

ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA VEKALET SÖZLEŞMESİ*

Arş. Gör. Abdurrahman SAVAŞ**

GİRİŞ

Bir iş görme borcu doğuran vekalet sözleşmesi, Roma hukukundaki en ilginç ve önemli sözleşmelerden birisidir. Bu sözleşme, Roma hukukunun gelişim süreci içerisinde zamanla değişikliğe uğramış, Roma hukukundan etkilenen modern hukuk sistemlerinde de bu değişiklik devam etmiştir. İnsanlar günlük hayatlarında başkalarının istekleri doğrultusunda belli bir iş yapmayı üstlenirler. Bu iş görme borcu, hizmet yada istisna sözleşmelerinde olduğu gibi, ücret karşılığında veya bazen de vekalet sözleşmesinde olduğu gibi ücretsiz olarak yerine getirilebilir. Roma hukukunda bu sözleşmenin ücretsiz olması asıl iken Türk hukukunda ücretli de olabilir.

Vekalet sözleşmesi ile bir kimse çeşitli nedenlerden dolayı bizzat yapamadığı veya yapmak istemediği bir işi başkasına yaptırmaktadır. Bu çalışmamızda bu sözleşmenin taraflarını, kuruluşunu, taraflara yüklediği borçları ve sözleşmenin sona ermesini Roma ve Türk hukuku açısından karşılaştırmalı olarak ele alacağız.

I. Kavram, Terminoloji ve Tarihçe

A. Kavram

Roma hukukunda mandatum olarak isimlendirilen ve iş görme borcu doğuran vekalet sözleşmesi rızai sözleşmeler arasında yer alır. Dolayısıyla tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları sözleşmenin oluşması için yeterlidir¹. Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet veren kimsenin (müvekkil) kendisine verdiği işi ücretsiz olarak yapmayı kabul etmektedir².

* Bu çalışma 1998 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI'nın danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve oy birliği ile kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalınarak özeti verilmiştir.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

1 Koschaker, Paul, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları İzmir 1993, s. 224, Oğuz, Arzu, Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, AÜHFĐ., C.41, Y.1989-1990, S.1-4, s. 260, Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İst.1992, s. 63.

2 Rado, 150; Oğuz, 260; Koschaker 244; Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, 2.Baskı, İst.1959, s. 449; Buckland, Roman and Common Law, 308; Watson, Alan, Law of Obligations, In The Later Roman Republic, Oxford 1965, s. 148; Buckland, William H., A Text Book, Of Roman Law From Augustus to Justinian, 2.B, Cambridge 1950, s. 514; Leage, R.W., Roman Private Law, Durban 1962, s. 367; Berger, Adolf, Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia 1954, s. 574; Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

B. Terminoloji

Mandatum, terim olarak manum ve dare kelimelerinden türetilmiştir³. Manus: el⁴ ve do (dare): vermek⁵ kelimeleri birleşerek mandatum kelimesini oluşturmuşlardır. Bu yeni kelime de “iş vermek”, “bir şey emanet etmek”, “bir iş vermek”, “yetkilendirmek” ve “emir vermek” anlamlarına gelmektedir⁶. İşi ücretsiz olarak yapacak olan kimseye mandatarius (vekil), işin yapılması görevini yükleyen kimseye de mandator veya mandans (müvekkil) denir⁷.

I. Vekalet (mandatum) Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

A. Vekalet Sözleşmesinin Tanımı

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi, Mandator olarak isimlendirilen müvekkil ile mandatarius olarak isimlendirilen vekil arasında yapılan ve vekilin müvekkilin veya üçüncü bir kişinin yararına bir iş yapmayı veya bir hizmet görmeyi ücretsiz olarak üstlendiği rızai bir sözleşmedir⁸.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi müvekkil tarafından gelen bir talep ile gündeme gelir. Çünkü genellikle sözleşmenin konusu teşkil eden için görülmesinde asıl menfaat sahibi müvekkildir. Bu durum Gaius'un Institutionesinde kullanmış olduğu ifade tarzından da anlaşılmaktadır. Bu sözleşme rızai sözleşmeler grubuna girdiği için vekilin kabulü ile meydana gelir.

Türk hukukunda ise vekalet sözleşmesi Borçlar Kanununun 386-398 maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 386. maddesinin birinci fıkrasında vekalet sözleşmesi şöyle tarif edilmiştir: “Vekalet bir akittir ki onunla vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyley.”

Ancak kanunun yapmış olduğu bu tanım oldukça karışık ve geniştir. Karışıklığın sebebinin İsviçre Borçlar Kanununun konu ile ilgili 394.maddesinin yanlış tercüme edilmesi olduğu ve doğru tercümenin şu şekilde olması gerektiği

Nicholas, Barry, An Introduction To Roman Law, Oxford 1962, s. 187; Umur, Ziya, Ders Notları 1.Bası, İst.1987,s. 373; Umur, Ziya, Roma Hukuku Lugatu, İst.1983,s. 137.

3 Oğuz, 261.

4 Umur, Lugat, 134.

5 Umur, Lugat, 54, 60.

6 Di Marzo, 449; Oğuz, 261; Watson, Alan, Contract Of Mandate In Roman Law, Oxford 1961, s.13; kelimesinin teknik anlamda kullanımı için Bkz. Watson, Mandate, s. 11-13.

7 Di Marzo, 449; Nicholas, 187; Rado, 150, Berger 574.; Oğuz, 261; Leage, 367.

8 Rado, 15; Oğuz, 260; Buckland, Atext book, 514; Buckland, Roman and common Law, 308; Watson, Law of obligations, 308; Berger, 574; Nicholas, 187; Leage, 367; Di Marzo, 449; Umur, Lugat, 132; Koschaker – Ayiter, 244.

ifade edilmektedir. “Bir vekaletin kabulüyle vekil kendisine verilen işleri ya da hizmetleri akit uyarınca görme borcun altına girer. (Vekalet, vekilin sözleşme dairesinde, yükümlendiği işi idareyi ya da taahhüt ettiği hizmeti yapmayı borçlandığı bir akittir). –Diğer sözleşmeleri düzenleyen kanun hükümlerine tabi olmayan (bu kanunda düzenlenen hiçbir sözleşme çeşidine girmeyen) işlerde vekalet kuralları uygulanır. –Vekile sözleşmenin ya da adetin sağlaması durumunda bir ücret borçlanılır”⁹.

B. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları

1. Vekilin, Müvekkile Karşı Bir İş Görme veya Hizmet Yapma Borcu Altına Girmesi

Roma Hukukunda, vekalet sözleşmesi ile vekil müvekkilinin kendisinden yapmasını istediği işi kabul edince artık bu işi yapma borcu altına girer. Bu herhangi bir ticaret işi olabileceği gibi¹⁰ hukuki mahiyetteki bir iş mesela müvekkilin davada temsil edilmesi de olabilir¹¹. Diğer taraftan vekilin müvekkiline karşı yapmayı borçlandığı iş maddi fiillere ilişkin de olabilir¹².

Türk Hukukunda da vekil, vekalet sözleşmesi ile üzerine aldığı işi yapmakla yükümlü olur. Zaten gerek Roma Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda sözleşmenin en önemli unsuru budur¹³. Çünkü sözleşmenin oluşmasındaki temel nokta bir işin görülmesini bir başkasına vermektir.

Vekalet sözleşmesinin konusunu herhangi bir hukuki işlem, veya hukuki işleme benzeyen bir işlem yahut da maddi bir eylemin yapılması oluşturmaktadır¹⁴.

Vekaletin Konusunu oluşturabilecek hukuki işlemler satım sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmeler olabilir. Ancak nişanlanma, evlenme, vasiyet, evlilik dışı surette bağlı haklar ve yükümlülükler vekalet verilerek yerine getirilemez¹⁵.

Maddi fiillere ilişkin vekaletin konusu hukuki mütalaa verme, hekimin hastasını muayene ve ameliyat etmesi, ders verme, mimar veya mühendisin yapı-

⁹ Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 42, 2. Baskı, İstanbul 1993, s. 158.

¹⁰ Watson, Mandate, 22; Buckland, Atext book, 514.

¹¹ Buckland, Atext book, 514.

¹² Rado, 153.

¹³ Özkaya, 21.

¹⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.II, İst 1987, s. 356.

¹⁵ Özkaya, 21; Tandoğan, 359; Yavuz, 162.

yı kontrol etmesi, şarkıcının şarkı söylemesi, bir bankanın veya istihbarat bürosunun bir kimsenin mali durumunu araştırması gibi fiiller oluşturabilir¹⁶.

Maddi fiillere ilişkin vekalette vekil müvekkili adına veya hesabına hukuki işlemler yapamayacağı gibi haklar kazanamaz ve borçlar altına giremez¹⁷.

2. Vekilin İş veya Hizmeti Müvekkilin Menfaatine Uygun Olarak Yapması

Menfaat meselesi Roma Hukukunda vekalet sözleşmesi içerisinde çok önemli bir yer işgal eder. Vekalet sözleşmesinin konusu olan işin görülmesi sonucu elde edilecek yararın kime veya kimlere ait olduğu sorunu bu sözleşme gereğince dava açma hakkı olan kimseleri de belirleyecektir. Çünkü menfaati olmayan kişinin dava açma hakkı da yoktur¹⁸. Vekalet sözleşmesi genellikle müvekkilin menfaatinedir. Bu kural Roma Hukukunda da geçerlidir. Roma Hukukunda işin görülmesinden elde edilecek olan menfaat müvekkile, vekile veya üçüncü bir kişiye ya da bunlardan bir kaçına birden ait olabilir¹⁹. Ancak sadece vekilin lehine olarak verilen vekalet geçerli olarak kabul edilmemiştir. Bu durumda sadece bir tavsiye vardır. Çünkü kimse kendi menfaati bir şey yapmaya zorlanamaz²⁰.

Nitekim Türk Hukukunda da vekalet sözleşmesinin müvekkilin menfaatine olabileceği²¹ gibi bunun yanında vekilinde menfaatine²² hatta üçüncü kişinin menfaatine²³ de olması mümkündür.

3. Beklenen Menfaatin Gerçekleşmemesi Rizikosunun Müvekkile Ait Olması

Vekalet sözleşmesinin bu unsuru Borçlar Kanunumuzda yer almamaktadır. Ancak 386.maddedin ikinci fıkrasının karşıt anlamından böyle bir sonuç çıkarılabilir²⁴.

16 Tandoğan, 360, Özkaya, 21; Yavuz, 159; Canyürek, Murat, Özellikle maddi fiillere ilişkin vekalet yönünden vekalet sözleşmelerinin Bazı özellikleri, Argumentum, C.1, s. 10, Mayıs 1991 s. 142.

17 Tandoğan, 359; Canyürek, 142.

18 Watson, Mandate, 116; Buckland, A text book, 515.

19 Buckland, A text book, 515; Berger 575;

20 Rado, 153-154.

21 Tandoğan, 360; Yavuz, 164; Özkaya, 23. Canyürek 142.

22 Tandoğan, 361; Yavuz 164; Özkaya, 23, Canyürek, 142.

23 Canyürek, 142-143; Yavuz, 164-165; Özkaya, 23, Tandoğan, 362-363.

24 Yavuz, 165; Tandoğan, 363-364.

Roma hukukunda da müvekkilin kâr edeceğini düşürerek kendi adına Titius'a bir tarla satın alması için vekalet vermesi durumunda beklediği karın gerçekleşmemesi müvekkili ilgilendiren bir konudur. Çünkü vekil belirtilen tarlayı alarak vekaleti başarı ile ifa etmiştir. Ancak vekilin vekaletin ifası sırasında üzerine düşen görevleri yapmaması ve dolayısı ile müvekkilin zarar görmesi durumunda vekilde kusurundan dolayı sorumludur²⁵.

