

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

**VEKİLİN MÜVEKKİLİN TALİMATLARINA UYMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Yüksek Lisans Tezi

Leyla TEKİN

İstanbul, 2010

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

**VEKİLİN MÜVEKKİLİN TALİMATLARINA UYMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Yüksek Lisans Tezi

Leyla TEKİN
Danışman: DOÇ. DR. Burak ÖZEN

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

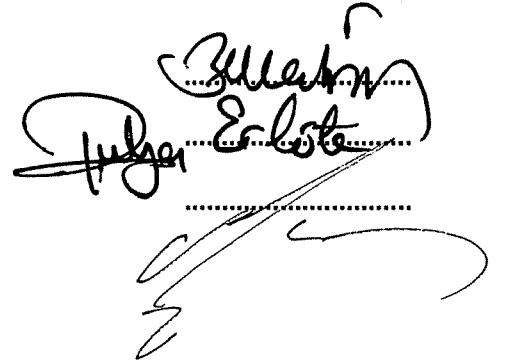
HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
LEYLA TEKİN' nin VEKİLİN MÜVEKKİLİN TALİMATLARINA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2010 tarih ve 2010-14/19 sayılı
kararıyla ile oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi
olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 20.1.2011

- 1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. BURAK ÖZEN
2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. FULYA ERLÜLE
3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. M.ALPER GÜMÜŞ


.....
.....

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Leyla Tekin
Ana Bilim Dalı	: Hukuk
Programı	: Özel Hukuk
Tez Danışmanı	: Doç. Dr. Burak ÖZEN
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans-Aralık 2010
Anahtar Kelimeler	: Vekalet sözleşmesi, vekil, talimat, borç, yükümlülük.

ÖZ

Vekilin müvekkilin talimatların uyma yükümlülüğü konulu yüksek lisans tez çalışmasında, vekilin vekalet sözleşmesinden doğan talimata uyma yükümlülüğü, tüm yönleriyle incelenmiştir. Tez üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde; vekalet sözleşmesinin unsurları, temsil ve vekalet sözleşmesi arasındaki ilişki incelenmiştir.

İkinci bölümde; talimat kavramı, talimat kavramının hukuki niteliği, türleri, talimat verme yetkisi ve talimatın muhatabı başlıkları detaylandırılmıştır.

Üçüncü bölümde ise; talimata uyma yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları üzerinde durulmuştur.

GENERAL INFORMATION

Name and Surname : Leyla Tekin
Department : Department Of Law
Program : Private Law
Thesis Advisor : Doç. Dr. Burak ÖZEN
Thesis Type and Date : Post Graduate Thesis-December, 2010
Keywords : Attorney agreement, attorney, instruction, obligation, liability.

ABSTRACT

In this post graduate thesis themed “attorney’s acting in accordance with the instructions of client”, attorney’s acting in accordance with the instructions of client was examined in all its parts. This thesis is composed of three main sections.

In the first section; the relations among attorney agreement, representation and the elements of attorney agreement was examined.

In the second section; the concept of instruction, the qualifications of the concept of instruction, types of instruction, the power to give instructions and the addressee of instruction topics were detailed.

In the third section; the results of the violation of the obligation to comply with the instructions was examined.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	1
KISLALTMALAR.....	4
KAYNAKÇA.....	5
GİRİŞ.....	11

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VEKÂLET SÖZLEŞMESİ VE TEMSİL – VEKÂLET İLİŞKİSİ

§ 1- VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, ÖZELLİKLERİ ... 12

I. GENEL OLARAK	12
II. UNSURLARI.....	15
A. GENEL OLARAK.....	15
B. ZORUNLU UNSURLAR.....	16
1. İş Görme	16
2. İşin, İş Sahibinin Yararına ve İradesine Uygun Görülmesi.....	27
3. İşin, Sonucun Gerçekleşmemesi Rizikosu Üstlenilmeksizin ve Bağımsız Olarak Görülmesi.....	31
4. Tarafların Anlaşması	33
C. ZORUNLULUĞU TARTIŞMALI UNSURLAR.....	36
1. Ücret	36
2. Tarafların Sözleşmeyi Her Zaman Sonlandırabilme Olanakları.....	39
III. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI.....	45
IV. TANIM.....	48

§ 2- TEMSİL – VEKALET SÖZLEŞMESİ İLİŞKİSİ..... 48

I. TEMSİL - VEKALET SÖZLEŞMESİ İLİŞKİSİ	48
II. TALİMAT KAVRAMININ TEMSİL İLİŞKİSİNDEKİ ANLAM VE İŞLEVİ... 50	

A. GENEL OLARAK.....	50
B. TALİMATIN TEMSİL YETKİSİ ÜZREİNDEKİ ETKİSİ.....	52
C. TALİMATA AYKIRI YAPILAN İŞLEMİN HUKUKİ DURUMU	53

İKİNCİ BÖLÜM

TALİMAT KAVRAMI, TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ, TALİMATA AYKIRILIĞIN SORUMLULUK GEREKTİRMEMESİ

§1- TALİMAT KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ, TALİMAT TÜRLERİ, TALİMAT VERME YETKİSİ, TALİMATIN MUHATABI..... 54

I. TALİMAT KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	54
A. TALİMAT KAVRAMI	54
1. Genel Olarak.....	54
2. Vekalet Sözleşmesinde Talimat.....	55
B. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	58
II. TALİMAT TÜRLERİ.....	63
A. GENEL OLARAK.....	63
B. MUTLAK BAĞLAYICI TALİMAT.....	65
C. NİSBİ BAĞLAYICI TALİMAT	67
III. TALİMAT VERME YETKİSİ VE SINIRLARI.....	69
A. GENEL OLARAK.....	69
B. MÜVEKKİL	69
C. KÜLLİ HALEFLER	72
D. LEHİNE VEKALET SÖZLEŞMESİ YAPILAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ	77
IV. TALİMATIN MUHATABI	80
A. VEKİL	80
B. ALT VEKİL.....	81

§2- TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, HUKUKİ NİTELİĞİ, TALİMATA AYKIRILIĞIN SORUMLULUK GEREKTİMEMESİ	82
I. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	82
A. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	82
1. Genel olarak	82
2. Talimata Uyma Yükümlülüğünün Sadakat ve Özen Borcu İle İlişkisi	84
B. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ	87
II. TALİMATA UYMAMANIN SORUMLULUK GEREKTİRMEMESİ	89
A. GENEL OLARAK	89
B. TALİMATIN İMKANSIZLIK, HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRILIK YADA İRADE SAKATLIĞI NEDENİYLE GEÇERSİZ OLMASI	91
1. Talimatın İmkansız, Hukuka veya Ahlaka Aykırı Olması	91
2. Talimatın Sakatlanmış İradenin Ürünü Olması	99
C. TALİMATIN VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE ULAŞILMAK İSTENEN AMACA UYGUN OLMAMASI	104
1. Talimatın Amaca Uygun Olmaması	104
2. Müvekkilden Yeni Bir Talimat Alma İmkânının Bulunmaması	105
3. Müvekkilin Muhtemel İradesinin Talimattan Ayrılma Yönünde Olacağının Kabul Edilebilmesi	105

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§1. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN VEKALET SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN SONUÇLARI	106
I. GENEL OLARAK	106
II. MADDİ FİİLLERE YÖNELİK VEKALET SÖZLEŞMELERİNDE VEKİLİN MÜVEKKİLE KARŞI SORUMLULUĞU	108
III. HUKUKİ FİİLLERE YÖNELİK VEKALET SÖZLEŞMELERİNDE VEKİLİN MÜVEKKİLE KARŞI SORUMLULUĞU	111

**§2. HUKUKİ FİİLLERE İLİŞKİN VEKALET SÖZLEŞMELERİNDE
TALİMATA AYKIRI OLARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİ İLE YAPILAN İŞLEMİN
HUKUKİ DURUMU..... 112**

I. GENEL OLARAK	112
III. VEKİLİN DOĞRUDAN TEMSİLCİ SIFATIYLA HAREKET ETMESİ HALİNDE.....	114
IV. TALİMATA AYKIRLIĞIN TEMSİL YETKİSİNİN KÖTÜYE KULLANILMASINI TEŞKİL ETMESİ.....	116
SONUÇ	118

KISLALTMALAR

AD.	: Adalet Dergisi
AK.	: Avukatlık Kanunu
Art.	: Artikel
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dpnt.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
f.	: fıkra
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
N.	: Numara
OR.	: Obligaionenrecht
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat** : Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, İstanbul,1997.
- Akgün, M. Zerrin** : Vekalet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı, A.D. , Aralık, 1953. Y.44, S.12, s.1396 vd.
- Akbıyık, Azra Arıkan** : Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2009.
- Akipek, Şebnem** : Alt vekalet, Ankara, 2003.
- Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan** : Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2002.
- Akyol, Şener**: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976.(Üçüncü Şahıs)
- Akyol, Şener** : Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul, 2009.
- Aral, Fahrettin** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007.
- Ayan, Mehmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2007.
- Ayli, Ali** : Vekilin Vekalet İlişkisi Çerçevesinde Aldıklarını Geri Verme Borcu, Ünal Tekinalpe Armağan, C.II, İstanbul, 2003, sh. 591-611.
- Başpınar, Veysel** : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998.
- Başpınar, Veysel** : Taşınmaz Satımında Vekalet, AÜHFD, C.45, S.1-4, 1996, s.483-504
- Başpınar, Veysel** : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004.
- Becker, H.** : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren, Suat Dura, Ankara, 1993.
- Belgesay, Mustafa Reşit** : Hukuki Muamelelerde Temsil, Rıza coşkun Matbaası, İstanbul, 1941.
- Berki, Şakir** : Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.
- Bilge, Necip** : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.
- Buz, Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Canyürek, Murat** : Özellikle maddi fiillere ilişkin vekalet yönünden vekalet sözleşmesinin bazı özellikleri, Argumentum, C.1, S.10, sh. 141-146, S.12, sh. 182-187.
- Dalamanlı, Lütfi** : Borçlar Kanunu Şerhi, C.II, İş Matbaacılık, Ankara, 1977.

- Donay, Süheyl** : Vekilin Talimata Uygun ve Dürüstlükle Hareket Etme Borcu, Batider, 1970, S.4, sh. 728-749.
- Emiroğlu, Haluk** : Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD C.52, S.1, sh.101-111.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, 8. Bası, Ankara, 2003.
- Erlüle, Fulya** : Alt Vekalet, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, sh. 259-269.
- Esener, Turhan** : Borçlar Hukuku, C.I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara, 1969. (Borçlar)
- Esener, Turhan** : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1961. (Temsil)
- Gökyayla, Emre** : Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara, 2007.
- Gümüş, Mustafa Alper** : Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001.
- Güner, Semih** : Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2007.
- Gürdoğan, Burhan** : Davaya Vekalette Özel Mezuniyeti Gerektiren Haller, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, sh. 147-161.
- Gürsoy, Kemal Tahir** : Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, sh. 1-34.
- İnal, H. Tamer** : Borca Aykırılık ve Sonuçları, Papatya Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2009.
- İnceoğlu, M. Murat** : Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, on iki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, 2009.
- Karahasan, Mustafa Reşit** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, İstanbul, 2002.
- Karateke, Songül** : Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara, 2006.
- Kayhan, Eda Karataş** : Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekalet, Ankara, 2005.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Hatemi/Serozan/Arpacı)** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008. (Borçlar Genel)

Korkusuz, Refik : Avukatlık Hukukuna Giriş, Adana, 2008.

Müderisoğlu, Feridun : Avukatlıkta Ücret ve Vekalet Sözleşmesi ve içtihatlar , Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1974.

Oftinger, Karl/Jeanpretre Raymond : Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Mahkeme İçtihatları, Çeviren, Kemal Dayınarlı, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1990.

Oğuz, Arzu : Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, AÜHFD, C.41 (1989-1990), S.1-4, sh.225-284.

Oğuzman M. Kemal/ Öz M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Oğuzamn M. Kemal/Barlas, Nami : Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2008.

Oser, Hugo/Schönenberger, William: İsviçre Medeni Kanun Şerhi, C.5 Borçlar Hukuku, Birinci Kısım, Çeviren: Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1947.

Özdemir, H. Gökçe : Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş görme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Özen, Burak : Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.I, İstanbul 2001, s. 598-632.

Özkaya, Eraslan : Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Sarı, Suat : Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004.

Şahiniz, C. Salih : Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı(Emlak Komisyonculuğu - Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, Beta Basım, İstanbul, 2002.

Savaş, Abdurrahman : Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi, SÜHFD, C.8, s.583 vd.

Schwarz, Andreas B. : Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, Çeviren, Bülent Davran, İstanbul, 1948.

Seliçi, Özer : Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, s. 261-279.

Seliçi, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977. (Sürekli Borç İlişkileri)

Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı) : Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2006. (İfa)

- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul, 2006. (Borçlar Özel)
- Serozan, Rona** : Medeni Hukuk Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2008.(Medeni Hukuk)
- Serozan, Rona** : Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Sungurbey, Ayfer Kutlu** : Yetkisiz Temsil, İstanbul, 1988.
- Sungurtekin, Meral Özkan** : Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir, 1995.
- Şenocak, Zarife** : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- Şenocak, Zarife** : Yargıtayın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla, AÜHFD, C.45, Y.1996, S.1-4, s.449-451.
- Tandoğan, Haluk** :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. Bası, İstanbul, 2008. (Borçlar Özel, I)
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. Bası, Ankara, 1987. (Borçlar Özel)
- Tandoğan, Haluk** : İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırılması, İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 311-332. (İstisna)
- Tandoğan, Haluk** : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından, Vekaletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957. (Vekaletsiz İş Görme)
- Tandoğan, Haluk** : Mukayeseli Hukuk Hususiyle Türk-İsviçre-Alman Hukukları Bakımından Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.
- Tanrıver, Süha** : Genel Vekalet (Temsil) Özel Vekalet (Temsil) Ayırımı, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD, C.II, S.1-2, Y.1998, s.48-53.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2008.

Uçar, Ayhan : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Von Tuhr, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.I, Çeviren: Cevat Edege, İstanbul, 1952.

Vural, Perihan : Noterler Yönünden Temsil ve Vekalet, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, sh. 163-201.

Yalçınduran, Türker : Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara, 2004.

Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/Acar, Faruk : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 2008.

Yavuz, Cevdet : Türk İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, 1983. (Dolaylı Temsil)

Yavuz, Murat : Roma ve Türk Hukuklarında Vekalet Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2007.

Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe : Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara, 2007.

GİRİŞ

Adi vekalet sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri alanında nicelik ve çeşitlilik bakımından yaygın uygulama alanı ile özel bir öneme sahiptir. Ayrıca vekalet sözleşmelerini önemli kılan diğer bir unsur, diğer tipik, isimsiz veya karma nitelikte iş görme sözleşmeleri alanında vekalet sözleşmelerine ilişkin hükümlere tamamlayıcı bir rol biçen BK m.386/2 hükmüdür. Bizde incelememizde prensip olarak BK m.386-396 hükümleri arasında düzenlenen adi vekalet sözleşmesini esas aldık.

İnceleme konumuzu oluşturan vekilin müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğü, gerek vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişki de, gerekse hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil ile üçüncü kişi arasındaki ilişki de sonuçlar meydana getirmesi, başka bir ifade ile hem içe hem de dışa dönük etkiler doğurması sebebiyle dikkat çeker. Talimata uyma yükümlülüğü üzerine daha önce geniş çaplı bir inceleme yapılmamış olması da aynı derece de dikkat çekidir. İnceleme konumuzu belirlerken bu iki unsurun etkili olduğu söylenebilir. Nitekim talimat kavramının vekalet sözleşmesi ve temsil hukukunu birbirine bağlayan önemli tutamak noktalarından biri olduğu, gerek talimat verme hakkının, gerekse talimata uyma yükümlülüğünün her iki alanda doğrudan etkiler meydana getirdiği incelememiz neticesinde elde ettiğimiz en çarpıcı ve kalıcı bilgi olmuştur.

Bu nedenle incelememizde öncelikle vekalet sözleşmesine genel bir bakış sağlamaya, daha sonra talimat kavramını vekalet sözleşmesi ve temsil hukukunu kapsayıcı şekilde anlamlandırmaya gayret ettik. İkinci bölüm itibariyle adi vekalet sözleşmelerinde talimat kavramını çeşitli açılardan daha ayrıntılı incelemeye çalıştık. Son bölümde ise, talimata uyma yükümlülüğüne aykırılığın çift yönlü etkisi çerçevesinde sonuçlarına değindik.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VEKÂLET SÖZLEŞMESİ VE TEMSİL – VEKÂLET İLİŞKİSİ

§ 1- VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu sistematüğinde vekâlet ilişkileri, on üçüncü bapta ve üç fasıl halinde düzenlenmiştir. Birinci fasıl m.386-398 arasında yer alan ve inceleme konumuzu oluşturan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerden oluşur. İkinci fasılda, itibar mektubu ve itibar emrine; son fasılda ise tellallık sözleşmesine ilişkin hükümler yer alır. Bu düzenleniş biçimi vekâlet sözleşmesinin özellik gösteren başka türlerinin bulunduğunu gösterir. Nitekim mehzaz kanunda vekâlet ilişkilerini düzenleyen on üçüncü babı “vekâlet”, birinci bölüm ise “adi vekâlet” başlığını taşır¹. Sözünü ettiğimiz

¹ Becker, H. : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren, Suat Dura, Ankara, 1993, s. 681; Borçlar Kanunumuzun söz konusu on üçüncü babı “alelittlak vekalet”, birinci fasıl ise “vekalet” başlığını taşır. Bu durum öğretilde eleştirilmekte, “vekalet” ibaresinin, adi vekalet yanında, nitelikli vekalet hallerini de kapsadığı, bu sebeple bab başlığının “alelittlak vekalet” yerine sadece “vekalet”; birinci fasıl başlığının ise “adi vekalet” olması gerektiği savunulmaktadır. , bkz. , Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/Acar, Faruk : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 2009, s.608 , Akipek, Şebnem : Alt vekalet, Ankara, 2003, s.32 ; Bilge, Necip : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s.284 ; Gümüş, Mustafa Alper : Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s.9; Sarı, Suat : Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004, s.4, dnt. 4. , Kısmen bu görüş paralelinde Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, dokuzuncu bölüm başlığı “vekalet ilişkileri”, birinci ayırım başlığı “vekalet sözleşmesi” başlığını almıştır, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2008, s.477. Kanaatimizce de bölüm (bab) başlığında salt vekalet sözcüğü yerine “vekalet ilişkileri” ; birinci ayırım başlığında ise “vekalet sözleşmesi” söz öbeklerinin kullanılması yerindedir. Zira “vekalet” sözcüğü, özel hukuk, medeni yargılama hukuku ve icra-ıflas hukuku terminolojilerinde tamamen veya kısmen aynı kaynaktan (temsil hukuku) beslenen fakat; farklı kavramsal çerçevelere oturan görünümleriyle karşımıza çıkar. Sözleşmeler hukukunda vekalet kabaca; başkası menfaatine iş görme edimini konu alan, kimi zaman maddi eylemlere kimi zaman hukuki işlemlere yönelik, adi ve özellikli halleri bulunan sözleşmesel ilişkileri ifade eder. Buna karşılık yargılama ve takip hukuklarında, vekilin müvekkili adına yargılamaya yahut takibe ilişkin hukuki işlemleri yapabilme yetkisine, başka bir ifadeyle müvekkilin dava veya takip

sistematiik bizi, vekâlet ilişkileri açısından, adi vekâlet - nitelikli vekâlet zorunlu ayırımına götürür². İnceleme konumuz esas itibariyle adi vekâlet sözleşmesine ilişkin olmakla birlikte, çalışmanın bundan sonraki kısımlarında, gerekli haller dışında, adi vekâlet sözleşmesi yerine vekalet sözleşmesi ifadesi kullanılacaktır.

BK m.386 vekalet sözleşmesinin tarifine ilişkindir : “*Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediğı hizmetin ifasını iltizam eyler.*

Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.

Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur.” Vekalet sözleşmesinin yasal tanımı esas itibariyle BK. m.386/I’ de yer alır. Madde de geçen “işin idaresi” ve “hizmetin ifası” kavramları, iş görme kavramı içinde toplanır³. Buradan hareketle vekalet sözleşmesi, vekile başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu yükleyen sözleşmedir⁴.

Öğretide haklı olarak bu tanımın vekalet sözleşmesini tüm unsurları ile çevrelemediğı, diğer iş görme sözleşmelerinden yeterince ayırt etmediğı belirtilmiş ve çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Kimi yazarlar vekalet sözleşmesini 386. maddenin

sürecinde kendi adına hukuki işlem veya hukuki işlem benzerleri yapabilmesi için müvekkile tek taraflı işlemle verdiği temsil yetkisine karşılık gelir, bkz., Kayhan, Eda Karataş : Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekalet (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2005, s.1 vd. ; Müderrisoğlu, Feridun : Avukatlıkta Ücret ve Vekalet Sözleşmesi ve içtihatlar , Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1974, s. 15 ; Vural, Perihan : Noterler Yönünden Temsil ve Vekalet, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, sh. 163-201, s. 264.

² Gümüş, s.9; Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe : Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara, 2007, s. 339; Şahiniz, C. Salih : Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı(Emlak Komisyonculuğı - Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, Beta Basım, İstanbul, 2002, s.20.

³ Aral, Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 389; Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. Bası, Ankara, 1987, s. 355; Bilge, s.285.

⁴ Tandoğan, Borçlar Özel s. 355 ; Zevkliler/Havutçu, s. 335.

diğer fıkralarını da dikkate alarak tanımlama yoluna gitmişlerdir: Yavuz’a göre; “vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği iş yönetmeyi ya da hizmet ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birisinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlardan ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir.⁵” Sarı’ya göre; “vekalet sözleşmesinin, vekilin ücretli veya ücretsiz şekilde, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun, ancak belirli ölçüde bağımsız olarak, bir iş veya işlemi yerine getirmeye yönelik amaca uygun özenli faaliyette bulunma yükümlülüğü altına girdiği bir sözleşme olduğu söylenebilir.⁶”

Tandoğan’a göre; “vekalet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir işi veya hizmeti görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler⁷.” Bu tanım diğerlerinden farklı olarak, iş görme borcunun diğer bir tipik iş görme sözleşmesinin konusuna girip girmediğini ve/veya vekilin işi ücret karşılığında yapıp yapmadığını, vekalet sözleşmesinin unsuru haline getirmemektedir. Öğretide baskın görüş bu tanıma esas almaktadır⁸.

Kanaatimizce, vekalet sözleşmesi tüm unsur ve özellikleri ile incelendikten sonra yapılacak bir tanım daha sağlıklı olacaktır. Bu nedenle en baştan verilen bir tanımdan hareket etmek yerine, tümevarım yöntemi esas alınacak, böylece kabul edilecek veya orijinal olarak yapılacak olan tanımın gerekçeleri de kendiliğinden ortaya çıkmış olacaktır.

⁵ Yavuz/Özen/Acar, s. 608.

⁶ Sarı, Suat : Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004, s. 36.

⁷ Tandoğan, Borçlar Özel s. 356.

⁸ Başpınar, Veysel : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004, s. 69; Akipek, 31.

II. UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

Bir sözleşmenin unsurları ve bu unsurlardan hangilerinin zorunlu olduğunun belirlenmesi önem arz eder. Zira zorunlu unsurlar sözleşmenin tipik sözleşmelerden olup olmadığını, eğer tipik bir sözleşme ile karşı karşıya isek, bunun hangi yasal tipe girdiğini ortaya koyar, başka bir ifade ile sözleşmeyi karakterize eder, isimlendirirler⁹. Bunun yanında, sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların uyuşması gereken asgari alan sözleşmenin zorunlu unsurlarıdır¹⁰.

Buradan hareketle, vekalet sözleşmesinin unsurlarına ilişkin, öğretide ortaya konan farklı görüşler de dikkate alınarak, ikili bir ayrıma gitmek uygun olur kanaatindeyiz. Bu çerçevede öncelikle vekalet sözleşmesinin zorunlu oldukları konusunda tartışma bulunmayan unsurlarını, ardından zorunluluğu tartışmalı unsurlarını inceleyeceğiz. Bu ikinci kategori içinde, tarafların sözleşmeyi tek taraflı sonlandırabilme olanağını, gerek BK m.386/2 hükmü gerekse müvekkilin talimat verme hakkından feragat edip edemeyeceği meselesi ile bağlantılı olduğundan, nispeten daha

⁹ Serazan, Rona : Medeni Hukuk Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2008, s.313, N.4. Bir sözleşmenin zorunlu unsurlarının belirlenmesi gerekliliği; sözleşmenin kurulabilmesi için, taraflarının irade beyanları arasında karşılıklı uygunluk arayan BK. m.1/1 ile; bu uygunluğun sözleşmenin esaslı noktalarını kapsamaması zorunlu kılan BK m.2/1'den kaynaklanır. Tipik bir sözleşmenin mevcut sayılabilmesi için zorunlu olan unsurlar, sözleşmenin objektif açıdan esaslı noktalarını(essentialia negotii) oluştururlar, bkz. , Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Hatemi/Serozan/Arpacı) : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s.17; Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, 8. Bası, Ankara, 2003, s.210. Vekalet sözleşmesinin unsurları üst başlığı altında inceleyeceğimiz unsurlar işte bu kapsamdadır. Fakat unutmamak gerekir ki, yasa da asgari uyuşma kapsamında olması aranan esaslı noktaların içine sübjektif açıdan esaslı noktalar da girer. Bu noktalar objektif açıdan ikincil nitelikte olmakla birlikte, taraflardan biri veya ikisi açısından sözleşmenin yapılması için olmazsa olmaz noktalardır. Sözleşmenin esaslı noktaları ile ikincil (yan) noktaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. , Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 174 vd. ; Eren, s.210 vd. ; Oğuzman M. Kemal/ Öz M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 64.

¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 173; Oftinger, Karl/Jeanpretre Raymond : Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Mahkeme İçtihatları, Çeviren, Kemal Dayıncı, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1990, s. 24; Oğuzman/Öz, s.64.

kapsamlı inceleyeceğiz. Vekalet sözleşmesinin özelliklerine ve unsurlarına ilişkin inceleme, bu sözleşmenin benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi için yol gösterici olacaktır.

B. ZORUNLU UNSURLAR

1. İş Görme

BK m. 386/I; “Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler” hükmü, vekalet sözleşmesi ile vekilin bir işin idaresi yahut hizmetin ifası borcu altına girdiğini belirtir. Yasal tarifte yer alan “işin idaresi” ve “hizmetin ifası” kavramları “iş görme” üst kavramı kapsamındadır¹¹. Vekalet sözleşmesi bağlamında iş görme kavramı, bünyesinde hukuki işlemleri, hukuki işlem benzerlerini ve maddi fiilleri barındırır¹². Vekalet sözleşmesi ile vekil, müvekkiline karşı bir iş görme borcu altına girer. İş görme borcu bu sözleşmenin objektif açıdan esaslı noktasıdır. Aynı zamanda işin görülmesine yönelik edim yükümü vekalet sözleşmesinin asli edim yükümüdür¹³. Bunun sonucu olarak vekalet sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir.

¹¹ Tandoğan, Borçlar Özel s. 355; Aral, s. 389. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu metninde “hizmetin ifası” kavramı yer almıyordu. Salt “işin idaresi” kavramının maddi fiillerin yapılmasına yönelik vekalet sözleşmelerini olanaksız kılacağı düşüncesiyle, Mehaz kanunda 1911 yılında yapılan revizyonla maddeye “hizmetin ifası” ibaresi eklendi, bkz. , Aral, s. 390; Becker, m.394, N.7;Yavuz/Özen/Acar, s.609. Böylece vekalet sözleşmesinin konusunu hukuki işlem ve hukuki işlem benzerlerinin yanı sıra maddi fiillerin de oluşturması, vekalet sözleşmesinin uygulama alanının genişlemesi sağlanmıştır, bkz. , Becker, m.394, N.7; Bilge, s.285; Başpınar, s.71.

¹² Tandoğan, Borçlar Özel s. 356; Aral, 390 vd. ; Yavuz/Özen/Acar, s.609; Akipek, s.32; Başpınar, s.71; Bilge, s.285 vd.; Özkaya, Eraslan : Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.19; Savaş, Abdurrahman : Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi, SÜHFD, C.8, s.583-613, s.585;

¹³ Edim(eda) kavramının her zaman bir borcun konusunu teşkil etmesi gerekmez. Edim, bir başkası yararına bedeni, fikri veya mali bir harcama anlamına gelir, fakat; her zaman borçlanılmış olması gerekmez. Geçersiz sebebe dayanan edim zenginleşmesinde durum böyledir, bkz., Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §3, N.2. Bununla birlikte her borç bir edimin yerine getirilmesini gerektirir. Bir edimin yerine getirilmesi bir borcun konusunu teşkil ediyorsa artık edim yükümünden bahsederiz. Karşımıza çıkan

Vekalet sözleşmesi açısından iş görme ediminin niteliği üzerinde durmak gerekir. Bilindiği gibi edimler, borçluya yükledikleri davranış biçimine göre olumlu-olumsuz edimler ayrımına tabi tutulur. Olumlu(müspet) edimlerde borçlu edimini yerine getirirken aktif durumdadır. Klasik ifade ile bir şey “vermek” veya bir şey “yapmak” durumundadır¹⁴. Şu halde vermeyen veya yapmayan; gereği gibi vermeyen veya gereği gibi yapmayan olumlu edim yükümlüsü, borcunu ifa etmemiştir. Olumsuz(menfi) edimlerde ise, borçlu pasif durumdadır. Borçlu bu halde; genel kurallara göre yapmaya yetkili olduğu bir eylem veya işlemi yapmamak¹⁵ veya genel kurallara göre karşı koyma

hemen her sözleşme ilişkisinde birden fazla borç, dolayısıyla birden fazla edim yükümü bulunur. İşte bu edim yükümlerinden bazıları sözleşme ile elde edilmek istenen amacın gerçekleştirilmesinde birincil vasıtalar ve asli edim yükümü adını alırlar. Bu çerçevede asli edim yükümü, sözleşme ile gerçekleştirilmek istenen amaca doğrudan hizmet eden, sözleşmenin tipini belirleyen ve ifası doğrudan dava edilebilen edim yükümüdür, Eren, s.32; İnal, H. Tamer : Borca Aykırılık ve Sonuçları, Papatya Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2009, s.194 vd.;Buradan hareketle vekalet sözleşmesinde vekilin asli edim yükümünün bir işin görülmesi olduğu tartışma götürmez bir gerçektir. Buna karşılık bazı yazarlar, bedeni ve/veya fikri faaliyette bulunma ediminin aynı zamanda hizmet sözleşmesinin konusunu da oluşturacağı, dolayısıyla iş görmenin vekalet sözleşmesini karakterize edici niteliği bulunmadığını ileri sürmektedirler, bkz. Fellmann, Walter: Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationrecht, Band VI, 2.Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4.Teilband, Der Einfache Auftrag, Art.394-406 OR, Bern 1992, Art.334,N.113, naklen Akipek, s.32, dñn.5; Sarı, s. 7,8, Bir sözleşmenin iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, sözleşme taraflarından birinin iş görme taahhüdünde bulunmuş olmasına bağlıdır. Sonraki aşama da iş görme ediminin yerine getiriliş biçimi, iş sahibinin işin görülüş sürecindeki rolü gibi hususlar açısından değerlendirme yapılarak, sözleşmenin iş görme sözleşmeleri içinde nereye oturduğu tespit edilir. Şu halde tek başına iş görme edimi hiçbir iş görme sözleşmesini karakterize edici nitelikte değildir. Eser kavramının kapsamının genişletilmesine ilişkin eğilimler de dikkate alındığında, bu yargı daha da kendini gösterecektir. Tipik iş görme sözleşmelerinin birbirlerine yakın sınırlarda dolaşmaları, kendine özgü yahut karma nitelikte iş görme sözleşmelerinin varlığı, iş görme ediminin esasen hizmet sözleşmesini karakterize ettiği yolunda ki fikri makul olmaktan uzaklaştırmış görünmektedir. Dolayısıyla sözleşmeyi karakterize eden iş görme edimi, yalın anlamıyla iş görme fiili değil, tabiri caiz ise o sözleşmeye has diğer unsurlarla bezenmiş iş görme edimidir.

¹⁴ Kocayusufoşaoğlu, Borçlar Genel, §4, N.5; Eren, s.95; Ayan, Mehmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s.21. Öğretide yapma kelimesi, hem vermeyi hem de yapmayı içine alacak şekilde kullanılmaktadır.

¹⁵ Tek satıcılık sözleşmesinde, yapımıcı ürünlerini, sözleşmeyle kararlaştırılan belirli bir bölgede tekel olarak pazarlaması konusunda tek satıcı ile anlaşır, Serozan, Rona : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel

yetkisi bulunan bir eylem veya işleme katlanmak¹⁶ yükümü altındadır¹⁷. Olumsuz edim kanundan veya sözleşmeden doğabilir¹⁸. Özetlemek gerekirse, olumlu edim yükümlüsü, verme veya yapma ; olumsuz edim yükümlüsü ise, yapmama veya katlanma yükümü altındadır¹⁹. Bu açıklamalar çerçevesinde vekalet sözleşmesinde iş görme borcu altındaki vekil, olumlu edim yükümlüsüdür²⁰. Zira vekil sözleşme ile iş sahibinin işinin görülmesi için çalışmayı taahhüt etmiştir. Vekalet sözleşmesinde vekilin asli edimi hiçbir zaman, yapmama veya katlanma şeklinde tezahür edemez²¹. Bu durum vekalet sözleşmesinin doğası gereğidir.

Olumlu edimler öğretide, şahsi edim- maddi edim ayrımına tabi tutulmaktadır. Edim yükümlüsü, yükümünü yerine getirirken bedeni veya fikri gücünü ya da her ikisini birden kullanıyorsa şahsi(kişisel) edim; yükümünü malvarlığı ile yerine getiriyorsa maddi(şeye ilişkin) edim söz konusudur²². Bu açıklamadan hareketle vekilin iş görme yükümünün şahsi edim yükümü olduğu sonucuna varabiliriz. Zira vekil, iş sahibinin sözleşme ile amaçladığı sonucun elde edilmesi için bedeni ve/veya fikri faaliyette

Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul, 2006, s.81. Şu halde yapımcının sözleşme ile kararlaştırılan bölgede, tek satıcı dışında başka bir satıcıya mal göndermeme veya aksi kararlaştırılmadıkça bu bölgede doğrudan satış yapmama yükümlülüğü vardır.

¹⁶ Kira sözleşmesinde kiralayan, kiracının kiralananı kullanmasına katlanmak durumundadır. Kiralayanın aynı zamanda malik olması ihtimalinde, mülkiyet hakkına bu türden bir müdahaleye karşı koyma hakkı var iken, kira sözleşmesi ile bu müdahaleye(kiracının kiralanan şeyi kullanımı) katlanma borcu altına girmiştir.

¹⁷ Eren, s.95.

¹⁸ Eren, s.95.

¹⁹ Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı) : Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2006, §7, N.1.

²⁰ Becker, m.394, N.6.

²¹ Tandoğan, Borçlar Özel s. 355; Aral, s.391; Yavuz/Özen/Acar s.610; Sarı, s.15. Altı bir kez daha çizilmesi gereken husus vekalet sözleşmesinde asli edim yükümünün olumsuz nitelikte olmayacağıdır. Yan yükümler açısından olumsuz edimler söz konusu olabilir, bkz. Aral, s.391.

²² Maddi edim- şahsi edim ayrımı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. , Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §3, N.5; Eren, s.97 vd, Serozan, İfa, §7, N.1.

bulunmayı, veya belirli bir malın, işin yönetilmesi için iş sahibi yararına genel bir faaliyette bulunmayı taahhüt etmektedir²³.

Vekalet sözleşmesinin ani edimli veya sürekli edimli bir borç ilişkisi olup olmadığının üzerinde durmak gerekir. Borç ilişkilerinin ani veya sürekli edimli olup olmadığı açısından hakim görüş alacaklının ifaya olan menfaati ölçütünü esas almaktadır²⁴. Bu ölçütün kabulü halinde vekalet sözleşmesini genel bir nitelendirmeye tabi tutmak doğru olmayacaktır. Örneğin müvekkilin bir taşınmazının idaresi amacıyla yaptığı vekalet sözleşmesinde, ifaya olan menfaati zamana yayılmış durumdadır. Taşınmazın idare edilmesi ihtiyacı devam ettiği sürece vekilin iş görme edimi devam eder. Bu ihtimalde vekalet sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi niteliği taşır. Burada, taşınmazın idare edilmesi için öngörülen veya fiili olarak idare edilmiş bulunan sürenin uzunluğu-kısalığı ölçüt değildir. Buna karşılık örneğin müvekkil bir taşınmazının satışını sağlamak amacıyla vekalet sözleşmesi yapmış ise, taşınmazın satılmasıyla edime olan menfaat elde edilmiş olur. Bu ihtimalde vekalet sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi niteliği taşır²⁵. Diğer bir görüşe göre ise, borç ilişkisinin niteliği belirlenirken, asli edimlerden en az birinin sürekli olup olmadığı belirlenmelidir. Sürekli nitelikteki asli edim borçlusunun, edimin yerine getirilmesine yönelik fiilleri esas alınmalıdır²⁶. Bu

²³ Sarı, s.13; Gümüş, s.14; Başpınar, s.67,68.

²⁴ Bir borç ilişkisinin ani edimli mi sürekli edimli mi olduğunun belirlenmesi açısından ölçüt, alacaklının edimin yerine getirilmesindeki menfaatinin zamana yayılmış olup olmadığına göre belirlenir, bkz. Seliçi, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 7 vd. ; Oğuzman/Öz, s.9.

²⁵ Başpınar, s.67 vd. ; Sarı, s.43, dpnt. 18.

²⁶ Serozan, Rona : Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 163, Serozan, sürekli sözleşme ilişkilerinin çerçevesini ortaya koyarken, borçlunun edim fiilleri açısından bir değerlendirme yapmak gerektiğini söyler. Böylece bir eser sözleşmesi dahi, müteahhidin eseri meydana getirme sürecinde gerçekleştirdiği edim fiilleri dikkate alınarak sürekli borç ilişkisi niteliğine bürünebilecektir. Ani edimli sözleşme ilişkilerinde ve klasik dönme kuramı çerçevesinde sözleşmeden dönme, sözleşme ilişkisini en başa dönülecek şekilde ortadan kaldırma amacının ilk adımıdır, daha sonra sebepsiz zenginleşme hükümleri devreye girer. Serozan'ın da benimsediği yeni dönme kuramında ise, dönme ile mevcut sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayıp bir iade(çözülme) ilişkisine dönüşür. Dolayısıyla tarafların iade talepleri sözleşmesel niteliktedir. Bununla birlikte hangi görüş benimsenirse benimsensin dönme ile amaçlanan, sözleşme yapılmadan önceki hale dönüştür. Sürekli borç ilişkilerinde ise, bir kez sözleşmenin

görüş esas alındığında vekalet sözleşmesinin, nadir haller dışında sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu sonucuna varılır. Zira vekalet sözleşmesini karakterize eden asli edim vekilin özenli faaliyette bulunma borcudur. Müvekkilin ifaya olan menfaati, bir taşınmaz satımını konu alan vekalet sözleşmelerinde olduğu gibi, ani nitelikte olsa bile, vekilin bu sonucu gerçekleştirmeye yönelik edim fiili çoğu kez zamana yayılmış durumdadır. Taşınmaz için müşteri bulmak, bu kimseyle müvekkil adına ve/veya hesabına sözleşme müzakereleri yapmak, üstelik bunları sadakat ve özenle yapmak gibi. Şu halde bir taşınmaz satımını, yahut bir hukuki mütalaa verilmesini konu alan vekalet sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu sonucuna pekala varılabilir. Buna karşılık bir bankanın havale için müvekkilce verilen ödeme talimatını yerine getirmesi halinde, vekalet sözleşmesinin ani edimli olduğunda şüphe yoktur. Vekalet sözleşmesi açısından ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, vekalet sözleşmesi ile vekil her zaman özenli bir faaliyet yürütmeyi borçlanır. Vekil amaca uygun ve özenli faaliyette bulunmakla yani edim fiili ile sorumludur. Edim sonucu sorumluluk kapsamında değildir. Bu nedenle vekalet sözleşmesi zorunlu olarak ve her zaman sürekli borç ilişkisi niteliğindedir²⁷. Kanaatimizce vekalet sözleşmesi çoğunlukla sürekli borç ilişkisi niteliğini haizdir. Zira tek bir sonuca yönelik olsa dahi, o sonucu elde etmek için vekil tarafından çoğu kez zamana yayılmış bir faaliyet gösterilmesini gerekli kılar. Buna karşılık yukarıda verdiğimiz havale örneğinde, havale eden söz konusu bankanın sürekli müşterisi olmamak kaydıyla, banka ile havale eden arasındaki vekalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğunun kabulü zor görünmektedir.

ifası sürecine girildikten sonra artık sözleşme öncesi durumun yeniden tesisi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla dönme kurumu sürekli borç ilişkileri alanında kendine yer bulamaz. Sürekli borç ilişkileri, kullanıldığı ana kadar yerine getirilmiş edimlerin geçerliliklerine dokunmayan fesih hakkının kullanılmasıyla sona erdirilebilirler. Bu fikrin ardında, alacaklının ifaya olan menfaati ölçütü ile ani edimli olarak kabul edilecek kimi sözleşme ilişkilerinin, dönme kurumu ile çözülmesinin adil neticeler vermeyeceği düşüncesi göze çarpmaktadır. Eser sözleşmesi örneğinde olduğu gibi, müteahhidin nesnel edim sonucu olan eseri meydana getirmek için bir çok edim fiillerini de içine alan bir organizasyona giriştiği dikkate alınmalıdır. Bu türden bir ilişkinin dönme eliyle sözleşme öncesi hale getirilmeye çalışılması adil olmayan neticeler verecektir. Şu halde tüm bu zamana yayılarak yerine getirilen edimler açısından sözleşme sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 162-177.

²⁷ Gümüş, s.24 ve dpnt 71’de anılan yazarlar.

Dikkat edilirse burada borçlunun sorumlu olduğu edim fiili de tek bir işlemle gerçekleşmektedir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinin nadiren de olsa ani edimli borç ilişkisi niteliğini haiz olabileceğini düşünmekteyiz.

Vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek iş görmeler şüphesiz sayma yöntemi ile sınırlanamayacak kadar çeşitlidir. Bunun yerine görülen işin niteliğine göre bir kategorizasyona gidilebilir. BK m.386/I'de ki yasal tarifte yer alan “işin idaresi” ve “hizmetin ifası” kavramları, bu kategorizasyona bir temel oluşturmaktadır. Görülmesi amaçlanan işin niteliğine göre vekalet sözleşmesi hukuki işlemlere veya hukuki işlem benzerlerine yönelik olabileceği gibi maddi fiillere yönelik de olabilir²⁸. Özellikle inceleme konumuz olan talimata uygun davranma borcuna aykırılığın neticeleri açısından, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmesi - maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmesi şeklinde ki sınıflandırma, teorik temelden yoksun olmadığı gibi, pratik faydalar da sağlayacaktır.

