüklerini üçüncü kişiye karşı yerine getirmede veya iflas ettiğinde, üçüncü kişi, vekile ve müvekkile yazılı bildirimde bulunmak suretiyle anlaşmadan kaynaklanan haklarını müvekkile karşı kullanabilecektir (f. 1). Vekil, üçüncü kişinin talebi üzerine müvekkilin kimlik bilgilerini vermek zorundadır (f. 2)”*. Böylece üçüncü kişi, dolaylı temsilcinin

<sup>1411</sup> CF. HR 29.01.1993, NJ 1994, 172.

<sup>1412</sup> HARTKAMP (1999a), s. 170; MEIJER, s. 142.

<sup>1413</sup> DU PERRON, n. 64; VAN DER GRINTEN, n. 40.

iflas etmesi veya borca aykırılık içinde olması halinde, dolaylı temsilciye karşı sahip olduğu hakları temsil olunana ileri sürebilecektir<sup>1414</sup>.

Temsil olunan, üçüncü kişinin haklarını kullanma iradesini içeren yazılı bildiriminden önce borcunu dolaylı temsilciye yerine getirdiğinde, üçüncü kişinin temsil olunana doğrudan yönelmesi olanağı ortadan kalkar. Bu sonuca bir istisna tanınmaktadır. Üçüncü kişinin menfaatlerini ağır surette ihlal ederek, dolaylı temsilciye ödemede bulunan temsil olunanın sorumluluğu devam eder. Örneğin temsil olunan, dolaylı temsilciye yapılan ödemenin üçüncü kişiye iletilmeyeceğini bilmesine rağmen, ifadan kaçınmadığında üçüncü kişinin haklı talebiyle karşılaşacaktır<sup>1415</sup>. Aynı şekilde bildirimin yapılmasından sonra dolaylı temsilciye yapılacak ödeme, temsil olunanın sorumluluğunu kaldırmaz.

Üçüncü kişi, karşı sözleşeni olan dolaylı temsilci yerine temsil olunana yöneldiğinde, temsil olunan MK. m. 6:145 gereğince bütün savunmaları üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir. Bu anlamda temsil olunanın iç ilişki uyarınca dolaylı temsilciye, dolaylı temsilcinin de üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bütün savunmalar üçüncü kişiye karşı kullanılabilir<sup>1416</sup>. Böylece temsil olunanın, kendisine dolaylı temsilci yerine bir üçüncü kişinin yönelmesi nedeniyle konumunun kötüleşmesi engellenmektedir.

MK. m. 7:421’de öngörülen koşullar kapsamında yapılacak yazılı bildirimde rağmen, üçüncü kişinin korunması gayesiyle, dolaylı temsilcinin sorumluluğunun devam edeceği kabul edilir. Üçüncü kişi, haklarını kullanmak için dolaylı temsilciye ve temsil olunana yazılı bildirimde bulunduğu anda, dolaylı temsilcinin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Dolaylı temsilci ve temsil olunan, müştereken ve müteselsilen sorumludur<sup>1417</sup>.

Dolaylı temsil kapsamında yapılan bir hukuki işlemin birincil hukuki sonucu, işlemin dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında etkili olmasıdır. Ancak mevcut düzenlemelere dayalı olarak dolaylı temsil kapsamında yapılan bir işlemde belli

<sup>1414</sup> Ancak üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasındaki sözleşmede, üçüncü kişinin doğrudan temsil olunana yönelmesi olanağı dışlanabilir. HARTKAMP (1999a), s. 172; DU PERRON, n. 68.

<sup>1415</sup> Parl. Hist. Book 7, s. 358-359; HARTKAMP (1999), s. 16.

<sup>1416</sup> Parl. Hist. Book 7, s. 359; MEIJERS, s. 156.

<sup>1417</sup> Parl. Hist. Book 7, s. 357-358; KORTMANN/VERHAGEN, s. 25.

koşullarda ikincil tabanda temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan hukuki ilişkiler kurulmaktadır.

#### 4. İngiliz Hukukunda Gizli Temsilin Etkisi

İngiliz hukuk düzeni, açıklama ilkesini benimsemez. Sözleşmenin yapılması anında başkası için hareket edildiği açıklanmadığında dahi, temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme, temsil olunan bakımından sonuç meydana getirir. Temsil olunanın sürece dahil olması, iki taraflı ilişkiyi çok taraflı ilişkiye dönüştürmekle birlikte, temsilcinin sözleşmenin tarafı olarak kalmaya devam etmesi, üçüncü kişinin menfaatlerini korumaktadır<sup>1418</sup>. Bir başka ifade ile temsilci, yetkisi kapsamında temsil olunan hesabına üçüncü kişiyle sözleşme yaptığında, temsil olunanın varlığı üçüncü kişiye gizli kaldığında veya temsil ilişkisi üçüncü kişi tarafından algılanmadığında dahi, gizli temsil olunan temsilcinin yanında hukuki ilişkiye dahil olabilmektedir. Ancak bu temsil türünde, açık temsilden farklı olarak temsilcinin sözleşmedeki taraf konumu devam eder<sup>1419</sup>. Gizli temsil doktrininde ayrı bir koşul aranmaksızın, temsil olunanın üçüncü kişiyi dava edebileceği, üçüncü kişinin de temsil olunanı veya temsilciyi dava etmekte seçimlik hakka sahip olduğu kabul edilir<sup>1420</sup>.

Sözleşmenin yapılması anında varlığı üçüncü kişiye gizli olan bir temsil olunanın sonradan ortaya çıkarak sözleşmeden doğan hakları üçüncü kişiye karşı kullanmasının, aynı şekilde üçüncü kişinin varlığını sonradan öğrendiği bir temsil olunana karşı taleplerini ileri sürmesinin sözleşmelerin bağlayıcılığına ilişkin genel ilkeler ile bağdaşmadığı sıkça tartışılmaktadır. Bu nedenle gizli temsil olunan doktrini bazı yazarlar tarafından “*Anomalie*” olarak değerlendirilir<sup>1421</sup>. Gizli temsil olunan doktrininin hukuki temelleri konusunda değişik görüşler savunulmaktadır. Bir görüş, temsil olunanın dava hakkını, temsilcinin iradesine dayalı olmayan, doğrudan kanundan kaynaklanan devre dayandırır<sup>1422</sup>. Bir başka görüşe göre, kuralın amacı yargılama usulünü kolaylaştırmaktır. Temsil olunanın özel bir dava açması için temsilciden izin

<sup>1418</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Stellvertretung), s. 136.

<sup>1419</sup> Boyter v. Thomson [1995] 2 A.C. 628.

<sup>1420</sup> MARKESİNİS/MUNDAY, s. 166-170; STOLJAR Samuel Jacob, The Law of Agency: Its History and Present Principles, London 1961, s. 203. Bu konudaki kararlar için bkz. Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co Ltd (1994) 2 WLR 370, 376 (PC); Boyter v. Thomson (1995) 2 A.C. 628.

<sup>1421</sup> FRİDMAN, s. 228; STOLJAR, s. 203-205.

<sup>1422</sup> Goodhart/Hamson Camb. L.J. 4 (1931) 320, 351

alması gereksiz olacaktır<sup>1423</sup>. Müller-Freienfels ise common law sisteminde geçerli olan gizli temsilde temsil olunanın doğrudan hakları kazanmasının ve borçlardan yükümlü olmasının gerekçesini, edimlerin değişiminin gerçekleştiği tarafların esas alındığına dayandırmaktadır. Yazar, edimlerin değişiminin temel olarak temsil olunan ve üçüncü kişi arasında gerçekleştiğini, edimlerin mübadelesinde temsilcinin sadece bir aracı konumunda bulunduğunu ve bu konuda yetkilendirildiğini belirtmektedir<sup>1424</sup>.

Üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olarak gördüğü kişinin dışında gizli kalan bir temsil olunanın ortaya çıkarak, sözleşmenin ifasını talep etmesinden nasıl korunacaktır? İngiliz hukuku, temsil olunanın sahip olduğu dava hakkını sınırlandıran olgulara yer vermektedir. Üçüncü kişi, gizli temsil olunanın sahip olduğu dava hakkını kullanması sonucunda, sözleşmenin temsilci ile kendisi arasında hüküm doğurmasından daha elverişsiz bir duruma getirilemez<sup>1425</sup>. Sözleşmenin yorumundan, üçüncü kişinin edimini sadece tanıdığı sözleşme tarafına yerine getirmesinde haklı menfaatinin bulunduğu durumlarda, temsil olunanın dava hakkı olmaz.<sup>1426</sup> Üçüncü kişi, temsilci ile yaptığı anlaşmanın temsil olunanın dava hakkını bertaraf ettiğini ortaya koyabilecektir. Bu olayın koşullarından çıkarılabilir<sup>1427</sup>. Temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmede temsil olunanın katılımı, açıkça veya örtülü olarak ortadan kaldırılabilir<sup>1428</sup>. Üçüncü kişi, karşı sözleşeni olan temsilcinin kişiliğinin önemli olduğunu ve sadece temsilci ile işlem yapmak istediğini ispatlayabilir<sup>1429</sup>. Üçüncü kişinin, temsil olunan ile işlem yapmak istemediği halde, sözleşme hükümlerinde bu yönde bir sınırlamaya yer verilmediğinde tablo oldukça sorunlu görünmektedir. İctihatlar, temsil olunanın veya temsilcinin, üçüncü kişinin özellikle temsil olunan ile işlem yapmak istemediğini

<sup>1423</sup> Diplock, L.J. in *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties* (1969) 2 Q.B. 480, 503.

<sup>1424</sup> MÜLLER-FREIENFELS (*Die Stellvertretung*), s. 196, s. 208-210.

<sup>1425</sup> Davalı üçüncü kişinin, satım sözleşmesi yaptığı temsilciden daha önceden bir alacağı bulunmaktadır. Üçüncü kişi, temsilci ile satım sözleşmesini sadece ödemesi gereken semen karşılığında eski alacağını mahsup etmek amacıyla yaptığından, mahkeme sonradan ortaya çıkan temsil olunanın satım sözleşmesinin hesabına yapıldığını belirterek ödemeyi üçüncü kişiden talebini reddetmiştir. *Greer v. Downs Supply Co.* (1927) 2 K.B. 28.

<sup>1426</sup> TREITEL, 631.

<sup>1427</sup> Davacı, tiyatrodaki gösteriyi izlemek istemesine karşılık, tiyatro idaresi kendisine giriş bileti vermediğinden, bu bileti bir arkadaşı aracılığı ile almaktadır. Ancak davalı tiyatro müdürü, gösteri gecesinde davacıya izin vermez. Mahkeme davacının, temsilci vasıtasıyla gizli temsil uyarınca kurulan sözleşmeye temsil olunan sıfatıyla dahil olduğu iddiasını kabul etmemiştir. *Sait v. Butt* (1920) 3 K.B. 497.

<sup>1428</sup> Nitekim İngiliz mahkemeleri, sözleşmenin açık veya örtülü koşullarından, doğrudan yönelmenin dışlandığı sonucuna varılacağına karar vermiştir. *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd* (1994) 2 A.C. 199, 207 per Lord Lloyd of Berwick; *United Kingdom, etc. Assn. V. Neville* [1887] 19 Q.B.D. 110.

<sup>1429</sup> *Collins v. Associated Geryhound Racecourses Ltd.* [1930] 1 Ch. 1.

bildiklerinde, üçüncü kişiye itiraz etme hakkını tanımaktadır<sup>1430</sup>. Son olarak üçüncü kişinin korunması bakımından temsilciye karşı ileri sürülebilecek tüm itirazlar ve savunmalar, temsil olunana karşı kullanılabilir<sup>1431</sup>. Bu anlamda üçüncü kişi, karşı sözleşeni olduğuna güvenerek temsilci sıfatıyla hareket eden kişiye edimini yerine getirdiğini temsil olunana ileri sürebilir. Ancak üçüncü kişi, sadece temsilcinin arkasında gizli bir temsil olunanın varlığını bilmediğinde veya içinde bulunulan koşullar itibarıyla bilemeyeceği durumlarda, bunu ileri sürebilecektir<sup>1432</sup>.

İngiliz hukuku, üçüncü kişi ile temsilci arasında yapılan sözleşmeden sadece temsilcinin sorumlu olacağına ilişkin açık veya örtülü bir anlaşma olmadığı sürece, üçüncü kişinin temsil olunanı dava edebileceğini öngörmektedir. Bu yönde bir anlaşma olmadığında, temsil olunanın varlığını öğrenen üçüncü kişinin, temsilciye veya temsil olunana karşı talepte bulunması konusunda seçim hakkı söz konusudur. Üçüncü kişi, temsilciden veya temsil olunanından edimin yerine getirilmesini talep edebilir. Ancak seçim hakkını kullanan üçüncü kişi, kararından dönemez ve diğerine yönelemez<sup>1433</sup>. Seçim hakkı kullanıldığında bu kesin olacak ve sadece tercih edilen taraf ile ilişkiye girilecektir<sup>1434</sup>.

Temsil olunan, üçüncü kişiye verilmek üzere satış sözleşmesinde kararlaştırılan semeni temsilciye ödediği halde, temsilci bunu üçüncü kişiye vermediğinde, ikinci bir ödemeye karşı karşıya kalabilir<sup>1435</sup>. Temsil olunan, temsilci ile olan ilişkisinden doğan itirazları ve savunmaları üçüncü kişiye karşı ileri süremez. Bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Bu olanağın öngörülmesi, tehlikenin üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi anlamına gelir. Bir temsilciyi seçen ve hareket alanını genişleten temsil olunanın, bu tehlikeyi taşımasının isabetli olacağı kabul edilir. Böylece temsil olunanın seçtiği temsilcinin, sözleşmeye aykırı bir şekilde semeni kendi amaçları doğrultusunda

<sup>1430</sup> Said v. Butt [1920] 3 K.B. 497; Dyster v. Randall & Sons [1926] Ch. 932; Nash v. Dix [1898] 78 L.T. 445.

<sup>1431</sup> BOWSTEAD/REYNOLDS, s. 432-433; Browning v. Provincial Insurance Co. of Canada [1873] L.R. 5 P.C. 263, 272-273. Temsil olunan, üçüncü kişinin temsilciden olan alacağını takas etmesine karşı çıkamaz. Bu konuda bkz. Montagu v. Forwood [1893] 2 Q.B 350, 355-356.

<sup>1432</sup> TREİTEL, s. 633; KÖTZ, s. 366.

<sup>1433</sup> FRİDMAN, s. 267. Chestertons v. Barone (1987) 1 E.G.L.R. 15, 17; United Australia Ltd v. Barclays Bank Ltd (1941) A.C 1, 30.

<sup>1434</sup> Üçüncü kişinin seçim hakkını kullandığı anı belirlemek her zaman kolay değildir. Bu konuda bkz. Clarkson Booker Ltd. v. Andjel [1964] 2 Q.B 775; TREİTEL/PEEL, n. 16-075.

<sup>1435</sup> Temsil olunan, temsilcisine karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen, üçüncü kişiye karşı borçlu olmaya devam eder. Bu konuda bkz. Irvine v. Watson [1880] 5 Q.B.D 414; Boyter v. Thomson [1995] 2 A.C. 628.



kullanmasının tehlikesi temsil olunana yüklenir<sup>1436</sup>. Diğer yandan temsilcinin, temsil olunandan olan alacağı miktarınca, onun için elde ettiği değerler üzerinde hapis hakkının bulunduğu sonucuna varılmaktadır<sup>1437</sup>.

### III. DEĞERLENDİRME

Doğrudan ve açık temsilcinin yaptığı işlemler etkileri bakımından ortak özellikler gösterir. Doğrudan ve açık temsil kapsamında gerçekleştirilen işlemin bütün hükümleri kendiliğinden temsil olunanın hukuk alanında meydana gelir. Dolaylı ve gizli temsil kapsamında yapılan bir işlemin doğurduğu sonuçlar ile ilgili olarak ise değişik yaklaşımlar söz konusudur. Bu temsil türünde öngörülen koşullar altında yapılan işlemlerde temsilci ile üçüncü kişinin birbirleriyle bağlı olacağı kuralı bütün hukuk sistemlerinde benimsenmekle birlikte, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisi konusunda farklar göze çarpmaktadır.

Dolaylı temsil işlemi temsil olunanın hesabına yapıldığından, temsil olunan, temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye ekonomik anlamda yakın bir şekilde bağlıdır. Ele aldığımız hukuk düzenleri, temsil olunanın bu ekonomik bağıni değişik ölçülerde gözetir. Konvansiyon ve ASHİ, üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasındaki sözleşmede temsil olunanın yakın katılımının olduğu gerçeğinden hareketle, dolaylı temsile dengeli bir bakış ile yaklaşmaktadır. Diğer hukuk belgeleri ise gizli ve dolaylı temsilde temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkileri önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Ulusal hukuk düzenlerinden sadece Hollanda Medeni Kanunu, dolaylı temsilci ile üçüncü kişinin dolaylı temsil kapsamında yaptıkları işleme temsil olunanın katılımını belli bir açıklıkta düzenler. İngiliz gizli temsil doktrininde ise ayrı bir koşul aranmaksızın temsil olunanın üçüncü kişiyi dava edebileceği, üçüncü kişinin de aksi kararlaştırılmadığı sürece temsil olunanı veya temsilciyi dava etmekte seçimlik hakka sahip olduğu kabul edilir. Alman hukuku dolaylı temsilde üçüncü kişi ile temsil olunan arasında katı bir ayırım öngörmesine ve dolaylı temsili genel anlamda reddetmesine rağmen, dolaylı temsil kapsamında yapılan işlemde temsil olunanın ekonomik ilişkisini değişik şekillerde gözetmektedir. Bu hukuk düzeninde geleceğe ilişkin alacakların

<sup>1436</sup> POWELL, s. 171-172; STOLJAR, s. 215-216.

<sup>1437</sup> MÜLLER-FREIENFELS (Die Stellvertretung), s. 146.

devrinde ve üçüncü kişinin zararının tazmininde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin olduğu sonucuna varılır. Keza Ticaret Kanununda yer alan komisyon ve nakliye işleminde temsil olunanın ekonomik katılımı hüküm altına alınmaktadır. Hukuk sistemimiz ise dolaylı temsilin sonuçlarını açıkça düzenlemez. Ancak dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşmeye temsil olunanın katılımını içeren hükümler mevcuttur. Bu konuda BK. m. 509 önemli bir yer işgal eder. Dolaylı temsilciye karşı olan borçlarını ifa eden temsil olunan, hesabına kazanılan alacakları ayrı bir temlik beyanına ihtiyaç duymadan doğrudan devralabilecektir. Böylece hükümde öngörülen koşulların yerine getirilmesiyle, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişki kurulur. Temsilci, kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı işlemlerden doğan borçlardan kişisel olarak sorumlu olmakla birlikte, temsilcinin yüklendiği bu borçlardan kurtarılması gerekir. Ancak üçüncü kişi, iradesi dışında karşı sözleşeni olan borçlu temsilcinin yerine bir başkasının taraf konuma gelmesini kural olarak kabul etmek zorunda değildir. Sıfatını ve durumunu dikkate alarak sözleşme ilişkisine girdiği karşı tarafın yerine sonradan bir başkasının kurulan ilişkiye dahil olması nedeniyle üçüncü kişinin konumunun kötüleşmemesini bekleme hakkının korunması gerekir. Böylece temsilcinin, dolaylı temsil kapsamında yaptığı işlemde doğan borçların temsil olunan tarafından üstlenilmesi, alacaklı üçüncü kişinin muvafakatine bağlıdır. Bununla birlikte borçların temsil olunan tarafından üçüncü kişiye doğrudan yerine getirilmesi de mümkündür. Bu konuda BK. m. 83'ün öngördüğü koşullar dikkate alınır. Temsil olunan, hükümde öngörülen koşullar altında alacaklı üçüncü kişiye bizzat ifade bulunabilir. Temsilcinin dolaylı temsil kapsamında temsil olunan hesabına yaptığı tasarruf işlemleri de belli koşullar altında temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin kurulmasına yol açmaktadır. Bu konuda BK. m. 509 f. 3 açık bir düzenleme öngörür. Temsil olunan, temsilcinin dolaylı temsil kapsamında hesabına kazandığı menkul malın doğrudan maliki olur. Keza temsilcinin dolaylı temsil kapsamında temsil olunana ait bazı varlıklar üzerinde yaptığı tasarruf işlemleri temsil olunanın malvarlığına doğrudan etkisi olmaktadır. Böylece hukuk düzenimizde borçlandırııcı işlemler ve tasarruf işlemleri alanında dolaylı temsil kapsamında birbirleriyle doğrudan işlem yapmayan taraflar arasında belli ilişkilerin meydana gelebileceği sonucuna varılabilir. Doğrudan temsilde ayrı bir unsur gerekli olmadan temsil olunan ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Oysa bu

ilişki dolaylı temsilde bir istisna görünümündedir. Belli koşullar oluştuğunda, dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan dolaylı temsil işlemi, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişkiler meydana getirir.

Konvansiyon'da, ASHİ'de ve Hollanda hukukunda, ekonomik karşıtların birbirlerine doğrudan yönelme iradelerini karşı tarafa bildirmek zorunda olduklarına ilişkin olarak öngörülen kural yerinde bir düzenlemedir. Bu bildirim belirginliğe imkân vermekte, hukuki işleme katılan tüm ilgililerin sürecin ilerleyişi hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlamaktadır. Bildirimin alınmasından sonra tarafların dolaylı temsilciye yapacakları ifa etkili olmaz. Dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşme, üçüncü kişi ile temsilci arasında kurulur. Bu anlamda üçüncü kişinin, sözleşmenin karşı tarafı olan temsilciye borçlarını yerine getirerek, sorumluluktan kurtulacağına ilişkin haklı bir beklentisi mevcuttur. Ancak temsilciye ifa, üçüncü kişi bakımından aynı zamanda bir yükümlülüktür. Dolaylı temsilci, borcun yerine getirilmemesi durumunda, dolaylı temsilin üçüncü kişi ve temsilci arasında sözleşmesel bir bağ meydana getirdiğinden hareketle, üçüncü kişiyi sözleşme gereğince zorlama hakkına sahip olacaktır. Bu sonuç, temsil olunanın bakış açısından da isabetlidir. Dolaylı temsilci sıfatı ile hareket etmesi için bir kimseyi tayin eden bizzat temsil olunandır. Temsil olunan, üçüncü kişinin temsilciye karşı borçlarını yerine getirerek sorumluluktan kurtulabilmesi, temsilcinin de üçüncü kişiden aldıklarını temsil olunana aktarmaması tehlikesini önlemek istiyorsa, dolaylı temsil yerine doğrudan temsil kurumuna müracaat edebilir. Doğrudan temsilde, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında bir sözleşmesel ilişki doğar. Üçüncü kişi ilke olarak sadece karşı sözleşeni olan temsil olunana borçlarını yerine getirerek sorumluluktan kurtulabilir. Temsil olunan, dolaylı temsil yolunu tercih ettiğinde, temsilcinin bildirimden önce üçüncü kişiden aldığı ödemeyi kendisine aktarmaması tehlikesini üstlenmelidir. Bu durum, tarafların menfaatleri açısından makul bir sonuçtur. Buna karşılık yazılı bildirimin ulaşmasından sonra temsilci ve üçüncü kişi, temsil olunanın doğrudan dava hakkını kullanma iradesinde olduğunu bilmektedir. Üçüncü kişinin, karşı sözleşenine borçlarını yerine getirerek sorumluluktan kurtulacağını haklı olarak bekleyebileceği argümanı, bildirim nedeniyle artık geçerli değildir. Temsilcinin üçüncü kişiyi dava edebileceği iddiası, bildirimin kendisine ulaşmasından ötürü ileri sürülemez. Üçüncü kişi ve temsilci, temsil olunanın ödemeyi doğrudan elde etmedeki

haklı menfaatini dikkate almak zorundadır. Üçüncü kişinin bildirimine rağmen dolaylı temsilciye ifada bulunması, sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde üçüncü kişinin bildiriminden önce temsil olunanın temsilciye borcunu yerine getirmesi, temsil olunanı sorumluluktan kurtarır. Dolaylı temsilde temsilci, temsil olunanın karşı sözleşenidir. Bu anlamda temsil olunanın, borçlarını temsilciye yerine getirerek sorumluluktan kurtulmaya ilişkin haklı bir beklentisi söz konusudur. Ancak temsilciye ifada bulunulması, temsil olunan açısından aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu sonuç, üçüncü kişinin bakış açısından da yerindedir. Üçüncü kişi, temsilci ile bir sözleşme yapmıştır. Sözleşme ilişkisine giren tarafların, sözleşmeden beklenen sonuçları elde edememeleri tehlikesi her zaman mevcuttur. Bu anlamda diğer tarafın iflas etmesi ihtimali söz konusudur. Üçüncü kişi, bu tehlikeden kaçınmak istiyorsa, kredili satış yapmaması, satış bedelinin ödenmesi karşılığında teslimat yapması tavsiye edilebilir. Üçüncü kişi, kredili satış yapmaya karar verirse, bir teminat verilmesini talep etmelidir. Ancak bildirimden sonra temsilciye ifada bulunan temsil olunanın sorumluluğu ortadan kalkmaz. Bu durum, tüm ilgililerin konumları açısından uygundur. Bildirim sonucunda temsil olunan ve temsilci, üçüncü kişinin doğrudan yönelme isteğini öğrenmektedir. Temsil olunanın, temsilciye borçlarını yerine getirerek sorumluluktan kurtulacağını haklı olarak bekleyebileceği argümanı, bildirim nedeniyle artık geçerli değildir. Temsilcinin, temsil olunanı dava edebileceği görüşü de, bildirimin kendisine ulaşmasından dolayı ileri sürülemez. Temsil olunan ve temsilci, üçüncü kişinin ödemeyi doğrudan elde etmedeki haklı menfaatini gözetmek zorundadır.

