ISIMSIZ SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ, YORUMU VE BOŞLUKLARININ TAMAMLANMASI
Saibe OKTAY*

I- İsimsi Sözleşmelerin Geçerliliği

1. İsimli-İsimsi Sözleşmeler:
a) Genel Bakış:

Kanun koyucunun sözleşmeleri düzenlemek hususında gösterdiği tutumu şöyle açıklayabiliriz:

- Bir takım sözleşmeler ya Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri Bölümünde ya da özel bir kanun tarafından düzenlenmiştir. Bunlara isimli sözleşmeler (Les contratst nommés, die Nominatverträge) denir 1.

- Bir takım 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 özgürliği çerçevesinde özgür iradeleri ile bu tip sözleşmesel ilişkiler kurarak, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yaratılmaktadırlar. İşte kanun koyucu tarafından değil de, tarafların iradeleri ile yaratılan bu sözleşmeler isimsi sözleşmeler (Les contrats innommés, die Innominatverträge) denilmektedir 2. Bu sözleşmelerin isimsi ol-


2. Schluep, s. 770; Engel, s. 676; P. Tercier, Des Legislateur Innommés, Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstage von W. Schluep, 1988, Zürich, 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. Akkol, Borçlar Hukuku, (Özel Borç İlişkileri) İstanbul 1984, s. 4; Ç. Yavuz, Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükmüller, 1989, s. 15; Hatemi/Serozan/Rapaci, Borçlar Hukuku; Özel Bölüm, 1992, s. 35 vd.
ması kanun koyucu tarafından isim verilmmediği içinidir. 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 aynı bir sözleşme olarak düzenlenmişlerdir 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 kanuda isim verilerek anılmış olmalarına rağmen, sınıflandırma kriteri olarak kanunun birtakım kurallarla bunları düzenlemiş olması gerekeninde yola çıktığımızda, bunların da isimsiz sözleşmeler olduklarını kabul etmemiz gerekir 3.


b) İsimli-İsimsiz Sözleşme Ayırımı:

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

3. Schluep, s. 770: Bunların aynı olarak düzenlenmiş oldukları yönünde Engel, s. 677.
4. Kanun koyucunun bu seçiminin çeşitli faktörlere bağlı olduğunu belirtir 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 tanın sınıfın etkisi ile çiftlik kirası ile ilgili hükümlerin kanuna eklenmesi), genel sözleşme ilişkisi içinde zafy olan tarafın korunma ihtiyacın (İsviçre'de 1993 yılında seyahat sözleşmesi ile ilgili kanunun çıkarması), finansal ve teknik alandaki gelişmelerin kanun koyucuyu yeni bir sözleşme tipi yaratmaya iten nedenler olduğunu belirtiyor. Kanun koyucunun çeşitli sözleşme tiplerini kanında düzenlemesinin nedenleri ile ilgili bkz. Tandoğan, s. 8, 9; Yavuz, s. 3 vd. Bütün bu ve benzeri nedenlerin ayrıca tarafların serbest iرادeleri ile bir isimsiz sözleşme yaratmalarına da neden olacağı yönünde bkz. Schluep, s. 798, 799.
derecedeki önemli noktalarını ifade ettiği belirtilmektedir. Essentialia negotii isimli sözleşmeler için kanuni tanımından çıkılmaktadır. İşte eğer bir sözleşmenin esaslı noktaları (unsurları) kanun tarafından düzenlenmişse bunun isimli sözleşme olduğunda şuhe yoktur. Başka bir ifade ile essentialia negotii’nin belirlenmesi yasa yolu ile oluyorsa ve somut sözleşme ilişkisinin esaslı unsurları ile kanunda belirlenmiş olan esaslı unsurlar birbiri ile birleşyorsa isimli sözleşme alanında bulunuyoruz demektir.


5. Umur, Roma Hukuk Lügatı İstanbul, 1975, s. 66; Schlupe, s. 770; Meier-Hayoz, Gesetzliche nicht geregelte Verträge, Schweizerischen Juristen Katalog, N. 1134, s. 5; Gauch/Schlupe/Tercier, Partie General du Droit des Obligations, Zurich, 1982, s. 68 (yazarlar essentialia kavramının üzerinde anlaşılması gereken asgari içerik olduğu söyleyörler.) Ayrıca yönde K. Lenz, Allgemeiner Teil des deutschen Burgerlichen Recht. 7. Auf.. 1989, München, s. 528; Bucher, (Allg. Teil) s. 117, 118 (yazar bu kavramı Roma Hukükmüne sözleşme sistemi ile ilgisi olduğunu, bir sözleşmenin Maddi Geçerlilik şartının bir sözleşme tipi için girmesi olduğunu, bu günkünde sözleşme serbesti sistemi içinde bu anlaşımdan olmadığını ve sözleşmenin üzerinde anlaşılması gerektiği birinci derecedeki noktaları ifade ettiği ve kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde bunun kanundaki tanımdan çıkğıntı, isimiz sözleşmelerde bunun en azından sözleşmenin anlamını tanıttıracak nitelik olmasının gerektiği belirtiyor. Ayrıca bkz. Bucher (Skriptum), s. 17; Daha farklı bir açıklıca ise bkz. W. Schönberger/P. Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 1 a, Art. 2, N. 3 (yazar essentialia negotii’nin bir sözleşme ilişkisi içindeki başıca esas içerik olduğu ve bunun sıkça kanundaki tanımdan (legal definition) tespit edildiğini (satuında mal ve fiyat gibi) belirtmektedir. Ancak yazara göre bu bir sözleşmenin meydana gelmesi için tarafların üzerinde anlaşmalıdır asgari içerikleri farklı olmasına rağmen sıkça bu iki kavram aynı anlamda kullanılmaktadırlar. Essentialia negotii kavramının sözleşmenin oluşumu ile ilgilişinin bulunmadığı, bunun "tip:e uygun sözleşmenin oluşmasını sağlayan kavram olduğuna belirten yazar, essentalia’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, Schönberger/Jäggi, Art. 2, N. 3 (yazar bunun her zaman olmayabileceğini belirtmektedir).


8. Schlupe, s. 772, 773.

9. Umur, s. 138; Schönberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Gauch/Schlupe/Tercier, s. 68; Bucher (Allg. Teil), s. 117); Essentialia’nın naturaliamın geçerlilik alamını sınırlayıp, belirlediği yönünde, Schlupe, s. 787.

10. Umur, s. s. 1; Schönberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Bucher (Allg. Teil), s. 117; Gauch/Schlupe/Tercier, s. 68 (yazarlar accidentalayı tarafların pozitif hukuka istisna getiren kurallar olarak tanımlamaktadırlar).
2- İsimsziz Sözlemlerinin Geçerlilik Nedenleri:

a) Genel Olarak:

Tarafların genellikle kararlaştırdıkları şartlar uygulamada gelişerek bu yönde bir örf ve adet hukuku yarıttığı gibi, genel işlem şartlarının yoğun şekilde kullanılarak gelişmesi ile yoğunsal işlemler şeklinde bir düzen tipi olmaya başladılar. Bu yoğunluk bir kısıtmayı ve adlandırmayı gerektirdiğinden isimsiz sözleşmeler "isimlendirilmiş sözleşmeler" olarak hukuk yaşamında yerlerini alırlar. 17.

İsimsiz sözleşmelerin tanınmasını sağlayan sözleşme özgürlüğü ilkesini daha yakından görelim:

b) İsimsiz Sözleşmelerin Geçerlilik Nedeni: Sözleşme Özgürlüğü:

İsimsiz sözleşmelerin geçerliliğini hukuki sebepleri nelerdir? Bu sorunun cevabı özel hukukun ve Borçlar Hukukunun temel prensiplerinden çıkar. Bu alanda en temel prensip irade özgürlüğündür. İrade özgürlüğünün sonucu olan hukuki işlem serbestisi ve bunun içine dahil olan sözleşme serbestisine dayanarak yeni oluşumlar yaratılabilirmektedir. 18. 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:


17. Schleup, s. 798.
19. Meier/Hayoz, SJK 1134, S. 2; Merz (Vertrag) s. 48; Schleup, s. 779; Oftinger, s. 315, 316; Schleup/Gauch, s. 104; Bucher (Skriptum), s. 19; Honess, s. 12; Aynca bkz. F. Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükmümler, C. I, s. 364 vd.
anlama gelen tip serbestisi (özgürlüğü) veya daha genel bir ifade ile sözleşme serbestisi (özgürlüğü) kanundan çıkan bir ilke olarak hukuk yaşamına girmiştir. Kısaca, tip serbestisi "numerus clausus" karşısında seçilmiştir.