4. Ücret

Roma hukukunda, vekalet sözleşmesi gereğince vekile bir ücret ödenip ödenmeyeceği meselesi çok önemli bir yer işgal etmekte ve neredeyse bu sözleşmenin bel kemiğini oluşturmaktadır. Çünkü ücret, olup olmaması durumuna göre sözleşmenin mahiyetini tamamen değiştirmektedir.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin en büyük özelliği ücretsiz olması idi²⁶.

Gaius, Institutiones'inde 3.162 de bu konu hakkında şunları söylemektedir: "Nihayet bilinmelidir ki bir işin ücretsiz olarak yapılmasını birine tevdi edersem ki bu hususta bir ücret tayin edilmiş olsaydı bir locatio conductio akdedilmiş olurdu vekalet davası açılabilir, mesela temizleyiciye temizlemesi ve gözden geçirmesi ve yahutta terziye tamir etmesi için bir elbise vermem gibi."

Görüldüğü gibi Gaius, vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması gerektiğini ve eğer yapılan iş için bir ücret belirlenmiş ise bu durumda sözleşmenin mahiyetinin değişeceğini ve bir hizmet sözleşmesi veya Eser sözleşmesi (locatio conductio) haline geleceğini söylemektedir.

Vekalet sözleşmesinin ücretsiz olmasının nedenlerine gelince, bu sözleşmenin çok fazla zaman almayan ve özel bir hüneri gerektirmeyen işlerin yapıldığı bir arkadaşlık ilişkisi temeline dayandığı söylenmektedir²⁷.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması gerektiğini ilk defa ileri süren kişinin Javolenus olduğu ve bu görüşün daha sonra Gaius ve Paul tarafından da benimsendiği ifade edilmektedir²⁸.

Roma hukukunda bir diğer iş görme sözleşmesi de locatio conductio operarum (hizmet sözleşmesi) idi. ancak bu sözleşmenin konusu olan işler operae illiberales denilen aşağı hizmetlerdi. Romalıların düşüncesine göre hür bir Ro-

²⁵ Watson, Mandate, 187.

²⁶ Watson, Law of obligations, 150; Watson, Mandate, 102 vd; Buckland, A text book, 515; Leage, 368; Nicholas, 187; Berger 374; Di Marzo, 449; Koschaker, 244; Rado, 151-152; Umur, Lugat, 132; Watson, Ders notları, 373; Tandoğan, 365; Oğuz, 262; Yavuz, 167.

²⁷ Watson, Mandate, 104; Oğuz, 262.

²⁸ Watson, Mandate, 104.

man vatandaşı ücret için çalışmazdı. Fikri bir çalışmayı gerektiren mesela bir profesörün bir avukatın veya bir doktorun yapacağı işler yüksek hizmetler (opera liberales) olarak kabul edilir ve bunlar asla bir hizmet sözleşmesine konu olamazlardı. Bunlar ancak ücretsiz olarak yapılan vekalet sözleşmesine konu olabilirlerdi²⁹. Burada da vekile honorarium diye isimlendirilen bir şeref ücreti verilebiliyordu³⁰. Ancak bu honorarium eğer sözleşmede kararlaştırılmışsa istenebiliyordu³¹. Ayrıca vekil kararlaştırılan bu ücreti vekaletten doğan ve normal usule tabi bir actio mandati ile değil bir cognitio extra ordinem usulü ile isteyebiliyordu³². Klasik hukuk döneminde operae liberales (yüksek işler) locatio conductio sözleşmesine konu olamayacağı için bunlar ücretsiz olan vekalet sözleşmesi ile yapılmaktaydı. Ancak zamanla sadece bu işlerle uğraşan kimseler, bu işlere bir maddi karşılık verilemediği için ve başka işlerle uğraşmaya da vakit kalmadığı için zor durumda kaldılar. Bu durum da bu kişilerin vakit kayıplarının para ile giderilmesinin gerekeceği düşüncesinin doğmasına yol açtı ilk zamanlarda tamamıyla ücretsiz olan liberales (yüksek) işlerin zamanla ücret karşılığı yapılmaya başlanması ile bu ücretlerin alınabilmesi için bir cognitio ekstra ordinem usul geliştirildi³³. Ayrıca dikkat çeken bir diğer önemli hususta kaynaklarda operae liberales olarak isimlendirilen yüksek işler için öngörülen karşılığın ücret veya bedel anlamına gelen “merces” ile değil, şeref ücreti yada şeref armağanı anlamına gelen “honorarium” kelimesi ile ifade edilmiş olmasıdır³⁴.

Türk hukukunda vekalet sözleşmesi gereğince vekile ödenecek kanuni unsurları arasında yer alamamaktadır³⁵. Borçlar Kanununun 386. Maddesinin 2.fıkrasına göre ücret hususunda taraflar anlaşmışlarsa veya ücretin ödenmesi yönünde bir teamül var ise vekil ücret alabilecektir.

29 Rado, 140, 152; Karadeniz, Özcan, Roma Hukuku 6. Bası, Ankara 1997, s. 211. Roma hukukunda opera liberales sayılan faaliyetlerin kesin bir listesini ya da bunların ayırdedici özelliklerini saptamaya imkan sağlayacak bir metin elimizde mevcut değildir. Bu da operae liberales sayılan işlerin hangileri olduğunda görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Genellikle “operae liberales” sayıldığı kabul edilen faaliyetler, grammatica (dilbilgisi), rhetorica (hitabet sanatı), geometria (geometri), philosophia (felsefe) ve Özel hukuk öğretimidir. Avukatlığın, yargıçlığın, arazi ölçücülüğün ve hekimliğin “operae liberales” sayılıp sayılmadığı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları vardır ancak bunlarında operae liberales oldukları genelde kabul edilmektedir. Bu konuda bkz: Karadeniz, İş İlişkileri, 64 vd.

30 Rado, 152; Oğuz, 262; Nicholas, 187; Leage, 367.

31 Rado, 152; Nicholas, 187; Leage, 367; Buckland, A text book, 515; Karadeniz, 211; Oğuz, 262.

32 Rado, 152; Oğuz, 262; Karadeniz, 211; Buckland, A text book, 515; Nicholas, 187.

33 Karadeniz, 82-83.

34 Karadeniz, 84; Erdoğan / Tarihoğlu, 32.

35 Yavuz, 166; Tandoğan, 364.

Vekaletin ücret karşılığı olup olmadığı hususu sözleşme ile kararlaştırılabilir³⁶. Tarafların ücrete ilişkin anlaşması başlangıçta esas sözleşme ile birlikte yapılabileceği gibi işin görülmesinden sonra da yapılabilir³⁷.

Vekalet ücretinin götürü olarak veya yaklaşık olarak belirlenmesi, haftalık, aylık veya yıllık olarak tespit edilmesi mümkündür³⁸.

II. Vekalet Sözleşmesinin Kurulması

A. Taraflar

a. Müvekkil (Mandator)

Mandator, kelime anlamı itibari ile bir başkasına yapması için göre teklif eden kimseyi ifade eder³⁹.

Ceza hukuku alanında da bir başkasından suç işlemesini isteyen kimseye mandator denilmektedir⁴⁰. Terim anlamı ile mandator (müvekkil) rızair bir sözleşme olan mandatumda karşılıksız olarak bir şeyi ifa etme görevini üzerine alan kimseye (vekil = Mandatorius) bu görevi teklif eden kimsedir⁴¹.

b. Vekil (Mandatorius)

Vekalet sözleşmesinin diğer tarafı olarak vekil (mandatorius), müvekkil tarafından kendisine verilen görevi ücretsiz olarak yerine getirmeyi kabul eden kimsedir⁴². Roma hukukunda ayrıca procurator olarak isimlendirilen ve vekil gibi başkasının işlerini yöneten bir kimse daha vardı. Ancak bunun vekilden farkı bir sözleşme ile atanmaması, tek taraflı bir temsil yetkisi ile göreve gelmesiydi⁴³. Ayrıca vekil müvekkil tarafından kendisine verilen tek bir işi yapmakla görevli iken procurator tüm bir mameleki yönetmekle görevli idi⁴⁴.

³⁶ Zevkililer, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 4. Bası, Ankara 1994, s. 225; Tandoğan, 365, Yavuz, 167.

³⁷ Yavuz, 167; Tandoğan, 365.

³⁸ Tandoğan, 367; Yavuz, 168.

³⁹ Berger, 574.

⁴⁰ Berger, 574.

⁴¹ Berger, 574; Buckland, A text book, 514.

⁴² Leage, 367.

⁴³ Rado, 153.

⁴⁴ Rado, 153.

B. Tarafların Anlaşması

Romalıların ifade ettiklerine göre vekalet bir rızai sözleşmeydi⁴⁵. Rızai bir sözleşme olduğu için tarafların anlaşmaları ile yani birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarını açıklamaları ile akit oluşmaktaydı⁴⁶. Vekalet sözleşmesi eksik iki taraflı akitlerdendir⁴⁷. İrade beyanı, ilke olarak hukuki işlemin temel kurucu unsurudur⁴⁸. Karşılıklı hukuki işlemlerde taraflardan birinin iradesini açıklaması hukuki işlemin kuruluşu için yeterli değildir. Hukuki işlemi oluşturmak için beyan edilen bu iradenin karşı tarafça kabul edilmesi gerekmektedir. İcaba uygun bir kabul beyanı olmadan sözleşme kurulamaz⁴⁹. Vekalet de bir sözleşme olduğu için tarafların icap ve kabulüne ihtiyaç vardır. İcap ve kabul sarîh olabileceği gibi zımnî de olabilir. Hatta kabul beyanı susma ile de yapılabilir⁵⁰. Ancak burada susma ilke olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Romalı ve modern yazarlar birisinin bir başkasına bir şey isteyerek yazdığı bir mektuba mektubu alanın cevap vermemesini “susmasını” bir kabul beyanı olarak görmemektedirler⁵¹.

Bu konuda Borçlar Kanununun 387.maddesi şöyle demektedir. “Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabı ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır.” Buna göre hukuken cevap vermek mecburiyetinde olan muhatap susmuşsa kabul etmiş demektir⁵².

C. Vekalet Sözleşmesinin Şekli

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi rızai sözleşmeler grubunda yer almaktadır. Bu nedenle sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın serbestçe kurulabilir⁵³. Vekalet sözleşmesinin bir şekle bağlı olmadığı Gaius’un su ifadesinden de anlaşılmaktadır⁵⁴. “Keza bu akitler de (rızai akitlerde) her iki tarafta birbirine karşı borçlanır, her biri diğerine hüsnüniyet ve hakkaniyet icabı gerekeni ifa ile mükellef olur, halbuki sözlü borç münasebetlerinde bir taraf

45 Watson, Mandate, 61; Bkz. Gaius, Institutiones. 3. 135 (Çev: Rado, 43)

46 Rado, 63; Leage, 367.

47 Nicholas, 187; Umur, Lugat, 132.

48 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, c.3, İst 1994, s. 169.

