

Borçlar Genel by Mertkan Kaya

<i>Giriş</i>	3
<i>BORÇLAR HUKUKUNUN TANIMI, KONUSU, SİSTEMİ VE KAYNAKLARI</i>	3
<i>BORÇLAR HUKUKUNUN DİĞER HUKUK DALLARIYLA İLİŞKİSİ</i>	5
<i>BORÇLAR HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER</i>	5
<i>BORÇLAR HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI</i>	8
<i>Sözleşmeden Doğan Borçlar</i>	10
Sözleşmenin Kurucu Unsurları	10
Sözleşmenin hukuki neticeleri	10
Sözleşme Çeşitleri	11
Edim ilişkisine göre sözleşmeler	11
Zaman yönünden sözleşme türleri	12
Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler:	12
Rızai-Real Sözleşmeler:	14
Görüşmeli sözleşmeler	14
İnançlı sözleşmeler	14
Elden işlemler:	14
<i>İrade İle Beyan arasında bilerek meydana getirilen Uygunsuzluk</i>	14
Latife beyanı	14
Zihni Kayıt	14
Muvazaa	15
Muvazaanın hüküm ve sonuçları	15
İnançlı işlem	16
Kanuna karşı hile	17
<i>İrade bozuklukları</i>	18
İradeyi bozan sebepler,	18
Temel yanılması (nitelikli saik):	19
Aracının yanılması (yanlış iletme)	20
Yanılma sebebiyle sözleşmenin iptali halinde yanılan aleyhine doğan tazminat borcu:	20
Aldatma	20
Korkutma	21
İrade bozukluğunun sonuçları	22
<i>Aşırı Yararlanma (gabin)</i>	23
Aşırı yararlanmanın unsurları	23
Aşırı yararlanmanın sonuçları	24
Edimlerin geri istenilmesi	24
İsteme süresi	24
Tazminat	24
<i>Sözleşmelerde Temsil</i>	25

Doğrudan temsil - Dolaylı temsil ayrımı	25
Aktif - Pasif Temsil	25
Kanuni - İrادی temsil	25
İrادی Temsilin Şartları	25
Temsil Yetkisi	25
İç temsil - Dış temsil yetkisi	26
TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI	26
Temsil yetkisinin sona ermesi	27
Sona Ermenin Hüküm ve Sonuçları	28
Yetkisiz Temsil	28
<i>Kusur Sorumluluğu</i>	30
<i>(Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu)</i>	30
Kusur sorumluluğu nedir?	30
Haksız fiilin unsurları	30
Fiil (davranış=hareket)	30
Zarar	30
Uygun İlliyet Bağı	33
Sebeplerin çokluğu	33
Birden çok sebepten yalnız birinin zarar doğurması	34
İlliyet bağımlı kesen sebepler nedir?	35
KUSUR	36
HUKUKA AYKIRILIK	38
Ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar verme (TBK 49/2 sorumluluğu)	40
Hukuka Uygunluk Sebepleri	40

Giriş

BORÇLAR HUKUKUNUN TANIMI, KONUSU, SİSTEMİ VE KAYNAKLARI

I. Borçlar hukukunun tanımı konusu ve önemi

Borçlar hukukunun konusu özel borç ilişkileridir. Borç ilişkisi iki veya daha fazla kişi arasında kurulan ve birine diğerinden bir edimi ifa etmesini isteme yetkisi veren, diğerini de bunu yerine getirmekle yükümlü kılan bir hukuki ilişkidir.

Borç ilişkileri bir hukuki işlemde veya kanundan doğar. Hukuki işleme örnek olarak sözleşme, kanundan doğan borç ilişkilerine örnek olarak vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil vb. verilebilir.

Topluluk olarak yaşayan insanların çeşitli ihtiyaçları vardır. İnsanlar bu ihtiyaçlarını gidermek için bazı mal ve hizmetleri elde etmelidir. Bu mal ve hizmetleri satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi, ödünç ve vekalet sözleşmesi gibi sözleşmelerle sağlarlar. Örneğin Bay A bay B'den bir ihtiyacı olduğu bir kitabı belirli bir para karşılığında satın almak için onunla bir satış sözleşmesi kurar. Bu sözleşme neticesinde Bay A'nın Bay B'den kitabı isteme hakkı

doğarken Bay B'nin de A'nın taahhüt ettiği miktarda parayı isteme hakkı doğar.

Bazı durumlarda insanlar bir ihtiyacını o malın maliki olmadan da gidermek isterler. Kira sözleşmelerinde durum budur. Kiracı kiralayana belli bir borç altına girerek kiralayanın taşınmazını o taşınmazın mülkiyetini elde etmeden kullanır.

Bazı sözleşmeler ise bir mülkiyetin devrini değil bir iş görme edimini doğurur. Örneğin hizmet, eser ve vekalet sözleşmeleri. Bu sözleşme tipleri sayesinde hizmetin toplumda dağılımı sağlanır.

Bazı borçlar kaynağını kanundan alır. Haksız fiil bunlardan bir tanesidir. Çünkü borçlar hukuku sadece toplumda belli bir eşyanın dolaşımını düzenlemez ayrıca kişilerin malvarlıklarında başkalarının kusuruyla meydana gelen azalmaları da tazmin eder. Haksız fiilin yanında hakkaniyet sorumluluğu, tehlike ve özen sorumluluğu da kaynağı kanun olan borç türleridir. Bu durumlar kusursuz sorumluluk halleridir. Zarar verenin kusuru aranmaz.

Kişiler arasında mal ve hizmet dolaşımında bir kişinin malvarlığından diğer kişinin malvarlığına geçen ekonomik değerlerin bir sebebe dayanması gerekir. Bu sebep olmadan elde edilen ekonomik değer sebepsiz zenginleşme oluşturur. Bu durumda malvarlığında eksilme meydana gelen kişi karşı taraftan zenginleşmenin iadesini isteyebilir.

Borçlar hukuku sadece özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenler. Kamu hukukundan doğan misal vergi borcu borçlar kanunun kapsamına girmez. Ayrıca iş hukuku, ticaret hukuku veya miras hukuku gibi hukuk dallarının kendilerine özgü borçları vardır. Fakat kaynağını borçlar hukukunun dışında bulan bütün borç ilişkilerine eğer bunları düzenleyen kanunlarda özel bir hüküm yoksa borçlar kanunun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

II. Türk Borçlar kanunun kabulü, sistemi

6098 sayılı borçlar kanunu 11.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu tarihten önce doğmuş borçlar için 808 sayılı borçlar kanunu hükümleri uygulanır.

İki kısımdan oluşan borçlar kanunun ilk 206 maddesi genel hükümleri 207.-645. maddeleri özel hükümlerini ihtiva eder. Kısımlar kendi içinde bölümlere, bölümler de kendi içinde ayrımlara bölünür. Bölümler için kanunu aç **bak**.

III. Türk Borçlar kanunun kaynakları

- I. Yazılı Kaynaklar: Yazılı kaynaklardan yönetmelik, kanun, khk gibi yasama organının iradesini yansıttığı yazılı metin anlaşılır.

- II. Yazılı olmayan tali kaynaklar: TMK 1/2 de belirtilen hakimın yazılı kaynak olmadığı zaman uygulayacağı örf adet hukukudur. Bu uygulama TBK için çok nadirdir. TBK 314 ve 317. maddelerinde örf adet hukukuna yollama yapmıştır. "*Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür.tbk314*" "*Kiracı, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemekle yükümlüdür. Bu konuda yerel âdete de bakılır.tbk 317*"

BORÇLAR HUKUKUNUN DİĞER HUKUK DALLARIYLA İLİŞKİSİ

I. MEDENİ Hukuk ile ilişkisi

Şekli açıdan TMK ve TBK ayrı kanun olsalar da organik bakımdan bu kanunlar birbirlerinin tamamlayıcısıdır.

TBK m646 *Bu Kanun, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.*

TMK m5 *Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.* TBK'nın ikinci kısmını oluşturan özel borç ilişkilerindeki bazı hükümler de genel hüküm niteliğindedir. Aynı şekilde medeni hukukun başlangıç ve kişilerin hukukunun bir bölümü gibi genel hüküm olarak nitelendirilen hükümler de TBK ile düzenlenen borç ilişkilerine uygulanabilir.

II. Ticaret Hukuku ile ilişkisi

- I. TTK m.1/1 c.1 (1) *Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.*
(2) *Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*

III. Anayasa Hukuku ile ilişkisi

1982 anayasası özel mülkiyet, sözleşme hürriyeti ve girişim özgürlüğünü kabul etmiştir

AY 35

Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

Ancak 82 anayasası 38. maddesinde sözleşme hürriyetine bir kayıt getirmiştir. "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*"

BORÇLAR HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER

I. İrade özerkliği ilkesi

- i. Bu ilkeye göre fert hukuki açıdan kendi kaderini tayin etmek konusunda hürdür. İrade özerkliği sayesinde fertler kendi

aralarında kendi hukuki ilişkilerini kurabilirler. İrade özerkliği sınırsız değildir. TBK 27 Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Ancak irade özerkliğinde sınırlama istisna hürriyet ise kaidedir.

İrade özerkliğinin Alt İlkeleri

- II. **Sözleşme Hürriyeti ilkesi:** TBK m26 "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*"
Sözleşme hürriyeti dörde ayrılır, herhangi bir sözleşme yapma, yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş bir sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme.
- III. **Eşitlik İlkesi:** Borçlar hukukundan kaynaklanan sözleşmelerde ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın taraflar eşittir. Bu irade özerkliğinin doğal bir sonucudur.
- IV. **Şekil özgürlüğü ilkesi:** Bu ilkeye göre borç doğuran sözleşmelerin geçerliliği bazı istisnai durumların varlığıyla beraber şekle bağlı değildir.
- II. **Nispiyet ilkesi**
 - I. Bu alacak hakkına haiz kişinin bu hakkını sadece borçluya karşı ileri sürebileceği anlamına gelir.
- III. **Dürüstlük ilkesi**
 - I. TMK m.2 *Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.* Alacaklı borçludan borcunu talep ederken, borçlu borcunu ifa ederken orta zekalı makul doğru ve dürüst bir kişi gibi davranmalıdır.
- IV. **Kusurlu Sorumluluk ilkesi**
 - I. Borçların önemli bir kaynağını oluşturan haksız fiil, sorumluluk halleri ve sözleşme sorumluluğu fail veya borçlunun kusurlu olmasını öngörür, kusur olmayan bir durumda hak sahibi sadece müdahalenin önlenmesini ve tekrarından kaçınmasını isteyebilir. Tazminat isteyebilmesi için failin kusuru şarttır.
- V. **Üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesi**
 - I. Hiç kimse iradesi dışında sözleşme veya herhangi başka bir sebeple borç altına sokulamaz. Ancak taraflar üçüncü kişi lehine alacak hakkı kurabilir.
- VI. **Sözleşmelerde ivazlılık ilkesi**

Borçlar kanununda ivazsız sözleşmeler (faizsiz karz(tüketim ödücü), ariyet ve bağışlama) gibi sözleşmeler istisnadır. (kira, satış, eser, hizmet) gibi sözleşmeler ise ivazlıdır.
- VII. **Borçlunun yerleşim yerinde ifa ilkesi**
 - I. Borçlu borçlandığı edimi ilke olarak borçlunun borcun doğduğu esnada olan yerleşim yerinde ifa edilir. TBK 89
"Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;
 1. *Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,*
 2. *Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,*
 3. *Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde,*

ifa edilir.

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir."