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

c) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları:

aa) Genel Olarak:


Borçlar Hukuku sisteminde esas olarak şekil serbestisi olmasına rağmen, bazı sözleşmeler için kanun koyucu zorunlu olarak uymalıya gerekten şekil kuralı getirmiştir. Bunlar değiştirilememeyen kurallar olduklarından bunlara aykırıdır, emredici kanun hükümlerine aykırılığın kaderine tabi olarak geçersiz olur. 21

20. Şekil zorunluğu ve içeriğin maddi olarak sınırlandığı tip zorunluluğunu ve numerus clausus getirmektedir. Schluep, s. 779. Serbestçe düşülen bir sözleşme nin hukukun temel çekirdeği olduğu yönünde bkz. Oftinger, s. 317.

21. Şekil kurallarının amacı ile ilgili olarak bkz. Gauch/Schluep/Tercier, s. 71; H. Merz; Bernr Kommentar, 1966, Bern. Art. 2 N. 462 vd. Larenz (Schuldrcht) 1). 67 vd.; Schönenberger/Jäggi Art. 11, N. 40-42; Merz (Vertrag) s. 178 vd. (yazar şekil kurallarının amacı kayit düzeninin sağlanması ve kişilerin konunması olduğunu belirtiyor); Tercier (Des Legislateur) s. 47, d. 5’de yasa koyucunun şekil kurallan kayıtların amacını kayit düzenini sağlamak için kayit düzeninin korunması gerektiğini belirtir). 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 saygıyi aramaktadır. Özugürlikten önce kişisel haklara, ahlâki davranışlara saygı duyulması istenirken, aynı zamanda da kamu düzenini korumak amaçlanmaktadır 22.

Bir diğer sınırılmada sözleşmenin konusunun imkânsız olmamasıdır. Geçersizliği doğuran imkânsızlık fiili olabileceği gibi hukuki bir imkânsızlık da olabilir 23.


Yasaklanan bir diğer husus ise, kanuna karşı hile yaparak kanunun yasakladığı yoldan giderek elde etmektedir 25.


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

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

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

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

26. Larenz, (Schuldrecht I), s. 78; Schönenberger/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. Schlepue/Gauch, s. 105; Merz (Vertrag), s. 62; Oftinger, s. 327 vd.; Oğuzman/Öz, s. 132 vd.; Tekinay/Akman/Bürcuoğlu/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 gerekince güvenin korunması ilkesi çerçevesinde bu sözleşme ile bağlı kalabilmektedir 27.

Bu sınırlamalar karşısında sözleşme özgürlüğünün mutlak anlamını gidererek kaybettiği, modern çalışma yaşamının sözleşme özgürlüğine yeni bir biçim kazandırdığı, bu çerçevede sağlanması gereken şeyin sözleşme adaletti olduğu belirtilmektedir 28.

bb) İsimiz Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları:

İsimiz sözleşmeler kanun tarafından düzenlenmedikleri için bunlara özgü bir içerik sınırlamasının veya şekil zorunluluğunun bulunması düşünülemez. Kanun koyucunun bunları çeşitli mühahazalarla belli şekil ve içerik zorunluluğuna tabi tutmak istemesi halinde özel hüküm koymaktan başka seçenek yoktur 29.

İsimiz sözleşmelerle ilgili özel sınırlamalar olmasına bile BK.'daki sözleşme meldere özgü genel sınırlamalar, bunlar için de söz konusu olacaktır. Kanuna, ahlâka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aynın olamayacakları gibi konusu imkânsız olan bir isimiz sözleşme de kurulamayacaktır (BK. md. 19, 20).

Burada isimiz sözleşmelerle ilgili iki sorunu düşünmek lazımdır:

I. İsimli sözleşmelerde var olan birtakım sınırlamaldan kurtulmak için sözleşme özgürlüğünü çerçevesinde isimiz sözleşme yaratılabilir mi? Burada en çok rastlanabilecek olan şey isimli bir sözleşme için konulan şekil zorunluluğundan kurtulmak için aynı amaç yönelik olarak başka bir ad altında değişik bir şekilde bir sözleşme kurmaktır. Örneğin, mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışlardaki şekil zorunluluğunu (MK. m. 688/l) aşmak için aynı amaçlı bir başka sözleşmenin yapılması veya kefalet sözleşmesindeki şekil sinyini aşmak için garanti sözleşmesi şeklinde bir sözleşme yapılması gibi. Burada isimiz bir sözleşme olsa bile ekonomik amacı yasandaki şekle bağladığı bir sözleşme olduğu için aynı şekil kurallarının bu sözleşme için de geçeri olması gerektiği kabul edilmektedir. Hukuki gereçle olarak şunu söyleyebiliriz: kanunun koyduğu "

27. Gauch/Schluemp, s. 105; V. Tuhr/Peter, s. 255; Larenz (Schulrecht I), s. 77 vd., 125 vd.
28. Geniş açıklamalar için bkz. Merz, (Vertrag), s. 61 vd. (Yazar şarlarının bütünincinden sözleşme özgürlüğünün bir rüyanın sonu veya bir üstüna olarak kalındığını belirtiyor); Sözleşme adaleti ile ilgili açıklamalar için bkz. Larenz (Schulrecht I) s. 76-79; Gauch/Schluemp, sözleşme özgürlüğünün geleceği sözleşmesinin ancak belli zaman içinde, belli toplumun belli hukuk düzenine göre cevaplandılacak bir sorun olduğunu belirtiyorlar, s 67-68.; Türk hukuku ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altop, s. 364-374.
29. Tercier, (Des Legislatures), s. 50.
reddi şekiller kurallarından kaçmak için başka bir sözleşmenin yapılması "kanunla karşı hile" teşkil ettirгенden bunun hukuki yapımı olan geçersizlikle karşılaşacaktır.

Denilebilir ki, isimsiz sözleşmeler için tam bir serbesti yoktur. İsimli sözleşmelerle kıyaslanabilir ve aynı tip içinde değerlendirilebilir isimsiz sözleşmeler başka sözlemler için konulmuş değiştirelemez nitelikteki şekiller ve içerik sınırlamalarına tabi olacaklardır. Şekill zorunluğulu ile şekill serbestiği arasındaki sınırın isimsiz sözleşmeler için ne zaman aşılacağının beli olmaması da isimsiz sözleşme alanındaki güvensizlik noktalarından birini şekill etmektedir.

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 sınırlamalarından kurtulmaktır. Örneğin, bir hizmet sözleşmesindeki süre sınırlımı 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 anlamanını taşıdığından geçersiz addedilmesi normaldir. Bunun taraftarca bilişli yapılp yapılmamasının geçersizlik açısından önemi bulunmaktadır.

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

30. Tercier (Les Contracts) N: 136; Gauch/Schlepuc/Tercier, s. 92; Tercier (Des Legislateurs), s. 49; V. Tuhr/Peter, s. 254. Farklı görüş için bkz. Engel (Contracts) s. 681, yazar bunun tipik örneğinin kefalet ve garanti sözleşmesi yapmak olduğunu belirterek, burada tarafların yasaya dolanma amaçlarının artırılması istiyor. Sözleşme özgürlüğünün bulunduğunu belirten yazar, garanti sağlanması şeylerde mutlaka koruma ihtiyacı olan mayalabileceği belirtiyor. Federal Mahkemenin aksı yönde kararı için bkz., 111 II 276; Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 70.

31. Tercier (Des Legislateurs), s. 49, 51; V. Tuhr/Peter, s. 255 İşiçile OR. Art. 226/1 açık olarak bu yönde bir hüküm getirmektedir. Hüküm taksitle ilgili bütün hükümlerin hukuki koşullarını yok olmasına ne olursa olsun tarafların bu amaç yönelik yaptıkları bütün sözlemlere uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. Eng. (Traité) s. 195-196, (yazar, sözleşme özgürlüğünün taraflara istenilen şekilde seçme hakkını verdiği, bu nedenle tarafların dilediklerini sonuca ulaşmak için daha çok sekele bağlı olmayan türleri seçereceklerken kanuna karşı hilenin burada doğru olmadığı, her şeyden önce amacını mı, yoksa kullanlan yolun mu yasaklanmış olduğunu bilmesini gerektiği, eğer yapış yasaklanamısa kanuna karşı hilenin bu lumbadıgı belirtmektedir. Yazar göre kanunun bu seçim hakkı bırakıktır yerinde kanuna karşı hile yoku- t); aynı yönde, Eren, s. 451.

