

## **İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN AÇIK ARTIRMA İLE SATIM ve DANIŞIKLI (MUVAZAALI) İŞLEM HAKKINDAKİ 4.11.1986 TARİHLİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. Halûk BURCUOĞLU \*

Ar. Grv. Nami BARLAS

### **I. GİRİŞ**

Federal Mahkemenin JdT 1987 I 170=BGE 112 11 357'de yayınlanan 4.11.1986 tarihli, (X) firması - (Y) şirketi arasındaki uyuşmazlığa ilişkin kararı birçok bakımdan özellik taşımaktadır. Karar oldukça uzun olmasına rağmen, olaya ilişkin önemli bazı noktalar inceleme dışı bırakılmıştır. Bu inceleme yazısında önce kararın tamama yakın bir çevirisini verecek, sonra Federal Mahkemece üzerinde önemle durulan hukukî sorunları değerlendireceğiz. Nihayet son bölümde, Federal Mahkemenin yeterince ya da hiç değinmediği, ama bize göre olayın çözümünde rol oynayabilecek başka hukukî görünümlere yer vereceğiz.

### **II. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN 4.11.1986 TARİHLİ KARARI (JdT 1987 I 170=BGE 112 II 357) :**

X firması / Züriç, san'at eserleri ticaretiyle uğraşmakta ve periyodik olarak müzayede düzenlemektedir. 18.10.1982 tarihli bir müzayede sözleşmesi ile, merkezi Panama'da bulunan Y şirketi X firmasına açık artırma suretiyle satmak üzere birçok san'at eseri veriyor. Bunlardan biri Ernst'in 1914 tarihli bir tablosudur. Sözleşmede bu tablo için 300.000 - 350.000 FS arası fiyat öngörülüyor, alt fiyat sınırı ise 262.500 FS ola-

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi



olarak belirleniyor. 12.11.1982'de müzayede yapılıyor. Bu müzayedeye Y'nin temsilcisi bayan B de katılıyor. Daha önce, 1982 yılı Ağustosunda bayan B, X firmasının bir temsilcisi ile birlikte san'at eserlerinin tahmini fiyatlarını belirlemişti. Ernst'in tablosu artırmaya konuluyor ve bayan B en son pey sürenden 5.000 FS daha fazla pey sürüyor. Müzayedeyi yürüten de bayan B'ye ihaleyi yapıyor.

X firması, Y şirketinin kendisine açık artırmaya koymak üzere verdiği tabloyu aynı şirkete sattığının ileri sürüyor ve 22.11.1982'de ondan satış bedelini talep ediyor. (Buna % 10 komisyon, % 6,2 vergi dahil olup, istenen toplam bedel 309.573 FS dir). 26.11.1982'de Y şirketi bu talebi reddediyor. Müzayede sonucu Y şirketi için net gelir 494.582 FS dir. X firması bu meblâğdan takas suretiyle kendi alacağını düşüyor ve 7.11.1983'de 195.000 FS ı Y şirketine ödüyor.

24.1.1984'de Y şirketi X firmasına karşı çeşitli tarihlerden başlamak üzere % 5 faizli olarak 74.313 FS nın tahsili davasını açıyor. Talep şu şekildedir : «Davalının önce talep edip, sonra da takas suretiyle ödemekten kaçındığı meblâğın ödenmesi». Talebin dayanağı ise şudur : «Tablonun Y şirketine ihalesi bir satım değildir, bu nedenle X firması lehine Y şirketine karşı bir alacak doğmamıştır». 30.11.1985'de Zürich Ticaret Mahkemesi davacının iddiasını kabul ederek 26.10.1983'den itibaren işlemek kaydıyla faiziyle birlikte, talep edilen meblâğın tahsiline karar veriyor. Zürich Ticaret Mahkemesi şunu da ekliyor : Davacı şirket, kendi girişimiyle, davalının üçüncü şahsın (ihalede en son artıranın) teklifini kabul etmesini engellediği söylenemez (Üçüncü kişinin verdiği pey, asgarî satış bedelinin altındaydı). 30.4.1986'da Zürich Temyiz Mahkemesi davalının hükmün bozulması istemini reddediyor.

Davalı, bunun üzerine Federal Mahkemeye başvuruyor. Davalı bu başvurusunda sözkonusu kararın iptalini ve talebin reddini ya da dosyanın yeniden, tamamlanmak üzere kanton mahkemesine iadesini talep ediyor.

#### Gerekçeler :

1) Federal mahkeme ilk olarak, daha önce birçok kararında belirttiği gibi sözleşmelerin iyiniyete göre yorumlanmasının bir hukuk sorunu olduğunu ve bu nedenle de kendisinin serbestçe değerlendirme yetkisi kapsamına girdiğini vurguluyor.

2) Taraflar İsviçre hukukunun uygulanmasını kabul etmektedirler. Müzayede sözleşmesi vekâlete benzer bir sözleşmedir ve bu sözleşmenin



karakteristik edimi, Zürich'de ifa edilmiştir. Nitekim Zürich Ticaret Mahkemesi de bu yönde karar vermişti.