Hukuki fiillere²⁹ yönelik vekalet sözleşmelerinde sözleşmenin konusunu, satım

²⁸ Tandoğan, Borçlar Özel s. 356; Fransa, İtalya ve Avusturya Medeni Kanunları maddi eylemlere yönelik vekalet sözleşmeleri yapılmasına olanak vermemiştir. Sözü geçen hukuk sistemlerinde vekalet sözleşmesi yalnızca hukuki işlem veya hukuki işlem benzerlerine yönelik olarak yapılabileceğinden, vekalet sözleşmesi ve temsil daima bir arada bulunur. Başka bir ifade ile ortada bir vekalet sözleşmesi varsa, bu daima temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkidir. Buna karşılık, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında vekalet sözleşmesi hukuki işlem ve benzerlerine yönelik olabileceği maddi eylemlere yönelik de olabilir. Bu nedenle vekalet sözleşmesi temsilden ayrılmaktadır; bkz. Tandoğan, Borçlar Özel s. 357; Esener, Turhan : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1961, s.61.

²⁹ Hukuki fiiller, insanın iradesi ile meydana gelen ve hukukun sonuç bağladığı davranışlardır. Hukuka uygun veya aykırı şekilde tezahür edebilirler. Hukuka aykırı fiiller, failin sorumluluğunu gerektirirler. Hukuka uygun fiiller ise, bünyesinde hukuki işlemleri ve hukuki işlem benzerlerini barındırırlar. Hukuka uygun bir irade açıklamasına, hukuk düzenince beyanda bulunanın arzusuna uygun sonuç bağlanıyorsa hukuki işlemin varlığından söz edilir. Hileye uğrayanın iptal beyanında bulunması örneğinde, hukuk düzeni bu beyana, beyanda bulunanın arzusuna uygun sonucu bağlayarak, onu sözleşme ilişkisinden kurtarmaktadır. Buna karşılık failin arzusu dikkate alınmaksızın hukukun sonuç bağladığı hukuka uygun irade açıklamaları, hukuki işlem benzerleridir. Sadece alacağını tahsil etmek amacıyla borçluya ihtar çeken alacaklının arzusu önemli olmaksızın, ihtar neticesinde borçlu temerrüde düşer, eğer ortada bir para alacağı varsa, borçlu aleyhine temerrüt faizi işler, bkz. Oğuzamn M. Kemal/Barlas, Nami : Medeni Hukuk, Giriş,

sözleşmesi, kira sözleşmesi, alacağın temliki, ayıp nedeniyle satım sözleşmesinden dönme, seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılması gibi çok çeşitli hukuki işlemler; yahut borçluya mehil tayini, ayıp ihbarında bulunulması, temerrüt ihtarında bulunulması gibi hukuki işlem benzerleri oluşturabilir³⁰. Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil, müvekkilin doğrudan veya dolaylı temsilcisi sıfatıyla hareket edebilir³¹. Bu nedenle hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri, temsil yetkisinin ardındaki temel ilişkiyi oluştururlar. Vekil, müvekkili adına veya hesabına haklar kazanır, borçlar yüklenir. Vekalet sözleşmesi tek bir hukuki işlem veya hukuki işlem benzerinin gerçekleştirilmesine yönelik olabileceği gibi, birden çok hukuki işlem veya hukuki işlem benzerinin yapılmasını gerektiren, bütünsel bir faaliyete yönelik de olabilir. Bir taşınmazın satımı için yapılan vekalet sözleşmesi ilk duruma, bir davanın takibi için yapılan vekalet sözleşmesi ikinci duruma örnektir³². Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri hiç şüphesiz BK. m.19,20'deki sınırlamalara tabidir. Şu halde konusu baştan imkansız, hukuka veya ahlaka aykırı vekalet sözleşmeleri geçersizdir³³. Örneğin vekilin müvekkil adına bir kamu görevlisi ile rüşvet anlaşması yapmasını konu alan bir vekalet sözleşmesi geçersizdir. Aynı şekilde evlenme, nişanlanma, boşanma, velayet ve vesayet haklarının kullanımı, ikrah nedeniyle iptal hakkının kullanımı gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların vekil eliyle kullanımı mümkün değildir³⁴. Buna karşılık bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına karar verildikten sonra, kararın sonuç doğurması için gerekli işlemlerin vekil eliyle yapılmasına engel yoktur. Boşanma kararı verildikten sonra, dava açılması ve sürdürülmesine yönelik işlemler vekalet

Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2008, s.153 vd; Serozan, Rona : Medeni Hukuk Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2008, §1, N.6, vd. ; Esener, Turhan : Borçlar Hukuku, C.I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara, 1969, s.5, vd. “Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmesi” ibaresi ile de hukuki işlem ve hukuki işlem benzerlerini kapsayan hukuka uygun fiiller kastedilmiştir.

³⁰ Tandoğan, Borçlar Özel s. 356; Aral, s.391; Yavuz/Özen/Acar, s.610.

³¹ Tandoğan, Borçlar Özel s. 356; Aral, s.391; Yavuz/Özen/Acar, s.610; Yalçınduran, Türker : Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara, 2004; s.27.

³² Tandoğan, Borçlar Özel s. 359; Yavuz/Özen/Acar, s.612 Yalçınduran, s.28.

³³ Tandoğan, Borçlar Özel s. 359; Aral, 391; Yavuz/Özen/Acar, s.612.

³⁴ Tandoğan, Borçlar Özel s. 359; Yavuz/Özen/Acar, s.612.

sözleşmesine konu olabilir³⁵.

Maddi fiillere³⁶ yönelik vekalet sözleşmelerinde, vekalet sözleşmesinin konusu hukuki işlem veya işlem benzerleri değil, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her türlü maddi fiillerdir³⁷. Bu tür vekalet sözleşmelerinde vekil, sözleşme konusu maddi fiilin gerçekleşmesi için gerekli faaliyette bulunmayı borçlanır. Dolayısıyla vekil, müvekkilin doğrudan yahut dolayısıyla temsilcisi sıfatıyla hareket etmez. Müvekkil adına veya hesabına haklar kazanıp, borçlar yüklenmez. Doktorun hastayı muayene ve tedavi etmesi³⁸, hukukçunun mütalaa vermesi, mimarın bir yapıyı kontrol etmesi, öğretmenin özel ders vermesi, bir muhasebecinin defter tutması, doktorun hastayı ameliyat etmesi, bir ses sanatçısının şarkı söylemesi, eser veya hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturmaksızın bir yerin temizliğinin yapılması gibi fiiller, maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmesine konu olabilirler³⁹. Buna karşılık tüm unsurlarıyla diğer tipik iş görme sözleşmelerinden birinin konusunu oluşturan maddi fiiller, vekalet sözleşmesine vücut vermeyeceklerdir⁴⁰. Vekalet sözleşmesine konu maddi fiilin hukuka ve ahlaka

³⁵ Kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, s.156 vd.

³⁶ Maddi fiillerde hukuki sonuç, herhangi bir irade açıklamasına değil, doğrudan gerçekleştirilen maddi fiile bağlanır, Serozan, Medeni Hukuk, §1, N.12; Kocayusupaşaoğlu, Borçlar Genel, §9, N.6; Oser, Hugo/Schönenberger, William: İsviçre Medeni Kanun Şerhi, C.5 Borçlar Hukuku, Birinci Kısım, Çeviren: Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1947,s26, N.16. Başkasına ait bir eşyayı iyi niyetle işleyip başkalaştıran kimse, MK. 775/1'e göre, işleme sonucu ortaya çıkan yeni eşyanın değeri fazla ise o eşyaya malik olur. Hukuk düzeni işleyip başkalaştırma şeklinde gerçekleşen maddi fiile, failin mülkiyet hakkı kazanması sonucunu bağlamıştır. Vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan maddi fiil kavramı ise, izah edilen teknik anlamdan çok daha kapsamlıdır. Şüphesiz vekalet sözleşmesinin konusunu hukukun sonuç bağladığı ya da bağlamadığı çok çeşitli maddi fiiller oluşturabilecektir.

³⁷ Yavuz/Özen/Acar, s.609; Aral, s.391; Başpınar, Özen, s.73;

³⁸ Öğretide doktor ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülse de, hakim görüş bu ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir(bkz. Şenocak, Zarife : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s.18 vd, özellikle s.24 vd.).

³⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.359 vd. ; Aral, s.391; Yavuz/Özen/Acar, s.610; Başpınar, Özen, s. 74; Zevkliler/Havutçu, s. 335; Akipek, s.33; Bilge, s.288.

⁴⁰ Tellallık sözleşmesinde tellal, müvekkilin arzusuna uygun bir esas sözleşmenin yapılmasını sağlamak amacıyla aracılık külfeti altındadır. Esasen maddi fiillere ilişkin vekalet sözleşmesinin de konusunu

uygun olması gerekir. Haksız fiil yahut suç niteliğinde bir maddi fiilin gerçekleştirilmesine yönelik vekalet sözleşmesi yapılamaz⁴¹. Vekalet sözleşmesine ilişkin kimi düzenlemeler maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri açısından uygulanabilir değildirler. Örneğin vekilin, vekalet ilişkisi çerçevesinde aldıklarını verme borcunu düzenleyen, BK. m.392/1 ile BK. m.393 hükümleri, yalnızca hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde uygulama alanı bulurlar⁴².

İş görme unsuru açısından değerlendirilmesi gereken bir başka husus, BK m.386/2’de yer alan “diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur” biçimindeki düzenlemedir⁴³. Bu düzenleme özellikle vekalet sözleşmesine konu olabilecek iş görmelerin alanını genişletip genişletmediği açısından incelenmek gerekir. Zira düzenlemenin lafzı esas alındığında, eser, hizmet, tellallık gibi tipik iş görme sözleşmelerinden birinin konusunu oluşturmayan tüm iş görmelerin vekalet sözleşmesi olarak niteleneceği anlamı çıkarılabilir. Bu türden bir yargı, sözleşmeler hukukunun en temel ilkesi olan sözleşme serbestisi⁴⁴ ilkesini iş görme sözleşmeleri alanında devre dışı bırakır, karma nitelikte veya isimsiz(sui generis)⁴⁵ iş görme sözleşmeleri yapılmasını olanaksızlaştırır. Tersten ifade ile iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesini egemen kılar⁴⁶.

oluşturabilecek olan aracılık faaliyeti, yasa da düzenlenen diğer iş görme sözleşmelerinden birinin konusunu oluşturmaktadır, Tandoğan, Borçlar Özel, s.360; Şahin, s. 21.

⁴¹ Zevkliler/Havutçu, s. 336; Yalçınduran, s.29; Y. 4 HD. , E.1978/1945, K.1978/4946, T.13.04.1978.

⁴² Tandoğan, Borçlar Özel, s.359; Başpınar, Özen, s.74, Vekilin aldıklarını geri verme borcu hakkında geniş bilgi için bkz. Ayli, Ali : Vekilin Vekalet İlişkisi Çerçevesinde Aldıklarını Geri Verme Borcu, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, sh. 591-611.

⁴³ Bu düzenleme Mehaz İBK’na 1911 yılı revizyonu ile girmiştir; Aral, s.395.

⁴⁴ Sözleşme serbestisi, kişilerin bir sözleşme yapıp yapmama, yapılmak istenen sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşme içeriğini serbestçe belirleme hususlarındaki muhtariyetidir. Başka bir ifade ile sözleşme serbestisi ilkesi, sözleşme yapma serbestisi yanında, taraf seçme serbestisi ve düzenleme(tip) serbestisi ilkelerinin terkididir, bkz; Eren, s.19; Ayan, s.6 vd.

⁴⁵ Kanunun tipik sözleşmeler için öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilmesi sonucu ortaya çıkan sözleşmelere karma sözleşmeler denir(bkz. Tandoğan, Haluk :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. Bası, İstanbul, 2008, s.12) Karma sözleşmelerin farklı biçimlerde karşımıza çıkması

Anılan hükmün anlamına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır⁴⁷. Bir görüşe göre, bu düzenleme eser ve hizmet sözleşmelerine konu olamayan tüm iş görme sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelenmesini sonuçlar⁴⁸. Başka bir ifade ile BK. m.386/2 hükmü iş görme sözleşmeleri açısından bir nitelendirme normudur. Hakim görüşe göre ise, bu düzenleme ile amaçlanan vekalet sözleşmesi ile diğer tipik iş görme sözleşmeleri arasındaki sınırların belirginleştirilmesidir. Yoksa ortada isimsiz yahut karma nitelikte iş görme sözleşmeleri yapılmasını olanaksızlaştıran emredici bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁹. Bu hüküm diğer tipik iş görme sözleşmelerinden birinin konusunu

mümkündür. Tipik birden fazla sözleşmeye ilişkin edimler para karşılığında yerine getiriliyor olabilir. Örneğin bir konaklama sözleşmesinde, konaklatan kira başta olmak üzere, satım, vedia gibi sözleşmelere ait edimleri yerine getirirken, konaklayan yalnızca para borcu altındadır. Bu tür karma sözleşmelere kombine sözleşmeler denir. Değişik sözleşmelere ilişkin edimlerin karşılıklı olarak borçlanılması halinde çift tipli katma sözleşmelerden bahsedebiliriz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici eser sözleşmesi gereği inşaatı yapma, arsa sahibi ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gereği, arsa payını ve bağımsız bölümü yükleniciye devretmeyi borçlanır. Son olarak “tip kaynaşması” olarak ifade edilen, değişik işlevli sözleşmelerin bir araya gelmesi ile oluşan karma sözleşmelerden bahsedilebilir. Örneğin karma bağışlamada, satım ve bağışlama sözleşmeleri, bünyeleri birbirlerine uygun düşmemekle birlikte bir araya gelmişlerdir. Burada bağışlayan, bağışlama kastı ile, bir malı değerinin çok üstünde bir fiyata satın almakta veya değerinin çok altında bir fiyata satmaktadır, bkz. Serozan, Borçlar Özel, s.66 vd. İsimsiz sözleşmeler ise, tipik sözleşmelere ilişkin unsurları ya kısmen taşımakta ya da hiç taşımamaktadır, bkz. ,Tandoğan, Borçlar Özel, CI, s.13. Dolayısıyla karma sözleşmelerde, bir araya getirilmiş tiplere ilişkin düzenlemeler ne kadar çoksa, isimsiz sözleşmelerde başvurulabilecek düzenlemeler o kadar azdır. “İsimsiz sözleşmeler açısından kural çokluğu değil de kural yokluğu söz konusu olur”, Serozan, Borçlar Özel, s.73. Dolayısıyla isimsiz sözleşmelere, benzer sözleşmelere ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Amaca uygun kıyasen uygulanacak bir kuralın bulunamaması halinde hakim kuralı kendisi yaratmak zorunda kalır, bkz. , Tandoğan, Borçlar Özel, CI, s. 13, Serozan, Borçlar Özel, s.74).

⁴⁶ Özen, Burak : Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.I, İstanbul 2001, s.598-632, s.598;

⁴⁷ Bu konudaki görüşler için bkz. Özen, s.600 vd.; Tandoğan, Borçlar Özel s. 384 vd.; Sarı, s.309 vd. ; Gümüş, s.15 vd; Aral, s.394 vd; Sarı, s.313 vd.

⁴⁸ Georg Gautschi: Berner Kommentar, Das, Band IV, 2. Abteilung. 4. Teilband, Art, 394-406 OR, Bern 1971, Vor. Art.394/II, N.56; naklen, Özen, s.606; Bilge, s.286; Zevkliler/Havutçu, s. 339; Dalamanlı, Lütfi : Borçlar Kanunu Şerhi, C.II, İş Matbaacılık, Ankara, 1977, s. 712; Özkaya, s.19.

⁴⁹ Aral, s.394 vd.; Başpınar, Özen, s.69; Yalçınduran, s.29 vd; Gümüş, s.19; Özen, s. Yavuz, BK.m.386/2’nin isimsiz yahut karma nitelikte işgörme sözleşmelerinin varlığını engellemediğini

oluşturmayan ve tarafların başkaca bir isimsiz sözleşme düzeni oluşturmadıkları iş görme sözleşmelerine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasına yöneliktir⁵⁰. Sarı'ya göre, isimsiz iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesinde, tarafların gerçek iradeleri de göz önünde bulundurularak, Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulama alanı bulur. Eğer genel hükümlere göre bir çözüme ulaşılamıyorsa bir kanun boşluğundan söz edilir. Dolayısıyla bu boşluk hakim tarafından, örf ve adet hukukuna başvurularak, örf ve adet hukukunun da yetersiz kalması halinde bizzat kural yaratılarak doldurulur⁵¹. Gümüş'e göre, vekilin özen borcunu düzenleyen BK m.390/1,2 hükmü genel bir sorumluluk ve özen ölçüsü olarak, tipik, karma veya isimsiz her türlü iş görme sözleşmelerine BK m.386/2 gereği zorunlu olarak uygulanır. Bunun dışında isimsiz veya karma nitelikteki iş görme sözleşmelerine hakim kıyas veya hukuk yaratma yoluyla bulacağı hükümleri uygular⁵². Özen'e göre ise BK m.386/2 hükmünün şu anlama gelmektedir: Tipik iş

belirtmekle birlikte, vekalet sözleşmesinin bu düzenleme esas alınarak tanımlanması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. Yavuz/Özen/Acar, s.608; Sarı'ya göre vekalet sözleşmesinin tanımında bu düzenlemenin yer alması doğrudan isimsiz sözleşmeler alanında sınırlı sayı ilkesinin kabulü anlamına gelmez. Buna karşılık vekalet sözleşmesine ilişkin tanımın, "iş görmenin diğer tipik iş görme sözleşmelerinden birinin konusunu oluşturmaması" şeklinde olumsuz bir unsurla tamamlanması doğru değildir, bkz. Sarı, s.36. Vekalet sözleşmesine konu iş görmenin, diğer tipik iş görme sözleşmelerinden birinin konusu oluşturmaması, vekalet sözleşmesinin unsuru değil sonucudur. Başka bir ifade ile ortada tüm unsurları ile tipik bir vekalet sözleşmesi varsa, hizmet yahut eser sözleşmesinin varlığından bahsedemeyiz. Önümüzdeki iş görme sözleşmesinin niteliği tespit edilirken, ilk elden başvurulacak yöntem tipik iş görme sözleşmelerinden birine ait zorunlu unsurların varlığını aramak olmalıdır. Bu yöntem isimsiz yahut karma nitelikte bir iş görme sözleşmesinin mevcut olup olmadığının tespiti açısından da daha rasyonel görünmektedir. Anılan düzenleme esas alınarak tanımlama yoluna gitmek, esasen vekalet sözleşmesinin varlığını, hizmet ve eser sözleşmeleri üzerinden tespiti çalışmak anlamına gelecektir. Oysa vekalet sözleşmesi tüm unsurlarıyla bağımsız bir sözleşme türüdür. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin iş görme sözleşmeleri açısından ikincil nitelikte uygulama alanı bulması, bu sonucu değiştirmez.

⁵⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, s.384 vd. ; Aral, 396; Başpınar, Özen, 69.

⁵¹ Sarı, s.322 vd.

⁵² Gümüş, s.19,20. Kanaatimizce isimsiz veya karma iş görme sözleşmeleri açısından, sözleşmenin güven ilkesi çerçevesinde yorumlanması neticesinde bir neticeye ulaşılamadığında, kıyas veya hukuk yaratma yollarına başvurmayı gerektirecek bir kanun boşluğu de lege lata mevcut değildir.

görme sözleşmelerinden birinin unsurlarını taşımayan, bu arada taraflar arasındaki sözleşmesel düzenin içerdği belirsizliklerin güven ilkesine dayalı olarak giderilemediği isimsiz iş görme sözleşmelerine, son tahlilde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵³. Kanaatimizce de BK. m. 386/2 hükmü ile iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesi benimsenmiş değildir. Söz konusu hüküm, isimsiz bir iş görme ilişkisinin tabi olacağı düzene ilişkin taraflar arasındaki belirsizliklerin, güven ilkesi ışığında dahi giderilememesi halinde devreye girer ve tamamlayıcı rolü vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlere biçer. Başka bir ifade tarafların iradelerinin güven ilkesi çerçevesinde yorumlanması neticesinde dahi giderilemeyen bir uyumsuzluk varsa, bir kanun boşluğundan bahsedilemez. Zira bu durumda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin devreye gireceği bizzat kanun tarafından belirtilmiştir⁵⁴.

2. İşin, İş Sahibinin Yararına ve İradesine Uygun Görülmesi

Vekalet sözleşmesi özü itibariyle, bir kimsenin işinin bir başkası eliyle görülebilmesini sağlar. Şu halde vekalet sözleşmesinin en temel özelliği iş gören konumundaki vekilin, başkasına ait bir iş için faaliyette bulunmasıdır. Yoksa kişinin kendisine ait bir işi göreceğine dair başkasına karşı borç altına girmesi olağan değildir⁵⁵.

⁵³ Özen, s.624 vd.

⁵⁴ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m.502/3'e göre, Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanırlar. Düzenlemenin bu şekilde yasallaşması halinde, iş görme sözleşmeleri alanında karma veya isimsiz iş görme sözleşmeleri yapılması imkanı, bizzat yasa tarafından öngörülmüş olacaktır. Ayrıca, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin "*niteliklerine uygun düştükleri*" ölçüde uygulama alanı bulacağı ifadesi, karma veya isimsiz sözleşmeler alanında vekaletle ilişkin hükümlerin son adres olmasını da engelleyecektir. Dolayısıyla vekaletle ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düşmediği iş görme ilişkilerinde hakim kural yaratması mümkün hale gelmektedir.

⁵⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 360; Yavuz/Özen/Acar, s.614; Akipek, s.34; Becker, m.394, N.1;Tandoğan'a göre bir başkasına ücretsiz olarak mütalaa vermek veya tavsiye de bulunmak, mütalaa veya tavsiye verilen kimsenin isteği dışında gerçekleşmiş ise, vekalet sözleşmesi söz konusu olmayabilir. Yoksa kişinin kendine ait işi görmek için borç altına girmeyeceğinden hareketle, bedava mütalaa veya tavsiye vermenin vekalet sözleşmesine yol açmayacağı söylenemez. Zira ortada mütalaa veya tavsiye verilenin yararına bir iş görme söz konusudur. Burada olsa olsa hatır ilişkisine dayanılarak bir iş

Bir kimsenin kendi işini görmesi vekalet sözleşmesinin konusu olamaz. İşin iş sahibinin yararına yapılması ise, başkasına ait bir işin yapılıyor olmasının doğal sonucudur⁵⁶. Müvekkilin vekalet sözleşmesi yapmakla elde edeceği asli yarar şüphesiz vekalet sözleşmesine konu işin görülmesidir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesine konu işin görülmesinde müvekkilin hiçbir yararı yoksa, işin görülmesi salt vekilin yararına hizmet ediyorsa ortada bir vekalet sözleşmesi de yoktur⁵⁷. Şüphesiz bu durum vekilin vekalet sözleşmesi ile hiçbir yarar elde edemeyeceği anlamına gelmez. Esas olan vekalet sözleşmesine konu işin müvekkilin yararına görülmesi olmakla birlikte, hem müvekkil hem vekil yararına vekalet sözleşmesi yapılabilir⁵⁸. Bu türden vekalet sözleşmelerine en güzel örnek ücretli vekalet sözleşmeleridir⁵⁹. Benzer şekilde vekilin, müvekkilin işin görülmesiyle elde edeceği yarara katılması da mümkündür⁶⁰. Bunun yanı sıra hem vekil

görüldüğünden, sözleşme kurma niyetinin bulunmadığından bahsedilebilir; Tandoğan, Borçlar Özel s. 361

⁵⁶ Tandoğan, Borçlar Özel s. 361; Sarı, s.17; Özkaya, s.20. Esasen bu unsur tüm iş görme sözleşmeleri için söz konusudur. Zira tüm iş görme sözleşmeleri, başkasına ait bir işin görülmesine yöneliktir.

⁵⁷ Tandoğan, Borçlar Özel s. 360; Yavuz/Özen/Acar, s.614; Aral, s.392; Sarı, s.17.

⁵⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 360; Yavuz/Özen/Acar, s.614; ; Aral, s.392; Akipek, s.34; Sarı, s.17.

⁵⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.361; Yavuz/Özen/Acar, s.614; Akipek, s. 34; Yalçınduran, s.31 Buna karşılık Aral'a göre vekalet sözleşmesinin ücretli olması tek başına, hem vekil hem müvekkil yararına vekalet sözleşmesinin varlığını göstermez. Zira, vekalet sözleşmesinde, vekilin ücrete ilişkin yararı, müvekkilin işin görülmesine ilişkin yararına göre her zaman tali niteliktedir, bu sebeple vekil ücretini arttırabilmek için, faaliyetlerini genişletemez, bkz. Aral, s.392, benzer görüşte Sarı, s.18. Ücretli vekalet sözleşmelerinde vekilin ücret alacağı karşı edim niteliğindedir. Dolayısıyla onun sözleşmeden menfaati doğrudan ve aslidir. Buna karşılık ücretsiz vekalet sözleşmesinde vekilin ancak dolaylı bir yararı söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile vekilin yararı sözleşme konusu işin görülmesine bağlıdır. Bu durumda dahi vekalet sözleşmesinin hem vekil hem müvekkil yararına olduğu kabul ediliyorsa, ücretli vekalet sözleşmelerinin hem vekil hem müvekkil yararına olduğu evleviyetle kabul edilmelidir. Ücretli vekalet sözleşmesinde müvekkil ile vekil arasında çıkar çatışması doğacağıının gerekçe gösterilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Vekalet sözleşmesinin ücretli olması, vekilin ücret alacağına kavuşmak için sadakat ve özen borcuna aykırı davranmasına olanak tanımaz. Kaldı ki benzer çıkar çatışmaları ücretsiz olmasına karşın aynı zamanda vekilin yararının bulunduğu bir vekalet sözleşmesinde de ortaya çıkabilir.

⁶⁰ Bu ihtimalde vekalet sözleşmesi ile adi ortaklık ilişkisinin birbirine yaklaştığı görülür. Buna karşılık adi ortaklık ilişkisinde ortaklığı temsil eden kimse, aynı zamanda kendi işini de görmektedir. Başka bir ifade ile ortak hem kendisi hem de diğer ortaklar adına ve hesabına iş görürken, vekil tamamen müvekkile ait

hem müvekkil yararına ücretsiz bir vekalet sözleşmesi de söz konusu olabilir⁶¹. Müvekkilin bir alacağını tahsil etmek ve tahsil edilen alacağı vekile olan borcuna mahsup ettirmek amacıyla yaptığı bir vekalet sözleşmesinde durum böyledir⁶².

Vekalet sözleşmesinin, müvekkil dışında üçüncü bir kişi yararına akdedilmesi de mümkündür. Böyle bir vekalet sözleşmesi esasen BK m.111 anlamında üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğini haiz olur⁶³. Üçüncü kişi yararına yapılmış bir vekalet sözleşmesi, tam üçüncü kişi lehine veya eksik üçüncü kişi lehine olabilir. Lehine vekalet sözleşmesi yapılan üçüncü kişinin doğrudan ifayı talep etme yetkisi varsa, tam üçüncü kişi yararına vekalet sözleşmesi; buna karşılık üçüncü kişiye doğrudan ifayı talep yetkisi verilmemişse, eksik üçüncü kişi yararına vekalet sözleşmesi ile karşılaşırız. Üçüncü kişi yararına vekalet sözleşmelerini, lehine vekalet sözleşmesi yapılan üçüncü kişinin talimat verme yetkisi başlığı altında daha detaylı inceleyeceğiz⁶⁴.

Vekilin sözleşme konusu işi görürken müvekkilin iradesine uygun davranmasının zorunlu unsur olup olmadığı üzerinde durmak gerekir. 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunun vekalet sözleşmesini tanımlayan 392. maddesinde bu husus açıkça yer alıyordu. Buna karşılık Mevaz Kanunda 1911 yılında yapılan değişiklikle iradeye uygun iş görme kavramı yerine “mukavele dairesinde” iş görme kavramı getirildi⁶⁵. 1926 tarihli Türk Borçlar Kanununun 386. maddesi de buna paralel bir düzenleme içerir. Her ne kadar, iradeye uygun iş görme kavramı, yasa metninde yer almasa da kanaatimizce, vekilin taahhüt ettiği faaliyeti gerçekleştirirken müvekkilin iradesine uygun davranması gerekir. Gerek inceleme konumuzu oluşturan ve vekilin müvekkilin talimatına uyma yükümlülüğünü düzenleyen BK. m.389 hükmü, gerekse müvekkile vekalet ilişkisini her zaman sonlandırabilme imkanı tanıyan BK. 396 hükmü

bir işi, yine müvekkil adına ve/veya hesabına görmektedir, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.361; Akipek, s.35; Sarı, s.17, dpnt.36.

⁶¹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.361; Yavuz/Özen/Acar, Borçlar, s.614; Aral, s.392; Akipek, s.34; Savaş, 586.

⁶² Tandoğan, Borçlar Özel, s.361;

⁶³ Tandoğan, Borçlar Özel, s.363.

⁶⁴ Bkz. İkinci Bölüm, §1, III, D.

⁶⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s.363.

bizi bu sonuca ulařtırır⁶⁶. Vekil iř görürken müvekkilin kesin iradesini içeren mutlak bağlayıcı talimatlarına aykırı hareket edemez. Eğer söz konusu talimata uygun hareket etmek istemiyorsa, vekalet sözleşmesini sonlandırma(istifa) yoluna gidebilir. Vekil mutlak bağlayıcı olmayan talimatlardan ayrılmak için dahi, müvekkilin farazi iradesine dayanmak durumundadır. Benzer şekilde müvekkil de, kendi iradesine aykırı bir faaliyet gerçekleştirildiğı düşüncesinde ise, vekili azledebilme imkanına sahiptir. Yasa metnin de yer alan “sözleşme çerçevesinde ifa” kavramı şöyle anlandırılmak gerekir: Tarafların vekalet sözleşmesi ile kararlaştırdıkları işin görülmesi şüphesiz iř sahibi olan müvekkilin iradesine uygun gerçekleştirilmek durumundadır. Başka bir ifade ile vekilin durumu ağırlaştırılmamak kaydıyla, müvekkil işin görülme biçimine ilişkin iradesini talimatlar yoluyla ortaya koyabilir. Fakat müvekkilin sözleşme ile kararlaştırılan konu ve kapsam dışında ki iradesi vekili bağlamaz. Nitekim müvekkilin, sözleşmenin konu ve kapsamı dışında verdiğı talimatlar yeni bir icap niteliğindedir ve vekilin kabulüne bağlıdır. “Mukavele dairesinde ifa” ibaresi vekile, işi müvekkilin iradesine uygun olmayan biçimde görme yetkisi verecek şekilde geniş yorumlanamaz. Aksine vekile işi görürken sözleşme ile belirlenmiş konu ve kapsam dışında hareket etmememe borcu yükler. Başka bir ifade ile vekil, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde temsil yetkisinin kapsamı dışında işlem yapamaz. Maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde, sözleşme ile belirlenen kapsam dışına çıkarsa, müvekkilin bundan kaynaklanan zararlarını karşılamak durumundadır. Hatta vekalet sözleşmesinin kapsamı önemli ölçüde aşılmış ise, vekaletsiz iř gören konumuna düşer. Buna karşılık başka bir görüş, müvekkilin iradesine uygun iř görmeyi zorunlu unsur olarak görmemekte, müvekkilin talimat verme yetkisini sınırlayan yahut tamamen ortadan kaldıran bir sözleşmenin dahi, diğerk unsurların varlığı halinde vekalet sözleşmesi niteliğı taşıyacağını savunmaktadır⁶⁷. Kanaatimizce, müvekkilin iradesine uygun iř görme, vekalet sözleşmesinin doğasından kaynaklanmaktadır. Müvekkilin talimat verme yetkisinin geçerli olarak sınırlandırılabilceğı yönündeki bir kabul dahi,

⁶⁶ Tandoğan, Borçlar Özel, s.363.

⁶⁷ Peyer, Jürg; Der Widerruf, im Schweizerischen Auftragsrecht, Zürich, 1974, s.37,38, naklen, Tandoğan, Borçlar Özel, s.363.

vekalet sözleşmesinin müvekkilin iradesine uygun ifa edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz.

3. İşin, Sonucun Gerçekleşmemesi Rizikosu Üstlenilmeksizin ve Bağımsız Olarak Görülmesi

Vekalet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden, özellikle eser sözleşmesinden ayıran zorunlu unsur vekilin sonuç değil faaliyet taahhüdü altına girmesidir⁶⁸. Vekil müvekkile karşı, belirli bir sonucun mutlaka elde edilmesini değil, belirli bir yönde çalışmayı borçlanır⁶⁹. Bu unsur özellikle vekalet sözleşmesinin ücretli

⁶⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s.364; Aral, s.393; Akipek, s.36.

⁶⁹ Vekalet ve eser sözleşmeleri arasındaki ayırt edici noktaları özetlemek gerekirse; ücret eser sözleşmesinin olmazsa olmaz unsuru iken, vekalet sözleşmesi ücretsiz olarak da akdedilebilir. Eser sözleşmesinde müteahhidin sonuç, vekalet sözleşmesinde vekilin faaliyet sorumluluğu vardır. Vekalet sözleşmesini, eserden ayırt etmeyi sağlayacak bir başka ölçüt, müvekkilin belli bir sonuca ulaşmayı hedeflediği vekalet sözleşmelerinde, sonucun gerçekleşmesinin vekilin elinde olmayan nedenlere bağlı olmasıdır. Örneğin doktor hastayı tedavi için gerekli ve özenli faaliyeti göstermesine rağmen, hastanın iyileşmesi, bu faaliyet dışında faktörlere bağlıdır. Başka bir ifade ile tedavinin başarısı doktor tarafından garanti edilebilir nitelikte değildir. Yine bir davada müvekkil lehine karar çıkması, tek başına avukatın faaliyetlerine bağlı değildir, bkz. , Tandoğan, Haluk : İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırtilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 311-332, s.327 vd.; Becker, m.394, N.13;Müderrişoğlu, s.17; Akgün, s.1398; Bilge, s.289; Sarı, s.8 vd. BK m. 355'de eser sözleşmesi tarif edilirken, eser kavramı doğrudan tarif edilmemiş, "bir şeyin imali" ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle eser kavramının içi doldurulurken öğreti ve uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Gautschi'ye göre, müteahhit tarafından inşa edilen bir bina, terzi tarafından dikilen bir elbise, imal olunan bir makine gibi sadece somut, ölçülebilir, maddi varlığı bulunan ve zilyetliğinin devri mümkün olan eşya eser olarak kabul edilebilir(Gautschi, Art.394, N.56, naklen, Özen, s.607). Bu görüş savunucularına göre, Alman hukukunda ücretli vekalet sözleşmesi kabul edilmediğinden, eser sözleşmesine daha kapsayıcı bir nitelik bahşedilmiştir. Oysa İsviçre- Türk hukuklarında, ücretli vekalet sözleşmesi yapmak mümkün olduğundan, bir mimarın proje hazırlaması, bir sanatçının şarkı söylemesi gibi maddi niteliği olmayan edim sonuçlarına yönelik iş görmeler, hizmet akdinin unsurlarını taşııyorsa vekalet sözleşmesi niteliğinde kabul edilmelidir. Bu türden edim sonuçlarına eser sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün görünmemektedir. Buna karşılık eser kavramının maddi olmayan edim sonuçlarını da kapsadığını savunan görüşe göre, objektif olarak tespiti mümkün olan, maddi nitelikte olmasa bile bağımsız bir hukuki varlık ortaya çıkaran edim sonuçları(fikri eser) da eser kavramı dahilinde görülmelidir. Şu halde bir mimarın proje hazırlaması, bir sanatçının hizmet

olduğu durumlarda, eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki en belirgin sınırdır. Bilinen ifadesi ile vekil edim sonucundan değil edim fiilinden sorumludur⁷⁰. Vekil üstlendiği işi görürken, sadakat ve özen borcuna uygun faaliyette bulunmakla edimini yerine getirmiş olur. Sonucun gerçekleşmemiş veya müvekkilin istediği şekilde gerçekleşmemiş olması vekilin sorumluluğunu gerektirmez. Edim sonucunun gerçekleşmemesi rizikosu müvekkilin sırtındadır⁷¹.

Vekil, vekalet sözleşmesi ile yüklendiği işi görürken bağımsız hareket eder. Vekil, müvekkile ne yer, ne faaliyetin içeriği ve görülme biçimi ne de zaman hususlarında bağımlı değildir⁷². Özellikle ücretli vekalet söz konusu olduğu durumlarda, hizmet sözleşmesi ile vekalet sözleşmesini ayıran ölçüt bağımsızlıktır⁷³. Vekil, vekalet sözleşmesi çerçevesinde iş görürken, müvekkilin işletmesine organik bir bağla bağlı değildir. İş müvekkilin iş yerinde görebileceği gibi, kendi evinde ya da bürosunda da görebilir. Yine sözleşme çerçevesinde işi görürken faaliyet içeriği ve

akdinin konusunu oluşturmaksızın konser vermesi gibi iş görmeler de, hizmet akdinin konusunu teşkil etmemek kaydı ile, eser sözleşmesine konu olabilirler, Görüşler için bkz. Seliçi, Özer : Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, sh. 261-279, s.264 vd. ; Uçar, Ayhan : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.31 vd; Tandoğan, İstisna, s.312 vd. Kanaatimizce de eser kavramını somut, elle tutulabilir maddi varlıklarla sınırlamak yerinde değildir. Bununla birlikte Türk-İsviçre hukuklarında maddi fiillere yönelik ve ücretli vekalet sözleşmeleri yapmanın olanaklı olduğu gerçeği unutulmamalıdır. Şu halde maddi fiillere yönelik ücretli vekalet sözleşmeleri ile fikri eserleri konu alan eser sözleşmelerinin çakıştığı bir alan ortaya çıkmaktadır. Bu durumda önümüzde ki sözleşmenin eser mi vekalet mi olduğuna dair nitelendirme yapılırken, tarafların iradelerinden yola çıkılmalıdır. Taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğuna bakılmalıdır. Tüm bunlar göz önüne alınarak sözleşmeyi, her zaman sonlandırabilme olanağının mı, yalnızca belili sebeplere dayanılmak ve karşı tarafa tam bir tazminat ödenmek suretiyle sonlandırabilme olanağının mı taraf iradelerine daha uygun olduğu araştırılmalıdır, ilk durumda vekalet, ikinci durumda eser sözleşmesinin varlığına kanaat getirilmelidir. bkz. Tandoğan, İstisna, s.327.

⁷⁰ Aral, s.392.

⁷¹Tandoğan, Borçlar Özel, s.364; Aral, s. 393; Yavuz/Özen/Acara, s.616;; Akipek, s.36; Bilge, s.288;

⁷² Akipek, s.36; Sarı, s.19 vd.

⁷³ İş görmenin ücretsiz olduğu durumlarda, zaten hizmet ve eser sözleşmelerinden bahsetmek olanaksızlaşır. Zira hizmet ve eser sözleşmelerinde ücret zorunlu unsurdur.

faaliyet araçlarını kendisi belirler⁷⁴. Zaten çoğu kez vekil, vekalet sözleşmesine konu iş hakkında mesleki bilgiye sahip, uzman kişidir⁷⁵. Şu halde, işin görülmesi için gerekli amaca uygun faaliyet biçimi ve araçları konusunda kendi kararları ile hareket etmesi doğaldır. Vekil, sözleşme çerçevesinde iş görürken, iş gücünü zamansal olarak tümüyle müvekkilin emrine tahsis etmemiştir. Hizmet sözleşmesinden farklı olarak vekil, tek bir iş sahibi için faaliyet göstermek zorunda değildir. Aynı zamanda birden fazla müvekkil yararına faaliyette bulunmakta serbesttir.

Buna karşılık vekilin bağımsızlığının mutlak olduğundan söz edilemez. BK m. 386/1 vekilin iş görürken “mukavele dairesinde” hareket edebileceğini söyler. Dolayısıyla vekilin bağımsızlığını ilk elden, işin görülmesine ilişkin sözleşmesel hükümler sınırlar. Bununla birlikte sözleşme sonrası döneme ilişkin mutlak bir bağımsızlıktan da söz edilemez. Zira müvekkil işin görülmesine yönelik vereceği talimatlarla, vekilin hareket alanını sınırlayabilir. BK m. 389’a göre vekil; ancak belirli şartlar dahilinde ve amaca uygun olmayan talimatlardan ayrılabilir⁷⁶. Vekilin hareket alanını sınırlayan son bariyer ise sadakat ve özen borcudur. Vekil sözleşme konusu işi görürken sadakat ve özenle hareket etme borcu altındadır.

4. Tarafların Anlaşması

Rızai bir sözleşme olan vekalet sözleşmesi de, tarafların karşılık ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur⁷⁷. Şekil serbestisine ilişkin BK m.11/1 gereği vekalet sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁷⁸. Tarafların şekle tabi

⁷⁴ Gümüş, s.31; Akipek, s.36.

⁷⁵ Akipek, s.36.

⁷⁶ Bkz. İkinci Bölüm, §2, III, B

⁷⁷ Tandoğan, Borçlar Özel, s.387; Aral, s.396; Yavuz/Özen/Acar, s.616; Zevkliler/Havutçu, s.337; Başpınar, Özen, s.76; Akipek, s.37; Bilge, s.289; Akgün, s.1401; Yalçınduran, s.33; Özkaya, s.218; Şenocak, Hekim, s.34.

⁷⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s.390; Aral, s.398; Yavuz/Özen/Acar, s.616; Zevkliler/Havutçu, s.338; Başpınar, Özen, s.76; Akipek, s.37; Bilge, s.291; Akgün, s.1401; Yalçınduran, s.33; Özkaya, s.219; Şenocak, Hekim, s.34. Bu noktada karşımıza, şekle bağlı hukuki işlemlerin yapılmasına yönelik vekalet sözleşmelerinin aynı şekle tabi olup olmayacağı sorunu çıkar. Özellikle bir taşınmazın mülkiyetinin devri sonucunu doğuran sözleşmeler MK. M.706’ya göre resmi şekilde yapılmak durumundadır. Yine

olmayan vekalet sözleşmesi için özel bir şekil kararlaştırmaları halinde ise, sözleşme o şekilde yapılmadıkça tarafları bağlamaz(BK m.16). Yine kanun tarafından geçerliliği şekle bağlı tutulan vekalet sözleşmeleri de söz konusu olabilir. Örneğin BK m.404/3'e göre gayrimenkul tellallığı sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Yine BK m. 399'a göre, itibar mektubu, BK m.400/2'ye göre itibar emrinin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartıdır⁷⁹.