32. V. Tuhr/Peter, s. 254; Tercier (Les Legislateur) 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 Schlepuc, s. 924, dn 16 a; P. Schmucki, Die zivilrechtlichen Verhältnisse beim Betrieb eines Reisebüro, 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 hükümın uygulama alanının tarafların izlediği amaçtan daha çok sözleşmenin tanımlına bağlı olarak belirlendiğini belirtiyor.35

Sonuç olarak, isimsiz sözleşme alanında elde olan somutlaşan veya belirginleşen hususların pek fazla olmadığını söleyebiliriz. Kanuni sözleşmeler için uygulanan kuralların belki olmayan bir çerçeve uygulanması söz konusu olmakta ve iyi niyet kuralları, kanuna karşı hile gibi geniş kavramlar isimsiz sözleşme özgürlüğünü sınırlayan kavramlar olarak görülmektedir. Isimsiz sözleşme alanında güvensiz olan noktalardan biri de, isimsiz bir sözleşmenin ne zaman kanunun genel formüllerine aykırı olarak değerlendirileceğinin belli olmamasıdır.36

3- İsimiz sözleşmelerin Çeşitleri:

Doktrinde ve ixtihatlarda isimsiz sözleşmelerin
- Karma sözleşmeler (contrats mixtes, gemischte vertrage),
- sui generis sözleşmeler (contrats de nature propre, Vertrage eigener Art) ve
 - bileşik (mürekkep) sözleşmeler (Contrats complex, Vertragskoppelungen-Vertragsverbindungen) olarak ayrılmış konusunda nerede ise bir birlik bulunduğu söylenebilir.37 Çok genel olarak karma sözleşmelerde kararlaştırılan sözleşme edimleri kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerinden kısmen veya tamamen oluşmuş bir "essentia1ia" ortaya koyarken; sui generis sözleşmeler kanunda düzenlenmemiş, yeni yaratılmış sözleşme tiplerinden kısmen veya tamamen alınmış unsurlardan oluşmuş bir essentia1ia'ya sahiptir. Fakat hemen belirtelim ki, dar anlamda bu ayrım 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 Legislareurs), s. 50.
37. Schluep, 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.; Yayuz, s. 15 vd.; ayrıca bkz. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Akdin Muhettel 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 ayrımı yapırmaktadır, s. 10-13); Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 41 vd.
terminolojiye göre karma ve sui generis sözleşmeler kısmen kesişebilirler

Yapılan genel ayırın çerçevesinde bu sözleşmeleri daha yakından tanıyalım:

a) Karma Sözleşmeler:

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

38. C. Leuenberger, Diensleistungsvertrage, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1987 s. 59; Meier-Hayoz, SJK., II 34, s. 2; Engel, s. 682; Schlupe, s. 727, 773 (yazara göre dar anlamda bir sui generis sözleşmenin olması için hem tarafların edimlerinin yasada düzenlenmemiştir sözleşme tiplerinden oluşması, hem de çeşitli sözleşme tiplerine ait elemanların birbiri ile yerleşmemiş olması gerekecektir ki, bunlardan birinin bulunması halinde sözleşme iki tipe de girecek nitelik alacaktır. Yazar önemli olan çeşitli unsurların birleşmesi olduğunu, böyle bir duruma sözleşmenin karma sözleşme olarak nitelendirilmemesini belirtmektedir. Ayrıca en dar anlamda olmadıkça karma ve sui generis sözleşmelerin çıkaracağı yönünde, Schlupe, s. 776, dn. 30; Aym öründe Meier-Hayoz, SJK, 1135, s. 3.

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 tartışlan hususlarından biri olduğu yönünde s. 13, dn. 30; Karma sözleşmelerde elemanların yasada düzenlenmemiştir sözleşme tiplerinden veya yasada düzenlenmemiştir sözleşme tiplerinden oluşmasının fark yaratmadığı yönünde, Guhl/Merz/Koller, s. 307.; Aksi ifikirdi Kuntalp, s. 14 vd., s. 16.

40. Leuenberger, s. 59. Schlupe s. 772 (yazara geniş anlamda ve dar anlamda tanımlar vererek karma-sui generis sözleşme ayırının doktrinde herkes tarafından yapıldığını, fakat karma sözleşmeleri isimsiz sözleşmelerin türü olarak görülenkerisin bu kavram üzerinde tartışlığı, sonuçta uygulama ve doktrinin karma ve sui generis sözleşmelerin yanında bunların ikisinden oluşmuş sözleşmeleri de tanıdığını, bunların sistematik yerlerinin isimsiz sözleşme doktrini çerçevesinde kesin olmalıdır kabul ettigini söylemektedir.)

41. Örneğin bir görüş ayırımın sözleşmenin kitlesel veya bireysel olması göre yoğunlaştırırken (Leuenberger, s. 59); bir başka görüş isimsiz sözleşmelerin amacı ve karakteristik yükümlülüklerine göre sınıflandırın (Engel), (Contrats) s. 683; bu şekilde yorumlanacak şekilde F. Dessemontet, Le Contrat de service, SJZ. 1987, s. 122.
nim bu olmakla birlikte belirtelim ki, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurlarla kanunda düzenlenmemiş sözleşme unsurlarının da bir karma sözleşme oluşturması mümkün olmak gerekir 42. Bir karma sözlemenin söz konusu olabilmesi için çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar o şekilde kaynaşmış ve karışmış olmalıdır ki, ortaya çıkan sözleşmeyi kanundaki belli bir tip altında sokmak mümkün olmamalıdır. Bu bağlamda asıl edim tipik bir sözlemenin edimi olmakla birlikte kendi sözleşme tipine yabancı yan edimleri içeren sözleşmelerin (typischen Vertrag mit Beimischlung) karma sözleşmelerle dahil olup olmayacağı düşünülmelidir. Sözleşmeye hüküm 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 gerekir 43.

Karma sözleşmeler kendi içinde yükümlülüğünün karakterine göre ayrıılmalıdır 44.

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


- Çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların karşılığı sözleşmeler: Burada tarafların ikisinin de ana yükümlülüğü homojen yapıda olmasına rağmen çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların taşımaaktadırlar (karma bağışlamalar gibi).

42. Honsell/Vogt/Wiegand, Einr. vor Art. 184, N. 7.; Guhl/Merz/Koller, s. 307; Feyzioglu, s. 52; Aksi fikir Tandojan, s. 69; Ayrıca bkz. Kuntalp s. 9-13 (Yazar farklı bir sınıflandırma getirerek bunyesinde hem kanunda düzenlenenen, hem de düzenlenmemeyen sözleşme tiplerinde eleman bulunduran sözleşmeler "ilk iki sözleşme türlü arasında kalan sözleşmeler" olarak ayrı kategoride incelenmişti).

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

44. Honsell/Vogt/Wiegand, Einr. vor Art. 184, N. 8; Honsell, s. 14; Tandojan, s. 69-73; Kuntalp, s. 144-152 (yazar çeşitli sistemleri değerlendirildikten sonra bu ayrınlara yönelik eleştirileri incelenekte ve her seye rağmen bir ayrımların yapılması gorusüne vammaktadır. Yazar karma sözleşmeleri a) taraflardan birine birden çok tipik asıl edin borcu yükleyen, b) iki tipik edin borcumun karşıltılı olarak yüklenildiği karışık muhtevalı aktıl olarak ayrımların). Ayrıca bkz. Feyzioglu, s. 53 vd.; Akyol, s. 8 vd.; Yavuz, s. 16 vd.; Hatemi/Serozan/Arpaci, s. 45.
b) Sui generis Sözlemeler

Bunlar kanun tarafından ne kısmen, ne de tamamen düzenlenmiş unsurları banyesinde bulunduran sözlemelerdir. Tamamen uygulamanın ihiaçlarından çıkan bu sözlemeler 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 Sözlemeler:

Karma sözlemelerden farklı olarak bağımsızlıklarını koruyan fakat geçerlilikleri ve varlıkları birbirlerine bağlı olan sözlemelerin bir araya gelmesi şeklinde kurulan sözleşme birlikleridir. Burada sözlemelerden her birinin bağımsızlığına halel gelmediği için kendi hukuki normlannna tabi olurlar. Somut bir durumda birlikte bulunan bir sözlemenin mi, yoksa kama bir sözlemenin mi bulunduğu tarafların iradeleri güven ilkesine göre araştırılacak karar verilektir.

4- İsimisiz Sözlemelere Uygulanacak Hükmüler:

İsimisiz sözlemelere uygulanacak huuki hükümler bunların kanunda düzenlenmiş olmaları nedeniyle sorun yaratacaktır. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu sözlemeleri yapacaklar, ancak uyumsuzluk halinde hangi hükümler uygulanacaktır? Öncelikle şuunu belirtelim ki, isimsiz sözlemeler için eksik olan isimli sözlemelerdeki özel hükümlerdir. BK.'daki genel hükümler isimsiz sözlemelere de uygulanacaktır. Ancak BK.'daki genel hükümlerden önce BK.'daki özel hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı düşünülmek gerekir. Sui generis sözlemeler kanunda düzenlenmiş olduğu 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; Tafta, s. 13 vd; Feyzioglu, s. 38; Akyol, s. 11 vd; Yavuz, s. 18; Hetami/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 L 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 sözlemelerin genel hükümlere tabi olacağını belirtmiştir.


