

Geliş Tarihi:

31.07.2021

Kabul Tarihi:

23.08.2021

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Camcı, S., & Şeker, M. (2021). Sözleşmeye katılma anlaşmasında şekil ve şekle aykırılığın yaptırımı. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 783-806. doi: 10.46928/iticusbe.976805

SÖZLEŞMEYE KATILMA ANLAŞMASINDA ŞEKİL VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI*


Araştırma

Sinem Camcı 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

sinem.camci@yahoo.com.tr

Muzaffer Şeker 

İstanbul Ticaret Üniversitesi

mseker@ticaret.edu.tr

Sinem Camcı, İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde özel hukuk doktora öğrencisidir. Özel hukuk alanında yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır. Medeni hukuk alanında uzmandır. İstanbul Barosu'na kayıtlı avukattır. Prof. Dr. Muzaffer Şeker, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesidir. Medeni hukuk alanında uzmandır. Lisans ve lisansüstü öğrencilerine çeşitli dersler vermektedir.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Doktora öğrencisi Sinem Camcı tarafından hazırlanan “Sözleşmeye Katılma” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

SÖZLEŞMEYE KATILMA ANLAŞMASINDA ŞEKİL VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Sinem Camcı
sinem.camci@yahoo.com.tr
Muzaffer Şeker
mseker@ticaret.edu.tr

ÖZET

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılabilen sözleşmeye katılma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 206'da hüküm altına alınmış ve böylece mevcut sözleşme ilişkisine yabancı üçüncü bir kişinin hangi şartlarla bu sözleşme ilişkisine dahil olacağına ilişkin kurallar somut hale gelmiştir. Katılmaya konu mevcut sözleşme tarafları ile katılan arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran üç taraflı, kendine özgü (sui generis) bir anlaşma olan sözleşmeye katılma, şekil serbestliğinin kural olduğu sözleşmeler hukukunda bu serbestliğin tanınmadığı; geçerliliği için belli bir şekle uymanın zorunlu olduğu anlaşmalardan biridir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu, kuruluşu itibariyle fer'i nitelik gösteren sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğini, bu anlaşmanın, katılımın gerçekleştiği mevcut sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması şartına bağlı kılmıştır. Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunu md. 206'da düzenlenen sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli ve bu şekle aykırılığın yaptırımını incelenmektedir.

Amaç: Çalışmada, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise md. 206'da üç fıkra halinde düzenlenerek isimli sözleşmeler arasına dahil olan sözleşmeye katılma anlaşmasının şekline ilişkin TBK md. 206/f.3 hükmünün ayrıntılı olarak incelenmesi amaçlanmıştır.

Yöntem: Çalışmada, sözleşmelerde şekil konusu genel olarak ele alınmış ve bu kapsamda, geçerlilik şekli ve ispat şekli hakkında ayrıntılı açıklama yapılmıştır. Daha sonra ise sözleşmeye katılma anlaşmasında şekil konusu ele alınmış ve şekle aykırı davranılması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasına uygulanacak geçersizlik yaptırımının hukuki niteliği incelenmiştir.

Bulgular: Sözleşmeye katılma anlaşmasının şekline ilişkin Türk Borçlar Kanunu md. 206/f.3 düzenlemesine göre, katılımın gerçekleşeceği mevcut sözleşmenin bir geçerlilik şekline tabi kılındığı hallerde, sözleşmeye katılma anlaşmasının da aynı şekilde yapılması gerekmekte ve bu hükmün varlığı, sözleşmeye katılma anlaşmasında şekle bağlılığın kural; şekil serbestliğinin ise istisna olduğunu göstermektedir.

Özgünlük: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile hüküm altına alınan sözleşmeye katılma anlaşmasına ilişkin bir tane yüksek lisans tezi ve birkaç tane makale dışında bu konuda yapılmış bir çalışma bulunmamaktadır. Bu bağlamda, çalışma, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda araştırma yapmak ve bilgi sahibi olmak isteyenler için özgün bir makaledir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmelerde Şekil, Geçerlilik Şekli, İspat Şekli, Şekle Aykırılık, Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekil, Türk Borçlar Kanunu

Jel Sınıflandırması: K12

FORM IN THE AGREEMENT TO JOIN THE CONTRACT AND SANCTION OF VIOLATION OF FORM

ABSTRACT

Joining a contract, which can be made within the scope of the principle of freedom of contract in the old Code of Obligations No. 818, was stipulated in Article 206 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, and thus the rules regarding the conditions under which a foreign third party would be included in this contractual relationship became concrete. It is not recognized in the law of contracts where freedom of form is a rule, joining the contract, which is a three-sided, unique agreement made between the parties to the existing contract and the participant, which results in the participant having the rights and obligations of the party he is with; it is one of the agreements in which it is obligatory to comply with a certain form for its validity. As a matter of fact, the Turkish Code of Obligations has made the validity of the agreement to participate in the agreement, which is an accessory due to its establishment, on the condition that this agreement is made in accordance with the form of the current agreement in which the participation took place. In this study, the form of the agreement to join the contract regulated in article 206 of the Turkish Code of Obligations and the sanction of violating this form are examined.

Purpose: In this study, it is aimed to examine in detail the provision of article 206 paragraph 3 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 regarding the form of the agreement to join the contract, which was made within the scope of the principle of freedom of contract in the period of the old Code of Obligations No. 818.

Method: In this study, the subject of form in contracts is discussed in general and in this context, a detailed explanation is made about the form of validity and the form of proof. Then, the issue of form in the agreement to join the contract was discussed and the legal nature of the invalidity sanction to be applied to the agreement to join the contract in case of violation of the form was examined.

Findings: According to the Turkish Code of Obligations Article 206 paragraph 3 regulation regarding the form of the agreement to join the agreement, in cases where the existing agreement to participate in is subject to a form of validity, the agreement to join the agreement must be made in the same way and the existence of this provision means that adherence to the form in the agreement to join the agreement is a rule; shows that shape freedom is an exception.

Originality: Except for one master's thesis and a few articles on the agreement to join the contract, which is governed by the Turkish Code of Obligations No. 6098, there is no study on this subject. In this context, the study is an original article for those who want to research and have information about the form of the agreement to participate in the contract.

Keywords: Form of Contracts, Form of Validity, Form of Proof, Irregularity, Form in The Agreement to Join The Contract, Turkish Code of Obligations

Jel Classification: K12

GİRİŞ

İsviçre Hukuku ve Alman Hukukunda bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmeyen ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılabilen sözleşmeye katılma anlaşması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 206'da üç fıkra halinde hüküm altına alınmış ve bu itibarla deyim yerindeyse kimlik kazanarak isimli sözleşmeler arasına katılmıştır.

Mevcut bir sözleşmeye yabancı olan üçüncü bir kişinin, mevcut sözleşmenin taraflarından birinin yanında yer almak ve yanına katıldığı tarafın hak ve borçlarına onunla birlikte sahip olmak amacıyla mevcut sözleşmenin tarafları ile anlaşması suretiyle kurulan sözleşmeye katılma kurumu, üç taraflı kendine özgü (sui generis) bir anlaşmadır. Kurulabilmesi için katılmaya konu mevcut bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyan ve bu itibarla klasik sözleşmelerin aksine ikincil nitelikte bir anlaşma olan sözleşmeye katılma anlaşması, mevcut sözleşmeye katılımın taraflarca yasaklanmadığı veya işin niteliğinden katılıma engel bir durumun var olmadığı her durumda, üçüncü bir kişinin (katılan) mevcut sözleşme ilişkisine katılmasına olanak sağlayan bir kurumdur. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sözleşmeye katılan ve yanında yer aldığı tarafın müteselsil alacaklı ve borçlu olduğu (anlaşmada aksi kararlaştırılabilir) bu anlaşmanın geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için taraf iradelerinin, katılmaya konu mevcut sözleşmenin şekil kuralına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği bakımından şekil serbestliğini tanımamış; anlaşmanın geçerli olarak kurulabilmesi için belli bir şekle uyulmasını gerekli kılmıştır.

Bu çalışmada, sözleşmeye katılma anlaşmasında şekil ve şekle aykırılığın yaptırımını incelenmiştir. Konunun daha rahat anlaşılabilmesi açısından öncelikle sözleşmelerde şekil konusuna (geçerlilik ve ispat şekli) genel olarak değinilmiş, daha sonra ise sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli ve bu şekle aykırılığın yaptırımını TBK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır.