Vekalet sözleşmesinin kurulması açısından BK m.387 hükmü özel bir düzenleme getirmiştir. Hükme göre, vekalet sözleşmesi kurulması icabını derhal

taşınmaz satım sözleşmesinin şeklini düzenleyen BK m.213'te de resmi şekil geçerlilik şartıdır. Taşınmaz mülkiyetinin devrini sonuçlayan sözleşmeler(benzer şekilde taşınmaz mülkiyetini sınırlayan aynı hakların kurulmasına ilişkin sözleşmeler) tapuda yapılmak zorundadır(TK. M.26). Noterlik Kanunu M.89'da ise, tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiği hükmü yer alır. Şu halde taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan vekalet sözleşmeleri için resmi şekil geçerlilik şartı mıdır? Hakim görüşüne göre, BK m.11/1 hükmü karşısında, vekalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde yer almayan bir şekil şartı getirilemez. Dolayısıyla vekalet sözleşmesi bir taşınmazın devrini amaçlıyor olsa bile herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutulamaz. Kaldı ki NK m.89 hükmü yalnızca noterliklerin işleyişine yönelik bir düzen hükmüdür. Şekle ilişkin kuralların istisnai olduğu gerçeği karşısında, yasa da yer almayan bir istisnai uygulama söz konusu olamaz, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.Yavuz/Özen/Acar, s.622; Başpınar, Veysel : Taşınmaz Satımında Vekalet, AÜHFD, C.45, S.1-4, 1996, s.483-504, s.490.Öğreti de azınlıkta kalan bir görüş ise, taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik vekalet sözleşmelerinin de resmi şekilde yapılması gerektiğini savunur. Bu görüş savunucularına göre, şekil kuralları tarafları kuracakları sözleşme üzerinde daha ciddiyetle düşünmeye sevk eder. Şu halde taşınmazın devri sonucunu doğuran sözleşmeler için getirilen şekil kuralları, benzer şekilde taşınmazın devrine yönelik işlemlerin yapılmasını amaçlayan vekalet sözleşmeleri içinde geçerli olmalıdır, bkz. Oğuzman/Öz, s.175.

⁷⁹ Eski 1136 S.lı AK m.163/V' de ise avukatlık ücret sözleşmeleri için yazılı şekil öngörüyordu. Bu şeklin geçerlilik şekli mi ispat şekli mi olduğu konusunda görüş birliği bulunmuyordu(bkz. Aday, Nejat : Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, İstanbul,1997, s.141 vd; Sungurtekin, Meral Özkan : Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir, 1995, s.121 vd; Tandoğan, Borçlar Özel, s.369 vd.) Ancak AK'da 2001 yılında 4667 S.lı Yasa ile yapılan değişiklikle, avukatlık sözleşmesinin geçerliliğinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı yönünde düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesinin ne muhteva ne de ücret yönünden geçerlilik şekline bağlı olmadığı konusunda tartışma kalmamıştır. Buna karşılık özellikle HUMK m. 288' karşısında belli meblağı aşan ücret iddialarının senetle ispatlanması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır(bkz. Karateke, Songül : Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara, 2006, s. 21).

reddetmeyen vekil, icap konusu işin görülmesi hakkında resmi sıfatı haiz ise, işin görülmesi mesleğinin gereği ise veya işi yapacağını daha önceden ilan etmiş ise, icabı kabul etmiş sayılır⁸⁰. Bu düzenleme susmanın kabul anlamına geleceği hallere ilişkin istisnai nitelikte ki BK m.6 hükmünün⁸¹ özel bir uygulama alanını teşkil eder⁸². BK m.6'ya göre muhatabın *uygun bir süre* içinde reddetmediği icabı kabul ettiği karinesi doğarken, BK m.387 vekilin *derhal* reddetmediği icabı kabul ettiği karinesini getirmektedir. Dolayısıyla BK m.387, BK m.6'ya göre özel bir düzenleme niteliğinde olup öncelikle uygulanır⁸³. BK m.387 hükmü yalnızca hazır olmayanlar arasında kurulan vekalet sözleşmelerinde uygulanabilir⁸⁴. Şu halde işin görülmesi konusunda resmi sıfatı olan, işin görülmesi mesleğinin gereği olan veya işi göreceğini ilan yoluyla bildirmiş olan kimseler, bu işin görülmesine yönelik vekalet icabını derhal reddetmedikleri takdirde, karine olarak kabul beyanında bulunmuş sayılırlar. Örneğin hakim tarafından atanan bilirkişi, muayenehane açan diş hekimi, özel ders vereceğini

⁸⁰ AK m.37'ye göre; "Avukat kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur." Bu düzenleme, BK m.387'ye benzer bir düzenleme içermektedir. TBB Meslek Kuralları, m. 38'e göre avukat kendisine teklif edilen işi, gerekçe göstermeden reddedebilir, gerekçe açıklamak zorunda değildir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinde olduğu gibi avukatlık sözleşmesinde de, avukat sözleşme yapma zorunluluğu altında bırakılmamıştır. Buna karşılık AK m. 37/2,3'e istisnai bir düzenleme getirmiştir: İş i iki avukat tarafından reddedilen kimse, Baro Başkanından bir avukat tayini isteyebilir. İşte Baro Başkanı tarafından tayin edilen bu avukat, ücret karşılığında bu işi görmek zorundadır.

⁸¹ BK m.6'ya göre, icabı yapanın, işin özelliğine göre açık bir kabul beyanı beklemeyeceği hallerde, makul bir süre içinde reddedilmeyen icap kabul edilmiş sayılır. Bir kimseye yapılan bağışlama teklifi bu duruma örnek gösterilebilir. Bu halde muhatabın zımni irade beyanı ile sözleşme kurulmuş sayılır. Fakat, burada irade faraziyesi değil, irade karinesi söz konusudur ve susmanın kabul beyanı sayılmasının güven ilkesi çerçevesinde haklı görülmeyeceğinin ispatı mümkündür(bkz. Oğuzman/Öz, s.60; Ayrıca bkz, Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §14, N.6-§20, N.5, Esener, Turhan : Borçlar Hukuku, C.I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara, 1969, s.56-64).

⁸² Aral, s.397; Yalçınduran, s.34; Başpınar, Özen, s.77.

⁸³ Başpınar, Özen, s.77.

⁸⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s.387; Aral, s.397; Yavuz/Özen/Acar, s.622

duyuran öğretmen, kendilerine yöneltilen vekalet icabını derhal reddedebilirler. Eğer bunu yapmazlarsa icabı zımnen kabul etmiş sayılırlar⁸⁵.

C. ZORUNLULUĞU TARTIŞMALI UNSURLAR

1. Ücret

BK. m.386/III'e göre "mukavele veya teamül" varsa vekil ücrete hak kazanır. Düzenlemeye göre, vekalet sözleşmesi kural olarak ücretsiz olmakla birlikte, sözleşmede kararlaştırılmışsa veya o iş karşılığında ücret ödenmesi teamüldense vekil ücrete hak kazanır. Mehaz İBK. m.394'te de benzer düzenleme söz konusudur. Buradan hareketle Türk-İsviçre Hukukunda ücretin vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olmadığı sonucuna varılır⁸⁶. Başka bir ifade ile bu hukuk sistemlerinde ücretsiz vekalet

⁸⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s.389; Zevkliler/Havutçu, s.337; Akipek, 38; Özkaya, s.219. Müvekkilin kendi yararına bir işin görülmesine ses çıkarmaması halinde, o da zımni kabul beyanında bulunmuş sayılabilir(bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.389,390; Yavuz/Özen/Acar, s.626; Zevkliler/Havutçu, s. 335; Özkaya, s.219). Buna karşılık burada zımni kabul açısından uygulanacak hüküm şüphesiz BK m.6'dır. Dolayısıyla görülen iş müvekkilin yararına değilse susma zımni kabul anlamına gelmez.

⁸⁶ Becker, m.394, N.18; Tandoğan, Borçlar Özel, s.364; Aral, s.393; Başpınar, Özen, s.83; Yavuz/Özen/Acar, s.625; Yalçınduran, s.97; Akipek, s.39; Zevkliler/Havutçu, s.336. Sarı, s.22. Alman Hukukunda, İsviçre-Türk Hukuklarından farklı olarak ücretli vekalet sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Bu nedenle uzmanlık gerektiren serbest meslek faaliyetlerinin hizmet ve eser sözleşmesi kapsamına sokulmaya çalışıldığı görülür(bkz. Tandoğan, Borçlar Özel s.365; Başpınar, Özen, s.8, Sarı, s.23, dpnt. 57). Vekalet sözleşmesinde ücretin zorunlu unsur olmaması esasen Roma Hukukuna dayanır. Roma hukukunda vekalet sözleşmesi(mandatum), başkası yararına ücretsiz iş görme olarak tanımlanırdı. Temelinde de daha çok hatır ve dostluk ilişkileri yatardı. Bunun yanı sıra bir doktorun, bir avukatın faaliyetleri benzeri fikri hizmetleri "yüksek hizmet" olarak kabul edilir hizmet sözleşmesine konu olamazlardı. Vekalet sözleşmesi neticesi bir ücret talep edilmez, eğer müvekkil kendiliğinden bir ücret ödemişse, bu bir karşı edim değil, şeref ücreti(honorarium) olarak nitelenirdi. Dolayısıyla bu ücret vekil tarafından dava edilemez; ödenmiş ise müvekkilce geri istenemezdi. Daha sonraki dönemlerde sistem dışı yargılama(cognitio extra ordinem) yoluyla önceden belirlenen şeref ücreti takip edilebilir hale geldi, geniş bilgi için bkz; Yavuz, Murat : Roma ve Türk Hukuklarında Vekalet Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 13 vd; Emiroğlu, Haluk : Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD C.52, S.1, sh.101-111, s.105 vd; Oğuz, Arzu : Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, AÜHFD, C.41, Y. 1989-1990, S.1-4, sh.225-284, s.262 vd.

sözleşmelerinin yapılması olanaklıdır⁸⁷. Ücretsiz vekalet sözleşmeleri eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler niteliğindedir. Müvekkilin, vekilin işi görürken girdiği masrafları ve verdiği avansları karşılama borcunun varlığı(BK m.394/1) bu durumu değiştirmez⁸⁸. Zira bu borç, vekilin iş görme borcu ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde değildir⁸⁹. Bunun neticesi olarak ödemezlik def'ine ilişkin BK m.81 hükmünün ücretsiz vekalet sözleşmelerinde uygulanma imkanı yoktur.

BK m.386/3'e göre, vekilin ücrete hak kazanabilmesi, ücretin sözleşmede kararlaştırılmasına veya teamülün o iş için ücret ödenmesini gerektirmesine bağlıdır. Bu haller dışında vekalet sözleşmesinin ücretsiz olacağına dair kanuni bir karine söz konusudur. Buna karşılık ücretsizlik karinesi, günümüz koşullarında tersine dönmüş, işin ücret karşılığında görülmesi yönünde fiili bir karine oluşmuştur⁹⁰. Gerçekten günümüz koşullarında vekalet sözleşmesine konu işlerin genelde profesyonel meslek sahiplerince(doktor, avukat, mimar vb.) görüldüğü dikkate alındığında nadir haller dışında vekil ücretli iş görmektedir⁹¹. Başka bir ifade ile Roma hukukunda sadece hatır ve dostluk ilişkileri çerçevesinde yapılacağı kabul edilen iş görmeler, günümüz dünyasında ticarileşmiştir⁹².

⁸⁷ Ücretsiz vekalet sözleşmeleri yapılabilmesi, vekalet sözleşmesini eser ve hizmet sözleşmesinden ayıran temel unsurlardan biridir. Eğer bir iş görme sözleşmesi ücretsiz ise, ya vekalet sözleşmesi ya da isimsiz bir iş görme sözleşmesi mevcut demektir. Başka bir ifade ile ücret hizmet ve eser sözleşmelerinde zorunlu unsurdur.

⁸⁸ Yalçınduran, s.100; Başpınar, Özen, s.79.

⁸⁹ Sarı, s.22, dpnt. 55.

⁹⁰ Aral, s.393; Sarı, s.23;

⁹¹ Aral, s.393; Başpınar, Özen, s.84; Sarı, s.23; Gökyayla, Emre : Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara, 2007., s.89.

⁹² Başpınar, Özen, s.84, Buna bağlı olarak, bir iş veya hizmetin profesyonel olarak görülmesi halinde kuralın ivazsızlık değil, ivazlılık olduğu, BK. m386/3 hükmünün özellikle ücretin teamülden olması ölçütünün geniş yorumlanması gerektiği, yine ücret miktarının da bu yorum sonucuna göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir (bkz. Başpınar,Özen, s.85, Yalçınduran, s.127 vd.).

Taraflar ücreti, vekalet sözleşmesi yapılırken kararlaştırabilecekleri gibi, daha sonra (hatta işin görülmesinden sonra) da, kararlaştırabilirler⁹³. Benzer şekilde sözleşmenin ücretli olacağını kararlaştıran taraflar, ücretin kapsamı konusunda daha sonra anlaşmaya varabilirler. Ücrete ilişkin zımni bir anlaşma yapılması da olanaklıdır⁹⁴. Bu durumda vekalet sözleşmesinin ücretli yapıldığını ispat külfeti vekilin üzerindedir⁹⁵. Taraflar işin ücretli görüleceğine dair anlaşmaya varmış olmakla birlikte, ücret miktarını kararlaştırmamış ve miktar konusunda ihtilafa düşmüş iseler, miktar hakim tarafından belirlenir. Hakim bu tespiti yaparken, benzer işlerde verilmesi teamülden olan miktar⁹⁶, görülen işin niteliği, uzmanlık gerektirip gerektirmediği, vekil tarafından harcanan emek ve zaman gibi unsurları dikkate alır⁹⁷.

⁹³ Tandoğan, Borçlar Özel, s.365; Yavuz/Özen/Acar, s.618; Özkaya, s.22; Akipek, s.40; Sarı, s.24. Fransız Medeni Kanununda ise, tarafların sadece işin başında dava edilebilir bir ücret kararlaştırabileceklerini öngörmüştür(bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.365; Yalçınduran, s. 99; Akipek, s.40).

⁹⁴ Sarı, s.25; Akipek, s.40. Gautschi'ye göre ise, tarafların ücret konusunda susmaları, ücrete ilişkin bir teamülün olmadığı durumlarda, vekaletin ücretsiz olduğuna dair bir faraziye doğurur. Bunun aksi ispatlanamaz, bkz. Gaustchi, Art.394, N.74, naklen, Tandoğan, Borçlar Özel, s.365,366).

⁹⁵ Yalçınduran, s.132; Aral, s.394; Sarı, s.25.

⁹⁶ Bu konuda meslek odaları tarafından belirlenen asgari ücret tarifeleri de göz önünde tutulmak gerekir. Türk hukukunda kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından kuruluş kanunlarından aldıkları yetki ile ilgili oldukları mesleklere ilişkin asgari ve azami ücret tarifeleri belirlenmektedir(Türk Tabipler Birliği, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Türkiye Barolar Birliği gibi) . Söz konusu tarifeler bağlayıcı olabilecekleri gibi tavsiye niteliğinde de olabilirler. Buna karşılık nitelikleri ne olursa olsun bu tarifeler, o işin ücret karşılığında görüleceğine ilişkin teamülün varlığına delil teşkil ederler(bkz. Yalçınduran s.130; Tandoğan, Borçlar Özel, s.367-368; Başpınar, Özen, s.87-88). AK . m.164/4/c.1'e göre, TBB tarafından kararlaştırılan asgari ücret tarifesinin altında avukatlık ücreti kararlaştırılmaz. c.2'ye göre ise ücretsiz dava alınması halinde bu durumun Baroya bildirilmesi zorunludur. Başka bir ifade ile, ücretsiz avukatlık sözleşmesi yapılması sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Bu durumu Baroya bildirmeyen avukatın disiplin sorumluluğunu gerektirir(bkz. Yalçınduran, s.130-131, Karateke, s.95-96; Güner, Semih : Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2007, s.192-193) Buna karşılık avukatlık ücretine ilişkin AK m.164/2'de yer alan azami sınır emredici niteliktedir. Hükme göre, %25'i aşmamak üzere, hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belirli bir yüzdesi üzerinden avukatlık ücreti kararlaştırılabilir. AK m.163/2'ye göre bu ücret tavanını aşan(örneğin, hükmolunacak değer %30'unun avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması), sözleşme yasada belirtilen tavan üzerinden geçerlidir(bkz.

Tarafların vekalet sözleşmesi yapılırken veya daha sonra, ücrete ilişkin hiçbir anlaşma yapmamış olmaları ihtimalinde teamül devreye girer. Eğer vekalet sözleşmesine konu işin ücret karşılığında görülmesi teamülden ise vekil ücrete hak kazanır⁹⁸. Doktor, avukat, mimar, muhasebeci, bankacı, mühendis, mali müşavir gibi serbest meslek mensuplarının ücret karşılığında iş görmesi teamüldendir⁹⁹. Taraflarca ücret kararlaştırılmadığı ve ücret ödenmesinin teamülden olduğu durumlarda, hem teamülün hem de ücret miktarının tespiti hakim tarafından yapılır¹⁰⁰.

2. Tarafların Sözleşmeyi Her Zaman Sonlandırabilme Olanakları

BK m.396/1'e göre, vekil istifa, müvekkil azil yoluyla vekalet sözleşmesini her zaman tek taraflı olarak sona erdirebilir¹⁰¹. Gerek vekilin istifası gerekse müvekkilin

Karateke, s.97; Güner, s.208-209; Korkusuz, Refik : Avukatlık Hukukuna Giriş, Adana, 2008, s.64; Yalçınduran, s.119; Başpınar, Özen, s.88)

⁹⁷ Tandoğan, Borçlar Özel, s.367; Yavuz/Özen/Acar, s.618; Özkaya, s.23; Yalçınduran, s.170; Başpınar, Özen, s.87; Akipek, s.42; Sarı, s.26.

⁹⁸ Becker, m.394, N.19; Tandoğan, Borçlar Özel, s.366; Aral, s.394; Yavuz/Özen/Acar, s.619; Yalçınduran, s.127; Başpınar, Özen, s.83; Akipek, s.41; Özkaya, s.22.

⁹⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 367.

¹⁰⁰ Bu tespitin yapılmasında başvurulacak kaynaklar ve kullanılacak ölçütlere ilişkin, taraflarca ücret konusunda anlaşıldığı; fakat miktarın kararlaştırılmadığı ihtimaline ilişkin yapılan açıklamalar geçerlidir. Uygulamada ücretin tespiti, o işle ilgili meslek odalarından sorulur. Teamülün tespitinde ise, ilgili ticaret odalarından, dava konusu işin ücret karşılığında yapılıp yapılmadığına dair bir teamülün var olup olmadığı sorulur. Şunu da eklemek gerekir ki, hakim teamüle göre tespit ettiği ücret ile kesinlikle bağlı değildir. Gerekçelendirmek kaydı ile farklı bir ücrete hükmetme imkanına sahiptir.

¹⁰¹ Azil ve istifa haklarının hukuki niteliği ve hükümleri üzerinde de görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, azil ve istifa hakları, geri alma hakkı niteliğindedir, bkz, Özen,s.625; Serozan, Dönme s.131; Gökyayla, s.48, Başpınar, Özen, s.256. Geri alma hakkının kullanılmasının vekalet sözleşmesi üzerinde ki etkisi ise, yalnızca sözleşme konusu iş görme borcunu ortadan kaldırmasıdır. Yoksa sözleşme ilişkisi BK m.394 ve BK m.392'de yer alan edimler yerine getirilmedikçe sona ermiş sayılmaz. Zira iş görme borcu sona ermiş olsa bile, vekilin hesap verme ve alınanları iade etme borcu; müvekkilinse vekilin o ana kadar yaptığı masrafları, hak ettiği ücreti ödeme ve varsa zararını tazmin etme borcu devam etmektedir, bkz. Serozan, Dönme, s.132 vd. Federal Mahkemenin de bir kararında vekilin alınanları geri verme borcunun (İBK m.400, BK. m.392) vekalet sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale geldiğini, sözleşmenin son bulmasını bu borcun yerine getirilmesine bağlı olduğunu kabul ettiği görülür, bkz. Tandoğan, Borçlar

vekili azli, vekalet sözleşmesini ileriye¹⁰² etkili olarak ortadan kaldıran tek taraflı ve yenilik doğurucu bir beyanın kullanılması niteliğindedir¹⁰³. Bu beyanın sözleşmeyi ileriye etkili olarak ortadan kaldırıcı etkisi beyanın vekil ya da müvekkile ulaşmasıyla ortaya çıkar¹⁰⁴. Buna karşılık azil veya istifa hakkının uygun olmayan zamanda

Özel, s.609, dpnt. 4a. Hakim görüşe göre ise, azil ve istifa haklarının kullanılması vekalet sözleşmesinden doğan borç ilişkisini sona erdirirler. BK m.392, 394'e göre ileri sürülecek talepler vekalet sözleşmesinin sona ermesinden sonra devam eden dar anlamda borçlardır. Kaldı ki iş görme borcunun sona ermesi, başlı başına vekalet sözleşmesinin sona ermesini neticeleyen doğal bir sona erme sebebidir, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.608; Sarı, s.81 vd. ; Akipek, 75,76; Aral, s.417. Başka bir görüşe göre ise azil ve istifa vekalet sözleşmesinden doğan borç ilişkisini sona erdirmekle birlikte geri alma hakkı değil, fesih hakkı veya ani edimli kabul edilebilecek vekalet sözleşmelerinde dönme hakkı niteliğindedir, bkz. Sarı, s.82 vd; Bilge, s.301; Seliçi, s.135. Fesih ve dönme hakları, yasa tarafından öngörülen şartların oluşması veya hak sahibince yerine getirilmesi hallerinde kullanılabilen, borç ilişkisini tek taraflı olarak sona erdirmeye imkanı tanıyan bozucu yenilik doğuran haklardır. Dönme ani edimli borç ilişkilerinde ilişkiyi çözer, sürekli edimli borç ilişkilerinde ileriye etkili olarak ortadan kaldırır, bkz. Serozan, s.115; Sarı s.81; Seliçi, Sürekli Borç ilişkileri, s.112. Örneğin borçlu temerrüdünde, BK m.106'ya göre alacaklının dönme hakkını kullanabilmesi için, temerrüt ihtarında bulunması ve borçluya mehil vermesi gerekir. İstisnai haller dışında mehil tayini olmaksızın sözleşmeden dönülemez. Yine örneğin hizmet sözleşmesinde, olağan fesih hakkının kullanılması, yasada tayin edilmiş ihbar önelerine uyulmasını gerektirir. Olağanüstü fesih hakkının kullanılması ise haklı bir nedenin varlığına bağlıdır. Oysa geri alma hakkı, yasa tarafından kişiye borç ilişkisini veya tek taraflı hukuki işlemi herhangi bir şarta bağlı olmaksızın ortadan kaldırma imkanı verir, bkz. Serozan, Dönme, s.124. TKHK m.8'de kapıdan satışlarda tüketiciye tanınan cayma(aslında geri alma) hakkı ilk duruma; bir sözleşme kurulmasına yönelik icabın, temsil yetkisi veren beyanın veya vekilin verdiği talimatın geri alınması ikinci duruma örnek olarak verilebilir. BK m.386/1 borç ilişkisini sona erdirmek için taraflara şarta bağlı olmayan bir imkan tanımıştır. BK m.386/2'de öngörülen tazminat yükümlülüğü ise istisnaidir. Bu gerekçeler azil ve istifa haklarının geri alma hakkı niteliğinde olduğunu göstermeye kanaatimizce yeterlidir.

¹⁰² Azil ve istifa şeklinde iki farklı ibare kullanılması, mehz İBK m.404'de "geri alma" ve "fesih" şeklinde iki farklı ibare kullanılmış olmasından kaynaklanır. Her ne kadar farklı ifadeler kullanılmış olsa da, hem müvekkil hem de vekile tanınan hakların hukuki nitelikleri farklı değildir, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.620; Serozan, Dönme, s.131.

¹⁰³ Aral, s.417; Yavuz/Özen/Acar, s.620; Zevkliler/Havutçu, s.349; Akipek, s.75; Serozan, Dönme, s.132; Özkaya, 591; Yalçınduran, s.89. Gökyayla, s.57.

¹⁰⁴ AK. m.41'e göre ise, avukatın istifa kararı müvekkile tebliğ edildikten itibaren on beş gün daha devam eder. Başka bir ifade ile istifa beyanı müvekkile varmakla hüküm doğurmaz. Yine HUMK. m.68'e göre,

kullanılması, BK m.396/2 gereği, uygun olmayan zamanda geri alma hakkını kullanan tarafı tazminat borcu altına sokar. Azil ya da istifa hakkının kullanılması borç ilişkisini sona erdireceğinden talep edilebilecek tazminat, menfi zararı kapsar. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması ve sözleşme konusu işin görülmesi amacıyla yapıp boşa çıkan ve BK m.392 ve 394/2 kapsamında olmayan tüm masraf kalemlerinin menfi zarar kapsamında tazmini mümkündür¹⁰⁵.

Tarafların sözleşmeyi her zaman ve tek taraflı sonlandırabilme haklarının, vekalet sözleşmesinin zorunlu ve ayırt edici bir unsur olup olmadığı ise tartışmalıdır. Tarafların sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye haklarının sözleşme ile ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması geçerli midir? Sorunun cevabı BK m.396/1 hükmünün emredici nitelikte olup olmadığı konusunda takınılacak tavra göre değişiklik gösterir. Nitekim görüş farklılıkları bu noktada ortaya çıkmaktadır¹⁰⁶.

Öğreti ve uygulamada hakim olan birinci görüşe göre tarafların azil ve istifa haklarının ortadan kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına¹⁰⁷ yönelik anlaşmalar geçersizdir¹⁰⁸. Her şeyden önce vekalet sözleşmesi tarafların karşılıklı güveni esasına dayanır. Vekalet sözleşmesine konu işin görülmesi sırasında vekil mesleki bilgi ve becerileri çerçevesinde bağımsız olarak iş görmektedir. Bu bilgi ve becerilerden yoksun olan müvekkilin işini gördüreceği kimseye karşı duyduğu özel güven sarsıldığında sözleşmeyi zaman kaybetmeden sona erdirebilmelidir¹⁰⁹. Özellikle vekilin sözleşme

istifa beyanının üçüncü kişilere karşı hüküm doğurabilmesi, avukatın bu durumu duruşma zaptına kaydettirmesi ya da karşı tarafa tebliğ ettirmesine bağlıdır.

¹⁰⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s.631; Aral, s.419; Akipek, s.76; Yavuz/Özen/Acar, s.665.

¹⁰⁶ Görüşler hakkındaki geniş bilgi için bkz. Sarı, s.65-128, özellikle s.92 vd; Gökyayla, s.59 vd.

¹⁰⁷ Azil veya istifa hakkının kullanılmasının cezai şarta veya ihbar öneline bağlanması örnek verilebilir.

¹⁰⁸ Becker, m.404, N.8; Tandoğan, Borçlar Özel, s.624; Yavuz/Özen/Acar, s.665; Gümüş, s.36; Başpınar, Özen, s.255; Akipek, s. 75; Bilge, s.301; Özen, s.626; Zevkliler/Havutçu, s.349; Özkaya, s.592; Dalamanlı, s.759; Avukatlık sözleşmesi açısından aynı görüşte, Gökyayla, s.59; Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.418; Yarg. 13. HD. E.1997/7395 K.1997/8923 T.07.11.1997; Yarg. 3. HD. E.1997/11339 K.1997/12497 T.29.12.1997, www.kazancı.com.tr.

¹⁰⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.623; Gümüş, s.36; Bilge, s.301; Özkaya, s.592; Zevkliler/Havutçu, s.349.

konusu işi serbest meslek faaliyetleri çerçevesinde gördüğü durumlarda sözleşme konusu işin ne olduğu belirli olsa da, çoğu kez vekilin yapma borcunun sınırları kesin olarak belirlenmiş değildir. Vekilin bağımsızlığı karşısında bu belirsizliğin müvekkil açısından yaratacağı olumsuz etkiler, hem talimat verme hem de azil imkanı ile bertaraf edilmek gerekir. Vekalet sözleşmesine konu iş müvekkilin yararına görüldüğüne göre, mevcut haliyle sözleşmeye devam etmenin yararına olmadığı kanaatine varan müvekkilden sözleşmeye devam etmesi veya sözleşmeyi sona erdirebilmek için belirli şartları yerine getirmesi beklenemez¹¹⁰. Temsil olunanın, temsil yetkisini sınırlandırma veya geri alma hakkından önceden feragat etmesini hükümsüz kılan BK m.34/2 hükmü, BK m.396/1'in emredici nitelikte olduğunu göstermektedir¹¹¹. Benzer şekilde vekil müvekkilin talimatlarına kural olarak uymak zorundadır. Bu durumda yerine getiremeyeceği, mesleki ilkeleri açısından kabul edilemez gördüğü talimatlara uymak istemiyorsa, herhangi bir sebep göstermek zorunda olmaksızın istifa hakkını kullanabilmelidir. Bu çerçevede BK m.396/1 hükmü aynı zamanda vekilin kişisel özgürlüğünü koruyucu niteliktedir¹¹². Özellikle ücretsiz vekalet sözleşmelerinde hükmün bu amacı daha belirgin şekilde hissedilir.

İkinci bir görüşe göre ise, vekalet sözleşmesinin zaman için de değişip gelişen uygulama alanı, tüm vekalet sözleşmelerinde güven unsurunun ön planda olduğu yönündeki kabulü yerinde olmaktan çıkarmıştır¹¹³. BK m.396/1 hükmünü tüm vekalet sözleşmelerinde katı biçimde uygulanmasını kabul etmek, adil olmayan neticeler meydana getirir. Tarafların geri alma hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran her anlaşmanın geçersiz olduğu yönünde götürü bir kabul, günümüz koşullarında gerçekçi olmaktan uzaktır¹¹⁴. Bu nedenle, geri alma hakkını ortadan kaldıran veya sınırlayan bir anlaşmanın geçerliliği hakkında; ancak kaynağını teşkil eden vekalet ilişkisinin değerlendirilmesiyle bir yargıya varılabilir. İlk olarak, geri alma hakkını sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmaların geçerliliğini vekalet sözleşmesinin tarafları

¹¹⁰ Sarı, s.99, dpnt.96'da anılan yazar.

¹¹¹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.623.

¹¹² Gautschi, Art. 404, N.10a, naklen Tandoğan, Borçlar Özel, s.623,624.

¹¹³ Sarı, s.109 vd.

¹¹⁴ Peyer, s.165-168, naklen, Tandoğan, Borçlar Özel, s.628; Sarı, s.109 vd.

açısından ayrı değerlendirmelere tabi tutmalıdır¹¹⁵. Vekalet sözleşmesine konu işin görülmesi açısından vekilin mesleki bilgiye sahip uzman kişi olduğu, müvekkilinse bu bilgi ve beceriden yoksun olduğu için, vekile karşı özel güven duyduğu gerekçesi, tüm vekalet sözleşmelerine giydirilebilir nitelikte olmaktan çıkmıştır. Müvekkilin vekile karşı bu denli özel güven duyduğunun kabul edilemeyeceği vekalet sözleşmelerinde, onun azil hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmesini geçersiz saymak için neden yoktur. Bu türden vekalet sözleşmeleri atipik vekalet sözleşmeleri olarak nitelenmek gerekir ve BK m.396/1 hükmü tipik vekalet sözleşmeleri açısından emrediciliğini korumaya devam etmekle birlikte, atipik vekalet sözleşmeleri açısından emredici nitelikten yoksundur¹¹⁶. Eğer iş görme, teşhis ve tedavi sözleşmelerinde olduğu gibi müvekkilin kişiliği üzerinde etkili ise, vekile özel güven duyulduğunun kabulü ile, geri alma hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran anlaşmaların geçersizliği sonucuna varılacaktır. Tipik olmayan iş görmelerde ise bu türden anlaşmaların kişiliğin korunması gerekçesiyle geçersiz olduğu kabul edilemez¹¹⁷. Bu görüşteki yazarlara göre, vekile vazgeçilemez ve sınırlanamaz bir istifa hakkı yalnızca ücretsiz vekalet sözleşmelerinde tanınabilir. Ücretli vekalet sözleşmeleri açısından, vekilin geri alma hakkını sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar geçerli görülmelidir¹¹⁸. Vekilin müvekkilin talimatlarına uymak istememesi halinde sürekli borç ilişkileri açısından geçerli haklı nedenle fesih imkanı mevcut ve yeterlidir¹¹⁹.

BK m.396/1 hükmünün emredici nitelikte olmadığı ve ücretli vekalet sözleşmeleri ile güven unsurunun ön planda olmadığı atipik vekalet sözleşmeleri

¹¹⁵ Sarı, 116.

¹¹⁶ Peyer'e göre, İBK m.404(BK m.396), hükmünün özel güven bağına dayalı ilişkilerde, güven ilişkisinin sarsılması ihtimalinde tarafları sözleşme ile bağlı kalmaktan kurtarma amacının(ratio legis) bulunmadığı vekalet sözleşmeleri atipik vekalet sözleşmeleridir. Bir taraf sözleşmeye son vermek isterken karşı tarafın ilişkinin devam ettirilmesinde korunmaya değer bir menfaati bulunuyorsa ve karşılıklı menfaatler durumuna göre atipik bir vekalet sözleşmesi söz konusu ise, tarafların geri alma hakkının sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması mümkün ve geçerli olmalıdır(naklen, Tandoğan, Borçlar Özel, s.628, ayrıca bkz. s.616) .

¹¹⁷ Sarı, s.119-122.

¹¹⁸ Sarı, s.104, dpnt.114'te anılan yazarlar.

¹¹⁹ Sarı, s.105, dpnt. 116'da anılan yazar.

açısından geri alma hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran anlaşmaların geçerli olacağı yönündeki ikinci görüşe katılmamaktayız. Her şeyden önce BK m.396/1'in emredici nitelikte olup olmadığı konusunda ortaya çıkan tartışmaların BK m.386/2 hükmü ile bağlantısını gözden kaçırmamak gerekir. BK m.386/1'in emredici nitelikte bir nitelendirme normu olmadığına kabulü halinde, BK m.396/1'in emredici niteliğinin yarattığı düşünülen sakıncaların giderilmesi için tipik-atipik vekalet sözleşmesi şeklinde yapay bir ayırma gerek kalmaz. Zira vekalet sözleşmesinin belirgin özelliklerinden birini, bu arada özel güven ilişkisini taşımayan ve atipik vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilen bir iş görme sözleşmesi aslında isimsiz(sui generis) bir iş görme sözleşmesinden başka bir şey değildir¹²⁰. Şu halde isimsiz iş görme sözleşmesinde taraflar arasında yapılmış böylesi bir anlaşmanın BK m.396/1 engeline takılmadan geçerli olduğu kabul edilebilecektir. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde ise, BK m.396/1'in kendine özgü nitelikteki iş görme sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı taraflar arasındaki menfaatler dengesi, görülen işin niteliği gibi hususlar gözden kaçırılmamak kaydıyla ve güven ilkesi çerçevesinde tarafların iradeleri yorumlanmak suretiyle belirlenecektir. İkinci görüşe katılmamızın bir diğer sebebi ise, BK m.396/1 hükmünü ücretsiz vekalet sözleşmeleri açısından emredici görmeleri, ücretsiz vekalet sözleşmeleri açısından emredici niteliği kabul etmemeleridir. Bir hükmün emredici niteliğini, yasada açıkça belirtilmemiş sebeplere, yapay ayrımlara dayanarak gevşetmenin ne hükmün konuluş amacıyla ne de hukuk tekniğiyle açıklanabilir olmadığı düşüncesindeyiz. Ücretli vekalet sözleşmelerinde vekilin geri alma hakkının ortadan kaldırılması veya sınırlandırılmasına yönelik anlaşmaları geçerli kabul etmek, onun görece bağımsız faaliyet alanını neredeyse ortadan kaldırmak neticesini verir. Başka bir ifade ile vekili, kendi mesleki ilkelerine uygun olmayan talimatlara uyma konusunda baskı altında bırakmak anlamına gelir. Vekilin haklı nedenle fesih imkanının yeterli korumayı sağladığı yönündeki fikir ise uyuşmazlık halinde vekili fesih sebebinin haklılığı konusunda ispat yükü altında bırakacağından yerinde değildir. BK m.396/2'ye göre vekil geri alma hakkını uygun olmayan zamanda kullandığı için, en fazla müvekkilin menfi zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Oysa ücretli vekalet sözleşmelerinde vekilin geri alma hakkının sınırlandırıldığı veya ortadan

¹²⁰ Özen, s.626; Gümüş, s.38;

kaldırıldığı anlaşmaların geçerli kabul edilmesi halinde, vekil haklı sebeple fesih yoluna başvursa bile, haklılığını ispat edemediği takdirde, çoğunlukla sözleşmede kararlaştırılan cezai şarttan veya müvekkilin müspet zararından sorumlu olacaktır. Tüm bu sebeplerle vekilin, uygun görmediği fakat müvekkilin ısrar ettiği talimatlar nedeniyle haklı nedenle fesih hakkını kullanırken bile ciddi baskı altına gireceği aşîkardır.

III. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI

BK m.388/1'e göre vekâlet sözleşmesinin kapsamı, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa görülecek işin niteliğine göre belirlenir. Özellikle maddi fiillere yönelik vekâlet sözleşmelerinde müvekkil çoğunlukla uzman kişi olan vekilin yardımına başvurmuştur. Bu tür vekalet sözleşmelerinde kapsam, en başta sözleşmede kararlaştırılmak yerine işin görülmesi sırasında vekil tarafından belirlenir¹²¹. Vekil görülecek işin niteliğine göre neleri yapıp neleri yapamayacağını, hangi vasıtaları kullanacağını kendisi tayin eder¹²². Müvekkilin sonradan verdiği talimatlarla sözleşmenin kapsamını daraltması mümkün olduğu gibi, vekili azledebilme imkanı da mevcuttur¹²³.

BK m.388/2'de ise hukuki fiillere yönelik vekâlet sözleşmelerinde sözleşmenin kapsamına ilişkin düzenleme yer alır. Bu tür vekalet sözleşmelerinde kapsama ilişkin açık bir kararlaştırma yoksa, vekil sözleşme konusu hukuki işlemleri yapabilmek için gerekli temsil yetkisini haiz sayılır¹²⁴. Vekilin sözleşme konusu hukuki işlem veya hukuki işlem benzerlerini yaparken doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etmesi mümkündür. Sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa, bir görüşe göre vekilin doğrudan temsilci sıfatıyla hareket ettiği kabul edilmelidir. Fakat böyle bir kabul için, işlemin doğrudan veya dolaylı temsil yollarından herhangi biriyle yapılmasında bir

¹²¹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.393; Aral, s.399 vd. ; Akipek, s.45; Zevkliler/Havutçu, s.341.

¹²² Zevkliler/Havutçu, s.341; Yalçınduran, s.55.

¹²³ Tandoğan, Borçlar Özel, s.393;; Zevkliler/Havutçu, s.341; Akipek, s.45; Özkaya, s.263.

¹²⁴ Tandoğan'a göre, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinin kapsamına ilişkin bu tür bir düzenleme var olmasaydı dahi, BK m.388/1'den vekilin işin görülmesi için gerekli temsil yetkisini haiz olduğu sonucuna ulaşılacaktı(Tandoğan, Borçlar Özel, s.394).

sakınca olmaması gerekir¹²⁵. İkinci bir görüşe göre, açıkça doğrudan temsilci olarak yetkilendirilmemiş vekilin dolaylı temsilci olduğu kabul edilmelidir¹²⁶. Son bir görüşe göre ise, doğrudan veya dolaylı temsil, hukuki işlemlerin başkası hesabına yapılması amacına hizmet eden iki farklı araç olmakla birlikte, neticeleri bakımından eşdeğer niteliktedirler. Bu nedenle, sözleşmede açıklık yoksa, vekilin doğrudan veya dolaylı temsil yollarından hangisini kullanacağı konusunda seçim hakkının bulunduğu kabul edilmelidir¹²⁷. Kanaatimizce de, vekilin ne sıfatla hareket edeceği hususunda sözleşmede açıklık yoksa, müvekkilin kendisini gizleme, arka planda tutma amacı sözleşmeden çıkarılamıyorsa vekilin doğrudan temsil yetkisini haiz olduğunun kabulü gerekir. Bu kabul, hem vekilin başkası hesabına olsa dahi üçüncü kişilere karşı borç altına girmesini engelleyecek, hem de müvekkili sözleşme konusu hukuki işlem veya işlemlerden doğan hak ve borçları devralmak için yeni işlemlere girişmekten kurtaracaktır.

Hukuki fiillere yönelik vekâlet sözleşmelerinde vekile genel nitelikte temsil yetkisi verilebileceği gibi belirli bir hukuki işlemin yapılmasına yönelik özel yetki de verilebilir¹²⁸. Vekile her türlü hukuki işlemi veya belirli bir kategoriye giren tüm işlemleri yapma yetkisi veren yetki genel temsil yetkisidir¹²⁹. Bir malvarlığının idaresi için verilen temsil yetkisi, ticari temsilcilerin ve anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları temsil yetkisi genel niteliktedir.

Genel temsil yetkisinin temsilciye bahsettiği geniş hareket alanı bazı sakıncaları da beraberinde getirdiğinden, öğreti ve uygulamada genel yetkili vekilin hareket alanını daraltıcı kurallar kabul edilmiştir. Özellikle her türlü hukuki işlemin yapılmasına yönelik genel yetki sahibi vekil bu yetkisini yalnızca olağan nitelikte

¹²⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s.395; Aral, s.401; Akipek, s.47.

¹²⁶ Oser/Schönenberger, m.396, N.4; Esener, Temsil, s.65 vd.

¹²⁷ Yavuz/Özen/Acar, s.627.

¹²⁸ Aral, s.401; Zevkiler/Havutçu, s.342; Akipek, s.47; Tanrıver, Süha : Genel Vekalet (Temsil) Özel Vekalet (Temsil) Ayırımı, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD, C.II, S.1-2, Y.1998, s.48-53, s.48.

¹²⁹ Özkaya, s.262; İnceoğlu, s.200; Kocayusufpaşaoğlu, §46, N.36,37; Tanrıver, s.48

işlemleri yapmak ve tedbirleri almak için kullanabilir¹³⁰. Genel yetkili vekil dürüstlük kuralı çerçevesinde olağanüstü nitelik taşıyan işlemleri yapmaktan kaçınmalıdır¹³¹. Genel yetkili vekilin hareket alanına getirilen diğer bir grup sınırlama ise bizzat yasadaki kaynaklanmaktadır. BK m.388/3'e göre vekil, özel olarak yetkilendirilmedikçe dava açamaz, sulh anlaşması yapamaz, tahkim anlaşması yapamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağış sözleşmesi yapamaz, bir taşınmazı temlik edemez ve bir hak ile sınırlayamaz¹³². Yine HUMK. m.63'e göre vekil, davadan feragat etmek, karşı tarafı ibra etmek, teklif edilen yemini kabul etmek veya reddetmek, hükmedilen şeyi geri almak(ahzükabz) ve haczi kaldırmak için özel olarak yetkilendirilmiş olmalıdır¹³³.