50. Teoriler hakkında geniş bilgi için bkz. Schluerp, s. 800 vd; Larenz/Canaris, (Schuldrecht II/2), s. 44-46; Gull/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. Schluerp, s. 801; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor 184, N. 13; Gauch/Jäggi, Art. 18, N. 551; Gauch/Schluerp, 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), §. 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 teorinin uygulanmaktadır. JdT 1982, s. 582.
53. Schluerp, s. 802 (Yazar karma sözleşmedeki hukuki sonuçlarla düşünülmüş bir mekanizma yolu ile vandemayaçağını, sözleşme tipinin yasada olan boş bir sınıflandırma değil, aksine tip özelliklerinin anlamını bir yapılamasını belirtir ve 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 sözleşmeleri uygulanamayacağını, ancak kıyas yolu ile uygulanacığını belirtmekte ve kanundaki hükümlerin sözleşmeye uygun düşmemesi halinde uygulanamayacağını belirtmektedir 55.

- Yaratma Teorisi: Bu teoriyi göre karma sözleşmeye hiç bir şekilde sözleşme tipine ait kurallar uygulanamayacak, eğer uygulanabilecek bir örf ve adet hukuku yoksa MK. m. 1 uyarınca yargıcı tarafından yatırılan hukuk uygulanacaktır. Bu teorinin sadece genel soytut hükümlerin uygulama alanı bulacağı kitlesel sözleşmelerde uygulanabileceğini, bireysel sözleşmeler için somut ve kişisel kurallar gerektirdiğinden bunlar için uygulanmasının adil olamayacağı belirtilmektedir 56.

- Kanuni Hükümlerin Müünferit Uygulaması Teorisi: Birleştirme teorisinin devamı gibi görünen bu teoriyi 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 yargıcı sözleşme boşluklarını tamamlamada tam bir yetki verdiği ve flexiblite sağlayarak özellikle bireysel sözleşmeler için uygun olduğu belirtmektedir 57.

Diğer yandan bu sözleşmeler için "özel hükümler" sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların koyacakları klozlar olacaktır. Problem konulan bu klozlarnın yorumlanmasında ve bu klozlarnın düzenlenmediği 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 yapmayıp, sadece esaslı noktaların açık veya zimni olarak kararlaştırıldığı bir ilişki içinde bulunurlar. Kanundaki genel hükümlerin de fazlası ile soytut olduğu hatırlanacak olursa bunların ne ölçüde uygun olacağı ve ihtiyaçlara ne ölçüde cevap vereceği düşünülmek gerekir. Özellikle isimli sözleşmeler için dahi üzerinde birleşilmiş bir boşluk tamamlama yönteminin olması gerektiğini düşünülecek olursa problem daha da

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

İsimsiz sözleşmelerin yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında oluşmuş bir örf ve adet hukuku veya yargıç hukuku yoksa, yargıcin neye göre karar vereceği çözülmesi gereken sorundur. Burada Tercier yargıcin başvuracağı kuralları kimin tarafından geliştirileceğinin bilinmesi gereken bir prensip olduğundan yola çıkarak, kanun koyucu yerine bunu kimin yapacağını "isimsiz kanun koyucular kimler olacaktır?" şeklinde soruyor 59. Bu soruya II. Bölümde cevap araken önce isimli sözleşmelerden yola çıkarak ve isimsiz sözleşmelerin özelliklerinden kaynaklanan durumları belirterek sonuca varmaya çalışacağiz.

II- Isimsiz Sözleşmelerde Yorum ve Boşluk Tamamlama:


58. Schlepü, s. 780-781; Tercier, (Les Contrats) s. 13 (Yazar iski sözleşme tipi arasındaki farkın fazla abartilmamasını, kanun tarafından ayrıntılı düzenlenmemiş sözleşmelerde de genel hukümlere bu şekilde başvurulduğunu söylemektedir. Ayrıca bkz. s. 16 (yazar isimsiz sözleşmelerde ait prensiplerin sonucu olarak doktorin 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; Tandogan, s. 13; Ay- nocia bkz. V. Tühri/Edege, s. 242, 243; Ayrıca bkz. Häteli / Serozan / Arpa, s. 40-41.

59. Tercier, (Des Legislateurs), s. 45-46, (Yazar problemin sadete teorik değil, praktik öne olduğunu, temel olarak teorik, hatta filozofik perspektif sunsa da hukuk düzenindeki hukuk yaratma tekniğini ile bağlanlı olduğunu belirtiyor).

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


Sözlü sözleşmeler için geçerli olan kuralları tespit etmek ve bunlara ek olarak isimsiz sözleşmelerin özelliklerinden kanaklanan farklılıklar belirlemek uygun olacaktır.

1. **Yorum:**

a) **Genel Olarak:**


BK. m. 18 sözleşmelerde tarafların kullandıkları terimlerin değil, gerçek arzunun araştırılacağı kurallını getirmektedir. Anlaşmazlık konusu olan içerikle ilgili tarafların gerçek arzunun saptamasında kaynağı MK. md. 2'デン alan güven teorisinden hareket edileceği artık üzerinde birleşmiş bir husustur.


64. V. Tuhr/Peter, s. 291 (Yazar sunduğunu kalın olmadıgı belirtmektedir; Jäggi/Gauch, Art. 18. N. 552: Yorum ile boşluk tamamlamanın birbiri içine girebileceği yönünde, Kaplan, s. 29. Yorum ve boşluk tamamlanmanın 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 bunlar ayırmanın pratik açıdan dayanaksız kaldığını belirtiyor. Yazar göre ikiinde de güven ilkesinin hakimiyeti altında kullanılan ifadelerin en dar anlamını tamamak söz konusudur ve sınırlar kalın değildir.

N. 135, 187.

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

66. Meier/Hayoz, SJK, 1134, s. 5; Schönberger/Jäggi, Art. 1 193-196; Shluep, s. 782; Engel, 'Contracts' s. 684; Larenz, (Schuldrecht I) s. 128; Gauch/Shluep, s. 224; Kaplan, s. 59 vd.; Ouzman/Oz, s. 138; Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altıp, s. 150; Eren, C. I, s. 562; Merz (Kommentar) Art. 2, N: 125 (Yazar bu prensibin iki tarafı da korudüğünü ve irade açıklamalarının objektif edilmiş anlamının sonucu belirleyeğini söylüyor. Bak. N. Kocayusufpaşaoglu; Borçlar Hukuku - Genel Hükümler (Forma halinde), s. 269.
Araştırılacak olan şüdur: sözleşme içeriği ile bütün eşlik eden şartlara uyan ve aynı zamanda makul olan anlam. 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 başvurulmaz.

b) İsimli Sözleşmelerde Yorum Metodu:

Sözleşmenin yorumunda önemli olan hususları kısaca şöyle belirtebiliriz:

- İlk olarak kullanılan ifadeler dikkate alınır. Bunların anlamlandırılmada genel anlam esas alınmakla beraber eğer taraflar mensubu olduklarını çevre gerektiği özel anlama kullanılarak bu anlam dikkate alınacaktır. Ayrıca kullanılan ifadelerin yorumu sözleşmenin bütünü ve arasındaki bağlantılar göz önüne tutularak yapılacaktır.

- Sözleşme yapılarak eşlik eden şartlar, yani sözleşme yeri, zamani, tarafların sözleşmeyi yapıcaya kadar geçirdikleri safhalar, tarafların veya temsilcilerinin gerek Sözleşme öncesi, gerekse sözleşme yapıldıktan sonra 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 yorumu muhtac olan husus hakkında sözleşme taraflarının herhangi bir şekilde irade sahibi oldukları kabul edilebiliyorsa bu hususla ilgili olarak Borçlar Kanunu’nun yorumlayıcı hukuk kuralları ile getirdiği çözüm kabul edil miş sayılır. Öneğin BK. m. 75’de ay başı ve sonu ifadelerinin nasıl yorumlanacağı belirtilmiştir.

