

Mukayeseli hukuk ve hususiyle Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda

**MÜMESSİLİN KENDİ KENDİSİYLE MUKAVELE YAPMASI**

*Dr. Turhan ESENER*  
*Ankara Hukuk Fakültesi*  
*Medenî Hukuk Doçenti*

**Giriş ve Problemin Vazı :**

Hukuki muamele bir kimsenin muayyen bir hukuki netice elde etmek için iradesini beyan etmesidir. Bu iradeye netice iradesi veya taraf iradesi de denilmektedir. Bu irade hukuki neticelerin kaynağı olarak hukuk nizamınca kabul edilen muharrik kuvvettir. Mamafih, hukuki muameleyi tevhit eden irade, deruni irade olmayıp muhatabın itilâna arz olunmuş iradedirki buna beyan iradesi denilir. Eğer irade hukukun kaynağı ise A'nın yapmış olduğu bir hukuki muamelenin B'nin hukuki sahasında bir netice tevhit edebileceğini kabule imkân kalmazdı. Filhakika iki türlü temsil birbirinden tefrik edilmektedir. Vasıtasız temsilde mümessilin yaptığı muamelenin hüküm ve neticeleri doğrudan doğruya temsil olunana terettüp eder. Vasıtalı temsilde ise mümessilin yaptığı muamelenin hükümleri evvelâ kendi şahsında husule gelir ve bilâhare yapılacak bir hukuki muamele ile temsil olunana intikal eder. Burada mümessil muameleyi kendi namına fakat başkası hesabına yapar.

Bir hukuki muamelenin iki türlü muhtevasından bahsedilebilir. Taraflar evvelâ anlaşmalarının mevzuunu mukavele serbestisi prensibi gereğince kanunun çizdiği hudutlar dahilinde söyledikleri şekilde tâyin edebilirler. Taraflar, keza, akitlerinin bu maddi muhtevası yanında ve fakat ondan farklı olarak yapmış oldukları mukavelenin neticelerinin kendilerine ve diğer üçüncü şahıslara ait olduğunu tesbit etmek suretiyle akdin şahsi muhteva ve mevzuunu da serbestçe tâyin etmek imkânına sahiptirler. İşte, irade beyanını bir hukuk normunu tatbik ettirmek için kullanılan bir vasıta olarak kabul eden temsil nazariyesi (Representationstheorie) 19 uncu asrın nihayetinden beri İsviçre Hu-

kukunda hâkim olmuştur. Bu nazariyeye göre muamele temsil olunan tarafından değil, fakat mümessil tarafından yapılmaktadır. M nin kendi iradesiyle meydana getirdiği muamelenin hüküm ve neticesi, A ile M arasındaki temsil selâhiyetine istinaden A ya terettüp etmektedir. B. K. m. 32 ve 38 de de zikredildiği veçhile muameleyi mümessil yapmaktadır ve ancak onun iradesi bu nazariye tarafından nazarı itibara alınır. Binaenaleyh, temsilin esası mümessilin kendisine has iradeyi izhar etmek suretiyle muameleye iştirak etmesinde tecelli eder.

Gerek doğrudan doğruya ve gerek vasıtalı temsilde mümessil haiz olduğu temsil kudretine istinaden üçüncü şahıs hesabına bir muamele yapmaktadır. Görüldüğü gibi, mümessil tarafından yapılan faaliyetin normal sahası bir diğer kimse ile temsil olunan hesabına bir hukuki muamele yapmaktır. Fakat, acaba, mümessil icrasına memur olduğu muameleyi kendisi ile yapabilir mi? Yani, meselâ temsil olunan namına bir malın satışı için kendisine icapta bulunarak bu icabı yine kendisi fakat bu defa şahsı namına kabul edebilir mi? Keza, meselâ T bir evini kiralamak üzere M ye selâhiyet vermiş ise M bu kira mukavelesini mümessil sıfatı ile T namına ve asil sıfatıyla de kendi namına aktedebilir mi? İşte, bu mesele Hukuk doktrininin uzun zamandan beri meşgul olduğu mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapıp yapamayacağı meselesidir. (Selbstkontrahieren - Contracter en soi-méme)

Bu mesele, ilk defa olarak vasıtalı temsil sahasında mevzuubahis edilmiştir. Meselâ A vasıtalı mümessili olan M ye muayyen mallarını satmak hususunda temsil selâhiyeti vermiştir. Eğer M nin bizzat bu malara ihtiyacı varsa kendi kendine «bu malları hem satıcı ve hem de alıcı sıfatıyla kendime alamaz mıyım» diye soracaktır. Öyle ya bedelini de ödeyeceğinden A herhangi bir şekilde mutazarrır olmayacak M de kendi ihtiyacı olan malları almış olacaktır. Aynı mesele vasıtasız temsilde de mevzu bahis olabilecektir. Esasen satış ve kira akitleri için verdiğimiz misallere ilâve olarak karz, trampa ve hibe için de selbstkontrahieren kolaylıkla tasavvur edilebilir. Hattâ bu mesele yalnız akitler sahasında değil tek taraflı hukuki muamelelerden muhatabına vusulü iktizâ eden beyanlarda da düşünülebilir 1).

(1) *Empfangsbedürftig - Bu türlü beyanlar hususiyle şunlardır: İcap, kabul, icabın reddi ve inşai hakların kullanılması zmnında yapılan beyanlar. Bk. von Tuhr, Partie générale du code fédéral des obligations. Lozan 1933 s. 145; Arsebük, Borçlar Hukuku, 1950, s. 243.*

Meselâ mümessilin temsil olunana karşı kira akdinin feshini ihbar etmesi gibi. Kezalik, böyle bir hal yalnız taahhüt muameleleri için değil tasarruf muameleleri için de mümkündür.

Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasına çok benzeyen fakat ondan farklı olan diğer bir halde çifte temsil (Doppelvertretung - Double representation) denilen müessesedir. Meselâ, vasıtalı temsilde mutavassıt şahıs (*interpositam personam*) hem satıcının ve hem de alıcının mümessilidir. Böyle bir halde evvelkinin aksine mümessil malları kendi şahsı için almamakta, fakat, yine kendisinin temsil ettiği başka bir şahıs hesabına almaktadır.

Mümessilin kendi kendisi ile mukavele yapmasını üç ayrı mesele halinde incelemenin faydalı olacağı kanaatındayız.

I. Hukuk tekniği bakımından mümessilin kendi kendisiyle hukuki muamele ve tasarrufta bulunması mümkün müdür?

II. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması kanun tarafından kabul edilmiş midir? Başka bir tabirle böyle bir muameleye mesâğ var mıdır?

III. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması muteber bir muamele olarak kabul edilebilir mi? Diğer bir ifadeyle mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin müeyyidesi nedir?

I. Hukuk tekniği bakımından mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapabilmesi mümkün müdür?

**Bu hususdaki görüşleri ikiye ayırmak mümkündür :**

A. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hukuk tekniği bakımından mümkün değildir.

Arsebükün naklettiği üzere 2), eski hukukumuzda mümessilin kendi kendisiyle muamele yapmasına cevaz verilmemiştir. Bir kimse akdin taraflarını tevelli ederek âkitler makamına kaim olamaz. Ali Haydar da Mecelle şerhinde «şahs-ı vahit akdin tarafeynini tevelli ederek akideyin makamına kaim olamaz yani bir adam hem icap ve hem de kabul edip de ahdi bey edemez. Zira, biri mümellik ve diğeri mütemellik olacağından bu iki mütebeyyin mana bir şahısta içtima edemez» 3).

2) Arsebük, a. g. e., s. 478 not 101.

3) Ali Haydar, Mecelle şerhi 1330, c. 1, s. 250. Ancak bu kaideden iki mesele müstesnadır: a) Baba küçük çocuğuna bir mal satarsa babanın yalnız sattım sözü ile beyi tamam olur. b) baba, küçük çocuklarından birinin malını diğerine satarsa yine beyi sattım sözü ile tamam olur. Ali Haydar, a. g. e., s. 252; Arsebük s. 378.

Roma Hukukunda esas itibariyle yalnız vasıtalı temsil tanı-  
nıyordu. Ancak klâsik Roma Hukukunda prensibi biraz tahfif et-  
mek gayesiyle bazı şahıslara bahsedilen temsil selâhiyetinin şü-  
mulü daha geniş tutulmuş, böylece kanunî mümessillerin (*tutor*  
*ve curator*) ifa ettikleri muameleler için doğrudan doğruya tem-  
sil kabul edilmişti 4). İşte vasi ve kayyımların yaptıkları muame-  
lelerde *selbstkontrahieren* bahis mevzuu olabilirdi. *Digeste*'in  
metinlerinden anlaşıldığına göre vasi kasıra ait-bir malı satın  
alamazdı. Müelliflerin umumiyetle kabul ettiklerine göre 5) Ro-  
ma Hukuku «*selbstkontrahieren*» için bir hal tarzı vermemiştir.  
Maamafih bazı müellefler 6) mümessilin kendi kendisiyle mu-  
kavele yapmasının mantığa aykırı olduğu için kabul edilmemiş  
olduğunu ileri sürmüşlerse de bu görüş tarzı umumiyetle kabul  
edilmemiştir 7). Roma Hukukunun bu mevzuda sükût etmiş ol-  
masının sebebi daha çok doğrudan doğruya temsilin kabul edil-  
memiş olmasında ve *mancipatio*, *sponsio*, *acceptilatio* gibi ekse-  
ri hukukî muamelelerin şekli bir karakter taşımasında aramak  
lâzım gelir. Yoksa bundan Roma Hukukunda «*selbstkontrahi-*  
*eren*»in mümkün görülmediği neticesini çıkartmak doğru de-  
ğildir.

Alman Hukukunda da bazı eski müellifler 8) mümessilin ken-  
di kendisiyle mukavele yapmasının hukuk tekniği bakımından  
mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu müelliflerin ekserisi  
mümessilin kendi menfaati ile müvekkillerinin menfaatini telif  
edemeyeceği mülâhazasıyla itiraz etmektedirler. Ancak böyle bir  
itiraz mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının hukuk  
tekniği bakımından mümkün olmadığını izaha kâfi gelmez. Bu  
müelliflere göre ancak izhar edilmiş irade hukuken bir kıymet  
ifade eder (*De internis non iudicat praetor*). Mümessilin kendi  
kendine yaptığı irade beyanının hukuken bir kıymeti olmamak  
lâzım gelir.

4) *Monier, Manuel élémentaire du droit Romain, Paris 1933 s. 338.*

5) *Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Vertreters nach gemeinem  
Recht, Freiburg, 1888, s. 207*

(6) *Meselâ Gougel, Theorie générale du contrat avec soi-même (étu-  
de de droit comparé), Caen 1903, s. 113 ve 118.*

7) *Portmann, Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Zürich, 1941, s. 3.*

8) *Lépa, Bechmann, Muskat gibi. Bk. Portmann, age, s. 15 de zikre-  
dülmiştir.*

Türk Hukuk Doktrinde merhum Prof. Arsebük de Borçlar Hukuku adlı eserinin 1937 tabında «kaideten mümessil diğer biri ile veya diğer bir şahsa karşı hukuki bir muamelede bulunur. Fakat acaba mümessil icraya mecbur olduğu muameleyi kendisiyle yapabilir mi? Borçlar Kanununda bu hususta bir sarahat yok. Kaldı ki temsilde hesaba katılan yegâne irade beyanı mümessilin irade beyanıdır. Binaenaleyh kendisiyle mukavele yapmak kanunun zaruri gördüğü (B. K. m. 1) iki irade beyanı yerine tek irade beyanı ikame etmek olur. Vakti, kanunun, bir irade beyanına mukavele hükümlerini izafe etmesi, mümkündür. Fakat bunun için bir sarahata ihtiyaç vardır, 9)» demek suretiyle mümessilin kendi kendisine yaptığı bir beyanın neticesinde bir akdin teşekkül edemeyeceğini kabul ediyordu.

Türk - İsviçre Borçlar Kanununun birinci maddesinde zikredildiği veçhile iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur. Görüldüğü üzere bir aktin inikadı için üç unsurun mevcudiyeti şarttır : a) İradenin izharı b) beyanların karşılıklı olması c) irade beyanlarının birbirine uygun olması. Bu şartlar ise bir akdin inikadı için karşılıklı en aşağı iki kimsenin iradelerini beyan etmelerinin zaruri olduğunu gösterir. Akitlerin hususiyeti «consensus» olmalarıdır.

**B. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hukuk tekniği bakımından mümkündür.**

Bu noktai nazarı müdafaa eden müellifler görüşlerini mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması meselesinin hukuki mahiyetinin tavsifine istinat ettirmektedirler. Bu müessesenin hukuki mahiyeti hakkındaki görüşler ise muhtelifdir.

1. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının hukuki mahiyeti bir mukaveledir.

a. Savigny nazariyesi.

Savigny, resul (Bote - Nuntius) ile mümessil arasında hiç bir fark görmediğinden mümessilin sadece temsil olunanın iradesini taşıyan bir vasıttan ibaret olduğunu beyan ediyordu 10).

9) Arsebük, *Borçlar Hukukunun umumi hükümleri*, Ankara, 1937, s. 236 - 237. Yine Bk. Saymen, *Bir tek şahsın akdin iki tarafını teşkil edebilmesi meselesi*, Ebül'ula Mardin'e armağan, 1944, s. 1084.

10) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, c. II, s. 59 - Portmann, a. g. e., s. 20 - 21 de zikredilmiştir.

Savigny'nin temsil hususunda ileri sürdüğü bu fikir kabul edilecek olursa mümessil (resul) ile temsil olunan bir mukavelemin karşılıklı iki tarafını teşkil edebileceklerinden aralarında bir mukavele aktedebilmeleri hukuk tekniği bakımından mümkündür. Savigny'nin temsil hakkındaki görüşü modern doktrin tarafından kat'i surette reddedilmiştir. Filhakika, muhbir, bir kimşenin irade beyanını diğer bir kimseye nakleden şahıstır. Bu sıfatla muhbir kendi iradesini izhar etmez, karar veremez, ancak kendisine havale olunanı tebliğ eder. Halbuki, mümessil haiz olduğu temsil selâhiyetine binaen temsil olunanın iradesinden müstakil olarak kendi iradesini beyan etmektedir.

b. Mitteis Nazariyesi.

Mitteis, bir temsil münasebetinde akdin in'ikadına temsil olunan ile mümessilin birlikte iştirak ettiklerini ileri sürmüştür 11). Bu nazariyeye göre mümessil ile temsil olunanın iradeleri mukavelemin akdi sırasında üçüncü şahsın iradesiyle birleşmekte ve akit ile ilgileri temsil selâhiyetinin şümulüne göre değişmektedir. Almanyada taraftar bulmuş bu görüş tarzı da temsil olunan tarafından şümulü tâyin edilen temsil selâhiyeti ile temsili birbirine karıştırdığından dolayı kabul edilmemiştir.

c. Mamelek nazariyesi.

Arno isminde bir müellif, mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının mümkün olduğunu ispat için başka bir görüş tarzı ileri sürmüştü ve bu görüş tarzı Gouget ve Pilon tarafından tekâmül ettirilmiştir 12). Bu fikre göre, bir borç münasebeti birbirine uygun iki rıza beyanından ziyade iki mamelekin birbirine bağlanması ile doğar. Bu bağı iki ayrı mamelek sahibi tesis edebileceği gibi iki ayrı mamelek üzerinde tasarruf selâhiyetini haiz olan tek bir şahıs da tesis edebilir ve bu suretle bir tek şahıs iki taraflı bir akit vücade getirmiş olur. Esasen borç münasebeti iki mamelek arasında bir rabita olarak kabul edildiğine göre modern hukukda artık irade mefhumu ehemmiyetini kaybetmeye başlamıştır. Bu nazariye de şiddetle tenkit edilmiştir. Mamelek bir hak süjesi olmayıp sadece hak ve borçların bütününden ibarettir.

d. Temsil nazariyesi (Repräsentationstheorie)

Türk - İsviçre Hukukunda bugün umumiyetle kabul edilen

11) Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht*, Wien, 1885, s. 109 ve müteaa. - Portman a. g. e., s. 21 de zikredilmiştir.

12) Gouget, a. g. e., ve Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Caen, 1897,

temsil nazariyesine göre bir temsil münasebetinde mukavele, temsil olunan tarafından değil, fakat mümessil tarafından yapılmaktadır. Mümessilin kendi iradesiyle meydana getirdiği muamelelerin hüküm ve neticeleri aralarındaki temsil selâhiyetine istinaden temsil olunana terettüp etmektedir. Borçlar Kanunumuzun 32 ve 38 inci maddelerinde de zikredildiği veçhile muameleyi yapan mümessilin iradesi bu nazariye tarafından nazarı itibara alınmaktadır. Binaenaleyh, temsilin esası mümessilin kendisine has iradeyi izhar etmek suretiyle muameleye iştirak etmesinde tecelli eder. Maamafih, mümessil tarafından yapılan muamelelerin hüküm ve neticelerinin hangi esasa göre temsil olunanın hukuki sahasında temerküz ettiği meselesi üzerinde müellifler arasında tam bir mutabakat mevcut değildir.

Bazı müellifler 13) vasıtasız temsili bir faraziyyeye istinat ettirmektedirler. Fiksiyon nazariyesi denilen bu görüşe göre mümessil, temsil olunan kimse namına bir akit yapmak için irade beyanında bulunduğu zaman sanki mümessil değil de temsil olunan iradesini beyan ediyor farzedilir. Laband'ın ifade ettiği veçhile mümessilin iradesi hukuki bakımdan temsil olunanın iradesine tekabül eder 14). Şu halde mümessil, temsil ettiği kimşenin iradesini taşıyan bir vasıttan başka bir şey değildir.

Ancak modern doktrinde fiksiyon nazariyesi kat'i olarak reddedilmiştir. Merhum Prof. Arsebük'ün pek güzel bir şekilde ifade ettiği gibi «temsil kudretinin kanuna dayandığı hallerde mümessilin, kasırın iradesini taşımakta olduğu iddiası mantıkan müdafaa edilemez. Çünkü, kasırın temyiz kudretinden tamamen mahrum bulunduğu zamanlar için dahi kanuni mümessilin yaptığı muameleler, temsil olunanı ilzam etmektedir. 15).

Buna mukabil modern doktrin, menşeyini Jhering'de bulan telâkkiye 16) uygun olarak, mümessil tarafından yapılan bir

13) Laband, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allg. D. H. B.* Zeitschrift für das ges. Handelsrecht. 1866, c. 10, s. 183 ve mütea.; Pilon, a. g. e., s. 28; Madray, *Essai d'une Théorie générale de la représentation en droit français* Paris. 1931, s. 106; Popesco - Ram - niceano, *De la représentation dans les actes juridiques droit comparé, Paris, 1927, s. 200 ve mütea.*

14) «Der kontraks - wille erzeugt sich in der person des Vertreters, allein dieser wille gilt rechtlich als der wille des Vertretenen» Laband, a. g. e., s. 187.

15) Arsebük, *Borçlar Hukuku, 1950, s. 466.*

16) Jhering, *Geist des Römischen Rechts, c. III, s. 166-Gilliard, Le contrat avec soi - même, Lozan, 1946, s. 231 not 1 de zikredilmiştir.*

muamelenin hüküm ve neticelerinin temsil edilene ait olmasının sebebinin kanunî temsilde kanun ve iradi temsilde temsil olunanın iradesine istinat eden temsil selâhiyetinde görmektedir. Diğer bir ifade ile kanun veya temsil selâhiyeti, mümessilin yaptığı bir hukuki muamelenin tevhit ettiği hüküm ve neticelerin temsil edilenin hukuki sahasında meydana gelmesini temin etmektedir. Hülâsa, temsil nazariyesine göre bir temsil münasebetinde hukuki muamelenin vücuda gelmesini intaç eden iradenin, mümessilin iradesi olduğunu kabul etmekte zaruret vardır.

Laband'ın fiksiyon mefhumuna istinat eden Römer, 1874 senesinde kaleme aldığı bir makalede 17), «selbstkontrahieren» in sadece mümessilin iradesini beyan etmesi neticesi meydana gelmesinin bunun akdi karakterini ihlâl etmeyeceğini ileri sürmüştür. Bu müellife göre, mümessilin iradesini iki ayrı nam altında izhar etmesi objektif bakımdan mümkün olmayan bir şey değildir. Esasen vasıtasız temsilde temsil olunanın iradesi mümessilin iradesine tekabül ettiğinden bu nevi temsilde hakikat halde mevcut olan iki irade beyanı neticesinde bir akit meydana gelmektedir. Ancak Römer'in nazariyesinin en başlıca eksikliği «*consensus*» u akdin şartlarından birisi olarak kabul etmeyişi ve vasıtasız temsil münasebetini bir fiksiyona istinat ettirmesidir.

Temsil nazariyesi taraflarından birisi olan büyük hukukçu von Tuhr'a göre 18), «selbstkontrahieren» in hukuki mahiyetinin mukavele olduğu fikrine sadece mümessilin kendi iradesini kullanması sebebiyle itiraz edilebilir. Halbuki B. K. m. 1. bir mukavele için beyan edilmiş iki iradeye lüzum gösterir. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasında da bir değil biri bizzat mümessil tarafından kendi namına, diğeri temsil ettiği kimse namına olmak üzere iki irade tezahür etmektedir.

Arsebük de eserinin 1950 tabında bu fikre iştirak etmiştir 19).

Portmann tezinde 20), mümessilin kendi kendisiyle muamele yapmasının teknik mânada bir mukavele mi yoksa daha ziyade vüsulü iktiza eden tek taraflı bir hukuki muamele mi olduğunu araştırmaktadır. Portmann, İsviçre Borçlar Kanununda mu-

17) Römer, *Das Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst* Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, c. 19, s. 69 - Portmann, a. g. e., s. 6-7 de zikredilmiştir.

18) Von Tuhr, a. g. e., C. II, s. 244 not 51.

19) Arsebük, a. g. e., s. 479 not 103.

20) Portmann, a. g. e., s. 25.



kavelenin bir tarifinin yapılmadığını işaret ettikten sonra akdin in'ikad şartlarını tâyin eden B. K. m. 1'i beyan sistemine göre inceleyerek 21), mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının hakiki bir mukavele mahiyeti taşıdığını ileri sürmektedir.

Prof. F. H. Saymen de makalesinde 22) böyle bir muamelenin hukuk tekniği bakımından beyanı rıza ve temsil nazariyelerinin meczedilmesiyle mümkün olacağını ifade etmiştir. «Zira bir şahıs kendi namına icapta bulunarak yine kendi namına kabul ederse, ortada hiçbir hukuki muamele mevcut olmaz; hak iktisap edecek veya borçla mükellef olacak kimsenin hiç değilse kendisinden başka biriyle muameleye girişmesi veya onu temsil etmesi lâzımdır; yahut iki ayrı şahsın aynı zamanda mümessili bulunması lâzımdır. Bu suretle akdi yapınca, akit hakikat halde temsil olunan şahıslara ait olur ve mümessil ortadan silinir». Mesele, mümessil sabah aldığı mektuplar arasında faraza yüz ton kömür satmasına müteallik bir emir bulsa ve bu emri yerine getirmek için icapta, yani rıza beyanında bulunsa ve bundan sonra temsil ettiği diğer bir şahıstan mektup alarak yeni cins ve aynı fiattan yüz ton kömür satın alması, istense biraz evvel yaptığı icabı bu ikinci şahıs için kabul ederek akdi meydana getirebilecektir 23).

Velidedeoğlu 24), Guhl 25), Oser-Schönenberger 26) gibi diğer bazı müellifler de bu gibi muamelelerde bir akit mahiyeti görmektedirler.

2. Mümessilin kendi kendisiyle muamele yapmasının hukuki mahiyeti tek taraflı bir hukuki bir muameledir.

Rümelin 27), mümessilin kendi kendisiyle muamele yapmasının bir akit değil belki tek taraflı hukuki bir muamele olarak tavsif etmiştir. Bu müellife göre «selbstkontrahieren» bir kişinin iradesi neticesi meydana geldiğinden bunu bir mukavele mahiyetinde telâkki etmeye imkân yoktur.

21) Portmann, a. g. e., s. 25 - 29.

22) Saymen, a. g. m., s. 1089.

23) Saymen, a. g. m., s. 1090.

24) Velidedeoğlu - Kaynar Borçlar Hukuku, 1957, s. 73.

—25) Guhl, *Le droit fédéral des obligations*, 1947, s. 109

26) Oser - Schönenberger, *Komm. zum Schweiz. ZGB, Das Obligationenrecht*, Mad. 33 No 12.

27) Rümelin, *Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters*, Freiburg, 1888, s. 18 Bk. Gilliard, a. g. e., s. 243.

Bu görüş tarzı akit nazariyesi taraftarlarınca tenkit edilmektedir; zira tek taraflı bir hukuki muamele sade bir kişinin iradesini beyan etmesi neticesi meydana geldiği halde «selbstkontrahieren» de mümessil bir defa temsil ettiği kimse namına ve bir defa da kendi namına olmak üzere iki ayrı irade beyanında bulunmaktadır.

