

# İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN TAMAMLANMASI

Dr. Ayşe ARAT\*

## I. GİRİŞ

Borçlar Kanunumuz bir sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını yeterli bulmaktadır (BK. m. 1). Günlük hayatta da taraflar bir sözleşmeyi kurarken ayrıntılı hükümler koymak yerine temel ilişkiyi düzenleme eğilimindedirler. Bu sebeple temel ilişki dışındaki konularda sözleşmeler boşluklar taşıyabilir. Bu durum hem kanunda düzenlenen, hem de kanunî düzenlenmesi bulunmayan isimsiz sözleşmeler için mümkündür. Ortaya çıkan boşlukların doldurulması özellikle isimsiz sözleşmeler bakımından önem arz etmektedir. Zira kanunda düzenlenen sözleşmeler için yedek hukuk kurallarını sayesinde nispeten kolay olan tamamlama faaliyeti, isimsiz sözleşmelerde bu sözleşmelerin nitelikleri gereği daha karmaşık bir hal almaktadır.

Bu çerçevede makalemizde önce genel kavramlar incelenmiş ardından isimsiz sözleşmelerin çeşitleri bakımından tamamlamanın nasıl yapılacağı üzerinde durulmuştur.

## II. TAMAMLAMA KAVRAMI

Sözleşmede bulunan boşlukların doldurulmasına sözleşmenin tamamlanması denir<sup>1</sup>.

Tamamlama için öncelikle sözleşmenin yorumlanması gerekir. Hâkimin yorumlama faaliyeti sırasında yapacağı ilk inceleme, sözleşmenin kurulup kurulmadığı ile ilgilidir. Eğer kurulmadığına ya da geçersiz olduğuna hükmederse ortada tamamlanabilecek bir sözleşme yok demektir. Zira tamamlama geçerli bir biçimde kurulan sözleşmelerde söz konusu olur. Yorumlamanın, tamamlama açısından diğer önemli yanı ise sözleşmenin bir boşluk taşıyıp taşımadığının ve eğer taşıyorsa yorum yoluyla kapatılıp kapatılamayacağını hâkim tarafından tespitidir. Boşluk yorumla kapatılabiliyorsa sözleşmenin tamamlanması gerekmez<sup>2</sup>.

Sözleşmedeki boşluk, tarafların o konuyu bilerek düzenlememiş olmalarından, daha sonra düzenlemeyi kabul etmelerine rağmen bunu yapmalarından veya

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı.

<sup>1</sup> Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 484; Oğuzman/Öz, 145; Eren, 431.

<sup>2</sup> Oğuzman/Öz, 145; Von Thur, 52; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 555, 556; Kaplan, 111; Oktay, 283.

üzerinde hiç durmadıkları ya da sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebepten kaynaklanabilir<sup>3</sup>.

Tıpkı kanun boşluğu gibi sözleşme boşluğu da gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek boşluk, taraflar hukukî meseleyi bilerek veya bilmeyerek düzenlememişlerse vardır. Gerçek olmayan boşluk ise tarafların bir düzenleme yapmış olmalarına rağmen bunun son derece genel ve soyut bir şekilde kalması halinde söz konusudur<sup>4</sup>.

Sözleşme boşluğu, kanunen tarafların iradesine bırakılan noktalar üzerinde olabileceği için emredici kurallarla düzenlenmiş bir konuda ortaya çıkmaz. Zira emredici kurallara aykırı bir sözleşme yapılamaz. Bu sebeple bunlarla ilgili bir boşluk da söz konusu olmaz<sup>5</sup>.

Tamamlama sözleşmenin amacı ve kapsamı ile sınırlıdır. Dolayısıyla hâkim tamamlamada sadece boşluğu doldurur, sözleşmeye yeni bir şey eklemeyiz<sup>6</sup>. Bir başka ifade ile tamamlamayla, sözleşme kurulurken tarafların düşünmedikleri ya da düşündükleri ancak anlaşılmadıkları yan noktalar doldurulur. Yoksa sözleşmenin tümünü kapsamayan, kuruluşta düzenlenen içeriğin dışında kalan bir anlam verilerek tamamlama yapılamaz<sup>7</sup>.

Sözleşmenin tamamlanması üçe ayrılır. Bunlardan birincisi iradî tamamlamadır. Bu halde boşluk tarafların anlaşarak koydukları bir kuralla tamamlanmaktadır. Diğer iki halde ise sözleşmeyi tamamlayan hâkimdir. Düzenleyici hukuk kuralları ile tamamlamada hâkim boşluğu, kanunda yer alan bu nitelikteki hükümlerle doldurmaktadır<sup>8</sup>. Böyle bir hüküm yoksa örf ve âdet kurallarına başvurulmalıdır. Örf ve âdet kuralı da bulunmuyorsa o zaman hâkim sözleşmeyi kendi koyacağı kurallarla doldurur<sup>9</sup>. Bu duruma sözleşmenin hâkim tarafından doldurulması denir. Bunu yaparken hâkim, işin niteliğini (BK. m. 2/II) ve bundan kaynaklanan tarafların farazî iradelerini dikkate alır. Farazî irade, dürüstlük kuralına göre tarafların makul ve doğru davranan kişiler olarak sahip bulunmaları gereken iradedir<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Oğuzman/Öz, 153, dpn. 503; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 486; Kaplan, 83; Oktay, 283.

