

MEHAZ İSVİÇRE HUKUKUYLA MUKAYESELİ OLARAK SİMSARIN ÜCRET HAKKININ DOĞUMU KONUSUNDA ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Alper ÖZBOYACI^(**)**

Öz

Ticari hayatta eski çağlardan bugüne, sözleşme yapmaya istekli tarafları bir araya getirme veya onlara istediği fırsatı sunma faaliyeti bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada genelde simsarın mali hakları, özeldede ise ücret hakkının doğumuyla ilgili sorunlar gündeme gelmektedir. Bu nedenle, simsarın ücrete hak kazanabilmesi için gerekli şartları tek tek ele almak, pratikte karşılaşılan tartışmalara çözüm bulmak adına gereklilik arz eder. Keza bu noktada mehaiz İsviçre hukukundaki tartışmalardan yararlanmak, uygulamadaki sorunları daha sağlıklı çözmeye katkı sağlar.

Simsarın ücret hakkını elde edebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar: Geçerli bir simsarlık sözleşmesinin varlığı, asıl sözleşmenin kurulması ve simsarın faaliyeti ile asıl sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunmasıdır. İlk koşul bakımından, ücret hakkının doğumu noktasında önem teşkil eden husus, sözleşmede simsarın hangi konularda faaliyet göstereceğinin (aracılık, fırsat sunma, yönlendirme) açıkça kararlaştırılmasıdır.

Ücret hakkının doğumu için aranan ikinci şart, asıl sözleşmenin şeklen ve içerik olarak geçerli bir şekilde kurulmasıdır. Bu itibarla simsarlık, sonuç odaklı bir faaliyettir ve literatürde tesadüfi sözleşme olarak anılır. Ancak taraflar sözleşmeye, bu şartı devre dışı bırakan birtakım kayıtlar getirebilir.

Simsarın ücret hakkını kazanabilmesi için göstermiş olduğu faaliyet ile kurulan asıl sözleşme arasında illiyet bağının kurulabilmesi gerekir. Burada, ücret hakkının doğumunu kolaylaştıran psikolojik illiyet yeterli görülür.

Anahtar Kelimeler

Simsar, Simsarlık Ücreti, Ücret Garanti Kaydı, Münhasırlık Kaydı, Psikolojik İlliyet.

COMPARATIVE WITH SOURCE SWISS LAW REGARDING THE BIRTH OF THE BROKER'S RIGHT TO FEES SPECIFIC SITUATIONS

Abstract

Since ancient times in commercial life, the activity of bringing together parties willing to enter into a contract or offering them the opportunity to do so has emerged as a need. In practice, problems arise regarding the financial rights of the broker in general and the birth of the right to remuneration in particular. For this reason, it is necessary to address the conditions necessary for the broker to be entitled to remuneration one by one in order to find a solution to the debates encountered in practice. Likewise, at this point, benefiting from the debates in source Swiss law contributes to a healthier solution to the problems in practice.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 28.06.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 06.06.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1137341.

^(**) Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü / Bandırma-Balıkesir, Türkiye.

E-posta: aozboyaci@bandirma.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8415-8355>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

For the broker to be entitled to a fee, three conditions must be met together: The existence of a valid brokerage contract, the establishment of the main contract and the existence of a causal relation between the activity of the broker and the establishment of the main contract. In terms of the first condition, the important issue at the point of birth of the right to fee is that it's clearly decided in the contract what issues the broker will operate (brokerage, open some doors, guidance).

The second condition sought for the birth of the right to broker's fee is the establishment of the main contract in a valid form and content. In this respect, brokerage is a result-oriented activity and is referred to as aleatory contract in the literature. However, the parties may bring some provisions to the contract that disable this condition.

For the broker to earn the right to fee, a link must be established between his activity and the original contract established. Here, the psychological causality that facilitates the birth of the right to fee is considered sufficient.

Keywords

Broker, Broker's Fee, Wage Guarantee Clause, Exclusivity Clause, Psychological Causality.

Extended Abstract

Parties who are willing to make contracts from ancient times to today need the help of a mediator for various reasons (inability to find time, language difference, city difference, etc.). In this respect, brokerage continues to be a branch of activity that doesn't lose its popularity. The most important problem encountered in the practice of brokerage is financial rights, especially the right to fee. In this study, the discussions related to this were tried to be written within the framework of theoretical and practical principles in Turkish and Swiss laws.

For the broker to be entitled to a fee, three conditions must be met together: The existence of a valid brokerage contract, the establishment of the main contract and the existence of a causal relation between the activity of the broker and the establishment of the main contract. As a rule, although brokerage contracts are not bound by any form, it's a condition of validity that the subject matter of the immovable ones is made in writing. In brokerage contracts, it's important to clearly decide on which issues the broker will operate (brokerage, open some doors, guidance) in terms of the birth of the right to broker's fee. The termination of the brokerage contracts established with a forward effect doesn't result in the loss of the broker's right to a fee. However, if the termination affects the past, the right to fee is lost. In the event of termination of the brokerage contract by mutual agreement, the termination is considered to have a prospective effect. In this case, the parties should have a "balance clause" in the contract on how to liquidate the financial rights, especially the right to fee. Otherwise, they are considered to mutually reserve the right to claim.

The second condition for the birth of the right to fee is the establishment of the original contract in a valid way in form and content. In this case, the fact that the broker acts for the broker's fee isn't sufficient alone. At the end of the activity, the parties who are eager for the original contract must also have agreed on this. In particular, the client has a wide discretion to make the original contract. His possible indifference to the broker's offer, if he isn't malicious, is not considered to be contrary to honesty. From this point of view, the brokerage contract is in principle a result-oriented activity and is included in the category of aleatoric contracts in the literature. On the other hand, the broker and his client may disable the necessity of establishing the original contract by deducting the clause of exclusivity or wage guarantee clause into the brokerage contract. If it's desired to disable the condition of the bond of subsidiarity sought for the fee by the clause of exclusivity, it's necessary to pay him a fee, even if the original contract is established without any contribution of the broker. However, if the exclusivity clause is intended to prevent the client from working with another broker and a contrary attitude is exhibited against this, it's now necessary to pay compensation to the broker. In the fee guarantee clause, it's necessary to pay a fee to the broker even if the targeted original contract is not established.

If the parties to the original contract sign a contract other than the targeted original contract, the broker must be paid a fee if a similar economic outcome has arisen between the targeted contract and the resulting contract from the client's point of view. Apart from this, despite the broker's efforts, the parties have not signed the original contract, but if this has happened very soon after the brokerage contract has ended, it may be necessary to pay the broker a fee.

The third and final condition required for the birth of the broker's right to a fee is the causal relation. Accordingly, the original contract must have been established at the end of the broker's activities. In this respect, the existence of the classical causal relation isn't obligatory, but the psychological causal relation is considered sufficient. In other words, it's sufficient for the broker to influence the formation of the will of the contract enthusiasts in the establishment of the original contract, even from a distance.

GİRİŞ

Ticari hayatta faaliyet sahası oldukça geniş olan aracılık müessesesi, geçmişten bugüne cazibesini hâlâ korumaktadır. Gerçekten de kadim çağlardan bugüne, bir sözleşmeye taraf olmaya niyetlenen ama çeşitli nedenlerden ötürü (vakit sıkıntısı, mekân ve lisan farkı vb.) bir araya gelemeyen kişiler, kaçınılmaz olarak sımsarlık müessesesine sığınmaktadır¹. Her ne kadar alım-satım komisyoncularıyla birlikte sımsarlar, özellikle finansal kriz dönemlerinde fahiş fiyatların baş sorumlusu olarak gözükseler de borsadan, menkul kıymet ve taşınmaz ticaretine varıncaya kadar geniş bir sektör skalasında etkin rol üstlenmeye devam etmektedirler.

Çalışmamızda, önemini her daim koruyan bu faaliyet kolunun ücret hakkının doğumu konusuna ve bu hususta özellik gösteren bazı durumlara, mehaz İsviçre hukukundaki teorik ve pratik tartışmalar odağında yaklaşılmaya çalışılmıştır. Bu itibarla, çalışmanın ilk aşamasında, çok genel hatlarıyla sımsarlık uygulamasına değinilerek sımsarlık türleri tanıtılmaya çalışılmıştır. İkinci aşamada ise sımsarın ücret hakkıyla ilgili terminolojik yaklaşımlar ve sımsarın diğer mali haklarıyla olan farklılıklar üzerinde durulmuştur. Bundan sonraki aşamalarda ise tamamen asıl çalışma konusuna yoğunlaşmıştır. Bu kısımda, özellikle uyuşmazlık konusu olmaya müsait ihtimallerden hareketle sımsarın ücret hakkının doğumu konusuna açıklık getirilmeye gayret edilmiştir.

I. SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA SAHASI VE SİMSAR TÜRLERİ

Sımsarlık sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² m. 520/I'de tanımlanmıştır³. Buna göre sımsarlık sözleşmesi, sımsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlen-

¹ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme* (Ankara: Özel Basım, 1968), 498; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 779. Sımsarlığın Orta Çağ'da, ticaret hukukunun özel bir dal olarak doğmasından önce resmi bir vasfının bulunması noktasında Halil Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Umu mi Hükümler* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960), 208; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 351; İrfan Baştuğ ve H. Ercüment Erdem, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993), 157; Sait Kemal Mimaroğlu, *Ticaret Hukuku Birinci Cilt: İşletme Hukuku* (Ankara: AÜ Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1970), 402.

² RG, 04.02.2011/27836. Bundan böyle kısaca "TBK" olarak anılacaktır.

³ Eski mevzuatımızdan farklı olarak sımsarlık faaliyeti adı ve ticari iş ayrımına konu olmadan sadece TBK'da düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte, TBK m. 147/V'te, "ticari sımsarlık ücreti alacağı dışında, sımsarlık sözleşmesinden doğan alacakların" beş yılda zamanaşımına uğrayacağı hususu düzenlenmiştir. Fakat 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (RG, 14.02.2011/27846) sımsarlık sözleşmesine ve zamanaşımına ilişkin herhangi bir kural getirilmemiştir. Öğretide bu durumun örtülü bir boşluk oluşturduğu, hükmün ratio legisinden ve Türk kanun koyucusunun adı işlere nazaran ticari işlerde daha kısa zamanaşımı süresi öngörmesinden bahisle, mülga 6762 sayılı TTK m. 106/II'de olduğu gibi bir yıllık zamanaşımı süresinin kabulüyle boşluğu doldurula-bileceği savunulmaktadır [Ayrıntılı bilgililer için Murat Oruç, "Örtülü Bir Boşluk: Ticari Sımsarlık Ücret Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi", *TAAD*, S. 30 (2017): 233-234].

diği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.” Tanımdan da anlaşılacağı üzere, simsarlık sözleşmesinin uygulama sahası oldukça kapsamlıdır. Bu bağlamda her türlü hukuki işlemin (örneğin taşınmaz veya şirket satım sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, finansal hizmet sözleşmeleri vb.) yapılmasına yönelik aracılık faaliyetleri simsarlık sözleşmelerine konu olabilir. Yine simsarın yerine getirmekle sorumlu olduğu faaliyet türü, taraf iradelerine göre farklı şekillerde tezahür edebilir. TBK m. 530/I kuralı, bir sözleşmenin kurulmasına yönelik fırsatın gösterilmesinin yeterli olduğu simsarlık faaliyeti (fırsat simsarı) ile bir sözleşmenin kurulmasına aracılık yapmak suretiyle aktif katılım sağlayan simsarlık faaliyetine (aracı simsar) atıfta bulunmuştur. Bu türlerin dışında uygulama tarafından geliştirilen ve bu iki türün melezlenmesi şeklinde ortaya çıkan takdim simsarı⁴ (Zuführungsmakler) da bulunmaktadır⁵.

Türler arasındaki farklılıklara gelince; fırsat simsarı, asıl sözleşme⁶ yapılması için iş sahibine somut olarak bir veya birden fazla sözleşme yapmaya niyetli kişiyi işaret etmekle yükümlüdür⁷. Sözleşme yapma niyetinde olanla müzakere-lerin yürütülmesi ve asıl sözleşmenin imza altına alınması fırsat simsarının değil,

⁴ Türk hukuk yazınında bu simsar türü “yönlendirici simsar” olarak da anılmaktadır [C. Salih Şahin, *Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi* (İstanbul: Beta, 2002), 289; Bahar Öcal Apaydın, “İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Simsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Simsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları”, *YBHD*, S. 2 (2018): 148].

⁵ Caterina Ammann, *Obligationenrecht I (Basler Kommentar I / BSK I)*, Art 1-529 OR içinde, editör Heinrich Honnswald, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), Art 412, Nr 1, 4; Peter R Burkhalter, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Kommentar / OFK) içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016), Art 412, Nr 2-3; Nicholas Bracher, *CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art 319-529 OR* içinde, editör Claire Huguenin ve Markus Müller-Chen (Zürich- Basel- Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art 412, Nr 4.

⁶ Simsarlık hizmetinden yararlanıldığında, iki farklı sözleşme gündeme gelir ve bunların birbirinden mutlak surette ayırt edilmesi gerekir. Bunlardan birincisi, iş sahibi ile simsar arasında kurulan “simsarlık sözleşmesi” (Maklervertrag); ikincisi ise simsarlık sözleşmesiyle hedeflenen ve iş sahibi ile simsarın bulacağı üçüncü kişi veya sözleşme yapmaya niyetli kişi arasında gerçekleşen “asıl sözleşme”dir (Hauptvertrag). Simsarlık sözleşmelerinin bir tarafında iş sahibi, diğer tarafında simsar bulunur. Simsarlık sözleşmesiyle bağlantılı olarak iş sahibinin asıl sözleşmeyi imzalayacağı üçüncü kişi; “sözleşme yapmaya niyetli kişi”, “müşteri” veya -asıl sözleşme satış niteliğindeyse- “potansiyel alıcı” olarak zikredilir. Ayrıca uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki, taşınmaz simsarlığı özelinde iş sahibi, taşınmaz maliki olabileceği gibi, taşınmazı almak veya kiralamak isteyen kişi de olabilir. Bu noktada önemli olan simsara kimin başvurduğudur. Söz gelimi, taşınmaz malikinin simsara başvurması durumunda, simsarlık sözleşmesinin taşınmazın alıcısı veya kiracısı ile yapılması zorunlu değildir; aksine simsarın bu sözleşmeyi iş sahibi konumundaki taşınmaz sahibiyile yapması gerekir. Yargıtay da bir kararında (13. HD, 10.12.2013, E. 2013/21290, K. 2013/30990) bu hususa dikkat çekmek zorunda kalmıştır (Yargıtay Karar Arama). Ancak her iki taraf da simsara başvurmuşsa, çifte simsarlık denilen ve prensipte geçerli olan faaliyet türü gündeme gelir.

⁷ Bundan, sözleşmenin kurulması fırsatına ait bilginin teminini anlamak gerektiği noktasında Hermann Becker, “Tellallık Sözleşmesi” (Çev. Suat Dura), *Yargıtay Dergisi* 9, S. 1-2 (1983): 77.

tamamen iş sahibinin görevidir⁸. Buna karşılık, aracı sımsarın yükümlülükleri daha fazladır. Bir kere aracı sımsar, sadece sözleşme yapmaya niyetli kişiyi işaret etmekle yetinemez. Bundan başka, asıl sözleşmeyi yapma konusunda sözleşme yapma niyetinde olanı fikren etkilemesi ve onda asıl sözleşmeyi yapma isteği uyandırması gerekir. Bu itibarla aracı sımsar, asıl sözleşmenin kurulmasını, en basitinden sözleşme müzakerelerine katılarak veya hiç değilse lobi faaliyetinde bulunarak eylemli olarak teşvik etmelidir⁹. Takdim sımsarı ise belirtildiği üzere, diğer iki sımsarlık türünün ara formu olarak düşünülebilir. Bu tür sımsarlıkta da sımsarın yalnızca sözleşme yapma niyetinde olanı işaret etmesi yeterli olmaz, aksine onu iş sahibine bilfiil takdim etmesi veya onun iş sahibiyle fiilen temas kurmasını sağlaması gerekir¹⁰.

II. SİMSARIN ÜCRET HAKKINA İLİŞKİN TERMINOLOJİK BİR BAKIŞ VE DİĞER MALİ HAKLARLA KARŞILAŞTIRMA

A. GENEL OLARAK

TBK'da sımsarın "ücret hakkı" konusunda terminolojik açıdan dağınıklık sözkonusu değildir. Gerçekten de sımsarlığı düzenleyen bütün kurallara (TBK m. 520-525) bakıldığında, sadece "ücret" kelimesinin tercih edildiği görülmektedir. Buna karşılık mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht / OR)¹¹ madde 412 ve 414'te "bedel" (Vergütung), 413 ve 417'de "sımsarlık ücreti" (Mäklerlohn), 415'te ise sadece "ücret" (Lohn) kelimesi kullanılarak terminolojik açıdan bir savrulma yaratılmıştır. Bütün bu farklı kavramlarla, esasen başarılı sımsarlık faaliyetinin karşılığı olarak yapılan ödemenin vurgulanmak istendiği ortadadır¹².

Mehaz hukuk öğretisinde, pek tabii bu terminolojik savrulmanın da katkısıyla, sımsarın hak ettiği kazancın "ücret" olarak anılması eleştiriye konu olmuştur. Zira ücret kavramı, genellikle iş hukuku bağlamında yapılan işin karşılığı olarak ödenen miktarı ifade etmek için kullanılır. Oysa sımsarlıkta hak ediş noktasında bir işin yapılmasından ziyade, başarıya ulaşma temel alınır. Çoğu zaman bu başarı da belli bir sabit ödemeye veya yüzdeye bağlanır. Bu nedenle ücret kelimesi

⁸ Gerçekten de fırsat sımsarının faaliyeti, üçüncü kişiyi araştırmak ve bu araştırma sonunda bulunduğu kişiyi iş sahibine bildirmek şeklinde iki aşamadan oluşur (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 281; Öcal Apaydın, "Çifte Sımsarlık Faaliyeti", 149). Ayrıca fırsat sımsarının, sözleşme yapmaya niyetli kişiyle iletişime geçebilmesi için gerekli olan bilgileri (isim, adres, telefon vs.) iş sahibine bildirmesi oldukça önemlidir (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 306).