Ekonomik karşıtların birbirlerini doğrudan dava etmeleri, karşı tarafın kimlik bilgilerinin bilinmesine bağlıdır. Bu konuda zikrettiğimiz üç hukuk sistemi önemli kurallara yer vermektedir. Dolaylı temsilci, koşulların varlığında ekonomik karşıtların talebi üzerine, diğer tarafın kimlik bilgilerini bildirmek zorundadır. Hukuk düzenimizde de olası sorunların ortadan kaldırılması bakımından benzer bir çözüm yolunu takip edebiliriz. Nitekim dolaylı temsilcinin BK. m. 508 gereğince hesap verme borcu kapsamında üçüncü kişinin kimlik bilgilerini temsil olunana bildirmek yükümlülüğünde olduğunu tespit edebiliriz. Böylece temsil olunan, kanuni temlik koşullarının gerçekleşmesi halinde, BK. m. 509 uyarınca üçüncü kişiyi doğrudan dava edebilecektir. Hesap verme borcu, bir yapma borcu niteliği taşıdığından, bu borcu temsilci dışında

başkasının yerine getirmesi olanağı bulunmuyorsa; temsilciyi bu borcu yerine getirmeye mahkûm eden bir ilam alan temsil olunan, haklı bir özrü olmaksızın ilama uymaktan kaçınması nedeniyle temsilciyi icra ceza mahkemesine şikâyet ederek, onu İİK. m. 343 gereğince üç aya kadar tazyik hapsine mahkûm edebilir.

Ele aldığımız hukuk sistemlerinde, dolaylı temsil hükümleri kapsamında ilişkiye girmemiş olan tarafların belli koşullar altında birbirlerine yönelmeleri halinde, konumlarının kötüleşmemesi gerektiği kabul edilir. Temsil olunan ve üçüncü kişi, ileri sürebilecekleri savunmaların saklı kalması kaydıyla, birbirlerini doğrudan dava edebilir. Nitekim temsil olunan, BK. m. 509 uyarınca kanuni temlik kapsamında üçüncü kişiye yöneldiğinde, üçüncü kişi, karşı sözleşeni olan temsilciye karşı ileri sürebileceği savunmaları temsil olunana karşı kullanabilecektir. Üçüncü kişinin pozisyonu Alman MK. m. 404 ve Hollanda MK. m. 6:145 gereğince de temsil olunana karşı korunmaktadır. Temsilci ile hukuki ilişki içerisinde olan üçüncü kişinin, karşı sözleşenine yönelik olarak kullanabileceği tüm savunmaları temsil olunana karşı ileri sürerek, konumunun korunmasını bekleme hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu sonuç, temsil olunanın bakış açısından da dayanıklıdır. Dolaylı temsilci sıfatı ile hareket etmesi için bir kimseyi tayin eden bizzat temsil olunandır. Temsil olunan, üçüncü kişinin temsilciye karşı olan savunmalarını kendisine karşı ileri sürmesini önlemek istiyorsa, dolaylı temsil yerine doğrudan temsil kurumuna müracaat edebilir. Dolaylı temsil yolunu tercih eden temsil olunan, üçüncü kişinin temsilciye karşı ileri sürebileceği savunmaları kendisine karşı kullanması tehlikesini üstlenmelidir. Temsil olunan, temsilciye karşı ileri sürülebilecek savunmaların kendisine karşı kullanılmasından kaynaklanan tehlikeyi güvence altına alacak girişimlerde bulunması gerekir. Üçüncü kişinin belli koşullarda temsil olunana doğrudan yönelebildiği sistemlerde; temsil olunan, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaları ona karşı kullanabilecektir. Bu durum üçüncü kişinin haklarının, karşı sözleşeni ile olan ilişkisinden kaynaklandığı gerçeğinin bir karşılığıdır. Öngörülen düzenlemeler yerindedir. Zira üçüncü kişi, karşı sözleşeni olan temsilciye yöneldiğinde, aynı savunmalar kendisine karşı ileri sürülecekti. Üçüncü kişinin, temsilci yerine temsil olunana yönelmesinden ötürü, üçüncü kişinin daha elverişli bir konuma getirilmesini gerektiren bir neden yoktur. ASHİ’de, Konvansiyon’da ve Hollanda Medeni

Kanunu'nda temsil olunan, temsilciye karşı ileri sürebileceği tüm savunmaları üçüncü kişiye karşı kullanabilir. Bu durum üçüncü kişinin, temsilciye karşı ileri sürebileceği tüm savunmaları, temsil olunana karşı kullanabilmesinin yansımasıdır. Dolaylı temsil ilişkisinde temsil olunanın karşı sözleşeni temsilci olduğundan, temsil olunanın temsilciye karşı ileri sürebileceği savunmaları, üçüncü kişiye karşı da kullanabileceğine ilişkin haklı beklentisinin korunması gerekir. Zira temsilci, dolaylı temsil ilişkisi kapsamında taleplerini temsil olunana yönelttiğinde, temsil olunan tüm savunmalarını ona karşı ileri sürebilecektir. Böylece temsil olunanın, kendisine temsilci yerine bir üçüncü kişinin yönelmesi nedeniyle daha kötü bir konuma düşmesi engellenir. Diğer taraftan ekonomik karşıtların birbirlerine doğrudan yönelmelerini sınırlayacak tedbirlerin öngörüldüğünü belirtmemiz gerekir. Öncelikle dolaylı temsil ilişkisinin tarafları olan dolaylı temsilci ile üçüncü kişi, ekonomik karşıtların birbirlerine yönelemeyeceklerini kararlaştırmaları mümkündür. Bu anlamda hukuk sistemlerinde kabul edilen kuralın, emredici nitelikte olmadığını vurgulamamız gerekir. Ancak Konvansiyon'un 13. maddesinin 7. fıkrasında öngörülen düzenleme, sorunlu alanlar içermektedir. Zira dolaylı temsilcinin, temsil olunanın talimatı olmadan üçüncü kişi ile yaptığı anlaşmanın daha sonra itiraza konu olması nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, sözleşme özgürlüğüne ve üçüncü kişinin haklı menfaatlerine aykırıdır. Sözleşme içeriğinin temsil olunanın beklentilerine karşılık vermemesinin tehlikesini, dolaylı temsilci tayin eden temsil olunan taşımalıdır. Tarafların kimliklerine bağlı olarak doğrudan yönelmeyi sınırlandıran sonuçlara da ulaşılabilecektir. Nitekim Konvansiyon'un 13. maddesinin 6. fıkrası, temsil olunanın kimliğine bağlı olarak doğrudan yönelmeyi etkisiz kılan bir düzenleme öngörmektedir. Üçüncü kişi, temsil olunanın kimliğini bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı anlaşılıyorsa; temsil olunan, hesabına kazanılan hakları üçüncü kişiye karşı kullanamaz. İngiliz hukuku, gizli temsil doktrininde üçüncü kişinin menfaatlerini geniş bir yelpazede koruyan önlemler geliştirmiştir. ASHİ ise temsile ilişkin hükümlerde tarafların kimliklerine bağlı olarak birbirlerine doğrudan yönelmelerini sınırlandıran bir kural öngörmez. Ancak iyi niyet ve dürüst işlem yapma (AHSİ m.1:201), esaslı yanıltma (AHSİ m. 4:103) ve aldatma (ASHİ m. 4:107) ile ilgili genel hükümler ışığında önemli sonuçlara varılacaktır. Böylece temsil olunanın, sözleşmenin yapılması zamanında üçüncü kişinin kendisi ile işlem yapmak istemediğini veya sadece temsilci ile işlem yapmak istediğini bildiği veya

bilmesi gerektiği örtülü dolaylı temsil durumlarında, doğrudan yönelme olanağı iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesinin ihlali nedeniyle söz konusu olamaz. Bir kimsenin, tarif ettiğimiz koşullarda, bir başkasını kendisiyle örtülü dolaylı temsilci aracılığı ile işlem yapmaya zorlaması kabul edilemez. Temsilcinin, üçüncü kişinin sadece kendisi ile işlem yapmak istediğini veya temsil olunan ile işlem yapmak istemediğini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde, üçüncü kişiyi iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesine aykırı olarak yanılgıda bırakmasının, esaslı yanılmaya ilişkin ASHİ m. 4:103(1)(a)(ii) ve (b) kapsamında olduğu ifade edilebilir. Böylece sözleşmenin ASHİ m. 4.115 uyarınca, ex tunc etkili olarak iptali gündeme gelir. Keza temsilcinin, üçüncü kişinin sadece kendisi ile işlem yapmak istediğini veya temsil olunan ile işlem yapmak istemediğini bilmesine rağmen, sözleşmeyi dolaylı temsilci sıfatı ile yaptığını kasıtlı olarak belirtmemesinin aldatmaya ilişkin ASHİ m. 4.107'yi etkin kılacağını savunmak mümkündür. Temsilci bu gerçeği saklayarak, iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesine ters düşecek şekilde hareket etmiştir. Sözleşmenin iptali, temsil olunanın doğrudan yönelmesi olanağını sınırlar. Üçüncü kişi, temsilcinin kasıtlı yanlış beyanlarının veya davranışlarının etkisi ile sözleşmeyi yapmışsa, aldatmaya ilişkin ASHİ m. 4.107'ye dayanarak sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir. Zikredilen koşullar kapsamında iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesine, esaslı yanılmaya veya aldatmaya ilişkin hükümlere dayanarak, temsil olunanın doğrudan üçüncü kişiye yönelmesine engel olunması veya sözleşmenin geriye etkili olarak iptal edilmesi halinde, üçüncü kişinin de temsil olunana doğrudan yönelmesi olanağı ortadan kalkacaktır. Aksi yönde bir değerlendirme, çelişkili davranış yasağının ihlali veya iptal edilen bir sözleşmenin geriye etkili hale gelmesi anlamını taşır. Türk ve İsviçre hukuk sisteminde benzer sonuçlara ulaşılır. Üçüncü kişinin, işlem yaptığı karşı sözleşmenin bir dolaylı temsil olunan hesabına hareket ettiğini öğrenmesi, genel olarak saikte yanılma teşkil eder. Saikte yanılma ise esaslı bir yanılma sayılmaz. Ancak BK. m. 31 ve BK. m. 32 gereğince; yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması, bunun iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması ve bu durumun karşı tarafça bilinebilir olması halinde, yanılma esaslı sayılır. Esaslı yanılan üçüncü kişi, BK. m. 30 uyarınca sözleşme ile bağlı olmaz. Dolaylı temsilci bir başkasının hesabına hareket etmesine rağmen, işlemi kendi hesabına yaptığını bildirmesi veya içinde bulunulan koşullarda hesabına hareket ettiği temsil olunanı karşı tarafa bildirmesi gerekirken, bunu yapmadığında; bu hususlar da üçüncü

kişinin temsil olunanın kimliğini bilmesi halinde, onunla hukuki işlem yapmayacağı durumlara ilişkin olduğunda, temsilcinin davranışı BK. m. 36 kapsamında aldatma teşkil eder. Aynı şekilde üçüncü kişi, temsil olunanın aldatması sonucunda dolaylı temsilci ile sözleşme yaptığı ve dolaylı temsilci sözleşmenin yapılması zamanında aldatmayı bildiğinde veya bilecek durumda olduğunda, BK. m. 36 f. 2 gereğince sözleşme ile bağlı olmaz.

İngiliz hukuku, gizli temsil doktrininde ayrı bir koşul olmaksızın temsil olunanın üçüncü kişiyi doğrudan dava edebileceğini benimsemektedir. Bu durumda üçüncü kişinin zararının tazmini sorunundan bahsedilemez. Hollanda Medeni Kanunu ise m. 7: 419'da öngördüğü düzenleme ile üçüncü bir kişinin (temsil olunanın) zararının tazminini etkili bir şekilde çözüme kavuşturmaktadır. Bu konuda Alman ve Türk-İsviçre hukukunda açık bir kurala rastlanmaz. Ancak bu hukuk düzenlerinde de dolaylı temsil kapsamında yapılan bir hukuki işlemde doğan borçların üçüncü kişi tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle temsil olunanın uğradığı zararların dolaylı temsilci tarafından ileri sürülebileceği kabul edilir. Ulaşılan bu sonuç, dolaylı temsil ilişkisinde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişkinin oluşmadığı yönünde benimsenen yaklaşımın geçerli olmadığını göstermektedir. Zira üçüncü kişi, dolaylı temsilin dış ilişkisinde sözleşmenin hükümlerine aykırı davrandığında, onun karşı sözleşeni dolaylı temsilci olmasına karşılık, dolaylı temsilcinin iç ilişki gereğince hesabına hareket ettiği dolaylı temsil olunanın zararlarını karşılamak zorundadır. Bu durum dolaylı temsilin hukuki niteliği bakımından uygun bir sonuçtur. Ancak dolaylı temsili bağımsız bir temsil türü olarak düzenleyen ASHİ'de ve dolaylı temsili genel olarak tanıyan Konvansiyon'da üçüncü bir kişinin (temsil olunanın) zararının tazmini konusunun işlenmemesi önemli bir eksikliktir.



## SONUÇ

Çalışmamızda uyumlaştırma faaliyetleri çerçevesinde oluşturulan uluslararası hukuk belgelerinde temsil hükümlerine bağlanan sonuçları ulusal hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak inceledik. İncelenen sistemler farklı tarihsel köklere dayandıklarından, temsile ilişkin düzenlemelerin çıkış noktalarında değişik yaklaşımlar sergilenmektedir. Ancak varılan sonuçların önemli ölçüde birbirlerine yakın olduğunu, belli alanlarda temel farkların bulunduğunu görmekteyiz. Bu araştırma yapılırken civil law ile common law geleneğinin temsil kavramına yansımaları da dikkate aldık. Çalışmamızın sonunda birbirinden çok farklı görünen bu iki önemli hukuk düzeninin temsile bağladıkları sonuçların uluslararası belgelerde yan yana geldiğini ve temsil hükümleri kapsamında aralarında köprü kurduğunu gördük. ASHİ'nin temsil hükümlerinde yer alan görünen yetkiye ilişkin düzenleme civil law sistemine dayanırken, dolaylı temsile ilişkin hükümler common law sisteminden etkilenmiştir. Böylece iki temel hukuk sisteminin birbirlerine etkilerinden hareket edildiğinde, ulusal nitelikteki hukuk sınırlarının belirsizleştiğini ve bunun hukuk uygulamaları üzerinden gerçekleştiğini ifade edebiliriz.

Uluslararası bir hukuk metni, sistematik ikna edici çözümler sunmalıdır. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler ve Uluslararası Mal Satımlarında Temsile İlişkin Konvansiyon uzun yıllara yayılan titiz çalışmalar sonucunda oluşturulan, sistemlerinde yapısal tutarlılığı barındıran öz kurallar öngörmektedir. Değişen koşullara, karmaşık uyuşmazlıklara ve tarafların çıkarlarına uyum sağlayan düzenlemeler, bu uluslararası metinlerin ikna kabiliyetini arttırmaktadır. Uluslararası belgeler, civil law ile common law sistemlerinde mevcut temsil yaklaşımlarındaki farklılıkların üstesinden gelinmesinde başarılı birer çalışma olarak kabul edilebilir. ASHİ, sınırlar ötesi ve merkezi nitelik taşımayan yapısı ile uygulamada yaygınlık kazanmasını içinde barındırdığı ikna gücüne dayandıran, aşağıdan yukarıya norm oluşturmanın avantajlarını gösteren etkili bir hukuk eseridir. Karşılaştırmalı hukuk temeline dayanan eser, gelecekte gerçekleştirilecek projelere örnek olacaktır. UTİİ'de öngörülen kurallar, her ticari sözleşmenin özel koşullarına ve tarafların değişen çıkarlarına uyarlanabilecek tarzda esnek olarak hazırlanmıştır. Bu esneklik, İlkeler'in

uluslararası ticaret alanındaki değişikliklere uyumunu sağlamaktadır. UTŚİ, uluslararası ticari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde öngörülebilir, adil ve yeknesak sonuçlara ulaşılmasına katkı sunmaktadır. Uluslararası hukuk sahnesine yeni bir perspektif sunan İlkeler'in etkinliği ve etkileri, özel hukukun uyumlaştırılması çalışmalarında ulaşılan seviyeyi göstermesi bakımından önemlidir. Böylece ASHİ ve UTŚİ, ulusal hukuk reformlarında ve mahkeme kararlarının oluşturulmasında etkili bir dayanak teşkil edebilecektir. Konvansiyon ise münhasıran konu alanındaki eksiklikleri nedeniyle büyük bir kabul görmemesine ve henüz yürürlüğe girmemesine rağmen, uluslararası hukuk belgelerine ve Hollanda Hukukuna esin kaynağı teşkil etmiştir. Oysa AÖH, kısa bir süre içerisinde birçok grubun katılımı ile geniş bir alana yayılan değişik konuları içeren bir belge niteliğinde hazırlandığından, düzenlemeler yeterince tartışılmadan ve ortak bir hukuki kanaat oluşmadan kurgulanmıştır. Uyumlaştırma çalışmaları AÖH ile birlikte ilk defa farklı bir boyutta ele alınmıştır. Diğer uluslararası uyumlaştırma metinleri belli bir alana yoğunlaştığı halde, belgede borçlar hukukunun geneline ve eşya hukukuna yaklaşan bir düzenleme öngörülmektedir. Bu bütüncül yaklaşım yapısal eksiklikleri, kavramsal tutarsızlıkları ve hukuki belirsizlikleri beraberinde getirmiştir. Belgenin açık ve öz bir sistem görüntüsünden uzak oluşu, farklı uyuşmazlıklara uygulanabilirliğini azaltmaktadır. Avrupa'daki 27 özel hukuk düzeninin taranmış olması, metnin bilimsel kalitesini arttırmamaktadır. Zira etkili bir karşılaştırmalı hukuk çalışması, var olan kuralların tespitinden ve yığın halinde aktarılmasından ibaret değildir. Bu anlamda AÖH sadece sınırlı bir toolbox işlevini yerine getirebilecektir. Ancak Avrupa Birliği sınırları içerisinde gelecekte gerçekleştirilecek uyumlaştırma projelerinde özel hukuka ilişkin alanların genişletilmesi hedefinin devam edeceği izlenimini elde etmekteyiz. AÖH, bu konuda atılan bir adım niteliğindedir.

İncelediğimiz sistemlerde öngörülen temsil hükümlerinin konu bakımından uygulanma amaçları temelde benzer noktalarda yoğunlaşmaktadır. Sözleşme kavramını öne çıkaran düzenlemeler hukuki işlemleri dışlamamakta, temsile ilişkin hükümlerin açık göndermesi ile veya kıyasen hukuki işlemlerde uygulanmasını desteklemektedir. Aynı durum hukuki işlem kavramına yer veren ulusal hukuk düzenlerinde geçerlidir. Metinlerde hukuk tekniği açısından sözleşmelerden daha geniş bir anlam taşıyan hukuki

işlem kavramına yer verilmesi, temsilin uygulama alanının sınırlandırıldığı görüntüsünün ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacaktır.

Temsil kurumu kaynağı bakımından iradi ve kanuni temsil tasnifine tabi tutulmaktadır. AÖH dışındaki uluslararası belgeler temsil olunanın iradesine dayalı temsili ele alır. Alman ve Hollanda hukuk sistemleri, kanuna dayanan yetki ile hukuki işleme dayanan yetkiye aynı kuralları uygulamaktadır. Hukuk sistemimiz ise temsil olunanın iradesine dayanan temsilin, başka bir kaynağa dayalı temsilden ayrıldığını kabul eder. Kanuni temsil ilişkilerinde özel hükümlere öncelik tanınır. Ancak iradeye dayalı temsili esas alan sistemler, iradi temsil ile kanuni temsilin ortak bazı özelliklerini dikkate alarak, genel hükümlerin uygun olduğu ölçüde kıyasen kanuni temsilde de uygulanacağını isabetli olarak öngörmektedir.

Kıta Avrupa hukuk sistemleri temsil kurumunu etkileri bakımından doğrudan ve dolaylı temsil ayırımı içerisinde ele alır. Bu konuda temsilcinin kendi adına veya başkası adına hareket etmesinde keskin bir ayırım yapılmaktadır. Temsil olgusunun sadece başkası adına işlem yapılması halinde gerçekleştiği, sözleşmenin bir temsil olunan ile kurulduğunu üçüncü kişinin bildiği veya bilmesinin mümkün olduğu haller temsil kavramı içerisinde kabul edilir. Bir kimsenin temsil olunan tarafından yetkilendirilmesi, işlemin temsil olunan hesabına yapılması, hakların ve borçların temsil olunana geçmesi durumunda dahi, işlemin o kimse tarafından kendi adına yapılması halinde ortada bir temsilin olmadığı ileri sürülmektedir. Başkası adına ve hesabına hareket edilmesi ile kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket edilmesi arasında yapılan sert ayırımın yerindeliği şüphelidir. Çalışmamızda bu keskin ayırımın tam anlamıyla sağlanamadığını tespit ettik. Zira her iki temsil türünde temsil olunanın hesabına ve talimatlarına göre hareket edilmektedir. Bir kimsenin kendi adına işlem yaptığı durumlarda da hesabına işlem yapılana yönelik hukuki sonuçlar doğmaktadır. Her iki temsil türü temelde aynı ekonomik işlevi görmekte, taraflar aynı ekonomik hedefe yönelmektedir. Nitekim hukuk düzenlerinde önem atfedilen açıklama ilkesine rağmen, temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmesine değişik hukuki sonuçlar bağlanır. Açıklama ilkesinin ihlal edildiği birçok durumda tarafların menfaatleri gözetilerek, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hukuki ilişkinin

kurulmasına cevaz verilmektedir. Temsil kavramına egemen olan dar ve tek yönlü yaklaşım özel hukukun modern kodifikasyonlarına yansımıştır. Hukuk düzenleri sadece doğrudan temsile ilişkin pozitif hükümler öngörürken, dolaylı temsile ilişkin bağımsız düzenlemelere yer vermemektedir. Bu yaklaşım tarzı Borçlar Kanunumuzun sistematığına yansımıştır. Oysa günümüzde doğrudan temsilin ulaştığı düzeye rağmen, dolaylı temsil uygulamada önemini korumakta ve etkin bir şekilde tercih edilmektedir. Ancak Türk-İsviçre ve Hollanda hukuku, dağınık bir şekilde de olsa dolaylı temsilin esasını teşkil eden temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmesi ile ilgili önemli hükümlere yer vermekte, bir temsilcinin dolaylı temsil kapsamında üçüncü kişiyle yaptığı işlemde temsil olunanın sözleşmesel katılımını gözeten bir yaklaşım benimsemektedir. Alman Medeni Kanunu ise dolaylı temsili reddetmekte, temsil olgusu kapsamında sadece doğrudan temsili kabul etmektedir. Kıta Avrupa hukukuna hâkim olan bu sınırlandırma common law sistemine yabancıdır. Bu hukuk sistemi; temsilci, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki tüm hukuki ilişkileri, “law of agency” başlığı altında ele alır. İngiliz hukukunda geçerli olan temsil yaklaşımı diğer sistemlere nazaran daha kapsamlı ve esnek bir uygulama alanı oluşturur. Temsilcinin başkası için hareket ettiğinin açık olduğu durumlar ile üçüncü kişinin temsil ilişkisini bilmediği veya bilemeyeceği hallerin farklı menfaatleri ilgilendirdiği ve bu süreçlerin sonuçlarının değişkenlik göstermesi gerektiği kabul edilmesine rağmen, her iki temsil şeklinin kaynağının aynı olduğu, başkasının hesabına işlem yapma amacına yönelik bir ilişki oluşturulduğu sonucuna varılmaktadır. Bu anlamda kıta Avrupa hukuk sistemlerinden farklı olarak bu hukuk düzeninde açıklama ilkesi belirleyici bir unsur değildir. Böylece İngiliz hukuku bir ölçüde doğrudan ve dolaylı temsilin karşılığını oluşturan açık ve gizli temsil arasındaki bağlantıyı gözden kaçırmaz.