<sup>4</sup> Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 493, 494; Kaplan, 85; Eren, 432.

<sup>5</sup> Eren, 433.

<sup>6</sup> Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 495; Kaplan, 86.

<sup>7</sup> Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 496; Kaplan, 86.

<sup>8</sup> Düzenleyici hükümlerin, sözleşmenin tamamlanmasında öncelikli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre sözleşme tarafların özel bağımsız bir düzeni olduğu için kanun hükümlerinden ziyade onların farazî iradeleri önemlidir (Merz, Art. 2 ZGB, N. 138; Bischoff, 64). Dolayısıyla hâkim objektif kanun hükümlerinden önce tarafların farazî iradelerine dayanmalıdır. Diğer bir görüşe göre hâkimin sözleşmedeki boşluğu doldururken öncelikle düzenleyici kurallara başvurulması gerekir. Bu, MK.m.1/1' deki hâkimin kanunla bağlılığının bir sonucudur. Öte yandan tarafların farazî iradesi de sözleşmede düzenlenmemiş noktaların kural olarak kanuna bırakıldığı yönündedir (Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 503; Gauch/Schluep/Jaggi, N. 1255). Hukukumuzda hâkim olan görüş de budur (Eren, 433; Oğuzman/Öz, 153; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 76,77; Kaplan, 90).

<sup>9</sup> Eren, 433; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 534.

<sup>10</sup> Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 498; Merz, Art. 2 ZGB, N.145; Eren, 435; Kaplan, 87; Oğuzman/Öz, 146.

### III. İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

#### A) Kavram

Kanun koyucu bazı sözleşmeleri Borçlar Kanununun özel hükümlerinde bazı sözleşmeleri ise özel kanunlarla düzenlemiştir. Sözleşmelerin kanunda düzenlenmelerinin sebepleri çeşitlidir<sup>11</sup>: Her şeyden önce amaç tarafların açık olmayan veya eksik bulunan sözleşmelerinin uygulanmasını kolaylaştırmaktır. Kanun koyucu çoğu emredici nitelikte olmayan, taraflarca aksi kararlaştırılabilen hükümlerle, sözleşme kurulurken düşünülmeyen veya sonraya bırakılan meselelere çözüm yolu sunmaktadır. Bazen de kanun koyucu ekonomik bakımdan zayıf durumda olan tarafı koruma amacıyla düzenleme getirmiştir. Bununla birlikte yapılmış olan düzenlemelerin çoğunda bir değer yargısından ziyade tarihî sebepler önem kazanmaktadır<sup>12</sup>. Zira Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmında düzenlenen sözleşmeler, iş hayatı ve mahkeme içtihatlarının çok uzun sürelerde oluşturdukları kuralların bir yansımasıdır.

Günlük hayatta karşılaştığımız sözleşmeler kanunlarda düzenlenmiş olanlarla sınırlı değildir. Toplumsal hayatta gelişmeler, ortaya çıkan ihtiyaçlar, kanunda mevcut olanlar dışında yeni tipte sözleşmelerin doğmasına yol açmıştır. İşte Borçlar Kanununda ya da özel bir kanunda düzenlenmemiş olan bu tür sözleşmelere isimsiz (atipik) sözleşme (Innominatverträge) denilmektedir<sup>13</sup>.

Bir sözleşmeye kanunda yer verilmemesinin sebebi kanun koyucunun onu hiç tanınamasından veya düzenleme ihtiyacı duymamasından kaynaklanabilir<sup>14</sup>. Kanunumuzda sadece ismen zikredilen ancak ayrı olarak düzenlenmemiş sözleşmelerde bulunmaktadır. Örneğin taşınmaz lehine irtifak sözleşmesi (MK. m. 781), şerh sözleşmesi (MK. m. 1009) ve önsözleşme (BK. m. 22) böyledir. Demek ki bir sözleşmenin kanunda sadece ismen sayılması onun isimsiz sözleşme karakterini değiştirmez. Bir sözleşmenin kanunda ismi geçse bile bir takım kurallarla düzenlenmemiş olduğu sürece isimsiz sözleşmedir<sup>15</sup>. Öyleyse hangi halde sözleşmenin kanunda düzenlendiği kabul edilecektir? Bunun için sözleşmenin esaslı noktalarının (essentialia negotii) kanun tarafından düzenlenmiş olması aranır<sup>16</sup>.

