

ÖZEL HUKUK

SÖZLEŞME BOŞLUKLARININ HAKİM TARAFINDAN DOLDURULMASI SORUNUNA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Yeşim M. Atamer*

I. Sorunun Tespit Edilmesi

Sorun kısaca, bir borçlar hukuku sözleşmesinden doğan ihtilafın çözümünde hakimin hangi kuralları, hangi sıra ile uygulayacağını tespit etmektir. Kanun hükümleri, sözleşme hükümleri, örf ve adet kuralları, teamüller – acaba bunlar arasındaki hiyerarşi nedir ve sözleşme boşluklarının doldurulması sorunu bu hiyerarşi içinde nasıl bir yere oturur? Örneğin ticari işlere uygulanacak hükümlerin sırası konusunda doktrinde yaygın şekilde şu hiyerarşi teklif edilmektedir¹: Öncelikle ihtilafa ilişkin olabilecek emredici hükümler uygulama alanı bulacak; bunların yokluğu halinde, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hususlar devreye girecek; bunların da yokluğu halinde sırasıyla ticari nitelikteki yedek hukuk hükümleri, ticari örf ve adetler ve son olarak da genel hükümlerdeki yedek hukuk kurallarından ihtilafın çözümüne ilişkin bir norm elde edilmeye çalışılacaktır².

Ticari işlere ilişkin olarak bu sıralamanın yapılması ne kadar doğal karşılansa da ticari olmayan işlere, yani Borçlar Kanunu

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, yesima@bilgi.edu.tr. Meslektaşım Araş. Gör. Kerem Cem Sanlı'ya değerli eleştirileri için içtenlikle teşekkür ederim.

¹ Örn. bkz. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 7.bası, Ankara 2004, 85 vd.; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, 94 vd.

² TTK m.1/II uyarınca "Hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde mahkeme ticari örf ve adete, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar verir."

kapsamında çözülmesi gereken sözleşmesel ilişkilere uygulanacak normlar açısından bu türden bir sıralamanın yapılması ile pek karşılaşılmaz. Oysa aynı sorun burada da kendisini göstermektedir. Acaba temelinde bir sözleşmenin yattığı ihtilafa hakim hangi kuralları, hangi sıra ile uygulamak zorundadır? Örneğin bir satım sözleşmesinden doğan ihtilafa hakim hangi kuralları uygular?

Ticari ihtilaflar için yapılan sıralamanın benzerini Borçlar Kanununa tabii bir ihtilaf açısından yapmaya çalışırsak ilk sırayı tartışmasız yine emredici hukuk kuralları alacaktır. BK m.19 uyarınca, sözleşme içeriğinin emredici hukuk kurallarına uygun olması gerekir³. Dolayısıyla sözleşmeden doğan her ihtilaf emredici hukuk kurallarının öncelikli uygulanması gerekir⁴. Hakim bu kurallar arasında olaya uygulanacak bir hüküm bulamazsa, ikinci sırada sözleşme hükümlerine bakmak zorundadır. Özel hukuk düzenimiz sözleşme özgürlüğü ilkesi üzerine kurulmuştur⁵. Fransız Medeni Kanununun çarpıcı ifadesi ile: “*hukuka uygun olarak meydana gelmiş olan sözleşmeler, onları akdedenler arasında yasa hükmündedir*”⁶. Taraflar, özgür iradeleri ile kendileri için oluşturmuş buldukları “yasal” düzene uymak zorundadır. Ancak bunun ötesinde hakim de tarafların oluşturmuş oldukları bu düzen ile bağlıdır⁷. Sözleşmede ihtilafa uygulanabilecek bir hüküm

³ Bunun yanı sıra kamu düzeni ve ahlak anlayışı da sözleşme içeriğine bir sınır oluşturur. Ancak konu açısından doğrudan önem taşımadığı için burada ayrıntıya girilmeyecektir.

⁴ Wiegand in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Honssell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, Art.18 N.65; Ott, Die Interpretation von Verträgen und Statuten, Basel 2000, 109.

⁵ Bkz. Anayasa m.48. Bu ilkenin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2.bası, İstanbul 2001, 9 vd.

⁶ Code civil Art. 1134: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait.*”

⁷ Sözleşmenin hukuken bağlayıcı olması için hukuk düzeni tarafından tanınması gerekir. Ancak hukuk düzeninin tanınması, sözleşmede belirlenmiş kuralların “yaratıcısının” taraflar olması gerçeğinde herhangi bir şey değiştirmez. Devlet tarafından verilen tanıma ile bu “özel kurallar bütünü” sözleşenler arasında bağlayıcı hale gelmektedir (Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995, 6 vd.). Hakim ancak sözleşme hükümlerinin mevcut “genel kurallar bütünü” (hukuk düzeni) ile çelişmesi halinde sözleşmeye müdahale ederek, yerine başka kurallar uygulayabilir. Bu konuda bkz. Atamer (dn.5) 19 vd.

bulunduğu sürece hakim başka bir norm uygulaması söz konusu olamaz⁸. Buna karşılık sözleşmede bir düzenleme bulunmayan hallerde, yani sözleşmede bir boşluğun tespit edildiği hallerde hakim uygulayacağı kuralı aramaya devam edecektir.

İşte bu noktada aslında ilk sorun ile karşılaşılmaktadır: Acaba hakim, sözleşmede bir boşluk tespit ettiği hallerde ne yapmalıdır? Bu sözleşme boşluğunu tarafların farazi iradelerine uygun olarak doldurmaya mı çalışmalıdır, yoksa çözüm aradığı sorun için yedek hukuk kurallarının bir cevap sunması halinde doğrudan yasa kuralını mı uygulamalıdır? Sözleşme hükümleri, sadece açık veya örtülü olarak değindiği konulara uygulanır, ama bunun dışında yedek hukuk kuralları devreye girer mi demek gerekir? Yoksa, hakim önceliği taraf iradelerine vermelidir, dolayısıyla sözleşmeyi tarafların düşüncesine uygun olarak tamamlaması gerek mi demelidir? Sorun, sözleşmesel düzen ile yedek hukuk kuralları düzeni arasındaki ilişkiyi tespit etmek; sözleşmesel düzenin nereye kadar yayıldığı, nereye kadar yasal düzenin uygulanmasını engellediğini ortaya çıkarmaktır. Sözleşme boşluğu ne oranda otonom yollardan, yani kendi içinden doldurulmalı; ne ölçüde heteronom yöntemlere, yani yedek hukuk hükümlerine başvurulmalıdır?

Yukarıdaki tartışmadan bağımsız, ancak onu tamamlayan ikinci bir tartışma ise şudur: Hakimin sözleşmedeki boşluğu doldurmak için yedek hukuk kurallarını uygulaması gerektiği sonucuna varılan hallerde, bu kurallar, ihtilafa ilişkin olarak bir çözüm sunmazsa, yani yasada bir boşluk olması durumunda ne olacaktır? Örneğin atipik, yasada düzenlenmemiş bir sözleşmeden doğan ihtilafı çözmeye çalışırken hakim ne yapar? Yedek hukuk kurallarının yokluğu nedeniyle sadece sözleşmeyi tamamlayıcı bir yorumla, tarafların farazi iradelerine ve o somut olayın özelliklerine uygun bir kural mı tespit eder; yoksa genel, soyut bir norm ihdas ederek doğrudan yedek hukuk kuralları içindeki boşluğu mu doldurur? Yani MK m.1/II anlamında hukuk mu ya-

⁸ *Jäggi/Gauch* sözleşmelere uygulanacak normların otonom (*Eigen-Norm*) ve heteronom (*Fremd-Norm*) normlar olarak ikiye ayrıldığını ve bu ayırımın yasada yapılmamış olmasına rağmen temel bir ayırım olduğunu ifade etmektedir (bkz. Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1 b, Kommentar zu Art.18 OR, Zürich 1980, Art.18 N.275 vd.). Otonom normlar tarafların kendilerinin tayin ettikleri normlardır. Heteronom normlar ise yasa hükümleri, örf ve adet hukuku kuralları ve hakim tarafından koyduğu hukuk kurallarıdır.

ratır?⁹ Zira gerek sözleşmede, gerekse yasada çözümlü bulunmayan bu ihtilafa uygulanacak normun bir türlü tespit edilmesi gerekir. Hakimin ihtilafı çözmekten kaçınması mümkün değildir (*déni de justice*)¹⁰. Demek ki hakim, ya sözleşmeye ya da yasaya bir kural eklemek durumundadır. Acaba bunlardan hangisi metodolojik olarak önceliğe sahiptir?