49 Eren, 170.

50 Eren, 318.

51 Watson, Mandate, 64.

52 Zembulidis, Temiztokli, Vekalet, İBD, y.1942, c.16, s. 286; Akgün, M.Zerrin, Vekalet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı, AD, y.44, S.12, Aralık 1953, s. 1401-1402.

53 Leage, 367; Rado, 151.

54 Gaius, 3.137 (Çev. Rado, 43).

stipulatio'yu yaptırır. Diğer taraf vaadeder, yazılılarda ise biri borç verilmiştir diye borçlandırır diğeri ise borç altına girer.”

Türk hukukunda da vekalet sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığı ifade edilmektedir⁵⁵. Doktrinde kabul edilen bir fikre göre şekle bağlı bir hukuki işlemin yapılması için verilen vekaletin de şekilsiz olarak geçerli bir tarzda verilmesi imkanı vardır⁵⁶.

Vekalet sözleşmesinin şekle bağlı olmadığı Yargıtayca da kabul edilmektedir⁵⁷.

III. Vekalet Sözleşmesinin Konusu

A. Genel Olarak

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin çok geniş bir tatbik sahası vardır. bu çerçevede vekalet sözleşmesinin konusu bir maddi fiil olabileceği gibi bir hukuki işlemin yapılması da olabilir. Vekalet sözleşmesi Roma hukukunda genellikle üçüncü bir kişi ile hukuki bir ilişkiye girmeyi ifade etmektedir⁵⁸.

Ancak bütün durumlar üçüncü bir kişi ile akdi bir ilişkiye girmeyi gerektirmeyebilir. Gaius bu konuda şöyle demektedir⁵⁹: “Nihayet bilinmelidir ki işin ücretsiz olarak yapılmasını birine tevdi edersem – ki bu hususta bir ücret tayin edilmiş olsaydı bir locatio conductio akdedilmiş olurdu – vekalet davası açılabilir, mesela temizleyiciye temizlemesi ve gözden geçirmesi veyahutta terziye tamer etmesi için bir elbise vermem gibi.”

Bu metinde ifade edildiğine göre elbiseler banyo bekçisine beklemesi ve göz kulak olması için verilmiştir. Eğer bunlara bakılması karşılığında ücret verilmişse locatio conductio'nun bir türü vardır. Eğer elbiselerin beklenmesi karşılığında bir ücret verilmemişse depositum (vedia) sözleşmesi oluşmaktadır. Bu

55 Akgün, 1401; Tandoğan, 364; Yavuz, 171; Zevkililer, 226.

56 Yavuz, 171 ve dn. 75.

57 Y.2HD. 13.10.1972 T. 5981 E. 5777 K. “Vekalet akdi şekle bağlı tutulmamıştır. (B.K. m.386) Usulün 65.maddesinde davaya vekalet sebebiyle vekaletnameler için gerekli görülen şekil, geçerlik şartı olarak değil ispat bakımından öngörülmüştür (Y.H.G.K. 30.4.1959 günlü 4/2-26 sayılı karar). Onun için müvekkil duruşmada bulunarak temsil hususundaki maddesini açığa vurunca vekaletname mede mevcut her çeşit aksaklık giderilmiş olur. Yani artık bu vekaletnameye ve dolayısıyla temsil yetkisine itiraz olmaz. Bu usulün 60.maddesi delaletiyle Borçlar Kanununun 32, 38, 386.maddeleri icabıdır.”

58 Watson, Mandate, 78; Buckland, A text book, 514; Nicholas, 187.

59 G.3.162 (Çev: Rado, 61).

nedenle ya Gaius'un hatalı olduğu ya da metnin yeniden düzenlenişinde bir yanlışlık olduğu ifade edilmektedir⁶⁰.

Verilen vekaletin konusu eğer imkansız ise bu vekalet geçerli bir vekalet sözleşmesi olarak doğmazdı. Konusu imkansız olan bir vekaletin geçersiz olduğunu direk olarak ifade eden bir metin elimizde mevcut değildir. Ancak Celsus⁶¹ bu konuda genel kuralı ortaya koymaktadır: “*impossibilium nulla obligatio est*” yani konusu imkansız olan bir sözleşme borç doğurmaz. Diğer sözleşmelerle ilgili olarak eğer konuları imkansız ise hüküm ifade etmeyeceğine dair metinler vardır⁶².

Yine hukuki işlemlere konu teşkil edemeyecek nitelikteki bir malı konu edinen (almak veya satmak için verilen) bir vekalet de geçersiz olacaktır. Bu mallar, *res in patrimonio*'nun (malvarlığına dahil olan mallar) dışında kalan *res extra patrimonium* mallardır. Bu mallar üzerinde aynı bir hak tesis edilemeyeceği gibi bu mallar ticari muamelelerin konusunu da oluşturmazdı⁶³.

Vekalet sözleşmesinin konusunu hukuka ahlaka veya adaba aykırı bir fiil oluşturamaz⁶⁴. Dolayısı ile bir *iniura*⁶⁵ veya *furtum*⁶⁶ işlemek için vekalet vermek geçerli bir sözleşmenin doğumuna imkan vermezdi⁶⁷.

Vekalet sözleşmesinin konusu maddi olarak imkansız ise yine geçerli bir borç ilişkisi doğmayacaktır. Gaius genel olarak sözleşmelerin konusuna değinirken şart olarak maddi imkansızlık hususunda şöyle demektedir⁶⁸. “Keza bir kimse “parmağınla gökyüzüne dokunabilirsen” gibi tahakkuku imkansız bir şart altında *stipulatio* yaptırmış ise *stipulatio hükümsüzdür*...”

0 Bu hususta bkz. Watson, *Mandate*, 78-79.

1 Celsus (8 dig.) D. 50.17.185. Bkz. Watson, *Mandate*, 87.

2 6.3.97 (Çev: Rado, 15) “Eğer, *stipulatio* ile verilmesini taahhüt ettiğimiz şey, verilmesi imkansız bir şey ise, *stipulatio hükümsüzdür* (*Inutilis*), mesela bir kimsenin köle zannettiği hür bir insanın, veya hayatta zannettiği ölmüş bir kölenin veya beşeri hukuka tabi olduğunu zannettiği mukaddes veya dini bir yerin kendisine verilmesini taahhüt ettirmesi gibi.” 6.3.97 a (Çev: Rado, 17): Keza bir kimse tabiatı eşya icabı mevcut olmayan bir şeyi, mesela bir şantor (mitoljideki insan başlı at) bir *stipulatio* ile taahhüt ettirmişse, yine *stipulatio hükümsüzdür*”.

3 Umur, Ziya, *Roma Hukuku, Eşya Hukuku*, İst.1985, s. 7; Erdoğan, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, 2. Baskı, İst.1989, s. 3; Koschaker, 104-105; Umur, *Ders notları*, 405; Akıncı, Şahin, *Roma Hukukunda ve Çağdaş Hukukta Kazandırıcı Zaman Aşımı*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1988, s. 11.

4 Watson, *Mandate*, 88, 92.

5 Bu konuda bkz: Tahiroğlu, Bülent, *Roma Hukukunda Iniuria*, İstanbul 1969.

6 Bu konuda bkz. Erdoğan, Belgin, *Roma Hukukunda Furtum*, İstanbul, 1975.

7 Gaius: 3.157 (Çev: Rado, 59).

8 Gaius: 3.98 (Çev: Rado, 17).

Bunun gibi daha önceden ifa edilmiş olan bir şeyi yapmaya ilişkin verilen vekalet de geçersizdir⁶⁹.

Türk hukukunda da vekalet sözleşmesinin konusu oldukça geniştir. Fransız, Avusturya ve İtalyan hukuklarında farklı olarak İsviçre-Türk ve Alman hukuklarında vekalet sözleşmesinin konusunu hukuki işlemlerin yanında maddi fiiller de oluşturabilmektedir.

Buna göre vekalet sözleşmesinin konusunu satım, kira gibi sözleşmelerin yapılması oluşturabilir. Ancak sıkı şekilde kişiye bağlı olan hakların kullanılması veya yükümlülüklerin ifası hukuki işlemlere ilişkin bir vekalet sözleşmesine konu teşkil etmez. Mesel nişanlanma, evlenme, vasiyet, evlilik dışı çocuğa tanıma işlemlerindeki irade beyanı vekil aracılığı ile kullanılamaz, velayet vekil aracılığı ile icra edilemez⁷⁰.

Maddi fiiller de vekalet sözleşmesine konu olabilirler. Mesela, bir hukukçunun mütalaa vermesi, bir hekimin hastayı muayene ve tedavi etmesi, özellikle ameliyat etmesi⁷¹ fiilleri vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁷².

Ayrıca bir vekalet sözleşmesinin konusu hukuka ahlaka ve adaba aykırı olamaz. Bu konuda Borçlar Kanununun 19. Ve 20. Maddeleri göz önünde tutulmalıdır.

Kanun kuralları incelendiğinde, emredici türden kurallarla karşılaşılabilecektir. Hukuka aykırılık dendiğinde bu emredici kurallara olan aykırılık kastedilir⁷³. B.K. m.19'daki "Kanunun kati surette emreylemediği" ifadesinden maksat bu emredici kurallardır. Yine konuda geçen "aksine sözleşme yapılamaz" şeklinde ifadelerde o kuralın emredici olduğunu gösterir⁷⁴. Ayrıca B.K. m.19'da kullanılan bir diğer ölçüt "umumi intizam" yani kamu düzenidir. Dolayısı ile bir sözleşmenin konusu kamu düzenine de aykırı olamaz⁷⁵.

Buna göre haksız bir fiilin işlenmesi geçerli bir vekalet akdinin oluşmasına imkan tanımaz⁷⁶.

69 Watson, Mandate, 88.

70 Tandoğan, 359; Canyürek, 142; Zevkliler, 224; Yavuz, 162.

71 Akıncı, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 87.

72 Canyürek, 142; Yavuz, 159; Zevkliler, 224.

73 Hatemi, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İst.1977, s. 35-36.

74 Hatemi Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, 36.

75 Kamu düzeni kavramı ve açıklaması için bkz: Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, 37 vd.

76 Tandoğan, 356. Y.4.HD. 13.4.1978, E. 1977 - 1845 / K. 1978 - 4946 sayılı kararı: "mümessil, işlemler olduğu haksız eylemden doğan sorumluluğunu, haiz bulunduğu temsil yetkisine dayanarak Selçuk Üniversitesi

B. Kredi Vekaleti (Mandatum Qualificatum)

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin tatbik sahası o kadar geniştir ki bu sözleşme bir kefalet şeklinde bile kullanılıyordu. İlk zamanlarda bu kurumun ismi “mandatum pecuniae credendae” (ödünç para verilmesine dair vekalet) iken sonraları bir Roma terimi olmayan “Mandatum qualificatum” haline gelmiştir⁷⁷. Burada müvekkil, vekile vermiş olduğu bir vekalet ile üçüncü bir kişiye borç para vermesini istemektedir⁷⁸. Burada bir mandatum tua gratia göze çarpmaktadır ve bu başlangıçta geçersiz olarak kabul edilmekle birlikte sonraları Sabinus zamanında kabul edildiği anlaşılmaktadır⁷⁹. Vekilin borç vermiş olduğu üçüncü kişi borcunu ödemeyince vekil, müvekkiline karşı bir actio mandati contraria açmak suretiyle vermiş olduğu borcu tazmin ettirir. Bu haliyle mandatum qualificatum bir kefalet müessesesiydi ve müvekkil de kefil konumundaydı⁸⁰. Ancak bu sözleşme kefaletten bazı yönleri ile farklıydı. Kefalet de kefil olma durumu borç stipulatio ile oluştuktan sonra gerçekleşmesine rağmen burada önce kefil (müvekkil) ile vekil arasında gerçekleşmekteydi⁸¹. Yani burada iki sözleşme vardır. İlk önce kefil konumundaki müvekkil ile vekil arasında gerçekleşen bir vekalet sözleşmesi (mandatum) ve sonra da vekil ile borçlu olan üçüncü kişi arasındaki ödünç (mutuum) sözleşmesi⁸².

