



## Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Doğan Kara<sup>1</sup>

### Öz

Günümüzün ticari ve ekonomik hayatı, ülke sınırlarını aşan bir karaktere sahiptir. Bu ekonomik yapı dâhilinde bilgi ve uzmanlık önem kazanmaktadır. Bu sebeple uzmanlık gerektiren danışmanlık, bankacılık, tıp sektörü, eğitim, hukuk, mimarlık gibi birçok alanda vekâlet sözleşmesi geniş bir uygulama alanına sahiptir. Vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisi ile beraber kendini göstermesi ya da daha doğru bir ifadeyle vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisini gerektirmesi, vekâlet sözleşmesi kapsamında yer alan hükümlerden hangilerinin akit statüsüne, hangilerinin ise temsil yetkisine uygulanacak olan hukuka tabi olacağı sorununun gündeme getirmektedir. Bu açıdan doğrudan doğruya temsil yetkisi ile ilgili olan gri alanlar bir bütün olarak değerlendirilmeli ve temsil yetkisine uygulanacak hukuka tabi olmalıdır. Bunun dışında vekâlet sözleşmesine uygulanacak olan hukuk, genel akit statüsünün, başka bir deyişle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun tespiti ile belirlenecektir. Unutulmamalıdır ki tüm bu değerlendirmeler kapsamında en önemli nokta, vasıflandırma sorununun nasıl çözümleneceği konusudur.

### Anahtar Kelimeler

Vekâlet sözleşmesi • Temsil • Kanunlar ihtilafı • Lex causae • Vasıflandırma

### The Applicable Law to the Contract of Mandate

#### Abstract

Today's commercial and economic life has a character that transcends the borders of the countries. Knowledge and expertise gain importance in this economic structure. Therefore, in many fields such as consultancy, banking, medical sector, education, law, architecture, which require expertise, the contract of mandate has a wide application area. The fact that the contract of mandate manifests itself in many cases together with the power of representation or, in a more precisely, requires the power of representation raises the question of which regulations will be subject to the contract status and which law to be applied to the power of representation. In this respect, the grey areas, which are directly related to the authority of representation, should be considered as a whole and subject to the law applicable to the power of representation. In addition, the law to be applied to contract of mandate shall be determined by the determination of the general "contract status", in other words "the law applicable to contractual obligations". It should be remembered that the most important point in all these evaluations is the problem of qualification.

#### Keywords

Contract of mandate • Representation • Conflict of laws • Lex causae • Qualification

1 Sorumlu Yazar: Doğan Kara (Araş. Gör.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: dogankara@yahoo.com ORCID: 0000-0001-5322-4954

Atf: Kara D, "Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk" (2019) 39(1) PPIL 145. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0003>

### **Extended Summary**

Today's commercial and economic life has a character that transcends the borders of countries. Knowledge and expertise gain importance in this economic structure. Therefore, in many fields such as consultancy, banking, the medical sector, education, law, architecture, which require expertise, the contract of mandate has a wide application area. As a matter of fact, the contract of mandate manifests itself in many cases together with the representative authority or, more precisely, requires the representative authority raising the question of which regulations will be subject to the contract status and which law to be applied to the representative authority.

Due to the similarity between the contract of mandate and the representative authority, the resolution of the qualification dispute is very important in the determination of the applicable law to the contract of mandate. Since, according to the qualification methods (*lex causae* method or *lex fori* method), gray areas can be evaluated within the scope of the representative authority or contract of mandate. In the determination of the subject, it is necessary to evaluate the areas touching the representative authority as a whole and to be subject to the same law. At the beginning of these areas, sub-power of attorney, substitution of mandate and the cases required special representative authority come together. These institutions should be considered within the concept of representative authority and subject to the law of the state in which the agent has his place of business according to Article 30, paragraph 2 of the International Private and Civil Procedure Law (Act No. 5718) that regulates the representative authority. This is because these institutions dispose the conditions under which acts of the agent bind the principal in relation to third parties. Therefore, possible legal conflicts that may arise as a result of subjecting gray areas to different legal systems will be prevented. On the other hand, the case that several persons conclude a contract of mandate as agents according to the substantive law and those of agents do not act together as a representative, cause an agency without authority. In the same way, when the substitution of mandate is available, the lack of authority to delegate the power of representation to another person as a representative or the authorization that is not given in cases where special representation is required lead to the agency without authority. Since the conditions required to be accountable the principal to third parties for the acts of agents are deficient in these cases, this deficiency falls into the application area of the Article 30, paragraph 2 of the International Private and Civil Procedure Law. The law to be applied to the indirect representation is always connected with the basic legal relationship with the substantive law and should be considered as its integral part. Therefore, the indirect representation should be subject to the law applied to the basic legal relationship. Outside of the grey areas, the applicable law to the contract of mandate shows parallelism with the general "contract status", in other words "the law applicable to contractual obligations".

In the absence of a choice of law, the applicable law to the mandate will be governed by the most connected and closest law to the contract of mandate in accordance with the objective connecting factor that should be specified according to the characteristic obligation of mandate. In the contract of mandate, it is accepted that the characteristic obligation is the service obligation of the agent. This objective connecting factor is the habitual resident of the agent or if the contract of mandate was concluded in the exercise of a professional or commercial activity, where the agent has his place of business.

Having regard to the complexity of today's economic relations, the possibility of a more closely related law will be strengthened. Considering the state of all affairs, if there is a law more tightly related to the contract of mandate, that particular law shall govern the relationship between the parties in accordance with Article 24, paragraph 4 of the International Private and Civil Procedure Law. The exceptional application of the exception clause will be more important than the expected situation of this disposition in the present case. It should be noted that doctors, engineers, architects, lawyers, counselors, notaries, dentists, veterinarians and banks who have the capacity to act as agent in the contract of mandate will often perform their obligation of service on their own place of business. Accordingly, in the absence of a choice of law in these professional activities, the law which the objective connecting factor determines, will often be considered as the more closely related law with the contract of mandate.

## Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

### Giriş

Değişen toplum ve gelişen ekonomik düzene bağlı olarak Roma Hukuku'ndan günümüze kadar varlığını sürdürmüş olan klasik sözleşme tipleri, uygulama alanlarını geliştirerek farklı kalıplarda kendilerini göstermektedir. Klasik sözleşme tiplerinden değişime en açık olanı “*vekâlet sözleşmesi*” olarak adlandırılrsa yeridir. İnsan emeğinden özgürce yararlanmayı kendisine gaye edinmiş olan vekâlet sözleşmesi, güven temeline dayalı bir Romanist sözleşme tipi olmaktan kurtulmakta ve *-her ne kadar zenginliğini üzerinde yükseldiği Romanist statüye borçlu olsa da-* günümüzde kendisini uzmanlık ve bilginin en iyi şekilde değerlendirilmesini sağlayan bir sözleşme temeline oturtmaktadır. Günümüz dünyasının ülke sınırlarını aşan ticari ve ekonomik yapısı ise bu kurumun önemini artırmaktadır. Danışmanlık hizmetlerinden bankacılığa, tıp sektöründen eğitime, hukuktan mimarlığa kadar birçok alanda kendisini gösteren vekâlet sözleşmesi ülke sınırlarını zorladıkça, bu sözleşmeye uygulanacak olan hukuk da bir o kadar önem kazanmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisi ile beraber kendini göstermesi ya da daha doğru bir tabirle vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisini gerektirmesi, vekâlet sözleşmesinin içinde yer alan düzenlemelerden hangilerinin akit statüsüne, hangilerinin ise temsil yetkisine uygulanacak olan hukuka tabi olacağı sorununun gündeme getirmektedir. Bu sorunun çözümü için ilk olarak maddi hukuk bakımından konu değerlendirmeye tabi tutulacak, vasıflandırma ihtilafının çözümünün öneminden bahsedilecek, daha sonra vekâlet sözleşmesi kavramı incelenerek, tanımı ve unsurları değerlendirilecek, ardından temsil yetkisi kavramı ile vekâlet sözleşmesi arasındaki farklar ve söz konusu hukuki kurumların iç içe geçtiği “*gri alanlar*” tespit edilecektir.

İkinci bölümde ise vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk ve akit statüsünün tayini, Avrupa Birliği Hukuku *-Roma I Tüzüğü-* ve İsviçre Hukuku *-Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (Loi fédérale sur le droit international privé - LDIP)-* ile karşılaştırmalı olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 24 uyarınca incelenecek, bu kapsamda subjektif bağlama kuralı, objektif bağlama kuralı ve istisna kuralı değerlendirilecektir. Son olarak üçüncü bölümde ise temsil yetkisine uygulanacak hukuk üzerinde durulacak ve akit statüsüne tabi olmayan gri alanlar açıklığa kavuşturulacaktır.

### I. Maddi Hukuk Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

#### A. Genel Olarak

Vekâlet sözleşmesi, diğer iş görme sözleşmelerine nazaran sözleşme ilişkisine tipik unsurunu kazandıran iş görme edimi borçlusunun uzmanlık alanına saygı duyarak,

borçlandığı edimi ifa edebilmesi için ona bağımsız hareket edebilme salahiyeti sağlayan bir “*tip*” sözleşmedir<sup>1</sup>. *De lege lata*, vekâlet sözleşmesi bağımsız bir şekilde ifası gereken ve sonuç taahhüdü olmaksızın (*obligation de résultat*) bir araç taahhüdü (*obligation de moyens*) içeren bütün iş görme sözleşmelerinin genel çerçevesini oluşturur<sup>2</sup>. Değişen ekonomik ihtiyaçlara paralel olarak vekâlet sözleşmesinin birçok hukuki ilişkiyi kapsamına alabilen geniş çerçevesi de farklılaşmakta ve “*dostlar arasında bir güven ilişkisi*” olarak adlandırılan bu hukuki ilişki, salt güven temelinden sıyrılarak daha profesyonel ve objektif temellere oturmaktadır<sup>3</sup>. Günümüzde birçok vekâlet sözleşmesinin temelinde diğer sözleşmelerde olduğundan daha farklı bir güven temeli bulunmamaktadır. Artık önceleri büyük önem atfedilen bu güven temelini yerini uzmanlığa dayalı meslek kolları çeşitlendikçe “*özen yükümlülüğü*” almaktadır. Esasen özen yükümlülüğü, her ne kadar vekâlet sözleşmesinin nitelendirilmesinde belirleyici olmasa da, vekâlet verenin ihtiyaç duyduğu iş görme amacının gerçekleşmesi açısından gerekli ve yeterlidir<sup>4</sup>.

Yatırım, hukuki veya ekonomik danışmanlık, sağlık turizmi, uluslararası bankacılık sektörü, akreditif işlemleri, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, uluslararası inşaat sektörüne bağlı olarak mimarlık ve mühendislik işleri, yurtdışı eğitim sektörü gibi alanların uluslararası ekonomik ilişkilerde hacminin artması sebebiyle vekâlet sözleşmesi giderek alanını genişleten ve zeminini sağlamlaştıran bir sözleşme bloğu özelliği taşımaktadır. Şüphesiz saydığımız bu ekonomik ilişkiler, ülkelerin sınırlarını aşan uluslararası akdi borç ilişkilerine dâhil olmaları sebebiyle yabancılık unsuru

1 Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551* (Suat Dura tr, Yargıtay Yayınları 1993) m. 394, para 1; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdın Muhtelif Nevileri* (Kemal Fikret Arık tr, Adalet Bakanlığı Yayınları 1966) m. 394, para 1; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2* (Cevat Edege tr, Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası 1983) 322; Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, *Les contrats spéciaux* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016) 606; Franz Werro, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2ème Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) art. 394 CO, para 3; Franz Werro, *Le mandat et ses effets- Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations-Analyse critique et comparative* (Edition Universitaire Fribourg Suisse 1993) para 12; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Keşif ve Garanti Sözleşmeleri* (4. Tıpkı Basım, Evrim Basım Yayım Dağıtım 1989) 355-56; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th, Beta Yayınevi 2014) 1120; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Derstleri Özel Hükümler* (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13th, Beta Yayınevi 2014) 632; Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta Yayınevi 2001) 1ff; Mustafa Alper Gümüş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, Eser Vekâlet, Sımsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Keşif ve Garanti*, (3rd, Vedat Kitapçılık 2012) 116; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2nd, Filiz Kitabevi 2017) 410; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4th, Yetkin Yayınları 2017) 705; Aydın Zevkiler, Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17th, Turhan Kitabevi 2017) 599 ff.; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11th, Yetkin Yayınları 2015) 434; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3rd, Adalet Yayınevi 2017) 790ff; Zekeriyâ Kürşat, “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü” (2009) C. LXVII İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143, 143; Roma Hukukunda: Türkân Rado, *Roma Hukuku Derstleri: Borçlar Hukuku* (Filiz Kitabevi 2014) 115ff; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (Tıpkı 3rd, Beta Yayıncılık 2010) 372ff; Şahin Akıncı, *818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku* (7th, Sayram Yayınları 2017) 162ff; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2016) 246ff.

2 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606-10; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3.

3 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 11.

4 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 12a. Bu husus ayrıca sosyal ilişkilerin insanların kişiliklerinden uzaklaşarak ticarileşmesi ile de açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606.

ihtiva edebilmekte ve ihtiva ettikleri yabancılık unsuru sebebiyle Milletlerarası Özel Hukuk kapsamında tabi oldukları “*akit statüsü*” ve bu statünün belirlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinin niteliği hususunda Romanist geleneğe sahip hukuk sistemlerinde dahi bir görüş birliği bulunmamaktadır. Roma Hukuku’nda dostlar arasındaki ücretsiz iş görme borcu doğuran bir ilişkiyi ifade eden vekâlet sözleşmesi, daha sonra bir “*temsil sözleşmesi (contrat de représentation)*” halini almıştır<sup>5</sup>. Bu anlayış etkilerini bugün İtalyan (İtalyan Medeni Kanunu m. 1703), Fransız (Fransız Medeni Kanunu m. 1984) ve Avusturya (Avusturya Medeni Kanunu m. 1002) hukuk sistemlerinde devam ettirmektedir<sup>6</sup>. Örneğin Fransız Medeni Kanunu m. 1984’te<sup>7</sup> vekâlet sözleşmesi “*Vekâlet öyle bir işlemdir ki onunla bir kişi başka bir kişiye kendisi adına ve hesabına bir işi yapma yetkisi verir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere temsil ilişkisi ile vekâlet sözleşmesinin iç içe geçtiği bu hukuk sistemlerinde temsil yetkisinin vekâlet sözleşmesinden ayrı bir hukuki temelde mümkün olabileceği görüşü kabul edilmemiştir<sup>8</sup>. Esasen bu farklılığın Roma Hukuku’nda doğrudan temsil kurumunun bulunmaması ve bu kurumun sonradan Alman Hukuku’nda savunulan teorilerle hukuk hayatımıza girmesi sebebiyle ortaya çıktığı söylenebilir<sup>9</sup>.

Alman Hukuku’nda ifade bulan teorilerden etkilenen 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu<sup>10</sup>, vekâlet sözleşmesi ile temsil ilişkisini birbirinden ayırması (Eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu m. 36 ve 392) ancak vekilin maddi fiiller için iş görme borcu altına giremeyeceğini düzenlenmiştir. Zira 1881 tarihli eski kanuna göre hizmet sözleşmesi (*contrat de location de service, Dienstvertrag*), vekâlet sözleşmesinden bir hizmet ifasını yani maddi bir fiili konu edinmesi sebebiyle ayrılıyordu<sup>11</sup>.

1911 tarihli mehz İsviçre Borçlar Kanunu<sup>12</sup> ise vekâlet sözleşmesini maddi fiil vekâletini de (*doktor, mühendis vs.*) içine alır şekilde genişletmiş, aynı şekilde hizmet sözleşmesini de (*contrat de location de service, Dienstvertrag*) zaman unsuruna bağlı bütün iş görme edimlerini içerir şekilde düzenlemiştir<sup>13</sup>. 1971’de hizmet sözleşmesinin

5 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605; Werro, *Mandat* (n 1) para 30; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5.

6 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5.

7 Code Civil Français du 7 Février 1804, Journal Officiel du 17 Février 1804 (7 Şubat 1805 tarihli Fransız Medeni Kanunu, 17 Şubat 1804 tarihli Fransa Resmi Gazetesi), (Çevrimiçi, www.legifrance.gouv.fr, 12.03.2018).

8 Temsil yetkisi ve vekâlet sözleşmesi ayrımının tarihi temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Werro, *Mandat* (n 1) para 35ff; Tandoğan (n 1) 357.

9 Tahiroğlu (n 1) 252.

10 Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (14 Haziran 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu), Feuille Fédéral no. 26 du 18 Juin 1881 (Çevrimiçi, www.admin.ch, 12.03.2018).

11 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605-6; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 6.

12 Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, Livre cinquième: Droit des obligations, RO 27 321, 09.03.1911, (9 Mart 1911 tarihli İsviçre Medenini Kanunu’nu Tamamlayan Federal Kanun, Beşinci Kitap: Borçlar Hukuku), (Çevrimiçi, www.admin.ch, 31.12.2017).

13 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605-6; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 6.

konusu sadece bağımlılık ilişkisi çerçevesinde belirli ya da belirli olmayan bir süre için iş görme edimleriyle sınırlandırılmıştır. Böylece bu sözleşme tipi tam anlamıyla hizmet sözleşmesi (*contrat de travail, Arbeitsvertrag*) halini almıştır. Aynı zamanda vekâlet sözleşmesi ise bağımsız olarak ifa edilen bütün iş görme edimlerini -bir işi yönetmek ya da bir iş görmek- kapsar hale gelmiştir<sup>14</sup>. WERRO'nun ifadesiyle vekâlet sözleşmesi “*her işe bakan bir hizmetçi (une bonne à tout faire)*” halini almıştır<sup>15</sup>.

Görüldüğü üzere Romanist hukuk sistemlerinde dahi vekâlet sözleşmesini temsil ilişkisiyle ayırıp ayırmama konusunda fikir birliği yoktur. Bu durum ise vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde vasıflandırma (*qualification*) konusunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Zira vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk, kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı için MÖHUK<sup>16</sup> m. 24'te yer alan akit statüsüne göre tayin edilecek iken, temsil yetkisine uygulanacak hukuk (*yetkisiz temsil ve temsilcinin bir fiilinin temsil olunana taahhüt altına sokması*) MÖHUK m. 30 uyarınca tespit edilecektir.