Aşağıda özellikle bu iki soruna ilişkin tartışmalara yer verilmesi amaçlanmaktadır. Emredici hükümlerin uygulanması bu bağlamda herhangi bir sorun doğurmadığından bunlar hakkında ayrıntıya girmeye gerek yoktur. Ön mesele olarak çözümlenmesi gereken konu ise, bir sözleşme boşluğundan ne zaman bahsedilebileceğidir. Zira sözleşmede bir boşluk olmadığı sürece bunun doldurulması tartışması da doğmayacaktır.

II. Sözleşmede Ne Zaman Boşluk Vardır?

Sözleşmede bir boşluk olması, tarafların, sözleşmeye ilişkin hukuksal bir sorunu hiç düzenlememiş veya yetersiz düzenlemiş olmasını ifade eder¹¹. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konunun varlığına rağmen, hukuk düzeninin kendilerine vermiş olduğu bu özgürlüğü sözleşenler kullanamamış, planlamış oldukları düzeni kuramamışlardır¹². Bu türden bir boşlu-

⁹ Gerçi Medeni Kanun m.1/II hakimin, yasada boşluk bulunması halinde önce örf ve adet hukukuna göre karar vermesini öngörmektedir ancak bu tür kuralların çok az olması nedeniyle konu daha ileride Bölüm V altında incelenecektir. .

¹⁰ Anayasa m.36 uyarınca mahkemeler, görev ve yetkileri içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz. Aynı yükümlülüğün MK m.1'den de doğduğu konusunda İsviçre hukuku için bkz. BaslerKommentar/Wiegand (dn.4) Art.18 N.61

¹¹ BGE 115 II 484, 487; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003, N.1248; Kramer, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI/1/1, Bern 1986, Art.18 N.213. Kaplan, Hakim Sözlüşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, 83. Benzer bir tanım için bkz. Ehrlicke, Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 60 (1996), 661, 673. Hukukun ekonomik analizi metoduyla soruna yaklaşılabacak olursa, sözleşmede boşluk, bir rizikoyu taraflardan hangisinin taşıyacağı konusunda sözleşmede düzenleme olmaması anlamına gelir.

¹² Sözleşmede bir boşluğun varlığı ancak, tarafların ikisinin de planladıkları düzene aykırı bir eksikliğin ortaya çıkması halinde kabul edilir. Buna karşılık sadece taraflardan birinin planlarına aykırı bir eksiklik, hata hükümleri çer-

ğün var olup olmadığını belirlemek için hakimin öncelikle sözleşmeyi yorumlaması gerekir¹³. Tarafların irade beyanları, sözleşme metni, sözleşme görüşmeleri, yazışmalar, tarafların beyanlarının yorumunda dikkate alınabilecek teamüller¹⁴ gibi unsurların tümünün değerlendirilmesine rağmen ilgili ihtilafa uygulanacak bir kural bulunamıyorsa¹⁵, bu durumda sözleşmede bir boşluk vardır ve tamamlanması gerekir¹⁶.

Sözleşmedeki bu boşluk farklı sebeplerden kaynaklanabilir. Genel olarak şu halleri birbirinden ayırmak gerekir¹⁷:

a. Taraflar, ortaya çıkan sorunu hiçbir şekilde sözleşmenin kurulması aşamasında öngörememişlerdir. Sorun, beklenmeyen bir sorundur. Bu tür boşluklar gerçek sözleşme boşluğu olarak da adlandırılmaktadır¹⁸.

çevesinde değerlendirilmek gerekir (*Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-164, Neubearbeitung 2003, Berlin, § 157 N.15).

- 13 *Oktay*, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İHFM 1996, 263, 283. Sözleşmelerin yorumu hakkında ayrıca bkz. *Gauch*, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: *Gauch/Schmid* (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 209, 212 vd.; *BaslerKommentar/Wiegand* (dn.4) Art.18 N.16; *Kaplan* (dn.11) 15 vd.; *Ehrlicke*, *RabelsZ* 60 (1996), 661, 678.
- 14 Her ne kadar BK m.18, TTK m.2'den ve Alman Medeni Kanunu (BGB) § 157'den farklı olarak irade beyanlarının yorumunda teamüllerin dikkate alınacağından bahsetmemekteyse de İsviçre-Türk doktrininde bunun da bir kriter olarak dikkate alınacağı genel kabul görmektedir. Örn. bkz. *Gauch/Schluemp/Schmid* (dn.11) N.1218; *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.387 vd.; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N.33.06; *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.29 vd.; *BaslerKommentar/Bucher* (dn.4) Art.2 N.15; *Kaplan* (dn.11); *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.bası, İstanbul 2000, 144; *Eren*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.bası, İstanbul 2003, 428.
- 15 Ancak bazı hallerde sözleşmede bir düzenleme bulunmaması tarafların bu konuda bir düzenleme yapmak istemedikleri anlamına da gelebilir. Örn. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet etmeme konusunda sözleşmede bir düzenleme bulunmaması bir boşluk olarak nitelendirilmemiştir. Mahkeme, düzenleme eksikliğinin, tarafların bu tür bir yasak getirmek istemedikleri anlamında yorumlanmasını uygun görmüştür (BGE 93 II 272, 275 vd.).
- 16 Sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması arasındaki sınır sık sık sili olacak. Bu konuda bkz. *Piotet*, Le complètement judiciaire du contrat, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (ZSR), 1961/I, 367, 370 vd.; *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.220 vd.
- 17 Bu ayırım için örn. bkz. *Ehrlicke*, *RabelsZ* 60 (1996), 661, 674vd.
- 18 *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.493; *Kaplan* (dn.11) 85.

b. Taraflar gerçi sorunu öngörmüş ama konunun çözümünü ileriki bir aşamaya bırakmışlardır. Ancak daha sonra ümit edildiği gibi bir anlaşma sağlanamamıştır¹⁹.

c. Taraflar sorunu öngörmüş, buna ilişkin bir çözüm de üretmiş ancak tespit ettikleri normun batıl olduğu daha sonra anlaşılmıştır²⁰.

Uygulamada en fazla karşılaşılabilecek olan boşluk türü (a) şıkında tanımlanan gerçek sözleşme boşluklarıdır²¹. Yani tarafların üzerinde düşünmediği bir sorunun daha sonra ortaya çıkmasıdır. "Üzerinde düşünmeme" olgusu sık sık ekonomik gerekçelere dayanmaktadır²². Çünkü bir sözleşmeyi, ileride doğabilecek bütün ihtilaflara çözüm sunacak şekilde kaleme almak yüksek bir işlem maliyeti (*Transaktionskosten*) beraberinde getirir (avukat masrafları, harcanan zaman gibi)²³. Dolayısıyla tarafları sözleşmelerini eksiksiz yapmaya zorlamak yerine, boşluk içeren bir sözleşmenin hakim tarafından tamamlanması imkanını kabul etmek ekonomik açıdan doğru bir çözümdür. Diğer yandan iki tarafın avukat tutması halinde bile bu türden boşluksuz bir sözleşmenin kaleme

¹⁹ Bu olasılık ile karıştırılmaması gereken bir olasılık, tarafların sorunu görmüş, çözüm de üretmek istemiş, ancak anlaşamamış olmaları nedeniyle konuyu bilinçli olarak düzenlemekten vaz geçtikleri hallerdir. Bu durumda bir sözleşme boşluğundan bahsetmek doğru değildir (BaslerKommentar/Wiegand (dn.4) Art.18 N.65, Yazar, bu hallerde "nitelikli" bir susmanın varlığından yola çıkmaktadır). Zira istemli olarak açık bırakılan bir husus vardır. Sorunun ileride çözümlenmesi düşünülmemiştir. Yine ekonomik bir bakış açısı ile, bu ihtimallerde taraflar için asıl önem taşıyan sözleşmenin kurulmasıdır. Dolayısıyla bazı konularda anlaşma sağlanamasa da bu alanlarda ileride sorun çıkmaması ümit edilerek sözleşmenin akdi tercih edilmiştir. Tarafların bu şekilde yasada öngörülen riziko dağılımından, yani yedek hukuk kuralından sapmak istemediklerini beyan ettikleri farz edilir. Bkz. Ehrlicke, RabelsZ 60 (1996), 661, 675; BernerKommentar/Kramer (dn.11) Art.2 N.16.