Roma hukukunda mandatum qualificatum olarak isimlendirilen Kredi vekaleti kurumu bizde de Borçlar Kanunumuzun 400.maddesinde itibar emri şeklinde düzenlenmiştir: “Bir kimse kendi nam ve hesabına ve amirin mesuliyeti altında bir üçüncü şahsa itibar vermek veya itibarı tecdit etmek için emir almış ve kabul etmiş ise, memur vekaletini tecavüz etmedikçe amir, itibar edilen borçtan dolayı kefil gibi mes’ul olur. Şu kadar ki tahriri emir olmadıkça amir mes’ul olmaz.”

temsil edilene (dominus negatii’ye) devretmek suretiyle sorumluluktan kurtulmaz. Bunun gibi mevzu, (pozitif) hukuka aykırı olan bir sözleşminin yapılması hususunda geçerli surette bir temsil yetkisi de verilemez verilirse bu yetki mutlak surette geçersiz (batıl) sayılır. Bu bakımdan, temsil olunan kişilerin mümessilin haksız ihbar ve şikayetinden ötürü sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Ancak bir haksız eylem işlenmesi hususunda temsil yetkisi vermek suretiyle eylemin icrasını teşvik edenler de zarara uğrayan kimseye karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Yukarıda anılan kurallar vekalet sözleşmesinde de aynen uygulanır.” (Karar için bkz. Tandoğan, 442-443, dn. 141.)

77 Berger, 575; Rado, 156.

78 Bkz. Leage, 369; Buckland, A text book, 520; Rado, 156; Buckland, Roman and Common Law, 308; Watson, mandate, 86; Koschaker, 243.

79 Watson, Mandate, 86; Koschaker, 243.

80 Buckland, A text book, 520; Berger, 575; Rado, 157. Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet, İÜHFD., c.42, S.1-4, y.1977, s. 338, 340.

81 Rado, 157; Buckland, A text book, 520.

82 Rado, 156.

Roma hukukunda müvekkilin, vermiş olduğu *mandatum qualificatum* ifa edilmeden önce olmak kaydıyla sözleşmeden dönebileceği gibi⁸³ hukukumuzda da itibar emrini veren ilerisi için olmak kaydı ile vekaletten dönebilir. Ancak vekalet gereği kredi verilmiş ise müvekkilin sorumluluğu kalkmaz⁸⁴.

IV. Vekalet Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti

Sözleşme rızai sözleşmeler grubuna girdiği için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşur. Herhangi bir şekil şartına gerek yoktur.

Roma ve Türk hukukunda vekalet sözleşmesi eksik iki taraflı rızai bir sözleşmedir⁸⁵.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması sebebi ile sözleşmenin bu yönü daha belirgindir. Vekil, müvekkile karşı bir işin görülmesi hususunda borçlanmakta, müvekkil ise ancak bazen, vekilce bir masraf yapılması veya zarar meydana gelmesi durumlarında borç altına girmektedir⁸⁶. Ancak Türk hukukunda ise vekalet ücretli de olabilir ve o zaman bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubuna dahil olacaktır⁸⁷.

V. Vekalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki Muamelelerle Karşılaştırılması

A. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Roma hukukunda *Locatio Conductio Operarum* olarak isimlendirilen hizmet sözleşmesi bir kimsenin (*locator operarum*), bir bedel (*merces*) karşılığında, belli bir süre için (*Per tempora*), bir başkasına (*conductor operarum*) hizmet görmeyi vaadettiği, hizmetlerini arzettiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁸⁸.

Burada görüldüğü gibi vekalet sözleşmesinde olmayan bir unsur olarak ücret (*merces*) karşımıza çıkmaktadır. Yapılması vadedilen işe bir ücret verilmesinin kararlaştırılması Roma hukukunda vekalet sözleşmesi (*mandatum*) ile Hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*) arasındaki en belirgin farktır⁸⁹.

83 Buckland, A text book, 520.

84 Tandoğan, 711.

85 Nichpolas, 187; Wation, Mandate, 61. Yavuz, Özel Hükümler, 170.

86 Nicholas, 187, Eren, I, 277; Yavuz Özel Hükümler, 170.

87 Yavuz, Özel Hükümler, 170. Eren, I, 276-277; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İst.1993, s. 58-59.

88 Karadeniz, Çelebican, Romada İş İlişkileri, Ankara 1976, s. 129; Rado, 138.

89 Gaius: 3.162 (Çev: Rado, 61): "Nihayet bilinmelidir ki, bir işin ücretsiz olarak yapılmasını birine tevdi edersem -ki bu hususta bir ücret tayin edilmiş olsaydı bir *locatio conductio* akdedilmiş olurdu- vekalet davası açılabilir..."

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Roma hukukunda hizmet sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki bir diğer fark da konu bakımından kendisini gösterir. Hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan işler “operae illiberales” olabilirken, operae liberalis denilen yüksek işler sadece vekalet sözleşmesine konu olabiliyordu⁹⁰.

Roma hukukunun aksine Türk hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretli olabileceği kabul edildiğine göre “ücret” unsuru bu iki sözleşmeyi ayırt etmek için yeterli bir ölçüt olamaz. Çünkü hizmet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olan ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir ve ücretsiz yapılan bir hizmet sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir⁹¹. Eğer hizmetin ifası hukuki bir borç olarak belirtilmiş ise o zaman sadece bir yardım ve nezaket fiili söz konusu olacaktır⁹². Bağımlılık unsuru da belki bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmeye yardım edebilir. Ancak vekilin, müvekkilin açık talimatlarına muhalefet edememesi kuralı bu ölçütü de tek başına yeterli kılmaz.

Bu nedenle vekalet sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi bütün unsurları ile karşılaştırılması ve sözleşmenin mahiyetinde tereddüdü düşülürse B.K. m. 386 f.2’ye göre vekalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁹³.

B. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması:

Roma hukukunda locatio conductio operis olarak isimlendirilen eser sözleşmesi, iş sahibi (locator) ile belli bir sonuca yönelik iş görmeyi ve genellikle bir eser (opus) meydana getirmeyi bir ücret mukabili vadeden (conductor)’la yaptığı bir sözleşmedir⁹⁴. Görüldüğü gibi locatio conductio operis’de ücret zorunlu bir unsurdur ve bu sözleşmenin ücretsiz olması durumunda vekalet sözleşmesi (mandatum) meydana gelir. Bu iki sözleşme arasındaki bir diğer farkta, locatorun (iş yapanın) yapmak ile yükümlü olduğu işin bir sonucun gerçekleşmesine yönelik olması, bir eser (opus) meydana getirmek olmasıdır⁹⁵. Vekilin ise yapmayı taahhüt ettiği (ifanın uygun olması şartıyla) müvekkilin veya menfaati olan başka kişilerin beklediği sonucu doğurmayabilir.

Türk hukukunda da eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki en belirgin fark vekilin, yaptığı işin sonucunun gerçekleşmesinden sorumlu olmasına karşın, eser sözleşmesinde müteahhidin eseri amaca uygun bir şekilde

Rado, 152; Karadeniz, İş İlişkileri; 74. Ayrıca operae liberalis operae illiberales ayrımı için bkz. Karadeniz, İş ilişkileri, 64 vd.

Reisoğlu, 59; Akgün, 1397. Tunçomağ, İş, 73.

Tunçomağ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İst.1988, s. 73.

Reisoğlu, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 60.

Karadeniz, İş ilişkileri, 165; Rado, 140.

Karadeniz, İş ilişkileri, 165-166.

teslim ile yükümlü olmasındadır⁹⁶. Örneğin bir dişin krom kaplanması veya köprü yapılması hasta ile dişçi arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olmasını gerektirmesine mukabil⁹⁷ dişçinin sadece çürük dişi tedavi etmek üzere iş yapması vekalet sözleşmesine konu olacaktır⁹⁸.

Yine eser sözleşmesi her zaman ücretli iken vekalet sözleşmesi ücretsiz olabilir⁹⁹. Roma hukukunda olduğu gibi¹⁰⁰ Türk hukukunda da eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi aksi kararlaştırılmadıkça bir başkasına devredilebilirler¹⁰¹.

Eser sözleşmesinde işin alt müteahhide devredilmesi durumunda iş sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir ilişki oluşmazken vekaletin, müvekkilin rızası ile veya rızası olmadan alt vekile devri halinde müvekkil alt vekile talimat verebilir¹⁰². (BK m. 391 f.3)

C. Vekaletsiz İş Görme ile Karşılaştırılması.

Roman hukukunda negotiorum gestio olarak ifade edilen ve sözleşme benzerleri arasında sayılan vekaletsiz iş görme, herhangi bir vekalet veya yetki olmadığı halde başkalarının işlerinin idare edilmesi durumunda gündeme gelir¹⁰³. Vekalet ile aralarındaki en büyük fark birisinin sözleşme olmasına karşı diğerinin sözleşme benzeri olmasıdır. Vekaletsiz iş görmede, vekaletsiz olarak başkasının işini gören kimseye gestor ya da negotiorum gestor, vekalet vermediği ve haberi olmadığı halde işi yapılan kimseye de dominus negatii denir¹⁰⁴. Gestor, vekil gibi iş bitince iş sahibine hesap vermek ve bu iş dolayısıyla elde ettiği her şeyi ona devretmekle yükümlüdür¹⁰⁵. Vekil gibi gestor da hiçbir menfaati olmadığı halde, sorumluluğu vekilinkinden ağırdır. Vekil genelde kast ile sorumlu iken¹⁰⁶ gestor bütün kusurlarından sorumludur¹⁰⁷.

96 Erdoğan, 170; Akgün 1398; Tandoğan, İstisna Akdi Kavramı ve Benzer Akidlerden Ayırt Edilmesi, Öktem Armağanı, Ankara 1973, s. 327.

97 Aksi fikirde: Tandoğan istisna, 328.

98 Akgün, 1398.

99 Erdoğan, 170.

100 Rado, 140.

101 Erdoğan, 170.

102 Erdoğan, 171.

103 Rado, 174.

104 Rado, 172-173; İpek, 170.

105 Rado, 174; İpek, Nurcan, Roma Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (negotiorum gestio), Argumentum, c.1, S.11, Haziran 1991, s. 170; Yavuz, Özel Hükümler, 344.

