

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

MEDENİ HUKUKTA YARATILAN HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU
KORUNMASI

DOKTORA TEZİ

MİNE KAÇMAZ ADAK

İstanbul, 2023

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

MEDENİ HUKUKTA YARATILAN HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU
KORUNMASI

DOKTORA TEZİ

MİNE KAÇMAZ ADAK

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. BURAK ÖZEN

İstanbul, 2023

ÖZET

Gerçek hukuki durum ve onunla ilişkili görünüş her zaman birbiri ile uyumlu olmayabilir. Bu şekilde bir olgu tarafından dışa karşı açığa vurulan ve gerçekte mevcut olmayan bir hukuki duruma – yani bir hak, hukuki ilişki veya yetkiye- işaret eden görünüş, -Alman hukukundaki yerleşik ifadesi ile “hukuki görünüş (*Rechtsschein*)” olarak adlandırılır. Gerçek hukuki durumu yansıtmaması ile karakterize olan hukuki görünüş, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde korunur. Bu koşullar, bir hukuki görünüş olgusunun mevcut olması, hukuki görünüş olgusunun bilinmesi, hukuki görünüşün isnadı, iyi niyet, güven tasarrufu, nedensellik ve kazanım işleminin korunmaya değer olmasıdır. Bu koşullar bir araya geldiğinde güvenen kişi güvenmiş olduğu hukuki konuma kavuşturulmuş ve hukuki görünüşe güven olumlu olarak korunmuş olur. Diğer bir deyişle görünüş adeta gerçeğe uygun hale getirilir.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu olarak korunması güvene uygunluğun sonuçlarının yüklendiği kişi açısından iki farklı şekilde sonuçlanmaktadır. Bunlardan ilki bu kişinin güvenen kişiye karşı bir yükümlülük altına girmesidir. Bu durum aynı zamanda “hukuki görünüş sorumluluğu” olarak da ifade edilir. Temsil hukuku, beyaza imza ve alacağın devrin alanındaki hukuki görünüş olguları bunun en temel örneklerini oluşturur. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının ikinci sonucu ise, güvene uygunluk sonucunun sağlandığı kişinin sahip olduğu bir hakkı kaybetmesidir. Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı ve tapu siciline güvene dayalı hak kazanımı durumlarında gerçek hak sahibinin hakkını kaybetmesi bu niteliktedir. Bunun dışında alacağın devri durumunda devrin bildirilmediği iyi niyetli borçlunun korunması da yine gerçek hak sahibinin borçluya karşı alacak hakkını kaybetmesi ile sonuçlanır. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, özellikle de anılan ikinci sonucun güven sorumluluğu kapsamında kabul edilmemesi bakımından güven sorumluluğundan ayrılır. Öyle ki güvenin olumsuz olarak korunduğu durumların ağırlıklı olarak güven sorumluluğu kapsamında değerlendirildiği görülür. Buna ek olarak güvenin olumlu olarak korunduğu hallerden yalnızca hukuki görünüşe güvenin bir yükümlülüğün yüklenmesi ile sonuçlandığı durumlar bu kapsamda dikkate alınır.

Anahtar Kelimeler: hukuki görünüş, hukuki görünüş sorumluluğu, güven, güvenin olumlu korunması, güven sorumluluğu, isnat, iyi niyet

ABSTRACT

The actual legal situation and its associated appearance may not always be compatible with each other. In this way, the outward appearance of a legal situation - i.e. a right, legal relationship or authorisation - which is manifested outwardly by a fact and which does not actually exist, is called "rechtsschein" in German law. "Rechtsschein", which is characterised by the fact that it does not reflect the actual legal situation, is protected if certain conditions are met. These conditions are the existence of a "rechtsschein", knowledge of the "rechtsschein", attribution of the "rechtsschein", good faith, disposition, causality and the acquisition transaction being worthy of protection. When these conditions come together, the relying person is restored to the legal position on which he has relied, and trust in the "rechtsschein" is positively protected. In other words, the appearance is rendered in accordance with the reality. The positive protection of reliance on the "rechtsschein" results in two different ways for the person on whom the consequences of reliance are imposed. The first of these is that this person is under an obligation towards the person relying. This situation is also referred to as "'rechtsschein" liability/prima facie liability". The most basic examples of this are the "rechtsschein" phenomena in the field of agency, blank signature and assignment of claims. The second consequence of the positive protection of reliance on "rechtsschein" is the loss of a right by the person to whom the result of reliance is provided. In cases of acquisition of rights in rem from the entrusted possessor and acquisition of rights based on trust in the land register, the real right holder loses his right. In addition, the protection of the bona fide debtor who is not notified of the transfer of the claims in case of transfer of the claims also results in the real right holder losing the right to claim against the debtor. The second consequence of the positive protection of trust in "rechtsschein" is that the person for whom the result of compliance with the trust is ensured loses a right he has. The positive protection of trust in the "rechtsschein" differs from trust liability, especially in the sense that the second mentioned result is not accepted within the scope of trust liability. In fact, the cases where trust is protected negatively are evaluated within the scope of trust liability. In addition, among the cases where trust is protected positively, only cases where trust in "rechtsschein" results in the imposition of an obligation are considered within this scope.

Key Words: rechtsschein, rechtsscheinhaftung, trust, positive protection of trust, trust liability, accountability, good faith

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
TEŞEKKÜR	xiii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
HUKUKİ GÖRÜNÜŞ KAVRAMI, HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI ve HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	4
I. HUKUKİ GÖRÜNÜŞ KAVRAMI.....	4
II. YARATILAN HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ ŞARTLARI	5
A. Hukuki Görünüş (Güven) Olgusu	6
B. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi	9
C. Hukuki Görünüşün İsnadı	11
1. Genel Olarak.....	11
2. Yol Açma İlkesi.....	13
3. Kusur İlkesi	14
4. Riziko İlkesi	16
D. İyi Niyet.....	19
E. Güven Tasarrufu.....	23
F. Güven ve Güven Tasarrufu Arasında Nedensellik Bağı	24
G. Kazanım İşleminin Korunmaya Değer Oluşu	25
III. YARATILAN HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ SONUCU	26
A. Bir Yükümlülüğün Doğması	27
B. Güvene Uygunluk Sonucunun Yüklendiği Kişinin Hakkını Kaybetmesi	27
IV. HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ BENZER KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ.....	28
A. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Güven Sorumluluğu Karşısında Konumlandırılması	28
1. Güven Sorumluluğunun Gelişimi.....	29

a. Alman Hukuku	29
b. Alman Hukukunda Canaris' in Güven Sorumluluğu Yaklaşımı	32
c. Türk-İsviçre Hukuku	36
d. İsviçre Hukukunda Loser' in Güven Sorumluluğu Yaklaşımı	39
e. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Güven Sorumluluğu Karşısındaki Yeri 44	
B. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının İyi Niyetin Korunması İle Karşılaştırılması.....	46
C. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Hakkın Kötüye Kullanılması ve Özellikle Çelişkili Davranış Yasağı İle Karşılaştırılması.....	47
D. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Olumlu Zararının Tazmini İle Karşılaştırılması.....	50
İKİNCİ BÖLÜM	55
HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ YÜKÜMLÜLÜĞÜN DOĞMASI İLE SONUÇLANDIĞI HALLER.....	55
I. TEMSİL	55
A. Hukuki Görünüşe Giden Yolda Önemli Bir Yol Ayrımı: İç ve Dış Temsil Yetkisi Kavramları.....	55
1. Temsil Yetkisi Vermeye İlişkin Beyanın Yöneltilceği Kişi	55
2. İç Temsil Yetkisi	57
3. Dış Temsil Yetkisi.....	60
B. Temsile İlişkin Hükümlerin Hukuki Görünüş Sorumluluğu Bağlamında Değerlendirilmesi 63	
1. Alman Hukuku	64
a. Temsil Yetkisinin Geçerlilik Süresi (§ 170 BGB).....	65
i. Hukuki Görünüş Olgusu.....	66
aa. Geçerli Olarak Verilmiş Dış Temsil Yetkisinin Varlığı	66
bb. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi ve Sona Erme Bildirimi	67
ii. İsnat Edilebilirlik.....	68
iii. Nedensellik Bağı	68
iv. Üçüncü Kişinin İyi Niyeti	69
v. Hukuki Sonuçları.....	70
vi. İspat Yükü	71
b. Temsil Yetkisinin Bildirilmesi Durumunda Temsil Yetkisinin Geçerlilik Süresi (§ 171 BGB)	71
i. Hükümün İçeriği ve Amacı	71

ii.	Bildirim	73
aa.	Özel Bildirim	73
bb.	İlan Yoluyla Bildirim	74
iii.	İsnat Edilebilirlik	75
iv.	Nedensellik Bağı	75
v.	Üçüncü Kişinin İyiniyeti	76
vi.	Bildirimin Hukuki Etkileri ve Bildirime Dayalı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Görünüşün Ortadan Kaldırılması	76
vii.	İspat Yüğü	78
c.	Yetki Belgesi (§ 172 BGB)	78
i.	Hukuki Görünüş Olgusu Olarak Yetki Belgesinin Verilmesi ve İbrazı	79
ii.	İsnat Edilebilirlik	83
iii.	Nedensellik Bağı	84
iv.	Üçüncü Kişinin İyiniyeti	84
v.	Hukuki Görünüşün Sonuçları ve Ortadan Kaldırılması	84
vi.	İspat Yüğü	86
2.	Türk -İsviçre Hukuku	86
a.	Temsil Yetkisinin İçeriğı ve Derecesi (TBK m. 41/II/ Art. 33/III OR).....	87
i.	Uygulama alanı.....	87
aa.	Konu bakımından.....	87
bb.	Kişi Bakımından.....	88
ii.	Temsil Olunanın Temsil Yetkisini Bildirmesi.....	88
aa.	Hukuki Nitelik	88
bb.	Bildirimi Yapan Kişi	90
cc.	Bildirimin Muhatabı.....	90
dd.	Bildirilen Temsil Yetkisinin Varlığı ve Kapsamı.....	91
ee.	Bildirimin Şekli.....	92
ff.	Bildirimin temsil olunana isnat edilmesi	93
iii.	Üçüncü kişinin temsil yetkisi bildirimini öğrenmiş olması.....	94
iv.	Güven ilkesi ve üçüncü kişinin iyi niyeti	95
v.	Hukuki sonuç: Temsil Etkisinin Ortaya Çıkması.....	95
aa.	Kapsam	96
bb.	İptal Edilebilirlik	97
b.	Temsil Yetkisinin Sınırlanması ve Geri Alınması (TBK m. 42/III /Art. 34/III OR).....	98

i.	Bildirimin Hukuki Niteliği, Bildirimi Yapan Kişi ve Bildirimin Muhatabı	99
ii.	Bildirimin Geçerli Olacağı An ve Bildirim Tarzı.....	99
iii.	Bildirimin İçeriği	101
iv.	Üçüncü Kişinin İyi Niyetli Olması	102
v.	Etki Anı	103
vi.	Üçüncü Kişinin Korunmasının Sonuçları.....	103
c.	TBK m. 41/II (Art. 33/III OR), TBK 42/III (Art. 34/III OR) ve TBK m. 44/II (Art. 36/II OR) Hükümleri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi.....	103
3.	Dış Temsil Yetkisinin Verilmesi Bağlamında Katlanma ve Görünüş Temsili.....	108
a.	Katlanma Temsili	108
i.	Hukuki Niteliği.....	108
ii.	Dogmatik Temeli.....	113
iii.	Şartları	113
aa.	Hukuki Görünüş Olgusu	114
bb.	Hukuki Görünüşün Temsil Olunana İsnat Edilebilmesi.....	115
cc.	İşlemin Karşı Tarafının (Üçüncü Kişinin) Güveninin Korunmaya Değer Olması	116
dd.	Nedensellik Bağı	117
iv.	Sonuçları.....	117
b.	Görünüş Temsili	118
i.	Yargı Kararlarında Görünüş Temsilinin Gelişimi	118
ii.	Öğretide Görünüş Temsilinin Gelişimi	121
aa.	Hukuki İşlem Olarak Görünüş Temsili.....	122
bb.	Örf ve Adet Hukuku Temelli Yaklaşım	123
cc.	Culpa in contrahendonun Bir Alt Türü Olarak Görünüş Temsili	124
dd.	§ 171 ve 172 BGB' nin Kıyasen Uygulaması Olarak Görünüş Temsili.....	125
ee.	Hukuki Görünüş Teorisinin Bir Uygulama Alanı Olarak Görünüş Temsili	127
ff.	Kanaatimiz	128
iii.	Şartları	129
aa.	Hukuki görünüş olgusu	129
bb.	Hukuki Görünüşün Temsil Olunana İsnat Edilebilmesi.....	130
cc.	İşlemin Karşı Tarafının (Üçüncü Kişinin) Güveninin Korunmaya Değer Olması	131
dd.	Nedensellik Bağı	133
iv.	Sonuçları.....	133

II. BEYAZA (AÇIĞA) İMZANIN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	135
A. Genel Olarak.....	135
1. Kavram	135
2. Beyaza İmzanın Şekil Koşulu Açısından Değerlendirilmesi	136
3. Beyaza İmzayı Doldurma Yetkisinin Hukuki Niteliği	137
B. Beyaza İmzalı Belgenin Kötüye Kullanılması ve Üçüncü Kişilerin Hukuki Görünüşe Güveninin Korunması	139
1. Genel Olarak.....	139
2. İyi Niyetli Üçüncü Kişiye Sağlanan Korumanın Alman Hukukunda Temellendirilişi ...	142
a. Açık Beyaza İmza	142
b. Gizli Beyaza İmza	145
3. İyi Niyetli Üçüncü Kişiye Sağlanan Korumanın Türk-İsviçre Hukukunda Temellendirilişi 148	
4. Hukuki Görünüşün Koşulları Açısından Beyaza İmzanın Değerlendirilmesi.....	150
a. Hukuki Görünüş Olgusu.....	150
b. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi, Güven Tasarrufu ve Nedensellik Bağı.....	151
c. Hukuki Görünüşün İsnadı.....	151
d. İyi Niyet.....	152
e. Hukuki Görünüşe Güvenin Korunmasının Sonucu	153
III. ALACAĞIN DEVRİNDE DEVRALANIN KORUNMASI	153
A. Genel Olarak.....	153
B. Devralanın Korunmasının Şartları.....	156
1. Hukuki Görünüş Olgusu.....	156
a. Genel Olarak.....	156
b. Muvazaa Açısından Hukuki Görünüş Olgusu	158
c. Devir Yasağı Açısından Hukuki Görünüş Olgusu	162
d. Devir Hukukunda Hukuki Görünüş Olgularının Kıyas Yoluyla Genişletilmesi	163
2. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi	168
3. Hukuki Görünüşe Güven, Güven Tasarrufu ve Nedensellik	170
4. Devralanın İyi Niyetli Olması	171
5. Hukuki Görünüşün İsnadı.....	173
C. Hukuki Sonuçlar.....	175
1. Muvazaalı Borç Tanınması Açısından	176
2. Devir Yasağının Kararlaştırıldığı Borç Tanınması Açısından.....	178

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	180
HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ HAK KAYBI İLE SONUÇLANDIĞI HALLER.....	180
I. EMİN SIFATIYLA ZİLYETTEN İYİNİYETLE AYNİ HAK KAZANIMI.....	180
A. Emin Sıfatıyla Zilyetten Ayni Hak Kazanımında Çatışan Menfaatler ve Buna İlişkin Olası Çözümler	181
B. İyiniyetli Kazanımın Şartları	185
1. Tasarrufta Bulunanın Tasarrufta Bulunma Hakkına Sahip Olmaması	185
2. Hukuki Görünüş Olgusu Olarak Zilyetlik ve Zilyetliğin Bu Niteliğinin Sorgulanması..	185
a. Hukuki Görünüş Olgusu Olarak Zilyetlik	185
b. Zilyetliğin Hukuki Görünüş Olgusu Niteliğinin Sorgulanması.....	189
c. Kanaatimiz.....	200
3. Güven	206
a. Kazananın İyiniyetli Olması.....	206
i. İyi Niyetin Konusu	206
aa. Genel Olarak	207
bb. Malikin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanmış veya Kaldırılmış Olması.....	210
ii. İyi Niyet Açısından Gösterilmesi Gereken Özenin Ölçüsü.....	214
iii. İyiniyet Açısından Önem Taşıyan An	219
iv. İyi Niyetli Olması Önem Taşıyan Kişi	221
aa. Kazanımın Temsilci Aracılığıyla Gerçekleşmesi	221
bb. Tüzel Kişilerin Durumu.....	222
cc. Kazanan Tarafın Birden Çok Kişiden Oluşması.....	222
v. İspat Yükü	223
b. Güven Olgusunun Bilinmesi	224
c. Güven Tasarrufu.....	225
d. Güven ve Güven Tasarrufu Arasında Nedensellik Bağı	227
4. İrade Dışı Elden Çıkan Taşınırların İyi Niyetli Kazanımını Engelleleyen Nedir: Hukuki Görünüşün İsnadı ve İsnat Prensipleri.....	228
a. İrade Dışı Elden Çıkma ve İradi Elden Çıkma (Emanet) Ayrımı.....	228
aa. Teslim Açısından Esas Alınan İrade.....	228
bb. İrade Bozukluklarının Teslime Etkisi.....	231
cc. Birden Çok Kişinin Zilyet Olması Durumunda İrade Dışı Elden Çıkma	232
dd. Zilyet Yardımcısının Taşınırı Bir Üçüncü Kişiye Teslimi Halinde İrade Dışı Elden Çıkmanın Değerlendirilmesi	232

b. İsnat	234
c. İrade Dışı Elden Çıkan Taşınırın İyi Niyetle Kazanılamaması Kuralının İstisnaları 240	
C. İyiniyetli Kazanımın Hukuki Sonuçları.....	241
1. Ayni Hakkın Kazanılması	241
2. Diğer Ayni Hak Sahiplerinin Hakkının Sona Ermesi veya Sıra Önceliğini Kaybetmesi	242
II. TAPU SİCİLİNE GÜVEN YOLUYLA AYNİ HAK KAZANIMI	242
A. Tapu Siciline Güvenin Hukuki Görünüş Temelinde Korunmasının Şartları.....	242
1. Hukuki Görünüş Olgusu.....	243
2. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi, Güven Tasarrufu ve Nedensellik Bağı	245
3. Hukuki Görünüşün İsnadı.....	247
4. Hukuki İşleme Dayalı Bir Alışveriş İşleminin Varlığı (Kazanımın Hukuki İşleme Dayanması ve Kazananın Üçüncü Bir Kişi Olması)	247
5. Hukuki Görünüşe Dayanılarak Kazanılan Hakkın Ayni Hak Olması	253
6. İyi Niyet.....	254
a. İyi Niyetin Konusu	254
b. İyi Niyetli Olması Gereken Kişi.....	257
d. İyi Niyetli Olunması Gereken An.....	262
e. İyi Niyet Karinesi ve İyi Niyetin İspatı	263
B. Tapu Siciline Güvenin Korunmasının Sonuçları.....	264
1. Birincil Sonuç: İyiniyetli Üçüncü Kişinin Bir Ayni Hak Kazanması.....	264
2. İkincil Sonuç: Diğer Hak Sahiplerinin Haklarını veya Sıralarını Kaybetmesi	266
III. ALACAĞIN DEVRİNDE İYİ NİYETLE İFADA BULUNAN BORÇLUNUN KORUNMASI	268
A. Genel Olarak.....	268
B. Borçlunun Korunmasının Şartları.....	271
1. Hukuki Görünüş Olgusu, Hukuki Görünüşe Güven ve Güven Tasarrufu.....	271
a. Tekil, Zincirleme ve Çoklu Devirler Açısından Hukuki Görünüş Olgusu: Bildirim Yapılmamış Olması.....	271
b. Gerçekleşmemiş veya Geçersiz Bir Devrin Bildirilmesinin Hukuki Görünüş Olgusu Oluşturup Oluşturmayacağı Sorunu	274
2. İyiniyet.....	279
3. Hukuki Görünüşün İsnadı.....	284
C. Hukuki Görünüşe Güvenin Korunmasının Sonuçları.....	287

1. Borçlunun Borcundan Kurtulması.....	287
2. Gerçek Hak Sahibi Alacaklının Başvurabileceği Hukuki Yollar	288
3. Borçlunun Borçtan Kurtarıcı Etki Konusunda Seçim Hakkının Bulunup Bulunmadığı Sorunu	289
SONUÇ	291
BİBLİYOGRAFYA	304



TEŞEKKÜR

Doktora eğitimim boyunca TÜBİTAK 2211- A Genel Yurt İçi Doktora Burs Programı kapsamında bursiyerleri olduğum TÜBİTAK' a destekleri için teşekkürlerimi sunarım.



KISALTMALAR CETVELİ

ABGB:	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AcP:	Archiv für die civilistische Praxis
AkdHFD:	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
aOR:	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
Art.:	Artikel, article
Aufl.:	Auflage
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bd.:	Band
BeckOK:	Beck'scher Online-Kommentar
begr.:	begründet von; Begründer
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH:	Bundesgerichtshof
BGHZ:	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK:	818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
bkz.:	Bakınız
BSK:	Basler Kommentar
C.:	Cilt
CHK:	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.:	Dissertation

dn.:	Dipnot
E.:	Esas numarası
ed.:	editör(ler), edition,
EÜHFD:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
eTTK:	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.:	Fıkra
H.:	Heft
HD:	Hukuk Dairesi
HGB:	Handelsgesetzbuch
HGK:	Hukuk Genel Kurulu
hrsg.:	herausgegeben von; Herausgeber
InsO:	Insolvenzordnung
İİK:	2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS:	Juristische Schulung
K.:	Karar sayısı
m.:	Madde
MüKoBGB:	Münchener Kommentar zum BGB
N.:	Kenar notu
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR:	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.:	Numara, Nummer

OR:	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
recht:	recht-Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RGZ:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.:	sayfa, sahife
S.:	Sayı
TBK :	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.:	ve benzeri
vd:	ve devamı
vs.:	ve saire
Vol.:	Volume
Y.:	Yıl
Yarg.:	Yargıtay
ZGB:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZK:	Zürcher Kommentar
ZPO:	Zivilprozessordnung

“Güven ancak bilmek ve bilmemek arasındaki bir durumda mümkündür. Güven, hakkındaki bilgisizliğime rağmen öteki ile olumlu bir ilişki kurmak demektir. Bu da bilginin mevcut olmadığı durumda eylemi mümkün hale getirir. Her şeyi önceden bilmem durumunda güven gereksizdir.”

Şeffaflık Toplumu, Byung-Chul Han

GİRİŞ

İşlem hayatının hız ve akışkanlığı açısından işlem hayatı aktörlerinin mümkün olduğunca güven içerisinde işlem hayatına katılması ve gerçekleştirilen işlemlerin geçerliliği konusunda mümkün olduğunca az tereddüt duyması arzulanmaktadır. Öte yandan arzulan bu tabloya erişilmesi çok da kolay değildir. Öyle ki işlem hayatına katılanlar her zaman beklentilere uygun davranışlar sergilememekte ve işlem hayatının işleyişini sekteye uğratabilecek birtakım pürüzler ortaya çıkabilmektedir. Söz gelimi olağan koşullarda bir taşınırı devreden ve devre yetkili olması beklenen kişi bu yetkiye sahip olmayabilmekte; işlem yapılan üçüncü kişilere bildirilen temsil yetkisi iç ilişkide verilen yetkiyle uyuşmayabilmekte ya da devletin gözetimi ve denetimi altında tutulan bir sicil olması dolayısıyla gerçek hukuki durumu yansıtmaması gerektiği düşünülen tapu sicili zaman zaman gerçeği yansıtmayabilmektedir. Bu tür noksanlıklara rağmen işlem hayatının akışı ve güvenliği ön planda tutulmak istendiğinde ise, bunu gerekçelendirecek bir enstrümana ihtiyaç duyulmaktadır. Görünüşün gerçeğe uygun olmadığı ancak bunun üçüncü kişiler açısından anlaşılabilir olmadığı durumlarda bu enstrüman, hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması olarak kendini göstermektedir. Zira hukuki görünüşe güvenin olumlu olarak korunduğu durumlarda görünüş adeta gerçeğe uygunmuş gibi bir muamele görmekte ve az önce sözü edilen noksanlıklar işlem hayatını etkilemeksizin daha baştan giderilmektedir.

İşlem hayatı için böylesine ciddi bir işlevi yerine getiren hukuki görünüş kavramı, yüz yılı aşkın bir geçmişe sahip olup doğup geliştiği Alman hukukunda öğreti tarafından ilk kez 1906 tarihinde kullanılmış ve Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında da ilk kez 1930 yılı

sonrasında kendisine yer bulmuştur. Öğretide ilk kez kullanıldığı 1906 yılından itibaren de sıkça ve merkezi bir öneme sahip şekilde kullanılmaya devam etmiştir. Öte yandan hukuki görünüş kavramına ilişkin tartışma ve çalışmalar, I. Dünya Savaşı ile birlikte bir duraklama dönemine girmiş ve daha sonra 1930 yılında Oertmann'ın bu konuya ilişkin makalesiyle hukuki görünüşe olan ilgi yeniden canlanmıştır¹. Claus – Wilhelm Canaris'in "*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*" adlı eseri de bunun en önemli ve bilinen örneklerinden birini oluşturmaktadır². Nitekim Türk hukukunda da hukuki görünüş konusuna ilgisiz kalınmadığı ve bu konunun ticaret hukukunda Hüseyin Ülgen tarafından "*Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi*" başlıklı bir monografi kapsamında incelendiği görülmektedir³. Bunun dışında yine özellikle culpa in contrahendo ve güven sorumluluğunu inceleyen eserlerde de hukuki görünüş ve hukuki görünüşe güvenin korunması kavramına bunlarla ilişkili olduğu ölçüde kısaca değinilmiş olduğu gözlemlenmektedir. Bununla birlikte medeni hukuk alanında hukuki görünüş kavramı ve hukuki görünüşe güvenin korunmasının bağımsız olarak herhangi bir çalışmaya konu edilmediği dikkat çekmektedir. Bu çalışmada da bu doğrultuda medeni hukuk alanı ile sınırlı olarak hukuki görünüşün söz konusu olduğu tipik durumların ortaya konması ve hukuki görünüşe güvenin bu durumlarda ne şekilde korunduğunun incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümünde öncelikle hukuki görünüş kavramının ne anlama geldiği kısaca açıklanmaya çalışılmış, ardından hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının şartları ve olumlu korumanın sonuçlarının bilhassa güvenin korunmasının sonuçlarının yüklendiği kişi açısından hangi şekillerde ortaya çıkabileceği incelenmiştir. Şartlar ve sonuçların ortaya konulması suretiyle temel bir kavramsal çerçeve oluşturulduktan sonra hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının benzer diğer hukuki kurumlarla ilişkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde olumlu korumanın bir yükümlülüğün doğması ile sonuçlandığı hukuki görünüş olguları ele alınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak temsil hukuku alanında kanunda düzenlenen hukuki görünüş hallerine yer verilmiş ve ardından da yargı uygulaması ve öğretinin etkisiyle gelişen görünüşte temsil durumlarına değinilmiştir. Daha sonra temsil hukukuyla yakından ilişkili olan beyaza imza söz konusu olduğunda hukuki görünüş olgusunu neyin teşkil ettiği ve hukuki görünüşe güvenin korunmasının nasıl sağlandığı incelenmiştir.

¹ Selzer, Wolfgang, Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsscheinsprinzips im deutschen Zivilrecht, Hamburg 2006, s. 1 vd.

² Canaris, Claus – Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Berlin 1971.

³ Ülgen, Hüseyin, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005.

Temsil hukuku ile bağlantılı bu hukuki görünüş hallerinin incelenmesinin sonrasında devir hukukundaki hukuki görünüş hallerinin incelenmesine geçilmiştir. Bu bağlamda hukuki görünüşün muvazaalı veya devir yasağı içermeyen yazılı borç tanınması söz konusu olduğunda ne şekilde ortaya çıktığı irdelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, olumlu korumanın, güvenin korunmasının sonuçlarının yüklendiği kişinin hak kaybı ile sonuçlandığı hukuki görünüş olguları incelenmiştir. Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımına dayanak oluşturan hukuki görünüş olgusu bunlardan ilkidir. Tapu siciline güvenin korunması kapsamında aynı hak kazanımına olanak veren hukuki görünüş olgusu ise bu olgulardan ikincisidir. Alacağın devrinde devrin bildirilmediği iyi niyetli borçlunun borçtan kurtulmasını mümkün kılan hukuki görünüş olgusu ise hak kaybı ile sonuçlanan son olguya karşılık gelmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ GÖRÜNÜŞ KAVRAMI, HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI ve HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. HUKUKİ GÖRÜNÜŞ KAVRAMI

Hukuk sisteminde bir tarafta bireyin hukuki ilişkilerini kendi iradesi ile dilediği gibi düzenleyebileceğini öngören irade özerkliği ilkesi yer almakta iken diğer tarafta işlem hayatının sorunsuz bir şekilde sürmesini sağlamayı amaçlayan işlem güvenliğinin korunması ilkesi yer almaktadır. Her ne kadar irade özerkliği ilkesine uygun olarak kişi kendisi yükümlülük altına girip girmeyeceğine veya sahip olduğu bir hak üzerinde tasarruf edip etmeyeceğine karar verebilecekse de zaman zaman işlem güvenliğinin korunması uğruna bu ilkeden sapıldığı görülmektedir. Öyle ki bazı durumlarda kişinin bir yükümlülük altına girmeye yönelik iradesi bulunmasa dahi kişi yükümlülük altına girebilmekte veya sahip olduğu hak üzerinde tasarruf etmeye yönelik bir iradesi söz konusu olmasa dahi hakkı bir tasarrufun konusu olabilmekte ve hatta sona erebilmektedir. Bunun temelinde ise, işlem hayatındaki aktörlerin haklı olarak yükümlülük altına girmeye yönelik bir iradenin varlığına veya hak üzerinde tasarruf edilmesine ilişkin bir yetkinin varlığına güvenmeleri yer almaktadır. Sözü edilen bu güven ise her durumda but tür sonuçlara yol açmayıp ancak bu güveni haklı kılacak unsurların varlığı halinde etkili olmaktadır. Bu unsurlar gerçekte böyle bir hak veya hukuki ilişki bulunmasa dahi bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığına işaret etmeleri ile karakterize unsurlardır. Nitekim işlem hayatı aktörleri bir hakkın, hukuki ilişkinin veya yetkinin varlığına işaret eden bu unsurlara güvendikleri takdirde güvenlerinin korunması gündeme gelmektedir. İşte tam bu noktada hukuki görüş kavramı karşımıza çıkmaktadır. Zira hukuki görüşün, bir olgu tarafından dışa karşı açığa vurulan ve gerçekte mevcut olmayan bir hukuki duruma – ki bu bir hak, hukuki ilişki veya yetki olabilir- işaret eden görüş olarak tanımlandığı görülmektedir⁴. Hukuki görüşün çekirdeğinde dışa karşı

⁴ Ülgen, s. 8.

görünüş yaratan olgunun yer aldığı belirtilmektedir⁵. Öyle ki bu olgu bir hukuki durumun varlığına işaret etmektedir ve fakat gerçekte bu hukuki durum mevcut değildir. Ancak buna rağmen bu olgunun ortaya koyduğu görünüş birtakım sonuçlar doğurmaktadır. İçeriği bu şekilde belirlenmiş olan hukuki görünüş teriminin konuyu tam anlamıyla ifade etmekte yetersiz kaldığı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır. Bu eleştirinin gerekçesi, hukuki görünüşün görünüşle gerçeğin birbirine uymadığı halleri ifade etmek için kullanılması ancak belirli bir hukuki duruma işaret eden dış olgunun gerçeği yansıtmasının da mümkün olmasıdır. Hatta bu terimin normalde daha ziyade görünüşün gerçeğe uygun olduğu durumları karşıladığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda söz konusu terimin, görünüşle gerçeğin birbiri ile uyumlu olduğu durumları değil de bunların birbiri ile uyumlu olmadığı patolojik durumları ifade etmek için kullanılmasının çok da yerinde olmadığı dile getirilmektedir. Ancak sözü edilen durumları daha iyi ifade edecek bir başka terimin bulunamaması ve bu terimin yerleşik bir hal almış olması nedeniyle ilgili terimin kullanımına devam edileceğinin eklendiği görülmektedir⁶. Bu çalışmada da yerleşik hale gelmiş olan bu terim kullanılmaya devam edecektir.

II. YARATILAN HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ ŞARTLARI

Dışa karşı bir hak, hukuki ilişki veya yetkinin mevcut olduğuna dair görünüş yaratan olguya dayanarak birtakım tasarruflarda bulunan kişilerin güveni özellikle işlem hayatının sorunsuz işlemesi adına belirli koşulların da mevcut olması kaydıyla korunmaktadır. Bu koruma daha baştan güvenen kişinin güveninin boşa çıkmasına izin verilmemesi ve güvenen kişinin güvendiği hukuki durum sanki gerçekte mevcutmuş gibi işlem görmesi yoluyla gerçekleşmektedir. Güvenin boşa çıkması ve bundan doğan zararın tazminini gündeme gelmeksizin güven korunduğundan bu koruma olumlu koruma olarak adlandırılmaktadır⁷.

⁵ Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V, 1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, s. 238. Bu aşağıda ele alınacak olan “hukuki görünüş olgusu” na karşılık gelmektedir. Ülgen, s. 9.

⁶ Ülgen, s. 9

⁷ Canaris’in güven sorumluluğuna ilişkin eserinde güvenin olumlu korunması (*positivem Vertrauensschutz*) kavramını kullandığı görülmektedir. Canaris, s. 5.

Hukuki görünüŖe güvenin korunmasının Ŗartları pozitif olarak düzenlenmiŖ değildir. Ancak kanunda düzenlenmiŖ çeŖitli hukuki görünüŖ olgularının ortak özelliklerinden yola çıkılarak belirli genel Ŗartlar ortaya koyulmuŖ durumdadır. Bu Ŗartlar hukuki görünüŖ olgusu ve hukuki görünüŖ olgusunun bilinmesi, isnat edilebilirlik, iyi niyet, tasarruf, tasarruf ve güven arasında nedensellik bağı ile kazanım olayının korunmaya değer olmasıdır^{8,9}.

A. Hukuki GörünüŖ (Güven) Olgusu¹⁰

Hukuki görünüŖe güvenin olumlu korunması, öncelikle bir görünüŖ olgusunun varlığını zorunlu kılmaktadır. Hukuki görünüŖ olgusu, gerçek bir hukuki durumun var olduğu izlenimini veren, dışarıdan görülebilen veya en azından algılanabilen olguya karşılık gelmektedir¹¹. Dış koŖullar varsayılan durum hakkında güvenli bir sonuca varılmasına izin verdiği takdirde hukuki görünüŖ olgusunun mevcut olduğundan söz edilebilir¹². Belirli yönde

⁸ Canaris, hukuki görünüŖ sorumluluğunu da kapsayan güven sorumluluğunun Ŗartlarını güven olgusu, güvenen kiŖiye iliŖkin Ŗartlar (iyi niyet, güven olgusunun bilinmesi, tasarruf/güven yatırımı, nedensellik bağı, kazanım olayının korunmaya değer olması) ve isnat edilebilirlik olmak üzere üç temel başlık altında ele almaktadır. Canaris, s. 491 vd. Aynı yönde bkz. Rieder, Markus S., Die Rechtsscheinhaftung im elektronischen Geschäftsverkehr, Berlin 2004, Zugl.: München, Univ., Diss., 2003, s. 90 vd. Hukuki görünüŖ sorumluluğunun Ŗartlarına iliŖkin diğer sınıflandırmalar için bkz. Rusch, Arnold F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Zurich 2010, s. 39 vd.; Müller-Brockhausen, Michael, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet, Nomos, 2014, s. 127 vd.; Schneider, Matthias, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, Peter Lang, 2015, s. 132 vd.; Ülgen, s. 181 vd.

⁹ İstisnai olarak bu olgulardan bazıları bazı hallerde hukuki görünüŖ sorumluluğu için aranmayabilmektedir. Bu özellikle tasarruf/güven yatırımı ve isnat edilebilirlik olgusu açısından gündeme gelmektedir. Ancak bunların varlığının aranmaması özel bir gerekçenin bulunmasına bağlıdır. Canaris, s. 491, dn.1.

¹⁰ Hukuki görünüŖ sorumluluğunun bu ilk Ŗartı güven teorisini esas alan yazarlar tarafından güven olgusu olarak ifade edilmekteyken diğer yazarlar tarafından hukuki görünüŖ olgusu olarak ifade edilmektedir. Güven olgusu terimini kullanan yazarlar için bkz. Canaris, s. 491. Hukuki görünüŖ olgusu terimini tercih eden yazarlar için bkz. Rieder, s. 91; Rusch, s. 39; Müller-Brockhausen, s. 127; Ülgen, s. 181. Wiegand ise “hukuki görünüŖ durumları” (*Rechtsscheinposition*) terimini kullanmakta ve bu terimin Westermann’a dayandığını belirtmektedir. Wiegand, Wolfgang, Rechtsschein und Vertrauen, in: Hof, Hagen/ Kummer, Hans/ Weingart, Peter (Hrsg), Recht und Verhalten, 1994, s. 185, dn. 8. Wellspcher’in ise, hukuki görünüŖ olguları için “dış olgular” (*äußere Tatbestände*) ifadesini tercih ettiği görülmektedir (Wiegand, s. 185’ ten naklen). Hukuki görünüŖ olgusu için farklı adlandırmaların kullanılması ile ilgili olarak bkz. Selter, s. 8.

¹¹ Hübner, BGB AT, N. 587; Reese, Nicole, Vertrauenshaftung und Risikoverteilung bei qualifizierten elektronischen Signaturen, Köln 2006, Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2006, s. 50; Selter, s.8; Rusch, s. 39. Ülgen, hukuki görünüŖ olgusunu, dışa karşı gerçeye aykırı biçimde herhangi bir hak, yetki veya hukuki (iliŖkinin) mevcudiyeti konusundaki (yanıltıcı) görünüŖü yansıtan olgu olarak tanımlamaktadır. Ülgen, s. 181.

¹² Canaris, s. 493; Reese, s. 50.

güven uyandırmaya uygun her olgunun esas olarak hukuki görünüş veya güven olgusu olarak dikkate alınabileceği kabul edilmektedir¹³. Ancak güvenin temelini objektif gerçekler oluşturmalıdır. Zira hukuk düzeni güvenin korunması söz konusu olduğunda körü körüne bir güveni korumamaktadır¹⁴. Bunun temelinde hukuki görünüş sorumluluğunda hukuki sonuç olarak ifa yükümlülüğünün öngörülmüş olmasının yer aldığı belirtilmektedir. Oldukça ciddi bir hukuki sonuç olan ifa yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için de her türlü olguya güven korunmaya değer görülmemekte ve sıkı koşulların varlığı aranmaktadır. Bu bağlamda güçlü bir güven olgusunun varlığı ve yoğun bir işlem güvenliğinin korunması ihtiyacı gereklidir¹⁵. Öğretideki değerlendirmeler genel olarak Canaris'i takiben hukuki görünüş sorumluluğu temel alınarak yapıldığı için burada gerekçe olarak salt ifa yükümlülüğünden söz edildiği görülmektedir. Bununla birlikte kanımızca güvenin objektif bir temele dayanması gerekliliğinin gerekçesi olarak güvene uygunluk sonucuna dayanılması daha yerinde olacaktır. Zira güvene uygunluğun sağlanması ifa yükümlülüğünü de kapsayan çatı bir kavram niteliği taşımaktadır.

Güven olgusunun varlığının nasıl tespit edilebileceği konusunda sıklıkla Wellspacher tarafından geliştirilen ve ilgilinin hukuki görünüş olgusunun meydana gelmesinde katılımının bulunup bulunmadığını temel alan “doğal dış olgular” ve “yapay olgular” ayırımı¹⁶ başvurulmaktadır¹⁷. Doğal dış olgular, zaten mevcut olan olgulardır. Özellikle yazılı ve sözlü beyanlar, iradeyi gösteren davranışlar (*konkludentes Verhalten*), zilyetlik buna örnektir¹⁸. Doğal dış olgular söz konusu olduğunda, mevcut gerçeğin, ilgili işlem çevresindeki ortalama bir üçüncü kişi tarafından iyi niyet ve teamül çerçevesinde güvenen kişinin yorumladığı şekilde anlaşılıp anlaşılamayacağı değerlendirilmektedir¹⁹. Bu belirleme yapılırken irade

¹³ Canaris, s. 495; Rieder, s. 91; Müller-Brockhausen, s. 128

¹⁴ Canaris, s. 491; Reese, s. 50; Spiegelhalder, Torsten, Rechtsscheinhaftung im Stellvertretungsrecht bei der Verwendung elektronischer Signaturen, Hamburg 2007, Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2006, s. 128; Müller-Brockhausen, s. 128; Schneider, s. 132; Yılmaz, s. 74.

¹⁵ Reese, s. 50; Rieder, s. 91; Müller-Brockhausen, s. 128

¹⁶ Hukuki görünüş olgularını türlerine, meydana geliş biçimlerine ve etki derecelerine göre sınıflandıran görüş için bkz. Ülgen, s. 182 vd. Yapay ve doğal hukuki görünüş olguları burada hukuki görünüş olgularının meydana geliş biçimine göre yapılan sınıflandırma altında yer almaktadır.

¹⁷ Canaris, s. 492, dn.1; Rieder, s. 92; Rusch, s. 39; Müller-Brockhausen, s. 128.

¹⁸ Canaris, s. 492; Müller-Brockhausen, s. 128; Ülgen, s. 187. Reese, öncelikle yazılı, sözlü veya diğer beyanlar, herhangi bir davranış, hatta muhtemelen yalnızca susma veya ihmalin güven unsuru teşkil edebileceğini belirtmektedir. Hübner, BGB AT, N. 587; Reese, s. 50.

¹⁹ Canaris, s. 494; Rieder, s. 92; Spiegelhalder, s. 128; Müller-Brockhausen, s. 129. Örneğin Alman Federal Mahkemesi katlanma temsiline tespitinde karşı tarafın göz yummasının dürüstlük kuralı ve teamüle göre

beyanlarının objektif yorumuna ilişkin ilkelere uygun hareket edilmektedir²⁰. Hukuki görünüş olgusunun varlığını kabul için görünüşün gücü belirleyicidir. Kişi normal koşullar altında, dış koşullara dayalı olarak varsayılan durum hakkında güvenilir bir sonuç çıkarabilmelidir²¹. Bunun için başlı başına makul ve anlaşılır göstergeler yeterlidir. Öte yandan bu gerekliliğin bir formüle bağlanması düşünülemez, her bir hukuki görünüş olgusu için her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılmalıdır²². Doğal hukuki görünüş olguları açısından bu olguların hukuki görünüşe güvenin korunmasının sonuçlarının yükleneceği kişiye isnat edilebilmesi de önem taşımaktadır²³.

Yapay olgular ise, bizzat kanun tarafından oluşturulmuş ve güvenin korunmasının temeli olarak kabul edilmiş olgulardır. Çeşitli siciller ve mirasçılık belgesi bunun tipik örnekleri olarak kabul edilmektedir²⁴. Yapay olgular söz konusu olduğunda görünüş olgusunun etki alanı kanun tarafından belirlenmektedir²⁵. Ayrıca doğal hukuki görünüş olgularından farklı olarak isnat koşulu da aranmamaktadır²⁶.

Gerekli güce sahip bir olgunun hukuki görünüş olgusu olarak kabul edilebilmesi için diğer bazı şartları da taşıması gereklidir. Bunlardan ilki hukuki görünüş veya güven olgusunun yükümlülük yüklenecek kişinin davranışına ilişkin olmasıdır²⁷. Örneğin bir kişi gerçekte temsil yetkisine sahip olmadığı halde temsil yetkisinin bulunduğunu iddia ediyorsa, burada bir güven olgusunun mevcut olduğundan söz edilebilir ancak bu olgunun hukuki görünüşe güvenin korunmasının sonuçlarının yükleneceği kişiye ilişkin olduğundan söz edilemez. Burada güven olgusu salt yetkisiz temsilciye ilişkindir. Dolayısıyla böyle bir durumda yalnızca yetkisiz temsile ilişkin düzenlemeler uyarınca yetkisiz temsilciye başvurulabilir. Öte yandan hukuki görünüşe güvenin korunması veya Canaris' in deyimiyle hukuki görünüş sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için güvenin bizzat temsil olunana ilişkin olması gerekir. Bu bağlamda örneğin temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin temsil olunanın bundan

temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğu şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağını esas almaktadır. Canaris, s. 494.

²⁰ Canaris, s. 494; Reese, s. 50; Spiegelhalder, s. 129; Müller-Brockhausen, s. 129; Ülgen, s. 190.

²¹ Reese, s. 50; Müller-Brockhausen, s. 129.

²² Canaris, s. 494; Rieder, s. 92.

²³ Rusch, s. 39; Ülgen, s. 187.

²⁴ Hübner, BGB AT, N. 590; Reese, s. 50; Ülgen, s. 186. Yapay dış olgular, isnat gerekliliğinin ortadan kalkması ile karakterizedir. Canaris, s. 493.

²⁵ Reese, s. 50.

²⁶ Rusch, s. 39. Aynı yönde bkz. Ülgen, s. 186.

²⁷ Canaris, s. 497; Reese, s. 51; Rieder, s. 93.

haberdar olduğu veya buna göz yumduğu çıkarımına ulaşabileceği bir durum mevcut olmalıdır²⁸.

Hukuki görünüş olgusuna ilişkin diğer şart, hukuki görünüş olgusunun halihazırda mevcut bir duruma dayanmasıdır²⁹. Gelecekteki bir olaya ilişkin güven korunmaya değer görülmemektedir³⁰. Zira geleceğe ilişkin bir durumun gerçekleşmesi ile ilgili olarak bir görünüş değer, en fazla bir olasılık söz konusu olabilir³¹.

Bunun dışında hukuki görünüş olgusu hukuken mümkün bir duruma dayanmalıdır³². Bu gereklilik, görünen durumun hukuken imkansız olduğunun objektif makul bir üçüncü kişi açısından mevcut şartlara göre kendiliğinden anlaşılır olmasından çıkarılmaktadır. Öyle ki böyle bir duruma güven duyulamaz. Söz gelimi bir kişi bir başkasına temsil yetkisi verdiğini veya bir kişiye belirli bir meblağda borçlu olduğunu bildirdiğinde buna güvenilmesi hukuken mümkün bir duruma güvenilmesi niteliği taşımaktadır³³. Tapu siciline tescil edilebilir olmamasına rağmen tescil edilmiş bir hakka güvenilmesi de aynı niteliktedir³⁴. Öte yandan şekle uyulmaksızın gerçekleştirilen bir taşınmaz satışının buna rağmen geçerli olduğuna güvenilmesi hukuken mümkün olmayan bir duruma güvenilmesinin örneğini oluşturmaktadır³⁵.

Son olarak yalnızca hukuki bir ilişkiye duyulan güven korunmaya değer görülmektedir. Fiili olgulara güven ise korunmaya değer kabul edilmemektedir³⁶. Nitekim bu, “*hukuki görünüşe güvenin korunması*” ifadesinden de anlaşılabilir³⁷.

B. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi

²⁸ Canaris, s. 497.

²⁹ Canaris, s. 495; Rieder, s. 92; Müller-Brockhausen, s. 130; Rusch, s. 39.

³⁰ Gelecekteki olaylar söz konusu olduğunda en fazla koruma yükümlölüklerinin ihlali nedeniyle zararın tazminin gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Canaris, s. 543.

³¹ Canaris, s. 495; Rusch, s. 40.

³² Canaris, s. 495; Reese, s. 51; Rieder, s. 93; Müller-Brockhausen, s. 131; Rusch, s. 39.

³³ Canaris, s. 496.

³⁴ Rusch, s. 39-40.

³⁵ Canaris, s. 496; Rieder, s. 93.

³⁶ Canaris, s. 496; Rieder, s. 93; Müller-Brockhausen, s. 131.

³⁷ Canaris, s. 496.

Hukuki görünüşe güvenin korunması için kural olarak güvenen kişinin hukuki görünüş olgusunu bilmesi gerekmektedir³⁸. Öyle ki aksi takdirde hukuk düzeninin müdahalesini gerektiren bir durumdan söz edilemeyecektir. Zira güven, uygun güven olgularına dayanmadığı takdirde, güvenen korunmaz. Güven olgusunun varlığının güvenen açısından salt tesadüfi bir nitelik taşıdığı ve körü körüne bir güvenin söz konusu olduğu kabul edilir³⁹. Bu nedenle güven olgusu ve güven arasında iç bir ilişki bulunmalıdır. Diğer bir deyişle güven, tam olarak güven olgusuna dayanmalıdır⁴⁰. Bu da en azından güvenenin, güven olgusunu bilmesini ve anlamasını gerektirir. Bu bağlamda muvazaalı yazılı borç tanınmasını düzenleyen TBK m. 19/II’ de “*yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış*” olmaktan söz edilmesi, hukuki görünüş olgusunun bilinmesi gerekliliğinin bir örneğini oluşturmaktadır. Bu noktada güvenen kişi güven olgusunun varlığına ilişkin bir sonuca varılmasını sağlayacak koşulları dikkate almalıdır. Ancak burada aşırı katı gereklilikler söz konusu değildir. Güvenenin hukuki görünüşe yol açan olayları dolaylı olarak öğrenmesi de yeterli görülmektedir⁴¹. Buna örnek olarak -ileride ele alınacak olan- katlanma temsiline bunu temellendiren koşulların iyi niyetli üçüncü kişiye bir başkası tarafından bildirilmesi veya yetki bildiriminin haberci aracılığıyla yapılması vb. durumlar gösterilmektedir⁴².

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması açısından hukuki görünüş olgusunun bilinmesi kural olarak aranmakla birlikte, yapay dış olgular söz konusu olduğunda hakim görüş tarafından bu gerekliliğe bir istisna getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda sicildeki kayda güvenin korunması durumunda, üçüncü kişinin sicili inceleyip incelemeyeceğinin önemsiz olduğu kabul edilmektedir⁴³.

³⁸ Canaris, s. 507; Reese, s. 56; Rieder, s. 94; Ülgen, s. 218. Rusch, hukuki görünüşün bilinmesi gerekliliğinin taşınırıların iyi niyetle kazanımı durumunda problemliliğini ve bir hukuki görünüş taşıyıcısı olarak zilyetliğin her zaman görülebilir, açık olmadığını dile getirmektedir. Rusch, s. 47.

³⁹ Canaris, s. 507; Rieder, s. 94. Aynı yönde bkz. Ülgen, s. 218.

⁴⁰ Canaris, s. 507; Reese, s. 56.

⁴¹ Reese, s. 56; Ülgen, s. 221. Üçüncü kişinin hukuki görünüş olgusunun ortaya çıktığı temel dayanak ve koşulları bilmesi yeterlidir. Hukuki görünüş olgusu hakkında her zaman açık ve doğru bir fikir sahibi olması gerekli değildir.

Canaris, s. 509; Rieder, s. 94.

⁴² Canaris, s. 510.

⁴³ Tapu sicili ile ilgili olarak bkz. Üçüncü Bölüm II. A. 2. Ticaret siciline ilişkin değerlendirmeler için bkz. Canaris, s. 507 vd.; Ülgen, s. 222 vd.

C. Hukuki Görünüşün İsnadı

1. Genel Olarak

Sorumluluk ya da hukuken dezavantajlı bir durumun bir kişiye yüklenebilmesi isnadı gerektirir⁴⁴. Hukuki görünüş de ancak kendisine karşı etkili olması istenen kişiye isnat edilebildiği takdirde önem arz etmektedir⁴⁵. Nitekim hukuki görünüşe güvenen kişinin güveninin korunmasının diğer taraf açısından ortaya çıkaracağı dezavantajları gerekçelendirmenin tek yolu budur⁴⁶.

İsnat, temel olarak bir kişinin kendi davranışlarından ve iş çevresinden sorumluluğu ve hakkaniyet kuralı ile ilişkilidir⁴⁷. Bu bağlamda hukuki görünüşün bu kişi tarafından ortaya çıkarılmış olması gerekmektedir. Özellikle doğal dış hukuki görünüş olguları açısından isnat edilebilirlik ayrı bir önem kazanmaktadır. Yapay hukuki görünüş olguları söz konusu olduğunda ise, kanun koyucunun açık veya örtülü olarak kendiliğinden isnat kriterini belirlemiş olduğu ya da isnat şartından tamamıyla vazgeçmiş olduğu görülmektedir⁴⁸. Nitekim “saf hukuki görünüş ilkesi” (*reine Rechtsscheinprinzip*) başlığı altında ele alınan durumlar isnat şartından vazgeçilmesinin tipik örneklerini teşkil etmektedir⁴⁹. Öyle ki tapu siciline güven dolayısıyla bir ayni hakkın kazanılması veya para ve hamile yazılı senetlerin iyi niyetle kazanılması için, yalnızca görünüş olgusunun varlığı önemlidir⁵⁰. Görünüş olgusunun gerçek

⁴⁴ Rusch, s. 48; Schneider, s. 132; Ülgen, s. 199. Canaris, konuyu güven sorumluluğu bağlamında ele aldığından burada yalnızca sorumluluğun isnat edilmesinden söz etmektedir. Canaris, s. 517.

⁴⁵ Tek başına ne görünüş olgusunun varlığı ne alacaklının güveni ne de işlem güvenliğinin korunması menfaati, hukuki görünüş (ifa) sorumluluğunu gerekçelendirebilir. İşlem güvenliğinin korunması düşüncesinin ön planda olduğu saf hukuki görünüş halleri dışında yalnızca görünüş olgusunun borçluya isnat edilebilmesi halinde hukuki görünüş sorumluluğu gündeme gelebilir. Reese, s. 49-50.

Ülgen, isnat şartı ile birlikte hukuki görünüş teorisinin uygulamasını sınırlandırma yolundaki ihtiyaçlara da cevap verilmiş olduğunu belirtmektedir. Ülgen, s. 199-200.

⁴⁶ Rieder, s. 96; Müller-Brockhausen, s. 131; Schneider, s. 132.

⁴⁷ Canaris, s. 468; Rieder, s. 96; Rusch, s. 48; Ülgen, s. 200 vd.

⁴⁸ Rieder, s. 96; Müller-Brockhausen, s. 131. Aynı yönde bkz. Reese, s. 62.

⁴⁹ Canaris, saf hukuki görünüş ilkesinin asıl uygulama alanının güven sorumluluğu değil, aksine hakkın kaybedildiği durumlar olduğunu ifade etmektedir. Canaris, s. 471. İsviçre hukukunda da Art. 935, 973 ZGB ve - benimsenen görüşe bağlı olarak- Art. 167 OR düzenlemelerinin saf hukuki görünüş ilkesi kapsamında değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. Rusch, s. 48, dn. 160.

⁵⁰ Alman hukukunda 935 II BGB uyarınca para ve hamile yazılı senetler dışında açık artırma veya § 979 I a BGB kapsamındaki artırma yoluyla devralınan (irade dışı elden çıkmış) eşyalar açısından da iyi niyetli kazanım kabul edilmektedir.

hak sahibine isnat edilip edilememesi ise önem taşımamaktadır⁵¹. Sözü edilen durumlarda isnat şartından vazgeçilmesi, para ve hamile yazılı senetler açısından işlem güvenliğinin korunması ile açıklanırken; tapu siciline güven açısından devletin güven olgusunun doğruluğu açısından özel bir garanti sunması ile açıklanmaktadır⁵².

İsnat edilebilirlik açısından hukuki görünüşe güvenin korunmasının sonuçların yükleneceği kişinin davranışının belirli asgari gereklilikleri karşılaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda genel ilkelerin geçerli olduğuna işaret edilerek maddi cebir (*vis absoluta*) durumunda hukuki sonucun kişiye isnat edilemeyeceği ifade edilmektedir. Benzer şekilde hukuki eylem dolaylı olarak kişiye atfedilemediği veya üçüncü şahıs onun iş çevresine dahil olmadığı sürece üçüncü şahısların eylemlerinden sorumluluğun söz konusu olmayacağı belirtilmektedir⁵³. Bunun dışında fiil ehliyeti bulunmayan kişiler açısından da hukuki sonucun isnat edilebilir olmadığı kabul edilmektedir⁵⁴. Kanaatimizce ehliyetle ilişkin bu gerekliliğin tüm hukuki görünüş halleri bakımından aranması yerinde değildir. Ehliyet şartı, yalnızca hukuki görünüş olgusunun bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesi yoluyla ortaya çıktığı haller için aranmalıdır. Bu noktada örneğin muvazaalı ya da devir yasağını içermeyen bir yazılı borç tanınmasında bulunulan hallerde veya temsil yetkisi verilip bunun bildirildiği ancak geri almanın bildirilmediği hallerde ehliyet şartının aranması yerindedir. Öte yandan -teslim bir maddi fiil olarak nitelendirildiği takdirde- taşınırın emin sıfatıyla zilyede teslim edilmesi ve emin sıfatıyla zilyedin taşınırı bir üçüncü kişiye devretmesi sonucu mülkiyetin kaybedilmesi halinde, tam fiil ehliyetine sahip olma şartını aramaya gerek bulunmamaktadır. Benzer şekilde tapu siciline güven kapsamında taşınmazın mülkiyetinin kaybedilmesi halinde de gerçek hak sahibi açısından tam ehliyetli olma şartının aranmasına lüzum yoktur.

Hukuki görünüş olgusunun bu olguyu ortaya çıkaran kişiye hangi bağlama noktası esas alınarak isnat edileceği konusunda ise fikir birliği yoktur. Bu noktada yol açma, kusur ve riziko prensibi olmak üzere üç isnat prensibinden söz edilmektedir. Aşağıda sayılan bu üç isnat prensibi ele alınacaktır.

⁵¹ Canaris, benzer şekilde § 407 BGB vd. uyarınca devralana karşı iyi niyetli borçlunun korunması açısından da isnadın önemsiz olduğu kanaatindedir. Burada isnat şartından vazgeçilmesinin nedenini ise, güvenen kişinin korunması ihtiyacının istisnai derecede yüksek olmasında görmektedir. Canaris, s. 471-472.

⁵² Canaris, s. 471-472. Benzer yönde bkz. Rusch, s. 48.

⁵³ Canaris, s. 468; Rieder, s. 96; Reese, s. 62; Müller-Brockhausen, s. 138.

⁵⁴ Reese, s. 62; Müller-Brockhausen, s. 138.

2. Yol Açma İlkesi (Veranlassungsprinzip)

Önceden hakim görüşü temsil eden yol açma ilkesine göre, hukuki görünüşün isnadı için sadece talebin yöneltileceği kişinin hukuki görünüşe neden olması yeterlidir⁵⁵. Bu bakımdan aslında yol açma ilkesinin, saf nedensel sorumluluktan (sebeplere sorumluluğu) başka bir şey olmadığı söylenmektedir⁵⁶. Hatta bunun isnat kriterinden vazgeçilmesi anlamını taşıdığı da ifade edilmektedir⁵⁷. Hukuki görünüş açısından bakıldığında kişinin davranışı ile meydana gelen hukuki görünüş arasında nedenselliğin bulunması yeterlidir⁵⁸. Diğer bir deyişle hukuki görünüşün sonuçlarının yükleneceği kişinin davranışının hukuki görünüşün çıkış noktası olması aranmaktadır. Kusurun burada herhangi bir rolü yoktur⁵⁹. Önemli olan dürüstlük kuralı uyarınca üçüncü kişinin hukuki görünüşün sonuçlarının yükleneceği kişinin davranışları sebebiyle hukuki görünüş olgularına güvenip güvenemeyeceğidir. Isnat için hukuki görünüşü engellemeye ilişkin objektif bir imkânın bulunması yeterlidir⁶⁰. Ancak saf nedensellik, değerlendirici ve dolayısıyla haklı çıkarıcı bir unsurdan yoksundur. Bu nedenle de bir çerçeve çizilmezse sınırsız bir sorumluluğa kapı aralamaktadır⁶¹. Dolayısıyla bir hukuki görünüşün isnat edilmesinin hukuki görünüşü ortaya çıkaran kişinin salt nedensel sorumluluğundan daha fazlası olması gerektiği belirtilmektedir⁶². Aksi takdirde kasten ve ihmali olarak gerçekleştirilen eylemlerin eş tutulması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır⁶³. Bu açıdan yol açma ilkesi, ihmal söz konusu olduğunda isnat için bir dayanak oluşturmaz⁶⁴. İhmal, olmazsa olmaz koşul anlamında bir hukuki görünüş olgusunun ortaya çıkmasına neden olamaz⁶⁵. Yol açma ilkesini benimseyenler, ihmali, ihlal edilen bir hukuki yükümlülüğün varlığı ile

⁵⁵ Stoll, Heinrich, Haftung aus Bescheinigung, AcP135, 1932, s.89, 105; Canaris, s. 473, dn. 1'de ve Müller-Brockhausen, s. 131, dn. 42'de anılan yazarlar.

⁵⁶ Canaris, s. 474; Ülgen, s. 212.

⁵⁷ Canaris, s. 474; Müller-Brockhausen, s. 132; Ülgen, s. 212.

⁵⁸ Ülgen, s. 212. Aynı yönde bkz. Müller-Brockhausen, s. 132.

⁵⁹ Ülgen, s. 212.

⁶⁰ Müller-Brockhausen, s. 132, dn. 45,46.

⁶¹ Rusch, s. 49.

⁶² Schneider, s. 133. Yol açma ilkesi yalnızca ne zaman sorumluluğun dikkate alınabileceğini ve ne zaman alınmayacağını tespitinde işlevseldir. Bu nedenle yalnızca asgari bir gerekliliktir ve sorumluluğun paylaştırılması için ilave bir kriter değildir. Reese, s. 62.

⁶³ Canaris, s. 474; Schneider, s. 133.

⁶⁴ Reese, s. 63; Rieder, s. 96; Spiegelhalter, s. 142; Müller-Brockhausen, s. 132; Ülgen, s. 213. Bu düşünce yol açma ilkesini benimseyenler tarafından reddedilmiştir. Ancak bu kişiler tarafından bunun aksine bir kanıt da getirilememiştir. Canaris, s. 474.

⁶⁵ Canaris, s. 475; Müller-Brockhausen, s. 132.

gerekçelendirmeye çalışmaktadır⁶⁶. Ancak bu durumda salt bir yol açmanın değil, artık bir kusur değerlendirmesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bu, yol açma ilkesini benimseyenlerin kendilerinin dahi kısmen riziko ve kusur ilkesine ilişkin değerlendirmelerine başvurduğunu göstermekte ve yol açmanın isnat için tek başına anlamlı bir kriter olmadığını ortaya koymaktadır⁶⁷. Bununla birlikte kusurla ilgili bu değerlendirmelere rağmen yol açma ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalanlar da bulunmaktadır. Örneğin Meyer, bir kişinin kendi aleyhine hukuki görünüş meydana getiren açıklayıcı olguları ortadan kaldırmak için gerekli imkana sahip olmasına rağmen harekete geçmemesini yol açma olarak değerlendirmektedir⁶⁸. Ancak salt kaçınmanın nedensel nitelik taşımadığı, kaçınmanın yani hareketsiz kalmanın maddi alemde hiçbir değişikliğe neden olmayacağı belirtilmektedir⁶⁹. Buna göre yapmama davranışı hiç gerçekleşmemiş olsa dahi sonuçta değişiklik olmayacaktır⁷⁰. Yol açma ilkesinin salt nedensel niteliğine getirilen eleştiriler sonucunda geliştirilen “hukuki nedensellik” (*juristische Kausalität*) kavramının da bir anlamının olmadığı ifade edilmektedir. Bu, nedenselliğin hukuk uygulamasının ihtiyaçlarına göre üzerinde değişiklik yapılabilecek bir hukuki kategori olmaması ile açıklanmaktadır⁷¹. Sonuç itibarıyla bugün için yol açma ilkesinin hukuki görünüşün isnadı açısından bir isnat ilkesi olarak kabul görmediği söylenebilir.

3. Kusur İlkesi (*Verschuldensprinzip*)

Öğretideki yazarların bir kısmı⁷² tarafından ve yargı kararlarında⁷³ isnat edilebilirlik açısından kusur ilkesinin benimsendiği görülmektedir⁷⁴. Bu ilkeye göre isnat, kişinin kusurlu

⁶⁶ Stoll, AcP135, s.89, 108.

⁶⁷ Reese, s. 63; Müller-Brockhausen, s. 132-133. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Reese, s. 63.

⁶⁸ Buna göre, örneğin tapu sicilindeki hatalı kayıt karşısında harekete geçmesi gereken kişinin herhangi bir girişimde bulunmaması, yanıltıcı hukuki görünüşe bu kişinin yol açmış olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir. Ancak Meyer salt kaçınmanın hukuki görünüş yaratamayacağı kanaatindedir. Bu bağlamda bir hukuki görünüş olgusu mevcut ancak bunun ortadan kaldırılmasından kaçınılıyorsa, bu takdirde yol açmadan söz edilebilir. Tapu sicili örneğine geri dönecek olursa, burada hukuki görünüşün doğumuna neden olan söz konusu kayıtların düzeltilmesinden kaçınmadır. Bu noktada kusurun varlığı da aranmamaktadır. MEYER, Herbert, Handelsregistererklärungen und Widerruf der Prokura, ZHR 81 (1918), S. 390. (Aktaran: Ülgen, s. 213).

⁶⁹ Canaris, s. 474-475.

⁷⁰ Canaris, s. 475.

⁷¹ Canaris, s. 475. Aynı yönde bkz. Ülgen, s. 214.

⁷² Müller-Brockhausen, s. 133, dn. 55 ve Schneider, s. 133, dn. 742’ de anılan yazarlar.

olarak -yani kasten veya ihmal ile- hukuki görünüşün oluşmasına veya devam etmesine neden olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁷⁵. Burada önleme ve engelleme fikrinin belirleyici olduğu belirtilmektedir⁷⁶. Gerekli özen gösterildiğinde hukuki görünüş olgusunun bilinmesi gerekiyor ve bu olgunun ortaya çıkması önlenabiliyorsa, isnat söz konusu olmaktadır⁷⁷. Hakim görüş bu anlamda hafif ihmali yeterli görmektedir⁷⁸.

Canaris, yol açma ilkesinin aksine, kusur ilkesinin prensipte bir isnat kriteri olarak uygun olduğunu dile getirmektedir. Öte yandan bu ilkenin güven düşüncesi ile kombinasyonunun yerindeliğinin ve yürürlükteki hukuka uygunluğunun sorgulanabileceğini belirtmektedir. Canaris' e göre hukuki görünüş sorumluluğu, işlevi itibariyle kusur ilkesi ile belirli bir tezat oluşturmaktadır. Öyle ki hukuki görünüş sorumluluğu işlem güvenliğini koruma amacına hizmet etmektedir ve bu bakımdan kusur ilkesi ile uyuşmamaktadır. Zira ihmal kavramının gerekli kıldığı somut olayın tüm koşullarının incelenmesi önemli ölçüde belirsizliği beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda kusur ilkesi, bireyselleştirici karakteri göz önüne alındığında işlem güvenliği dostu olarak görülemez. Ayrıca hukuki görünüşe ilişkin kanunda yer alan düzenlemelerde (§ 171 vd., 370, 405, 794 BGB, § 56 HGB, Art. 10, 17 WG, 13, 22 ScheckG) kusur unsurunun dikkate alınmamış olması da kusur ilkesi aleyhinedir⁷⁹. Nitekim çoğu zaman üçüncü kişiye karşı bir kusurun varlığından da söz edilemez. Zira üçüncü kişi ile hukuki işleme dayalı bir ilişki ve dolayısıyla ona karşı özel bir davranış yükümlülüğü mevcut değildir. Bu nedenle kusur için gerekli olan başka bir kişiye karşı yükümlülük ihlali de söz konusu değildir⁸⁰. Örneğin bir kişi, bir yetki belgesini, beyaza imzalı belgeyi veya imzalı bir sözleşme önerisini örneğin yolculuk gibi bir makul bir nedenle, yalnızca önceden verilen açık talimata göre kullanılması gerektiği konusunda anlaşılarak güvenilir bir kişiye teslim ederse, burada kusurdan söz edilemeyeceği dile getirilmektedir. Benzer şekilde bir kişi bildirimimin

⁷³ Alman Federal Mahkemesi tarafından bu ilkenin benimsenmiş olduğu kararlar için bkz. Müller-Brockhausen, s. 133, dn. 54.

⁷⁴ Güven sorumluluğu açısından da kusur ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Zarar verenin güven sorumluluğu uyarınca sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu olarak koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi aranmaktadır. Fehlmann, s. 182; Loser, N. 1204; Kırca, Bilgi Verme, s. 206; Aker, s. 87; Yılmaz, s. 87.

⁷⁵ Reese, s. 63; Ülgen, s. 207 vd.

⁷⁶ Rusch, s.49.

⁷⁷ Rusch, s.49; Müller-Brockhausen, s. 133; Ülgen, s. 207.

⁷⁸ Müller-Brockhausen, s. 133, dn.57'de anılan yazarlar. Öte yandan bazı yazarlar tarafından olumlu menfaatle bağlantılı sorumluluğun yalnızca ağır ihmal durumunda haklı görülebileceği kabul edilmektedir. Hübner, BGB AT, N. 1289.

⁷⁹ Canaris, s. 477; Rieder, s. 97; Spiegelhalder, S. 143; Müller-Brockhausen, s. 135.

⁸⁰ Canaris, s. 477 vd.; Müller-Brockhausen, s. 133.

görünüşte niteliğini fark etmemişse ve gerekli tüm özeni gösterse dahi fark edemeyecekse - örneğin aslında farkında olunmayan bir sakatlık nedeniyle geçersiz olan bir iç temsil yetkisi bildirmişse- kusurdan bahsedilemeyecektir⁸¹. Tüm bu sebeplerle kusur ilkesinin hukuki görünüş olgusunun isnadı için uygun bir isnat ilkesi olmadığı kabul edilmektedir⁸².

4. Riziko İlkesi (Risikoprinzip)

Yol açma ve kusur ilkelerine alternatif olarak ileri sürülen ve yakın dönemde önem kazanan diğer isnat ilkesi, riziko ilkesidir⁸³. Riziko ilkesinin isnat konusunda önem kazanması, işlem hayatının gerekleri ve hukuki görünüş sorumluluğunun amaçları ile uyumlu olması ile gerekçelendirilmektedir⁸⁴. Bu ilkenin temelinde kişinin kendi davranışlarından ve iş çevresinden sorumlu olması düşüncesi yer almaktadır. Buna göre iş sahibi kendi etki alanından kaynaklanan eksiklik ve tehlikelerin yarattığı risklerden sorumludur⁸⁵. Bununla birlikte yalnızca hukuki işleme ilişkin bir beyanda bulunulması, beyanda bulunanın sorumlu olması gereken bir risk olduğu anlamına gelmez. Zira karşı tarafın güvenmek suretiyle kendisini gönüllü olarak riske maruz bıraktığı ve korunmayı hak etmediği de iddia edilebilir. Risk ilkesi açısından önem taşıyan daha ziyade yüksek bir riskin ya da bir tarafın soyut olarak diğerinden daha kolay kontrol edebileceği bir riskin yaratılmasıdır⁸⁶. Risk ilkesi, hukuki görünüş teorisinde ise, risklerin sonuçlarının, davranışlarıyla hukuki görünüş ve dolayısıyla artan bir risk yaratan veya riski, riskten etkilenen başka bir kişiden daha kolay kontrol edebilen bir kişiye isnat edilmesi şeklinde ifadesini bulmaktadır⁸⁷. Bu kişi, “*üstün risk taşıyıcısı*” (*superior risk bearer*) olarak nitelendirilmektedir⁸⁸.

⁸¹ Canaris, s. 478; Müller-Brockhausen, s. 135.

⁸² Canaris, s. 476 vd.; Rieder, s. 96; Müller-Brockhausen, s. 136.

⁸³ Canaris, s. 479 vd.; Reese, s. 65 vd.; Rieder, s. 97; Spiegelhalter, s. 153 vd.; Müller-Brockhausen, s. 136 ve dn. 75’ te anılan diğer yazarlar; Ülgen, s. 216. Çok geniş kapsamlı bir sorumluluğa yol açığı gerekçesiyle riziko prensibine karşı çıkan yazarlar için bkz. Hübner, Heinz, AT des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2.Aufl., Berlin 1996, N. 1286.

⁸⁴ Canaris, s. 480.

⁸⁵ Canaris, s. 479 vd.; Rieder, s. 96; Müller-Brockhausen, s. 136. Aynı yönde bkz. Rusch, s. 51.

⁸⁶ Canaris, s. 481; Rieder, s. 97.

⁸⁷ Canaris, s. 482; Rusch, s. 51. Aynı yönde bkz. Rieder, s. 97; Müller-Brockhausen, s. 136.

⁸⁸ Rusch, s. 51, dn. 177’ de anılan yazarlar.

Bu bağlamda kişiye isnat edilebilecek farklı türde risklerin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bunlar temel olarak yanıltma (Irreführungsrisiko), kötüye kullanma (Missbrauchsrisiko), doğruluk (Richtigkeitssrisiko), bildirim (Mitteilungsrisiko), çalınma/hırsızlık⁸⁹ (Diebstahlsrisiko) ve tahrifat (Verfälschungsrisiko) riskidir⁹⁰. Sayılan bu risklerin tek bir görünüş olgusunda bir arada bulunması da mümkündür⁹¹.

Yanıltma riski, özellikle bir hukuki görünüş olgusunun bilerek yaratılması durumu ile ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuki görünüş olgusunun bu şekilde bilerek yaratıldığı durumlarda her zaman isnat edilebilir olduğu kabul edilmektedir⁹². Örneğin gerçekte olandan daha geniş bir temsil yetkisinin bildirilmesi bu niteliktedir⁹³. Nitekim bu riski yaratmasının sonucu olarak temsil olunan üçüncü kişiler bildirilen temsil yetkisine dayandıklarında yapılan işlemle bağlı olmaktadır.

Temsil yetkisinin bildirilmesi gibi durumlarda aynı zamanda doğruluk riskinin de söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte doğruluk riskinin bildirimde bulunan kişiye isnat edilebilmesi için bunu haklı kılacak özel bir durumun mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda bildirilen hukuki ilişkinin üçüncü kişilere yönelik olmasının bu niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Buna göre bir kişi üçüncü kişilerin hukuki işlemlerinin temelini oluşturması amaçlanan ve bu yönüyle üçüncü kişilere yönelik olan -temsil yetkisinin verilmesi gibi- bir hukuki olguyu bildirdiği takdirde, bilinçli olarak yüksek bir risk yaratmış olmaktadır. Zira buradaki bildirimin yanlışlığı kaçınılmaz olarak başkalarının menfaatlerini etkilemektedir. Ayrıca bildirimde bulunan kişinin bu yanlışlıktan kaçınma veya yanlışlığı zamanında fark etme olasılığının bu ilişkinin tamamen dışında olan üçüncü kişilere kıyasla daha yüksek olması da riski bu kişinin taşıması gerektiğine işaret etmektedir⁹⁴.

Yanıltma ve doğruluk riski dışında temsil yetkisinin iç ilişkide olandan farklı olarak bildirilmesi durumunda kötüye kullanım riski de gündeme gelebilmektedir. Beyaza imzalı bir belgenin düzenlenip beyaza imza alıcısına teslim edilmesi durumunda da kötüye kullanım

⁸⁹ Rüegg, hırsızlık riskinin ceza hukuku anlamında anlaşılmaması gerektiğini burada kast edilenin irade dışı elden çıkma halleri olduğunu ifade etmektedir. Rüegg, N. 337, dn. 99.

⁹⁰ Canaris, s. 482 vd.; Rusch, s. 56 vd.; Rüegg, N. 331 vd.

⁹¹ Rusch, s. 56.

⁹² Rieder, s. 97; Müller-Brockhausen, s. 138.

⁹³ Canaris, s. 482; Rusch, s. 56; Rüegg, N. 332.

⁹⁴ Canaris, s. 485.

riski söz konusudur⁹⁵. Öyle ki işlemlerin gerçekleştirilmesi sürecine bir başka kişiyi dahil eden ve o kişiye görünürde bir yetki veren kimse, bunları yaparak hukuki işlemlere katılırken kaçınılmaz olan risklerin ötesine geçen artan bir risk yaratmış olmaktadır. Bu kişi aynı zamanda riski kontrol etme açısından üçüncü taraftan da çok daha iyi bir konumdadır. Zira güvenilir araçları seçme, uygun denetim vb. yollarla kötüye kullanım olasılığını sınırlamak bu kişinin elindedir. Ayrıca birine beyaza imzalı belge vermek veya temsil yetkisini iç ilişkide verildiğinden daha kapsamlı ölçüde dış dünyaya bildirmek için zaman zaman makul gerekçeler söz konusu olabilse dahi görünüş ve gerçeklik arasında böyle bir farklılığın yaratılmasının kural olarak gereksiz olduğu belirtilmektedir. Böyle bir davranışta bulunmanın kaçınılmaz bir nitelik taşımaması da diğer bir gerekçe olarak dile getirilmektedir⁹⁶.

Beyanda bulunan kişinin güven olgusunun yaratıldığının farkında bile olmaması, yani söz konusu beyanın farkında olmaması halinde - ki bu durum iradeyi gösteren davranış ve özellikle de iradeyi gösteren sessizlik durumlarında görece sık görülür - riskin dağıtımı açısından önemli ölçüde farklı hususların belirleyici olduğu ileri sürülmektedir. Zira bu tür durumlarda artık ilgili kişinin bilinçli olarak risklerinin farkında olması gereken bir beyanda bulunduğundan ve bu konudaki riski kendi üzerine aldığından söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Buna göre burada daha ziyade bir kişinin bir beyan olarak davranışının objektif anlamının farkında olmaması gibi daha farklı bir tehlike söz konusudur. Bu noktada beyanın bilincinde olmamaya neden olan durumun, aleyhine olduğu kişinin alanından kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılabileceği ifade edilmektedir. Teyit mektubuna karşı susma buna örnek olarak gösterilmekte⁹⁷ ve buradaki risk bildirim riski olarak nitelendirilmektedir⁹⁸.

Çalınma ve tahrifat riski, esasen üçüncü bir kişinin davranışı ile ilişkili olduklarından isnat edilebilir riskler olmamakla birlikte, bazı durumlarda bu risklerin de isnadı gündeme gelebilmektedir⁹⁹. Bir hukuki görünüşe neden olan senetlerin irade dışı elden çıkması durumunda bu riskin isnadı, düzenlenmesi çoğu zaman gerekli olmayan bu senetlerin

⁹⁵ Canaris, s. 482- 483; Rusch, s. 57.

⁹⁶ Canaris, s. 483.

⁹⁷ Canaris, s. 487.

⁹⁸ Rusch, s. 57.

⁹⁹ Rüegg, N. 339; Rieder, s. 99; Müller-Brockhausen, s. 139.

beraberinde getirdiği artan risk ile gerekçelendirilmektedir¹⁰⁰. Tahrifat riskinin de istisnai olarak bu riskin artırıldığı durumlarda isnat edilebileceği kabul edilmektedir¹⁰¹.

Hukuki görünüşün isnadı esas olarak bir beyan veya iradeyi gösteren davranışla, yani olumlu eylemle ilişkilendirilmekte ise de bir kişinin yalnızca aleyhine olan bir güven olgusunu ortadan kaldırmayı ihmal etmesi durumunda da güven sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür. Bu tür durumlarda hukuki sonucun isnadı açısından riziko ilkesi önem kazanmaktadır. Örneğin bir kişi borcunu ödedikten sonra senedi kendisine geri verilmesi konusunda bilerek hareketsiz kalırsa, başından beri yanlış olan bir senedin düzenlenmesine çok benzer bir şekilde alacaklının bunu kötüye kullanması ve bunun yardımıyla iyi niyetle hareket eden üçüncü bir kişiyi yanıltması riskini yaratmış olur. Bu nedenle hukuki görünüş olgusunu ortadan kaldırma konusunda hareketsiz kalan kişiye böyle bir durumda da kötüye kullanma ve yanıltma riskinin yüklenmesinin makul görüldüğü ifade edilmektedir. Bu bağlamda genel olarak ihmal diğer bir deyişle hareketsiz kalma olumlu olarak bir davranışta bulunma ile eş tutulmalıdır. Zira riskin isnat edilmesi noktasında bir güven unsurunun yaratılması ve ortadan kaldırılmaması arasında değer açısından önemli bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte hareketsiz kalmanın isnat edilebilmesi, beklenen eylemin gerçekten de önlenmesi gereken sonucu önleyebilecek olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle her zaman güven olgusunun ortadan kaldırılmasının söz konusu tasarruftan (sözleşmenin imzalanması, kredinin ödenmesi vb.) önceki bir zamanda hala mümkün olması gerekmektedir. Ayrıca isnat bir eylemin gerekli olup olmadığına ve hareketsiz kalan kişinin elindeki araçlarla sonuçtan kaçınmasının mümkün olup olmadığına da bağlıdır. Bu bağlamda hukuki sonucun isnat edileceği kişinin gerekli ve gücü dahilinde olan her şeyi yapıp yapmadığı önem taşımaktadır. Bunu yapmadığı takdirde riski kendisine ait olmak üzere hareket etmiş olmaktadır. Bu konuda hangi adımların atılması gerektiği somut duruma göre belirlenmelidir. Örneğin bir belgenin iade edilmesine yönelik dava açılması veya kim olduğu biliniyorsa, güven olgusu nedeniyle tehlikede olan kişilerin uyarılması bu niteliktedir¹⁰².

D. İyi Niyet

¹⁰⁰ Canaris, s. 487.

¹⁰¹ Canaris, s. 488.

¹⁰² Canaris, s. 489- 490.

Hukuki görünüşün etkilerinin sınırlandırılması, iyi niyet unsuru aracılığıyla gerçekleştirilmektedir¹⁰³. Bununla bağlantılı olarak hukuki görünüşe güvenen kişinin iyi niyetli olması aranmaktadır. Hukuki görünüşün arkasındaki hukuki gerçeği bilen veya mevcut koşullara göre bilmesi gereken kişi korunmamaktadır¹⁰⁴. Bu aynı zamanda körü körüne bir iyi niyetin -verimliliğe de ters düşeceğinden- korunmaması ve iyi niyetin varlığının asıl kabul edilmesi yoluyla alışveriş güvenliğinin korunmasına da hizmet etmektedir. Nitekim iyi niyet karinesi, yüksek iyi niyet olasılığından ziyade işlem güvenliğinin korunması düşüncesine dayanmaktadır¹⁰⁵.

Alman hukuku açısından duruma bakıldığında hukuki görünüşün gücü ile iyi niyet arasında karşılıklı bir bağımlılığın söz konusu olduğu dikkat çekmektedir. Hukuki görünüş olgusu ne kadar güçlü ise iyi niyet gerekliliği o ölçüde zayıflamaktadır veya tam tersi söz konusu olmaktadır¹⁰⁶. Sicile güvenin korunması gibi yüksek doğruluk garantisine sahip yapay dış olgular söz konusu olduğunda güvenenin en avantajlı konuma sahip olduğu görülmektedir. Öyle ki burada yalnızca gerçek hukuki durumun pozitif olarak bilinmesi iyi niyeti ortadan kaldırmaktadır. Bunun temelinde kanun koyucunun sicili özellikle güçlü bir güven olgusu olarak görmesi nedeni yer almaktadır. Çünkü kısmen cezai yaptırımlarla donatılmış bir devlet organının katılımı ve kayıt yükümlülükleri burada özellikle yüksek bir doğruluk garantisi sunmaktadır. Bu nedenle güvenene herhangi bir inceleme yükümlülüğü getirilmesi uygun görünmemektedir¹⁰⁷. Bununla birlikte kişinin gerçek hukuki durumu görmezden geldiği,

¹⁰³ Wiegand, s. 836.

¹⁰⁴ Canaris, s. 503 vd.; Reese, s. 56; Rieder, s. 93; Müller-Brockhausen, s. 139; Rusch, s. 60. Aynı yönde bkz. Selter, s. 8.

¹⁰⁵ Rusch, s. 60-61.

¹⁰⁶ Canaris, s. 504 vd.; Hübner, BGB AT, N. 587; Rieder, s. 93 vd.; Selter, s. 9; Rusch, s. 60 vd.; Schneider, s. 137; Müller-Brockhausen, s. 139. Ülgen, kanunda yer alan hukuki görünüş halleri bakımından iyi niyetin zayıflamış olan hukuki görünüş etkisini ikame etmek için kabul edildiğini belirtmektedir. Ülgen, s. 188, 230 vd.

¹⁰⁷ Schneider, s. 137. Buna Alman hukukunda § 892 BGB (tapu siciline güven) ve § 2366 BGB (mirasçılık belgesine güven) düzenlemeleri örnek gösterilmektedir. Canaris, s. 505. Türk- İsviçre hukukunda ise Alman hukukundan farklı olarak mirasçılık belgesine güven ile ilgili bu tür bir açık düzenleme yer almamaktadır ve hakim görüşün üçüncü kişinin mirasçılık belgesine ilişkin iyi niyetinin korumadığı yönünde olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte her ne kadar terekede yer alan taşınır veya taşınmazlar üzerinde aynı hak kazanılması bakımından, mirasçılık belgesine güvenen iyi niyetli üçüncü kişilerin korunabileceği yönünde herhangi bir açık düzenleme yoksa da mirasçılık belgesi alan kişi, taşınırlara zilyet olabileceğinden ve taşınmazları tapuda kendi adına tescil ettirebileceğinden üçüncü kişilerin iyi niyetinin, taşınırlar bakımından TMK m. 988 ve taşınmazlar bakımından TMK m. 1023 kapsamında korunabileceği ifade edilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 586 vd.; Kocağa, Köksal, “*Mirasçılık Belgesi (MK m. 598)*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 105. Mirasçılık belgesini elinde bulunduran görünüşte mirasçıya ödemedede bulunan iyi niyetli borçluların korunup korunmayacağı konusu da tartışmalı olup ağırlıklı olan görüşün mirasçılık belgesine güvenerek ödeme

gerçeğe adeta gözlerini kapadığı durumların da § 162 BGB’ ye kıyasen pozitif bilme ile eş tutulması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Pozitif bilme dışında taşınırın iyi niyetle kazanılmasına ilişkin § 932 II BGB hükmünde olduğu gibi ağır ihmalin iyi niyeti ortadan kaldırdığı durumlar da mevcuttur¹⁰⁹. Diğer hukuki görünüş olguları söz konusu olduğunda ihmale dayalı bilmeme de şartlara bağlı olarak iyi niyeti ortadan kaldırılabilmektedir¹¹⁰. Bu, § 172, 405 BGB ve m.10 WG, 13 SchG düzenlemelerinden ve- hukuki görünüş sorumluluğu ile belirli ölçüde ilişkili- 122/II ve 179 III 1 BGB’ ye ilişkin değerlendirmelerden çıkarılmaktadır¹¹¹. Burada bilmemenin ihmale dayanıp dayanmadığının hangi kriterle belirleneceğine ilişkin önemli bir soru gündeme gelmektedir. Bu bağlamda genel olarak hukuki görünüşle bağlantılı noksanlığın açıklığının her zaman iyi niyeti ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir. Zira böyle bir durumda güvenen, korunmaya layık olmayacak kadar kolay inanan biri konumundadır¹¹². Bunun dışındaki durumlarda ise, konuya daha temkinli yaklaşma yönünde bir eğilim söz konusudur. Öyle ki işlem güvenliğinin korunmasının bir aracı olan hukuki görünüş sorumluluğunun sağladığı korumanın değerinin düşürülmemesi için özen gerekliliklerine ilişkin bir sınırlamanın gerekli olduğu belirtilmektedir¹¹³. Bununla birlikte kural olarak güvenen kişinin görünüş olgusuna güvenebileceği kabul edilmektedir. Bu

yapanların korunmaması yönünde olduğu belirtilmektedir. Ölmez Nuruduk, Seda/ Kul Alkan, Sultan Büşra, “*Mirasçılık Belgesi*”, Konya Barosu Dergisi, Y. 2021, S. 2, s. 70, dn. 170’ te anılan yazarlar.

Ticaret hukuku açısından ise pozitif bilmenin arandığı duruma ticaret siciline ilişkin düzenleme örnek verilmektedir. Ülgen, s. 231.

¹⁰⁸ Canaris, s. 505; Rieder, s. 93-94.

¹⁰⁹ Müller- Brockhausen, s. 139.

¹¹⁰ Canaris, s. 505; Hübner, BGB AT, N. 594; Rieder, s. 94; Reese, s. 56; Schneider, s. 137. Aynı yönde bkz. Rusch, s. 61. Temsile ilişkin hukuki görünüş halleri bakımından aynı yönde bkz. Ülgen, s. 232.

¹¹¹ Canaris, § 407 BGB durumunda sadece pozitif bilmenin iyi niyeti ortadan kaldırmasının devir hukukunun kendine has özellikleri ile açıklanabileceğini ve bu nedenle genellemeye uygun olmadığını ifade etmektedir. Canaris, 505. Alman Hukukunda genel bir iyi niyet düzenlemesinin bulunmaması ve § 407 BGB’ de söz konusu duruma ilişkin olarak açıkça bilmeden söz edilmiş olması dolayısıyla Canaris’in bu yorumu yaptığına dikkat edilmelidir. Zira Türk-İsviçre hukukunda § 407 BGB’ ye karşılık gelen TBK m. 186 (Art. 167 OR) hükmünde genel iyi niyet düzenlemesine göndermede bulunmaktadır. Alman hukukunda olduğu gibi ayrıca iyi niyete ilişkin bir ölçüt getirilmiş değildir.

¹¹² Canaris, s. 505; Rieder, s. 94.

¹¹³ Hübner, BGB AT, N. 594; Reese, s. 56; Rieder, s. 94. Canaris, bu noktada taşınır eşya hukuku için yargı uygulaması tarafından geliştirilen ve zaman zaman çok sıkı bir nitelik taşıyan ilkelerin doğrudan benimsenmemesi gerektiğini belirtmektedir. Canaris’ e göre bu, kısmen zilyetliğin genellikle oldukça zayıf bir görünüş olgusu oluşturması ve bu zayıflığın iyi niyet gerekliliğine ilişkin bir yol üzerinden düzeltilmesi ile açıklanabilir. Canaris, kendisi tarafından hukuki görünüş sorumluluğu kapsamında ele alınan durumlarda ise, çok daha güçlü bir güven olgusu mevcut olduğunu ve bu olguların zilyetlik gibi yasal olarak tipik olmayıp aksine her durumda bireysel olarak araştırmayı gerektirdiğini dile getirmektedir. Bu nedenle taşınır eşya hukuku için geliştirilmiş iyi niyet ilkelerinin hukuki görünüş sorumluluğuna uygun olmadığına işaret etmektedir. Canaris, s. 505.

nedenle hukuki durumdan şüphe edilmesini gerektiren özel koşullar olmadıkça güvenen açısından genel bir araştırma yükümlülüğü ilke olarak mevcut değildir¹¹⁴. Burada şüpheyne veya artan dikkate yol açan özel durumlar önem taşımaktadır. Bu, özellikle güven olgusunun ortaya çıkmasının üzerinden uzun zaman geçmiş ve bu olgunun halen geçerliliğini koruyup korumadığı şüpheli ise (örneğin temsil yetkisi verilmesinde olduğu gibi) veya üçüncü kişi, diğer tarafın yanıldığına ve yalnızca bu nedenle güven olgusu yarattığına dair ipuçlarına sahipse dikkate alınmalıdır. Zira bu tür durumları fark eden bir kişiden böyle bir durumda kontrol yapması ya da işlem yapmaktan kaçınması beklenmektedir. Buna karşı üçüncü kişi, aleyhine güven olgusu bulunan kişinin fiili ve hukuki durumu tam olarak bilerek hareket ettiğini varsayabiliyorsa, esas olarak onun kendiliğinden özel önlemler alması için bir neden bulunmamaktadır¹¹⁵.

Türk- İsviçre hukukuna bakıldığında ise, iyi niyet şartı bakımından Alman hukukundan farklı bir anlayışın hakim olduğu görölmektedir. Bunun nedeni Türk- İsviçre hukukunda iyi niyete yollamada bulunulan tüm durumlarda uygulama alanı bulan genel bir iyi niyet düzenlemesinin bulunmasıdır. Öyle ki TMK m. 3/II (Art. 3/II ZGB)' de durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen bir kişinin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı düzenlenmektedir. Bu doğrultuda hukuki görünüşün arkasındaki gerçek durumu bilen veya koşullara göre bilmesi gereken kişinin de iyi niyet iddiasında bulunamayacağı kabul edilmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla Alman hukukunda olduğu gibi duruma göre dereceli olarak bilmenin, ağır ihmalin veya hafif ihmalin iyi niyeti ortadan kaldırması gibi bir durum söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle hukuki görünüş olgusunun gücüne ve ne olduğuna göre iyi niyet ölçütü değişiklik göstermemektedir. Bu bağlamda örneğin emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımında da temsil yetkisi ile ilişkili durumlarda da aynı ölçüte başvurulmaktadır. Yoksa Alman hukukunda olduğu gibi ilki için bilmenin yanı sıra ağır ihmalin, ikincisi için ise bilmenin yanı sıra hem ağır hem de hafif ihmalin iyi niyeti ortadan kaldırdığı kabul edilmemektedir. Tüm durumlar için ortak olan tek bir ölçüt söz konusudur: gerçek hukuki durumu bilen veya koşullara göre bilmesi gereken kişinin iyi niyetli sayılmaması. Bununla

¹¹⁴ Canaris, s. 505-506. Müller-Brockhausen, s. 140. Araştırmanın kapsamı ise güvenin gücüne bağlıdır. Örneğin olağanın dışında bir işlem gerçekleştiriliyorsa, araştırmanın kapsamının daha geniş olacağı kabul edilmektedir. Hübner, BGB AT, N. 594; Reese, s. 56-57. Yine hukuki görünüş olgusunun ortaya çıkmasının üzerinden uzun bir zaman geçtiği takdirde de araştırma yükümlülüğünün gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Rieder, s. 94.

¹¹⁵ Canaris, s. 506.

¹¹⁶ Rusch, s. 60.

birlikte Türk- İsviçre hukukunda da iyi niyeti esas alınan kişi açısından şüphe uyandıran bir durum olmadıkça genel bir araştırma yükümlülüğünün kabul edilmediği görülmektedir.

E. Güven Tasarrufu¹¹⁷

Güvenen yalnızca hukuki görünüş olgusuna güvenerek bir davranışta bulunduğu, bir hukuki işlem yaptığı takdirde korunmaya değer kabul edilmektedir¹¹⁸. Öyle ki güvene dayalı tasarruf adeta güvenin tezahürüdür¹¹⁹. Bunun için de öncelikle hukuki görünüş olgusunu bilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hukuki görünüş olgusu, güvenen açısından körü körüne güvendiği bir rastlantıdan ibaret olur¹²⁰. Gerçekten de hukuki görünüş olgusu, güvenen kişinin iradesini etkilemekte ve onu belirli bir davranışta bulunmaya yöneltmektedir¹²¹. Güvenen, davranışını gerçekleştirirken hukuki görünüş olgusunu esas almış olması dolayısıyla korunmaktadır¹²².

Güven tasarrufunun bir hukuki işlemin yapılması şeklinde olması gerektiği belirtilmektedir¹²³. Bu, çoğunlukla bir sözleşmenin akdedilmesi şeklinde kendini göstermektedir¹²⁴. Örneğin

¹¹⁷ Canaris, bu şartı, tasarruf (*Disposition*) veya güven yatırımı (*Vertrauensinvestition*) olarak adlandırırken (Canaris, s. 510), Rusch, güven tasarrufu (*Vertrauensdisposition*) ifadesini kullanmaktadır (Rusch, s. 65 vd.). Ülgen tarafından ise söz konusu şart, “*Belirli davranış (işlem yapma) zorunluluğu*” başlığı altında ele alınmaktadır. Ülgen, s. 224.

¹¹⁸ Canaris, s. 510; Hübner, BGB AT, N. 593; Reese, s. 60; Müller-Brockhausen, s. 140; Loser, N. 1248; Rusch, s. 65.

Bir kişinin görünüşte temsilci ile yapmış olduğu sözleşme buna örnek olarak gösterilmektedir. Ülgen, s. 224. Güven sorumluluğu açısından bu unsur, güvenin, güvenen kişinin davranışlarına esas teşkil ederek zarara uğramasına yol açması ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Güven sorumluluğuna dayalı olarak talepte bulunulabilmesi için zarar görenin karşı tarafa duymuş olduğu güvenin bir güven tasarrufunda somutlaşması gerekmektedir. Yılmaz, s. 84. Loser, güven tasarrufuna örnek olarak bir sözleşmenin akdedilmesi, bir yükümlülük tesis edilmesi, güvenceye almanın ihmal edilmesi, bir işlemle ilgili masraf ve edimler, bir işlem den vazgeçilmesini göstermektedir. Loser, N. 216, dn. 679; Rieder, s. 95.

¹¹⁹ Rusch, s. 65.

¹²⁰ Canaris, s. 507; Müller-Brockhausen, s. 140. Rusch da korumayı haklı kılanın harekete geçmiş güven olduğunu zira bunun daha yoğun bir güvene delalet ettiğini belirtmektedir. Rusch, s. 65.

¹²¹ Canaris, s. 510; Wiegand, Rechtsschein, s. 195; Ülgen, s. 224.

¹²² Hukuki görünüş olgusuna dayanan bir davranış söz konusu olmadığı takdirde bu koruma herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Ülgen, s. 224.

¹²³ Canaris, s. 510; Rieder, s. 95; Müller-Brockhausen, s. 140. Güven sorumluluğu açısından güven tasarrufunun genellikle mali nitelik taşıyan yapma, yapmama ya da kaçınma davranışları şeklinde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Bunun için verilen örnekler için bkz. Yılmaz, s. 85.

emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımında taşınırı devralmaya yönelik bir sözleşmenin yapılması veya bildirilen temsil yetkisine dayalı olarak temsilci ile bir sözleşmenin yapılması bu niteliktedir. Bununla birlikte hukuki görünüşe güvenin korunması için salt bir sözleşmenin varlığı yeterli olup bunun ifasına ilişkin bir masrafın vs. yapılmış olmasına gerek yoktur. Zira güvenin olumsuz korunmasından (güven sorumluluğu) farklı olarak olumlu korumada güvenin boşa çıkması dolayısıyla ortaya çıkan bir zarar ve bunun giderilmesi söz konusu değildir¹²⁵.

Kural bir güven tasarrufunun varlığının aranması olmakla birlikte, tek taraflı hukuki işlemler, görünüşte kabul ve görünüşte onay gibi bazı hukuki görünüş olguları söz konusu olduğunda güven tasarrufu şartının aranmayacağı kabul edilmektedir¹²⁶. Diğer bir deyişle bu gibi hallerde güvenenin, hukuki görünüş olgusuna dayanarak bir davranışta bulunmasa dahi korunacağı anlayışı söz konusudur¹²⁷. Susmanın kabul olarak nitelendirildiği ve sözleşmenin bunun üzerine kurulduğu teyit mektupları anılan duruma örnek olarak gösterilmektedir. Öyle ki susma burada hukuki görünüş olgusuna karşılık gelmektedir. Susma ile birlikte sözleşmenin kurulması dolayısıyla da güvenenin yani teyit mektubunu gönderen tarafın herhangi bir tasarrufta bulunmasına gerek kalmamaktadır¹²⁸.

F. Güven ve Güven Tasarrufu Arasında Nedensellik Bağı

Güven, esas olarak güvenenin davranışlarını etkilediği ve onun davranışlarında somutlaştığı için korunmaya değer görülmektedir¹²⁹. Dolayısıyla güven ve güven tasarrufu arasında bir nedensellik bağının bulunması gereklidir¹³⁰. Bununla birlikte güven ve güven tasarrufu arasındaki nedensellik bağı koşulu, hukuki görünüş olgusunun bilinmesi ile

¹²⁴ Hukuki görünüş olgusuna dayanan hukuki işlemler çoğu zaman borç sözleşmesi şeklinde ortaya çıkmakla birlikte özellikle ticaret hukukunda bunun dışında kalan haller de mevcuttur. Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen, s. 224-225.

¹²⁵ Canaris, s. 511; Rieder, s. 95; Ülgen, s. 225.

¹²⁶ Canaris, s. 512; Rieder, s. 95; Rusch, s. 66; Ülgen, s. 226.

¹²⁷ Canaris, s. 512 vd.; Rieder, s. 95; Ülgen, s. 225.

¹²⁸ Ülgen, s. 226.

¹²⁹ Canaris, s. 514. Aynı yönde bkz. Ülgen, s. 217.

¹³⁰ Canaris, s. 514; Reese, s. 61; Rieder, s. 95; Spiegelhalter, s. 167; Rusch, s. 68; Müller-Brockhausen, s. 140; Ülgen, s. 226-227. Güven sorumluluğu açısından nedensellik bağı güvenen kişinin tasarrufu ile meydana gelen zarar arasında aranmaktadır. Fehlmann, s. 183; Loser, N. 1250; Kırca, Bilgi Verme, s. 205; Yılmaz, s. 86 vd.

kariřtırılmamalıdır¹³¹. Hukuki görünüş olgusunun bilinmesinde güven ve güven olgusu arasındaki ilişki söz konusu iken, burada güven ve tasarruf arasındaki ilişki söz konusudur¹³². Nedensellik bağı açısından önemli olan güvenin - güven olgusunun değıl - zorunlu şart teorisi anlamında düşünölüp düşünölmemeyeceğıdir. Diğler bir deyişle sözü edilen kişinin şayet güvenmeseydi, yani gerçek hukuki veya fiili durumu bilseydi, aynı şekilde davranıp davranmayacak olduğıdur¹³³.

Bir iç tutumdan hareket edildiğinden güven ve güven tasarrufu arasındaki nedenselliğın ispatı zordur¹³⁴. Bu nedenle işlem güvenliğının korunması düşüncesi dolayısıyla burada normal bir ispat sürecinin işletilmemesi gerektiğı belirtilmektedir. Zira bu güvenin korunmasını ciddi şekilde sınırlandıracak ve pratik önemini ortadan kaldıracaktır¹³⁵. Öğreti ve yargı kararlarında da çoğunlukla tecrübe kurallarına (*Erfahrungssatz*) başvurulmakta veya yaşam deneyimine dayalı olarak nedensellik kabul edilmektedir¹³⁶.

G. Kazanım İşleminin Korunmaya Değler Oluşu

Güvenen kişinin korunması açısından kazanım işleminin korunmaya değler olması şartına da yer verildiğı görölmektedir¹³⁷. Bu, hukuki görünüş teorisine içkin işlem güvenliğının korunması fikri ile açıklanmaktadır¹³⁸. Bu nedenle ileri sürölen talep, temelini taraflar arasındaki hukuki işleme dayalı bir ilişkide bulmuyor, aksine örneğın haksız fiile dayanıyorsa veya bir alışveriş işlemi yoksa güvenin korunmaya değler olmadığı ifade edilmektedir¹³⁹.

¹³¹ Canaris, s. 515; Rieder, s. 95; Rusch, s. 68.

¹³² Canaris, s. 515; Karner, s. 396.

¹³³ Canaris, s. 515; Rieder, s. 95; Rusch s. 68.

¹³⁴ Canaris, s. 516; Rusch, s. 68.

¹³⁵ Canaris, s. 516; Rusch, s. 68.

¹³⁶ Yaşam deneyimine vurgu yapılan bir Alman Federal Mahkeme kararı için bkz. BGH 11. Maerz 1955- I ZR 82/53: “Kamuya açık olmayan bir açıklama yoluyla yaratılan bir hukuki görünüşe sorumluluk temeli olarak dayanan kimse, esas olarak hukuki görünüşe neden olan kişinin bu görünüş dolayısıyla işlemin yapılmasına yol açtığını kanıtlamak zorundadır. Bununla birlikte günlük yaşam deneyimlerine göre genellikle işlemin hukuki görünüşe güvenilerek gerçekleştirildiğı makul bir şekilde kabul edilmelidir.” (https://www.prinz.law/urteile/bgh/I_ZR_82-53 Erişim Tarihi: 17.03.2022)

¹³⁷ Canaris, s. 516; Reese, s. 61; Rieder, s. 95 vd.; Rusch, s. 70; Müller-Brockhausen, s. 139.

¹³⁸ Rusch, s. 70.

¹³⁹ Canaris, s. 516; Reese, s. 61; Rusch, s. 70; Müller-Brockhausen, s. 140.

Hukuki görünüşe güvenin korunması bakımından korunmaya değer olma şartını arayan Canaris, ivazsız kazanımların korunmaya değer olmadığını ileri sürmekte ve § 816 I 2, 523 ve 600 BGB düzenlemelerinin birlikte değerlendirilmesi ile bu sonuca ulaşılacağını belirtmektedir¹⁴⁰. Öte yandan iyi niyetli kazanım halleri bağlamında konuyu değerlendiren yazarların büyük bir kısmının yine § 816 I 2 BGB düzenlemesine dayanarak tam aksi görüşü savunduğu da görülmektedir. Türk- İsviçre hukukunda da emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı ve tapu siciline güven kapsamında aynı hak kazanımı bağlamında bazı yazarlar tarafından ivazsız kazanımların korunmaya değer olmadığı görüşünün benimsendiği görülmektedir¹⁴¹. Ancak kanaatimizce ivazsız kazanım durumlarında korunmaya değer bir kazanım olayının bulunmadığının kabul edilmesi yerinde değildir. Zira iyi niyetli kazanıma ilişkin düzenlemelerden ivazsız kazanımların korunmaya değer olmadığına dair bir çıkarımın yapılması pek kolay görünmemektedir. Dolayısıyla Canaris tarafından hukuki görünüşe güvenin korunması açısından gerekli görülen kazanımın ivazlı olması şartı kanımızca Türk- İsviçre hukuku açısından bir şart olarak aranmamalıdır.

III. YARATILAN HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ SONUCU

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması sonucunda tipik olarak bir eksiklik giderilmekte ve görünüş gerçeğe uygunmuş gibi işlem görmektedir¹⁴². Öyle ki daha baştan güvenin boşa çıkmasına izin verilmemekte ve bu durum “*güvene uygunluğun sağlanması*” (*Vertrauensentsprechung*) olarak adlandırılmaktadır¹⁴³. Güvene uygunluğun sağlanması sonucunda güvenen kişi, güvendiği durum gerçekmişçesine o hukuki konuma kavuşturulmaktadır¹⁴⁴. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, yalnızca güvenen kişi lehine sonuç doğurmaktadır¹⁴⁵. Bu bağlamda yalnızca hukuki görünüşe güvenen kişi, görünüş

¹⁴⁰ Canaris, s. 516-517.

¹⁴¹ Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı ve tapu siciline güven ile ilgili olarak bkz. Üçüncü Bölüm, I. 3. c. ve II. A. 4.

¹⁴² Canaris, s. 9; Selter, s. 9-10; ; Rieder, s. 100; Ülgen, s. 18 vd.

¹⁴³ Canaris, s. 5; Wiegand, s. 821; Rieder, s. 100.

¹⁴⁴ Canaris, s. 9, 518; Rieder, s. 100.

¹⁴⁵ Loser, N. 1234 vd.

olgusuna dayanabilmektedir. Hukuki görünüŖe güvenin korunmasının sonuçlarının yüklendiği kiŖinin ise hukuki görünüŖe dayanması mümkün deđildir¹⁴⁶.

Hukuki görünüŖe güvenin olumlu korunması, güvenenin cephesinde güvene uygunluğun sağlanması Ŗeklinde kendini göstermekle birlikte güvene uygunluk sonucunun yüklendiği kiŖinin cephesinde iki farklı Ŗekilde ortaya çıkmaktadır: bir yükümlülüğün doğması ve bir hakkın kaybedilmesi.

A. Bir Yükümlülüğün Doğması

Hukuki görünüŖle bağlantılı olarak ortaya çıkan sonuç da esasen hukuki görünüŖ olgusu tarafından belirlenmektedir. Öyle ki hukuki görünüŖ dolayısıyla görünüŖ olgusunu yaratan kiŖi açısından bir yükümlülüğün doğduğu hallerde, güvene uygunluğun sağlanmasının tek yolu, hukuki görünüŖe dayalı olarak ortaya çıkan bu yükümlülükleri tanımaktır¹⁴⁷. Söz konusu durumda yükümlülük altına giren kiŖinin herhangi bir yükümlülük altına girme niyeti veya buna yönelik bir iŖlem iradesi bulunmamasına rağmen, hukuki görünüŖe dayalı olarak bir yükümlülük doğmaktadır. Bunun için güvenen kiŖinin buna dayanmasına ya da alacağını ileri sürmesine de gerek bulunmamaktadır¹⁴⁸. Bir yükümlülüğün doğması ile sonuçlanan hukuki görünüŖ olgularının bir kısmı kanunda düzenlenmiŖ olup bir kısmı da beyaza imzanın kötüye kullanılması örneğinde olduğu gibi kıyasen uygulama sonucunda geliştirilmiŖtir.

B. Güvene Uygunluk Sonucunun Yüklendiği KiŖinin Hakkını Kaybetmesi

¹⁴⁶ Oertmann, ZHR 1930, s. 443, 453 (Reese, s. 49' dan naklen). Güvenen kiŖinin hukuki görünüŖe veya gerçek, fiili duruma dayanma arasında seçim yapma hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Hakim görüŖ seçim hakkının varlığını reddederken, diğer bir görüŖ seçim hakkının kısıtlama olmaksızın kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu iki görüŖ dıŖında ayrıca uzlaŖtırmacı bir üçüncü görüŖten de söz edilmektedir. Bu görüŖler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rieder, s. 100 vd.

¹⁴⁷ Wiegand, s. 835.

¹⁴⁸ Wiegand, s. 835.

Güvene uygunluk emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı veya tapu siciline güven kapsamında aynı hak kazanımı gibi durumlarda güvenen kişinin bir hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmektedir. Güvenenin bu şekilde hakkı kazanmasının diğer yüzünü ise, gerçek hak sahibinin hakkını kaybetmesi oluşturmaktadır. Bu tür durumların ortak noktasını mevcut bir hakka ve/veya tasarruf yetkisine ilişkin görünüş oluşturmaktadır¹⁴⁹.

Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı, tapu siciline güven kapsamında aynı hak kazanımı durumlarının dışında gerçek hak sahibinin borçlusuna karşı sahip olduğu alacak hakkını kaybetmesi olasılığı da söz konusudur. Öyle ki alacaklı bir alacağı devralınmasına karşı devri borçluya bildirmemiş ve iyi niyetli borçlu gerçekte hak sahibi olmayan sözde bir alacaklıya ifada bulunmuşsa, borçlu güvenine uygun konuma kavuşturulmakta ve borcundan kurtulmaktadır. Bunun sonucunda alacağı devralan alacaklı ise, borçluya karşı alacak hakkını kaybetmektedir.

IV. HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ BENZER KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

A. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Güven Sorumluluğu Karşısında Konumlandırılması

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile en yakından ilişkili kurumu güven sorumluluğu oluşturmaktadır. Hatta zaman zaman özellikle de Canaris' in güven sorumluluğu teorisinin etkisiyle hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, güven sorumluluğu ile iç içe geçmiş bir görünüm arz etmektedir. Bu iki kurum arasındaki bu kompleks ilişki hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının güven sorumluluğu karşısındaki konumunun belirlenmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Öyle ki hukuki görünüşe güvenin korunması gerek koşulları gerek sonuçları bakımından güven sorumluluğundan önemli ölçüde ayrılan yönleri sahiptir. Bu nedenle aşağıda öncelikle güven sorumluluğunun nasıl bir gelişim gösterdiğinden başlamak suretiyle hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının güven sorumluluğu karşısındaki yeri belirlenmeye çalışılacaktır.

¹⁴⁹ Wiegand, s. 823.

1. Güven Sorumluluğunun Gelişimi

a. Alman Hukuku

Alman hukukunda doğup gelişen güven sorumluluğu, doğrudan hukuk dünyasına girmiş bir kavram olmayıp ortaya çıkışı yan yükümlülüklerin ve özellikle de koruma yükümlülüklerinin¹⁵⁰ kabulüyle başlayan uzun bir serüvenin sonunda gerçekleşmiştir¹⁵¹. Kendi içerisinde ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olarak ikiye ayrılan yan yükümlülüklerden koruma yükümlülükleri, güven sorumluluğuna giden yolda özellikle öne çıkmaktadır. Nitekim Stoll' un, Siber tarafından geliştirilen borç ve borç ilişkisi ayrımı ve borç ilişkisinin salt borçların ifası ile sınırlı olmadığı aynı zamanda çok daha geniş kapsamlı hak ve yükümlülükleri içerdiği fikri temelinde edim ve koruma yükümlülükleri ayrımını ortaya koyması bu noktada oldukça önemlidir¹⁵². Koruma yükümlülükleri kavramı ile kastedilen, temelini dürüstlük kuralından alan koruma, özen gösterme, açıklama ve aydınlatma şeklindeki yükümlülüklerin tamamıdır¹⁵³. Bu bağlamda koruma yükümlülüklerinin kapsamına bütünlük menfaatinin (*Erhaltungsinteresse/Integritätsinteresse*) korunmasına yönelik saf koruma yükümlülüklerinin yanı sıra mal varlığının korunmasına yönelik açıklama yapma ve aydınlatma yükümlülüklerinin de dahil olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁴. Esasında zaten genel bir davranış yükümlülüğü düzeyinde herkesin bir başkasının bedensel bütünlüğünü ve maddi değere sahip kişi varlığı haklarını ihlal etmeme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Bu yükümlülük haksız fiiller alanı ile ilişkilidir. Öte yandan anonim düzlemde çıkılıp kişiler arasında bir sosyal temasın gerçekleşmesi ile birlikte bu değerlerin ihlal edilme olasılığı doğal olarak artmaktadır. Fakat

¹⁵⁰ Larenz, koruma yükümlülükleri yerine “diğer davranış yükümlülükleri” (*weitere Verhaltenspflichten*) terimini kullanmaktadır (Yılmaz, s. 27’ den naklen).

¹⁵¹ Aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 38; Erbek Odabaşı, s. 100. Güven sorumluluğu ve koruma (davranış) yükümlülükleri arasında sıkı bir bağlantının mevcut olduğu yönünde bkz. Yılmaz, s. 24. Fehlmann da güven sorumluluğu fikrinin culpa in contrahendo sorumluluğunu dogmatik olarak sınıflandırma fikrinden yavaş yavaş doğduğunu belirtmektedir. Fehlmann, s. 55

¹⁵² Fehlmann, s. 56; Eren, Borçlar, s. 41; Atamer, Yeşim, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, Yargıtay Dergisi, 1996, C. 22, S. 1 – 2, s. 103; Yılmaz, s. 38; Erbek Odabaşı, s. 97.

¹⁵³ Kırca, Bilgi Verme, s. 156; Erbek Odabaşı, s. 97.

¹⁵⁴ Koruma yükümlülüklerinin bütünlük menfaatinin korunmasına yönelik bölümü esasen haksız fiil hükümleri kapsamında korunan değerlerin yoğun sosyal temas, özel bağlantı veya sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin ifası sürecinde haksız fiil hükümlerinin uygulama alanından çıkarılarak sözleşmesel sorumluluk alanına kaydırılmasına karşılık gelmektedir. Koruma yükümlülüklerinin mal varlığını korumaya yönelik bölümü ise, kural olarak haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı içerisinde yer almamaktadır. Erbek Odabaşı, s. 98 vd.

bu tür bir sosyal temasa rağmen bu durumda halen haksız fiil hükümlerin uygulanacak olması, bu hükümlerin sözleşmesel sorumluluk hükümlerine kıyasla daha elverişsiz olması nedeniyle adil bulunmamaktadır. Nitekim bu konuyla yakından ilişkili olarak Alman hukukçu Jhering 1861 tarihinde kaleme almış olduğu “*Geçersiz veya Kurulamamış Sözleşmelerde Sözleşme Görüşmeleri Sırasında Kusur/ Culpa in Contrahendo* ” başlıklı makalesinde kendi kusuruyla esaslı yanılmaya düşen tarafın, muhatabın sözleşmenin geçerliğine güvenerek yaptığı masraflardan sorumlu olmamasının hakkaniyete aykırı olduğuna işaret etmiş ve söz konusu durumda culpa in contrahendo olarak adlandırdığı bir sorumluluk sebebinin söz konusu olduğunu ileri sürmüştür¹⁵⁵. Jhering’ e göre bu sorumluluğun dayanağını kurulması hedeflenen sözleşme ilişkisi dolayısıyla işlenen kusur oluşturmaktadır¹⁵⁶. Kurulmuş olan sözleşmeler için olduğu kadar kurulmakta olan sözleşme ilişkileri açısından da sözleşmesel özen yükümlülükleri geçerlidir ve bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi kurulmakta olan sözleşme ilişkileri söz konusu olduğunda da bir tazminat talebine vücut verir¹⁵⁷. Jhering’ in makalesinde culpa in contrahendo sorumluluğundan söz etmesinin ardından culpa in contrahendo sorumluluğunun kendisine mahkeme kararlarında da yer bulduğu görülmektedir. Öyle ki artık tipikleşmiş bir örnek olan muşamba kararında (*Linoleumteppichfall*)¹⁵⁸ Alman İmparatorluk Mahkemesi sözleşme görüşmeleri sırasında vücut bütünlüğüne verilen zarara ilişkin olarak sözleşmesel sorumluluğun varlığını kabul etmiştir. Bununla birlikte kararda culpa in contrahendo kavramına yer verilmemiş ve Jhering’ e de herhangi bir yollamada bulunulmamıştır¹⁵⁹. Yüksek Mahkeme’nin söz konusu kararda kişilerin birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerini koruma yükümlülüğü açısından sözleşme görüşmelerinin başlamış olmasını aramaması da ayrıca dikkat çekicidir. Mahkemeye göre kişinin satın alma amacı taşıyıp taşıyamamasından bağımsız olarak mağazaya gelmesiyle birlikte koruma

¹⁵⁵ Kırca, Bilgi Verme, s. 160. Culpa in contrahendo meselesine Jhering’ten önce de eğilen yazarların bulunduğu fakat konuyu detaylı olarak ele alan ilk kişinin Jhering olduğu belirtilmektedir. Erbek Odabaşı, s.111, dn. 178. Jhering ve culpa in contrahendo teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Demircioğlu, s. 44 vd.; Işıntan, Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 27 vd.

¹⁵⁶ Jhering, s. 7 (Yılmaz, s. 93’ ten naklen).

¹⁵⁷ Jhering, s. 52 (Yılmaz, s. 93’ ten naklen). Culpa in contrahendo sorumluluğunu ilk kez ortaya koyan kişi olmakla birlikte Jhering bugün hakim olan culpa in contrahendo sorumluluğu anlayışından farklı olarak yalnızca geçersiz ve kurulmamış sözleşmeler açısından culpa in contrahendo sorumluluğunu kabul etmiştir. Yine culpa in contrahendo sorumluluğunu ele alan bir diğer yazar olan Leonhard ise, sorumluluğun yalnızca geçerli olarak kurulmuş sözleşmeler açısından gündeme geleceği görüşünü benimsemiştir. Oysa bugün gelineen noktada ağırlıklı olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme ilişkisinin kurulmasından veya geçerli olmasından bağımsız olarak ortaya çıkabileceği görüşünün benimsendiği görülmektedir. Yılmaz, s. 94.

¹⁵⁸ RGZ 78, 239, 240.

¹⁵⁹ Yılmaz, s. 95.

yükümlülüklerini içeren bir ilişki taraflar arasında doğmuş olmaktadır. Federal Mahkeme'nin de sonraki süreçte İmparatorluk Mahkemesi'nin kararlarını takip ettiği görülmektedir¹⁶⁰. Bununla birlikte Federal Mahkeme'nin kararında culpa in contrahendo sorumluluğu ile ilgili olarak İmparatorluk Mahkemesi'nin muşamba kararına gönderme yaptığı ve ayrıca işlemsel temas (*geschäftlicher Kontakt*) kavramını ve edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi teorisini ortaya atan Larenz' in görüşüne dayandığı dikkat çekmektedir¹⁶¹. Güven sorumluluğunun gelişiminde önemli bir kilometre taşı olan Larenz' in edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi teorisine göre, hukuki işleme yönelik olarak fiili temasa geçilmesiyle¹⁶² birlikte taraflar arasında salt koruma yükümlülüklerini içeren kanuni bir borç ilişkisi doğmaktadır. İşlemsel temasla birlikte taraflar arasında doğan bu kanuni borç ilişkisi, sözleşme akdedildiği takdirde sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe dönüşmektedir¹⁶³. Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ise, diğer tarafın uğradığı zararın tazmini gündeme gelmektedir¹⁶⁴. Larenz' in geliştirmiş olduğu sözleşme görüşmelerinden veya diğer işlemsel temastan doğan yasal borç ilişkisi kavramı yalnızca Yüksek Mahkeme tarafından değil aynı zamanda öğreti tarafından da büyük oranda benimsenmiştir¹⁶⁵. Larenz' in culpa in contrahendo sorumluluğu ile koruma yükümlülükleri arasındaki bağlantıyı ortaya koyarak buradaki hukuki ilişkinin edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni bir borç ilişkisi olduğunu belirtmesinin oldukça önemli olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁶. Bununla birlikte sözleşme müzakereleri ilişkisinde davranış yükümlülüğü ihlallerinin culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında yer alması ancak yükümlülük ihlalinin sözleşmenin akdedilmesinden sonra meydana gelmesi ve sözleşmenin daha sonra geçersiz olduğunun

¹⁶⁰ Erbek Odabaşı, s.113 vd.

¹⁶¹ Erbek Odabaşı, s. 114. Azınlıkta kalan karşıt görüş ise, sorumluluğun hukuki işlem alanındaki temasla değil, hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış belirli bir amaca yönelik sosyal temasla doğduğunu kabul etmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Yılmaz, s. 80, dn. 168.

¹⁶² Böylelikle sorumluluğun sözleşme görüşmelerinin de gerisine çekilmesi yaklaşımı iyice yerleşmiştir. Erbek Odabaşı, s. 115. Nitekim 2002 tarihli Alman Borçlar Hukuku Reformu ile yürürlüğe giren § 311 II BGB' de, - açıkça culpa in contrahendo ifadesi kullanılmamakla birlikte- culpa in contrahendo sorumluluğunun, sözleşme görüşmelerine başlanması ile; bir tarafın, aralarında meydana gelebilecek olası bir hukuki işlemsel ilişki dolayısıyla, diğer tarafa hakları, hukuki değerleri ve menfaatleri üzerinde etkili olma olanağı sağladığı veya bunları ona emanet ettiği bir sözleşme hazırlığı süreci ile; benzer işlemsel temaslar ile olmak üzere üç halde gündeme gelebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bu, pozitif hukuk düzleminde de sorumluluğun sözleşme görüşmelerine başlanması ile doğmasının şart olmadığı anlamına gelmektedir. Sorumluluk sözleşme görüşmelerine başlanmasının öncesinde taraflardan birinin olası bir hukuki işlemsel ilişki dolayısıyla hukuki değerlerini diğerinin etkisine açması ile doğabilmektedir. Yılmaz, s. 83.

¹⁶³ Larenz, AT I, s. 14 vd. (Fehlmann, s. 57' den naklen).

¹⁶⁴ Larenz, AT I, s. 14, 104 vd. (Yılmaz, s. 41' den naklen)

¹⁶⁵ Kırca, s. 171; Erbek Odabaşı, s. 115.

¹⁶⁶ Yılmaz, s. 42.

ortaya çıkması durumunda herhangi bir talebin söz konusu olmaması, Canaris' in "bütünsel kanuni koruma ilişkisi teorisini" (*einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis*) geliştirmesinin zeminini hazırlamıştır¹⁶⁷. Nitekim bu bağlamda Canaris' in Larenz'in edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi teorisini geliştirerek güven ilişkinin sözleşmenin kurulması olasılığında da sözleşmesel borç ilişkisinin yanında bağımsız olarak varlığını devam ettirdiğini ortaya koyması sistematik güven sorumluluğuna giden yoldaki son önemli basamağı oluşturmaktadır¹⁶⁸. Öyle ki güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğunu da içerisine alan bir üst kavram olup culpa in contrahendonun yanı sıra sözleşme kurulduktan sonraki kanuni borç ilişkisi ihlali de güven sorumluluğuna neden olmaktadır¹⁶⁹. Nitekim Canaris üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi de içerisine dahil ettiği bütünsel koruma ilişkisi teorisini şu şekilde formüle etmektedir: "*Tüm koruma yükümlülükleri, temelini, işlemsel temasın kurulmasıyla başlayan ve sözleşme görüşmelerinin başlaması, sözleşmenin akdedilmesi, ifa aşamasına geçilmesi gibi çeşitli aşamalara yayılan yeknesak bir koruma ilişkisinde bulur; bu, tarafların iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkar, bu nedenle kanuni bir nitelik taşır ve gerekçesini güven fikrinde ve § 242 BGB' deki pozitif-hukuki temelinde bulur.*"¹⁷⁰

b. Alman Hukukunda Canaris' in Güven Sorumluluğu Yaklaşımı

Güvenin korunması ile ilgili en temel eserlerden biri olarak kabul edilen¹⁷¹ "Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht (*Alman Özel Hukukunda Güven Sorumluluğu*)" isimli doçentlik tezinde Canaris güven sorumluluğunu dogmatik olarak ele almaktadır. Yazar,

¹⁶⁷ Canaris, koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin kurulmasından önce kanuni bir yükümlülükten kaynaklandığı ancak sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmesel yükümlülükler olduğu ve dolayısıyla hukuki işlemsel nitelik taşıdığı yönündeki fikri eleştirmektedir. Canaris' e göre, davranış yükümlülükleri sözleşmenin kurulmasından sonra da kanuni niteliklerini kaybetmemekte ve tarafların iradesinden bağımsız kalmaktadır. Yazar bunu "birlik teorisi" (*Einheitstheorie*) olarak adlandırmakta ve kanuni yükümlülükler kompleksi ile sözleşmeyle kararlaştırılan yükümlülükler kompleksinin birlikte bütünsel borç ilişkisini oluşturduğunu vurgulamaktadır. Canaris, JZ 20 (1965), s. 480 (Fehlmann, s. 64' ten naklen).

¹⁶⁸ Aynı yönde bkz. Demircioğlu, s. 163; Erbek Odabaşı, s. 130.

¹⁶⁹ Kırca, s. 137, dn. 718' de anılan yazarlar.

¹⁷⁰ Canaris, JZ 20 (1965), s. 479 (Fehlmann, s. 63' ten naklen).

¹⁷¹ Aynı yönde bkz. Wiegand, s. 822.

söz konusu eserinde “Özel Bölümü” -yani güven sorumluluğunun görünüm biçimlerini-, “Genel Bölüm” den -yani güven sorumluluğunun genel teorisinden- önce incelemek suretiyle tümevarımsal bir yöntem kullanmaktadır¹⁷².

Canaris’ e göre güven sorumluluğu, hukuki sonuçları açısından iki yönlü bir yapıya sahiptir. Bunlar güvenin olumlu (*positiver Vertrauensschutz*) ve olumsuz (*negativer Vertrauensschutz*) anlamda korunmasıdır. Güvenin olumlu anlamda korunması, hukuki görünüşe güvenin korunması ile ilişkilidir. Güvenin olumlu korunmasında güvenene, güvene uygunluğun sağlanmasını (*Vertrauensentsprechung*) talep etme hakkı tanınmakta diğer bir deyişle bu kişi güvenine karşılık gelen bir konuma kavuşturulmaktadır¹⁷³. Güvenin olumsuz korunması durumunda ise, güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan güven zararı (*Vertrauensschaden*) tazmin edilmektedir. Güvenen kişi, güvenmemiş olsaydı içinde bulunacağı konuma getirilmektedir¹⁷⁴.

Canaris, sonuçları açısından iki yönlü bir yapıya sahip olduğunu belirttiği güven sorumluluğunu kendi içerisinde dörde ayırmaktadır: Hukuki görünüş sorumluluğu (*Rechtsscheinhaftung*), hukuk etiğinin zorunlulukları gereğince güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit*), açıklamadan sorumluluk (*Erklärungshaftung*) ve emanet sorumluluğu¹⁷⁵ (*Anvertrauenshaftung*)¹⁷⁶.

¹⁷² Fehlmann, s. 61.

¹⁷³ Canaris’ in güven sorumluluğunu pozitif güven korumasını da içine alacak şekilde değerlendirmesinin ancak sorumluluk kavramının geniş anlaşılması halinde mümkün olacağı belirtilmektedir. Bunun gerekçesi olarak da dar ve teknik anlamıyla sorumluluk kavramının yalnızca tazminat hukukuyla ilişkilendiriliyor olması ve bu bağlamda bir zararın tazmininin değil de yapılan bir işlemin ifasının talep edildiği hallerin teknik anlamda sorumluluk hukukunun dışında kalması gösterilmektedir. Nitekim pozitif güvenin korunmasında da zararın tazmini meselesi söz konusu olmayıp güvenen kişinin güvendiği duruma uygun bir konuma kavuşturulması ya da güvendiği durumun muhafaza edilmesi yoluyla bir zarara uğramasının baştan engellenmesi söz konusudur. Bu bağlamda pozitif güven korumasının güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi ancak sorumluluk kavramının sorumluluk sujesine yüklenen her türlü yükümlülüğü de kapsayacak şekilde ele alınması ve ifa ve tazminat yükümlülüğü arasında ayrı yapılmaması halinde mümkün olacaktır. Dar ve teknik anlamda sorumluluk hukukunun konusu ise temel olarak zararın tazmini olduğundan teknik anlamda güven sorumluluğu kavramı yalnızca olumsuz güven korumasına indirgenebilecektir. Demircioğlu, s. 169. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Berger, s. 207 vd.

Loser, güvenin olumlu olarak korunduğu durumda korumanın temel olarak değişimi (mal varlığını artırma veya alışveriş çıkarını (*status ad quem*)) veya bir katma değer elde edilmesi amacını güttüğünü belirtmektedir. Loser, N. 89.

¹⁷⁴ Canaris, s. 5.

¹⁷⁵ Kırca, bu sorumluluk türü için “dar anlamda güven sorumluluğu” ifadesini kullanmaktadır. Kırca, Bilgi Verme, s. 136.

¹⁷⁶ Canaris, s. 526 vd.

Canaris' in dörtlü sınıflandırması içerisindeki hukuki görünüş sorumluluğu ve hukuk etiğinin zorunlulukları gereğince güven sorumluluğu, hukuki sonuçları bakımından güvenin olumlu olarak korunduğu haller içerisinde yer almaktadır. Açıklamadan sorumluluk ve emanet sorumluluğu ise, hukuki sonuçları bakımından güvenin olumsuz olarak korunduğu halleri temsil etmektedir.

Canaris' e göre, hukuk sistemi aslında var olmayan bir talebi, onun varlığına ilişkin bir görünüş mevcut olduğu için sağladığında hukuki görünüş sorumluluğundan söz edilmektedir¹⁷⁷. Hukuki görünüş sorumluluğunun ortaya çıkması için fiilen bir hukuki görünüşün mevcut olması gerekmektedir. Görünüşte temsil, beyaza imza, muvazaalı veya devir yasağı içermeyen borç tanınması gibi haller hukuki görünüş sorumluluğunun medeni hukuk alanındaki örneklerini oluşturmaktadır. Hukuki görünüş sorumluluğu açısından şart koşulan hukuki görünüşün, noksanlığın objektif olarak fark edilebilir olması dolayısıyla *-zira hukuki görünüş sorumluluğunda gerçek hukuki duruma ilişkin noksanlık fark edilebilir nitelikte değildir-* mevcut olmadığı hallerde ise, güven sorumluluğu bu eksikliğe rağmen bu defa da hukuk etiğinin zorunlulukları temelinde ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda korunmaya değer bir güven duyan taraf dürüstlük kuralı gereğince gerçek hukuki duruma dayanabilmektedir. Hukuk etiğinin zorunlulukları temelindeki bu sorumluluğun dayanağını dürüstlük kuralı ve onunla ilişkili sözleşmenin başlangıcında yapılmış hile (dolus praeteritus) ve çelişkili davranış yasağı (venire contra factum proprium) oluřturmaktadır¹⁷⁸. Açıklamadan sorumluluk ise, kişinin yanlış açıklamalarda bulunması ve onun beyanına güvenen kişinin zarara uğraması dolayısıyla meydana gelen güven sorumluluğunu ifade etmektedir¹⁷⁹. Emanet sorumluluğu da kişinin hukuki değerlerini diğer tarafın etkisine açması ve söz konusu değerlerin diğer tarafça ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan sorumluluğa karşılık gelmektedir¹⁸⁰.

Canaris, çalışmasının önemli bir kısmını oluşturan medeni hukuk alanındaki hukuki görünüş sorumluluğu hallerini, kapsamın gittikçe genişlediği üç basamaklı bir yapı çerçevesinde incelemektedir. Bu bağlamda kendisi ilk basamakta hukuki görünüşü yaratan asgari olgu olarak, *“görünüş olgusunun bilerek yaratılması yoluyla hukuki görünüş sorumluluğunu”*

¹⁷⁷ Canaris, s. 9.

¹⁷⁸ Canaris, s. 273 vd.

¹⁷⁹ Canaris, s. 532.

¹⁸⁰ Canaris, s. 540. Bu sorumluluk türü Loser tarafından gelişim menfaatlerinin korunması başlığı altında değerlendirilmektedir. Kırca, s 136, dn. 713.

görmektedir. Bu ilk basamak içerisinde temel olarak temsil yetkisi, beyaza imza ve alacağın devri alanında hukuki görünüş sorumluluğunu incelemektedir. Asgari olgunun ilk genişlemesi kapsamında ise, görünüş olgusunun onun bu niteliği bilinmeksizin yaratılmasından doğan yükümlülüğü ele almaktadır¹⁸¹. Burada kriterin ise, “*üçüncü kişiye yönelik olma*” (*Drittrichtung*) olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle, görünüş olgusunu onun bu niteliğini bilmeksizin yaratan kişi, ancak görünüş olgusu üçüncü kişilerin işlemleri için bir temel oluşturduğu, onları etkilediği takdirde sorumlu olmaktadır. Örneğin iç temsil yetkisindeki noksanlığın farkında olmaksızın temsil yetkisini bildiren temsil olunanın durumu bu niteliktedir. Temsil olunan noksanlığı bilmese yani görünüş olgusunun bu niteliğinin bilincinde olmasa dahi yaratılan hukuki görünüşten sorumlu olmaktadır. Üçüncü kişiye yönelik, onun işlemleri için temel oluşturan böyle bir olgu bulunmadığı takdirde ise, sorumluluk gündeme gelmemektedir¹⁸².

Asgari olgunun ikinci genişlemesinin kapsamında ise, bir hukuki durumun devam ettiğine ilişkin hukuki görünüşten sorumlu olunması yer almaktadır¹⁸³. Öyle ki yine temsil yetkisi açısından durum değerlendirildiğinde üçüncü kişinin hak kazanımı yalnızca temsil yetkisinin başlangıçta geçerli bir şekilde verilmiş olmasına değil aynı zamanda temsil yetkisinin bu arada geri alınmamış veya başka bir nedenle sona ermemiş olmasına da bağlıdır. Bu bağlamda üçüncü kişinin başlangıçtaki hukuki durumun devamına olan güveninin korunup korunmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu durum hem hukuki ilişkinin başlangıçta gerçekten var olduğu haller hem de -koşullara göre- hukuki ilişkinin varlığına ilişkin sadece bir hukuki görünüşün var olduğu haller için geçerlidir. § 170, 171 II, 172 II, 173 BGB hükümleri burada sözü edilen yükümlülüğün önemli yasal dayanaklarından birini oluşturmaktadır¹⁸⁴. İyi niyetli üçüncü kişi söz konusu hükümler uyarınca esas olarak temsil yetkisinin sonradan sona ermesine karşı korunmaktadır. Bununla birlikte burada görünüş olgusunun esasen ne olması gerektiği sorusu bazı zorluklara neden olmaktadır. Bunun nedeni, dış temsil yetkisi verilmesinin veya iç temsil yetkisinin bildirilmesinin görünüş olgusu olarak kabul edilememesidir. Zira bunlar hukuki durumun devam ettiğine ilişkin bir görünüş yaratmamaktadır. En iyi ihtimalle temsil yetkisinin başlangıçta mevcut olduğuna ilişkin bir görünüş yaratmaktadır. Öyle ki yapılan beyan, yalnızca temsil yetkisinin bildirim anında var

¹⁸¹ Canaris, s. 107 vd.

¹⁸² Canaris, s. 109 vd.

¹⁸³ Canaris, s. 133.

¹⁸⁴ Canaris, sözü edilen hükümler dışında dernek sicili ve mal rejimi siciline ilişkin düzenlemeleri de yasal dayanaklar arasında saymaktadır. Canaris, s. 133-134.

olduğunu belirtmekte bununla birlikte gelecekte sona ermeyeceğini belirtmemektedir. Üçüncü kişinin güveni, dış temsil yetkisi verme eylemine veya bildirimine değil; temsilcinin kendisini yetkili olarak göstermeye devam etmesine ve aynı zamanda üçüncü kişinin yetkinin sona erdiği konusunda haberdar edilmemiş olmasına dayanmaktadır. Öte yandan üçüncü kişinin böyle bir bildirim beklemesi yalnızca temsil yetkisi kendisine yönelik olarak verildiği (dış temsil yetkisi şeklinde) veya temsil yetkisinin verilmiş olduğu kendisine bildirildiği takdirde makuldür. Bu bakımdan dış temsil yetkisi verilmesi veya temsil yetkisinin bildirilmesinin görünüş olgusunun yaratılmasında dolaylı da olsa bir rolü vardır. Ancak görünüş olgusu esas olarak temsilcinin başlangıçta dış temsil yetkisinin verilmesi veya bildirilmesine ilişkin iddiasına ve temsil olunan tarafından dışa karşı bir geri almanın veya buna karşılık gelen bir açıklayıcı bildiriminin bulunmamasına dayanmaktadır. Yetki belgesi söz konusu olduğunda görünüş olgusu, temsilcinin belgeyi hala elinde bulundurması, yani temsil olunanın belgeyi geri almamış olmasıdır¹⁸⁵.