²⁰ Mayer-Maly/Busche in: Münchener Kommentar zum BGB, Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240; AGBG, § 157 N.32.

²¹ Kramer'e göre sözleşmelerin boşluksuz kaleme alınması neredeyse karşılaşılmayan bir durumdur, BernerKommentar/Kramer (dn.11) Art.18 N.209. Wiegand'a göre, yasalar gibi sözleşmeler de *mecburen* boşluk ihtiva eder, BaslerKommentar/Wiegand (dn.4) Art.18 N.62.

²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayres/Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 Yale Law Journal 87 (1989); Ehrlicke, RabelsZ 60 (1996), 661, 670; Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Fribourg 2000, 174 vd.

²³ Baumann, Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, Göttingen 2004, 107.

alınması ihtimali düşüktür, zira sözleşmelerin genelde kısıtlı bir zaman aralığında hazırlanmak zorunda olması ayrıntılı bir araştırmayı imkansızlaştırmaktadır.

Nitekim BK m.2'nin ifadesinden de anlaşılacağı üzere yasa koyucu zaten taraflardan eksiksiz bir sözleşme beklememektedir. Beklenen tek şey, tarafların objektif olarak esaslı konular (*essentialia negotii*) üzerinde anlaşmış olmasıdır. Aksi takdirde sözleşmenin hiç kurulmamış olduğunu kabul etmek gerekecektir²⁴. Buna karşılık sübjektif olarak esaslı konularda taraflar anlaşmasa bile bu konuyu ileride halledilmek üzere çözümsüz bırakmış olmaları sözleşmenin kurulmasını engellemez (BK m.2/II)²⁵. İsviçre-Türk hukuklarında, tarafların üzerinde anlaşamayıp gelecekte çözmek üzere saklı tuttıkları bu hususlara ilişkin olarak hakimin sözleşmeyi tamamlaması imkanı yasada açıkça kabul edilmiştir. Ancak bunun yanı sıra "gerçek sözleşme boşlukları"nın da hakim tarafından tamamlanması gerektiği konusunda herhangi bir tartışma yoktur²⁶. Sorun bu boşlukların nasıl doldurulacağındadır.

III. Yedek Hukuk Kuralları ile Sözleşmeyi Tamamlayıcı Yorum Arasındaki İlişki

a. Farklı Görüşler

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, hakimin gerek emredici hukuk kuralları, gerekse sözleşme hükümleri arasında ihtilafa uygulayacak bir düzenleme bulamaması halinde cevaplaması gereken soru, üçüncü aşamada hangi kuralları uygulayacağıdır.

²⁴ Winiger, in: Commentaire Romand, Eds. Thévenoz/Werro, Code des obligations I, Genève 2003, art.18 CO N.180 vd. Sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için hangi alanlarda irade uyuşmasının sağlanmış olması gerektiği konusunda örn. bkz. Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (yayınlanan formalardan yararlanılmıştır), § 17 N.7 vd.; Belser (dn.22) 251 vd.

²⁵ Sübjektif olarak esaslı noktalarda uyuşma olmaması nedeniyle sözleşmenin kurulmamış olduğunu iddia eden taraf ispat yükü altındadır. İspat etmesi gereken husus, ilgili konunun kendisi için sübjektif olarak esaslı olduğu ve bu konuda uyuşma sağlanamadığı sürece sözleşmeyi kurulmuş kabul etmeyeceği hususunun karşı taraf için güven kuramı çerçevesinde anlaşılır olduğudur. Bu konuda bkz. Schwenzer (dn.14) N.29.04; Berner Kommentar/Kramer (dn.11) Art.2 N.10vd.; Gauch (dn.13) 209, 227vd.; Belser (dn.22) 257.

²⁶ Commentaire Romand/Winiger (dn.24) art.18 CO, N.161; Berner Kommentar/Kramer (dn.11) Art.18 N.212.

Önce yasada öngörölmüş olan yedek hukuk kurallarına mı başvuracaktır, yoksa sözleşme boşluğunu tarafların farazi iradelerine uygun olarak doldurmaya mı çalışacaktır?

Gerek İsviçre doktrinine²⁷ gerekse Alman doktrinine²⁸ bakıldığında iki görüşün de aynı yoğunlukla savunulduğu görölmektedir²⁹. Yedek hukuk kurallarının öncelikli uygulanması taraftarı olan görüş (*objektivistler*), özellikle hukuk kurallarının etkinliğinin sağlanması gereği ile bunu açıklamaktadır. Zira sözleşmede boşluk olduğu kabul edilen her halde hakim sözleşmenin özelliklerine göre bu boşluğu doldurmaya çalışırsa yedek hukuk kurallarının uygulanması tamamen hakimin insiyatifine kalmaktadır³⁰. Oysa bu, yasama ile yargı arasındaki kuvvetler aykırılığı ilkesini zedeler³¹. Örneğin tarafların bir satım sözleşmesi çerçevesinde ayıplı ifanın sonuçlarını düzenlememiş olması halinde, hakimin, tarafların farazi iradelerine göre bir kural yaratmak yerine doğrudan Borçlar Kanunu m.194 vd.'da düzenlenmiş olan hü-

27 Öncelikle farazi taraf iradelerini esas alarak sözleşme boşluğunun doldurulması taraftarları: *Piotet*, ZSR 1961, 367, 385 vd.; *A.Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, N.597 ve 607; *Zeller*, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Zürich 1989, 489, N.34. *Descheaux*, in: Schweizerisches Privatrecht, Band 2, Basel 1967, 173; *Merz*, Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1989, ZBJV 1991, 236. Yedek hukuk kurallarının öncelikli olarak uygulanması gerektiğini savunanlar: *v.Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, 52; *Oftinger*, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 1939, 178, 199 vd.; *Gauch/Schluemp/Schmid* (dn.11) N.1254; *Berner-Kommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.217; *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.503 vd.; *Ott* (dn.4) 112; *Belser* (dn.22) 175; *Gauch* (dn.13) 209, 223. Bu sıralama lehine BGE 115 II 484, 488; BGer 31.01.2003, 4C.11/2002 (www.bger.ch).

28 Alman hukukunda savunulan görüşler ve yaşanan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht, Köln 1966, 14-23; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., München 2004, § 28 N.109. Mukayeseli hukuktaki durum için bkz. *Kötz*, Vertragsauslegung, Eine rechtsvergleichende Skizze, Festschrift für Albert Zeuner, Tübingen 1994, 219, 231 vd.

29 Bu görüşler hakkında ayrıca bkz. *Oktay* (dn.13) 263, 285 vd.

30 *Henckel*, Die ergänzende Vertragsauslegung, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 159 (1960), 106, 122; *Ehricke*, RabelsZ 60 (1996), 661, 680; *Berner-Kommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.232.

31 *Graf*, Vertrag und Vernunft, Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages, Wien 1997, 341

kümleri uygulaması gerekir. *Kramer*'e göre, farazi irade uyarınca sözleşme boşluğunun doldurulması görüşü uç noktalara götürülecek olursa, yedek hukuk kurallarının uygulanmasını isteyen tarafların bunu sözleşmede açıkça ifade etmeleri gerektiğini kabul etmek gerekecektir ki bu kabul edilemez bir sonuçtur³². Nitekim MK m.1/I'de de hakimin öncelikle kanunu uygulaması gerektiği ifade edilmiştir³³.