## B. Vasıflandırma Sorunu

Türk-İsviçre Hukuk sisteminde çeşitli hukuki fiillerin (*hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiil*) ve maddi fiillerin yapılmasını konu edinen vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet verenin dolaylı veya doğrudan temsilcisi olarak hareket etmektedir<sup>17</sup>. Böylece vekâlet sözleşmesi çoğu zaman temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkiyi ifade eder. Bu sebeple çoğu uyumsuzlukta uyumsuzluğun tarafları arasında bir vekâlet sözleşmesinin mevcut olması ve uyumsuzluğun kökeninin ise vekâlet sözleşmesine değil, temsil ilişkisine dayanması söz konusu olabilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere bazı hukuk sistemlerinde bu iki hukuki işlem türü ayrı ayrı değil, tek bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu durum vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk açısından vasıflandırma ya da bağlama konusunun vasıflandırılması sorununu gündeme getirmektedir.

Hâkim önüne gelen olayda, uygulanacak hukukun (*Lex Causae*) kendi hukuku olan Türk Hukuku'ndan (*Lex Fori*) farklı olması durumunda, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi kavramlarını hangi hukuka göre nitelendirecektir? Hâkim, *Lex Fori*'ye göre yaptığı ayrımı dikkate alarak MÖHUK m. 24. veya m. 30 uyarınca tespit ettiği hukuku nihai olarak uyumsuzluğa tatbik mi edecektir? Yoksa örneğin yetkisiz temsil kapsamında MÖHUK m. 30'a göre tespit ettiği *Lex Causae*'da konu vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendiriliyorsa bu sefer MÖHUK m. 24'e göre tespit ettiği hukuku mu uyumsuzluğa nihai olarak uygulayacaktır? İşte konumuz açısından

14 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *Mandat* (n 1) para 70ff; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 6.

15 Werro, *Mandat* (n 1) para 70ff.

16 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG T. 12.12.2017, S. 26728.

17 Tandoğan (n 1) 356-57.

önem arz eden bu soru milletlerarası hukukta “*bağlama konusunda vasıf ihtilafı ya da vasıflandırma sorunu*” olarak adlandırılmaktadır<sup>18</sup>.

Gerek Kıta Avrupası hukuk sisteminde gerekse Anglo-Amerikan hukuk sisteminde vasıflandırma sorunu için önerilmiş en yaygın çözüm, bağlama kurallarının da hâkimin hukukunun bir parçası olması sebebiyle “*Lex Fori’ye Göre Vasıflandırma*” metodudur<sup>19</sup>. Ayrıca bu yöntem hukuki ilişkinin tarafları açısından da öngörülebilirlik sağlamaktadır. Bunun konumuz açısından hukuki önemi, uyuşmazlığın vekâlet sözleşmesi konusuna mı yoksa dış temsil ilişkisi (*yetkisiz temsil yahut temsilcinin fiilinin temsil olunamı bağlaması*) konusuna mı dâhil olduğu sorusuna hâkimin Türk Hukuku’nda cevap araması ve bu cevaba göre uygulanacak hukuku tayin etmesinde kendisini gösterecektir.

Sorunun giderilmesinde ortaya koyulabilecek ikinci çözüm “*Lex Causae’ya Göre Vasıflandırma*” metodudur. Bu görüşe göre ilk aşamada hâkim *Lex Fori’ye* göre uyuşmazlık konusunu vasıflandırarak *Lex Causae’yi* bulacak, daha sonra ikinci aşamada vasıflandırma işlemini *Lex Causae’ya* göre yapacaktır<sup>20</sup>. Ancak hâkimin hukuku ile ilk aşamada bulunan uygulanacak hukuk aynı ise vasıflandırma sorunu ortaya çıkmayacaktır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde hâkim Türk Hukuku’na göre uyuşmazlığın dış temsil ilişkisi konusuna dâhil olduğu kanaatine varırsa, MÖHUK m. 30 uyarınca tespit ettiği temsilcinin işyeri hukukuna göre vasıflandırma yapacaktır. Örneğin temsilcinin işyeri hukukunun Fransız Hukuku olduğu varsayılırsa, bu hukuk sisteminde temsil ilişkisi vekâlet sözleşmesi dâhilinde değerlendirildiği için hâkim uyuşmazlık konusunu vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandıracak ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuku nihai olarak MÖHUK m. 24 uyarınca akit statüsüne göre tayin edecektir. Bu örneğin aksi de mümkündür.

Öğretide ayrıca vasıflandırmanın mukayeseli hukuk biliminden yararlanılarak genel hukuk kurallarına göre yapılması da önerilmektedir<sup>21</sup>. Kanımca kanunda vasıflandırma sorunun çözümünde bir metot benimsenmediği için, hâkim kendisini

18 Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Yenilenmiş 15th Beta Yayınevi 2017) 74ff.; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd, Beta Yayınevi 2017) 97; Cemal Şanlı, Emre Esen; İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th, Vedat Kitapçılık 2018) 47; Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, (Filiz Kitapevi 1989) 200; Rona Aybay, Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, Kanunlar İhtilafı* (2nd, Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 147ff; Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (Güncelleştirilmiş 11th, Vedat Kitapçılık 2011) 40ff; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 3rd, Savaş Yayınevi 2015) 178; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1st, Vedat Kitapçılık 2011) 322; Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk, Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte*, (On İki Levha Yayıncılık 2015) 57ff.

19 Çelikel, Erdem (n 18) 79; E Nomer (n 18) 100; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 50; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 42; Aybay, Dardağan (n 18) 150; Doğan (n 18) 178.

20 Çelikel, Erdem (n 18) 81; E Nomer (n 18) 101; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 50; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 43; Aybay, Dardağan (n 18) 151; Doğan (n 18) 178.

21 Bu vasıflandırma türüne öğretilde “*Bağımsız Yorum, Otonom Yorum, Mukayeseli Hukuka Göre Vasıflandırma ya da Bağımsızlık Görüşü*” adı verilmektedir: Çelikel, Erdem (n 18) 82; E Nomer (n 18) 102; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 43; Aybay, Dardağan (n 18) 152; Doğan (n 18) 179.



bir görüşle bağlı hissetmemeli ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerektirdiği ölçüde farklı çözümlere başvurabilmelidir. Hangi çözümü benimserse benimsesin, hâkimin çıkış noktası en iyi bildiği hukuk sistemi olan *Lex Fori* olacaktır. Bu sebeple vekâlet sözleşmesi ve temsil ilişkisi kavramlarının açıklanması faydalı olacaktır.

## C. Vekâlet Sözleşmesi Kavramı

### 1. Vekâlet Sözleşmesinin Tanımı

Vekâlet sözleşmesinin kanuni tanımı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>22</sup> (TBK) m. 502’de yer almaktadır. TBK m. 502 f. 1’e göre vekâlet sözleşmesi “*Vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımın vekâlet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmek açısından yeterli olmadığı ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Öğretide vekâlet sözleşmesi için önerilen tanım şu şekilde ifade edilmektedir<sup>24</sup>: “*Vekâlet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmak üzere yükler.*”

Belirtmek gerekir ki bu tanımın kapsamına, kamu hizmetinin görülmesine yönelik olarak bir kamu tüzel kişisi tarafından görevlendirilmiş kişilerin kamu hukuku ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirdikleri eylem ve işlemleri girmemektedir<sup>25</sup>. Bu açıdan kamu hastanelerinde çalışan memur statüsündeki doktorlar<sup>26</sup> ile hastalar arasındaki ilişki ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren noterlerle ilgililer arasındaki ilişki<sup>27</sup> vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>28</sup>.

22 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG T. 04.02.2011, S. 27836.

23 Tandoğan (n 1) 355; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 115.

24 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 1; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606-8; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1120-21; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 116.

25 Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 116.

26 Yargıtay bazı kararlarında devlet, üniversite, belediye ve Sosyal Güvenlik Kurumu’na bağlı hastanelerle hasta arasındaki ilişkiyi bir kamu hukuku ilişkisi olarak görmemekte ve tarafların arasında vekâlet sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu kararlar için bkz.: Yargıtay 13. HD, E. 2015/17154, K. 2017/12914, T. 20.12.2017, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018); Yargıtay 13. HD, E. 2017/4104, K. 2017/3944, T. 4.4.2017, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018).

27 Noterler ile ilgililer arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayanması gerektiği görüşünde: Gümüş, *Özen* (n 1) 116; Saibe Oktay-Özdemir, “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları” (Beta Yayınevi 2007) Prof. Dr. Yavuz Alagonya İçin Armağan, İstanbul 693 vd; aksi görüşte: Tandoğan (n 12) 366; Noterlik Kanunu’ndaki kamu hukuku nitelikli özel düzenlemeler dışında vekâlet sözleşmesine dayandığı görüşünde: Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1151. Fransız Hukuku açısından da serbest çalışan profesyonellerden oluşan icra görevlileri devlet kamu tüzel kişiliği içerisinde değerlendirilmekte, bu sebeple taraflar ile icra görevlileri arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Böylece icra görevlisi vekâlet sözleşmesinden doğan sır saklama, sadakat ve özen yükümlülüğü gibi birçok borç altına girmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Emin Alpaslan, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevlisi Modeli* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 198ff.

28 Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 116.

## 2. Vekâlet Sözleşmesinin Unsurları

### a. İş Görme

Vekâlet sözleşmesinin konusu ve en önemli unsuru hiç şüphesiz yapma edimi niteliğindeki “iş görme” unsurudur<sup>29</sup>. TBK m. 502’de de ifade edildiği üzere vekilin üstlendiği “iş görme veya işlem yapma” borcunun kapsamına her türlü hukuki fiil (*acte juridique*) ve maddi fiil (*acte de fait*) girmektedir<sup>30</sup>. Buna karşılık yapmama borcu veya kaçınma edimi vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil etmemekte ve ancak bir yan edim olarak değerlendirilebilmektedir<sup>31</sup>. Vekâlet sözleşmesi, konusunun bir iş veya işlem olmasına göre hukuki fiil (*hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiil*) vekâleti ve maddi fiil vekâleti olarak ayrılabilir<sup>32</sup>.

Hukuki fiil vekâletinin konusunu bir hakkın iktisabı, devri veya kullanılması yani geniş anlamda hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller oluşturur. Örneğin belirli bir malvarlığının yönetilmesi, inancılı mülkiyet devirleri, davaya vekâlet ya da bir gayrimenkulün satımında vekâlet, bir miktar paranın ödenmesinde vekâlet, yatırım fonlarında fona katılanlar için hisse senedi alınması, tahsil için kıymetli evrakın temlik veya ciro edilmesi gibi işlemler hukuki fiil vekâlet kapsamında değerlendirilebilir<sup>33</sup>.

Maddi fiil vekâletinde ise vekil müvekkil adına haklar kazanamaz ve borçlar edinemez, ancak ve ancak maddi fiil niteliğinde bir hizmetin görülmesini sağlar<sup>34</sup>. Bu vekâlet türüne belirli bir konuda hukuki mütalaa ya da uzman görüşü verilmesi, bir doktorun hastayı muayene ve tedavi etmesi, bir mimarın bir yapıyı kontrol etmesi veya yapı inşaatını denetlemesi, bir bankanın müşterisine bilgi vermesi veya danışmanlık faaliyetinde bulunması, bir dedektifin bilgi toplaması, bir öğretmenin özel ders vermesi, bir sanatçının şarkı söylemesi, hizmet veya istisna sözleşmesi olmaksızın bir yerin temizlenmesi gibi faaliyet türlerinde rastlanmaktadır<sup>35</sup>.

Bu ayırımın önemi ise kendisini temsil yetkisi açısından gösterir. Zira hukuki fiil vekâletinde hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiillerin vekil hesabına sonuç doğurması arzulandığından vekilin yalnızca hukuki fiil vekâletinde doğrudan veya

29 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 3; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 609; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 117.

30 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 3; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

31 Becker (n 1) m. 394, para 6; Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 2; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 4; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1122; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

32 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 359; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

33 Tandoğan (n 1) 359; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

34 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 359; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

35 von Tuhr (n 1) 322; Tandoğan (n 1) 359-60; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

dolaylı temsilci olarak hareket etmesi söz konusu olabilir<sup>36</sup>. Öte yandan temsil yetkisi hukukumuzda yalnızca hukuki fiiller için mümkün olduğundan, maddi fiil vekâletinde vekile vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir temsil yetkisi tanınamayacaktır<sup>37</sup>. Esasen bu sebeple vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin bir kısmı (TBK m. 509, 510/I) ancak hukuki fiil vekâleti için uygulama alanı bulacaktır<sup>38</sup>.

Son olarak, vekâlet sözleşmesi vekilin bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde iş görme borcu altına girmesini gerektirdiğinden, kendisine yalnızca başkası adına hukuki işlem yapmak için yetki verilmişse ve vekil kendisine yetki verilen bu hususta borç altına girmemişse bu durumda sadece temsil ilişkisi mevcut olup, bir sözleşmenin varlığından söz edilemez<sup>39</sup>.

## b. İşin Vekâlet Verenin Menfaatine ve İradesine Uygun Olarak Yapılması

Vekâlet sözleşmesi başkasına ait bir işin yapılmasını hedeflediği için işin ait olduğu kimsenin menfaatine görülmesi ve onun iradesine uygun yapılması bu sözleşmenin doğal bir sonucudur<sup>40</sup>. Bu sebeple vekâlet sözleşmesi kapsamında ancak vekâlet verenin menfaati ile ilgili iş veya hizmetlerin görülmesi mümkündür (*mandatum mea gratia*). Vekilin ücretsiz mütalaa vermesi durumunda dahi vekilin vekâlet verenin menfaatine hareket etmesi sebebiyle bir vekâlet sözleşmesinin mevcut olduğu savunulmaktadır<sup>41</sup>. Vekilin yalnızca kendi menfaatine hareket etmesi ise bir vekâlet sözleşmesi oluşturmaz (*mandatum tua gratia*)<sup>42</sup>. Roma Hukuku'ndan farklı olarak sözleşme veya teamül varsa vekilin ücret talep edebilmesi (TBK m. 502 f. 3) veya ücretsiz vekâlette vekilin vekâlet verenin bir alacağını tahsil edip elde ettiği parayı vekâlet verenden olan bir alacağına mahsup etmesi vekâlet sözleşmesinin hem vekilin hem de vekâlet verenin menfaatine olabileceğini göstermektedir<sup>43</sup> (*mandatum mea et tua gratia*).<sup>44</sup> Meslek icabı para karşılığı mütalaa veren kişiler,

36 von Tuhr (n 1) 318; Tandoğan (n 1) 356-57; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

37 von Tuhr (n 1) 318; Tandoğan (n 1) 356-57; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (11th, Vedat Kitapçılık 2015) 217; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme* (7th, Filiz Kitapevi 2017) 628; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118; Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15th, Beta Yayınevi 2017) 136.

38 Tandoğan (n 1) 357-58; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

39 Oser, Schönerberger (n 1) m. 394, para 3; Tandoğan (n 1) 364; Oğuzman, Öz (n 37) 226; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; H Nomer (n 37) 136.

40 Becker (n 1) m. 394, para 6; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 16; Tandoğan (n 1) 360; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1127; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

41 Tandoğan (n 1) 361; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611. Ayıca mütalaa verilmesi hususunda açık bir sözleşme yapılmışsa veya mütalaa ücret karşılığı ya da mesleki faaliyetler sebebiyle veriliyorsa vekâlet sözleşmesinin bulunduğu görüşünde: Oser, Schönerberger (n 1) m. 394, para 5, 13.

42 Tandoğan (n 1) 361-62; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1128; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

43 Tandoğan (n 1) 361; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1128; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

44 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 16; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Ş Akıncı (n 1) 162; Iustinianus ve Gaius'un *Institutiones*'lerinde bu husus şöyle aktarılmaktadır (Ius., Ins., 3, 26) "Vekâlet (*mandatum*) akdi beş şekilde akdolunur. Bir kimse sana ya kendi menfaatine, ya hem senin hem kendisinin menfaatine, ya başkası menfaatine, ya kendi ya başkası menfaatine, ya senin ya başkasının menfaatine vekâlet verir. Sadece senin menfaatine vekâlet vermesi hükümsüzdür. Bundan dolayı aranızda ne bir borç münasebeti, ne vekâlet davası (*actio mandati*) doğar."

doktor, avukat, vergi müşaviri, reklamcı, mimar, mühendis, istihbarat bürosu işleten kimseler ücretli vekâlete örnektir. Öte yandan vekâlet sözleşmesinin üçüncü bir kişi menfaatine yapılması da mümkündür. Örneğin vekâlet verenin bir yakınına bir miktar para ödenmesi ya da bir yakınının tedavi ettirilmesi amacıyla kurulan vekâlet sözleşmeleri üçüncü kişi yararına yapılmaktadır<sup>45</sup>. Bu durumda üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olacağı için TBK m. 129 uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca bir tüzel kişinin anonim ortaklıktaki temsilcisi ise hem vekâlet verenin hem de üçüncü kişinin menfaatlerini koruduğu için böyle bir durumda hem vekâlet veren hem de üçüncü kişi menfaatine bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olmaktadır<sup>46</sup>.

### c. Zaman Kaydına Bağlı Olmama ve Sonucun Elde Edilememesi Rizikosunu Taşımama

Bu unsur her ne kadar TBK m. 502'nin lafzında öngörülmemiş olsa da söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden, ayrıca hizmet ve eser sözleşmelerinin tanımları nazara alınarak çıkarılmaktadır<sup>47</sup>. Vekâlet sözleşmesinin zaman kaydına bağlı olmaması unsuru vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden; sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın belirli bir yönde iş görme unsuru ise vekâlet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırt etmektedir<sup>48</sup>.

