

İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ, YORUMU VE BOŞLUKLARININ TAMAMLANMASI

Saibe OKTAY*

I- İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği

1. İsimli-İsimsiz Sözleşmeler:

a) Genel Bakış:

Kanun koyucunun sözleşmeleri düzenlemek hususunda gösterdiği tutumu şöyle açıklayabiliriz:

– Birtakım sözleşmeler ya Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri Bölümünde ya da özel bir kanun tarafından düzenlenmiştir. Bunlara isimli sözleşmeler (Les contratst nommés, die Nominatverträge) denir¹.

– Birtakım sözleşmeler ise ne Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri bölümünde ne de özel bir kanun tarafından düzenlenmemiş bulunan sözleşmelerdir. Fakat taraflar BK. md. 19'da ifade edilen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde özgür iradeleri ile bu tip sözleşmesel ilişkiler kurarak, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yaratabilmektedirler. İşte kanun koyucu tarafından değil de, tarafların iradeleri ile yaratılan bu sözleşmelere isimsiz sözleşmeler (Les contrats innommés, die Innominatverträge) denilmektedir². Bu sözleşmelerin isimsiz ol-

* Yard. Doç. Dr., İ. Ü. Hukuk Fak. Medeni Huk. Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1. J. Schlupe, Innominatverträge, Separatdruck aus Schweizerische Privatrecht, Band VII/1 OR. Besondere Vertragverhältnisse, Zweiter Handband, 1979, Basel-Stuttgart, s. 720; P. Engel, Contrat de Droit Suisse, Beme, 1992, s. 676; P. Tercier, Les Contrats Specieaux, 2. Ed. 1995, Zürich, s. 12 (Yazar isimli sözleşmelerin kanunda bazılarının detaylı (satım gibi), bazılarının genel bir şekilde (vekalet gibi), bazılarının da gerek atıf yolu ile (trampa), gerekse borç ilişkisine özel bir görünüm verilerek (eksik borç) belirtiler verilmek suretiyle düzenlendiğini belirtiyor.; K. Oğuzman / T. Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1995, s. 44; S. Tekinay / S. Akman / H. Burcuoğlu / A. Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 56; H. Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C. 1/1, Ankara, 1990, s. 2 vd.; Genel bilgi için bkz. V. Tuhr/çev. C. Edege, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, s. 242, 243.
2. Schlupe, s. 770; Engel, s. 676; P. Tercier, Des Legislateur Innommés, Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W. Schlupe, 1988, Zurich, s. 45; L. K. Larenz/W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts; Hallband II/2; Besonderer Teil, 1994, München, s. 41 vd.; Tercier, (Les Contrats) s. 13, E. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auf., Zürich, 1988, s. 102; E. Bucher, Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auf., 1983, s. 19, H. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern, 1991, s. 12, 283; Oğuzman/Öz, s. 45; Tandoğan, s. 9 vd.; Ş. Ak-yol, Borçlar Hukuku, (Özel Borç İlişkileri) İstanbul 1984, s. 4; C. Yavuz, Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, 1989, s. 15; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku; Özel Bölüm, 1992, s. 35 vd.

ması kanun koyucu tarafından isim verilmediği içindir. Yoksa işlem hayatında bunların hepsine birer isim verilmektedir. Factoring, franschaising, pansiyon sözleşmesi gibi.

– Bazı sözleşmeler ise kanunda doğrudan veya dolaylı adlandırıldıkları halde kanun koyucu tarafından ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmemişlerdir. Örneğin, vasiyeti tenfiz memuru sözleşmesi (MK. md. 497), şerh sözleşmesi (MK. md. 919), irtifak sözleşmesi (MK. md. 705) ön sözleşme (BK. md. 22). Bu sözleşmeler kanunda isim verilerek anılmış olmalarına rağmen, sınıflandırma kriteri olarak kanunun birtakım kurallarla bunları düzenlemiş olması gereğinden yola çıktığımızda, bunların da isimsiz sözleşmeler olduklarını kabul etmemiz gerekir³.

Bu bağlamda kanun tarafından adlandırılmış olmanın bir sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmeye yetmeyeceğini tespit etmiş bulunuyoruz. Kanun koyucunun bu konudaki tutum farklılığı şöyle açıklanabilir: Kanun koyucu ya isimsiz sözleşmeleri henüz tanımadığı için ya da kanunda bunlara özel bir yer vermek fikrinde olmadığı için bu sözleşmeleri düzenlememiştir⁴.

b) İsimli-İsimsiz Sözleşme Ayırımı:

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kanun koyucunun bir sözleşmeyi adlandırmış olması değil, aksine düzenlemiş olması sözleşmeyi isimli sözleşmeler kategorisine sokmaktadır. Burada ayırımın yapılması için, yani diğer bir ifade ile kanun tarafından düzenlenmiş sayılması için sözleşmenin "essentialia negotii"sinin kanun tarafından düzenlenmiş olması aranmaktadır. Burada "essentialia negotii" kavramı üzerinde durmak gerekir. Genel olarak bu kavramın sözleşmenin birinci

3. Schlupe, s. 770; Bunların ayrı olarak düzenlenmedikleri için gelişmeden kaldıkları yönünde Engel, s. 677.

4. Kanun koyucunun bu seçiminin çeşitli faktörlere bağlı olduğunu belirten Engel (Contrat s. 676) sözleşmenin günlük ekonomik ve sosyal hayattaki öneminin (kira, satım gibi), tarihi sebeplerin (özellikle kanunlaştırma hareketlerinin birbiri üzerindeki etkisinin), bazı sosyal sınıfların etkisinin (İsviçre'de tarım sınıfının etkisi ile çiftlik kirası ile ilgili hükümlerin kanuna eklenmesi), genel sözleşme ilişkisi içinde zayıf olan tarafın korunma ihtiyacının (İsviçre'de 1993 yılında seyahat sözleşmesi ile ilgili kanunun çıkarılması), finansal ve teknik alandaki gelişmelerin kanun koyucuyu yeni bir sözleşme tipi yaratmaya iten nedenler olduğunu belirtiyor. Kanun koyucunun çeşitli sözleşme tiplerini kanunda düzenlemesinin nedenleri ile ilgili bkz. Tandoğan, s. 8, 9.; Yavuz, s. 3 vd.

Bütün bu ve benzeri nedenlerin ayrıca tarafların serbest iradeleri ile bir isimsiz sözleşme yaratmalarına da neden olacağı yönünde bkz. Schlupe, s. 798, 799.

derecedeki önemli noktalarını ifade ettiği belirtilmektedir⁵. *Essentialia negotii* isimli sözleşmeler için kanuni tanımdan çıkmaktadır⁶. İşte eğer bir sözleşmenin esaslı noktaları (unsurları) kanun tarafından düzenlenmişse bunun isimli sözleşme olduğunda şüphe yoktur. Başka bir ifade ile *essentialia negotii*'nin belirlenmesi yasa yolu ile oluyorsa⁷ ve somut sözleşme ilişkisinin esaslı unsurları ile kanunda belirlenmiş olan esaslı unsurlar birbiri ile birleşiyorsa isimli sözleşme alanında bulunuyoruz demektir.

Sözleşmenin *essentialia negotii*'sinin klasik kavramlarla ifade edilip edilmemesi veya şüphe göstermeyen şekilde tanımlanıp tanımlanmamasına göre sözleşme ilişkisinin sorgulanmasında tartışmalı bir sözleşmenin varlığı gündeme gelebilir. Şu kesindir ki, isimli-isimsiz sözleşme ayırımı bir hayli zorluk yaratmaktadır⁸. Sözleşmenin esaslı unsurları dışında kalan noktalarda sahip olduğu içerik sözleşmenin isimli-isimsiz olarak ayrılmasında bir rol oynamaz. Burada "naturalia" ve "accidentalia" kavramlarını hatırlamak gerekir. *Naturalia*, *essentialia*'nın doğal sonucu olan koşullar olarak aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmenin içeriğine dahil olan unsurlardır (satımda peşin ödeme gibi)⁹. *Accidentalia* sözleşme tipi nedeniyle kendiliğinden anlaşılamayan, ancak sözleşme tipine uygun olarak taraflarca sözleşmeye dahil edilen hususlardır¹⁰. Bunlar ya *naturalia*'dan aykırılık ortaya koyarlar (satım parasının vadeli ödeneceği gibi) veya *naturalia*'yı tamamlarlar (gecikme halinde satım parası ile birlikte cezai şart ödeneceği gibi).

5. Umur, Roma Hukuk Lügatı İstanbul, 1975, s. 66; Schlupe, s. 770; Meier-Hayoz, *Gesetzlich nicht geregelte Verträge*, Schweizerischen Juristen Katalog, N. 1134, s. 5; Gauch/Schlupe/Tercier, *Partie General du Droit des Obligations*, Zürich, 1982, s. 68 (yazarlar *essentialia* kavramının üzerinde anlaşılması gereken asgari içerik olduğunu söylüyorlar.) Aynı yönde K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Recht*, 7. Auf., 1989, München, s. 528; Bucher, (Allg. Teil) s. 117, 118 (yazar bu kavramın Roma Hukukunun sözleşme sistemi ile ilgisi olduğunu, bir sözleşmenin maddi geçerlilik şartının bir sözleşme tipi içine girmesi olduğunu, bu günkü sözleşme serbestisi sistemi içinde bu anlamının olmadığını ve sözleşmenin üzerinde anlaşılması gereken birinci derecedeki noktaları ifade ettiğini ve kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde bunun kanundaki tanımdan çıktığını, isimsiz sözleşmelerde bunun en azından sözleşmenin anlamını tanıttırarak nitelikte olması gerektiğini belirtiyor. Ayrıca bkz. Bucher (Skriptum), s. 17; Daha farklı bir açıklama için bkz. W. Schönenberger/P. Jäggi, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V 1 a; Art. 2, N. 3 (yazar *essentialia negotii*'nin bir sözleşme ilişkisindeki başlıca esaslı içerik olduğunu ve bunun sıkça kanundaki tanımdan (legal definition) tespit edildiğini (satımda mal ve fiyat gibi) belirtmektedir. Ancak yazara göre bu bir sözleşmenin meydana gelmesi için tarafların üzerinde anlaşmaları gereken asgari içerikten farklı olmasına rağmen sıkça bu iki kavram aynı anlamda kullanılmaktadırlar. *Essentialia negotii* kavramının sözleşmenin oluşumu ile ilgisinin bulunmadığını, bunun "tip"e uygun sözleşmenin oluşmasını sağlayan kavram olduğunu belirten yazar, ancak *essentialia*'nın kanun veya pratik uygulama tarafından belirlenmesi nedeniyle bunun aynı zamanda asgari içeriği de belirlediğini söylemektedir.

6. Bucher (Allg. Teil), s. 118; Schlupe, s. 770; Meier/Hayoz, SJK 1134, s. 5, Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 3 (yazar bunun her zaman olamayabileceğini belirtmektedir).

7. Burada Schlupe *essentialia*'nın kanun veya pratik uygulama (verkehrsübung) ile belirlenmesinin mümkün olduğunu söylüyor; aynı yönde Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 3.

8. Schlupe, s. 772, 773.

9. Umur, s. 138; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Gauch/Schlupe/Tercier, s. 68; Bucher (Allg. Teil), s. 117; *Essentialia*'nın *naturalia*'nın geçerlilik alanını sınırlayıp, belirlediği yönünde, Schlupe, s. 787.

10. Umur, s.s. 1; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Bucher (Allg. Teil), s. 117; Gauch/Schlupe/Tercier, s. 68 (yazarlar *accidentalia*'yı tarafların pozitif hukuka istisna getiren kurallar olarak tanımlamaktadırlar).

2- İsimsiz Sözleşmelerin Geçerlilik Nedenleri:

a) Genel Olarak:

Roma hukukunda bir hakkın ancak kendisine *Ius civile*'de dava hakkı tanınmış olması halinde ileri sürülebileceği esası vardı. Yani belirli sözleşme tipleri dışında sözleşme yapılması mümkün değildi¹¹. Bu nokta bugünkü sözleşme sistemimiz ile Roma hukukunun sözleşme sistemi arasındaki en büyük farkı teşkil etmektedir. Ticari ve ekonomik hayatın gelişmesi ile Justinianus hukuku eski Roma hukukunun özel tip zorunluluğunu biraz gevşetti ve bununla atipik sözleşmenin dava edilebilirliği tanındı. İsimsiz sözleşme kavramı ilk olarak 12. yy.'da Justinianus Hukukunda, içerdiği anlam ile görülmeye başlandı¹². Doğal hukuk prensibi sözleşme özgürlüğünün tanınması ile tip zorunluluğu ve bununla birlikte olan sözleşmelerde "numerus clausus" kuralı sözleşme hukukundan uzaklaşmış oldu¹³. Bu gelişimin nedenleri şöyle açıklanmaktadır. Günlük hayatta ve toplumsal hayatta tüm aktivitelerin sürdürülmesi ve ortak amaçların gerçekleştirilmesi sözleşmeler yolu ile olmaktadır. Yeni ihtiyaçlar yeni sözleşme ilişkilerini gerektirirler. Kanunun yeni ihtiyaçlara cevap verecek sözleşme tiplerini içermemesi hem kişisel bazda, hem de refahın ve teknik gelişmelerin olabildiğince artması sonucu toplumsal bazda isimsiz sözleşmelerin kurulması ihtiyacını hissettirdi. Yeni ihtiyaçlar yeni tatmin şekilleri yaratmakta gecikmedi ve bu bağlamda isimsiz sözleşme ilişkileri kurulmaya başlandı. Zamanla kişisel isimsiz sözleşmeler ve yığmsal isimsiz sözleşmelerin yaratılmasıyla bir tip çoğalması ortaya çıktı¹⁴. Bu gelişimin incelenerek denetlenmesi, sözleşmelerin işlevleri ile bunun temelinde yatan menfaat ilişkisi ile meşgul olmaya itti. Bu çerçevede hem toplumsal ve fiili ihtiyaçlara cevap verilmiş, hem de taraflar için adil olan yol tutulmuş oldu. Böylece sözleşme hukuku alanında kanunda düzenlenmiş sözleşmelerle kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerin birlikte hüküm sürdüğü yeni bir döneme girilmiş oldu.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, sözleşmeler emredici şekil ve içerik sınırlamasından şekil ve içerik serbestliğine doğru gelişim gösterdiler ve bu gelişim tip özgürlüğünün doğması ile yeni tip sözleşmelerin oluşmasını sağladı^{15, 16}.

11. Roma hukukunda isimsiz sözleşmelerle ilgili geniş bilgi için bkz. T. Rado, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1992, s. 157 vd.; Karma sözleşme sorununun tarihsel gelişimi ile ilgili bkz. E. Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 16 vd.; Ayrıca bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 35.

12. Schlupe, s. 777.; Ayrıca bkz. Rado, s. 158-159; A. E. Giffard (Dalloz), Droit Romain et Ancien Droit Français (Les Obligations) Paris, 1958, s. 129-130.

13. Tip zorunluluğu (typenzwang) ve numerus clausus birbirinden ayrı kavramlardır, biri olmadan diğeri olabilir. Numerus clausus mümkün olan tip düzenini sınırlarken, tip zorunluluğu düzenlenen tipin mecburi içeriğini açıklar, Schlupe, s. 779, dn. 45.