Son olarak Canaris, çalışmasında, güvenin korunmasının bir talebin tanınması veya bir sorumluluğun yüklenmesi şeklinde gerçekleştiği halleri içeren, kendi içerisinde tutarlı bir sistem geliştirdiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte eserinde güvenin korunmasına ilişkin eksiksiz bir sistem geliştirmediğini dile getirmektedir. Güvenin korunması sisteminin kendi ele aldığı konular dışında hak sahibi olmayan bir kişiden iyi niyetle hak kazanımı, kazandırıcı zamanaşımı, edimi kabul yetkisine ilişkin (*Empfangszuständigkeit*) hukuki görünüşe güvenin korunması, güven fikrinin hukuki işlem teorisi içinde değerlendirilmesi vb. diğer olguları da içerebileceğine işaret etmektedir¹⁸⁶.

c. Türk-İsviçre Hukuku

Alman hukukunda doğmuş ve şekillenmiş olan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi Türk-İsviçre hukukunda da ağırlıklı olarak kabul edilmekle birlikte,¹⁸⁷ İsviçre hukukunda ilk başta güven sorumluluğu konusunda uzun süre bir sessizlik hakim olmuştur¹⁸⁸. Swissair kararı ile birlikte ise, İsviçre hukukunda ilk kez güven sorumluluğunun kabul

¹⁸⁵ Canaris, s. 134 vd.

¹⁸⁶ Canaris, s. 541, dn.1.

¹⁸⁷ Erbek Odabaşı, s. 133, dn. 266 ve 267' de anılan yazarlar.

¹⁸⁸ Schwenzer, 1990 yılı dolaylarına kadar güven sorumluluğu kavramının İsviçre hukukunda pratik olarak bilinmediğini ifade etmektedir. Schwenzer, § 52 N. 52.01. Aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 44.

edildiği görülmektedir¹⁸⁹. Federal Mahkeme, bu kararda, güven sorumluluğunun ne haksız fiil sorumluluğu ne de sözleşme sorumluluğu niteliğini haiz olduğunu aksine culpa in contrahendo sorumluluğunu da içine alan genel bir sorumluluk niteliği taşıdığını ifade etmiştir¹⁹⁰. Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ise, taraflar arasında özel bir hukuki ilişkinin/özel bağlantının mevcut olması gerektiğine işaret etmiştir. Sözleşme görüşmelerine benzeyen bu özel bağlantıdan dürüstlük kuralına dayalı koruma ve özen yükümlülükleri doğmakta ve söz konusu yükümlülüklerin ihlali güven sorumluluğuna yol açmaktadır¹⁹¹. Öte yandan Mahkeme kararda sorumluluğun koşullarını ve hukuki sonuçlarını net bir şekilde ortaya koymamıştır¹⁹². Bununla birlikte Federal Mahkeme Swissair kararını takip eden bir dizi kararında da güven sorumluluğunu ele almış ve bu kararlarda sorumluluğun koşulları ve sınırlarına ilişkin somut kriterler tespit etmeye de çalışmıştır¹⁹³. Bu kararlardan birkaçına değinilecek olursa, ilk olarak “Güreşçi kararı” (*Ringer-Fall*) ile güven sorumluluğunun varlığının Federal Mahkeme tarafından net olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁹⁴. Öyle ki söz konusu kararda ilk kez güven sorumluluğunun sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluğu da içerisine alan bir üst kavram olduğu açıkça dile getirilmiştir. “Omni Holding Kararı” (*Omni Holding Fall*)¹⁹⁵ ve “Motor Colombus Kararı” (*Motor Colombus- Fall*)¹⁹⁶’nda ise, Federal Mahkeme şirketler topluluğunun güven sorumluluğu ile ilgili koşulları somutlaştırmıştır. Bir banka ile inşaat ve satış projesi yapacak tacirler arasındaki uyuşmazlığa ilişkin 23.06.1998 tarihli diğer bir kararında¹⁹⁷ ise, Federal Mahkeme dürüstlük kuralına dayanan koruma yükümlülüklerinin sözleşme öncesinden sözleşme sonrasına kadar her aşamada önem taşıdığına vurgu yapmış ve söz konusu

¹⁸⁹ Schwenzer, § 52 N. 52.02; Antalya, Borçlar Genel, C. V, 1, 1, s. 234-235. Ancak Fehlmann aslında güven sorumluluğunun İsviçre’de 1901 yılında culpa in contrahendo sorumluluğunun Federal Mahkeme içtihadına girmesiyle (BGE 27 II 378, 382) zaten tanınmış olduğunu ifade etmektedir. Fehlmann, s. 53, dn. 207. Kırcı ise, güven sorumluluğu kavramının Kramer tarafından İsviçre hukuku terminolojisine sokulduğunu belirtmektedir. Kırcı, s. 138.

¹⁹⁰ BGE 120 II 331, 335 vd.

¹⁹¹ Kırcı, s. 150.

¹⁹² Yılmaz, s. 50.

¹⁹³ Güven sorumluluğunun gelişimi ile bağlantılı olarak ele alınan kararlar için bkz. Fehlmann, s. 74 vd.; Yılmaz, s. 44 vd.

¹⁹⁴ Fehlmann, s. 53. Karara konu olayda bir güreşçi Dünya Güreş Şampiyonası’na katılmaya ilişkin şartları yerine getirmiş ve şampiyonada İsviçre’yi temsil etmeyi beklerken Güreş Federasyonu katılma koşullarını şampiyonadan kısa bir süre önce haklı bir sebep göstermeksizin değiştirmiştir. Buna bağlı olarak da güreşçinin şampiyonaya katılmaya ilişkin güveni boşa çıkarılmıştır. BGE 121 III 350, 350 vd.

¹⁹⁵ BGE 123 III 220.

¹⁹⁶ BGE 124 III 297.

¹⁹⁷ BGer 4C. 410/1997.

yükümlülüklerinin ihlalinin tüm bu aşamalarda güven sorumluluğuna neden olacağını ifade etmiştir. Federal Mahkeme'nin bu kararıyla birlikte, güven sorumluluğunun yanı sıra bütünsel kanuni borç ilişkisi teorisini de benimsemiş olduğunu ortaya koyduğu belirtilmektedir¹⁹⁸.

Yargı uygulaması ile paralel bir biçimde öğretide de güven sorumluluğunun tanınmakta olduğu ve genel itibariyle edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi ve culpa in contrahendo ile ilişkilendirildiği görülmektedir¹⁹⁹. Öyle ki güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğunu da içine alan bir çatı kavram olarak kabul edilmektedir²⁰⁰. Bilgi

¹⁹⁸ Fehlmann, s. 101. Karar hakkında eleştiriler için bkz. Yılmaz, s. 56.

¹⁹⁹ Bucher, Eugen, "Was man aus einem Fall von « Putativ-Vertrauenshaftung » lernen kann", Recht, 2001, s. 77 vd.; Berger, s. 201 vd.; Fehlmann, s. 154; Bucher, Eugen, "Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?", in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift für Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Bern 2005, s. 247 vd.; Loser, N. 1133 vd. Akyol, Çelişki Yasağı, s. 25 vd.; Kırca, Bilgi Verme, s. 132 vd.; Aker, s. 2 vd.; Demircioğlu, s. 161 vd.; Okutan Nilsson, Gül, "Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2013, S. 2, s. 35 vd.; Yılmaz, s. 71 vd.; Durak, Yasemin, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", SÜHFD, C. 25, S.1, 2017, s. 241 vd.; Soylu Ünver, Gülsüm, Güven Teorisi ve Güven Sorumluluğu Kapsamında Yetkisiz Temsilcinin ve Temsil Belgesini Geri Almayanın Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2018, s. 91 vd.; Seyhan, Ahmet, Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, Ankara 2023, s. 39 vd., 151 vd. Gürpınar, sözleşme dışı yanlış tavsiyede bulunma, öğüt veya bilgi vermeden doğan hukuki sorumluluğu değerlendirdiği eserinde hatalı bilgi aktarımının söz konusu olduğu hallerde güven sorumluluğunun uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir. Gürpınar, s. 240 vd. Serozan, güven sorumluluğunu kabul etmekte ancak güven sorumluluğunu sözleşmenin tarafı olmayan bununla birlikte sözleşmeyi dışarıdan etkileyen üçüncü kişinin sorumluluğu olarak nitelendirmektedir. Tarafların karşı karşıya geldiği sözleşme görüşmelerinde ise culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme geleceğini belirtmektedir. Serozan, Rona, "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD 1968, s. 249 vd. Kalkan Oğuztürk de benzer şekilde güven sorumluluğu ve culpa in contrahendo sorumluluğunu birbirinden ayırmaktadır. Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurdan doğan sorumluluğu güven sorumluluğundan ayrı bir sorumluluk kaynağı olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda yazara göre güven sorumluluğundan söz edilebilmesi için ise, "üçüncü kişinin tarafı olmadığı bir sözleşme ya da sözleşme müzakeresine, meydana getirdiği hukuki görünüş ile dahil olması ve karşı tarafta bu suretle bir güven uyandırması gerekir." Yazar, güven sorumluluğunun dayanacağı kanuni temeli BK m. 36/2 olarak görmektedir. Kalkan Oğuztürk, s. 251 vd. Çağlayan Aksoy, güven sorumluluğunun hareket noktası culpa in contrahendo sorumluluğu olsa dahi culpa in contrahendonun güven sorumluluğundan farklı olarak sözleşmesel bir temas içinde olan kişiler bakımından söz konusu olduğunu öte yandan güven sorumluluğunda tarafların sözleşmesel bir temas içinde olmalarının aranmadığını yalnızca özel bir ilişki çerçevesinde taraflardan birinin karşı tarafta güven yaratıp yaratmadığının önem taşıdığını ifade etmektedir. Çağlayan Aksoy, Pınar, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 205 vd.

Aksi yönde görüş için bkz. Schwenzer, § 52 N. 52.01 vd.; Yılmaz, s. 61, dn. 107' de anılan diğer yazarlar. Güven sorumluluğunu kabul etmeyen yazarların temel argümanı, güven sorumluluğu ile çözümlenmeye çalışılan olayların halihazırdaki sorumluluk sebepleri ile zaten çözülebileceği yönündedir. (Schwenzer, § 52 N. 52.01 vd.; Yılmaz, s. 61.) Bununla birlikte bazı yazarlar ayrıca güven sorumluluğunun ayrı bir sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmesinin hukuk güvenliği açısından tehlikeli olabileceğini de ileri sürmektedir. Wick, AJP 1995, s. 1280 (Yılmaz, s. 62' den naklen)

²⁰⁰ Bucher, recht 2001, s. 78; Kırca, Bilgi Verme, s. 137; Demircioğlu, s. 161 vd. Aynı yönde bkz. Antalya, Borçlar Genel, C. V, 1, 1, s. 239, 240.

vermeden doğan sorumluluk, şirketler topluluğuna güvenden sorumluluk gibi üçüncü kişilerin culpa in contrahendo sorumluluğu olarak nitelendirilebilecek diğer başka sorumluluk halleri de bu kapsamda yer almaktadır. Bunun ötesinde güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğu dışında sözleşmenin devamı sırasında ve sonrasında söz konusu olan koruma yükümlülüklerinin ihlali dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğu da (sözleşmenin müspet ihlali veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme) kapsamaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğu ise, güven sorumluluğunun yalnızca sözleşme öncesi döneme karşılık gelen kısmını oluşturmaktadır²⁰¹. Anılan bu sorumluluk hallerinin esasen güven sorumluluğunun Canaris' in sınıflandırmasında güvenin olumsuz korunması olarak nitelendirdiği hallere karşılık geldiği belirtilmektedir²⁰². Gerçekten de Türk-İsviçre hukukunda güven sorumluluğu başlığı altında ele alınan tüm bu hallerde güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zararın tazminini amaçlayan olumsuz bir güven korumasının söz konusu olduğu görülmektedir. Öte yandan aşağıda Loser'in güven sorumluluğu yaklaşımında görüleceği üzere güven sorumluluğunu güvenin olumsuz korunmasının ötesinde daha geniş kapsamlı olarak ele alan yaklaşımlar da mevcuttur.

d. İsviçre Hukukunda Loser' in Güven Sorumluluğu Yaklaşımı

Alman hukukunda güven sorumluluğu konusunda temel eser olarak Canaris'in eseri karşımıza çıkmaktayken; İsviçre hukukunda ise, Loser' in “*Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*” isimli eserinde güven sorumluluğunu oldukça kapsamlı bir şekilde ele aldığı görülmektedir. Loser, burada güven sorumluluğunu kavramsal olarak bir hukuki işlemle ilgili özel bir bağlantının varlığında güvene dayalı yükümlülüklerin yaratılması için sözleşme dışı bir zemin olarak tanımlamaktadır²⁰³. Güvenin korunması sonucunu öngören yasal düzenlemelerin kapsamının oldukça geniş olduğunu belirtmekte ve güven sorumluluğunun güvenle ilgili bu düzenlemelerin yalnızca bir kısmını kapsadığını eklemektedir. Yazara göre

²⁰¹ Kırca, s. 137; Demircioğlu, s. 171 vd. Nitekim Serozan, culpa in contrahendonun, önemli bir bölümüyle, davranış yükümüne aykırılık tipindeki sözleşmenin müspet ihlalinin, sözleşme öncesi aşamaya geri çekilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016, s. 254-255.

²⁰² Berger, s. 207; Demircioğlu, s. 169 vd.

²⁰³ Loser, N. 206 vd.,1342.

güvenin korunması dolayısıyla borç yükümlülüğünün (*Schuldpflicht*) doğduğu durumlar güven sorumluluğu içerisinde yer almaktadır. Bu bağlamda tıpkı Canaris gibi Loser de sorumluluk teriminin hem zararın tazminini hem de güvenin olumlu korunmasını yani ifa talebini içerdiğini kabul etmektedir²⁰⁴. Buna karşı güvenin korunmasının hak kaybına yol açtığı durumları (hak sahibi olmayandan alacak hakkı veya aynı hak kazanılması, görünüşte hak sahibi olan kişiye ifada bulunulması ve hakkın uzun süre kullanılmaması veya ileri sürülmemesi dolayısıyla hak düşümü (*Verwirkung*) gibi) güven sorumluluğunun kapsamına dahil etmemektedir²⁰⁵. Ayrıca yazar çalışmasında yalnızca borçlar hukuku alanında güvenin korunması yoluyla yükümlülüğün doğduğu halleri ele aldığını ifade etmektedir²⁰⁶.

Yazar güven sorumluluğunun farklı şekillerde sınıflandırılabilirliğini ve özellikle hukuki sonuçlarla bağlantılı sınıflandırmanın yani güvenin olumlu ve olumsuz korunmasına ilişkin olarak yapılan ayrımın yaygın olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda Canaris' in bir adım daha öteye giderek güvenin olumlu ve olumsuz korunmasını da kendi içerisinde kategorilere ayırdığına işaret etmektedir. Loser, Canaris' in yaptığı sınıflandırmanın gerek güvenin olumlu korunmasını veya ifa sorumluluğunu haklı çıkaran kriterleri belirlemek gerek hukuki görünüş sorumluluğu durumları ile diğer güven olguları arasındaki ayrım açısından faydalı olabileceğini dile getirmektedir. Öte yandan, güven sorumluluğu durumlarının ortaya konmasına ilişkin vurgu öncelikle ifa talepleri üzerinde olmayacaksa ve aynı zamanda

²⁰⁴ Loser, N.3. Loser, Federal Mahkeme' nin de isabetli bir şekilde güvene uygunluğun sağlandığı durumları güven sorumluluğu altında ele aldığını belirtmekte ve BGE 120 II 197 künyeli kararı buna örnek göstermektedir. Loser, N. 89, dn. 315. Berger ise, güvenin olumlu korunması ve güvenin olumsuz korunmasının yani güven sorumluluğunun eş kavramlar olmadığını; gerek şartları gerek sonuçları bakımından birbirinden ayrıldıklarını belirtmektedir. Berger, s. 207.

²⁰⁵ Güven sorumluluğu, güvenin korunmasının hak kaybına yol açtığı durumlardan farklı olarak tüm mal varlığı ile sorumlu olunan yükümlülükler meydana getirir. Öte taraftan kapsamlı sorumluluk içeren yükümlülüklerin doğması, temel olarak münferit haklardan mahrum bırakılmaktan daha sıkı koşullara bağlıdır. Ayrıca hak kaybı olguları genellikle farklı şekilde yapılandırılmakta ve aynı kriterler uygulanmamaktadır. Öyle ki hak kaybından etkilenen kişinin güveninin korunduğu duruma mutlaka isnat edilebilir şekilde yol açması gerekmemektedir. Bu nedenle güven sorumluluğu durumları ile ortak bir muamele uygun değildir. Örneğin Art. 934 /II ZGB' ye göre, sonucun yüklendiği taraf hukuki görünüşün yaratılmasına herhangi bir şekilde katılmamış olsa dahi güvenin korunması söz konusudur. Buna karşı kural olarak dikkatsiz davranış (örneğin zilyetliğin kaybına karşı yetersiz tedbir almada olduğu gibi), yani hukuki görünüşün ihmale dayalı olarak yaratılması olumsuz menfaat kapsamında dahi olsa sorumluluğa yol açmamaktadır. Yapısal bir fark vardır çünkü zilyetliğin kendisi, malikin buna yol açmasına gerek olmaksızın zaten bir hukuki görünüş yaratmaktadır. Aynı zamanda terminoloji açısından da ayrım yapılması ve sorumluluk kavramının hak kaybını da kapsayacak kadar geniş anlaşılmaması tavsiye edilmektedir. Sorumluluk ve hak kaybı meşru beklentilerin korunmasının iki farklı sonucunu temsil etmektedir. Bununla birlikte güvenin korunmasının bir kategorisi olarak, hak kaybı yine de güven sorumluluğundan o kadar da uzak değildir. Loser, N. 91 vd. Bkz. Karner, s. 153 vd.

²⁰⁶ Loser, N. 82 vd.

güvenin olumsuz korunması anlamında tazminat sorumluluğu durumları ile daha kapsamlı sorumluluk arasındaki bağlantılar görünür kılınmak isteniyorsa, hukuki sonuçlara göre değil menfaat alanlarına göre bir sınıflandırmanın daha uygun olacağı kanaatindedir²⁰⁷. Buna dayalı olarak kendisi güven sorumluluğunu beş ana başlık altında ele almaktadır. Bunlar bağlantı menfaatlerinin (*Schutz von Bindungsinteressen*), karar menfaatlerinin (*Schutz von Entscheidungsinteressen*), gelişim menfaatlerinin (*Schutz von Abwicklunginteressen*), iradi olarak edimin yerine getirilmesine ilişkin beklentinin (*Schutz von der Erwartung einer freiwilligen Leistungserbringung*) ve üçüncü tarafların (*Schutz von Drittpersonen*) korunmasıdır²⁰⁸.

Güven sorumluluğunun temel uygulama alanlarından olan bağlantı menfaatleri, hukuki işleme dayalı bir bağlılığın varlığına veya tesis edilmesine güvenin korunması ile ilgilidir. Hukuki işlemsel bağlılığın şeklen bir sözleşme yapılmasına rağmen mevcut olmaması, beklentinin aksine meydana gelmemesi veya sözleşmenin yapılmasından sonra devam etmemesi güvenin boşa çıkmasına neden olmaktadır. Hukuki bağlılığın şeklen bir sözleşme yapılmasına rağmen mevcut olmaması, özellikle sözleşmenin yetkisiz temsilci tarafından veya irade bozukluklarının etkisi altında ya da bir geçersizlik sebebinin varlığı halinde yapılması ve talebin kazanılmasına ilişkin güvenin boşa çıkması ile ilişkilidir. Bu alanda yasal düzenleme nedeniyle, akdedilen sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin sorumluluğu da devreye girmektedir. Hukuki işlemsel bağlılığın beklentinin aksine meydana gelmemesi, başarısızlık riskleri hakkında yanlış bilgilendirme ve fikir değişikliği durumunda müzakerelerin kesilmesini veya bir sözleşmenin mevcut olmamasını kapsamaktadır. Burada tarafların sözleşme yapma özgürlüğünü korumak için yalnızca güvenin olumsuz korunması düşünülebilir. Hukuki işlemsel bağlılığın sözleşmenin yapılmasından sonra devam etmemesi ise, özellikle vekaletin sona erdirilmesi durumunda güvenin korunması ile bağlantılıdır. Sözü edilen bu durumların çoğunda güven, mevcut durum hakkındaki bilgilerin doğruluğuna dayanmakta ve karşı tarafın veya üçüncü tarafın mevcut koşullar hakkında doğru bilgi vermemesi veya yeterli bilgi vermemesi halinde boşa çıkmaktadır. Buna karşılık müzakerelerin kesildiği durumlarda ve sözleşmesel bağlılığın devamına duyulan güvende,

²⁰⁷ Loser, N. 259.

²⁰⁸ Loser, N. 5, 258 vd.

yalnızca gelecekteki davranış beklentisinin de korunmaya değer olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır²⁰⁹.

Güven sorumluluğunun gündeme geldiği bir diğer alan olan karar menfaatlerinin korunması, bir işlem yapılırken karar temelinin doğruluğu ve eksiksizliğine duyulan güvenin korunması ile ilişkilidir. Bu herhangi bir kararla ilgili olmayıp hukuki işlemlerin teşvik edilmesini vurgulayan işlevsel yaklaşım açısından hukuki işlemlerle -örneğin bir sözleşmenin akdedilmesi veya en azından bir sözleşmenin akdedilmesine hazırlık yapılması, bir sözleşmenin akdedilmesinden feragat edilmesi, bir iş ilişkisinin sona erdirilmesi, teminatın serbest bırakılması- ilgilidir. Bu bağlamda taraflardan birinin diğer tarafın yanılğıya düşmesine neden olması veya bunu açıklama yoluyla gidermemesi halinde sorumluluk gündeme gelmektedir. Burada her biri giderek daha sıkı şartlara tabi olan üç sorumluluk seviyesinden söz edilmektedir: yanlış bilgi verilmesinden kaynaklanan sorumluluk, bilginin açıklanmasının ihmaliinden kaynaklanan sorumluluk ve - her iki açıdan da - işlemde taraf olarak yer almayan üçüncü bir tarafın sorumluluğu.

Loser' in sınıflandırmasındaki diğer menfaat alanı, gelişim menfaatleridir. Burada güven nesnesi veya güven tasarrufu ile hukuki bir bağıllık veya karar arasında doğrudan bir bağlantı olmadığından yalnızca gelişim menfaatlerinden bahsedilmektedir. Hukuki işlemsel temasa girişilmesi kural olarak kişinin kendi hukuk alanını diğer tarafa açması ve dolayısıyla kendi menfaatlerini tehlikeye atmasıyla bağlantılıdır. Kişinin kendi hukuki alanının bütünlüğünün korunacağına dair güven duyması, hukuki işlemsel temasın başlatılmasını ve yürütülmesini kolaylaştırdığı ve kişinin kendi alanını güvence altına almaya yönelik verimsiz çabalarını önlediği için arzu edilen bir durumdur. Bu nedenle sadakat yükümlülüğünün kapsamının gelişim menfaatlerinin korunmasını da kapsayacak şekilde genişletilmesi yerindedir. Bu kapsamda yalnızca mutlak kişi varlığı değerleri değil, aynı zamanda gizlilik veya diğer malvarlığı menfaatleri de korunmaktadır²¹⁰. Bu kategori Canaris' in emanet sorumluluğu diğer bir deyişle dar anlamda güven sorumluluğu olarak nitelendirdiği duruma karşılık gelmektedir²¹¹.

İradi olarak edimin yerine getirilmesine ilişkin beklentinin korunması da güven sorumluluğu kapsamında ele alınan bir diğer durumu oluşturmaktadır. Bununla birlikte sözleşmeyle

²⁰⁹ Loser, N. 266 vd.

²¹⁰ Loser, N. 1353.

²¹¹ Kırca, s. 136, dn. 713.

güvence altına alınmamış ve dolayısıyla salt iradi olarak yerine getirilen edime güvenin yalnızca çok özel koşullar altında haklı görülebileceği belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak böyle bir beklentinin korunmasının borçlar hukukuna hakim olan irade özerkliği ilkesi ile çelişmesi gösterilmektedir. Öte yandan bu çelişkinin istisnai olarak göz ardı edilebileceği kabul edilmektedir. Bu durum ilk olarak geçersiz bir sözleşmenin özellikle de şeklen geçersiz söz konusu olduğu hallerde, esas olarak irade özerkliğinin işlev koşullarının zarar görmesi halinde (*tarafılardan birinin diğler tarafın işlem için öngörölen şekle uymasını engellemek için güç farkını kötüye kullanması*), geçersizliğe ilişkin hükmün amacının sadece sınırlı bir ölçüde engellenmesi halinde (*edim fiillerinin zaten gerçekleştirilmiş olması*) veya güven ihlalinin önceden tasarlanmış olması halinde dikkate alınmaktadır. İkinci olarak ise, şekle tabi bir hukuki işlemin gelecekte gerçekleştirileceğine ilişkin güvenin korunması gibi haller bu kapsamda ele alınmaktadır.

Son olarak güven sorumluluğunun üçüncü kişiler lehine koruyucu etkileri de haklı gösterebileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda asıl tarafla özel bir yakınlık ilişkisi içinde olan üçüncü kişilerin korunması ve diğler üçüncü kişilerin korunması ele alınmaktadır.

Loser, güvenin boşa çıkarılmasının hukuki sonuçlarının ise, güvenin olumlu ve olumsuz korunması yelpazesi içinde farklı derecelerde ortaya çıkabileceğini dile getirmektedir. En güçlü yaptırım sadakat amacının yerine getirilmesi anlamında güvene uygunluğun sağlanmasına (*Vertrauensentsprechung*) yönelik bir talep şeklinde ortaya çıkmaktadır. Güvenin olumlu korunmasının özel bir şekli olarak, talepte bulunan yani diğler bir deyişle güvenen etkin bir şekilde güvendiği pozisyona yerleştirilir. Deyim yerindeyse güvenin boşa çıkarılmasına izin verilmemekte ve sadakat zorla sağlanmış olmaktadır. Loser güvenin olumlu korunduğu durumlara örnek olarak bir bağılılığın varlığına duyulan güven durumunda, görünüşte yetkilendirme durumunda (temsil olunan ile karşı taraf arasındaki sözleşme ilişkisi yetkilendirme olmamasına rağmen var olur), devir veya şekle aykırılık durumunda ve iradi olarak yapılan ifaya duyulan güven durumundaki ifa taleplerini vermektedir. İfa talebinin katlanmadan dahi ibaret olabileceğini çünkü katlanmanın da bir edim olduğunu belirtmektedir²¹². Loser ayrıca güvene uygunluk sonucunun sağlanması halinde güvenin maddi hukuki anlamda korunmasının usul hukuku alanında da etkileri olabileceğini ve bu bağlamda yan bir sonuç olarak güven sorumluluğunun koşulları aslında mevcut olmayan icra

²¹² Loser, N. 1234 vd.

hukuku kapsamında bir sorumluluğa yol açacağını ifade etmektedir²¹³. Bununla birlikte Loser' e göre çoğu durumda güvenin boşa çıkarılmasının yaptırımı, zararın giderilmesine yönelik bir tazminat talebinden ibarettir. Ancak Loser burada kapsam açısından bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir. Güvenin pozitif korunması durumunda, talepte bulunan diğer bir ifadeyle güvenen değer açısından adeta güveni boşa çıkarılmamış gibi bir konuma yerleştirilmektedir. Art. 26/ II OR (TBK m. 35/II) ve 39/II OR (TBK m. 47/II) hükümleri bunun örneklerini oluşturmaktadır. Öte yandan güvenin negatif korunması durumunda, talepte bulunan hiç güvenmemiş gibi bir konuma getirilmektedir. Her iki zararın tazmini durumu için de tazmin edilebilir zararların sınırlandırılması ve tazminat hukukunun olağan kriterlerine göre sorumluluğun azaltılmasının gündeme gelebileceğini belirtmektedir²¹⁴.

e. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Güven Sorumluluğu Karşısındaki Yeri

Güven sorumluluğuna ilişkin yaklaşımlar değerlendirildiğinde bu sorumluluğa farklı anlamlar verildiği ve kapsamlarının birbirinden farklı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu bağlamda ilk olarak Canaris' in güven sorumluluğu anlayışının, hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile kıyaslandığında bazı açılardan çok geniş bazı açılardan ise dar kaldığı görülmektedir. Canaris' in güven sorumluluğu konsepti hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasına kıyasla dardır; zira yalnızca güvenin korunmasının bir yükümlülüğün onun değişimiyle bir sorumluluğun doğması ile sonuçlandığı halleri (hukuki görünüş sorumluluğu) kapsamaktadır. Güvenin korunmasının hak kaybı ile sonuçlandığı halleri ise, kendisinin de dile getirdiği üzere kapsam dışı bırakmaktadır. Canaris' in güven sorumluluğu konsepti hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasına göre bir yönüyle de çok daha geniştir; zira Canaris, hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması yani hukuki görünüş sorumluluğu dışında hukuk etiğinin zorunlulukları gereğince güven sorumluluğu, açıklamadan sorumluluk ve emanet sorumluluğu hallerini de güven sorumluluğu içerisinde değerlendirmektedir. Bu açıdan bakıldığında hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması yani hukuki görünüş sorumluluğu güven sorumluluğun ortaya çıkış biçimlerinden yalnızca birini oluşturmaktadır. Loser' in güven sorumluluğu konsepti de hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile tam

²¹³ Loser, N. 1235.

²¹⁴ Loser, N. 1237.

olarak örtüşmemektedir. Öyle ki Loser, güven sorumluluğunu beş farklı menfaat alanı ile bağlantılı olarak ele almakta ve güven sorumluluğunun sonuçlarının, bir ucunda olumsuz zararın giderilmesinin diğer ucunda ise olumlu zararın giderilmesinin yer aldığı bir doğru üzerinde esnek bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmektedir. Loser’ in güven sorumluluğu ile bağlantılı olarak ele aldığı menfaat alanları içerisinde güvenin olumlu korunduğu durumlar yer aldığı gibi olumsuz olarak korunduğu durumlar da yer almaktadır. Ayrıca Loser de tıpkı Canaris gibi güvenin korunmasının hak kaybı ile sonuçlandığı durumları güven sorumluluğu içerisine dahil etmemektedir.

Güven sorumluluğuna ilişkin yukarıda yer verilen temel yaklaşımlar dikkate alındığında hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, güven sorumluluğu karşısında adım adım şu şekilde konumlandırılabilir:

- (1) İlk olarak güven sorumluluğu içerisinde değerlendirilen ve aynı zamanda hukuki görünüşe güvenin olumlu olarak korunduğu birtakım durumlar bulunmaktadır. Bunlar, Canaris’ in eserinde “hukuki görünüş sorumluluğu” olarak adlandırdığı durumlara karşılık gelmektedir. Loser’ in çalışmasında ise, bağlılık menfaati kapsamında değerlendirilen durumların büyük bir kısmında aynı zamanda hukuki görünüşe güven olumlu olarak korunmaktadır.
- (2) İkinci olarak güven sorumluluğu içerisinde güvenin olumlu olarak korunduğu fakat hukuki görünüşün söz konusu olmadığı bazı durumlar bulunmaktadır. Canaris bu durumları “hukuk etiğinin zorunlulukları gereğince güven sorumluluğu” başlığı altında ele almaktadır. Loser de özellikle şeklen geçersiz sözleşmelerde bu geçersizliğin aşıldığı halleri bu kapsamda değerlendirmektedir.
- (3) Son olarak güvenin olumlu olarak korunduğu ancak gerek Canaris’ in gerek Loser’ in bir sorumluluğun söz konusu olmadığı gerekçesiyle güven sorumluluğunun dışında tuttukları hak kaybıyla sonuçlanan durumlar bulunmaktadır.

Bu bağlamda hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması güven sorumluluğu ile tamamıyla örtüşmeyip bazı yönlerden ondan daha genişken bazı yönlerden ondan daha dardır. Öyle ki hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, hem hukuki görünüş sorumluluğu olarak

adlandırılan güven sorumluluğu hallerinin bir kısmını hem de ona ek olarak güven sorumluluğu kapsamında yer almayan hak kaybı hallerini içermektedir. Bununla birlikte güven sorumluluğu içerisinde değerlendirilen güvenin olumlu korunduğu fakat hukuki görünüşün söz konusu olmadığı halleri ise kapsamamaktadır.

Somutlaştırmak adına biraz daha matematiksel olarak ifade edilecek olursa;

hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması = güven sorumluluğu içerisindeki hukuki görünüş sorumluluğu halleri + güven sorumluluğu dışında tutulan hak kaybıyla sonuçlanan haller – güvenin olumlu korunduğu fakat hukuki görünüşün mevcut olmadığı hallerdir.

B. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının İyi Niyetin Korunması İle Karşılaştırılması

Hukuki görünüşe güvenin korunması, iyi niyetin korunması hallerinden de ayrılmaktadır. Her ne kadar hukuki görünüşe güvenin korunması açısından iyi niyetin varlığının bir şart olarak aranması dolayısıyla bu iki kurum yakından ilişkili olsa da birbiri ile bütünüyle örtüşmemektedir²¹⁵. İyi niyetin korunmasının sonucu hukuki eksikliğin olumsuz sonuçlarının tamamen ortadan kaldırılması (*tam koruma*) veya hafifletilmesi (*kısmi koruma*) olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir²¹⁶. Hukuki eksikliğin olumsuz sonuçlarının tamamen ortadan kalktığı durumlara ilişkin örnekler arasında muvazaalı bir yazılı borç tanınmasına dayalı olarak iyi niyetle bir hakkın kazanılması (TBK m. 19/II), temsil olunanın temsil yetkisini geri aldığı bildirilmemesi sonucu iyi niyetli üçüncü kişiye karşı yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemle bağlı olması (TBK m. 42/III), emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı (TMK m. 988) ve rıza dışı elden çıkmış olsa dahi para ve hamiline yazılı senetlerin iyi niyetle edinilmesi (TMK m. 990), alacağın devri bildirilmediği için gerçek hak sahibi

²¹⁵ Rusch, s. 18. Aynı yönde bkz. Ülgen, s. 25 vd. Akkanat, hukuki görünüşün iyi niyetin konusunu teşkil edebileceğini ifade etmektedir. Akkanat, s. 14.

Ülgen, hukuki görünüşe güvenin korunmasının söz konusu olduğu tüm durumlarda iyi niyetli olma koşulunun aranmadığını belirtmekte ve buna örnek olarak bir ticari işletmeyi kurup açtığını çeşitli araçlarla üçüncü kişilere bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimsenin fiilen işletmeye başlamamış olsa dahi tacir sayılacağını öngören eTTK m. 14/II (TTK m. 12/II) düzenlemesini göstermektedir. Buna göre üçüncü kişilerin gerçek durumu yani bildirim veya ilanda bulunan kişinin ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olduğunu bilip bilmemelerinin önemi yoktur. Ülgen, s. 6, 26.

²¹⁶ Antalya, O. Gökhan / Topuz, Murat, Medeni Hukuk, C. I, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2019, s. 474 vd.; Akkanat, s. 167 vd. Edis, iyi niyetin hakkı genişletmesi şeklinde üçüncü bir kategoriye daha yer vermekte ve TMK m. 725 (MK m. 651) hükmünü bu kapsamda ele almaktadır. Edis, s. 281.

alacaklı dışındaki bir kişiye ifada bulunan borçlunun borcundan kurtulması (TBK m. 186)²¹⁷ sayılmaktadır²¹⁸. Tam korumanın sağlandığı bu tür durumlarda hukuki duruma ilişkin bir eksiklik söz konusu olmasına karşın bu eksiklik iyi niyeti korunan kişiye karşı ileri sürülememektedir. Ayrıca iyi niyetli kişinin sözü edilen bu durumlarda iade veya tazminat ödeme gibi herhangi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır²¹⁹. Hukuki eksikliğin olumsuz sonuçlarının hafifletildiği durumlara ise, irade dışı elden çıkan taşınırı açık artırma, pazar veya benzeri eşya satan yerden iyi niyetle edinmiş olan kimseye ödediği bedelin geri verilmesi koşuluyla taşınır davası açılabilmesi (TMK m. 989), temsil olunanın yapılan hukuki işlemi onamaması halinde işlemin geçersiz olmasından doğan zararın yetkisiz temsilciden talep edilebilmesi (TBK m. 47), yanılmasında kusurlu olan yanılanın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlü olması gibi haller örnek gösterilmektedir²²⁰. Hukuki görünüşe güvenin korunmasının sonucu ise, güvene uygunluğun sağlanmasıdır. Güvene uygunluğun sağlandığı bu haller iyi niyete tam korumanın sağlandığı hallere karşılık gelmektedir. Zira iyi niyeti korunan kişi hem sanki eksiklik hiç yokmuşçasına güvendiği hukuki konuma kavuşturulmakta hem de kendisi açısından herhangi bir iade veya tazminat yükümlülüğü de ortaya çıkmamaktadır. Öte yandan görüldüğü üzere iyi niyetin korunmasının sonuçları hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının da içerisinde yer aldığı tam koruma ile sınırlı değildir²²¹. Bu bakımdan başta da belirtildiği gibi hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile iyi niyetin korunması özdeş olarak algılanmamalıdır.

C. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Hakkın Kötüye Kullanılması ve Özellikle Çelişkili Davranış Yasağı İle Karşılaştırılması

TMK m. 2/II' de bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı düzenlenmektedir. Hak sahibinin sahip olduğu hakkı, söz konusu hakkın amacına ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanması durumunda hakkın kötüye

²¹⁷ Antalya/Topuz, s. 478.

²¹⁸ Diğer örnekler için bkz. Edis, s. 279 vd.; Dural/Sarı, s. 236 vd.; Antalya/Topuz, s. 474 vd.; Akkanat, s. 168 vd.

²¹⁹ Edis, s. 280; Akkanat, s. 171.

²²⁰ Verilen başkaca örnekler için bkz. Edis, s. 280 vd.; Dural/Sarı, s. 236 vd.; Antalya/Topuz, s. 479 vd.; Akkanat, s. 171 vd.

²²¹ Rusch, s. 18.

kullanılmasından söz edilmektedir²²². Çelişkili davranış yasağı da hakkın kötüye kullanılmasının görünüm biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Esas olarak hiç kimse gerçekleştirmiş olduğu davranışları ile bağlı kalmak ve bunlara uygun davranmak zorunluluğu içerisinde değildir. Öte yandan kişinin önceki davranışlarının karşı tarafta korunmaya layık bir güven oluşturmaları ve sonraki davranışının bu güveni boşa çıkarması halinde dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması gündeme gelmektedir²²³. Çelişkili davranışın hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıması için öncelikle taraflardan biri diğer tarafta davranışları ile korunmaya değer bir güven uyandırması gereklidir. Uyandırılan bu güven dolayısıyla güvenen kişi, dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenen davranış yerine tamamen farklı bir davranışta bulunmalıdır. Uyandırılan güven dolayısıyla kendisinden beklenenden farklı bir davranış gerçekleştiren güvenen kişi sonuçta hukuken elverişsiz bir duruma düşmelidir²²⁴. Karşı tarafta hakkın kullanılmayacağı yönünde bir güven uyandırıldıktan sonra söz konusu güvenin boşa çıkarılması – örneğin hakkın zamanaşımı süresi içerisinde fakat zamanaşımı süresi epey ilerledikten sonra ileri sürülmesi²²⁵-, şekle aykırı bir sözleşmenin taraflarca sanki sözleşme geçerliymişçesine ifa edilmesinden sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesi²²⁶, muhatabın hakkını kaybetmesine neden olunduktan sonra yükümlülükten kurtulmak için buna dayanılması²²⁷ gibi haller çelişkili davranışa örnek olarak gösterilmektedir²²⁸. Çelişkili davranışın da içerisinde yer aldığı hakkın kötüye kullanımının yaptırımını ise, TMK m. 2/II' ye göre söz konusu hakkın hukuk düzeni tarafından korunmamasıdır. Bu, hakkını kötüye kullanan kişinin hakkı dürüstlük kuralına aykırı

²²² Oğuzman/Barlas, s. 270; Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2016, s. 185; Dural/Sarı, s. 254; Antalya/Topuz, s. 536.

²²³ Akyol, Çelişkili Davranış, s. 133 vd; Edis, s. 343 vd.; /Sarı, C.I, s. 256; Oğuzman/Barlas, s. 284; Antalya/Topuz, s. 565.

²²⁴ Antalya/Topuz, s. 565-566.

²²⁵ Hakkın zamanaşımı içerisinde fakat geç kullanılmasının başka unsurlarla desteklenmediği sürece tek başına hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir. Oğuzman/Barlas, s. 280, 286. Edis de hak sahibini sürenin bitiminden önce hakkını kullanmaya zorlamanın mümkün olmadığını ancak bazı şartlarda hakkın gecikmeli olarak kullanılmasının caiz olmayabileceğini belirtmektedir. Edis, s. 346. Hakkın kötüye kullanıldığı kabulü için aranan ek unsurlarla ilgili olarak bkz. Çağlayan Aksoy, Pınar, “Asgari Alım Taahhüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, TBB Dergisi 2017 (131), s. 282 vd.

²²⁶ Hukuki işlemin ifasına rağmen şekle aykırılığa dayanmanın hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, O. Gökhan, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırım ve Sınırları”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S.3 (1992), s. 378 vd.

²²⁷ Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler konusunda bu tür çelişkili davranışlara sıklıkla rastlandığı belirtilmektedir. Edis, s. 344.

²²⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 192; Çağlayan Aksoy, Bayilik Sözleşmesi, s. 281 vd. Diğer çelişkili davranış örnekleri için bkz. Antalya/Topuz, s. 566 vd.

kullanmakla ulaşmak istediği sonucu elde etmesini sağlayacak imkanlardan yoksun bırakılması anlamını taşımaktadır²²⁹. Hakkın hukuk düzeni tarafından korunmaması, hakka ilişkin talep ve savunmaların ileri sürülememesi, zararın önlenmesi, hakkın kötüye kullanılması dolayısıyla ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılması, borcun ifasının talep edilmesi, tazminat talebi vb. farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir²³⁰. Çelişkili davranışta bulunulmasının yaptırımının ise, hakkın ileri sürülememesi olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda çelişkili davranış yasağı sonucunda ortaya çıkan durumun – şekle aykırılığın veya zamanaşımı def'inin ileri sürülememesinde olduğu gibi- hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile birlikte ortaya çıkan durum ile benzerlik taşıdığı görülmektedir. Öyle ki her iki durumda da güvencisi kişisi normal şartlar altında o hukuki konumu elde edemeyecek olmasına rağmen güvencisi kişisi hukuki konuma kavuşturulmaktadır. Şekle aykırı sözleşme her iki tarafın ifası ile birlikte şekle aykırılık mevcut değilmişçesine hüküm doğurmakta veya bir hak zamanaşımına uğramış olmasına rağmen sanki zamanaşımı gerçekleşmemiş gibi muameleye tabi tutulmaktadır²³¹. Bununla birlikte kanımızca hukuki görünüşe güvenin olumlu olarak korunduğu örneklerde çelişkili davranış yasağı ve daha üst bir kavram olarak hakkın kötüye kullanılması kapsamına giren bir durum söz konusu değildir. Güvenin korunmasının yüklendiği kişinin davranışları bazı durumlarda ilk bakışta çelişkili gibi görünse dahi bu çelişkili davranış yasağı başlığı altında değerlendirilecek bir nitelik taşımamaktadır. Bir örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse, muvazaalı bir yazılı borç tanınmasında bulunan bir kişi daha sonra söz konusu borç tanınmasının muvazaalı olduğu savunmasında bulunamamaktadır. Borç tanınmasında bulunan kişinin daha sonra bu savunmaya başvurmak istemesi çelişkili bir davranış gibi görünmektedir. Öte yandan burada muvazaa savunmasında bulunulmasının önünün zaten baştan yasal düzenleme (TBK m. 19/II) ile kesilmiş olduğuna dikkat edilmelidir. Diğer bir ifadeyle burada muvazaalı borç tanınmasında bulunan kişinin aslında muvazaa savunmasında bulunma hakkı mevcut olup da bunun kötüye kullanılması ve çelişkili davranış yasağı ile engellenmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Hukuki görünüşe güvencisi kişisi zaten baştan bu savunmaya karşı korunmuş durumdadır. Onun ayrıca güvencisi kişisi hukuki duruma kavuşması için çelişkili davranış yasağı kurumuna ihtiyacı bulunmamaktadır. Bir diğer örnek olarak temsil hukukundaki TBK m. 42/III düzenlemesi ele alınacak olursa, bu

²²⁹ Edis, s. 331; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 191.

²³⁰ Oğuzman/Barlas, s. 290; Çağlayan Aksoy, Bayilik Sözleşmesi, s. 284 vd. Hakkın kötüye kullanılmasının özellikle aile hukuku alanındaki özel nitelikteki yaptırımları için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 190 vd.

²³¹ Burada hakkın kötüye kullanılması dolayısıyla şekle aykırılığın ileri sürülememesi durumunda hukuken geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale gelmediğine dikkat edilmelidir. Oğuzman/Barlas, s. 289- 290.

hükümde temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği düzenlenmektedir. Burada bildirdiği temsil yetkisini geri alan ve geri almayı bildirmeyen temsil olunanın davranışı ilk etapta çelişkili olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte yetkisi geri alınan temsilciyle işlem yapan üçüncü kişilerin temsil olunanın bu işlemle bağlı kalması için çelişkili davranış yasağına başvurmaya ihtiyacı yoktur. TBK m. 42/III hükmü zaten halihazırda yetkinin geri alındığının iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini düzenlemekle iyi niyetli üçüncü kişilerin ihtiyaç duyacağı korumayı onlara başka bir hukuki enstrümana başvurmalarına gerek olmaksızın sağlamış durumdadır. Bunun dışında emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı, tapu siciline güvenin korunması yoluyla aynı hak kazanımı gibi durumlarda zaten çelişkili bir davranışın varlığından söz etmek pek olası değildir. Zira burada çelişkili davranış olarak akla olsa olsa iyi niyetli kazanım dolayısıyla hakkını kaybeden önceki hak sahibinin bunu kabul etmemesi ve hak sahibi olduğunu iddia ederek taşınırını veya taşınmazını geri istemesi gelebilir. Ancak gerçek hak sahibi hakkını hukuki görünüşe güvenin korunmasının şartlarının tamamlanması dolayısıyla gerçekten kaybetmişse, zaten kötüye kullanılacak bir haktan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte hukuki görünüşe güvenin korunmasının şartları gerçekleşmemişse, bu sefer de zaten gerçek hak sahibinin bunu ileri sürmesi bir hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla sonuç olarak hakkın kötüye kullanılması ve özellikle de çelişkili davranış yasağı ile hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının birbirinden ayrı kurumlar olduğu ifade edilebilir²³².

D. Hukuki Görünüşe Güvenin Olumlu Korunmasının Olumlu Zararının Tazmini İle Karşılaştırılması

²³² Çelişkili davranış yasağını hukuki etik zorunluluk nedeniyle güven sorumluluğu başlığı altında ele alan Canaris, hukuki etik gereklilik nedeniyle güven sorumluluğunun hukuki görünüş sorumluluğundan ayrılan yönünün, ilkinde iyi niyet düşüncesi etkili iken, ikincisinde işlem güvenliğinin korunması düşüncesinin etkili olması olduğunu belirtmektedir. Hukuki görünüş sorumluluğundan farklı olarak, burada herhangi bir güven olgusu, yani nispeten zayıf bir güven olgusu dahi yeterlidir. Hukuki etik zorunluluk nedeniyle güven sorumluluğu açısından belirleyici olan genellikle tasarrufun türü ve kapsamıdır. Ayrıca hukuki etik zorunluluk nedeniyle güven sorumluluğunda risk ilkesine ek olarak kusur ilkesi de bir isnat kriteri olarak kullanılabilir. Son olarak hukuki görünüş sorumluluğundan farklı olarak güvene uygunluğun sağlanmasına ilişkin bir talebin - yani kural olarak bir ifa talebinin - dürüstlük ilkeleriyle uyumlu olması için ilgili bireysel durumla ilgili bir gerekçe gereklidir. Bu bağlamda iyi niyetle hareket eden tarafın, belirli bir dereceye ulaşmış olması gereken halihazırda yapılmış tasarruflara dayanarak istisnai olarak diğer taraftan ifa talep edip edemeyeceğinin iyi niyet fikri temelinde olaydan olaya incelenmesi gereklidir. Canaris, s. 528 vd.

Güvenin olumlu korunması (*positiver Vertrauensschutz*), olumlu (müspet) zararın (*positives Interesse/ Erfüllungsinteresse/ Nichterfüllungsschaden*) tazmini kavramından ayırt edilmelidir. Sözleşmesel sorumluluk alanına özgü bir kavram olan olumlu zarar, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı ifade etmektedir²³³. Tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaat yani olumlu menfaat ile ilgili olan olumlu zarar, alacaklının gereği gibi ifa sonucunda mal varlığının bulunacağı durum ile halihazırdaki mal varlığı durumu arasındaki fark dikkate alınarak belirlenmektedir²³⁴. Bu yönüyle olumlu zararın borcun ifası halinde alacaklının sahip olacağı menfaate karşılık geldiği ve ifanın surrogatı niteliği taşıdığı ifade edilmektedir²³⁵. Öyle ki olumlu zarar sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının içerisinde bulunacağı farazi durumun tesisi ile ilişkilidir. Bu açıdan olumlu zararın tazmini esasen olumlu bir sonuca yönelik olup gereği gibi yapılmayan ifanın tazminat yoluyla yapılmış sayılmasını sağlamayı amaçlamaktadır²³⁶. Geçerli bir sözleşmenin mevcut olması olumlu zararın tazmini bakımından gerekli ve yeterli kabul edilmektedir²³⁷. Geçerli olan bu sözleşme ilişkisinde gerçekleşen borca aykırılık olumlu zararı meydana getirmektedir²³⁸. Borca aykırı davranış ifa imkansızlığı, kötü ifa, temerrüt şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar dışında culpa in contrahendo da olumlu zarara neden olabilmektedir²³⁹. Olumlu zararın ortaya çıktığı durumlarda aynı zamanda geniş anlamda bir güven ihlalinin varlığından söz edilmektedir. Öyle ki alacaklının borçlunun edim taahhüdünü yerine getireceğine ilişkin bir haklı beklentisi söz konusudur²⁴⁰. Öte yandan güvenin açıkça zedelendiği hiç ifa etmeme, kötü ifa gibi durumlarda olumlu zararın tazmini talebini gerekçelendirmek için geçerli bir sözleşme dışında ayrıca bir sebebe ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir. Diğer bir anlatımla ifanın gerçekleştirileceği konusunda alacaklıda güven oluşmamış olsa dahi, borçlunun yine de

²³³ Tandoğan, Mesuliyet, s. 427; Erbek Odabaşı, s. 81-82; Ergüne, s. 55; Topuz, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 89. Olumlu zarar hakkında detaylı bilgi için bkz. Gündüz, Ş. Deren, Olumlu Zarar, İstanbul 2020, s. 27 vd.; Okumuş, Selmani, Müspet Zarar, Ankara 2022, s. 54 vd.

²³⁴ Erbek Odabaşı, s. 82; Ergüne, s. 56; Okumuş, 39 vd.

²³⁵ Ergüne, s. 56-57; Gündüz, s. 27 vd.; Okumuş, s. 54 vd.

²³⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 855; Ergüne, s. 57; Topuz, s. 94; Gündüz, s. 27 vd.; Okumuş, s. 54 vd.

²³⁷ Ergüne, s. 58; Okumuş, s. 58-59, 385 vd. Alman hukukundaki reform sonrası durum için bkz. Gündüz, s. 30.

²³⁸ Sürekli borç ilişkilerinin feshi halinin ve culpa in contrahendodan doğan sorumluluğun bunun istisnası olduğu belirtilmektedir. Zira ilkinde sözleşme sona erse dahi olumlu zarar doğabilmektedir. İkincisinde ise, sözleşmenin hükümsüz olduğu bazı durumlarda da olumsuz zararı aşan olumlu zarar talep edilebilmektedir. Gündüz, s. 30. Aynı yönde bkz. Okumuş, s. 58 vd.

²³⁹ Gündüz, s. 30 vd.; Okumuş, s. 59 vd.

²⁴⁰ Ergüne, s. 57; Gündüz, s. 49; Okumuş, s. 62 vd.

alacaklının olumlu zararını tazmin etmekle yükümlü olacağı kabul edilmektedir²⁴¹. Bununla bağlantılı olarak olumlu zararın tazminini talep eden alacaklının uğradığı zararın kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkmasından kaynaklandığını ispat etmek gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır²⁴². O kadar ki alacaklı, borçlunun edimini ifa etmeyecek olduğunu bilse yani ifanın gerçekleştirileceği hususunda alacaklıda hiç güven oluşmamış olsa dahi, alacaklı tarafından olumlu zararın tazmininin talep edilebileceği belirtilmektedir²⁴³. Son olarak olumlu zararın tazmininin talep edilebilmesi için zarar verenin kusuru gereklidir. Borçlunun göstermesi gereken özeni göstermeyerek edimin gereği gibi ifa edileceğine ilişkin haklı beklentiyi ihlal etmesi zarar verenin kusuruna karşılık gelmektedir²⁴⁴. Kusurun derecesi önemli olmayıp zarar veren her türlü kusurundan sorumludur²⁴⁵.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması durumunda ise, güvenen kişi, güvendiği hukuki görünüş gerçek hukuki duruma uygunmuşçasına muamele görmekte ve güvenmiş olduğu hukuki pozisyona kavuşturulmaktadır. Diğer bir deyişle hukuki görünüş gerçek hukuki durum ile örtüşseydi güvenenin içinde bulunacağı durum güvenene sağlanmış olmaktadır. Bu açıdan sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının içerisinde bulunacağı farazi durumun tesisini amaçlayan olumlu zararın tazmini ile benzerlik söz konusudur. Öyle ki hem olumlu zararın tazmini hem de hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması esas olarak olumlu bir sonuca yöneliktir. Diğer taraftan hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasında olumlu zarardan farklı olarak herhangi bir zarar doğmamaktadır. Aksine hukuki görünüşe güvenen kişinin güveni bir zararın ortaya çıkmasına izin verilmeksizin daha baştan

²⁴¹ Gündüz, s. 31 vd. Olumlu zarar ile kıyaslanan temel zarar türü olan olumsuz zararda ise, alacaklı açısından sözleşmenin hüküm ifade edeceğine ilişkin olarak kendisinde uyandırılan güvenin ihlali dolayısıyla zarara uğradığını kanıtlamak zorunluluğu söz konusudur. Dolayısıyla olumlu zarardan farklı olarak olumsuz zararın tazmini güven olgusu ile yakından ilişkilidir. Zira olumsuz zarar, yalnızca fiilen duyulan güveni korumaktadır. Bu bağlamda güvenin boşa çıkarılması hem sorumluluğun hukuki sebebini teşkil etmekte hem de tazminatın hesaplanmasını belirlemektedir. Nitekim olumsuz zararın tazminini talep eden alacaklının güven yatırımlarını diğer bir ifadeyle yapmış olduğu masraf ve kaçırmış olduğu fırsatları ispatlaması gerekmektedir. Olumlu zararda ise, ifanın gerçekleşeceğine ilişkin olarak duyulan fiili güvenden bağımsız olarak ifaya konu edim ve onun neden olduğu kayıplar ile gereği gibi ifa olasılığında elde edilecek kazançlar dikkate alınmaktadır. Ergüne, s. 58.

²⁴² Gündüz, s. 31 vd.; Okumuş, s. 62 vd.

²⁴³ Gündüz, s. 49. Aynı yönde bkz. Okumuş, s. 62 vd.

²⁴⁴ Gündüz, olumlu zararın tazmini açısından gereken kusur unsurunu sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine ilişkin bir güven uyandırılıp bunun boşa çıkmasına neden olmak olarak tanımlamaktadır. Gündüz, s. 50 vd. Okumuş ise, Gündüz' ün bu tanımlamasını yerinde bulmamaktadır. Bunu, olumlu zararda, olumsuz zarardan farklı olarak güven oluşturma ve bu güveni boşa çıkarma şartının aranmaması ile açıklamaktadır. Olumlu zarar açısından geçerli bir borç ilişkisinden doğan edim borcunun borçluya yüklenebilecek bir sebeple ihlal edilmiş olması yeterlidir. Okumuş, s. 385 vd.

²⁴⁵ Gündüz, s. 32, 50 vd.; Okumuş, s. 385 vd.

korunmakta ve güvene uygun sonuç tesis edilmektedir. Olumlu zararda ise, önce zarar ortaya çıkmakta ve daha sonra ifanın sürrogatı olarak ifa gereği gibi gerçekleşmiş olsaydı söz konusu olacak farazi durum tesis edilmeye çalışılmaktadır. Burada belki aynen tazmin olasılığında – burada yine de önce bir zararın meydana gelmiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır- olumlu zararın tazmininin hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile biraz daha benzer bir nitelik taşıyabileceği düşünülebilir. Ancak olumlu zarar söz konusu olduğunda aynen tazmin yolunun büyük ölçüde kapalı olduğu kabul edilmektedir²⁴⁶. Dolayısıyla bu benzerliğin ortaya çıkma ihtimalinin de düşük olduğu söylenebilir.

Bunun dışında yukarıda sözü edildiği üzere olumlu zarardan söz edebilmek için kural olarak geçerli bir sözleşmenin varlığı aranmaktadır. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunduğu durumlarda ise, güveni korunan kişi ile güvenin olumlu korunmasının sonuçlarının yüklendiği kişi arasında böyle bir sözleşme ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Buna rağmen gerekli diğer koşullar da sağlanmışsa güvenen kişinin güveni korunmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanılması durumunda hukuki görünüşe güvenerek aynı hak kazanan kişi ile güvenin korunmasının sonuçlarının yüklendiği (önceki) gerçek hak sahibi arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hatta pek çok durumda sözleşme ilişkisinin bulunması bir yana bu kişilerin birbirinden haberdar olması dahi söz konusu değildir. Ancak yine de güven korunmaktadır. Bunun dışında olumlu zararın giderilmesi zarar verenin kusurunu gerektirmektedir²⁴⁷. Oysa isnat açısından riziko ilkesi benimsendiği takdirde -bu çalışmada riziko ilke benimsenmektedir- güvenin olumlu korunmasının sonuçlarının yüklendiği kişinin kusurlu olmasına gerek yoktur. Riziko ilkesi uyarınca bu kişiye riskin yüklenebilmesi yeterlidir. Yine aynı örnek üzerinden devam edilecek olursa, emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı durumunda, taşınırını gerekli tüm özeni göstererek emin sıfatıyla zilyede teslim eden malikin kusurundan söz edilmesi oldukça güçtür. Bununla birlikte malikin kusurunun bulunmaması hakkını kaybetmesine engel olmamaktadır.

Geniş anlamda güven ihlalinin mevcut olduğundan bahisle olumlu zarar açısından da güven unsuru ele alınmaktadır. Diğer yandan güven unsurunun olumsuz zararda olduğu kadar kritik bir rolünün olmadığı da dile getirilmektedir²⁴⁸. Hukuki görünüşe güvenin olumlu

²⁴⁶ Bu konuda detaylı değerlendirme için bkz. Okumuş, s. 508 vd.

²⁴⁷ Bazı istisnai durumlarda borçlu kusurlu olmasa dahi olumlu zararın tazmininin söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Borçlunun yardımcı kişilerin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması durumunda kusurun aranmaması buna örnek olarak gösterilmektedir. Okumuş, s. 391 vd.

²⁴⁸ Okumuş, s. 75 vd.

korunmasında da olumsuz zarardakine benzer şekilde güven kilit bir role sahiptir. Öyle ki hukuki görünüşe güvenen esas olarak bu güveni ve bu güvene dayalı olarak birtakım tasarruflarda bulunmuş olması dolayısıyla korunmaktadır. Güven hukuki görünüşün gerçek hukuki durumla örtüştüğüne ilişkindir. Olumlu zararda ise, sözleşmeye duyulan bir güvenden söz edilmektedir.



İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ YÜKÜMLÜLÜĞÜN DOĞMASI İLE SONUÇLANDIĞI HALLER

I. TEMSİL

A. Hukuki Görünüşe Giden Yolda Önemli Bir Yol Ayrımı: İç ve Dış Temsil Yetkisi Kavramları

Temsil alanında hukuki görünüşün ne şekilde ortaya çıktığının anlaşılması bakımından öncelikle bu yolda önemli bir role sahip olan iç ve dış temsil yetkisi kavramlarının açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Bu doğrultuda aşağıda iç ve dış temsil yetkisi kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. *Temsil Yetkisi Vermeye İlişkin Beyanın Yöneltilceği Kişi*

Temsil yetkisi, temsil olunanın varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile verilir²⁴⁹. Bununla birlikte temsil yetkisi vermeye ilişkin irade beyanının kime yöneltilmesi gerektiği, Alman hukuku ve İsviçre -Türk hukuku bakımından farklılık arz etmektedir. Alman Medeni

²⁴⁹ Kut, Ahmet, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art.1-183 OR, 3. Auflage, 2016, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K.Schnyder, Art. 33 OR (kısalt. CHK-Kut), N.5; Klein, Jean-Philippe, Stellvertretung, Art.32- 40 OR, ZK- Zürcher Kommentar, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Schulthess, 2020, N. 10 (ZK-Klein); Schwenger, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern, 2020, N. 42.02; Koller, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N. 18.16; Huuenin, Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich Basei Genf 2019, N. 1066; Kramer, Ernst A./ Probst, Thomas, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. aktualisierte Aufl., Basel 2018, s. 182; Berger, AT N. 855 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 172; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul 2014, s. 635; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, C. I, İstanbul 2018, s. 221; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019, s. 489; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, 2. Baskı, 2019, s.598-599; Esener, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s.15; Akyol, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 164; İnceoğlu, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 101; Akbiyık, Cem, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, İHFM C. LV, S. 4 (1997), s. 218.

Kanunu (BGB) paragraf 167'ye göre temsil yetkisi, temsilciye veya işlem yapılacak olan üçüncü kişiye yöneltilecek bir irade beyanı ile verilebilmektedir²⁵⁰. İsviçre -Türk hukukunda ise, Alman hukukundan farklı olarak temsil yetkisinin üçüncü kişiye yöneltilecek bir irade beyanı ile de verilebileceğine ilişkin bir açık hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, İsviçre -Türk hukukunda temsil yetkisinin üçüncü kişiye yöneltilecek bir beyanla verilemeyeceğini tartışmalı kılmaktadır. Hakim görüş, salt işlem yapılacak üçüncü kişiye yöneltilecek bir beyan ile temsil yetkisi verilemeyeceğini kabul etmektedir²⁵¹. Öyle ki TBK m. 41/II (Art. 33/III OR)' de sadece temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmesinden söz edilmekte, temsil yetkisinin bu yolla verilmesine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır²⁵². Azınlıkta kalan görüşe göre ise, temsile ilişkin hükümler temsil yetkisinin temsilciye yöneltilemesini şart koşmamaktadır²⁵³. Aksine BK m. 33/II (TBK m. 41/II) yetkinin üçüncü kişiye bildirilmesini yeterli gören görüşü destekler niteliktedir. Bir diğer görüş ise, bu tartışmanın büyük ölçüde teorik bir öneme sahip olduğunu belirtmektedir²⁵⁴. Çünkü üçüncü kişiye yapılan bildirimin söz konusu olduğu hallerde, temsil yetkisinin verildiği kabul edilsin ya da edilmesin, her iki halde de temsil olunan hukuki işlemle bağlı olacaktır.

Temsil yetkisinin hem temsilciye hem de üçüncü kişiye yönelik beyanla verilebileceğini kabul eden Alman hukukunda temsil yetkisi vermeye ilişkin beyanın temsilciye yöneltilemesi halinde iç temsil yetkisinden, üçüncü kişiye yöneltilemesi halinde ise, dış temsil yetkisinden söz edilmektedir²⁵⁵. Her iki durumda da temsil ilişkisine vücut veren bir hukuki işlemin varlığı söz konusudur. Üçüncü kişiye yönelik beyanla temsil yetkisinin verilemeyeceği görüşünün hakim olduğu İsviçre- Türk hukukunda ise, temsil yetkisi vermeye ilişkin beyanın temsilciye yöneltilemesi Alman hukukunda olduğu gibi iç temsil yetkisi olarak nitelendirilmektedir. Bir kişiye temsil yetkisinin verilmiş olduğunun üçüncü kişiye

²⁵⁰ MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 167, N.13 (<https://beck-online.beck.de/>, Erişim Tarihi 11.05.2022); BeckOK BGB/SCHÄFER BGB § 167 N. 6 (<https://beck-online.beck.de/>, Erişim Tarihi 11.05.2022); Akbıyık, s. 218.

²⁵¹ BSK-Watter, Art. 33, N.30; Zach/Künzler, Art. 33, N. 32; Huguenin, N. 1072; Kramer/Probst, s. 183; Berger AT, N. 853-854; Rusch, s. 81; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 638; Oğuzman/Öz, s. 221; Eren, s. 489; Esener, Temsil, s. 44-45.

²⁵² Üçüncü kişiye yöneltilecek beyanla temsil yetkisinin verilmesi kabul edilmemekle birlikte, bu beyan yine de önemli hukuki sonuçlara sahiptir. Zira üçüncü kişinin bu beyana olan güveni kanun tarafından korunmaktadır. Bu doğrultuda temsilciye yönelik beyanla üçüncü kişiye yönelik beyan arasında farklılık olması halinde üçüncü kişiye yapılan beyan esas alınmaktadır. (TBK m. 41/II) Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 639; İncoğlu, s. 104. Aynı yönde bkz. Koller, AT N. 18.19; Kramer/Probst, s. 183.

²⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 173.

²⁵⁴ İncoğlu, s. 105.

²⁵⁵ Esener, Temsil, s. 41.

bildirilmesi ise, dış temsil yetkisi olarak adlandırılmaktadır²⁵⁶. Ancak üçüncü kişiye yapılan bu bildirim, temsilciye yapılan beyandan farklı olarak hukuki işlem niteliği taşımamaktadır²⁵⁷. Bildirimin bilgi açıklaması niteliği taşıdığı belirtilmektedir²⁵⁸. Hakim görüş esas alındığında Alman hukukundan farklı bir anlama sahip olan iç-dış temsil yetkisi terimlerinin İsviçre-Türk hukukunda kullanılmasının yerinde olup olmadığı sorgulanmıştır. Hem öğretideki pek çok yazar hem de Yargıtay tarafından bu terimlerin kullanıldığına işaret edilmiş ve farklı kavramları ifade ettiği dikkate alınmak kaydıyla bu terimlerin İsviçre-Türk hukukunda da kullanılabileceği belirtilmiştir²⁵⁹. Kanaatimizce de Alman hukukundan farklılaşan yönü dikkate alınmak kaydıyla yerleşik olarak kullanılan bu terimlere İsviçre-Türk hukukunda da başvurulabilmelidir.

2. İç Temsil Yetkisi

Temsil yetkisi verilmesine ilişkin beyanın temsilciye açıklanması iç temsil olarak adlandırılmaktadır²⁶⁰. Temsil yetkisinin verilmesi tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan hüküm ifade etmesi için temsilcinin kabulüne gerek yoktur²⁶¹. Bununla birlikte öğretideki hakim görüş tarafından yetki vermeye ilişkin beyanın temsilciye ulaşmış olması aranmaktadır²⁶². Buna karşı temsilcinin yetki verildiğini öğrenmiş olmasının şart olmadığı belirtilmektedir²⁶³.

²⁵⁶ Schwenzer, N. 42.04; Berger AT, N. 854; Esener, Temsil, s. 242; Eren, s. 490; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1,1, s. 605.

²⁵⁷ Koller, AT N. 18.19; Kramer/Probst, s. 183; Schwenzer, N. 42.04; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 643-644; Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru, “*Temsil Yetkisinin Açıklanması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (2) 2021, s. 381.

²⁵⁸ Koller, AT N. 3.33, 18.19; Schwenzer, 42.04; Kramer/Probst, s. 183; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 379, 381.

²⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 643-644. Aynı yönde bkz. Akbıyık, s. 219.

²⁶⁰ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167 N. 6; Kramer/Probst, s. 183; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 638; Oğuzman/Öz, s. 222; Eren, s. 490; Esener, Temsil, s. 25; Akyol, s. 47; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1,1, s. 605; İnceoğlu, s. 105.

²⁶¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 167 N. 6; BeckOK BGB/SCHÄFER BGB § 167 N. 4; Koller, AT n. 18.16; Kramer/Probst, s. 183; Huguenin, N. 1066; İnceoğlu, s. 105.

²⁶² BeckOK BGB/SCHÄFER BGB § 167 N. 5; Zach/Künzler, Art. 33, N. 28; Huguenin, N. 1066; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 172; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 635; Eren, s. 489-490; Esener, Temsil, s. 24-25. Aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 222; İnceoğlu, s. 106.

²⁶³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 635; Oğuzman/Öz, s. 222; Eren, s. 489; İnceoğlu, s. 105.

İç temsil yetkisinin açık veya örtülü olarak verilmesi mümkündür²⁶⁴. Öyle ki temsilci, güven teorisi çerçevesinde temsil olunanın kanaat verici davranışlarından onun kendisine örtülü olarak temsil yetkisi verdiği sonucunu çıkarabilir²⁶⁵. Karşı taraf temsil olunanın davranışlarına güven ilkesine göre verdiği anlamı esas alarak kendisine temsil yetkisi verildiği sonucuna ulaşmışsa, temsil olunanın temsil yetkisi vermek şeklinde bir niyeti olmasa dahi temsilci ile temsil olunan arasında bir temsil ilişkisinin varlığı kabul edilir. Bu gibi hallerde öğretideki hakim görüş, temsil olunanın irade beyanlarının yorumlanmasında güven teorisinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir²⁶⁶. Oğuzman/Öz'e göre ise, temsil olunanın birtakım davranışlarının güven teorisi uyarınca temsil yetkisinin verilmiş olması şeklinde bir sonuç doğurması, yalnızca işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi açısından geçerli olmalıdır. Dolayısıyla temsilcinin kendisine yetki verildiğine inanmakta haklı olması yetki olmaksızın yapılan işlemi geçerli hale getirmeyecektir²⁶⁷. İncoğlu ise, yetkisiz temsilcinin de kusursuz sorumluluğu gündeme gelebileceğinden temsilcinin de güvenin korunması gerektiğini belirtmektedir²⁶⁸. Ancak bunun üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığı hallerde isabetli olmayan sonuçlar doğurma ihtimalinin bulunduğunu da eklemektedir. Zira bu tip durumlarda yetkinin söz konusu olup olmadığının güven teorisi ışığında temsilcinin bakış açısına göre belirlenmesi kötü niyetli üçüncü kişinin korunması sonucunu doğurmaktadır. Bu sorunun çözümü için de iki yöntem önermektedir. İlk yöntem, temsil olunanın temsil yetkisini iptal etmesi ve üçüncü kişiyle yapılmış olan işlemin yetkisiz temsil hükümlerine tabi olmasının sağlanmasıdır. Bu durumda üçüncü kişi iyi niyetli olmadığı için temsil olunanın BK m.26 (TBK m.35) uyarınca sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir. İkinci yöntem ise, temsil olunanın yetki verme iradesi olmadığını bilmesine rağmen temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin işlemin geçerli olduğunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yaptırımını kapsamında değerlendirilmesidir.

²⁶⁴ BeckOK BGB/SCHÄFER BGB § 167 N. 7; Koller, AT n. 18.17; Kramer/Probst, s. 182-183; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 636; Oğuzman/Öz, s. 221; Eren, s. 489; Esener, Temsil, s. 39; İncoğlu, s. 107.

²⁶⁵ Esener, Temsil, s. 39-40.

²⁶⁶ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 636; Esener, Temsil, s. 39-40; İncoğlu, s. 111.

²⁶⁷ Oğuzman/Öz, s. 222.

²⁶⁸ İncoğlu, s. 111-112.

Temsilciye temsil olunan tarafından belirli hukuki işlemleri yapmasını gerektiren bir pozisyon verilmişse, aksi belirtilmediği sürece verilen işin gerekli kıldığı temsil yetkisinin de örtülü olarak verilmiş sayılacağı kabul edilmektedir²⁶⁹.

İç temsil yetkisinin susma yolu ile de verilebileceği belirtilmektedir²⁷⁰. Buna göre, kendisine açıkça temsil yetkisi vermediği bir kişinin kendi adına hukuki işlem yaptığını bilen kişi, makul bir sebep bulunmamasına rağmen susması dolayısıyla o kişiye örtülü olarak temsil yetkisi vermiş kabul edilmektedir. Ancak susma kuralı olarak irade beyanı sayılmadığından bu görüşe temkinli yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda temsil olunanın susması, iç temsil yetkisinin verilmesi olarak yorumlanmasa dahi, dış temsil yetkisinin verilmesi şekillerinden biri olan katlanma temsili olarak yorumlanabileceği belirtilmektedir²⁷¹. Kanaatimizce de burada temsil olunanın temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin eylemleri karşısında sessiz kalmasının iç temsil yetkisinden ziyade -ileride detaylı olarak ele alınacak olan- katlanma temsili olarak kabul edilmesi daha yerindedir. Bu, özellikle temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin kendisine yetki verilmediğinin farkında olduğu durumlar açısından geçerlidir.

İç temsil yetkisi esas olarak temsil olunanın menfaatlerini korumaya hizmet etmektedir. Nitekim iç temsil yetkisinin kapsamı temsil olunanın irade beyanı esas alınarak belirlenmektedir²⁷². Dolayısıyla salt temsil yetkisine sahip olduğunu ileri süren bir kişinin beyanına dayanarak onunla hukuki işlem yapan üçüncü kişiler temsil yetkisinin bulunmamasının sonuçlarına katlanmak zorundadır. Buna karşı aşağıda görüleceği üzere dış temsil yetkisinin söz konusu olduğu hallerde iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması daha ön plandadır.²⁷³

²⁶⁹ MüKoBGB/Schubert BGB § 167 N.9; BeckOK BGB/Schafer BGB § 167 N. 7; Bu husus vekalet sözleşmesi açısından BK m.388/2 (TBK m. 504/2)'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsamaktadır. Bununla birlikte bu hükme dayalı olarak bir karinenin varlığının kabul edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. İnceoğlu, s. 108.

İsviçre yargı uygulamasında, bir kişiye teamüllere göre temsil yetkisi ile ilişkilendirilen bir pozisyonun verilmesi bir temsil yetkisi bildirimi olarak değerlendirilmektedir. Örneğin, bir garajda gece bekçisi olarak çalışmasına rağmen kendisini dış dünyaya orayı ticari olarak işletiyormuş gibi lanse eden bir kişinin, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı bir kira sözleşmesi yapma yetkisine sahip kabul edildiği görülmektedir. Karar ve örnek için bkz. Koller, AT N. 19.07.

²⁷⁰ Esener, Temsil, s. 40.

²⁷¹ İnceoğlu, s. 109.

²⁷² Koller, AT N. 18.09.

²⁷³ Esener, Temsil, s. 26; Ülgen, s. 107.

3. Dış Temsil Yetkisi

Dış temsil yetkisi, yukarıda da sözü edildiği üzere Alman hukuku ve İsviçre- Türk hukukunda esas olarak farklı anlama sahiptir²⁷⁴. § 167 BGB’ de temsil yetkisinin temsilciye veya kendisi ile işlem yapılacak olan üçüncü kişiye yöneltlen bir beyanla verilebileceği belirtilmektedir. Üçüncü kişilere yapılacak bildirim ve yetki belgesine ilişkin § 171 ve 172 BGB’nin değerlendirilmesi sonucunda dış temsil yetkisinin üç şekilde verilebileceği görülmektedir²⁷⁵. Bunlardan ilki, temsil olunan tarafından işlem yapılacak üçüncü kişiye açık bir irade beyanı ile temsil yetkisinin açıklanmasıdır. İkincisi, temsil olunan tarafından üçüncü kişilere yönelik bir ilan yapılmasıdır. Sonuncusu ise, temsil olunan tarafından temsilciye verilen yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesidir²⁷⁶.

Yetki belgesinin temsilci tarafından üçüncü kişilere ibraz edilmesi, temsil olunan tarafından temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesi hükmünde kabul edilmektedir²⁷⁷. Yetki belgesinin dış temsil yetkisine vücut verebilmesi için temsil olunan tarafından düzenlenmiş gerçek bir belge olması gereklidir²⁷⁸. Ayrıca yetki belgesinin aslının ibraz edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷⁹. Yetki belgesinin kopyasının ibraz edilmesi yeterli değildir. Öyle ki suretin ibraz edilmesi yalnızca önceden temsilciye temsil yetkisi verilmiş olduğunu gösterir. Bununla birlikte yetkinin halen bulunduğunu göstermez.

Yetki belgesinin üçüncü kişiye bir kez ibraz edilmesinin yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, üçüncü kişi ile yapılan her hukuki işlemde önce yetki belgesinin tekrar ibraz edilmesi gereklidir. Yetki belgesinin bir kez ibraz edilmiş olması yeterli değildir²⁸⁰. Ancak Alman hukukunda genel olarak bu görüşün yalnızca olması gereken hukuk açısından dikkate alınabileceği belirtilmektedir. Zira bu görüşe göre, yetki belgesinin ibraz edilmesinin temsil olunan tarafından temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesi niteliğinde kabul edilmesi

²⁷⁴ Bkz. A.1. a

²⁷⁵ Esener, Temsil, s. 42; İnceoğlu, s. 115; Oğuzman/Öz, s. 222; Eren, s.490.

²⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, tüm bu halleri açık irade beyanı başlığı altında değerlendirmektedir. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 640-641.

²⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 640; Eren, s. 490; Esener, Temsil, s. 42; İnceoğlu, s. 115.

²⁷⁸ İnceoğlu, s. 115-116.

²⁷⁹ Esener, Temsil, s. 43.

²⁸⁰ Hupka, Josef, Die Vollmacht, Leipzig 1900, s. 171 vd. (Esener, s. 43’ten naklen)

karşısında, tıpkı yetkinin bir kez bildirilmesi gibi yetki belgesinin de bir kez ibraz edilmesi yeterli olmalıdır. Yetki belgesinin tek bir kez gösterilmesinin yeterli olması, temsil olunan için bir tehlike de oluşturmamaktadır. Öyle ki temsil olunan yetki belgesini geri isteyerek üçüncü kişiler için sağlanan korumayı ortadan kaldırma imkanına sahiptir²⁸¹. Bu görüş ilk başta temsil yetkisi bildiriminin yetki belgesinin ibrazı ile aynı işleve sahip olmasına yapılan vurgu bakımından doğru görünmektedir. Bununla birlikte yetki belgesinin bir kez ibrazının yeterli sayılması olasılığında daha önce yetki belgesinin ibraz edildiği üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan yetki belgesinin her işlemten önce ibraz edilmesinin aranması yerinde olabilir.

İsviçre-Türk hukukunda öğretideki hakim görüş tarafından temsil yetkisinin yalnızca temsilciye yönelik bir irade beyanı ile verilebileceği kabul edildiğinden temsil yetkisinin üçüncü kişiye yönelik bir beyanla verilmesi imkanı söz konusu değildir. Buna bağlı olarak da dış temsil yetkisi terimi yukarıda da belirtildiği üzere Alman hukukunda olduğundan farklı bir anlam ve niteliğe sahiptir. Gerçekten de İsviçre-Türk hukukunda dış temsil yetkisi kavramı esasen TBK m. 41/II anlamında üçüncü kişiye yapılan bildirimi karşılamaktadır²⁸². Ayrıca Alman hukukunda üçüncü kişiye yapılan bu beyan, hukuki işlem niteliği taşımakta iken, İsviçre-Türk hukukunda hukuki işlem niteliğine sahip olmadığı kabul edilmektedir²⁸³. Bununla birlikte üçüncü kişiye yapılan bu beyan, TBK m.41/II kapsamında üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasına yol açan bir güven olgusu yaratmaktadır. Üçüncü kişilerin kendilerine yapılan bildirim dolayısıyla korunmaları için birtakım şartlar aranmaktadır. İlk olarak temsil yetkisinin temsil olunan tarafından üçüncü kişiye/kişilere bildirilmesi gereklidir. (1) Bu bildirim yukarıda Alman hukuku açısından belirtildiği üzere açık irade beyanı, telgraf veya haberci gönderme yahut ilan vs. gibi yollarla gerçekleştirilebilir. Yine İsviçre-Türk hukukunda da temsilci tarafından yetki belgesinin ibrazı halinde dış temsil yetkisinin varlığı kabul edilmektedir²⁸⁴. Yetki belgesinin bir kez ibraz edilmesinin yeterli olup olmadığı konusunda ise, bir görüş, yetki belgesi temsil olunana iade edilmedikçe veya hükümsüzlüğü beyan edilmedikçe temsil yetkisinin devam edeceğine ilişkin BGB § 172'deki düzenlemenin bir benzerinin Borçlar Kanunu'nda yer almadığını ve dolayısıyla bir kez ibrazın İsviçre-Türk

²⁸¹ Esener, Temsil, s. 44, dn. 103'te yer alan yazarlar.

²⁸² Bucher, s. 548; Koller, s. 66.

²⁸³ Koller, AT N. 18.19; Koller, s. 67; Schwenger, N. 42.04; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 643-644; Esener, Temsil, s.46; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 381.

²⁸⁴ Esener, Temsil, s. 46, dn. 109' da yer alan yazarlar.

hukukunda yeterli olmayacağını dile getirmektedir²⁸⁵. Diğer bir görüş ise, BK m.34/III (TBK m. 42/III) karşısında yetki belgesinin üçüncü kişiyle yapılan her işlemde ibraz edilmesinin kabulünün zor olduğunu belirtmektedir²⁸⁶. Zira bu hüküm temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse, geri alındığının da bildirilmesi gerektiğini aksi takdirde geri almanın iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini düzenlenmektedir. Dolayısıyla da yetki belgesi bir kez ibraz edildikten sonra, aradan uzun zaman geçmiş olması gibi artık yetkinin bulunmadığına ilişkin şüphe uyandıracak olgular söz konusu olmadığı sürece, yetki belgesinin her bir işlemde tekrar ibraz edilmesine gerek bulunmamaktadır. Kanaatimizce de TBK m. 42/III hükmü dikkate alındığında yetki belgesinin bir kez ibraz edilmesi yeterli sayılmalıdır. İşlem hayatının işleyişi açısından da bu daha yerindedir. Şayet temsil olunan TBK m.42/III’teki sonuçla karşılaşmak istemiyor ise, bu durumda yetki belgesinin geri alındığını üçüncü kişilere bildirmelidir. Üçüncü kişiye doğrudan bildirim, ilan, yetki belgesinin ibrazı gibi haller dışında, dış temsil yetkisinin yani diğer bir deyişle temsil yetkisine ilişkin bildirimin, temsil olunanın üçüncü kişiler nezdinde bir hukuki görünüş yaratan davranışları sonucunda ortaya çıkması da ihtimal dahilindedir²⁸⁷.

Üçüncü kişilerin yapılan bildirim dolayısıyla korunması için gerekli ikinci şart, üçüncü kişinin iyi niyetli olmasıdır²⁸⁸. (2) Üçüncü kişinin temsil olunanın beyanını güven teorisi çerçevesinde temsil yetkisinin verilmiş olduğu şeklinde değerlendirmesi mümkünse, o bu beyana güvenebilmelidir. Dolayısıyla gerçekte temsil yetkisinin verilmediği hallerde dahi eğer üçüncü kişilere temsil yetkisinin verildiği beyan edilmişse, yetkinin bulunmadığını bilmeyen üçüncü kişilerin iyi niyeti korunur. Burada BK m. 33/2 (TBK 41/2)’nin temsil yetkisinin varlığı konusunda kıyasen uygulanmasının söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bunun sonucunda sanki temsil yetkisi verilmiş gibi muamele edilir. Ancak bunun için üçüncü

²⁸⁵ Esener, Temsil, s. 47.

²⁸⁶ İncoğlu, s. 116-117.

²⁸⁷ Zikos, s. 35; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 173; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 641; Eren, s. 491.

Temsil olunanın bu davranışlarının dış temsil yetkisi ile bağlantısı irade emareleri kavramı aracılığıyla sağlanmaktadır. İrade emareleri kavramı ile asıl amacı irade açıklaması olmayan ancak irade çıkarımında bulunulmasına imkan veren davranışlar kastedilmektedir. Bu kapsamda temsil olunanın irade emaresi niteliği taşıyan davranışlarından da temsil yetkisinin mevcut olduğu sonucuna ulaşılması mümkündür. Burada temsil olunanın davranışları dolayısıyla üçüncü kişiler karşısında temsil yetkisinin varlığına ilişkin bir görünüşün yaratılması söz konusudur ve üçüncü kişilerde bu görünüşe dayalı olarak uyandırılan güven korunmaktadır. İrade emareleri kapsamında temsil yetkisinin varlığının kabul edildiği bu haller görünüş ve katlanma temsili olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Aşağıda bu iki temsil türü incelenecektir. Bkz. İkinci Bölüm, I. 3. A, b. Esener, Temsil, s. 49 vd.; İncoğlu, s. 117.

²⁸⁸ Koller, s. 63.

kişinin TMK m.3/II gereği kendinden beklenen özeni göstermiş olması gereklidir. Bununla birlikte bu, üçüncü kişinin ayrıca bir araştırma ve öğrenme yükümlülüğünün bulunduğu anlamını taşımamaktadır²⁸⁹. Öyle ki temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesi onu araştırma yükümlülüğünden muaf kılmakta ve kendisine bildirilen yetkiye dayanmasına imkan vermektedir. Bu noktada üçüncü kişiden beklenen yalnızca kendinden beklenen özeni göstermesi ve bu bağlamda şüpheli olgular söz konusu ise bunları dikkate almasıdır²⁹⁰. Üçüncü kişinin korunmasına ilişkin son şart ise, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasına ilişkin bir hükmün varlığıdır. (3) Bu noktada BK m. 33/II (TBK m. 41/II) hükmü öğreti tarafından geniş şekilde yorumlanmakta ve hükmün yalnızca temsil yetkisinin kapsamı açısından değil, aynı zamanda yetkinin varlığı açısından da uygulanacağı kabul edilmektedir²⁹¹. Böylelikle söz konusu hüküm yetkinin varlığı açısından da iyi niyetin korunmasının dayanağını oluşturmaktadır.

B. Temsile İlişkin Hükümlerin Hukuki Görünüş Sorumluluğu Bağlamında Değerlendirilmesi

Temsil işleminin gerçekleştirildiği sırada temsilci temsil yetkisine sahip değilse, söz konusu işlem temsil olunan açısından hukuken bağlayıcı olmaz. Temsilcinin temsil yetkisine sahip olmaması farklı nedenlerden kaynaklanabilir. İlk olarak yetkilendirme baştan itibaren geçersiz olabilir. Başlangıçta geçerli bir yetkilendirme söz konusu olmakla birlikte yetkilendirmenin daha sonra iptal edilmiş olması veya temsil yetkisinin geri alınmış olması da mümkündür. Bunlar dışında gerçekleştirilen temsil işleminin temsil yetkisinin kapsamında yer almaması da bir diğer olasılıktır. Bununla birlikte işlemin karşı tarafının temsilcinin temsil yetkisine sahip olup olmadığını tespit etmesi genellikle oldukça zordur. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, temsil yetkisinin varlığına güvenen karşı tarafa, temsil yetkisi olmayan temsilciye karşı talepte bulunma imkanı tanımak suretiyle koruma sağlamaktadır. Esasen yetkisiz olarak işlem yapmanın rizikosunu kural olarak temsilci taşımaktadır. Kural bu olmakla birlikte, temsil olunan, kendisine isnat edilebilir bir şekilde iyi niyetli üçüncü kişilere karşı temsil yetkisine ilişkin bir hukuki görünüş yaratmışsa, temsil olunanın geçerli bir temsil yetkisi vermiş gibi değerlendirilmesi ihtimali gündeme

²⁸⁹ Esener, Temsil, s. 47 vd.

²⁹⁰ Esener, Temsil, s. 48.

²⁹¹ BK-Zäch/Künzler, Art. 33 N 139; Koller, s. 61-62; Esener, Temsil, s. 49; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 639; Eren, s. 491.

gelmektedir²⁹². Bu tür durumlarda hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisinden söz edilmektedir. Hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisi durumlarının bir kısmı kanunda düzenlenmiştir. Bir kısmı ise kanunda düzenlenmemiş olup yargı kararları ile geliştirilmiştir. Yargı kararları ile gelişmiş olan hukuki görünüş temsili durumlarına geçmeden önce aşağıda öncelikle kanunda düzenlenmiş olan hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisi durumları incelenecektir.

1. Alman Hukuku

Temsil yetkisi geri alınmış veya temsil olunan ve temsilci arasındaki temel ilişki sona ermişse, § 168/I BGB' ye göre yetkinin salt iç yetki olarak verilmesinden, iç yetkinin verildiğinin bildirilmesinden veya dış temsil yetkisinin verilmiş olmasından bağımsız olarak temsil yetkisi sona erer. § 170-173 BGB hükümleri de bunu değiştirmez. Bununla birlikte bu hükümlere dayalı olarak temsil olunan tarafından yol açılan hukuki görünüş dolayısıyla temsil yetkisinin mevcut olduğuna inanabilecek iyi niyetli üçüncü kişinin buna ilişkin güveni korunur²⁹³. Hakim hukuki görünüş teorisine göre, § 170-173 BGB temsil yetkisinin çoktan sona erdiği ancak hukuki görünüş temsili söz konusu olduğu halleri kapsamaktadır²⁹⁴. Bu hükümlerin aynı zamanda karakteristik hukuki görünüş olgularını teşkil ettiği ifade edilmektedir²⁹⁵. Hukuki işlem teorisi taraftarlarına göre ise, temsil yetkisi, § 170-173 BGB

²⁹² Her ne kadar dikkatli bir üçüncü kişinin her işlem sırasında temsilcinin temsil yetkisini kontrol etmesi gerektiği söylenebilecekse de bu işlem hayatının işlerliği açısından makul görünmemektedir. Ayrıca işlem yapacak kişilerin böyle bir kontrol yükü altında olması temsilciye başvurma avantajlarını da büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Faust, Florian, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Baden-Baden 2018, s. 248. Aynı yönde bkz. Huguenin, N. 1051.

²⁹³ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 1.

²⁹⁴ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 2 vd. ve BGB § 167, N. 94; Soergel/Leptien BGB § 170 N. 2; Canaris, s. 32 vd.; Faust, s. 250; Armbruster, Christian, Examinatorium BGB AT Über 700 Prüfungsfragen und 3 Übungsfälle 3. Auflage, Berlin 2018, N.595

§ 170 vd. BGB hükümlerinin yalnızca iradi temsil açısından uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda yasal temsil durumunda temsil olunan hukuki görünüş meydana getiremeyeceğinden veya bu tür bir görünüş ona isnat edilemeyeceğinden § 170 vd. BGB hükümleri uygulama alanı bulmaz. Organ temsili açısından da § 170-173 BGB'nin gerek doğrudan gerek kıyasen uygulama alanı bulmayacağı belirtilmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 4.

²⁹⁵ Canaris, s. 32 vd.; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N. 2; Soergel/Leptien BGB § 170, N. 1; Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020, § 50 N. 62. Hukuki görünüş temsili söz edilen bu hallerde gerçekte temsil yetkisi mevcut olmayıp yalnızca "iyi niyetli üçüncü kişinin korunmasının yansıma etkisi söz konusudur. Wellspacher, Vertrauen, s. 87.

BGB §§ 170, 171/ II, 172/ II hükümleri, üçüncü kişiyi, dış temsil yetkisi veya yetki bildiriminin, temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkiye dayalı olarak, üçüncü kişi bu konuda bilgilendirilmeden sona ermesi tehlikesine karşı korumaktadır. Prensip olarak, hukuki görünüş örtüsü gerçeğin üzerinde durduğu ve temsil olunan

arasında öngörülen şekillerde ortadan kaldırılıncaya kadar hukuki işlemle verilmiş bir temsil yetkisi olarak varlığını sürdürür ve hukuki görünüş söz konusu olmaz²⁹⁶.

Sözü edilen bu düzenlemeler temsil olunanın bir temsil yetkisi vermesi veya verme girişiminin olması ile karakterizedir. Bu, söz konusu hükümleri yargı kararlarıyla gelişmiş olan ve ileride incelenecek olan görünüş ve katlanma temsiline ayıran temel noktayı oluşturmaktadır²⁹⁷.

a. Temsil Yetkisinin Geçerlilik Süresi (§ 170 BGB)

§ 170 BGB' ye göre, temsil yetkisi, üçüncü bir kişiye yönelik beyan ile verilmişse²⁹⁸, temsil olunan sona ermeyi kendisine bildirinceye kadar temsil yetkisi varlığını sürdürür²⁹⁹. Burada kendisine beyan edilen temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeyen üçüncü kişinin

tarafından kendisine yapılan bir bildirimle kaldırılmadığı sürece, üçüncü kişinin hukuki gerçeğin değiştiği konusunda endişelenmesine gerek yoktur. Bu bağlamda temsil yetkisinin devam ettiğine dair hukuki görünüş ile temsil olunanın davranışı arasındaki objektif bağlantı genel olarak temsil olunanın ihmalinden, yani bildirimde bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Kindl, s. 21.

²⁹⁶ Flume, BGB AT II § 49 2a, c, s. 825 vd. ve § 51 9, s. 856 vd.

Ancak BGB § 168/I' deki düzenlemenin aksi yönde olduğu belirtilmektedir. Zira burada açıkça temsil yetkisinin temsil olunan ve temsilci arasındaki iç olaylar yani temel ilişkinin sona ermesi dolayısıyla da ortadan kalkabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca temsil yetkisi BGB § 168/II uyarınca basit bir geri alma dolayısıyla da sona ermektedir. MüKoBGB/Schubert BGB § 170 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 2. Bunun dışında BGB §§ 170, 171/2, 172/2 durumlarında, temsil yetkisi varsayımının BGB § 173 ile uyumlu olmadığı da belirtilmektedir. Faust, s. 250. Aynı yönde bkz. Kindl, s. 11. Zira temsilci gerçekten yetkili olsaydı, üçüncü tarafın temsil yetkisinin sona erdiğini bilip bilmediği veya bilmesi gerekip gerekmediği sorusu anlamsız olurdu. Tüm bunlarla birlikte pratikte her iki durumda da aynı sonucun ortaya çıktığına işaret edilmektedir. Armbruster, N.595. Buna ilişkin değerlendirme için bkz. Kindl, s. 12.

²⁹⁷ MüKoBGB/Schubert BGB § 170 N. 1.

²⁹⁸ Üçüncü kişiye yönelik olarak temsil yetkisinin verilmesinin aynı zamanda üçüncü kişinin temsilciye temsil yetkisinin verilmiş olduğu konusunda bilgilendirilmesi anlamına geldiği belirtilmektedir. Faust, s. 250.

²⁹⁹ Hükmün “sona ermenin bildirilmesine kadar sona ermiş temsil yetkisinin varlığını sürdüreceğine” ilişkin ifadesinin doğru olmadığı ifade edilmektedir. Bunun yerine “Sona eren hukuki işlemle verilen temsil yetkisinin yerini burada temsil yetkisinin devam ettiğine ilişkin hukuki görünüş sebebiyle aynı kapsamda yasal bir temsil yetkisi alır.” ifadesi önerilmektedir. Neuner, BGB AT § 50 N.63. Kanaatimizce de hukuki görünüşe dayalı bir temsil yetkisinin varlığı esas alındığında bu öneri oldukça isabetli görünmektedir.

Benzer şekilde temsil yetkisinin, bildirimin yapılmasından bağımsız olarak sona erdiği ve sona eren temsil yetkisinin de artık geçerli olamayacağı ifade edilmekte ve hükmün formülasyonunun hatalı olduğu belirtilmektedir. Soergel/Leptien BGB § 170 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 7.

Bir diğer görüşe göre ise, hukuki görünüş temsili kanun metni açısından gerçek bir temsil yetkisidir. Staudinger/Schilken, 2019, N. 9.

korunması amaçlanmaktadır³⁰⁰. Zira dış temsil yetkisinin verilmesine dayalı olarak işlemin karşı tarafı, temsil olunanın temsil yetkisini geri almasını veya en azından temsil yetkisinin sona erdiğine ilişkin bildirimde bulunmasını bekleyebilir³⁰¹.

i. *Hukuki Görünüş Olgusu*

aa. *Geçerli Olarak Verilmiş Dış Temsil Yetkisinin Varlığı*

§ 170 BGB yalnızca temsil olunanın dış temsil yetkisi vermiş olduğu durumlarda uygulanabilir niteliktedir³⁰². Öte yandan dış temsile ilişkin beyan üçüncü kişiye ulaşmış ancak temsil işleminin yapılması anında bu kişi tarafından henüz öğrenilmemişse, üçüncü kişi korumadan yararlanamaz³⁰³. Ayrıca temsil yetkisinin verilmesi hukuken geçerli olmalıdır³⁰⁴. İptal sonucu geriye etkili olarak hükümsüz hale gelen temsil yetkisi de dahil olmak üzere, geçersiz olarak verilen temsil yetkisi hakkında § 170 BGB hükmünün ne doğrudan ne de kıyasen uygulanması mümkün değildir³⁰⁵. Zira § 170 BGB, § 171 ve 172 BGB’ den farklı olarak baştan itibaren temsil yetkisinin mevcut olmadığı durumlara ilişkin olmayıp yalnızca sona erme durumlarıyla ilişkilidir³⁰⁶. Diğer bir ifadeyle § 170 BGB’ de § 171 ve 172 BGB’

³⁰⁰ Neuner, BGB AT § 50 N.63; Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 46. Aufl., München 2022, s. 169.

³⁰¹ Köhler, BGB AT, s. 169.

³⁰² MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 6,7; Soergel/Leptien BGB § 170 N. 2; Staudinger/Schilken, BGB § 170, N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 3; Neuner, BGB AT § 50 N.63. Bu, hükmün yetkinin üçüncü kişiye beyan yoluyla verileceğini belirten lafzından çıkarılmaktadır. BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 3.

³⁰³ Staudinger/Schilken, 2019, BGB § 170 N. 2; MüKoBGB/Schubert BGB § 170 N. 6. Bu, -ispatı zor olsa da- üçüncü kişinin sadece temsilcinin sözüne güvendiği ve dış temsil yetkisinin onun kararı açısından herhangi bir önem taşımadığı durumla eş tutulabilir. Neuner, BGB AT § 50 N. 67. İlk durumda işlemin karşı tarafı güven olgusunu hiç bilmemekten, ikinci durumda güven ve tasarruf arasında gerekli nedensellik bağı mevcut değildir. Canaris, s. 514; Neuner, BGB AT § 50 N. 67.

³⁰⁴ Faust, s. 251. Temsil yetkisi geçerli olarak verilmemişse, bu durumda görünüş veya katlanma temsiline uygulama alanı bulması söz konusu olabilir. Neuner, BGB AT § 50 N. 63, dn. 120.

³⁰⁵ Soergel/Leptien BGB § 170 N.4; MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 7; Staudinger/Schilken, BGB § 170 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 3; Faust, s. 251. Bir görüş ise geçersizlik sebebine bağlı olarak ayrım yapmaktadır. Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N. 2.

³⁰⁶ Faust, s. 251.

nin aksine yalnızca temsil yetkisinin devam ettiğine ilişkin iyi niyet korunmaktadır³⁰⁷, yoksa temsil yetkisinin kendisine ilişkin iyi niyet değil³⁰⁸.

bb. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi ve Sona Erme Bildirimi

§ 170 BGB' ye göre güvenin korunması, yalnızca dış temsil yetkisi üçüncü kişinin bilgisi olmaksızın sona erdiğinde gündeme gelmektedir³⁰⁹. Temsil yetkisi sona erene kadar § 170 BGB uygulama alanı bulmaz. Temsil yetkisinin sona ermesi üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleşmemiş veya eş zamanlı olarak ona bildirilmemişse, artık bu durumda hukuki görünüş temsili ortaya çıkar³¹⁰. Temsil yetkisinin sona ermesi, genellikle süreli olarak verilen temsil yetkisinde sürenin dolması, geri alma veya temel ilişkinin sona ermesi şeklinde gerçekleşmektedir³¹¹. § 170 BGB' nin ilanen bildirilerek verilen ve henüz aynı şekilde geri alınmamış dış temsil yetkisi açısından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Temsil olunanın mevcut bir dış temsil yetkisini sadece kapsamı bakımından sınırlaması halinde de aynı ilkeler geçerlidir³¹². Zira temsil yetkisinin kapsamının sınırlandırılması aslında yetkinin kısmen sona ermesinden başka bir şey değildir.

Üçüncü kişi sona erme ona temsil olunan tarafından bildirilinceye veya diğer bir şekilde öğreninceye kadar temsil yetkisinin varlığını sürdürdüğüne güvenilebilir³¹³. Sona ermenin bildirilmesi, dış temsil yetkisinin varlığını sürdürdüğüne ilişkin güvenin korunmasını ve

³⁰⁷ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N. 1.

³⁰⁸ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 7.

³⁰⁹ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 9; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 4. BGB § 170 iflas durumunda uygulanmaz. § 117 InsO' ya göre iflas davasının açılması ile birlikte borçlunun tüm temsil yetkileri sona erer. Malvarlığının yönetim ve tasarruf hakkı iflas idaresindedir (*Insolvenzverwalter*). MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 8.

³¹⁰ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 11; Faust, s. 251.

³¹¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 9.

³¹² MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 10; Staudinger/Schilken, BGB § 170, N. 3; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N.4; Soergel/Leptien BGB § 170 N. 4; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 3.

³¹³ Neuner, BGB AT § 50 N.65.

dolayısıyla hukuki görünüşü sona erdirir³¹⁴. Üçüncü kişi ona sona ermeye ilişkin bildirimin yapılmasıyla artık temsil olunan tarafından yol açılan güven olgusuna dayanamaz. Üçüncü kişiye yapılacak bu bildirimin hukuki işlem benzeri bir beyan niteliği taşıdığı ve irade beyanlarına ilişkin kuralların uygun düştüğü ölçüde bildirim için de uygulanacağı kabul edilmektedir³¹⁵. Bu bağlamda bildirimi yapan fiil ehliyetine sahip olmalıdır³¹⁶. Ayrıca bildirim üçüncü kişiye ulaşmış olmalıdır. Fiilen öğrenmiş olma önemli değildir³¹⁷. Bildirimin § 119 BGB vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucunda iptal edilebileceği kabul edilmektedir³¹⁸.

Temsil olunanın sona ermeyi bildirmeye ilişkin bir yükümlülüğünün ise bulunmadığı belirtilmektedir. Buna göre bildirimin yapılmaması temsil olunan için hukuken bir dezavantaj yarattığından burada yalnızca bir külfet söz konusudur. Öyle ki esas olarak bildirim yapmama zararın tazmini yükümlülüğüne neden olmaz³¹⁹.

ii. *İsnat Edilebilirlik*

§ 170 BGB kapsamında hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilebilmesinin temelini, temsil olunanın dış temsil yetkisi vermiş olması oluşturmaktadır³²⁰. § 170 BGB' nin uygulama alanı bulması için verilen temsil yetkisinin geçerli olması gerektiğinden aynı zamanda temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir.

iii. *Nedensellik Bağı*

³¹⁴ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 8; Faust, s. 252.

³¹⁵ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N. 3; Soergel/Leptien BGB § 170 N. 3; Staudinger/Schilken, BGB § 170, N. 7; MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 9; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 8; Neuner BGB AT § 50 N.64; Köhler, BGB AT, s. 169. Aksi görüş için bkz. Flume, BGB AT II § 51, 9 (Neuner BGB AT § 50 N.64 'ten naklen) Flume, bildirimi, bir dış geri alma olarak görmektedir.

³¹⁶ Staudinger/Schilken, BGB § 170, N. 7; MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 11; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 9.

³¹⁷ MüKoBGB/Schubert N. 11; Soergel/Leptien BGB § 170 N. 3; Staudinger/Schilken, BGB § 170, N. 7; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 10; Faust, s. 252.

³¹⁸ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 11; BeckOK BGB/Schäfer N. 9; Soergel/Leptien BGB § 170 N. 3; Staudinger/Schilken, 2019, N. 7; Neuner BGB AT § 50 N. 64.

³¹⁹ Soergel/Leptien BGB § 170 N. 3; Staudinger/Schilken, BGB § 170, N. 8; MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 12; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 9.

³²⁰ Faust, s. 252. Öyle ki temsil olunanın temsil yetkisinin sona erdiğini bildirme konusunda herhangi bir kusuru, ihmali olmasa dahi hükümde öngörülen sonuçlar doğmaktadır. Burada önemli olan bir kez temsil yetkisine vücut verilmiş olmasıdır. Kindl, s. 30 vd.

Hukuki görünüşün sonuç doğurabilmesi için gerekli koşullardan biri de hukuki görünüşe güven ve güvene dayalı olarak gerçekleştirilen bir tasarrufun varlığı yani nedensellik bağıdır³²¹. Bununla birlikte § 170 BGB' nin lafzından, üçüncü kişinin hukuki görünüşe güvenerek bir tasarrufta bulunmuş olması gerektiği sonucu çıkarılamamaktadır. Ancak bu, § 170 BGB bağlamında nedenselliğin önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Zira nedensellik önemli olmasaydı, temsilci tarafından gerçekleştirilen hukuki işlem, temsil olunan tarafından yaratılan hukuki görünüş üçüncü kişinin durumunu etkilemediği takdirde de temsil olunana karşı etkiye sahip olurdu. Dolayısıyla nedensellik bağının mevcut olmadığı durumlarda, üçüncü kişinin korunmaya ihtiyacının bulunmadığı ve § 170 BGB' de yer alan korumanın kapsamında yer alan bir durumun söz konusu olmadığı söylenebilir. Buna bağlı olarak da § 170 BGB, temsil olunanın dış temsil yetkisi vererek yarattığı hukuki görünüşün üçüncü kişinin bir tasarrufuna neden olmadığı durumlarda, teleolojik bir daraltmaya dayalı olarak uygulama alanı bulmaz³²².

Nedensellik bağının kim tarafından ispatlanması gerektiği hususuna gelindiğinde, üçüncü kişinin, dış temsil yetkisinin verildiğini bildiğini ve tam da bu nedenle belirli bir şekilde tasarrufta bulunduğunu kanıtlamak zorunda kalması durumunda § 170 BGB' nin büyük ölçüde işlevini kaybedeceği ifade edilmektedir. Nitekim üçüncü kişi çoğu zaman bu kanıt sağlayamayacaktır. Bu nedenle nedensellik eksikliğine ilişkin ispat yükünün temsil olunana ait olması gerektiği belirtilmektedir³²³.

iv. Üçüncü Kişinin İyi Niyeti

§ 173 BGB uyarınca dış temsil yetkisinin devam ettiğine³²⁴ yalnızca iyi niyetli olunması halinde dayanılabilir³²⁵. Buna bağlı olarak üçüncü kişinin temsil yetkisinin sona

³²¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 13.

³²² Nedensellik bağı mevcut olmaksızın temsil işleminin gerçekleştirildiği örnekler için bkz. Faust, s. 252-253.

³²³ Faust, s. 254.

³²⁴ Dolayısıyla BGB § 170'te öngörülen korumadan da yalnızca kendisine dış temsil yetkisinin açıklandığı iyi niyetli karşı taraf yararlanabilir. Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N.3; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 5.

³²⁵ Temsil olunanın malvarlığı hakkında iflas davasının açılması durumunda, BGB 170'in şartları mevcut olmasına rağmen iyi niyetli üçüncü kişi korunmaz. BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 6.

erdiğini bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde, § 170 BGB’ de öngörülen koruma söz konusu olmaz³²⁶.

Hakim görüş, temsil yetkisi ile ilgili özenli bir muhatabın araştırma yapmasına neden olacak fark edilebilir şüpheli durumlar söz konusu ise, bilmenin gerekmesini ihmale dayanan bilmeme olarak anlamaktadır.³²⁷ Bu görüş taraftarlarına göre, işlemin karşı tarafının genel bir araştırma yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Zira bu takdirde § 170 BGB’ nin büyük ölçüde önemini yitireceği ifade edilmektedir³²⁸. Temsil olunan dış temsil yetkisini doğrudan üçüncü kişiye yönelik olarak geri aldığı takdirde de temsil olunan tarafından yaratılan bir hukuki görünüş söz konusu olmamakta ve bu nedenle üçüncü kişinin korunma ihtiyacı ortadan kalkmaktadır. Aynısı geri alma temsilciye yönelik olarak gerçekleştiğinde fakat bu üçüncü kişiye bildirildiğinde de geçerlidir³²⁹. Üçüncü kişinin iyi niyetli veya kötü niyetli olması açısından belirleyici an, § 173 BGB’ nin lafzına göre, “işlemin gerçekleştirildiği an” dır³³⁰.

v. *Hukuki Sonuçları*

§ 170 BGB kapsamında gerçekleşen hukuki görünüş temsili, etkisi bakımından gerçek bir temsil yetkisine eş değerdir³³¹. Dolayısıyla yukarıda hukuki görünüş için öngörülen şartların

³²⁶ Neuner, BGB AT § 50 N.65; Köhler, BGB AT, s. 169. Bu sebebe dayalı olarak temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması durumunda BGB § 170 uygulama alanı bulmaz. MüKoBGB/Schubert BGB § 170 N. 13.

³²⁷ Neuner, BGB AT § 50 N.65, dn. 126’ da yer alan yazarlar.

³²⁸ Faust, s. 254.

³²⁹ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 13; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 170, N. 5.

³³⁰ Buradan hareketle bazı yazarlar, sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu zamanın belirleyici olduğunu, dolayısıyla borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasında bir ayrım yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. (Soergel/Leptien, § 173 N. 3; Wolf/Neuner, § 50 N. 66.) Ancak bunun § 164 BGB uyarınca, temsilin, sözleşmenin yapılmasına değil, irade beyanına atıfta bulunması ile uyumlu olmadığı belirtilmektedir. (MüKoBGB/Schubert, § 173 N. 7; Staudinger/Schilken, § 173 N. 8; Faust, s. 254). Bu nedenle bu görüşe göre, aktif temsil durumunda irade beyanının üçüncü kişiye ulaştığı zaman belirleyici olmalıdır. Zira o tarihte kötü niyetle hareket eden bir üçüncü kişi, beyanın temsil olunana karşı geçerli olduğu gerçeğine asla güvenemezken, o tarihte iyi niyetle hareket eden bir üçüncü taraf bu etkiye güvenebilmelidir. Pasif temsilde ise, temsilciye ulaşma esas alınacağı belirtilmektedir (Faust, s. 254, dn. 30’ da yer alan yazarlar). Ancak bunun yerinde olmadığı, temsilciye yapılan beyanın esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir. (Faust, s. 254-255). Zira üçüncü kişi, temsil yetkisine haklı bir şekilde güvenerek temsilciye yaptığı irade beyanının, temsil olunana karşı etkili olacağı gerçeğine güvenebilmelidir. Beyanın yapılması ile varması arasında iyi niyetin ortadan kalkması halinde, beyanını temsil olunana yeniden yapması gerekecektir. Süre sınırlamasına tabi beyanlar söz konusu olduğunda, bu durum söz konusu hukuki işlemin gerçekleştirilmesini imkansız hale getirebilecektir.

³³¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 14.

mevcut olması halinde, temsilci, § 164 BGB anlamında temsil yetkisi ile hareket etmiş olur³³². Buna bağlı olarak temsil olunan bu hukuki işlemten doğan hak ve borçlarla bağlı olur³³³.

vi. *İspat Yükü*

Dış temsil yetkisinden kaynaklanan hukuki görünüşe dayanmak isteyen üçüncü kişi, temsil yetkisinin geçerli olarak verilmiş olduğunu diğer bir deyişle hukuki görünüşü ortaya koymak ve ispatlamak zorundadır. Temsil olunan ise, üçüncü kişiye yapılmış geçerli bir sona erme bildiriminin varlığını veya üçüncü kişinin kötü niyetini ortaya koymak ve ispatlamakla yükümlüdür³³⁴.

b. Temsil Yetkisinin Bildirilmesi Durumunda Temsil Yetkisinin Geçerlilik Süresi (§ 171 BGB)

§ 171/I BGB' ye göre, bir kimse, bir kişiye temsil yetkisi verdiğini özel bir bildirimle üçüncü kişiye veya ilan yoluyla üçüncü kişilere bildirmişse, bu kişi, bildirim dolayısıyla ilk durumda üçüncü kişiye karşı, ikinci durumda ise herhangi bir üçüncü kişiye karşı temsil yetkisine sahip olur. § 171/II BGB' ye göre ise, temsil yetkisi, bildirimin yapıldığı şekilde geri alınmasına kadar mevcut kabul edilir.

i. *Hükümün İçeriği ve Amacı*

İç temsil yetkisinin verilmesi halinde sadece yetkilendirme yapılmış olur. Ancak § 170 BGB' de düzenlenen dış temsil yetkisinden farklı olarak herhangi bir güven olgusu söz konusu olmaz. Temsil yetkisi temsil işleminin yapıldığı anda artık mevcut değilse, işlemin karşı tarafı, temsil olunana karşı temsil yetkisine inanmış olduğuna dayanamaz. Zira kanunda temsil olunanın iç temsil yetkisinin sona erdiğini bildirmesi öngörülmemiştir. Bu durumda

³³² Staudinger/Schilken, 2019, N. 9; MüKoBGB/Schubert BGB § 170, N. 14; Neuner, BGB AT § 50 N. 68. Hukuki işlem teorisi taraftarlarına göre ise, bu durumda yukarıda da belirtildiği üzere dış temsil yetkisi üçüncü kişiye karşı temsil yetkisinin geri alınması veya sona erme bildiriminin yapılması yoluyla ortadan kaldırılana kadar varlığını devam ettirir. Bkz. 3, a).

³³³ Bazı yazarlar tarafından bu durumda üçüncü kişiye gerçek hukuki duruma mı dayanacağı yoksa BGB § 179 uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna mı gideceği konusunda seçim hakkı tanınması gerektiği belirtilmektedir. Neuner, BGB AT § 50 N. 68 ve dn. 135'te yer alan yazarlar.

³³⁴ Staudinger/Schilken, 2019, N. 10; MüKoBGB/Schubert BGB § 170 N. 16.

temsil olunan açısından sadece yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna gitme veya şartları mevcutsa görünüş veya katlanma temsiline dayalı olarak güvenin korunmasını talep etme imkanı bulunmaktadır.³³⁵ Bununla birlikte temsil olunan vermiş olduğu iç temsil yetkisini dışarıya bildirirse, § 171 BGB' ye göre, § 170 BGB' deki karşılık gelen bir güven olgusu oluşturmuş olur. Böylelikle temsil olunan bildirimin iyi niyetli muhatabında temsil yetkisinin varlığına ilişkin bir güven uyandırmış olmaktadır. Bu durumda temsil olunanın yaratmış olduğu hukuki görünüşten kaynaklanan bir sorumluluğu gündeme gelmektedir³³⁶.

§ 171 BGB' nin uygulanması için § 170 BGB' den farklı olarak geçerli olarak temsil yetkisi verilmesi şart değildir. İç temsil yetkisinin verilmesi iptal veya bir başka sebebe dayalı olarak geçersiz hale gelirse, temsil yetkisi hiç verilmemişse ya da bildirimden önce sınırlandırılmışsa yahut sona ermişse, bildirim hukuki görünüş sorumluluğuna yol açar³³⁷. Önemli olan tek şey, temsil olunanın dış görünüşe neden olması veya onun katkısıyla bu dış görünüşün ortaya çıkmasıdır³³⁸. Bu bakımdan § 171 BGB' nin uygulama alanı, § 170 BGB' nin uygulama alanından daha geniştir³³⁹. Bu farklılık, § 170 BGB' nin güven olgusunu üçüncü kişiye karşı temsil yetkisi verilmesi kurucu eylemine bağlamasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda temsil yetkisi verilmeden hukuki görünüş de oluşmaz. § 171 BGB' de ise hukuki görünüşün bağlantı noktası, temsil yetkisinin dışarıya bildirilmesidir³⁴⁰. Bu bildirim gerçekten geçerli bir temsil yetkisinin verilmiş olup olmamasından bağımsız olarak gerçekleşebilir. Geçerli bir temsil yetkisinin söz konusu olması halinde ise, § 171 BGB' de öngörülen korumaya ihtiyaç duyulmaz. Zira temsil yetkisine sahip temsilcinin temsil olunanı hukuken bağlayıcı işlemler yapması için hukuki görünüşe gerek yoktur. Bununla birlikte temsil yetkisinin kapsamının bildirimin kapsamından daha dar olduğu hallerde § 171 BGB' nin uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda bildirimin ortaya çıkardığı hukuki görünüş geçerli olur³⁴¹.

³³⁵ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N.1.

³³⁶ Soergel/Leptien § 171 N. 1; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 2.

³³⁷ Neuner, BGB AT § 50 N. 69; Faust, s. 255.

³³⁸ Staudinger/Schilken, § 171, N. 7; Soergel/Leptien § 171 N. 1; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 3.

³³⁹ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 3.

³⁴⁰ Staudinger/Schilken, § 171, N. 1; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 3; MüKoBGB/Schubert BGB § 171, N. 3.

³⁴¹ MüKoBGB/Schubert N. 14; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N. 2; Soergel/Leptien BGB § 171 N. 1; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 4.

ii. Bildirim

aa. Özel Bildirim

Bildirimden söz edilebilmesi için iradi ve belirli bir muhataba yönelik bir açıklama söz konusu olmalıdır³⁴². Bildirimin muhatabı işlemin yapılması sırasında bildiriminden haberdarsa, § 171 BGB' den doğan hukuki görünüş sorumluluğuna dayalı olarak temsil olunana karşı hak iddiasında bulunabileceği belirtilmektedir³⁴³. Tek başına bildirimin ulaşması ise yeterli görülmeyip bildirimin öğrenilmesi aranmaktadır. Bununla birlikte bildirim üçüncü kişiye ulaştığı hallerde karine olarak bildirimin öğrenildiği kabul edilmektedir³⁴⁴. Bildirimin işlemin yapılmasından sonra gerçekleştiği hallerde ise, § 171 BGB hiçbir şekilde uygulanmayacaktır³⁴⁵.

§ 171 BGB' de sözü edilen bildirimin hukuken nasıl sınıflandırılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüş bildirimin kendisini bir yetkilendirme ve dolayısıyla gerçek bir hukuki işleme ilişkin irade beyanı olarak görmektedir³⁴⁶. Ancak bu görüşün kurucu bir eylem olarak temsil yetkisinin verilmesini salt bilgi ile karıştırdığı belirtilmektedir³⁴⁷. Temsil yetkisi verdiğini bildiren kişi temsil yetkisi vermiş olmaz. Hakim görüşe göre ise, bildirim salt açıklayıcı nitelik taşıyan hukuki işlem benzeri bir fiildir³⁴⁸. Dolayısıyla irade beyanlarına ilişkin

³⁴² MüKoBGB/Schubert BGB § 171, N. 4; BeckOK BGB/Schäfer § 171 N. 7; Staudinger/Schilken, § 171, N. 3, 6.

³⁴³ MüKoBGB/Schubert § 171 N. 13; Soergel/Leptien § 171 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 5.

³⁴⁴ Soergel/Leptien § 171 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 5.

³⁴⁵ Soergel/Leptien BGB § 171 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 5.

³⁴⁶ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer BGB § 171 N. 1; Flume BGB AT II § 49, 2a.

³⁴⁷ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 6; Larenz, Karl/Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, s. 889.

Canaris de bu görüşü eleştirmektedir. Yazara göre, §§ 171 I, 172 I BGB yalnızca açıklayıcı beyanlarla ilişkilidir. Oysa bir hukuki işlem her zaman kurucu bir eylem niteliği taşımaktadır. Nitekim "*Bir başkasına yetki verdiğine dair*" ifadesinin kelime anlamı dahi bu konuda şüpheye yer bırakmamaktadır. Dolayısıyla, § 171 I BGB anlamında bildirim, hukuki bir sonucu kurucu olarak yürürlüğe koymaz. Aksine açıklayıcı olarak temsilci ile halihazırda gerçekleştirilmiş bir hukuki işleme atıfta bulunur. Bu bağlamda bu durumda söz konusu olan üçüncü kişiye dış temsil yetkisi verilmesi değil, zaten verilmiş olan iç temsil yetkisinin bildirilmesidir. Bu aynı zamanda § 171 I BGB' nin § 167 I BGB ile olan sistematik bağlantısından da kaynaklanmaktadır: § 167 I BGB zaten üçüncü kişiye karşı hukuki işleme dayalı olarak temsil yetkisinin verilmesini düzenlemektedir ve § 171 I BGB' nin aynı şeyi tekrar düzenlemesi anlamsız olurdu. Canaris, s. 32-33.

³⁴⁸ MüKoBGB/Schubert § 171 N. 2; Soergel/Leptien BGB § 171 N. 1, 4; Staudinger/Schilken, § 171, N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 6; Neuner, BGB AT § 50 N. 69, 70; Köhler, BGB AT, s. 169. Jacoby/von Hinden, bildirimin bir irade açıklaması niteliği taşımadığını, hukuki görünüş etkisi nedeniyle işlevsel olarak dış temsil yetkisine eşdeğer olan bir bilgi açıklaması niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Jacoby, Florian/ von Hinden, Michael, Studienkommentar BGB, 17. Aufl., München 2020, s. 77.

hükümler, özellikle de § 104 BGB, bildirim açısından da kıyasen uygulama alanı bulacaktır³⁴⁹. Bu nedenle bildirimin yapılması sırasında temsil olunan fiil ehliyetine sahip olmalıdır³⁵⁰. Bu bağlamda sınırlı ehliyetsizin yaptığı bildirim yasal temsilcinin onayını gerektirmektedir. Öyle ki burada ergin olmayanların korunması hukuki görünüş sorumluluğundan önce gelmektedir³⁵¹. Ancak sınırlı ehliyetsiz temsil yetkisi ile ilişkili işlemi kendi başına geçerli olarak yapabilecekse, yetki bildiriminin de geçerli olacağı belirtilmektedir³⁵².

Bildirimin yapılması herhangi bir şekil şartına tabi değildir³⁵³. Bununla birlikte üçüncü kişiye yönelik olarak bildirimin söz konusu olduğu durumda, üçüncü kişi bildirimden şüpheye yer vermeyecek şekilde yetkilendirmeyi ve temsilcinin kim olduğunu anlayabiliyorsa, bildirimin ancak bu takdirde güven olgusu meydana getireceği ifade edilmektedir³⁵⁴.

Bildirimin temsil olunan tarafından şahsen yapılması ise şart değildir. Bunun için temsil olunanın “temsil yetkisinin verildiği kişi dışındaki” başka bir temsilciye başvurabileceği belirtilmektedir³⁵⁵. Bu, § 172/I BGB’ den dolayı olarak çıkarılmaktadır. Zira § 172/I BGB’ de salt yetki belgesini ibraz ederek “temsilcinin” bir hukuki görünüş yaratması söz konusu iken, § 171/I BGB’ de “temsil olunan aracılığıyla yaratılan” bir hukuki görünüş düzenlenmektedir³⁵⁶. Başka bir temsilcinin yanı sıra bildirimin haberci aracılığıyla gerçekleştirilmesi de mümkündür. Haberci olarak temsilcinin görevlendirilmesi halinde ise, yazılı bir beyan bulunmalıdır. Sözlü beyanın iletilmesi §171 BGB için yeterli değildir³⁵⁷.

bb. İlan Yoluyla Bildirim

³⁴⁹ Soergel/Leptien BGB § 171 N. 4; Erman/Maier-Reimer/Finkenauen § 171, 1, 7; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 6; MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 7.

³⁵⁰ Soergel/Leptien BGB § 171 N. 4; Staudinger/Schilken, § 171, N. 5; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 6; MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 7; Neuner, BGB AT § 50 N. 70.

³⁵¹ Neuner, BGB AT § 50 N. 71.

³⁵² Soergel/Leptien BGB § 171 N. 4; MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 7; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 6; Staudinger/Schilken, 2019, N. 5.

³⁵³ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 6. Bildirim, davranışlar aracılığıyla da gerçekleşebilir. Soergel/Leptien BGB § 171 N. 3; MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 4; Staudinger/Schilken, § 171, N. 6; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 7; Canaris, s. 112.

³⁵⁴ Bu temsilcinin adı, adresi gibi kesin bilgileri ve yetkinin kapsamının bulunmasını gerektirir. Soergel/Leptien BGB § 171 N. 3; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 7. Ancak temsilciyi belirlemek için başka olgular da kullanılabilir. MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 4.

³⁵⁵ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 8; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 7.

³⁵⁶ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 8.

³⁵⁷ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 8.

Bildirimin belirsiz sayıda kişiye yönelik olarak yapılması söz konusu olduğunda bu farklı şekillerde gerçekleştirilebilir. Önemli olan çok sayıda kişi tarafından erişilebilir olmasıdır³⁵⁸. En pratik yol muhtemelen bir gazetede ilan verilmesidir. Bunun yanısıra el ilanı veya ilan asılması gibi yollara başvurulması da mümkündür³⁵⁹.

iii. *İsnat Edilebilirlik*

Hukuki görünüşün § 171 BGB hükmü kapsamında temsil olunana isnat edilebilmesinin temelini üçüncü kişiye özel olarak yapılan bildirim veya ilanen yapılan bildirim oluşturmaktadır³⁶⁰. § 170 BGB’ de olduğu gibi burada da hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilebilmesi için temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olması gereklidir³⁶¹. Bununla birlikte hukuki görünüşün temsil olunana isnadı açısından temsil olunanın beyan bilincine sahip olmasının şart olmadığı kabul edilmektedir³⁶². Zira beyanda bulunan beyan bilincine sahip olmasa dahi işlem hayatının gerektirdiği olağan özeni göstermesi halinde davranışının karşı tarafça bir irade beyanı olarak anlaşılabilceğini bilebilecekse, iptal edilebilir bir irade beyanının mevcut olduğundan söz edilmektedir.

iv. *Nedensellik Bağı*

³⁵⁸ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N.11.

³⁵⁹ Ticaret hukuku açısından ticaret siciline kaydın yapılması da bir aleni bildirim niteliğindedir. Staudinger/Schilken, 2019, BGB § 171 N. 8; Soergel/Leptien BGB § 171 N. 3; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 8. Ancak ticaret sicilinin kamuya açıklık etkisi § 15 HGB’de özel olarak düzenlendiğinden burada BGB § 171, 173’te yer alan ölçütler kural olarak uygulama alanı bulmaz. MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 12,13.

³⁶⁰ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 3; Neuner, BGB AT § 50 N. 70. Bildirimde bulunan temsil olunanın hükümde öngörülen hukuki sonuçların ortaya çıkması açısından buna yönelik bir iradeye sahip olmasının gerekmediği belirtilmektedir. Bu bildirimin hukuki işlem benzeri bir fiil niteliği taşıdığına ilişkin görüş temelinde açıklanmaktadır. Kindl, s. 29. Bununla birlikte bildirim için bildirim iradesinin varlığını arayan görüş için bkz. MüKoBGB/Schubert N. 3; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 6. Beyan bilinci bir irade açıklamasının zorunlu şartı olarak kabul edildiği takdirde, BGB § 171’e göre hukuki görünüşün isnadı için de sonuç olarak bildirim bilinci yahut bildirim iradesi gereklidir. Örneğin bildirim iradesi, bildirim yalnızca yanlışlıkla gönderildiğinde eksiktir. Öyle ki bu durumda sadece culpa in contrahendoya dayalı talepler dikkate alınır. Neuner, BGB AT § 50 N. 73.

§ 170 BGB için belirtildiği üzere burada da § 171 BGB’ de öngörülen sonuçların doğması açısından temsil yetkisinin ortaya çıkmasına bir kez neden olunması yeterlidir. Temsil yetkisinin devamının temsil olunana isnat edilebilmesi gerekli değildir. Kindl, s. 30 vd.

³⁶¹ MüKoBGB/Schubert, § 171 N. 7, 11; Faust, s. 256. İsnat edilebilirlik için fiil ehliyetinin aranmasının yetki bildirimi ve dış temsil yetkisi verilmesinin eşdeğer görülmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Kindl, s. 21.

³⁶² Kindl, s. 28.

Tıpkı BGB § 170 gibi BGB § 171'in lafzında da nedensellik bağı şartından söz edilmemektedir. Ancak yukarıda söz edildiği gibi burada da temsil olunan, yaratmış olduğu hukuki görünüşün üçüncü kişinin tasarrufuyla nedensellik ilişkisi içinde olmadığını ispat ettiği takdirde, BGB § 171 amaçsal daraltmaya tabi tutulur ve bu tür durumlarda uygulama alanı bulmaz³⁶³.

v. *Üçüncü Kişinin İyiniyeti*

Üçüncü kişinin iyi niyetli olması şartı açısından § 170 BGB için belirtilenler kural olarak burada da aynen geçerlidir. Ancak § 173 BGB' de § 171/I BGB' ye, yani başlangıçtaki gerçeğe uygun olmama durumuna yer verilmemesinin şaşırtıcı olduğu ve burada aslında § 173 BGB' nin kıyasen uygulanması yoluyla giderilebilecek bir redaksiyon hatasının bulunduğu ifade edilmektedir³⁶⁴. Öyle ki başlangıçtaki gerçeğe uygun olmama durumunu yani bildirilmiş olan temsil yetkisinin mevcut olmadığını bilme ve ihmal sonucu bilmeme de iyi niyeti ortadan kaldırmaktadır.

vi. *Bildirimin Hukuki Etkileri ve Bildirime Dayalı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Görünüşün Ortadan Kaldırılması*

İç temsil yetkisinin bildirilmesi, temsilcinin, üçüncü kişiye yönelik özel bildirim söz konusu olduğunda bu kişiye karşı, ilan yoluyla bildirim söz konusu olduğunda ise herhangi bir üçüncü kişiye karşı hukuki görünüşe dayalı olarak temsil yetkisi ile hareket edebilmesi sonucunu doğurur³⁶⁵. Bu noktada iç temsil yetkisinin sona ermesi veya geçersizliği işlemin karşı tarafını aleyhine bir etki doğurmaz. Hukuki görünüş temsilinin kapsamı, gerektiğinde yoruma tabi tutulabilecek olan bildirim beyanına göre belirlenir. Hukuki görünüş temsilinin

³⁶³ Nedensellik, özellikle (pratikte nadir görülen) ilanen bildirimin yapılmış olduğu durumlarda eksik olabilir, çünkü üçüncü kişiler genellikle ilanen bildirimden haberdar olmayacaktır. Faust, s. 256-257.

³⁶⁴ Faust, s. 257. Bildirim dolayısıyla yaratılan hukuki görünüşün temsil yetkisi eksikliğini bilen veya bilmesi gereken kişi açısından geçerli olmadığı ve bu sonuca § 171/II BGB ve § 173 BGB hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ile ulaşılabileceği yönündeki değerlendirmeler için bkz. Staudinger/Schilken, § 171, N. 11; Soergel/Leptien BGB § 171 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 9; Neuner, BGB AT § 50 N. 75. İyiniyet şartına ilişkin olarak yakın tarihte verilmiş bir karar için bkz. BGH WM 2020, 1256 N. 65 (<https://beck-online.beck.de/Search?pagenr=1&words=BGH+WM+2020%2C+1256+&st=&searchid=>), Erişim Tarihi: 20.09.2022).

³⁶⁵ Staudinger/Schilken, 2019, N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 10. Bunun trans- ve postmortal temsil yetkisi açısından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 14.

söz konusu olabilmesi için özel olarak yapılan bildirimin ulaşması veya ilan yoluyla bildirimin yapılması yeterli değildir. Ayrıca bildirimin öğrenilmesi de gereklidir³⁶⁶. Zira bu durumda kamuya açıklığa sahip olmayan özel bir hukuki görünüş olgusu mevcuttur. Bildirim temsil işleminden önce ulaşmış veya ilan yoluyla bildirim temsil işleminden önce gerçekleşmişse, üçüncü kişinin bildirimi öğrendiği ve iyi niyetli olduğu varsayılır³⁶⁷. Hukuki görünüş, temsil işleminin ardından geliyorsa, hukuki görünüş temsili söz konusu olmaz. Bu durumda olsa olsa § 177/I BGB kapsamında bir onaydan söz edilebilir³⁶⁸.

Geçerli bir iç temsil yetkisi söz konusu ise, hukuki görünüş temsili, ancak temsil yetkisinin kapsamı ile bildirimin kapsamı birbirinden farklı olduğu takdirde bağımsız bir öneme sahip olur. Özel bildirim veya ilan yoluyla bildirim ile bilinebilir hale gelen iç temsil yetkisinin kapsamı, gerçek temsil yetkisinin kapsamını aşıyorsa, § 171 BGB, hukuki görünüşün gerçek temsil yetkisini kapsam bakımından aştığı ölçüde uygulama alanı bulur³⁶⁹.

Hukuki görünüşün ve dolayısıyla hukuki görünüş temsili ortadan kaldırılması için eş değer bir karşı işlemin varlığı gereklidir³⁷⁰. Dolayısıyla temsil olunan bildirimi geri almak isterse, bunu § 171/II BGB' ye göre bildirimi yapmış olduğu şekle eşdeğer bir şekilde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Ancak geri almaya ilişkin eş değer işlem gerekliliği çok katı yorumlanmamalıdır. Geri alma bildiriminin yetkilendirme bildiriminin yapılmış olduğu şekilde gerçekleştirilmesi gereği, aynı şekle tabi olma olarak anlaşılmamalıdır³⁷¹. Örneğin bildirim yazılı olarak yapılmış olsa dahi, geri almanın sözlü olarak yapılması yeterli olacaktır³⁷². Benzer şekilde ilan edilen bildirilen temsil yetkisinin geri alınması bildirimin yapıldığı usulden farklı bir şekilde de yapılabilir³⁷³. Önemli olan bildirim ve geri almanın eş değer olması yani bildirim ve geri almaya aynı kişi çevresi tarafından erişilebilmesidir³⁷⁴. Geri alma beyanının ulaşmasıyla birlikte bildirim dayalı olarak oluşan güven olgusu ortadan

³⁶⁶ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 14; BeckOK BGB/Schäfer N. 5; Soergel/Leptien BGB § 171 N. 2; Staudinger/Schilken, BGB § 171 N. 12.

³⁶⁷ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 14; BeckOK BGB/Schäfer N. 5; Soergel/Leptiensoerge BGB § 171 N. 2; Staudinger/Schilken, 2019, BGB § 171 N. 13.

³⁶⁸ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 14.

³⁶⁹ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 15.

³⁷⁰ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 17; Faust, s. 256.

³⁷¹ a.g.e., N. 17.

³⁷² Staudinger/Schilken, § 171, N. 10; Soergel/Leptien BGB § 171 N. 5; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 171 N. 8; MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 17; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 12.

³⁷³ Faust, s. 256.

³⁷⁴ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 171 N. 8; Staudinger/Schilken, § 171, N. 10; MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N.18; Soergel/Leptien BGB § 171 N. 5; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 12.

kalkar ve dolayısıyla § 171 BGB' de öngörülen koruma sona erer. Burada öğrenme imkanı yeterli görülmektedir. Gerçekten öğrenmiş olma aranmamaktadır³⁷⁵.

Bildirimde bulunanın iptal yoluyla hukuki sonuçları ortadan kaldırıp kaldıramayacağı konusunda görüş birliği mevcut değildir. Canaris'e göre burada ne görünüşte temsil durumunda irade bozukluklarının dikkate alınmasını genel olarak dışlayan görüş ne de bunların sınırlama olmaksızın ileri sürülmesine izin vermek isteyen görüş takip edilmelidir. Daha ziyade bu ikisi arasında orta bir yol benimsenmelidir: Temsil yetkisi belirsiz sayıda kişiyle hukuki işlemlerin yapılmasına yönelikse, iyi niyetle hareket eden üçüncü kişilere karşı irade bozuklukları genel olarak dikkate alınmaz. Ancak diğer tüm durumlarda yalnızca temeldeki iç temsil yetkisini etkileyen irade bozuklukları, iyi niyetle hareket eden üçüncü kişiler lehine engellenir. Bununla birlikte bildirimin kendisini, yani yetki belgesinin iletilmesini veya düzenlenmesini ya da teslimini etkileyen irade bozukluklarının ileri sürülmesi engellenmez. Bunlar dış temsil yetkisindeki irade bozukluklarıyla aynı koşullar altında ileri sürülebilir³⁷⁶.

vii. *İspat Yükü*

Esas olarak hukuki görünüş temsiline ve onun sonuçlarına dayanan kişi ispat yükü altındadır. Temsil işleminden kaynaklanan talebi için hukuki görünüş temsiline varlığı belirleyici olan karşı taraf, iç temsil yetkisi bildirimini ortaya koymak ve ispatlamak zorundadır. Hukuki görünüşün ortadan kaldırıldığına veya karşı tarafın kötü niyetli olduğuna ilişkin ispat yükü ise temsil olunanın üzerindedir³⁷⁷.

c. Yetki Belgesi (§ 172 BGB)

³⁷⁵ Soergel/Leptien BGB § 171 N.5; MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 17, 18; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer N.8; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 12; Faust, s. 256. Temsil olunana karşı hak iddiasında bulunan kişi bildirimi ispat etmelidir. Geri almaya ilişkin ispat yükü ise temsil olunana aittir. Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 171 N.9; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 171 N. 13.

³⁷⁶ Canaris, s. 37-38.

³⁷⁷ MüKoBGB/Schubert BGB § 171 N. 19.

§ 172/I BGB’ de temsil olunanın temsilciye bir yetki belgesi vermesi ve temsilcinin bu belgeyi üçüncü kişiye ibraz etmesinin § 171 BGB’ de düzenlenen temsil yetkisinin üçüncü kişiye özel olarak bildirilmesiyle eş olduğu düzenlenmektedir. § 172/II BGB’ de ise, söz konusu yetki belgesi geri alınmadıkça veya hükümsüz kılınmadıkça temsil yetkisinin varlığını sürdüreceği belirtilmektedir.

§ 172 BGB, temsil olunanın temsilciye bir yetki belgesi teslim etmesi ve temsilcinin yetki belgesini temsil yetkisine sahip olmadığı bir sırada kullanması veya temsilcinin temsil yetkisinin yetki belgesindekinden dar olması yahut yetki belgesinden sapması halinde söz konusu olan hukuki görünüş sorumluluğunu düzenlemektedir³⁷⁸. Hukuki görünüş, tıpkı § 171 BGB’ de olduğu gibi verilmiş olan temsil yetkisinin bildirimine dayanmaktadır³⁷⁹. Bu nedenle yetki belgesinin teslim edilmesi, özel bildirimin yapılması yoluyla bildirimin hukuki sonuçları ile eş tutulmaktadır³⁸⁰.