106 Bkz. Watson, Mandate, 195 vd.

107 İpek, 170; Rado, 174; Yavuz Özel Hükümler, 344.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

Vekil, *actio mandati* sonucu infamis (şerefsiz) ilan edilebilirken gestor dava sonucu infamis ilan edilemez¹⁰⁸.

İşin idaresi sırasında, iş sahibi durumdan haberdar olmuş ve o kimsenin işini idare etmesine muvafakat etmiş ve icazet vermişse *negotiorum gestio* bir vekalet sözleşmesine dönüşür¹⁰⁹.

V. Vekalet Sözleşmesinin Hüküm Ve Sonuçları

A. Tarafların Borçları

1. Vekilin Borçları

Roma hukukunda vekalet sözleşmesi ile esasen borç altına giren kişi vekil (*mandatarius*)dir¹¹⁰. Sözleşmenin ücretsiz olması münasebetiyle müvekkil ancak bazı durumlarda borç altına girecektir. Vekilin vekalet sözleşmesi ile üzerine aldığı borç genel olarak vekaleti gereği gibi yerine getirmektir¹¹¹. Vekaletin gereği gibi ifa edilmesi borcu bünyesinde çeşitli borçlar taşır ve bu borçların gereği gibi ifa edilmiş olması durumunda vekalet de gereği gibi ifa edilmiş olacaktır. Bu borçlar vekaleti özenle yapmak vekaletin sınırlarını aşmamak, işi bizzat yapmak, verilen işi yaparken müvekkilin talimatlarına uymak ve elde ettiği hak ve borçları müvekkiline devretmek borçlardır¹¹².

a. Vekilin Özen Borcu

Vekil vekaleti ifa ederken özenle hareket etmelidir. Klasik dönemde vekil genellikle *kastundam* (*dolus*) dolayı sorumluydu¹¹³. Klasik dönemin sonlarına doğru ve *Iustinianus* zamanından itibaren vekil bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu hale gelmiştir. Bu dönemde vekilin özen derecesinin iyi bir aile babasının göstermekle yükümlü olduğu özen (*diligentia bonus pater familias*) olarak belirlendiğini görmekteyiz¹¹⁴. Bu sorumluluk ölçütü diğer bir rızai sözleşme olan şirket sözleşmesinde (*societas*) ortakların göstermekle yükümlü ol-

⁰⁸ Leage, 384.

⁰⁹ İpek, 169; Rado, 174.

¹⁰ Rado, 154.

¹¹ Watson, *Mandate*, 178, Leage, 370; Buckland *A text book* 516; Umur, *Ders Notları*, 374.

¹² Rado, 154; Watson, *Mandate*, 154; Leage, 370.

¹³ Zilelioğlu, Hilal, *Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış*, AÜHFD, c.39, S.1-4, y.1982-1987, s. 246; Rado, 154. Bu hususta özellikle bkz. Watson, *Mandate*, 195 vd. Klasik Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin gerçek anlamda ücretsiz olması sebebiyle böyle bir sorumluluk öngörülmemiştir. Nitekim BK. m98'de "nam hususiyle iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette mesuliyet daha az şiddetle takdir olunur." Şeklindeki düzenlemede bu prensip ile uyum içerisindedir.

¹⁴ Leage, 370.

dukları özen derecesinin tespitinde kullanılan ölçütlerden biriydi. Ancak *societas*'da daha çok kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen dikkate alınmıştır¹¹⁵.

Türk hukukunda da vekilin özen gösterme borcu Borçlar Kanunumuzun 390.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında "Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir." ifadesi yer almaktadır. Burada vekilin özen borcu hizmet sözleşmesi çerçevesinde işçinin özen borcuna atıf yapılmak suretiyle belirlenmiştir.

Buna göre vekil gerekli olan tüm özeni göstermesine rağmen başarılı bir sonuç alamaması durumunda bundan sorumlu tutulamayacaktır¹¹⁶. Vekilin işi yaparken göstereceği özen, için uygulanacak kıstas objektif kıstastır. Buna göre sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, zorluğu gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilginin derecesi göz önünde tutulmalıdır. Eğer iş zor ise veya müvekkil için taşıdığı önem büyükse gösterilecek özende ona göre fazla olacaktır¹¹⁷.

b. İşi Bizzat Yapmak

Roma hukukunda vekilin ifa etmek üzere aldığı bir işi bir alt vekile devredebileceği genellikle kabul edilmektedir. Ancak metinlerde bu konuda açık bir ifadenin bulunmaması tartışmalara neden olmuştur. Vekilin üzerine aldığı işi bir alt vekile devredebileceği hususuna Donatuti tarafından itiraz edilmiştir¹¹⁸. Yazarın delil olarak kullandığı bir metinde¹¹⁹ de vekilin görevinin sözleşmenin konusu ifa etmek olduğunu ve bunu yapamayacağını keşfederse durumu mümkün olan en kısa zamanda müvekkile bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Donatuti tarafından, vekilin müvekkili en kısa zamanda bilgilendirmesinin gerekliliği görevi alt vekile devredemeyeceği şeklinde yorumlanmış ve bu görüş böyle bir durumda vekilin bir alt vekil tayinine mecbur olmadığı şeklinde yorumlanabileceği belirtilerek eleştirilmiştir¹²⁰. Vekilin almış olduğu görevi bir alt vekile devrede-

115 Akıncı, Şahin, Roma Hukukunda Şirket (*societas*) Akdi ve Bunun Türk Hukukuna Etkisi, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki 'ye Armağan, c.5, S.1-2, y.1996, s.146.

116 Reisoğlu, Hizmet akdi, 153; Yavuz, Özel Hükümler, 190. Y. 13 HD. 5.2.1991 T E. 7902 /K. 1070"... vekil, müvekkile karşı, vekaleti "sadakat ve özenle" ifa etmekle yükümlüdür. (BK. m. 390/2). Vekilin iş görme ile amacı tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması özen borcunun kapsamını oluşturur. Vekil işi görürken amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakatla ve özenle görülmüşse yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gerçeki gibi ifa vardır ..." (Karahasan, 679).

117 Yavuz, Özel Hükümler, 191.

118 Donatuti, Mandato incerto, Bull. dell Ist. Di dir. Rom (B.I.D.R), C. XXXIII, y. 1923, s. 168 vd (Watson, Mandate, 179'dan naklen)

119 D. 17.1.27.2 (Gaius 9 ad ed prou) (metnin açıklaması için bkz. Watson, Mandate, 180.)

120 Watson, Mandate, 180.

bileceğini ifade eden Sanfilippo, sözü geçen metinden, müvekkilin vekil tarafından bir ifade bulunulmamış olmasına rağmen zarar görmesi durumunda bir *actio mandati*'ye sahip olacağı sonucunu çıkarmaktadır ve bunun sonucu olarak alt vekilce yapılmış olan uygun ifa vekili sorumluluktan kurtarmalıdır¹²¹. Çünkü vekilin esas borcu sözleşmenin konusunu gereği gibi ifa etmektir¹²².

Roma hukukunda konudaki genel görüş vekilin işi bir alt vekile devredebileceği şeklinde ise de bu hususun taraflarca sözleşme sırasında açıkça yasaklanması veya işin niteliğinin buna uygun olmaması durumunda vekil işi bir alt vekile devredemez¹²³.

Borçlar Kanunumuzun 390.maddesinin son fıkrası vekilin almış olduğu vekaleti bir alt vekile bırakması durumunu şu şekilde düzenlemiştir: “Vekil, başkasını tevkile menun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilün bihi kendisi yapmağa mecburdur.”

c. Vekaletin Sınırlarını Aşmamak

Vekilin en önemli görevlerinden birisi de vekalet konusu işi vekalet sınırları içerisinde yapmak ve bu sınırları aşmamaktır¹²⁴. Vekil vekaletin sınırlarını aşması durumunda sonucun ne olacağı tartışmalıdır. Müvekkil, vekile 100'e bir tarla satın almasını söylemiştir. Vekilin bu tarlayı daha az bir fiyatla mesela 80'e alması durumunda bir sorun yoktur ve vekalet gereği gibi (sınırlar aşılmadan) ifa edilmiş demektir. Çünkü çoğun içerisinde az zaten mevcuttur¹²⁵. Esasen sorun vekilin belirlenen fiyatın üzerinde (veya satım hususunda belirlenen fiyatın daha altında) bir fiyata malı satın almasında ortaya çıkmaktadır. Gaius bu konuya ilişkin olarak şunları söylemektedir¹²⁶:

“...Ezcümle benim için 100 bin sesterse arazi almam için sana vekalet vermişsem, sende 150 bin sesterse satın almışsan bana karşı bir *actio mandati*'n (vekaletten mütevellit davan) olamaz, hatta araziyi benim sana al diye vekalet verdiğim fiyata vermek istesen bile; bu esası bilhası Sabinus ve Cassius kabul etmişlerdi. Bilakis daha ucuza satın almışsan bana karşı bir davan vardır, çünkü sana yüzbine satın al diye vekalet vermiş olan kimsenin daha ucuza almak için vekalet verdiği kabul edilir.”

21 Watson, *Mandate*, 180.

22 Leage, 370; Buckland, *A text book*, 516.

23 Watson, *Mandate*, 183. ve özellikle dn. 2.

24 Leage, 370, Rado, 154; Buckland, *A text book*, 516.

25 Watson, *Mandate*, 186; Leage, 370; Gaius; 3.161 (Çev: Rado, 59).

26 Gaius; 3.161 (Çev: Rado, 59).

d. Müvekkilin Talimatlarına Uyuma Borcu

Vekil, vekalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren müvekkilin o andaki ve müteakip talimatları ile bağlıdır. Bir anne kızının menfaatine olmak üzere bir çeyiz hazırlıyor ve bunu damadına transfer etmek sureti ile devrediyor. Ayrıca kızından aldığı talimata uygun olarak damadı ile evliliğin sona ermesi durumunda çeyizin iade edileceğine dair bir stipulatio yapıyor. Bu durumda annenin, kızının vekili olduğu kabul edilmiştir ve bunun sonucu olarak kızının müteakip talimatları ile bağlı olacağı belirtilmiştir¹²⁷.

Bu sonuç, vekilin, genellikle müvekkilden gelen bir talep ve talimat ile vekalet konusu işi yapmayı üzerine aldığı vekalet sözleşmesinin kuruluş amacına da uymaktadır¹²⁸. Vekilin bu borcu müvekkilin menfaatine olan vekalet de (mandatum mea gratia) daha açık bir şekilde göze çarpmaktadır.

Vekilin müvekkilin talimatlarına uyma borcu Borçlar Kanunumuzun 398.maddesinde düzenlenmiştir: “Vekil, müvekkilin sarıh olan talimatına muhalefet edemez. Ancak hal icabına göre müvekkilden mezuniyet istihsaline imkan olmamakla beraber şayet imkan olup ta istizan olunsaydı müvekkilin muvafakat edeceği derkâr bulunan hususlarda, inhiraf edebilir.”

e. Vekilin Elde Ettiklerini Müvekkille Devir Borcu

Daha öncede belirttiğimiz gibi Roma Hukukunda doğrudan doğruya temsil kabul edilmemiştir. Bu hukuk düzeninde geçerli olan dolaylı temsil'e uygun olarak vekilin elde ettiğimiz haklar ve borçlar kendi üzerinde gerçekleşir ve bunları daha sonra müvekkile devretme borcu altına girer¹²⁹. Vekil elde ettiği bu haklara ilişkin davaları da müvekkile devretmelidir¹³⁰.

