

## AKİTLERDE ESASLI NOKTALAR İLE İKİNCİ DERECEDEKİ

### NOKTALARIN TEFRİKİ MESELESİ

Doçent Dr. Turhan ESENER

Bir akdin muteber surette teşekkül edebilmesi için prensip itibariyle tarafların o akdin bütün unsurları üzerinde anlaşmış olmaları icap eder. Beyanların karşılıklı olarak birbirine uygun olmasına «anlaşma», aksi hale ise «anlaşmazlık» (Dissens) denmektedir 1). Eğer taraflar, anlaşmazlığın farkına varırlarsa ortada açık anlaşmazlık, farkında değillerse gizli anlaşmazlık mevcuttur. Bu sonuncu halde, taraflar beyanlarının birbirine uygun olduğunu sanmaktadırlar. Filhakika, kullanılan kelimeler birbirinin aynı olmakla beraber müphem ve natamam iseler, beyanlar arasındaki uygunluk yalnız görünüştedir. Hakikat halde ortada gizli bir anlaşmazlık mevcut olduğundan mukavele in'ikat etmemiştir 2).

Tarafların bir mukavelenin sadece bazı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları halinde o akdin muteber surette teşekkül edip etmediği meselesinin halli hususunda muhtelif hukuk sistemlerinde farklı sistemler kabul olunmuştur. Herşeyden evvel klâsik bir tasnife göre akdin mevzuuna taallük eden noktalar üçe ayrılır 3).

#### a) Mukavelenin esaslı noktaları (*essentia negotii*).

Bu noktalar bir akdin teşekkül edebilmesi için âkit tarafların aralarında kararlaştırmaları mecburi olan asgarî noktalardır. Bunlar teşekkül eden akdin mahiyet ve nevini tâyin ederler. Meselâ bir alım satım aktinden bahsedebilmek için tarafların mebi ve semen üzerinde anlaşmış olmaları lâzım gelir. Bunlardan birinin bulunmaması mukaveleye mahiyet ve hususiyetini kaybettirir.

#### b) Mukavelenin tabii ve mutâd noktaları (*naturalia negotii*).

Bu noktalar akdin nevini tayin etmemekle beraber bir mukavelede kendiliğinden bulunması lâzım gelen mutâd noktalardır. Bunlar üzerinde ayrıca muka-

1) von Tuhr, *Partie générale du code fédéral des obligations*, s. 167 ve *allg. teil des B.G.B.*, s. 481.

2) *Sem. Jud.* 1938, s. 509.

3) von Tuhr, *a.g.e.*, s. 153; Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 1948, s. 231; Saymen, *Türk Borçlar Hukuku*, 1958, s. 155; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 1950, s. 222.

vele yapmaya ve hüküm vazetmeye lüzum olmayıp kanunun itmam edici hükümleri doğrudan doğruya hüküm ve netice meydana getirirler. Meselâ satış aktinde mebiin, semenin tediye edildiği anda teslimi ile peşin satışlarda mebiin teslimi anında bedelin tediye edileceği hususu birer naturalia negotii'dir. Keza borçlunun temerrüdü halinde faiz yürütüleceği, kusurlu olması halinde zarar ve ziyan talep edileceği gibi hususlar da tabii ve mutâd noktalardır.

c) Mukavelelerin tâli (arızî) noktaları (**accidentalia negotii**).

Bunlar, tarafların akitlerinde kanunun itmam edici hükümlerinin hilâfını kararlaştırmak suretiyle derpiş ettikleri bazı şartlardır. Bu noktalar akdin mahiyetinden istihraç olunamaz. Meselâ semenin muayyen taksitlerde ödenmesinin kararlaştırılması, borçlunun mesuliyetinin ağırlaştırılması veya hafifletilmesi, satıcının temerrüdü halinde akdin fesih edilmesi hakkının tanınması, vâdeler ve şartlar gibi.

Yukarıda belirttiğimiz veçhile tarafların sadece bazı noktalar üzerinde anlaşarak diğer bazı noktaları mahfuz tutmaları veya sükûtle geçiştirmiş olmaları halinde Alman Medeni Kanunu ile Türk - İsviçre Hukuk sistemi arasında büyük farklar mevcuttur. Bu bakımdan kısaca Alman hukukunda kabul edilen tanzim tarzını tetkik etmek faydalı olacaktır.