Vekil de aynı işçi veya yüklenici gibi belirli bir sonuca ulaşmak amacıyla iş görür ancak belirli bir sonucun sağlanmasını borçlanmaz<sup>49</sup>. Dolayısıyla vekil, gerekli özeni göstererek sözleşmeye uygun olarak iş görme edimini yerine getirmişse artık sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu olmayacak, sonucun gerçekleşmemesi rizikosuna vekâlet veren katlanacaktır<sup>50</sup>. Bu durum iş görme ediminin sonucunda ortaya çıkan hukuki durumun sözleşme ilişkisinin dışında kaldığı şeklinde yorumlanmaktadır<sup>51</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki öğretide azınlık görüşü vekilin her zaman bir sonucu borçlanacağı yönündedir<sup>52</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmesinde sonuç taahhüdünün bulunmaması ve vekilin sonucun gerçekleşmeme rizikosunu üstlenmemesinin doğal sonucu, kanunun vekile iş görme edimini özen yükümlülüğüne uygun ifa etme borcu yüklemiş olmasıdır<sup>53</sup>.

45 Tandoğan (n 1) 362-63; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1128; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

46 Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129.

47 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 5; Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129.

48 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 8ff; Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129. Ayrıca vekâlet sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tandoğan (n 1) 375ff; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 22ff; Kürşat (n 1) 146ff.

49 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 10; Tandoğan (n 1) 364; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 29ff; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

50 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 5; Tandoğan (n 1) 364; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611 Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

51 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 7.

52 Derendiger, para 89-90, s. 39, 40 (Naklen, Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124). Bu görüşün sunumu ve reddine yönelik ayrıntılı bilgi için bkzn.: Gümüş, *Özen* (n 1) 151ff.

53 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 7.

#### d. İş Görmenin Bağımsızlığı

İş görmenin bağımsızlığı unsuru vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayıran bir unsur olarak kullanılmaktadır. Geçekten de hizmet sözleşmesinin aksine vekâlet sözleşmesinde vekil, bağımsız hareket etme imkânına sahip olup hizmet sözleşmesinde olduğu gibi işverenin iş organizasyonunun bir parçası değildir<sup>54</sup>. Vekil zamansal, mekânsal ve maddi bakımdan sahip olduğu bağımsızlığı vekâlet verenin talimat verme hakkıyla sınırlı olarak kullanır<sup>55</sup>. Özel bir uzmanlığı gerektiren işlerde ise bu bağımsızlık kendisini daha belirgin bir şekilde gösterir. Zira uzmanlık gerektiren işlerde vekâlet verenin iş görme ediminin ifasına müdahale etmesi işin niteliğine aykırıdır. İfade edildiği üzere bu bağımsızlık sınırsız olmayıp, sınırlarını vekâlet verenin talimat verme hakkıyla tayin eder. Bu sebeple öğretide bu durum “*nisi bağımsızlık*” olarak adlandırılmaktadır<sup>56</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu sınırlama vekilin iş gücünü belirli veya belirli olmayan bir zaman dilimi içerisinde ve bağımlılık ilişkisi çerçevesinde vekâlet verene tahsis etmesi sonucunu doğuruyorsa bu durumda vekâlet sözleşmesinden değil, bir hizmet sözleşmesinden bahsetmek daha doğru olacaktır<sup>57</sup>.

#### e. Vekâlet Sözleşmesinin Zorunlu Olmayan Unsuru: Ücret

TBK m. 502 f. 3 ücreti vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak saymamış ve ancak vekilin sözleşme veya teamül gereği ücrete hak kazanabileceğini düzenlemiştir. Esasen Roma Hukuku’nda vekâlet sözleşmesinin temeli dostluk olarak kabul edilmiş<sup>58</sup> ve vekilin borcu hatır için ücretsiz yapılan bir iş görme edimi olarak görülmüştü<sup>59</sup>. Dolayısıyla vekil, bu hizmet için dava edilebilir bir ücrete hak kazanmıyor<sup>60</sup> ancak vekâlet veren “*honorarium*” adı altında bir onur parası verirse bunu geri alamıyordu<sup>61</sup>. Söz konusu Romanist gelenek halen etkisini Alman Hukuku’nda devam ettirmekte

54 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 613; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3, 26; Tandoğan (n 1) 374; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

55 Tandoğan (n 1) 375; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1130; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

56 Tandoğan (n 1) 375; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1130.

57 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 26; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 612-14; Tandoğan (n 1) 375; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1162; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119, n 632.

58 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5; Tahiroğlu (n 1) 248, n 287: Bu husus Paulus’un Beyanname Şerhinin 32. Kitabında (D. 17,1,1,4) şöyle ifade edilmiştir: “*Mandatum nişi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium, ergo est officio merces: interveniendi enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.*” Karşılıksız vekâlet geçerlidir: kökenini -dostlar arasındaki- görev ve dostlukta bulur. Ancak ücret; görevle bağdaşmaz. Araya ücret girerse, sözleşme daha ziyade locatio conductio’ya (eser veya hizmet sözleşmesi) yaklaşır.

59 Umur (n 1) 373; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5; Tandoğan (n 1) 365; Tahiroğlu (n 1) 248; Rado (n 1) 116; Ş Akıncı (n 1) 163.

60 Belirtmek gerekir ki “*honorarium*” daha sonraları İmparatorluk devrinde olağanüstü usulle talep edilebilir bir alacak haline gelmiş, Fransız Hukuku’nda işin başında açıkça dava edilebilir bir ücret alacağı kararlaştırılabileceği öngörülmüş, daha sonra Avusturya Hukuku’nda bu anlaşmanın zımni de olabileceği belirtilmiş ve en son İsviçre Hukuku’nda mehzaz kanunda (CO) zımni bir anlaşma olmasa bile teamül gereği ücret talep edilebileceği belirtilmiştir. İtalyan Hukuku’nda ise vekâlet kural olarak ücretli hale getirilmiştir. Cermen Hukuku’nun etkisini oldukça gösterdiği Alman Hukuku ise Romanist geleneğe sadık kalmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tahiroğlu (n 1) 248ff; Tandoğan (n 1) 365.

61 Umur (n 1) 373-74; Tandoğan (n 1) 365; Tahiroğlu (n 1) 251-52; Rado (n 1) 117; Ş Akıncı (n 1) 169.

ve BGB § 662 hükmü vekâlet sözleşmesinin ücretsiz bir iş görme borcu doğuran sözleşme olduğunu düzenlemektedir. Bu karşılık Fransız Medeni Kanunu m. 1896, aksine anlaşma olmadıkça vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olacağını düzenlemiş, İtalyan Medeni Kanunu m. 1709 ise vekâlet sözleşmesinin karine olarak ücretli olacağını kabul etmiştir.

Öğretide TBK m. 502 f. 3 ile kanun koyucunun vekâlet sözleşmesinin ivazsız olduğu yönünde bir karine getirdiği savunulmakla beraber, günümüzde uzmanlığa dayalı iş görmenin yaygınlaşması ve iş görme ediminin ticarileşmesi neticesinde söz konusu karinenin tersine döndüğü yönündeki görüş ağırlık kazanmaktadır<sup>62</sup>. Bu görüş kabul edilmese dahi, bugün günümüzde mesleki ve ticari faaliyetler kapsamında vekilin bir iş görme borcu altına girdiği durumlarda ücretin teamülden olduğu kabul edilmeli ve vekil ücrete hak kazanmalıdır<sup>63</sup>. Böylece kanunda öngörülen ücretsizlik karinesinin fiili bir karineyle tersine çevrilmesi durumu söz konusu olur. Kanımca güncel gelişmeler ve modern eğilimler ışığında TBK m. 502 f. 3 hükmünün *ratio legis*'inin menfaatler dengesine gereği gibi hizmet etmediği açıktır. Kanunun lafzı da her ne kadar ücret talebini sınırlıyor görünse de uzmanlık gerektiren işlerde ücret talebinin günümüzde bir teamül haline geldiği savunulabilmeli ve vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olduğunu iddia edecek taraf olan vekâlet verenden bu durumun aksini ispat etmesi beklenebilmelidir.

Belirtmek gerekir ki vekâlet veren ve vekil arasındaki sözleşmenin vekilin mesleki veya ticari faaliyetlerinden ileri geldiği durumlarda bu husus MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca objektif bağlama kuralına göre sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde önem kazanacaktır. Şayet vekil iş görme edimini mesleki ve ticari faaliyetleri kapsamında ifa ediyorsa bu durumda objektif bağlama kuralına göre bağlama noktası vekilin iş yeri hukuku olarak tayin edilecektir. Kanımca ücret unsurunun bulunduğu her durumda, vekâlet sözleşmesinin mesleki ve ticari faaliyetler çerçevesinde akdedildiği sonucu çıkarılamamalıdır. Zira hayatın olağan akışından çıkan sonuç, mesleki ve ticari faaliyetlerin vekilin ücret talep edebilmesine imkân tanınması olup, aksi bir çıkarımda bulunmak için bir neden bulunmamaktadır.

Bu açıdan vekilin teamül karşılığı ücrete hak kazandığı sözleşmeler genellikle, özel öğretmenlerin, bankaların, mimarların ve mühendislerin uzmanlık gerektiren işlerde akdettikleri vekâlet sözleşmeleridir<sup>64</sup>. Ayrıca vekilin ücrete hak kazanacağı

62 Günümüzde vekâlet sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme haline geldiği, bu durumun artık genel kural olarak yorumlanabileceği ancak istisnai hallerde ücretsiz olarak akdedilen vekâlet sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak addedilebileceği görüşünde: Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 18; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 707; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 130; Aral, *Ayrancı* (n 1) 438. Aynı şekilde tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme (*sinallagmatik*) olarak addedilebileceği yönünde: Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605.

63 Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 123. Benzer bir görüş için bkz.: Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 37ff.

64 Tandoğan (n 1) 366; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1133; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124. Ayrıca ücret verilmesi teamülden olsa bile taraflardan biri aksine anlaşma olduğunu iddia ve ispat edebilir: Becker (n 1) m. 394, para 19.

bir kanunda da öngörülmüş olabilir<sup>65</sup>. Bu açıdan avukatlık sözleşmesi (1136 sayılı *Avukatlık Kanunu m. 163 vd.*), hekimlik sözleşmesi (6023 sayılı *Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 28 f. 2*), diş hekimliği sözleşmesi (3224 sayılı *Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu m. 40*), noterlerle ilgililer arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı kabul edilirse noterlerle ilgililer arasındaki sözleşmeler (1512 sayılı *Noterlik Kanunu m. 112*), vasiyeti tenfiz memurlarının işlemleri sebebiyle ücrete hak kazanması (4721 sayılı *Türk Medeni Kanunu m. 550 f. 4*), tacirlerin ticari işletmesiyle ilgili akdettikleri vekâlet sözleşmeleri (6102 sayılı *Türk Ticaret Kanunu m. 20*) örnek olarak gösterilebilir. Vasiyeti tenfiz memurunun mirasçılarla arasındaki sözleşme dışında bütün örneklerde vekâlet sözleşmesi mesleki veya ticari bir amaçla yapılmakta olup, söz konusu ilgili mevzuatta da ücretin taraflar arasında belirlenmemiş olması ihtimali gözetilerek çeşitli ücret tarifelerine yer verilmiştir.

### 3. Çeşitli Vekâlet Sözleşmesi Örnekleri

Uzmanlık gerektiren birçok iş kolunda meslek icabı yapılan ve oldukça farklı isimlerle anılan birçok sözleşme temelde vekâlet sözleşmesinin bir görünümünü teşkil etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki genel olarak vekâlet sözleşmesi içinde mütalaa edilebilecek bu örneklerin hangi sözleşme tipine dâhil edilmesi gerektiği yahut bir isimsiz sözleşme teşkil edip etmediği konusunda öğretilerde tam bir uzlaşma bulunmamaktadır<sup>66</sup>. Bu sebeple her biri ayrı bir inceleme konusu teşkil edebilecek olan bu sözleşme örneklerini yalnızca temel unsurlarıyla birlikte saymakla yetineceğiz.

Mimarlık sözleşmesi kapsamında ihale şartnamesi hazırlanması, eserin meydana gelmesinde denetleme ve işin takibini üstlendikleri yapı kontrol ve yönetim sözleşmeleri, tartışmalı olmakla birlikte<sup>67</sup> plan ve proje hazırlanması edimini içeren plan ve proje sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi kapsamındadır<sup>68</sup>.

Tedavi ve hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi kapsamına girmektedir<sup>69</sup>. Estetik ameliyatları konu alan sözleşmeler her ne kadar eser sözleşmesi olarak adlandırılabilir ise de kanımca doktor tarafından ameliyat sonucu taahhüt edilmedikçe ve bu sonuç tıp biliminin geldiği nokta açısından taahhüt edilebilir bir sonuç oluşturmadıkça vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde diş hekimliği sözleşmesi ve veteriner hekimlerin de hayvan sahipleriyle akdettikleri sözleşmeler vekâlet sözleşmesidir. Ancak diş protezi takılmasına yönelik sözleşmeler

65 Tandoğan (n 1) 366; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

66 Söz konusu tartışmalar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150ff; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

67 Plan ve proje hazırlanması edimini içeren sözleşmelerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünde: Becker (n 1) m. 394, para 394, N. 5; aksi görüşte: Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150-52.

68 Tandoğan (n 1) 360, 423; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 126-27.

69 Tandoğan (n 1) 360, 416; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150-51; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 127.

eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir<sup>70</sup>. Öte yandan özel hastane ve hasta arasında akdedilen tam hastaneye kabul sözleşmesi bir kombine karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir<sup>71</sup>.

Avukatlık sözleşmesinin gerek yargılamaya yönelik faaliyetleri, gerekse de tartışmalı olmakla birlikte danışmanlık faaliyetleri gibi yargılamaya yönelik olmayan faaliyetleri vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir<sup>72</sup>. Bilgi, öğüt, tavsiye ve fikir vermeyi konu edinen bilgi verme sözleşmelerinin veya başka bir deyişle danışmanlık sözleşmelerinin de tartışmalı olmakla beraber ağırlıklı olarak vekâlet sözleşmesinin bir görünümü olduğu düşünülmektedir<sup>73</sup>.

Bir banka ile müşterisi arasında akdedilen sözleşme bazı durumlarda vekâlet sözleşmesi şeklinde kendisini gösterebilir<sup>74</sup>. Bankacılık işlemleri çeşitli teminatlar içeren veya içermeyen kredi işlemleri, tevdiat işlemleri (*vadeli veya vadesiz mevduat hesapları ya da döviz hesapları*) ve bankaların müşterileri için yaptıkları çeşitli hizmet edimleri olarak sınıflandırılabilir. Kredi işlemleri; genel kredi sözleşmesi, ödünç sözleşmesi ve bazen de satış sözleşmesi şeklinde kendisini gösterirken, tevdiat işlemleri saklama sözleşmesi veya usulsüz tevdi şeklinde kendisini gösterir. Son olarak bankaların müşterileri için yaptıkları diğer hizmet edimleri ise vekâlet sözleşmesinin çeşitli şekillerini konu edinir. Örneğin hesaplar arası para transferi, kambiyo senetlerinin tahsili, güven mektupları, akreditif, hisse senetleri, tahvil ve diğer sermaye piyasası araçlarının alımlarında aracılık edilmesi ve çeşitli ekonomik danışmanlıklar bu kapsamda değerlendirilir<sup>75</sup>.

Taşınmaz, para, kıymetli evrak, menkul kıymetler ve benzeri nitelikteki malvarlığı değerlerini teknik ve ekonomik yönden yönetmeyi amaç edinen malvarlığı yönetim sözleşmesi de vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Tartışmalı olmakla birlikte başkası lehine iş görme edimi içeren inanç sözleşmesi vekâlet sözleşmesi şeklinde nitelendirilebilir<sup>76</sup>.

70 Yargıtay 3 HD, E. 2014/14784, K. 2015/9348, T. 25.5.2015, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018): "...Taraflar arasındaki sözleşmeye göre davacının dış tedavî ve protezlerinin yapımı öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuca tabidir. O halde taraflar arasındaki ilişki BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşme ilişkisidir..."

71 Tam hastaneye kabul sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Halil Akkanat, "Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni" (Seçkin Yayıncılık 2006) Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan 25ff.

72 Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150-51; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 128.

73 Tandoğan (n 1) 359-60; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1152; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 129; aynı görüşte Yargıtay 23. HD, E. 2015/1475, K. 2016/1621, T. 15.3.2016, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018): "...taraflar arasındaki danışmanlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi mahiyetinde olmasına, bu mahiyeti itibarıyla de TBK'nın 147/5. maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabi bulunmasına, bu sebeple de yerel mahkemece davaya konu alacağı 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu gerekçesinin yerinde bulunmamasına, ..."

74 Tandoğan (n 1) 435; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1153.

75 Tandoğan (n 1) 426-35.

76 Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1153; İsviçre Federal Mahkemesi'nin inanç sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılması gerektiği yönündeki görüşü için bkz.: BGE 112 III 95, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 12.03.2018)



Bir öğretmenin verdiği özel eğitim hizmetini konu alan eğitim sözleşmeleri<sup>77</sup>, bir özel okul ile öğrenci arasındaki sözleşme, kayak eğitimi sözleşmesi, Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında apartman yöneticisi ile kat malikleri arasındaki sözleşme, muhasebecilik ve mali müşavirlik sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakemler arasındaki sözleşme, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun kapsamında yapı sahipleri ve yapı denetim kuruluşları arasındaki yapı denetim hizmet sözleşmesi, akreditif açma sözleşmesi, ciro sözleşmesi, çek anlaşması, yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki sözleşme yahut tam manasıyla sonuç taahhüdünde bulunulamayacağı için reklamcılık kampanyası yürütmeye yönelik bir sözleşme vekâlet sözleşmesi kapsamında yer almaktadır<sup>78</sup>.