I. Sözleşmelerde Şekil

A. Genel Olarak

İrade beyanlarının iletilmesinde kullanılan bir araç olan şekil (Tuğ, 1994: 3; Arsebük, 1950: 319; Akıncı, 2019: 77) irade beyanının dış kalıbıdır (Deliduman, 2000: 427). Nitekim bir hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturan irade beyanının sözle, yazıyla veya başka bir davranış ile açıklanabiliyor (Akipek ve Küçükgüngör, 2002: 33; Şeker, 2008: 49; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 99; Özbilen, 2016: 28; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 2008: 270) olması, her türlü irade beyanının bir şekil içinde ortaya çıktığını gösterir (Ermenek, 2000: 3; Oğuzman ve Öz, 2020: 146). Bu bağlamda, sözleşmelerde şekil, sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturan öneri ve kabul beyanlarının belirli bir şekilde açıklanmasının, bu sözleşmenin geçerliliğini nasıl etkilediğine ilişkin bir konudur (İnan ve Yücel, 2014: 207; Tekinay vd., 1993: 99).

Sözleşmeler hukuku alanında kural, şekil serbestliğidir. Bu husus, TBK md. 12/f.1 hükmünde “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, şekil serbestliği kural olmakla birlikte her hukuki işlemin belli bir şekle bağlı olmaksızın yapılabilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, irade beyanının sonuç doğurmasının belli bir şekle bağlandığı hallerde şekil serbestliğinden bahsedilemeyecektir. İşte hukuki işlemin belli bir şekilde yapılması zorunluluğunun kanundan veya taraf iradelerinden doğması durumunda şekil serbestliği değil; şekle bağlı işlemler söz konusudur (Deliduman, 2000: 428). Kanun veya taraf iradeleri dışında örf adet hukuku veya TMK md. 1 kapsamında hakim yarattığı hukuk ile bir şekil şartının getirilmesi ise mümkün değildir (Altaş, 1998: 48).

Sözleşme taraflarının irade beyanlarının kanun veya taraf iradelerince bir şekle bağlanması durumunda şekil, yapılan sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına hizmet edebileceği gibi, yapılan sözleşmenin ispatına ilişkin bir gereklilik olarak da ortaya çıkabilir. İlk halde, geçerlilik şekli (örneğin taşınmaz satış sözleşmesi TBK md. 237/f.1 gereğince resmi şekilde; alacağın devri TBK md. 184/f.1 gereğince yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz) ; ikinci halde ise ispat şekli (örneğin hüküm ve sonuçları TBK md. 299 vd. düzenlenen kira sözleşmesi için bir geçerlilik şartı öngörülmemiş olmakla birlikte ispat kolaylığı açısından bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış olması halinde, söz konusu şekil kuralı ispat şekli olarak kabul edilecektir) söz konusu olur. Sözleşmenin şekli konusunda kanunda öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Bu konu TBK md. 12/f.2’de şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” Bu kapsamda, bir sözleşme için kanunda bir şekil şartının öngörüldüğü hallerde söz konusu şekil şartının TBK md. 12/f.2 hükmü gereğince geçerlilik şartı olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşme kanunda bir şekle bağlanmamış olsa da sözleşme taraflarının kendi iradeleriyle söz konusu sözleşme için bir şekil kuralı öngörmeleri ve bu suretle sözleşmeyi geçerlilik şekline bağlamaları mümkündür.

B. Geçerlilik Şekli

1. Kanuni Şekil

Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmeler, kural olarak, hiçbir şekle bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle, kanunda kendisi için bir şekil kuralının öngörülmediği bir sözleşmenin taraflarca sözlü, yazılı veya resmi şekilden herhangi birinin tercih edilmesi suretiyle yapılması mümkündür. Ancak bir sözleşmenin çeşitli nedenlerle kanunda bir geçerlilik şartına bağlandığı hallerde, kanunda öngörülen şekil kuralına uyulması zorunludur. Nitekim tarafları sözleşme yaparken daha dikkatli davranmaya teşvik etmek (Berkin, 1946: 1183) , taraf iradelerine açıklık sağlamak (Kılıçoğlu, 2020: 150), ispat kolaylığı sağlamak (Antalya, 2019: 528), üçüncü kişilerin korunması ve hukuki güvenliğin sağlanması gibi nedenlerle bir hukuki işlemin geçerlilik şekline bağlandığı hallerde (Özbilen, 2016: 42 vd.), kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin olarak getirdiği kurallar emredici niteliktedir ve

bu şekil kuralına aksine bir düzenlemenin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün değildir (Yavaş, 2009: 119). Şu halde, kanuni şekle bağlanmış sözleşmelerin söz konusu şekil kuralına uyulmaksızın yapılması durumunda, sözleşmenin geçersiz/hükümsüz olacağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır (Kılıçoğlu, 2020: 130 vd.; Özbilen, 2016: 177 vd.). Bu itibarla kanuni şekle bağlanmış sözleşmelerin öngörülen şekilde yapılıp yapılmadığı, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, bir uyumsuzluğun söz konusu olması halinde hakim tarafından res' en dikkate alınmalıdır (Yargıtay HGK, E. 2014/3-8, K. 2015/10, T. 14.01.2015, www.sinerjimevzuat.com.tr; Yargıtay 14.HD, E. 2008/4333, K.2008/13167, T.07.11.2008, www.lexpera.com.tr).

Belli bir şekil şartına uyulmasının zorunlu kılındığı diğer bir ifadeyle geçerliliği bir şekle bağlanmış hukuki işlemlerin yapılış tarzı üç başlık altında incelenebilir (Tuğ, 1994: 33 vd.; Altaş, 1998: 68 vd.). Bunlar; adi yazılı şekil, nitelikli adi yazılı şekil ve resmi şekildir. Bununla birlikte doktrinde TBK'da sözleşmeler için adi yazılı şekil ve resmi şekil olmak üzere iki şekil öngörüldüğünü savunan yazarlar (Oğuzman ve Öz, 2020: 148) olduğu gibi, geçerlilik şeklini sözlü ve yazılı (adi yazılı/nitelikli yazılı/resmi yazılı) şekil olmak üzere iki kategoride inceleyen yazarlar (Kılıçoğlu, 2020: 155-157) da vardır.

Adi Yazılı Şekil

Yazıya dökülen taraf iradelerine ilişkin metnin borç altına giren şahıs tarafından imzalanması ile gerçekleştirilen adi yazılı şekil şartına bağlanan sözleşmelerde (örneğin TBK md. 184/f.1 gereğince alacağın devri, TBK md. 237/f.3 gereğince önalım (şu' a) sözleşmesi, TBK md. 288/f.1 gereğince taşınır için bağışlama sözü verme (vaadi) sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapılır), bu şekil bakımından önem arz eden husus irade beyanında bulunan kimseyi belirlemeye yarayan bir işaret olan imzanın (imza atamayanlar, TBK md. 16/f.1 gereğince, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler), TBK md. 15/f.1'de yer alan düzenleme gereğince, üzerine borç alan kimsenin (Eren, 2020: 310; Oğuzman ve Öz, 2020: 152; Akıncı, 2019: 81) veya adi yazılı şekle bağlı tasarruf işlemi yapanın el yazısı (örf ve adet var olduğu hallerde ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında, TBK md. 15/f.2 hükmü kapsamında imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması mümkündür) ile yazılmasıdır (Hatemi ve Gökyayla, 2017: 49). Bu kapsamda adi yazılı şekil şartına bağlanan bir hukuki işlemin geçerliliği, borç altına giren tarafından imzalanmış bir belge ile gerçekleştirilmektedir (Tuğ, 1994: 34; Özdemir Kocasakal, 2003: 219; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 49; Tunçomağ, 1976: 221; Tekinay vd., 1993: 113; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 276). İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde (Şeker, 2012: 127 vd.) yazılı şekil şartının sağlanabilmesi ve bu sözleşmelerin bağlayıcı olabilmesi ise elektronik imza ile gerçekleşmektedir. Ancak bununla birlikte her sözleşmenin elektronik imza ile kurulması mümkün değildir (Camcı, 2020: 1025).

Bunun dışında, sözleşmenin metin kısmına ilişkin olarak özellikle dikkat edilmesi gereken bir durum bulunmamaktadır. Nitekim geçerliliği için adi yazılı şekil şartının arandığı sözleşmelerde, metnin

tarafardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından yazılmasının sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkisi olmadığı (von Tuhr, 1983: 234; Antalya, 2019: 535) gibi metnin elle, bir başka organla, bilgisayarla veya daktiloyla yazılmış olması ya da matbaada basılmış, teksir edilmiş olması da sözleşmenin metin unsurunun oluşturulması noktasında bir farklılık yaratmamaktadır (Oğuzman ve Öz, 2020: 149).

Nitelikli Yazılı Şekil

Geçerliliği için nitelikli yazılı şekil şartının arandığı sözleşmelerde, sözleşmenin sadece yazılı şekilde yapılması yeterli olmamakta ayrıca yazılı sözleşmenin kapsamına ilişkin olarak kanunda belirtilen koşulun da sağlanması gerekmektedir (Altaş, 1998: 77). Örneğin, kefalet sözleşmesi yazılı geçerlilik şekline tabidir. Ancak bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması tek başına yeterli değildir. TBK md. 583/f.1 hükmü gereğince sözleşmenin geçerliliği için kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve varsa kefaletin müteselsil olduğunun el yazısı ile belirtilmesi zorunludur.