ASHİ’de doğrudan ve dolaylı temsilin bağımsız bir kurum olarak yan yana olması önemli bir gelişmedir. Bu kavramsal çözüm şekli, her iki temsil türünün aynı ailenin iki üyesi olduğu fikrinin kabulüne dayanır. Doğrudan ve dolaylı temsilin yan yana konumlandığı bir düzenleme, kıta Avrupa hukuk sistemlerinin temsil kurumu üzerindeki düşünme biçiminde büyük bir adım niteliğindedir. AÖH ise doğrudan ve dolaylı temsil ayırım modeline dayanmakla birlikte, ASHİ’den farklı olarak iki temsil türünü bağımsız olarak ele almaz. Bu belgede dolaylı temsile ilişkin düzenlemelerde

geleneksel yaklaşımın etkilerini görmekteyiz. Eserde doğrudan temsil ön plana çıkarılırken, dolaylı temsil genel temsil hükümlerinde detaylı bir şekilde işlenmeksizin iç ilişki kapsamında değerlendirilmektedir. Temsil olunanın dış ilişkideki ekonomik katılımı sınırlandırılmıştır. Bu anlamda belgenin temsil kurumuna olan bakışı, selefi olarak yansıtılan ASHİ'den temel çizgilerde ayrılır. Konvansiyon yeknesek bir temsil anlayışına dayanır. Ancak 12. ve 13. maddelerde yer verilen düzenlemelerin tanımı ve hukuki sonuçları doğrudan ve dolaylı temsil ile yakın bir benzerlik göstermektedir. Konvansiyon'da temsilcinin kendi adına veya temsil olunan adına hareket etmesinden bağımsız olarak aynı kuralların uygulanacağı vurgulanarak, üçüncü kişi ile temsilci arasında yapılan sözleşmede temsil olunanın ekonomik katılımı gözetilmiştir. UTSİ ise bir kimsenin kendi adına veya başkası adına işlem yapmasının kanıtlanması ve kavranması zor bir kıstas olduğundan hareketle common law sisteminin yaklaşımına benzer bir ayırım öngörmektedir. Doğrudan ve dolaylı temsil ayırımının reddedildiği bu eserde, ilham alınan common law sisteminden farklı olarak gizli temsil olgusunda üçüncü kişinin istisnai olarak temsil olunana yönelmesi dışında gizli olan bir temsil olunanın sözleşmeye müdahalesinin ticaret hayatında tarafların beklentilerini karşılamadığı gerekçesiyle üçüncü kişi ile temsil olunan arasındaki ilişkiler sınırlandırılmıştır. Sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulması anında taraf konumunda görünmeyen bir temsil olunanın sözleşmeye müdahalesinin tarafların haklı beklentileriyle çelişeceği yaklaşımı bize doğru gözükmemektedir. Zira dolaylı temsilin bağımsız bir kurum olarak ele alındığı, iki temsil türü arasında bağlantı kuran ve temsilci ile üçüncü kişi arasındaki işlemde temsil olunanın ekonomik katılımının öngörüldüğü sistemlerde tarafların haklı menfaatlerini güvence altına alan önemli tedbirlerin geliştirildiğini tespit ettik.

İncelediğimiz hukuk sistemleri doğrudan temsilde temsilcinin başkası için hareket ettiğini açıklaması ilkesinden hareket etmektedir. Bu ilkenin Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenen temsil hükümlerine egemen olduğunu görmekteyiz. Nitekim BK. m. 40 f. 1'de (İBK. m. 32 f.1) temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçlarının doğrudan doğruya o kimseyi bağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Doğrudan temsilin varlığı için aranan ikinci koşul ise temsilcinin doğrudan temsil yetkisine sahip olmasıdır. Bu koşul BK. m. 40 f. 1'de

açıkça düzenlenir. Buna göre, yetkili bir temsilci tarafından temsil olunan adına ve hesabına yapılan hukuki işlem temsil olunanı doğrudan bağlar. Böylece doğrudan temsil yetkisine sahip olan bir temsilcinin temsil olunan adına hareket ettiğini açıkladığı veya üçüncü kişinin karşı tarafın bir temsil olunan adına hareket ettiğini anladığı hallerde, doğrudan temsilin olduğu sonucuna varılır. Temsile ilişkin genel hükümler temelde doğrudan temsili düzenler. Bu konuda BK. m. 40 f. 3 (İBK. m. 32 f. 3) bir istisna teşkil etmektedir. Ancak genel hükümlerde yer alan hükümler uygun düştüğü ölçüde kıyasen dolaylı temsilde uygulama alanı bulacaktır. İngiliz hukuku ve UTSİ ise koşulları ve hukuki sonuçları bakımından doğrudan temsilin karşılığını oluşturan açık temsili benimsemektedir. Açık temsilde temsilcinin yaptığı işlemin temsil olunanın hukuki konumunu etkilemesi, temsil ilişkisinin üçüncü kişi tarafından tanınmasına bağlıdır. Bu hukuk düzenlerinde kıta Avrupa hukuk sistemlerinde geçerli olan açıklama ilkesine önem atfedilmez. Ancak başkası hesabına hareket eden temsilcinin yetkili olması gerektiği koşulu öngörülür. Böylece temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin kurulması için temsilcinin yetkisi kapsamında bir temsil olunan hesabına hareket etmesi ve üçüncü kişinin muhatap olduğu kişinin temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi yeterlidir.

Doğrudan ve açık temsil kapsamında yapılan işlemlerde temsil olunanın kimliğinin açıklanmasının zorunlu olmadığını tespit ettik. Ancak temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasının hukuki sonuçları bakımından hukuk düzenlerinin yaklaşımları değişkenlik göstermektedir. ASHİ, AÖH ve Hollanda hukuku, temsil olunanın kimliğinin açıklanmaması halinde, temsilcinin kişisel olarak bağlanacağını pozitif olarak düzenlemektedir. İngiliz hukuku temsil olunanın kimliğini açıklamayan temsilcinin kişisel olarak bağlanmayacağına yönelik bir karine kabul eder. Ancak karinenin aksi kanıtlanabilir. Alman hukukunda ise temsilcinin bir temsil olunanı belirlemek yerine sözleşmeye kendisini taraf olarak tayin edebileceği, ancak temsil olunanın tayin edilmesi yükümlülüğü yerine getirilmediğinde, yetkisiz temsil hükümleri gereğince ifadan veya olumlu zararlardan sorumluluğun gündeme geleceği kabul edilmektedir. Hukuk sistemimizde ilgili için açık işlemler doğrudan temsil kapsamında ele alındığından, temsil olunanın kimliğini açıklamayan temsilcinin yetkisiz temsil uyarınca sorumluluğuna işaret edilir. Ancak hukukumuzda temsilcinin kişisel olarak

bağlanması gerektiğine ilişkin güçlü gerekçelerin varlığına ulaştık. Bu tür işlemler temsilci ile üçüncü kişi arasında dürüstlük ilkesinden kaynaklanan bir güven ilişkisi oluşturduğundan, bu ilişki kapsamında temsilcinin temsil olunanın kimliğini açıklama yükümlülüğü söz konusudur. Bu anlamda temsilcinin güven ilkesi ışığında ikincil nitelikte taahhüdünün olduğu, uygun bir temsil olunanın tayin edilmemesi durumunda, üçüncü kişinin güven ilkesi uyarınca temsilcinin sözleşme ile kişisel olarak bağlanacağını haklı olarak bekleyeceği sonucuna varılabilir. Temsil olunanın kimliğini açıklamayan temsilcinin bu tehlikeyi üstlenmesi hakkaniyete uygundur. Temsilcinin üçüncü kişiden aldığı değerleri temsil olunana devredebilmesi ve üçüncü kişiye karşı olan borçların temsil olunan tarafından üstlenilebilmesi de bu sonucu dayanaklı kılmaktadır. Kaldı ki bu tür işlemler ile ilgili olarak BK. m. 40 vd. hükümlerinde uygulanacak açık bir düzenlemenin olmadığını, mevcut boşluğun MK. m. 1'den hareketle temsilcinin kişisel olarak bağlanmasını öngören TTK. m. 355 f. 2, TTK. m. 588 f. 3-4 ve Kooperatifler Kanunu m. 7 hükümlerine kıyasen doldurulması gerektiğini savunabiliriz. Diğer yandan Türk ve İsviçre hukuk sisteminin dahil olduğu hukuki çevre, temsil olunanın kimliğini açıklamayan temsilcinin kişisel olarak bağlanmasını desteklemektedir. Hukuk düzenimizin temsilciyi geleneksel olarak BK. m. 47 uyarınca ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutma eğilimi içerisinde olduğu dikkate alındığında ve bu çözüm üzerinde durulduğunda, temsil olunanın kimliğini açıklamamasından veya açıklayamamasından ötürü kusurlu hareket eden temsilcinin müspet zararlardan sorumlu olması isabetli olacaktır. Temsil olunan adına taahhüt edilen edimin yetkisiz temsilci tarafından BK. m. 51 f. 1 uyarınca aynen yerine getirilmesine karar verilmesi halinde varılacak sonuç, temsilcinin kişisel olarak bağlanmasını öngören bir düzenlemeye yaklaşacaktır. Üçüncü kişinin talebi üzerine temsilcinin uygun bir süre içerisinde temsil olunanın kimliğini açıklamaması halinde, onun kişisel olarak bağlanacağı, ancak koşullar oluştuğunda üçüncü kişinin irade bozukluğuna dayalı olarak sözleşmeyi geçersiz kılabileceği bir düzenlemenin öngörülmesi olası tereddütleri ortadan kaldırır. Bu konuda OR 2020 tasarısının 188. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen kural elverişli bir yaklaşım sergilemektedir.

BK. m. 40 f. 2 (İBK. m. 32 f. 2), açıklama ilkesine bir istisna öngörmektedir. Temsilcinin başkası adına ve hesabına hareket ettiği üçüncü kişi tarafından tanınmadığı,

ancak üçüncü kişi için karşı sözleşenin kim olduğunun fark etmediği hallerde doğrudan temsil etkili olur. İlgili için örtülü işlemin gündeme gelmesi, temsilcinin iradesinin bir başkası adına hareket etmesini gerektirir. Temsilcinin bu iç iradesinin objektif olarak dış dünyaya yansması gerekir. Alman hukukunda benzer bir yaklaşım olmakla birlikte, ilgili için örtülü işlem kanuni düzenlemeye yansımamıştır. Üçüncü kişi açısından karşı sözleşenin kimliği önemli olmadığında, üçüncü kişinin korunması işlevini yerine getiren açıklama ilkesinde ısrar etmenin anlamlı olmadığı kabul edilir. Kanımızca bir sözleşmenin yükümlülükleri derhal yerine getirildiğinde dahi, edimlerin ayıplı veya eksik olarak yerine getirilmesi nedeniyle o sözleşme ile ilgili hukuki sonuçların sonradan doğması mümkündür. Bu anlamda hükmün uygulanmasında ihtiyatlı bir yaklaşım sergilemek gerekir.

İncelediğimiz hukuk sistemleri, dolaylı temsilin varlığı ve unsurları konusunda değişik yaklaşımlar benimsemiştir. ASHİ, dolaylı temsili doğrudan temsilin yanında eşit düzeyde bağımsız bir niteliğe kavuşturması bakımından diğer metinlerden ayrılmaktadır. Genel hükümlerde yer alan ASHİ m. 3:102 f. 2’de bir aracının, temsil olunanın adına olmadan onun talimatları ile ve hesabına hareket etmesi veya üçüncü kişinin, aracının temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bilmemesi veya bilmesi için sebebin olmaması durumunda, dolaylı temsile ilişkin kuralların uygulanacağı öngörülür. Bu unsurlar ASHİ m. 3:301 f. 1’de de zikredilmektedir. İlkeler’deki düzenlemenin sistematigi dikkate alındığında, bu temsil türünün dolaylı temsil yetkisine sahip olan bir temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yapması şeklinde algılandığını tespit edebiliriz. Nitekim İlkeler’in uygulama alanını açıklayan 3:301. maddesinin birinci fıkrası, bölümün her iki temsil türünü kapsayacak şekilde temsilcinin veya aracının temsil ettikleri kimseyi bir sözleşme ile ilgili olarak üçüncü kişiyle bağlama yetkisini düzenlediğini ifade etmektedir. Böylece aracının dolaylı temsil hükümleri gereğince hesabına hareket ettiği temsil olunanın hukuki konumunu etkileme yetkisini taşıması gerektiği vurgulanmaktadır. AÖH da temsilcinin kendi adına ve başkası hesabına hareket etmesi için yetkilendirilmesini dolaylı temsil kapsamında değerlendirir. Ancak metnin konuya yaklaşım tarzı ASHİ’den belirgin olarak ayrılmaktadır. Bu temsil türü eserin genel hükümlerinde bağımsız ve ayrıntılı bir şekilde işlenmemekte, özellikle vekâlet sözleşmesi kısmında bir iç ilişki olarak görülmektedir.



Konvansiyon ise yeknesak bir temsil anlayışını benimsemekle birlikte, 13. maddenin içeriği benzer koşullar ve hukuki sonuçlar öngörmek suretiyle dolaylı temsilin karşılığını oluşturmaktadır. Konvansiyon'un 13. maddesinde tanımlanan sonuçların doğması, temsilcinin yetkili olmasını gerektirir. Böylece temsilcinin yetkisinin kapsamında temsil olunan hesabına hareket etmesi, üçüncü kişinin temsilcinin sıfatını bilmemesi ve bilmesinin gerekmemesi halinde, dolaylı temsil kurumuna yaklaşan bir süreç işlemektedir. UTSİ, temsilcinin yetkili bir şekilde hareket etmesi ve üçüncü kişinin muhatabının temsilci sıfatıyla işlem yaptığını bilmemesi ve bilmesinin gerekmemesi durumunda sadece temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkilerin etkileneceğini hüküm altına almaktadır. Bu anlamda gizli temsil kavramı bir ölçüde dolaylı temsilin yansımasını teşkil eder. Eserde düzenlenen gizli temsil olgusu common law sisteminden ilham almışsa da, hukuki etkileri bakımından önemli farkları barındırdığını belirledik. Alman kanun koyucusu dolaylı temsili reddettiğinden ve temsil olgusunu doğrudan temsil ile sınırlandırdığından, bu hukuk sisteminde aksi yönde düşünceler olmakla birlikte, yetki kavramı ile sadece doğrudan temsil yetkisi kastedilmektedir. İngiliz hukukunda öngörülen gizli temsil doktrininde ise temsil olunan hesabına hareket eden temsilcinin yetkili olması zorunludur. Zira yetkisiz bir şekilde yapılan işlemin sonradan onanması mümkün değildir. Temsilcinin yetkili bir şekilde temsil olunan hesabına hareket etmesi ve üçüncü kişinin karşı tarafın temsilci sıfatı ile hareket ettiğini bilmemesi ve bilmesinin mümkün olmaması, gizli temsilin belirgin unsurlarını oluşturur. Ancak İngiliz hukukunda açıklama ilkesi benimsenmediğinden, gizli temsil olunan ile üçüncü kişinin birbirlerini kural olarak koşulsuz olarak dava edebilmeleri, gizli temsil doktrinini dolaylı temsil kurumundan ayırmaktadır. Türk-İsviçre ve Hollanda hukuk sistemleri genel hükümlerde dolaylı temsile ilişkin olarak bağımsız bir düzenlemeye yer vermemelerine rağmen, bu temsil türünün unsurlarını özel hükümlerde değişik görünüm şekillerinde işlemiştir. Kanun koyucular dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan hukuki işlemde temsil olunanın ekonomik katılımını dikkate almaktadır. Nitekim Hollanda Medeni Kanununda vekâlet sözleşmesi kısmında düzenlenen 7:419 – 7:421 madde hükümleri, vekilin dolaylı temsilci sıfatı ile hareket etmesini düzenlemektedir. Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinde yer alan 40. maddesinin 3. fıkrası, vekâlet sözleşmesine ilişkin 509. maddesi ve adi ortaklık sözleşmesine ilişkin 637. maddenin 1. fıkrası dolaylı temsili genel olarak hüküm altına

almaktadır. Özellikle BK. m. 509 hükmünün, düzenlendiği vekâlet sözleşmesi dışında niteliğine aykırı olmadığı sürece dolaylı temsil yoluyla yapılan diğer sözleşmelerde de uygulanacağı sonucuna vardık. Nitekim kanun koyucu bu kuralı vekâlet sözleşmesi bölümünde öngörerek, bütün dolaylı temsil hallerinde uygulanabilir bir düzenleme oluşturmak istediğini göstermektedir. Dolaylı temsili genel olarak düzenleyen hükümler dışında, bu temsil türünün uygulama alanı bulunduğu birçok normun olduğunu da tespit ettik. Böylece hukuk sistemimizde dolaylı temsilin bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına hukuki işlem yapması olarak değerlendirildiğini gördük. Kendi adına hareket eden bir kimse, başkasının hesabına hareket etme iradesine sahip olduğunda, bu iradenin makul bir şekilde görünür olması gerekir. Dolaylı temsilcinin başkası hesabına hareket etme iradesinin dış dünyaya yansımaları ve makul olarak görünür olması koşulu ile temsil olunanın sözleşmeye haksız bir şekilde müdahale etme olanağına karşı bir koruma sağlanmaktadır.

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde dolaylı temsil ilişkisinde geleneksel olarak yetki unsuruna değinilmediğini gördük. Oysa dolaylı temsil alanında bir kimsenin kendi adına ve başkası hesabına etkili olacak şekilde hareket etmesi, o kimseye bu olanağı tanıyan bir hukuki ilişkinin varlığını gerektirir. Bu ilişkinin “Vollmacht”, “Ermächtigung” veya “Befugnis” terimleriyle adlandırılması tamamen terminolojik bir yaklaşımla ilgilidir. Biz sonu gelmez ve son derece dağınık teorik tartışmaların dışında kalmayı, konunun anlaşılır olması ve bu alana keskin bir şekilde odaklanabilmek amacıyla, dolaylı temsil yetkisi terimini kullanmayı tercih etmekteyiz. Bu anlamda dolaylı temsil ilişkisinde dolaylı temsil yetkisini reddeden görüşlere itibar edilemez. Dolaylı temsil yetkisi kanuni bir terim olarak düzenlenmiştir. Nitekim BK. m. 504 f. 2’de (İBK. m. 396 f. 2) değinilen yetki kavramı ile doğrudan temsil yetkisi yanında dolaylı temsil yetkisi kastedilmektedir. Hükümde yer alan yetki terimi ile sadece doğrudan temsil yetkisine ulaşılması, kanunda tipik bir dolaylı temsil ilişkisi olarak düzenlenen komisyon sözleşmesi kapsamında tanımlanan yetkinin açıklanmasını güçleştirecektir. Böylece bir kimse dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etme yetkisine sahip olduğunda ve bu yetkiye uygun olarak kendi adına ve temsil olunan hesabına bir üçüncü kişiyle işlem gerçekleştirdiğinde ortada bir dolaylı temsilin olduğu sonucuna ulaştık. Ancak borçlar kanunumuzda bir kimsenin doğrudan temsilci sıfatıyla işlem

yapmaya yetkili olmasına rağmen, kendi adına işlem yaptığı durumlarda dolaylı temsilin oluşacağı izlenimini veren bir hüküm söz konusudur. BK. m. 40 f. 2 (İBK. m. 32 f. 2) uyarınca, temsilci başkası adına ve hesabına işlem yaptığı halde bu açıklama ilkesi uyarınca tanınmadığında, durumlardan başkası adına hareket edildiği sonucuna varılmadığında ve ilgili için örtülü temsilin koşulları bulunmadığında, temsilcinin işlemi kendisi için yaptığı kabul edilir. Kanun metninin yazımından, açıklama ilkesinin yerine getirilmemesinden ötürü doğrudan temsilin oluşmadığı, temsilcinin sahip olduğu doğrudan temsil yetkisiyle kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket ettiği, bu kapsamda dolaylı temsilin oluştuğu sonucuna varılmaktadır. Bir kimse öncelikle dolaylı temsilci olarak sözleşme yapma yetkisine sahip olduğunda ve bu yetkiye uygun bir şekilde kendi adına ve temsil olunan hesabına üçüncü kişi ile sözleşme yaptığında dolaylı temsil söz konusudur. Doğrudan temsil yetkisine sahip olan bir kişinin, kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmesi halinde de dolaylı temsilin oluşacağı konusunda yaratılan görünüşün dolaylı temsil kurumunun niteliğine aykırı olması nedeniyle, bu yönde ulaşılabilecek sonuçların reddedilmesi gerekir. Bu yaklaşım, doğrudan temsil için yetki veren bir kimsenin dolaylı olarak da temsil edilmesine bir itirazının olmayacağı düşüncesine dayanır. Bir kimsenin doğrudan temsilci olarak hareket etme yetkisine sahip olmasına karşılık, herhangi bir nedenden ötürü kendi adına hareket ettiği işlemlerde dolaylı temsilin oluştuğunun varsayılmasının ikna edici bir gerekçesi yoktur. Temsil olunanın menfaatleri bakımından doğrudan ve dolaylı temsilin hukuki sonuçları farklılık gösterebileceğinden, doğrudan temsil için yetki veren bir kimsenin dolaylı olarak temsil edilmeye bir itirazının olmayacağı iddia edilemez. Nitekim doğrudan temsilci sıfatını taşıyan bir temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi, doğrudan temsil ilkeleri gereğince kurulan sözleşme kapsamında kendisine yönelen temsil olunana karşı temsilciye ileri sürülebilecek savunmaları dayatamaz. Ancak BK. m. 40 f. 2 ve f. 3 (İBK. m. 32 f. 2 ve f. 3) uyarınca, doğrudan temsil yetkisine sahip olan temsilcinin başkası adına işlem yaptığı açıkça veya örtülü bir şekilde anlaşılmadığı takdirde ve ilgili için örtülü işlemin koşulları oluşmadığında, temsilcinin o işlemi kendi adına yaptığı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu durumda temsilcinin karşı sözleşmeni üçüncü kişi, yaptığı hukuki işlemde onu taraf olarak kabul ettiği için hükmün üçüncü fıkrası kapsamında alacakları devralana (temsil olunana) karşı BK. m. 188 (İBK. m. 169) gereğince, devredene (temsilciye) karşı sahip olduğu savunmaları ileri sürebilecektir. Bu anlamda

BK. m. 40'ın (İBK. m. 32) içerdiği metin, sorunlu bir yazımı içermektedir. Hukuk sistemlerine yöneltilebilecek en önemli eleştiri, dolaylı temsili yetki bakış açısından eksik ele almalarıdır. Dolaylı temsilcinin sahip olması gereken yetkinin niteliği ayrıntılı bir şekilde işlenseydi, doğrudan temsile yetkili bir temsilcinin temsil olunan adına değil de kendi adına işlem yaptığında, dolaylı temsilin oluşacağı sonucuna varılmazdı. Temsilci sadece kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yapmaya yetkili olduğunda, dolaylı temsilden söz edilebilir. Tereddüt yaratmaya elverişli olan bu belirsizliğin giderilmesi gayesiyle, dolaylı temsil başlığı altında dolaylı temsilcinin sahip olması gereken yetkinin niteliğinin detaylı bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Bir kimsenin kendi adına hareket etmesi, başkası adına hareket etmesinden bağımsız ele alınmalıdır. Doğrudan ve dolaylı temsilci sıfatıyla hareket edilmesinin koşulları ayrı bir düzlemde değerlendirilmelidir. Bir temsilci doğrudan temsil yetkisine dayanarak temsil olunan adına ve hesabına işlem yaptığında doğrudan temsilden bahsedilirken, dolaylı temsil yetkisine dayanarak kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket ettiğinde ise dolaylı temsilden söz edilecektir. Her iki temsil türünde başkası hesabına işlem yapılmasına karşılık, başkası hesabına işlem yapılması olgusundan hareketle belli bir temsil türüne ulaşılamaz. Bu konuda açıklık olmadığında, tarafların irade beyanlarının ve davranışlarının güven ilkesine göre yorumlanması gerekir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununa uyumlaştırma metinleri ışığında bakıldığında ilk göze çarpan husus, temsil hükümlerine ilişkin sistemin temel anlayışını ve iskeletini belirleyen bölümlerin doğrudan ve dolaylı temsil ayırımına yer vermemesidir. Oysa her iki temsil türünde temsil olunanın hesabına hareket edildiğinden, işlemlerin nihai ekonomik sonuçları temsil olunanın malvarlığında oluşmaktadır. Doğrudan ve dolaylı temsil, birbirinden bağımsız başkası hesabına hukuki işlem yapma yöntemleridir. İki temsil türü aynı amaca yönelen, ancak farklı yöntemleri ve ilkeleri olan bağımsız hukuki kurumlardır. Nitekim uygulamada temsilcinin belli işlemleri temsil olunan adına, bazı işlemleri de kendi adına ve temsil olunan hesabına gerçekleştirdiği yoğun bir şekilde görüldüğünden, işlem hayatının bu gerçekliği Türk-İsviçre ve Hollanda kanun koyucusu tarafından dikkate alınmıştır. Böylece kanunda dağınık bir şekilde yer alan hükümler, dolaylı temsili düzenleyen genel nitelikte düzenlemelerdir. Bu hükümlerin düzenlendikleri sözleşme tipleri ile sınırlı olmadıkları, bütün dolaylı temsil hallerinde uygulama alanına sahip oldukları sonucuna varabiliriz. Ancak mevcut düzenlemelerde

dolaylı temsilde işlemin aldığı hukuki şekil ile gerçek menfaat durumları arasındaki uyumsuzluk önemli sorunlara yol açtığından, dolaylı temsile ilişkin bu düzenlemelerin genel hükümlerde belli bir sistematığa kavuşturulması tavsiyeye şayandır. Borçlar Kanunumuzun işlem hayatının çeşitliliğini ve ihtiyaçlarını dikkate alan, çağdaş ve uluslararası kaynaklara uygun bir konuma getirilmesi için dolaylı temsilin genel hükümlerde doğrudan temsilin yanında detaylı bir şekilde hüküm altına alınması gerekir. Bir ekonomik veya hukuki sistem, kendi ulusal sınırların ötesinde uluslararası ilişkilerde daha güçlü bir yer edinmek istiyorsa, uluslarüstü hukuk düşüncesinde genel kabul görmüş hukuk ilkelerini benimsemeye hazır olmalıdır. Dolaylı temsil hukukumuzda özel kurallarla düzenlenmiş olan ve kendine özgü hukuki fonksiyona sahip bir kurumdur. Bu anlamda karşılaştırmalı hukukun gelişim yönü dikkate alınarak, Borçlar Kanunumuzun genel hükümleri arasında dolaylı temsile ilişkin pozitif bir düzenlemeye yer verilmesi bir ihtiyaçtır. Hukuki işlemlerin doğrudan temsil yanında dolaylı temsil yoluyla yürütülmesinin sağlıklı hukuki alt yapısının oluşturulması ticari çıkarlara da hizmet edecektir.