BORÇLAR HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

1. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMLARI

- i. Borç ilişkisi dar ve geniş anlamda
 - a. Dar anlamda borç ilişkisi borç kavramını, geniş kavram ise borç ilişkisi kavramını karşılar. Bir de dar anlamda borç kavramı vardır bu ise para borcu anlamına gelir.
- ii. Borç Kavramı
 - a. Alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu borçlunun da ifa etmekle yükümlü olduğu edimdir
- iii. Borç ilişkisi
 - a. Borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ve bazı tali hakları ve borçları içeren hukuki ilişkidir. Borç ilişkisinin alacak hakkı ilke olarak asıl alacak hakkı ile yan alacak hakkıdır. Tali haklar ise yenilik doğuran haklarla def'i hakkıdır.
 - b. Borçlar ise asıl borç yan borç ve yan yükümler olmak üzere üçe ayrılır.
 - i. Yan haklar ceza koşulu, rehin, kefalet gibi hakları açıklar.
 - ii. Edimin tam ve borca uygun şekilde ifa edilmesi de yan yükümlülüklerdir.
- iv. Borç ilişkisi ile borç arasındaki farklar
 - a. Borç ile borç ilişkisi aynı anda veya farklı zamanlarda doğabilir.
 - i. Yani doğum anları farklılık gösterebilir. Hatta bazen borç, borç ilişkisi sona erdiği anda doğar mesela, kira sözleşmesinin sona ermesiyle kiracı, kiraladığını geri verme borcu altına girer.
 - b. Borç ile borç ilişkisinin kapsamı
 - i. Borç kavramı bir tek edimi kapsarken borç ilişkisi birden çok edimi, bütün ilişkiyi kapsar. Borç ilişkisi def'i hakları ve yenilik doğuran haklar gibi tali hakları da kapsar. Keza borç ilişkisi faiz, rehin gibi yan hakları da kapsar.
 - c. Devir yönünden farkları
 - i. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri ilke olarak kimler arasında meydana gelmişse onlar arasında varlığını sürdürür fakat bu ilke mutlak değildir. TBK 205 ile sözleşmenin devri mümkündür "*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*"
 - ii. Fakat borç yani tek bir edim karşı tarafın rızası olmadan devredilebilir tbk 183/1 Kanun, *sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*"
- v. Borç ilişkisinin içerdiği hak ve yükümlülükler

Hukuki ilişkiye katılan kişiler arasında hak ve yükümlülükler birden çoktur. Bunun en belirgin örneği borç ilişkileridir. Borç ilişkilerinde asli hak (alacak hakkı), asli yükümlülük (asli edim yükümlülüğü, Asli borç), Tali ve Fer'i haklar, yan yükümlülükleri de içerir.

1. Borç İlişkisinin içerdiği haklar:
 - i. Asli Haklar: Asli hak alacak hakkıdır. Borçlunun bir ediminin ifasını talep etme yetkisi sağlar. Yararlanma hakları arasında yer alır.
 - ii. Yan haklar: Alacak hakkına hizmet eden haklardır. Alacak hakkının genişleten yan haklar ve alacak hakkını garanti altına alan yan haklar olarak ikiye ayrılır.
 - iii. Tali (ikincil) haklar: Bir alacak hakkını düzenleyen, değiştiren veya ortadan haklardır. Düzenleme haklarıdır. Yenilik doğuran, def'i ve yönetim hakları.
2. Borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler:
 - i. İlk ve ikincil yükümlülükler: sözleşmeden doğan her türlü yükümlülükler ilk yükümlülüklerdir (asli edim, yan edim, yan yükümlülük). Sözleşmenin ihlali dolayısıyla ortaya çıkan diğer tazminat yükümlülükleri ise ikincil yükümlülüklerdir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan yükümlülükler de tali yani ikincil yükümlülüktür.
 - ii. Edim - Yan yükümlülükler: Edim yükümlülükleri asli edim-yan edim olarak ikiye ayrılır. Asli edim yükümlülükleri sözleşmenin tipini belirleyen asıl yükümlülüktür. Mesela satış sözleşmesinde satıcının satılan malın zilyetliğini devretme yükümlülüğü ile alıcının bedeli ödemesi. Yan edim yükümlülükleri sözleşmenin tipini belirlemeyen asli edime bağlı yan borçlardır. Bunlar kira sözleşmesinde kömürün sağlanması, satışta nakliyatın yapılması gibi yükümlülüklerdir ve asli edime bağlı olsalar dahi ayrı bir ifa davasıyla ifası istenebilir.
 - iii. Yan yükümlülükler: Diğer adı özen gösterme yükümlülükleri olan yan yükümlülükler, yan edim yükümlülüklerinden farklı olarak ifası talep edilemez ancak bunların ihlali durumunda tazminat alacağı doğar. Yan yükümlülükler "ifaya yardımcı" "koruyucu" olarak ikiye ayrılır. İfaya yardımcı yan yükümlülükler sözleşmenin amacına uygun ve tam olarak ifa edilmesini sağlarlar yani alacaklının sözleşmedeki beklediği menfaatini korurlar. Koruyucu yan yükümlülükler ise alacaklının ifa sebebiyle şahıs veya malvarlığında meydana gelebilecek zararlardan alacaklıyı korur. Aydınlatma yükümlülüğü de bir yan yükümlülüktür. Mesela bir makine satın alacak kişiye makinenin çevresine yaratacağı tehlike hakkında bilgi verilmelidir. Yan yükümlülüklerin kaynağı tmk 2 de düzenlenen dürüstlük kuralıdır.
 - iv. Koruma yükümlülükleri: Sözleşme dolayısıyla sosyal temasa giren kişiler bu temas başlamasından itibaren birbirlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermek zorundadırlar. Tarafların ifa menfaati dışında kalan şahıs ve malvarlıklarının zarar görmemesini sağlama yükümlülüğü koruma yükümlülüğüdür. Bu bir yan haktır. İfası talep edilemez ancak ihlalinde tazminat alacağı doğar. Sözleşmeden bağımsızdır, sözleşme görüşmeleri sırasındaki bir ihlal sebebiyle de doğabilir bunlara doktrinde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk denir. Sözleşme sırasında ve sözleşme sonrasında da

doğabilir. "yan yükümlülük olan edim yükümlülüğünün ihlaliinde doğan zararı tazmin yükümlülüğü bir tali yani ikincil yükümlülüktür."

3. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri: Birbirleriyle henüz sosyal temasa geçen, sözleşmeyi kurmamış kişilerden biri koruma yükümlülüklerini ihlal ederse edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi doğar. Sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkileri olarak ikiye ayrılır. Üçüncü kişiyi koruyucu borç ilişkilerinde borç taraflardan birinin koruma alanındaki bir kişinin diğer tarafın kusuruyla zarar görmesi durumunda doğar mesela Mertkan Deniz'le evine bir dolap montajı için anlaşır, Deniz'in bunu bile düzgün becerememesi sonucunda Mertkan'ın oğlu Biftek'in üstüne bu dolap düşerse Deniz Biftek'in maddi ve manevi zararını tazmin etmek zorundadır. Denizle Biftek arasında bir edim yükümlülüğü yoktur, borç ilişkisi koruma yükümlülüğü ihlali sebebiyle doğan bir borç ilişkisidir. Üçüncü kişiyi koruyucu sözleşmelerden doğan borç ilişkileri tali niteliktedir.
4. Külfet: Külfet yükümlülüklerin aksine davayla zorlanamaz, ifa edilmemesi halinde külfetliye tazminat yükletemez. Külfet bir hakkın kazanılması için veya kaybının önlenmesi için yapılması gereken davranıştır. Mesela satıcıya ayıplı bir malın zamanında bildirilmesi.
6. Hak Kavramı, alacakların çeşitleri ve özellikle alacak hakkı

Sözleşmeden Doğan Borçlar

Sözleşme, tarafların birbirine uygun ve bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı irade beyanlarıyla oluşan hukuki işlemdir.

Sözleşmenin Kurucu Unsurları

Tbk m.1 de kurucu unsurlar açıkça belirtilmiştir. *Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*

İradenin açıklanması, İradenin yöneltilmesi, Karşılıklılık ve birbirine uygunluk olarak üç alt unsura ayrılır.

İradelerin birbirlerine uygunluğu, tamamen lafzi uygunluk değil, yani tarafların sözlerinin aynı olması değil, anlamlarının (güven teorisine göre) uygun olmasıdır. Yani bütün tarafların aynı hukuki sonucun gerçekleşmesini istemesi lazımdır.

Sözleşmenin hukuki neticeleri

Sözleşmenin kurucu neticesi: Bir borcun doğması, bir hakkın kısıtlanması gibi tarafların iradelerine uygun olarak meydana gelen sonuçtur.

Sözleşmenin bağlayıcı neticesinden tarafların birbirine uygun irade beyanıyla ihdas ettikleri hukuki ilişkiyi tek taraflı irade beyanıyla bu sözleşmeyi ortadan kaldıramamalarıdır. Buna karşılık taraflar aralarında anlaşarak bozma yani ikale sözleşmesi yaparak bu sözleşmeyi kaldırabilirler ve bir inşai hakkın doğmasıyla sözleşmeyi fesh edebilirler. Bağlayıcı sonuç, tbk m5 gibi süreli öneri durumunda henüz sözleşmesi kurulmamışken doğmuştur.

Sözleşme Çeşitleri

Hukuki sonuçlarına göre, borç, tasarruf ve statü sözleşmeleri

Statü sözleşmelerine örnek evlilik, nişanlanma, evlat edinme yani kişileri bir sosyal statüye sokan sözleşmeler.

Bağımlı - Bağımsız. Bağımsız sözleşmeler Kira, satış gibi sözleşmelerdir. Bağımlı sözleşmeler, rehin, ceza koşulu söz., ikale gibi başka bir sözleşmeyi kuvvetlendirmek, değiştirmek veya ortadan kaldırmak için yapılan sözleşmelerdir.

"Borç sözleşmeleri ile borçlar hukuku sözleşmeleri aynı anlama gelmez. Borçlar hukuku sözleşmeleri borç sözleşmelerini de kapsamakla birlikte borcu ortadan kaldıran ikale, alacağın temliki gibi borç doğurmayan sözleşmeleri de ihtiva eder. İ kale ya da ibra borçlar hukuku sözleşmesi olmakla birlikte aslında tasarruf sözleşmeleridir. Sözleşme denildiğin zaman tbk'da daha çok borç sözleşmesi anlaşılır.

Kanunda öngörülmüş olup olmamalarına göre borç sözleşmeleri isimli - isimsiz olarak ayrılır.

İsimsiz sözleşmeler, Karma tipli, Sui generis(Kendine özgü) ve bileşik tipli olmak üzere ayrılır

Karma tipli i.s: iki tipli ve birleşik (kombine) tipli olarak ikiye ayrılır. Çift tipli karma i.s örnek olarak kira akdindeki bir yerine kullanılmasına izin verme ve hizmet edimini birbirine karıştıran kapıcılık sözleşmesi örnek verilebilir. Yani çift tiplide iki isimli sözleşmenin asli edimi kanunun öngörmediği biçimde karışır.

Taraflardan birisi isimli akitlerde öngörülen birden çok edimi üstlenirken diğer taraf ise bir para ödeme edimi yüklenirse burada birleşik tipli karma sözleşme vardır. Örneğin yatılı okul.

Eklemlı karma sözleşmeye karma bağışlama örnek olarak verilebilir. 2bin tl'lik kalemi bin tlye satılarak bin tl'lik bağış ve aynı anda bin tl'lik satış yapılması.