#### B) İsimsiz Sözleşme Kurulmasının Hukukî Temelleri

Sözleşmeler Roma Hukukundan gelen emredici şekil ve içerik sorumluluğundan, bu konulardaki serbestliğe doğru bir gelişme göstermişlerdir. Söz konusu ge-

<sup>11</sup> Tandoğan, 8.

<sup>12</sup> Oğuzman/Öz, 46; Tandoğan, 8.

<sup>13</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 56; Von Tuhr, 242; Aral, 49; Tandoğan, 12; Oktay, 262; Jaggi/Gauch/Schlupe, N. 252; Yavuz, 19; Kuntalp, 10; Eren, 192; Oğuzman/Öz, 47; Bilge, 11; Feyzioğlu, 38; Schlupe, Art. 184, N. 5; Akıncı, 13, dnp. 23.

<sup>14</sup> Aral, 49; Oktay, 264.

<sup>15</sup> Aral, 49; Oktay, 264.

<sup>16</sup> Schlupe, Art. 184, N. 5; Serozan, 52; Oktay, 265. Tarafların aksini kararlaştırmayarak benimsedikleri, kanundaki yedek hukuk kurallarına naturalia negotii; kanundaki yedek hukuk kurallarını benimsemeyerek kendi düzenledikleri kurallara ise accidentalia negotii denir. Oğuzman/Öz, 46, dnp. 39; Von Tuhr, 147. Bir sözleşmenin kurulması için esaslı noktalarda (essentialia negotii) uyushulmuş olması yeterlidir (BK. m. 1).

lişme şekil serbestisini ve dolayısıyla yeni tipte sözleşmelerin ortaya çıkmasını sağlamıştır<sup>17</sup>. Hatta uygulamada tarafların oluşturduğu şartların örf ve âdet hukuku meydana getirmesi ve genel işlem şartlarının sık kullanılır hale gelmesiyle isimsiz sözleşmeler için çeşitli tipler meydana gelmeye başlamış ve bu tip sözleşmelerde kendine ait isimler kazanmışlardır<sup>18</sup>.

İsimsiz sözleşmelerin hukukî dayanağı aslında yine Borçlar Hukukunun temel ilkelerinden doğmaktadır. Borçlar Kanunu m. 19'da öngörülen sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar istedikleri şekil ve içerikte sözleşme kurabilirler. Bir başka deyişle taraflar dilerlerse kanunda düzenlenen sözleşmelere veya bunlara ait unsurları bir araya getirerek ya da tamamen yeni bir sözleşme kurabilme imkanına sahiptirler<sup>19</sup>. Zira Borçlar Hukukunda aile, eşya ve miras hukuklarında geçerli olan sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerli değildir, yani tarafların yapabilecekleri sözleşmeler kanunen belirlenmiş tiplerle sınırlanmamıştır<sup>20</sup>. Bunun yanında Borçlar Kanunundaki hükümlerin çoğu yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, emredici nitelikte az hüküm bulunduğu<sup>21</sup> bunların aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Ancak buradan isimsiz sözleşmelerin hiçbir sınırlamaya tabi olmadığı sonucunu çıkarmamak gerekir. Borçlar Kanunundaki genel sınırlamalar isimsiz sözleşmeler için de geçerlidir<sup>22</sup>. Demek ki taraflar hukuka, ahlâka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı ve konusu imkânsız olan bir sözleşme kuramazlar (BK. m. 19, 20)<sup>23</sup>. Bununla birlikte kanunda düzenlenen sözleşmeler bakımından aranan şekil zorunluluğundan kurtulmak için aynı amaca yönelik isimsiz bir sözleşme kurulması durumunda ne olacaktır? Örneğin taraflar kefalet sözleşmesindeki şekil şartlarından kurtulmak amacıyla garanti sözleşmesi yapmaları halinde bu sözleşme geçerli midir sorusuyla karşılaşırız. İsimsiz sözleşmeler bakımından bir içerik sınırlaması ya da şekil zorunluluğu getirilmesi, nitelikleri gereği söz konusu olmaz<sup>24</sup>. Ancak şu da bir gerçektir ki kanun emredici kurallarından kaçmak için başka sözleşme yapılması kanuna karşı hile teşkil eder. Bunun sonucu ise sözleşmenin geçersiz olmasıdır<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> Von Thur, 242; Oktay, 266; Feyzioğlu, 38; Serozan, 51; Kramer, Art. 18-19, N. 21 vd..

<sup>18</sup> Oktay, 267; Feyzioğlu, 39; Serozan, 52; Hatemi, 27. Örneğin factoring, leasing, franchising dünya çapında yaygın olarak uygulanan isimsiz sözleşmelerdir. Ancak leasing sözleşmesi, ülkemizde 10.6.1985 tarihli 3226 sayılı ve 28.06.1985 yürürlük tarihli Finansal Kiralama Kanunu ile düzenlenmiştir (RG. 18795). Böylece hukukumuz bakımından artık isimsiz sözleşme değil, tipik bir sözleşme niteliği kazanmıştır.