İncelediğimiz hukuk sistemlerinde temsilin iki etkinlik kaynağının olduğunu belirledik. Türk-İsviçre hukukunda dış temsil yetkisine genel bir anlam yüklenir. Bu hukuk sistemlerinde, Alman hukukunda egemen olan temsilciye veya üçüncü kişiye yetki verilmesine dayanan ayırım geçerli değildir. Üçüncü kişiye yapılacak bildirim ile temsil olunanın iyiniyetli üçüncü kişi nezdinde yarattığı hukuki görünüşler, üçüncü kişiye yönelik açık ve örtülü yetki beyanları “dış temsil yetkisi” kapsamında ele alınır. Dış temsil yetkisi kavramı iç temsil yetkisinin karşıtı olarak kullanılmakta, temsilcinin yetkisinin olmamasına rağmen belli koşullarda temsilin etkili olabileceğini gösterme meziyetini taşımaktadır. Bu yaklaşım şekli, taraflar arasındaki işlemin etkili olması koşullarının bütüncül bir tarzda sunulmasına yardımcı olduğundan, “dış temsil yetkisi” tanımlaması hukuki duruma ilişkin yanıltıcı bir görünüş içermez. Alman hukuk düzeni, temsil yetkisinin muhatabı konusunda diğer hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Alman MK. m. 167 f. 1’de yetkinin temsilciye veya üçüncü kişiye yöneltilebileceği düzenlenmesine karşılık, diğer hukuk düzenlerinde temsil yetkisinin muhatabı açıkça öngörülmemiştir. Hukuk sistemimizde temsil olunanın üçüncü kişiye, bir başkasının yetkili olduğunu bildirmesinin yetkiyi oluşturmayacağını, yetkinin muhatabının sadece

temsilci olduğunu tespit ettik. Böylece temsilciye yetki verilmemesine rağmen, bu konuda üçüncü kişiye bildirimde bulunulması, temsilcinin yetkili olması sonucunu doğurmaz. Ancak üçüncü kişiye yapılacak bildirimin önemli hukuki sonuçları söz konusudur. Temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesi, belli koşullar altında üçüncü kişinin iyiniyetini koruyarak, temsilin etkili olmasına yol açar. Gerek üçüncü kişiye yapılacak bildirimin temsilciyi yetkili kıldığı Alman hukuk düzenlemesinde, gerekse bu bildirimin belli koşullarda üçüncü kişinin korunmasına yol açacağına ilişkin düzenlemelerde, temsil olunanın ilgili işlem ile bağlı olacağı sonucuna varılır. Her iki yaklaşım arasında sadece tanımlama seviyesinde bir fark olduğundan, tarafların menfaatleri bakımından bir yaklaşımı diğerine üstün tutmak yersizdir. Ancak üçüncü kişiye yöneltilecek bir beyanla temsilcinin yetkili kılınabileceğine ilişkin bir düzenleme hukuki açıklığı sağlayacaktır.

İngiliz hukuku dışındaki ulusal hukuk sistemlerinde temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki ayırım genel anlamda kabul edilmekle birlikte, bu iki kavram arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu, temel ilişki ile temsil yetkisi arasındaki yakın bağı somut olarak düzenleyen bir kurala yer vermektedir. BK. m. 504 f. 2’de (İBK. m. 396 f. 2) vekâletin yerine getirilmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılmasında temsil yetkisinin bulunduğu ilişkin bir karine öngörülür. Ancak temsil yetkisinin tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan hareketle, varlığının ve geçerliliğinin temel işlemten mutlak anlamda ayrı ve bağımsız olduğuna ilişkin değerlendirmeler isabetli değildir. Özellikle temsil yetkisinin olağan olarak temel ilişkiden yoksun bir şekilde verildiğine ilişkin fikirlere tereddütle yaklaşmak gerekir. Doğrudan ve dolaylı temsil yetkisi makul olarak temel ilişkiden yoksun olacak şekilde verilmez. Her iki temsil türünde, temel ilişkiden yoksun bir yetkinin tek başına varlığı, atipik bir görünüm oluşturur. Temsil yetkisi kural olarak sözleşme ile ilişkili bir şekilde, üstlenilen yükümlülüklerin veya öngörülen hakların yerine getirilmesi amacıyla verilir. Bir temsilci, ancak kendisine verilen yetkinin kullanılması konusunda yükümlü olduğunda, temsil sürecinin etkinliğinden söz edilebilir. Böylece doğrudan ve dolaylı temsilde hukuki niteliği bakımından tek taraflı bir hukuki işlemle verilen temsil yetkisi aynı zamanda geciktirici koşula bağlı bir sözleşme kurulmasına yönelik öneriyi içermektedir. Temsilcinin, yöneltilen yetkiyi BK. m. 6 gereğince uygun bir süre

içerisinde reddetmemesi veya işlemi yetki doğrultusunda gerçekleştirmesi halinde, önerinin örtülü olarak kabul edildiği ve taraflar arasında temel ilişkinin kurulduğu neticesine ulaşılabacaktır. Temsil yetkisi, sözleşmesel olarak yüklenilen görevlerin yerine getirilmesinin bir aracıdır. Bu anlamda temsil kurumu bir taraftan sözleşmesel ilişkiyi, diğer taraftan yetki verilmesini kapsayan bir madalyonun iki yüzünü teşkil eder. Bu iki olgu arasında kendine özgü bir bağımlılık ilişkisi söz konusudur. Nitekim hukuk sistemlerinde genel olarak savunulan soyutluk ilkesine rağmen, temel ilişkinin sona ermesi belli koşullarda yetkiyi sona erdirmekte, tersi durumda da yetkinin sona ermesi temel ilişkinin sona ermesine neden olabilmektedir. İç yetkiler temel ilişkinin içeriksel oluşumuna tabi olmakta, yetkinin varlığını sürdürmesi ilke olarak temel işleme dayanmaktadır. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında bağımsızlık ilkesi korunamamakta, işlem hayatının dürüst işleyişi düşüncesiyle temel ilişkiden kaynaklanan itirazlar üçüncü kişiye yöneltilmektedir. Temsil yetkisinin soyutluğu sadece belirli sınırlar kapsamında değer taşıyan bir ilkedir. Böylece temel işlem ile temsil yetkisi arasında katı bir ayırım yapmak yerine, iç temsil yetkisi ile dış temsil yetkisi arasında var olan bağımsızlıktan söz etmek gerekir. Zira dış yetkinin varlığı ve içeriği, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiden kural olarak bağımsızdır.

İncelediğimiz bütün sistemlerde yetkilendirme beyanının özel bir şekle bağlı olmadığını gördük. Bu anlamda doğrudan ve dolaylı temsil yetkisi, açık veya örtülü bir irade beyanı ile tesis edilebilir. Bu sayede işlem hayatının serbest işleyişi desteklenmektedir. Borçlar Kanunumuz temsil yetkisinin verilmesini düzenlemez. BK. m. 40 (İBK. m. 32) temsilcinin yetkili olması gerektiğini hatırlatmakta, BK. m. 41 (İBK. m. 33) ise yetkinin verilmesinden ziyade yetkilerin kapsamı ile ilgili bir kuralı öngörmektedir. Ancak yetkilendirme beyanının temsil işleminde öngörülen şekle bağlı kılınmaması, belirli durumlarda o işlem için öngörülen şeklin koruma amacıyla bağdaşmaz. Zira temsilci, üçüncü kişiyle yürüteceği işlemi şekle uygun olarak yerine getirmek zorunda olmasına karşılık, bu süreç normun koruma amacından ziyade ispat amacına hizmet eder. Doğrudan ve dolaylı temsil işleminin nihai ekonomik sonucunun temsil olunana ait olduğu gözetildiğinde, temsilcinin iç ilişki kapsamındaki sorumluluğu dışında üçüncü kişi karşısında bağlanmadığı bir işlemle ilgili olarak gerekli özeni göstermekten imtina edebileceğini, bu çerçevede şeklin koruma fonksiyonunun

temelinde yatan temsil olunanın acele karar vermeyi engelleme düşüncesinin gerçekleşmeyeceğini ifade edebiliriz. Yetki verilisinin şekle bağlanmasıyla ilgili olarak yapılacak değerlendirmede, tarafların düşünmeden acele karar vermelerinden korunması ile hukuki istikrarın tesisi ve işlem hayatının aşırı sınırlandırılmaması arasında uygun bir dengenin sağlanması hedefi dikkate alınmalıdır. Bütün yetki verililerinin ilgili işlem için öngörülen şeklin amacı dikkate alınmadan katı şekle bağlanması, işlem hayatını ölçsüz sınırlandırır. Bu anlamda yetki verilisinin, şekil kurallarının sadece tarafların düşünmeye sevk edilmesi ve acele karar vermelerinin önlenmesi gayesiyle kabul edilen işlemler bakımından şekle bağlanması gerektiğini savunmak, takip edilen amaca elverişli bir çözüm olacaktır. Ancak kanunda öngörülen şekil kuralları, tarafların düşünmeye sevk edilmesi ve acele karar vermelerini önlemek gayesi dışında da motifler taşıdığından, yetki verilisinin şekil koşuluna tabi olacağı hallerin kanuni düzenlemede açık bir şekilde belirtilmesi hukuk güvenliğini sağlayacaktır. Böylece yetkilendirmede şekil zorunluluğu, korunmaya değer menfaatlerin tehlikeye girdiği istisnai hallere özgülenmiş olacaktır.

Hukuk sistemleri temsil olunanın davranışlarına veya beyanlarına haklı olarak güvenen üçüncü kişilerin korunmasına yönelik önemli düzenlemeler öngörmektedir. Bu yetkinin kaynağı konusunda öngörülen koşullar ortak özellikler taşır. Öncelikle üçüncü kişinin yetkinin varlığına ilişkin iyiniyeti genel olarak korunmaz. Yetkinin varlığına ilişkin temsilcinin beyanı, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasında belirleyici bir olgu değildir. Aksinin kabulü üçüncü kişinin menfaatlerinin tek taraflı olarak korunması anlamına gelir. Bu yöndeki bir sonuç, işlem hayatında istikrarın sağlanması hedefiyle uyuşmaz. Temsil yetkisinin varlığına veya devamına ilişkin olarak üçüncü kişinin dayandığı hukuki görünüşün, temsil olunan tarafından meydana getirilmesi gerekir. Üçüncü kişi, yetkinin varlığı konusunda yaratılan görünüşe dayanarak, temsilci sıfatıyla hareket eden muhatabı ile işlem yapmalıdır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiği koşulunun aranması, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasına hizmet eder. Hukuk düzenlerinde görünen yetkinin oluşması için aranan koşullar arasında bir uyum olmasına karşılık, temsilin bu kaynağının hukuki sonuçları açısından önemli bir konsept farklılığının olduğunu belirledik. Avrupa düzleminde oluşturulan belgelerde, Alman ve Hollanda hukukunda görünen yetkinin koşulları oluştuğunda, temsilciye yönelik olarak



verilen bir yetkinin varlığı kabul edilir. Böylece sözleşmenin temsil olunan ile üçüncü kişi arasında kendiliğinden kurulduğu, üçüncü kişinin yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yönelmesi hususunda seçim hakkının olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. UNİDROİT bünyesinde oluşturulan belgelerde ve İngiliz hukukunda ise temsil olunanın temsilcinin yetkisizliğini ileri süremeyeceği, buna karşılık üçüncü kişinin görünen yetkinin olduğu gerekçesiyle temsil olunan ile bağlanmayı veya yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yönelmeyi tercih edebileceği kabul edilir. Bu konuda Türk-İsviçre hukukunda ulaşılan sonuç yerindedir. Dış temsil yetkisine ilişkin koşulların varlığı halinde, yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlem taraflar arasında doğrudan etkilidir. Temsilin etkili olmasında üçüncü kişiye seçim hakkının tanınması, üçüncü kişiyi haksız bir şekilde yetkili bir temsilci ile işlem yapmasından daha elverişli bir konuma getirecektir. Bildirilen yetkiye güvenen üçüncü kişi, muhatabı temsil olunanın olduğu bir işlemi gerçekleştirmeyi istemektedir. Bildirilen yetkinin gerçeği yansıtmaması veya sonradan gerçeğe aykırı hale gelmesi, iyiniyetli üçüncü kişinin işlem yapmak istediği tarafın değiştirilmesine haklı bir neden teşkil edemez. Bu anlamda menfaati olan herkes, temsilin BK. m. 41 f. 2 veya BK. m. 42 f. 3 gereğince etkili olduğunu ileri sürebilir. Bu özellikle BK. m. 47 uyarınca sorumlu olabilecek temsilci açısından önemlidir. Temsilci, işlemin geçerli olarak kurulduğuna ve BK. m. 47 kapsamında sorumlu olmadığına dayanabilir. Temsil yetkisinin bu kaynağı, doğrudan temsilin yanında belli koşullar altında dolaylı temsilde de oluşacaktır. Bir temsil olunanın davranışları ve beyanları, üçüncü kişinin haklı olarak ve iyiniyetle gerçekte yetkili olmamasına karşılık, kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket etmeye yetkili bir temsilci ile işlem yapmakta olmasına neden olduğunda, görünen yetkinin koşullarının gerçekleştiği sonucuna ulaşılabilecektir. Böylece görünen yetki ASHİ'de, Konvansiyon'da ve Hollanda hukukunda dolaylı temsil kapsamında oluşabilir. Zira görünen yetkinin oluşması için temsil olunanın üçüncü kişi nezdinde temsilcinin yetkili olduğu konusunda hukuki bir görünüme neden olması gerekir. Temsil olunanın makul olarak görünür olmadığı hallerde ise bu koşul gerçekleşemez. Böylece gizli dolaylı temsilde ve gizli temsil doktrininde görünen yetki oluşamaz. Bu konuda son olarak temsil olunan ile üçüncü kişinin görünen yetki kuralları gereğince bağlanmasının, ancak üçüncü kişinin temsil olunana dolaylı temsil kapsamında belli koşullarda yönelme olanağını tanıyan sistemlerde geçerli olacağını vurgulamamız gerekir. Üçüncü kişinin temsil olunana

yönelmesine olanak tanımayan sistemlerde, dolaylı temsil hükümleri uyarınca görünen yetkiden bahsedilemez. Türk-İsviçre ve Alman hukuku, üçüncü kişinin temsil olunana yönelmesine olanak tanımadığından, bu sistemlerde dolaylı temsil kapsamında görünen yetkiye ilişkin kuralların uygulanması koşullarından söz edilemez. Benzer bir sonuca AÖH’da ve UTSİ’de ulaşılır.

Hukuk sistemimizde BK. m. 41 f. 2 ve BK. m. 42 f. 3, dış temsil yetkisinin kanuni dayanağını oluşturur. Ancak her iki hüküm belirsiz ve yetersiz bir görünüm sergilemektedir. Nitekim dış temsil yetkisi başlığı altındaki bütün olgular BK. m. 41 f. 2’nin (İBK. m. 33 f. 3) kapsamına dahil edilmektedir. Diğer yandan BK. m. 41 f. 2’nin lafzı, düzenlemenin sadece yetkinin kapsamına ilişkin olduğu yönünde ise de, hükmün uygulama alanı üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması düşüncesinden hareketle kıyasen yetkinin varlığına teşmil edilir. Böylece temsil olunanın üçüncü kişiye bildirdiği yetkinin gerçekte mevcut veya bildirilen genişlikte olmadığını ileri sürmesi engellenmektedir. Üçüncü kişi, temsil olunanın iradesinin bulunmamasına karşılık, onun davranışlarının yarattığı görünüşten hareketle temsilcinin yetkili bir şekilde hareket ettiği sonucuna haklı olarak ulaştığında, temsil olunanın sorumluluğu BK. m. 41 f. 2’ye dayandırılmaktadır. Bir kimsenin temsil yetkisini gerektiren bir konuma tayininin oluşturacağı yetki bildirimleri de BK. m. 552’deki özel düzenleme dışında genel olarak BK. m. 41 f. 2 kapsamında ele alınır. Yetkinin varlığı konusunda yaratılan bütün hukuki görünüş olguları BK. m. 41 f. 2 kapsamına dahil edilerek, hükmün sınırları kaygan bir zemine çekilmektedir. Nitekim Alman hukuku, katlanma ve görünüş temsilini kanuni düzenlemelerin dışında oluşan olgular olarak ele almakta, bu temsil türlerine kanuni düzenlemelerin dayandığı genel hukuk düşüncesinden hareketle sonuçlar bağlamaktadır.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda üçüncü kişinin yetkinin devam ettiği yönündeki güveni, ancak belli koşullar altında korunur. Bu koruma, yetkinin sadece iradi olarak sona erdirildiği hallere özgülenmiştir. Böylece üçüncü kişiye yetki bildiriminde bulunan temsil olunan, BK. m. 42 f. 3 kapsamında yetkiyi geri aldığını eşdeğer bir yoldan üçüncü kişiye bildirmediğinde, yetkinin geri alındığı üçüncü kişi tarafından başka yollarla öğrenilmediği veya öğrenilmesi gerekmediği sürece, yetkinin

devam ettiğine ilişkin olarak oluşturduğu görünüşten sorumludur. Üçüncü kişi, yetkinin kanuni sona erme nedenlerine dayalı olarak nihayete erdiği hallerde, uluslararası hukuk belgelerinde ve Alman Medeni Kanunda öngörülen düzenlemelerden farklı olarak tam korumadan yoksundur. Temsilci ve üçüncü kişi, kanuni bir sona erme nedeni ortaya çıktığında, sadece eşzamanlı olarak iyiniyetli olmaları koşuluyla BK. m. 45 (İBK. m. 37) uyarınca tam korumadan yararlanabilir. Kanımızca üçüncü kişi, temsilcinin iyi niyetinden bağımsız olarak yetkinin BK. m. 43'teki (İBK. m. 35) sebeplerden dolayı sona ermesinde de korunmalıdır. Alman MK. m. 170-173 hükümleri, işlem hayatının korunmasına hizmet eden etkili düzenlemelerdir. Normlarda öngörülen koşullar kapsamında iyiniyetli üçüncü kişilerin yetkinin varlığına ve devamına ilişkin güvenleri desteklenmektedir. Hollanda MK. m. 3:61 de üçüncü kişinin yetkinin varlığına ilişkin haklı güvenini öz bir formülasyon ile korumaktadır. Hukuk sistemimizde Alman MK. m. 170-173'e ve Hollanda MK. m. 3:61'e benzer genel düzenlemelerin öngörülmesi, mevcut belirsizliğin giderilmesine katkı sağlayacaktır. Bu sayede temsil olunan tarafından yetkinin varlığı konusunda iyiniyetli üçüncü kişi nezdinde yaratılan hukuki görünüş olguları, genel bir kanuni temele dayandırılacaktır.

Yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesi ile ilgili olarak BK. m. 41 f. 2, BK. m. 42 f. 3 ve BK. m. 44 hükümlerinin değişik olgular karşısında vardığı sonuçlar, taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun değildir. BK. m. 41 f. 2, Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak yetki belgesinin konumunu ve hukuki etkisini tayin etmemiştir. Alman MK. m. 172 f. 1 uyarınca üçüncü kişiye sunulan belge, MK. m. 171 f. 1'de öngörülen yetkilendirmenin özel bildirimi niteliğindedir. Yetki belgesinin üçüncü kişiye ibrazı, kanunun açık göndermesiyle yetki bildirimi anlamına gelmektedir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda bu sonucu destekleyen, açık ve kesin bir düzenlemeye yer verilmelidir. Zira BK. m. 41 f. 2, yetki belgesinin teslimi ile yetki bildiriminin gerçekleşmiş sayılacağı konusunda önemli tereddütleri barındırmaktadır. İçeriğinde hiçbir sınırlamaya ve açıklığa yer vermeden, üçüncü kişileri yanıltmaya elverişli bir belgeyi tedavüle sokarak, yetkinin varlığı konusunda meydana getirilen hukuki görünüşün sonuçlarını, temsil olunan taşımaktadır. Pozitif düzenlemeler kapsamında yetkinin sona ermesinden sonra veya önce üçüncü kişiye ibraz edilen belgenin hukuki etkisi bakımından yaratılan fark isabetli değildir. Bu konuda ulaşılan

sonuçlar, üçüncü kişinin menfaatleri açısından savunulamaz. Nitekim temsilciye verilen yetkinin geri alınmasından veya İBK. m. 35'te belirtilen kanuni sona erme nedenlerinden sonra yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesi halinde, koşulların gerçekleşmesi durumunda temsil olunanın BK. m. 44 (İBK. m. 36) uyarınca sınırlı sorumlu tutulması hakkaniyete aykırıdır. Yetkinin sona ermesinden sonra belgenin üçüncü kişiye ibrazının, temsil olunanın iradesine dayanmadığı gerekçesiyle yetki bildirimini oluşturmayacağı görüşü, güven ilkesine uygun değildir. Bu yönde ulaşılabilecek sonuçlar, temsil olunanın menfaatlerinin tek taraflı ve haksız olarak desteklenmesi anlamına gelir. Böylece temsilciye verdiği yetkiyi kaldırmasına rağmen, temsilcinin elinde kalan yetki belgesini göstererek, yetkinin varlığı konusunda üçüncü kişinin haklı olacağı bir hukuki görünüş yaratmasının tehlikesini temsil olunan yüklenmelidir. Yetki belgesinin üçüncü kişiye gösterilmesinden sonra temsilcinin yetkisinin geri alınmasında varılan hukuki sonuçlar da üçüncü kişinin haklı menfaatlerine uygun düşmez. Özellikle yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesinden sonra yetkinin geri alınması halinde, BK. m. 42 f. 3 kapsamında temsil olunanın bilmediği ve bilmesinin gerekmediği üçüncü kişilere karşı sorumlu olmayacağına ilişkin olarak vardığımız sonuç, temsil kurumunun temel ilkelerine aykırıdır. Temsil olunan tarafından bilinmeyen ve bilinmesi gerekmeyen üçüncü kişilere yönelik olarak yapılacak aleni bir ilan, BK. m. 42 f. 3'ün gerektirdiği eşdeğerde bir geri alma bildirimini niteliğini taşımadığından, üçüncü kişinin yetkinin varlığına ilişkin iyiniyetini ortadan kaldırmaz. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde, yetki belgesinin iptal edilmesine olanak tanıyan bir hüküm de öngörülmez. Temsil olunanın bilmediği ve bilmesinin gerekmediği üçüncü kişilere yönelik olarak belgenin hukuki etkisini ortadan kaldıracak bir olanağın tanınmaması, önemli bir kanuni eksikliktir. Böylece iyi niyetli üçüncü kişi, sadece belli koşullar altında BK. m. 47 (İBK. m. 39) uyarınca yetkisiz temsilciye yönelebilecektir. Bu konuda belgenin hukuki etkisini ortadan kaldırmasına ilişkin temsil olunanın menfaati ile belgeden anlaşılan yetkiye haklı olarak güvenen üçüncü kişinin korunmasına ilişkin menfaati arasında dengenin sağlanması gerekir. Yetki belgesini işlem hayatına dahil ederek hâkimiyet alanını genişleten temsil olunan, yetkinin varlığı hususunda oluşturduğu görünüşün tehlikesini, menfaat/külfet ilişkisi içerisinde üstlenmelidir. Temsilcinin temasa geçeceği üçüncü kişiler ile ilgili olarak hiçbir sınırlamaya yer vermeden yetki belgesini teslim eden temsil olunan, üçüncü kişinin güveninden kaynaklanacak sorumluluğun tehlikesini

taşımalıdır. Ancak iyiniyetli üçüncü kişiye sağlanan tam korumanın ortadan kaldırılması olanaklarının temsil olunana açık olarak tanınması gerekir. Bu konuda Alman Medeni Kanunundaki düzenlemeler iyi bir dayanak teşkil eder. Alman MK. m. 172 f. 1'e benzer tarzda, yetki belgesinin üçüncü kişiye ibrazının bir yetki bildirimi anlamına geldiği açıkça hüküm altına alınmalıdır. Böylece ibraz edilen belgenin temsil olunanın yetkinin varlığına ilişkin itirazlarını ortadan kaldıracığı, üçüncü kişinin belgede yer verilen kapsamda temsilcinin yetkili olduğuna ilişkin güveninde tam olarak korunacağı kabul edilmelidir. Keza MK. m. 172 f. 2'ye benzer şekilde, belgenin temsil olunana geri verilmesine veya hükümsüz kılınmasına kadar temsil yetkisinin varlığını sürdüreceği kanuni düzenlemeye konu edilmelidir. Belgenin iradi veya yargısal bir süreç sonucunda iadesinin sağlanması durumunda, yetkinin üçüncü kişinin iyiniyetinden bağımsız olarak sona ereceği öngörülmelidir. Zikredilen iadenin değişik nedenlerden ötürü gerçekleşmeyebileceği dikkate alınarak, bu aracın dışında yetkinin varlığı konusunda oluşturulan hukuki görünüşün ortadan kaldırılması için aleni bir ilan belgelyi hükümsüz kılacağı pozitif olarak düzenlenmelidir. Bu konuda Alman MK. m. 171-173'ün ve MK. m. 175-176'nın esin kaynağı olarak dikkate alınması tavsiyeye şayandır. Borçlar Kanununda, yetki belgesinin hukuki etkisinin ortadan kaldırılmasına yönelik somut enstrümanlara yer verilmesi, hukuki kesinliği sağlayacaktır.

