

## İsviçre Federal Mahkemesinin Kapıdan Satış Sözleşmelerinde Cayma Hakkının Kullanılması ile Doğacak İade Taleplerinin Hukuki Niteliğine ve Bu Taleplere Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bge 137 Iıı 243 No.lu Kararı ve Benzer Uyuşmazlıkta Yargıtayın Tutumu

Bge 137 Iıı 234 Decision of Swiss Federal Court on the Legal Nature  
of the Reimbursement Claims Due to Exercise of Withdrawal Right at  
Door to Door Sales and Position of Turkish Supreme Court of Appeals  
on Similar Conflicts

Fatma Zeynep ALTINER YOLCU\* 

### Öz

Sözleşmelerin, sözleşmeye aykırı davranışlar nedeniyle sona erdiği haller edimlerin iadesine ilişkin taleplerin doğmasına sebep olmaktadır. Sözleşmelerin geçersiz hale gelmesi de, yine tarafların geçersiz sözleşmeye göre ifa ettikleri edimleri

iade etmesini gerektirir. Kapıdan satış sözleşmelerinde (ya da 6502 S. TKHK çerçevesinde iş yeri dışında kurulan sözleşmeler), tüketicinin cayma hakkını kullanması da iade taleplerinin doğmasına neden olacaktır, ancak bu noktada cayma hakkının kullanılmasının sözleşmeye etkisi ve bu etkiye göre uygulanacak hükümlerin tespiti üzerinde önemle durulması gereken konudur. Nitekim, çalışmamızda aktarmaya çalıştığımız üzere, gerek Yargıtay, gerek İsviçre Federal Mahkemesi konunun üzerinde getirdikleri hukuki yorumlarla, farklı yargılara varmış ve farklı çözümleri benimsemişlerdir.

### Abstract

In cases where contracts are terminated due to non-contractual behaviours, requests for reimbursement of acts results. The event that contracts are rendered invalid requires parties to return the acts they have performed under the invalid contract. In door to door sales contracts (or contracts established outside the workplace within the framework of Act 6502 TKHK), the use of the right of withdrawal by consumer will also result in return requests, but the effect of the use of right of withdrawal on the contract and the determination of the provisions to be applied according to this effect are the issues to be seriously considered. As a matter of fact, as we tried to convey in our study, both the Supreme Court

\* Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,  
E-Mail: fatma.zeynep@marmara.edu.tr.

of Appeals and the Swiss Federal Court reached different judgments and adopted different solutions with their legal comments on the issue.

## **I. BGE 137 III 243 NO.LU KARAR ÖNCESİ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN FARKLI UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK İADE HÜKÜMLERİNİ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN BAZI KARARLARI**

İsviçre Hukukunda kapıdan satış sözleşmelerine<sup>1</sup> uygulanacak hükümler, bizim Hukukumuzun aksine ayrı bir Kanunda düzenlenmemiş olup, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 40/a maddesi ve devamı bendlerinde yer almaktadır. İBK m.40/b hükmünde tüketiciye cayma hakkı tanınmıştır<sup>2</sup>.

Cayma hakkının kullanıldığı bir kapıdan satış sözleşmesinde, karşılaşılabilecek önemli hukuki sorunlardan birisi de, sözleşmede önceden ifa edilmiş edimler varsa, bu edimlerin iadesine uygulanacak hükümlerin belirlenmesidir.

Her sözleşmede, sözleşmenin ihlali, bu ihlal nedeniyle çeşitli taleplerin doğmasına neden olur. Geçerli bir sözleşmede, sözleşmeden dönülmesi halinde ifa edilmiş edimlere ilişkin iade talebinin hukuki niteliğinin belirlenmesi kadar<sup>3</sup>, bir sözleşmenin hükümsüz olması ya da irade sakatlığı nedeniyle sakatlanmış olması hallerinde doğacak iade taleplerinin hukuki niteliği de yine öğretiyi ve uygulamacıları meşgul eden bir konudur.

Kapıdan satış sözleşmeleri için tanınan cayma hakkı için de aynı tartışmalar söz konusudur. Geçerli bir sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak sözleşmesel bir iade borcu mu doğacak, yoksa baştan itibaren hükümsüz bir sözleşme olarak kabul edilerek sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı

- 1 4077 S. TKHK'nda kapıdan satış sözleşmeleri olarak anılan sözleşme, 6502 S. TKHK'nda "işyeri dışında kurulan sözleşmeler" olarak adlandırılmıştır. Ancak İsviçre Hukuku'nda aynı sözleşme tipi İBK m.40 hükmünde kapıdan işlemler olarak nitelendirilmektedir. Çalışmamızda, konuyu İsviçre Hukuku ve eski TKHK kapsamındaki eserler kapsamında da incelediğimiz için, gerekli yerlerde kapıdan satış sözleşmesi terimini kullanmaya ihtiyaç duyduk. Ayrıca bkz. Aşağıda, s.20.
- 2 Marlis KOLLER-TUMLER, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (Orell Füssli Kommentar), 2016, s.203 vd., özellikle 205.
- 3 Sözleşmeden dönme hakkının niteliğine ilişkin teoriler için bkz. Aşağıda, s.23, dn.62. İsviçre Hukuku açısından bakıldığında esas olarak tartışmanın sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması ile sözleşme hükümlerinin uygulanması arasında yürütüldüğü söylenebilir. Klasik görüş sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunurken, BGE 114 II 152 No.lu kararı ile birlikte Federal Mahkeme tarafından da dikkate alınan bir teori olan dönüşüm teorisi öğretilerde daha baskın görüş haline gelmiştir. Dönüşüm Teorisinin, ilk defa STOLL tarafından savunulduğuna dair bkz. Vedat BUZ, Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 111/2015, s.568. Alman öğretilerinde, LARENZ, LESER, STAUDINGER, WOLF başta olmak üzere pek çok hukukçu tarafından savunulan bu teori, İsviçre Hukuk öğretilerinde de klasik görüşü zayıf bulan hukukçular tarafından ağırlıklı olarak benimsenmiştir, bkz. P. Hans GIGER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband Kauf und Tausch Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen Der Fahrniskauf, Artikel 184-215, Bern 1979 Art. 208, N.6. Ayrıca bkz. BGE 110 II 244 vd. Alman ve İsviçre Hukukunda savunan yazarlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hans GIGER, Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/3, 1997, Art. 216, N.377. Dönüşüm teorisini savunan yazarların, dönmeye hukuki işlem niteliği verdikleri yönünde bkz. O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3, İstanbul 2019, N.2976, dn.319.

iade talepleri mi konu edilecektir? İşte cevabı fazlasıyla önem taşıyan bu soru hakkında, İsviçre Federal Mahkemesi, farklı sözleşme ihlalleri halindeki iade taleplerine de değinerek, kendi yargısını ortaya koymuştur. Söz konusu karar, İsviçre öğretisinde büyük yankı uyandırmıştır<sup>4</sup>.

BGE 137 III 243 sayılı kararından önce de, Federal Mahkeme, sözleşmesel sorumluluk ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı arasında sınırları belirleyen pek çok karar vermiştir<sup>5</sup>. İBK m. 127 hükmünde öngörülen uzun zamanaşımı süresinin uygulama alanı hususunda<sup>6</sup> verdiği karardan sonra, bu zamanaşımı süresinin uygulama alanını kısıtlayan kararlar vermeye başladı<sup>7</sup>. Kararların bir kısmında sürekli sözleşmelerde, sonradan sözleşmenin hükümsüzlük nedeniyle tasfiyesi gerektiğinde uzun zamandır ödemelerin devam etmesi ya da ifanın yerine getirilmiş olması sebebiyle sözleşmesel iade hükümlerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine tercih etti<sup>8</sup>. Bir ödeme yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, bir sözleşmesel ilişkinin var olduğu inancıyla hataen ödemede bulunulmuş olması halinde, iade talepleri açısından İBK m. 62 hükmünün uygulanacağına işaret etti<sup>9</sup>. Yine başka bir kararında Federal Mahkeme, kısmen ifa edilmiş bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine dönüşüm teorisine uygun olarak sözleşmesel tasfiye hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde karar verdi<sup>10</sup>.

Ancak sözleşmenin iptali halinde, edimlerin iadesinin tabi olacağı hükümler tartışma konusuydu<sup>11</sup>. İBK m. 20 hükmü çerçevesinde hükümsüz ya da İBK m. 31 çerçevesinde sakat irade ile kurulmuş bir sözleşmeden doğacak iade talebi baskın görüşe göre sebepsiz zenginleşme ya da istihkak talebidir<sup>12</sup>. Suyun arıtılmasına ilişkin bir davada, sürekli bir sözleşmede irade sakatlığı söz konusu ise sözleşmenin iptali ile o ana kadar ifa edilmiş olan edimlerin geçerliliğini koruyacağı ancak ilerideki edimlerin ifasından tarafların kurtulmuş olacağı yolunda karar vermiştir<sup>13</sup>. BGE

4 Domenico Acocella, II Schuldrecht, insbesondere Vertrags und Haftpflichtrecht / Rechtsdogmatik und Legitimation eines Vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses bei Vertragsentstehungsmangeln, Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, s.491 vd..

5 BGE 42 II 674, 680 ve 131 III 314 no.lu kararlarında sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresini uygulamayı tercih eden Federal Mahkeme, daha yeni tarihli bir kararında (BGER 5C.59/2006, 1.6.2006, E.2.4) sözleşmesel talepleri dikkate almıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Stephan FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (50), HAVE 2019, s.48.

6 BGE 126 III 119 E 3b

7 BGE 137 III 243 E 4; 135 III 289 E 6; 133 III 356 E 3.3; 130 III 504 E 6.

8 BGE 127 III 421 E 3; 126 III 119 E 3b.

9 Geçersiz kira artışlarına ilişkin olarak BGE 130 III 504 E 6.2; bir kredi kartı firmasına ödenmeyecek olan bedel için hataen ödemeye ilişkin BGE 133 III 356 E 3.2.1; dayanağı olmaksızın talep edilen sigorta primlerine ilişkin BGE 135 III 289 E 6.2.

10 BGE 114 II 152 E 2c.

11 Heinrich HONSELL/Peter Nedim VOGT/Wolfgang WIEGAND, Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I. Basler Kommentar, Basel 2015, OR 208, N 3.

12 Anne Catherine HAHN, Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen – Art 1-183, 2012, s.427 N.37; Bruno SCHMIDLIN, Art 23-31 OR. Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 2. Teilband. Unterteilband 1b. Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 23-31 OR, Berner Kommentar, Bern 2013, Art. 31, N 14 vd..

13 BGE 129 III 320 E 7. Federal Mahkeme ilgili kararında tek taraflı bağlamazlık teorisine göre uyumsuzluğu çözmeyi

134 III 438 kararı ile birlikte bu kriterlerin uygulama alanını, kısmen ifa edilmiş olan hukuka aykırı sözleşmeler açısından da genişletmiştir. Bu karar çerçevesinde Federal Mahkeme, sakat irade ile kurulmuş bir sözleşmede sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler uygulama alanının bulamayacağını belirtmiştir<sup>14</sup>. Öte yandan, şarta bağlı bir sözleşmeden doğan iade taleplerinde de yine İBK m. 62 vd. düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır.

BGE 137 III 243 sayılı Kararı ise, hem yukarıda saydığımız bazı kararlarına değinen ve onları irdeleyen, hem de kapıdan satış sözleşmeleri için uygun gördüğü çözüm ile öğretinin dikkatini çeken bir karardır. Federal Mahkeme BGE 137 III 243 kararında aynı yaklaşımını İBK m. 119/II hükmü çerçevesinde sonradan ortaya çıkan imkansızlık ve İBK m. 40 a vd. düzenlenen cayma<sup>15</sup> hakkı açısından da sürdürdü. Nitekim Federal Mahkeme, daha sonraki tarihli pek çok kararında da, bahsi geçen BGE 137 III 243 No.lu karara atıfta bulunmuştur<sup>16</sup>.