Resmi Şekil

Bir sözleşmenin geçerliliği için resmi şekil şartının arandığı durumlarda (örneğin taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmeler, taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurmaya yönelik sözleşmeler, taşınmaz rehni (ipotek) kurmaya yönelik sözleşmeler resmi şekle tabi sözleşmelerdir), sözleşmenin yazılı olarak yapılması yapılan işlemin geçerliliği için tek başına yeterli olmamakta; resmi bir memur ya da makamın bu sözleşmeye resmi nitelik kazandırması gerekmektedir (Tuğ, 1994: 64 vd.; Özbilen, 2016: 109 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 303; Tekinay vd., 1993: 126). Yapılacak olan işleme resmiyet kazandıracak olan memur ya da makamın belirlenmesi ise o sözleşmenin geçerliliğinin resmi şekle bağlı olduğunu düzenleyen kanuna bakılarak tayin edilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 277).

Resmi şekil “onama” şeklinde gerçekleşebileceği gibi “düzenleme” şeklinde de gerçekleştirilebilir. Taraflarca hazırlanan sözleşme metninin altındaki imzaların onlara ait olduğunun resmi olarak onaylanması halinde “onama şeklinde gerçekleşen resmi şekil” (Nart: 2007: 220; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 302); sözleşme metninin başından sonuna kadar resmi memur tarafından düzenlenmesi ve yine onun tarafından onaylanması durumunda ise “düzenleme şeklinde gerçekleşen resmi şekil” söz konusu olur (Nart, 2007: 220; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 302). Bu bağlamda, düzenleme şeklinde gerçekleşen resmi şekilde resmi memur, onama şeklinde yapılan resmi şeklin aksine, sözleşmenin kurulmasına yönelik tüm aşamalarda aktif olarak yer alır. Doktrinde yetkili oldukları konularda noterlerin imza tasdiki (onama) ile yaptıkları senetlerin (Noterlik Kanunu md. 90 vd.) geçerlilik şartı olan resmi şekilde gerçekleştirilemeyeceği ancak ispat açısından bu şekilde oluşturulan senetlerin resmi senet olduğu ifade edilirken (Oğuzman ve Öz, 2020: 160); re’sen düzenleme şekline uyarak düzenledikleri noter senetlerinin (Noterlik Kanunu md.84 vd.) geçerlilik şartı olan resmi şekli gerçekleştirdikleri kabul edilmektedir (Oğuzman ve Öz, 2020: 160).

2. İradî Şekil

Kanunda geçerlilik şekline tabi tutulmayan bir sözleşmenin tarafların iradesi ile geçerlilik şekline bağlanması halinde, iradi şekle bağlanmış bir sözleşmenin varlığı söz konusu olur (Yargıtay 19. HD, E. 2017/3101, K.2019/5049, T. 7.11.2019 www.kazanci.com). Bu bakımdan tıpkı kanuni şekil gibi iradi şekil de şekil serbestisinin istisnasını oluşturur. Zira iradi şeklin kararlaştırıldığı bir durumda, kanuni şekle bağlanmamış bir sözleşme tarafların iradesi ile bir şekle bağlanmakta ve bu sözleşme taraflarca belirlenen şekil kuralına uygun yapılmadığı takdirde geçersiz/hükümsüz olmaktadır (Şeker, 2008: 49; İnan ve Yücel, 2014: 212; Tunçomağ, 1976: 236; Tekinay vd., 1993: 102; Altaş, 1998: 69; Özbilen, 2016: 137). Bu husus TBK md. 17/f.1'de şu şekilde ifade edilmiştir: “ *Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.*”

Kanuni şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin tarafların iradesi ile bir şekle bağlanması durumunda, söz konusu iradi şeklin geçerlilik şekli olarak kabul edilebilmesi için şekil kuralına ilişkin belirlemenin en geç sözleşmenin kurulması anına kadar yapılması gerekir (Vardar, 2009: 61; Antalya, 2019: 530). Nitekim sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların şekle ilişkin bir belirleme yapmaları, sözleşmenin geçerliliği bakımından değil ispatı açısından önem arz eder (Oğuzman ve Öz, 2020: 168).

C. İspat Şekli

İspat şekli, bir hakkın veya hukuki işlemin ispatını kolaylaştıran şekildir. Bu bağlamda, somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hakimde kanaat uyandırmak üzere yapılan bir inandırma (ikna) faaliyeti olan ispat (Atalay, 2001: 5) şekli, bir hukuki işlemin ve dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğini etkilemez ancak herhangi bir uyuşmazlık durumunda, bu uyuşmazlığın bertaraf edilmesine olanak sağlar. Bu nedenle, ispat şekli olarak kararlaştırılan yazılı şekil, geçerlilik şekli olarak kararlaştırılan yazılı şekilden farklı bir amaca hizmet eder.

Türk Borçlar Hukukumuzda kural olarak şekil serbestliği ilkesi kabul edildiği için taraflar bir sözleşme için kanuni şeklin öngörülmediği hallerde, söz konusu sözleşmeyi diledikleri şekilde yapma özgürlüğüne sahiptirler. Bununla birlikte tarafların kanuni şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi iradi şekle bağlamak suretiyle o sözleşmeyi kendi iradeleriyle bir geçerlilik şekline bağlamaları mümkündür. Kanuni şeklin öngörülmediği veya iradi şeklin kararlaştırılmadığı hallerde ise hukuki işlemin ve bu anlamda sözleşmenin sözlü olarak yapılmasının önünde hukuki bir engel bulunmamakta ve bu haliyle sözleşme geçerli olarak kurulabilmektedir. Ne var ki bir sözleşmenin sözlü olarak yapılması durumunda sözleşmenin geçerliliği konusunda bir sorunla karşılaşılmasa da ispat edilmesi noktasında bir uyuşmazlıkla karşılaşılması her zaman olanaklıdır. İşte sözleşmenin sözlü olarak kurulması durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların bertaraf edilebilmesi için, yazılı bir belgenin varlığı, ispat şekli bakımından kolaylık sağlar ve sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına değil, bu sözleşmeye yönelecek ihtilafların çözülmesi amacıyla hizmet eder. Zira gerek yazılı belgenin inkarının

zor olması (Taşpınar Ayvaz, 2012: 327) gerek belirli bir değerin üzerindeki hukuki işlemlerin ancak senetle ispat edilebilmesi (HMK md. 200'e göre ikibinbeşyüz Türk Lirası üzerindeki hukuki işlemler kural olarak senetle ispat kuralına tabidir.) gerekse yazılı şeklin tarafları bir kez daha düşünmeye sevk etmesi (Göksu, 2011: 54) gibi çeşitli nedenlerle sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ispat hukuku bakımından önemlidir.

Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına değil, bu sözleşmeye yönelecek ihtilafların çözülmesi amacıyla hizmet eden ispat şekli, geçerlilik şeklinden farklı olarak, emredici değildir (HMK md. 193). Dolayısı ile taraflar, belirli şartların varlığı halinde ispat şeklinden vazgeçebileceği (Yargıtay 13. HD, E. 2016/26553, K. 2019/10770, T. 4.11.2019 www.kazanci.com) gibi bir delil sözleşmesi yapmak suretiyle senetle ispat zorunluluğunu bertaraf edebilirler (Konuralp, 2009: 58).

II. Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekil

A. Genel Olarak

TBK md. 206'da üç fıkra halinde düzenlenen sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran üç taraflı, kendine özgü (sui generis) bir anlaşmadır (Çabri, 2011: 3912; İnan ve Yücel, 2014: 542; Akyiğit, 2015: 202; Kılıçoğlu, 2020: 1055). Bu anlaşmanın yapılması ile birlikte sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, TBK md. 206/f.2 gereğince sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Klasik sözleşmelerden farklı olarak, katılmaya konu mevcut bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyan ve bu itibarla kuruluşu itibarıyla fer'i (Develioğlu, 2004: 305; Reisoğlu, 1992: 67; Acar, 2015: 23) nitelik gösteren sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği, bu anlaşmanın TBK md. 206/f.3 gereğince katılımın gerçekleştiği mevcut sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması şartına bağlıdır. Bu bağlamda, katılmaya konu mevcut sözleşmenin bir şekle bağlı olduğu her durumda, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından şekle bağlılık, kural; şekil serbestisi ise istisna olarak kabul edilecektir.

B. Kural: Şekle Bağlılık

Sözleşmeye katılma anlaşması, şekil serbestliğinin ilke olarak benimsendiği TBK'da, geçerliliği katılmaya konu sözleşmenin şekline bağlı kılınan anlaşmalardan biridir. Diğer bir ifadeyle, TBK'da sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda, şekil serbestliği ilke olarak benimsenmemiştir. Nitekim kanun, kuruluşu itibarıyla fer'i nitelik gösteren ve bu anlamda deyim yerindeyse ancak katılmaya konu mevcut bir sözleşmenin varlığı halinde hayat bulan sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda hüküm altına alındığı TBK md. 206/f.3'te bu hususu şu şekilde düzenlemiştir: “*sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.*” Buna göre, katılmaya konu teşkil eden sözleşme hakkında şekil serbestisinin söz konusu olmadığı her durumda,

sözleşmeye katılma anlaşmasının da şekle tabi olduğu ve katılmaya konu sözleşmenin şeklinde yapılmadıkça geçerli olmayacağı tereddütsüz olarak kabul edilecektir.