Temsil olunan irade özerkliği ilkesi uyarınca verdiği yetkinin kapsamını kural olarak serbestçe tayin edebilir. Ancak bu irade tespit edilemediğinde veya bir tereddüt hasıl olduğunda, genel yorum kurallarından hareket edilir. Uluslararası hukuk belgelerinde makul bir kişinin aynı koşullarda beyana vereceği anlama uygun olarak yorum yapılacağının vurgulanması, ulusal hukuk sistemlerinde geçerli olan güven ilkesinin yansımasıdır. Bu durumda yetkinin kapsamı tayin edilirken, bilinen veya bilinmesi gereken koşullarda irade beyanına muhatap olan temsilcinin veya üçüncü kişinin, dürüstlük ilkesi gereğince bu beyana vereceği anlam belirleyici olacaktır. Yetkinin kapsamına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede sözleşmenin niteliği, temel ilişki, yetkinin amacı, temsil olunanın çıkarları, ticari örfler ve âdetler gözetilir. Uluslararası hukuk belgelerinde, yetkilendirmede farklı bir sonuca ulaşmayı gerektiren olguların bulunmaması halinde, verilen yetkinin amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli işlemlerin yerine getirilmesini kapsadığına işaret edilmektedir. Bu düzenleme birçok

kuralı yorumlamada dayanılabilecek bir görünüm içerdiğinden, BK. m. 504 f. 2 (İBK. m. 396 f. 2) ile yakın bir anlam taşımaktadır. Böylece BK. m. 504 f. 2'nin özel hükmün yokluğunda uygulanabilir genel bir kural niteliğinde olduğunu tespit ettik. Diğer yandan ASHİ m. 3:201 f. 3, ikinci fıkra ile bağlantılı olarak temsilcinin, üçüncü kişinin algılayabileceği bir yetkiye sahip olması halinde, bu yetkinin kapsamının yetkinin verilme nedeni olan görünen amaç tarafından tanımlandığını ortaya koymaktadır. ASHİ m. 3:201 f. 2 ve f. 3, dış yetkilerin üçüncü kişilerin iç yetkilere ilişkin algısıyla belirlendiğini göstermektedir. Hukuk sistemimiz bu sonuca sistematik bir şekilde olmasa da belli bir düzeyde yaklaşmaktadır. Dış yetkilerin verilme amacı kıstası, Türk-İsviçre hukukunun yazılı olmayan kurallarını ve özellikle dış yetkilere soyut bir sınır çizen kanun hükümlerini yorumlamaya yardımcı olacaktır.

Uluslararası hukuk belgeleri menfaat çatışması ile ilgili olarak etkili çözümler sunmaktadır. Bu konuda ulaşılan sonuçların Türk hukuku ile belli bir uyum içerisinde olduğunu belirledik. Ancak hukuk düzenimizde menfaat çatışmasına ilişkin genel hükümlerin yokluğundan ötürü önemli belirsizlikler söz konusudur. Hukuk belgelerinde sistematik olarak tayin edilen koşulların benimsenmesi, mevcut her türlü belirsizliğin giderilmesine katkı sağlayacaktır. Menfaat çatışmasına ilişkin bir düzenleme, hukuki iktidarı başkasının hesabına kullanan bütün temsilcileri kapsamaması gerekir. Bu anlamda doğrudan ve dolaylı temsili içerecek tarzda menfaat çatışmasına ilişkin pozitif bir düzenlemenin genel hükümlerde öngörülmesi yerinde olacaktır. Zira her iki temsil türünde, tarafların menfaatleri ve karşılaştıkları tehlikeler benzer bir görünüm sergilemektedir. Temsilcinin belli bir menfaat çatışması altında haksız çıkar elde etmesinin engellenmesi ve temsil olunanın menfaatlerinin korunması, her iki temsil türünde de önemli bir gereksinimdir. Bu konuda gözetilmesi gereken temel ilke, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde etkili bir işlem yapamamasıdır. Ancak işlem yapılması yasağı, menfaat çatışmasının veya temsil olunana zarar verme tehlikesinin genel ve soyut olarak mevcut olmadığı hallerde geçerli değildir. Türk ve İsviçre hukukunda dolaylı temsilci sıfatını taşıyan komisyoncunun kendisiyle işlem yapmasına ilişkin olarak öngörülen BK. m. 543'ten hareketle, hükmün temel ilişkisinin komisyon sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde de uygulama alanına sahip olacağı sonucuna vardık. Ancak mevcut düzenleme, menfaat çatışmasının gerçekleştiği birçok olgudan sadece

temsilcinin kendisiyle işlem yapmasını içermektedir. Hüküm, çifte temsilde de uygulanabilmesine karşılık, diğer menfaat çatışmalarına ışıktutmaktan uzaktır. Avrupa düzleminde oluşturulan belgelerde temsilcinin kendisiyle işlem yapmasında ve çifte temsilci sıfatıyla hareket etmesinde, aksi kanıtlanabilen bir menfaat çatışması karine olarak kabul edilir. Hukuk sistemimizde benzer bir yaklaşımın pozitif bir düzenlemeye konu olması desteklenmelidir. Bu iki olguda menfaat çatışmasının meydana gelmesi olasılığının yüksek olması ve bu hususun temsil olunan tarafından ispatının zorluğu karşısında, diğer menfaat çatışmalarından farklı olarak benimsenecek bir karine ile ispat yükünün temsil olunanı yüklenmemesi gerekir.

İncelediğimiz hukuk düzenlerinde sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkin üçüncü kişinin menfaatinin, çatışmanın onun tarafından bilinmesi veya bilinmesinin mümkün olması koşuluna bağlı olarak korunduğunu gördük. Türk hukukunda benzer sonuçlara ulaşılmalıdır. Menfaat çatışması kavramına ilişkin göreceli bir güvensizliğin olduğu inkâr edilemez. Ancak kavrama ilişkin belirsizliğin işlemlerin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesine dayanarak, sözleşmelerde yer alan olası menfaat çatışmaları göz ardı edilemez. Bu konudaki dengenin, menfaat çatışmasının sadece üçüncü kişi tarafından bilinebilir olduğu durumlarda temsili etkisiz kılacağının kabulü ile sağlanabileceğini ifade etmek gerekir. Temsil yetkisi güven ilkesi ışığında yorumlandığında, menfaat çatışması içerisinde hareket edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, temsilcinin menfaat çatışmasına rağmen temsil olunan hesabına işlem yapabileceği sonucuna ulaşamaz. Buna karşılık temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde olduğunu bilmeyen ve bilecek durumda olmayan üçüncü kişi, temsilcinin yetkisine ilişkin iyi niyetini ileri sürebilecektir. Ancak bu sonuca ulaşılması için temsil olunanın üçüncü kişiye yönelik olarak bir yetki bildiriminin olması gerekir. Temsil olunanın BK. m. 41 f. 2 veya genel ilkeler uyarınca üçüncü kişiler nezdinde temsil yetkisinin varlığının ortaya konulması anlamına gelecek bir bildirim olmadığında, üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz. Temsil olunanın beyanları veya davranışları, üçüncü kişiye yönelik bir yetki bildirimini oluşturmadığında, menfaat çatışması üçüncü kişi tarafından bilinmediğinde dahi temsil etkili olmaz. Bu konuda genel temsil ilkelerine riayet edilmesi, tarafların menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması bakımından zorunludur. Diğer yandan üçüncü kişinin göstermesi gereken özenin ölçüsünde, özel

ilişkiler ile ticari ilişkiler arasında belli bir ayırımın yapılması isabetli olacaktır. Ticari düzenlemelerde işlem hayatının korunması düşüncesi ışığında işlemlerin iptal edilmesinde daha yüksek kıstasların öngörülmesi gerektiği ileri sürülebilecekse de, tacirlerin ticari tecrübeleri dikkate alınarak menfaat çatışmalarına ilişkin olarak göstermeleri gereken özenin ölçüsü ağırlaştırılmalıdır. Ticari ilişkilerde basiretli bir işadamı olarak hareket etmekle yükümlü olan üçüncü kişinin hafif kusurunda dahi, işlemin temsil olunan tarafından etkisiz kılınması koşulları oluşturulmalıdır.

Uluslararası belgelerde, temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde hareket etmesine muvafakat edildiğinde, sözleşmenin iptal edilemeyeceği öngörülmektedir. Temsilcinin menfaat çatışmasını bildirmesine rağmen, temsil olunanın uygun bir süre içerisinde itiraz etmemesi halinde aynı sonuca ulaşılır. Temsil olunanın gerçek veya normatif muvafakati, sözleşmenin etkisiz kılınmasını engeller. Ulusal hukuk sistemlerinde öngörülen düzenlemeler ise sınırlı olmasının yanı sıra, ulaşılan sonuçlar belirsiz bir görüntü oluşturmaktadır. Bu konuda Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun genel hükümlerinde pozitif bir düzenleme bulunmaz. Ancak genel temsil ilkeleri ışığında ulaştığımız sonuçların, uluslararası belgelerde yer verilen düzenlemelere yakın olduğunu ifade edebiliriz. Zira menfaat çatışmasına ilişkin yasak, temelde temsil olunanı korumayı hedeflediğinden, düzenleyici bir nitelik taşımaktadır. Temsil olunan, BK. m. 26'de öngörülen irade özerkliğinin sınırları dahilinde bu korumadan vazgeçebilir. Doğrudan ve dolaylı temsilcinin bir menfaat çatışması içerisinde hareket etmesinde temsil olunanın muvafakatinin tespitinde, güven ilkesinin uygulanması amaca elverişli bir araçtır. Temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket etmesi, yetkinin kapsamı ile ilgilidir. Bu durumda yetkinin kapsamının belirlenmesinde güven ilkesine müracaat edilmelidir. Doğrudan ve dolaylı temsil yetkisinin kapsamı, temsil olunanın temsilci tarafından tanınabilen iradesine göre tayin edilir. Doğrudan ve dolaylı temsil yetkisinin verildiği irade açıklamasını iyi niyetle yorumlayan temsilci, menfaat çatışması içerisinde işlem yapabileceği neticesine vardığında, temsilcinin yaptığı işlem temsil olunana karşı ileri sürülebilir. Menfaat çatışması içerisinde hareket eden temsilcinin yaptığı işlemin geçerliliğinde normatif muvafakatin koşullarına da güven ilkesinden hareketle ulaşılabilecektir. Temsilci, sözleşme görüşmelerini temsil olunanın gerçek veya normatif bilgisi dahilinde menfaat çatışması içerisinde sürdürdüğü halde,



temsil olunan buna tepki göstermediğinde, temsilci ve üçüncü kişi nezdinde temsile muvafakat edildiği izlenimini yaratmaktadır. Temsil olunan, bu izlenimin oluşmasını engelleyebilir veya görünüşü ortadan kaldıracaktır. Temsilcinin yapmayı düşündüğü işlemin kendisini bağlamayacağını bildirmesi, temsil olunan için yeterlidir. Temsil olunanın bu yönde bir reaksiyonda bulunmaması halinde, işlem iç ve/veya dış yetkiler gereğince kendisini bağlar. Menfaat çatışması içerisinde hareket edildiğine ilişkin gerçek veya normatif bilgisi olan temsil olunan, menfaat çatışması içerisinde hareket edilmesini sınırlandırdığını temsilciye yönelik olarak ortaya koymasına rağmen, bu sınırlamayı üçüncü kişiler nezdinde oluşan görünüşü yıkacak tarzda belirtmediği takdirde, işlem dış yetkiler uyarınca etkili olur. Temsilcinin veya üçüncü kişinin, temsil olunanın sessizliğine iyi niyetle atfettikleri güven korunacaktır. Bu anlamda uluslararası belgelerdeki kurallar temel olarak hukuk sistemimizle uyumludur. Öngörülen rejim, temsilci için şeffaflığın avantajlarını, temsil olunan açısından ise spekülasyon yapmanın tehlikelerini ortaya koymaktadır. Temsil olunanın itiraz etmesi veya sessiz kalması halinde, hukuk güvenliği tüm ilgililer açısından her türlü şüpheden uzak olarak gerçekleşmektedir. Ancak temsil olunanın menfaat çatışması içerisinde hareket eden temsilciye muvafakat etmesi, temsilcinin dilediği koşullarda bir işlem yapabileceği anlamına gelmez. Temsilci, temsil kurumunun ilkelerine aykırı olarak tamamen kendi menfaatleri doğrultusunda işlem yaptığında, verilen muvafakat menfaat çatışması yasağını ortadan kaldırmasına karşılık, yapılan işlemin temsil yetkisinin kötüye kullanılması kapsamında ele alınmasına yol açabilir.

Uluslararası belgeler, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde yaptığı işlemlere uygulanacak yaptırım olarak iptal edilebilirlik rejimini öngörmüştür. İngiliz hukuku ve İtalyan Medeni Kanunu diğer ulusal sistemlerden ayrılarak, menfaat çatışması içerisinde yapılan sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna varmakta, ancak temsil olunana geçerli olan sözleşmeyi iptal etme olanağı tanımaktadır. Türk-İsviçre hukuku ise menfaat çatışması etkisinde kurulan sözleşmelere BK. m. 46'da (İBK. m. 38) düzenlenen rejimi uygulamaktadır. Menfaat çatışması etkisi altında gerçekleştirilen sözleşme, yetkisiz temsil kapsamında değerlendirilir. Üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olmasına karşılık, temsil olunan bağlı değildir. Üçüncü kişinin tayin ettiği uygun süre içinde tepkisiz kalan temsil olunanın işlemi reddettiği kabul edilir. Bu sonuç, temsilin

genel ilkelerine ve tarafların menfaatlerine uygun değildir. Yetkisiz yapılan sözleşmelere sessiz kalınması kural olarak onamanın reddi anlamına gelir. Ancak özel durumların varlığında tepki göstermesi gereken temsil olunanın sessiz kalması onama anlamına geleceğinden, menfaat çatışması etkisinde yapıldığı bildirilen bir işlem ile ilgili olarak onama konusunda süre tayin edilen temsil olunan sözleşme ile bağlanmak istemediğinde, bu duruma itiraz etmesi gerekir. Menfaat çatışması olgusu belli bir hukuki güvensizliğe yol açtığından, temsil olunan çatışmayı bilmesine veya bilmesinin gerekmesine rağmen işlemi reddetmediğinde, sessizliğini muhafaza ederek belirsizliği kötüye kullanabilecektir. Böylece temsil olunan, yapılan işlemin sonuçlarına göre pozisyon alarak, işlemi onadığını veya işlemle bağlı olmadığını ileri sürebilir. Sessiz kalan temsil olunan, olası spekülasyonların tehlikesini taşımaktadır. Kavramsal olarak örtülü onama ile iptal süresinin geçmesi farklı olgular olmakla birlikte, etkilerinin aynı olduğunu ifade edebiliriz. Temsil olunan, örtülü onamanın kabul edildiği tüm durumlarda işlem ile bağlanmak istemediğinde, işlemi onamadığını göstermek zorundadır. Sessizliğin onama anlamını taşıdığı kabul edildiğinde, Türk ve İsviçre hukuk sisteminde öngörülen rejim ile uluslararası belgelerde benimsenen rejim arasındaki farkın ortadan kalkacağını veya azalacağını görebiliriz. Zira menfaat çatışmalarında hukuk güvenliğinin sağlanmasında onama karinesi ile iptal edilebilirlik rejimi, BK. m. 46'nın (İBK. m. 38) katı düzenlemesinden daha etkili bir sonucu öngörmektedir. Bu iki rejim, temsilciyi ve üçüncü kişiyi menfaat çatışmasını açıklamaya teşvik ederek şeffaflığı desteklemekte, sessizliğe kesin bir anlam yüklemektedir. Böylece menfaat çatışması altında gerçekleştirilen işlemlerde, menfaat çatışmasını bilen veya bilmesi gereken temsil olunanın sessizliğinin onama anlamına geleceği sonucuna vardık. Menfaat çatışmasının anlaşılmasından sonra uygun bir sürenin geçmesine izin veren temsil olunanın sözleşme ile bağlı olduğunu kabul ettiğimizde, uluslararası belgelerde öngörülen rejime yaklaşılabacaktır. Ancak hukuk metinlerinde öngörülen iptal edilebilirlik rejiminin açıkça Borçlar Kanunumuzda benimsenmesi hukuki istikrarı destekleyecektir.

İncelediğimiz hukuk metinlerinde, temsilcinin kişisel olarak yapmasını beklemenin makul olmadığı işlemlerde bir başkasını alt temsilci olarak tayin etme konusunda yetkili olduğu kabul edilmektedir. Hukukumuzda alt temsil konusu temsil

yetkisinin kapsamı içerisinde değerlendirilir. Yetkinin kapsamının belirlenmesinde temsil olunanın iradesi dikkate alınır. Ancak yetkinin kapsamına ilişkin bir tereddüt hasıl olduğunda, irade beyanlarının yorumlanmasında geçerli olan genel ilkeler gözetilmektedir. Böylece irade beyanına muhatap olan temsilci veya üçüncü kişi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken tüm koşullar güven ilkesi ışığında gözetilerek, bu beyana verilmesi gereken anlam ölçü olarak alınır. Buna göre temsil olunan, asıl temsilcisine açıkça veya örtülü olarak bir başka kimseyi alt temsilci olarak tayin etme yetkisini verebilir. Temsil olunanın davranışları veya beyanları, iyi niyetli muhatapları nezdinde temsilcinin onun hesabına hareket etmesi için bir alt temsilciyi tayin etmeye yetkili olduğuna güvenmesine neden olabilir. Bu konuda katlanmaya ve görünüşe dayalı yetki olgularına ilişkin kıstaslar uygulanabilecektir. Hukuk sistemimizde alt temsil ile ilgili sorunların çözümünde BK. m. 83'ün (İBK. m. 68) ve BK. m. 506 f. 1'in (İBK. m. 398 f. 3) gözetilmesi gerektiği sonucuna vardık. Genel hükümlerde yer alan BK. m. 83, ilke olarak her türlü borç ilişkilerinde uygulanır. Bu anlamda kuralın alt temsil ilişkilerinde kıyasen tatbik edilerek, işlemin temsilci tarafından bizzat yerine getirilmesinde temsil olunanın menfaatinin olmadığı durumlarda, alt temsilci tayin yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Özel borç ilişkileri bölümünde yer alan BK. m. 506 f. 1 ise BK. m. 83'e nazaran *lex specialis* konumundadır. Hükümde devre karşı bir kanuni karine öngörülür. Böylece BK. m. 506 f. 1'de, BK. m. 83'ten farklı bir ispat yükü söz konusudur. Alacaklı BK. m. 83'te borçlunun kişisel olarak yerine getirme borcunu ispat etmesi gerekirken; BK. m. 506 f. 1'de borçlu sıfatında olan vekil, borcunu başkası aracılığıyla yerine getirmeye yetkili olduğunu ispat etmesi gerekir. Bu tür sözleşmelerde vekilin kişiliği ve bilgisi kural olarak sözleşmenin önemli unsurunu teşkil etmektedir. Bu nedenle vekile işleri bizzat görme yükümlülüğü yüklenir. Ancak hükümde yer verilen istisnalar kapsamında vekilin bir başkasını alt temsilci olarak tayin edebileceği sonucuna vardık. Böylece BK. m. 83'ün kıyasen ve BK. m. 506'nın doğrudan uygulanmasından kaynaklanan rejim ile uluslararası belgelerde öngörülen düzenlemeler temelde uyumlu bir görünüm sergilemektedir. Ancak alt temsil ilişkisinin sadece doğrudan temsil ile sınırlandırılmasının isabetli olmadığını tespit ettik. Zira temsil olunanın verdiği veya taraflar arasındaki iç ilişkinin yorumundan ulaşılabilecek yetkinin doğrudan veya dolaylı temsile ilişkin olabileceği gözetildiğinde, alt temsil ilişkisinde değişik kombinasyonların ortaya çıkmasına olanak tanınmalıdır. Asıl

temsilcinin sahip olduğu yetkinin türüne göre, yetkilendireceğı alt temsilcinin yetkisi doğrudan veya dolaylı temsile ilişkin olacaktır. Böylece BK. m. 506 f. 1’de belirtilen koşullarda asıl temsilcinin sahip olduğu yetkinin türü doğrultusunda, alt temsilciye doğrudan veya dolaylı temsil kapsamında hareket etme yetkisi verilebilir. Keza dolaylı temsilcinin kişisel olarak yetkisini kullanmasının temsil olunanın menfaatine ilişkin olmadığı hallerde, dolaylı temsilcinin bir alt temsilciye dolaylı temsilci sıfatıyla işlem yapmak üzere yetki verebileceğı neticesine ulaştık.

Temsilcinin yetkisiz bir şekilde yaptığı işlem kural olarak temsil olunan açısından hüküm doğurmaz. Bu ilke doğrudan ve dolaylı temsil ilişkilerinde geçerlidir. Dolaylı temsil, doğrudan temsilin yanında gerçek bir temsil olgusunu ortaya koymaktadır. Bu anlamda yetkisiz temsil kavramının belirli bir temsil türü ile sınırlandırılması isabetli değildir. Dolaylı temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına bir sözleşme yapabilmesi için bu konuda yetkili olması gerektiğı kabul edildiğinde, bu yönde bir yetkinin olmaması halinde, yetkisiz dolaylı temsilin varlığına ulaşılır. Temsilci sıfatıyla kendi adına yetkisiz hareket eden kişinin, bir temsil olunan hesabına hareket etme iradesinde olduğunun makul şekilde dış dünyada görünür olması gerekir. Bu görünürlüğün üçüncü kişiye yönelik olması zorunlu değildir. Böylece sözleşmenin yapılması zamanında sözleşme ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin sonradan sözleşmelere haksız bir şekilde müdahale etme olanaklarına karşı bir koruma sağlanmaktadır. Dolaylı temsil yetkisi olmadan kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket ettiğini iddia eden bir kimse, başkası hesabına hareket etme iradesinde olduğuna ilişkin dış dünyaya yansıyan bir belirtiyi ortaya koyamadığında, sözleşmenin dolaylı temsil kapsamında yetkisiz yapılmasından söz edilemez.

Yetkisiz işlemin onanmasını öngören bir düzenleme, temsil olunanın iradesine aykırı olarak yapılan bir temsil işlemini kabul etmeye zorlanamayacağına işaret etmektedir. Bu yaklaşım temsil olunanın menfaatlerinin korunmasını güvence altına almaktadır. Ancak yetkisiz yapılan işlemin temsil olunan tarafından onanması, üçüncü kişinin aleyhine spekülasyon yapılması sorununu gündeme getirir. Temsil olunanın kendisi bakımından bağlayıcı olmayan bir sözleşmeyi onaylayarak, üçüncü kişi üzerinde bağlayıcılık yaratma seçeneğine sahip olduğu süre boyunca piyasa hareketi

riski üçüncü kişiye yüklenmektedir. Bu stratejik seçim olanağı, sadece temsil olunan hesabına hareket etme iddiasında olan bir tarafın davranışı nedeniyle ortaya çıktığından, piyasa riskinin tamamen üçüncü kişinin üzerine yüklenmesine gerekçe göstermek kolay değildir. Yetkisiz işlemin askıda olduğu süre boyunca temsil olunan hukuken bağlı olmamasına karşılık, üçüncü kişi işlemle bağlıdır. Böylece yetkisiz yapılan işlemin kesin geçerli veya geçersiz kılınması olanağının tamamen temsil olunanın takdirine terk edilmesi, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunmasında soru işaretine yol açar. Avrupa düzleminde oluşturulan belgeler ve İngiliz hukuku, yetkisiz temsilin etkili kılınmasında takdir olanağını temelde temsil olunana tanımıştır. Ele aldığımız diğer hukuk düzenleri ise işlem hayatının korunmasına özel bir değer vermektedir. Bu konuda iki araca eşzamanlı uygulama alanı tanınır. Üçüncü kişi iyi niyetinden bağımsız olarak temsil olunana tayin edeceği süre içerisinde, yetkisiz işlemin onanmasını talep edebilir. Sürenin sonunda yetkisiz işlemin hukuki sonucu bütün taraflar bakımından açıklığa kavuşmaktadır. Buna karşılık üçüncü kişi, iyi niyetli olmak kaydıyla, yetkisiz işlemin temsil olunan tarafından onanmasından önce cayma hakkını kullanabilir. Ancak Alman Medeni Kanununda yer alan hükümler, bu iki enstrümanın içeriği konusunda diğer düzenlemelerden ayrılır. Hukuk sistemlerinde üçüncü kişinin tayin ettiği sürenin uygun olması gerektiği koşuluna yer verilirken, Alman kanun koyucusu aksi kararlaştırılabilen iki haftalık bir süre öngörmektedir. Cayma olanağından yararlanacak olan üçüncü kişinin göstermesi gereken özenin derecesi bakımından da farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Diğer sistemlerde üçüncü kişinin göstermesi gereken özenin derecesi ağırlaştırılmıştır. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda ise yetkisiz yapılan işlemde üçüncü kişiyi koruyan seçeneklere yeterince yer verilmediğini tespit ettik. Kanun koyucu, yetkisiz bir şekilde yapılan sözleşmenin geleceği konusundaki takdir olanağını, BK. m. 46'da (İBK. m. 38) öngörülen süre tayini dışında sadece temsil olunana tanımıştır. Bu durum temsilcinin yetkisizliğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin, askı durumu süresince haksız olarak bağlanmasına yol açmaktadır. Üçüncü kişinin, askı durumunu sonlandırma konusunda cayma iradesini tek taraflı olarak gösterememesi önemli bir eksikliktir. İyi niyetli üçüncü kişinin onamadan önce sözleşmeden tek taraflı iradesiyle cayma olanağı, üçüncü kişinin koşulsuz ve geçerli bir sözleşme yaptığına, geçerliliği ve bağlayıcılığı belirsiz bir sözleşmeyi benimsemek zorunda olamayacağına ilişkin meşru kabule dayanır. Üçüncü kişi, sözleşmenin

yapılması anında muhatabının yetkisizliğini bilmediğinden ve bilmesi gerekmediğinden, sözleşmenin askıda hükümsüz olması nedeniyle ortaya çıkan belirsizliğe iradi olarak katılmamıştır. Üçüncü kişinin tek taraflı cayma olanağı, temsil olunanın piyasadaki gelişmelere dayalı olarak spekülasyon yapması fırsatını sona erdirmesine ve işlemin geleceği konusunda nihai karar verecek konumdaki tek kişi olmasının engellenmesine yönelik olarak tasarlanmışsa da, bu olanağın etkinliği üçüncü kişinin temsilcinin yetkisizliğini sonradan öğrenmesine dayanmaktadır. Üçüncü kişinin yetkisizliğe ilişkin bilgisizliği süresince piyasa fiyatlarının temsil olunanın lehine değiştiği bir anda işlemin onanması gündeme gelebilir. Bu olasılığa karşı iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesinin işletilmesi gerekir. Sözleşmenin yetkisiz yapıldığını öğrenen temsil olunanın uygun bir süre içerisinde sözleşmeyi onamaması halinde, bu olanağın MK. m. 2 f. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olarak ortadan kaldırılması desteklenmelidir. Diğer yandan Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda, “uygun süre” kavramı yerine Alman MK. m. 177’de yer verilen kurala benzer tarzda, taraflarca aksi kararlaştırılabilen belli bir süre öngörülmesi hukuk güvenliğini sağlayacaktır.