## II. BGE 137 III 243 NO.LU KARAR

Uyuşmazlığa konu olayda, davalı tüketici, davacıdan alacağı bir eğitim program için kurduğu kapıdan satış sözleşmesinde, daha sonra cayma hakkını kullanarak ödediği sözleşme bedelinin (peşinat) faizi ile iadesini istemiştir. Davada alt derece mahkemesi, davacının zamanaşımı süresinin dolduğuna ilişkin iddiasını, ödenen peşinatın iadesinin sözleşme hükümlerine tabi olduğu dolayısıyla İBK m.127 hükmünde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı iddiası ile reddetti. Davacı kararın temyizini istedi. Temyiz talebi haklı bulundu<sup>17</sup>.

BGE 137 III 243 kararı ile bu uyuşmazlığı inceleyen Federal Mahkeme, kapıdan satış sözleşmelerinde cayma hakkının kullanılması halinde, sözleşmedeki edimlerin iadesine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını belirterek, iade talebinin İBK m. 67 hükmündeki zamanaşımına bağlı olduğu hükmüne vardı.

Kararın içeriğine bakıldığında somut olaydaki taraflar arasında irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmiş olan bir sözleşmeye dayanarak ifa edilmiş olan edimlerin İBK m. 67 hükmündeki sebepsiz zenginleşmeye uygulanan zamanaşımı süresine mi yoksa İBK m. 127 hükmündeki sözleşmesel genel zamanaşımı süresine mi tabi olduğu hususunun da tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Federal Mahkeme daha önce de belirttiğimiz gibi farklı sözleşme geçersizlik hallerine ilişkin de tespitlerde bulunmuştur.

Federal Mahkemeye göre, irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptali halinde, ifa edilmiş olan edimlerin iadesi için sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümlerinin uygulanması ile sözleşmesel hükümlerin uygulanması arasında hangisinin uygulanacağını belirlemek gerektiğinin üzerinde

tercih etmiştir.

14 BGE 134 III 438 E 2.4

15 İsviçre Hukukunda geri alma hakkı anlamına gelen “widerruf” terimi tercih edilmekte ise Türk Hukukunda söz konusu hak cayma hakkı olarak ifade edildiğinden metinde cayma hakkı olarak hak nitelendirilmiştir.

16 BGE 138 II 311; BGer 4A 197/2018, 13.12.2018; BGE 6B 610/2018; BGE 4A 87/2018.

17 BGE 137 III 243, A-B.

durmuştur. Bu nedenle de söz konusu talebin hukuki niteliğinin değerlendirilmesi gerektiğinden yola çıkmıştır. Talebin hangi hükümlere dayandırılacağını belirlemek, hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirlemek yönünden de önem taşır. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına karar verildiği takdirde, sözleşmesel taleplere tanınan zamanaşımı süresinin tanınmasının çok büyük bir çelişkiye yol açacağına işaret edilmiştir. Bu nedenle, hangi iade hükümlerinin uygulanması tercih edilecekse, o hükümlerde düzenlenen zamanaşımı süresinin de uygulanmasının yerinde olacağı vurgulanmıştır. Böylelikle BGE 129 III 264, BGE 130 III 504 kararlarında sözleşmesel taleplere sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresinin uygulanmasının hukuki açıdan çelişkiye yol açtığı da altı çizilmiştir.

Federal Mahkemenin bu bakış açısı, belirlenen iade hükümlerinin uygulanacak zamanaşımı süresini de belirlemesi yönünden kanaatimizce de, tutarlı bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir. Kararda; aynı tutarlı yaklaşımın bir sonucu olarak, iade talebinin hukuki yapısının zamanaşımının niteliğini de belirlemesi açısından BGE 114 II 152 kararına da işaret edilmiştir. BGE 114 II 152 kararında, sözleşmedeki yükümlülüklerin ihlali nedeniyle İBK m. 109 hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönme nedeniyle doğan taleplere İBK m. 127 hükmünde sözleşmesel zamanaşımı hükümlerinin uygulanmasını, Federal Mahkeme, BGE 137 III 243 no.lu kararında, kendi içinde çelişmez bir karar olarak görmektedir. Aynı kararda, tüm bu hususlardan hareketle, İBK m. 40 a vd. düzenlenen cayma hakkının hukuki yapısını değerlendirme zorunluluğunun doğduğu belirtilmektedir<sup>18</sup>.

Federal Konseyin tüketicilerin bilgilendirilmesi hakkında İsviçre Borçlar Kanununun da değişiklik yapılmasına dair taslakta<sup>19</sup> İBK m. 40 f. 1. Hükmünde (önceki taslakta İBK m. 40 e. 1 olarak yer almaktadır) öncelikle geçerli olarak kurulmamış sözleşmelerde verilen edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceği açıkça ortaya konmuş, devamındaki bentlerde özel düzenlemelere yer verilmiştir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması nedeniyle de sebepsiz zenginleşme taleplerine uygulanan İBK m. 67 hükmündeki zamanaşımı süresinin uygun olacağı belirtilmekteydi. Söz konusu taslağın Mecliste görüşülmesinde bu noktalar tartışmaya yol açmadı, ancak tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için tabi olduğu koşullar ve uygulama alanına ilişkin düzenlemeler tartışıldı. Federal Mahkeme, Meclisin de cayma hakkı için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasından yana olduğu kanaatine varmaktadır<sup>20</sup>.

Federal Mahkemeye göre, iade talepleri, genel olarak haksız fiil, sözleşme ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmasına göre ayrıma tabi tutulur ve iade talebinin varlığı, zamanaşımı hükmünü belirler. Sözleşmesel bir talebin varlığı, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebi dışlayacaktır<sup>21</sup>.

18 BGE 137 III 243 E 4.1.

19 Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil.

20 BGE 137 III 243 E 4.2.

21 BGE 137 III 243 E 4.4.1.

Geçerli bir sözleşme çerçevesinde kendisine edim sunulan taraf, hukuki temel olmaksızın bir edim almış sayılmadığından sebepsiz zenginleşmiş de olmayacaktır. Federal Mahkeme de bu bakış açısıyla, yeni içtihatlarında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanını iade yükümlülüklerinde sözleşmesel hükümleri uygulamayı tercih etmek suretiyle sınırlandırma yolunda eğilim göstermiştir. Ancak Federal Mahkeme, söz konusu kararında bu eğilimi tüm edimlere değil sadece sözleşmeden doğan edimlerin iadesi açısından sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde yorumlamaktadır. Bir sözleşme çerçevesinde söz edilen her türlü edim için değil, ancak, kurulan bir sözleşmeden ifa edilmesi gereken edimler için sözleşmesel iade talebi sözkonusu olabilir<sup>22</sup>.

Eksik ifa nedeniyle sözleşmeye aykırılık için İBK m. 109 hükmü çerçevesinde yasal dönme hakkının kullanılması ile birlikte taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin bir tasfiye ilişkisine döndüğünü kabul etmesiyle ünlenen BGE 114 II 152 kararında Federal Mahkeme İBK m. 109 hükmünce sözleşmeden dönen tarafa sözleşmesel hükümlerin dolayısıyla da sözleşmesel zamanaşımının uygulanması gerektiğine karar vermişti. Bu da, öğretinin çoğunluğunun katıldığı İBK m.127 hükmünün uygulama alanı açısından yeni bir görüşün ortaya çıkmasına sebep oldu<sup>23</sup>.

BGE 137 III 243 no.lu kararda ise, Federal Mahkemeye göre, bir sözleşmenin iptal edilmiş olması onu başlangıçtan itibaren geriye etkili olarak geçersiz kılacaktır. Edimlerin iade edilmesi gerekir. Aynı edimlerin iadesi için baskın görüş sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yerine istihkak hükümlerinin uygulanmasından yanadır. Federal Mahkemenin uygulaması da, öğretide hakim görüş de aynı yöndedir<sup>24</sup>. Bazı münferit yazarlar<sup>25</sup>, BGE 114 II 131 ve BGE 114 II 152 kararlarını dayanak göstererek yanılma nedeniyle sakat olan sözleşme açısından da sözleşmesel bir ilişkiden dönüldüğü için sözleşmesel hükümlerin uygulanması gerektiğini öne sürmektedirler. Ancak Federal Mahkeme bu fikri benimsememiştir. Hatta BGE 137 III 243 No.lu kararında, BGE 129 III 264 no.lu kararını da eleştirdiği görülmektedir. Öyle ki, baskın görüşün açıkça reddetmesine rağmen BGE 129 III 264 kararında irade sakatlığı nedeniyle batıl olan sözleşmede şeklen de olsa bir sözleşmenin var olduğuna karar verilmiştir. Ancak, BGE 129 III 264 kararından hemen kısa süre sonra verilen BGE 129 III 320 kararında, neyse ki irade sakatlığı nedeni ile sürekli edimli bir sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin bir uyumsuzluk ele alınmıştır. Bu kararda, öğretide yerinde olarak gerekçelendirildiği üzere sadece temerrüde düşülen sözleşmede değil, irade sakatlığı

22 BGE 137 III 243 E 4.4.1.

23 BGE 137 III 243 E 4.4.2.

24 Kararda hakim görüşü benimseyen yazarlar olarak "KOLLER, Verjährung, a.a.O., S. 4 Fn. 3; derselbe, OR AT, a.a.O., S. 316 Rz. 303 f.; HARTMANN, Rückabwicklung, a.a.O., S. 7 Rz. 12, S. 11 Rz. 18, S. 320 Rz. 794; BRUNO HUWILER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 6 f. zu Art. 67 OR; ENGEL, a.a.O., S. 343 und 597; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 912; KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I, 1975, S. 717; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 16 Rz. 27 f.; SCHWENZER, a.a.O., Rz. 39.27; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 661" diye örneklendirilmiştir.

25 Azınlıkta kalan yazarları Federal Mahkeme "WOLFGANG WIEGAND, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, in: Gauchs Welt, Tercier und andere [Hrsg.], 2004, S. 707, 717 ff. [im Folgenden: Rückabwicklung]; BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 1995, N. 86 ff., 97 ff. zu Art. 31 OR; vgl. dazu auch HARTMANN, Rückabwicklung, a.a.O., S. 12 f. Rz. 19" olarak belirtmiştir.

nedeniyle tek taraflı olarak bağlamazlık etkisi gösteren sözleşmede de şeklen de olsa bir uyuşma olduğu için sözleşmesel bir tasfiye ilişkisine dönüşeceği görüşü reddedilmiştir.

Yine Federal Mahkemenin belirttiği üzere<sup>26</sup>, sakat bir irade ile kurulmuş olan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olarak kurulmadığı ve buna bağlı olarak da ifa edilen edimlerin geçerli bir hukuki sebebi bulunmaksızın ifa edildiği kabul edilir. Sözleşmesel bir hukuki sebebe dayalı iade talebinde bulunmak mümkün olmadığından, dayanılacak hukuki temel sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümleri olacaktır. Sözleşmede irade sakatlığının varlığı olgusu, içtihatlarda kısmen yer verildiği üzere, sözleşmenin karşılıklılık ilişkisi içinde sadece sözleşme ile bağlı olmayan tarafın değil, karşı tarafın da edimini geri alabilmesini sağlar. Yanılma nedeniyle sakatlanan sözleşmedeki iade taleplerinde sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümlerinin uygulanması uzun yıllar boyunca uygulamada ve öğretide hakim görüş olduğu gibi, öğretide yakın zamanda da halen oldukça hatırı sayılır sayıda taraftar toplamaktadır. Bu noktada Federal Mahkeme HARTMANN'ın görüşlerini dikkate almıştır. Yazara göre, *“İBK m.62/2 hükmünün metni ve hükme dayanan içtihatlara baktığımızda hükümsüz ya da irade sakatlığı ile sakat olan sözleşmelerde, sebepsiz zenginleşme ya da şartlarına göre istihkak hükümlerinin uygulanması gerekliliği karşısında, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme ile bağlı olması nedeniyle, sözleşmeden doğan edimleri ifa etmesi gerekmektedir. Bu durumda, sözleşmesel tasfiye ilişkisinin uygulanmasının hukuk politikası açısından arzu edilen sonuçları olacağı, bu nedenle sözleşme çerçevesinde sözleşmesel tasfiye hükümlerinin uygulanmasının de lege feranda açısından lehine olduğunun söylenebilecektir”*<sup>27</sup>.