BK m.388/3, davaya vekalet açısından HUMK m.63 ve kanunlarda yapılması için özel yetki aranan diğer işlemlerin¹³⁴ sınırlı sayıda olup olmadığı konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre genel yetkili vekilin hareket alanına getirilen yasal sınırlamaların bütününe bakıldığında, özel yetki gerektiren işlemlerin müvekkilin malvarlığını azaltan veya büyük ölçüde risk altına sokan işlemler olduğu görülür. Söz konusu düzenlemeler ile güdülen amaç; bu türden işlemlerin genel temsil yetkisine dayanılarak yapılması neticesinde doğacak sakıncalardan müvekkilin korunmasıdır. Bu amaç çerçevesinde genel temsil yetkisi ile yapılması müvekkil için sakınca doğuracak işlemler için, yasada sayılmamış olsalar dahi özel temsil yetkisi aranmalı, BK m.388/3, HUMK m.63'te sayılan haller geniş yorumlanmalıdır¹³⁵. İkinci bir görüşe göre yasada

¹³⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, s.395; Akipek, s.47; Kocayusufpaşaoğlu, §46, N.37; İncoğlu, s.202.

¹³¹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.396; Kocayusufpaşaoğlu, §46, N.37.

¹³² Türk Borçlar Kanunu Tasarısının vekaletin kapsamı başlıklı 504. maddesinin son fıkrasında, BK m.388/3'te sayılan hallere ek olarak vekilin özel olarak yetkilendirilmediği sürece müvekkil adına kefil olamayacağı düzenlenmiştir.

¹³³ Davaya vekalet açısından özel yetkiyi gerektiren haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder : Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 20. Bası, Ankara, 2009, s.267 vd; Gürdoğan, Burhan : Davaya vekalette Özel Mezuniyeti Gerektiren Haller, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, s. 147-161, s.151 vd; Karataş, s.88 vd.

¹³⁴ Örneğin, HUMK m.33/1'de hakim reddi için özel yetki aranmaktadır. Yine AK. M.171/2'den avukatın işi bir başka avukata gördürebilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği anlaşılr.

¹³⁵ Şenocak, Zarife : Yargıtayın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla, AÜHFD, C.45, Y.1996, S.1-4, s.449-451, s.450,451; Özkaya, s.264; Tanrıver, s. 49; Gürdoğan, s.151; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.269.

sayılan hallerin sınırlı sayıda olduğunun kabulü gerekir. Aksi yönde bir kabul işlem güvenliğini ortadan kaldırır. Kanunda sayılmamakla birlikte mahkeme tarafından özel yetki gerektirdiği sonucuna varılan işlemlerin geçersiz sayılması, vekil ile işlem yapan üçüncü kişilerin mağduriyetine sebep olur.

IV. TANIM

BK m.386 anlamında adi vekalet sözleşmesinin tüm unsurları incelendikten sonra, bu unsurları kapsayıcı ve vekalet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edici bir tanım vermek gerekecektir.

Vekalet sözleşmesi; vekilin, sözleşme ile görülmesi amaçlanan işe yönelik, müvekkilin yararına ve iradesine uygun, özenli ve görece bağımsız faaliyette bulunmayı ücret karşılığında veya ücretsiz borçlandığı, tarafların sözleşmeyi her zaman sonlandırabilme olanağına sahip bulundukları rızai bir sözleşmedir.

§ 2- TEMSİL – VEKALET SÖZLEŞMESİ İLİŞKİSİ

I. TEMSİL - VEKALET SÖZLEŞMESİ İLİŞKİSİ

Daha öncede değinildiği üzere, hukukumuzda vekalet sözleşmeleri salt hukuki işlem ve benzerlerine hasredilmediğinden vekalet sözleşmelerinin tümünün temsil kurumu ile yakın ilişki içinde olduğu söylenemez. Vekalet sözleşmesi ile temsil kurumu arasında ilişki kurulabilecek alan, yalnızca hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinden ibarettir. Maddi fiillerin bir temsilci eliyle gerçekleştirilemeyeceği gerçeği, temsil kurumunu maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri alanından dışlar¹³⁶. Bu durum inceleme konumuz açısından önemli bir netice doğurur: Maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil müvekkilin temsilcisi sıfatını haiz olmadığından,

¹³⁶ Oser/Schönenberger, m.32-40, N.14; Eren, s.384; Oğuzman/Öz, s.164, dpnt. 544; İncoğlu, s.10; Akyol, 202; Ayan, s.166. Maddi fiillerin, o fiillerin faili dışında ki kimseler açısından sorumluluk doğurması, BK m.100 anlamında borçlunun ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğu kapsamında, ya da BK m. 55’de düzenlenen istihdam edenlerin sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir.

onun talimata aykırı davranışlarının temsil alanında doğurduğu herhangi bir hukuki sonuç yoktur.

Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri, vekilin müvekkili adına hareket ederken kullandığı temsil yetkisinin verilmiş nedenini oluşturur. Başka bir ifade ile bu türden bir vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme konusu işi görmesini sağlayacak bir temsil yetkisini de zorunlu kılar. Temsil yetkisi verilmesi, tek taraflı bir hukuki işlemdir¹³⁷. Oysa vekalet sözleşmesi, tarafların karşılıklı haklara sahip oldukları ve borç altına girdikleri iki taraflı bir hukuki işlemdir. Temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkinin mutlaka vekalet sözleşmesi olması gerekmediği gibi, herhangi bir temel ilişkiye dayanması zorunluluğu da yoktur¹³⁸. Dolayısıyla herhangi bir temel ilişkiye dayanmayan temsil yetkisi, ne temsilcinin kabulüne bağlıdır, ne de temsilciyi yetkilendirildiği iş veya işleri yapma borcu altına sokar¹³⁹. Oysa vekil, vekalet sözleşmesine konu işi görme borcu altındadır. Vekalet sözleşmesinde temsil yetkisi bu borcun yerine getirilmesi için birincil ve zorunlu vasıta durumundadır. Dolayısıyla temsil yetkisinin işlevi dışı dönüktür. Başka bir ifade ile, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında kurulacak hukuki ilişki(dış ilişki), temsil yetkisinin kullanıldığı, temsil kurumunun işlevselleştiği alandır. Esasen müvekkilin hukuki bir işlemin yapılmasına yönelik icabı, o işlemin yapılması için gerekli temsil yetkisinin verilmesi işlemini de ihtiva eder. Dolayısıyla icabın muhatabı kabul beyanında bulunmasa dahi, temsilci sıfatını kazanır, fakat vekil sıfatıyla borç altına girmez.

Temsil yetkisi verilmesine yönelik işlem temel ilişkiden bağımsız nitelikte olduğu için, vekalet sözleşmesinin geçersizliği, temsil yetkisini kural olarak geçersiz hale getirmez. Buna karşılık hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri ile temsil yetkisi arasındaki bağ nedeniyle bu yargı teorik olmaktan öteye geçemeyecektir. Özellikle vekalet sözleşmesinin yapılması ile sözleşme konusu işin görülmesine yönelik temsil yetkisinin verilmesinin pratikte aynı anda ve aynı işlemle yapıldığı göz önüne

¹³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §46, N.1; Oğuzman/Öz, s.172; İncoğlu, s.101; Eren; s.393; Akyol, Temsil, s.164; Esener, s.25.

¹³⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s.357;

¹³⁹ Oğuzman/Öz, s.172;

alındığında, vekalet sözleşmesini sakatlayan sebep çoğu kez temsil yetkisi verilmesi işlemini de sakatlayacaktır¹⁴⁰.

Temsil ve hukuki işlemlere yönelik vekalet sözleşmeleri arasındaki ilişki yasal zeminde özellikle BK m.388’de kendini gösterir. Vekalet sözleşmesinin kapsamına ilişkin bu hüküm, esasen vekilin temsil yetkisinin kapsamına ilişkin de düzenlemeler getirmektedir. BK m.388/1 hükmü, “*vekalet, vekilin tekabül eylediği işin yapılması için icap eden hukuki tasarrufları ifa salahiyetini şamildir*” şeklindedir. Bu hüküm hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde, vekilin sözleşme ile yapmayı üstlendiği hukuki işlemlere yönelik temsil yetkisinin bulunduğu gösterir¹⁴¹.

II. TALİMAT KAVRAMININ TEMSİL İLİŞKİSİNDEKİ ANLAM VE İŞLEVİ

A. GENEL OLARAK

İnceleme konumuzu oluşturan vekilin talimata uyma yükümlülüğü açısından, talimat kavramının temsil ilişkisindeki işlevi üzerinde durmak gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, vekalet sözleşmesi ile temsilin çakıştığı alan hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmeleridir. Bu türden vekalet sözleşmelerinde vekil, aynı zamanda müvekkilin temsilcisi sıfatıyla hareket eder. Bu nedenle aşağıda vekalet sözleşmesi açısından ayrıntılı biçimde inceleyeceğimiz talimat kavramı, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde ikili bir etki doğurur. Vekile yönelik talimatın birinci etkisi iç ilişkiyi oluşturan vekalet sözleşmesi üzerindedir. İkinci etkisi ise, aynı zamanda temsilci sıfatını haiz vekilin temsil yetkisi üzerindedir. Özellikle vekilin talimata aykırı olarak üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemin akıbeti, talimatın temsil yetkisi üzerindeki etkisi netleştirilmeden ortaya konulamaz.

¹⁴⁰ Bkz. Yukarıda....

¹⁴¹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.394; Aral, s.415; Bilge, s.290; Yavuz, Borçlar, s.419; Akgün, s.1403; Zevkliler/Havutçu, s.340; Akipek, s.46.

Temsil ilişkisinde talimat, temsil olunanın temsil yetkisinin nasıl kullanılacağı hakkında temsilciye yönelttiği emir ve direktiflerdir¹⁴². Talimat temsil yetkisinin kapsamına etki etmeyecek nitelikte olabileceği gibi, temsil yetkisinin kapsamını sınırlandırıcı veya genişletici veya nitelikte de olabilir¹⁴³. Şüphesiz temsil yetkisinin kapsamını etkilemeyen talimatların çift yönlü etkisinden bahsedilemez. Zira bu türden bir talimat yalnızca, eğer varsa, taraflar arasındaki iç ilişkide temsilciye borç yükler. Dolayısıyla talimata aykırı davranan temsilci, örneğin vekil, müvekkile karşı meydana gelen zarardan sorumlu olur. Temsil yetkisinin kapsamına etki eder nitelikteki talimatlar ise hem iç hem dış ilişkiyi etkilerler. Örneğin, Üsküdar'daki dairesini satması için V ile vekalet sözleşmesi yapan M, daha sonra V'ye satış bedelinin 200.000 TL'den az olmaması yönünde talimat verebilir. Bu durumda aynı zamanda temsilci konumunda olan V, hem müvekkile karşı daireyi 200.000 TL'den aşağı satmama borcu altına girecek, hem de temsil yetkisi miktar yönünden kısıtlanmış olacaktır. Buna karşılık öğreti ve uygulamada talimatın temsil yetkisi üzerinde etkili olup olmadığı noktasında görüş ayrılıkları bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu konu alt başlıkta incelenecektir.

¹⁴² Oğuzman/Öz, s.177; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §50, N.11; Eren, s.403; İnceoğlu, s.260; Akyol, s.116;

¹⁴³ Oğuzman/Öz, s.177, Temsil yetkisinin kapsamını etkilemeyen talimata örnek olarak, temsil yetkisine konu hukuki işlem veya işlemlerin gerçekleştirilmesi için iyi bir piyasa araştırması yapılması yönündeki direktif örnek gösterilebilir, bkz. Oğuzman/Öz, s.117; Eren'e göre talimatın temsil yetkisinin kapsamını sınırlayıcı niteliği göz önüne alındığında, temsil yetkisinin olmadığı yerde talimattan söz etmek mümkün değildir, bkz. Eren, s.403. Talimat kavramının yalnızca temsil yetkisinin kapsamını etkileyici nitelikte olduğunun kabulü, özellikle inceleme konumuz ışığında kabul edilebilir değildir. her şeyden önce maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde, vekil temsilci olmamasına rağmen müvekkilin talimat verme yetkisi mevcuttur. Benzer şekilde, eserdeki eksiklik ve kusurların iş sahibinin kesin talimatından kaynaklanması halinde, bu kusurlardan iş sahibinin sorumlu olacağına ilişkin BK m.361 hükmü açısından talimat kavramını salt temsil yetkisini sınırlayıcı nitelikte görmek mümkün değildir. Sadece temsil hukuku açısından talimat kavramını farklı anlamlandırmanın ise, özellikle temsil ve talimat kavramlarıyla doğrudan bağlantılı iş görme sözleşmeleri açısından kavram kargaşasına yol açacağı düşüncesindeyiz.

B. TALİMATIN TEMSİL YETKİSİ ÜZREİNDEKİ ETKİSİ

Temsilcinin, temsil olunanın talimatına aykırı işlemler yapmasının neticeleri, talimatın temsil yetkisinin kapsamı etkileyip etkilemediğinin tespitiyle ortaya konabilir. Bu konuda ise öğreti ve uygulamada iki farklı yaklaşım söz konusudur.

Talimatın, yalnızca temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişkiyi etkilediğini, temsil yetkisinin kapsamına yönelik etki doğurmadığını savunan birinci görüşe göre¹⁴⁴, temsilci talimata aykırı olarak yaptığı işlemde temsil olunana karşı sorumludur. Talimata aykırı yapılan hukuki işlem ise temsil olunanı bağlar¹⁴⁵. Akyol'a göre talimat temsil yetkisine tabi değildir, dolayısıyla temsilci iç ilişkideki sorumluluğu göze alarak talimata aykırı işlem yapabilir. Temsil olunanın talimata aykırılığı üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi güven ilkesine aykırıdır. Temsilcinin temsil belgesinde yer almayan ve sadece iç ilişkide beyan edilmiş bir talimata uyması üçüncü kişiden beklenemez¹⁴⁶. Von Tuhr'a göre ise, üçüncü kişi talimata vakıf olsa bile, temsilcinin talimata aykırı işlemi temsil olunanı bağlayacaktır¹⁴⁷. Temsil olunanın talimata aykırı işlemle bağlı olmasının tek istisnası ise, temsil yetkisinin kötüye kullanılması halidir. Başka bir ifade ile, temsilci ile üçüncü kişinin temsil olunan aleyhine işlem yapmak için ve kasıtlı hareket etmeleri halinde, talimata aykırı işlem dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırılık (MK m.2, BK m.20) nedeniyle geçersiz sayılır¹⁴⁸.

İkinci görüşe göre ise, talimat kural olarak temsil yetkisinin kapsamına etki eder. Dolayısıyla temsil olunanın talimatı, iç ilişkide temsilciyi temsil olunana karşı

¹⁴⁴ Von, Tuhr, §42, IV, N.3; Belgesay, Mustafa Reşit : Hukuki Muamelelerde Temsil, Rıza Coşkun Matbaası, İstanbul, 1941, s.61; Akyol, s.116; Sungurbey, s.13.

¹⁴⁵ Von, Tuhr, §42, IV, N.3; Akyol, s.120; Belgesay, s.61.

¹⁴⁶ Akyol, s.120, 121. Yazar, talimatın temsil yetkisine dahil olmadığı, başka bir ifade ile temsil yetkisinin kapsamını etkilemediğini kabul etmekle beraber, talimata uymamanın temsil yetkisinin aşımını oluşturduğu durumlarda, temsil yetkisinin aşılmasına, yani yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağını söylemektedir(bkz. Akyol, s.122). Kanaatimizce talimatın temsil yetkisinin kapsamını sınırlamayacağını kabul ettikten sonra, talimata aykırılığın yetki aşımı niteliğine de bürünebileceğinden bahsetmek açık bir çelişkidir.

¹⁴⁷ Von, Tuhr, §42, IV, N.3; benzer görüşte Belgesay, s.61.

¹⁴⁸ Von, Tuhr, §42, IV, N.3; Belgesay, s.61; Akyol, s.119.

borç altına sokacağı gibi, dış ilişkide temsil yetkisinin kapsamını da etkileyecektir¹⁴⁹. BK m.34/3 veya BK m.33/2 halleri ayırık olmak üzere, temsilcinin talimata aykırı olarak yaptığı işlem yetkisiz temsil hükmünde olup temsilciyi bağlamayacaktır¹⁵⁰.

Kanaatimizce de, talimatın temsil yetkisinin kapsamına etki etmediğinin, dolayısıyla talimata aykırı işlemin temsil olunanı bağlayacağının kabulü isabetli değildir. Üçüncü kişinin talimata vakıf olmasının dahi durumu değiştirmeyeceği görüşü ise, hakkaniyete aykırı şekilde, kötü niyetli üçüncü kişinin korunmasına sebep olacaktır. Kaldı ki her talimata aykırı işlemin temsil yetkisinin kötüye kullanılması ağırlığında olduğu düşünülemez. Bu ağırlığa ulaşmamakla beraber, temsil olunanı, kendi aleyhine işlemlerle bağlı kılmayı gerektirici hukuki bir dayanak bulunmadığı kanaatindeyiz. Aşağıda değineceğimiz üzere, temsil olunanın bizzat bildirimi veya yetki belgesi yoluyla üçüncü kişinin temsil yetkisinin kapsamına vakıf olması halinde, sonraki sınırlayıcı talimatlar zaten üçüncü kişiye karşı ileri sürülememektedir.

C. TALİMATAYKIRI YAPILAN İŞLEMİN HUKUKİ DURUMU

Temsil yetkisinin kapsamına yönelik talimata aykırı hukuki işlemin akıbeti, çeşitli ihtimaller dahilinde değerlendirilmek gerekir. Bunlardan ilki üçüncü kişinin temsil olunanca ne temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına ne de sonraki talimatlara ilişkin bilgilendirilmemiş olması ihtimalidir. İkinci ihtimal, temsil olunan tarafından temsil yetkisinin kapsamının üçüncü kişiye bildirilmesi(dış temsil yetkisi) buna karşılık sonraki sınırlayıcı talimatın yalnızca iç ilişkide verilmiş olmasıdır. Bir diğer ihtimal ise, temsilciye geniş kapsamlı bir temsil yetkisi verildikte sonra, bu yetkinin bir talimatla kısmen geri alınması halidir. İlk ihtimalde üçüncü kişi iyi niyetli dahi olsa, hukuki işlem yetkisiz temsil hükümlerine tabidir. Diğer ihtimallerde ise, üçüncü kişinin sonraki talimatlar açısından iyi niyetli mi kötü niyetli mi olduğuna göre, sözleşmenin geçerli olup olmadığı araştırılacaktır. Son bir ihtimal ise, talimata aykırı davranışın aynı zamanda temsil yetkisinin kötüye kullanılması niteliğinde olmasıdır.

¹⁴⁹ Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §50, N.13; Oğuzman/Öz, s.178; Eren, s.178; İnceoğlu, s.261;

¹⁵⁰ Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §50, N.14, Oğuzman/Öz, s.178; İnceoğlu, s.261 vd. ; Ayan, s.171,172. Ayrıca bkz. Esener, Temsil, s.85 vd.

Tüm bu ihtimaller, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde talimata uyma yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları başlığı altında ayrıntılı şekilde inceleneceği için, şimdilik kısaca değinmekle yetiniyoruz.

İKİNCİ BÖLÜM

TALİMAT KAVRAMI, TALİMAT UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ, TALİMAT AYKIRILIĞIN SORUMLULUK GEREKTİRMEMESİ

Ş1- TALİMAT KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ, TALİMAT TÜRLERİ, TALİMAT VERME YETKİSİ, TALİMATIN MUHATABI

I. TALİMAT KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. TALİMAT KAVRAMI

1. Genel Olarak

İnceleme konumuzu oluşturan talimata uygun hareket etme borcu BK m.389’da düzenlenmiştir:

“Vekil, müvekkilinin sarih olan talimatına muhalefet edemez.

Ancak hal icabına göre müvekkilden mezuniyet istihsaline imkan olmamakla beraber şayet imkan olupta istizan olunsa idi müvekkilin muvafakat edeceği derkar bulunan hususlarda, inhiraf edebilir. Bundan maada hallerde vekil aldığı talimata müvekkilinin aleyhine olarak muhalefet ederse, bundan mütevellit zararı deruhte etmedikçe, müvekkilünbihi ifa edilmiş olmaz.” Hükümde yer alan borcun kapsamına ve borca aykırılığın sonuçlarına ilişkin düzenlemelerin anlaşılabilmesi için, talimat kavramının ne anlama geldiği değişik yönleri ile ortaya konulmak gerekir. Bu incelemeyi yaparken çerçevemizi vekalet sözleşmesi oluşturacaktır. Bunun yanı sıra hukuki işlemlere yönelik vekalet sözleşmelerinde verilen talimatlar, temsil yetkisinin kapsamı ile doğrudan ilişkili olduğu için, gerekli oldukça talimatın temsil yetkisinin kapsamına yönelik etkisi üzerinde de durulacaktır.

2. Vekalet Sözleşmesinde Talimat

Vekalet sözleşmesinde vekilin asli edimi olan iş görme, bir yapma(facere) borcuna karşılık gelmektedir. Verme borçlarında borcun konusunu oluşturan çeşit veya parça belirli, hiç değilse somut olarak belirlenebilir niteliktedir¹⁵¹. Buna karşılık yapma borçlarında, borcun kendi yapısından kaynaklanan bir belirlenebilirlik söz konusu değildir. Nitekim yapma borçları açısından çeşit borcunun somutlaştırılıp belirlenmesine ilişkin BK m.70 benzeri bir kural yoktur¹⁵². Yapma borcunun nasıl ifa edileceğine ilişkin sınırlar, tarafların iradeleri ile çizilir. Daha sözleşmenin yapım aşamasında karşılıklı anlaşma yoluyla bir çerçeve belirlenebileceğinde şüphe yoktur. Özellikle vekalet sözleşmesinin çoğu kez sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu gerçeği, ifa sürecinde, yapma borcuna ilişkin sözleşme ile çizilen çerçevenin değişkenliğini sonuçlar. Başka bir ifade ile, değişen koşullar müvekkilin sözleşme ile amaçladığı sonuca ulaştırıcı faaliyetlerin de değişmesini gerektirebilir. Örneğin bir taşınmaz satımına ilişkin vekalet sözleşmesinde müvekkil, vekille taşınmazın en 500.000 TL'ye satılması konusunda anlaşmışken, ilerleyen dönemde ödeme gücü nedeniyle nakit ihtiyacı ortaya çıktığı varsayımında, bu parasal sınırı daha aşağı çekmek durumunda kalabilir. Taşınmazı beş yüz bin liradan daha az bir meblağa satma yetkisini haiz olmayan vekil, müvekkilin kendisine tek taraflı olarak vereceği talimatla daha az bir meblağ üzerinden satımı gerçekleştirebilir. Bu açıklamalar göstermektedir ki; BK m.389/1'de ifadesini bulan talimat kavramı, esas itibariyle vekalet sözleşmesi kurulduktan sonraki ifa sürecinde karşımıza çıkar¹⁵³ ve müvekkilin vekalet sözleşmesine konu işin görülme biçimine çok çeşitli açılardan sınırlama getirebilmesini sağlar¹⁵⁴, vekilin işin görülmesi için faaliyette bulunma borcunu belirginleştirir. Buradan hareketle sözleşmenin kurulma anına kadar, müvekkilin işin görülme biçimine ilişkin çizdiği ve vekil tarafından kabul edilen sınırlar, muhteva bakımından talimat gibi

¹⁵¹ Donay, Süheyl : Vekilin Talimata Uygun ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, Batider, 1970, S.4, sh. 728-749, s.729.

¹⁵² Edimin belirlenmesine ilişkin geniş bilgi için bkz. Serozan, İfa, §7, N.2; Eren s.93 vd.; Ayan, s.20 vd.

¹⁵³ Tandoğan, Borçlar Özel, s.436; Donay, s.729; Aral, s.410; Yavuz, Borçlar s.433; Zevkliler/Havutçu, s.344; Özkaya, s.325; Yarg. 13. HD. E. 1985/2552 K. 1985/5380 T.09.09.1985, www.kazanci.com.tr

¹⁵⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s.436; Yavuz, Borçlar, s.433;

görünseler de BK m.389 anlamında talimat niteliğinde değil sözleşme hükmü niteliğindedir¹⁵⁵.

Tarafların sözleşmede, işin görülme biçimine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, genel bir çerçeve çizmekle yetinmeleri de mümkündür. Müvekkil ilk ihtimalde değiştirici, ikinci ihtimalde somutlaştırıcı ve sınırlayıcı talimatlar verebilir. Yeter ki sonradan verilen bu talimat, sözleşmenin konusu dahilinde olsun. Başka bir ifade ile sözleşmede üzerinde anlaşmaya varılan objektif ve sübjektif açıdan esaslı noktalar, müvekkilin talimat verme yetkisini kullanabileceği alana ilişkin en genel sınırdır. Bu sınırın tek taraflı olarak kullanılan talimatlar yolu ile aşılması mümkün değildir¹⁵⁶. Müvekkil tek taraflı hukuki işlem niteliğindeki talimatlar yoluyla vekilin durumunu ağırlaştırmaz¹⁵⁷. Vekalet sözleşmesinin konu ve kapsamı dışında ki hususlara ilişkin bir irade açıklaması, vekile yönetilmiş yeni bir icap niteliğindedir¹⁵⁸. Örneğin müvekkilin, Üsküdar'daki taşınmazının en az 250.000 TL'ye satılması için, sırf bu dairenin satılması amacıyla yapılan, vekalet sözleşmesinde, bedelin daha sonra indirilmesi veya artırılmasına yönelik talimatı, kural olarak yeni bir icap niteliğinde olmayan, değiştirici nitelikte bir talimattır. Buna karşılık müvekkilin daha sonra Üsküdar'daki daire yerine, Şişli'deki dairesinin satılmasına yönelik beyanı yeni bir icap niteliği taşıyacaktır. Zira en başta sözleşme ile kararlaştırılan iş görme borcunun konusu değişmiştir. Benzer şekilde müvekkil, en başta Üsküdar'daki dairenin kiralanması amacıyla yapılan sözleşmeyi, daha sonra verdiği bir talimatla dairenin satılmasına yönelik bir vekalet sözleşmesine dönüştüremez. Böyle bir beyan talimat değil yeni bir icap niteliğindedir. Eğer vekil bu icabı kabul ederse, dairenin satışına yönelik yeni bir vekalet sözleşmesi kurulmuş olur.

¹⁵⁵ Donay, s.729; Tandoğan, Borçlar Özel, s.437. Özkaya, s.325.

¹⁵⁶ Donay, s.731;Tandoğan, Borçlar Özel, s.438; Yavuz, Borçlar, s.433; Aral, s.411; Zevkliler/Havutçu, s. 344; Özkaya, s.326; Karahasan, s.1015; Akipek, s.60.

¹⁵⁷ Donay, s.731; Tandoğan, Borçlar Özel, s.438; Özkaya, s.326;

¹⁵⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s.438; Aral, s.411;

Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil asli edim yükümünü yerine getirirken temsil yetkisine dayanır¹⁵⁹. Şu halde müvekkilin vekile yönelik sınırlayıcı talimatları, çoğu kez vekilin temsil yetkisinin kapsamında da değişikliğe yol açar¹⁶⁰. Başka bir ifade ile bu türden bir talimat, hem vekile BK m.389/1 gereği bu talimata uygun işlem yapma borcunu yükleyecek, hem de vekilin temsil yetkisini sınırlayacaktır. Dolayısıyla talimata aykırı işlem yapılması hem vekil ve müvekkil arasındaki iç ilişkide hem de vekil ile üçüncü kişi arasındaki dış ilişki de sonuçlar doğuracaktır¹⁶¹.

Buna karşılık maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde amaç, hukuki işlem veya işlem benzerlerinin gerçekleştirilmesi değildir. Dolayısıyla vekil, müvekkilin temsilcisi sıfatıyla hareket etmez¹⁶². Bu tür vekalet sözleşmelerinde müvekkilin talimatları, yalnızca sözleşme konusu maddi fiilin gerçekleştiriliş biçimine yönelik olabilir. Şunu da eklemek gerekir ki, günümüz koşullarında özellikle maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerine konu olabilecek işler çoğu kez vekilin mesleki uzmanlık alanına girmektedir. Örneğin, bir öğretmenin özel ders vermesi, bir doktorun hastalığı teşhis ve tedavi etmesi amacıyla yapılan sözleşmelerde durum böyledir. Dolayısıyla müvekkilin, kendi uzmanlık alanına girmeyen konularda, işin görülme biçimine ilişkin talimatlar vermesi pek gerçekçi bir ihtimal değildir¹⁶³. Buna karşılık maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde müvekkilin talimat verme yetkisinin olmadığı da söylenemez. Örneğin bir sitenin depreme dayanıklılığını kontrol için bir inşaat

¹⁵⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.394; Aral, s.396

¹⁶⁰ Bkz. Birinci Bölüm, §2, III, s.

¹⁶¹ Şüphesiz talimata aykırı davranışın dış ilişkideki etkisi vekilin doğrudan temsilci sıfatıyla hareket ettiği vekalet sözleşmeleri açısından söz konusudur. Vekilin dolaylı temsilci sıfatıyla hareket ettiği durumlarda ise, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin tarafı bizzat vekil olduğu için, kural olarak sözleşmenin geçerliliği etkilenmez(bkz.aşağıda).

¹⁶² Bkz. Birinci Bölüm, §1, I, A, 1.

¹⁶³ Tandoğan, Borçlar Özel, s.438; Yavuz/Özen/Acar, s.648; Özkaya, s.326; Özellikle bu türden vekalet sözleşmelerinde vekilin bağımsızlığı, işin görülmesinde kullanılacak yöntem ve araçlar konusunda kendini daha da gösterir. Örneğin bir öğretmen özel ders verirken, aldığı pedagojik formasyon gereği ne tür yöntemler kullanacağını, hangi eğitim araçlarının öğrenci için daha uygun olacağını kendisi belirler.

mühendisiyle yapılan vekalet sözleşmesinde, site yönetimi yalnızca belirli blokların kontrol edilmesi yönünde talimat vermişse, mühendis sitede ki tüm blokların kontrolünü gerçekleştiremez.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde vekalet sözleşmesinde talimat kavramına ilişkin şöyle bir tanım getirilebilir: Talimat, vekalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki aşamada müvekkilin, vekilin işin görülmesine yönelik faaliyetlerine, somutlaştırıcı, sınırlayıcı veya değiştirici müdahalelerde bulunmasını sağlayan, tek taraflı ve ulaşması gerekli irade beyanıdır.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Talimatın ilk ve en belirgin özelliği tek taraflı bir hukuki işlem olmasıdır¹⁶⁴. Dolayısıyla talimatın geçerliliği ve bağlayıcılığı için, vekilin kabulüne ihtiyaç yoktur¹⁶⁵. Buna karşılık talimatın hüküm doğurabilmesi için vekile ulaşması gerekir. Bu itibarla talimat, varması gerekli irade beyanlarındandır¹⁶⁶.

Talimat her şeyden evvel belirli bir muhataba yöneltilmiş irade açıklamasıdır. Dolayısıyla talimat verilmesine yönelik irade beyanının yorumlanmasında güven ilkesi çerçevesinde hareket edilir¹⁶⁷. Başka bir ifade ile vekilin, içinde bulunduğu bütün hal ve şartlar dahilinde ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisine yönelik talimatı nasıl anlaması gerektiğine bakılır.

¹⁶⁴ Donay, s.729; Tandoğan, Borçlar Özel, s.436; Aral, s.410; Yavuz/Özen/Acar, s.648; Zevkliler/Havutçu, s.344; Özkaya, s.325; Karahasan, s.1014; Akipek, s.60.

¹⁶⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s.437; Zevkliler/Havutçu, s.344.

¹⁶⁶ Bir irade beyanının tamamlanması ve hükümlerini doğurması için, belirli bir kişiye yöneltilmesi ve ulaşması gerekiyorsa, varması gerekli irade beyanından bahsederiz. Vasiyetname yapılması, vakıf kurulması, ilan yoluyla vaade bulunulması gibi istisnai haller dışında, irade beyanlarının büyük çoğunlu varması gerekli beyanlardandır, bkz. Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §15, N.1, vd. ; Eren, s.128 vd.;

¹⁶⁷ Güven ilkesi, beyanın muhatabının kendisince bilinebilen bütün hal ve şartlar dahilinde ve dürüstlük kuralı çerçevesinde beyandan anlamakta haklı görüleceği anlamı esas alır(bkz, Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §13, N.1; Eren, s.142; Oğuzman/Öz, s.62; Ayan, s.144; Esener, Borçlar, s.23).

Türk- İsviçre hukuklarında hakim görüşe göre, müvekkilin vekile talimat vermesi, yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı niteliğindedir¹⁶⁸. Zira müvekkilin talimatı ile, vekalet sözleşmesinin işin niteliğinden kaynaklanan kapsamına ilişkin çeşitli yönlerden sınırlamalar getirilir. Üstelik bu etki vekilin talimatı kabulü gerekmeksizin ortaya çıkar. Buna karşılık bir başka görüşe göre, talimat verme, yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğinde kabul edilemez¹⁶⁹. Zira verilen talimatın vekil tarafından yerine getirilmeden önce değiştirilmesi veya geri alınması mümkündür. Talimat vermekle; sınırlandırılıp somutlaştırılan veya değiştirilen, işin görülmesine yönelik ifa faaliyetlerini gerçekleştiriliş biçimidir¹⁷⁰.

Kanaatimizce talimat verme yetkisinin hukuki niteliği üzerinde fikir yürütebilmek için yenilik doğuran haklara ilişkin geleneksel kabuller yanında yeni eğilimler üzerinde de durulmak gerekir. Yenilik doğuran haklar, hak sahibine, tek taraflı bir hukuki işlemle yeni bir hukuki ilişki kurmak veya mevcut hukuki ilişkiye doğrudan değiştirici veya bozucu etkiye bulunmak suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirme imkanı veren haklardır¹⁷¹. Yenilik doğuran haklar tek taraflı hukuki işlem yoluyla kullanılırlar¹⁷². Hak sahibi bu nitelikteki hakkını kullanarak başka birinin hukuk alanına doğrudan müdahale etmiş olur. Bu müdahalenin muhatabın hukuk alanında netice doğurması için bir kabule ihtiyaç yoktur. Başka bir ifade ile muhatabın hakkın doğumu için gerekli şartların oluşmasını engelleme imkanı bulunsa da, hak kullanılmakla meydana gelen neticeleri engelleme imkanı yoktur¹⁷³. Muhatabın hukuk

¹⁶⁸ Von Tuhr, §3, II, 2, s.24; Tandoğan, Borçlar Özel, s.436; Yavuz/Özen/Acar, s.648; Zevkliler/Havutçu, s.344; Özkaya, s.325; Karahasan, s.1015.

¹⁶⁹ Aral, s.; Akipek, s.

¹⁷⁰ Aral, Akipek.

¹⁷¹ Buz, Vedat : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.57; Von, Tuhr, §3, II, s.23; Oser/Schönenberger, m.1-67, N.35; Oğuzman/Barlas, s.142; Eren, s.59; Serozan, Dönme, s.46, Yenilik doğuran hak kavramının tarihsel gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. Buz, 29 vd.

¹⁷² Yenilik doğuran hakların maddi fiiller veya çok taraflı hukuki işlemler yoluyla kullanılabileceği yolundaki bazı fantastik ☺ görüşler için bkz. Buz, s.58-63.

¹⁷³ Oser/Schönenberger, m.1-67, N.40; Buz, s.64 vd. ; Serozan, Dönme, s.47. Buna karşılık başka bir şahsın hukuk alanında etkiler meydana getirmeyi yenilik doğuran hakların ayırt edici özelliği olarak

alanında meydana gelen netice, çoğu kez hak sahibine karşı altına girilen yükümlülüklerdir. Buna karşılık yenilik doğuran hakkın kullanılması muhatapla birlikte hak sahibini de yükümlülük altına sokabilir¹⁷⁴. Yenilik doğuran hakkın kullanılması ile, hakka bağlanan hukuki neticeler meydana geleceğinden hakkın varlık sebebi de ortadan kalkar. Buna bağlı olarak bu haklar bir kez kullanılmakla tükenirler ve neticelerini meydana getirdikten sonra geri alınamazlar. Bu kabulün temelinde, muhatapın ve bazı durumlarda üçüncü kişilerin, hakkın kullanımıyla meydana gelen durumun kesinliğine güvenmekteki menfaati yatar¹⁷⁵. Aynı amaçtan hareketle yenilik doğurucu hakların kullanımının kural olarak şarta bağlanamayacağı kabul edilir¹⁷⁶. Zira şarta bağlı borç veya hukuki işlem, şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusundaki belirsizliğin etkisi altındadır¹⁷⁷. Muhatap kendi hukuk alanında doğrudan etki doğurucu nitelikteki bir hakkın kullanımı ve hükümlerini doğurması bakımından şart nedeniyle ortaya çıkacak hukuki belirsizliğe mahkum edilmemelidir. Bu nedenle hakkın kullanımının şarta bağlanması muhatap açısından bir hukuki belirsizliğe yol açmıyorsa, şarta

görmeyen, yalnızca hak sahibinin hukuk alanında etkiler doğuran yenilik doğuran hakların bulunduğu da kabul edilmektedir. Bu tür haklara “mirasın reddi” örnek gösterilmektedir(bkz. Eren, s.45).

¹⁷⁴ Buz, s.73.

¹⁷⁵ Eren, s.64; Oğuzman/Barlas, s.Buz, s.257; Serozan, Dönme, s.47. Yenilik doğuran hakların bir defa kullanılmakla tükenecekleri ve geri alınamayacakları konusundaki geleneksel ve katı görüşü kabul etmeyen, geri alınamama kuralına istisna getiren eğilimden de bahsetmek gerekir: Geri alınamama kuralının temelinde yatan düşünce çerçevesinde, muhatapın da muvafakati var ise kullanılmış yenilik doğuran hakların geri alınması mümkündür. Başka bir ifade ile, muhatap açısından hukuki belirsizliğin engellenmesi için kabul edilen geri alınamama kuralı, muhatapın muvafakati ile işlevsiz kalır. Zira yenilik doğurucu hakkın kullanılması için yapılan tek taraflı hukuki işlemin geri alınmasına muvafakat eden muhatap, kendisi için bir hukuki belirsizliğin oluşmadığını kabul etmiş sayılır. Bu durumda yenilik doğurucu hakkın kullanımına yönelik tek taraflı işlemi taraflar anlaşarak ortadan kaldırmaktadırlar. Buna karşılık bu yeni eğilim yenilik doğurucu tek taraflı hukuki işlemin hak sahibince tek taraflı olarak geri alınabilmesini de mümkün görür. Yalnız bunun için muhatapın yenilik doğuran hakkın kullanılması için gereken şartların mevcut olmadığını ileri sürmüş, hakkın kullanılmasına itiraz etmiş olması gerekir(Bu görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Buz, s.443-454).

¹⁷⁶ Oğuzman/Barlas, s.144; Eren, s.65; Buz, s.258.

¹⁷⁷ Dar anlamda şart, geleceğe ilişkin gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli olayı ifade eder. Hükümlerini doğurması veya devam ettirmesi bu şartın gerçekleşmesine bağlanmış borç veya hukuki işlemlere ise şarta bağlı borç veya şarta bağlı hukuki işlem denir, bkz. Eren, 1115 vd; Ayan, 100.

bağlanamama kuralının gözden çıkarılabileceği kabul edilmektedir. Nitekim hakim görüşe göre, yenilik doğuran hakkın iradi şarta bağlanması mümkündür¹⁷⁸. Yenilik doğuran hakların bu temel özellikleri¹⁷⁹ dikkate alındığında hak sahibi ile muhatap arasında neredeyse bir “tâbiyet” ilişkisi göze çarpar¹⁸⁰. Nitekim geri alınamama ve şarta bağlanamama kuralına getirilmek istenen istisnalar, muhatapın hak sahibinin iradesine “tâbi” durumuna denge getirme amacına hizmet ederler.

Müvekkilin talimat verme yetkisinin yenilik doğuran hak niteliğini haiz olup olmadığı bu çerçevede değerlendirilmek gerekir. Müvekkilin işin görülmesine yönelik verdiği talimatlar müvekkili bağlar. Nitekim verilen talimatlara uyma yükümlülüğü vekilin bağımsızlığını görece hale getiren en temel nedenlerden biridir. Vekalet sözleşmesinde vekilin müvekkile “tâbi” hale geldiği alan, müvekkilin talimatına muhatap olduğu alandır. Müvekkilin verdiği talimatı geri alabilme imkanı ise, vekilin bu talimat doğrultusunda işlem yapmasından önceki dönem için söz konusudur¹⁸¹. Başka bir ifade ile talimat vekile ulaştığı anda hükümlerini doğurur ve vekili talimat doğrultusunda davranma yükümlülüğü altına sokar. Fakat vekil talimat doğrultusunda faaliyetlere girişmeden önceki dönemde talimatın geri alınması mümkündür. Geri alma imkanının zamansal sınırı dikkate alındığında, bu imkanın talimat vermenin yenilik doğurucu niteliğine esaslı bir itiraz nedeni olamayacağı görülür. Zira vekil talimat doğrultusunda faaliyete giriştikten veya işlem yaptıktan sonra geri alma yönündeki irade bağlayıcı etki doğurmaz. BK m.9’a göre, icabın geri alınmasına ilişkin beyan muhataba icaptan önce veya icap ile aynı anda ulaşırsa ya da icap beyanı daha önce ulaşmakla

¹⁷⁸ Oser/Schönenberger, m.1-67; Eren, s.65; Oğuzman/Barlas, s.145; Buz, s.259 vd.

¹⁷⁹ Yenilik doğuran hak kavramı üzerinden, tüm yenilik doğuran haklar için istisnasız geçerli kurallar koymanın zorluğu, buna karşılık bu grup haklara dahil her bir münferit hak bakımından ortaya çıkan sorunların çözümü için bazı temel ilkelerin belirlenmesi gerekliliği Buz tarafından ifade edilmiştir(bkz. Buz, s.88, 89).

¹⁸⁰ Serozan, Dönme, s.46.