14. Honsell, s. 283; Schlupe, s. 798; Bucher (Skriptum) s. 18; aynı anlamda Larenz (Schuldrecht I) s. 52.

15. Honsell, s. 12; Bucher (Skriptum) s. 19; Gauch/Schlupe, s. 106; V. Tuhr/Edege, s. 242. BGE 111 II 142.

16. Bu noktada BK. md. 386/2'nin sözleşme doktrininde kabul edildiği yönünde, Schlupe, s. 813, dn 170; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 75. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 38; aksi yönde Tercier, (Des Legislaturs) s. 56.

Tarafların genellikle kararlaştırdıkları şartlar uygulamada gelişerek bu yönde bir örf ve adet hukuku yarattığı gibi, genel işlem şartlarının yoğun şekilde kullanılarak gelişmesi ile yığınsal işlemler şeklinde bir düzen tipi olmaya başladılar. Bu yoğunluk bir kısaltmayı ve adlandırmayı gerektirdiğinden isimsiz sözleşmeler "isimlendirilmiş sözleşmeler" olarak hukuk yaşamında yerlerini alırlar¹⁷.

İsimsiz sözleşmelerin tanınmasını sağlayan sözleşme özgürlüğü ilkesini daha yakından görelim:

b) İsimsiz Sözleşmelerin Geçerlilik Nedeni: Sözleşme Özgürlüğü:

İsimsiz sözleşmelerin geçerliliğinin hukuki sebepleri nelerdir? Bu sorunun cevabı özel hukukun ve Borçlar Hukukunun temel prensiplerinden çıkar. Bu alanda en temel prensip irade özgürlüğüdür. İrade özgürlüğünün sonucu olan hukuki işlem serbestisi ve bunun içine dahil olan sözleşme serbestisine dayanarak yeni oluşumlar yaratılabilmektedir¹⁸. Taraflar bu serbestiye dayanarak ve fakat sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamaları içinde kalarak Borçlar Kanunu'nun özel bölümünde düzenlenmiş veya özel kanunlarda yer alan sözleşmelerden ayrılan sözleşmeler kurabilirler. Bu genel açıklamadan sonra durumu daha yakından ele alalım:

Borçlar Kanuna genel bir sözleşme özgürlüğünden bahsetmemekte., 11 ve 19. md.'lerinde sözleşmelerde şekil ve içeriğin serbestçe belirleneceğini söylemektedir. Anılan hükümler bir yan sonuç getirmektedir: Bu iki özgürlük diğer özgürlükleri de kapsamaktadır. Şöyle ki, şekil ve içerik özgürlüğünün tanınması aslında zorunlu olarak ama yazılı olmayan şekilde diğer özgürlüklerin de tanındığı anlamına gelmektedir. Bunlar esas olarak sözleşme imzalama, taraf seçimi, sözleşmenin feshi gibi hususları kapsar¹⁹. Aslında kanunda içerik ve şekil özgürlüğünün belirlenmesinin sebebi tarafların sözleşme koşullarını serbestçe kararlaştırmalarını sağlamakken, bunun dolaylı sonucu olarak düzenlenmeyen sözleşmelerin de yaratılması imkânı verilmiş oldu. Böylece yeni tiplerin yaratılması

17. Schlupe, s. 798.

18. Schönenberger/Jäggi, Vorbem. Art. 1, N. 205, sözleşme özgürlüğünün toplumsal ilişkiler çerçevesindeki gelişimi için bkz. N. 205, 206.; Larenz (Schuldrecht II/2) s. 41; Bucher, (Allg. Teil) s. 87; V. Tuhr/Edege, s. 242; Oftinger; Die Freiheit des Burgers im schweizerischen Recht; Festgabe der juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten zur Hundertjahrfeier der Bunderverfassung, Zürich, 1948, s. 315, 316; H. Engel, s. 678; Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Helbing/Lichtenhein, 1992; Einl. 184, N. 1-2; Ayrıca sözleşme özgürlüğünün hukuki alanda gösterdiği fonksiyonlarla ilgili geniş açıklamalar için bkz. H. Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auf., Freiburg; 1992 s. 48 N: 81 vd. (yazar irade özgürlüğünün özel hukukta geçerli olan birinci derecedeki prensip olarak yaşam ilişkilerinin bağımsız olarak yapılanması için kişisel bir alan bıraktığını belirtmektedir).

19. Meier/Hayoz, SJK 1134, S. 2; Merz (Vertrag) s. 48; Schlupe, s. 779; Oftinger, s. 315, 316; Schlupe/Gauch, s. 104; Bucher (Skriptum), s. 19; Honsell, s. 12; Ayrıca bkz. F. Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, s. 364 vd.

anlamına gelen tip serbestisi (özgürlüğü) veya daha genel bir ifade ile sözleşme serbestisi (özgürlüğü) kanundan çıkan bir ilke olarak hukuk yaşamına girmiştir²⁰. Kısaca, tip serbestisi "numerus clausus" karşısında seçilmiştir.

Sonuç olarak şekil ve içerik serbestisi isimli sözleşmelerin içeriklerinin serbestçe belirlenmesi olanağını verdiği gibi, sözleşmelerin unsurlarını birbirine bağlayarak yeni sözleşmelerin yaratılması ve hiç bilinmeyen sözleşmelerin doğması olanağını hazırladı. Ayrıca şekil özgürlüğü ise belli kalıplara bağlanmanın getireceği zorlanmaları önlemiş oldu.

c) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları:

aa) Genel Olarak:

BK. md. 19 taraflara sözleşme yaparken geniş bir özgürlük bırakmış, hatta taraf iradelerini kanun seviyesine yükseltmiştir. Ancak hukuk düzeninin bütünü içinde zorunlu olarak gerekli durumlarda sınırlama yapılacaktır. İşte BK. md. 20/1, esas olarak içeriğin 19. md.'de belirtildiği şekilde özgürce saptanması prensibi olmasına rağmen bazı şartların varlığı halinde tarafların iradesinin geçersiz sayılmasını öngörmektedir. Kanun, sözleşmenin konusunun kanuna, ahlâka ve kamu düzenine uygun olmasını ve ayrıca konunun imkânsız olmamasını aramaktadır. Amaç sosyal ilişkilerin düzenli yürümesini sağlamak için asgari kuralları koymaktır. Bu sınırlamalara kısaca değinelim:

– Sözleşmenin emredici kanun hükümlerine aykırı olmaması: Burada BK. md. 19 tarafından rezerve edilen kanunun sınırlarını yerleştirmeye ilişkin bir durum söz konusudur. Kanuna aykırılık sadece kanuni düzenlemeler olarak anlaşılmalı, tüm özel ve kamu hukuk düzenlemelerine aykırılık anlamına gelmemektedir. Bazı ilişkiler toplumsal-düzen anlayışı çerçevesinde çeşitli hukuki düzenlemelerle yasaklanmıştır. Bunlara aykırılık, geçersizlik sonucunu doğurur.

Borçlar Hukuku sisteminde esas olarak şekil serbestisi olmasına rağmen, bazı sözleşmeler için kanun koyucu zorunlu olarak uyulması gereken şekil kuralları getirmiştir. Bunlar değiştirilemeyen kurallar olduklarından bunlara aykırılık, emredici kanun hükümlerine aykırılığın kaderine tabi olarak geçersiz olur²¹.

20. Şekil zorunluğu ve içeriğin maddi olarak sınırlanması tip zorunluluğunu ve numerus clausus getirmektedir. Schlupe, s. 779. Serbestçe düşünülen bir sözleşmenin hukukun temel çekirdeği olduğu yönünde bkz. Oftinger, s. 317.

21. Şekil kurallarının amacı ile ilgili olarak bkz. Gauch/Schlupe/Tercier, s. 71; H. Merz; Berner Kommentar, 1966, Bern, Art. 2 N. 462 vd. Larenz (Schuldrecht I). 67 vd.; Schöenberger/Jäggi Art. 11, N. 40-42; Merz (Vertrag) s. 178 vd. (yazar şekil kurallarının amacının kayıt düzeninin sağlanması ve kişilerin korunması olduğunu belirtiyor); Tercier (Des Legislatuer) s. 47, dn. 5'de yasa koyucunun şekil kuralları koymaktaki amacının kayıt düzenini sağlamaktan çok kişileri korumak olduğunu, aksi halde şekil kurallarına aykırı sözleşmeleri kurtarmak için yapılan konstrüksiyonların anlaşılamayacağını belirtmektedir). Bu konuda geniş açıklama için bkz. Eren, s. 329 vd.

BK. md. 20/1'e göre ayrıca,

– kişilik haklarına aykırı,

– ahlâka aykırı,

– kamu düzenine aykırı sözleşmeler yapılamaz. Kanun burada asgari ahlâk standartlarına saygıyı aramaktadır. Özgürlükten önce kişisel haklara, ahlâki değerlere saygılı davranılması istenirken, aynı zamanda da kamu düzenini korumak amaçlanmaktadır²².

Bir diğer sınırlamada sözleşmenin konusunun imkânsız olmamasıdır. Geçersizliği doğuran imkânsızlık fiili olabileceği gibi hukuki bir imkansızlık da olabilir²³.

Burada şu duruma değinmemiz gerekiyor. Doğrudan doğruya kanunun emredici olmayan bir hükmüne aykırılık dolaylı olarak şahsiyet haklarına veya kamu düzenine aykırı olabilir. Burada kanun hükmü emredici olmamakla birlikte, dolaylı olarak kanunun değiştirilemezliği sonucu meydana gelmektedir²⁴.

Yasaklanan bir diğer husus ise, kanuna karşı hile yaparak kanunun yasakladığı sonucu yasaklamadığı yoldan giderek elde etmektedir²⁵.

Sözleşme özgürlüğünün kanuni sınırlamalarını kısaca belirttikten sonra, doktrinde bunlara ek olarak sözleşme özgürlüğünü sınırlayan fiili faktörlerden bahsedelim: Yığınsal sözleşmelerin yapıldığı alanda sözleşme yapma zorunluluğu sözleşme serbestisini sınırlayan faktörlerden biri olarak görünmektedir. Formüler olarak hazırlanan sözleşmelerin önceden belirlenmiş içerikleri ve genel işlem şartları karşı tarafa olduğu gibi kabul ettirilmekte ve bu düzenlemeler ilişki boyunca tarafın uyacağı kurallar olmaktadır. Burada taraf iradesinin formüler sözleşmeyi kabul edip etmemekten başka alana hâkim olması mümkün olmamaktadır²⁶.

22. Geniş bilgi için bkz. Engel (Contrats) S. 678, 679 (Yazar özellikle tüzel kişilerle yapılan uzun süreli sözleşmelerin kişilik haklarına aykırılığı üzerinde durmaktadır ve ahlâka ve kişilik haklarına aykırı sözleşme probleminin isimli sözleşmelerde ne kadar görülüyorsa, isimsiz sözleşmelerde de o kadar görüldüğünü belirtmektedir, s. 690; ayrıca ahlâka aykırı sözleşme sorunu ile ilgili bkz. s. 680-681.); V. Tuhr/Peter s. 255 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 362 vd., 369; Oğuzman/Öz, s. 69 vd.

23. Geniş bilgi için bkz. V. Tuhr/Peter, s. s. 261 vd; Oğuzman/Öz, s. 74 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 402 vd.; Eren, s. 387 vd.

24. Schluep, s. 779; Oğuzman/Öz, s. 71.

25. Geniş bilgi için bkz. V. Tuhr/Peter, s. 254; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 420 vd.

26. Larenz, (Schuldrecht I), s. 78; Schöenenberger/Jäggi, Art. 1, N. 529 (tüm irade özgürlüğü sınırlamalarında olduğu gibi sözleşme yapma zorunluluğunun da bir istisna olduğunu ve sözleşme hukukunun temel esaslarına aykırı olduğunu belirtiyor. Ayrıca bkz. Schluep/Gauch; s. 105; Merz (Vertrag), s. 62; Oftinger, s. 327 vd.; Oğuzman/Öz, s. 132 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365 vd.

Aynı şekilde güven prensibi de sözleşme özgürlüğünü sınırlayan faktörlerden biridir. Sözleşmeyi mevcut içeriği ile asla kabul etmeyecek olan taraf, hukuki prensipler gereğince güvenin korunması ilkesi çerçevesinde bu sözleşme ile bağlı kalabilmektedir²⁷.

Bu sınırlamalar karşısında sözleşme özgürlüğünün mutlak anlamını giderek kaybettiği, modern çalışma yaşamının sözleşme özgürlüğüne yeni bir biçim kazandırdığı, bu çerçevede sağlanması gereken şeyin sözleşme adaleti olduğu belirtilmektedir²⁸.

bb) İsimsiz Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları:

İsimsiz sözleşmeler kanun tarafından düzenlenmedikleri için bunlara özgü bir içerik sınırlamasının veya şekil zorunluluğunun bulunması düşünülemez. Kanun koyucunun bunları çeşitli mülhazalarla belli şekil ve içerik zorunluluğuna tabi tutmak istemesi halinde özel hüküm koymaktan başkaca seçeneği yoktur²⁹.

İsimsiz sözleşmelerle ilgili özel sınırlamalar olmasa bile BK.'daki sözleşmelere özgü genel sınırlamalar, bunlar için de söz konusu olacaktır. Kanuna, ahlâka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olamayacakları gibi konusu imkânsız olan bir isimsiz sözleşme de kurulamayacaktır (BK. md. 19, 20).

Burada isimsiz sözleşmelerle ilgili iki sorunu düşünmek lazımdır:

I. İsimli sözleşmelerde var olan birtakım sınırlamalardan kurtulmak için sözleşme özgürlüğü çerçevesinde isimsiz sözleşme yaratılabilir mi? Burada en çok rastlanabilecek olan şey isimli bir sözleşme için konulan şekil zorunluluğundan kurtulmak için aynı amaca yönelik olarak başka bir ad altında değişik bir şekilde bir sözleşme kurmaktır. Örneğin, mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışlardaki şekil zorunluluğunu (MK. m. 688/I) aşmak için aynı amaçlı bir başka sözleşmenin yapılması veya kefalet sözleşmesindeki şekil sınırını aşmak için garanti sözleşmesi şeklinde bir sözleşme yapılması gibi. Burada isimsiz bir sözleşme olsa bile ekonomik amacı yasanın şekle bağladığı bir sözleşme olduğu için aynı şekil kurallarının bu sözleşme için de geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir. Hukuki gerekçe olarak şunu söyleyebiliriz: kanunun koyduğu em-

27. Gauch/Schlupe, s. 105; V. Tuhr/Peter, s. 255; Larenz (Schuldrecht I), s. 77 vd., 125 vd.

28. Geniş açıklamalar için bkz. Merz, (Vertrag), s. 61 vd. (Yazar şartların bütünü incelendiğinde sözleşme özgürlüğünün bir rüyanın sonu veya bir ütopya olarak kaldığını belirtiyor); Sözleşme adaleti ile ilgili açıklamalar için bkz. Larenz (Schuldrecht I) s. 76-79; Gauch/Schlupe, sözleşme özgürlüğünün gerçekleşmesinin ancak belli zaman içinde, belli toplumun belli hukuk düzenine göre cevaplandırılacak bir sorun olduğunu belirtiyorlar, s. 67-68.; Türk hukuku ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364-374.

29. Tercier, (Des Legislatuers), s. 50.

redici şekil kurallarından kaçmak için başka bir sözleşmenin yapılması "kanuna karşı hile" teşkil ettiğinden bunun hukuki yaptırımını olan geçersizlikle karşılaşacaktır³⁰.