67. Merz (Kommentar) Art. 2, N. 126; Schönemberger/Jäggi, Art. 2, N. 181 vd. özellikle 191, 195, 200; Kocayusufpaşaoglu, s. 269; Oğuzman/Öz, s. 138-139; Kaplan, s. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 150; BGE 11 I 262, 114 II 359. Yargıtay 4. HD. 26.10.1978, 131 13/122134 (YKD. 1979/5, s. 636).
68. Schluep, 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/Schluep, s. 223-225; Schönemberger/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.; Kocayusufpaşaoglu, s. 269 vd.
70. Yorumlayıcı hukuk kuralları ile ilgili olarak bkz. K. Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1994; 7. bası, s. 55.
İfadelerin yorumu dikkate alınacak hususları böylece belirledikten sonra, bütün bu unsurlarla bir sonuca ulaşılmasını halinde kullanılabileceği, doktrin ve mahkeme içtihatlarınıca geliştirilen yardımcı yorum kurallarını hâlileyalım⁷¹:

- 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) İsimszız Sözleşmelerdeki Yorumun Özellikleri:

Daha önce de belirttiğimiz gibi isimszız sözleşmelerin yorumunda durum isimli sözleşmelerindekinden farklı değildir. İsimszız sözleşmelerde de Borçlar Kanunu'nun genel bölümünde yer alan yorumlayıcı hukuk kuralları tarafların bu hususla ilgili farklı bir irede taşımaları tespit edilebileceği ölçude uygulanacaktır. İsimli sözleşmelerin yorumunda kullanılabilecek, sözleşme tipi kuralları isimszız sözleşmeler için böyle bir tip hukuku olmadığı için söz konusu olamayacaktır⁷². Burada sözleşme tipi hukuku gündeme gelemiyorsa da özellikle yığınşal isimszız sözleşmeler için kaçınılmaz olan genel işlem şartlarının sözleşmelerin yorumuna etkisi düşünülmemek gerekir. Çok yoğun ve kapsamlı kullanılan genel işlem şartlarının sık tekrarlanması ile doktrin ve mahkeme uygulamısının bu alanda bir uyum meydana getirerek sözleşmelerin yorumunda kullanılabacak bir araç halini alması düşünülebilir. Yığınşal sözleşmeler için mümkün olan bu yol kişisel sözleşmeler için oldukça uzun bir zamanda yerlesebilir⁷³.

⁷¹. Geniş bilgi için bkz. Kaplan, s. 56 vd., Eren, s. 565 vd; Kocayusufpaşaoglu, s. 271.
⁷². Schluemp, s. 796; Meier-Hayoz, SJK. 1134, s. 5; Aksı yönde Tandoğan, s. 13, Yavuz, s. 19; Akyol, s. 11.; Sözleşme tipi hukukunun uygulanması ile ilgili özellikle için bkz. Larenz, (Schuldsrecht II/I, s. 45.
⁷³. Engel, s. 685; Genel işlem şartlarının isimsz sözleşmelerdeki fonksiyonu ile ilgili olarak bkz. Tercier, (Des Legislateurs) s. 52-53, Ayrıca s. 59 (Yazar İşi insanın hacını sistemde genel işlem şartlarının isimiz sözleşmelerin kananu rolünü oynamaması gerektiğiini, belli bir sözleşmeye uygulanacak hukuki kurallan belirlemesinden kanun koyucuya ait bir görev oldugunu belirtmektedir); Genel işlem şartlarının yer aldıkları her sözleşme açısından o sözleşme çerçevesinde yorumlanacağı ve başka sözleşmeler açısından farklı sonuçlarla varlanacağı yönünde Özguzman/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/Altay, s. 160 vd.; Ayrıca Eren, s. 277 vd.
Bir diğer düşünülmesi gereken husus ise, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerle ilgili olan yorumlayıcı ve tamaamlayıcı hukuk kurallarının isimsiz sözleşmelerin yorumunda kullanılıp kullanılamayacağınıdır. Bunların somut bir durumda ve çok dikkatli kullanılması gerektiğini, çünkü aksinin sunu olma tehlikesi taşıdığını belirtilmektedir 74.

İsimsiz sözleşmelerin yorumunda isimli sözleşmelerden ayrılan bir özellik olarak örf ve adet daha çok rol oynayacaktır 75. Diğer özellik arzedenden durumlar olarak şunları söyleyebiliriz:


- Uygulamanın alışkanlıklarını isimsiz sözleşmelerin yorumunda önemli rol sahip olabilir 77. Özellikle belirli bir mesleki alan bahis konusu olduğunda burada kullanılan formüller, kısaltmalar sözleşmenin yorumunda yarış taraftan bu alanda anlaşılması şekileden nazara alınacaklardır 78.

b) Boşlukların Tamamlanması:

aa) Genel Olarak:

Denilebilir ki, sözleşmelerin kanun koyucuları tarafındandır. 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 düzenlemeye içermemesi normaldir. Gerçekte de pratik olarak bütün sözleşmeler boşluk bulundurumaktadırlar. Çünkü, taraflar genel olarak tüm kuralları kapsayan sözleşme iliskisinden ziyade ancak esas noktaların açık veya zimi kararlaştırıl-

74. Engel, s. 685; Mahiyetleri izin verdiği oranda kıyas yolu ile uygulanacağı yönünde Tandoğan, s. 13; Larenz (Schulbrecht II), s. 7.
75. Engel, (Traité), s. 170 (Yazar isimsiz sözleşmelerde yargının sözleşmeyi tamaamlamaktan ziyade yorumlamak zorunda olduğunu kendi başına verilen açık veya zimi verileri kullanarak yorum yapacağını belirtiyor); V. Tuhr/Edege, s. 242; Tandoğan, s. 13.
76. Engel (Contrats), s. 684 (Yazar genelikle taraflar aynı meslekte ve bransta olduklarından kullanılan ifadelerin aynı anlamda anlaşılması, eğer böyle dehşetle ve karşı taraf uyanlamaması ifadinin normal anlasyışa göre anlaşılması zorunda göz önde tutulması gerektiğini belirtiyor, s. 665). Aynı yönde, Kocayusu/sıfapaoğlu, s. 296.
77. Belli bir çevrede olan alışkanlıklarını (les usages) isimsiz sözleşmelerde yasa koyucu benzeri (Paralégalititve) bir fonksiyon işlediği yönünde Tercier (Des Legislators), s. 52.
78. Kaplan, s. 55.


81. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 488; Schluemp, s. 782 vd.; Schonenberger/Jäggi, Art. 2, N. 47 vd.; Gauch/Schluemp, s. 231 vd.; V. Thüer/Peter, s. 291; Merz (Kommentar, Art. 2, N. 131 vd.; Oğuzman/Öz, s. 140 vd.; Tekinay/Akman/Burcuğul/Altop, s. 76, 77; Kaplan, s. 81 vd., Eren, s. 569.
82. Piotet, ZSR 1961, s. 373, (örneğin beli bir yere manzarayı kapatmak için radio anten köymak amacıyla yapılan sözleşme ile ilgili olarak ilerde televizyon anteninin de sözleşme kapaması girdiği yolda tamamlama yapılmış gibi, s. 374).
83. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 552. (Yazar yorum ve boşluk tamamlamasının sık sık bir arada bulunabildiğini, gerçek iradelerinائب campaña sonucu nedeniyle yorum mu, yoksa boşluk tamamlama mı bulunduğunun tesbitinin zor olabileceğini söylemektedir, s. 559-560); aynı yönde Kaplan, s. 110-112; Schluemp, s. 782; Gauch/Schluemp, s. 234; Yung, L'interpretation suppletive des contrats, ZJBV, 1961, s. 46); Piotet, ZSR, 1961, s. 373, 375; Yorum ve boşluk tamamlamasının aynı işlem olduğu yönünde, Merz (Kommentar, Art. 2, N. 336-337, (Yazar yorumda çık״ noktasını olarak tarafların beli bir tasavvur veya çeşitli bir tasavvur sahib olması olmayan bunalmadığını ama boşluk tamamlamada da güvenin konumu olduğunu söylemselerin beli olan işaretinin devam eden subjetik gerçeklerle uyumu kurallar konusuna götürlmesi gerektiğini belirtmektedir.) Ayırmının net olmadığı yönünde bkz. Engel, (Contrats), s. 68, Engel (Traité)s, 166-167.)
belli bir noktada irade sahibi olmamaları sözleme boşluğu oluşturmakla birlikte, susma şeklinde negatif bir iradelerinin olup olmadığını yoruma bağlandır 84. Aynı şekilde sözleme boşluğunun sözleşmenin amacına uygun doldurulması zorunluğunu kesin olarak sözleşmenin yorumlanması gerektiğini. Bu nedenle boşluk doldurmaya sık olarak "tamamlayıcı yorum" denilmektedir 85.

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


- Daha önce de belirttiğimiz gibi isimsiz sözleşmelerde boşluk tamamlama kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde olduğu gibidir 88. Bu nedenle önce bu sözleşmeler için olan boşluk tamamlama yönteminin 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 edilektedir. Subjektif objektif ve klasik yöntemi 89.

84. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 556; Kaplan, s. 111.
85. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 495, 557; Schlupec, s. 783; Piotet ZSR 1961, s. 384; Kaplan, s. 111; O. Sandrock, zu ergzendasen Vertragauslegung im materellen und Internationsen Schuldvertragsrecht Köln. 1965, s. 13 vd., 22 BGE 61 I 76.
86. Gauch/Jäggi, Art. 18, N. 484; Schöenberger/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 başa gitmesi halinde gelinebiliceğini söyüyor (N. 49).
88. Bkz. yukarıda dn. 60.
89. Terminolojide birlik bulunmamaktadır. Örnegin, Schlupec (s. 888) ve Merz' in (Kommentar, Art. 2, N. 145) objektif tamamlama olarak adlandırduğu yöntem, (Honsell/Vogt/Wiegand (Ein. vor. 184, N. 48) tarafından subjektif tamamlama olarak incelenmekte, gene kanundaki yedek hukuk kuralları ile tamamlama-yi savunan klasik yöntem bu yazarlar tarafından objektif tamamlama yöntemi olarak değerlendirmekte-
Subjektif yöntemde tarafların problemi bilselerdi nasıl hareket edecekleri-ne dair farazi radeleri 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 sirada düşünmüş olsalardi kabul edecekleri çözüm saptanmaya çalışılır ve boşluk bu iradeye göre doldurulur 90. Bunun yapılabilmesi için sözleşmede tarafların farazi iradelerini bulmaya yarayanacak yeterince ipucunun bulunması gerekir 91. Ancak burada tarafların gerçekte sahipliği oldukları irade bir kenara bırakılarak açık, somut ve yaratılmış şartlara göre güven ilkesi çerçevesinde beklentilere ne olacağı araştırılmaktadır 92.

Objektif yöntem aynı zamanda işin niteliğine göre boşluğun tamamanması olarak da adlandırılmaktadır. Burada BK. m. 2/2'delanmış durum sözkonusudur ve işin niteliği sözleşmenin taraflarca belirlenen niteliği ile bağlantılı olarak yorumlanmaktadır. Yani sözleşmenin somut olarak gösterdiği özelliklerle uyum sağlayacak ve hak ve adalet uygun olan bir yonde sözleşme boşluğu doldurulacaktır 93. Taraf iradelerine yer verilecek midir? Tarafların gerçekte sahip oldukları iradenin araştırılmasa, çünkü zaten bu irade eksik olduğu için problem çıktığı, farazi bir durumun tespiti değil, normatif kriterler çerçevesinde gerçekle- ri araştırmanın söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda sözleşmeyi tamamlayacak olan yargıç her zaman makul, iyi niyet ve güven ilkesine göre dolduracaktır. Böylece tarafların sözleşmeye katkılarını özelliklerden ve sözleşmenin bütünü ile olacak uyumdan hareketle sözleşmenin kişiselleşmesi sağlanırken, aynı zamanda güven ilkesi uygulanarak objektifleştirmeye sağlanmakta ve hak ve

90. Bu gösteriş Piotet, ZSR 1961, s. 386-389 vd. özellikle 400 (yazar tarafların farazi iradelerini saptamanın mümkün olduğu haller için 1k planda buna göre boşluğun doldurulacağını ve yasadaki düzenleyici huku- kmlerin uygulanmayacağı 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 tes- piti etmek mümkün olmayorsa MK. m. 1 gereği kanunun tamamlayıcı kuralları veya örf ve adet hukuku veya da yargıç tarafından yaratılan hukuk boşluğun tamamlamada kullanılabilecek), 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 şöylece sonucun objek- tifleştirmiş olduğunu ve bunun güven ilkesinin uygulanması anlamını taşıdığını belirtiyor, N. 135, 138, 145); Schlep, 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 tarafların açılan irade nezareta alınmadan işin niteliğine göre boşluk doldurmanın mümkün olamayacağını belirtmektedir, s. 783; Gauch/Schlep, 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 tamamlamasına sokulmaktadır. Bu noktada şuunu belirtelim ki, eğer sözleşme hiçbir kişiSEL özellik göstermiyör 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 öngörülmüş bütün yasal kurallar ve söz konusu olabilecek örf ve adet hukukudur.

Şöyle bir tesbiti bulunmak mümkündür: gerek tarafların farazi iradelerinden yola çıkan görüş, gerekse işin niteligine göre yorum yapılması savunun görüş sonuç olarak aynı yere varmakta ve tarafların iradesini esas almakla birlikte bunun sözleşmenin amacına ve bütünlüğe göre yorumlanarak hak ve adalet ölçücüleri yerleştirecek güven ilkesine göre yapılacak bir boşluk tamamlama olacağını kabul etmektedirler:


94. Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 500, 537 (yazar işin niteliginin sözleşmenin taraflarca belirlenen niteligi oldugunu ve bunun sözleşmenin amaci göz öndünde tutularak saptanacagini belirtirerek mahkeme kararlarinda bulun aqkca belirtilmese de "iýi niyet ve güveme" göre doldurmaniin bu anlama gelecegini belirtmektedir, bkz. 108 II 114, 111 II 262; Schluep, s. 783; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 65; Gauch/Schluep, s. 231; BGE 90 II 244, 107 II 149; 108 II 114.95. Yung, s. 48; Schluep, s. 782; Merz Art. 2, N. 138; Piotet, ZSR 1961, s. 39 401.
96. 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; Schluep, s. 787 vd.
97. Tarafların kanundaki yedek hukuk kurallarını uygulamamak konusundaki anlaşmaları boyle bir hükümde düzenlenmiş konuyu görüş überinde anlaşılmamış olmalarından meydana gelebilir. Bu yönde Oğuzman/Öz, s. 149-150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 76-77.
98. Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 18, N. 50; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 503 vd; Jäggi/Schönenberger, Art. 2, N. 65; Oğuzman/Öz, s. 140; Kaplan, s. 88-95; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 76-77; Eren, s. 510; Kocasusufpaşaoğlu, s. 275.
bir görüş burada MK. m. 1/2'nin uygulanarak yargıc tarafından tamamen serbest olarak 101 yarattılar bir hükümle doldurulmasını kabul ederken 102 diğer bir görüş yargıcın burada işin niteliğine göre boşluğu dolduracağını kabul etmektedir 103.

Görüldüğü gibi gerek objektif, gerek subjektif, gerekse klasik yöntemde hemen hemen aynı araçlar kullanılmakta, fakat bunların öncelik sırası değişmektedir 104. Klasik yöntemi savunanlar önce kanundaki yedek hukuk kurallarının, burada sonuç alınamazsa işin niteliğine uygun çözümün (genellikle tarafların farazı iradelerini dikkate alan) yargıc tarafından yarattılmasını kabul ederken, subjektif yöntemi savunanlar önceliği tarafların farazı iradelerinden yola çık转运 válüm vermekte ve bunda başarılı olunmazsa yasadaki yedek hükümlerin uygulanmasını, burada da bir çözüm bulunmadığı takdirde MK. m. l'in uygulanması savunmaktadırlar. Subjektif yöntem taraftarların bunun tüm sözleşme hukukuna egemen olan irade özgürlüğünün bir yansıması olduğunu kabul ederek ilk sırada tarafların farazı iradelerinin araştırılıp, boşluğun buna göre doldurulmasını savunurlar 105, klasik yönteme taraftar olanlar bunun MK. m. l'in gereği olduğunu belirtmektedirler 106. 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 yararlanmaktadır 107.

Yukanda açıklandığımız yöntemlerin yanında doktrinde farklı bir bakış açısı ile savunanın başka bir görüş daha vardır. Sözleşmenin bireysel unsurlar taşıyıp tasıtmasasına göre boşlukların tamamlanmasını farklı çözümle bağlayan bu yöntemi aşağıda ele alacağiz:

aaa) Bireysel Özellikler Taşıyan-Bireysel Özellikler Taşımayan Sözleşme:

Borçlar Kanunu'ndaki sınıflandırma mantığının sözleşmeleri çeside göre değil, tipe göre ayırmak olduğu kabul edilmektedir 108. Buna göre kanunda temellerinde yatan menfaat durumları ve mümkün olacak uyuşmazlıklar nazara

101. Burada yargıc tarafından yapılan hukukta MK. m. 1/2-3'ün uygulanması ile genel ve soyt bir kural yaratmanın veya MK. m. 4'ün uygulanması ile somut ve sözleşmenin bünyesine uygun özel ve uygulama alanı o olaya sınırlı bir hüküm koymının mümkün olduğunu yönünde Schlupe, s. 796; Honself/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 anlama da Engel (Traité) s. 170; Oğuzman/Öz, s. 141 (yazar işin niteliğinin tesbitinde tarafların farazı ortak iradelerini duruştuk kuralı çerçevesinde tespit edileceği bir belitmektedir); aynı yönde Kaplan, s. 90.
105. Merz (Kommentar), Art. 2, N. 138; Meier-Hayoz; SJK, 1134, s. 7; Piotet, ZSR, 1961, 384, 385.
106. Honself/Vogt/Wiegand, Ein. vör. Art. 184, N. 54; Schönenger/Jäggi; Art. 2, Art. 2; N. 65.
107. Bkz. dn. 95.
alınarak tipe bağlı niteliklerin belirlenmesi yoluna gidilmştir. Tipin niteliklerinin kabataslak çizgiler ile belirlenmesi çeşitli varyasyonlara imkan verdiği gibi birbirleri içinde bağlılı kurumaya ve 109 (yasada açıca ifade edilmese bile, belli tipler için düzenlenmiş kurallardan tanınma imkanı 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 çoğunluğunda subjektif noktalar, tarafların iradeleri ile yarattıkları bir kişiselleşme ile tipten uzaklaşma sağlayarak sözleşmenin belli tip altında değerlendirilmesi imkanını zorlasırmaktadır 110.