Keicher tezinde 28), «offertentheorie» denilen icap nazariyesini ileri sürmüştür. Bu müellife göre 29), maksada en elverişli sistemi Rümelin tesis etmiş fakat bu görüşünü tekemmül ettirmemiştir. Temsil olunanın mümessile verdiği vekâletnamede bu vekâletin yanında temsil olunan ile mümessil arasında bilvasıta bir mukavele akdetmek zımında yapılmış bir icap (offerte) mevcuttur.

Keicher'e göre 30), mümessile verilen bir vekâletname kendisiyle mukavele yapması hususunda bir icap mahiyetinde kabul edilemez. Vekâletnamede böyle bir icabın tasrih edilmesi lâzımdır. Buna mukabil kanunumuz zımnı kabulü kabul etmektedir. İşte, mümessilin kendi kendisiyle muamele yapmasında vaziyet böyledir. Müvekkil A, mümessil eşyalarını belirli şartlar altında muayyen bir fiyata satmak hususunda selâhiyetli kılmalıdır. Böyle bir halde, temsil olunan A, mümessile bu eşyayı kendisi için alabilmek selâhiyetini de bahşetmiş olmaktadır ki bu A'nın mümessile yaptığı icaptan başka birşey değildir. Filhakkı, satmak hususunda «müsaade» ile «icap» arasında maddî bakımdan hiçbir fark yoktur. Zira, müvekkilde hakikaten bir satış iradesi mevcuttur. Bir mukavelenin in'ikadı için esaslı noktaların hepsi müvekkil tarafından tesbit edilmektedir. Bir mukavele ise icabın uygun olarak yapılan kabulü neticesinde meydana gelmektedir. Alelâde bir mukavelenin in'ikadı ile «selbstkontrahieren» arasındaki fark ise mukavelenin artık müvekkil tarafından değil, fakat mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasında tezahür eder. Böylece, vekâletname mümessile kendi kendisiyle mukavele yapması hususunda sarahaten müsaade veriyorsa hiçbir müşkülât yoktur 31). Fakat, mümessile kendi kendisiyle mukavele yapması hususunda zımnı bir müsaade verilmiş

28) Keicher, *Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters*, Bern, 1940, s. 86 - 97.

29) Keicher, *a. g. e.*, s. 87.

30) Keicher, *a. g. e.*, s. 88.

31) *Ibid.* s. 90.

ise vaziyet farklıdır. Keicher bu takdirde Offertentheorie'nin ancak bir fiksiyon ile izah edilebileceğini kabul etmektedir. İcap nazariyesi böyle bir halde temsil olunanın rızasını müsaade (Gestattung) şeklinde değil belki tasvip (Genehmigung) şeklinde verdiğini farzeder 32). Şu hale göre mümessil müvekkil namına bir icapta bulunmakta ve bu icap evvelden müvekkil tarafından tasvip edilmektedir. Böylece müvekkilin tasvip şeklindeki beyanı, ister zımnen verilmiş olsun isterse verilmiş farzolunsun, bir kabul olarak telâkki edilebilir. İşte mukavele mümessilin icabı veya kabulü ile tekemmül eder. Hülâsa, mademki kendi kendisine yapacağı böyle bir icabı evvelden kabul etmiş farzolunmaktadır, öyleyse «selbstkontrahieren» temsil olunanın menfaatlerine aykırı bir mahiyet taşımadıkça bir icap makamına kaim olacaktır.

Keicher tarafından müdafa edilen «Offertentheorie» nin de mahzuru bir fiksiyona istinat ettirilmiş olmasındadır. Bundan başka, müvekkilin bahsettiği temsil selâhiyetine istinat etmeyen kanuni temsilde bu hal tarzı izah edilemez. Kaldı ki icabın bir takım aslı şartları vardır :

a) Mademki icap tevcihli muktazi bir beyandır, o halde icap ancak muayyen veya kabili tâyin bir muhataba karşı yapılabilir 33).

b) İcap, mucibin iradesini beyan etmek istediğini ve bununla bağlanmak niyetini (animus contrahendi - akit niyeti) ifade etmelidir.

c) İcap, mukavelenin bütün asli unsurlarını ihtiva etmelidir. Prensip itibariyle diğer taraf sadece evet dediği zaman mukavele in'ikad eder 34). Bu unsurlar mümessilin kendi kendisiyle muamele yapmasında mevcut bulunmadığı içindir ki Keicher bir fiksiyona müracaat etmek mecburiyetini hissetmiştir.

Gilliard 35) ise, işe von Tuhr ve Portmann tarafından müdafa edilen akit nazariyesini tenkit etmekle girişmiştir. Bu müellife göre, hernekadar bir mukavele karşılıklı irade beyanlarının birbirine tetabuku ile teşekkül ederse de kanunun bu mukaveleyi müeyyide altına almasının sebebi, irade beyanlarının

32) *Ibid.*, s. 91

33) Ancak istisnaen icap gayri muayyen bir şahsa karşı da yapılabilir (*ad incertam personam*).

34) RO 31 II s. 649; Béguelin, FJS 115, s. 1; Oser - Sshönenberger, a. g. e., Mad 3-10 ilk mül. No 3. Maamafih, Estoppey, s. 59-60, in haklı olarak beyan ettiği gibi pek istisnai hallerde meselâ, alternatif borçlarda mukavele diğer tarafın sadece evet kelimesiyle in'ikad etmez.

35) Gilliard, a. g. e., s. 236.

tarafların hakiki iradelerini tezahür ettirdiğinin kabul edilmesidir. Hata, hile, ikrah gibi iradeyi fesada uğratan sebepler dolayısıyla mukavele feshedilebilmektedir. Bu hal ise kanunun sadece beyanı değil hususiyle deruni iradeyi nazarı itibara aldığını gösterir. Binaenaleyh, irade nazariyesi «Willenstheorie» beyan nazariyesinden «Willenserklärungstheorie» daha üstündür. Federal Mahkeme tarafından da kabul edilen itimat nazariyesi «Vertrauensstheorie» ise sadece irade nazariyesini muhatabın irade beyanının hüsnüniyetle tefsir etmesi suretiyle itmam etmektedir 36). Hernekadar akit irade beyanlarının uygunluğu neticesi meydana gelirse de kanun tarafların deruni iradeleri arasındaki mutabakat hususunda bir kârîne kabul eder. Halbuki, «Selbstkontrahieren» de mümessil tek başına hareket ettiği için iradeler arasında bir mutabakat bahis mevzuu olamaz. Mümessilin kendi kendisiyle muamele yapması tek taraflı hukuki muamelelere çok yaklaşıyor ve bir inşai hakkın kullanılmasından başka bir şey değildir. Gilliard, von Tuhr ve Portmann tarafından ileri sürülen mümessilin bir defa kendi namına bir defa da müvekkili namına olmak üzere iki ayrı irade beyanında bulunduğu fikrine de itiraz etmekte ve mümessilin evvelâ icap bilâhare kabulde bulunmaksızın sadece bir irade beyanında bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşün doğruluğunu ispat etmek için iki misal vermektedir 37) :

Misal 1. Bir Anonim şirketin müdürü olan X bir notere giderek aşağıdaki beyanda bulunmaktadır : «Aşağıda imzası bulunan X şirkete yüz bin frank mukabili elinde mevcut inşaat kerestesini satmayı teklif eder. Bu icap bir aylık bir müddet için muteberdir. Lozan, 10 Haziran, 1945». Bir hafta sonra X tekrar notere gelerek aşağıdaki beyanını vermiştir : «Aşağıda imzası bulunan X şirketin müdürü sıfatiyle 10 Haziran 1945 de kendi kendime yaptığım icabı kabul eder ve X in elinde bulunan inşaat kerestesini şirket namına yüz bin franka satın aldığımı bildiririm. Lozan 18 Haziran, 1945». Gilliard'a göre yukarıki halde biri 10 Haziran diğeri 18 Haziranda beyan edilmiş iki irade izharı mevcuttur. Mukavelenin aktedilip edilmediğini anlamak için irade beyanlarını B. K. m. 1'e göre mukayese ve tetkik etmek icap eder.

36) Gilliard, a. g. e., s. 237.

37) Gilliard, a. g. e., s. 238.

Misal 2. Bir Anonim şirketin müdürü olan X notere aşağıdaki beyanda bulunmuştur. «Aşağıda imzası bulunan ve kendi namına hareket eden X elinde mevcut inşaat kerestesini yüz bin frank mukabili şirketin müdürü sıfatıyla kendi kendisine sattığını beyan eder».

İşte bu misalden hareket eden Gilliard kendi kendisiyle mukavele yapan mümessilin çifte vazife gördüğü hallerde bile ancak ve ancak kendi iradesini beyan ettiğini ileri sürerek akit nazariyesinin kabili tatbik olmadığını iddia etmiştir 38). Bundan başka von Tuhr tarafından kabul edilen akit nazariyesinin istinat ettiği beyan prensibi modern hukuk doktrininde ve hususiyile Federal Mahkeme içtihatları tarafından tasvip edilmemektedir.

Gilliard, Rümelin'in tek taraflı hukuki muamele nazariyesine iştirak etmektedir : «Selbstkontrahieren» tek bir hukuki saha içerisinde iki hak süjesi arasında yapılan tek taraflı bir hukuki muameledir. İşte bu fikri müdafaa eden Gilliard, Rümelin'in «Selbstkontrahieren» i tek taraflı hukuki muameleler zümresine ithal ettikten sonra bunun karakteristik vasıflarını tesbit etmeyerek bir inşai hakkın kullanılmasından ibaret olan icaptan tefrik etmediğini belirttikten sonra bu müessesenin karakteristik vasıflarını şu şekilde tavsif etmektedir 39) :

1. «Selbstkontrahieren», aynı zamanda iki hakkı veya bir hak ve bir selâhiyeti veyahut iki selâhiyetli kullanan bir kimsenini eseridir.

2. Kendi kendisiyle muamele yapan mümessil hakikat halde yalnız bir irade beyanında, bulunmaktadır. Maamafih, bazan «selbstkontrahieren» kendi kendine bir icap ve kabul suretiyle iki irade beyaniyle de husule gelebilir.

3. Muteber surette teşekkül eden bir «selbstkontrahieren» in hüküm ve neticeleri mukavele hukukunun umumi prensiplerine göre halledilir. Binaenalyh, kendi kendisiyle yapılan bir satış mukavelesinin hüküm ve neticeleri satış akdinin umumi prensipleri tarafından tanzim ve idare edilir.

4. Mümessil kendi kendisiyle mukavele yaparken mümessilin hilesinden veya gabinden bahsedilemez. Zira, mukaveleye vücut veren sadece mümessilin iradesidir.

38) Gilliard, a. g. e., s. 239.

39) Gilliard, a. g. e., s. 258-259

Hülâsa, Gilliard'a göre mümessilin kendisiyle muamele yapması, diğer tek taraflı hukuki muamelelerden farkı bir tektaraflı hukuki muameledir 39 a) Bu bakımdan, üç türlü hukuki muamele birbirinden tefrik edilebilir.

a. İcab ve ilân suretiyle vait gibi sadece o muameleyi ifa eden kimseyi ilzam eden tek taraflı hukuki muameleler.

Bunlar muameleyi yapan ile muhatap arasında bir hukuki münasebet mevcut olmadığı hallerde dahi mümkün olan muamelelerdir.

b. Bir inşai hakkın kullanılması neticesi meydana gelen tek taraflı hukuki muameleler.

Evvilkilerin aksine olarak ancak taraflar arasında bir hukuki münasebetin mevcut olduğu hallerde inşai hak istimal edilebilir.

c. Nihayet, üçüncü grup hukuki muameleler bir kimsenin kendi kendisiyle yaptığı bütün muameleleri, başka bir tâbirle normal olarak iki kişinin yapması lâzım gelen muamelelerin tek kişi tarafından yapıldığı bütün halleri ihtiva eder. Bunlar da üçe ayrılabilir.

aa. Bir kimsenin kendi kendisiyle mukavele yapması

bb. İMK. m. 733 (M. K. m. 706) de bahis mevzuu olan bir kimsenin malik olduğu iki gayrimenkulden biri üzerinde diğeri lehine irtifak hakkı tesis etmesi.

cc. Bir kimsenin iki mamelektan istifade etmesi.