Denilebilir ki, isimsiz sözleşmeler için tam bir serbesti yoktur. İsimli sözleşmelerle kıyaslanabilir ve aynı tip içinde değerlendirilebilir isimsiz sözleşmeler bu sözleşmeler için konulmuş değiştirilemez nitelikteki şekil ve içerik sınırlamalarına tabi olacaklardır. Şekil zorunluluğu ile şekil serbestisi arasındaki sınırın isimsiz sözleşmeler için ne zaman aşılabileceğinin belli olmaması da isimsiz sözleşme alanındaki güvensizlik noktalarından birini teşkil etmektedir³¹.

Bir diğer sorun da iyi niyet kurallarına aykırı olarak kanunda düzenlenmiş bir sözleşme yerine başka bir hukuki yapı altında sözleşme yapmak ve böylece kanunda getirilmiş olan bazı sınırlamalardan kurtulmaktır. Örneğin, bir hizmet sözleşmesindeki süre sınırını aşmak için hizmet sözleşmesi yerine başka bir sözleşme (örneğin, pansiyon sözleşmesi ile birlikte bir hizmet sözleşmesi) yapmak gibi. Burada kanunca yasaklanan veya geçersiz addedildiği bildirilen bir sözleşmenin yerine başka bir sözleşmenin yapılması kanunun yasakladığı sonuca başka şekilde ulaşma anlamını taşıdığından geçersiz addedilmesi normaldir³². Bunun taraflarca bilinçli yapılıp yapılmamasının geçersizlik açısından önemi bulunmamaktadır³³.

Gene bir seyahat (gezi) sözleşmesinin getireceği yükümlülüklerden kaçmak için sadece aracılık yapıldığına ilişkin olarak seyahat (gezi) aracılığı sözleşmesi yapılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bütün bu hallerde aynı ekonomik amacı güden sözleşmelerden sadece alınacak yükümlülüklerden kurtulmak için biri yerine diğerini yapmak iyi niyet kurallarına aykırıdır ve kanuna karşı hile teşkil ettiği için geçersiz sayılmalıdır³⁴.

30. Tercier (Les Contrats) N: 136; Gauch/Schluemp/Tercier, s. 92; Tercier (Des Legislaturs), s. 49; V. Tuhr/Peter, s. 254. Farklı görüş için bkz. Engel (Contrats) s. 681, yazar bunun tipik örneğinin kefalet yerine garanti sözleşmesi yapmak olduğunu belirterek, burada tarafların yasayı dolanma amaçlarının araştırılmasını istiyor. Sözleşme özgürlüğünün bulunduğunu belirten yazar, garanti sağlanan şeylerde mutlaka koruma ihtiyacının olmayabileceğini belirtiyor. Federal Mahkeme'nin aksi yönde kararı için bkz., 111 II 276; Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 70.

31. Tercier (Des Legislaturs), s. 49, 51; V. Tuhr/Peter, s. 255 İsviçre OR. Art. 226/1 açık olarak bu yönde bir hüküm getirmektedir. Hüküm taksitle ilgili bütün hükümlerin hukuki konstrüksiyonu ne olursa olsun tarafların bu amaca yönelik yaptıkları bütün sözleşmelere uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. Engel (Traité) s. 195-196, (yazar, sözleşme özgürlüğünün taraflara istenilen şekli seçme hakkını verdiğini, bu nedenle tarafların diledikleri sonuca ulaşmak için daha çok şekle bağlı olmayan türleri seçeceklerinden kanuna karşı hilenin burada doğru olmadığını, her şeyden önce amacın mı, yoksa kullanılan yolun mu yasaklanmış olduğunun bilinmesi gerektiğini, eğer amaç yasaklanmamışsa kanuna karşı hilenin bulunmadığını belirtmektedir. Yazara göre kanunun bir seçim hakkı bıraktığı yerde kanuna karşı hile yoktur); aynı yönde, Eren, s. 451.

32. V. Tuhr/Peter, s. 254; Tercier (Les Legislaturs) s. 49.

33. V. Tuhr/Peter, s. 255; Aksi görüş, Engel (Traité) s. 195-196.

34. B. Stauder, Le Contrat de Voyage; SJZ, s. 422 Schluemp, s. 924, dn 16 a; P. Schmucki, Die zivilrechtlichen Verhältnisse beim Betrieb eines Reisesbüros, Fribourg, 1974, s. 79; P. Tercier, Avis de Droit Sur L'opportunité D'une Reforme du Droit des Agences et des Contrats de Voyages, Berne, 1984; s. 143.

Bu noktada Tercier kanun koyucunun görevinin enteresan olduğunu, bir hükmün uygulama alanının tarafların izlediği amaçtan daha çok sözleşmenin tanımına bağlı olarak belirlendiğini belirtiyor³⁵.

Sonuç olarak, isimsiz sözleşme alanında elde olan somutlaşan veya belirginleşen hususların pek fazla olmadığını söyleyebiliriz. Kanuni sözleşmeler için uygulanan kuralların belli olmayan bir çerçevede uygulanması söz konusu olmakta ve iyi niyet kuralları, kanuna karşı hile gibi geniş kavramlar isimsiz sözleşme özgürlüğünü sınırlayan kavramlar olarak görünmektedir. İsimsiz sözleşme alanında güvensiz olan noktalardan biri de, isimsiz bir sözleşmenin ne zaman kanunun genel formüllerine aykırı olarak değerlendirileceğinin belli olmamasıdır³⁶.

3- İsimsiz Sözleşmelerin Çeşitleri:

Doktrinde ve içtihatlarda isimsiz sözleşmelerin

- Karma sözleşmeler (contrats mixtes, gemischte verträge),
- sui generis sözleşmeler (contrats de nature propre, Verträge eigener Art)

ve

- bileşik (mürekkep) sözleşmeler (Contrats complex, Vertragskoppelungen-Vertragsverbindungen) olarak ayrılması konusunda nerede ise bir birlik bulunduğu söylenebilir³⁷. Çok genel olarak karma sözleşmelerde kararlaştırılan sözleşme edimleri kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerinden kısmen veya tamamen oluşmuş bir "essentialia" ortaya koyarken; sui generis sözleşmeler kanunda düzenlenmemiş, yeni yaratılmış sözleşme tiplerinden kısmen veya tamamen alınmış unsurlardan oluşmuş bir essentialia'ya sahiptir. Fakat hemen belirtelim ki, dar anlamda bu ayırım amaca uygun olsa da geniş anlamda amaca hizmet etmemektedir. Çünkü ikisi arasındaki sınır oldukça dardır. Bu nedenle de terminoloji her zaman aynı değildir. Bir somut sözleşmenin aynı zamanda karma ve sui generis olarak adlandırılması mümkündür. Yani bu demektir ki, kullanılan

35. Tercier, (Des Legislaturs), s. 50.

36. Tercier, (Des Legislaturs) s. 51. Ayrıca bkz. Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 39-40.

37. Schlupe, s. 771; s. 682; Honsell/Vogt/Wiegand, Einl. 184 vor Art. 184, N. 7-10; Gauch/Jäggi, Art. 18, N. 547; Tercier (Les Contrats) s. 13; benzer şekilde Kuntalp, s. 9 vd.; Yavuz, s. 15 vd.; ayrıca bkz. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri; C. I, 1978, s. 5. İstanbul, s. 38 vd., 51 vd; Tandoğan, s. 13 vd. 69 vd. Akyol, s.; Kuntalp, s. 13 (yazar kendisi farklı bir ayırım yapmaktadır, s. 10-13); Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 41 vd.

terminolojiye göre karma ve sui generis sözleşmeler kısmen kesişebilirler³⁸. Şöyle ki, bir sözleşme hem karma sözleşme gibi en azından bir unsuru kanunda düzenlenmiş sözleşmeden oluşan bir unsurlar birleşmesi olabilirken, aynı anda diğer unsurları kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerden de oluşabilir³⁹. Burada görüldüğü gibi hem karma sözleşme, hem de sui generis sözleşmelerin tanımına giren unsurlar birleşmektedir. Gene bir sözleşmede taraflardan birinin yükümlülükleri kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden oluşurken, diğerininki kanunda düzenlenmemiş sözleşme tiplerine ait olabilir. Bu durumda taraflardan biri için karma, diğeri için sui generis sözleşme vardır, denilebilecek midir? Bu çerçevede kural olarak kanunda düzenlenmiş sözleşmelere aykırı unsurlar taşıyan bütün sözleşmelere "isimsiz sözleşmeler" demek daha uygun olacaktır⁴⁰. Ancak şunu hemen belirtelim ki, sorun terminoloji açısından ve önemli değildir. Karma-sui generis sözleşme ayırımının yetmemesi doktrinde bunları farklı şekilde ayırmaya da götürmektedir. Bu ayırımlarda sözleşmelerdeki kitlesel veya bireysel olma özelliği veya karakteristik edimler kriter olarak alınmaktadır⁴¹.

Yapılan genel ayırım çerçevesinde bu sözleşmeleri daha yakından tanıyalım:

a) Karma Sözleşmeler:

Kanunun çeşitli sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesi ile oluşan sözleşme tipleridir. Klasik ta-

38. C. Leuenberger, *Diensleistungsvertrage*, Zeitschrift für Schweizerischesrecht 1987 s. 59; Meier-Hayoz, SJK., II 34, s. 2; Engel, s. 682; Schlupe, s. 772, 773 (yazara göre dar anlamda bir sui generis sözleşmenin olması için hem tarafların edimlerinin yasada düzenlenmemiş sözleşme tiplerinden oluşması, hem de çeşitli sözleşme tiplerine ait elemanların birbiri ile birleşmemiş olması gerekecektir ki, bunlardan birinin bulunması halinde sözleşme iki tipe de girecek nitelik alacaktır. Yazar önemli olan çeşitli unsurların birleşmesi olduğunu, böyle bir durumda sözleşmenin karma sözleşme olarak nitelendirilmesini belirtmektedir. Ayrıca en dar anlamda olmadıkça karma ve sui generis sözleşmelerin çakışacağı yönünde, Schlupe, s. 776, dn. 30); Aynı yönde Meier-Hayoz, SJK, 1135, s. 1.

39. Burada Kuntalp bu tür sözleşmeleri karma ve sui-generis sözleşmelerin yanında üçüncü bir grup olarak ele almaktadır, s. 12-13. Bu hususun karma sözleşmelerin en çok tartışılan hususlarından biri olduğu yönünde s. 13, dn. 30; Karma sözleşmelerde elemanların yasada düzenlenmiş sözleşme tiplerinden veya yasada düzenlenmemiş sözleşme tiplerinden oluşmasının fark yaratmadığı yönünde, Guhl/Merz/Koller, s. 307.; Aksi fikirden Kuntalp, s. 14 vd., s. 16.

40. Leuenberger, s. 59. Schlupe s. 772 (yazar geniş anlamda ve dar anlamda tanımlar vererek karma-sui generis sözleşme ayırımının doktrinde herkes tarafından yapıldığını, fakat karma sözleşmeleri isimsiz sözleşmelerin türü olarak gören herkesin bu kavram üzerinde tartıştığını, sonuçta uygulama ve doktrinin karma ve sui generis sözleşmelerin yanında bunların ikisinden oluşmuş sözleşmeleri de tanıdığını, bunların sistematik yerlerinin isimsiz sözleşme doktrini çerçevesinde kesin olmadığını kabul ettiğini söylemektedir).

41. Örneğin bir görüş ayırımı sözleşmenin kitlesel veya bireysel olmasına göre yoğunlaştırırken (Leuenberger, s. 59); bir başka görüş isimsiz sözleşmelerin amacına ve karakteristik yükümlülüklerine göre sınıflandırıyor, (Engel), (Contrats) s: 683; bu şekilde yorumlanacak şekilde F. Dessemontet, *Le Contrat de service*, SJZ. 1987, s. 122.

nım bu olmakla birlikte belirtelim ki, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurlarla kanunda düzenlenmemiş sözleşme unsurlarının da bir karma sözleşme oluşturması mümkün olmak gerekir⁴². Bir karma sözleşmenin söz konusu olabilmesi için çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar o şekilde kaynaşmış ve karışmış olmalıdır ki, ortaya çıkan sözleşmeyi kanundaki belli bir tip altına sokmak mümkün olmamalıdır. Bu bağlamda asıl edim tipik bir sözleşmenin edimi olmakla birlikte kendi sözleşme tipine yabancı yan edimleri içeren sözleşmelerin (typischen Vertrag mit Beimischung) karma sözleşmelere dahil olup olmayacağı düşünülebilir. Sözleşmeye hâkim olan ana edimin tipik bir sözleşmeye ait olması nedeniyle bu sözleşmelerin bu sözleşme tipine ait kurallara bağlı olacağı ve isimsiz sözleşme olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmek gerekir⁴³.

Karma sözleşmeler kendi içinde yükümlülüğün karakterine göre ayırımlara tabi tutulmaktadır⁴⁴.

– Çift mahiyetli sözleşmeler (doppeltypischerverträge): Burada taraflardan birinin veya her ikisinin edimleri çeşitli sözleşme tiplerine aittir. Değişik sözleşmelerdeki çeşitli ana edimler birbirleri ile değiş tokuş edilmişlerdir (kapıcı sözleşmesi, bir aile yanında çocuk bakımı karşılığı dil öğrenmek üzere kalmak için yapılan sözleşme gibi).

– Kombine Sözleşmeler (kombinationverträge): Bu sözleşmelerde taraflardan biri çeşitli sözleşmelere ait birden fazla ana edimi yüklenmektedir. Yani çeşitli sözleşme tipine ait edimler birbirleri ile değiş tokuş edilmemiş, tek bir tarafta toplanmışlardır. Bu sözleşmelerde karşı tarafın yükümlülüğü genellikle bir miktar paranın ödenmesidir (pansiyon sözleşmesi, yatılı okul sözleşmesi, bir tesisin satılıp başka bir yerde kurulmasına dair olan sözleşme gibi).

– Çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların karıştığı sözleşmeler: Burada tarafların ikisinin de ana yükümlülüğü homojen yapıda olmasına rağmen çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurları taşımaktadırlar (karma bağışlamalar gibi).

42. Honsell/Vogt/Wiegand; Einl. vor Art. 184, N. 7.; Guhl/Merz/Koller, s. 307; Feyzioğlu, s. 52; Aksi fikir Tandoğan, s. 69; Ayrıca bkz. Kuntalp s. 9-13 (Yazar farklı bir sınıflandırma getirerek bünyesinde hem kanunda düzenlenen, hem de düzenlenmeyen sözleşme tiplerinde eleman bulunduran sözleşmeleri "ilk iki sözleşme türü arasında kalan sözleşmeler" olarak ayrı kategoride incelemektedir).

43. Schlupe, s. 801; Honsell/Vogt/Wiegand, Einl. vor Art. 184, N. 7; Kuntalp, s. 100; Aksi fikir Meier-Hayoz, SJK 1135, s. 2.

44. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. 184, N. 8; Honsell, s. 14; Tandoğan, s. 69-73; Kuntalp, s. 144-152 (yazar çeşitli sistemleri değerlendirdikten sonra bu ayırımlara yönelik eleştirileri incelemekte ve her şeye rağmen bir ayırımın yapılması görüşüne varmaktadır. Yazar karma sözleşmeleri a) taraflardan birine birden çok tipik asli edim borcu yükleyen, b) iki tipik edim borcunun karşılıklı olarak yüklenildiği karışık muhtevalı akitler olarak ayırmaktadır.); Ayrıca bkz. Feyzioğlu, s. 53 vd.; Akyol, s. 8 vd.; Yavuz, s. 16 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 45.

b) Sui generis Sözleşmeler

Bunlar kanun tarafından ne kısmen, ne de tamamen düzenlenmemiş unsurları bünyesinde bulunduran sözleşmelerdir⁴⁵. Tamamen uygulamanın ihtiyaçlarından çıkmış bu sözleşmeler düzenlenmiş hiç bir sözleşme tipine uymadıkları için bunlara uygulanacak hükümlerin ne olacağı, boşluklarının nasıl tamamlanacağı konumuzun en önemli problemi olarak aşağıda ele alınacaktır.

c) Bileşik Sözleşmeler:

Karma sözleşmelerden farklı olarak bağımsızlıklarını koruyan fakat geçerlilikleri ve varlıkları birbirlerine bağlı olan sözleşmelerin bir araya gelmesi şeklinde kurulan sözleşme birlikleridir. Burada sözleşmelerden her birinin bağımsızlığına hanel gelmediği için kendi hukuki normlarına tabi olurlar⁴⁶. Somut bir durumda birlikte bulunan bir sözleşmenin mi, yoksa karma bir sözleşmenin mi bulunduğu tarafların iradeleri güven ilkesine göre araştırılarak karar verilecektir⁴⁷.

4- İsimsiz Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler:

İsimsiz sözleşmelere uygulanacak hukuki hükümler bunların kanunda düzenlenmemiş olmaları nedeniyle sorun yaratacaktır. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu sözleşmeleri yapacaklar, ancak uyumsuzluk halinde hangi hükümler uygulanacaktır? Öncelikle şunu belirtelim ki, isimsiz sözleşmeler için eksik olan isimli sözleşmelerdeki özel hükümlerdir. BK.'daki genel hükümler isimsiz sözleşmelere de uygulanacaktır⁴⁸. Ancak BK.'daki genel hükümlerden önce BK.'daki özel hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı düşünülmek gerekir⁴⁹. Sui generis sözleşmeler kanunda düzenlenmediği için bunlara özel

45. Schluep, s. 776; Larenz/Canaris, (Schuldrecht II/2) s. 60 vd; Meier-Hayoz, SJK 1134, s. 2; Honsell/Vogt/Wiegand; Ein. vor Art. 184, N. 8; Tandoğan, s. 13 vd; Feyzioğlu, s. 38.; Akyol, s. 11 vd.; Yavuz, s. 18. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 50 vd.

46. Geniş bilgi için bkz. Engel, s. 684; Guhl/Merz/Koller, s. 307-308; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 10; Tandoğan, s. 75-76; Kuntalp, s. 103-106; Akyol, s. 7; Yavuz, s. 15; JdT 1970 I 37-40; JdT 1981, 369-372.

47. Schluep, s. 773.

48. Schluep, s. 780; Bucher (Skriptum) s. 19; Meier-Hayoz, SJK 1134; s. 8; Larenz (Schuldrecht II) s. 13; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. 184, N. 2; Tandoğan, s. 13; Fransız Medeni Kanunu m. 1107 açık olarak isimsiz sözleşmelerin genel hükümlere tabi olacağını belirtmiştir.

49. JdT 1982 578-586 (Bu kararda yasa tarafından düzenlenmemiş bir sözleşmede yargıcın hemen BK.'daki genel hükümleri uygulayamayacağını, bunlardan önce karma sözleşmedeki yasa tarafından düzenlenmiş sözleşmeyle ilgili özel hükümleri uygulayacağı belirtilmektedir. Eğer bu mümkün olmazsa MK. m1 uyarınca örf ve adet hukuku veya yargıcın yarattığı hukukun gündeme geleceği ve yargıcın bu konuda var olan uluslararası düzenlemelerden esinlenerek hukuk yaratacağı belirtilmektedir. Karma sözleşmelerle ilgili benzer yaklaşım için bkz. Kuntalp, s. 155-156.

hükümlerin uygulanması kesinlikle düşünülemez. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi karma sözleşmelerin en azından bir elemanı kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden meydana gelmektedir. Bu durumda kanunda düzenlenmiş sözleşme tipine giren elemanların burada getirilmiş olan düzenlemelere tabi olacağı kuşkusuzdur. Bunun nasıl ve hangi ölçüde olacağı problemini aşmak için çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Bu teorilere kısaca değinelim ⁵⁰.

– Soğurma (imtisas) Teorisi: Bu teoriye göre sözleşmenin bütününe uygulanacak olan hükümler sözleşme içindeki en önemli unsura ait sözleşmeyle ilgili kurallar olacaktır. Bu teori karma sözleşmelerin getirdiği zorlukları onu tek bir sözleşmenin altına koyarak aşmaya çalışmaktadır. Ancak sözleşmenin ağır basan niteliğinin atipik olması halinde yetersiz kaldığı gibi, onu tek bir yasal sözleşmenin hükümlerine tabi tutarak tarafların karma sözleşme yaratma yolundaki iradelerinin hiçe sayılması noktasından da eleştirilerek, uygulama ve doktrinde pek kabul görmemektedir ⁵¹. Ancak pratik ihtiyaçlar, durumun özellikleri veya uygulanacak normun amacının bu teorinin uygulanmasını gerektirebileceği de savunulmakta ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu teoriyi uygulayan kararlar vermektedir ⁵².

– Birleşme Teorisi: Bu teori karma sözleşmedeki her sözleşme tipine ait unsura ait olduğu sözleşmenin hükümlerini uygulamakta ve buna uygun hukuki sonuçların doğmasını savunmaktadır. Böylece karma sözleşmedeki çeşitli tiplere ait unsarlar parçalanmakta, sonra her birine ait hukuki sonuçlar birbirine bağlanmaktadır. Bu teori birkaç noktada eleştiri almaktadır. Buna göre karma sözleşmedeki elemanlar çeşitli tiplerin toplamından ibaret değil, bir sentezdir. Bunun hukuki sonucunu matematiksel bir fonksiyonla tayin etmek kanunda olan tip özelliklerinin anlam sırasını da bozmaktadır ⁵³. Bununla birlikte mahkeme uygulamasında bu teorinin gittikçe artan şekilde uygulama alanı bulduğunu söyleyebiliriz ⁵⁴.

50. Teoriler hakkında geniş bilgi için bkz. Schlupe, s. 800 vd; Larenz/Canaris, (Schuldrecht II/2), s. 44-46; Guhl/Merz/Koller, s. 309 vd; Honsell/Vogt/Wiegand, s. Einl. vor Atr. 184, N. 14 vd.; Tandoğan, s. 73-74; Feyzioğlu, s. 59 vd; Kuntalp, s. 121 vd. Akyol, s. 10 vd.

51. Schlupe, s. 801; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor 184, N. 13; Gauch/Jäggi, Art. 18, N. 551; Gauch/Schlupe, s. 234; Kuntalp, s. 128 vd.; Tandoğan, s. 74; Feyzioğlu, s. 59-60; ayrıca bkz. Larenz/Canaris (Schuldrecht II/2) s. 44 vd.

52. Larenz/Canaris (Schuldrecht II/2), s. 44; BGE 60 II 176, BGE 94 II 167, BGE 106 II 157; Özellikle seyahat sözleşmesi ile ilgili olarak bu sözleşmeyi eser sözleşmesinin hakimiyetine sokmak için bu teori uygulanmaktadır. JdT 1982, s. 582.

53. Schlupe, s. 802 (Yazar karma sözleşmedeki hukuki sonuçlara düşünülmüş bir mekanizma yolu ile varlamayacağını, sözleşme tipinin yasada olan boş bir sınıflandırma değil, aksiñe tip özelliklerinin anlamlı bir yapılanması olduğunu belirterek teorinin bu noktada haksız olduğunu belirtiyor); aynı yönde Kuntalp, s. 74; Kuntalp s. 131-138; Feyzioğlu, s. 60.

54. BGE 110 II 380; 109 II 466 115 II 478; 110 II 474; Yar. HGK, 9.6.1982 1613/565 (YKD. 1982, S. 10 s. 1385).

– Kıyas Yolu İle Hukuk Uygulaması Teorisi: Bu teori karma sözleşmenin çeşitli sözleşmelerdeki unsurların bir toplamı değil, aksine organize edilmiş bir bütünü olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle kanunda düzenlenmiş hükümlerin dolaysız olarak bu sözleşmelere uygulanamayacağını, ancak kıyas yolu ile uygulanacağını belirtmekte ve kanundaki hükümlerin sözleşmeye uygun düşmemesi halinde uygulanmayacağını belirtmektedir⁵⁵.

– Yaratma Teorisi: Bu teoriye göre karma sözleşmeye hiç bir şekilde sözleşme tipine ait kurallar uygulanmayacak, eğer uygulanabilecek bir örf ve adet hukuku yoksa MK. m. 1 uyanınca yargıç tarafından yaratılan hukuk uygulanacaktır. Bu teorinin sadece genel soyut hükümlerin uygulama alanı bulacağı kitle-sel sözleşmelerde uygulanabileceği, bireysel sözleşmeler için somut ve kişisel kurallar gerektiğinden bunlar için uygulanmasının adil olamayacağı belirtilmektedir⁵⁶.

– Kanuni Hükümlerin Münferit Uygulanması Teorisi: Birleştirme teorisinin devamı gibi görünen bu teoriye göre karma sözleşmeyi oluşturan elemanların hepsini bir sözleşme altında değerlendirmek yerine tartışmalı olan somut noktayı tek başına ele alarak bunun hangi tip sözleşmeye göre çözüleceğini araştırmak gerekir. Bu teorinin yargıca sözleşme boşluklarını tamamlamada tam bir yetki verdiği ve flexibilitate sağlayarak özellikle bireysel sözleşmeler için uygun olduğu belirtilmektedir⁵⁷.

Diğer yandan bu sözleşmeler için "özel hükümler" sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların koyacakları klozlar olacaktır. Problem konulan bu klozların yorumlanmasında ve bu klozların düzenlemediği alanlarda meydana gelebilecek boşlukların tamamlanmasında hangi kurallara göre hareket edileceği noktasında çıkmaktadır. Her sözleşme ilişkisinde çok sayıda boşluk bulunur. Zira taraflar bütün ihtimalleri kapsayan bir sistem içinde sözleşme yapmayı, sadece esaslı noktaların açık veya zımni olarak kararlaştırıldığı bir ilişki içinde bulunurlar. Kanundaki genel hükümlerin de fazlası ile soyut olduğu hatırlanacak olursa bunların ne ölçüde uygun olacağı*ve ihtiyaçlara ne ölçüde cevap vereceği düşünülmesi gerekir. Özellikle isimli sözleşmeler için dahi üzerinde birleşilmiş bir boşluk tamamlama yönteminin olmadığı düşünülecek olursa problem daha da

55. Schlupe, s. 802, Honsell Vogt/Wiegand, Ein. vor Art. 184 N. 16 (yazarlar teoriyi kıyas yolu ile uygulamanın hangi şartlarda olacağını belli olmadığı noktasında eleştiriyorlar.; Teorinin uygun olduğu yönünde Tandoğan, s. 75; Feyzioğlu, s. 61; Bu şekilde anlaşılabilir Kuntalp, s. 154-155; Ayrıca bkz. Yar. 15. HD. 25.12.1975, 4714/5159 YKD. 1976/3, s. 369.

56. Schlupe, s. 803; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 17.

57. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. 184, N. 15.

önem kazanmaktadır. Sözleşme tipi hukukunun bu alanda uygulanması yönündeki düşünceler isimsiz sözleşme alanına nasıl yansiyacaktır? Burada yardımcı olacak hukuki düzenleme kuşkusuz MK. md. 1'dir. Bu şekilde örf ve adet hukuku ve yargıcın yarattığı hukuk devreye girecektir. Böylece tamamlayıcı hukuk kaynakları olarak örf ve adet hukuku ve yargıç tarafından yaratılan hukuk isimli sözleşmelerde olduğu gibi, fakat kesinlikle buradakinden daha fazla olarak isimsiz sözleşme alanında kullanılacaktır⁵⁸.

İsimsiz sözleşmelerin yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında oluşmuş bir örf ve adet hukuku veya yargıç hukuku yoksa, yargıcın neye göre karar vereceği çözülmesi gereken sorundur. Burada Tercier yargıcın başvuracağı kuralların kimin tarafından geliştirileceğinin bilinmesi gereken bir prensip olduğundan yola çıkarak, kanun koyucu yerine bunu kimin yapacağını "isimsiz kanun koyucular kimler olacaktır?" şeklinde soruyor⁵⁹. Bu soruya II. Bölümde cevap ararken önce isimli sözleşmelerden yola çıkarak ve isimsiz sözleşmelerin özelliklerinden kaynaklanan durumları belirterek sonuca varmaya çalışacağız.

II- İsimsiz Sözleşmelerde Yorum ve Boşluk Tamamlama:

Yukarıda da belirttiğimiz gibi isimsiz sözleşmelerle ilgili olarak özel bir yorum ve boşluk doldurma kuralı yoktur. Bu gün bu konuda kabul edilen görüş isimli sözleşmelerdeki yorum ve boşluk doldurma kurallarının esas olarak buraya da uygulanacağıdır⁶⁰. Burada özellikle üzerinde durulması gereken konu sözleşme tipi kurallarının⁶¹ yorum ve boşluk doldurmada uygulanıp uygulanmayacağıdır. Somut bir sözleşmede yorum yaparken veya boşluklarını tamamlarken o sözleşme ile ilgili kurallara "hic et nun" başvurulmayıp bu sözleşmenin ait olduğu tamamen genel sözleşme tipinin fonksiyonu ve özelliklerinin göz önünde tutulması gerektiği kabul edilmektedir⁶². Bu sorulara cevap ararken öncelikle

58. Schlupe, s. 780-781; Tercier, (Les Contrats) s. 13 (Yazar iki sözleşme tipi arasındaki farkın fazla abartılmamasını, kanun tarafından ayrıntılı düzenlenmemiş sözleşmelerde de genel hükümlere bu şekilde başvurulduğunu söylemektedir. Ayrıca bkz. s. 16 (yazar isimsiz sözleşmelere ait prensiplerin sonuç olarak doktrin ve içtihat kökenli özel kurallardan oluşan bir bütün olduğunu belirtiyor); Gauch/Jäggi; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV, b, Zürich, 1980 Art. 18 N. 547, 549; Tandoğan, s. 13; Ayrıca bkz. V. Tuhr/Edege, s. 242, 243.; Ayrıca bkz. Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 40-41.

59. Tercier, (Des Legislatuers), s. 45-46, (Yazar problemin sadete teorik değil, pratik öneme de sahip olduğunu, temel olarak teorik, hatta filozofik perspektif sunsa da hukuk düzenindeki hukuk yaratma tekniği ile bağlantılı olduğunu belirtiyor).

60. Jäggi / Gauch, Art. 18 N. 547-549; Schlupe, 780-781; Engel, s. 684; Meier-Hayoz SJK 1134, s. 5, 7, 8; Tercier (Les Contrats), s. 16, Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. 184, N. 41; Gauch/schlupe, s. 231.

61. Kavram için bkz. Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 115.

62. Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 52; Schlupe, s. 781; Merz (Kommentar) Art. 2, N. 138; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 512, 513, 518, 549-551.

simli sözleşmeler için geçerli olan kuralları tespit etmek ve bunlara ek olarak isimsiz sözleşmelerin özelliklerinden kaynaklanan farklılıkları belirlemek uygun olacaktır.