Bir somut sözleşme eğer kanundaki tanıma giriyor ve hiçbir kişisel bağlantısı noktası yok ise oluşturuluyorsa burada artık "bu sözleşme" değil, "bu tip bir sözleşme" vardır 111. Şunu belirtilmek ki, bir somut sözleşme eğer sözleşmenin yasadaki tanımdaki klasik kavramlara giriyorsa tipik, aksi halde tipik olmayan bir sözleşmenin varlığını belirlemek kolay iken, eğer sözleşmeye bireysel unsurlar katılmış ise, bu mantıksal değerlendirminin geniş olarak yapılması ve kişiselleştirmeimin tipi aşıp aşmadığını belirlemek gerekmektedir. Ayırmı noktası şu olmalıdır: Kişiselleştirme somut olayda bir tip zayıflaması veya atipik olmaya doğru görüyor mu? Eğer sözleşmeye katılan özel unsurlar önemszise ve sözleşme yasal tanının 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 yasada düzenlenmiş bir sözleşme tipine girdiği ve hiçbir bireysel özellik göstermediği, yani başka bir ifade ile, tamamlanacak olan sözleşmenin yasal sözleşme tipindeki genel

109. Larenz (Schuldsrecht II/1), s. 4 (yazar tip kavramının bir nitelik bütünü ifade ettiği ve bunun içinde aynı ayrılıkların, yerine başkasını konulabilir nitelikte olduğunu ve tip içinde her zaman bir anlam bütünü içinde birleşmelerin olabileceğini belirtmektedir).

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

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

112. Schluep, s. 790 (Yazar klasik baksı açısı altında somut sözleşmenin tipe ait kavramların kapsamasının onu bu tip altında sokmak için yeterli olduğunu, oysa genel kavramlar gibi kuvvetli nitelik çevrelemesinden ziyade tipin mahiyetinin göz önünde alınmasını gerektiren tipolojik baksı açısı (sözleşmelerin tipi esas olan) altında bakım gerektğini belirtiyor;). aynı yönde Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 7.
kavramsal nitelikleri ile uyuştuğu 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 sözlüme tipine ait hukuk kuralları uygulanacaktır. Şöyle ki, böyle bir arızonun yapılmışına taraftar olanlar somut bir sözleşmenin çoğunlukla atipik, özel ve kişisel karakter gösterdiğini, bu nedenle atipik, özel ve kişisel tamamlanmak zorunda olduğu belirtir, alışılmış genel taraf ıradelevini dikkate alan ve şematize edilebilen ortalama çözümler getiren hükümlerin somut bir sözleşmenin tamamlamasında kullanılmayacağı sonucuna varmaktadırlar. O halde sözleşmeyi tamamlayacak olan yargıcı ilk olarak boşluk gösteren sözleşmenin yasadaki tipe uygun olup olmadığını saptamalı içerik ve bütün olarak sözleşmenin tipi apıs aşımığında karar vermelidir. Somut sözleşme tip çerçevesinde kalmışsa yargıcı sözleşme boşluklarını bu tipe uygun kurallarla doldurmalıdır. Sözleşme tipi hukuku daha önce de belirtilmiş gibi esaslı ve naturalıdan meydana gelir.


113. Sandrock, s. 50 vd., Schluep, s. 783; Kaplan, s. 90; aynı yönde anlaşılabilecek şekilde, Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 509 vd.; Yung, s. 49.

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

115. Jäggi/Schöneberger, Art. 2, N. 51; Merz (Kommentar) Art. 2, N. 138; Yung, s. 48; Schluep, 782-Gauch/Schluep, 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 [complément général] ve yargıcı genel ve soyut bir kurallı uyguladığı, bu kuralın yasal, adil ve söz konusu sözleşme tipinin bütün türleri için geçerli olan bir kural olması gerektiğiini 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.

müteahhitlik sözleşmesinin eser sözleşmesinin genel normlarına girip girmediğinin tesbiti gibi). Sözleşmeın yorumu ile saptanan içerik sözleşmenin yasal tanınmindaki kavramlarla çakişıyor ve sözleşmenin bütünü açısından da bu sözleşme tipine ait hükümlerinin uygulamasında taraf iradelerine uygun olmayan bir durum ortaya çıkıyorrsa boşuku bu şekilde yedeck hukuk kuralları ile doldurulacaktır.

Sözleşme tipi hukukunda boşluğa doldurmaya elverişli bir hüküm bulunmaması durumunda yargıç MK. m. l'i uygulayarak örf ve adet hukukunda konuyla ilgili bir hüküm olup olmadığını araştırır. Boyle bir hükümün 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) dolduracaktır.

Sözleşme tipi hukukunda bulunan kuralın sözleşmenin içeriği ile uyum sağlamaması, yanı taraf iradeleri ile uygun olmayanın tesbiti sözleşmenin tipi așarak bireysel unsurlar taşımasını anlamına gelmektedir. Bu noktada sözleşme belki ait olduğu tipin genel kavramlarına uygun gibi görünüyor ama sözleşmeyi eklenmiş olan diğer unsurlar bu sözleşmeyle ilgili tip hukukundaki genel ve soyut düzenlemelerin sözleşmeye tam olarak uymaması sonucunu doğurabilir mektedir. Çünkü, karşımızda olan sözleşme subjektif bağlantı noktaları taşıyan ve "tip"i aşan bireysel (atıplik) bir sözmedir. İşte bu durumda sözleşme tipi hukukunun uygulanmasından vazgeçilerek taraf iradelerini nazara alan ve sözleşmenin bütünü ile de ahenk oluşturulacak şekilde güven ilkesini hayata geçiren bir sözleşme boşluğu tamamlama yöntemi takip edilecektir. 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 yargıçın hukuk yaratması yolu ile tamamlanacağını belirtmektedir), s. 795.

119. Bu noktada sözleşme belki ait olduğu tipin genel kavramlarına uygun gibi görünüyor ama sözleşmeyi eklenmiş olan diğer unsurlar bu sözleşmeyle ilgili tip hukukundaki genel ve soyut düzenlemelerin sözleşmeye tam olarak uymaması sonucunu doğurabilir mektedir. Çünkü, karşımızda olan sözleşme subjektif bağlantı noktaları taşıyan ve "tip"i aşan bireysel (atıplik) bir sözmedir. İşte bu durumda sözleşme tipi hukukunun uygulanmasından vazgeçilerek taraf iradelerini nazara alan ve sözleşmenin bütünü ile de ahenk oluşturulacak şekilde güven ilkesini hayata geçiren bir sözleşme boşluğu tamamlama yöntemi takip edilecektir. Federal Mahkeme bir isimsiz sözleşme ile ilgili verdiği kararda boşluğun benzer sözleşmelerle

121. Schlupe, s. 795; Benzer şekilde yorumlanacak şekilde Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 517 (yazar burada için nüeliğini ve tarları iradesini uygun bir armoni ile birleştirerek şekilde yargıcı hukuk yaratmasının söz konusu olduğunu belirtmektedir); Yung, s. 49; Meier/Hayoz, SJK, 1134, s. 8; Pirotet, ZSR 1961, s. 601; Honsell/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N: 63 (yazar burada kullanılabilece yöntemin MK. m. 4'de belirtilen yönteme benzer olduğunu belirtmektedir), aynı şekilde yorumlanacak şekilde Engel, (Traté) s. 170-171 (yazar sözleşme dailetinin sağlanmasının gerekliliğini ve taraflara kendilerine özgü menfaatler düşünceleri hazırlarınca sözleşmenin boşluğunun tamamlanmasına kendi türünün tek örneği olan sözleşmeye ilişkin çözümlerin genelleştirilemeyeceğini belirtmektedir, yani yasal genel kuralların uygulanmayacığını belirtmektedir); aynı yonde Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40, 41.
İlgili tamamlayıcı hukuk kurallarına göre değil, tarafların farazi iradesine göre doldurulacağına hükümmetmiştir. Eğer tarafların farazi iradelerini saptayarak boşluğu doldurmak mümkün olmayorsa MK. m. 1 uygulamaya gelecek ve yargıç örf ve adet hukukunda bir çözüm arayacaktır. Burada da bir çözüm bulamaması halinde kendisi hukuk yaratma yoluna gidecektir.