Vekilin vekalet ilişkisi içerisinde aldıklarını müvekkile verme borcu Borçlar Kanununun 392.maddesinde düzenlenmiştir: “Vekil... bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur. Maddeden de anlaşıldığı gibi vekilin vekalet sözleşmesi gereği yükümlendiği bir diğer borç vekaleti ifa için veya vekalet dolayısıyla aldıklarını verme borcudur¹³¹.

127 Arangio Ruiz, 161, (Watson, Mandate, 178'den naklen)

128 Bkz. Leage, 369; Nicholas, 187; Buckland, A text book, 514; Berger, 574.

129 Leage, 370; Rado, 154.

130 Leage, 370; Nicholas, 187.

131 Yavuz, 202; Göktürk, 519.

Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

f. Vekilin Hesap Verme Borcu

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanması sebebi ile vekil vekaletin sonucunda müvekkilin daha önceden belirtmediği ve bilgisi dahilinde olmadığı hiçbir kârı elinde bulundurmamalı ve bunları müvekkile vermelidir¹³². Bunun sonucu olarak da vekilin müvekkile karşı bir hesap verme borcu doğar¹³³. Vekilin işe başladıktan sonra işi yapamayacağını anlaması durumunda¹³⁴ ve her halde istifa etmesi durumunda bunu en kısa zamanda müvekkile bildirmesi¹³⁵ geniş anlamda hesap verme borcunun kapsamına girmektedir¹³⁶.

Roma Hukukundaki vekilin bu hesap verme borcunun Borçlar Kanunumuzun 392.maddesinde hesap verme başlığı altında düzenlediğini görüyoruz: “Vekil müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe mecburdur.”

2. Müvekkilin Borçları

a. Vekilin Yapmış Olduğu Masrafları Ödeme Borcu

Vekil, Vekalet sözleşmesini ifa ederken bazı masrafları yapmak durumunda kalabilir. İşte müvekkilin borcu bu meydana geleceği şüphesi olan masrafları ödemektir¹³⁷. Vekilin vekaleti üzerine almasını bir sonucu olarak meydana gelen zararlar müvekkilce karşılanmalıdır¹³⁸. Vekilin yapmış olduğu masraflarda geniş anlamda zarar (malvarlığının aktifinin azalması) kapsamına girecektir.

Vekilin yapmış olduğu masrafların içerisine, hüsünüyetle tüm harcamaların girdiği kabul edilmektedir¹³⁹. Ancak hüsünüyet gereği yapılan bu masrafların vekilce zorunlu görülen ve bu sebeple yapılan masraflarını ifade ettiği yoksa fayda (utilitas)¹⁴⁰ prensibi gereği yapılan masraflarında buna dahil olup olmadığı

132 Watson, Mandate, 187.

133 Rado, 154.

134 Watson, Mandate, 180.

135 Leage, 367.

136 Tandoğan, 479.

137 Nicholas, 187. Berger, 574; Koschaker, 243; Buckland, A text book, 516.

138 Watson, Mandate, 154.

139 Watson, Mandate, 155.

140 Borçlunun sorumluluk ölçüsü tayin edilirken akitten menfaati olup olmamasına göre ağır veya hafif ihmalden sorumlu tutulacağını tayin etmek üzere takip edilen umumi; fakat mutlak olmayan temeyül. Umur, Lugat, 220.

tartışılmış ve sonuçta bu konudaki tek delil olan bir metne¹⁴¹ istinaden sadece gerekli olan masrafların istenebileceği belirtilmiştir¹⁴².

Roma Hukukunda geçerli olan bu prensipler Borçlar Kanunumuzda da aynı şekilde düzenlenmiştir. BK. m 394 f.1 hükmü şöyledir: “Vekilin usulü daire-sinde müvekkilün bihi ifa için yaptığı masrafı ve verdiği avansları, müvekkilin faiziyle beraber vermesi ve vekilin deruhte eylediği borçlardan onu kurtarması lazımdır.” Geçerli bir vekalet sözleşmesinin olması şartına bağlı olarak vekilin yapmış olduğu masraflar, onun vekaletin ifası için isteyerek kendi iradesiyle kendine ait malvarlığı değerlerinden fedakarlıkta bulunması, harcamalar yapma-sıdır¹⁴³. Vekalet sözleşmesi her hangi bir nedenle batıl sayılırsa vekil de bu sözleşmeye dayanarak yapmış olduğu masrafların müvekkilce karşılanmasını talep edemez¹⁴⁴. Aynı şekilde eğer sözleşme hukuka ve ahlaka aykırı bir nedenle geçersiz sayılmışsa, vekil yaptığı masrafları vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak da isteyememelidir; aksi halde hukuka ve ahlaka aykırı bir iş görme durumu Devlet otoritesiyle desteklenmiş olurdu¹⁴⁵.

b. Vekilin Uğradığı Zararları Tazmin Etme Borcu

Roma Hukukunda müvekkilin, vekilin uğradığı zararları tazmin etme bor-cunu kapsamı çok tartışılmıştır. Bir görüşe göre¹⁴⁶ Müvekkil vekilin, vekaleti ifa ederken yapmış olduğu harcamaları ödemekle yükümlü olup vekaletin ifası sure-sinde uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü değildir. Diğer bir görüş ise¹⁴⁷ klasik Roma hukukunda sözleşmedeki sorumluluk tek taraflı olduğu için müvek-kil, vekilin vekaleti ifa sebebiyle uğradığı tüm zararları tazmin etmekle yüküm-lüdür. Bu iki karşıt görüşü uzlaştıran üçüncü bir görüşe göre de¹⁴⁸ müvekkilin, vekilin vekaleti ifa ederken uğradığı zararların bir bölümünü tazmin etmekle yü-kümlü olmasına karşın bazı zararları tazmin etmekle yükümlü değildir. Bu zar-rarlar vekaleti ifa edilmesine ilişkin zararlar olup vekalet ile bir ilişkisi olmayan

141 Papinian: D.17.1.56.4 (Metin ve İngilizcesi için bkz. Watson, Mandate, 155.

142 Watson, Mandate, 155. Ancak dn. 4'de faydalı masrafların iyi niyet gereği (bona fidei) yapılan masraflar olarak da kabul edilebileceği ifade edilmektedir.

143 Yavuz, 208.

144 Tandoğan, 577.

145 Tandoğan 577; Tandoğan, Vekaletsiz, 144.

146 Helkrich, Das verschulden beim Vertragsabschlu ß, Leipzig, 1924, 26-31(Watson, Mandate, 154'den naklen)

147 Kübler, Die Kontrarklagen und das Unilitötsprinzip'in 2. 5.5 XXXVIII. 1917-73. 94-405. (Watson, Mandate, 154'den naklen)

148 Stein, Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, Edinburgh 1958, 118-127 (Watson Mandate, 154'den naklen).

zararların tazmini istenemez¹⁴⁹. Örneğin vekalet sözleşmesi sebebi ile yolda hırsızlar tarafından soyulan bir kimse bu zararın tazminini isteyemez¹⁵⁰. Yine bir köle satın almakla görevli bir kişi aldığı kölenin hırsız olması nedeni ile soyulursa¹⁵¹ boğa almakla görevli olan vekil o boğa tarafından yaralanırsa¹⁵² müvekkilden bu zararının karşılanmasını isteyebilir. Borçlar Kanunumuzda müvekkilin, vekilin zararlarını tazmin etmesi borcu 394.maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir: “Vekil, vekaleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini, müvekkilinden isteyebilir. Meğer ki müvekkil bu hususta kendisinin sunu taksiri olmadığını ispat eyleye.”

Ayrıca müvekkilin tazmin borcunu doğuran vekilin uğradığı zararlara, zararın oluştuğu günden itibaren faiz yürütülmesi gerekir¹⁵³.

c. Vekili, Müvekkil Hesabına Giriştiği Borçtan Kurtarma Yükümlülüğü

Roma hukukunda kabul edilmiş olan temsil ilişkisinin dolaylı temsil olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu nedenle vekilin almış olduğu vekalet dolayısıyla yapmış olduğu işlemlerde bizzat vekil alacaklı ve borçlu konumunda idi. İşte müvekkilin bir diğer görevi de vekili, kendi hesabına üstlenmiş olduğu bu borçlardan kurtarmak ve bunları devralmaktır.

Roma hukukundaki müvekkilin, vekili kendi hesabına giriştiği borçtan kurtarma yükümlülüğü Borçlar Kanunumuzun 394.maddesinin birinci fıkrasının sonunda hükme bağlamıştır: “... müvekkilin... vekilin deruhte eylediği borçlardan onu kurtarması lazımdır.”

Hukukumuzda müvekkilin böyle bir borcunun oluşabilmesi için Roma hukukunda olduğu gibi vekilin kendi adına ve müvekkili hesabına bir borç altına girmesi ve bu borcun geçerli bir vekaletin gereği gibi ifası sonucu meydana gelmiş olması gerekir¹⁵⁴.

d. Müvekkilin Vekile Ücret Ödeme Borcu

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması özelliği nedeniyle müvekkilin vekile bir ücret ödeme yükümlülüğü doğmazdı. Ancak önceden ka-

149 Buckland, A text book, 517.

150 Buckland, A text book, 517. Kar. Koschaker, 242.

151 Watson, Mandate, 159.

152 Koschaker, 242.

153 Yavuz, 210.

154 Tandoğan, 588-589.

rarlaştırılmış olmak şartıyla vekilin bir şeref ücreti (honorarium) isteyebilir ve bunu ancak nizam harici usulle (cognitio extra ordinari) takip edebilir¹⁵⁵.

Borçlar Kanunumuz da bu konuda Roma hukukunun etkisinde kalarak müvekkilin ücret ödeme borcuna, “müvekkilin borçları” kenar başlığını taşıyan 394.maddesinde yer vermemiştir¹⁵⁶. Müvekkilin bu borcuna sadece BK. m. 386 f.3 de “mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstehak olur.” demek suretiyle değinilmiştir.

VII. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Davalar ve Sonuçları

A. Vekalet sözleşmesinden Doğan Davalar

1.Genel Olarak

Roma hukukunda rızai sözleşmeler grubuna giren vekalet sözleşmesi genellikle arkadaşlar arasında yapılmakta ve özellikle taraflar arasındaki arkadaşlar arasında yapılmaktaydı. Romalılarda da verilmiş olan bir sözün tutulması çok büyük öneme sahipti¹⁵⁷. Sadakat, dürüstlük ve sözünü tutmak o kadar yakın kavramlardır ki hepsi “bona fides”in içerisinde vardır¹⁵⁸. İşte taraflar arasındaki bu dürüstlük, sadakat ve güven ilişkisine dayanan vekalet sözleşmesinden bir iyiniyet davası olan actio mandati doğmaktaydı¹⁵⁹. Pretor bu davada (diğer iyi niyet davalarında olduğu gibi) formula’ya “ex fide bona” yani iyi niyet gereğince kelimelerini ilave ederdi. Dar hukuk davalarında hakim formula’da ne varsa ona sıkı sıkıya bağlyken bu iyi niyet davalarında “iyi niyet neyi gerektiriyorsa” onu da dikkate alabileceği için takdir yetkisi oldukça genişti¹⁶⁰. Eksik iki taraflı bir sözleşme olan vekalet sözleşmesinde asıl borç vekilin borcu olduğu için müvekkil her zaman bir actio mandatiye sahiptir. Ancak vekil de bazı hallerde bir actio mandatiye sahip olabilirdi. Müvekkilin sahip olduğu davaya actio mandati directa, vekilin sahip olduğu davaya da actio mandati contraria adı verilmiştir¹⁶¹.