1. Yorum:

a) Genel Olarak:

Yorum, yargıcın sözleşmenin taraflarca kararlaştırılan içeriğini tarafların iradesinden yola çıkarak saptamasıdır⁶³. Tarafların sözleşmenin içeriği ile ilgili hiç öngörmedikleri bir durumun ortaya çıkması halinde değil, taraflarca konan bir normun gerçek anlamının belirlenmesinde yorum gündeme gelir. Bu nedenle sözleşmenin tamamlanmasından farklıdır⁶⁴. Ayrıca yorum sözleşmenin meydana gelip gelmemesi ile değil, içeriği ile ilgilidir. Yorum bir uyuşmazlık nedeniyle sözleşmenin yargıç önüne gelmesi halinde yargıç tarafından yapılan bir işlemdir. Uyuşmazlık söz konusu olmadan yorum ihtiyacı duyulması mümkün değildir⁶⁵. Uyuşmazlık noktasına varmadan taraflar arasında yapılan sözleşme ile ilgili faaliyetler daha çok sözleşmenin açık veya zımni olarak değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Uyuşmazlık yargıç önüne geldiğinde sözleşmenin uyuşmazlık konusu olan noktasının yoruma ihtiyaç gösterdiği tespit ediliyorsa yorum yapılır. Yorum ancak uyuşmazlık çerçevesinde ihtiyaç halinde başvurulacak bir işlemdir. Yargıç önüne gelen bir olayda uyuşmazlık noktası olmayan bir hususta yoruma başvuramaz.

BK. m. 18 sözleşmelerde tarafların kullandıkları terimlerin değil, gerçek arzularının araştırılacağı kuralını getirmektedir. Anlaşmazlık konusu olan içerikle ilgili tarafların gerçek arzularının saptanmasında kaynağını MK. md. 2'den alan güven teorisinden hareket edileceği artık üzerinde birleşilmiş bir husustur⁶⁶.

63. Jäggi/Gauch, Art. 18 N. 297, 324 vd.; Schöenenberger/Jäggi, Art. 1, N: 195, 240 vd.; V. Tuhr/Peter, s. 285; Merz (Kommentar), Art. 2, N. 119 vd.; P. Piotet, Le Complement Judiciaire du Contrat, ZSR, 1961/I, s. 372; İ. Kaplan, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987; s. 15 vd.; Oğuzman/Öz, s. 137 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 148 vd.; Eren, s. 558 vd.

64. V. Tuhr/Peter, s. 291 (Yazar sınırın kalın olmadığını belirtmektedir); Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 552; Yorum ile boşluk tamamlamanın birbiri içine girebileceği yönünde, Kaplan, s. 29. Yorum ve boşluk tamamlamanın aynı yönde işlemler olduğu yönünde, Merz (Kommentar) Art. 2, N. 187, (yazar hukuki meşguliyet olarak yorumda ve boşluk tamamlamada aynı tip faaliyetler söz konusu olduğunu ve kavram olarak bunları ayırmanın pratik açıdan dayanaksız kaldığını belirtiyor. Yazara göre ikisinde de güven ilkesinin hâkimiyeti altında kullanılan ifadelerin en dar anlamını saptamak söz konusudur ve sınır kalın değildir. N. 135, 187.

65. Bu konuda bilgi için bkz. Kaplan, s. 19 vd.

66. Meier/Hayoz, SJK. 1134, s. 6; Schöenenberger/Jäggi, Art. I 193-196; Shluep, s. 782; Engel, (Contrats) s. 684; Larenz (Schuldrecht I) s. 128; Gauch/Schluep, s. 224; Kaplan, s. 59 vd.; Ouzman/Öz, s. 138; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 150; Eren, C. I, s. 562; Merz (Kommentar) Art. 2, N: 125 (Yazar bu prensibin iki tarafı da koruduğunu ve irade açıklamalarının objektive edilmiş anlamlarının sonucu belirleyeceğini söylüyor. Bak. N. Kocayusufpaşaoğlu; Borçlar Hukuku - Genel Hükümler (Forma halinde), s. 269.

Araştırılacak olan şudur: sözleşme içeriği ile bütün eşlik eden şartlara uyan ve aynı zamanda makul olan anlam⁶⁷. Burada kişinin açıklamasının hangi hukuki sonucu doğuracağı konusunda bilinçli olup olmamasının önemi yoktur. BK. m. 18'in getirdiği prensip uyarınca taraflar arasındaki doğru olmayan ilişkiler ve ifadeler dikkate alınmaz. Aynı şekilde eğer karşı taraf açıklanan iradeyi gerçekten anladı ise güven ilkesine başvurulmaz⁶⁸.

b) İsimli Sözleşmelerde Yorum Metodu:

Sözleşmenin yorumunda önemli olan hususları kısaca şöyle belirtebiliriz⁶⁹:

– İlk olarak kullanılan ifadeler dikkate alınır. Bunların anlamlandırılmasında genel anlam esas alınmakla beraber eğer taraflar mensubu oldukları çevre gereği özel anlamda kullanmışlarsa bu anlam dikkate alınacaktır. Ayrıca kullanılan ifadelerin yorumu sözleşmenin bütünü ve arasındaki bağlantılar göz önünde tutularak yapılacaktır.

– Sözleşme yapılırken eşlik eden şartlar, yani sözleşme yeri, zamanı, tarafların sözleşmeyi yapıncaya kadar geçirdikleri safhalar, tarafların veya temsilcilerinin gerek sözleşme öncesi, gerekse sözleşme yapıldıktan sonraki davranışları, tarafların menfaatleri, şahsi ilişkileri ve tüm hayat ilişkileri, o yerde geçerli olan pratik uygulamalar, örf ve adetler sözleşmede kullanılan ifadelerin yorumunda göz önüne alınması gereken unsurlardır.

– Eğer yoruma muhtaç olan husus hakkında sözleşme taraflarının herhangi bir şekilde irade sahibi olmadıkları kabul edilebiliyorsa bu hususla ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun yorumlayıcı hukuk kuralları ile getirdiği çözüm kabul edilmiş sayılır⁷⁰. Örneğin BK. m. 75'de ay başı ve sonu ifadelerinin nasıl yorumlanacağı belirtilmiştir.

67. Merz (Kommentar) Art. 2, N. 126; Schöenenberger/Jäggi, Art. 2, N. 181 vd. özellikle 191, 195, 200; Kocayusufpaşaoğlu, s. 269. Oğuzman/Öz, s. 138-139; Kaplan, s. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 150; BGE 11 II 262, 114 II 359. Yargıtay 4. HD. 26.10.1978, 131 13/12134 (YKD. 1979/5, s. 636).

68. Schlupe, s. 782, du. 53; Merz (Kommentar) Art. 2, N. 1238.

69. Geniş bilgi için bkz. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 344-366; Meier-Hayoz, SJK. 1134, Kaplan, s. 31-56; s. 6; Gauch/Schlupe, s. 223-225; Schöenenberger/Jäggi, Art. 1, N: 257-279; Engel/Traité), s. 168; Oğuzman/Öz, s. 138-139; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 151-153. i. Kaplan, s. 62 vd., Eren, s. 563 vd; Kocayusufpaşaoğlu, s. 269 vd.

70. Yorumlayıcı hukuk kuralları ile ilgili olarak bkz. K. Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1994; 7. bası, s. 55.

İfadelerin yorumunda dikkate alınacak hususları böylece belirledikten sonra, bütün bu unsurlarla bir sonuca ulaşamaması halinde kullanılabileceği, doktrin ve mahkeme içtihatlarınca geliştirilen yardımcı yorum kurallarını hatırlayalım⁷¹:

– Uyuşmazlık konusu sözleşme hükmünün yorumunda tereddüt halinde hükmü düzenleyen taraf aleyhine yorum yapılmalıdır.

– Uyuşmazlık konusu sözleşme hükmünün yorumunda tereddüt halinde o hükümle yükümlülük altına giren taraf lehine yorum yapılmalıdır.

– Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında sözleşmeyi geçerli kılacak yorum tercih edilmelidir.

– Bir haktan vazgeçmeyi içeren beyanlar mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır.

c) İsimli Sözleşmelerdeki Yorumun Özellikleri:

Daha önce de belirttiğimiz gibi isimli sözleşmelerin yorumunda durum isimli sözleşmelerindekinden farklı değildir. İsimli sözleşmelerde de Borçlar Kanunu'nun genel bölümünde yer alan yorumlayıcı hukuk kuralları tarafların bu hususla ilgili farklı bir irade taşımadıkları tespit edilebildiği ölçüde uygulanacaktır. İsimli sözleşmelerin yorumunda kullanılabilecek, sözleşme tipi kuralları isimli sözleşmeler için böyle bir tip hukuku olmadığı için söz konusu olamayacaktır⁷². Burada sözleşme tipi hukuku gündeme gelemiyorsa da özellikle yığınsal isimli sözleşmeler için kaçınılmaz olan genel işlem şartlarının sözleşmelerin yorumuna etkisi düşünülme gerekir. Çok yoğun ve kapsamlı kullanılan genel işlem şartlarının sık tekrarlanması ile doktrin ve mahkeme uygulamasının bu alanda bir uyum meydana getirerek sözleşmelerin yorumunda kullanılacak bir araç halini alması düşünülebilir. Yığınsal sözleşmeler için mümkün olan bu yol kişisel sözleşmeler için oldukça uzun bir zamanda yerleşebilir⁷³.

71. Geniş bilgi için bkz. Kaplan, s. 56 vd., Eren, s. 565 vd; Kocayusufpaşaoğlu, s. 271.

72. Schlupe, s. 796; Meier-Hayoz, SJK. 1134, s. 5; Aksi yönde Tandoğan, s. 13, Yavuz, s. 19; Akyol, s. 11.; Sözleşme tipi hukukunun uygulanması ile ilgili özellikler için bkz. Larenz, (Schuldrecht II/I, s. 45.

73. Engel, s. 685; Genel işlem şartlarının isimli sözleşmelerdeki fonksiyonu ile ilgili olarak bkz. Tercier, (Des Legislatuers) s. 52-53, ayrıca s. 59 (Yazar İsviçre hukuk sisteminde genel işlem şartlarının isimli sözleşmelerin kanunu rolünü oynamaması gerektiğini, belli bir sözleşmeye uygulanacak hukuki kuralları belirlemenin kanun koyucuya ait bir görev olduğunu belirtmektedir); Genel işlem şartlarının yer aldıkları sözleşme açısından o sözleşme çerçevesinde yorumlanacağı ve başka sözleşmeler açısından farklı sonuçlara varacağı yönünde Oğuzman/Öz, s. 139, dn. 498; Genel işlem şartlarının yorumu ile ilgili açıklamalar için bkz. Kaplan, s. 71-79; Genel işlem şartlarının kuruluş ve yorumundaki denetlemelerle ilgili bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 160 vd.; Ayrıca Eren, s. 277 vd.

Bir diğer düşünülmesi gereken husus ise, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerle ilgili olan yorumlayıcı ve tamamlayıcı hukuk kurallarının isimsiz sözleşmelerin yorumunda kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bunların somut bir durumda ve çok dikkatli kullanılması gerektiği, çünkü aksinin suni olma tehlikesi taşıdığı belirtilmektedir⁷⁴.

İsimsiz sözleşmelerin yorumunda isimli sözleşmelerden ayrılan bir özellik olarak örf ve adet daha çok rol oynayacaktır⁷⁵. Diğer özellik arzeden durumlar olarak şunları söyleyebiliriz:

– Çok sık olarak isimsiz sözleşmeler teknolojinin veya çalışma yaşamının özel bir alanında ortaya çıkarlar. Kullanılan terminoloji değişik ve yeni olabilmektedir. Bu nedenle ifadelerin anlam ve içerikleri yorumlanmak ihtiyacı gösterirler. Kullanılan ifadeleri tarafların anladığı anlamda yorumlamak önem taşımaktadır⁷⁶.

– Uygulamanın alışkanlıkları isimsiz sözleşmelerin yorumunda önemli role sahip olabilir⁷⁷. Özellikle belirli bir mesleki alan bahis konusu olduğunda burada kullanılan formüller, kısaltmalar sözleşmenin yorumunda yargıç tarafından bu alanda anlaşıldıkları şekilde nazara alınacaklardır⁷⁸.

b) Boşlukların Tamamlanması:

aa) Genel Olarak:

Denilebilir ki, sözleşmelerin kanun koyucuları taraflarıdır. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar sözleşme ile düzenlemek istedikleri her konuda hüküm getirebilirler. Kanunların nasıl her şeyi öngörmesi mümkün değil ve boşluk bulunması normal ise, sözleşmelerin de her ihtimal ve her durum için düzenleme içermemesi normaldir. Gerçekten de pratik olarak bütün sözleşmeler boşluk bulundurmaktadırlar. Çünkü, taraflar genel olarak tüm kuralları kapsayan sözleşme ilişkisinden ziyade ancak esas noktaların açık veya zımni kararlaştırıl-

74. Engel, s. 685; Mahiyetleri izin verdiği oranda kıyas yolu ile uygulanacağı yönünde Tandoğan, s. 13; Lorenz (Schuldrecht II), s. 7.

75. Engel, (Traité), s. 170 (Yazar isimsiz sözleşmelerde yargıcın sözleşmeyi tamamlamaktan ziyade yorumlamak zorunda olduğunu kendisine verilen açık veya zımni verileri kullanarak yorum yapacağını belirtiyor); V. Tuhr/Edege, s. 242; Tandoğan, s. 13.

76. Engel (Contrats), s. 684 (Yazar genellikle taraflar aynı meslekte ve branşta olduklarından kullanılan ifadelerin aynı anlamda anlaşıldığını, eğer böyle değilse ve karşı taraf uyarılmamışsa ifadenin normal anlayışa göre anlaşılmasının yorumda göz önünde tutulması gerektiğini belirtiyor, s. 685). Aynı yönde, Kocayusufoğlu, s. 296.

77. Belli bir çevrede olan alışkanlıkların (les usages) isimsiz sözleşmelerde yasa koyucu benzeri (Paralégislaative) bir fonksiyon işlediği yönünde Tercier (Des Législateurs), s. 52.

78. Kaplan, s. 55.

dığı ilişki içinde bulunuyorlar. Tarafların belli bir konunun üzerinde sözleşmede hiç bir düzenleme getirmemiş olmaları veya bu konuyu hiç düşünmemiş olmaları mümkün olabileceği gibi, ilerde düzenlemeyi kararlaştırdıkları bir husus için soradan aralarında anlaşma sağlayamamaları da mümkündür⁷⁹. Böylece sözleşmelerde çok sık olarak tamamlanması gereken bir sözleşme boşluğu ile karşılaşılması normaldir. Sözleşmenin içeriğine dahil olmayan her şey bir tamamlamaya konu olabilir. Ancak tarafların kanunun belli bir yedek hukuk kuralı tarafından düzenlenmiş bir hükmündeki düzenlemeden bilinçli olarak vazgeçtikleri söylenebiliyorsa tamamlanması gereken bir boşluk bulunmamaktadır. Taraflar iradeleri ile bu noktayı kanun hükmünün uygulanmayacağı yönünde düzenlemiş olmaktadır. Aynı şekilde eğer taraflarca hüküm altına alınmayan husus kanunun emredici bir hükmü ile düzenlenmişse gene bu noktada da bir sözleşme boşluğundan bahsedilemeyecektir⁸⁰.