Kendine Özgü isimsiz söz: Edimi isimli bir sözleşmede öngörülmemiş sözleşmelerdir. Örneğin, sulh sözleşmesi, garanti söz.

Bileşik sözleşmelerde taraflar bağımsız birden çok sözleşme yapmakta fakat bu sözleşmelerin geçerliliğini birbirlerine bağlamaktadır.

Edim ilişkisine göre sözleşmeler:

Bir tarafa borç yükleyen, iki tarafa borç yükleyen ve çok tarafa borç yükleyen olarak üçe ayrılır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kendi içlerinde tam ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ayrılır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimleri birbirlerinin edimlerinin karşılığını ve sebebini oluşturur. Örneği satış sözleşmesinde alıcının edimini teşkil eden bedel ödeme satıcının ediminin karşılığı, satıcının edimini teşkil eden şey ise alıcının ediminin karşılığıdır. Burada bir karşılıklık söz konusudur (synallagma) .

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise taraflar ilk olarak ivazsız bir sözleşme yaparlar, asli edimler ifa edildikten sonra borç yüklenmeyen tarafa tali edim yükümlülüğü

doğar. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farkı borçlunun edimini karşı tarafın bir edimi için yüklenmemesidir yani taraflardan biri edimini diğerinin ediminin karşılığında yüklenmez. Yani burada yüklenilen edimler birbirleriyle mübadele edilmez. EİTBYS örnek olarak karşılıksız vekalet sözleşmesi verilebilir. Bu sözleşmede vekalet alan yani vekil vekalet veren adına bir iş görür karşılıksız olarak. Yani asli edim yükümlülüğünü yerine getirir. Fakat sonradan bu işi görmek için yaptığı masrafları vekalet verenden isteyebilir yani bir tali edim yükümlülüğü doğar.

Zaman yönünden sözleşme türleri

Ani sözleşme, dönemli sözleşme, sürekli sözleşme

- Ani sözleşmede edim bir defada ifa edilir.
- Dönemli sözleşmede edim belli dönemlere bölünerek ifa edilir, kiranın ayda bir yatırılması
- Sürekli sözleşmelerde sürekli bir ifa söz konusudur. Kiraya verenin taşınmazın kullanımına akit süresince müsaade etmesi.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler:

TBK M20/1 "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz."

Genel işlem koşulları taraflardan birinin, ileride birden çok kişiye sunmak üzere önceden kendisinin hazırladığı ve üzerinde müzakerenin olanaksız olduğu standartlaşmış sözleşme hükümleridir. Genel işlem koşullarıyla sektörlerdeki güçlü kuruluşlar tarafından tüketicilere haksız şartlar dayatılmıştır. Bunun önüne geçmek için kanunkoyucu özel ve genel kanunlarla önlemler almışlardır. TKHK m5

"Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar

MADDE 5

- (1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.
- (2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.
- (3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.
- (4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.
- (5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.
- (6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.
- (7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.
- (8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.
- (9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir."

Bir hükmün genel işlem koşulu sayılabilmesi için gereken unsurlar:

- İleride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması (fiilen kullanılma gerekli değil, kullanılma amacı yeterli)
 - Özellikle banka, sigorta tarzı kurumların kullandığı sözleşmeler bu niteliktedir.

- Önceden sözleşmenin yalnız bir tarafınca hazırlanmış olması gerekir. Üzerinde konuşulmadan kabul edilir.

TBK 20 tamamı:

" Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır."

- Sözleşmenin karşı tarafı önceden bilinmediği için genel nitelikli koşullardır. Yani soyut niteliktedirler.
 - Aynı amaca hizmet eden koşullar metinleri özdeş olmasa dahi genel işlem koşuludur. TBK 20/2

Genel işlem koşullarının denetimi:

Uygulama yani yürürlük denetimi-

TBK 21/1 *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."*

Bu kurala uyulmadığı takdirde g.i.k yazılmamış sayılır

Tbk 21/2 *"Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır."*

Yazılmamış sayılmadan maksat Fikret Eren'e göre yokluktur. TBK 22'ye göre düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremez. Yazılmamış sayılan unsur sözleşmenin esaslı unsuruyorsa sözleşme geçersizdir.

Ayrıca TBK 24 Düzenleyenin kendisine g.i.k da kendi lehine bir düzenleme yapma yetkisi vermesi durumunda o hükmü yazılmamış sayar. *"Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır."*

"

Yorum denetimi: TBK 23 *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."*

İçerik denetimi: TBK 25 kapsamında özel içerik denetimi vardır ve ayrıca genel işlem koşulları tbk 27 denetiminde yani genel içerik denetiminden de geçer. TBK 25 *"Genel*

işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."

Rızai-Real Sözleşmeler:

Rızai söz.: Sonuçlarının meydana gelmesi için tarafların uygun ve karşılıklı irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmelerdir.

Real sözleşmeler: Bunlara ayrıca bir maddi fiilin eklenmesi gerekir yani irade beyanları yeterli değildir. Bunlar tasarruf işlemleri değil borçlandırıcı işlemlerdir.

Görüşmeli sözleşmeler: Katılmalı sözleşmelerin tam tersidir.

İnançlı sözleşmeler: Bu söz. İnanan, inanılana bir hakkı yalnız belirli bir amaç için kullanması ve talebi halinde aralarında inanç anlaşmasına göre tekrar kendisine devretmesi koşuluyla devretmektedir.

Elden işlemler: Bu işlemlerde sözleşmenin kurulmasıyla ifası aynı anda gerçekleşir. Normal sözleşmeler gibi tarafların irade beyanları mevcuttur fakat diğer sözleşmelerden farklı olarak sözleşmenin kurulmasıyla ifa edilmesi zaman bakımından tek safhada biter.

İrade İle Beyan arasında bilerek meydana getirilen Uygunsuzluk (Muvazaa-Zihni kayıt-Latife beyanı)

Mertkan Kaya

kayn. (400-432 Fikret Eren 28.Baskı)

İrade, işlem iradesi ve beyan iradesi olarak ikiye ayrılabilir. Normal durumlarda bu iki irade birbirlerine uygundur fakat bazen irade ile beyan arasında irade sahibi tarafından istenerek bir uygunsuzluk meydana getirilebilir. İstenerek meydana getirilen uygunsuzluk tek taraflı ve iki taraflı olabilir.

Tek taraflı uygunsuzluklar zihni kayıt ve latife beyanıdır. İki taraflı uygunsuzluk ise muvazaadır.

Latife beyanı

Latife beyanı, sonuçları beyan sahibi tarafından istenmeyen ciddi olmayan beyandır. Burada beyanın ciddi olmadığı karşı tarafça da anlaşılabilir olmalıdır. Latife beyanında beyan sahibinin karşı tarafı aldatma niyeti yoktur. Fakat bazı durumlarda latife beyanı karşı tarafça ciddiye alınabilir. Eğer güven teorisine göre yorumlandıktan sonra yani karşı taraf beyan sahibinin beyanının ciddi olmadığını gerekli özeni göstererek dahi bilemeyecek durumdaysa bu beyan sahibini bağlar.

Zihni Kayıt

Beyan sahibi iradesini beyan etmektedir fakat beyan edilen hukuki sonucu istememektedir ve bunu kendi zihninde saklamaktadır. Burada işlem iradesiyle beyan iradesi arasında bir sapma vardır. Bu beyanın bağlayıcılığı da güven teorisine göre yorumlanır. Yani muhatap zihni kayıtlı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bu beyan bağlayıcı değildir.

Muvazaa

İki tarafın iradesi ile beyanları arasında uygunsuzluk getirmesi durumunda muvazaa oluşur. TBK 19"*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*"

Muvazaa'da taraflar sonuçlarını istememekle birlikte 3. bir kişiyi aldatma maksadıyla bir sözleşme yapmaktadır.

UNSURLARI: Mutlak muvazaa üç unsurdan oluşur(muvazaalı işlem "görünürdeki işlem", muvazaa anlaşması, aldatma kastı) Nispi muvazaa da bunlara ek olarak gizli işlem unsuru vardır

Görünürdeki işlem, tarafların üçüncü kişiyi aldatmak maksadıyla, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağını anlaştıkları işlemidir.

Muvazaa anlaşması, tarafların görünürdeki işlemin aralarında bir hüküm ifade etmeyecekleri hususunda yaptıkları anlaşmadır. Muvazaa anlaşması bir sözleşmedir yani iki taraflı işlemidir. Bu yönüyle zihni kayıttan ve latife beyanından ayrılır. Yazılı şekilde yapılır.

Gizli işlem, sadece nispi muvazaada vardır. Taraflar görünürdeki işlemin arkasından aslında gerçekten iradelerine uygun bir işlem de yapabilirler. Mesela mirasçılarının saklı paylarını ihlal etmek isteyen A, tasarruf edemeyeceği kısımdaki malvarlığını B'ye görünürde satış sözleşmesi ile satmış gibi göstererek aslında bağışlamıştır. Burada görünürdeki işlem satış sözleşmesidir, gizli işlem ise bağıştır.

Aldatma kastı, tbk 19'un lafzından da anlaşılabilir.

Muvazaanın çeşitleri:

1. Mutlak (basit) muvazaa: burada taraflar gerçekte hiçbir sözleşme yapmak istememekte ve yaptıkları işlem ile üçüncü kişileri aldatmaktadırlar.
2. Nispi (nitelikli) muvazaa: Burada taraflar aralarında yaptıkları bir işlemi başka bir işlemin arkasına saklarlar. Tbk 19'da sadece nispi muvazaa hükme bağlanmıştır.
 - a. Çeşitleri:
 - b. Sözleşmenin niteliğini değiştiren(tam): Mesela bağışlamayı gizlemek adına yapılan satış sözleşmesi
 - c. Sözleşmenin konusunda ya da şartların yapılan Kısmi muvazaa: bu durumda muvazaa işlemin tamamında değil sadece bazı noktalarında yapılır. İşlemin diğer asli noktaları konusunda irade ile beyan arasında uygunluk olmakla birlikte bazı noktalarda muvazaa vardır. Mesela taşınmaz satışının bedelinde muvazaa. Federal mahkemede bu durumda işlem batıl sayılır fakat Türk vergi hukukunda eksik kalan bedel tamamlanarak eksik ödenen harç cezalı olarak alınır.
 - d. Tarafların kimliğinde muvazaa: yararlanacak kişi yerine başka bir kişi gösterilir.

Muvazaanın hüküm ve sonuçları

Görünürdeki işlemin yokluğu: tarafların esasında işlem iradesi ile beyan iradesi uyuşmamaktadır. Hatta işlemin hüküm ve sonuç doğurmaması yönünde bir irade uygunluğu

vardır. Bu sebeple görünürdeki işlem yani muvazaalı işlem yok hükmündedir. Ancak uygulamada ve doktrinde kabul olan mutlak butlan yaptırımıdır. Bu sebeple bu işlem başından beri geçerlidir ve taraflar arasında borç doğurmayacağı gibi menfi ve müspet zararlar da talep edilemez zira zarara uğrayan taraf bu işlemi kendi iradesiyle, sonuçlarını bilerek yapmıştır. Muvazaa'yı ileri sürme bir itirazdır def'i değildir. Çünkü itiraz bir olgunun ileri sürülmesidir. Def'i ise bir hakkın kullanılmasıdır.

Muvazaalı işlem zamanla sağlık kazanmaz yani geçerli hale gelmez.

Kısmi muvazaada örneğin bedelde muvazaada işlemin tamamı değil sadece muvazaalı olan kısmı geçersizdir.