## D. Temsil Yetkisi Kavramı ve Vekâlet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

### 1. Temsil Yetkisi Kavramı

Temsil, bir hukuki işlemi bir kişinin başka bir kişi adına ve hesabına yapması sonucunda hukuki işlemin sonucunun adına ve hesabına işlem yapılan kişi üzerinde doğmasını sağlayan hukuki kudrettir<sup>79</sup>. Bu tanım esasen doğrudan temsil için getirilmiş olup, genellikle temsil tabiri de doğrudan temsil için kullanılmaktadır. Bir hukuki işlemi diğer bir kişi için yapan kimseye temsilci, aralarındaki hukuki ilişkiye temsil ilişkisi, yapılan hukuki işleme de temsil yoluyla yapılan hukuki işlem denmektedir. Belirtmek gerekir ki temsil, yalnızca “*hukuki işlemler*” için uygulama alanı bulan bir kurumdur ve maddi fiillerde temsil olmaz<sup>80</sup>.

Konunun sınırlarını belirlemek açısından temsil yetkisinin kaynağını esas alan bir ayırım yapılırsa, temsil yetkisinin temsil olunanın iradesine dayandığı hallerde “*iradi temsil*”, temsil yetkisinin temsil olunanın iradesi dışında özellikle bir kanun hükmüne dayandığı hallerde “*kanuni temsil*” söz konusu olur<sup>81</sup>. Veli, vasi, kayyım, vasiyeti yerine getirme görevlisi ve tartışmalı olmakla birlikte tüzel kişinin organları<sup>82</sup> kanuni temsilciye örnek olarak gösterilebilir. Konumuz MÖHUK m. 24 ve MÖHUK m. 30 arasındaki kesişim noktasını tespit etmek yani vekâlet sözleşmesi ile temsil yetkisi

77 Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1153. Ancak eğitim faaliyeti dışında yemek, servis, barınma gibi edimlerin borçlanılması halinde vekâlet sözleşmesinden değil kombine tipli karma sözleşmeden bahsetmek daha doğru olur.

78 Tandoğan (n 1) 360ff; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 130.

79 von Tuhr (n 1) 314; Oğuzman, Öz (n 37) 218; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 622; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligation* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2012) 90; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Hüseyin Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 122ff; H Nomer (n 37) 134; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17th, Turhan Kitabevi 2013) 225; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd Yetkin Yayınları 2017) 444; İlhan Helvacı, *Le droit turc du contrat* (1ère Edition, Schulthess Editions Romandes 2018) 79.

80 von Tuhr (n 1) 318; Oğuzman, Öz (n 37) 218; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 624; H Nomer (n 37) 134; Tercier, Pichonnaz (n 79) 92; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 123, 124; Helvacı (n 79) 79.

81 von Tuhr (n 1) 341; Oğuzman, Öz (n 37) 224; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 630; Tercier, Pichonnaz (n 79) 106, 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 143, 144; Helvacı (n 79) 79.

82 Tüzel kişiler ile organları arasındaki ilişkinin kanuni temsil yetkisi olduğu görüşünde: von Tuhr (n 1) 341; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 630.

arasındaki ilişkiyi belirlemek olduğu için kanuni temsil yetkisi konumuzun dışında kalmaktadır<sup>83,84</sup>.

İradi temsil ise “*dolaylı - dolayısı ile*” ve “*doğrudan - doğrudan doğruya temsil*” olmak üzere iki ana kolda incelenmektedir. Roma Hukuku’nun kabul ettiği yegâne temsil şekli olan dolaylı temsil<sup>85</sup>, dolaylı temsilcinin kendi adına ancak başkası hesabına hareket ettiği, işlemi kendi adına yaptıktan sonra bu işlemde doğan hak ve borçları temsil olunana nakletme yükümlülüğü altına girdiği hukuki ilişkidir<sup>86</sup>. Bunun için örneğin yapılan hukuki ilişkiye göre taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil, alacaklarda alacağın devri gibi hukuki işlemler yapmak gerekecek ve temsilci de ödediği bedeli aralarındaki iç ilişkiye dayanarak -bu ilişki genellikle vekâlet sözleşmesi olacaktır- temsil olunandan talep edecektir<sup>87</sup>. Dolayısıyla, dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında hiçbir hukuki sonuç doğmamaktadır<sup>88</sup>. Bu sebeple dolaylı temilde dış ilişki bulunmamakta, iç ilişkiden ayrı olarak bir de dolaylı temsil yetkisi verilmesinden bahsedilmemektedir<sup>89</sup>. Zira taraflar arasındaki iç ilişki, temsilcinin elde ettiği hakları ve üstlendiği borçları daha sonra temsil olunana devretmesini düzenleyen sözleşme ilişkisi olup, bu ilişki aynı zamanda temsil yetkisini de içinde barındırır. Sonuç olarak, dolaylı temilde temsil yetkisi doğrudan temel ilişkiden doğmakta, bu temsil yetkisi yalnızca temel ilişkinin kendisinden ibaret olmakta, yoksa ayrı ve bağımsız bir temsil yetkisinden söz edilememektedir. Temel ilişki ile dolaylı temsil yetkisi birbirinden ayrılmadığı için MÖHUK m. 30’da dolaylı temsil yetkisine uygulanacak hukukun düzenlenmediği ve bu hukukun asıl ilişkinin kaderini tayin edecek olan hukuka tabi olması gerektiği savunulmaktadır<sup>90</sup>.

Dolaylı temilde temsil olunanın üçüncü kişiye herhangi bir talep yönelmemesinin tek istisnası vekâlet sözleşmesi kapsamında düzenlenmiş olan ve edinilen hakların vekâlet verene geçişi başlıklı TBK m. 509 hükmüdür<sup>91</sup>. Bu hükme göre “*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer.*”

83 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 129; Huysal (n 18) 231.

84 Kanuni temsil yetkisine uygulanacak hukukun hangi işlem için söz konusu ise o işlemin statüsüne tabi olacağı görüşü için bkzn.: Çelikel, Erdem (n 18) 437; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 129.

85 Tahiroğlu (n 1) 252; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 630.

86 von Tuhr (n 1) 318; Oğuzman, Öz (n 37) 219; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632; Tercier, Pichonnaz (n 79) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145; Helvacı (n 79) 86; H Nomer (n 37) 134; dolaylı temilin “*eksik temsil*” olarak da adlandırıldığı yönünde bkzn.: Tercier, Pichonnaz (n 79) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145.

87 von Tuhr (n 1) 318; Oğuzman, Öz (n 37) 219; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632; Tercier, Pichonnaz (n 80) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145; H Nomer (n 37) 136; Helvacı (n 79) 86.

88 Tandoğan (n 1) 357; Oğuzman, Öz (n 37) 219; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632; Tercier, Pichonnaz (n 79) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145; H Nomer (n 37) 136; Helvacı (n 79) 79.

89 Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632.

90 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 256.

91 Bu madde hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkzn.: Tandoğan (n 1) 357ff.

Gerçek anlamda temsil kurumunu ifade eden doğrudan temsil, temsilcinin hukuki işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapmasını ve hukuki işlemde doğan bütün hak ve borçların temsil olunana ait olmasını ifade eden hukuki kurumdur<sup>92</sup>. Doğrudan temsilde temsilcinin yaptığı hukuki işlem sonuçlarını kendi hukuki sahasına uğramaksızın doğrudan temsil olunanın hukuki sahasında doğurur<sup>93</sup>. Temsilci bu sıfatını doğrudan doğruya tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile kazanır. Bu yetkinin temsilcinin iktidar alanına varması gerekli ve yeterlidir. Doğrudan temsilin temsil olunanı bağlaması için temsilcinin temsil yetkisine sahip olması, temsilcinin hukuki işlemi gerçekleştirirken temsil olunan adına hareket etmesi ve karşı tarafa temsilci olduğunu bildirmesi ya da en azından durumdan karşı tarafın temsilci olduğunu anlaması gerekir<sup>94</sup>. Böylece örneğin vekâlet sözleşmesinde vekilin dolaylı temsilci olarak hareket ettiği durumlarda vekâlet verenin hesabına yaptığı bütün işlemlerden doğan hak ve borçları bütün risk ve yükümlülükleriyle ikinci aşamada vekâlet verene devretmesi gerekirken, doğrudan temsilde vekil temsil olunan adına hareket ettiği için ikinci aşamaya gerek olmaksızın bütün hak ve borçlar risk ve yükümlülükleriyle birlikte temsil olunana ait olmaktadır<sup>95</sup>.

## 2. Temsil Yetkisinin Vekâlet Sözleşmesinden Ayrı Edilmesi

Hukukumuz uygulamasında hâkim olan terminoloji bakımından bu iki kurumun birbirine karıştırılması oldukça doğaldır. Zira uygulamada hataen “*temsil yetkisi verilmesi*” yerine “*vekâlet verilmesi*”, “*yetki belgesi*” yerine “*vekâletname*” deyimlerine üstünlük tanınmaktadır<sup>96</sup>.

İlke olarak her temsil yetkisinin arkasında buna dayanak oluşturan bir temel (iç) ilişki vardır. TBK m. 42 buna örnek olarak vekâlet, hizmet ve ortaklık sözleşmelerini göstermektedir. Bunlar arasında en sık rastlanan iç ilişki hiç şüphesiz vekâlet sözleşmesidir. Alman Hukukçusu Paul Laband’ın 1866 yılında yazdığı makaleye kadar temsil ve vekâlet arasında hiçbir ayırım gözetilmemiştir<sup>97</sup>. Profesör Laband’ın görüşü Alman Medeni Kanunu’na ve İsviçre-Türk Borçlar Kanunu’na esas teşkil etmiştir. Söz konusu görüş çerçevesinde temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen yetkilendirme işlemi, ister vekâlet sözleşmesinden ister başka tipte

92 von Tuhr (n 1) 314; Oğuzman, Öz (n 37) 220; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 633; H Nomer (n 37) 134; Tercier, Pichonnaz (n 79) 91; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 123; Helvacı (n 79) 79.

93 von Tuhr (n 1) 314; Tercier, Pichonnaz (n 79) 93; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 125, 126; Helvacı (n 79) 80.

94 von Tuhr (n 1) 315; Oğuzman, Öz (n 37) 221; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 675; H Nomer (n 37) 136; Tercier, Pichonnaz (n 79) 93, 94; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 126; Helvacı (n 79) 80-82.

95 Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 676.

96 Aynı hatalı kullanımların İsviçre Hukuku uygulamasında da mevcut olduğu yönünde bkz.: Tercier, Bieri, Carron (n 1) 608-9.

97 Werro, *Mandat* (n 1) para 38; Oğuzman, Öz (n 37) 225; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 649. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Werro, *Mandat* (n 1) para 38.

hukuki ilişkiden doğmuş olsun temel ilişkiden bağımsızdır<sup>98</sup>. Bu ilke aynı zamanda temsil yetkisini kazandıran tek taraflı işlemin temel ilişkiye nazaran soyut bir işlem oluşturduğu şeklinde de ifade edilmiştir<sup>99</sup>. Bunun sonucu olarak da temsilsiz vekâlet olabileceği gibi vekâletsiz temsil de olabilir. Ancak çoğu zaman bu iki kurum bir arada bulunmaktadır.

Temsil yetkisinin geri alınması mümkündür. Bu husus TBK m. 42 f. 1 uyarınca temel ilişkinin varlığını etkilemez. Ancak temel ilişkinin sona ermesi halinde temsil yetkisinin devam edip etmeyeceği sorusu genellikle olumsuz yanıtlanmaktadır. Bu durumu açıklayan iki görüş mevcuttur. İlk görüşe göre<sup>100</sup> temsil yetkisinin temel ilişkinin devamı süresince ve devam etmesi bozucu şartına bağlı olarak verildiğinin kabulü gerekir. O halde temel ilişki sona erdiğinde temsil yetkisi de sona erecektir. İkinci görüşe göre temel ilişkinin sona ermesi halinde aksi durumdan anlaşılmadıkça güven ilkesi ışığında temsil yetkisinin de sona erdiği şeklinde anlamak gerekir<sup>101</sup>. Ancak OĞUZMAN ve ÖZ'e göre temsil yetkisinin geçerliliği iç ilişkiye bağlanmamışsa iç ilişkinin sona ermesi durumunda temsil yetkisinin devam etmesi mümkündür<sup>102</sup>.

Öğretide<sup>103</sup> temsil yetkisi ve vekâlet sözleşmesi arasındaki farklar şöyle açıklanmaktadır:

Temsil yetkisi tek taraflı irade beyanı ile verilir ve karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla sonuçlarını doğurur. Ancak vekâlet sözleşmesi, iki taraflı irade beyanı ile kurulan bir sözleşmedir ve iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur.

Sınırlı ehliyetliler kural olarak eksik iki taraflı borç doğurması sebebiyle yasal temsilcilerinin rızası olmadan geçerli bir vekâlet sözleşmesi akdedemezlerken, kendileri bir borç altına girmedikleri için doğrudan temsilci olarak başkası adına ve hesabına hareket edebilirler.

Vekâlet sözleşmesinin konusunu hem hukuki fiiller (*hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller*) hem de maddi fiiller oluşturabilirken, maddi fiillerde temsil yetkisi verilmesi mümkün değildir.

98 Werro, *Mandat* (n 1) para 38; Oğuzman, Öz (n 37) 225; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 649; Tercier, Pichonnaz (n 79) 97; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 131; Helvacı (n 79) 81.

99 Oğuzman, Öz (n 37) 227, aksi görüşte: Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 649; Tercier, Pichonnaz (n 79) 97; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 131; Helvacı (n 79) 81; Tandoğan (n 1) 357: yazara göre burada soyutluktan değil, iç ilişkideki bozuklukların iyi niyetli üçüncü kişileri korumak adına onlara karşı ileri sürülemediği (*inopposabilité*) durumu söz konusudur.

100 von Tuhr (n 1) 322ff; Tercier, Pichonnaz (n 79) 97; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 131.

101 Oser, Schöenberger (n 1) m. 394, para 3; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 651.

102 Oğuzman, Öz (n 37) 227.

103 Oser, Schöenberger (n 1) m. 394, para 3; von Tuhr (n 1) 318; Becker (n 1) m. 394, para 2 vd.; Tandoğan (n 1) 364; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605; Tercier, Pichonnaz, (80) 96; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 130ff; Oğuzman, Öz (n 37) 226; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 628; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; H Nomer (n 37) 136; Helvacı (n 79) 80, 81.

Vekâlet sözleşmesinin kurulması ile birlikte vekil, sözleşme konusu olan iş görme edimini yapma borcu altına girer. Oysa kendisine temsil yetkisi verilen kişi yalnızca temsil yetkisini haiz olmakla hiçbir borç altına girmiş değildir.

Vekâlet sözleşmesi iş görme borcu altına giren vekil ile vekâlet veren arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. Oysa temsil yetkisi, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına üçüncü kişilerle bir hukuki ilişkiyi girmesini yani dış ilişkiyi ilgilendirir.

Temsil yetkisinin dayanağını oluşturan iç ilişkinin mutlaka vekâlet sözleşmesi olması şart değildir. Temsil yetkisinin dayandığı iç ilişki hizmet, eser veya ortaklık sözleşmesi ya da başka bir hukuki ilişki olabilir.

Vekâlet sözleşmesi hükümlerinde düzenlenen vekilin aldığı şeyi vekâlet verene teslim borcu (TBK m. 508), vekâlet verenin bütün borçlarını ifa ettiği anda alacak haklarının kendiliğinden vekâlet verene geçmesi (TBK m. 509), vekâlet verenin vekili üstlendiği borçlardan kurtarma yükümlülüğü (TBK m. 510) gibi dolaylı temsile dair hususlar vekâlet sözleşmesi bahsinde düzenlenmiştir.

Ayrıca “*vekâletin kapsamı*” başlıklı TBK m. 504 esasen doğrudan temsil yetkisinin kapsamını ve özel temsil yetkisi gerektiren halleri düzenlemektedir. Her ne kadar genel ve özel temsil yetkisini düzenleyen bu maddeye vekâlet sözleşmesi bahsinde yer verilmişse de bu konuya dair uyuşmazlıkların çözümü MÖHUK m. 30 uyarınca “*Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlar*” kapsamında olduğu için temsil yetkisine uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Dolayısıyla özel temsil yetkisi gerektiren haller doğrudan temsile uygulanacak olan hukukun (MÖHUK m. 30 f. 2) uygulama alanına girmektedir.

Vekâlet sözleşmesi dâhilinde düzenlenmiş iki durum daha vardır ki doğrudan temsil yetkisini ilgilendirir. Bunlar “*alt vekâlet ya da alt temsil*” ve “*ikame vekâlet ya da ikame temsil*”dir. Alt vekâlet vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarının ifası için kendi adına yaptığı bir sözleşme ile başkasını tevkil etmesi halidir<sup>104</sup>. İkame vekâlet ise vekilin vekâlet veren adına yaptığı bir sözleşme ile vekâlet sözleşmesinden doğan borçların ifasında kendi yerine bir başkasını koyması şeklinde gerçekleşir. İkame vekâletin mümkün olabilmesi için vekilin böyle bir sözleşme yapmak hususunda temsil yetkisini haiz olması gerekir<sup>105</sup>. Belirtmek gerekir ki bu kurumları ifade ederken kullanılan “*vekâlet*” kelimesi yanıltıcıdır, “*temsil*” kelimesi de bu kurumları ifade etmek için kullanılmaktadır. Zira esasen alt vekâlet ve ikame vekâlet konusunda belirleyici olan, vekilin sahip olduğu temsil yetkisidir. Ayrıca birden çok vekilin vekâlet sözleşmesi kapsamında birlikte yetkilendirilmesi durumunu düzenleyen “*birlikte vekâlet*” de esasen vekillerin birlikte temsil yetkisine

104 Oser, Schönerberger (n 1) m. 399, para 35; Becker (n 1) m. 399, para 40; Tandoğan (n 1) 459.

105 Tandoğan (n 1) 461.

sahip olmalarını ifade eder. Bu açıdan alt vekâlet, ikame vekâlet ve birlikte vekâlet sonucu gerçekleştirilen hukuki işlemin vekâlet vereni bağlayıp bağlamayacağı sorunu MÖHUK m. 30 f. 2 kapsamında düşünülebilecektir. Bu husustaki inceleme son bölümde yapılacaktır.