<sup>19</sup> Aral, 50; Oktay, 268; Yavuz, 18; Eren, 198; Serozan, 51.

<sup>20</sup> Von Thur, 243; Kramer, Art. 18-19, N. 53, 54; Aral, 50; Tandoğan, 9; Oktay, 268.

<sup>21</sup> Von Thur, 243; Oğuzman/Öz, 46; Aral, 50.

<sup>22</sup> Tandoğan, 12; Oktay, 270; Bilge, 11.

<sup>23</sup> İmkânsızlık kavramı ve özellikle başlangıçtaki imkansızlık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altunkaya, M., Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

<sup>24</sup> Oktay, 270.

<sup>25</sup> Oktay, 271; Tandoğan, 12,13; Serozan, 51, 57.

## C) İsimli Sözleşmelerin Çeşitleri

### 1) Genel Olarak

İsimli sözleşmelerin genel olarak üçe ayrıldığı kabul edilmektedir. Bunlar, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmelerdir<sup>26</sup>.

### 2) Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler (Verträge sui generis, Verträge eigener Art)

Kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını kısmen veya tamamen içerisinde bulundurmayan sözleşmelerdir<sup>27</sup>. Başka bir ifade ile tamamen kendine özgü yapısı olan sözleşmeler kanunda düzenlenen sözleşmelerden hiçbirinin tipik unsurlarını ihtiva etmezler<sup>28</sup>. Örneği sulh sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, garanti sözleşmesi, factoring sözleşmesi, çek sözleşmesi, yönetim sözleşmesi gibi<sup>29</sup>.

### 3) Karma Sözleşmeler (gemischte Verträge)

Kanunda düzenlenen sözleşme tiplerine ait unsurların kanunda mevcut olmayan şekilde bir araya getirilmesi ile oluşturulan sözleşmelerdir<sup>30</sup>. Bu tip sözleşmelerin temel özelliği bir bütün olarak ele alındığında kanunen düzenlenmemiş ancak unsurları ve edimleri bakımından değerlendirildiğinde tipik bir sözleşme karakteri taşımasıdır<sup>31</sup>.

Karma sözleşmeler başlıca dört gruba ayrılmaktadır:

#### a) Çift Mahiyetli Sözleşmeler

Bu tip sözleşmelerde değişik kategorilere giren tipik sözleşmeye ait edimlerin birbiriyle değiş tokuşu söz konusudur<sup>32</sup>. Yani borçlanılan edim ile karşı edimin ait olduğu sözleşme tipi farklıdır<sup>33</sup>. Örneğin kapıcılık sözleşmesi, kira ve hizmet sözleşmesine ait unsurlar içerir. Keza arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, satım veya trampa ile istisna sözleşmesine ait unsurlardan oluşur. Bu örnekleri çoğaltmak (aupairlik sözleşmesi, tamirat karşılığı kiralanan da bedelsiz bir süre oturma sözleşmesi gibi) mümkündür.

<sup>26</sup> Tandoğan, 13, 69 vd.; Kuntalp, 9 vd.; Yavuz, 19 vd.; Oktay, 272; Oğuzman/Öz, 47; Eren, 199; Bilge, 12 vd.; Feyzioğlu, 38 vd.; Hatemi, 27; Serozan, 54; Aral, bu ayrımın katılmakta ancak uygulanacak hukuk problemi bulunmadığı gerekçesiyle bileşik sözleşmelerin isimli sözleşme olarak adlandırılmasını tereddütlerle karşıladığını ifade etmektedir, Aral, 51. Bazı yazarlar ise burada karma ve kendine özgü sözleşme olmak üzere ikili bir ayırım yapmaktadır. Kramer, Art. 18-19, N. 56; Schlupe, Art. 184, N. 6; Eren, 192; Akıncı, 13, 76.

<sup>27</sup> Tandoğan, 13; Aral, 52; Yavuz, 24; Oktay, 273; Eren, 193; Oğuzman/Öz, 48; Kramer, Art. 18-19, N. 65.

<sup>28</sup> Becker, Art. 19, N.10; Kuntalp, 10; Akıncı, 14, d. 26.

<sup>29</sup> Tandoğan, 14; Yavuz, 24; Aral, 52; Kuntalp, 11; Bilge, 5 vd.; Feyzioğlu, 39 vd.; Schlupe, Art. 184, N. 9; Hatemi, 27 vd.; Akıncı, 76.

<sup>30</sup> Becker, Art. 19, N.4; Tandoğan, 69; Aral, 52; Yavuz, 21; Kuntalp, 11, 102; Oğuzman/Öz, 47; Eren, 193; Schlupe, Art. 184, N. 7; Serozan, 64; Akıncı, 14, d. 25.

<sup>31</sup> Kuntalp, 11.