Buna karşılık sözleşmeyi tamamlayıcı yoruma öncelik veren görüş (*sübjektivistler*) özellikle irade özerkliği ilkesine dayanmaktadır. Hukuk düzeni taraflara belirli alanlarda ilişkilerini diledikleri gibi düzenleme özgürlüğünü vermiştir. Bu alana ilişkin hukuk kuralları, adı üstünde "yedek"tir (*ius dispositivum*). Dolayısıyla hakim bunlara ancak son çare (*ultima ratio*) olarak başvurabilir. Sözleşmede açık bir düzenleme olmasa bile tarafların mevcut ihtilafa ilişkin iradesi, var olan düzenlemelerden çıkarılmaya çalışılmalıdır. Bu görüşe göre hakimin ilk aşamada cevap bulması gereken soru şudur: "Taraflar ilgili ihtilafa ilişkin bir çözüm üretmeye çalışsalar acaba hangi kuralı koyarlardı?" Yani hakim, sözleşmenin amacını esas alarak tarafların ilgili sorunun çözümüne ilişkin farazi, varsayımsal iradelerinin ne olabileceğini araştıracaktır³⁴. Yedek hukuk kuralları ise ancak, bu araştırma sonucunda hakimin sözleşmeden hiçbir veri elde edememesi halinde devreye girecektir³⁵.

b. Görüşlere İlişkin Eleştiriler

Anılan bu iki görüşün de eleştiriye açık yanları vardır. Sübjektivistlerin görüşünün zayıf noktası hiç kuşkusuz "farazi irade" kavramıdır. Tarafların sözleşmede düzenlemedikleri bir noktayı sözleşmede düzenlemiş olsalardı, sözleşmenin amacı, dürüstlük kuralı ve ticari teamüller çerçevesinde ne kararlaştırmış olabilecekleri konusundaki araştırmanın tarafların "iradesine" dayandı-

32 BernerKommentar/*Kramer* (dn.11) Art.18 N.232. Aynı yönde *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.24) § 33 N.2.

33 *Gauch* (dn.13) 209, 223.

34 *Larenz*, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1963, 737, 739; *Deschenaux* (dn.27) 172; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979, § 16/4, 322).

35 *Deschenaux* (dn.27) 173.

ğı içtihadı³⁶ Alman doktrininde eleştirilmektedir³⁷. Örneğin *Oechsler*'e göre farazi irade kavramı mahkemeler tarafından sadece diyalektik bir araç olarak kullanılmakta; adil olarak algılanan çözümler sözleşme içine aktarılarak daha sonra bunların tarafların iradesine dayandığı iddia edilmektedir³⁸. Mahkemeler, tarafların sübjektif farazi iradelerini tespit etmeye çalışmak yerine "tamamıyla objektif temeller üzerinde, mantıklı bir şekilde menfaatleri dengelemeye" çalışmaktadır³⁹. *Flume* uyarınca, mahkeme kararları genelde, hukuki işlemin taraflarının "dürüstlük kuralına", "ticari teamüllere", "mantıklı makul sözleşenler olarak" ne istemeleri gerektiğine dayanılarak verilmektedir⁴⁰.

Diğer yandan *Singer* göre, tamamlayıcı sözleşme yorumu, eksik sözleşmeleri tamamlama ve bu şekilde işlem hayatının menfaatine olacak şekilde sözleşmeleri ayakta tutma hedefine ulaşmak için uygulamanın getirdiği bir çözümdür⁴¹. Sözleşmeyi tamamlama faaliyetinin irade özerkliğinin bir uzantısı olduğunu söylemek mümkün değildir. Burada da aslında otonom yollardan değil, heteronom yollardan sözleşme boşluğunun doldurulması söz konusudur⁴². Özellikle kanuna ve ahlaka aykırı hükümler içeren sözleşmelerde bunu görmek mümkündür. Zira bilfiil tarafların iradesinin yansımaları olan bir hüküm kısmi butlan yoluyla bertaraf

36 Örn. BGH, BGHZ 16, 71, 76; BGHZ 7, 231, 235; BGHZ 9, 273, 278.

37 *Gernhuber*, Drittwirkung im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe - Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung, in: FS Nikisch, Tübingen 1958, 249, 261; *Medicus*, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: Festschrift Flume, Band I, Köln 1978, 629, 638.

38 *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 1997, 236. Yazara göre, yorumun amacı taraf iradelerinin içeriğini tespit etmek iken, tamamlayıcı sözleşme yorumu bir *petitio principii* ile taraf iradelerini, yorumun metodu haline getirmektedir (*Oechsler* (dn.38) 237). Ayrıca bkz. *Medicus* (dn.37) 629, 638.

39 Örn. BGH, BGHZ 7, 231, 235; BGH, BGHZ 96, 313, 320. *Oechsler*'in, sözleşmede bir boşluğun kabul edilmesine rağmen bu boşluğun yine (mevcut olmadığını söylediğimiz) taraf iradelerinden yola çıkılarak doldurulabileceği düşüncesini sistemin büyük açığı olarak nitelendirmesi (*Oechsler* (dn.38) 238) ise haklı değildir. Zira nasıl ki yasadaki boşlukta yasanın sistematığına bakmak ve *ratio legis*'i tespit etmek suretiyle bir boşluk doldurulabiliyorsa sözleşmelerde de bu mümkündür. Bu yöntem için bkz. aşağıda V.

40 *Flume* (dn.34) § 16/4, 322.

41 *Singer* (dn.7) 52.

42 *Singer* (dn.7) 52.

edilmekte ve sözleşme boşluğu bu iradeden bağımsız olarak tamamlanmaktadır⁴³. Hatta sık sık taraflardan en azından birinin iradesine aykırı olarak bu sözleşme boşluğu doldurulmaktadır⁴⁴.

Son olarak sözleşmeyi tamamlayıcı yorumun tarafların iradesine dayandığını söyleyip daha sonra taraflara sözleşmeyi hata nedeniyle iptal etme imkanı verilmemesi⁴⁵ de eleştirilmektedir. Sözleşme tarafları, iradelerinin kapsamadığı sonuçlarla bağlı tutulduklarında kural olarak hata hükümlerine (BGB § 119/BK m.23) dayanarak bundan sıyrılma imkanına sahiptir. Oysa sözleşme boşluğunun farazi iradeye göre doldurulması sonrasında taraflardan birinin istemediği bir sözleşme içeriği ile bağlı olmak için hata hükümlerine başvurmasına izin verilmiyorsa aslında sözleşmeye yaptığımız eklemeyi başka kaynaklardan devşirdiğimizi kabul etmemiz gerekir⁴⁶.

Acaba farazi irade kavramına yöneltilen bu eleştiriler karşısında hakimin doğrudan yedek hukuk kurallarındaki çözümleri uygulaması gerektiği sonucuna mı varmak gerekir? Yedek hukuk kurallarının her zaman doğru çözümü içerdiği kabul edilebilir mi? Bunun için öncelikle yedek hukuk kurallarının niteliği üzerinde kısaca durmak gerekir. Zamanında Alman hukukunda *Ehrlich* tarafından ortaya konulduğu gibi⁴⁷, yedek hukuk kuralları farklı amaçlara hizmet etmektedir: tereddüt halinde tarafların irade beyanlarının nasıl anlaşılması gerektiğini saptayan *yorum kuralları*; tarafların sözleşmenin kurulmasında dikkate almayı ihmal ettiği konularda çözüm sunan *tamamlayıcı kurallar*; hukuki işlemin genelde zayıf olan tarafının menfaatlerini koruyan *koruyucu kurallar*

43 *Singer* (dn.7) 52.

44 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer* (dn.5) 226 vd. Ayrıca bkz. aşağıda dn.62.

45 Bu yönde hakim görüş: *Flume* (dn.34) § 23/4, 466; *MünchKomm/Kramer* (dn.20) § 119 N.82; *Henckel*, AcP 159 (1960), 106, 125. *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.264. Kısmen izin verilmesi gerektiği yönünde *Staudinger/Roth* (dn.12) § 157 N.35.

46 *Oechsler* (dn.38) 260.