3) İhtiyarî açık artırmalarda, artırmaya konan malı temin eden (veya mâlik)'in artırmaya katıldığı ve en fazla pey sürdüğü görülebilir. Acaba bu kişiye de herhangi bir kimse gibi mal ihale edilebilir mi? Tarafların tartıştığı nokta budur. Davalı, komisyoncu sıfatıyla, kendisine ihale yapılan kişinin kimliğine bakılmaksızın mal sahibi ile kararlaştırılan ücrete hak kazandığını iddia etmektedir. Davacıya göre ise, hukukî anlamda bir teklif (icap) olmadığından davalı ne ücrete, ne de tazminata hak kazanmıştır. Ticaret mahkemesine göre, malı temin eden kişinin, malı herkesin önünde müzayededen çekmemek veya mümkün olan en yüksek bedeli elde etmek amacıyla artırmaya katıldığı ve pey sürdüğü çok sık rastlanan bir durumdur. Malın mâlikine ihalesi muvazaalı bir işlemdir. Kendisine satım maddî olarak da, hukukî olarak da imkânsızdır.

Mâlîke ihale ve taraflar bakımından bunun hukukî sonuçları öncelikle müzayedeyi yapanın bir yandan malı temin edenle, öte yandan müzayedeye katılanlarla yaptığı sözleşmeye göre belirlenir. 18.10.1982 tarihli müzayede sözleşmesi, basılı bir belge ile hazırlanmıştır. Bu belgenin ön yüzünde komisyon ücreti, sigorta ve vergiye ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Sözleşme, satılacak şeylerin asgarî brüt fiyatını, yaklaşık tahminî bedellerini içermektedir. Arka yüzünde de genel şartlar yazılıdır. Bunlardan en önemlileri : En fazla pey sürene mallar ihale edilir. Malı temin edenin çıkarına, organizatör, tekliflerin yetersizliği halinde malı satmamak yetkisini haizdir. Sınır fiyatlar belirlenebilir. X firması ihale bedellerinin toplamı üzerinden % 18 komisyon alır (Özel olayda komisyon % 15'e indirilmiştir). Vekâlet veren, satılmayan mallarına asgarî bedellerinin % 3'ü tutarında bir geri alım komisyonu öder.

Aktif olarak müzayedeye katılacak kişiler bir katılım numarası alırlar ve artırma koşullarını bildiklerini yazılı olarak kabul ederler ve bu numara ile ilgili alımlardan sorumludurlar. Müzayede koşulları, FS olarak peşin ödeme yapılmasını öngörür. İhale fiyatına bedel 100.000 FS'ı geçerse % 10'luk bir süpleman eklenir. % 6,2'lik bir fazlalık da vergi olarak numaraları (\*) ile işaretlenmiş mallar için ayrıca ödenir. Müzayede memurunun şahsen tanımadığı pey sürenler, müzayede yönetimi nezdinde kimliklerini kanıtlamak zorundadırlar. Pey süren herkes, teklifi ile bağlıdır. Müzayede koşulları, artırma sırasında aktedilen bütün satımların bütünleyici parçasıdır. Bu koşullardan ayrılmak yazılı şekle tâbidir. Asgarî bedelin altındaki teklifler ve ihaleler kabul edilebilir, bu durumda mal bir satım olmaksızın ihale edilebilir.



4) Malı temin eden kişiye karşı yapılan ihalenin sonuçları nelerdir? Bu soruya müzayede sözleşmesi ve sözleşmeye dahil edilmiş olan genel şartlar açık bir yanıt vermemektedir. Bu metinler böyle bir ihaleyi ne mümkün görmekte, ne de dışlamaktadır. Genel şartların 1 ve 2 no.lu bendleri daha çok malı temin eden kişinin, pey sürmesi ve malın kendisine ihalesi halinde, müzayedeye diğer katılanlar gibi değerlendirilmesi yönündedir. Bu, en azından limit fiyatın üzerindeki ihaleler için davalının savıdır, davacı ise malı temin edenin sözde pey sürmesindeki menfaatlerini ortaya koymaktadır. Davacıya göre bu tür pey sürmelere, satılmayan malları gizlemek için san'at eserlerinin müzayede ile satımında sık sık rastlanılmaktadır. Yine davacıya göre bunlar, davalının müzayede koşulları çerçevesinde dışlanmamıştır. Demek ki, müzayede sözleşmesi zımnî olarak, malı temin edeni peylerin yeterli olmaması halinde sözde pey sürmeye yetkili kılmaktadır.

a — Davacı, davalı ile bir muvazaa sözleşmesi yaptığını iddia etmektedir. Bu yönde ispat yükü kendisine düşer. Bu konuda yargıç titiz olmalıdır. Genel karakterli iddialar ve basit karineler yeterli olamaz. Davacının iddiaları işte bu türdendir. Davacıya göre açık artırmayla satan kişi, görünüşe göre bir ihale yapmak durumundadır. Açık artırma ile satan, iradesini ancak kendisine ihale edilen şahsın gerçek kimliğini öğrendikten sonra ciddî bir şekilde oluşturabilir. Demek ki satışı organize eden kişinin sonradan danışıklı işlem yapma iradesi olması yeterlidir.