## II. MÖHUK m. 24 Hükümü Açısından Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

### A. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, irade serbestisi (*özerkliği*) prensibine dayanır. İrade serbestisi prensibinin en önemli sonucu olan sözleşme yapma özgürlüğü ise tarafların dilediği kimselerle sözleşme ilişkisine girebileceği anlamına geldiği gibi aynı zamanda sözleşmenin konusunu ve içeriğini de diledikleri gibi düzenleyebilecekleri anlamına gelir<sup>106</sup>. Elbette ki taraflara tanıdan bu özerk alan, etkisini hukuk düzeninin sınırları içinde; emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına ayrı olmamak şartıyla korumaktadır. Maddi hukuk kapsamında sözleşmesel ilişki içerisine giren taraflara tanınmış olan bu özerklik, milletlerarası özel hukukun konusuna giren milletlerarası akdi borç ilişkilerine de sözleşmenin tabi olacağı akit statüsünün belirlenmesi hususunda taraflara serbesti tanınması şeklinde yansımıştır<sup>107</sup>. Seçilen hukukun bütün emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla beraber sözleşmeye uygulanması, bugün hemen hemen bütün milletlerarası özel hukuk kanunlarında kabul edilmiş ortak bir çözüm olma özelliği taşımaktadır<sup>108</sup>. Söz konusu çözümü kabul eden düzenlemelerin temelinde ise akdi borç ilişkilerine egemen olan “*taraf menfaati*” düşüncesi yatmaktadır. Taraf menfaatlerinin hayata geçirilmesi ise tarafların seçtikleri hukukun uygulanması sayesinde mümkün olacaktır<sup>109</sup>.

MÖHUK'ta vekâlet sözleşmesine uygulanacak olan hukuku düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple vekâlet sözleşmesinin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak olan hukuk yani vekâlet sözleşmesinin akit statüsü MÖHUK m. 24 f. 1 uyarınca ilk olarak tarafların seçtikleri hukuktur<sup>110</sup>. Bu husus subjektif bağlama kuralı olarak ifade edilmekte ve akdedilen sözleşmenin kanunlar ihtilafı kuralı, yine sözleşme taraflarının kendi iradeleriyle tesis edilmektedir<sup>111</sup>. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ihtimalinde ise akit statüsünde uluslararası son eğilimleri yansıtan ve MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca da kabul edilmiş olan “*sözleşme ile en sıkı*

106 Oğuzman, Öz (n 37) 24; Çelikel, Erdem (n 18) 365; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 263; E Nomer (n 18) 317; Aybay, Dardağan (n 18) 250.

107 Çelikel, Erdem (n 18) 366; E Nomer (n 18) 318.

108 Çelikel, Erdem (n 18) 366; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 263

109 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 275; Aybay, Dardağan (n 18) 249.

110 Çelikel, Erdem (n 18) 366; E Nomer (n 18) 318.

111 E Nomer (n 18) 317; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 264.

*ilişkili hukuk*<sup>112</sup> vekâlet sözleşmesine uygulanacaktır<sup>112</sup>. Bu husus ise objektif bağlama kuralı olarak ifade edilmektedir<sup>113</sup>. MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusundan yararlanılmaktadır. Ancak halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda ise istisna kuralı uyarınca tespit edilen daha sıkı ilişkili hukuk vekâlet sözleşmesine uygulanacaktır.

MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilen uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30 hükmünün uygulama alanı dışında kalan ve vekâlet sözleşmesinden doğan bütün hak ve yükümlülükler, vekilin iş görme, özen, sadakat, aldıklarını iade ve hesap verme borçlarına, sorumsuzluk kayıtlarına, vekâlet verenin ücret, vekilin yaptığı harcamaları giderme, vekili borçtan kurtarma, işini görürken uğradığı zararları giderme, avans verme borçlarına, vekilin ve vekâlet verenin borca aykırılık hallerine, vekâlet sözleşmesinin sona ermesi durumlarına, vekilin ve vekâlet verenin fesih haklarına, vekâlet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tatbik edilecektir.

Arz ettiği benzerlik ve önem sebebiyle çalışmanın devamında Avrupa Birliği Hukuku'nda akit statüsünü tayin eden 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Sözleşmesi'nin<sup>114</sup> ya da diğer adıyla Roma Sözleşmesi'nin yerini alan Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü<sup>115</sup> hükümlerine de değinilecektir. Ayrıca İsviçre Hukuku'nda akit statüsünü tayin eden Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun<sup>116</sup> hükümlerine de yer verilecektir<sup>117</sup>.

## **B. Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Sübjektif Bağlama Kuralına Göre Belirlenmesi**

Vekâlet sözleşmesinin akit statüsü MÖHUK m. 24 f. 1 uyarınca ilk olarak tarafların açık olarak seçtikleri hukuka göre belirlenecektir. Vekâlet sözleşmesinin birçok maddi hukukta oldukça farklı görünüm şekillerinin olduğu düşünülürse tarafların bütün

112 Söz konusu bağlama kuralı ABD'de de öğreti tarafından desteklenmekte ve mahkemeler tarafından ağırlıklı olarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu husus ABD'de yarı resmi kurallar bütünü olan Restatement II § 188'de açıkça ifade edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki Restatement II § 188'de sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde kullanılan ölçütler MÖHUK m. 24 f. 4 düzenlemesinden farklıdır. Ayrıca detaylı olarak inceleneceği üzere söz konusu bu prensip İsviçre Hukuku'nda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun m. 117 ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Roma I Tüzüğü m. 4 uyarınca da kabul edilmiştir.

113 Çelikel, Erdem (n 18) 367; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 280.

114 Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, OJEC L 266, 09.10.1980.

115 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6, 04.07.2008.

116 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, RO 1988 1776, 18.12.1987, (19 Aralık 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun), (Çevrimiçi, www.admin.ch, 18.03.2018).

117 Alman, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları ve 2675 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun çerçevesinde karşılaştırmalı bir çalışma için bkzn.: Gülören Tekinalp, "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Akitli Borç Statüsü ve Türk Kanunu" (1988) 1 MHB 69, 69ff.

mevcut ve muhtemel sorunları çözüme kavuşturacak derecede kazuistik bir sözleşme hazırlamalarının oldukça zor olduğu görülür. Bu sebeple tarafların ulusal hukuk sistemlerinin sınırlarını aşan borç ilişkilerinde milletlerarası özel hukuk menfaatini sağlayacak bir hukuk seçimi yapması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır<sup>118</sup>. Milletlerarası akdi borç ilişkilerinde tarafların hangi ülkenin adli makamlarına başvuracakları önceden tahmin edilemeyeceği için akdedilen sözleşmeye hangi hukukun yedek, tamamlayıcı veya emredici kurallarının uygulanacağını belirlenmesi ihtiyacı kendisini göstermektedir<sup>119</sup>. Aksi halde uluslararası bir uyumsuzluğun kaderinin öngörülemeden bir ülkenin bağlama kurallarına bırakılması durumu söz konusu olacaktır ki bu durum çoğu zaman tarafların beklentilerine ve akdi ilişkinin özelliklerine uygun düşmeyen sonuçlar yaratabilecektir. Günümüzde birçok hukuk sistemi hukuk seçimini kabul etmiştir. Bu açıdan MÖHUK m. 24 f. 1 düzenlemesinin benzeri düzenlemeler Roma I Tüzüğü m. 3 f. 1’de ve LDIP m. 116 f. 1’de yer almaktadır.

Yabancı bir hukukun seçilebilmesi için sözleşmenin mutlaka bir yabancılık unsuru taşımasının gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle hukuk seçimi yapılacak olan sözleşmenin, ilişkiye sübjektif bir yabancılık unsuru katan taraf iradeleri dışında objektif bir yabancılık unsuruna ihtiyaç duyup duymadığı öğretide tartışmalıdır. Bu durumda sözleşmenin mutlaka bir yabancılık unsuru taşıması gerektiği savunulacak olursa, Türkiye’de bir avukat ve Türk müvekkili arasında akdedilen vekâlet sözleşmesinde hukuk seçimi yapılamayacak ya da Türkiye’de özel bir hastanede tedavi görmek isteyen bir Türk vatandaşı ile doktoru arasındaki sözleşme muhakkak Türk Hukuku’na tabi olacaktır. Vekâlet sözleşmesinde bir hukuk seçimi yapılmış olması ihtimalinde ise seçilen hukukun sözleşmeye “*incorporate*” edildiği kabul edilecek ve söz konusu hukukun hükümleri “*incorporation / akde dâhil etme*” yoluyla sözleşmeye dâhil edilmiş sayılacaktır<sup>120</sup>. MÖHUK m. 24 hükmünde hukuk seçiminin geçerli olması için sözleşmenin yabancılık unsuru ihtiva etmesi aranmamakla birlikte MÖHUK m. 1 uyarınca kanunun uygulama alanı yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkiler olarak belirlenmiştir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre bir sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK uyarınca belirlenebilmesi için öncelikle bu sözleşmenin kanunun uygulama alanına girmesi, dolayısıyla objektif bir yabancılık unsuru içermesi (yer bakımından sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri ya da sözleşmeye konu malların bulunduğu yer; kişi bakımından tarafların vatandaşlığı, işyerleri, mutad meskenleri veya yerleşim yerleri vb.) gerekmektedir<sup>121</sup>. Bu görüşe göre objektif bir yabancılık unsuru içermeyen

118 Uluslararası karakterli sözleşmelerde hukuk seçiminin önemi, taraflar arasındaki menfaat dengeleri ve dikkat edilmesi gereken hususlar hakkında bkzn.: Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (3rd, Beta Yayınevi 2016) 42ff; Süheylâ Balkar (Bozkurt), *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002) 88-9; Dilşad Kuşuoğlu, Elit Meviza Demirkol “ICSID Tahkiminde Onay” (2018) 34 TAAD 515, 517.

119 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 265.

120 Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanacak Kuralları” (2010) 1-1MHB 27, 33.

121 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 352; Ulucocak (n 18) 185-86; Özdemir Kocasakal (n 120) 33; Doğan (n 18) 24.



vekâlet sözleşmesinde hukuk seçimi yapılacak olursa seçilen hukuk “*incorporation*” yoluyla akde dâhil edilmiş olacak ve bu hükümler TBK m. 20 vd. ile TBK m. 27 hükümleri gibi Türk Borçlar Kanunu’nun emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla uygulanabilecektir. Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise sözleşme herhangi bir yabancılık unsuru içermese dahi yabancı bir hukuku yetkili kılan hukuk seçimi o akdi ilişkiye bir yabancılık unsuru kazandıracak ve artık yabancılık unsuru içeren bu sözleşme MÖHUK m. 1 uyarınca söz konusunu kanunun uygulama alanına dâhil olacaktır<sup>122</sup>. Bu görüşe göre hukuk seçimini ihtiva eden taraf iradesi *-sübjektif yabancılık unsuru-* taraf menfaatini sağlayacak olan hukuk seçimi için yeterlidir. Son olarak öğretide bütün öğeleri tek bir devletle bağlantılı olan yani objektif açıdan yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerin milletlerarası ticaretin bir parçası olması, bir ülkenin sınırlarını aşacak derece ekonomik öneme sahip ve milletlerarası özel hukukun bir parçası olması ihtimalinde de hukuk seçimine izin verilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>123</sup>. Kanımca son görüşe itibar edilerek, salt objektif yabancılık unsuruna göre değil, ekonomik açıdan milletlerarası ticareti ilgilendiren bir sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığı ihtimaline göre bir değerlendirme yapılmalı ve ekonomik açıdan milletlerarası ögeye sahip olan sözleşmesel ilişkilerde hukuk seçimine izin verilmelidir. Böylece tarafların hukuk seçimi ihtiyacı hissettiği bu tip işlemlerde taraf iradelerine daha büyük bir özgürlük alanı tanınmış olacaktır. Dolayısıyla ekonomik açıdan milletlerarası ticareti ilgilendiren ve belirli bir ülkenin sınırlarını aşarak milletlerarası ticaretin ve ekonomik ilişkilerin bir parçası haline gelmiş olan vekâlet sözleşmelerinde hukuk seçimi mümkün sayılmalıdır. Bu hususun tespitinde ise ekonomik olarak iş görme ediminin değeri ve işin mali büyüklüğü ve niceliği değil, ihtiva ettiği milletlerarası karakter ve nitelik dikkate alınmalıdır. Örneğin merkezi Türkiye’de olan bir şirketin bir avukatla yaptığı sözleşmede sadece Türkiye’deki dava veya işlerin takip edileceği öngörülüyorsa milletlerarası bir karaktere sahip olmaması sebebiyle söz konusu vekâlet sözleşmesinde hukuk seçimine imkân tanınmamalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3’te sözleşmenin bütün unsurlarının seçilen hukuktan başka bir hukuk sisteminde toplanması durumunda seçilen hukukun hükümlerinin, sözleşmenin objektif olarak bağlantılı olduğu hukukun

122 E Nomer (n 18) 320; Çelikel, Erdem (n 18) 269; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 273; Süheylâ Balkar-Bozkurt, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış” (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan 141, 144; Yargıtay 15. HD, E. 2016/3365, K. 2016/4525, T. 03.11.2016, (Çevrimiçi, Kazancı, 18.03.2018): “...*Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların, hakimın hukukunda ( lex fori ) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine dair ilkeye de uygundur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu da bulunmamaktadır...*”; Yargıtay 11. HD, E. 2006/8585, K. 2006/12877, T. 07.12.2006, (Çevrimiçi, Kazancı, 18.03.2018): “...*Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır. ... MÖHUK.nun 24/1 nci maddesi gereğince de uyuşmazlıkta tarafların açıkça seçtiği kanunun uygulanması gerekmektedir...*” Söz konusu kararın değerlendirilmesi için bkzn.: Emre Esen, “Critique of a Turkish Court of Appeals Decision on the Validity of Choose-of-Law and Choose-of-Forum Clauses in a Insurance Agreement” (2010) 42 Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul 365, 365ff.

123 Çelikel, Erdem (n 18) 269-70; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 29, 30.

emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanacağı öngörülmüştür<sup>124</sup>. Öğretide Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3 uyarınca ilk görüşün benimsendiği ve objektif yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelerde hukuk seçiminin aslında teknik anlamda “*incorporation*” olduğu ifade edilmektedir<sup>125</sup>.

Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 24 f. 1 uyarınca hukuk seçiminin açık olması gerekmektedir<sup>126</sup>. Açıklıktan anlaşılması gereken, tarafların akdettikleri sözleşmeyi belirli bir hukuk sistemine tabi kılan iradelerinin yorum yapmaya imkân bırakmaksızın ve tereddüde yer vermeksizin anlaşılabilir olmasıdır<sup>127</sup>. Ayrıca MÖHUK m. 24 f. 1’de sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçiminin (*zımnî hukuk seçimi*) de geçerli olduğu ifade edilmiştir<sup>128</sup>. Böylece taraflara milletlerarası özel hukukta zımnî olarak bir bağlama noktası tesis etme salahiyeti tanındığı ifade edilmektedir<sup>129</sup>. LDIP m. 116 f. 2’de ve Roma Tüzüğü m. 3 f. 1’de de kesin bir şekilde anlaşılan (*de façon certaine*) zımnî hukuk seçimine izin verilmiştir. Belirtmek gerekir ki kanunda farazi hukuk seçimine izin verilmemiştir. O halde hâkim, sözleşmenin kurulması anında taraflar hukuk seçimi yapmak isteselerdi hangi hukuku yetkili kılarlardı, şeklinde bir faraziyeden yola çıkarak bir belirleme yapamayacaktır<sup>130</sup>.

MÖHUK m. 24 f. 2 uyarınca hukuk seçiminin sözleşmenin tamamına yahut sadece belirli kısımlarına veya belirli maddelerine etkili olacak şekilde kararlaştırılması mümkündür. Ayrıca hukuk seçimi MÖHUK m. 24 f. 3 uyarınca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Ancak sonradan yapılan ya da değiştirilen hukuk seçimi üçüncü kişilerin haklarına halel getirmemek üzere geçmişe etkili olacaktır. Aynı hüküm LDIP m. 116 f. 3’te ve Roma Tüzüğü m. 3 f. 2’de yer almaktadır.

124 Hükümün gerekçesinde maddenin *ratio legis*’inin kanuna karşı hilenin önlenmesi olduğu ifade edilmiş, ancak bu gerekçe irade serbestisinin esas olduğu bir alanda kanuna karşı hilenin nasıl mevcut olacağının anlaşılmasını sebebiyle eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Stéphanie Franço, “Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles-De quelques changements”(2009) I Journal du Droit International Privé 41, 55.

125 Franço (n 124) 35; Özdemir Kocasakal (n 120) 33

126 Hukuk seçimi maddesinin içeriği ve kapsamının yeterli açıklık arz etmediği hallerde maddenin yorumlanmasında *lex fori*’nin yorum kurallarına başvurulacağı ve ayrıca yorum yapılırken kanunlar ihtilafı hukukuna ait yorum ilkelerinin de göz önüne alınacağı hakkında bkz.: E Nomer (n 18) 322.

127 E Nomer (n 18) 322; Doğan (n 18) 290.

128 İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi” (2013) 2 MHB 1, 1ff; Aslı Bayata Canyaş, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi” (2011) 1 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 110, 110ff. Belirtmek gerekir ki “tereddüde yer vermeyecek biçimde” anlaşılabilen hukukun zımnî hukuk seçimini ifade edip etmediği tartışmalıdır. Kanımca zımnî irade beyanı, hareketin yapıldığı hal ve şartlardan açıkça anlaşılabilen irade beyanıdır. Bu sebeple MÖHUK m. 24 f. 1 c. 2’de zımnî hukuk seçimine yer verildiği hususunda tereddüde düşülmemelidir. Karşı görüş için bkz.: Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 266; E Nomer (n 18) 323. Zımnî irade beyanı için bkz.: M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (19th, Vedat Kitapçılık 2017) 191.

129 Arslan (n 128) 9; Bayata Canyaş (n 128) 113; Çelikel, Erdem (n 18) 269; Yazarlar, MÖHUK m. 24’ün 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24’ten en önemli farkını sözleşmenin taraflarına zımnî hukuk seçimi imkânının tanınması olarak nitelendirmektedirler. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun döneminde zımnî hukuk seçiminin, maddenin geniş yorumlanması sonucu mümkün olabileceği yönündeki görüşler için bkz.: Tekinap, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 68.