47 *Ehrlich*, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1899, 44 vd. İsviçre Borçlar Kanununda yer alan yedek hukuk kurallarının aynı ayırımıya göre tasnifi için bkz. *Bucher*, *Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen*, *Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze*, in: *Festgabe für Henri Deschenaux*, Freiburg 1977, 249, 260 vd. Benzer bir ayırım için bkz. *Serozan*, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 2002, 29.

ve son olarak *teamülleri* yasaya aktaran kurallar. Bunlardan koruyucu kurallar dışındaki üç kategori de aslında ortalama, olağan, tipik âkidlerin genelde sözleşme içeriğini nasıl şekillendireceği düşünülerek yasakoyucu tarafından yedek hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde yedek hukuk kuralları, “ortalama” varsayımsal taraf iradesini tespit etmek dışında bir amaca hizmet etmemektedir⁴⁸. Demek ki üzerinde durulması gereken, yasa kuralının uygulanmasının ön koşulu olan “ortalama” durumun somut olayda da mevcut olup olmadığıdır⁴⁹.

Taraflardan birini koruma amacına hizmet eden yedek hukuk normları ise ortalama farazi iradenin tespitine yaramaz. Bu hallerde amaç, adil olan çözümü (*aequum et bonum*) tespit etmektir. İşte bu yüzden *Bucher*'e göre bu tür normlar söz konusu olduğunda, hakimin sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yapması mümkün değildir. Bu hallerde öncelikli olarak yedek hukuk hükümlerinin uygulanması gerekir⁵⁰. Oysa *Sandrock*'un haklı olarak ifade ettiği gibi⁵¹, taraflardan birini koruma amacına hizmet eden normlar dahi ancak ortalama, genel geçer haller için “adil” olanı saptamaktadır. Dolayısıyla hakimin bu hallerde de tespit etmesi gereken, somut olayda bu türden ortalama bir durumun söz konusu olup olmadığıdır.

Yedek hukuk kurallarının hakimin bir araştırması olmadan, doğrudan uygulanması gerektiğine ilişkin görüş özellikle bu noktadan eleştirilmektedir⁵². Normal durumdan sapan bir sözleşme ilişkisinin varlığı halinde yedek hukuk kurallarına başvurmanın meşruiyeti kalmamaktadır. Yasanın amacı (*ratio legis*) bu halleri kapsamamaktadır⁵³. Yedek hukuk kuralları sınırsız sayıda benzer sözleşmeye uygulanmak üzere kaleme alınmaktadır, dolayısıyla ister istemez sorunlara çok genel geçer çözümler önerebilmektedir. Bu yüzden tarafların özel durumunu, sözleşme hükümlerini, tarafların menfaatlerini dikkate alan tamamlayıcı sözleşme yorumu yönteminin tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴.

48 *Sandrock* (dn.28) 43 vd.

49 *Sandrock* (dn.28) 44.

50 *Bucher* (dn.47) 249, 269; aynı yönde *Serozan* (dn.47) 58-59.

51 *Sandrock* (dn.28) 47; aynı yönde *Gauch/Schlupe/Schmid* (dn.11) N.1255.

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Oertmann*, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig, 1914, 152 vd.

53 *Sandrock* (dn.28) 28.

54 *Larenz*, NJW 1963, 737, 740.

c. Uzlaştırıcı Çözüm Önerisi

İki görüşe karşı ileri sürülen eleştirilerin haklı yönleri olduğu açıktır. Dolayısıyla çözümün, genelde hep olduğu gibi, ortalama yolu bulmaktan geçtiği söylenebilir. Yani ne farazi iradenin ne de yedek hukuk kurallarının mutlak önceliğinin olmadığını kabul etmek gerekir⁵⁵. Hakim somut olayın özelliklerine göre hangi yöntemi tercih edeceğine karar verecektir. Bu noktada kendisine bazen taraf iradesi yol gösterecek, bazen de sözleşmenin özelliklerinden hakimin bu çıkarsamayı yapması gerekecektir. Genel olarak aşağıdaki hallerde hakimin, sözleşmeyi tamamlayıcı yoruma öncelik vermesi gerektiği kabul edilmelidir:

- **Yasa bunu açıkça öngörüyorsa:** BK m.2/II, tarafların sübjektif açıdan önemli bir konuda sözleşmenin akdi anında anlaşamamaları; konuyu ileride çözümlenmek üzere açık bırakmaları ve daha sonra da konunun çözümüne ilişkin bir mutabakata varmamaları ihtimalinde hakimin "işin mahiyetine" (*Natur des Geschäftes*) göre bir kural koymasını öngörmektedir⁵⁶. Bu gibi hallerde tarafların ilgili soruna ilişkin yedek hukuk kurallarından memnun kalmadıklarından kural koymayı denedikleri, ancak bu kural konusunda mutabık kalmadıkları kabul edilmek gerekir⁵⁷. Dolayısıyla bu hallerde hakim, sözleşmenin özelliklerine uyan, taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek tekil bir çözüm üretmeye çalışacaktır⁵⁸. Ancak buna rağmen yedek hukuk kurallarının bu dengeyi en iyi şekilde sağladığı ve bunların uygulanması gerektiği sonucuna varacağı haller olabilir⁵⁹.

55 Bu görüşte *Sandrock* (dn.28) 47-48; *Larenz/Wolf* (dn.28) § 28 N.109; *Wendtland* in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, München 2003, § 157 N.38 vd.; *Baumann* (dn.23) 109-110; *Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2004, N.284. Prensipite buradaki gibi *Staudinger/Roth* (dn.12) § 157 N.23 vd.; *MünchKomm/Mayer-Maly/Busche* (dn.20) § 157 N.35 vd.; *Kötz* (dn.28) 219, 233 vd.; *Kaplan* (dn.11) 90 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.24) § 33 N.2 vd.; *Oktay* (dn.13) 263, 288 vd.

56 Alman hukukunda tamamlayıcı sözleşme yorumuna öncelik veren yasa hükümleri hakkında bkz. *Larenz/Wolf* (dn.28) § 28 N.110.

57 *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.2 N.23; *Ehricke*, *RabelsZ* 60 (1996), 661, 676; aynı yönde *A.Koller* (dn.27) N.591; *Oğuzman/Öz* (dn.14) 146.

58 *A.Koller* (dn.27) N.591; *Kocayusufpaşaoğlu* (dn.24) § 17 N.11. Tarafların, sorunun çözümü konusunda hiçbir aşamada anlaşamamış olması gerçeği karşısında farazi iradeye göre bu sözleşme boşluğunun doldurulması ihtimali düşüktür, *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.2 N.23; *Oğuzman/Öz* (dn.14) 147.

59 *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.2 N.25; *A.Koller* (dn.27) N.594.

- **Taraf iradesinden yedek hukuk kurallarındaki çözümü benimsemedikleri sonucu çıkıyorsa**⁶⁰: Örneğin hakim, ihtilaf konusuna benzer bir sorun için tarafların yedek hukuk kurallarından sapan bir çözüm öngördüğünü tespit ederse, ihtilaf konusunu da sözleşme hükümlerinden kıyas yoluyla elde edeceği bir kural ile çözmesi uygun düşer⁶¹. Aynı BK m.2/II'de olduğu gibi bu hallerde de tarafların, yedek hukuk kurallarındaki çözümü uygun bulmadıkları kabul edilmek gerekir⁶².

- **Yedek hukuk kuralı ilgili ihtilafa ilişkin uygun bir çözüm sunmuyorsa**: Bu hallerde gerçi tarafların yedek hukuk kurallarındaki çözümü istemediği sonucu doğrudan sözleşmeden çıkarsanamamakta, ancak bu sefer hakim bu kuralların sözleşmeden doğan ihtilafı çözmeye uygun olmadığını tespit etmektedir. Zira yasadaki çözüm fazla genel olduğu için somut olayın özelliklerine ve taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun bir çözüm sunmamaktadır⁶³. Bu hallerde hakime yedek hukuk kurallarından ayrılması imkanı verildiği takdirde yukarıda bu kuralların uygulanmasına karşı ifade edilmiş olan eleştirinin temeli de ortadan kalkmaktadır. Çünkü hakim her şartta yedek hukuk kurallarını uygulamak zorunda olmayacaktır. Eğer taraflar arasındaki sözleşmenin özellikleri, atipik yönleri farklı bir çözümü gerektiriyorsa bu durumda sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yöntemine baş-

⁶⁰ MünchKomm/Mayer-Maly/Busche (dn.20) § 157 N.36; Staudinger/Roth (dn.12) § 157 N.24; Baumann (dn.23) 110; Kaplan (dn.11) 90.