Sözleşmeye katılma anlaşmasının şeklinin düzenlendiği TBK md. 206/f.3 hükmünde bu anlaşmanın, katılımın gerçekleşeceği sözleşme ile aynı geçerlilik şartına tabi olduğu ifade edilmiş buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının yapılış tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) ilişkin bir belirleme doğal olarak yapılmamıştır. Zira klasik sözleşmelerden farklı olarak ikincil nitelikte olan ve bu kapsamda, kurulabilmesi için kendisinden önce kurulmuş bir sözleşmeye ihtiyaç duyan sözleşmeye katılma anlaşması bakımından, katılmaya konu sözleşmenin şekli konusunda tek tip bir belirleme yapma imkanı bulunmamakta; sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin şekline göre değişiklik göstermektedir. Buna göre, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekle bağlı olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının kanuni şekilde; katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin iradi şekle bağlı olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının iradi şekilde yapılması zorunludur. Burada kanun koyucunun, TBK md. 206/f.3 düzenlemesini, katılımın gerçekleşeceği mevcut sözleşmenin bir şekle bağlanmasında hakim olan düşüncelerle –özellikle şeklin uyarma ve koruma fonksiyonu- hüküm altına aldığı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır.

Sözleşmeye katılma anlaşmasının şeklini, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin şekline bağlı olarak iki alt başlık altında ele almak, konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet edecektir. Bu başlıklar: Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekle bağlı olması, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin iradi şekle bağlı olması.

1. Katılımın Gerçekleşeceği Sözleşmenin Kanuni Şekle Bağlı Olması

Bir hukuki işlemin ve bu kapsamda sözleşmenin, tarafları koruma amacı başta olmak üzere çeşitli nedenlerle bir şekle tabi tutulması halinde, söz konusu sözleşmenin öngörülen şekilde yapılması, o sözleşmenin geçerli şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için zorunludur. Bu bağlamda, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekil şartına tabi bir sözleşme olması durumunda, bu sözleşme ancak kendisi hakkında öngörülen şekil kuralına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) uygun olarak yapılması durumunda hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğuracaktır.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekil şartına tabi bir sözleşme olmasının sözleşmeye katılma anlaşması bakımından anlamı ise, söz konusu şeklin TBK md. 206/f.3 gereğince sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için de aranacak olmasıdır. Bu kapsamda, sözleşmeye katılma anlaşmasının, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin yapılış tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) uygun olarak yapılması zorunludur. Bu bağlamda, örneğin, TBK md. 237/f.1 gereğince kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunludur. Arsa sahibi (A) ile yüklenici (B), kat karşılığı inşaat sözleşmesini kurmaya yönelik iradelerini resmi şekilde açıkladıkları anda bu sözleşme geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. (A) ile (B) arasında kurulan bu sözleşmeye (K)'nın, (A) veya (B) yanında yer almak üzere yaptığı sözleşmeye katılma anlaşmasının

geçerli olarak kurulabilmesi için bu sözleşmenin TBK md. 206/f.3 gereğince resmi şekilde kurulması gerekir. Diğer bir ifadeyle, resmi şekle uyulmadan yapılan bir kat karşılığı inşaat sözleşmesine katılma anlaşmasının geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkün değildir. Nitekim gerek kanunun belli bir şekil şartına uyulmasına ilişkin olarak getirdiği kuralların emredici niteliği gerekse TBK md. 206/f.3 hükmünün sözleşmeye katılma anlaşmasının şekli konusunda aksine bir düzenleme yapılmasına izin vermeyen emredici yapısı, katılımın gerçekleşeceği sözleşme için belirlenen geçerlilik şekline uygun olarak sözleşmeye katılma anlaşmasının yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni şekil şartına tabi bir sözleşme olması halinde, TBK md. 206/f.3 gereğince sözleşmeye katılma anlaşmasının da aynı şekilde yapılacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeye katılma anlaşması taraflarının TBK md. 206/f.3 hükmünün aksine bir belirleme yapmak suretiyle söz konusu kanuni şeklin geçerlilik şartı olmadığını kararlaştırmaları veya sözleşmeyi bu şekilden daha hafif bir geçerlilik şartına bağlamaları mümkün değildir. Örneğin, yayım sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için TBK md. 488 gereğince adi yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu kapsamda, katılmaya konu mevcut yayım sözleşmesine katılma anlaşmasının adi yazılı şekil yerine sözlü olarak yapılması ve böylece sözleşmeye geçerlilik kazandırılması mümkün değildir. Buna karşılık, sözleşmeye katılma anlaşması taraflarının bu anlaşmayı, katılımın gerçekleşeceği sözleşme için belirlenen şekilden daha ağır bir şekil şartına bağlamalarının önünde bir engel bulunmamaktadır (Oğuzman ve Öz, 2020: 168). Yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden devam edersek sözleşmeye katılma anlaşması taraflarının TBK md. 488 gereğince adi yazılı şekilde yapılması gereken bir yayım sözleşmesini resmi şekilde yapmaları mümkündür.

2. Katılımın Gerçekleşeceği Sözleşmenin İradi Şekle Bağlı Olması

Kanunda geçerlilik şekline tabi tutulmayan bir sözleşmenin tarafların iradesi ile geçerlilik şekline tabi tutulması mümkündür. Bu bağlamda, iradi şekil tıpkı kanuni şekil gibi şekil serbestisinin istisnasını oluşturur. Dolayısı ile tarafların kanunen bir şekle tabi tutulmamış bir sözleşmeyi bir şekle tabi tutmak konusunda anlaşmaları halinde, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz (TBK md. 17/f.1).

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin iradi şekil şartına tabi bir sözleşme olmasının sözleşmeye katılma anlaşması bakımından anlamı ise, söz konusu şeklin TBK md. 206/f.3 gereğince sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için de aranacak olmasıdır. Kanun koyucu bu noktada katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin kanuni veya iradi şekle bağlanmış olması arasında bir fark görmemiş ve sözleşmenin geçerliliği için iradi şeklin kararlaştırılması halinde, bu şekil kuralına bakılmak suretiyle sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğinin tayin edileceğini TBK md. 206/f.3 düzenlemesi ile hüküm altına almıştır. Şu halde, sözleşmeye katılma anlaşmasının, katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin yapılış tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) uygun olarak yapılması

zorunludur. Örneğin, kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için kanunda öngörülen bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak tarafların aralarında anlaşmak suretiyle kira sözleşmesini bir geçerlilik şartına bağlamaları mümkündür. Buna istinaden tarafların söz konusu kira sözleşmesini resmi şekilde yapmaları halinde, iradi şekle bağlanmış bir sözleşmeden bahsedilir. İşte katılımın gerçekleşeceği kira sözleşmesinin resmi şekilde yapılmış olması varsayımında, bu kira sözleşmesine katılmak için yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasının da TBK md. 206/f.3 gereğince resmi şekilde yapılması zorunludur.

Tarafların katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin yazılı veya resmi şekilde yapılmasını kararlaştırmaları ancak bu konuda başka bir kayıt koymamaları halinde, iradi şekil bakımından da kanunun öngördüğü yazılı şekil veya resmi şekil hükümlerine uyulması gerekir. Bu sonuç dayanağını yazılı şekil bakımından TBK md. 17/f.2 hükmünden alırken; aynı esas kıyas yoluyla resmi şekle de uygulanabilir (Oğuzman ve Öz, 2020: 168). Örneğin, katılımın gerçekleşeceği kira sözleşmesi konusunda, tarafların kira sözleşmesinin yazılı yapılacağını kararlaştırmaları ancak bununla birlikte bu konuya ilişkin başka bir belirleme yapmamaları halinde, söz konusu kira sözleşmesi TBK md. 17/f.2 kapsamında adi yazılı şekilde yapılacaktır. Keza bu kira sözleşmesine katılma anlaşması da TBK md. 206/f.3 hükmü gereğince adi yazılı şekilde yapılmak suretiyle geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