Muvazaa üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Fakat bu durumun istisnaları vardır:

Alacak hakkını iyiniyetle yazılı borç tanınmasına dayanarak kazanan kimse korunur tbk 19/2: Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.

İyiniyet deyimi bu hükümde yer almasa da mehz kanunda yer almaktadır. Bu sebeple aynı hüküm tbk 19/2 için de geçerlidir. Alacağı devralan iyiniyetli kişi üçüncü kişi olmalıdır böylece alacaklının mirasçıları üçüncü kişi olamaz.

Tapu sicilindeki kayda iyiniyetle güvenerek aynı hak kazanan kimsenin kazanımı korunur. TMK1023"Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur."

Muvazaa iddiası dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemez.

Gizli işlemin hüküm ve sonuçları:

Gizli işlem tarafların iradelerine uygun olduğu için eğer kanunun öngördüğü şekil ve esas şartlarına haizse geçerlidir. Muvazaalı işlemin geçersizliği gizli işlemi etkilemez.

Muvazaanın ispatı üçüncü kişiler yönünden hiçbir şekle tabi değildir. Muvazaada üçüncü kişiler saklı payı ihlal edilen mirasçılar ve önalım sahibi ve alacaklılardır.

Taraflar, yazılı olarak yaptıkları muvazaa anlaşmasını yazılı olarak ispat etmek zorundadır.

Tek taraflı hukuki işlemler eğer varması gerekli beyanlar ise muvazaa mümkündür örneğin kira kontratının feshi.

Resmi makamlara yöneltilen beyanlarda muvazaa olmaz. Zira burada resmi memurun işleme katılması kurucu niteliklidir. Mesela evlenme sözleşmesinde muvazaaya başvurulamaz. Yani devlet memuruyla muvazaa yapılamayacağı için resmi makamın taraf olarak katıldığı hukuki işlemlerde muvazaadan söz edilemez.

İnançlı işlem

İnananın malvarlığındaki bir durumun idaresi, bir alacağın tahsilatı için inanılana kazandıran sonra da inanılana da bu hakkı tekrar inanana iade etme yükümlülüğü yükleyen işlemidir. İnanç anlaşması ve devirden meydana gelir. İnançlı işlemlerde inanan mülkiyeti bir amaç doğrultusunda inanılana geçirir ve amaç gerçekleşince inanılan mülkiyeti inanana tekrar geçirme yükümlülüğü altına girer. Uygulamada teminat olarak taşınmazın devri ve tahsilat için alacağın devri olarak yaygındır. Saf inancılı işlem ve karma inancılı işlem olarak ikiye ayrılır. Saf inancılı işlemlerde inananın yararı esasken karma inancılı işlemlerde inanılanın yararı vardır. Safa örnek olarak alacağın tahsilatı için devri, karma için teminat için bir mülkiyetin devri

İnanç anlaşması: inanan ve inanılan taraf arasında yapılan tarafların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini, devrolan hakkın inanılan tarafından nasıl yönetileceği ve inanana geri verme şartlarını ihtiva eder.

Devir işlemi: kazandırıcı bir işlemdir bu işlem ile hak inanılana geçer fakat inanılan inanç sözleşmesiyle sınırlıdır. Yani mutlak bir hak olan mülkiyet hakkı nispi borçlandırıcı işlemle sınırlandırılmıştır.

Hüküm ve sonuçları: İnançlı işlem sui generis bir sözleşmedir fakat vekaletle ilişkin hükümler kıyas yoluyla gerektiği zaman uygulanır. İnançlı işlem sonucunda sözleşme konusu hak inanılana tamamen geçer. Buna hakkı tam olarak kazanma teorisi denir. Ancak inanılan bu hakkı sınırsız bir biçimde kullanamaz inanç sözleşmesiyle sınırlıdır. İnanç sözleşmesiyle ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesiyle inanılan bu hakkı devretme yükümlülüğü altına girer. Eğer devretmezse tbk 112 kapsamında borca aykırı hareket sebebiyle hakim tazminata mahkum edebileceği gibi aynen iadeye de karar verebilir. Mülkiyet hakkı inananda olmadığı için istihkak davası açılamaz. Keza inanç anlaşmasıyla kazandığı taşınmaz mülkiyetini üçüncü bir kişiye devredilirse inanan istihkak davası açamaz. İnançlı işlem hukukumuzda geçerlidir çünkü işlem tarafların iradelerine uygundur. İnançlı işlemde taraflar sonucu ciddi olarak istemektedirler. Muvazaadan bu yönüyle ayrılır. Muvazaada taraflar aslında sonucu istememekte hatta bu konuda konsensusa varmışlardır.

Kanuna karşı hile

Kanuna karşı hile, emredici hukuk normlarının yasakladığı bir durumun başka hukuki araçlarla ulaşılmıştır. Kanun koyucu bazen kullanılan aracı bazen de ulaşılan hukuki sonucu yasaklamış olabilir. Böyle bir halde ulaşılmak istenen yasaklanmış amaca yönelik yapılan işlem geçersizdir. Mesela tmk 873/2 "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.*"

Eğer kanun aracı yasaklamışsa başka bir yoldan o sonuca ulaşılması geçersizlik sebebi değildir.

Kanuna karşı hilenin unsurları

1. Bir işlemin yapılması emredici hukuk normuyla yasaklanmalı.
2. Kanunun izin verdiği başka işlem yapılmalı
3. Tarafların yaptıkları işlem yasaklanan işlemin sonucu meydana getirebilecek olmalıdır.

Kanuna karşı hile muvazaalı bir işlemle beraber yapılabilir. Kanuna karşı hile tarafların sonucu istemeleri yönünden muvazaadan ayrılır.

İrade bozuklukları

Kaynak FİKRET EREN BORÇLAR GENEL 432-478 28.basım

İrade bozukluğu istenerek meydana gelen, ve istenmeden meydana gelen olmak üzere ikiye ayrılır. İstenerek meydana gelen irade bozuklukları yukarıda açıklandı.

İstenmeden meydana getirilen irade bozuklukları, iradenin oluşumunda meydana gelen bozukluk ve beyandaki bozukluk olarak ikiye ayrılır. İradenin oluşumundaki bozuklukta beyan ile irade uyumludur burada kişiyi o işlemi yapmaya sevk eden iradenin kendisi sakat veya bozuk bir şekilde oluşmuştur. Beyanda bozuklukta irade sağlıklı bir şekilde oluşmuştur fakat muhataba bildirilirken beyanda bir sakatlık meydana gelmiştir. İrade bozukluğu ancak sözleşme sağlıklı kurulmuşsa değerlendirilir aksi takdirde sözleşmenin kurulmamış olmasından veya kesin hükümsüzlükten bahsedilir. Tbk 30vd da düzenlenir.

Beyan ile irade arasındaki uyumsuzluk beyan sahibinin yanılmasına dayanırsa burada beyanda yanılması vardır.

İradeyi bozan sebepler,

Yanılma: Dar anlamda yanılma bir olgu hakkında bilinçli olmayan yanlış veya eksik bilgidir. Bilgisizlik de bu kapsama girer ve geniş anlamda yanılma olur. Ancak bir olgunun doğruluğu hakkındaki şüphe bilgisizliği ortadan kaldırır. Ayrıca bilinçli olarak gerçeği bilmeme de bu kapsamda sayılamaz.

Yanılma esaslı olan- esaslı olmayan olarak ikiye ayrılır. Esaslı yanılma tbk da tanımlanmamıştır fakat tbk m31'de örnekleyici olarak sayılmıştır.

"2. Yanılma hâlleri

a. Açıklamada yanılma

MADDE 31

Özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esaslıdır:

1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.
2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.
3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.
4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.
5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.

Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir."

Tbk'da sadece beyanda hata esaslı sayılmıştır saikte yanılma sadece istisnai durumlarda esaslı sayılır.

Saik yanılması: saik bir işlemi yapmaya kişiyi yönelten düşünce ve tasavvurlardır. Kişi eğer yanlış veya eksik düşünce ve tasavvurlarla bir işlemi yapmışsa irade oluşum sürecinde sakatlanmıştır ve saik yanılması meydana gelmiştir. Örneğin bir atın hızlı koştuğu zannedilerek yarıştırmak amacıyla satın alınması durumunda atın aslında sakat sucukluk bir at olması durumunda saik yanılması vardır. Satın alan kişi atı yarıştırmaya saikiyle satın almıştır

fakat at yarışacak niteliğe haiz değildir. Buradaki örnek sözleşme dışı saik yanılması örneğidir. Sözleşme içi saik yanılmanın örnek olarak 7 katlı bir apartman dikmek amacıyla bir arsanın satın alınması fakat o arsanın imar mevzuatına göre ancak 4 kata kadar izin vermesi verilebilir. Sözleşme içi nitelik yanılması esaslı sayılır ve bu sözleşmenin iptali istenebilir. Taraflardan biri konusunda da saikte yanılma olabilir. Mesela A ödeme gücünün yeterli olduğu düşüncesiyle B'ye borç verir. B'nin aslında ödeme gücü olmaması taraflardan biri konusunda saikte yanılmalıdır.

Saik yanılması kural olarak sözleşmenin geçerliliğini etkilemez ancak iki istisnası vardır. TBK 32 ve 36.

b. Saikte yanılma

MADDE 32

Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.

II. Aldatma

MADDE 36

Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.

Beyan yanılması: beyan sahibinin açıklaması ile işlem iradesi arasında istenmeden meydana getirilen uygunsuzluktur. Burada irade sağlıklı bir biçimde oluşmuş fakat irade dışı dünyaya bildirilirken bir sakatlık meydana gelmiştir.

Esaslı olan ve olmayan yanılma: tbk 30 sadece esaslı yanılmalara sonuç bağlamıştır. Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.

Temel yanılması (nitelikli saik): Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.tbk32

Burada saik yanılması ek niteliklerle birleşip nitelikli hal almıştır ve bu sayede esaslı yanılma niteliği kazanmıştır.

Temel yanılmasının unsurları:

Saik yanılması: taraflardan birinin işlem iradesinin dayandığı belli bir olay hakkında yanlış tasavvuru olması ve bu yanlış tasavvuru sonucunda işlem iradesinin bozuk olması.

Sübjektif unsur: yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması. Yani yanılan yanıldığı hususlar hakkında yanlış tasavvurları olmasaydı bu sözleşmeyi yapmayacak, başka bir şekilde yapacak idiyse yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayılabilir.

Objektif Unsur: saik yanılması ayrıca iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına göre makul ve dürüst, doğru düşünen bir kişi tarafından da sözleşmenin temeli sayılıyor olabilmesi gereklidir.

Bilinebilirlik unsuru: bu yanılmanın karşı tarafça bilinebilir olması gereklidir.

Aracının yanılması (yanlış iletme)

TBK 33Sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması hâlinde de yanılma hükümleri uygulanır.

Yanılma dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri sürülemez tbk 34

Yanılan, yanlış olduğunu dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez.

Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır.

Yanılma sebebiyle sözleşmenin iptali halinde yanılan aleyhine doğan tazminat borcu:

Sözleşmenin geçerliliğine güvenen iyiniyetli karşı tarafın da hukuken korunması gerekir.

TBK 35

Yanılan, yanlışlığında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanlış olmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez.

Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.