⁶¹ BernerKommentar/Kramer (dn.11) Art.18 N.235.

⁶² Ancak burada özellikle dikkat edilmesi gereken bir husus, sözleşmedeki bir hükmün batıl sayılması nedeniyle sözleşmede boşluk olduğu hallerde, hakimin her zaman yedek hukuk kurallarına başvurabilecek olmasıdır. Örneğin genel işlem şartlarının butlanı halinde, taraflardan birinin (GİŞ kullanan tarafın); tarafların beraberce saptadıkları sözleşme hükümlerinin butlanı halinde, taraflardan ikisinin de iradesine açıkça aykırı olmasına rağmen hakim, yedek hukuk kurallarının adalet içeriği nedeniyle bunlara başvurabilir. Bu hallerde aksine irade sözleşme boşluğunun doldurulmasında kural olarak dikkate alınmaz. Fakat hakim yedek hukuk kuralının sözleşmenin özelliklerine uygun bir çözüm sunmadığı kanaatine varırsa kuşkusuz bu hallerde de sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yöntemini tercih etmesi mümkündür. GİŞ denetimi bağlamında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer (dn.5) 226 vd.; Staudinger/Roth (dn.12) § 157 N.46 vd.; Larenz/Wolf (dn.28) § 43 N.80.

⁶³ Hakimin yedek hukuk kurallarına uygulamaktan kaçınabileceği benzer bir hal bu kuralların eskimiş, günün ihtiyaçlarını karşılamaz hale gelmiş olmasıdır (Staudinger/Roth (dn.12) § 157 N.26; Kaplan (dn.11) 90).

vurabilecektir⁶⁴. Buna karşılık sözleşmeden bu konuda herhangi bir veri elde edilemiyor ve tipik bir hal söz konusu ise o zaman yedek hukuk kurallarını uygulamaktan kaçınamaz⁶⁵.

- **İlgili ihtilafa ilişkin yedek hukuk kuralı yoksa:** Bu hal aşağıda (IV) altında ayrı olarak ele alınacaktır.

Demek ki varılan ilk sonuç, yasadan veya taraf iradelerinden, yedek hukuk kurallarının uygulanmayacağı sonucu çıkmadığı ve uygun bir yedek hukuk kuralı da var olduğu sürece hakimin yedek hukuk kurallarını uygulaması gerektirir. Bu hallerde hakimin yine de sözleşmeyi tamamlayıcı yorum metoduna başvurabileceğini kabul etmek yasa koyucunun yedek hukuk kuralları ihdas etmiş olmasını anlamsızlaştırır ve MK m.1'de öngörülen sıralamaya aykırı bir çözüm olur.

IV. Yedek Hukuk Kuralının Yokluğu: Yasada Boşluk?

Yedek hukuk kurallarının uygulanacağı haller bu şekilde saptandığında ister istemez ikinci bir soru kendisini dayatmaktadır. Acaba, yedek hukuku kuralı olmayan hallerde ne olacaktır? Bu durumda bir üst paragraftaki tespit hemen bir kenara atılacak ve hakimin her halde sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yapacağı mı kabul edilecektir? Aslında hakim yine iki türlü hareket edebilir: tarafların iradesinden yola çıkarak sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yolunu seçebilir veya doğrudan yasadaki boşluğu doldurma yolu-

⁶⁴ *Oktay* (dn.13) 263, 290; *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.237; *BaslerKommentar/Wiegand* (dn.4) Art.18 N.71; *A.Koller* (dn.27) N.599; *Gauch/Schluemp/Schmid* (dn.11) N.1255; *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.517; *Sandrock* (dn.28) 47-48; *Larenz/Wolf* (dn.28) § 28 N.111; *Staudinger/Roth* (dn.12) § 157 N.23-25; *Baumann* (dn.23) 110-111. Amerikan hukukunda da, ticari ihtilaflar bağlamında kural olarak önce Uniform Commercial Code'da yer alan yedek hukuk kurallarının uygulandığı ve ancak atipik hallerde tarafların iradesine göre sözleşme boşluğunun doldurulduğu konusunda bkz. *Baumann* (dn.23) 117-119.

⁶⁵ *CommentaireRomand/Winiger* (dn.24) art.18 CO, N.170; *BaslerKommentar/Wiegand* (dn.4) Art.18 N.71. BGE 113 II 49, 51'de Federal Mahkeme, tarafların yedek hukuk kurallarından sapmak istediğinin hal ve şartlardan yeterli açıklıkla anlaşılması gerektiğini; aksi takdirde taraf menfaatlerini adil şekilde dengeleyen yedek hukuk kurallarının uygulanacağını ifade etmiştir. Olayda, bir tellallık sözleşmesinde ne zaman ücrete hak kazanılacağı tartışılmış; davacının, aracılık ettiği sözleşmenin kurulma imkanının sağlanmış olması ile ücrete hak kazanacağı iddiası, böyle bir düzenlemenin sözleşmede yer almadığı, tarafların bu yönde bir farazi iradesinin de anlaşılmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve OR Art.413/BK m.405 uygulanmıştır. Bu madde uyarınca tellal ancak aracılık ettiği sözleşmenin fiilen kurulması halinde ücrete hak kazanır.

nu seçebilir. Alman hukukuna bakıldığında genelde, yedek hukuk kurallarının eksikliği halinde artık hakimin sözleşmeyi tamamlayıcı yorum dışında bir alternatifinin kalmadığı ifadesi ile karşılanmaktadır⁶⁶. Buna karşılık, hakimin, tarafların farazi iradelerine dayanarak sözleşme boşluğunu doldurduğu bu hallerde aslında yasadaki boşluğu doldurur tarzda genel hükümler koyduğu sık sık eleştiri konusu da olmaktadır⁶⁷.

Gerçekten de Alman mahkemelerinin, tarafların farazi iradesine dayanarak sözleşmeye ekledikleri bazı düzenlemelerin bugün genel geçerliliğe sahip ilkeler olduğu kabul görmektedir. Örneğin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme⁶⁸, işlem temelini çökmesi, üçüncü kişinin zararını tazmin, koruma yükümlülüklerinin varlığı⁶⁹ gibi alanlarda mahkemeler sık sık varsayımsal iradelere dayanarak sözleşmenin içine bir hüküm eklemeyi tercih etmişlerse de bu kurumlar bugün yedek hukuk kuralları katına çıkmıştır⁷⁰. *Oechsler*'in haklı olarak ifade ettiği gibi, mahkemeler tarafından sözleşmeye dayandırılan çok sayıda yükümlülük tarafların varsayımlı iradesini aşmakta, artık onların iradesi kapsamında değerlendirilememektedir⁷¹. Bu şekilde hakim sadece yazılı olma-

66 Örn. *Larenz/Wolf* (dn.28) § 28 N.112; *MünchKomm/Mayer-Maly/Busche* (dn.20) § 157 N.36; *Staudinger/Roth* (dn.12) § 157 N.27 vd.; *Ehricke, RabelsZ* 60 (1996), 661, 684; *Bamberger/Roth/Wendtland* (dn.60) § 157 N.39.

67 *Henckel, AcP* 159 (1960), 106, 122-123; *Canaris*'e göre sözleşmeyi tamamlayıcı yorum kurumu hakimler tarafından hukuk yaratmak için kötüye kullanılmaktadır. Bkz. *Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 2. Aufl. Berlin 1983, 53. Ancak yazar, bu iki yöntem arasındaki sınırın bazı hallerde çok silik olduğunu da kabul etmektedir (54).