Yorum sözleşme metninde kullanılan ifadelerin tarafların gerçek arzusunu bulmak için güven ilkesine göre araştırılması iken, sözleşmenin tamamlanmasında araştırılan konuda sözleşmenin hiç bir kural getirmemesi söz konusudur⁸¹. Burada şöyle bir özet yapılabilir: Yorum taraflarca konulan sözleşme klotlarının anlamını belirlemek, tamamlama ise taraflarca sözleşmeye konulmayan bir şeyi eklemektir. Sözleşmede boşluk olduğunun kabulü için ise tarafların eğer bir sonraki safhayı öngörmüş olsalardı bu konuda hüküm getireceklerinin kabul edilmesi gerekir⁸². Ancak şunu belirtelim ki, boşlukların tamamlanması ile sözleşmenin yorumlanması çoğu kez yakın ilişki içinde bulunan kavramlardır⁸³. Bu iki kavram, iki noktada birbiri ile zorunlu olarak ilişki içindedir. Bir defa sözleşme boşluğu olup olmadığına karar vermek bir yorum işidir. Şöyle ki, tarafların

79. Sözleşmenin yapılması sırasında uyuşmazlık ortaya çıkması, sözleşmenin meydana gelmemesi sonunu getirir. Şöyle söylemek mümkündür: sözleşme yapıldığı sırada tamam değil ama bu tamam olmama taraflar arasında bir anlaşmazlığa neden olmuyorsa bir sözleşme boşluğu vardır, bkz. Piotet, s. 368.

80. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 488; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 44.

81. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 484; Schlupe, s. 782 vd.; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 47 vd.; Gauch/Schlupe, s. 231 vd.; V. Tuhr/Peter, s. 291; Merz (Kommentar, Art. 2, N. 131 vd.; Oğuzman/Öz, s. 140 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76, 77; Kaplan, s. 81 vd., Eren, s. 569.

82. Piotet, ZSR 1961, s. 373, (örneğin belli bir yere manzarayı kapatmamak için radyo anteni koymamak amacıyla yapılan sözleşme ile ilgili olarak ilerde televizyon anteninin de sözleşme kapsamına girdiği yolunda tamamlama yapılması gibi, s. 374).

83. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 552 (Yazar yorum ve boşluk tamamlamanın sık sık bir arada bulunabildiğini, gerçek iradelerin saptanmasının zorluğu nedeniyle yorum mu, yoksa boşluk tamamlama mı bulunduğu tesbitinin zor olabileceğini söylemektedir, N. N. 559-560); aynı yönde Kaplan, s. 110-112; Schlupe, s. 782; Gauch/Schlupe, s. 234; Yung, L'interpretation suppletive des contrats, ZBJV, 1961, s. 46); Piotet, ZSR, 1961 s. 373, 375; Yorum ve boşluk tamamlamanın aynı işlem olduğu yönünde, Merz (Kommentar); Art. 2, N. 135, 137, (Yazar yorumda çıkış noktası olarak tarafların belli bir tasavvur veya çelişkili bir tasavvura sahip olması olayının bulunmadığını ama boşluk tamamlamada da güvenin korunması düşüncesinin sözleşmenin belli olan içeriğinin devam eden subjektif gerçeklerle uyumlu kurallara konulmasına götürmesi gerektiğini belirtmektedir.; Ayırımın net olmadığı yönünde bkz. Engel, (Contrats), s. 68, Engel (Traité)s, 166-167.

belli bir noktada irade sahibi olmamaları sözleşme boşluğu oluşturmakla birlikte, susma şeklinde negatif bir iradelerinin olup olmadığı yoruma bağlıdır⁸⁴. Aynı şekilde sözleşme boşluğunun sözleşmenin amacına uygun doldurulması zorunluluğu kesin olarak sözleşmenin yorumlanmasını gerektirir. Bu nedenle boşluk doldurmaya sık olarak "tamamlayıcı yorum" denilmektedir⁸⁵.

Boşlukların tamamlanması sözleşmenin geçerliliği ile de ilgili değildir. Ancak objektif ve subjektif esaslı noktalarının üzerinde uyuşulmuş geçerli bir sözleşmede boşluk bulunabilir.

BK. md. 2'ye göre sözleşme boşluklarını doldurmak yargıcın görevidir. Onun yetkisi doğrudan doğruya kanundan doğar ve bu görevi taraflar istedikleri için değil, kanun gereği yapar. Bu nedenle tarafların bu bilinçle hareket edip etmemelerinin önemi bulunmamaktadır. Ancak, şunu belirtelim ki, yargıç tamamlama işini kendiliğinden yapmaz, mutlaka talep gerekir. Örneğin, sözleşme herhangi bir nedenle yargıç önüne geldi ise yargıç bunun dışında kalan bir konuda sözleşme boşluğunu tamamlayamaz. Bunu ele alabilmesi için bu noktada bir uyuşmazlığın bulunması ve taraflardan birinin yargıcın sözleşmeyi tamamlamasını talep etmesi gerekir⁸⁶. Sözleşme boşluğunun tamamen ayrı bir dava ile talep edilmesi zorunlu değildir. Başka bir uyuşmazlık çerçevesinde de sözleşme boşluğunun bulunduğu gündeme gelebilir. Tarafların belirli bir tamamlama talebinde bulunması gerekli değildir ve yapılan talep de yargıcı bağlamayacaktır⁸⁷.

- Daha önce de belirttiğimiz gibi isimsiz sözleşmelerde boşluk tamamlama kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde olduğu gibidir⁸⁸. Bu nedenle önce bu sözleşmeler için olan boşluk tamamlama yöntemine değinerek daha sonra isimsiz sözleşmelerin özelliklerinden kaynaklanan durumları ele alacağız.

bb) İsimli Sözleşmelerde Boşlukların Tamamlanması Metodu:

Doktrinde boşlukların tamamlanması ile ilgili olarak üç yöntemden söz edilmektedir. Subjektif objektif ve klasik yöntem⁸⁹.

84. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 556; Kaplan, s. 111.

85. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 495, 557; Schluemp, s. 783; Piotet ZSR 1961, s. 384; Kaplan, s. 111; O. Sandrock, zu ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und Internationalen Schuldvertragsrecht Köln. 1965, s. 13 vd., 22 BGE 61 I 76.

86. Gauch/Jäggi, Art. 18, N. 484; Schönenberger/Jäggi; art. 2, N: 48 (Yazar tarafların her zaman bağımsız bir dava açarak sözleşmenin tamamlanmasını isteyebileceğini belirterek bu noktaya taraflardan birinin diğerine belli yönde davranması için verdiği sürenin boşa gitmesi halinde gelinebileceğini söylüyor (N. 49).

87. Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 49.

88. Bkz. yukarıda dn. 60.

89. Terminolojide birlik bulunmamaktadır. Örneğin, Schluemp (s. 888) ve Merz' in (Kommentar, Art. 2, N. 145) objektif tamamlama olarak adlandırdığı yöntem, (Honsell/Vogt/Wiegand (Ein. vor. 184, N. 48) tarafından subjektif tamamlama olarak incelenmekte, gene kanundaki yedek hukuk kuralları ile tamamlamayı savunan klasik yöntem bu yazarlar tarafından objektif tamamlama yöntemi olarak değerlendirilmektedir.

Subjektif yöntemde tarafların problemi bilselerdi nasıl hareket edeceklerine dair farazi iradeleri araştırılır. Bu, BK. md. 18 ve 20/2'ye uygun bir işlemdir. Tarafların sözleşmenin kararlaştırılmış hükümleri ile uygun ahenk oluşturacak iradeleri, yani açık kalan noktayı sözleşme yapıldığı sırada düşünmüş olsalardı kabul edecekleri çözüm saptanmaya çalışılır ve boşluk bu iradeye göre doldurulur⁹⁰. Bunun yapılabilmesi için sözleşmede tarafların farazi iradelerini bulmaya yarayacak yeterince ipucunun bulunması gerekir⁹¹. Ancak burada tarafların gerçekte sahip oldukları irade bir kenara bırakılarak açık, somut ve yaratılmış şartlara göre güven ilkesi çerçevesinde beklentilerinin ne olacağı araştırılmaktadır⁹².

Objektif yöntem aynı zamanda işin niteliğine göre boşluğun tamamlanması olarak da adlandırılmaktadır. Burada BK. m. 2/2'de anılan durum sözkonusudur ve işin niteliği sözleşmenin taraflarca belirlenen niteliği ile bağlantılı olarak yorumlanmaktadır. Yani sözleşmenin somut olarak gösterdiği özelliklerle uyum sağlayacak ve hak ve adalete uygun olan bir yönde sözleşme boşluğu doldurulacaktır⁹³. Taraf iradelerine yer verilecek midir? Tarafların gerçekte sahip oldukları iradenin araştırılmayacağı, çünkü zaten bu irade eksik olduğu için problem çıktığı, farazi bir durumun tespiti değil, normatif kriterler çerçevesinde gerçekleri araştırmanın söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda sözleşmeyi tamamlayacak olan yargıç her zaman makul, iyi niyet ve güven ilkesine göre dolduracaktır. Böylece tarafların sözleşmeye kattıkları özelliklerden ve sözleşmenin bütünü ile oluşacak uyumdan hareketle sözleşmenin kişiselleşmesi sağlanırken, aynı zamanda güven ilkesi uygulanarak objektifleştirme sağlanmakta ve hak ve

90. Bu görüşte Piotet, ZSR 1961, s. 386-389 vd. özellikle 400 (yazar tarafların farazi iradelerini saptamanın mümkün olduğu haller için ilk plânda buna göre boşluğun doldurulacağını ve yasadaki düzenleyici hükümlerin uygulanmayacağını belirtiyor.; aynı ynde Merz (Kommentar), Art. 2., N. 138 vd.

91. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 497 vd.; Yung, s. 63; Piotet, ZSR, 1961, s. 383 (tarafların farazi iradelerini tespit etmek mümkün olamıyorsa MK. m. 1 gereği kanunun tamamlayıcı kuralları veya örf ve adet hukuku veya da yargıç tarafından yaratılan hukuk boşluğu tamamlamada kullanılacaktır, s. 392 vd.); Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 51.

92. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 497-498, 537; Merz (Kommentar) Art. 2, N. 138 (yazar böylece sonucun objektifleştirilmiş olduğunu ve bunun güven ilkesinin uygulanması anlamını taşıdığını belirtiyor, N. 135, 138, 145); Schlupe, s. 782; Kaplan, s. 87; Aksi fikir Piotet, ZSR, 1961, s. 378 vd., s. 388, dn. 47.

93. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 499; Merz (Kommentar), s. Art. 2, N. 145; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 51 38; Yung, s. 48 vd.; Schlep, s. 782 (yazar taraflarca açıklanan irade nazara alınmadan işin niteliğine göre boşluk doldurmanın mümkün olamayacağını belirtmektedir, s. 783; Gauch/Schlupe, s. 231 (yazar tarafların iradesinin burada rolü olmadığını belirtmektedir); ayrıca bkz. Kaplan, s. 87-88; Aksi fikir, Piotet, ZSR 1961, s. 392, 393.

adalet kriterleri de sözleşmenin tamamlanmasına sokulmaktadır⁹⁴. Bu noktada şunu belirtelim ki, eğer sözleşme hiç bir kişisel özellik göstermiyor ve belli bir sözleşme tipinin karakteristik özelliklerini tamamıyla taşıyorsa BK. m. 2/2'de sözü edilen "işin niteliği" bu sözleşme tipinin "essentialia ve naturalia"sına göre tespit edilir. Burada yargıç için yardımcı olacak kurallar bu tip için öngörülmuş bütün yasal kurallar ve söz konusu olabilecek örf ve adet hukukudur⁹⁵.

Şöyle bir tesbitte bulunmak mümkündür: gerek tarafların farazi iradelerinden yola çıkan görüş, gerekse işin niteliğine göre yorum yapılmasını savunan görüş sonuç olarak aynı yere varmakta ve tarafların iradesini esas almakla birlikte bunun sözleşmenin amacına ve bütününe göre yorumlanarak hak ve adalet ölçülerini yerleştirecek güven ilkesine göre yapılacak bir boşluk tamamlama olacağını kabul etmektedirler⁹⁶.

Bu iki yöntemin yanında klasik olarak adlandırılabilen bir başka yöntem⁹⁷ ise taraflarca düzenlenmeyen bir alanda genel hukuk düzeninin normları ile sözleşmenin tamamlanmasını kabul etmektedir. Buna göre kanundaki yedek hukuk kuralları nazara alınarak boşluklar tamamlanacaktır. Sözleşme boşluğu olan hususla ilgili tarafların kanundaki tamamlayıcı yedek hukuk kurallarını uygulamamak konusunda bir anlaşmaları bulunmadığı takdirde⁹⁸ sözleşmedeki boşluğa kanunun uygun düşen yedek hukuk kuralı uygulanacaktır⁹⁹. Eğer kanunun yedek hukuk kurallarında uygulanacak bir hüküm bulunmazsa ne yapılacağı konusundaki görüşler farklıdır. Söz konusu durum için uygulanabilecek bir yedek hukuk normu bulunmuyorsa, örf ve adet hukukundaki uygulanacak bir hükmün varlığı araştırılır. Bu noktada bir diğer boşluk doldurma aracı olarak da pratik uygulamanın dikkate alınacağı söylenmektedir¹⁰⁰. Burada da hüküm yoksa

94. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 500, 537 (yazar işin niteliğinin sözleşmenin taraflarca belirlenen niteliği olduğunu ve bunun sözleşmenin amacı göz önünde tutularak saptanacağını belirterek mahkeme kararlarında bunun açıkça belirtilmese de "iyi niyet ve güvene" göre doldurmanın bu anlama geleceğini belirtmektedir, bkz. 108 II 114, 111 II 262; Schluép, s. 783; Schöenenberger/Jäggi, Art. 2, N. 65; Gauch/Schluép, s. 231; BGE 90 II 244, 107 II 149; 108 II 114.95.

Yung, s. 48; Schluép, s. 782; Merz Art. 2, N. 138; Piotet, ZSR 1961, s. 39 401.

96. Aynı anlamda, Jäggi/Gauch, Art. 18; N. 537 Schluép, s. 783. Aynı şekilde yorumlanabilir Merz, (Kommentar) Art. 2 N. 138, 145.

97. Geniş bilgi için bkz. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 49-54; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 502 vd; Sandrock, s. 23 vd., Schluép, s. 787 vd.

98. Tarafların kanundaki yedek hukuk kurallarını uygulamamak konusundaki anlaşmaları böyle bir hükümde düzenlenmiş konuyu görüşüp üzerinde anlaşmamış olmalarından meydana gelebilir. Bu yönde Oğuzman/Öz, s. 149-150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76-77.

99. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 18, N. 50; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 503 vd; Jäggi/Schöenenberger, Art. 2; N. 65; Oğuzman/Öz, s. 140; Kaplan, s. 88-95; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76-77; Eren, s. 510; Kocayusufpaşaoğlu s. 275.

100. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 52; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 392, 520; Piotet, ZSR 1961, s. 395; Merz Art. 2, N. 143.

bir görüş burada MK. m. 1/2'nin uygulanarak yargıç tarafından tamamen serbest olarak¹⁰¹ yaratılan bir hükümlerle doldurulmasını kabul ederken¹⁰² diğer bir görüş yargıcın burada işin niteliğine göre boşluğu dolduracağını kabul etmektedir¹⁰³.