⁹ Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 4. Aynı yönde Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 78.

¹⁰ Retto Brunner, "Der Maklervertrag - Was soll drin sein und was soll geregelt werden?", *Immobilien*, Marz (2007): 34; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1; Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 4.

¹¹ Bundan böyle kısaca "OR" olarak anılacaktır.

¹² Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1; Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 1. Bununla birlikte, Türk hukukunda benzer bir savrulma, asli-tali mevzuat ilişkisi bağlamında gerçekleşmiştir. Gerçekten de TBK'da sımsarlığı düzenleyen kurallarda "ücret" ifadesi kullanılmışken; taşınmaz sımsarlığını konu edinen Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik (TTY; RG, 05.06.2018/30442) m. 20'de, "hizmet bedeli" ifadesi tercih sebebi olmuştur. Birazdan da belirtileceği üzere, yönetmelik koyucunun tutum ve tercihi, meramı anlatma noktasında daha isabetlidir.

yerine, “serbest meslek ödentisi” (Honorar) veya “yüzdelik bazlı aracılık ücreti” (Provision) ifadeleri meramı daha iyi karşılamaktadır¹³.

İsviçre’deki uygulamada ücret, işlem bedelinin belli bir yüzdesi olarak (Prozentvesprechen / Provision) kararlaştırılmaktadır. Ancak götürü ücret (Pauschal-lohn) şeklinde kararlaştırmaya engel bir durum da yoktur¹⁴. Keza yine mehaz uygulamasında, son zamanlarda ücretin daha çok performansa dayalı olarak belirlendiği gözlenmektedir. Buna göre simsar, asıl sözleşmenin kurulmasını ne kadar hızlı sağlar veya onun en iyi koşullarda kurulmasına ne derece katkıda bulunursa o oranda ücrete hak kazanır. Ücretin bu şekilde performansa dayalı olarak belirlenmesi, her iki taraf için kazan-kazan durumu oluşturur¹⁵.

Ülkemiz pratiğinde, özellikle taşınmaz simsarlığında, simsarin ücreti asıl sözleşmedeki bedel üzerinden belli bir oranla belirlenmektedir. Ancak Taşınmaz Ticaret Hakkında Yönetmelik (TTY) m. 20 ile bu orana üst sınır getirilmiştir. Buna göre, alım satım işlemlerinde hizmet bedeli alım satıma aracılık sözleşmelerinde yer alan satış bedelinin katma değer vergisi hariç yüzde dördünden fazla olamaz. Tapuda daha düşük bir bedel beyan edilirse, simsarlık ücretinin belirlenmesinde tapuya beyan edilen tutar değil, asıl sözleşmede (veya yer gösterme belgesinde) belirlenen tutar referans alınır¹⁶.

Bu aşamada yine simsarlık uygulamalarında ücret dışında, masraf (gider) ve tazminat olmak üzere iki farklı ödeme kaleminin daha gündeme gelebileceğini belirtmek gerekir. Nitekim simsarlık sözleşmesinin tanımını ve şeklini konu alan yasal düzenlemede, bir taraftan sonuç odaklı ücret kazanımına vurgu yapılmışken (TBK m. 521/I), diğer taraftan simsarin yapmış olduğu giderlerin sözleşme kurulmamış olsa bile karşılanmasından bahsedilmiştir (TBK m. 521/III). Bunun dışında, iş sahibinin akde aykırı davranışı veya akit öncesi sorumluluk çerçevesinde simsara karşı bir miktar tazminat ödemesi gerekebilir. Terminolojik açıdan değişik şekillerde ifade edilen bu ödeme kalemlerinin, fikrî olarak da birbirinden katı surette ayırt edilmesi lazım gelir.

¹³ Matthias Streiff, *Handkommentar zum Maklervertrag mit Fokus auf den Immobilienmakler* (Wetzikon-Zürich: Thesenverlag, 2009), 60, 62.

¹⁴ Georg Gautschi, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar / BK), Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Band: VI- 2/5 içinde, editör Arthur Meier-Hayoz (Zürich: Stampfli Verlag AG, 1964), Art 413, Nr 2c; Burkhalter, *OFK*, Art 413, RN 2; Bracher, *CHK*, Art 414, Nr 2; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1.

¹⁵ Brunner, 34.

¹⁶ Aynı yönde Hayri Domaniç ve Erol Ulusoy, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları* (İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti, 2007), 377, dn. 285; Mustafa Çeker, “Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma”, *ÇÜHF* 1, S. 1 (2014): 18-19. Yargıtay da bir kararında (13. HD, 23.06.2003, E. 2003/3743 K. 2003/8165) bu hususu vurgulamıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “Taraflar arasında her iki tarafın imzasını taşıyan tellallık sözleşmesinde taşınmazın satış bedeli belirtilmiştir. Bu nedenle tellallık ücretinin kararlaştırılan bu miktar üzerinden verilmesi gerekir. Tapudaki satım sözleşmesinde belirtilen satım bedelinin esas alınmış olması hatalıdır...” [Karar için Gönül Büyüknacar, “Yargı Kararları Işığında Simsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı”, *TBB Dergisi*, S. 156 (2021), 240].

B. SİMSARIN MASRAF TALEBİ

Sımsarlık sözleşmelerinde, yapılan masrafların kararlaştırılan ücrete dahil olduğu kabul edildiğinden¹⁷, sımsar yapmış olduğu bütün masrafı prensip olarak kendisi üstlenir¹⁸. Buna karşılık, sözleşmede sımsarın yaptığı masrafları iş sahibinden talep edebileceği hususu kararlaştırılabilir. Gerçekten de TBK m. 521/III uyarınca, sımsarlık faaliyetinin başarılı veya başarısız olmasından bağımsız bir şekilde, sözleşmede öngörüldüyse anılan masraflar talep edilebilir¹⁹. Özellikle sımsarlık sözleşmesi ile sımsar, asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik belirli faaliyetleri (örneğin, gazeteye ilan verme, seyahat etme gibi) yerine getirmekle yükümlü kılınmışsa, aynı sözleşmeye masraf kaydı düşülmek suretiyle yapılan harcamaların iş sahibince karşılanması güvence altına alınabilir²⁰. Uygulamada karşılaşılabilecek olası karışıklıkları önlemek adına, sözleşme taslakları hazırlanırken başarı odaklı sımsarlık ücreti ve başarıya bağlı olmayan masraflar ile diğer masraflar arasında bir ayırım yapılması isabetli olur²¹.

Sımsarlık sözleşmeleri açısından durum böyleyken vekâlet sözleşmelerinde, vekilin yapmış olduğu masrafların ve verdiği avansların vekâlet verence karşılanması, belli bir ihtimalin gerçekleşmesine bağlanmıştır. Buna göre vekâlet veren, vekilin yalnızca “vekâletin gereği gibi ifası için” yaptığı masrafları ve verdiği avansları ödemekle yükümlüdür (TBK m. 510/I). Ancak sımsarlığa ilişkin kural son derece açıktır ve sözleşmede öngörüldüğü sürece, yapılan masrafların karşılanması hiçbir ihtimale, özellikle de başarılı sonucun gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu durum, vekâlet ve sımsarlık sözleşmeleri arasındaki farklılığı göstermesi bakımından oldukça dikkat çekicidir²².

¹⁷ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 11.

¹⁸ Brunner, 35; Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 20; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 15. Bu durum, aynı zamanda sımsarlık sözleşmelerini alım-satım komisyonculuğu sözleşmelerinden ayırır [Öz Seçer, *Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020), 128-129].

¹⁹ Öğretideki ayrıksı bir görüş uyarınca, sözleşmede masraflarla ilgili bir kural bulunmasa dahi, (asıl) sözleşmenin kurulması ile sımsarın yaptığı masrafları isteyebilir [Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2021), 149].

²⁰ Ancak böyle bir kayıt olmaksızın, iş sahibinin sımsara ücret veya masraf avansı vermiş olması, masrafların ödeneceğine dair açıkça bir güvence verdiği anlamına gelmez (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 15).

²¹ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 20.

²² Streiff, *Handkommentar*, 62-63. Sımsarlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin bir alt türü olmayıp kendine özgü nitelikte olduğu konusunda Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 79; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020), 305; Onur Sarı, “Fikri Ürüne İlişkin Sımsarlık Sözleşmesi”, *EÜHFD* 14, S. 2 (2019): 398. Buna karşılık sımsarlığın vekâletin alt türü olduğunu savunan görüşler için Arslanlı, *Umumi Hükümler*, 14; Şükrü Yıldız, “Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı 22*, S. 3 (2016), 3046; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 206; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 782; Ekrem Kurt, “Tellallık (Sımsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri”, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan II*, (2010): 1431. Mehaz hukuk öğretisinde de sımsarlık sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki yapısal farklılıklara rağmen, OR 412/II ile

Kural olarak masraflar simsarlık ücretinin kapsamında sayılmakla birlikte, uygulamada simsarın ısrarla masrafları talep etmesi durumuyla karşılaşılabılır. Bazı hallerde simsarın bu ısrarı rasyonel ve haklı gerekçelere dayanabilir. Uygulamaya bakıldığında, bunları şu şekilde sıralamak mümkündür²³:

- Simsar, esaslı sermayeden yoksun “genç yenilikçi bir şirkettir” (start up)²⁴ ve her türlü ek gelire ihtiyaç duymaktadır.
- Simsarın asıl sözleşmenin gerçekleşeceğine dair inancı kalmamıştır ve hiç değilse yapmış olduğu masrafları tazmin etme amacı gütmektedir.
- Simsar, asıl sözleşmenin gerçekleşmesi için -simsarlık ücreti ile kıyaslanamayacak ölçüde- fahiş bir avans ödemesine gereksinim duymaktadır.

C. SİMSARIN TAZMİNAT TALEBİ

Bilinen tüm kamuoyu araştırmalarında, iş hayatında güven vermeyen meslekler kategorisinde, ikinci el araç satıcıları, Hedge-Fon yöneticileri ve emlakçılar (taşınmaz simsarları) sıklıkla başı çekmektedir. Bu fiili durum bizim hukumuza da doğrudan sirayet etmiş olup simsar karşısında iş sahibini koruyucu nitelikte düzenlemeler kaleme alınmıştır. Gerçekten de iş sahibi, aşırı simsarlık ücretinin indirilmesini talep edebilir (TBK m. 525) veya simsarlık ücretini ödemekten imtina edebilir (TBK m. 523). Buna karşılık simsar, prensipte sadece yaptığı faaliyet sonunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır (TBK m. 521). Bazı simsarlar için birtakım yasal önlemler alınması haklı görülmekle birlikte²⁵, işini düzgün yapan mahir simsarlar bakımından bu çifte standardın pek de adil olduğu söylenemez²⁶.

simsarlık sözleşmesinin doğasına aykırı olmamak kaydıyla vekâlete ilişkin kurallara atıfta bulunulduğuna dikkat çekilir. Burada simsarlık daha çok hizmet ve vekâlet karması sui generis bir sözleşme olarak kabul görür. Buna karşılık Alman hukukunda simsarlık, Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak vekâlet sözleşmesi karakterindedir (Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 16-17).

²³ Streiff, *Handkommentar*, 63-64).

²⁴ “Genç yenilikçi şirket” (start-up) halen muğlak bir kavram olmakla birlikte, bununla esasen çok hızlı büyüyen inovatif şirketler kastedilmek istenir. Özellikle vergi hukuku alanında kavramın oldukça önem arz ettiği söylenebilir. Bu gerçeklikten hareketle Zürih Kantonu Maliye Müdürlüğü kavramı tanımlama çabasına girişmiş ve genç yenilikçi şirketleri, inovatif (özellikle teknoloji odaklı) ve ölçeklenebilir iş modelini haiz sermaye şirketleri olarak betimlemiştir. Ancak yine de İsviçre yazınında kavramın içeriğinin önemli ölçüde belirsizliğini koruduğu vurgulanmaktadır [Claudia Suter, *Private Equity VI, Gründer, Investoren und Management in der Welt von Private Equity-Update 6.0 des Steuerrechts erforderlich?* içinde, editör Dieter Gericke (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2018), 38].

²⁵ Bu bahiste hukukumuzdaki en güncel tedbir, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na Ek Madde 6 ile getirilen, sigortalının alacağını temlik etmesini yasaklayan düzenlemedir. Geçmişte “Hasar Danışmanlık Şirketi” adı altında faaliyet gösteren bir takım aracılık oluşumları, sigortalıların alacaklarını ederinin çok altında temlik almış ve bu da sigortalılar başta olmak üzere yasal takiple yetkili avukatların mağduriyetine yol açmıştır. Bu nedenle kanun koyucunun önlem alması kaçınılmaz olmuştur.

²⁶ Bu hususlarda Streiff, *Handkommentar*, 64.

Bununla birlikte, sımsarlık uygulamalarında meseleye sadece madalyonun tek yüzünden bakmamak, en azından iki boyutlu düşünmek gerekir. Zira bu tür sözleşmelerde iş sahibinin de aracılık faaliyetini kendi emelleri doğrultusunda kötüye kullanması gündeme gelebilir. Söz gelimi, gerçekte asıl sözleşme imzalama niyeti ve amacı olmayan iş sahibinin sadece pazar piyasasını öğrenmek adına sımsarı bir yardımcı olarak kullanması mümkündür. Öyle ki, sımsarın ücret hakkı prensipte asıl sözleşmenin başarısı şartına bağlı olduğundan, sımsar uzunca bir süre ve bu dolanlı amaca hizmet ettiğini bilmeden karşılıksız çalışmak durumunda kalabilir. Bu gibi hallerde, piyasayı test etme saikiyle hareket eden iş sahibinin dürüst davranmaması gerekçe gösterilerek sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) çerçevesinde yapılan masrafların iadesi istenebilir. Fakat iş sahibinin asıl sözleşmeyi yapma yerine piyasayı araştırma niyetiyle hareket ettiğinin ispatlanması gerekir ki bu da pratikte pek mümkün olmaz. Şu hâlde sımsarın sözleşme öncesi sorumluluk temeline dayanması, dogmatik açıdan isabetli gözükmeyle birlikte, ispat güçlüğü nedeniyle çoğu zaman hüsrarla sonuçlanan bir girişim olacaktır²⁷.

Son tahlilde, sımsarın iş sahibi aleyhine açtığı tazminat davasını başarılı bir şekilde sürdürmesinin oldukça güç olduğu söylenebilir. Tazminat davasıyla uğraşmak yerine, olası talepleri önceden sımsarlık sözleşmesinde kararlaştırmak daha rasyonel bir tutum olacaktır. Örneğin taraflar, iş sahibinin cayması nedeniyle asıl sözleşmenin imzalanamadığı hallerde, sımsarlık ücretinin veya sımsarın yaptığı masrafların iş sahibi tarafından ödeneceği hususunu kararlaştırabilir²⁸. Gerçi uyumsuzluk durumunda, iş sahibinin asıl sözleşmeyi yapmaktan vazgeçtiğini yine sımsarın ispatlaması gerekecektir²⁹; lakin bu ispat faaliyetinin iş sahibinin kötü niyet saikini ispatlamaya nazaran daha kolay gerçekleşeceği de ortadadır.

III. SİMSARLIK SÖZLEŞMELERİNDE ÜCRETİN ESASLI UNSUR OLMASI (İVAZLILIK)

Sımsarlar, hiçbir karşılık gözetmeksizin özgeci (altruistik) amaçlarla hareket etmezler. Bu durum, özellikle vekâlet temelli sözleşmelerdeki hukuki durumla tezatlık oluşturur. Zira vekâlet ve vekâlet türevi niteliğindeki sözleşmelerde, ücret asli bir unsur niteliğinde değildir. Dolayısıyla, taraflar açıkça sözleşmede karar-

²⁷ Streiff, *Handkommentar*, 65. Yine yazara göre bu ihtimalde, sımsarlık sözleşmesi geçerli bir şekilde düzenlendiği takdirde fırsat sımsarının ücret şansı bulunmaktadır. Buna karşılık aracı sımsarlıkta, iş sahibine sadece yapılan masrafların tazmini için dava açılabilir (Streiff, *Handkommentar*, 66).

²⁸ Bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 66.

²⁹ Yargıtay da bir kararında (13. HD, 29.05.2013, E. 2013/4563, K. 2013/14337) bu konuya temas etmiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şöyledir: "...Dava, tellallık ücreti alacağına ilişkin olarak yürütülen takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir... Davacı, satıştan vazgeçenin davalı olduğunu iddia ettiğine göre ispat kuralları uyarınca ispat yükü davacıda olduğu kabul edilerek davacının delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir..." [Gökhan Bakar, *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 194-195].

laştırmamışlarsa veya ücret ödemek olağan değilse vekile ücret ödenmesi gerekmez³⁰. Buna karşılık, simsarlığın ücretsiz olarak yerine getirileceğinin kararlaştırılması -iktisadi ve sosyolojik açıdan- rasyonellikten uzak bir yaklaşım olurdu³¹.

Simsarlık ücretinin prensipte iş sahibi tarafından simsara ödenmesi gerekir. Ancak yasadaki algının aksine -simsarın asıl iş sahibine karşı olan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmadığı sürece- ücretin, asıl sözleşmenin diğer tarafı olan üçüncü kişi tarafından ödenmesi kararlaştırılabilir³².

TBK m. 520/I ve m. 521/I düzenlemelerine genel olarak bakıldığında, simsarın ücret talep edebilmesi için üç temel şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar:

- İş sahibi ile simsar arasında geçerli bir simsarlık sözleşmesinin bulunması,
- Asıl sözleşmenin kurulması,
- Kurulan asıl sözleşme ile simsarın faaliyeti arasında klasik veya psikolojik illiyet bağının bulunmasıdır³³.

Taraflar sözleşmeyle bunlar dışında başkaca şartlar, söz gelimi taşınmaz satışına aracılıkta, taşınmazın belli bir miktarın altında satılmaması durumunda ücretin ödenebileceği hususunu pekâlâ kararlaştırabilir³⁴.