Alman Medeni Kanunu § 154'e göre taraflar akdin bütün noktaları üzerinde anlaşmış olmadıkça, şüphe halinde akit in'ikad etmemiş telâkki olunur. Ancak taraflar bilâhare eksik kalan noktalar üzerinde anlaşmaya varabilirler. Esasen Lehmann'ın işaret ettiği veçhile 4), bu madde hükmü yalnız şüphe halinde tatbik olunur. Eğer taraflar arasında bağlanma iradesi mevcut ise akdin nevini ve mahiyetini tayin eden fiyat gibi bazı hususlar bilâhare tarafların muhtemel iradelerine göre itmam edilebilecektir 5). Lange şu misali vermektedir: Kömür sıkıntısı mevcut olduğu bir zamanda A, kömür tüccarı B ye telefon ederek bugün kömür alabilip alamıyacağını sormuştur, B ise cevabında bugün öğleden sonra muhakkak kömürü gönderiyorum demiştir. Böyle bir halde kömürün miktar, cins ve fiyatı gibi satış akdinin mühim unsurları üzerinde anlaşmaya varılmış olmamasına rağmen akit yine inikat etmiş addolunacak, eksiklikler kanunun tefsir edici hükümleri vasıtasıyla itmam edilecektir. Buna mukabil, taraflar akdin mühim unsurları üzerinde anlaşmaya varmakla beraber teslim ve tediye şartları, nakliye masrafları gibi şübjektif bakımdan ehemmiyetli olan bir noktayı ileride anlaşmak üzere mahfuz tutmuş olsalar ihtilâf halinde mukavele inikat etmemiş addolunacaktır. Meselâ, A, B ye «şimdi piyano satışı üzerinde anlaştık, nakliye masraflarını ise bilâhare aramızda kararlaştırırız» demiş olsa ihtilâf halinde mukavele te-

4) Lehmann, Allg. teil des BGB, 1957, s. 22.

5) Meselâ § 316, 315.

şekkül etmemiştir. 6). Hülâsa, objektif bakımdan esaslı noktalar üzerindeki bir eksiklik bilâhare kanunun tefsir edici hükümlerinin tatbik edilmesi suretiyle itmam edilebildiği halde sübjektif bakımdan mühim olan bazı noktalar üzerinde tarafların daha akdin teşekkülü anında anlaşmış olmaları icap eder. Aksi takdirde ve ihtilâf halinde akit teşekkül etmemiş addolunur 7).

Şu halde Alman Medeni Kanununun sistemine göre akitlerin teşekkülü için mühim olan cihet tarafların akdin ferî noktaları üzerinde anlaşmalarıdır. Görüldüğü üzere Alman Medeni Kanununun kabul ettiği sistemde taraflar ferî noktaların tayin ve tanzimini mahfuz tutmuş olmaları halinde akit teşekkül edemediğine nazaran mukavele serbestisi prensibi ihlâl edilmektedir 8).

Türk - İsviçre Hukukunda ise Alman Hukukundan tamamen farklı bir sistem kabul edilmiş ve mukavele serbestisi prensibi bir kerre daha teyit edilmiştir. Diğer taraftan, Borçlar Kanunumuz yukarıda işaret ettiğimiz üçlü tasnife de itibar etmemiş, onun yerine sübjektif bir kıstasa istinat eden başka bir sistem kabul etmiştir.

Borçlar Kanunumuzun ikinci maddesine göre «iki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sükûtle geçilmiş olsa bile akde mün'akit olmuş nazariyle bakılır. İkinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulmadığı takdirde hâkim işin mahiyetine bakarak onları tayin eyler. Akitlerin şekillerine müteallik hükümler mahfuzdur».