Bu gerekçelendirme yasayla bağdaşmaz. BK. 18 anlamında bir işlem her iki tarafın, beyanlarının objektif anlamlarına uyan hukukî sonuçlarının doğmayacağı konusunda hemfikir olduğunda, yalnızca bir hukukî işlemin görünüşünü yaratmak istediklerinde veya görünüşteki işlem ile gerçekten arzulanan sözleşmeyi sakladıklarında muvazaalı olur. Bu tür işlerde muvazaa sözleşmesi, müzayede ile satanın belli bir pey süren tarafından yapılan teklifin fiktif karakterini bilmesini, gereğinde sadece görünüşte bir ihale yapma bilincinde olmasını şart koşar. Acaba olayda davalı bu yönde mi hareket etmiştir? Ticaret mahkemesi bu konuda tavır almaktan açıkça kaçınmıştır. Mahkemeye göre davalı sonradan olguların bilinmesinin kendisine karşı ileri sürülmesine katlanmak durumundadır. Ancak sonradan öğrenmek olgusundan, müzayedeyi organize eden kişinin müzayede sırasında da muvazaalı işlem yapma iradesine sahip olduğu sonucu çıkarılamaz. Aksine bir sonuca varmak için davalının davacının sözde pey sürebileceğini kabul ederek onunla ortak bir davranışta bulunma bilincinde olması zorunludur. Oysa zaten davalının baştan beri reddettiği durum da budur. Hâl böyle iken, federal mahkeme içtihatlarında da tarafların sonraki tavırlarının sözleşme aktedilirken sahip ol-



dukuları gerçek iradeleri için bir işaret olduğunun kabul edilmiş bulunduğu ileri sürülmesi boşunadır.

b — Muvazaa anlaşması hiçbir şekle tâbi değildir. İlgililerin belirleyici işlemlerinden de çıkartılabilir. Örneğin, müzayede ile satanın, bir pey sürenin gerçek amacını gizleme niyetinde olduğunu bilmesi ve teklifi tartışmasız kabul etmesi halinde durum budur. Olayda bu düşüncelerin fazla önemi yoktur. Malı temin edenin, pey sürdüğünde kendisine yapılan ihalenin kendisi için bir sonuç doğurmayacağı konusunda zımnî bir anlaşmanın mevcut olduğunu kanıtlama yükü devam etmektedir. Davacı bu ispat yükünü yerine getirmemiştir. Hattâ, davalının temsilcisi (müzayede memuru) tabloyu 265.000 FS karşılığı ihale ederken bayan B'nin geçerli bir teklifte bulunduğu düşüncesiyle hareket ettiği ortaya konmuştur. Davacı, Ruoss'un doktora tezine atıf yapıyor. Ancak bu kendisine hiçbir şekilde yararlı olamaz. Bu yazara göre müzayede suretiyle satan kişi pey sürenin malı temin eden kişi olup olmadığını kural olarak bilir. Gerçekten, müzayede organize eden firmalar satışa konan mallardan herbirinin kim tarafından temin edildiğini belirtir ve bir liste tutarlar. Bununla beraber, acaba bir muvazaa anlaşması ispatlanmış olur mu? Satıma yüzden fazla kişi katıldığında muvazaa anlaşmasının ispatlandığını söylemek güçtür. Zaten bu yüzden ki İsviçre'de uygulanan müzayede şartları genellikle pey sürenlerin, satıcı kendilerini tanımadığı takdirde ilk pey sürmeden önce kimliklerini kanıtlamak zorunluluğunu öngörmektedir. İşte müzayede şartlarının 6. bendi uyarınca bayan B'nin yapması gereken de buydu. Bayan B, 12.11.1982 gününde 739 no.yu aldı ve hiçbir kayıt ileri sürmeksizin davalının müzayede şartlarını kabul etti. Öte yandan, girişteki kontrol sırasında kendisinin davacının temsilcisi olduğunu da belirtmedi. Müzayede yönetiminin durumu araştırma ve öğrenme yükümlülüğü yoktur, aksine, pey sürecek olan kişi kendisini tanıtmalıdır.

c — Müzayede sözleşmesi, müzayede koşullarına yollama yapmamaktır. Davacı bundan, müzayede koşullarının müzayede sözleşmesinin bir parçası olmadığı sonucunu çıkartmaktadır. Ancak davacı, temsilcisinin ihaleye katılan bir kimsenin yükümlülüklerini üstlendiğini ve ihaleye katılan bir kimse gibi davrandığını unutmaktadır. Şu halde, bayan B'nin davranışı, müzayede koşullarının 1-3 ve 8 no.lu bendleri çerçevesinde davacıya karşı ileri sürülebilir.

d — Eğer davacı pey sürmeseydi davalı, tabloyu asgarî fiyatın altında ihale edecekti. Bu önemli değildir. Taraflar mala daha altında ihale edilemeyecek bir fiyat belirlemişlerdir. Bu anlaşma, öncelikle, temin eden bakımından yeterli bir teklif olmaması nedeniyle uğranılabilecek bir zararı önlemek amacıyla yapılmıştır. Oysa müzayede ile satan kişi taban



fiyatın altında ihale yapsa idi malı temin eden kişiye taban fiyatı ödemek zorunda kalacaktı. 262.500 FS lık brüt taban fiyat için % 10'luk komisyon düşüldükten sonra net taban fiyat 223.125 FS'dır. 275.000 FS lık brüt taban fiyat için net taban fiyat 233.750 FS dır. Davalı, her hâl-ü kârda gereğinde komisyonunun bir kısmından vazgeçerek davacıya net taban fiyatı ödemekle yükümlüydü, demek ki, davacı pey sürmeseydi herhangi bir zarara uğramayacaktı. Bir önceki pey (260.000 FS) ile brüt taban fiyat arasındaki çok küçük farkın ticarî ve psikolojik hiçbir önemi olmayacağı göze batacak kadar açıktır. Üçüncü kişi için yuvarlak olarak, tablo 260.000 FS na satılmış demektir. Hattâ, brüt taban fiyat 275.000 FS olsaydı dahi durum aynı olacaktı.