Daha fazla tazminattaki ifade müspet zarardır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, yanılanın kusuru olmalıdır. Karşı taraf yanılanın yanlış olduğunu bilmemelidir. Bu hüküm Fikret Eren'e göre anlamsızdır çünkü eğer karşı taraf yanılanın gerçek iradesini biliyorsa veya gerekli araştırmaları yapsaydı bilebilecek idiyse bu sözleşme güven teorisine göre kurulmuş olacaktı. Mesela bir kitapçıdan Mertkan borçlar hukuku kitabı ister fakat kitapçı Mertkan'a kamu yönetimi kitabı verir. Eğer kitapçı Mertkan'ın borçlar hukuku kitabı istediğini bilebilecek durumdaysa veya biliyorsa bu sözleşme güven teorisine göre veya fiilen kurulmuş olacak.

Burada tazmin edilecek zarar menfi (sözleşmenin geçerli olacağı, yerine getirileceği düşüncesiyle yapılan masraflardır. Bazı durumlarda hakim müspet zarara da hükmedebilir. Sözleşmenin gerektiği gibi ifa edilmemesi durumu müspet zarardır. Karşı tarafın da kusurlu olması durumunda tazminata hükmedilemez. Buradaki sorumluluk culpa in contrahendo sorumluluğudur. Yani sözleşme görüşmeleri sırasındaki sorumluluk.

Aldatma

Tbk 36

Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanlışlığı esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.

Bir kişi üzerinde belirli bir sözleşmeyi yapması için yanlış bir kanaat uyandırılırsa veya mevcut yanlış kanaat korunursa bu duruma aldatma denir, yani iradenin oluşum sürecinde bozulma meydana gelmiş dolayısıyla saikte yanılmanın bir türü oluşmuştur. Aldatma nedeniyle sözleşmenin iptali için esaslı bir saik yanlışlığa ihtiyaç yoktur. Aldatılan kendi

yanılmasında kendi kusuru olsa dahi tazminata mahkum edilmez. Aldatan, aldatılan lehine bir tazminata mahkum edilebilir.

Aldatmanın unsurları:

Aldatma fiili, yapma veya yapmama şeklinde olabilir. Dürüstlük kuralına göre açıklanması gereken bilgilerin açıklanmaması da aldatmaya girer.

Aldatma kastı, aldatan karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için ona kasten gerçek dışı beyanlarda bulunmuş, ya da aydınlatmamıştır (aydınlatma yükümlülüğü olan durumlarla sınırlı olarak uygulanır).

İllyet bağı, sözleşme aldatma etkisiyle yapılmalı. Yani aldatılan bu sözleşmeyi aldatma olmasaydı yapmayacak veya kendi lehine daha iyi şartlarda yapacak idiyse aldatma gerçekleşmiştir.

Üçüncü kişinin aldatması sonucu sözleşme yapılırsa, karşı taraf eğer aldatmayı biliyor veya bilebilecek durumdaysa ancak o zaman aldatmaya göre sözleşme iptal edilebilir. Aksi takdirde karşı taraf bu aldatmayı bilmiyorsa bu sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Temsilci vb kişiler üçüncü kişi sayılmaz bunların aldatmasında karşı tarafın bilmesi gerekmez.

Aldatılan aldatandan sözleşme görüşmeleri sırasında doğan yani sözleşme öncesi sorumluluk veya sözleşme dışı tbk49 hükümlerinden birine dayanarak tazminat alır. Üçüncü kişinin aldatması sadece haksız fiil teşkil eder.

Aldatmanın ispatı: haksız fiil olduğu için her türlü delille ispat edilebilir.

Korkutma

Tbk37

Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.

Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.

Sözleşmenin karşı tarafının korkutmasıyla, üçüncü bir kişinin korkutması arasında hukuken hiçbir fark yoktur iki halde de sözleşme iptal edilebilir. Tbk 37'deki korkutma manevi zorlamayı kast eder. Maddi zorlama gibi mesela birinin elini tutup zorla imza attırma durumunda sözleşme kurulmamış sayılır.

Korkutmanın şartları TBK 38

Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise sübjektif teorisin dayanağı, korkutma gerçekleşmiş sayılır. Burada sayılan koşullar numerus clausus değildir.

Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir. Korkutulan taraf tüzel kişinin karar organıysa ve bu korkutma neticesinde tüzel kişi adına bir sözleşme yapılmışsa bu durumda korkutulan taraf tüzel kişidir. Çünkü medeni kanuna göre tüzel kişilerin organlarının beyanları tüzel kişinin sayılır.

Korkutma, ağır ve yakın bir zarar tehlikesi bakımından olmalıdır. Bu husus korkutulanın sübjektif durumuna göre değerlendirilir yani yaşı, cinsiyeti vb göz önünde bulundurularak. "F.E'nin görüşü"

Korkutmada kullanılan aracın değerlendirilmesinde de sübjektif durum esas alınır. Yani korkutulan korkutmada kullanılan aracın tehdidi gerçekleştiremeyeceğini anlaması ya da gerekli özeni gösterip araştırması halinde bunu anlayabileceği halinde korkutma geçerli sayılmaz.

Korkutma hukuka aykırı olmalıdır. Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir. Yani aşırı bir menfaat sağlamamış ise korkutmanın varlığından bahsedilemez.

Korkutma ile sözleşmenin kurulması arasındaki illiyet bağının kurulabilmesi için korkutmanın sözleşmenin yapıldığı sırada da mevcut olması gerekir.

(Sözleşmenin kurulması ile irade bozukluğu, özellikle yanıltma arasındaki ilişki "sonra not al")

İrade bozukluğunun sonuçları

İrade bozukluğuna bağlanan hukuki sonuç yönünden iki teori vardır. İptal teorisi ve geçersizlik teorisi.

Geçersizlik teorisine göre sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz fakat iptal hakkının kullanılmamasıyla sözleşme onanır ve sağlık kazanır.(düzelebilir geçersizlik)

İptal teorisine göre ise başlangıçtan itibaren geçerli fakat iptal beyanıyla geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelir. Doç.Dr Emre Cumalıoğlu da bu görüşe katılmaktadır. Ayrıca Alman hukuku da bu teoriyi savunur. (bozulabilir geçerlilik)

Tbk 27/2'den kıyasla kısmi iptal de kabul edilebilir. İptal tek taraflı işlemlere de uygulanabilir.

İptal Hakkının kullanılması

Yanıltma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanıltma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.

Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz. TBK 39

İptal hakkı ulaşması gereken bir irade beyanıyla kullanılır. Yani hak düşürücü süre dolmadan yani bir yıl içerisinde muhatabın hakimiyet alanına ulaşmalıdır.

İradesi bozulan kişinin iptal beyanının muhatabın hakimiyet alanına ulaşması iptalin sonuç doğurması için yeterlidir. Ayrıca iptal davasına lüzum yoktur.

Sürekli edimler içeren borç sözleşmelerinde her zaman geçmişe etkili olarak iptal uygulanamaz. Mesela kira sözleşmesinde 1 yıl mülkün kullanılmasının ardından iptale

başvurulması dürüstlük kurallarına aykırı düşebilir ve bu örnek dışında iade bazen imkansız olabilir. Bu gibi durumlarda geleceğe etkili sonuç doğuracağını kabul etmek, menfaatler durumuna ve şartlara daha uygun düşer.

Tbk 39/1 Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.

İptal hakkı sahibi bir yıl içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmezse iptal hakkından feragat etmiş sayılır. Feragat zımni veya sarıh olabilir.

Feragat iradi ve kanuni olarak ikiye ayrılır, iptal hakkından feragati zımni veya sarıh bir biçimde hak sahibinin beyan etmesi durumunda iradi feragat, tbk 39/1 ise kanuni feragattır.

Ayrıca bkz TBK 72/2

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

Ayrıca feragat tazminat hakkından da feragat anlamına gelmez.

Aşırı Yararlanma (gabin)

III. Aşırı yararlanma

MADDE 28

Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.

İrade özerkliğinin bir gereği olarak taraflar aralarında anlaşarak sözleşmedeki karşılıklı edimler arasında bir oransızlık meydana getirebilirler bu sebeple her oransızlık durumunda aşırı yararlanma vardır denilemez. Yani tarafların edimleri arasındaki aşırı oransızlık, taraflardan birinin diğerinin düşüncesizliğinden veya içinde bulunduğu zayıf durumundan yararlanmak suretiyle gerçekleştirmesi gerekir.

Aşırı yararlanmanın unsurları:

Objektif Unsur: Edimler arasındaki açık oransızlıktır. Objektif bir ölçüt olması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu oransızlık sözleşme yapıldığı sırada var olmalıdır. Sonradan çıkan oransızlık aşırı yararlanma olmaz. Kanundaki açık oransızlık, göze çarpan anlamındadır. Oransızlık belirlenirken ifa edilen değil taahhüt edilen edimler nazara alınır. Oransızlığın olup olmadığını hakim hakkaniyete göre takdir eder TMK m.4

Sübjektif Unsur: TBK 28'e göre bu haller zorda kalma, düşüncesizlik ve deneyimsizliktir. Burada sayılanlar numerus clausus değildir. Bu durumlar sözleşmenin kurulması anında mevcut olmalıdır. Bu zayıflık kişisel veya ekonomik olabilir. Zorda kalmanın olup olmaması tayin edilirken somut olayın tüm şartları göz önünde bulundurulmalı.

Diğer bir sübjektif unsur olan sömürme kastı: TBK 28/1'e göre karşı tarafın, zarar görenin zor durumundan yararlanarak sözleşmeyi kurması gerekeceğini belirtmiştir. Bunun içinde sömüren kişinin zarar görenin kişisel durumundan haberdar olması gerekir. Burada kast şartı vardır yani ihmal yeterli değildir.

Bu unsurla beraber aldatma da gerçekleşmiş olabilir. TBK 36

Aşırı yararlanmanın sonuçları:

TBK 28 zarar görene seçimlik bir hak tanımıştır.

Yani bu hükme göre zarar gören ister ya sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilir veyahut edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Hakim re'sen iptali göz önünde bulunduramaz.

Edimler arasındaki açık oransızlığı giderilmesini isteme hakkı:

Zarar görenin taahhüt ettiği yani borçlandığı edim, karşı edimin değerine indirilerek açık oransızlığın giderilmesi de aşırı yararlanmadan zarar gören tarafça talep edilebilir.

Böylece sözleşme sağlık kazanır.

Bucher ve Fikret Eren, karşı tarafın bu oransızlığın giderilmesini talep etmesi durumunda TBK 34 kıyasen zarar görenin bu durumu kabul etmesi gerektiğini savunuyor.

Edimlerin geri istenilmesi

Zarar gören taraf sözleşmenin iptaliyle ifa etmiş olduğu edimi geri isteyebilir. Taşınmaz veya taşınır mal söz konusuysa bu mallar üçüncü iyiniyetli kişi tarafından iktisap edilmemişse (tnk 988) istihkak davası açılabilir. Taşınmaz mallarda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılabilir. Çünkü bu işlemler illi olduğu için bunların sebebini oluşturan satış sözleşmeleri geçersiz olduğunda yapılan tasarruf işlemleri de geçersiz olur ve mülkiyet yararlanan karşı tarafa geçmemiştir.

İsteme süresi

TBK 28/2

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.

Yani zarar gören bu hakkını her halde 5 yıl, diğer hallerde durumun ortadan kalkmasından itibaren 1 yıl içerisinde bu hakkını kullanmalıdır. Niteliği itibarıyla bu bir hak düşürücü süredir. Beş yıllık mutlak sürenin başlangıcı sözleşmenin kurulduğu tarihtir "bu yüzden sözleşmenin kurulduğu tarihin tayini mühim".

Tazminat

Ödenecek tazminat menfi zararlarla sınırlı olmakla beraber bu tazminatın hukuki dayanağı sözleşme görüşmeleri sırasındaki meydana gelen zarardır(culpa in contrahendo).