Borçlar Kanunumuz bu hüküm ile Alman hukukundan ayrılmış ve kanaatimizce her bakımdan mükemmel ve maksada elverişli bir kaide vazetmiştir. Olması lâzım gelen hukuk bakımından bir mukavelenin muteber olarak teşekkül ettiğini bir hükümsüzlük haline tercih etmek lâzımdır. Tarafların mukavelelerini hükümsüz addetmek yerine onun eksikliklerini itmam etmek daha faydalı olacaktır. Türk - İsviçre Hukukunda **favor contractus** prensibi hâkim olmuştur. Muhtemel bir hükümsüzlük yerine bir mukavelenin muteber addedilmesi bilhassa iki bakımdan meşru gösterilebilir:

a) Hukuki ve içtimai bakımdan ticari işlerdeki emniyet prensibi temin edilmiş olur. Bilindiği üzere itimadın himayesi herşeyden evvel ticari emniyet prensibine istinat eder. Zamanımızdaki ticari hayat geniş ölçüde emniyet ve çabukluğu icap ettirmektedir 9). Prof. Egger'in de beyan ettiği veçhile hüsnüniyet kaideleri hususi bir menfaata, itimat unsuruna bir işareti muhtevidir. Karşı taraf itimadında aldatılmamalı, haklı ümitleri boşa çıkarılmamalıdır 10). Hüs-

6) Lange, BGB, Allg. teil, 1955, s. 238.

7) Soergel, BGB, 1952, § 154, No. 1, s. 378.

8) Karş. Staudinger, Komm. zum BGB, 1957, 11. bası, § 154, No. 1, s. 901.

9) Wellspacher, Vertrauen auf aussere tatbestande, Wien, 1936, s. 114.

10) Egger, Komm. zum schweiz. ZGB, Personenrecht mad 2 No. 2, Çernis terc. s. 82.

nüniyetle muteber bir mukavele yaptığına inanan kimsenin, bu inancında yanılmaması itimat prensibine de uygundur. Bundan başka, modern hayatta yapılan muamelelerin birbirleriyle o kadar yakın alâkaları vardır ki bunlardan bir tanesinin hükümsüzlüğü diğer anlaşmaları ihlâl edebilir ve bir karışıkığa mahal verebilir.

b) Ferdi bakımdan, bir anlaşmanın tamamının hükümsüz addedilebileceği yerde sadece kusurlu noktaların bertaraf edilmesi himaye edilmek istenen âkit taraf için kâfi bir tedbirdir. Belki de o akdin tamamen butlanı kendi aleyhine olacaktır.

Acaba bir akitte esaslı noktalar ile ikinci derecedeki noktalar hangileridir ve bunlar birbirinden nasıl tefrik edileceklerdir? Bu sorunun cevabının pratik ehemmiyeti âşikârdır, zira o akdin doğrudan doğruya teşekkül edip etmediği meselesi ile ilgilidir. Taraflar akdin sadece bazı noktaları üzerinde anlaşarak diğer bazı noktaları sükûtle geçiştirmiş olmaları halinde tarafların üzerinde anlaşmış oldukları esaslı noktalar olarak tavsif edilecek olursa mukavele muteber olarak teşekkül edecek, ancak taraflar ikinci derecedeki noktalar üzerinde uyuşmamış olsalar bile hâkim işin mahiyetine bakarak onları tayin edecektir. Aksi takdirde mukavele muteber olarak in'ikad etmemiş olacağından herhangi bir hüküm ve netice meydana getirmeyecektir.

I. **Esaslı noktalar:** Borçlar Kanunumuz esaslı noktalar tâbiriyle neyi kastedtiğini ifade etmemiştir. Şu halde bu tâbirin manasını bir tefsir neticesinde istihraç etmek lâzım gelmektedir.

Doktrinde umumiyetle kabul edilen bir nokta nazara göre akitteki bazı noktalar objektif bakımdan veya sübjektif bakımdan esaslı noktalar olarak tavsif edilebilir. Herşeyden evvel, akdin nevini tayine yarayan noktalar o akdin objektif bakımdan esaslı noktalarıdır. Bu türlü noktalar üzerinde taraflar anlaşmamışlar ve mukavelelerinin nevinin tayini işini hâkimin takdirine bırakmışlarsa mukavele şüphesiz in'ikat etmemiştir. Meselâ A ile B, A ya ait bir şeyin B ye verilmesi hakkında anlaşmışlar, fakat bu devrin sebebinin bir satış, hibe, karz, vedia olduğunu kararlaştırmak işini hâkime bırakmış olsalar böyle bir itnâm hâkimin normal vazifesi dahiline girmez ve mukavele de teşekkül etmemiş addolunur. Zira hukuk nizamı nevi ve mahiyeti âkit taraflarca tayin edilmiş bulunan mukavelelerdeki eksik kalmış ikinci derecedeki noktaların tamamlanmasına âmir bulunmaktadır.