Davacı sürdüğü peyden sorumludur. Gereken zamanda müzayede suretiyle satan kimse ile ad hoc bir sözleşme yapmamış olduğundan son artıran olarak tablonun kendisine ihale edilmesi rizikosuna katlanmalıdır. Ve bu yalnızca görünüşte değil, fiilî olarak da doğrudur.

e — Davacı, bir irade uyuşmazlığı olduğunu yani bir rıza eksikliği bulunduğunu ileri sürmektedir. Çünkü, müzayede ile satan, bayan B ile bir satım sözleşmesi yapma iradesine sahipti. Bu itiraz temelden yoksundur. İlgililer arasında aktedilmiş olan anlaşmalar nedeniyle davacı, tablonun hem satıcısı, hem de alıcısı olarak nitelendirilmelidir. Bu nedenledir ki, kendi kendine satımın imkânsız olduğu şeklindeki gerekçe de temelden yoksun kalmaktadır. Gerçi malı temin eden zaten mâlik idiyse, ihale BK. 235/f. I'in aksine, mülkiyeti geçirmez. Ama bu, tarafların, bu tür hallerde malı temin eden kişinin müzayede ile satana karşı tıpkı bir üçüncü kişiye ihale edilmesi halinde sözkonusu olacak edimlerle yükümlü bulunduğunu kararlaştırmalarını engellemez.

f — Bayan B'nin sözde pey sürmesinin ihaleden önce müzayede sözleşmesinden dönülmesi anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir. Gerçi Zürich üst mahkemesinin ihtiyarî açık artırmalarla ilgili usûl hakkındaki yönetmeliğinin 12. paragrafının 3. fıkrası uyarınca, vekâlet veren üçüncü bağırmandan önce kendisi için yetersiz veya kabul edilemez görünen bir teklifi açıkça reddedebilecektir. Fakat davacı bu hükmü, kanton hukukuna ait olduğu için ileri süremez. Çünkü federal mahkeme, kanton hukukunun uygulanmasını kendisine başvurulması halinde değerlendirme yetkisinden yoksundur. Kaldı ki, davacı, temsilcisinin üçüncü bağırmandan önce ortaya çıkıp, nihaî ihaleyi engellendiğini de ileri sürmemektedir. Tersine, bayan B, temsilci olduğunu açıklamaksızın pey sürmüş ve malın kendisine ihale edilmesine ses çıkarmamıştır.

g — Federal mahkemenin önce de belirttiği gibi (JdT 1984 I 319), müzayede ile satımlarda rekabet kurallarının işlemlerini büyük ölçüde ak-



satan, yalnızca bedel karşılığında pey sürmeme vaadi değildir. İhalede malı temin edenin sözde pey sürmesi de aynı sonucu yaratmaktadır. Bu vaadler ve teklifler ahlâka aykırıdır. Bir pey süren ile müzayede suretiyle satan arasındaki muvazaa anlaşmaları da ahlâka aykırı sayılırlar.

5) İnceleme konusu karar, hataen bir muvazaa anlaşmasının varlığını kabul etmiştir. Bu nedenle BK. 18/f. I'e aykırıdır. Şu halde, karar iptal edilecektir. Federal Usûl Yönetmeliği'nin 64. maddesinin 3. fıkrası uyarınca dosya tarafların karşılıklı iddialarının daha yakından incelenmesi amacıyla kanton mahkemesine iade edilecektir. Bu iddialar henüz tartışmalıdır. Saptanan olgular Federal Mahkemenin konu üzerinde maddî hukuk açısından da karara varmasına yeterli değildir. Acaba az önce akdedilen bir sözlü anlaşma taban fiyatı 275.000 FS'a yükseltmiş midir? Ticaret mahkemesi bu konuda bir cevap vermemiştir. Ayrıca ve bir dikkatsizlik sonucu ticaret mahkemesi net taban fiyattan söz etmektedir. Nihayet, geçersiz bir satışın vergiye yolaçıp açmayacağını da belirlemek gerekecektir. Davacı bu verginin haksız yere ödendiği iddiasındadır (1. Daire).

### III. FEDERAL MAHKEMENİN ELE ALDIĞI ÖNEMLİ HUKUKİ NOKTALAR VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 1. Federal Mahkemenin Müzayede Sözleşmesinin Mahiyetine İlişkin Gözlemleri

Federal Mahkeme, müzayede sözleşmesinin vekâlete benzer bir sözleşme olduğunu belirtmektedir. Gerçekten, malı temin eden (mâlik) bu sözleşme uyarınca malın zilyedliğini, müzayede ile satacak olana geçirmekte ve bu kimseye malı açık artırma ile kendi (mâlik) hesabına satma yetkisi vermektedir. Bir diğer söyleyişle, malı açık artırma suretiyle satacak olan kimse bu konuda mâlikin vekili gibidir. Nitekim, olayda taraflar arasında düzenlenmiş bulunan yazılı müzayede sözleşmesinin 6 no.lu bendinde de malı temin edenden "vekâlet veren (mandant)" olarak söz edilmektedir.