<sup>32</sup> Becker, Art. 19, N.7; Kramer, Art. 18-19, N. 62; Tandoğan, 69; Aral, 53; Yavuz, 22; Oktay, 274; Schlupe, Art. 184, N. 8; Bilge, 5; Feyzioğlu, 57.

<sup>33</sup> Aral, 53; Tandoğan, 69; Feyzioğlu, 57; Hatemi, 34; Serozan, 65.

### b) Kombine Sözleşmeler

Taraflardan birinin kanunda düzenlenmiş sözleşmeye ait birden çok edimini yerine getirme, diğ erinin ise genellikle bir miktar para olan tek bir edimi ifa etme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelerdir<sup>34</sup>. Örnek olarak pansiyon sözleşmesi, portföy yönetimi sözleşmesi, yatılı okul sözleşmesi gösterilebilir.

### c) Çeşitli Tiplere Ait Unsurların Birbirine Karıştığı Sözleşmeler

Tarafların değişik sözleşmelere ait temel edimleri bir bütün olarak, homojen bir yapı içinde taahhüt ettiği karma sözleşmedir<sup>35</sup>. Tipik örneğini karma bağışlama oluşturur. Karma bağışlamada bir şeyin, kısmen bir edim karşılığı kısmen de bağışlama kastıyla karşılıksız olarak temlik söz konusudur<sup>36</sup>.

### d) Kendilerine Yabancı Yan Edimleri İçeren Sözleşmeler

Kanunda düzenlenmiş sözleşme tipine ait temel edimler yanında, başka bir tipik sözleşmeye ait yan yükümler de üstlenilmektedir. Örneğin bakım kaydıyla kira, montaj kaydı ile satış, denge sağlamak için bir miktar para ödenen trampa sözleşmesi bu niteliktedir<sup>37</sup>.

### 4) Bileşik Sözleşmeler (Zusammengesetzte Verträge)

Kanunen düzenlenmiş farklı ve bağımsız sözleşmelerin niteliklerini kaybetmeksizin birbirine bağlanması ile oluşur<sup>38</sup>. Bu bağ o kadar güçlüdür ki sözleşmelerden birinin varlığı ve geçerliliği diğ erine tabidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki edimle karşı edim arasındaki ilişkinin aynısı bu tip sözleşmelerde de mevcuttur<sup>39</sup>. Bileşik sözleşmelerin meydana getirilip getirilmediğ inin tespiti, tarafların iradelerine ve sözleşmenin iktisadi fonksiyonlarının bütünlüğüne göre yapılır<sup>40</sup>. Bu tür sözleşmelere örnek olarak bir süthanenin satışı karşılığında süthaneyi satın alanın onu satana süresiz süt vermeyi taahhüt etmesi<sup>41</sup> ya da inşaat kredisi karşılığında alıcının kullanacağı keresteyi o kişiden satın alma taahhüdü<sup>42</sup> gösterilebilir.

## IV. İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN TAMAMLANMASI

### A) Genel Olarak

İsimsiz sözleşmelerin kanunda düzenlenmemiş olması taraflar arasında ortaya çıkacak ihtilaflarda hangi hükümlerin uygulanacağı meselesini ortaya çıkarmaktadır.

<sup>34</sup> Aral, 53; Tandoğan, 71; Yavuz, 22; Oktay, 274; Becker, Art.19, N. 8; Schlupe, Art. 184, N. 8; Kramer, Art. 18-19, N. 60; Feyzioğlu, 56; Serozan, 64 vd.

<sup>35</sup> Aral, 54; Tandoğan, 72; Yavuz, 22; Oktay, 274; Schlupe, Art. 184, N. 8; Serozan, 67; Kramer, Art. 18-19, N. 63.

<sup>36</sup> Tandoğan, 72; Yavuz, 22; Schlupe, Art. 184, N. 8; Serozan, 68; Feyzioğlu, 59, 60; Hatemi, 36; Kuntalp karma bağışlamayı teknik anlamda karma sözleşme olarak kabul etmemektedir. Kuntalp, 118.

<sup>37</sup> Tandoğan, 73; Aral, 54; Yavuz, 22. Bu tip sözleşmelerin karma nitelik taşımadığı yönünde bkz. Kuntalp, 101.

<sup>38</sup> Aral, 54; Tandoğan, 76; Yavuz, 19; Oktay, 275; Kuntalp, 103; Oğuzman/Öz, 47; Kramer, Art. 18-19, N. 64.

<sup>39</sup> Aral, 54; Tandoğan, 76; Yavuz, 19; Schlupe, Art. 184, N. 10; Kramer, Art. 18-19, N. 64; Serozan burada "olsa olsa bir eksik sinallagma oluşabilir" fikrindedir. Serozan, 60.

<sup>40</sup> Kuntalp, 104; Tandoğan, 76; Aral, 55. Feyzioğlu, 63; Bilge, 13.