Becker gibi bazı müellifler 11), bir akdin esaslı noktalarını tamamen objektif bakımdan tarif ve tayin etmek cihetine gitmektedirler. Bu görüşe göre

11) Becker, Komm. zum schweiz. ZGB, Obligationenrecht, 1941, mad. 2 No. 3.

objektif bakımdan esaslı noktalar ile ikinci derecedeki noktaları tayin etmek mümkündür. Akdin nevini ve mahiyetini tayin eden noktalar ile, **essentiala negotii** meselâ satış aktinde mebi ve semen, kira aktinde mecur ve icar bedeli gibi akdin in'ikadı için zaruri olan asgari noktalar objektif bakımdan esaslı noktalardır. Buna mukabil, tâli derecedeki noktalar ise objektif bakımdan esaslı olan noktaların dışında kalan ve tarafların aralarında sübjektif bakımdan esaslı nokta olarak tayin etmedikleri noktalardır. von Tuhr 12) da bu sisteme müte-mayil görünmekte ve **essentiala negotii** grubuna giren mebi, semen gibi bazı mühim noktaları objektif bakımdan akdin esaslı noktaları olarak tavsif etmektedir.

Diğer bazı müellifler 13), esaslı noktalar ile ikinci derecedeki noktaların tefrikini tamamen sübjektif bir kıstasa istinat ettirmektedirler. Bu telâkkiye göre, tarafların ilk müzakereler safhasında akdin meydana gelmesi için lüzumlu addettiği (**condictio sine qua non**) ve o nokta üzerinde anlaşmaya varılmadıkça akdin teşekkül etmeyeceğini kararlaştırdıkları noktalardır. Şu halde taraflar aralarında akdin herhangi bir noktasını atfettikleri hususi ehemmiyete binaen, sübjektif bakımdan, esaslı nokta olarak kararlaştırabilirler.

Ancak, taraflar bir noktanın o akdin esaslı unsuru olduğunu tayin etmemişlerse hangi kıstaslara göre mezkûr noktanın esaslı olup olmadığı anlaşılacaktır? Keller 14), esaslı noktayı tayin etmek için evvelâ tarafların hakiki veya farazi iradelerini, bilâhare hüsnüniyet kaidelerini ve nihayet işlerin mutad gidişini nazarı itibara almak lâzım geldiği fikrindedir. Becker'e göre de 15), bu mesele hususiyle tanzim edilmesi lâzım gelen münasebetin iktisadi ehemmiyeti de gözönünde tutularak her müşahhas hâdisede ayrı ayrı incelenerek halledilmesi icap eder. Oser-Schönenberger'e göre de 16) tarafların iradeleri deruni olmak itibariyle doğrudan doğruya anlaşılamiyacağından ancak hal ve şartlara bakılarak bu iradenin ne olduğu bulunacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında 17), satış aktinde tediye şartlarının akdin esaslı noktalarından olup olmadığını tetkik etmiş ve bu şartların iktisadi bakımdan ehemmiyetine, işin mutad cereyanına ve âkit tarafların akdin inikadı sırasında bunlara atfettikleri ehemmiyete binaen tediye şartlarını esaslı nokta olarak tavsif etmiştir. Bu

12) von Tuhr, a.g.e., s. 168.

13) Oser-Schönenberger, a.g.e., Mad. 2 No. 12, Hususiyle Piottet, la formation du contrat, 1956, s. 147.

14) Keller, Der Vorbehal von Nebenpunkten beim Vertragabschlusse, 1943, s. 76, 77 ve 100 - 101.

15) Becker, a.g.e., Mad. 2 No. 4, s. 27.

16) Oser-Schönenberger, Mad. 2 No. 13.

17) JdT 1946, s. 201-202.

hususta Saymen - Elbir 18) şu misali vermektedir: Samsun'dan İzmir'e nakle-  
dilecek bir eşyanın fiyatı, teslim tarihi gibi hususlar tesbit edilmiş, ancak nakli-  
yenin hangi suretle yapılacağı kararlaştırılmamış ise bu noktanın esaslı olup ol-  
madığını taşıyacak eşyanın mahiyetine ve tarafların niyetine göre araştırmak  
icap eder. Şayet bu eşyalar kara veya deniz nakliyatına mütehammil değilse,  
bu nokta esaslıdır.