Yetkisiz işlemin onanmasında kural olarak şekil serbestisi geçerlidir. Doğrudan ve dolaylı temsilcinin yetkisiz yaptığı işlem, temsil olunanın beyanları veya davranışları uyarınca açık ya da örtülü olarak onanabilir. Bu anlamda İngiliz hukukunda, gizli temsil olunanın sözleşmeye haksız bir şekilde müdahalesine yol açacağından ötürü, hesabına yetkisiz olarak yapılan sözleşmeyi onaylayamayacağı konusunda ulaşılan sonucu desteklemiyoruz. Sözde temsilcinin, sözleşmenin yapılması anında bir temsil olunanın hesabına hareket etme iradesinde olduğunun makul olarak dış dünyada görünür olması gerektiği koşulu, sözleşmelere haksız bir şekilde müdahale etme olanağına karşı önemli bir koruma sağlamaktadır. Böylece sözleşme yapılırken yetkisiz temsilcinin bir temsil olunan hesabına hareket etme iradesinde olduğunun makul şekilde dış dünyada görünür olmaması halinde, sözleşmenin yetkisiz yapılmasından ve onanmasından söz edilemez. Diğer yandan temsil olunanın yetkisiz işleme sessiz kalmasının ve itiraz etmemesinin hukuki sonucu son derece önemlidir. Temsil olunan, bir kimsenin kendisi için yetkisiz bir işlem yaptığını bilmesine ve bu duruma müdahale etme olanağına sahip olmasına karşılık, süreci aydınlatmak için hiçbir itiraz yöneltmediğinde, onun bu davranışı üçüncü kişi tarafından dürüstlük ilkesi gereğince işlemin onanması iradesi şeklinde

algılandığında, sessizliğin tehlikesini temsil olunan taşımalıdır. Ancak üçüncü kişinin, temsil olunanın yetkisiz işlemi bildiğine veya bilmesi gerektiğine ilişkin tüm koşulların bulunduğunu düşünmesi için haklı nedenlerinin olması zorunludur. Zira temsil olunanın bilmediği veya bilmesinin beklenmediği yetkisiz bir işleme rıza gösterdiğinin kabulü sonucuna götürecek bir değerlendirme hakkaniyetten uzaktır. Bu sonuca üçüncü kişinin onama konusunda temsil olunana süre tayin etmesinden bağımsız olarak ulaşılır. Böylece üçüncü kişinin BK. m. 46 f. 2 gereğince, onama konusundaki görüşünü bildirmek için temsil olunana süre tayin ettiği hallerde de, güven ilkesinin uygulanması sonucunda temsil olunanın itirazının beklendiği durumlardaki sessizliği onama anlamını taşıyacaktır. Alman hukukunda temsil olunana onama konusundaki kanaatini ortaya koyması amacıyla süre tayin edildiğinde, ticari teyit yazısı ile sınırlı olarak sessizliğin onama olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bu sonucun sadece ticari alanda teyit yazısı ile sınırlı olarak kabulü, dürüstlük ilkesine uygun değildir. Tayin edilen sürede sessiz kalan temsil olunanın davranışı özel hukukun diğer alanlarında da dürüstlük ilkesi ışığında onama olarak algılanmalıdır.

Hollanda hukuku dışındaki tüm hukuk sistemleri, onamanın temsilciye veya üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir. Alman MK. m. 177 f. 2’de, temsil olunana süre tayin edildiğinde, onamanın muhatabının mutlaka üçüncü kişi olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda açık bir hükme yer verilmemesine rağmen, konu bütünlüğünden ve hükmün amacından aynı sonucuna ulaşılır. Askıda hükümsüz bir işleme neden olan temsilcinin yarattığı güvensizlikten ötürü onama sürecinde tamamen devre dışı kaldığının kabul edilmesi gerekir. Doğrudan temsil kapsamında yetkisiz yapılan bir işlemin hukuki durumu konusunda her türlü tereddütten uzak bir sonuca ulaşılmasının yolu, onamaya ilişkin beyanların üçüncü kişiye yönelik olarak yapılmasından geçmektedir. Bu sayede üçüncü kişi, temsil olunan ile doğrudan temasa geçerek menfaatlerini koruyacaktır. Zira temsil işleminden temsil olunanın yanında doğrudan etkilenecek olan taraf, üçüncü kişidir. Böylece süre tayin edilmesinden bağımsız olarak temsil olunanın hukuki işleme ilişkin kararını üçüncü kişiye yöneltmesi gerektiği sonucuna ulaşılması isabetli olacaktır. Bu konuda pozitif bir düzenlemeye yer verilmesi gerekir. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunundan farklı olarak süre tayin edilmesinden önce

temsil olunanın onama veya ret beyanını hükümsüz kılan bir düzenleme içermez. Alman Medeni Kanunun'da öngörülen düzenleme önemli bir kesinlik sağladığından, Borçlar Kanununda yapılacak değişiklikte dikkate alınmalıdır.

Doğrudan temsil ilkeleri doğrultusunda onanan işlem, üçüncü kişinin haklarına zarar vermeksizin geriye etkili olarak temsil olunanın hukuk alanında sonuç doğurur. Dolaylı temsil kapsamında yetkisiz yapılan bir işlemin onanması ise farklı özellikler gösterir. Bu temsil türünde temsil olunan tarafından yapılan onama, yetkisiz işlemi kural olarak geçerli kılma işlevini taşımaz. Dolaylı temsilci, başkası hesabına yetkisiz hareket etmesine rağmen, dolaylı temsilin niteliği gereğince kendi adına hareket ettiğinden, temsil olunanın onamasından önce dahi temsilci ile üçüncü kişi arasında kural olarak geçerli bir sözleşme mevcuttur. Ancak temsilci ile üçüncü kişi arasında etkili olan bu sözleşme, dolaylı temsil yetkisinin yokluğu veya sınırlarının aşılması nedeniyle, hesabına hareket edilen temsil olunana karşı ileri sürülemez. Temsilcinin yetkisiz yaptığı işlemin onanması, işlemin bütün hükümleriyle temsil olunana karşı geçmişe etkili olarak ileri sürülmesini sağlamaktadır. Dolaylı temsilcinin yaptığı yetkisiz işlemin geçerliliği üzerinde kural olarak tesiri olmayan onama beyanı, dolaylı temsil hükümlerinin uygulanması bakımından üçlü ilişkinin meydana gelmesini sağlar. Ancak çalışmamızda temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yetkisiz olarak yaptığı işlemin onanmasının, işlemin geçerliliğine etki etmeyeceği kuralına bir istisnanın tanınması gerektiği sonucuna vardık. Yetkisiz dolaylı temsil işleminin onanması, temsil olunana ait menkul eşyalar ile hamile yazılı senetler üzerindeki tasarruf işlemlerinde tasarruf yetkisi eksikliğini giderdiğinden, üçüncü kişinin bunu bildiği durumlarda başlangıçta geçersiz olan tasarruf işlemi onama beyanı ile sonradan geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir. Diğer yandan ASHİ'de ve Konvansiyon'da yetkisiz dolaylı temsil işleminin onanması halinde, temsil olunanın ve üçüncü kişinin belli koşullar altında birbirlerine yönelebileceğini tespit ettik. Bu sonuç, tarafların haklı menfaatlerine hizmet etmektedir.

Üçüncü kişi, yetkisiz doğrudan temsilin varlığı halinde, karşı sözleşeni olan temsil olunan ile geçerli bir sözleşme kuramaz. Bu durumda üçüncü kişi, uğradığı zararların giderilmesini talep edebilir. Doğrudan temsilci, üçüncü kişinin zararlarını



karşılamak zorundadır. Oysa dolaylı temsilde üçüncü kişi, temsilci ile hukuki bir ilişkiye girme iradesini taşımaktadır. Dolaylı temsilci, kendi adına hareket ettiğinden, üçüncü kişinin sözleşmesel karşı tarafıdır. Böylece yetkisiz dolaylı temsilde falsus procurator sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelmez. Ele aldığımız sistemlerde yetkisiz temsilcinin, kusurundan bağımsız olarak sorumlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu yaklaşımın temsilci açısından adil olmadığı eleştirisi ifade edilebilir. Ancak yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulmasının altında yatan düşünce, başkası adına hareket eden temsilcinin temsil olunanla yakın bir ilişki içerisinde olması nedeniyle, işlem için gerekli yetkiye sahip olması hususunda yapılacak araştırma bakımından üçüncü kişiye nazaran daha elverişli bir konumda olmasıdır. Temsil yetkisinin yokluğu, temsilcinin egemenlik alanından kaynaklanan bir tehlike olmasından ötürü, bu tehlikenin temsilci tarafından taşınması gerekir. Bu anlamda temsilcinin sorumluluğuna ilişkin sert yaklaşımı desteklemekteyiz. Türk-İsviçre ve Alman hukuku dışındaki hukuk sistemlerinde yetkisiz temsilci, kusursuz dahi olsa ifa menfaatlerinden sorumludur. Üçüncü kişi, yetkili bir temsilci ile sözleşme yapması halinde, içinde bulunacağı konuma getirilecektir. Hukuk sistemimiz ve Alman hukuku ise esnek bir sorumluluk rejimi öngörmektedir. Kanun koyucu bu tarz bir düzenleme ile üçüncü kişinin ve temsilcinin menfaati arasında belli bir denge sağlamaya çalışmaktadır. Bu çözüm şekli tarafların haklı menfaatlerinin korunması bakımından yerindedir.

Hukuk düzenleri, üçüncü kişinin kötünîyetinin yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu kaldıracığında birleşmektedir. Ancak Avrupa düzleminde oluşturulan belgelerde, üçüncü kişinin göstermesi gereken özen ölçüsü farklı bir delil eşiği sunmaktadır. Diğer sistemlerde üçüncü kişinin hafif kusuru dahi temsilcinin sorumluluğunu dışlarken, ASHİ’de ve AÖH’da üçüncü kişinin kastı dışında ağır kusuru temsilcinin sorumluluğunu etkisiz kılmaktadır. Türk ve İsviçre kanun koyucusu BK. m. 47’de yetkisiz temsilciyi kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca menfî zararlardan sorumlu tutmakta, temsilcinin kusurunun olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde üst sınırı müspet zarar olan ve belli koşullarda aynen tazmine uzanan ağırlaştırılan bir sorumluluğa yer vermektedir. Ancak kanun koyucu temsilcinin yetkisizliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişiyi tazminattan yoksun bırakarak, temsilcinin genel

ilkelerden daha sert öngörülen sorumluluğunu dengelemiştir. Bu anlamda temsilcinin kusuru karşısında üçüncü kişinin kötü niyetinin temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı yönündeki yaklaşımın temelinde yatan, zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesecek derecede olmaması halinde, bu olguyu sadece bir indirim sebebi kabul eden Borçlar Kanunu sistemine uygun düşmeme gerekçesi isabetli değildir. Zira hükümde öngörülen sorumluluğun ağırlaştırılmış şekli, diğer güven sorumluluğu hallerinde genel anlamda rastlanmaz. Bu açıdan düzenlemede öngörülen sorumluluk rejimi, Türk ve İsviçre hukukunda genel olarak benimsenen sorumluluk ilkelerinden ayrılmaktadır. Nitekim BK. m. 47’de sorumluluğun hukuki niteliği, culpa in contrahendo kapsamında değerlendirilir. Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan bu sorumluluk esasen bir kusur sorumluluğudur. Oysa hükmün birinci fıkrası uyarınca, yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu olduğu konusunda bir tereddüt bulunmaz. Kesin geçersiz hale gelen bir işlemin belli koşullarda bir kimseyi müspet zarar ve hatta aynen ifa ile sorumlu kılan bir sonuç hukuk sistemimizde olağan kabul edilemez. Bu anlamda kanunun açık lafzı, hakkaniyete dayanan değerlendirmeleri dışlamaktadır. Kanuni düzenleme, üçüncü kişinin iyiniyeti konusunda temsilcinin kusurlu olup olmaması arasında bir fark gözetmez. Üçüncü kişinin iyiniyetinin bulunmaması, tazminat sorumluluğunu azaltmanın ötesinde, BK. m. 47’de öngörülen sorumluluğu tamamen ortadan kaldırır. Ancak hafif kusurlu üçüncü kişi, yetkisizliğini bilerek hareket eden kişinin sorumluluğuna BK. m. 49 (İBK. m. 41) gereğince yönelebilecektir. Zira sorumluluğun doğumu bakımından BK. m. 49 hükmü, BK. m. 47’den farklı olarak üçüncü kişinin iyiniyetini aramaz. Bu durumda üçüncü kişinin kusuru, BK. m. 52 uyarınca tazminattan indirim sebebi teşkil eder. Diğer yandan üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesi gerekliliği, kusurundan bağımsız olarak temsilcinin sorumluluğunu kaldırmakla birlikte, üçüncü kişinin göstermesi gereken özenin ölçüsü yüksek tutulmadığında karşı görüşteki yazarların dayandığı hakkaniyetin gerçekleşmesi sağlanabilir. Ancak bu yaklaşım TTK. m. 18 f. 2 ışığında tacirler açısından geçerli olamaz. Ticari işlemlerde tacir olan üçüncü kişiden daha yüksek bir özen beklenmelidir. Son olarak BK. m. 47’nin (İBK. m. 39) sistematığının isabetli olmadığını tespit etmemiz gerekir. BK. m. 47 f. 1 c. 2’de yer alan düzenlemenin her iki fıkrayı kapsayacak tarzda üçüncü fıkra yerleştirilmesi, bu konudaki tartışmaları ortadan kaldıracaktır. Bu kuralın, sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların saklı tutulduğu ve

tamamen gereksiz olan üçüncü fıkranın yerine yerleştirilmesi gerekir. Böylece iyi niyetli olmayan bir üçüncü kişinin, kusurundan bağımsız olarak temsilcinin sorumluluğuna yönelemeyeceği hüküm altına alınmalıdır.

İncelediğimiz hukuk sistemleri temelde temsil yetkisini sona erdiren nedenlerde sayma yöntemini benimsemiştir. Ancak AÖH’da ve UTSİ’de temsilcinin yetkisini sona erdiren nedenler sıralanmaz. Biz iki belgede izlenen yöntemin isabetli olduğunu düşünmekteyiz. İyiniyetli üçüncü kişi, yetkiyi sona erdiren karmaşık ve belirsiz nedenlerin varlığından bağımsız olarak korunmalıdır. Nitekim uluslararası metinler, işlem hayatının korunmasına özel bir önem vermektedir. Temsil yetkisinin sona erdiğinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi, bu nedenlerin veya sona ermenin üçüncü kişi tarafından bilinmesine veya bilinmesinin gerekmesine bağlıdır. Bu yaklaşım üçüncü kişinin etkili korunmasına hizmet eder. Ulusal hukuk düzenlerinde de yetkinin sona ermesinde iyi niyetli temsilcinin ve üçüncü kişinin korunmasına yönelik hükümlerin öngörüldüğünü tespit ettik. Alman Medeni Kanunu, temsil olunan tarafından bildirilen yetkinin sona ermesi ile ilgili pozitif veya normatif bilgisi olmayan üçüncü kişiye MK. m. 170-173 kapsamında etkili bir koruma sağlamaktadır. Ancak temsil olunan iflas ettiğinde, İflas Kanunu m. 117 f. 1 gereğince temsil yetkisi dış yetkinin varlığına rağmen sona ermekte, iyi niyetli üçüncü kişinin güvenliğini koruyan hüküm uygulama alanı bulmaz. Bu yaklaşımın çıkış noktası, borçlu konumunda olan bir temsil olunanın tasarrufla bulunamayacağı malvarlığı değerleri üzerinde temsilcinin de üçüncü kişiyle etkili olarak işlem yapamayacağıdır. Hollanda Medeni Kanunu, yetkiyi sona erdiren nedenleri detaylı bir şekilde sıraladıktan sonra yetkinin sona erdiğini bilmeyen üçüncü kişinin kural olarak korunacağını hüküm altına almaktadır. Diğer yandan yetkinin sona erdiğini veya sona erme nedenini gerçekte bilmemesine rağmen, yetkinin sona ermesinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği koşullara yer verilmiştir. Hollanda MK. m. 3:76 (1)(a-d)’de sıralanan bu koşullar, belli bir düzeyde Türk-İsviçre hukukunda tanınmakla birlikte, bu hususun her türlü tereddüdü ortadan kaldıracak tarzda pozitif olarak düzenlenmesi, hukuk güvenliği açısından yerinde olacaktır. İngiliz hukukunda yetkiyi sona erdiren nedenlerin tasnif şekli diğer hukuk sistemlerine yaklaşmasına karşılık, sona ermenin üçüncü kişi ve temsilci bakımından etkisi daha zayıf bir şekilde işlenmektedir. Bu hukuk sisteminde temsil ilişkisi temsil olunanın

bakış açısından değerlendirildiğinden, yetkiyi sona erdiren nedenlerin varlığında temsil olunanın menfaatlerinin korunmasına özel bir önem verilir. Ancak kendisine bildirilen yetkinin sona erdiğini bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişinin korunmasına yönelik kararların verildiğini ve üçüncü kişiye belli bir koruma sağlandığını görmekteyiz. Hukuk sistemimiz ise temsil hükümleri kapsamında hukuki durumun devamına ilişkin üçüncü kişinin güvenini bütün değişiklik nedenlerinde korumaz. Bu koruma ilke olarak hukuki duruma ilişkin değişikliğin temsil olunanın iradesinden kaynaklanmasında sağlanmaktadır (BK. m. 42 f. 3). Uluslararası belgeler, kanuni sona erme nedenlerini kapsayacak tarzda temsil yetkisini sona erdiren bir nedenin ortaya çıkması halinde, yetkinin devamı konusunda üçüncü kişinin güvenini tam olarak korur. Kuşkusuz bu sonuç, temsilcinin yetkisiz bir işlem ile sorumlu tutulmamasına ilişkin menfaatine de hizmet etmektedir. Hukuk düzenimiz eş değerde bir koruma öngörmez. Temsil yetkisi BK. m. 43 (İBK. m. 35) uyarınca sona erdiğinde, temsil olunanın iradesinden veya işin niteliğinden kaynaklanan istisnalar saklı kalması kaydıyla, yetkinin temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirildiği durumlarda dahi iyi niyetli üçüncü kişi korunmaz. Yetki belgesine güvenen üçüncü kişinin iyi niyeti de dikkate alınmaz. Bu konuda üçüncü kişinin menfaatlerinin zedelenmesi tehlikesini azaltmak gayesiyle, sınırlı bir koruma sağlayan BK. m. 44 (İBK. m. 36) hükmüne yer verilmiştir. Diğer yandan BK. m. 45'te (İBK. m. 37) yetkinin sona ermesi ile ilgili olarak temsilcinin iyiniyetli olması koşuluyla sözleşmenin iyiniyetli üçüncü kişiye karşı etkili olacağı hüküm altına alınmaktadır. Böylece temsilcinin ve üçüncü kişinin eşzamanlı iyi niyetli olmaları kaydıyla, yetkinin geri alınmasına veya kanuni bir sona erme nedeninin varlığına rağmen, temsil işlemi geçerli olur. Ancak olması gereken hukuk açısından işlem hayatının korunmasına yönelik bir rejim, temsil olunan tarafından bildirilen yetkiye güvenen üçüncü kişiyi, temsilcinin iyiniyetinden bağımsız olarak bütün sona erme hallerinde korumalıdır. Bu konuda mevcut kurallar, başta uluslararası belgelerde ve Alman Medeni Kanununda yer verilen düzenlemeler doğrultusunda yenilenmeye ihtiyaç duymaktadır. İşlem hayatının desteklenmesi gayesiyle, dış yetkinin varlığına güvenen iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından korumanın genişletilmesi gerekir.

Hukuk düzenimizde yetkinin geri alınamaz tarzda tesisinin geçerli olmadığı sonucuna vardık. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesinin benimsendiği bir sistemde,

uluslararası hukukun gelişim yönü dikkate alınarak, yetkinin geri alınmayacağına ilişkin sözleşmesel taahhütleri ve cezai koşulları içeren düzenlemeler de lege ferenda desteklenmelidir. Yetkinin geri alınamaz tarzda verilmesi, temsil olunanın her türlü karar verme kabiliyetini mutlaka elinden almaz. Yetkilendirmede yapılacak işlemlerin ayrıntılı bir şekilde belirtilmesi, temsilcinin karar alma özgürlüğünü sınırlandıracaktır. Ticari işlem hayatında bir temsilcinin yetkisinin geri alınmaması koşuluyla yetkilendirilmesinde önemli menfaatler bulunabilir. Tarafların haklı menfaatlerine hizmet etmesi ve irade özerkliğine uygun olması nedeniyle, geri alınamaz yetkinin birçok hukuk sisteminde uygulama alanı mevcuttur. İşlem hayatının çeşitliliğinde kesinliğin sağlanması açısından, geri alınamaz yetkinin varlığı kabul edilmelidir. Ancak geri alınamaz yetkinin temsil olunan açısından doğuracağı tehlikenin giderilmesine yönelik bir rejim benimsenmelidir. Bu konuda temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine yönelik olarak yetkinin geri alınamaz tarzda verilebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Karar verme sürecinin tamamen temsilcinin takdirine bırakılmaması gayesiyle, verilen yetkinin sınırlarının belirlenmesi veya belirlenebilmesi koşulu gözetilmelidir. Temsil olunanın güvenliğinin sağlanması için önemli bir sebebin gerçekleşmesi halinde, geri alınamaz tarzda verilen bir yetkinin yargı yoluyla geri alınması mümkün olmalıdır.

İncelediğimiz uluslararası metinler, ulusal hukuk düzenlerinde sadece kısmen öngörülen önemli bir yeniliği benimsemiştir. Temsilcinin yetkisi, yetkiyi sona erdiren bir nedenin ortaya çıkmasına rağmen, temsil olunanın menfaatlerinin korunması için gerekli olan işlemlerle sınırlı olarak varlığını sürdürecektir. Alman Medeni Kanunu, vekâlet sözleşmesi kapsamında belli koşullarda ertelenmesinde tehlike olan işlemler bakımından vekâlet verenin veya mirasçılarının gerekli tedbirleri alıncaya kadar vekâletin devam edeceğini öngörmektedir. Hollanda Medeni Kanununda ise temsil olunanın ölmesine veya fiil ehliyetini kaybetmesine karşılık, işletmenin idaresi ve yönetimi için zorunlu işlemlerin yapılması veya ertelenmesi temsil olunanın zararına yol açacak işlemlerin yerine getirilmesi konusunda yetkinin devam edeceği düzenlenmiştir. BK. m. 43 f. 1’de yetkiyi sona erdiren nedenin varlığına rağmen, temsil olunanın menfaatlerinin tehlikeye düşmesinin engellenmesi gayesiyle, işin niteliğinden hareketle yetkinin ortadan kalkmayacağı sonucuna varılmaktadır. Genel hükümler bölümünde ulaşılan bu sonuca dayanak teşkil edecek benzer bir hükme özel borç

ilişkileri kısmında yer verilmektedir. Nitekim BK. m. 513 f. 2 uyarınca vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürdüğünde, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi işleri yürütebilecek konuma ulaşıncaya kadar, vekil veya mirasçı ya da temsilci vekâletin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Ulusal sistemlerde öngörülen düzenlemeler, dağınık ve eksik bir görünüm taşımaktadır. Uluslararası belgelerin ortak bir paydada benimsediği kurala benzer bir hükmün temsile ilişkin genel hükümlerde kabulü, hukuki kesinliğin desteklenmesi açısından tavsiyeye şayandır.