¹⁸¹ “Müvekkil verdiği talimat yerine getirilinceye kadar ondan vazgeçebilir veya onu değiştirebilir. Ancak vekilin talimatın değiştirildiğini veya kaldırıldığını öğreninceye kadar eski talimata uygun olarak yaptığı işlemler müvekkili bağlar; bu hususta, vekaletin sona erdiği vekil tarafından öğrenilinceye kadar onun yaptığı işlemlerden müvekkilin sorumlu tutulacağı hakkındaki BK md.398 kıyas yoluyla uygulanmalıdır” bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.440; Yavuz/Acar/Özen, s.648.

birlikte muhatap geri alma beyanını daha önce öğrenirse, icap beyanı hükümsüz kalır. Tek taraflı hukuki işlemlerin geri alınmasında da uygulanan¹⁸² BK m.9 hükmü, talimat içeren beyan hakkında da uygulanabilir. Burada gözden kaçırılmaması gereken nüans icabın muhataba ulaştığı anda işlevselleşmesidir. Başka bir ifade ile icap muhataba ulaştığı anda hukuki neticelerini meydana getirdiği gibi kendisinden beklenen pratik amacı da meydana getirmiş olur. Bu amaç muhatapın, sözleşme kurma niyetini öğrenmesidir. Geri alma beyanı icaptan sonra ulaşmakla birlikte önceden öğrenilirse icabın hükümsüz kalacağına ilişkin düzenleme, icabın hukuki neticeleri yanında bu pratik amacının da esas alındığını gösterir. Talimat verme beyanında ise bu pratik amaç talimat doğrultusunda faaliyette bulunulmasını veya işlem yapılmasını sağlamaktır. Henüz pratik netice meydana gelmeden evvel talimatın geri alınması BK m.9 hükmü ile çelişmediği gibi, talimat vermenin yenilik doğurucu niteliğine de halel getirmez. Zira yenilik doğuran hakkın kullanımı niteliğindeki tek taraflı hukuki işlemlerin geri alınması da BK m.9 hükmüne tabidir. Özellikle maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde müvekkilin talimat verme imkanı zaten kısıtlıdır. Hukuki işlemlere yönelik vekalet sözleşmelerinde ise talimat aynı zamanda temsil yetkisinin kapsamını da etkilediğinden, üçüncü kişi ile talimat doğrultusunda işlem yapıldıktan sonra, talimatın geri alınması mümkün değildir.

Talimat verme yetkisini yenilik doğuran hakların şarta bağlanamayacakları yönündeki kabul açısından da bir değerlendirmeye tabi tutmalıdır. Yenilik doğuran hakların kullanımı kural olarak şarta bağlanamamakla birlikte, muhatap açısından hukuki belirsizliğin söz konusu olmayacağı hallerde, şartın caiz olduğu kabul edilmektedir. Burada bahsedeceğimiz müvekkilin talimat verme yetkisinin şarta bağlanıp bağlanamayacağıdır. Yoksa talimatın yerine getirilmesi şarta bağlanabilir düşüncesindeyiz. Örneğin “ komadan çıktığı takdirde taşınmazımı A’ya sat”, “Üniversiteyi kazandığı takdirde yeğenime bir bilgisayar al” benzeri talimatın icrasına ilişkin şartlar konulması, şartın geçerliliğine ilişkin genel kurallar çerçevesinde mümkündür. Buna karşılık müvekkilin talimat verme imkanının herhangi bir şarta bağlanamayacağı kanaatindeyiz. Gerçi pratik açıdan talimat vermenin şarta bağlanması

¹⁸² Buz, s.452.

ihtimali pek gerçekçi durmamakla birlikte, teorik açıdan da mümkün görünmemektedir. Bunun en temel nedeni adi vekalet sözleşmelerinde müvekkilin, azil hakkında olduğu gibi, talimat verme imkanını sınırlayan veya ortadan kaldıran anlaşmaları geçersiz kabul etmemizdir¹⁸³. Talimat vermenin şarta bağlanması, vekilin hukuki durumunu belirsizleştirmeyecek nitelikte olsa dahi sırf talimat verme hakkını sınırlandıracağı için kanaatimizce kabul edilebilir nitelikte değildir.

Talimat verilmekle sadece işin görülmesine yönelik ifa faaliyetlerinin biçiminin somutlaştırıldığı gerekçesi de yenilik doğurucu niteliğin reddi için yeterli değildir. Her ne kadar vekilin asli borcu olan iş görme borcu sözleşme yapıldığı sırada kararlaştırılmış olsa da, sonradan verilen talimatlar ile vekil asli borçla ilgili; fakat ondan farklı bir yükümlülük altına sokulmuş olur. Bu yükümlülük işin verilen talimat doğrultusunda görülmesi yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranan vekil iş görme borcunu yerine getirmiş olsa dahi müvekkile karşı sorumlu olur.

Tüm bu gerekçelerle müvekkilin talimat verme hakkının yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Buna karşılık talimatın bu bağlayıcı ve yenilik doğurucu etkisi bizzat yasa tarafından yumuşatılmış, vekile BK m.389/2’de belirtilen şartlar dahilinde talimattan ayrılma imkanı tanınmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme talimatın yenilik doğurucu etkisine getirilmiş yasal bir istisna niteliğinde görülmelidir.

II. TALİMAT TÜRLERİ

A. GENEL OLARAK

Talimat türlerine ilişkin olarak yapılan ayırmda ölçüt, talimatın vekili bağlayıcılık derecesidir. Başka bir ifade ile işin görülmesine yönelik verilen talimat vekile; o talimata uymak, uymayacaksa sözleşmeyi sona erdirmekten başka çare bırakmıyorsa, talimat en yüksek derecede bağlayıcıdır. Buna karşılık verilen talimat,

¹⁸³ Bkz. İkinci Bölüm, §2, III, B.

vekilin talimat dışı hareket etmesine az veya çok açık kapı bırakıyorsa, bağlayıcılığın derecesi düşüktür. Bu nedenle öğretide talimat kavramı incelenirken emredici talimat, ihtiyari talimat ve yol gösterici talimat olmak üzere üçlü bir ayrıma gidilir¹⁸⁴. Vekilin, ayrılma iradesi gösteremeyeceği talimatlar emredici talimatlardır. Vekilin belirli şartlar dahilinde ayrılma iradesi gösterebileceği talimatlar ise; eğer vekile sadece genel olarak yol gösteriyor ise ihtiyari, daha özel bir duruma ilişkin veriliyorsa yol gösterici talimat adını alır. Yalnız Donay, talimatları yalnızca emredici ve yol gösterici talimat şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutar¹⁸⁵.

Kanaatimizce de talimatın bağlayıcılık derecesi, başka bir ifade ile vekilin talimattan ayrılabilme olanağı ölçütünden hareketle, ikili bir ayrıma gitmek daha isabetlidir. Bir talimatın emredici olup olmadığının bile yorum meselesi olduğu dikkate alındığında, emredici olmayan talimatları da kendi içinde sınıflandırmaya tabi tutmanın pratik bir faydası olduğunu düşünmemekteyiz. Kaldı ki vekil, emredici olmayan her tür talimattan ister genel, ister özel nitelikte olsun BK m. 389/2 de belirtilen şartlar dahilinde ayrılabilir. Bunun dışında genel olarak yol gösterici olmakla birlikte, işin görülmesi hususunda vekile inisiyatif tanıyan ihtiyari talimatların, esasen talimat niteliğinde olduğu söylenemez. Zira müvekkil için talimat, az veya çok vekil üzerinde bağlayıcı etki yaratmaya, işin görülme biçimine müdahalede bulunmaya yönelik bir araçtır. Oysa ihtiyari talimat başlığı altında incelenen beyanlara uyup uymamak, özen borcu çerçevesinde vekilin kararına bağlıdır¹⁸⁶. Bu gerekçelerle biz de BK m.389

¹⁸⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s.444 vd; Yavuz/Özen/Acar, s.649; Özkaya; s.327.

¹⁸⁵ Donay, s. 730.

¹⁸⁶ Nitekim Tandoğan, ihtiyari talimattan ayrılarak faaliyette bulunan vekilin, bu faaliyet tarzını seçmede gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğunu, başka bir ifade ile sorumluluğunun BK m.390'a göre tayin edileceğini söylemektedir, bkz. , Tandoğan, Borçlar Özel, s. 445; Özen borcu işin görülme biçimine ilişkin objektif ölçütler koyan, soyut bir borçtur. Başka bir ifade ile sözleşme ile çizilen çerçeve içinde iş gören vekilin, ifa sürecindeki faaliyet tarzına ilişkin objektif ve yasal bir yükümlülüktür. Oysa talimat, müvekkilin sübjektif durumundan doğan, somut nitelikte bir irade açıklamasıdır. Müvekkil kendi iradesini, kendisi için daha yararlı olacağını düşündüğü istikamette açıklamaktadır. Eğer vekil bu talimattan ayrılacaksa, bunu sırf özen borcuna uygunluk gerekçesine dayandıramaz. BK m.389/2'de belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini de gözetmek durumundadır. Eğer vekil sadakat ve özen borcu çerçevesinde iş görüyorsa, başka bir ifade ile hangi faaliyet biçiminin müvekkil yararına uygun

hükmü açısından talimat kavramını ikili bir ayırım yaparak incelemeyi uygun görüyoruz. Buna karşılık emredici-yol gösterici talimat şeklinde bir adlandırmanın, söz konusu talimatların niteliğine uygun düşmediği kanaatindeyiz. Özellikle yol gösterici talimat ifadesi, talimatın bağlayıcı değil tavsiye verici nitelikte olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Oysa aşağıda da inceleyeceğimiz gibi, bu türden talimatlarda bağlayıcıdır. İş talimat doğrultusunda görüp görmemek vekilin inisiyatifine bırakılmamıştır. Vekil ancak, BK m.389/2’de belirtilen şartlar dahilinde talimattan ayrılabilir. Dolayısıyla emredici talimat yerine mutlak bağlayıcı talimat, yol gösterici talimat yerine nispi bağlayıcı talimat ifadelerini kullanmayı tercih edeceğiz.

B. MUTLAK BAĞLAYICI TALİMAT

Yukarıda da belirttiğimiz gibi müvekkil, vekalet sözleşmesine konu işin görülme biçimine yönelik talimatlar verme hakkını haizdir. Eğer verilen talimat, o talimata uyulması konusunda müvekkilin kesin ve net iradesini içeriyorsa, mutlak bağlayıcı talimatın varlığından söz ederiz. Müvekkil mutlak bağlayıcı talimat ile vekile sınırları kalın çizgilerle çekilmiş bir hareket biçimini emreder. Bu türden bir talimata muhatap olan vekil, talimat ile çizilen sınırlara riayet etmek mecburiyetindedir. Başka bir ifade talimatın işin görülme biçimine yönelik emrettiği hareket biçimine koşulsuz uymalıdır¹⁸⁷. Müvekkilin bağlayıcılığı mutlak talimatlar verebilme hakkı, vekilin bağımsızlığını görece hale getiren en temel faktördür.

Müvekkilin bu türden talimatlar verebilmesinin temelinde, vekalet sözleşmesine konu işin müvekkil yararına görülüyor olması yatar¹⁸⁸. Hangi tür faaliyet

olacağını belirlerken sırf gerekli özeni göstermekle sorumlu ise, aslında ortada teknik anlamı ile bir talimat da yoktur. Öğretide ihtiyari talimata aynı zamanda tamamlayıcı-yedek talimat(bkz. Yavuz/Özen/Acar, s.649; Özkaya, s.327) denmesi de bu fikrimizi destekler niteliktedir. Esasen vekil, müvekkilin menfaati ölçütünden hareketle ve özen borcu çerçevesinde ihtiyari talimata uyup uymamakta serbesttir. Dolayısıyla ihtiyari talimatın, vekilin işin görülmesine yönelik hareket alanını sınırlayıcı bir etkisi olduğu söylenemez.

¹⁸⁷ Becker, m.397, N.4; Donay, s.730; Tandoğan, Borçlar Özel, s.444; Yavuz/Özen/Acar, s.622; Özkaya, s.327; Dalamanlı, s.733; Akipek, s.61.

¹⁸⁸ Bkz. Birinci Bölüm, §1, II, B, 2.

biçiminin müvekkilin yararına olacağı hususunda vekilin uzmanlığı, kişisel kavrayış yeteneği vasatın çok üstünde olsa dahi, müvekkilin sübjektif durumundan kaynaklanan maddi manevi bir çok neden mutlak bağlayıcı talimat vermeyi gerekli kılabilir. Örneğin, vekili 500.000 TL'ye kadar bir taşınmaz almak hususunda yetkilendiren müvekkil, daha sonra bazı finansal sıkıntılar nedeniyle bu bedeli aşağı çekebilir. Bu hususta vekile, örneğin 250.000 TL'den daha fazla bedelli bir taşınmaz satın almaması hususunda mutlak bağlayıcı bir talimat verebilir. Bu durumda müvekkil kendi ödeme olanaklarını gözden geçirmiş, belirlediği bedelin üzerinde bir ödeme yapamayacağını hesaplamıştır. Vekilin, taşınmazın bulunduğu coğrafi konum, çevresindeki mevcut veya müstakbel alt ve üst yapı hizmetleri gibi faktörleri dikkate alarak, ilerisi için çok değerli bir yatırım olacağı düşüncesiyle, talimattan ayrılıp 300.000 TL bedelli bir taşınmaz alması mümkün değildir. Bu hususta müvekkili bilgilendirip ondan yeni bir talimat almadığı sürece, halihazırda verilmiş talimata uymak zorundadır. Örneğin, müvekkil illegal oluşumlarla münasebet içinde bulunduğunu bildiği şirketlerle iş yapmaması hususunda vekiline mutlak bağlayıcı talimat verebilir. Müvekkilin sübjektif durumundan kaynaklanan manevi nedenler de onu mutlak bağlayıcı talimat vermeye itmiş olabilir. Örneğin daha önce aile bireylerinde birine karşı suç işlemiş bir kimseye dairesini kiralamaması hususunda, vekile mutlak bağlayıcı talimat verebilir. Bu durumda vekil, çok yüksek bir kira bedeli önerdiği gerekçesiyle o kimseyle kira sözleşmesi yapamaz.

Bir talimatın mutlak bağlayıcı niteliği açıkça talimat içeren beyandan anlaşılabilir¹⁸⁹. “Bana hakaret eden A'ya taşınmazımı kesinlikle kiraya verme” şeklinde ki bir talimatın mutlak bağlayıcı olduğu aşıkardır. Buna karşılık beyanda “mutlaka”, “kesinlikle” gibi vurgu maksatlı edatlar yer almıyor olabilir. Başka bir ifade ile sırf beyana bakılarak talimatın mutlak bağlayıcı olduğu sonucuna varılamayabilir. İşte bu durumlarda talimatın mutlak bağlayıcı olup olmadığı yorum yoluyla belirlenecektir¹⁹⁰. Yapılacak yorum kanaatimizce güven ilkesi çerçevesinde olmalıdır. Başka bir ifade ile vekilin kendisince bilinen tüm hal ve şartlar dahilinde ve dürüstlük kuralı çerçevesinde talimatın bağlayıcılık derecesi hususunda ne tür bir yargıya varmakta haklı

¹⁸⁹ Özkaya, s.327.

¹⁹⁰ Becker, m.397, N.4; Donay, s.730; Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Yavuz/Özen/Acar, s.649; Özkaya, s.327.

görülebileceğine bakılmalıdır¹⁹¹. Yukarı da ki örnekte, talimatın sadece “taşınmazımı A ‘ya kiraya verme” şeklinde verildiğini düşünelim Bu durumda, müvekkili ile A arasında ki husumeti bilen vekil bu talimatın mutlak bağlayıcı nitelikte olduğunu düşünmekte dürüstlük kuralı çerçevesinde haklıdır. Hatta husumeti bilmiyor olsa bile, müvekkilin *özellikle* A ile kira sözleşmesi yapmak istememesinin aralarında ki bir husumetten kaynaklandığını ve bu nedenle söz konusu talimatın mutlak bağlayıcı nitelikte olduğunu düşünmekte dürüstlük kuralı çerçevesinde haklı görülebilir¹⁹².

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir talimatın mutlak bağlayıcı olduğuna ilişkin yorum yapılırken titiz davranılmalı, vekalet sözleşmesinin genel özellikleri dikkate alındığında mutlak bağlayıcı talimatın daha istisnai nitelikte olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Başka bir ifade ile güven ilkesi çerçevesinde bizi talimatın mutlak bağlayıcı olduğu sonucuna götüren ciddi tutamak noktaları yoksa, talimatın mutlak bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmalıdır¹⁹³

C. NİSBİ BAĞLAYICI TALİMAT

Müvekkilin talimatı vekil açısından bağlayıcı olmakla birlikte, yasa da öngörülmüş şartlar dahilinde bu talimattan ayrılmak mümkün ise nispi bağlayıcı talimat

¹⁹¹ Müvekkilin beyanının talimat niteliğinde olup olmadığı da, söz konusu irade beyanının güven ilkesi çerçevesinde yorumlanmasıyla ortaya konulacaktır(bkz. İkinci Bölüm, §1, I, B). Şu halde talimatın bağlayıcılık derecesi de talimat içeren beyanın güven ilkesi çerçevesinde yorumlanmasıyla ortaya konulmalıdır.

¹⁹² Öğreti de talimatın mutlak bağlayıcı olup olmadığının yorum meselesi olduğu ve hal ve şartlara göre tespit olunması gerektiği belirtilmektedir, bkz. Becker, m.397, N.4; Donay, s.730; Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Yavuz/Özen/Acar, s.649; Özkaya, s.327. Buna karşılık “hal ve şartlara göre tespit olunur” ifadesi muğlak kalmaktadır. Bu hal ve şartlar kim tarafından bilinen veya bilinmesi gereken hal ve şartlardır? Müvekkil tarafından mı, vekil tarafından mı, hakim tarafından mı? Yoksa klasik güven teorisinde(bkz. Eren, s.140; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §13, N.1) olduğu gibi, soyut ve objektif kıstaslara göre farazi bir muhatap tarafından mı? Şüphesiz talimat verme her şeyden önce belirli bir muhataba yöneltilmiş irade beyanıdır. Yorumu da güven teorisi çerçevesinde, somut olayda beyanın muhatabı olan vekil esas alınarak yapılmalıdır.

¹⁹³ Becker, m.397, N.4; Donay, s.730; Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Yavuz/Özen/Acar, s.649; Özkaya, s.327.

söz konusu olur. Esasen mutlak bağlayıcı olmayan her türlü talimat, gerçekte talimat olmadığını düşündüğümüz ihtiyari talimatlar¹⁹⁴ bir yana bırakılırsa, nispi bağlayıcı talimat niteliğindedir. Başka bir ifade ile talimatın mutlak bağlayıcı olduğu, talimat içeren beyandan açıkça anlaşılmıyor ve yorum yoluyla da mutlak bağlayıcı bir talimatın var olduğu sonucuna ulaşamıyorsa, ortada nispi bağlayıcı nitelikte bir talimat vardır. Öğreti de BK m.389’da yer alan düzenlemenin nispi bağlayıcı talimatlara ilişkin olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁵.

Nispi bağlayıcı talimatlarda, talimat verildiği sırada var olan şartların değişmesi veya talimat verildiği sırada eldeki verilere göre yapılan değerlendirmenin yeterli olmadığının daha sonra ortaya çıkması halinde, vekilin BK m.389/2’de yer alan şartlar dahilinde talimattan ayrılma imkanı vardır¹⁹⁶. Başka bir ifade ile, talimatın verildiği sırada vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca uygun olan talimat, ilerleyen dönemde amaca uygun olmaktan çıkmıştır. Şu halde verilen talimat amaca uygun olmaya devam ettiği sürece vekilin talimattan ayrılma imkanı yoktur. Nitekim BK m.389/1’de yer alan, vekil müvekkilin sarıh olan talimatına muhalefet edemez, şeklinde ki düzenleme bizi bu sonuca götürür. Fakat talimatın amaca uygun olmaktan çıktığı andan itibaren vekil BK m.389/2’deki şartlar dahilinde talimattan ayrılabilir. Şüphesiz müvekkilin vekili bağlayıcı nitelikteki talimatının, daha verildiği sırada amaca

¹⁹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, §1, II, A, dpnt.170.

¹⁹⁵ Donay, s.731; Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Yavuz/Özen/Acar, s.649. Donay’ın, yol gösterici talimata ilişkin açıklamalarının, esasen bizim talimat olarak kabul etmediğimiz ihtiyari talimata ilişkin olduğu görülür: “Eğer talimat yol gösterici yani ihtiyari nitelikte ise vekil müvekkilin menfaatlerini gözetmek kaydıyla en elverişli surette hareket etmek üzere geniş selahiyete sahiptir. Bu nevi talimat vaziyet değiştikçe, yahut hareket tarzının değişmesine hak verdiği takdirde vekile sarıh veya zımni tadil selahiyeti verir. ... Başka bir deyişle vekile verilen talimatlar kendisine bir hareket serbestisi bırakır ve gördürülen iş vekilin tek başına hareket etmesini gerektirir veya vekil müvekkilin menfaat ve arzularını göz önünde tutarak karar vermek durumunda kalırsa talimat ihtiyari niteliktedir” bkz. Donay, s.730,731. Yukarda da değindiğimiz gibi, kanatımızca vekile geniş hareket serbestisi bırakan, işin görülme biçimine ilişkin talimata uyup uymama noktasında inisiyatif kullanma yetkisini vekile veren beyanların, esasen talimat niteliğinde olduğu düşünülemez. Bu türden beyanlara aykırı kararlar veren vekil, bu kararı verirken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Yoksa vekilin BK m.389/2’de yer alan şartlar dahilinde hareket etmesi gerekmez.

¹⁹⁶ Becker, m.397, N.6; Tandoğan, Borçlar Özel, s.447; Yavuz/Özen/Acar, s.649; Özkaya, s.327.

uygun olmaması da mümkündür. Bu durum talimatın bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşmamızı gerektirmez. Dolayısıyla talimatın amaca uygun olmadığını gören vekil, BK m.389/2 gereği müvekkili bu konuda uyarıp yeni bir talimat almalı, eğer yeni bir talimat almaya olanak yoksa ve olanak bulunsaydı müvekkilin başka türlü hareket etmeye rıza göstereceği kabul edilebiliyorsa, talimattan ayrılmalıdır¹⁹⁷. Başka bir ifade ile vekilin sırf talimatın amaca uygun olmadığı gerekçesiyle, BK m.389/2’de aranan şartları gerçekleştirmeden talimattan ayrılması olanaklı değildir.

III. TALİMAT VERME YETKİSİ VE SINIRLARI

A. GENEL OLARAK

Bir vekalet sözleşmesinde talimat verme hakkının asli sahibi müvekkildir. Zira iş görme borcu müvekkilin yararına ve iradesine uygun olarak ifa edilmelidir. Buna karşılık vekile, müvekkil dışında kimselerin de talimat verip veremeyeceği sorunu üzerinde durmak gerekir. Özellikle borç ilişkilerinin nispiliği ilkesine istisna teşkil edecek şekilde, vekalet sözleşmesine taraf olmayan üçüncü bir kişinin vekile yönelik bağlayıcı talimatlar vermesinin hangi durumlarda mümkün olduğu ortaya konulmalıdır. Müvekkilin verdiği her talimatın hüküm doğuracağına kabulü ise mümkün değildir. Zira talimat verme hakkının kullanımı bir hukuki işlemdir ve tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi hukuk düzeni tarafından öngörülmüş sınırlar dahilinde verilen talimatların hüküm doğurmasından söz edilebilir. Dolayısıyla müvekkilin iş görme borcunun ifasına yönelik tüm talimatlarının vekili bağlayıcı olduğu yönünde götürü bir kabul mümkün değildir.

Aşağıda talimat verme hakkının asli sahibi olan müvekkilin, hangi sınırlar dahilinde vekili bağlayıcı talimatlar verebileceği üzerinde durulacak, ardından vekil dışında bu hakkı kullanabilecek, külli halefler ve lehine vekalet sözleşmesi yapılan üçüncü kişilere ilişkin bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

B. MÜVEKKİL

¹⁹⁷ Tandoğan, Borçlar Özel, s.445,446; Aral, s.411; Yavuz/Özen/Acar, s.649,650; Özkaya, s.327; Yalçınduran, s.74; Akipek, s.60.

Vekalet sözleşmesinde vekile talimat verme hakkının asli sahibi şüphesiz müvekkildir. Vekalet sözleşmesine konu işin müvekkilin yararı gözetilerek görülmesi zorunluluğu karşısında, kendi yararına olanı takdir etmek yetkisi müvekkilden esirgenemez. Nitekim müvekkil, BK m.396'ya göre sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırabilme, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde doğrudan temsil yetkisinin kapsamını daraltabilme, hatta işin görülmesine bizzat müdahale edebilme haklarına sahiptir. Talimat verme hakkı ise tüm bu haklara nazaran daha sınırlı niteliktedir ve müvekkilin bu hakka sahip olduğu evleviyetle kabul edilir¹⁹⁸.

Şüphesiz işin görülmesi için müvekkilin talimat vermesi zorunlu değildir. Özellikle sözleşme konusu işin vekilin uzmanlığına girdiği alanlarda müvekkilin talimat verme hakkını kullanabileceği alan işin niteliği gereği sınırlanmaktadır. Başka bir ifade ile talimat verme hakkı hiç kullanılmaksızın da iş görme borcu yerine getirilebilir¹⁹⁹. Buradan hareketle vekalet sözleşmesinde müvekkilin talimat verme hakkından feragat ettiğinin kararlaştırılması veya talimat verme hakkının sınırlandırılması mümkün görülebilir mi? Bu konuda öğretide görüş birliği olduğundan söz edilemez. Buna karşılık hakim görüşün bu soruya olumsuz cevap verdiği söylenebilir²⁰⁰. Hakim görüşe göre buna en büyük engel temsil olunanın, temsil yetkisini geri alma veya sınırlandırma hakkından önceden feragat etmesini hükümsüz kılan BK m.34/2 hükmüdür. Kaldı ki müvekkil BK m.396/1'e göre vekalet sözleşmesini her zaman sonlandırabilir²⁰¹. Hatta bu türden bir feragatin TMK m.23'e aykırı olduğu da ileri sürülebilir²⁰². İkinci bir görüşe göre ise, talimat verme hakkından önceden tamamen veya kısmen feragat mümkündür. Sözleşmede işin nasıl görüleceği ayrıntılı biçimde düzenlenebilir, ayrıca müvekkil talimat verme yetkisinden feragat etse bile, sözleşmeyi her zaman sonlandırabilme hakkı onun menfaatlerini korumak için yeterlidir²⁰³. Kanaatimizce

¹⁹⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s.437; Yavuz/Özen/Acar, s.648; Donay, s.730. Bu gerekçeler göstermektedir ki vekilin talimat verme yetkisi BK m.389 olmasaydı dahi, sözleşmenin niteliğinden çıkarılabilecekti.

¹⁹⁹ Zevkliler/Havutçu, s.344.

²⁰⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, s.439; Yavuz/Özen/Acar, s.648; Karahasan, s.1015; Özkaya, s.326.

²⁰¹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.439; Yavuz/Özen/Acar, s.648; Özkaya, s.326.

²⁰² Yavuz/Özen/Acar, s.648

²⁰³ Peyer, s.140-143, naklen, Tandoğan, Borçlar Özel, s. 615 ve dpnt.25

talimat verme hakkını sınırlandırıcı veya ortadan kaldırıcı bir anlaşma geçerli olmamalıdır. Hukuki fiillere yönelik adi vekalet sözleşmelerinde temsil yetkisini sınırlandırma veya geri alma hakkından feragati hükümsüz kılan BK m.34/2 hükmü; temsil yetkisinin kapsamını sınırlandırma fonksiyonu bulunan talimat verme hakkının sınırlandırılmasını veya ortadan kaldırılmasını da kanaatimizce engellemektedir. Adi vekalet sözleşmelerinde vekil, vekalet sözleşmesi ile bir başkasının(müvekkilin) işini görmektedir. Üstelik edim sonucundan değil edim fiilinden sorumludur. Başka bir ifade ile vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca uygun ve özenli faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Üstelik genelde sözleşme konusu iş konusunda uzman kimse sıfatını haizdir. Buna karşılık talimat verme hakkının temelinde; vekalet sözleşmesinin, sözleşme kurulduktan sonra müvekkilin kendi hakimiyet alanından kaynaklanan sübjektif değişikliklere, talimatlar yoluyla uyarlanabilmesi amacı da yatar. Ayrıca müvekkilin kişilik haklarını konu alan, örneğin teşhis ve tedavi sözleşmelerinde, müvekkilin elinden talimat verme imkanını almak en başta TMK. m.23'e aykırılık teşkil eder.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi talimat verme hakkının sınırı, talimatın yeni bir icap teşkil etmesi halidir. Talimat verme hakkının kullanımı tek taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir ve müvekkil bu yetkiyi sözleşmede kararlaştırılan içerik ve kapsamın değiştirilmesi için kullanamaz. Bu tür bir talimat aslında yeni bir icap niteliğinde olduğu için hüküm doğurması vekilin kabulüne bağlıdır²⁰⁴. Bu sınır dahilinde kalmak kaydıyla müvekkilin işin görülmesine yönelik talimatlar vermesine bir engel yoktur.

Müvekkilin talimat verme hakkının diğer bir sınırı ise, talimatın muhtevasına ilişkindir. Eğer verilen talimat hukuka veya ahlaka aykırı nitelikte ise, hüküm doğurmaz. Başka bir ifade ile bu türden bir talimat vekili bağlayıcı etki yaratmaz.

²⁰⁴ Bkz. §2, I,A,2; Buna karşılık uygulamada vekil genellikle bu türden icapları açıkça veya icabın gereğini yerine getirerek zımnen kabul eder. Dolayısıyla sonradan verilen talimatlar ile, sonradan sözleşme içeriğinin değiştirilmesine yönelik iki taraflı anlaşma arasındaki fark kendini çoğu kez hissettirmez. Yine BK m.387 kuralı gereği, aslında yeni bir icap niteliğindeki talimatı derhal reddetmeyen vekilin, bu icabı zımnen kabul ettiği varsayılabilir, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel s.442.

C. KÜLLİ HALEFLER

BK m.397'ye göre; aksi sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça müvekkilin veya vekilin ölümü vekalet sözleşmesini sona erdirir. Bu düzenleme, vekalet sözleşmesinin, tarafların kişiliğinin önem taşıdığı ve karşılıklı güvene dayanan bir ilişki olarak görülmesi temeline dayanır²⁰⁵. Başka bir ifade ile vekil ya da müvekkilin ölümü halinde vekalet sözleşmesi niteliği gereği, kural olarak sona erecektir. Vekil veya müvekkilin gaipliğine karar verilmesi ya da taraflardan birinin tüzel kişi olması halinde tüzel kişiliğin sona ermesi de aynı neticeyi doğurur²⁰⁶. Buna karşılık tarafların sözleşme de, taraflardan birinin ölümü halinde sözleşmenin ölen tarafın mirasçıları ile devam edeceğini kararlaştırmaları mümkündür²⁰⁷. Ölümün vekalet sözleşmesi üzerindeki etkilerini vekil ve müvekkil açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir²⁰⁸.

Vekalet sözleşmesinde vekil, sözleşme konusu işin görülmesi bakımından kişiliği önemli olan, güvenilen kimsedir²⁰⁹. Nitekim BK m.390/3'e göre vekil kural olarak iş görme borcunu şahsen ifa etmelidir. Dolayısıyla vekilin ölümü halinde vekalet sözleşmesi genellikle son bulur²¹⁰. Özellikle maddi fiillere ilişkin vekalet

²⁰⁵ Gürsoy, Kemal Tahir : Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul, 1977, sh. 1-34, s.2; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 647; Özkaya, s.643; Akipek, s.78; Yalçınduran, s.91; Sarı, s.28.

²⁰⁶ Becker, m.405, N.4; Tandoğan, Borçlar Özel, s.664 vd.; Gürsoy, s.11; Özkaya, s.643; Yalçınduran, s.93; Sarı, s.60.

²⁰⁷ Aral, s.419; Zevkliler/Havutçu, s.348; Akipek, s.78.

²⁰⁸ Fransız Medeni Kanununda olduğu gibi BK m.397/1'de vekil ve müvekkilin ölümü aynı kurala bağlanmışsa da, vekalet sözleşmesi ile amaçlanan neticeye ulaşabilmek bakımından vekilin kişiliğinin çoğu kez önemli olduğu gerçeğini kabul etmek gerekir. Tanınmış ve başarılı bir avukatın veya cerrahın durumunda olduğu gibi. Nitekim Alman Hukukunda müvekkil ve vekilin ölümü bakımından birbirinin tersine iki karine kabul edildiği görülür. Vekilin ölümü halinde kural olarak sözleşmenin sona erer, müvekkilin ölümü halinde ise sözleşme kural olarak devam eder(bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.647; Gürsoy, s.2,3).

²⁰⁹ Becker, m.405, N.4;Tandoğan, Borçlar Özel, s.646; Gürsoy, s.2; Yalçınduran, s.91.

²¹⁰ Becker, M.405, N.4; Gürsoy, s.13, Yalçınduran, s.91; Akipek, s.80; Aday, s.133; Karateke, s.39; Kayhan, s.118, AK. M.42'ye göre; Bir avukatın olumu veya meslekten yahut isten çıkarılması veya işten

sözleşmelerinde, vekilin iş görme borcunu şahsen ifa etmesi gerekliliği daha göze çarpar niteliktedir²¹¹. Bir cerrah ile yapılan vekalet sözleşmesinde, cerrahın kişiliğinin ne denli önemli olduğu tartışma götürmez. Benzer şekilde hukuki fiillere yönelik bir vekalet sözleşmesinde de örneğin kişisel bilgi ve becerisi nedeniyle kendisiyle sözleşme yapılan vekilin ölümü, doğal olarak sözleşmeyi sona erdirir. Külli halefiyet ilkesi gereği, vekilin ölene kadar yapmış olduğu işlerden ötürü tahakkuk etmiş ücret alacağı, vekilin sahip olduğu diğer mali haklarla birlikte mirasçılara intikal edecek ve mirasçılar bu ücreti müvekkilden isteyebileceklerdir²¹².

İnceleme konumuz açısından önem arz eden müvekkilin ölümü neticesinde sözleşmenin devam ettiğinin kabul edileceği hallerdir. Bu ihtimalde müvekkilin mirasçıları vekile talimat verme hakkına sahip olabilecekler midir? Vekile talimat verebileceklerinin kabulü halinde bu hakkı hangi sıfatla kullanacaklardır? Bu soruların cevabını verebilmek için müvekkilin ölümü halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı üzerinde durmak gerekir.

BK m. 397/1'e göre vekilin ölümünde olduğu gibi müvekkilin ölümü halinde de sözleşme kural olarak sona erer. Buna karşılık BK m.398'e göre vekilin müvekkilin öldüğünü öğrenene kadar yaptığı işlemler geçerlidir ve bu işlemlerden gerek vekile gerekse üçüncü kişilere karşı doğan borçlardan mirasçılar sorumlu olurlar²¹³. Fakat aynı madde de bu kurala istisnalar getirilmiş ve sözleşme de aksi kararlaştırmışsa veya işin niteliği gerektiriyorsa vekalet sözleşmesinin devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanında BK m.397/2'ye göre sözleşmenin sona ermesi halinde, müvekkil veya mirasçılarının menfaatleri tehlikeye düşüyorsa; müvekkil, temsilci veya mirasçılar

yasaklanması yahut geçici olarak is yapamaz duruma gelmesi hallerinde, Baro Başkanı, ilgililerin yazılı istemi üzerine veya is sahiplerinin yazılı muvafakatini almak şartıyla, işleri geçici olarak takip etmek ve yürütmek için bir avukatı görevlendirir ve dosyaları kendisine devir ve teslim eder.

²¹¹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.652; Canyürek, Murat : Özellikle maddi fiillere ilişkin vekalet yönünden vekalet sözleşmesinin bazı özellikleri, Argumentum, C.1, S.10, sh. 141-146, S.12, sh. 182-187, S.12, s.183;

²¹² Tandoğan, Borçlar Özel, s.663; Gürsoy, s.13; Yalçınduran, s.91;

²¹³ Becker, m.406, N.1,2; Tandoğan, Borçlar Özel, s.663; Gürsoy, s.14; Özkaya, s.644; Bilge, s.302; Zevkililer/Havutçu, s.350; Dalamanlı, s.763; Aral, s.420; Yalçınduran, s.92; YHGK, E.1923/44 K.1923/36 T.11.02,1923(bkz. Özkaya, s.651).

işlerini bizzat görecek hale gelinceye kadar, vekil veya temsilcisi veya mirasçıları vekalet sözleşmesinden doğan borcun ifasına devam etmek ile yükümlüdürler. Bu hüküm vekile, müvekkilin ölümü halinde, mirasçılar işleri bizzat görecek hale gelinceye kadar iş görmeye geçici olarak devam etme borcu yükler. Tüm bu ihtimaller, mirasçıların vekile talimat verme hakları açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

İlk ihtimal müvekkilin ölümü halinde sözleşmenin devam edeceğinin taraflarca kararlaştırılmasıdır. Vekalet sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin ölümü halinde vekalet sözleşmesinin ölen tarafın mirasçıları ile devam edeceği kararlaştırılabilir²¹⁴. Böyle bir anlaşma varsa, müvekkilin ölümü halinde, mirasçılar ve vekil arasındaki sözleşme devam edecektir²¹⁵. Sözleşmenin devamının hukuki dayanağı ne olacaktır? Öğretide Tandoğan ve Gürsoy'a göre, vekalet sözleşmesinde taraflardan biri öldüğü takdirde sözleşmenin devam edeceği kararlaştırılmışsa, müvekkilin ölümü halinde, müvekkilin vekalet sözleşmesinden doğan hak ve borçları külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılara geçer. Vekalet sözleşmesinde tarafların işin görülmesine yönelik hak ve borçlarının kişiye bağlı nitelikte olduğu, bu nedenle özellikle iş görme alacağının temlikinin mümkün olmadığı, dolayısıyla iş görme alacağının külli halefiyet yoluyla mirasçılara intikal edemeyeceği düşünülse dahi, burada bizzat yasa tarafından bir istisna getirilmiştir. Zaten vekalet sözleşmesinde iş görme alacağı dışındaki alacak ve borçların temliki mümkündür. Üstelik külli halefler, vekalet sözleşmesi ile bağlı kalmak istemiyorlarsa vekili azil imkanına sahiptirler²¹⁶. Kanaatimizce bu durumda vekalet sözleşmesinin devamı sadece bir süre külli halefiyet ilkesine temelinde devam edebilir. Vekalet sözleşmesinin devamını arzulamayan mirasçılar, azil yoluyla vekalet sözleşmesine tek taraflı olarak son verene kadar, külli halef sıfatını haizdirler. Külli

²¹⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s.649 vd. ;Gürsoy, s.5,6; Zevkliler/Havutçu, s.349.

²¹⁵ 1940 tarihli Yargıtay İçtihadı birleştirme kararında, taşınmaz satışı ve mülkiyetinin devri konulu bir vekalet sözleşmesinde, taraflar arasında müvekkilin ölümü halinde dahi vekalet sözleşmesinin devam edeceği kararlaştırılmışsa, müvekkilin ölümünden sonra vekilin yetkilerinin devam edeceği, fakat kanuni halefiyet gereği mirasçıların vekili azil hakkının bulunduğu kabul edilmiştir, YİBK. E.1983/20 K.1940/87 T.07.12.1940, Özkaya, s.646. YHGK, E.1985/1-66 K. 1986/441, T.18.04.1986; www.kazancı.com.tr Yarg. 2. HD. E.1977/1460 K.1977/2282, T. 05.04.1977, Özkaya, s.655.

²¹⁶ Gürsoy, s.5 vd; Tandoğan, Borçlar Özel, s.648.

halefiyet yoluyla müvekkilin vekalet sözleşmesinden kaynaklanan tüm hak ve borçları, dolayısıyla talimat verme hakkı kendilerine intikal eden mirasçılar, mirası reddetmemiş olmak koşuluyla bu hakkı kullanabilirler²¹⁷. Buna karşılık sözleşmeye devam etmeyi arzulamayan mirasçıların, talimat verme hakkını çok sınırlı bir alanda kullanabilecekleri kabul edilmelidir. Başka bir ifade ile vekilin sözleşme konusu işi görmeye devam etmesi anlamına gelebilecek talimatlar veremeyecekleri kanaatindeyiz. Aksi halde hem vekalet ilişkisini sona erdirmeyi isteyip, hem de vekile işin devamı anlamına gelecek türden talimatlar verilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Kaldı ki bu türden bir talimat güven ilkesi çerçevesinde örtülü olarak sözleşmenin yenilenmesi anlamına gelir. İkinci ihtimal ise, mirasçıların sözleşmeye devam etmeyi arzulamalarıdır. Bu ihtimalde ise sözleşmenin yenilenmesi hususunda açık veya örtülü iradelerini ortaya koyuncaya dek, külli halef sıfatları devam eder. Bu iradelerini ortaya koydukları anda bizzat sözleşmenin tarafı haline gelirler. Külli halef sıfatları devam ettiği sırada vekile işin devamı anlamı çıkarılabilecek bir talimat vermeleri ise, sözleşmenin yenilenmesine yönelik örtülü bir irade beyanı niteliğindedir.

BK m.397/1'in müvekkilin ölümü ile sözleşmenin sona erebileceğine yönelik getirdiği ikinci istisna ise işin niteliğidir. İşin niteliği sözleşmenin devamını gerektiriyorsa, müvekkilin ölümü ile vekalet sözleşmesi sona ermez²¹⁸. Maddi eylemlere yönelik vekalet sözleşmelerinde, iş bizzat müvekkilin yararına görülüyorsa, müvekkilin ölümü ile konu imkansızlaşacağı için vekalet sözleşmesi son bulur²¹⁹. Buna karşılık vekil üçüncü kişi yararına iş görüyorsa, müvekkilin ölse dahi, işin niteliği gereği sözleşme devam eder²²⁰. Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde de işin niteliği sözleşmenin devamını gerektirebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, müvekkilin bir taşınmazının satış ve devri amacıyla yaptığı vekalet sözleşmesinde, taşınmazın alıcıya teslim edildiğini, satış bedelinin alındığını fakat tapuda devir işlemi yapılmadan müvekkilin öldüğünü, ölümden sonra vekilin temsil

²¹⁷ Yavuz/Özen/Acar, s.667

²¹⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s.651; Gürsoy, s.6; Yavuz/Özen/Acar, s.667; Zevkliler/Havutçu, s.349.

²¹⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.651; Canyürek, s.183; Akipek, s.81; YHGK, E.1981/7-2406 K.1981/641 T.25.09.1981, Özkaya, s.646-649.

²²⁰ Gürsoy, s.12; Tandoğan, Borçlar Özel, 652;

yetkisine dayanarak taşınmazı alıcıya tapuda devrettiğini, bu devrin, vekalet sözleşmesi işin niteliği gereği devam ettiğinden geçerli olduğunu kabul etmiştir²²¹. Bu halde sözleşmenin devam etmesinin hukuki dayanağı hakkında, yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Dolayısıyla kanaatimizce vekalet sözleşmesi işin niteliği gereği devam ediyor; fakat mirasçılar vekili azletmek istiyorlarsa, talimat verme haklarını dürüstlük kuralına aykırı düşmeyecek şekilde kullanabilirler. Buna karşılık güven ilkesi çerçevesinde sözleşmeye devam anlamı çıkarılabilecek türden talimatlar vermeleri, sözleşmenin yenilenmesine yönelik örtülü bir irade beyanı niteliği taşır.