Burada özel bir durum üzerinde durmakta fayda görürüm. Sözleşme subjektif bağlı noktaları taşıdığı için uygulanmayan sözleşme tipi hukuku emredici yasa kurallarını içeriyorsa durum ne olacaktır? Emredici kurallarının koruma fonksiyonlarını olduğu düşünülecek olursa normal sözleşme tipinden uzaklaşmış makla birlikte bu koruma fonksiyonunun devam etmesinin gerekip gerekmemeyeceği hususu sorunun cevabı için önemlidir. BK. md. 19 çerçevesindeki genel sözleşme özgürlüğü içinde, emredici sözleşme tipi hukukunda ifadesini bulan koruma ihtiyacı devam ettiği süylenebilir, yargıç tamamlanacak sözleşmeye o tipe ait sözleşme kuralları ile tamamlanması bile MK. m. 1'deki hüküm dayanarak uygun yönde bir hüküm koyacaktır.

cc) İsimszı Sözleşmelerde Boşluk Tamamlamanın Özellikleri:

aaa) Genel Olarak:

Daha önce de belirttiğimiz gibi genel olarak kabul edilen, isimsiz sözleşmelerdeki boşluk tamamlamanın isimli sözleşmelerdeki gibi olduğunu ancaq hemen belirtelim ki, isimsiz sözleşmeler kanuni tipi bacağı altında incelendiğinde atipik sözleşmeler olduklarından isimli sözleşmelerdeki tipden uzaklaşan sözleşmelerde olduğu gibi tarafların farazi iradelerini de nazara alan ve güven ilkesine göre yapılan bir boşluk tamamlama yöntemine tabi olacaklardır. İsimszı sözleşmeler kanun tarafından düzenlenmedikleri için tabii olarak kanundaki sözleşme tipi hukukunun uygulanması söz konusu olmayacaktır. Burada düşündülebilecek olan bir husus, karma sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş olan.

122. ATF 107 II 218 = JdT 1982 I 66, aynı yönde bir başka karada kısmi hükümüsülük nedeniyle doğan boşluğun tarafların farazi iradeleri araştırılarken doldurulacağı belirtiliyor; BGE 96 II 133 = JdT 1971 I 267; BGE 114 II 163-164.
124. Schluep, s. 794 (yazar burada tiropojik tamamlama göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir, s. 795); Kuntalp, s. 155-156; Kaplan, s. 91.
125. Bkz. dn. 60.
126. Gauch/Schluep, Art. 18, N. 547-549; Meier-Hayoz, SJK 1134; s. 7-8; Schluep, s. 780-81; Engel (Contracts), s. 686; Tercier (Les Contrats), s. 16; aynı anlama Hatemi/Serizan/Arpic, s. 40, 41.
127. Burada sadece BK. nun genel bölümündeki hükümlerin uygulama alanı bulacağı düşünülebilir. bkz. Gauch/Schluep, s. 231, Tercier (Les Contrats), s. 16. Ayrıca bak., Guhl/Merz/Koller, s. 303, 304. (Yazarlar önce BK. nun genel hükümlerinin, bu yoks "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 tipleri aynı karakter taşımalari nedeniyle tip sözleşme hukuku açısından atipiktlirler ve bu nedenle boşluklarının tamamlanması direkt olarak sözleşme tipi hukukuna göre değil de, atipik sözleşmelerde uygulanan güven ilkesine göre olaktır.


Bileşik sözleşmelerde ise her sözleşme bağimsızlığını koruduğu için her bir sözleşme için kendisine ait kuralların uygulanabileceği düşünülebilir ise sözleşmelerin varlıkları ve geçerliliklerinin birbirlerine bağlandığı düşünülüğünde kanundaki tiplerden uzaklanan bir sözleşme tipinin varlığı kabul edilmeli ve bunlarla ilgili boşluklar da tarafların farızı iradelerini ve güvenci ilkesini nazar alan bir başka altında doldurulmalıdır.

İsimsz sözleşme ile ilgili taraflar iradelerini saptamak mümkün olmuyorsa MK. m. l'in uygulaması günde gelecektir. Buna göre yarışılmış öncelikle uygulanacak bir kanun hükmünün olup olmadığını araştıracak ve burada BK'nun


129. Jäggi/Gauh, Art. 18, N. 549. Schluem, s. 797, (yazar burada karma sözleşmelerle ilgili olarak yarışıcın hukuk yaratması durumunda karma sözleşmeyi oluşturan bağımsız sözleşme tiplerine yoğunlaşabilmeşi ve bu tiplerle ilgili hükümlerin yarışçın tarafından yaratılacak isimsiz sözleşme hukukunun oluşturulmasında ön planda dikkate alınacağını belirtilmekte), bkz. aşağıda bbb.


bbb) İsimsiS Sözleşmeleri İlişkin Bir Sözleşme Tipi Hukukunun Yaratılma İmkânı:

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

Çok sık kullanılan isimsiz sözleşmeler alanında bir örf ve adet hukuku oluştugu da söylenebilir. Ayrıca bireysel çıkarların korunması bu alanlarda çok yoğun olarak genel işlemler şartlarının kullanılması sonucunu getirir. Bu durumda böyle yaşinsal karakter gösteren sözleşmelerin hem boşluklarının tamamlanması, hem de sözleşme içeriklerinin adil olmaması tehlikesi karşısında yargıcın bir sözleşme tipi yaratılarak buna göre karar verilmesinin uygun olacağını savunmaktaadır. Bu yönde bir yargıc hukukunun yaratılmasya yılların geçmesi ile yerleştir icahiatarlar yardımı olacak bir unsurken diğer bir unsur da ka-

133. Jäggi/Gauch, Art. 18, N: 554; Schluep, s. 797.
134. Schluep, s. 797-798; Honsell/Vogt/Wiegand, Ein. vor. Art. 184, N. 68; Engel, s. 686.
135. Bunların alınmış partnerler arasında sık tekrarlanan sözleşmeler olarak yasa tarafından düzenlenmiş sözleşmelerle yaklaştığı yönünde Engel (Contrats), s. 686.
137. Jäggi/Gauch, Art. 1 (N. 550, ayrıca 524; Schluep, s. 800).
nunda düzenlenen sözleşme-tipi hukuku \(^{138}\) ve karşılaştırılmali hukukun çözüm-
leri \(^{139}\) olacaktır. Ayrıca pratik uygulamanın alışkanlıklarını, doktrin ve içtihatlar
da yardımcı olacak kaynaklar arasındadır \(^{140}\). Yaratılmış olan bu hukuk benzer
sorumlarda diğer yargıçlar tarafindan nazara alınacaktır.

Son olarak işaret edilmesi gereken bir nokta da yargıçın sözleşme boşluk-
larını tamamlarken, işin niteliğine ve taraf iradelerine uygun çözümler getirilmesi
gerektiğini gözden uzak tutmaması ve genel ve soyut kuralları sözleşmenin bütün-
nü ile uyum göstermemesi halinde uygulamamasıdır \(^{141}\).

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

AKYOL, Ş. : Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri, 1. Fs.s., İstanbul, 1984).


FEYZIOĞLU, F. N. : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım; Akın Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul
1978.

GAUCH, P. / SCHLUERP, W. : Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil, Band I,
Zürich, 1991.


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

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

140. Engel (Contrats), s. 687; Tercier (Les Legislateurs), s. 59, vd.
141.


JÄGGI, P. / GAUCH, P. : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 18, VI/b, Zürich, 1980.


KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : Borçlar Hukuku-Genel Hükmüler (Forma halinde).


MEIER-HAYOZ : Gesetzlich nicht geregelter Verträge; Schweizerische Juristen Katalogen 1134-1135.


OFTINGER, K. : Die Freiheit des Burgers im schweizerischen Recht; Festgabe der Juristischen Fakultät der Schweizerischen Universitäten zur Hundertjahrfeier der Bunderfassung, Zürich, 1948.


YUNG, W.: Interpretation Suppletive des Contrats, ZBJV, 1961, s. 41, vd.