Özellikle Federal Mahkemenin bakış açısına göre, sürekli edim yükümü içeren sözleşmelerde sözleşmeden dönmenin sınırı açısından bakıldığında, özellikle sözleşmenin ediminin konusu yapma ya da kaçınma yükümü olup, bu yükümün tam ya da kısmi olarak ifa edildiği hallerde edimin iadesi mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlar için Federal Mahkeme sözleşmenin iptal edilmesinin sonuçlarının ileriye etkili olarak doğacağını kabul etmektedir<sup>28</sup>.

Federal Mahkemenin son kararlarında ortaya koyduğu tüm kriterler, uygulamada sonradan geçersiz hale gelen sözleşmelerden doğan edim iadelerinin yanısıra geciktirici şarta bağlı olup, kısmen ifa edilmiş ancak şartın gerçekleşmemesi sözleşmenin kurulmadığı hallerde de uygulanması kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Baştan itibaren geçerlilik kazanmamış bir sözleşmeye sözleşmesel tasfiye ilişkisi uygulamaya çalışmak, Federal Mahkemeye göre zorlama bir çözümdür. Federal Mahkeme bu noktada BGE 129 III 264 kararına da değinerek, hiç geçerlilik kazanmamış bir sözleşmeye sözleşmesel iade hükümlerinin uygulanmasının yanlış olacağını öne sürmüştür. Ancak, tarafların şarta bağlı yapılan bir sözleşmede, yapılan ödemelerin geri ödemesinin nasıl yapılacağına dair bir belirleme yapmışlarsa, bu tip düzenleme yapmış olmaları nedeniyle istisna olarak sözleşme hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiştir<sup>30</sup>.

26 BGE 137 III 243, E 4.4.3.

27 BGE 137 III 243, E 4.4.3.

28 BGE 137 III 243, E 4.4.4.

29 BGE 129 III 264.

30 BGE 137 III 243 E 4.4.5.

Taşınmaz satışlarının da şekle aykırı yapılması halinde de, şekil şartının yerine getirilmediği sözleşmenin, hükümsüz bir sözleşme olduğu kabul edildiğinden, sözleşmenin kurulduğu sırada bu hükümsüzlükle karşılaşacağını ummayan tarafların hükümsüz olan sözleşme için ödenen bedelin iadesine ilişkin talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecektir<sup>31</sup>.

Federal Mahkeme iade taleplerinin hukuki yapısına dair tüm bu görüşlerini ortaya koyduktan sonra özetle şekle aykırılık ya da irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olduğu hallerde tarafların ifada bulunduğu edimlerin iadesi için sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümlerinin uygulanmasının yerinde olacağı kanaatine varmıştır. Sözleşme, ancak başta geçerli olarak kurulmuş olmasına rağmen sonradan ortadan kalktığına sözleşmesel bir ilişkinin bulunması nedeniyle sözleşmesel hükümler uygulanacaktır. Böyle bir iade ilişkisinin, kötü ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde de uygulanacağı uygulamada kabul edilmektedir. Eskiden beri kabul gören bir uygulama da taraflardan birinin ödene gücünü kaybetmesi nedeniyle sözleşmeden dönme halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması yönündeydi ki bu konuda ısrar etmek hususunda tereddütler söz konusudur. Bir başka uygulamada İBK m. 119/II hükmü çerçevesinde geçerli olarak kurulmuş iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri kusuru olmaksızın sonradan ortaya çıkan imkansızlık nedeniyle kendi edimini yerine getirmekten kurtulduğu takdirde, karşı taraftan aldığı edimi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek durumundadır<sup>32</sup>.

Federal Mahkeme aynı kararında, tüm bu çıkarımlardan hareket ederek somut olayın konusu olarak kapıdan satışlarda cayma hakkını ele almıştır. İsviçre Borçlar Kanununun kapıdan satışlara ilişkin İBK m.40-a vd. hükümleri çerçevesinde cayma hakkının sözleşmesel bir iade ilişkisi olduğunu öne süren yazarlar, İBK m. 109 hükmünün kıyasen uygulanmasını gerektiren, sözleşmeden dönmeden doğan bir iade ilişkisi olarak kabul etmektedir. Ancak Federal Mahkeme bu görüşü reddettiğini açıkça belirtmiştir. İBK m. 40-a vd. hükümlerindeki cayma hakkını kullanacak kişinin durumu, esasen sözleşmedeki irade sakatlığı ya da şekil hükmüne uyulmaması nedeniyle sözleşmenin kurulduğu esnada var olan aykırılıklar sebebiyle sözleşmeyi bozma hakkına sahip düşünmeden hareket etmiş ya da hataya düşmüş olan taraf ile benzerdir. Kapıdan satış ve benzeri sözleşmelerde tanınan İBK m.40 hükmündeki cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir hakkı kullanmak anlamı taşır. Cayma hakkının amacı zayıf konumda olan tüketicinin yanıltılarak ya da aldatılarak kurduğu sözleşmelerde koruma amacı taşımaktadır. Ona özgür iradesi ve imkanları ile iyice düşünüp taşınarak sözleşmenin yükümlerini üstlenmesi imkanı tanımaktadır. Cayma hakkının temelinde sözleşme görüşmeleri sırasında satıcının durumu kötüye kullanmak suretiyle alıcı üzerinde önemli bir etki bırakmış olması gibi rizikolar yer alır. Temerrütte ifanın tam olarak gerçekleşmemesi nedeniyle İBK m. 109 çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması gibi bir hal ise sözkonusu değildir. Bu sonucu, İBK m. 40.a vd. hükmü düzenlenen kapıdan satışa ilişkin hükümlerin maddelerin yasal sistematik içinde sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hükümler içinde yer almasından da çıkarılan Federal Mahkeme, cayma hakkı için tanınan

31 BGE 137 III 243 E 4.4.6.

32 BGE 137 III 243 E. 4.4.7.



40.e maddesindeki gibi yedi günlük süreyi de, geciktirici şart gerçekleşinceye kadarki süreçte sözleşmenin hükümlerinin askıda doğmasını sağlayacağı şeklinde yorumlamaktadır<sup>33</sup>.

Tartışılan sorun, hukuk güvenliği ve dengesi açısından müşterek bir uygulama sağlayabilmek amacıyla hangi iade düzeninin kabul edilmesi gerektiği hususundadır ve bu tercih açısından belirleyici olan nokta da cayma hakkı için uygulanacak iade hükümlerinin, irade sakatlığı, şekle aykırılık gibi kuruluş aşamasında sözleşmenin kuruluş aşamasında meydana gelen geçersizlik halleri için uygulanan sistemle de paralellik göstermesi olacaktır. Federal Mahkeme de tüm yorumları neticesinde kuruluş aşamasındaki iade taleplerine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği bu nedenle m. 67 hükmündeki bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı sonucuna varmıştır. Bu uygulama, Federal Konsey'in kanunlaştırma çalışmaları sürecindeki tutumu, kurulmuş olan bir sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeleri ile de uyum sağlayacaktır. İBK m. 40.a vd. tüketickiye sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulması için elverişsiz şartlar altında özgür iradesini ortaya koyabilme imkanı sağlamaktadır. Tüketiciyi koruma amacı gereğince on yıllık bir zamanaşımı süresinin daha avantajlı olmasının, İBK m. 40 vd. hükümlerinden bu sonucun çıkarılmasını sağlamaya yetmeyeceğini belirten Federal Mahkeme, cayma beyanında bulunan tarafın bir yıllık süre içinde iade talebinde bulunmak için gerekli yollara başvurmasının mümkün ve beklenebilir olduğunu ve sözleşmenin karşı tarafını on yıllık zamanaşımı süresince talepte bulunulup bulunulmayacağı hususunda belirsizlik içinde bırakmanın ise hukuk güvenliği ve adaleti açısından yerinde olmayacağını öne sürmektedir. Bu gerekçe ile sebepsiz zenginleşmeden doğan bir yıllık zamanaşımı süresinin uygun olacağı sonucuna varmıştır<sup>34</sup>.

### III. İSVİÇRE ÖĞRETİSİNİN FEDERAL MAHKEMENİN BGE 137 III 243 NO.LU KARARI İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

Söz konusu kararın önemi, ilk bakışta, kapıdan satışlarda cayma hakkının kullanılması halinde iade talepleri için sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmesel zamanaşımı hükümlerinden hangisinin uygulanacağını belirlemesidir. Ancak, kararda aynı zamanda, farklı sözleşme geçersizlikleri ve aykırılıklarına ilişkin iade taleplerinin de hukuki yapısı incelenmiştir. Söz konusu kararlar, Federal Mahkeme, sebepsiz zenginleşmenin uygulama alanını büyük ölçüde kısıtlayan ve nisbeten yeni bir görüş olan sözleşmesel tasfiye ilişkisi görüşü üzerinde durulmuştur. Federal Mahkemenin tüm bu yorumlarının, öğretinin sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi yaklaşımını (umwandlungstheorie) kabul eden oldukça önemli bir kesiminin görüşüne aykırı olduğu görülmektedir.

İrade sakatlıklarında sözleşmenin iptal edilmesi ile birlikte doğacak olan iade talepleri için sözleşmenin yeni bir tasfiye ilişkisine dönmesi fikrine sıcak bakmadığını ortaya koymuştur. Böylece geleneksel anlayıştan ayrılmamaktan yana görüşünü belirtmiştir. İrade sakatlığı nedeniyle iptal edilen sözleşmede ifa edilmiş edimin iadesi, karşı edimin de geri verilmesini gerekecektir.

33 BGE 137 III 243, 4.5.

34 BGE 137 III 243, 4.5.

Aynı zamanda İBK m. 62 hükmünün gerekçesine bakıldığında İBK m. 23 hükmündeki tek taraflı bağlamazlık teorisini desteklediği de belirtilmektedir. Cayma hakkı açısından Federal Mahkemenin ortaya koyduğu sonuca gelince normların amacı açısından bakıldığında cayma hakkı irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptali amacına hizmet etmektedir. Kapıdan satışlarda cayma hakkını düzenleyen İBK m. 40 vd. Hukuk sistematigi açısından sözleşmenin kuruluşuna ilişkin düzenlemelerde yer verilmesinden bu sonucu çıkarmak mümkündür. Bu nedenle doğacak iade talepleri de sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yapısına uygun olduğundan zamanaşımı süresi de sebepsiz zenginleşme talepleri için düzenlenmiş olan İBK m. 67 hükmündeki zamanaşımı süresi olacaktır. Federal Mahkemenin iade talepler ve uygulanacak zamanaşımı sürelerine ilişkin ortaya koyduğu tavır, yasal açıdan uygulamadaki tartışmalara son noktayı koyarak bir kesinlik kazandırdığı söylenebilir<sup>35</sup>.

Ancak Federal Mahkemenin uygulama açısından ortaya koyduğu bu net tavrın öğretiyi tam anlamıyla tatmin ettiği söylenemez.