§ 172 BGB yalnızca iç temsil yetkisinin verildiği durumlarda uygulama alanı bulur³⁸¹. § 172 BGB kapsamındaki durumlarda hukuki görünüşün ortaya çıkışı, temsilciye bir yetki belgesinin teslimi ve onun üçüncü kişiye ibrazını içeren bildirim eylemiyle bağlantılıdır³⁸².

i. *Hukuki Görünüş Olgusu Olarak Yetki Belgesinin Verilmesi ve İbrazı*

Yetki belgesi, yetkilendirmeyi ve onun kapsamını açıklayan yazılı bir irade açıklamasıdır³⁸³. Esasen § 172/I BGB’ de yetki belgesi için özel bir şekil öngörülmemiştir. Ancak kullanılan belge ifadesi ve belgenin verilmesi gereği, en azından § 126 BGB anlamında yazılı şeklin sağlanması gerektiğini göstermektedir³⁸⁴. Buna bağlı olarak da yetki belgesine ilişkin düzenlemeler için § 126 BGB vd.’ na başvurulması gerekmektedir. Buna göre temsil olunanın metni kapsayan imzası veya noter tarafından onaylanmış imza yerine

³⁷⁸ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 1; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 1 Hukuki işlem teorisi taraftarları yetki belgesinin düzenlenmesi ve teslimini de yine hukuki görünüş teorisinin aksine yetki verilmesi olarak değerlendirmektedir.

³⁷⁹ Hukuki görünüş olgusu, yetki belgesinin işlemden önce veya işlem sırasında üçüncü kişiye sunulması, yani doğrudan duysal algısı açısından erişilebilir hale getirilmesi ile yaratılmış olur. Faust, s. 257.

³⁸⁰ Staudinger/Schilken, 2019, N. 6; MüKoBGB/Schubert § 172 N. 24; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 1.

³⁸¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 2.

³⁸² BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 2.

³⁸³ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 172 N. 4; Soergel/Leptien § 172 N.2; Staudinger/Schilken, § 172, N. 1; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 14.

³⁸⁴ Staudinger/Schilken, § 172, N. 1; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 14.

geçen el işareti gereklidir³⁸⁵. Yetki belgesi esas olarak başka bir içeriğe sahip olan bir belgenin bir bölümü şeklinde de olabilir³⁸⁶. Noter tarafından düzenlenen senetler de yazılı şekil şartını sağlar. Genel olarak yazılı şekil şartı elektronik yazılı şekil aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Ancak § 172 ve 174-176 BGB’ de yer alan ve yetki belgesinin teslimini, geri alınmasını ve iptal edilmesini düzenleyen hükümler buna engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla yazılı şekil yetki belgesi açısından yalnızca belgede somutlaşan şekliyle söz konusu olabilecektir³⁸⁷.

Yetki belgesi, temsilciyi belirtmeli³⁸⁸ ve yetkinin verildiğini, yetkinin kapsamını açıkça ortaya koymalıdır³⁸⁹. Temsilcinin kim olduğu yetki belgesinden açıkça çıkarılabiliyorsa, temsilcinin yetki belgesinde ismen belirtilmesi şart değildir³⁹⁰. Nitekim § 29 GBO’ da yer alan tapu siciline ilişkin düzenlemeler dahi temsilcinin ismen belirtilmesini şart koşmamaktadır³⁹¹. Hatta belgenin hamilinin yetkili olduğunun beyan edilmesi dahi yeterli görülmektedir³⁹². Bununla birlikte § 172 BGB açısından yalnızca mevcut şartlardan temsil yetkisi verildiği sonucunun çıkarılabilmesi yeterli görülmemektedir³⁹³. Yetki belgesi bu asgari içeriği açık ve net bir şekilde gösterebileceği gibi yetki belgesinin yorumlanması da gerekebilir³⁹⁴. Yorum yapılırken yetki belgesi belirsiz bir alıcı grubuna yönelik olduğundan, bu grup sınırlı olduğu veya sınırlandırılabilirdiği sürece, işlem hayatındaki ortalama bir katılımcının veya muhatap alınan grubun bir üyesinin anlayışı esas alınır³⁹⁵.

Hukuki işlemlerde dışa karşı kullanmak ve temsil yetkisini bildirmek için düzenlenmeyen belgeler, § 172 BGB anlamında bir belge niteliği taşımaz. Bu bağlamda yasal temsilcinin atama belgesi, ortaklık sözleşmesi gibi belgeler yetki belgesi niteliği taşımamaktadır³⁹⁶. Yalnızca gerçek bir yetki belgesinin ibrazı, § 172 BGB’ de öngörülen

³⁸⁵ Staudinger/Schilken, § 172, N. 1; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer § 172 N. 4; Soergel/Leptien § 172 N. 2; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 14; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 4.

³⁸⁶ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 14.

³⁸⁷ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 14.

³⁸⁸ Staudinger/Schilken, § 172, N. 1; Kindl, s. 15.

³⁸⁹ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15; Kindl, s. 16.

³⁹⁰ Soergel/Leptien § 172 N. 2; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 4, MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15.

³⁹¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15.

³⁹² Soergel/Leptien § 172 N. 2; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15.

³⁹³ Kindl, s. 16, 19; Staudinger/Schilken, § 172, N. 1; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15.

³⁹⁴ Soergel/Leptien § 172 N. 2, § 171 N. 44; Staudinger/Schilken, § 172, N. 1; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15.

³⁹⁵ Soergel/Leptien § 172 N. 2; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15.

³⁹⁶ Staudinger/Schilken, § 172, N. 1; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 15.

hukuki görünüş sorumluluğuna yol açabilir. Yetki belgesi sahte veya tahrif edilmiş olmamalıdır³⁹⁷. Öte yandan yalnızca görünüşte düzenlenen bir yetki belgesinin de § 172 BGB anlamında bir hukuki görünüşe yol açacağı kabul edilmektedir³⁹⁸.

Yetki belgesinin teslimi, onun temsil olunan tarafından bilerek ve isteyerek işlem hayatına dahil edilmesi anlamını taşımaktadır³⁹⁹. Belgeyi düzenleyenin, belgenin alınmasına veya belgenin kaybolup temsilcinin eline geçmesi durumunda belgenin kullanılmasına izin vermesi belgenin teslim edilmesine eş değerdir.

§ 171 BGB’de düzenlenen özel bildirimde olduğu gibi burada da irade beyanlarına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulduğu bir hukuki işlem benzeri fiilin söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁰⁰. Bu bağlamda yetki belgesini teslim edenin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bu kişinin sınırlı ehliyetsiz olması halinde, yetki belgesinin teslimi onun temsil işlemini kendi başına geçerli olarak yapabilecek olduğu ölçüde hukuki görünüşe yol açar⁴⁰¹.

§ 172 BGB’deki hukuki görünüş, yalnızca yetki belgesinin iradi olarak ve kullanılması amacıyla teslim edilmesi halinde ortaya çıkar⁴⁰². Buna bağlı olarak hakim görüş tarafından § 172 BGB’nin yetki belgesinin çalınması veya elden çıkması gibi hallerde kıyasen de olsa uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁴⁰³. Bu hallerde hukuki görünüş yetki belgesini düzenleyene isnat edilemez⁴⁰⁴.

³⁹⁷ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 16.

³⁹⁸ Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 1. Yetki belgesinin görünüşte verildiğini bilen temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması durumunda bu geçerli değildir. Temsilcinin burada korunmaya ihtiyacı yoktur ve dolayısıyla yetki belgesine dayanamaz. MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 16.

³⁹⁹ Canaris, s.39; Staudinger/Schilken, § 172, N. 2; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 17; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 5; Köhler, BGB AT, s. 169.

⁴⁰⁰ Soergel/Leptien BGB § 172 N. 3; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 16, 18; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 5; Neuner, BGB AT § 50 N. 79; Köhler, BGB AT, s. 169.

⁴⁰¹ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 5.

⁴⁰² Bu isnat edilebilirlik açısından gereklidir. Neuner, BGB AT § 50 N. 78.

⁴⁰³ Soergel/Leptien BGB § 172 N. 3; Staudinger/Schilken, § 172, N. 7; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 6. BGB § 172/I’in bu tür durumlarda doğrudan uygulanmamasının nedeni, “belgenin tesliminin” hükmün olgusal bir şartı olmasıdır. Kıyasen uygulama ise temsil olunan yetki belgesinin elden çıkmasında kusurlu dahi olsa hakim görüş tarafından kabul edilmemektedir. Bu, yetki bildirimimin dış temsil yetkisi ile eş tutulması amacından kaynaklanmaktadır. Kindl, s. 17.

BGB, yalnızca kıymetli evrakin elden çıkması halinde olumlu menfaate ilişkin bir sorumluluk öngörmüştür. (BGB § 794/I) Neuner, BGB AT § 50 N. 78.

⁴⁰⁴ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 18.

§ 172 BGB kapsamında bir hukuki görünüş temsilinden söz edilebilmesi için yetki belgesinin düzenlenmesi ve teslimine ek olarak bu belgenin temsil işleminin gerçekleşmesinden önce veya en geç işlemin yapılması sırasında iyi niyetli karşı tarafa ibraz edilmesi gereklidir⁴⁰⁵. Zira karşı tarafın güveni temsil yetkisine ilişkindir⁴⁰⁶. İbrazdan kasıt genel olarak bir belgenin işlemin diğer tarafının duyuşsal algısına doğrudan erişilebilir kılınmasıdır⁴⁰⁷. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin belgenin içeriğini doğrudan kavrama imkanına sahip olmasıdır. Üçüncü kişinin fiilen yetki belgesine bakmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Hakim görüşe göre yetki belgesinin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından fiilen algılanması gerekli değildir⁴⁰⁸. Üçüncü kişinin yetki belgesinden haberdar olması⁴⁰⁹ ve soyut olarak onun içeriğine güvenmesi yeterli görülmektedir⁴¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise, yalnızca yetki belgesinin içeriği hakkında bilgi sahibi olanlar yetki belgesi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki görünüşe güvenebileceğinden belgenin içeriğinin bilinmesi gereklidir⁴¹¹. İbraz açısından temsilcinin sadece başka bir kişi veya makama devrettiği bir belgeye atıfta bulunması yeterli değildir⁴¹².

Temsilci yetki belgesi kapsamında aynı kişi ile birden fazla işlem gerçekleştiriyorsa, yetki belgesini ibraz ettikten sonra yapılacak diğer işlemlerde bu ibraza dayanmasının yeterli olduğu belirtilmektedir⁴¹³. Bu, yetki belgesinin ibrazının § 171 BGB'deki özel bildirim ile eş tutulmasından çıkarılmaktadır⁴¹⁴. Zira § 171 BGB'de bu bildirimin bir kez yapılması yeterli görülmektedir. Ancak yetki belgesi arada iade edilmişse, yapılan ibraza dayanma yeterli

⁴⁰⁵ Soergel/Leptien BGB § 172 N. 4; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 7; Köhler, BGB AT, s. 170. Temsilci yetki belgesini bizzat ibraz etmek zorunda değildir. Üçüncü bir kişinin bunları temsilcinin bilgi ve iradesi ile işlemin karşı tarafına ibraz etmiş olması yeterlidir. MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N 21,23.

⁴⁰⁶ Köhler, BGB AT, s. 170.

⁴⁰⁷ Kindl, s. 17.

⁴⁰⁸ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer BGB § 172 N.6; Soergel/Leptien BGB § 172 N. 4; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 21.

⁴⁰⁹ Üçüncü kişi ibraz edilen dokümanın temsilciyi yetkilendirmeye yönelik bir yetki belgesi olduğunun ayırdına varmış olmalıdır. MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N 21.

⁴¹⁰ Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 3; Neuner, BGB AT § 50 N. 81.

⁴¹¹ Frotz, Gerhard, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, 301 (BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 7' den naklen) Hakim görüşe ilişkin eleştiriler için bkz. Kindl, s. 18 vd.

⁴¹² Karşı tarafın fiilen inceleme imkanına sahip olması için temsil işlemi gerçekleştirilirken belgenin zilyedinin orada bulunması halinde durum farklıdır. MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 21.

⁴¹³ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer, BGB § 172 N. 7; Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 5; Soergel/Leptien BGB § 172 N. 4; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 8; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 23. Aynı yönde bkz. Kindl, s. 19.

⁴¹⁴ Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 5; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 8; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 23.

olmayacağı kabul edilmektedir. Öyle ki geri almayla birlikte hukuki görünüş sona erdiği ve § 172 BGB'nin artık uygulama alanı bulmayacağı kabulü söz konusudur⁴¹⁵.

Yetki belgesinin aslı veya nüshası ibraz edilmelidir. Örnek veya kopya yeterli değildir⁴¹⁶. Kaldı ki onaylı örnek veya kopya dahi yeterli görülmemektedir⁴¹⁷. Zira temsil olunana aslını geri almak suretiyle §172/ II BGB uyarınca ortaya çıkan hukuki görünüş etkilerini ortadan kaldırma imkanının tanınması gereklidir⁴¹⁸. Gerçekten de temsil olunanın temsilcinin yetki belgesinin kopyalarını veya onaylı suretlerini yaptırıp yaptırmadığını kontrol etmesi oldukça zordur. Diğer yandan belgenin kopyasının vs. kullanılması halinde işlemin karşı tarafının orijinal yetki belgesinin hala mevcut olup olmadığını tespit edememe ihtimali söz konusudur⁴¹⁹. Öyle ki yetki belgesi çoktan geri verilmiş olabilir. Dolayısıyla salt yetki belgesine işaret edilmesi ibrazla eş tutulmamaktadır⁴²⁰.

ii. *İsnat Edilebilirlik*

Hukuki görünüşün temsil olunana isnadı, temsil olunanın temsilciye yetki belgesini teslim etmesi olgusuna dayanmaktadır⁴²¹. Temsilcinin yetki belgesini izinsiz olarak kendi kendine edinmesi hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilebilmesi açısından yeterli değildir⁴²². Ayrıca § 170 ve 171 BGB'de olduğu gibi burada da temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olması gereklidir⁴²³.

⁴¹⁵ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 8.

⁴¹⁶ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer BGB § 172 N. 6; MüKoBGB/Schubert N. 21; Soergel/Leptien BGB § 172 N. 4; Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 4; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 8; Neuner, BGB AT § 50 N. 77; Köhler, BGB AT, s. 170; Faust, s. 257. Aksi yönde görüş için bkz. Canaris, s. 509.

⁴¹⁷ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 8.

⁴¹⁸ Jacoby/von Hinden, s. 77; Köhler, BGB AT, s. 170.

⁴¹⁹ Köhler, BGB AT, s. 170; Kindl, s. 18. Aynı yönde bkz. Faust, s. 257. Alman Federal Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin 2006 tarihli bir kararı için bkz. BGH NJW 2006, 1957 N. 24 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffnjw%2F2006%2Fcont%2Ffnjw.2006.1957.1.htm&pos=9> , Erişim Tarihi: 10.09.2022).

⁴²⁰ Köhler, BGB AT, s. 170.

⁴²¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 1; Kindl, s. 17; Faust, s. 259. Hem BGB § 170 hem de BGB § 171'e ilişkin olarak belirtildiği üzere burada da temsil yetkisinin devamının temsil olunana isnadına gerek bulunmamaktadır. Temsil yetkisine bir kez vücut verilmiş olması hükümde öngörülen hukuki sonuçların ortaya çıkması bakımından yeterlidir. Kindl, s. 30 vd.

⁴²² Faust, s. 259.

⁴²³ MüKoBGB/Schubert, § 172 N. 16; Faust, s. 259.

iii. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı açısından § 170 BGB’ de belirtilen prensiplerin aynısı burada da geçerlidir. Yetki belgesi, karşı tarafının fiillerinin nedenini oluşturmaktadır⁴²⁴. Bununla birlikte üçüncü kişinin kendisine sunulan yetki belgesini incelememiş olmasının nedenselliği ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir⁴²⁵. Zira üçüncü kişi, belgenin varlığını belgenin ibrazı yoluyla öğrenirse, genellikle belgenin iddia edilen temsil yetkisini gerçekten doğruladığına güvenecek ve bu güvene dayanarak hareket edecektir.

iv. Üçüncü Kişinin İyiniyeti

Üçüncü kişinin iyi niyeti ile ilgili olarak § 171 BGB’ de belirtilenlerin aynısı burada da geçerlidir. Bu bağlamda yetki belgesinin teslimi ve ibrazı dolayısıyla oluşan güven olgusu işlemin yapılması sırasında yetki eksikliğini bilen veya bilmesi gereken kişi lehine geçerli değildir. Yetki belgesi açısından şekil eksikliği söz konusu olmasına rağmen bu ne yetki belgesinden anlaşılıyor ne de karşı tarafça biliniyorsa, iyi niyetli üçüncü kişi lehine güvenin korunması geçerli olmaya devam eder⁴²⁶. Öte yandan, yetki belgesinin dışında kalan koşullar hâlihazırda yetki belgesinin geçersiz olduğu sonucunun çıkarılmasına açıkça izin veriyorsa, yetki belgesinin ibrazı ile bağlantılı hukuki görünüş devreye girmez⁴²⁷.

v. Hukuki Görünüşün Sonuçları ve Ortadan Kaldırılması

Yetki belgesinin ibrazı, § 171/I BGB’ ye göre temsil yetkisinin bildirilmesi ile aynı hukuki etkiye sahiptir. Temsil yetkisi sona ermiş veya geçersizse, yetki belgesi dolayısıyla yaratılan hukuki görünüş eksik temsil yetkisinin yerine geçer⁴²⁸. Aynısı temsilcinin temsil yetkisi, yetki belgesinin içeriğinden daha dar olduğunda da geçerlidir. Bu durumda iyi niyetli

⁴²⁴ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer BGB § 172 N. 9; Soergel/Leptien BGB § 172 N.4; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N.21.

⁴²⁵ Faust, s. 259.

⁴²⁶ MüKoBGB/Schubert N. 25; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N.9; Canaris, s. 118.

⁴²⁷ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N.9.

⁴²⁸ Soergel/Leptien BGB § 172 N. 1; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 10; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 25.

üçüncü kişi lehine yetki belgesinin içeriği geçerli olur⁴²⁹. Görünüş temsilinin kapsamı yetki belgesi yorumlanarak belirlenir⁴³⁰.

§ 172 BGB kapsamındaki hukuki görünüşün ortadan kaldırılması da tıpkı § 171 BGB’de olduğu gibi eş değer bir karşı işlemin varlığını gerekli kılar. Bu karşı işlem ise yetki belgesinin temsil olunana iadesi ile gerçekleşir. Hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisi, yetki belgesinin iadesi ile birlikte ortadan kalkar⁴³¹. Temsilci yetki belgesinin aslına ve nüshalarına sahipse, her bir belge, iade edilmediği sürece hukuki görünüş yaratma potansiyeline sahiptir⁴³². Yetki belgelerinden biri temsil işleminden önce ibraz edilmiş ise, bu belgenin iadesi hukuki görünüşü sona erdirir. Bu durumda artık § 172 BGB uygulama alanı bulmaz; § 177 BGB vd. ’daki yetkisiz temsil hükümleri devreye girer⁴³³. Aynı şekilde § 176 BGB uyarınca yetki belgesinin iptal edilmesi de hukuki görünüşün sona ermesine neden olur⁴³⁴. Temsil olunanın yetki belgesinin teslimi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki görünüşü ortadan kaldırmaya yönelik imkanları § 172/II BGB’de yer alanlarla sınırlı değildir. Temsil olunan § 171/II BGB’ de olduğu gibi işlemin karşı tarafına temsil yetkisini geri aldığını açıklayabilir ve böylece hukuki görünüşü sona erdirebilir⁴³⁵. Ancak bu yalnızca geri almanın muhatabı açısından söz konusu olur⁴³⁶. Kalan kişiler açısından hukuki görünüş varlığını sürdürür. Hukuki görünüş sona erdikten sonra temsilci tarafından yapılan işlemler, yetkisiz temsile ilişkin hükümlere göre değerlendirilir. Yetki belgesinin tesliminin hukuki işlem benzeri bir

⁴²⁹ Soergel/Leptien BGB § 172 N. 3; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 10.

⁴³⁰ Hukuki görünüşün dayandığı hukuki işlem benzeri beyan için BGB § 104 vd. ve 106 vd. hükümleri geçerlidir. BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 13; Soergel/Leptien BGB § 172 N. 3; Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 2, 11; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 25.

⁴³¹ Köhler, BGB AT, s. 170; Faust, s. 258. Önemli olan iadenin temsilcinin bilgisi dahilinde gerçekleşmesidir. Temsilcinin iadeye yönelik bir iradesi mevcut değilse, yetki belgesi geçerliliğini sürdürür. Aynı durum yetki belgesi temsil olunanın zilyet yardımcısı vb. olmayan üçüncü kişilere (örneğin noter veya tapu dairesi) teslim edildiğinde de geçerlidir. Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 9; MüKoBGB/Schubert BGB § 172 N. 27.

⁴³² MüKoBGB/Schubert BGB § 172, N. 27.

⁴³³ a.g.e., N. 27.

⁴³⁴ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 11; Neuner, BGB AT § 50 N. 82; Köhler, BGB AT, s. 170; Faust, s. 258-259.

⁴³⁵ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 12; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer BGB § 172 N. 15; Soergel/Leptien BGB § 172 N. 5; Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 10; Köhler, BGB AT, s. 170. Zira yetki belgesinin teslimi ve ibrazı, fiilen verilen dış temsil yetkisinden daha güçlü bir etkiye sahip olamaz. Faust, s. 259.

⁴³⁶ Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 10; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer BGB § 172 N. 15; Soergel/Leptien BGB § 172 N. 5; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 11; Canaris, s. 137.

niteliğe sahip olması dolayısıyla hukuki görünüşün iptal yoluyla da ortadan kaldırılabileceği belirtilmektedir⁴³⁷.

vi. *İspat Yükü*

Temsil olunana karşı yetki belgesinden kaynaklanan bir hak ileri sürmek isteyen kişi hem yetki belgesinin gerçek olduğunu hem de kendisine yetki belgesinin ibraz edildiğini ispat etmekle yükümlüdür⁴³⁸. Temsil olunan ise, temsil yetkisinin geri alındığını veya yetki belgesinin iptal edildiğini ve karşı tarafın kötü niyetli olduğunu ispat etmelidir⁴³⁹. Temsil olunan yetki belgesinin kendisi tarafından teslim edilmediğine dayanmak istediği takdirde de aynı ispat yükü varlığını sürdürür⁴⁴⁰.

2. *Türk -İsviçre Hukuku*

İradi temsil durumunda temsil gücü (*Vertretungsmacht*) esas olarak kapsam itibariyle yetkilendirme ile verilenin ötesine geçmez. Bununla birlikte karşılık gelen bir iç temsil yetkisi olmamasına rağmen iyi niyetli üçüncü kişinin bir temsil yetkisinin varlığına güvenmesi dolayısıyla kanun tarafından korunduğu birtakım durumlar söz konusudur⁴⁴¹. Sözü edilen durumlarda temsil yetkisinin varlığına ilişkin güven temelini, temsil olunanın temsil yetkisini bildirmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda temsil yetkisinin bildirilmesini konu alan TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) ve 42/III (Art. 34/III OR) hükümleri de hukuki görünüşe güvenin olumlu olarak korunduğu haller arasında karşımıza çıkmaktadır. Her iki hükümde de temsil etkisinin (*Vertretungswirkung*) gerçekleşmesi yoluyla iyi niyetli üçüncü kişinin temsil olunan tarafından yaratılan hukuki görünüşe güveni korunmuş olmaktadır⁴⁴². Temsil olunan ise, hukuki görünüş temsili (*Rechtsscheinsvollmacht*) olarak adlandırılan bu tür durumlarda iyi

⁴³⁷ Soergel/Leptien BGB § 172 N. 3; MüKoBGB/Schubert N. 16; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 13.

⁴³⁸ Staudinger/Schilken, BGB § 172, N. 12; MüKoBGB/Schubert BGB § 172, N. 29; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 14.

⁴³⁹ MüKoBGB/Schubert BGB § 172, N. 29; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172, N. 14.

⁴⁴⁰ Erman/Maier-Reimer/Finkenauer BGB § 172 N. 17.

⁴⁴¹ Huguenin, AT, N. 1088.

⁴⁴² Huguenin, AT, N. 1091; Rusch, s. 81 vd.

niyetli üçüncü kişilerin temsil yetkisinin varlık ve kapsamına güvenerek tasarruflarda bulunması riskini taşımaktadır⁴⁴³.

a. Temsil Yetkisinin İçeriği ve Derecesi (TBK m. 41/II/ Art. 33/III OR)

TBK m.41/I’de temsil yetkisinin içeriği ve derecesi başlığı altında temsil yetkisinin hukuki bir işleme dayanması halinde, temsil yetkisinin içeriği ve derecesinin o hukuki işleme göre belirleneceği düzenlenmektedir. TBK m.41/II’de ise, temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirildiği takdirde temsil yetkisinin içeriği ve derecesinin bu bildirimde göre belirleneceği ifade edilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda TBK m.41/II hükmüne karşılık gelen ve temsil yetkisinin bildirilmesi başlığını taşıyan Art. 33/III OR hükmünde de yetkilendirme temsil olunan tarafından bir üçüncü kişiye bildirildiği takdirde, yetkilendirmenin kapsamının bu kişiye yapılan bildirimde göre belirleneceği belirtilmektedir⁴⁴⁴. Buna göre Art.33/III OR hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle temsil olunanın üçüncü kişi veya kişilere belirli kapsamda bir temsil yetkisi verdiğini bildirmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra üçüncü kişinin temsil işlemi yapılırken bildirimden haberdar olması gerekmektedir. Son olarak üçüncü kişi temsil yetkisinin varlığına güvenmiş olmalı yani temsil işlemini TMK m. 3/II (Art.3/II ZGB) anlamında iyi niyetli olarak yapmalıdır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde temsil işleminin bildirimin kapsamında kalması kaydıyla “temsil etkisi” ortaya çıkmaktadır.⁴⁴⁵

i. Uygulama alanı

aa. Konu bakımından

⁴⁴³ Huguenin, AT, N. 1093.

⁴⁴⁴ Hükmün “Temsil olunan gerçekte mevcut olmayan veya bildirilen kapsamda mevcut olmayan bir temsil yetkisini bildirmişse, temsil yetkisine ilişkin eksikliği iyi niyetli üçüncü kişiye karşı ileri süremez.” şeklinde yeniden formüle edilmesi halinde daha iyi anlaşılacağı dile getirilmektedir. Koller, AT, N 19.03; CHK-Kut, Art. 33 OR, N. 34. Bir diğer formülasyon önerisi için bkz. Zäch/Künzler, BK OR 33 N 124.

Yetkinin kapsamının bildirimde göre belirlenmesi yalnızca kendisine bildirim yapılan üçüncü kişiler açısından geçerlidir. Dolayısıyla temsil işleminin kendisine bildirim yapılan kişi dışında bir kişi ile yapılması halinde kapsamın belirlenmesinde temsilciye yapılan bildirim esas alınacaktır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 181; İnceoğlu, s. 164.

⁴⁴⁵ Zäch/Künzler, BK OR 33 N 124 vd; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 36.

TBK m. 41/II hükmüne karşılık gelen Art. 33/III OR hükmünün konu bakımından uygulama alanı, temsilin genel uygulama alanı ile örtüşmektedir. Söz konusu hüküm kapsamındaki bildirim genel olarak aktif temsil yetkisine ilişkin olarak gerçekleşmekle birlikte, hüküm hem aktif hem de pasif temsil yetkisi açısından geçerlidir. Ayrıca ticari temsil bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Hüküm kamu tüzel kişileri⁴⁴⁶ ve usul hukuku açısından da uygulanabilir niteliktedir. Buna karşı yasal temsil açısından uygulanabilir değildir. Üçüncü kişiye yapılan bildirim fiil ehliyetine sahip olmayan kişileri yükümlü kılmamaktadır.⁴⁴⁷

bb. Kişi Bakımından

Art. 33/III OR hükmünün uygulanması noktasında kişi bakımından herhangi bir özel sınırlama mevcut değildir. Bu bağlamda konu bakımından kapsam açıklanırken belirtildiği üzere kamu tüzel kişilerinin özel hukuk kapsamındaki fiilleri açısından da Art. 33/III OR hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Burada belirleyici olan temsil edilen tüzel kişinin veya onun yetkili organının üçüncü kişinin güvenilebileceği bir bildirim iradesi gösterip göstermediğidir⁴⁴⁸.

ii. Temsil Olunanın Temsil Yetkisini Bildirmesi

Alman hukukundan farklı olarak İsviçre-Türk hukukunda temsil yetkisinin temsilciye açıklanması gerektiği ve yalnızca bu kişiye bildirilen ölçüde temsil yetkisinin fiilen mevcut olduğu kabul edilmektedir⁴⁴⁹.

aa. Hukuki Nitelik

⁴⁴⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin kamu tüzel kişilerinin de hukuki görünüşe dayanan bir temsil yetkisi dolayısıyla Art. 33/III OR anlamında yükümlü olabileceğini belirttiği kararı için bkz. BGE 124 III 418(https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-III-418%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, Erişim Tarihi: 01.06.2022).

⁴⁴⁷ ZK- Klein, Art.33 N. 163 vd.

⁴⁴⁸ ZK- Klein, Art.33 N. 167.

⁴⁴⁹ Bunun temsil olunanın hukuki etki alanını genişleten temsil yetkisinin yalnızca temsil olunanın iradesine uygun düştüğü ölçüde geçerli olması gerektiğine ilişkin temel prensibe dayandırılabilmesi belirtilmektedir. ZK- Klein, Art.33 N. 168.

Öğretideki hakim görüş Art. 33/III OR hükmü kapsamında yapılan bildirimin Alman hukukunda olduğu gibi temsil yetkisine vücut vermediğini aksine yalnızca üçüncü kişinin böyle bir yetkinin varlığına ilişkin güvenin koruduğunu kabul etmektedir⁴⁵⁰. Bildirimin mevcut hukuki durumda herhangi bir değişiklik yaratmadığı ancak gerektiğinde iyi niyetin korunmasına neden olduğu belirtilmektedir⁴⁵¹. Art. 33/III OR bu noktada hukuki işlemle verilen temsil yetkisinin kapsamını düzenleyen Art. 33/II OR hükmünden ayrılmaktadır. Bu farklılığın da esasen yetkilendirmeye dayanan temsil yetkisi (*Vertretungsbefugnis*) ve belirli koşullar altında temsil yetkisi olmaksızın yine de temsil etkisine neden olan temsil gücü (*Vertretungsmacht*) arasındaki farklılıkla örtüştüğü ifade edilmektedir⁴⁵². Art. 33/III OR anlamındaki bildirimin, Art. 33/II OR kapsamındaki yetkilendirmeden farklı olarak, hukuki bir sonuç meydana getirmeye yönelik olmadığı, aksine yalnızca gerekli olduğu takdirde yetkilendirmenin varlığına ilişkin olarak üçüncü kişinin korunması için bir temel oluşturduğu ve bu bağlamda burada bir irade beyanı değil, aksine hukuki işlem benzeri bir fiilin söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁵³. İrade açıklamalarında olduğu gibi hukuki işlem benzeri fiillerin de bir bildirim anlamına (*Kundgabesinn*) sahip olması ve bir diğer kişiye yönelmesi aranmaktadır. Bu noktada irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin hükümlerin hukuki işlem benzeri fiillere de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁴. *Kut*, burada irade beyanları ile aynı kurallara göre yorumlanacak salt bir bilgi açıklamasının söz konusu olduğunu dile getirmektedir⁴⁵⁵. *Koller ise*, irade beyanları (*Willensäusserung*), irade bildirimleri (*Willensmitteilung*) ve bilgi bildirimleri (*Wissensmitteilung*) ayırımına gitmekte ve irade bildirimlerinin hukuki değil fiili bir sonuca yönelik olduğunu belirtmektedir. İrade bildirimine örnek olarak ihtar göstermektedir. Bilgi bildirimlerinin ise yalnızca fiili veya hukuki durumlara ilişkin iletiler olduğunu, ne fiili ne de hukuki bir iradeyi iletmediklerini ifade etmektedir. Daha sonra ise, irade ve bilgi bildirimlerinin de hukuki işlem benzeri eylemler terimi altında yer aldığını ve zaman zaman hukuki işlemlere kıyasen işlem gördüklerini eklemektedir. Ayrıca belirli koşullar altında hukuki işlemlerle aynı etkileri

⁴⁵⁰ Öyle ki bildirim vasıtasıyla üçüncü kişiye bir temsilciye temsil yetkisi verildiğine ilişkin bilgi verilmektedir. BK-Zäch/Künzler, Art. 33 N 126. Ayrıca Zäch/Künzler Art. 33/III OR uyarınca bir temsil yetkisi bildiriminin dış temsil ilişkisi veya hukuki görünüş temsili doğurduğu görüşünün yerinde olmadığını belirtmektedir. BK-Zäch/Künzler, Art. 33 N 128.

⁴⁵¹ BK-Zäch/Künzler, Art. 33 N 126.

⁴⁵² ZK- Klein, Art. 33 N. 171.

⁴⁵³ ZK- Klein, Art. 33 N. 172; BK-Zäch/Künzler, Art. 33 N 126; Zikos, s. 27. Esener, bildirimin teknik anlamda bir hukuki işlem olmadığını açıklayıcı bir niteliğe sahip olduğunu belirtmektedir. Esener, Temsil, s. 84.

⁴⁵⁴ BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 126. Farklı görüş için bkz. Watter, Art. 33 N 34.

⁴⁵⁵ CHK-Kut, Art. 33 N 37.

meydana getirdiklerine de işaret etmektedir. Nihayetinde temsil yetkisine ilişkin bildirimin hukuki işlem niteliği taşımadığını aksine salt bir bilgi bildirimi (*Wissensmitteilung*) olduğunu ifade etmektedir⁴⁵⁶. Bildirime ilişkin bu nitelendirmelerin yanı sıra Art. 33/III OR hükmünde temsile ilişkin sonuçların öngörölmüş olması dolayısıyla öğreti ve yargı kararları bu olguyu hukuki görünüş temsili veya temsil benzeri olarak nitelendirmektedir⁴⁵⁷.

bb. Bildirimi Yapan Kişi

Temsil yetkisine ilişkin bildirim temsil olunan tarafından yapılmalıdır⁴⁵⁸. Bildirimi bizzat yapabileceği gibi haberci sıfatıyla temsilciden de yararlanabilir⁴⁵⁹. Sözü edilen bu durumlar dışında temsilci veya diğer bir kişi tarafından bağımsız olarak yapılan yetki bildirimi bu hüküm anlamında bildirim niteliği taşımaz⁴⁶⁰. Bununla birlikte yetkili bir temsilcinin, üçüncü bir kişi ile temsil olunan adına işlem yaptığı hallerde yetkilendirmeye ilişkin bildirimin her zaman örtülü olarak gerçekleştiği unutulmamalıdır⁴⁶¹. Ancak hükümde bu bildirimden söz edilmemektedir.

cc. Bildirimin Muhatabı

Art. 33/III OR hükmüne yalnızca temsil olunan tarafından yapılan bildirimin muhatabı olan kişiler dayanabilir. Temsilci veya diğer kişilerin üçüncü kişiye temsil olunanın temsil yetkisi verdiğini bildirmesi söz konusu ise, bu halde üçüncü kişiler temsil olunana karşı bunu ileri süremezler. Zira Art. 33/III OR hükmünün amacı, temsil olunanın daha önce temsil yetkisi verdiğine ilişkin bildirimde bulunduğu üçüncü kişilere karşı fiilen temsil yetkisinin

⁴⁵⁶ Koller, AT, N. 3.33, 18.19. Aynı yönde bkz. Huguenin, AT, N. 1089.

⁴⁵⁷ Huguenin, AT, N. 1091. ZK- Klein, Art. 33 N. 172. Zäch/Künzler, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması için kanuna dayalı olarak temsil etkisinin söz konusu olduğu bu durumlarda esas olarak temsil yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir. Öyle ki eğer temsilci fiilen temsil yetkisine sahip olsaydı zaten iyi niyetin korunmasına ihtiyaç duyulmazdı. Nitekim eksikliğin bulunmadığı yerde sağaltıma da gerek yoktur. Temsil yetkisinin gerçekte bulunmaması dolayısıyla da burada dış temsil yetkisinden veya hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisinden söz edilmesi mantıklı değildir. Yazara göre bu bağlamda iç ve dış temsil yetkisi ayrımı yapılmasına da gerek yoktur. Zira bu ayrım Alman hukuku kökenli olup temsil yetkisinin temsilciye veya üçüncü kişilere yönelik olarak verilebilmesi ile ilgilidir. Oysa İsviçre hukukunda üçüncü kişiye yönelik olarak temsil yetkisinin verilmesi söz konusu değildir. BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 129 vd.

⁴⁵⁸ Huguenin, AT, N. 1094.

⁴⁵⁹ BSK -Watter, Art. 33 N. 31; BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 131; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 39.

⁴⁶⁰ BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 131; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 640.

⁴⁶¹ Oser/Schönenberger, Art. 33 N 16 (BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 131'den naklen).

bulunmadığını ileri sürmesini engellemektir. Temsil olunan pek tabii kendisi tarafından yapılan bir temsil yetkisi bildirimine dayanmayan üçüncü kişilere karşı temsil yetkisinin mevcut olmadığını ileri sürebilecektir. Öyle ki temsil işlemlerinde esas olarak temsil yetkisinin bulunmaması rizikosunu üçüncü kişi taşımaktadır.⁴⁶²

dd. Bildirilen Temsil Yetkisinin Varlığı ve Kapsamı

Üçüncü kişiye yönelik olarak yapılan temsil yetkisi bildirimi, temsilciye verilmiş olan temsil yetkisine ilişkindir. Bu bildirimin gerçeği yansıtma olasılığı kadar yansıtma olasılığı da mevcuttur. Eğer bildirim gerçeği yansıtıyorsa, bu, bildirim ve temsil yetkisinin içerik olarak birbiriyle örtüştüğü anlamına gelir. Bu durumda geri alma veya ölüm gibi sebeplerle temsil yetkisi değişikliğe uğramadığı sürece baştan itibaren herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Temsil yetkisi ve bildirimin birbiri ile örtüşmemesi halinde ise farklı ihtimaller gündeme gelebilir. Bildirim çok geniş veya dar olabilir yahut herhangi bir temsil yetkisine dayanmayabilir⁴⁶³. Anılan bu üç durum da Art. 33/III OR hükmü ile bağlantılıdır⁴⁶⁴. Bildirimin kapsamı da temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde olduğu gibi esas olarak öngörülen sınırlamalara bakılarak belirlenir. Bir temsil yetkisi bildirimi kişi, konu, zaman ve yer açısından sınırlandırılabilir. Bu tür sınırlamalar yalnızca temsil yetkisinden içerik itibarıyla farklılaştıkları takdirde ve farklılaştıkları ölçüde Art. 33/III OR hükmü açısından önem arz eder. Bildirimin içerik olarak fiilen verilmiş olan temsil yetkisinden farklılaştığı durumlar bunun ilk görünüm biçimini oluşturur. Örneğin üçüncü kişiye temsilcinin 1000 TL'ye kadar işlem yapmaya yetkili olduğu bildirilmesine rağmen gerçekte temsilciye 500 TL'ye kadar işlem yapma yetkisinin verilmesinde durum böyledir. Bunun amacının ise temsilciye geniş bir müzakere alanı tanımak olduğu ifade edilmektedir⁴⁶⁵.

⁴⁶² BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 132.

⁴⁶³ Huguenin, AT, N. 1093 vd.; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 35. Bildirimin içerik olarak temsil yetkisinden farklı olup olmadığı sorusunun cevabı, doğal olarak, öncelikle temsil yetkisinin ve bu yetkiye ilişkin bildirimin var olup olmadığının ve varsa içeriğinin ne olduğunun belirlenmesini gerektirir. BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 134. Bildirimin temsil olunanın pasif bir davranışı ile gerçekleştiği durumlarda ise, üçüncü kişi temsilcinin söz konusu işlemi gerçekleştirmeye yetkili olup olmadığına ancak yeterli objektif koşulların mevcut olması halinde karar verebileceğine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGer. 4C.131/2006, E.2. 2. (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F04-07-2006-4C-131-2006&lang=de&type=show_document&zoom=YES&, Erişim Tarihi: 05.06.2022)

⁴⁶⁴ BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 134.

⁴⁶⁵ BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 103, 134.

Art. 33/III OR hükmü ile bağlantılı bir diğer durum yukarıda belirtildiği üzere temsil yetkisi mevcut olmamasına rağmen bildirimin yapılmış olmasıdır. Esas olarak Art. 33/III OR hükmünde “yetkilendirmenin üçüncü kişiye bildirilmesinden” söz edildiği için hükmün lafzı temsil yetkisi mevcut olmaksızın bildirimin yapılmış olduğu halleri kapsamıyor gibi görünmektedir. Ancak öğretide hükmün bu durum açısından da uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁶.

Son ihtimal olan üçüncü kişiye yapılan bildirimin fiilen verilen temsil yetkisinden daha dar olması durumu ise ikiye ayrılarak ele alınmalıdır. İlk olarak eğer temsil işlemi, bildirimin ve aynı zamanda temsil yetkisinin kapsamı içerisinde kalmakta ise, herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır⁴⁶⁷. Buna karşı temsil işlemi bildirimin kapsamı içerisinde olmayıp fiilen mevcut temsil yetkisinin kapsamında ise, burada ikili bir değerlendirme söz konusudur. Art. 33/III OR hükmü kapsamında üçüncü kişinin korunması, bu kişinin bildirilen temsil yetkisine dayanarak bir temsil işlemi yapmasını gerekli kılmaktadır. Bildirimin kapsamı dışında kalan temsil işlemi ise, üçüncü kişi tarafından baştan itibaren bildirim dayalı olarak yapılamaz. Bu nedenle de Art. 33/III OR hükmü burada uygulama alanı bulmaz. Öte yandan dar bir bildirimin yapılmış olmasının fiilen mevcut olan temsil yetkisini bildirimin kapsamı ile sınırlamayacağı belirtilmektedir⁴⁶⁸. Dolayısıyla temsil işlemi fiilen mevcut temsil yetkisinin kapsamındadır ve prensip olarak geçerli biçimde gerçekleşir. Özetle bildirilen temsil yetkisinin fiilen verilen temsil yetkisinden daha dar olması olasılığında temsil etkisinin fiilen verilen temsil yetkisi kapsamında gerçekleşeceği söylenebilir⁴⁶⁹.

ee. Bildirimin Şekli

İrade ve bilgi açıklamaları genel ilkelere göre açık veya örtülü olarak yapılabilir. Bu, Art. 33/III OR hükmü kapsamında yapılan bildirim açısından da geçerlidir⁴⁷⁰. Bildirim için ayrıca bir şekil şartı öngörülüş değildir. Bildirimin yapma, yapmama veya kaçınma şeklinde açık veya örtülü olarak yapılması mümkündür⁴⁷¹. Bu bildirim iradi olarak gerçekleşebileceği gibi

⁴⁶⁶ BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 139; Koller, s. 62; Huguenin, AT, N. 1094; Zikos, s. 26; Esener, Temsil, s. 84.

⁴⁶⁷ BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 140; İnceoğlu, s. 165.

⁴⁶⁸ Oser/Schönenberger, Art. 33 N 17.

⁴⁶⁹ Huguenin, AT, N. 1094.

⁴⁷⁰ Koller, s. 74; BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 144; CHK -Kut, Art. 33 N. 40; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 640.

⁴⁷¹ Açık ve örtülü temsil yetkisi bildirimine ilişkin olarak verilen örnekler için bkz. Koller, s. 75.

bildirimin temsil olunana güven ilkesi dolayısıyla normatif olarak isnat edilmesi sonucu da ortaya çıkabilir⁴⁷². Bu bağlamda üçüncü kişinin, yetkilendirmenin varlığına ilişkin bir sonuca varabileceği belirli koşulların yaratılması yeterlidir⁴⁷³. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi, 2019 tarihli bir kararında, bir işletmenin genel müdürü, bir sözleşme partneriyle olan önemli bir toplantıya bizzat katılmaktan kaçınmış ve bunun için "Müdürümüz C./Mimarımız D." olarak tanıttığı kişileri toplantıya göndermişse, bu durumda diğer tarafın, bu kişilerin aynı zamanda işletmeyi temsil etme hakkına sahip olduğunu varsaymaya hakkı olduğunu kabul etmektedir⁴⁷⁴. Ancak açıklama bir bildirim iradesini ortaya koymalıdır. Bu nedenle yalnızca ticari belgelerin veya firma mührünün kullanılması en azından kendi başına Art. 33/III OR hükmü anlamında bir bildirim oluşturmaz. Çünkü ticari belgeler ve firma mührü çoğu işletmede alt düzeydeki çalışanlar için de erişilebilirdir ve dolayısıyla bunları kullananlar lehine bir temsil iradesi olarak değerlendirilmemelidir⁴⁷⁵. Önemli olan temsil olunan kişinin gerçek iradesinin ne yönde olduğu değildir. Aksine temsil olunanın fiili davranışının dürüstlük kuralına göre bir bildirim iradesini ortaya koymasındır.

Bildirim doğrudan bir veya daha fazla sayıdaki belirli kişiye yönelik olarak gerçekleştirilebilir. Bunun dışında ilan gibi yollarla belirsiz bir muhatap çevresine yönelik olarak da yapılabilir.

ff. Bildirimin temsil olunana isnat edilmesi

Art. 33/III OR hükmüne göre, temsil yetkisi bildirim, beyan bilinci olmaksızın da geçerli olur⁴⁷⁶. Bununla birlikte bu bağlayıcı etki ancak bildirim temsil olunana isnat edilebilir

Yargı kararlarının dış temsili kapsamlı bir güvenin korunması anlayışı çerçevesinde genişlettiği belirtilmektedir. Buna göre yaşam deneyimlerine göre temsil yetkisinin çıkarılabileceği her davranış temsile ilişkin yetkilendirme olarak ele alınmaktadır. von Büren, OR AT, S. 154 (ZK- Klein, Art.33 N. 176'dan naklen). Aynı yönde bkz. Esener, Temsil, s. 84.

⁴⁷² Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 641.

Yapılan işlemle bağlı olma iradesi bulunmayan temsil olunanın güven ilkesine dayalı olarak işlemle bağlı tutulmasına işaret eden İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 120 II 197, 199. (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F120-II-197%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document , Erişim Tarihi: 03.06.2022)

⁴⁷³ ZK- Klein, Art.33 N. 177.

⁴⁷⁴ 4A_482/2018, 07. 05. 2019, 2.4.3. (<https://d2949dc635c6a357b8576413b60d58d4bf7efa8d.vetisonline.com/de/doc/claw/b3f10520-bab7-4eaa-a14c-4a64351ab5c5/search/158409833> , Erişim Tarihi: 04.06.2022)

⁴⁷⁵ ZK- Klein, Art.33 N. 177.

⁴⁷⁶ Koller, s. 73; ZK- Klein, Art.33 N. 187; CHK-Kut, Art. 33 n. 41.

olduğunda gündeme gelmektedir⁴⁷⁷. Çünkü üçüncü kişinin güveni yalnızca güvenin dayandığı olgular temsil olunana isnat edilebildiği takdirde korunmaya değerdir⁴⁷⁸. Bu bağlamda temsil olunanın öncelikle ayırt etme gücüne sahip olması gereklidir. Ancak tam fiil ehliyetine sahip olması şart değildir⁴⁷⁹. Dolayısıyla sözde temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesinin, Art. 33/III OR hükmü bağlamında bir sonucun ortaya çıkması için başlı başına yeterli olmadığı söylenebilir⁴⁸⁰. Hükmün uygulanması ayrıca bildirimin varlığını da gerektirir. Bu bildirim örtülü olarak da gerçekleşebilir. Katlanma temsilde olduğu gibi pasif bir davranış şeklinde ortaya çıkabilir ve hatta görünüş temsilde olduğu gibi salt normatif olarak isnat edilebilir. Ancak hangi şekilde olursa olsun bildirimin varlığı şarttır.

iii. *Üçüncü kişinin temsil yetkisi bildirimini öğrenmiş olması*

Art. 33/III OR hükmü, temsil olunan üçüncü kişiye bir bildirimde bulunmuşsa, üçüncü kişinin temsil yetkisinin fiilen mevcut olduğuna ilişkin güvenini korunmayı amaçlamaktadır. Böyle bir güvenin söz konusu olabilmesi için de üçüncü kişinin temsil yetkisine ilişkin bildirimi temsil işleminin yapılmasından önce fiilen öğrenmesi gereklidir⁴⁸¹. Dolayısıyla Art. 33/III OR hükmü anlamında bir dış temsil yetkisinin ortaya çıkması için temsil olunan tarafından temsilcinin yetkilendirildiğinin bildirilmesi ve hatta karşı tarafın yokluğunda bildirimin ona ulaşmış olması tek başına yeterli değildir⁴⁸². Bildirim ile üçüncü kişinin güveni arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁴⁸³.

⁴⁷⁷ Koller, s. 72; ZK- Klein, Art.33 N. 187.

⁴⁷⁸ Klein'a göre burada kusur değil, aksine temsil olunanın tipik risk alanına ilişkin objektif bir isnat söz konusudur. Bu nedenle örneğin sahte bir yetki belgesinin ibraz edilmesi temsil olunanın bunda ihmal düzeyinde bir kusuru olsa dahi Art. 33/III OR hükmü anlamında bir bildirim niteliği taşımaz. Öte yandan yetki belgesinin yetkili temsilci tarafından talimata aykırı kullanımı temsil olunan için bağlayıcı sonuçlar doğurur. Çünkü temsilciye verilen talimata karşılık gelen bir sınırlamayı içermeyen bir yetki belgesinin kullanımı riski temsil olunana isnat edilebilir. Bu noktada yalnızca temsil olunan talimata aykırı kullanımı hesaba katmak zorunda olduğu sürece ve üçüncü kişinin kötüye kullanımı bilmesi gerekmediği sürece temsilcinin hatalı veya kasıtlı olarak hareket etmesinin bir önemi yoktur. ZK- Klein, Art.33 N. 187.

⁴⁷⁹ Ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla küçük veya kısıtlı bir kişi de temsil yetkisi bildiriminde bulunabilir. Öte yandan böyle bir durumda bildirimin geçerliliği yasal temsilcinin onayına bağlıdır. Koller, s. 72-73.

⁴⁸⁰ ZK- Klein, Art.33 N. 187.

⁴⁸¹ BSK-Watter, Art. 33 N. 35; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 45; ZK- Klein, Art.33 N. 190; BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 148, 15; Koller, s. 86.

⁴⁸² BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 154; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 45. Koller, bildirimin yalnızca ulaşmasının yeterli görülmemesinin irade beyanları için geçerli olan kuralın tam tersi olduğunu ifade etmektedir. Öyle ki irade beyanları söz konusu olduğunda varma veya ulaşmayla ilgili kurallar beyan sahibinin menfaatleri doğrultusunda oluşturulmuştur. Bu kurallar beyan sahibini, muhatabın yetki alanına ulaşan beyanın muhatabın bilgisine ulaşmaması riskinden kurtarmayı amaçlamaktadır. Varma kurallarının aynı zamanda somutlaştırılmış

iv. *Güven ilkesi ve üçüncü kişinin iyi niyeti*

Art. 33/III OR hükmünün lafzında güven veya iyi niyet olgusundan söz edilmediği görülmektedir. Bununla birlikte bu gerekliliğin hükmün amacından ve özellikle de Art.34/III OR ile olan sistematik ilişkisinden çıkarılabileceği belirtilmektedir⁴⁸⁴. Bu bağlamda işlemin karşı tarafı Art.3 ZGB gereği iyi niyetli kabul edilecektir⁴⁸⁵. Üçüncü kişinin temsilci ile sözleşmenin akdedildiği sırada iyi niyetli olması gerekmektedir. Sonradan gelen kötü niyet ise zarar vermez⁴⁸⁶.

v. *Hukuki sonuç: Temsil Etkisinin Ortaya Çıkması*

Hakim görüşe göre Art. 33/III OR hükmü kapsamındaki bildirim, temsil yetkisine vücut vermez⁴⁸⁷. Yalnızca temsil etkilerinin⁴⁸⁸ ortaya çıkması yoluyla üçüncü kişilerin iyi niyetinin

temsil yetkisi bildirimlerine de uygulanması halinde, bu kuralların amacına ters düşeceği açıktır. Sonuçta temsil olunanın yetki bildiriminin Art. 33/ III OR uyarınca ulaşır ulaşmaz yürürlüğe girmesinde herhangi bir menfaati yoktur. Koller, s. 86-87.

⁴⁸³ ZK- Klein, Art.33 N. 190.

⁴⁸⁴ Koller, s. 60, 89; Oser/Schönenberger, Art. 33 N 17; BSK-Watter, Art. 33 N 35; BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 155; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 46; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 640; Esener, Temsil, s. 47,48. Koller, bunu, eşit olanlara aynı, eşit olmayanlara ise farklı muamele edilmesi gereği ile açıklamaktadır. Koller, AT N. 19.12.

Aksi yönde görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 225-226. İyiniyet gerekliliğinin aranmasına yargı kararlarında da işaret edilmektedir. BGE 120 II 197, 131 III 517, 99 II 42 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-III-289%3Ade&lang=de&type=show_document , Erişim Tarihi: 05.06.2022).

⁴⁸⁵ Burada sözü edilen üçüncü kişinin iyi niyetinin ZGB Art.3/II anlamında “haklı iyi niyet” olması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre iyi niyet ancak üçüncü kişi temsil işleminin temsil olunanın menfaatleri ile çatıştığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa bertaraf edilebilmektedir. Öyle ki yetkiye ilişkin bildirimin amacı, temsil yetkisinin varlığına ilişkin belirsizliğin üçüncü kişi açısından ortadan kaldırılmasıdır. Bu nedenle de kendisine yetkiye ilişkin bildirim yapılan üçüncü kişinin genel olarak hukuki eksiklikleri araştırmak için özel bir nedeni yoktur. BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 156; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 46; Koller, s. 92.

Koller, iyi niyetin hem olumlu (temsil yetkisinin varlığına duyulan güven) hem de olumsuz (üçüncü kişinin ne temsil yetkisinin yokluğunun farkında olduğu ne de temsil yetkisinin varlığının şüpheli olduğunu düşündüğü bir farkındalık hali) olarak tanımlanabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte esas olarak olumlu bir farkındalık halinin yani üçüncü kişinin temsil etkisinin ortaya çıkacağına güvenmesi durumunun belirleyici olması gerektiğini ileri sürmektedir. Koller, s. 60, dn. 233, s. 88.

⁴⁸⁶ Koller, s. 93.

⁴⁸⁷ Koller, s. 93; BK- Zäch/Künzler, Art. 33 N 157; Berger, AT N. 854.

⁴⁸⁸ Temsil etkisi, her durumda geçerli bir sözleşmenin meydana geleceği anlamına gelmez. İşlem diğer sebeplerle geçersiz olabilir, yok hükmünde olabilir veya tek taraflı bağlamazlık söz konusu olabilir. Bu bağlamda temsil etkisi yalnızca temsilci temsil yetkisi ile hareket etmiş gibi bir muamele yapılması anlamını taşır. Koller, s. 93-94.

korunması söz konusudur⁴⁸⁹. Bu bağlamda sanki temsil yetkisi mevcutmuş gibi bir sonuç ortaya çıkar. Temsil olunan, temsilcinin iyi niyetli üçüncü kişi ile yapmış olduğu işleme onay vermesine gerek olmaksızın işlem ile bağlı olur⁴⁹⁰.

Bir diğer görüşe göre ise, bildirim esas olarak fiili bir temsil yetkisi ortaya çıkarmamaktadır. Bildirim belirli ölçüde temsil olunan ve üçüncü kişi arasında anlaşmaya benzer bir durum yarattığından varlık ve kapsam bakımından iç temsil yetkisinin yani fiili yetkilendirmenin önüne geçmektedir. Buna bağlı olarak da iyi niyetin bulunması şartıyla Art. 33/III OR hükmünde öngörülen sonucu ortaya çıkarmaktadır⁴⁹¹.

aa. Kapsam

Yetkilendirmenin kapsamı Art. 33/III OR hükmüne göre belirlenir. Genelde irade ve bilgi açıklamalarında olduğu gibi, bildirimin yorumlanmasında da güven ilkesi esas alınmaktadır⁴⁹². Bu bağlamda her somut olayda bildirimden ne kapsamda bir temsil yetkisinin çıkarılabileceği araştırılmalıdır. Burada bildirimin yanı sıra temsil olunan ve temsilci arasındaki ilişki gibi somut şartların da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre örneğin eşin anaparanın faizini tahsil etmeye ilişkin temsil yetkisi anaparanın ödenmesini kabule ilişkin yetkiyi de kapsamalıdır⁴⁹³. Özellikle bildirimin katlanma dolayısıyla gerçekleştiği hallerde, temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesi oldukça zordur. Çünkü bu durumlarda temsil yetkisinin kapsamı katlanmanın yani bir pasif davranışın kapsamına bağlıdır. Bu

Berger, burada temsil olunanın bildirim ile -koşullara göre iyi niyetli üçüncü kişinin iç temsil yetkisinin mevcut olduğuna ilişkin güveninin korunabileceği- bir hukuki görünüş yarattığını belirtmektedir. Berger, AT N. 854.

⁴⁸⁹ BSK-Watter, Art. 33, N 30; CHK-Kut, Art. 33 N. 38.

Temsil etkisine üçüncü kişiler dışında temsilcinin de dayanabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle temsilci Art. 39 OR kapsamında kendisine karşı ileri sürülebilecek taleplerin önüne geçebilecektir. Nitekim temsil etkisinin gerçekleşmemiş olması, Art. 39 OR hükmünün olumsuz koşulunu oluşturmaktadır. Koller, s. 94.

⁴⁹⁰ Buna ilişkin bir örnek için bkz. Koller, AT N. 19.04.

⁴⁹¹ ZK- Klein, Art.33 N. 197.

⁴⁹² İsviçre Federal Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında üçüncü kişinin temsil olunanın gerçek iradesini fiilen bildiği ispatlanamadığı sürece temsil yetkisine ilişkin bildirimin mevcut olup olmadığının veya ne kapsamda mevcut olduğunun belirlenmesinde güven ilkesinin esas alınacağını belirtmiştir. BGE 135 III 464, 467. (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F135-III-464%3Ade&lang=de&type=show_document , Erişim Tarihi: 03.06.2022)

⁴⁹³ ZK- Klein, Art.33 N. 200.

durumda bütünün tek tek parçalardan daha fazlasını ifade etmesinden yola çıkılarak tüm koşulların genel görünümüne odaklanılması gerektiğine işaret edilmektedir⁴⁹⁴.

bb. İptal Edilebilirlik

Art. 33/III OR hükmü kapsamında yapılan bildirimin iptal edilip edilemeyeceği Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre- Türk hukukunda da tartışmalıdır. Bazı yazarlar iptali genel olarak reddetmekteyken⁴⁹⁵, bazıları esas olarak iptali kabul etmektedir⁴⁹⁶. Bunun dışında iptali yalnızca temsil yetkisinin ilan edilip bildirildiği veya ticaret siciline kaydedildiği takdirde reddedenler de bulunmaktadır⁴⁹⁷. Ayrıca bazı yazarlar tarafından Art. 33/III OR hükmüne göre yapılan bildirim açıkça atıfta bulunularak, irade açıklamalarına ilişkin kuralların bilgi açıklamaları hakkında da kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Diğer taraftan bu görüş açığa imzanın kötüye kullanımı durumunda iptale başvurulmasını kabul etmemektedir. Çünkü temsil olunan açığa imza atmış olduğu belgeyi işlem hayatına sokmakla birlikte iptal söz konusu olmaksızın kendisine isnadı zorunlu olan bir tehlike yaratmış olmaktadır⁴⁹⁸. Bir diğer görüşe göre ise⁴⁹⁹, bildirimin iptal edilip edilemeyeceğine ilişkin zorluk bildirimin farklı şekillerde gerçekleşebilmesinden ve çoğu durumda bildirimle bir beyanın çok fazla ortak noktasının bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Öyle ki bir beyanın iptali duraksamaya yer olmaksızın kabul edilebilirken, bu görünüş temsili söz konusu olduğunda çok daha zordur. Bununla birlikte her durumda önemli olan bildirimin temsil olunana isnat edilebilmesidir. Gerçekten de ancak bildirim temsil olunana isnat edilebildiği takdirde, bildirimin irade bozuklukları dolayısıyla iptal edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Bu bağlamda iptal belirli durumlarla sınırlı olarak kabul edilebilecek ve ancak güven olgusunun gerçek bir beyana ilişkin olduğu hallerde iptal söz konusu olabilecektir. Buna karşı güven olgusunun bir pozisyonun verilmesi veya temsil yetkisi olmaksızın temsil olunan adına hareket edilmesine

⁴⁹⁴ ZK- Klein, Art.33 N. 200. İncoğlu ise, katlanma temsili söz konusu olduğu hallerde temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinin büyük bir zorluk içermediğini belirtmekte ve temsil yetkisinin kapsamına temsil olunan tarafından bilinen ancak engel olunmayan işlemlerin dahil olacağını ifade etmektedir. İncoğlu, s. 169 vd.

⁴⁹⁵ BSK-Watter, Art. 33, N 34.

⁴⁹⁶ BK-Zäch/Künzler, Art. 33 N 127.

⁴⁹⁷ Von Tuhr/Peter, S. 360 (ZK- Klein, Art.33 N. 203'ten naklen). Aynı yönde bkz. ZK- Klein, Art. 33, N. 204.

⁴⁹⁸ BK-Kramer, Art. 1 N 69 ((ZK- Klein, Art.33 N. 203'ten naklen). İsviçre Federal Mahkemesi'nin de açığa imza atan kişinin kötüye kullanım rizikosunu taşıması gerektiğine ve burada hataya dayalı bir iptal imkanına yer olmadığına ilişkin kararı için bkz. BGE 88 II 422, 428. (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F88-II-422%3Ait&lang=it&type=show_document, Erişim Tarihi: 03.06.2022)

⁴⁹⁹ ZK- Klein, Art.33 N. 204.

katlanılması gibi temsil yetkisine ilişkin bir güven oluşturabilecek diğer hukuki görünüş olgularına dayandığı durumlarda ise iptal gündeme gelmeyecektir. Buna göre örneğin yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemlere ilişkin o ana kadarki faturaların ödenmesi suretiyle yaratılmış olan hukuki görünüş iptal edilemeyecektir. Öte yandan temsil olunan tarafından görünüşte temsile yol açan davranışlara son verilmesi, o andan sonrası için hukuki görünüşü ortadan kaldıran bir davranış sayılabilir.

b. Temsil Yetkisinin Sınırlanması ve Geri Alınması (TBK m. 42/III /Art. 34/III OR)

Art. 33/III OR hükmü gibi, Art. 34/III OR hükmü de bildirim dolayısıyla temsil yetkisinin varlığına duyulan güveni korumaktadır. Bununla birlikte Art. 33/III OR hükmünde gerçeğe uygun olmayan bir temsil yetkisi bildirimi söz konusu iken, Art. 34/III OR hükmünde başlangıçta doğru olan ancak daha sonra yanlış hale gelen bir bildirim söz konusudur⁵⁰⁰. Diğer bir deyişle Art. 33/III OR hükmünde baştan itibaren yanıltıcı bir hukuki görünüş yaratılmakta iken, Art. 34/III OR hükmünde hukuki görünüş ilk olarak eş zamanlı bir geri alma bildirimi olmaksızın temsil yetkisinin geri alınması ile ortaya çıkmaktadır⁵⁰¹. Öyle ki Art. 34/III OR hükmünde temsil olunan vermiş olduğu temsil yetkisini açık olarak veya fiilen bildirmiş ancak yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmemişse, bunu, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği düzenlenmektedir⁵⁰².

Art. 34/III OR hükmünün uygulama alanı bulması için öncelikle temsil olunanın geçerli olarak vermiş olduğu temsil yetkisini üçüncü kişiye bildirmesi gereklidir⁵⁰³. İkinci olarak üçüncü kişi temsil yetkisini öğrenmiş olmalıdır. Üçüncü olarak temsil olunanın bildirmiş olduğu temsil yetkisini kısmen veya tamamen geri almış fakat bunu üçüncü kişiye bildirmemiş olması gerekmektedir⁵⁰⁴. Üçüncü kişinin iyi niyetli olması ise son şartı oluşturmaktadır⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Koller, s. 95.

⁵⁰¹ Koller, AT N. 19.14; Huguenin, AT, N. 1094.

⁵⁰² BSK-Watter, Art. 34, N. 11; CHK-Kut, Art. 34 OR, N. 15; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s.709; İnceoğlu, s. 526.

⁵⁰³ Temsil yetkisi geçerli olarak verilmemişse doğal olarak geri almadan da söz edilemeyecektir. İnceoğlu, s. 529.

⁵⁰⁴ Koller, N. 294-298; BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 37; İnceoğlu, s. 527.

⁵⁰⁵ Diğer bir şart olarak temsilcinin kötü niyetli olmasının gerekip gerekmediği konusunda bkz. İnceoğlu, s. 527-528.

Temsil yetkisinin geri alınması sonucunda temsil yetkisi ortadan kalkmaktadır. Diğer yandan üçüncü kişinin kendisine daha önce bildirilen temsil yetkisinin varlığına ilişkin güveni söz konusudur. Bu nedenle de Art. 34/III OR geri almanın üçüncü kişiye karşı ancak ona geri alma bildirildiği takdirde ileri sürülebileceğini öngörmektedir. Buna göre temsil olunanın geri almayı üçüncü kişiye bildirmemiş olduğu durumda, temsil yetkisinin geri alındığından başka bir şekilde haberdar olmayan veya haberdar olması da gerekmeyen yani iyi niyetli olan üçüncü kişi ile bir sözleşme yapılmışsa, temsil olunan geri almayı bu kişiye karşı ileri süremez.

i. *Bildirimin Hukuki Niteliği, Bildirimi Yapan Kişi ve Bildirimin Muhatabı*

Geri alma bildiriminin, temsil yetkisinin verilmesine ilişkin bildirimle aynı hukuki niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁶.

Temsil yetkisinin geri alındığına ilişkin bildirim, temsil olunan veya onun yetkili temsilcisi tarafından yapılabilir⁵⁰⁷. Bunun dışında yine temsil olunanın görevlendirdiği yardımcı kişi veya temsil olunanın yasal temsilcisi tarafından da yapılması mümkündür⁵⁰⁸.

Bildirimin muhatabı, temsil yetkisinin varlığına ona bildirildiği şekilde güvenen üçüncü kişidir⁵⁰⁹.

ii. *Bildirimin Geçerli Olacağı An ve Bildirim Tarzı*

⁵⁰⁶ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 49; Koller, AT N. 19.16; BSK-Watter, Art. 34, N. 3.

⁵⁰⁷ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 52; İnceoğlu, s. 537. Geri alma bildiriminin başka bir kişi tarafından yapılması halinde, bu durum ancak üçüncü kişi tarafından öğrenilmişse veya Art. 3/II ZGB’ de öngörülen dikkati göstermiş olsaydı öğrenmesi gerekiyorsa üçüncü kişiye zarar verir. Koller, s. 98-99.

Özellikle yeni yetkilendirilen temsilciye, eski yetkilendirmenin geri alındığını üçüncü kişiye bildirmesi talimatının verilmesi mümkündür. Koller, s. 98; BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 52; ZK- Klein, Art.34 N. 44. Art. 34/III OR hükmünde iyi niyet şartının aranması karşısında bildirimin kim tarafından yapıldığının çoğu zaman pratik önem taşımayacağı yönündeki değerlendirmeler için bkz. İnceoğlu, s. 537.

⁵⁰⁸ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 52.

⁵⁰⁹ İnceoğlu, s. 531. Bildirimden etkilenen üçüncü kişilerin sayısı birden fazla olabilir. Temsil yetkisi ticaret siciline kaydedilmişse, temsil yetkisine ilişkin kayıt varlığını sürdürdüğü sürece tüm üçüncü kişiler korunmaya devam eder. Bunun dışında temsil yetkisi hakkında belirli sayıda üçüncü kişiye örneğin bir kolektif şirketin tüm ortaklarına bilgi verilmiş olması da bir diğer ihtimaldir. BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 45.

Bildirimin hazırlar arasında yapılması olasılığında bildirimin geçerli olacağı an konusunda herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır⁵¹⁰. Bildirimin hazır olmayanlar arasında yapılması durumunda ise, bildirimin ulaşmasına ek olarak öğrenmenin gerçekleşmesinin de gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Geleneksel görüşe göre bildirimin muhataba ulaşması, Art. 34/III OR hükmünde öngörülmüş olan iyi niyet korumasının ortadan kalkması için yeterlidir⁵¹¹. Bu görüş açısından muhatap çevresinin yahut bildirimin tarzının belirlenmesi, geri almaya ilişkin temel problemi oluşturmaktadır. Geri alma bildirimi, yetkilendirmeye ilişkin bildirim ile aynı tarzda yapılmalıdır. Diğer bir deyişle “uygun, eş değer bir geri alma bildirimi” gereklidir. Bu iki şeyi içerir. İlk olarak üçüncü kişiye yetkilendirme hakkında kişisel bildirim yoluyla (yetki belgesi sunma, belirli bir üçüncü kişiye yazılı veya sözlü bildirim yapma vb.) bilgi verilmişse, bu bildirimin etkisi yine geri almaya ilişkin kişisel bildirimin yapılması yoluyla bertaraf edilmelidir. Kişisel bildirimin yapıldığı bir durumda geri almanın ilan edilmesinin yeterli olup olmayacağı sorusuna ise, kime yöneltildiğine bakılarak cevap verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yetki bildirimi belirsiz bir tacir çevresine yapılmışsa, geri alma bildirimi ilan edilabilir. Zira bu işlem hayatının teamüllerine uygundur. Tacirlerin ilgili basın bültenlerini bilmeleri beklenebilir. Diğer yandan temsil yetkisine ilişkin bildirim belirli bir kişi çevresine veya örneğin banka gibi yalnızca tek bir üçüncü kişiye yönelikse, ilan edilmiş bildirimin geçerli değildir. Zira ilan edilmiş bildirim üçüncü kişi veya kişilere başka şekilde ulaşılamaması gibi bir durum olmadıkça olağan bir yöntem değildir⁵¹². İkinci olarak temsil yetkisi kişisel olmayan şekilde (ilan edilmiş vb.) bildirilmişse, temsil olunan geri almayı eşdeğer bir yolla (örneğin geri almanın aynı günlük gazetede aynı şekilde yayınlanması gibi) bildirmelidir. Bununla birlikte ilan edilmiş temsil yetkisi dolayısıyla üçüncü kişilere tanınan koruma, üçüncü kişiye geri alma hakkında kişisel bildirimin yapılması yoluyla da ortadan kaldırılabilir. Uygun bildirim yapılması gerekliliğinin aranması, geleneksel görüş tarafından iyi niyet korunmasının ortadan kaldırılması açısından geri alma bildiriminin ulaşmasının yeterli görülmesi ile ilişkilidir. Uygun bildirimle birlikte salt ulaşmanın aranmasının yol açabileceği tatmin edici olmayan sonuçların engellenmesi amaçlanmaktadır⁵¹³.

⁵¹⁰ ZK- Klein, Art.34 N. 37; Inceoğlu, s. 531.

⁵¹¹ Huguenin, N. 1082. Bu konuya ilişkin bir örnek için bkz. Koller, s. 98.

⁵¹² Oser/Schönenberger, Art. 33 N 11.

⁵¹³ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 41, 56.

Geleneksel görüş dışındaki diğer görüşe göre ise, hazır olmayanlar arasında gerçekleşen üçüncü kişiye yönelik geri alma bildirimi yalnızca üçüncü kişinin iyi niyetinin ortadan kaldırılması halinde ona karşı ileri sürülebilir⁵¹⁴. Bunun nasıl gerçekleştiğinin önemi yoktur⁵¹⁵. Üçüncü kişiye yetkilendirme kişisel ve yazılı olarak bildirilmişse, somut durumun değerlendirmesinden üçüncü kişinin bu şekilde gerçekleştirilen geri almayı da bilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabildiği sürece, geri almanın ilanen bildirim yoluyla yapılması da mümkündür⁵¹⁶. Bu görüşe göre bu nedenle geri alma bildirimi için uygun bildirim gerekliliğinin aranmasına gerek yoktur. Aksine geri alma herhangi bir usulde yapılabilir. Üçüncü kişinin somut durumda halen haklı olarak iyi niyetli olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin yetkilendirmenin ve daha sonra yetkinin geri alınmasının bu kişiye hangi usulde bildirildiğine bağlı olabileceği açıktır. Örneğin yazılı ve kişisel yetki bildiriminin söz konusu olması halinde, yazılı ve kişisel geri alma bildirimi, üçüncü kişinin yardımcı kişisine telefonla bildirim veya yalnızca ilanen bildirime göre haklı iyi niyeti ortadan kaldırmada daha etkili olacaktır.

iii. *Bildirimin İçeriği*

Bildirilmesi gereken temel husus, temsil yetkisinin kısmen veya tamamen geri alınmış olduğudur⁵¹⁷. Bununla birlikte geri alma bildiriminin içeriği, temsil olunan tarafından

⁵¹⁴ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 57. Aynı yönde bkz. ZK- Klein, Art.34 N. 38. İncoğlu, Zäch/Künzler'in görüşünü temsil olunanın haklı güvenini göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Yazara göre temsil olunan bildirimin karşı tarafa ulaşmasını sağlamakla kendi üzerine düşeni yerine getirmiş olmaktadır. Bildirimin muhatap tarafından öğrenilmiş olup olmaması onun hakimiyet alanı ile ilgilidir. Buna bağlı olarak da öğrenmeme rizikosunu muhatap taşımalıdır. Temsil olunanın güveni de en az muhatabınki kadar korunmaya değerdir. Zira temsil olunan bildirimin muhataba ulaşmasını sağlamakla birlikte artık muhatabın iyi niyetinin korunmayacağını düşünmektedir. Yine yazar ulaşmayı yeterli sayan görüşün irade beyanlarının kural olarak karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ifade edeceğine ilişkin prensiple de uyumlu olduğunu belirtmektedir. İncoğlu, s. 532-533.

⁵¹⁵ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 57; ZK- Klein, Art.34 N. 42.

⁵¹⁶ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 57.

⁵¹⁷ İncoğlu, s. 531.

serbestçe belirlenebilir⁵¹⁸. Ancak muhatabın bildirimi nasıl anlayabileceği ve anlaması gerektiği önemlidir⁵¹⁹.

iv. *Üçüncü Kişinin İyi Niyetli Olması*

Üçüncü kişiye temsil yetkisinin varlığına veya verilmesine ilişkin bildirim yapılmışsa ve o da iyi niyetle buna göre hareket etmişse, ancak bu takdirde geri almayı bilmemesine dayanabilir. Üçüncü kişinin örneğin temsilci gibi yetkisiz kişilerden veya diğer üçüncü kişilerden öğrendikleri ona iyi niyet koruması sağlamaz⁵²⁰. Bu nedenle temsil olunanın bu tür durumlarda geri alma bildirimi yapması gerekli değildir.

Üçüncü kişinin geri almayı bildiği durumlarda iyi niyetli olduğundan söz edilemez. Nitekim geri alma bildiriminin ulaşmasıyla birlikte üçüncü kişinin iyi niyetinin ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁵²¹. Öte yandan üçüncü kişinin iyi niyetinin ortadan kalkması, mutlaka geri alma bildiriminin yapılmasına dayanmak zorunda değildir. İyi niyetin ortadan kalkması açısından üçüncü kişinin geri almadan ne şekilde haberdar olduğunun önemi yoktur⁵²². Temsil yetkisinin geri alınmasının bilinmesinin yanı sıra bilinmesinin gerekmesi yani ihmal dolayısıyla bilmeme de iyi niyetini ortadan kaldırır. Diğer bir deyişle temsil yetkisine ilişkin sınırlamaların üçüncü kişi tarafından bilinmesi gerekiyorsa, bunlar üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir⁵²³. Olağan temsil yetkisinde hafif ihmalin yeterli olduğuna dikkat edilmelidir. Üçüncü kişiye karşı işlem hayatının gerektirdiği dikkati gösterdiği takdirde geri almayı bilmesi gerektiği ileri sürülebilir⁵²⁴. Buna karşı ticaret hukukunda ticaret sicilinden yararlanılması ile bağlantılı işlem güvenliğinin korunması dolayısıyla daha katı gereklilikler aranmaktadır. Zira üçüncü kişiden ticari temsile ilişkin sınırlamaları araştırması talep

⁵¹⁸ Temsil olunan üçüncü kişiye doğrudan geri alma bildiriminde bulunmak yerine geri almaya vurgu yapmadan temsil yetkisinin bildirilen ölçüde mevcut olmadığını da üçüncü kişiye bildirebilir. Böyle bir bildirim, geri alma bildirimine eşdeğerdir. Örneğin, A, B'ye vermiş olduğu temsil yetkisini geri alır. Daha sonra B'ye temsil yetkisi vermiş olduğunu bildirdiği C'ye yetki bildiriminin yanlışlıkla yapıldığını bildirir. Bu bildirimden sonra C, B ile bir sözleşme yapsa dahi, C'nin Art. 34/III OR hükmüne başvurmasının önü kesilmiş olur. Koller, s. 99.

⁵¹⁹ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 50.

⁵²⁰ Oser/Schönenberger, Art. 33 N 16; Koller, s. 62; BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 59. Üçüncü kişi, yalnızca bildirim temsil olunan kişiden geliyorsa veya temsil olunana isnat edilebiliyorsa bildirim güvenilebilir. ZK-Klein, Art.34 N. 48.

⁵²¹ Huguenin, N. 1082.

⁵²² CHK-Kut, Art. 34 OR, N. 18. Üçüncü kişinin tesadüfen haberdar olması dahi yeterlidir. BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 59; ZK- Klein, Art.34 N. 48; BSK-Watter, Art. 34, N 12.

⁵²³ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 60; ZK- Klein, Art.34 N. 48.

⁵²⁴ Koller, N. 149, 201; BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 60.

edilemeyeceğinden üçüncü kişiye yalnızca ağır ihmal yüklenebilir. Ticaret siciline kaydedilecek sınırlamalar sicile kaydedilmediği sürece üçüncü kişiye karşı yalnızca pozitif bilme ileri sürülebilir⁵²⁵. Salt bilmenin gerekmesi yeterli değildir⁵²⁶.

v. *Etki Anı*

Geri alma bildirimi, işlemin yapılmasından önce ve üçüncü kişinin temsil işlemi sırasında artık iyi niyetli sayılamayacağı şekilde yapılmalıdır⁵²⁷. Bununla birlikte sonradan yapılan geri alma bildirimi elbette önceden yapılmış işlemin bağlayıcılığını engellememektedir⁵²⁸.

vi. *Üçüncü Kişinin Korunmasının Sonuçları*

Art. 34/III OR hükmünün hukuki sonucu da tıpkı Art. 33/III OR hükmünde söz edildiği gibi temsil etkisinin ortaya çıkmasından ibarettir. Ancak Art. 33/III OR hükmünden farklı olarak Art. 34/III OR hükmünde bu sonuçtan açıkça söz edilmediği görülmektedir. Bunun yerine Art. 34/III OR hükmünde, temsil olunanın, üçüncü kişiye karşı temsil yetkisinin geri alındığını ileri süremeyeceği öngörülmüş durumdadır. Bununla kastedilen temsil olunanın sanki temsil yetkisi geri alınmamış ve dolayısıyla sözleşme yapıldığında temsil yetkisi halen mevcutmuş gibi muamele görmesi gerektiğidir. Bu da Art. 33/III OR hükmündeki temsil etkisine karşılık gelmektedir⁵²⁹. Bu bağlamda temsil yetkisi iç ilişkide geçerli olarak geri alınmış ancak bu iyi niyetli üçüncü kişiye yönelik olarak yapılmamışsa, yetkisi geri alınan temsilci, Art. 34/III OR hükmüne göre temsil olunanı yaptığı işlemler aracılığıyla yükümlü kılmaya devam etmektedir⁵³⁰. Diğer bir deyişle geri almaya rağmen temsil etkileri varlığını sürdürmektedir.

c. TBK m. 41/II (Art. 33/III OR), TBK 42/III (Art. 34/III OR) ve TBK m. 44/II (Art. 36/II OR) Hükümleri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi

⁵²⁵ BK-Zäch/Künzler, Art. 34 N 60; ZK- Klein, Art.34 N. 49.

⁵²⁶ ZK- Klein, Art.34 N. 49.

⁵²⁷ ZK- Klein, Art.34 N. 47.

⁵²⁸ ZK- Klein, Art.34 N. 47.

⁵²⁹ Koller, s. 96.

⁵³⁰ ZK- Klein, Art.34 N. 53.

Temsil yetkisinin bildirilmesi, yetki belgesinin teslimi ve bunun ibrazı yoluyla da gerçekleşebildiğinden⁵³¹ yetki belgesi ile bildirimin yapıldığı durumlarda yetki belgesinin geri verilmesini düzenleyen TBK m. 44/II hükmü ile TBK m.41/II veya TBK m.42/III hükümlerinden herhangi birinin şartlarının aynı anda gerçekleşmesi ihtimali söz konusudur. Bununla birlikte TBK m.41/II ve TBK m.42/III hükümlerine bağlanan sonuçlar ile TBK m. 44/II hükmüne bağlanan sonucun birbirinden oldukça farklı olduğu görülmektedir. Zira TBK m.41/II ve TBK m.42/III hükümlerinin uygulama alanı bulduğu hallerde esas olarak hukuki görünüşe güven olumlu olarak korunmakta ve temsil olunan temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı tutulmakta iken, TBK m. 44/II hükmünün uygulama alanı bulduğu hallerde iyi niyetli üçüncü kişilere yalnızca zararlarının giderilmesi gibi kısıtlı bir imkan sunulmaktadır. Sözü edilen bu farklılaşma TBK m. 44/II, TBK m.41/II ve TBK m.42/III hükümleri arasındaki ilişkinin belirlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.

TBK m. 44/II, TBK m.41/II ve TBK m.42/III hükümleri arasındaki ilişkinin belirlenmesinde esas olarak temsil yetkisinin sona erme sebebi üzerinden hareket edilmektedir. Bu bağlamda bir görüş tarafından TBK m. 44/II hükmünün yalnızca temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği hallerde uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁵³². Temsil yetkisinin geri alındığı ancak yetki belgesinin geri alınmadığı durumlarda ise, TBK m. 42/III hükmü uygulama alanı bulacaktır⁵³³. Dolayısıyla da temsil olunan TBK m.42/III hükmü gereği temsilcinin yapmış olduğu işlem ile bağlı olacaktır⁵³⁴. Bununla birlikte bu çözüm benimsenmesine rağmen yine de birtakım sorunların ortaya çıkabileceği belirtilmektedir⁵³⁵. Bunlardan ilki temsilci yetki belgesini ibraz ederek dış temsil yetkisini meydana getirdikten sonra, iç ilişkide temsil

⁵³¹ Koller, N.253-257; BK-Zäch/Künzler, Art. 36 N. 64; İnceoğlu, s. 508.

⁵³² BK-Zäch/Künzler, Art. 36 N. 69. Aynı yönde bkz. Kutlu Sungurbey, s. 39; Oğuzman/Öz, s. 237.

Bu tür durumlarda bu hükmün temsil yetkisinin sona erdiğinden habersiz olarak aslında hükümsüz kalmış olan yetki belgesine dayanan iyi niyetli üçüncü kişiye koruma sağlayacağı ifade edilmektedir. ZK- Klein, Art.36 N. 5. Konuya ilişkin diğer değerlendirmeler için bkz. ZK- Klein, Art.36 N. 6 vd.; İnceoğlu, s. 509 vd.

⁵³³ Zäch/Künzler, yetki belgesinin ne zaman ibraz edildiğinden bağımsız olarak Art. 34/III OR hükmünün uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. BK-Zäch/Künzler, Art. 36 N. 69. Aynı yönde bkz. Kutlu Sungurbey, s. 39; Oğuzman/Öz, s. 237. Koller ise, Art. 36/II OR hükmünü Art. 34/III OR hükmü karşısında özel bir hüküm olarak değerlendirmekte ve üçüncü kişinin bu durumda yalnızca olumsuz zararının giderilmesi gerektiğini belirtmektedir. Koller, AT, § 20, N. 17. İnceoğlu ise Art. 36 OR hükmünün özel bir hüküm olduğunu gösteren herhangi bir gerekçenin bulunmadığını belirterek bu görüşü eleştirmektedir. İnceoğlu, s. 509-510. Kocayusufpaşaoğlu da bu hükümlerin şartlarının aynı anda gerçekleşmesi halinde BK m. 34/III/ (TBK m.42/III) hükmünün uygulama alanı bulacağını kabul etmekte ve bunu BK m.36/II hükmünün tali bir hüküm olmasıyla açıklamaktadır. Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, BK m.36/II' nin Uygulama Alanı, s. 217 vd.

⁵³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, BK m.36/II' nin Uygulama Alanı, s. 217.

⁵³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, BK m.36/II' nin Uygulama Alanı, s. 219 vd.

yetkisinin geri alınması halinde, temsil olunanın TBK m.42/III' ün uygulanmasını engelleyip engelleyemeyeceğidir. Burada yetki belgesinin temsilciden geri alınmasının resmi şekle bağlı işlemler dışında TBK m.42/III' ün uygulanmasını engellemeyeceği kabul edilmektedir. Zira kendisine bir kez yetki belgesi ibraz edilmiş olan kişinin temsil işlemini gerçekleştirirken ayrıca yetki belgesinin ibrazını istemesi zorunluluğu söz konusu değildir. Yalnızca resmi şekle bağlı işlemlerde resmi memurun yetki belgesini incelemesi gündeme geleceğinden yetki belgesinin geri alınmış olması, salt bu tür durumlarda TBK m. 42/III hükmünün uygulanmasını engelleyebilecektir. Bunun dışında temsil yetkisinin geri alındığının doğrudan üçüncü kişiye bildirilmesi yoluyla da TBK m. 42/III hükmünün uygulanması devre dışı bırakılabilecektir.

Yetki belgesi henüz üçüncü kişiye ibraz edilmeden önce verilen temsil yetkisi geri alınmış ve yetkisi sona eren temsilci yetki belgesini buna rağmen kullanmışsa, BK m. 34/III (TBK m.42/III)' ün uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Kocayusufpaşaoğlu, bu durumun BK m. 34/III (TBK m.42/III) değil, BK m. 33/II (TBK m.41/II) hükmü kapsamında ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Öyle ki BK m. 34/III (TBK m.42/III) hükmü temsil yetkisi verildiğinin üçüncü kişiye bildirilmesinin ardından yetkinin geri alındığı hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Bu tür durumlarda temsil yetkisi gerçekten mevcuttur. Buna karşı yetki belgesinin üçüncü kişiye temsil yetkisi geri alındıktan sonra ibraz edildiği durumlarda mevcut bir temsil yetkisi söz konusu değildir. Yetki belgesi aracılığıyla yapılan bildirim iç temsil ilişkisini yansıtmamaktadır. Bu da gerçekte uyuşmayan bir görünüşün ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla burada TBK m.42/III hükmünün değil, aksine temsil yetkisinin varlığı konusunda da üçüncü kişilerin iyi niyetini koruyan BK m. 33/II (TBK m.41/II) hükmünün uygulanma alanı bulması gerekmektedir.

İnceoğlu, yetki belgesinin temsil yetkisinin geri alınmasının ardından üçüncü kişiye ibraz edildiği hallerde, BK m.34/III (TBK m.42/III) hükmünün uygulanmasının yerinde olmadığı görüşündedir. Zira BK m. 34/III (TBK m.42/III) hükmü yetki geri alınmasına rağmen yetkinin bildirildiği kişilerin bu durumdan haberdar edilmediği hallerde uygulanmaktadır. Yetki belgesinin temsil yetkisi geri alındıktan sonra gösterildiği durumda ise, çoğunlukla işlemin yapılması ve belgenin gösterilmesi arasında belirli bir zaman aralığı bulunmakta ve temsil olunan yetkinin geri alındığını yetki belgesinin ibraz edildiği kişilere bildirmek konusunda değil, yetki belgesini geri almaya ilişkin gerekli özeni gösterme konusunda ihmalkar davranmaktadır. Bu ise, BK m.36/II (TBK m.44/II)' de özel olarak

düzenlenmektedir. Sonuç itibariyle BK m.34/III (TBK m.42/III) ve 36/II (TBK m.44/II) hükümlerinin uygulama alanı birbirinden ayrıdır. Yetki belgesi geri almaya ilişkin sebep ortaya çıkmadan önce üçüncü kişiye ibraz edilmişse, BK m. 34/III (TBK m.42/III); yetkinin sona ermesinden sonra ibraz edilmişse, BK m. 36/II (TBK m.44/II) uygulanacaktır⁵³⁶. İnceoğlu, Kocayusufpaşaoğlu'nun yetki belgesinin temsil yetkisinin geri alınmasının ardından üçüncü kişiye ibraz edildiği durumlarda BK m. 33/II (TBK m.41/II) hükmünün uygulanmasına ilişkin görüşünü büyük ölçüde yerinde bulmaktadır. Öte yandan BK m. 33/II (TBK m.41/II) hükmünün kendiliğinden sona erme halleri açısından da uygulama alanı bulmasının bu görüşün isabetsiz yönünü oluşturduğunu ifade etmektedir. Öyle ki kendiliğinden sona erme hallerinde de sona ermenin ardından yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edilmesi yine mevcut olmayan bir yetkinin bildirilmesi anlamını taşıyacak ve BK m.33/II (TBK m. 41/II) uygulanacaktır. Bu ise, BK m.36/II (TBK m. 44/II) hükmünün uygulama alanının ortadan kalkmasına neden olacaktır. İnceoğlu, bunun kabul edilebilir bir sonuç olmadığını, kanun koyucunun BK m. 36/II (TBK m. 44/II) hükmü ile temsil yetkisi hiç mevcut olmamasına rağmen üçüncü kişiye temsil yetkisinin bildirildiği hallerle yetki sona ermesine rağmen yetki belgesinin üçüncü kişiye ibraz edildiği haller arasında bir farklılık meydana getirmek istediğini ifade etmektedir.

Yetki belgesi aracılığıyla temsil yetkisinin bildirildiği hallerde ortaya çıkabilecek bir diğer potansiyel sorun, BK m. 34/III (TBK m. 42/III) hükmünün uygulanmasının engellenebilmesi için yetki belgesinin ibraz edildiği üçüncü kişilere yetkinin geri alındığının bildirilmesinin gerekmesi ancak temsil olunanın bu üçüncü kişilerin tamamını bilmesinin çoğu zaman mümkün olmamasıdır. Bu durumda BK m. 34/III (TBK m. 42/III) hükmünün uygulanmasının nasıl devre dışı bırakılabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Burada ilanen bildirim yoluna başvurulmasının düşünülebileceği ancak bu şahsen bildirimle eş değer bir yol olmadığından bunun geçerli olmayacağı ifade edilmektedir. İlanen yapılan geri alma bildirimi ancak üçüncü kişinin bunu fiilen öğrendiğinin ispatı halinde geçerli olacaktır. Ancak bunun da pratikte pek mümkün olmadığına işaret edilmektedir. Söz konusu durumda bazı yazarlar temsil olunanın BK m. 34/III (TBK m. 42/III) gereği temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı olacağını kabul etmektedir⁵³⁷. Ancak bu görüşün yerinde bir çözüm önerisi getirmediği gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir. Bu çözümü eleştiren yazarlar temsil olunanın yetki

⁵³⁶ İnceoğlu, s. 511.

⁵³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BK m.36/II' nin Uygulama Alanı, s. 222' de anılan yazarlar.

belgesinin ibraz edildiği üçüncü kişileri bilip bilmemesine göre bir ayrıma gitmektedir⁵³⁸. Buna göre BK m. 34/III (TBK m. 42/III) gereği temsil olunanın temsilcinin yaptığı hukuki işlemle bağlı tutulmasının sebebi, onun bildirmiş olduğu temsil yetkisinin devam ettiğine ilişkin kendisine isnat edilebilir bir hukuki görünüş yaratmasıdır. Bununla birlikte temsil olunan yetki belgesinin kimlere ibraz edildiğini bilmediği için bu görünüşü üçüncü kişiye bildirimde bulunarak ortadan kaldırma imkanına sahip değilse, söz konusu hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilmesinin ve temsil olunanın yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemle bağlı tutulmasının isabetli olmayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda BK m. 34/III (TBK m. 42/III) hükmünün temelinde yer alan amaç göz önünde bulundurularak daraltıcı bir yoruma tabi tutulması gerektiği savunulmakta ve buna bağlı olarak söz edilen durumlarda artık BK m. 36/II (TBK m. 44/II) hükmünün devreye gireceği ifade edilmektedir⁵³⁹.

Kanımızca tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi Türk- İsviçre hukukunda da temsil yetkisi bildiriminin gerek yetki belgesi ile gerek yetki belgesi dışındaki yollarla gerçekleştirildiği hallerde, temsil yetkisi ne sebeple sona ererse ersin temsil olunanın temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı tutulması daha yerinde bir çözüm olacaktır. Zira mevcut durumda TBK m. 41/II, 42/III ve 44/II hükümlerinin sonuçları arasındaki farklılık bu hükümler arasındaki ilişkinin belirlenmesi noktasında çetrefilli ve tatmin edici olmayan ayrımlara gitmeyi zorunlu kılmaktadır. Halbuki hem yetki belgesinin verilmesi dışında yollarla bildirimin yapılması ve sona ermenin bildirilmemesi (geri alma da dahil) hem de yetki belgesinin verilmesi ve temsil yetkisi sona ermesine rağmen (ne sebeple sona ererse ersin) yetki belgesinin temsilcide kalmaya devam etmesi zaten başlı başına hukuki görünüşün yaratılmasına neden olmaktadır. Sözü edilen durumlarda temsil olunanın temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı tutulması da kabul edilebilir niteliktedir. Zira yetki belgesi dışında bir yolla bildirim yapıp sona ermenin bildirilmemesi de yetki belgesinin verilmesi ve bunun her ne sebeple olursa olsun geri alınmaması da riziko ilkesi bağlamında temsil olunanın risk alanı içerisinde değerlendirilebilir. Bunun sonucu olarak da ona isnat edilebilecek bir risk olarak kabul edilebilir.

⁵³⁸ Kocayusufoğlu, BK m.36/II' nin Uygulama Alanı, s. 222.

⁵³⁹ Söz konusu durumda TBK m. 44/II hükmünün uygulanması İnceoğlu tarafından eleştirilmektedir. Yazara göre yetki belgesinin ibraz edildiği sırada temsil yetkisi halen mevcut olduğundan belgenin geri alınması konusunda bir özen yükümlülüğü ihlalden söz edilemeyeceğini dile getirmektedir. Dolayısıyla da burada TBK m. 44/II kapsamında yer alan bir durumdan söz edilmemelidir. Temsil olunan tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de gerekmeyen üçüncü kişilere karşı temsil olunanın sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. İnceoğlu, s. 513, 515.

3. Dış Temsil Yetkisinin Verilmesi Bağlamında Katlanma ve Görünüş Temsili

Yukarıda incelenmiş olan hükümler temsil hukukundaki hukuki görünüş sorumluluğu hallerini tamamıyla kapsamamaktadır⁵⁴⁰. Bu düzenlemeler esas itibariyle temsilciye bir kez yetki verilmiş olmasına ve daha sonra söz konusu yetkinin geri alınmasına ilişkindir⁵⁴¹. Ancak temsilcinin temsil yetkisi olmaksızın temsil olunan adına hareket ettiği ve sözde temsilciye temsil yetkisinin hiçbir zaman verilmediği durumlar burada düzenlenen ihtimallerin dışında kalmaktadır⁵⁴². Aşağıda bu bağlamda ortaya çıkan katlanma ve görünüş temsili durumları incelenecektir.

a. Katlanma Temsili

i. Hukuki Niteliği

Katlanma temsili, yasal olarak düzenlenmiş değildir⁵⁴³. Bu nedenle yargı kararları ile gelişmiş olan katlanma temsili kavramı ile ne kastedildiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu temsil türü temsil edilenin, bir diğer kişinin temsil yetkisi olmaksızın onun temsilcisi gibi hareket etmesine izin vermesi ve üçüncü kişilerin de bu durumdan haklı olarak temsil yetkisinin varlığına ilişkin bir sonuç çıkarması halinde söz konusu olmaktadır⁵⁴⁴. Katlanma

⁵⁴⁰ Stadler, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl., München 2020, s. 477. Bununla birlikte İsviçre- Türk hukukunda aşağıda da açıklanacağı üzere katlanma ve görünüş temsili hallerinin TBK m. 41/II (Art. 33/III) kapsamında ortaya çıktığına dikkat edilmelidir.

⁵⁴¹ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N.14.

⁵⁴² BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N.14. Aynı yönde bkz. Faust, s. 260.

⁵⁴³ Kanunda katlanma temsiline ve genel olarak da görünüş temsiline ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte BGB 170-173 hükümlerinin görünüş temsiline ilişkin genel ilkelerin geliştirilmesi için bir çıkış noktası oluşturduğu belirtilmektedir. Fikentscher, Wolfgang, Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154 (1955), s. 3 vd.; Schneider, s. 75. BGB 170-173 hükümleri aynı zamanda hukuki görünüş temsili için yasal olarak düzenlenmiş olduğu haller kapsamında da değerlendirilebilecektir. Schneider, s. 75.

⁵⁴⁴ MüKoBGB/Schubert BGB § 167 N. 106; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N.15; Canaris, s. 39; Zikos, s.36; Schneider, s. 75; Zach, Roger/ Künzler, Adrian, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI., 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40 OR), 2. Aufl., Bern 2014), s.127; Peters, Frank, "Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht", AcP 179 (1979), s. 216-217; Müller-Brockhausen, s. 142; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s.641; Oğuzman/Öz, s. 221, dn.642; Eren, s. 492; İnceoğlu, s. 118-119.

temsilinin hukuki niteliği ise öteden beri tartışmalıdır⁵⁴⁵. Buna ilişkin olarak “Hukuki işlem teorisi” ve “Hukuki görünüş teorisi” olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Hukuki işlem teorisine göre, katlanma temsili olarak adlandırılan durumlarda delalet edici davranışlar aracılığıyla hukuki işleme dayalı olarak bir yetkilendirmenin varlığı söz konusudur⁵⁴⁶. Bu nitelendirme, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin içtihadında da devam eden⁵⁴⁷ yerleşik İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi (ROHG) içtihadına karşılık gelmektedir.⁵⁴⁸ Alman

⁵⁴⁵ Canaris, s. 40; Kindl, s. 84; Schneider, s. 76; Armbruster, N. 602; Großfeld, Claudia, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, Münster 2002, s. 28. Aynı yönde bkz. Conrad, Christian, Die Vollmacht als Willenserklärung: Rechtsschein und Verkehrsschutz im Recht der gewillkürten Stellvertretung, Hamburg 2012, s. 34-35. Armbruster, katlanma temsilinin hukuki nitelendirmesinin onun iptal edilebilirliği noktasında önemli olduğunu ifade etmektedir. Armbruster, N. 602.

⁵⁴⁶ Fikentscher, s.1; Craushaar, s.2, 23 vd.; *Merk*, 638 vd.; Conrad, s. 154; Kindl, s. 84. dn. 5’ te ve Canaris, s. 40, dn. 30’da anılan yazarlar. Hukuki işlem teorisini benimseyen bazı yazarlar, katlanma temsili BGB § 171’de düzenlenen yetki bildiriminin özel bir türü olarak görmektedir. *Flume*, BGB AT II § 49 3 ve 4, s. 828 vd. Hukuki görünüş teorisini kabul eden Canaris, hukuki işlem teorisinin savunucuları tarafından iç veya dış temsil yetkisinden hangisinin kabul edildiğinin genellikle belirtilmediğine işaret ederek bunun bu teorinin zayıf yanını oluşturduğunu ifade etmiştir. Canaris’e göre temsil yetkisinin örtülü irade beyanı ile verilmesi mümkündür ancak bu hukuki işleme ilişkin koşulların varlığını gerektirir. Bununla birlikte çoğu zaman temsil olunanın gerçekte temsilci gibi hareket eden kişiye herhangi bir şekilde temsil yetkisi vermek istemediği aksine yalnızca örtülü olarak ona müsamaha gösterdiği ve ilgili işlemleri onaylama hakkını saklı tuttuğu açıktır. Bu nedenle temsilci gibi hareket eden kişiye karşı iş sahibinin davranışları hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir niteliğe sahip değildir. Hukuki işlem teorisi kapsamında kalınmak isteniyorsa, temsil olunan kişinin davranışının üçüncü kişiye karşı örtülü temsil yetkisinin verilmesi olarak anlaşılması yani örtülü dış temsil yetkisinin varlığı gereklidir. Ancak bu tür bir kabul savunulamaz niteliktedir; çünkü söz konusu durumların karakteristik doğası ile bağdaştırılamaz. İş sahibinin üçüncü kişiye yönelik davranışı kurucu değil, sadece açıklayıcı niteliğe sahiptir. Öyle ki burada da irade beyanının objektif koşulları mevcut değildir. Bir dış temsil yetkisinin verilmesi söz konusu değildir, aksine iç temsil yetkisinin örtülü olarak açıklanması söz konusudur. Ona göre sorunun bu özelliği, yasal işlem teorisinin taraftarları tarafından sürekli olarak gözden kaçırılmaktadır. Canaris, s. 40 vd. Ayrıca söz konusu durumda irade beyanının muhatabının belirsiz olduğu eleştirisinde bulunulmakta ve irade beyanının bir muhatabı olması şartından yalnızca kamuya yönelik beyanlar söz konusu olduğunda vazgeçilebileceği ancak burada kural olarak böyle bir durumun mevcut olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla burada bir irade beyanından söz edilemeyecektir. Großfeld, s. 29 ve dn. 110’da anılan yazarlar.

⁵⁴⁷ Katlanma temsilinin söz konusu olabileceği durumlarda, yani bir kişinin sürekli olarak üçüncü bir taraf adına hareket etmesi ve yetkili olmadığı halde hukuki işlemlerde bulunması halinde, Alman İmparatorluk Mahkemesi örtülü bir yetkilendirmenin kabul edilmesi çözümünü tercih etmiştir. Örneğin 1879 tarihli bir kararda durum böyledir. Karara konu olayda bir çalışan temsil edilen kişi adına üçüncü taraflara karşı yetkili bir temsilci olarak hareket etmiş ve temsil işlemleri yapmıştır. Mahkemeye göre temsil olunan çalışanın işlem yapmaya yetkiliymiş gibi hareket etmesine izin verdiği sürece, burada bir örtülü yetkilendirmenin varlığı kabul edilmelidir. RGZ 1, 8 (8) (AHLERIG, s. 303’ten naklen). Bununla birlikte söz konusu kararda mahkeme örtülü yetkilendirme ve hukuki görünüş temsili arasında dogmatik ayrıma gitmemiştir. Ahlring, s. 303.

⁵⁴⁸ Tacir bir kadının eşinin onun adına işlem yapmasını -özellikle de işlemin karşı tarafını koruma düşüncesiyle- örtülü yetkilendirme olarak kabul eden 1873 tarihli İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi kararı için bkz. ROHGE 8, 314 (315) (Ahlring, s. 301 vd. dan naklen). Bununla birlikte Ahlring, daha sonraki yıllarda Federal ve İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemeleri’nin örtülü yetkilendirme lehine istikrarlı bir içtihat hukuku izledikleri yönündeki hakim görüşün aksine, mahkemelerin hukuki görünüş temsili örtülü yetkilendirmeden açıkça ayırmaksızın, dürüstlük kuralı ve işlem güvenliğinin korunmasına işaret ederek hukuki görünüş temsili

İmparatorluk Mahkemesi'nin bu dönemdeki katlanma temsiline ilişkin kararlarında örtülü bir yetkilendirme sonucuna ulaşmak için genellikle temsil olunan tarafından gerçekte yapılmamış bir irade beyanının varsayıldığı belirtilmektedir⁵⁴⁹. Ancak Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 4. Kurulu 1927 tarihli bir kararında farklı bir görüş ortaya koymuştur. Buna göre sözde temsil olunan, üçüncü tarafların kendisinin bir diğer kişiyi kendi adına hareket etmesi için yetkilendirdiğini düşünmesine neden olabilecek bir davranış sergilemesi yani başka bir kişinin davranışına göz yumması halinde sorumludur. Bu durumda temsil olunanın yani iş sahibinin sorumluluğu temsilciye temsil yetkisi vermiş gibi genişler. Buradan Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin örtülü bir yetkilendirmeyi kabul etmediği, yani temsil olunan tarafın yetkilendirme iradesini varsaymadığı, bunun yerine gerçekte bir yetkilendirme olmadığı ancak yine de bunun hukuki sonuçlarının yürürlüğe girmesine izin vermek istediği sonucunun çıkarılabileceği belirtilmektedir. Bunun için temsil olunanın üçüncü taraf açısından yetkilendirmeye ilişkin bir hukuki görünüş yaratması ve üçüncü tarafın buna güvenmesi yeterlidir⁵⁵⁰. Alman İmparatorluk Mahkemesi 7. Kurulu'nun 1932 tarihli bir kararında ise, hukuki görünüşe dayalı temsil yetkisi ve hukuki görünüş sorumluluğu kavramlarından söz edilmiştir⁵⁵¹. Burada görünüşe göre işlemin karşı tarafını her halükarda korumak amacıyla, dürüstlük kuralı ve işlem güvenliğinin korunmasına atıfta bulunulması suretiyle bir temsil yetkisi verilerek irade beyanı eksikliği sorunundan kurtulan kararlar verilmiş olduğu ifade edilmektedir⁵⁵². Aşağıdaki alıntıda görülebileceği gibi, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin yerini alan Alman Federal Mahkemesi'nin de eski tarihli kararlarında örtülü yetkilendirmenin varlığını kabul etmeye yönelik yaklaşımlar vardır: *“Temsil olunan temsilcinin kendisi tarafından bilinen davranışlarına katlanır ve bu katlanma işlemin karşı tarafınca dürüstlük kuralına ve örf ve adete göre temsilcinin temsil olunan adına hareket etmek için temsil yetkisi aldığı şeklinde yorumlanırsa, örtülü bir yetkilendirme söz*

yönünde ilk eğilimlerini ortaya koydukları kanaatindedir. Ancak kendisi bu dönemde bu konuya ilişkin olarak henüz yeknesak bir yaklaşımın gelişmediğini de eklemektedir. Ahlring, s. 302.

⁵⁴⁹ De la Durantaye, Katharina, Erklärung und Wille, Tübingen 2020, s. 234. Öğretide ise o dönemde bu tür bir varsayımsal çözümü benimseyenler olduğu gibi eleştirenler de bulunmaktaydı. Ahlring, s. 303 vd.

⁵⁵⁰ Ahlring, s. 305 vd.

⁵⁵¹ RGZ 138, 265, 269 (Ahlring, s. 306'dan naklen).

⁵⁵² Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin geçmişten farklı olarak artık yapılmış bir irade beyanını dikkate almadığı, aksine artık temsil olunana davranışının etkisini (yani temsilcinin ortaya çıkmasına müsamaha göstererek işlemin karşı tarafında güvenin uyandırılması) isnat ettiği ve böylece sonuçta bir temsil yetkisine ulaştığı açıktır. Mahkeme bu isnadı, temsil olunanın müsamaha göstermesi, işlemin karşı tarafının temsilciyle işlem yapmasına ve uygun bir temsil yetkisine güvenmesine yol açtığı için yapmıştır. Ahlring, s. 306.

*konusu olur.*⁵⁵³ Bununla birlikte sonraki tarihli kararlarda Federal Mahkeme tarafından örtülü yetkilendirme ile katlanma temsili arasında katı bir ayırım yapıldığı ve katlanma temsili durumlarının hukuki görünüş olgusu olarak nitelendirildiği görülmektedir⁵⁵⁴. Bugün öğretilerdeki hakim görüş de katlanma temsili hukuki görünüş temsili kapsamında yer aldığı yönündedir⁵⁵⁵. Ancak hukuki işlem teorisinin içtihat hukukunun aksi yöndeki tutumuna rağmen yeniden zemin kazandığı görülmektedir. Bunun Alman Federal Mahkemesi'nin örtülü yetkilendirme ve katlanma temsili arasında ayırım yapması, ancak katlanma temsili varlığının ayırt edilmesinde bir ölçüt olarak yetkilendirme iradesinin eksikliğini kullanması nedeniyle olabileceği belirtilmektedir⁵⁵⁶. Şu anda hakim olan görüş, beyan bilincini irade beyanının kurucu bir unsur olarak değerlendirmede için temsil olunan yetkilendirme iradesine sahip olmasa bile, örtülü olarak verilmiş bir temsil yetkisini onaylamanın yolunun açık olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁷. Nitekim Pawlovski de irade beyanlarının üçüncü tarafa bir irade beyanı gibi görünmesi halinde, temsil edilen tarafın beyan bilinci olmadan da bu şekilde nitelendirilebileceği görüşünü benimsemektedir. Öyle ki yazar dış görünüşten bir irade beyanı

⁵⁵³ BGH LM Nr.4 zu § 167 BGB, 2. Leitsatz (Kindl, s. 84-85' ten naklen). Federal Mahkemenin benzer nitelikte diğer kararları için bkz. BGH NJW 1956, 460; BGH WM 1957, 926; BGH NJW 1966, 1915; BGH WM 1972, 615. (De la Durantaye, s. 234'ten naklen).

⁵⁵⁴ Kindl, s. 85. Federal Mahkeme, katlanma temsili etkisine ilişkin olarak hukuki görünüşün- bu durumda üçüncü tarafların bir temsil yetkisinin gerçek varlığına olan güveni- temsil yetkisi eksikliğinin yerini aldığı görüşündedir. Ahlering, s. 316.

⁵⁵⁵ Fikentscher, s. 14 vd.; Canaris, s. 40; Kindl, s. 85, dn. 10'da anılan yazarlar; İnceoğlu, s. 122.

⁵⁵⁶ Kindl, s. 84. Aynı yönde bkz. Altmeppen, Holger, Disponibilität des Rechtsscheins, Köln 1993, s. 148-149.

⁵⁵⁷ Kindl, beyan iradesi olmaksızın gerçekleşen hukuki işlem gerektiğinde beyan sahibi açısından iptal yoluyla ortadan kaldırılabilir bir bağlayıcılık oluşturabileceğinden, bir irade beyanının kurucu özelliği olarak beyan bilincinin varlığından vazgeçilmesinin katlanma temsiliyi açıklayamayacağını belirtmektedir. Ayrıca ona göre beyan bilincinin eksikliğine odaklanmak, katlanma temsili ile örtülü yetkilendirme arasında ayırım yapmak için kullanılabilir tek uygun kritere yani temsil olunanın davranışlarının objektif beyan değerine bakmayı engellemektedir. Temsilci, temsil olunan adına ilgili irade beyanını yapmaya yetkili olmadığını bileceğinden, temsilcinin bakış açısına göre, bu davranış, kendini nadiren örtülü davranış yoluyla yetkilendirme olarak gösterecektir. Temsilcinin bakış açısına göre temsil olunanın davranışları yetkilendirme olarak değerlendirilebilirse- bu yorum yoluyla cevaplandırılabilir bir sorudur- gerçekte bir örtülü iç yetkilendirme söz konusu olur; ancak o zaman katlanma temsili söz edilmemesi daha yerindedir, böylece herhangi bir yanlış anlaşılma ortaya çıkmaz. Buna karşı temsil olunanın katlanmasında hiçbir zaman pratik olarak bir dış temsil yetkisinin verilmesi görülemez. Çünkü bu katlanma, hukuki işlemler açısından her zaman yalnızca sözde temsilcinin temsil olunanından belirli kapsamda bir temsil yetkisi aldığı çıkarımının yapılmasına izin verir. Ayrıca, Bölüm 171 I, 172 I BGB'deki bildirim olgularının aksine, katlanma temsili olgularında yön ile ilgililik söz konusu değildir, bu nedenle temsilci ile sözleşme yapan üçüncü bir kişi, temsil olunanın bir temsil yetkisinin varlığına ilişkin çıkarım yapmaya izin veren davranışını hiçbir zaman kendisine yönelik örtülü bir formda dışa vurulmuş bir temsil yetkisi beyanı olarak değerlendirmemelidir ve değerlendirmez. Katlanma temsili bu nedenle hukuki işlem teorisinin araçları ile açıklanamaz. Kindl, s. 86.

çıkarmayı amaçlamıştır ve bu da sonuçta hukuki işleme dayalı yetkilendirme olarak katlanma temsiline yol açmaktadır⁵⁵⁸.

Sonuç itibariyle başlangıçta örtülü bir yetkilendirmeye ulaşmak için özellikle irade varsayımı kullanılırken, 20. yüzyılın ilk yarısında temsil olunan tarafından yaratılan hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilmesi yönünde artan bir tercihin ortaya çıktığı görülmektedir. Özellikle 1930'lu ve 1940'lı yıllarda, hukuki varsayım giderek artan bir eleştiriye maruz kalmış ve bu reddedici tutum yargı kararlarında ve öğretinin büyük bir bölümünde bugüne kadar değişmeden kalmıştır. Bu da günümüzde katlanma temsili hukuki görünüş temsili olarak sınıflandırılmasının baskın olduğu anlamını taşımaktadır⁵⁵⁹. Ancak kanaatimizce Alman hukuku açısından katlanma temsili durumlarında bir hukuki görünüş temsili söz edilmemelidir. Gerçekten de yine güven kavramından köklerini almış olan güven teorisine göre temsil olunanın davranışları değerlendirildiğinde, beyan bilinci olmasa dahi burada esasen temsil olunana atfedilebilecek bir irade beyanının ve dolayısıyla örtülü dış temsil yetkisi verilmesi durumunun söz konusu olduğu görülebilecektir. Alman hukukunda ortaya çıkan bu durum iç temsil yetkisinin verilmesinden bağımsız olarak üçüncü kişiye yönelik olarak da temsil yetkisinin verilebilmesinden kaynaklanmaktadır. İsviçre-Türk hukukunda ise, hakim görüşe göre, temsil olunanın doğrudan üçüncü kişiye yönelik olarak temsil yetkisi vermesi imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin temsil olunanın katlanma davranışından örtülü olarak bir dış temsil yetkisinin verildiği çıkarımında bulunması olası değildir. Burada üçüncü kişi ancak söz konusu katlanma davranışları ile iç temsil yetkisinin kendisine bildirildiği sonucunu çıkarabilir⁵⁶⁰. Bu durumda da esasen TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) hükmünün uygulaması gündeme gelir. Öyle ki bu ihtimalde aslında mevcut olmayan bir iç temsil yetkisinin temsil olunan tarafından katlanma davranışları aracılığıyla üçüncü kişiye bildirilmiş olması söz konusudur⁵⁶¹. Nitekim temsil olunan beyan

⁵⁵⁸ Pawlovski, Hans-Martin, “Die gewillkürte Stellvertretung: Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaft”, JuristenZeitung, 2. Februar 1996, 51. Jahrg., Nr. 3 (2. Februar 1996), s. 128. Aksi yönde görüş için bkz. Köhler, BGB AT, 42. Aufl. 2018 § 11 N. 43.

⁵⁵⁹ Ahlering, s. 318.

⁵⁶⁰ Katlanma ve görünüş temsili İsviçre- Türk hukukunda esas olarak Art. 33/III OR ile ilişkili olarak üçüncü kişiye yapılan bir bildirim kapsamında ele alınmaktadır. ZK- Klein, Art.33 N. 183. Zach/Künzler ise, farklı bir yaklaşım ile katlanma ve görünüş temsili iç temsil yetkisi ile bağlantılı olarak ele almaktadır. BK- Zäch/Künzler, Art. 33. N. 46 vd. Klein ayrıca katlanma ve -aşağıda ele alınacak olan- görünüş temsili kavramlarının İsviçre hukukunda hem iç hem de dış temsil yetkisi için kullanılmasının karışıklığa yol açtığını ve bunun yargı kararlarına da yansımalarını belirtmektedir. ZK- Klein, Art.33 N. 184.

⁵⁶¹ Kramer/Probst, bu durumda temsilci gibi hareket eden kişiye o kişinin bakış açısından değerlendirildiğinde örtülü olarak temsil yetkisinin verilmiş olduğunu kabul etmektedir. Yazarlara göre, temsilci gibi hareket eden

bilincine sahip olmasa dahi eğer bildirim objektif olarak ona isnat edilebilir nitelikte ise, temsil yetkisi bildiriminin geçerli olacağı kabul edilmektedir⁵⁶². Buna bağlı olarak da temsil yetkisinin varlığı -öğretide TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) hükmünün temsil yetkisinin varlığı açısından da uygulama alanı bulacağı kabul edildiğinden- ve kapsamı bildirime göre belirlenecektir. Sonuç itibariyle de temsil olunanın katlanma davranışları ile yaratmış olduğu hukuki görünüşe dayalı olarak gerçekten temsil yetkisi verilmişçesine bir durum ortaya çıkacaktır.

ii. Dogmatik Temeli

Katlanma temsili kurumunun hukuki temeli ile ilgili olarak, Alman Federal Mahkemesi katlanma ve görünüş temsili için §§ 170- 172 BGB' deki hukuki düşünceden yola çıkılarak geliştirildiğine işaret etmektedir⁵⁶³. Öğretide ise, bu kurumun hukuki temeli ilk olarak §§ 171, 172 BGB ve 56 HGB' nin kıyasen uygulaması ile açıklanmaktadır⁵⁶⁴. Bunun dışında hukuki temellendirmeyi uzun süredir devam eden içtihat ve bunun sonucunda literatürde oybirliği ile onaylanması nedeniyle katlanma temsili için örf ve adet hukuku ile güvence altına alındığı şeklinde yapanlar da bulunmaktadır⁵⁶⁵.

iii. Şartları

Katlanma temsili söz edilebilmesi için öncelikle açık veya örtülü⁵⁶⁶ olarak verilmiş bir iç temsil yetkisinin bulunmaması gerekir⁵⁶⁷. Çünkü gerçek bir temsil yetkisinin varlığı ile katlanma temsili varlığı birbirini dışlamaktadır. Öyle ki temsilcinin temsil olunanın katlanma davranışlarından güven teorisi çerçevesinde kendisine temsil yetkisi verildiği sonucunu çıkarması halinde örtülü olarak bir iç temsil yetkisi verilmesi söz konusu olacaktır.

kişi, güven ilkesine göre (sözde) temsil olunanın katlanma davranışını örtülü bir yetkilendirme olarak yorumlayabilir. Kramer/Probst, s. 184.

⁵⁶² İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin kararı için bkz. BGE 120 II 197 E 2b/bb (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F120-II-197%3Ade&lang=de&type=show_document , Erişim Tarihi: 20.09. 2022).

⁵⁶³ BGH NJW-RR 1991,1225.

⁵⁶⁴ Neuner BGB AT § 50 N. 84 vd.

⁵⁶⁵ Kindl, s. 87, dn. 17 ve 18' de anılan yazarlar.

⁵⁶⁶ Köhler, BGB AT, s. 172.

⁵⁶⁷ Neuner BGB AT § 50 N. 86; Ahlering, Tobias, "Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB", StudZR Wissenschaft Online 2/2018 – WissOn.studzr.de, s. 319; Stadler, s. 478.

Dolayısıyla katlanma temsilinin varlığından söz edilebilmesi için temsilcinin temsil olunanın kendisine temsil yetkisi vermek istemediğini bilmesi veya bilebilecek olması gerekmektedir⁵⁶⁸. Bu bağlamda katlanma temsilinin mevcut olup olmadığı değerlendirilirken diğer şartlardan önce gerçek bir temsil yetkisinin mevcut olup olmadığı incelenmelidir.

aa. Hukuki Görünüş Olgusu

Aslında yetkisi olmayan temsilcinin temsil olunan adına temsilci sıfatıyla hareket etmesi ve temsil olunanın da bu sözde temsilcinin davranışlarını bilmesine ve önleyebilecek olmasına rağmen bunu engellememesi hukuki görünüş olgusunu meydana getirir⁵⁶⁹. Buna örnek olarak sömestr tatilinde B'nin kitapçı dükkanında çalışmakta olan J'nin temsil yetkisine sahip olmamasına rağmen B adına toptancı G'den birkaç kez kitap sipariş etmesi ve B'nin sorun çıkmaması için durumu bilmesine rağmen ilgili teslimatları kabul etmesi ve ödemeyi yapması durumu verilmektedir. Burada J başka bir sipariş verdiği takdirde ve B'nin bu kez ödemeyi reddedemeyeceği ve iyi niyetli olan G'nin B'ye karşı bir ifa talebine sahip olacağı ifade edilmektedir⁵⁷⁰. Yine temsil olunanın kolektif temsil yetkisine sahip temsilciye müdahale etmeksizin onun tek başına temsilciymiş gibi kendi adına işlem yapmasına izin vermesi durumunda da katlanma temsilinin söz konusu olacağı belirtilmektedir⁵⁷¹. Katlanma temsilinin varlığı açısından temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesinin bir süreklilik arz etmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüş temsilcinin davranışının sürekli olmasını aramaktadır⁵⁷². Diğer görüş davranışın bir defa gerçekleşmesini dahi katlanma temsilinin ortaya çıkması açısından yeterli görmektedir⁵⁷³. *Akyol ise*, kural olarak davranışın devamlı olmasını aramaktadır. Ancak istisnai olarak bir kişinin temsilci sıfatıyla hareket ettiğinin çok açık olduğu durumlarda tek bir davranışın da katlanma temsilinin ortaya çıkması için yeterli olduğunu kabul etmektedir. Buna örnek olarak da bir kişinin temsil olunanın hazır

⁵⁶⁸ Neuner BGB AT § 50 N. 86; Conrad, s. 152-153; İnceoğlu, s. 122; Stadler, s. 478.

⁵⁶⁹ Hukuki görünüş olgusu kapsamında ele alınan durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kindl, s. 90 vd.

⁵⁷⁰ Neuner BGB AT § 50 N. 85.

⁵⁷¹ ZK- Klein, Art.33 N. 182.

⁵⁷² Zikos, s. 37; Kindl, s. 90; Müller-Brockhausen, s. 142; Ahlering, s. 320.

⁵⁷³ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N. 15; Spindler, Gerald / Schuster, Fabian, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2019, BGB § 164 N. 8; Stadler, s. 478; Großfeld, s. 45; Kocayusufoğlu, s. 641. Bu yönde bir Eyalet Mahkemesi kararı için bkz. *OLG Hamm*, NJW 2007, 611 -612 (https://016a1bd0e3cab9faf1500f1134a3b63d150fda46.vetisonline.com/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FHeiHuesManKoBGB_4%2FBGB%2Fcont%2FHeiHuesManKoBGB%2EBGB%2Ep167%2Ehtm, Erişim Tarihi: 25.06.2022).

bulunduğu bir törende herkesin huzurunda kendisini temsilci olarak tanıttığını vermektedir⁵⁷⁴. Öte yandan benimsenen görüşten bağımsız olarak temsilcinin temsil olunan adına gerçekleştirdiği davranış sayısı arttıkça, güven teorisine göre üçüncü kişi nezdinde temsil yetkisinin varlığına ilişkin bir sonuca ulaşılmasının kolaylaşacağı belirtilmektedir⁵⁷⁵.

Hukuki görünüşün mevcut olup olmadığı ise, işlemin karşı tarafının yani üçüncü kişinin bakış açısına göre değerlendirilmelidir⁵⁷⁶. Buna göre hukuki görünüşün varlığından söz edilebilmesi, karşı tarafın temsil olunanın dışarıya yansıyan davranışlarını, temsilcinin yetkili olduğu sonucuna varılacak şekilde anlayıp anlayamayacağına bağlıdır⁵⁷⁷.

bb. Hukuki Görünüşün Temsil Olunana İsnat Edilebilmesi

Hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilebilmesi için öncelikle temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Fiil ehliyetinin bulunmaması durumunda hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilemeyeceği belirtilmektedir⁵⁷⁸. İsnat edilebilirlik için ayrıca temsil olunan tarafından sözde temsilcinin kendisi adına hareket ettiğinin bilinmesi gerekmektedir⁵⁷⁹⁵⁸⁰. Bununla birlikte temsil olunanın, davranışlarıyla yetkilendirmeye ilişkin bir görünüşe yol açtığını bilmesinin ise şart olmadığı belirtilmektedir⁵⁸¹. Temsil olunan en geç

⁵⁷⁴ Akyol, Temsil, s. 249. Aynı yönde bkz. Neuner BGB AT § 50 N. 87. Neuner ayrıca internet alışverişlerinde de aynısının mümkün olduğunu ifade etmektedir.

⁵⁷⁵ İnceoğlu, s. 120. Somut olayda katlanma temsilinin mevcut olup olmadığına karar verme için ölçünün daha ziyade temsilcinin davranışlarının ne kadar ikna edici olduğu ve temsil olunan ve üçüncü kişinin çatışan menfaatleri dikkate alındığında kimin daha korunmaya değer olduğu yönünde bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH NJW 1956, 1673-1674 (Großfeld, s. 45).

⁵⁷⁶ Conrad, s. 153; Ackermann, NK-BGB I, § 167 N. 83. (Ahlering, s. 319' dan naklen).

⁵⁷⁷ Bu tür bir güveni uyandırabilecek pek çok davranış olabilir. Temsil olunanın irade beyanı şart değildir. Temsilcinin eylemlerine karşı sessiz kalma da hukuki görünüşe yol açabilir. Ahlering, s. 319.

Kindl, katlanma temsilde temsil yetkisinin bildirilmesini düzenleyen BGB § 171 hükmünden farklı olarak yöne ilişkinliğin/amaçlılığın bulunmadığını belirtmektedir. Diğer bir deyişle temsil olunanın katlanma durumda temsil yetkisi verdiğini belirli bir üçüncü kişiye veya işlem hayatında yer alan kişilere açıklamak gibi bir niyeti söz konusu değildir. Buna göre örneğin, çalışan V nin, VN adına ve onun katlanması ile bir takım hukuki işlemlerde bulunduğunu uzun zamandır bilen bir kimse, VN' nin davranışından V'nin bunları akdetme yetkisine sahip olduğu sonucunu çıkarabilecektir. Ancak VN' nin davranışları hiçbir şekilde söz konusu kişiye yönelik temsil yetkisine ilişkin bir bildirim olarak kabul edilmeyecektir. Kindl, s. 84.

⁵⁷⁸ Kindl, s. 97; Neuner BGB AT § 50 N. 88; MüKoBGB/Schubert BGB § 167, N. 121; Stadler, s. 479; Hübner, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1996, N. 1286.

⁵⁷⁹ Neuner BGB AT § 50 N. 88; Ahlering, s. 320; Stadler, s. 479.

⁵⁸⁰ İçsel bir olgu olan pozitif bilmenin ispatının pratikte oldukça zor olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla burada objektif bir değerlendirme de mümkün olduğundan temsil olunanın bilmesinin gerekip gerekmediği sorusunun değerlendirilmesi daha kolay olacaktır. Großfeld, s. 45.

⁵⁸¹ Werba, Ulf, Die Willenserklärung ohne Willen, Berlin 2005, s. 151. Aksi yönde görüş için bkz. Canaris, s. 43.

temsil işleminin yapıldığı sırada sözde temsilcinin kendisi adına hareket ettiğini biliyor olmalıdır⁵⁸². Temsil olunan temsilcinin kendisi adına hareket ettiğini işlem yapılmasından sonra öğrenmiş ve buna rağmen müsamaha göstermişse, bu ancak örtülü olarak işlemin onaylanması anlamında bir öneme sahip olabilir. Katlanmaya dayalı temsil yetkisinin temsil olunanın bunu bildiği ve katlandığı sürece de varlığını sürdüreceği belirtilmektedir⁵⁸³. Temsil olunanın sözde temsilcinin kendisi adına hareket ettiğini bilmesinin gerekmesi dışında temsil olunanın temsilciye müdahale imkanı bulunmasına rağmen müdahale etmemesi de isnat edilebilirliğin bir diğer koşuludur⁵⁸⁴. Temsil olunanın müdahale imkanının olmadığı durumlarda ise, yetkisiz temsil söz konusu olacaktır ve temsil olunan bu kişinin davranışlarından sorumlu olmayacaktır⁵⁸⁵.

cc. İşlemin Karşı Tarafının (Üçüncü Kişinin) Güveninin Korunmaya Değer Olması

Katlanma temsiline söz konusu olabilmesi için ayrıca üçüncü kişi temsil olunanın katlanma teşkil eden davranışını bilmeli ve dürüstlük kuralına göre temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğu sonucunu çıkarmakta haklı olmalıdır⁵⁸⁶. Öğretide yer alan bir görüşe göre, üçüncü kişi tarafından temsil yetkisinin varlığına ilişkin bir sonuca varılabilmesi için temsil olunanın salt hareketsiz kalması yeterli değildir. Hareketsiz kalmaya ek olarak temsil olunan tarafından ortaya çıkarılan bir takım olguların⁵⁸⁷ da temsil yetkisinin varlığına ilişkin görünüşü desteklemesi gerekmektedir⁵⁸⁸. Kanaatimizce İncoğlu'nun da haklı olarak belirttiği gibi burada katlanma temsiline söz edilebilmesi için ek olguların varlığının aranmasına

⁵⁸² Köhler, Helmut, BGB AT, s. 172.

⁵⁸³ Köhler, Helmut, BGB AT, s. 172. *Altmeppen* hukuki görünüşe ilişkin eserinde bu konuyla bağlantılı olarak temsil olunan temsilcinin eylemlerine yalnızca geçici olarak müsamaha göstermiş ve temsilci daha sonra temsil olunan adına artık onun müsamaha göstermediği ve yapılmasını yasakladığı bir işlemi gerçekleştirmişse, bu durumda üçüncü kişinin güveninin korunup korunmayacağını ele almaktadır. Sonuç olarak ise katlanmanın BGB § 171 anlamındaki bildirimle benzerlik taşıdığını kabul etmekte ancak ileri sürülenin aksine dışarıdan tanınabilir katlanmanın BGB §§ 170 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucu yine dışarıdan tanınabilir pozitif davranışta bulunulması ile sona erdirilmesinin zorunlu olmadığını belirtmektedir. *Altmeppen*, s. 149 vd.

⁵⁸⁴ Zikos, s. 37; Kindl, s. 97; Müller-Brockhausen, s. 142; Stadler, s. 479; Akyol, Temsil, s. 249; İncoğlu, s. 120. Temsil olunanın müdahale etmemekle yetkilendirme iradesini açığa vurduğu ifade edilmektedir. Werba, s. 152.

⁵⁸⁵ İncoğlu, s. 120. Eğer temsil olunanın temsilcinin davranışlarına müdahale etme imkanı söz konusu değilse, katlanmanın isnadı haklı çıkaran bir "katlanma iradesine" dayanmadığı bunun da genel görüşe göre irade beyanında kurucu olan fiil iradesine karşılık geldiği belirtilmektedir. Kindl, s. 97.

⁵⁸⁶ Köhler, BGB AT, s. 172; Merkt, s. 639; Ahlring, s. 320; Akyol, Temsil, s. 249; İncoğlu, s. 120.

⁵⁸⁷ Temsil olunanın ait damgalar ve antetli kağıtların sözde temsilciye temsil olunan tarafından verilmesi buna örnek olarak gösterilmektedir. Zikos, s. 37; İncoğlu, s. 120.

⁵⁸⁸ BSK-Watter, Art. 33, N.31 (İncoğlu, s. 120' den naklen).

gerek bulunmamaktadır. Zaten temsil olunanın sözde temsilcinin davranışlarını bilmesine ve bu durumu önleme imkanı bulunmasına rağmen bu davranışlara katlanması ortaya çıkan hukuki görünüşün kendisine isnat edilebilmesi için yeterlidir. Bununla birlikte bu tür ek olguların varlığı hukuki görünüşün temsil olunana isnat edilmesinde kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olabilecektir⁵⁸⁹. Üçüncü kişinin sözde temsilcinin temsil yetkisine sahip olmadığını bilmesi durumunda ise, iyi niyet söz konusu olmadığından hukuki görünüşe dayanması mümkün olmaz⁵⁹⁰.

dd. Nedensellik Bağı

Son olarak uyandırılan güven, üçüncü kişinin hukuki işleme ilişkin davranışları ile nedensel olmalıdır⁵⁹¹. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişi yapmış olduğu işlemi temsil yetkisinin varlığına güvenerek yapmış olmalıdır.

iv. Sonuçları

Hakim görüşe göre katlanma temsiline varlığı halinde temsil olunan sözde temsilcinin üçüncü kişi ile yapmış olduğu işlemle bağlı tutulur⁵⁹². Geçerli bir temsil yetkisi mevcut olması halinde hangi hukuki sonuçlar doğuyorsa, bu halde de aynıları doğar⁵⁹³. Bu sonucun işlem güvenliğinin sağlanması ihtiyacı ile de uyumlu olduğu belirtilmektedir⁵⁹⁴. Ayrıca bu görüşün benimsenmesi halinde, hukuki işlem veya hukuki görünüş teorisinin kabul edilmesinin katlanma temsiline hukuki sonucu açısından herhangi bir farklılık yaratmadığına işaret edilmektedir. Zira temsil olunan her iki durumda da sözde temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı olmaktadır. Tek fark iptal edilebilirlik açısından ortaya çıkmaktadır⁵⁹⁵.

Karşı görüş temsil olunanın temsilcinin yapmış olduğu işlemle bağlı tutulmasını reddetmekte ve temsil olunanın davranışlarında yalnızca olumsuz zararın tazminine yönelmiş olan culpa in

⁵⁸⁹ İnceoğlu, s. 121.

⁵⁹⁰ Ahlering, s. 320; Hübner, N. 1287; *Neuner* BGB AT § 50 N. 92; Köhler, BGB AT, s. 172; Stadler, s. 479; De la Durantaye, s. 232. Üçüncü kişinin iyi niyetli olmasına ilişkin bu şart BGB 173 hükmüne kıyasen kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin kararı için bkz. BGH NJW 1982, 1513.

⁵⁹¹ Ahlering, s. 320; Hübner, N. 1287; Bork BGB AT N. 1544 vd.; Stadler, s. 480.

⁵⁹² İnceoğlu, s. 119.

⁵⁹³ *Neuner* BGB AT § 50 N. 93.

⁵⁹⁴ Hübner, N. 1288.

⁵⁹⁵ İptal edilebilirlikle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Großfeld, s. 30-31.

contrahendo sorumluluğunun temelini görmektedir. Özellikle, ifa taleplerinin sorumluluk ilkelerinden türetilmesinin hukuki işlem teorisinde ifade edilen özel özerklik ilkesine aykırı olduğuna vurgu yapılmaktadır⁵⁹⁶.

b. Görünüş Temsili⁵⁹⁷

Temsil olunan, bir kişinin kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını bilmemekle birlikte gerekli özeni gösterseydi bu durumu bilebilecek ve önleyebilecek idiyse ve karşı taraf dürüstlük kuralına göre bu davranışlardan söz konusu kişinin temsil olunanın temsilcisi olduğu sonucunu çıkarabiliyorsa, bu durumda görünüş temsilinden söz edilir⁵⁹⁸. Katlanma temsilinden farklı olarak görünüş temsilinde temsil olunan, temsilcinin onun adına hareket ettiğini bilmemektedir⁵⁹⁹. Bununla birlikte gerekli özeni göstermiş olsa bunu bilebilecek bir durumdadır. Ayrıca katlanma temsilinden farklı olarak görünüş temsilinde hukuki görünüş bilerek ve isteyerek değil, aksine özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁰. Bu farklılığın bu iki kurumun anlaşılması açısından önemli olduğu ve her ikisinin de ayrı ayrı ele alınmasını gerekli kıldığı belirtilmektedir⁶⁰¹.

i. Yargı Kararlarında Görünüş Temsilinin Gelişimi

Alman İmparatorluk Mahkemesi hukuki görünüş temsiliyle bağlantılı durumların önüne geldiği davalarda -katlanma temsili başlığında da işaret edildiği üzere- ilk başta zımni

⁵⁹⁶ Flume, BGB AT II § 49, 4; Larenz AT § 33 I a; Medicus AT N. 969 (Hübner, N. 1288' den naklen).

⁵⁹⁷ Bazı yazarlar tarafından görünüş temsili kavramı yerine “*görünüşe dayanan yetki/temsil yetkisi*” ifadesi de kullanılmaktadır. Oğuzman/Öz, s. 221, dn. 642; Kocayusufpaşaoğlu, s. 642.

⁵⁹⁸ Staudinger/Schilken, 2019, N. 31; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N.17; Canaris, s. 39; Zikos, s. 36; Kindl, s. 101; Schneider, s. 77; Stadler, s. 481; Kramer/Probst, s. 184; Huguenin, AT, N. 1099; CHK- Kut, Art. 33 OR, N. 41; Kocayusufpaşaoğlu, s. 642; Eren, s. 490; Esener, Temsil, s. 51; V s. 221, dn. 642; İnceoğlu, s. 123.

Türk-İsviçre hukukunda görünüş temsili için kullanılan terminolojinin yeknesak olmadığına dikkat edilmelidir. Federal Mahkeme dış görünüş temsilini iç görünüş temsili olarak da tanımlarken (BGE 141III 289 E. 4.1 und E. 4.4.2.), öğretilde bazı yazarlar da (BK-Zäch/Künzler, Art. 33. N. 52) basit bir şekilde sadece görünüş temsilinden söz etmektedir. Huguenin, AT, N. 1100.

⁵⁹⁹ Canaris, s. 39; Kindl, s. 83; Merkt, s. 640; Schneider, s. 77; Ahlering, s. 320; Faust, s. 264; Kramer/Probst, s. 184; İnceoğlu, s. 123. Görünüş temsili böylelikle temsil olunanın hukuki işleme dayalı temsil yetkisinin varlığına ilişkin çıkarım yapmaya izin veren bilinçli olmayan davranışları şeklinde kendini göstermektedir. Kindl, s. 104.

⁶⁰⁰ Werba, s. 162; Schneider, s. 77. Larenz katlanma temsilini “bilinçli görünüş temsili” olarak tanımlamaktadır. Larenz/Wolf, s. 894.