Çalışmamızın bu bölümünde, ücret için aranan yasal koşulların temel özelliklerine değinmeye çalışacağız. Ancak en baştan, simsarlık ücretinin kural ola-

³⁰ Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 2a. Vekâletin prensipte ücret temelinden yoksun olması, bazı tarihsel olgulara dayanmaktadır. Gerçekten de avukatlık, doktorluk, mimarlık gibi vekâlet odaklı serbest mesleklerin icrası, Roma İmparatorluğu döneminde ilkesel bazda ücretsiz, yani özgeci bir faaliyet olarak gerçekleşmekteydi. İster dostluk (*amicitia*) ister iş icabı (*officium*) olsun, bu tür faaliyetlerde ücret kabulü yasaktı. Oysaki imparatorluğun ilk zamanlarında, bu hizmetler ücrete tabiydi. Roma hukukundan kaynaklanan bu tarihsel farklılığın yansımaları, belirgin bir şekilde bugünkü modern vekâlet düzenlemelerinde hâlâ gözlemlenmektedir. Örneğin, OR 394'te vekâlet sözleşmesi kural olarak ücretsizken, taraflar ücret konusunda anlaşır veya işin doğası gereği bu sonuç ortaya çıkarsa vekile ücret ödenmesi icap eder. Keza Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 1004'te, vekâlet prensip olarak ücretsizken, açıkça veya vekilin tutumuna göre zımnen ücret şart kılınmışsa, vekile bir miktar ücret ödenmesi gerekir. Yine Alman Medeni Kanunu (BGB) §662'de vekâlet sözleşmelerinin ücretsiz olması asıldır; buna karşılık §675'e bakıldığında, iş görme niteliğindeki hizmet ve eser sözleşmelerinde ücretin asli şart olduğu görülür (Bu hususlarda Streiff, *Handkommentar*, 59, dn 97).

³¹ Simsarlık sözleşmesinin ivazlı olmasının bir zorunluluk olduğu, aksi durumda vekâlet sözleşmesinden bahsetmek gerekeceği konusunda Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 2a; Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 4; Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 13; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 2. Simsarlık sözleşmesinde açıkça ücret kararlaştırılmamış olsa bile simsarın ister tacir ister esnaf konumunda olsun TTK m. 15 ve TTK m. 20 kapsamında ücret talep edebileceği noktasında Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 787; Şener, *Ticari İşletme*, 316-317.

³² Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 4.

³³ Streiff, *Handkommentar*, 59; Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 3; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 2. OR temelli bu koşulların, sektör katılımcılarının simsarlık ücreti konusundaki algısını yansıtması noktasında Streiff, *Handkommentar*, 59. Simsarlık ücretinin miktarının, vekâlet odaklı sözleşmelerden farklı olarak vekâletin kapsam ve süresine göre değil de simsarın çabalarının sonucuna göre belirlenmesi noktasında Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 2a.

³⁴ Benzer yönde Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 3; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 2; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 1.

rak tek seferlik bir işleme ve bu işlemin başarısına bağlı olduğunu belirtelim. Aksi söylemlerle, ücret hakkının doğumu, simsarlık faaliyetinin süresine, ortaya çıkan masrafa, simsarın yeteneğine veya tecrübesine bağlı değildir³⁵.

IV. ÜCRET HAKKININ DOĞMASI İÇİN ARANAN ŞARTLAR

A. GENEL OLARAK

TBK m. 520/I'den açıkça anlaşıldığı üzere, simsarın ücrete hak kazanabilmesi için asıl sözleşmenin kurulması konusunda iş sahibine fırsat sunması veya asıl sözleşmenin kurulmasında aracılıkta bulunması gerekir. Dolayısıyla ücret talep edebilmek için anılan faaliyetlerden birinin gerçekleştirilmesi gerektiği ortadadır. Hatta daha geniş bir yorumdan yola çıkarsak, iş sahibinin lehine olan bir asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik yapılan her türlü girişim, simsarlık faaliyeti olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık simsar, iş sahibinin temsilcisi değildir. Bu sebeple -sözleşme aksı kararlaştırılmadıkça- asıl sözleşmenin kurulmasında yetkisi bulunmaz³⁶.

İkinci olarak yine tanımdan, simsarın ücret karşılığında faaliyette bulunduğu dolaylı olarak anlaşılmaktadır. Halbuki OR 412'de simsarın "bir bedel karşılığında" (gegen eine Vergütung) iş yaptığı açık bir şekilde vurgulanmıştır. Daha önce ifade edildiği üzere, simsarlık sözleşmesi ivazlıdır, yani simsarın ücret hakkı bu sözleşmenin esaslı unsuru niteliğindedir³⁷. Ancak sözleşme ivazlı olmakla birlikte, kural olarak karşılıklı ve her iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir karakterde değildir. Çünkü simsarlık sözleşmesi kapsamında prensip olarak iş sahibi, yalnızca asıl sözleşmenin kurulması halinde simsara ücret ödemekle yükümlü kılınmıştır. Diğer bir deyimle simsar, bu sözleşme nedeniyle aktif olarak faaliyette bulunmakla yükümlü değildir³⁸. Simsarın sözleşme kapsamında tek yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğüdür ve bu da iş sahibinin edim yükümlülüğüne (ücret ödemeye) karşılık gelmemektedir³⁹. Fakat simsar, ücret hakkını elde etmek istiyorsa pekâlâ faaliyette bulunabilir⁴⁰.

³⁵ Streiff, *Handkommentar*, 60.

³⁶ Bu hususlarda Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 2-3. Eğer simsarın iş sahibinin doğrudan temsilci olarak asıl sözleşmeyi imzalaması isteniyorsa, simsarlık sözleşmesindeki özel yetkiye ilaveten uygun bir temsil yetkisinin verilmiş olması gereklidir (Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1).

³⁷ Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 5; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 2. Simsarlık sözleşmelerinde "ücretin" objektif esaslı unsur olması, buna karşılık "ücretin belirlenmesinin" objektif esaslı unsur olmaması hususunda Deniz Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: 2019), 48.

³⁸ Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 76; Tamer Bozkurt, *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 142; Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 151. Son yazarın aynı yerde vurguladığı üzere, yükümlülükten azade olan simsar aktif olarak faaliyet göstermezse kendisinden tazminat talep edilemez.

³⁹ Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 153. Ancak taraflar sözleşmeyle simsarın belirli faaliyetlerde bulunmakla -örneğin ilan vermekle veya seyahat etmekle- yükümlü olduğu hususunu kararlaştırabilirler (Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 11; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 7). Böylelikle sözleşme sinallagmatik forma dönüşmüş olur. Keza simsarlık sözleşmelerine münhasırlık veya

Simsarlık sözleşmesiyle ilgili bir diğer önemli nokta ise ücret konusunda başarımlı sonucun odak alınmasıdır⁴¹. Kuraldan da anlaşılacağı üzere simsar, faaliyetleri sonucunda asıl sözleşme kurulduğu takdirde ücrete hak kazanır. Bu açıdan, sözleşmenin sinallagmatik olmadığına ilişkin yapılan tespitle bir çelişki doğup doğmadığı sorusu akla gelebilir. Oysaki burada simsarın faaliyette bulunma yükümlülüğünün olmamasının yaratacağı aksaklık, bir bakıma ücret talep edebilmesi için faaliyette bulunması şart koşularak dengelenmeye çalışılmıştır. Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, simsarın faaliyette bulunmasının bir yükümlülük olmadığı, ücret hakkını elde etme bakımından yalnızca bir külfet teşkil ettiği anlaşılmaktadır⁴².

B. GEÇERLİ BİR SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI

1. Sözleşmenin Şekli ve Kapsamı

İş sahibi ve simsar, sözleşme kapsamında simsarın yapacağı faaliyetin türü (fırsat simsarı, aracı simsar veya takdim simsarı) ve asıl sözleşmeye dönük çabalarının şekli konusunda mutabakata varmak zorundadır. Söz konusu mutabakat, simsarlık sözleşmesiyle sağlanır. Sözleşmede simsarın faaliyet şeklinin belirtilmesi gerekli olsa da münferit hallerde taraflar bu hususu kararlaştırmamış olabilirler. Bu halde eksiklik, tarafların sözleşmenin kurulmasından önceki veya sonraki tutumlarına bakılmak suretiyle giderilebilir⁴³.

ücret garantisi kaydı konulması durumunda da aynı sonucu kabul etmek gerekir (Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 153-154). Bu tür kayıtların anlam ve önemi için IV, C, 2.

⁴⁰ Bu durumun simsarlık sözleşmesini acentelik sözleşmesinden ayıran bir durum olması konusunda Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 76.

⁴¹ Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 3.

⁴² Bu yönde Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 7; Şahinüz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 11; Arkan, *Ticari İşletme*, 209; Umut Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti", *İBD* 83, S. 6 (2009): 3121; Çağlar Çağlayan, "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması", *ABD*, S. 1 (2016): 443. Buna karşılık Gautschi'ye göre ücret hakkı, simsarın faaliyetinin başarısı şartına bağlıysa simsarlık sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye dönüşür ve bu durumda simsarın öncelikli ifa yükümlülüğü bulunur (*BK*, Art 412, Nr 2b. Aynı yönde Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 93). Diğer taraftan, münhasır simsarlık durumunda, iş sahibi artık bir başka simsarın hizmetinden istifade edemeyeceğinden, simsarın faaliyetinin niteliğinin külfetten yükümlülüğe evrildiğini kabul etmek gerekir [Rıza Ayhan; Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 509; Bozkurt, *Tellallık*, 146].

⁴³ Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 1. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmeyle simsarlık türünün belirlenmemiş olması veya şüphe hasıl olması durumunda, daha dar kapsamlı olan fırsat simsarının kabul edilmesi yorumunu reddetmekte ve buna ilişkin ispat yükünü simsarın omuzlarına yükleyerek sorunu çözmektedir (Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 149, dn 13). Buna karşılık Yargıtay, taşınmaz simsarlığına konu olan bir kararında (13. HD, 12.02.2013, E. 2012/16919, K. 2013/3222), tam tersi bir sonucu benimsemiş ve fırsat simsarlığına odak noktası almıştır (Yargıtay Karar Arama). Bu hususta son olarak simsarın işinin meslek olarak yürütmesinin zorunlu olmadığı vurgulanmalıdır. Ancak simsarlık faaliyetinin yürütülmesi, resmi bir makamın iznine veya ruhsata bağlanmışsa, izinsiz veya ruhsatsız simsarla yapılan sözleşmeleri hükümsüz kabul etmek gerekir. Çünkü izin veya ruhsat şartı ile sözleşme taraflarını korumak amaçlanmıştır (Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 148, özellikle dn 9). Yeri gelmişken, Türk hukukunda taşınmaz ticaretinde simsarlık faaliyeti yapabilmek için yetki belgesine ihtiyaç duyulduğunun da altını çizmek gerekir (Ayrıntılı bilgi için aşa. IV, C, 4). Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi

Ücret hakkından bahsedebilmek için, sımsarın sözleşmede kararlaştırılan faaliyet türünü yerine getirmesi zorunludur⁴⁴. Bu nedenle, aracılık yapan sımsarın, iş sahibine yalnızca sözleşme fırsatı sunması, ücret hakkının doğumu açısından yeterli bir faaliyet olarak görülmez⁴⁵.

Tarafların sımsarlık sözleşmesinde bazı şartlar öngörmeleri de mümkündür. Bu uğurda sımsar, ücret hakkını olabildiğince geniş ölçüde elde etmeye ve onun ifa edilebilir olmasına yönelik şartları sözleşmeye derç etmeye zorlayacakken, iş sahibi de asıl sözleşmenin kurulmasına yardımcı olacak esaslı koşulları tanımlama çabasına girecektir⁴⁶.

Sımsarlık, yukarıda belirtildiği gibi yasal temelde ücret karşılığı yapılan bir iş olduğundan, taraflarca bunun aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Buna karşılık taraflar, prensipte şekle bağlı olmayan bir sözleşmeyle⁴⁷ ücret miktarını belirleyebilirler⁴⁸. Ancak ispat güclüğü yaşanmaması adına, sözleşmelerin yazılı olarak yapılması tavsiye edilmektedir⁴⁹. Kural bu olmakla birlikte, konusu taşınmaz olan sımsarlık sözleşmeleri, şekil serbestisine istisna teşkil eder. Zira TBK m. 520/II uyarınca, bu tür sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşuludur⁵⁰.

vermiş olduğu bir kararda, sımsarın eylem ehliyeti bakımından mesleki faaliyet izninin bulunup bulunmamasının bir önemi olmadığına, her halükârda kendisinin haklara ve yükümlülüklerle ehil olduğuna hükmetmiştir (Streiff, *Handkommentar*, 68).

⁴⁴ Hukukumuzda avukatlık, hekimlik gibi bazı faaliyetler sımsarlığa elverişli değildir (1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 48; 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 64; 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimliği Birliği ile Odalarının Teşekkül Tazınına ve Göreceği İşlere Dair Kanun m. 33). Konusu bu faaliyetleri içeren sımsarlık sözleşmeleri TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür. Yargıtay da bir kararında (13. HD, 25.11.2019, E. 2017/4938, K. 2019/11484) bu sonuca ulaşmıştır [Bu yönde Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 508-509]. Yine Yargıtay bir başka kararında (11. HD, 21.09.1990, E. 1990/5664, K. 1990/5648) resmi ihale işlemlerinin sımsarlık sözleşmesine konu olamayacağına ve bu sebeple herhangi bir ücret talebinde bulunulamayacağına hükmetmiştir (Bu karar için Bozer ve Göle, *Ticari İşletme*, 148, dn. 51).

⁴⁵ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 4.

⁴⁶ Streiff, *Handkommentar*, 72.

⁴⁷ Streiff, *Handkommentar*, 66; Brunner, 34; Yıldız, "Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinin Şekli", 3046; Sıtkı Akyazan, "Tellallık", *BATİDER* VI, S. 3 (1972): 449. Gerçekten de sımsarlık sözleşmesi için kural olarak herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmamaktadır. Fiili davranışlar, söz gelimi sımsarın faaliyetlerine bilerek göz yumma veya onları örtülü olarak kabul etme, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Ancak bunun için asıl sözleşmenin karşı tarafının sımsarı aracı olarak görevlendirmemiş olması gerekir (Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 6; Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 10; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 5; Şener, *Ticari İşletme*, 307). Ayrıca sımsarlık sözleşmesine imza atan tarafların, asıl sözleşmenin tarafı olmaları da zorunlu değildir [Çağlayan, "Tellallık (Sımsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", 446].

⁴⁸ Yargıtay bir kararında (11. HD, 03.02.2021, E. 2021/2495, K. 2021/814) konusu profesyonel futbolcu transferine aracılık faaliyeti olan sımsarlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılamamasını, sımsarlık ücretinin kazanılmasına engel teşkil etmediğine hükmetmiştir (Karar için Bozer ve Göle, *Ticari İşletme*, 147-148).

⁴⁹ Burkhalter, *OFK*, Art 412, Nr 6; Brunner, 34; Büyüknacar, 225.

⁵⁰ Büyüknacar, 226. TTY 15/1'de yetkilendirme sözleşmelerinin aynı şekilde yazılı yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Şekle bağlı olan bu sözleşmenin, sinallagma ilişkisinin olmamasından ötürü sadece borç altına giren (iş sahibi) tarafından imzalanması yeterli olur (Bu yönde Şener, *Ticari İşletme*, 309; Bozkurt, *Ticari İşletme*, 510). Buna karşılık Yargıtay bir kararında (13. HD,

Bunun dışında, iş sahibinin veya satıcının, bir simsarın faaliyetini yahut aracılık çabasını açıkça reddetmesi mümkündür. Bu ihtimalde, simsar bir müşteri bağlasa, aracılık faaliyetinde bulunsa veya asıl sözleşme için fırsat sunsa dahi, geçerli bir simsarlık sözleşmesi bulunmadığından ücret ödeme yükümlülüğü doğmaz. Ayrıca burada bir vekâletin alenen inkârı söz konusu olduğundan, TBK m. 526 vd. düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine de dayanılmaz⁵¹.

Simsarlık ücretinin birinci şartı, geçerli bir sözleşmenin varlığı olduğuna göre, sözleşmenin sona ermesinin ücret hakkına doğrudan etkileri olacaktır. Bu etkiyi sağlıklı bir şekilde analiz edebilmek için sözleşmenin ileriye doğru mu yoksa geriye doğru mu sona erdiği konusunu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

2. Simsarlık Sözleşmesinin Sona Ermesinin Ücret Hakkına Etkisi

a. Simsarlık Sözleşmesinin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi ve Ücret Hakkına Etkisi

Simsarlık sözleşmesinin feshedilmesi, sona ermesi veya geçersiz kılınması farklı hukuki sonuçlara gebedir. Bu gibi hallerde Roma hukukunda sona erme şekilleri arasındaki farklılığı ortaya koyan “ex nunc” veya “ex tunc” etkiler önemli rol oynar. Gerçekten de feshedilen sözleşmelerin veya amacına ulaştığı için kendiliğinden sona eren sözleşmelerin, sona erme anına kadar yürürlükte olduğu ortadadır. Bilindiği üzere, bunlar etki ve bağlılığını ileriye yönelik olacak şekilde yitirir; geçmişe değil. Bu nedenle “ex nunc” etki olarak anılırlar. Dolayısıyla bu şekilde nihayet bulan simsarlık sözleşmeleri de ilk etapta geçerli olarak kurulmuş olacağından, ücret talep etmenin ilk şartı da gerçekleşmiş olur. Örneğin sözleşme, taraflardan birinin iflası, ölmesi veya -tüzel kişilikse- tasfiye haline girmesi nedeniyle son bulursa, sona erme geçmişe etkili sonuç doğurmaz ve diğer koşulların da oluşması durumunda simsarlık ücreti talep edilebilir⁵².

b. Simsarlık Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Sona Ermesi ve Ücret Hakkına Etkisi

Simsarlık sözleşmesinin geçmişe yönelik sona ermesi durumunda, ücret hakkının birinci şartı olan geçerli bir sözleşmenin varlığı ortadan kalkar. Geçmişe yönelik oradan kalkan simsarlık sözleşmesi ne geçmişte ne de gelecekte hukuki sonuç doğurabileceğinden, ücret hakkı da gündeme gelemez. Ücret ödenmişse, doğal olarak bunun iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilebilir. Yasadan kaynaklanan bu tür talepler, sözleşmenin batıl olması (kanuna- ahlaka aykırılık, ko-

03.04.1995, E. 1995/2689, K. 1995/3215) taşınmaz simsarlığı sözleşmelerinde her iki tarafın imzasının bulunmasını geçerlilik şartı olarak değerlendirmiştir (Karar için Şener, *Ticari İşletme*, 309, dn 112). Yargıtayın eski tarihli içtihatları tetkik edildiğinde, bu görüşü istikrarlı bir şekilde savunduğu anlaşılmaktadır. HGK, 10.07.1971, E. 1968/T-805, K. 1971/451 sayılı karar ve kararın ayrıntılı tahlili için bu yönde İsmail Doğanay, “Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesinde, Her İki Tarafın İmzalarının Birlikte Bulunması Şart mıdır?”, *BATİDER VI*, S. 2 (1971), özellikle 251-256. Aynı yönde Çeker, “Taşınmaz Simsarlığı”, 16-17.