İsviçre ve Türk Hukuklarında öğreti ve uygulamada alışlageldiği üzere sözleşmenin iptali, askıda hükümsüz olan sözleşmenin başından itibaren hükümsüz kılar, sözleşmenin iptali geçmişe etkilidir. İptal ile birlikte sözleşme hiç var olmamışcasına eski hale getirmek için, daha önceden verilmiş olan edimlerin iadesi gereklidir. Alman Hukukunda, BGB 146 da da iptalin geriye etkili olduğu, “iptal edilen işlem baştan itibaren hükümsüz kabul edilmelidir” şeklinde hükme bağlandığını dikkate alan İsviçre öğretisi, Alman Hukuku ile de bir paralellik kurmak istemiştir. **Ancak yine de, öğretilerde görüş birliği sağlanamamıştır.** Sözleşmenin kurulması anında irade sakat olduğu takdirde iradeler uyuşmamış sayılır. İptal hakkının kullanılması ile iradeler arasında uyuma sağlanamamış olan sözleşme hiç varolmamışcasına ortadan kalkar ve sözleşmenin iptalinin sonuçları etkisini göstermeye başlar.<sup>36</sup>

İBK m. 107 hükmüne göre sözleşmeden dönme halinde, yerleşik öğretiye göre anlaşmanın sonuçları geriye dönük olarak ortadan kalkar iken<sup>37</sup>, yeni bir görüş, sözleşmeden dönme hakkının doğuracağı etki açısından farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur<sup>38</sup>. Buna göre sözleşme ilişkisinden doğacak haklar geriye dönük olarak etkisini yitirirken edimlerin iadesi yükümlülüğünün yerine getirilmesi için, yeni bir tasfiye ilişkisi doğar ya da bir başka deyişle sözleşmenin yerine geçer. Başlangıçta edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkan ilişki artık taraflar arasında, geriye etkili olarak tüm edimlerin geriye döndürülmesini sağlayacak olan bir “edimlerin iadesi” ilişkisine dönüşmüştür.

35 Isabelle MONFERRINI/Hans Caspar CRONE, Dir Rückabwicklung Mangelhafter Verträge, SZW/RSDA 5 (2011) SZW/RSDA, 5/2011 s: 496.

36 SCHMIDLIN, , N.12.

37 BGE 61 II 255 ff.; V. TUHR/ESCHER, OR-AT II, s.155 vd.; Hermann BECKER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1941, Art. 109 N. 1 ff.; Hugo OSER/Wilhelm SCHONENBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V, Das Obligationenrecht, Art. 1-183, 2.A. Zürich 1929, Art. 109 OR N.2 vd..

38 Alfred KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2017, 14, N. 268 ff., s:307 ff.; Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Jörg SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, s.354 ff. N.1570 ff. Ayrıca bkz. Aşağıda, s.23, dn.62.

Bu yeni yaklaşım sözleşmeden dönme ilişkisinin sözleşmesel bir zemin içinde gerçekleştirildiğini öne sürmektedir. Bu yaklaşım ile zenginleşmenin iadesi ve tasfiyesinden kaynaklanan sorunların da bertaraf olacağı öne sürülmektedir<sup>39</sup>.

İptal hakkının kullanılması ile birlikte, daha öncesinde ifa edilmiş olan edimlerin iadesine ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin tartışma esas itibarıyla sağlıklı bir irade ile kurulmamış bir sözleşmede iptal hakkı ileri sürülünceye kadarki zaman zarfında ifa edilmiş olan edimlerin geçersiz bir sözleşme çerçevesinde mi ifa edildiği yoksa bir sözleşme ilişkisi içinde mi ifa edildiğinin kabulüne göre değişiklik gösterecektir.

Federal Mahkemenin sakat bir irade ile kurulmuş olan bir sözleşmenin baştan itibaren hüküm doğurmayan bir sözleşme olmasına rağmen, sözleşmesel bir tasfiye ilişkisinin uygulanmaya çalışmasının zorlama bir yaklaşım olduğuna dair iddiası, öğretide eleştirilmiştir. Federal Mahkeme ile aksi görüşte olan SCHMIDLIN' e göre<sup>40</sup>, iptal edilen sözleşme aslında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmedir. İrade sakat bile olsa temelde bir irade var olduğundan sözleşme kurulmuş sayılmaktadır (Normativ konsens). Tereddüt uyandıran nokta, sözleşmenin er ya da geç iptal edilinceye kadar, sadece tek bir taraf açısından mı bağlayıcı olmadığı (*Ungültigkeitstheorie* – tek taraflı bağlamazlık teorisi) yoksa her iki tarafında mı sözleşme ile bağlı olmayacağı (*anfechtungstheorie* – iptal teorisi) noktasında olacağını belirten yazar, irade sakatlıklarında iptal hakkı ile kapıdan satışlar için düzenlenen cayma hakkının da aynı kefeye konmasının mümkün olmadığı kanaatindedir. Cayma hakkı icap ya da kabulü hiç yapılmamışçasına geçersiz kılar, ancak hükümsüz sözleşmelere uygulanan sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümlerinin uygulanması hususunda fikir birliği yoktur. Cayma hakkı ile dönme hakkı arasında, her ikisi için de sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümlerine göre iade talepleri öngörülmesine rağmen, iptal edilen sözleşme ile ifa edilmemiş olan sözleşme arasında olduğu gibi bir benzerlik bulunmadığı öne sürülmüştür. Bu nedenle, Federal Mahkemenin görüşünün aksine elverişsiz sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümleri yerine dönüşüm teorisi gereğince sözleşmeden dönme hükümlerinin uygulanmasının avantajlı olacağı ifade edilmiştir.

Federal Mahkemenin yorumu, Hartmann'a yaptığı atıftan hareketle, uzun zamandır büyüyen güven ilkesi, güven sorumluluğu, ifa engelleri, sözleşmeden dönme hatta irade sakatlığı gibi sözleşmesel kurumların gözden geçirilmesi ihtiyacını doğuracaktır. Bunun da, daha büyük bir probleme yol açacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Komisyonun görüşleri yasa gibi bağlayıcı değildir. Sözleşmenin iptali sonucunda sebepsiz zenginleşme ile istihkak hakkı için tanınan seçim hakkı, yasalaşma süreci öncesi çalışmalarda tartışma konusu yapılmış olup yasada üzerinde hiç durulmamıştır. Sebepsiz zenginleşme davasına sadece İBK m. 119/2 hükmünde yer verilmiştir. Bu da sonradan ortaya çıkan imkansızlığı sözleşmenin iptali ile değil hükümsüzlük ile ilişkilendirmek içindir. Kendiliğinden anlaşılacağı üzere, İBK m. 19-20 hükümleri çerçevesinde

39 WEBER, Rolf H., Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR. Bern 2000, Art 109, N 46 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1570 ff.,

40 SCHMIDLIN, N.16 vd.

hükümsüz bir sözleşme, sözleşmesel bir tasfiye ilişkisine dönüşmeyecektir. Gerçi öğretilerde bazı yazarlar, Kanun'un ifadesinden bu anlamı çıkarmakta dahi tereddütüdür.<sup>41</sup>

Yasa hiçbir zaman irade sakatlıklarının sözleşmeye etkisine dair tek taraflı bağlamazlık hususunda kestirip atan, basmakalıp bir tavır sergilememiştir. İBK m. 31, ya sözleşme ile bağlı kalınmak istenmediğini açıklayıp kendisindeki edimi iade etmek ya da ya da yasanın aksi takdirde onaylanmış sayılacağına dair lafzı çerçevesinde onaylamak açısından alternatif sunmak üzere düzenlenmiş bir hükümdür. Bu sözleşmenin varlık kazandığı, ancak bağlamazlık gereğince daha fazla varlığını sürdüremeyeceği ve mevcut edimlerin iadesinin gerekeceği anlamına gelir. İadenin hangi yoldan sağlanacağı hususuna ise, İBK m.31 hükmünde yer verilmemiştir. Önemli olan sözleşmenin kurulmasından önceki şartlara dönebilmeyi sağlamaktır<sup>42</sup>.

Öğretilerdeki baskın görüş ve içtihatlar<sup>43</sup> sözleşmenin iptalinden doğan iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu açılacak davanın da sebepsiz zenginleşme davası olduğu kanaatini paylaşmaktadır. Sözleşmenin geriye etkili olarak geçersiz olması onu baştan itibaren hükümsüz kıldığı için hükümsüz bir sözleşme gibi kabul edilmesine sebep olur. İptal, sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümlerine dayanarak sözleşmenin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesini sağlamak içindir. Malvarlığına hiç geçmemiş olan edimler sebepsiz zenginleşme talebine, geri verilmesi gereken malvarlığı ise istihkak talebine konu olacaktır. Her iki talep de sözleşmesel taleplere kıyasen tali taleptir, sözleşme iptal edilmiş de olsa aynı durum söz konusu olacaktır<sup>44</sup>.

Kuşkusuz sebepsiz zenginleşme davası ile (sözleşmeden önceki) eski hale dönmek ve sözleşmenin iptali ile ortaya çıkan duruma uyarlanmak açısından ağır bir çözümdür. Bu sözleşmenin dolaylı etkilerinin göz önüne alınması gerektiğinde sözleşmesel taleplere kıyasen oldukça yıpratıcı etkileri olacağı yolunda sonuç çıkarmak mümkündür. Elbette kimse şimdiye kadar ki uygulamanın aynı sonucun yararına işaret ettiği hususunda şüphe duymayacaktır. Asıl soru iptal edilen sözleşme temelinin de böyle bir tasfiye ilişkisine uygun olup olmadığıdır<sup>45</sup>.

Sözleşmeden dönme halinde sözleşmesel tasfiye ilişkisinin uygulanmasının kabulü, aynı sistemin iptal edilen sözleşmeye de uygulanması halinde sonrasında ortaya çıkabilecek problemler üzerinde iyice düşünülüp taşınması gereken bir meseledir. Her iki durumda da benzer yönler bulunmaktadır. Sözleşmeden dönmeye dönülen sözleşmenin geçerli bir sözleşme olduğu varsayılmaktadır. Sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptali talebi sadece görünüşte geçerli ancak taraflardan biri açısından bağlayıcı olmayan bir sözleşmede yöneltilmektedir.

41 SCHMIDLIN, N.17. SCHMIDLIN, bu görüşte olan yazarlara örnek olarak WIEGAND'ı örnek göstermiştir. Bkz. SCHMIDLIN, N.17.

42 SCHMIDLIN, N.18.

43 BGE 134 III 343 E 2.4.; BGE 132 III 242.

44 SCHMIDLIN, N.19

45 SCHMIDLIN, N.20

Bu tarafların sözleşme ile bağlanmaları ve sonra ayrılmalarındaki menfaat yine sözleşme temelinden kaynaklanır. Yasal bir yenilik doğuran hakkın kullanılması olan iade talebi, sözleşme öncesine iade için tasfiye ilişkisi olarak geri verme yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamak içindir. Geleneksel öğretinin ve Federal Mahkemenin sebepsiz zenginleşme (ya da istihkak) taleplerine bağlı kalması İBK m.31 hükmünün alışılagelen uygulamasına sadık kalmak içindir. Sözleşmesel tasfiye ilişkisinin uygulanmasında ise tarafların menfaatlerine aykırı bir durum söz konusu olmaz. Aksine iptal hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmeyi başlangıçtaki anına (status quo ante) döndürmek, sözleşmenin ters yüz edilmesi anlamını taşır. Federal Mahkemenin BGE 129 III 327 no.lu kararında da katıldığı ve öğretiyi yeni bir soluk getiren sözleşmesel tasfiye çözümü bir anda rafa kaldırılmamalıdır. SCHMIDLIN, olaya tarihsel bir bakış açısıyla bakıldığında dahi, sözleşmesel tasfiye ilişkisinin temeli bir anda ortaya çıkan ani bir fikir olmadığını belirterek, yasal tartışmaların dahi ötesine geçen bir temeli olduğunu belirtmektedir. Buna göre, Roma Hukuku temeline dayandığına, sonradan Pandekt Hukuku ve Doğal Rasyonel Hukukun izlerinin etkisiyle hükümsüzlük fikrinin ağır bastığına işaret edilmektedir<sup>46</sup>.