155 Rado,152.

156 Tandoğan, 574.

157 Schulz, 390.

158 Schulz, 392.

159 Buckland, A text book, 518; Umur, Lugat, 9; Di Marzo, 452; Watson, Law of Obligations, 147; Rado, 154-155.

160 Rado, 155.

161 Rado, 154-155; Berger, 574; Buckland, A text book, 518; Koschaker, 243; Umur, Lugat, 9; Di Marzo, 541-452; Umur Ders Notları, 374.

2. Actio Mandati Directa

Vekalet sözleşmesinden doğan ve müvekkile ait olan davadır¹⁶². Bu dava ile müvekkil vekilden vekalet sözleşmesi gereğince yapmayı üstlendiği işi yapmasını ve sonunda da elde ettiği hak ve davaları kendisine devretmesini ister¹⁶³.

Ayrıca müvekkil vekile, vekaleti ifa için vermiş olduğu ve vekilin kullanmadığı şeylerin iadesini bir actio mandati directa ile isterdi¹⁶⁴.

3. Actio Mandati Contraria

Eksik iki taraflı bir iyi niyet sözleşmesi olan vekalet sözleşmesinde müvekkil de bazı durumlarda borç altına girmektedir. Bu borçların gerçekleşmesi durumunda vekil de bunların ifasını müvekkile karşı açacağı bir actio mandati contraria ile isterdi¹⁶⁵. Daha öncede belirttiğimiz gibi Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin en ilgi çekici özelliği ücretsiz oluşuydu ve vekil ancak önceden kararlaştırılmış olduğu takdirde bir şeref ücreti (honorarium) alabiliyordu¹⁶⁶. Ancak daha önceden kararlaştırılmış bile olsa bu alacağını vekalet sözleşmesinden doğan bir dava olan actio mandati contraria ile takip edemezdi. Bunu ancak nizam harici usulle (cognitio extra ordinari) isteyebilirdi¹⁶⁷. Vekil bu alacağını kendisine karşı açılmış olan bir actio mandati directa'da def'i (exceptio) olarak ileri süremezdi¹⁶⁸. Klasik devirde mevcut olan bu fark Iustinianus zamanında nizam harici usullerin normal muhakeme kapsamına alınmasıyla ortadan kalkmıştır¹⁶⁹.

B. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Davaların Sonuçları

Vekalet sözleşmesinde asıl borç vekilin borcuydu. Vekil bu borcunu yerine getirmediği zaman müvekkil tarafından aleyhine bir actio mandati directa açılırdı. Bir iyiniyet davası olan actio mandati directa'nın sonuçları çok ağırdı ve vekil mahkum edilmesi durumunda şerefsiz (infamis) ilan edilirdi¹⁷⁰. Şerefsiz olarak

¹⁶² Berger, 574; Buckland, A text book, 518; Umur, Ders notları, 374; Di Marzo, 451; Leage, 367; Rado, 154, Koschaker, 243; Umur, Ders Notları, 9.

¹⁶³ Rado, 154.

¹⁶⁴ Di Marzo 451.

¹⁶⁵ Leage, 367; Di marzo, 451-452; Umur, Ders notları, 374; Umur, Lugat, 9; Berger, 574; Buckland, A text book, 518.

¹⁶⁶ Bkz. I. Bölüm, I,B, 4.

¹⁶⁷ Buckland, A text book, 514; Umur, Ders notları, 374; Rado, 155; Oğuz, 262; Nicholas, 187.

¹⁶⁸ Nicholas, 187.

¹⁶⁹ Rado, 152; Oğuz, 262; Nicholas, 188.

¹⁷⁰ Rado, 152; Oğuz, 264; Umur Lugat, 86; Buckland, A text book, 518; Leage, 370; Karadeniz-Çelebican, 174; Di Marzo, 59.

ilan edilen bu kimseler kamu hizmetlerinden mahrum ediliyorlar, seçme seçilme gibi hakları ellerinden almıyordu¹⁷¹. Özel hukuk alanında gerçek anlamda ehliyeti daraltan bir sebep olmamakla beraber preator, şerefsiz ilan edilen bu kimselerin davalarda başkalarını temsil edemeyeceklerini bizzat edictum'unda¹⁷² tespit etmiş ve bu da ehliyeti daraltan bir sebep haline gelmiştir¹⁷³. Ayrıca şerefsiz ilan edilen bu kimselerin şahitlikleri de kabul edilmiyordu¹⁷⁴. Ancak Iustinianus, zamanında şerefsiz sayılan kimselerin bir listesini yapmış olmakla birlikte, şerefsizlikten doğan ehliyetsizliğe ilişkin def'ileri karşı tarafın dermeyen edememesini karar altına almak suretiyle bu kurumun eski tesirini kısmen ortadan kaldırdı¹⁷⁵.

VIII. Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

A. Geri Alma (Azil ve İstifa)

Sözleşme ilişkisini sona erdiren nedenlerden biri de geri almadır¹⁷⁶.

Roma hukukunda, metinlerde tarafların sözleşmeyi sona erdirmek için kullandıkları bu beyana azil (revocatio)¹⁷⁷ ve istifa (renuntiatio)¹⁷⁸ olarak isimlendirilmiştir. Müvekkil, sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ifaya başlamamış olmak kaydıyla vekili azledebilirdi¹⁷⁹. Bu durumda vekil zaten işe başlamamış olduğu için herhangi bir masraf da yapmamıştır. Bu nedenle müvekkilin tazmin borcu da doğmaz. Yine müvekkil, vekil sözleşmenin kurulmasından sonra ifaya başlamış dahi olsa vekili yine azledebilirdi¹⁸⁰. Çünkü vekalet taraflar arasındaki güven temeline dayalı bir sözleşmedir ve vekiline güveni kalmayan bir müvekkilin sözleşme ile ifanın sonuna kadar bağlı kalması düşünülemez. Ancak müvekkil vekili, ifaya başladıktan sonra azletmişse, vekilin vekaletten azledildiğini öğreninceye kadar yapmış olduğu masrafları tazmin etmekle yükümlüdür¹⁸¹.

Umur, Lugat, 86; Karadeniz-Çelebilcan, 173.

Bkz. Umur, Lugat, 63.

Umur, Lugat, 86.

Karadeniz - Çelebican, 173; Umur, Lugat, 86.

Di Marzo, 60, Iustinianus: 4.13.11 (Çev: Umur, 355).

Eren, III, 460.

Gaius: 3.159 "... reocatum ferit, ..." (Çev: Rad, 59).

Paulus: D. 17.1.22.II. Bkz. Watson, Mandate, 72.

Paulus: D. 17.1.22.II. Bkz. Watson, Mandate, 72.

Leage, 367; Buckland, A text book, 517.

Buckland, A text book, 517.

Buckland, A text book, 517; Rado, 155-156.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

İlk önceleri müvekkilin vekili serbestçe azletme hakkının yanında¹⁸², vekilin sözleşme ile üstüne aldığı görevden istifa etme hakkı bu kadar kolay kabul edilmiş değildi¹⁸³. Nitekim Gaius vekaleti sona erdiren nedenlere temas ederken vekilin istifasına yer vermemiştir. Vekilin henüz ifaya başlamadan önce istifa edebileceği ise Paulus zamanında kabul edilmiştir¹⁸⁴. Vekilin istifa hakkının müvekkilin azletme hakkı kadar net olmamasının nedeni, vekilin vekalet sözleşmesi ile üstlendiği görevi tamamlamasının vekilin bir borcu olarak kabul edilmiş olmasıdır¹⁸⁵.

Vekil vekaleti ifa etmeye başladıktan sonra istifa ederse bunu en kısa zamanda müvekkile bildirmeli ve onun yarım kalan işi başka bir şekilde tamamlamasına imkan tanınmalıdır¹⁸⁶. Eğer vekil, işin müvekkilce tamamlanmasına imkan bırakmayacak kadar geç bir vakitte istifa etmişse, müvekkilin bu zararını tazmin etmekle yükümlüdür¹⁸⁷.

Roma hukukundaki vekalet sözleşmesini sona erdiren bu durum aynı kavramlar kullanılmak suretiyle BK. m. 396'da şu şekilde ifade edilmiştir. "Vekalenden azil ve ondan istifa her zaman caizdir." Daha öncede ifade ettiğimiz gibi buradaki azil ve istifadan kastedilen geri almadır¹⁸⁸.

Vekalette, tarafların bu azil ve istifa yoluyla sözleşmeye son verebilmelerinin sebebi, vekilin şahsi niteliğinin ağır basması ve sözleşmenin özel bir güven ilişkisine dayanmasıdır¹⁸⁹. Güven temeline bağlı bu ilişkide, vekile güveni kalmayan bir müvekkilin, sözleşmeyle daha fazla bağlı kalmasında bir anlam yoktur.

B. Ölüm

Roma hukukunda, daha önce de bir çok kere belirttiğimiz gibi güven temeline dayanan vekalet sözleşmesi ayrıca taraflar arasında kişisel bir ilişki kurması sebebiyle taraflardan birinin ölmesi ile sona ererdi¹⁹⁰. Romalı hukukçular

182 Gaius: 3.159 (Çev: Rado, 59).

183 Watson, Mandate, 71.

184 Watson, Mandate, 75.

185 Watson, Mandate, 178, 180; Buckland A text book, 517.

186 Buckland, A text book, 517; Leage, 367.

187 Leage, 367. Rado, 155.

188 Serozan, Rona, Sağlar Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırmalar, İst.1979, s. 137; Tandoğan, 619-620.

189 Tandoğan, 615-616.

190 Buckland, A teext book, 517; Nicholas, 189; Berger, 574; Rado, 156; Watson, Law of obligations, 151; Koschare, 243.

tarafardan birini ölümü ile vekaletinde sona ereceği belirtmişle ve bunu ifade ederken meselelere değişik bakış açılarından bakmışlardır¹⁹¹. Bazı hukukçular¹⁹² taraflardan birinin ölümü ile vekaletin sona ereceğini belirtmiş, bazıları ise sadece vekilin¹⁹³ veya müvekkilin¹⁹⁴ ölümü ile vekaletin ortadan kalkacağına değinmişlerdir. Taraflarda birinin ölümü ile vekaletin sona ermesi, ölümün sözleşmenin kurulmasında taraflarca öngörülmemiş olması durumunda gündeme gelir ve bu mandatum morte solvitur diye ifade edilir¹⁹⁵.