<sup>41</sup> BGE 25 II 477 (naklen Tandoğan, 77).

<sup>42</sup> Kramer, Art. 18-19, N. 33; Aral, 55.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki bu tür ihtilaflarda sözleşmenin yorumlanmasıyla bir çözüm bulunmaya çalışılır<sup>43</sup>.

İsimsiz sözleşmelerin yorumlanması da kanunda düzenlenen sözleşmelerin yorumlanması gibidir<sup>44</sup>.

Yorum yoluyla sözleşmenin ihtilafa ilişkin bir düzenleme taşımadığı anlaşılırsa o zaman sözleşmede bir boşluk var demektir<sup>45</sup>. Bu boşluk sözleşmenin tamamlanmasıyla doldurulur. Tamamlamada kullanılacak yöntem isimsiz sözleşme çeşitleri bakımından farklılık gösterir. Her bir sözleşme tipi için açıklamalara geçmeden önce genel olarak bazı noktalara işaret etmek gerekir.

İsimsiz sözleşmelerin tamamlanmasında Borçlar Kanununun genel hükümleri, sözleşmenin içeriği ile uyumlu olmak şartıyla uygulanabilir<sup>46</sup>. Genel hükümlere göre tamamlama yapılmıyorsa özel hükümlerin kıyasen uygulanabilirliği hâkim tarafından araştırılmalıdır<sup>47</sup>. Kıyasen uygulamada dikkat edilecek husus özel hükümlerin sözleşmenin amacına ve tarafların menfaat dengesine uygun düşmesidir. Her iki durumda sözleşme boşluğuna bir çözüm getirmiyorsa hâkim günlük hayatta sık karşılaşılan sözleşmeler için oluşmuş örf ve âdet kurallarına dayanabilir. Zira bu kurallar gerek genel işlem şartı olarak gerekse sık başvuru tipleri olmaları sebebiyle doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla denetlenmektedirler. Örf ve âdet kuralları somut olayda işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulurlar<sup>48</sup>. Ne kanunda, ne de örf ve âdet kurallarının bulunmadığı hallerde ise hâkimin MK. m. 1 uyarınca sözleşmedeki boşluğu doldurması gerekir. Hakimin bu boşluğu doldururken önceliği farazî taraf iradelerine mi yoksa kanundaki düzenleyici kurallara mı vereceği meselesi tartışmalı olmakla birlikte, bu nitelikteki mevcut, objektif hükümlerin uygulanması çoğu zaman olumlu sonuçlar doğurmaya yatkındır<sup>49</sup>.

### **B) Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmelerin Tamamlanması**

Bu sözleşmelerin niteliği gereği kanundaki hükümlerin doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Ancak yine de genel hükümlerle, benzedikleri sözleşme tipine ait hükümler için niteliğine uygun düştüğü sürece uygulanabilir<sup>50</sup>. Bununla birlikte kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin kendine ait bir örf ve âdet hukukunu oluşturduğu ve geliştirdiği söylenebilir. Örneğin sulh, satış için bırakma ve garanti sözleşmesiyle ilgili birçok kural mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiştir<sup>51</sup>. Hâkim örf ve âdet hukukunda da boşluğu dolduracak bir kural bulamazsa MK. m. 1 uyarınca kendisi kural koyar<sup>52</sup>.

<sup>43</sup> Schlupe, Art. 184, N. 11.

<sup>44</sup> Schlupe, Art. 184, N. 41; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 547; İsimsiz sözleşmelerin yorumlanması hakkında geniş bilgi için bkz. Oktay, 278 vd..

<sup>45</sup> Schlupe, Art. 184, N. 12.

<sup>46</sup> Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 549; Kaplan, 109; Oktay, 275; Tandoğan, 13; Aral, 55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 56; Serozan, 71; Kramer, Art. 18-19, N. 68.

<sup>47</sup> Serozan, 56, 57.

<sup>48</sup> Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 550; Kaplan, 110; Oktay, 293; Aral, 55.

<sup>49</sup> Serozan, 59.

<sup>50</sup> Oktay, 292, 294; Tandoğan, 13; Yavuz, 22.

<sup>51</sup> Tandoğan, 13; Yavuz, 22; Aral, 57.

<sup>52</sup> Tandoğan, 13; Yavuz, 22; Aral, 57; Serozan, 72; Kramer, Art. 18-19, N. 80; Schlupe, Art. 184, N. 67.

### C) Karma Sözleşmelerin Tamamlanması

Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Tamamlama bakımından da önem taşıyan bu teorileri incelemek gerekir.