3. İstisna: Şekil Serbestisi

Sözleşmeler hukuku alanında kural, şekil serbestliği olmakla birlikte, bir sözleşme için kanunda bir şekil kuralının öngörülmüş olması (kanuni şekil) veya tarafların kendi iradeleri ile sözleşmeyi bir şekle (iradi şekil) bağlamaları mümkündür. Sözleşmenin bu şekilde kanuni veya iradi şekle bağlandığı hallerde, o sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için taraf iradelerinin belirli bir şekilde açıklanması zorunludur (Tekinay vd., 1993: 99; Eren, 2020: 298; Tunçomağ, 1976: 107). Diğer bir deyişle, sözleşmenin belli bir şekilde yapılması zorunluluğunun kanundan veya taraf iradelerinden doğması durumunda, şekle bağlı sözleşmenin belirlenen şekle uygun yapılmadığı takdirde geçerlilik kazanması mümkün değildir. Bununla birlikte, sözleşmenin bir şekle bağlı olmaması da mümkündür. Böyle bir durumda, şekle bağlı olmayan sözleşmenin geçerliliği için taraf iradelerinin belirli bir şekilde açıklanması zorunluluğu bulunmamakta (Eren, 2020; 298); söz konusu sözleşme, “şekil özgürlüğü ilkesi” kapsamında sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapılabilmektedir.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin bir şekle bağlı olmamasının sözleşmeye katılma anlaşması bakımından anlamı ise, katılımın gerçekleşeceği sözleşme için kanuni veya iradi şeklin öngörülmediği her durumda; sözlü, yazılı veya resmi şekilden birinin tercih edilmesi suretiyle kurulan katılma konusu sözleşme gibi sözleşmeye katılma anlaşmasının da herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmaksızın tercih edilen şekil tarzı (sözlü şekil, yazılı şekil, resmi şekil) içinde açıklanan irade beyanları ile geçerli olarak varlık kazanacak olmasıdır. Bu bağlamda, TBK md. 206/f.3 gereğince geçerliliği katılma konusu sözleşmenin şekline bağlı olan sözleşmeye katılma anlaşmasının istenilen

şekilde yapılması, sadece katılımın gerçekleşeceği sözleşme için şekil zorunluluğunun öngörülmediği hallerle sınırlıdır. Dolayısıyla TBK md. 206/f.3 düzenlemesinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği bakımından şekil zorunluluğunun kural; şekil serbestisinin ise istisna olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır.

Katılımın gerçekleşeceği sözleşmenin şekle bağlı olmaması halinde sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulabilmesi için uyulması gereken bir şekil şartı olmasa da sözleşmeye katılma anlaşmasının TBK md. 17/f.1 hükmü kapsamında bir şekle bağlanması konusunda hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda, tarafların sözleşmeye katılma anlaşmasını bir şekle bağlamaları halinde, bu sözleşmenin belirlenen şekilde yapılması zorunludur. Aksi takdirde belirlenen şekle uygun yapılmayan sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkün değildir. Örneğin kira sözleşmesi kanunen bir geçerlilik şartına tabi değildir. Kiracı (A) ile kiralayan (B) arasında yapılan kira sözleşmesinin geçerliliği için taraflarca belirlenmiş bir şekil kuralı da bulunmamaktadır. Şu halde, (A) ile (B) arasında kurulmuş olan kira sözleşmesine katılmak isteyen (C) ile yapılacak kira sözleşmesine katılma anlaşmasının geçerliliği için belirli bir şekil kuralına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, (A), (B) ve (C)'nin kira sözleşmesine katılma anlaşmasını TBK md. 17/f.1 hükmü kapsamında bir şekle (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) bağlamaları mümkündür. Taraflar arasında katılma anlaşmasının şekline ilişkin böyle bir belirlemenin yapılması halinde, bu anlaşmanın belirlenen şekilde yapılması zorunlu olup aksi halin kabulü kira sözleşmesine katılma anlaşmasının şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olması sonucunu doğuracaktır.

Burada son olarak değinmemiz gereken konu, aynı zamanda sözleşmenin kuruluşunu da ilgilendiren ancak şekil zorunluluğunun olmadığı durumlara özgü olarak uygulanabilirliğinin kabul edilebilmesi nedeniyle bu bölüm başlığı altında ele almayı uygun gördüğümüz “önceden izin veya sonradan onay mekanizmalarının işletilmesiyle sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulamayacağı meselesidir. TBK md. 206 hükmünde, sözleşmeye katılma anlaşmasının izin veya onay mekanizmalarının işletilmesi suretiyle geçerli olarak kurulabilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak TBK md. 206’da buna ilişkin bir kurala yer verilmesi de şekil serbestisinin varlığı durumunda, bu anlaşmanın önceden izin veya sonradan onay yoluyla kurulabilmesi olarak dahilindedir (Alaf, 2018: 67). Nitekim katılımın gerçekleşeceği mevcut sözleşmenin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması halinde, sözleşmeye katılma anlaşması da herhangi bir şekil şartına tabi olmayacağından, mevcut sözleşmenin taraflarından birinin katılma anlaşmasının kurulması yönündeki iradesini bir şekle tabi olmaksızın önceden izin veya sonradan onay yoluyla bildirmesi, bu anlaşmanın geçerliliği açısından yeterli kabul edilmelidir. Buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının bir şekle bağlı olması durumunda, önceden izin veya sonradan onay yoluyla sözleşmeye katılma anlaşmasının kurulması mevcut düzenlemeye göre mümkün görünmemektedir. Zira geçerli olarak kurulması bir şekil şartına bağlanan sözleşmelere katılmada, TBK md. 206/f.3 gereğince katılma anlaşması ancak söz konusu şekil şartının yerine getirilmesi ile hüküm ifade edeceğinden (Çabri, 2011: 3919; Çabri, 2014: 169; Bahadır, 2013: 32) yazılı şeklin kabul edildiği hallere özgü

olarak uygulanabilirliği kabul edilebilirse de özellikle resmi şeklin kararlaştırıldığı durumlarda, bu şekil şartına riayet edilmeksizin açıklanan izin veya onayın, bu anlaşmanın kurulmasını sağlama noktasında bir etkisi olmayacaktır. Örneğin, tapuda resmi şekilde yapılması gereken bir sözleşmeye katılma anlaşmasında, taraflardan birinin tek başına tapu siciline gelerek yapılacak anlaşmaya önceden izin veya sonradan onay verdiğini resmi şekilde beyan etmesinin tapu işlemleri açısından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda, yazılı şekle tabi sözleşmeler özelinde izin veya onay mekanizmalarına işlerlik kazandırmak suretiyle şekle tabi sözleşmeleri kendi içinde bir ayrıma tabi tutarak ayrıntılı bir düzenleme yapma imkanı bulunmadığından, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için bir şekil kuralına uyulmasının zorunlu olduğu hallerde, mevcut sözleşme taraflarının izin veya onayı ile katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulabileceği söylenemeyecektir. Ancak bütün bu açıklamalar sabit kalmak üzere, yazılı şekle bağlı bir sözleşmenin izin veya onay yolu ile kurulması varsayımında, buna ilişkin olarak yapılan itiraz, hakkın kötüye kullanılması olgusuna dayandırılabilirse o taktirde söz konusu katılma anlaşması geçerli kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, bir şekle tabi olmaksızın verilecek izin veya onayla sözleşmeye katılma anlaşmasının kurulabilmesine olanak tanınması ve kanunda bu hususta düzenleme yapılması halinde, izin veya onay yolu ile sözleşmeye katılma anlaşmasının kurulabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

4. İspat İçin Yazılı Şeklin Gerekliliği

Katılımın gerçekleşeceği sözleşme için kanuni şeklin öngörülmediği veya iradi şeklin kararlaştırılmadığı hallerde, sözleşmeye katılma anlaşmasının sözlü olarak da yapılabilmesi ve bu şekliyle geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkündür. Ancak sözlü olarak yapılan bu sözleşmenin geçerliliği konusunda bir sorunla karşılaşılmasa da ispat edilmesi noktasında bir uyumsuzlukla karşılaşılması her zaman mümkündür. Bu itibarla, sözleşmenin sözlü olarak kurulması durumunda ortaya çıkacak uyumsuzlukların bertaraf edilebilmesi için yazılı bir belgenin varlığı ispat şekli bakımından kolaylık sağlayacaktır (Taşpınar Ayvaz, 2012: 327; Göksu, 2011: 54). Bu anlamda, ispat şekli, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına değil, bu sözleşmeye yönelecek ihtilafların çözülmesi amacına hizmet edecektir.

III. Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekle Aykırılığın Yaptırımı

Sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği, TBK md. 206/f.3 hükmü gereğince katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır. Bu düzenlemeye göre, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği için gereken şekil tarzına (adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil) ilişkin bir belirleme yapılmamakla birlikte, katılma konusu sözleşmenin şekline uyulmadan yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasının geçersiz olacağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bu bağlamda, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğinin bir şekil kuralına tabi olduğu diğer bir ifadeyle bu anlaşma için kanuni veya iradi şeklin öngörüldüğü hallerde, belirlenen şekilde yapılmayan katılma anlaşmasına uygulanacak geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin TBK md. 206/f.3 kapsamında incelenmesi

gerekmektedir. Zira TBK md. 206/f.3 düzenlemesi, hem kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin “hüküm doğurmayacağını” belirtildiği TBK md. 12/f.2, c.2 hükmünü hem de hakkında iradi şekil kararlaştırılmış ancak bu belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmenin “ tarafları bağlamayacağını” düzenlediği TBK md. 17/f.1 hükmünü bünyesinde barındırmaktadır.