Sözleşmelerde Temsil

TO= Temsil olunan T=Temsilci.

Bir kimsenin başka bir kişi adına işlem yaparak hak ve borç doğurmasına temsil denilir. Her türlü işlemde temsile başvurulabilir aynı, borçlandırııcı vs.

Sözleşmenin kurulmasını değerlendirirken temsil olunan değil temsilci güven teorisine göre değerlendirilir. Hukukun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda temsil olunan iyiniyetli ise temsilcinin iyiniyetini dayanabilir. Fakat temsil olunan iyiniyetli temsilci değilse temsil olunan temsilcisinin kötüniyetine katlanmak zorundadır.

Temsili açıklayan üç teori vardır fakat yaygın görüş Temsil teorisidir. Bu teoriye göre hukuki işlemi yapan temsilcinin iradesidir fakat hüküm ve sonuçlarını temsil olunan üzerinde doğurur. Temsil müessesesi TBK 40-48 maddelerinde düzenlenir. Bu sebeple temsilin geçerliliği temsilci nazara alınarak değerlendirilir.

Doğrudan temsil - Dolaylı temsil ayrımı

Doğrudan temsilde başka bir işleme gerek kalmaksızın yapılan işlem temsil olunan üzerinde doğar. TBK 40/1 *Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar.*

Dolaylı temsil TTK ve TBK arasında dağınık halde düzenlenmiştir. Dolaylı temsile gerçek olmayan temsil de deniliyor. Dolaylı temsilde temsilci kendi adına fakat temsil olunanın hesabına işlem yapar yani hak ve borçlar önce temsilcide doğar fakat temsilci bunu sonra TO'na devreder. Borçlar hukukunda temsil denildiğinde bundan doğrudan temsil anlaşılır. TBK 40/3 *Diğer durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır.*

Aktif - Pasif Temsil

Pasif temsilde temsilci TO adına irade beyanında bulunamaz fakat gelen teklifleri kabul edebilir.

Kanuni - İradi temsil

Kanundan doğan temsil yetkisi kanuni temsildir. Mesela Velayet.

TBK 40-48 iradi temsildir. İradi temsilde TO kendi arzusuyla temsil yetkisini T'ye vermektedir. T bu yetkiye dayanarak hukuki işlemi TO adına yapmaktadır.

İradi Temsilin Şartları

- T başkası adına hareket etmelidir. TBK 40/1
 - Bunu karşı tarafa açık veya zımni bir şekilde bildirmelidir. Güven teorisine göre yorumlanır. TBK 40/2 *Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.*
 - Şekil şartı olan taşınmaz devri sözleşmesinde TO'nun adının bildirilmesi gerektiğinden burada zımni açıklama kabul edilemez.

Temsil Yetkisi

Temsil yetkisi TO tarafından Temsilciye varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla verilir. *Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir.* TBK 41/1. Beyanın varmasıyla kurulur.

İç temsil - Dış temsil yetkisi

Tek taraflı irade beyanıyla T ile TO arasında kurulan temsil ilişkisine iç temsil ilişkisi bu ilişkinin doğurduğu yetkiye de iç temsil yetkisi denir.

Eğer temsil ilişkisi hukuki işlemin yapılacağı üçüncü kişiye bildirilirse burada Dış temsil ilişkisi vardır. Bu ilişkiden dış temsil yetkisi doğar. Dış temsil yetkisi üçüncü kişilerde bir güven oluşturur ve bu güven hukuk düzeni tarafından korunur. *Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirime göre belirlenir.* Tbk 41/2

Ve ayrıca yetkinin olmaması durumunda da üçüncü kişi tarafından yetki var gibi anlaşılabilirse güven teorisine göre TBK 41/2 kıyasen uygulanır. Ayrıca *Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmedigi takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.* Yani yetkiyi geri aldığını bildirmeyen TO, T'nin işlemiyle bağlıdır.

Temsil yetkisi mücerret olduğundan yetkinin verildiği işlem bir şekle tabi olsa da temsil yetkisi verme işlemi şekle şartına bağlı değildir. Fakat istisnaları vardır mesela NK 84.

Hakim görüşe göre temsilcinin fiil ehliyetine haiz olması şart değildir. Mümeyyiz olan herkes temsilcilik yapabilir. Fakat TO'nun fiil ehliyetine haiz olması lazımdır yoksa temsil yetkisini vermek için gerekli olan tek taraflı işlemi yapamaz. Ayrıca TO'nun gayri mümeyyiz olması temsil ilişkisini sona erdirir. Temsil yetkisi geri alındıktan veya herhangi bir şekilde sona erdikten sonra yapılan işlemler TO için bağlayıcı olmaz çünkü yetkisiz temsil söz konusudur TBK 46 *Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.*

Temsil yetkisi genellikle vekalet veya hizmet sözleşmeleri gibi sözleşmelerle verilir bu işlemlere vesile işlem denilir, fakat temsil yetkisi temel ilişkiye dayansa dahi ondan bağımsız bir işlemdir yani vesile işlemin geçersizliği temsil yetkisini etkilemez.

TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

TBK 41/1 bu yetkinin dayandığı işleme göre belirlenir. *Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir.*

Yetki konu veya kişi bakımından sınırlandırılabilir. Bu yetkilerin kapsamı genel ve özel olarak ayrılır. Ayrıca Tür temsilde de belli türdeki işlemleri yapma yetkisi verilir. Bazı işlemlere genel yetki verilemez. TBK 504/3 *Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı*

devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz. Temsil yetkisi aktif yetki ve pasif yetki olarak da sınırlandırılabilir.

Temsil yetkisi üçüncü kişiye bildirilmişse bu yetki o bildirim nazara alınarak kapsamı tayin edilir. TBK 41

Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir.

Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir.

Temsil yetkisinin nasıl kullanılacağını ve ne şekilde kullanılacağını bildirilmesine Talimat denilir. Yani talimat temsil yetkisini sınırlandırır. Mesela D B'ye kendisi için 750.000 tlye bir araç satın almasını söylemişse fakat B 4.500.000 TL'lik bir araç almışsa bu işlem D'yi bağlamaz çünkü temsil yetkisi aşılmıştır. Fakat D galerici Eda'ya havalı olmak için B'ye 4.500.000 tllik yetki verdiğini belirtmişse bu TBK 41/2 gereği B'nin bu işlemiyle bağlıdır.

Temsilci kendi kendisiyle TBK'da bunu yasaklayan bir hüküm olmadığından, TO'da temsil yetkisini kişi ile sınırlandırmamışsa ve yapılan işlem TO menfaatini zedelemese mümkündür.

Çift temsil ilişkisinden bir kişi iki kişiyi temsil eder ve mesela bir kira sözleşmesinde hem kiracı hem de kiralayan adına işlem yaparak tek başına bir hem 1. hem de 2. TO'yu bağlayan bir kira sözleşmesi yapabilir. Hem bu durumda hem de kendi kendine temsil durumunda sözleşme buna elverişli değil veya bu durum sözleşmede açıkça müsaade edilmemişse yapılan sözleşme askıda hükümsüzdür ve temsil olunanları bağlamaz.

Temsil yetkisinin sona ermesi

TBK 42, 43'te düzenlenir fakat bunlarla sınırlı değildir.

"2. Hukuki işlemde doğan yetki

a. Yetkinin sınırlanması ve geri alınması

MADDE 42

Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır.

Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez.

Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.

b. Ölüm, ehliyetsizlik ve diğer durumlar

MADDE 43

Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer.

Bu hüküm, bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda da uygulanır.

Tarafların karşılıklı kişisel hakları saklıdır."

- Temsil yetkisi her zaman geri alınabilir ve TO bu hakkından feragat edemez çünkü TMK 23'e aykırı olur.
 - Temsil yetkisinin geri alınması da verilmesi gibi tek taraflı varması gerekli irade beyanıyla olur
 - Dış temsilde yine iyiniyetli üçüncü kişileri hukuk korur. TBK 42/3 *Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.*
 - Temsil yetkisi bir vesile işleme dayansa ve bu işlem geçerli olsa dahi geri alınabilir ve bu geri alma vesile işlemin sağlığını etkilemez.
- Temsilcinin istifasıyla da temsil ilişkisi sona erebilir. İstifa ya da ayrılma da temsil yetkisinin verilmesi gibi tek taraflı varması gerekli irade beyanıyla yapılır.
- TBK 43'teki durumlarda da temsil ilişkisi sona erer.
- Verilen yetkinin süresinin veya işin bitmesi

Sona Ermenin Hüküm ve Sonuçları

İlişki sona erdikten sonra yapılan işlemler temsil olunanı bağlamaz. TBK 45

Temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdırlar.

Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda uygulanmaz.

Eğer üçüncü kişiye temsil yetkisi bildirilmişse yetkinin geri alındığı da bildirilmelidir. Aksi takdirde yapılan işlem muteberdir kanun burada iyiniyetli üçüncü kişiyi korur TBK 42/3 *Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.*

Bu hüküm sadece dış temsil ilişkisi kurulduysa uygulanır.

Yetkisiz Temsil

TBK 46/1 *Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.*

Buradaki yaptırım askıda hükümsüzlüktür, TO onamasıyla baştan itibaren geçerli sayılır. Yetkisiz temsil ya hiçbir yetkinin olmaması ya da yetkinin sınırı aşılması şeklinde olabilir. Yukarıdaki örnekte 750.000 lik araç yerine 4.500.000 Tlik araç alınması

Yetkisiz temsilde sözleşmeyle TO bağlı olmayacağı gibi işlemi başkası adına yaptığı için T'de bağlı olmaz.

Onama bölünemez, sözleşmenin tamamına verilmelidir.

Onama sarıh veya zımni reddedilinceye kadar üçüncü kişi söz. ile bağlıdır. Fakat TBK 46/2 *Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur.*

Onama olmazsa sözleşme kesin hükümsüz olur. Uygun süreden kasıt teklifin TO'a ulaşması ve düşünme süresinin toplamı.

Bazı istisnai hallerde TO T'ye yetki vermese de yani yetkisiz temsilde de uygulanır.

- Temsilci ile üçüncü kişi arasında: TBK 47

Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.

Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir

Birinci fıkra hükmünden anlaşılacağı üzere menfî zararlar için kusura gerek yokken müspet zararın da ilave edilmesiyle kusur aranır. Temsilci culpa in contrahendo sorumluluğundan sorumludur bu sebeple zamanaşımı TBK 72 değil TBK 146 yani 10 yıl.

Kusur Sorumluluğu

(Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu)

Kusur sorumluluğu nedir?

Kusur sorumluluğu kişinin sözleşme dışında bir kimseye verdiği zararı tazmin etmesi demektir. Ayrıca sübjektif sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu da denir.

Haksız fiilin unsurları

Fiil (davranış=hareket)

Davranışın maddi ve psikolojik iki unsuru vardır. Maddi unsur insanın iradesiyle dışa yansıttığı vücut hareketidir. Psikolojik unsur ise bu hareketin istenmesidir. Bunu kusurla karıştırmamak gerekir. Burada sadece hareket isteniyor ve sonucun istenmesi veya öngörülebilirliğine bakılmıyor. Yani buradan anlaşılacağı üzere davranış insanın bir şey yapma veya yapmama konusundaki iradeli hareket tarzıdır.

Davranıştaki irade unsuru davranışa egemen olmayı ifade ettiğinden refleks hareketleri veya uyku halindeki hareketler hukuken davranış sayılmaz, beklenmedik hal niteliği taşır.