#### 1) Soğurma (İmtisas) Teorisi

Bu teori Karma sözleşmede hangi tipe ait unsur ağır basıyorsa ona ait hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>53</sup>. Sözleşmenin hâkim unsurunun atipik olması halinde yetersiz kalan teori, tarafların karma sözleşme yaparak aralarında oluşturdukları ilişkinin kanunda düzenlenen bir sözleşmeye bağlanmasına yol açması bakımından da eleştirilmiştir<sup>54</sup>. Ancak kendine yabancı yan edimler içeren sözleşmelerde adil çözüm getireceği savunulmaktadır<sup>55</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu teoriyi uyguladığı kararları bulunmaktadır<sup>56</sup>.

#### 2) Kıyas Yoluyla Uygulama Teorisi

Karma sözleşmeler, çeşitli sözleşmelerin bir toplamı değil, onlardan oluşan bir bütündür. Bu sebeple kanun hükümleri onlara doğrudan uygulanamaz. Ancak kıyas yoluyla ve kanun hükümlerinin sözleşmeye uygun düştüğü oranda uygulanabilir<sup>57</sup>.

#### 3) Birleşme (Terkip) Teorisi

Bu teoriye göre karma sözleşmeyi oluşturan her unsura, ilgili olduğu sözleşme tipine ait hükümler uygulanır. Bunun için önce sözleşme unsurlarına ayrılır, sonra her birine ait kurallar uygulanarak sonuçlar birbirine bağlanır<sup>58</sup>.

Teori, karma sözleşmeyi kendini oluşturan sözleşmelerin toplamı değil sentezi olduğu, bunun için ayrı ayrı kurallara tabi tutmanın uygun bulunmayacağı noktasından eleştirilmiştir. Ayrıca bunun, hükümlerin birbirinden farklı hatta çelişkili olduğu durumlarda problem çıkarabileceğine dikkat çekilmiştir<sup>59</sup>. Ancak gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin gerekse Yargıtay'ın bu teoriyi uyguladığı kararları bulunmaktadır<sup>60</sup>.

#### 4) Yaratma Teorisi

Bu teoriye göre uygulanacak örf ve âdet kuralı bulunmuyorsa MK. m. 1 uyarınca hâkim kanun koyucu gibi kendisi kural koymalıdır<sup>61</sup>. Yaratma teorisi, iş haya-

<sup>53</sup> Aral, 56; Tandoğan, 74; Yavuz, 23; Oktay, 276; Becker, Art. 19, N. 18; Schluep, Art. 184, N. 13; Hatemi, 37; Serozan, 69; Kramer, Art. 18-19, N. 75.

<sup>54</sup> Oktay, 276; Tandoğan, 74; Yavuz, 23.

<sup>55</sup> Aral, 56; Becker, Art. 19, N. 18.

<sup>56</sup> BGE 94 II 167, BGE 106 II 157, BGE 60 II 176 (naklen Oktay, 276, dpn. 52; Aral, 56, dpn. 40); BGE II 176 (naklen Kramer, Art. 18-19, N. 75).

<sup>57</sup> Aral, 56; Oktay, 277; Tandoğan, 75; Yavuz, 23; Schluep, Art. 184, N. 16; Serozan, 70; Kramer, Art. 18-19, N. 78.

<sup>58</sup> Tandoğan, 74; Aral, 57; Yavuz, 23; Oktay, 276; Becker, Art. 19, N.19; Schluep, Art. 184, N. 14; Serozan, 69; Hatemi, 37; Kramer, Art. 18-19, N. 79.

<sup>59</sup> Tandoğan, 74; Yavuz, 23.

<sup>60</sup> BGE 63 II 177, BGE 109 II 466, BGE 110 II 474; HGK. 9.6.1982, 79-15-1613/82-565 (YKD.1982, C. VIII, S.10, s.1385) (naklen Tandoğan, 74, dpn. 12; Oktay, 266, dpn. 54; Aral, 57, dpn. 45; Becker, Art. 19, N.20).

<sup>61</sup> Aral, 55; Oktay, 277; Schluep, Art. 184, N. 17.



tında yoğunlaşmamış, sık karşılaşılmayan karma sözleşme tipleri bakımından somut kurallar getirme konusunda elverişli olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>62</sup>.

### 5) Değerlendirme

Kanaatimizce karma sözleşmelerde yukarıda sayılan teorilerden birini tercih etmek yerine, somut sözleşmenin özellikleri çerçevesinde bir karar vermek gerekir. Zira somut sözleşmenin özellikleri farklı çözümleri adil kılabilir. Örneğin günlük hayatta sık karşılaşılan sözleşmelerde (sulh, satım için bırakma gibi) örf ve âdet hukuku oluştuğunda yaratma teorisi elverişli olabilir. Ya da örneğin kendilerine yabancı yan edimler içeren sözleşmelerde (bakım kaydıyla kira, montaj kaydıyla satım gibi) temel edim, kanunda düzenlenen sözleşme tipi de ait olduğu için ona dair hükümlerin uygulanması yani soğurma teorisine gidilmesi daha adil sonuçlar doğurabilir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak sonuç olarak karma sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespitinde ve dolayısıyla bu sözleşmelerin tamamlanmasında somut sözleşmenin taşıdığı unsurlar, özellikler belirleyici olur.