Vekalet sözleşmesinin müvekkilin ölümü halinde devam edeceği, ne sözleşmede kararlaştırılmış, ne de işin niteliği devamı gerektiriyorsa, sözleşme sona erer. Bu halde BK m.397/2 devreye girer²²². Müvekkilin ölümü neticesinde vekalet sözleşmesinin sona ermesi ve sözleşme konusu işin ortada kalması halinde, mirasçıların menfaatleri açısından tehlike söz konusu ise, mirasçılar gerekli tedbirleri alana kadar,

²²¹ YHGK, E.1970/1-778 K.1970/685 T.16.12.1970, Özkaya, s.649.

²²² Gürsoy'a göre BK m.397/2 hükmü olmasaydı dahi, sözleşmenin sona ermesi halinde mirasçıların menfaatleri tehlikeye giriyorsa, işin niteliği gereği sözleşmenin devam ettiği kabul edilebilir. Başka bir ifade ile BK m.397/1 bu işlevi yerine getirir. Kaldı ki vekalet sözleşmesinin sona ermesi ile ortada kalan işe devam etmek vefa borcu niteliğinde olduğu için, mirasçıların menfaatinin tehlikeye girmiş olması gerekli de değildir(bkz. Gürsoy, s.14). Tandoğan'a göre ise, vekalet sözleşmesinin, işin niteliği gereği devam etmesi ile, BK m.397/II'ye göre devam etmesi arasında fark vardır. BK m.397/2 tam da, işin niteliği gereği veya sözleşme gereği devam etmediği durumlarda, mirasçıların menfaatlerine hanel gelmemesi için, onlar gerekli tedbirleri alana kadar, vekile geçici bir iş görme borcu yükler. Üstelik işin niteliği gereği devam edip etmeyeceği bir yorum meselesidir ve bu konuda şüpheye düşüldüğünde, BK m.397/2 mirasçıların menfaatlerini koruma açısından doğrudan devreye girer(bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.659,660). Kanaatimizce de, BK m.397/1'e göre sözleşmenin işin niteliği gereği devam etmesi hali, özellikle vekilin müvekkili hesabına işlem yaptığı ya da üçüncü kişi lehine vekalet sözleşmesini yapıldığı durumlarda koruyucu nitelikte bir hükümdür. Üstelik bu hüküm vekile, azledilmediği sürece işi tamamlama borcu yükler. Oysa 397/2 geçici bir tedbir niteliğindedir ve mirasçıları(diğer sona erme halleri açısından aynı zamanda müvekkili) koruyucu niteliktedir. Birden fazla mirasçının söz konusu olduğu hallerde vekalet sözleşmesine konu iş hakkında mirasçılar arasında çıkması olası anlaşmazlıkların açısından da bu hükmün yararı ortaya çıkar

vekil iş görmeye geçici olarak devam etmelidir²²³. Bu ihtimalde, vekalet sözleşmesi ölümle hemen sona ermeyip geçici bir süre devam eder. Buna karşılık BK m.397/2 kapsamında devam eden vekalet sözleşmesinde vekilin borcu, vekalet sözleşmesine konu işin gerçekleştirilmesi için faaliyette bulunmak değil, mirasçıların menfaatlerinin tehlikeye düşmesini önleyecek işlemleri yapmak ve tedbirleri almak için faaliyette bulunmaktır²²⁴. BK m.397/2 çerçevesinde devam eden vekalet sözleşmesi, müvekkilin ölümünden önce ki duruma nispeten kapsamı daralmış bir vekalet sözleşmesi olarak görülebilir. Dolayısıyla müvekkilin vekalet sözleşmesinden doğan hak ve borçları külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılara geçmiş olsa dahi, sözleşmenin geçici olarak devam ettiği, vekilin borcunun az önce ifade ettiğimiz şekilde revize olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu gerekçeyle mirasçıların talimat verme hakları da, ancak ifade ettiğimiz çerçeve içinde söz konusu olmalıdır.

D. LEHİNE VEKALET SÖZLEŞMESİ YAPILAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ

Nisbilik ilkesi gereği, bir borç ilişkisinden doğan hak ve borçlar yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilir. Buna karşılık nisbilik ilkesi mutlak olmayıp, bazı hallerde borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerinde bu ilişki de rol aldıkları görülür. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar sözleşme içeriğini, hukuka uygun olmak kaydıyla, istedikleri gibi biçimlendirebileceklerine göre, pekala üçüncü kişileri etkileyici nitelikte sözleşmeler yapma özgürlüğüne de sahiptirler. BK m.111'de düzenlenen üçüncü kişi lehine sözleşmeler tam da bu türdür²²⁵. Vekalet sözleşmelerinin de üçüncü kişi lehine yapılmasına engel yoktur²²⁶. İnceleme konumuz

²²³ Tandoğan, Borçlar Özel, s.659 vd.; Gürsoy, s.15;; Bilge, s.302; Özkaya, s.644. Bu ihtimalde dahi, mirasçıların halihazırdaki vekalet sözleşmesini yenileyebilecekleri unutulmamalıdır. Bu durumda vekil geçici iş görmek yerine, sözleşme konusu işin görülmesine yönelik faaliyetlerine eskisi gibi devam eder.

²²⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 662; Yavuz/Özen/Acar, s.668.

²²⁵ Üçüncü kişi kavramı sözleşmeler hukuku açısından bir hukuki işlemin kurulması aşamasında iradesi rol oynamayan, o işlemin meydana gelmesine katılmayan kişileri ifade eder, bkz. Tandoğan, Haluk : Mukayeseli Hukuk Hususiyle Türk-İsviçre-Alman Hukukları Bakımından Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s.23; Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976, s.12.

²²⁶ Bkz. Birinci Bölüm, §1, II, B, 2.

açısından, üçüncü kişi lehine yapılmış vekalet sözleşmelerinde, lehine sözleşme yapılan üçüncü kişinin vekile talimat verme hakkını haiz olup olmadığı üzerinde durmak gerekir. Bu sorunun cevabı, üçüncü kişi lehine sözleşmelerin türlerinin vekalet sözleşmesi açısından görünüşleri ve lehine vekalet sözleşmesi yapılan üçüncü kişinin vekile karşı sahip olduğu talep hakları ortaya konularak bulunabilir.

Üçüncü kişi lehine sözleşmelerde taraflar, borçlunun edimini sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişi yararına yerine getireceğini kararlaştırırlar²²⁷. Üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisini oluşturanlar, vaad eden(borçlu), vaad ettiren(alacaklı) ve lehtar (üçün kişi) şeklinde belirir. Bir vekalet sözleşmesinin üçüncü kişi lehine yapılması halinde, vekil sözleşmede kararlaştırılan üçüncü kişi yararına iş görme borcu altına girer²²⁸. Üçüncü kişi lehine sözleşmeler, üçüncü kişinin ifayı talep imkanının bulunup bulunmamasına göre tam ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeler ayrımına tabi tutulmuşlardır²²⁹. Lehine sözleşme yapılan üçüncü kişinin(lehtar), ifayı talep hakkını haiz olduğu türden sözleşmeler tam üçüncü kişi yararınadır. BK m.111/2 hükmü, bir sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına olup olmadığının tespitinde, tarafların iradesi veya örf ve adet gereği üçüncü kişinin ifayı talep hakkının bulunmasını arar²³⁰. Şu halde tam üçüncü kişi yararına bir vekalet sözleşmesinin söz konusu olabilmesi, lehtarın vekalet sözleşmesi veya örf ve adet gereği vekilden ifayı talep hakkına sahip olmasına bağlıdır. Lehine sözleşme yapılan üçüncü kişinin ifayı talep hakkına sahip olmadığı türden sözleşmeler ise, eksik(basit) üçüncü kişi lehine sözleşmelerdir²³¹. Bu nevi sözleşmelerde lehtar, edimini yerine getirmesi için borçluya başvuramaz. Eksik

²²⁷ Akyol, Üçüncü Şahıs, s.10; Eren, s.1095.

²²⁸ Sarı, s.239.

²²⁹ Eren, s.1098.

²³⁰ Geniş bilgi için bkz. Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 24-43; Eren, s.1098 vd. Üçüncü kişinin ifayı talep hakkına sahip olması, onun vaad ettirenin sahip olduğu alacak hakkına sahip olduğunu göstermez. Alacak hakkı talep hakkından daha geniş bir kavram olup örneğin alacak hakkına bağlı yenilik doğuran hakları, dönme veya fesih hakkı gibi başkaca hak ve yetkileri de bünyesinde barındırır. Bununla birlikte, sözleşmede lehtarın vaad ettiren asıl alacaklıya ait başkaca hak ve yetkilere de sahip olacağı kararlaştırılabilir.

Akyol, Üçüncü Şahıs, s.23.

²³¹ Eren, s.1098 vd; Akyol, Üçüncü Şahıs, s.16.

üçüncü kişi lehine bir vekalet sözleşmesinde, lehtarın vekilden iş görme borcunun ifasını (kendisi yararına olmasına rağmen) talep hakkı mevcut değildir. Buna karşılık eksik üçüncü kişi yararına vekalet sözleşmesinde, üçüncü kişinin vekile talimat verebileceği kararlaştırılmış olabilir. İşte bu ihtimalde kanaatimizce eksik üçüncü kişi yararına sözleşme lehtarı da vekile talimat verebilmelidir.

Tam üçüncü kişi yararına vekalet sözleşmelerinde, lehine vekalet sözleşmesi yapılan üçüncü kişinin müvekkile talimat verebileceği aşıkardır²³². Doğrudan ifayı talep yetkisini haiz olan üçüncü kişinin bu ifanın gerçekleştiriliş biçimine ilişkin talimatlar verebilmesi evleviyetle mümkündür. Buna karşılık eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeler bakımından bazı soru işaretleri oluşabilir. Acaba lehine yapılan vekalet sözleşmesinde asli edim yükümünün ifasını talep hakkı bulunmayan üçüncü kişi vekile, vekilin hareket alanına doğrudan etki eden talimatlar vermesi mümkün müdür? Türk öğretisinde Sarı'ya göre; eksik üçüncü kişi lehine vekalet sözleşmelerinde de, üçüncü kişinin vekile talimat verme hakkı mevcuttur. Her ne kadar bu türden vekalet sözleşmelerinde üçüncü kişinin ifayı talep hakkı olmasa da; talimat verme hakkı, yerine getirilmeye başlanan iş görmenin gerçekleştirilme biçimine yöneliktir. Gerçekleştirilen iş görmenin kişisel ve mali sonuçları da üçüncü kişinin hukuk alanı üzerindedir. Dolayısıyla eksik üçüncü kişi lehine vekalet sözleşmelerinde, üçüncü kişinin vekile talimat verme hakkı mevcuttur²³³.

Kanaatimizce eksik üçüncü kişi yararına vekalet sözleşmelerinde üçüncü kişi, her ne kadar kendi menfaatine bir iş görülüyor olsa da talimat verme hakkına sahip değildir. Bu türden sözleşmelerde üçüncü kişinin sözleşmeye dayalı bir alacak hakkı mevcut olmadığından, bu hakka bağlı yetkileri kullanma imkanı yoktur. Talimat verme hakkı her ne kadar ifanın gerçekleştiriliş biçimine yönelik ise de; kullanılmakla vekili talimat doğrultusunda iş görme yükümlülüğü altına sokar. Vekalet sözleşmesinden lehine bir alacak hakkı doğmayan, iş görme borcunun ifasını talep edemeyen üçüncü kişinin, vekili yükümlülük altına sokan yenilik doğurucu nitelikteki talimat verme hakkını haiz olmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık talimat olarak ileri süremediği

²³² Donay, s.730; Tandoğan, Borçlar Özel, s.439; Sarı, s.242.

²³³ Sarı, s.241, dpnt.103.

iradesine ve menfaatine aykırı olarak değerlendirdiği bir iş görme varsa, ifayı reddedebilir.

IV. TALİMATIN MUHATABI

A. VEKİL

Vekalet sözleşmesine konu işi görme borcunun asli borçlusunu olan vekil, müvekkilin işin görülmesine yönelik talimatlarının doğrudan muhatabıdır. Müvekkil bu yenilik doğuran hakkını kullanarak vekilin hukuk alanına müdahale eder. İş görme borcu altındaki vekili; ayrıca verdiği talimat doğrultusunda iş görme yükümlülüğü altına sokar. Talimatın muhatabı vekil olduğuna göre, talimat içeren irade beyanının yorumu muhtaç olduğu durumlarda güven ilkesi çerçevesinde hareket edilmelidir. Başka bir ifade ile hem talimatın bağlayıcılık derecesi hem de talimat ile istenen olumlu ya da olumsuz hareket tarzının ne olduğu, vekilin dürüstlük kuralı çerçevesinde beyana vermekte haklı görüleceği anlam esas alınarak belirlenir²³⁴. Buna karşılık işi özenle görme borcu altındaki vekilin talimatın bağlayıcılık derecesi ve öngördüğü hareket tarzı hakkında şüpheye düştüğü hallerde önce müvekkile başvurması gerekir. Bu yargı, vekilin talimattan ayrılmak istiyorsa önce müvekkilden yeni bir talimat alma yoluna başvurması gerektiğini düzenleyen BK m.389/2 hükmünden çıkarılabilir.

Özellikle hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde verilen talimatlar, vekili hem iç ilişkide borç altına sokar, hem de vekilin sahip olduğu doğrudan temsil yetkisinin kapsamını etkiler. Bu türden vekalet sözleşmelerinde aynı zamanda temsil yetkisinin kapsamını etkileyen talimatın vekil yerine kendisiyle işlem yapılacak üçüncü kişiye yöneltilmesi, talimattan haberi olmaksızın üçüncü kişiyle işlem yapan vekilin sorumluluğuna neden olmaz. Buna karşılık temsil yetkisinin kapsamına ilişkin olarak üçüncü kişinin bilgi derecesine itibar edileceği yönündeki BK m.33/2 hükmü gözden kaçırılmamalıdır.

Bu noktada üçüncü kişinin temsil yetkisinin kapsamına ilişkin kendisine yapılan beyandan vekili haberdar etmesi halinde, üçüncü kişinin yaptığı bu

²³⁴ Bkz. İkinci Bölüm, §1, II, B.

bilgilendirmenin, müvekkilce doğrudan vekile yönelik bir talimat gibi sonuç doğurup doğurmayacağı sorusu akla gelebilir. Başka bir ifade ile üçüncü kişinin bu bildirimi, vekili iç ilişkide borç altına sokan bir talimat gibi algılanabilecek midir? Talimat verme hakkının kullanımı muhataba yöneltilmesi ve ulaşması gereken tek taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir. Hüküm doğurabilmesi için kural olarak muhataba varması, onun hakimiyet alanına ulaşması gerekir. Buna karşılık müvekkilinin temsil yetkisinin kapsamına getirdiği sınırlamayı üçüncü kişiden de olsa öğrenen vekilin sırf kendisine doğrudan bir talimat verilmedi diye yükümlülük altına girmediği kabul edilebilir görünmemektedir. Kaldı ki üçüncü kişiye temsil yetkisinin kapsamına ilişkin bildirimde bulunan müvekkilin, sözleşme konusu işlemin nasıl yapılması gerektiği konusunda bir irade belirttiği ortadadır. İşte bu noktada temsil yetkisinin kapsamına ilişkin kendisine yapılan bildirimden vekili haberdar eden üçüncü kişinin, müvekkilin habercisi olduğu sonucu çıkarılabilir. Üçüncü kişi burada, vekile yönelik talimat içeren irade beyanı bakımından müvekkilin habercisi konumundadır. Üçüncü kişi müvekkilin habercisi konumunda olduğundan, talimat içeren beyanın muhatap vekile geç varması veya hiç varmaması rizikosunu müvekkilin sırtındadır²³⁵. Dolayısıyla talimat içeren beyan, üçüncü kişi tarafından fiilen nakledildiği anda vekile ulaşmış sayılır²³⁶. Temsil yetkisinin kapsamına ilişkin üçüncü kişiye yapılan bildirimi öğrenen vekil aynı zamanda iç ilişki de vekile karşı BK m.389 anlamında borç altına girmiş olur. Buna karşılık üçüncü kişiye temsil yetkisinin kapsamına ilişkin sözlü bir bildirim yapılmışsa vekilin, özen borcu gereği müvekkile başvurması ve talimatı teyit ettirmesi yerinde olur.

B. ALT VEKİL

Vekalet sözleşmesinde güven unsuru ön planda olduğu için prensip olarak vekil işi bizzat görme borcu altındadır(BK m.390/3)²³⁷. Bu kuralın istisnaları yine yasa

²³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §15, N.13; Eren, s.132.

²³⁶ Hazır olmayanlar arasında ve özellikle haberci aracılığıyla yapılan irade beyanlarının varması ile ilgili farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §15, N.13.

²³⁷ Becker, m.398, N.12; Tandoğan, Borçlar Özel, s.456; Aral, s.407;Yavuz/Özen/Acar, s.644; Zevkliler/Havutçu, s.345; Bilge, s.293; Akgün, s.1414; Dalamanlı, s.746; Özkaya, s.361; Erlüle, Fulya : Alt Vekalet, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, sh. 259-269, s.259; Sarı, s.219.

tarafından getirilmiştir. Buna göre vekil; sözleşmede açıkça veya zımnen yetkilendirilmişse, örf ve adet gereği işi başkasına gördürmeye yetkili ise veya işi başkasına gördürmeye özen borcu çerçevesinde ve halin gereklerine göre mecbur ise, sözleşme konusu iş görme borcunu başkasına gördürebilir²³⁸. Vekilin işi başkasına gördürmesi, bilinen tabiri yerine başkasını tevkil etmesi ile işin görülmesi için ifa yardımcısı kullanılması birbirine karıştırılmamak gerekir. BK m.390/3'te sayılan hallerde vekilin asli edim yükümü olan iş görme başkası tarafından yerine getirilmektedir²³⁹. Buna karşılık vekilin tek başına yapamayacağı işler veya tali nitelikteki işler için ifa yardımcısı kullanması BK m.390/3'te anılan şartlara bağlı değildir²⁴⁰. İfa yardımcılarının ötürü vekilin sorumluluğu halinde devreye BK m.100 girer. Oysa BK m.390/3 anlamında iş gören kimselerden ötürü vekilin sorumluluğu BK m.391 kapsamındadır. Vekil, bizzat ifa kuralının istisnalarından biri mevcut olduğunda, vekalet sözleşmelerinden doğan borçlarının ifası için bir başkasını tevkil edebilir.

Müvekkilin talimat verme hakkı açısından ise, vekilin, yerine birisini tevkil etmeye yetkili olup olmamasının önemi yoktur. Vekil ister yetkili veya yetkisiz olarak yerine tevkil ettiği alt vekile, müvekkil bağlayıcı talimatlar verebilir²⁴¹.

Ş2- TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, HUKUKİ NİTELİĞİ, TALİMATA AYKIRILIĞIN SORUMLULUK GEREKTİMEMESİ

I. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel olarak

Vekilin müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğü bizzat yasa tarafından BK. m.389/1'de düzenlenmiştir. Hükme göre, vekil müvekkilin açık talimatına aykırı

²³⁸ Becker, m.398, N. 12; Tandoğan, Borçlar Özel, s.457 vd.; Aral, s.407 vd. Yavuz/Özen/Acar, s.644; Özkaya, s.361;Erlüle, s.259.

²³⁹ Aral, s.407; Erlüle, s.260; Vekilin yerine tevkil ettiği kimse ile ifa yardımcılarını birbirlerinden ayırt edici kıstaslar hakkında bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.460 vd.

²⁴⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, s.459; Aral, s.407; Özkaya, s.361.

²⁴¹ Erlüle, s.266.

hareket edemez. Bu yükümlölük, müvekkilin iradesine uygun iş görme unsuruna dayanak oluşturur²⁴². Talimata uyma yükümlölüğünün varlığı, müvekkil tarafından sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemde verilmiş bir talimatın varlığına bağlıdır. Vekilin sözleşmede kararlaştırılan iş görme borcunu herhangi bir talimata muhatap olmadan ifa etmesi mümkündür. Bu halde vekilin hareket alanını daha soyut nitelikteki özen borcu sınırlar. Talimata uyma yükümlölüğü ise, ancak vekilin müvekkil tarafından talimat içeren bir beyana muhatap olması ile doğar. Müvekkil bu tek taraflı beyanı ile vekili talimatın içeriğine uygun iş görme borcu altına sokar. Özen borcundan farklı olarak talimata uyma yükümlölüğünün doğması, başka bir ifade ile BK m.389 hükmünün işlevselleşmesi müvekkilin iradesine bağlıdır. Özen borcu, kaynağı olan borç ilişkisinin kurulması ile doğar. Talimata uyma yükümlölüğü ise vekalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki aşamada karşımıza çıkar.

Talimata uyma yükümlölüğü, talimatın bağlayıcılık derecesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Mutlak bağlayıcı bir talimata muhatap olan vekilin yükümlölüğü katıdır. Vekil iş görme borcunu yerine getirirken bu talimata istisnasız uymak durumundadır. Yoksa borcunu gereği gibi ifa etmiş olmaz. Nisbi bağlayıcı talimatlarda ise yükümlölük, mutlak bağlayıcı talimatlara nispeten daha yumuşaktır. Vekil bu türden bir talimat aldığında talimatın vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca uygun olup olmadığını değerlendirmeye tabi tutabilir. Hatta sadakat ve özen borcu gereği bu değerlendirmeyi yapma yükümlölüğü altındadır. Vekil, talimatın amaca uygun olmadığı kanaatine varırsa müvekkilini bu konuda uyararak ondan yeni bir talimat almak, bu mümkün değilse BK m.389/2’de yer alan koşullara riayet etmek şartıyla talimattan ayrılmak imkanına sahiptir. Özetlemek gerekirse mutlak bağlayıcı talimatlarda vekilin talimatı sorgulama imkanı mevcut değilken, nisbi bağlayıcı talimatlarda, amaca uygunluğu sorgulamak vekil için yükümlölük düzeyindedir²⁴³.

²⁴² Tandoğan, Borçlar Özel, s.436; Bilge, s.498; Yavuz/Özen/Acar, s.647; Karahasan, s.1014.

²⁴³ Mutlak ve nisbi bağlayıcı talimatlar hakkında bkz. İkinci Bölüm, §1, II.

2. Talimata Uyuma Yükümlülüğünün Sadakat ve Özen Borcu İle İlişkisi

Vekilin iş görme borcunun, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan amaca ulaşmak için müvekkil yararına ve iradesine uygun özenli faaliyette bulunma borcu olduğunu daha önce belirlemiştik. Adi vekalet sözleşmelerinde vekilin edim sonucundan değil edim fiilinden sorumlu olması nedeniyle, ifanın gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde ‘özen’ kavramı özel bir önem arz etmekte, tabiri caiz ise anahtar rol ‘özen’ kavramına biçilmektedir²⁴⁴.

Müvekkilin talimat verme hakkının temelinde vekalet sözleşmesinin amacına yönelik faaliyet biçiminin sözleşmenin kurulması aşamasında belirsiz olması ve iş görmenin müvekkil menfaat ve iradesine uygun görülmesi unsuru yatar. Buna karşılık edim sonucundan değil edim fiilinden sorumlu olan vekilin, edimi gereği gibi yerine getirmiş sayılabilmesi özen yükümüne uygun hareket etmesine bağlıdır. Adi vekalet sözleşmesi özelinde özen yükümü, dayanağını madde başlığı “hüsnü suretle ifa mükellefiyeti” olan BK. m.390 da bulur²⁴⁵: “*Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.*

Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.

Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur.” Bu düzenleme ilk iki fıkrasında vekilin sadakat ve özen yükümü ile iş görme borcunu yerine getirirken göstermesi gereken özenin ölçüsünü ihtiva eder. Üçüncü fıkra ise yukarıda da değindiğimiz gibi vekilin şahsen ifa borcu ve bunun istisnaları yer alır²⁴⁶. Böylece vekilin özen yükümünün ve iş görme borcunun ifası

²⁴⁴ Hizmet edimli sözleşmelerde, özellikle edim fiilinin borçlanıldığı hizmet edimli sözleşmelerde özen kavramının sözleşmenin ihlalini belirleme fonksiyonu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gümüş, s. 74-77.

²⁴⁵ Yavuz/Özen/Acar, s. 641; Başpınar, Özen, s.53; Gümüş, s. 115.

²⁴⁶ Hükümün, kanun yapma tekniği açısından belirli noktalarda eleştirilmiş, vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsüne ilişkin düzenlemenin ilk fıkrada yer alması haklı olarak hatalı bulunmuş, vekilin şahsen ifa borcunun ise iş görme borcunun sadakat ve özenle ifası ile dolayısıyla 390 madde ile ilgili bulunmadığı belirtilmiştir, bkz. Gümüş, s115.

sırasında göstermesi gerekli özenin ölçüsünün yasal zeminini BK m.390/1,2 oluşturur. Özen yükümünün konusu, vekalet sözleşmesi ile amaçlanan neticenin gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine, işlerin olağan akışına göre, gerekli davranışlarda bulunmak ve neticenin gerçekleşmesini engelleyici davranışlardan kaçınmak teşkil eder²⁴⁷. Gereken özenin ölçüsü konusunda ise BK m.390/2 hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıf yapar. İşçinin sorumluluğuna ilişkin BK m.321'e göre; *İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.*

Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir..

Vekilin talimata uyma yükümü ile özen borcu arasındaki ilişkinin somutlaştığı alan BK m.389/2 hükmüdür. Vekil vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca uygun olmayan nisbi bağlayıcı talimatlara muhatap olduğunda, hükümde anılan şartlar dahilinde talimattan ayrılma yükümü altına girer. Olağan şartlarda müvekkilin talimatlarına uymaması halinde sorumluluğu söz konusu olan vekilin, BK m.389/2 hükmünün uygulama alanı bulduğu türden talimatlara uyması bu defa sorumluluğunu gerektirir. Bu sorumluluğun temelinde ise vekilin özen yükümü yatar. Başka bir ifade ile talimata uyma yükümlülüğünün gerçek anlamda istisnası olan BK m.389/2 hükmü, vekilin görece bağımsızlığı yanında büyük ölçüde özen yükümünden beslenmiştir. Nitekim vekilin bağlayıcı talimatlarından ayrılması halinde müvekkiline karşı tabi olacağı sorumluluk rejimi, müvekkilin amaca uygun olmayan talimatlarından BK m.389/2'de yer alan şartlar dahilinde ayrılmaması halinde de devreye girmektedir.

BK m.389/2 hükmü, aşağıda daha yakından inceleyeceğimiz üzere, talimattan ayrılma imkanını istisnai bir düzenleme olarak öngörmüştür. Vekilin amaca uygun olmayan bir talimata muhatap olması sorumlu olmaksızın talimattan ayrılmasına tek başına yetmeyecektir. Hükmün ön şartı amaca uygun olmayan bir talimatın mevcudiyetidir. Şu halde vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca yönelik

²⁴⁷ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 408; Aral, s.10; Yavuz/Özen/Acar, s. 642; Başpınar, Özen, s. 135.

faaliyette bulunma borcu altındaki vekil, yine özen yükümü gereği muhatap olduğu talimatın amaca uygunluğunu değerlendirmek durumundadır. Adi vekalet sözleşmelerinde güvenilen kişi konumunda bulunan ve çoğu kez vekalet sözleşmesinin konusu mesleki uzmanlık alanına giren vekil, şüphesiz amaca uygunluğu denetleme yükümü altındadır²⁴⁸.

Vekilin müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğünün arka planında vekilin sadakat yükümünün silüetini fark etmek mümkündür. Adi vekalet sözleşmelerinin güvene dayalı yapısı dikkate alındığında bu silüetin gittikçe belirginleşen görüntüsü ile karşılaşmamak olası değildir. Vekile olumlu bir davranış biçimi yükleyen talimata uyma yükümlülüğünün, bir tarafıyla, müvekkilin menfaat ve iradesini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde, öncelikli olarak koruma ve gözetme anlamına gelen sadakat yükümünden beslendiği inkar edilemez. Sadakat yükümünün görünümlerinden ibaret olan bilgi verme, uyarma, tavsiyede bulunma yükümleri ise, özellikle amaca uygun olmayan, hukuka veya ahlaka aykırı yahut irade sakatlığı hallerinden biri ile sakatlanmış talimatlara muhatap olan vekil açısından önem arz eder. Müvekkilin bu türden bir talimatı ile karşılaşan vekil, müvekkilini bu konuda uyarmak durumundadır. Müvekkilin hukuka veya ahlaka aykırı ya da imkansız talimatları vekil açısından zaten bağlayıcı değildir. Buna karşılık amaca uygun olmayan bir talimata muhatap olan vekil, sadakat yükümü gereği müvekkili bu talimatın uygunsuzluğu konusunda uyarmak ve onu bu talimattan vazgeçirmek durumundadır. Müvekkilin talimatta ısrar etmesi halinde vekil, BK m.396'ya göre sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırabilir. Geri alma hakkını kullanmaması ihtimalinde artık talimata uymak zorundadır. Müvekkilin sakat iradesinin ürünü olan bir talimata muhatap olan vekil, kendisinden beklenen özen ölçüsünde irade sakatlığının farkına varabilecek durumda ise, yine sadakat yükümü gereği müvekkilini uyarmak yükümü altındadır.

²⁴⁸ Gümüş, s.859.

B. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Talimata uyma yükümlülüğünün hukuki niteliği hakkında fikir yürütebilmek bir borç ilişkisinden doğan yükümler hakkında kısada olsa bir açıklamayı gerekli kılar. Bilindiği üzere borç ilişkisinden doğan yükümler edim yükümleri ve yan yükümler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır²⁴⁹. Edim yükümlerini yan yükümlerden ayırmak için öğretilde başvurulmuş ölçütlerden ilki dava edilebilirliktir. Başka bir ifade ile bir yükümlünün edim yükümlü niteliğinin kabulü için ifasının bağımsız olarak talep ve dava edilebilir olması gerekir. Edim yükümleri de kendi içlerinde asli edim yükümleri ve yan edim yükümleri ayrımına tabi tutulmaktadır²⁵⁰. Bu ayrımın temelinde edim yükümlünün sözleşme tipini belirleme, sözleşmenin birincil derecedeki içeriğini oluşturma fonksiyonu yatar. İşte sözleşmeyi karakterize eden türden edimler asli edim yükümleridir²⁵¹. Buna paralel olarak sözleşmenin birincil içeriğini ve objektif açıdan esaslı noktalarını oluşturan asli edim yükümleri hususunda, tam bir konsensüs sağlanmadığı sürece sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez²⁵². Asli edim yükümleri bu özellikleri itibarıyla doğrudan ve bağımsız ifa talebi ve davasına vücut verirler²⁵³. Buna karşılık yan edim yükümleri sözleşmeyi karakterize edici niteliği haiz olmayan, asli edim yükümlerinin yanında yer alan edim yükümleridir. Yan edim yükümleri asli edim yükümlüne göre tali nitelik taşımakla birlikte asli edimden bağımsız bir içeriğe

²⁴⁹ Eren, s.32; İnal, s.193; Gümüş, s.116.

²⁵⁰ Eren, 32; İnal, s.193; Öğretilde Ayan, kanaatimizce isabetsiz olarak edim yükümlerini asli edim yükümleri, tali edim yükümleri ve yan edim yükümleri şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutmuştur, Ayan, s.24,25. Borç ilişkisinden doğan yükümler açısından yapılan asli(birincil), tali(ikincil) yükümler ayrımı esasen borç ilişkisinin kurulması ile borçlunun birincil olarak ifa sorumluluğu altına girdiği yükümlerdir. Tali(ikincil) yükümlerin ortaya çıkması, asli(birincil) yükümlerin ihlaline bağlıdır. Başka bir ifade ile tali yükümler asli yükümlerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, onların yerine geçen ikincil nitelikteki tazminat yükümleri anlamına gelir. Şu halde asli(birincil)yükümler asli edim yükümleri yanında, borç ilişkisinin kurulduğu sırada veya kurulması ile birlikte mevcut olan yan edim yükümlerini ve yan yükümleri de içerir,bkz. Eren, s.31; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §2, N.7 Bu açıklamalar çerçevesinde yazarın asli(birincil) yükümler ile asli edim yükümlerini karıştırdığı göze çarpacaktır.

²⁵¹ Eren, s.32; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §2, N.7; Ayan, s.24.

²⁵² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §17, N.6; Eren, s.210.

²⁵³ Eren, s.32; İnal, s.198; Gümüş, s.117.

sahip olduklarından bağımsız olarak ifası talep ve dava edilebilir yükümlerdir²⁵⁴. Yan edim yükümlerinin kanundan doğması, sözleşmede kararlaştırılması veya sözleşmenin yorumu ve tamamlanması neticesinde ortaya çıkması mümkündür²⁵⁵.

Edim yükümleri yanında, asli edim yükümlerinin gereği gibi yerine getirilmesini kolaylaştırıcı, esas itibariyle dürüstlük kuralından kaynaklanan, ifası bağımsız olarak talep ve dava edilememekle birlikte, ihlali halinde bir tazminat talebine vücut veren ve öğretide yan yükümler olarak isimlendirilen yükümler de bulunmaktadır²⁵⁶. Yan yükümler edim yükümlerinin, son tahlilde sözleşme ile elde edilmek istenen amaca yönelik asli edim yükümünün olması gerektiği gibi yerine getirilmesine, alacaklının edime olan menfaatinin tatminine hizmet ederler²⁵⁷. Bu nedenle bağlı oldukları asli edim yükümlerinden bağımsız dava edilmeleri mümkün görülmemektedir²⁵⁸.

Vekalet sözleşmesi açısından iş görme borcunun asli edim yükümü niteliği tartışma götürmez. Buna karşılık vekilin sadakat ve özen yükümü, aydınlatma yükümü, bizzat ifa yükümü gibi diğer yükümlerini ve bu arada müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğünü vasıflandırmak için salt dava edilebilirlik ölçütü yeterli görülmemektedir. Bunun sebebi bir asli edim yükümünün konusunu teşkil etseler dahi yapma borçlarının ifasının dava edilebilirliği noktasında ki sorunlardır²⁵⁹. Dolayısıyla bir yükümün yan yüküm mü, yan edim yükümü mü olduğu konusunda geriye tek ölçüt kalmaktadır ki, o da yükümün asli edim yükümünün olması gerektiği gibi yerine getirilmesine hizmet edip etmediğidir²⁶⁰.

Talimata uyma yükümlülüğünün kaynağını BK m.389 oluşturur. Bu yükümlülüğün ilk ve en belirgin özelliği yasadan doğmasıdır. Belirtmek gerekir ki

²⁵⁴ Eren, s.33; İnal, s.204.

²⁵⁵ Eren, s.35 vd.

²⁵⁶ Eren, s.37; İnal, s.254 vd; Gümüş, s.118.

²⁵⁷ Gümüş, s.127.

²⁵⁸ Eren, s.37.

²⁵⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, §1, I.

²⁶⁰ Gümüş, s.121.

yasadan doğan bu yükümlölüğün işlevselleşebilmesi müvekkil tarafından bağlayıcı bir talimat verilmesine bağlıdır. Yasa vekili, yapılan sözleşme çerçevesinde müvekkil tarafından bağlayıcı bir talimata muhatap olursa, iş görme borcunu o talimatın belirlediğı çerçeve içerisinde ifa etme yükümlölüğü altına sokar. Talimata uyma yükümlölüğü, doğduğı andan itibaren ayrılmaz biçimde iş görme borcuna eklenir. Talimata uyma yükümlölüğünün, asli edim yükümü olan iş görme borcundan bağımsız bir içeriğı yoktur. Aksine doğrudan asli edim yükümünün içeriğine dahildir. Nitekim BK m.389/2’de, talimata müvekkilin iradesi hilafına uymayan vekilin bundan doğan zararı üzerine almadıkça vekalet sözleşmesinden doğan asli edim yükümünü yerine getirmemiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin temelinde şüphesiz vekalet sözleşmesinin müvekkil yararına ve iradesine uygun ifa edilmesi gerekliliğı yatar. Aynı hükme göre vekil, müvekkilin amaca uygun olmayan nisbi bağlayıcı talimatlarından ayrılacaksa, öncelikle yeni bir talimat alma yoluna gitmek zorundadır. Bunun mümkün olmaması halinde dahi müvekkilin “muhtemel iradesini” araştırmak durumundadır. Tüm bu gerekçeler göstermektedir ki, vekilin asli edim yükümü vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca yönelik faaliyette bulunmak değıl; *müvekkilin talimatları doğrultusunda, vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca yönelik özenli faaliyette bulunmaktadır*. Bu nedenle kanaatimizce vekilin talimata uyma yükümlölüğü iş görme borcunun bünyesinde onunla birlikte bir asli edim yükümüdür. Bu yüküme aykırı davranış başka bir ifade ile, iş görme borcunun talimata aykırı ifası kötü ifa niteliğindedir.

II. TALİMATA UYMAMANIN SORUMLULUK GEREKTİRMEMESİ

A. GENEL OLARAK

Vekil müvekkilin gerek mutlak gerekse nisbi bağlayıcı nitelikteki talimatlarına uyma yükümlölüğü altındadır. Başka bir ifade ile kural olan talimata uygun iş görmedir. Bu yükümlölük vekalet sözleşmesine konu işin görölmesine yönelik faaliyetlerin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekliliğinden kaynaklanır. Vekalet sözleşmesi ile görülen iş müvekkilin işidir. Müvekkil işin görölmesine bizzat müdahale imkanına sahip olduğı gibi, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde temsil yetkisinin sınırını daraltıcı veya maddi fiillere yönelik

vekalet sözleşmelerinde faaliyet biçimini belirleyici talimatlar verme hakkına da sahiptir. Vekil herhangi bir talimata muhatap olmasa dahi, özen borcu çerçevesinde müvekkilin menfaatini ve muhtemel iradesini araştırmak durumundadır. Vekalet ilişkisinde bilhassa vekile duyulan özel güven, vekilin müvekkilin menfaat ve iradesini gözetme yükümlülüğünü daha da önemli kılar. Ortada müvekkilin iradesini somutlaştıran herhangi bir talimat olmasa dahi muhtemel iradeyi sorgulama borcu altında ki vekil, gerçek iradeyi ortaya koyan talimata öncelikle uymak durumundadır.

Prensip vekilin talimata uygun iş görmesidir. Buna karşılık talimat vermeye yönelik hukuki işlemin bağlayıcı etki doğurmadığı hallerde, vekil herhangi bir sorumluluk altına girmeden talimatı yerine getirmekten kaçınabilir. Bu haller talimat vermeye yönelik hukuki işlemin kendisinden kaynaklanan sakatlıklardır. İlk ihtimal talimatın içeriğinin imkansız olması, hukuka veya ahlaka aykırı nitelik taşımasıdır. Konusu imkansız, hukuka veya ahlaka aykırı bir talimat BK m.19,20 gereği hükümlerini bu arada vekil üzerindeki bağlayıcı etkisini meydana getirmez²⁶¹. İkinci ihtimal ise talimat içeren beyanın sakatlanmış iradenin ürünü olmasıdır. Bu halde vekil talimatın sakatlanmış iradenin ürünü olduğu bilgisine vakıf ise veya vakıf olması gerekiyorsa talimata uymaktan kaçınmalıdır. Konusu imkansız, hukuka veya ahlaka aykırı ya da sakat irade ürünü olan talimatların mutlak veya nisbi bağlayıcı bir etkisi doğmaz. Bu türden talimatlar bağlayıcı etki doğurmadıklarından, talimata uyma yükümlülüğüne gerçek anlamda bir istisnanın varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Talimata uygun iş görme kuralına gerçek anlamda istisna getiren BK m.389/2/c.1 düzenlemesidir. Bu düzenlemeye göre vekil amaca uygun olmadığı kanaatine vardığı bir talimattan ayrılmak için müvekkilin onayını almalıdır. Müvekkilden yeni bir talimat alma imkanı bulunmuyor, bununla birlikte müvekkile sorulabilseydi, onun talimattan ayrılmaya onay vereceği kabul edilebiliyorsa, vekil amaca uygun olmayan talimattan ayrılabilir. Gözden kaçırılmaması gereken nokta bu istisnanın mutlak bağlayıcı talimatları kapsamadığıdır. Vekilin BK m.389/2'de yer alan

²⁶¹ Tandoğan, Borçlar Özel

şartlar dahilinde talimattan ayrılabilmesi yalnızca nisbi bağlayıcı talimatlar açısından mümkündür.

Aşağıda müvekkilin talimattan haklı olarak ayrılma imkanı bulunan hallere daha yakından bakmaya çalışacağız.

B. TALİMATIN İMKANSIZLIK, HUKUKA VEYA AHLAKA AYKIRILIK YADA İRADE SAKATLIĞI NEDENİYLE GEÇERSİZ OLMASI

1. Talimatın İmkansız, Hukuka veya Ahlaka Aykırı Olması

Talimat vermeye yönelik hukuki işlemin hükümlerini doğurması bu arada vekili iç ilişkide borç altına sokabilmesi şüphesiz geçerli olmasına bağlıdır. Dolayısıyla BK m.20/1’de yer alan ve yaptırımı kesin hükümsüzlük olan sakatlık hallerinden birini bünyesinde barındıran talimatların bağlayıcı etkisi yoktur. BK m.20/1 hükmü, “*bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka(adaba) mugayir olursa o akit batıldır*” demek suretiyle, bir sözleşmenin içeriğini sakatlayan üç kesin hükümsüzlük hali belirlemiştir: İmkansızlık, hukuka aykırılık ve ahlaka aykırılık²⁶². Bu haller aynı zamanda sözleşme serbestisi ilkesinin, sözleşmenin içeriği belirlemeye ilişkin ayağına getirilmiş sınırlamalardır²⁶³. Bu bölümde talimat vermeye yönelik

²⁶² Eren, s.300; Bir işlemin baştan itibaren kesin hükümsüz sayılmasını gerektirecek haller yalnızca BK m.20/1’de sayılanlardan ibaret değildir. Tam ehliyetsizlerin yaptıkları işlemler, muvazaalı işlemler ve hakim görüşe göre şekil eksikliği bulunan işlemler de kesin hükümsüzdür, bkz Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §43, N.7; Başpınar, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998, s.105; Eren, s.300. BK m.19 ve 20. düzenlemeleri her ne kadar sözleşmelere ilişkin olsalar da tek taraflı hukuki işlemler hakkında da uygulanırlar.