⁶⁰¹ Canaris, s. 39. Aynı yönde bkz. Großfeld, s. 45.

yetkilendirmenin varlığından hareket etmiştir. Daha sonra ise kararları zımni yetkilendirme ve hukuki görünüş temsili arasında bir ayrıma gitme ve en son aşamada da katlanma ve görünüş temsili birbirinden ayırma şeklinde bir seyir izlemiştir⁶⁰². Bununla birlikte Mahkeme'nin kararlarında hukuki görünüşe ilişkin dogmatik bir gerekçeye yer vermekten ziyade işlem güvenliği, hukuk güvenliği gibi düşüncelere işaret ettiği ve esasen görünüş temsili her somut olaydaki olgusal şartları ile ilgilendiği belirtilmektedir⁶⁰³.

Alman Federal Mahkemesi de hukuki görünüş temsili konusunda başından beri Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihatlarını benimsemiştir. Bu konuya ilişkin ilk kararında ise,⁶⁰⁴ görünüş temsili ticari alanla sınırlı olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Temsil yetkisine ilişkin hukuki görünüş ilkesinin BGB 242 vasıtasıyla genel olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk aşamada sistematik ve terminolojik açıdan ise büyük bir yenilik getirmemiştir. Öyle ki sıklıkla atıf yapılan 1952 tarihli “Toto” kararında⁶⁰⁵ yer alan “temsil yetkisinin hukuki görünüşü” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, tek tip bir hukuki görünüş sorumluluğundan hareket etmiştir⁶⁰⁶. 1953 tarihli bir kararında⁶⁰⁷ ise önemli bir adım atmış ve ilk kez görünüş temsili ve katlanma temsili birbirinden ayırmıştır. Sonrasında Federal Mahkeme'nin görünüş temsiline ilişkin içtihatlarının ana hatları açıkça ortaya konmuş ve gittikçe geliştirilmiştir.⁶⁰⁸

Federal Mahkeme görünüş temsiline ilişkin şartları temsil yetkisine ilişkin bir hukuki görünüş, temsil olunanın kusuru, işlemin karşı tarafının iyi niyetli olması ve temsil yetkisi ile işlemin yapılması arasında nedensellik bağı bulunması şeklinde ortaya koymuştur. Federal Mahkeme'ye göre görünüş temsili odağında mantıken temsil yetkisine ilişkin bir görünüşün yer alması gerekmektedir. Temsilci olarak hareket eden kişinin davranışları dolayısıyla işlemin karşı tarafı için temsil yetkisine ilişkin bir görünüş söz konusu olmalıdır. Bununla birlikte Mahkeme temsilci gibi hareket eden kişinin aslında bu sıfatla hareket etmek

⁶⁰² Görünüş temsiline ilişkin Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarının zaman içindeki değişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schneider, s. 78 vd.

⁶⁰³ Großfeld, s. 19.

⁶⁰⁴ BGH NJW 1951, 309. Federal Mahkeme'nin buna ilişkin diğer kararları için bkz. Litterer, Michael, Vertragsfolgen ohne Vertrag, Berlin 1979, s. 143, dn. 2.

⁶⁰⁵ BGH, 12.02.1952- I ZR 96/51 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?VPath=bibdata%2Fents%2F1952%2FLSK.1952.NJW847233.htm&readable=Parallelfundstellen&IsSearchRequest=True&HLWords=on&JumpType=SingleHitJump&JumpWords=BGH%2F52c%2B12.02.1952-%2BI%2BZR%2B96%2F51>), Erişim Tarihi: 10.08.2022).

⁶⁰⁶ Bader, s. 57.

⁶⁰⁷ BGH, 10.03.1953 - I ZR 76/52. (https://www.prinz.law/urteile/bgh/I_ZR_76-52, Erişim Tarihi: 09.04.2022)

⁶⁰⁸ Schneider, s. 83-84.

yönünde bir iradesi olmasa dahi, görünüş temsilinin gündeme gelebileceğini kabul etmektedir⁶⁰⁹. Ayrıca işlemin karşı tarafı açısından temsil olunanın temsilcinin davranışlarını bildiği ve kabul ettiği yönünde bir durum bulunmalıdır⁶¹⁰. Özetle temsile ilişkin bir hukuki görünüşten söz edilebilmesi için biri sözde temsilcinin temsil yetkisine sahipmişçesine hareket etmesi, diğeri temsil olunanın sözde temsilciye müdahale etmemesi olmak üzere iki unsurun bir araya gelmesinin gerektiği söylenebilir⁶¹¹. Ayrıca Mahkeme üçüncü kişide sözde temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğu kanaatini oluşturan davranışın belirli bir sıklıkla veya belirli bir süre boyunca gerçekleşmiş olmasını aramaktadır⁶¹².

Temsil yetkisine ilişkin hukuki görünüş temsil olunana isnat edilebilir olmalıdır. Bununla kastedilen, temsil olunan tarafından salt hukuki görünüşe yol açılması değildir. Önemli olan hukuki görünüşün yaratılmasında temsil olunanın kusurlu olup olmadığıdır⁶¹³. Daha açık bir ifadeyle temsil olunanın, gerekli özeni göstermiş olsaydı, bir kişinin kendisi adına temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bilmesinin gerekip gerekmediği ve bunu önleyip önleyemeyeceğidir. Bu noktada temsil olunanın hukuki görünüşün oluşmasını önleme imkanına sahip olması gerektiğine dikkat edilmelidir⁶¹⁴. Bu ayrıca temsil olunanın fiil ehliyetine sahip olmasını da zorunlu kılmaktadır. Fiil ehliyeti bulunmayan bir kişinin bir üçüncü kişiye temsil yetkisi vermesi halinde, işlemin karşı tarafı, hukuki görünüşün isnadı dolayısıyla olması gerekenden daha iyi bir pozisyona sahip olmamalıdır.

BGB 173'ten yasal olarak düzenlenmiş hukuki görünüş temsili durumları için işlemin karşı tarafının temsile ilişkin hukuki görünüşe sadece temsil yetkisinin varlığına işaret eden dış olgular konusunda iyi niyetli olduğu takdirde dayanabileceği sonucu çıkarılmaktadır. Bu hüküm kıyas yoluyla görünüş temsili için de uygulanabilir. Nitekim Federal Mahkeme görünüş temsilinin, sadece işlemin karşı tarafı yetkiye sahip olmayan temsilci ile müzakerelerde bulunurken temsil yetkisinin varlığına inanabilecekse, dikkate alınacağını belirtmiştir⁶¹⁵. Öyle ki işlemin karşı tarafı temsil yetkisi eksikliğini biliyor veya ihmale dayalı

⁶⁰⁹ BGH NJW 1962, 2196, 2197 (Schneider, s. 85).

⁶¹⁰ BGH NJW 1952, 218 (Schneider, s. 85).

⁶¹¹ Schneider, s. 85.

⁶¹² BGH NJW 1956, 1673 (Schneider, s. 85).

⁶¹³ Schneider, s. 85.

⁶¹⁴ Schneider, s. 86.

⁶¹⁵ BGH NJW 158, 2061, 2062 (Schneider, s. 86).

olarak bilemiyorsa, korunmayacaktır⁶¹⁶. Olağandışı işlemlerde veya önemi nedeniyle özel hazırlık gerektiren işlemlerde, karşı tarafın ihmali konusunda çok katı bir standart uygulanmalıdır.

İşlemin karşı tarafının temsil yetkisine ilişkin olarak yaratılan hukuki görünüşe güveni, işlemin yapılmasının nedenini oluşturmaktadır. Bu nedenle de işlemin karşı tarafının hukuki görünüşe yol açan olguları bilmesi gereklidir. Eğer karşı taraf hukuki görünüş olmaksızın da bu işlemi yapacak idiyse, görünüş temsili dolayısıyla temsil olunanın sorumluluğu gündeme gelmez.

Federal Mahkeme'ye göre görünüş temsili temsil yetkisinin gerçekte verilmiş olması ile aynı etkiye sahiptir. Temsil yetkisine ilişkin hukuki görünüş bu durumda gerçek temsil yetkisi yerine geçmektedir. Temsilci burada artık temsil yetkisiyle hareket etmektedir ve dolayısıyla ona karşı işlemin karşı tarafınca BGB 179'a dayanan bir talep ileri sürülemeyecektir.

ii. Öğretide Görünüş Temsilinin Gelişimi

Görünüş temsilinin söz konusu olduğu durumlarda karşı tarafın buna ilişkin güveninin korunması gerektiği genel olarak kabul görmektedir. Bununla birlikte bu korumanın ne şekilde olacağı tartışmalıdır. İşlemin karşı tarafının güveni olumlu olarak mı korunacaktır yoksa olumsuz olarak mı? Alman Federal Mahkemesi'nin burada olumlu koruma yönünde karar verdiği görülmektedir⁶¹⁷. Ancak Mahkeme'nin gerekçe ve sınıflandırmasının yetersiz ve tutarsız olduğu belirtilmektedir⁶¹⁸. Oysaki görünüş temsiline ne gibi hukuki sonuçlar bağlanacağı bu kurumun dogmatik olarak nasıl nitelendirildiği ile yakından ilgilidir. Bu bağlamda da öğretide görünüş temsilinin dogmatik olarak nasıl nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Aşağıda ileri sürülen bu görüşler ele alınacak ve en son da kendi kanaatimize yer verilecektir.

⁶¹⁶ BGH NJW 1982, 1513
(<https://016a1bd0e3cab9faf1500f1134a3b63d150fda46.vetisonline.com/Dokument?VPath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1982%2Fcont%2Fnjw.1982.1513.1.htm&readable=Parallelfundstellen&IsSearchRequest=True&HLWords=on&JumpType=SingleHitJump&JumpWords=BGH%2BNJW%2B1982%252c%2B1513>, Erişim Tarihi: 13.09.2022).

⁶¹⁷ Öğretideki hakim görüş de bu yöndedir. Soergel/Leptien, § 167 N. 15 vd.; Bork, BGB AT, N. 1560 vd.; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, N. 566; Köhler, BGB AT, § 11 N. 35; Larenz/Wolf, § 48 N. 25 vd.

⁶¹⁸ Schneider, s. 87, dn. 453' te yer alan yazarlar.

Hukuki işlem ile verilen temsil yetkisi, tek taraflı bir irade beyanını gerektirmektedir. Dolayısıyla temsil yetkisi açısından da esas olarak irade beyanlarına ilişkin kurallar geçerlidir. Bu bağlamda Alman İmparatorluk Mahkemesi de ilk kararlarında temsil olunanın davranış ve durumunu, görünüş temsili hallerinde örtülü temsil yetkisine ilişkin bir irade beyanı olarak değerlendirme eğiliminde olmuştur. Hupka ve Flad gibi yazarlar da Mahkemenin bu içtihatlarına katılmış ve temsil yetkisi verilmesinin esas olarak herhangi bir şekli özellikle de açık irade beyanını gerektirmediğini belirtmiştir⁶¹⁹. Buna bağlı olarak temsil olunanın her bir davranışı her bir somut olayda temsil yetkisi verilmesine ilişkin bir fiil olarak değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte bu tür bir örtülü temsil yetkisi yanılmaya dayalı olarak iptal yoluyla ortadan kaldırılabilir.

Görünüş temsili hukuki işlem ile bağlantılı olarak açıklamaya çalışan bir diğer yazar olan Manigk'in açıklamaları İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin irade beyanına ilişkin görüşünün yavaş yavaş değiştiği bir döneme denk düşmektedir. Manigk, görünüş temsili durumlarının örtülü yetkilendirme alanından yanlış bir şekilde ayrılmış olmasını ve bu nedenle irade beyanının özünün yanlış anlaşılmasını eleştirmektedir. Bunun üzerine görünüş temsili doğru değerlendirilebilmesi için yeni bir irade beyanı teorisinin gerekliliğine işaret etmiş ve *“ihmale dayanan irade beyanı”* (*fahrlässige Willenserklärungen*) adında yeni bir kategori oluşturmuştur⁶²⁰. Davranışın bir irade beyanı olarak nitelendirilmesi, davranışta bulunanın gerekli özeni göstermiş olması halinde, davranışının bir irade beyanı olarak ortaya çıktığını fark etmiş olması gerektiği gerçeğine dayanmaktadır. Bu görüş ışığında Magnik temsil olunanın davranışlarını bir tür ihmale dayanan irade beyanı olarak nitelendirmiş ve örtülü temsil yetkisi verilmesi şeklinde gerçekleştiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Magnik beyan bilincinin eksikliğinin esas olarak beyanın iptal edilebilirliğine yol açacağını farkındadır. Görünüş temsili durumlarında güvenin olumlu korunmasını kabul ettiğinden dolayı, onun görüşü, ihmale dayanan temsil yetkisinin iptal yaptırımıyla karşılaşmadığı bir yapıyı gerekli kılmaktadır. Buna göre temsil olunanın pasif davranışlarında normatif etkiye sahip tipik bir beyan görülmelidir.

⁶¹⁹ Schneider, s. 89.

⁶²⁰ a.g.e., s. 89.

Daha yakın dönemde Craushaar da görünüş temsilini hukuki işlem teorisi kurallarıyla açıklamaya çalışmıştır⁶²¹. Onun değerlendirmelerinin arka planında Federal Mahkeme'nin bir yandan örtülü temsil yetkisi ile hukuki görünüş temsili durumları arasında diğer yandan katlanma ve görünüş temsili arasında ayrıma gitmiş olması yer almaktadır. Buna göre, beyan sahibi farkında olmasa dahi davranışları dışı karşı bir irade beyanı niteliği taşıyorsa, bir irade beyanı olarak kabul edilecektir. Bu nedenle temsil olunan tarafından hukuki görünüş olgularının bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi önemli değildir. Bunun sonucunda da Craushaar, görünüş ve katlanma temsili ayrımına gitmemiştir. Yazara göre güven durumunun özelliği gereği görünüş temsili durumlarında iptale izin verilmemelidir⁶²².

Son olarak Pawlowski tarafından da görünüş temsilini açıklama konusunda hukuki işleme ilişkin bakış açısı takip edilmiştir. Pawlowski, temsil yetkisini, müzakerenin karşı tarafına karşı temsilciyi meşrulaştırmaya yönelik bir yetkilendirme fiili olarak görmektedir⁶²³. Ona göre, yalnızca temsilcinin yetkilendirilmesi önemliyse, hukuki işleme dayanan temsil yetkisi ile görünüşte temsil yetkisi arasında ayırım yapmaya gerek yoktur. Bunun dışında artık bir davranışın beyan iradesi veya beyan bilinci olmaksızın da irade beyanına vücut verebileceğinin genel olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Bu durumda beyan bilinci olmadan temsil yetkisi verilmesi de problemsiz bir şekilde irade beyanı olarak kabul edilecektir⁶²⁴. Bununla birlikte iptal imkanı da varlığını sürdürecektir.

bb. Örf ve Adet Hukuku Temelli Yaklaşım

Görünüş temsilini örf ve adet hukuku temelli olarak açıklamaya çalışan bir görüş de bulunmaktadır⁶²⁵. Bununla birlikte bir hukuki kurumun örf ve adet hukuku olarak kabulünden söz edilebilmesi için öncelikle uzun bir süre boyunca düzenli bir uygulamanın olması ve ikinci olarak da uygulanan hukuki ilkeye ilişkin olarak içtihatlarda ve toplumda ortak bir kanaatin mevcut olması gereklidir. Ancak görünüş temsili hukuki kavramına yönelik sıkça dile getirilen eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, genel bir hukuki kanaatten söz

⁶²¹ Craushaar, Götz von, Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht, AcP 174 (1974), S. 2.

⁶²² Craushaar, s. 23.

⁶²³ Pawlowski, s. 125 vd.

⁶²⁴ Görünüş temsilini hukuki işlem olarak nitelendiren görüşün eleştirisi için bkz. Schneider, s. 91 vd.

⁶²⁵ Heinrich, Stoll, "Aus dem Rechtsleben, Haftung aus Bescheinigung", AcP 135, 1932, s. 89, 108.

etmenin zor olduğu dile getirilmekte ve bu yaklaşım eleştirilmektedir⁶²⁶. Görünüş temsilini kabul edenlerin arasında dahi bunun uygulama alanı konusunda fikir birliğinin bulunmamasının da bunu destekler nitelikte olduğu belirtilmektedir.

cc. Culpa in contrahendonun Bir Alt Türü Olarak Görünüş Temsili

Görünüş temsili kurumu öğretide bazı yazarlar tarafından reddedilmiştir⁶²⁷. Bu karşı görüşün temel eleştiri noktası, görünüş temsilinin irade özerkliği ile uyumlu olmamasıdır. Bir ifa talebinin -ticari işlemler dışında- özen yükümlülüğünün ihmal edilmesine bağlanması hukuk sistemine yabancısıdır. Bu nedenle işlemin karşı tarafı görünüş temsili durumunda en fazla olumsuz zarar için tazminat talebinde bulunabilir. Bu da esasen culpa in contrahendo kapsamında bir taleptir. Bu sonuca BGB 179/I ve 179/II hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ile ulaşılmaktadır⁶²⁸. Zira BGB 179/II' ye göre, yetkisiz temsilci, bilerek yetkisiz olarak hareket etmesi durumunda üçüncü kişiye karşı seçime bağlı olarak ifayla yükümlü olmaktadır. Yetkisiz temsilcinin yalnızca ihmali sonucunda temsil yetkisine sahip olduğunu varsayarak hareket etmesi halinde ise, üçüncü kişi ondan yalnızca olumsuz zararının tazminini talep edebilmektedir. Burada yetkisiz temsilci yalnızca bilerek yetkisiz olarak hareket ettiği durumda ifadan sorumlu tutulurken, temsil olunanın ihmal ile hareket etmesi halinde de ifa ile yükümlü tutulmasının bir çelişki yaratacağı ifade edilmektedir⁶²⁹.

Bu görüşün çıkış noktası hukuki işlemler doktrininin temsil ile uyumluluğunun belirli bir şekilde anlaşılmasıdır. Öyle ki temsilcinin hukuki işleme ilişkin beyanının sonucunun temsil

⁶²⁶ Großfeld, s.23.

⁶²⁷ Flume, BGB AT II § 49, 4; Lobinger, s. 33; Schneider, s. 95, dn. 488' de anılan yazarlar.

⁶²⁸ Bu hükümlerin değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan çıkarıma ilişkin eleştiriler için bkz. Kindl, s. 108.

⁶²⁹ Flume, BGB AT II § 49 4. Litterer' e göre, gerçekten de BGB § 179/I' den BGB' nin edim sorumluluğunu sorumlu tarafın bilinçli davranışına bağladığı sonucu çıkarılabilir. Ancak bu, medeni hukukta edim sorumluluğunun bilinçli eylemden daha düşük koşullara bağlanamayacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte BGB § 179/ I' de yapılan değerlendirmeden medeni hukukta bilinçli olmayan davranış temelinde sözleşmeden doğan sonuçların düzenlenmesinin çok özel bir gerekçe gerektirdiği sonucu çıkmaktadır. Her ne kadar ifa yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için çok özel gerekçeler gerektiği sonucuna ulaşılsa da bu, BGB § 179 ve görünüş temsili arasında bir değer çelişkisinden söz etmek için yeterli değildir. Böyle bir değer çelişkisi ancak BGB § 179' un temsilciden temsil olunana "sorumluluk kayması" hakkında herhangi bir ifade içermesi halinde varsayılabilir. Litterer, s. 146 vd.

olunana isnat edilmesinin nedeni, temsil olunan kişi tarafından irade özerkliği çerçevesinde yetkilendirilmesidir. İrade özerkliğinin ihlali anlamına geleceğinden temsil olunanın yetkilendirmesi olmadığı sürece temsil yetkisine yer yoktur. Bu nedenle irade özerkliği kapsamındaki hukuki bağlılık ile diğer hukuken ilgili davranışların (örneğin hukuki bir görünüşün yaratılması) hukuki sonucunun eş tutulması mümkün değildir⁶³⁰. Bu görüşün temsil ile hukuki işlem teorisi ve irade özerkliğini uyumlu bir şekilde değerlendirdiği belirtilmektedir. Ancak aynı zamanda hukuki işlem teorisi ve irade özerkliği konusunda çok dar bir anlayışa sahip olduğu gerekçesiyle de eleştirilmektedir⁶³¹. Öyle ki ilkeler dokunulmaz dogmalar değildir. Hukuk sistemini şekillendiren ilkeler karmaşık bir sistem içinde birbiriyle ilişkilidir ve mutlaka uyum içinde olmaları da gerekmez. İrade özerkliği de hiçbir zaman tek başına mevcut değildir. Başkalarına yapılan beyanlarda gerçekleşir. Beyan sahibinin irade özerkliğinin yanı sıra hukuki işlemlere dahil olan diğer tarafların da irade özerkliği mevcuttur. İradenin saf hakimiyeti kaçınılmaz olarak güvenin korunması ihtiyacı ile çatışmak zorundadır. Her iki taraf açısından da kısıtlamalar olması gerekecektir. Bu nedenle, bazı durumlarda, bir başkasının güvenini göz önünde bulundurarak, yalnızca hukuki işlemlere dayalı olandan başka bir "sorumluluk olasılığı" da dikkate alınmalıdır. Ayrıca temsil olunanın culpa in contrahendo kapsamında sorumluluğuna gidilebilmesi temsil olunan ve işlemin karşı tarafı arasında bir işlemsel temasın varlığını zorunlu kılmaktadır⁶³². Bu işlemsel temasın temsil olunanla ilişkilendirilebilmesi ise ancak sözde temsilcinin temsil olunan tarafından bir şekilde yetkilendirilmiş olması halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu durumda culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilmesi, sözde temsilcinin temsil olunan tarafından ihmali davranışlarıyla yetkilendirilmiş olduğunun kabulünü gerektirir⁶³³. Bu örtülü yetkilendirme veya hukuki görünüş temsili dolayısıyla gerçekleşebilir. Bu durumda ise, culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilmesi gerekliliği esasen ortadan kalkar. Zira zaten temsil olunanı hukuki işlemle bağlı kılacak mekanizma devreye girmiş durumdadır.

dd. § 171 ve 172 BGB' nin Kıyasen Uygulaması Olarak Görünüş Temsili

⁶³⁰ Flume, Werner, "Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten", AcP 161 (1962), s. 835 (Schneider, s. 96'dan naklen).

⁶³¹ Schneider, s. 97 vd. Bader de görünüş temsiliinin kabulünün irade özerkliği ilkesiyle bağdaşmadığı görüşünü yerinde bulmamaktadır. Kanun hukuki işlemsel bağlılık ve ifa yükümlülüğünü yalnızca özerk irade beyanlarına bağlamamaktadır. Gerekli durumlarda aynı yasal sonuçlar diğer olgular için de öngörülebilir. Bader, s. 200.

⁶³² Köhler, BGB AT, § 8 N. 5; Schneider, s. 100.

⁶³³ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Peters, s. 236; Schneider, s. 101.

Görünüş temsilini hukuken sınıflandırmaya yönelik yaklaşımlardan biri de bunu mümkün olduğu kadar yasal hükümlere bağlı kalarak açıklamaya çalışmaktadır. Bu görüş kendi içerisinde de birtakım farklılaşmalar göstermektedir. Öyle ki bu görüş taraftarlarından bazıları görünüş temsilini sınıflandırmak için § 171/I⁶³⁴, 172/I⁶³⁵ BGB veya § 56⁶³⁶ HGB hükümlerinden yalnızca birine kıyasen başvuruyken, bazıları bu hükümleri § 56 HGB hükmü ile birlikte değerlendirerek toplu kıyas yoluna gitmektedir⁶³⁷. Bu kıyasın yapılabilmesi için ise, görünüş temsilinin hukuki fikri ve koşulları açısından bu hükümlere benzer olması gerektiği ifade edilmektedir⁶³⁸. § 171/I ve 172/I BGB hükümleri üçüncü kişilerin güveninin korunmasını amaçlamaktadır ve bunların yasal olarak düzenlenmiş hukuki görünüş olguları olduğu kabul edilmektedir. Buna göre temsil hukuku açısından hukuki görünüş ilkesi, bir temsil yetkisinin varlığına ilişkin bir görünüş yaratan kişinin, üçüncü bir kişinin buna dayanması halinde, kendisinin bu görünüşle bağlı kılınmasına izin vermesi gerektiği anlamına gelmektedir⁶³⁹. Bu bağlamda, § 171 ve 172 BGB'nin ardındaki hukuki düşüncenin görünüş temsili ile aynı olduğu ve bu nedenle kıyasen uygulamanın en azından değerlendirmeye alınabileceği belirtilmektedir⁶⁴⁰. Kıyasın yapılabilmesi için § 171 ve 172 BGB'nin olgusal özelliklerinin veya yapısının görünüş temsili ile benzer olması gerekmektedir. Ancak § 171 BGB' de bilinçli bir bildirim söz konusu iken, görünüş temsiliinde temsil olunan bir üçüncü kişinin temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bilmemektedir. Buna dayalı olarak burada § 171 BGB ve görünüş temsili arasında farklılaşmanın söz konusu olduğu belirtilmektedir⁶⁴¹. Oysa § 171 BGB'nin kıyasen uygulanması halinde, bilerek bildirim yapma ile ihmalin eş tutulması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu ise yerinde görülmemektedir⁶⁴². Aynı durumun § 172 BGB'nin kıyasen uygulanması açısından da geçerli olduğu ifade edilmektedir⁶⁴³. Zira § 172 BGB' de yetki belgesinin teslim edilmesinden söz edilmektedir ve bu tıpkı § 171 BGB' de olduğu gibi bilerek ve isteyerek yapılan bir eyleme dayanmaktadır. Öte yandan kaybedilen

⁶³⁴ Rümelin, Max, "Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch", AcP 93 (1902), s. 301 (Schneider, s. 103'ten naklen).

⁶³⁵ Wellspacher, s. 100.

⁶³⁶ Macris, Themistokles, Die stillschweigende Vollmachtserteilung, Nachdruck der Ausgabe Marburg 1941, Frankfurt am Main 1970 (Schneider, s. 103'ten naklen).

⁶³⁷ Schneider, s. 103, dn.543'te anılan yazarlar.

⁶³⁸ Schneider, s. 104.

⁶³⁹ MüKo/Schramm, BGB § 167 N. 46.

⁶⁴⁰ Schneider, s. 104- 105.

⁶⁴¹ Litterer, s. 144; Schneider, s. 105. Aynı yönde Peters, Frank, "Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht", AcP 179 1979, s. 232, 243-244.

⁶⁴² Canaris, s. 38; Peters, s. 232.

⁶⁴³ Schneider, s. 106.

(ihmal sonucu) yetki belgesi ile bilerek ve isteyerek "teslim edilen" yetki belgesi bir tutulduğunda farklı bir durum ortaya çıkabileceği dile getirilmektedir. Bu durumda § 172 BGB görünüş temsiline çok yakın bir durum olan, bir yetkilendirmeye ilişkin hukuki görünüşün ihmali olarak oluşturulmasını da kapsayacaktır. Öğretide bu benzerliğin izinden giden yazarların sayısının az olmadığına işaret edilmektedir⁶⁴⁴. Bununla birlikte yetki belgesinin ibrazı yoluyla yetkilendirmenin dış görünüşünün oldukça güçlü olduğu ve dolayısıyla yetki belgesi sözde temsilciye isteyerek teslim edilmemiş olsa bile işlemin karşı tarafının korunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu § 172 BGB hükmünün anlam ve amacı ile ilgilidir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi ve hakim görüşün de yetki belgesinin bilerek teslimi ile ihmal sonucu irade dışı elden çıkmayı eşdeğer kabul etmeme yönünde bir eğilime sahip olduğu ifade edilmektedir⁶⁴⁵. Ayrıca § 171, 172 BGB hükümleri ile görünüş temsili arasındaki olgusal yapıdaki farklılıkların kıyasa izin vermeyecek ölçüde büyük olduğuna da işaret edilmektedir⁶⁴⁶.

ee. Hukuki Görünüş Teorisinin Bir Uygulama Alanı Olarak Görünüş Temsili

Görünüş temsili hukuki sınıflandırmasına ilişkin bir diğer görüş ise, bu temsil türünü hukuki görünüş teorisi kapsamında ele almaktadır⁶⁴⁷. Bu görüş taraftarlarına göre hukuki görünüşe yol açan kişi, gerçek temsil yetkisinin verilmesinde olduğu gibi temsil ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin sahibi olmaktadır. Bu görüş özellikle işlem güvenliği menfaati ve işlemin karşı tarafının güveninin korunması düşüncesine dayanmaktadır⁶⁴⁸.

Katlanma temsili konusunda hukuki görünüş sorumluluğunun varlığını kabul eden Canaris ise, görünüş temsili konusunda ikili bir değerlendirmeye gitmekte ve medeni hukuk alanında görünüş temsili ifa yükümlülüğüne yol açmayacağı görüşünü benimsemektedir⁶⁴⁹. Canaris bunu çeşitli gerekçelerle açıklamaktadır⁶⁵⁰. İlk olarak Alman Medeni Kanunu'nun yanılmaya

⁶⁴⁴ Schneider, s. 106, dn. 553'te anılan yazarlar.

⁶⁴⁵ Schneider, s. 107.

⁶⁴⁶ Litterer, s. 144; Schneider, s. 109.

⁶⁴⁷ Köhler, BGB AT, § 11 N. 44; Neuner BGB AT § 50 N. 97, dn. 184' te anılan yazarlar.

⁶⁴⁸ Neuner BGB AT § 50 N. 97

⁶⁴⁹ Canaris, s. 49 vd. Bader ise, görünüş temsili hem medeni hukuk hem de ticaret hukuku alanında reddetmektedir. Bader, Peter, Duldungs- und Anscheinsvollmacht, Frankfurt am Main 1978, s. 195 vd.

⁶⁵⁰ a.g.e., s. 51 vd. Bu sınırlamanın yerinde olmadığına dair eleştiri için bkz. Grüneberg/Ellenberger BGB § 172 N. 11.

ilişkin hükümlerinin görünüş temsiline ifa yükümlülüğüne yol açması konusunda aşılmaz bir engel oluşturduğunu belirtmektedir. Öyle ki yazara göre yalnızca hukuki görünüş olgusunun bilerek yaratılması yanı sıra hukukları ile bağdaştırılabilir. İkinci olarak yalnızca ticaret hukukunda, "ticari bir işletmenin iş bölümüne dayalı organizasyonu ile ilgili özel riskler" nedeniyle işlemin karşı tarafını teşkil eden üçüncü kişilerin işlem güvenliğinin korunmasına ihtiyaç vardır⁶⁵¹. Medeni hukuk açısından bu ihtiyaç söz konusu değildir. Görünüş temsiline temelini § 242 BGB hükmünden aldığı ve dolayısıyla genel bir medeni hukuk kurumu olduğu yönündeki görüş de kabul edilebilir değildir. Tüm bu sebeplerle görünüş temsiline uygulaması, ticaret hukuku ile sınırlı olmalıdır⁶⁵².

ff. Kanaatimiz

Kanaatimizce katlanma temsiline olduğu gibi burada da dış temsil yetkisinin anlam ve içeriğindeki farklılık nedeniyle Alman ve Türk-İsviçre hukuku açısından ikili bir ayrıma gidilerek bir nitelendirme yapılmalıdır. İlk olarak Alman hukuku açısından değerlendirme yapılacak olursa, tıpkı katlanma temsiline olduğu gibi görünüş temsiline de temsil olunanın davranışlarının bir örtülü yetkilendirmeye yol açtığı kabul edilmelidir. Zira temsil olunan ihmali sonucunda sözde temsilcinin kendi adına hareket etmesine sessiz kalmış olmakta ve işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin temsil olunanın bu davranışını temsilciye örtülü olarak temsil yetkisi verilmesi olarak değerlendirmesinin yolu açılmış olmaktadır. Burada dürüstlük kuralı gereği belirli bir davranışta bulunması gereken temsil olunan ihmali olarak hareketsiz kalmakta ve bunun sonucunda hareketsiz kalması da kendisine bir irade beyanı olarak atfedilmektedir⁶⁵³. Alman hukukunda doğrudan işlem yapılan üçüncü kişiye yönelik olarak da temsilciye temsil yetkisinin verilebilmesi bu sonucun ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Görünüş temsiline hukuki sınıflandırmasına ilişkin Alman hukuku kökenli § 171/II ve 172/II BGB hükümlerinin kıyasen uygulanması görüşü ise kanaatimizce yerinde değildir. Gerçekten de bu görüşü eleştiren yazarların da belirttiği üzere görünüş temsiline bu hükümlerden farklı olarak bilerek ve isteyerek bildirimde bulunma olgusu söz konusu değildir. Bu ise kıyasın yapılmasına olanak sağlayacak benzerliğin görünüş temsili ve § 171/II, 172/II BGB hükümleri arasında bulunmadığını göstermektedir. Yine örf adet hukuku temelli yaklaşım da

⁶⁵¹ Aynı yönde bkz. Litterer, s. 148 vd.

⁶⁵² Bu sınırlamanın isabetli olmadığına ilişkin olarak bkz. Schneider, s. 128 vd.

⁶⁵³ Aynı yönde açıklama için bkz. Köhler, BGB AT, s. 173.

bu yaklaşımı eleştirenlerin de belirttiği üzere görünüş temsiline ilişkin bir uzlaşım söz konusu olmadığından görünüş temsilinin dogmatik olarak nitelendirilmesi açısından uygun değildir. Görünüş temsilinin hukuki sınıflandırmasına ilişkin diğer bir görüş olan culpa in contrahendo görüşü de kanaatimizce benimsenebilir nitelikte değildir. Zira temsil olunanın dürüstlük kuralı gereği hareketsiz kalmaması gereken bir durumda ihmali sonucunda sessiz kalmasının kendisine irade beyanı olarak atfedilmesi mümkündür. Bunun sonucunda da üçüncü kişiye yönelik olarak örtülü biçimde temsil yetkisi verilmiş olacaktır. Ayrıca bu görüşü eleştiren yazarların da belirttiği üzere irade özerkliği ilkesi salt temsil olunan açısından tek taraflı olarak değerlendirilebilecek bir ilke değildir. Burada konuya bütüncül yaklaşılmalı ve işlemin karşı tarafının irade özerkliği de gözetilmelidir. Dolayısıyla burada irade özerkliği ile bağdaşmayan bir durumun ortaya çıktığı argümanının isabetli olmadığı söylenebilecektir.

Türk- İsviçre hukukunda ise yine katlanma temsiline ilişkin kısımda belirtildiği üzere dış temsil yetkisinin Alman hukukundakinden farklı içeriğe sahip olması burada farklı bir nitelendirmenin yapılmasına neden olmaktadır. Buna göre görünüş temsili durumlarında temsil olunan ihmali olarak sözde temsilcinin kendi adına hareket etmesine ses çıkarmamakla aslında işlem yapılan üçüncü kişiye temsil yetkisine ilişkin bir bildirimde bulunmuş olmaktadır. Zira dürüstlük kuralı gereği sessiz kalınmaması gereken bir durumda susmanın örtülü bir irade beyanı olarak değerlendirilmesi mümkündür⁶⁵⁴. Bununla birlikte esasen iç ilişkide sözde temsilciye bir temsil yetkisinin verilmiş olması söz konusu değildir. Ancak TBK m. 41/II hükmünün kıyasen temsil yetkisinin varlığına ilişkin olarak da uygulanması sonucu burada temsil yetkisinin varlığı açısından bildirim esas alınacak ve bildirime uygun bir temsil yetkisinin mevcut olduğu kabul edilebilecektir. Buna bağlı olarak da temsil olunanın yaratmış olduğu hukuki görünüşe dayanan bir temsil yetkisi söz konusu olacaktır.

iii. Şartları

aa. Hukuki görünüş olgusu

Katlanma temsilinde olduğu gibi görünüş temsilinde de temsilci gibi hareket eden kişinin temsil olunan adına hareket etmesi gerekmektedir. Görünüş temsili temsilci gibi hareket eden kişinin ehliyetinin sınırlı olduğu hallerde de uygulama alanı bulabilir. Zira hukuki görünüş sonucunda ortaya çıkan hukuki bağlayıcılığın bu kişi açısından etkisi

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz. BK-Zäch/Künzler, Art. 33. N. 53.

yoktur⁶⁵⁵. Görünüş temsilinin ortaya çıkması açısından temsilcinin davranışlarının süreklilik arz etmesinin gerekip gerekmediği burada da tartışmalıdır⁶⁵⁶. Bununla birlikte kanaatimizce de haklı olarak hukuki görünüşün güçlü yoğunluğunun sürenin kısa olmasını telafi edebileceği belirtilmektedir⁶⁵⁷.

bb. Hukuki Görünüşün Temsil Olunana Isnat Edilebilmesi

Görünüş temsilinin söz konusu olabilmesi için temsil olunana isnat edilebilir bir durumun varlığı gereklidir⁶⁵⁸. Bu noktada temsil olunanın gerekli özeni gösterseydi temsilcinin onun adına hareket ettiğini bilebilecek olması tek başına yeterli değildir. Buna ek olarak söz konusu durum karşısında sessiz kalmaması ve onun adına temsilci sıfatıyla hareket eden kimseyi engellemek için gerekli davranışları gerçekleştirmesi ondan beklenebilir olmalıdır⁶⁵⁹. Alman Federal Mahkemesi bu noktada somut olayın koşulları izin verdiği takdirde yalnızca temsilcinin temsil olunan adına hareket ettiği zamanı doğrudan esas almamaktadır⁶⁶⁰. Daha ziyade önceki davranışları dikkate almaya çalışmaktadır. Bu, özellikle temsil olunanın temsilciye genellikle belirli bir kapsamdaki temsil yetkisiyle ilişkili bir pozisyon verdiği durumlarda gündeme gelmektedir. Öyle ki bu pozisyon kapsamında sözde temsilci yapmaya yetkili olmadığı işlemleri temsil olunan buna karşı önlem almadıkça gerçekleştirebilmektedir⁶⁶¹. Yine sözde temsilcinin yetki belgesini temsil olunanın ihmali

⁶⁵⁵ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N.17.

⁶⁵⁶ Davranışların belirli bir süre ve sıklığa sahip olması gerektiğini ileri süren görüş: Köhler, BGB AT, N. 44; Stadler, s. 481; Spindler/ Schuster, BGB § 164 N. 8; De la Durantaye, s. 232. Alman Federal Mahkemesi'nin sözde temsilcinin davranışının ne sıklıkla gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin belirli bir tespiti yoktur. Daha ziyade temsil olunanın sorumluluğu açısından temsilcinin davranışlarının işlem hayatı için ne ölçüde ikna edici olduğunu dikkate almaktadır. Buna bağlı olarak da Mahkeme istisnai olarak diğer şartlardan sıkça temsil olunan adına hareket etmeyle kıyaslanabilir bir kalıcı etkinin varlığı çıkarılabildiği takdirde, tek bir kez temsil olunan adına hareket etmeyi de yeterli saymaktadır. Federal Mahkeme'nin buna ilişkin kararı için bkz. BGHZ 70,247 (Großfeld, s. 33). Görünüş temsilinin varlığı için bir mimarın bir kez temsilci olarak hareket etmesinin yeterli sayıldığı bir diğer karar için bkz. OLG Saarbrücken NJW-RR 2000, 826. Benzer şekilde istisnai olarak zaman unsurundan vazgeçilebileceğine ilişkin karar için bkz. OLG Koblenz MDR 2010, 16 (Musielak, Hans-Joachim/Hau, Wolfgang, Grundkurs BGB, 17. Aufl., München 2021, s. 469, dn. 35).

Sözde temsilcinin temsil olunan adına bir kez hareket etmesinin görünüş temsilinin oluşumu açısından yeterli görülmediği Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH NJW 2011, 2422 N. 16

⁶⁵⁷ Faust, s. 261.

⁶⁵⁸ BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N.17; Kramer/Probst, s.184; Kocayusufpaşaoğlu, s. 642; İncoğlu, s. 123.

⁶⁵⁹ Zach/Künzler, Art.33, N.53; Stadler, s. 481; Faust, s. 261; Großfeld, s. 34; İncoğlu, s. 123.

⁶⁶⁰ Großfeld, s. 34.

⁶⁶¹ Öğreti ve yargı kararlarında bu tür durumlara ilişkin olarak satış görevlileri açısından bir temsil karinesi öngören § 56 HGB' den yola çıkılarak "verilen pozisyon dolayısıyla görünüş temsili" kavramı geliştirilmiştir. Canaris, s. 46, 189. Öğreti tarafından bu tür durumlarda bağımsız bir hukuki görünüş olgusunun varlığı kabul

sonucunda elde ettiği haller de görünüş temsilinin ortaya çıktığı bir diğerk örnek olarak anılmaktadır⁶⁶². Objektif olarak sözde temsilcinin temsil olunan adına hareket etme tehlikesi söz konusu olduğu sürece, görünüş temsilinin isnat edilebilirliğinin sona erdirilmesi açısından sözde temsilcinin temsil olunan tarafından yalnızca işlem yapmaktan men edilmesi yeterli görülmemektedir⁶⁶³. Temsil olunanın bu tür durumlarda işlemin karşı tarafına bildirimde bulunmak gibi ek önlemler alması gerektiğı belirtilmektedir.

cc. İşlemin Karşı Tarafının (Üçüncü Kişinin) Güveninin Korunmaya Değer Olması

Yalnızca gerçek durumu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen kişinin güveni korunmaya değerdir. Temsil işlemi gerçekleştirilirken temsil yetkisinin bulunmadığını bilen veya bilmesi gereken kişi hukuki görünüşe dayanamaz. Bununla birlikte üçüncü kişilerin kapsamlı araştırmalar yapmadan belirli koşullara güvenmelerine izin verilmemesi güvenin korunması düşüncesi ile çelişmektedir. Üçüncü kişinin iyi niyetine ilişkin hangi somut şartların yerine getirilmesi gerektiğı konusunda fikir birliği yoktur. Yargı kararlarında sürekli olarak üçüncü kişinin bilmesi halinde veya ihmali dolayısıyla bilmemesi halinde hukuki görünüş temsiline dayanamayacağına yer verilmektedir. Ancak Alman Federal Mahkemesi ihmalin derecesi yani hafif ihmalin mi yoksa ağır ihmalin mi iyi niyeti ortadan kaldıracağı konusunda prensip olarak yorum yapmamaktadır. Bunun yerine gösterilmesi gereken özene ilişkin gereklilikleri çeşitlendirmekte ve her bir somut duruma ilişkin olarak “bilmenin gerekmesinin” içeriğini değerlendirmektedir⁶⁶⁴. Bu bağlamda yargı kararları ve öğreti genellikle karşı tarafın genel bir inceleme yükümlülüğü olmadığını kabul etmektedir⁶⁶⁵. Ancak acil olmayan ve özel hazırlık gerektiren, özellikle önemli hukuki işlemler söz konusu olduğunda farklı bir uygulamanın

edilmekteyken, yargı kararlarında bu tür durumlar dışarıya karşı görünüş yaratması açısından incelenmektedir. Burada “verilen pozisyon dolayısıyla görünüş temsili” birleşik bir olgu olarak değerlendirilmektedir. Zira temsil olunanın sözde temsilciye karşı önlem almayan davranışları ihmal olarak kendini göstermektedir. Bununla birlikte temsil olunanın sözde temsilciye önceden söz konusu işlemi yapmasına olanak tanıyan pozisyonu vermesi de pozitif bir yapma davranışı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu birleşik olgular ise yargı makamları tarafından dışarıya karşı görünüş yaratma olarak değerlendirilmektedir. Großfeld, s. 34-35.

⁶⁶² Esener, Temsil, s. 43; Inceoğlu, s. 123-124.

⁶⁶³ Köhler, BGB AT, N. 44.

⁶⁶⁴ Großfeld, s. 41.

⁶⁶⁵ Hukuki görünüşe neden olan olayların uzun bir süre önce meydana gelmiş olması ve dolayısıyla temsil yetkisinin o zamandan bu yana değişmiş olmasının beklenebilmesi halinde bir araştırma yükümlüğünün söz konusu olabileceğı belirtilmektedir. Faust, s. 262.

geçerli olmasının bekleneceği ifade edilmektedir⁶⁶⁶. Benzer şekilde olağanın dışında hukuki işlemler açısından da araştırma yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁷. Öte yandan acil işlemler için daha düşük bir özen ölçüsünün benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁸. Bu tür durumlara ilişkin araştırma yükümlülüğü, içtihat tarafından geliştirilen, temsil yetkisine güvenin ancak temsilcinin sıklıkla ve belirli bir süre içinde temsil olunan adına hareket etmesi durumunda objektif olarak haklı olabileceği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla işlemin karşı tarafı önceki çerçevede gerçekleştirilen yasal işlemlere güvenilebilir. Buna karşı temsilci kapsam ve önem açısından öncekileri önemli ölçüde aşan işlemleri gerçekleştirdiğinde şüpheyle yaklaşmalıdır. Burada artık önceki işlemler kapsamında yer almayan tamamıyla yeni bir işlemde söz edilmektedir. Dolayısıyla hukuki görünüme güven de ancak diğer dış şartlarla birlikte haklı hale gelebilir⁶⁶⁹. Ancak yine de münferit durumlarda özel koşullar görünüş temsiline meydana gelmesine yol açabilir. Bu, özellikle karşı tarafın temsileye özel bir güven duyabileceği ve böyle bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesi için makul nedenlerin bulunduğu hallerde geçerlidir⁶⁷⁰. Öğreti de yargı kararlarıyla fikir birliği içindedir. Bununla birlikte Federal Mahkemeden farklı olarak öğreti ihmalin derecesi konusunu da ele almaktadır. Bazı yazarlar yalnızca bilme ve ağır ihmalin iyi niyeti ortadan kaldıracağını kabul etmektedir⁶⁷¹. Öte yandan hakim görüşü oluşturan diğer yazarlar ise, hafif ihmal durumunda da üçüncü kişinin kötü niyetli sayılacağını kabul etmektedir⁶⁷². Bu görüşün savunucuları bilmenin gerekmesini de arayan, yani genel görüşe göre hafif ihmal de kapsayan § 173 BGB’ den hareket etmektedir. Bu tür bir hafif ihmal somut olayın şartlarının güvensizliğe ve artan dikkate yol açtığı her durumda kabul edilir⁶⁷³. İyi niyete ilişkin ispat yükü temsil olunandadır. Temsil olunan üçüncü kişinin temsil yetkisinin yokluğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlamakla yükümlüdür⁶⁷⁴.

⁶⁶⁶ Faust, s. 262. Nitekim Federal Mahkeme temsil yetkisi bulunmayan bir temsilci ile çok yıllık bir benzin istasyonu kira sözleşmesi imzalayan üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğünün olduğunu kabul etmiştir. Zira bu tür bir kira sözleşmesi önemli bir hukuki işlemdir ve aceleyle gerçekleştirilmemelidir. BGH NJW 1958, 2061-2062 (Großfeld, s. 42).

⁶⁶⁷ Großfeld, s. 42.

⁶⁶⁸ a.g.e., s. 42.

⁶⁶⁹ a.g.e., s. 42 ve dn. 172’ de yer alan yazarlar.

⁶⁷⁰ Federal Mahkeme’nin buna ilişkin kararı için bkz. BGH NJW 1981, 1727, 1729 (Großfeld, s. 42).

⁶⁷¹ Großfeld, s. 43, dn. 174’te anılan yazarlar.

⁶⁷² Großfeld, s. 43, dn. 175’te anılan yazarlar.

⁶⁷³ Canaris, s. 506; MüKoBGB/Schubert BGB § 167 N. 112, 122; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 167, N.17; Großfeld, s. 43.

⁶⁷⁴ Faust, s. 262.

dd. Nedensellik Bağı

Tıpkı katlanma temsilinde olduğu gibi burada da uyandırılan güven, üçüncü kişinin hukuki işleme ilişkin davranışları⁶⁷⁵ ile nedensel olmalıdır⁶⁷⁶. Yani gerçek durumu bilmesi halinde üçüncü kişi ilgili işlemi yapmayacak olmalıdır⁶⁷⁷. Buna karşı üçüncü kişi hukuki görünüşü dikkate almaksızın, temsil yetkisi eksikliğini bilseydi dahi işlemi yapacak idiyse, nedensellikten söz edilemeyecektir. Bu, işlemi yaparken temsil yetkisinin sona erdiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin temsil yetkisine dayanamayacağını belirten § 173 BGB hükmünde türetilmiştir⁶⁷⁸. Ayrıca bu konuya ilişkin verilen kararlarda işlemin yapılmasından sonraki koşulların ancak § 177 BGB anlamında onay açısından önem taşıyabileceğine vurgu yapılmaktadır⁶⁷⁹. Kanunda düzenlenen hukuki görünüş temsili durumlarının aksine, burada nedenselliği ispat yükünün üçüncü kişide olduğu ancak ispat kolaylıklarından faydalanılabileceği belirtilmektedir⁶⁸⁰.

iv. Sonuçları

Görünüş temsilinin hukuki sonuçları öğretide tartışmalıdır. Katlanma temsiline ilişkin hakim görüşte olduğu gibi burada da ilk görüş temsil olunanın sözde temsilcinin yapmış olduğu

⁶⁷⁵ Zira güven içsel bir olgu olarak tek başına korunmaya layık değildir. Bunun için iyi niyetli üçüncü kişinin bir tasarrufla güvenini objektifleştirmesi şarttır. Canaris, s. 513; Großfeld, s. 44.

⁶⁷⁶ MüKoBGB/Schubert BGB § 167 N. 124; Faust, s. 262. Bu noktada üçüncü kişinin hukuki görünüşe yol açan tüm koşulları bilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde bu kişinin güveninin kör olduğu ve korunmaya layık olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte istisnai durumlarda üçüncü kişinin hukuki görünüşe yol açan belirli olgulardan haberdar olmaması, ancak temsil yetkisinin varlığına ilişkin genel kanaatten haberdar olması yeterli olmalıdır. Canaris, s. 507; Großfeld, s. 43. Faust ise, Bu bağlamda, üçüncü kişinin hukuki görünüşe yol açan olguları bizzat bilmesinin gerekli olmadığını, bunun yerine bu olgular temelinde oluşan genel bir kanaate sahip olmasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Faust, s. 262.

⁶⁷⁷ MüKoBGB/Schubert BGB § 167 N. 124; Canaris, s. 513; Großfeld, s. 44.

⁶⁷⁸ Großfeld, s. 44.

⁶⁷⁹ BGH LM BGB § 167 N.8. (Großfeld, s. 44).

⁶⁸⁰ MüKoBGB/Schubert, § 167 N. 121; Faust, s. 262.

işlemle bağlı olması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁸¹. Nitekim gerek Alman gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kararları bu yöndedir⁶⁸².

Diğer görüş ise yukarıda da yer verildiği üzere ihmali davranışların hukuki işlemsel bir bağlılığa yol açmayacağını aksine yalnızca olumsuz zararın giderilmesine yönelik zararın tazmini sorumluluğunun söz konusu olabileceğini belirtmektedir⁶⁸³. Diğer bir ifadeyle burada culpa in contrahendo esasına dayanan bir sorumluluğun varlığı kabul edilmektedir⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Köhler, BGB AT § 11 N.44; Stadler, s. 482; Faust, s. 264; *Neuner* BGB AT § 50 N. 97, dn. 184 te anılan yazarlar; Kramer/Probst, s. 184. Ticaret hukuku alanında da görünüş temsiliinin temsil etkisi doğurduğu kabul edilmektedir. *Neuner* BGB AT § 50 N. 99, dn. 196'da anılan yazarlar.

Görünüş temsili durumlarında işlemin karşı tarafının BGB § 179 uyarınca yetkisiz temsiliye başvurma konusunda seçim hakkına sahip olup olmadığı hakkında ileri sürülen görüşler ve detaylı bilgi için bkz. Altmeppen, s. 125 vd.

⁶⁸² Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGHZ 189, 346; BGHZ 86 273. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 120 II 197.

⁶⁸³ *Altmeppen*, s. 131; *Frotz*, s. 299; *Canaris*, s. 49; *Staudinger/Schilken*, BGB § 167, N. 31; *Neuner* BGB AT § 50 N. 98, dn. 188 ve *Conrad*, s. 37. dn. 160' ta anılan yazarlar. Burada Schilken bir risk isnadı olarak sadece önlenabilir yetkilendirmenin hukuki görünüşe yol açmasının hukuk sisteminin temel yapısına göre hiçbir zaman sözleşmesel sorumluluğa yol açmayacağını belirtmektedir. Schilken'e göre, bu "risk sorumluluğu" özel bir yasal düzenleme gerektirecektir. Conrad ise, Schilken'i eleştirmekte ve Schilken'in bu birincil sorumluluğun özel bir risk kavramından kaynaklanmadığını, irade özerkliğinin bir parçası olduğunu ve hukuki işlemlere katılmanın genel riskine tahsis edilmesi gerektiğini fark edemediğini belirtmektedir. Ona göre bu şekilde anlaşılan sorumluluk, tam olarak BGB'ye içkin olan, irade özerkliği ve işlem güvenliğinin korunması çıkarlarını dikkate alarak hukuki işlemlere katılmaya dayanan sorumluluktur. Conrad, s. 38.

⁶⁸⁴ Keller/Schöbi, s.74 vd.

II. BEYAZA (AÇIĞA) İMZANIN KÖTÜYE KULLANILMASI

A. Genel Olarak

1. Kavram

Beyaza veya diğer bir deyişle açığa imza kurumu kanunda düzenlenmemiş ancak genel olarak öğreti ve yargı uygulaması tarafından tanınan bir kurumdur⁶⁸⁵. Birbirine yakın çeşitli tanımları yapılmakla birlikte, beyaza imza, irade açıklamasında bulunmak isteyen imzasını içeren ancak aynı zamanda beyaza imza alıcısının doldurabilmesi için bilinçli olarak içeriğe ilişkin en az bir noktanın eksik bırakıldığı belge olarak tanımlanabilir⁶⁸⁶. Bu bağlamda beyaza imzalı belgeyi düzenleyen kişinin irade açıklamasının yönelik olduğu hukuki işlemin objektif esaslı noktaları bu belgede ya hiç yer almamakta ya da eksik olarak yer almaktadır⁶⁸⁷. Objektif esaslı noktalara ilişkin bu eksiklik daha sonra irade açıklamasının muhatabı veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlanmaktadır⁶⁸⁸. Bu tamamlama farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Buna göre beyaza imza açık veya gizli olarak ya da doldurma

⁶⁸⁵ Köhler, BGB AT, § 7, N. 28; Neuner, AT § 50, N. 100; Larenz/Wolf, § 48, N. 34; Neuschäfer, Claudia, Blankobürgschaft und Formnichtigkeit, Marburg 2003, s. 24; Grigoleit, Hans Christoph/Herresthal, Carsten, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2021, s. 171. Aynı yönde bkz. İnal, Emrehan, “Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 161. Tiedtke, beyaza imzanın kanunda düzenlenmediğini ve praeter legem yani yasa ötesi olarak geliştirildiğini ifade etmektedir. Tiedtke, s. 177. Beyaza imzanın Alman hukukundaki gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Neuschäfer, s. 24 vd. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda beyaza imzaya ilişkin bir düzenleme öngörülmüş fakat daha sonra hüküm tasarıdan çıkarılmıştır. Tasarının 15. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenleme şu şekildedir: “Açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği, aksini göstermedikçe yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atana düşer.”

⁶⁸⁶ Canaris, s. 54; Kindl, s. 119; Grigoleit, s. 171; Ulf, s. 144; Neuschäfer, s. 23; Oechsler, Jürgen, “Die Bedeutung des § 172 Abs. 1 BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet”, Archiv für die civilistische Praxis, Oktober 2008, 208. Bd., H. 5 (Oktober 2008), s. 569; Müller-Brockhausen, s. 172; Özen, Burak, “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2008, S. 62, s. 409. Aynı yönde bkz. Tuğ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 61; Eren, Borçlar Genel, s. 312. Tekinay, beyaza imza durumunda önceden yazılmış bir sözleşme metninin bulunmadığını, borçlunun boş bir kağıda imzasını koyarak bunu alacaklıya veya üçüncü bir kişiye verdiğini ve imzanın üstünün bunlardan biri tarafından sonradan doldurulduğunu ifade etmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 118. Ulusoy ise beyaza imzayı, bir kimseye tarafların anlaştıkları gibi doldurulmak üzere verilmiş imza olarak tanımlamaktadır. Ulusoy, Yasin, “Beyaza İmza” AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4 (2004), s. 472.

⁶⁸⁷ Özen, s. 409. Aynı yönde bkz. Kindl, s. 119.

⁶⁸⁸ Özen, s. 409.

yetkisine sahip bir kişi tarafından bu yetkiye uygun olarak veya aykırı olarak doldurulabilmektedir⁶⁸⁹.

Beyaza imzalı belge, onu tamamlayacak kişiye tamamlamanın sınırlarını tayin eden bir anlaşma çerçevesinde teslim edilmektedir⁶⁹⁰. Bu anlaşma herhangi bir şekle tabi değildir. Aynı şekilde beyaza imzalı belgeyi doldurmaya ilişkin yetkilendirmenin de geçerlilik şekline tabi olmadığı kabul edilmektedir⁶⁹¹.

2. Beyaza İmzanın Şekil Koşulu Açısından Değerlendirilmesi

Beyaza imza, geçerlilik şekline tabi olmayan bir hukuki işlemi gerçekleştirmeye yönelik olarak verildiği takdirde, beyaza imzayı alan tarafından beyaza imzayı verenle aralarındaki anlaşmaya göre doldurmuşsa, imza sahibinin irade beyanı tamamlanmış olmakta ve geçerli bir irade beyanının ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁶⁹². Diğer taraftan geçerlilik şekline tabi sözleşmeler söz konusu olduğunda, beyaza imzanın, şekil koşulunu sağlayıp sağlamadığı konusu tartışmalıdır. Hakim görüş beyaza imzayı veren ile dolduran arasındaki anlaşmaya uygun şekilde doldurulması koşuluyla, beyaza imzanın şekil koşulunu sağladığı yönündedir⁶⁹³. Beyaza imzalı belgenin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulması halinde ise, bu husus ispatlanırsa, imza sahibinin beyaza imzaya dayalı hukuki işlem ile bağlı olmayacağı kabul edilmektedir⁶⁹⁴. Bazı yazarlar ise, bu konuda şeklin amacına göre bir ayrıma gidilmesi gerektiğini görüşünü savunmaktadır. Buna göre, hukuki işlem için öngörülen geçerlilik şekli tarafları korumaya yönelikse, beyaza imzalı belgenin daha sonra tamamlanması ile geçerlilik şekli sağlanmış olmaz. Öyle ki sözü edilen şekil şartı ile tarafların acele kararlar almasını engellemek, irade açıklamasının anlam ve önemi üzerine düşünmesine

⁶⁸⁹ Neuschäfer, s. 23.

⁶⁹⁰ Merz, s. 187; Eren, s. 313; Özen, Beyaza İmza, s. 412.

⁶⁹¹ Merz, s. 187; Özen, Beyaza İmza, s. 412.

⁶⁹² Merz, s. 187; Özen, Beyaza İmza, s. 412.

⁶⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 118; Oğuzman/Öz, s. 99; Eren, s. 313; Tuğ, s. 62 vd.; Altaş, s. 77; Özen, Beyaza İmza, s. 414. Alman hukukunda da uzun bir süre boyunca hakim görüşün bu yönde olduğu ile ilgili olarak bkz. Binder, Jens-Hinrich, “Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht”, Archiv für die civilistische Praxis, April 2007, 207. Bd., H. 2 (April 2007), s. 156 vd. Aynı yönde bkz. Tiedtke, s. 177. Aksi yönde görüş için bkz. Binder, s. 172 vd.; İnal, s. 166 vd.

⁶⁹⁴ Özen, s. 414. Bununla birlikte sıklıkla beyaza imza atanın belgenin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu ispat etmesinin oldukça güç hatta neredeyse imkansız olduğuna vurgu yapılmaktadır. Özbilen, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016, s. 84 vd.; Karlı, Özlem, Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması, İstanbul 2008, s. 148 vd.

olanak sağlamak hedeflenmektedir. Beyaza imzalı belgenin bir başkası tarafından tamamlanması olasılığında ise, bu hedefe ulaşılamamış olmaktadır⁶⁹⁵. Öte yandan şeklin amacı, üçüncü kişiler korumak ise, beyaza imzalı belgenin doldurulması ile şekil şartı yerine getirilmiş olmakta ve hukuki işlem meydana gelmektedir⁶⁹⁶.

3. Beyaza İmzayı Doldurma Yetkisinin Hukuki Niteliği

Beyaza imzalı belgenin imzalayan dışında bir kimse tarafından doldurulmasının geçerli bir işleme vücut verdiğinin kabul edilmesi, imzalayan dışındaki bu kişinin doldurma yetkisinin hukuki niteliğinin ne olduğu sorusunu da beraberinde getirmektedir. Bu konuda temel olarak iki teorisin ön plana çıktığı görülmektedir⁶⁹⁷. Bunlar haberci teorisi (*Botentheorie*) ve temsilci teorisi (*Vertretertheorie*) dir⁶⁹⁸. Haberci teorisi, beyaza imzayı dolduran kişinin onu doldururken kendi beyanında bulunmadığı, ancak kendi eylemleriyle başka bir kişinin beyanını geçerli kıldığı fikrine dayanmaktadır. Beyaza imzayı dolduran kişinin faaliyeti, bir habercininkiyle aynı ya da en azından karşılaştırılabilir olmalıdır. Tamamlama faaliyetinin muhataptan gizli olarak gerçekleşmesi halinde olduğu gibi muhatabın huzurunda gerçekleşmesi halinde de dolduran kişi haberci olarak nitelendirilmektedir⁶⁹⁹. Öte yandan haberci teorisi beyaza imzanın açık olarak tamamlanması halinde tamamlayanın salt bir iletici niteliğine sahip olmaması dolayısıyla eleştirilmektedir. Zira tamamlayan kişi bir haberciden farklı olarak beyaza imzanın tamamlanmasında fark edilebilir bir şekilde takdir hakkını kullanmaktadır. Beyaza imzanın tamamlanmasının esas karşılaşılan biçimi olan gizli tamamlama durumunda dahi tamamlayanın haberci niteliğinin net olmadığı ifade edilmektedir. Öyle ki beyaza imzayı tamamlayan kişi burada da salt bir iletici rolünde olmayıp beyaza imzayı atan kişinin taslak halindeki beyanını tamamlamaktadır⁷⁰⁰.

Diğer teori olan temsilci teorisinin temelinde ise, beyaza imzayı tamamlayanın beyanın içeriğini belirlerken kendi hukuki sonuç iradesine sahip olması ve böylelikle temsile ilişkin

⁶⁹⁵ Merz, s. 188.

⁶⁹⁶ Schöenberger/Jäggi, Art. 13, N. 45.

⁶⁹⁷ Bu konuda geliştirilen diğer teoriler için bkz. Müller, s. 518, dn. 7; Neuschäfer, s. 28 vd.

⁶⁹⁸ Müller, s. 518 vd.; Kindl, s. 124 vd.; Neuschäfer, s. 29.

⁶⁹⁹ Haberci teorisini savunan yazarlar için bkz. Müller, s. 519, dn. 8.

⁷⁰⁰ Müller, s. 519. Aynı yönde bkz. Canaris, s. 65; Neuner, AT § 50, N. 101; Larenz/Wolf, § 48, N. 34; Binder, s. 166; Özen, Beyaza İmza, s. 416.

hükümler bağlamında kendi iradesini beyan etmesi yer almaktadır⁷⁰¹. Bu teoriye göre beyaza imzayı elinde bulunduran kişi bunu doldururken senedi düzenleyenin temsilcisi olarak hareket etmektedir. Bununla birlikte temsilci teorisine ilişkin olarak da birtakım çekinceler söz konusudur⁷⁰². Beyaza imzanın açık olarak tamamlanması durumunda esasen muhatap açısından beyaza imzayı tamamlayanın, beyaza imzalı belgeyi veren kişiyi, kendi hukuki işleme ilişkin eylemleriyle yükümlülük altına sokmak istediği açıktır. Bununla birlikte tamamlanan beyaza imza imzalayanın irade beyanını oluşturmaktadır. Beyaza imzanın gizli olarak tamamlanması durumunda ise, tamamlayan kişinin beyanın meydana gelmesine katılımı dışarıdan görünür dahi değildir. Oysa temsil kavramsal olarak çok kişili ilişkinin açıklanmasını gerekli kılmaktadır. Ancak beyaza imzanın gizli olarak tamamlanmasında temsil hükümlerine ilişkin tek pürüz bu değildir. Beyaza imza söz konusu olduğunda her zaman en azından irade beyanının bir kısmı imzalayandan kaynaklanmaktadır. Halbuki temsilin en önemli özelliklerinden birini, temsilcinin kendi irade beyanını açıklaması oluşturmaktadır⁷⁰³. Beyaza imzada ise, temsildekinden farklı olarak tamamlayanın kendi irade beyanını açıklaması değil, imza sahibinden kaynaklanan beyanın bir kısmını tamamlaması söz konusudur. Tüm bunlara rağmen temsil ile beyaza imza arasında benzerlik bulunduğu yadsınamayacağı ifade edilmektedir. Zira beyaza imzalı belgeyi elinde bulunduran ve imzalayan arasındaki ilişki temsil ilişkisi olarak nitelendirilemese dahi, beyaza imzalı belgenin verildiği kişiye tıpkı temsilde olduğu gibi imzalayan ve üçüncü kişi arasında hukuki işlemsel etkiler yaratacak bir hukuki yetki verilmektedir. Özellikle beyaz imzanın açık olarak

⁷⁰¹ Temsilci teorisini savunan yazarlar için bkz. Kindl, s. 125, dn. 33' te yer alan yazarlar..

⁷⁰² Doldurma yetkisinin temsil yetkisi niteliği taşımadığı yönündeki görüş ve bunun sonuçları için bkz. Merz, s. 188. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop da beyaza imzanın muhataba verilmiş bir temsil yetkisi olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığını belirtmektedir. Yazarlar ayrıca temsil yetkisi ile beyaza imzalı belgeyi doldurma yetkisi arasında kurulan benzerliği de doğru bulmamaktadır. Yazarlara göre bir benzerlik kurulacaksa bunun beyaza imza ile bir âmânın imzası arasında kurulması daha isbaetli olacaktır. Nasıl bir âmânın imzası, yaptığı işlemin içeriğini bildiği sabit olmadıkça, yazılı şekli şartını yerine getirmiyorsa, beyaza imza atan kişi de ancak sonradan doldurulan metni bildiği takdirde, sözleşme ile bağlı kılınabilecektir. Tekinay /Akman /Burcuoğlu/Altop, s. 119-120, dn. 33.

Özen, beyaza imzalı belgenin imzalayan dışında bir kişi tarafından tamamlanıp beyaza imzalı belgede yer alan irade açıklamasının etkilerini doğrumasının sağlanmasının huukumuzda açıkça düzenlenmemiş kendine özgü bir kurum olduğunu ifade etmektedir. Beyaza imza kurumu, öğretisi ve uygulama tarafından yasa ötesi geliştirilmiş bir kurumdur. Özen, Beyaza İmza, s. 416 vd.

⁷⁰³ Aynı yönde bkz. Özen, Beyaza İmza, s. 416.

tamamlanması olasılığında temsil hukuku ile olan paralellik daha net olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁰⁴.

B. Beyaza İmzalı Belgenin Kötüye Kullanılması ve Üçüncü Kişilerin Hukuki Görünüşe Güveninin Korunması

1. Genel Olarak

Beyaza imzalı belge, belgeyi tamamlayan tarafından beyaza imzayı düzenleyen ile aralarındaki anlaşmaya aykırı şekilde tamamlandığı takdirde bu hem taraflar hem de üçüncü kişiler açısından birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Çalışmamızın konusunu esas olarak beyaza imzalı belgenin anlaşmaya aykırı tamamlanmasının üçüncü kişiler açısından sonuçları oluşturduğundan burada yalnızca bu sonuçlar incelenecek olup taraflar arasındaki sonuçlara değinilmeyecektir⁷⁰⁵.

Beyaza imzalı belgenin anlaşmaya aykırı doldurulması durumunda üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması iki farklı bağlamda gündeme gelebilmektedir⁷⁰⁶. Beyaza imzalı belgeyi tamamlayacak kişinin tamamlamayla ortaya çıkacak irade açıklamasının muhatabı değil de bir üçüncü kişi olması ilk olasılığı oluşturmaktadır. Buna örnek olarak (eski Borçlar Kanunu döneminde) bir kişinin bir borç için kefil olma niyetiyle borcun borçlusuna kefalet belgesine dönüştürmek üzere beyaza imzalı bir belge vermiş olması gösterilmektedir⁷⁰⁷. Burada beyaza

⁷⁰⁴ Canaris, s. 56; Müller, s. 521; Neuner, AT § 50, N. 101. Larenz/Wolf, beyaza imzanın tamamlanmasına ilişkin yetkilendirmenin temsil yetkisi verilmesi gibi tek taraflı bir hukuki işlem olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda beyaza imzayı tamamlamaya ilişkin yetkilendirme kural olarak iç ilişki kapsamında ve imzalı belgenin teslim edilmesiyle bağlantılı olarak gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla temsil yetkisine ilişkin hükümler, tamamlama yetkisinin sona ermesi için de kıyasen kullanılabilir. Aynı şekilde § 165 BGB de kıyasen uygulanabilir. Larenz/Wolf, § 48, N. 35.

⁷⁰⁵ Anlaşmaya aykırı tamamlamanın taraflar arasındaki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, Beyaza İmza, s. 421 vd.

⁷⁰⁶ Özen, Beyaza İmza, s. 417 vd.

⁷⁰⁷ Özen tarafından beyaza imzanın tamamlanması suretiyle oluşturulan kefalet belgesinin neden olabileceği sorun ve tartışmaların TBK m. 583 düzenlemesi ile birlikte artık sona ermiş olduğu ifade edilmektedir. Öyle ki kefil azami sorumluluk miktarını el yazısıyla belirtmediği takdirde kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla da kefil olmayı düşünen kişinin beyaza imza vermekle yetinmesi ve beyaza imzanın sonradan tamamlanması şeklindeki uygulama da gündeme gelmeyecektir. Özen, s. 226. Aynı yönde bkz. Baş, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, İÜHFM, C. LXX, S.2, 2012, s. 136. Beyaza imzalı belgenin tamamlanmasının şekil koşuluna tabi hukuki işlemlerde şekil koşulunu sağlayamayacağını kabul eden İnal ise, eski Borçlar Kanunu döneminde kaleme almış olduğu

imzalı belgenin muhatabı, belgeyi dolduran borçlu değil; kefalet belgesi ile teminat sağlanmak istenen kişidir. Beyaza imzalı belge anlaşmaya aykırı olarak tamamlandığı takdirde, kefalet sözleşmesinin muhatabının anlaşmaya aykırı olarak tamamlanan bu kefalet belgesine ilişkin güvenin korunup korunmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Beyaza imzalı belgeyi dolduran kişinin, aynı zamanda beyaza imzalı belgenin tamamlanması ile alacak hakkı kazanacak kişi olması ise, ikinci olasılığa karşılık gelmektedir. Beyaza imzalı belgeyi tamamlayanın alacak hakkını olması gerekenden yüksek göstererek veya kendisine başka bir amaçla verilen beyaza imzalı belgeyi borç senedine dönüştürerek bu belgeyi üçüncü kişiye devretmesi bunun örneğidir⁷⁰⁸. Burada da anlaşmaya aykırı doldurulmuş belgeye dayanarak alacak hakkı devralan üçüncü kişinin güveninin korunup korunmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada beyaza imzalı belgeyi alan kişi, belgeyi, belgeyi veren ile aralarındaki anlaşmaya uymaksızın doldurduğu ve işlem hayatına dahil ettiği takdirde, düzenleyenin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğunun genel olarak kabul edildiği

çalışmasında sözleşmenin şekil koşulu sağlanmadığı için geçersiz olduğunun veya metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğunun iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir. Yazar bu esasın her durumda kabul edilmesi gerektiğine vurgu yapmakta ve sözleşme şekle tabi olsa veya şekil koşulunun amacı borçluyu korumak olsa ya da metin anlaşmaya aykırı doldurulmuş olsa, borçlunun tüm bu durumları iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceğini kabul etmektedir. Hakkaniyetin bunu gereki kılmasının yanı sıra BK m. 18/II, BK m. 34/III ve TMK m. 988 hükümlerinin bu sonucu desteklediğini ifade etmektedir. Sonuç olarak da -aşağıda da değinileceği üzere- borçlunun iyi niyetli üçüncü kişiler nezdinde yaratmış olduğu hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda olduğunu dile getirmektedir. İnal, s. 174. Ancak kanaatimizce beyaza imzanın anlaşmaya aykırı tamamlanması durumunda iyi niyetli üçüncü kişilere sağlanan koruma, genel olarak beyaza imzanın tamamlanması yoluyla yapılan hukuki işlemin şeklen geçerli olduğu ön kabulüne dayanmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, beyaza imza konusunda ilk olarak adi yazılı şekle tabi bir hukuki işlemin bu yolla gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Daha sonra ise, şeklen geçerli kabul edilen beyaza imza anlaşmaya aykırı tamamlanmışsa bunun geçerli olup olmayacağı ve iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışılmaktadır. Nitekim kanımızca kefalet belgesi açısından beyaza imza uygulamasının TBK m. 583 ile birlikte artık gündeme gelmeyeceğinin kabul edilmesinin temelinde de burada bir adi yazılı şekilden söz edilemeyip nitelikli yazılı şeklin öngörülmüş olması gerçeği yer almaktadır. (Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Baş, s. 136). Dolayısıyla İnal bu noktada daha farklı bir yaklaşıma sahip gibi görünmektedir.

Şekle tabi hukuki işlemlerin beyaza imzanın tamamlanması yoluyla geçerli şekilde yapılamayacağını kabul eden Binder ise, hukuki görünüşe güvenin korunması yoluyla dahi bunun aşılamayacağı kanaatindedir. Yazara göre şekil koşulunun koruyucu amacı işlem güvenliğinin korunmasına üstün gelmelidir. Binder, s. 196, 197. Beyaza imza durumunda şekle tabi işlemlerin geçersiz olduğunu kabul etmesi ve bunun hukuki görünüşe güvenin korunması enstrümanı ile aşıp aşılamayacağını değerlendirmesi bakımından Binder'in görüşü İnal'ın görüşü ile benzerlik göstermektedir. Öte yandan Binder aynı değerlendirme sonucunda İnal'ın çıkarımının aksine bir sonuca varmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi'nin de daha yakın tarihli bir kararında kefalet sözleşmesi konusunda yerleşik içtihadının dışına çıkarak kefalet sözleşmesine ilişkin şekil şartının beyaza imzanın tamamlanması aracılığı ile gerçekleştirilemeyeceğini kabul ettiği görülmektedir. İlgili karar için bkz. BGHZ 132, 119= NJW 1996, 1467. Karar hakkında daha detaylı değerlendirme için bkz. Grigoleit, s. 173 vd.; İnal, s. 170 vd.

⁷⁰⁸ Özen, Beyaza İmza, s. 418.

görülmektedir⁷⁰⁹. Bununla birlikte, bu sorumluluğun dogmatik temeli ve özellikle de beyaza imzalı belgeyi verenin, belgenin talimatlara aykırı olarak doldurulması nedeniyle belgede belirtilen irade beyanının yanılma gerekçesiyle iptal edip edemeyeceği ve bunun sonucunda sorumluluğun olumsuz zararlar sınırlanıp sınırlanmayacağı konusunda zaman içerisinde farklı görüşlerin benimsendiği görülmektedir⁷¹⁰. Geçmişte içtihat ve öğretide hakim olan görüşe göre⁷¹¹ iptal mümkünken, bugün öğretide hakim olan görüşe⁷¹² göre, beyaza imza alıcısı tarafından doldurma yetkisinin aşılmasına dayalı bir iptal kabul edilmemektedir⁷¹³. Bu görüşün yargı uygulamasında da kendine yer bulduğu görülmektedir⁷¹⁴.

Aşağıda beyaza imzalı belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması halinde üçüncü kişiler açısından ortaya çıkacak olan sonuçlar hukuki görünüşe güvenin korunması bağlamında değerlendirilecektir. Bununla birlikte görüşlerin daha sağlıklı bir şekilde aktarılabilmesi adına özellikle Alman hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak benimsenen açık ve gizli beyaza imza ayırımına sadık kalınarak konu ele alınacaktır.

⁷⁰⁹ Canaris, s. 55; Müller, s. 523 vd.; Reinicke/Tiedtke, s. 550 vd.; Ulf, s. 144; MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 172, N.3; Kindl, s. 121, dn. 15' te anılan diğer yazarlar; Tuğ, s. 61; Karlı, s. 149; Karabel, Emine Gökçe, Yazılı Şekil Şartı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2015, s. 129.

⁷¹⁰ Canaris, s. 55; Ulf, s. 144; Özen, Beyaza İmza, s. 418 vd.

⁷¹¹ Kindl, s. 121, dn. 17' de anılan yazarlar. Yakın dönemde halen iptal imkanının söz konusu olduğunu kabul eden yazarlar için bkz. Reinicke/Tiedtke, s. 550 vd.; Ulf, s. 146. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin eğiliminin de bu yönde olması ilgili olarak bkz. MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 172, N. 4.

⁷¹² Köhler, BGB AT, § 7, N. 28; .Larenz/Wolf, § 48, N. 40; Kindl, s. 122, dn. 18' de anılan yazarlar; Huguenin, N. 494; Altaş, s. 77; Eren, s. 313 ve s. 313, dn. 48' de anılan yazarlar.

Canaris' e göre, hukuki görünüş açısından bakıldığında görünüş olgusunun isnadını reddetmek ve tazmin yükümlülüğünün olumsuz menfaate indirgenmesine izin vermek için hiçbir neden olmadığı gibi, iptale izin verilmesinin temsil hukukundaki paralel durum ile de bağdaştırılması mümkün değildir. Beyaza imzalı belgeyi düzenleyen kişi kötüye kullanılacağını düşünmese dahi kasıtlı olarak görünüş olgusunu dolaşıma sokmuştur. Bu bağlamda bir yanılma söz konusu olmadığından § 119 BGB vd.'nin kıyasen uygulanması sonuçsuz kalır. En fazla bir saik yanılmasından söz edilebilir. İptal imkanının tanınmaması aynı zamanda temsil hukukuna ilişkin kıyastan da kaynaklanmaktadır. Nasıl ki orada temsil olunan, temsilcinin temsil yetkisini kötüye kullandığı ya da yalnızca görünüşte bir temsil yetkisine dayanarak hareket ettiği gerekçesiyle iptal yoluna gidemiyorsa, burada da beyaza imzanın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle iptal yoluna başvurulamaz. Canaris, s. 60-61.

⁷¹³ Bununla birlikte § 166 I BGB' ye kıyasen, beyaza imzayı tamamlayan kişi belgeyi tamamlarken § 119 BGB kapsamında bir yanılmaya düşmüşse ya da aldatma veya tehdit etkisinde belgeyi tamamlamışsa, imza sahibinin beyanı iptal edebileceği kabul edilmektedir. Aynı şekilde imzalayan kişinin kendisi belgeyi kaleme alırken böyle bir yanılmaya düşmüşse ya da aldatma ya da tehdit sonucu belgeyi imzalamışsa yine bu kişinin iptal yoluna başvurabileceği belirtilmektedir. Larenz/Wolf, § 48, N. 35; Neuner, AT § 50, N. 102.

⁷¹⁴ BGH WM 1996,762, 764; BGHZ 40,65, 67 vd.; BGHZ 40, 297, 304 vd.; BGHZ 113,48 (53) (Kindl, s. 122, dn. 20). Yargıtay'ın beyaza imza atılmak suretiyle düzenlenen senedin anlaşmaya aykırı biçimde doldurulduğu usulen ve yasal delillerle kanıtlanmadığı takdirde hukuken geçerli olduğunu kabul ettiği kararı için bkz. Yarg. 13. HD, 25.12.1986, E. 1985/5422 K.1986/6629. Aynı yönde diğer bir kararı için bkz. Yarg. HGK, 24.11.1999, E. 1999/13-910, K. 1999/993. (<https://legalbank.net/>, Erişim Tarihi: 10.08.2023).

2. İyi Niyetli Üçüncü Kişie Sağlanan Korumanın Alman Hukukunda Temellendirilişi

a. Açık Beyaza İmza

Açık beyaza imza ya da beyaza imzanın açık olarak doldurulması, beyaza imzalı belgenin üçüncü kişinin huzurunda doldurulduğu veya bu kişinin irade beyanının beyaza imzaya dayandığı konusunda bilgilendirildiği durumları ifade etmektedir⁷¹⁵. Üçüncü kişi burada belgeyi dolduran kişinin beyaza imzayı elinde bulunduruyor olmasından ona belgeyi tamamlama yetkisinin verildiği sonucunu çıkarabilmektedir⁷¹⁶.

Açık beyaza imzanın düzenleyene isnat edilmesi ile ilgili olarak yukarıda anılan teorilerden temsil teorisi burada ön plana çıkmaktadır. Buna göre, beyaza imzayı elinde bulunduran kişi bunu doldururken senedi düzenleyenin temsilcisi olarak hareket ettiği kabul edilmektedir. Ancak bu teori yukarıda anıldığı üzere tereddütle karşılanmaktadır. Zira beyaza imzayı dolduran kişi kendisi bir beyanda bulunmamakta sadece beyaza imzalı belgeyi veren kişinin beyanını tamamlamaktadır. Bununla birlikte temsilci teorisi, açık doldurma durumları için önemli bir hareket noktası oluşturmaktadır. Öyle ki beyaza imzayı elinde bulunduranın yetkisi § 164 BGB vd. anlamında temsil yetkisi olarak nitelendirilmese dahi yine de düzenleyen ile üçüncü bir taraf arasında hukuki işlem etkisi yaratmak için hukuki işlem yoluyla yetki vermesi bakımından ona yaklaşmaktadır⁷¹⁷. Bu bakımdan § 164 BGB vd. düzenlemelerinin beyaza imza alanında da kıyasen uygulanmasının düşünülebileceğine vurgu yapılmaktadır⁷¹⁸. Öte yandan Canaris bu tespitin yapılmasının yalnızca beyaza imzalı belgeyi doldurma yetkisi mevcut olduğunda, düzenleyenin neden beyaza imzayı elinde bulunduranın eylemlerinden sorumlu tutulacağı konusuna açıklık getirdiğini belirtmektedir. Yazara göre beyaza imzanın kötüye kullanılması durumunda düzenleyenin sorumluluğunun nasıl temellendirileceği sorusu hala yanıtlanmaya muhtaçtır. Nasıl temsil yetkisinin yokluğunda ya da aşılmasında temsil olunanın sorumlu olması bir temellendirme gerektiriyorsa beyaza imzada da doldurma

⁷¹⁵ Canaris, s. 54 vd.; Kindl, s. 123; Grigoleit, s. 171; Neuschäfer, s. 18, 23 vd.; Ulf, s. 144.

⁷¹⁶ Kindl, s. 123, 129; Grigoleit, s. 175. Üçüncü tarafın yalnızca beyaza imzalı belgeyi elinde bulunduranın beyaza imzalı belgeyi doldurma yetkisine sahip olduğu iddiasına dayandığı şeklindeki popüler mantık yanlıştır. Üçüncü taraf daha ziyade beyaza imzalı belgeyi elinde bulundurmaya ve tipik olarak bununla ilişkilendirilen beyaza imzalı belgeyi doldurma yetkisine dayanmaktadır. Canaris, s. 58, dn. 17.

⁷¹⁷ Canaris, s. 56; Müller, s. 521 vd.; Kindl, s. 128.

⁷¹⁸ Kindl, s. 128.

yetkisinin kötüye kullanılması durumunda imzalayanın sorumluluğunun temellendirilmesinin gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda temsil yetkisine ilişkin kuralların kıyasen uygulanmanın genişletilmesi suretiyle görünüşte temsile ilişkin kuralların da açık beyaza imza açısından uygulanmasını önermektedir. Bu noktada da özellikle § 172 BGB düzenlemesinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bunun nedeni olarak ise, yetki belgesi ve beyaza imza arasındaki benzerliği göstermektedir. Yazar yetki belgesi ve beyaza imza arasında birtakım farklılıklar da bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bu farklılıkların beyaza imzalı belgenin, doldurma yetkisi bakımından belli bir görünüş olgusu yarattığı gerçeğini değiştirmedigi kanaatindedir⁷¹⁹. Zira beyaza imzalı belge onu elinde bulunduran kişiye koşullara göre üçüncü kişinin huzurunda doldurması ve üçüncü kişinin belgeyi düzenleyene sormasına gerek kalmaksızın belgeyi elinde bulundurmak suretiyle kendisini meşrulaştırması amacıyla verilmektedir. Dolayısıyla da beyaza imzalı belgenin zilyedi olmanın, onu doldurma yetkisine ilişkin olarak hukuki görünüş yarattığı kabul edilmelidir. Düzenleyen, beyaza imzalı belgeyi dolaşıma soktuğunda hukuki görünüşü yaratmış olmaktadır ve bu nedenle doldurma yetkisine aykırı olarak doldurulmuş bir beyaza imza dolayısıyla ortaya çıkan yükümlülük, bilerek hukuki görünüş yaratmanın tipik bir örneğidir⁷²⁰.

Canaris, görünüş olgusunun kapsamının ise, § 172 BGB düzenlemesinden farklı olarak beyaza imza söz konusu olduğunda şüpheli olduğunu belirtmektedir. Zira beyaza imzalı

⁷¹⁹ Canaris, bu bağlamda yetki belgesinin doğrudan temsil yetkisini duyurmayı amaçladığını, diğer taraftan beyaza imzanın yalnızca doldurma yetkisinin varlığına ilişkin dolaylı bir sonuca izin verdiğini dile getirmektedir. Yine beyaza imzanın yetki belgesinden farklı olarak doldurma yetkisinin kapsamına ilişkin kural olarak herhangi bir hüküm içermediğini bunun da birtakım önemli pratik sonuçlarının olduğunu belirtmektedir. Canaris, s. 57 vd. Benzer yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Kindl, s. 129.

Yetki belgesi doğrudan, temsilciyi dışarıya karşı meşrulaştırmak (yetkilendirmek) amacıyla düzenlenirken ve buna bağlı olarak dışarıya karşı açıklanan temsil yetkisinin kapsamı metnin kendisinden kaynaklanırken; beyaza imzalı belge, düzenleyenin irade beyanının tamamlanmasını (*Perifizierung*) mümkün kılmaya hizmet eder. Bununla birlikte yetki belgesi gibi beyaza imzanın da her halükarda söz konusu belgeyi elinde tutanı meşrulaştırmak/yetkilendirmek için verildiği ve beyaza imzalı belgenin elde tutulmasının, doğrudan doldurulması için bir tür yetkinin mevcut olduğu sonucunun çıkarılmasına izin verdiği açıktır. Kindl, s. 129. Üçüncü kişinin yalnızca beyaza imzalı belgeyi elinde bulunduranın sözlerine güvenmesi dolayısıyla açık beyaza imza durumunda § 172 I BGB'nin kıyasen uygulamasının uygun olmadığı yönünde bkz. Reinicke/Tiedtke, s. 550, 552. Öte yandan Kindl, bu görüşü eleştirmekte ve en azından düzenleyenin imzası olan belgeyi ibraz edebilen beyaza imza alıcısının, yetki belgesi olmayan bir temsilci ile aynı şekilde değerlendirilmesi gerekeceğini ileri sürmektedir. Ayrıca ona göre bu iki yazarın, düzenleyenin, talimatlara aykırı olarak doldurulan beyaza imzanın içeriğine göre üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu sonucuna nasıl vardıkları tartışmalıdır. Üçüncü kişi iyi niyetini bıraktığı yerde aramalıdır: Beyaza imza alıcısında. Buna bağlı olarak beyaza imza ile yetki belgesi arasındaki farkı gerçekte olduğu yerde, yani "görünüş olguların kapsamında" dikkate almak ve kapsamını buna göre dikkatle belirlemek daha uygun görünmektedir. Diğer taraftan, § 172 I BGB' nin kıyasen uygulanmasının kabul edilebilirliğinden asla şüphe edilmemelidir. Kindl, s. 129-130.

⁷²⁰ Müller, s. 526; BeckOK BGB/Schäfer BGB § 172 N. 3.

belge, yetki belgesinden farklı olarak yetkilendirmeyi doğrudan ortaya koymayıp yalnızca şart koştuğu için, yetkilendirmenin kapsamı beyaza imzalı belgeden kolayca çıkarılamaz. Bu bağlamda hukuki görünüşün yalnızca olağan kapsamda bir doldurma yetkisi bakımından var olduğunu kabul etmek gerekecektir. Neyin olağan olduğu ise, ancak her somut olayın koşullarına göre belirlenebilir. Özellikle beyanın hangi kısmının tamamlanmak üzere boş bırakıldığı bu noktada önemlidir. Örneğin yalnızca hak sahibinin adı eksikse, herhangi bir kişinin atanması genellikle olağan sınırlar dahilinde sayılacaktır. Buna karşı meblağ kısmı boş bırakılmışsa, daha katı bir tutum sergilenmelidir. Öyle ki olağanın dışında meblağlar söz konusu olduğunda, hukuki görünüşün varlığı kural olarak reddedilmelidir. Aynı durum işlemin türü için de geçerlidir; örneğin beyaza imzanın doldurulması suretiyle bir işletmenin tamamını satma yetkisi açısından bir hukuki görünüşün varlığından söz edilemez. Öte yandan örneğin bir tahıl tüccarı için ortalama bir miktar buğday satın alma yetkisi açısından görünüş olgusundan bahsedilebilir. Yalnızca imza içeren ve başka hiçbir şey içermeyen bir beyaza imzalı belge söz konusu olduğunda da son derece dikkatli olunmalıdır. Bu durumda yalnızca ekonomik açıdan önemsiz olan işlemlerle ilgili olarak doldurma yetkisinin bulunduğu varsayılabilir. Üçüncü kişi burada bir görünüş olgusunun mevcut olduğunu, yani yapılan işlem açısından doldurma yetkisine sahip olunduğu çıkarımının haklı olduğunu kanıtlamalıdır. Düzenleyen ise, üçüncü kişinin iyi niyetli olduğu karinesi söz konusu olduğundan onun kötüye kullanımdan haberdar olduğunu veya koşullara göre haberdar olması gerektiğini ispat etmelidir⁷²¹. Canaris'in hukuki görünüş olgusunun kapsamına ilişkin bu değerlendirmeleri haklı olarak bazı açılardan eleştirilmektedir. İlk olarak Kindl, görünüş olgusunun Canaris'in sözünü ettiği gibi "olağan sınırlar içinde" doldurma yetkisinden söz edilerek daha kesin bir şekilde tanımlanıp tanımlanamayacağının şüpheli görüldüğünü belirtmektedir. Ayrıca Canaris'in de bu çerçeveyi belirlemek için "makul bir işlem hayatı aktörünün, dürüst bir tutumla ve kendi iyi anlaşılmış menfaatini gözeterek işleme girip girmediği" sorusuna başvurmak zorunda kaldığına işaret etmektedir. Kindl' a göre, doldurma yetkisinin kapsamının doğrudan beyaza imzadan anlaşılamaması, üçüncü kişinin, yetki belgesine kıyasla çok daha sık düzenleyene başvurması sonucuna yol açmaktadır. Ancak objektif bir üçüncü kişinin, düzenleyen ile yapılan ön görüşmeler gibi kendisi tarafından bilinen olguları göz önünde bulundurarak, beyaza imzayı doldurma yetkisinin kapsamını sorgulamaktan geri duracağı ölçüde, beyaza imzayı doldurmaya yetkili olunduğu görünüşü doğmaktadır⁷²².

⁷²¹ Canaris, s. 59.

⁷²² Kindl, s. 130- 131.

Rusch ise, beyaza imzanın olağanüstü yüksek miktarlarla veya olağanüstü teslimat kalemleriyle tamamlanması durumunda da hukuki görünüşün ortaya çıkacağını kabul etmektedir⁷²³. Öyle ki bu durumda en fazla iyi niyete ilişkin daha güçlü gereklilikler getiren zayıf bir hukuki görünüş olgusundan söz edilecektir⁷²⁴. Rusch'un görüşüne katılmakla birlikte bu konuda ileri sürülen farklı görüşlerin yalnızca teorik düzeyde bir öneme sahip olduğu kanaatindeyiz. Zira her iki durumda da sonuç itibarıyla üçüncü kişi ister hukuki görünüş olgusu bulunmadığı için ister iyi niyetli olmadığı için hukuki görünüşe güvenin korunmasının sonuçlarından yararlanamamaktadır.

Canaris, beyaza imzanın kötüye kullanılmasının hukuki görünüş sorumluluğu içerisinde sınıflandırılması ve temsil hukukuna ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması sonucunda irade bozuklukları sorununun da çözülmüş olacağını ifade etmektedir⁷²⁵. Hukuki görünüş bakış açısından bakıldığında, görünüş olgusunun isnadını reddetmek ve tazmin yükümlülüğünün olumsuz menfaate indirgenmesine izin vermek için hiçbir neden olmadığı gibi, bu, temsil hukuku ile kurulan paralellik ile de bağdaştırılamaz. Öyle ki beyaza imzalı belgenin kötüye kullanılmayacağı beklentisi isnadı dışlamaz. Aksine belgeyi düzenleyen kötüye kullanım riskini üstlenir. Kaldı ki § 172 BGB' nin doğrudan uygulanması bağlamında da temsil olunanın belgenin kötüye kullanılmasını beklememesi halinde sorumluluğun söz konusu olmayacağı gibi bir kabul mevcut değildir. Belgeyi düzenleyen kişi kötüye kullanılacağını düşünmese dahi bilerek görünüş olgusunu dolaşıma sokmuştur. Burada § 119 BGB vd. düzenlemelerinin kıyasen uygulanması da kabul edilemez. Zira esaslı bir yanılgı söz konusu değildir. Olsa olsa esaslı bir nitelik taşımayan saik yanılgısından söz edilebilir⁷²⁶.

b. Gizli Beyaza İmza

⁷²³ Rusch, s. 297, 300. Nitekim diğer bazı yazarlar da benzer şekilde beyaza imzalı belgenin durumu izin verdiği ölçüde doldurmaya ilişkin imkanın sınırsız olduğunu belirtmektedir. Canaris, s. 59, dn. 20.

⁷²⁴ Konuyu § 172 I BGB'nin kıyasen uygulaması bağlamında ele alan Kindl ise, doldurma yetkisinin kapsamının doğrudan beyaza imzadan anlaşılamamasının, kanunla düzenlenmiş olan yetki belgesine kıyasla, üçüncü kişinin, düzenleyene çok daha sık tekrar sorması sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Kindl'a göre, görünüş olgusunun kapsamı, yetki belgesinde kapsamı gösterilen temsil yetkisinin kapsamından çok daha dardır. Kindl, s. 130.

⁷²⁵ Canaris, s. 60.

⁷²⁶ Canaris, açık beyaza imza söz konusu olduğunda § 120 BGB 'nin kıyasen uygulamasının da söz konusu olmadığını zira beyaza imzalı belgeyi elinde bulunduran kişinin ne dahili ne de harici olarak habercininkine benzer bir konuma sahip olmadığını belirtmektedir. Canaris, s. 60, dn. 26.

Beyaza imzayı elinde bulunduran kişi, bunu, üçüncü kişinin huzurunda değil de önceden doldurur ve üçüncü kişi yalnızca düzenleyenin tamamlanmış haldeki beyanı ile karşılaşır, beyaza imzanın gizli olarak doldurulmasından söz edilmektedir⁷²⁷. Gizli beyaza imzanın, beyaza imzanın asıl karşılaşılan görünüm biçimi olduğu belirtilmektedir⁷²⁸. Böyle bir durumda yani üçüncü kişi yalnızca tamamlanmış beyaza imzayı gördüğü takdirde, beyaza imzanın kendisine beyaza imza alıcısı (dolduran) tarafından şahsen teslim edilmesine veya posta yoluyla gönderilmesine bağlı olarak ya alıcının haberci yetkisine sahip olduğu sonucuna varacak ya da yalnızca beyaza imzalı belge düzenleyenin yazılı bir irade beyanının ulaştığını varsayacaktır⁷²⁹. Zira söz konusu tabloda doldurma işlemi üçüncü kişi açısından bilinebilir değildir⁷³⁰.

Açık beyaza imzada olduğu gibi gizli beyaza imzada da temsil hukukunun kıyasen uygulanması noktasında açık beyaza imzadakine kıyasla önemli çekinceler mevcuttur. Zira dolduran kişi, üçüncü kişiye karşı temsilci benzeri bir şekilde ve temsil benzeri bir yetki kapsamında hareket etmemektedir. Düzenleyenin eksiksiz, tam bir beyanını ilettiğinden dışarıya karşı daha ziyade bir haberci gibi görünmektedir. Bu durumda düzenleyenin sorumluluğu açısından beyaza imzayı elinde bulunduranın yetkilendirilmesine dayanılamayacağı dile getirilmektedir. Zira yetkilendirme iç ilişkide kalmıştır ve doldurma sırasında aşılmıştır. Diğer bir seçenek olarak habercinin beyanının isnat edilmesine ilişkin ilkelerin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmektedir. § 120 BGB'de iletimi gerçekleştiren kişi veya kurum tarafından yanlış iletilen bir irade beyanının, § 119 BGB uyarınca hataen yapılan bir irade beyanı ile aynı koşullar altında iptal edilebileceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte bu düzenlemenin de gizli beyaza imzanın kötüye kullanılması açısından uygun olmadığı belirtilmektedir. Öyle ki § 120 BGB uyarınca beyanı düzenleyen, beyanı kendisi hazırlamakta, yürürlüğe koymakta ve haberciyi beyanı meydana getirmesi için değil, yalnızca iletmesi için bağımlı bir yardımcı olarak kullanmaktadır. Bu bakımdan beyan, yalnızca beyan sahibine isnat edilebilir niteliktedir. Gizli beyaza imzada ise, düzenleyen yalnızca bir taslak hazırlamış olup belirleyici kısmı beyaza imzalı belgeyi elinde

⁷²⁷ Canaris, s. 64.

⁷²⁸ Canaris, s. 64.

⁷²⁹ Kindl, s. 123; Neuschäfer, s. 24. Aynı yönde bkz. Larenz/Wolf, § 48, N. 39; Rusch, s. 296; Oechsler, s. 569.

⁷³⁰ Canaris, s. 64; Neuschäfer, s. 24. Üçüncü kişi, imzalayan kişi tarafından tümüyle yazılmış bir beyanı aldığına inanabilir. Bununla birlikte farklı yazı karakteri nedeniyle iki yazar olduğu sonucuna varması da mümkündür. Ancak bu durumda dahi açığa imzanın söz konusu olduğu sabit değildir. Öyle ki belge, açığa imza alıcısı tarafından tamamen doldurulduktan sonra açığa imza atan tarafından imzalanmış olabilir. Rusch, s. 296.

bulunduran kişiye bırakmış durumdadır. Bu nedenle beyaza imzalı belgeyi elinde bulunduran ve tamamlayan kişinin yalnızca teslim konusunda yardımcı olan bir haberci olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca § 120 BGB'nin gizli beyaza imzanın kötüye kullanılması durumunda uygulanamayacak olmasının bir diğer sebebi olarak da talimattan bilerek sapılması durumunda bu hükmün uygulama alanı bulmayacak olması gösterilmektedir⁷³¹. Canaris, bu noktada çözüm yolu olarak yine hukuki görünüş sorumluluğunu görmektedir. Federal Mahkeme' nin gizli doldurma durumlarında § 172 BGB' yi kıyasen uygulamasının yerindeliğini ise sorgulamaktadır. Zira yazara göre gizli doldurma durumunda temsil yetkisiyle bağlantılı olan doldurma yetkisine ilişkin iyi niyet değil, teslim edilen senedin içeriğinin doğruluğuna ilişkin iyi niyet korunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişi, beyaza imzayı elinde bulunduranın düzenleyeni yükümlülük altına sokabileceğine değil, düzenleyenin kendisinin tam bir beyanda bulunduğu ve beyaza imzayı elinde bulunduranın senedi teslim etmeye yetkili olduğuna güvenmektedir. Dolayısıyla bu durumda yetki belgesi ile hukuki bir benzerlik kurmanın pek de haklı gösterilemeyeceğini belirtmektedir⁷³². Ancak yine de üçüncü kişinin açık beyaza imzadakinden daha kötü bir durumda olmaması ve düzenleyenin de henüz doldurulmamış beyaza imzanın ibraz edildiği zamandan daha iyi bir durumda olmaması gerektiği gerekçesiyle, § 172 I BGB' nin kendisi olmasa dahi, § 172 I BGB'den beyaza imzanın açık doldurulmasına ilişkin olarak geliştirilen kuralların gizli beyaza imza için de kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedir⁷³³. Hatta Canaris, bunun, bireysel kıyastan hukuki görünüşün bilerek yaratılması dolayısıyla yükümlü

⁷³¹ Canaris, s. 64 vd.

⁷³² Aynı yönde bkz. Kindl, s. 132.

⁷³³ Canaris, s. 65. Reinicke/Tiedtke, bu argümana karşı çıkmış ve hukuki gerçeklikte var olmayan bir olay grubu için bir çözüm geliştirip daha sonra bu çözümü uygulamada gerçekten var olan bir olay grubuna aktarmanın sorgulanabilir olduğu eleştirisini getirmiştir. Reinicke/Tiedtke, s. 552.

Kindl, bu eleştirinin, beyaza imzalı belgeyi elinde bulunduran ve talimatlara aykırı olarak hareket eden kişinin beyaza imzalı belgeyi, kötüye kullanımın anlaşılmasını önlemek için kural olarak açık bir şekilde yani üçüncü tarafın gözü önünde tamamlamayacağı yönündeki fikre dayandığına işaret etmektedir. Bununla birlikte bir sonucun yalnızca yola çıkılan olay grubunun pratikte neredeyse hiç gerçekleşmeyecek olması nedeniyle hatalı olduğunun düşünülmesinin gerçekten yerinde olup olmadığının tartışılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, Canaris tarafından başvuru evleviyet kıyasının (*Erst-Recht- Schluss*) mantıksal doğruluğu, temelde yatan olayın varsayımsal olduğu iddiasından etkilenmez. Nitekim "farz edelim" (*was wäre wenn*) değerlendirmeleri, bu tür kanıt göstermelerin değerinden şüphe duyulmaksızın, hukuk alanında sıklıkla kullanılmaktadır. Yazar ayrıca gizli beyaza imzanın kötüye kullanılması gibi zor bir olay grubunun ancak uygulamada pek rastlanmayan başka bir olay grubunun çözümü üzerinden ele alınmasının tedirginliğe yol açmasının olağan olduğuna vurgu yapmakta ve bununla birlikte bu yaklaşımın mantıksal olarak yanlış olmadığını yalnızca beyaza imzanın kullanımının hukuk alanında kanunla düzenlenmemiş atipik bir iş bölümü biçimi olmasının bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Kindl, s. 132.

olmaya ilişkin genel ilkesinin geliştirilmesine kademeli geçişin metodolojik olarak çok ilginç bir örneği olduğunu ifade etmektedir⁷³⁴.

Canaris ayrıca açık beyaza imzaya ilişkin açıklamaların görünüş olgusunun kapsamı açısından da geçerli olduğunu dile getirmektedir. Öte yandan açık beyaza imzadan farklı olarak burada, bir sözleşmenin beyaza imza ile yapılmasının mutata olup olmadığı değil, bir sözleşmenin bir haberci tarafından teslim edilen yazılı bir beyanla yapılmasının mutata olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu bağlamda düzenleyenle en azından kişisel bir ön görüşmenin yapılmadığı, ekonomik açıdan özellikle ciddi işlemler söz konusu olduğunda kural olarak hukuki görünüş olgusunun varlığının reddedilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna örnek olarak da hiç kimsenin tüm iş yerini yalnızca bir haberci tarafından teslim edilen bir belge aracılığıyla satmayacağını veya çok yüksek tutarda bir kefilliği üstlenmeyeceğini göstermektedir. Yazara göre, burada esas olan makul bir işlem hayatı katılımcısının dürüst davranması ve kendi çıkarlarını koruması halinde böyle bir işlem yapıp yapmayacağıdır⁷³⁵. Kindl da gizli beyaza imza durumunda açık beyaza imza durumuna kıyasla daha güçlü bir güven olgusunun bulunduğuna vurgu yaparak Canaris'in görüşüne katılmaktadır. Yazar burada, üçüncü kişiye düzenleyenin imzasını taşıyan bir belge sunulduğuna ve dolayısıyla üçüncü kişinin kural olarak bu belgenin başlangıçta boşluklar içeren bir beyaza imzanın doldurulmasından kaynaklandığını bilemeyeceğine dikkat çekmektedir. Öyle ki üçüncü kişi ancak böyle bir irade beyanının ulaşması beklenmedikse veya beyaza imzayı elinde bulunduranın iddia ettiği haberci vasfı konusunda şüpheleri varsa, düzenleyene başvurmak için bir nedene sahip olacaktır. Kindl'a göre, bu bağlamda gizli beyaza imzada sorgulamak için daha az neden olduğundan, güven olgusunun açık beyaza imzadakinden daha güçlü olduğu ve Canaris'in verdiği sonucun da bu nedenle doğru olduğu söylenebilecektir⁷³⁶.

3. İyi Niyetli Üçüncü Kişiye Sağlanan Korumanın Türk-İsviçre Hukukunda Temellendirilişi

⁷³⁴ Canaris, s. 65.

⁷³⁵ Canaris, s. 66.

⁷³⁶ Kindl, s. 133.

Beyaza imza konusu incelenirken Alman hukukunun aksine Türk-İsviçre hukukunda açık-gizli beyaza imza gibi bir ayrıma gidilmediği görülmektedir⁷³⁷. Esas olarak Alman hukukunda gizli beyaza imza olarak nitelendirilen durum ekseninde konu ele alınmaktadır. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin BGE 88 II 422 künyeli kararı özellikle önemli bir yer tutmaktadır⁷³⁸. Söz konusu karara göre, beyaza imzanın anlaşmaya aykırı olarak doldurulması, imzalayanın yanılmasına dayanmamaktadır. Zira beyaza imzayı dolduran kişinin beyanının içeriği hakkında herhangi bir fikri olamaz. Aksine burada dolduran kişi tarafından imzalayanın güveninin kötüye kullanılması söz konusudur. Bu nedenle yanılmaya dayalı olarak iptale yer yoktur. Burada hakkaniyet beyaza imzanın kötüye kullanılması riskini ilk etapta beyaza imzayı düzenleyenin üstlenmesini ve beyaza imzayı dolduran kişiye karşı tazminat talebinde bulunmasını gerektirmektedir. Beyaza imzayı düzenleyen bunu düzenleyerek, ilk etapta kötüye kullanım olasılığını yaratmış ve böylece güvendiği kişi tarafından talimatlara aykırı olarak tamamlanan senet metninin kendi iradesine karşılık geldiğine ilişkin bir hukuki görünüşe neden olmuştur. Bu nedenle dürüstlük ilkesine göre, iyi niyetle hareket eden üçüncü bir kişiye karşı, bu şekilde yaratılan hukuki görünüş gerçek duruma karşılık geliyormuş gibi muamele görmelidir. Buradaki durum bir temsil yetkisinden farklı değildir. Öyle ki Art. 33/III OR hükmüne göre, üçüncü bir kişiye temsil yetkisi veren temsil olunan, temsilciye verilen temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilenden daha dar kapsamlı olduğunu iddia edememektedir. Muvazaaya ilişkin hükümler de aynı yöne işaret etmekle birlikte, ilk derece mahkemesinin görüşünün aksine beyaza imzanın kötüye kullanılması durumuna doğrudan uygulanabilir değildir. Art. 18/II OR, borçlunun iyi niyetle hareket eden bir üçüncü kişiye karşı muvazaa savunmasında bulunmasının önüne geçmektedir. Zira borçlu bu kişiye karşı geçerli bir alacağın varlığına ilişkin bir hukuki görünüş yaratmıştır. Beyaza imzayı düzenleyen de bunu yapmaya yönelik bir iradesi olmasa dahi, bu tür bir hukuki görünüşün yaratılmasına katkıda bulunduğundan muvazaa kurallarına kıyasen davranışının sonuçlarından sorumlu tutulmalıdır. Devre ilişkin hükümlerin beyaza imzanın kötüye kullanılması savunmasını açıkça engellemiş olmaması, güvenin korunması ve işlem güvenliği çıkarlarının gerektirdiği bu çözümü engellememektedir. Muvazaa savunmasının engellenmesi de devir hukukunda özel olarak belirtilmemiştir, yalnızca Art.

⁷³⁷ Türk- İsviçre hukukunda Loser ve hukuki görünüşe bağlantılı olarak Rusch'ın bu ayrımı esas aldığı görülmektedir. Loser, N. 417 vd.; Rusch, s. 294 vd.

⁷³⁸ BGE 88 II 422, 427 vd. (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F88-II-422%3Ait&lang=it&type=show_document, Erişim Tarihi: 30.07.2023).

18/II OR hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, bu hükmün temelinde yatan güvenin korunması fikrinin benzer şekilde beyaza imzanın kötüye kullanılması durumuna uygulanmasına da izin verilmelidir. Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımına paralel olarak öğretide de hakim görüş beyaza imzanın anlaşmaya aykırı olarak tamamlanması durumunda yanılmaya dayalı bir iptalin mümkün olmadığını⁷³⁹ ve iyi niyetli üçüncü kişinin güveninin korunması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁴⁰. Bu korumanın dayanağı olarak da ağırlıklı olarak Federal Mahkeme'nin kararında olduğu gibi hukuki görünüşe güvenin korunması fikri görülmektedir⁷⁴¹. Nitekim bu noktada yaratılan hukuki görünüşe güvenin korunması ve kişinin kendi yarattığı hukuki görünüşün rizikosunu taşıması düşüncesinin özel hukuk sisteminin genel eğilimi ile de uyumlu olduğu dile getirilmektedir. Hatta bir taşınır üzerinde emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle aynı hak kazanımını koruyan TMK m. 988 hükmünün bu eğilimin bir örneği olduğu belirtilmektedir⁷⁴².

4. Hukuki Görünüşün Koşulları Açısından Beyaza İmzanın Değerlendirilmesi

a. Hukuki Görünüş Olgusu

Alman hukukunda benimsenen açık- gizli beyaza imza ayrımı dikkate alındığında açık beyaza imzada hukuki görünüş olgusunun doldurma yetkisine ilişkin olduğu kabul edilmektedir⁷⁴³. Öyle ki üçüncü kişinin gözünden bakıldığında düzenleyenin tamamlanmış bir beyanı değil, sadece beyaza imzayı elinde bulunduran tarafından tamamlanan, yürürlüğe konan bir taslak

⁷³⁹ Huguenin, N. 494; Eren, s. 313 ve s. 313, dn. 48' de anılan yazarlar.

Kocayusufpaşaoğlu, metnin daha önce kararlaştırılan belirli bazı esaslara göre doldurulacağı inancı ile boş kağıdı imzalayan kişinin bu esasların dışına çıkmış bir metinle karşılaştığı takdirde, yanılma hükümlerine dayanarak - kanaatine dayanak oluşturan olguları ispat etmesi kaydıyla- iptal yoluna gidebileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda Federal Mahkeme' nin -yukarıda anılan- BGE 88 II 422 künyeli kararında yer alan yanılma konusundaki tespitleri eleştirmektedir. Söz konusu eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 35 vd.

⁷⁴⁰ Merz, s. 189; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 180; Huguenin, N. 494, 664; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 253; Eren, s. 313; Özen, Beyaza imza, s. 419 vd.

Oğuzman/Öz, bu sonucun muvazaa iddialarına karşı iyi niyetli üçüncü kişileri koruyan TBK m. 19/II hükmü ile uyumlu olduğunu belirtmektedir. Oğuzman/Öz, s. 98, dn. 187.

⁷⁴¹ BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 180; Huguenin, N. 494, 664; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/ Arpacı, C.I, s. 427; Oğuzman/Öz, Oğuzman/Öz, s. 98, dn. 187; Özen, Beyaza imza, s. 419 vd.

Kocayusufpaşaoğlu, Federal Mahkeme'nin kararını yanılmaya ilişkin tespitleri bakımından eleştirmekle birlikte Mahkeme'nin hukuki görünüşle ilgili tespitlerine tamamen katıldığını ifade etmektedir. Öte yandan yine alacağı iyi niyetle devralan üçüncü kişilerin bu haklı korumaya kavuşturulmasının, belgeyi imzalayanla onu dolduran arasındaki ilişkide yanılmaya dayalı iptal hakkının saklı kalmasına engel olmaması gerektiğini eklemektedir. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 36 vd.

⁷⁴² Özen, Beyaza imza, s. 420.

⁷⁴³ Canaris, s. 58; Müller, s. 524; Rusch, s. 296; Grigoleit, s. 175.

söz konusudur. Gizli beyaza imzada ise, beyaza imzalı belgede yer alan beyanın doğruluğuna yani beyanın imzası bulunan kişiye ait olduğuna ilişkin bir hukuki görünüşün söz konusu olduğu belirtilmektedir⁷⁴⁴.

b. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi, Güven Tasarrufu ve Nedensellik Bağı

Hukuki görünüş olgusunun bilinmesi ve bununla nedensellik bağı içerisinde bulunan güven tasarrufu koşulu da beyaza imza esas alınarak hukuki işlemin yapılması ile birlikte gerçekleşmiş olmaktadır⁷⁴⁵.

c. Hukuki Görünüşün İsnadı

Hukuki görünüşün isnadı konusunda ise, gerek Federal Mahkeme'nin kararında⁷⁴⁶ gerek öğretide riziko ilkesine yollamada bulunduğu görülmektedir⁷⁴⁷. Diğer tüm hukuki görünüş olgularında olduğu gibi burada da belirleyici olan tehlikeyi kimin yarattığı, bundan kimin yararlandığı ve kimin bunu en iyi şekilde kontrol edebileceğidir⁷⁴⁸. Sonuç olarak her zaman olduğu gibi üstün risk taşıyıcısı aranır. Esasen açığa imza atılması hiçbir zaman gerekli değildir. Açığa imza sadece düzenleyene ve onun menfaatlerine hizmet etmektedir. Faydaları ile kıyaslandığında sahtelik savunması söz konusu olmadığından kötüye kullanım riski çok büyüktür. Açığa imzanın gereksizliğinin zaten açıkça düzenleyenin üstün bir risk taşıyıcısı olduğuna işaret ettiği belirtilmektedir⁷⁴⁹. Öyle ki açığa imzanın ve bununla bağlantılı risklerin ortaya çıkmasına hiç izin vermemek onun elindedir⁷⁵⁰. Buna karşı özellikle de gizli açığa

⁷⁴⁴ Canaris, s. 65; Kindl, s. 132; Grigoleit, s. 175. Rusch, burada hukuki görünüşün, güven prensibine göre yorumlanan irade açıklamaları ile kıyaslanabilir olduğunu belirtmektedir. Buna göre makul bir sözleşme tarafının irade açıklamasını nasıl anlayabileceği ve anlaması gerektiği sorusu üçüncü kişi açısından değerlendirildiğinde o kişi burada imzalayan kişinin bir irade beyanının söz konusu olduğu kanaatini taşıyacaktır. Rusch, s. 295-296.

⁷⁴⁵ Rusch, s. 300-301.

⁷⁴⁶ BGE 88 II 422, 428. Beyaza imzaya ilişkin olarak neredeyse birebir aynı tespitin yer aldığı 11.07.1963 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. VII ZR 120/62, BGHZ 40, 65 (<https://016a1bd0e3cab9faf1500f1134a3b63d150fda46.vetisonline.com/Dokument?VPath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1963%2Fcont%2Fnjw.1963.1971.1.htm&readable=Parallelfundstellen&IsSearchRequest=True&HLWor ds=on&JumpType=SingleHitJump&JumpWords=VII%2BZR%2B120%252f62> , Erişim Tarihi: 31.03.2023).

⁷⁴⁷ Huguenin, N. 494; Rüegg, N. 333; Rusch, s. 298 vd.

⁷⁴⁸ Rusch, s. 299.

⁷⁴⁹ Rusch, s. 299.

⁷⁵⁰ Huguenin, ilgili hukuki işlemin farklı bir formülasyonu yoluyla riski en aza indirmenin beyaza imzayı düzenleyenin sorumluluğunda olduğunu ifade etmektedir. Huguenin, N. 494.

imza durumunda -ki günlük yaşamda hemen hemen her zaman bu durum meydana gelmektedir - üçüncü kişiler beyaza imzanın başka bir kişi tarafından doldurulduğunun farkında dahi değildir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin herhangi bir kontrol imkanından söz edilemez. Bu nedenle de beyaza imza atan kişi beyaza imzanın anlaşmaya aykırı olarak doldurulmasının sonuçlarına katlanmaya bu konuda hiçbir etkisi olmayan muhataptan daha yakındır⁷⁵¹. Fiil ehliyeti olmayan kişiler tarafından düzenlenen beyaza imzanın ise, bu kişilere isnat edilemeyeceği kabul edilmektedir. Fiil ehliyetine sahip olmayanların korunması işlem güvenliğinin korunmasından daha önceliklidir⁷⁵². Beyaza imzalı belgenin çalınması ya da başka bir şekilde düzenleyenin elinde irade dışı çıkması halinde, düzenleyenin görünüş olgusunu bilerek dolaşıma sokmadığı ve bu nedenle sorumlu olmadığı kabul edilmektedir⁷⁵³.

d. İyi Niyet

Açık kambiyo senedinin (*Blankowechsel*) aksine, normal beyaza imzalı belgede iyi niyetin ortadan kalkması için mutlaka ağır ihmalin bulunması gerekmediği ifade edilmektedir. Art. 1000 OR hükmüne göre, “*Düzenlendiği sırada tam olmayan bir kambiyo senedi, yapılan anlaşmalara aykırı olarak doldurulmuşsa, bu anlaşmalara uyulmaması, senedi kötü niyetle iktisap etmedikçe veya iktisap ederken ağır ihmali bulunmadıkça, hamile karşı ileri sürülemez.*”⁷⁵⁴. Adi beyaza imzalı belgeler söz konusu olduğunda ise, kambiyo senetlerinde

⁷⁵¹ Larenz/Wolf, § 48, N. 38; Neuner, AT § 50, N. 104; Rusch, s. 299.

⁷⁵² Rusch, s. 300.

⁷⁵³ Neuner, AT § 50, N. 104. Canaris bu konuyla ilgili olarak kıymetli evrak hukukuna ilişkin görüşlerin dikkate alınamayacağını belirtmektedir. Çalınan beyaza bir kambiyo senedinden sorumlu olunması, beyaza imzanın değil, dolaşımdaki senetlerin (*Umlaufpapiere*) bir özelliğidir. Beyaza imzayı elinde bulunduran senedi kaybetse ve daha sonra kötüye kullanılsa dahi düzenleyen sorumlu değildir. Zira sadece bu kişiye güvenmiştir ve sadece onun kötüye kullanımından dolayı riske katlanmak zorundadır. Bu gibi durumlarda üçüncü kişi § 179 BGB'ye kıyasen beyaza imzalı belgeyi dolduran kişiye yönelik bir taleple korunur. Canaris, s. 62.

Tuğ, beyaza imzalı belge, aldatma veya korkutma sonucunda ele edilmişse, beyaza imzalı belge onu düzenleyenin güveni neticesinde verilmemiş olduğundan bu iddianın hakim tarafından ciddi bulunursa tanıkla kanıtlanabileceğini bunun mümkün olmaması halinde düzenleyen için geriye kalan tek yolun yemin olduğunu belirtmektedir. Tuğ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 63.

Ulf ise, talimata aykırı olarak doldurma durumu dışında doldurulmuş bir beyaza imzanın isnat edilen bir irade beyanı olarak beyaza imzanın irade dışı elden çıktığı hallerde de dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Düzenleyen söz konusu durumda (isim yazılarak) imza (*Namensunterschrift*) aracılığıyla alıcıya kıyasla daha kolay kontrol edebileceği bir tehlike yaratmaktadır. Ulf, s. 147, dn. 789. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Rusch, s. 301 vd.

⁷⁵⁴ Buna karşılık gelen düzenleme Türk hukukunda “Açık poliçe” başlığı altında TTK m. 680’ de yer almaktadır. “*Tedaviile çıkarılırken tamamen doldurulmamış bulunan bir poliçe, aradaki anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulursa, bu anlaşmalara uyulmadığı iddiası, hamile karşı ileri sürülemez; meğerki, hamil poliçeyi kötüniyetle iktisap etmiş veya iktisap sırasında kendisine ağır bir kusur isnadı mümkün bulunmuş olsun.*”

olduğu gibi işlem güvenliğinin korunmasına yönelik artan bir ihtiyaç söz konusu değildir. Dolayısıyla Art. 3/II ZGB' nin (TMK m. 3/II) olağan uygulamasının tamamen yeterli olduğu kabul edilmektedir⁷⁵⁵. Kanaatimizce de beyaza imza açısından da iyi niyete ilişkin genel düzenleme olan TMK m. 3/II' nin uygulanması yerindedir.

e. Hukuki Görünüşe Güvenin Korunmasının Sonucu

Beyaza imzalı belge ile yaratılan hukuki görünüşe güvenin korunması sonucunda anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş beyaza imzalı belgeye dayanan iyi niyetli üçüncü kişiler açısından beyaza imzalı belge aracılığıyla gerçekleştirilen işleme konu hakkı kazanma ve bunu imzalayana karşı da ileri sürebilme imkanı doğmaktadır⁷⁵⁶.

III. ALACAĞIN DEVRİNDE DEVRALANIN KORUNMASI

A. Genel Olarak

Alacaklı, borçlar hukukuna hakim irade özgürlüğü ilkesine uygun olarak alacağını üçüncü kişilere devretme olanağına sahiptir. Bunun için borçlunun rızasının alınmasına da gerek yoktur. Ancak alacağın devrinde borçlunun rızasının aranmamasının borçlunun durumunu zayıflattığı da açıktır. İşte bu şekilde dezavantajlı hale gelen borçlu ile alacaklının menfaatleri arasında bir denge kurmak adına kanun koyucu tarafından borçluya, devralana karşı da ileri sürebileceği birtakım savunma imkanları tanınmıştır. Bu bağlamda borçlu, alacağın herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde, alacağın devrinin sonuç doğurmadığını ileri sürebilmektedir. Kural olarak devralanın iyi niyetli olması ve bu geçersizlikten haberdar olmaması da bu sonucu değiştirmemektedir⁷⁵⁷. Yine alacaklı ve borçlu arasında bir devir yasağının (pactum de non cedendo) kararlaştırılmış olması halinde⁷⁵⁸, alacak buna rağmen devredildiği takdirde, borçlu, devralan iyi niyetli olsa dahi devrin hükümsüz olduğunu⁷⁵⁹ ona

⁷⁵⁵ Rusch, s. 300.

⁷⁵⁶ Aynı yönde bkz. Özen, s. 419.

⁷⁵⁷ Öz, Turgut, Alacağın Devri m. 183-194, Türk Borçlar Kanunu İstanbul Şerhi C.1, İstanbul 2018, N. 16.

⁷⁵⁸ Devir yasağı borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılabileceği gibi borçlu ile sonradan alacağı devralan kişi arasında da kararlaştırılabilir. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 32a; Kapancı, s. 206.

⁷⁵⁹ Hükümsüzlüğün türünün ne olması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Kapancı, s. 233 vd.

karşı ileri sürme imkanına sahiptir⁷⁶⁰. Öte yandan TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) ve TBK m. 183/II (Art. 164/II OR)' de ise, borçlunun bu savunma olanaklarını etkisiz hale getiren iki düzenlemenin öngörülmüş olması dikkatleri çekmektedir. TBK m. 19/II (Art. 18/II)'de yazılı borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, borçlu tarafından işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunulamayacağı belirtilmektedir. Halbuki yazılı bir borç tanınmasının söz konusu olmadığı hallerde, işlemin muvazaalı olduğu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmektedir. Yine TBK m. 183/II (Art. 164/II OR)' de de borçlunun, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremeyeceği düzenlenmektedir. Alman hukukunda ise Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak bu iki durumun § 405 BGB' de tek bir paragrafta bir arada düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Buna göre, borçlu, borçla ilgili bir senet düzenlemişse, senet ibraz edilmek suretiyle alacağın devredilmesi halinde, yeni alacaklı devir sırasında bu gerçekleri bilmediği ya da bilmesi gerekmediği sürece, yeni alacaklıya borç ilişkisinin kurulmasının ya da tanınmasının muvazaalı olduğunu ya da devrin asıl alacaklıyla yapılan anlaşmayla yasaklandığını ileri süremez⁷⁶¹.

Alacak haklarının iyi niyetli olarak kazanılmasını düzenleyen genel bir hüküm bulunmamasına rağmen⁷⁶², yukarıda anılan iki istisnai durumda buna izin verildiği görülmektedir⁷⁶³. Söz konusu durumlarda iyi niyetli davranan borçlunun savunmalarına karşı korunmaktadır. Bunun temelinde hukuki görünüşün korunması prensibinin yer aldığı ifade edilmektedir⁷⁶⁴. Öyle ki iyi niyetli devralan borç tanınmasının doğru olduğuna veya kendisine

⁷⁶⁰ Franko, Nisim, “Alacağın Temliki”, AÜSBFD, 1994, C. 49, S. 1, s. 184.

⁷⁶¹ Hüküm, alacağın devrinin mevcut ve devredilebilir bir alacağı gerekli kılması ilkesine bir istisna teşkil ettiği belirtilmektedir. Ayrıca § 405 BGB'nin mevcut olmayan veya devredilemeyen bir alacağın devir yoluyla kazanılmasını mümkün kılmadığı; ancak yeni alacaklıyı, belirli koşullar altında borçlu karşısında, alacağı devir yoluyla kazanmışçasına bir konuma getirme etkisine sahip olduğuna da işaret edilmektedir. Staudinger/Busche, § 405, N. 1.

§ 405 BGB'nin aynı zamanda borçlunun alacağın devri sırasında önceki alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları yeni alacaklıya karşı da ileri sürebileceğini düzenleyen § 404 BGB' ye de istisna teşkil ettiği ifade edilmektedir. Kindl, s. 263-264.

⁷⁶² Buna ilişkin olarak bkz. Lucka, Justus, “Können Forderungen nicht gutgläubig erworben werden?”, BRJ 2/2011, s. 175. Art. 164/II OR açısından aynı yönde bkz. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 57.

⁷⁶³ Tiedtke, s. 148; BeckOK BGB/Rohe, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 405 N. 1; Esener, Turhan, Türk Hukusî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956, s. 127. Aynı yönde bkz. Canaris, s. 94.

⁷⁶⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1684; Berger AT, N. 2116; Hatemi/Gökyayla, s. 394.

TBK m. 19/II (Art.18/II OR) bakımından bkz. OFK- Jolanta Kren Kostkiewicz Art. 18 OR N. 23; Huguenin, N. 70, 200; BSK-Wiegand OR 18 N 131; BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 170; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 362-363; Hatemi/Gökyayla, s. 393; Atamaulu, s. 114.

devredilen alacağın devir yasağına tabi olmadığına dair bir güven duymaktadır. Muvazaalı veya devir yasağı kararlaştırıldığı konusunda eksik bilgi içeren bir senet dolayısıyla devralanın yanılmasına kendi davranışı ile sebep olan borçlunun ise, alacağın devri sonucuna katlanmak zorunda olduğu kabul edilmektedir⁷⁶⁵. Aynı zamanda sözü edilen bu durumlarda işlem güvenliğinin korunması amacının da ön planda olduğu ifade edilmektedir⁷⁶⁶.

Borçlunun savunmalarını ketleyen bu düzenlemeler incelendiğinde devralanın iyi niyetinin korunması için belirli şartların mevcut olması gerektiği anlaşılmaktadır⁷⁶⁷. Bunlar, yazılı bir borç tanınmasının bulunması; borç tanınmasını içeren senedin devralana en geç devir sırasında ibraz edilmiş olması ve alacağın yazılı borç tanınmasına güvenilerek devralınmış olmasıdır⁷⁶⁸.

Nitekim Canaris Alman hukuku açısından § 405 BGB'nin hukuki görünüş sorumluluğunun pozitif hukuki dayanaklarından birini oluşturduğunu ifade etmektedir. Canaris, s. 86. Aynı yönde bkz. Staudinger/Busche, § 405, N. 3; Kindl, s. 263.

Canaris § 405 BGB' nin hukuki görünüşe güvenin korunması ile ilişkisini açıklarken ilk olarak § 405 BGB' de diğer tüm savunmaların önü kesilmezken neden sadece muvazaalı işlem ve devredilemezlik savunmalarına başvurulmasının hariç tutulduğu sorusunu sormaktadır. Daha sonra bu soruyu şu şekilde yanıtlamaktadır: Bir senette muvazaalı bir işlem düzenleyen veya senette devredilemezlik ibaresine yer vermeyen kişi, bilinçli olarak geçerli bir işlemin varlığına veya devredilebilir bir alacağın mevcut olduğuna ilişkin bir hukuki görünüş yaratır. Diğer yandan, böyle bir senede güvenerek hukuki bir işlem yapan kişinin, bu iki savunmanın tam da senedi düzenleyen kişi tarafından bilindiği için mevcut olduğu gerçeğini hesaba katması gerekmez ve kişi dürüst işlem hayatında (*im redlichen Verkehr*) gerçeğe aykırı bir görünüşün bilinçli olarak yaratılmadığı gerçeğine güvenebilir. Canaris, s. 86.

⁷⁶⁵ Esener, Muvazaa, s. 128; Erbayraktar, s. 423.

⁷⁶⁶ Esener, Muvazaa, s. 127. TBK m. 183/II' de öngörülen korumanın gündeme geldiği durumlarda devir yasağı kararlaştırabilmeye ilişkin sözleşme özgürlüğünün, işlem güvenliğinin korunmasına olan kamu menfaati dolayısıyla sınırlandırıldığı belirtilmektedir. Erbayraktar, s. 423, 432.

⁷⁶⁷ Koller, s. 190 vd., 204 vd.; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 57; BSK-Wiegand OR 18 N. 129 vd.; Staudinger/Busche, § 405, N. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 247; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1, 1, s. 356-357; Erbayraktar, s. 423-424; Üçer, Mehmet, “*Roma Hukuku'nda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki*”, AÜHFD 2005, C.54, S.3, s.420. Aynı önde bkz. Kuhn, Tomas, “*Scheinvertrag und verdeckter Vertrag im Anwendungsbereich des § 405 BGB*”, Archiv für die civilistische Praxis, Februar 2008, 208. Bd., H. 1, s. 102; Petersen, Jens, “*Die Abtretung*”, Juristische Ausbildung 2014(3), s. 279-280; Lardelli, s. 127.

⁷⁶⁸ Öte yandan halefiyet hukuki bir işleme dayanmıyorsa, § 405 BGB'de öngörülen korumanın gündeme gelmeyeceği, bunun özellikle § 412 BGB'n in, § 405 BGB'nin kanuni halefiyete uygulanmasını açıkça hariç tutan karışıt sonucundan kaynaklandığı belirtilmektedir. Tiedtke, s. 153; Staudinger/Busche, § 405, N. 32; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 13; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 405 N. 1.

Türk- İsviçre hukukunda da aynı yönde bir kabulün mevcut olduğu görülmektedir. Böyle bir korumanın yalnızca hukuki işleme dayalı bir devir durumunda düşünülebileceği zira yalnızca bu durumda devralanın güven duymasından söz edilebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla kanuna veya hakim kararına dayalı devirlerde TBK m.19/II (Art. 18/II)' de öngörülen korumanın gündeme gelmeyeceği kabul edilmektedir. BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 172; BSK-Wiegand OR 18 N. 130; Esener, Muvazaa, s. 136; Atamulu, s. 118 vd. Aynı yönde bkz. Rusch, s. 327. Koller, bu durumun hükmün sistematik konumundan kaynaklandığını ifade etmektedir. TBK m. 183, 184 (Art.164, 165 OR) alacakların sözleşmeyle devralınması ile ilgilidir; TBK m. 185 (Art. 166 OR) ise, yasal veya yargısal yolla devri ile ilgilidir. Koller, s. 205. Ayrıca Koller, cebri satışta verilen

Bunlara ek olarak devir yasağının kararlaştırıldığı durumlarda, yasağın yazılı borç tanınmasında belirtilmemiş olması da gerekmektedir. Bu şartlar aşağıda hukuki görünüşe güvenin korunması bağlamında daha detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

B. Devralanın Korunmasının Şartları

1. Hukuki Görünüş Olgusu

a. Genel Olarak

Anılan hükümler çerçevesinde devralanın korunması için öncelikle yazılı bir borç tanınmasının mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁶⁹⁷⁷⁰. Borç tanınması, borçlunun alacaklıya yönelik⁷⁷¹ olarak belirli bir borcunun bulunduğunu beyan etmesidir⁷⁷². Borcun ikrarının yanı sıra borç vaadinde bulunularak yeni bir borç ilişkisinin kurulmasının da borç tanınmasının kapsamında yer aldığı belirtilmektedir⁷⁷³. Borç tanınmasında borcun sebebinin gösterilip gösterilmemesinin veya borç tanınmasının hangi amaçla yapıldığının önemi yoktur⁷⁷⁴. Ayrıca borç tanınması açısından kullanılan ifadeler de önemli olmayıp borçlunun borcunu tanıma iradesini göstermesi yeterlidir⁷⁷⁵. Borç tanınması için özel bir belgenin düzenlenmesinin şart olmadığı belirtilmektedir⁷⁷⁶. Karşılıklı borç yükleyen yazılı bir sözleşmenin TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) ve TBK m. 183/II (Art. 164/II OR) anlamında bir borç tanınması oluşturup oluşturmadığı ise tartışmalıdır. Bununla birlikte haklı olarak belirtildiği üzere, TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) açısından önemli olan yazılı borç tanınmasının devralanın muvazaalı alacağın varlığına ilişkin (haklı) güvenini uyandırabilecek ve yanlış bir hukuki görünüş yaratarak

kararın devre eş tutulması gerektiğini ve bu durumda TBK m.19/II (Art. 18/II)' nin istisnai olarak kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Koller, s. 194.

TBK m. 183/II (Art. 164/II OR) açısından da aynı yönde bkz. Koller, s. 205; Erbayraktar, s. 441. Bununla birlikte yazarlar hükmün kıyasen bir alacağın iradi açık artırma yoluyla satın alınması açısından da geçerli olduğunu belirtmektedir.

⁷⁶⁹ BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 171; BSK-Wiegand OR 18 N. 129; Koller, s. 190; Esener, s. 127.

⁷⁷⁰ Muvazaalı işlemler bakımından farklı yönden değerlendirmeler için bkz. E.2.a. ii.

⁷⁷¹ Bu bağlamda borçlunun bir borcu kendisi için (örneğin şirket defterlerine) veya alacaklı olmayan bir kişinin (örneğin vergi dairesi veya işletmeyi devralan kişi) dikkatine kaydetmesi halinde, TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) anlamında bir borç tanınması söz konusu değildir. Koller, s. 191.

⁷⁷² Koller, s. 190; Esener, Muvazaa, s. 131.

⁷⁷³ Koller, s. 190; Erbayraktar, s. 425.

⁷⁷⁴ Koller, s. 190-191.

⁷⁷⁵ Esener, Muvazaa, s. 132.

⁷⁷⁶ Örneğin ağırlıklı olarak başka konularla ilgili olan bir mektup dahi yazılı borç tanınmasını içerebilir. Koller, s. 191.

devralanı muvazaa konusunda aldatabilecek nitelikte olmasıdır⁷⁷⁷. TBK m. 183/II (Art. 164/II OR) açısından ise, aynı şekilde yazılı borç tanınmasında devir yasağına yer verilmeyerek gerçeğe uygun olmayan bir hukuki görünüş yaratılması ve devralanda alacağın devredilebilir olduğuna dair bir haklı güvenin oluşturulmasıdır⁷⁷⁸. Dolayısıyla da karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede yer alan karşılıklı borç vaadi de yazılı bir borç tanınması olarak kabul edilebilir⁷⁷⁹. Nitekim TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) ve m. 183/II (Art. 164/II OR) hükümlerinde sözü edilen yazılı borç tanınması esas olarak soyut borç tanınmasına karşılık gelmektedir. Bu bağlamda yazılı borç tanınmasında borç tanınmasına ek olarak borcun hukuki sebebi, tarafların edimleri gibi hususların yer alması borç tanınmasını ortadan kaldırmaya gerektir⁷⁸⁰.

Borç tanınması ispat veya geçerlilik şekli kapsamında yazılı olarak yapılmış olabilir. Sözü edilen hükümlerin uygulama alanı bulması açısından bu herhangi bir fark yaratmamaktadır⁷⁸¹.

Borç tanınmasının yazılilik şartı ile bağlantılı olarak borçlunun imzasını içermesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüş borçlunun imzasının yazılilik koşulu açısından zorunlu olmadığını belirtmektedir⁷⁸². Bu görüşe göre, borçlunun kesin ve ciddi irade açıklamasını içeren bir belge, imza bulunmasa dahi yazılilik şartının sağlanması açısından yeterlidir⁷⁸³. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, yazılı borç tanınmasının borçlunun imzasını içermesi gereklidir⁷⁸⁴. Öyle ki yazılı borç tanınması ile yaratılan hukuki görünüşün borçluya isnat edilebilmesi ve senedin borçlu ile ilişkilendirilebilmesi borçlunun imzasının senette yer almasını zorunlu kılmaktadır⁷⁸⁵.

⁷⁷⁷ Jaggi/Gauch, Art. 18 OR N. 241 (Koller, s. 191' den naklen). Aynı yönde bkz. Koller, s. 191-192; Esener, Muvazaa, s. 133.

⁷⁷⁸ Erbayraktar, s. 426-427.

⁷⁷⁹ Koller, s. 191; ZK-Spirig, Art. 164, N. 199; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 171; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 362; Erbayraktar, s. 427. Aksi yönde görüş için bkz. Esener, Muvazaa, s. 132.

⁷⁸⁰ Aynı yönde bkz. Erbayraktar, s. 427.

⁷⁸¹ Oser/Schönenberger, Art. 18, N. 21 (Erbayraktar, s. 428'dan naklen).

⁷⁸² Koller, s. 191; Jaggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 254 (Erbayraktar, s. 428' den naklen); Erbayraktar, s. 428.

⁷⁸³ Jaggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 254 (Erbayraktar, s.428' den naklen).

⁷⁸⁴ Esener, Muvazaa, s. 131; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1706; Erbayraktar, s. 429.

⁷⁸⁵ Aynı yönde bkz. Erbayraktar, s. 429.