Görüldüğü gibi gerek objektif, gerek subjektif, gerekse klasik yöntemde hemen hemen aynı araçlar kullanılmakta, fakat bunların öncelik sırası değişmektedir¹⁰⁴. Klasik yöntemi savunanlar önce kanundaki yedek hukuk kurallarının, burada sonuç alınmazsa işin niteliğine uygun çözümün (genellikle tarafların farazi iradelerini dikkate alan) yargıç tarafından yaratılmasını kabul ederken, subjektif yöntemi savunanlar önceliği tarafların farazi iradelerinden yola çıkan çözüme vermekte ve bunda başarılı olunmazsa yasadaki yedek hükümlerin uygulanmasını, burada da bir çözüm bulunmadığı takdirde MK. m. 1'in uygulanmasını savunmaktadırlar. Subjektif yöntem taraftarları bunun tüm sözleşme hukukuna egemen olan irade özgürlüğünün bir yansıması olduğunu kabul ederek ilk sırada tarafların farazi iradelerinin araştırılıp, boşluğun buna göre doldurulmasını savunurlarken¹⁰⁵, klasik yöntem taraftarları bunun MK. m. 1'in gereği olduğunu belirtmektedirler¹⁰⁶. Objektif yöntem ise öncelikle BK. m. 2/2'yi uygulayarak işin niteliğini uygun olarak boşlukları tamamlamakta ve bunu yaparken de araç olarak tarafların iradelerinden, bütün kanuni düzenlemelerden ve örf ve adet hukukundan yararlanmaktadır¹⁰⁷.

Yukarıda açıkladığımız yöntemlerin yanında doktrinde farklı bir bakış açısı ile savunulan başka bir görüş daha vardır. Sözleşmenin bireysel unsurlar taşıyıp taşıyamamasına göre boşlukların tamamlanmasını farklı çözüme bağlayan bu yöntemi aşağıda ele alacağız:

aaa) Bireysel Özellikler Taşıyan-Bireysel Özellikler Taşımayan Sözleşme:

Borçlar Kanunu'ndaki sınıflandırma mantığının sözleşmeleri çeşide göre değil, tipe göre ayırmak olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸. Buna göre kanunda temellerinde yatan menfaat durumları ve mümkün olacak uyumsuzluklar nazara

101. Burada yargıç tarafından yapılan hukukta MK. m. 1/2-3'ün uygulaması ile genel ve soyut bir kural yaratmanın veya MK. m. 4'ün uygulaması ile somut ve sözleşmenin bünyesine uygun özel ve uygulama alanı o olayla sınırlı bir hüküm koymanın mümkün olduğu yönünde Schlupe, s. 796; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 53; Kocayusufpaşaoğlu, s. 275.

102. Yung, s. 48; Jäggi/Gauch; Art. 18, N: 531; Eren C. I, s. 563; Kramer, Art. 18, N. 217, 218).

103. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 499 vd., N. 503; aynı anlamda Engel (Traité) s. 170; Oğuzman/Öz, s. 141 (yazar işin niteliğinin tesbitinde tarafların farazi ortak iradelerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edileceğini belirtmektedir); aynı yönde Kaplan, s. 90.

104. Aynı anlamda, Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. 184, N. 54.

105. Merz (Kommentar), Art. 2, N. 138; Meier-Hayoz; SJK. 1134, s. 7; Piotet, ZSR, 1961, 384, 385.

106. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vr. Art. 184, N. 54; Schönenberger/Jäggi; Art. 2, Art. 2; N. 65.

107. Bkz. dn. 95.

alınarak tipe bağlı niteliklerin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Tipin niteliklerinin kabataslak çizgiler ile belirlenmesi çeşitli varyasyonlara imkân verdiği gibi birbirleri içinde bağlantı kurmaya ve ¹⁰⁹ (yasada açıkça ifade edilmese bile, belli tipler için düzenlenmiş kurallardan tanınma imkânı olan) birtakım birleşmelerin meydana gelmesini sağlar.

Düzenlenmiş olan sözleşme hukuku tipi genel ve sık sık tekrarlanan ilişkileri içermekte, atipik, özel ve kişisel ilişkileri kapsamamaktadır. Düzenlenmiş olan sözleşme hukukunun yarattığı sonuçlar tipe göre yapılan bir sistem değerlendirmesine dayanmaktadır. Oysa gerçek hayatta yapılan sözleşmelerin çoğunda subjektif noktalar, tarafların iradeleri ile yarattıkları bir kişiselleşme ile tipten uzaklaşma sağlayarak sözleşmenin belli tip altında değerlendirilmesi imkânını zorlaştırmaktadır ¹¹⁰.

Bir somut sözleşme eğer kanundaki tanıma giriyor ve hiç bir kişisel bağlantı noktası oluşturmuyorsa burada artık "bu sözleşme" değil, "bu tip bir sözleşme" vardır ¹¹¹. Şunu belirtelim ki, bir somut sözleşme eğer sözleşmenin yasadaki tanımındaki klasik kavramlara giriyorsa tipik, aksi halde tipik olmayan bir sözleşmenin varlığını belirlemek kolay iken, eğer sözleşmeye bireysel unsurlar katılmış ise, bu mantıksal değerlendirmenin geniş olarak yapılması ve kişiselleştirmenin tipi aşip aşmadığını belirlemek gerekmektedir. Ayırım noktası şu olmalıdır: Kişiselleştirme somut olayda bir tip zayıflaması veya atipik olmaya doğru götürüyor mu? Eğer sözleşmeye katılan özel unsurlar önemsizse ve sözleşme yasal tanımın genel kavramlarını kapsıyorsa bireysel bir sözleşme değil, tipe uygun bir sözleşme bulunmaktadır ¹¹².

bbb) Bireysel ve Bireysel Olmayan Sözleşmelerde Boşluk Doldurma:

Sözleşmelerde bu yönde yapılan ayırım boşluk tamamlamada önemini göstermektedir. Boşluğu tamamlanacak olan sözleşmenin yasadaki düzenlenmiş bir sözleşme tipine girdiği ve hiç bir bireysel özellik göstermediği, yani başka bir ifade ile, tamamlanacak olan sözleşmenin yasal sözleşme tipindeki genel

109. Larenz (Schuldrecht II/1), s. 4 (yazar tip kavramının bir nitelik bütününe ifade ettiğini ve bunun içinde ayrı ayrı özelliklerin, yerine başkasının konulabilir nitelikte olduğunu ve tip içinde her zaman bir anlam bütünlüğü içinde birleşmelerin olabileceğini belirtmektedir).

110. Geniş bilgi için bkz. Sandrock, s. 50 vd.

111. Schlupe, s. 786, Merz, (Kommentar), Art. 2, N. 138; Jäggi/Schönenberger, Art. 2, N. 52; Meier/Hayoz, SJK 1134, s. 7.

112. Schlupe, s. 790 (Yazar klasik bakış açısı altında somut sözleşmenin tipe ait kavramları kapsamamasının onu bu tip altına sokmak için yeterli olduğunu, oysa genel kavramlar gibi kuvvetli nitelik çevrelemesinden ziyade tipin mahiyetinin göz önüne alınmasını gerektiren tipolojik bakış açısı (sözleşmesel tipi esas alan) altında bakmak gerektiğini belirtiyor.); aynı yönde Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 7.

kavramsal nitelikleri ile uyduğu ve buna ek olarak sözleşmenin geri kalan içeriğinin de yasadaki sözleşme tipine ait kuralların uygulanmasına engel teşkil etmediği söylenebiliyorsa boşluk tamamlama ile ilgili olarak öncelikle o sözleşme tipine ait hukuk kuralları uygulanacaktır. Şöyle ki, böyle bir ayırımın yapılmasına taraftar olanlar somut bir sözleşmenin çoğunlukla atipik, özel ve kişisel karakter gösterdiğini, bu nedenle atipik, özel ve kişisel tamamlanmak zorunda olduğunu belirterek, alışılmış genel taraf iradelerini dikkate alan ve şematize edilebilen ortalama çözümler getiren hükümlerin somut bir sözleşmenin tamamlanmasında kullanılmayacağı sonucuna varmaktadırlar ¹¹³. O halde sözleşmeyi tamamlayacak olan yargıç ilk olarak boşluk gösteren sözleşmenin yasadaki tipe uygun olup olmadığını saptamalı ¹¹⁴ içerik ve bütün olarak sözleşmenin tipi aşıp aşmadığına karar vermelidir. Somut sözleşme tip çerçevesinde kalmışsa yargıç sözleşme boşluklarını bu tipe uygun kurallarla doldurmalıdır ¹¹⁵. Sözleşme tipi hukuku daha önce de belirttiğimiz gibi ¹¹⁶ essentialia ve naturaliadan meydana gelir.

Sözleşme tipini meydana getiren hukuk kuralları emredici ve yedek hukuk kuralları niteliğinde olabilir. Tipe uygun bir sözleşmenin emredici hukuk kurallarına uyması gerektiğinde şüphe yoktur. Yorumlayıcı ve tamamlayıcı hukuk kurallarından oluşan yedek hukuk kuralları ¹¹⁷ boşluk tamamlamada nasıl uygulanacaktır? Birtakım yedek hükümler bütün sözleşmeler için genel bölümde düzenlenmişken bir kısmı da her sözleşme için özel bölümde düzenlenmiştir. Genel bölümde düzenlenmiş olan kurallar somut olay için özel bir sözleşmenin tamamlayıcı hükümlerinin uygulanmasını gerektirmiyorsa geçerli olacaklardır. Özel bölümdeki yedek hukuk kuralları tamamlayıcı kuralların esasını oluşturmaktadır. Belli bir sözleşme tipine ait olabilecekleri gibi, (satım gibi) belli tip içindeki özel bir bölüme de (taşınır veya taşınmaz satışı gibi) ait olabilirler. Sözleşme tipi hukukunun boşluk tamamlamada kullanılması için bu tipe ait yasa hükümlerinin somut sözleşmenin yorumlanması ile saptanan içeriğine (essentialia negotii) uygunluk gösterip göstermediği tespit edilir (örneğin, somut olaydaki

113. Sandroek, s. 50 vd., Schlupe, s. 783; Kaplan, s. 90; aynı yönde anlaşılabilir şekilde, Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 509 vd.; Yung, s. 49.

114. Sözleşmenin yasal tipe uygunluğunun genel kavramlara göre değil, tipolojik kavramlara göre yapılması gerektiği yönündeki uzun açıklamalar için bkz. Schlupe, s. 790-795.

115. Jäggi/Schöneberger, Art. 2, N. 51; Merz (Kommentar) Art. 2, N. 138; Yung, s. 48; Schlupe, 782/Gauch/Schlupe, s. 231, ayrıca bkz. P. Piotet, La Formation du Contrat, 1956, Bern, s. 32 (yazar sözleşmenin tipini nazara alarak böyle bir boşluk doldurmanın genel bir doldurma olduğunu (complement général) ve yargıcın genel ve soyut bir kuralı uyguladığını, bu kuralın yasal, adil ve sözkonusu sözleşme tipinin bütün türleri için geçerli olan bir kural olması gerektiğini belirtmektedir); aynı yönde Piotet, ZSR 1961, s. 393; aynı anlamda Engel (Traité), s. 170; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. 184, N. 58.

116. Bkz. yukarıda s. 2-3.

117. Bkz. Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1994, s. 55.

müteahhitlik sözleşmesinin eser sözleşmesinin genel normlarına girip girmediğinin tesbiti gibi). Sözleşmenin yorumu ile saptanan içerik sözleşmenin yasal tanımındaki kavramlarla çakışıyor ve sözleşmenin bütünü açısından da bu sözleşme tipine ait hükümlerin uygulanmasında taraf iradelerine uygun olmayan bir durum ortaya çıkmıyorsa boşluk bu şekilde yedek hukuk kuralları ile doldurulacaktır.

Sözleşme tipi hukukunda boşluğa doldurmaya elverişli bir hüküm bulunmaması durumunda yargıç MK. m. 1'i uygulayarak örf ve adet hukukunda konuyla ilgili bir hükmün olup olmadığını araştırır. Böyle bir hükmün de bulunmaması halinde hukuk yaratarak boşluğu tamamlama yoluna gider. Burada yargıç eğer sözleşme tipik olmakla birlikte kişisel unsurlar da taşıyan bir sözleşme ise tamamen somut olayla ilgili bir karar vererek boşluğu tamamlayacak, aksine sözleşmede hiç bir kişisel bağlantı noktası yoksa boşluğu genel bir kuralla (benzer durumlarda da uygulanabilecek) dolduracaktır¹¹⁸.

Sözleşme tipi hukukunda bulunan kuralın sözleşmenin içeriği ile uyum sağlamaması, yani taraf iradeleri ile uygun olmadığının tesbiti sözleşmenin tipi aşarak bireysel unsurlar taşıması anlamına gelmektedir¹¹⁹. Bu noktada sözleşme belki ait olduğu tipin genel kavramlarına uygun gibi görünüyordur ama sözleşmeye eklenmiş olan diğer unsurlar bu sözleşmeyle ilgili tip hukukundaki genel ve soyut düzenlemelerin sözleşmeye tam olarak uymaması sonucunu doğurabilmektedir. Çünkü, karşımızda olan sözleşme subjektif bağlantı noktaları taşıyan ve "tip"i aşan bireysel (atipik) bir sözleşmedir¹²⁰. İşte bu durumda sözleşme tipi hukukunun uygulanmasından vazgeçilerek taraf iradelerini nazara alan ve sözleşmenin bütünü ile de ahenk oluşturacak şekilde güven ilkesini hayata geçiren bir sözleşme boşluğu tamamlama yöntemi takip edilecektir¹²¹. Federal Mahkeme bir isimsiz sözleşme ile ilgili verdiği kararda boşluğun benzer sözleşmelerle

118. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 60-61; Jäggi/Gauch, Art. 1, N. 535; Schlupe, s. s. 793, (yazar burada sözleşme tipi hukukunun yargıcın hukuk yaratması yolu ile tamamlanacağını belirtmektedir), s. 795.

119. Bu noktada bkz. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 509 vd.; ve N. 551 (yazar sözleşme tipi hukukunun uygulanabilirliğini uygulanacak hükmün sözleşmenin içeriği ile uyum sağlayıp sağlamaması noktasında değerlendiriyor ve sözleşme tipi hukukunun hangi ölçüde uygulanacağını genel değil, somut olayın özelliklerine göre yargıç tarafından karar verilecek bir sorun olduğunu belirtiyor), ayrıca bkz. Yung, s. 49.

120. Karma sözleşmeler açısından "tipin aşılması" ile ilgili açıklamalar için bkz. Kuntalp, s. 154-155.

121. Schlupe, s. 795; Benzer şekilde yorumlanacak şekilde Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 517 (yazar burada işin niteliğini ve tarafların iradesini uygun bir armoni ile birleştirecek şekilde yargıcın hukuk yaratmasının söz konusu olduğunu belirtmektedir); Yung, s. 49; Meier/Hayoz, SJK, 1134, s. 8; Piotet, ZSR 1961, s. 401; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N: 63 (yazar burada kullanılacak yöntemin MK. m. 4'de belirtilen yöntemle benzer olduğunu belirtmektedir); aynı şekilde yorumlanacak şekilde Engel, (Traité) s. 170-171 (yazar sözleşme adaletinin sağlanması gerektiğini ve taraflarca kendilerine özgü menfaatler düşünülerek hazırlanmış sözleşmelerin boşluğunun tamamlanmasında kendi türünün tek örneği olan sözleşmeye ilişkin çözümlerin genelleştirilemeyeceğini belirtmektedir, yani yasal genel kuralların uygulanamayacağını belirtmektedir); aynı yönde Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40, 41.

ilgili tamamlayıcı hukuk kurallarına göre değil, tarafların farazi iradesine göre doldurulacağına hükmetmiştir¹²². Eğer tarafların farazi iradelerini saptayarak boşluğu doldurmak mümkün olmuyorsa MK. m. 1 uygulamaya gelecek ve yargıç örf ve adet hukukunda bir çözüm arayacaktır. Burada da bir çözüm bulamaması halinde kendisi hukuk yaratma yoluna gidecektir¹²³.