Doğrudan ve dolaylı temsilde yetkiyi sona erdiren nedenler ortak özellikler taşımaktadır. Her iki temsil kurumunda taraflar arasındaki benzer menfaat dengesinin gözetilmesi gerekir. Nitekim ASHİ'nin ve Konvansiyon'nun öngördüğü sistemde, temsilcinin sahip olduğu dolaylı temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyi niyetli üçüncü kişinin karşı sözleşeniyle yaptığı sözleşmenin hüküm doğuracağı neticesine ulaşılmaktadır. Bu anlamda yetkinin sona ermesine karşılık, temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına iyiniyetli üçüncü kişiyle geçerli bir şekilde yaptığı sözleşmenin koşulları oluştuğunda, üçüncü kişi ve temsil olunan doğrudan birbirlerine yönelebilir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde doğrudan temsil yetkisini sona erdiren nedenler dolaylı temsil yetkisini de sona erdirecektir. Bu konuda BK. m. 42'nin ve BK. m. 43'ün yanısıra, vekâlet sözleşmesi kapsamında düzenlenen BK. m. 512 ve BK. m. 513 dikkate alınmalıdır. Yetkiyi sona erdiren nedenlerin varlığına rağmen, temsil olunanın menfaatlerinin korunması gayesiyle temsilcinin yetkisinin belli koşullarda devam edeceğine yönelik olarak doğrudan temsilde ulaştığımız sonuçlar, dolaylı temsilde de geçerlidir. Keza yetkinin sona erdiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen temsilcinin ve üçüncü kişinin doğrudan temsil kapsamında yaptıkları işlemin, BK. m. 45 gereğince etkili olduğunu belirledik. Bir sözleşmenin dolaylı temsil kapsamında yapılması halinde de, iyiniyetli olmaları kaydıyla, temsilcinin ve üçüncü kişinin menfaatleri açısından benzer bir süreç işleyecektir. Böylece dolaylı temsil kurumunun ilkeleri ışığında BK. m. 514 ve BK. m. 45 gözetildiğinde, dolaylı temsil yetkisinin sona erdiğine ilişkin pozitif veya normatif bilgisi olan üçüncü kişinin, dolaylı temsil olunana ait menkul eşyalarda ve hamile yazılı senetlerde iyi niyetli dolaylı temsilci ile yaptığı tasarruf işlemleri etkili olmaz.

Tarafların menfaatlerinin korunması amacıyla genel hükümlerde dolaylı temsil başlığı altında, yetkiyi sona erdiren nedenleri kapsayan ve tarafların iyiniyetlerinin etkisini ortaya koyan düzenlemelere yer verilmelidir. Her iki temsil türünde yetkiyi sona erdiren nedenler temelde ortak olduğundan, dolaylı temsil başlığı altındaki düzenlemelerde dolaylı temsil yetkisini sona erdiren nedenler ile ilgili olarak doğrudan temsile yapılacak atıf, bu konuda sunulabilecek bir başka çözüm yoludur.

Doğrudan ve açık temsilcinin yaptığı işlemin sonuçları müşterek paydalar içermektedir. Temsil olunan ve üçüncü kişi doğrudan sözleşmesel ilişkiye girerken, temsilci sözleşmenin dışında kalır. Bir temsilcinin dolaylı ve gizli temsile dayalı olarak üçüncü kişiyle yaptığı işlemin etkileri konusunda ise değişik yaklaşımlar söz konusudur. Dolaylı ve gizli temsil işleminin temsilci ile üçüncü kişi arasında hüküm doğurduğu benimsenmekle birlikte, bu tarz işlemlerde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında ikincil tabanda bir hukuki ilişkinin oluşması konusunda belirgin yaklaşım farkları göze çarpmaktadır. Dolaylı temsilci kendi adına hareket ettiğinden, sözleşme dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulur. Temsil olunan, sözleşmenin bir tarafı değildir. Üçüncü kişi, sözleşmeyi dolaylı temsilci ile kurmak istediğinden, temsil olunan yerine dolaylı temsilcinin sözleşmenin tarafı olması, üçüncü kişinin haklı beklentileri ile örtüşür. Ancak sözleşmenin temsil olunanın hesabına yapılması, onun üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasındaki hukuki ilişkiye ekonomik anlamda katılımını göstermektedir. Ele aldığımız hukuk düzenleri, temsil olunanın ekonomik bağınyı değişik ölçülerde dikkate alır. ASHİ bu katılımı; temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişki sürecinde ortaya çıkacak belli gelişmelerde, üçüncü kişiye ve temsil olunana birbirlerine doğrudan yönelme olanağını tanıyarak öngörmektedir. Konvansiyon da üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasındaki sözleşmede temsil olunanın ekonomik katılımını gözetir. UTSİ ve AÖH ise temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi önemli ölçüde sınırlamıştır. Ulusal hukuk sistemlerinden sadece Hollanda Medeni Kanunu, hukuki ilişkiye girmemiş tarafların birbirlerine doğrudan yönelmelerine ilişkin kesin listeyi ihtiva eden koşulları öngörmektedir. Kanun koyucu, dolaylı temsilde temsil olunanın sözleşmesel katılımını MK. m. 7:419-7:421’de pozitif olarak düzenlemektedir. İngiliz hukuku ise diğer hukuk düzenlerinden tamamen ayrılarak, gizli temsil doktrininde temsil olunanın bir koşula bağlı olmaksızın üçüncü kişiye yönelebileceğini, üçüncü

kişinin de aksi yönde bir anlaşma olmadığı müddetçe temsil olunanı veya temsilciyi dava etmekte seçimlik hakka sahip olduğunu benimsemektedir. Dolaylı temsil kapsamında yapılan bir işlemde iç ilişkide temsil olunan ile temsilci, dış ilişkide ise temsilci ile üçüncü kişi arasında iki ayrı hukuki ilişki mevcuttur. Alman hukuku, bu iki hukuki ilişki arasında genel anlamda katı bir ayırım öngörmekte, her bir tarafın sadece temsilci ile ilişkisinin bulunduğu sonucuna varmaktadır. Bu katı ayırıma rağmen, dolaylı temsile dayalı olarak kurulan sözleşmelerde temsil olunanın ekonomik katılımı değişik şekillerde kabul edilir. Özellikle üçüncü kişinin zararının tazmininde ve geleceğe ilişkin alacakların devrinde, genel ilkeye aykırı olarak temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişkiler kurulur. Diğer yandan temsilcinin dolaylı temsil hükümleri gereğince kendi adına yaptığı sözleşmede, üçüncü kişinin belli koşullarda temsil olunanın sorumluluğuna doğrudan yönelmesine cevaz verilmektedir. Türk ve İsviçre hukuku ise dolaylı temsil kapsamında kurulan bir sözleşmenin etkilerini açıkça düzenlemez. Ancak dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulan bir sözleşmeye dolaylı temsil olunanın katılımını içeren değişik hükümlerin bulunduğu sonucuna vardık. Dolaylı temsilcinin bir başkası hesabına kazandığı alacaklar, devre ilişkin özel bir hukuki işleme gerek kalmadan, BK. m. 509 uyarınca temsilciden temsil olunana geçebilecektir. Bu geçiş, alacakların doğmasıyla değil, kanuni bir şartın yerine getirilmesiyle mümkündür. Temsil olunan, temsilciye karşı olan bütün borçlarını yerine getirmek zorundadır. Bu kural, dolaylı temsilin iki sözleşmenin basit bir birleşiminden ibaret olmadığını göstermektedir. Kanuni düzenleme, ticari ve ticari olmayan işlemler arasında fark gözetmeksizin BK. m. 509'un uygulanmasını öngörmektedir. Dolayısıyla Alman Ticaret Kanununa (TK. m. 392 ve TK. m. 406) göre daha kapsamlı bir sınırı içerir. Kendi adına hareket eden dolaylı temsilci, sözleşmeden doğan borçlardan kişisel olarak sorumlu olmakla birlikte, temsilci başkasının hesabına hareket ettiğinden, hesabına hareket edilen temsil olunan, onu bu borçlardan kurtarmak yükümlülüğündedir. Bu konuda BK. m. 510, BK. m. 529 ve hukukun genel ilkeleri gözetilir. Bununla birlikte üçüncü kişi, muhatabı olan temsilciyi dikkate alarak sözleşme ilişkisine girmiştir. Temsil olunanın ilişkiye dahil olması nedeniyle üçüncü kişinin konumunun elverişsiz hale gelmemesi gerekir. Bu anlamda borçların temsil olunan tarafından üstlenilmesi kural olarak alacaklı üçüncü kişinin muvafakatini gerektirir. Üçüncü kişinin muvafakati olmadığında, dolaylı temsilci sözleşmeden kaynaklanan



borçlardan her durumda sorumlu olur. Ancak BK. m. 83 gereğince borcun borçlu tarafından yerine getirilmesinde alacaklının bir menfaati olmadığında, dolaylı temsil olunan alacaklı üçüncü kişiye bizzat ifada bulunabilir. Temsil olunan, alacaklı üçüncü kişiye şahsen ifada bulunmak yerine dolaylı temsilciye karşılık da sağlayabilir. Bu nedenle borç taahhütleri alanında dolaylı temsile başvurma hukuk mükim olmadığından söz edilemez. Ancak bu süreçte temsil olunan tek başına ve doğrudan sorumlu tutulamaz. Dolaylı temsilcinin yaptığı tasarruf işlemleri de temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişkinin kurulmasına yol açabilir. Böylece hukuk sistemimizde dolaylı temsilcinin borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri alanında dolaylı temsil kapsamında yaptığı sözleşmeler, belli koşullar altında temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan ilişkiler oluşturur. Dolaylı temsilde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişkinin meydana gelmeyeceğine ilişkin olarak benimsenen yaklaşım, ancak belli koşullarda değer taşıyan ilkesel bir kabulden ibarettir. Bir temsilcinin doğrudan temsil kapsamında yaptığı işlemin etkisi, temsil olunanın malvarlığına doğrudan olur. Oysa dolaylı temsil kapsamında yapılan işlemlerin temsil olunanın malvarlığına etkisi sadece belli koşullarda doğrudan gerçekleşir. Bu hukuki koşulların varlığında, dolaylı temsil işleminin temsil olunanın malvarlığına olan dolaylı etkisi doğrudan etkiye dönüşebilecektir. Böylece borçlar kanununda birbirleriyle doğrudan işlem yapmayan iki hukuk süjesinin, belli şartlar kapsamında ve kendine özgü sonuçlarla dolaylı temsil altında bağlandığı neticesine vardık. Bu durum dolaylı temsil kurumuna kendine özgü olması niteliğini vermektedir.

ASHİ, temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerini sadece belli koşullarda doğrudan dava edebilecekleri fikrine dayanır. Bu doğru bir yaklaşımdır. Üçüncü kişinin ve temsil olunanın, hukuki ilişkinin çözümlenmesinde bir sorunun ortaya çıkması dışında, birbirlerine doğrudan yönelmelerini haklı gösterecek bir neden yoktur. Dolayısıyla herhangi bir koşula tabi olmaksızın, temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerine doğrudan yönelmelerinin mümkün olduğu İngiliz hukuk sisteminin emsal olarak alınmaması yerindedir. Konvansiyon ve Hollanda hukuku da temsil olunanın ve üçüncü kişinin, birbirlerini sadece hukuki ilişkinin çözümlenmesinde bir sorunun ortaya çıkması halinde doğrudan dava edebilecekleri temelinde ilerler. Ancak bu sistemler İlkeler'den farklı olarak borca aykırılığın belli bir nitelikte olması gerektiği koşulunu

benimsememekte, borca aykırılığı kendi başına yeterli saymaktadır. İlkeler, borca aykırılığın belli bir nitelikte olması koşulunu haklı olarak öngörmektedir. Bu husus, İlkeler'in konuya farklı bir şekilde yaklaştığını gösterir. Bu yaklaşım, farklı menfaatlerin bir ölçüye kadar tartılmasına fırsat vermekte, doğrudan taleplerin yöneltmesi olanağını sınırlandırmaktadır. Bu sayede temsil olunanın işlemdeki ekonomik katılımı gerektiği ölçüde dikkate alınmakta, sözleşmelerin nispiyeti ilkesi haksız bir şekilde ihlal edilmemektedir.

ASHİ'de, Konvansiyon'da ve Hollanda hukukunda, ekonomik karşıtların birbirlerine doğrudan yönelme hakkını kullanma iradesini karşı tarafa bildirmek zorunda olmaları yönünde öngörülen koşul isabetlidir. Hakları kullanma iradesinin bildirilmesi, konuma açıklık getirmeye yardımcı olmakta ve tüm ilgililerin süreci öğrenmeleri sonucunda hukuki ilişkinin tereddütsüz çözümlenmesine olanak sağlamaktadır. Bildirimi alan tarafın dolaylı temsilciye yapacağı ifa geçerli olmaz. Bildirim yapılan taraf, ekonomik karşıtların doğrudan yönelme iradesini gözetmek zorundadır. Aksi takdirde hukuki işlemde kaynaklanan sorumluluğu devam eder. Böylece ekonomik karşıtların dolaylı temsilci ile sözleşmesel bir ilişki içerisinde olmaları gerçeğinden kaynaklanan haklı beklentilerinin, zorunlu bildirim sonucunda tarafların birbirlerine doğrudan yönelme hakkını kullanma iradesinin belirginleştiği ana kadar korunacağı neticesine varılacaktır.

Temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerini doğrudan dava etmeleri, karşı tarafın kimliğinin bilinmesine bağlıdır. ASHİ, Konvansiyon ve Hollanda Medeni Kanunu, bu süreçte ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi amacıyla pozitif kurallara yer vermiştir. Temsilci, talep edilmesi halinde temsil olunanın veya üçüncü kişinin adını bildirmek zorundadır. Hukukumuzda temsilcinin karşı sözleşeni olan üçüncü kişinin kimlik bilgilerini temsil olunana aktarma borcu, BK. m. 508 hükmüne dayandırılabilir. Böylece BK. m. 509 uyarınca kanuni temlik koşullarını yerine getiren temsil olunanın, üçüncü kişiye doğrudan yönelmesi sağlanacaktır. Dolaylı temsil ilişkisinin çözümlenmesi bakımından son derece önemli olan bu yükümlülük ihlal edildiğinde, temsilcinin yargı kararı ile karşı tarafın kimlik bilgilerini açıklamak zorunda olması, etkili bir hukuki tedbirdir. Bu yaklaşım, dolaylı temsilcinin karşı sözleşeni üçüncü

kişinin kimlik bilgilerini vermekten kaçınması halinde, temsil olunanın korunmasına hizmet eder.

Dolaylı temsilin üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasında bir sözleşme kurması, tarafların haklı beklentilerine uygun ise de dolaylı temsile ilişkin dengeli bir hüküm, yapılan işlemin ekonomik boyutunu göz ardı etmemelidir. Dolaylı temsilci kendi adına hareket etmesine rağmen, sözleşmeyi temsil olunanın hesabına yapmaktadır. Bunun sonucu olarak temsil olunanın, üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasında yapılan sözleşmeye ekonomik anlamda katılımı söz konusudur. Dolaylı temsilin sözleşmesel yönünü düzenleyen bir hüküm, bu ekonomik ilişkiyi ölçülü bir şekilde dikkate almak zorundadır. Ancak dolaylı temsilin temel etkisinin, üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasında bir hukuki ilişki oluşturması gerçeğinden taraflara yönelik birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Böylece temsil olunan hukuki sürece etkin bir şekilde katıldığında, tarafların konumlarının kötüleşmemesini bekleme hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerekir. İncelediğimiz bütün hukuk sistemleri, sözleşmeyi kuran tarafların dışında bir kimsenin diğer tarafa yönelmesi nedeniyle borçlunun konumunun kötüleşmemesi gerektiği ilkesinden hareket etmektedir. Bu anlamda ekonomik karşıtlar, ancak ileri sürebilecekleri savunmalar saklı kalması kaydıyla, birbirlerine doğrudan yönelebilir. Bu konuda ASHİ ve Konvansiyon, kesin ve öz kurallar öngörür. Ancak ulusal sistemler de borçlu tarafın korunması amacıyla benzer sonuçlara ulaşmaktadır. Hukuk sistemimizde BK. m. 509 gereğince kanuni temlike konu olan alacakların geçişi, borçlu üçüncü kişinin konumunu elverişsiz bir hale getirmez. Üçüncü kişi, karşı sözleşeni olan dolaylı temsilci ile ilişkisinden kaynaklanan bütün savunmaları temsil olunana yöneltebilecektir. Keza borçlu taraf, Alman MK. m. 404 ve Hollanda MK. m. 6:145 uyarınca savunmalarını karşı tarafa ileri sürebilir. Bu yaklaşım şekli, tarafların haklı beklentilerine karşılık vermektedir. Zira bir hukuki ilişkinin tarafları, bu ilişkiden doğabilecek haklara kesin olarak sahip olacaklarına güvenemez. Böylece ileri sürülen savunmalar, tarafların haklarını mutlaka elde edeceklerine güvenemeyecekleri bir sözleşme ilişkisine girmelerinin sonucunda, bu hakları için karşı sözleşen dışında bir kişiyi sorumlu tutabilmeleri olanağının bir sınırlamasıdır. Üçüncü kişinin belli koşullarda temsil olunana doğrudan yönelebildiği ASHİ’de, Konvansiyon’da ve Hollanda hukukunda, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği

savunmaları temsil olunanın üçüncü kişiye karşı kullanabileceğine ilişkin öngörülen düzenlemeler yerindedir. Sözleşme ilişkisine giren tarafların, sözleşmeden beklenen sonuçları elde edememeleri tehlikesi her zaman mevcuttur. Dolaylı temsil ilişkisinde üçüncü kişinin karşı sözleşeni, bir dolaylı temsilcidir. Temsil olunanın ileri sürebileceği savunmalar, üçüncü kişinin, sözleşme ilişkisine girdiği karşı sözleşenin dışında bir kişiyi doğrudan sorumlu tutabilmesi olanağının bir sınırlamasıdır. Bu anlamda temsil olunanın, temsilciyi seçmesi ve hareket alanını genişletmesi nedeniyle temsilci ile olan ilişkisinden doğan itirazları ve savunmaları üçüncü kişiye karşı ileri sürememesine, temsilcinin sözleşmeye aykırı hareket etmesinin tehlikesini taşıması gerektiğine ilişkin İngiliz hukukunda benimsenen yaklaşım isabetli değildir.

Hukuk sistemlerinin tarafların birbirlerine doğrudan yönelmelerini sınırlayan tedbirler geliştirdikleri sonucuna vardık. Hollanda ve İngiliz hukuku, üçüncü kişi ile temsilci arasında yapılan sözleşmede, temsil olunanın ve üçüncü kişinin birbirlerini dava edemeyeceklerini kararlaştırmalarına cevaz vermektedir. Konvansiyon ise temsilcinin, temsil olunanın açık veya örtülü talimatı ile üçüncü kişiyle anlaşarak, tarafların birbirlerine doğrudan yönelebilecekleri koşulları içeren kuraldan ayrılacaklarını veya kuralın neticelerini değiştirebileceklerini öngörür. ASHİ’nde de sözleşme özgürlüğü ilkesi (ASHİ m. 1:102) ışığında benzer sonuçlara ulaşılmaktadır. Bu yaklaşım, üçüncü kişinin bir temsilci ile sözleşme ilişkisine girdiği gerçeğinden kaynaklanan haklı beklentilerini karşılar. Üçüncü kişi, karşı sözleşeni olan temsilci ile yaptığı sözleşmede, doğrudan yönelme olanağının dışlanması konusunda varılan anlaşmanın hukuki olarak geçerli olacağını kabul edebilmelidir. Bu çözüm şekli, temsil olunanın konumu açısından da yerindedir. Dolaylı temsilci sıfatı ile hareket etmesi için bir kimseyi tayin eden bizzat temsil olunandır. Bir sözleşmenin sonuçlandırılması başka bir kişiye bırakıldığında, sözleşmenin içeriğinin temsil olunanın beklentilerini karşılamaması tehlikesi her zaman vardır. Tehlikenin temsil olunan tarafından üstlenilmesi hakkaniyete uygundur. Bu anlamda Konvansiyon’da benimsenen yaklaşım reddedilmelidir. Bu süreçte, iyi niyet ve dürüst işlem yapma ilkesinin gözetilmesi gerekir. Üçüncü kişinin, sözleşmenin yapılması zamanında doğrudan yönelmenin dışlanmasının temsil olunanın talimatlarına aykırı olduğunu bildiği hallerde, temsil olunanın kendisine yönelmesine karşılık olarak üçüncü kişinin doğrudan yönelmenin

sözleşme ile dışlandığını ileri sürmesinin, iyi niyet ve dürüst işlem yapma kuralının ihlali olarak görülmesi isabetli olur. Diğer yandan hukuk sistemlerinde üçüncü kişinin korunması amacıyla temsil olunanın dava hakkının yumuşatılmasına yönelik ilkeler geliştirilmiştir. İngiliz hukuku, gizli bir temsil olunanın üçüncü kişiye yönelmesi halinde, üçüncü kişinin menfaatlerini gözeten bir yaklaşım benimsemektedir. Gizli bir temsil olunanın ortaya çıkarak sözleşmenin ifasını üçüncü kişiden talep etmesini engelleyecek birçok olanak mevcuttur. Temsil olunanın hukuki ilişkiye dahil olması halinde, temsilcinin belli bir süre sözleşmede taraf olarak kalmaya devam etmesi, üçüncü kişinin menfaatlerini desteklemektedir. ASHİ ve Hollanda hukuku, üçüncü kişinin haklarını kullanmak için bildirimde bulunmasından sonra dolaylı temsilcinin ve temsil olunanın müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağını öngörmektedir. Böylece üçüncü kişinin konumunda olası bir kötüleşme meydana gelmez. Konvansiyon, belli koşullarda temsil olunanın kimliğine bağlı olarak hesabına kazanılan hakların üçüncü kişiye karşı kullanılamayacağını düzenler. ASHİ ise tarafların kimliklerine bağlı olarak doğrudan yönelme olanağını sınırlayan açık bir hükme yer vermemekle birlikte, iyi niyet ve dürüst işlem yapma (AHSİ m.1:201), esaslı yanılma (AHSİ m. 4:103) ve aldatma (ASHİ m. 4:107) ile ilgili hükümlerin uygulanması sonucunda önemli hedeflere ulaşılmaktadır. Hükümlerde öngörülen koşullar kapsamında dolaylı temsile dayalı olarak yapılan bir hukuki işlemde, temsil olunanın ortaya çıkarak üçüncü kişiye yönelmesi olanağı ortadan kaldırılmaktadır. Hukuk düzenimizde de benzer sonuçlara ulaştık. Üçüncü kişi, esaslı yanılmaya ilişkin unsurların varlığında, BK. m. 30 uyarınca sözleşme ile bağlı değildir. Keza üçüncü kişi, aldatmaya ilişkin koşullar oluştuğunda, BK. m. 36 gereğince sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir.

Hollanda Medeni Kanunu, dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesi nedeniyle temsil olunanın uğradığı zararların dolaylı temsilci tarafından üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesini pozitif olarak düzenler. İngiliz hukuku ise gizli temsil doktrini kapsamında kural olarak belli bir koşula bağlı olmadan iki taraflı ilişkinin çok taraflı ilişkiye dönüştürülmesine olanak tanıyarak, üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu çözmektedir. Türk-İsviçre ve Alman hukuk sisteminde, üçüncü kişinin zararının tazmini konusunda bir kurala yer verilmemekle birlikte, dolaylı temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı bir

sözleşmenin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararın dolaylı temsilci tarafından üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği kabul edilir. Sözleşmenin dolaylı temsilci tarafından başkası hesabına yapılmasından ötürü üçüncü kişiye avantaj sağlanmamalıdır. Bu yaklaşım, dolaylı temsilin hukuki niteliğine uygun bir sonuçtur. Bu sonuç aynı zamanda dolaylı temsilde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişkinin oluştuğunun tanındığını göstermektedir. ASHİ ve Konvansiyon, temsil olunanın dolaylı temsil kapsamında temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılan hukuki işlemdeki ekonomik katılımını açıkça dikkate almasına rağmen, üçüncü kişinin zararının tazmini konusunda bir çözüm sunmaz. Belgelerde belli durumlarda temsil olunanın, temsilcinin kendisinin hesabına kazandığı hakları üçüncü kişiye karşı kullanabileceği öngörülmüşse de, ilgili hükümler, dolaylı temsilcinin ifa etmeme nedeniyle zararların giderimi için dava açabileceği anlamına gelmez. Bu konuda doğabilecek her türlü tereddüdün ortadan kaldırılması için pozitif bir düzenlemeye yer verilmesi tavsiyeye şayandır. Öngörülecek düzenlemede Hollanda MK. m. 7:419'un esin kaynağı olarak dikkate alınması isabetli olacaktır.