Borçlunun söz konusu yazılı borç tanınmasını diğer bir deyişle borç senedini alacaklıya teslim etmiş olması da gereklidir⁷⁸⁶. Senet, alacağı ve tasarrufta bulunanın alacaklı olduğunu göstermelidir⁷⁸⁷.

b. Muvazaa Açısından Hukuki Görünüş Olgusu

Muvazaalı bir yazılı borç tanınması söz konusu olduğunda⁷⁸⁸, hukuki görünüş olgusunu esasen yukarıda da söz edildiği üzere borcun yazılı olarak tanınması oluşturmaktadır⁷⁸⁹. Bu, alacağı devralan kişinin algıladığı güvenin temelini oluşturmaktadır⁷⁹⁰. Yazılı borç tanınması, alacağın var olduğuna (borç tanınmasının doğru olduğuna) ilişkin bir görünüş yaratır ve bu nedenle

⁷⁸⁶ Kindl, s. 264; Koller, s. 191; Erbayraktar, s. 429.

⁷⁸⁷ Staudinger/Busche, § 405, N. 6; Kindl, s. 264. Aynı yönde bkz. Esener, Muvazaa, s. 130,132; Erbayraktar, s. 429.

⁷⁸⁸ Bir kredinin ödenmesinden önce bir senet düzenlenmiş ancak kredi hiçbir zaman tahsis edilmemişse, bunun muvazaalı bir işlem olmadığı belirtilmekte ve bu nedenle sözde borçlunun ileri sürebileceği savunmalardan mahrum bırakılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Öte yandan senedin düzenlenmesindeki amaç, görünüşte alacaklıyı zengin göstererek üçüncü kişiler yanıltmasını sağlamaksa, devir durumunda § 405 BGB'nin uygulanacağı ifade edilmektedir. MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 9. Canaris ise, borçlunun senedi henüz borç oluşmadan alacaklıya teslim etmesi durumunun da muvazaalı işlemle nispeten yakından ilgili olduğunu ve özellikle borçlunun kendisine ödeme yapılmadan ve hatta ilgili bir kredi sözleşmesi akdedilmeden bir krediyi aldığını teyit etmesi durumunun bu kapsamda düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir. Burada hakim görüşün aksine, § 405 BGB' nin bir kıyasen uygulanmasının kolayca gerekçelendirilebileceğini çünkü durumun üçüncü taraflarla ilgili olarak muvazaalı bir işlem durumundan önemli ölçüde farklı olmadığını ifade etmektedir. Bunu desteklemek için de diğer hukuki görünüş olgularıyla olan benzerliğe işaret etmektedir. Özellikle beyaza imzanın veya halihazırda tamamlanmış ancak henüz alacaklıya sunulmamış bir aval beyanının (*Bürgschaftserklärung*) teslim edilmesine benzerliğin açık olduğunu ve orada § 172 I BGB'ye benzer bir hukuki görünüş sorumluluğu kabul edileceğinden burada da mantıksal olarak başka hiçbir şeyin uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Canaris, s. 99-100. Her ne kadar muvazaalı işlem söz konusu olmasa da gerçekten burada üçüncü kişiler açısından yanıltıcı bir hukuki görünüş oluşturmaya elverişli bir durumun mevcut olduğu söylenebilir. Dolayısıyla genel hukuki görünüşe güvenin korunması ilkesinden hareket edilerek Canaris'in görüşüne paralel olarak burada da devralanın korunması gerektiği sonucuna varılabilir.

⁷⁸⁹ Berger, AT, N. 734; Rusch, s. 323; Kindl, s. 263; Lucka, s. 175. BeckOK BGB/Rohe' de senedin ibraz edilmesinin iyi niyetli devralan açısından hukuki görünüş temeli oluşturabileceği belirtilmektedir. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 405 N. 2.

Petersen ise, borçlu tarafından düzenlenmiş ve iradi olarak teslim edilmiş senedin hukuki görünüş taşıyıcısı olduğunu ifade etmektedir. Petersen, s. 280.

⁷⁹⁰ Loser, burada görünüş temsilindeki durum ile benzerlik kurmaktadır. Alacakla ilgilenen taraf, temsilcinin, bir aracı olarak belirli bir ölçüde borçlunun belirli bir yükümlülüğünü tesis edebileceği bir yetkiye güvenirken; alacağın devri durumunda, borçlunun belirli bir yükümlülüğünü devredebilmeye ilişkin olarak aracının, alacaklının veya devredenin yetkisine dayanmaktadır. Dolayısıyla hukuki duruma ilişkin bir görünüşe, yani kazanılabilir bir alacağın varlığına ve içeriğine güvenilmektedir. Loser, N. 452.

hukuki bir duruma işaret eder⁷⁹¹. Senede bağlanan borcun sadece kısmen muvazaalı olması, yani miktarın gerçek borçtan daha yüksek olması halinde de muvazaalı bir yazılı borç tanınmasının varlığından söz edilebilir⁷⁹². Bu durumda gerçek tutarın üzerinde kalan muvazaalı kısım açısından TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) uygulama alanı bulur⁷⁹³.

Muvazaalı işlemler konusunda hukuki görünüş olgusu esas olarak yazılı borç tanınması olarak görülmekle birlikte, Canaris, muvazaalı bir işlem durumunda üçüncü taraflara tanınan korumanın, bilinçli olarak yaratılan bir hukuki görünüş için genel bir yükümlülüğten yola çıkıldığında, § 405 BGB' nin doğrudan uygulanmasının sınırlı kapsamının ötesine genişletilmesi gerektiği görüşündedir⁷⁹⁴. § 405 BGB'nin istisna hükmü olduğu ve dolayısıyla dar yorumlanması gerektiği yönündeki karşıt görüşün ise güncelliğini yitirdiğini belirtmektedir. Ayrıca üçüncü tarafların korunmasının § 405 BGB'nin dar uygulama alanıyla sınırlandırılmasının ne pratik açıdan tatmin edici ne de değer açısından ikna edici olduğunu dile getirmektedir. Yazara göre § 405 BGB yalnızca yazılı borç tanınması açısından değil aynı zamanda görünüşte borçlunun açık irade beyanları açısından da uygulama alanı bulmalıdır⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ Berger, AT, N. 734.

⁷⁹² BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 169; BSK-Wiegand OR 18 N. 129; Koller, s. 192.

⁷⁹³ Koller, s. 192.

⁷⁹⁴ Canaris, bu noktada Flume'un yakın zamanda -bir yükümlülük yetkilendirmesi (*Verpflichtungsermächtigung*) varsayımıyla- iyi niyetle hareket eden üçüncü taraflar karşısında muvazaalı bir işlemde genel sorumluluk tesis etmeye çalıştığına işaret etmekte ancak onun argümanlarını varsayımsal bir yapıya sahip olduğu gerekçesiyle ikna edici bulmamaktadır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Canaris, s. 89 vd.

Kramer/Schmidlin, Art. 18 II OR hükmünün açıkça tanımlanmış olgularının bir yandan Art. 18 I'e bir istisna oluştururken, diğer yandan genel bir hukuki görünüş sorumluluğu ilkesinin kısmi bir ifadesi olduğunu belirtmekte ve bu ikilemin metodolojik sonucunun ise, kıyasın katı bir şekilde reddedilmesi ("singularia non sunt extendenda") ile üçüncü tarafların güveninin muvazaa durumunda genel olarak korunması yönünde cömert toplu kıyas arasında bir orta yolun tercih edilmesinde yer aldığını eklemektedir. Yani Art. 18 II'nin özel ratio legisinden hareket eden ihtiyatlı kıyasta. BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 176.

Aksi yönde bkz. Tiedtke, s. 156.

⁷⁹⁵ Canaris, s. 90-91.

Kindl ise, Canaris'in görüşünün kabul edilebilir olmadığını belirtmekte ve bunu şu şekilde dile getirmektedir: *"..Bununla birlikte, sistemin oluşumu, yasa koyucunun yasanın lafzında açıkça ifade edilen iradesiyle çeliştiği noktada sınırlarına ulaşır. Canaris iyi bir teoriyi kötü bir kanuna üstün kılmak için kullanılsa bile bu doğrudur. § 405 BGB söz konusu olduğunda, yasa koyucunun niyeti hükmün lafzında açıkça belirtilmiştir; yasa koyucunun iradesi hem açık veya zımni sözlü beyanların dahil edilmesi hem de hükümde açıkça belirtilenler dışındaki savunmaların kapsama alınması bakımından önerilen kıyasla çelişmektedir.... (Görünüşteki) alacaklıya teslim edilen bir senedin düzenlenmesi yoluyla, alacak dolaşıma (tedavüle) uygun hale gelir. Belge herhangi bir zamanda herhangi bir kişiye ibraz edilebileceğinden, devreden kişi kendisini tanımlanmamış bir muhatap grubuna alacağın sahibi olarak tanıtılabilir. Bu bakımdan durum, belirli bir devralana yapılan sözlü beyandan farklıdır. Daha ziyade, bir senedin teslimi bu açıdan yalnızca bir alacağın varlığının kamuya duyurulmasına eşdeğerdir. Ancak, böyle bir durum uygulamada hiçbir zaman ortaya çıkmayacaktır, bu nedenle yasa koyucunun § 171 I BGB'ye karşılık gelen bir hükmü devir hukukuna dahil etmeme kararı, acilen düzeltilmesi gerekecek kadar amaçsız görünmemektedir. Benzer şekilde, yasa koyucunun § 405'in etkilerinin, alacağın muvazaalı*

§ 405 BGB’de açık irade beyanlarının yazılı borç tanınması ile eş tutulmuş olmamasının nedeni, kanunda bu konuda bir boşluğun bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bu, § 409 ve § 170 vd. BGB’deki benzer durumlarda kanunun bildirim ve senedin teslimini aynı şekilde ele almış olmasından da anlaşılmaktadır⁷⁹⁶. Ayrıca görünüşte borçlunun açık irade beyanı senetten daha zayıf bir güven olgusu teşkil etmemektedir⁷⁹⁷. Aksine daha güçlüdür. Bu nedenle de eşitlik ilkesi gereği kıyas yoluyla açık irade beyanları da yazılı borç tanınması ile eş tutulmalıdır⁷⁹⁸.

Canaris, görünüşte borçlunun örtülü davranışları açısından ise meselenin biraz daha zorlu olduğunu ifade etmektedir. Zira örtülü davranışların yanlış anlaşılmaya daha müsait olması dolayısıyla § 405 BGB’ nin kıyasen uygulanabilmesi açısından bir yazılı borç tanınması kadar güçlü bir güven temeli oluşturmadığı ileri sürülebilir. Ancak yazar bu noktada örtülü davranışların kural olarak açık irade beyanları ile eşdeğer olduğuna ve bunun özellikle de hukuki görünüş sorumluluğu açısından geçerli olduğuna işaret etmektedir. Öte yandan ona göre söz konusu durumda da bu kuraldan ayrılmayı gerektiren bir neden mevcut değildir. Zira burada da bilinçli olarak yaratılan bir hukuki görünüş söz konusudur ve görünüşte borçlu özel bir korumayı hak etmemektedir⁷⁹⁹.

niteliğinin ileri sürülmesinin ve devir yasağının kabul edilmesinin hariç tutulmasıyla sınırlı olmasını istediği dokümanlardan açıkça anlaşılmaktadır. Yasanın sessizliği anlamlıdır.” Kindl, s. 270-271.

⁷⁹⁶ Canaris, s. 91.

⁷⁹⁷ Canaris, s. 91. Aksine belge, hırsızlık veya sahtecilik olasılığı nedeniyle ek hata kaynaklarına dahi daha açıktır. BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 178.

⁷⁹⁸ Bu durumda hukuki işleme dayalı bir bağlılık söz konusu değildir. Zira görünüşte borçlunun, devralana yönelik devredenle bir hukuki işlem yaptıklarına ilişkin beyanı salt açıklayıcı bir nitelik taşımaktadır. Devralanla bağımsız bir yükümlülük sebebinin tesis edilmesi gibi bir amaç söz konusu değildir. Canaris, s. 91.

Kindl, § 405 BGB’nin teleolojik olarak genişletilmesini haklı göstermek için eşitlik ilkesine başvuruluyorsa, bunun, yalnızca bu sorunlu durumların başka bir yolla tatmin edici bir şekilde çözülememesi halinde haklı görülebileceğini belirtmektedir. Burada kredi alabilmek amacıyla bir alacağın yazılı olarak teyit edildiği durumlardan bahis açmakta ve hukuki işleme dayalı sorumluluğun ya da haksız fiil sorumluluğunun iyi niyetli devralana kapsamlı ancak tam olmayan bir koruma sağlayacağını ileri sürmektedir. Eğer daha fazla güvence altında olmak isteniyorsa da devredenin borçlusu ile temasa geçilmesi ve onu iddia edilen alacağı tanımaya ikna edilmesi gerektiğini eklemektedir. Kindl, s. 271 vd.

Tiedtke’ye göre, söz konusu durumda § 242 BGB de devreye girebilir. Borçlu, borcun dayandığı sözleşmenin ahlaka veya kanuna aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu bilmesine rağmen bir borç senedinde borcun mevcut olduğunu belgelerse ve bunu senedi ibraz ederek var olduğu iddia edilen alacağı üçüncü bir kişiye devretmek amacıyla yaparsa, somut durumda çelişkili davranıştan dolayı sorumlu olabilir. Tiedtke, s. 156.

⁷⁹⁹ Bununla birlikte Canaris, görünüşte borçlunun hukuki görünüşten sorumlu tutulabilmesi için davranışının sonuçlarının bilincinde olması -yani davranışlarından geçerli bir işlemin var olduğu sonucunun çıkarılabileceğinin farkında olması- gerektiğini belirtmektedir. Bunun dayanağı olarak ise, § 405 BGB’ de de görünüşte borçlunun görünüş olgusunu bilinçli olarak piyasaya sürmesini göstermektedir. Ayrıca bu kısıtlamaya uyulması halinde, salt susma yoluyla da görünüş olgusu yaratılabileceğini ifade etmektedir. Söz gelimi bir

Sonuç itibarıyla Canaris' e göre, kanun, üçüncü kişilerin muvazaalı bir işlemin geçerliliğine olan güveninin genel olarak korunmasını öngörmemiştir. Ancak buna rağmen eğer savunmanın engellenmesinin aleyhine olduğu kişi, işlemin geçerliliğini bir şekilde dış dünyaya bildirmişse, hukuki görünüş kuralları gereğince iyi niyetli kişiye karşı, muvazaalı işlem savunması yapılamaz⁸⁰⁰. İsviçre hukukunda da yazılı borç tanınmasına ilişkin Art. 18/II OR hükmünün sözlü beyanlar açısından da kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁸⁰¹. Her iki durumda da önemli olan, hukuki görünüşün devralan kişi tarafından bilinmesi gerekliliğidir⁸⁰². Dolayısıyla borçlunun alacağın mevcut olduğunu devralana doğrudan bildirmesinin yazılı borç tanınması ile eş tutulabileceği belirtilmektedir⁸⁰³. Zira bu durumda da tıpkı yazılı borç tanınmasında olduğu gibi borçlu bilinçli olarak devralan nezdinde kendisine karşı bir alacağın mevcut olduğu yönünde yanlış bir görünüş yaratmaktadır. Bu da TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) hükmünün kıyasen uygulanmasını haklı kılmaktadır. Kıyasa başvurulurken burada da tıpkı Canaris'te olduğu gibi istisnai karaktere sahip hükümlerin kıyasen uygulamaya elverişli olmadığı görüşünün güncelliğini yitirmiş olmasından hareket edilmektedir⁸⁰⁴. Bunun dışında TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) hükmünün kademeli kıyas yoluyla benzer olgulara aktarılması ve kıyaslanabilir menfaatler söz konusu olduğunda genel

kişinin görünüşte borçlunun huzurunda, üçüncü bir kişiye yönelik olarak aslında muvazaalı bir işlem olan akdedilmiş bir sözleşmeye atıfta bulunduğu durum düşünülebilir. Bu bağlamda örneğin, üçüncü kişi daha sonra görünüşte hak sahibine bir kredi sağlarsa ve görünüşte hak sahibinin sözde alacağını teminat olarak kendisine devrettirirse, görünüşte borçlu üçüncü kişiye karşı muvazaayı ileri süremez. Burada salt ihmâl dolayısıyla yükümlü olma meselesi söz konusu değildir. Bu nedenle susmanın hukuka aykırı olup olmadığı sorusu da gündeme gelmemektedir. Aksine susma yoluyla örtülü bir beyan söz konusudur. Canaris, s. 91 vd.

Koller'e göre de beyanın açık veya örtülü olmasının önemi yoktur. Yalnızca borçlunun bildirim bilincinden yoksun olması halinde kıyasen uygulama gündeme gelmeyecektir. Koller, s. 200.

⁸⁰⁰ Canaris, s. 94.

⁸⁰¹ Açık irade beyanları açısından aynı yönde bkz. BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 178; BSK-Wiegand OR 18 N. 135; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 178; Koller, s. 200; Rusch, s. 324. Aynı yönde bkz. Atamulu, s. 115. Koller'e göre ise, beyanın açık veya örtülü olmasının önemi yoktur. Yalnızca borçlunun bildirim bilincinden yoksun olması halinde kıyasen uygulama gündeme gelmez. Koller, s. 200.

Loser, Art. 18/II ve 164/II' nin lafzı esas alındığında, devir durumunda güvenin korunması bir borç senedi vasıtasıyla yapılan bildirimle sınırlı olduğunu ancak bunun, her türlü bildirimin yeterli olduğu temsil hukukundaki yasal güven sorumluluğu ile çelişki içinde olduğunu ve haklı gösterilemeyecek bir sapmanın söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Zira borçlunun hukuki durumu doğrudan devralana bildirmesi daha güçlü bir güven temeli oluşturmaktadır. Bu durumda hırsızlık veya sahtecilik olasılığı yoktur. Buna ek olarak bireysel bir bildirimle, belgelenmiş ancak üçüncü tarafla ilişkili olmayan bilgilerden daha fazla güvenilebilir. Bu nedenle borçlunun savunmalarının önünün kesilmesi, (görünürdeki) borçlunun devralana yönelik diğer beyanları açısından da -bunlar açık veya yalnızca örtülü, yani sadece katlanma yoluyla yapılmış dahi olsa- kıyas yoluyla geçerli kabul edilmelidir. Loser, N. 471.

⁸⁰² Rusch, s. 324.

⁸⁰³ Koller'e göre bu beyanın açık veya örtülü olmasının da önemi yoktur. Yalnızca borçlunun bildirim bilincinden yoksun olması halinde kıyasen uygulama gündeme gelmeyecektir. Koller, s. 200.

⁸⁰⁴ Koller, s. 199; . BSK-Wiegand OR 18 N. 134 ve N.134' te anılan diğer yazarlar.

bir ilke olarak uygulanması görüşünün⁸⁰⁵ de burada bir diğer dayanak olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim -her ne kadar şu an için rafa kaldırılmış olsa da- OR 2020 taslağında da Art. 15 OR 2020' de yazılı şekil şartından vazgeçilmesi önerilmektedir. Zira sözlü bir beyanın da üçüncü taraf açısından haklı bir güven yaratması mümkündür. Bu nedenle, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasının, borçlunun yanıltıcı bir hukuki görünüş yarattığı ve böylece üçüncü kişiyi aldattığı her durumda beyanın şekline bakılmaksızın devreye girmesine izin vermek daha uygun olacaktır⁸⁰⁶. Kanaatimizce de yazılı borç tanınmasının yanı sıra borçlunun açık sözlü beyanlarının da TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) kapsamında değerlendirilmesi ve devralanın bu durumda da korunması yerindedir. Gerçekten de devralan nezdinde bir hukuki görünüş yaratılmış olması bakımından senede veya borçlunun sözlü beyanına dayanma arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla da iki durumun eşit muameleye tabi tutulmasında herhangi bir sakınca yoktur. Bununla birlikte örtülü beyanlar açısından aynı şeyi söylemek aslında Canaris'in kendisinin de ifade ettiği üzere örtülü irade beyanlarının doğası gereği o kadar da kolay değildir. Bu nedenle borçlunun örtülü irade beyanı TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) kapsamında değerlendirilecekse dahi daha ihtiyatlı davranılmasının yerinde olacağı söylenebilir.

c. Devir Yasağı Açısından Hukuki Görünüş Olgusu

Hukuki görünüş, devir yasağının kararlaştırıldığı hallerde muvazaa olasılığında olduğu gibi temel olarak yazılı borç tanınması ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte burada hukuki görünüş ayrıca devir yasağına ilişkin bir ibarenin eksikliğini de zorunlu kılmaktadır⁸⁰⁷. Devralanın senedi olağan şekilde gözden geçirmesi sonucu devri yasağının bulunmadığı kanaatine ulaşabileceği hallerde, devir yasağının senette belirtilmediği kabul edilmektedir⁸⁰⁸. Devir yasağının senette yer almaması, kararlaştırılmış olmasına rağmen düzenleme sırasında buna senette yer verilmemiş olmasından kaynaklanabileceği gibi yasağın senedin düzenlenmesinden sonra kararlaştırılmış olmasından da kaynaklanabilir. Devir yasağına senette hiç yer verilmemiş olması dışında devir yasağının kapsamının senette

⁸⁰⁵ BSK-Wiegand OR 18 N. 137 vd.

⁸⁰⁶ Huguenin, N. 200, dn. 123.

⁸⁰⁷ Rusch, s. 324; Berger AT, N. 2116. Devir engelini içermeyen yazılı borç tanınmasının bir dış görünüş yarattığı yönünde bkz. Kapancı, s. 239.

⁸⁰⁸ Staudinger/Busche, § 405, N. 9; Erbayraktar, s. 429-430 .

alacaklı ile borçlu arasında kararlaştırılardan farklı olarak belirtilmiş olması halinde de devralanın iyi niyetinin korunması gerektiği belirtilmektedir⁸⁰⁹. Kanaatimizce de senette yer alan yasağın gerçekte olanı yansıtmadığı durumlarda devralan açısından yanıltıcı bir hukuki görünüş meydana geleceğinden bu görüşün benimsenmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Sözü edilen bu duruma ek olarak alacaklı ile borçlu arasında olası bir devir durumunda alacak hakkının sona ereceği yönünde bir bozucu koşul kararlaştırılmış olması ihtimalinin de bu konu kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu tür bir bozucu koşulun alacağı devralana karşı ileri sürülebilmesi için senette yer alması gerektiği görüşünün kıyasen uygulama yoluyla kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁸¹⁰. Öyle ki söz konusu koşul, devir yasağı ile aynı sonucu elde etmek amacıyla kararlaştırılmaktadır ve dolayısıyla bu durumda da devralanın iyi niyetinin korunması yerindedir.

Öğretide devir yasağının aynı belgede yer almasının gerekip gerekmediği tartışmalı olmakla beraber, haklı olarak hukuki görünüş teorisi dikkate alındığında, -biri borç tanınmasına ve diğeri devir yasağına ilişkin iki ayrı belge varsa-, devir yasağı olmaksızın sadece borç tanınmasının ibrazı halinde devredilebilirliğin ortadan kalkmayacağı belirtilmektedir⁸¹¹. Zira burada yanıltıcı görünüşe güven tehlikesini yaratan devir yasağının borç tanınmasına ilişkin belgede yer almamasıdır.

d. Devir Hukukunda Hukuki Görünüş Olgularının Kıyas Yoluyla Genişletilmesi

Canaris, bilerek görünüş olgusu yaratılmasının yalnızca muvazaalı işlemlerde değil, aynı zamanda kural olarak borçlunun bir savunmanın farkında olduğu ve buna rağmen senet düzenlediği diğer tüm hukuki işlemlerde de mevcut olduğunu ileri sürmektedir⁸¹². Buna bağlı olarak da § 405 BGB' nin belirtilenler dışındaki diğer savunmalara uygulanma olasılığının incelenmesi gerektiğini belirtmekte ve bu noktada sözleşmesel ve yasal savunmalar arasında bir ayrıma gitmektedir. § 405 BGB' ye göre, yalnızca devir yasağına ilişkin yan anlaşma (*Nebenabrede*) borçluya karşı ileri sürülememektedir. Öğretide önceden savunulan bir görüşe

⁸⁰⁹ Koller, s. 207; Bununla birlikte burada Koller Art. 164/II hükmünün kıyasen uygulama alanı bulacağını ifade ederken (Koller, s. 207); Erbayraktar kanaatimizce de haklı olarak kıyasen uygulamaya gerek bulunmadığını devir kısıtlamasının da bir tür devir yasağı olduğunu ve hükmün doğrudan uygulanması gerektiğini belirtmektedir (Erbayraktar, s. 430).

⁸¹⁰ Erbayraktar, s. 431.

⁸¹¹ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 58; Rusch, s. 324. Aksi yönde görüş için bkz. ZK-Spirig, Art. 164, N. 201.

⁸¹² Canaris, s. 94.

göre⁸¹³, § 405 BGB kıyasen diğer tüm baştan itibaren mevcut olan yan anlaşmalara uygulanmalı, ancak sonraki ek anlaşmalara uygulanmamalıdır. Kıyası haklı çıkarmak için de devredilemezlik dışındaki sözleşmesel savunmalarda da tarafların bilerek gerçekle uyuşmayan ancak üçüncü tarafların doğru olduğuna inanmakta haklı olduğu bir olgusal dış durum yarattığı ileri sürülmektedir. Canaris, ilk bakışta bu görüşün akla yatkın geldiğini, zira bilerek yaratılan hukuki görünüşten sorumlu olma ilkesiyle uyumlu görüldüğünü ancak sonuçların düşündürücü olduğunu belirtmektedir. Sonrasında aşağıdaki soruları yönelterek tereddüt yaratan durumları ortaya koymaktadır: Söz gelimi vade tarihi konusunda özel bir anlaşmayı borç senedine kaydettirmeyen borçlu, § 271 BGB uyarınca iyi niyetli bir devralana karşı derhal ifa yükümlülüğü altında olmalı mıdır? İfa yerine veya ödeme yöntemine ilişkin sözlü yan anlaşmalar - örneğin taksitle ödeme anlaşması - sadece borçla ilgili bir senet düzenlendiği için iyi niyetli üçüncü kişilere karşı etkili olmamalı mıdır? Devralan, bu tür anlaşmaların varlığını en başından itibaren hesaba katmak zorunda değil midir? Bu noktada sözleşmenin tüm noktalarının senede bağlanmasının alışılmadık bir durum olduğuna işaret etmektedir⁸¹⁴. Ayrıca bir senedin genellikle üçüncü kişiler için değil, yalnızca alacaklıya yönelik bir belge olarak düzenlendiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle hukuki görünüş sorumluluğunun gerekliliklerinin sözü edilen durumlarda doğrudan karşılanmadığını ifade etmektedir. Öyle ki ne borçlu yazılı olarak kaydedilmesi alışılmış olmayan yan sözleşmeleri atladığında bilerek eksiksiz bir senet görünümü yaratmış olmaktadır ne de devralanın dürüst tarafların tüm yan sözleşmeleri senede dahil ettiği gerçeğine doğrudan güvenmesi kabul edilebilirdir. Ancak bunun, § 405 BGB' nin devir yasağı dışında başka herhangi bir yan sözleşmeye uygulanamayacağı anlamına da gelmediğini belirtmektedir. Yazara göre bu noktada iki açıdan bir ayırım yapılmalıdır. Bu bağlamda ilk olarak § 405 BGB, yan sözleşmenin atlanmasının üçüncü bir kişiye eksiksiz bir senet görüntüsü vermek amacıyla yapılmış olması halinde kıyasen uygulanmalıdır. Bu durumda borçlu, bu konuda bilerek bir hukuki görünüş yarattığı için herhangi bir itirazda bulunmamalıdır. Üçüncü kişi korunmaya layıktır çünkü bilinçli bir yanıltmayı hesaba katmak zorunda değildir. Durum zihni kayda benzemektedir ve bu nedenle görünüş olguları için sorumluluk devreye girer. Eğer böyle bir aldatma niyeti yoksa, savunmanın türüne göre bir ayırım yapılmalıdır. Bu bağlamda, § 405 BGB' de açıkça yer alan devredilemezliğin ve bir sınırlandırma aracı olarak muvazaalı işlemin özel niteliği dikkate alınmalıdır: Devredilebilirliğin hariç tutulması tipik olarak üçüncü tarafların menfaatleriyle

⁸¹³ Canaris, s. 95, dn. 48' te anılan yazarlar.

⁸¹⁴ Aynı yönde bkz. Rusch, s. 337.

ilgilidir, belirli bir üçüncü taraf yönelimini içkindir ve muvazaalı işlem savunması genel olarak alacağın varlığını etkiler ve bu nedenle, devredilebilirliğin hariç tutulması gibi, onu dolaşım kabiliyetinden (*Verkehrsfähigkeit*) yoksun bırakır⁸¹⁵. Dolayısıyla burada da üçüncü taraf yöneliminden söz edilebilir. Bu bağlamda da alacağın anlaşma ile esasen dolaşım kabiliyetinden yoksun bırakılıp bırakılmadığının belirlenmesi gereklidir⁸¹⁶. Buna göre, özellikle de vade tarihi, ödeme yeri, taksitle ödeme yetkisi gibi ifa şekillerine ilişkin çoğu olağan yan anlaşma iyi niyetle hareket eden üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Öte yandan mutlaka muvazaalı bir işlem gerektirmeyen ancak üçüncü kişilerin çıkarları ile yakından ilişkili olan karşı anlaşmaların (*Gegenabrede*)⁸¹⁷, yani borçlunun ödeme yapmak zorunda olmadığı veya yalnızca isterse veya gerekli paraya sahipse ödeme yapmak zorunda olduğuna ilişkin anlaşmaların ileri sürülmesi hariç tutulmalıdır. Benzer şekilde bir koşulun üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için senette yer alması gerekir⁸¹⁸. Zira bu, olağan olmayan yan anlaşmalardan biridir ve ayrıca alacağın dolaşım kabiliyetini büyük ölçüde ortadan kaldırır.

Aynı durum, sonraki yani senet teslim edildikten sonra ortaya çıkan savunmalar için de geçerlidir. Devredilebilirliğin sonradan hariç tutulması söz konusu olduğunda, öğretide haklı olarak düzenleyenin iyi niyetle hareket eden üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kaçınmak istiyorsa, buna uygun bir şerh eklemesi gerektiği kabul edilmektedir⁸¹⁹. Diğer sonradan yapılan yan anlaşmalarla ilgili olarak da -az önce söylenenler dikkate alınmak koşuluyla- mantıksal olarak aksi kararlaştırılamaz. Öte yandan, sonraki anlaşmaların senede dahil edilmesinin mutlak olmadığı itirazında bulunulamaz. Zira burada savunulan görüşe göre, yalnızca alacağı dolaşım kabiliyetinden yoksun bırakan "alışıldık olmayan" anlaşmalar dikkate alınır ve bu durumda buna karşılık gelen bir önlem alma yükümlülüğü itiraz edilemez bir şekilde kabul edilebilir. Örneğin, borç daha sonra *actus contrarius* ile ortadan kaldırılır ancak borçlu yine de bilerek senedi alacaklıda bırakırsa, üçüncü kişiler açısından durum muvazaalı bir işleme o kadar benzer ki, § 405 BGB' nin kıyasen uygulanması kolaylıkla temellendirilir. Bununla birlikte Canaris burada sorumluluğun görünüş olgusunun bilerek yaratılmasıyla sınırlı olduğuna özellikle vurgu yapmaktadır.

⁸¹⁵ Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Rusch, s. 337.

⁸¹⁶ Aynı yönde bkz. Rusch, s. 338.

⁸¹⁷ Karşı anlaşma, borç tanımada yer alan sözleşme unsurlarına aykırı sözlü anlaşmaya karşılık gelmektedir. Rusch, s. 338.

⁸¹⁸ Bozucu koşul ile ilgili olarak aynı yönde bkz. Erbayraktar, s. 431.

⁸¹⁹ Tiedtke, s. 152; Kindl, s. 268, dn. 29' da anılan yazarlar.

Kanaatimizce de Canaris'ın alacağı hukuki işleme elverişlilikten/dolaşım kabiliyetinden yoksun bırakan yan anlaşmalar söz konusu olduğunda da devralanın kıyasen uygulama yoluyla korunmasına ilişkin görüşünün takip edilmesinde fayda vardır. Zira bu tür durumların farklı muameleye tabi tutulması ve devralanın korunmaması hükmün raito legisinin göz ardı edilmesi anlamını taşır. Benzer şekilde sonradan kararlaştırılan yan anlaşmaların borçlu tarafından senede kaydettirilmesi konusunda da yazar ile hemfikir olunması gerektiği kanaatindeyiz.

Canaris, yasal savunmalar söz konusu olduğunda hakim görüşün⁸²⁰, § 405 BGB' nin kıyasen uygulanmasını, istisnai bir hüküm teşkil ettiği şeklindeki çok da ikna edici olmayan gerekçelerle reddettiğini belirtmektedir. Öte yandan hukuki görünüş teorisi temelinde borçlunun bildiği tüm savunmalar açısından kural olarak kıyasın kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu noktada öncelikle yasanın neden devralana karşı ileri sürülemeyecek olan savunmaları § 405 BGB'de belirtilen iki savunma ile sınırlandırdığının sorulması gerektiğini dile getirmektedir. Ancak Canaris' e göre bu sorunun makul bir yanıtı yoktur. Alman Medeni Kanunu'nu kaleme alanların - o zamanlar teorik olarak hala tamamen çözülmemiş olan - hukuki görünüş sorununa ilişkin üzerine etraflıca düşünülmüş bir görüşe sahip olmadıkları açıktır. Muvazaalı işlemler açısından sorumluluk öngörmüş olmaları da yalnızca üçüncü kişinin korunması sorununun uzun süredir tartışılıyor olmasından ancak henüz diğer savunmalar için aynı durumun söz konusu olmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak yazara göre bu rastlantısal durum muvazaalı işlemin ve diğer tüm geçersizlik sebeplerinin farklı muameleye tabi tutulması için yeterli bir açıklama sunamamaktadır. Bu nedenle § 405 BGB hükmünün arka planında ratio legis olarak durabilecek objektif-teleolojik bir kriter sorusu gündeme gelmektedir. Bunun yanıtı ise, borçlunun görünüş olgusunu bilerek dolaşıma sokması dolayısıyla sorumlu olmasıdır. Bu da zorunlu olarak § 405 BGB' nin borçlu tarafından bilinen tüm savunmalara kıyasen uygulanması sonucunu doğurur. Aslında söz konusu menfaatler kural olarak muvazaalı bir işlem durumundaki ile tamamen aynıdır. Zira bir yandan bilerek gerçeği yansıtmayan bir senet düzenleyen borçlu korunmaya layık değildir. Diğer yandan üçüncü kişinin, yalnızca muvazaalı bir işlem durumunda değil, aksine genel olarak borçlunun mevcut olmadığını bildiği bir borç için senet düzenlemeyeceğine güvenmesi ihtimal dahilindedir. Nitekim Canaris bu görüşün doğruluğunun olası savunmalar incelendiğinde ortaya çıkacağını

⁸²⁰ Canaris, s. 97, dn. 62' de anılan yazarlar.

belirtmektedir. § 116 BGB cümle 2’de düzenlenen ardındaki niyetin anlaşıldığı zihni kaydın mükemmel bir kıyas örneği olduğunu belirtmektedir⁸²¹. Zira bu olgu muvazaalı işlemle yakından ilişkilidir. Zihni kayıta da her iki taraf bir yükümlülük altına girme iradesinin bulunmadığını bilmektedir. Aradaki tek fark, bu durumun aralarında belirgin hale gelmemiş olmasıdır. Öte yandan bu durumun üçüncü kişiler açısından bir önemi yoktur. Dolayısıyla § 405 BGB’ den sapmayı haklı gösteren bir sebep mevcut değildir. Hatta argümanum a fortioriye başvurulabilir. Eğer borçlu muvazaalı bir işlem durumunda iyi niyetle üçüncü kişilere karşı sorumluyorsa, hukuk etiği açısından daha da şüpheli olan zihni kayıt durumunda hayli hayli olmalıdır. Devredenin bunu anlamış olması, sadece devredenin sözüne değil, senede güvenen devralana zarar veremez. Bunun dışında § 118 BGB uyarınca bir şaka beyanı söz konusu olduğunda, basit bir tekil kıyas ile yetinilebilir. Canaris, bu durumun özellikle § 118 BGB kapsamında olduğu kabul edilen başarısız muvazaalı işlem durumunda iyi bir şekilde örneklendirilebileceğini dile getirmektedir. Bu durum, § 117 BGB anlamında gerçek bir muvazaalı işlemden yalnızca burada taraflardan birinin, diğerinin beklentilerinin aksine, muvazaalı niteliği kabul etmemesi bakımından farklılık göstermektedir. Ancak borçlunun üçüncü kişilerle olan ilişkileri açısından, alacaklının borçlunun işlemi sadece görünüşte gerçekleştirme niyetini anlayıp anlamaması hiçbir fark yaratmaz. Eğer § 405 BGB bu açıdan başarısız muvazaalı işlem için kıyas yoluyla uygulama alanı buluyorsa, bu mantıksal olarak § 118 BGB’ deki diğer durumları için de geçerli olmalıdır.

İyi niyetli üçüncü kişilerin cephesinden olaya bakıldığında kanımızca da belgenin muvazaalı olarak veya zihni kayıt ya da şaka beyanına dayalı olarak düzenlenmiş olması arasında herhangi bir fark yoktur. Üçüncü kişi dışarıdan baktığında normal bir senet ile karşı karşıyadır. Canaris’in belirttiği üzere muvazaa dışında kalan bu olasılıkların koruma kapsamına dahil edilmemesi, belki de üzerine muvazaa için olduğu kadar yoğun bir tartışmanın yapılmamış olmasındandır. Gerçekten de özellikle zihni kaydın çok nadiren karşılaşılabilecek bir durum olduğu ifade edilmektedir⁸²². Nitekim gerek zihni kaydın gerek şaka beyanının Alman hukukundan farklı olarak Türk- İsviçre hukukunda pozitif düzenlemeye dahi kavuşturulmamış olması da bunun bir işareti olarak değerlendirilebilir. Ancak her ne sebeple olursa olsun -ve karşılaşıma olasılığı ne kadar düşük olursa olsun- zihni kaydın ve şaka beyanının koruma kapsamı dışında bırakılması kanaatimizce de yerinde

⁸²¹ Aynı yönde bkz. Tiedtke, s. 148 vd.; Kindl, s. 267.

⁸²² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 343.

değildir. Zira üçüncü kişi açısından tıpkı muvazaa durumunda olduğu gibi bir hukuki görünüş yaratılmıştır ve riziko ilkesi çerçevesine bu borçluya isnat edilebilir niteliktedir. Borçlu sözü edilen olasılıklarda üçüncü kişilerin senedi gereçeğe uygun bir senet olarak algılamaları riskini yaratmış olmaktadır ve bunu üstlenmelidir. Yine Canaris'in işaret ettiği gibi alacaklının -muvazaada olduğu gibi- irade uyumsuzluğuna eşlik edip etmemesi de üçüncü kişiler açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır.

2. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi

Devralanın yukarıda anılan hükümlerdeki korumadan yararlanabilmesi için hukuki görünüş olgusunu bilmesi gerekmektedir⁸²³. Bunun için de öncelikle yukarıda korumanın şartları arasında sayıldığı üzere senedin⁸²⁴ devralana ibraz edilmiş olması gerekmektedir⁸²⁵⁸²⁶. Devralan senedi incelemiş olmalı ve devralanın güveni buna dayanmalıdır⁸²⁷. Bu noktada senedin tamamının ibraz edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸²⁸. Bununla birlikte bir görüş tarafından senedin bir kısmının ibraz edilmesi ve ibraz edilen kısımda devir yasağının yer almaması halinde, ibraz şartının sağlanmış olmayacağı ve devralanın iyi niyetinin korunmayacağı ileri sürülmektedir. Örnek olarak genel işlem koşullarının ek bir belgede yer aldığı bir sözleşme senedinden söz edilmekte ve devir yasağını içeren genel işlem koşullarının

⁸²³ Koller, s. 195. Bu gerekliliğin Art. 18 OR hükmünün lafzından çıkarılabileceği, zira “*üçüncü kişinin borç tanımaya güvenerek*” alacağı kazanmasının gerektiği belirtilmektedir. Rusch, s. 324. **Wiegand**, bu koşulun hem hükmün lafzından hem de güvenin korunması ve hukuki görünüş sorumluluğu konseptinden çıkarılabileceğini belirtmektedir. BSK-Wiegand OR 18 N. 130. Yazılı bir borç tanınması mevcut değilse veya bu borç tanınması devralan tarafından bilinmiyor ise, iyi niyetin korunmayacağı belirtilmektedir. Huguenin, N. 1363; Berger AT, N. 2116.

⁸²⁴ Senedin orijinalinin ibrazı şart olmayıp kopyasının ibrazı da yeterli görülmektedir. Atamulu, s. 121.

⁸²⁵ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 7; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 405 N. 2; Staudinger/Busche, § 405, N. 9; Kindl, s. 265; Koller, s. 195; ZK-Spirig, Art. 164, N. 197; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 57. Yalnızca senedin düzenlenmiş olması yeterli değildir. Tiedtke, s. 149; Kindl, s. 278. Kapancı, borçlu alacaklıya devir engeli içermeyen bir yazılı borç tanımada bulunmuş ancak devralan alacağı devralırken özel olarak bu belgeye istinaden işlem yapmamışsa, sözleşmesel devir engelinin devralan karşısında devre dışı kalmayacağını ifade etmektedir. Zira böyle bir durumda devralan tarafından itibar edilen gerçeğe aykırı bir dış görünüş söz konusu değildir. Dolayısıyla devralanın korunması ihtiyacı da mevcut değildir. Kapancı, s. 239.

⁸²⁶ Borçlunun sözlü beyanı aracılığı ile hukuki görünüş olgusunun yaratıldığı durumlarda ise, kanımızca borçlunun devralana yönelik beyanda bulunması hukuki görünüş olgusunun bilinmesi bakımından yeterli olacaktır. Devralanın güveni de borçlunun sözlü beyanına dayanacaktır.

⁸²⁷ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 7; Esener, Muvazaa, s. 134; Atamulu, s. 120, 121; Erbayraktar, s. 432. Buna göre, devralan senet hakkında tesadüfen bilgi edinmişse, bu bilgiye güvenerek devri kabul etmiş olsa bile bu yeterli değildir. Staudinger/Busche, § 405, N. 9;

⁸²⁸ Erbayraktar, s. 435.

yer aldığı ek belgenin ibraz edilmediği ihtimalde ibraz şartının gerçekleşmeyeceği ve devralanın iyi niyetinin korunmayacağı belirtilmektedir. Aynı örnek ile bağlantılı olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin ise, iyi niyet koşulunun sağlanmadığı gerekçesi ile - *kredi işlemleri ile bağlantılı gerçekleşen alacak devri uygulamasına aşına olan devralandan, kendisine ibraz edilen belgenin asıl sözleşme senedinin tamamının değil bir kısmının kopyası olduğunu fark etmesi bekleneneğinden*- Art. 164/II OR hükmüne başvurulamayacağına karar verdiğine işaret edilmekte⁸²⁹ ve burada hükmün uygulanmasına engel olanın iyi niyet değil, ibraz koşulunun sağlanmaması olduğuna tekrar vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla devralanın kendisine sözleşme senedinin yalnızca bir kısmının ibraz edildiğini bilmediği ve bunu bilmesinin ondan beklenemeyeceği durumda dahi, ibraz koşulu sağlanmadığı için TBK m. 183/II hükmünün uygulanamayacağı dile getirilmektedir. Kanaatimizce burada İsviçre Federal Mahkemesi' nin de işaret ettiği üzere konunun iyi niyet kapsamında değerlendirilmesi daha yerindedir. Bu bağlamda eğer ibraz edilen senet makul, dürüst bir devralanda yalnızca ibraz edilen kısımdan ibaret olduğu kanaatini oluşturacak bir nitelikte ise, hukuki görünüşe güven korunmalıdır. Zira devralan açısından bakıldığında senet devir yasağı içermeyen bir senet görünüşü taşımaktadır. Bu da hukuki görünüşe güvenin korunması için yeterlidir. Diğer taraftan ibraz edilen kısım dışında senedin devamının da bulunduğu anlaşılabiliriyorsa, bu ihtimalde devralanın güveni korunmamalıdır.

Senedin en geç devir sırasında ibraz edilmesi gereklidir⁸³⁰. Sonradan yapılan ibraz yeterli görülmemektedir⁸³¹. Öyle ki devralan, senedi incelemesi sonucunda bir borcun mevcut olduğuna veya devralınan alacağa ilişkin bir devir yasağı bulunmadığına güvenmesi dolayısıyla korunmaktadır⁸³². Ayrıca devirden önceki ibrazın da esas olarak yeterli olmadığı kabul edilmektedir⁸³³. Zira aradaki dönemde senet imha edilmiş veya içeriği o zamana kadar

⁸²⁹ Söz konusu karar için bkz. BGE 4C.147/2000, 23.08.2000, E. 1.

⁸³⁰ BSK-Wiegand OR 18 N. 130; Öz, Alacağın Devri m. 183, N. 25; Atamulu, s. 121; Erbayraktar, s. 423.

⁸³¹ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 7; Staudinger/Busche, § 405, N. 10; Kindl, s. 265; Koller, s. 195; Atamulu, s. 121; Erbayraktar, s. 433.

⁸³² Erbayraktar, s. 433.

⁸³³ Staudinger/Busche, § 405, N. 11; Koller, s. 195. Erbayraktar'a göre, senedin devir sırasında ibraz edilmesi şartının aranması TBK 183/II hükmünün gelecekteki alacaklar bakımından uygulanmasına da engel oluşturacaktır. Senede bağlanmış alacağın devir sırasında henüz doğmamış olduğu ihtimal, senedin devir işlemi yapılmadan önce ibraz edilmiş olduğu durumdaki gibi değerlendirilmelidir. Zira gelecekteki bir alacağın devre konu olduğu ihtimalde, devir işleminin yapıldığı an ile devir işleminin hükümlerini doğurduğu an farklılaşmaktadır. Gelecekteki alacağa ilişkin devir işlemi, devir işleminin yapıldığı anda değil alacağın doğduğu anda hüküm ifade edecektir. Alacağın doğduğu ana kadar ise, devir işleminin hükümleri askıdadır. Devir işleminin yapıldığı an ile alacağın doğduğu an arasındaki dönemde, alacaklı ile borçlu devir yasağı kararlaştırılabilir ve bu yolla askıdaki devir işleminin geçerlilik kazanması önlenir. Henüz doğmamış bir

değiştirilmiş -örneğin alacağın devredilemeyeceğine dair bir kayıt eklenmiş- olabilir⁸³⁴. Bununla birlikte devirden önceki ibrazın, devir ile zamansal ve mekansal olarak devralanın daha önce ibraz edilen senedin doğruluğuna güvenerek temliki kabul edeceği ölçüde bağlantılı olması durumunda yeterli olduğu belirtilmektedir⁸³⁵. Bunun dışında senet devir sırasında herhangi bir değişikliğe uğramadığı takdirde, senet devralana daha önce ibraz edilmiş ve devralan senedi bu anda incelemişse, bunun yeterli olacağını belirtenler de bulunmaktadır⁸³⁶. Ancak kanaatimizce de ibraz ile devir arasındaki dönemde senede devir yasağı kaydı eklenebileceğinden ilk görüşe üstünlük tanınması daha yerinde görünmektedir. İbraz edilmeyen belgeye başka belgede atıfta bulunulmasının da yine ibraz koşulu açısından yeterli olmadığı ifade edilmektedir⁸³⁷. Benzer şekilde senedin ibraz edilmesi yerine yalnızca senet içeriği hakkında bilgi verilmesi ve devralanın bu bilgilere güvenmesi de yeterli görülmemektedir⁸³⁸. Zira korumanın temelinde devredene güven değil, senede güven yer almaktadır⁸³⁹. Bununla birlikte devralanın korunması açısından senedin ibrazı yeterli görülmekte olup teslimi aranmamaktadır⁸⁴⁰. Ancak haklı olarak teslim edilmemiş bir senedin devir sırasında ibraz edilmiş olduğunun ispatının güçlük yaratabileceği de eklenmektedir⁸⁴¹.

3. Hukuki Görünüşe Güven, Güven Tasarrufu ve Nedensellik

alacağa ilişkin senedin devir sırasında ibraz edilmiş olduğu ihtimalde, devralanın, alacağın doğumuna kadar olan dönemde, bir devir yasağı kararlaştırılabileceğini hesaba katması kendisinden beklenir. Dolayısıyla devralanın senedin devir işlemi sırasındaki görünüşünün alacağın doğumu anında da gerçeği yansıtacağı konusundaki güveni korunmayacaktır. Erbayraktar, s. 433 vd. Toptan devir olasılığı hakkında bkz. Erbayraktar, s. 433-434.

⁸³⁴ Staudinger/Busche, § 405, N. 11; Kindl, s. 265; Erbayraktar, s. 433-434.

⁸³⁵ Staudinger/Busche, § 405, N. 11.

⁸³⁶ BeckOK BGB/Rohe, BGB § 405 N. 3; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 7; Tiedtke, s. 149. (Bu görüşün çıkış noktasını, sözü edilen durumda önceden ibrazı yeterli görmemiş olan RGZ 87, 420,421 künyeli Yüksek Mahkeme kararı oluşturmaktadır). Bunun ancak devralan senedi devir sırasında da elinde bulunduruyorsa kabul edilebileceği yönünde bkz. Kindl, s. 265; Erbayraktar, s. 433.

Öz, alacağı devralan, devir yasağı içermeyen senedi devirden önce görmüş değilse, iyi niyetli olsa dahi borçlunun ifaya zorlanamayacağını belirtmektedir. Öz, Alacağın Devri m. 183, N. 25.

⁸³⁷ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 7; Staudinger/Busche, § 405, N. 10; Tiedtke, s. 149. Aynı yönde bkz. Erbayraktar, s. 432. Koller burada kıyasen dahi uygulamanın mümkün olmayacağını belirtmektedir. Koller, s. 195.

⁸³⁸ Koller, s. 195; Erbayraktar, s. 432.

⁸³⁹ Tiedtke, s. 149. Aynı yönde bkz. Kindl, s. 265; Erbayraktar, s. 432-433.

⁸⁴⁰ BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18 OR N. 173; Koller, s. 195; Esener, Muvazaa, s. 129; Oğuzman, M. Kemal/ Turgut, Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 15. Bası, İstanbul 2020, N. 1706; Atamulu, s. 121; Erbayraktar, s. 435.

⁸⁴¹ Erbayraktar, s. 435, dn. 1532.

Hukuki görünüşün bilinmesi devralanın korunması için tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda devralanın hukuki görünüş olgusuna güvenerek bir güven tasarrufunda bulunmuş olması gereklidir. Bu bağlamda devralan yazılı borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olmalıdır⁸⁴². Ayrıca hukuki görünüşe güven ile gerçekleştirilen güven tasarrufu arasında nedensel bir bağlantı olmalıdır⁸⁴³. Bu bağlantının mevcut olmaması, güven tasarrufunun yaratılan hukuki görünüşten bağımsız olarak gerçekleştirilmiş olması anlamına gelir. Bu durumlarda ise hukuki görünüş teorisini uygulamak için bir neden yoktur⁸⁴⁴.

Devrin ivazsız olması durumunda devralanın korunup korunmayacağı hususu diğer bir deyişle güven tasarrufunun korunmaya değer olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacağın ivazsız olarak devralınması bir güven tasarrufu teşkil etmemekte ve güvenin korunması bu durumlarda haklı görülmemektedir⁸⁴⁵. Öte yandan bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, iyi niyetli devralanın güveninin korunması, alacağın ivazsız olarak devri durumunda da geçerlidir⁸⁴⁶. Zira alacağın ivazsız olarak devralınması durumunda devralanın korunmasını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi bunun engellenmesi için herhangi bir haklı sebep de bulunmamaktadır.

4. Devralanın İyi Niyetli Olması

⁸⁴² Staudinger/Busche, § 405, N. 9; Petersen, s. 280; Koller, s. 195, 206; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 57; CHK- Reetz/Burri, Art. 164, N.12; BSK-Wiegand OR 18 N. 130; Rusch, s. 327; Loser, N. 466; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 247; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1, 1, s. 357; Atamulu, s. 121; Erbayraktar, s. 436; Kapancı, s. 239.

⁸⁴³ Rusch, s. 327.

⁸⁴⁴ Rusch, s. 327.

⁸⁴⁵ Rusch, s. 327 ve Koller, s. 193, dn. 775' te anılan yazarlar. **Esener**, devralanın alacağı ivazsız olarak iktisap etmesi dolayısıyla borç senedini inceleme külfeti altına girmeyeceğini ve buna bağlı olarak iyi niyetli olmasına rağmen TBK m. 19/II (BK m. 18/II)'nin uygulanması için gerekli olan güven şartının gerçekleşmeyeceğini belirtmektedir. Söz konusu durumda devralanın olsa olsa bağışlayana yani devredene karşı aldatma veya ağır dikkatsizliğe dayalı olarak başvurabileceğini dile getirmektedir. Esener, Muvazaa, s. 137-138.

⁸⁴⁶ Staudinger/Busche, § 405, N. 23; Erbayraktar, s. 437.

Muvazaalı borç tanınması açısından bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 362-363; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1, 1, s. 356; Atamulu, s. 118.

Koller de devrin hukuki sebebinin önem taşımadığını ifade etmekte ve alacağın kazanılmasının bir bağışlama sözleşmesine de dayanabileceğini eklemektedir. Koller, s. 193.

Kramer/Schmidlin, Art. 18 II OR hükmünün dayandığı hukuki görünüş sorumluluğu düşüncesinin ivazlı işlemlerle sınırlandırılmasının değer açısından (*wertungsmaßig*) ikna edici olmadığını ifade etmektedir. BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18 OR N. 175.

§ 405 BGB’de ancak devralanın gerçek durumu bilmediği veya bilmesinin gerekmediği durumlarda, muvazaa veya devir yasağı savunmasının kendisine karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmekte ve dolayısıyla koruma için devralanın iyi niyetli olması aranmaktadır. TBK m.19/II (Art. 18/II OR) ve m. 183/II (Art. 164/II OR) hükümlerinde § 405 BGB’de olduğu gibi açıkça iyi niyet koşulundan söz edilmese de Türk- İsviçre hukuku açısından da devralanın iyi niyetli olması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁴⁷. Muvazaalı bir işlemin varlığı veya alacağın devrinin hukuki işlemle yasaklanmış olduğu devralan tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyor ise, iyi niyetli bir devralmadan söz edilememektedir⁸⁴⁸. Bu bağlamda hafif ihmalin dahi iyi niyetin ortadan kalkması için yeterli olduğu belirtilmektedir⁸⁴⁹. Bununla birlikte şüphe etmeyi gerektiren bir durum mevcut olmadıkça, devralana yüklenmiş bir araştırma yapma külfeti söz konusu değildir⁸⁵⁰.

Devralanın devir işleminin yapıldığı sırada iyi niyetli olması yeterlidir⁸⁵¹. Muvazaanın ya da devir yasağının mevcut olduğunun devirden sonra öğrenilmesi iyi niyetli kazanıma engel olmaz (mala fides superveniens non nocet)⁸⁵².

İyi niyete ilişkin ispat yükü borçlunun üzerindedir⁸⁵³. Bununla birlikte ilk olarak alacaklı, borçlunun borç için bir senet düzenlediğini ve bu senedin devir sırasında kendisine ibraz

⁸⁴⁷ BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 173; Rusch, s. 327; Berger AT, N. 2116, 2117; Esener, Muvazaa, s. 134; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 252; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 361; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1, 1, s. 357; Erbayraktar, s. 436; Kapancı, s. 237. Art. 18 OR hükmüne karşılık gelen önceki Art. 16 aOR hükmünde iyi niyet gerekliliğinden açıkça bahsetmekteydi. Kanunun revizyonunda ise bu gereklilikten özellikle bahsedilmemiştir. Bunun yerine, alacağın devralınmasının borç tanınmasına "güvenerek" gerçekleşmesi gerektiği yeni ifade edilmiştir; güven unsurunun iyi niyet şartını da içerdiği görülmektedir. Koller, s. 195. Aynı yönde bkz. Akkanat, s. 184; Atamulu, s. 141 vd. **Wiegand** ise, TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) açısından, iyi niyet şartının rahatlıkla hükmün temelindeki fikirden çıkarılabileceğini dile getirmektedir. BSK-Wiegand OR 18 N. 130.

⁸⁴⁸ Staudinger/Busche, § 405, N. 12; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 405 N. 4; Kindl, s. 265; Kuhn, s. 102. Devir yasağı açısından bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 247; Franko, s. 185; Erbayraktar, s. 436. Muvazaalı senet açısından bkz. Koller, s. 195-196; Esener, Muvazaa, s. 134; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1706; Atamulu, s. 141 vd.

⁸⁴⁹ Staudinger/Busche, § 405, N. 12; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 405 N. 4; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 8; Lucka, s. 175. Kindl, § 172 I BGB ile yapılan karşılaştırmanın § 405 BGB için de ihmale dayalı bilmemenin en azından gerçeklere ilişkin şüphelerin devralan için belirgin olduğu durumlarla sınırlı olmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Kindl, s. 265.

⁸⁵⁰ Devir yasağı açısından bkz. Erbayraktar, s. 436. Nitekim aynısı taşınırın iyi niyetli olarak kazanılması açısından da kabul edilmektedir. Bkz. Üçüncü Bölüm, I. 3. a. ii.

⁸⁵¹ Staudinger/Busche, § 405, N. 12, N. 29; ZK-Spirig, Art. 164, N.195; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 59; CHK- Reetz/Burri, Art. 164, N.12; Koller, s. 196; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 247; Atamulu, s. 121; Erbayraktar, s. 436; Kapancı, s. 237.

⁸⁵² Koller, s. 196; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 173; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 59; Kapancı, s. 237; Atamulu, s. 121.

edildiğini kanıtlamak zorundadır⁸⁵⁴. Borçlu ise, burada devralanın kötü niyetli olduğunu yani muvazaayı ya da devir yasağının kararlaştırıldığını bildiğini veya koşullar dikkate alındığında bilmesi gerektiğini ispatlamalıdır⁸⁵⁵.

5. Hukuki Görünüşün İsnadı

Hukuki görünüş sorumluluğu açısından geçerli olan genel kabule uygun olarak burada da isnadın riziko prensibi uyarınca gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁸⁵⁶. Öyle ki muvazaaya rağmen yazılı bir borç tanınması düzenleyen⁸⁵⁷ ve bunu alacaklıya teslim eden kişi, bu borç tanınmasının kötüye kullanılması veya üçüncü kişiler tarafından yanlış anlaşılması riskini bilerek yaratmaktadır⁸⁵⁸. Bilinçli olarak yaratılan bir risk söz konusudur. Zira bu tür durumlarda yazılı borç tanınmasının amacının birilerini kandırmak olması muhtemeldir⁸⁵⁹. Öte yandan aldatma niyeti ikincil bir role sahiptir. Önemli olan muvazaa ve noksan borç tanınması yoluyla yaratılan üçüncü tarafları aldatma tehlikesidir⁸⁶⁰. Muvazaalı borç tanınmasında alacaklı olarak görünen kişi söz konusu senedi iyi niyetli üçüncü bir kişiye ibraz ettiğinde muvazaalı borç tanınması dolayısıyla ortaya çıkan hukuki görünüşü kötüye kullanmış olur. Bununla birlikte hukuki görünüşün sonuçlarına birincil olarak katlanmak zorunda olan borç tanınmasını kötüye kullanan görünüşte alacaklı değildir. Aksine borç tanınmasında bulunan borçludur. Öyle ki sözü edilen durumda muvazaa savunmasından yoksun kalan borçludur. Belki yazılı borç tanınmasını devralana ibraz eden o değildir ancak yazılı borç tanınmasında bulunarak senedin kötüye kullanılması riskini yaratan odur. Bu noktada belki hukuki görünüşün sonuçlarının doğru kişiye yüklenip yüklenmediği sorusu akla gelebilir. Zira ilk bakışta

⁸⁵³ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 8.

⁸⁵⁴ Staudinger/Busche, § 405, N. 33; Erbayraktar, s. 439.

⁸⁵⁵ Staudinger/Busche, § 405, N. 34; Erbayraktar, s. 439.

⁸⁵⁶ Rusch, s. 325.

⁸⁵⁷ Borçlunun devralana yönelik olarak muvazaalı işlem hakkında sözlü beyanda bulunması halinde ise riski yaratan bu beyan olmaktadır.

⁸⁵⁸ Rusch, s. 325. Muvazaalı bir borç ilişkisini senede bağlayan bir kimsenin zorunlu olarak bu ilişkinin muvazaalı olduğunun farkında olması gerekir. Bu nedenle muvazaa durumu için güvenin korunmasına ilişkin Art. 18 OR hükmü öngörülmüştür. Loser, N. 463. İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, Art.18/OR hükmünde iyi niyetli üçüncü kişiye karşı muvazaa savunmasına izin verilmediğini, çünkü bu şekilde geçerli bir alacağın mevcut olduğu yönünde bir hukuki görünüş yaratıldığını ifade etmektedir. Bkz. BGE 88 II 422 vd.

⁸⁵⁹ BSK- Wiegand, Art. 18 OR, N. 126; Rusch, s. 325.

⁸⁶⁰ Rusch, s. 326.

muvazaalı bir alacağın devredilmesi, muvazaalı yazılı bir borç tanınmasında bulunulmasından çok daha problematik görünmektedir. Öte yandan bu durumun emin sıfatıyla zilyetten aynı hak ediniminde olduğu gibi değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımında da emanet edilenin bir üçüncü kişiye devredilmesi taşınırın emanet edilmesinden daha yanlıştır. Ancak buna rağmen hukuki görünüşün sonuçları emanet edene yüklenmektedir. Zira taşınırını emanet etmekle risk yaratan kişi taşınırın malikidir. Burada da aynı şekilde iyi niyetli üçüncü kişilerin yazılı borç tanınmasına güvenmesi riskini borçlu muvazaalı bir yazılı borç tanınmasında bulunmakla birlikte yaratmış olmaktadır. Dolayısıyla hukuki görünüşün sonuçları da ona isnat edilmektedir. Kararlaştırılan devir yasağını göstermeyen yazılı borç tanınması açısından da aynıları geçerlidir. Esas olan devir yasağı kararlaştırılmışsa yazılı borç tanınmasında bunun da yer almasıdır. Bununla birlikte borçlu devir yasağına ilişkin kaydın senette yer almasını sağlamadığı takdirde⁸⁶¹, en azından ihtimali kast ile bir üçüncü kişinin alacağın devredilebilir olduğuna güvenmesi riskini yaratmış olmaktadır⁸⁶². Nitekim TBK m.183/II (Art. 164/II OR)' de devir yasağının belirtilmemiş olmasının borçlunun kusuruna dayanması gerektiği yönünde bir şart bulunmamaktadır⁸⁶³. Kasten belirtilmemiş olma aranmadığı gibi devri yasağının ne sebeple senette yer almadığı da önemli değildir⁸⁶⁴.

Hukuki görünüşün isnadı ile ilgili olarak bir görüş, yalnızca senedin düzenlendiği sırada tam ehliyetli olan kişi açısından isnadın mümkün olduğunu belirtilmektedir⁸⁶⁵. Sınırlı ehliyetsizler açısından da yalnızca yasal temsilcilerinin rızasıyla hareket ettiği durumlarda isnat kabul edilmektedir⁸⁶⁶. Buna karşı diğer görüş, hukuki görünüş sorumluluğu açısından senedi düzenleyenin sınırlı ehliyetsiz olmasını da yeterli görmektedir⁸⁶⁷. Burada borç tanınması

⁸⁶¹ Senedin düzenlenmesinden sonra devir yasağının kararlaştırılması söz konusu ise, borçludan yasağın senette yer almasını sağlaması beklenir. Tiedtke, s. 152; Erbayraktar, s. 430. Aksi takdirde devralanın senede olan güveni korunur. Koller, s. 205. Aynı yönde bkz. Staudinger/Busche, § 405, N. 29; Tiedtke, s. 152; Loser, N. 465.

⁸⁶² Rusch, s. 326.

⁸⁶³ Erbayraktar, s. 432.

⁸⁶⁴ Koller, s. 204-205; Erbayraktar, s. 432. Loser ise, güvenin olumlu korunmasının ancak düzeltmenin bilerek ihmal edilmesi halinde haklı görülebileceğini belirtmektedir. Loser, N. 465.

⁸⁶⁵ Canaris, s. 89; Kindl, s. 277. Borçlu, devralana karşı, muvazaalı yazılı borç tanınması düzenlendiğinde ayırt etme gücünden yoksun olduğunu, dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksunluk nedeniyle (ve sadece muvazaa nedeniyle değil) geçerli bir alacak doğmadığı savunmasında bulunabilir. BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 170.

⁸⁶⁶ Kindl, s. 277.

⁸⁶⁷ Klein, Peter, Zu BGB. § 405, SeuffBl. 74 (1909), s.729 vd.; Soergel/Zeiss § 405 BGB N.2 (Kindl, s. 277' den naklen). Staudinger/Busche, fiil ehliyeti olmayanlar tarafından düzenlenen senetler söz konusu olduğunda iyi niyet korumasının söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Staudinger/Busche, § 405, N. 5.

şeklinde bir hukuki işlem aracılığıyla hukuki görünüş olgusu yaratıldığından kanaatimizce de görünüş olgusunun isnat edileceği bu kişinin fiil ehliyetine sahip olmasının aranması yerindedir.

İsnat için ayrıca borçlunun senedi düzenlemiş ve isteyerek vermiş olması diğer bir deyişle dolaşıma sokmuş olması gerekmektedir⁸⁶⁸. Zorlama ve senedin irade dışı elden çıkması durumlarında da hukuki görünüşün sonuçlarının borçluya isnat edilemeyeceği kanaati hakimdir⁸⁶⁹. Sahtecilik ihtimalinde de borçluya isnat edilebilecek bir durumun söz konusu olmadığı kabul edilmektedir.

C. Hukuki Sonuçlar

Yukarıda anılan şartların⁸⁷⁰ gerçekleşmesi halinde yaratılan hukuki görünüşe güven olumlu olarak korunmakta ve güvene uygun sonuç tesis edilmektedir. Böylece devralan tarafından yaratılan hukuki görünüşe dayalı olarak varsayılan durum hukuki gerçekliğe dönüşmektedir⁸⁷¹. Borçlunun savunmalarının⁸⁷² önü kesilmektedir⁸⁷³. Bunun sonucunda iyi niyetli devralan, devreden haklarından daha fazlasını elde etmektedir⁸⁷⁴. Devralan açısından

⁸⁶⁸ Tiedtke, s. 150; Staudinger/Busche, § 405, N. 5; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 6; Kindl, s. 278.

⁸⁶⁹ Canaris, s. 88; Kindl, s. 277; Rusch, s. 326-327; Koller, s. 194; Tiedtke, s. 150; Staudinger/Busche, § 405, N. 5; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 6, dn. 8' de anılan yazarlar.

⁸⁷⁰ Devrin geçerliliği ile ilgili diğer koşulların eksik olması halinde hukuki görünüşe güvenin korunmasının bu eksikliklerin düzelmesini sağlamayacağına dikkat edilmelidir. MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 11. Aynı yönde bkz. BeckOK BGB/Rohe BGB § 405 N. 6.

⁸⁷¹ Tiedtke, s. 150; Rusch, s. 328. Benzer yönde bkz. Berger, AT, N. 735; Loser, N. 459. Wiegand burada klasik bir hukuki görünüş sorumluluğu örneğinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. BSK-Wiegand OR 18 N. 131.

⁸⁷² Burada borçlunun yalnızca muvazaa ve alacağın devri yasağına ilişkin savunmaları ileri sürmesi engellenmekte olup bunun dışında kalan diğer savunmaların borçlu tarafından ileri sürülmesinin önünde bir engel yoktur. Staudinger/Busche, § 405, N. 13. Alacağın devri açısından aynı doğrultuda bkz. Koller, s. 196, 204. Muvazaalı işlemler açısından bkz. Atamulu, s. 117.

⁸⁷³ Staudinger/Busche, § 405, N. 17; BeckOK BGB/Rohe BGB § 405 N. 5; Kindl, s. 266; BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 167; Rusch, s. 328; Eren, Borçlar Genel, s. 1390. Devir yasağı açısından bkz. Koller, s. 204; Erbayraktar, s. 437. Muvazaalı işlemler açısından bkz. OFK- Jolanta Kren Kostkiewicz Art. 18 OR N. 23; Esener, Muvazaa, s. 127.

Tiedtke, bu durumu, bilinçli olarak bir hukuki görünüş yaratması dolayısıyla borçlunun korunmayı hak etmemesiyle açıklamaktadır. Tiedtke, s. 149.

⁸⁷⁴ Tiedtke, s. 153; Kindl, s.264; Koller, s. 189 ve dn 804' te anılan yazarlar.

muvaazaalı bir alacak gerçek bir alacak, devredilemeyecek bir alacak ise devredilebilir bir alacak haline gelmektedir⁸⁷⁵.

1. Muvazaalı Borç Tanınması Açısından

TBK m. 19/II (Art. 18/II OR)' de yalnızca üçüncü kişiye karşı işlemin muvaazaalı olduğu savunmasında bulunulamayacağı belirtilmektedir. Muvazaa savunmasında bulunulamamasının sonucunun ne olduğu ise düzenlenmemiştir. Bununla birlikte öğretide muvaazaalı bir borç senedinin söz konusu olduğu hallerde, geçersiz olan muvaazaalı alacağın devirle birlikte senette gösterilen kapsamda devralanın şahsında varlık kazanacağı kabul edilmektedir⁸⁷⁶. Bununla birlikte iyi niyet burada yalnızca muvazaaya ilişkin eksikliği gidereceğinden alacak eğer başka nedenlerle mevcut değilse, devralan tarafından alacağın kazanılması söz konusu olmamaktadır⁸⁷⁷.

Alacağın iyi niyetin korunması yoluyla muvaazaalı işlem savunmasından kurtulması dolayısıyla artık iyi niyetli devralandan alacağı devralanların iyi niyetli olması aranmamaktadır⁸⁷⁸. Mevcut bir alacağın birinci devralana yalnızca görünüşte devredilmiş

⁸⁷⁵ Rusch, s. 328.

⁸⁷⁶ Kindl, s. 264; Tiedtke, s. 151; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 9; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 168; BSK-Wiegand OR 18 N. 131; Koller, s. 189. Aynı doğrultuda bkz. Rusch, s. 328; Esener, Muvazaa, s. 128; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku C.1, N. 418; Atamulu, s. 116.

BeckOK BGB/Rohe' de muvazaa durumunda § 405 BGB' nin alacak için kurucu bir etkiye sahip olduğu belirtilmektedir. BeckOK BGB/Rohe BGB § 405 N. 6. Eren ise, bu durumu, devredene ait olmayan bir alacağı kazanılması şeklinde yorumlamaktadır. Eren, Borçlar Genel, s. 1390.

Muvazaalı ilişkinin tarafları arasında ise, geçersizlik iddiası varlığını sürdürmektedir. Zira burada işlem güvenliğinin korunması gereği söz konusu değildir. Rusch, s. 328; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1707.

⁸⁷⁷ BSK-Wiegand OR 18 N. 131; Koller, s. 189, 190. Alacağın muvazaa dışında hukuken geçerli bir işleme dayalı olarak devralınmış olması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Esener, Muvazaa, s. 130; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1, 1, s. 356; Atamulu, s. 118.

⁸⁷⁸ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 8, 9; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 173; BSK-Wiegand OR 18 N. 131; Koller, s. 199; Rusch, s. 328 vd.; Esener, Muvazaa, s. 135; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 362; Atamulu, s. 122. Aynı yönde bkz. Loser, N. 466.

Tiedtke bunu üçüncü alacaklının alacağını hak sahibi kişiden devralmış olması ile açıklamaktadır. Tiedtke, s. 151.

Kötü niyetli ilk devredene yapılan bir yeniden devrin alacağın sona ermesine yol açacağı, zira bu durumda işlem güvenliğinin korunması amacının gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir. Staudinger/Busche, § 405, N. 20,21. Koller ise, alacağın muvaazaalı işlemin tarafı olan devredene geri devredilmesi durumunda onun alacağı kazanmasının TMK m. 2 (Art. 2 ZGB)' ye aykırı olacağı görüşündedir. Koller, s. 199. Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 362. Kramer/Schmidlin de alacağın muvaazaalı işlemin tarafı olan alacaklıya devredilmesi olasılığında bir istisnanın söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedir. BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 173.

olması halinde de iyi niyetli ikinci devralan lehine hükmün kıyasen uygulanmasının düşünülebileceği belirtilmektedir⁸⁷⁹. Esasen bu durumda alacak asıl alacaklıda kalmaya devam etmektedir. Zira alacak muvazaalı dolayısıyla ilk devralana geçmemiştir ve “kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez” kuralı gereği ilk devralan da sahip olmadığı bir alacağı devredememiştir. Öte yandan ikinci devralanın muvazaalı yazılı devir sözleşmesine güvenerek alacağı devralmış olması durumunda bir istisna getirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Öyle ki kıyasen uygulama yoluyla asıl alacaklının muvazaalı beyanının arkasında durması sağlanmış olacaktır⁸⁸⁰. Böylelikle devralan borçluya karşı da etkili olmak üzere alacağın sahibi olacaktır⁸⁸¹. Kanaatimizce de söz konusu olasılıkta iyi niyetli devralanın korunması yerindedir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere hükmün amacı alacağın dolaşıma elverişliliğinin sağlanması ve böylelikle işlem güvenliğinin korunmasıdır. Dolayısıyla aynı menfaatlerin söz konusu olduğu bu durum da farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır.

Devralanın devir sözleşmesini mutlaka asıl alacaklı ile yapması gerekmez. Asıl alacaklı yerine mirasçı, devralan gibi bir halefi ile devir sözleşmesinin yapılması da TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) açısından yeterlidir⁸⁸². Bununla birlikte TBK m. 19/II (Art. 18/II OR)’nin uygulama alanı bulabilmesi için alacaklının halefinin de halihazırda geçerli bir alacak kazanmamış olması gerekmektedir. Halefler de muvazaalı dolayısıyla aslında geçersiz olan bir alacağı devralana devrediyor olmalıdır. Aksi takdirde devre ilişkin genel hükümler olan TBK m. 183 vd. (Art. 164 f. OR) hükümleri uygulanır. Bu olasılıkta devralandan önce gelenler iyi niyetli olmasa dahi devralanın TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) kapsamında korunacağı kabul

İyiniyetli devralanın da alacağı ilk devredene geri devredebileceği ile ilgili açıklamalar için bkz. Tiedtke, s. 151-152.

⁸⁷⁹ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 15; BeckOK BGB/Rohe BGB § 405 N. 7; Canaris, s. 93-94, 102; Tiedtke, s. 152; Kindl, s. 268; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 179; BSK-Wiegand OR 18 N. 135; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 363; Atamulu, s. 115. Aynı yönde bkz. Rusch, s. 328 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin de aynı kanaati paylaştığı konuya ilişkin kararı için bkz. BGE 23 818 vd.

Devreden, iyi niyetli ikinci devralana karşı muvazaalı işlem savunmasında bulunamaz, zira bu şekilde kendi hileli davranışına başvurmuş olur. Staudinger/Busche, § 405, N. 15.

Canaris, bir eşyanın muvazaalı olarak devredilmesi durumunda da § 932 vd., 892 BGB hükümlerinin şartlarının bulunup bulunmamasından bağımsız olarak geliştirilen iyi niyetin korunması ilkesinin devreye gireceğini ileri sürmektedir. Zira bu alanda işlem güvenliği koruması devir hukuku alanındakinden daha zayıf değildir. Canaris, s. 94. İsviçre hukukunda Art. 933 ve 973 ZGB hükmü açısından aynı yönde değerlendirme için bkz. BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 166. Türk hukuku açısından aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 360-361.

⁸⁸⁰ Koller, s. 200-201.

⁸⁸¹ BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 179;

⁸⁸² Koller, s. 194. Aynı yönde bkz. BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 172.

edilmektedir⁸⁸³. Buna göre üçüncü bir kişinin kötü niyetle araya girmesi devralanların TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) korumasından yararlanmasına engel değildir.

Muvazaalı alacak üzerinde intifa veya rehin hakkının tesis edildiği haller açısından da TBK m. 19/II (Art. 18/II OR) hükmünün kıyasen uygulanabilirliğinin tartışmasız kabul gördüğü belirtilmektedir⁸⁸⁴. Bunun gerekçesi her iki durumda da menfaatlerin tamamen aynı doğrultuda olması ve hukuki işlemin yapısal olarak devir işlemiyle aynı olmasıdır.

2. Devir Yasağının Kararlaştırıldığı Borç Tanıması Açısından

Hukuki işlemle devir yasağının öngörüldüğü hallerde, normalde devrin geçersizliği sonucunu doğuracak olan devir yasağı (*pactum de non cedendo*) herhangi bir etki doğuramakta ve alacağın devri geçerli olarak gerçekleşmektedir⁸⁸⁵. Yeni alacaklı eski alacaklıdan farklı olarak temlik edilebilir bir alacağı elde etmektedir⁸⁸⁶. Buna bağlı olarak daha sonra gerçekleştirilecek devirlerde devralanların iyi niyeti de artık önemini kaybetmektedir⁸⁸⁷. Devir yasağı

⁸⁸³ BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N. 172; Koller, s. 194; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 362. Devir yasağı açısından benzer durum için bkz. E.3.b.

⁸⁸⁴ Canaris, s. 93; Kindl, s. 268, dn. 30; Staudinger/Busche, § 405, N. 30; BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18 N 177; BSK-Wiegand OR 18 N. 135; Koller, s. 200; Rusch, s. 340; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 363; Atamulu, s. 115. Esener, rehin hakkı bakımından muvazaanın iyi niyetli rehin hakkı sahibine karşı ileri sürülebileceğini kabul ederken, intifa hakkı söz konusu olduğunda iyi niyetli intifa hakkı sahibine karşı muvazaanın ileri sürülemeyeceği fikrini benimsemektedir. Öte yandan alacağın rehin amacıyla devredilmesi ihtimalinde yazar yine muvazaanın iyi niyetli devralana karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir. Alacak üzerinde rehin kurulması ve alacağın rehin amacıyla devredilmesi arasındaki bu farklılığı da ilkinde alacağın devri gerekmezken ikincisinde alacağın devrinin gerekmesi ile temellendirmektedir. Esener, Muvazaa, s. 138 vd.

⁸⁸⁵ Tiedtke, s. 153; Kindl, s. 264; Koller, s. 206; CHK- Reetz/Burri, Art. 164, N.12; Eren, Borçlar Genel, s. 1390. Aynı doğrultuda bkz. ZK-Spirig, Art. 164, N. 200; Berger, AT N. 2117; Rusch, s. 328; Öz, Alacağın Devri m. 183, N. 25; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 247; Erbayraktar, s. 436-437; Kapancı, s. 240 vd.

⁸⁸⁶ Koller, s. 204; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 58a; Berger, AT, N. 2117; Erbayraktar, s. 437.

⁸⁸⁷ MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 8; Tiedtke, s. 153; Kindl, s. 266; Koller, s. 206; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 58a; Berger, AT N. 2117; Esener, Muvazaa, s. 135; Aynı yönde bkz. Loser, N. 466.

Erbayraktar' a göre, ikinci devralanın güveninin TBK m.183/II hükmüne göre korunup korunmayacağı sorusu, ancak ilk devralan ile borçlu arasında tekrar bir devir yasağı kararlaştırılmış ve yasağa senette yer verilmemiş olduğu takdirde ortaya çıkar. Erbayraktar, s. 438.

Rusch, bunu işlem güvenliğinin korunması açısından gerekli görmektedir. Ayrıca iyi niyetli bir devralanın alacağı iktisap etmesi halinde devir yasağının ortadan kalkacağı çözümün tercih edilmesinin yerinde olacağını zira bu çözümün aynı zamanda, emanet edilen bir eşyanın hak sahibi olmayan kişiden iyi niyetle edinilmesi durumuyla da uyumlu olduğunu belirtmektedir. Emanet edilen eşya üçüncü bir kişi tarafından iyi niyetle edinilmişse, kötü niyetle hareket eden bir üçüncü kişi artık kötü niyetli olamaz. Çünkü mülkiyetin edinilmesiyle

kararlaştırılan alacağın ilk olarak bunu bilen bir kişiye devredilmesi daha sonra bu kişinin de alacağı iyi niyetli bir kişiye devretmesi olasılığında iyi niyetli devralanın korunup korunmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüş iyi niyetli ikinci devralanın iyi niyetinin korunması gerektiğini belirtmektedir⁸⁸⁸. Öte yandan diğer görüş ise bunu isabetli bulmamakta ve devralanın iyi niyetinin yalnızca devredenin alacağı devir yetkisine sahip olmamasından kaynaklanan tasarruf yetkisi eksikliğini giderdiğini, bunun dışında, bir kimsenin üzerinde hak sahibi olmadığı bir alacağı başkasına geirebilmesine dayanak oluşturmaması gerektiğini dile getirmektedir⁸⁸⁹. Kanaatimizce burada ilk görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira devir yasağı ile devredenin tasarruf yetkisi sınırlandırılmaktadır⁸⁹⁰ ve TBK m. 183/II’ de iyi niyetin korunması ile devredenin tasarruf yetkisine ilişkin eksiklik sağaltılmış olmaktadır. Kötü niyetli devralan tarafından alacağın iyi niyetli bir diğer devralana devredilmesi durumunda da esasen noksanlık bu alacak üzerinde tasarruf yetkisinin eksikliğine ilişkindir. Dolayısıyla bu açıdan bir özdeşlik söz konusudur. Buna bağlı olarak da TBK m. 183/II, kötü niyetli selef tarafından alacağın devredildiği durumda da aynı şekilde tasarruf yetkisi eksikliğini gidereceğinden devralanın alacağı kazanacağı kabul edilmelidir.

Aynı alacağın devralan tarafından birden çok farklı kişiye devredildiği çoklu devir durumunda ise, zamansal öncelik prensibinin belirleyici olduğu ifade edilmektedir⁸⁹¹. Çatışan devirlerde alacağı iyi niyetli olarak ilk sırada devralan kişi iktisap eder. Söz gelimi A, devir yasağı

sonraki edinenler için de kusur giderilmiş olmaktadır. İlk devir yasağına ilişkin kötü niyet de artık bir rol oynamamaktadır. İlk devralan, devredilebilirlik eksikliğini iyi niyetiyle gidermiş ve böylece herkes için devredilebilir bir talep yaratmıştır. Rusch, s. 328, 330-331.

Bu sonucun kabul edilmemesi halinde, birinci devralanın § 405 BGB (Türk hukukunda TBK 183/II) ile bağlantılı olarak korunmayan ikinci devralana karşı devir yasağı nedeniyle garanti sorumluluğunun gündeme geleceği ve bu durumda birinci devralanın iyi niyetinin korunmuş olmasının değerinin azalacağı ifade edilmektedir. Kindl, s. 266; Planck/Siber, § 405, N. 5 (Erbayraktar, s. 438’ den naklen). Loser de bu sonuç kabul edilmediği takdirde, iyi niyetli ilk devralanın tasarruf seçeneklerinin kısıtlanmış olacağını dile getirmektedir. Loser, N. 466.

Aksi yönde görüş için bkz. Huguenin, N. 1362; CHK- Reetz/Burri, Art. 164, N.12.

Koller, ikinci devralanın hakkın kötüye kullanılması suretiyle alacağı elde etmesi durumunun ise saklı olduğunu belirtmektedir. Koller, s. 206.

⁸⁸⁸ Berger, AT N. 2118; Saymen/Elbir, s. 341; Kapancı, s. 238; ve Erbayraktar, s. 439, dn. 1545’ te anılan diğer yazarlar.

§ 405 BGB’ nin koşulları önceki devralan(lar) tarafından yerine getirilmemişse, sonraki devralan(lar)ın savunmaların hariç tutulmasını talep edebilmesi için bu koşulları yerine getirmesi gerekir. Staudinger/Busche, § 405, N. 20; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 8. Türk-İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. Rusch, s. 329; Atamulu, s. 122.

⁸⁸⁹ Erbayraktar, s. 439.

⁸⁹⁰ Kapancı, s. 235.

⁸⁹¹ Staudinger/Busche, § 405, N. 22; MüKoBGB/Kieninger, BGB § 405 N. 11; Erbayraktar, s. 439.

kararlaştırılmış alacağını sırasıyla X, Y ve son olarak Z'ye devretmiştir ve X devir yasağından haberdarken Y ve Z haberdar değildir. Bu durumda zamansal öncelik prensibi gereği alacağı Y'nin iktisap edeceği kabul edilmektedir.

Alacağın devri dışında alacak üzerinde intifa ve rehin hakkının kurulması durumunda da tıpkı muvazaalı işlemlerde olduğu TBK m. 183/II (Art. 164/II OR)'nin kıyasen uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir⁸⁹².

Devralana karşı savunmalarını ileri süremeyen borçlu, bu durumda aralarındaki sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesiyle senedi devreden alacaklıdan zararının tazminini talep etme imkanına sahiptir⁸⁹³.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ GÖRÜNÜŞE GÜVENİN OLUMLU KORUNMASININ HAK KAYBI İLE SONUÇLANDIĞI HALLER

I. EMİN SIFATIYLA ZİLYETTEN İYİNİYETLE AYNİ HAK KAZANIMI

“nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet”

“Kimse sahip olduğundan fazlası üzerinde tasarruf edemez”. Bu kadim ilkenin kökeni Roma hukukuna dayansa da esas olarak halen geçerliliğini korumaktadır. Ancak uzun bir geçmişe sahip olan bu ilkeler varlıklarını muhafaza etseler de ilkelerin içine doğmuş oldukları koşullar olduğu gibi kalmamaktadır. Gerçekten de bugün artık işlem hayatı çok hızlı bir akışa sahiptir ve mümkün olduğuunca bu akışın aksamadan devam etmesi arzu edilmektedir. Bunun için de

⁸⁹² Tiedtke, s. 153; Koller, s. 207; Erbayraktar, s. 437. Alman hukuku açısından Staudinger/Busche, § 405 BGB'nin özel bir hüküm olmasının bu genişletilmiş uygulamayı engellemeyeceğini, zira sözü edilen durumlarda tam hakkın devri söz konusu olmayıp alacak üzerinde sınırlı bir ayni hakkın tesis edilmesi söz konusu olsa da hukuki bir işlemlle kurulan hukuki bir halefiyetin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Staudinger/Busche, § 405, N. 30.

⁸⁹³ ZK-Spirig, Art. 164, N. 196; Esener, Muvazaa, s. 128; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1728; Öz, Alacağın Devri m. 183, N. 25; Erbayraktar, s. 440; Kapancı, s. 241.

işlem hayatı içerisinde gerçekleştirilen işlemlerin maksimum düzeyde ayakta tutulması önem taşımaktadır. Öte yandan insan ilişkilerinin her zaman olması gerekeni takip etmediği de bir gerçektir. Öyle ki kural ancak tasarruf yetkisine sahip kişinin bir eşya üzerinde tasarruf edebilmesi olmasına rağmen tasarruf yetkisine sahip olmayan bir kimsenin başka bir kimseye ait eşya üzerinde tasarrufta bulunması pek tabi mümkündür. İşte böyle bir durumda sonuç ne olacaktır? İşlem hayatının aksamadan devam edebilmesi adına tasarruf yetkisinin yokluğundan habersiz olarak eşyayı devralan iyi niyetli kişi eşyayı elinde tutmaya devam edebilecek midir? Yoksa Roma hukukunun kadim ilkesi uyarınca malik mülkiyet hakkına dayalı olarak eşyayı geri mi alacaktır? Bu soruların cevabı malik ve iyi niyetli devralan arasında ortaya çıkan menfaat çatışmasında hangi menfaate üstünlük tanındığına ve iyi niyetli kazanım kurumunun kabul edilip edilmediğine ve edildiyse hangi durumlar açısından edildiğine bağlı olarak değişecektir. Aşağıda sözü edilen menfaat çatışması ve bunun Alman ve Türk-İsviçre hukukunda nasıl çözümlendiği, söz konusu çözümün hangi koşulları gerektirdiği ele alınacaktır.

A. Emin Sıfatıyla Zilyetten Ayni Hak Kazanımında Çatışan Menfaatler ve Buna İlişkin Olası Çözümler

Hak sahibi olmayandan iyi niyetle taşınır mal mülkiyetinin kazanılması, kazanıma konu şeyin önceki maliki ve onu iyi niyetle kazanan kişi arasındaki menfaat çatışması ile karakterizedir⁸⁹⁴. Bu durumda devreden hak sahipliğine güvenen iyi niyetli kazanan ile önceki malikin menfaati arasında bir tercih yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Sözü edilen tarafların bireysel düzeydeki menfaatlerine ek olarak kamunun işlem güvenliği ve kolaylığı konusundaki menfaatleri de burada önemli bir rol oynamaktadır⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ Kindl, s. 307. Bu menfaat çatışmasının temelinde kendisine emanet edilen şeyi buna hakkı olmamasına rağmen devreden veya sahibinin elinden iradesi dışında çıkmış olan şey üzerinde tasarrufta bulunan üçüncü kişinin hukuka aykırı davranışları yer almaktadır. Thorn, Karsten, Der Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten, Baden- Baden 1996, s. 61.

İyiniyetli kazananın menfaatleri önceki malikin yanısıra kazanıma konu şey üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan kişilerin menfaatleri ile de çatışabilir. Hartmann, Stephan, “Der Fahrnisserwerb vom Nichtberechtigten- zur Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2002, s. 137.

⁸⁹⁵ Kindl, s. 308. Aynı yönde bkz. BernKomm- Stark/Lindenmann,, Vorb. Art. 930-937, N. 26.

Önceki malikin menfaati, mülkiyetini elinde tutmaya ve kazananın eşyanın iadesini talep edebilmeye ilişkindir⁸⁹⁶. Malikin kendi rızası olmaksızın kimsenin onun eşyası üzerinde geçerli olarak tasarrufta bulunamamalıdır. Malikin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin menfaati, varlık değerinin kendisinden (*Vermögenswert*), kullanım değerinden (*Nutzwert*) ve manevi değerinden (*ideelle Sachwert*) oluşur⁸⁹⁷. Bir şeyin varlık değeri, malın piyasadaki arz ve talebine dayanan ve diğer şeylerin yanı sıra, şeyden ürün elde edilip edilmediği veya teminat olarak kullanılıp kullanılmadığını dikkate alan para cinsinden ölçülecek muhasebe kaleminden oluşur. Malikin şeyi istediği gibi kullanabilmesi ve başkalarını bundan men edebilmesi veya buna (örneğin, kiralama, ödünç verme, leasing vb. yoluyla) katılmalarına izin vermesi ise, kullanma değerine karşılık gelmektedir. Manevi yakınlık, anılar, duygular ve benzerleri tarafından şekillendirilen, eşyanın sahibi için bireysel değeri ise manevi değeri oluşturmaktadır.

Öte yandan diğer tarafta malikinkiyile aynı çıkarlara bölünebilen iyi niyetli devralanın güveninin korunmasına ilişkin menfaati yer almaktadır⁸⁹⁸. Devralanın varlık değerine ilişkin çıkarı, ödenen satın alma fiyatı veya teminat altına alınan alacak vb.ile ilgilidir, yoksa eşyanın objektif değeri ile değil. Aynı şekilde devralanın da tıpkı malik gibi nesneyi (gelecekte) kullanmaya dair bir beklentisi mevcuttur. Bunun dışında iyi niyetli kazananın bu kazanıma bağlı olarak eşyayı yeniden satmayı taahhüt etmek gibi başka işlemler yapmış olması olaıdır. Ayrıca ilk başta şüpheyle karşılanırsa dahi eşyanın devralan için manevi değerinin olması da mümkündür. Gerçi yeni edinilen bir eşyaya nadiren hemen manevi bir ilgi duyulsa da edinimden önce bile belirli bir beklenti söz konusu olabilir. Nitekim satın alan kişi o şeyi ne kadar uzun süre elinde tutarsa, onun için manevi önemi de o kadar büyük olur. Öte yandan bunun malikinkiyile karşılaştırılabilir olup olmadığı ayrı bir tartışmanın konusudur.

Mutlak etkili eşya hukuku hükümleri söz konusu olduğunda, tarafların çıkarına ek olarak kamunun çıkarlarının da dikkate alınması da önemlidir⁸⁹⁹. Mülkiyet bireye hukuk sistemi tarafından verilir ve hukuki kesinlik nedeniyle bireyin kendisine verilen pozisyonlara tam

⁸⁹⁶ Malikin mülkiyet hakkının devamına ilişkin bu menfaatini ifade etmek üzere “Beharrungsinteresse” “Erhaltungsinteresse” veya “Bestandschutzinteresse” kavramları da kullanılmaktadır. Zhang, s. 134.

⁸⁹⁷ Volmer, Hannah, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, Bochum 2018, s. 14; Karner, Ernst, Gutgläubiger Mobiliärerwerb Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen, Wien 2006, s. 55 vd.

⁸⁹⁸ Karner, s. 56; Volmer, s. 14-15. İyiniyetli devralanın güvenin korunmasına ilişkin bu menfaati ise, “Erwerbsinteresse” olarak ifade edilmektedir. Zhang, s. 134.

⁸⁹⁹ Volmer, s. 15.

olarak güvenebilmesi gerekir. Bu ekonomik ve sosyal düzen açısından da önemlidir ve kamunun da bu garantiden çıkarı vardır⁹⁰⁰. Nitekim mülkiyet hakkı gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde anayasal olarak güvence altına alınmış durumdadır⁹⁰¹ ve mülkiyet hakkına ilişkin korumanın yalnızca devletin müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumayı da içermesi gerekmektedir.

İşlem güvenliğinin korunması çıkarı ise, bunun karşısında yer almaktadır⁹⁰². Hübner, malların dolaşımını, dışarıdan beklenmedik bir şekilde müdahale eden mülkiyet taleplerinin neden olduğu aksaklıklardan uzak tutmak olarak tanımlamaktadır⁹⁰³. Bu nedenle, esasen işlem güvenliği ve kolaylığı, malların cirosunun artması ve daha yüksek bir satın alma fiyatının elde edilmesiyle ilgilidir. Bunun nedeni, alıcının istirdat davasından muaf bir mülk edindiğinden emin olması durumunda olası bir risk indiriminin ortadan kalkması ve uygun bir satın alma fiyatının ödenmesidir⁹⁰⁴. Hukuki işlem hayatının güvenliği basitçe, ilgili tarafların hukuken önem taşıyan eylemlerinin sonuçlarına uyum sağlayabilmeleri ve bunlara güvenebilmeleri ve bunların geçerli olması ve geçerli kalması anlamına gelir. Ancak o zaman taraflar çekinmeden hareket eder ve böylece gelişen bir ticaret hedefini desteklerler. Koşulları yerine getirildiği takdirde devreden hak sahipliğine ilişkin eksikliği gideren ve böylece geçersizliğin sonraki devirlere aktarılmasını önleyen iyi niyetle kazanım da işlem güvenliğine katkıda bulunur⁹⁰⁵. Yapılan devirlerin ucuz ve hızlı olması, yani daha az işlem çabasıyla gerçekleşmesi de işlemleri kolaylaştırır⁹⁰⁶. İyi niyetli kazanıma ilişkin hükümler tam da bu noktada devralanın, belirli harici belirtilerin bulunması halinde, başka herhangi bir kontrol yükümlülüğü veya ispat formalitesi olmaksızın devreden hak sahibi olduğuna güvenmesine izin verir⁹⁰⁷.

⁹⁰⁰ Hartmann, s. 137.

⁹⁰¹ Ulusal düzeyde korumaya ilişkin hükümler için bkz. Art. 14 GG (Almanya); Art. 26 BV (İsviçre); AY m. 35 (Türkiye).

Uluslararası düzeyde korumaya örnek düzenlemeler için bkz. 10.12. 1948 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme Madde 17 ve 20.03.1952 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol Madde 1.

⁹⁰² Volmer, s. 16.

⁹⁰³ Hübner, Heinz, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes - dargestellt an der Regelung nach §§ 932 ff. BGB., Erlangen 1955, s.41 (Volmer, s. 15 vd.'dan naklen)

⁹⁰⁴ Lieder, Jan, "Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger: Ein Beitrag zu den rechtsdogmatischen und rechtsökonomischen Grundlagen des redlichen Erwerbs", Archiv für die civilistische Praxis, Dezember 2010, 210. Bd., H. 6 (Dezember 2010), s. 862 (<https://www.jstor.org/stable/25782190>); Volmer, s. 16.

⁹⁰⁵ Volmer, s. 17.

⁹⁰⁶ Thorn, s. 71 vd.; Volmer, s.17.

⁹⁰⁷ Hartmann, s. 137.

Gerçekten iyi niyetli kazanım her devir için gerekecek inceleme yükümlülüğünü ve buna bağlı maliyetleri minimize etmektedir. Ayrıca ekonomik maliyetlerin yanı sıra kişiler arası güvensizliğin de önüne geçmektedir⁹⁰⁸.

Sözü edilen bu bireysel ve genel düzeydeki menfaatlerden hangisine üstünlük tanınacağı ise, esasen bir hukuk politikası tercihidir⁹⁰⁹. Bu her bir hukuk sisteminde farklılık göstermektedir⁹¹⁰. Bu noktada mülkiyetin korunmasına açıkça öncelik veren yaklaşımlardan işlem güvenliği menfaatinin korunmasını daha öncelikli gören yaklaşımlara kadar oldukça geniş bir spektrumun söz konusu olduğu görülmektedir⁹¹¹. Örneğin Roma hukukunda mülkiyetin korunmasına öncelik tanınmaktadır. Öyle ki en başta da işaret edildiği üzere Roma hukukunda kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredememesi ilkesi hakimdir ve iyi niyetli kazanım kurumu tanınmamaktadır. Bununla birlikte bu ilke, iyi niyetli kazanan lehine öngörülen bir veya iki yıllık kısa kazandırıcı zamanaşımı süresi ile yumuşatılmaya çalışılmıştır. Ayrıca “*res furtivae*” olarak adlandırılan çalınmış malların kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması da mümkün değildir⁹¹². Buna karşı günümüz İtalyan hukukunda ise, işlem güvenliğinin korunması ön plandadır. O kadar ki önceki malik eşya elinden iradesi dışında çıkmış olsa dahi iyi niyetli kazanan karşısında mülkiyet hakkını kaybetmektedir⁹¹³. Emanet edilen eşyalar ile irade dışı elden çıkan eşyalar açısından farklı çözümler öngören Alman ve Türk- İsviçre hukukları ise uzlaştırmacı bir yol tercih eden hukuk sistemlerine örnek oluşturmaktadır⁹¹⁴. Öyle ki bu hukuki sistemlerinde emanet edilen eşyalar söz konusu olduğunda devralan kişinin menfaatine ve genel düzeyde işlem güvenliği menfaatine üstünlük tanınırken, irade dışı elden çıkan eşyalar söz konusu olduğunda malikin menfaatine ve daha genel düzeyde statükonun korunmasına üstünlük tanınmaktadır. Böylelikle aslında aynı zamanda Roma hukukunda hakim olan kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredememesi ilkesi ile Ortaçağ- Cermen hukukuna ait emanetin bırakılan yerde aranması gerektiği ilkesi⁹¹⁵

⁹⁰⁸ Volmer, s. 18.

⁹⁰⁹ Alman hukukuna ilişkin değerlendirme için bkz. Karner, 55 vd.; Volmer, s. 19 vd.

⁹¹⁰ Bu konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk verilerini de içeren çalışmalar için bkz. Zweigert, Konrad, “Rechtsvergleichendkritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb”, *RabelsZ* 23 (1958), s. 1 vd.; Thorn, s. 35 vd.

⁹¹¹ Hartmann, s. 137.

⁹¹² Günel, Nadi, “Roma Hukuku'nda Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabının Yeri Ve Önemi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 1-4, 1998, s. 120.

⁹¹³ Thorn, s. 49 vd.; Zweigert, s. 10; Hartmann, s. 137.

⁹¹⁴ Serozan, Taşınır Eşya, s. 271. Diğer pek çok hukuk sisteminin de tıpkı Alman ve Türk- İsviçre hukukları gibi orta bir çözüm yolunu benimsediği belirtilmektedir. Zweigert, s. 4 vd.; Hartmann, s. 138.

⁹¹⁵ “*Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, sollst Du ihn suchen*”. Kindl, s. 309.

bir arada uygulanmış olmaktadır. Aşağıda benimsenen bu uzlaştırmacı yolun ne şekilde uygulandığı detaylı olarak incelenecektir.

B. İyiniyetli Kazanımın Şartları

1. Tasarrufla Bulunanın Tasarrufla Bulunma Hakkına Sahip Olmaması

Hak sahibi olmayandan iyi niyetle bir taşınırın kazanılmasına ilişkin hükümler, devre konu şeyin, hak sahibi olmayan kişiye emanet edilmiş olması ve bu kişi tarafından da iradi olarak başka bir üçüncü kişiye devredilmiş olması durumunda uygulama alanı bulur⁹¹⁶.

2. Hukuki Görünüş Olgusu Olarak Zilyetlik ve Zilyetliğin Bu Niteliğinin Sorgulanması

a. Hukuki Görünüş Olgusu Olarak Zilyetlik

Alman ve Türk- İsviçre hukukunda benimsenen uzlaştırmacı çözüme göre eşyanın malikin elinden iradi olarak çıktığı hallerde, iyi niyetli devralanın kazanımı korunmaktadır. Eşyanın malikin elinden iradi olarak çıktığı bu hallerde devralanın kazanımının korunması, malikin üçüncü kişiler nezdinde bir hukuki görünüş yaratması ile açıklanmaktadır⁹¹⁷. Zira devredenin

⁹¹⁶ BernKomm -Stark, Art. 930-937 ZGB N. 22.

⁹¹⁷ Berger AT, N. 494, 498; SPR- Liver, s. 324. Mülkiyetin üçüncü kişi tarafından hak sahibi olmayan kişiden devralınması, kaçınılmaz olarak eski malikin hakkını kaybetmesine neden olur. Bu olağanüstü geniş kapsamlı müdahale, yalnızca devralanın iyi niyetinin korunabilirliği ile gerekçelendirilemez. Daha ziyade iki farklı koşulun çakışmasını gerektirir: Önceki malik açısından, eşyanın emanet edildiği üçüncü kişinin hakkına ilişkin yanlış hukuki görünüşe yol açılması ve eşyayı devralan açısından, bu hakka ilişkin iyi niyet. Yalnızca önceki malikin eşyayı iradi olarak elden çıkararak yanlış hukuki görünüşe olanak sağlaması durumunda, eski malikin mülkiyeti kaybetmesi ve devralanın iyi niyetinin korunması, hakkaniyete uygun bir çözüm olarak görülebilir. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 55. Aynı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Eşya, s. 165; Nomer/Ergüne, s. 84 (yazarlar hukuki görünüş yerine “etkili görünüş” ifadesini kullanmaktadır); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109 vd.; Antalya, O. Gökhan/ Topuz, Murat, Eşya Hukuku, C. IV/ 1, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2019 s. 407. Özçelik de burada aleniyet araçlarından biri olan zilyetliğin yansıttığı görüntüye güvenerek aynı hak edinen iyi niyetli kişilerin korunduğundan söz etmektedir. Özçelik, Ş.

zilyetliğı, iyi niyetli kazananın devredenin tasarruf yetkisine ilişkin güveninin temelini oluşturmaktadır⁹¹⁸. Taşınırın iyi niyetli kazanımının hukuki görünüş teorisi bağlamında ele alınması ise, esas olarak Alman hukukuna dayanmaktadır. § 932 1 BGB⁹¹⁹, nin lafzı tarafından da desteklenen geleneksel, hakim görüş⁹²⁰, tasarrufta bulunanın ya da eş deyişle taşınırı devredenin zilyetliğini hukuki görünüş taşıyıcısı/aracı (*Rechtsscheinträger*) olarak görmektedir. Bu bağlamda zilyetlik, hakkın tipik bir ifadesi olarak nitelendirilmesi dolayısıyla güvenin korunmasında bağlantı noktası sayılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi'nin de bu yönde kararları mevcuttur. Öyle ki Federal Mahkeme bir kararında “§§ 932 vd. BGB uyarınca iyi niyetli bir kazanımın hukuki dayanağı her zaman devralanın(kazananın) güvenmeye hakkının olduğu zilyetliğe dayalı bir hukuki görünüşdür.” ifadesine yer vermektedir⁹²¹.

Zilyetliğin hukuki görünüş etkisine ilişkin bu teori esas olarak Alman hukukundaki “Gewere” kavramından esinlenen “meşrulaştırma teorisi” (*Legitimationstheorie*) tarafından ortaya konmuştur. Meşrulaştırma teorisinin önde gelen temsilcilerinden biri olan Otto Gierke'nin

Barış, “Motorlu Araç Mülkiyetinin Yetkisiz Kimseden Devralınması Ve Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68 (4) 2019, s. 845.

Canaris, hukuki görünüş sorumluluğunun bir yükümlülüğün doğması anlamına geldiğini belirterek -güven fikrinden doğmuş olsa da- emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımını hukuki görünüş sorumluluğu kapsamında değerlendirmemektedir. Zira emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı bir yükümlülüğün doğması ile sonuçlanmayıp bir hakkın kaybı ile sonuçlanmaktadır. Canaris, s. 3.

⁹¹⁸ Thorn, s. 99. Pfister, taşınır eşya hukukunda kanun koyucunun devreden zilyetliğini, aynı hakların iyi niyetle kazanılmasının objektif şartı olarak öngördüğünü belirtmektedir. Pfister, Hans Rudolf, Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht, Zürich 1969, s. 175. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Zhang, s. 143, dn. 621’de anılan yazarlar.

⁹¹⁹ § 932 *Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten* –

(1) *Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.*

⁹²⁰ Heck, Sachenrecht 249; H. Westermann, JuS 1963, 3; Stark, Berner Kommentar3 IV/3/1 ZGB, Art 930- 937 N. 23, 34, Art 933 N. 6; Liver, Schweizerisches Privatrecht V/1, s. 324; i; Rey, Sachenrecht I2 N. 1763. Yakın dönemde ise Volmer (doğrudan) zilyetliğı hukuki görünüş taşıyıcısı olarak kabul etmektedir. Volmer, s. 53, 99. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bir kararında buna ilişkin olarak şu ifadelere yer vermektedir: “§§ 932 vd. BGB uyarınca iyi niyetli bir iktisabın yasal dayanağı, her zaman iktisap edenin güvenebileceğı, zilyetliğe dayalı bir hukuki görünüşdür.” BGHZ 56, 123, 128 vd. Benzer yönde bir diğer karar için bkz. BGHZ 10, 81.

Taşınırın hak sahibi olmayan kişiden kazanılmasına ilişkin hukuki görünüş temeli bu kişinin zilyetliğidir. BGB ve ZGB' yi kaleme alanlar zamanın yazarları gibi bu hukuki görünüşün zayıflığının farkındaydı. **O zaman dahi fiili koşullar zilyetlikten mülkiyet veya tasarruf yetkisi çıkarımı yapılmasına gerçekten izin vermiyordu.** Bununla birlikte, daha iyi bağlantı noktalarının yokluğunda, bugün Art. 930 ZGB’ de yer alan ve bir şeyin zilyedinin onun sahibi olduğu karinesine dayanan, tarihsel modellerin şekillendirdiğı temel model korunmuştur. Wiegand, s. 827.

⁹²¹ „Der Rechtsgrund für einen gutgläubigen Erwerb nach §§ 932 ff BGB ist immer ein auf dem Besitz beruhender Rechtsschein, auf den der Erwerber sich verlassen durfte.” BGHZ 56, 123, 128. Benzer yönde bir diğer karar için bkz. BGHZ 10, 81 (Karner, s. 167).

formülasyonuna göre, bir taşınırın iyi niyetle kazanılmasının gerçek hukuki temeli, açıkça taşınıra zilyet olmanın meşrulaştırıcı gücünde yatmaktadır. Zilyetlik statüsü devredenin hukuki işlemlerde zilyetlik dolayısıyla görünen hakkı (devralana) sağlamasını ve böylece başka bir kişinin mülkiyeti üzerinde geçerli bir şekilde tasarrufta bulunmasını sağlar⁹²². Bununla birlikte meşrulaştırma teorisi zilyetliğin meşrulaştırıcı gücünü aşırı abartması nedeniyle eleştirilere maruz kalmış ve bugün geçerliliğini kaybetmiş durumdadır⁹²³. Ancak etkisinin küçümsenmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira zilyetlik durumunun taşınırların iyi niyetli kazanımı için önemli bir hukuki gerekçe teşkil ettiği şeklindeki düşünceye önemli ölçüde katkıda bulunmuştur⁹²⁴.

Meşrulaştırma teorisini eleştirenler arasında yer alan Wellspacher bu noktada arabulucu bir çözüm bulmaya çalışmıştır. Buna göre zilyetlik, taşınır hukukunda işlem güvenliğinin korunması açısından tapu sicilinin taşınmaz hukukunda oynadığı role benzer bir rol oynamaktadır⁹²⁵. Öyle ki tapu kaydı, modern mevzuatın iyi niyetin korunmasını bağladığı harici bir olgu sunmaktadır. Üçüncü kişiler bu olgulara güvenebilmekte ve tapu kaydının içeriği onlar lehine doğru kabul edilmektedir. Bu misyon taşınır hukukunda zilyetliğe yüklenmiştir. Zilyetlik başta mülkiyet olmak üzere aynı hakların dış unsurunu oluşturmaktadır. Böylelikle üçüncü kişiler de belirli sınırlar dahilinde zilyedin gerçek hak sahibi olduğu gerçeğine dayanabilmektedir. Bu noktada kanundaki gerekçeler de destekleyici olabilir. Nitekim BGB’ nin gerekçesinde⁹²⁶ *“Taşınır mallara ilişkin işlemler açısından iyi niyetli devralana kural olarak kazanımına ilişkin güvence sağlamak büyük önem taşımaktadır. Aynı ihtiyaç taşınmaz hukukunda tapu sicilinin kamuya açıklığına duyulan güvenin yasal olarak korunması yoluyla karşılanmaktadır. Taşınırlar söz konusu olduğunda, tapu sicili yerine, devreden teslimde aynı sözleşmenin gereklerini yerine getirmesini sağlayan elde bulundurma (Inhabung) ve zilyetliği, korunacak iyi niyetin temelini oluşturacaktır.”* ifadesi

⁹²² Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht II 575 (Karner, s. 167’ den naklen).

⁹²³ Leumann, s. 15; Ülgen, s. 198-199. Volmer, zilyetliğin kendi başına meşrulaştırıcı etkiye sahip olmadığını, bu etkiyi istisnai olarak hak sahibi olmayana hak sahibi muamelesi yapan yasa aracılığıyla elde ettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla zilyetlik sadece yasa tarafından aracılık edilen bir meşrulaştırıcı bir etkiye sahiptir. Volmer, s. 78 vd., 99. Berner Kommentar’da da zilyetliğin meşrulaştırıcı etkisinden söz edildiği görülmektedir. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 5, 6.

⁹²⁴ Karner, s. 168-169.

⁹²⁵ Wellspacher, Vertrauen 1, 17.

⁹²⁶ Motive, BGB, Amtliche Ausgabe III 344 = *Mugdan*, Materialien III 191 (Karner, s. 170).

yer almaktadır⁹²⁷. Tapu sicili ile zilyetlik arasındaki bu çarpıcı paralellik literatürde de kendine yer bulmuştur⁹²⁸. Ancak böyle bir eş tutmanın sınırları dikkat çekilmektedir⁹²⁹. Zira tapu sicilinin aksine, zilyetlik, doğal bir hukuki görünüş olgusu olarak, çok belirsiz bir güven temeli oluşturmaktadır⁹³⁰. Buna rağmen doktrinde ağırlıklı bir kesimin⁹³¹ zilyetlik ve mülkiyetin kazanılmasının varsayılan özdeşliği üzerine inşa edilen § 1006 BGB⁹³², yi esas alarak zilyetliğin hukuki görünüş etkisine bağlı kalmaya devam etmek istendiği görülmektedir⁹³³. Ancak söz konusu hükmün, özünde zilyetliğin hukuki görünüş etkisiyle bağlantılı olsa ve kanun tarafından seçilen kavrama ilişkin bir gösterge sunsa dahi, yalnızca iddia ve ispat yükünün dağılımını düzenlediği ve bu nedenle maddi hukuka ilişkin etkiye sahip hukuki görünüş olgusunun kurucu temel normu olarak yalnızca sınırlı ölçüde uygun görüldüğü eleştirel bir biçimde dile getirilmektedir⁹³⁴. İşbölümüne dayalı bir toplumda zilyetliğin son derece güvenilir bir hukuki görünüş pozisyonu olduğuna işaret edilmektedir⁹³⁵. Öyle ki malik olmayan ancak bir taşınırı kiralayan, ödünç alan veya mülkiyeti

⁹²⁷ Benzer ifadeler İsviçre Medeni Kanunu açısından da mevcuttur: Zilyetlik ve tapu sicilinin eşya hukukunun aynı bölümünde bir araya getirilmesi, zilyetlik ve tapu siciline atfedilen işlevin örtüşmesi ile gerekçelendirilmektedir. Tapu sicilinin taşınmazlar için yerine getirdiği işlevi, zilyetlik de taşınır için yerine getirir. Taşınır zilyetliği, taşınmazlardaki tapu sicili kaydı gibi "hakkın formu" işlevine sahiptir. Vorentwurf, ZGB, Erläuterungen III 351, 368 vd. (Karner, s. 170).

⁹²⁸ Heck, Sachenrecht 247, 249. (Karner, s. 170' den naklen).

⁹²⁹ Westermann/Gursky, Sachenrecht § 45 II 1 N. 2; Wellspacher, Vertrauen s. 18.

⁹³⁰ Zilyetliğin diğer hukuki görünüş olgularına kıyasla zayıf yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Peters, Entzug des Eigentums 62 vd.

⁹³¹ Karner, s. 171, dn. 902' de anılan yazarlar. Volmer ise, iyi niyetli kazanımda zilyetliğin mülkiyetin hukuki görünüş taşıyıcısı olduğu gerçeğinin § 1006 BGB tarafından değil, gerekçenin açık ifadesi tarafından desteklendiğini belirtmektedir. Bu husus § 932 vd. BGB' de açıkça belirtilmemiş olsa da gerekçeler kanun metnini yorumlamak için kullanılabilir. Volmer, s. 68.

⁹³² **§ 1006 Eigentumsvermutung für Besitzer -**

(1) Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, dass es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt.

(2) Zugunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, dass er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei.

(3) Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer.

⁹³³ Benzer düzenlemeler İsviçre hukukunda ZGB Art. 930 ve Avusturya hukukunda § 323, 380 ABGB' de de yer almaktadır.

⁹³⁴ Hager, s. 241 vd.; Rebe, AcP 173 (1973) 193 f; Bauer, Bosch-FS (1976) 11 f; Ernst, Gernhuber-FS (1993) 97 vd.; Kindl, s. 316 vd.; Peters, Entzug des Eigentums 61 vd. **Rusch** da İsviçre hukuku açısından hukuki görünüşün ZGB Art. 930/I'de yer alan karine nedeniyle mevcut olmayıp, sadece bu karine tarafından teyit edilmekte veya kanıtlanmakta olduğunu belirtmektedir. Hukuki görünüş ile karşılaştırıldığında, ZGB Art. 930/I'deki karine farklı bir hukuk alanıyla ilgilidir ve yargılamadaki ispat üzerinde etkisi olan farklı bir ratio legise sahiptir. Karine, mülkiyet olasılığının artmasına dayanmakta ve pratiklik düşüncesiyle mülkiyetin kanıtlanmasındaki zorlukları yumuşatmaktadır. Rusch, Fahrnisserwerb, s. 4.

⁹³⁵ Söz konusu yazarların tümü için bkz. Karner, s. 173, dn. 910.

saklı tutma kaydı ile alanlar genellikle şeyin zilyedi olduğundan, zilyetlik mülkiyet sonucunu çıkarmak için kullanılamaz. Hatta Hager buna ilişkin olarak "*Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, teminat amacıyla mülkiyetin devri veya leasing gibi kurumlar, sektör için tipik hale geldikten sonra, zilyetliğe dayalı hukuki görünüşü neredeyse tersine çevirmektedir.*" ifadesini kullanmaktadır⁹³⁶.

b. Zilyetliğin Hukuki Görünüş Olgusu Niteliğinin Sorgulanması

Zilyetliği hukuki görünüş olgusu olarak kabul eden geleneksel görüşün argümanlarına yönelik eleştiriler zilyetliğin hukuki görünüş olgusu olarak artık o kadar da tereddütsüz kabul görmediğine işaret etmektedir. Öte yandan zilyetliğin hukuki görünüş işlevi sorgulansa da doktrindeki çoğu yazarın yine de hukuki görünüş teorisine bağlı kalmaya devam etmesi dikkat çekicidir⁹³⁷. Nitekim doktrinin bir kısmının⁹³⁸ zilyetliğin mülkiyeti yeterli kesinlikte alenileştirmeye uygun olmamasını, hukuki görünüş taşıyıcısına yönelik gereklilikleri artırarak telafi etmeye çalıştığı görülmektedir. Buna göre güven olgusu, zilyetliğin kendisi değil, daha güçlü, daha tipik görünüş özelliklerle yoğunlaştırılmış zilyetlik durumudur⁹³⁹. Hübner' e göre aynı zamanda malike sağlanan koruma, onun mevcut hukuki görünüşle ilgili sorumluluğuna ilişkin gerekliliklerin artırılmasıyla güçlendirilmelidir. Öyle ki Hübner, hak kaybının ancak mal sahibinin kendisinin isnat edilebilir şekilde artan gerekliliklere karşılık gelen bir güven durumu yaratması halinde ortaya çıkması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle şeyin elde bulundurulması tek başına iyi niyetle kazanım için bir temel oluşturamaz. Ancak bu durum, olağan anlayışa göre bir malikin sahip olacağı konumun bir ifadesi olarak yorumlanabilirse

⁹³⁶ Hager, s. 240. Aynı yönde bkz. Zhang, s. 152. Kindl bu durumu şu sözlerle ifade etmektedir: "*Her kim bugün -mülkiyeti muhafaza kaydı, mülkiyetin teminat amacıyla devri ve leasing gibi hukuki kurumların birçok sektörde alışlagelmiş hale geldiği günümüzde- mülkiyetin zilyetliğinin artık mal sahibinin mülkiyetine ilişkin yeterli bir hukuki görünüş yaymadığından şikayet ederse, kimse tarafından yalanlanmayacaktır; o boşa zahmete giriyordur.*" Kindl, AcP 201(2001), s. 391 vd.

⁹³⁷ Zhang, s. 151.

⁹³⁸ Hübner, s.105 vd.; Giehl, Friedrich, "Der gutgläubige Mobiliärerwerb- Dogmatik und Rechtswirklichkeit", Archiv für die civilistische Praxis , 1962, 161. Bd., H. 4 (1962), s. 374; Bauer, Zur Publizitätswirkung des Besitzes bei Übereignung von Fahrnis, in Bosch-FS (1976), s. 18 vd.; Rebe, Bernd, "Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubigen Mobiliärerwerb" AcP 173 (1973), s. 194 vd.; Zweigert, s. 14, 17.

⁹³⁹ Rebe burada zilyetliğin yerini, mülkiyet görünümüne yol açan fiili durumun aldığını ve bunun da işlem hayatına hakim anlayış tarafından belirlendiğini ifade etmektedir. Rebe, s. 95 vd.

söz konusu olabilir. Yani isnat edilebilirlik, malikin mülkün kaybı riskini ne ölçüde kontrol edebildiğine bağlı olacaktır⁹⁴⁰. Giehl de güven olgusunun yalnızca objektif olarak -yani makul bir insanın bakış açısından- devredenin hak sahibi gibi görünmesine neden olan bir durum olabileceğini belirtmektedir⁹⁴¹. Doğrudan zilyetlik, yalnızca, devredenin mülkiyet hakkına işaret eden ve devredene isnat edilebilecek koşulların varlığı halinde, yeterli bir hukuki görünüş temeli olmalıdır⁹⁴². Zweigert de daha yakın bir dönemde Giehl'in görüşüne benzer bir yaklaşımı olması gereken hukuk açısından dile getirmiştir⁹⁴³. Buna göre, malik, yalnızca tasarruf sahibinin salt zilyetlik pozisyonunun ötesine geçen, isnat edilebilir bir şekilde açıkça nitelikli bir güven olgusu yarattığı durumlarda hak kaybına uğramalıdır. Bununla birlikte ortaya konan görüşlerin yasal düzenlemelerde yeterince yer bulamaması ve bu nedenle pozitif hukuk sınırını aşması nedeniyle bu görüşlerin hiçbirisi hakim görüş tarafından takip edilmemiş ve yargısal uygulamalar üzerinde de herhangi bir etkiye sahip olmamıştır⁹⁴⁴. Ayrıca güçlendirilmiş güven olgusu kavramının çoğu zaman oldukça muğlak kaldığı ileri sürülmüştür⁹⁴⁵. Diğer yandan Karner haklı olarak her bir teslim biçimi açısından ayrı değerlendirme yapıldığında zayıflıklarına rağmen zilyetliğe ilişkin hukuki görünüş teorisinin devredenin eşyaya doğrudan zilyet olduğu durumlarda yeterli olabileceğini ifade etmektedir⁹⁴⁶. Bu bağlamda fiilen teslim ve kısa elden teslim durumlarında hukuki görünüş temelinin gücü önem taşımamaktadır⁹⁴⁷. Bununla birlikte kısa elden teslim durumunda, kazananın şeyi daha önce devreden kişiden almış, elde etmiş⁹⁴⁸ olması şarttır⁹⁴⁹. Zira ancak bu

⁹⁴⁰ Hübner, s. 105 vd.

⁹⁴¹ Giehl, s. 363.

⁹⁴² Giehl, s. 363, 374 vd.

⁹⁴³ Zweigert, s. 17.

⁹⁴⁴ Kindl, s. 319.

⁹⁴⁵ Hager, s. 243; Kindl, s. 319; Kindl, AcP 201, s. 391, 393.

⁹⁴⁶ Karner' e göre, devreden kişinin şeyin doğrudan zilyedi olması dolayısıyla zaten uygun bir hukuki görünüş temeli varsa, genel teslim şartının özel olarak vurgulanması herhangi bir avantaj getirmemektedir. Karner, s. 181. Kindl da en az sorunlu durumu hak sahibi olmayan devredenin şeye doğrudan zilyet olduğu durum olarak ifade etmektedir. Buna göre devredenin şeyi devralanın kendisine, onun zilyet yardımcısına veya aracısına ya da edinen tarafından tayin edilen ve talimat üzerine hareket eden bir kişiye (*Geheißperson*) teslim etmesi halinde iyi niyetli kazanım mümkündür. Kindl, s. 318.

⁹⁴⁷ Karner, s. 181. Zilyetlik devredenden alınmışsa, bunun ZGB Art. 933' te öngörülen normal duruma karşılık geleceği belirtilmektedir. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 82; Rusch, Fahrniswerb, s.6. Aynı yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110; Sirmen, s. 93; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 412; Nomer/Ergüne, s. 86.

⁹⁴⁸ Kazananın şeye doğrudan zilyet olması zorunlu değildir. Dolaylı zilyetlik de yeterlidir. Örneğin, M, hak sahibi olmayan V'den bir şeyi kiralamış ve X' e muhafaza etmesi için vermişse, M, §§ 929, 2; 932 I 2 BGB uyarınca V ile yaptığı bir anlaşma yoluyla malik olur. Devralan kendisi şeye ister dolaylı ister doğrudan zilyet olsun zilyetliği devredenden elde etmiş olmalıdır. Bu gerçekleşirken hem devreden hem de devralan bir zilyet yardımcısından veya bir zilyetlik aracısından yararlanmış olabilir. Devralan kişinin zilyetliği devreden kişiden

takdirde hukuki görünüş temelinin varlığından söz edilebilir⁹⁵⁰. Nitekim kısa elden teslimin işleyiş prensibi değerlendirildiğinde de kolaylıkla bu sonuca ulaşılabilecektir. Fiilen teslim ve kısa elden teslim açısından benimsenen bu yaklaşım Türk -İsviçre hukukunda hükmen teslim açısından da kabul edilmektedir⁹⁵¹. Bu bağlamda devredenin doğrudan zilyet olduğu hükmen teslim durumunda da hak sahibi olmayandan iyi niyetli kazanımın mümkün olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Alman hukukunda hükmen teslim söz konusu olduğunda hak sahibi olmayandan iyi niyetli kazanımın Türk -İsviçre hukukundan farklı olarak tereddütle karşılandığı görülmektedir. Nitekim her bir teslim türü için münferit hükümlerin sevk edildiği ve hak sahibi olan ve olmayan kişiden kazanım durumlarının da ayrı ayrı düzenlendiği Alman hukukunda § 933 BGB’ de açık olarak hükmen teslim yoluyla devredilen şey devredene ait olmadığı takdirde, devralanın ancak şey devreden tarafından ona teslim edildiğinde malik olacağı düzenlenmektedir. Alman kanun koyucusunun hak sahibi olandan hükmen teslim yoluyla kazanımın düzenlendiği § 930 BGB’ de aramadığı teslim şartını burada tekrar aramaya başladığı görülmektedir⁹⁵². Hatta sırf bu nedenle devredenin doğrudan zilyetliğinin hukuki görünüş işlevinin dogmatik olarak da uygulanabilir olmadığını ileri sürenler bulunmaktadır⁹⁵³.

Doğrudan zilyetliğe kıyasla daha problematik olan ve zilyetliğin hukuki görünüş taşıyıcısı olarak kabul edilmesine ilişkin eleştirilerin esas çıkış noktasını oluşturan ise, devredenin

değil de, devredenin talimatıyla elde etmiş olması da yeterlidir. Burada zilyetliği sağlama yetkisi zilyetliğe ilişkin hukuki görünüş ile eşdeğerdir. Wieling, s. 384; Westermann/Gursky/Eickmann, § 47 N. 8 vd.

⁹⁴⁹ Nitekim bu durum § 932 I cümle 2’ de açıkça düzenlenmektedir. Westermann/Gursky, Sachenrecht, § 47 N.8 vd. Hak sahibi olmayandan iyi niyetle aynı hak kazanımının yasal olgularının esasen hak sahibinden aynı hak kazanımına ilişkin § 929-931 düzenlemeleri ile oldukça yakından ilişkili olduğu ancak hak sahibi olmayandan kazanım durumlarında kanunkoyucu tarafından teslim şartının sıkılaştırıldığı ifade edilmektedir. Zhang, s. 147.

⁹⁵⁰ Westermann/Gursky/Eickmann, § 47 N.8 vd.; Wieling, s. 384.

⁹⁵¹ ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, ZGB 717 N. 43, 45b, 48 (Rusch, Fahrnisserwerb, s.6’ dan naklen); Pfister, s. 198-199; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110; Sirmen, s. 93; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 412; Nomer/Ergüne, s. 86. Aksi yönde görüş için bkz. Ostertag 933 N.17 (Pfister, s. 199’ dan naklen); Serozan, Taşınır Eşya, s. 272. Berger de hükmen teslim yoluyla iyi niyetli kazanımın kabul edilmesinin şüpheli görüldüğünü belirtmektedir. Zira söz konusu durumda zilyetliğe ilişkin hukuki görünüşün sınırları ekstra zorlanmış olmaktadır. Berger, AT N. 504.

Devredenin hak sahibi olmayan kişiden kazanımın meşrulaştırıcı dayanağını oluşturan zilyetliği, hükmen teslim durumunda da elden devir durumundakinden farklı değildir. Burada büyük ölçüde eksik olan zilyetliğin devrinin üçüncü kişiler için tanınabilirliği ise, ZGB Art. 933’ün temelinde yer alan değer yargısında hiçbir rol oynamamaktadır. Bu nedenle hükmen teslim müessesesinde iyi niyet korumasının uygulanmaması için hiçbir neden yoktur. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 84;

Avusturya hukukunda da aynı anlayışın kabul edildiğine ilişkin olarak bkz. Karner, s. 181.

⁹⁵² Burada teslim şartının aranmasıyla, malikin hiçbir şekilde fark edemeyeceği “gizli” bir iyi niyetli kazanım olasılığının önüne geçilmek istendiği belirtilmektedir. Karner, s. 187.

⁹⁵³ Zhang, s. 152.

dolaylı zilyet olduğu durumlardır⁹⁵⁴. Zira eşya üzerindeki hakimiyetin tamamen manevileşmiş olduğu dolaylı zilyetlik herhangi bir dış belirtiden yoksundur. Dolayısıyla objektif olarak tanınabilirliğin, anlaşılabilirliğin yokluğunda dolaylı zilyetliğin, dolaylı zilyedin mülkiyetine ilişkin olarak gösterge niteliğinde bir etkisinin söz konusu olamayacağı dile getirilmektedir⁹⁵⁵. Hatta tam aksine dolaylı zilyetlikte dışarıdan bakıldığında görülebilen fiili durum, zilyet aracısının ya da diğer bir deyişle doğrudan zilyedin mülkiyeti lehinedir⁹⁵⁶. Dolayısıyla da dolaylı zilyetliğin iyi niyetli kazanım için uygun bir güven temeli sağlamadığı ifade edilmektedir⁹⁵⁷. Ayrıca dolaylı zilyetliğin varlığının hakim görüşe göre zilyetliğe aracılık eden (*Besitzmittler*) kişinin iradesine bağlı olması da bir diğer problemidir⁹⁵⁸. Zilyetliğe aracılık eden zilyetliğe aracılık etme iradesinden dışarıdan fark edilebilir bir eylemle vazgeçer vazgeçmez, özellikle de üçüncü bir kişi ile zilyetliğe aracılık ilişkisine girerse, önceki zilyetliğe aracılık ilişkisi dolaylı zilyedin bunun farkına varmasına bile gerek kalmadan sona ermektedir⁹⁵⁹. Dolaylı zilyetliğin kendisinin hukuki görünüş olgusu olarak yetersiz görülmesi karşısında doktrindeki bazı yazarlar zilyetlik yerine zilyetliği sağlama yetkisinin (*Besitzverschaffungsmacht*) hukuki görünüş taşıyıcısı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtirken⁹⁶⁰; bazı yazarlar dolaylı zilyetliğin hukuki görünüş taşıyıcısı niteliğini tamamıyla reddetmektedir⁹⁶¹. Hukuki görünüş taşıyıcısı olarak zilyetliği sağlama yetkisini kabul edenlere

⁹⁵⁴ Kindl' a göre, devredenin şeyin yalnızca dolaylı zilyedi olması, hatta yalnızca bunu iddia etmesi ve edinene yalnızca dolaylı zilyetlik sağlaması olasılığında durum çok daha karmaşıktır. Kindl, s. 315, 322.

⁹⁵⁵ Dolaylı zilyetliğe ilişkin bu sorunun kaynağının dolaylı zilyetlik kurumunu icat eden İkinci Komisyon'un dolaylı zilyetliği doğrudan zilyetlikle eş tutması olduğu ileri sürülmektedir. Bu tespiti yapan yazarlara göre, İkinci Komisyon dolaylı zilyedin de zilyetlik koruması taleplerinden yararlanabilmesi konusunda önemli bir dogmatik ilerleme kaydetmiştir. Bununla birlikte doğrudan ve dolaylı zilyetliğin hukuki görünüş etkisi bakımından da şematik bir eşitlemeye tabi tutulması Komisyon'un icadının sonuçlarını tam olarak öngöremediğini göstermektedir. Kindl, s. 316; Zhang, s. 153.

⁹⁵⁶ Iro, Gert, *Besitzerwerb durch Gehilfen*, 1982, s. 243 (Karner, s. 182' den naklen).

⁹⁵⁷ Iro, s. 243 (Karner, s. 182' den naklen). Benzer yönde Picker, Eduard, "Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb: – Zur Korrektur und Harmonisierung der § § 933, 934 und 1006 BGB", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1988, 188. Bd., H. 5 (1988), s. 562.

⁹⁵⁸ Staudinger/Bund § 868 N. 25, 86 (Zhang, s. 153' den naklen).

⁹⁵⁹ Dolaylı zilyetliğin "icadı" ile ikinci komisyonun dolaylı zilyedin de zilyetlik koruması taleplerinden yararlanabilmesi noktasında önemli bir dogmatik ilerleme kaydettikleri büyük oranda kabul edilmektedir. Öte yandan yasa koyucunun, doğrudan ve dolaylı zilyetliği hukuki görünüş etkisi bakımından şematik bir eşitlemeye tabi tutarak icadının sonuçlarını etraflıca değerlendirmedigi de inkar edilemez. Picker, s. 511, 527 vd.; Kindl, s. 316.

⁹⁶⁰ Volmer, s. 47, dn. 209' da anılan yazarlar. Karner ise, devredenin yalnızca dolaylı zilyet olduğu kazanım durumlarında, özellikle dolaylı zilyetlik dışarıya karşı bir güven olgusu yaratmadığından hukuki görünüş ilkesinin sınırlarına ulaşmış oluğu ifade edilmektedir. Karner, s. 182.

⁹⁶¹ Volmer, s. 149. Dolaylı zilyetliği hukuki görünüş taşıyıcısı olarak kabul etmeyen bu görüş dışında bütünüyle zilyetliği bir hukuki görünüş olgusu olarak reddeden bir görüş de bulunmaktadır. Sözü edilen görüş, iyi niyetli kazanım durumunu dilimize "derhal kazandırıcı zamanaşımı ile kazanım" (*sofortige Ersitzung*) olarak

göre, objektif hukuki görünüş olgusu açısından belirleyici unsur, tasarrufta bulunanın durağan zilyetliği değil, aksine zilyetlik üzerinde başarılı bir şekilde tasarruf edilebilmesi veya zilyetliğin kazanana başarılı bir şekilde devredilmesidir⁹⁶². Burada odak noktası devredenden devralana yani kazanana doğru kaymış durumdadır⁹⁶³. Dolayısıyla önemli olan devredenin tasarruf öncesinde hangi zilyetlik pozisyonuna sahip olduğundan ziyade devralanın devir sonucunda şeye ilişkin olarak hangi pozisyonu elde ettiğidir⁹⁶⁴. Kazanan açısından hak sahibi olmayan kişinin varsayılan hukuki gücü, ancak zilyetliğin fiilen sağlanması ile kanıtlanmış olmaktadır⁹⁶⁵. Hukuki görünüş durağan, sabit zilyetlik durumundan değil de zilyetliği sağlama gücünden kaynaklandığı için zilyetliğin el değiştirmesine ilişkin hukuki görünüşten bahsetmek daha doğru olacaktır⁹⁶⁶. Pratikte bu görüş genellikle devredenin kendisi zilyet olmasa dahi onu hak sahibi olarak gören devralan için zilyetliği temin edebileceğini kanıtlaması halinde iyi niyetle iktisabı mümkün kılmaktadır⁹⁶⁷. Temelleri Alman hukukunda atılmış olan bu teorinin çıkış noktası esas olarak § 934 BGB hükmüdür⁹⁶⁸. Bu hükümde istihkak talebinin devri (*Abtretung des Herausgabeanspruchs*) yoluyla iyi niyetli kazanım olasılığı düzenlenmektedir. Alman hukukunda dolaylı zilyetliğin devrini (§ 870 BGB⁹⁶⁹) sağlamaya yönelik olarak öngörülmüş olan iade talebinin devri, Türk- İsviçre hukukundaki zilyetliğin havalesi ile paralellik gösteren bir fonksiyon icra etmektedir⁹⁷⁰. Öyle ki § 931

çevrilebilecek bir kurgu ile açıklamaya çalışmaktadır. Fuller, Jens Thomas, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen 2006, s. 323 vd.; Stagl, Jakob Fortunat, “Gutgläubiger Fahrnisserwerb als ‚sofortige Ersitzung‘: Eine Neubestimmung der §§ 932 ff. BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Juni 2011, 211. Bd., H. 3/4 (Juni 2011), s. 530, 554 vd.

⁹⁶² Hager, s. 245 vd.; Westermann/Gursky/Eickmann § 45 N. 6.

⁹⁶³ Minuth, s. 75 vd.; Zhang, s. 158. § 934 BGB alternatif 2 'de bu tür bir bakış açısı değişikliği için pozitif bir yasal dayanak bulunabileceği belirtilmektedir. Zira kanun her halükarda hak sahibi olmayan devredenin şey ile olan zilyetliğe uygun (*besitzgemaße beziehung*) ilişkisinden esasen vazgeçmektedir. Westermann/Gursky/Eickmann, § 45 III 1 a, N.6.

⁹⁶⁴ Kindl, AcP 201, s. 391, 393.

⁹⁶⁵ Westermann/Gursky/Eickmann § 45 N.6. Eğer şey bizzat devredenin fiili hakimiyetinde ise, bu hukuki görünüş oluşturur. Buna karşı devreden kişi, şeye bir zilyet yardımcısı ya da zilyetlik aracısı aracılığıyla zilyetse, hukuki görünüşü şey üzerinde tasarruf etme hakkına sahip olduğunu gösteren zilyetliği sağlama yetkisi yaratır. Wieling, s. 383.

⁹⁶⁶ Zhang, s. 158; Wadle, JZ 1974, 695 (Karner, s. 180' den naklen).

⁹⁶⁷ Zhang, s. 159.

⁹⁶⁸ Devredenin doğrudan zilyede karşı (sözde) bir iade talebini devretmeyip zilyedi devralanla yeni bir zilyetliğe aracılık ilişkisine girmeye teşvik etmesi durumunda da (*Geheißerwerb*) § 934 BGB' deki benzer bir tablonun ortaya çıktığı belirtilmektedir. Kindl, d. 322.

⁹⁶⁹ **§ 870 Übertragung des mittelbaren Besitzes -**

“Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.”

⁹⁷⁰ Nitekim § 934 BGB alternatif 1 kapsamında gerçekleştirilen devrin eski şeklinin esasen zilyetliğin havalesine dayandığı belirtilmektedir. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 22.