Gilliard'ın böylece hülâsa ettiğimiz fikirlerine iştirak etmeye fikrimizce imkân yoktur. Zira, kanaatımızca, «selbstkontrahtieren» de iki irade beyanı mevcut olmadığını izah ve ispat etmek için verdiği misal eksiktir. Filhakika, kendi namına hareket eden X'in inşaat kerestesini satmak hususundaki icabı, şirket müdürü sıfatıyla aynı X tarafından kabul edilmedikçe ortada mümessilin kendi kendisiyle yapmış olduğu bir mukavele bahis mevzuu olamaz. Olsa olsa mümessilin kendi kendisine yaptığı bir icab vardır, o kadar. «Selbskontrahtieren» bu icabın

---

39 a) Aynı fikirde Droin, *la representation indirect en droit suisse*, 1956, s. 101.

X tarafından kabulü ile tekemmül eder. Şu halde Gilliard'ın verdiği misal sadece basit bir icaptan başka bir şey değildir.

Saniyen, Gilliard aynı tarihlerde aynı mümessil tarafından yapılan icap ve kabulün bir mukavele karakteri taşıdığı hâde aynı anda yapılmış bir icabın hemen kabulünün neden bir mukavelenin teşekkül etmesi için kâfi görmediği anlaşılmalıdır.

Nihayet, Gilliard irade nazariyesinin beyan prensibinden daha üstün olduğunu kabul etmekte ve itimat nazariyesinin ancak irade nazariyesini itmam ettiğini beyan etmektedir. Halbuki bugün, İsviçre doktrininde ve Federal Mahkeme içtihatlarında akitlerin in'ikadı sahasında kabul ve tatbik edilmekte olan itimat prensibi irade nazariyesinden tamamen farklıdır. Bilindiği üzere, itimat prensibi bir irade beyanına muhatap olan kimsenin bu beyana hüsnüniyetle, dürüst ve makul bir insan sıfatıyla vereceği mânaya ehemmiyet verir. Böylece muhatabın beyana hüsnüniyetle atfettiği mânâ, beyan sahibinin hakiki iradesine uymasa dahi, beyan sahibini bağlar. Ne deruni bir mefhum olan iradeye, ne de sırf iradenin harici tezahür şekli olan beyana istinat eden itimat prensibinin dayandığı esas, beyan sahibinin muhatap tarafından tanınabilen iradesidir. Bir beyana muhatap olan kimse evvelâ hüsnüniyetle kendisinden beklenen ihtimamı göstererek beyan sahibinin hakiki maksadını araştırarak, sonra hüsnüniyetle bu beyana atfettiği mânaya muteber olarak itimat edebilecektir. Beyan sahibi de beyanın hüsnüniyet kaidelerine göre iş hayatında nasıl anlaşılacak idi ise ona göre anlaşılmasını ve muamele görmesine müsaade etmeye mecburdur. Hülâsa, itimat nazariyesi önce muhatabın sonra da beyan sahibinin menfaatlerini korumak suretiyle irade ve beyan nazariyelerini telif etmektedir 40).

### 3. Temsil nazariyesi ile itimat nazariyesinin birlikte tatbiki

Kanaatimizce mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapabilmesi en iyi şekilde temsil nazariyesi ile itimat nazariyesinin birlikte tatbiki neticesinde izah olunabilir.

Temsil nazariyesine göre mümessil evvelâ temsil olunan kimse namına kendi iradesini izhar etmektedir. Bilâhère, mü-

40) Esener, *Borçlar Hukuku sistemimize göre akitlerin in'ikadında itimat prensibinin ehemmiyeti*, *Ank. Huk. Fak. Der.* 1952, c. IX, sayı, 3-4, s. 172-174.

messil bu sefer asil sıfatıyla iradesini izhar etmektedir. İtimat nazariyesine göre ise akit hüsnüniyetle tefsir edilen irade beyanları arasındaki uygunluk neticesinde meydana geleceğine göre mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hukuk tekniği bakımından mümkün olup hukuki mahiyeti *sui generis* bir mukavele olarak tavsif edilebilir.

II. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması kanun tarafından kabul edilmiş midir?

Türk - İsviçre mevzuatını bu bakımdan tetkik etmeden kısa da olsa Alman ve Fransız Hukukunda meseleyi tetkik etmenin faydalı olacağı kanaatındayız.

#### A. ALMAN HUKUKU :

Alman Medeni kanunu m. 181 mucübince «bir mümessil kendisine başka yolda mezuniyet verilmemişse, temsil olunan namına bizzat kendisiyle kendi namına veya bir üçüncü şahsın mümessili sıfatıyla, bir hukuki muamele aktelemeyebilir, meğerki hukuki muamele münhasıran bir mükellefiyetin ifasından ibaret olsun.»

Görüldüğü üzere Alman Medeni Kanunu, § 181 ile, mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hakkında bir memnuiyet kaidesi ihtiva etmektedir. Bu memnuiyetin sebebi Alman kanun vazının «selbstkontrahieren» e karşı duyduğu endişedir. Yoksa, Alman Medeni Kanunu bu müessesenin hukuken gayrimümkün olduğunu hiçbir şekilde ifade etmek istememiştir. 181 inci madde herşeyden evvel muhtemel bir menfaatler ihtilâfının önü ve geçmey istihdaf etmektedir (41). Temsil olunanı himaye maksadiyle vaz edilmiş olan bu hüküm ile Alman medeni kanunu temsil selâhiyetine ve dolayısıyla hukuki muamele yapabilmek kudretine bir takdit vaz etmektedir. Kanun vazn mümessilin kendisiyle yapacağı muamelelerin temsil olunanın menfaatlerini ihlâl edeceği noktasından hareket etmiştir. Binaenaleyh, muayyen bir hâdisede mümessilin kendisiyle akdettiği muamele hakikatte temsil olunanın lehine olsa dahi 181 inci maddedeki memnuiyet kaidesi yine tatbik edilecektir. Buna mukabil mümessilin üçüncü şahıslarla yapacağı muamelelerde temsil olunanın menfaati için bir tehlike olsa bile 181 inci madde tatbik edilmeyecektir (41a). Mezkûr madde esas itibarıyla iradi temsili istihdaf etmektedir. Maamafih, kanuni temsilde de 1795 inci maddenin

(41) Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Auflage, 1958, Mad. 181. von Tuhr allg. teil, s. 366.

41a) Staundinger, Mad 181, No. 3; Von Tuhr allg. teil s. 366 - 367.



sonuncu fıkrası ile, 181 inci madde hükmü mahfuz tutulmaktadır. Filhakika, 1795 inci madde kasırın yapacağı bir hukuki muamelede diğer taraf vasinin karısı, kocası veya usul ve fûru hısımlarından birisi ise vasinin kasırı temsil etmeye selâhiyeti olmadığını, aynı şekilde kasırın vaside olan teminatlı bir alacağının devri veya teminatın ref'i veya tenkisi hususunda yapılacak olan bir hukuki tasarrufta da vasinin kasırı temsile selâhiyeti bulunmadığını beyan etmekte ve 181 inci madde hükmünü de mahfuz tutulmaktadır. 1795 inci madde 1915, 1630 ve 1686 inci maddeler vasıtasıyla de kayyımlik, baba ve ananın velâyetine de tatbik edilmektedir. Şu halde bütün bu kanuni temsil hallerinde 181 inci maddeyi ihlâl ederek kanuni mümessil kendi kendisiyle bir muameleye girişemez.

181 inci maddenin vaz eylediği memnuiyet kaidesi yalnız borç doğuran mukavelelere değil, aynı haklara ve aile hukukuna müteallik akitlere ve muhataba vüsulü iktiza eden beyanlara da şamilidir (42). Binaenaleyh, mümessilin kendi kendisine bir şeyi teslim etmesi o şeyin mülkiyetini kendisine intikal ettirmez. Mümessilin kendi kendisiyle bir mukaveleyi feshi ihbar etmesi hüküm ve netice meydana getirmez. Keza Mümessil temsil olunandaki bir alacağına karşılık olarak onun bir gayrimnekulü üzerinde kendi lehine bir ipotek tesis edemez.

181 inci maddede zikri geçen memnuiyet kaidesi kıyas suretiyle çifte temsile de tatbik edilecektir.

Memnuiyet kaidesini vaz eden 181 inci madde metnindeki mümessil mukavele yapamaz «Ein vertreter kann nicht.» ibaresinden evvelâ bunun müeyyidesinin mutlak butlan olduğu doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından kabul edilmişti (42a). Fakat modern Alman doktrin ve içtihatlarında hakim olan fikre göre 181 inci madde selâhiyetsiz temsil gibi telâkki olunmalıdır. (43). Alman Medenî Kanununun 177 inci maddesine göre bir kimsenin temsil selâhiyeti olmadan bir başkası namına akdettiği muamelenin temsil olunan bakımından hüküm ve muteberiyeti temsil olunanın tasvibine bağlıdır. Şu halde, bu telâkkiye göre mümessilin kendi kendine yaptığı ve bidayette muteber olmayan muamele temsil olunan tarafından icazet verilmek suretiyle muteber hale getirilebilir (44). Çifte

(42) ERG 89 84, s. 367. Yine bk. von Tuhr, allg. teil s. 364:

42a) ERG 51, No. 98; Planck, BGB, 1903, Mad 181, No 3.

(43) Palandt, a.g.e., Mad 180 No. 3, s. 157. Staudinger, Mad. 181 No. 17

(44) Palandt, a.g.e., Mad. 180 No. 3; von Tuhr, allg. teil s. 366; Lange, s. 291.

temsilde de temsil olunanlardan herbirisinin tasvibi şarttır. Halbuki, 181 inci maddenin müeyyidesinin mutlak butlan olduğu kabul edilseydi bu muameleyi icazet vermek suretiyle muteber hale getirmek mümkün olmazdı. Alman Temyiz Mahkemesi de içtihadını değiştirerek mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin temsil olunan tarafından tasvip edilebileceğine karar vermiştir (45).

Ancak Alman Medeni Kanunu 181 inci maddesinde vaz eylediği memnuiyet kaddesini tahfif etmek maksadıyla buna bazı istisnalar da derpiş etmektedir.

1. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması için temsil olunan izin vermişse.

Filhakika, 181 inci maddeye göre temsil olunan mümessile bu yolda bir selâhiyet verirse «selbstkontrahieren» muteber olur. Bu hüküm temsil olunanı hımaye için vazedilmiş olduğuna göre temsil olunan bu hımayeden vaz geçebilir.

Maamafih, bazı hallerde temsil olunanın böyle bir izin ve selâhiyet vermesi mümkün değildir. Meselâ, Alman Temyiz Mahkemesinin de beyan ettiği gibi vesayet makamı böyle bir izin vermeye yetkili değildir (46). Keza, tek şahıs şirketlerinde (Einmannengesellschaft) vaziyet aynidir. Aynı ayrı herbir muamele için izin verilmesine lüzum olmayıp, temsil olunan tarafından mümessile kendi kendisiyle mukavele yapabilmesi için umumi mahiyette bir izin bahşedilmiş olması kâfidir. Bu izin herhangi bir şekle tâbi değildir. Meselâ, bir umumi heyet toplantısında karar şeklinde alınabilir (47). Buna mukabil, muayyen bir muamele için hususî bir izin verilirse Alman Yüksek Mahkemesine göre bu bir icap mahiyetindedir ve icabın muteber olabilmesi için kanunen aranan şekle riayet edilmesi icap eder (48). Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesi objektif bir unsuru, temsil edilen kimsenin verdiği izni, ihtiva ettiğinden bir izne ihtiyaç olup mümessilin hüsnüniyeti bu bakımdan bir rol oynamaz. Alman Temyiz Mahkemesi mümessilin hüsnüniyetli olması halinde bile kendi kendine yaptığı muameleler ile temsil olunanın ilzam olunamayacağına kadar vermiştir. Binaenaleyh, temsil edilen muameleyi tasvip edip etmemekte serbesttir (49). Alman doktrin ve mahkeme içtihatlarında umumi-

(45) ERG 71 No. 43, s. 162.

(46) ERG 71 No. 43.

(47) ERG 122 No. 35, s. 159; Gilliard, a.g.e., s. 143.

(48) ERG 87 No. 56, s. 246; Gilliard, a.g.e., s. 144.

(49) ERG 110 No. s. 214.

yetle kabul edildiğine göre temsil olunanın sarıh bir izin veya icazetine lüzum olmayıp zamni bir irade kâfidir (50).