68 Bu kurumun tarafların farazi iradelerine dayandırılması konusundaki eleştiriler için örn. bkz. *Gernhuber* (dn.37) 249, 260 vd.; *Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987, § 17 II, 227; *Atamer, Üçüncü kişinin uğradığı zararın sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre tazmini*, *Yargıtay Dergisi*, 1996, 99, 108-110.

69 Mukayeseli veriler ışığında *Kötz* (dn.28) 219, 238 vd.

70 *Sandrock* (dn.28) 80-81; *Henckel, AcP* 159 (1960), 106, 124. İsviçre hukuku için aynı görüşte *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.229. Özellikle 2002 tarihli Alman Borçlar Hukuku reformu sonrasında bu kurumlardan işlem temelini çökmesi (BGB § 275 Abs.3) ve koruma yükümlülerinin (BGB § 241, Abs.2) yasada özel olarak düzenlenmiş olması da bunu göstermektedir.

71 *Oechsler* (dn.38) 254. Yazar koruma yükümlülüklerinin temelinde güvenin korunması ilkesinin yattığını savunmaktadır. Ayrıca bkz. *Kötz* (dn.28) 219, 239. Yazara göre mahkemelerin yaptığı aslında sadece taraflar arasında adil bir riziko dağılımını sağlamaya çalışmaktır, yoksa hiçbir şekilde tarafların gerçek veya farazi iradesini tespit etmek amaç değildir.

yan bir hukuk kuralı ihdas ettiğini açıklamaktan kurtulmakta, tarafların farazi iradesini öne sürerek gerekçe verme yükümlülüğünden sıyrılabilmektedir⁷².

İsviçre-Türk hukukuna bakıldığında bu tartışmanın daha rahat aşılabileceği görülür. Zira Alman Medeni Kanunundan farklı olarak İsviçre-Türk Medeni Kanunları m.1'de yasadaki boşlukları doldurmak, yani hukuk yaratmak için hakimi açıkça yetkilendirmiştir⁷³. Dolayısıyla hakim, sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yolunu tercih edebileceği gibi yasadaki boşluğu doldurma⁷⁴ yolunu da pekala seçebilir. Sorun, hakimin hangisini ne zaman tercih etmesi gerektiğini tespit etmektedir.

Yukarıda benimsenmiş olan orta yol aslında burada da doğru yolu göstermektedir. Hakim kararını verirken yine somut olayın özelliklerinden yola çıkmalıdır. Eğer somut ihtilaf, benzer sözleşmelerde tekrarlanabilecek standart bir sorun ise, genelleştirici bir değer yargısı ile uygulanacak kuralı tespit etmesi gerektiği kabul edilmelidir⁷⁵. Bu hallerde yasada bir boşluk mevcuttur⁷⁶ ve hakim, MK m.1/II uyarınca yasakoyucu gibi hareket ederek bu boşluğu doldurmak durumundadır. *Oftinger'e* göre "..., hakimin salt objektif kriterlerle çalıştığı ve özellikle genelgeçer bir çözüm ürettiği hallerde, MK m.1'e dayanarak yeni bir hukuk kuralı yarattığı açıkça anlaşılmalı ve bu anlayış farazi taraf iradesine dayanmak suretiyle gizlenmemelidir."⁷⁷ Yazar, örnek olarak mahkemelerin,

72 *Oechsler* (dn.38) 236; *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.229.

73 Örf ve adet hukuku kurallarının uygulanması konusunda bkz. aşağıda Bölüm V.

74 Hakimin yasa boşluğunu doldururken dikkat etmesi gereken hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Dürr*, in: *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Teilband 1, Kommentar zu Art.1-7 ZGB, Zürich 1998, Art.1 N.490 vd.*

75 *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.228; *Gauch* (dn.13) 209, 225; *Oftinger*, ZSR 1939, 178, 200; *Gauch/Schluep/Schmid* (dn.11) N.1261. Alman hukuku için aynı yönde *Sandrock* (dn.28) 77, 85 vd.; *Baumann* (dn.23) 110. Ayrıca bkz. *A.Koller* (dn.27) N.609; *Oğuzman/Öz* (dn.14) 146; *Basler-Kommentar/Wiegand* (dn.4) Art.18 N.84.

76 *Canaris*'in haklı olarak ifade ettiği gibi, kanunda bir düzenleme bulunmayan her halde yedek hukuk kuralının eksikliğinden, yani yasada bir boşluğun var olduğundan bahsedilemez (*Canaris* [dn.67] 54). Zira bu hallerin birçoğu bilinçli boşluklardır, yani yasakoyucunun düzenlemek istemediği alanlardır. Boşluk kavramı hakkında bkz. *ZürcherKommentar/Dürr* (dn.74) Art.1 N.298 vd.

77 *Oftinger*, ZSR 1939, 178, 200.

sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusundaki içtihatlarını anmaktadır. Mahkemeler bu uyarlamaya tarafların farazi iradelerini dayanak yapmaktaysa da aslında uyguladıkları, *Oftinger*'e göre, genel bir hukuk kuralı katına çıkmış ve taraf iradelerinden bağımsız olarak devreye giren bir ilkedir⁷⁸.

Yine yukarıdaki çözüme paralel olarak, sorunun atipik, genelleştirmeye elverişli olmayan bir sorun olması halinde hakim "kazuist metot" ile o ihtilafa uygun olan tekil bir çözüm üretecektir⁷⁹. Hakimin bu şekilde sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yaptığı halleri MK m.4 uyarınca hakkaniyete göre karar verdiği hallere benzetmek mümkündür⁸⁰.

Yedek hukuk kuralının mevcut olmaması özellikle atipik sözleşmelerde karşılaşılabilecek bir fenomendir⁸¹. Kural olarak yukarıda anılan sistemin bu sözleşmeler açısından da geçerli olacağı kabul edilebilir. Hakim öncelikle Borçlar Kanununun genel ve özel hükümleri içinde yer alan yedek hukuk kuralları arasında uygulanabilecek bir hüküm olup olmadığına bakacaktır. Eğer bu hükümlerden taraf iradelerine uygun bir çözüm üretebiliyorsa onu kıyasen uygulayacaktır⁸². Eğer bu tür bir norm saptayamıyorsa bu durumda kendisinin bir kural koyması gerekir. Koyacağı kural, *Schluep/Amstutz* uyarınca, isimsiz sözleşmenin niteliğine göre değişir⁸³. Eğer bu sözleşme uygulamada sürekli tekrarlanma-

⁷⁸ *Oftinger*, ZSR 1939, 178, 205.

⁷⁹ *Gauch* (dn.13) 209, 223; *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.228; *Gauch/Schluep/Schmid* (dn.11) N.1265; *Sandrock* (dn.28) 58 vd.; *Baumann* (dn.23) 126.

⁸⁰ *Graf*a göre, sözleşmeyi tamamlayıcı yorum sonucu elde edilen kural ile yasa boşluğunu dolduran kural arasında içerik açısından büyük farklar olmayacaktır, zira birçok halde bu iki muhakeme usulü zaten aynı sonuca götürecektir. Genel olarak adil sayılabilecek olan özeldede adil olan ve tarafların farazi iradesine uygun olandır (*Graf* (dn.31) 336-337; 347; aynı yönde *Canaris* (dn.67) 54.). Buna karşılık *Sandrock*, bu alanda sınırı çizmenin zor olmasına rağmen, uygulanan yöntemlerde bir farklılık olduğunu haklı olarak savunmaktadır. Zira birinde yasakoyucu gibi hareket ediyoruz, genelgeçer, objektif, birden fazla ihtilafıta uygulanabilecek bir kural bulmaya çalışıyoruz; diğesinde ise o somut sözleşmeye uyan, sübjektif açıdan doğru bir çözüm üretiyoruz (*Sandrock* (dn.28) 92 vd. Aynı yönde *Commentaire Romand/Winiger* (dn.24) art.18 CO, N.177; *Kaplan* (dn.11) 101).

⁸¹ Bu sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı tartışması hakkında örn. bkz. *Serozan* (dn.47) 56 vd.; *BaslerKommentar/Schluep-Amstutz* (dn.4) Einl. vor Art.184 ff. N.66 vd.