⁵¹ Taşınmaz simsarlığı özelinde bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 67.

⁵² Tüm bu hususlarda Streiff, *Handkommentar*, 67, 70 dn 120.

nunun imkânsız olması) veya irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi hallerinde gündeme gelir. Zira bu gibi hallerde sözleşmenin temelindeki eksiklik, ağır, esaslı ve önemli niteliktedir. Başlangıçta geçerli olarak addedilen bir sözleşmenin bu şekilde geçmişe dönük olarak sona ermesi “ex tunc” sona erme olarak anılır⁵³.

c. Karşılıklı Anlaşma Yoluyla Sımsarlık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Ücret Hakkına Etkisi

Taraflar, sımsarın yetkisinin sona ermesi konusunda kendi aralarında anlaşmak suretiyle ikâle sözleşmesi yapabilir. İkâle sözleşmelerinde sadece sımsarın yetkisinin sona ermesi değil, tarafların karşılıklı borçları, özellikle ücret ve sair masraflarla ilgili hususlar da kararlaştırılır. Genel kabul uyarınca, bu iradenin geçmişe yönelik olmadığı, aksine fesih sözleşmesi kıyas alınarak sona ermenin ileriye etki doğurduğu kabul edilir. Buna karşılık, alışılmış bir durum olmamakla birlikte, istisnaen taraflar ayrıca ve açıkça belirtmek suretiyle sona ermenin geçmişe etkili olması konusunda mutabık kalabilir. Geçmişe etkili ikâle sözleşmelerinde -özellikle ücret hakkı başta olmak üzere mali haklarla ilgili olarak- tasfiyenin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin “bakiye kaydı” yer almalıdır; aksi halde karşılıklı olarak talep haklarının saklı tutulduğu kabul edilir⁵⁴.

C. GEÇERLİ BİR ASIL SÖZLEŞMENİN VARLIĞI

1. Temel Kural: Asıl Sözleşmenin Şeklen ve İçerik Olarak Hukuka Uygun Olması

Sımsarın ücret hakkını kazanabilmesi için gereken ikinci koşul, asıl sözleşmenin kurulmasıdır. Dikkat edilirse asıl sözleşmenin kurulması fırsatının oluşması, ücret hakkının doğumu için yeterli değildir⁵⁵. Mutlaka asıl sözleşmenin kurulması, yani tarafların esaslı noktalar üzerinde karşılıklı olarak anlaşmaları gerekir⁵⁶. Buna karşılık, tarafların kurulan asıl sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa edip etmemesi kural olarak sımsarın ücret hakkını etkilemez⁵⁷.

Diğer taraftan, sımsarlık ücretinin doğumu için asıl sözleşmenin kurulması tek başına yeterli olmamakta; kurulan sözleşmenin prensipte şeklen ve içerik olarak hukuka uygun olması da icap etmektedir⁵⁸. Bu itibarla, sözleşmenin ge-

⁵³ Yasal olarak sözleşmenin geriye yönelik sona erdirilmesinin istisnai bir durum olması ve uygulamada nadiren karşılaşılmaması konusunda Streiff, *Handkommentar*, 68.

⁵⁴ Streiff, *Handkommentar*, 70.

⁵⁵ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 4. Yazar aynı yerde, asıl sözleşmenin kurulmasını, sımsarlık ücreti açısından potansiyel nitelikte erteleyici şart (potestative Suspensivbedingung) olarak betimlemiştir.

⁵⁶ Söz gelimi, bir otel işletmesinin satışında müstakbel alıcı, satılan şeyi denetleme veya gözden geçirme hakkını saklı tutmuş ve ödeme koşulunun ucunu açık bırakmışsa, esaslı noktalarda uyulduğu söylenemez (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4).

⁵⁷ Arslanlı, *Umumi Hükümler*, 215; Oğuz İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 184; Akyazan, “Tellallık”, 448. Bu açıdan sımsarlık sözleşmesinin, komisyonculuk sözleşmesinden ayrıştığı ve sımsarın komisyoncunun konumundan daha iyi olduğu noktasında Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 85; Seçer, *Alım-Satım Komisyonculuğu*, 128.

⁵⁸ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 8; Bracher, *CHK*, Art 413, Rn 6; Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4b; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4; Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 85; Bozkurt, *Tellallık*, 222; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 790.

çerçliliği -yabancıların taşınmaz satın alımlarında olduğu gibi- resmi bir makamın iznine veya -vasi, yasal danışman, kayyım gibi- üçüncü bir kişinin icazetine bağlanmışsa, izin veya icazetle birlikte asıl sözleşme koşulu gerçekleşmiş olur⁵⁹. Yine taşınmaz satışını konu edinen simsarlıkta, asıl sözleşmenin resmi şekilde kurulması geçerlilik şartıdır (Türk Medeni Kanunu⁶⁰ m. 706/I; Türk Borçlar Kanunu m. 237/I, Tapu Kanunu⁶¹ m. 26). Ancak ücret hakkının doğumu bakımından tapuya tescil şart değildir. Çünkü tescil, kurulan asıl sözleşmenin ifası aşamasıyla ilgilidir⁶². Keza tarafların asıl sözleşme yapmadan önce bir ön akit yapmış olması, asıl sözleşmenin kurulduğu manasına gelmez⁶³.

Asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması kıstası, bilhassa irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilirliğin gündeme geldiği hallerde etkisini gösterir. Bilindiği üzere, akit tarafların irade sakatlığı nedeniyle asıl sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirebilmesi için bir yıllık süre içinde sözleşmeyle bağlı olmadıklarını karşı tarafa bildirmesi gerekir (TBK m. 39/I)⁶⁴. Oysaki hükümsüzlük halinde böyle bir süre kısıtı bulunmaz. Gerçekten de simsarlık ücretinin ödenmesinden sonra asıl sözleşme, söz gelimi esaslı hata nedeniyle iptal edilirse -bir yıllık süreye riayet edilmek kaydıyla- simsara ödenen ücretin iadesi, TBK m. 77 vd. düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca istenebilir. Ancak iptale sebep olan etken iş sahibinin uygun olmayan tutum ve davranışından kaynaklanmışsa ve simsar asıl sözleşmenin kurulma anında bu bilgiden yoksunsa ücret talep edebilir⁶⁵.

Benzer hukuki sonuçlar, asıl sözleşmenin batıl veya hükümsüz olması ihtimali için de caridir. Gerçekten de asıl sözleşmenin hükümsüzlüğü, iş sahibinin kusurundan kaynaklanmışsa simsar pekâlâ hakkın kötüye kullanılması argümanına dayanarak ücret hakkını ayakta tutabilir⁶⁶. Bunun dışında, kesin hükümsüzlüğe rağmen asıl sözleşmenin tarafları ifa etmiş oldukları edimlerin iadesini birbirlerinden talep etmezlerse, iş sahibinin hedeflediği ekonomik sonuç korunmuş olduğundan simsar yine ücrete hak kazanabilecektir⁶⁷.

⁵⁹ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4; Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 3f; Arkan, *Ticari İşletme*, 210; Bozkurt, *Tellalık*, 223.

⁶⁰ RG, 08.12.2001/24607.

⁶¹ RG, 29.12.1934/2892.

⁶² Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 228; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 99-100. Aksi yönde Aslı Makaracı Başak ve Seda Öktem Çevik, "Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik Kapsamında Yetkilendirme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Şekli", *BAUHFD* 14, S. 173-174 (2019): 20.

⁶³ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda (BGE 81 II 364 f), taraflar ön akde imza atmış ve aksini kararlaştırmamışlarsa, -ön akit iş sahibini kesin olarak bağlasa bile- bunun asıl sözleşmenin kurulması olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4).

⁶⁴ Aynı yönde Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4b; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 232; Bozkurt, *Tellalık*, 224.

⁶⁵ Arkan, *Ticari İşletme*, 211; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Beta 2021), 246; Bozkurt, *Tellalık*, 224; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 105.

⁶⁶ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 6; Büyüknacar, 232.

⁶⁷ Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 103.

Asıl sözleşmenin muvazaalı olması halinde ise muvazaanın türüne göre sımsarın ücret hakkına etkisini değerlendirmek icap eder. Eğer mutlak muvazaasız söz konusuysa asıl sözleşme kesin hükümsüz sayılacağından sımsarlık ücretinden bahsedilemez. Buna karşılık nispi muvazaada görünürdeki işlem irade sapsması yüzünden kesin hükümsüz olduğundan ücret söz konusu edilemezken, gizli işlem geçerlilik şartlarını haizse asıl sözleşme geçerli kabul edilir ve buna binaen sımsarlık ücreti de talep edilebilir⁶⁸.

Asıl sözleşmede aşırı yararlanma halinin mevcut olması durumunda ise sömürülenin tutumuna göre sımsarın ücret hakkının akıbeti belirlenir⁶⁹. Sömürülen, TBK m. 28 kapsamında, sözleşmeyle bağlı olmadığını zamanında karşı tarafa bildirmek suretiyle ediminin iadesini talep ederse, asıl sözleşme geçerliliğini yitirir ve sımsarlık ücretinin de iadesi gerekir. Buna karşılık sömürülen, aynı madde uyarınca edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini talep ederse, asıl sözleşme ayakta kalmaya devam edeceğinden sımsarlık ücretinin iadesi gerekmez. Ancak sımsarlık sözleşmesiyle ücret hakkı, asıl sözleşmedeki edim tutarına yüzde olarak bağlanmışsa, asıl sözleşmede indirim uğrayan bedel dikkate alınarak tekrar hesaplama yapılır ve ortaya çıkan fark kadar sımsarın iade borcu doğar.

Şu hâlde asıl sözleşmenin geçersiz olması, prensipte sımsarın ücret hakkını ortadan kaldırır. Buna karşılık, geçersizlik hali iş sahibi tarafından sımsara aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde zamanında bildirilmez ve sımsar durumdan habersiz şekilde faaliyetlerini sürdürürse, boşa yapmış olduğu uğraşlar nedeniyle maruz kaldığı zararın tazminini talep edebilir⁷⁰.

2. Sımsarlık Sözleşmesinde Asıl Sözleşmenin Kurulması Şartının Devre Dışı Bırakılması

Ücret hakkı bakımından -asıl sözleşmenin kurulması noktasında- başarılı bir sonucun ortaya çıkması şart olsa da bunun bazı istisnaları bulunur. Uygulamada karşılaşılan en yaygın görünüm, sımsarlık sözleşmelerine birtakım kayıtlar eklemek suretiyle ücret hakkı için aranan başarılı sonuç şartının devre dışı bırakılmasıdır⁷¹. Bu uğurda sımsarlar, sözleşmelere münhasırlık kaydı veya ücret

⁶⁸ Bu hususlarda Büyüknacar, 233; Sönmez, *Sımsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 53. Buna karşılık iş sahibi gizli işlemin geçersizliğini sımsardan gizlemişse ve sözleşme geçersiz kılınmışsa, iş sahibi için ekonomik amaç gerçekleşmediğinden sımsar yine ücret isteyemez; ancak boşa uğraşı için tazminat talep edebilir (Bakar, *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 105). İsviçre öğretisinde ise iş sahibinin nispi muvazaalı asıl sözleşmeyi sımsardan gizlemesi durumuna yönelik iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, iş sahibi muvazaayı sımsardan gizlediği için sımsarın her koşulda ücrete hak kazanması gerekir. Bu ihtimalde artık iş sahibinin hedeflediği ekonomik sonuç da dikkate alınmaz. İkinci görüşe göre ise sımsarın ücret talep hakkını, uğradığı zararla sınırlamak gerekir. Zira ortada sımsarın çabası sonucu kurulmuş bir sözleşme bulunmamaktadır (Bu yönde Yeniocak, "Tellallık Ücreti", 3125-3126).

⁶⁹ Aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için asıl sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olması gerekir (Sönmez, *Sımsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 56).

⁷⁰ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 229; Bakar, *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 102.

⁷¹ Streiff, *Handkommentar*, 72; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 3. Ücretin başarılı sonuç yerine sımsarın çabasına özgülenmesi durumu da bu yönde bir istisna teşkil eder (Bracher, *CHK*, Art 412, Nr 13).

garantisi kaydı düşme çabasına girerler⁷². Zira aksi halde iş sahibi, simsarın ücret beklentisini azaltmak adına kolaylıkla aynı iş için birden fazla simsarla sözleşme yapabilir veya bizzat kendisi potansiyel sözleşme partneri arayışına girebilir⁷³.

Münhasırlık kaydına aykırılığın sonuçları, sözleşmenin içeriğine ve tarafların menfaatlerine göre belirlenmelidir. Bu kayıtlarla simsarın faaliyetleri ve kurulan asıl sözleşme arasındaki illiyet bağı devre dışı bırakılmak istenmişse, asıl sözleşme simsarın katkısı olmadan kurulmuş olsa bile -örneğin iş sahibi, simsardan bağımsız hareket ederek kendisi potansiyel bir müşteri bulmuş ve onunla sözleşme yapmışsa- simsara “ücret” ödenmesi gerekir. Ancak yalnızca iş sahibinin -bir başka simsarla anlaşma yapmaması şeklindeki- özen yükümlülüğüne uygun davranması amaçlanmışsa, aykırılık durumunda iş sahibinden “tazminat” talep edilebilir⁷⁴. Dolayısıyla, kaydın ratio legisine göre, simsarın talep edebileceği mali hakkın içeriğinde değişiklik meydana gelmektedir.

Ücret garantisi kaydında ise asıl sözleşme kurulmasa dahi simsara ücretinin ödeneceği yönünde teminat verilir⁷⁵. Şüphesiz bu istisnayı aşan müstesna bir durum teşkil eder ve ticari ahlak kuralları ile simsarlık hukukunun genel mantığına pek uygun düşmez. Yine de taraflar simsarlık sözleşmelerinde ücret hakkının doğumu için asıl sözleşmenin kurulma gerekliliğini devre dışı bırakabilir. Bu kabul, simsarın ücret hakkını düzenleyen TBK m. 521 kuralının tamamlayıcı nitelikte olmasından kaynaklanır⁷⁶. Buna karşılık ücret garantisi kayıtlarını, simsarın hiçbir faaliyette bulunmasa dahi ücrete hak kazanabileceği şeklinde yorumlamamak gerekir. Simsar faaliyette bulunmuş, fakat asıl sözleşme kurulmamışsa, bu kayda istinaden ücret talep edebilir. Dolayısıyla ücret garantisi kaydıyla devre dışı bırakılan asıl sözleşmenin kurulma gerekliliğidir; yoksa simsarın faaliyette bulunma külfeti bu kayda rağmen devam eder⁷⁷.

Öğretide bir görüş, ücret için asıl sözleşmenin kurulması gerekliliğinin TBK m. 521/1 kapsamında nispi emredici nitelikte olduğunu; dolayısıyla asıl sözleşme kurulmaksızın simsara ücret ödeneceğine dair anlaşma maddelerinin hükümsüz sayılması gerektiğini savunur [Neytullah Gül, “Simsarın Ücret Hakkı”, *AÜHF* 4, S. 64 (2016): 2797]. Ancak gerek sözleşme serbestisi gerekse bu serbestiyi daha ileri düzeye taşıyan simsarlık hukukuna ilişkin liberal yaklaşım bu teze katılmamızı güçleştirmektedir.

⁷² İsviçre yazınında ve yargı pratiğinde bu kayıtların geçerli kabul edilmesi noktasında Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 13.

⁷³ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 8.

⁷⁴ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 17; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 9; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 13, 15. Yazarların aynı yerde aktardığı üzere, İsviçre öğretisi ve içtihatlarında, sözleşmeye münhasırlık kaydı konulması durumunda, simsarın faaliyette bulunma yükümlülüğünün ortaya çıktığı kabul edilir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu kapsamında bir kararı için Şener Akyol, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1974 Yılı Borçlar Hukuku Kararları”, *İÜMHAD*, S. 13 (1976): 184 vd. Türk hukukunda aynı yönde Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 507; Bozkurt, *Ticari İşletme*, 513.

⁷⁵ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 17; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 13. Sözleşmeye ücret garantisi kaydı düşülmüşse, bundan hem illiyet bağı koşulunun devre dışı bırakıldığı hem de asıl sözleşmenin kurulmadığı hallerde bile simsara ücret ödeneceği hususu anlaşılır (Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 9; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 311).

⁷⁶ Streiff, *Handkommentar*, 72.

⁷⁷ Benzer yönde Büyüknacar, 262. Nitekim öğretilerdeki bir görüşe göre, bu kayda rağmen simsarın ücret talep edebilmesi için en azından başarılı sonuca yönelik bir girişimde bulunmuş olması

Başarılı sonucun devre dışı bırakıldığı bir diğer durum, fırsat simsarlığı türünde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre taraflar, asıl sözleşmenin kurulup kurulmamasından bağımsız olarak, fırsatın sunulmasıyla birlikte başarı şartının gerçekleşeceği hususunu kararlaştırabilir⁷⁸.

Toparlamak gerekirse hangi tür simsarlık olursa olsun “başarılı sonucun gerçekleşmesi”, ücret hakkı bakımından temel şart teşkil eder. Fakat taraflar bu şartı-asıl sözleşmenin ifasının aranmasında olduğu gibi⁷⁹- güçleştirebilir, hafifletirebilir veya sözleşmeye yukarıdaki gibi kayıtlar düşerek tamamen devre dışı bırakabilir⁸⁰.