Davranış çeşitleri:

Müspet Davranış (bir şey yapma): Örneğin A'nın B'ye yumruk atması. Dış Dünya'da fark edilen eylemler.

Menfi (olumsuz davranış - bir şey yapmama): Yapılması gereken bir hareketi yapmamadır. Doktrinde ihmâl adı da verilir fakat kusurun bir çeşiti olan ihmâl ile aynı kavramlar değildir. Mesela bir sahil güvenlik görevlisinin boğulan bir kişiyi kurtarmaması. Hukuk normunun bir davranışın yapılmasını emrettiği durumlarda o davranışın yapılmaması sorumluluk doğurur. Fakat hukuka aykırılık unsuruyla davranışın karıştırılmaması gerekir, hukuka aykırılığın varlığı davranışın varlığını etkilemez.

Zarar

Sorumluluk hukukunun amacı ceza hukukunun aksine cezalandırmak değil ortaya çıkan zararın tazminidir bu sebeple zarar olmayan durumlarda haksız fiilden söz edilemez.

Maddi zarar: Zarar görenin malvarlığında kendi iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Yani bu sonucu zarar gören istemez. Bu azalma malvarlığının aktifinde olduğu gibi pasifinde de olabilir. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği de malvarlığında sayılır (ilerde elde edebileceği kazanç vb.).

Esasen şahısvarlığı olan hayat ve vücut bütünlüğü veya sağlık, şeref gibi hukuki değerler bazen malvarlığı üzerinde etki yapabilir. Fakat bunlardaki zarar malvarlığına etki yapmıyorsa maddi zarar kapsamına alınamaz ve bu da manevi zararı oluşturur.

Zararı daha geniş tanımlarsak, zarar görenin olayın vuku bulmasından sonraki malvarlığı ile olay eğer hiç vuku bulmasaydı olacak malvarlığı arasındaki farktır. Bu Mommsen'in menfaat teorisidir ve Türk-İsviçre hukukunda da kabul görür.

Tabii zarar kavramı sübjektif ve somut değerlendirme gerektirir. Yani zarar gören MV değerinin hem zarar gören için taşıdığı ekonomik değer hem de diğer malvarlığı unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük değerlendirilmelidir. Mesela bir arabanın motoruna zarar verilmesi sonucunda sadece motorun değeri değil ayrıca bu motor olmadan bir daha yürüyemeyecek arabanın da değeri göz önünde bulundurulmalıdır (motor yeniden tamir edilerek çalışamayacak olan sui generis bir motor ve ayrı da satılmıyor).

Malvarlığındaki bir eksilmenin zarar olarak nitelendirilebilmesi için zarar görenin iradesinin hilafına veya iradesi olmadan meydana gelmesi lazım. Yani tasarruf işlemiyle MV'da azaltma zarar olarak nitelendirilemez. Fakat bu tasarruf işlemi veya borçlandırıcı işlem korkutma ya da aldatma sonucu yapılmışsa zarar görenin bu azalmanda iradesi olmadığından dolayı bu azalma zarar olarak değerlendirilebilir.

Maddi zarar aşağıdaki çeşitlere ayrılır:

Fiili zarar: Mesela malvarlığında bulunan bir arabanın malikin iradesi dışında zarar görmesi, yok olması.

Yoksun kalınan kar: Fiili zarardan farkı malvarlığında bir azalmaya sebebiyet vermemesi, malvarlığında kesin veya büyük ihtimalle gerçekleşecek olan artışın haksız fiille yani zarar verici fiille önlenmesidir. Yani sahip olduğu değil sahip olabileceği şeylerin azalmasıdır. Malvarlığının aktifinin artmasını önleme veya pasifin azalmasını önleme şeklinde olabilir. Farazi yani geleceğe ilişkin bir gelir olduğundan mevcut kazanç düzeyi göz önünde tutulmaz onun yerine elde edilmesi kuvvetle muhtemel olan gelir nazara alınır.

Kişiye verilen zarar: adam öldürme gibi eylemler sonucunda malvarlığında eksilme meydana gelmesi

Şeye verilen zarar: Maddi malların ihlali dolayısıyla verilen zarar

Diğer zarar: gayrimaddi mallara verilen zararlar, kişinin itibarı vs şahısvarlığı değerlerine verilen zararlar bu kategoriye girer.

Doğrudan zarar - Dolaylı zarar(takip eden, refakat eden, eşlik eden zarar)

Daha çok illiyet bağıını ilgilendiren bir kavramdır. Doğrudan zarar, zarar verici fiilden beklenen zarardır yani zarar verici olayın uygun sonucu. Diğerleri ise dolaylı zarardır. İlk ihlal fiiliyle uygun illiyet bağı içinde olan zararlara doğrudan zarar diyebiliriz. Mesela taksici A bir arabayla kusurlu olarak çarpışmıştır ve taşıdığı B'nin sağ bacağı kırılmıştır. B tedavi sırasında hastanedeki kedileri severken düşmüş ve sol bacağını da kırmıştır. B'nin sağ bacağının kırılması (kazadan) doğrudan zararı, sol bacağının kırılması ise takip eden zararı oluşturur. A fiili ve sonucu arasında uygun illiyet bağı olmayan zararı tazmin etmez. Başka bir örnek de yine yukarıdaki olayda B'nin hastaneye yaptığı tedavi masrafları doğrudan zararı, yoksun kaldığı kar yani çalışmadığı için uğradığı zarar ise dolaylı zararı oluşturur.

Manevi zarar: bir kişinin şahısvarlığını oluşturan değerlere karşı bir tecavüz gerçekleşmesi durumunda kişinin uğradığı objektif zarar. Objektif teoriye göre manevi

zarardan bahsedebilmek için kişinin şahısvarlığında bir eksilme meydana gelmeli, yani birinin ona küfür etmesi, cinsel bütünlüğünü ihlal etmesi gibi. Sübjektif teoriyi savunanlar ise hem objektif unsur yani ş.v. Meydana gelen zararı hem de subjektif unsur olan zarar gören kişinin bu zararın farkına varması, bundan ızdırap duymasını bir nevi ayırtım gücü gibi ızdırabı anlama gücünü aramışlardır. Bu teori duygusal acının bilimsel olarak tespit edilemeyeceği noktasında eleştirilir. Ayrıca duygusal ızdırabın tespiti yapılırken kişinin maruz kalacağı tıbbi gözlem, tetkikler ve avukatların soracağı sorulardan dolayı kişi belki bu olaydan ilk anda yaşadığından çok daha fazla etkilenecek. Lorenz tazmini gerekli manevi tazminat olarak sadece vücut bütünlüğünün ihlali, şeref, sağlık gibi değerleri kabul eder. Ruhsal acı ancak psikolojik bir hastalığa sebep olursa tazmini gerekli manevi zarar olarak kabul edileceğini savunur. Fikret Eren de Lorenz gibi objektif görüşü benimser fakat Lorenz kadar katı değildir. Bazı ruhsal acıların da hastalığa sebebiyet vermeden manevi zarar olarak görür fakat hayatın olağan akışında karşılaşılması muhtemel hafif acı ve ızdırapları bunun dışında tutar. Bir nevi subjektif ve objektif teoriyi karıştırmış, ikisinin de aşırılıklarından kurtulmuş. Çünkü vücut bütünlüğü fizik bütünlüğünün yanında ruhsal bütünlüğü de ihtiva eder ve birinin gözlerini kaybetmesi durumunda gözlerinin kaybı fizik bütünlüğünü, bundan dolayı duyduğu ruhsal ızdırap ise ruh bütünlüğünde meydana gelen eksikliktir.

Zararın nitelikleri: Zararı ispat yükü TBK 50

Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

Zarar şahsidir, bundan zararın tazmin talebinin sadece zarar gören tarafından mümkün olduğu anlaşılır fakat istisnai haller vardır. TBK 53 ve 56

Tbk 53

Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

- 1. Cenaze giderleri.*
- 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.*
- 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.*

"d. Manevi tazminat

MADDE 56

Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."

Uygun İlliyet Bağı

İlliyet, hukukta gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. Kusursuz sorumlulukta illiyetin önemi artar çünkü burada kusur kavramına bakılmaz, olayla gerçekleşen zarar arasındaki illiyet bağına bakılır.

Hukukta sebebi meydana getiren şartlar felsefi sebep kavramından ve tabii sebep kavramından farklı olarak sadece bir veya bazen birkaç şarttır. Peki bu şartların hangileri sebeptir? Bu konuda çeşitli teoriler vardır:

1. Şart Teorisi: bu teori tabii sebep kavramı gibi bütün şartları sebep olarak kabul eder. Bu şartlardan biri olmadan olay vuku bulmayacak idiyse bu şart illidir. Sorumluluk için de kişinin bütün şartları gerçekleştirmiş olması gerekmez. Sadece olaydaki riski arttıran şartlar nazara alınır. Şart teorisi şart ile sebep kavramını karıştırdığı için eleştirilir çünkü felsefi olarak sebep şartlar bütünüdür. Ayrıca bu teori sorumluluğu sınırsız bir biçimde hakkaniyete ve adalete aykırı olarak genişletir. Fikret Eren şart teorisinin illiyete ilişkin tek teori olduğunu diğerlerinin ise sorumluluğa ilişkin olduğunu ileri süren Timur Demirbaş gibi yazarlara katılmadığı söylenebilir.
2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi: Türk, Alman ve İsviçre hukukunda hakim görüştür. Olayların ve hayatın normal akışına göre bir davranışın veya vakanın belli bir sonucu doğurmasının beklenebilecek olması yani o sonucu doğurmaya hayatın olağan akışına göre elverişli olması uygun illiyet bağıdır. Zararlı sonuçla sebep arasında illiyet bağı kurabilmek için davranışın zararlı sonucun zorunlu koşulu olması yani bu şart olmadan zararlı sonucun doğamaması gerekir. Bu illiyet tespit edildikten sonra bu sebebin uygun sebep olup olmadığı tespit edilir bunun için de iki formül vardır. Müspet(olumlu) formüle göre, hareket veya olayın, olayların ve hayatın olağan akışına göre gerçekleşen türden zararın meydana gelme ihtimalini arttırmaya elverişli olup olmamasına bakılır. Elverişli ise U.İ.B vardır. Menfi formüle göre, sorumluluğu doğuran olay zararlı sonucu doğurmaya elverişli değilse uygun illiyet bağı yoktur.

Uygun illiyet bağı kimsenin objektif olarak öngöremeyeceği, ihtimal dışı, tesadüfi olaylardan meydana gelecek zararlardan doğan sorumluluktan kişileri kurtarır. Sonucu meydana getiren uygun koşulun tespitinde "objektif olarak sonradan tahmin" kabul edilen görüştür. Yani hüküm verilirken "ex post" sonradan değerlendirme yapılmalıdır. Rümelin'e göre fiillin işlendiği sırada mevcut olan ve sonradan bilinebilecek şartlar nazara alınır. Hesaba katılacak şartların arasına hayat tecrübelerine göre tahmin edilebilecek şartlar da alınmalıdır. İnsan bilgisinin dışındaki şartlar nazara alınmaz. Failce bilinen koşulların hakim tarafından bilinmemesi söz konusu olamayacağından failin bildikleri de sonradan bilinen şartlara dahildir. Fail hayatın olağan akışına göre beklenebilen bir olayın yaşanmasını kolaylaştırmışsa da sorumluluğu kabul edilir mesela birisinin eşyasını dışarda kaybetmesi durumunda bu eşyanın çalınmasından sorumludur. Yargıtay da bu objektif olarak sonradan tahmin görüşünü benimser.

Uygun illiyet bağı genelde belirsizliği yüzünden eleştirilir.