2. Mümesilin kendi kendisiyle mukavele yapması bir borcun ifasını teşkil ediyorsa.

Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesi, mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının bir borcun ifasını teşkil ettiği hallerde «selbstkontrahieren» e müsaade etmektedir. (Mese-lâ AMK m. 586, 588, 1048) mümessilin kendi kendisine bir şeyin mülkiyetini nakletmesi dahi muteberdir. Ancak, kendi kendisiyle mukavele yapan kimsenin mülkiyetin nakli hususunda iradesini izhar etmesi ve mülkiyetin nakli suretiyle bir borcu ifası mev-zubahis olmalıdır. Eğer bir borcun ifası bahis mevzuu değilse mülkiyetin naklinden bahsedilmez. Böylece Alman hukukunda mücerret bir muamele olan teslim, sebebe bağlı illi bir muamele olmaktadır (51). Şarta bağlı borçlarda mülkiyet intikal etmez. Mümessil kendi kendisiyle yapacağı bir muamele ile temsil olu-nandaki muacceh olan bir alacak veya borcu takas veya mahsup edebilir. Fakat temsil olunan aleyhine defi hakkını kullanmak-tan vaz geçemez ve munazaalı olan bir borcu ifa edemez. Buna mukabil, müeccel borçlarda ise bir tefrik yapmak icap eder. Va-de münhasıran mümessilin lehine ise mümessilin bu vâdeden vaz-geçebilmesini kabul etmek lâzımdır. Vâde temsil olunanın lehine ise kendi kendine ifanın muteber olmaması lâzımdır. Zira, mü-messilin temsil ettiği kimseyi vadenin temin ettiği menfaatler-den mahrum edememesi icap eder (52).

Alman Doktrin ve Mahkeme içtihatları «selbstkontrahieren» i sadece bir borcun ifası münasebetiyle kabul ettiğinden (ein reines Erfüllungsgeschaeft), ifa yerine geçen bir eda mümkün değildir (53).

Görüldüğü üzere, Alman Medeni Kanununun 181 inci mad-desi borcun ifası sahasında edalar arasındaki mübadeleyi basitleştirmek ve çabuklaştırmak suretiyle hakiki bir hizmet gör-mektedir.

3. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasına kanun tarafından müsaade edilmişse.

Alman Medeni Kanununda mümessilin kendi kendisiyle mu-kavele, yapmasına müsaade eden müteaddit hükümler mevcut-

(50) *Staudinger, Mad 181 No. 19 f; EFG 99, s. 208.*

(51) *Von Tuhr, a.g.e., c. II s. 364 ve 366; Gilliard, a.g.e., s. 136.*

(52) *Portmann, a.g.e., s. 65; Gillard, s. 136.*

(53) *Palandt, a.g.e., Mad 181 No 4, von Tuhr allg. teil, s. 363*

tur. Meselâ, § 456'ya göre icra vasıtasıyla yapılan satışlarda vekâleten satışı idare eden şahıs ve yardımcıları satılan şeyleri ne kendi namlarına ve ne de başkasının mümessilli sıfatiyle satın alamazlar. Maamafih, 457 inci maddeye göre satışa borçlu, malik veya alacaklı sıfatiyle iştirak etmiş olan alâkahıların icazetiyle kendi kendisine yaptığı satışın muteber olacağını beyan etmektedir. Keza Alman Medeni Kanununun 18. Temmuz 1957 tarihli Müsavaat Kanununun «Gleichberechtigungsgesetz» 1 inci maddesinin 9 uncu Bendi ile değiştirilen 1363 üncü maddenin evvelki durumuna göre kanuni rejimde kadının malları evlenmekle kocasının idare ve intifaina tabi olduğundan kadın kocasına vasi tayin edilince bir taraftan kocasının mümessilli ve diğer taraftan şahsı namına hareket ederek kendi kendisiyle akit icra edebiliyordu (54).

Hülâsa, Alman Hukukunda mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hukukan gayrimünkün olmamakla beraber 181 inci madde prensip itibariyle ve menfaatler arasında ziddiyet mevcut olmasa dahi bunu men etmektedir. Maamafih 181 inci maddede objektif olarak tesbit edilmiş olan hallerde böyle bir muamele muteber olarak yapılabilmektedir. Alman Hukuku bu müesseseye sarahaten temsil selâhiyetinin suistimalinden (Missbrauch der Vertretungsmacht) tefrik etmiş ve «selbstkontrahieren» e sui generis bir mahiyet atfetmiştir.

#### B. FRANSIZ HUKUKU :

Fransız Medeni Kanunu eski bir geleneğe uygun olarak temsil müessesesini ayrıca tanzim etmemiş ve iradi temsile ancak vekâlet münasebetiyle temas etmiştir. Böylece temsil vekâletten tefrik edilmemiştir (55). Fr. M. K. m. 1584'e göre «vekâlet öyle bir akit'tirki bir şahıs haiz olduğu selâhiyete istinâden kendi namına ve müvekkili hesabına bir şey yapmak yetkisini haizdir.» Ancak doktrin, mevcut hükümlerden hakiki temsilin karakterini istihraç etmiştir (56).

Fransız medeni kanununda temsil müessesesi ayrıca tanzim edilmediği için Fransız hukukunda mümessilin kendi kendisiyle

(54) Bu maddenin tadilinden evvelki durum için bak. Saymen, a.g.m., s. 1110.

(55) Plantol - Ripert, *Traité pratique de droit civil Français* VI, I, No. 55, s. 62.

(56) Plantol - Ripert - Boulanger, *traité élémentaire du droit civil*, c. 2, 1947, No. 117, s. 47.

mukavele yapmasını tanzim eden B.G.B. §. 181'e benzer bir hüküm de pek tabii olarak mevcut değildir. Böyle bir hükmün mevcut olmaması karşısında Fransız doktrini bu müesseseyi etraflıca tetkik etmiş, böylece (Selbstkontrahieren) müessesesi Fransız hukukunda nisbeten yeni bir tâbir olan (Le Contrat avec soi-meme) adı altında ortaya atılmıştır (57). Fransız doktrini umumiyetle, mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapabilmesinin hukuk tekniği bakımından mümkün olduğunu kabul etmekle beraber mümessil ile müvekkil arasında kat'i bir menfaat ihtilâfı bulunduğu hallerde bu müesseye cevaz verilemeyeceğini beyan etmiştir. Planiol - Ripert - Boulanger'ye göre (58), bir kimsenin kendi kendisiyle mukavele yapması bir temsil münasebetinin mevcut olmadığı halde dahi mümkündür. Filhakika mirasın intikalinde mirasçının mameleki ile murisin memeliki bir birinden bazan ayrılır. Meselâ: Mirasçının mirası resmi defter suretiyle kabul etmesi (Fr. M. Km. 802) veya murisin alacaklıların talep ettiği bazı ahvalde (Fr. M. K.m. 878) vaziyet böyledir. Böyle bir halde mirasçı, tereke malları satışa çıkarıldığı taktirde bunları satın alabilir. Bu taktirde mirasçı terekeye ait malları külli halefiyet prensibi gereğince satmakta ve üçüncü bir şahıs sıfatıyla da satın almaktadır. Mezkûr müelliflerin bu temsil münasebetine istinaden bir kimsenin kendi kendisiyle mukavele yapması mümessillerin kendi menfaatini müvekkilin menfaatine tercih edeceği hallerde pek tehlikeli görmelerine mukabil, Demogue (59), «Selbstkontrahieren» in arz ettiği pratik faide ve kolaylıklar dolayısıyla tehlikenin önlenmesi şartıyla, Fransız doktrini ve Jurisprudence tarafından kabul edildiğini kaydetmektedir. De Page da «Selbstkontrahieren» in ahlâk ve adâba ve bizatihi hukuka aykırı bir müessese olmayıp sadece müvekkil için tehlike arz ettiğini beyan etmektedir (60). Fransız mevzuatındaki bazı hükümler ise mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını sarahaten men etmektedir.

Vekâlet akdinde yer alan Fr. M. K.m. 1596 ya göre butlan ile müeyyet olmak üzere, vasiler vesayeti ile mükellef oldukları kimselerin malları, vekiller satmak için vekâlet aldıkları kimselerin

(57) *Ibid* No. 145. s. 55; *De Page, traité élémentaire du droit civil Belge, 1948, c. II, No. 448, s. 405.*

(58) *Ibid* No. 146 - 147, s. 55 - 56.

(59) *Demogue, traité des obligations, I. s. 112.*

(60) *De Page, No. 448, s. 706.*

malları, amme müesseselerinin idarecileri ihtimamlarına bırakılmış olan malları, amme memurları millî emlakâta ait mallar hakkında icra edilen aleni müzayedeye doğrudan doğruya ve ne de mutavassıt şahıs marifetiyle iştirak edemezler (61).

Ancak Fransız Temyiz Mahkemesinin de kabul ettiği veçhile, 1596 ıncı madde yalnız satış için vekâlete kabili tatbik olup diğer hususlardaki vekâlete tatbik olunamaz. Böylece mümessil kendi kendisiyle bir icar, istisna, vedia akdi yapabilir (62). Müelliflerin umumiyetle kabul ettiklerine göre, 1596 ıncı madde kıyas yoluyla sadece aleni müzayededeki satışlarda değil müvekkil için daha tehlikeli olan müzayedesiz satışlarda da tatbik edilir (63).

Vekil, alış için vekâleti haiz ise acaba kendi malını satabilir mi? Doktrinde de bu suale umumiyetle menfi cevap verilmektedir. Hülâsa 1596 ıncı madde «Selbstkontrahieren» i tamamen men etmemekte ancak satış ve alış muamelelerinde mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını yasak etmektedir.

Bu yasağın müeyyidesi ise yapılan muamelelerin butlanıdır. Ancak burada bahis mevzu olan butlan, amme intizamı mülâhazası ile vaz edilmiş bir müeyyide olmayıp sadece müvekkili himaye etmek gayesini istihdaf ettiğinden, muamele müvekkilin izni ile muteber olarak yapılabileceği gibi muamele yapıldıktan sonra icazetle de muteber bir hale getirilebilir (64). Keza De Page'a göre memnuiyet yalnız hakiki bir menfaatler ihtilafın mevcut bulunduğu hallerde bahis mevzu olur (65).

Fransız hukukunda «Contre partie du comissionnaire» ismi verilen Alman hukukunun «Selbsteintritt» müessesesi Alman hukukunun aksine olarak «Selbstkontrahieren» in bir nevi olarak kabul edilmektedir. Fransız mevzuatında, komisyoncu kendi kendisiyle mukavele yapması imkânını bahşeden bir hüküm mevcut değildir. 1596 ıncı maddenin kıyas yoluyla tatbiki neticesinde bunun mümkün olmadığı neticesine varılmaktadır (66). Böylece komisyoncunun kendi kendisiyle mukavele yapamamasının sebe-

(61) D. 1863. I. s. 142.

(62) Demogue, s. 123.

(63) Demogue s. 122.

(64) Planiol - Ripert, VI, s. 92; Gilliard, a.g.e., s. 152.

(65) De page, No. 448, s. 406.

(66) Bu husustaki Fransız temyiz mahkemesinin kararları için Bk. Gilliard, S. 155, Not 3.

bi, kendi menfaatini müvekkilin menfaatine tercih etmesi endişesidir (67).

7/10/1890 tarihli «borsa işlerine mütaallik kararnamenin 43 üncü maddesi de borsa komisyoncularının iki müşteriyi temsilen biri namına satmak diğeri namına satın almak müsaadesini vermek suretiyle çifte temsile cevaz verdiği halde, komisyoncunun kendi namına asaleten müvekkili namına temsilen gireceği muameleleri yasak etmiştir. Keza 18 Temmuz 1866 tarihli emtea simsarları Kanununun 6 inci maddesi mucibince aleni bir satış icrasına memur edilen veya umumi bir mağazaya tevdi olunan emteanın kıymetini taktir için kendisine baş vurulan simsar, satışına veya kıymet taktirine memur edildiği malları satın almaya talip olamaz.

Görüldüğü üzere Fransız hukukunda komisyon aktinde komisyoncunun kendi kendisiyle mukavele yapması mümkün değildir. Mamafih doktrinde memnuiyet kaidelerinin müeyyedisinin nisbi butlan olduğu ve binaenaleyh izin veya icazet ile muamelelerin muteber hale getireleceği kayd edilmektedir (68). Fransız mevzuatında kanuni temsil sahasında da mümessilin kendisiyle mukavele yapmasını men eyleyen bazı hükümler mevcuttur. Meselâ Fransız Medeni kanunu madde 450 F. 3'e göre aile meclisi, vasi ile kira akdi yapmak hususunda vasi muavinine selâhiyet vermedikçe, vasi kasırın mallarını ne satım ve ne de kira suretiyle alabilir. Şu halde vasi, vesayet altındaki kimsenin malları hususunda kendi kendisiyle bir mukavele yapamayacaktır. Fransız M. K.m. 389/4'e göre küçüğün mallarını idare eden veli ile küçüğün menfaatleri arasında bir ihtilâf mevcut olursa mahkeme küçüğe *ad hec* bir kayyim tâyin eder. Şu halde veli menfaatlerin zıt bulunduğu hallerde, bu muameleyi kendi kendisiyle yapamayacak ancak mahkeme tarafından *ad hec* tâyin edilmiş bir kayyim ile yapılabilecektir. Hülâsa, yukarda arz edilen bir kaç kanuni hüküm istisna edilecek olursa Fransız hukukunda «Selbstkontre-hieren» in muteber bir muamele olarak kabul edildiği söylenebilir.