Kanaatımızca, bir noktanın o akdin esaslı bir noktası olup olmadığı muka-  
vele hukuku sahasında tatbik edilen itimat nazariyesine göre tayin edilmelidir.  
Diğer bir ifadeyle, mevzu bahis olan noktanın esaslı olup olmadığı tarafların  
müzakereler sırasında diğer âkit tarafça tanınabilen iradesine göre taayyün eder.  
Fihakika, bir irade beyanına muhatap olan kimse bu beyanı harfi harfine, lâ-  
fettayin bir şahıs sıfatiyle değil bilâkis hüsnüniyetle, işin mahiyetine, beyan sa-  
hibinin tabiatını ve beyan sahibi ile kendisi arasındaki münasebetleri nazarı  
itibara alarak beyan sahibinin iradesini tefsir edecek ve şartın beyan sahibi  
için akdin esaslı bir unsuru olup olmadığı neticesine varacaktır.

Sübjektif görüşe nazaran akdin esaslı noktaları, tarafların tanınabilen irä-  
desine göre tayin edildiğine göre, Becker'in görüş tarzının hilâfına olarak satış  
akdinde semen gibi **essentiala negotii**'den madut bazı mühim unsurları her za-  
man esaslı olarak tavsif etmek doğru değildir. Şu halde objektif bakımdan  
esaslı olarak tavsif edilen bir nokta bir müşahhas hadisede taraflar arasında  
ikinci derecede bir nokta olarak kabul edilmişse B.K. m. 2 de bahis mevzuu  
olduğu üzere mukavelenin muteber surette teşekkül ettiği karinesine itibar olun-  
mak iktiza eder. Başka bir tâbirle, **essentiala negotii**'ye taallük eden bir nokta  
taraflar için mukavelenin teşekkülü bakımından bir **condictio sine que non**  
teşkil etmiyorsa, o nokta ikinci derecede bir nokta olarak tavsif ve binaenaleyh  
taraflar o noktayı mahfuz tutmuşlarsa B. K. m. 2 tatbik edilmelidir. Meselâ, A  
ile B aralarında bir makine satışı hususunda anlaşmışlar, ancak bedel üzerinde  
anlaşmayı aralarında mahfuz tutmuşlardır. Zira, A, makine için 10 000 lira ta-  
lep etmekte, B ise 9500 lira teklif etmektedir. Yine farzedelim ki X ile Y ara-  
larında satış bedeli olan 10 000 lira üzerinde fakat 500 lira tutan nakliye mas-  
raflarının kime terettüp edeceği hususunu mahfuz tutmuşlardır. Her iki halde  
de taraflar, ihtilâflı olan bir noktayı ileride anlaşmak üzere mahfuz tutmakta-  
dırlar. Yine iki halde de ihtilâflı meblâğ 500 liradan ibarettir ve taraflar bu  
500 liralık farkı mukavelenin teşekkülüne mâni olacak derecede esaslı bir unsur  
olarak tavsif etmemişlerdir 19). A makinayı almak için on bin lirayı gözden  
çıkartmıştır ve satış fiyatının 9500 nakliye masrafının 500 olması ile nakil mas-

18) Saymen - Elbir, a.g.e., s. 155-156.

19) Piottet, a.g.e., s. 35.

rafı olan 500 liranın da satıcıya ait olmak şartıyla 10 000 lira olması arasında kendisi için hiçbir fark yoktur. Satıcı B için de, **vice versa**, aynı mülâhaza varittir.