Öte yandan, Federal Mahkeme İBK m.119/2 hükmüne ilişkin olarak açık bıraktığı soruyu da bu kararında cevaplandırmıştır. Sonradan ortaya çıkan kusursuz imkansızlıkta, sözleşme geçerli olarak kurulduğu için, borçludan edimi ifa etmesi için talepte bulunamayacak alacaklının, ifa ettiği kendi edimine dair talebinin sözleşmesel tasfiye ilişkisine tabi olması beklenebilirdi. Ancak Federal Mahkeme yasanın lafzını göz ardı etmemiş ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını belirterek, sözleşmesel iade hükümlerinin uygulanmasını savunan öğretilerdeki bir kısım yazarın aksine görüş ileri sürmüştür<sup>47</sup>.

Öğretilerde, Federal Mahkemenin hayal kırıklığına uğrattığı bir başka grup yazar da, şekle aykırı sözleşmelerden doğacak iade hükümlerinin sözleşmesel iade hükümleri olması gerektiğini öne süren yazarlardır. Federal Mahkeme, şekle aykırı sözleşmelerden doğacak iade hükümlerinin de sebepsiz zenginleşme temeline dayandırılması gerektiğini belirtmiştir<sup>48</sup>.

Federal Mahkemenin ilgili kararına, kapıdan satış sözleşmelerine ilişkin tutumu yönünden de eleştiri yöneltilmiştir. Buna göre Federal Mahkemenin kapıdan satış sözleşmelerindeki cayma hakkını, sözleşmenin geçersizliği ile ilintilendirmesi uygun değildir. Avrupa Birliği Direktiflerindeki tüketici hukukuna ilişkin düzenlemelerin mantığına uygun olarak cayma hakkını, kurulmuş (geçerli) bir sözleşmeden caymak olarak kabul etmek gerekir<sup>49</sup>.

46 SCHMIDLIN, N.21,23.

47 MONFERRINI/CRONE, s.491. Yazarlar, Federal Mahkemeyi haklı gördüklerini de ifade etmektedir.

48 Alfred KOLLER, § 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückskauf / I. – III., Der Grundstückskauf, 2017, s.102, N.41, d.n.70 hükmünde, Federal Mahkemenin Christoph BURRI'nin görüşünü reddettiğine işaret etmiştir. Christoph BURRI, eserinde kendisi ile aynı görüşü paylaşan yazarlara da işaret ederek, şekle aykırı sözleşmeler için de sözleşmesel iade hükümlerinin uygulanması fikrine sıcak baktıklarını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Christoph BURRI, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen AISUF – Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 298, 2010, s.156, N.346 vd..

49 Claire HUGUENIN/Oliver DREYER, V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs – und Kartellrecht / Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen, Festschrift für Anton K. Schnyder zum

Tüm bu değerlendirmeleri öne süren yazarların hem fikir oldukları nokta; Federal Mahkemenin ilgili kararının üzerinde yeterince düşünülmeden ve belli noktaları göz ardı ederek sonuca varılmış bir karar olduğu yönündedir<sup>50</sup>. Irade sakatlığı ile kurulan bir sözleşmeyi kendisinden etki doğmayacak bir nevi hayali şekli bir sözleşmeden ibaret görmektedir.

Öğretide, karara daha ılımlı bir bakış açısıyla yaklaşan başka yazarlar ise, kararın tüm iade taleplerini titizlikle inceleyerek kendi içinde tutarlı bir bakış açısıyla kapıdan satışlarda cayma hakkına ilişkin bir çözüm getirttiğini belirtmiştir, ancak söz konusu çözümün tutarlı olmakla birlikte kısa zamanaşımı süresini kabul ediyor olmasının tüketicinin korunması amacına ters düştüğünü öne sürmektedir. Bu sorunun ise İsviçre Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nın (OR 2020) Ağustos 2011 versiyonunda sebepsiz zenginleşme için üç yıllık zamanaşımı süresi öngörmesi nedeniyle kısmen çözüleceği savunulmaktadır<sup>51</sup>. Buna göre İBK m. 127 v.d. hükmünde üç yıllık ve üst süre olarak on yıllık zamanaşımı süresinin sözleşme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiiller için uygulanır olması öngörülmektedir. (İBK m. 130) Bedensel zararlardan doğan talepler için ise otuz yıllık zamanaşımı süresi önerilmektedir.

Kararın sözleşmenin geçersiz kaldığı hallerde aynı sözleşme ilişkisinin çözülmesi için taraflardan birinin istihkak, diğer tarafın ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olmasına kapı açan yaklaşımına getirilen eleştiriler de, çözümü İBK'nun Yeni Tasarısının (OR 2020) 79. Hükmü ile yeknesak bir sistem getirmesi olarak kabul etmektedir. Bu hükme göre, hükümsüz ya da başka nedenlerle sakatlanmış sözleşmeler de sözleşmesel tasfiye rejimine tabi olacak, bir başka deyişle dönüşüm teorisi ile savunulan sözleşmesel tasfiye ilişkisi, geçersiz sözleşme ilişkilerinin çözülmesinde de yer bulacaktır<sup>52</sup>.

OR 2020 Tasarısı m.79 hükmünde getirilmek istenen yeknesak sistem, mevcut yasadaki farklı iade rejimlerine ihtiyaç bulunmadığı yönünden eleştirilmektedir. Federal Mahkemenin kararında gerekçelendirmeye çalıştığı üzere sözleşmenin hükümsüz olması ya da iptali ile edimlerin iadesinin gerektiği halleri, geçerli bir sözleşmede ifa edilmiş edimlerin iadesinin gerektiği hallerden ayırmak için gerçek bir ihtiyaç yoktur. Aksine her durumda yapılması gereken şey açıkça bellidir: Edimlerin iadesini sağlamak ve sözleşmenin öncesine dönmek. Bu nedenle iadenin kapsamının ve şeklinin, sözleşmeyi geçersiz kılan nedene göre farklılaştırmanın objektif

65. Geburtstag, 2018, s.1207.

50 SCHMIDLIN, N.22.

51 Jörg SCHMID/Jonas RUEGG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 149/2013, s.500. Yazarlar tarafından getirilen bir başka eleştiri de, Karar'ın taraflardan birinin sonradan ödeme güçlüğüne düşmesine dair BGE 64 II 264 kararı hakkında suskun olmasına ilişkindir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra sözleşmenin ifa edilmemesine yol açan bir durum söz konusu olduğu için, bu Karara göre, böyle uyumsuzluklar için çıkarılacak sonucun sözleşmesel taleplerin uygulanması yönünde olması gerekir. SCHMID/RUEGG, s.501.

52 Claire HUGUENIN/Reto M. HILTY/Tina PURTSCHERT, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für Einen Neuen Allgemeinen Teil, OR 2020 79-84, Vorbemerkungen zu Art. 79-84, 2013, s.251 vd. OR 2020 Art 79 hükmü ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Vedat BUZ, Rückabwicklung, s.565 vd.. Ayrıca bkz. Mehmet AKÇAAL, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı(OR 2020)'nda İfa Engellerinin Sonuçları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, Aralık 2018, s.161.

bir gerekçesi bulunmamaktadır. OR 2020 m. 79 hükmünün getireceği tek tip sistem geri verme borçlusunun iyiniyetli olup olmamasından bağımsız olarak tek tip bir iade sistemi getirirken, İBK m. 64 hükmünde olduğu gibi uygulamada yaşanan sorunlar da anlamını yitirecek, aynı zamanda OR 2020 m. 81 hükmünde düzenlenen tazminat hükmü ile birlikte uyumlu bir uyuşmazlıkları çözen temel hüküm haline gelecektir. Gerçi, her ne kadar yeknesak bir düzenlemenin varlığı olumlu karşılansa da salt sözleşmeyi tasfiye ilişkisine döndüren teorinin çerçevesinde bu düzenlemeyi kurmak bazı yönlerden aksaklıklara yol açabileceği tereddütleri<sup>53</sup> sona erdirmemiştir. Edimlerin iadesini gerektiren farklı ihtimalleri, yeknesak bir düzenlemede birleştirebilmek için teorik önyargılardan uzaklaşmak gerekmektedir<sup>54</sup>.

Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar iade temelini sözleşmesel tasfiye ilişkisine dönüştürmek eleştirilse de; sözleşmesel tasfiye teorisinin, Federal Mahkeme kararının aksine, hem mevcut İBK uygulaması için fazlasıyla taraftar bulan bir teori olduğu açıktır, hem de yeni İBK tasarısı için de önemli bir işlev üstleneceği görülmektedir. Bu eleştiriler çerçevesinde BGE 137 III 243 Sayılı karar irdelendiğinde, Federal Mahkeme hükmü ile güncel hukuki gelişmeleri yakalayan bir yorum yerine eskiye bağlı kalan bir yorum getirmiştir.

#### **IV. 6502 S. TKHK m. 47 HÜKMÜNDE DÜZENLENEN “İŞ YERİ DIŞINDA KURULAN SÖZLEŞMELER”DE CAYMA HAKKI VE YARGITAY’IN YAKLAŞIMI**

4077 S. TKHK’nda m.8’de düzenlenen kapıdan satış sözleşmelerine, 6502 S. TKHK’nda “İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler” başlığı altında m. 47 hükmünde yer verildi. Aynı hükmün 5. Bendinde ise tüketicinin cayma hakkı<sup>55</sup> düzenlendi.

Kanunda her ne kadar “cayma hakkı” terimini kullanılmışsa da, öğretilerde pek çok yazara göre bu hak bir geri alma hakkıdır. Geri alma hakkı kısmen fesihe kısmen de dönmeye benzetilmektedir. Geniş anlamı ile geri alma hakkının kullanılması ile hukuki bir durum değiştirilmiş olur. Geri almanın etkisi, kendi açısından hukuki işlemin temelini ortadan kaldıran nitelik taşıyan ya da

53 BUZ, Rückabwicklung, s.568 vd. BUZ, Stoll ile birlikte Alman Hukukunda başlayan “umwandlungstheorie” yani dönüşüm teorisinin İsviçre Hukukunda köken hukukundan daha fazla benimsendiğini, hatta geçerli olan sözleşmelerde dönme hakkının niteliğini açıklayan bir teorisinin ötesine geçerek, iptal edilen ve hatta hükümsüz olan sözleşmelere dahi hasredildiğini belirtmektedir.

Ancak İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’nın sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerinin sözleşme kapsamında hataen yapılan ödemelerde uygulama alanı bulurken (OR 2020 Art. 65) geçersiz ya da iptal edilmiş bir sözleşmenin edimlerinin iadesinde sözleşmesel tasfiye hükümlerinin uygulama alanı bulması gibi paradoks bir mantık içeren düzenlemeler içermesi de eleştirilmektedir. BUZ, Rückabwicklung, s.570

54 Matthias LEHMANN, Innovation durch den OR 2020 – Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015, s.337 vd.; Vedat BUZ, Rückabwicklung, s.565 vd..

55 Bkz. Leyla Müjde KURT, TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s.46; Esen KABAŞ, 6502 S. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX. Y.2015, S.3,s.79.