Kıta Avrupa hukuk sistemleri, üçüncü kişiye belli koşullar altında dahi olsa temsil olunana doğrudan yönelme hakkını tanımaz. Türk ve İsviçre hukuku, dolaylı temsil kapsamında yapılan bir işlemde üçüncü kişinin temsil olunanı dava etmesi olanağını öngörmez. Bu konuda Hollanda Medeni Kanunu bir istisna teşkil eder. Her ne kadar Alman Federal Mahkemesi 1964 tarihli bir kararında üçüncü kişinin, dolaylı temsil kapsamında yapılan bir sözleşmede temsil olunana doğrudan yönelebileceği sonucuna ulaşmışsa da, Alman hukuku dolaylı temsili pozitif olarak düzenlememekte ve üçüncü kişinin karşı sözleşeni dışında bir kimseye yönelmesini reddetmektedir. Temsil olunanın üçüncü kişiye yönelmesinin mümkün görüldüğü sistemlerde dahi, üçüncü kişiye dava olanağı tanınmaz. Bu yaklaşım, herkesin karşı sözleşeninin iflas etmesi tehlikesini taşıması gerektiği düşüncesine dayanır. Üçüncü kişi, sözleşmenin yapıldığı anda karşı sözleşenin bir temsil olunan için hareket ettiğini biliyorsa ve onunla ilişki kurmak istiyorsa, temsil olunan ile anlaşma zeminini araştırmalıdır. Üçüncü kişinin, sözleşmenin kurulmasından sonra temsil olunanın varlığını öğrenmesi, karşı sözleşenin iflas etmesi tehlikesini üstlenmesini ortadan kaldıracak tarzda temsil olunana yönelmeyi haklı gösterecek bir gerekçe değildir. Bu anlayışa yöneltile itirazlarda ise temsil olunan

ile temsilcinin birbiriyle ilgisiz olmadığı, temsil olunanın kendi menfaatlerini temin etmek için üçüncü kişiler ile işlem yapmak üzere bir temsilciyi seçerek yetkilendirdiği vurgulanır. Böylece işlem hayatında etkin olmasına neden olduğundan temsilcinin iflas etmesi durumunda, üçüncü kişinin zarara uğraması tehlikesini bizzat temsil olunanın oluşturduğu ileri sürülür. Üçüncü kişinin dolaylı temsil olunanı doğrudan dava edememesini ve dolaylı temsilcinin iflası tehlikesini taşıması gereğini desteklemekteyiz. Üçüncü kişi, dolaylı temsil kapsamında yaptığı sözleşmede karşı sözleşenin ödeme gücüne ilişkin güveninde yanılması tehlikesini taşımalıdır. Temsil olunan ise ancak belli koşullarda üçüncü kişiye yönelebilmelidir. Bu anlamda doğrudan temsil ile dolaylı temsil arasındaki farkı ortadan kaldıracak tarzda dolaylı temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki doğrudan ilişkilerin genişletilmesi yaklaşımını ihtiyatla karşılamak gerekir.

Hukuk sistemleri, borçlanılan edimin sözleşmede taraf ve alacaklı görünen kişiden ziyade, hesabına hareket edilen kişinin yararına olması gerektiğini öngörmektedir. Bunun için İngiliz hukuku, temsilcinin iflasından bağımsız olarak gizli temsil olunana üçüncü kişiye karşı dava hakkını sağlarken; kıta Avrupa hukuk sistemleri açıklama prensibine rağmen, hesabına yapılan sözleşmeden doğan taleplerin temsil olunan tarafından değişik şekillerde üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi olanağını tanımaktadır. İngiliz hukukunda üçüncü kişinin gizli temsil olunandan korunması için geliştirilen tedbirler neticesinde, bu sistem ile kıta Avrupa hukuk düzenlerinde işlem güvenliğinin sağlanmasına gerekçe gösterilerek yapılan doğrudan ve dolaylı temsil ayırımı arasında uygulamada çok da büyük bir çelişkinin bulunmadığı görülmektedir. Gizli ve dolaylı temsilin incelenmesinden, bu iki kurumun çıkış noktalarının farklı olmasına karşılık, vardıkları sonuçların birbirlerine yakın olduğunu ifade edebiliriz. Böylece geliştirilen ilkeler ve tanınan savunma olanakları ışığında, işlem yapılan karşı sözleşenin dışında bir kimsenin sonradan ortaya çıkarak sözleşme ilişkisine dahil olmasının tarafların haklı beklentilerine aykırı olduğu düşüncesi etkisini kaybetmektedir. Öngörülen tedbirler ve ileri sürülebilecek savunmalar, tarafların menfaatlerinin korunması bakımından önemli bir teminat oluşturmaktadır.

## KAYNAKÇA

**AKİPEK** Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara 2003.

**AKÜNAL** Teoman, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975.

**AKYOL** Şenol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.

**AKYOL** Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007.

**ANTALYA O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. I, İstanbul 2015.

**ATAAY** Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1981.

**ATAMER** Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.

**AUMÜLLNER** Philip: “Das Recht der Stellvertretung in den Principles of European Contract Law und in der österreichischen Rechtsordnung – Ein Systemvergleich, ZfRV 2007, s. 208-217.

**BASEDOW** Jürgen: “Towards A Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG” (Universal Doctrine), International Review of Law and Economics, September 2005, pp. 487-500.

**BASEDOW** Jürgen: “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” Unified Law Review, Vol. 5, 2000, pp. 129-140.

**BASEDOW** Jürgen: “Das Vertretungsrecht im Spiegel konkurrierender Harmonisierungsentwürfe”, RabelsZ 45 (1981), s. 196-217.

**BEALE** Hugh G.: “The Drafting of the Academic Common Frame of Reference, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung”, München, s. 2009.

**BEALE** Hugh G., Chitty on contracts, Vol. II, 29th ed., London 2004.

**BECKER** Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Bern 1941.

**BEGUELİN** Edouard, Nichtermächtigte Stellvertretung, SJK Nr. 517.



**BELGESAY** M. Reşit, Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941.

**BENNETT** Howard, "Agency in the Principles of European Contract Law and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004", Uniform Law Review, Vol. XI, 2006-4, pp. 771-793.

**BERKİN** Necmettin M., İflas Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972.

**BLOEMBERGEN A.R./VAN DAM C.C./HĲJMA Jac/VALK W.L**, Rechtshandeling en Overeenkomst, 3e Druk, Kluwer, Deventer 2001.

**BONELL** Michael Joachim: "Unidroit Principles 2004, The New Edition of the Principles of International Commercial Contract adopted by the the International Institute for the Unification of Private Law", Uniform Law Review, 2004/1, pp. 5-40.

**BONELL** Michael Joachim: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?"; Tulane Law Review; 1994-1995, Vol. 69, pp. 1122-1147.

**BONELL** Michael Joachim: "Unification of Law by Non-Legislative Means: The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts"; AJCL 1992, pp. 617-633.

**BONELL** Michael Joachim: "The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods", American Journal of Comparative Law 1984, s. 717-749.

**BONELL** Michael Joachim, Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, RabelsZ 56 (1992), s. 274-277.

**BONELL** Michael Joachim: "Die Unidroit-Prinzipien der internationalen Handelsverträge, Eine neue Lex Mercatoria?", ZfRvgl. (1996).

**BONELL** Michael Joachim: "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the same Purposes?", Uniform Law Review (1996), s. 229-246.

**BONELL** Michael Joachim, Agency, Towards a European Civil Code, 3. Edition, Nijmegen 2004, s. 381-398.

**BÖCKER** Alfons, Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis in anglo-amerikanischen Recht, Münster 1963.

**BÖRNER** Bodo, Offene und verdeckte Stellvertretung und Verfügung, Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1984, s. 409-419.

- BROX** Hans, Allgemeiner Teil des BGB, Köln-Berlin-Bonn-München 2001.
- BUCHER** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.
- BUSCH** Danny/MACGREGOR Laura J., The Unauthorised Agent, Perspectives from European and Comparative Law, Cambridge University Press 2009.
- BUSCH** Danny, Indirect Representation in European Contract Law, The Hague: Kluwer Law International 2005.
- BUTSCHER-SCHWARZ** Suzanne, Die Bedeutung des Innenverhältnisses für die Auslegung der Vollmacht, Diss. Basel 1954.
- CANARIS** Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
- CANARIS** Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 23. Auflage, München 2000.
- COEHORST** Pierre Joseph Marie Gerard, De bevoegdheid tot middellijke vertegenwoordiging, Onderneming en nieuw burgerlijk recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, s. 107-112.
- COHN** Ernst, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931.
- DRESSLER** R., Die entsprechende Anwendung handelsrechtlicher Normen auf Nichtkaufleute am Beispiel des § 392 II HGB, München 1968.
- DROÏN** Jacques, La représentation indirecte en Droit suisse, th. Genève 1956.
- DU PERRON** C.E., Overeenkomst en derden, Kluwer, Deventer 1999.
- EIDENMÜLLER** Horst/**FAUST** Florian/**GRIGOLEIT** Hans Christoph/**JANSEN** Nils/**WAGNER** Gerhard/**ZIMMERMANN** Reinhard: "Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht", Juristen Zeitung, 11/2008, s. 529-584.
- ENGEL** Pierre, Traité des obligations en Droit suisse, Neuchâtel 1973, s. 380.
- ENNCECCERUS/NIPPERDEY**, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1960.
- EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- ERGÜNE** Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- ERMAN/PALM**, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, Münster 2004.
- ESENER** Turhan, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.

- ESENER** Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1961.
- ESENER** Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Mümessilin Kendi Kendisiyle Mukavele Yapması, AHFD, Ankara 1957.
- ESENER** Turhan, Yetkisiz Temsil, Ankara 1963.
- ESENER** Turhan, Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaksa Onun Namına Yapılan Mukaveleler, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 619-637.
- ESSER** Josef/**SCHMİDT** Eike, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, 2000.
- EVANS** Malcolm: "Explanatory Report on the Convention on Agency in the International Sale of Goods", Uniform Law Review 1984, I, s. 73-159.
- FELLMANN** Walter, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992.
- FESTNER** Stephan: Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht, Hamburg 2006.
- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, 2. Bası, İstanbul 1976.
- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 407-443.
- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, Karı koca arasındaki gayrimenkule müteallik vekâlet akdi, muvazaa ve nam-ı müstear iddiaları (Karar Tahlili), İHFM. 1953, c. 9, s. 989-1021.
- FİKENTSCHER** Wolfgang, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, Acp 154 (1955).
- FLUME** Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979.
- FRİDMAN** G.H.L, The Law of Agency, 7th Edition, Butterworths, London 1996.
- FROTZ** Gerhard, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt am Main 1972.
- FUNK** Fritz, Handkommentar des Obligationenrechts, Aarau 1928.
- FÜLSTER** Hans, Die rechtliche Natur der Untervollmacht, Diss. Hamburg, Giessen 1928.

- GAUCH** Peter/**SCHLUEP** Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995.
- GAUCH** Peter/**SCHLUEP** Walter R./**SCHMID** Jörg/**REY** Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich 2003.
- GAUTSCH** Georg, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 2. Auflage, Bern 1960.
- GOODHART** A.L./**HAMSON** C.J., Undisclosed Principals in Contract, CLJ (1932), s. 320-356.
- GUHL** Theo/**KUMMER** Max/**DRUEY** Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991.
- GUHL** Theo/**MERZ** Hans/**KUMMER** Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980.
- HAGEN** Horst, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt am Main 1971.
- HAGER** Günter, Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung, Archiv für die civilistische Praxis AcP 180 (1980), s. 239-262.
- HAHNZOG** Klaus, Die Rechtsstellung des Zessionairs künftiger Forderungen, München 1962.
- HARTKAMP** A.S., Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 5e Druk, Kluwer, Deventer 1999.
- HARTKAMP** A.S., De rechtstreckse acties van de artikelen 7:420/421 BW vergeleken met de UNIDROIT Agency Convention en de Principles of European Contract Law, Antwerpen/Groningen 1999.
- HATEMİ** Hüseyin, Nam-Müstear kavramı ve vekâlet ile ilişkisi, Temsil ve Vekâlet ilişkin sorunlar (Sempozyum 14-16 Haziran 1976), İstanbul 1977, s. 127-146.
- HEINRICH** Helmut, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Auflage, München, 2007.
- HEUTGER** Viola, "Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004", European Review of Private Law 1-2005, s. 83-90.
- HOFSTELLER** Josef, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Bern 2000.

- HUGUENIN** Claire/**HILTY** Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Schulthess Verlag, Zürich 2013.
- HUGUENIN** Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008.
- HÜBNER** Ulrich, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, München 1977.
- HUPKA** Josef, Die Vollmacht, Leipzig 1900.
- İMREGÜN** Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 3. Bası, İstanbul 1974.
- İNAN** Ali Naim, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İNCEOĞLU** Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2010.
- ISENRING** Bernhard, Vertretungswirkung durch den falsus Procurator, Schutz & Verantwortung, Liber amicorum für Heinrich Honsell, Zürich 2007.
- JANSEN** Nils/**ZIMMERMANN** Reinhard, “Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrecht?”, Juristen Zeitung, 23/2007, s. 1113-1126.
- JAUERNIG** Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, München 2007.
- JOST** Arthur, Der Übergang von Eigentums und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR), in JSR. 72 (1953).
- JUNG** Peter: “Der Gemeinsame Referenzrahmen und die Frage einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung”, München 2009.
- KALWEIT** Dominik: “Towards A European Contract Law: For A Prosperous Future of International Trade”, Victoria University of Wellington Law Review, August 2004, pp. 269-293.
- KARAHASAN** Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Üçüncü Cilt, İstanbul 2004.
- KARAHASAN** Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İkinci Cilt, İstanbul 2002.
- KARAHASAN** Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Beşinci Cilt, İstanbul 2002.
- KASER** Max, Das Römische Privatrecht I, 2. Auflage, München 1971.
- KELLER** Max/**SCHÖBI** Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988.

**KILIÇOĞLU** Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006.

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK. m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 207-229.

**KOLLER** Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Bern 1996.

**KOLLER** Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985.

**KORTMANN** S.C.J.J./**DE LEEDE** J.M./**THUNNISSEN** H.O., Bijzondere overeenkomsten, Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, Asser-serie deel 5-III, 7e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwoll 1994.

**KORTMANN** S.C.J.J./**VERHAGEN** H.L.E., vertegenwoordiging: een terreinafbakening, in: Kortmann, S.C.J.J., Faber, N.E.D., Strens-Meulemeester, J.A.M. (red.), W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999.

**KÖHLER** Helmut: Allgemeiner Teil des BGB, München 2009.

**KÖTZ** Hein/**FLESSNER** Axel, Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages. Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996.

**KRAMER** Ernst A.: "Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts", ZSR 2005 I, s. 421-433.

**KRAMER** Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht: 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.

**KRAMER** Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991.

**KRÜGER** Wolfgang, Erwerbszurechnung kraft Status, Berlin 1979.

- KÜNZLE** Hans Rainer, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrecht (OR art. 32-40), Bern und Stuttgart 1986.
- LABAND** PAUL, Die Stellvertretung bei Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem AHGB, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 10, 1866.
- LANDO** Ole/**BEALE** Hugh, Principles of European Contract Law, Part I; Performance, Non-performance and Remedies, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/London/Boston 1995.
- LANDO** Ole/**BEALE** Hugh, Principles of European Contract Law, Part I and II, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000.
- LANDO** Ole/**CLIVE** Eric/**PRÜM** André/**ZIMMERMANN** Reinhard, Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, Part III, The Hague 2003.
- LANDO** Ole, The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference, European Review of Contract Law, Volume 3 (2007), Editor: Grudmann Stefan, The Gruyter, s. 239-380.
- LANDO** Ole, Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives, Oxford 2002.
- LANDTWING** Hans, Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht, (Diss. Bern) Zug 1929.
- LARENZ** KARL, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1988.
- LARENZ** Karl/**WOLF** Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004.
- LEHMANN** Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 13. Auflage, Berlin 1962.
- LEHMANN** Matthias: “Anwendung des CFR in Schiedsverfahren, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung”, München 2009.
- LEIPOLD** Dieter, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, Tübingen 2004.
- LEMPENAU** Gerhard, Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Bad Homburg v.d.H, Berlin/Zürich 1968.
- LEPTIEN** Ulrich, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, § 104-240, 13. Auflage, Stuttgart 1999.

- LOSER** Peter, Die Vertauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006.
- LÜDERITZ** Karl, Prinzipien des Vertretungsrecht, JuS 1976, s. 765-771.
- MARKESIÑIS** Basil S./**MUNDAY** R. J. C.: An outline of the law of agency, 4th ed., London 1998.
- MATTEUCCI** Mario, “Unidroit The First Fifty Years, Uniform Law Review, Volume 4, 1.1.1976, s. 15-33.
- MEDICUS** Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006.
- MEIJER** S.Y.Th., Middellijke vertegenwoordiging, Kluwer, Deventer 1999.
- MÜLLER-ERZBACH** Rudolf, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905.
- MÜLLER-FREIENFELS** Wolfram: Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt: Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung, Frankfurt am Main 1982.
- MÜLLER-FREIENFELS** Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.
- MÜLLER-FREIENFELS** Wolfram, “Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatsrecht im 19. Jahrhundert, Band II: Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin, hgg. V. Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt am Main 1977, s. 144-212.
- MÜLLER** Ulrich, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Köln 1969.
- OERTMANN** Paul, Rechtsbedingungen: Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre, Keip 1924.
- OĞUZ** Arzu: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000.
- OGUZ** Arzu: “Hukuk Eğitimi ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Yasa Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2004 (Hukuk Eğitimi), S. 256, s. 34-45.
- OĞUZMAN** M. Kemal, Vekâlet ve Nam-ı Müstear, İBD., 1953, s. 645-647.
- OĞUZMAN** M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009.



- OSER** Hugo/**SCHÖNENBERGER** Wilhelm, Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Zürich 1945, Art. 458-465.
- PARLIAMENTARY HISTORY 7:** W.H.M. Slob, E.E (red), Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14, Kluwer, Deventer 1991.
- PAWLOWSKI** Hans-Martin, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, s.125-132.
- PESTALOZZI** Hans Anton, Die indirekte Stellvertretung, Zürich 1927.
- PETERS** Frank, Zum Problem der Drittschadensliquidation, AcP 180 (1980), s. 329-372.
- PFEIFFER** Thomas: "Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht", 4/2008, s. 679-707.
- PIOTET** Paul, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963.
- POSTACIOĞLU** İlhan E., Nam-ı Müstear meselesi, Vekâlet ve itimat mukaveleleri ile muvazaanın karşılıklı münasebetleri, İHFM, 1947, c. 13, sy. 3, s. 1011-1037.
- POSTACIOĞLU** İlhan E., Nam-ı Müstear meselesi, MHAD. 1958, s. 109-116.
- POWELL** R., The Law of Agency, 2nd Edition, Sir Isaac Pitman & Sons, London 1961.
- PRÖLSS** Jürgen, Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1985, 577-580.
- REICHEL** Hans, Vertragsschluss in eigenem oder fremden Namen, SJZ 1919/20.
- REİSOĞLU** Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2008.
- REMIEN** Oliver, "Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?" Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 56/1992, s. 300-319.
- REYNOLDS** Francis Martin Baillie: Bowstead and Reynolds on agency, 18th ed., London 2006.
- REYNOLDS** Francis Martin Baillie, Authority of Agents (2005) ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, Unidroit Principles: New Developments and Applications, pp. 9-16.

- RIESENHUBER** Karl: “Systembildung durch den CFR-Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrecht, Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung”, München, s. 2009.
- ROUÏLLER** Nicolas, Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Publication Cedidac, Lausanne 2007.
- RÖTHEL** Anne, “Integration durch eine unverbindliche lex academica: Der Referenzrahmen als Modellgesetz? in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung”, München 2009.
- RUSCH** Konrad, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, Tübingen 2003.
- SAYMEN** Ferit H./**ELBİR** Halid K., Türk Borçlar Hukuku, I Umumi Hükümler, c. 1, İstanbul 1958.
- SCHILKEN** Eberhard, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, § 164-240, Berlin 2004.
- SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL** Wolfgang/**GEßLER** Ernst/**HILDEBRAND** Wolfgang/**SCHRÖDER** Georg, Handelsgesetzbuch Band VI, § 383-460, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1977.
- SCHMIDT** Karsten, Handelsrecht, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1999.
- SCHMIDT** Karsten, Offene Stellvertretung, JuS (1987), s. 425-433.
- SCHMIDT-RIMPLER** Walter, Das Kommissionsgeschäft, Handbuch des gesamten Handelsrechts, (1928), Fünfter Band, 1. Abteilung, 1. Hälfte, OR. Reisland, Leipzig-Zürich 1928.
- SCHMIDT** Rolf, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. Auflag, Bremen 2005.
- SCHNURRENBERGER** Albert, Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht sowie nach Internationalem Privatrecht, Diss. Basel 1969.
- SCHOORDIJK** H.C.F., De zogenamde privatieve last van art. 7:423 BW en aanverwante rechtsfiguren, Deventer 2000.
- SCHOORDIJK** H.C.F., Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W., Kluwer, Deventer 1986.
- SCHOTT** Ansgar, Insihgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002.
- SCHRAMM** Karl-Heinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, § 1-240, 5. Auflage, München 2006.

- SCHULTZE – V. LASAULX** Hermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begründet von Hs. Th. Soergel, Band 1: Allgemeiner Teil (§ 1-240), Fünfter Titel: § 164-176, bearbeitet von H. Schultze-v.Lasaulx, 11. A. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978.
- SCHWARK** Eberhard, Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung, Juristische Schulung 1980, s. 777-782.
- SCHWENZER** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.
- SCHWINTOWSKI** Hans-Peter: “Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch”, Juristen Zeitung (JZ), März 2002, s. 205-211.
- SIEBENHARR** Hermann, Vertreter des Vertreters? Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 1963, 162. Band, s. 354-383.
- STAUB** Hermann/**KOLLER** Ingo, Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 1985, § 383-406.
- STAUDER** B., La convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, in: Corboz, B. (red.), Mélanges Robert Patry, Payot, Lausanne 1988, s. 217-236.
- STAUDINGER/COING** H., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1980.
- STÄHELİ** Hermann, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, (Diss. Freiburg i. Ue. 1937), Bern 1938.
- STOLJAR** Samuel Jacob, The Law of Agency: Its History and Present Principles, London 1961.
- STÖCKER** Hans A., Das Genfer Übereinkommen über die Vertretung beim internationalen Warenkauf, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 1983, 778-785.
- SUNGURBEY** Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- TANDOĞAN** Haluk, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.
- TANDOĞAN** Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. 2, 3. Bası, Ankara 1988.
- TANDOĞAN** Haluk, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1975.
- TEKİNAY** Selahattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- TERCIER** Pierre: Le Droit des Obligations, 3<sup>e</sup> édition, Fribourg 2004.

- TREİTEL** Guenter H., The Law of Contract, London 2007.
- TREİTEL** Guenter H./**PEEL** Edwin, The Law of Contract, Twelfth Edition, London 2007.
- ÜLGEN** Hüseyin, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005.
- VAN DER GRİNTEN** W.C.L., Lastgeving, Kluwer, Deventer 1993.
- VAN SCHAİCK** A.C., Volmacht (Monografieen Nieuw BW, B-serie; 5), Kluwer, Deventer 1999.
- VELİDEDEOĞLU** Hıfzı Veldet/**KAYNAR** Reşat, Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1957.
- VIOLAND** Georges, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, OR Art. 38 und 39, Bern und Stuttgart 1988.
- VON BAR** Christian/**CLİVE** Eric: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar/Eric Clive, Munich 2009.
- VON BAR** Christian/**ZİMMERMANN** Reinhard: Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, München 2002.
- VON BAR** Christian: “Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmen aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung”, München 2009.
- VON BERNSTOFF** Christoph: Einführung in das Englische Recht, 3. Auflage, München 2006.
- VON BÜREN** Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.
- VON DER CRONE** Hans Casper, Interessenkonflikte im Aktienrecht, RSDA 1994, sayfa 1-8.
- VON TUHR** Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1979.
- WATTER** Rolf/**SCHNELLER** Yves, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Auflage, Basel 2007.

**WEBER** Rolf H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 -109, Bern 2000.

**WESSELS B./MEIJER S.J.Th.**, Schakelbepalingen en vertegenwoordiging, Vertegenwoordiging en tussenpersoon, W.E.J., Tjeenk Willink, Deventer 1999.

**WESTERMANN** Harm Peter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Münster 1981.

**YAVUZ** Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

**YAVUZ** Cevdet: “Türk Hukukunda ve Borçlar Hukukunun Uluslararası Kaynaklarında Temsile İlişkin Gelişmeler”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, cilt II, İstanbul 2009, s. 1579-1607.

**YAVUZ** Cevdet/**ACAR** Faruk/**ÖZEN** Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.

**ZÄCH** Roger/**KÜNZLE** Hans Rainer: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990.

**ZİKOS** Georg, Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht, Zürich, 1966.

**ZIMMERMANN** Reinhard: “Konturen eines Europäischen Vertragsrecht”, Juristen Zeitung, 1/1995, s. 477-491.

**ZIMMERMANN** Reinhard, “Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive”, ZEuP (2005), s. 264-266.

**ZIMMERMANN** Reinhard, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft, Jura 2005, s. 289-297.

**ZWEIGERT** Konrad/**KÖTZ** Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatsrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996.

[www.ali.org](http://www.ali.org)

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>

[www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm)

[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/cont\\_law\\_02\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf)

[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/com\\_2003\\_68\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf)

[www.copecl.org](http://www.copecl.org)

[www.unilex.info](http://www.unilex.info)

<http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.htm>

<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm>

<http://www.acquis-group.org>

[www.unidroit.org/about-unidroit/overview](http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview)

[www.unidroit.org/overview-agency](http://www.unidroit.org/overview-agency)

[www.unidroit.org/instruments/agency](http://www.unidroit.org/instruments/agency)

<https://archive.org/stream/motivezudementw01germgoog#page/n227/mode/2up>

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/27/section/5/enacted>

<http://www.jura.uni-frankfurt.de/43004675>