### C. TÜRK - İSVİÇRE HUKUKU :

Türk - İsviçre Borçlar Kanununda Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesine benzer bir hüküm mevcut değildir. Herne-

(67) *Plantol - Ripert Boulanger, No 153, s. 59, yine Bk. Demogue, No. 55, s. 125 — 130.*

(68) *Bk. Saymen a.g.m.s. 1104; Gilliard, s. 155, De Page, No. 406. Bu meselenin istisnaları için Bk. Demogue, No. 51, s. 119.*

kadar B.K.m. 427 komisyoncunun bizzat alıcı veya satıcı olmasına dair bir hüküm vazetmekte ise de, bu hüküm mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasından farklıdır. Zira, komisyoncu kendi namına alım ve satım yapmaktadır. Halbuki mümessil başkası namına hareket eder. B.K.m. 427 ye göre «borsada mukayyet veya piyasada cari fiyatı bulunan kambiyo senedatı veya diğer kıymetli evraki veya emteayı satmaya veya satın almaya memur edilen komisyoncu, âmir tarafından hilâfına talimat verilmemiş ise, satın alacağı şey yerine kendi şeylerini satabilir, yahut satacağı şeyi kendisi için satın alabilir». Bu hüküm meselemize tatbik edilemediğinden M.K.m. 1 in tatbiki icap eder. Bu maddenin ikinci cümlesine göre «hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi vazu kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vaz edecek idiyse ona göre hükmeder. Hakim, hükümlerinde ilmâ içtihatlarından ve kazai kararlardan istifade eder »

Kanaatımızca, bu maddenin tatbiki neticesi olarak, herşeyden evvel İsviçre Federal Mahkemesinin bu mevzudaki kararlarını tetkik ve tahtlil etmek suretiyle bir neticeye ulaşmak maksada elverişli olacaktır.

Federal Mahkeme ilk defa 1913 senesinde bu mevzua temas etmiştir. Hadise şu idi (69) : Siegwart isminde bir şahıs Glashütte Horw. A. G. isimli bir anonim şirketin müdürü idi. Şirket işleri iyi gitmediğinden, şirket umumî heyeti fevkalâde bir toplantısında, hissedarlar şirketin tasfiyesine karar verdiler. Fakat, Siegwart hissedarların kararının kanuna aykırı olduğunu ileri sürerek kararı imzalamaktan imtina etmiştir. Evvelce, şirkete 8.000 frank borç vermiş olan Siegwart şirkete ait makineleri şirketin müdürü sıfatıyla yine kendisine sattı. Nihayet, şirketin iflâs etmesi üzerine iflâs idaresi Siegwart tarafından yapılan tediyeleri kabul etmekle beraber onun kendi kendisine sattığı şeylerin iadesini talep etti. Fakat Siegwart'ın bunu kabul etmemesi üzerine iş mahkemeye intikal etti. Lucerne Mahkemesinin talebi kısmen kabul etmesi üzerine Siegwart Federal Mahkemeye müracaat etti. İsviçre Yüksek Mahkemesi şu mülâhaza ile talebi reddetti : Bu meselede kanuni bir hüküm ve örf ve âdet kaidesi mevcut olmadığından doktrin ve mahkeme içtihatlarından mülhem olmak icap eder. Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasına prensip itibariyle, temsil

69) RO 39 II 561 «Siegwart/Glasshütte Horw. A. G.



olunan için bir gabin tehlikesi mevcut olmadığı veya temsil olunanın bu yolda sarıh bir izni bulunmadıkca, batıl addetmek icap eder. Federal Mahkemeye göre, burada mevcudiyeti iddia edilen satış hakikat halde ne bir satıştır ve ne de sadece bir borcun ifasıdır. Belki kendi kendisine bir ifa yerine kaim olan bir eda (Dation en paiement en soi-même) dır. Bu ise bir borcun ifası olarak tavsif edilemez. Glashütte şirketi muameleye izin vermediği gibi yapılan muameleye icazet de vermemiştir.

Görüldüğü üzere, Federal Mahkeme bu kararında Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesinden mülhem olmakta ve mümessilin kendi kendisiyle sırf bir borcun ifası maksadiyle yaptığı muamelenin muteber olduğunu kabul etmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1931 tarihli diğer bir kararında ise başka bir hâdise ile meşgul olmuştur. 70).

Rohrbach isminde bir şahıs 9 Temmuz 1926 da Zürihte intişar eden bir gazeteye abone olmuştur. Bu gazeteye abone olmak Rohrbach ailesine kazaya karşı Winterthur sigorta şirketi nezdinde kazaya karşı sigortalı olmak hakkını veriyordu. Ancak kazanın vukuu anında gazeteye abone olmak sigorta poliçesinin şartı idi. İki mütevali abone ücreti ödenmediği takdirde abone feshedilmiş addedilecek ve kazanın, kazaya uğrayanın ağır bir kusurundan ileri gelmiş olması halinde sigorta tazminatı tenkis edilecektir. 15 Eylül 1928 de Rohrbach tren hattı üzerinden bisikletle geçerken bir tren kazası neticesinde ölmüştür.

Rohrbach ailesi gazeteye sadece abone değil aynı zamanda bu gazetenin o mantıkadaki bayii idi. Bu sıfatla mecmuayı abonelere dağıtıyorlar ve her numaranın parasını tahsil ediyorlardı. Bu maksatla gazete tarafından kendilerine bir de kontrol kartı verilmişti. Bu kartın üzerine abone ve mecmua numarası ile yapılan tediyeleri yazıyorlar ve her mecmua başına muayyen bir komisyon alıyorlardı. 1928 senesi baharına kadar topladıkları abone ücretlerini kendi abone ücretleri de dahil muntazaman gazeteye göndermişlerdir. Ancak kazanın vukuu sırasında altı mecmua bedelini gazeteye borçlu bulunuyorlardı. Dul kalan bayan Rohrbach sigorta şirketine müracaat ile sigorta bedelini talep etmişse de şirket sigorta bedelini ödememiştir.

Bern Kantonu Mahkemesi Rohrbach'ın abone ücretini kendi kendisine gazetenin mümessili sıfatıyla ödediğini ve hatta ayrı bir kutuya koyduklarını tesbit ederek mecmuanın mümessili sıfatıyla

70) RO 57 II 556 - JdT 1932, s. 561 «Dame Rohrbach/Winterthor

le kendi kendilerine ödemede bulduklarına ve böylece sigorta poliçesinde derpiş edilen mükellefiyetleri yerine getirdiklerine karar vermiş, ancak kazanın ağır bir ihmal neticesi husule geldiği mülâhazası ile sigorta bedelini bir miktar tenkis etmiştir.

Federal Mahkeme ise mümessilin ancak temsil edilenle arasında bir menfaat ihtilâfı bulunmadığı takdirde kendi kendisiyle mukavele yapabileceğini beyan ettikten sonra pratik bakımdan hâdisede temsil olunan için tehlike bulunduğunu tesbit etmiştir. Filhakika, temsil olunan tediyeler üzerinde doğrudan doğruya tasarruf edemeyeceği gibi tediyeler tamamen muvakkat, hayali ve gayri ciddi de olabilir. Diğer bir ifade ile mümessilin parayı geri alabilmek imkânı mevcut oldukça ödemenin muteber olmaması lâzım gelir. Esasen, İsviçre Hukukunda Alman Medeni kanununun 181 inci maddesine benzer bir hüküm mevcut olmadığı gibi hâdisede tediye sadece bir borcun ifasından ibaret olmayıp sigortanın da muteberlik şartıdır. Binaenaleyh, bu gibi hallerde tediye niyeti, *animus solvendi*'nin mevcudiyeti şüphelidir. Bu sebeplere binaen Federal Mahkeme kendi kendine yapılan ödemeyi bâtil addederek sigorta şartının tahakkuk etmediğine karar vermiştir.

Buna mukabil yukarıki hâdiseye mahiyet itibariyle benzeyen başka bir hâdisede Federal Mahkeme «Selbstkontrahieren» nazariyesini tatbik etmeyerek içtihadını değiştirmiştir. Federal Mahkemeye göre 71), bu gibi hallerde «Selbstkontrahieren» nazariyesine müracaat etmeye lüzum yoktur. Zira, mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasından bahsedilebilmek için bir kimsenin başkası nam ve hesabına muayyen muameleleri yapmaya selâhiyettar kılınması kâfi olmayıp muayyen işin o kimse tarafından hakikaten mümessil sıfatıyla yapılması icap eder. Şu hale göre, bir mecmuanın bayii olması dolayısıyla mümessil durumunda olan bir kimse o mecmuaya kendisini abone kaydettirmesi halinde bunu mecmuanın mümessili sıfatıyla hareket ederek yaptığı iddia edilemez. Filhakika, o kimse mecmuaya mümessil sıfatıyla değil, asil sıfatıyla abone olmakta ve bedellerini de kendi nam ve hesabına tediye etmektedir. Bu gibi hallerde mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasından bahsedilemez.

Esasen, Federal Mahkemenin 1932 tarihli içtihadı doktrin tarafından da tenkit edilmiştir. Gilliard, Federal Mahkemenin mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını pek istisnai hal-

71) RO 64 II 300 «Dame Golay/ Balotse»

lerde kabul eden Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesinden de ileri giderek, kendi kendine yapılan ödemeleri de kabul etmediğini beyan etmiştir 72). Halbuki, bu müellife göre, Federal Mahkeme Rohrbach'ın kendine yaptığı tediyein muvazaa veya hile sebebiyle muteber olmadığına karar verebilirdi. Çünkü Rohrbach ailesinde kendi kendilerine tediye iradesi mevcut değildi.

Federal Mahkemenin içtihadından istihraç edilebilecek netice şudur ki İsviçre Yüksek Mahkemesi İsviçre Hukukunda biraz mütereddit olmakla beraber meseleyi Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesinde vaz edilmiş esaslar dahilinde halletmeye mütemayildir.

Temyiz Mahkememiz de dâvalının mümessili bulunduğu bir kollektif şirketi feshederek alacak ve malları kendisine devir ve temlik etmesi sebebiyle açılan bir iptal dâvası münasebetiyle meselemize temas etmiştir. Temyiz Mahkememiz 73) «müvekkili ile vekilin menfaatlerinin taarruz ettiği hususlarda vekilin yaptığı bağt ve muamelenin iki tarafı birden tevelli etmesine kanunen cevaz yoktur», demek suretiyle Alman ve İsviçre Hukuklarında hâkim olan telâkkiye uygun hareket etmiştir 74).

Hülâsa, İsviçre Federal Mahkemesi, Alman Medeni kanunundan mülhem olarak mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını prensip itibariyle muteber saymamakta yani böyle bir muameleye kanunun bir hüküm ve netice izafe edemiyeceğini kabul etmektedir. Buna mukabil mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını ancak yapılan muamelenin temsil olunan bakımından bir tehlike arzemediği hallerde istisnaen cevaz vermektedir.

Böylece III üncü problemimize gelmiş bulunuyoruz. Acaba mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması muteber midir?

III. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması muteber bir muamele olarak kabul edilebilir mi? Böyle bir mukavelenin müeyyidesi nedir?

Buraya kadar yapmış olduğumuz tetkikat neticesinde mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının hukuk tekniği

72) Gilliard, a. g. e., s. 170.

73) Tem. Tic. D. E. 944/2540, K. 1747, 12.9.1945.

74) Bu kararın tahlil ve tasvibi hususunda bk. Saymen - Elbir- Oğuzman, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, Borçlar Hukuku, 1953, s. 154-156.

bakımından mümkün olduğunu ve Alman Medeni kanunununda bu müessesenin tanzim edilmiş olmasına mukabil Türk İsviçre Borçlar Kanunununda bu hususta bir hüküm bulunmadığını göstermiştir.

Medeni kanunumuzda ise mümessilin kendi kendisiyle muka vele yapmasına müteallik bazı hükümler mevcuttur.