Ancak müdafaa ettiğimiz bu görüş tarzını Türk - İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde gayrimenkule müteallik mukavelelere teşmil etmeye kanaatimizce imkân yoktur. 20). Zira, M. K. m. 634'e göre gayrimenkul mülkiyetini nakleden akitler resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar. Bu kaide, Borçlar Kanunumuzda gayrimenkullere müteallik satışlar dolayısıyla teyit edilmiştir. Filhakika, B.K. m. 213, f. 1 mucibince gayrimenkul satımı muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır. Şekle riayet mükellefiyeti yalnız mülkiyetin nakli vâdinde değil, bütün akde, hususiyile satış akdinde bedelin miktarına da şamildir 21). İsviçre Federal Mahkemesi de müteaddit kararlarında bu fikri teyit etmiş bulunmaktadır 22). B.K. m. 213 f. 1 ile istihdaf edilen gaye, kefalette olduğu gibi taraflardan birisinin menfaatlerini himaye etmek değil, tarafların düşüncesiz ve acele hareketlerine mâni olmak suretiyle her iki âkit tarafı korumak ve nihayet gayrimenkule müteallik muamelelerde hukuki emniyeti temin etmek suretiyle umumi menfaati himaye etmektir. 23). Şu halde gayrimenkul satışlarında her iki âkit taraf için mühim olan, satış bedelinin resmî senette tecessüm ettirilmemesi satış akdinin hükümsüzlüğünü mucip olacaktır.

Bazan âkit taraflar resmî şekilde yaptıkları bir gayrimenkul satış senedinde semeni muhtelif sebepler yüzünden gizlerler. Federal Mahkeme bu meseleyi iki şıkta incelemiştir. Birinci halde alıcı, resmî senette gösterilen fiyat ile hakiki bedel arasındaki farkı ödemeyi ayrı bir senetle taahhüt etmiştir. Bu halde Federal Mahkeme akdi prensip itibariyle bâtil addetmektedir (24). İkinci halde alıcı, resmî senette gösterilen bedelle hakiki bedel arasındaki farkı peşin olarak ödemmiştir. Böyle bir halde Federal Mahkeme satış akdini bâtil addetmemektedir (25). Federal Mahkemenin görüş tarzı şu şekilde hülâsa edilebilir: Resmî senette satış fiyatını hakiki fiyattan noksan göstermek hukuka ve ahlâka aykırı değildir 26). Satış fiyatı tarafların hususi menfaatlerini ilgilendirir ve semenin senette az gösterilmesi âmme intizamını ihlâl etmez. Satış akdi kanun tarafından aranılan şekilde tanzim edildiğinden şekil noksanı ile malûl değildir.

Federal Mahkemenin bu hal sureti Leemann tarafından şiddetle tenkid edilmiştir. Bu müellife göre, resmî şekle riayet mecburiyeti bulunan bir akdin esas-

20) Bu nokta Piottet tarafından ihmal edilmiştir.

21) von Tuhr, Eigentumsübertragung nach schweiz. Recht, ZSR 40 (1921), s. 45, türkçe tercümesi Ayiter, Ank. Huk. Fak. Der. 1946, s. 637.

22) RO 75 II 148 — JdT 1943, s. 74 «Weber/Businger.»

23) Praxis XLI (1952) No. 157, s. 427 «Kathriner/Furrer.»

24) RO 58 II 162, JdT 1927, s. 618 «Rutz/Pauli.»

25) PO 52 II 60 — JdT 1926, s. 346; RO 53 II 1926 JdT 1927, s. 618 «Rutz/Pauli.»

26) RO 48 II 274 — JdT 1923, s. 17-20 «Enge/Meier.»

lı noktalarının resmî senette gösterilmesi lâzımdır. Satış fiyatı, satış akdinin esaslı unsurlarından birisini teşkil ettiğinden, hakiki bedelin resmî senette tecessüm ettirilmesi şarttır. Görüldüğü üzere Leemann satış bedelini objektif bakımdan daima akdin esaslı noktası olarak tavsif ettiğinden satış akdinin muteber olabilmesi için senede derci lâzım geldiği fikrini müdafaa etmektedir. Halbuki, yukarıda işaret ettiğimiz veçhile sübjektif bakımdan satış bedeli gibi **essentiala negotii**'den madut bir unsur tarafların karşılıklı iradelerine göre akdin ikinci derecedeki bir noktası olarak tayin edilebilir. Bu bakımdan Federal Mahkemenin «senede dercedilmesi zaruri bulunan satış fiyatının tayin edilebilir olması kâfidir» şeklindeki mütalâasının tasvip edilmesi lâzımdır. Ancak Federal Mahkemenin kararı bizi başka bir noktadan şüpheye düşürmektedir. Filhakika, satış bedelinin parçalanabileceği kabul edilecek olursa elden ödenen bedelin hukuki sebebinin ne olduğu cayı sualdir. Eğer hukuki sebep satış ise, hakiki bedelin senede derci lâzım gelir. Aksi halde, peşin olarak ödenen bedel sebep-siz kalacaktır.