Sözleşmeye göre, malı temin eden (Y) şirketi açık artırma ile satımı gerçekleştirecek olan (X) firmasına hizmeti için belirli bir ücret (komisyon) ödeyecektir. Buna karşılık (X) firması genel bir çerçevede içinde, açık artırma ile satımı gerçekleştirecektir. (X) firmasının yükümlülüğünü yerine getirirken oldukça özgür durumda bulunduğu sözleşmenin içeriğinden anlaşılmaktadır. Örneğin, (X) firması tekliflerin yetersizliği halinde



ihale etmeme yetkisine sahiptir. Şu halde, olayda vekilin hukukî statüsüne benzer bir durumda olan (X) firmasının (Y) şirketinin dolaylı bir temsilcisi olduğu söylenebilir.

Gerçi olayda tablonun satışı için bir taban (asgarî) fiyat kararlaştırılmıştır. Fakat Federal Mahkemeye göre bu kayıt, (X) firmasının daha düşük bir bedel karşılığında ihaleyi gerçekleştirmesine engel teşkil etmemektedir. Böyle bir durumda (X) firması aradaki farkı kendi ücretinden belirli ölçüde fedakârlık yaparak karşılama ve bu surette mâlike asgari bedeli tam olarak ödeme olanağına sahiptir. Bu da (Y) şirketi hesabına hareket eden (X) firmasının açık artırmayı kendi adına gerçekleştireceğini göstermektedir.

Federal Mahkemenin müzayede sözleşmesi ile ilgili bir diğer gözlemi de şudur : Malı temin eden kişinin fiyatı yükseltmek amacıyla müzayede sırasında kendi malı için pey sürmesi (fiktif pey) ahlâka aykırıdır. Federal Mahkemeye göre, bu yöneme sık sık başvuruluyor olması, ahlâka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Çünkü mâlik tarafından göstermelik pey sürülmesi tıpkı bir kimsenin bedel karşılığı pey sürmeme vaadinde bulunmasını sağlama olayı gibi, artırma ile satımlarda rekabet kurallarının işleyişini büyük ölçüde zedelemektedir. Gerçekten, malın normal şartlarda ulaşabileceği değerden daha fazlasına veya daha düşüğüne ihale edilmesine ve böylece fiyatta yapay değişikliklere yolaçan bu ve benzeri davranışların ahlâk kurallarıyla bağdaşabileceğini söylemek son derece güçtür. Federal Mahkemenin daha önce 12.7.1983 tarihinde Galerie Fischer & Kamm olayında verdiği kararda benimsediği (JdT 1984 I 319-320 = BGE 109 II 123), incelemekte olduğumuz kararında da tekrarladığı ahlâka aykırılık görüşünü yerinde buluyoruz.

## 2. Malın Mâlike İhalesinin Etkisi Sorunu

Federal Mahkeme, Zürich Ticaret Mahkemesinin bir malın mâlike ihale edilmesinin göstermelik bir işlem olduğu savını ele alırken olayı danışıklı (muvazaalı) işlem çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu incelemede danışıklı işlem konusu aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Bu bölümde, Federal Mahkemenin belirttiği, ihalenin zaten malın mâlike olan kimseye mülkiyeti geçirmeyeceği görüşü üzerinde durmak istiyoruz.

İsviçre Borçlar Kanununun 235/I. maddesi (Türk Borçlar Kanununun 231/I. maddesi) açık artırma ile satımlarda mülkiyetin teslimi gerek kalmaksızın ihale ile alıcıya geçeceğini öngörmektedir. Olayda bu hüküm, temsilci vasıtasıyla pey süren mâlik (Y) şirketi açısından, Federal Mahkemenin de belirttiği gibi, uygulama alanı bulamaz. Mâlik olan kimseye mülkiyetin naklinin hukuken ve mantıken düşünülmemeyeceği açıktır. Ay-



rica, açık artırma ile satımda, borçlandırıcı işlem olan satım sözleşmesi ile tasarruf işlemi olan mülkiyetin naklini ayırdetmek mümkün değildir. Çünkü açık artırma ile satım sözleşmesi ihale ile tekemmül eder ve ihale aynı anda mülkiyeti -teslime gerek olmaksızın- alıcıya geçirir (Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. I/1, 4. bası, Ankara 1985, sh. 320-322). Bir diğer söyleyişle, satım sözleşmesinin in'ikadı ile ifası aynı anda ve aynı işlemle (ihaleyle) gerçekleşir. Dolayısıyla, sonradan tasarruf işlemi aracılığıyla ifa edilecek ayrı bir borçlandırıcı işlem (satım sözleşmesi) mevcut değildir. Bu durum, kurulması ile birlikte alacağın devrini sağlayan temlik sözleşmesine (BK. md. 162) benzemektedir.