Müvekkilin ölümünden sonra ifa edilecek olan bir vekaletin (mandatum post mortem mandatoris) geçersizliği hususunda ise tartışma vardır. Bir fikre göre¹⁹⁶ bu dönemde müvekkilin ölümünden sonra ifa edilmek üzere verilen vekalet geçersizdir. Bir diğer fikir¹⁹⁷ ise böyle bir vekaletin geçerli olacağı yönünde ifade edilmiştir. bazı yazarlarda¹⁹⁸ örneğin müvekkilin ölümünden sonra anıtının yapılmasına ilişkin mandatum geçerli olabileceğini ifade etmişlerdir.

Buna karşın çoğunluk görüşüne göre mandatum post mortem mandataris gibi mandatum post mortem mandatoris de geçersizdir¹⁹⁹.

Borçlar kanunumuzda ölümün vekaleti sona erdireceğine ilişkin kural 397.maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir: “Hilafı mukaveleden veya işin mahiyetinden anlaşılmadıkça vekalet, gerek vekilin, gerek müvekkilin ölümüyle ...nihayet bulur.” Bu hükme göre ölüm, vekalet sözleşmesi geleceğe etkili olarak ortadan kaldıran sebeplerden birisidir²⁰⁰.

Kanunda ölümün vekalet sözleşmesini sona erdiren hallerden biri olarak sayılmasının nedeni, bu sözleşmede güven unsurunun ağır basması ve tarafların şahıslarının özel bir önem arz etmesidir. Bu niteliği itibarıyla vekaletten doğan

91 Watson, Mandate, 130.

92 Bkz. dn. 252 ve 253'deki metinler.

93 Gaius: D. 17.1.27.3 (Watson, Mandate, 129'dan naklen)

94 Paulus: D. 17.1.26.Pr (Watson, Mandate, 129'dan naklen).

95 Watson, Mandate, 133.

96 Di Marzo, Sul mandato post mortem, Scritti Ferrini, I. 5.23. vd: (Watson, Mandate, 139'dan naklen).

97 Sanfilippo, Studi Solazzi, s. 554 vd (Watson, Mandate, 143'den naklen).

98 Buckland, A text book, 517-518.

99 Di Marzo, 451, dn. 72.

200 Tandoğan, 663.

haklar ve borçlu ilgili kişinin ölümünden terekesine dahil olabilecek nitelikteki hak ve borçlardan değildir²⁰¹.

Kural ölümle vekaletin sona ermesidir. Ancak kanun iki halde bu kurala istisna getirmiştir. İlki, tarafların, vekaletin ölüme rağmen devam edeceğinde anlaşmış olmaları, ikincisi de işin niteliğinden sözleşmenin devam edeceğinin anlaşılmasıdır²⁰².

Türk hukukunda da mantadum post mortem çok tartışılan bir meseledir.

Mandatum post mortem, miras hukukundaki şekli hükümleri ortadan kaldırmaya yönelik bir kanuna karşı hile olarak kullanılmaması şartıyla genellikle geçerli kabul edilmiştir²⁰³.

Doktrinde mandatum post mortem vasiyeti tenfiz memurluğu ile ilişkisi tartışılmıştır. Mandatum post mortem mandatoris (müvekkilin ölümünden sonra etkili vekalet) vasıtasıyla tayin edilen vekil ile vasiyeti tenfiz memuru arasında oldukça önemli farklar vardır. İlk önce mirasçılar müvekkilin külli halefleri olarak vekalet sözleşmesini geri alma (azil) haklarını kullanarak sona erdirebilirler. Halbuki vasiyeti tenfiz memuru mirasçılar tarafından görevinden uzaklaştırılmaz²⁰⁴. Vasiyeti tenfiz memurunun görevini vasiyetname ve kanun çizer²⁰⁵. Buna karşılık vekilin görevi müvekkil ile yaptıkları sözleşmeye dayanır²⁰⁶

Bizimde katıldığımız bir diğer fikre²⁰⁷ göre ise mandatum post mortem sağlar arası bir tasarruftur²⁰⁸ ve ölüme bağlı tasarrufların şekline bağlı değildir²⁰⁹. Mandatum post mortem, ölüme bağlı bir kazandırmaya amaçlamış olsa bile şekle bağlı olmadan oluşturulabilecek, bunun yanında da mirasçılar tarafından da serbestçe geri alınabilecektir. Böylece mirasçılara verilen serbestçe geri alma hakkı adeta işlemin şekilsizliğinin bir bedeli olmaktadır²¹⁰. Müvekkil, mandatum post mortem ile atadığı vekili geri alma hakkını kullanarak azletmek-

201 Gürsoy, Kemal Tahir, Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum 14-16 Haziran 1976, İst.1977, s. 2; Ayrıca bkz. Oğuzman, 328 ve dn. 85.

202 Özkaya, 717-718; Tandoğan, 649.

203 Esener, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyete Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenid Temsil, Ankara 1961, s.178; Gürsoy, 23 vd.

204 Serozan, Sağlar Arası, 173-174.

205 Oğuzman, 186.

206 Bkz. Serozan, Sağlar Arası, 169.

207 Esener, 178 vd.

208 Serozan, Sağlar Arası, 169.

209 Gürsoy, 31; Serozan Sağlar Arası, 177.

210 Serozan, Sağlar Arası, 177.

ten önceden feragat edemeyeceği gibi mirasçıların bu haklarını kullanmalarını da tek taraflı bir beyanla engelleyemez²¹¹. Gerçek kişilerde gaiplik ve tüzel kişilerde tüzel kişiliğin sona ermesi, ölüme eş sonuçlar doğurur. Bu nedenle, vekaletin ölümle son bulması ile ilgili olarak söylenenler gaiplik²¹² ve temel kişiliğin sona ermesi²¹³ halleri için de geçerlidir.

C. Ehliyetsizlik

Borçlar kanunumuzda taraflardan birinin ehliyetini kaybetmesi ile vekaletin de son bulacağını m. 397 f.1 hükme bağlamıştır. Buna göre vekil veya müvekkil, vekalet sözleşmesi kurulduktan sonra temyiz kudretini kaybederse vekalet de sona erer.

Bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Bir fikre göre²¹⁴ bu hüküm daha çok hukuki işlemlere ilişkin vekalet göz önünde tutularak sevk edilmiştir ve maddi fiillere işlerin vekalet (örneğin hakimın bir hastayı tedavi etmesi) bakımından uygulanması genelde mümkün olmaz.

Daha doğru olan bir diğer fikre²¹⁵ göre ise ölümden olduğu gibi sözleşme ve işin niteliği gerektiriyorsa vekalet devam etmelidir. Kanuni temsilcinin atanmasından sonra geri alma ve talimat verme müvekkil adına kanuni temsilci de kullanabilir. Yine bir hastanın temyiz kudretini kaybetmesi dolayısıyla vekaletin sona erdiğini düşünmek ve onu tedaviden mahrum bırakmak doğru olmaz.

D. İflas

Roma hukukunda müvekkilin, iflas etmesi ile vekaletin sona ereceği açık olarak ifade edilmemekle beraber bunun vekilin vekaleti bırakması için haklı bir neden olarak görüldüğü ifade edilmektedir²¹⁶

İflas, kişinin hak ehliyetini ortadan kaldırmadığı gibi hukuki işlem yapma ehliyetini de ortadan kaldırmaz. İflasın amacı iflas masasına giren mal ve hakların tasfiyesi sonucunda elde edilecek paralarla alacaklıların tatmin edilmesi olduğundan iflasın açılması ile müflisin masaya giren mal ve haklar olduğundan iflasın açılması ile müflisin masaya giren mal ve haklar üzerindeki tasarruf yetkisi

211 Serozan, Sağlık Arası, 174.

212 Esener, 183 vd.; Gürsoy, 3-11.

213 Gürsoy, 11.

214 Gautschi, m. 405, Nr. 10, a (Tandoğan, 666'dan naklen).

215 Tandoğan, 666 vd.

216 Leage, 367.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

de kısıtlanır²¹⁷. Müflis, iflas masasına giren mallar üzerinde onların mevcudun azaltıcı nitelikteki işlemleri yapamaz. Bu konuda borçlandırıcı işlemleri yapmasına bir engel bulunmamakla beraber tasarruf işlerini gerçekleştiremeyecektir²¹⁸.

Vekil iflas etmiş ise ve vekaletin konusu da maddi bir işin görülmesi ise vekalet sona ermez. Çünkü burada müflisin iflas masasına giren hak ve mallarını koruma amacı gerçekleşmemektedir. Hekimin ya da sanatçının iflası mali bir edimi yerine getirmeyeceklerse sona erme sebebi değildir²¹⁹.

IX. Vekalet Sözleşmesinde Sorumluluk Ölçütü

Roma hukukunda klasik dönem boyunca borçlunun sorumluluğu genellikle dolus ile sınırlandırılmıştı²²⁰. Bununla orantılı olarak klasik dönemde vekalet sözleşmesiyle borç altına giren vekil de sadece kastından dolayı sorumlu idi²²¹. Ancak klasik dönemde vekilin sadece dolus'tan sorumlu olduğu fikri üzerinde görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar²²² bu dönemde vekilin sadece dolus'tan sorumlu olduğunu söylerken diğer bir kısım yazar²²³ klasik dönemin sonlarına doğru culpa levis'den de sorumlu olduğunu belirtmektedirler. Bu konuda savunulan diğer bir fikir²²⁴ de tarafların durumuna göre sorumluluğunda değişkenlik arz ettiği yönündedir.

Iustinianus zamanında ise vekilin sorumluluğu genişletilmiş ve bütün kusurlarından (omnis culpa) sorumlu tutulmuştur²²⁵.

X. SONUÇ

Vekalet sözleşmesi, iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile vekil, müvekkilin kendisine vermiş olduğu bir görevi ücretsiz olarak yapmayı kabul etmektedir. Roma hukukunda bu sözleşmenin ücretsiz olması kural iken Türk hukukunda vekile ücret ödenebilir.

²¹⁷ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1985, s.483. Esener, 186.

²¹⁸ Kuru / Arslan / Yılmaz, 483-484.

²¹⁹ Becker, 732. Tandoğan, 672.

²²⁰ Zilelioğlu, 250.

²²¹ Rado, 42; Di Marzo 451; Umur, Ders Notları, 374.

²²² Schulz, Fritz, Classical Roman Law, 456 (Watson, Mandate, 195'ten naklen).

²²³ Buckland, Textbook, 516.

²²⁴ Watson, Mandate, 198 vd.

²²⁵ Rado, 154; Di Marzo 451; Umur, Ders Notları, 374.

Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin konusunu operae liberales denilen yüksek işler oluşturmaktaydı. Türk hukukunda ise vekalet sözleşmesinin konusunu hukuki işlemler ve maddi fiiller oluşturabilir.

Vekil, vekaleti sadakat ve özenle ifa etmeli, aksi kararlaştırılmamışsa bizzat yapmalıdır. Vekaletin sınırlarını aşmamalı ve müvekkilin talimatların uymalıdır. Daha sonra elde ettiği hak ve borçları müvekkile devretmeli ve ayrıca ona yaptığı işler hakkında hesap vermelidir. Müvekkil de, vekilin yapmış olduğu masrafları ve bu sebeple uğramış olduğu zararları ödemelidir.

Vekalet sözleşmesi genel olarak azil ve istifa ile, taraflardan birisinin ölümü veya ehliyetini kaybetmesi ile sona erer.