Esaslı ve ikinci derecedeki noktaların tefrikinin ehemmiyeti hiç şüphesiz bidayette de söylediğimiz gibi akdin hükmü bakımındandır. Akdin muteber surette in'ikadı için tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmaları icap eder. Aksi takdirde akit teşekkül etmeyeceğinden mukavele herhangi bir hüküm ve netice meydana getirmez.

**II. İkinci derecedeki noktalara gelince:** Bunlar âkit tarafların aralarında sübjektif olarak akdin esaslı noktaları şeklinde tavsif etmedikleri bazı unsurlardır. Prensip itibariyle akdin in'ikad edebilmesi için tarafların sadece esaslı noktalar üzerinde değil, ikinci derecedeki noktalar üzerinde de anlaşmaları lâzım gelir.

Burada bazı ihtimaller üzerinde durmak faydalı olacaktır:

a) Taraflar akdin teşekkülüne tekaddüm eden ilk müzakereler safhasında ikinci derecedeki noktalar üzerinde görüşüp anlaşmamışlar ve uyuşamadıklarının farkında iseler bir açık uyuşmazlık halî mevzuubahis olduğundan akit in'ikat etmemiştir.

b) Taraflar akdin esaslı noktaları üzerinde uyuşmuş olmakla beraber ikinci derecedeki noktalar üzerinde görüşüp anlaşmamışlar ise akit yine in'ikat etmez. Temyiz 4. Hukuk Dairesinin bir kararına göre «taraflar akdin esaslı noktalarında ittifak edip - teferrütünde - anlaşmamışlar ise şahit dinlemek ve tebeyün edecek hale göre karar vermek lâzımdır» 28).

27) Leemann, Nichtigkeit des Grundstückkaufes wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises ? SJZ 20 (1924), s. 269-270.

28) Tem. 4. H.D., 3-4-1942, E. 1558 K. 1036, Tepeci, Borçlar Kanunu, 1954, s. 21.



c) Taraflar akdin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmakla beraber ikinci derecedeki noktalar üzerinde anlaşmaya varılmıyarak bunları mahfuz tutmuş olabilirler. B.K. m. 2 de kabul olunan karineye göre bu gibi hallerde akit in'ikat etmiş addolunur 29). Filhakika, ikinci derecedeki noktalar mahfuz tutulmuşsa bunun manası tarafların bunlar üzerinde anlaşma yapacaklarıdır 30). Bilâhare taraflar mahfuz tuttukları noktalar üzerinde bilâhare anlaşamazlarşa akit yine in'ikat etmiş sayılır; Şu kadar ki, hâkim akdin mahiyetine bakarak bu noktaları bizzat itmam eder 31). Hâkim bu noktaları hakkaniyetle, her hâdisenin şartlarını ve tarafların muhtemel ve farazi iradelerini nazarı itibara alarak tayin eder.

B.K. m. 2 bir karineyi ihtiva ettiğinden bunun aksini, yani akdin in'ikat etmemiş olduğunu iddia eden taraf iddiasını isbat ile mükellef tutulacaktır 32). Taraflardan birisi esaslı noktalar üzerinde anlaşmaya varılmış olmasına rağmen ikinci derecedeki noktalar üzerinde anlaşmaya varılmadığını ve akdin teşekkül etmediğini isbat edebilir. Bu takdirde karineye itibar olunmaz. B.K. m. 2 de derpiş edilen karineye göre tâli noktaların mahfuz tutulması akdin lüzum ifade etmesine mâni olmayacaktır. Meselâ, A bir yeri kiralamıştır. Kira bedeli, mecur ve kira müddeti üzerinde tam bir anlaşmaya varılmıştır. Fakat kiralayanın yaptırmak için tereddüt ettiği badana, boya v.s. gibi bazı noktalar ileride anlaşmak üzere mahfuz tutulsa kira akdi muteber surette in'ikat etmiş addolunur. Keza satış aktinde teslim mahal ve zamanı nakliye mukavelesinde sigorta bedeli tâli noktalardır. Bu noktalar üzerinde bilâhare anlaşılmadığı takdirde hâkim B. K. m. 2 f. 1 mucibince işin mahiyetine bakarak onları tayin edecektir.

d) Taraflar akitlerinin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmakla beraber mahfuz tutmadıkları ikinci derecedeki noktalar üzerinde de uyuşmadıklarının farkında değildirlir.