130 E Nomer (n 18) 323; Çelikel, Erdem (n 18) 270; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 266.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin *Lex Fori*'ye tabi tutulamayacağı ve bu sebeple hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine de seçilen hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>131</sup>. Zira muhtemel uyuşmazlığın hangi hukuk sisteminde ileri sürüleceğinin önceden bilinmemesi sebebiyle hukuk seçimi anlaşmasına *Lex Fori*'nin uygulanması mümkün görülmemektedir.

Belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmelerinde birtakım genel işlem şartlarına, standart sözleşmelere, çeşitli hukuk metinlerine veya yürürlükte olmayan hukuk sistemlerine atıf yapılması (*incorporation, incorporation by reference, akde dâhil etme*) hukuk seçimi anlamına gelmeyecektir<sup>132</sup>. Örneğin vekâlet sözleşmesinde sadece bir hastanenin genel işlem şartlarına atıf yapılması veya konser vermek üzere başka bir ülkeye giden bir ses sanatçısının organizasyon şirketiyle yaptığı sözleşmede yalnızca Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağını öngörmesi, sözleşmede hukuk seçimi yapıldığını göstermemektedir. Bu durumda sözleşme objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuka tabi olacak, sözleşmede yapılan bu tarz atıflar uyarınca atıf yapılan hukuki metinler sözleşme metnine dâhil edilmiş olacaktır<sup>133</sup>. Bu hukuki durumun doğal sonucu olarak da sözleşme metnine dâhil edilen bu hükümler, esasa uygulanacak olan "*Lex Obligationis*"in emredici kurallarına uygun düştüğü ölçüde geçerli olacaktır<sup>134</sup>. Sözleşme metnine "*incorporation*" yoluyla dâhil edilen hukuki metinlerin bir hukuk seçimi ihtiva etmesi durumunda bu hukukun akit statüsünü teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda açık hukuk seçimi mevcuttur<sup>135</sup>. Diğer bir görüşe göre ise hukuk seçimi, atıf yapılan hukuki metinde karşı tarafın bilgisi olduğuna ilişkin bir kaydın bulunması halinde geçerli olur<sup>136</sup>. Hukuk seçimi anlaşmasının seçilen hukukun akit statüsüne tabi olduğu yukarıda belirtilmişti. Kanımca bu durumda atıf yapılan hukuki metinlerin hukuk seçimi içermesi durumunda seçilen hukuka göre söz konusu metinler geçerli kabul edilebiliyor ise bu durumda akit statüsü, atıf yapılan hukuki metinlerin ihtiva ettiği hukuk seçimine göre belirlenebilecektir.

Belirtmek gerekir ki avukatlık, hekimlik, mimarlık, mühendislik, hukuk danışmanlığı, malvarlığı ve taşınmaz yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, özel ders ve kurs verme, eksperlik ve hakemlik gibi birçok mesleki faaliyette kendisini gösterecek olan vekâlet sözleşmesine<sup>137</sup> uygulanacak hukuk taraflarca belirlenirken oldukça dikkatli olunmalıdır. Vekâlet sözleşmesi hazırlanırken sözleşme ile uyumlu, hazırlık safhasında hükümleri gözetilen ve muhtemel bir hukuki uyuşmazlık halinde taraf

131 E Nomer (n 18) 325; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 271.

132 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilâfi Alanında Incorporation" (1999-2000) Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan 19-20 MHB 263, 263ff.

133 Çelikel, Erdem (n 18) 387; E Nomer (n 18) 320; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 268; Ekşi (n 132) 266ff.

134 E Nomer (n 18) 320; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 268; Ekşi (n 132) 267.

135 Özdemir Kocasakal (n 120) 29.

136 E Nomer (n 18) 321.

137 Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 706; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı* (n 1) 410.

menfaatine en çok hizmet edecek olan hukuk sistemi tercih edilmelidir<sup>138</sup>. Aksi halde yabancı hukuku uygulayacak olan hâkimin kamu düzeninin veya doğrudan uygulanan kurallarının seçilen hukukun kısmen veya tamamen uygulamasını engellemesi tehlikesi ile karşılaşılabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki İsviçre’de uygulanacak hukuku belirleyen Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (LDIP) m. 116 hukuk seçimi konusunda MÖHUK m. 24 hükmüyle oldukça benzer bir çözümlü benimsemiştir. “*Hukuk seçimi*” başlığını taşıyan LDIP m. 116’ya göre<sup>139</sup> “(1) *Sözleşme tarafların seçtikleri hukuka tabidir. (2) Hukuk seçimi açık olabileceği gibi halin şartlarından veya sözleşmedeki düzenlemelerden kesin bir şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi de yapılabilir. Hukuk seçimi, seçilen hukuka tabidir. (3) Hukuk seçimi her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Hukuk seçimi şayet sözleşmenin kurulmasından sonra yapılmışsa, sözleşmenin kurulması anına kadar geçmişe etkili olur. Üçüncü kişilerin hakları saklıdır.*” Roma I Tüzüğü m. 3 ise LDIP m. 116’dan farklı olarak kısmi hukuk seçiminin mümkün olduğuna değinmiş ve ayrıca sözleşmenin unsurlarının (objektif yabancılik unsurlarının) tamamının üye devletlerde bulunması ihtimalinde Topluluk Hukukunun emredici hükümlerini koruyucu bir hükme yer vermiştir. Roma I Tüzüğü m. 3’te kabul edilmiş olan kısmi hukuk seçimi MÖHUK m. 24 f. 2’de de kabul edilmiştir. Ayrıca objektif yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelere objektif açıdan bağlantılı hukukun emredici hükümlerinin uygulanacağını öngören Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3 hükmüne yukarıda değinildiğini hatırlatmakla yetinmekteyiz.

### C. Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Kuralına Göre Belirlenmesi

Tarafların vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk hususunda anlaşamamaları, hukuk seçimi yapmak istememeleri veya bu hususu ihmal etmeleri neticesinde sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir. Objektif bağlama kuralının tayininde akdin kurulduğu yer, ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, işyeri, mutad meskeni veya hâkimin hukuku gibi çeşitli bağlama noktaları uluslararası yazında savunulmuştur<sup>140</sup>. MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca hukuk seçimi yapılmayan hallerde akit statüsü “*söyleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk*” olarak tayin edilecektir. Kanun bu tespitle yetinmemiş ve sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi amacıyla kanunda kesin olmayan bazı karinelere yer vermiştir<sup>141</sup>. Söz

138 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 278.

139 “LDIP Article 116, II. Droit applicable, 1. En général, a. Election de droit: (1) Le contrat est régi par le droit choisi par les parties. (2) L’élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances; en outre, elle est régie par le droit choisi. (3) L’élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés.”

140 Çelikel, Erdem (n 18) 373; E Nomer (n 18) 328-29; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 280; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 362.

141 E Nomer (n 18) 320; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 281.

konusu karinenin uygulanabilmesi için sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulup kurulmamasına göre bir ayırım yapmak gerekmektedir. *Ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulan sözleşmelerde* sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri; işyerinin bulunmaması durumunda yerleşim yeri ve birden çok işyerinin bulunması ihtimalinde ise sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku akit statüsünü teşkil edecektir. *Ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulmuş olmayan sözleşmelerde* ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutat mesken hukuku olarak tespit edilecektir. Son olarak kanun, MÖHUK m. 24 f. 4 son cümlede ise gerçek bir istisna kuralına yer vererek sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimalinde sözleşmenin o hukuka tabi olacağını belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 24 f. 4, LDIP m. 117 ve Roma I Tüzüğü m. 4'te öngörülmüş olan çözümü benimsemiş, milletlerarası gelişmelere paralel olarak güncel içtihatları ve öğretilerde ifade edilen görüşleri dikkate almış ve Avrupa Birliği ile uyumlu bir düzenleme öngörmüştür<sup>142</sup>. LDIP m. 117'ye göre<sup>143</sup> “(1) Hukuk seçimi yapılmayan hallerde sözleşme kendisi ile en sıkı (yakın) ilişkili devlet hukukuna tabi olur. (2) Bu ilişki, karakteristik edimi sağlayacak olan tarafın sözleşmenin kurulduğu andaki mutat meskenin, sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetlerin icrası kapsamında kurulması durumunda ise sözleşmenin kurulduğu andaki işyerinin bulunduğu devlete göre belirlenir. (3) Karakteristik edimden özellikle şunlar anlaşılır: (c) vekâlet, eser ve iş görme edimi içeren diğer sözleşmelerde iş görme borcu.” Roma I Tüzüğü m. 4 f. 1, hukuk seçimi yapılmamış ise sözleşmeye uygulanacak hukuku sözleşme tiplerine göre belirlemiş ve hizmet (iş görme) edimi içeren sözleşmelerde iş görme borçlusunun, dolayısıyla vekâlet sözleşmesinde vekilin mutat mesken hukukunu iş görme sözleşmelerine, konumuz açısından vekâlet sözleşmesine uygulanacak akit statüsü olarak tayin etmiştir. Ayrıca 4. fıkrada ise 1. fıkraya göre sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmemesi durumunda sözleşmeye en sıkı (yakın) ilişkili hukukun uygulanacağını belirtmiştir. Görüldüğü üzere gerek Roma I Tüzüğü gerek LDIP gerekse MÖHUK objektif bağlama kuralının belirlenmesinde aynı çözümü takip etmekte olup, MÖHUK'tan farklı olarak Roma I Tüzüğü ve LDIP karakteristik edimin belirlenmesinde bazı sözleşme tipleri için yol gösterici bir karineye yer vermiştir. Kanımca farklı sözleşme tipleri için öngörülen bu karinelerin MÖHUK sistemi için de geçerli olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

İlk olarak belirlenmesi gereken husus, sözleşmenin ne zaman mesleki veya ticari faaliyetler çerçevesinde kurulmuş olduğunun tespitidir. Bir sözleşmenin mesleki

142 Çelikel, Erdem (n 18) 385.

143 “LDIP Art. 117 II. Droit applicable, 1. En général, b. A défaut d'élection de droit: (1) A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. (2) Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement. (3) Par prestation caractéristique, on entend notamment: c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service.”

veya ticari faaliyetler çerçevesinde kurulup kurulmadığının tespiti bir vasıflandırma (niteleme) sorunudur<sup>144</sup>. Kanımca bu vasıflandırma sorunu yukarıda ifade edilen baskın görüş uyarınca *Lex Fori*'ye göre yani Türk Hukuku'na göre çözümlenmelidir. Ticari veya mesleki faaliyetler, gerçek kişilerce icra edilebileceği gibi tüzel kişilerce de icra edilebilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 3'e göre kanunda düzenlenen hususlarla ticari işletmeyi ilgilendiren bütün faaliyetler ticari iş olarak nitelendirilecektir. O halde ticari faaliyetle doğrudan veya dolaylı ilişkisi olan bütün işlem ve fiiller ticari iş olarak kabul edilecektir<sup>145</sup>. Ayrıca TTK m. 19'da gerçek kişi tacirler için ticari iş karinesine yer verilmiş ve diğer tarafa açıkça bildirilmediği ya da işin niteliğinden anlaşılmadığı sürece tacirin bütün borçlarının ticari olmasının asıl olduğu belirtilmiştir. Tüzel kişi tacirlerin ise adi alanı bulunmamakta yani bütün işlem ve fiilleri ticari iş sayılmaktadır. Mesleki faaliyet kavramından anlaşılması gereken husus ise kişinin üstlendiği edimi sahip olduğu mesleği çerçevesinde yerine getirmeyi üstelenmiş olmasıdır. Bu açıdan tacir kapsamında değerlendirilemeyen küçük esnaf işletmeleri, bir malı tekrar satmak için satın alan kişiler ya da akdettiği sözleşmeler aracılığıyla geçimini temin eden kişiler mesleki faaliyetleri kapsamında sözleşme ilişkisine girmiş sayılmalıdır.

MÖHUK m. 24'te sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulmuş olması ihtimalinde karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku bağlama noktası olarak belirlendiğine göre, daha sonra açıklanacağı üzere vekâlet sözleşmesinde karakteristik edimi teşkil eden iş görme edimini ifa edecek olan vekilin bu borcunu ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde yerine getirmesi gerekecektir. Örneğin bir kamu hizmeti ve serbest meslek sayılan avukatlık mesleği (1136 sayılı *Avukatlık Kanunu m. 1*) çerçevesinde vekil, borcunu mesleki faaliyeti çerçevesinde yerine getirmektedir. Özel kurumlarda çalışan doktorlar ise tıbbi vekil sıfatıyla ifa ettikleri borçlarını mesleki faaliyetleri çerçevesinde yerine getirmektedir. Mimarların vekâlet sözleşmesi kapsamında akdettikleri sözleşmeler ticari olabileceği gibi, ticari işletme kapsamında olmayan işleri mesleki faaliyetleri kapsamında addedilecektir. Bankaların daima anonim şirket çerçevesinde örgütlendikleri göz önünde bulundurulursa bankaların vekâlet sözleşmesi kapsamında yaptıkları bütün işler ticari sayılacaktır<sup>146</sup>.

İkinci olarak belirlenmesi gerek husus "*karakteristik edim*<sup>147</sup>" kavramıdır. Öğretiye göre karakteristik edim, sözleşmeye adını ve kimliğini kazandıran, ağırlığını veren,

<sup>144</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 282.

<sup>145</sup> Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2015) 65ff; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15th, Vedat Kitapçılık 2015) 74ff.

<sup>146</sup> Vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen bankacılık işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tandoğan (n 1) 426-35.

<sup>147</sup> Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Fügen Sargın, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım" (2001) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 37ff; Ziya Akıncı, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Söner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998) 40ff.

diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesini sağlayan, sözleşmeye hukuki niteliğini bahşeden, diğer edime göre bünyesinde daha büyük bir rizikoyu ihtiva eden, sözleşmeye kendi damgasını vuran edimdir.<sup>148</sup> Karakteristik edimin akit statüsünün tayininde kullanılması fikri, 1908 yılında Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Floransa'daki toplantısına dayanmaktadır<sup>149</sup>. Floransa toplantısı sonunda sunulan teklifte hukuk seçimi öngörüldükten sonra, her ne kadar karakteristik edim kavramı kullanılmasa da karakteristik edim borçlusunun hukukuna atf yapılmaktadır<sup>150</sup>. Bizim konumuz açısından da önem arz eden husus odur ki, teklifin yedinci bendinde vekâlet sözleşmesi kapsamında tıp, avukatlık gibi mesleklerden biri çerçevesinde yapılan sözleşmelerde akit statüsünün kişinin mesleğini icra ettiği yer hukuku olması gerektiği teklif edilmiştir<sup>151</sup>. Daha sonra akit statüsünün karakteristik edim borçlusuna göre belirlenmesi düşüncesi, 1930'larda SCHNITZER tarafından geliştirilmiştir<sup>152</sup>. SAVIGNY'nin sözleşme ile en sıkı ilişki olan hukukun sözleşmeye uygulanması fikrini devam ettiren SCHNITZER, sözleşmenin taraflardan esaslı edimi ifa edecek olan tarafın sosyal ve ekonomik faaliyetlerini icra ettiği hukukun sözleşmeye uygulanması fikrini "*Milletlerarası Özel Hukukta Milletlerarası Sözleşmeler*" adlı eserinde savunmuştur<sup>153</sup>. Bu açıdan sözleşmenin dayanacağı bağlama noktası, SCHNITZER'e göre ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında kurulan sözleşmelerde hukuki ilişkinin somutlaştığı yer, yani karakteristik edim borçlusunun ticari işyeri ya da mesleğini icra ettiği yer olmalıdır<sup>154</sup>. VISCHER ise SCHNITZER tarafından geliştirilen bu ilkeye ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde akdedilmemiş olan sözleşmelere karakteristik edim borçlusunun mutat mesken hukukunun uygulanması gerektiği fikrini eklemiştir<sup>155</sup>. Söz konusu bu gelişmeler, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da benimsenmiş ve 1952 tarihli "*Chevalley c. Geniportex*" kararında<sup>156</sup> Federal Mahkeme karakteristik edim borçlusunun ifa yeri hukukunun sözleşmeye uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Daha sonra ise Federal Mahkeme ilk olarak karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukukunu<sup>157</sup>, daha sonra ise karakteristik edim borçlusunun mutat meskeninin bulunduğu yer hukukunu bağlama noktası olarak kabul edilmiştir.

148 Sargın (n 147) 44 vd.; Çelikel, Erdem (n 18) 374; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 283; E Nomer (n 18) 331.

149 Gabrielle Kaufmann-Kohler, "La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse" (1989) 45 *Annuaire suisse de droit international* 195, 196; Marie Elodie Ancel, *La prestation caractéristique du contrat* (Recherches Juridiques 2002) 154; Demirkol (n 18) 244.

150 Kaufmann-Kohler (n 149) 196; Ancel (n 149) 154.

151 Kaufmann-Kohler (n 149) 196; Demirkol (n 18) 244-45.

152 Kaufmann-Kohler (n 149) 196; Sargın (n 147) 44; Çelikel, Erdem (n 18) 374.

153 Kaufmann-Kohler (n 149) 198; Ancel (n 149) 155; Sargın (n 147) 45; Çelikel, Erdem (n 18) 374; Demirkol (n 18) 246.

154 Kaufmann-Kohler (n 149) 198; Demirkol (n 18) 246; Sargın (n 147) 49.

155 Demirkol (n 18) 248; ayrıntılı bilgi için bkz.: Frank Vischer, *Droit international privé* (Editions Universitaires 1974).

156 Chevalley c. Geniportex Kararı, ATF 78 II 74, 12 Şubat 1952, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018).

157 Hollas Kararı, ATF 67 II 129, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018); Ruetz Kararı 61 II 182, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018); Banque Nationale Belge Kararı, ATF 65 II 66, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018); Ancel (n 149) 23.