Meselâ, M. K. m. 271'e göre «çocuk ile baba veya ana arasında yahut ana ve babanın nefine olarak çocuk ile üçüncü şahıs arasında yapılacak herhangi bir tasarrufta çocuk, borç iltizam etmiş olursa hususi bir vasinin (kayyımın) iştiraki ve hâkimin tasdiki lâzımdır.»

M. K. m. 376 mucibince sulh mahkemesi bir işte kanuni mümessilin menfaati ile küçüğün veya mahcurun menfaati birbirine zıt olursa alâkadarının istidası üzerine veya doğrudan doğruya kayyım tâyin eder.

M. K. m. 406 bent 7 gereğince vasi ile vesayet altında bulunan kimse arasında akdolunan mukavelelerin tasdiki hususunda sulh mahkemesinin kararı alındıktan sonra mahkemei asliyenin dahi müsaadesi lâzımdır.

Müşahede edileceği veçhile yukarıki hallerde kanun vazımız mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapamayacağını sarih olarak ifade etmiş bulunmaktadır.

Buna mukabil, mukavele hukuku sahasında bu hususta bir hüküm bulunmayışı karşısında İsviçre Federal Mahkemesi müteaddit kararlarında mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının Alman Medeni kanununun 181 inci maddesinde olduğu gibi prensip itibariyle hükümsüz olduğuna işaret etmiş bulunmaktadır. Federal Mahkeme ancak, yukarıda işaret ettiğimiz veçhile, mümessil ile temsil olunan arasında menfaat ihtilâfı bulunmadığı hallerde mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını muteber addetmektedir.

Yine yukarıda zikrettiğimiz kararında Temyiz mahkememiz de mümessilin kendi kendisiye yaptığı mukaveenin müeyyidesinin butlan olduğu fikrine mütemayildir.

Acaba, mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavele butlan ile mâlul bir muamele midir? Bu hususta doktrinde müellifler arasında görüş ayrılığı mevcuttur. Müelliflerin fikirlerinin kısaca hülâsası bu mesele üzerinde üç ayrı telâkkiyi ortaya koyacak ve

pratik bakımdan meselenin nasıl halledilmesi hususunda rehber olacaktır.

1. Bazı müelliflere nazaran mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavele prensip itibariyle muteber bir muamele değildir.

Meşhur hukukçu von Tuhr (75) mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin hukuka uygun bir muamele olduğunu kabul etmekle beraber Federal Mahkemenin bir prensip kararında zikredildiği veçhile Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesinde derpiş edilen hal şekline iltihak ederek mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının ancak vekâletnamede bu cihetin tasrih edildiği veya temsil olunan için istismar edilmek tehlikesi bulunmayan hallerde muteber bir muamele olarak kabul edilebileceğini beyan etmektedir.

Arsebük, 76) bu mesele hakkında, borçlar kanunumuzun sü-kûtu karşısında mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını kabul etmemek için bir sebep görmemekle beraber, von Tuhr'un fikrine iltihak ederek bu yoldaki bir muamelenin ancak iki istisnai halde muteber olabileceğini beyan etmektedir.

Guhl 77), Federal Mahkeme kararlarını zikrederek prensip itibariyle mümessilin kendi kendisiyle yaptığı muamelenin muayyen istisnalar dışında hukuka aykırı (illicite) olduğunu yazmaktadır. Bu müellife göre sarafatan izin verilmiş ve borsada cari fiyatı olmayan ve binaenaleyh temsil olunan tarafından bedelleri tayin olunamayan şeyler bahis mevzuu olmadıkça mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hükümsüzdür.

Schwarz 78), da Alman Medeni Kanunun 181 inci maddesini zikrederek ancak istisnai hallerde bu türlü muamelelere cevaz verilebileceğini yazmak suretiyle yukarıda zikrettiğimiz müelliflerin görüşlerine iştirak etmektedir.

Velidedeoğlu - Kaynar 79) da, ancak temsil olunanın menfaatinin korunduğu hallerde mümessile kendi kendisiyle akit yapma selâhiyetini tanımaktadır.

---

75) von Tuhr, a. g. e., s. 295.

76) Arsebük, a. g. e., s. 480

77) Guhl, a. g. e., s. 109.

78) Schwarz, a. g. e., s. 387

79) Velidedeoğlu - Kaynar, a. g. e., 1957, s. 73.

Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması meselesini hukukumuzda etrafı bir surette tetkik eden Saymen 80) de «ta-  
raflar arasında menfaat ziddiyeti bulunan ve binaenaleyh tehlike  
arzeden hallerde umum kaide olarak «selbstkontrahieren» e mü-  
saade edilmemesi lâzım gelir. Fakat, tehlike önlenilecek haller-  
le menfaat ihtilâfı bulunmayan hallerde bir tek şahsın akdin ta-  
rafını tevelli etmesine istisnaen müsaade edilmek icap eder» de-  
mektedir.

Nihayet, Gilliard 81) da bu yoldaki bir muamelenin yasak ol-  
duğunu yazmaktadır.

2. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması prensip  
itibariyle muteber bir muameledir.

Son zamanlarda bazı müellifler, Alman Medeni Kanununun  
181 inci maddesinin ve Federal Mahkemenin istinat ettiği objek-  
tif bazı kıstasları bir tarafa bırakarak, mümessilin kendi kendi-  
siyle yaptığı mukavelenin muteberiyetini mümessilin hüsnüniye-  
tine istinat ettirmek istememektedirler.

Bu müelliflere göre mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mu-  
kavelenin hükümsüzlüğü hukukumuzda mukavele serbestisi pren-  
sibini tahdit eden ve B. K. m. 19 ve 20 de vaz edilmiş bulunan  
prensiplerden istihraç edilemez. Bilindiği üzere mukavele ser-  
bestisi prensibi mahiyeti itibariyle fertlere aralarındaki hukuki  
münasebetlerini diledikleri şekilde tanzim etmek selâhiyetini  
bahşeden iradenin muhtariyet prensibinin mukavele hukuku sa-  
hasındaki tatbikinden ibarettir 82). Mukavele serbestisi prensibi  
herşeyden evvel fertlere bir mukavele akdetmek veya akdetme-  
mek hususunda serbestçe karar vermek selâhiyeti tanır. Mukave-  
le serbestisi prensibi bundan başka şahıslara mukavele yapacak-  
ları şahsın hüviyetini diledikleri şekilde tâyin ve intihap selâhi-  
yetini bahşeder. Şu hale göre B. K. m. 19 mucübince bir akdin mu-  
teber olması için bu maddede tâyin edilmiş bulunan hudutları te-  
cavüz etmemesi icap eder. Aksi halde B. K. m. 20 yapılan akdin

80) Saymen, a. g. m., s. 1113; Saymen - Elbir, *Türk Borçlar Hukuku*,  
1958, s. 307.

81) Gilliard, a. g. e., s. 194.

82) Karş. *Otfinger, Vertragsfreiheit s. 318 ve Esener, Kime aйт ol-  
caksa onun namına yapılan muameleler, E. Arsebük armağanı, 1958, s.*  
627.

hangi nisbette b atıl olduğunu tâyin eder. Őu halde mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması B. K. m. 19 ve 20 inci madde-  
deki hudutları aŐmadıđından muteber bir muameledir.

Başka bir t abirle mümessilin kendi kendisiyle mukavele yap-  
ması amme intizamına muhalif veya ahl ak ve adaba aykırı bir  
muamele değildir 83).

Bundan başka, temsile müteallik kaidelerden de «selbstkont-  
rahieren» in muteber bir muamele olmadığı neticesine varıla-  
maz 84).

Ancak mümessilin kendi kendisiyle yaptığı muamele bir hak-  
kın suistimalini teşkil ettiği nisbette hükümsüzdür.

Egger «temsil selâhiyetinin suistimali» isimli makalesinde 85)  
ilk defa olarak mümessilin kendi menfaatini temsil olunan men-  
faatına tercih ettiği yani, temsil olunanı istismar ettiği, hallerde  
hakkın suistimalinin mevcut olduğunu beyan etmiştir.

Bu noktai nazarı tek am l ettiren Portmann 86), mümessilin  
kendi kendisiyle yaptığı muamelenin bizatihi hakkın suistimali  
mahiyetini taŐımadıđı noktasından hareket ederek böyle bir mua-  
melenin İsviçre hukukunda prensip itibariyle muteber bir mua-  
mele olduğu neticesine varmıŐtır. Fakat, bu müellife göre, mü-  
messil hüsnüniyet kaidelerini ihlâl ederek temsil edilenin men-  
faatlerine aykırı hareket eder, onu istismar ederse hakkın suis-  
timali sebebiyle yapılan muamele b atıl olur. Bu yasağın sebebi,  
temsil olunanın hakkın suistimaline karşı himaye edilmesidir. Őu  
halde, mümessil ile temsil olunan arasında menfaat ihtil afının  
mevcut bulunduğu bütün hallerde mümessilin kendi kendisiyle  
mukavele yapması muteber değildir. Ancak temsil olunan izin  
vermişse muamele muteber olur 87).

83) Portmann, a. g. e., s. 44-45.

84) Portmann, a. g. e., s. 46-47.

85) Egger, *Missbrauch der Vertretungsmacht, Festgabe Wieland, 1934,*  
s. 52.

86) Portmann, a. g. e., s. 84-86.

87) Portmann, a. g. e., s. 87.

88) Becker, *Kommentar, zum Schweiz. ZGB, Obligationenrecht, 1941,*  
*Mad. 33 No. 11, s. 178.*

89) RO 63 II 173 - JdT 1938, s. 345 «Papier - Handelsgesellschaft/  
Müller - Messmer.

3. Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasının mahiyeti bir selâhiyetsiz temsildir.

Becker'e göre 88) mümessilin kendi kendisiyle bir muamele yapması halinde selâhiyetsiz temsilde olduğu gibi temsil olunanın icazet veya reddine mütevakıf, askıda bir muamele mevcuttur.

İsviçre Federal Mahkemesi de çift temsil münasebetiyle verdiği 1938 tarihli bir kararında 89), mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin temsil edilen tarafından, selâhiyetsiz bir mümessil tarafından yapılan bir muameleye icazet verilmesi gibi tasvip edilmesi halinde muteber olacağını ve temsil olunanı bağlayacağını beyan etmiştir.

Esasen yukarıda işaret ettiğimiz veçhile 90); Alman doktrin ve bazı mahkeme içtihatlarında da bu telâkki hakim olmaya başlamıştır.

İsviçre Hukukunda mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını etraflı bir şekilde selâhiyetsiz temsil ile izah eden şüphesiz Saussure olmuştur.

Bu müellife göre, problem yanlış vaz edilmiştir 91). Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması her zaman muteberdir. Hakkın suistimalini teşkil ettiği hallerde hüküm ve netice tevhit etmeyişinin sebebi mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelede selâhiyetini tecavüz etmiş olmasındandır. Mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin muteber olmayışının müeyyidesi o akdın hükümsüzlüğü veya bütlanıdır. Böyle bir netice ise tarafların menfaati bakımından maksada elverişli değildir. 92). Zira, bu takdirde, mümessilin kendi kendisiyle yaptığı bir mukavele, temsil olunanın o muameleye evvelden izin vermesi veya o muamelenin hakkın suistimalini teşkil etmediği haller dışında, hükümsüz olacaktır. Böyle bir halde ise akdın sakatlığı hiçbir şekilde giderilemeyecektir. Neticede, temsil olunanın lehine yapılmış olmakla beraber hakkın suistimali ihtimalini de tamamen ortadan kaldırmayan bir muameleye icazet verilemeyecektir.

90) Yukarıda not 43.

91) Saussure, *L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation*, 1945, s. 90.

92) Bk. *Reichel, Selbstkontrahtieren des Vertreters*, SJZ 12, s. 25-26.



Saussure'e göre 93). B. K. m. 38 mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukaveleye kıyas yolu ile değil bilakis bu müessesenin hakiki bir selâhiyetsiz temsil hali olması dolayısıyla, doğrudan doğruya tatbik edilebilecektir. Şu halde mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması ancak temsil selâhiyetinin hudutları içinde yapıldığı hallerde muteberdir. Fîlhakika, harici temsil selâhiyeti ancak üçüncü şahısların himayesi için bahis mevzuu olur. Halbuki, mümessilin kendi kendisiyle yaptığı muamelede üçüncü şahıs mümessilin kendisidir. Mümessil kendisine bahşedilmiş bulunan temsil selâhiyetinin şümulünü tabii olarak iyi bilir ve harici bir temsil selâhiyetine itimad etmeye hakkı yoktur. Yalnız dahili temsil selâhiyeti mümessilin kendi kendisiyle yaptığı bir mukaveleyi muteber hale koyabilir. Dahili temsil selâhiyetini suistimal etmek mümkün olmadığına göre temsil olunanın menfaatleri temin edilmiş olur. Mümessil ancak dahili temsil selâhiyetinin şümulü dahilinde kaldığı hallerde kendi kendisiyle muteber olarak bir mukavele aktedebilir. Dahili temsil selâhiyetinin şümulü ise hüsnüniyet kaidelerine göre tâyin olunur. Mümessil dahili temsil selâhiyetinin şümulünü aşarak bir muamele yaparsa temsil selâhiyetinin yokluğu sebebiyle sakat bir muamele yapmış olacaktır. Bu sakatlık ise butlandan farklı olup B. K. m. 38 de bahis mevzuu olan tek taraflı mülzem olmama halidir (einseitige Unverbindlichkeit). Binaenaleyh, temsil olunan muameleyi, icazet vermek suretiyle, tasdik edebilecektir.