### 3. Federal Mahkemenin Muvazaa İddiası Hakkındaki Görüşleri

Davacının, Zürich Ticaret Mahkemesi tarafından da kabul edilen, malın pey süren mâlike ihalesinin danışıklı (muvazaalı) bir işlem olduğu ve bu nedenle davalı lehine bir ücret (komisyon) alacağı doğmadığı iddiası Federal Mahkemece reddedilmiştir. Federal Mahkeme, öncelikle, muvazaa iddiasında bulunan kimsenin bu iddiasını isbatla yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Federal Mahkeme, yargıcın muvazaayı değerlendirirken genel nitelikteki iddialar ve basit karinelerle yetinemeyeceğini, titiz davranması gerektiğini ifade etmiştir. Muvazaa, tarafların yalnızca görünüşte bir ihale yapma bilincinde olduğu takdirde benimsenebilir.

Bu açıklamalara tümüyle katılıyoruz. Gerçekten muvazaada vazgeçilmez unsur tarafların ortak bir bilinçle hareket etmeleridir. Olayda göstermelik ihale konusunda ortak bilincin mevcut olduğu söylenemez. Çünkü :

a) Herşeyden önce, davacı (Y)'nin temsilcisi bayan (B), artırmaya çok sayıda kişiyle birlikte katılmıştır. Öyle ki, normal şartlarda ihale memurunun pey süren (B)'nin (Y)'nin temsilcisi olduğunu bilmesi mümkün değildir.

b) Davacı dahi, sözleşme tamamlanırken ortak bilincin mevcut olmadığını açıkça beyan etmekte, muvazaa iddiasını tarafların sonraki tavırlarına dayandırmaktadır. Gerçekten, olayda ne taraflar arasında yazılı olarak aktedilen müzayede sözleşmesinde, ne de bu sözleşmeden sonra temsilci (B)'nin pey sürmesinden hemen önce, (B)'nin göstermelik bir teklifte bulunacağı ve müzayede memurunun bu teklif ciddî imişçesine davranacağı kararlaştırılmıştır. Federal Mahkemenin, tarafların sonraki tavırlarından, sözleşmenin akdi sırasındaki iradeleri hakkında sonuç çıkarılamayacağı yolundaki görüşü de kanaatimizce isabetlidir. Çünkü olayda,



sonraki tavırlarda dahi taraflar arasında ortak bilinç sözkonusu değildir: Davacı göstermelik pey sürdüğünü iddia ederken, davalı kendisinden yaptığı hizmetin karşılığını talep etmektedir. Davalının ihaleden sonra pey sürenin (Y) şirketinin temsilcisi olduğunu öğrenmesi bile onun müzayede sözleşmesi uyarınca malın açık artırma ile satılması borcunu yerine getirdiği düşüncesine en küçük bir etki yapmamıştır.

Esasen, Federal Mahkeme aşağıda açıklanacağı üzere, olaydaki ihalenin mülkiyeti davacıya geçirmeyeceğini kabul etmektedir. Fakat davacının temsilcisi vasıtasıyla pey sürmesini ve davalının ihalesini taraflar arasındaki müzayede sözleşmesinin ifası olarak değerlendirmektedir. Bir diğer söyleyişle, tarafların bu irade açıklamaları açık artırma ile satım sözleşmesini oluşturmamakla birlikte, bir başka açıdan hüküm doğurmasını engellemez. Bir kez müzayede sözleşmesinin ifa edildiği sonucu doğunca, artık sonraki tavırların bu sonucu ortadan kaldırması beklenemez. Federal Mahkeme bunu, davalı açısından mâlike yapılan ihalenin bir üçüncü kişiye malın ihale edilmesinden farklı olamayacağı şeklinde ifade etmektedir. Ne var ki, bu konunun karardaki ifade biçimi başarılı olmamıştır. Federal Mahkemenin açıklamasından, müzayede sözleşmesinde tarafların mâlike ihalenin üçüncü kişiye ihale gibi telâkki edileceğini kararlaştırmış oldukları izlenimi uyanmaktadır. Kanımızca, kararda hükümleri belirtilen müzayede sözleşmesinde tarafların bu yönde de anlaşmış olduklarını gösteren bir kayda rastlanmamaktadır. Zaten böyle bir kayıt mevcut olsaydı, davalı savunmasını doğrudan bu kayda dayandırır.

Federal Mahkeme, muvazaa anlaşmasının yani tarafların göstermelik bir hukukî durum yaratma konusundaki uyuşmalarının herhangi bir şekle tâbi olmadığını söylemektedir. Bu görüşe katılıyoruz. Bize göre de ortak bilinçle hareket, tarafların tavırlarından da çıkartılabilir. Yazılı bir muvazaa anlaşmasının yapılmış olması şart değildir; yazılı şekil sadece tarafların ve küllî haleflerinin muvazaayı isbatı bakımından önem taşıyabilir. Federal Mahkeme şöyle bir örnekte tarafların belirleyici işlemlerinden (iradeye delâlet eden davranışlarından) muvazaanın varlığı sonucuna varılabileceğini ifade etmiştir: Müzayede ile satanın, pey sürenin gerçek amacını gizleme niyetinde olduğunu bilmesi ve teklifi tartışmasız kabul etmesi hali. Yukarıda da belirtildiği gibi Federal Mahkeme, ne müzayede sözleşmesinin akdi sırasında, ne de açık artırma ile satımın gerçekleşmesine kadar böyle bir halin mevcut olduğunu kabul etmemiştir.