### D) Bileşik Sözleşmelerin Tamamlanması

Kural olarak bileşik sözleşmeyi meydana getiren her bir sözleşmeye, kendine ait kurallar uygulanır<sup>63</sup>. Burada sözleşmelerin mahiyetlerinde bir değişiklik olmakla birlikte, varlık ve geçerlilikleri birbirine bağlandığı için hâkimin bir bütünlük sağlaması zorlaşabilir<sup>64</sup>. O halde boşlukların doldurulmasında tarafların farazî iradeleri ve dürüstlük kuralının da dikkate alınması gerekir<sup>65</sup>.

## V. SONUÇ

Taraflar ister kanunda düzenlenmiş tipte, ister isimsiz bir sözleşme kursunlar her ihtimali öngörmeleri ve düzenlemeleri mümkün değildir. Bilerek veya bilmeyerek düzenlenmemiş konu sözleşmede boşluk teşkil edebilir. Bu boşluklar taraflar arasında ihtilaf doğuruyorsa bunların tamamlanması gerekir. İsimsiz sözleşmelerin tamamlanması bakımından, tipik sözleşmeler ile aralarında bir fark bulunmamaktadır. Ancak isimsiz sözleşmelerin nitelikleri gereği bunların tamamlanması daha karmaşıktır.

Tamamlamada isimsiz sözleşmelerin çeşitleri önem taşır. Bununla birlikte genel olarak şunlar söylenebilir: Borçlar Hukukunun genel hükümleri ve mahiyetine uyduğu sürece özel hükümler kıyasen uygulanarak isimsiz sözleşmeler tamamlanabilir. O sözleşmeler için oluşan örf ve âdet hukuku varsa, hâkim bunu da dikkate alır. Hâkimin gözden kaçırmaması gereken diğer bir noktada işin niteliği ve tarafların iradeleridir.

Günümüzde isimsiz sözleşmelerin sayısı ve yaygınlığı giderek artmaktadır. Bu durum hem kanunların gelişmeleri geriden takip etmesinden, hem de tarafların,

<sup>62</sup> Oktay, 277.

<sup>63</sup> Tandoğan, 76; Aral, 57; Yavuz, 21; Feyzioğlu, 64.

<sup>64</sup> Aral, 57; Oktay, 292; Schlupe, Art. 184, N. 70 vd.

<sup>65</sup> BGE 107 II 144 (naklen Tandoğan, 76; Oktay, 292).

adeta bir kanun koyucu gibi, ilişkilerini kendilerinin düzenleme isteğinden kaynaklanmaktadır. Ancak diğer yandan isimsiz sözleşmelerin, sağladığı serbestlikle, gücünün zayıfı ezdiği, kanunun sağladığı eşitliği veya korumayı bozan nitelik kazanmasını engellenmek gerekir. Böyle bir durum ise hakim önüne gelen sözleşmeyi bu çerçevede de değerlendirmesiyle sağlanabilir. O halde hakim, isimsiz sözleşmeyi tamamlarken bu noktayı da göz önüne almalıdır.

### KISALTMALAR

Art.	: Artikel
BGE	:Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK.	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
Çev.	:Çeviren
Dpn.	:Dipnot
İÜHFM.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
MK.	:Medenî Kanun
m.	:Madde
N.	:Numara
OR.	:Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	:Resmi Gazete
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
vd.	:Ve devamı
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	:Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

**KAYNAKÇA**

- Akıncı, Ş.: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006.
- Aral, F.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Ankara 2006.
- Becker, H. (Çev. Olçay, B.): İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu I. Kısım, Genel Hükümler, Fasikül I, Ankara 1967.
- Bilge, N. :Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.
- Bischoff, J.: Vertragrisiko und clasula rebus sic stantibus, Zürich 1983.
- Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001.
- Feyzioğlu, F. N. : Borçlar Hukuku II. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) C.1, 4. Bası, İstanbul 1980.
- Jaggi, P./ Gauch, P.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, Teilband V 1b, Zürich 1980.
- Jaggi, P./ Gauch, P./ Schlupe, W. :Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, II, 6. Auflage, Zürich 1995.
- Hatemi, H.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999.
- Kaplan, İ.: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.
- Kramer, E.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Inhalt des Vertrages Artikel 19-22 OR, Bern 1991.
- Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- Merz, H. :Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.
- Oğuzman, K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2000.
- Oktay, S. :İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İÜHFM. 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 263-296.
- Schlupe/Amstutz: Basler Kommentar, Einleitung vor Art. 184 ff.
- Serozan, R.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002.
- Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Basım, İstanbul 1988.
- Tekinay, S.S./ Akman, S./
- Burcuoğlu, H./ Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993
- Von Tuhr, A.(Çev. Edege, C.): Borçlar Hukuku 1-2, Ankara 1983.
- Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002.