Burada özel bir durum üzerinde durmakta fayda görüyorum. Sözleşme subjektif bağlantı noktaları taşıdığı için uygulanmayan sözleşme tipi hukuku emredici yasa kurallarını içeriyorsa durum ne olacaktır? Emredici kurallarının koruma fonksiyonları olduğu düşünülecek olursa normal sözleşme tipinden uzaklaşmakla birlikte bu koruma fonksiyonunun devam etmesinin gerekip gerekmeyeceği hususu sorunun cevabı için önemlidir. BK. md. 19 çerçevesindeki genel sözleşme özgürlüğü içinde, emredici sözleşme tipi hukukunda ifadesini bulan koruma ihtiyacının devam ettiği söylenebiliyorsa, yargıç tamamlanacak sözleşmeye o tipe ait sözleşme kuralları ile tamamlanmasa bile MK. m. 1'deki hükme dayanarak uygun yönde bir hüküm koyacaktır¹²⁴.

cc) İsimli Sözleşmelerde Boşluk Tamamlamanın Özellikleri:

aaa) Genel Olarak:

Daha önce de belirttiğimiz gibi genel olarak kabul edilen, isimli sözleşmelerdeki boşluk tamamlamanın isimli sözleşmelerdeki gibi olduğudur¹²⁵. Ancak hemen belirtelim ki, isimli sözleşmeler kanuni tip bakışı altında incelendiğinde atipik sözleşmeler olduklarından isimli sözleşmelerdeki tipten uzaklaşan sözleşmelerde olduğu gibi tarafların farazi iradelerini de nazara alan ve güven ilkesine göre yapılan bir boşluk tamamlama yöntemine tabi olacaklardır¹²⁶. İsimli sözleşmeler kanun tarafından düzenlenmedikleri için tabii olarak kanundaki sözleşme tipi hukukunun uygulanması söz konusu olmayacaktır¹²⁷. Burada düşünülebilecek olan bir husus, karma sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş olan

122. ATF 107 II 218 = JdT 1982 I 66, aynı yönde bir başka kararda kısmi hükümsüzlük nedeniyle doğan boşluğun tarafların farazi iradeleri araştırılarak doldurulacağı belirtiliyor: BGE 96 II 133 = JdT 1971 I 267; BGE 114 II 163-164.

123. Piotet, ZSR 1961, s. 388-389; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 60-61.

124. Schlupe, s. 794 (yazar burada tipolojik tanımlamaya göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir, s. 795); Kuntalp, s. 155-156; Kaplan, s. 91.

125. Bkz. dn. 60.

126. Gauch/Schlupe, Art. 18, N. 547-549; Meier-Hayoz, SJK 1134; s. 7-8; Schlupe, s. 780-81; Engel (Contrats), s. 686; Tercier (Les Contrats), s. 16; aynı anlamda Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40, 41.

127. Burada sadece BK.'nin genel bölümündeki hükümlerin uygulama alanı bulacağı düşünülebilir. bkz. Gauch/Schlupe, s. 231, Tercier (Les Contrats), s. 16. Ayrıca bak., Guhl/Merz/Koller, s. 303, 304. (Yazarlar önce BK. nin genel hükümlerinin, bu yoksa özel hükümlerin, burada da hüküm yoksa MK. m. 1/2'nin uygulanacağını belirtiyorlar.)

sözleşme elemanlarını bünyesinde bulunduran sözleşmeler olması nedeniyle bu elemanların ait olduğu sözleşme tipine ait kuralların karma sözleşmelerin boşluklarının doldurulmasında uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Hemen belirtelim ki, burada da söz konusu sözleşmeler kanununun belirlediği tiplere aykırı karakter taşımaları nedeniyle tip sözleşme hukuku açısından atipiktirler ve bu nedenle boşluklarının tamamlanması direkt olarak sözleşme tipi hukukuna göre değil de¹²⁸, atipik sözleşmelerde uygulanan güven ilkesine göre olacaktır¹²⁹.

Sui generis sözleşmelerin hiç bir şekilde kanun tarafından düzenlenmeleri söz konusu olmadığı için bunlarla ilgili boşluklar da tarafların farazi iradeleri nazara alınarak güven ilkesi çerçevesinde doldurulacaktır. Burada Federal Mahkemenin konu ile ilgili bir kararına değinmek uygun olacaktır¹³⁰. Bu kararda Mahkeme münhasır satıcılık sözleşmesinin isimsiz sözleşme olduğu, kıyas yolu ile acenta sözleşmesi ile ilgili hükümlerin uygulanabileceği düşünülebilirse de tarafların iradesinden yola çıkarak işin mahiyetine uygun bir sözleşme süresinin belirlenmesinin gerektiğini kabul edilerek yukarıda belirtilen kriterlere uyan bir çözüm benimsemiştir.

Bileşik sözleşmelerde ise her sözleşme bağımsızlığını koruduğu için her bir sözleşme için kendisine ait kuralların uygulanabileceği düşünülebilirse de sözleşmelerin varlıklarının ve geçerliliklerinin birbirlerine bağlandığı düşünüldüğünde kanundaki tiplerden uzaklaşan bir sözleşme tipinin varlığı kabul edilmeli ve bunlarla ilgili boşluklar da tarafların farazi iradelerini ve güven ilkesini nazara alan bir bakış altında doldurulmalıdır¹³¹.

İsimsiz sözleşme ile ilgili taraf iradelerini saptamak mümkün olmuyorsa MK. m. 1'in uygulaması gündeme gelecektir¹³². Buna göre yargıç öncelikle uygulanacak bir kanun hükmünün olup olmadığını araştırarak ve burada BK.'nun

128. İsimsiz sözleşmelerle ilgili güvensizlik noktalarından birinin de bu sözleşmelerdeki boşluklara hangi hükümlerin uygulanacağına önceden bilinmemesi olduğu yönünde Tercier, (Les Legislatuers), s. 51. Honsell/Vogt/Wiegand, Einl. vor. Art. 184, N. 66, (yazar, karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerle ilgili yaratılan teorilerden benimsenmiş olana göre sözleşme tipi hukukunun gündeme gelebileceği düşünülebilirse de bunun uygun olmadığını belirtmektedir); karma sözleşmelerle ilgili olarak aynı yönde açıklamalarla ilgili olarak bkz. Kuntalp, s. 154, 155.; ayrıca bkz. Kaplan, s. 90.

129. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 549. Schluep, s. 797, (yazar burada karma sözleşmelerle ilgili olarak yargıcın hukuk yaratması durumunda karma sözleşmeyi oluşturan bağımsız sözleşme tiplerine yoğunlaşabileceğini ve bu tiplerle ilgili hükümlerin yargıç tarafından yaratılacak isimsiz sözleşme hukukunun oluşturulmasında ön plânda dikkate alınacağını belirtmektedir). bkz. aşağıda bbb.

130. JdT 1982 I 67 = RO 107 II 216.

131. Bu anlamda Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 70, ayrıca bu konudaki problemleri noktalarda ilgili açıklamalar için N. 71; bileşik sözleşmelerdeki boşlukların iyi niyet kurallarına göre doldurulacağı yönünde JdT 1981, s. 369 vd.; BGE 107 II 144.; Feyzioglu, s. 63.

132. Piotet, ZSR 1961, s. 388-389.

genel hükümlerini nazara alacaktır. Ancak kanun hükmünün sözleşmenin içeriği ile bütünlük arzedecek şekilde olmasına dikkat edecektir¹³³. Eğer uygulanabilecek olan bir kanun hükmü bulunamazsa ve bu konuda bir örf ve adet hukuku kuralı da yoksa yargıç boşluğu hukuk yaratarak doldurma yoluna gidecektir. Kişisel özellikler gösteren sözleşmeler için yargıç tarafından yapılan boşluk doldurma işlemi sözleşmenin kişiselliği ile sınırlı olarak sözleşmenin niteliğine uygun bir karar olacakken¹³⁴, kişisel karakter göstermeyen ve çok sık olarak tekrarlanan yığınsal sözleşmelerde yargıç tarafından bu sözleşmelere ilişkin bir genel ve soyut tip sözleşme hukukunun yaratılıp yaratılmayacağı ve kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tipi hukukunun bu yaratılacak hukuk için kıyas yolu ile yararlanabileceği bir kaynak oluşturup oluşturmayacağı düşünülmek gerekir. Bunu aşağıda ele alacağız.

bbb) İsimli Sözleşmelere İlişkin Bir Sözleşme Tipi Hukukunun Yaratılma İmkânı:

Daha önce de belirttiğimiz gibi uygulamanın çıkardığı ihtiyaçlar çok çeşitli isimli sözleşmenin hukuk hayatına girmesine neden olmuş ve bu sözleşmeler sık kullanılarak, tekrarlanarak adeta isimli sözleşmeler gibi düzen tipi olmuşlardır (factoring, franchiseing)¹³⁵. Boşlukları tamamlanacak olan sözleşme böyle bir uygulama bolluğu olan bir sözleşme ise boşlukları tamamlayacak olan yargıç bu uygulamadan ne şekilde yararlanacaktır?

Çok sık kullanılan isimli sözleşmeler alanında bir örf ve adet hukuku oluştuğu da söylenebilir. Ayrıca bireysel çıkarların korunması bu alanlarda çok yoğun olarak genel işlem şartlarının kullanılması sonucunu getirir. Bu durumda böyle yığınsal karakter gösteren sözleşmelerin hem boşluklarının tamamlanmasında, hem de sözleşme içeriklerinin adil olmaması tehlikesi karşısında yargıçsal bir sözleşme tipi yaratılarak buna göre karar verilmesinin uygun olacağı savunulmaktadır¹³⁶. Bu yönde bir yargıç hukukunun yaratılmasında yılların geçmesi ile yerleşen içtihatlar yardımcı olacak bir unsurken¹³⁷ diğer bir unsur da ka-

133. Jäggi/Gauch, Art. 18, N: 554; Schluép, s. 797.

134. Schluép, s. 797-798; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 68; Engel, s. 686.

135. Bunların alışılmış partnerler arasında sık tekrarlanan sözleşmeler olarak yasa tarafından düzenlenmiş sözleşmelere yaklaştığı yönünde Engel (Contrats), s. 686.

136. Schluép, s. 800; Sandrock, s. 53; aynı yönde değerlendirilebilir, Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 67-68; ayrıca bkz. Tercier (Les Legislaturs), s. 59.

137. Jäggi/Gauch, Art. 1 (N. 550, ayrıca 524; Schluép, s. 800).

nunda düzenlenmiş sözleşme tipi hukuku¹³⁸ ve karşılaştırmalı hukukun çözümleri¹³⁹ olacaktır. Ayrıca pratik uygulamanın alışkanlıkları, doktrin ve içtihatlar da yardımcı olacak kaynaklar arasındadır¹⁴⁰. Yaratılmış olan bu hukuk benzer sorunlarda diğer yargıçlar tarafından nazara alınacaktır.

Son olarak işaret edilmesi gereken bir nokta da yargıcın sözleşme boşluklarını tamamlarken, işin niteliğine ve taraf iradelerine uygun çözümler getirmesi gerektiğini gözden uzak tutmaması ve genel ve soyut kuralları sözleşmenin bütünü ile uyum göstermemesi halinde uygulamamasıdır¹⁴¹.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYOL, Ş. : Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri, 1. Fs.s., İstanbul, 1984).
- BUCHER, E. : Schweizerisches Obligationenrecht; Allmegemeiner Teil, Zürich, 1988.
- BUCHER, E. : Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auf., Zürich, 1983.
- ENGEL, P. : Traité des Obligations en Droit Suisse; Neuchatel, 1973.
- ENGEL, P. : Contrat de Droit Suisse, Berne, 1992.
- EREN, F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, Ankara, 1991.
- FEYZİOĞLU, F. N. : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım; Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul 1978.
- GAUCH, P. / SCHLUEP, W. : Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 1991.
- GAUCH / SCHLUEP / TERCIER : Partie Generale du Droit Des Obligations, Zürich, 1982.
- GIFFARD, A. E. / Villers, R. : Droit Romain et Ancien Droit Français, Dalloz-Paris, 1958.
- GUHL / MERZ / KOLLER : Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl, Zürich, 1991.
- HATEMİ / SEROZAN / ARPACI : Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, 1992.

138. Sandroc, s. 53; Schlupe, s. 797; Engel (Contrats), s. 686; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184; N. 67.; İsimli sözleşmelerin bugünkü hukuki sistemi içindeki yeri ile ilgili görüşleri de içeren değerlendirme için bkz. Tercier (Des Législateurs), s. 56-58.

139. Schlupe, s. 800; Engel (Contrats), s. 687.

140. Engel (Contrats), s. 687; Tercier (Les Legislaturs), s. 59, vd.

- HONSELL, H.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1988.
- HONSELL / VOGT / WIEGAND** : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht Art. 5-529; Helbing Lichtenhan, 1992.
- JÄGGI, P. / GAUCH, P.** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 18, VI/b, Zürich, 1980.
- JÄGGI, P. / SCHONENBERGER, W.** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V-1-a. Obligationenrecht, Art. 1-17, Zürich-1973.
- KAPLAN, İ.** : Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması, Ankara, 1987.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.** : Borçlar Hukuku-Genel Hükümler (Forma halinde).
- KUNTALP, E.** : Karışık Muhtevalı Akid, Ankara, 1971.
- LARENZ, K.** : Lehrbuch des Schuldrecht, Band- Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, 1987.
- LARENZ, K.** : Lehrbuch des Schuldrecht, II. Band, Besonderer Teil, 12. Aufl., München, 1981.
- LARENZ / CANARIS** : Lehrbuch des Schuldrecht, Band II/2, Besonderer Teil, München, 1994.
- LEUENBERGER, C.** : Diensleistungvertrag, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1987/II.
- MEIER-HAYOZ** : Gesetzlich nicht geregelten Verträge; Schweizerische Juristen Katalogen 1134-1135.
- MERZ, H.** : Berner Kommentar Einleitungsband (Art. 2 ZGB), Bern, 1962.
- MERZ, H.** : Vertrag und Vertragschluss, 2. Aufl., Freiburg, 1992.
- OFTINGER, K.** : Die Freiheit des Bürgers im schweizerischem Recht; Festgabe der Juristischen Fakultäten der Schweizerischen Universitäten zur Hundertjahrfeier der Bunderfassung, Zürich, 1948.
- OĞUZMAN, K.** : Medeni Hukuk Dersleri / Bası, İstanbul, 1994.
- OĞUZMAN, K. / ÖZ, T.** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1995.
- PIOTET, P.** : La Formation du Contrat, Bern, 1956.
- PIOTET, P.** : Le Complément Judiciaire du Contrat; Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 1961/I.
- RADO, T.** : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1992.
- SANDROCK, O.** : Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht Köln, 1965.
- SCHLUEP, W.** : Innominatverträge, Separatdruck aus Schweizerische Privatrecht, (Band VII/2 Besondere Vertragverhältnisse), Basel-Stuttgart, 1979.
- TANDOĞAN, H.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri; C. I/1, 6. Bası, Ankara, 1990.
- TEKİNAY / ALMAN / BURCUOĞLU / ALTOP** : Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.

- TERCIER, P. :** Les Contrats Specieaux, 2. Edition, Zürich, 1995.
- TERCIER, P. :** Des Legislaturs Innommés, Innominatverträge; Festgabe zum 60. Geburtstag von W. Schluep, Zürich, 1988.
- von TUHR / Çev. Edege :** Borçlar Hukuku, Ankara, 1983.
- von TUHR / PETER :** Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts; Band I, Zürich, 1979.
- YAVUZ, C. :** Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul, 1994.
- YUNG, W. :** Interpretation Suppletive des Contrats, ZBJV, 1961, s. 41, vd.