#### 4. İrade Uyuşması (Consensus) Sorunu

Davacı, davalı ile kendisi arasında açık artırma ile satım şeklinde bir hukukî ilişki olmadığını, çünkü davalının aslında pey süren bayan (B)



ile sözleşme yapma ve tabloyu ona satma iradesine sahip bulunduğunu ileri sürmüştür. Federal Mahkeme, muhtemelen davacı ile davalı arasında artırma ile satım öncesi mevcut olan hukukî ilişkisinin bayan (B)'nin davacının temsilcisi olduğunu gösterdiği gerekçesiyle, bu iddiayı geçersiz saymıştır. Bize göre, kararda yeterince üzerinde durulmayan husus «temsil» dir. Bu konuyu aşağıda, en son bölümde ele alacağız.

### 5. Federal Mahkemenin Vardığı Yargı

Federal Mahkeme, önce muvazaa iddiasını yerinde görmemiş, sonra da pey süren (B)'nin davacının temsilcisi olduğunu, dolayısıyla davacının da bu peyin sonuçlarına katlanmak zorunda bulunduğunu kabul etmiştir.

Pey sürme ve akabinde yapılan ihaleye Federal Mahkemenin verdiği anlam, **davalının müzayede sözleşmesi ile üstlendiği borcu yerine getirmiş olduğu'dur.** İhalenin zaten mâlik durumundaki davacıya mülkiyeti geçiremeyecek olması, davalının bu borcunu ifa etmediği anlamına gelmez. Davacı, temsilcisinin sürdüğü pey sonucu kendisine yapılan ihalenin davalı için doğurduğu ücret (komisyon) alacağını ödemek zorundadır.

Federal Mahkemenin bu kararı, daha önce 12.7.1983 tarihinde Galerie Fischer & Kamm davasında varılan, "malı temin edenin artırmaya girmesi halinde komisyon ödeme yükümlülüğü altına girebileceği" yargısı (JdT 1984 I 319-320=BGE 109 II 123) ile uyum içindedir.

Aşağıda ele alınacak olan, (B)'nin davacıyı temsil ettiği hususu benimsendiği takdirde, Federal Mahkemenin bu yargısının doğru olduğunu söylemek gerekir.

## IV. FEDERAL MAHKEMECE YETERİNCE ÜZERİNDE DURULMAYAN VEYA HİÇ ELE ALINMAYAN HUSUSLAR

### 1. Pey Süren (B)'nin, Davacı (Y) Şirketinin Temsilcisi Sayılıp Sayılmayacağı Hususu

Karar metninden, Federal Mahkemenin pey süren bayan (B)'yi (Y) şirketinin temsilcisi olarak kabul ettiği açıkça görülmektedir. Yine, (B)'nin (Y)'yi doğrudan temsil ettiğinin kabul olunduğu da -açıkça söylenmiş olmamakla birlikte- anlaşılmaktadır.

Federal Mahkemenin bir yandan taraflar arasında muvazaanın bulunmadığı yargısını bayan (B)'nin davacının temsilcisi sıfatını taşıdığıının



davalı tarafça bilinemeyeceği olgusuna da dayandırması; öte yandan (B)'nin davacıyı temsil ettiğini ve dolayısıyla, davacıyı bağlayacak şekilde beyanda bulunduğunu (pey sürdüğünü) kabul etmesi ilk bakışta bir çelişkiye düşüldüğü izlenimini uyandırmaktadır. Federal Mahkemece yeterince açıklanmış olmamakla birlikte, görünüşteki bu çelişki "ilgili için işlem kuramı" aracılığıyla giderilebilir. Federal Mahkemenin de bu kurama dayandığını kabul ediyoruz. Çünkü karar metninde açıkça, "Kaldı ki, davacı, temsilcisinin üçüncü bağırmadan önce ortaya çıkıp, nihaî ihaleyi engellediğini de ileri sürmemektedir. Tersine, bayan (B) **temsilci olduğunu açıklamaksızın** pey sürmüş ve malın kendisine ihale edilmesine ses çıkarmamıştır." denilmektedir.

Bir olayda "ilgili için işlem kuramı"nın uygulama alanı bulabilmesi, şu dört temel şartın birarada varlığına bağlıdır :

— Temsil edilenle temsilci arasında iç yetki şartı mevcut olmalı, başka deyişle, doğrudan temsil ilişkisi bulunmalıdır.

— Temsilci, üçüncü kişiyle sözleşme yaparken sıfatını açıklamamış olmalıdır.

— Temsilci, temsil iradesine sahip bulunmalıdır.

— Üçüncü kişi bakımından, sözleşmenin kiminle yapıldığı farksız olmalıdır. (Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, 5. bası, İstanbul 1985, sh. 250-251; Teoman **Akünel**, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, sh. 41 vd.).

Olayda (B)'nin, davacı (Y)'nin temsilcisi olduğu tartışmasızdır. Öyle ki, (Y)'ye ait malların müzayede öncesi değerlerinin tesbitinde bizzat (B) hazır bulunmuştur. Aksine bir iddia mevcut olmadığına göre bu temsilciliğin doğrudan temsilcilik olduğu kabul edilebilir.