Doktrinde tabi olduğu şekil kuralına uygun olarak yapılmayan hukuki işlemlere ve bu anlamda sözleşmelere uygulanacak geçersizlik yaptırımını ile ilgili olarak başlıca beş görüş ileri sürülmüştür. Bunlar; butlan (kesin hükümsüzlük) görüşü, kendine özgü geçersizlik görüşü, yokluk görüşü, eksik borç görüşü ve fiili sözleşme görüşü olarak sıralanabilir.

A. Butlan (Kesin Hükümsüzlük) Görüşü

Bir sözleşmenin kurucu unsurlarının mevcut olmasına rağmen, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendiren hususların gerçekleşmemiş olması halinde butlan (kesin hükümsüzlük) söz konusudur (Şeker, 2019: 67 vd.). Şekil noksanlığı dolayısıyla butlan (kesin hükümsüz) olan sözleşme, yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür (Şeker, 2008: 51-52; Özen, 2011: 759; Altaş, 1998: 89; Oğuzman ve Barlas, 2020: 225 vd.). Bu bağlamda, söz konusu hükümsüzlüğe yol açan nedenin ortadan kalkması (Nomer, 2020: 65-66; Oğuzman ve Barlas, 2020: 229) , tarafların teyit veya icazet vermesi (Hatemi ve Gökyayla, 2017: 86), belirli bir zamanın geçmesi (Hatemi ve Gökyayla, 2017: 86; Nomer, 2020: 66) veya ifanın gerçekleşmesi halleri, butlan (kesin hükümsüz) olan işlemi geçerli hale getirmemekte (Şeker, 2008: 51; Altaş, 1998: 106); sözleşme başından itibaren hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşme şekle aykırı da olsa kurulmakta ancak geçersiz olmaktadır (Duman, 2014: 40).

Somut olayda, butlan (kesin hükümsüzlük) taraflarca ileri sürülmesi bile, sağlık kazanması mümkün olmayan şekil noksanlığı, hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re’sen göz önüne alınır (Tekinay vd., 1993: 102; İnan ve Yücel, 2014: 225; Uygur, 2013: 251).

Bu görüşün taraftarlarına göre, şekil noksanlığı dolayısıyla butlan (kesin hükümsüz) olan sözleşme yapıldığı andan itibaren hükümsüz olmakla birlikte, her somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi ile özellikle şu iki halden birinin varlığı halinde şekil noksanı nedeniyle hükümsüz olan sözleşme sağlık kazanabilir. Bu kapsamda, birinci hal, tarafların şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmesi; ikinci hal ise sözleşmenin diğer tarafının aldatılması veya şekil noksanlığına bilerek ve isteyerek sebep olunmasıdır. Nitekim gerek doktrin gerekse Yargıtay şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebildiği bir durumda, geçersizlik itirazının kabul görmeyeceğini ve şekle aykırı sözleşmenin geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmektedir (Tandoğan, 2008: 239; İnan ve Yücel, 2014: 225; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 53).

Bu görüşü savunanlar tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlanılan edimin ifa edilmesi halinde, geçerli bir sebebe dayanmadan ifa edilen edimin sebepsiz zenginleşme (Şeker, 2008: 61;

Kocayusufpaşaoğlu vd., 2008: 331 vd.; İnan ve Yücel, 2014: 226) veya mülkiyet (istihkak) davası ile geri istenebileceğini; keza tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de taraflardan biri veya her ikisinin şekil noksanlığını bilmeksizin kendisini borçlu zannederek ifada bulunması halinde, aynı davaların edimlerin geri alınmasını sağlayacağını kabul etmektedirler. Bununla birlikte, tarafların sözleşmenin şekle aykırı olduğunu bilmelerine rağmen ifada bulunmaları halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmak suretiyle ifa edilen edimlerin iadelerini istemeleri mümkün değildir (Akyol, 2006: 79; İnan ve Yücel, 2014: 226).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında, şekil noksanlığının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması durumları hariç olmak üzere- bu geçersizlik hali sözleşmeye katılma anlaşmasının yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmasına izin vermeyecektir (Oğuzman ve Barlas, 2020: 225 vd.; Alaf, 2018: 50; Oğuzman ve Öz, 2020: 162-163). Burada geçersizlik hali, sözleşmenin tarafları (Antalya, 2016: 139) veya menfaati olan üçüncü kişilerce ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da davanın her aşamasında re'sen dikkate alınacaktır. Yine bu görüşten hareketle şekle aykırı sözleşmeye katılma anlaşmasının tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması durumunda, geçerli bir sebebe dayanmadan ifa edilen edim, sebepsiz zenginleşme veya mülkiyet (istihkak) davası ile; sözleşmeye katılma anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması durumunda ise şekil noksanlığı olduğunu bilmeksizin kendisini borçlu zannederek ifada bulunan taraflardan biri veya her ikisinin aynı davalar yoluyla edimlerin geri alınmasını sağlayabileceği mümkün kabul edilecektir.

B. Kendine Özgü (Sui Generis) Geçersizlik Görüşü

Kendine özgü (sui generis) geçersizlik görüşüne göre, şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareket edildiğinde şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin butlan (kesin hükümsüz) yaptırımına tabi olduğunu ileri sürmek, şeklin tarafları koruma amacı ile bağdaşmamaktadır (Merz, 1988: 212 vd.; Sungurbey, 1973: 28 vd.; Altaş, 1998: 143 vd.). Zira bir sözleşmeye ilişkin olarak getirilen şekil kuralının amacı, tarafları korumaktır. Bu anlamda, tarafların bir şekil kuralına bağlanmış bir sözleşmeden doğan borçlarını (edimlerini) tam veya büyük oranda, bilerek ve isteyerek ifa etmeleri varsayımında, şekle riayet edilmeden yapılan geçersiz sözleşme sağlık kazanmalı ve geçerli kabul edilmelidir (Yargıtay 14. HD, E. 2005/9867, K. 2005/10115, T. 21.11.2005 www.sinerjimevzuat.com.tr)

Şekil kuralına uymaksızın yapılan sözleşmenin, şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin sonuçlarını doğuracağını ileri süren (Sungurbey, 1973: 30; Kılıçoğlu, 2020: 208) bu görüşe göre, şekle aykırılık dolayısıyla burada söz konusu olan geçersizlik, sadece sözleşmenin taraflarınca def'i olarak ileri sürülebilir (Altaş, 1998: 135-136). Dolayısı ile tamamen tarafları ilgilendiren bu geçersizlik halinin hakim tarafından re'sen göz önüne alınması mümkün değildir (Eren, 2020: 329).

Bu görüş, şekil kuralına aykırı olmasına rağmen tarafların ifada bulunmaları halinde, söz konusu sözleşmenin sağlık kazandığını ve bu nedenle edimlerin iadesinin talep edilemeyeceğini, şekil kuralının tarafları koruma amacı ile gerekçelendirirken (örneğin taşınmazlarda şekil tarafları korumaktadır. Bu halde, taraflarca bilerek ve istenerek yapılan ifa, söz konusu taşınmaza ilişkin sözleşme şekil kuralına uyulmaksızın yapılsa bile, bu sözleşmeye geçerlilik kazandıracaktır.); Federal Mahkeme ve Yargıtay ise aynı sonucu hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile gerekçelendirmektedir (Eren, 2020: 330).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında, bu şekil noksanlığı sözleşmenin sürekli olarak geçersiz kalması sonucunu doğurmayacaktır. Sözleşmeye katılma anlaşması, sözleşmenin taraflarından biri tarafından şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Şekle aykırılığın ileri sürülmesi halinde ise sözleşme yapıldığı andan itibaren geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, kasdi bir davranışla veya karşı tarafı aldatmak suretiyle şekil noksanlığına sebep olan tarafın, sonradan bu noksanlığa dayanarak sözleşmeye katılma anlaşmasının geçersizliğini dava etme imkanı bulunmamaktadır (Antalya ve Topuz, 2016: 232-233). Yine bu görüşe göre, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan edimleri ifa etmeleri hali, tarafların şekle bağlı sözleşmenin kendilerine sağladığı korumadan vazgeçtikleri anlamına gelecek ve bu durum ifası gerçekleşen edimlerin iadesinin istenmesine engel olacaktır (Altaş, 1998: 154; Merz, 1988: 214).