3. Asıl Sözleşmenin Şarta Bağlanması

İş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki asıl sözleşmenin geçerliliği şarta bağlanabilir. Bu konuyla ilgili olarak TBK m. 572/II’de açık bir düzenleme bulunur. Buna göre, “Simsarlık faaliyeti sonucunda kurulan sözleşme geciktirici koşula bağlanmışsa ücret, koşulun gerçekleşmesi hâlinde ödenir”. Kuraldan açıkça anlaşıldığı üzere, asıl sözleşmede geciktirici şart mevcutsa simsar şartın devreye girmesiyle birlikte ücrete hak kazanacaktır⁸¹. Bununla birlikte şartın gerçekleşmemesine yönelik dürüstlüğe aykırı uygulamalar buna istisna teşkil eder⁸². Bu itibarla iş sahibi, simsarın bulduğu kişiyle anlaşmak istemekle birlikte, simsara ücret ödememek uğruna simsarlık sözleşmesinden döner veya sözleşmeyi süresinden önce sona erdirirse, asıl sözleşmedeki geciktirici şart gerçekleşmiş sayılır.

gerekir (Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 9). Yine bir başka görüşe göre, ücret garantisi kaydının bulunduğu hallerde, simsar iş sahibi için bir faaliyette bulunmuşsa ücrete hak kazanabilir. Bu görüş kapsamında, ücret için başarılı sonuç aramak yerine işlemin gerçekleşmesi için belli bir zaman harcama ve faaliyette bulunma şart koşulmuşsa artık taraflar arasındaki sözleşmeyi simsarlık değil, vekâlet olarak nitelendirmek gerekir (Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 14). Buna karşılık, hiçbir faaliyet göstermese bile simsarın ücrete hak kazanacağı kararlaştırılmışsa, taraflar arasındaki sözleşmeyi “bağışlama vaadi” olarak nitelendirmek isabetli olur (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 313; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 98-99; Şener, *Ticari İşletme*, 326). Ancak bu son ihtimalde iş sahibi tüketici konumundaysa anılan şart 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG, 28.11.2013/28835) m. 3/I anlamında haksız şart olarak değerlendirilip geçersiz sayılabilir (Bozkurt, *Ticari İşletme*, 515).

⁷⁸ Streiff, *Handkommentar*, 72.

⁷⁹ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme*, 354.

⁸⁰ Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4c. Öğretide Çeker, Alman Koblenz Eyalet Mahkemesinin vermiş olduğu bir karardan hareketle (LG Koblenz, 17.09.2012, IBRSS 2013, 1371), bu tür sözleşmesel kayıtların geçerli olabilmesi için genel işlem şartlarına ilişkin kurallara uygun olması gerektiğini, dolayısıyla müşterinin bilgisi dışında sözleşmelere tek taraflı konulan bu tür kayıtları TBK m. 21 uyarınca yazılmamış saymak gerektiğini savunur (Çeker, “Taşınmaz Simsarlığı”, 17-18).

⁸¹ Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmemesi belli olmayan bir olguya bağlanmışsa bu sözleşme geciktirici şarta bağlanmış demektir (TBK m. 170/I). Şart, Roma hukuku temelli bir müessesedir. Ancak o dönemde bugünkü manada bozucu şart bilinmediğinden, şart denildiğinde yalnızca erteleyici formu anlaşılırdı [Ayrıntılı bilgi için Erdem Fahri Kaşak, “Roma Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (koşul, Condictio)”, *İnÜHFD* 10, S. 2 (2019): 554]. Simsarlık uygulaması açısından, asıl sözleşmenin varlığı üçüncü bir kişinin onayına veya icazetine bağlanmışsa bu durum da geciktirici şart olarak değerlendirilir (Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4a).

⁸² Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 14.

Dolayısıyla, simsara ücretini ödemek gerekir⁸³. Kaldı ki bu gibi hallerde, yukarıda belirtildiği üzere, garanti kaydı koymak suretiyle de ücret hakkı güvence altına alınabilir.

Kuralın aksi kanıtından, asıl sözleşmenin bozucu şarta bağlandığı hallerde, simsarlık ücretinin bundan etkilenmeyeceği anlaşılmaktadır⁸⁴. Mehz hukuk öğretisinde, eskiden benimsenen fikrin aksine, bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda ödenen simsarlık ücretinin TBK m. 77 vd. kapsamında iadesinin istenemeyeceği kabul edilmektedir. Çünkü bu ihtimalde, tarafların karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi sonlandırmalarına ilişkin hukuki durum (ikâle) kıyas alınmalıdır⁸⁵.

Son olarak taraflar simsarlık sözleşmesiyle, ücret hakkını asıl sözleşmesinin ifası şartına bağlamış ve temel kuraldan sapmış olabilir. Örneğin, taşınmaz simsarlığında taraflar, ücret borcunu tapuya tescil durumuna özgüleyebilirler. Öğretilerde bu gibi hallerde, şüphe halinde bunu geciktirici şart olarak değil, bir mehil olarak yorumlamak gerektiği savunulur. Ancak somut duruma göre, özel durumlarda aksi bir sonuca ulaşılabileceği de vurgulanmaktadır⁸⁶.

4. Asıl Sözleşmenin Kurulup Kurulmaması Noktasında İş Sahibinin Takdir Yetkisinin Bulunması

Yukarıda sayılan istisnalar dışında, asıl sözleşmenin kurulmasıyla birlikte simsar ücrete hak kazanır. Ancak asıl sözleşmeyi imzalayıp imzalamamak tamamen iş sahibinin takdiridir. Bu açıdan iş sahibi, asıl sözleşmedeki partnerini seçme konusunda özgürdür⁸⁷.

Simsarın ücret hakkının doğumu noktasında ilk aşamada simsarın faaliyetleriyle sözleşme yapma niyetindeki kişiyi bulmasına ve ikinci aşamada iş sahibinin simsarın bulunduğu kişiyle sözleşme yapmaya ikna olmasına ilişkin gereklilikler, bir anlamda ücretin doğumunun çifte şarta bağlandığı anlamına gelir. Bu nedenle

⁸³ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 2.

⁸⁴ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 19. Aynı yönde Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 14; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 10; Bahtiyar, *Ticari İşletme*, 246; Bozkurt, *Tellalık*, 230-231; Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4d. Ancak bu son yazara göre, asıl sözleşme bozucu şarta bağlanmışsa, simsarlık sözleşmesinde şartın gerçekleşmesi durumunda ücretin ödenip ödenmeyeceği hususunu tarafların açıkça kararlaştırması gerekir. Aksi halde yalnızca "erteleyici şartın" zikredildiği OR 413/II (TBK m. 572/II) düzenlemesi ile OR 154/II (TBK m. 173/III) düzenlemesini bağdaştırmak hiçbir şekilde mümkün olmaz (Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 4d). Yazarın göndermede bulunduğu OR 154/II kuralında (TBK m. 173/III), bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda sona ermenin "kural olarak" geçmişe etkili olmadığı vurgulanmaktadır.

⁸⁵ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 10. Tarafların anlaşarak asıl sözleşmeyi sonlandırmaları, simsarın ücret hakkını kazanmasına engel olmaz. Aynı durum, asıl sözleşme kurulduktan sonra herhangi bir kişinin bu sözleşme bağlamında önalım hakkını kullanması durumunda da geçerlidir (Şener, *Ticari İşletme*, 321).

⁸⁶ Becker (Çev. Dura), "Tellalık Sözleşmesi", 86.

⁸⁷ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 7; Ammann, *BSK I*, Art 412, Nr 11; Becker (Çev. Dura), "Tellalık Sözleşmesi", 84.

mehaz hukuk öğretisinde simsarlık sözleşmesinin tesadüfe bağlı sözleşme karakteri (aleatorischer Charakter) gösterdiği söylenir⁸⁸.

Diğer taraftan, iş sahibinin asıl sözleşmeyi imzalama noktasındaki muhtemel kayıtsızlığı, prensipte simsarın ücret istemini engellemeye yönelik ve dürüstlüğü aykırılık teşkil eden bir tutum olarak ele alınamaz. Zira aksi kabul, TBK m. 521 kuralının içini boşaltmak anlamına gelir. Şüphesiz buradaki “muhtemel kayıtsızlık” vurgusunu “açık bir kötüye kullanma” ile eş değer görmemek ve somut olaya göre TMK m. 2 kapsamında durumu ayrıca değerlendirmek gerekir⁸⁹. Özellikle taşınmaz simsarlığı uygulamasında, iş sahibinin asıl sözleşmeyi arzulanı belirlettikten sonra simsarın bulduğu kişiyle anlaşış simsarı aradan çıkarmaları kuşkusuz dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Nitekim TTY m. 20/VIII’de bu yaygın kötüye kullanımların simsarın ücret talebine engel olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “*Taşınmazın yetkilendirme sözleşmesinin süresi içinde, taşınmaz gösterme belgesini düzenleyen işletme veya sözleşmeli işletme bertaraf edilerek doğrudan iş sahibinden satın alınması veya kiralanması durumunda hizmet bedeline hak kazanılır.*” Alıntılanan kuralda “işletme” vurgusunun yapılmış olması oldukça manidardır. Bu vurgudan hareketle yönetmelik koyucunun sadece mesleki olarak simsarlık faaliyeti sürdüren ticari işletmeler ile esnaf işletmelerini özel koruma şemsiyesi altına aldığı anlaşılmaktadır. TTY’nin bütününe bakıldığında, bu sonucu doğal kabul etmek gerekir. Gerçekten de TTY m. 5/I uyarınca taşınmaz ticareti⁹⁰ (simsarlığı) artık yalnızca yetki belgesine⁹¹ sahip işletme ve sözleşmeli işletmeler⁹² tarafından yapılabilmektedir.

Kuralda ikinci dikkati çeken husus, uygulamada yer gösterme tutanağı” olarak da bilinen “taşınmaz gösterme belgesi”nden bahsedilerek kavramın tali mevzuata dahil edilmiş olmasıdır. Esasen “yer gösterme” faaliyeti maddi bir ey-

⁸⁸ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 3; Gautschi, *BK*, Art 413, Nr 11a. Türk hukukunda aynı yönde Bozkurt, *Tellalık*, 142, 220; Öcal Apaydın, “Çifte Simsarlık Faaliyeti”, 152; Sarı, “Fikri Ürün”, 399; 49.Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*.

⁸⁹ Streiff, *Handkommentar*, 76. Aynı yönde Büyüknacar, 237.

⁹⁰ Taşınmaz ticareti ile kastedilmek istenenin ne olduğu TTY m. 4/I (k) bendinde belirtilmiştir. Buna göre “*Taşınmaz ticareti: Tapu kütüğüne kayıtlı olsun ya da olmasın taşınmaz alım satımı, pazarlanması ve kiralanmasına aracılık faaliyetleri ile bu faaliyetlerle birlikte yürütülen ve 13’üncü maddede belirtilen diğer faaliyetleri... ifade eder.*”

⁹¹ TTY m. 5/II uyarınca yetki belgesi, işletmenin bulunduğu yerdeki İl Ticaret Müdürlüğü tarafından ve Taşınmaz Ticareti Bilgi Sistemi üzerinden verilir, yenilenir ve iptal edilir. Yetki belgesi (ruhsat) olmaksızın bu türden faaliyetlerde bulunan simsarlar ile yapılan sözleşmeler, daha önce de vurgulandığı üzere hükümsüz sayılmaktadır.

⁹² Kuşkusuz burada işleten; gerçek kişi tacir, esnaf veya tüzel kişi olabilir. Kaldı ki Yönetmelik’te bu yüzden tüm bu ilgilileri kucaklayacak şekilde “sorumlu emlak danışmanı” kavramı kullanılmıştır [TTY m. 4/I (i)]. Ayrıca TTY’de taşınmaz simsarlığına da konu olabilen “yetkilendirme sözleşmesi” kavramı tercih sebebi olmuştur (TTY m. 15). Fakat aynı kuralda, “işletme”nin sözleşmenin tarafı olarak anılması isabetli olmamıştır. Zira bilindiği üzere, “işletme”nin ne tüzel kişiliği ne de eylem ehliyeti bulunur [Bu yöndeki haklı eleştirisi için Makaracı Başak ve Öktem Çevik, “Yetkilendirme Sözleşmesi”, 15-16].

lem olduğundan, kural olarak bunun varlığının veya yokluğunun ispatı için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹³ m. 200 anlamında kesin delile ihtiyaç duyulmaz. Ancak yine de taraflar, simsarın aradan çıkarılmak suretiyle sözleşme yapılması riskini bertaraf etmek adına bu türden bir belge hazırlamakta ve böylelikle ücret hakkının doğumu noktasında uygun illiyet bağı tesis edilmekteydi⁹⁴. Uygulamadaki bu durumun tali de olsa mevzuata girmesi önemli bir gelişmedir.

5. Hedeflenen Asıl Sözleşme Dışında Başka Bir Sözleşmeye İmza Atılması

Simsarın uğraş verdiği asıl sözleşme dışında başka bir sözleşmeye imza atılması durumunda ücret hakkının doğup doğmayacağı sorusu akla gelebilir. Örneğin simsar, taşınmaz satış sözleşmesi için uğraş vermesine rağmen asıl sözleşme tarafları 99 yıllık bir üst hakkı sözleşmesine imza atmışlarsa hukuki durum ne olacaktır? TBK m. 521 kuralı katı bir şekilde bu somut probleme atlanırsa, simsarın ücret talebinde bulunamaması gerekir. Ancak mehaz hukukun yargı pratiğinde mesele şekli unsurlara dayalı olarak çözülmemekte, aksine iktisadi gerçeklerin izi sürülmektedir. Buna göre kilit nokta, hedeflenen asıl sözleşme ile eş değer, benzer, yakın veya karşılaştırılabilir bir ekonomik sonucun ortaya çıkıp çıkmadığıdır⁹⁵. Daha açık ifade etmek gerekirse, iş sahibinin bakış açısından, hedeflenen asıl sözleşme ile ekonomik açıdan benzer bir sonucun ortaya çıkmış olması, simsarın ücret hakkının doğması bakımından yeterli olacaktır. Bu bağlamda, taşınmaz satış sözleşmesi yerine 99 yıllık üst hakkı sözleşmesi eş değer olarak görülebilir⁹⁶. Buna karşılık Federal Mahkeme benzer bir başka uyuşmazlıkta (BGE 114 II 359 f. E. 3), somut olayın özelliği sebebiyle farklı bir sonuca

⁹³ RG, 04.02.2011/27836.

⁹⁴ Bu yönde Bozkurt, *Ticari İşletme*, 510-511. Yazarın aynı yerde, taşınmaz simsarlığını konu olan Yargıtay kararlarından yola çıkarak belirttiği üzere, uygulamada yer gösterme tutanağı iki noktada uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Birincisi, tarafların yazılı simsarlık sözleşmesi yapmadan sadece yer gösterme tutanağı düzenlemiş olması; ikincisi ise taraflarca beyaza imzalı olacak şekilde kaleme alınan ve daha sonra içeriği doldurulan taşınmaz simsarlığı sözleşmelerinde, taşınmazın gezdirildiğine dair madde konulmasıdır. Yazarın belirttiği gibi, ilk durumda, tek taraflı kaleme alınan yer gösterme tutanağını, iki taraflı hukuki işlem mahiyetinde olan simsarlık sözleşmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği hususuna ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Özellikle simsarlık sözleşmesinin unsurlarını taşımayan yer gösterme tutanaklarına sözleşme vasfı yüklemek gerekir. [Dolayısıyla sadece taşınmazın gezdirildiği bilgisi ile cezai şart içeren bir tutanağın taraflarca imzalanması, onu simsarlık sözleşmesi mertebesine ulaştırmaz. Tutanağa, özellikle ücret başta olmak üzere, süre gibi birtakım sözleşmesel unsurların da eklenmesi gerekir. Bu yönde Çağlayan, "Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", 449-450]. İkinci olarak taşınmazın gezdirilmesi vakası, beyaza imzalı da olsa bir simsarlık sözleşmesiyle düzenleme altına alınmışsa -yani gezdirme olgusunun varlığı yazılı belge ile güçlendirilmişse- bunun aksinin de yazılı olarak kanıtlanması icap eder. Yargıtay da bu görüştedir (HGK, 09.12.2020, E. 2017/13-588, K. 2020/1019).

⁹⁵ Türk hukukunda aynı yönde Yeniocak, "Tellallık Ücreti", 3123; Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 51.

⁹⁶ Streiff, *Handkommentar*, 77. Keza İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında (BGE 114 II 357), restoran işletmesi işleten limited ortaklığın, bu işletmeye ait ürün kirası sözleşmesini devretmek ve demirbaşları satmak yerine, şirket paylarını devretmesini, aynı ekonomik amaca öngülenmiş eş değer işlem saymıştır (Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 5).

hükmetmiştir. Karara konu olayda, hedeflenen taşınmaz satış sözleşmesi yerine o taşınmaz üzerinde yine üst hakkı tesisi sağlanmıştır. Fakat mahkeme bu kez, simsarlık sözleşmesinde belirtilen parselin sadece bir kısmının asıl sözleşmeye (üst hakkı sözleşmesine) konu olmasını gerekçe göstererek ücrette indirim yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁹⁷.

Bununla birlikte, satış sözleşmesi yerine uzun süreli kira sözleşmesi yapılması, öğretide ekonomik açıdan eş değer görülmemektedir⁹⁸. Fakat bu ihtimalde her ne kadar hedeflenen ve yapılan sözleşmeler bakımından ekonomik olarak özdeşlik kurulamasa da neticede simsar bir faaliyette bulunmuştur ve bu faaliyetinin sonunda taraflar bir sözleşmeye imza atmışlardır. Bu nedenle, kira sözleşmesinde kararlaştırılan bedel referans alınmak suretiyle simsara ücret ödenmesi adil ve isabetli olur⁹⁹.