⁸² *BernerKommentar/Kramer* (dn.11) Art.18 N.256; *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.551.

⁸³ *BaslerKommentar/Schluep-Amstutz* (dn.4) Einl. vor Art.184 ff. N.68

sı, aynı şekilde nitelendirilmesi (örn. *factoring*, *franchising*) gibi göstergelere göre artık yeni bir sözleşme türü olarak benimsenmişse bu durumda hakimin koymaya çalışacağı kural da genelgeçer bir kural olmalı, *modo legislatoris* hareket etmelidir. Buna karşılık ilgili sözleşme bu türden bir yaygınlığa kavuşmamış, tekil bir sözleşme ise bu durumda hakimin sözleşmeye uygulanacak kuralı da sadece olayın özelliklerine uygun, tek seferlik bir çözüm olarak formüle etmesi gerekir⁸⁴.

V. Norm Hiyerarşisindeki Diğer Basamaklar

Son olarak, tasvir edilmiş olan bu norm hiyerarşisi içinde örf ve adet hukuku ile teamüllerin nereye oturduğu üzerinde kısaca durmak gerekir. MK m.1 uyarınca, yasada boşluk olan hallerde örf ve adet hukuku kuralları devreye girer. Her ne kadar borçlar hukuku alanında örf ve adet hukuku kuralı katına çıkmış kuralar tespit edilmesi son derece güçse de⁸⁵ tespit edilebildikleri nadir durumlarda hiyerarşi içindeki yerlerini saptamak gerekir. Hakimin önündeki durum şudur: olaya uygulanacak emredici hukuk kuralı yoktur, sözleşme hükmü yoktur, yedek hukuk kuralı da yoktur. Yani IV. Bölümde incelenen duruma benzerlik olmakla beraber hakimin elinde bu somut olaya ilişkin bir örf ve adet hukuku kuralı vardır. Acaba hakim bu kuralı doğrudan olaya uygulamak zorunda mıdır? Kanımca bu kuralın uygulanması konusunda aynı yedek hukuk kurallarının var olduğu hallerde yürütülen mantık yürütülmelidir. Eğer tarafların iradesinden bu örf ve adet hukuku kuralından sapmak istedikleri sonucuna varılamıyor, kural somut olayın özelliklerine uygun bir çözüm sunuyorsa hakimin uygulaması mümkündür. Ancak bu kuralı uygulama *mecburiyeti* asla söz konusu değildir. Hakimin, aynı yedek hukuk kurallarının uygulanmasında olduğu gibi, yapacağı değerlendirme sonucuna göre bu kuralı uygulaması gerekir. Eğer örf ve adet hukuku kuralının olayın özelliklerine uygun olmadığı sonucuna varıyorsa bu durumda uygulanacak kuralı aramaya devam edecektir. Yani Bölüm IV'de bulunduğu durumda olacaktır. Önünde-

⁸⁴ BaslerKommentar/*Schluep-Amstutz* (dn.4) Einl. vor Art.184 ff. N.69; BernerKommentar/*Kramer* (dn.11) Art.18 N.258; *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.550; *Kaplan* (dn.11) 101-102.

⁸⁵ Sözleşme hukuku alanında çok sayıda teamül bulunmasına rağmen, örf ve adet hukuku kuralı haline gelmiş bir kural tespit etmek zordur (örn. bkz. *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.531).

ki alternatifler sözleşmeyi tamamlayıcı yorum ve yasadaki boşluğun doldurulmasıdır.

Teamüller ise, örf ve adet hukuku kurallarından farklı olarak hukukun kaynağı değildir⁸⁶. Nitekim TTK m.2/I de, teamüllerin ancak ticari örf ve adet katına çıkmaları halinde doğrudan ihtilafa uygulanabileceğini açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla tarafların açık veya örtülü olarak teamüllerin de sözleşme içeriğinden sayılacağı hususunda iradelerini beyan etmemiş olmaları halinde bunlar sadece fiili bir durum teşkil eder ve somut sözleşme üzerinde bir etkileri olmadığı kabul edilir^{87, 88}. Buna karşılık bir kez sözleşme içeriği olmuşlarsa (*lex contractus*) yedek hukuk kurallarına nazaran öncelikli olarak uygulanırlar ve düzenledikleri alanlarda bir sözleşme boşluğundan bahsedilemez.

Teamüller doğrudan sözleşme hükümleri olarak uygulama alanı bulamasa bile bazı hallerde yedek hukuk kurallarının teamüllere atıf yapması nedeniyle uygulanmaları mümkündür. Bu durumda ilgili teamül yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁸⁹ ve yukarıda aktarılan mantık çerçevesinde uygulama alanı bulması gerekir. Yani hakimin, aynı yedek hukuk kurallarında olduğu gibi, teamül kurallarında da bunların sözleşmedeki boşluğu doldurmaya elverişli oldukları ve tarafların iradesinin buna aykırı olmadığı sonucuna varması gerekir⁹⁰.

⁸⁶ *Gauch/Schluemp/Schmid* (dn.11) N.1219

⁸⁷ BGE 94 II 157, 159.

⁸⁸ Oysa Fransız Medeni Kanunu, Code civil Art.1160 uyarınca taraflar ifade etmemiş olsa bile teamüller sözleşme içeriğine dahil sayılır (*On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées*). Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması m.9/II uyarınca da, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve ilgili ticari branşta genel olarak tanınmış ve uygulanmakta olan milletlerarası ticari teamüllerin zımnen sözleşme içeriği olduğu kabul edilir.

⁸⁹ *Jäggi/Gauch* (dn.8) Art.18 N.522; *A.Koller* (dn.27) N.612; *Gauch/Schluemp/Schmid* (dn.11) N.1254. Örneğin BK m.420/I'de, komisyoncunun veresiye mal satması veya mal teslim almadan ödemedede bulunması hallerinde zararı kendisinin taşıyacağı öngörülmüşken, fıkra II'de satış mahalindeki örfeye göre veresiye satışlarda farklı bir sonuca varılabileceği düzenlemiştir. Ayrıca bkz. BGE 91 II 356, 358 vd.

⁹⁰ *BaslerKommentar/Wiegand* (dn.4) Art.18 N.83

VI. Sonuç

İncelemeye, ticaret hukuku öğretisinde yaygın olarak kabul edilen norm hiyerarşisiyle başlanmıştır – sonuç kısmında yine bu hiyerarşiye değinmek faydalı olabilir. Zira yukarıdaki açıklamalar, kabul edilen sıralamanın kanımca eksiksiz olmadığını göstermektedir. Emredici hükümler, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hususlar, ticari nitelikteki yedek hukuk hükümleri, ticari örf ve adetler ve son olarak da genel hükümlerdeki yedek hukuk kuralları tarzında bir sıralama hakime ihtiyaç duyduğu esnekliği tanıtmaktan uzaktır. Sözleşmeden kaynaklanan ticari ihtilafların çözümünde hakimin, yeri geldiğinde yedek hukuk kurallarını uygulamak yerine, sözleşmeyi tarafların farazi iradesine göre tamamlaması söz konusu olabilir. Bir sözleşme boşluğunun varlığı halinde ne doğrudan yedek ticari hükümleri uygulamak, ne de bunların yokluğu halinde doğrudan ticari örflere başvurmak mecburiyeti yasadaki çıkarsanamaz. Bu nedenle ticari sözleşmeler açısından da yukarı teklif edilen alternatifli hiyerarşinin uygulanması teklif edilmektedir.

Her halde hakimin sözleşmeden doğan ihtilaflara uygulayacağı kuralları saptamasının ve bunlar arasındaki hiyerarşiyi tespit etmesinin kolay bir iş olmadığı kabul edilmelidir. Bu yüzden mahkeme kararlarının mümkün olduğu ölçüde gerekçelendirilmesi ve ihtilafa uygulanan hükümlerin kaynağının açıklanması önemlidir. Kuralın sözleşmeden mi yoksa yasadaki mi devşirildiği, yoksa sözleşme veya yasa boşluğunu doldurmak üzere hüküm mü yaratıldığını açıklamak hukukun gelişimine de katkı sağlayacaktır.