C. Yokluk Görüşü

Yokluk görüşüne göre, bir sözleşmenin şekline ilişkin kural, o sözleşmenin kuruluş şartını oluşturduğundan, öngörülen şekilde yapılmayan sözleşme kurulmuş sayılmaz (Altaş, 1998: 93 vd.; Şeker, 2019: 63 vd.) Sözleşme için belirlenen şekil (kanuni veya iradi şekil) geçerlilik şekli değil, kuruluş şartı olduğunu savunan bu görüşe (Keller ve Schöbi, 1988: 25-26) göre, şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeden doğan edimlerin ifasının taraflarca gerçekleştirilmesi halinde söz konusu sözleşmenin ifa ile kurulmuş sayılıp sayılmadığı, kanuni ve iradi şekil bakımından farklı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, kanuni şekle bağlı olmasına rağmen bu şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme, bu sözleşmeden doğan edimlerin taraflarca bilerek ve isteyerek ifa edilmesi durumunda kurulmuş sayılmamaktadır. Zira böyle bir durumda zaten kurulmamış bir sözleşmenin ifa ile kurulması mümkün değildir. Buna karşılık, iradi şekle bağlanmış sözleşmeler açısından sözleşmeden doğan edimlerin bilerek ve isteyerek ifa edilmesi, söz konusu sözleşme için taraflarca kararlaştırılan iradi şeklin yine tarafların anlaşması ile ortadan kaldırıldığı anlamına gelecek ve bu durumda sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilecektir (Keller ve Schöbi, 1988: 27).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye katılma anlaşmasının şekle aykırı olarak yapılması varsayımında,

sözleşmeye katılma anlaşması kurulmamış sayılacaktır. Ancak tarafların şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasından doğan edimlerini ifa etmeleri halinde, ifa ile sözleşmenin kurulup kurulmadığının tespiti, sözleşmeye katılma anlaşması için öngörülen şekle bakılmak suretiyle tayin edilecektir. Bu bağlamda, geçerliliği için kanuni şeklin öngörüldüğü ancak bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeye katılma anlaşmalarında, sözleşmeden doğan edimlerin ifası ile katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulmadığı kabul edilecek. Buna karşılık iradi şeklin kararlaştırıldığı fakat bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeye katılma anlaşmalarında, tarafların sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmeleri halinde, bu sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu söylenebilecektir.

D. Eksik Borç Görüşü

Eksik borç görüşüne (Schmidlin, 1986: N. 41 vd.) göre, öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Zira tasarruf işlemlerindeki illilik (sebebe bağıllık) ilkesi gereğince, öngörülen şekle aykırı olarak yapılan borçlandırıcı işlemdeki geçersizlik, tasarruf işlemi de geçersiz kılacak ve bu anlamda, söz konusu hakların karşı tarafa geçişi mümkün olmayacaktır (Eren, 2020: 332). Bu kapsamda, şekle aykırı bir sözleşmenin varlığına rağmen, bir şekilde söz konusu hakkı devralan taraf, bu hak kendisinin uhdesinde (iyi niyetli bir üçüncü kişiye devretmemiş veya tüketmemiş) olduğu sürece onu devreden tarafa iade ile yükümlü olacaktır. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, sözleşme şekle aykırı olarak yapılmasına rağmen sözleşmeden doğan edimin, taraflarca bilerek ve isteyerek ifa edilmesi halinde, söz konusu borcun eksik borca dönüşeceğini ve bu kapsamda ifa edilmiş olan edimlerin iadesinin istemeyeceğini ifade etmiştir (Altaş, 1998: 120). Ancak söz konusu hakkın devralanın elinden çıkması halinde, devreden tarafın görünürdeki malike karşı sadece sebepsiz zenginleşme davası açma imkanı bulunmaktadır (Eren, 2006: 265).

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, şekle aykırılık söz konusu katılma anlaşmasının geçersizliğine neden olacaktır. Dolayısı ile geçersiz bir sözleşmeye katılma anlaşmasından herhangi bir borç ve alacak ilişkisi de doğmayacaktır. Ancak şekle aykırılığın varlığına rağmen, sözleşmeden doğan edimlerin taraflarca bilerek ve isteyerek ifa edilmesi halinde, eksik borç niteliği kazanan ifa edilen edimlerin iadesi istenemeyecektir.

E. Fiili Sözleşme Görüşü

Bir sözleşmenin öngörülen şekilde yapılmaması halinde, sözleşmenin tarafları arasında fiili sözleşme ilişkisinin mevcut olduğunu savunan bu görüşe (Eren, 2020: 333) göre, söz konusu sözleşmeye ilişkin olarak TBK md. 27/f.2 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması mümkündür. Bu bağlamda, şekle aykırı yapılan sözleşmenin hükümlerine bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda, sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmının mı yoksa tümünün mü şekle tabi olup olmadığına ilişkin olarak bir belirlemenin yapılması gerekmektedir. Sözleşmenin bazı hükümlerinin bir şekle tabi olması fakat bu şekle uyulmadan yapılması halinde, TBK md. 27/f.2 c.1 düzenlemesinin kıyası

yoluyla sadece şekle aykırı hükümlerin geçersizliğine hükmedilmeli, buna karşılık geriye kalan hükümler geçerli olarak varlığını sürdürmelidir (Altaş, 1998: 107; Guhl, Merz ve Koller, 1991: 119). Ancak sözleşmenin şekle aykırı hükümleri olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı anlaşılırsa, TBK md. 27/f.2 c.2 düzenlemesinin tatbiki ile sözleşmenin tamamı geçersiz/kesin hükümsüz kabul edilmelidir (Altaş, 1998: 107; Guhl, Merz ve Koller, 1991: 119). Sözleşmenin içerdiği hükümlerin tümünün bir şekle tabi olmasına rağmen, bunlardan sadece bir veya bir kaçının öngörülen şekilde yapılmamış olması durumunda ise TBK md. 27/f.2 düzenlemesinin uygulanma kabiliyeti bulunmamakta ve bu durum, söz konusu sözleşmenin tamamen geçersiz olmasına neden olmaktadır (Eren, 2006: 265 ve dn.102’de adı geçen yazarlar)

Şu halde bu görüş çerçevesinde, sözleşmeye katılma anlaşması bakımından bir değerlendirme yapıldığında, bu anlaşmanın hükümleri kapsamında bir değerlendirmenin yapılması ve bu hükümlerin bir şekil şartına tabi olup olmamasına göre anlaşmanın akibeti konusunda bir belirlemenin yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda, anlaşma hükümlerinden bir kısmının şekle tabi olması ancak bu hükümlerin belirlenen şekle uyulmadan yapılması halinde, sadece bu hükümler geçersiz kabul edilecek, geri kalan hükümler ise geçerli kalmaya devam edecektir. Ancak taraflar, bu şekle aykırı hükümler olmaksızın anlaşmayı yapamayacaklarsa, bu durum sözleşmeye katılma anlaşmasının tümüyle geçersiz sayılmasına neden olacaktır. Yine sözleşmeye katılma anlaşması hükümlerinin tümüyle bir şekil şartına tabi olması ancak bu hükümlerden bir veya bir kaçının şekle uygun olarak yapılmaması durumunda da bu katılma anlaşması, tamamen geçersiz kabul edilecektir. Burada son halde yani sözleşmenin hükümlerinin tamamının bir şekil şartına tabi olmasına rağmen bu kurala aykırı olarak sözleşmenin yapılması durumunda, TBK md. 27/f.2 hükmünün uygulama sahası bulunmamaktadır.

F. Görüşümüz

Sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliğinin, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlandığı TBK md. 206/f.3 hükmü kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, katılma konusu sözleşmenin şeklinde yapılmayan sözleşmeye katılma anlaşmasının, geçersiz/hükümsüz olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin ne olduğu sorusuna verilecek cevap, sözleşmeye katılma anlaşmasının kanuni veya iradi şekle bağlı olmasına göre değişkenlik gösterecektir. Bu bağlamda, katılma konusu sözleşmenin ve dolayısıyla sözleşmeye katılma anlaşmasının *kanuni şekle* tabi olması fakat buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının bu kanuni şekle uyulmaksızın yapılması durumunda, söz konusu şekle aykırılık “butlan (kesin hükümsüz)” yaptırımını kapsamında değerlendirilmeli ve sözleşmeye katılma anlaşması, dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması halleri saklı kalmak kaydıyla, yapıldığı andan itibaren geçersiz/hükümsüz kabul edilmelidir. Buna karşılık, dürüstlük ilkesi veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun somut olayda tespit edilmesi halinde, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye katılma anlaşmasının sağlıklı bir sözleşmeye dönüştüğü ve bu suretle hüküm ve sonuçlarını

doğurduğu göz önüne alınmalıdır. Katılma konusu sözleşmenin ve dolayısıyla sözleşmeye katılma anlaşmasının iradi şekle tabi olması fakat buna karşılık sözleşmeye katılma anlaşmasının bu iradi şekle uyulmaksızın yapılması durumunda ise, söz konusu şekle uyulmaksızın yapılan bir sözleşmeye katılma anlaşmasındaki şekle aykırılık, “kendine özgü (sui generis) geçersizlik” yaptırım kapsamında değerlendirilmeli ve bu katılma anlaşmasının, şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir durumda şekle aykırı yapılan sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerliliği konusunda titiz davranılmalı ve taraflarca ileri sürülen şekle aykırılık iddiası, hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK md.2/2) kapsamında değerlendirilebiliyorsa, bu iddia dikkate alınmamalıdır. Bu kapsamda, iradi şekle bağlı olmasına rağmen bu şekle uyulmadan yapılan katılma anlaşmasında ifanın taraflarca kabul edilmesi halinde, şekle aykırılığın ileri sürülmesi de kabul görmemelidir.