BGB' ye göre, taşınırın bir üçüncü kişinin zilyetliğinde olması halinde, malikin, devralana devre konu taşınıra ilişkin iade talebini devretmesi, teslim yerine geçmektedir. § 934 BGB alternatif 1' de de iade talebinin devri yoluyla devredilen taşınır devredene ait değilse, devralanın, ancak devreden taşınırın dolaylı zilyedi olduğu takdirde, taşınırı kazanabileceği düzenlenmektedir. § 934 BGB alternatif 2' de ise, devreden dolaylı zilyet olmadığı durumda⁹⁷¹, devralanın, şeyin zilyetliğini üçüncü kişiden elde etmesiyle mülkiyeti kazanacağı belirtilmektedir⁹⁷². Bu bağlamda § 934 BGB alternatif 1 kapsamında iyi niyetli kazanım için belirleyici ve yeterli kriterin (dolaylı) zilyetliğin sağlanması⁹⁷³ olduğu ileri sürülmektedir⁹⁷⁴. Bu bakış açısının BGB dokümanları tarafından da desteklendiği belirtilmektedir. Buna göre söz konusu dokümanlardan tarihi yasa koyucunun hiçbir şekilde yalnızca zilyetlikle ilgilenmediği, aynı zamanda zilyetlik üzerindeki tasarruflara da yani hukuki görünüş pozisyonunun kullanılmasına da dikkat ettiği anlaşılmaktadır⁹⁷⁵. Gerekliler, korunacak iyi niyetin temelini, devreden devirde aynı sözleşmenin gerekliliklerini yerine getirmesini sağlayan elde bulundurma ve zilyetliği olduğunu belirtmektedir. Teslim sırasında zorunlu olarak ortaya çıkan zilyetlik statüsü, devralanın, önceki elde bulunduran ya da zilyedin aynı zamanda nesnenin de maliki olduğunu varsaymasına yol açmaktadır. § 934 BGB alternatif 2 kapsamında bir kazanımın da yalnızca zilyetliği sağlama gücü teorisi ile açıklanabileceği

⁹⁷¹ Eğer üçüncü bir kişi bir şeye asli zilyet olarak ya da dördüncü bir kişi için zilyetlik aracı olarak zilyetse, burada devredebilecek dolaylı bir zilyetlik esasen yoktur. Wieling/Finkenauer, § 9 N. 26.

Zhang, hukuki görünüş taşıyıcısı olarak devreden doğrudan zilyet olması şartının özellikle iyi niyetli kazanımın § 934 BGB alternatif 2' ye göre veya talimat yoluyla (*Geheißerwerb*) gerçekleşmesi halinde savunulamayacağı ifade etmektedir. Zhang, s. 152.

⁹⁷² Devreden dolaylı zilyet olmaması halinde, devir § 931 BGB kapsamında iade talebinin devri veya sadece anlaşma yoluyla gerçekleştirilebilir. Burada iade talebinin gerçekten mevcut olması şart değildir, hakim görüş sözde bir iade talebini dahi yeterli görmektedir. Aksi takdirde § 934 BGB alternatif 2'nin büyük ölçüde boşa çıkacağı, çünkü § 934 BGB alternatif 2'deki devreden kural olarak iade talebinin bulunmadığı belirtilmektedir. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 23.

⁹⁷³ Hem hükmen teslimin düzenlendiği § 933 BGB' de hem de § 934 BGB alternatif 1' de devralan yalnızca dolaylı zilyetliği elde etmesine rağmen, § 934 BGB alternatif 1' de iyi niyetli kazanıma izin verilirken, § 933 BGB' de verilmemektedir. Bu ise doktrindeki bazı yazarlar tarafından söz konusu hükümler arasında bir çelişkinin bulunduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Picker, s. 511 vd.; Kindl, s. 317 vd.; Lohsse, Sebastian, "Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB: Die Entstehung des Wertungswiderspruchs zwischen § 933 und § 934 BGB", Archiv für die civilistische Praxis, 2006, 206. Bd., H. 4 (2006), s. 527 vd. Hükümler arasında herhangi bir çelişkinin bulunmadığına ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 22, dn.64'te anılan yazarlar. Bu görüşe göre, § 933 BGB' de iyi niyetli kazanıma engel olan faktör, devralanın yalnızca dolaylı bir zilyet haline gelmesi değildir; daha ziyade, devreden zilyetlikten vazgeçmemesi, aksine devre rağmen zilyetliği kendisi için muhafaza etmesidir.

⁹⁷⁴ Karner, s. 184, dn. 992' de anılan yazarlar.

Zhang, doğrudan zilyetliğin hukuki görünüş işlevinin dogmatik olarak da uygulanabilir olmadığını belirtmekte ve bu hükümde düzenlenen durumu buna örnek olarak göstermektedir. Zhang, s. 152 vd.

⁹⁷⁵ Kindl, s. 311 vd.

ifade edilmektedir⁹⁷⁶. Tasarrufta bulunanın dolaylı zilyetliğe dahi sahip olmaması halinde, iyi niyetli kişi, (iddia edilen) iade talebinin devri yoluyla zaten malik haline gelmez, aksine ancak devre dayalı olarak üçüncü kişiden şeyin zilyetliğini elde ettiğinde kazanım gerçekleşir⁹⁷⁷. Devredenin eşya ile herhangi bir zilyetlik ilişkisi bulunmadığından ve bu bağlamda hukuki görünüş temelinden tamamen yoksun olduğundan bu durumda önemli olabilecek tek şey zilyetliğin sağlanmasıdır⁹⁷⁸. Hatta bu nedenle Alman doktrininde odak noktasının genel olarak zilyetlikten zilyetliği sağlama gücüne kaymış olduğu iddia edilmektedir⁹⁷⁹. Burada hukuki görünüş devredenin hareketsiz zilyetliğinden kaynaklanmamaktadır. Önemli olan devredenin tasarruf öncesinde hangi zilyetlik pozisyonuna sahip olduğundan ziyade, devralanın devir sonucunda nesneye ilişkin olarak elde ettiği pozisyonudur. Ancak tam da bu noktada yani (dolaylı) zilyetliğin devralana hangi durumda sağlanmış sayılacağı konusunda yeni tartışmalar alevlenmektedir. Tartışmanın fitilini ateşleyen ise, Alman Yüksek Mahkemesi'nin bu konuda ikonik hale gelmiş iki kararıdır. Kısaca özetlemek gerekirse⁹⁸⁰, *Fräsmaschinenfall*⁹⁸¹ olarak bilinen ilk davada E, bir freze makinesini N'ye mülkiyetini saklı tutarak satmaktadır. N ise, bir zilyetliğe aracılık anlaşması kapsamında bir krediyi finanse etmek amacıyla makineyi (banka) X'e satmaktadır. X de (N'ye yönelik) iade talebinin devri yoluyla makineyi kendisine borç veren (banka) Y'ye teminat amacıyla devretmektedir. Sonrasında N ve Y arasında makinenin mülkiyeti konusunda uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. *Zuckerfall*⁹⁸² olarak adlandırılan ikinci davada ise, E, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla N'ye daha büyük miktarlarda şeker

⁹⁷⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 21; Hager, s. 248; Karner, 183 vd.; Kindl, s. 340; Minuth, Besitzfunktionen, 75 vd., 86; Rebe, AcP 173, 186, 194 vd.

Aynı durumun iyi niyetli devralanın eşyanın zilyetliğini devreden kişiden değil de onun talimatı üzerine üçüncü bir kişiden devraldığı durumlar (*Geheißerwerb*) için de geçerli olduğu ifade edilmektedir. Karner, s. 184, dn. 991.

⁹⁷⁷ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 22; Westermann/Gursky/Eickmann § 48 N.11; Wieling, s.391.

⁹⁷⁸ Westermann/Gursky/Eickmann § 45 N. 6.

Tarihi yasa koyucunun da bunu zaten kabul ettiği ve § 934 BGB alternatif 2 ile ilgili olarak bunu dile getirdiği ileri sürülmektedir: *"İddia edilen bir iade talebinin temlikinden sonra, üçüncü kişi zilyet, iyi niyetli alıcının talebi üzerine, bu kişiye şeyin zilyetliğini verirse, "bu kişi bunda devredenin mülkiyetinin tanınmasını görmeli ve bu güveni boşa çıkarılmamalıdır."* Protokolle der zweiten Lesung, BGB III 209 f = *Mugdan*, Materialien III 632 (Karner, s. 184).

Yargı kararlarında da Protokoller'e dayanarak doğrudan zilyedin, devredenin teşvikiyle devralana zilyetliği sağlayarak devredenin malik konumunu tanınması koşuluyla, edinenin güveninin korunduğu belirtilmektedir. Sözü edilen örnek kararlar için bkz. Kindl, s. 322, dn.90.

⁹⁷⁹ Karner, s. 184. Hatta Zhang, bu tür bir bakış açısı değişikliği için pozitif yasal dayanağın § 934 BGB alternatif 2'de bulunabileceğini ileri sürmektedir. Öyle ki yasa burada hak sahibi olmayan devredenın eşya ile olan zilyetlik ilişkisinden vazgeçmektedir. Zhang, s. 158.

⁹⁸⁰ Burada kararın sadeleştirilmiş ve isimlendirmeler değiştirilmiş bir versiyonuna yer verilmektedir.

⁹⁸¹ BGHZ 50, 45.

⁹⁸² RGZ 135, 75.

satmaktadır. Ancak ihtiyatlı davranan E şekerini N'ye teslim etmemekte, gerektiğinde N tarafından talepte bulunulabilecek depocu D'de onun adına saklatmaktadır. Mülkiyet hakkının ve iade talebinin devri, satın alma bedelinin ödenmesi şartına bağlıdır. N ise, satın alma bedeli ödenmeden önce depolanan şekerini kendisine borç veren iyi niyetli X' e satmakta ve bunun için de D'ye yönelik (iddia ettiği) iade talebini ona devretmektedir. Bu noktada depocu D' yi de X lehine bir zilyetliğe aracılık anlaşması yapmaya ikna etmektedir. D, bu bağlamda asıl malik E'ye karşı hala zilyetliğine aracılık ediyormuş gibi davranmaktadır. Nihayetinde ilk davada olduğu gibi E ve X arasında şekerin mülkiyeti konusunda uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Burada Yüksek Mahkeme'nin her iki davada da kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak asıl malik aleyhine karar verdiği görülmektedir. Devralan ilk davada § 934 BGB alternatif 1'e göre, ikinci davada ise, § 934 BGB alternatif 2'ye göre mülkiyeti iyi niyetle kazanmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararlarının doktrindeki pek çok yazar tarafından da desteklendiği ifade edilmektedir⁹⁸³. Bununla birlikte doktrinde anılan davalardaki sorunlara farklı çözüm önerileri getiren yazarlar da bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan yan yana zilyetlik (*Nebenbesitz*) teorisine⁹⁸⁴ göre, bir doğrudan zilyedin aynı zilyetlik silsilesinde (*Besitzleiter*) olmayan iki kişiye eş derecedeki zilyetlik için aracılık etmesi mümkündür⁹⁸⁵. Böyle bir yan yana zilyetlik durumu, bir şeye A için zilyet olan doğrudan zilyedin B için de zilyetliğe aracılık ilişkisi kurması, ancak bunu ilk zilyet A'dan gizlemesi; örneğin A'nın talimatlarına uymaya devam etmesi ve böylece onun için zilyet olmaya devam ediyormuş gibi davranması halinde ortaya çıkmaktadır. Öte yandan devralan tarafından salt yan yana zilyetliğin edinilmesi § 934 BGB için yeterli görülmemektedir. Zira § 933 BGB'den hareketle devralanın zilyetlik bakımından eşyaya malikten daha yakın olması aranmaktadır⁹⁸⁶. Ancak burada sözü edilen durumda devralan zilyetlik hukuku açısından şeye malikten daha yakın hale gelmemektedir. Ayrıca § 936 III BGB uyarınca malikin mülkiyeti nedeniyle bir şeyin zilyedi olduğu sürece hakkını kaybetmeyeceği de yan yana zilyetlik teorisi aleyhine ileri sürülen bir diğer argümandır⁹⁸⁷. Dolayısıyla ikinci yan yana zilyet veya onun halefinin § 934 BGB uyarınca ilk yan yana zilyedin aleyhine olacak şekilde mülkiyeti kazanması mümkün

⁹⁸³ Zhang, s. 167, dn. 756'da anılan yazarlar.

⁹⁸⁴ Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 8 II S. 35, § 15 II 2 S. 50 und § 69 II 2 d Fn. 22 S. 256 f. (Kindl, s. 325' ten naklen) Görüşün günümüzdeki temsilcileri için bkz. Zhang, s. 169, dn. 766' da anılan yazarlar.

⁹⁸⁵ Zhang, s. 169.

⁹⁸⁶ § 933 BGB' de iyi niyetli kazanım için teslim şartının aranmasından yola çıkılarak devralanın eşyaya malikten daha yakın olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 24.

⁹⁸⁷ Wieling/Finkenauer, § 10 N. 24.

değildir⁹⁸⁸. Bununla birlikte yan yana zilyetlik teorisi başta zilyetliğe ilişkin yasal düzenlemelerle uyumlu olmaması olmak üzere pek çok nedenle eleştirilmiş ve kabul görmemiştir⁹⁸⁹.

Yan yana zilyetlik teorisi dışındaki diğer görüş ise, yukarıda anılan davaları iade talebinin devri ile bağlantılı olarak ele almaktadır⁹⁹⁰. Bunun temelinde hem bu kararlarda hem de yan yana zilyetlik teorisinde doğrudan zilyedin iradesinin merkezi bir role sahip olması yatmaktadır. Oysa doğrudan zilyedin iradesi, subjektif bir kriter niteliği taşımaktadır. Subjektif bir kriter yerine objektif bir kriterin çıkış noktası olması ise daha yerindedir. Bu bağlamda devralanın yalnızca dolaylı zilyetlik elde ettiği durumlarda, malikin doğrudan zilyede yönelik iade talebi belirleyici olmalıdır. Zira Hager'e göre iyi niyetli kazanımın önündeki engel, devredenin konumu değil, malikin şeye erişim olasılığıdır. Malikin şeye erişimi, malikin şeye doğrudan zilyet olması veya şeye ilişkin olarak iade talebine sahip olması yoluyla olabilir⁹⁹¹. Malik borçlar hukuku kapsamında bir iade talebi yardımıyla şeye erişebildiği sürece mülkiyetini kaybetmeyecektir⁹⁹². Dolayısıyla iyi niyetli kazanım, kazanacak kişi şeye malikten daha ulaşabilir bir konuma sahip olmadığı sürece, başka bir deyişle malik az önce belirtildiği üzere borçlar hukuku kapsamında bir iade talebi yoluyla şeye erişebildiği sürece gerçekleşmeyecektir⁹⁹³. Diğer taraftan önceki hak sahibinin iade talebi, şeyin kazanana devredilmesiyle eşzamanlı olarak ortadan kalkmış ve böylece iyi niyetli kazanım tamamlanmış olacaktır⁹⁹⁴. Bu bağlamda § 933 BGB' den türetilen bu ek olumsuz koşul, yukarıdaki Yüksek Mahkeme kararlarının her ikisinde de malik E' nin şeyin sahibi olarak kalmasını sağlayacaktır⁹⁹⁵. Ancak Hager' in görüşü de olan hukukun sınırını aştığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹⁹⁶. Kanunun hiçbir yerinde önceki hak sahibi tarafından yapılan bir iade talebinin iyi niyetli kazanımı engelleyebileceği düzenlenmemektedir⁹⁹⁷. Ayrıca

⁹⁸⁸ Medicus, FS Hübner (1984) s. 611 vd.

⁹⁸⁹ Picker, s. 511, 533 vd.; Zhang, s. 170, dn. 774'te anılan yazarlar.

⁹⁹⁰ Hager, s. 240 vd.

⁹⁹¹ Hager, s. 330 vd.

⁹⁹² Hager, s. 342, 362.

⁹⁹³ Hager, s. 362 vd.

⁹⁹⁴ Hager, s. 364.

⁹⁹⁵ İlk kararda şeyin §§ 930, 933 BGB uyarınca devri, E'nin N'ye karşı iade talebinin varlığını etkilemediği gibi, BGB §§ 931, 934 alternatif 1 uyarınca sonraki devri de etkilemez. Yine ikinci davada da malikin depoda saklayana yönelik iade talebi, depoda saklayanın iyi niyetli bir üçüncü şahısla zilyetlik aracılığı ilişkisi kurması nedeniyle imkansız hale gelmez. Zhang, s. 176.

⁹⁹⁶ Kindl, s. 329, dn. 124' te yer alan yazarlar.

⁹⁹⁷ Zhang, s. 176.

Hager'in görüşüne göre, malik borçlar hukuku kapsamında bir iade talebinin yardımıyla şeye erişebiliyorsa, devralan da kendisine devreden tarafından devredilen veya doğrudan zilyet tarafından yeni tesis edilen borçlar hukuku kapsamında bir iade talebinin yardımıyla malik kadar şeye erişebilir. Dolayısıyla mülkiyetin tahsisi sorununun bu şekilde borçlar hukuku kapsamında benzer nitelikteki iki iade talebi arasındaki rekabet sorununa indirgenmesi, sistematik olarak tartışmalıdır⁹⁹⁸. Devralanın şeye malik kadar yakın olmadığı argümanı ile sadece eski talebe öncelik vermek ve böylece rekabet sorununu çözmek de ikna edici değildir. Bunun dışında malik ile devreden veya doğrudan zilyet olan kişi arasındaki şeye ilişkin iade ilişkisinin objektif olduğu ancak bu iade ilişkisinin dışarıdan algılanabilir olmadığı özellikle de iyi niyetli alıcı tarafından bilinmediği yönünde bir eleştiri de söz konusudur⁹⁹⁹.

Görüşünü § 1006 BGB' nin karine etkisi ekseninde şekillendiren Picker' e göre ise, yalnızca eşya ile olan ilişkisi kendisine mülkiyet karinesi sağlayan kişi, objektif olarak daha iyi bir güven temeline ve hukuken daha güçlü bir koruma gerekçesine sahiptir. Bu nedenle iyi niyetli bir kazanım ancak devralanın eşya ile malikinin sahip olduğundan daha iyi, karineye dayalı bir ilişki kurmuş olması halinde kabul edilebilir¹⁰⁰⁰. Hem malikin hem de devralanın doğrudan malike karşı bir iade talebinin bulunması durumunda, karine eski talep lehinedir. Şey doğrudan zilyette değişmeden kaldığı sürece iyi niyetli bir iktisap gerçekleşmemiş demektir. Tıpkı Hager gibi Picker' in görüşleri de olan hukukun sınırını aştığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁰¹.

Bunun dışında daha genel bir değerlendirme olarak zilyetliği sağlama yetkisinin de görünür ve elle tutulur olmadığı eleştirisinin getirildiği görülmektedir¹⁰⁰². Algılanabilir bir süreç olan şeyin doğrudan zilyetliğinin değişmesi yoluyla zilyetliği sağlama gücü olgusu dışsal olarak görünür hale gelebilir; ancak fiilen zilyetliğin sağlanması durumunda güven temeli ancak devralma anında gerçekten mevcut olduğundan devralan başlangıçta yalnızca devreden hak

⁹⁹⁸ Zhang, s. 177.

⁹⁹⁹ Kindl, AcP 201 (2001), s. 391, 403 vd.

¹⁰⁰⁰ Picker, s. 511, 548 vd.

¹⁰⁰¹ Kindl, s. 329, dn. 124' te yer alan yazarlar. Bunun dışında § 1006 BGB' ye başvurmayla ilişkin olarak ise, bu hükmün yalnızca yargılamada ispat kolaylığı sağlamaya ilişkin bir hüküm olduğu ve maddi hukuka herhangi bir etkisinin olmadığı ileri sürülmektedir. Kindl, s. 317, 330.

Ayrıca ek bir argümana daha başvurulmaktadır: § 932 I cümle 2 BGB' de, iyi niyetli devralanın, § 1006 BGB' de yer alan karine lehine olmaksızın malik olduğu bir durum açıkça düzenlenmiştir. Burada sonradan kazanan başlangıçta yalnızca doğrudan feri zilyettir. Dolayısıyla da § 1006 BGB' de yer alan karine onun için geçerli değildir. Ancak yine de §§ 929 S 2, 932 I 2 BGB uyarınca iyi niyetli bir kazanım gerçekleşmektedir. Westermann/Gursky/Eickmann, § 48 N.9.

¹⁰⁰² Fuller, s. 324.

sahibi olduğuna ilişkin iddiasına dayanabilir¹⁰⁰³. Halbuki hukuki görünüş taşıyıcısı iyi niyetin temelidir ve bu nedenle devirden önce var olmalıdır¹⁰⁰⁴. Zira aksi takdirde görünüşe ilişkin korunacak bir inanç söz konusu olmaz. Son olarak zilyetliği sağlama yetkisinin hukuki görünüş taşıyıcısı için belki daha doğru bir terim olduğu ancak içeriksel olarak bir iyileştirme getirmediği belirtilmektedir¹⁰⁰⁵. Zilyetliği sağlama yetkisi, sonuçta sadece zilyetlik ve teslimin bir kombinasyonundan ibarettir.

Dolaylı zilyetliğin dışarıdan algılanabilir olmaması karşısında bir diğer görüş ise, zilyetliği sağlama yetkisine başvuranların aksine dolaylı zilyetliğin hukuki görünüş taşıyıcısı niteliğini reddetmeyi yerinde bulmaktadır¹⁰⁰⁶. Öyle ki dolaylı zilyetlik, görünüş dünyasının bir olgusu olmayıp zilyetliğin aleniyet işlevini taşımayan hukuki bir yapıdır ve artık yasa koyucu tarafından amaçlanan işlevi tatmin edici bir şekilde yerine getirmemektedir¹⁰⁰⁷. Dolaylı zilyedin doğrudan zilyet ile eş tutulması sonucu aynı koruma taleplerine (§ 868 vd. BGB) hak kazanması dogmatik bir ilerleme olarak görülse dahi, bunun nihai sonucu dolaylı zilyetliğin doğrudan zilyetlik gibi hukuki etkilere sahip olmasıdır (§ 934 BGB alternatif 1). Dolaylı zilyetliğin dışarıdan anlaşılabilir olmaması nedeniyle hukuki görünüş açısından doğrudan zilyetlik ile arasında ciddi bir fark vardır. Bu nedenle de zilyetliğin korunmasına ilişkin düzenlemelerden (§ 869 BGB), dolaylı zilyetliğin de iyi niyetle kazanım (§ 934 Alt. 1) için hukuki görünüş taşıyıcısı olması gerektiği sonucuna varılamaz¹⁰⁰⁸. Zira her iki norm da farklı amaçlar gütmektedir. Zilyetliğin korunmasına ilişkin talepler, kanunsuz adaleti önlemek için geçici düzenlemeler öngörmekteyken, eşya hukuku düzenlemeleri nihai mülkiyet tahsisleri ile ilgilidir¹⁰⁰⁹. Yasama sürecinde de dolaylı zilyetlik hukuki görünüş olgusu olarak değil, öncelikle zilyetliğin korunmasına yönelik talepler temelinde ortaya konmuştur. Dolaylı zilyetlik doğrudan zilyetlikten farklıdır ve onun görevlerini bütünüyle yerine getiremez. Dolayısıyla her iki zilyetlik türünün genel ve eksiksiz bir şekilde eşitlenmesi doğru değildir ve zaten kanunun mevcut ifadesinde de bu öngörülmemiştir (bkz. § 930 ve § 933 arasındaki farklılık).

¹⁰⁰³ Ernst, s. 95, 112; Füller, s. 324; Stagl, s. 530, 544. İviçre hukukunda aynı yönde görüş için bkz. Rusch, Fahrnisserwerb, s. 4.

¹⁰⁰⁴ Stagl, s. 530, 544. Aynı yönde bkz. Rusch, Fahrnisserwerb, s.4.

¹⁰⁰⁵ Karner, s. 194; Aynı yönde bkz. Volmer, s. 52-53, 99.

¹⁰⁰⁶ Zhang, s. 190 vd.; Volmer, 100.

¹⁰⁰⁷ Volmer, 100, 149.

¹⁰⁰⁸ A.g.e., s. 150.

¹⁰⁰⁹ A.g.e., s. 150.

Dolaylı zilyetliğin hukuki görünüş olgusu teşkil edip etmeyeceği meselesi Alman hukukunda yukarıda sözü edilen yoğun tartışmalara ve farklı görüşlere neden olurken Türk-İsviçre hukukunda bu denli yoğun bir tartışmanın söz konusu olmadığı dikkat çekmektedir. Esasen devredenin dolaylı zilyet sıfatını taşıdığı zilyetliğin havalesinde, devredenin doğrudan zilyet sıfatını taşıdığı (kısa elden teslimdeki durum ayrı tutulmak üzere) durumlara göre zilyetliğin dışarıdan çok daha az tanınabilir olduğu burada da kabul edilmektedir. Hatta bu nedenle zilyetliğin havalesinde devredenin zilyetlik yoluyla yetkili kılınmasının/meşrulaştırılmasının çok daha zayıf bir temele dayandığı da ifade edilmektedir. O kadar ki devralan durumu ferî zilyetten öğrenmediği sürece, devredenin dışarıdan tanınabilir zilyetliğine değil, zilyet olduğu iddiasına güvenilecektir¹⁰¹⁰. Bununla birlikte yine de zilyetliğin havalesi durumunda devralanın iyi niyetinin korunması gerektiği görüşü hakimdir¹⁰¹¹. Zira üçüncü kişi eşyanın zilyedi değilse veya devreden için değil de dördüncü bir kişi için eşyaya zilyetse, zilyetliğin havalesi mümkün değildir¹⁰¹². Bu durumda devralan malik olmaz ve bu nedenle en başından itibaren ZGB Art. 933' e başvuramaz.

c. Kanaatimiz

Zilyetliğin iyi niyetli kazanım açısından hukuki görünüş olgusu teşkil edip etmediği veya hukuki görünüş taşıyıcısı işlevine sahip olup olmadığına karar verilirken toptancı bir yaklaşım sergilemek yerine devredenin¹⁰¹³ doğrudan ve dolaylı zilyet olduğu durumlar arasında ayırım yapılması daha yerinde görünmektedir. İlk olarak devredenin doğrudan zilyet olduğu durumlar değerlendirildiğinde kanaatimizce burada zilyetliğin bir hukuki görünüş olgusu niteliğini taşıdığını kabul etmekte herhangi bir sakınca yoktur¹⁰¹⁴. Zira tanımına bakıldığında

¹⁰¹⁰ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 86.

¹⁰¹¹ Pfister, s. 200; BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 86a; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110; Sirmen, s. 93; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 412; Nomer/Ergüne, s. 86. Aksi yönde görüş için bkz. Serozan, Taşınır Eşya, s. 272.

¹⁰¹² BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 86a.

¹⁰¹³ Zhang, önceki malik ve devralan arasındaki menfaat çatışmasına doğrudan dahil olmadığı için devredeninin konumunun çözümde çok da belirleyici olmadığını ifade etmekte ve kendi görüşünü devralanın konumunu merkez alarak şekillendirmektedir. Zhang, s. 183 vd. Ancak kanaatimizce hukuki görünüşe güvenden söz ediliyorsa ve hukuki görünüşün varlığı o veya bu şekilde devreden ile bağlantılı olarak ortaya çıkıyorsa, devralan yerine devreden üzerinden hareket edilmesi hukuki görünüş kavramıyla daha uyumlu olacaktır.

¹⁰¹⁴ Burada zilyetlik ve mülkiyetin çakışmasının artık bir kural değil, tam aksine (mülkiyeti saklı tutma kaydı, leasing, teminaten temlik gibi kurumlar dolayısıyla) istisna olduğu ve bu sebeple de zilyetliğin hukuki görünüş olgusu niteliğine sahip olmaması gerektiği şeklindeki eleştiri kanaatimizce çok da kabul edilebilir değildir. Zira iyi niyetli kazanımı düzenleyen hükümlerin varlık nedeni aslında zaten tam olarak zilyetlik ve mülkiyetin

hukuki görünüş olgusunun dışı karşı bir hak, yetki veya hukuki ilişkinin varlığı konusunda görünüş yaratan bir olgu olarak ifade edildiği görülmektedir¹⁰¹⁵. Öyleyse devredenin eşya üzerinde fiili hakimiyetini doğrudan sürdürdüğü doğrudan zilyetlik durumunun esas olarak dışı karşı bir hakkın varlığı konusunda görünüş yarattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten de devralan dışarıdan baktığında doğrudan zilyetlik dolayısıyla eşyanın devreden fiili hakimiyetinde olduğunu görecektir ve devreden eşya üzerinde hak sahibi olduğu kanaatine ulaşabilecektir. Burada zilyetliğin bir hukuki görünüş yaratması esasen eşya hukukuna hakim ilkelerden aleniyet ilkesi ile ilgilidir. Zira mutlak ve dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilir olan aynı hakların bu özelliği onların üçüncü kişiler tarafından da tanınabilir olmasını gerektirir¹⁰¹⁶. Bu ise taşınır eşyalar açısından mevcut hukuk düzeni içerisinde – her ne kadar aleniyet işlevinin zayıfladığı vurgulansa da- zilyetlik aracılığı ile sağlanmaktadır. Taşınırın iradi olarak bir başkasına bırakılması durumunda ise, zilyetlik artık bu kişi lehine aleniyet işlevini icra etmeye başlamaktadır. Taşınırlara ilişkin mülkiyet karinesi de burada özellikle ispat bakımından destekleyici bir işlev görmektedir. Bu bağlamda Türk- İsviçre hukuku açısından devreden başlangıçta doğrudan zilyet konumuna sahip olduğu fiilen teslim ve - *taşınırın başlangıçta devredenden edinilmiş olması arandığından*- kısa elden teslim durumlarında, zilyetliğin hukuki görünüş taşıyıcısı olarak fonksiyon icra ettiği söylenebilecektir. Bunun dışında Alman hukukundan farklı olarak Türk- İsviçre hukukunda hükmen teslim yoluyla iyi niyetli kazanıma ilişkin özel bir hüküm yer almadığından aynı durum hükmen teslim açısından da geçerlidir. Öyle ki kanun koyucu “Teslimsiz devir” başlığı altında hükmen teslimi düzenlediği TMK m. 979/I’ de zilyetliği devreden özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyet olmaya devam ederse zilyetliğin teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olacağını ifade etmektedir. Hak sahibi olmayandan iyi niyetle taşınır kazanımının

uyumlu olmadığı bu tür durumlarda kazanımın (diğer koşullar da mevcutsa) ayakta tutulmasıdır. Yoksa zilyetlik ve mülkiyet çakışıyorsa, zaten iyi niyetli kazanıma neden ihtiyaç duyulsun? Ayrıca gerekçe olarak gösterilen mülkiyeti saklı tutma kaydı, leasing, teminaten temlik gibi işlemlerin dışında öteden beri sıklıkla başvuru kiralama, ödünç, eser, vekalet gibi sözleşmeler dolayısıyla da zilyetlik mülkiyet ayrılığı meydana gelmektedir. Dolayısıyla da iyi niyetli kazanıma ilişkin düzenlemelerin esasen bu ayrışma durumu da göz önünde bulundurularak sevk edilmiş olduğu söylenebilir. Beklenen ve devralan tarafından işlem yapılırken esas alınan zilyetlik ve mülkiyetin (hak sahipliğinin) uyuşmasıdır ancak bu uyuşma mevcut olmayabilir de. Bununla birlikte bu ayrışma bugün öncesine kıyasla zilyetliğin hukuki görünüş olgusu sayılmasına engel olacak kadar artmış değildir. Aynı yönde bkz. Karner, s. 196-197.

Ernst de yalnızca artan işbölümünün mülkiyet ve sahipliğin birbirinden ayrılmasına neden olduğu fikrini reddetmekte ve bu fikri "klişe" olarak nitelendirmektedir. Ernst, s. 101 vd.

¹⁰¹⁵ Ülgen, s. 181.

¹⁰¹⁶ Antalya, O. Gökhan, “Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, s. 420 vd.

düzenlendiği TMK m. 988’ de ise, bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyi niyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin ediniminin zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunacağı belirtilmektedir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde hükmen teslim yoluyla zilyetliğin devredildiği hallerde iyi niyetli kazanımı engelleyen bir durumun bulunmadığı görülmektedir. Öte yandan hükmen teslim açısından bir sınırlama öngören TMK m.766’da bir taşınırın mülkiyetini nakleden kişi özel bir hukuki ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olacağı, ancak, bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin naklinin sonuç doğurmayacağı belirtilmektedir. Söz konusu sınırlama esas olarak mülkiyetin nakline rağmen eşyanın devreden elinde kalması halinde üçüncü kişiler nezdinde oluşacak yanıltıcı görünüşü engellemeye yöneliktir. Dolayısıyla üçüncü kişiler açısından böyle bir riskin söz konusu olmadığı durumlarda hükmen teslim yoluyla iyi niyetli kazanımı engelleyen bir durum yine yoktur. Belki biraz zorlama bir yorumla önceki malikin devreden iyi niyetli devralanla olan devir ilişkisinde üçüncü kişi sayılması ihtimalinde hükmen teslimin sonuç doğurmayacağı söylenebilir. Ancak kanaatimizce hükümdeki sınırlamanın asıl amacı hala hak sahibiymiş bir görünüş yaratmak isteyen kişinin alacaklısı sıfatını taşıyan üçüncü kişilerin korunmasıdır¹⁰¹⁷ ve dolayısıyla sözü edilen yorum ancak hükmün sınırları zorlanarak yapılabilir. Nitekim Alman hukukunda hükmen teslim yoluyla iyi niyetli kazanımın gerçekleşebilmesi için teslim şartının aranmasının sebebi de önceki malikin “gizli bir iyi niyetli kazanım” olasılığından korunmak istenmesidir. Yoksa amaç Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi üçüncü kişilerin korunması değildir. Bununla birlikte Serozan salt hükmen teslim yoluyla dolaylı zilyetliğin elde edilmesiyle iyi niyetli olarak hak kazanımının gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır¹⁰¹⁸. Ona göre Alman hukukunda olduğu gibi bizde de mutlaka hükmen teslim sonrasında ayrıca doğrudan zilyetlik de elde edilmelidir. Kanaatimizce Serozan’ın görüşü olan hukuk açısından değil ancak olması gereken hukuk açısından kabul edilebilir. Zira Türk-İsviçre hukukunda pozitif hukuk düzeyinde hükmen teslim yoluyla iyi niyetli kazanımı engelleyen ve teslimi şart koşan bir düzenleme mevcut değildir¹⁰¹⁹. Bununla birlikte Alman hukukundakine benzer bir kaygı

¹⁰¹⁷ Nitekim Sirmen de üçüncü kişiler ile kast edilenin devreden alacaklıları olduğunu belirtmektedir. Sirmen, s. 492.

¹⁰¹⁸ Serozan, Taşınır Eşya, s. 272.

¹⁰¹⁹ Nitekim İsviçre’ de hakim görüş hükmen teslim yoluyla iyi niyetli kazanımın mümkün olduğunu kabul etmektedir. ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, ZGB 717 N 43, 45b, 48.

bizim hukukumuz açısından da taşındığı takdirde gizli bir iyi niyetli kazanım ihtimalinin önüne geçmek için de lege feranda olarak teslim şart koşulabilir.

Devredenin dolaylı zilyet olduğu durumlarda ise, özellikle de dolaylı zilyetliğin zayıflıklarını telafi etmeye yönelik olarak geliştirilmiş olan zilyetliği sağlama yetkisi teorisinin sorunu çözmek bir yana dursun yan yana zilyetlik vb. yeni tartışmaların gündeme gelmesine neden olduğu görülmektedir. Zira bu teori uyarınca devredenin durağan zilyetliğinden ziyade devralana sağlanan pozisyona odaklanıldığında, bu kez de devralanın hangi pozisyonu elde etmesinin kazanım için yeterli olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Buna yönelik olarak getirilen çözüm önerileri ise haklı olarak eleştirilmekte ve hiçbirisi yeterince ikna edici bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda zilyetliği sağlama yetkisine getirilen eleştirilerde işaret edildiği üzere, zilyetliğin sağlanması esasen hukuki görünüşe yönelik inancın oluştuğu aşamadan yani güvene dayalı tasarruf gerçekleştikten sonraki bir ana denk düşmekte ve bu noktada anlamını yitirmektedir. Dolayısıyla zaten dışarıya karşı tanınabilir olmayan dolaylı zilyetliğin hukuki görünüş olgusu niteliğine sahip olmadığını kabul etmek daha yerindedir. Zira bu durumda devralanın güveninin temelini oluşturacak, dışarıdan tanınabilir herhangi bir olgu bulunmamaktadır. Söz konusu durumda devralanın karşısında yalnızca (dolaylı) zilyet olduğu iddiasında bulunan bir kişi yer almaktadır. Devralanın bu noktada güvenilebileceği tek şey, devredenin kuru sözleridir. Oysa hukuki görünüşe güven az önce yukarıda da ifade edildiği üzere bir hakkın varlığı konusunda görünüş yaratan bir olgunun mevcudiyetini gerektirir. Devredenin dolaylı zilyet olduğu senaryoda ise bu olgu yoktur¹⁰²⁰. Buna bağlı olarak Alman hukukunda tartışmaların odağını oluşturan iade talebinin devri durumunda olduğu gibi onunla benzerlik taşıyan zilyetliğin havalesi durumunda da iyi niyetli kazanımın kabul edilmemesi gerekmektedir. Nitekim Serozan hükmen teslimde olduğu gibi zilyetliğin havalesinde de dolaylı zilyetliğin edinilmesinin iyi niyetli kazanım için yeterli olmayacağını belirtmekte ve doğrudan zilyetliğin de elde edilmesinin gerektiğine işaret etmektedir¹⁰²¹. Ancak kanaatimizce bu ancak de lege feranda olarak savunulabilir niteliktedir. Zira hükmen teslimde olduğu gibi zilyetliğin havalesinde de iyi niyetli kazanımı engelleyen açık bir hüküm

¹⁰²⁰ Devredenin dolaylı zilyet olduğu duruma ek olarak “*Geheißerwerb*” olarak adlandırılan (Serozan bu durumu “zilyetlik olmaksızın zilyetlik havalesi” olarak nitelendirmektedir, Serozan, Taşınır Eşya, s. 131) ve devrin dolaylı zilyet dahi olmayan kişinin talimatı üzerine gerçekleştiği durumda da ortada devralan açısından dayanılacak bir hukuki görünüş olgusu ve güven temeli bulunmamaktadır. Nitekim Serozan tarafından da aslında mevcut olmayan, göstermelik bir talimata yani göstermelik bir aracıya güvenen kişinin iyi niyetinin korunmaması gerektiği ve onun iyi niyetli kazanımına da izin verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Serozan, Taşınır Eşya, s. 131.

¹⁰²¹ Serozan, Taşınır Eşya, s. 272.

bulunmamaktadır. Ne var ki zilyetliğin havalesindeki durumun hukuki görünüşe güvenle izah edilmesi de mümkün görünmemektedir. O halde şu aşamada mecburen zilyetliğin havalesindeki durumun hukuki görünüşle uyumsuzluğunun dile getirilmesi ile yetinilecek ve bu noktada bir kanun değişikliğine gidilmesi umulacaktır. Bununla birlikte olan hukuk bakımından bir çözüm getirilmek istenirse de zilyetliğin aleniyet işlevinin zayıfladığı dolaylı zilyetlik durumlarında devralana ilişkin iyi niyet gerekliliklerinin artırılması yoluna gidilmesi düşünülebilir. Nitekim doktrinde de bu çözüm yolunu benimseyenlerin bulunduğu görülmektedir¹⁰²².

Sonuç itibarıyla işlem güvenliğini sağlamak amacıyla devreden hak sahibi olmasa dahi iyi niyetli kazanıma izin verilecekse bu gerçekten haklı bir sebebe dayanmalıdır. Devredenin doğrudan zilyet olduğu durumlarda devralan açısından bu haklı dayanağın mevcut olduğu söylenebilir. Buna karşı devredenin yalnızca dışarıdan tanınabilirliği oldukça zayıf olan dolaylı zilyetliğe sahip olduğu durumlarda, devralanın kazanımını haklı çıkarabilecek bir dayanaktan bahsetmek zordur.

a. Hukuki İşleme Dayalı Bir Kazanım Gerekliliği ve “Farazi Hukuki Neden (Putativitel)” Problemi

Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı yalnızca hukuki işleme¹⁰²³ dayalı kazanım hallerinde gündeme gelmektedir¹⁰²⁴. Bu, yalnızca hukuki işlem yoluyla kazanım durumunda kazanımın devreden kişinin zilyetliğine veya zilyetliği sağlama yetkisine duyulan güven dolayısıyla gerçekleşecek olması ile ilgilidir¹⁰²⁵. Bu koşulla bağlantılı olarak hukuki işlem dışı bir yolla iyi niyetli olarak bir aynı hakkın kazanılması kabul edilmemektedir. Örneğin bir eşyanın terk edilmiş sanılarak¹⁰²⁶ veya külli halefiyete dayalı olarak kazanılması bu

¹⁰²² BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 87; Nomer/Ergüne, s. 86.

¹⁰²³ Türk- İsviçre hukukunda taşınır bakımdan da ağırlıklı olarak sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiğinden geçerli bir tasarruf işleminin yanısıra geçerli bir borçlandırıcı işlem mevcut olmalıdır. Karner, s. 37, dn. 189’ da anılan yazarlar.

¹⁰²⁴ MüKoBGB/Oechsler BGB § 932 N. 9, 33; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 2; Westermann/Gursky/Eickmann § 45, N. 7; Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, BGB § 932, N. 1; Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 25; Thorn, s. 112; Serozan, Taşınır Eşya, s. 270. Alman hukuku açısından bu, § 929-931 BGB hükümlerinde düzenlenen devir olgularına işaret eden § 932 vd. BGB hükümlerinden çıkarılmaktadır. Zhang, s. 136.

¹⁰²⁵ MüKoBGB/Oechsler BGB § 932 N. 33.

¹⁰²⁶ Serozan, Taşınır Eşya, s. 270.

niteliktedir¹⁰²⁷. Hukuki işlemin aynı zamanda bir alışveriş işlemi niteliğini haiz olması da aranmaktadır¹⁰²⁸. Bu koşul, kazananın üçüncü bir kişi olması koşulu olarak da ifade edilmektedir¹⁰²⁹. En az bir kişinin, devreden tarafta yer almamasına rağmen, kazanan tarafta yer alması halinde bir alışveriş işleminin varlığından söz edilebileceği belirtilmektedir¹⁰³⁰. Devreden ve kazanan kişinin hukukten aynı kişi olması halinde bir alışveriş işleminden söz edilememektedir. Devreden ve kazananın ekonomik olarak özdeş olması da aynı sonuca yol açmaktadır¹⁰³¹. Öyle ki burada işlem güvenliğini veya güvenin korunmasını gerekli kılan bir durum söz konusu değildir.

Bununla birlikte hak sahibi olmayan devreden ile iyi niyetli kazanan arasındaki hukuki işlemin ne gibi özelliklere sahip olması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu, satış vb. geçerli bir kazandırma işleminin olmadığı ancak buna rağmen, kazananın veya işlemin her iki tarafının geçerli bir işlemin varlığına inanmaları dolayısıyla mülkiyetin geçtiğinin kabul edildiği olayları ifade eden farazi hukuki neden (Putativtitel)¹⁰³² ile yakından ilgilidir. Bu bağlamda hak sahibi olmayandan iyi niyetli kazanımın gerçekleşebilmesi için devreden ve kazanan arasında geçerli bir hukuki işlem olmak zorunda mıdır yoksa kazananın böyle bir işlemin varlığına inanması yeterli midir? Şayet ilk ihtimal kabul edilecek olursa, ilgili

¹⁰²⁷ Wieling/Finkenauer, § 10 N. 2; Zhang, s. 137; Sirmen, s. 92; Serozan, Taşınır Eşya, s. 270; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 409; Nomer/Ergüne, s. 83. Cebri icra yoluyla kazanımlar da hukuki işleme dayalı kazanımlar kapsamında kabul edilmemektedir. Buna karşı açık artırma yoluyla kazanımın (§ 383 III BGB) hukuki işleme dayalı bir kazanım olduğu kabul edilmektedir. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 2. Baur/Stürner bu konuyla ilgili olarak § 383 III BGB kapsamındaki açık artırmada hukuki işlem yoluyla bir kazanımın söz konusu olduğunu ve devralanın iyi niyetli olması gerektiğini; öte yandan açık artırmanın cebri icra çerçevesinde, Usul Kanunu hükümlerine göre (§§ 814 ZPO vd.) gerçekleştirilmesi halinde, devralanın aslen hakimiyet tasarrufu yoluyla malı kazandığını ve iyi niyetli olmasının da önem taşımadığını belirtmektedir. Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 49.

¹⁰²⁸ Westermann/Gursky/Eickmann § 45, N. 8; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 3; Staudinger/Wiegand § 932 N.44 (Zhang, s. 137); Serozan, Taşınır Eşya, s. 270-271.

¹⁰²⁸ Zhang, s. 137; Serozan, Taşınır Eşya, s. 270.

¹⁰²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Tekinay Eşya, s. 170; Sirmen, s. 92; Özay, Osman Levent, “Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırı Bağışlamasının Hükümü”, AkdHFD, Y. Aralık 2022, C. 12, S. 2, s. 1180.

¹⁰³⁰ Wieling/Finkenauer, § 10 N. 3.

¹⁰³¹ Westermann/Gursky/Eickmann § 45, N. 8. Örneğin bir limited veya anonim şirketin tek hissedarının bu şirketten bir şeyi devralması veya ona bir şeyi devretmesi halinde, bir alışveriş işleminden söz edilemez. Zira burada her ne kadar taraflar hukukten aynı kişi olmasa da ekonomik olarak aynı kişidir. Ayrıca paylaşma sırasında bir şeyin mirasçıya devredilmesi halinde de iyi niyetle kazanımın mümkün olmadığı belirtilmektedir. Öte yandan paylı maliklerden birinin payını bir diğer paylı malike devretmesi durumunda bir alışveriş işleminin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 3.

¹⁰³² Oğuz, Arzu, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (Iusta Causa Traditionis)”, Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, 1998, C. 47, S. 1, 49, s. 72.

sözleşmenin geçersizliği veya iptali durumunda iyi niyetli kazanım gerçekleşmeyecektir¹⁰³³. Bu noktada pek çok hukuk sisteminin hak sahibi olmayandan iyi niyetli kazanım için geçerli bir kazanım işleminin varlığını aradığı görülmektedir. Üstelik bu söz konusu hukuk sistemlerinde ayrılık veya birlik sisteminin benimsenmiş olmasından bağımsız olarak kabul edilmektedir¹⁰³⁴. Öte yandan ayrılık sisteminin yanı sıra soyutluk prensibinin de kabul edildiği Alman hukuku gibi hukuk sistemlerinde farazi hukuki neden sorunu gündeme dahi gelmemektedir¹⁰³⁵. Zira bu hukuk sisteminde mülkiyet devri yalnızca ayni sözleşme ve devir ile gerçekleşmekte ve nedensel bir işleme ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak da tarafların hukuki işleme ilişkin sübjektif tasavvurları burada herhangi bir rol oynamamaktadır¹⁰³⁶. Sebebe bağlılık sisteminin hakim olduğu İsviçre ve Avusturya hukuku gibi hukuk sistemlerinde ise, mülkiyetin devri, geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığını gerektirmektedir¹⁰³⁷. Hak sahibi olmayandan iyi niyetli kazanım durumunda da iyi niyet yalnızca devredenin tasarruf yetkisi eksikliğini gidermektedir. İyiniyetin bunun dışında kazanımın dayandığı işleme ilişkin diğer eksiklikler açısından ise iyileştirici bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla farazi hukuki neden yani kazananın işlemin geçerli olduğuna ilişkin inancı burada tasarrufun gerçek hukuki sebebini ikame etmek için yeterli değildir¹⁰³⁸. Bu durumda malik, devrin sebebe bağlılığına dayalı olarak zilyetten istihkak talebinde bulunabilir. Burada ancak zamanaşımı ile kazanım mümkündür.

3. Güven

a. Kazananın İyiniyetli Olması¹⁰³⁹

i. İyi Niyetin Konusu

¹⁰³³Nitekim buna karşılık gelen bir tartışma Roma hukukunda da mevcuttur ve orada da farazi hukuki nedeni yeterli görenler olduğu gibi çoğu durumda geçerli bir temel işlemi hukuki sebep olarak arayanlar da bulunmaktadır Thorn, s. 112.

¹⁰³⁴Thorn, s. 112.

¹⁰³⁵A.g.e., s. 113.

¹⁰³⁶Thorn, s. 113.

¹⁰³⁷Berger, AT N. 503.

¹⁰³⁸Thorn, s. 113.

¹⁰³⁹Bu şart bazı yazarlar tarafından sübjektif şart olarak da nitelendirilmektedir. Pfister, s. 204 vd.

aa. Genel Olarak

Pek çok hukuk sisteminde taşınır eşya üzerinde hak sahibi olmayandan bir aynı hak kazanılabilmesi için kazanan kişinin iyi niyetli olması aranmaktadır¹⁰⁴⁰. Bununla birlikte iyi niyetin konusunun söz konusu hukuk sistemlerinde farklı şekillerde tanımlanabildiği görülmektedir. Bu noktada özellikle devredenin mülkiyet hakkına ilişkin iyi niyetin mi yoksa genel olarak devredenin tasarruf yetkisine sahip olmasına ilişkin iyi niyetin mi korunacağı sorusu ön plana çıkmaktadır¹⁰⁴¹. Devredenin tasarruf yetkisine sahip olduğuna ilişkin iyi niyetin korunacağı kabul edilirse, kazananın, eşyanın devredene ait olmadığını bildiği ancak eşya üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olduğuna ilişkin iyi niyetinin söz konusu olduğu durumlar da kapsama dahil olacaktır¹⁰⁴². Alman hukukunda iyi niyetin konusu medeni hukuk ve ticaret hukuku açısından farklı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Medeni hukuk alanında iyi niyet, § 932-935 BGB anlamında yalnızca devredenin hak sahipliğine ilişkin olarak söz konusu olabilmektedir¹⁰⁴³. Bu § 932 I BGB¹⁰⁴⁴,nin lafzından anlaşılmaktadır¹⁰⁴⁵. İyi niyet, § 932 vd. BGB' deki tüm durumlarda devredenin hak sahibi olmamasının yerine geçmektedir¹⁰⁴⁶. Devredenin tasarruf yetkisine veya ehliyetine ilişkin iyi niyet ise kural olarak korunmamaktadır. Yalnızca istisnai olarak rehin hakkının iyi niyetli olarak kazanılması (§ 1244 BGB) gibi durumlarda bu tür bir koruma söz konusu olmaktadır. Buna karşı ticaret hukukunda HGB § 366, kendi ticari işletmesi kapsamında bir şeyi devreden tacirin tasarruf

¹⁰⁴⁰ Thorn, s. 124. İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12; Arnet, Ruth/Eitel, Paul, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht (Art. 641-977 ZGB), 3. Aufl., 2016, Art. 933, s. 838 (Kısaltma: CHK-Handkommentar).

Alman hukuku açısından bkz. Zhang, s.138; Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 25; Brehm/Berger, s. 444. Kanunkoyucu § 932 vd. BGB' de hukuki görünüş etkisini zilyetliğe atfettiğinden, iyi niyet gerekliliği hukuki görünüş ilkesinin ve işlem güvenliğini koruma amacının zorunlu bir sonucudur. Bu sübjektif koşul sayesinde, hak sahibi olmayan kişiden hak elde edilmesi kontrol altına alınmakta ve iyi niyetli kazanım, güvenin kapsamlı bir şekilde korunması sistemine entegre edilmektedir.

¹⁰⁴¹ Thorn, s. 124.

¹⁰⁴² Ancak bu durumda tasarruf yetkisine sahip olduğuna inanılan devredenin temsil yetkisi ile ilgili sorunlarla da karşılaşılabilir. Thorn, s. 124.

¹⁰⁴³ Zhang, s. 139; Tiedtke, s. 37; Westermann/Gursky/Eickmann § 46 5, N. 20; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 5; Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 29; Brehm/Berger, s. 444; Wilhelm, N.933.

¹⁰⁴⁴ “Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.”

¹⁰⁴⁵ Wieling, s. 374.

¹⁰⁴⁶ Zhang, s. 139.

yetkisine ilişkin iyi niyetin genel olarak korunmasını öngörmektedir¹⁰⁴⁷. Bunlar dışında kazananın iyi niyetinin gerçek malikin tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamalar açısından da önem taşıyabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴⁸. Öyle ki çoğunlukla (§ 135 II, 136, 2113 III BGB) devralanın tasarruf sınırlamasının yokluğuna ilişkin iyi niyeti korunmaktadır¹⁰⁴⁹. Öte yandan iflasın açılması ve mutlak devir yasağı (§ 1365, 1369 BGB) durumlarında iyi niyetin korunması söz konusu değildir¹⁰⁵⁰. Bununla birlikte medeni hukuk alanında, § 932-935 BGB'nin, devralanın, hak sahibi olmayan üçüncü kişinin tasarrufunu onaylayan kişinin mülkiyet hakkına inandığı durumlarda da kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁰⁵¹. Bu, sözü edilen durumda devredenin tasarruf yetkisine ilişkin bir iyi niyetin değil, rıza gösteren tarafın mülkiyetine ilişkin bir iyi niyetin söz konusu olması ile gerekçelendirilmektedir.

İsviçre-Türk hukukunda ise genel olarak kazananın, devredenin tasarruf yetkisinin varlığına ilişkin iyi niyeti korunmaktadır¹⁰⁵². Bu bağlamda kazananın, devredenin malik olduğu kanaatine sahip olması şart değildir. Kazanan şeyin üçüncü bir kişiye ait olduğunu bilmesine rağmen, devredenin hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğuna güveniyorsa, bu durumda da iyi niyeti korunmaktadır¹⁰⁵³. Belirleyici faktör, devredenin hak sahibi olup olmadığı değil, kazananın bu kişinin hak sahibi olduğuna inanıp inanmadığıdır¹⁰⁵⁴. Bu, hukuki görünüş teorisinin şartları ile de uyumludur. Öyle ki hukuki görünüşün arkasındaki gerçek hukuki

¹⁰⁴⁷ Wilhelm, N. 918-919, 922; Wieling, s. 374; Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 29; Brehm/Berger, s. 444; Zhang, s. 139, dn. 589' da anılan yazarlar.

¹⁰⁴⁸ Thorn, s. 124-125.

¹⁰⁴⁹ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 30.

¹⁰⁵⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 30.

¹⁰⁵¹ Wieling, s. 374, dn. 14' te anılan yazarlar.

¹⁰⁵² BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 55; Homberger, Art. 933 N. 25; SPR, Liver, s. 326; Rusch, s. 241; Rusch, Fahrniswerb, s. 12; CHK-Handkommentar, Art. 933, s. 838; Pfister, s. 205; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 414. İyi niyet tasarruf yetkisi eksikliği dışındaki diğer kusurları (örneğin devredenin fiil ehliyetinin olmaması gibi) ise ortadan kaldırmamaktadır. Berger, AT N. 502; Thorn, s. 127. Benzer şekilde iyi niyet devir sözleşmesinin geçersizliği üzerinde de herhangi bir sağaltıcı etkiye sahip değildir. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 55.

¹⁰⁵³ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 55; SPR, Liver, s. 326. Homberger, bu bağlamda hak sahibi olmayan kişiden aynı hak kazanımının yalnızca devredenin kendi adına hareket etmesi halinde değil, aynı zamanda başkası adına doğrudan temsilci olarak hareket etmesi halinde de korunacağını belirtmektedir. Bununla birlikte iyi niyetli devralanın bu durumda göstermesi gereken özenin de daha yüksek olacağına vurgu yapmaktadır. Homberger, Art. 933 N. 25; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. N.524; Serozan, Taşınır Eşya, s. 270; Nomer/Ergüne, s. 87; Ergüne, N. 478.

¹⁰⁵⁴ Bu, kazananın içsel kanaatiyle ilgili bir meseledir ve iyi niyet sorunu ancak bu içsel kanaat yanlışsa, yani kazanan hatalıysa ortaya çıkar. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 45.

durumu bilen veya şartlara göre bilmesi gereken¹⁰⁵⁵ kişi korunmayı hak etmemektedir¹⁰⁵⁶. Buna göre zilyedin malik olmadığını ve bu nedenle devir yetkisine de sahip olmadığını bilen veya bilmesi gereken bir kişi mülkiyeti kazanamayacaktır¹⁰⁵⁷.

Tasarruf yetkisi sahipliğine ilişkin yanlışlıkla devredenin mülkiyet hakkına sahip olduğuna ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵⁸. Öyle ki eşya üzerinde tasarruf etme yetkisi esas olarak mülkiyet hakkına sahip olma ile ilişkilendirilmektedir. Benzer bir durum elbirliği veya paylı mülkiyetin mevcut olduğu durumlarda ortak maliklerden birinin tek başına malik olarak algılanması açısından da söz konusu olmaktadır¹⁰⁵⁹. Zira bu durumda da paylı veya elbirliği halinde malik olan devredenin tek başına şey üzerinde tasarruf edebileceği varsayılmaktadır.

Hak sahibinin kimliğine ilişkin yanlışlama sorunu, -yani devralanın malikin kim olduğunu bilmesi ancak onu tanımaması dolayısıyla muhatap olduğu kişinin malik olduğunu sanması- kıymetli evrakin kazanılmasından (Art. 967 OR) farklı olarak burada özellik arz etmemektedir¹⁰⁶⁰. Yalnızca devralanın, zilyet olmasına dayanarak devredeni hak sahibi olarak kabul edip edemeyeceği önemlidir.

Tasarruf yetkisine ilişkin yanlışlıkla genellikle mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ortaya çıksa da yanlışlamanın taşınır üzerindeki sınırlı ayni haklara ilişkin olması da ihtimal dahilindedir. Eğer kazanan taşınırın sınırlı ayni hakla yüklü olduğu konusunda yanlışmışsa ve bu konuda da iyi niyetli ise, taşınır yüksüz olarak kazanılmış olur¹⁰⁶¹.

Tasarruf yetkisine ilişkin yanlış son olarak emin sıfatıyla zilyedin malikin temsilcisiymiş gibi hareket ettiği durumlarda ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir durumda TMK m. 988 (Art. 933 ZGB) kapsamında devralanın iyi niyetinin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş,

¹⁰⁵⁵ Bilme, bilmenin gerekmesi ile eş tutulmaktadır. Zira aksi takdirde dürüst olmayan devralan, deneyim, zihinsel güç veya dikkatsizlik nedeniyle şüpheli durumlara rağmen bir şeylerin yanlış olduğunu fark etmediği mazeretine dayanabilir. Bu dürüstlük kuralına da aykırılık oluşturur. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 46.

¹⁰⁵⁶ Rusch, Fahrniswerb, s. 12.

¹⁰⁵⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, özellikle araç ve antika ticareti olmak üzere çeşitli nesneler için iyi niyet gerekliliklerini sıkılaştırmıştır. Bunun zilyetlikten kaynaklanan mülkiyet karinesinin artık araç kiralama, mülkiyeti saklı tutarak kiralama gibi durumlarda haklı gösterilememesi ile açıklanabileceği belirtilmektedir. Rusch, Fahrniswerb, s. 12.

¹⁰⁵⁸ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 55. Serozan da benzer şekilde genel olarak tasarruf yetkisinin varlığına güvenin mülkiyete güven ile eş anlamlı olduğunu belirtmektedir. Serozan, Taşınır Eşya, s. 270.

¹⁰⁵⁹ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 55.

¹⁰⁶⁰ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 56a.

¹⁰⁶¹ Homberger, Art. 933 ZGB N. 39; BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 56c.

TMK m. 988 hükmünün yalnızca tasarruf yetkisi eksikliğini giderdiğini ve temsil yetkisi eksikliğini gidermeyeceğini belirtmektedir. Bu nedenle de emin sıfatıyla zilyedin malikin temsilcisiymiş gibi hareket ettiği hallerde buna güvenen iyi niyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımının korunmayacağını ileri sürmektedir¹⁰⁶². Hakim görüş ise, üçüncü kişinin bu durumda da aynı hakkı kazanacağını kabul etmektedir¹⁰⁶³. Eğer salt hak sahipliğine değil tasarruf yetkisine güvenin de korunduğu kabul ediliyorsa, kanaatimizce de emin sıfatıyla zilyedin temsilci sıfatıyla hareket ettiği hallerde devralanın iyi niyeti korunmalıdır. Zira mülkiyet ve sınırlı aynı hak sahipliğinden ayrı olarak yalnızca tasarruf yetkisinin korunması neredeyse her zaman temsil yetkisi benzeri bir durumda söz konusu olacaktır. Bunun dışında geriye salt tasarruf yetkisinin varlığına güvenin korunacağı pek de bir durum kalmamaktadır.

bb. Malikin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanmış veya Kaldırılmış Olması

Öğretide gerçek malikin tasarruf yetkisinin bir kanun hükmüne veya yetkili makam kararına dayalı olarak¹⁰⁶⁴ sınırlanmış olduğu veya tamamen ortadan kalktığı durumlarda da kural olarak malikin tasarruf yetkisine sahip olduğuna güvenen devralanın iyi niyetinin korunacağı kabul edilmektedir¹⁰⁶⁵.

Tasarruf hakkı fiil ehliyetinin bulunmaması nedeniyle, yani erginleri korumaya yönelik düzenlemeler kapsamındaki tedbirler dolayısıyla sınırlandırılan veya kaldırılan bir kişiden bir şeyi iktisap eden kişi, genellikle hukuki işlemin geçersizliği sonucu ile karşı karşıya kalacaktır. Buna bağlı olarak da bu tür durumlarda iyi niyetle iktisap sorunu pratikte ortaya çıkmayacaktır. Ancak bir şekilde temel hukuki işlem geçerli olarak gerçekleşmiş ise- örneğin, devreden ehliyetten yoksun bırakılmadan önce yapılmışsa- kazananın iyi niyete dayanıp dayanamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte söz konusu durum, malikin tasarruf yetkisinin bulunmadığı diğer tüm durumlardan farklıdır. Zira burada tasarruf yetkisi sınırlaması, üçüncü kişilerin değil, malikin haklarının korunmasına hizmet etmektedir. İsviçre hukukunda yer alan eski düzenlemelere göre, kısıtlama, ilan edilmediği sürece iyi niyetli

¹⁰⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya, s. 172, dn. 5.

¹⁰⁶³ Homberger, Art. 933, N. 25; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 141-142; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 111; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 409-410; Nomer/Ergüne, s. 87.

¹⁰⁶⁴ Hukuki işleme dayalı devir yasağı ise tasarruf hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla malik tarafından bu tür bir yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda hak sahibi olmayandan kazanma ihtimali gündeme gelmez. BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 57.

¹⁰⁶⁵ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 57; Thorn, s. 126-127; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 416; Nomer/ Ergüne, s. 88.

üçüncü kişilere karşı ileri sürülememekte ve yalnızca ilan iyi niyeti ortadan kaldırmaktaydı. Erginlerin korunmasına ilişkin yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden bu yana ise, artık ilan gerekli değildir. Fiil ehliyetine ilişkin bir kısıtlama, yalnızca bu durumdan özel olarak etkilenen sözleşme taraflarına bildirilmektedir (Art. 452/II ZGB). Bu hükme göre, iyi niyetli olsalar dahi üçüncü kişilere karşı erginleri koruma kanunu kapsamındaki tedbir ileri sürülebilmektedir. Aynı şekilde devredenin ayırt etme gücüne ilişkin iyi niyet de korunmamaktadır. Nitekim ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi bir şeyi Art. 933 ZGB anlamında üçüncü bir kişiye emanet de edememektedir. İsviçre hukukundaki bu yeni düzenlemelerden farklı olarak Türk hukukunda halen kısıtlama kararının ilan edilmesi gerekliliği devam etmektedir (Bkz. TMK m. 410). Bununla birlikte kısıtlamanın iyi niyetli üçüncü kişileri ilandan önce etkilemeyeceği öngörülmüş ve ayırt etme gücüne sahip olmamanın sonuçlarına ilişkin hükümlerin de saklı olduğu belirtilmiştir.

Malikin tasarruf yetkisine ilişkin bir diğer kısıtlama da miras hukukundan kaynaklanabilir. Art. 491/II ZGB' ye göre, ön mirasçı terekede yer alan şeylerin maliki olur, ancak bunları teslim yükümlülüğü altındadır; yani, bunlar üzerinde sonraki mirasçının haklarını zedeleyecek herhangi bir tasarrufta bulunamaz. Bununla birlikte devralan kişi, ön mirasçının zilyetliğine dayanarak iyi niyetle onun tasarrufta bulunma yetkisine sahip olduğu kanaatine ulaşmışsa kazanımı korunur¹⁰⁶⁶. Yine terekenin idaresi (Art. 554 ZGB), resmi tasfiye (Art. 593 ZGB) ve bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması (Art. 517-518 ZGB) durumunda, mirasçıların tereke üzerinde tasarrufta bulunma yetkileri sınırlıdır. Ancak bir mirasçının buna rağmen zilyetliğindeki bir şey üzerinde tasarrufta bulunması halinde, iyi niyetli kazananın korunması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁶⁷.

Tasarruf kısıtlamalarının mülkiyetin devrinin bozucu veya geciktirici bir şarta bağlı olduğu durumlarda böyle bir şarttan kaynaklanması da mümkündür. Art. 152/III OR (TBK m. 171/III), askı süresi boyunca yapılan tasarrufların, koşulun hükümlerini zedelediği ölçüde geçersiz olduğunu öngörmektedir. Ancak, devralan kişi iyi niyetliyse, yani tasarruf kısıtlamasını bilmiyorsa ve bilmesi gerekmiyorsa, kazanımının korunacağı kabul edilmektedir¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 59; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 140-141; Dural, Mustafa/ Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2017, s. 179; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 414.

¹⁰⁶⁷ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 59.

¹⁰⁶⁸ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 60; Eren, Borçlar Genel, s. 1317.

Aile hukuku kökenli tasarruf yetkisi kısıtlamaları da gündeme gelebilir. Nitekim TMK m. 199' a göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir ve bu durumda gerekli önlemleri alır¹⁰⁶⁹. Bu bağlamda kısıtlamanın konusu bir taşınır olduğu takdirde, hakimin gerekli önlemleri alması ve taşınırı, tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin hakimiyet alanında bırakmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁷⁰. Şayet hakim tarafından gerekli önlemler alınmamış ve iyi niyetli üçüncü kişiler, tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin tasarruf yetkisine güvenerek taşınır üzerinde aynı hak kazanmışlarsa, kazanımlarının korunması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁷¹.

Mal rejimi hükümleri dolayısıyla da tasarruf yetkisinin kısıtlanması söz konusu olabilir. Öyle ki TMK m. 223/I (Art. 201/I ZGB)' de her eşin, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. 2. fıkrada ise, aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden birinin diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu¹⁰⁷² maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamayacağı belirtilmektedir¹⁰⁷³. Bu bağlamda paylı mülkiyete tâbi taşınır eşyadaki payın iyi niyetle kazanılmasının TMK m.988 kapsamına girmediği kabul edilmektedir¹⁰⁷⁴. Zira emin

¹⁰⁶⁹ Buradaki kısıtlamanın hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber hakim görüş bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının bulunduğu yönündedir. Öktem, Seda, "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", TBB Dergisi, S.67, 2006, s. 326; Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, s. 70; Akartepe, Alpaslan, "Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması", EÜHFD C. XIII S. 1-2 (2009), s. 169; Şahinci, Ayşen: "Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması (TMK. Md. 199)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 2, 2010, s. 324; Ürem, Merve, Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Hâkim Kararı ile Sınırlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 35; Şıpka, Şükran, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", MHB, C. 35, S. 1, s. 54; Vardar Hamacıoğlu, s. 365.

¹⁰⁷⁰ Ürem, s. 56 vd.

¹⁰⁷¹ Gümüş, s. 88; Öktem, s. 335; Ürem, s. 57; Badur, Emel, "Eşin Rızası", TBB Dergisi 2013 (109), s. 269. Şahinci, burada emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle kazanıma ilişkin hükümlerin taşınır üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanan eş emin sıfatıyla zilyet olmamasına rağmen uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Şahinci, s. 328.

¹⁰⁷² Buradaki paylı mülkiyet ifadesinden yalnızca eşlerin paylı malik olduğu durumun mu yoksa üçüncü kişilerle birlikte paylı malik olunması durumunun mu anlaşılması gerektiği ile ilgili açıklamalar için bkz. Sarı, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 63 vd.

¹⁰⁷³ Paylı mülkiyete ilişkin düzenlemeler arasında yer alan TMK m. 688/III' te ise, TMK m. 223/II' den farklı olarak paydaşlardan her birinin kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu ve bu bağlamda payını devredilebileceği, rehnedilebileceği ve payının alacaklılar tarafından haczettirilebileceği düzenlenmektedir.

¹⁰⁷⁴ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 60a; Sarı, s. 72; Bulut, Meltem, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu", EÜHFD, C. XX, S. 3-4 (2016), s. 136.

sıfatıyla zilyetten ayni hak kazanımının konusunu taşınır eşyalar oluşturmaktadır. TMK m. 223’ te ise, taşınır eşyadaki paya ilişkin bir sınırlama söz konusudur. Nitekim payın bir başkasına emanet edilmesi de mümkün değildir. Öte yandan eşlerden birinin eşiyle birlikte paylı olarak malik oldukları bir taşınırın tamamı üzerinde onun rızası bulunmaksızın tasarrufta bulunması halinde, iyi niyetle ayni hak kazanan kişinin kazanımının korunacağı yönünde görüş serdedilmektedir¹⁰⁷⁵. Kanaatimizce de söz konusu durumda iyi niyetle ayni hak kazanan kişinin kazanımının korunması gerekmektedir. Zira paylı mal üzerinde tasarrufta bulunan eş burada emin sıfatıyla zilyet konumundadır. Sonuç itibariyle eşlerden birinin diğerinin malları üzerinde eşya hukuku kapsamında tasarrufta bulunma hakkının, paylı mülkiyet durumu saklı olmak üzere birbiriyle evli olmayan kişiler arasındaki hukuki durumdan farklı olmadığı söylenebilir¹⁰⁷⁶.

Bunlar dışında tasarruf yetkisine ilişkin kısıtlamaların icra ve iflas hukukundan kaynaklanması da mümkündür¹⁰⁷⁷. Nitekim İİK m. 86’ da, borçlunun, alacaklının muvafakati ve icra memurunun izni alınmaksızın hacizli taşınır mallar üzerinde tasarrufta bulunamayacağı düzenlenmektedir. Bununla birlikte haczedilmiş olan taşınır mal üzerinde üçüncü kişilerin zilyetlik hükümlerine dayanarak iyi niyetle kazandığı hakların saklı olduğu belirtilmektedir¹⁰⁷⁸.

Askere alınanların kişisel teçhizatı gibi belirli eşyalar söz konusu olduğunda ise, hukuk sistemi- çoğunlukla da kamu yararı nedeniyle – bunlar üzerinde tasarrufta bulunulmasını mutlak biçimde yasaklamış durumdadır. Devir konusunda mutlak yasakların olduğu bu tür durumlarda, devralan kişi iyi niyetli olduğunu ileri süremez¹⁰⁷⁹. Ancak örneğin bir aile fideikomisi söz konusu olduğunda iyi niyete dayanılması mümkündür¹⁰⁸⁰.

Öğretide her ne kadar yukarıda anılan durumlarda iyi niyetli kazanımın gerçekleşeceği yönünde bir kabul söz konusu ise de tasarruf yetkisi kısıtlanan veya kaldırılan kişinin emin sıfatıyla zilyet niteliğini haiz olup olmadığı ve dolayısıyla bu tür durumlarda emin sıfatıyla zilyetten ayni hak kazanımının mevcut olup olmadığı hususuna tereddütle yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira emin sıfatıyla zilyet dendiğinde esas olarak tasarrufa yetkili hak

¹⁰⁷⁵ Sarı, s. 73; Bulut, s. 136.

¹⁰⁷⁶ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 60b.

¹⁰⁷⁷ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 61 Gürsoy/Eren/Cansel, s. 141.

¹⁰⁷⁸ Vardar Hamamcıoğlu, s. 359.

¹⁰⁷⁹ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 63; Homberger, Art. 33 N. 28; Vardar Hamamcıoğlu, s. 355.

¹⁰⁸⁰ BernKomm-Stark Art. 933 ZGB N. 63.

sahibi tarafından malın iradi olarak teslim edildiği kişi anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda ele alınan olasılıklarda her durumda malın tasarruf yetkisi sınırlandırılan veya kaldırılan bir kişiye iradi olarak bırakılması gibi bir durum söz konusu değildir. Söz gelimi ön mirasçılık durumunda ön mirasçı mirasın geçişi sonucu malı elde ettiğinden emin sıfatıyla zilyet sayılıp sayılamayacağı hususunun sorgulanması gerekmektedir. Sözü edilen durumlarda malın iradi olarak emin sıfatıyla zilyet niteliğini haiz bir kişiye bırakılmasından söz edilemeyecek olursa, bu, aynı zamanda isnat edilebilecek bir hukuki görünüşün bulunmaması anlamına da gelmektedir. Öyle ki emin sıfatıyla zilyetten hak kazanımının söz konusu olduğu durumlarda ilk baştaki hak sahibinin hakkını kaybetmesinin nedeni, esas olarak malı emin sıfatıyla zilyede teslim ederek üçüncü kişiler nezdinde hukuki bir görünüş yaratmış olmasıdır. Dolayısıyla malı iyi niyetli üçüncü kişiye devreden emin sıfatıyla zilyet kılan bir kişi bulunmadığı takdirde bir hukuki görünüşün yaratılmasından ve bunun isnat edilmesinden söz edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

ii. *İyi Niyet Açısından Gösterilmesi Gereken Özenin Ölçüsü*

Pek çok hukuk sisteminde kazananın, devreden mülkiyet hakkına veya tasarruf yetkisine sahip olmadığını bildiği hallerde iyi niyetli olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁸¹. Yine çoğu hukuk sistemi kazananın dikkatsiz bir şekilde bir kanaate ulaştığı durumlarda iyi niyete dayanılmasına izin vermemektedir. İsviçre hukukunda kanun koyucunun taşınır hukuku alanında iyi niyet korumasına dayanılmasını özel kriterlere bağlamaktan ve özellikle de belirli soyut bir özen derecesi tayin etmekten kaçınmış olduğu görülmektedir¹⁰⁸². Bu nedenle iyi niyetin korunmasına ilişkin şartlar genel kurallara göre belirlenmektedir. Bu bağlamda iyi niyet, objektif hukuki eksikliğin varlığına rağmen bunun hukuka aykırılığının bilinmemesidir. Buna göre, kazanan, devreden söz konusu aynı hakkı devretme hakkına sahip olduğuna ilişkin haklı bir kanaate sahipse iyi niyetli kabul edilmektedir¹⁰⁸³. Buna karşı kazanan, devreden tasarruf yetkisine ilişkin eksikliği biliyor veya somut durumun şartlarına göre

¹⁰⁸¹ Thorn, s. 131.

¹⁰⁸² Pfister, s. 204.

¹⁰⁸³ BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 44.

gereken özeni göstermesi halinde bilmesi gerekiyorsa kötünietli sayılmaktadır¹⁰⁸⁴. Öte yandan kazanan, gerekli özeni göstermesine rağmen devredenin tasarruf yetkisine ilişkin olarak yanlış ancak kabul edilebilir bir kanaate ulaşmışsa, bu takdirde yine iyi niyetli sayılacağı belirtilmektedir¹⁰⁸⁵. Burada önemli olan kazananın güveninin haklı olup olmadığı diğer bir deyişle yanılmasının mazur görülebilir olup olmadığıdır¹⁰⁸⁶. Bununla birlikte iyi niyet içsel bir sürece ilişkin olduğundan gerçek durum objektif olarak tespit edilemez. Hakim burada yalnızca somut şartları temel alarak kazananın iyi niyeti hakkında bir hüküm verir. Bu değerlendirme objektifleştirilmiş bir ihmal kavramına dayanmaktadır¹⁰⁸⁷. Buna göre, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m. 3/II kapsamında somut şartlara göre ne ölçüde bir özenin gerektiği sorusu ortaya çıkmakta ve mevcut şartlarda dürüst bir kişinin gösterecek olduğu ortalama özen esas alınarak objektif bir değerlendirme yapılmaktadır¹⁰⁸⁸. İhmale dayalı bir yanılmadan söz edilen hallerde ise, objektifleştirilmiş bir ihmal kavramının gündeme geleceği ve ihmalin ayırt etme gücüne sahip olmayı şart koştuğu belirtilmektedir¹⁰⁸⁹. Bunun yanında kazanımın türüne ve ilgili işlem dalına bağlı olarak gösterilmesi gereken özen konusunda farklı değerlendirmeler de söz konusu olabilmektedir¹⁰⁹⁰. Devredenin tasarruf yetkisi olmadığına dair somut bir şüphe olması veya koşullar nedeniyle şüphelenmek için bir neden olması dışında, genel bir araştırma yükümlülüğü ise söz konusu değildir¹⁰⁹¹. Gerçekten de normal şartlar altında alıcı şeyin menşei hakkında bilgi almak zorunda değildir. Ancak başta lüks sınıf ikinci el otomobiller dahil olmak üzere ikinci el eşyaların ticaretinin söz konusu olduğu

¹⁰⁸⁴ Homberger, Art. 933 N. 29; Berger, AT N. 502; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 413. İyi niyet ve kötü niyet kavramları birbirinin tamamlayıcısı olup bu ikisinin arasında bir durum söz konusu değildir. BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 48.

¹⁰⁸⁵ BGE 94 II 297, 312 (Thorn, s. 132, dn.66). Aynı yönde bkz. SPR- Hinderling, s. 479. Devralanın, devredenin selefinin hak sahibi olmadığını bilmesi, devredenin hukuki pozisyonu konusunda iyi niyetli olmasını engellemez. Zira devredenin, eşyayı Art. 933 ZGB’ ye dayalı olarak veya kazandırıcı zamanaşımı yoluyla geçerli bir şekilde edindiği düşünülebilir. Bununla birlikte, bu tür bir bilgi, koşullara göre, devralana, göz ardı etmesi halinde kötü niyetli sayılmasına neden olacak bir araştırma yükümlülüğü yükleyebilir. Homberger, Art. 933 ZGB N. 32; BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 56.

¹⁰⁸⁶ Thorn, s. 132.

¹⁰⁸⁷ BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 47; SPR- Hinderling, s. 479. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu konuya ilişkin kararı için bkz. BGE 79 II 59, 62.

¹⁰⁸⁸ Homberger Art. 933 ZGB N. 29; BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 47.

¹⁰⁸⁹ Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi söz konusu olduğunda iyi niyetli kazanım zaten gerçekleşmeyecektir. Zira iyi niyetli kazanımın dayanağını oluşturan sebebe bağlı işlem ayırt etme gücünün yokluğu dolayısıyla geçersiz olacaktır. BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 47.

¹⁰⁹⁰ BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 49 a; Thorn, s. 133.

¹⁰⁹¹ BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 50; Homberger, Art. 933 N. 30; SPR- Hinderling, s. 479; Wiegand, s. 828. Aynı yönde bkz. Thorn, s. 141.

durumlarda daha sıkı bir özen gösterilmesi beklenmektedir¹⁰⁹². Sanat eseri ve antika ticareti açısından da aynı durum geçerlidir¹⁰⁹³. Yine özel koşullara dayalı olarak anlaşılabilir görünmeksizin dikkat çekici derecede düşük bir fiyat talep ediliyorsa veya satıcının söz konusu türde veya teklif edilen miktarda mal ticareti yaptığı veya bu tür mallara sahip olduğu dikkat çekiyorsa veya satıcının hak sahipliği konusunda başka koşullardan kaynaklanan şüpheler varsa, kazanan salt zilyetliğin meşruiyetine (*Legitimationskraft*) güvenemez; bunun yerine hak sahipliğinin doğruluğunu araştırmalıdır¹⁰⁹⁴. Ancak kazananın şüphelerini gidermeye uygun bilgiler alması halinde, buna güvenebileceği ve hak sahipliğinin kanıtlanmasını talep etmek zorunda olmadığı kabul belirtilmektedir¹⁰⁹⁵. Bu bağlamda eğer araştırma tasarruf hakkının bulunmadığının ortaya çıkmasına yol açacaksa, araştırmanın yapılmamasının önem taşıyacağı söylenebilir¹⁰⁹⁶. Devreden hak sahipliğine ilişkin şüpheler, söz konusu şeyin durumundan da kaynaklanabilir. Örneğin, üçüncü bir kişiye ait olduğunu gösteren bir damga taşıyan bir kitabı satın alan bir kişinin yaptığı araştırmalar şüphelerini gidermemişse, bu kişi iyi niyete dayanamaz¹⁰⁹⁷. Kazananın iyi niyetine ilişkin şüphe kazanmadan sonraki davranışlarından da kaynaklanabilir. Örneğin, istihkak davasında kazanma nedeni hakkında bilgi vermek istememesi veya kazanımı güvence altına almak için devralmadan sonra borsada menkul kıymetleri satıp ve geri alması gibi¹⁰⁹⁸. Öte yandan devreden kişi hak sahibi olduğu konusunda kendisi de hataya düşmüşse, kazanan kişinin iyi niyetli kabul edilme olasılığı yüksektir¹⁰⁹⁹.

Bilgi sahibi olunduğuna dair çürütülemez ya da çürütülebilir bir karine ile donatılmamış olan mülkiyeti saklı tutma, hayvan sicili gibi sicillerdeki kayıtlar, devralanın iyi niyetini kendi

¹⁰⁹² BGE 139 III 305 ff, 308 f E. 3.2.2 (BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 50). Thorn, pek çok hukuk sisteminde ikinci el otomobiller söz konusu olduğunda devralanın araca ilişkin evrakları/ruhsatı (*Wagenpapiere*) inceleme yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmektedir. Thorn, s. 143.

¹⁰⁹³ Burada dolaşım menfaatinin karşısında, malikin salt finansal olanın ötesine geçen ve bu nedenle daha fazla koruma gerektiren ve bu korumayı hak eden menfaatleri yer almaktadır. Wiegand, s. 830.

¹⁰⁹⁴ SPR- Hinderling, s. 479; Thorn, s. 141 vd. Aynı yönde bkz. Homberger Art. 933 ZGB N. 30. Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 51.

¹⁰⁹⁵ BGE 38 II 187, 190 vd. (BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 51). Aynı yönde bkz. Thorn, s. 141.

¹⁰⁹⁶ Alman hukukunda İsviçre hukukundakinden farklı olarak bu şekilde varsayımsal nedenselliğin incelenmesi çoğunluk tarafından reddedilmektedir. Thorn, s. 141. Bununla birlikte kiralanen dairede bulunan ev eşyalarını ve diğer taşınır malları kiracıdan satın alan bir kişi, normalde ev sahibine ödenmemiş kira olup olmadığını ve bu nedenle OR 268 vd. uyarınca satın alınacak eşyalar üzerinde hapis hakkına sahip olup olmadığını sormak zorunda değildir. Böyle bir araştırma yükümlülüğü ancak ev sahibinin hapis hakkına sahip olduğu kabul edilebiliyorsa mevcuttur. BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 51.

¹⁰⁹⁷ BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 51; SPR- Hinderling, s. 480.

¹⁰⁹⁸ BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 52.

¹⁰⁹⁹ BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 52 b.

başlarına yok etmez¹¹⁰⁰. Bununla birlikte sicilin incelenmesi gerektiğini düşündüren belirli şüphe gerekçeleri varsa durum farklı olabilir¹¹⁰¹. Benzer şekilde trafik sicili de aleni değildir ve üçüncü kişilerin iyi niyetini kendiliğinden ortadan kaldırmamaktadır. Öte yandan trafik siciline kayıtlı bir motorlu araç üzerinde aynı hak kazanacak kişi motorlu taşıt tescil belgesini incelemeyen işlem yaptığı takdirde, gerekli özeni göstermemiş olduğu gerekçesiyle, bu kişinin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı kabul edilmektedir¹¹⁰².

Alman hukukunda ise, BGB § 932/ II uyarınca, kazanan, şeyin devredene ait olmadığını¹¹⁰³ bildiği veya ağır ihmali nedeniyle bilmediği takdirde¹¹⁰⁴, kötü niyetli sayılmaktadır¹¹⁰⁵. Burada devreden hak sahibi olmadığının bilinmesinin yanı sıra ağır ihmale dayalı bilmeme de kötü niyetli sayılmaya neden olmaktadır¹¹⁰⁶. Bu nedenle BGB § 932'ye göre iyi niyet, *"devreden mülkiyetine ilişkin ağır ihmali içermeyen inanç"* olarak tanımlanmaktadır¹¹⁰⁷. Yargı kararlarında da "mevcut koşullara göre gerekli özenin alışılmadık ölçüde ihlal edildiği ve ilgili olayda herkes için açık olması gereken hususların göz ardı edildiği eylemler" in söz konusu olması halinde ağır ihmali varlığı kabul edilmektedir¹¹⁰⁸. Bu, bir yandan kazananın ağır ihmali suçlamasından kaçınmak için belirli bir derecede özen göstermesi gerektiği

¹¹⁰⁰ Homberger Art. 933 ZGB N. 31; SPR- Hinderling, s. 480; BernKomm – Stark Art. 933 ZGB N. 53; Nomer/Ergüne, s. 89; Ergüne, Taşınır Mülkiyeti, N. 573, 591.

¹¹⁰¹ Homberger Art. 933 ZGB N. 31; SPR- Hinderling, s. 480.

¹¹⁰² Nomer/Ergüne, s. 89; Ergüne, Taşınır Mülkiyeti, N. 488 vd.

¹¹⁰³ Devreden kişi devir sırasında malın sahibiye, ancak mülkiyeti devraldığı kişi hile dolayısıyla kendisine yapılan devrin iptali yoluna giderse, iptal aynı sözleşmeyi de ortadan kaldırdığından, mülkiyeti geçmişe etkili olarak kaybeder. Dolayısıyla kazanan söz konusu durumda şeyi hak sahibi olmayan kişiden devralmış olmaktadır. Buna bağlı olarak da şeyi iyi niyetle kazanıp kazanmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Kazanan, kazanım sırasında kötü niyetli sayılamaz. Zira devreden, henüz iptalin söz konusu olmadığı sırada malın malikidir. Bu durumda iyi niyetin varlığı, kazananın üçüncü kişi ile devreden arasında yapılan anlaşmanın iptal edilebilirliğini bilip bilmediğine veya bilmemesinin ağır ihmalden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bağlı olmalıdır. Bu sonuç, işlemin geçersiz olduğunu bilen ya da bilmesi gereken kişinin iptal halinde, işlemin geçersiz olduğunu biliyormuş ya da bilmesi gerekiyormuş gibi muamele göreceğini düzenleyen § 142 BGB hükmü ile de uyumludur. Tiedtke, s. 39-40.

¹¹⁰⁴ E. Wolf, ağır ihmali ile hafif ihmali arasındaki ayrımın mantıken mümkün olmadığını düşünmekte ve BGB § 932'deki düzenlemeye hafif ihmali de dahil etmektedir. E. Wolf, Sachenrecht, s. 233 vd. (Zhang, s. 139'dan naklen). Ancak hakim görüş bunun aksi yöndedir. MüKoBGB/Oechsler BGB § 932, N. 41.

¹¹⁰⁵ Taşınmazların iyi niyetle kazanımına ilişkin BGB § 892' ye göre ise, ağır ihmali BGB § 892 ve 893 hükümlerinin uygulanmasına engel olmamaktadır. Kanun koyucu tarafından bu farklı muamelenin nedeni olarak, taşınır mallar söz konusu olduğunda, hukuki görünüşün temeli olan zilyetliğin, hakkın varlığına ilişkin çok daha az kesin bir sonuca varılmasına izin vermesi ve bu nedenle hukuki ilişkinin tanınabilir hale getirilmesi için tapu sicilindeki kayıttan daha az güvenilir bir araç olması gösterilmiştir. Zhang, s. 139, 140.

¹¹⁰⁶ Thorn, s. 133; Wilhelm, N. 918; Pfister, s. 204.

¹¹⁰⁷ Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 69 II 1, s. 253 (Zhang, s. 139'dan naklen).

¹¹⁰⁸ BGH 13.04.1994, NJW 1994, 222; BGH 10.05.1994, NJW 1994, 2093 (Thorn, s. 134, dn. 75).

anlamına gelirken, diğer yandan devredenin mülkiyetine karşı şüphe duymak için somut gerekçelerin bulunmaması halinde kazananın hiçbir şekilde inceleme ve araştırma yükümlülüğü olmadığı anlamına gelmektedir¹¹⁰⁹. Bu bağlamda çoğu zaman malikin doğrudan zilyet olmaması ve doğrudan zilyedin de malik olmaması sonucunu doğuran mülkiyeti muhafaza kaydı veya teminat amaçlı devir hallerinde, böyle bir genel araştırma yükümlülüğünün halihazırda kazanana yüklenip yüklenemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır¹¹¹⁰. Buna ilişkin olarak günümüz ekonomik yaşamında zilyetliğe ilişkin hukuki görünüşün daha zayıf hale geldiğinin yadsınamayacağı, bununla birlikte ikinci el araçlar hariç olmak üzere¹¹¹¹ zilyetliğe ilişkin hukuki görünüşe güvenilmemesini gerektiren ve ekstra araştırma gerektiren bir durumun da söz konusu olmadığı belirtilmektedir¹¹¹². Bu nedenle hakim görüş tarafından kazananın genel bir araştırma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir¹¹¹³. Kazananın ağır ihmal ile hareket edip etmediği ise, her zaman ilgili devir işleminin somut koşullarına göre belirlenmektedir¹¹¹⁴. Bu bağlamda somut koşullar açıkça devredenin mülkiyetinin aleyhinde ise ve devralan buna rağmen gerçeğe gözlerini kapatmışsa,

¹¹⁰⁹ Kazanana "katı bir özen yükümlülüğü" yüklenmesi kanun koyucu tarafından reddedilmiştir. Çünkü bu, zilyetliğin hukuki görünüş etkisi ile uyumlu değildir. Ayrıca kanun koyucunun kazananın esas olarak korunmaya değer kabul edilmesiyle de çelişmektedir. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 9; Zhang, s. 140.

¹¹¹⁰ Zhang, s. 140.

¹¹¹¹ İkinci el motorlu taşıtlar açısından zilyetlik dışında motorlu taşıt tescil/sahiplik belgesinin de önem taşıdığı kabul edilmektedir. Zira motorlu araç tescil belgesi sadece motorlu aracın zilyetliğine ilişkin olarak değil, aynı zamanda mülkiyetine ilişkin olarak da gerekli hukuki görünüşü oluşturmaktadır. Bu nedenle uygulama neredeyse her zaman motorlu taşıt belgesini ibraz etmesizin devredenin mülkiyet iddiasına güvenmişse veya motorlu taşıt belgesi usulüne uygun değilse, kazananın kötü niyetli olduğunu varsaymaktadır. Zhang, s. 141-142. Aynı yönde bkz. Tiedtke, s. 38.

¹¹¹² Zhang, s. 141.

¹¹¹³ MüKoBGB/Oechsler BGB § 932, N. 41; 715; Tiedtke, s. 38; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 9; Zhang, s. 141, dn. 604'te anılan yazarlar. Bununla birlikte Staudinger/Wiegand, teminat amaçlı devir açısından farklı görüştedir. Staudinger/Wiegand, § 932 N. 81. Yargı kararlarında ise bu konuda net bir tutumun olmadığı görülmektedir. Öyle ki teminat amaçlı devir açısından araştırma yükümlülüğü reddedilmekteyken (BGH NJW 1991, s. 159), uzatılmış ve genişletilmiş mülkiyeti muhafaza kaydıyla devirde araştırma yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir (BGH NJW 1991, s. 344) (Zhang, s. 141, dn. 604).

Araştırma yükümlülüğünü tetikleyebilecek özel durumlar için ise özel kişiler arasında bir araç satın alınması durumunda araç tescil belgesinin bulunmaması (Wieling/Finkenauer, § 10 N. 10); bir işletme dışında sunulan yeni ürünler için özellikle uygun bir fiyat; genellikle (sektörde alışlagelmiş) mülkiyeti saklı tutularak edinilen yeni ürünlerin özel bir kişi tarafından satılması örnekleri verilmektedir. Brehm/Berger, s. 445. Thorn, yüksek değerli yatırım veya tüketim malları ister bir tacirden ister özel bir kişiden (*privater hand*) olağan finansman sürecinde edinilirken daima mülkiyeti saklı tutma kaydının göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Thorn, s. 144.

¹¹¹⁴ Zhang, s. 141. Bir dükkandan kitap satın alan bir kişi, sokaktaki bir yabancından değerli bir mücevher satın alan bir kişiden daha az özen göstermek zorunda kalacaktır. Yine kural olarak bir tacirden sıradan bir kişiden daha fazla özen göstermesi beklenebilecektir. Satıcının mülkiyetine ilişkin şüpheler satışın gerçekleştiği koşullardan da kaynaklanabilir: satışın yeri ve zamanı, satıcının şahsı, nakit ödeme, piyasa değerinin altında satın alma gibi. Wieling/Finkenauer, § 10 N. 10.

devralanın korunmayacağı ifade edilmektedir¹¹¹⁵. Hafif ihmalin ise iyi niyeti ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte hafif ihmal ile ağır ihmal arasındaki sınırı çizmenin oldukça zor olduğuna da ayrıca vurgu yapılmaktadır¹¹¹⁶.

iii. *İyiniyet Açısından Önem Taşıyan An*

Türk-İsviçre hukukunda aynı hakkın kazanıldığı anda iyi niyetli olunması aranmaktadır¹¹¹⁷. Bu, tasarruf işleminin yapıldığı ana karşılık gelmekte ve kural olarak zilyetliğin kazanıldığı an ile örtüşmektedir¹¹¹⁸. Bununla birlikte fiilen teslimin gerçekleşmediği hallerde kazanım için önem arz eden anın belirlenmesinde birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır. Burada ya kazanan zaten şeyin zilyedi konumundadır ya da devreden devre rağmen şeyin zilyedi olarak kalmaya devam etmektedir. Üçüncü bir kişinin eşyanın zilyedi olduğu durum için de aynısı geçerlidir. İsviçre hukukuna göre devralan halihazırda feri zilyet olarak şeyin zilyedi ise, yani kısa elden teslim söz konusu ise, iyi niyet açısından önemli olan an feri zilyetliğin asli zilyetliğe dönüştüğü andır¹¹¹⁹. Hükmen teslim durumunda ise hakim görüşe göre, hükmen teslim ilişkisinin kararlaştırıldığı an belirleyicidir¹¹²⁰. Zilyetliğin havalesi durumunda iyi niyet açısından önem taşıyan an ise, talimatın dolaysız zilyede ulaştığı andır¹¹²¹. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış gibi - geciktirici koşula bağlı olduğu yönündeki görüş kabul edildiği takdirde- geciktirici koşula bağlı devir durumları açısından ise, hakim görüş, koşulun gerçekleştiği anı esas almaktadır¹¹²². Tüzel kişiler ve kişi toplulukları söz konusu olduğunda, kazanım sırasında kötü niyetli olan organlar veya ortakların yerini daha sonra iyi niyetli

¹¹¹⁵ Zhang, s. 141.

¹¹¹⁶ Wieling/Finkenauer, § 10 N. 8.

¹¹¹⁷ Homberger, Art. 933 ZGB, N. 34; SPR- Hinderling, s. 488; Berger, AT N. 502; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 143; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 108; Sirmen, s. 93; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 413.

¹¹¹⁸ Nomer/Ergüne, s. 82.

¹¹¹⁹ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art 933 ZGB N.79; Thorn, s. 146. Aynı yönde bkz. SPR- Hinderling, s. 488.

¹¹²⁰ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art 933 ZGB N.84; Homberger Art. 933 ZGB N. 20.

¹¹²¹ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art 933 ZGB N.87.

¹¹²² BernKomm- Jaggi Art. 3 ZGB N. 131; SPR-Hinderling, s. 488; BernKomm- Stark/Lindenmann, Art 933 ZGB N.79; Homberger Art.933 ZGB N. 34; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 143. Alman hukukundaki aksi yöndeki görüş için bkz. Soergel/Henssler, BGB 932 N. 37; MünchKomm/Oechsler, BGB 932 N. 37.

olanların alması ihtimal dahilindedir. Bununla birlikte, bu tür durumlarda kazanım daha sonraki iyi niyetli organ veya ortakların varlığına rağmen korunmamaktadır¹¹²³.

Alman hukukunda devralan kişi son kazanım fiilinin gerçekleştirildiği veya kazanım olgularının tamamlandığı anda iyi niyetli olmalıdır¹¹²⁴. Bu an duruma göre ya şeyin teslimi ya da aynı anlaşma anına karşılık gelmektedir¹¹²⁵. Normalde zamansal olarak teslim aynı anlaşmayı takip ettiğinden teslim anı belirleyicidir¹¹²⁶. Buna karşı teslim zamansal olarak aynı anlaşmadan önce geliyorsa, iyi niyet açısından anlaşma anı önem taşımaktadır. Bu durum bazı noktalarda İsviçre hukukundan önemli ölçüde farklılaşan sonuçlara yol açmaktadır. Örneğin geciktirici koşula bağlı devir durumunda hangi kazanım işleminin en son gerçekleştiğine bağlı olarak ya aynı sözleşme ya da teslim anı iyi niyet açısından belirleyicidir yoksa koşulun gerçekleşme anı değil¹¹²⁷. Bu özellikle mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan satışlar bakımından önemlidir¹¹²⁸. Bu bağlamda alıcının, kazanım olgularının tamamlanmasından sonra (§ 929 BGB’ de yer alan aynı sözleşme ve teslim durumunda) fakat satın alma bedelinin son taksidinin ödenmesinden önce devreden malik olmadığını öğrenmesi halinde iyi niyetli kazanım engellenmemektedir. Hükmen teslim durumlarında ise, § 933 BGB’ de iyi niyet korumasının ancak şeyin kazanana teslimiyle gerçekleşeceği kabul edildiğinden kazananın iyi niyeti açısından önemli olan teslim anıdır¹¹²⁹.

İyi niyetin değerlendirilmesinde sonradan öğrenilen gerçekler dikkate alınmamaktadır. Değerlendirmeye esas olan kazanım sırasında bilinen gerçeklerdir¹¹³⁰. Buna bağlı olarak da sonradan kötüniyetli hale gelmesi ise kazanımı etkilememektedir (mala fides superveniens non nocet)¹¹³¹.

¹¹²³ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art 933 ZGB N.79.

¹¹²⁴ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 28; Westermann/Gursky/Eickmann § 46 4, N. 20; Brehm/Berger, s. 445; Wilhelm, N. 936; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 13.

¹¹²⁵ Thorn, s. 147; Tiedtke, s. 38.

¹¹²⁶ Wieling/Finkenauer, § 10 N. 13.

¹¹²⁷ Tiedtke, s. 38; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 13; Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 28.

¹¹²⁸ Brehm/Berger, s. 445; Wilhelm, N. 936.

¹¹²⁹ Thorn, s. 147.

¹¹³⁰ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art 933 ZGB N.54a, 79, Wieling/Finkenauer, § 10 N. 13.

¹¹³¹ Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, BGB § 932, N. 16; BernKomm- Stark/Lindenmann, Art 933 ZGB N. 79; Homberger, Art. 933 ZGB, N. 34; SPR- Hinderling, s. 488; Berger, AT N. 502; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 143; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 108; Sirmen, s. 93.

iv. *İyi Niyetli Olması Önem Taşıyan Kişi*

Kazanımın temsilci aracılığıyla gerçekleştiği veya kazanan tarafın birden çok kişiden oluştuğu durumlarda iyi niyetli olması gereken kişinin kim olduğu sorusu önem kazanmaktadır.

aa. *Kazanımın Temsilci Aracılığıyla Gerçekleşmesi*

Devralan kendisi için değil de bir başkası ad ve hesabına veya kendi adına fakat başkası hesabına hareket ediyorsa, iyi niyetin kim açısından aranması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Kazanımın temsilci aracılığıyla gerçekleştiği durumlarda İsviçre-Türk hukukunda doğrudan temsil söz konusu olduğunda hem temsilcinin hem de temsil olunanın iyi niyetli olmasını aramaktadır¹¹³². Bu iki kişiden yalnızca biri dahi devreden tasarruf yetkisinin olmadığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa kazanım korunmaz. Yasal temsil durumunda da doğrudan temsil durumundaki kuralların aynısı geçerlidir¹¹³³. Ancak temsil olunanın iyi niyeti yalnızca ayırt etme gücüne sahip olması durumunda söz konusu olmaktadır¹¹³⁴. Dolaylı temsil durumunda ise bundan farklı olarak temsilcinin iyi niyeti yeterli görülmektedir¹¹³⁵.

Alman hukukundaki hakim görüşe göre ise, önemli olan temsilcinin iyi niyetli olup olmadığıdır¹¹³⁶. Yalnızca temsilcinin temsil olunanın somut talimatları doğrultusunda, takdir yetkisine sahip olmaksızın hareket ettiği durumlarda hem temsilcinin hem de temsil olunanın iyi niyetli olması beklenmektedir¹¹³⁷. Bu sonuca ise, BGB § 166/ I¹¹³⁸ hükmü aracılığıyla varılmaktadır¹¹³⁹.

¹¹³² BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 75; Homberger, Art. 933 ZGB, N. 35; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 142; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 415.

¹¹³³ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 32; BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 77; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 142; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 415.

¹¹³⁴ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 77; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 142.

¹¹³⁵ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 76. Gürsoy/Eren/Cansel, bu durumda malik durumunda olan temsilcinin sahip olduğu hakkı temsil olunana kazandırabileceğini yani temsil olunanın kötü niyetinin kazanıma engel olmadığını belirtmektedir. Ancak bu çözüm aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinden korunmayacağını eklemektedir. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 142.

¹¹³⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 32; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 11.

¹¹³⁷ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 32; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 11.

¹¹³⁸ "Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht."

Kolektif temsil durumunda ise gerek İsviçre gerek Alman hukukunda yalnızca bir temsilcinin kötü niyetli olması dahi iyi niyet korunmasından yararlanmayı engellemektedir¹¹⁴⁰. Alt temsil durumu açısından da aynısı geçerlidir¹¹⁴¹.

bb. Tüzel Kişilerin Durumu

Tüzel kişiler söz konusu olduğunda kazanımla ilişkili organ dikkate alınmaktadır¹¹⁴². Burada birlikte hareket eden organlar (*Kollektivorgan*) söz konusu ise, birlikte temsil durumlarında olduğu gibi burada da birinin kötü niyeti iyi niyetli sayılmaya engel olacaktır¹¹⁴³.

cc. Kazanan Tarafın Birden Çok Kişiden Oluşması

Kazanan tarafta birden çok kişinin yer alması durumunda çoğunlukla kazanımın elbirliği halinde mi yoksa paylı olarak mı gerçekleştiğine bakılarak değerlendirme yapılmaktadır¹¹⁴⁴. Elbirliği ile kazanım halinde ortaklardan birinin kötü niyeti bir bütün olarak iyi niyetli kazanıma engel olmaktadır¹¹⁴⁵.

Paylı mülkiyet şeklinde bir kazanımın söz konusu olduğu hallerde ise, her bir paydaş açısından ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla paydaşlardan birinin kötü niyeti diğerlerini kötü niyetli hale getirmemektedir¹¹⁴⁶. Bu bağlamda eğer bir şey, biri iyi niyetli diğeri kötü niyetli iki kişi tarafından müşterek mülkiyet şeklinde edinilirse, iyi niyetli kazanan ile önceki malik arasında müşterek mülkiyet doğar¹¹⁴⁷.

¹¹³⁹ Thorn, s. 148; Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 32. Aynı yönde bkz. Tiedtke, s. 38.

¹¹⁴⁰ BernKomm-Hofer Art. 3 ZGB N. 138; BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 75; Homberger, Art. 933 ZGB, N. 35; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 142; Tiedtke, s. 38.

¹¹⁴¹ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 75.

¹¹⁴² BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 78; Homberger, Art. 933 ZGB, N. 36; BernKomm- Jäggi, Art. 3 ZGB N. 141; SPR- Hinderling, s. 486.

¹¹⁴³ İsviçre hukuku: Homberger Art. 933 ZGB, N. 36. Alman hukuku: Westermann, s. 228 (Thorn, s. 149). Bunun istisnası kötü niyetli kişinin söz konusu eyleme hiç dahil olmamış olmasıdır. Homberger Art. 933 ZGB, N. 36.

¹¹⁴⁴ Thorn, s. 149.

¹¹⁴⁵ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 78a; Homberger Art. 933 ZGB N. 37; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 143.

¹¹⁴⁶ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 78; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 143; Staudinger-Wiegand BGB § 932 N. 99-100.

¹¹⁴⁷ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 78b; Rusch, s. 242.

v. *İspat Yüğü*

İsviçre-Türk hukukunda TMK m. 3 (Art. 3 ZGB)' te iyi niyet karinesi mevcut olduğundan ispat yükü ters çevrilmiş durumdadır¹¹⁴⁸. Buna bağılı olarak da hak sahibi olmayandan iyi niyetli kazanım durumunda mülkiyet hakkına sahip olduğunu iddia eden kişinin kazananın kötüniyetli olduğunu ispat etmesi gerekmektedir¹¹⁴⁹. Bununla birlikte mülkiyet iddiasında bulunan kişinin, kazananın kötü niyetine ilişkin çıkarım yapmaya izin veren dış koşulları ortaya koymak gibi yollarla iyi niyete ilişkin karineyi çürütmesi mümkündür¹¹⁵⁰. Malikin söz konusu hususları ispatlamasının ardından kazanan, iyi niyetli olduğunu gösteren olguları kanıtlamalıdır¹¹⁵¹. Öte yandan iyi niyet karinesinin işlerlik kazanması, karineye dayanan kişinin hatalı hak çıkarımında bulunduğu zilyetliği de kanıtlamasını gerektirir¹¹⁵².

Alman hukukunda da devralanın iyi niyetli olduğu yönünde bir karine mevcut olup taşınırını başkasına emanet eden malikin devralanın kötü niyetini ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁵³. İspat yükünün bu şekilde tersine çevrilmesinin, iyi niyetin kazanım için bir koşul olarak aranmaması, aksine kötü niyetin kazanım için bir engel olarak tanımlanmasıyla sağlandığı ifade edilmektedir (Bkz. § 932 I 1 BGB). Böylece devralan iyi niyetini kanıtlamak zorunda olmayıp bunun yerine iyi niyetine itiraz eden herkes onun kötü niyetini kanıtlamak zorundadır¹¹⁵⁴.

¹¹⁴⁸ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 80; Homberger Art. 933 ZGB N. 38; SPR- Hinderling, s. 479; Wiegand, s. 828; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 143.

¹¹⁴⁹ Tiedtke, s. 37. Bu nedenle, kazanım için bir koşul olarak iyi niyet yerine, kazananın kötü niyetinden iyi niyetli kazanımın bir istisnası olarak bahsetmenin daha alışıldık olacağı belirtilmektedir. MünchKomm/Quack, § 932 N.20; Wilhelm, N. 920; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 14; Zhang, s. 138, dn. 586'da anılan diğer yazarlar.

¹¹⁵⁰ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 80; Thorn, s. 150.

¹¹⁵¹ BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 80.

¹¹⁵² BernKomm-Jaggi Art. 3 ZGB N. 92; BernKomm- Stark/Lindenmann, Art. 933 ZGB N. 80.

¹¹⁵³ Westermann/Gursky/Eickmann § 46 5, N. 20; Zhang, s. 138; Wieling/Finkenauer, § 10 N. 14; Wieling, s. 383.

¹¹⁵⁴ Wieling, s. 383.

b. Güven Olgusunun Bilinmesi

Hukuki görünüŖe güvenin korunması konusunda güvenen kiŖi açısından tek sübjektif Ŗart iyi niyet deėildir¹¹⁵⁵. Öyle ki güven olgusunun bilinmesi, iyi niyet Ŗartı ile karıştırılmaması gereken ayrı bir Ŗarttır¹¹⁵⁶. Zira olumsuz bir Ŗekilde formüle edilmiş olan iyi niyet Ŗartı, yalnızca gerçek hukuki durumun bilinmemesi veya bilinmesinin gerekmemesi ile ilgilidir ve güven olgusu ile ilgili bir ilişkiyi gerekli kılmamaktadır¹¹⁵⁷. Öte yandan güven olgusunun bilinmesi, iyi niyetli devralanın hukuki görünüşü, yani zilyetliği bilmesini ifade etmektedir¹¹⁵⁸. Gerçekten de zilyetlik durumunu bilmeyen, bundan haberdar dahi olmayan bir kişinin buna ilişkin güveninden söz edilmesi mümkün deėildir¹¹⁵⁹. Devralanın, devredenin zilyet olduğu görünüşünü esas alarak ve bunu bilerek hareket etmesi ayrı mesele, bunun gerçek durumu yansıtıp yansıtmadığını bilmesi ise ayrı meseledir. İlki hukuki görüşün veya güven olgusunun bilinmesi ile ilişkili iken, ikincisi iyi niyetli olup olmamayla ilişkilidir. Nitekim hukuk düzeninin mülkiyet hakkına müdahalesi için güven olgusu ile ilişkili olma gereklidir. Güven olgusu ile güven arasında bir içsel bağlantı söz konusu olmalıdır. Bu da asgari olarak güvenen kişinin güven olgusunu bilmesini gerekli kılar. Gerçekten de güven, bir güven olgusuna dayanmıyorsa güvenen kişi korunmayı hak etmemektedir. Bu tür durumlarda güven olgusunun söz konusu olayda mevcut olması tamamen tesadüfidir. Aslında iyi niyetli kişinin güveni körü körüne, temelsiz bir güvendir. Bu bağlamda taşınırın teslimi, devralan kişinin hukuki görünüşün mevcut olduğunu bilmesi açısından yeterli görülmektedir¹¹⁶⁰. Burada her ne kadar teslimin, hukuki görünüşün bilinmesini sağlayacağından söz edilse de kanaatimizce burada esas alınması gereken başta benimsemiş olduğumuz görüşe uygun olarak devredenin doğrudan zilyetliğinin bilinmesidir. Zira teslim esasen zamansal olarak güvenin oluşmasından daha sonraki bir aşamaya denk düşmektedir. Bununla birlikte devredenin dolaylı zilyet olduğu durumlarda (iade talebinin devri veya zilyetliğin havalesinde olduğu

¹¹⁵⁵ Canaris, s. 507 vd.

¹¹⁵⁶ Karner, s. 394; Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12.

¹¹⁵⁷ Karner, s. 394.

¹¹⁵⁸ Wiegand, s. 828; Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12.

¹¹⁵⁹ Wiegand hukuki görünüşe güvenin korunmasında ifte nedensellikten söz etmekte ve hukuki görünüşün bilinmesinin ilk nedenselliği oluşturduğunu ifade etmektedir. Hukuki görünüşe güvenin işlemin gerçekleştirilmesine neden olmasını ise ikinci nedensellik olarak nitelendirmektedir. Wiegand, s. 828. Wiegand'ın ikinci nedensellik olarak nitelendirdiği durum aşağıda "Güven ve güven tasarrufu arasındaki nedensellik bağı" başlığı altında ele alınacaktır. Bkz. Üçüncü Bölüm, I. 3. d.

¹¹⁶⁰ Karner, s. 395.

gibi) ise, gerek dolaylı zilyetlik gerek zilyetliği sağlama yetkisi harici olarak ortaya çıkmadığından devralanın doğrudan dayanabileceği objektif olarak algılanabilir bir yasal dayanağın mevcut olmadığı dile getirilmektedir¹¹⁶¹. Ancak bu durumda da iddia edilen zilyetliğe aracılık ilişkisinin gerçekten var olup olmadığı ve bir talimatın verilip verilmediği riskinin devralana ait olduğu belirtilerek sorun çözümlenmeye çalışılmaktadır¹¹⁶². Buna göre devralan böylece en azından dolaylı olarak devredenin kendisi için taşınırın mülkiyetini sağlayabileceğine ve dolayısıyla zilyetliği sağlama yetkisine ilişkin hukuki görünüş temeline güvenmiş olmaktadır. Kanaatimizce bu durumda en başından devredenin dolaylı zilyet olduğu olasılıklarda bir hukuki görünüşün mevcut olmadığına kabul edilmesi ile bu sorun kökten çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Zira aksi takdirde aslında görünür olmayan bir şeyin bilindiği, buna güvenildiği ve aynı zamanda buna dayanılarak bir güven tasarrufunda bulunulduğu iddia edilmiş olmaktadır. Oysa bu pek de inandırıcı ve makul görünmemektedir. Dolayısıyla güven olgusunun bilinmesi kavramının, yalnızca devredenin doğrudan zilyetliğe sahip olduğunun bilinmesi olarak anlaşılması daha kabul edilebilir olacaktır.

c. Güven Tasarrufu

Güven bir sonuca yol açmadığı takdirde başlı başına korunmaya değer kabul edilmemektedir. Bununla bağlantılı olarak da hukuki görünüş teorisi kapsamında güvenen kişinin bir güven tasarrufunda bulunması aranmaktadır¹¹⁶³. Hak sahibi olmayandan iyi niyetli kazanımda kazananın şeyin bedelini ödemesi durumunda güven tasarrufunun kesin olarak gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶⁴. Bununla bağlantılı olarak bağışlama durumunda bir güven tasarrufunun söz konusu olup olmadığına ise tereddütle yaklaşılmaktadır¹¹⁶⁵. Bu noktada ilk olarak Alman hukukuna bakıldığında devralma işlemin ivazlı olmasının şart olmadığı görülmektedir¹¹⁶⁶. Öyle ki kanunun anlayışına göre, kazanımın ivazlı olması iyi niyetli kazanım için temel bir gereklilik olmayıp bu daha ziyade borçlar hukuku alanında etkili bir

¹¹⁶¹ Karner, s. 395.

¹¹⁶² Karner, s. 395.

¹¹⁶³ Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12.

¹¹⁶⁴ Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12.

¹¹⁶⁵ Peters, s. 112; Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12.

¹¹⁶⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 6; MüKoBGB/Oechsler BGB § 932, N. 34; Hager, s. 88 vd.

hususur¹¹⁶⁷. İvazsızlık iyi niyetle kazanımı engellememekte¹¹⁶⁸ ancak kazanım § 816 I 2 BGB uyarınca sebepsiz zenginleşme talebi aracılığı ile borçlar hukuku kapsamında tersine çevrilebilmektedir¹¹⁶⁹.

Türk-İsviçre hukukunda azınlıkta kalan bir görüş, taşınırın iyi niyetle bağışlama yoluyla devredildiği durumlarda aynı hak kazanımını reddetmektedir¹¹⁷⁰. Bu görüşteki bazı yazarlar Alman hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda ivazsız kazanım durumunda sebepsiz zenginleşme talabinde bulunmayı sağlayan § 816 BGB benzeri bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle Art. 933 ZGB' nin uygulama alanını ivazlı kazanımlarla sınırlama taraftarıdır¹¹⁷¹. Diğer bazı yazarlar ise, tatmin edici çözümü hukuki görünüş teorisinin uygulanmasında görmektedir. Bu görüşün temelinde hukuki görünüş teorisinin güven tasarrufunun varlığını şart koşuyor olması yer almaktadır. Bu da Art. 933 ZGB anlamında ivazlı kazanımı zorunlu hale getirmektedir. Nitekim ancak bir sonuca yol açan güven korunmaya layık görülmektedir. Oysa bağışlanan şeyin geri verilmesinin gerektiği durumlarda, genel olarak bu, ya hiçbir olumsuz sonuca yol açmamakta ya da oldukça sınırlı olumsuz sonuca yol açmaktadır. Zira hak sahibi olmayan devredenin zilyetliğine güvenmesinin taşınırı ivazsız olarak elde eden devralan için herhangi bir maliyetinin olmadığı

¹¹⁶⁷ Aksi yönde görüş için bkz. Hager, s. 116 vd., 136 vd. Ona göre, iyi niyetli kazanımın kriterini yalnızca ivazlı kazanım oluşturmaktadır. Ancak bu teorisinin Alman hukukunun de lege lata pozisyonu ile uyumlu olmadığı belirtilmektedir. Zhang, s. 137.

¹¹⁶⁸ Bununla birlikte eğer ivazsızlık, kazananın iyi niyetini ortadan kaldıran şüpheli bir durum teşkil ediyorsa, o zaman iyi niyetli bir kazanım gerçekleşemez. Zhang, s. 138.

¹¹⁶⁹ Westermann/Gursky/Eickmann, ivazsız kazanım söz konusu olduğunda burada özel bir işlem güvenliğinin korunması gerekliliği söz konusu olmadığından önceki malike böyle bir imkan tanındığını belirtmektedir. Westermann/Gursky/Eickmann, § 47 N. 17.

Wieling, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi (bu hukuk sistemleri için bkz. Karner, s. 26) Alman hukukunda da ivazsız kazanım durumlarında iyi niyetli kazanımın reddedilmesinin daha makul olacağını belirtmektedir. Wieling, s. 409. Yasakoyucunun bunu yapmama gerekçesi ise, karma bağışlama durumunda zorlukların çıkacak olmasıdır. Motive 3, 211 vd. (Wieling, s. 409'dan naklen)

¹¹⁷⁰ BSK-Stark /Ernst, ZGB 933 N 23. Serozan, karşılıksız olarak mal edinen kişinin iyi niyetinin korunmaya layık olmadığı kanaatindedir. Serozan, Taşınır Eşya, s. 151 vd., 273.

¹¹⁷¹ Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. A., Bern 2006, s. 196 vd. (Rusch, s. 13).

Art. 933 ZGB hükmünden yola çıkarak ileri sürülen bu görüşler dışında sorunu bağışlamaya ilişkin düzenlemeler ile bağlantılı olarak ele alan bazı yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarların çıkış noktasını bağışlamanın yasal tanımını yapan Art. 239/I OR hükmü oluşturmaktadır. Zira Art. 239/I OR bağışlayanın kendi malvarlığından bağışlamada bulunmasından söz etmektedir. Emanet edilen veya çalınan şeyler ise, bağışlayanın malvarlığı içerisinde yer almamaktadır. (Rusch, Fahrniserverb, s. 13, dn. 119' da anılan yazarlar.) Yine emanet edilen şeylerin geçerli bir bağışlama sebebinin bulunmaması nedeniyle bağışlanamayacağını ileri süren yazarlar da mevcuttur. (Emmenegger, s. 221 dn. 5' te anılan yazarlar). Ancak bu gerekçenin tatmin edici olmadığı belirtilmektedir. Öyle ki emanet edilen şeyin bağışlanmasında sorun sebep değil, ifa ve tekeffülle ilgilidir. (Emmenegger, s. 223 vd.)

düşünülmektedir¹¹⁷². Bu da böyle durumlarda güvenin korunmasını yeterli şekilde gerekçelendirememektedir¹¹⁷³.

Türk-İsviçre hukukundaki hakim görüş ise, iyi niyetli kazanımı düzenleyen TMK m. 988 (Art. 933 ZGB) hükmünde kazanımın ivazlı olması gerektiğine ilişkin herhangi bir ifadenin yer almamasından yola çıkmakta ve haklı olarak hak sahibi olmayandan iyi niyetle ivazsız kazanımın da korunması gerektiğini kabul etmektedir¹¹⁷⁴. Ayrıca TMK m. 988 (Art. 933 ZGB)'in kanunlaştırılması sırasında ivazsız kazanımı kapsam dışı bırakan çeşitli hukuk sistemlerindeki düzenlemeler incelenmesine rağmen bunun benimsenmemiş olması da bir diğer gerekçe olarak gösterilmektedir¹¹⁷⁵. Kanaatimizce de ivazsız kazanımların dışlanması gerektiren açık bir hüküm bulunmamasına rağmen böyle bir sınırlamaya gidilmek istenmesi yerinde değildir. İvazlı devirlerde olduğu gibi ivazsız devirlerde de iyi niyetli kazanım korunmalıdır¹¹⁷⁶.

d. Güven ve Güven Tasarrufu Arasında Nedensellik Bağı

Güven esas olarak güvenenin davranışlarını etkilediği, yönlendirdiği için korunmaya değer görülmektedir. Bu açıdan güven, gerçekleştirilen tasarruf açısından olmazsa olmaz şart bağlamında değerlendirilmelidir¹¹⁷⁷. Diğer bir ifadeyle güvenen kişi tarafından gerçek hukuki veya fiili durum biliniyor olsaydı güven tasarrufunun gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği incelenmelidir. Bununla birlikte taşınırların iyi niyetle kazanımı söz konusu olduğunda, güvenin tasarrufla nedensel olması gereği büyük ölçüde sorunsuzdur. Öyle ki kazananın,

¹¹⁷² Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12-13.

¹¹⁷³ Rusch, Fahrnisserwerb, s. 13.

¹¹⁷⁴ BK-Stark, Vorbemerkungen ZGB 930-937 N. 33; SPR- Liver, s. 398, dn. 26; Emmenegger, Susan, "Schenkung und Gutglaubensschutz", in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, s. 227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya, s. 170; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 412; Nomer/Ergüne, s. 83..

¹¹⁷⁵ Emmenegger, s. 227-228; Özay, s. 1186.

¹¹⁷⁶ Nitekim başlangıçta belirttiğimiz üzere Alman hukukundan farklı olarak Türk-İsviçre hukukunda § 816 BGB benzeri bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla Türk-İsviçre hukuku açısından hukuki görünüşe güvenin korunmasında güven tasarrufunun korunmaya değerliği gibi ivazı zorunlu kılan bir koşulun aranmasına gerek bulunmamaktadır. Bkz. Birinci Bölüm, II. G.

¹¹⁷⁷ Karner, s. 396; Rusch, Fahrnisserwerb, s. 13.

devredenin taşınırın maliki olmadığını ya da onun üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olmadığını bilse bile, mülkiyetin devredilmesini isteyeceği pek düşünülemez¹¹⁷⁸.

4. İrade Dışı Elden Çıkan Taşınırların İyi Niyetli Kazanımını Engelleyen Nedir: Hukuki Görünüşün İsnadı ve İsnat Prensipleri

a. İrade Dışı Elden Çıkma ve İradi Elden Çıkma (Emanet) Ayrımı

aa. Teslim Açısından Esas Alınan İrade

TMK m. 989 (Art. 934 ZGB)' da taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyedin, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabileceği düzenlenmektedir. Benzer şekilde § 935 I BGB' de de taşınırın malikten çalınması, kaybolması veya başka bir şekilde irade dışı elden çıkması durumunda, mülkiyetin § 932-934 BGB uyarınca kazanılamayacağı, aynı durumun malikin sadece dolaylı zilyet olması ve taşınırın zilyedin elinden irade dışı çıkması halinde de geçerli olduğu ifade edilmektedir¹¹⁷⁹¹¹⁸⁰. Bu bağlamda emin sıfatıyla zilyede bırakılan taşınırlardan

¹¹⁷⁸ Karner, s. 396; Rusch, Fahrnisserwerb, s. 13.

¹¹⁷⁹ Tiedtke, s. 39; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 46; Wieling, s. 399-400. Rıza dışı elden çıkmaya ilişkin § 935 BGB'nin formülasyonu, aynı konuyu düzenleyen Art. 934 ZGB ve TMK m. 989 hükmünden belirli ölçüde farklılık göstermektedir. Thorn, s. 161. § 935 I BGB' de iyi niyetli kazanımı düzenleyen § 932 -934 BGB hükümlerinin şeyin çalındığı, malik tarafından kaybedildiği veya elinden rızası dışında çıktığı diğer durumlarda uygulama alanı bulmayacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla burada malik odaklı ve rıza dışı elden çıkan taşınırdan hareket eden bir formülasyonun mevcut olduğundan söz edilebilecektir. Bununla birlikte aynı maddenin devamında malikin yalnızca dolaylı zilyet olduğu durumlarda, şey zilyedin elinden iradesi dışında çıkmışsa yine aynısının geçerli olduğu düzenlenmektedir. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 36, 37; Brehm/Berger, s. 449. Aynı yönde bkz. Wieling, s. 403. Türk- İsviçre hukukunda ise açıkça malike göndermenin yer almadığı zilyedi esas alan bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Ayrıca irade dışı elden çıkan taşınır merkezli değil emanet edilen taşınır merkezli bir düzenleme söz konusudur. Taşınır davası ile bağlantılı olan söz konusu hükümlerde taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyedin o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabileceği ifade edilmektedir. Dereceli zilyetlik durumunda irade dışı elden çıkma ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Thorn, s. 167.

¹¹⁸⁰ İrade dışı elden çıkma her zaman doğrudan zilyetliğin kaybı anlamına gelir. Doğrudan zilyetlik değil de yalnızca dolaylı zilyetlik istem dışı kaybedilirse, örneğin kiralanan bir araba güven kötüye kullanılarak ele geçirilirse, o şey irade dışı elden çıkmış sayılmaz. Zira dolaylı zilyetlik, malikin şeyi üçüncü bir kişiye emanet etmesini gerektirir ki bu da irade dışı elden çıkmanın tam tersidir. Wieling, s. 400. Bu bağlamda kiralayan dolaylı ve asli zilyetliğini kaybeder, ancak şey onun için irade dışı elden çıkmış sayılmaz. Zira doğrudan zilyetliği iradi olarak kiracıya devretmiştir, yani şeyi ona emanet etmiştir. SPR- Hinderling, s. 475. Aynı yönde bkz. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 38. Öte yandan araba kiracıdan çalınırsa, kiracı iradesi dışında doğrudan

farklı olarak rızası çalınma, kaybolma gibi sebeplerle rıza dışı¹¹⁸¹ elden çıkan taşınırлар açısından iyi niyetli kazanım gündeme gelmemektedir¹¹⁸². Bu noktada bir taşının ne zaman irade dışı elden çıkmış ne zaman emin sıfatıyla zilyede bırakılmış sayılacağının belirlenmesi önem taşımaktadır¹¹⁸³. Bunun için elden çıkma konusunda kilit kavram olan teslim yoluyla zilyetliğin devrinin hukuken nasıl nitelendirildiği ve irade kavramından hangi iradenin anlaşıldığı sorularının cevaplanması gerekmektedir.

Alman hukukunda içtihat ve öğretide tamamen hakim olan görüş, zilyetliğin kaybının iradi olup olmadığının değerlendirilmesinde, zilyedin doğal (fiili) iradesinin belirleyici olduğunu kabul etmektedir¹¹⁸⁴. Bu bağlamda burada ilk etapta *"Ehliyetsiz bir kişinin zilyetliği devretmesi her zaman irade dışıdır, ehliyeti sınırlı bir kişinin zilyetliği devretmesi ise her zaman iradilik esasına dayanır"* formülünün akla gelebileceği belirtilmektedir¹¹⁸⁵. Ancak bunun iyi bir genel kural olmakla birlikte bunun ötesine geçemediği ifade edilmektedir¹¹⁸⁶. Bu noktada genel olarak zilyetliği devretmenin önemini anlama yeteneğinin belirleyici olduğu

zilyetliği kaybeder ve araba kiracı için olduğu kadar kiralayan için de irade dışı elden çıkmış sayılır. SPR-Hinderling, s. 475.

¹¹⁸¹ Taşınır irade dışı elden çıkmış olsa dahi halihazır zilyedin zilyetliğine sonradan onay verilmesinin bu kişiyi onayın verilmesi anından itibaren emin sıfatıyla zilyet kılacağı belirtilmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya, s. 166-167; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 409.

¹¹⁸² Taşının bir kez irade dışı elden çıkması sonraki devirler açısından da iyi niyetli kazanımı engellemektedir. Brehm/Berger, bunu, *"zilyetliğin irade dışı kaybının bir leke gibi eşyaya yapışması"* ve sonraki herhangi bir devir işleminde de iyi niyetle kazanımı engellemesi şeklinde ifade etmektedir. Brehm/Berger, s. 449. Aynı yönde bkz. SPR- Hinderling, s. 474, Thorn, s. 165; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 408.

Wieling ise, bu durumda, şeyin, tabiri caizse aynı etkiye sahip bir yasakla örtülmüş olduğunu belirtmektedir. Bu noksanlığın ortadan kalkması, şeyin tekrar malikin zilyetliğine geri dönmesi ile gerçekleşir. Malikin bilinçli olarak irade dışı elden çıkmış olan şeye tekrar kendi malı olarak zilyet olması gerekir. Bu nedenle malikin irade dışı elden çıkmış olan şeyi kiralaması veya kendi malı olduğunu bilmeden satın alması yeterli değildir. Eğer şey zilyetlik aracı tarafından kaybedilmişse, iade yoluyla noksanlığın ortadan kalkması ancak malikin dolaylı zilyetliği yeniden kazanması halinde gerçekleşir. Bu bağlamda malikin dolaylı zilyetliği kazanması yeterlidir. Üçüncü bir kişinin § 935 BGB' ye rağmen kazandırıcı zamanaşımı, açık artırma, işleme, birleşme, karışma vb. yollarla şeyin mülkiyetini edinmesi halinde de noksanlık ortadan kalkar. İrade dışı elden çıkma olgusu malikin sonradan vereceği bir izinle ortadan kaldırılamaz. Ancak bunun sonucu ortadan kaldırılabilir. Malikin zilyetliğin irade dışı elden çıkışına onay vermesi, örtülü devir anlamına gelir. Wieling, s. 405-406. Aynı yönde bkz. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 46.

¹¹⁸³ Burada üçüncü bir alternatif ise söz konusu değildir. BK-Stark, Art. 934 ZGB, N 2; Thorn, s. 161.

¹¹⁸⁴ Wieling, s. 400; Wieling/Finkenauer, s. 157; MüKoBGB/Oechsler BGB § 935, N.6; HK-BGB/Hans Schulte-Nölke BGB § 935, N. 2; Jauernig/Berger BGB § 935, N. 4; Westermann/Gursky/Eickmann § 49 I 3, N. 4; Thorn, s. 165.

¹¹⁸⁵ Taşının fiil ehliyeti bulunmayan kişi tarafından elden çıkarılmasını her durumda irade dışı elden çıkma olarak gören yazarlar için bkz. MüKoBGB/Oechsler BGB § 935, N.7; Wieling, s. 401, dn. 21' de anılan yazarlar. Brehm/Berger, bunu çelişkili bir durum olarak değerlendirmektedir. Zira doğal irade için yalnızca içgörü kapasitesi önem taşımaktadır ve katı yaş sınırlarına uyulması gerekmemektedir. Brehm/Berger, s. 450.

¹¹⁸⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 42

düşünülmektedir¹¹⁸⁷. Bu görüş esas alındığında ehliyetsiz bir kişinin zilyetliği iradi olarak devretmesi en başından itibaren dışlanmamış olmaktadır¹¹⁸⁸. Buna karşı azınlık görüşü, zilyetliğin bırakılması veya sonlandırılmasını (*Besitzaufgabe*) hukuki işlem benzeri bir eylem olarak değerlendirmekte ve bu nedenle irade beyanlarına uygulanan § 104 vd. BGB’ deki kuralların kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁸⁹.

Türk- İsviçre hukukunda da -bizim de katılmakta olduğumuz- hakim görüş tarafından teslim yoluyla zilyetliğin devrinin niteliği itibariyle maddi fiil olduğu ve bu açıdan önem taşıyan iradenin doğal irade olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹⁰. Bu bağlamda iradi olarak elden çıkma yani teslim açısından salt ayırt etme gücüne sahip olma yeterli görülmektedir¹¹⁹¹. Öte yandan diğer bir görüş ise, teslim yoluyla zilyetliğin devrini maddi fiil olarak nitelendirmemektedir¹¹⁹². Bu görüşler dışında öğretilde sorunun hukuki görünüş teorisi bağlamında çözümlenmesinin daha pratik olacağını belirten bir görüş daha bulunmaktadır¹¹⁹³. Bu görüş hukuki görünüş teorisinde ayırt etme gücü veya fiil ehliyeti olmayanlar açısından isnat edilebilirlik koşulunun sağlanamayacağı argümanından hareket etmektedir. Buna bağlı olarak da bu görüşe göre bu kişilerin emanet edilen şeyden dolayı hukuki görünüşe uygun sonuç ile bağlı tutulmaları gündeme gelmeyecektir¹¹⁹⁴. Nitekim menfaat değerlendirmesi yapıldığında da ayırt etme gücü veya fiil ehliyeti olmayanların korunmasının işlem hayatının

¹¹⁸⁷ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 42; Wieling, s. 400; Wieling/Finkenauer, s. 157; Westermann/Gursky/Eickmann § 49 I 3, N. 4; HK-BGB/Hans Schulte-Nölke BGB § 935, N. 2; Tiedtke, s. 42; Thorn, s. 162; Kindl, s. 347; Jauernig/Berger § 935 BGB N. 4.

¹¹⁸⁸ Kindl, s. 347. Baur/Stürner, bunun için şu örnekleri vermektedir: 5 yaşındaki bir çocuğun bir yabancıya bisikletini hediye etmesi veya akıl hastası bir kişinin değerli bir aile mücevherini satması durumunda irade dışı elden çıkma söz konusudur. Buna karşı 17 yaşındaki bir gencin kız arkadaşına ailesinden ödünç aldığı bir yüzüğü hediye etmesi veya fiil ehliyeti bulunmayan ergin (*volljährige geschäftsunfähige*) A’nın, akrabası B’ye bir paket çikolata vermesi durumunda irade dışı elden çıkma söz konusu değildir. Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 42.

¹¹⁸⁹ Kindl, s. 348, dn. 217’ de anılan yazarlar.

¹¹⁹⁰ Homberger, Art. 922 ZGB, N. 7; SPR, Hinderling, s. 429; Ernst, Eigenbesitz, s. 70 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 85; Sirmen, s. 56, 92; Serozan, Taşınır Eşya, s. 116; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 409. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, teslimi hukuki fiil olarak nitelendirmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, Tekinay Eşya, s. 69-70. Gürsoy/Eren/Cansel de taşınırın bir başkasına emanet edilmesinin bir hukuki işlem olmadığını belirtmektedir. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 135.

¹¹⁹¹ Homberger, Art. 933 ZGB, N. 15; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, Tekinay Eşya, s. 70; Serozan, Taşınır Eşya, s. 272; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 409.

¹¹⁹² BK-Bucher, ZGB 12 N 79 (Rusch, Fahrnisserwerb, s. 11’ den naklen); Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 67; Nomer/Ergüne, s. 85.

¹¹⁹³ Rusch, Fahrnisserwerb, s. 11.

¹¹⁹⁴ Kindl, s. 347; Rusch, Fahrnisserwerb, s. 11.

korunmasından önce geldiği ifade edilmektedir¹¹⁹⁵. Bu nedenle ayırt etme gücü veya fiil ehliyeti olmayan bir kişi tarafından emanet edilen şey Art. 934 ZGB anlamında irade dışı elden çıkan şey olarak değerlendirilmelidir¹¹⁹⁶. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar açısından bu görüşe katılmakla birlikte tam fiil ehliyetine sahip olmayanlar açısından hukuki görünüş teorisinde isnat edilebilirlik koşulunun sağlanamayacağı argümanına dayanılmasını yerinde bulmamaktayız. Zira diğer hukuki görünüş hallerinde güvene uygunluk sonucunun yüklendiği kişi bir hukuki işlem gerçekleştirmektedir. Oysa burada – teslimin bir maddi fiil olduğu görüşü kabul edildiği takdirde- taşınırın emanet eden kişinin bir hukuki işlem gerçekleştirdiğinden söz edilemez. Dolayısıyla da hukuki işlemle bağlantılı olarak hukuki görünüşün ortaya çıktığı hallerdeki yaklaşımın buraya yaydırılması doğru değildir.

bb. İrade Bozukluklarının Teslime Etkisi

İradi- irade dışı elden çıkma ayrımı açısından önemli olan irade türünün ortaya konmasının ardından irade bozukluklarının irade dışı elden çıkma konusundaki etkisi üzerinde de durulmalıdır. Bununla birlikte bu konunun gerek Alman hukukunda gerek İsviçre-Türk hukukunda oldukça tartışmalı olduğu görülmektedir. Öyle ki neredeyse her bir olasılığın ayrı bir görüş olarak ileri sürüldüğü söylenebilir. İlk olarak Alman hukukuna bakıldığında Federal Mahkeme'nin bu konudaki kararını takip eden bir görüş yanılma ya da aldatma nedeniyle elden çıkarılan bir taşınırın irade dışı elden çıkmış sayılmayacağını kabul etmektedir. Zira bu işlem doğrudan zilyedin iradesiyle gerçekleşmiştir ve zilyetliğin devri işleminin iptali mümkün değildir. Aynı durum -çok istisnai olarak uygulanan psikolojik baskı fiziksel güç kullanımına eşdeğer yoğunlukta olmadıkça- korkutma sonucu teslim fiili için de geçerlidir¹¹⁹⁷. Diğer bir görüş, korkutma durumunda irade dışı elden çıkmanın gündeme geleceğini ileri sürmektedir¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ Kindl, s. 350.

¹¹⁹⁶ Rusch, Fahrnisserwerb, s. 12.

¹¹⁹⁷ Wieling/Finkenauer, s. 157; Wieling, s. 401; Musielak, JuS 1992, 713, 723; Federal Mahkeme'nin bu konudaki kararları için bkz. BGH NJW 1953, 1506; BGHZ 4, 33 (Wieling/Finkenauer, s. 157). Oechsler, özellikle aldatmanın yalnızca teslim iradesine yol açan saikler üzerinde etkili olduğunu belirtmektedir. MüKoBGB/Oechsler BGB § 935, N.7. Korkutmaya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Wieling, s. 402.

¹¹⁹⁸ Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 43; Peters, s. 139; Westermann/Gursky/Eickmann § 49 I 3, N. 4; MüKoBGB/Oechsler BGB § 935, N.7, dn 24' te anılan diğer yazarlar.

İsviçre- Türk hukukunda ise hakim görüş yanılma durumunda taşınırın iradi olarak elden çıkmış olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte taşınırın korkutma veya aldatma sonucu elden çıktığı hallerde ise, irade dışı elden çıkmanın söz konusu olduğunu varsaymaktadır.¹¹⁹⁹. Bir diğer görüş, yanılma da dahil olmak üzere tüm irade bozukluklarının irade dışı elden çıkmaya neden olacağı yönündedir¹²⁰⁰. Bir başka görüş yalnızca korkutmanın rıza dışı elden çıkmaya sebebiyet vereceğini kabul etmektedir¹²⁰¹. Bizim de katıldığımız son görüş ise, irade bozukluklarından hiçbirinin irade dışı elden çıkmaya neden olmayacağı kanaatindedir¹²⁰². Nitekim teslimin bir maddi fiil olduğu kabulü ile irade bozukluklarının teslim etki etmesi düşüncesi uyumlu görünmemektedir. Bu noktada irade bozuklukları arasında ayırım yapılarak her biri açısından farklı değerlendirmelere gidilmesi de kanaatimizce isabetli değildir.

cc. Birden Çok Kişinin Zilyet Olması Durumunda İrade Dışı Elden Çıkma

Eğer birden fazla kişi bir taşınıra doğrudan, iştirak halinde zilyet ise, taşınır zilyetlerden birinin iradesi olmaksızın bir üçüncü kişiye teslim edildiği takdirde, teslim iradesi bulunmayan zilyet açısından mal irade dışı elden çıkmış sayılır¹²⁰³.

dd. Zilyet Yardımcısının Taşınırı Bir Üçüncü Kişiye Teslimi Halinde İrade Dışı Elden Çıkmanın Değerlendirilmesi

Taşınırın zilyet yardımcısı tarafından elden çıkarıldığı durumlarda hakim görüş tarafından irade dışı elden çıkmanın söz konusu olacağı belirtilmektedir¹²⁰⁴. Zira zilyet yardımcısının

¹¹⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Eşya, s. 167; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 135-136.