Karakteristik edimin tespitinde önerilen diğer bir unsur, para ödenmesine ilişkin edimin karakteristik edim olmayacağıdır<sup>158</sup>. Para ödenmesine ilişkin edimin renksiz edim olarak gerek birçok sözleşme ilişkisi içinde yer alabilmesi, gerekse uygulanacak muhtemel kanun hükümlerinin diğer edimi esas alan düzenlemelere ağırlık vermesi bu sonuca sebep olmaktadır<sup>159</sup>.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmesinde sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye damgasını vuran, ağırlığını koyarak hukuki niteliğini belirleyen edim; vekilin vekâlet veren menfaatine ve iradesine uygun olarak iş görme edimidir<sup>160</sup>. Zira açıklandığı üzere vekâlet sözleşmesinin esaslı unsuru, vekâlet veren menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılan iş görme edimi olup söz konusu iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın şekle bağlı olmayan bir sözleşme kapsamında vekil tarafından gerçekleştirilmesidir<sup>161</sup>. Ücret ise gerek TBK m. 502 f. 3 uyarınca vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığından<sup>162</sup>, gerekse renksiz edim olması sebebiyle karakteristik edim teşkil edemeyeceğinden akit statüsünün tespitinde kullanılmayacaktır. O halde tarafların hukuk seçimi yapmamış olması ihtimalinde vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk, karakteristik edim olan vekâlet veren menfaatine ve iradesine uygun olarak iş görme edimini borçlanan vekile göre tayin edilecektir. Vekilin ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde kurulan sözleşmelerde sözleşmeye MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca vekilin iş yeri hukuku, birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı bağlantılı olan işyerinin hukuku, vekilin işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Sözleşme ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında kurulmamışsa sözleşmeye uygulanacak olan hukuk, vekilin mutlak mesken hukuku olacaktır.

Bu kapsamda hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk; bir avukatlık sözleşmesinde avukatın işyerinin ya da yaygın kullanılan ifadesiyle bürosunun, özel bir kurumda çalışan doktorla veya veterinerle yapılacak olan vekâlet sözleşmesinde doktorun veya veterinerin bağlı olarak çalıştığı kurumun bulunduğu yer hukuku, doktorun veya veterinerin muayenehanesinde ifa edilen vekâlet sözleşmesinde muayenehanenin bulunduğu yer hukuku<sup>163</sup>, mimarlar veya mühendislerle yapılan vekâlet sözleşmelerinde mimarın ya da mühendisin ofisinin ya da çalıştığı kurumun bulunduğu yer hukuku, diğer serbest meslek faaliyetlerinde vekilin işyerinin bulunduğu yer hukuku, yönetim kurulu üyesinin bir şirketle yaptığı vekâlet sözleşmesinde<sup>164</sup> şirketin esas idare merkezi aynı zamanda vekilin işyerini

158 Sargın (n 147) 47; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 283; E Nomer (n 18) 331, 334.

159 Sargın (n 147) 48, 49.

160 Sargın (n 147) 40; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 283; E Nomer (n 18) 332-33; Tekinalp, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 68; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 393

161 Tandoğan (n 1) 356ff; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 711ff; Zevkliler, Gökyayla (n 1) 605ff.

162 Tandoğan (n 1) 364.

163 E Nomer (n 18) 332.

164 E Nomer (n 18) 333.



teşkil edeceğinden şirketin esas idare merkezinin bulunduğu yer hukuku şeklinde tayin edilecektir. Bankaların vekâlet sözleşmesi kapsamında çeşitli hizmetler ifa ettikleri sözleşmelerde bir ayırım yapmak gerekmektedir. Bankanın genel merkezinin ve şubesinin aynı ülkede bulunduğu durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk, genel merkezin veya şubenin bulunduğu yer hukuku olacak iken, genel merkezi başka bir ülkede olan bankalarda ise sözleşmeye uygulanacak hukuk müvekkilin işlemlerini gerçekleştirdiği banka şubesinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Zira müvekkilin işlemlerini gerçekleştirdiği ve hizmet aldığı şube, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili işyeri olarak değerlendirilecektir. Kanımca vekâlet sözleşmesinin bir türü olan danışmanlık sözleşmesine uygulanacak hukuk ise kendisine danışılan uzmanın işyerinin bulunduğu yer hukuku olmalıdır<sup>165</sup>.

LDIP m. 117 f. 3 b. c’de ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku belirleyen karakteristik edim borcu “*vekâlet, eser ve iş görme edimi içeren diğer sözleşmelerde iş görme borcu*” şeklinde tarif edilmiştir. Roma I Tüzüğü m. 4 f. 1 b. d’de ise tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumlarda iş görme edimi içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, “*iş görme borçlusunun mutat mesken hukuku*” şeklinde belirlenerek iş görme edimi içeren sözleşmelerde karakteristik edim doğrudan belirlenmiştir<sup>166</sup>. MÖHUK m. 24’te bu şekilde doğrudan bir belirleme yer almamasına rağmen karakteristik edimin belirlenmesi hususunda esasen iş görme edimi içeren sözleşmelerde başkaca bir sonuca varmak zaten mümkün görünmemektedir. Bu açıdan MÖHUK’un hazırlanması safhasında getirdikleri çözümlerden yararlanan LDIP ve Roma I Tüzüğü’nün mevcut kanunumuzla tam bir uyum içinde olduğunu söylemek mümkündür.

#### **D. Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun İstisna Kuralına Göre Belirlenmesi**

Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24’te “*karakteristik ediminin ifa yerinin tespit edilemediği hallerde sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır*” hükmü yer almaktaydı. Öğretide bu hüküm, “*sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk*” bağlama kuralına ancak karakteristik edimin ifa yerinin belirlenememesi durumunda başvurulacağıının öngörülmesi sebebiyle gerçek bir istisna kuralı olarak yorumlanmamakta ve bir “*yardımcı kural*” olarak adlandırılmaktaydı<sup>167</sup>. Bu dönemde öğretide söz konusu bu yardımcı kuralın geniş yorumlanarak gerçek bir istisna kuralı gibi uygulanmasını

<sup>165</sup> Aksi görüş ve danışmanlık sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Sema Çörtoğlu Koca, “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk” (2007) XI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 238.

<sup>166</sup> Roma Sözleşmesi kapsamında karakteristik edim hakkında detaylı bir çalışma için bkz.: Hans Ulrich Jessurun D’oliveira, “Characteristic Obligation In The Draft EEC Obligation Convention” (1977) 25 The American Journal of Comparative Law 303, 303ff.

<sup>167</sup> Tekinalp, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 69.

savunan görüşler mevcuttu<sup>168</sup>. Zira milletlerarası hukuk hakkaniyeti, bağlama kurallarının tayin edeceği *Lex Causae*'nin söz konusu hukuki ilişkiyle en sıkı irtibatlı hukuk olması gerektiği varsayımına dayanmaktadır.

5718 sayılı MÖHUK m. 24 ise gerçek bir istisna kuralına yer vererek sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimalinde bu hukukun sözleşmeye uygulanması gerektiğini öngörmüştür<sup>169</sup>. Kanun, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusunun faaliyet gösterdiği yer hukukunu esas alarak bir karine getirmiş olmakta, ancak bu karinenin aksinin de mümkün olabileceğini göz ardı etmeyerek daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimalinde bu hukukun akdi ilişkiye uygulanarak milletlerarası hukuk adaletinin tesis edilmesini sağlamaktadır<sup>170</sup>. Zira MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca objektif bağlama kuralı esasen karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni olmayıp akitle en sıkı ilişkili hukuktur.

Hâkim karakteristik edim borçlusunun işyeri ya da mutat meskenini tespit ettikten sonra halin şartlarından sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulup bulunmadığını denetleyecek ve bu denetimi gerçekleştirirken menfaatler dengesini gözeterek ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların vatandaşlığı, faaliyet gösterdikleri ekonomik çevre, yetki anlaşması, sözleşmenin dili yahut akit statüsünün tespitinde yararlanılmamış olan mutat mesken veya yerleşim yeri gibi unsurları nazara alacaktır<sup>171</sup>.

Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca söz konusu kural taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulama alanına sahiptir. Ayrıca belirli bir tarafın belirsiz bir şahıs grubuyla ya da farklı ülkelerde faaliyetlerini sürdüren birden fazla kişi veya şirketle sözleşme ilişkisine girdiği durumlarda karakteristik edim birden fazla olabileceği için istisna kuralını uygulamak yerinde olacaktır<sup>172</sup>. Zira bu gibi durumlarda vekilin iş yeri ya da mutat meskeninin bulunduğu yer hukuku, vekâlet sözleşmesinin etkisini doğurduğu ve tarafların borçlarını ifa ettiği yer hukukundan ayrıldığı için esasen objektif bağlama kuralının sözleşme ile olan bağlantısı zayıflamakta, bu durumda sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir bağlama noktası kendisini göstermektedir. Örneğin birden fazla uluslararası şirketin vekâlet sözleşmesi kapsamında başka bir şirkete karşı çeşitli danışmanlık hizmetleri üstlenmiş olması ihtimalinde karakteristik edim teorisini uygulamak mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde vekilin iş yeri veya mutat meskeni dışında farklı bir ülkede faaliyet gösterdiği ve iş görme edimini gerçekleştirdiği durumlarda objektif bağlama kuralının tespit ettiği hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğunu savunmak da mümkün olmayabilecektir.

168 Çelikel, Erdem (n 18) 382; Tekinalp, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 69.

169 Çelikel, Erdem (n 18) 388; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 285; E Nomer (n 18) 330.

170 Çelikel, Erdem (n 18) 388; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 285; E Nomer (n 18) 330; Doğan (n 18) 372; Demirkol (n 18) 290.

171 Çelikel, Erdem (n 18) 388; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 284; E Nomer (n 18) 330.

172 E Nomer (n 18) 334.

Örneğin yurt dışında yerleşik bir şirketin Türkiye’de yerleşik başka bir şirket lehine Türkiye’de yatırım amacıyla danışmanlıkta bulunması ihtimalinde de iş görme edimini üstlenen şirketin işyeri hukukuna nazaran Türk Hukuku’nun sözleşme ile daha sıkı ilişkili olduğu savunulabilecektir. Yurtdışında faaliyet gösteren bir hakemle akdedilen hakem sözleşmelerinde tahkim yeri, vekâlet verenin bulunduğu ülkede yer alıyorsa bu durumda vekâlet verenin işyeri hukuku sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilebilir. Aynı şekilde yurtdışında faaliyet gösteren bir hekimin başka bir ülkede ameliyatlara girmesi durumunda, vekâlet sözleşmesi kapsamında iş görme fiilinin gerçekleştirildiği yer hukuku sözleşme ile daha sıkı ilişki içerisinde olabilir. Başka bir ülkede gerçekleştirilen inşaat faaliyetleri kapsamında akdedilen mimarlık sözleşmelerinde, mimarın gözetim borcu uzun süre boyunca inşaatın fiilen gerçekleştirildiği yerde ifa edileceğinden, bu gibi durumlarda mimarın iş yeri başka bir ülkede yer alsa dahi inşaatın gerçekleştirildiği yer hukuku vekâlet sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilebilir. Bu gibi ihtimallerin tümünde somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak bir karara varılması daha isabetli olacaktır.

İsviçre Hukuku’nda LDIP m. 15’in “*istisna kuralı*” başlığını taşıyan düzenlemesinde<sup>173</sup> “*Halin bütün şartlarından, uygulanacak olan hukukun daha uzak bir ilişki içinde olduğu açık bir şekilde anlaşılır ve çok daha sıkı bir (yakın) ilişki içinde bulunan başka bir hukuk tespit edilirse, bu kanun tarafından tespit edilen hukuk istisnaen uygulanmaz. Bu düzenleme tarafların uygulanacak hukuku seçmesi halinde uygulanmaz.*” hükmüne yer vermektedir. Görüldüğü üzere LDIP, bütün kanunlar ihtilafı kuralları açısından bir istisna kuralına yer vererek, hükmün uygulama alanını, bütün bağlama kurallarını içine alacak şekilde genişletmiştir. Roma I Tüzüğü m. 4 f. 3 ise sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu ülke hukukunun uygulanacağını öngörmesi açısından MÖHUK m. 24’te ifade bulan istisna kuralı ile özdeş bir düzenleme olma özelliği taşımaktadır.

### III. MÖHUK m. 30 Hükmü Açısından Temsil Yetkisine Uygulanacak Hukuk

Temsil yetkisine uygulanacak hukukun belirlenmesi, hem temsil olunanın hem temsilcinin hem de temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması açısından önem taşımaktadır<sup>174</sup>. Milletlerarası özel hukukta temsil yetkisine uygulanacak hukuk konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bu görüşlerden üçüncü kişinin menfaatinin korunması açısından uygulanacak hukukun “*önceden bilinen*”

173 “LDIP, Art. 15 III. Clause d’exception, III. Clause d’exception (1) Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. (2) Cette disposition n’est pas applicable en cas d’élection de droit.”

174 Gülören Tekinalp, *Türk Devletler Hususi Hukuku’nda Temsil Yetkisi* (Fakülteler Matbaası 1977) 57ff; Huysal (n 18) 192; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda İradî Temsil” (2012) 11 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi 67, 67ff; Çelikel, Erdem (n 18) 437; E Nomer (n 18) 315; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130.

objektif esaslara bağlanması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır<sup>175</sup>. Temsil olunanın veya temsilcinin iradesi veya üçüncü kişinin isteğinden çok, işlemin yapıldığı yerin “işlem güvenliği” ilkesinin hesaba katılması gereği ise hukuk seçiminin reddedilmesi gerektiği yönündeki görüşü desteklemiştir<sup>176</sup>. Ayrıca yukarıda da açıklandığı üzere temsil yetkisinin birçok hukuk sisteminde iç ilişkide dayandığı hukuki temelden bağımsız olması da temsil yetkisine uygulanacak hukukun iç ilişkiden farklı bir hukuk olması gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu açıdan farklı hukuk sistemlerinin milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve öğretilerde temsil yetkisine temsil olunanın hukuku, temel ilişkiye uygulanan hukuk, temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işleme uygulanacak hukuk, yetkinin verildiği yer hukuku, temsilcinin yerleşim yeri, temsil yetkisinin etki alanı gibi bağlama noktaları önerilmiştir<sup>177</sup>.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da temsil yetkisine uygulanacak hukuk düzenlenmemiştir. Konuyu ilk kez düzenleyen MÖHUK m. 30 f. 1’e göre temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişkiden doğan temsil yetkisi aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuka tabidir. Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara uygulanacak hukuk ise MÖHUK m. 30 f. 2 uyarınca temsilcinin işyeri hukukudur. Temsilcinin işyeri bulunmadığı, üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda ise temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbi kılınmıştır. Yetkisiz temsilde temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanacaktır.

MÖHUK m. 30, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanunu’ndan iktibas edilerek düzenlenmiş bir maddedir. Mevzu kanunun temsil başlığını taşıyan 126. maddesine göre<sup>178179</sup> “(1) *Temsilin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka tabidir. (2) Temsilcinin fiillerinin temsil olunan ve üçüncü kişiyi bağlaması için gereken şartlar temsilcinin iş yeri hukukuna göre belirlenir.*

175 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff; Çelikel, Erdem (n 18) 438.

176 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff; Çelikel, Erdem (n 18) 437; Huysal (n 18) 163 vd.

177 Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 131ff; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff; Huysal (n 18) 163 vd.

178 İradî temsile uygulanacak hukukun düzenlendiği madde sistematik açıdan eleştirilmektedir. Zira iradî temsilin akdi borç ilişkilerinin bir türü olmadığı ifade edilmektedir. Kanımca birçok hukuk sisteminde iki kurum arasında ayırım yapılmaması ve akdi bir ilişkiye dayanmayan temsil yetkisi kavramına uygulamada pek rastlanmaması hususu düşünüldüğünde maddenin bulunduğu yerin uygun olduğu görülecektir. Akdi bir ilişkiye dayanmayan temsil yetkisinin mevcut olmayacağı da öğretilerde savunulmaktadır. Hükmün MÖHUK’taki yerinin sistematik açıdan eleştirisi için bkzn.: Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 285.

179 “LDIP art. 126, d. Représentation: (1) Lorsque la représentation repose sur un contrat, les rapports entre représentant et représenté sont régis par le droit applicable à leur contrat. (2) Les conditions auxquelles les actes du représentant lient le représenté et le tiers contractant sont régies par le droit de l’Etat de l’établissement du représentant ou, si un tel établissement fait défaut ou encore n’est pas reconnaissable pour le tiers contractant, par le droit de l’Etat dans lequel le représentant déploie son activité prépondérante dans le cas d’espèce. (3) Lorsque le représentant est lié au représenté par un contrat de travail et n’a pas d’établissement commercial propre, son établissement est réputé se trouver au siège du représenté. (4) Le droit désigné à l’al. 2 régit également les rapports entre le représentant sans pouvoir et le tiers.”

*Temsilcinin işyeri bulunmaz ya da üçüncü kişi tarafından bilinemez ise uygulanacak hukuk temsilcinin ağırlıklı faaliyetlerini gerçekleştirdiği yer hukukudur. (4) 2. fıkrada belirlenen hukuk yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de uygulanır.”*

MÖHUK m. 30 f. 1 temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiyi, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılmıştır. Bu fıkranın temsilcinin kendi nam ve hesabına hareket ettiği doğrudan temsil hallerinde uygulama alanı bulacağı ifade edilmişse de<sup>180</sup> kanımca söz konusu fıkra dolaylı temsil yetkisine uygulanacak hukuk açısından da uygulama alanı bulabilir. Zira dolaylı temsilde bir dış ilişkinin bulunmadığı ve dolaylı temsil yetkisi veren yetkilendirme işleminin temel ilişkiden ayrılmasının mümkün olmadığı açıklanmıştır. Her ne kadar bu düzenleme bulunmasaydı dahi dolaylı temsile uygulanacak hukuk temsilci ile temsil olunan arasındaki temel ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacak idiye de bu fıkranın dolaylı temsil açısından da “açıklayıcı (*déclaratif, declaratory*)” bir etkiye sahip olduğu savunulabilir.