SONUÇ

Mevcut bir sözleşmeye yabancı olan üçüncü bir kişinin, mevcut sözleşmenin taraflarından birinin yanında yer almak ve yanına katıldığı tarafın hak ve borçlarına onunla birlikte sahip olmak amacıyla mevcut sözleşmenin tarafları ile anlaşması suretiyle kurulan sözleşmeye katılma, şekil serbestliğinin ilke olarak benimsendiği Türk Borçlar Kanunu’nda, şekle bağlılığın kural olarak kabul edildiği anlaşmalardan birisidir. Nitekim TBK md. 206/f.3 düzenlemesinde sözleşmeye katılmanın geçerliliğinin, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlı olduğu açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Şu halde, katılmaya konu teşkil eden sözleşmenin bir şekil kuralına bağlı olduğu her durumda, sözleşmeye katılma anlaşmasının da şekle tabi olduğu kabul edilecektir. Bu bağlamda, katılmaya konu sözleşmenin kanuni şekle tabi olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının da kanuni şekilde; katılmaya konu sözleşmenin iradi şekle tabi olması halinde, sözleşmeye katılma anlaşmasının da iradi şekilde yapılması, sözleşmeye katılma anlaşmasının geçerli olarak kurulabilmesi açısından zorunludur. Katılmaya konu sözleşmenin bir şekil kuralına tabi olmaması durumunda ise, taraflar arasında aksine bir kararlaştırma yapılmadıysa, sözleşmeye katılma anlaşmasının bir şekle bağlı olmaksızın yapılması mümkündür. Nitekim katılmaya konu sözleşmenin bir şekle tabi olmadığı varsayımında, tarafların sözleşmeye katılma anlaşmasını bir şekle bağlamak suretiyle bu anlaşmayı bir şekle bağlamaları hukuken geçerlidir.

Şu halde, şekle bağlılığın kural; şekil serbestliğinin ise istisna olarak kabul edildiği sözleşmeye katılma anlaşması bakımından kanuni veya iradi şeklin öngörüldüğü hallerde, belirlenen şekilde yapılmayan katılma anlaşmasına geçersizlik/hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bu noktada, öngörülen şekilde yapılmayan katılma anlaşmasına uygulanacak geçersizlik yaptırımının hukuki niteliğinin, şekli konusunda tek tipte bir düzenleme yapmanın mümkün olmadığı sözleşmeye katılma anlaşması özelinde incelenmesi önem arz etmektedir. Tabi olduğu şekil kuralına uygun olarak yapılmayan hukuki işlemlere ve bu anlamda

sözleşmelere uygulanacak geçersizlik yaptırımını ile ilgili olarak farklı görüşlerin ileri sürüldüğü doktrinde, kanaatimizce şekle aykırı olarak yapılan katılma anlaşmasına uygulanacak yaptırım türü, bu anlaşmanın kanuni veya iradi şekle bağlı olmasına göre değişkenlik gösterecek ve dolayısıyla şekle aykırı olarak yapılan katılma anlaşmasının nasıl bir yaptırım türü ile karşılaşacağını her somut olay bakımından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu bağlamda;

Sözleşmeye katılma anlaşmasının kanuni şekle tabi olması fakat buna karşılık bu anlaşmanın öngörülen kanuni şekle uyulmaksızın yapılması durumunda, söz konusu şekle aykırılık butlan (kesin hükümsüz) yaptırımını kapsamında değerlendirilmeli ve sözleşmeye katılma anlaşması, dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması halleri saklı kalmak kaydıyla, yapıldığı andan itibaren geçersiz/hükümsüz kabul edilmelidir. Buna karşılık, dürüstlük ilkesi veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun somut olayda tespit edilmesi halinde, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye katılma anlaşmasının sağlıklı bir sözleşmeye dönüştüğü ve bu suretle hüküm ve sonuçlarını doğurduğu göz önüne alınmalıdır.

Sözleşmeye katılma anlaşmasının iradi şekle tabi olması fakat buna karşılık bu anlaşmanın belirlenen iradi şekle uyulmaksızın yapılması durumunda ise, şekle uyulmaksızın yapılan bir sözleşmeye katılma anlaşmasındaki şekle aykırılık, kendine özgü (sui generis) geçersizlik yaptırımını kapsamında değerlendirilmeli ve bu katılma anlaşmasının, şekle aykırılık ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu anlaşmanın iradi şekle bağlı olmasına rağmen bu şekle uyulmadan yapılması ancak tarafların anlaşmadan doğan edimlerin ifasını kabul etmeleri halinde, şekle aykırılık iddiası dikkate alınmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Acar, Ö. (2015). *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Akıncı, Ş. (2019). *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, (11.Baskı), Konya: Sayram Yayınları.
- Akipek, Ş. ve Küçükgüngör, E. (2002). *Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları)*, (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akyiğit, E. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (4. Baskı), Sakarya: Sakarya Yayıncılık.
- Akyol, Ş. (2006). *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, (2. Baskı), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Alaf, M. (2018). *Sözleşmeye Katılma*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Altaş, H. (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Antalya, O. G. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Antalya, O. G. (2019). *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.V/1, 1, (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2016). *Medeni Hukuk*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Arsebük, E. (1950). *Borçlar Hukuku (Birinci Cilt ve İkinci Cilt)*, (3. Baskı), Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik.
- Atalay, O. (2001). *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.
- Bahadır, Z. (2013). Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII (3), 1-37.
- Berkin, N. M. (1946). İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12 (4), 1175-1192.
- Camcı, S. (2020). İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Elektronik İmzanın Hukuki Niteliği, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15 (165), 1017-1029.
- Çabri, S. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma, *LHD*, Y.9, S.106, 3911-3932.
- Çabri, S. (2014). Borcun Üstlenilmesi-Sözleşmenin Devri-Sözleşmeye Katılma-Borca Katılma, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan*, 143-174.
- Deliduman, S. (2000). Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, IV (1-2), 413-435.
- Develioğlu, H. M. (2004). İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Y.3, 1(1), 293-322.
- Duman, İ. H. (2014). *İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi*, (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Eren, F. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (25. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (9. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Ermenek, İ. (2000). Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 1-38. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48136/608850>.
- Göksu, M. (2011). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 53-65.
- Guhl, Merz ve Koller. (1991). *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8.A., Zürich.

- Hatemi, H. ve Gökyayla, K. E. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (4. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Keller ve Schöbi. (1988). *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, Basel/Frankfurt, 3. Aufl.
- İnan, A. N. ve Yücel, Ö. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A. M. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2008). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme)*, (4. Bası), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Merz, H. (1988). *Vertrag und Vertragschluss*, Freiburg.
- Nart, S. (2007). Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 207-232.
- Nomer, H. N.. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (17. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, (18. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2020). *Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, (26. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Özbilen, A. B. (2016). *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özdemir Kocasakal, H. (2003). Elektronik İmzanın Geçerliliği ve İspat Gücü Açısından Uluslararası Planda Yaşanan Gelişmeler, *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, 217-251.
- Özen, B. (2011). Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi, *Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan* (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), İstanbul: Der Yayınları, 747-768.
- Reisoğlu, S. (1992). *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara: Ayyıldız Matbaası.
- Schmidlin, B. (1986). *Berner Kommentar, Band VI, Allgemeine Bestimmungen, Art. 11-17 OR*, Bern.
- Sungurbey, İ. (1973). *Medeni Hukuk Sorunları*, C.1, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Şeker, M. (2019). *Yazılmamış Sayılma*, (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Şeker, M. (2012). 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10.Yıla Armağan, Y.11, S. 22, 127-155.
- Şeker, M. (2008). Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini, *LHD*, 6 (61), 49-63.
- Tandoğan, H. (2008). *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, (5.Basım'dan 6. Tıpkı Basım), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Taşpınar Ayvaz, S. (2012). Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (1), 321-349.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tuğ, A. (1994). *Türk Özel Hukukunda Şekil*, (2. Baskı), Konya: Mimoza Yayıncılık.

- Tunçomağ, K. (1976). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul: Sermet Matbaası.
- Uygur, T. (2013). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C. I, (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Vardar, G. (2009). Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Yolu Dışında Kalan Yollarla Aşılması, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 59-60, 58-79.
- Von TUHR, A. (1983). *Borçlar Hukuku 1-2* (Çeviren: Cevat Edege), Ankara: Olgaç Matbası.
- Yavaş, M. (2009). *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara: Turhan Kitabevi.