TKHK’nda cayma hakkı teriminin tercih edilmesinde, sözleşmeden dönme hakkının sonuçlarında klasik dönme teorisinin olumsuz etkilerinden kaçınma eğilimi olduğu yönünde bkz. Alev ERTEN, Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, Ankara 2009/VI, s.211.

kanundan doğan bir yenilik bir doğuran hakka karşılık gelmektedir<sup>56</sup>. Ancak Kanun'un "çayma" terimini tercih etmesi nedeniyle, nitelik itibarıyla geri alma görüşüne katılmakla birlikte, biz de çayma terimini kullanmaya özen göstereceğiz.

Çayma hakkının hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretide yenilik doğuran hakkın kullanılması olarak kabul edilmekle birlikte bazı yazarlar çayma hakkının kullanılmasını bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması olarak kabul ederken<sup>57</sup>, bazı yazarlar değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirmektedir<sup>58</sup>.

Kanaatimizce, bu bakış açısı sözleşmenin iade yükümlerine hangi hükümlerin uygulanacağını belirlerken de önem taşır. Çayma hakkı bozucu yenilik doğuran hak olarak kabul edildiği takdirde, sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale gelecektir. Bu durumda, iade için uygulanacak hükümler de sebepsiz zenginleşme hükümleri olacaktır. Öte yandan, değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirildiği takdirde, sözleşme ilişkisi, iade yükümlerinin yerine getirilmesinde de belirleyici olacak; bir başka deyişle, iade yükümlerine sözleşme hükümlerinin uygulanacağını söyleyebilmek için elverişli bir hukuki zemin doğacaktır.

Gerek eksik bulunan bir geçerlilik şartı nedeniyle, sözleşmenin sonradan iptali halinde edimlerin iadesi<sup>59</sup>, ya da sözleşmenin baştan itibaren kesin hükümsüz olarak kurulmuş

56 Çağlar ÖZEL, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998, s.76 vd..

57 Sezer ÇABRİ, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s.739. ÇABRİ, mesafeli sözleşmeler için çayma hakkının hukuki niteliğini incelerken, bozucu yenilik doğuran hak görüşüne katıldığını belirtmiş, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler içinse, çayma hakkının satıcıya ya da sağlayıcıya varmasıyla birlikte, sözleşmenin kesin hükümsüz hale geleceğini belirtmiştir. Bkz.Bozucu yenilik doğuran hak olduğu yönünde, Aydın ZEVLİLER/Çağlar ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s.313.

ÖZEN, tüketici kredilerinde çayma hakkının hukuki niteliğini belirlemek yönünden bozucu yenilik doğuran hak, değiştirici yenilik doğuran hak ve geciktirici koşul görüşlerine değinmiş, konuyu Alman Hukuku yönünden de irdeleyerek çayma hakkının dönme işlevi taşıyan bir yenilik doğuran hak olduğunu belirtmiştir. Bkz. Burak, ÖZEN, Tüketici Kredilerinde Çayma Hakkının Kullanılması, 4. Tüketici Hukuku Kongresi – Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 20-21 Kasım 2014.

AYAN da, ön ödemeli konut satışlarında çayma hakkının kullanılmasına ilişkin genel görüşün, sözleşmeyi hükümsüz hale getiren görüş olduğuna işaret etmekle yetinmiş, gerekçe olarak da Federal Mahkemenin inceleme konumuz olan makalesini göstermiştir. Bkz. Serkan AYAN, Ön Ödemeli Konut Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Çayma Hakkı, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, Y. 2019, S.3, s.78 ve özellikle d.n.79.

Mesafeli sözleşmeler açısından, GEZDER de aynı yönde görüş bildirmiştir. Bkz. Ümit GEZDER, Mesafeli Sözleşmeler, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul 2015, s.340.

Taksitle satış sözleşmeleri açısından çayma hakkının, bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi için bkz. Mustafa ÜNLÜTEPE, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011, s.144. Aynı yönde bkz. Murat AKDİ, Taksitle Satış Sözleşmesinde Çayma Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017, s.53.

SERT SÜTÇÜ'ye göre, 6502 S. TKHK'nda tüketiciye tanınan çayma hakkı düzenlemelerine ilişkin bozucu yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı kanaatindedir. Bkz. Selin SERT SÜTÇÜ, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Çayma Hakkı, Ankara 2016, s.8.

58 Mehmet DEMİR, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003, s.305 vd., özellikle s.307.

59 Bir sözleşme yapılırken TBK m. 30 hükmünde iradesi yanılma ile sakatlanan, TBK m. 36 hükmünde sözleşme kurulurken aldatmaya, TBK m. 39 hükmünde ise korkuya maruz bırakılan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığı hükme bağlanmıştır. TBK m. 39 hükmünde ise yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan tarafın yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmemesi veya verdiği şeyi geri istememesi halinde sözleşmeyi onamış



olması<sup>60</sup>, gerek geçerli bir sözleşmede taraflardan birinin ihlalinin edimlerin iadesini gerektirdiği

sayılacağı belirtilmiştir. İşte bu hükümlerle düzenlenen onama/iptal hakkının sözleşmenin geçerliliğine etkisine dair öğretiler farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğreti sözleşme açısından mevcut bulunan sakatlığın sözleşmenin kurulduğu anda kesin hükümsüzlük teşkil etmediği hususunda hemfikiridir.

Var olan geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olmadığı hususunda görüş birliğine varan öğreti, kanunda irade sakatlığı halinde iptal hakkı için tanınan bir yıl sürenin geçmiş olması halinde geçerlik kazanacağını da kanunun düzenlemesi gereğince kabul ederken, iptal hakkının henüz kullanılmadığı sürede belirsizlik devam ederken sözleşmenin geçersizliğinin türünün ne olduğu hususunda ise farklı görüşler ileri sürmüştür. Bu görüşlerin incelenmesi yönünden bkz. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s:428, N:64; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2017, s.102, N.41 vd.; O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,1, (Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2019, N.757 vd.; M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2019, N.551 vd.; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s.387, N.1067 vd..

Geçersizlik teorisine göre, sözleşme baştan itibaren geçersiz olup, belirli bir süre içinde sözleşme için öngörülen geçersizlik yaptırımı uygulanmazsa sözleşme geçerlilik kazanacaktır. ANTALYA, C.V/1,1, N.756 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; s: 428, N.65. Ancak sözleşmenin baştan itibaren her iki taraf için de mi geçersiz sayıldığı, yoksa sadece iradesi sakatlanan taraf için mi geçersiz olduğu tartışmalıdır.

Geçersizlik yaptırımı olarak kabul edilen iptal bildiriminde bulunulmamış olunması ile birlikte hükümsüz bir sözleşmenin baştan itibaren geçerli hale gelmesi düzelebilir hükümsüzlük olarak nitelendirilmiştir. Burada hükümsüzlüğü ileri sürebilmek sadece iradesi sakatlanan tarafa tanınmış olduğundan sözleşmenin geçersizlik halinin nisbi butlan olarak da nitelendirildiği görülmektedir. OĞUZMAN/ÖZ; s:124

Bölünmüş geçersizlik olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre sözleşme yanılan (ya da hileye veya korkutmaya maruz kalan) taraf açısından bağlayıcı değildir ancak karşı taraf açısından bağlayıcıdır. Sözleşmenin iradesinde ya da beyanında sakatlık bulunan taraf açısından düzelebilir hükümsüzlük etkisi taşıdığı ancak karşı taraf için de “iptal edilme” bozucu şartına bağlı olarak geçerli olduğu ve Kanunun metnindeki iradesi sakatlanan tarafa tanınan sözleşme ile bağlı olmadığına dair bildirim bu nitelikte bir iptal hakkı olduğu öne sürülmektedir. Öğretilde, OĞUZMAN/ÖZ, s:185, N.552; Salahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s: 452, HATEMİ/GÖKYAYLA, bu görüşü savunan yazarlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

HATEMİ/GÖKYAYLA'ya göre, sözleşme kurulmuştur. Ancak iradesi sakat olmayan tarafı bağlamakta, iradesi sakat olan tarafı ise bağlamamaktadır. Bu nedenle iradesi sakat olan taraf, yanılma ya da aldatılmayı öğrenmeden veya korkutmanın etkisinden kurtulmadan önce bir tasarrufta bulunmuş olsa bile, bu ifa ettiği edimi Vindikatio ile isteyebilir. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s.103, N.42.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ise, bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s:426, N.67. Bir işlemin bir taraf için geçerli olmasına rağmen işlemin diğer tarafı için geçerlik taşımayışının anormal sonuçlara yol açacağını belirterek bir alacağın temlikinde temlik eden tarafın hataya düşmesi halinde, sözleşme temlik alan taraf için geçerlik taşıyacağından alacak temlik alanın malvarlığında yer alırken, temlik verenin irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin onun açısından hüküm doğurmamasının aynı alacağın onun da malvarlığında devam ediyor olması gibi bir sonuca yol açacağını ileri sürmüştür.

NOMER'e göre, sözleşme her iki taraf için de baştan itibaren hüküm doğurmamaktadır. Bkz. Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s.68, N.44.1.

İptal teorisine göre, sözleşme başlangıçta geçerlidir, ancak iptal beyanıyla sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kılınması mümkündür. İptal hakkı kullanılmadıkça sözleşme geçerliliğini korur. Bu görüş için bkz. EREN; s.369, N.1068. EREN açıkça gerçek olmayan iptal hakkı ile gerçek iptal hakkı ayrımını benimsemediğini belirtmiştir.

ÖZEN'e göre, irade sakatlığı hallerinde her iki taraf için de geçerli olarak kurulduğunu ancak iptal beyanının kullanılması ile birlikte her iki taraf için de baştan itibaren hükümsüz hale geldiğini kabul etmektedir. Böylelikle aşırı yaralanmaya ilişkin uygulanan geçersizlik hali ile de paralellik kurmaktadır. Bkz. Burak ÖZEN, Haksız Zilyedlikte İfade, İstanbul 2003, s.56, dn.101. İrade sakatlığı nedeniyle borçlandırıcı işlemin iptalinin, sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemini geçersiz kıldığını söylemek uygun olmaz. Borçlandırıcı işlemi etkileyen irade sakatlığının tasarruf işlemi sırasında da devam ettiğini kabul etmek daha uygundur. Borçlandırıcı işlemi iptal etmeye yönelik beyanın da güven ilkesi uyarınca tasarruf işlemini de kapsadığını kabul etmek gerekir. Bkz. ÖZEN, Zilyedlik, s.51, dn.95.

60 Baştan itibaren kesin hükümsüz sözleşmeler için iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,2, (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri) İstanbul 2019, N.3058 vd..

haller, gerekse borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık<sup>61</sup> Türk öğretisini de oldukça meşgul eden konulardandır. Türk Hukukunda sözleşmeden dönmeye ilişkin teorilerden, dönmeden sonra sözleşmesel tasfiye ilişkisini kabul eden görüş öğretilerde daha fazla taraftar bulmaktadır<sup>62</sup>. Nitekim, Federal Mahkeme kararında da işaret edilen uyumsuzlıklardan biri olan

61 TBK m.136/II hükmü çerçevesinde borçlunun geri verme borcunun kapsamı bir görüşe göre sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi iken, bir görüşe göre sözleşmeye aykırı davranış söz konusudur. Bu nedenle, sözleşmesel zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerekir. Bkz. EREN. S.1458, N.4138 vd. TBK m.136 hükmünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu hususunun öğretilerde tartışmasız olduğu, tartışmanın sadece zamanaşımı yönünden önem taşıdığı yönünde bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s.16, d.n.14.

Hükmün eleştirisi için ve sözleşmesel iade talebinin uygulanmasının gerekliliği yönünde, bkz. Leyla Müjde KURT, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara 2016, s.257 vd..