Kanaatımızca, Saussure tarafından müdafaa edilen selâhiyetsiz temsil fikri mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavele- nin hukuki karakterini en iyi bir şekilde izah edebilmektedir. Şu halde, mümessil kendi kendisiyle bir muamelede bulunmuşsa her şeyden evvel kendisine verilmiş bulunan temsil selâhiyetini (kudretini) tecavüz edip etmediğini araştırmak icap eder. Acaba mümessil kendi kendisiyle bir mukavele yaparken temsil selâhiyetini tecavüz etmiş midir? Bu husus nasıl tâyin edilecektir? Fikrimizce bu hususta maksada en elverişli netice itimat nazariyesinin (Vertrauenstheorie) tatbiki neticesinde elde edilebilir. Diğer bir ifadeyle, temsil selâhiyetinin şümulü temsil olunanın mümessil tarafından tanınabilen iradesine göre tâyin edilir 94)

93) Saussure, a. g. e., s. 91.

94) Aynı fikirde itimat nazariyesi taraftarlarından Patry, *Le principe de la confiance*, 1953, s. 205; Saussure, a. g. e., s. 59.

Filhakika, itimat nazariyesinin tatbiki neticesinde kendisine temsil selâhiyetinin verilmesi zımnında temsil olunanın irade beyanına muhatap olan mümessil bu beyanı, harfi harfine, lâlettâ-yin bir şahıs sıfatiyle değil, bilâkis hüsnüniyetle işin mahiyetini, örf ve âdeti beyan sahibinin tabiatını ve beyan sahibi ile kendisi arasındaki münasebetleri nazarı itibara alarak bir mâna ve recektir 95). İşte, eğer, mümessil hüsnüniyetle, dürüst ve mâkul bir insan sıfatiyle temsil selâhiyetinin verildiği irade beyanını tefsir ederek bundan mümessil sıfatiyle kendi kendisiyle mukavele yapabileceği neticesini istifraç etmişse mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavele muteber bir muamele olarak kabul edilecektir. Zira, mümessil itimat prensibine tevfikân hüsnüniyetle tefsir ettiği dahili temsil selâhiyetinin şümulü dahilinde hareket ettiğinden kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin muteber olması iktiza eder.

Aksi takdirde yani mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmak suretiyle temsil selâhiyetini tecavüz ettiği hallerde yapılan mukavelenin hüküm ve neticeleri askıda, muallâktadır. Bu *pandente condicione* safhasında, muameleye sarîh veya zımnî şekilde icazet verilmiş veya bu yolda bir icazet vermekten imtina edilmiş olmadıkça mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavele temsil olunanı bağlamaz. Mukavele henüz muteber veya hükümsüz olmayıp topal bir muameledir 96).

Temsil olunan mümessilin kendi kendisiyle yaptığı muameleyi menfaatine uygun bularak icazet verirse, mukavelenin o zamana kadar eksik olan inşai unsurlarından birisi tahakkuk etmiş olduğundan bu mukavele muteber olacaktır. Şu halde mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin sıhhati taliki ve iradi bir şartın tahakkukuna bağlıdır. Bu icazet selâhiyet vermeye tekabül eder.

İcazet makabline şamil hüküm ve netice meydana getireceğinden mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavele yapıldığı andan itibaren muteber olacaktır. İcazet verildikten sonra artık bundan rücu olunamaz.

Temsil olunan muameleye icazet vermezse, *deficiente condicione*, mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavele hüküm ve

95) Esener, *Borçlar Hukuku sistemimize göre aktillerin in'ikadında itimat prensibinin ehemmiyeti*, Ank. Huk. Fak. Der. 1952, sayı, 3-4 s. 172.

96) Bk. Saymen - Elbir, a. g. e., s. 300

netice tevhit etmez ve temsil olunan bu mukavele ile hiç bir suretle ilzam olunamaz. Muamelenin bu bakımdan hükümsüzlüğü, icabı hale göre hakim tarafından resen nazarı itibara alınabilir 97). Hâdisemizde mümessil aynı zamanda selâhiyetsiz temsildeki üçüncü şahıs hal ve mevkiinde bulunduğundan kendi kendisiyle yapmış olduğu mukavele ile bağlanmıştır. Ancak B. K. m. 38 f. 2 gereğince «temsil edilenin münasip bir müddet zarfında akde icazet verip vermeyeceğini beyan etmesini talep etmeye hakkı vardır. Aynı maddenin sonuncu cümlesine tevfikan da bu müddet içerisinde icazet verilmediği halde, o kimse mülzem olmaz.

Doktrin ve Federal Mahkemenin içtihatlarında umumiyetle kabul edildiğine göre, mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hakkındaki prensipler, mümessilin her iki âkit tarafı temsil eden yaptığı mukavelelere yani, çifte temsile de tatbik olunur 98).

Şu halde müdafaa ettiğimiz veçhile itimat prensibinin ışığı altında selâhiyetsiz temsil fikri kabul edilecek olursa çifte temsil suretiyle yapılan muamelelerin hüküm ve neticesi temsil olunan tarafların icazet vermesine veya reddine kadar askıda kalacaktır.

Bu netice Belgesay tarafından da tasvip edilmektedir. Filhakkı, bu müellife göre «bir kimsenin kendisi ile temsil ettiği diğer biri yahut menfaatleri zıt şahıslar arasında yaptığı akit hadizatında bâtil değildir. Bu akit bir kimsenin selâhiyetsiz olarak başkası namına yaptığı muamelenin hükümlerine tâbi olur. m. 38» 99). Saymen esas itibariyle mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukaveleyle istisnaen cevaz vermekle beraber, temsil olunanın muameleyi tevhit etmesi halinde o muameleyi muteber addetmektedir 100).

#### NETİCE :

Türk - İsviçre Hukukunda mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması hukuk tekniği bakımından mümkündür. Medeni kanunumuzda mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapmasını men eden bazı hükümler mevcut olmakla beraber Borçlar Kanunumuzda bu hususta bir memnuiyet ihtiva eden bir kaide mev-

97) *Bequelin, Representation, FJS 517, s. 4.*

98) *Becker, a. g. e., Mad 33, No 12, s. 178; Sausure, a. g. e., s. 91-92; RO 63 II 173 - JdT 1938, s. 434.*

99) *Belgesay, Hukuki muamelelerde temsil, 1941, s. 80, No 66.*

100) *Saymen, a. g. m., s. 1135.*

cut değildir. Binaenaleyh, kanaatımızca, Alman Medeni Kanununun 181 inci maddesinde tasrih edilen hal suretinden hareket ederek mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukaveleye ancak temsil olunan için istismar edilmek tehlikesi bulunmadığı veya önceden izin verilmesi gibi istisnai hallerde cevaz vermek kanaatimizce doğru değildir.

Mukavele serbestisi prensibi, Türk - İsviçre Borçlar hukukunda mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin muteber olmasını icap ettirir. Kaldı ki, mukavele serbestisi prensibinin hududunu tâyin eden B. K. m. 19 ve 20 ye göre de bâtil bir muamele olduğu iddia edilemez.

Fikrimizce, mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin müeyyidesi en iyi bir şekilde itimat prensibinin (Vertrauenstheorie) ışığı altında selâhiyetsiz temsil müessesesi ile izah olunabilir. Mümessilin kendi kendisiyle yaptığı muamele itimat prensibine göre tâyin edilecek temsil selâhiyetinin şümulü dahilinde ise yapılan muamele muteberdir. Aksi halde, mümessil selâhiyetini tecavüz etmiş olduğundan muamele ancak temsil olunanın icazetiyle muteber olur. Bundan başka, muamelenin inşasından evvel sarâhaten veya zimnen bu yolda izin verilmiş veya eda bor-sada mukayyet veyahut piyasada cari fiatı varsa mümessilin kendi kendisiyle yaptığı mukavelenin muteber olması iktiza eder.

## B İ B L İ O G R A F Y A

- Arsebük, Esat : Borçlar Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1950  
Becker, H. : Kommenter zum schweiz. ZGB, Bd. VI. Ob-  
ligationen recht. Bern, 1941.  
Belgesay, M.R. : Hukuki muamelelerde temsil, İstanbul, 1941.  
Beguélin : FJS No. 115, 517.  
De Page : Traité élémentaire de droit civil Belge, Brük-  
sel, 1948  
Demogue : Traité des obligations en général, Paris, 1923.  
Droin, J. : La représentation indirecte, Geneve, 1956.  
Egger : Missbrauch der Vertretungsmacht, (Festgabe  
Wieland) Basel, 1934.  
Estoppey : Les contrats entra absents, Lausanne, 1924  
Esener, T. : Borçlar Hukuku sistemimize göre akitlerin  
inikadında itimat prensibinin ehemmiyeti.  
Ank. Huk. Fak. Der., 1952 c. IX, s. 166-198  
Esener, T. : Kime ait olacaksa 'onun namına yapılan  
muameleler, Arsebük armağanı, 1958, s. 619  
ve mütea.  
Gilliard, F. : Le contrat avec soi-même, Lausanne, 1946.  
Guhl, : Le droit fédéral des obligations, Zürich, 1947.  
Keicher, W. H. : Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters,  
Bern, 1940  
Lange, : BGB, Allg. teil, 1958.  
Monier, : Manuel élémentaire du droit romain, Pa-  
ris, 1944.  
Madray, G. : Essai d'une Théorie générale de la rerésenta-  
tion en droit privé français, Paris, 1931.  
Oser - Schönenber- : Das Obligationenrecht, Zürich, 1929.  
ger : Patry, R. : Le principe de la confiance, Geneve, 1953.  
Palandt, O. : Kommentar zum B. G. M., 1958.  
Planck, : BGB, c. I, 1903,  
Planiol - Ripert -  
Boulangier, : Traité élémentaire de droit civil, Paris, 1949

- Portmann, R. : Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Zürich, 1941.
- Popesco - Romniceano : De la Représentation dans les actes juridiques en droit comperé, Paris, 1927.
- Reichel, H. : Selbstkontrahieren des Vertreters, SJZ, 12, s. 25-26.
- Saymen, F. H. : Bir tek şahsın akdin iki tarafını teşkil edebilmesi meselesi, Ebül'ula Mardin'e armağan, 1944, s. 1079 - 1136.
- Saymen - Elbir - Oğuzman, : Medeni Hukuk pratik çalışmaları, Borçlar hukuku, 1953.
- Saymen - Elbir : Türk Borçlar Hukuku, İstanbul, 1959.
- Schwarz : Borçlar Hukuku Dersleri, c. 1, İstanbul, 1948.
- Saussure, Cl. : L'acte juridique fait sans pouvoir de représentation, Lausanne, 1945.
- Staudinger : Kommentar zum BGB, 1957.
- von Tuhr : Partie générale du code fédéral des obligations, Lausanne, 1933 ve allg. teildes BGB.
- Velidedeoğlu. Kaynar : Borçlar Hukuku, umumî hükümler, 1957, İstanbul.

#### KISALTMALAR

- A. M. K. : Alman Medeni Kanunu
- Ank. Huk. Fak. Der. : Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
- a. g. e., : adı geçen eser
- a. g. m., : adı geçen makale
- Bk. : Bakınız
- B. K. m. : Borçlar Kanunu madde
- c. : cilt
- E./K. : Esas/Karar
- ERG : Entscheidungen des Reichsgerichts
- Fr. M. K. m. : Fransız Medeni Kanunu madde
- FJS : Fiches juridiques Suisses
- ibid. : Aynı yerde

İ. B. K.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İ. M. K.	: İsviçre Medeni Kanunu
JdT	: le Journal des tribunaux
Karş.	: karşılaştırınız.
Mad No	: Madde numarası
RO	: Le Recueil officiel
s.	: Sahife
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
Tem. Tic. D.	: Temyiz ticaret dairesi