²⁶³ Başpınar, Kısmi Butlan, s.124. Burada hemen BK m.19/2 ile BK m.20 arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. Öğretide bu iki hükmün ilişkisi ve BK m.19/2’nin sözleşme serbestisine sınırlama getiren bir düzenleme olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler vardır. Bu görüşlerden ilkinde göre, *kanunun kat’i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka(adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir*, şeklindeki BK m.19/2 hükmü doğrudan sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadır. BK m.20 ise bu sınırlamaya aykırı hukuki işlemlerin hangi yaptırıma bağlanacağını düzenler. İkinci bir görüşe göre ise BK m.19/2 hükmü ile, açıkça emredici olduğu anlaşılamayan bir kanun hükmünün emredici olup olmadığını tespit için kullanılacak kavramlar düzenlenmiştir. Bu haliyle BK m.19/2 yorumlayıcı bir işleve

hukuki işlemin imkansız, hukuka veya ahlaka aykırı olmasının vekilin talimata uyma yükümlülüğü üzerindeki etkisini incelemeye çalışacağız.

BK m.20/1’de yer alan ve hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğüne yol açan imkansızlık, başlangıçtaki objektif imkansızlıktır²⁶⁴. Genel anlamda imkansızlık borçlunun edimini yerine getirememesidir. Buna karşılık BK m.20/1’de yer alan imkansızlık ise hukuki işlemin yapıldığı sırada var olan, objektif ve sürekli bir engel nedeniyle edimin ifasının mümkün olmamasıdır²⁶⁵. Başlangıçtaki objektif imkansızlık hukuki veya fiili olabilir²⁶⁶. Yanmış bir evin veya üretimden kaldırılmış bir malın satımı fiili açıdan imkansızdır. Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bir malın satımı, devlet malları üzerinde özel mülkiyet kurulamayacağından hukuki açıdan imkansızdır²⁶⁷. Somut borç ilişkisinde borçlu açısından olduğu gibi, diğer kimseler tarafından da objektif açıdan ifanın imkansız olduğu bir hukuki işlem kesin hükümsüzdür. Başka bir ifade hukuk aleminde var geçerli olarak var olmaz ve hükümlerini doğuramaz. Buna karşılık Başlangıçtaki objektif imkansızlığa bağlanan kesin hükümsüzlük yaptırımı günümüzde aşılmaya çalışılmaktadır. Nitekim Alman Hukukunda, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren reform sonrası başlangıçtaki objektif imkansızlık kesin hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarılmıştır²⁶⁸. Özellikle sözleşmeler açısından, sözleşme konusu

sahiptir. Sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalar yaptırımı ile birlikte BK m.20/1 de düzenlenmiştir. Emredici hükümlere veya kişilik haklarına aykırılık, hukuka aykırılık, kavramı içinde yer alır, bkz. Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §42, N.5-8; Eren, s. 288 vd; Oser/Schönenberger, m.19, N.7-18.

²⁶⁴ Başpınar, Kısmi Butlan, s.104.

²⁶⁵ Oğuzman/Öz, s.77; Eren, s.295; Serozan, İfa, §14, N.9; Başpınar, Kısmi Butlan, s.111; Burada ki imkansızlığı sözleşmenin içeriğinin imkansızlığı olarak anlamak gerektiği; bunun yanısıra ifa biçimleri ve sözleşme ile takip edilen amacın imkansızlığında, BK m.20/1 anlamında imkansızlık olduğu yönünde bkz. Başpınar, Kısmi Butlan, s.112. Şu halde tek taraflı bir hukuki işlem olan talimat verme işleminin imkansızlığından; talimatın tabii, fiili veya hukuki açıdan imkansız bir içerik taşıdığı anlaşılmalıdır.

²⁶⁶ Serozan, İfa, §14, N.4-8; Eren, s. 297; Oğuzman/Öz, s.76.

²⁶⁷ Başpınar, Kısmi Butlan, s.113.

²⁶⁸ Oğuzman/Öz, s.76, dpnt.125 ve orada anılan kaynaklar; Serozan, İfa, §14, N.17. Yine Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde(The Principles of European Contract Law, Art. 4.102) baştaki objektif imkansızlık tek başına sözleşmenin hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Eren, s.384; Oğuzman/Öz, s.78; Başpınar, Kısmi Butlan, s.177 vd. Nitekim Yargıtay 13. HD. 1995 bir kararında, yerine getirilmesi objektif açıdan imkansız bir edimi konu alan sözleşme ilişkisinde, borçlunun vakıf olduğu imkansızlığı

edimin sözleşme kurulmadan çok kısa bir süre önce imkansızlaşmasıyla sözleşme kuruduktan çok kısa bir süre sonra imkansızlaşması arasında, edim yükümlüsünün sorumluluğu açısından, bu denli farklı hukuki neticeler meydana çıkması adil görülmemektedir. Başlangıçtaki objektif imkansızlığa bağlanan kesin hükümsüzlük yaptırımının ve bu yaptırımın hukuki neticelerinin aşılması amacıyla ilk olarak, culpa in contrahendo sorumluluğu devreye sokulmuştur. Buna göre, sözleşmenin kurulması aşamasından önce objektif imkansızlığı bilen borçlu, sözleşme müzakereleri sırasındaki aydınlatma yükümüne aykırı davranarak girdiği sözleşme ilişkisinde, alacaklıya karşı culpa in contrahendo sorumluluğu altındadır. Bu durumda sözleşme yine geçersiz olmakla birlikte, borçlu alacaklının sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güvenden kaynaklanan menfi zararını tazmin borcu altındadır²⁶⁹.

Buna karşılık öğretide sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün ve culpa in contrahendo gereği menfi zararın tazmininin tali nitelikte görülmesi gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur. Bu yola başvurmadan önce, imkansızlığın sonraki imkansızlık kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceğinin veya borçlunun yasal ya da sözleşmesel garanti sorumluluğunun araştırılması gerektiği yönündeki görüş, böylece hem BK m.20/1'in uygulama alanına sınırlama getirmiş hem de alacaklının müspet zarar kalemlerini talep edebilmesine imkan tanımış olmaktadır²⁷⁰.

Vekalet sözleşmesinde müvekkilin talimatları verildiği sırada imkansız bir içeriğe sahipse, bu talimatlar BK m.20/1 gereği kesin hükümsüz olurlar ve vekili bağlayıcı etki doğurmazlar. Müvekkil talimat vermekle, vekili bu talimat doğrultusunda

alacaklıya bildirmemiş olmasını dürüstlük kuralına aykırı görmüş ve bu halde sözleşme geçersiz olsa dahi, borçlunun culpa in contrahendo sorumluluğu bulunduğunu belirtmiştir, bkz. Y. 13. HD. E.1995/9375, K.1995/9860, T.13.11.1995, Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası.

²⁶⁹ Eren, s.384; Oğuzman/Öz, s.78; Başpınar, Kısmi Butlan, s.177 vd. Nitekim Yargıtay 13. HD. 1995 bir kararında, yerine getirilmesi objektif açıdan imkansız bir edimi konu alan sözleşme ilişkisinde, borçlunun vakıf olduğu imkansızlığı alacaklıya bildirmemiş olmasını dürüstlük kuralına aykırı görmüş ve bu halde sözleşme geçersiz olsa dahi, borçlunun culpa in contrahendo sorumluluğu bulunduğunu belirtmiştir, bkz. Y. 13. HD. E.1995/9375, K.1995/9860, T.13.11.1995, Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası.

Serozan, İfa, §14, N.16-23.

²⁷⁰ Serozan, İfa, §14, N.16-23.

iş görme borcu altına sokar. Üstelik bunu tek taraflı bir hukuki işlem ile yapar. Tek taraflı bir işlemle borç altına sokulan vekil, talimatın içeriğinin baştan imkansız olması ve talimat gereğinin yerine getirilememesi nedeniyle sorumluluk altına sokulabilecek midir²⁷¹? Bu soru kanaatimizce ihtimalli cevaplanmalıdır. İlk ihtimal böyle bir talimatın verilmesinde vekilin etkisinin olup olmadığıdır. Başka bir ifade ile vekalet sözleşmesine konu iş hakkında çoğunlukla uzman kimse olan vekilin, müvekkili yanlış yönlendirmesi neticesinde, onun içeriği hukuken ya da fiilen imkansız bir talimat vermesine sebep olmasıdır. Böyle bir talimata muhatap olan vekilin daha sonra talimatın içeriğini yerine getirememesi ve talimata uyma yükümlülüğünden imkansızlık hukuki gerekçesiyle kurtulması mümkün görülebilecek midir? Kanaatimizce talimat verme işlemi tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan ve muhataba ulaşmakla hükümlerini doğurduğundan, bu sırada mevcut olan imkansızlık tek taraflı hukuki işlemi doğduğu anda geçersiz kılar. Vekili bağlayıcı etkisinin bulunması da beklenemez. Buna karşılık vekil müvekkilini içeriği objektif açıdan imkansız bir talimat vermeye yönelttiği için başka bir yükümüne aykırı davranmış olur ki bu da sadakat yükümüdür. Vekil her ne kadar kendisi için bağlayıcı olmayan talimat nedeniyle BK m.389 hükmünün öngördüğü sorumluluktan kurtulsa da, BK m.390/2 gereği sadakat yükümüne aykırılıktan sorumlu tutulmalıdır. Kanaatimizce bu durumda vekilin culpa in contrahendo sorumluluğu yoktur. Bunun teorik sebebi vekalet sözleşmesinin değil, sadece talimatın geçersiz olmasıdır. Müvekkil vekilinin sadakat yükümü kapsamında sözleşmesel sorumluluğuna gidebilecektir.

İkinci ihtimal ise, içeriği verildiği sırada ve objektif açıdan imkansız bir talimata muhatap olan vekile, bu türden bir talimatın oluşmasına yönelik bir sadakat yükümü ihlali isnat edilememesidir. Bu durumda vekil kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersiz talimatla bağlı olmadığı gibi, talimatın oluşum sürecinde etkisi olmadığından sadakat yükümünü ihlal etmesi söz konusu değildir. Olsa olsa talimat kendisine ulaştıktan sonra, talimatın imkansızlığı konusunda müvekkilini uyarma yükümünden bahsedilebilir.

²⁷¹ Burada tam anlamıyla geçerli bir vekalet sözleşmesinde, salt talimatın içeriğinin imkansız olmasına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

BK m.20/1’de hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğüne yol açan sebeplerden bir diğeri de hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılığa ilişkin yasal bir tarif mevcut değildir²⁷². Öğretide yapılan bir tanıma göre, hukuka aykırılık, hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki yazılı ve yazılı olmayan kurallara aykırılıktır²⁷³. Hukuka aykırılık çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Bir hukuki işlemin yapılması hukuk düzeni tarafından doğrudan yasaklanmış olabileceği gibi, o hukuki işlemin içeriğinde yer alan çeşitli hükümlerin ya da hukuki işlem taraflarınca elde edilmek istenen ortak amacın hukuka aykırılı söz konusu olabilir. Yine kanuna karşı hile de hukuka aykırılık kapsamındadır²⁷⁴. Hukuka aykırılık kavramı kapsamındaki haller ise, emredici yasa hükümlerine aykırılık²⁷⁵, kanuni yasaklara aykırılık, kamu düzenine aykırılık ve kişilik haklarına aykırılıktır. Bir hukuki işlem, bilhassa sözleşmeler ve bunun yanında diğer tek ve çok taraflı hukuki işlemler, hukuk aykırı olarak meydana getirilmişse BK m20/1 gereği kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşır²⁷⁶.

²⁷² Eren, s.286; Başpınar, Kısmi Butlan, s.124.

²⁷³ Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §42, N.9. Dolayısıyla sübjektif haklara aykırılık BK m.20/1 anlamında hukuka aykırılık teşkil etmez.

²⁷⁴ Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §42, N.13-16; Eren, s.289 vd; Başpınar, Kısmi Butlan, s.127 vd. Bir sözleşme ile elde edilmek istenen amaçta hukuka aykırılığın o sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açması için, her iki tarafça bilinmesi ve benimsenmesi gerekir.

²⁷⁵ Eren, s.287; Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §42, N.17; Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s.249 vd. Emredici hükümler, taraf iradeleriyle bertaraf edilemeyecek hükümlerdir. Bir hükmün emredici niteliği yasa tarafından açıkça belirtilebilir. Eğer böyle bir açıklık yoksa o hükmün emredici olup olmadığı yorum yoluyla tespit edilir. Bu yorum sırasında o hükmün konuluş amacı ve dayandığı temel esas(kamu düzen, genel ahlak, kişilik hakları gibi) dikkate alınır, bkz. Oğuzman/Öz, s.73; Oser/Schönenberger, m.19, N.11, vd; Eren, s.286; Başpınar, Kısmi Butlan, s.126; Oğuzman/Öz, s.73. Öğretide hukuka aykırılık kavramı dar anlamda hukuka aykırılık ve geniş anlamda hukuka aykırılık ayırımına tabi tutulmaktadır. Bu ayırma göre, BK m.20/1 dar anlamda hukuka aykırılığı düzenler. Dolayısıyla sözleşme içeriğini belirleme serbestisine sınırlama getirmeyen emredici bir hükme aykırılık, örneğin şekil kurallarına aykırılık, dar anlamda hukuka aykırılık oluşturmaz. Geniş anlamda hukuka aykırılık, hem sözleşmenin içeriğine yönelik, hem de diğer şartlara yönelik emredici hukuk kurallarına aykırılı kapsar, bkz., Başpınar, Kısmi Butlan, s.126.

²⁷⁶ Bir hukuki işlem kesin hükümsüz sayılması, o işlemin daha doğduğu andan itibaren hükümsüz olması anlamına gelir. Kesin hükümsüzlük nedeni daha sonradan ortadan kalksa bile, hukuki işlem geçerli hale

Vekalet sözleşmesinde, müvekkilin talimat vermeye yönelik tek taraflı hukuki işlemi içerik itibariyle pekala hukuka aykırı olabilir. İçerik itibariyle hukuka aykırı talimatların vekili bağlamayacağı ve bu türden talimatlara uymayan vekilin herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağı konusunda görüş birliği vardır²⁷⁷. Örneğin, bir hastanın henüz tıp bilimi kurallarına ve bilinen ilkelere uygunluğu netleşmemiş²⁷⁸, yeni bir tedavinin kendisine uygulanması yönünde ki talimatı hukuka her şeyden önce MK m.23'e göre hukuka aykırı olmalıdır. Kaldı ki Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.11'de yeni bir tedavi metodunun hangi şartlar altında uygulanabileceği düzenlenmiştir²⁷⁹. Bu tür bir talimata muhatap olan doktorun talimatla bağlı olduğu söylenemez. Buna karşılık aynı tüzüğün 11. maddesinin 3. fıkrasında, önceden denenmemiş(hayvanlar üzerinde) yeni bir tedavi metodunun, hastaya bir zarar vermeyeceği ve hastaya faydalı olacağı kesin görülüyorsa, bu tedavi metodu uygulanabilir denilmektedir. Ancak, anılan düzenlemenin söz konusu olduğu durumlara yönelik bir talimatın doktoru bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilebilir.

Bir talimat, özel hukukun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle hukuka aykırı olabilir. Buna karşılık hukuka aykırılık çoğu kez ceza hükümlerine, mesleki

gelmez. Kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından ve ilgili herkese karşı ileri sürülebilir. Hakim tarafından re'sen nazara alınır. Klasik kesin hükümsüzlük(butlan) kavramı ve buna bağlanan sonuçların aşılmasına yönelik yeni eğilimler hakkında detaylı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §43, N.28 vd.

²⁷⁷ Donay, s.733; Tandoğan, Borçlar Özel, s.442; Yavuz/Özen/Acar, s.648; Aral, s.411; Karahasan, s.1015; Zevkliler/Havutçu, s.344; Özkaya, s.326; Akipek, s.60; Yalçınduran, s.73.

²⁷⁸ Yeni bir tedavi metodunun uygulanabilmesi için, söz konusu metod ve vasıtalar bilimsel araştırmalara dayanmalı, bir çok deneysel tecrübeden sonra elde edilmiş bulunmalıdır, bkz. Şenocak, Hekim, s.67.

²⁷⁹ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesine göre; (f.1) *Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç cerrahi müdahale yapılamıyacağı gibi aynı maksatla kimyevî, fizikî veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.* (f.2) *Klasik medotların bir hastaya fayda vermiyeceği klinik veya lâboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedaviinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmıyacağının muhtemel bulunması şarttır.* (f.3) *Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir.*

faaliyetleri yada milli ekonomiyi düzenleyen ve cezai yaptırım içeren yasaklayıcı hükümlere aykırılık şeklinde ortaya çıkar²⁸⁰. Örneğin vekalet sözleşmesinin konusu teşkil eden işin görülmesi için vekiline, rüşvet vermesine yönelik talimat veren müvekkilin bu talimatı hukuka aykırıdır. Ya da muhasebecisine, vergi kaçırmak için, gerçek gelirlerini gösteren faturaları kayıt dışı tutması, hayali giderler yaratıp bunları sahte evraka bağlaması yönünde talimat veren müvekkilin bu talimatı hukuka aykırıdır. Burada gözen kaçırılmaması gereken husus, hukuka aykırı olduğu gibi aynı zamanda konusu suç teşkil eden, ya da suç teşkil etmemekle birlikte cezai yaptırıma bağlanmış talimatları yerine getiren vekilin, müvekkilinin talimatı ile bağlı olduğunu ileri sürerek cezai sorumluluktan kurtulamayacağı, bu talimatı yerine getirirken bir haksız fiil işlemişse, tazminat sorumluluğunun da söz konusu olacağıdır. Ekleme gerekir ki müvekkilinin hukuka aykırı talimatına muhatap olan vekil, talimatla bağlı olmasa bile, hukuka aykırılık konusunda müvekkilini uyarmalıdır.

Talimat vermeye yönelik hukuki işlemin sıhhatini etkileyecek diğer bir hal ise ahlaka aykırılıktır. BK m.19,20’de bahsedilen “ahlak” kavramının ne anlama geldiği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur²⁸¹. Birinci ve hakim görüşe göre, bir toplumda vasat düzeyde zeka sahibi, dürüst ve makul düşünen kimselerin düşünceleri, o toplumun genel ahlakını meydana getirir²⁸². Dolayısıyla hakim tarafından esas alınacak ahlak anlayışı, kendisinin veya tarafların sübjektif yaklaşımları olamaz. Buna karşılık bazı meslekler açısından daha sert bir ahlak anlayışının esas alınması mümkündür²⁸³.

²⁸⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, s.443; Donay, s.733 vd. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, vekalet sözleşmesinin konusu ve sözleşme ile elde edilmek istenen amaç hukuka uygun olmakla birlikte, bu hukuka uygun amaca ulaşmak için, hukuka aykırı bir yol benimsenmesi ve bunun talimata dönüştürülmesidir. Yoksa, konusu veya amacı hukuka aykırı bir vekalet sözleşmesi zaten geçersizdir. Bu türden bir vekalet sözleşmesinde talimatın bağlayıcılığını tartışmaya gerek yoktur.

²⁸¹ BK m.19-20’de yer alan “ahlak” ibaresi ile kastedilen genel ahlaktır.

²⁸² Eren, s.291; Oğuzman/Öz, s.74 ve dpnt.112; Von Tuhr, §31, V, N.1; Tunçomağ, s.254; Başpınar, Kısmi Butlan, s.136. Bu ölçüt esas tespit edilen, toplum nezdinde genel kabul görmüş adap ve görgü kuralları, toplumun genel ahlaki anlayış ve değer ölçüleri “genel ahlak”(sosyal ahlak) kurallarını oluşturur. Bu yazılı veya yazılı olmayan kurallar bütünü BK m.19 ve 20’de yer alan çerçevede düzenlemenin içini doldurur.

²⁸³ Eren, s.293; Başpınar, Kısmi Butlan, s.137.

Ahlak kavramının ne anlama geldiği konusundaki ikinci görüşe göre, BK m.19,20’de düzenlenen çerçeve nitelikteki ahlak kavramı ile ifade edilmek istenen “hukuki ahlaktır”. Başka bir ifade ile Anayasa ve diğer yasalarda yer alan hükümlerin özünde yatan etik ve ahlaki değerler bütünüdür²⁸⁴. Nihayet her iki görüşü de birlikte uygulayan karma nitelikteki üçüncü bir görüşe göre, ahlak kurallarını tespit ederken hem toplumda yerleşmiş sosyal ahlaki ilkeler hem de anayasal ve yasal düzenlemelerin temelinde yatan etik ilkeler dikkate alınmalı; buna karşılık sosyal ahlak kuralları ile anayasal veya yasal düzenlemelerin temelinde yatan etik değerler arasında bir çatışma olduğunda, şüphesiz anayasal ve yasal düzenlemelere üstünlük tanınmalıdır²⁸⁵. Kanaatimizce de her iki görüşü de göz ardı etmeyen karma nitelikteki görüş isabetlidir. Genel ahlak kavramını sadece anayasal ve yasal düzenlemelerin temelinde yer alan etik değerlerle sınırlamak, hukukun kaynakları arasında yer alan genel ahlak kavramının işlevini, kodifikasyonlara temel oluşturmakla sınırlı bırakır. Oysa sürekli değişen sosyal ve ekonomik düzenlerin ve beraberinde getirdiği sorunların, kodifiye edilmemiş yeni etik ve ahlaki değerler üretmesi mümkündür. Bu türden değerlerin uygulanabilirliği henüz temel oluşturmadığı pozitif hukuk normunun yaratılmasını mı bekleyecektir? Öte yandan genel ahlak kavramının içini doldururken salt sosyal ahlak kurallarını esas almak tek başına yeterli değildir. Özellikle pozitif anayasal normlar ve kod kanunların temelinde yer alan ahlaki ve etik değerlerin BK m.19/20’de yer alan çerçeve düzenlemenin içini doldururken dikkate alınmaması düşünülemez²⁸⁶. Aksi halde emredici veya yasaklayıcı bir hükmün konusunu oluşturmamakla birlikte Anayasa ve diğer kod kanunlardaki düzenlemelerin temelinde yer alan ahlaki değerlerin göz ardı edilmesi söz konusu olur²⁸⁷.

²⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §42, N.40, dpnt.88’de anılan yazarlar.

²⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §42, N.41 ve dpnt.92,93’de anılan yazarlar.

²⁸⁶ Örneğin gabine ilişkin BK m.21 hükmünün temelinde, ekonomik veya psikolojik açıdan güçsüz durumda bulunan tarafın sömürülmemesine, ondan aşırı yararlanılmamasına yönelik ahlaki değer yatar.

²⁸⁷ “Ahlaka aykırılık ise son rezervuardır; buyurucu kuralların ve hukuka aykırılığın ayıklayamadığı son çürükleri toplar. Herhangi bir nedenle hukuka aykırı bulunamayan bir aksaklık son aşamada, son çare(ultima ratio) olarak ahlaka aykırı ve dolayısıyla “batıl” bulunabilir”, bkz. Serozan, Medeni Hukuk, §7, N.14.

Ahlaka aykırılığın gerçekleşme biçimleri, hukuka aykırılıkta olduğu gibidir: Doğrudan hukuki işlemin yapılması ahlaka aykırı olabileceği gibi, hukuki işlemin içerdiği bir edimin veya hukuki işlemin yöneldiği amacın ahlaka aykırı olması mümkündür²⁸⁸. Buna karşılık hukuki işlemin yöneldiği amacın ahlaka aykırılığı nedeniyle işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımına uğraması, ahlaka aykırı amacın hukuki işlemin tüm taraflarınca bilinmesini ve benimsenmesini gerektirir. Talimatın ahlaka aykırılığı, talimat vermeye yönelik hukuki işlemi hükümsüz kılar. Bu türden bir talimatın vekili bağlayıcı etkisi doğmaz.

2. Talimatın Sakatlanmış İradenin Ürünü Olması

Müvekkilin talimat vermeye yönelik hukuki işlemi, bir irade açıklamasıdır ve bu hukuki işlemin tam anlamıyla sağlıklı olması, iradenin oluşum açıklanış sürecinin sağlıklı şekilde gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu da talimat vermeye yönelik iradenin hata, hile veya ikrah hallerinden birinin etkisi altında oluşmamış olmasını gerektirir. Vekilin sakat irade ürünü olan bir talimat ile bağlı olup olmayacağı konusunda fikir yürütebilmek için, irade sakatlığı hallerinin hukuki işlem açısından hükümlerine değinmelidir. Sakat iradenin ürünü olan bir hukuki işlem, BK m.23,28,29 ve 31'e göre iradesi sakatlanan tarafından iptal edilebilir niteliktedir. İradesi sakatlanan kimse kendisine tanınan hak düşürücü süreler içerisinde yenilik doğurucu nitelikteki iptal hakkını kullanabilir.

Buna karşılık hata, hile veya ikrah hallerinden biri ile sakatlanmış hukuki işlemin, iptal hakkı kullanılmadan veya hukuki işleme icazet verilmeden önceki dönemde ne tür bir hukuki nitelik taşıdığı konusunda görüş birliği yoktur. Belirtmek gerekir ki bu görüşlerin pratik değeri özellikle sözleşmeler alanında ortaya çıkar. "Bölünmüş geçersizlik" teorisi olarak adlandırılan birinci görüşe göre, irade sakatlığı hallerinden birinin lekelediği sözleşme iradesi sakatlanan tarafından hüküm doğurmazken, sözleşmenin diğer tarafı açısından geçerlidir. Başka bir ifade ile hata hile veya ikrah nedeniyle sakatlanan sözleşme; hataya düşen, hileye veya ikraha maruz

²⁸⁸ Eren, s.292 vd. ; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §42, N.43-50; Oğuzman/Öz, s.75; Tunçomağ, s.254 vd.

kalan taraf açısından icazet ile düzelebilir bir hükümsüzlük; sözleşmenin diğer tarafı açısından iptal hakkının kullanımı ile bozulabilir bir geçerlilik halindedir²⁸⁹. Kanaatimizce bir sözleşmenin geçerliliğini taraflardan biri açısından geçerli, diğeri açısından hükümsüz kabul etmek makul bir çözüm gibi durmamaktadır. Bu konudaki ikinci bir görüş ise, aslında dar(gerçek) anlamda iptal edilebilirlik yaptırımını irade sakatlığı halleri açısından benimseyen “iptal teorisidir”. Bu teoriye göre, sakat irade ürünü olan sözleşme baştan itibaren her iki taraf içinde geçerlidir ve hükümlerini doğurur. İradesi sakatlanan tarafın iptal hakkını kullanması ile, sözleşme, ani edimli ise, geriye etkili ve kesin olarak hükümsüzleşir²⁹⁰. Nihayet üçüncü bir görüşe göre, sakat iradenin ürünü sözleşme her iki taraf açısından da hükümsüzdür. Buna karşılık bu hükümsüzlük düzelebilir niteliktedir(geniş/gerçek olmayan anlamda iptal edilebilirlik). İradesi sakatlanan taraf eğer sözleşmeye icazet verir veya BK m.31’de düzenlenen bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullanmazsa sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelir. Buna karşılık sözleşmenin irade sakatlığına uğramamış tarafı, hata, hile veya ikrahı ileri sürerek sözleşme ilişkisinden sıyrılamaz²⁹¹.

Kanaatimizce de lege lata benimsenmesi gereken görüş, düzelebilir hükümsüzlük görüşüdür²⁹². BK m.23, 28 ve 29’da geçen *ilzam olunmama*²⁹³ ibaresi,

²⁸⁹ Oğuzman/Öz, s.100.

²⁹⁰ Eren, s.370 vd; Ayan, s.159; Şahiniz, s.232; Kürşat, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, s.63; Özen, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2003, s.56, dpnt.101.

²⁹¹ Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §36, N.68.

²⁹² *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da, bu görüşün benimsendiği göze çarpmaktadır. Tasarının ilgili maddeleri şu şekildedir: m. 30- Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı olmaz. m. 36- Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, o sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, o sözleşmeyle bağlı değildir. m. 37/1- Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, o sözleşmeyle bağlı değildir. m. 39- Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapantaraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse,sözleşmeyi onanmış sayılır. Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.*

yine İsviçre Borçlar Kanunu Almanca metninde yer alan *unverbindlich* ibaresi bağlı olmama, yükümlülük altına girmeme anlamında kullanılmıştır²⁹⁴. Şu halde lafzi yorumla, hata, hile veya ikrah ile sakat sözleşmenin iradesi sakatlanan tarafça iptal hakkı kullanılıncaya, sözleşmeye icazet verilinceye veya iptal hakkı kullanılmaksızın hak düşürücü süre geçirilinceye kadar askıda hükümsüz olduğu sonucuna varılabilir. Lafzi yorum dışında, sözleşmeyi baştan itibaren iptal hakkının kullanılması bozucu şartına bağlı olarak geçerli sayan iptal teorisinin kabulü, özellikle hile ve ikrah hallerinde, hukuka aykırı biçimde karşı tarafın iradesini sakatlayan kişiyi ödüllendirmek anlamına gelir. Hata açısından tam tersi bir yorum yapılabilirse de, hile ve ikrah ile temel hatası halleri çoğu kez aynı olayda birlikte bulunur. Bu durumda sözleşmeyi hata açısından baştan itibaren geçerli, ikrah veya hile açısından baştan itibaren geçersiz saymak çelişkili bir netice doğuracağından, tüm irade sakatlığı hallerinde sakat irade ürünü sözleşmenin düzelebilir bir hükümsüzlük hali içinde olduğunu de lege lata kabul etmekteyiz. Buna karşılık de lege feranda daha farklı bir çözüme ulaşılabileceği kanaatindeyiz: Salt esaslı hata ile sakatlanmış irade ürünü sözleşmeler açısından sözleşmenin baştan itibaren geçerli olduğu kabul edilebilir. Zira Kocayusufpaşaoğlu'nun da belirttiği gibi bu durumda iradeyi sakatlayan sebep hataya düşenin kendi riziko alanından kaynaklanır²⁹⁵. Buna karşılık esaslı hataya hile veya ikrahın sebep olduğu hallerde, hile veya ikrah teşkil eden fillilerin ağırlığı dikkate alınarak sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz saymak gerekir. Hile veya ikrahın bir defa bulaştığı bir sözleşme de aynı zamanda esaslı hata mevcut olsa dahi bu hata, hile veya ikrah teşkil eden davranışın failinin eseridir. İrade sakatlığı türleri açısından farklı rejimlerin benimsenmesinin karmaşıklığa neden olacağı yönünde getirilebilecek eleştiri ise, önemli olanın adalet ve hakkaniyet açısından tatmin edici çözümler üretilmesi olduğu gerekçesiyle karşılanabilir.

Müvekkilin talimat vermeye yönelik hukuki işlemi pekala hata, hile veya ikrah etkisi altında yapılmış olabilir. Şu halde benimsenecek görüş çerçevesinde sakat irade

²⁹³ Bu çevirinin yerinde olmadığı açıktır. “İlzam” kelime kelime anlamı itibarıyla bir kimseyi susturmak, sözle bir kimseyi cevap veremez hale getirmek, anlamına gelir.

²⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §36, N.63.

²⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §36, N.68.

ürünü talimatın vekili bağlayıp bağlamayacağı da netleşmektedir. Eğer iptal teorisi benimsenirse, talimat müvekkil tarafından iptal hakkı kullanılıncaya kadar geçerlidir ve teorik olarak vekili bağlar. Kabul ettiğimiz düzelebilir hükümsüzlük görüşü çerçevesinde ise, talimat müvekkilin iradi veya kanuni icazeti olmadığı sürece hükümlerini doğurmayacağından vekil açısından bağlayıcı değildir²⁹⁶. Buna karşılık sakat irade ürünü talimat çoğu kez, vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca da uygun düşmeyeceğinden, bu talimattan ayrılmak olanaklıdır. Şu farkla ki vekil amaca uygun olmayan talimattan BK m.389/2’de yer alan şartlar dahilinde ayrılabilirken, amaca uygunsuzluğun irade sakatlığından kaynaklandığı hallerde BK m.389/2’de yer alan şartların gerçekleşmesine kanaatimizce gerek yoktur. Zira mevcut talimat zaten hükümlerini doğurmamıştır. Bu bağlamazlık şüphesiz müvekkil tarafından geçerli olarak verilmiş icazet veya bir yıllık hak düşürücü sürenin iptal hakkı kullanılmaksızın geçirilmesi neticesinde son bulur.

Bir talimatın hata, hile veya ikrah nedeniyle sakatlanması halinde müvekkilin başvurabileceği iki hukuki yol mevcuttur. Bunlardan ilki iptal hakkı, ikincisi ise geri alma hakkıdır. Müvekkil vekil tarafından yerine getirilinceye kadar talimatını açıkça veya aynı konuda başka bir talimat vermek suretiyle geri alabilir. Özellikle maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde talimat yerine getirildikten sonra talimatı geri almak hukuken olduğu kadar fiilen de mümkün görünmemektedir. Talimat gereği vekil tarafından gerçekleştirilen faaliyetin geri alınması imkansızdır. Benzer durum hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri açısından da geçerlidir.

Sakat irade ürünü talimatlar çoğu kez, vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca da uygun düşmezler. Bu türden bir talimata muhatap olan vekil özen yükümü gereği talimatın amaca uygun olmadığı konusunda müvekkilini uyarmak zorundadır. Bu tarz bir uyarı çoğu kez hataya düşmüş veya hileye uğramış müvekkilin, hatasının veya hilenin farkına varmasını, vekilin de irade sakatlığına vakıf olmasını sağlar. Müvekkil buna rağmen talimatında ısrar ederse talimat artık baştan itibaren

²⁹⁶ Bazı yazarlar tarafından vekilin sakat irade ürünü talimatlara uyma zorunluluğunun bulunmadığı net bir dille belirtilmiştir, bkz. Zevkliler/Havutçu, s.344; Özkaya, s.326; Yalçınduran, s.73. Buna karşılık bu bağlamazlığın hukuki dayanağı belirtilmiş değildir.

geçerli hale gelir. Bu durumda vekilin yapması gereken ya talimatın gereğini yerine getirmek veya BK m.396'ya dayanarak sözleşmeyi sonlandırmaktır. Talimatın amaca uygunsuzluğu konusunda müvekkilin uyarılıp bilgilendirilmesi, hata veya hileyi ortaya çıkarsa dahi, ikrah açısından aynı sonuca varmak mümkün değildir. İkrah etkisi altındaki müvekkil, hiç vermeyeceği veya o şartlar altında vermeyeceği bir talimatı, kendisinin veya yakınlarının şahıs veya malvarlığı değerlerine yönelik ciddi bir saldırıya uğrayacağı düşüncesiyle vermek durumunda kalmıştır. Esaslı bir korkutmanın etkisi altındaki müvekkil, iradesinde oluşan sakatlığın en başından beri zaten farkındadır. Bu nedenle vekilin talimatın amaca uygun olmadığı yönündeki uyarı ve bilgilendirmesi, müvekkilin talimatını geri alması veya amaca uygun yeni bir talimat vermesini sağlamayacaktır. Buna karşılık vekil, müvekkilinin esaslı bir korkutmanın etkisi ile böyle bir talimat verdiğini bir şekilde öğrenmiş veya öğrenebilecek durumda ise, o talimata uymakla yükümlü değildir. Yine de talimatın gereğini yerine getirmemesi halinde, müvekkili büyük zararlara uğrama tehlikesi altındaki vekil, kanaatimce koruma yükümü gereği talimata uymalıdır.

Son olarak eklemek gerekir ki gabin²⁹⁷ yalnızca tam iki taraflı sözleşmelerde uygulama alanı bulduğundan, talimat vermeye yönelik tek taraflı hukuki işlemin gabin nedeniyle sakatlığından bahsedilemez. Buna karşılık verilen talimat neticesinde vekilin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşme gabinin unsurlarını taşıyorsa, müvekkil vekili(temsilcisi) aracılığıyla kurduğu sözleşmeyi gabini ileri sürerek iptal edebilir.

²⁹⁷ Gabinin bir irade sakatlığı hali olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre gabin de tıpkı hata, hile ve ikrahta olduğu gibi bir irade sakatlığı halidir. Diğer bir görüşe göre ise, gabin bir irade sakatlığı hali olmayıp, sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadır. Fakat bu sınırlama diğer irade sakatlığı halleriyle yaptırım noktasında birleşir. Başka bir ifade ile gabinin yaptırımı kesin hükümsüzlük değil, iptal edilebilirliktir.(bkz. Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §39, N.2; Üçer, Mehmet : Roma Hukukunda Laesio Enormis ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin, AÜHFD , C.LIV, S. 4, Y.2005, s. 521-542; Esener, Borçlar, s.159. Kanaatimizce de, gabinin ahlaka aykırılık ile yakından bağlantısı dikkate alındığında bir irade sakatlığı hali olarak kabulü makul değildir. Nitekim Alman Hukukunda gabin, ahlaka aykırılık kapsamında değerlendirilmiş ve yaptırımı da iptal edilebilirlik değil, kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmiştir(bkz.Üçer, s.527,528). Bunun yanında gabin ile birlikte irade sakatlığı hallerinden birinin bir arada bulunması mümkündür.

C. TALİMATIN VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE ULAŞILMAK İSTENEN AMACA UYGUN OLMAMASI

1. Talimatın Amaca Uygun Olmaması

Vekilin müvekkilin nisbi bağlayıcı nitelikteki talimatlarından ayrılabilmesinin ön şartı talimatın vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmamasıdır²⁹⁸. Vekilin, özen yükümü gereği, muhatap olduğu bir talimatın amaca uygunluğunu sorgulama zorunluluğu vardır. Başka bir ifade ile müvekkilin talimatlarının, vekalet sözleşmesinin yöneldiği neticenin başarılı şekilde elde edilmesine hizmet edip etmediğini değerlendirmek, vekilin özenli faaliyette bulunma yükümü kapsamındadır²⁹⁹. Bu nedenle talimatın amaca uygunluğunu değerlendirirken vekilin göstereceği özenin ölçüsü, BK m.390/1 hükmüne tabidir.

Bir talimat daha verildiği anda amacın gerçekleşmesine elverişsiz olabileceği gibi, değişen şartlar ya da giderilen bilgi eksiklikleri nedeniyle daha sonra da elverişsiz hale gelebilir³⁰⁰. Benimsenen iktisadi sistem ve uygulanan politikalar çerçevesinde ürün ve hizmet piyasalarındaki değişken yapı dikkate alındığında özellikle hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde verilen talimatın sonradan amaca uygun olmaktan çıkacağı hallerle sıklıkla karşılaşılacaktır. Bu gibi hallerde çoğunlukla vekalet sözleşmesine konu iş alanında profesyonel faaliyette bulunan vekilin talimatın elverişsizliğinin farkında olma ve bu konuda müvekkilini uyarma yükümü bulunmaktadır³⁰¹.

Talimatın amacın gerçekleşmesine elverişli olup olmadığı değerlendirilirken, o talimatın gereğinin yerine getirileceği an esas alınmalıdır. Böylece verildiği sırada amaca uygun görülmeyen bir talimatın, gereği yerine getirileceği sırada amaca uygun hale geldiği tespit edilirse talimattan ayrılmayı haklı gösterecek en temel koşul ortadan kalkmış olur.

²⁹⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Aral, s.411; Zevkliler/Havutçu, s.344;

²⁹⁹ Aral, s.411.

³⁰⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Bilge, s.295.

³⁰¹ Akgün, s.1411; Gümüş, s.207;

2. Müvekkilden Yeni Bir Talimat Alma İmkânının n Bulunmaması

Vekilin müvekkilin nisbi bağlayıcı talimatlarından ayrılması için, talimatın amaca uygun olmaması gerekli fakat yeterli değildir. Müvekkilinin vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca uygun olmayan talimatına muhatap olan vekil, ilk olarak müvekkilini talimatın elverişsizliği konusunda uyarmalı ve ondan amaca uygun yeni bir talimat almalıdır. Zira vekil müvekkil menfaatine iş görme borcu altında olduğu kadar, onun iradesine de uygun iş görme borcu altındadır. Dolayısıyla vekilin amaca uygun olmayan nisbi bağlayıcı talimattan müvekkilin bilgisi olmaksızın ayrılabilmesinin ikinci koşulu müvekkilden yeni ve açık bir talimat alma olanağının bulunmamasıdır³⁰².

Müvekkilden yeni ve açık bir talimat alma olanağının bulunmaması; vekil ve müvekkilin haberleşme olanaklarının bilinmeyen bir süre için ortadan kalmış olması veya haberleşme olanağı geçici bir süre için kesilmiş olmakla birlikte yeni bir talimat almak için beklemenin yaratacağı gecikme nedeniyle müvekkilin zararına sonuçlar doğması anlamına gelir³⁰³. Maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri açısından özellikle ameliyatın genişletilmesi vakalarında, hastanın sağlığı açısından tıbbi mecburiyet bulunması kaydıyla, bilinci yerinde olmayan hastadan yeni ve açık bir rıza alma imkânının bulunmaması bu duruma tipik bir örnek teşkil eder³⁰⁴. Bu gibi haller dışında vekil ve müvekkil arasındaki tüm haberleşme olanaklarının kesilmesi, günümüz teknolojik koşullarında pek gerçekçi görünmemektedir. Dolayısıyla BK m.389/2'nin uygulanabileceği alanını çoğunlukla müvekkilden yeni bir talimat almak için yaşanacak gecikmenin, müvekkil aleyhine sonuçlar doğuracağı hallerin oluşturacağını söyleyebiliriz.

3. Müvekkilin Muhtemel İradesinin Talimattan Ayrılma Yönünde Olacağının Kabul Edilebilmesi

³⁰² Becker, m.397, N.7; Donay, s.732; Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Aral, s.411; Yavuz/Özen/Acar, s.649; Zevkliler/Havutçu, s.344; Bilge, s.295; Berki, Şakir : Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s.163; Karahasan, s.1014; Özkaya, s.327; Akipek, s.61; Yalçınduran, s.74; Akgün, s.410.

³⁰³ Becker, m.397, N.7; Donay, s.732; Tandoğan, Borçlar Özel, s.445.

³⁰⁴ Şenocak, s.43.

Vekilin müvekkilin nisbi bağlayıcı talimatlarından ayrılmasının son şartı ise, müvekkile ulaşp ondan yeni bir talimat alma imkanı olsaydı, onun bu yönde irade kullanacağını kabul edilebilmesidir³⁰⁵. Müvekkilden açık ve yeni bir talimat alma olanağının bulunmaması talimattan ayrılmaya tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda müvekkilin bu durumu bilseydi, nasıl hareket edeceği sadakat yükümü çerçevesinde vekil tarafından araştırılmalıdır.