Bunun dışında uygulamada, kiralama amacıyla girişilen işlerde sözleşme yapma niyetindeki müşterinin ilgisi sıklıkla satışa doğru kayabilmektedir. Bu gibi hallerde simsarın kira sözleşmesi yerine satış sözleşmesine aracılık yaptığı ve ücret hakkını ileri sürebileceği kabul edilmelidir¹⁰⁰. Simsarın ücreti belirlenirken kuşkusuz satım sözleşmesindeki bedeli referans almak gerekir. Bunun dışında asıl sözleşme tarafları, hedeflenen satış sözleşmesi yerine finansal kiralama (Leasing) sözleşmesine imza atabilir ki burada ekonomik yarar kıstasını yorumlamak kuyumcu titizliği gerektirir. Kanımızca sözleşmede belirtilen sürenin sonunda finansal kiralamaya konu ürünler çoğu zaman sembolik bir bedel karşılığında kiracının mülkiyetine geçeceğinden, satış sözleşmeleri ile finansal kiralama sözleşmeleri arasında, simsarın ücret hakkını elde etmesi noktasında ekonomik bir benzerlik olduğu kabul edilebilir. Ancak tüm bu tartışmalara son verecek şekilde simsarlık sözleşmesine bir kural koymak ve asıl sözleşme dışında başka bir sözleşmeye imza atılması durumunda simsarın ücret talep edebileceğini belirtmek en isabetli yöntem olur.

6. Simsarlık Sözleşmesinin Sona Ermesi veya Hükümsüzlüğünden Sonra Asıl Sözleşmenin Kurulması

Simsarlık sözleşmesi etkisini yitirdikten sonra asıl sözleşmenin kurulması durumunda simsarın ücret talebinde bulunup bulunmayacağı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Hemen belirtelim ki, ücret hakkının doğumu bakımından belirleyici olan nokta, prensipte simsarın sözleşmenin yürürlükte olduğu zaman dilimi içinde müşteriye bulması, yani faaliyetini gerçekleştirmesidir. Ancak bazı hallerde, simsarın asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik tüm çabası,

⁹⁷ Söz konusu karar ve kararın tahlili için Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 4.

⁹⁸ Streiff, *Handkommentar*, 77.

⁹⁹ Aynı yönde Gül, 2802.

¹⁰⁰ Streiff, *Handkommentar*, 78.

simsarlık sözleşmesinin sona ermesinden sonra etkisini gösterebilir. Bu noktada ücret hakkının doğumu bakımından belirleyici olan temel faktör, simsarın faaliyeti ile asıl sözleşmenin kurulması arasında sözleşme süresini aşan bir bağlantının (zamansal eşgüdüm) bulunup bulunmadığı hususudur. Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, asıl sözleşme, simsarlık sözleşmesinin sona ermesinden sonra kurulmuş olsa bile duruma göre simsar ücret hakkını koruyabilir. En basitinden asıl sözleşme, simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde simsarın sarf ettiği faaliyetler nedeniyle, fakat simsarlık sözleşmesi sona erdikten sonra kurulmuşsa simsara ücretinin ödenmesi gerekir. Çünkü bu ihtimalde, asıl sözleşmenin kurulması ile simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşen simsarlık faaliyeti arasında zamansal bir eşgüdüm bulunduğu kabul edilir¹⁰¹.

Özetle asıl sözleşme, simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde simsarın faaliyetlerine dayandırılabilirdiği ölçüde simsara ücrete hakkı tanımak gerekir¹⁰². Dolayısıyla ücret hakkının doğumu bakımından, sözleşmenin yürürlükte olduğu zamanda simsarın faaliyetlerine dikkat kesilmek gerekecektir. Burada da şüphesiz en temel sorun yine ispat konusunda gündeme gelecektir.

Bu aşamada, süreli simsarlık sözleşmeleri bakımından gündeme gelen bir diğer soruna temas etmek gerekir. Şöyle ki uygulamada bazen iş sahipleri, hariçen sosyal temas kurduğu kişilerle anlaşmak adına simsar tarafından kendilerine sunulan bütün teklifleri geri çevirmekte ve simsarlık sözleşmesindeki sürenin dolmasını beklemektedir. Bu ihtimalde, iş sahibinin TBK m. 175/I kapsamında asıl sözleşmenin gerçekleşmesi şartını dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde engel olduğu kabul edilmeli ve simsara ücret hakkı tanınmalıdır¹⁰³.

Bu noktada en çetrefilli durum, simsarın asıl sözleşmeye konu bir işlemi iş sahibine önermesi; o dönem için işleme sıcak bakmayan iş sahibinin simsarlık sözleşmesi sona erdikten sonra aynı işlemi bir başka simsarın mahareti aracılığıyla gerçekleştirmesinde karşımıza çıkar. Bu ihtimalde ise iş sahibinin ilk sözleşmenin feshedildiğini ve ikinci bir simsar yardımıyla, bilhassa onun belirgin çabaları sonucunda asıl sözleşmeye imza attığını ispatlaması gerekir. Zira burada ilk sözleşmenin feshedilmesi olgusundan ve sonraki simsarlık sözleşmesinin varlığından lehine haklar çıkaran, ilk simsarlık ücretinden kaçınmak isteyen iş sahibidir. İspat girişiminin başarısız olması halinde, iş sahibinin birinci simsarı devreden çıkarmaya çalıştığı ve ona da ücret ödemesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 67, 71.

¹⁰² Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 14. Bu gibi hallerde, acenteliğe ilişkin TTK m. 113'ün kıyas noktası alınabileceği konusunda Makaracı Başak ve Öktem Çevik, "Yetkilendirme Sözleşmesi", 21-22.

¹⁰³ Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 113.

¹⁰⁴ Uygulamada özellikle taşınmaz simsarlığında bu tür sorunlar gündeme gelebilmektedir. Yargıtay da bir kararında (13 HD, 17.06.2013, E. 2013/7093, K. 2013/16487) benzer tespitlerde bulunmuştur. Kararın ilgisi kısmı şu şekildedir: "...Davacı, 7.8.2008 tarihli ... sözleşmesine istinaden taşınmazın gösterildiğini ve kendisinin saf dışı bırakılarak taşınmazın satın alınması sebebi ile söz-

D. ASIL SÖZLEŞME İLE SİMSARIN FAALİYETLERİ ARASINDA İLLİYET BAĞININ BULUNMASI

1. Klasik ve Psikolojik İlliyet Bağının Kurulması

Sımsarın ücret talep edebilmesinin üçüncü şartı, asıl sözleşme ile sımsarın faaliyetleri arasında illiyet bağlantısının bulunmasıdır¹⁰⁵. İlliyet bağı şartı açısından sımsarın faaliyetleri duruma göre aracılık şeklinde olabileceği gibi, sözleşme fırsatı sunma şeklinde de olabilir.

İlliyet bağı kurulmadığı takdirde, her türlü ücret talebi prensip olarak devre dışı kalır. Ücret hakkı bakımından aranan bu üçüncü şartın gerçekleşebilmesi için sımsarın bağlantılı olduğu kişilere veya kendi faaliyetlerine dayanarak asıl sözleşme için iş sahibine fırsat sunması ya da asıl sözleşmenin imzalanmasına aracılık etmesi icap eder. Söz gelimi, üçüncü kişi tarafından gazeteye verilmiş bulunan bir ilan iş sahibine fırsat olarak sunulur, ancak iş sahibi bu ilanı zaten önceden okumuş ve üçüncü kişiyle sözleşme yapmış olursa, illiyet bağı kurulmadığından ücret talep edilemez. Buna karşılık iş sahibi gazetede ki ilanı kendi menfaatlerine uygun görmemiş ve sımsarın açıklamaları sonunda asıl sözleşmeyi yapmaya ikna olmuşsa artık illiyet bağı kurulmuş olur¹⁰⁶. Dolayısıyla fırsat sımsarlığında, kural olarak fırsatın sunulduğunun kanıtlanmış olması, illiyet bağının kurulması açısından yeterli olur. Buna karşılık iş sahibi, karşı ispat faaliyeti olarak kendisine sunulan fırsatı önceden bildiğini, daha açık ifade etmek gerekirse, işaret edilen üçüncü kişinin asıl sözleşme yapmaya istekli olduğunu zaten bildiğini ileri sürüp ispatlayarak illiyet bağını koparabilir¹⁰⁷.

leşmede kararlaştırılan ücretin ödenmesini talep etmiş, davalı ise sözleşmeyi kabul etmiş; ancak malik ile davacı arasında herhangi bir sözleşme olmadığını, malikin davacıya yetki vermediğini, kendisinin malik ile irtibata geçerek taşınmazı aldığını belirterek davanın reddini dilemiştir... Davalı her ne kadar savunmasında dava dışı taşınmaz sahibinin muvafakatinin bulunmaması nedeni ile davaya konu taşınmazı daha sonradan başka bir emlakçı aracılığı ile satın aldığını savunmuş ise de davacı ile yapılan sözleşmeyi feshettikten sonra başka bir emlakçı ile yeni bir sözleşme imzaladığını ve bu emlakçı aracılığı ile sonradan aynı yeri satın aldığını ispat edemediğinden davaya konu edilen sözleşmenin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Hal böyle olunca sözleşme içeriğinin değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir... (Yargıtay Karar Arama).

¹⁰⁵ Burada "sımsarın faaliyetleri" ifadesini geniş yorumlamak gerekir. Sımsar, asıl sözleşmenin kurulmasına dolaylı şekilde katkı sağlamış olabilir. Bu gibi hallerde de illiyet bağının varlığını kabul etmek isabetli olur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmazlar özelinde vermiş olduğu bir kararda (Karar No: 4A 337/2011), sımsarın ücret talebinde bulunabilmesi için doğrudan kendi faaliyetleriyle taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmuş olmasının bir zorunluluk teşkil etmediğine dikkat çekmiştir. Yüksek mahkemeye göre, sözleşme yapma niyetinde olanın satın alma kararı ile aracılık faaliyeti arasında -akamete uğrayan sözleşme müzakerelerinin devamını sağlama şeklinde bile olsa- uygun nedensellik bağının bulunması yeterli olur; yeter ki asıl sözleşme kurulmuş olsun. Keza, sımsarın ücret talep edebilmesi için, asıl sözleşme taraflarının yürüttüğü müzakerelerin sonuna kadar orada hazır bulunması da şart değildir [Boris Grell, "Vermittlungs- oder Nachweisprovision im Maklerrecht", *TREX* (2016): 165].

¹⁰⁶ Streiff, *Handkommentar*, 79.

¹⁰⁷ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 7.

Buna karşılık aracı simsarlıkta, simsarın faaliyetleriyle üçüncü kişinin asıl sözleşmeyi yapma kararını etkilediğini kanıtlanması gerekir. Ancak simsarın ücret hakkını elde edebilmesi için kendi faaliyetlerinin sonuca doğrudan etki etme zorunluluğu bulunmaz; bu açıdan psikolojik illiyetin tesisi yeterli görülür¹⁰⁸. Psikolojik illiyet, Roma hukukunda göz önünde tutulan ve İsviçre yargı pratiğine de damgasını vuran önemli bir müessesedir¹⁰⁹. Esasen psikolojik illiyetle, sözleşme yapma niyetinde olanların iradesinin oluşumuna uzaktan da olsa etki eden tüm faktörlere hukuki önem atfedilmek istenir. Klasik illiyet bağı ile aralarındaki farklılık oldukça muğlak olmakla birlikte, teorinin ücret talep hakkı bakımından simsarın işini daha da kolaylaştırdığı söylenebilir. Çünkü psikolojik illiyet dik-kate alındığında, -aracılık yapan- simsar, asıl sözleşmeyi imzalaması konusunda üçüncü kişiyi motive ettiğini ispat etmek zorunda değildir. Bu konuda yalnızca faaliyette bulunduğunu ve onun iradesini herhangi bir şekilde olumlu veya olumsuz yönde¹¹⁰ etkilediğini kanıtlanması yeterlidir¹¹¹. Psikolojik illiyetin tesisi durumunda, iş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki asıl sözleşmenin ne zaman kurulduğu da önem arz etmez. Sözleşme beş yıl sonra kurulmuş olsa bile simsar ücrete hak kazanır¹¹².

¹⁰⁸ Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 7; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 8; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Er-tan, *Ticari İşletme*, 791.

¹⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi oldukça eski tarihli kararlarında dahi psikolojik illiyet bağına dikkat çekmiştir. Nitekim bir kararında mahkeme görüşünü şu şekilde dile getirmiştir: "...Üçüncü kişinin kararının yalnız tellalın (simsarın) faaliyeti neticesinde alınmış olması gerekli değildir. Üçüncü kişiyi esas sözleşmeyi akdetmeye sevk eden saiklerden (sebeplerden) bir tanesinin dahi tellalın faaliyeti neticesinde oluşmuş olması yeterlidir. Şu hâlde, tellalın çabaları ile üçüncü kişinin kararı arasında, -sözleşme müzakerelerinin kesilmesi halinde bile varlığını koruyabilen- psikolojik bir bağıın bulunması aranmaktadır." (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 293).

¹¹⁰ Simsar, üçüncü kişiyi aklına saikler koymak suretiyle olumlu, asıl sözleşmeye giden yoldaki engelleri ortadan kaldırmak suretiyle olumsuz yönde etkileyebilir [Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 88-89].

¹¹¹ Streiff, *Handkommentar*, 81; Yeniocak, "Tellallık Ücreti", 3128; Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 61. Dolayısıyla psikolojik illiyet bağıının varlığını ispatlama yükümü simsara aittir (Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 13). Fırsat simsarlığı bakımından ise iş sahibinin önceden sahip olmadığı bilginin tedarik edilmesi, psikolojik illiyetin tesisi için yeterli görülür [Becker (Çev. Dura), "Tellallık Sözleşmesi", 87].

¹¹² Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 8. Ayrıca yazar aynı yerde, iş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme müzakerelerinin kesilmesine rağmen psikolojik illiyetin varlığını korumaya devam edebileceğini ileri sürmüştür. Belirtelim ki simsarın ücret hakkı bakımından bu önerme tek başına doğru değildir. Zira psikolojik illiyet devam etse bile ücret hakkının ileri sürülebilmesi için asıl sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Yazar bir ihtimal, psikolojik illiyetin varlığını sürdürdüğünü vurgulamakla, bu bağıın herhangi bir süreye bağlı olmaksızın varlığını koruduğuna dikkat çekmek istemiş olabilir. Dolayısıyla simsar, üçüncü kişinin kararını vermesine sebep olan saiklerin oluşumunda az veya çok etkisi bulunduktan sonra görüşmelere başka bir simsarın nezaretinde devam edilmişse veya iş sahibi, simsarın desteği olmadan bizzat kendisi görüşmeyi sürdürmüşse ilk simsarın oluşturduğu psikolojik bağ kopmuş olmaz. Ancak ilk simsarın faaliyeti o ana kadar hiçbir sonuç vermemiş ve bu nedenle müzakereler başka bir simsarın nezdinde yürütülmeye başlanmışsa, sözleşme yeni temellere göre kurulmuş sayılır. Bu son ihtimalde ilk simsar için psikolojik bağıın koştugu kabul edilir (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 298).

Ayrıca psikolojik illiyetin kurulabilmesi için simsarın faaliyetinin yalnızca veya ağırlıklı olarak iş sahibi ile bulunduğu kişi arasında asıl sözleşmenin yapılmasına yoğunlaşması zorunlu değildir. Bu itibarla, iş sahibinin simsarın bulunduğu üçüncü kişiyle değil de onunla ekonomik, akrabalık veya benzer nitelikte insani-sosyal bağı bulunan bir başkasıyla asıl sözleşmeyi yapması halinde de simsar ücret talep edebilir¹¹³. Hedeflenen asıl sözleşmenin, simsarın bulunduğu kişinin ortaklık bağı olduğu bir şirketle (ekonomik bağ) veya ailesinden biriyle (akrabalık bağı) ya da aynı evi paylaştığı bir başkasıyla (sosyal bağ) yapılmış olması bu duruma örnek teşkil eder¹¹⁴.

Ancak psikolojik illiyetin uygulanması, müşterinin art arda veya eş zamanlı olarak birden fazla simsarın hizmetinden yararlanması ihtimalinde bazı güçlükler doğurabilir. En basitinden, bu durumda her faal simsar, asıl sözleşmenin kurulmasına katkı sunduğunu ve psikolojik illiyet kapsamında ücret hakkını elde ettiğini ileri sürebilir¹¹⁵. Bu nedenle psikolojik illiyet bağına yalnızca aracı simsar-

¹¹³ Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 12; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 8.

¹¹⁴ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 302; Sönmez, *Simsarlık Sözleşmesinde Ücret*, 63. Buna karşılık uygulamada genellikle mahkemeler, simsarlık sözleşmelerinde bu türden kayıtların yer alması kaydıyla simsara ücret hakkı tanımaktadır. Hatta Yargıtay HGK bir kararında (20.03.2013, E. 2012/1038, K. 2013/377) simsarlık sözleşmesinde simsar tarafından gösterilen evin, iş sahibinin "kan ve sıhri hisimleri" tarafından satın alınması halinde simsara ücret ödeneceğine dair kuralı lafzen dikkate alarak hüküm tesis etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, sözleşme kapsamında ev, kan veya sıhri hisim olmayan eşe satılırsa simsara ücret ödemek gerekmez (Yargıtay Karar Arama; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 172-173). Yine Yargıtay HGK bir başka kararında (15.03.2017, E. 2017/644, K. 2017/460), taşınmaz yer gösterme belgesini, simsarlık sözleşmesi mahiyetinde kabul edip simsarın iş sahibine evi göstermesinden yirmi beş gün sonra iş sahibinin eşi tarafından evin satın alınmasından hareketle, simsarın ücrete hak kazanacağına hükmetmiştir. Zira anılan yer gösterme belgesinde (sözleşmesinde), müşteriye emlakçı aracılığıyla evin gösterildiği, sözleşmenin 3/A fıkrasında bu sözleşmenin imzalanmasından itibaren 1 yıl içerisinde her ne suretle olursa olsun sözleşmeye konu taşınmazın müşteri adına veya üçüncü dereceye kadar akrabaları adına satın alınması halinde 300.000 TL satış bedeli üzerinden %3 komisyon ücreti ve KDV'nin ödeneceği, 3/B fıkrasında ise, 3/A fıkrasında belirtilen şartın emlak komisyoncusu devre dışı bırakılmak suretiyle gerçekleşmesi halinde müşterinin, kendisine ve taşınmaz mal sahibine ait komisyon ücretinin tamamını ödemekle yükümlü olacağı açıkça düzenlenmiştir (Yargıtay Karar Arama). Kanımızca, simsarlık sözleşmelerinde (yer gösterme belgelerinde) bu tür klozlar yer alması dahi psikolojik illiyet bağından hareketle simsara ücret hakkı tanımak gerekir. Ancak Yargıtay bu konuda farklı kararlara imza atabildiğinden, sözleşmelere anılan türde kayıtlar konulması önerilir (Yargıtayın farklı yöndeki kararları için Yıldız, "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinin Şekli", 3055-3057).