Gizli uyuşmazlık halini derpiş eden Alman Medeni Kanununun § 155'e göre, muteber surette akdedilmiş nazariyle baktıkları bir mukavelenin bir noktası üzerinde hakikat halde taraflar uyuşmamışlar ise bu nokta olmaksızın dahi o akdin yapılacağı meczum bulunduğu takdirde o akde mün'akit olmuş nazariyle bakılır.

B.K. m. 2 ikinci derecedeki noktalar üzerindeki gizli uyuşmazlık halini derpiş etmemiştir. Doktrinde umumiyetle kabul edildiğine göre B.K. m. 2 bu hal-

29) Bk. Sem. Jud. 1952, s. 318.

30) Oser-Schönenberger, Mad. 2, No. 23.

31) Saymen - Elbir, a.g.e., s. 157.

32) Keller, a.g.e., s. 164 ve mütea.

lerde de kıyas suretiyle tatbik edilecektir 33). Meselâ, kiracı kiraladığı eve girdikten sonra duvarların istediği renkte boyanmamış olduğunu farkeder ise akde yine münakit olmuş nazariyle bakılır.

Piottet bu neticeyi tasvip etmekle beraber B.K. m. 2 nin kıyas yoluyla tatbik edilemeyeceği kanaatindedir 34). Açık uyuşmazlık ile gizli uyuşmazlık arasında mukavelenin teşekkülündeki sakatlık bakımından bir müşabehet mevcuttur. Ancak, bu müşabehet gizli uyuşmazlık halinde mukavelenin muteber surette teşekkül ettiğini haklı göstermek için kâfi değildir. Bu müellife göre, B.K. m. 20 f. 2 nin hadisemize kıyas yoluyla tatbik edilmesi daha muvafık olur. Filhakika, kısmî butlan halinde de taraflar akitteki bazı şartların bâtil olduğunu bilmeyebilirler. Bundan başka, B.K. m. 2 bir ispat kaidesi olduğu halde B.K. m. 20 f. 2, gizli uyuşmazlık halinde olduğu gibi, tarafların mevcut olmayan iradelerini itmam etmektedir. Diğer taraftan, Piottet'ye göre esasen B.K. m. 2 yi gizli uyuşmazlık haline tatbik etmeye imkân yoktur, zira mukavele akdetmek iradesi ancak üzerinde mutabakat hâsıl olmamış bulunan noktaların mahfuz tutulmuş olması halinde mevcut farzedilmektedir. Halbuki, gizli uyuşmazlık halinde bu karinenin hiçbir faydası yoktur; çünkü ikinci derecedeki noktaları mahfuz tutmak bahis mevzuu değildir.

Her iki sistem arasındaki fark şöyle izah edilebilir: Gizli uyuşmazlık halinde B.K. m. 20 f. 2 tatbik edilecek olursa hâkim mukaveleyi tarafların farazi iradelerine göre, B.K. m. 2 f. 2 tatbik edilecek olursa «işin mahiyetine bakarak» itmam edecektir.

Müşahede edileceği veçhile, her iki sistem arasındaki fark daha ziyade teorik bakımdan kendisini göstermektedir. Kanaatımızca aynı neticeye itimat prensibinin tatbik neticesinde de kolaylıkla varılabilir. Filhakika, gizli uyuşmazlık halinde âkit taraflardan her birisi diğerinin iradesini umumiyetle tefsir ederek ikinci derecedeki noktalar üzerinde de anlaşmaya varılmış olduğunu zannetmektedir. Şu halde tarafların mukaveleye olan itimatları himaye edilecek ve âkit muteber surette teşekkül etmiş telâkki olunacaktır.

33) von Tuhr, a.g.e., s. 168; Oser-Schönenberger, Mad. 2, No. 19; Arsebük, a.g.e., s. 274; Becker, a.g.e.; Mad. 2, No. 2.

34) Piottet, a.g.e., s. 149.