¹²⁰⁰ Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İzmir 2014, N. 335.

¹²⁰¹ Hinderling, aldatmaya dayalı olarak gerçekleşen teslimin tipik bir güven eylemi olduğunu ifade etmektedir. SPR, Hinderling, s. 429, 476.

¹²⁰² BSK- Ernst, Art. 933 ZGB, N. 19; Homberger, Art. 933 ZGB, N. 15; BernKomm -Stark, Art. 935 ZGB N. 29-31; Serozan, Taşınır Eşya, s. 272. Nitekim Thorn İsviçre hukukunda önceki hakim görüşün bu yönde olduğuna işaret etmektedir. Thorn, s. 167, dn. 116. Sirmen, bunun görünüşe olan güvenin korunması bakımından gerekli olduğunu belirtmektedir. Sirmen, s. 92.

¹²⁰³ Westermann/Gursky/Eickmann, § 49 I N.3; Homberger, Art. 934 ZGB, N. 6.

¹²⁰⁴ Brehm/Berger, s. 450; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 39 ve N. 39, dn. 1' de yer alan yazarlar; SPR- Liver, s. 326; Homberger, Art. 934 ZGB, N. 5; Pfister, s. 122, dn. 19.

zilyet olmadığı kabul edilmektedir¹²⁰⁵. Önemli olan şeyi zilyet yardımcısına bırakmış olan kişinin (*Besitzherr*) iradesidir¹²⁰⁶. Diğer görüş ise¹²⁰⁷, hakim görüşün bir şey malikin mekansal hakimiyet alanında bulunuyorsa ve zilyet yardımcısı tarafından bu alandan çıkarılıyorsa, örneğin bir işçi bir şeyi işletme sahasından çıkarıyorsa, kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu durumda malikin kendisi veya diğer zilyetlik yardımcıları aracılığıyla kullandığı doğrudan zilyetliği ortadan kalkmış ve şey irade dışı elden çıkmış olmaktadır. Dolayısıyla da hakim görüş zilyet yardımcısının bu şekilde anlaşılabilirdiği tüm durumlarda geçerlidir. Bu tür durumlarda kural olarak kazananın iyi niyeti eksiktir. Bununla birlikte zilyet yardımcısının malikin kontrol alanı dışında şey üzerinde hakimiyete sahip olduğu ve zilyet yardımcısı olarak tanınmadığı olasılıkta durum farklıdır. Burada iyi niyetle kazanım kabul edilecek, taşınır irade dışı elden çıkmış sayılmayacaktır. Öte yandan, bir tüzel kişinin organının zilyetliği tüzel kişinin yönetim ve temsil yetkisi dışında elden çıkarması durumunda irade dışı elden çıkmaya ilişkin hüküm uygulama alanı bulmaz¹²⁰⁸. Zira organ, tüzel kişi için şey üzerindeki fiili hakimiyeti kullanmaktadır. Burada kanaatimizce azınlık görüş salt fiili hakimiyetten hareket ederek konuya yaklaşmaktadır. Öyle ki eğer zilyet yardımcısının bu sıfatı koşullardan anlaşılıyorsa irade dışı elden çıkmanın olduğu kabul edilmektedir. Yok eğer zilyet yardımcısının bu sıfatı koşullardan anlaşılmıyor ve zilyet yardımcısı bağımsız olarak fiili hakimiyet sürdürüyor gibi görünüyorsa, iradi elden çıkmanın söz konusu olduğu

¹²⁰⁵ Hakim görüş § 935 BGB'nin zilyet yardımcısı tarafından zilyetliğin kaybedilmesine uygulanmasını, zilyet yardımcısının değil, yalnızca malikin zilyet olması ve zilyet yardımcısının doğrudan zilyetliğe son vermesi halinde bu doğrudan zilyetliğin kaybedilmesi gerçeğiyle gerekçelendirmektedir. Buna göre bu durumda devralan, mülkiyeti devraldığına güvenemez, çünkü zilyet yardımcısı zilyet gibi görünmektedir, ancak objektif olarak zilyet değildir. Devralanın birisinin zilyet olduğuna dair iyi niyeti korunmaz; sadece mülkiyete dair iyi niyet korunur. Ancak bu da devreden zilyetliğini gerektirir. İyi niyetle edinim, algılanabilir bir şey olarak algılanamayan bir hakka atıfta bulunan ve dolayısıyla bu hakka güvenmeyi haklı kılan bir hukuki görünüş temeline dayanır. Hukuki görünüş temeli olarak algılanamayan bir şeyi belirlemenin hiçbir anlamı olmayacağı açıktır, çünkü algılanamayan bir şey nasıl güven için bir temel oluşturabilir? Zilyetlik §§ 854 – 872 BGB' de hukuki olarak tanımlanmıştır ve bu nedenle algılanabilir değildir. Kısmen maddi hakimiyetin ötesine geçer, kısmen maddi hakimiyet zilyetlik olarak tanınmaz. § 854 – 872 BGB anlamında zilyetlik bu nedenle hukuki görünüş temeli olarak fonksiyon icra etmez. Hukuki görünüş temeli, daha ziyade elde bulunduranın malik gibi görünmesini sağlayan fiili hakimiyettir. Eğer § 855 BGB anlamında zilyet yardımcısı, bir nesne üzerinde zilyet gibi görünecek şekilde hakimiyet kullanarak malik gibi görünürse, § 932 BGB vd. anlamında zilyettir. Eğer şeyi devrederse, § 935 BGB anlamında irade dışı elden çıkmış sayılmaz. Bu, §§ 932 vd. BGB' deki ilkeye tekabül etmektedir. Zira malik, şeyi zilyet yardımcısına teslim etmekle, şeyi bir zilyetlik aracısına emanet etmiş gibi güvenine aykırı davranılması riskine neden olmuş olmaktadır. Wieling, s. 404-405; Thorn, s. 168, dn. 124' te anılan yazarlar.

¹²⁰⁶ Brehm/Berger, s. 450. Zilyet yardımcısı kavramının en önemli işlevlerinden biri, güvenin kötüye kullanıldığı durumlarda iyi niyetli kazanımın önüne geçmektir. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 39.

¹²⁰⁷ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 39, dn. 2 ve Wieling, s. 404, dn. 46' da anılan yazarlar.

¹²⁰⁸ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 39.

belirtilmektedir. Yani dışarıdan görünen duruma odaklanılmaktadır. Halbuki hakim görüş zilyet yardımcısının fiili hakimiyetinin dışarıdan nasıl algılandığını merkeze koymamaktadır. Zilyet yardımcısının bu sıfatı, dışarıdan nasıl algılandığına göre belirlenmemektedir. Zilyet yardımcısı sıfatı açısından belirleyici olan asıl zilyedin onu nasıl konumlandığıdır. Nitekim irade dışı elden çıkmanın mevcut olup olmadığının belirlenmesinde salt üçüncü kişilerin durumu dışarıdan nasıl algıladığı esas alınacak olsaydı çalınma, kaybetme vs. durumunda da iradi elden çıkmanın varlığından söz edilebilirdi. Dolayısıyla kanaatimizce azınlık görüşün yaklaşımı isabetli görünmemektedir.

b. İsnat

İrade dışı elden çıkan taşınırlara ilişkin aynı haklar devralan kişi iyi niyetli olsa dahi kazanılamazken; malikin emin sıfatıyla zilyede bırakmış olduğu taşınırlar açısından durum tam tersidir. Halbuki hem irade dışı elden çıkan hem de iradi olarak elden çıkarılan taşınırlar açısından aynı hukuki görünüş söz konusudur¹²⁰⁹. Peki bu iki durumun farklı değerlendirilmesinin temelinde yatan neden nedir? Zira esas olarak her iki durumda da devreden zilyettir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuki görünüş olgusu mevcuttur. Ancak buna rağmen öngörülen sonuçlar oldukça farklıdır. Örneğin malik, özensiz davranması ve taşınırını yeterince korumaması sonucu malını çaldırılmış olduğu ihtimalde taşınırını kaybetmezken, neden özenle seçip yıllardır güvendiği birine taşınırını emanet ettiği durumda yine de taşınırını kaybetme riski ile karşı karşıya kalmaktadır? Bu soruların cevabı isnat problemiyle ilişkilidir¹²¹⁰. Öyle ki taşınırın iyi niyetli üçüncü kişi tarafından kazanılması sonucunun önceki malike yüklenebilmesi, bunun ona isnat edilebilmesini gerekli kılmaktadır. Öte yandan malike bu sonucun hangi hallerde yükleneceği benimsenen isnat prensibi ile bağlantılıdır. İlk bölümde de belirtildiği üzere bu konuda yol açma, kusur ve riziko olmak üzere üç prensip bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak yol açma (neden olma) prensibini ilk olarak ortaya koyan Meyer, “*Malını bir başkasına emanet eden kişi, ona hak görüntüsü giydirir. Bunun kendisine karşı dönmesine neden olur ve bu nedenle sonuçlarına katlanmak*

¹²⁰⁹ Hartmann, s. 139.

¹²¹⁰ Hartmann, s. 139.

zorundadır.” ifadelerini kullanmaktadır¹²¹¹. Özellikle iyi niyetli kazanım ile ilgili olarak yol açma prensibini vurgulayan Westermann ise, malikin buna neden olmaması halinde malın zilyetliğini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmayacağını belirtmektedir¹²¹². Bununla birlikte yol açma (*Veranlassung*) kavramının özellikle neden olma (*Verursachung*) ile eş anlamlı olarak anlaşılması halinde, uygun bir isnat kriteri olarak dikkate alınamayacağı eleştirisi söz konusudur¹²¹³. Salt nedensellik, isnadın değerlendirmeye dayalı gerekçelendirilmesi için yeterli değildir¹²¹⁴. Yol açma kavramından yalnızca nedensel ilişkinin anlaşılması, isnat şartından vazgeçilmesinden başka bir anlama gelmemektedir¹²¹⁵. Öte yandan haklı olarak yol açma ilkesinden yeterli neden olma (*adaquate Verursachung*) anlaşılrsa dahi, yine de bunun önemli bir ilerleme sağlamayacağı ifade edilmektedir¹²¹⁶. Gerçekten de salt nedenselliğin savunulamaz olması bir yana yeterli nedenselliğin kabul edilmesi halinde dahi, malikin kendi özensiz davranışları dolayısıyla taşınırının çalınmasına ve dolayısıyla bir hukuki görünüşün ortaya çıkmasına yol açtığı durumda taşınırını kaybetmemesini yol açma ilkesiyle açıklamak mümkün görünmemektedir¹²¹⁷. Eğer yol açma prensibinin bakış açısından bakılacaksa, malik esasen burada da hukuki görünüşün meydana gelmesine kendi davranışları ile yol açmıştır; ancak buna rağmen yasal düzenlemeler malikin taşınırını kaybetmesi sonucunu öngörmemektedir. O halde ele alınan düzenlemelerdeki ayrımın bu prensibe dayanmadığı sonucuna varılmalıdır¹²¹⁸.

İyiniyetli kazanımı kusur ile ilişkilendiren Mevius, malını ödünç veren malikin haksızlığa uğramadığını dile getirmektedir. Ona göre, malını sözleşmeye bağlılığına güvenemeyeceği bir kişiye emanet etmiş olmaya ilişkin ihmal malikin kendisine yüklenmelidir¹²¹⁹. Bu durumda malik artık şikâyet edemez; zira daha güvenilir bir emanetçi seçmesi gerekirdi. Bu bağlamda

¹²¹¹ Meyer, Herbert, Das publizitatsprinzip im Deutschen bürgerlichen recht, 1970, s. 85 vd. (Karner, s. 234’ten naklen).

¹²¹² Westermann, Harry, “Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes”, JuS 1963, s. 7. İsviçre hukukunda iyi niyetli kazanım açısından yol açma prensibini kabul eden yazarlar için bkz. Karner, s. 234, dn. 1195.

¹²¹³ Karner, s. 234.

¹²¹⁴ Canaris, s. 469, 474; Karner, s. 234.

¹²¹⁵ Canaris, s. 474; Karner, s. 235.

¹²¹⁶ Karner, s. 235. Aynı yönde bkz. Kindl, s. 345.

¹²¹⁷ Canaris, s. 475 vd.; Hager, s. 385; Karner, s. 235. Nitekim nihayetinde yol açma prensibinin savunucularının dahi salt nedensel ilişkiye ilişkin böyle bir daralmayı savunmadığı ve daha rafine bir isnat gerekliliğini kabul ettiği belirtilmektedir. Karner, s. 235. Öyle ki Westermann önce nedenselliğin ilke olarak yol açma için yeterli olduğunu belirtmekte, ancak daha sonra kural olarak ilgili kişinin kasıtlı bir eylem veya ihmalinin gerekli olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Westermann, s. 6.

¹²¹⁸ Yol açma ilkesinin Art. 934/I ZGB ile uyumlu olmadığı hakkında bkz. Rusch, Fahrnisserwerb, s. 8.

¹²¹⁹ Karner, s. 237.

iyi niyetli kazanımın korunmasının gerekçesi ise, malike ilişkin yardımcı kişinin seçimi sırasındaki kusur (*culpa in eligendo*) karanesidir. Zeiller ise, emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle kazanımı, malikin taşınırını özellikle belirli kişilere emanet etmiş olmasıyla gerekçelendirmiştir. Buna bağlı olarak kendisi için imkan dahilinde olan seçimi nedeniyle, malike, iyi niyetle işlem yapan üçüncü şahıstan daha fazla kusur atfedilebilir. Yazar, malikin hak kaybını da oldukça benzer bir şekilde gerekçelendirmiş ve malikin kusurlu tedbirsizliği veya dikkatsizliği ile devralanın kusursuz, kamu kurumlarına güvenen davranışını karşılaştırmıştır. Sonuç itibarıyla iyi niyetli kazanımın, “*kusurlu tarafın zararı kusursuz taraftan önce karşılaması ve tesadüfi zararların malik tarafından karşılanması*” ilkesini takip ettiği kanaatine ulaşmıştır¹²²⁰. Bununla birlikte haklı olarak tıpkı yol açma ilkesi gibi kusur ilkesi de isnat için yeterli görülmemektedir¹²²¹. Zira kusur ilkesi de yukarıda anılan durumu açıklayamamaktadır: Neden malik özenle seçtiği emin sıfatıyla zilyet taşınırını devrettiğinde taşınırını kaybederken, özensizliği hırsızlığa yol açsa bile bu durumda taşınırını kaybetmemektedir? Görünen o ki, malikin kusurlu olması burada belirleyici bir role sahip değildir. Gerçekten de malik emanet ettiği mallar söz konusu olduğunda gerekli özeni göstermesine kusurlu olmamasına rağmen taşınırını kaybedebilmekte veya özensiz davranışa kusurlu sayılabilecek olsa bile rızası dışında elinden çıkan taşınırını elinde tutmaya devam edebilmektedir. Maliki daima güveninden sorumlu kılan ancak şey irade dışı elden çıkarsa istisnasız onu temize çıkaran bu tür bir tipikleştirilmiş kusurun, gerekçelendirilemeyecek bir fiksasyon meydana getirdiği ifade edilmektedir¹²²². Kusur ilkesi, sözü edilen farklılığı açıklayamamasının da ötesinde malikin davranışının neden kusurlu kabul edilmesi gerektiği noktasında da eleştirilmektedir¹²²³. Öyle ki taşınırını bir başkasına emanet eden malikin davranışını kusurlu kılan nedir? Hukuk düzenin sınırları içerisinde malikin malını istediği gibi kullanabileceği ve malı üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabileceği kabul edilmekte değil midir? Nitekim kusur, hukuk düzeninin kınadığı, hukuka aykırı bir davranış ifade etmekte ise, malikin davranışının hukuka aykırı yönünü ne oluşturmaktadır? Ayrıca malik ile devralan arasında kural olarak hukuki bir ilişki de mevcut olmadığından malike kusur atfetmeyi

¹²²⁰ Zeiller, Franz von, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*. Band II/1, (1812); Band III/1 (1812); Band IV (1813), s. 134 (Karner, s. 237-238’den naklen) Avusturya ve Almanya’daki iyi niyetli kazanım düzenlemelerine ilişkin yasama süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karner, s. 237-238.

¹²²¹ Hager, s. 386; Karner, s. 238; Kindl, s. 345; Rusch, *Fahrnisserwerb*, s. 8. Canaris doğrudan iyi niyetli kazanıma ilişkin olarak olmasa da genel olarak isnat için kusur ilkesini yetersiz görmektedir. Canaris, s. 479.

¹²²² Hager, s. 386; Rebe, s. 200, dn. 68; Karner, s. 238

¹²²³ Karner, s. 239.

gerektirecek özel davranış yükümlülüğü nereye dayandırılacaktır¹²²⁴? Kaldı ki herhangi bir davranış yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilse dahi, bunun esasen malik ile devralan arasındaki ilişkide söz konusu olması gerekir. Oysa malik ile devralan arasında böyle bir ilişki bulunmamaktadır¹²²⁵. Ayrıca iyi niyetli kazanım durumunda ele alınanın malikin sorumluluğu olmayıp yalnızca hakkını kaybetmesi sonucu olduğu da dikkate alınmalıdır¹²²⁶. Tüm bu sebeplerle isnat için bir diğer isnat ilkesi olan riziko ilkesine yönelinmelidir.

Riskin dağıtılması fikrini ilk kez kapsamlı bir şekilde ele alan ve genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendiren Müller-Erzbach, risk kontrolü fikrini ön plana çıkarmış ve bunu iyi niyetli devralanla ilişkilendirmiştir. Buna göre iyi niyetli kazanım konusunda risk kontrolü fikri, yalnızca malik eşyayı ağırlıklı olarak hakimiyeti altında tutuyorsa, malikin eşyanın kaybı riskini taşımasına izin vermektedir. Ayrıca Müller-Erzbach riskin yasal dağılımının yalnızca zarar riskinin kontrolü temelinde gerekçelendirilemeyeceğini- zira uyumsuzluğun her iki tarafı da zarar riskinin bir kısmını kendi kontrolü altında tutmaktadır-, risk dağılımı açısından işlem güvenliği menfaatinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda işlem hayatının akışı ve ekonomik durumdan hızlı bir şekilde yararlanma imkanı, devredenin kişiliğini araştırmaya yönelik hantal yükümlülüklerle engellenmemelidir¹²²⁷. Buna dayalı olarak da en azından mevcut düzenlemeler kapsamında riziko ilkesinin tek başına iyi niyetli kazanımı meşrulaştırmayacağı dile getirilmektedir. Isnat problemi, esasen işlem güvenliği korumasının, malikin menfaatine objektif olarak haklı gösterilebilecek bir ölçüde sınırlandırılmasıyla ilgilidir. Bu nedenle belirleyici faktör, beklenebilir bir şekilde malike hangi risklerin yüklenebileceğidir. Bu noktada risk kontrolü kavramı doğal olarak merkezi bir rol oynamaktadır. Öyle ki bir riskin yüklenmesi, ilgili kişi bu riski en azından soyut olarak ne kadar kontrol edebiliyorsa, o kadar makul görünmektedir. Bu bakımdan, risk ilkesi gerçekten de iyi niyetli kazanımda isnat sorununun temelini oluşturmaktadır¹²²⁸. Bununla birlikte hangi risklerin söz konusu olduğu ve bunların dağılımında hangi hususların olan hukuk kapsamında belirleyici olduğu belirlenmediği takdirde, riziko ilkesine atıfta bulunmanın çok da anlamlı olmayacağına işaret edilmektedir¹²²⁹. Bu bağlamda öncelikle soyut bir niteliğe sahip olan risk

¹²²⁴ Karner, s. 239.

¹²²⁵ Karner, s. 239.

¹²²⁶ Karner, s. 239 vd.

¹²²⁷ Müller-Erzbach, AcP 106 (1910), s. 443 vd. (Karner, s. 241' den naklen).

¹²²⁸ Karner, s. 243.

¹²²⁹ Hager, s. 387; Karner, s. 243. İyiniyetli kazanımdan bağımsız olarak riziko ilkesi açısından aynı yönde bkz. Canaris, s. 481.

fikrinin iyi niyetli kazanım açısından somutlaştırılması gerekmektedir. Malik açısından söz konusu olan ve ona yüklenen risk, emanet edilen kişinin malikin güvenini boşa çıkarması yani kötüye kullanım riskidir¹²³⁰. Riskin bu şekilde dağıtılmasının temel nedeni, malikin emanet edilenin güvenilirliğini kontrol etme konusunda genellikle devralandan daha iyi bir konumda olmasıdır¹²³¹. Bu durum aynı zamanda riziko prensibi ile tehlike kontrolü arasındaki bağlantıyı da ortaya koymaktadır¹²³². Bu bağlamda Müller-Erzbach, malikin karşı tarafı (emanet edileni) istediği gibi seçebileceğini ve gerekirse teminat isteyerek kendini güvence altına alabileceğini, devralanın ise uygun bir satın alma fırsatından yararlanmak için genellikle hızlı bir şekilde anlaşma yapmak durumunda olduğunu vurgulamaktadır¹²³³. Bu bakış açısı, hukukun ekonomik analizi tarafından da desteklenmektedir. Buna göre riski daha iyi kontrol edebileceği veya daha az çabayla riskten kaçınabileceği için riskin hak sahibine tahsis edilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹²³⁴. Öyle ki emanet edilen kişiyi hak sahibi gibi gösteren zilyetlik pozisyonun sağlanması hukuki işlemler açısından bir tehlike kaynağı niteliği taşımaktadır ve malik, bu tehlike kaynağını, önceden dikkatli bir şekilde inceleme yapmak yoluyla en iyi şekilde kontrol edebilir. Yani hukukun ekonomik analizi anlamında "en ucuz maliyetten kaçınan" (*cheapest cost avoider*) kişidir¹²³⁵. Ayrıca emanet edilen taşınırı iyi niyetle kazanan kişinin kazanımının korunmaması olasılığında adil olmayan sonuçların ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Zira böyle bir olasılıkta eski maliklerden biri dahi taşınırı hak sahibi olmayan bir kişiden edindiği takdirde, devralan taşınırı iade etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalacaktır. Bu bağlamda da iade yükümlülüğü olasılığını mümkün olduğunca sınırlamak için, devralan kişinin tüm önceki mülkiyet devirleri serisini, mülkiyetin ilk edinimine kadar izlemesi gerekecektir. Oysa mevcut düzenleme çerçevesinde taşınırını emanet edenin yalnızca bir kişinin güvenilirliğini doğrulaması gerekmektedir. Emanet edilen taşınırın iyi niyetli alıcısının korunması ile ise, riskin uygun bir şekilde dağıtılması sağlanmaktadır¹²³⁶. İrade dışı elden çıkan taşınırlar söz konusu olduğunda ise, gerçek hak sahibinin emanet edilen taşınırların aksine taşınırını devreden kişinin güvenilirliğini kontrol imkanının bulunmadığı dile getirilmektedir¹²³⁷. Öte yandan risk dağıtımında dikkate alınan

¹²³⁰ Hartmann, s. 140; Karner, s. 244, dn. 1271' de anılan yazarlar.

¹²³¹ Karner, s. 244.

¹²³² Karner, s. 244.

¹²³³ Müller-Erzbach, AcP 106 (1910), s. 444. (Karner, s. 244' ten naklen).

¹²³⁴ Karner, s. 245, dn. 1273' te yer alan yazarlar. Aynı yönde Rusch, Fahrniserverb, s. 8.

¹²³⁵ Westermann/Gursky/Eickmann § 45 III 2, N. 10.

¹²³⁶ Hartmann, s. 140.

¹²³⁷ Hartmann, s. 140.

malikin inceleme yapma olanağının daha geniş olması argümanına bunun her zaman mümkün olmayabileceği eleştirisinin getirilebileceği belirtilmektedir¹²³⁸. Örneğin acil bir tamirat için taşınırın emin sıfatıyla zilyede bırakılması durumunda olduğu gibi. Ancak bu noktada kanunun riski, yalnızca taraflar arasındaki menfaatleri esas alarak değil, aynı zamanda iyi niyetli kazanım için önemli bir temel oluşturan işlem güvenliğinin korunması ilkesini de dikkate alarak dağıttığının göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır.

Risk dağıtımında dikkate alınması gereken bir diğer hususu da malikin hak kaybına uğraması halinde devreden yerini tespit edebilmesi ve böylece en azından borçlar hukuku kapsamında tazminat taleplerini ileri sürebilmesi oluşturmaktadır¹²³⁹. İrade dışı elden çıkan şeyler söz konusu olduğunda maliki, yakalanması zor ya da imkansız olan, neredeyse daima ödeme gücü bulunmayan hırsıza yönlendirmenin adaletsiz olacağı; öte yandan, böyle bir durumda, taşınırı iade etmek zorunda kalan devralanın devredeni tazmin etmesinin daha uygun düşeceği ifade edilmektedir¹²⁴⁰.

Taşınırı devreden kişinin iflas etmesi olasılığı da yine risk dağıtımında etkili olan bir diğer faktörü oluşturmaktadır. Zira borçlar hukuku kapsamındaki tazminat talepleri, tahsil edilebildikleri ve izinsiz tasarrufta bulunan kişinin ödeme yapamaması nedeniyle boşa çıkmadıkları sürece anlam taşımaktadır. Taşınırın kaybolması veya hasar görmesi durumunda, herhangi bir tazminat talebinin devreden kişinin ödeme gücüne bağlı olması riskini de taşınırını bir başkasına emanet eden malikin taşıması gerektiği kabul edilmektedir. Uygulamada malik çoğu zaman bunu pek hesaba katmayacak olsa dahi böyle bir riske daha yakın olduğu belirtilmektedir. Öyle ki malik, önce ifanın (*Vorleistung*) yokluğunda satıcının ödeme gücüne ilişkin özel bir araştırma yapmak için hiçbir nedeni olmayan devralana kıyasla tipik olarak riski daha iyi değerlendirebilecek durumdadır. Nitekim böyle bir kontrolün devralandan beklenmesinin satış işlemlerinin hızlı ve sorunsuz bir şekilde gerçekleştirilmesine de ters düştüğü belirtilmektedir¹²⁴¹.

Sonuç itibarıyla risk dağıtımında dikkate alınan unsurlar taşınırın iradi olarak emin sıfatıyla zilyede teslim edildiği hallerde, emanet eden kişinin devralan kişiye kıyasla riski taşımasının

¹²³⁸ Karner, s. 246.

¹²³⁹ Karner, s. 247.

¹²⁴⁰ Karner, s. 247-248.

¹²⁴¹ Karner, s. 248. Aynı yönde bkz. Hartmann, s. 140 vd.

daha yerinde olduğuna işaret etmektedir¹²⁴². İrade dışı elden çıkma hallerinde ise, sözü edilen bu risk unsurları emanet eden aleyhine olarak söz konusu olmadığından sonuç tam tersidir.

c. İrade Dışı Elden Çıkan Taşınırın İyi Niyetle Kazanılmaması Kuralının İstisnaları

İrade dışı elden çıkan şeyler açısından iyi niyetli kazanımın söz konusu olmayacağı kuralının bazı istisnaları söz konusudur. Bu istisnalardan ilki para ve hamile yazılı senetler açısından ortaya çıkmaktadır¹²⁴³. Bu düzenleme, yasa koyucunun burada işlem güvenliği menfaatine diğer nesnelere kıyasla daha fazla ağırlık vermesine dayanmaktadır¹²⁴⁴. Hamiline yazılı senetler de kolay işleme konu olabilirliğin temel bir özellik olduğu paraya eş tutulmuş ve bu nedenle iyi niyetli alıcının mahrum kalma riskiyle karşı karşıya kalmaması gerektiği düşünülmüştür¹²⁴⁵. Burada iyi niyete ilişkin tam bir koruma söz konusudur¹²⁴⁶. Bu hem Alman hukukunda hem de Türk-İsviçre hukukunda ortak olarak kabul edilen bir sonuçtur. Sözü edilen bu durumlarda aynı zamanda hukuki görünüşün isnadı da aranmadığından bu durumlar saf hukuki görünüş ilkesinin bir uygulaması olarak görülmektedir¹²⁴⁷. Bununla birlikte açık artırmadan edinilen şeyler konusunda Alman hukuku ve Türk- İsviçre hukuku düzenlemeleri arasında farklılık bulunmaktadır¹²⁴⁸. Alman hukukunda tıpkı para ve hamiline yazılı senetlerde olduğu gibi açık artırmadan edinilen şeyler konusunda da irade dışı elden çıkmaya ilişkin hükmün uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir¹²⁴⁹. Türk- İsviçre

¹²⁴² Hartmann, s. 141.

¹²⁴³ Türk-İsviçre hukuku açısından bu istisna objektif olarak para ve hamiline yazılı senetler ile, subjektif olarak ise iyi niyetli alıcı ile sınırlıdır. Para veya hamiline yazılı senetlerin emanet edilmesi halinde ise, iyi niyetli kazanana yönelik aynı koruma ZGB 933'ten kaynaklanmaktadır. CHK- Art. 935 ZGB N. 1.

¹²⁴⁴ BernKomm -Stark, Art. 935 ZGB N. 7. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Wieling, s. 406.

¹²⁴⁵ BernKomm -Stark, Art. 935 ZGB N. 8.

¹²⁴⁶ Nomer/ Ergüne, s. 90.

¹²⁴⁷ Canaris, s. 471.

¹²⁴⁸ BGB'nin ilk taslağında bir şeyin, çalınması veya kaybolması ya da malikinin veya malik için elinde bulunduran kişinin iradesi dışında zilyetliğinden çıkması halinde, iyi niyetle kazanılmasına izin verilmemektedir. Buna göre irade dışı elden çıkan bir eşyayı satın alan kişi onu iade etmek zorundadır. Bununla birlikte bu kişi Türk- İsviçre hukukundakine benzer bir şekilde bir iadede kaçınma hakkı (*Lösungsanspruch*) ile korunmaktadır. İkinci taslakta ise bu kaçınma hakkı kaldırılmıştır. Wieling, s. 399.

¹²⁴⁹ Açık artırma kamuya açık olmalıdır, yani sınırlamanın olmadığı bir kişi çevresi için erişilebilir olmalı ve bir icra memuru veya kamu tarafından atanmış başka bir müzayede görevlisi tarafından yürütülmelidir. Bununla bağlantılı olarak özel açık artırmalar daha fazla güveni hak etmedikleri için § 935 II BGB kapsamına girmemektedir. Ayrıca, § 935 II BGB yalnızca § 929 vd. BGB uyarınca medeni hukuk kapsamında mülkiyetin devredildiği açık artırmalar için geçerlidir. § 383 III BGB kapsamında gerçekleşen bu çık artırmalarda açık artırma yoluyla satın alan kişinin iyi niyetli olmasının gerekli olduğu hukuki işleme dayalı bir kazanım söz

hukukunda ise, açık artırmadan ve bunun yanısıra pazar ve benzeri eşya satanlardan edinilen şeylerin para ve hamiline yazılı senetlerden ayrı bir düzenlemeye tabi tutulduğu görülmektedir. Buna göre taşınır, açık artırmadan¹²⁵⁰ veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyi niyetle edinilmiş ise; iyi niyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir¹²⁵¹. Alman hukukundan farklı olarak burada edinene tam bir koruma sağlanmış değildir. Yalnızca eşya için ödenen bedelin iadesini isteme ve bedel iade edilinceye kadar eşyayı alıkoyma imkanının tanındığı görülmektedir¹²⁵².

C. İyi niyetli Kazanımın Hukuki Sonuçları

1. Aynı Hakkın Kazanılması

Emanet edilen şeyi hak sahibi olmayan¹²⁵³ kişiden devralan iyi niyetli kişi aynı hakkı sanki hak sahibinden (tasarruf yetkisine sahip bir kişiden) devralmış gibi hakkı kazanır¹²⁵⁴. Böylelikle iyi niyetli devralanın hukuki görünüşe güveni olumlu olarak korunmuş ve güvene uygunluk sağlanmış olmaktadır¹²⁵⁵. İyi niyetli kazanım durumunda gerçek hak sahibi kazananın herhangi bir talepte bulunamaz¹²⁵⁶. Öte yandan taşınırı devredenden aralarındaki

konusudur. § 814 vd. ZPO hükümleri kapsamındaki cebri açık artırmada ise, açık artırma yoluyla satın alan kişinin kazanımı idari bir işleme dayalı olarak gerçekleşir. Satın alan kişinin iyi niyetli olup olmaması önem taşımamaktadır. Wieling, s. 408. Aynı yönde bkz. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 52 N. 49. Nitekim hakim görüş cebri açık artırmaların bu hükmün kapsamına girmediğini kabul etmektedir. Brehm/Berger, s. 450.

¹²⁵⁰ Burada sözü edilen açık artırmaların cebri artırmaların yanısıra isteğe bağlı açık artırmaları da kapsadığı belirtilmektedir. Homberger, Art. 934 ZGB, N. 24; Nomer/ Ergüne, s. 91.

¹²⁵¹ Berger, söz konusu durumda devralan tarafından -emanet edilen eşyalardan farklı olarak- güvene uygunluğun sağlanmasının talep edilemeyeceğini aksine yalnızca güvenin boşa çıkması dolayısıyla meydana gelen zararın ve yapılan zorunlu ve yararlı masarafların tazmininin istenebileceğini belirtmektedir. Burada malik görünüşteki hukuki durumu kendisi yaratmadığından hukuki görünüş sorumluluğu değil, yalnızca güven sorumluluğu söz konusudur. Berger, AT N. 499.

¹²⁵² Nomer/ Ergüne, s. 91; Sarı, Suat, Alıkoyma Hakkı, İstanbul 1997, s. 3 vd.

¹²⁵³ Türk- İsviçre hukukunda tasarruf yetkisinin bulunmaması da bu kapsamdadır.

¹²⁵⁴ Tiedtke, s. 48; MüKoBGB/Oechsler BGB § 932, N. 72; Baur/Stürner, Sachenrecht § 52 N. 6; Wieling, s. 409; Westermann/Gursky/Eickmann, § 47 N.14, 16; Jauernig/Berger, BGB § 932, N. 2; Berger, AT N. 505; Rusch, Fahrniswerb, s.13; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 143-144; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 108; Sirmen, s. 94; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 417; Nomer/ Ergüne, s. 88. Serozan, iyi niyetin bu etkisini olumlu etki olarak nitelendirmektedir. Serozan, Taşınır Eşya, s. 270.

¹²⁵⁵ Berger AT, N. 498; Rusch, Fahrniswerb, s.13.

¹²⁵⁶ Wieling, s. 409-410; Tiedtke, s. 49; Jauernig/Berger, BGB § 932, N. 1; Sirmen, s. 94.

ilişkinin niteliğine bağlı olarak sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme uyarınca tazminat talebinde bulunabilir¹²⁵⁷.

2. Diğer Aynı Hak Sahiplerinin Hakkının Sona Ermesi veya Sıra Önceliğini Kaybetmesi

İyiniyetli üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanmasıyla birlikte önceki malikin mülkiyet hakkı kesin olarak sona erer¹²⁵⁸. Taşınır üzerinde sınırlı ayni haklar söz konusu ise, bu haklar da sona erer¹²⁵⁹. Böylece malik mülkiyeti yüklerden arı olarak kazanmış olur. Kazanılan hak bir sınırlı ayni hak ise, malik bu sınırlı ayni hakka katlanmakla yükümlü olur¹²⁶⁰. Eğer taşınır üzerinde sınırlı ayni hakka sahip olan başkaları da var ise, bu kişiler sıra itibariyle iyi niyetli kazanandan sonra gelirler¹²⁶¹.

II. TAPU SİCİLİNE GÜVEN YOLUYLA AYNİ HAK KAZANIMI

A. Tapu Siciline Güvenin Hukuki Görünüş Temelinde Korunmasının Şartları

Prensip olarak tapu sicili sistemi, taşınmazlar üzerindeki ayni hakların tamamının net bir şekilde ortaya koyulması imkanını sunmaktadır. Ancak organizasyon ve personel açısından sicilin tutulması dikkatli bir şekilde tasarlanırsa dahi sicilin tutulmasında hataların ortaya çıkması her zaman olasılık dahilindedir. Bu tapu sicili dışında birtakım hukuki değişikliklerin meydana gelmesine dayanabileceği gibi sicilin yanlış tutulmasına da dayanabilmektedir. Sözü edilen sebeplerden hangisine dayanırsa dayansın bu tür durumlarda gerçek hukuki durum tapu sicilinde yer alan kayıttan sapmaktadır. Tapu siciline güvenin

¹²⁵⁷ Wieling, s. 410; Brehm/Berger, s. 453; Berger, AT N. 506; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1, s. 418; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Tekinay Eşya, s. 175 vd.; Sirmen, s. 94.

¹²⁵⁸ Tiedtke, s. 48; BernKomm -Stark, Art. 933 ZGB N. 89; Homberger, Art. 933 N. 39; Berger, AT N. 505; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 144; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Nomer/ Ergüne, s. 88.

¹²⁵⁹ BernKomm -Stark, Art. 933 ZGB N. 89; Homberger, Art. 933 N. 39; Sirmen, s. 94; Nomer/ Ergüne, s. 88. Serozan, iyi niyetin bu etkisini ise, olumsuz etki olarak nitelendirmektedir. Serozan, Taşınır Eşya, s. 270.

¹²⁶⁰ Homberger, Art. 933 N. 39; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Nomer/ Ergüne, s. 88-89.

¹²⁶¹ Homberger, Art. 933 N. 39; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 144; Sirmen, s. 94. İyiniyetli kazanımın zilyetliğin havalesi yoluyla gerçekleştiği durumlarda, dolaysız zilyedin sınırlı ayni hakkının TMK 979/III' e (Art. 924 ZGB) dayalı olarak iyi niyetli devralanın sınırlı ayni hakkından sıra itibariyle önce geldiği unutulmamalıdır. BernKomm -Stark, Art. 933 ZGB N. 89; Nomer/ Ergüne, s. 89.

korunmasının çıkış noktasını da tapu sicilindeki görünüş ile gerçek hukuki durum arasında meydana gelen bu uyumsuzluk oluşturmaktadır¹²⁶². Alman ve Türk-İsviçre hukukunda BGB § 892¹²⁶³, Art. 973 ZGB ve TMK m.1023 hükümlerinde düzenlenen tapu siciline güvenin korunması prensibi uyarınca tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı -diğer geçerlilik koşullarının da mevcut olması kaydıyla- korunmaktadır¹²⁶⁴. Böylelikle tapu sicilindeki kayda güvenen iyi niyetli kişiye, tapu sicilinin içeriğinin gerçek hukuki duruma uygun olması halinde elde edeceği hukuki konum sağlanmaktadır¹²⁶⁵. Tapu sicilinin kamuya açıklığına ilişkin bu düzenlemeler öğreti ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak hukuki görünüş teorisi ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır¹²⁶⁶.

1. Hukuki Görünüş Olgusu

Taşınmazlar üzerinde iyi niyetle ayni hak kazanımı açısından hukuki görünüşün temelini, tapu sicilinde yer alan ve gerçek hukuki durum ile örtüşmeyen kayıt oluşturmaktadır¹²⁶⁷. Bir

¹²⁶² BeckOK BGB/H.-W. Eckert, 63. Ed. 1.8.2022, BGB § 892 N. 2

¹²⁶³ Bu hüküm işlem güvenliğinin korunması amacına yönelik olarak § 891 BGB’ de düzenlenen tapu sicilindeki kayıtların doğruluğuna ilişkin aksi ispat edilebilir karineyi maddi hukuk açısından sonuçlara sahip aksi ispat edilemez bir karine seviyesine çıkartmaktadır. Ayrıca karineyi, tapudaki kaydın aynı zamanda eksiksiz, tam olduğu yönünde de genişletmektedir. Westermann/Gursky/Eickmann/Eickmann, Sachenrecht, § 83, s. 706.

¹²⁶⁴ Brehm/Berger, § 10, N. 7.

¹²⁶⁵ Vieweg, Klaus/ Lorz, Sigrid, Sachenrecht, 9. Aufl., München 2022, s. 454-455.

¹²⁶⁶ Zobl, Dieter, Grundbuchrecht, Zürich 2004, N. 124; MüKo BGB- Kohler, § 892 N. 2,4; Resch, André- Pierre, Sicherungsinstrumente beim Grundstückserwerb, Tübingen 2016, s. 233; Reich, Dietmar O. / Schmitz, Peter, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2., überarbeitete und erweiterte Aufl., Wiesbaden 1999, s. 377; Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 705; Wiegand, s. 824; Rusch, s. 188 vd.; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C. IV/1, s. 581, 582.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin hukuki görünüşe işaret ettiği kararı için bkz. BGE 130 III 306 vd., 308 (Rusch, s. 188, dn. 731).

¹²⁶⁷ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 706; MüKo BGB/ Kohler, § 892 N. 4; Resch, André- Pierre, Sicherungsinstrumente beim Grundstückserwerb, Tübingen 2016, s. 233; Rusch, s. 189; Wieling/Finkenauer, N.54-55; Füller, Jens Thomas, Eigenständiges Sachenrecht ?, Tübingen 2006, s. 253, 260; Reich / Schmitz, s. 378; Zobl, s. 77; Wiegand, s. 824. Aynı yönde bkz. Özçelik, Şemsi Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016, s. 43.

Vieweg/ Lorz, tapu sicilinin burada hukuki görünüş taşıyıcısı görevini gördüğünü ifade etmektedir. Vieweg/ Lorz, s. 455. Alman hukukunda bu durum, “*Taşınır hukuku açısından § 932 BGB ne ise, taşınmaz hukuku açısından da § 892 BGB odur.*” şeklinde ifade edilmektedir. İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. Rusch, s. 189. Ancak § 892 BGB ve § 932 BGB arasında şu açıdan bir farklılık olduğu da eklenmektedir: Taşınmaz hukukunda iyi niyetin korunması salt hukuki görünüş teorisine dayanmakta iken; taşınır hukukunda hem hukuki görünüş teorisi hem de yol açma prensibinin esas alındığı karma bir sistem söz konusudur. Öyle ki taşınmazlar açısından § 935 BGB’ ye karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim bu bağlamda gerçek hukuki durum ile tapu sicili arasındaki uyumsuzluğun ayni hak sahibinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı da iyi niyet koruması

kişinin hak sahibi olmamasına rağmen tapu siciline hak sahibi olarak kaydedilmiş olması veya taşınmaz üzerindeki bir sınırlı ayni hakkın yolsuz bir şekilde terkin edilmiş olması, gerçeği yansıtmayan bir görünüş yaratmaktadır¹²⁶⁸. İkisi arasındaki ayrımın yapılması her durumda kolay olmamakla birlikte yalnızca hakka ilişkin kayıtlar hukuki görünüşü ortaya çıkarmakta olup fiili duruma ilişkin kayıtlar hukuki görünüş yaratmamaktadır¹²⁶⁹. Fiili duruma ilişkin kayıtlar taşınmaz tanımlar, tarif ederken; hakka ilişkin kayıtlar taşınmaz üzerinde bulunan ayni hakları göstermektedir. Taşınmazın büyüklüğü, konumu vb. ile ilgili kayıtlar fiili duruma ilişkin kayıtlara örnektir. İyiniyetli olarak taşınmazı kazanan tüm bunları olduğu gibi kabul etmelidir. İyiniyet burada fiili durum üzerinde herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir. Gerçekten de bir karineye dayalı olarak taşınmazın büyüklüğünün arttırılabilmesi düşünülemez. Öte yandan taşınmazın sınırları açısından durum farklıdır. Burada bir hak iddiası (*Rechtsbehauptung*) söz konusudur. Tapu sicilinde gösterilen sınırlar açısından tapu siciline güvenin korunmasına ilişkin hükümler geçerlidir¹²⁷⁰. Bunun için kural olarak gerçek sınır ile tapudaki sınırın örtüşmesi gereklidir. Örneğin set, hendek vb. ile belirlenmiş gerçek sınırın, gerçek hukuki duruma karşılık gelmesi durumunda, ilgili taraflar genellikle tapu kaydında başka bir parçanın devredenin mülkü olarak gösterildiğinin farkında olmayacaktır. Fiili olgular dışında hak sahibinin tasarrufta bulunma ehliyetine veya yetkisine sahip olduğu sonucuna varılabilecek kişisel durumlarına ilişkin bilgilerin ve tescil edilebilir olmayan hakların da hukuki görünüş kapsamında değerlendirilmesi ve kamu güveninden yararlanması mümkün değildir¹²⁷¹. Bunun dışında yorum yoluyla giderilemediği sürece çelişkili kayıtların da iyi niyetli bir kazanım için hareket noktası olamayacağı kabul edilmektedir¹²⁷². Farklı hak sahiplerine ilişkin hatalı bir çifte kayıt söz konusu olduğunda,

açısından önem taşımamaktadır. HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 892 N. 3; *Medicus JURA* 2001, 294, 297; *Staudinger/Gursky* § 892 Rn.6; Füller, s. 266; Wilhelm, s. 306; Pfister, s. 243; Serozan, Taşınır Eşya, s. 64; Özçelik, s. 44. Hak kaybına kendisinin neden olup olmadığına bakılmaksızın, hak sahibi kişinin hakkına böylesine geniş ölçüde bir müdahalede bulunulması, devlete karşı bir tazminat talebinin mevcut olabileceği gerçeğiyle kısmen gerekçelendirilmektedir. § 892 BGB vd. mülkiyet hukuku kapsamında iyi niyetin korunması amacına uygun olarak, yani malların engelsiz bir şekilde el değiştirmesi fikri doğrultusunda düzenlenmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin devamına ilişkin menfaat burada ikinci planda yer almaktadır. Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 705.

¹²⁶⁸ Reich / Schmitz, s. 378; Özçelik, s. 42.

¹²⁶⁹ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 706; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 4; Müller, Klaus/Gruber, Urs Peter, Sachenrecht, München 2016, N. 2791.

¹²⁷⁰ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 706; Müller/Gruber, N. 2792.

¹²⁷¹ Müller/Gruber, N. 2776; Brehm, Wolfgang / Berger, Christian, Sachenrecht, 3., überarbeitete Aufl. Tübingen 2006, § 10, N. 11; HK-BGB/Ansgar Staudinger BGB § 892 N. 10.

¹²⁷² MüKoBGB/Kohler BGB § 892 Rn. 12; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 4; HK-BGB/Ansgar Staudinger BGB § 892 N. 10; Müller/Gruber, N. 2778.

kayıtlardan hiçbirinin iyi niyetli bir kazanıma temel olamayacağı kabul edilmektedir¹²⁷³. Bu sonuç sicilde kayıtlı olanlardan birinin gerçek hak sahibi olması durumunda sicilde yolsuz olarak hak sahibi olarak görünen kişinin taşınmaza gerçek hak sahibinden daha yakın olmaması ile gerekçelendirilmektedir¹²⁷⁴. Sicildeki kayıtların her ikisinin de yolsuz olması halinde ise, tapu sicilinin bir hukuki görünüş taşıyıcısı olarak işlevini kaybettiği ve çelişen kayıtların birbirini etkisiz hale getirdiği ileri sürülmektedir¹²⁷⁵.

2. Hukuki Görünüş Olgusunun Bilinmesi, Güven Tasarrufu ve Nedensellik Bağı

Alman hukukunda tapu siciline güvenin korunması söz konusu olduğunda hukuki görünüş olgusunun bilinmesi ve buna dayanarak bir tasarrufta bulunulması gerekliliğinin diğer hukuki görünüşe güvenin korunması hallerinden farklı değerlendirildiği görülmektedir. Hukuki görünüş olgusunun bilinmesi ve buna dayalı olarak bir tasarrufun gerçekleştirilmesi konusunda somut bireysel (*konkret-individueller Ansatz*) ve soyut potansiyel (*abstrakt-potenzieller Ansatz*) yaklaşım olmak üzere iki farklı yaklaşımın bulunduğu belirtilmekte ve tapu siciline güvenin korunduğu durumlarda soyut yaklaşımın geçerli olduğu ifade edilmektedir¹²⁷⁶. Somut bireysel yaklaşım, devralanın, hukuki görünüş taşıyıcısı -yani tapu sicilinde yer alan kayıt- hakkında olumlu bilgiye sahip olmasını ve ayrıca hukuki işlemi gerçekleştirirken devredenin maddi hak sahipliğine somut olarak güvenmiş olmasını gerektirmektedir. Soyut potansiyel yaklaşım ise, yalnızca hukuki görünüş temelinin geçerli olarak var olmasını ve devralanın, devreden hak sahipliğine ilişkin eksiklik hakkında hiçbir bilgiye sahip olmamasını gerektirmektedir. Bu yaklaşımda tapu kaydının içeriğinin hukuki görünüşün münhasır temelini oluşturduğu kabul edilmektedir¹²⁷⁷. Bu bağlamda iyi niyetle aynı hak kazanacak kişinin tapu sicilinin içeriğinden haberdar olması diğer bir deyişle sicildeki kaydı fiilen incelemiş olması veya hukuki görünüşe güvenerek bir tasarrufta bulunması önemli değildir¹²⁷⁸. Buna göre tapu sicilinde hakkı devreden kişi lehine bir yolsuz

¹²⁷³ Pfister, s. 292; Özçelik, s. 227-228; Yakuppur, s. 198.

¹²⁷⁴ Müller/Gruber, N. 2779.

¹²⁷⁵ Müller/Gruber, N. 2779.

¹²⁷⁶ Canaris, s. 508; Lieder, s. 507 vd.; Füller, s. 265; Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 709; MüKoBGB/Kohler BGB § 892 N. 4; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 17; Jauernig/Berger BGB § 892, N. 15; Baur/Stürner, Sachenrecht § 23, N. 32; Wilhelm, s. 305; Müller/Gruber, N. 2807; Hager, s. 419 vd.; Lutter, s. 122 vd., 165 vd.; Lieder, AcP 210 (2010), 873 vd.; Volmer, s. 24.

¹²⁷⁷ Füller, s. 265.

¹²⁷⁸ Füller, s. 265; MüKoBGB/Kohler BGB § 892 N. 4; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 17; Jauernig/Berger BGB § 892, N. 15; Wilhelm, s. 305; Müller/Gruber, N. 2807; Tiedtke, s. 92; Lieder, s. 507 vd.

kayıt mevcut olduğu takdirde, salt devredenin sözüne güvenerek dahi iyi niyetle aynı hakkın kazanılması mümkündür. Şöyle ki sözü edilen bu durumda devralan, tapu sicilini hiç incelememiş yalnızca devredenin sözüne güvenmiş olsa dahi tapu sicilindeki hukuki görünüş bunu desteklediği sürece kazanım gerçekleşmektedir.¹²⁷⁹ Yeter ki aynı zamanda devralan iyi niyetli olsun.

Türk- İsviçre hukukunda da Alman hukukundaki yaklaşıma benzer bir yaklaşımın mevcut olduğu görülmektedir. Öyle ki burada da tapu sicilinin fiilen incelendiğinin ispat edilmesine ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir¹²⁸⁰. Bunun temelinde TMK m. 1020/III (Art. 970/III ZGB) hükmü yer almaktadır. Zira TMK m. 1020’ de kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği düzenlenmektedir¹²⁸¹. Bu bağlamda devralan kişi tapudaki kaydı incelememiş ve yalnızca devredenin beyanına dayanmış olsa dahi, tapu sicilindeki durum devredenin beyanına uygun olduğu sürece¹²⁸², devralan aynı hakkı iyi niyetle kazanacaktır¹²⁸³. Tapu sicilini incelememiş olması devralanın iyi niyetini ortadan kaldırmayacaktır. Zira devralan tapu sicilini incelese dahi yine gerçekte hak sahibi olmayan kişiyi hak sahibiymiş gibi gösteren kayıtlar yani hukuki görünüşle karşılaşacaktır. Öte yandan devralanın tapu sicilinin doğruluğu konusunda şüphe duymasını gerektiren durumlar söz konusu olduğunda Alman hukukundakinden farklı bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Zira aşağıda iyi niyet başlığında görüleceği üzere Alman hukukunda yalnızca tapu sicilinin gerçek hukuki durumu yansıtmadığının pozitif olarak bilinmesi iyi niyeti ortadan kaldırmakta iken; Türk-İsviçre hukukunda TMK m. 3 gereği pozitif bilmenin yanı sıra koşullara göre bilmenin gerekmesi de iyi niyeti ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla da Türk-İsviçre hukukunda tapu sicilinin doğruluğu konusunda şüphe duymayı gerektiren bir durum mevcut olduğunda, devralanın kötü niyetli sayılmamak için bu durumu araştırması gerekmektedir. Böyle bir olasılıkta da devralan açısından normalde bulunmadığı kabul edilen tapu sicilini fiilen inceleme zorunluluğu doğmuş olmaktadır.

Benzer yönde bkz. Brehm, Wolfgang / Berger, Christian, Sachenrecht, 3., überarbeitete Aufl. Tübingen 2006, § 10, N. 8.

¹²⁷⁹ Aynı yönde bkz. Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 709.

¹²⁸⁰ Homberger, Art. 973, N.15; Koller, s. 242; Rusch, s. 189; Cansel, s. 80, dn. 272; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 235; Şengül, s. 497; Yıldırım, s. 291; Yakuppur, s. 125-126.

¹²⁸¹ Zobl, s. 82; Yakuppur, s. 125-126.

¹²⁸² Devredenin aynı hakka ilişkin devralana verdiği bilgiler ile tapu sicilindeki kayıt uyuşmadığı takdirde ise, tapu kayıtları dikkate alınacaktır. Böyle bir olasılıkta devralanın iyi niyet iddiası da dikkate alınmayacaktır. Yıldırım, s. 291.

¹²⁸³ Aynı yönde bkz. Yakuppur, s. 125-126.

3. Hukuki Görünüşün İsnadı

Tapu sicili devlet eliyle tutulmaktadır. Dolayısıyla diğer hukuki görünüşe güvenin korunduğu durumlardan farklı olarak tapu siciline güven durumunda güvene uygunluk sonucunun yüklendiği kişinin hukuki görünüş olgularının ortaya çıkmasına neden olması veya belirli bir tehlike yaratması aranmamaktadır¹²⁸⁴. Dolayısıyla isnat açısından yol açma ve riziko prensibi burada uygulama alanı bulmamaktadır¹²⁸⁵. Nitekim tapu sicilinin gerçek hukuki durumu yansıtmamasının ne gibi bir sebebe dayandığı sicile güvene ilişkin hükümlerin uygulanması açısından önemsizdir¹²⁸⁶. Burada isnat edilebilirliğin aranmadığı saf hukuki görünüş teorisinin uygulama alanı bulunduğu belirtilmektedir. Bu, hukuki görünüşün tapu sicilinin devlet tarafından tutulmasına dayanan özel gücü ile gerekçelendirilmektedir¹²⁸⁷. Isnat edilebilirlik aranmaksızın hukuki görünüşe sonuç bağlanmasının tapu sicilinin tutulmasında devletin sorumluluğuna ilişkin hükümler ile yumuşatıldığı belirtilmektedir¹²⁸⁸.

4. Hukuki İşleme Dayalı Bir Alışveriş İşleminin Varlığı (Kazanın Hukuki İşleme Dayanması ve Kazananın Üçüncü Bir Kişi Olması)¹²⁸⁹

Tapu siciline güvenin korunmasının yalnızca hukuki işleme dayalı olarak gerçekleşen kazanımlar açısından gündeme geleceği görüşü hakimdir^{1290 1291}. Nitekim Alman hukukunda

¹²⁸⁴ Füller, s. 266; Pfister, s. 30 vd.; Koller, s. 242; Özçelik, s. 37.

¹²⁸⁵ Rusch, s. 190.

¹²⁸⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu hususa işaret ettiği kararı için bkz. BGE 89 II 387 vd. (Rusch, s. 190).

¹²⁸⁷ Canaris, s. 471; Karner, s. 152; Rusch, s. 190; Füller, s. 265. Lieder, tapu siciline olan kamu güvenliğini zayıflatacağı gerekçesiyle tapu siciline güvenin korunması açısından bir isnat kriterinin getirilmesinin yerinde olmayacağını belirtmektedir. Öyle ki devralan kişi, devirden önce, gerçek hak sahibinin isnat edilebilir bir şekilde yanlış kaydın oluşmasına neden olup olmadığını doğrulamak zorunda kalacaktır. Bununla bağlantılı bilgi maliyetleri, malların engelsiz bir şekilde el değiştirmesini ve kıt kaynakların etkin bir şekilde tahsis edilmesini engelleyecektir. Lieder, s. 522 vd.

¹²⁸⁸ Rusch, s. 190.

¹²⁸⁹ Kazanın hukuki işleme dayalı bir alışveriş işlemi sonucu gerçekleşmesi ve kazananın üçüncü bir kişi olması gereği bazı yazarlar tarafından ayrı ayrı ele alınmakla birlikte (Bkz. Özçelik, s. 48, 119), bu çalışmada Alman hukukunda benimsenen sistematığa paralel olarak iki şart bir arada ele alınacaktır. Zira aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere işlem güvenliğinin korunması düşüncesi ve hukuki işleme dayalı bir alışveriş işleminin varlığı zorunlu olarak kazanan kişinin bir üçüncü kişi olmasını gerektirmektedir.

¹²⁹⁰ Müller / Gruber, N. 2765; Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, BGB § 892 N. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, N. 350; Reich / Schmitz, s. 377; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 8;

§ 892 BGB’ de kazanımın hukuki işleme dayalı olarak gerçekleşmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Türk-İsviçre hukukunda bu tür açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte aynı yaklaşımın Türk-İsviçre hukuku bakımından da benimsenmiş olduğu görülmektedir¹²⁹². Bu bağlamda kanun gereği gerçekleşen kazanımların kural olarak tapu siciline güvenin korunması kapsamında yer almadığı kabul edilmektedir¹²⁹³. Örnek olarak mirasbırakan lehine mevcut olan bir yolsuz tescile dayalı olarak mirasçıların bir aynı hak kazanmış olduğundan söz edilememektedir. Zira burada kazanım sicildeki gerçek hukuki durumu yansıtmayan tescile değil, kanuna dayalı olarak gerçekleşmektedir¹²⁹⁴. Diğer taraftan kanun gereği bir kazanım niteliği taşımasına rağmen tapu siciline güvenin korunması gerektiğinin kabul edildiği birtakım haller de bulunmaktadır. Mahkeme kararına dayalı kazanımlar¹²⁹⁵, isteğe bağlı açık artırma yoluyla gerçekleşen kazanımlar¹²⁹⁶, cebri artırma yoluyla gerçekleşen kazanımlar¹²⁹⁷ ve taşınmazın şirkete aynı sermaye olarak konulması¹²⁹⁸ bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Wilhelm, Jan, Sachenrecht, 4., völlig neu bearbeitete Aufl., Göttingen 2010, s. 301; Lutter, s. 122, 159; Baur/Stürner § 23 N. 24 vd.; Brehm/Berger, § 10, N.12; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 11; Tiedtke, s. 89; Lieder, s. 496 vd. Teknik anlamda hukuki bir işlemin mevcut olduğu durumlarda bu işlemin aynı zamanda taşınmaz hukuku kapsamında bir işlem niteliği de taşıması gerektiğini ileri süren görüşler bulunmaktadır. Buna göre örneğin tapu sicilinde yanlışlıkla adi ortaklık ortağı olarak kaydedilen bir kişi ortaklık payını devrederse, devralan kişi § 892 BGB aracılığıyla taşınmazın mülkiyetini elde edemez. Zira tasarrufun amacı elbirliği ile mülkiyet veya onun içindeki bir pay değil, ortaklık hukuku kapsamındaki üyeliktir. Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 713.

¹²⁹¹ Alman hukukunda bu husus § 892/I BGB’ de açıkça düzenlenmiştir.

“(1) *Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.*”

¹²⁹² Jenny, s. 31; Pfister, s. 43vd.; Schmid, s. 114-115; Leumann, s. 46; Özçelik, s. 44 vd., 137 vd.

¹²⁹³ Özçelik, s. 45 vd., 137.

¹²⁹⁴ Bu örnek dışında ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünmesi, ticari işletmenin devri, sona eren tüzel kişinin mal varlığının en yakın amacı güden kamu kurum ve kuruluşuna geçmesi, mirasın Devlet’ e geçmesi, kamulaştırma, sahiplenme, işgal, olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanım, kanuni halefiyete dayalı kazanım gibi hallerde yine kazanım tapu sicilindeki görünüşe değil kanuna dayandığı belirtilmektedir. Buna bağlı olarak da söz edilen bu durumların tapu siciline güvenin korunması kapsamına girmediği kabul edilmektedir. Özçelik, s. 46-47. Sayılan bu hallere ilişkin farklı görüşler ve daha detaylı bilgi için bkz. Özçelik, s. 46-47, 146 vd.; Yıldırım, s. 279 vd.; Yakuppur, s. 177 vd.

¹²⁹⁵ Jenny, s. 32; Cansel, s. 18; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 233; Sirmen, s. 198; Şengül, s. 492; Özçelik, s. 140-141.

¹²⁹⁶ Özçelik, s. 142.

¹²⁹⁷ Homberger, Art. 973, N. 8; Pfister, s. 299. Özçelik, bir kazanımın tapu siciline güvenin korunması kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken onun sicil dışı gerçekleşip gerçekleşmediğinden ziyade

Kazanımın hukuki işleme dayalı olması dışında hakim görüş tarafından ayrıca söz konusu hukuki işlemin bir alışveriş işlemi (*Verkehrsgeschäft*) niteliği taşıması şartı aranmaktadır¹²⁹⁹. Bu şart aynı zamanda kazananın üçüncü kişi olması gerekliliğine karşılık gelmekte olup temelinde hukuki görünüş ve işlem güvenliğinin korunması düşünceleri yer almaktadır¹³⁰⁰. Üçüncü kişi olma ile kast edilen kazananın sicildeki görünüşü meydana getiren hukuki olgulara yabancı bir kişi olmasıdır¹³⁰¹. Bu bağlamda ilk olarak devreden ve devralanın aynı kişi olmaması diğer bir deyişle “*şahıs özdeşliği*”nin bulunmaması gerekmektedir¹³⁰². Gerçekten de tapu sicili dolayısıyla ortaya çıkan hukuki görünüşün oluşum sürecine aşına bir kişi hukuki görünüşün gerçek hukuki durumu yansıtmadığını da büyük bir olasılıkla biliyor olacaktır¹³⁰³. Böyle bir durumda ise işlem güvenliğinin korunması ve işlem hayatına dahil olan kişilerin bireysel güveninin korunması gereği gündeme gelmeyecektir¹³⁰⁴. Aynı sebeple gerçekte hak sahibi olmamasına rağmen tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin taşınmaz üzerinde kendi lehine sınırlı ayni hak tesis etmesinin de tapu siciline güven kapsamında ayni hak kazanımına imkan vermeyeceği kabul edilmektedir. Zira burada malik – iyi niyetli dahi

işlem güvenliği düşüncesinin dikkate alınmasını gerektiren bir kazanımın bulunup bulunmadığından hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada taşınmazın mülkiyetini cebri artırma yoluyla satışa dayalı olarak kazanan üçüncü kişi açısından durum değerlendirildiğinde, cebri icra yoluyla satış da ayni hak devrini konu almaktadır ve normal bir satıştan veya isteğe bağlı artırma yoluyla satıştan herhangi bir farkı yoktur. Nitekim cebri artırma yoluyla satış, alacaklının menfaatini temin için tasarruf yetkisi sahibinin mülkiyeti devir iradesi yerine, icra organı tarafından gerçekleştirilen ihaleye dayanması yönüyle isteğe bağlı artırma yoluyla satıştan ayrılmaktadır. Özçelik, s. 143-144.

¹²⁹⁸ Şirketin taşınmazın mülkiyetini tescille veya tescilsiz olarak kazanması hususundan bağımsız olarak iyi niyetli olması kaydıyla şirketin kazanımı korunmalıdır. Özçelik, s. 145.

¹²⁹⁹ Wilhelm, s. 301; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 14; Baur/Stürner § 23 N. 24 vd.; Brehm/Berger, § 10, N. 13; Tiedtke, s. 89; Pfister, s. 43; Lutter, s. 122, 159; Özçelik, s. 45. Bu şartın aranmasına ilişkin gerekçeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Lieder, s. 501-502.

¹³⁰⁰ Altmeyden, s. 232; Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 713; Lieder, s. 499 vd.; Pfister, s. 50 vd.; Özçelik, s. 48. İşlem hayatına ilişkin menfaatleri etkilemeyen, bunlarla ilişkili olmayan işlemler söz konusu olduğunda buna yönelik bir hüküm olan § 892 BGB’ nin uygulama alanı sınırlanır. Müller/Gruber, N. 2834.

¹³⁰¹ Pfister, s. 50; Özçelik, s. 119.

¹³⁰² Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 713; Wieling/Finkenauer, N.61; Lieder, s. 500; Lutter, s. 164; Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, BGB § 892 N. 10; Reich / Schmitz, s. 377; Tiedtke, s. 89. Aynı yönde bkz. Wilhelm, s. 301; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 233; Sirmen, s. 196; Yıldırım, s. 276; Özçelik, s. 49. Kanunda böyle bir sınırlama yer almamakla birlikte bu sonuca § 892, 893 BGB’ nin teleolojik redüksiyonu ile ulaşılmaktadır. Brehm/Berger, § 10, N. 13; Müller/Gruber, N. 2834 vd.

¹³⁰³ Kazananın üçüncü kişi olması gerekliliğinin aşağıda ele alınacak olan iyi niyet şartı ile yakından ilişkili olduğu belirtilmektedir. Zira gerçek hukuki durumu yansıtmayan görünüşün ortaya çıkış sürecine aşına olan bir kişi çoğu durumda görünüşün gerçek hukuki durumu yansıtmadığını bilecek veya bilebilecek durumda olacaktır. Böyle bir durumda doğal olarak iyi niyet şartı da gerçekleşmeyecektir. Özçelik, s. 48.

¹³⁰⁴ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Cansel, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 10; Yakuppur, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016, s. 34 vd.; Özçelik, s. 119.

olsa- üçüncü kişi sıfatını haiz değildir¹³⁰⁵. Tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen kişinin kendisinin üçüncü kişi sayılmaması dışında külli haleflerinin de üçüncü kişi sayılamayacağı kabul edilmektedir¹³⁰⁶.

“*Ekonomik özdeşlik*” de şahıs özdeşliği ile eş tutulmakta ve bu durumda da bir alışveriş işleminin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle sicile güven kapsamında bir kazanım için hak sahibinin yalnızca şeklen değişmesi yeterli görülmemektedir¹³⁰⁷. Örneğin, tek kişilik bir limited şirket söz konusu olduğunda, bir taşınmazın malikten şirkete veya tam tersi şekilde devredilmesi¹³⁰⁸, elbirliği mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi ya da bir miras ortaklığı tarafından taşınmazın mülkiyetinin aynı kişilerden oluşan şahıs şirketine devredilmesi yahut mirasın paylaşılması¹³⁰⁹ durumunda bir alışveriş işlemi gerçekleşmiş sayılmamaktadır¹³¹⁰. Buna karşılık paylı mülkiyet payının paydaşlar arasında hukuki bir işlemle devredilmesi durumunda alışveriş işleminin mevcut olduğu kabul edilmektedir¹³¹¹. Zira pay da tıpkı tam mülkiyet gibi bağımsız bir hakkın konusudur ve burada devreden ve devralan özdeş değildir¹³¹². Buna göre örneğin tapu sicilinde paylı malik olarak kayıtlı olan A ve B' den A'nın payını iyi niyetli B'ye devretmesi durumunda iyi niyetli kazanım yolu açıktır¹³¹³. Devreden tarafta yer almayan bir kişinin devralan tarafa katılması halinde ise, sicile güvenin korunmasına ilişkin hükmün uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir¹³¹⁴. Bu bakımdan en az bir kişinin hak değişikliğine yol açan hukuki işlemde devralan tarafta yer alması ve bununla birlikte devreden tarafta yer almaması alışveriş işleminin varlığı için yeterli

¹³⁰⁵ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 713; Lieder, s. 503; Jenny, s. 29; Homberger, Art. 973, N. 12; Pfister, s. 298; Cansel, s. 11; Yıldırım, s. 276; Özçelik, s. 49, 123. İpotekli borç senedine ilişkin benzer yönde bir başka örnek için bkz. Wilhelm, s. 301.

¹³⁰⁶ Homberger, Art. 973 N. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Eşya, s. 170; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 233; Sirmen, s. 196. Külli halefiyet durumunda zaten kanun gereği bir kazanım söz konusu olduğundan sicile güvene dayalı bir kazanımdan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir. Özçelik, s. 49, 120.

¹³⁰⁷ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 713; Tiedtke, s. 7; Lieder, s. 500; Özçelik, s. 48, 121.

¹³⁰⁸ Wieling/Finkenauer, N.61; Wilhelm, s. 301; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 8; Müller/ Gruber, N. 2838.

¹³⁰⁹ BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 8; Baur/Stürner § 23 N. 27; Tiedtke, s. 90; Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 714, dn. 22' de anılan yazarlar. Aksi yönde görüş için bkz. Müller/Gruber, N. 2836, 2843 vd.

¹³¹⁰ Wieling/Finkenauer, N.61; Wilhelm, s. 301; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 8; Müller/ Gruber, N. 2838; Lieder, s. 500.

¹³¹¹ BGH DNotZ 2008, 119 (Wilhelm, s. 301); BGH NJW 2007, 3204 (Brehm/Berger, § 10, N. 13).

¹³¹² Wieling/Finkenauer, N.61.

¹³¹³ Müller/Gruber, N. 2842.

¹³¹⁴ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 714.

görülmektedir¹³¹⁵. Örneğin A ve B' den oluşan mirasçılar topluluğu A, B ve C'den oluşan bir kolektif şirkete dönüştüğünde ekonomik açıdan C'ye (A ve B'nin aksine) halihazırda sahip olmadığı bir şey geçmiş olacaktır. Bu, hükmün amacıyla uyumludur. Zira kazanım bir bütün halinde gerçekleşir ve A ile B de bundan yararlanır. Devreden tarafta başka kişilerin olup olmaması ise önem arz etmemektedir¹³¹⁶. Söz gelimi A, B ve C ortaklarından oluşan kolektif ortaklığın tapu sicilinde ortaklığa ait olarak gösterilen taşınmazı eşit hisseler halinde A ve B'ye devretmesi halinde, alıcı A ve B' nin her ikisi de devreden tarafta yer aldığı için ortada bir alışveriş işlemi yoktur; tapu siciline güven böyle bir durumda korunmaz.

Kazanımın dayandığı hukuki işlemin ivazsız olması halinde kazanan kişinin güveninin korunup korunmayacağı ise tartışmalıdır. Hakim görüşe göre sicile güvenin korunması açısından kazanımın ivazlı olması şart değildir¹³¹⁷. Nitekim gerek Türk- İsviçre gerek Alman hukukunda¹³¹⁸ tapu siciline güvene dayalı kazanımı düzenleyen hükümlerde kazanımın ivazsız olması halinde korunmayacağına ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır¹³¹⁹. Diğer görüş ise, üçüncü kişilerin güveninin korunmasının temelinde işlem güvenliği düşüncesinin yer aldığını ve bunun ekonomik anlamda bir alışveriş işleminin mevcut olduğu durumlarda dikkate alınabileceğini belirtmektedir¹³²⁰. İvazsız kazanımlar ise bu kapsamda yer

¹³¹⁵ BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 8; Müller/Gruber, N. 2835; Tiedtke, s. 89.

¹³¹⁶ Müller/Gruber, N. 2839.

¹³¹⁷ HK-BGB/Ansgar Staudinger BGB § 892 N. 15; Jenny, s. 31; Pfister, s. 44; Yıldırım, s. 319; Yakuppur, s. 42.

¹³¹⁸ Bununla birlikte Alman hukukunda Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak kazanımın ivazsız olması durumunda, kazananın § 816 /I' e dayalı borçlar hukuku kapsamında bir geri devretme (Rücküberweisung) yükümlülüğü ile karşı karşıya kalması olasıdır söz konusudur.

¹³¹⁹ Alman hukukunda ivaza ilişkin düzenlemeye yer verilmemesinin kanunkoyucunun bilinçli tercihidir kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bu tercihin temelinde yer alan sebeplerden ilki ivazsız kazanımların sırf bu sebeple geçersiz sayılmasının Alman hukukunda benimsenen soyutluk prensibi ile uyumsuz olmasıdır. Bunun dışında karma bağışlama vb. gibi hallerde ivazsız kazanımların korunmamasının pratik sorunlara yol açabilecek olması bir diğer sebeptir. Yine ivazsız kazanım durumunda dahi (örneğin bağışlanan taşınmazda inşaat yapılmış olması gibi) kazananın zarara uğrama ihtimalinin bulunması ise, bir üçüncü sebebi oluşturmaktadır. Lieder, s. 534 vd.; Fuller, s. 266. Ayrıca Lieder, § 816 /I BGB' de öngörülmüş olan istihkak talebinin (*Kondiktionsanspruch*) ancak iyi niyetle hak kazananın, ivazsız dahi olsa tasarrufa konu eşyanın mülkiyetini bir kez edinmesi halinde anlam kazanacağını belirtmektedir. Lieder, s. 534 vd. Bununla birlikte son ihtimali Türk hukuku açısından değerlendiren Özçelik, haksız yapıya ilişkin hükümlerin esas olarak bu kişilere yeterince koruma sağladığına işaret ederek güvenin korunmasındansa gerçek hak sahibinin hakkının korunmasının daha yerinde olduğunu ifade etmektedir. Özçelik, s. 160.

¹³²⁰ Alman hukukunda bazı yazarlar, kazananın tasarrufun konusu için (yeterli) bir bedel ödememiş olması halinde korunmaya layık olmadığı ve dolayısıyla ivazsız kazanım durumunda teleolojik indirgeme yoluyla iyi niyet kurallarının uygulanmaması gerektiği görüşündedir. Lieder, s. 533, dn. 494' te anılan yazarlar.

Tapuda adına yolsuz tescil bulunan bir kişinin belirli mal vasiyeti yoluyla taşınmazı bir üçüncü kişiye bırakması durumunda TMK m. 1023'ün uygulanmaması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya, s. 351.

almamaktadır. Öyle ki ivazsız kazanımlarda tabiri caizse alışın olduğu ancak verişin olmadığı dile getirilmektedir¹³²¹. Bunu açıklamak üzere de kendisine bir şey bağışlanan bir kişinin bağışlayanın tasarruf yetkisine sahip olmamasına dayalı olarak geçersiz olan kazanım işleminde korunmaması durumu örnek verilmekte ve bağışlananın veya geçersizlik durumundan haberdar olan kişilerin daha sonra yapacakları bu tür işlemlerde herhangi bir tedirginlik, duraksama yaşamaları gibi bir durumun ve dolayısıyla işlem hayatının bundan etkilenmesinin söz konusu olmayacağı belirtilmektedir¹³²². Bağışlanan bir satış bedeli de ödemediği için bunu geri almaya yönelik bir zorlukla da karşılaşmayacağı, olsa olsa tapu masraflarına ilişkin bir zararının söz konusu olabileceği ifade edilmektedir¹³²³. Ancak kanımızca ivazsız kazanımların korunmaması durumunda işlem güvenliğinin bundan etkilenip etkilenmediğine ilişkin değerlendirme işlem güvenliğinin nasıl anlaşıldığı ile yakından ilgilidir. İşlem güvenliğinin burada sözü edildiği gibi geçersizlikten etkilenen kişilerin daha sonraki benzer türde işlemlerde tedirginlik, çekingenlik yaşaması ile bağlantılı anlaşılması halinde ivazsız kazanımlarda bir ihtimal işlem güvenliğinin bundan etkilenmediğinden söz edilebilecektir. Ancak işlem güvenliği bu şekilde değil de hukukun ekonomik analizi perspektifinden değerlendirildiğinde, ivazsız kazanımların korunmasının bilgi edinme ve işlem maliyetlerini düşüreceği ve dolayısıyla bu açıdan işlem güvenliğini etkileyeceği söylenebilir¹³²⁴. Nitekim işlem güvenliğinin bir kişinin malvarlığındaki olası bir artış veya iyileşmenin bu kişi tarafından bilinmeyen nedenlerle engellenememesi şeklindeki tanımından hareket edildiğinde de bu yönde bir kanaate ulaşılabilecektir¹³²⁵. Zira ivazsız kazanım durumunda da kazanımın korunmasıyla malvarlığındaki bu artış kazanan kişi tarafından bilinmeyen nedenler dolayısıyla engellenmemiş olmaktadır. Kaldı ki işlem güvenliğinin tanımında da ivaza ilişkin bir ayrıma yer verilmediği görülmektedir. İvazsız kazanımlarda güvenin korunmasını kabul etmeyen görüş, bağışlama veya vasiyet gibi ivazsız kazanım durumlarında, sicile güvenen kişi korunmadığı takdirde, bu kişi açısından korunmayı gerekli

¹³²¹ Özçelik, s. 159.

¹³²² Özçelik, s. 159.

¹³²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Eşya, s. 351.

¹³²⁴ İvazlı- ivazsız kazanım ayırımına gidilmesi, temel öngörülme amacı hukuki ve ticari işlemlerin güvence altına alınması ve kolaylaştırılması olan iyi niyet hükümlerine bu amaçla taban tabana zıt ek bir unsur eklenmesi anlamına gelecektir. Özellikle devralan tarafın devralma işlemi için yeterli bir bedelin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığını açıklığa kavuşturması gerekecektir. Bu araştırma yükümlülüğü de bilgi maliyetlerinin artmasına ve ek unsurun yerine getirilmemesi nedeniyle işlemin başarısız olma riskinin yükselmesine yol açacaktır. Bu bakımdan BGB’ de ivazlı ve ivazsız kazanım arasında paralellik kurulması ile bu sorunlar ortadan kalkmış durumdadır. Lieder, Sukzession, s. 536.

¹³²⁵ Söz konusu tanım için bkz. Ehrenberg, Victor, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister, Jhering JB, Bd. 47 (1904), s. 273 vd. (Özçelik, s. 37’den naklen).

kılacak doğrudan bir zararın da ortaya çıkmadığını ileri sürmektedir. Kanaatimizce bu tür durumlarda kazanan açısından doğrudan bir zarar ortaya çıkmadığına ilişkin değerlendirme bireysel düzeyde bir değerlendirme gibi görünmektedir. Oysa işlem güvenliğinde bireysel değerlendirmeden ziyade genel olarak ticari hayatın işleyişi esas alınmaktadır.

5. Hukuki Görünüşe Dayanılarak Kazanılan Hakkın Aynı Hak Olması

Tapu sicilindeki hukuki görünüşe güvenin korunması için kazanılan hakkın aynı hak olması gerekmektedir¹³²⁶. Bu, TMK m. 1023’ te açıkça ifade edilemiş olup aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi ve aleniyet ilkesi ile yakından ilişkilidir¹³²⁷. Zira mutlak hak niteliği taşıyan aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi öncelikle onların herkesçe bilinebilir olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu ise taşınmazlar açısından tapu sicili ile sağlanmaktadır. Tapu sicilinde yer alan bir kaydın gerçek hukuki durum ile uyumlu olmaması halinde ise, işlem güvenliğinin korunması temelinde tapu siciline güvenmiş olan kişilerin güveni korunmakta ve kazanımları geçerli sayılmaktadır.

Aynı haklardan farklı olarak mutlak hak kategorisinde yer almayan nispi hakların ise herkese karşı ileri sürülebilmeleri söz konusu değildir. Buna bağlı olarak aynı haklarda olduğu gibi herkesçe bilinebilir olma gereği ortaya çıkmamakta ve aleniyet araçlarına da başvurulmamaktadır. Haliyle herkesçe bilinebilir olması gerekli olmayan ve taraflar arasında önem taşıyan nispi haklar açısından kural olarak üçüncü kişiler nezdinde bir hukuki görünüş de ortaya çıkmamaktadır¹³²⁸. Bu bağlamda sicilde hak sahibi olarak görünen kişiden edinilen alım, önalım, geri alım hakkı, boş dereceye ilerleme hakkı vb. kişisel haklar sicile güvenin korunması kapsamına dahil edilmemektedir¹³²⁹. Şerh edilmeye uygun kişisel hakların tapu siciline şerh edilmiş olması halinde, sicile güvenin korunup korunmayacağı konusunda ise görüş birliği bulunmamaktadır. Bizim de katılmakta olduğumuz hakim görüş, şerh edilmiş olsalar dahi sicile güvene dayalı olarak kişisel hakların kazanılamayacağını kabul etmektedir. Zira TMK m. 1023’ te açıkça “mülkiyet veya bir başka aynı hakkın” kazanılmasından söz

¹³²⁶ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 715; Brehm/Berger, § 10, N. 11. Tapu sicilindeki yolsuz tescile dayalı olarak kazanılabilecek aynı haklardan biri de ipotek hakkıdır. Öte yandan ipotek hakkı söz konusu olduğunda ipoteğin teminat altına aldığı alacak geçerli değilse veya başkasına devredilmişse, sicile güvenin korunması kapsamında ipoteğin kazanılması mümkün değildir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.236.

¹³²⁷ Jenny, s. 138; Özçelik, s. 50.

¹³²⁸ İstisnai olarak nispi haklar alanında hukuki görünüşe güvenin korunduğu haller için bkz. İkinci Bölüm, III.

¹³²⁹ Sirmen, s. 199; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 235; Yıldırım, s. 240-241.

edilmektedir¹³³⁰. Aksi görüş ise, şerh edilmiş kişisel hakların da sicile güvenin korunması kapsamında kazanılabilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹³³¹.

Sınırlı sayı ilkesi gereğince tapu siciline tescili mümkün olmayan ancak buna rağmen bir şekilde sicile tescil edilmiş olan bir hakkın da tapu siciline güven kapsamında kazanılması mümkün değildir¹³³². Örneğin aynı hak olarak sicile tescil edilemeyecek olan yapma borcunu içeren bir irtifak tapuya tescil edildiği takdirde, sicile güven kapsamında bir kazanımın gerçekleşmesinden söz edilemez¹³³³. Bunun aksinin kabul edilmesinin tapu sicilindeki her türlü tescile düzeltici etkinin tanınması ve sınırlı sayı ilkesinin yok sayılması anlamına geleceği belirtilmektedir¹³³⁴.

6. İyi Niyet

a. İyi Niyetin Konusu

Hukuki görünüş ve işlem güvenliğinin korunması düşüncesine dayalı olarak kazananın iyi niyetli olması gerekmektedir. Öyle ki iyi niyet şartının aranması ile güvenin korunması hükümlerinden yararlanmayı hak eden kişilere ilişkin bir çerçeve çizilmiş olmaktadır¹³³⁵. Taşınırlara ilişkin aynı hakların iyi niyetle kazanılmasından farklı olarak tapu siciline güvene dayalı hak kazanımında iyi niyet, esasen sicilde hak sahibi olarak kayıtlı olan kişinin gerçekte aynı hakkın sahibi olup olmadığına ilişkindir¹³³⁶. Bu açıdan sicilde malik olarak görünen

¹³³⁰ Jenny, s. 163; Zobl, s. 76; Cansel, s. 106; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Tekinay Eşya, s. 359; Sirmen, s. 199; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 235-236; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C. IV/1, s. 586; Şengül, s. 492. Hakim görüş lehine diğer gerekçeler için bkz. Yıldırım, s. 246 vd.

¹³³¹ Yakuppur, s. 28 vd. ve s. 28, dn. 98' de anılan diğer yazarlar.

¹³³² Brehm/Berger, § 10, N. 11; Jenny, s. 75; Homberger, Art. 973, N. 4; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 235, dn. 727; Şengül, s. 492; Yakuppur, s. 26.

¹³³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 235, dn. 727; Şengül, s. 492.

¹³³⁴ Şengül, s. 493.

¹³³⁵ Görünüşe güvenin yalnızca üçüncü kişinin iyi niyetli olduğu hallerde korunmasının, güvenin korunması ilkesinin meşruiyet kaynağını oluşturduğu belirtilmektedir. Pfister, s. 11, 50, 135, 242 vd.; Özçelik, s. 41, 167.

¹³³⁶ Leumann, s. 47; Homberger Art. 973 N. 14; Zobl, s. 81; Pfister, s. 248; Özçelik, s. 57, 170; Yıldırım, s. 287. Tapu siciline güvenin korunması yalnızca tasarruf yetkisine sahip olmayan kişiden aynı hak kazanılması ile sınırlı değildir. Bu nedenle iyi niyet de yalnızca tasarruf yetkisi eksikliğinin bilinmemesi veya bilinmesinin gerekmemesi ile sınırlı değildir. Güvenin korunduğu duruma göre iyi niyetin konusu da değişiklik göstermektedir. Örnek olarak taşınmazın gerçekte mevcut olmasına rağmen sicilde görünmeyen sınırlı aynı haklardan veya tasarruf sınırlamalarından arı olarak kazanılması durumunda iyi niyet, taşınmaz üzerinde herhangi bir sınırlı aynı hak veya tasarruf sınırlamasının bulunmadığına ilişkindir. Özçelik, s. 57-58.

kişinin aslında malik olmadığını bilmesine rağmen onun tasarruf yetkisine sahip olduğu olgusundan hareket eden kişiler iyi niyetli kabul edilmemektedir. Malikin tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamaların yokluğu bakımından da iyi niyetin söz konusu olup olmayacağı Türk - İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Bir görüş tasarruf sınırlamalarının yokluğuna ilişkin güvenin korunmayacağını kabul etmektedir¹³³⁷. Zira tapu siciline malikin tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamaları ortaya koyma gibi bir işlev yüklenebilmesi için açık bir yasal dayanağın mevcut olması gereklidir. Tapuda malik olarak kayıtlı olan kişiyi malik saymaya ilişkin olarak böyle bir dayanak mevcutken, tasarruf sınırlamalarının yokluğu açısından böyle bir dayanak bulunmamaktadır. Öyle ki TMK m. 992’ de tapu siciline hak sahibi olarak tescil edilen kişinin bu hakka gerçekte de sahip olduğuna dair bir karine yer almaktadır. Nitekim tapu siciline güvenin korunmasının temelinde de bu karine yer almaktadır. Öte yandan kanunda hak sahibi olarak kayıtlı olan kişinin tasarruflarının sınırlandırılmamış olduğu yönünde bir karine öngörülmüş değildir. Ayrıca buradaki durum sicilde kayıtlı hak sahibinin işlem ehliyetinden yoksun olmaması durumu ile aynı niteliktedir. İşlem ehliyetinin yokluğu açısından korumamış üçüncü kişiler tasarruf sınırlamalarının yokluğu açısından da korunmamalıdır. Diğer görüş ise, tasarruf sınırlamalarının yokluğuna ilişkin güvenin korunacağı yönündedir¹³³⁸. Nomer/Ergüne, burada güvenin salt tapuda kayıtlı olan kişinin hak sahibi olduğuna değil, aynı zamanda tasarruf yetkisine sahip olduğuna da ilişkin olduğunu belirtmektedir. Yakuppur’ un da haklı olarak belirttiği üzere kanaatimizce burada öncelikle şerhin kurucu bir niteliğe sahip olup olmadığı ayrımı üzerinden hareket edilmelidir¹³³⁹. Şayet şerh kurucu niteliğe sahip ise, tasarruf yetkisi ancak şerhin yapılması ile sınırlanmış olacaktır. Dolayısıyla da şerhin yapılmasından önceki dönemde zaten tapu sicili gerçek durumu yansıtır olacaktı. Buna bağlı olarak da tapu siciline güvene dayalı olarak iyi niyetli iktisap ihtimali gündeme gelmeyecektir. Şerhin açıklayıcı niteliğe sahip olduğu hallerde ise, tasarruf yetkisi şerhten önce bir kanun hükmü veya kanun hükmüne dayalı bir resmi makam kararı ile sınırlandırılmış olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu sınırlamaya ilişkin henüz şerh yapılmamış olsa dahi hak sahibinin tasarruf yetkisi sınırlanmış durumdadır ve bu halde tapu sicili gerçek durumu tam anlamıyla göstermemektedir. Sözü edilen bu durumda iyi niyetli üçüncü kişilerin tapuda hak sahibi olarak görünen kişinin tasarruf yetkisine de sahip olduğunu varsaymaları oldukça makuldür. Nitekim TMK m. 1015’in tescil, terkin ve değişiklik gibi tasarruf

¹³³⁷ BSK/Schmid, Art. 973 N.16; Özçelik, s. 171.

¹³³⁸ Yakuppur, s. 36, 68 vd; Nomer, Haluk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2019, s. 144.

¹³³⁹ Yakuppur, s.70 vd.

işlemlerinin yapılabilmesinin istemde bulunanın, tasarruf yetkisini ve hukukî sebebi belgelemiş olmasına bağlı olduğuna ve istemde bulunanın, kendisinin, sicilde hak sahibi görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu ispat etmek suretiyle tasarruf yetkisini belgelemiş olacağına ilişkin düzenlemesi de bunu destekler niteliktedir. Ayrıca kanımızca taşınmazlarda iyi niyetin tasarruf yetkisine ilişkin olmayıp hak sahipliğine ilişkin olmasıyla kast edilen salt tasarruf yetkisinin varlığına güvenilemeyecek olmasıdır. Öte yandan aslında hak sahibi görünen kişinin aynı zamanda tasarruf yetkisine sahip olduğuna da güvenilmektedir. Bu nedenle de tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen kişinin aynı zamanda tasarruf yetkisine de sahip olduğu varsayımından hareket eden üçüncü kişilerin buna ilişkin iyi niyeti korunmalıdır.

Konu Alman hukukunda ise, mutlak ve nispi tasarruf sınırlamaları şeklinde ikili bir ayrıma gidilerek ele alınmaktadır¹³⁴⁰. Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak nispi tasarruf sınırlamalarına ilişkin açık bir hüküm yer almaktadır (§ 892 BGB). Buna göre hak sahibinin tapu sicilinde kayıtlı bir hakka ilişkin tasarrufları belirli bir kişi lehine sınırlanmışsa, söz konusu sınırlama kazanana karşı yalnızca tapu sicilinden anlaşılabilirdiği veya kazanan tarafından bilindiği takdirde geçerlidir¹³⁴¹. Bu bağlamda iyi niyetli kazanan tapu sicilinden anlaşılmayan şerh edilebilir nispi tasarruf sınırlamalarına karşı korunmaktadır¹³⁴². Tasarruf sınırlamasının nispi olması ile kast edilen yalnızca belirli kişileri korumaya yönelik olmasıdır¹³⁴³. Burada iyi niyetli kazanan ile tasarruf sınırlaması vasıtasıyla korunan kişi arasında, devralan ile hak sahibi arasında olduğu gibi, aynı şekilde karar verilmesi gereken

¹³⁴⁰ § 892 BGB – “(1) *Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.*”

¹³⁴¹ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 708; HK-BGB/Ansgar Staudinger BGB § 892 N.9; Müller/Gruber, N. 2781; Schöner/Stöber, N. 34; Tiedtke, s. 95.

¹³⁴² Örneğin E'ye içerisinde birçok taşınmazın da yer aldığı bir miras kalır. E, tapu siciline malik olarak kaydedilir, ancak tasarruf yetkisi vasiyetin yerine getirilmesine ilişkin bir karar (*Anordnung*) dolayısıyla kısıtlanır. (§ 2211/ I BGB) Bununla birlikte vasiyeti yerine getirmeye ilişkin şerh taşınmazlardan biri için tapu siciline işlenmemiştir. Bu durumda, E bu taşınmazı iyi niyetli bir alıcıya geçerli bir şekilde devredebilir. Wolf, Manfred/ Wellenhofer, Marina, Sachenrecht, 33. Aufl., München 2018, N. 11. Aynı aciz şerhi (Insolvenzvermerk), devir yasağı, art mirasçılık için de geçerlidir. HK-BGB/Ansgar Staudinger BGB § 892 N.9; Tiedtke, s. 96.

§ 2211/ I BGB – “*Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen.*”

¹³⁴³ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 708.

benzer bir çıkar çatışması mevcuttur. Söz konusu menfaat çatışmasında iyi niyetli kazananın menfaati üstün tutulmuş ve tasarruf sınırlaması aracılığıyla korunan tarafın tapu kaydının tasarruf kısıtlamasını göstermemesi riskini taşıması yönünde bir çözüm öngörülmüştür. Mutlak tasarruf sınırlamalarında ise durum § 892 BGB’ de öngörülenden farklıdır. Zira mutlak tasarruf sınırlamaları kural olarak genel menfaati korumaktadır ve buna bağlı olarak da tapu siciline kaydedilmeksizin herkese karşı etkilidir¹³⁴⁴. Dolayısıyla kazananın söz konusu sınırlamaların tapu sicilinden anlaşılmadığını ileri sürmesi mümkün değildir¹³⁴⁵.

b. İyi Niyetli Olması Gereken Kişi

Tapu siciline güven ilkesi kapsamında aynı hak kazanacak olan kişi hukuki işlemi bizzat gerçekleştirdiği takdirde, iyi niyetli olması gereken kişi hakkı kazanacak olan ve işlemi de bizzat gerçekleştiren kişidir¹³⁴⁶.

Aynı hakkı kazanmaya yönelik hukuki işlemin temsilci aracılığı ile yapılması halinde, sicile güven ilkesinden faydalanılabilmesi için hem temsil olunanın hem de temsilcinin iyi niyetli olması aranmaktadır¹³⁴⁷. Temsil olunan iyi niyetli olmalıdır zira yapılan hukuki işlemin sonuçları temsil olunanın hukuki alanında doğmaktadır. Bu bağlamda kendisi iyi niyetli olmayan temsil olunanın salt temsilcinin iyi niyetli olmasına dayanarak hakkı kazanması da kabul edilebilir değildir. Temsilci de iyi niyetli olmalıdır. Öyle ki o da işlemi gerçekleştirirken temsil olunan adına hareket etse dahi kendi iradesini açıklamaktadır. Temsil olunan iyi niyetli olsa dahi kötü niyetli bir temsilcinin durum böyleyken temsil olunana bir aynı hak kazandırması makul görünmemektedir¹³⁴⁸.

İşlemin kanuni temsilci tarafından gerçekleştirildiği durumlarda iyi niyetli olması gereken kişinin kim olduğu konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre tıpkı iradi

¹³⁴⁴ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 709; Tiedtke, s. 95-96. Mutlak tasarruf sınırlamasına örnek olarak eşlerin tüm malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasına ilişkin bir düzenleme olan § 1365 BGB gösterilmektedir. Wolf/Wellenhofer, N. 12; Schöner/Stöber, N. 343.

¹³⁴⁵ Tiedtke, s. 96.

¹³⁴⁶ Yıldırım, s. 305; Yakuppur, s. 135.

¹³⁴⁷ Jenny, s. 57 vd.; Pfister, s. 79; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Eşya, s. 370; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 238; Şengül, s. 495; Yıldırım, s. 307; Yakuppur, s. 136. Alman hukukunda eğer (iradi veya kanuni) bir temsilci devralan adına hareket etmişse, yalnızca temsilcinin gerçek hukuki durumu bilip bilmemesinin önem taşıdığı belirtilmektedir (§ 166 I BGB). Yalnızca talimatlarla bağlı bir temsilci söz konusu olduğunda, temsil yetkisini kötü niyetli bir şekilde veren kişi temsilcinin iyi niyetine dayanamaz (§ 166 II BGB). Baur/Stürner, Sachenrecht § 23 N. 35.

¹³⁴⁸ Yıldırım, s. 307-308.

temsilde olduğu gibi kanuni temsilde de hem temsilci hem temsil olunan iyi niyetli olmalıdır¹³⁴⁹. Diğer görüşe göre ise, sicile güvenin korunması açısından yalnızca kanuni temsilcinin iyi niyetli olması yeterlidir¹³⁵⁰.

Tüzel kişilerin sicile güven kapsamında aynı hak kazanması söz konusu olduğunda, tüzel kişi adına işlem yapan organı oluşturan kişi ya da kişilerin iyi niyetli olması gerekmektedir¹³⁵¹. Nitekim aynı hakkın kazanılmasına ilişkin işlemin gerçekleştirilmesine fiilen katılmış olsun ya da olmasın organı oluşturan kişilerden biri şayet kötü niyetli ise aynı hakkın kazanılamayacağı belirtilmektedir¹³⁵². Diğer taraftan tüzel kişinin organını oluşturanlar dışındaki ortaklarının veya üyelerinin iyi niyetli olup olması önem taşımamaktadır¹³⁵³.

Birlikte mülkiyet hallerinden elbirliği mülkiyetinde ortakların belirli bir payı olmayıp her birinin hakkı ortaklıktaki tüm mallara yaygındır. Ayrıca ortakların aralarındaki ortaklık bağı dolayısıyla birlikte hareket etmeleri zorunluluğu söz konusudur. Dolayısıyla aynı hakkın kazanılabilmesi için ortaklığın bir bütün olarak iyi niyetli olması gereklidir. Bu da ortaklığı oluşturan tüm ortakların iyi niyetli olmasını zorunlu kılmaktadır¹³⁵⁴. Paylı mülkiyette ise, her paydaşın belirli bir payı olup paydaşların durumu birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle paydaşların herhangi birinin iyi niyetli olup olmaması diğer paydaşların durumunu etkilememektedir. Buna bağlı olarak tapu siciline güvene dayalı bir aynı hak kazanımı durumunda iyi niyetli paydaş kendi payı oranında hakkı kazanacakken, kötü niyetli paydaş hakkı kazanamayacaktır¹³⁵⁵. Böyle bir kurguda sonuç olarak iyi niyetli paydaşlarla gerçek hak sahibi arasında bir paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş olacaktır¹³⁵⁶.

Sicilde hak sahibi olarak görünen ve aynı hakkı devreden kişinin iyi niyetli olup olmamasının ise herhangi bir önemi yoktur¹³⁵⁷.

¹³⁴⁹ Yıldırım, s. 308; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara 2016, s. 234.

¹³⁵⁰ Jenny, s. 57; Cansel, s. 83; Şengül, s. 495; Yakuppur, s. 136. Bu görüşün temsil olunanın ayırt etme gücünden yoksun olduğu olasılıklarda haklı görülebileceği belirtilmektedir. Pfister, s. 80 vd.; Ayan, s. 234; Yıldırım, s. 308.

¹³⁵¹ Ayan, s. 234; Şengül, s. 495; Yıldırım, s. 305; Yakuppur, s. 137.

¹³⁵² Akkanat, s. 162-164; Yıldırım, s. 305; Yakuppur, s. 137.

¹³⁵³ Ayan, s. 234; Yıldırım, s. 305-306.

¹³⁵⁴ Jenny, s. 60; Pfister, s. 83; Cansel, s. 84; Ayan, s. 234; Yıldırım, s. 307; Yakuppur, s. 137-138.

¹³⁵⁵ Jenny, s. 59-60; Cansel, s. 84; Ayan, s. 234; Yıldırım, s. 306; Yakuppur, s. 138.

¹³⁵⁶ Jenny, s. 59-60; Pfister, s. 83 vd.; Akkanat, s. 148; Yıldırım, s. 306.

¹³⁵⁷ Jenny, s. 49; Cansel, s. 75; Şengül, s. 495; Yıldırım, s. 304; Yakuppur, s. 135.

c. İyi Niyet Açısından Gösterilmesi Gereken Özenin Ölçüsü

Taşınırın iyi niyetle kazanımı söz konusu olduğunda ağır ihmalin iyi niyeti ortadan kaldırdığı Alman hukukunda, taşınmazların iyi niyetle kazanımına bakıldığında iyi niyet korumasının yalnızca hukuki eksikliğin pozitif olarak bilindiği durumlarda devre dışı bırakıldığı görülmektedir¹³⁵⁸. Bu farklılık zilyetliğin hukuki durum hakkında ancak kesin olmayan bir sonuç çıkarmaya izin vermesi ve dolayısıyla kanun tarafından taşınır eşyayı kazanan kişiye § 932 II BGB uyarınca bir araştırma yükümlülüğünün yüklenmiş olması ile açıklanmaktadır¹³⁵⁹. Oysa taşınmazı kazanan kişi taşınırlardaki bu durumdan farklı olarak tapu siciline güvenebilmektedir. Zira tapu sicili zilyetliğe kıyasla daha güçlü bir hukuki görünüş yaratmaktadır¹³⁶⁰. Tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin önemli şüphelerin varlığı halinde dahi iyi niyet ortadan kalkmamaktadır¹³⁶¹. O kadar ki tapu sicilinin yanlışlığını ağır ihmal nedeniyle fark etmeyen kişiler dahi iyi niyetli sayılmaktadır. Nitekim § 892 BGB dolanılarak ağır ihmal durumunda da kötü niyetli olunduğunun kabul edilmesi yönündeki girişimlerin reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁶². Zira devralanın araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca devralanın açık bir neden olmaksızın mevcut koşullara göre aşikar olan bilgiye zihnini kapatmaması gerektiği şeklindeki formülasyon, ağır ihmali pozitif bilme ile kabul edilemez bir şekilde bir tutmuş olmaktadır. Yalnızca devralan iyi niyetini korumak amacıyla gerçekleri kasten dikkate almadığı takdirde, kendisinin § 162 I BGB¹³⁶³ ye kıyasen kötü niyetle hareket ettiğinin kabul edilebileceği ifade edilmektedir¹³⁶⁴.

¹³⁵⁸ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 711; Wieling/Finkenauer, N.64; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 16; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 12; Füller, s. 265; Reich / Schmitz, s. 378; Müller/gruber, N. 2795; Tiedtke, s. 92; Lieder, s. 513. Alman hukukunda sicildeki yolsuz tescilin pozitif bilinmesine ek olarak tapu sicilindeki kaydın gerçek hukuki durumu yansıtmadığına ilişkin olarak tapu siciline kaydedilmiş bir itirazın (Widerspruch) da iyi niyetli kazanıma engel olacağı kabul edilmektedir. Reich / Schmitz, s. 378. § 899 BGB’ de düzenlenen bu itiraz, işlevi açısından Türk-İsviçre hukukunda TMK. 1011/II c. 1 (ZGB Art. 961/II’ de düzenlenen geçici tescil şerhi ile benzerlik taşımaktadır.

¹³⁵⁹ Wieling/Finkenauer, N.64. Aynı yönde bkz. Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 711.

¹³⁶⁰ Baur/Stürner § 23 N. 30; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 16; MüKoBGB/Kohler BGB § 892 N. 47; Lieder, s. 513. Öyle ki zilyedin gerçekte malik olmaması ihtimali ile sıklıkla karşılaşılabılır. Öte yandan tapu sicilinin gerçek hak durumunu yansıtmaması ihtimali çok daha nadirdir. Tiedtke, s. 92.

¹³⁶¹ Wieling/Finkenauer, N.64; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 12; Müller/Gruber, N. 2805. Lutter, bu durumla bağlantılı olarak § 892 BGB uyarınca devralanın fiilen her türlü özen yükümlülüğünden kurtulmuş olduğunu dile getirmektedir. Lutter, s. 122 vd. Aynı yönde bkz. Lieder, s. 513.

¹³⁶² HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 17; Wieling/Finkenauer, N.64.

¹³⁶³ § 162 BGB Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungeintritts- “(1) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.

Diğer bir görüş ise, bu durumda § 826 BGB kapsamında ahlaka aykırı bir davranıştan kaynaklanan zararın tazminin gündeme geleceğini kabul etmektedir¹³⁶⁵. Burada zararın tazmini bakımından olası kast da yeterli görülmektedir. Malikin § 826 BGB' ye başvurması sonucunda iyi niyetli kazanım gerçekleşmeyecektir.

Alman hukukunda salt tapu sicilindeki kaydın yolsuzluğuna neden olan olguların bilinmesinin iyi niyetli kazanıma engel olmayacağı kabul edilmektedir¹³⁶⁶. Öte yandan açık ve genel olarak bilinen hukuki durumlar açısından bunun geçerli olmadığı belirtilmektedir¹³⁶⁷. Öyle ki bu tür olguların bilinmesi, tapu kaydının yanlışlığının teyit edilmesi için zaten yeterlidir. Devralanın sicildeki yanlışlığın kaynaklandığı tüm olguları bilmesine rağmen bunlardan yanlış hukuki sonuçlar çıkardığı hallerde de tescilin yanlışlığının bilinmesinden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir¹³⁶⁸. Tapu siciline güven, kişiye sicildeki kayda güvenme hakkı vermektedir. Bu noktada sicildeki kayda güvenen kişinin mevcut olguların doğru bir hukuki değerlendirmesini yapma zorunluluğu söz konusu değildir¹³⁶⁹. Bununla birlikte aynı hakkı kazanan kişi bir avukat veya noter gibi bir kişi tarafından inandırıcı bir şekilde dikkatine sunulmuş olmasına rağmen gerçek hukuki durumu inatla ve makul olmayan bir şekilde görmezden gelirse, olguların bilinmesi de yeterli olabilir¹³⁷⁰.

Türk-İsviçre hukukunda tapu siciline güvenin korunması bağlamında kazanan kişinin iyi niyetli olup olmadığı değerlendirilirken genel iyi niyet kavramından hareket edilmektedir.

(2) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt."

¹³⁶⁴ HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 17; Wieling/Finkenauer, N.64; Baur/Stürner, Sachenrecht § 23, N. 30.

¹³⁶⁵ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 712; Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, BGB § 892 N. 17.

¹³⁶⁶ HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 18; Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 711; Müller/Gruber, N. 2806; Tiedtke, s. 93. Olguların bilinmesi tek başına kötüniyetli sayılmaya neden olmamakla birlikte usul hukuku açısından gerçek hukuki durumun bilindiğine ilişkin yeterli bir emare teşkil edebilir. Brehm/Berger, § 10, N.14.

Olguların bilinmesinin kötüniyet için ne yeterli ne de gerekli bir koşul olduğu belirtilmektedir. Hatta devralan kişi, temelde yatan gerçekleri, olguları bilmeden kesin olarak devreden mülkiyetinin bulunmadığı varsayımından hareket etmişse, kötü niyetli davranmış olacağı ileri sürülmektedir. Fuller, s. 265. Ancak kanaatimizce bu ifade kötüniyetin tanımı dikkate alındığında çok da isabetli görünmemektedir.

¹³⁶⁷ HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 18.

¹³⁶⁸ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 711; Baur/Stürner, Sachenrecht § 23 N. 30 ; Wieling/Finkenauer, N.64. Aynı yönde bkz. Brehm/Berger, § 10, N.14.

¹³⁶⁹ Alıcının, satıcının işlem ehliyetine sahip olmadığını bilmesi, ancak tapu kaydının bu eksikliği giderdiğine inanması durumu buna örnek olarak verilmektedir. Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 711. Buna ilişkin olarak verilen bir başka örnek için bkz. Wieling/Finkenauer, N.64.

¹³⁷⁰ Westermann/Gursky/Eickmann, § 83, s. 711. Aynı yönde bkz. Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, BGB § 892 N. 17; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 12; Müller/Gruber, N. 2806; Tiedtke, s.93.

Alman hukukundan farklı olarak tapu sicilindeki kaydın yanlışlığını kazanım sırasında bilmeyen veya gerekli özeni göstermiş olsa dahi bilmesi gerekmeyen kişi iyi niyetli kabul edilmektedir¹³⁷¹. Nitekim TMK m. 1024/I’ de de bu husus, “*Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz.*” denilmek suretiyle açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla tapu siciline güven kapsamında iyi niyet korumasına başvurma makul, objektif bir özen yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlanmış durumdadır¹³⁷². Ayrıca devralanın devreden kişi ve devredilen taşınmazla ilişkisi ve yakınlığının da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹³⁷³. Yine makul, orta zekalı bir kişi tarafından şüpheli olarak değerlendirilebilecek bir durumla karşılaşan bir kişinin bu şüpheyi gidermek için araştırma yapması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁷⁴. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de belirli koşulların tapu kaydının güvenilirliği konusunda şüphelere yol açması halinde, alıcının muhtemelen daha ayrıntılı araştırma yapmak zorunda olduğunu kabul etmektedir¹³⁷⁵. Bu yapılmadığı takdirde özen ödevinin yerine getirilmemiş olacağı ve iyi niyet iddiasında bulunulamayacağı ifade edilmektedir¹³⁷⁶. Bununla birlikte şüpheye düşmeyi gerektirecek bir durum bulunmadıkça, kişiden bu tür bir araştırma yapmasının beklenemeyeceği kabul edilmektedir¹³⁷⁷. Bunun dışında taşınmaza ilişkin aynı hakkı

¹³⁷¹ Schmid, Jürg, “Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs Vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht”, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, s. 115; Jenny, s. 50; Homberger Art. 973 N. 14; Rusch, s. 189; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 236 vd.; Sirmen, s. 200; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C. IV/1, s. 587; Şengül, s. 494; Özçelik, s. 57, 169; Yıldırım, s. 286; Yakuppur, s. 124-125. Nitekim bu husus TMK m. 1024/I (ZGB Art. 974/I)’ de “*Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz.*” Şeklinde açıkça düzenlemeye kavuşturulmuş durumdadır. Bununla birlikte söz konusu hüküm Özçelik’in de haklı olarak ifade ettiği üzere yalnızca yolsuz olarak tescil edilmiş bir aynı hakkın varlığından söz etmektedir. Oysa gerçekte mevcut olmasına rağmen tapu sicilinden anlaşılamayan aynı haklar açısından da tapuya güven gündeme gelebilmektedir. Bkz. Özçelik, s. 169.

¹³⁷² Homberger Art. 973 N. 14; Pfister, s. 311; Yakuppur, s. 126. Yargıtay da gerekli özenin gösterilip gösterilmediğini tespit ederken normal bir insanın hayatın olağan akışındaki davranış şekillerini esas almaktadır. Yargıtay’ın buna ilişkin kararları için bkz. Yıldırım, s. 293, dn. 958.

¹³⁷³ Yıldırım, s. 293-294.

¹³⁷⁴ Homberger, Art. 973, N. 16; Cansel, s. 79; Yıldırım, s. 294; Yakuppur, s. 130.

¹³⁷⁵ Söz konusu karar için bkz. BGE 109 II 102: “*Üçüncü bir kişi, tapu sicilinden anlaşılması gereken ancak tapu sicilinden anlaşılmayan kayıtlamalardan ari olarak iyi niyetle bir aynı hak kazanırsa ve özel koşullar kaydın doğruluğundan şüphe etmesini gerektiriyorsa, daha fazla araştırma yapmalıdır.*” (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F109-II-102%3Ade%3Aregeste&number_of_ranks=0&azaclar=clir, Erişim Tarihi: 25.11.2022).

¹³⁷⁶ Buna ilişkin bir örnek için bkz. Yıldırım, s. 294.

¹³⁷⁷ Jenny, 52 vd.; Pfister, s. 313; Cansel, s. 79 vd.; Akkanat, s. 95; Yıldırım, s. 294. Şüphelenmeyi gerektirecek nedenler, taşınmazın nitelikleri, yolsuz olarak hak sahibi görünen kişi veya gerçek hak sahibi ile ilişkili olabilir.

kazanacak kişi açısından hukuki sebebin ve tasarruf işleminin geçerli olup olmadığını araştırmak gibi bir zorunluluk mevcut değildir¹³⁷⁸. Öyle ki tescilin yolsuz olduğu tescilin dayandığı belgelerden anlaşılabilir olsa dahi aynı hakkı kazanan kişinin bunları incelememiş olması iyi niyetli sayılmasına engel olmamaktadır¹³⁷⁹.

Dışarıdan algılanabilen bir hattın geçişi için irtifak hakkı tesis edilmesi gibi durumlar açısından doğal aleniyet ilkesi kabul edilmektedir ve bu tür durumlarda doğal aleniyetin iyi niyeti ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir¹³⁸⁰.

d. İyi Niyetli Olunması Gereken An

Alman hukukunda iyi niyetin esas olarak kazanım olgularının tamamının gerçekleştiği anda mevcut olması gerekmektedir¹³⁸¹. Ancak, § 892 II BGB buna bir istisna getirmekte ve iyi niyet için belirleyici anı öne çekmektedir¹³⁸². Buna göre, kazanım için sadece tescilin eksik olması halinde, tescil talebi sırasında iyi niyet hala mevcutsa, bu iyi niyetle kazanım için yeterlidir¹³⁸³¹³⁸⁴. Diğer taraftan anlaşmanın tescilin ardından gerçekleştiği durumlarda anlaşma anı belirleyicidir¹³⁸⁵. Tescil kural olarak anlaşmanın ardından geldiğinden burada tescil zamanı belirleyici niteliğe sahiptir. Tapu kaydının tescil talebinin yapılması ile tescil arasında yolsuz hale gelmesi durumunda, § 892/II cümle 1'in uygulama alanı bulup

Örneğin devri gerçekleştirecek kişinin fark edilir bir biçimde acele etmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Diğer örnekler için ayrıca bkz. Pfister, s. 314 vd.; Özçelik, s. 177.

¹³⁷⁸ Jenny, s. 52; Homberger, Art. 973, N. 16; Schmid, s. 115; Yıldırım, s. 295; Yakuppur, s. 129.

¹³⁷⁹ Yıldırım, s. 295. Öte yandan tapu sicilinin gerçek hak durumunu yansıtmadığına ilişkin şüphe duymayı gerektiren bir durum mevcutsa ve belgelerden gerçek hak durumunu öğrenmek de mümkünse, bu belgeleri incelemeyen kişinin iyi niyetli sayılamayacağı belirtilmektedir. Pfister, 313; Sirmen, s. 200; Özçelik, s. 178.

¹³⁸⁰ Schmid, s. 115. Taşınmazın dışarıdan görülebilen fiziki durumunun iyi niyeti ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusundaki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Yakuppur, s. 132 vd.

¹³⁸¹ Wieling/Finkenauer, N.66.

¹³⁸² HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 21; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 14; Brehm/Berger, § 10 N. 15.

¹³⁸³ Bunun nedeni, tarafların artık tapu siciline tescil talebinde bulundukları andan itibaren prosedürü hızlandıramamalarıdır. Tapu idaresinin olası yavaşlığı onların aleyhine olmamalıdır. Tescil talebinde bulunulan an, bu andan sonra ortaya çıkan tasarruf sınırlamalarının kazanana karşı bir etkiye sahip olmaması bakımından da belirleyicidir. Bunun da nedeni, devralanın başvurunun yapıldığı andan itibaren dava süresince artık hiçbir şey yapamayacak olması ve bu nedenle korunacak olmasıdır. HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 21; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 14; Brehm/Berger, § 10 N. 15; Müller/Gruber, N. 2809; Tiedtke, s. 93.

¹³⁸⁴ HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 21; Müller/Gruber, N. 2809; Lutter, s. 174; Tiedtke, s. 93.

¹³⁸⁵ Brehm/Berger, § 10 N. 15; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 14; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 21; Müller/ Gruber, N. 2811.

bulmayacağı tartışmalıdır¹³⁸⁶. Hakim görüş tapu kaydının yolsuz hale geldiği zamanın belirleyici olması şartıyla hükmün uygulanması yönündedir. Bu bağlamda iyi niyet tescilin tamamlanmasından önce sicile güven tapu siciline bir itirazın kaydedilmesi yoluyla ortadan kaldırılırsa, kazanımın gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir¹³⁸⁷.

Türk-İsviçre hukuku açısından iyi niyetli olunması gereken an ise, kural olarak tasarruf işleminin gerçekleştirildiği, ayni hakkın kazanıldığı andır. Hakkın kazanılma anı, ayni haklar kural olarak tescille kazanıldığından ve tescil de hükümlerini yevmiye defterine kayıt anından itibaren doğurduğundan yevmiye defterine kayıt anıdır. Dolayısıyla iyi niyetli olunması gereken an da bu andır¹³⁸⁸. Bu bağlamda tapu siciline güven kapsamında ayni hak kazanacak kişinin yevmiye defterine kayıt anına kadar iyi niyetli olması gerekmektedir. Yevmiye defterine kayıttan sonra fakat tapu kütüğüne tescilden önce tescilin yolsuz olduğunun öğrenilmesi durumu değiştirmemektedir¹³⁸⁹. Ayni hakkın tescilden önce kazanıldığı hallerde, her bir kazanım açısından kazanımın gerçekleştiği ana göre ayrı değerlendirme yapılmalıdır¹³⁹⁰. Tapu sicilindeki kaydın yolsuz olduğunun ayni hak kazanıldıktan sonra öğrenilmesi ise kazanımı etkilememektedir¹³⁹¹.

e. İyi Niyet Karinesi ve İyi Niyetin İspatı

Alman hukukunda § 892 I gereği kazananın iyi niyetli olduğu varsayılmaktadır. Bu bağlamda kazananın yolsuz tescili bilmediğine ilişkin aksi ispat edilebilir bir karine söz konusudur. Dolayısıyla karşı tarafın yani gerçek hak sahibinin kazananın tescildeki yolsuzluğu bildiğini ispat etmesi gereklidir¹³⁹². Nitekim kazananın iyi niyetini kanıtlayamama riskiyle karşı karşıya bırakılması, iyi niyetli kazanımın temel değerleriyle bağdaşmayacağı ifade

¹³⁸⁶ HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 22.

¹³⁸⁷ Brehm/Berger, § 10 N. 15.

¹³⁸⁸ Zobl, s. 82; Homberger, Art. 973, N. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Eşya, s. 363; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 238; Pfister, s. 317; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C. IV/1, s. 587; Cansel, s. 84; Yıldırım, s. 310 vd.; Yakuppur, s. 133; Özçelik, s. 194.

¹³⁸⁹ Yakuppur, s. 133. Akkanat ise, iyi niyetin yevmiye defterine kayıt anından tescilin tamamlanması anına kadar varlığını sürdürmesi gerektiğini belirtmekte ve TMK m. 1023 açısından kritik dönemin yevmiye defterine kayıt tarihi ile tescilin gerçekleştiği tarih arasındaki zaman dilimi olduğunu ifade etmektedir. Akkanat, s. 199.

¹³⁹⁰ Özçelik, s. 195; Yıldırım, s. 312.

¹³⁹¹ Jenny, s. 62; Pfister, s. 89; Zobl, s. 82; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 238; Akkanat, s. 199; Özçelik, s. 194.

¹³⁹² HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 20; Baur/Stürner, Sachenrecht § 23, N. 30; Jauernig/Berger, BGB § 892 N. 18; Wilhelm, s. 305.

edilmektedir. Kişinin iç dünyasına ilişkin durumlar olarak bilme ve ağır ihmale dayalı bilmemenin ispatı büyük bir çaba gerektireceğinden bu durum daha da geçerlidir. İyi niyetli kişinin kazanımdaki menfaati ve bununla bağlantılı olarak işlem güvenliği ve kolaylığı menfaati, aynı hak kazanan kişinin iyi niyetini kanıtlamak zorunda kalması durumunda yalnızca eksik bir şekilde garanti altına alınmış olacaktır¹³⁹³.

TMK m. 1023 (Art. 973 ZGB)' te tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan kişinin bu kazanımının korunacağı düzenlenmektedir. TMK m. 3/I (Art. 3/I ZGB) gereği ise, iyi niyete sonuç bağlanan hallerde iyi niyetin varlığı asıl kabul edilmektedir. Bu bağlamda Türk- İsviçre hukukunda da tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi devralan açısından iyi niyet karinesinin varlığı söz konusudur. Bu karine dolayısıyla da devralanın iyi niyetli olmadığını iddia eden gerçek hak sahibinin bunu ispatlaması gerekmektedir. Alman hukukundan farklı olarak Türk-İsviçre hukukunda gerçek hak sahibinin ispatlayabileceği husus yalnızca tapu sicilinin gerçek hak durumunu yansıtmadığının devralan tarafından biliniyor olması ile sınırlı değildir. Gerçek hak sahibi aynı zamanda devralanın gerekli özeni gösterdiği takdirde kaydın yolsuzluğunu bilebilecek olduğunu da ispatlayarak karineyi çürütebilir. Bununla birlikte yargı uygulamasında Yargıtay tarafından devralanın iyi niyet iddia edemeyeceği yönünde fiili karine olarak kabul ettiği birtakım durumların da mevcut olduğu görülmektedir. Bunlar lehine yolsuz tescil bulunan kişi veya gerçek hak sahibi ile devralan üçüncü kişi arasındaki kişisel yakınlık, taşınmazın mülkiyetinin kısa zaman aralıklarıyla el değiştirmesi ve taşınmazın değerinin çok altında bir bedelle el değiştirmesidir¹³⁹⁴.

B. Tapu Siciline Güvenin Korunmasının Sonuçları

1. Birincil Sonuç: İyiniyetli Üçüncü Kişinin Bir Aynı Hak Kazanması

Tapu sicilindeki yolsuz kayıt dolayısıyla ortaya çıkan hukuki görünüşe güvenin korunması sonucunda işlem sanki gerçek hak sahibi tarafından gerçekleştirilmiş gibi muamele görür.

¹³⁹³ Lieder, s. 522.

¹³⁹⁴ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Özçelik, s. 211 vd.

İyiniyetli üçüncü kişi sanki tapu sicilindeki kayıt doğruymuşçasına hakkı kazanır¹³⁹⁵. Kazanım olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı yönden gerçekleşir¹³⁹⁶. Devreden hak sahibi olmasa veya hakkı farklı bir içeriğe veya dereceye sahip olsa bile, kazanan yolsuz olarak kaydedilmiş olan hakkı tescil edilmiş içeriği ve tescil edilmiş derecesi ile birlikte kazanır¹³⁹⁷. Bu olumlu yönden kazanımı ifade etmektedir ve tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin karinenin bir sonucudur. Aynı zamanda tapuya güvenin olumlu (müspet) hükmü olarak da adlandırılmaktadır¹³⁹⁸. Bununla birlikte tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin bu karine iyi niyetli kazananın aleyhine bir işleve sahip değildir¹³⁹⁹. Dolayısıyla kazanan kazanım sırasında var olduğunu düşündüğü, mevcut olmayan ancak tescil edilmiş sınırlamaların ortadan kaldırılmasını talep edebilir. Olumsuz açıdan ise, kazanım, tescil edilebilen ancak tescil edilmemiş veya yanlışlıkla terkin edilmiş yüklerden ve tasarruf kısıtlamalarından ari olarak gerçekleşir. Bu tapu sicilinin eksiksiz, tam olduğuna ilişkin karinenin sonucudur ve tapuya güvenin menfî hükmüne karşılık gelmektedir¹⁴⁰⁰.

İyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı kanun gereği gerçekleşir ve kesindir¹⁴⁰¹. Bu bağlamda tapuda kayıtlı kişiden taşınmazı kazanan kişi, tapu siciline kaydedildikten sonra söz konusu

¹³⁹⁵ BeckOK BGB/H.-W. Eckert, BGB § 892 N. 26; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 27; Wieling/Finkenauer, N.68; Müller/Gruber, N. 2824; Jauernig/Berger, BGB § 892 N. 12. Bu, meşrulaştırıcı (Legitimationswirkung) ve hak kazandırıcı (rechtserzeugende Wirkung) etki olarak nitelendirilmektedir. Pfister, s. 94.

İyi niyetli ayni hak kazanımı yalnızca kazanan kişinin lehine değildir. Zira aynı zamanda yapılan işlemlerin muhatapları, alacaklılar ve olası üçüncü taraf alıcılar da iyi niyetli kazanım sonrasında hukuki geçerliliğe güvenebileceklerdir. Lieder, s. 537.

¹³⁹⁶ Schöner/Stöber, N. 343; MüKoBGB/Kohler BGB § 892 Rn. 70. Aynı yönde bkz. Pfister, s. 319.

¹³⁹⁷ Rusch, s. 189; Cansel, s. 21; Şengül, s. 488.

¹³⁹⁸ HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 27; Özçelik, s. 59; Yıldırım, s. 334.

¹³⁹⁹ MüKoBGB/Kohler BGB § 892 Rn. 72; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 29; Müller/ Gruber, N. 2826; Jauernig/Berger, BGB § 892 N. 13; Pfister, s. 95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 233; Sirmen, s. 196; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C. IV/1, s. 581; Özçelik, s. 61.

¹⁴⁰⁰ HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 27; Jauernig/Berger, BGB § 892 N. 12; Brehm/Berger, § 10, N. 10; Tiedtke, s. 95; Jenny, s. 64; Zobl, s. 106; Rusch, s. 189; Cansel, s. 136 vd.; Şengül, s. 521.

Bu aynı zamanda hakkı etkisiz kılan etki (rechtsvernichtende Wirkung) olarak da nitelendirilmektedir. Pfister, s. 95; Özçelik, s. 60; Yıldırım, s. 340.

¹⁴⁰¹ Wieling/Finkenauer, N.68; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 30; Jauernig/Berger, BGB § 892 N. 14; Pfister, s. 95, 319; Rusch, s. 199; Özçelik, s. 59,61. Aynı yönde bkz. Sirmen, s. 196; Yıldırım, s. 352. Sicile güven yoluyla kazanıma ilişkin kurallar zorunlu bir etkiye sahiptir, yani lehtarın iradesinden bağımsız olarak sicildeki hak sahibinin yetkisizliğini ikame ederler, böylece lehtarın konumu gerçek hak sahibi ile yapılan hukuki bir işlemde olduğu gibi aynı zorlayıcılıkla ortaya çıkar. Lutter, s. 181-182. Aksi yönde bkz. Altmeppen, s. 232 vd.

Devralan kişi iyi niyet hükümlerinin sağladığı korumanın yalnızca dolaylı muhatabı olduğundan bu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağına kendi iradesiyle karar veremez. Dolayısıyla hakların kazanımı, kazananın iyi niyet hükümlerine başvurmasına bağlı değildir. Son olarak iyi niyet hükümlerinin etkilerinin devralanın

taşınmazın maliki haline gelir. Bu nedenle tapu siciline güvenin korunması kapsamında bir üçüncü kişi tarafından kazanım gerçekleştiğinde, sınırlı ayni hakların aksine, gerçek hak sahibinin mülkiyeti, herkes açısından yani mutlak etkiyle sona erer¹⁴⁰². Nispi mülkiyet yoktur ve iyi niyetli üçüncü kişi artık maliktir. Kazanan kişi iyi niyete dayanmama yolunu seçerek iyi niyetli kazanımı geriye etkili olarak ortadan kaldırma, kendine sağlanan korumayı reddetme imkanına sahip değildir¹⁴⁰³. Eski gerçek malik de mülkiyetin kendisine geri devri konusunda iyi niyetli üçüncü kişi ile anlaşabilse dahi, bu geriye etkili olarak gerçekleşmemektedir¹⁴⁰⁴. Devralan bu durumda ancak hakkın terkinini isteyebilir veya haktan vazgeçebilir¹⁴⁰⁵. Bunun dışında iyi niyetli kazananın irade bozukluklarına dayalı olarak kazanımın temelini oluşturan sözleşmenin iptalini isteyebileceği de belirtilmektedir¹⁴⁰⁶.

Kazanımın kesin olmasının bir diğer sonucu da sonraki kötü niyetin artık kazanana zarar verememesidir. Kazanan hak üzerinde bir tasarrufta bulunursa, artık hak sahibi olarak tasarrufta bulunur. Dolayısıyla sonraki kazananın iyi niyetinin artık bir önemi yoktur¹⁴⁰⁷.

2. İkincil Sonuç: Diğer Hak Sahiplerinin Haklarını veya Sıralarını Kaybetmesi

Tapu sicilinde kayıtlı olmayan veya derecesi doğru kaydedilmemiş olan gerçek hak sahibi tapu sicilindeki yolsuz kayda ve dolayısıyla hukuki görünüşe güvenin korunması sonucunda hakkını kaybeder. İyiniyetle kazanımın mülkiyete değil de bir sınırlı ayni hakka ilişkin olduğu durumlarda gerçek hak sahibi malik açısından mülkiyet hakkının kaybı gündeme gelmez.

iradesinden bağımsız olarak yürürlüğe girmesi, hukuki işlemlerin mal devrinin güvenliği ve kolaylığı konusundaki bireyler üstü menfaatinden hareketle iyi niyetin kazanılmasının teleolojik-normatif gerekçelendirmesi ile de uyumludur. Lieder, s. 537.

¹⁴⁰² Benzer yönde açıklama için bkz. BeckOK BGB/H.-W. Eckert, BGB § 892 N.10.

¹⁴⁰³ MüKoBGB/Kohler BGB § 892 Rn. 71; Lieder, s. 537; Özçelik, s. 62. Zira burada asıl amaçlanan bireysel düzlemde iyi niyetli kazananın korunmasından ziyade toplumsal düzeyde işlem güvenliğinin korunmasıdır. İyiniyetli kazanan bir bakıma bu soyut toplumsal menfaatin somut bir temsilcisi gibidir. Lieder, s. 537; Özçelik, s. 62.

¹⁴⁰⁴ Lutter, s. 181-182; MüKoBGB/Kohler BGB § 892 Rn. 71. Buna bağlı olarak bu arada iyi niyetli kazananın alacaklıları lehine tescil edilen zorunlu ipoteklerin etkin bir şekilde var olduğu ve artık bu lehtarın ayni pozisyonundan her ne şekilde olursa olsun vazgeçmesiyle ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmektedir. Heck, §44 III s. 185.

¹⁴⁰⁵ MüKoBGB/Kohler BGB § 892 N. 71.

§ 875/ I BGB' ye göre, "Bir gayrimenkule ilişkin hakkın terkinini için, kanunda aksi öngörülmedikçe, hak sahibinin haktan vazgeçtiğine dair beyanı ve hakkın tapu sicilinden silinmesi gereklidir."

¹⁴⁰⁶ Söz konusu durumda mülkiyetin eski gerçek malike dönüp dönmeyeceği tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Özçelik, s. 62, dn. 174.

¹⁴⁰⁷ Wieling/Finkenauer, N.68; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Eşya, s. 365; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 238; Yakuppur, s. 134.

Ancak malik kendi iradesi dışında tescil edilmiş olan sınırlı ayni hak/lara katlanmak zorunda kalır¹⁴⁰⁸. Söz konusu iyi niyetli kazanım durumunda diğer sınırlı ayni hak sahiplerinin hakları ise sona ermez. Bu hak sahipleri yalnızca iyi niyetle sınırlı ayni hak kazanan kişi karşısındaki sıralarını kaybeder¹⁴⁰⁹. Burada tapu sicili işlemlerinin kesinliğine/güvenliğine ilişkin kamu menfaatinin hak sahibinin hakkının devamı menfaatinden daha ağır basması söz konusudur¹⁴¹⁰.

İyiniyetli kazanım sonucu hak kaybına uğrayan gerçek hak sahibinin iyi niyetli kazanana karşı zararın tazmini veya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunma imkanı yoktur¹⁴¹¹. Zira aksi takdirde tapu siciline güvenin korunması ile iyi niyetli kişiye tanınmış olan hukuki sonuçlar engellenmiş olur¹⁴¹². Bununla birlikte Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak § 816/ I BGB’ de yer alan *“Hak sahibi olmayan bir kişi bir nesne üzerinde hak sahibi kişi açısından etkili olan bir tasarrufta bulunursa, tasarruf yoluyla elde ettiği şeyi hak sahibi kişiye teslim etmekle yükümlü olacaktır. Tasarrufun ivazsız olarak yapılması halinde, aynı yükümlülük tasarruf sayesinde doğrudan bir hukuki menfaat elde eden kişi için de geçerlidir.”* düzenlemesi dolayısıyla ivazsız kazanım durumunda sınırlı olarak da olsa iyi niyetle kazanana başvurulması imkanı bulunmaktadır¹⁴¹³.

Hakkını kaybeden gerçek hak sahibinin aralarındaki ilişkinin türüne bağlı olarak sicilde yolsuz olarak hak sahibi görünen kişiye ise sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme temelinde başvurabileceği kabul edilmektedir¹⁴¹⁴. Yine gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, ahlaka aykırı bir fiille kasıtlı olarak zarar vermeye dayalı olarak da sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye başvurulabileceği belirtilmektedir¹⁴¹⁵.

¹⁴⁰⁸ Pfister, s. 97; Özçelik, s. 60.

¹⁴⁰⁹ Pfister, s. 219; Özçelik, s. 60.

¹⁴¹⁰ BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 27.

¹⁴¹¹ MüKoBGB/Kohler BGB § 892 N. 74; HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 30; Jauernig/Berger, BGB § 892 N. 14; Özçelik, s. 64; Yıldırım, s. 353.

¹⁴¹² BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 892 N. 29.

¹⁴¹³ **§ 816 Verfügung eines Nichtberechtigten**

“(1) Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.”

¹⁴¹⁴ ; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 233; Özçelik, s. 64; Yıldırım, s. 353 vd. Benzer yönde bkz. HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 892 N. 30.

¹⁴¹⁵ MüKoBGB/Kohler BGB § 892 N. 74.

III. ALACAĞIN DEVRİNDE İYİ NİYETLE İFADA BULUNAN BORÇLUNUN KORUNMASI

A. Genel Olarak

İfa modaliteleri uyarınca borcun kural olarak alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine ifa edilmesi gerekir. Ancak bu takdirde geçerli bir ifadan söz edilebilir ve borçlu borcundan kurtulabilir. Bu bağlamda alacağın geçerli bir şekilde devredildiği durumda da borçlunun alacağı devralana ifada bulunması beklenir. Borçlu devralana değil de devredene ifada bulunursa borç sona ermez, devralana karşı varlığını sürdürür. Bununla birlikte alacağın devrinden haberdar olmaması halinde, borçludan doğru kişiye ifada bulunmasını beklemek çok da makul değildir. Nitekim gerek Türk-İsviçre hukukunda gerek Alman hukukunda bu durum dikkate alınarak borçluyu koruyan birtakım hükümlerin sevk edildiği görülmektedir¹⁴¹⁶. Türk hukukunda konuya ilişkin düzenlemeyi teşkil eden TBK m. 186'da alacağın devri devreden veya devralan tarafından borçluya bildirilmemişse¹⁴¹⁷ borçlunun önceki alacaklıya; alacak birden çok kez devredilmişse son devralan yerine önceki devralanlardan birine ifada¹⁴¹⁸ bulunmakla borcundan kurtulacağı belirtilmektedir¹⁴¹⁹. İsviçre

¹⁴¹⁶ Bu, devrin, borçlunun durumunu kötüleştirmemesi gerektiğine ilişkin prensibin bir yansımasıdır. Berger, AT N. 2173; Chiusi, s. 505; 37; Engin, Baki İlkey, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 37; Kapancı, s. 301.

¹⁴¹⁷ Bildirim yalnızca borçlunun hak sahibi olmayan devralana iyi niyetle ifada bulunarak borçtan kurtulmasını önlemeye yönelik olup devrin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. ZK-Spirig, Art. 167, N. 24; Günergök, s. 137; Kapancı, s. 315. Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku C.II, s. 590.

Bildirimin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde, Art. 167 OR hükmünde öngörülen etkiyi doğurması için devralan veya devreden adına yapılması gerekir. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 11; ZK-Spirig, Art. 167, N. 14.

¹⁴¹⁸ TBK m. 186 (Art. 167 OR)'nın lafzında ifanın borçtan kurtarıcı etkisinden söz edilmekle birlikte ifa dışında borcun ifa yerine edim, ibra, takas, yenileme vb. yollarla sona ermesinin de hükmün uygulama alanı içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir. Koller, s. 213 vd.; ZK-Spirig, Art. 167, N.36; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 18; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.3; Huguenin, N. 1387; Berger, AT N. 2132; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 258; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku C.II, s. 591; Günergök, s. 149; Kapancı, s. 311. Lardelli ise, yalnızca ifa ve takasın borçtan kurtarıcı bir etkiye sahip olduğu görüşündedir. Lardelli, s. 80 vd. Ayrıca borçlu lehine vade erteleme (*Stundung*), temerrüt bildirimi (*Inverzugsetzung*), zamanaşımı süresinin kesilmesi (*Unterbrechung der Verjährung*), seçim hakkını kullanma gibi devredilen alacakla ilgili olarak devreden tarafından gerçekleştirilen diğer işlemlerin de Art. 167 OR hükmünün uygulama kapsamına girdiği kabul edilmektedir. CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.3. Aynı yönde bkz. ; ZK-Spirig, Art. 167, N.19; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 18.

¹⁴¹⁹ Bu düzenlemenin yalnızca alacaklıya (veya onun yetkili temsilcisine) ifanın borçtan kurtarıcı etkiye sahip olduğu yönündeki kurala istisna oluşturduğu belirtilmektedir. Koller, s. 208; ZK-Spirig, Art. 167, N. 3; BSK-

hukukunda TBK m. 186 hükmüne karşılık gelen Art. 167 OR hükmünde ise, borçlunun, kendisine devreden veya devralan tarafından devir bildirilmeden önce iyi niyetle önceki alacaklıya; birden çok kez devir gerçekleşmişse hakkı itibariyle sıra bakımından sonra gelen devralana ödemede¹⁴²⁰ bulunmuşsa, borcundan kurtulacağı ifade edilmektedir. Burada TBK m. 186 ile büyük oranda benzerlik gösteren Art. 167 OR hükmünün bir noktada TBK m. 186’ dan farklılaştığı göze çarpmaktadır. Öyle ki TBK m. 186’ da tek bir devir yapılmışsa önceki alacaklıya, birden çok devir durumunda ise son devralan yerine önceki devralanlardan birine ifade bulunulmasından söz edilmektedir. Bu, hükümde yalnızca tekil ve zincirleme devir olasılıklarının düzenlendiği izlenimini uyandırmaktadır. Halbuki Art. 167 OR hükmünde birden çok devir olasılığı için daha farklı bir ifadenin kullanıldığı görülmektedir. Hükümde “daha az tercih edilir olana” ödemede bulunulması ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, TBK m. 186’ da kullanılan “önceki devralanlardan biri” ifadesinden farklı olarak aynı alacağın devreden tarafından birden fazla kişiye devredilmesine karşılık gelen “çoklu devir” olasılığını da kapsamaktadır¹⁴²¹. Hükümün ilk alternatifini oluşturan “önceki alacaklıya” yapılan ödeme ifadesinin ise hem tekil devri hem de zincirleme devri içerdiği kabul edilmektedir¹⁴²². Öğretide TBK m. 186’nın Art. 167 hükmü ile paralel olarak çoklu devri de kapsar şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴²³. Kanımızca da borçlunun korunmasını amaçlayan bu hükmün bu şekilde anlaşılması gereklidir. Nitekim TBK m. 186’nın önceki kanundaki karşılığı olan BK m. 165 hükmünün Art. 167 OR ile uyumlu olması ve TBK m. 186’nın

Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 1; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N. 2; Huguenin, N. 663 vd.; Franko, s. 189; Günergök, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014, s. 136; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 526; Kapancı, Kadir Berk, Alacağın Devri (TBK m.183-194) Şerh, İstanbul 2022, s. 302. Aynı yönde bkz. Lieder, Jan, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Tübingen 2015, s. 652.