¹¹⁵ Yeri gelmişken belirtelim ki, asıl sözleşmenin kurulmasında birden fazla simsarın katkısı bulunuyorsa, ücret hakkının doğumu noktasında ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Birinci ihtimalde, asıl sözleşme birbirinden habersiz ve bağımsız faaliyet gösteren birden fazla simsarın ortak çabası sonucunda "müşterek işlem" şeklinde ortaya çıkmışsa, iş sahibinin tek bir simsarlık ücreti ödemesi gerektiği kabul edilir. Bu durumda her simsar, başarılı sonucun gerçekleşmesine yönelik sağladığı bireysel katkı oranında ücrete hak kazanır. Simsarlar, aralarında yaptıkları sözleşmeyle müşterek işlemlerde her birinin ücretten ne kadar pay alacağı hususunu en baştan kararlaştırabilir (Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 16; Bracher, *CHK*, Art 413, Nr 7; Karayalçın, *Ticari İşletme*, 508; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 508; Kurt, "Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri", 1439; Çağlayan, "Taşınmaz Simsarlığı", 446). İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 72 II 421), birden fazla simsarın asıl sözleşmenin kurulmasında etkisi bulunması

lık noktasında dikkate almak isabetli olur. Kaldı ki sadece bu simsarlık türünde müşterinin iradesine tesir edilmekte ve psikolojik etki ortaya çıkmaktadır¹¹⁶. Buna karşılık fırsat simsarlığında, simsarın faaliyeti yalnızca potansiyel sözleşme isteklisini işaret etmekle sınırlıdır ve fırsat simsarı -aracı simsarın aksine- asıl sözleşmenin imzalanması kararına etki etmek zorunda değildir. Ayrıca fırsat simsarı, kendi faaliyetleri ile sözleşme yapma niyetindeki üçüncü kişiyi araştırıp bulduğunu, ondan sonra iş sahibi ile üçüncü kişi arasında sözleşmenin imzalandığını ispat ederek zaten TBK m. 520/I kapsamında ücret hakkını elde etmiş olur¹¹⁷.

Bu hususta son olarak simsarlık sözleşmesiyle illiyet bağı şartının devre dışı bırakılabileceğini belirtmek gerekir. Böylece simsar, asıl sözleşme kendi çabası sonunda kurulmamış olsa bile ücrete hak kazanır; yeter ki bu uğurda bir çaba harcadığını ispatlamış olsun. Ayrıca bu ihtimalde simsar, kendisi için oldukça güç bir uğraş olan “fiilen sarf ettiği çaba” ile “asıl sözleşmenin kurulması” arasındaki illiyet bağını ispatlama yükümlülüğünden de kurtulmuş olur¹¹⁸.

2. İş Sahibinin Sözleşme Yapma Niyetinde Olan Kişiyi Önceden Tanıyor Olması

Simsarın ücret hakkı bakımından, iş sahibinin asıl sözleşme yapma niyetinde olan üçüncü kişiyi önceden tanıyor olması veya daha önce bu kişiyle sözleşme müzakereleri yürütmüş olması ihtimalini de değerlendirmek gerekir.

Öncelikle iş sahibinin sözleşme yapma niyetinde olanı önceden biliyor olması tek başına illiyet bağının kopması için yeterli değildir. İş sahibi birçok kişiyi önceden tanıyabilir. Bu nedenle, simsarın iş sahibinin tanış olduğu üçüncü kişiyle asıl sözleşme yapılmasına aracılık etmesi, illiyet bağının kurulması bakımından

halinde, her bir simsarın kendi çabası oranında ücret talep edebileceğine hükmetmiştir (Karar için Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 12). Ancak bu ihtimalde, iş sahibinden simsarların faaliyetini ölçkleştirilmesi ve buna göre her birine ayrı ödeme yapmasını beklemek rasyonel olmaz. Bu nedenle simsarların kendi aralarında buna karar vermeleri, tek neticeye tek ücretin ödenmesi en sağlıklı çözüm olur. Buna karşılık, simsarların bireysel katkılarının ne olduğu tespit edilemiyorsa -veya kendi aralarında anlaşamıyorlarsa- ücretin eşit olarak pay edilmesi düşünülebilir (Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret*, 112; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 514). İkinci ihtimalde simsarlar iş sahibi tarafından birbirinden habersiz görevlendirilmişlerse, çabası ile asıl sözleşmenin kurulmasına etki eden simsarın ücret hakkını elde ettiği kabul edilir. Ancak bu durumda birden fazla simsarın katkısıyla asıl sözleşme kurulmuşsa, her bir simsara tam ücret ödemek gerekir [Karayalçın, *Ticari İşletme*, 508; Becker (Çev. Dura), “Tellallık Sözleşmesi”, 83].

¹¹⁶ Streiff, *Handkommentar*, 81-82. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında, kanton mahkemele- rince dikkate alınan psikolojik illiyet bağının yalnızca aracı simsarlık faaliyetleri bakımından kabul edilebileceğini, fırsat simsarlığı açısından ise bir anlam ifade etmediğini vurgulamaktadır (Grell, 165). Öğretide de aracı simsarların psikolojik illiyetten yararlanabileceği kabul edilir. Örneğin, aracı simsar sözleşme müzakerelerini başlatmış, fakat süreç daha sonra iş sahibi tarafından bizzat yürütülerek nihayete erdirilmişse psikolojik illiyetin varlığı kabul edilir (Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 12). Bu açıdan simsarın, üçüncü kişiyi sözleşme yapmaya yönelten saiklerden bir tanesini yaratmayı başarması yeterli olur. Ancak üçüncü kişi nezdinde oluşturulan saikin sözleşme kararının verilmesinde az çok etkisinin olması zorunludur (Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 294).

¹¹⁷ Grell, 165; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 306. Son yazar, takdim simsarı veya yönlendirici simsar bakımından da psikolojik illiyetin geçerli olduğunu belirtmiştir (308).

¹¹⁸ Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 9; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 313.

yeterli olur. Ancak iş sahibi önceden bu üçüncü kişiyle sözleşme müzakerelerine başlamış ve simsar ilk olarak bu müzakereler sırasında devreye girmişse hukuki durum değişir. Zira bu durumda simsarın faaliyeti asıl sözleşmenin kurulma ihtimali bakımından nedensel bir etki doğurmaz. Dolayısıyla illiyet bağı şartı eksik kalır. Sözleşme müzakerelerine geç katılım sağlayan simsar, bir ihtimal hali hazırda yapmış olduğu masrafları talep edebilir. Yine kendisi bu durumda kural olarak bir simsardan ziyade, danışman olarak faaliyetlerini sürdürebilir. Ancak simsarlık sözleşmesinde “münhasır simsarlık” şart kılınmışsa -yani iş sahibi sadece simsarın aracılığıyla asıl sözleşmenin kurulacağını önceden kabul etmişse- simsar ücret talep edebilir¹¹⁹.

Bunun dışında, iş sahibinin “fırsat simsarı” tarafından kendisine sunulan, ancak aslında tanış olduğu bu kişiyle daha sonradan asıl sözleşmeye imza atması durumunu ayrıca ele almak gerekir. Bu olasılıkta önemli olan nokta, henüz simsarlık sözleşmesi devam ederken ve simsar kendisi için fırsatları kollarken iş sahibinin tanış olduğu kişinin sözleşme konusu şeye ilgisinin olduğunu bilip bilmediğidir. İş sahibi, simsarlık sözleşmesi yürürlükteyken tanış olduğu kişinin hedef sözleşmeye ilgisini zaten biliyor, bu bilinçle sözleşme imzalıyor, simsar kendisinden ücret talep edemez. Buna karşılık iş sahibi, tanış olduğunu kişinin ilgisine simsarın kendisini bilgilendirmesiyle vakıf olmuşsa artık simsar ücret talep edebilir¹²⁰. Ancak bunun için de fırsat simsarının kendi faaliyetleriyle sözleşme yapma niyetindeki kişiyi tespit edip temasa geçtiğini, tanış olunan kişi de dahil olmak üzere sözleşme yapma niyetindeki kişi veya kişileri iş sahibine bildirdiğini ve iş sahibinin sonradan tanış olduğu kişiyle sözleşme kurduğunu ispatlaması gerekir. Bu bağlamda, simsarın bütün taraflarla yapmış olduğu yazışmaları günü gününe kayıt altına alması veya en azından yapılan görüşmeleri yazıya dökmesi ve bunu taraflara onaylattırması, ispat kolaylığı sağlama noktasında önem teşkil eder¹²¹.

3. Takip Eden İşlemler Bakımından Hukuki Durum

Asıl sözleşmeyi takip eden işlemler bakımından da illiyet bağı sorgulaması gündeme gelebilir. En basitinden simsar, asıl sözleşmenin kurulmasına aracılık ettikten sonra, tarafların daha sonra bu sözleşmeyle bağlantılı bir başka sözleşme imzalaması durumunda yine ücret talebinde bulunabilecek midir? Hemen belirtelim ki, kural olarak takip eden işlemlerde ücret hakkının doğmadığı kabul edilir¹²². Ancak çok istisnai hallerde ücret talebi gündeme gelebilir. Taşınmaz

¹¹⁹ Bu ihtimaller için Streiff, *Handkommentar*, 80.

¹²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (Karar No: 4A 337/2011) bu noktaya dikkat çekmiştir. Bu kararın ayrıntılı bir tahlili için Grell, 164-166, özellikle 166. Aynı yönde Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 282-283.

¹²¹ Grell, 166.

¹²² Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 11.

simsarlığı açısından uygulamada karşılaşılan bir örnekten yola çıkmak gerekirse, simsarın kat mülkiyetine konu olan ve garajı bulunan bir taşınmaz satışına aracılık ettiğini, daha sonra satıcı ile alıcının simsara haber vermeden tekrar bir araya gelerek başka bir garaj yeri için anlaşmaya vardıklarını düşünelim. Bu durumda simsarlık sözleşmesinden, simsarın yetkisinin takip eden işlemleri de kapsadığı doğrudan veya yorum yoluyla anlaşılıyorsa, takip eden işlem(ler) bakımından illiyet bağının bulunduğu ve ücret talep edilebileceği mantiken kabul edilebilir. Ancak bu yönde bir çıkarım yapılamıyorsa simsarın yetkisinin asıl sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte son bulunduğu ve takip eden işlem(ler) için ücret talep edemeyeceği aşikârdır¹²³. Keza bu noktada bir diğer ölçüt olarak şu varsayımdan da yola çıkılabilir: Eğer takip eden işlem(ler) başlangıçta -yani asıl sözleşme yapılırken- daha büyük işlemin bir parçası olarak planlanmışsa ve asıl sözleşmenin yapılması noktasında simsara ilk verilen yetki ile takip eden işlem(ler) arasında iktisadi bir bütünlük kurulabiliyorsa, illiyet bağının varlığı kabul edilebilir¹²⁴.

Takip eden işlemler bakımından en çetrefilli durum, asıl sözleşme ile takip eden sözleşme arasında herhangi bir bağlantının bulunmamasında karşımıza çıkar. Bu zorlu duruma örnek olarak, asıl sözleşme taraflarının, sözleşmedeki taşınmazla ilgisi olmayan başka bir bölgedeki arazi parselinin satışı konusunda ikinci bir sözleşmeye imza atmaları verilebilir. Burada simsarlık ücretinin prensipte yalnızca hedeflenen asıl sözleşme için talep edilebileceğini hatırlatmak gerekir. İş sahibi ile üçüncü kişi arasında daha sonra imzalanan işlem(ler) için ücret talep edilemez. Zira simsarlığın konusu, asıl sözleşmeye aracılıktır, müşteri bulmaya aracılık değildir. Buna karşılık taraflar pekâlâ simsarlık sözleşmesinde takip eden işlem(ler) için de ücrete hak kazanılacağı hususunu açıkça kararlaştırabilir. Simsarlık hukukuna ilişkin liberal düzenlemeler aksi yönde bir sınır çizmemektedir¹²⁵.

V. SİMSARIN DÜRÜSTLÜĞE VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMASI NEDENİYLE ÜCRET HAKKINI YİTİRMESİ

Simsar, TBK m. 520/II'nin göndermesiyle vekilin göstereceği özeni göstermek durumundadır. Buna göre, özen yükümlülüğü noktasında benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir simsarın göstermesi gereken özen referans alınır (TBK m. 506/III). Ancak simsarın faaliyetinin başarısı, ilke olarak iş sahibinin asıl sözleşmeyi kurma iradesine bağlı olduğundan, bu özenin derecesi vekile kıyasla görece olarak daha az anlam ifade etmektedir¹²⁶.

¹²³ Bu yönde Streiff, *Handkommentar*, 82-83.

¹²⁴ Bu ölçüt için Burkhalter, *OFK*, Art 413, Nr 15; Ammann, *BSK I*, Art 413, Nr 11; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme*, 792.

¹²⁵ Streiff, *Handkommentar*, 83.

¹²⁶ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 1.

Buna karşılık, daha önce de ifade edildiği üzere -sözleşmede aksi öngörülmemişse- simsarın faaliyette bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat ücret hakkına kavuşabilmesi için kural olarak faaliyette bulunması ve bunu dürüstlük kuralı ile özen yükümlülüğüne uygun olarak yerine getirmesi gerekir. Bu itibarla simsar, özellikle iş sahibinin mali menfaatlerini gözetmeli ve onu olası zararlara karşı korumalıdır. Yine simsar, iş sahibinin avantajına olacak bir sözleşmenin kurulmasına engel olmamalı veya akdin kurulmasını imkânsız hale getirmemelidir¹²⁷.

Simsarın özenli ve dürüst davranma yükümlülüğü her somut olaya göre değişiklik göstermekle birlikte kanun koyucu, “Simsarın haklarını kaybetmesi” başlıklı TBK m. 523’te bazı spesifik durumlara vurgu yapmaktan geri durmamıştır. Buna göre “*Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder.*” Kural kapsamında öncelikle dikkat edilmesi gereken nokta, hükmün çifte simsarlığa yönelik değil, kötüye kullanımı engellemeye yönelik olmasıdır. Zira prensipte simsarın hem iş sahibi hem de üçüncü kişi için faaliyet göstermesi ve bunlardan ücret sözü alması yasak değildir. Kaldı ki meslek olarak yürütülen simsarlık faaliyetleri için bu nadir rastlanan bir durum da değildir. Buna karşılık simsar dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı hareket ederse, bu onun ücret ve masraf taleplerini etkiler¹²⁸. Ancak her ne kadar tarafların çifte simsarlığı, yani simsarın iki taraf için de faaliyette bulunabileceğini kararlaştırması mümkün olsa da sözleşme ile bu olanak devre dışı bırakılmış olabilir veya tarafların çıkarlarının çatışması çifte simsarlığa engel teşkil edebilir. Nitekim çifte simsarlığın yalnızca fırsat ve takdim simsarlığı bakımından caiz olduğu, buna karşılık aracı simsarlıkta -birçok halde çıkar çatışması kaçınılmaz olduğundan- bu yöntemle başvurulamayacağı kabul edilmektedir¹²⁹.

¹²⁷ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 2; Gautschi, *BK*, Art 415, Nr 1b. Son yazar aynı yerde, simsarın özen yükümlülüğünü şu şekilde vurgulamıştır: “*Simsar, iş sahibinin menfaatine olacak bir sözleşmenin kurulmasını sekteye uğratabilecek veya imkansızlaşmasına yol açabilecek hiçbir şey yapamaz.*” Örneğin, iş sahibinin satmak istediği bir değer için aracılık yapan simsarın (Verkaufsmakler) temel yükümlülüğü, satışa konu olan şeyi iş sahibinin menfaatine olacak şekilde ve mümkün olan en yüksek bedelle satmaktır.

¹²⁸ Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 1.

¹²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, çifte simsarlıkla ilgili bu tartışmanın ucunu açık bırakmıştır. Mahkeme yalnızca 2014 tarihli taşınmaz satışına aracılığı konu edinen bir kararında, aracı simsarlık sözleşmelerinde çifte simsarlığın çıkar çatışmasına yol açtığını belirterek her iki simsarlık sözleşmesini de batıl addetmiş ve simsarın iki iş sahibine (satıcı ve alıcı tarafa) karşı da ücret talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir. Keza yüksek mahkeme bir başka kararında, simsarın çifte yetkisinin geçerliliği şüpheliyse, bu konuda iş sahibini bilgilendirmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Kararlar için Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 4; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 4). Oysaki Federal Mahkeme, anılan 2014 tarihli kararına kadar menfaat çatışması tespit etmesi durumunda OR 415 kapsamında yalnızca simsarın ücret hakkını yitireceği sonucuna ulaşmakta, fakat simsarlık sözleşmelerini hükümsüz kılmamaktaydı (Federal Mahkemenin bu kararı üzerinden, aracı

Keza simsarın bizzat kendisinin iş sahibiyle asıl sözleşmeye imza atması da bir çıkar çatışması doğurmakta ve bu durum ücret hakkını etkileyebilmektedir. Öğretide bir görüşe göre, simsar asıl sözleşmeye bizzat taraf olursa, simsar ile iş sahibinin örtülü olarak simsarlık sözleşmesini feshettiklerini ve bunun yerine asıl sözleşmeyi koyduklarını kabul etmek gerekir¹³⁰. Simsar asıl sözleşmeye taraf olmasına -dolayısıyla simsarlık sözleşmesinin feshine- rağmen, ücret hakkını saklı tutmak isterse bunu iş sahibine asıl sözleşme kurulmadan önce açıkça bildirmek zorundadır¹³¹. İş sahibinin durumdan haberdar olmasıyla birlikte, asıl sözleşmede objektifleştirilmiş bir bedel (örneğin satış sözleşmesinde makul bir satım bedeli) belirlenerek menfaat çatışması bir ölçüde hafifletilebilir¹³².