Bu madde uyarınca temsil yetkisinin vekâlet sözleşmesi ile birlikte verildiği varsayımında temsilci ve temsil olunan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk (*temsil ilişkisine uygulanacak hukuk*), vekil ve vekâlet veren arasındaki vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuka tabi olacak ve bu hukuk da yukarıda açıkladığımız şekilde tespit edilecektir. Tespit edilen bu hukukun kapsamına temsil yetkisinin doğumu, kapsamı, süresi, sona ermesi, kötüye kullanılması veya yetki aşımı sebebiyle sorumluluk gibi meseleler girecektir<sup>181</sup>. MÖHUK m. 30 f. 1 uyarınca temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkinin aralarındaki sözleşme statüsüne tabi tutulması karşısında ayrı bir hukuk seçimine izin verilmediği savunulmaktadır<sup>182</sup>. Kanımca kısmi hukuk seçimine açıkça izin veren MÖHUK m. 24 f. 2 uyarınca tarafların temel ilişki olarak kendisini gösteren vekâlet sözleşmesi dâhilinde temsil yetkisine uygulanacak hukuku seçebilmeleri ve bu hukuku sözleşmeye uygulanacak sübjektif bağlama kuralından ayırabilmeleri mümkün olmalıdır.

Dış ilişkiye yani temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara uygulanacak hukuk, temsilcinin işyeri hukukudur. Söz konusu MÖHUK m. 30 f. 2 ile getirilen düzenleme “*doğrudan temsil*” yetkisini düzenlemekte, ayrıca yetkisiz temsil durumunda temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişki de bu hükmün kapsamına girmektedir. Dış ilişkide temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsız olduğu gözetilerek getirilmiş bu düzenlemeyle temsil yetkisi objektif ve bağımsız bir hukuka tabi kılınmıştır<sup>183</sup>. Temsilcinin işyerinin

180 Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 256.

181 Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 256; E Nomer (n 18) 316.

182 Temsil ilişkine uygulanacak hukukun seçilmesinin kanunun açık lafzına ve soyutluk ilkesine aykırı olduğu görüşünde: Huysal (n 18) 128-29.

183 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27; Çelikel, Erdem (n 18) 438.

bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinmediği ya da yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda ise “*yetkinin fiilen kullanıldığı yer hukuku*” temsil yetkisine uygulanacaktır.

Avusturya, Polonya, İspanya Hukuku sistemlerinde ve İsviçre LDIP tasarısında temsil yetkisine uygulanacak hukukun temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile seçilebileceği düzenlenmiştir<sup>184</sup>. Türk Hukuku’nda konuyu ilk kez tartışmaya açan ve hukuk seçimine karşı çıkan TEKİNALP<sup>185</sup>, bu görüşünü daha sonra tekrarlamamıştır<sup>186</sup>. Hukuk seçiminin temsil olunan ve üçüncü kişi arasında karşılıklı irade beyanlarıyla yapılması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır<sup>187</sup>. Kanımca “*işlem güvenliği*” ilkesi gereği ve kanunda hukuk seçimi imkânı tanınmaması karşısında *de lege lata* hukuk seçiminin mümkün olmadığının kabulü gerekmektedir.

Birlikte temsil veya birlikte vekâlet ve alt temsil ya da alt vekâlet konusunun, temsilci ve temsil olunan arasındaki temsil ilişkisini (*temel ilişki*) mi yoksa dış ilişkiyi mi ilgilendirdiği hususu öğretilerde tartışmalıdır<sup>188</sup>. Öğretilerde savunulan görüşlerden ilki temsil yetkisine dair konuların bir bütün olarak değerlendirilerek dış ilişkiye tabi kılınması yönünde gelişirken, ikinci görüş ise konuyu temsil ilişkisi çerçevesinde değerlendirerek MÖHUK m. 30 f. 1 kapsamında incelemektedir. Kanımca konunun önemi birlikte temsil veya alt temsil sonucu yapılan işlemin temsil olunanı yahut vekâlet vereni bağlayıp bağlamaması noktasında toplanmaktadır. Bu sebeple birlikte temsil ve alt temsil konusunun dış ilişkiye dâhil edilmesi ve temsil yetkisinin bir bütün olarak değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Aksi çözüm benimsenirse, temsil yetkisine ilişkin konuların parçalanarak farklı hukuk sistemlerine tabi kılınması durumunda hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların muhtemel çatışma noktalarına dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır.

İkame temsil veya ikame vekâletin temsilci ile temsil olunan arasındaki temsil ilişkisine mi, yoksa temsil yetkisine mi dâhil olduğu konusunda da öğretilerde fikir birliği bulunmamaktadır<sup>189</sup>. Konuya ilişkin ilk görüş ikame temsil konusunu dış ilişkiye tabi tutmaktadır<sup>190</sup>. İkinci görüş ise temsil yetkisinin devrinin mümkün olup olmadığını temsil ilişkisine yani MÖHUK m. 30 f. 1 hükmüne tabi kılarken, devrin sonuçları ve geçersizliği sebebiyle temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki sonuçları dış ilişkiye yani MÖHUK m. 30 f. 2 hükmüne tabi kılmaktadır<sup>191</sup>. Kanımca ikame

184 Söz konusu hukuk sistemlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkzn.: Huysal (n 18) 185.

185 Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff.

186 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130 vd.

187 Görüşün ayrıntılı bir tahlili için bkzn.: Huysal (n 18) 186ff.

188 Söz konusu tartışma için bkzn.: Huysal (n 18) 238.

189 Huysal (n 18) 243.

190 Andreas Girsberger, Max Keller, *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2. Auflage, 2004) Art. 126, para 15.

191 Rolf Watter, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht* (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt, Anton K. Schnyder Eds, 1996) Art. 126, para 15.

temsil veya ikame vekâlet konusunun parçalanarak farklı bağlama kurallarına tabi tutulması, uygulanacak hukuk sistemlerinin birbirine zıt düzenlemeler içermesi karşısında durumu içinden çıkılmaz bir hale getirecektir. Bu sebeple temsil yetkisine dair hususların parçalanmadan tek bir hukuk sistemine tabi tutulması, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesine daha iyi hizmet edecektir.

Son olarak özel temsil yetkisi gerektiren haller Türk Hukuku'nda TBK m. 504 f. 3'te düzenlenmiş ve bu haller "*dava açma, sulh olma, hakeme başvurma, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep etme, kambiyo taahhüdünde bulunma, bağışlama yapma, kefil olma, taşınmazı devretme ve bir hak ile sınırlandırma*" şeklinde ifade edilmiştir. Kanundan doğan diğer özel yetki sınırlamalarına ise pazarlamacının yetkisini düzenleyen TBK 452, acentenin yetkisini düzenleyen TTK 105 vd. (özellikle TTK 106), adi ortaklıkta ortakların üçüncü kişilerle ilişkisini düzenleyen TBK 637 hükümleri örnek olarak gösterilebilir<sup>192</sup>. Türk öğretisinde bu maddenin vekâlet sözleşmesine dayanmayan hallerde de uygulanması gerektiği ve bu hallerde de özel temsil yetkisine ihtiyaç duyulduğu ittifakla kabul edilmektedir<sup>193</sup>. Esasen bu tarz düzenlemeler farklı hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Böyle durumlarda özel temsil yetkisi gerektiren hallere uygulanacak hukuk konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır<sup>194</sup>.

Öğretide baskın görüş özel temsil yetkisi gerektiren hallerin dış ilişkiye tabi kılınması yönünde gelişmiştir<sup>195</sup>. Diğer bir görüş ise özel temsil yetkisi gerektiren halleri temsil yetkisi dışında vasıflandırarak, bu konuyu temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki işleme uygulanacak hukuka tabi tutmaktadır<sup>196</sup>. Son olarak özel temsil yetkisi gerektiren halleri temsil ilişkisine yani temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye tabi tutan görüşlere de rastlanmaktadır. Kanımca benzer konularda benimsediğimiz görüşü sürdürmek isabetli olacaktır. Zira "*temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlar*" denildiği zaman ilk akla gelen konu özel temsil yetkisi gerektiren hallerdir. Çünkü temsilcinin bir fiilinin temsil olunanı bağlaması için ilk olarak o konuda yetkili olması gerekmektedir. Bu şart bulunmazsa temsilcinin fiili, temsil olunanı bağlamayacaktır. Bu sebeple özel temsil yetkisi gerektiren haller, dış ilişkinin kapsamında değerlendirilmeli ve konuya temsilcinin iş yeri hukuku tatbik edilmelidir. Belirtmek gerekir ki bir tüzel kişinin organının bazı işlemleri yapmaya yetkili olup olmaması durumu, iradi temsil yetkisi çerçevesinde değil, kanuni temsil yetkisi çerçevesinde değerlendirilmeli ve söz konusu kanuni temsil yetkisini meydana getiren hukuki ilişkinin statüsüne tabi kılınmalıdır.

192 Tercier, Pichonnaz Develioğlu (n 79) 133.

193 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman, Öz (n 37) 233; Tercier, Pichonnaz Develioğlu (n 79) 133.

194 Huysal (n 18) 245.

195 Tekinalp, *Temsil Yetkisi* 61.

196 Uyanık Çavuşoğlu (n 174) 95.

## Sonuç

Vekâlet sözleşmesi ve temsil ilişkisi arasındaki yakınlık ve Roma Hukuku'na dayanan uzak akrabalık sebebiyle vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde “*vasıflandırma ihtilaflarının çözümü*” konu açısından bir mihenk taşı olarak nitelendirilebilir. İster *Lex Fori*'ye ister *Lex Causae*'ya göre bir vasıflandırılma yapılsın, belirlenecek ilk husus vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi sınırları dâhilinde gri alanların vekâlet sözleşmesi kapsamında mı, yoksa temsil yetkisi kapsamında mı mütalaa edileceği hususudur. Kanımca konunun belirlenmesinde olabildiğince temsil yetkisine dokunan alanların bir bütün olarak değerlendirilmesi ve aynı hukuka tabi kılınması gerekmektedir. Bu alanların başında alt vekâlet, ikame vekâlet, birlikte vekâlet ve özel temsil yetkisi gerektiren haller gelmektedir. Söz konusu kurumlar, temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesini sağlayan hukuki imkânlar olduğu için temsil yetkisi kavramı kapsamında değerlendirilerek, temsil yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 30 f. 2 hükmü uyarınca temsilcinin işyeri hukukuna tabi tutulmalıdır. Böylece gri alanların parçalanarak farklı hukuk sistemlerine tabi tutulması neticesinde ortaya çıkacak muhtemel hukuki çatışmaların da önüne geçilebilecektir. Diğer taraftan maddi hukuka göre birlikte vekâleti gerektiren bir durumda vekillerin temsilci sıfatıyla işlemi birlikte yapmaması, ikame vekâletin mevcut olduğu durumda vekilin temsilci olarak temsil yetkisini bir başka kişiye devretme yetkisinin olmaması veya özel temsil yetkisini gerektiren hallerde söz konusu yetkinin verilmemiş olması durumunda bir yetkisiz temsilden bahsedilmektedir. Zira temsilcinin fiilinin temsil olunanı taahhüt altına sokabilmesi için gereken şartlarda bir eksiklik mevcuttur. Bu durum ise MÖHUK m. 30 f. 2 hükmünün kapsamına girmektedir. Dolaylı temsile uygulanacak hukuk ise daima maddi hukukla paralel olarak temel ilişkiyle irtibatlı ve onun ayrılmaz parçası olarak değerlendirilmeli ve MÖHUK m. 30 f. 1 uyarınca temel ilişkiye uygulanacak hukuka tabi kılınmalıdır.

Gri alanlar dışında vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk akit statüsünün tayini ile paralellik arz etmektedir. Tarafların iradesinin bir hukuku işaret etmediği durumlarda karakteristik edim olan vekilin iş görme borcuna göre uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuku gösteren objektif bağlama noktası belirlenecek, bu bağlama noktası vekâlet sözleşmesinin ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında akdedilmiş olması durumunda vekilin iş yeri hukuku, aksi halde vekilin mutata mesken hukuku olacaktır. Günümüz ekonomik ilişkilerinin girift bir yapıya büründüğü göz önüne alınırsa daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimali güçlenecek ve istisna kuralının istisnai uygulama alanı ise mevcut halinden daha fazla önem arz edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmesinde “*vekil*” sıfatına sahip olan doktor, mühendis, mimar, avukat, danışman, noter, diş hekimi, veteriner ve banka çoğu zaman iş görme edimini kendi işyerinin bulunduğu yerde ifa edeceği için, hukuk



seçiminin bulunmaması durumunda objektif bağlama kuralının tespit ettiği hukuk çoğu zaman vekâlet sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuku gösterecektir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

### Kaynakça/References

- Akıncı Ş, “818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku” (7th, Sayram Yayınları 2017).
- Akıncı Z, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Söner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998).
- Akkanat H, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni” (Seçkin Yayıncılık 2006) Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan 25.
- Alpaslan ME, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevlisi Modeli* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Ansel ME, *La prestation caractéristique du contrat* (Recherches Juridiques 2002).
- Aral F, Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11th, Yetkin Yayınları 2015).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20th, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2015).
- Arslan İ, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimnî Hukuk Seçimi” (2013) 2 MHB 1.
- Aybay R, Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, Kanunlar İhtilafı* (2nd, Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Aydoğdu M, Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3rd, Adalet Yayınevi 2017).
- Balkar (Bozkurt) S, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002).
- Balkar Bozkurt S, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış” (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan 141.
- Bayata Canyaş A, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi” (2011) 1 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 110.
- Becker H, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551* (Suat Dura tr, Yargıtay Yayınları 1993).
- Çelikel A, Erdem, BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Yenilenmiş 15th, Beta Yayınevi, 2017).
- Çörtoğlu Koca S, “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk” (2007) XI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233.
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1st, Vedat Kitapçılık 2011).
- Kuğuoğlu D, Demirkol EM, “ICSID Tahkiminde Onay” (2018) 34 TAAD 515.

- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 3rd, Savaş Yayınevi 2015).
- D'oliveira J, Ulrich H, "Characteristic Obligation In The Draft EEC Obligation Convention" (1977) 25 The American Journal of Comparative Law 303.
- Ekşi N, "Kanunlar İhtilâfi Alanında Incorporation" (1999-2000) Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan 19-20 MHB 263.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd, Yetkin Yayınları 2017).
- -- *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4th, Yetkin Yayınları 2017).
- Esen E, "Critique of a Turkish Court of Appeals Decision on the Validity of Choise-of-Law and Choise-of-Forum Clauses in a Insurance Agreement" (2010) 42 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 365.
- Franco S, "Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles-De quelques changements"(2009) I Journal du Droit International Privé 41.
- Girsberger A, Keller M, *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2nd, 2004).
- Gümüş MA, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler; Cilt II, Eser Vekâlet, Sımsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti* (3rd, Vedat Kitapçılık 2014).
- -- *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2nd, Filiz Kitabevi 2017).
- -- *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta Yayınevi 2001).
- Helvacı İ, *Le droit turc du contrat* (1st, Schulthess Editions Romandes 2018).
- Huysal B, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk, Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilâfi Kurallarıyla Birlikte* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Kaufmann-Kohler G, "La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse" (1989) 45 Annuaire suisse de droit international 195.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17th, Turhan Kitabevi 2013).
- Kürşat Z, "Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü" (2009) 1-2 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143 .
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd, Beta Yayınevi 2017) .
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15th, Beta Yayınevi, 2017).
- Oğuzman MK, Barlas N, *Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (19th, Vedat Kitapçılık 2017).
- Oğuzman MK, Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (11th, Vedat Kitapçılık 2015).
- Oktay-Özdemir S, "Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları" (Beta Yayınevi 2007) Prof. Dr. Yavuz Alagonya İçin Armağan 283.
- Oser H, Schöenberger W, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri* (Kemal Fikret Arık tr, Adalet Bakanlığı Yayınları 1966).
- Özdemir Kocasakal H, "Sözleşmeler Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" (2010) 1-1MHB 27.
- Poroy R, Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15th, Vedat Kitapçılık 2015).

- Rado T, *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku* (Filiz Kitapevi 2014).
- Sargın F, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım” (2001) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37.
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th, Vedat Kitapçılık 2018).
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986).
- -- *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (3rd, Beta Yayınevi 2016).
- Tahiroğlu B, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2016).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri* (4th, Evrim Basım Yayım Dağıtım 1989).
- Tekinalp G, Uyanık-Çavuşoğlu A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (Güncelleştirilmiş 11th, Vedat Kitapçılık 2011).
- Tekinalp G, “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu” (1988) 1 MHB 69.
- -- *Türk Devletler Hususi Hukuku’nda Temsil Yetkisi* (Fakülteler Matbaası 1977).
- Tercier P, Bieri L, Carron B, *Les contrats spéciaux* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016).
- Tercier P, Pichonnaz P, *Le droit des obligation* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2012).
- Tercier P, Pichonnaz P, Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2* (Cevat Edege tr, Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası 1983).
- Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitapevi 1989).
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (3rd, Beta Yayıncılık 2010).
- Uyanık Çavuşoğlu A, “Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda İradi Temsil” (2012) 11 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi 67.
- Vischer F, *Droit international privé* (Editions Universitaires 1974).
- Watter R, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht* ( Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt, Anton K. Schnyder Eds, 1996).
- Werro F, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2ème Edition, Helbing Lichtenhahn 2012).
- -- *Le mandat et ses effets-Une étude sur le contrat d’activité indépendante selon le Code suisse des obligations-Analyse critique et comparative* (Edition Universitaire Fribourg Suisse 1993).
- Yavuz C, Acar F, Özen B, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13rd, Beta Yayınevi 2014) .
- -- *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th, Beta Yayınevi 2014).
- Zevkliler A, Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17th, Turhan Kitabevi 2017).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme* (7th, Filiz Kitapevi 2017).

**Elektronik Kaynakça/ Electronic Bibliography**

[www.admin.ch](http://www.admin.ch)

[www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)