62 Sözleşmeden dönmeye ilişkin ilk akla gelen teori, klasik dönme teorisidir. Klasik dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi geçmişte etkili olarak sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kaldıran doğrudan bir etkiye sahiptir. Bu nedenle, dönme beyanı, sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir beyan olarak nitelendirilmektedir. Yenilik doğuran hak niteliği gereği, dönme beyanında bulunulması ile birlikte, bu sözleşmeden doğan tüm alacak hakları ve borçların sona erdiği kabul edilmektedir. Bu nedenle ifa edilen edimlerin de sebepsiz hale geldiği kabul edilmektedir. Dönme beyanı, sözleşme sebebiyle gerçekleşen tasarruf işlemlerini kendiliğinden geçersiz kılmaz, ancak bu işlemler sebepten yoksun hale gelir. Bu durumda ifa edilen bu edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenecektir. İfa edilmemiş edimler talep edilirse, hakkın sona erdiği itirazı ile karşılaşır. Sebepsiz hale gelen bu kazanımların geri verilmesine ilişkin sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması, bu nedenle de zamanaşımı ve iade borcunun kapsamının da sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi kılınmaktadır. Bu görüşe göre, dönme sonrası tasfiye ilişkisinin niteliği bütünüyle sözleşme dışı bir olgudur. Bu nedenle ifa edilen edimler karşılıklı olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi istenebileceği için, iade borcunun kapsamı ve zamanaşımı için uygulanacak hükümler de yine sebepsiz zenginleşme hükümleri olacaktır. Dava açıldığı takdirde, söz konusu dava, öğretiyeye göre, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davadır. Bkz. Stephan HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr.9, 2005, N.2 vd.; Nalan KAHVECİ, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014, s.176 vd.; Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2017, s.502 vd.; Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.184; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.517, N.1690 vd; ANTALYA, C/V,1,3, N.2966; ÜNLÜTEPE, s.145.

Klasik teori sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırmak özellikle istihkak talepleri açısından yeterli görülmemiştir. İstihkak talebi sebepsiz zenginleşme talebinden önce geldiği için, istihkak talebine konu olacak edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi mümkün değildir. Aynı etkili dönme teorisine göre, dönme sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Ancak dönme ile birlikte sadece borçlandırıcı işlem olan sözleşme değil, aynı zamanda sözleşme gereğince yapılan tasarruf işlemlerinden elde edilen kazanımlar da hükümsüzdür. Bu nedenle edimlerin iadesi aynı talep niteliğindeki istihkak talebine konu olur. Klasik dönme teorisine benzemekle birlikte, istihkak talebini esas alması nedeniyle, klasik teoriden ayrılır. Vedat BUZ, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.120 SCHMIDLIN, Art 31, N.95; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.519, N.1692 vd...

Yasal borç ilişkisi teorisine göre sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme geçmişte etkili olarak ortadan kalkar, ancak bu sözleşmenin hükümsüzlüğü anlamına gelmez. Taraflar arasında, dönülen sözleşme ilişkisini tasfiye amacı taşıyan ve yasadan doğan bir borç ilişkisi meydana gelir. Dönme beyanından önce gerçekleşmiş olan kazanımların geçerliliği dönmeden etkilenmez, sebepten yoksun kalmış sayılmazlar. Ancak bu edimlerin iadesi için tarafların yasal borç ilişkisi çerçevesinde sözleşmesel talep hakları vardır. Bu sözleşmesel iadenin kapsamı da sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlenir ancak iade talebine uygulanacak zamanaşımı süresi, sözleşmesel taleplerde uygulanan on yıllık genel zamanaşımı süresidir. Ayrıca bu görüşe ilişkin olarak bazı yazarlar, sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zarar yerine olumlu zararın tazmininin gerektiğini öne sürmüştür. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, İstanbul 1993, s.967 vd.; ayrıca bkz. İlhan ULUSAN, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, Y.5, S.7, s.163 vd (Yazar sonradan görüşünü değiştirmiştir.)

Diğer teorilere göre daha yeni olması itibarıyla yeni dönme teorisi olarak da adlandırılan dönüşüm teorisi, diğer teorilerden farklı olarak sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalktığını reddeder. Bizim de katıldığımız bu teoriye göre, sözleşmeden dönme ile, sözleşme içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Buna göre, sözleşme sona ermeyip, bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü için de, önceden ifa edilmiş olan edimlerin iadesi de yine sözleşmesel

sözleşme ilişkisi içinde taraflardan birinin fazla ödemede bulunması halinde, fazla ödemenin iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine Yargıtay HGK tarafından işaret edilmiştir<sup>63</sup>.

Yargıtay'ın 13. HD. 17.9.2015 t., E.2015/6614, K.2015/27247 S. kararında<sup>64</sup>, tüketicinin imzaladığı bir devremülk satış sözleşmesinden cayma hakkını kullanması üzerinde durulmuştur. Yargıtay söz konusu sözleşmeyi, tecrübe ve muayene şartıyla yapılan bir satış türü olarak nitelendirmiş, işyeri dışında imzalandığı takdirde 4077 S. TKHK 8 ve 9. Maddelerine göre kapıdan satış sözleşmesi niteliği taşıdığını belirlemiştir.

Cayma hakkının kullanılması ile birlikte, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının hüküm doğurmasının önüne geçilir ve cayma hakkı, kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış bir sözleşmeyi çözücü etkiye sahiptir. Cayma hakkı olarak adlandırılan bu hak, özünde, daha önce de belirttiğimiz üzere geri alma hakkıdır. Bu bakış açısıyla cayma hakkının kullanılmasının sonuçları irdelenirse, tarafların tasfiyeden doğan yükümlülüklerinin karşılıklı olarak gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmek gerekir. "Cayma hakkının kullanılması ile sözleşme çözülür ve sağlama ilişkisi yoluyla ileriye etkisizlik ortaya çıkar, ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri tamamlayıcı nitelik taşır<sup>65</sup>. Genel olarak sorun, iptal, dönme, fesih gibi diğer yenilik doğurucu etkiye sahip beyanlar ile cayma hakkının kullanılmasının benzeyen yönleri nedeni ile birbirlerinden ayrılmasındaki zorlukta yatmaktadır. Birbirine benzeyen bu kavramları birbirinden

bir iade talebi olarak istenecektir. Sözleşmeden dönme iradesinin açıklanması ise, değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Zamanaşımı süresi, sözleşmesel zamanaşımı olan on yıldır ve hakların iadesine ne sebepsiz zenginleşme ne de haksız zilyetlikte iade hükümleri uygulanacaktır, iade borcu TBK m. 112 hükmüne göre belirlenecektir. SEROZAN, s.545; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.521, N.1695; ANTALYA, C.V/1,3, N.2975 vd.; Mehmet ERDEM, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s.47 vd.; Işıl YELKENCİ, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014.

Teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Fatma Zeynep ALTINER YOLCU, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Satıcının Ayrıptan Sorumluluğu (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2018, s.353 vd.. Anglosakson Hukuk sistemi karşılaştırılması yönünden faydalı bir çalışma için bkz. Çişil DURGUN ARSLAN, Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yapıtrımlar (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2019, s.11 vd..

- 63 Yargıtay HGK 14.3.2012 t., E.2011/13-748, K.2012/140. (Karar için bkz. www.kazancı.com). Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Barış DEMİRSATAN, Türk Borçlar Kanunu'nun 78. Maddesinin Uygulama Alanına İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.3.2012 Tarih ve E.2011/13-748, K.2012/140 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, İÜHF. C. LXXI, S.2, s.563 vd. DEMİRSATAN, Yargıtay'ın sözleşme ilişkisi içindeki taraflardan birinin yaptığı fazladan ödemelere Yargıtay'ın sözleşmesel hükümleri uygulama eğilimini kısmen haklı bulmaktadır. DEMİRSATAN'a göre, bir sözleşme ilişkisinde borçtan fazla bir edimin ifa edilmesi, aşan kısmın sebepsiz kazanıldığını göstermektedir. Kanunda bağımsız bir borç sebebi olarak düzenlenen sebepsiz zenginleşme yerine sözleşme hükümlerine gidilmesi için, taraflar arasında fazla edimlerin iade edileceğine dair bir anlaşmanın bulunması gerekir. Federal Mahkeme'nin kararlarında da belirtildiği üzere, geçici ödeme öngörülen bir sözleşme ilişkisinde hesaplaşmanın yapılacağına ve eksik edimlerin tamamlanıp fazla edimlerin iade edileceğine ilişkin bir anlaşmanın bulunduğu sonucu çıkarılabilir. Buna karşılık, aynı sonuç Karar konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi, edim miktarlarının belli olduğu sözleşmelere genişletilemez. TBK m.78 hükmünün Kanundaki düzenlenişi, sözleşme boşluğunun doldurulması kapsamında sözleşmesel temele dayanmaya olanak vermez, aksine, fazla ifade bulunan kişilere yeknesak sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olur. DEMİRSATAN, s.575.

64 Kaynak için bkz www.kazancı.com.

65 ÖZEL, s.104 vd.

ayırarak için, dönme ve fesihin, borç ilişkisinin yapısındaki bir değişikliğe; iptal ve geri almanın ise irade beyanının hukuksal etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik olduğu ileri sürülmektedir. Dönme aracılığı ile hükümlerini doğurmuş olan bir borç ilişkisi tersine döndürülmektedir ve bu nedenle bir tasfiye ilişkisi doğacaktır. Fesih borç ilişkisini geleceğe etkili olarak sona erdirir. Bu nedenle daha önceden ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekmez. İptal başlangıçta geçerli ve **her iki tarafı da** bağlayan bir hukuki işlemi geriye etkili olarak geçersiz kılar<sup>66</sup>.

Bunlara karşılık geri alma, hukuken herhangi bir eksikliği olmayan ancak kural olarak henüz kesin hüküm doğurmaya başlamamış ya da hukuki etkilerini tam olarak doğurmamış irade beyanının geriye etkili olarak kaldırılmasını amaçlar. Genel hükümlerde düzenlenen geri alma hakkı bu şekilde nitelendirilirken, tüketiciyi koruyan hükümlerdeki geri alma hakkının farklı nitelikleri olabileceğine işaret edilmiştir. Buna göre, tüketiciyi koruyan geri alma hakkı, etkili hale gelmiş bir irade beyanını etkisizleştirici ya da tam kurulmamış bir hukuki işlemin hukuksal etki doğurmasını önleyici bir işlev taşıyabilir.

Bu nedenle, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını, sözleşmenin bağlayıcı etkisini ortadan kaldırarak ve sözleşmeyi geriye yönelik çözümlenerek bir tasfiye ilişkisinin doğuran bir irade açıklaması olarak kabul edebilmek mümkündür<sup>67</sup>.

Yargıtay sebepsiz zenginleşmenin mi yoksa sözleşme hükümlerinin uygulanacağı tartışma konusu olduğu, bir sözleşmede sözleşme taraflarından birinin hataen fazla ödemede bulunduğu hallerde ilişkin de yine sözleşme hükümlerinin uygulanmasından yana tavır almıştır<sup>68</sup>. 13. HD. 17.9.2015 t., E.2015/6614, K.2015/27247 S. kararında da kapıdan satışlarda tüketiciye tanınan cayma hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmeden doğan talebi ileri sürme imkanı varken sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilemeyeceğini, sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifası ile sebepsiz zenginleşme taleplerinin yarışmasının mümkün olmadığını, bir sorumluluk esası seçildiği takdirde de, uyumsuzluğa uygulanacak tüm hükümlerde o sorumluluk esasına göre hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre faiz, zamanaşımı ve ispat gibi hususlarda da sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde karar verilmiştir. İlgili Karara göre, “Son zamanlarda yeni öğreti ve içtihatlarla sözleşmenin ifasına dair talep hakkında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı eğilimi hakim olup ifası imkansız hale gelen sözleşmeden kaynaklanan edimin tazmini sözleşme hükümleri doğrultusunda çözümlenmesi gerekmektedir.”<sup>69</sup> Bu karar ile birlikte, Yargıtay, dönüşüm teorisini desteklediğini belirterek, tüketici açısından da elverişli iade taleplerini uygulamayı tercih etmiştir.