Ayrıca simsarın dürüst davranma yükümünü, prensipte yalnızca simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemle sınırlı kabul etmek gerekir¹³³. Ancak sözleşmelerde taraflarca ücret odaklı kararlaştırılan bazı durumlar, dürüst davranma yükümünün sözleşme sonrası dönemde de etki göstermesine yol açabilir. Örneğin simsarın ücret hakkı, asıl sözleşmenin kurulmasına değil de bunun ifasına bağlanmışsa, ücret hakkı veya asıl sözleşme erteleyici bir şarta tabi kılınmışsa, ücretin muacceliyeti ileri bir tarihe ertelenmişse ya da belirli şartlar altında ücret hakkının ortadan kalkacağı kararlaştırılmışsa, dürüst davranma yükümlülüğü simsarlık sözleşmesinin hitamından sonra da etkisini gösterir¹³⁴. Bu şekilde özel bir kararlaştırma olmamasına rağmen, TMK m. 2'den hareketle yine simsarın sözleşme süresini aşacak şekilde daha uzun süreli dürüst davranmakla yükümlü olduğu sonucu ortaya çıkabilir¹³⁵.

Bu hususta son olarak simsarın dürüst davranma yükümüne aykırı davranmasının, sözleşme ile açıkça güvence altına alınmış olsa bile ücret hakkını ve masraf taleplerini olumsuz yönde etkileyeceğini belirtmek gerekir. Zira ücret ve masraflara ilişkin akdi teminatın geçerli olması, simsarın sözleşmeyi doğru bir şekilde ifa etmesine bağlı olduğundan, dürüstlük yükümüne aykırılık bu güvenceyi devre dışı bırakır. Bu halde iş sahibinin zararı, simsarlık ücretini ve masrafları aşarsa simsardan aşkın (munzam) zararın tazmini istenebilir¹³⁶.

simsarlıkta menfaat çatışmaları hakkında kapsamlı bir değerlendirme için ayrıca Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık Faaliyeti", 161-165). Bu konuda öğretilde zikredilen bir görüşe göre ise aracı simsarlıkta çifte yetkilendirme olsa olsa sınırlı bir kapsamda -örneğin müzakerelerde esneklik payının kalmadığı veya tarafların anlaşma için çaba sarf ettiği hallerde- söz konusu olur. Fakat -yukardaki karara konu olayda olduğu gibi- taşınmaz simsarlığında genel olarak geçersiz addedilir (Bracher, *CHK*, Art 415, Nr 2).

¹³⁰ Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 5.

¹³¹ Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 5; Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 5; Gautschi, *BK*, Art 415, Nr 3b.

¹³² Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 5; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 5.

¹³³ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 3; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 3.

¹³⁴ Bu yönde Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 3.

¹³⁵ Burkhalter, *OFK*, Art 415, Nr 3; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 3.

¹³⁶ Gautschi, *BK*, Art 412, Nr 10d; Ammann, *BSK I*, Art 415, Nr 6.

SONUÇ

Sımsarlık, birçok nedene bağlı olarak çok eski çağlardan bugüne cazibesini korumaya devam eden bir faaliyet türüdür. TBK’da sımsarlık faaliyetinin iki türü (fırsat sunma ve aracılık) zikredilmiş olmakla birlikte, uygulamada bir üçüncü tür geliştirilmiştir (takdim/yönlendirme).

Sımsarın mali haklarını genel olarak ücret, masraf ve tazminat olmak üzere üçe ayırmak mümkündür. Sımsarlıkta kural, masrafın ücrete dahil olmasıdır. Ancak sözleşme ile asıl sözleşmenin kurulmasından bağımsız olarak iş sahibinin ayrıca masrafları ödemesi kararlaştırılabilir.

Sımsarlık, bilinen tüm kamuoyu yoklamalarında, güven vermeyen faaliyetler sıralamasında baş sıraları zorlamaktadır. Bu durum, ülkemizde olduğu gibi dünya genelinde de böyledir. Bunun doğal sonucu olarak kanun koyucular sımsarlar karşısında iş sahiplerini koruma refleksiyle birtakım düzenlemeler kabul etmişlerdir. Ancak iş sahiplerinin de asıl sözleşme kurmak yerine sadece piyasayı test etme saikiyle hareket etmesi ve sımsarın hizmetlerini “anayasal söylemle” angaryaya çevirmesi olasıdır. Bu gibi hallerde, akit öncesi sorumluluk ilkesinden faydalanmak, anılan saiki ispatlama güçlüğü nedeniyle hüsrarla sonuçlanabilir. Bu nedenle ve optimal dengeyi kurma hassasiyetiyle, sımsarlık sözleşmelerinde, iş sahibinin cayması nedeniyle asıl sözleşmenin yapılamadığı hallerde de sımsara ücret ödeneceği hususu kararlaştırılabilir.

Sımsarlar, özgeci faaliyette bulunmazlar; mutlaka bir ücret karşılığında iş yaparlar. Bu nedenle sımsarlık sözleşmelerinde ücret esaslı unsur teşkil eder. Sımsarın ücrete hak kazanabilmesi için, iş sahibiyle arasında geçerli bir sımsarlık sözleşmesi bulunması, asıl sözleşmenin kurulmuş olması ve sımsarın faaliyetleri ile asıl sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının tesisi gerekir.

Sımsarlık sözleşmesi ivazlı olmakla birlikte, sinallagmatik karakterde değildir. Zira sımsarın ağırlıklı olarak asıl sözleşmenin kurulması noktasında aktif çaba sarf etmekle yükümlü olmadığı kabul edilir. Buna karşılık ücret hakkını elde edebilmesi için çaba sarf etmesi gerekir ki bu da anılan çabayı hukuken külfet niteliğine dönüştürür.

Sımsarlık sözleşmesinin ileriye etkili olacak şekilde sona ermesi (ex nunc) durumunda, ilk etapta geçerli bir sözleşme söz konusuysa sona ermenin ücret hakkına olumsuz bir etkisi bulunmaz. Sımsarlık sözleşmesinin geçmişe etkili olacak şekilde son bulması (ex tunc) durumunda ise ücret hakkı da son bulmuş sayılır ve ödeme yapılmışsa sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde bunun iadesi gerekir. Buna karşılık ikâle ile sona erme ihtimalinde ise fesih durumu kıyas noktası alınır; dolayısıyla sona ermenin ileriye etkili olduğu kabul edilir. Taraflar bu kabulün aksini sözleşmeye bakiye kaydı düşmek suretiyle kararlaştırabilir. Aksi halde, karşılıklı olarak talep haklarını saklı tuttıkları varsayılır.

Ücret hakkının doğumu için aranan ikinci koşul, asıl sözleşmenin içerik ve şekli açıdan geçerli olarak kurulmasıdır. Özellikle irade sakatlığı durumunda, iradesi sakatlanan tarafın bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmesi gerekir. İradesi sakatlanan durumu bildirmese, asıl sözleşme ayakta kalmaya devam edeceğinden, simsarlık ücretinin iadesi istenemez. Buna karşılık asıl sözleşmenin iptali istenir, fakat edinilen kazanımların iadesi talep edilmezse, simsar yine ücrete hak kazanmış sayılır. Zira bu ihtimalde iş sahibi, simsarın faaliyetleri ile ortaya çıkan ekonomik menfaatini korumaya devam etmektedir. Asıl sözleşmenin iş sahibinin kusuru nedeniyle batıl sayılması durumunda veya batıl sözleşmedeki edimlerin karşılıklı olarak iadesinin gerçekleşmemesi halinde de benzer şekilde simsarın ücret hakkını muhafaza ettiğini kabul etmek gerekir.

Buna karşılık, asıl sözleşmenin aşırı yararlanmaya konu olması durumunda, sömürülenin tutumuna göre simsarlık ücretinin akıbeti belirlenir. Sömürülen, edimin iadesini talep ederse, asıl sözleşme geçerliliğini yitirir ve simsar ücrete hak kazanamaz. Buna karşılık sömürülen, edimler arası dengesizliğin giderilmesini talep ederse simsar ücret talep edebilir. Fakat ücret, asıl sözleşmedeki edim miktarına endeksliyse, bu edim indirildiği oranda simsarlık ücretinden de indirimle gidilmeli ve aradaki fark iş sahibine ödenmelidir.

Simsarlık ücreti için başarılı sonucun gerçekleşmesi gerekli olsa da sözleşmelere münhasırlık veya ücret garantisi kaydı düşülerek bu gerekliliğin bertaraf edilmesi mümkündür. Gerçekten de sözleşme serbestisi ve bu serbestiyi bir adım daha ileri götüren simsarlık hukukunun liberal yaklaşımı aksi yöndeki kabulü imkânsız kılmaktadır. Münhasırlık kaydıyla illiyet bağı şartı devre dışı bırakılmak istenmişse, asıl sözleşme simsarın katkısı olmadan kurulmuş olsa bile kendisine “ücret” ödemek gerekir. Ancak bu kayıtle, iş sahibinin bir başka simsarın hizmetinden yararlanması önlenmek istenmişse, buna aykırılık durumunda kendisinden “tazminat” istenebilir. Ücret garanti kayıtlarıyla asıl sözleşme kurulmuş olmasa bile simsarın ücrete / tazminata hak kazanabilmesi sağlanır. Fakat bu durumda simsarın az veya çok bir çaba sarf etmesi, buna rağmen asıl sözleşmenin imzalanmamış olması icap eder.

Asıl sözleşmenin geciktirici şarta bağlanması durumunda ücret, şartın gerçekleşmesi halinde ödenir (TBK m. 571/II). Bozucu şartın kararlaştırıldığı hallerde ise ikâle durumu kıyas alınır ve simsarın ücret hakkının şarttan etkilenmediği kabul edilir.

Asıl sözleşme taraflarının, simsarın uğraş verdiği asıl sözleşme dışında başka bir sözleşmeye imza atması mümkündür. Bu ihtimalde, “her somut uyuşmazlık özelinde” iş sahibinin bakış açısından hedeflenen asıl sözleşme ile eş değer, benzer, yakın veya karşılaştırılabilir bir ekonomik sonucun ortaya çıkıp çıkmadığını sorgulamak ve yanıt evetse simsara hakkını teslim etmek gerekir.

Hedeflenen asıl sözleşmenin, simsarlık sözleşmesi sona erdikten sonra kurulması durumunda, simsarın ücret hakkını ileri sürebilmesi bazı hallerde olanak-

lıdır. Özellikle asıl sözleşmenin kurulması, simsarlık sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde simsarın faaliyetlerine dayandırılabiliriyorsa, simsara ücret hakkı bahsetmek gerekir. Diğer taraftan, iş sahipleri haricen bir üçüncü kişiyle anlaşır ve sözleşme süresi doluncaya kadar dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde simsarın tekliflerini geri çevirirse, simsar yine ücret talep edebilir.

Simsarın ücret talep edebilmesinin son şartı, asıl sözleşme ile simsarın faaliyetleri arasında illiyet bağının tesis edilebilmesidir. Fırsat simsarlığında, prensip olarak fırsatın sunulduğunun kanıtlanmış olması, illiyet bağının tesisi için yeterlidir. Buna karşılık aracı simsarlıkta, simsarın faaliyetinin üçüncü kişinin sözleşme yapma kararını etkilediğini ispatlaması gerekir. Ancak burada bildiğimiz anlamda klasik illiyet bağından ziyade, daha kolaylaştırılmış versiyonu olan psikolojik illiyet yeterli görülür. Psikolojik illiyetin sağladığı avantaj, ücret hakkı için simsarın faaliyette bulunduğunu ve bunun sözleşme yapma niyetinde olan kişiyi herhangi bir şekilde etkilediğini ispatlamasının yeterli olmasıdır. Bununla birlikte taraflar sözleşme ile ücret hakkının doğumu için illiyet bağı şartının aranmayacağını da kararlaştırabilir.

İş sahibinin, simsarın müşteri portföyündeki sözleşme yapma niyetinde olan kişiyi önceden tanıyıp olması tek başına illiyet bağının kopması için yeterli olmaz. Bu açıdan, “aracı simsarın” tanış olunan kişiyle sözleşme yapılmasını sağlaması illiyet bağının tesisi için yeterlidir. Buna karşılık, iş sahibi ile tanış olduğu kişi müzakere halindeyken devreye girilirse, artık simsarlıktan ziyade danışmanlıktan bahsetmek gerekir. “Fırsat simsarlığı” açısından ise simsarın iş sahibinin tanış olduğu üçüncü kişiye işaret etmesi, buna karşılık iş sahibinin simsarlık sözleşmesi sona erdikten -simsar devreden çıktıktan- sonra tanış olduğu kişiyle sözleşme yapması gündeme gelebilir. Bu halde, iş sahibinin simsarlık sözleşmesi devam ederken tanış olduğu kişinin ilgisini simsarın sayesinde öğrenip öğrenmediği hususu önem arz eder. Simsar sayesinde ilgi öğrenilmişse simsara ücret ödemek lazım gelir.

Asıl sözleşmeyi takip eden işlemler bakımından, prensip olarak simsarın ücret hakkı söz konusu olmaz. Fakat simsarlık sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmışsa veya asıl sözleşmenin yapılması noktasında simsara verilen ilk yetki ile takip eden işlemler arasında iktisadi bütünlük kurulabiliyorsa, ücretin doğumu noktasında illiyet bağının varlığı kabul edilebilir.

Simsar, sözleşmeye aykırı olarak karşı tarafın menfaatine davranır veya ondan ücret sözü alırsa, simsarlık ilişkisinden doğan mali haklarını kaybeder. Ancak kuralın çifte simsarlığın önünü almak için değil, kötüye kullanımları önlemek için getirildiğini vurgulamak gerekir. Zira sözleşmeyle yasaklanmadığı veya taraflar arasında çıkar çatışmasına yol açmadığı takdirde çifte simsarlığa cevaz verilmiştir. Bununla birlikte, aracı simsarlıkta taraf çatışması kaçınılmaz olacağından, çifte simsarlık yöntemine başvurulması ve bundan bir ücret hakkı edinilmesi oldukça güçtür.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil. *Kara Ticaret Hukuku Umumi Hükümler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Akyazan, Sıtkı. “Tellallık”, *BATİDER* VI, S. 3 (1972): 447-461.
- Akyol, Şener. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1974 Yılı Borçlar Hukuku Kararları”, *İÜMHAD*, S. 13 (1976): 184-190.
- Ammann, Caterina. *Obligationenrecht I (Basler Kommentar I / BSK I), Art 1-529 OR* içinde, editör Heinrich Honnsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.
- Bakar, Gökhan. *Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Baştuğ, İrfan ve Erdem, H. Ercüment. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.
- Becker, Hermann. “Tellallık Sözleşmesi” (Çev. Suat Dura), *Yargıtay Dergisi*, C. 9, S. 1-2 (1983): 75-95.
- Bozer, Ali ve Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2021.
- Bozkurt, Tamer. *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Bracher, Nicholas. *CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art 319-529 OR* içinde, editör Claire Huguenin ve Markus Müller-Chen. Zürich- Basel- Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Brunner, Retto. “Der Maklervertrag - Was soll drin sein und was soll geregelt werden?”, *Immobillia*, Marz (2007): 34-35.
- Burkhalter, Peter R. *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Kommentar / OFK)* içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Büyüknacar, Gönül. “Yargı Kararları Işığında Sımsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı”, *TBB Dergisi*, S. 156 (2021): 217-270.
- Çağlayan, Çağlar. “Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1 (2016): 441-455.
- Çeker, Mustafa. “Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma”, *ÇÜHFD* 1, S. 1 (2014): 13-24.
- Doğanay, İsmail. “Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesinde, Her İki Tarafın İmzalarının Birlikte Bulunması Şart mıdır?”, *BATİDER* VI, S. 2 (1971), 247-257.
- Domaniç, Hayri ve Ulusoy, Erol. *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti, 2007.

- Gautschi, Georg. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Berneer Kommentar / BK), Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Band: VI- 2/5 içinde, editör Arthur Meier-Hayoz. Zürich: Stampfli Verlag AG, 1964.
- Grell, Boris. “Vermittlungs- oder Nachweisprovision im Maklerrecht”, *TREX* (2016): 164-166.
- Gül, Neytullah. “Sımsarın Ücret Hakkı”, *AÜHFD* 4, S. 64 (2016): 2795-2820.
- İmregün, Oğuz. *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme*. Ankara: Özel Basım, 1968.
- Kaşak, Erdem Fahri. “Roma Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (koşul, Condictio)”, *İNÜHFD* 10, S. 2 (2019): 548-562.
- Kurt, Ekrem. “Tellallık (Sımsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri”, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan II*, (2010): 1429-1445.
- Makaracı Başak, Aslı ve Öktem Çevik, Seda; “Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik Kapsamında Yetkilendirme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Şekli”, *BAUHFD* 14, S. 173-174 (2019): 9-33.
- Mimaroglu, Sait Kemal. *Ticaret Hukuku Birinci Cilt: İşletme Hukuku*. Ankara: AÜ Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1970.
- Oruç, Murat. “Örtülü Bir Boşluk: Ticari Sımsarlık Ücret Alacağına Tabi Olduğu Zamanlaşımı Süresi”, *TAAD*, S. 30 (2017): 233-234.
- Öcal Apaydın, Bahar. “İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Sımsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Sımsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları”, *YBHD*, S. 2 (2018): 143-173.
- Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Sarı, Onur. “Fikri Ürüne İlişkin Sımsarlık Sözleşmesi”, *EÜHFD* 14, S. 2 (2019): 371-439.
- Seçer, Öz. *Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020.
- Streiff, Matthias. *Handkommentar zum Maklervertrag mit Fokus auf den Immobilienmakler*. Wetzikon-Zürich: Thesenverlag, 2009.
- Suter, Claudia. *Private Equity VI, Gründer, Investoren und Management in der Welt von Private Equity- Update 6.0 des Steuerrechts erforderlich?* içinde, editör Dieter Gericke. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Şahiniz, C. Salih. *Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi*. İstanbul: Beta, 2002.
- Sönmez, Deniz. *Sımsarlık Sözleşmesinde Ücret*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: 2019.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2020.
- Yeniocak, Umut. “Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Sımsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti”, *İBD* 83, S. 6 (2009): 3119-3138.
- Yıldız, Şükrü. “Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçları” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı* 22, S. 3 (2016): 3045-3061.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan ve Nomer Ertan, Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.