Vekilin müvekkilin nisbi bağlayıcı talimatlarından ayrılabilmesi, bu üç şartın bir arada mevcut olmasına bağlıdır. Muhatap olduğu bir talimatın amaca uygu olmadığını neticesine varan vekil, müvekkilden yeni bir talimat alma olanağı bulamıyorsa, ve müvekkilin muhtemel iradesinin bu yönde olacağı kanaatine varmakta haklı görülebiliyorsa, talimattan ayrılabilir. Hatta bu durumda talimattan ayrılmak özen borcu gereği müvekkil için bir yükümlülüktür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Ş1. TALİMATA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN VEKALET SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Vekilin talimata uyma yükümlülüğüne aykırı davranışlarından şüphesiz müvekkile karşı sorumludur. Nitekim BK m.389/2'ye göre; vekil müvekkilin talimatına onun iradesi hilafına uymazsa, müvekkilin bundan kaynaklanan zararını karşılamadıkça borcunu ifa etmiş sayılmaz.

Vekil sözleşme çerçevesinde yükümlendiği iş görme borcunu ifa ederken bir taraftan bağımsız hareket edebilme yetkisine sahiptir. Öte yandan müvekkilin menfaat

³⁰⁵ Donay, s.733; Tandoğan, Borçlar Özel, s.445; Özkaya, s.327; Akipek, s.61.

ve iradesine de uygun faaliyette bulunma yükümü altındadır. Bu iki zıt unsurun bağlanma noktalarından birisi de inceleme konumuz oluşturan, vekilin müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğüdür. Bu yüküme aykırı davranış ise temel olarak iki şekilde ortaya çıkar: İlk olarak vekil müvekkilin işin görülme biçimine yönelik tavizsiz iradesini ortaya koyan mutlak bağlayıcı talimatlara aykırı faaliyette bulunmuş olabilir. İkinci olarak vekil, müvekkilin vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca elverişsiz olmakla birlikte yine de bağlayıcı talimatlarından, BK m.389/2’de aranan şartlar geçekleşmeksizin ayrılmış olabilir. Bu aykırı davranış, maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri ile hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde, özellikle sorumluluk bakımından farklı neticeler doğurur. Bizde vekilin talimata uyma yükümlülüğüne aykırı davranışından ötürü müvekkile karşı sorumluluğunu incelerken, adi vekalet sözleşmelerinin bu iki türünü ayrı ayrı ele alacağız.

Bu incelemeye geçmeden önce kısaca değinilmesi gereken diğer bir husus ise, yapma edimi içeren iş görme sözleşmelerinde, bu arada vekalet sözleşmesinde, iş görme borcunun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, aynen ifasının dava ve icra edilip edilemeyeceğidir. Bu konuda öğreti de görüş birliği mevcut değildir. Birinci görüşe göre yapma edimi içeren borçların, bu arada vekilin iş görme borcunun aynen ifası BK m.97 ve İİK m.30’a göre mümkündür³⁰⁶. İkinci bir görüşe göre ise, yapma edimi içeren borçların aynen ifası dava ve icra edilemez. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, bu borç kendiliğinden tazminat borcuna dönüşür³⁰⁷. Diğer bir görüşe göre ise,

³⁰⁶ Eren, s.990 vd. BK m.97/1’e göre yapma borçlarının ifa edilmemesi halinde alacaklı mahkedemeden, masrafı borçluya ait olmak üzere işin kendisi tarafından yapılmasına veya üçüncü bir kişiye yaptırılmasına izin verilmesini talep edebilir. İİK m.30’da bir şeyin yapılmasına ilişkin ilamların icrasına yöneliktir. Buna göre borçluya gönderilen icra emrinde, borçlunun ilam konusu işi belirli bir müddet içinde yapıp bitirmesi emredilir. Aksi halde, ilam konusu iş başkasına gördürülebilecek nitelikte olmak ve alacaklı tarafından istenmek koşuluyla, ya alacaklı tarafından avans verilerek veya borçlunun yeterli miktarda malları haczedilip paraya çevrilerek, iş üçüncü bir kişiye yaptırılır. Ekleme gerekir ki, kişisel yapma edimlerinin borçluya da üçüncü kişiye de zorla yaptırılması mümkün değildir.

³⁰⁷ Gautschi, Art 398, N.26a, 1a, Art.395, N.25b, naklen, Gümüş, s.145, dpnt.584. Oğuzman/Öz’e göre ise BK m.97 bir cebri icra hükmü değil, borçlunun kusurunun varlığını gösteren özel bir tazminat hükmüdür. Dolayısıyla yapma borçlarında borçlunun aynen ifaya zorlanması söz konusu değildir, bkz. Oğuzman/Öz, s.331 vd.

yapma edimi içeren borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, sonuca yönelik faaliyetin yapılmasının veya başlanmış bir faaliyete devam edilmesinin alacaklı tarafından kabulü mümkün görülüyorsa, borç kanun gereği tazminat borcuna dönüşür. Bunun dışında yapma edimi içeren borcun aynen ifası dava edilebilir, fakat doğrudan cebri icra yoluna gidilemez. Zira İİK m.30 hükmü aslında yapma edimi yükümlüsünün, bu arada vekilin, borcunu dolaylı olarak ifaya zorlanabilmesinin ön şartıdır.³⁰⁸ Vekalet sözleşmesi özelinde kanaatimizce, vekilin hiç veya gereği gibi ifa etmediği iş görme borcunun aynen ifası kural olarak dava edilebilir. Buna karşılık özellikle maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde borcun aynen ifasını talep etmek müvekkil için anlamsızlaşmış dolayısıyla imkansızlaşmış ise³⁰⁹, iş görme borcu kendiliğinden tazminat borcuna dönüşür. İş görme borcunun doğrudan cebri icrası ise kanaatimizce hiçbir koşulda mümkün değildir. Zira İİK m.30, yapma veya yapmama edimlerinin doğrudan (ilamsız) icrasını mümkün kılmaz. Ayrıca Gümüş'ün de belirttiği gibi vekilin sözleşmeyi her zaman sonlandırabilme olanağı karşısında³¹⁰, onu icra takibi ile ifaya zorlamanın da bir anlamı kalmamaktadır.

II. MADDİ FİİLLERE YÖNELİK VEKALET SÖZLEŞMELERİNDE VEKİLİN MÜVEKKİLE KARŞI SORUMLULUĞU

Maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil, vekalet sözleşmesine konu iş bakımından çoğunlukla uzman kimse olduğundan müvekkilin talimatlarına muhatap olmaz. Buna karşılık yine de bir bağlayıcı bir talimatla karşılaşırsa bu talimata uygun hareket etmek durumundadır. Ya da talimatın amaca uygunluğunu denetleyerek müvekkilden yeni bir talimat alma yoluna gitmelidir. İş görme borcunun talimata aykırı ifası kötü ifa niteliğindedir³¹¹. Peki maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde iş görme borcunun BK m.389/2'de aranan şartlar mevcut olmaksızın talimata aykırı ifası halinde vekilin sorumluluğunun hukuki dayanağı ne olacaktır? Bu konuda talimata

³⁰⁸ Gümüş, s.146.

³⁰⁹ Serozan, İfa, §17, N.6.

³¹⁰ Gümüş, s.146.

³¹¹ Bkz. İkinci Bölüm, §2, I, B.

aykırı davranışın vekalet sözleşmesinin kapsamının önemli ölçüde aşılmasını teşkil edip etmediğine bakmak gerekir³¹².

Eğer talimata aykırılık vekalet sözleşmesinin kapsamının önemli ölçüde aşılmasını teşkil etmiyorsa BK m.389/2 gereği vekil, müvekkilin talimata aykırı davranışından kaynaklanan zararlarını karşılayarak kötü ifayı, gereği gibi ifaya dönüştürebilir³¹³. Dikkat edilirse anılan hükme göre, vekilin vekalet sözleşmesi çerçevesinde müvekkile karşı sorumluluğunun ilk şartı talimata uyma yükümlülüğüne aykırı davranış, ikinci şartı ise bu aykırı davranıştan müvekkil aleyhine doğmuş bir zararın mevcudiyetidir. Her ne kadar vekilin iş görme borcunun talimata uygun olarak aynen ifasını talep imkanı bulunsa da, özellikle maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde iş bir kez görüldükten, görülen işin neticeleri maddi alemde belirdikten sonra artık bu neticelerden kaynaklanan zararın aynen ifa ile telafisi mümkün değildir³¹⁴. İşte vekilin talimata uyma yükümüne aykırı davranışı nedeniyle ortaya çıkan zararın mevcudiyeti, doğduğu an, kapsamı ve hesaplanmasında, BK m.98/2 atfıyla haksız fiile ilişkin hükümler uygulanır³¹⁵. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, vekilin talimata uyma yükümlülüğüne aykırı ifasının, vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca ulaşılmış olsa dahi kötü ifa niteliğinde olduğudur. Diğer bir deyişle vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen netice başarılı şekilde gerçekleşmiş olsa dahi, talimata aykırı davranan vekil, müvekkilin bundan kaynaklanan zararını tazmin borcu altındadır. Bunun en temel sebebi vekilin edim sonucundan değil edim fiilinden sorumlu olmasıdır.

³¹² Yavuz/Özen/Acar, s.631; Tandoğan, Borçlar Özel, s.448. Ayrıca bkz. Tandoğan, Haluk : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından, Vekaletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957, s.147-149.

³¹³ Vekilin hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri açısından da geçerli bu imkanının hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre burada özel bir şekilde kendiliğinden gerçekleşen olumsuz sonuç yüklenmesidir. Diğer bir görüşe göre yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Gümüş'e göre ise, kötü ifayı gereği gibi ifaya dönüştüren bu yetki yenilik doğuran hak benzeri yetkidir, görüşler için bkz. Gümüş, s.208.

³¹⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s.450.

³¹⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s.450; Başpınar, Özen, s.206.

Eğer talimata aykırı davranış, vekalet sözleşmesinin kapsamının önemli ölçüde aşılmasını teşkil ediyorsa, artık iş görme borcunun talimata aykırılık yüzünden kötü ifası değil, hiç ifa edilmemesi söz konusu olacaktır. Zira bu ihtimalde yapılan işin ya vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen netice ile hiç ilgisi yoktur veya ortaya çıkan netice ile elde edilmek istenen netice arasında önemli ölçüde farklılık oluşmuştur³¹⁶. Çocuğuna özel ders vermesi için bir öğretmenle anlaşılan veli, öğretmene çocuğuna yalnızca matematik dersi anlatması konusunda talimat vermesine rağmen, öğretmenin bu talimata aykırı davranarak çocuğa fizik anlatması örneğinde olduğu gibi. Bu durumda vekil, vekalet sözleşmesinin talimat ile belirlenen kapsamını önemli ölçüde aşarak vekaletsiz iş gören kimse konumuna düşmüştür. Üstelik bu iş görme müvekkilin açık talimatına aykırı olması nedeniyle caiz olmayan bir vekaletsiz iş görmedir³¹⁷.

Talimata uyma yükümlülüğüne aykırı hareket ile vekaletsiz iş gören vekilin sorumluluğu, BK m.389/2'ye göre çok daha ağırdır. BK m411/3'e göre caiz olmayan biçimde vekaletsiz iş gören konumundaki vekil her türlü ihmalden ve hatta kazadan bile sorumludur³¹⁸. Bu sorumluluktan ancak, talimata aykırı davranışı olmasaydı dahi kazanın meydana geleceğini ispat ederek kurtulabilir³¹⁹. Son olarak belirtmek gerekir ki vekaletsiz iş gören konumundaki vekilin talimata aykırı olarak gördüğü işe müvekkil tarafından açık veya örtülü icazet verilirse, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler yeniden devreye girer(BK. m.415)³²⁰.

³¹⁶ Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.148; Donay, s.735; Özkaya, s.328.

³¹⁷ Vekaletsiz iş görme, iş sahibinin görülen iş konusunda açık bir yasağının bulunup bulunmamasına göre, caiz olan ve caiz olmayan vekaletsiz iş görme ayırımına tabi tutulur. İş sahibinin menfaatine uygun olarak girilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan vekaletsiz iş görme caiz sayılır, bkz, Tandoğan, Borçlar Özel, s.676; Zevkliler/Havutçu, s.351; Yavuz/Özen/Acar, s.792.

³¹⁸ Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.219 vd. ; Akbıyık, Azra Arıkan : Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2009, s.46 vd. ; Özdemir, H. Gökçe : Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş görme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.122; Bilge, s.329; Berki, 182; Zevkliler/Havutçu, s.353.

³¹⁹ Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.223; Gökçe, s.123.

³²⁰ Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.221; Yavuz/Özen/Acar, s.801.

III. HUKUKİ FİİLLERE YÖNELİK VEKALET SÖZLEŞMELERİNDE VEKİLİN MÜVEKKİLE KARŞI SORUMLULUĞU

Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde, sözleşmenin konusu bir veya birden fazla hukuki işlem/hukuki işlem benzerinin görülmesidir. Peşinen belirtmek gerekir ki, hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde talimata uyma yükümlülüğüne aykırılığın BK m.389/2 kapsamında mı; yoksa vekaletsiz iş görme kapsamında mı değerlendirileceği konusunda maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri açısından yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde talimata uyma yükümlülüğüne aykırılığın, maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinden farklılaştığı nokta, BK m.389/2’de talimata aykırılıktan doğan zararların vekil tarafından karşılanarak, kötü ifanın gereği gibi ifaya çevrilebilmesi imkanındır. Maddi fiillere yönelik vekalet sözleşmeleri açısından bu imkan vekilin, müvekkilin tazminat hukukunun genel kurallarına göre hesaplanacak zararını karşılamak şeklinde kendisini gösterir. Buna karşılık hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde talimata aykırılık genellikle miktar bakımından gerçekleşir. Örneğin bir taşınmaz satımı konulu vekalet sözleşmesinde, müvekkil azami 250.000 TL’lik bir ev satın alınması yönünde bağlayıcı bir talimat vermesine rağmen, vekil 275.000 TL’lik bir ev satın almışsa, talimat miktar yönünden aşılmış olur. İşte bu durumda vekil aradaki 25.000 TL’lik farkı karşılayarak kötü ifayı gereği gibi ifa haline dönüştürebilir³²¹. Bu durumda vekil artık edimin gereği gibi yerine getirildiğini kabul etmek zorundadır³²². Vekil de BK m.394/1’e göre işin görülmesi için yaptığı masrafların karşılanmasını, altına girdiği borçlardan kurtarılmasını müvekkilden isteyebilir³²³.

³²¹ Donay, s.735; Tandoğan, Borçlar Özel, s.447; Aral, s.412; Gümüş, s.208.

³²² Donay, s.735; Aral, s.412.

³²³ Gümüş, s.209.

§2. HUKUKİ FİİLLERE İLİŞKİN VEKALET SÖZLEŞMELERİNDE TALİMAT AYKIRI OLARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİ İLE YAPILAN İŞLEMİN HUKUKİ DURUMU

I. GENEL OLARAK

Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil, aynı zamanda müvekkilin temsilcisi sıfatıyla hareket eder. Müvekkilin bağlayıcı talimatları kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde³²⁴ yalnızca iç ilişkide vekili talimat doğrultusunda iş görme borcu altına sokmayıp, dış ilişkide sahip olunan temsil yetkisinin kapsamına da doğrudan etki ederler. Dolayısıyla vekilin talimata uyma yükümlülüğüne aykırı davranışı üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemler açısından da neticeler doğurur. Bilindiği gibi vekil, müvekkilin doğrudan veya dolaylı temsilcisi sıfatıyla hareket edebilir. Vekilin talimata aykırı davranarak üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlemin hukuki durumu da, vekilin doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etmesine göre farklılık gösterir.

Bu nedenle vekilin talimata uyma yükümlülüğüne aykırı olarak üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlemin, bu aykırılıktan nasıl etkileneceğini incelerken, vekilin doğrudan ve dolaylı temsilci olarak hareket etmesi ihtimallerini iki ayrı başlıkta incelemeyi uygun bulduk. Bu iki ihtimal dışında talimata aykırı olarak yapılan hukuki işlemin temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını teşkil etmesi ihtimalini de ayrıca incelemeye çalışacağız.

II. VEKİLİN DOLAYLI TEMSİLCİ SIFATIYLA HAREKET ETMESİ HALİNDE

Bir temsilcinin hukuki işlemi kendi adına fakat temsil olunan hesabına yapması halinde öğretide “gerçek olmayan temsil”³²⁵ de denilen dolaylı temsil söz konusu olur

³²⁴ Birinci Bölüm, §2, III, B.

³²⁵ Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §45, N.15; Eren, s.388. Dolaylı temsil kavramı ile ilgili öğretide farklı tutumların söz konusu olduğu görülmektedir. Dolaylı temsil kurumunu tarihsel süreçte bir dönem olarak ele alıp, modern hukukta dolaylı temsili kavramsal olarak reddeden görüşler bir yana bırakılırsa dolaylı temsil kavramına yönelik farklı görüşlerin mevcut olduğu görülür(bkz. Yavuz, Cevdet : Türk

Dolaylı temsilde temsilci, üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin bizzat tarafıdır. Sözleşme neticesinde kendi hukuk alanında doğan hak ve borçları, daha sonra ayrı işlemlerle temsil olunanın hukuk alanına geçirir³²⁶. BK m.32/3'e göre bu devir, alacağın temliki veya borcun nakli hükümlerine göre yapılır. Dolaylı temsil BK'da bağımsız bir kurum olarak düzenlenmemiştir³²⁷.

Dolaylı temsilci sıfatıyla hareket eden vekil, vekalet sözleşmesine konu hukuki işlemi müvekkili hesabına fakat kendi adına gerçekleştirdiğinden, bu hukuki işlem

İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, 1983, s.7-23). Akyol'a göre; dolaylı temsil, doğrudan temsil yetkisini haiz kimsenin bu yetkisini kullanmayarak işlemi kendi adına gerçekleştirmesi durumunda söz konusu olur, bkz. Akyol, Temsil, s.57,58.

³²⁶ Yavuz, Dolaylı Temsil, s.23; Eren, s.388; Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §45, N.14,15; Esener, Temsil, 13; Ayan, s.168. Oğuzman/Öz, e göre bunun tek istisnası BK m.393 hükmüdür (bkz. Oğuzman/Öz, s.165, dpnt. 540). Gerçekten anılan maddenin 1 ve 2. fıkralarına göre; vekilin kendi adına ve müvekkili hesabına kazandığı alacak hakları, müvekkilin vekile karşı vekalet sözleşmesinden doğan tüm borçlarını ifa etmesiyle müvekkile ait olur. Vekilin iflas etmesi halinde, müvekkilin bu hakkını iflas masasına karşı da ileri sürebilir. Burada esas itibarıyla kanuni bir temlik söz konusudur. Başka bir ifade ile vekilin BK m.32/3 gereği BK m.163 anlamında yazılı bir temlik beyanında bulunmasına gerek yoktur. Vekilin dolaylı temsilci sıfatıyla gerçekleştirdiği işlemde doğan alacak, şartların gerçekleşmesi durumunda kendiliğinden temlik edilmiş kabul edilecek, ayrıca vekile BK m.392'den kaynaklanan borcunu ifa için dava açmasına gerek kalmayacaktır. Şüphesiz müvekkil hukuki yararı olmak kaydıyla tespit davası açabilir(bkz. Ayli, s.601 vd.; Tandoğan, Borçlar Özel, s.512 vd.). Dolaylı temsilde, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle kendi adına fakat müvekkili hesabına yaptığı işlemlerden doğan hak ve borçlara sahip olması, onun bizzat sözleşmenin tarafı olmasından kaynaklanır. BK m.165-54 vd'da temlikin hükümleri açısından kanuni veya kazai temlik ile iradi temlik arasında bir fark gözetilmemiştir. Alacağın temliki, alacağı temellük edeni sözleşmenin tarafı haline getirmediğine işaret etmek gerekir. Anılan maddenin üçüncü fıkrasının istisnai bir nitelik taşıyıp taşımadığı ise, tartışmalıdır. Zira üçüncü fıkra vekilin, dolaylı temsilci sıfatıyla üçüncü kişilerle giriştiği işlemlerden ötürü mülkiyetini kazandığı taşınırılara ilişkindir.

³²⁷ Buna karşılık BK m.416 vd. düzenlenen komisyon sözleşmesi ile, TTK m.808 vd. maddelerinde düzenlenen taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi, komisyoncu ile iş sahibi arasında dolaylı temsil ilişkisinin varlığı esasına dayanır. Yine adi şirkete ilişkin BK m.553'ün birinci cümlesi, adi ortağın kendi adına ve şirket hesabına hareket ettiği hukuki işlemler açısından; BK m.393 hükmü ise vekilin, müvekkilin dolaylı temsilcisi sıfatıyla hareket ederek, kendi adına ve müvekkili hesabına kazandığı alacak ve taşınır mülkiyeti hakları açısından düzenlemeler getirmektedir.

kaynaklanan hak ve borçlar vekilin hukuk alanında doğarlar³²⁸. Bu nedenle vekalet sözleşmesinde vekilin, muhatap olduğu bağlayıcı talimatlara aykırı olarak üçüncü ile gerçekleştirdiği hukuki işlem, müvekkili bağlamaz³²⁹. Dolaylı temsilci üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlemin bizzat tarafı konumundadır³³⁰. İç ilişki de müvekkilin vekile yönelik talimatları, dış ilişki de bu talimatların varlığını bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişiye karşı dahi ileri sürülemez. Vekilin dolaylı temsilci sıfatıyla hareket ettiği ve talimata aykırı olarak üçüncü kişi ile işlem yaptığı bu gibi durumlarda vekil talimata uyma yükümüne aykırılıktan dolayı müvekkile karşı iç ilişkide sorumlu olur. Ayrıca temsil olunan hesabına üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlemde doğan borçlar açısından, üçüncü kişiye karşı da akdi sorumluluğu mevcuttur

III. VEKİLİN DOĞRUDAN TEMSİLCİ SIFATIYLA HAREKET ETMESİ HALİNDE

Vekilin doğrudan temsilci³³¹. sıfatıyla hareket etmesi halinde, üçüncü kişilerle giriştiği hukuki işlemlerden doğan hak ve borçlar doğrudan temsil olunana ait olur³³². Bu nedenle müvekkilin talimata uyma yükümlülüğüne aykırı davranarak yaptığı hukuki işlemlerde, aynı zamanda temsil yetkisinin kapsamını etkileyen talimatın, üçüncü kişiye karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği tespit edilmek gerekir. Talimata aykırı olarak üçüncü

³²⁸ Yavuz, Dolaylı Temsil, s.184; Sungurbey, Ayfer Kutlu : Yetkisiz Temsil, İstanbul, 1988, s.9.

³²⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, s.440; Özkaya, s.328.

³³⁰ Yavuz, Dolaylı Temsil, s.184 vd.

³³¹ Bir hukuki işlemin o işlemin taraflarınca bizzat yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırır niteliği ile karşımıza çıkan temsil kurumu üçlü bir ilişkinin varlığını gerekli kılar, Akyol, Temsil s.1 vd.; İnceoğlu, s.7 vd. ; Eren, s.383; Kocayusupaşaoğlu, Borçlar Genel, §45, N.1; Esener, Temsil, s.1 vd. Von Tuhr, §41, I, N.1; Schwarz, s379., Bu üçgenin köşelerinde temsilci, temsil olunan ve üçüncü kişi yer alır. Temsilci, temsil olunan adına ve hesabına işlem yapan kimsedir. Temsil olunan, temsilci tarafından adına ve hesabına işlem yapılan kimsedir. Nihayet üçüncü kişi temsilcinin, temsil olunan adına işleme giriştiği kimseyi ifade eder. Şu halde temsil, temsilci tarafından temsil olunan adına ve hesabına üçüncü kişilerle hukuki işlemler yapılmasını sağlayan hukuki kurumdur.

³³² Oğuzman/Öz, s.186 vd.

kişiyile yapılan işlemin hukuki ve müvekkili bağlayıp bağlamayacağına bu çerçevede ve çeşitli ihtimaller dahilinde yaklaşmak gerekir.

İlk ihtimal üçüncü kişinin temsil olunan müvekkilce ne temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına ne de sonradan verilen talimatlara ilişkin bilgilendirilmemiş olması ihtimalidir. Bu ihtimalde, müvekkil tarafından vekilinin doğrudan temsilci sıfatını dışa açıklayan bir “dış temsil yetki” söz konusu değildir³³³. Üçüncü kişi yalnızca vekilin , müvekkilin temsilcisi olduğuna yönelik açıklamasına vakıftır. Bu durumda talimata aykırı olarak yapılan işlem yetkisiz temsil hükümlerine tabidir³³⁴. Müvekkil tarafından sözleşmeye icazet verilinceye veya icazet verilmeyeceği anlaşıncaya kadar sözleşme askıda hükümsüzdür³³⁵. Üçüncü kişinin iç ilişkide temsil yetkisinin kapsamına talimat yoluyla getirilmiş hukuki sınırlamayı bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi bu sonucu değiştirmez. BK m.33/2’ye göre temsil yetkisinin kapsamına ilişkin üçüncü

³³³ Temsil yetkisi veren beyanın, temsilcinin hakimiyet alanına ulaşması ile, temsilci ile temsil olunan arasında oluşan ilişkiye iç temsil ilişkisi, bu yolla verilen yetkiye iç temsil yetkisi denir, bkz. , Akyol, s.47; Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §46, N.9; Eren, s.394; Esener, Temsil, s.1. İç temsil yetkisi verme işlemi hakim görüşe göre herhangi bir şekle tabi değildir, örtülü olarak temsil yetkisi verilmesi mümkündür, bkz. , Oser/Schönenberger, m.32, N.25; Oğuzman/Öz, s.172; Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §46, N.3; Esener, Temsil, s.39; Eren, s.396; Akyol, s.117; İnceoğlu, s.108. Temsil yetkisi veren irade beyanı hakim görüşe göre, güven teorisi çerçevesinde yorumlanmalıdır³³³. Buna karşılık temsil yetkisinin, temsil olunan tarafından hukuki işlem yapılacak olan üçüncü kişiye, sözlü veya yazılı beyan yahut ilan yoluyla bildirilmesi veya temsil olunanın fiili davranışlarıyla bu yönde bir hukuki görünüş yaratması halinde dış temsil yetkisi ortaya çıkar, bkz. , Oser/Schönenberger, m.32, N.24; Eren, s.394; Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §46, N.14; İnceoğlu, s.105; Oğuzman/Öz, s.173; Yargıtay bir kararında, davacı şirketin, şirket genel tek başına temsil yetkisine sahip olduğu konusunda sözleşmenin diğer tarafında bir kanaat uyandırdığını, daha sonra ise bu temsilcinin şirketin bir kısım fiyat farkı alacaklarını talep etmeyeceği yönünde birden çok beyanlarda bulunduğunu, daha sonra davacı şirketin, genel müdürün şirketi tek başına temsile yetkili olmadığını bu nedenle, fiyat farkı talep edilmeyeceği yönündeki beyanın şirketi bağlamayacağını ileri sürdüğünü; fakat şirketin bu savunmasının beyanla bağlılığını etkilemeyeceğini belirtmiştir. Zira gerek sözleşmenin yapılışı, gerekse daha sonraki işlemler sırasında şirketi, anılan genel müdür tek başına temsil etmiştir. Başka bir ifade ile dış temsil ilişkisinde, genel müdürün şirketi tek başına temsile yetkisine sahip olduğu yönünde hukuki görünüş yaratılmıştır, Yarg. 14. HD. E.1994/409 K.1994/2051 T.05.04.1994, www.kazanci.com.tr

³³⁴ Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, §45, N.14.

³³⁵ Oğuzman/Öz, s.189.

kişinin bilgisine; ancak bu kapsam temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirilmişse(dış temsil yetkisi), itibar edilir³³⁶.

İkinci ihtimal, müvekkil tarafından temsil yetkisinin kapsamının üçüncü kişiye bildirilmesi(dış temsil yetkisi) buna karşılık sonraki sınırlayıcı talimatın yalnızca iç ilişkide verilmiş olmasıdır. Bu durumda müvekkil tarafından üçüncü kişiye temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı bildirilmiş veya temsilci tarafından sunulan yetki belgesi ile üçüncü kişi temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına vakıf olmuştur. Buna karşılık sonradan iç ilişkide vekile yöneltilen bir talimatla temsil yetkisinin kapsamı daraltılmıştır. Bu ihtimalde, vekilin talimata aykırı olarak üçüncü kişi ile yaptığı işlemin müvekkili bağlayıp bağlamayacağı, üçüncü kişinin iyi niyetine göre belirlenir³³⁷. Eğer üçüncü kişi kötü niyetli ise, başka bir ifade ile temsil yetkisinin kapsamını daraltıcı talimatın varlığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, iç ilişkide verilen talimat üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilir. Bu ihtimalde dış ilişkide yapılan sözleşme yetkisiz temsil hükümlerine tabidir. Dolayısıyla müvekkil sözleşmeye icazet verinceye veya vermeyeceği anlaşılincaya kadar, sözleşme askıda hükümsüzdür. Buna karşılık üçüncü kişi iç ilişkide verilen talimatın varlığını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, BK m.33/2 ve 34/3 gereği onun iyi niyeti korunur ve müvekkil bu sözleşme ile bağlanır³³⁸.

IV. TALİMAT AYKIRILIĞIN TEMSİL YETKİSİNİN KÖTÜYE KULLANILMASINI TEŞKİL ETMESİ

Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde aynı zamanda vekilin temsilcisi konumundaki vekil, bu yetkisini sadakat ve özen borcu gereği müvekkilin çıkarları doğrultusunda kullanmalıdır³³⁹. İç ilişki de vekili borç altına soktuğu gibi, dış ilişkide temsil yetkisinin kapsamını sınırlayan talimatlara uygun hukuki işlemler yapmak yükümü altındadır. Talimata aykırılık aynı zamanda temsil yetkisinin kapsamının aşılmasını teşkil edeceğinden, vekilin doğrudan temsilci sıfatıyla hareket ettiği vekalet sözleşmelerinde, üçüncü kişiyle yapılan hukuki işlemi yetkisiz temsil hükümlerine tabi

³³⁶ Oğuzman/Öz, s.176.

³³⁷ Kocayusupaşaoğlu, Borçlar Genel, §45, N.14; Tandoğan, Borçlar Özel, s.447; Özkaya, s.328.

³³⁸ Kocayusupaşaoğlu, Borçlar Genel, §45, N.14;

³³⁹ İnceoğlu, s.332; Akyol, s.377; Kocayusufgaşaoğlu, Borçlar Genel, §50, N.1; Sungurbey, s.12.

kılar. Buna karşılık kimi talimata aykırı olarak yapılan hukuki işlemlere yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması müvekkil açısından yeterli korumayı sağlamayabilir. Yetkisiz temsile ilişkin yaptırımın yeterli olmadığı türden talimata aykırılıklar, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını teşkil edebilirler.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının en tipik örneği, Öğreti de “hileli anlaşma” (kollusion) denilen³⁴⁰ temsilcinin temsil olunanı zarara uğratma kastıyla, üçüncü şahısla anlaşması halidir. Hileli anlaşmalarda, temsilci ile temsil olunan adına hukuki işlem yapılacak üçüncü kişi, temsil olunan zararına işlem yapma konusunda gizli bir anlaşma yaparlar. Bu gizli anlaşma BK m.20/1’e göre ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür³⁴¹. Buna karşılık temsil olunan adına üçüncü kişiyle yapılan asıl anlaşmanın müvekkili bağlayıp bağlamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, bu tür bir gizli anlaşma ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu gibi, temsilcinin temsil olunan adına üçüncü kişi ile yaptığı asıl anlaşma da kesin hükümsüzdür³⁴². Buna karşılık ikinci bir görüşe göre, hileli gizli anlaşma ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olmakla birlikte, asıl anlaşmanın yetkisiz temsil hükümlerine tabi olacağını kabul etmektedir³⁴³. Kanaatimizce de bu durumda, hileli gizli anlaşma neticesinde yapılan asıl sözleşme de amacının ahlaka aykırılı nedeniyle kesin hükümsüz olmalıdır. Temsilcinin zarar verme kastının bir tarafı kaldığı durumlarda ise, temsilcinin objektif olarak temsil olunanın çıkarlarına aykırı davrandığı gerekçesiyle sözleşmeyi geçersiz kılmak, iyi niyetli üçüncü kişi aleyhine aşırı bir çözüm olur³⁴⁴.

Vekilin, talimata aykırı olarak üçüncü kişi ile yaptığı hukuki işlem, üçüncü kişi talimatı biliyor veya bilmesi gerekiyor olsa dahi götürü olarak temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını teşkil etmez. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının varlığından

³⁴⁰ Akyol, s.380; İnceoğlu, s.340; Kocayusufg aşaoğlu, Borçlar Genel,  50, N.2.

³⁴¹ Akyol, s.383; İnceoğlu, s.336; Kocayusufg aşaoğlu, Borçlar Genel,  50, N.2.

³⁴² Kocayusufg aşaoğlu, Borçlar Genel,  50, N.2; Sungurbey, s.18;19

³⁴³ İnceoğlu, s.336-338 Yazar gerekçe olarak, hileli anlaşmalar halinde, yetkisiz temsile ilişkin düzenlemeden ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığını ve gizli anlaşmanın ıspatının çok zor olduğunu ileri sürmektedir.

³⁴⁴ Kocayusufg aşaoğlu, Borçlar Genel,  50, N.3.

bahsedebilmek için vekilin mutlaka müvekkilin zararına işlem yapma kastıyla hareket etmesi³⁴⁵ yapılan işlemin açıkça menfaate aykırı bulunması gerekir³⁴⁶. Kanaatimizce gizli hileli bir anlaşmanın varlığı dışındaki hallerde temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı sonucuna varabilmek için; üçüncü kişinin talimatın varlığını, dolayısıyla temsil yetkisinin sınırını bilmesi veya bilmesinin gerekmesi yeterli olmayıp, vekilin talimata aykırı davranarak müvekkil zararına işlem yapma niyetini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi aranmalıdır.

Son olarak eklemek gerekir ki, vekil ve üçüncü kişinin anlaşarak, müvekkilin aleyhine talimata aykırı hukuki işlem yapmaları halinde, müvekkilin bundan kaynaklanan bir zararından müteselsil olarak sorumludurlar³⁴⁷.

SONUÇ

1. Bir iş görme sözleşmesi olarak vekalet sözleşmesi vekili, müvekkilinin menfaat ve iradesine uygun, görece bağımsız, ücretli veya ücretsiz bir iş görme borcu altına sokar. Vekil, vekalet sözleşmesi ile elde edilmek istenen amaca uygun ve özenli faaliyette bulunma yükümü altındadır. Edim sonucundan sorumlu değildir. BK m.386/2 hükmü iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesinin kabul edildiği anlamına gelmez. BK m.396'da vekil ve müvekkile tanınan her zamanlı geri alma hakkı adi vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurudur. Bu hakkı ortadan kaldıracı veya sınırlayıcı sözleşmeler geçersizdir. Adi vekalet sözleşmesi çoğunlukla sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmakla birlikte nadiren de olsa ani edimli niteliğe bürünebilir.

2. Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde müvekkilin talimatı çift yönlü bir etki gösterir: İlki iç ilişki de vekili vekalet sözleşmesine konu işi talimat doğrultusunda görme yükümlülüğü altına sokmasıdır. İkinci etkisi ise vekil ile üçüncü

³⁴⁵ Özkaya, s.678.

³⁴⁶ İnceoğlu, s.341; Kocayusufg aşaoğlu, Borçlar Genel,  50, N.17

³⁴⁷ Tandoğan, Borçlar  zel, s.

kişiler arasında müvekkil adına veya hesabına yapılacak sözleşmeler açısından, vekilin temsil yetkisinin kapsamını sınırlamasıdır.

3. Talimatlar bağlayıcılık derecelerine göre mutlak bağlayıcı talimatlar ve nisbi bağlayıcı talimatlar olarak ikiye ayrılırlar. Vekilin mutlak bağlayıcı talimattan ayrılma imkanı yoktur. Eğer bu talimatı yerine getirmek istemiyorsa sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırma yoluna gidebilir. Nisbi bağlayıcı talimatlardan ise ancak BK m.389/2’de öngörülen şartlar dahilinde ayrılabilir.

4. Müvekkilin talimat verme hakkı yenilik doğurucu niteliği haizdir. Zira vekil müvekkilin talimatına muhatap olduğu anda artık yalnızca iş görme borcu altında değil, işi talimat dairesinde görme yükümlülüğü altına girer. Müvekkil tek taraflı bir hukuki işlemle vekili iç ilişkide borç altına sokar. Ayrıca hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekilin temsil yetkisinin kapsamını da daraltır.

5. Talimat verme hakkının sınırını, talimatın aslında yeni bir icap teşkil etmesi hali oluşturur. Müvekkilin sözleşmenin en başta kararlaştırılmış kapsamını aşan, vekilin durumunu ağırlaştıran talimatları aslında yeni bir icap niteliğindedir. Vekil tarafından kabul edilmedikçe bağlayıcı olmazlar.

6. Talimat verme hakkının asli sahibi müvekkil olmakla birlikte, müvekkilin ölümü halinde onun külli halefleri olan yasal mirasçılarının da vekile talimat verme hakkı vardır. Buna karşılık vekalet sözleşmesini devam ettirmek istemeyen mirasçıların, güven ilkesi çerçevesinde vekalet sözleşmesinin devamı anlamına gelebilecek talimatlar vermekten kaçınmaları gerekir. Tam üçüncü şahıs lehine vekalet sözleşmelerinde, lehine vekalet sözleşmesi yapılan üçüncü kişinin müvekkile bağlayıcı talimatlar verme hakkı vardır. Eksik üçüncü kişi lehine vekalet sözleşmelerinde ise, aksi vekalet sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece, lehine vekalet sözleşmesi yapılan üçüncü kişi vekile bağlayıcı talimatlar veremez.

7. Vekalet sözleşmelerinde talimatın asli muhatabı vekildir. Fakat müvekkil, vekilin yetkisi olup olmadığına bakılmaksızın yerine tevkil ettiği alt vekile bağlayıcı talimatlar verebilir.

8. Vekilin müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğü, iş görme borcuna ayrılmaz biçimde eklenilen bir asli edim yükümüdür. Talimata uyma yükümüne aykırılık kötü ifa niteliğindedir.

9. Bir talimatın vekil açısından bağlayıcı olması imkansız hukuka veya ahlaka aykırı olmamasına bağlıdır. Vekil bu türden bir talimata uymakla yükümlü değildir. Hukuka veya ahlaka aykırı bir talimata uyan vekil, bu davranışından kaynaklanan şahsi sorumluluklardan, vekalet sözleşmesine dayanarak kurtulamaz. Müvekkilin sakat iradesinin ürünü olan talimatlarda, müvekkil tarafından kanuni veya iradi icazet verilmediği sürece hükümsüz olup, vekil üzerinde bağlayıcı etki doğurmazlar.

10. Vekilin, müvekkilin amaca uygun olmayan nisbi bağlayıcı talimatlarından ayrılabilmesi, müvekkilden yeni ve açık bir talimat alma olanağının bulunmaması ve böyle bir olanak bulunsaydı müvekkilin muhtemel iradesinin talimattan ayrılmak yönünde olacağının kabul edilebilmesi durumunda mümkündür. BK m.389/2’de düzenlenen bu şartlar gerçekleşmekle vekili amaca uygun olmayan talimattan özen borcu gereği ayrılma yükümü altına sokar.

11. Talimata uyma yükümlülüğüne aykırı davranan vekilin bu davranışı, vekalet sözleşmesinin talimatla belirlenen kapsamının önemli ölçüde aşılması niteliğinde ise, vekil caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olur. Aykırılık bu düzeyde değilse, BK m.389/2 gereği, talimata aykırı davranış nedeniyle müvekkilin uğradığı tüm zararları karşılayarak kötü ifasını gereği gibi ifaya dönüştürebilir.

12. Vekilin doğrudan temsilci sıfatıyla hareket ettiği hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil, talimatla temsil yetkisinin kapsamına getirilen sınırlamayı aşan hukuki işlemler yaptığında; müvekkil tarafından temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına ilişkin bilgilendirilmemiş üçüncü kişi iyi niyetli olsa dahi, üçüncü kişi ile yapılan sözleşme yetkisiz temsil hükümlerine tabidir. Buna karşılık temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına ilişkin daha önce bilgilendirilmiş iyiniyetli üçüncü kişiye karşı iç ilişkide verilen talimatlar ileri sürülemez. Vekilin dolaylı temsilci sıfatıyla hareket etmesi halinde ise, talimata aykırı olarak yapılan hukuki işlem, üçüncü

kişinin iyi niyeti araştırılmaksızın geçerlidir. Zira dolaylı temsilci sözleşmeyi kendi adına yapmıştır.

13. Hukuki fiillere yönelik vekalet sözleşmelerinde vekil ile üçüncü kişinin, müvekkili zarar uğratmak amacıyla talimata aykırı hukuki işlem yapma konusunda anlaşmış olmaları halinde, bu gizli ve hileli anlaşma ve anlaşma gereği talimata aykırı olarak gerçekleştirilmiş hukuki işlem ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür. Bu tür bir anlaşma temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının tipik örneklerindendir. Böyle bir anlaşmanın var olmadığı veya ispat edilemediği hallerde kural olarak yetkisiz temsil hükümleri uygulanmalı; buna karşılık yapılan hukuki işlem müvekkilin açıkça menfaatine aykırı ise ve üçüncü kişinin vekilin zarar verme kastını bildiği veya bilmesi gerektiği kabul edilebiliyorsa temsil yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlem hükümsüz kabul edilmelidir.

ÖZGEÇMİŞ

27 Ekim 1984 tarihinde Bursa’da doğdum. İlk ve orta öğrenimimi Bursa’da tamamladım. 2002 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni kazandım ve 2006 yılında mezun oldum. 2007 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı’na kabul edildim. 2008 yılı itibariyle adli yargı hakim adayı olarak Ankara Adliyesi’nde göreve başladım. 28 Temmuz 2010 tarihinde Trabzon ili Akçaabat ilçesine hakim olarak atandım. 20 Aralık 2010 tarihinde Doç. Dr. Burak ÖZEN, Doç. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ ve Yard. Doç. Dr. Fulya ERLÜLE’den oluşan jüri önünde savunmasını yaptığım yüksek lisans tezimi oybirliği ile kabul edildi. Halen Trabzon ili Akçaabat ilçesinde sulh hakim olarak görev yapmaktayım.

AUTOBIOGRAPHY

I was born on October 27, 1984. in Bursa. I completed my primary and secondary education in Bursa. I got into The Department Of Law at Marmara University in 2002 and graduated in 2006. In 2007 I was accepted to Marmara University Institute Of Social Sciences Private Law Masters Degree Program (With Thesis) in 2007. By 2008 I took up a position as a civil and criminal jurisdiction judge candidate in Ankara Courthouse. In 2010 on July 28, I was assigned as a Judge to Akçaabat, Trabzon. On December 20, 2010. The Jury composed of Doç. Dr. Burak ÖZEN, Doç. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ and Yard. Doç. Dr. Fulya ERLÜLE accepted my Undergraduate Thesis with my defense unanimously. I still continue my current position as a justice of the peace Akçaabat, Trabzon.