¹⁴²⁰ Art. 167 OR hükmünde “ifa” terimi yerine “ödeme” (*Zahlung*) teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte ödeme teriminin geniş olarak ifa şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 18; ZK-Spirig, Art. 167, N.3; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.3; OFK-Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 4; Huguenin, N. 1387; Schwenzer, AT, N. 90.42.

¹⁴²¹ Çoklu devir durumunda borçlunun borcundan kurtulmadığı kabul edilir ve borçlu çifte ifade bulunmak zorunda kalırsa, bu, borçlunun durumunun kötüleştirilmesi anlamına gelir. Öyle ki borçlu görünüşte devralana karşı sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talepte bulunabilecek olsa dahi, görünüşte devralanın iflas etme riskini taşır. Oysa devir işlemine hiçbir şekilde katılmayan ve devir konusunda söz hakkı sahibi olmayan borçluya bu tür bir riskin yüklenmesi adil görünmemektedir. Lardelli, s. 139.

¹⁴²² Berger, zincirleme devir olasılığının zaten tekil devir durumu ile özdeş bir niteliğe sahip olduğunu ve bu nedenle bağımsız bir öneminin olmadığını ifade etmektedir. Berger, AT N. 2135. Zincirleme devrin tekil devrin özel bir görünümü olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. Kapancı, s. 305. Aynı yönde bkz. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 3.

¹⁴²³ Engin, Baki İlkay, “Alacağın Temlik ve Borcun Nakli”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 163-164; Kapancı, s. 306, dn. 15. Aksi yönde görüş için bkz. Öz, s. 1275.

gerekçesinde¹⁴²⁴ hükümde değişiklik yapılmadığının belirtilmesi de bunu destekler niteliktedir.

Alman hukukunda konuya ilişkin § 407 BGB hükmünün ise, Türk- İsviçre hukukundakine kıyasla daha geniş kapsamlı bir düzenlemeyi içerdiği görülmektedir¹⁴²⁵. Zira § 407 I BGB’ ye göre yeni alacaklı, borçlu ifa¹⁴²⁶ veya hukuki işlemin gerçekleştirildiği sırada devirden haberdar değilse, borçlunun¹⁴²⁷ devirden sonra önceki alacaklıya yaptığı ifayı ve borçlu ile önceki alacaklı arasında alacağa ilişkin olarak devirden sonra gerçekleştirilen her türlü hukuki işlemi¹⁴²⁸ kabul etmek zorundadır. Burada ifa dışında alacağa ilişkin her türlü hukuki işlem de

¹⁴²⁴ “818 sayılı Borçlar Kanununun 165 inci maddesinde kullanılan “temlik veya temellük eden” şeklindeki ibare, Tasarıda “devreden veya devralan” şekline; “alacağı temellük edenlerden tercihi lazım gelen biri var iken diğerine” şeklindeki ibare ise, “son devralan yerine önceki devralanlardan birine” şeklinde ifade edilmiştir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.”

¹⁴²⁵ Bu hükmün, 406 BGB ile başlatılan ve 408 BGB ile devam ettirilen, iyi niyetli borçlunun, katılımı olmaksızın yapılan devrin olumsuz sonuçlarına karşı korunmasına ilişkin yasal hükümlerin çekirdeğini oluşturduğu belirtilmektedir. Öyle ki adalet ve hukuki güvenlik ilkesi, borçlunun devredene karşı devirden habersiz olarak gerçekleştirdiği hukuken önemli tüm fiillerin devralan açısından da geçerli olmasını gerektirir. Staudinger/Busche, § 407, N. 2; Lieder, s. 653-654. Öte yandan Lieder burada iyi niyetli kazanım hallerinden farklı olarak soyut-potansiyel güven korumasının söz konusu olmadığını, aksine somut- bireysel güvenin korunması anlayışının hakim olduğunu belirtmektedir. Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin bu yöndeki 1913 tarihli kararı için bkz. RGZ83, 184, 188 (Chiusi, s. 503).

¹⁴²⁶ § 407 I BGB alternatif 1’deki (*Leistung*) teriminin devredene veya ödeme yeri olarak onun bankasına yönelik olarak gerçekleştirilen edimin ifasının yanı sıra ifa yerine edim ile ifa uğruna edimi ve ayrıca kambiyo senetlerinin verilmesini kapsadığı belirtilmektedir. MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 6; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 4; Lieder, s. 655. Benzer şekilde başlangıçta bloke edilmiş bir çekin blokajının kaldırılması da § 407 BGB anlamında bir ifa olarak kabul edilmektedir. MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 6. Ayrıca bir garanti talebinin sağlanmasının da § 407 BGB anlamında ifa olarak kabul edileceği ifade edilmektedir. Staudinger/Busche, § 407, N. 12; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 6.

Bu durum, ifanın etkisinin devir öğrenildikten sonra ortaya çıkması halinde de geçerlidir. Öyle ki borçlunun devirden haberdar olduktan sonra çeki bloke etmek gibi aktif bir eylemle ifayı engelleme yükümlülüğü yoktur. Staudinger/Busche, § 407, N. 12; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 6.

¹⁴²⁷ Üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen ifa ise, borçlu tarafından gerçekleştirilen ifa kapsamında değerlendirilmemelidir. Burada borçluyu korumayı amaçlayan hüküm üçüncü bir tarafça gerçekleştirilen ifaya kıyasen de olsa uygulanmamalıdır. Bu sonuca borçlunun ifasından söz eden hükmün lafzından doğrudan ulaşılamasa da, normun amacından ulaşılabılır. Öyle ki, üçüncü kişi, borçlunun yerine ifa etmekle yükümlü olmadığı için korunmaya da muhtaç değildir. Öte yandan üçüncü kişi kefil sıfatına sahip ise veya borçlunun borcu için rehnettiği bir şeyi rehinden kurtarmak için ifada bulunuyorsa, bu takdirde hüküm kapsamında korunabilecekleri belirtilmektedir. Staudinger/Busche, § 407, N. 13; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 9.

¹⁴²⁸ Burada hukuki işlem kavramının oldukça geniş anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda borçlu lehine olduğu sürece devreden ve borçlu arasında gerçekleştirilen tek ve iki taraflı tüm hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri eylemlerin bu kapsamda yer aldığı kabul edilmektedir. Bunlardan en önemlileri, ibra, borç erteleme, sözleşmenin feshi, sulh, konkordato teklifinin kabul edilmesi, devreden tarafından ve devredene karşı takas, takas sözleşmesi, menfi borç ikrarı ve tevdidir. Usul hukuku kapsamındaki erteleme, tahkim anlaşması gibi anlaşmaların da buraya dahil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Lieder, s. 655; Scheyhing/Nörr, § 7 I 1; Staudinger/Busche, § 407, N. 14; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 7; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 6.

hükümün kapsamına dahil edilmiş olması dikkat çekicidir. § 407 II BGB’ de ise, borçlu ile önceki alacaklı arasında devirden sonra ortaya çıkan bir hukuki ihtilafta alacağa ilişkin kesin hüküm verilmişse, yeni alacaklının borçlu devirden haberdar olmadığı sürece aleyhine verilen hükmü kabul etmek zorunda olduğu düzenlenmektedir. Ayrıca § 412 BGB uyarınca § 407 BGB’nin bir alacağın kanuni olarak kazanılmasına da kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir¹⁴²⁹. Benzer şekilde hakim kararına dayalı devirler açısından da § 407 BGB’nin yine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹⁴³⁰. § 408 I BGB’de ise “Çoklu Devir” (*Mehrfache Abtretung*) başlığı altında, devredilmiş¹⁴³¹ bir alacak önceki alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye tekrar devredilmişse, borçlunun üçüncü kişiye ödeme yapması veya borçlu ile üçüncü kişi arasında hukuki bir işlem yapılması ya da hukuki bir uyuşmazlığın devam etmesi halinde, § 407 BGB’nin önceki alacaklıya karşı borçlu lehine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı düzenlenmektedir. § 408 II BGB’de de aynı durumun, halihazırda devredilmiş olan alacağın mahkeme kararıyla üçüncü bir tarafa devredilmesi veya önceki alacaklının üçüncü tarafa halihazırda devredilmiş olan alacağın kanun hükmü gereği üçüncü tarafa devredildiğini kabul etmesi halinde de geçerli olduğu ifade edilmektedir.

B. Borçlunun Korunmasının Şartları

1. Hukuki Görünüş Olgusu, Hukuki Görünüş Güven ve Güven Tasarrufu

a. Tekil, Zincirleme ve Çoklu Devirler Açısından Hukuki Görünüş Olgusu: Bildirim Yapılmamış Olması

Öte yandan artık hak sahibi olmayan devredenin borçluya yönelik onun aleyhine olan hukuki işlemlerinin § 407 BGB kapsamına girmediği çünkü hükmün koruma amacının borçlu ile sınırlı olduğu eklenmektedir. Devredenin borçlunun hukuki durumunu kötüleştiren, ihtar, zamanaşımı süresinin kesilmesi gibi hukuki işlemleri, hakim görüşe göre kesin olarak geçersizdir; en azından borçlunun § 407 BGB’ye başvurmakta bir menfaati yoktur. Lieder, s. 655; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 6,8; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 8. Türk-İsviçre hukukunda ise, borçlunun hukuki durumunun kötüleşmesi dikkate alınmaksızın devreden tarafından bu işlemlerin yapılabilmesi kabul edilmektedir.

¹⁴²⁹ Staudinger/Busche, § 407, N. 3; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 34.

¹⁴³⁰ Staudinger/Busche, § 407, N. 4; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 34.

¹⁴³¹ Hakim görüşü tarafından § 408 BGB’nin borçlunun hacizden haberdar olmaması halinde, halihazırda haczedilmiş bir alacağın devri açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Ancak, borçlunun hacizden haberdar olması ve sadece yanlışlıkla (örneğin geçmiş tarihli bir temlik senedi nedeniyle) devrin hacizden önce gerçekleştiğine inanması halinde, sözde önceliğe olan güveni korunmaz. Schulze, Reiner, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Ed. Reiner Schulze, 11. Auflage, Baden baden 2022, § 408 N. 1; Jauernig/Stürner BGB § 408.

İyiniyetle hak sahibi olmayan kişiye ifada bulunan borçlunun korunmasının temelinde kendisinin devirden haberdar olmaması yer almaktadır. Alacağın devrinin devreden veya devralan tarafından borçluya bildirilmemesi ile borçluya karşı bir görünüş yaratılmış olmaktadır¹⁴³². Zira başka kaynaklardan öğrenmediği sürece borçlunun bildirim olmaksızın alacaklı değişikliğinden haberdar olması mümkün değildir¹⁴³³. Görünüş, tekil ve zincirleme devir durumlarında devirle birlikte artık hak sahibi olmayan devreden (eski alacaklının) alacaklı konumunun devamına ilişkindir¹⁴³⁴. Devreden açık veya örtülü olarak hakkının devam ettiğini iddia etmesi ve devralanın da alacağı devraldığını bildirmemesi ile hukuki görünüş ortaya çıkmaktadır¹⁴³⁵. Gerçekten de borçlunun haklı olarak alacağı devralan bir kişinin kendi menfaati için alacağı devraldığını derhal kendisine bildirileceğine güvenmesi mümkündür¹⁴³⁶.

Aynı alacağın devreden tarafından birden çok kişiye devrini ifade eden çoklu devir durumunda esasen zamansal öncelik ilkesi geçerli olup yalnızca ilk yapılan devir işlemi geçerlidir¹⁴³⁷. Bu bağlamda çoklu devir durumunda, tekil ve zincirleme devirdekinden farklı olarak borçlunun karşısında halihazırda zaten alacak hakkına sahip olduğunu bildiği ancak alacağını bir başkasına devretmiş bir kişi yoktur. Alacağı devraldığını iddia eden ancak devreden tasarruf yetkisi eksikliği dolayısıyla aslında alacağı geçerli olarak kazanamamış olan bir kişinin borçluya başvurması söz konusudur¹⁴³⁸. Devreden borçluya bu kişiye

¹⁴³² Rüegg, N. 285, 298; Berger, AT, N. 2132; Kapancı, s. 303. Aynı yönde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 526. Chiusi, burada edimin başka yere yönlendirilmesine izin veren bir hukuki görünüş olgusunun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Chiusi, Tiziana J., “Zur Verzichtbarkeit von Rechtsscheinswirkungen”, Archiv für die civilistische Praxis, 2002, 202. Bd., H. 3 (2002), s. 502-503.

Koller, Art. 167 OR hükmünün, borçlunun, devreden ödeme sırasında hala alacaklı olduğuna güvenmesini şart koştuğunu ve bu açıdan hükmün, aynı şekilde belirli bir hukuki duruma güvenmeyi öngören hukuki görünüş hükümleriyle yapısal bir benzerliğe sahip olduğunu belirtmektedir. Ancak yazara göre bu hükümlerde güvenin, iyi niyet korumasının muhatabı tarafından yaratılan bir güven temeline dayanması gerekirken, bu durum Art. 167 OR için geçerli değildir. Devralanın (iyi niyet korumasının muhatabı) devri bildirmemiş olması güven için bir temel olarak dikkate alınmaz. Bunun nedeni bildirimde bulunmamanın salt yapmama şeklinde bir davranış olması (*Unterlassen*) ve hukuki görünüş anlamında bir güven temeli sağlayamamasıdır. Koller, s. 243. Koller’in gerekçesinin ikna edici olmadığı yönünde bkz. Rusch, s. 259.

¹⁴³³ Rusch, s. 258.

¹⁴³⁴ Canaris, s. 143; Kindl, s. 283; Rüegg, N. 116, 285, 298; Rusch, s. 258; Berger, AT, N. 2132; Chiusi, s. 503.

¹⁴³⁵ Canaris, s. 143. Aynı yönde bkz. Rusch, s. 258-259.

¹⁴³⁶ Canaris, s. 143. Bildirimde bulunmanın devralanın menfaatine olduğu ile ilgili olarak bkz. Chiusi, s. 503.

¹⁴³⁷ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 3; Lardelli, s. 142 vd.; Schwenzler, N. 90.09; Berger, AT N. 2158. İlk geçerli devirden sonraki devrin -devreden tasarruf yetkisi eksikliği dışında- geçerli bir devir olması gereklidir. MüKoBGB/Kieninger BGB § 408 N. 5; Lieders, s. 659; Kapancı, s. 117.

¹⁴³⁸ MüKoBGB/Kieninger BGB § 408 N. 1; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 3; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.10.

alacağını devrettiğini bildirmesi de aynı niteliktedir¹⁴³⁹. Bununla birlikte alacağı geçerli olarak devralmış olan kişi ise, borçluya alacağı devraldığını bildirmemektedir¹⁴⁴⁰. Dolayısıyla borçlu daha önce geçerli başka bir devrin yapıldığını bilmemektedir¹⁴⁴¹. Bu şekilde gerçekte hak sahibi olmayan devralanın veya alacağı devreden devri borçluya bildirmesi ve fakat gerçek hak sahibinin devri bildirmemesi ile borçlu açısından bir hukuki görünüş ortaya çıkmaktadır¹⁴⁴². Öte yandan haklı olarak salt hak sahibi olduğunun iddia edilmesinin yeterli bir görünüş olgusu oluşturmayacağı dile getirilmektedir¹⁴⁴³. Devrin varlığına dair objektif bir göstergeye sahip olunmalıdır. Devreden borçluyu bu devirden haberdar etmesi, borçluya bu konuda bir belge sunulması veya - katlanma temsiline ilişkin kurallar uyarınca – borçlunun en azından devreden bu kişinin iddiasını bildiğini ve buna müsamaha gösterdiğini varsayabilmesi bu niteliktedir¹⁴⁴⁴. Bununla birlikte borçlunun borçtan kurtulabilmesi için şeklen bir devrin söz konusu olup olmadığını araştırması gerektiğinden bu gereklilik zaten

¹⁴³⁹ Koller, AT N. 84.129.

¹⁴⁴⁰ Koller, s. 216.

¹⁴⁴¹ Borçlu iki devri de biliyor fakat hataen ikinci devrin önce geldiğini varsaymışsa, bu durumda korunmaz. MüKoBGB/Kieninger BGB § 408 N. 3.

¹⁴⁴² Lieder'e göre, § 407 ve 408 BGB'de yer alan iki güvenin korunması olgusu arasındaki belirleyici fark, § 408 BGB'nin devreden hukuki yetkisinin devamına değil, ikinci devralanın hak edinimini etkileyen önceki tasarrufların yokluğuna yönelik olmasıdır. Lieder, s. 659.

¹⁴⁴³ Canaris, s. 143; Kindl, s. 284. Aksi yönde görüş için bkz. Kindl, s. 284, dn.4' te anılan yazarlar.

Koller de hukuki görünüş ile bağlantı kurmasa dahi aynı şekilde borçlunun devralanın halefiyetini incelemesi gerektiğini dile getirmektedir. Buna göre halefiyet sürecinin yalnızca şekli açıdan incelenmesi (*Legitimationsprüfung*) gerekli olup sürecin maddi olarak geçerli olup olmadığının incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Yazar bunun, mevcut bağlamda şu anlama geldiğini belirtmektedir: Art. 167 OR uyarınca borcun sona ermesi, borçlunun, görünüşte devralana bir devrin yapıp yapılmadığını açıklığa kavuşturmasını gerektirir; buna karşılık borçlunun devirdeki olası noksanlıkları (örneğin esaslı bir yanılma gibi) araması gerekmez. Borçlu, devreden tarafından düzenlenen devir senedini incelerse veya devri devredene onaylatırsa, doğrulama görevini yerine getirmiş olur. Bununla birlikte, üçüncü bir tarafın teyidi de yeterlidir. Öte yandan, borçlunun (görünüşte) devralanın alacağı devraldığı iddiasıyla tatmin olması yeterli değildir; bu durumda, en azından Art. 167 OR hükmüne göre devralana ifa borcu ortadan kaldırmaz. Ayrıca borçlu yalnızca halefiyeti incelemekle yükümlüdür. Bunun dışında halen hak sahibi olup olmadığını incelemekle yükümlü değildir. Başka bir deyişle sadece bir devrin gerçekleşip gerçekleşmediğini açıklığa kavuşturması gerekir bunun ötesinde devralanın daha sonra (görünüşte kazanılmış) alacağı kaybedip kaybetmediğini (örneğin başka bir devir dolayısıyla) açıklığa kavuşturması gerekmez. "Bu kural, halen hak sahibi olduğunun (yani alacaklının değişikliğinin bulunmadığının) ispatının, olmayan bir vakıanın ispatı olarak mümkün olamayacağı gerçeğinden kaynaklanmaktadır." Borçlunun halen hak sahibi olduğu konusunda Art. 3/II ZGB'ye göre şüphelerinin olması gerektiği durum ise saklıdır. Böyle bir durumda, hakkın devam ettiğinin ispatı, şüphenin açıklığa kavuşturulması söz konusu olduğu ölçüde mümkündür. Bu kapsamda, borçlu hak sahipliğinin devamını araştırmakla yükümlüdür. Koller, s. 217. Yalnızca şekli devir sürecini inceleme yükümlülüğünün bulunduğu konusunda aynı yönde bkz. Lardelli, s. 140.

¹⁴⁴⁴ Canaris, s. 143.

sağlanmış olmaktadır¹⁴⁴⁵. Bu bağlamda da alacağı geçerli olarak devralamamış olmasına rağmen, alacağı devraldığını en azından şekli olarak ispat eden kişi borçluya ifa için başvurduğunda borçlu bu kişinin alacaklı olduğuna ve devreden de alacağı devretmeye yetkili olduğuna güvenilebilir¹⁴⁴⁶. Oysaki alacağı geçerli olarak devralan kişinin bildirimde bulunması ihtimalinde bu risk büyük ölçüde ortadan kalkacaktır¹⁴⁴⁷. Zira alacağın devredildiği diğer kişi veya kişiler borçluya başvursa dahi, borçlu en azından burada hak sahipliği konusunda bir ihtilafın söz konusu olduğunu düşünebilecek ve tevdi yoluna gidebilecektir.

Hak sahibi olmayan bir kişiye ifada bulunan borçlunun korunması için öncelikle hukuki görünüşe güvenmesi gereklidir¹⁴⁴⁸. Ayrıca hukuki görünüş ile nedensellik bağı içerisinde bulunan bir güven tasarrufunda bulunması da aranmaktadır. Bildirimin gerçekleşmemesi sonucu ortaya çıkan hukuki görünüşe güvenen borçlu, gerçekte hak sahibi olmayan alacaklıya ifada bulunduğu takdirde güven tasarrufu gerçekleşmiş olmaktadır.

b. Gerçekleşmemiş veya Geçersiz Bir Devrin Bildirilmesinin Hukuki Görünüş Olgusu Oluşturup Oluşturmayacağı Sorunu

Hukuki görünüş olgusu ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir konu da devir gerçekleşmemesine veya geçersiz olmasına rağmen borçluya devir bildiriminin yapılmış olduğu durumlardır. Acaba bu durumda da borçlu açısından bir hukuki görünüş söz konusu mudur ve borçlu gerçek hak sahibi olmayan sözde devralana ifada bulunmakla borcundan kurtulabilecek midir? Bu olasılık Alman hukukunda § 409 BGB’de açıkça düzenlenmiştir. § 409 I BGB’ye göre, alacaklı, alacağını devrettiğini borçluya bildirirse, bildirilen devir

¹⁴⁴⁵ Spirig’e göre yalnızca şekli süreç ve halefiyet incelenecek, ortaya çıkan şüpheler borçluyu söz konusu çerçevede şüpheyi açıklığa kavuşturmak zorunda bırakmadıkça, imkansız olumsuz kanıtlar gerektiren olası bir başka devir sorunu incelenmeyecektir. Öte yandan bildirimdeki imzanın gerçekliği şüpheli görünüyorsa, inceleme yapmak için özel bir nedenin varlığı kabul edilmelidir. Bu durum bildirimin başka bir tarafça geri alınması için de geçerlidir. Eksik veya geçersiz bir devir durumunda, bildirimin, yanlışlığı nedeniyle borçlunun iyi niyetini ortadan kaldırması gerekmez; bu yalnızca borçlunun bunu gerekli özeni göstermesi halinde fark etmesi gerekiyorsa söz konusudur. ZK-Spirig, Art. 167, N.33-34.

¹⁴⁴⁶ Aynı yönde bkz. Canaris, s. 144.

¹⁴⁴⁷ Aynı yönde bkz. Kindl, s. 286.

¹⁴⁴⁸ Rüegg, N. 299.

yapılmamış veya geçersiz olsa bile, borçluya karşı bildirilen devri kabul etmek zorundadır. Alacaklı, senette adı geçen yeni alacaklıya bir devir senedi vermiş ve yeni alacaklı da bunu borçluya ibraz etmişse¹⁴⁴⁹, bildirimde bulunmuş sayılır¹⁴⁵⁰. § 409 I BGB'nin lafzı esas alındığında borçlunun devrin gerçekleşmediğinden veya geçersiz olduğundan haberdar olduğu durumlarda da sözde devralana yapmış olduğu ifayla borcundan kurtulabileceği sonucu çıkmaktadır¹⁴⁵¹¹⁴⁵². Nitekim hükmün lafzını dikkate alan görüş, borçlu devrin gerçekleşmediğini veya geçersiz olduğunu bilmesine rağmen yaptığı ifayla borcundan kurtulabildiğinden burada bir hukuki görünüşün varlığından söz etmenin uygun olmayacağını ifade etmektedir¹⁴⁵³. Ayrıca bildirimin ancak yeni alacaklı olarak belirlenen kişinin rızasıyla

¹⁴⁴⁹ Senedin yazılı olması gereklidir. Orijinalliği konusunda herhangi bir şüphe olmaması kaydıyla, örneğin faks yoluyla bir kopyanın veya taranmış bir belgenin iletilmesi bu amaç için yeterli olmalıdır. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 409 N. 5.

¹⁴⁵⁰ Bununla birlikte alacaklının sorumluluk alanı dışındaki başka bir kişiden gelen yanlış bilgilerin ise, § 409 BGB'nin koruma kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 409 N. 4.

¹⁴⁵¹ Borçluya bildirilen devir, geçerli olmasa dahi borçlu lehine geçerli sayılmaktadır. Battafarano, s. 122.

¹⁴⁵² Devir hukuku kapsamındaki borçlunun korunması sistemi, § 409 BGB uyarınca bildirilen devir durumunda da borçlunun korunması ile tamamlanmaktadır. Bu hükmün §§ 407, 408 BGB ile yapısal yakınlığı açık olsa da, söz konusu hükümler borçlunun olumsuz güvenini, yani gerçekleşmiş bir devirden veya daha önceki bir devirden habersiz olmasını korurken, § 409 BGB borçlunun devralan tarafından yapılan devir bildiriminin doğruluğuna olan olumlu güvenini korumaktadır. Lieder, s. 659.

¹⁴⁵³ MüKoBGB/Kieninger BGB § 409 N. 2; Staudinger/Busche, § 409, N. 4; Lieder, s. 663; Kindl, s. 288, dn. 3' te anılan yazarlar. Ancak görünüşte devralanın hak sahibi olmadığının açık olduğu veya devrin geçersizliği kanuni bir devir yasağına dayandığı durumlarda, bu durumun artık geçerli olmadığı belirtilmektedir. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 409 N. 8.

Staudinger'e göre, § 409 BGB, devreden devir bildirimine devreden kendisine karşı bağlayıcı bir etki kazandırmaktadır. Devreden, bildirilen devri, yapılmamış veya geçerli olmasa dahi borçluya karşı geçerli olarak kabul etmek zorundadır. Bu, borçlunun devir bildiriminin doğruluğuna güvenebileceği anlamına gelmektedir. Devir bildiriminin aleniyet etkisi vardır. Alacaklı, borçluya karşı devir bildiriminde yer alan sözüyle bağlıdır. Bu nedenle § 409 BGB, hukuki görünüş sorumluluğu hükmü değildir. Aksine objektif bir meşrulaştırma/yetkilendirme etkisini (*Legitimationswirkung*) yansıtmaktadır. Bu aynı zamanda alacaklının alacağı üzerinde tasarrufta bulunabilmesini şart koşturur. Zira ancak bu durumda bildirilen devrin geçersizliğine rağmen alacaklıyı beyanına bağlı tutmak haklı gösterilebilir. Staudinger/Busche, § 409, N. 4.

Öte yandan Kieninger, hakim görüş uyarınca devrin geçersizliğini pozitif olarak bilen borçlunun § 409 BGB' ye dayanabilmesinin ancak borçlunun görünüşte devralanın kendisine karşı bir talepte bulunması halinde zor durumda kalabileceği göz önünde bulundurularak gerekçelendirilebileceğini dile getirmektedir. Bununla birlikte bunun da § 409 BGB' deki her durumda aynı şekilde geçerli olmayıp yalnızca § 410 BGB'nin nitelikli koşulları altında (*§ 410 BGB' de borçlunun, yeni alacaklıya karşı ancak önceki alacaklı tarafından düzenlenmiş bir devir senedinin teslimi karşılığında edimde bulunmakla yükümlü olduğundan söz edilmektedir*) geçerli olacağını eklemektedir. Bu nedenle geçersizliği pozitif olarak bilse dahi, borçlunun § 409 BGB'ye yalnızca § 410 BGB kapsamında başvurmasına izin veren (yani salt sözlü bildirim durumlarında izin vermeyen) bir çözümün borçlunun çıkarlarına uygun olduğu kanaatinde olduğunu ifade etmektedir. Bunun dışında en azından örneğin dolandırıcılık, devralanla gizli anlaşma yapılması veya görünüşte devralanın yetki eksikliğinin açıkça görülmesi gibi nitelikli bilme durumlarında § 409 BGB' nin uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir. MüKoBGB/Kieninger BGB § 409 N. 12. Aynı yönde bkz. Lieder, s. 663.

geri alınabileceğini düzenleyen ve dolayısıyla alacaklının hukuki görünüşü basitçe ortadan kaldırmasına izin vermeyen § 409 II BGB'nin de hukuki görünüş yorumu aleyhine olduğuna vurgu yapılmaktadır¹⁴⁵⁴. Diğer görüş ise, hukuki görünüşün varlığının kabul edilmemesinin hükmün lafzının bu şekilde anlaşılmasının doğal bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, § 409 I BGB'nin kötü niyetli borçluyu da kapsamına alacak şekilde anlaşılması uygun olmayan sonuçlara yol açmaktadır¹⁴⁵⁵. Bu nedenle de hükmün teleolojik redüksiyon yoluyla borçlunun iyi niyetli¹⁴⁵⁶ olduğu durumlarla sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁵⁷.

Türk-İsviçre hukukunda ise, konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte hakim görüş tarafından farklı gerekçelere dayalı olarak da olsa borçlunun borcundan kurtulması sonucunun kabul edildiği görülmektedir¹⁴⁵⁸. Bu noktada bir görüş, devreden tarafından bildirilen devir geçersiz ise, borçlunun sözde devralana yönelik ifasının onu buna rağmen borçtan kurtaracağını zira burada üçüncü kişiye ifada bulunma için bir yetkilendirmenin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir¹⁴⁵⁹. Diğer görüş ise, borçtan kurtarıcı etkinin yetkilendirme ile açıklanmasını devir hukukundan türetilmemiş bir çözüm olması dolayısıyla eleştirmektedir¹⁴⁶⁰. Bu görüşe göre iyi niyetin korunması öncelikle devir hukuku kurallarından kaynaklanmalıdır. Bu bağlamda burada borçlunun korunması açısından çıkış noktası, iyi niyetli borçlunun devreden sorumlu olduğu bir hukuki görünüş tarafından yanlış

Jauernig/Stürner ise, görünüşte devralana yapılan ifa ile borçtan kurtulmayı hukuki görünüş etkisi ile açıklamakta ancak geçersizliğin kesin olarak bilinmesinin hukuki görünüş etkisini ortadan kaldırması gerektiğini ifade etmektedir. Jauernig/Stürner BGB § 409 N. 2.

¹⁴⁵⁴ MüKoBGB/Kieninger BGB § 409 N. 2.

¹⁴⁵⁵ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kindl, s. 289 vd.

¹⁴⁵⁶ İyi niyet ölçütüne ilişkin olarak ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Kindl, s. 298.

¹⁴⁵⁷ Karollus, Martin, "Unbeschränkter Schuldnerschutz nach § 409 BGB ?", JZ 1992, s. 557, 560; Battafarano, s. 124 vd. Alman Federal Mahkemesi'nin de bu yönde bir eğilim gösteren kararlarının bulunduğu belirtilmektedir. İlgili kararlar için bkz. Kindl, s. 298, dn. 56, 57.

¹⁴⁵⁸ BK- Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 166; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 13, 17; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.13; Rüegg, N. 132, dn. 155; Schwenzer, AT, N. 90.41; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 526; Kapancı, s. 307 vd.

¹⁴⁵⁹ Huguenin, N. 1390. Spirig de gerçeği yansıtmayan, yanlış bir bildirim "eğer devredenden kaynaklanıyorsa", borçlunun bu bildirim dayalı ifa ile borcundan kurtulacağını kabul etmekte ve bunu Art. 466 OR uyarınca havale kapsamında bir yetkilendirme ile açıklamaktadır. Öte yandan bildirim, hak sahibi olduğunu devir senedi ile kanıtlamayan devralandan gelirse, borçlunun kötü niyetli sayılacağını belirtmektedir. ZK-Spirig, Art. 167, N. 46.

¹⁴⁶⁰ Lardelli, s. 147.

bir ifaya teşvik edilmiş olmasıdır. Hukuki görünüş sorumluluğu burada borçlunun devredene yüklenecek şekilde borçtan kurtulması şeklinde kendini göstermektedir¹⁴⁶¹.

Berger ise, borçlunun “devreden tarafından yapılan” bildirimde güvenerek ifada bulunduğu ancak devrin hiç gerçekleşmediği veya geçersiz olduğu durumda borçlunun korunmasının iki şekilde gerekçelendirilebileceğini belirtmektedir¹⁴⁶²: İlk olarak devredenin bildirimi, borçluyu alacağı devraldığı iddia edilen kişiye ifada bulunmakla yükümlü kılan (TBK m. 557/II, Art. 468/II OR) borç dolayısıyla havale (*Anweisung auf Schuld*) (TBK m. 555, Art. 466 OR) olarak anlaşılabilir¹⁴⁶³. İkinci olarak ise, kıyas yoluyla Art. 167 OR hükmü, borçlunun devreden tarafından kendisine devir bildirildikten sonra iyi niyetle gerçek hak sahibi olmayan devralana ifada bulunduğu duruma genişletilebilir¹⁴⁶⁴. Yazar, borçlunun, “devralanın” hukuken geçerli olarak imzalanmış devir senedini kendisine sunmasının ardından ona ifada bulunması ve daha sonra devir sözleşmesinin iradelerin uyuşmaması, muvazaa, irade bozukluğu vb. ya da bir koşuldan devir senedinde söz edilmemesi dolayısıyla hükümsüz olduğunun ortaya çıkması durumunda da iyi niyetle devralana ifada bulunan borçlunun devredene karşı borçtan kurtulmasının yerinde olduğunu belirtmektedir. Bu noktada devreden tarafından düzenlenmiş devir belgesinin bildirimde eş olduğunu kabul eden § 409 I C.2 BGB’ye işaret etmektedir. Bu bağlamda şeklen geçerli devir senedinin ibrazının burada da

¹⁴⁶¹ Lardelli, s. 147.

¹⁴⁶² Berger, AT N. 2175. Berger kadar açık bir şekilde ikili bir ayrıma gitmemiş olsa da aynı yönde bkz. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 17.

¹⁴⁶³ Reetz/Burri de bu durumda borçlunun en azından devraldığı iddia edilen kişiye ifada bulunma yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.13. Koller burada Art. 32 OR hükmüne kıyasen bir yetkilendirmenin söz konusu olabileceğinden bahsetmektedir. Ayrıca bu durumun da yalnızca devralanın, bildirimin devrin geçersiz olması durumunda da amaçlandığına inanmak için özel bir nedeni olması halinde geçerli olduğunu belirtmektedir. Koller, AT N. 84. 131. İsviçre Federal Mahkemesi de BGE 88 II 18 künyeli kararında alacaklının alacağını belirli bir üçüncü kişiye devrettiğini borçluya bildirmesinin, belirli koşullar altında, alacaklı hesabına üçüncü kişiye ifada bulunulması için bir vekalet veya yetkilendirme olarak yorumlanabileceğine karar vermiştir. Karar için bkz. BGE 88 II 18 E. 6 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F88-II-18%3Ade&lang=de&type=show_document, Erişim Tarihi: 19.05.2023).

¹⁴⁶⁴ Girsberger/Hermann, bir görüş tarafından borçlu devrin geçersizliğinin farkında olsa dahi iyi niyetle devreden devralana ifada bulunulmasını istediğini varsayarsa borçtan kurtulması gerektiğinin savunulduğunu ancak devreden tarafın devrin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olmadığı sürece, bu görüşün kanuna uygun olmadığını belirtmektedir. Borçlu tevdi hakkı ile yeterince korunduğundan, bu tür durumlarda özel borçlu koruması gerekli değildir (Art. 168 OR). Yanlış bildirim asıl alacaklıdan değil de yalnızca sözde bir devralandan gelmişse, borçlu sözde devralana yapılan ödeme ile borçtan kurtulmaz. Üçüncü bir kişiden kendisine ifada bulunmasını talep eden bir bildirim aldığı anda, bu kişinin gerçekten alacaklı olup olmadığını kontrol etmek borçluya düşer. Bu külfeti yerine getirmezse, gerçek alacaklısına karşı borçtan kurtulmaksızın alacaklı olmayan birine ödeme yapma riskiyle karşı karşıya kalır. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 17.

devredenden kaynaklı, dolaylı bir borca ilişkin bir havale olarak anlaşılabileceğini ifade etmektedir¹⁴⁶⁵.

Gerçekleşmemiş veya geçersiz devre rağmen borçluya devir bildiriminin yapılması durumunda Berger'in yapmış olduğu ayrımın takip edilmesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda devir bildirimini eğer devreden tarafından yapılmışsa ve koşullara göre üçüncü kişiye (görünüşte devralan) ifada bulunma konusunda bir yetkilendirme olarak değerlendirilebiliyorsa¹⁴⁶⁶, burada TBK m. 186 (Art. 167 OR) hükmüne başvurmaya gerek kalmaksızın borçlu sözde devralana ifada bulunmakla borcundan kurtulur. Bu olasılıkta borçlunun iyi niyetinin de önemi yoktur¹⁴⁶⁷. Öte yandan devreden tarafından yapılan bildirim sözde devralana ifada bulunmaya yönelik bir yetkilendirme olarak nitelendirilemiyorsa, bu durumda artık TBK m. 186 hükmünün kıyasen uygulanması yoluna başvurulmalıdır¹⁴⁶⁸. Bununla birlikte kıyasen uygulama dolayısıyla burada borçlunun yalnızca iyi niyetli olması halinde borcundan kurtulacağı kabul edilmelidir. Gerçekleşmemiş veya geçersiz devre ilişkin bildirim sözde devralan tarafından devredence düzenlenmiş bir devir belgesi aracılığıyla gerçekleştirilmişse, burada da yine kıyasen uygulama sonucu iyi niyetle sözde devralana ifada bulunan borçlunun borcundan kurtulduğu sonucuna varılmalıdır¹⁴⁶⁹. Bu değerlendirmelere

¹⁴⁶⁵ Berger, AT N. 2177. Spirig de devir sözleşmesi eksikse veya geçersizse Art. 167 OR hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. ZK-Spirig, Art. 167, N. 47, 56. Koller de bu durumda Art. 167 OR hükmünün kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir. Zira borçlunun iyi niyetle ve görünüşte devralanın halefiyetini kontrol ettikten sonra ifada bulunması halinde borçtan kurtulması gerekmektedir. Koller, bunu, borçlunun burada çoklu devir durumunda olduğundan daha az korunmaya layık olmaması ve devreden de aksine daha az korunmaya layık olması ile gerekçelendirmektedir. Geçersiz devir yoluyla devreden, alacağın başka birine (görünüşte devralan) ait olduğu izlenimini yaratır; bu nedenle (kendisine değil) görünüşte devralana yapılan ödemeden birlikte sorumludur. Buna karşılık çoklu devir söz konusu olduğunda, ilk devralanın, alacağın kendisine ait olmadığı izlenimini yarattığı söylenemez. Söylenilecek en fazla şey, devri bildirerek alacağın ikinci devralana (ya da üçüncü devralan vs.) ait olduğu görüntüsünü yok etmiş olabileceğidir. Koller, s. 218.

¹⁴⁶⁶ Bu noktada Koller'in -yukarıda da işaret edilmiş olan- yetkilendirmenin yalnızca devralanın, bildirimin, devrin geçersiz olması durumunda da amaçlandığına inanmak için özel bir nedeni olması halinde geçerli olduğu şeklindeki anlayışı esas alınabilir. Koller, AT N. 84.131.

¹⁴⁶⁷ Aynı yönde bkz. Kapancı, s. 308.

¹⁴⁶⁸ Kapancı, s. 308.

¹⁴⁶⁹ Öte yandan Türk-İsviçre hukukunda bazı yazarların borçlunun borcundan kurtulmasını bildirimin asıl alacaklı tarafından yapıldığı hallerle sınırlı tuttuğu görülmektedir. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 17; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.13; Kapancı, s. 309. Ancak kanımızca borçlunun borcundan kurtulması açısından bildirimin asıl alacaklı veya sözde devralan tarafından yapılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Sözde devralan devir senedi ibraz ederek ifa talebinde bulunduğu borçlu şekli açıdan devir senedini inceleyerek üzerine düşeni yapmışsa, sözde devralana yaptığı ifa ile borcundan kurtulmalıdır. Nitekim Lardelli de gerek alacaklı tarafından yapılan sözlü bildirim durumunda gerek sözde devralan tarafından devir senedinin ibraz edilmesi durumunda borçlunun hukuki görünüşe güvenebileceğini belirtmektedir. Lardelli, s. 148. Öte yandan borçlu şekli bir araştırma dahi yapmaksızın salt sözde devralanın beyanına dayalı olarak ifada

dayalı olarak Alman hukukunda borçlunun iyi niyeti açısından tartışılan hususların Türk-İsviçre hukuku açısından tartışılmasına gerek bulunmadığı söylenebilir. Zira kıyasen uygulama ile zaten borçlunun yalnızca iyi niyetli olduğu durumlarda korunması öngörülmektedir¹⁴⁷⁰. Ayrıca sonuç olarak Art. 167 OR hükmünün kıyasen uygulanmasının kabul edildiği olasılıklarda bir hukuki görünüş olgusunun mevcut olduğu tespitinde de bulunulabilir¹⁴⁷¹. Zira Art. 167 OR hükmünde açıkça düzenlenen tekil, zincirleme ve çoklu devir durumlarında olduğu gibi bu durumda da gerçeği yansıtmayan bir bildirimde bulunulması suretiyle borçlu nezdinde yaratılan bir hukuki görünüş söz konusudur. Alman hukukunda hukuki görünüş aleyhine bir argüman olarak işaret edilen § 409 II BGB benzeri bir düzenlemenin Türk-İsviçre hukukunda yer almıyor olması da hukuki görünüşün varlığının kabul edilmesini kolaylaştırıcı bir nitelik taşımaktadır.

2. İyiniyet

Borçlu yalnızca gerçek hukuki durumdan habersizse ve bu anlamda iyi niyetli ise hukuki görünüş olgusuna güvenebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁷². Türk-İsviçre hukukunda borçlu, ifa sırasında aslında hak sahibi olmayan bir kişinin alacaklı olduğuna güveniyor, yani alacağın devredildiğini¹⁴⁷³ bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa iyi niyetli kabul edilmektedir¹⁴⁷⁴.

bulunmuşsa borcundan kurtulması söz konusu olmamalıdır. Aynı yönde bkz. Lardelli, s. 148. Lardelli aksi takdirde gerçek alacaklının menfaatlerinin göz ardı edilmiş olacağını belirtmektedir. Benzer şekilde Spirig, bildirim hak sahibi olduğunu devir senedi ile kanıtlamayan devralan tarafından yapılırsa, borçlunun kötü niyetinin söz konusu olacağını belirtmektedir. ZK-Spirig, Art. 167, N. 46. Konuya ilişkin açık bir düzenleme getirmiş olan § 409 I C.2 BGB’ de de devir senedinin ibrazının bildirimle eş tutulması bunu destekler niteliktedir.

¹⁴⁷⁰ Lardelli, s. 149. Koller, § 409 BGB uyarınca, kötü niyetli borçlunun alacağını devrettiğini kendisine bildirmiş olması koşuluyla, devreden yerine görünüşte devralana ifada bulunarak da borçtan kurtulabildiğini, İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise buna karşılık gelen bir hüküm bulunmadığını zira devrin geçersizliğinin farkında olan borçlunun bu bilgisine rağmen görünüşte devralana ifada bulunması halinde ilke olarak korunmayı hak etmediğini belirtmektedir. İstisnaların ise, özel olarak devir hukuku kurallarından değil, genel kurallardan kaynaklandığını eklemektedir.

Örnek olarak da devrin geçersizliğinin farkında olan borçlunun, şekli olarak bir devir bildirimi gibi görünen şeyin somut olayda görünüşte devralana ifa için (hukuki işleme dayalı) bir yetkilendirme olarak anlaşılması halinde, görünüşte devralana ifada bulunabilmesini göstermektedir. Koller, s. 218-219.

¹⁴⁷¹ Aynı yönde bkz. Rusch, s. 262.

¹⁴⁷² Rüegg, N. 299.

¹⁴⁷³ Kanuni devir durumunda da borçluya bildirim yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Alacağın devrinin hakim kararıyla gerçekleşmesi olasılığında da borçlunun bundan ancak davaya – taraf yardımcısı/ fer’i müdahil (*Nebenpartei*) olarak – dahil olursa haberdar olabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla kanuni devir durumunda

Bununla birlikte borçlu devirden haberdarsa veya devredenin hak sahipliğinden şüphe duyuyorsa, borçlunun iyi niyetli olduğundan söz edilemez¹⁴⁷⁵. Devredenin hak sahipliğinden şüphe duyulması durumunda ise, borçlunun devredenin hak sahibi olup olmadığını araştırması ve şüphe giderilemediği takdirde TBK m. 111 (Art. 96 OR) uyarınca tevdi yoluna gitmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁷⁶. Borçlunun devri bilmesi veya bilmesinin gerekmesi ihtimalinde kendisine bildirimde bulunulmamış olması önemini kaybetmektedir¹⁴⁷⁷.

Alman hukukunda ise, § 407 I BGB' nin lafzı dikkate alındığında, borçlunun yalnızca devri bilmesi halinde kötüniyetli kabul edileceği sonucu çıkarılmaktadır¹⁴⁷⁸. Ağır ihmale dayalı bilmeme de dahil olmak üzere her türlü bilmeme koruma kapsamındadır¹⁴⁷⁹. Bilmenin gerekmesi ise bilme ile eş değildir¹⁴⁸⁰. Bu nedenle, borçlunun devirle ilgili bir bildirim almış olması, ancak buna rağmen devrin içeriği hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmaması kötüniyetli sayılma için yeterli değildir¹⁴⁸¹. Bu bağlamda borçlunun alacaklı hakkında kendiliğinden bir araştırma yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴⁸². Devrin bilinmesi noktasında devre neden olan olguların bilinmesi gerekli ve yeterli kabul edilmektedir¹⁴⁸³. Bu

olduğu gibi burada da borçluya bildirimde bulunulması gerektiği görüşü hakimdir. ZK-Spirig, Art. 167, N. 22; Koller, s. 215.

¹⁴⁷⁴ Koller, s. 209; ZK-Spirig, Art. 167, N. 28; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 5; OFK-Schaukelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 2; Schwenger, AT, N. 90.43; Lardelli, s. 140; Kapancı, s. 328-329.

¹⁴⁷⁵ Koller, s. 209; ZK-Spirig, Art. 167, N. 29; OFK-Schaukelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 2; Berger, AT N. 2133; Kapancı, s. 329. Ayrıca borçlu mevcut koşullara göre bildirimin geçersiz olduğunu kabul etmek zorunda ise, sözde devralana yapacağı ifa ile borçtan kurtulamayacağı belirtilmektedir (BGE 88 II 18 E. 5). (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F88-II-18%3Ade&lang=de&type=show_document, Erişim Tarihi: 30.07.2023).

¹⁴⁷⁶ Koller, s. 209; Koller AT, N. 84.124; Günergök, s. 144. Eğer borçlu birden fazla kişinin alacaklı olduğunu iddia ettiğini biliyorsa, genellikle iyi niyeti ortadan kalkar; bu bilgiye rağmen önceki alacaklıya ifada bulunursa, bunun riskini taşır. CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.9.

¹⁴⁷⁷ Öz, Alacağın Devri m. 186, N. 2.

¹⁴⁷⁸ BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 11; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 14. Kanuni devir ve hakim kararına dayalı devir durumlarında da borçlunun devri fiilen bilmesi önemlidir. Mahkeme kararının tebliğ edilmesi yeterli değildir. Bununla birlikte kararın tebliğ edildiğinin ispatlanması tebliğe rağmen bilmemenin ispat yükünü borçluya kaydırır. Staudinger/Busche, § 407, N. 4; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 34.

¹⁴⁷⁹ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 1; Petersen, Der Dritte, s. 77.

¹⁴⁸⁰ Staudinger/Busche, § 407, N. 39.

¹⁴⁸¹ Staudinger/Busche, § 407, N. 39; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 18; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 15.

¹⁴⁸² BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 11; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 14; Battafarano, Laura, Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsabtretung im deutschen und italienischen Recht, Berlin 2011, s. 68.

¹⁴⁸³ Kanuni devir durumunda genel olarak olduğu gibi alacağın devrini etkileyen olguların bilinmesi yeterlidir. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 12, 16.

olguların devralanın kim olduğunu içermesi gerekmez¹⁴⁸⁴. Öte yandan, bilinen koşullar hakların devri sonucuna varılmasına mutlaka izin vermelidir¹⁴⁸⁵. Yalnızca belirtiler veya şüpheler yeterli değildir. Makul şüphe ise tersine bilmeyi engeller¹⁴⁸⁶. Bu durum, devrin geçerliliği konusunda makul bir ihtilaf olması halinde gündeme gelir. Borçlu devir ilişkisinin taraflarından çelişkili bilgiler alırsa, § 372 BGB uyarınca tevdi yoluna başvurulabilir. Borçlunun devirden nasıl haberdar olduğunun da önemi yoktur¹⁴⁸⁷.

Borçlu, haklı bir nedenle kendisi tarafından bilinen devirden vazgeçildiğini varsayarsa, bu durumda da § 407 BGB'nin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁴⁸⁸. Bu konuda ispat yükü borçludur¹⁴⁸⁹.

Borçlu, hak sahibi olmayan alacaklıya ifada bulunduğu sırada iyi niyetli olmalıdır¹⁴⁹⁰. Burada iyi niyet açısından edim fiilinin gerçekleştirildiği an önemli olup edim sonucunun gerçekleştiği anın önemi yoktur¹⁴⁹¹. Dolayısıyla söz konusu aralıkta edinilen bilgiler iyi niyete zarar vermemektedir¹⁴⁹².

Bildirimin yapılması borçlunun iyi niyetini ortadan kaldırır¹⁴⁹³¹⁴⁹⁴. Bunun için bildirimin ifanın gerçekleştirilmesinden önce yapılmış olması gereklidir¹⁴⁹⁵. İyi niyet karinesinin

¹⁴⁸⁴ Borçlu vade geldiğinde bu nedenle ifayı gerçekleştiremezse, alacaklı temerrüdü ile korunur. MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 14.

¹⁴⁸⁵ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 14.

¹⁴⁸⁶ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 14.

¹⁴⁸⁷ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 14. Borçlunun devirden tesadüfen haberdar olması bile iyi niyetini yok eder. Staudinger/Busche, § 407, N. 32.

¹⁴⁸⁸ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 14; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 14.

¹⁴⁸⁹ BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 14.

¹⁴⁹⁰ Rüegg, N. 285; OFK- Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 2; Huguenin, N. 664, 1387; Berger, AT N. 2132,2133; Schwenzer, AT, N. 90.43; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1754; Öz, Alacağın Devri m. 186, N. 2. Mevcut kanundan farklı olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine ilişkin 2020 taslağında, borçlunun devrin bildirilmesinden önce devredene karşı ifasının borçtan kurtarıcı etkisi için borçlunun iyi niyetle ifada bulunması aranmamaktadır. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 6a.

¹⁴⁹¹ Staudinger/Busche, § 407, N. 30; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 21; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 17. Aynı yönde bkz. ZK-Spirig, Art. 167, N. 28; Kapancı, s. 329.

¹⁴⁹² BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 17.

¹⁴⁹³ ZK-Spirig, Art. 167, N. 7; OFK- Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 3; Berger, AT N. 2134; Huguenin, N. 1389; Schwenzer, AT, N. 90.43; Koller, s. 210; Koller, AT N. 84.127; Staudinger/Busche, § 407, N. 32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 257; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1757; Günergök, s. 138. Bildirim, borçlunun bildirimin ulaşmasından sonra eski alacaklıya ifada bulunmak suretiyle artık borçtan kurtulamaması sonucunu doğurur. Borçlu, bildirim almasına rağmen önceki alacaklısına ifada bulunursa, bunu riski kendisine ait olmak üzere yapar ve bildirimin doğru olduğu ortaya çıkarsa, devralana ek ödeme yapmak zorunda kalır. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 13.

borçlunun devirden haberdar edilmemesi halinde özellikle güçlü olarak değerlendirileceği belirtilmektedir¹⁴⁹⁶. Öte yandan bildirim, borçlu açısından bildirimde alacaklı olarak gösterilen kişiye ifada bulunma zorunluluğu yaratmamaktadır¹⁴⁹⁷. Ancak borçlu, bildirimin doğruluğundan şüphe ettiği gerekçesiyle ifada bulunmayı reddedemez ve bildirimde bulunan kişinin bildirimi yapmaya yetkili olduğuna dair ek kanıt talep edemez¹⁴⁹⁸. Devralandan ifa koşulu olarak devrin kanıtlanmasını (devir belgesinin aslını veya onaylı bir kopyasını ibraz ederek) talep etmesi ise mümkündür¹⁴⁹⁹. Zira borçlu salt sözde devralanın bildirimine dayanarak ona ifada bulunduğu takdirde, güveninin korunmaması ve dolayısıyla borçtan kurtulamama riskini taşır¹⁵⁰⁰. Borçlunun devralana karşı ifada bulunma yükümlülüğü, devralanın devir işlemine ilişkin kanıt sunarak alacaklı statüsünü kanıtlaması halinde doğar. Bununla birlikte devir işleminin borçluya bildirilmesi, borçlunun devralanın hak sahipliğine ilişkin iyi niyetini ortadan kaldıracı bir etkiye sahiptir¹⁵⁰¹.

Türk-İsviçre hukukunda bildirimin hangi durumda gerçekleşmiş sayılacağı ve hangi andan itibaren borçlunun iyi niyetini ortadan kaldıracı etkiye sahip olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bildirim, borçluya ulaşmasıyla¹⁵⁰² yani onun hakimiyet alanına girmesiyle etkili olmaktadır¹⁵⁰³. Borçlunun bildirimi öğrenip öğrenmemesinin ise önemi yoktur. Bu bağlamda bildirim borçluya ulaştıktan sonra fakat onun tarafından öğrenilmeden önce ifa

Müteselsil borçluluk durumu söz konusu olduğunda, devir tüm borçlulara bildirilmelidir; aksi takdirde, bildirim yapılmayan herhangi bir borçlu, devredene borçtan kurtarıcı etkiye sahip bir ifada bulunabilir. ZK-Spirig, Art. 167, N. 16; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.6; Lardelli, s. 54; Günergök, s. 140.

¹⁴⁹⁴ Bildirim borçlunun kendisine veya yetkili temsilcisine yapılmalıdır. Bunlar dışında bir kişiye yapılan bildirim, bildirimle bağlanan hukuki sonuçların doğmamasına neden olur. ZK-Spirig, Art. 167, N. 16; Huguenin, N. 1386; Günergök, s. 139; Kapancı, s. 321.

¹⁴⁹⁵ OFK- Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 3.

¹⁴⁹⁶ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 6.

¹⁴⁹⁷ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N.14; ZK-Spirig, Art. 167, N.20; Berger, AT N. 2176; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku C.II, s. 590; Günergök, s. 140, dn. 716; Kapancı, s. 326.

¹⁴⁹⁸ Devreden veya önceki bir devralan borçludan ifa talep ederse, borçlu ifayı reddetmek istiyorsa, hakkı ortadan kaldıran (sonraki) devir gerçeğini kanıtlamalıdır. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N.14, 19.

¹⁴⁹⁹ Devralan bu kanıtı sunmadığı sürece, borçlunun vadesi geldiğinde ödeme yapması gerektiği ilkesi etkisiz kalır. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N.14.

¹⁵⁰⁰ Günergök, s. 140, dn. 716. Borçlu, bu durumda sözde devralana sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde başvurabilir. Berger, AT N. 2176. Aynı doğrultuda bkz. ZK-Spirig, Art. 167, N. 31.

¹⁵⁰¹ CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.12.

¹⁵⁰² Kendisine ulaşamayan borçluya tebligat yapılacağı belirtilmektedir. ZK-Spirig, Art. 167, N. 18.

¹⁵⁰³ ZK-Spirig, Art. 167, N. 17; OFK- Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 3; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.5; Koller, s. 210; Schwenzer, AT, N. 90.43; Huguenin, N. 1389; Berger, AT N. 2174; Eren, Borçlar Genel, s. 1389; Kapancı, s. 324.

gerçekleşmişse, borçlu borcundan kurtulmuş olmaz¹⁵⁰⁴. Diğer görüşe göre ise, bildirimin etkilerini doğurması açısından borçluya ulaşması yeterli değildir. Bildirim etkilerini borçlunun bildirimi öğrendiği veya şartlara göre gerekli özeni göstermesi halinde öğrenebileceği andan itibaren doğurur¹⁵⁰⁵. Alman hukukunda ise, bildirim borçlu tarafından öğrenilmekle birlikte etkili olmaktadır¹⁵⁰⁶.

Bildirim borçluyu devir konusunda açıkça bilgilendirmelidir. Yalnızca ödeme talebi içermesi yeterli değildir¹⁵⁰⁷.

İyiniyet asıl olduğundan borçlunun iyi niyetli olmadığına ilişkin ispat yükü bunu iddia eden devralanın (gerçek alacaklının) üzerindedir¹⁵⁰⁸. Bu bağlamda Türk -İsviçre hukukunda gerçek alacaklı, bildirimin yapılmış olduğunu (ve zamanını) veya borçlunun devirden haberdar olduğunu yahut durumun gerektirdiği özeni göstermesi halinde haberdar olabileceğini ya da zamanında bildirimin yapıldığını¹⁵⁰⁹ kanıtlamalıdır¹⁵¹⁰. Alman hukukunda ise, devralanın, borçlunun devri bildiğini ispatlaması gerekmektedir¹⁵¹¹. Bununla birlikte devir bildiriminin alındığının kanıtlanması veya tartışmasız olması halinde, bilgi sahibi olunduğuna dair fiili bir

¹⁵⁰⁴ Borçlunun, kendi kusuru olmaksızın hakimiyet alanına ulaşan bildiriminden haberdar olmaması, deneyimli çalışanlar tarafından bu konudaki açık talimatların istisnai olarak göz ardı edilmesi halinde düşünülebilir. Ancak Art. 3/II ZGB gerekli özeni objektifleştirmiş olduğundan borçlu buna dayanamaz. ZK-Spirig, Art. 167, N. 17, 30.

¹⁵⁰⁵ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 257-258; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1762; Günergök, s. 152-153.

¹⁵⁰⁶ Canaris, s. 144; Staudinger/Busche, § 407, N. 39; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 11; Jauernig/Stürner BGB § 407 N.4.

¹⁵⁰⁷ ZK-Spirig, Art. 167, N. 13; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.6; OFK- Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 3; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 10; Huguenin, N. 1391; Lardelli, s. 54; Günergök, s. 144; Kapancı, s. 325. Koller, devir bildiriminin adından da anlaşılacağı üzere, bir devrin gerçekleştiğini gösteren bir bildirim olduğunu ve bir devir bildiriminin mevcut olup olmadığının güven ilkesine göre belirleneceğini belirtmektedir. Devir işlemine atıfta bulunmaksızın borçluya devralan kişiye ödeme yapması talimatını veren bir bildirim, devir bildirimi teşkil etmez. Art. 167 OR hükmüne göre, yalnızca borçlunun iyi niyetini ortadan kaldırdığı veya Art. 3/II ZGB' ye göre ortadan kaldırması gerektiği ölçüde geçerlidir. Koller, s. 211.

¹⁵⁰⁸ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 22; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 5; ZK-Spirig, Art. 167, N. 28; OFK- Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 2; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.8; Berger, AT N. 2133; Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku C.2, N. 1755; Günergök, s. 147, 154; Kapancı, s. 330.

¹⁵⁰⁹ Borçluya zamanında bildirim yapılmamışsa, iyi niyet karanesi özellikle güçlüdür. CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.8.

¹⁵¹⁰ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 6; ZK-Spirig, Art. 167, N. 27; OFK- Schaufelberger/Keller, Art. 167 OR, N. 2; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.8; Günergök, s. 146. Örneğin birden fazla kişinin alacağın sahibi olduğunu iddia etmesi durumunda, borçlunun bunu bildiğinin ispat edilmesi bu niteliktedir. Kapancı, s. 331-332, 338-339.

¹⁵¹¹ BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 23.

karine ortaya çıkacağı belirtilmektedir¹⁵¹². Bu noktadan itibaren ise söz konusu karineyi çürütebilecek olguları ispat yükümlülüğü borçluya aittir¹⁵¹³. Borçlunun korunması esas amaç olduğundan devreden veya lehtarın kötü niyetli olmasının önemi yoktur¹⁵¹⁴.

3. Hukuki Görünüşün İsnadı

Alacaklı konumuna ilişkin hukuki görünüşe güvenin korunması dolayısıyla ortaya çıkabilecek sonuçlarla bağlı olunması için kural olarak hukuki görünüşün isnat edilebilir olması gerekmektedir¹⁵¹⁵. Hukuki görünüş olgusunun isnadı açısından esas alınabilecek ilke diğer durumlarda olduğu gibi burada da riziko ilkesidir. Öyle ki hukuki görünüşü isnat edilebilir bir şekilde yaratan kişi güvene uygunluğun sağlanması sonucunda ortaya çıkan sonuca katlanmalıdır. Burada bu kişi, gerçekte hak sahibi olmayan alacaklıya (devralana) ifade bulunulması riskini en iyi şekilde önleyebilecek olan kişidir¹⁵¹⁶. Zira bu riski bildirim yoluyla kendi menfaatine en hızlı şekilde ortadan kaldıracabilecek kişi gerçek hak sahibi alacaklıdır¹⁵¹⁷. Nitekim kanunda bildirimin hem devralan hem de devreden tarafından yapılabileceği düzenlenmekle birlikte, bildirimde bulunmamanın olumsuz sonuçları devralana yüklemiş

¹⁵¹² BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 23.

¹⁵¹³ Bununla birlikte Alman yargı uygulamasına göre, borçlunun bilmediğini ileri sürmesi özel koşullar altında dürüstlük kuralına aykırı olabilir. RGZ 135, 247'ye göre, örneğin devir bildirimini iletmekle görevlendirilen çalışanlar görevlerini yapmamış ve bildirimi herhangi bir sebep olmaksızın unutmuşlarsa özel koşullar söz konusudur. Öte yandan bu, bir bildirimin bu işle görevlendirilen çalışanların kabul edilebilir bir müdahalesi olmaksızın kaybedildiğinin kanıtlanması halinde kabul edilebilir. Bu durum, borçlunun organizasyonel kusurunun söz konusu olması halinde ise yine geçerli değildir. Lardelli, s. 57.

¹⁵¹⁴ Daha sonra bu kişiye karşı harekete geçmek (Art. 97 vd. veya Art. 62 vd. OR uyarınca) devralanın devredenle ilişkisi kapsamındadır. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 7; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.8.

¹⁵¹⁵ Huguenin, N. 664.

¹⁵¹⁶ Rusch, burada önceki alacaklıya ifade bulunma riskinden söz etmektedir. Rusch, s. 260. Oysa önceki alacaklıya ifade bulunulması riski yalnızca tekil ve zincirleme devir durumlarında ortaya çıkmaktadır. Çoklu devir ve devir gerçekleşmemesine veya geçersiz olmasına rağmen bildirimde bulunma durumunda söz konusu risk önceki alacaklıya ifade bulunmaya ilişkin olmayıp gerçekte hak sahibi olmayan devralana ifade bulunmaya ilişkindir.

¹⁵¹⁷ Rusch, riski taşıyan kişi olarak da devralanı esas almaktadır. Rusch, s. 260. Halbuki yazar burada da yukarıda söz edildiği gibi yalnızca tekil ve zincirleme devir olasılıklarını dikkate almaktadır. Riski taşıyan kişi, çoklu devir durumunda alacağı geçerli olarak devralan kişi iken; devir gerçekleşmemesine veya geçersiz olmasına rağmen bildirimde bulunma durumunda alacağı (sözde) devredendir.

durumdadır¹⁵¹⁸. Bundan hareketle alacaklı değişikliğinin borçluya bildirilmesinde en büyük menfaatin gerçek hak sahibi alacaklıya ait olduğu sonucuna varılabilecektir¹⁵¹⁹. Öte yandan Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak borçlunun korunmasında bildirimin yapılmamasının değil, borçlunun devirden haberdar olmamasının yani devri fiilen bilmemesinin belirleyici olduğu Alman hukukunda bununla bağlantılı olarak isnat açısından farklı bir değerlendirilmeye gidildiği görülmektedir. Buna göre, alacağı devralan, borçluya bildirimde bulunmak için elinden gelen her şeyi yapmış olsa dahi borçlunun devirden haberdar olmaması ihtimali her zaman mevcuttur¹⁵²⁰. Bildirimin postada kaybolması veya bildirim ulaşmış olsa bile borçlunun henüz bildirim okumamış olması buna örnektir¹⁵²¹. Yine alacağın kanuna dayalı olarak devralana geçmiş olduğu durumlarda da devralanın alacağın kendisine geçmiş olduğundan haberdar olmayabileceği ve dolayısıyla bu tür durumlarda bildirimde bulunma olasılığının dahi söz konusu olmayacağı belirtilmektedir¹⁵²². Buna dayalı olarak da burada isnadı gerektirmeyen saf hukuki görünüş ilkesinin bir örneğinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁵²³. Borçlunun korunması açısından fiilen bilmeyi esas alan Alman hukuku açısından çok daha rahat kabul edilebilecek bu sonucun Türk- İsviçre hukuku açısından da benimsenebileceği dile getirilmektedir¹⁵²⁴. Buna gerekçe olarak da TBK m. 186 (Art. 167 OR)’nın tıpkı § 407 BGB gibi kanuni devir durumunda da uygulama alanı bulabileceği¹⁵²⁵ ve

¹⁵¹⁸ Bildirimin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde, bunun TBK m. 186 (Art. 167 OR)’da öngörülen etkiyi doğurması için devralan veya devreden adına yapılmış olması gerekir. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 11.

¹⁵¹⁹ Canaris, s. 143. Aynı yönde bkz. Günergök, s. 138; MüKoBGB/Kieninger BGB § 409 N. 5.

¹⁵²⁰ Canaris, s. 144.

¹⁵²¹ Canaris, s. 144.

¹⁵²² Canaris, s. 144; Rüegg, N. 303.

¹⁵²³ Kindl, s. 285; Chiusi, s. 503, dn. 26. Türk-İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. Rüegg, N. 303.

İsnattan bu şekilde vazgeçilmesi ve kötü niyetin pozitif bilme ile sınırlandırılması devir hukukunun temel fikri olan borçlunun kendi katılımı olmaksızın gerçekleşen devir sonucunda herhangi bir dezavantaja maruz kalmamasının gerekmesi ile açıklanmaktadır. Böylelikle borçluya sağlanan koruma devralan tarafında herhangi bir koşulun gerçekleşmesine bağlı olmaksızın sağlanmış olmaktadır. Canaris, s. 144.

¹⁵²⁴ Rusch, s. 261.

¹⁵²⁵ Alacaklının kanuni devir veya hakim kararına dayalı devir yoluyla değiştiği durumlarda da Art. 167 OR hükmünün anlam bakımından (sinngemaß) uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Koller, s. 215; ZK-Spirig, Art. 166, N. 66 vd.; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 166, N. 5; Kapancı, s. 278. Öğretide bazı yazarlar tarafından ise, hükmün yalnızca devir durumunda değil, her türlü alacaklı değişikliği durumunda doğrudan uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Koller, s. 215 ve s. 215 dn. 863’ te anılan yazarlar.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin alacaklı değişikliği ister hukuki işleme dayalı bir devre ister kanuni devre (*cessio legis*) dayansın devir bildiriminden önce iyi niyetle ifade bulunan borçlunun borcundan kurtulacağını kabul ettiği bir kararı için bkz. BGE 45 II 664, 672 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2045664.pdf, Erişim Tarihi: 13.05. 2023)

Alman hukuku açısından sözü edilen durumun Türk-İsviçre hukukunda da gündeme gelebileceği gösterilmektedir¹⁵²⁶. Nitekim TBK m. 186 (Art. 167 OR)'nın borçluyu haberdar etmeye yönelik her türlü çabanın başarısızlıkla sonuçlanmış olması halinde de uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁵²⁷.

Kanaatimizce bu konuda devir bildiriminin hukuki niteliğinden hareketle bir değerlendirme yapılması yol gösterici olabilir. Öyle ki bildirimin bir bilgi açıklaması niteliği taşıdığı ve ulaşma ile birlikte etkili olduğu görüşü benimsendiği takdirde, ulaşması gerekli irade beyanlarına ilişkin kurallar kıyasen uygulama alanı bulur. Bu bağlamda özellikle hazır olmayanlar arasında ulaşma teorisinin taraflar arasında ulaşmaya ilişkin riskleri dağıtım şekli önem taşımaktadır. Buna göre beyanın karşı tarafa ulaşması anına kadar gerçekleşen riskler beyan sahibine ait olup bu andan sonraki riskler karşı tarafa ait olmaktadır¹⁵²⁸. Buna örnek olarak da bir mektubun yolda kaybolması halinde bu riskin beyan sahibine yüklenmesi ve beyanın hüküm doğurmaması verilmektedir. Öte yandan muhataba ulaşan bir beyanın öğrenilip öğrenilmemesi riskine muhatabın katlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu bilgiler ışığında yapılan devir bildiriminin borçluya ulaşması anına kadar ortaya çıkabilecek risklerin gerçek hak sahibi devralana ait olduğu söylenebilir. Dolayısıyla devralan kendine üzerine düşeni yapmasına rağmen bildirim birtakım diğer nedenlerle yine de borçluya ulaşmamışsa, bunun, devralanın risk alanı içerisinde değerlendirilmesi gereklidir. Buradan aynı zamanda borçluya isnat edilebilir bir durumun mevcut olduğu ve saf hukuki görünüşün söz konusu olmadığı sonucuna da varılabilir. Saf hukuki görünüşün ortaya çıkış nedenlerinden bir diğeri olarak gösterilen kanuni devir olasılığına karşı da şunlar söylenebilir: İlk olarak kanuni devrin gerçekleştiği durumların neredeyse hemen hepsinde işin doğası gereği devralanın bundan

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yine Art. 167 OR hükmünün esasen devir durumu ile ilişkili olduğunu ancak borçlunun alacaklının değiştiğine dair yanlış düşüncelere sahip olduğu diğer durumlarda da (miras, mal rejimi (*eheliche Güterrecht*), halefiyet (*Subrogation*)) uygun düştüğü ölçüde anlam bakımından uygulama alanı bulacağını ifade ettiği bir diğer kararı için bkz. BGE 95 II 242, 247 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F95-II-242%3Afr&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&, Erişim Tarihi: 20.05.2023).

¹⁵²⁶ Rüegg, N.303; Rusch, s. 261. Koller, bunu kıyasen uygulamanın bir sonucu olarak kabul etmektedir. Koller, s. 215; ZK-Spirig, Art. 167, N. 22-23; Kapancı, s. 328. Kıyasen uygulamayı kabul eden diğer yazarlar için bkz. Koller, s. 215, dn. 863.

¹⁵²⁷ Devir bildiriminin yapılmasından önceki ifa, bildirimin yapılmamasının nedenlerine bakılmaksızın iyi niyetli borçluyu borçtan kurtarır. Borçtan kurtarıcı etki, devreden veya devralanın bildirimde bulunmak istemesi ancak örneğin bildirimin postada kaybolması gibi harici nedenlerle geçerli bir bildirimde bulunamaması durumunda da gerçekleşir. Koller, s. 210.

¹⁵²⁸ Varması gerekli irade beyanları açısından bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 157.

haberdar olması beklenir. Devralanın kanuni devirden haberdar olmayabileceği bir olasılık olarak akla miras dolayısıyla alacağın geçişi gelebilir. Ancak bu durumda da borçlunun gerçekte hak sahibi olmayan kişiye ifada bulunma olasılığı oldukça zordur.

Devir işleminin yazılı bir devir belgesi aracılığıyla bildirilmesi halinde, tahrifat riskini kimin taşıdığı sorusu ile ilgili olarak bir görüş, borçlunun iyi niyetini esas almakta ve borçlunun sahteciliği fark edebilecek durumda olması halinde sahtecilik riskini onun taşıması gerektiği sonucuna varmaktadır. Tersı durumda ise, devredenın sahtecilik riskini üstlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵²⁹. Diğer bir görüş ise¹⁵³⁰, bunun kabul edilemeyeceğini belirtmekte ve borçlu tarafından anlaşılamayacak bir sahtecilik durumunda dahi sahtecilik riskinin devredene yüklenmemesi gerektiğini kabul etmektedir. Zira bu risk devredenın kontrolü altında değildir.

C. Hukuki Görünüşe Güvenin Korunmasının Sonuçları

1. Borçlunun Borcundan Kurtulması

Yukarıda anılan şartların gerçekleşmesi halinde, sözü edilen her bir olasılıkta borçlu, gerçekte hak sahibi olmayan alacaklıya ifada bulunmuş olmasına rağmen sanki gerçek hak sahibi devralana ya da onun yetkili temsilcisine ifada bulunmuş gibi devralana karşı borcundan kurtulmaktadır¹⁵³¹. Adeta hak sahibi olmayan alacaklı borçlu lehine alacağı kabul etmeye yetkiliymiş gibi kabul edilmektedir¹⁵³². Böylece borçlunun güveni olumlu olarak korunmaktadır¹⁵³³. Ayrıca Alman hukukunda önceki alacaklıya yapılan ifa dışında, önceki

¹⁵²⁹ ZK-Spirig, Art. 167, N. 43 vd.

¹⁵³⁰ Lardelli, s. 148; Rüegg, N. 339; ; Staudinger/Busche, § 409, N. 24. Yazılı devir bildiriminin irade dışı elden çıkması durumunda da riskin devredene yüklenemeyeceği belirtilmektedir. MüKoBGB/Kieninger BGB § 409 N. 6.

¹⁵³¹ Koller, s. 212; Rüegg, N. 97, 417; Rusch, s. 258; Schwenzer, AT, N. 90.44; Berger, AT N. 2174; Öz, Alacağın Devri m. 186, N. 2; Kapancı, s.333. Aynı yönde bkz. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 18; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 409 N. 9; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 12; MüKoBGB/Kieninger BGB § 408 N. 2; MüKoBGB/Kieninger BGB § 409 N. 11; Jauernig/Stürner BGB § 409 N.2.

¹⁵³² Staudinger/Busche, § 407, N. 7; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 18.

¹⁵³³ Rusch, s. 258, 262; Huguenin, N. 664; Berger, AT N. 2132. Canaris, bir sorumluluk tesisi söz konusu olmadığı gerekçesi ile § 407 BGB' nin bir güven sorumluluğu düzenlemesi olmadığını belirtmektedir. Ancak güven sorumluluğu başlığı altında ele alınan konular ile yakın ilişkisi dolayısıyla çalışmasında bu hükme de yer verdiğini dile getirmektedir. Canaris, s. 143. Chiusi ise, bir yandan Canaris'e atıfla § 407 BGB'nin muhtemelen burada bir güven sorumluluğu söz konusu olmaması nedeniyle hukuki görünüş hükümleri arasında değerlendirilmediğini ifade ederken; öte yandan burada borçlunun alacaklı pozisyonunun devam ettiğine ilişkin güvenin korunmasının söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Chiusi, s. 506. Rüegg ise alacaklının hakkını kaybetmesini, hukuki görünüş sorumluluğunun bir ifadesi olarak nitelendirmektedir. Rüegg, N. 116, 285.

alacaklı ile yapılan hukuki işlem ve borçlu ile önceki alacaklı arasındaki uyumsuzlukta verilen kesin hüküm de § 407 BGB uyarınca gerçek alacaklıya karşı etkili olmaktadır¹⁵³⁴.

2. Gerçek Hak Sahibi Alacaklının Başvurabileceği Hukuki Yollar

Güvene uygun sonucun sağlanması gerçek hak sahibi devralana yüklenmektedir¹⁵³⁵. Devralan alacak hakkını kaybetmekte ve artık borçluya başvuramamaktadır¹⁵³⁶. Devralan bu noktada devredene başvurma olanağına sahiptir¹⁵³⁷. Bu noktada ilk olarak sözleşmenin ihlali nedeniyle devredenden tazminat talep edebilir¹⁵³⁸. Bunun dışında sebepsiz zenginleşme veya gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurallarına göre, devreden kişinin artık kendisine ait olmayan alacağı tahsil ederek elde ettiği şeyin iadesini talep edebilir¹⁵³⁹. Çoklu devir durumunda ise, gerçek devralan, sözde devralana sebepsiz zenginleşme veya şartları mevcutsa gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde başvurabilir¹⁵⁴⁰. Bunun dışında devredene karşı da sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptir¹⁵⁴¹. Bu durumda kendisine karşı bir talepte bulunulan sözde devralan da TBK m.191 (Art. 171 OR) uyarınca devredene karşı bir garanti talebi ileri sürebilir¹⁵⁴². Gerçekleşmemiş

¹⁵³⁴ Staudinger/Busche, § 407, N. 7; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 18; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 12; Petersen, Der Dritte, s. 77.

¹⁵³⁵ Rusch, s. 258, 262.

¹⁵³⁶ Rüegg, N. 408 vd.; Schwenzer, AT, N. 90.44; Lieder, s. 653. Aynı doğrultuda bkz. ZK-Spirig, Art. 167, N. 50; Kapancı, s. 333. Rüegg, alacaklının bu şekilde borçluya başvurma hakkını kaybetmesinin hukuki görünüş sorumluluğunun bir ifadesi olduğunu belirtmektedir. Rüegg, N. 116.

¹⁵³⁷ Huguenin, N. 1388; Berger, AT, N. 2132; Kapancı, s. 334.

¹⁵³⁸ Staudinger/Busche, § 407, N. 41; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 13; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 22; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 7; ZK-Spirig, Art. 167, N. 50; Schwenzer, AT, N. 90.44.

¹⁵³⁹ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 13; BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 22; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 7; Rüegg, N. 423-424; Schwenzer, AT, N. 90.44; Huguenin, N. 1388; Berger, AT, N. 2132; Eren, Borçlar Genel, s. 1391; Kapancı, s. 335. Ayrıca Alman hukukunda eğer devreden borçluyu bağışlama yoluyla ibra etmişse, devralanın hak sahibi olmayanın tasarrufla bulunmasını düzenleyen § 816 II BGB uyarınca alacağın yeniden tesis edilmesini, borçlunun tekrar borcunu tanınmasını talep edebileceği belirtilmektedir. Staudinger/Busche, § 407, N. 42,44.

¹⁵⁴⁰ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 7a; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N. 10; MüKoBGB/Kieninger BGB § 408 N. 8; Koller, AT N. 84.120; Kapancı, s. 336.

¹⁵⁴¹ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 7a; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N. 10; Koller, AT N. 84.120. Görünüşte alacağı devralan, borçluyu karşılıksız olarak ibra etmişse, Alman hukukunda ayrıca gerçek devralanın borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinin de bulunduğu kabul edilmektedir. MüKoBGB/Kieninger BGB § 408 N. 8.

¹⁵⁴² BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 7a. Öte yandan Art. 167 OR hükmüne yalnızca borçlu başvurabilir. Çoklu devir durumunda, sözde devralanın önceki devirden haberi olmasa bile Art. 167 OR düzenlemesinin

veya geçersiz bir devrin borçluya bildirildiği olasılıkta ise, alacaklı ve görünüşte devralan arasındaki ilişki duruma göre borcun ifa edilmemesi veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözümlenir¹⁵⁴³.

3. Borçlunun Borçtan Kurtarıcı Etki Konusunda Seçim Hakkının Bulunup Bulunmadığı Sorunu

İyi niyetle ifa ile birlikte ortaya çıkan borçtan kurtarıcı etkinin kesin olup olmadığı diğer bir deyişle borçlunun bu sonuç üzerinde bir tarsarruf hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Türk-İsviçre hukukunda bir görüş, borçtan kurtarıcı etkinin kesin olduğunu ve borçlunun bu konuda herhangi bir söz hakkının bulunmadığını kabul etmektedir¹⁵⁴⁴. Borçtan kurtulmayı isteyip istememek borçluya bırakıldığı takdirde, borçluya devir olmasaydı sahip olamayacağı bir hakkın tanınmış olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁴⁵. Borçlunun korunması düşüncesinden hareket eden diğer görüşe göre ise, borçtan kurtarıcı etki kesin değildir. Bu bağlamda borçlu ifa ettiği edimi TBK m. 77/I (Art. 62/I OR) uyarınca gerçekte hak sahibi olmayan kişiden geri talep ederek gerçek hak sahibine ifada bulunabilir¹⁵⁴⁶. Bu olasılığın özellikle bir yandan devredenin ödeme gücüne sahip olduğu diğer yandan borçlunun (gerçek hak sahibi) devralana karşı takasa elverişli bir alacağının mevcut olduğu durumda tercihe şayan olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴⁷.

koruma kapsamına girmediği kabul edilmektedir. BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 4; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N. 11. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu hususa işaret ettiği kararı için bkz. BGE 56 II 363, 368 (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2056363.pdf, Erişim Tarihi: 16.05.2023). Koller, Federal Mahkeme'nin bu kararını yerinde bulmamaktadır. Koller' e göre, eğer borç Art. 167 OR uyarınca sona ermişse, herkes sona ermeye ilişkin menfaati olduğu sürece sona erme olgusuna dayanabilir. Dolayısıyla örneğin, borçlunun Art. 167 OR uyarınca borçtan kurtulmayı ileri sürmesi nedeniyle devralanın devredeni sorumlu tutmak istemesi halinde, devralanın Art. 167 OR uyarınca borcun sona erdiğine dayanabilmesi gerekir. Koller, s. 213; Koller, AT, N. 84.119. Kanaatimizce hükme yalnızca borçlunun dayanabilecek olması ile kast edilen yukarıda çoklu devir durumu açısından söz edilen sözde devralanın hükme başvuramaması gibi durumlardır. Dolayısıyla biz burada Koller'in görüşüne katılmak imkanı bulamıyoruz.

¹⁵⁴³ BeckOK BGB/Rohe, BGB § 409 N. 10; MüKoBGB/Kieninger BGB § 409 N. 11; Staudinger/Busche, § 409, N. 26.

¹⁵⁴⁴ Kapancı, s. 337. Spirig, bu durumu borçtan kurtarıcı etkinin borçlunun talebi üzerine ortaya çıkmayıp kanundan dolayı ortaya çıkması ile açıklamaktadır. ZK-Spirig, Art. 167, N. 40. Aynı yönde bkz. Koller, s. 212.

¹⁵⁴⁵ Koller, s. 213.

¹⁵⁴⁶ BSK-Girsberger/Hermann, Art. 167, N. 4; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.11; Schwenger, AT, N. 90.45; Günergök, s. 149.

¹⁵⁴⁷ Schwenger, AT, N. 90.45; CHK- Reetz/Burri, Art. 167, N.11.

Alman hukukunda ise, yargı uygulaması ve öğretideki hakim görüş, § 407 BGB kapsamındaki fiillerin devralan üzerindeki etkisinin kesin, mutlak olmaması, borçlunun iradesine bağlı olması gerektiği yönündedir¹⁵⁴⁸. Buna göre, borçlu, devreden hala alacaklıymış gibi ifade bulunarak borçtan kurtulabilir. Ancak iyi niyetli borçlunun kendisine tanınan bu korumadan yararlanması şart değildir. Borçlu bu konuda bir seçim hakkına sahiptir. Bu bağlamda borçlu, devralana karşı § 407 BGB' nin korumasına başvurmak yerine, § 812 BGB uyarınca iyi niyetle yerine getirmiş olduğu edimi devredenden geri talep edebilir ve devralana olan borcunu muhtemelen daha avantajlı diğer bir yolla -örneğin devralanın iflası durumunda takas suretiyle- ortadan kaldırabilir¹⁵⁴⁹. Borçlunun devreden tarafından iade edilen edimi kabul etmesinde olduğu gibi seçim hakkının zımni olarak kullanılması da bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁵⁵⁰. Bununla birlikte söz konusu durumda borçlu seçim hakkını bir kez kullandıktan sonra dürüstlük kuralı gereği bununla bağlı olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁵¹. Öte yandan diğer bir görüş tarafından § 407 BGB' nin hem lafzının hem de anlam ve amacının bu görüşün aksi yönde olduğu da ileri sürülmektedir¹⁵⁵². Buna göre § 407 BGB' nin koruyucu niteliği, yalnızca hukuki durumun iyi niyetle hareket eden kişinin varsaydığı şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte bunun ötesinde borçluya iki hukuki durum arasında seçim yapma hakkı verilmesini gerektirmemektedir. Devirden habersiz olarak eski alacaklıya ödeme yapan borçlu, böylece mevcut alacağı yerine getirmiş olmaktadır. § 407 BGB bunun dışında bir koruma ise sağlamamaktadır. Özellikle de borçlunun, ilgili diğer tarafların zararına olacak şekilde bir belirsizlik durumunu sürdürürken alacağı ile spekülasyon yapmasına izin verilmemesi gerektiği dile getirilmektedir¹⁵⁵³. Aksi yönde görüşün § 407 BGB'nin lafzı karşısında ikna edici bir şekilde gerekçelendirilemeyeceği ve ayrıca önemli ölçüde hukuki belirsizliğe yol açacağı da eklenmektedir.

¹⁵⁴⁸ Altmeppen, s. 25 vd.; Scheyhing/Nörr, § 7 I 3; MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 10; Lieder, s. 656 vd.; Chiusi, s. 506; Staudinger/Busche, § 407, N. 8' de anılan yazarlar. Bu konudaki yüksek mahkeme kararları için bkz. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 19. Rohe, hükmün borçlu aleyhine olacak şekilde etki doğurmadığının kabul edildiğini ve bu nedenle yüksek mahkeme kararları ve öğretideki hakim görüş tarafından borçlunun § 407 BGB' de öngörülen korumadan feragat etmesinin mümkün görüldüğünü belirtmektedir. BeckOK BGB/Rohe, BGB § 407 N. 19.

¹⁵⁴⁹ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 10.

¹⁵⁵⁰ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 11.

¹⁵⁵¹ MüKoBGB/Kieninger BGB § 407 N. 11.

¹⁵⁵² Staudinger/Busche, § 407, N. 8' de anılan yazarlar. Aynı yönde bkz. Stamm, Jürgen, "Schuldnerschutz und Rechtskrafterstreckung bei Unkenntnis der Abtretung", NJW 2016, s. 2370.

¹⁵⁵³ Bu açıdan, § 407 BGB' deki durumun seçim hakkının öngörülmediği diğer hükümlerdeki (bkz. 851, 892, 2367 BGB) durumlarla karşılaştırılabileceği belirtilmektedir. Staudinger/Busche, § 407, N. 8.

Kanaatimizce borçlunun tek taraflı olarak borçtan kurtulma sonucundan vazgeçmesi ve gerçek hak sahibi alacaklıya ifada bulunabilmesi görüşünün kabulü zor görünmektedir. Zira gerçek hak sahibi alacaklının bu yönde bir iradesi olmadığı takdirde, borçlunun bu şekilde gerçek hak sahibi alacaklıya ifada bulunması ona rızası hilafına kazandırmada bulunması anlamına gelecektir. Oysa bir kişiye rızası hilafına kazandırmada bulunulması kabul edilmemektedir. Öte yandan gerçek hak sahibi alacaklının da borcun kendisine ifa edilmesi yönünde bir iradesinin mevcut olması diğer bir deyişle ifa etkisinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir anlaşma yapılması halinde, borçlunun borcunu gerçek hak sahibine ifa etmesi mümkün olabilecektir. Bu olasılıkta borçlu daha önce hak sahibi olmayan alacaklıya ifa etmiş olduğu edimi de bu kişiden sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecektir.

SONUÇ

1. Hukuki görünüş, bir olgu tarafından dışa karşı açığa vurulan ve gerçekte mevcut olmayan bir hukuki duruma – ki bu bir hak, hukuki ilişki veya yetki olabilir- işaret eden görünüşü ifade etmektedir. Hukuki görünüşün özünü dışa karşı görünüş yaratan olgu oluşturmaktadır.
2. Dışa karşı bir hak, hukuki ilişki veya yetkinin var olduğuna dair bir görünüş yaratan olguya dayanarak tasarrufta bulunan kişilerin bu tasarrufları birtakım şartların da mevcut olması koşuluyla korunmaktadır. Bu koruma hukuki görünüş olgusuna güvenen kişinin güvendiği hukuki durum gerçekmişçesine muamele görmesi ve güvenin boşa çıkmasına daha baştan itibaren izin verilmemesi dolayısıyla güvenin olumlu korunması olarak adlandırılmaktadır.
3. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının şartları konusunda genel bir pozitif düzenleme bulunmayıp çeşitli hukuki görünüş olgularının ortak özelliklerinden yola çıkılarak belirli genel şartlar ortaya koyulmuştur. Bunlar hukuki görünüş olgusu, hukuki görünüş olgusunun bilinmesi, isnat edilebilirlik, iyi niyet, tasarruf, tasarruf ve güven arasında nedensellik bağı ve kazanım olayının korunmaya değer olmasıdır.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının en temel koşulu olan hukuki görünüş olgusu, gerçek bir hukuki durumun var olduğu izlenimini veren, dışarıdan görülebilen veya en azından algılanabilen olguyu ifade etmektedir. Güven uyandırmaya elverişli her olgu, hukuki görünüş olgusu olarak ortaya çıkabilmektedir. Hukuki görünüş olgusunun tespiti konusunda temel olarak Wellpscher' in doğal ve yapay olgu ayrımı benimsenmektedir. Doğal dış olgular, yazılı- sözlü beyanlar, zilyetlik gibi zaten mevcut olan olgulara karşılık gelmekte iken; yapay dış olgular, resmi siciller gibi kanun tarafından oluşturulmuş ve güvenin korunmasının temeli olarak kabul edilmiş olgulara karşılık gelmektedir. Hukuki görünüş olgusunun güvene uygunluk sonucunun yükleneceği kişinin davranışına ilişkin olma, mevcut ve mümkün bir duruma dayanma gibi birtakım özellikleri de taşıması gerekmektedir.

İkinci bir şart olarak güvenen kişinin hukuki görünüş olgusunu bilmesi aranmaktadır. Bu aynı zamanda güvenin güven olgusuna dayanması aralarında bir iç ilişkinin bulunması anlamına gelmektedir. Nitekim güven olgusunun bilinmemesi durumunda güven olgusunun güvenen açısından salt tesadüfi bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Kural olarak hukuki görünüş olgusunun bilinmesi aranmakla birlikte, yapay dış olgular söz konusu olduğunda bu gerekliliğe bir istisna getirilmekte ve hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması açısından görünüş olgusunun bilinmesi aranmamaktadır.

Hukuki görünüş kendisine karşı etkili olması istenen kişiye isnat edilebilir olmalıdır. Zira hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması sonucunda ortaya çıkan ciddi sonuçların diğer tarafa yüklenebilmesi ancak bu şekilde gerekçelendirilebilir. Hukuki görünüş olgusunun bu olguyu ortaya çıkaran kişiye hangi bağlama noktası esas alınarak isnat edileceği konusunda ise, yol açma, kusur ve riziko prensibi olmak üzere üç farklı isnat prensibi bulunmaktadır. Yol açma prensibi salt nedenselliğe dayanması nedeniyle kabul görmemektedir. Kusur prensibi yol açma ilkesine kıyasla daha çok kabul görmekle birlikte güven düşüncesi ve mevcut yasal düzenlemelerle uyumlu olmadığı gerekçesiyle hukuki görünüşe güvenin korunması açısından uygun bulunmamaktadır. Hukuki görünüş olgusunun isnadı açısından en uygun görünen isnat ilkesi riziko ilkesidir. Bu ilkenin temelini kişinin kendi davranışlarından ve iş

çevresinden sorumlu olması düşüncesi oluşturmaktadır. Risk ilkesi, hukuki görünüş teorisinde ise, risklerin sonuçlarının, davranışlarıyla hukuki görünüş ve dolayısıyla artan bir risk yaratan veya riski, riskten etkilenen başka bir kişiden daha kolay kontrol edebilen bir kişiye isnat edilmesi şeklinde kendini göstermektedir. Yanıltma, kötüye kullanma, doğruluk, bildirim, çalınma/hırsızlık ve tahrifat riski bu bağlamda kişiye isnat edilebilecek riskleri teşkil etmektedir. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması için isnat edilebilirlik temel koşulu oluşturmakla birlikte istisnai olarak isnadın gerekli olmadığı durumlar da bulunmaktadır. Bunlar genellikle yapay olgularla bağlantılı olarak ortaya çıkmakta olup “saf hukuki görünüş ilkesi” olarak adlandırılmaktadır.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması için güvenen kişinin iyi niyetli olması gerekmektedir. Alman hukukunda iyi niyet gerekliliği hukuki görünüş olgusunun gücüne göre değişiklik göstermektedir. Buna göre yüksek doğruluk garantisine sahip yapay dış olgular söz konusu olduğunda yalnızca gerçek hukuki durumun pozitif olarak bilinmesi iyi niyeti ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan hukuki görünüş olgusunun gücünün azalmasına paralel olarak ağır ve hafif ihmal de iyi niyetin ortadan kalkmasına neden olabilmektedir. Türk- İsviçre hukukunda ise, genel bir iyi niyet düzenlemesi (TMK m. 3 (Art. 3 ZGB)) mevcut olduğundan hukuki görünüş olgusuna göre değişiklik gösteren ayrı ayrı iyi niyet gereklilikleri söz konusu değildir. Temel olarak gerçek hukuki durumun bilinmesi ve koşullara göre bilinmesinin gerekmesi iyi niyet açısından belirleyicidir.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması yalnızca hukuki görünüş olgusuna güvenilerek bir davranışta bulunulduğu, bir hukuki işlem yapıldığı takdirde korunmaya değer görülmektedir. Bu çoğu durumda bir hukuki işlemin yapılması şeklinde gerçekleşmektedir. Öte yandan hukuki görünüşe güvenin korunması için salt bir sözleşmenin varlığı yeterli olup bunun ifasına yönlük masraf vs. yapılmış olması gerekli değildir. Zira güvenin olumsuz korunmasından (güven sorumluluğu) farklı olarak olumlu korumada güvenin boşa çıkması dolayısıyla ortaya çıkan bir zarar ve bunun giderilmesi söz konusu değildir.

Güven, güvenenin davranışlarını etkilediği ve onun davranışlarında somutlaştığı için korunmaya değer görülmektedir. Bu, güven ve güven tasarrufu arasında bir nedensellik bağının bulunmasını zorunlu kılmaktadır.

Canaris tarafından geliştirilen güven sorumluluğu sisteminde güvenin korunması açısından son olarak kazanım işleminin korunmaya değer olması aranmaktadır. Bu bağlamda güvenen tarafından ileri sürülen talep, haksız fiile dayanıyorsa veya bir alışveriş işlemi mevcut değilse güvenin korunmaya değer olmadığı kabul edilmektedir. İvazsız kazanımlar da bu kapsamda korunmaya değer görülmemektedir. Ancak kanaatimizce Türk- İsviçre hukuku açısından ivazsız kazanımların korunmaya değer olmadığı çıkarımına ulaşmayı sağlayacak bir dayanak bulunmamaktadır. Bu nedenle ivazsız kazanım durumunda da tıpkı ivazlı kazanımlarda olduğu gibi güvenin korunması gerekmektedir.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması sonucunda tipik olarak bir eksiklik giderilmekte ve görünüş gerçeğe uygunmuş gibi bir muamele görmektedir. Böylelikle daha baştan güvenin boşa çıkmasına izin verilmemekte ve bu durum “*güvene uygunluğun sağlanması*” (*Vertrauensentsprechung*) olarak adlandırılmaktadır. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, güvenenin cephesinde güvene uygunluğun sağlanması şeklinde ortaya çıkmakla birlikte güvene uygunluk sonucunun yüklendiği kişinin cephesinde iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar bir yükümlülüğün doğması ve bir hakkın kaybedilmesidir.

4. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, özellikle de Canaris tarafından geliştirilen güven sorumluluğu sistemi nedeniyle güven sorumluluğu ile sıkı bağlantı içerisindedir. Bununla birlikte hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ve güven sorumluluğu birbirine eş kurumlar değildir. Bu Alman ve İsviçre hukukunda temel güven sorumluluğu sistemi örnekleri olan Canaris ve Loser’in yaklaşımları incelendiğinde daha net ortaya çıkmaktadır. İlk olarak Canaris’ in güven sorumluluğu anlayışının, hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile kıyaslandığında bazı açılardan çok geniş bazı açılardan ise dar olduğu görülmektedir. Canaris’ in güven sorumluluğu yaklaşımının hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasına kıyasla dar olmasının nedeni, güvenin korunmasının yalnızca bir yükümlülüğün onun deyişiyle

bir sorumluluğun doğması ile sonuçlandığı halleri kapsamıdır. Güvenin korunmasının hak kaybı ile sonuçlandığı haller ise, güven sorumluluğunun kapsamı dışındadır. Canaris' in güven sorumluluğu yaklaşımı bir yandan da hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasına göre çok daha geniştir. Zira Canaris, hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması yani hukuki görünüş sorumluluğu dışında hukuk etiğinin zorunlulukları gereğince güven sorumluluğu, açıklamadan sorumluluk ve emanet sorumluluğu hallerini de güven sorumluluğu içerisinde değerlendirmektedir. Bu açıdan bakıldığında hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması yani hukuki görünüş sorumluluğu güven sorumluluğun ortaya çıkış biçimlerinden yalnızca birini oluşturmaktadır. Diğer bir güven sorumluluğu sistemini teşkil eden Loser' in güven sorumluluğu konsepti de hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile tam olarak örtüşmemektedir. Öyle ki Loser, güven sorumluluğunu beş farklı menfaat alanı ile bağlantılı olarak ele almakta ve güven sorumluluğunun sonuçlarının, bir ucunda olumsuz zararın giderilmesinin diğer ucunda ise olumlu zararın giderilmesinin yer aldığı bir doğru üzerinde esnek bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmektedir. Loser' in güven sorumluluğu ile bağlantılı olarak ele aldığı menfaat alanları içerisinde güvenin olumlu korunduğu durumlar yer aldığı gibi olumsuz olarak korunduğu durumlar da yer almaktadır. Ayrıca Loser de tıpkı Canaris gibi güvenin korunmasının hak kaybı ile sonuçlandığı durumları güven sorumluluğu içerisine dahil etmemektedir. Bu bağlamda hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının, zaman zaman güven sorumluluğu ile çakışan olay gruplarını içeren ancak aynı zamanda bunlar dışında başka olay gruplarını da içerisine alan bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, güven sorumluluğu kadar yoğun olmamakla birlikte başka diğer kurumlarla da ilişkilidir. Bunlardan ilki hukuki görünüşe güvenin korunması açısından iyi niyetin varlığının bir şart olarak aranması dolayısıyla iyi niyettir. Bununla birlikte hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması, iyi niyetin korunduğu durumlarla birebir örtüşmeyip ondan ayrılmaktadır. Öyle ki iyi niyetin korunduğu durumlar hukuki görünüşe güvenin olumlu korunduğu durumlarla sınırlı olmayıp iyi niyetin korunduğu tüm durumlarda da hukuki görünüşe güvenin korunmasının sonucu olan güvene uygunluk sonucu meydana gelmemektedir.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının ilişkili olduğu diğer kurum hakkın kötüye kullanılması ve özellikle çelişkili davranış yasağıdır. Ancak hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması bu kurumla da tam anlamıyla örtüşmeyip benzer yönlerde sahip olduğu kadar farklı yönlerde de sahiptir. Her iki durumda da kendisine koruma sağlanan kişinin güvendiği hukuki konuma kavuşturulması bu iki kurumun benzer yönünü oluşturmaktadır. Diğer taraftan hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasında güvene uygunluk sonucunun yüklendiği kişinin çelişkili davranış yasağında olduğu gibi birbiri ile çelişen iki davranışının bulunmasına gerek yoktur. Önemli olan bir hukuki görünüş olgusunun yaratılmış olmasıdır. Çelişkili davranış yasağı ise, birbiri ile çelişen iki davranışın varlığını şart koşmaktadır.

Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması ile ilişkilendirilebilecek bir diğer kavram ise, olumlu zararın tazminidir. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasında güvene hukuki görünüş gerçek hukuki durum ile örtüşseydi içinde bulunacağı durumun sağlanması, olumlu zararın tazmininde sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının içerisinde bulunacağı farazi durumun tesis edilmesi ile benzeşmektedir. Zira her ikisi de olumlu bir sonucu sağlamaya yönelmiş durumdadır. Bununla birlikte sözleşmesel sorumluluk alanına özgü bir kavram olan olumlu zarar, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar ve bunun tazmini ile ilgilidir. Öte yandan hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasında herhangi bir zarar ve bu zararın tazmini gibi bir durum söz konusu değildir. Tam tersine hukuki görünüşe güvenen kişinin güveni bir zararın ortaya çıkmasına izin verilmeksizin daha baştan güvene uygun sonucun tesis edilmesi ile korunmaktadır. Bundan başka olumlu zarardan söz edebilmek için kural olarak geçerli bir sözleşmenin varlığı aranmakta iken; hukuki görünüşe güvenin olumlu korunduğu durumlarda güveni korunan kişi ile güvenin olumlu korunmasının sonuçlarının yüklendiği kişi arasında böyle bir sözleşme ilişkisinin bulunması aranmamaktadır.

5. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının bir yükümlülüğün doğması ile sonuçlandığı ilk durum temsil hukuku alanında ortaya çıkmaktadır. Burada hukuki görünüşün ortaya çıkmasında iç-dış temsil yetkisi önemli bir yer tutmaktadır. Zira salt iç ilişkide temsil yetkisi verilmiş olması hukuki görünüşe güvenin korunmasını gerektiren bir durum yaratmamaktadır. Temsil ilişkisinin dış temsil yetkisi verilmesi

(Alman hukukunda bu terime karşılık gelen anlamıyla) veya temsil yetkisinin bildirilmesi yoluyla dışa karşı ortaya konmuş olması gerekmektedir. Temsil hukukundaki hukuki görünüş hallerinin bir kısmı kanundaki düzenlemelere dayanmakta iken bir kısmı yargı uygulaması ve öğreti aracılığıyla geliştirilmiştir. Alman hukukundaki § 170, 171, 172 BGB ve Türk- İsviçre hukukundaki TBK m. 41/II (Art. 33/III OR), TBK m. 42/III (Art. 34/III OR) hukuki görünüşe ilişkin düzenlemeleri oluşturmaktadır. Bu düzenlemelerde temel olarak dış temsil yetkisi verilip sona ermenin bildirilmemesi (§ 170 BGB) veya iç temsil yetkisinin dışa karşı çeşitli yollarla bildirilmesi fakat geri almanın bildirilmemesi (§ 171, 172 BGB, TBK m. 34/III, Art. 34/III OR) ya da temsil yetkisinin varlığına veya kapsamına yönelik bildirimin gerçek duruma uygun olmaması (TBK m. 41/II, Art. 33/III OR) hukuki görünüşe yol açmaktadır.

Katlanma ve görünüş temsili ise, yargı uygulaması ve öğretinin etkisiyle gelişen hukuki görünüş hallerine karşılık gelmektedir. Aslında yetkisi olmayan sözde temsilcinin temsil olunan adına temsilci sıfatıyla hareket etmesi ve temsil olunanın da sözde temsilcinin davranışlarını bilmesine ve önleyebilecek olmasına rağmen bunu engellememesi durumunda katlanma temsilinden söz edilmektedir. Kanaatimizce Alman hukuku açısından katlanma temsili durumlarında bir hukuki görünüş temsilinden söz edilmemelidir. Gerçekten de yine güven kavramından köklerini almış olan güven teorisine göre temsil olunanın davranışları değerlendirildiğinde, beyan bilinci olmasa dahi burada esasen temsil olunana atfedilebilecek bir irade beyanının ve dolayısıyla örtülü dış temsil yetkisi verilmesi durumunun söz konusu olduğu görülebilecektir. Alman hukukunda ortaya çıkan bu durum iç temsil yetkisinin verilmesinden bağımsız olarak üçüncü kişiye yönelik olarak da temsil yetkisinin verilebilmesinden kaynaklanmaktadır. İsviçre-Türk hukukunda ise, hakim görüşüne göre, temsil olunanın doğrudan üçüncü kişiye yönelik olarak temsil yetkisi vermesi imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin temsil olunanın katlanma davranışından örtülü olarak bir dış temsil yetkisinin verildiği çıkarımında bulunması olası değildir. Burada üçüncü kişi ancak söz konusu katlanma davranışları ile iç temsil yetkisinin kendisine bildirildiği sonucunu çıkarabilir. Bu durumda da esasen TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) hükmünün uygulaması gündeme gelir. Öyle ki bu ihtimalde aslında mevcut olmayan bir iç temsil yetkisinin temsil olunan tarafından katlanma davranışları aracılığıyla üçüncü kişiye bildirilmiş olması

söz konusudur. Nitekim temsil olunan beyan bilincine sahip olmasa dahi eğer bildirim objektif olarak ona isnat edilebilir nitelikte ise, temsil yetkisi bildiriminin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak da temsil yetkisinin varlığı -öğretide TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) hükmünün temsil yetkisinin varlığı açısından da uygulama alanı bulacağı kabul edildiğinden- ve kapsamı bildirime göre belirlenecektir. Sonuç itibariyle de temsil olunanın katlanma davranışları ile yaratmış olduğu hukuki görünüşe dayalı olarak gerçekten temsil yetkisi verilmişçesine bir durum ortaya çıkacaktır.

Temsil olunan, bir kişinin kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını bilmemekle birlikte gerekli özeni gösterseydi bu durumu bilebilecek ve önleyebilecek idiyse ve karşı taraf dürüstlük kuralına göre bu davranışlardan söz konusu kişinin temsil olunanın temsilcisi olduğu sonucunu çıkarabiliyorsa, bu durumda da görünüş temsili söz konusu olmaktadır. Burada ilk olarak Alman hukuku açısından değerlendirme yapılacak olursa, tıpkı katlanma temsiline olduğu gibi görünüş temsiline de temsil olunanın davranışlarının bir örtülü yetkilendirmeye yol açtığı kabul edilmelidir. Zira temsil olunan ihmali sonucunda sözde temsilcinin kendi adına hareket etmesine sessiz kalmış olmakta ve işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin temsil olunanın bu davranışını temsilciye örtülü olarak temsil yetkisi verilmesi olarak değerlendirmesinin yolu açılmış olmaktadır. Türk- İsviçre hukukunda ise, dış temsil yetkisinin Alman hukukundakinden farklı içeriğe sahip olduğundan görünüş temsili durumlarında temsil olunanın ihmali olarak sözde temsilcinin kendi adına hareket etmesine ses çıkarmamakla aslında işlem yapılan üçüncü kişiye temsil yetkisine ilişkin bir bildirimde bulunmuş olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte esasen iç ilişkide sözde temsilciye bir temsil yetkisinin verilmiş olması söz konusu değildir. Ancak TBK m. 41/II hükmünün kıyasen temsil yetkisinin varlığına ilişkin olarak da uygulanması sonucu burada temsil yetkisinin varlığı açısından bildirim esas alınacak ve bildirime uygun bir temsil yetkisinin mevcut olduğu kabul edilebilecektir. Buna bağlı olarak da temsil olunanın yaratmış olduğu hukuki görünüşe dayanan bir temsil yetkisi söz konusu olacaktır.

6. Beyaza imza hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının bir yükümlülüğün doğması ile sonuçlandığı bir diğer hali temsil etmektedir. Beyaza imzanın kanunda açıkça düzenlenmemiş olup kendine özgü bir yapıya sahip olmasının, beyaza imzalı

belgeyi doldurmaya ilişkin yetkinin niteliği ve beyaza imzanın kötüye kullanılması halinde uygulanacak hükümler konusunda Alman hukukunda ikili bir ayrıma gidilmesine yol açtığı görülmektedir. Bu, açık- gizli beyaza imza ayrımıdır. Açık beyaza imza, beyaza imzalı belgenin üçüncü kişinin huzurunda doldurulduğu veya bu kişinin irade beyanının beyaza imzaya dayandığı konusunda bilgilendirildiği durumları ifade etmektedir. Açık- gizli beyaza imza ayrımının yapıldığı Alman hukukunda, üçüncü kişinin huzurunda doldurmaya ilişkin yetkinin temsil yetkisine benzerliği dolayısıyla, açık beyaza imza açısından temsil yetkisine veya görünüşte temsile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Beyaza imzayı elinde bulunduran kişinin, bunu, üçüncü kişinin huzurunda değil de önceden doldurduğu ve üçüncü kişinin yalnızca düzenleyenin tamamlanmış haldeki beyanı ile karşılaştığı gizli beyaza imza durumunda ise, temsil yetkisi ile benzerlik kurmanın zor olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte iyi niyetli üçüncü kişinin gizli beyaza imza durumunda açık beyaza imzadakinde olduğundan daha kötü bir durumda olmaması gerektiği argümanına dayalı olarak bu durumda da temsile veya hukuki görünüş sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda ise açık- gizli beyaza imza şeklinde bir ayrım söz konusu değildir. Beyaza imza sorunu Alman hukukunda gizli beyaza imza olarak nitelendirilen olasılık çerçevesinde ele alınmaktadır. Beyaza imzanın kötüye kullanılması durumunda üçüncü kişinin korunması muvazaa ve temsil yetkisinin bildirilmesine ilişkin TBK 19/II (Art. 18/II OR) ve TBK m. 41/II (Art. 33/III OR) hükümleri ile bağlantılı olarak güvenin korunması düşüncesi temelinde açıklanmaktadır. Beyaza imzalı belge ile yaratılan hukuki görünüşe güvenin korunması sonucunda anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş beyaza imzalı belgeye dayanan iyi niyetli üçüncü kişiler açısından beyaza imzalı belge aracılığıyla gerçekleştirilen işleme konu hakkı kazanma ve bunu imzalayana karşı da ileri sürebilme imkanı doğmaktadır. Buna bağlı olarak beyaza imzalı belgeyi düzenleyen kişi de beyaza imzalı belge aracılığı ile gerçekleştirilen hukuki işlem ile bağlı olmaktadır.

7. Muvazaalı veya devir yasağı içermeyen bir yazılı borç tanınması söz konusu olduğunda da hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması bir yükümlülüğün doğması ile sonuçlanmaktadır. Burada hukuki görünüş olgusunu esasen yazılı borç tanınması oluşturmaktadır. Bununla birlikte -özellikle Canaris'in etkisiyle ortaya çıkan

yaklaşımına uygun olarak- görünüşte borçlunun alacağın mevcut olduğunu devralana doğrudan bildirmesinin de bir hukuki görünüş olgusu yaratacağı kabul edilmelidir. Aynısı yine Canaris' in görüşüne paralel olarak alacağı dolaşım kabiliyetinden yoksun bırakan, alışıldık olmayan ve yazılı borç tanınmasından anlaşılmayan yan anlaşmalar ve borçlu tarafından bilinen tüm yasal savunmalar açısından da (zihni kayıt, şaka beyanı) geçerli sayılmalıdır. Ayrıca yazılı borç tanınmasının söz konusu olduğu hallerde bu, devralana ibraz edilmiş olmalıdır. Her ne kadar TBK m.19/II (Art. 18/II OR) ve m. 183/II (Art. 164/II OR) hükümlerinde açıkça iyi niyetli olunmasından söz edilmese de devralanın iyi niyetli olması da gereklidir. Muvazaalı ya da devir yasağı içermeyen bir yazılı borç tanınmasında bulunulması ile birlikte riziko ilkesi uyarınca isnat koşulu da sağlanmış olmaktadır. Bunun sonucunda ise, hukuki görünüşe güven korunmakta ve aslında geçerli olmayan bir alacak geçerli bir alacakmış gibi devralanın şahsında doğmakta veya devir yasağına tabi bir alacak bu yasaktan ari olarak kazanılmaktadır. Böylece devralan açısından muvazaalı bir alacak gerçek bir alacak, devredilemeyecek bir alacak ise devredilebilir bir alacak haline gelmektedir. Yazılı borç tanınmasında bulunan ise, söz konusu borcu yerine getirme yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır.

8. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunması bir yükümlülüğün doğmasının yanı sıra bir hak kaybının gerçekleşmesi ile de sonuçlanabilmektedir. Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı bunun ilk örneğini oluşturmaktadır. Burada en temel sorun, hukuki görünüş olgusunu tam olarak neyin oluşturduğudur. Zilyetliğin özellikle de teslimsiz devir hallerinde hukuki görünüş olgusu olma noktasında zayıf kaldığı belirtilmektedir. Özellikle Alman hukukunda hukuki görünüş olgusu olarak zilyetlik yerine zilyetliği sağlama gücünün kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce yalnızca emin sıfatıyla zilyedin taşınıra doğrudan zilyet olduğu durumlarda bir hukuki görünüş olgusunun mevcut olduğu kabul edilmelidir. Zira emin sıfatıyla zilyedin doğrudan zilyet olmadığı durumlarda iyi niyetli üçüncü kişinin güvenine temel teşkil edecek tanınabilir bir olgu söz konusu değildir. Emin sıfatıyla zilyetten aynı hak kazanımı için ayrıca alışveriş işlemi niteliğini de haiz olan bir hukuki işlemin bulunması gereklidir. Diğer bir deyişle devralan ve devreden arasında şahıs özdeşliği veya ekonomik özdeşlik bulunmamalıdır. Bununla birlikte kanaatimizce aksi yönde görüşler mevcut olsa da kazanımın dayandığı işlemin ivazsız olup olmamasının kazanım açısından önemi yoktur. Alman hukukundan farklı olarak Türk- İsviçre hukukunda salt

devredenin hak sahipliğine ilişkin güven değil tasarruf yetkisine sahip olmasına ilişkin güven de korunmaktadır. Devralanın iyi niyeti konusunda benimsenen ölçüt açısından da Alman ve Türk- İsviçre hukuku arasında farklılık söz konusudur. Alman hukukunda pozitif bilme ve ağır ihmale dayalı bilmeme devralanın iyi niyetini ortadan kaldırmakta iken; Türk- İsviçre hukukunda genel iyi niyet düzenlemesi olan TMK m. 3 (Art. 3 ZGB) uyarınca bilme ve koşullara göre bilmenin gerekmesi devralanın iyi niyetini ortadan kaldırmaktadır.

Emin sıfatıyla zilyetten ayni hak kazanımının gündeme gelip gelmemesi konusunda belirleyici olan taşınırın iradi olarak elden çıkıp çıkmadığıdır. Burada iradilik açısından önemli olan bizim de katılmakta olduğumuz hakim görüşe göre doğal iradedir ve teslim maddi fiil niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda iradi teslim açısından teslim edenin ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Teslimin maddi fiil olarak nitelendirilmesi nedeniyle irade bozukluklarının teslimin iradi niteliği üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

İrade dışı elden çıkan taşınırlar iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından kazanılamazken iradi olarak teslim edilen taşınırların bu kişiler tarafından kazanılabilesinin temelinde riziko ilkesi uyarınca yaratılan hukuki görünüşün taşınırını iradi olarak teslim edene isnat edilebilmesi yer almaktadır. Öyle ki riziko ilkesine göre risk dağılımı değerlendirildiğinde, taşınırın iradi olarak teslim edilmesi, bundan doğan riskleri taşınırı iradi olarak teslim edenin taşıması gerektiğine işaret etmektedir. Para ve hamile yazılı senetlerin ise, irade dışı elden çıkmış olsalar dahi, iyi niyetle kazanılabileceği kabul edilmektedir. Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda açık artımdan edinilen taşınırlar da bu kapsamdadır. Burada isnat şartından vazgeçildiği görülmektedir. Nitekim bu durum saf hukuki görünüş ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir.

9. Hukuki görünüşe güven sonucunun yüklendiği kişinin hak kaybına uğradığı diğer durum tapu siciline güven yoluyla bir ayni hakkın kazanılması durumudur. Burada hukuki görünüş olgusunu tapu sicilinde yer alan ve gerçek hukuki durumu yansıtmayan kayıt oluşturmaktadır. Kazanımın burada da tıpkı emin sıfatıyla zilyetten ayni hak kazanımında olduğu gibi bir alışveriş işlemine dayanması aranmaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce işlemin ivazlı olup olmamasının ise herhangi bir önemi yoktur. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunduğu diğer hallerden farklı olarak tapu

siciline güvenin korunmasında güvenen kişinin tapu sicilini incelemiş olmasının ve bu bağlamda görünüş olgusunu bilmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Hukuki görünüş olgusu ve güvenenin iyi niyetinin birbirinden bağımsız olarak mevcut olması kazanımın gerçekleşmesi için yeterli olmaktadır. Tapu siciline güvenin korunması açısından hukuki görünüş olgusunu, güvenin korunmasının sonuçlarının yüklendiği kişinin yaratmış olması da aranmaktadır. Bu bakımından tapu siciline güvenin korunması saf hukuki görünüş ilkesinin geçerli olduğu haller arasında kabul edilmektedir. İyi niyet şartı konusunda ise, Alman hukuku ve Türk- İsviçre hukukunda farklı ölçütlerin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Öyle ki Alman hukukunda yalnızca gerçek hukuki durumun pozitif olarak bilinmesi iyi niyeti ortadan kaldırmakta iken; Türk- İsviçre hukukunda diğer hukuki görünüş olgularında da olduğu gibi genel iyi niyet kuralı uyarınca bilmenin yanı sıra koşullara göre bilmenin gerekmesi de iyi niyeti ortadan kaldırmaktadır. Hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının sonucunda ise, iyi niyetli üçüncü kişi bir ayni hak kazanmakta iken, güvenin korunması sonucunun yüklendiği gerçek hak sahibi hakkını kaybetmektedir.

10. Alacağın devrinin borçluya bildirilmemesi dolayısıyla borçlunun iyi niyetle gerçek hak sahibi olmayan sözde alacaklıya ifada bulunması, hukuki görünüşe güvenin olumlu korunmasının hak kaybı ile sonuçlandığı son durumu oluşturmaktadır. TBK m. 186'da alacağın devri devreden veya devralan tarafından borçluya bildirilmemişse borçlunun önceki alacaklıya; alacak birden çok kez devredilmişse son devralan yerine önceki devralanlardan birine ifada bulunmakla borcundan kurtulacağı belirtilmektedir. Hüküm salt lafzı dikkate alındığında tekil devrin yanında yalnızca zincirleme devri kapsıyor gibi görünmektedir. Bununla birlikte hükmün mehzaz kanundaki karşılığı olan Art. 167 OR hükmüne uygun olarak çoklu devir olasılığını da kapsar şekilde anlaşılması gerekmektedir. Tekil ve zincirleme devir açısından devralan gerçek hak sahibinin devri bildirmemiş olması, hukuki görünüşe neden olmaktadır. Aynı alacağın devreden tarafından birden çok kişiye devrini ifade eden çoklu devir durumunda ise, gerçekte hak sahibi olmayan devralanın veya alacağı devreden devri borçluya bildirmesi ve fakat gerçek hak sahibinin devri bildirmemesi sonucunda borçlu açısından bir hukuki görünüş ortaya çıkmaktadır. Devir gerçekleşmemesine veya geçersiz olmasına rağmen borçluya devir bildiriminin yapılmış olması durumunda nasıl bir hukuki sonucun ortaya çıkacağı Alman hukukunda düzenlenmiş olmasına

rağmen Türk-İsviçre hukukunda düzenlenmiş değildir. Kanaatimizce devir bildirimi eğer devreden tarafından yapılmışsa ve koşullara göre üçüncü kişiye (görünüşte devralan) ifada bulunma konusunda bir yetkilendirme olarak değerlendirilebiliyorsa, burada TBK m. 186 (Art. 167 OR) hükmüne başvurmaya gerek kalmaksızın borçlu sözde devralana ifada bulunmakla borcundan kurtulmalıdır. Bu olasılıkta borçlunun iyi niyetinin de önemi yoktur. Öte yandan devreden tarafından yapılan bildirim sözde devralana ifada bulunmaya yönelik bir yetkilendirme olarak nitelendirilemiyorsa, bu durumda artık TBK m. 186 hükmünün kıyasen uygulanması yoluna başvurulmalıdır. Bununla birlikte söz konusu durumda kıyasen uygulama dolayısıyla borçlunun yalnızca iyi niyetli olması halinde borcundan kurtulacağı kabul edilmelidir. Gerçekleşmemiş veya geçersiz devre ilişkin bildirim sözde devralan tarafından devredence düzenlenmiş bir devir belgesi aracılığıyla gerçekleştirildiği takdirde ise, burada da yine kıyasen uygulama sonucu iyi niyetle sözde devralana ifada bulunan borçlunun borcundan kurtulduğu sonucuna varılmalıdır.

İyi niyete ilişkin ölçüt pek çok hukuki görünüş olgusunda olduğu gibi burada da Alman ve Türk-İsviçre hukukunda farklılık göstermektedir. Alman hukukunda § 407 I BGB' ye dayalı olarak yalnızca pozitif bilme iyi niyeti ortadan kaldırmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda ise, bilmenin yanında koşullara göre bilmenin gerekmesinin de iyi niyeti ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir.

Hukuki görünüşün isnadı konusunda da farklı görüşler bulunmakla birlikte, kanaatimizce bu konuda devir bildiriminin hukuki niteliğinden hareketle bir değerlendirme yapılmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

AHLERİNG, Tobias, “Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB”, StudZR Wissenschaft Online 2/2018 – WissOn.studzr.de.

AKARTEPE, Alpaslan, “Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, EÜHFD C. XIII S. 1-2, 2009, s. 167-192.

AKBIYIK, Cem, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, İHFM C. LV, S. 4 (1997), s. 217-232.

AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2016.

AKKANAT, Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010.

AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Kısaltma: Çelişkili Davranış).

AKYOL, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009 (Kısaltma: Temsil).

ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.

ALTMPEPPEN, Holger, Disponibilität des Rechtsscheins, Köln 1993.

ANTALYA, O. Gökhan, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S.3 (1992), s. 365-395.

ANTALYA, O. Gökhan, “Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, s. 419-440.

ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,1 Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma: Antalya, Borçlar Genel, C. V/1,1).

ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, 2. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma: Antalya, Borçlar Genel, C. V/1,1).

ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, C. IV/ 1, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2019 (Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/1).

ANTALYA, O. Gökhan / TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, C. I, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2019.

ARMBRUSTER, Christian, Examinatorium BGB AT Über 700 Prüfungsfragen und 3 Übungsfälle 3. Auflage, Berlin 2018.

ARNET, Ruth/EİTEL, Paul, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht (Art. 641-977 ZGB), 3. Aufl., 2016 (Kısaltma: CHK-Handkommentar).

ATAMER, Yeşim, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, Yargıtay Dergisi, 1996, C. 22, S. 1 – 2, s. 99 – 132.

ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017.

AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara 2016.

BADER, Peter, Duldungs- und Anscheinsvollmacht, Frankfurt am Main 1978.

BADUR, Emel, “Eşin Rızası”, TBB Dergisi 2013 (109), s. 251-302.

BAŞ, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, İÜHFM, C. LXX, S.2, 2012, s. 115-144.

BATTAFARANO, Laura, Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsabtretung im deutschen und italienischen Recht, Berlin 2011.

BERGER, Bernhard, “Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung - Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 324”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2002, s. 201-220.

BERGER, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. Bern 2018 (Kısaltma: Berger AT).

BINDER, Jens-Hinrich, “*Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht*”, Archiv für die civilistische Praxis , April 2007, 207. Bd., H. 2 (April 2007), s. 155-197.

BREHM, Wolfgang / BERGER, Christian, Sachenrecht, 3., überarbeitete Aufl. Tübingen 2006.

BRUCKNER, Dirk, Online-Banking-Sphärenhaftung, Rechtsscheinhaftung, Verschuldenshaftung, Berlin 2002, Zugl.: München, Univ., Diss., 1999-2000.

BUCHER, Eugen, Schweizerischer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. Zürich 1988.

BUCHER, Eugen, “Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?”, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift für Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Bern 2005, s. 231-261.

BUCHER, Eugen, “Was man aus einem Fall von « Putativ-Vertrauenshaftung » lernen kann”, Recht, 2001, s. 65-81 (Kısaltma: recht 2001).

BULUT, Meltem, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu”, EÜHFD, C. XX, S. 3–4 (2016), s. 125-148.

CANARIS, Claus – Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Berlin 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2020.

CANSEL, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.

CHIUSI, Tiziana J., “Zur Verzichtbarkeit von Rechtsscheinswirkungen”, Archiv für die civilistische Praxis , 2002, 202. Bd., H. 3 (2002), s. 494-516.

CONRAD, Christian, Die Vollmacht als Willenserklärung: Rechtsschein und Verkehrsschutz im Recht der gewillkürten Stellvertretung, Hamburg 2012.

CRAUSHAAR, Götz von, Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht, AcP 174 (1974), S. 2–25.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, “Asgari Alım Taahhüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, TBB Dergisi 2017 (131), s. 261-294 (Kısaltma: Bayilik Sözleşmesi).

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.

DE LA DURANTAYE, Katharina, Erklärung und Wille, Tübingen 2020.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

DURAK, Yasemin, “Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo”, SÜHFD, C. 25, S.1, 2017, s. 239-288.

DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2017.

EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

EMMENEGGER Susan, “Schenkung und Gutglaubensschutz”, in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, s. 219-231.

ERBEK ODABAŞI, Özge, “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 85, Eylül 2020, S. 3, s. 61-155.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019.

ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İzmir 2014.

ESENER, Turhan, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956.

ESENER, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961 (Kısaltma: Temsil).

EUJEN, Heiko/ FRANK, Rainer, “Anfechtung der Bevollmächtigung nach Abschluß des Vertretergeschäfts?”, JZ 1973, s. 232-238.

FAUST, Florian, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Baden-Baden 2018.

FIKENTSCHER, Wolfgang, “Scheinvollmacht und Vertreterbegriff”, AcP 154 (1955), s. 1–21.

FRANKO, Nisim, “ Alacağın Temliki”, AÜSBFD, 1994, C. 49, S. 1, s. 177-197.

FÜLLER, Jens Thomas, Eigenständiges Sachenrecht ? , Tübingen 2006.

GIRSBERGER/Daniel, HERMANN, Johannes Lukas, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David (Hrsg.), 7. Auflage, Basel Genf München 2019.

GRİGOLEİT, Hans Christoph/Herresthal, Carsten, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2021.

GROßFELD, Claudia, Die Rechtsscheinvollmacht im deutschen und italienischen Recht, Münster 2002.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.

GÜNDÜZ, Ş. Deren, Olumlu Zarar, İstanbul 2020.

GÜNERGÖK, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014.

GÜRPINAR, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.

GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1984.

HAGER, Johannes, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, München 1990.

HARTMANN, Stephan, “Der Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten- zur Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2002, s. 136-144.

HATEMÎ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017.

HOMBERGER, Arthur, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, 2. Aufl., Zürich 1938.

HUGUENİN, Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich Basei Genf 2019.

HÜBNER, Heinz, AT des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2.Aufl., Berlin 1996.

IŞINTAN, Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.

İNAL, Emrehan, “Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 161-175.

İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

JACOBY, Florian/ von HİNDEN, Michael, Studienkommentar BGB, 17. Aufl., München 2020.

JENNY, Franz, Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB, Bern 1926.

KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.

KAPANCI, Kadir Berk, Alacağın Devri (TBK m.183-194) Şerh, İstanbul 2022.

KARLI, Özlem, Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması, İstanbul 2008.

KARNER, Ernst, Gutgläubiger Mobiliarerwerb Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen, Wien 2006.

KAROLLUS, Martin, “Unbeschränkter Schuldnerschutz nach § 409 BGB ?”, JZ 1992, s. 557-564.

KIENINGER, Eva-Maria, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3, Schuldrecht - Allgemeiner Teil II (§§311-432), Wolfgang Krüger (Hrsg.), 9. Auflage, München 2022.

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, “Temsil Yetkisinin Açıklanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (2) 2021, s. 361-388.

KINDL, Johann, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, Berlin1999, Zugl.: Augsburg, Univ.,Habil.-Schr.,1998.

KIRCA, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara, 2004.

KLEIN, Jean-Philippe, Stellvertretung, Art.32 - 40 OR, ZK - Zürcher Kommentar, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Schulthess, 2020.

KOCAAĞA, Köksal, “*Mirasçılık Belgesi (MK m. 598)*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 83-105.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “Bir Yetki belgesi İle 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 (1925-1988), Ankara 1990, s. 207-230.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (Kısaltma: Hata).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987. (Kısaltma: Miras)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2014 (Kısaltma: C.I).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt III, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016.

KOHLER, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 46. Aufl., München 2022.

KOHLER, Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 8, Sachenrecht §§ 873 – 902, 8. Auflage, München 2020.

KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017. (Kısaltma: Koller, AT)

KOLLER, Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985.

KRAMER, Ernst A./ Probst, Thomas, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. aktualisierte Aufl., Basel 2018.

KUHN, Tomas, “*Scheinvertrag und verdeckter Vertrag im Anwendungsbereich des § 405 BGB*”, Archiv für die civilistische Praxis , Februar 2008, 208. Bd., H. 1, s. 101-134.

KUT, Ahmet, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art.1-183 OR, 3. Auflage, 2016, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K.Schnyder, Art. 33 OR (kısalt. CHK-Kut).

KUTLU SUNGURBEY, Ayfer, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.

LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.

LEUMANN, Oskar, Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanke im schweizerischen Recht, Bern 1933.

LIEDER, Jan, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Tübingen 2015.

LITTERER, Michael, Vertragsfolgen ohne Vertrag, Berlin 1979.

LOSER, Peter, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Basel 2006.

MEIER-HAYOZ, Arthur, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Neue Folge, Heft 3, Verlag H. R. Sauerländer & Co. Aarau, Zürich, 1948.

MERKT, Hanno, “Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand”, AcP 204 (2004), s. 638–659.

MERZ, Hans, Vertrag und Vertragschluss, Freiburg 1988.

METZING, Alexander, “Das Erlöschen von rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht und Rechtsscheinvollmacht”, JA 2018.

MULLER, Gerd, “Zu den Grenzen der analogen Anwendbarkeit des § 172 BGB in den Fällen des Blankettmißbrauchs und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen”, Archiv für die civilistische Praxis , Dezember 1981, 181. Bd., H. 6 (Dezember 1981), s. 515-544.

MULLER, Klaus/ GRUBER, Urs Peter, Sachenrecht, München 2016.

MULLER-BROCKHAUSEN, Michael, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet, Nomos, 2014.

NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020.

NEUSCHÄFER, Claudia, Blankobürgschaft und Formnichtigkeit, Marburg 2003.

NOMER, Hâluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2019.

NORR, Knut Wolfgang/SCHEYHING, Robert/POGGELER, Wolfgang, Sukzessionen, 2. Aufl.,Tübingen 1999.

OECHSLER, Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 8, Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 9. Auflage, München 2023.

OECHSLER, Jürgen, “Die Bedeutung des § 172 Abs. 1 BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet”, Archiv für die civilistische Praxis , Oktober 2008, 208. Bd., H. 5 (Oktober 2008), s. 565-583.

OĞUZ, Arzu, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (Iusta Causa Traditionis)”, Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, 1998, C. 47, S. 1, 49, s. 49-83.

OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, 25. Bası, İstanbul 2019.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal/ Turgut, ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 15. Bası, İstanbul 2020 (Kısaltma: Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku C.II).

OKUMUŞ, Selmani, Müspet Zarar, Ankara 2022.

OKUTAN NİLSSON, Gül, “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2013, S. 2, s. 35- 54.

ÖKTEM, Seda, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, TBB Dergisi, S.67, 2006, s. 317-338.

ÖLMEZ NURUDUK, Seda/ KUL ALKAN, Sultan Büşra, “ *Mirasçılık Belgesi*”, Konya Barosu Dergisi, Y. 2021, S. 2, s. 19-80.

ÖZ, Turgut, Alacağın Devri m. 183-194, Türk Borçlar Kanunu İstanbul Şerhi C.1, İstanbul 2018.

ÖZAY, Osman Levent, “Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırı Bağışlamasının Hükmü”, AkdHFD, Y. Aralık 2022, C. 12, S. 2, s. 1177-1192.

ÖZBİLEN, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016.

ÖZÇELİK, Ş. Barış, “Motorlu Araç Mülkiyetinin Yetkisiz Kimseden Devralınması Ve Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68 (4) 2019, s. 841-861.

ÖZÇELİK, Ş. Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016.

ÖZEN, Burak, “ Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2008, S. 62, s. 409- 427. (Kısaltma: Beyaza imza)

ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2012.

PAWLOWSKI, Hans-Martin, “Die gewillkürte Stellvertretung: Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaft”, JuristenZeitung, 2. Februar 1996, 51. Jahrg., Nr. 3 (2. Februar 1996), s. 125- 132.

PETERS, Frank, “Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht”, AcP 179 (1979), s. 214-244.

PETERSEN, Jens, “ *Die Abtretung*”, Juristische Ausbildung 2014(3), s. 278-282.

Petersen, Jens, Der Dritte im Zivilrecht, Berlin/Boston 2018. (Kısaltma: Der Dritte)

PFISTER, Hans Rudolf, Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht, Zürich 1969.

REESE, Nicole, Vertrauenshaftung und Risikoverteilung bei qualifizierten elektronischen Signaturen, Köln2006, Zugl.: Osnabrück Univ.,Diss.,2006.

REICH, Dietmar O. / SCHMITZ, Peter, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2., überarbeitete und erweiterte Aufl., Wiesbaden 1999.

REINICKE, Dietrich / TIEDTKE, Klaus, “Die Haftung des Blankettgebers aus dem abredewidrig ausgefüllten Blankett im bürgerlichen Recht- Zum BGH-Urteil vom 12. Januar 1984 — IX ZR 83/82”, Juristen Zeitung, 39. Jahrg., Nr. 12 (15. Juni 1984), s. 550-554.

RESCH, André- Pierre, Sicherungsinstrumente beim Grundstückserwerb, Tübingen 2016.

RIEDER, Markus S., Die Rechtsscheinhaftung im elektronischen Geschäftsverkehr, Berlin 2004.

ROBERTO, Vito/KUZNIAR, Nadia, “Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung”, AJP 11/2019, s. 1105-1111.

RUEGG, Erich, Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Freiburg 1990.

RUSCH, Arnold F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Zurich 2010.

SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

SARI, Suat, Alikoyma Hakkı, İstanbul 1997.

SCHMID, Jürg, “*Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs Vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht*”, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, s. 111- 119.

SCHNEIDER, Matthias, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet, Peter Lang, 2015.

SCHNELL, Daniel, Signaturmissbrauch und Rechtsscheinhaftung, Berlin 2007, Zugl.: München, Univ., Diss., 2006.

SCHUBERT, Cladua, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Auflage 2021.

SCHWENZER, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern, 2020.

SELTHER, Wolfgang, Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsscheinsprinzips im deutschen Zivilrecht, Hamburg 2006.

SEROZAN, Rona, ““Culpa in Contrahendo”, “Akden Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD 1968, s.108 – 129.

SEROZAN, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2007 (Kısaltma: Taşınır Eşya).

SEYHAN, Ahmet, Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, Ankara 2023.

SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.

SOERGEL, Hans-Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 2, Allgemeiner Teil 2: §§ 104-240 BGB, 1999.

SPINDLER, Gerald / SCHUSTER, Fabian, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2019.

SPIEGELHALDER, Torsten, Rechtsscheinhaftung im Stellvertretungsrecht bei der Verwendung elektronischer Signaturen, Hamburg 2007, Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2006.

STADLER, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl., München 2020.

STAMM, Jürgen, “Schuldnerschutz und Rechtskrafterstreckung bei Unkenntnis der Abtretung”, NJW 2016, s. 2369- 2380.

STARK, Emil W./LINDENMANN, Barbara, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. Auflage, Bern 2016. (BernKomm-Stark/Lindenmann)

STOLL, Heinrich, Haftung aus Bescheinigung, AcP135, 1932, s.89-116.

ŞAHİNCİ, Ayşen: “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması (TMK. Md. 199)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S.2, 2010, s. 309-334.

ŞENGÜL, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, Ankara 2013.

ŞIPKA, Şükran, “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları”, MHB, C. 35, S. 1, s. 47-58.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C.I, 5. Bası, İstanbul 1989 (Kısaltma: Tekinay Eşya).

TERCIER, Pierre/ PICHONAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

THORN, Karsten, Der Mobiliärerwerb vom Nichtberechtigten, Baden- Baden 1996.

TIEDTKE, Klaus, Gutgläubiger Erwerb im bürgerlichen Recht, im Handels- und Wertpapierrecht sowie in der Zwangsvollstreckung, Berlin 1985.

TOPUZ, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.

TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994.

ULUSOY, Yasin, “Beyaza İmza” *AÜEHFD*, C. VIII, S. 3-4 (2004), s. 471-499.

ÜÇER, Mehmet, “Roma Hukuku’nda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, *AÜHFD* 2005, C.54, S.3, s.397-443.

ÜLGEN, Hüseyin, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005.

ÜREM, Merve, Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Hâkim Kararı ile Sınırlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

VARDAR HAMACIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.

VIEWEG, Klaus / LORZ, Sigrid, Sachenrecht, 9., neu bearbeitete Aufl., München 2022.

VOLMER, Hannah, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen erwerb, Bochum 2018.

WATTER, Rolf, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Widmer Lüchinger, Corinne/ Oser, David (Hrsg.), 7. Auflage, Basel Genf München 2019.

WERBA, Ulf, Die Willenserklärung ohne Willen, Berlin 2005.

WESTERMANN, Harm Peter/GURSKY, Karl-Heinz /EICKMANN, Dieter, Sachenrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2011.

WIEGAND, Wolfgang, "Vertrauensentsprechung", Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, s. 819-838.

WIEGAND, Wolfgang, Rechtsschein und Vertrauen, in: Hof, Hagen/ Kummer, Hans/ Weingart, Peter (Hrsg), Recht und Verhalten, 1994, s. 183-198 (Kısaltma: Rechtsschein).

WILHELM, Jan, Sachenrecht, 4., völlig neu bearbeitete Aufl., Göttingen 2010.

WOLF, Manfred/ WELLENHOFER, Marina, Sachenrecht, 33. Aufl., München 2018.

YILDIRIM, Abdülkerim, Türk Hukukunda Tapuya Güven Yoluyla Ayni Hak Kazanımı (TMK m. 1023), Ankara 2016.

YILMAZ, Asuman, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010.

ZÄCH, Roger/ KUNZLER, Adrian, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI., 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40 OR), 2. Aufl., Bern 2014).

ZHANG, Shuanggen, Das Publizitätsprinzip und der rechtsgeschäftliche Mobiliarerwerb, Berlin 2004.

ZIKOS, Georg, Die Vollmacht nach schweizerischem Recht, Dissertation (1966).

ZWEIGERT, Konrad, “Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb”, RabelsZ 23 (1958), S. 1–20.