(B)'nin temsilci sıfatıyla hareket ettiğini davalıya bildirmediği ve davalının da bunu mevcut şartlara göre anlayabilecek durumda olmadığı görülmektedir. Zaten Federal Mahkeme de davalı müzayede firmasının pey sürenlerin gerçek hukukî statülerini araştırmak zorunda olmadığını, esasen böylesine çok sayıda katılanın bulunduğu bir artırmada böyle bir araştırma yükümlülüğünden sözedilemeyeceğini, temsilci sıfatıyla hareket edildiğinin bizzat pey sürence açıklanması gerektiğini belirtmiştir.

İlgili için işlem kuramının bir diğer koşulu olan, temsilcinin temsil iradesine sahip bulunması bakımından olay incelendiğinde, karar metninde açık bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ancak, olayda mevcut veriler ve müzayede öncesi davacı ile davalı arasında cereyan etmiş bulunan ge-



lişmeler hayatın olağan akışına ve normal şartlara uygun biçimde yorumlandığında, bayan (B)'nin (Y) şirketini temsil iradesiyle pey sürdüğünü kabul etmek bize daha makûl gözükmemektedir. Bununla birlikte, belirtelim ki, (B)'nin artırmaya kendi adına katılmış olduğu da akla gelebilirdi. Bu durumda ihalenin zaten mülkiyeti geçirici etkisi kendini gösterecek, bizzat (B) bedeli ödemekle yükümlü olacak ve davacı, davalının bu bedel üzerinden ücretini (komisyonunu) almasına engel olamayacaktı.

İlgili için işlem kuramının yukarıda belirtilen koşullarından sonucunun da olayda gerçekleştiğini kabul etmek doğru olacaktır. Çünkü, bir müzayede firması için malın kime ihale edildiği farklılık göstermez. Önemli olan, malın bedelinin kendisine ödenmesi olgusudur.

Şu halde, Federal Mahkemenin (B)'nin davacının temsilcisi olduğu görüşü ile davalının bunu bilemeyecek durumda bulunmasına muvazaayı engelleyen nedenler arasında yerverilmesi düşüncesi, ilgili için işlem kuramı uygulandığı takdirde ve ölçüde, çelişmeyecektir. Çünkü bizzat ilgili için işlem kuramı üçüncü kişinin, kendisine beyanda bulunanın temsilci olduğunu bilmemesini gerektirmektedir. Bir diğer söyleyişle, bu kuram aracılığıyla, hem (B)'nin temsilciliği, hem de bu temsilciliğin bilinmemesi nedeniyle muvazaanın mevcut olmadığı kolaylıkla izah edilebilmektedir.

## **2. Taraflar Arasındaki Müzayede Sözleşmesinin Şarta Bağlı Sayılıp Sayılmaması Hususu**

Federal Mahkeme, bu hususta hiçbir görüş belirtmemiştir. Kanımızca, müzayede sözleşmesinin -özellikle davalının ücret (komisyon) alacağı bakımından- hüküm ifade edebilmesinin, artırma sırasında bir üçüncü kişinin yeterli pey sürmesi geciktirici şartına bağlı tutulduğu düşünülebilir.

Olaya bu açıdan yaklaşırsa, temsilcisi (B) aracılığıyla davacının 265.000 FS tutarında pey sürmesinin, malı üçüncü kişiler için cazip olmaktan çıkardığı ve böylece, bu kimselerin pey sürmekten kaçındığı akla gelebilir. Veya olaydaki gibi, 265.000 FS'lık pey, 260.000 FS'na ulaşan en son pey sahibine malın ihalesini engellediği söylenebilir. Federal Mahkeme, "şart" konusuna hiçbir şekilde değinmeden, davalının belirlenen brüt asgarî fiyat olan 262.500 FS'in altında 260.000 FS'a da malı ihale edebileceğini kabul etmiştir. Federal Mahkemeye göre 260.000 FS.'lık ihale bedeli, davacıya ödenmesi gereken net taban fiyat olan 223.125 FS'ın çok üzerindedir ve davalı; 260.000 FS'a ihale etseydi ücretinden (komisyonundan) çok küçük bir fedakârlık yaparak bu net meblâğı davacıya ödeyebilecek durumda olacaktır.



Bu veriler dikkate alındığında, davacının temsilci aracılığıyla pey sürmesinin, en azından davalının 260.000 FS. üzerinden komisyon almasını engellediği söylenebilir. Bir diğer anlatımla, davacının bu girişimi ile ihale için yeterli pey sürme şartının tahakkukuna engel olduğu kabul edilebilir. İsviçre Borçlar Kanununun 156. (Türk Borçlar Kanununun 154.) maddesine göre, şartın gerçekleşmesinin taraflardan birince iyiniyet kurallarına aykırı olarak engellenmesi halinde o şartın gerçekleştiği kabul olunacaktır. Bu hüküm uyarınca da olayda davalı lehine bir ücret (komisyon) alacağı doğduğu savunulabilirdi. Yalnız, belirtelim ki, bu görüş benimsendiğinde davalının komisyonunun, davacının temsilcisi aracılığıyla sürdüğü pey olan 265.000 FS üzerinden değil de, bir önceki pey olan 260.000 FS üzerinden hesaplanması gerekecektir.