66 ÖZEL, s.105. TBK’nda icap ve kabulün hüküm doğuracağı ana kadar geri alınabilmesine ilişkin ve de bu açıdan Türk Hukuku ile CISG açısından bir karşılaştırma yapan ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. İPEK SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m.14-24), İstanbul 2013, s.116, dn.6.

67 Kapıdan satış sözleşmelerine ilişkin incelemesinde ÖZEL, her ne kadar İsviçre’de de cayma hakkının kullanılmasının sözleşmeyi tasfiye ilişkisine dönüştüğüne dair fikrin, öğretinin baskın yeni görüşü haline geldiğini işaret etmişse de (Bkz. ÖZEL, s.201), zamanaşımı yönünden genel hükümlere gidilerek sebepsiz zenginleşmenin zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. ÖZEL, s.207.

68 Konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz DEMİRSATAN, s.563 vd.

69 Yargıtay 13. HD. 17.9.2015 t., E.2015/6614, K.2015/27247 sayılı Kararı: “...devre mülk sözleşmelerinin tecrübe ve

## SONUÇ

Alman Hukukundan doğan ancak “İsviçre Hukukunda Alman Hukukunda olduğundan bile daha çok sevilmek” yeni İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısında (OR 2020) etkisini daha fazla hissettiren dönüşüm teorisi, İsviçre Federal Mahkemesi’nin nisbeten yeni tarihli sayılabilecek BGE 137 III 243 tarihli kararında uygulama alanı yönünden kısıtlanmıştır. Bir başka deyişle, İBK’nun geleneksel iade talepleri ayırımına sadık kalınmış ve bu sadakat neticesinde sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinin uygulama alanının, dönüşüm teorisi karşısında küçülmesi arzu edilmemiştir. Bizim de katıldığımız dönüşüm teorisi, özellikle tüketiciyi koruma amacı göz önünde bulundurularak yaklaşılması gereken kapıdan satış (6502 S. TKHK m.47 çerçevesinde “iş yeri dışında kurulan sözleşmeler”) sözleşmelerinde, tüketici açısından zamanaşımı başta olmak üzere diğer uygulanacak hükümler yönünden tercih edilmesi gereken, elverişli bir hukuki zemin hazırlamaktadır. Ancak Federal Mahkeme, bu noktada dahi, ilgili

muayene kaydıyla yapılan bir satış türü, işyeri dışında imzalandığı takdirde TKHK’nın 8. ve 9. maddelerine göre de kapıdan satış niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Bu tür satımlarda tüketiciye tanınan cayma hakkı nedeniyle, tüketici malı teslim aldığı tarihten itibaren malı belli bir süre içinde hiçbir gerekçe göstermeden reddetmekte serbest olduğu, sözleşmenin niteliği gereği beğeni yapıluncaya kadar sözleşmenin askıda olduğu ve dolayısıyla geçersiz bir sözleşmeden cayılamayacağına göre kapıdan satış olarak düzenlenen sözleşmelerde cayma hakkı verilmesi karşısında yazılı yapılmak kaydıyla bu sözleşmelerin de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. (Bk 13 HD 1.6.2012 gün 2012/10851 esas 2012/14247 karar )

Somut olayda uyuşmazlığın devre mülkün davacıya satımına dair sözleşmeden kaynaklandığı sabit olup; taraflar arasında imzalanan sözleşme de geçerli olduğuna göre sözleşme sorumluluğu ve dolayısıyla TKHK nu 30. maddesi delaletiyle TBK 112. maddesindeki borca aykırılık esaslarına göre davanın çözümü yerine sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmesi mümkün değildir. Öncelikle belirtilmelidir ki borç ilişkilerini düzenleyen BK da borcun kaynakları sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gösterilmiştir. Sözleşmeden doğan sorumluluk ile diğer sorumluluk sebeplerinin birlikte bulunması halinde hakların yarışması sözkonusu olur. Davacı dilekçesinde hangi sorumluluk nedenine dayandığını açıkça bildirmediği için hakim bununla bağlı değildir. Maddi olayları açıklamak tarafa, hukuki vasıflandırmayı yapmak ise hakime aittir. Hakim davaya uygulanacak hukuksal nedeni resen araştırıp uygulamakla mükelleftir. Uygulanacak kanun maddelerinin eksik ya da yanlış göstermesi önemli olmayıp bu konuda tarafların bildirdiği hukuki sebeple de bağlı değildir (HMK’nın 33. maddesi). Bu durumda davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan TBK 60. maddesinde “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” düzenlemesine yer verilmiş ise de sözleşmeden doğan talebi ileri sürme imkânı varken sebepsiz zenginleşme gerçekleşmeyeceğinden bu şartlara göre inceleme yapılamaz. Başka deyişle sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifası ile sebepsiz zenginleşmenin iadesi taleplerinin yarışması mümkün görünmemektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere davacı kendisine en uygun iade hakkı sağlayan sorumluluk sebebine dayanarak dava açmakta serbest ise de bir sorumluluk esaslı seçildiğinde faiz, zamanaşımı, ispat gibi konularda da o sorumluluk hukuku uygulanır. Örneğin 818 Sayılı BK 96. maddesinde davalının kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe sözleşmenin ifa edilememesinden doğan zararlardan sorumlu olacağı hüküm altına alındığından davacı sadece zarar miktarını ispatla yükümlüdür. Bu sebeple bazı noktalarda bir sorumluluk esasına diğer noktalarda diğer sorumluluk esasına dayanılmasına kanun cevaz vermemiştir. Faile karşı hangi sorumluluk esasına dayanılıyorsa o esasın bütün hükümleri uygulanır (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 2008 güncellenmiş baskı, s. 702., Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 12. baskı, s. 807). Nitekim aynı ilkeler YHGK nun 06.01.1968 gün ve 1966/T-1728 K.6 sayılı, 09.02.2005 T. 17/09/20152005/11-20 E. 34 karar sayılılarda benimsenmiş olup YHGK nin 14.03.2012 Tarih ve 2011/13-748 esas 2012/140 Sayılı kararında; iktisap edilen değer in iade yükümü bir sözleşmeden kaynaklandığı takdirde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Son zamanlarda yeni öğreti ve içtihatlarla sözleşmenin ifasına dair talep hakkında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı eğilimi hakim olup ifası imkansız hale gelen sözleşmeden kaynaklanan edimin tazmini sözleşme hükümleri doğrultusunda çözümlenmesi gerekmektedir.” www.kazanci.com

kararında geleneksel yaklaşımından ayrılmamıştır. Bu açıdan bakıldığında, kanaatimizce Yargıtay'ın sözleşme hükümlerini uygulamak tercihini, benzer kurumları yorumlarken şartlar elverdiği sürece koruduğu ve tutarlı davrandığı söylenmelidir. Bir bakıma Yargıtay, İsviçre Hukuku'nda getirilmek istenen yeknesak sisteme ve sözleşmesel tasfiye ilişkisinin genişleyen uygulama alanına, İsviçre Federal Mahkemesi'ne kıyasen çok daha pozitif bir konumda yer almaktadır.

## KAYNAKÇA

- ACOCCELLA, Domenico, II Schuldrecht, insbesondere Vertrags und Haftpflichtrecht / Rechtsdogmatik und Legitimation eines Vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses bei Vertragsentstehungsmangeln, Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, s.491-513.
- AKÇAAL, Mehmet, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı(OR 2020)'nda İfa Engellerinin Sonuçları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, Aralık 2018, s.141-165.
- AKDİ, Murat, Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017.
- ALTINER YOLCU, Fatma Zeynep, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Satıcının Ayrıptan Sorumluluğu, İstanbul 2018, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- ANTALYA O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,1 (Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri) İstanbul 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,2, (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri) İstanbul 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3, (Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi – Borçlunun Temerrüdü) İstanbul 2019.
- AYAN, Serkan, Ön Ödemeli Konut Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, Y. 2019, s.53-96.
- BECKER, Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941.
- BURRI, Christoph, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen AISUF – Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 298, 2010.
- BUZ Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Sözleşmeden Dönme).
- BUZ, Vedat, Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 111/2015, s.565-576. (Rückabwicklung)
- ÇABRİ, Sezer, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- DEMİR, Mehmet, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003
- DEMİRSATAN, Barış, Türk Borçlar Kanunu'nun 78. Maddesinin Uygulama Alanına İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.3.2012 Tarih ve E.2011/13-748, K.2012/140 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, İÜHFH. C. LXXI, S.2, s.563-576.
- DURGUN ARSLAN, Çisil, Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yaptırımlar (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2019.
- ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- ERTEN, Alev, Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, Ankara 2009/VI.

- FUHRER, Stephan, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (50), HAVE 2019.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I.
- GEZDER, Ümit, Mesafeli Sözleşmeler, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul 2015, s.327-342.
- GIGER, Hans, Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Berner Kommentar Band/ Nr. VI/2/1/3, 1997. (Grundstückskauf)
- GIGER, P. Hans, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband Kauf und Tausch Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen Der Fahrniskauf, Artikel 184-215, Bern 1979. (Kauf und Tausch)
- HAHN, Anne Catherine, Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen – Art 1-183, 2012.
- HARTMANN, Stephan, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs – und Erfüllungsmängeln, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr.9, 2005.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2017.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Peter Nedim/WIEGAND, Wolfgang, Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I. Basler Kommentar, Basel 2015.
- HUGUENIN, Claire/DREYER, Oliver, V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs – und Kartellrecht / Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen, Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, s.1197-1216.
- HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M./PURTSCHERT, Tina, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für Einen Neuen Allgemeinen Teil.
- KABAŞ, Esen, 6502 S. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX. Y.2015, S.3, s.73-100.
- KAHVECİ, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2017. (Obligationenrecht)
- KOLLER, Alfred, § 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückskauf / I. – III., Der Grundstückskauf, 2017. (Formmangel)
- KOLLER-TUMLER, Marlis, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (OFK-Orell Füssli Kommentar), 3. Überarbeitete Auflage 2016.
- KURT, Leyla Müjde, TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s.44-68. (Geri Alma)
- KURT, Leyla Müjde, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara 2016. (İmkansızlık)
- LEHMANN, Matthias, Innovation durch den OR 2020 – Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015, s.337-350.
- MONFERRINI Isabelle/CRONE Hans Caspar, Dir Rückabwicklung Mangelhafter Verträge, SZW/RSDA, 5/2011.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.

- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2019.
- OSER Hugo/SCHONENBERGER Wilhelm, Zürcher Kommentar, Bd. V, Das. Obligationenrecht, Art. 1-183, 2.A. Zürich 1929.
- ÖZEL, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998.
- ÖZEN, Burak, Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkının Kullanılması, 4. Tüketici Hukuku Kongresi – Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 20-21 Kasım 2014. (Cayma)
- ÖZEN, Burak, Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul 2003. (Zilyedlik)
- SAĞLAM, İpek, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m.14-24), İstanbul 2013.
- SCHMID, Jörg/RUEGG, Jonas, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 149/2013
- SCHMIDLIN, Bruno, Art 23-31 OR. Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 2. Teilband. Unterteilband 1b. Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 23-31 OR, Berner Kommentar, Bern 2013.
- SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
- SERT SÜTÇÜ, Selin, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016.
- TEKİNAY, Salahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- ULUSAN, İlhan, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, Y.5, S.7.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- WEBER, Rolf H., Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR. Bern 2000.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- YELKENCİ, Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.