Sebeplerin çokluğu

Ortak illiyet: doktrinde zorunlu toplanma olarak da adlandırılan ortak illiyette tek bir sebep vuku bulan zararlı sonucu gerçekleştirmek için yeterli değildir ancak bütün

sebeplerin birleşmesiyle zararlı sonuç gerçekleşebilir. Ağır bir kasanın 4 kişi tarafından taşınarak çalınmasında ortak illiyetten bahsedilebilir zira 4 kişi olmadan taşıyamazlardı.

Ortak illiyet kusurlu ortak illiyet, yalın ortak illiyet olarak ikiye ayrılır. Kusurlu ortak illiyette birden çok kişi arasında hem kusur hem de illiyet yönünden ortaklık yani iştirak vardır. Bu kişiler birbirlerinin hareketlerinden haberdarlardır. Bu durum kasten veya ihmalen değişebilir. Kasten ortak illiyette taraflar birbirlerinden haberdardır ve sonucu istemekteyken, ihmali ortak illiyette tarafların yine birbirinden haberdar fakat sonucu istememektedir.

Yalın ortak illiyette ise iştirakçiler birbirlerinin hareketlerinden habersizdirler. Mesela bir hemşirenin belli bir dozda ilacı hastaya vermesi ve diğer bir hemşirenin diğerinden habersiz bir biçimde aynı ilaçtan yine vermesi dolayısıyla hastanın ölümünde yalın ortak illiyetten söz edilir. Buradaki ortaklık diğerindeki gibi hem kusur hem de illiyet ortaklığı değil sadece illiyet ortaklığıdır.

Ortak kusurlu illiyette taraflar arasında teselsül vardır ve tbk 61'e tabidir.

"2. Müteselsil sorumluluk

a. Dış ilişkide

MADDE 61

Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır."

Yarışan illiyet: birden çok sebebin vardır fakat ancak bunların hepsi bağımsız bir şekilde sonucu meydana getirmeye elverişlidir. Burada önemli olan diğer sebepler olmadan da bir sebebin sonucu meydana getirebilmesi. Yarışan illiyette müteselsil sorumluluk olur bkz yukarıda.

Seçimlik illiyet: somut olayda zararı meydana getiren birden çok sebep vardır fakat bu sebeplerden hangisinin zararı gerçekleştirdiği tespit edilemez. Bunun klasik örneği birden çok kişinin aynı anda ateş etmesi sonucu bir merminin başa isabet etmesi yüzünden ölen adamda başa isabet eden mermiyi kimin sıktığı tespit edilemezse burada kimse sorumlu değildir. Sebeplerin birilik gösterdiği halde müteselsil sorumluluk vardır bu da seçimlik illiyet durumunda ana kuralın istisnasıdır. Mesela 5 kişi kavga ederse bir kişi zarar görürse, burada kavgaya karışanlar müteselsil sorumludur. Fakat zararlı sonuca sebebiyet vermediğini ispat eden sorumluluktan kurtulur. Mesela kavgada bıçakla yaralanma oldu ve kişi bıçak kullanmadığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur.

Birden çok sebepten yalnız birinin zarar doğurması

Farazi illiyet veya önüne geçilen illiyet:

burada farazi sebep ve gerçek sebep vardır. Önüne geçilen illiyet iki sebebin de sonucu gerçekleştirmeye bağımsız olarak elverişli olması fakat bir sebep sonucu gerçekleştirdiği için diğer sebebin önüne geçmesidir. Zararı veren sebep gerçek sebepken eğer bu sebep olmasaydı zararı o zaman verecek olan sebep ise farazi sebeptir. Yani sebeplerden biri diğeri olmadan önce zararı gerçekleştirmişse burada farazi illiyet vardır ve zararı gerçekleştiren sebep gerçek sebep, diğeri ise farazi sebeptir. Yarışan illiyette sebepler zararı aynı anda meydana getirirken farazi illiyette bu söz konusu değildir. Farazi sebep

gerçek sebepten hem önce hem de sonra çıkabilir. Farazi sebebi göstererek gerçek sebep olmasaydı zaten farazi sebebin aynı sonucu vereceğine dayanılarak sorumluluktan kurtulmak mümkün değil ancak cause mixus yani ortak sebep teşkil edebilecek hallerde tazminattan indirim söz konusu olabilir. Fakat kanun bazı hallerde farazi sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmayı mümkün kılmıştır. Bunlara örnek olarak TBK 66 ve 67 verilebilir. *Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.67/2 , Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.66/2.*

Farazi sebebe dayanılarak dolaylı zararın tazmininden kurtulunabilir. Özellikle farazi sebep bir doğa olayına yani mücbir sebebe dayanıyorsa.

İllyet bağının kesilmesi:

Bir sebep hayatın olağan akışına göre bir sonucu doğurmaya elverişli değil veya başka bir sebepten dolayı arka planda kalıyorsa uygun illyet bağının yokluğundan bahsedilebilir yani uygun olmayan illyetten.

Yani bu husus iki şekilde vuku bulabilir bunlardan birincisi

Uygunluğun yokluğudur. Yani hayatın normal akışına göre o tabii illyetten beklenmeyen bir sonuç gerçekleşmiştir. Mesela provasını geç yapan terzi yüzünden müşterisi binmesi gereken otobüsten sonraki otobüse binmiş ve o otobüsün kaza yapması sonucunda müşteri ölmüşse terzinin geç prova yapması tabii illyettir fakat uygun illyet değildir çünkü her gecikme ölümle sonuçlanmaz yani hayatın olağan akışına göre terzinin geç prova yapmasından ölüm sonucu beklenemez zira otobüsün kaza yapma ihtimalini de önemli ölçüde arttırmış değildir. Yani sebep sonucu doğurmaya elverişli değildir.

İllyet bağının kesilmesinde ilk sebep gerçekleşen türden sonucu gerçekleştirmeye elverişlidir fakat başka bir sebep onun önüne geçer, mesela KK Motosikletle seyahat eden M'ye arabasıyla yarış yaparken çarpmış fakat M yerde yatarken alacaklısı olan torbacısı onu gelip vurmıştır. Torbacının saldırısı KK'nin fiiliyle sonuç arasındaki illyet bağını kesmiştir.

İllyet bağını kesen sebepler nedir?

Mücbir sebep:

Mücbir sebep öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan, borçlunun faaliyet ve işletmesinin dışında gerçekleşen olağanüstü bir olaydır.

Mücbir sebep bir doğa olayı olabileceği gibi beşeri bir olay da olabilir. Mesela savaş çıkması beşeri iken yıldırım düşmesi tabii olaydır. Mücbir sebep nispidir yani bir olay bazı hallerde beklenmedik hal iken bazı durumlarda mücbir sebep sayılabilir. Bazen birden çok olayın birleşmesiyle de mücbir sebep oluşabilir. Mücbir sebebin ispatı borçtan kurtulmak isteyen borçludur.

Mücbir sebebin haricilik unsuru, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında bir olayın meydana gelmesidir. Mesela işletme içi bir menfaat grevi işletme kapsamındayken, siyasi ve genel bir grev mücbir sebep sayılabilir. Keza fabrikadaki bir makinenin patlaması mücbir sebep sayılmazken, fabrikaya yıldırım düşmesi mücbir sebep sayılabilir.

Mücbir sebep ile ihlal arasında uygun illyet bağı olmalıdır.

Mücbir sebep kaçınılmaz ve önlenemez olmalıdır ve bu unsur objektif ve mutlak şekilde değerlendirilir yani kişinin mali durumuna değil o anki bilimsel ve teknik verilere göre

değerlendirilir. Bu unsuruyla mücbir sebep beklenmeyen halden ayrılır çünkü beklenmeyen halde kişinin durumu nazara alınır. Mücbir sebep öngörülemez olmalıdır, buradaki öngörülemezlik olayın kendisi değil doğurduğu sonuçlardır.

Mücbir sebebin hüküm ve sonuçları, mücbir sebebin başladığı yerde kusur sona erer yani mücbir sebebin illiyet bağıni kestğini ispat eden zarar veren, illiyet bağı kesildikten sonra meydana gelen zararları tazmin etme yükümlülüğünden kurtulur. Mesela KK motorcu M'ye çarpıyor ve M ambulansla giderken yıldırım çarpması sonucu ölüyor. Burada KK ölümden sorumlu tutulamaz çünkü mücbir sebep illiyet bağıni keser, KK aleyhine sadece vücut bütünlüğünü bozmasından dolayı bir tazminata hükmedilebilir.

Zarar görenin kusuru:

Zarar görenin tam kusuru halinde de illiyet bağı kesilir. Fakat zarar görenin kusuru illiyet bağıni kesmez sadece katkıda bulunursa ortak illiyet söz konusu olur ve tazminattan indirilir. Yani zarar görenin davranışı o kadar yoğun olmalıdır ki zarar verenin sorumlu olduğu olayın önüne geçmeli ve zararlı sonucun yegane sebebi olmalı. Mesela tren rayına atlayan adamın ezilmesinde, adamın tren tarafından ezilmesi uygun bir sebeptir fakat adamın atlaması bu sebebin önüne geçmiştir. Bu kural TMK m.2 den kaynağını alır yargıtay da bir kararında şöyle der, "bir genel hukuk kuralı olarak, kimse kendi kusurundan faydalanamaz.". Zarar görenin kusurunun nazara alınması için zarar verenin oluşturduğu sebepten daha yoğun olmalı ve zarar verenin fiilini arka plana atmalıdır.

Üçüncü kişinin kusuru:

Zarar görenin kusurunda olduğu gibi ilk sebepten daha yoğun olarak illiyet bağıni kesebilir. Yani zararlı sonucun yegane sebebi haline gelirse illiyet bağıni keser. Fakat doktrine göre üçüncü kişinin kusurunda zarar görenin kusuruna nispeten daha yoğun bir kusur aranır. Mesela A'nın dükkanı önünde yağ tenekesi deliniyor ve yağ dökülüyor A da apartman kapıcısı B'ye burayı temizlemesini söylüyor, bunu unutan B yağa basıp kayıp düşüyor. Bu olayda B'nin kusuru illiyet bağıni kesmek için yeterlidir fakat aynı olayda C adlı bir kişi basıp kayarsa üçüncü kişi olan B'nin kusuru illiyet bağıni kesmeye yeterli değildir. Kusursuz sorumluluk hallerinin bazılarında üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağıni kesecek derecede yoğun olması imkansızdır.

KUSUR

Kusur hukuk düzeninin kınadığı yani hukuka aykırı olan davranıştır.

Sübjektif kusur teorisine göre, kusur failin mesleği, öğretim durumu vs göz önünde bulundurulur. Yani kusur failin iradi yapısıyla ilgilidir. Yani fail öğretim düzeyine, kişisel becerileri ve mesleki yeteneklerine göre sonucu öngörebilir miydi ve bundan kaçınabilir miydi ona bakılır.

Objektif kusur teorisine göre ise failin kişisel durumuna değil, failin bulunduğu meslek grubunun ve sosyal grubunun içinden makul ve orta zekalı birinin davranışı örnek davranış olarak göz önünde bulundurulur ve failin kusuru araştırılırken bu nazara alınır. Yani bu makul kişiyle failin davranışı mukayese edilir.

Kusurun sorumluluk hukukundaki yeri çok önemlidir zira kusurlu sorumlulukta kusur bir kurucu unsurdur. Ve casum sentit dominus ilkesine istisna getirir yani bu ilkenin sonuçlarını yunuşatır. Bu ilke zarar gören zararına kendi katlanır ilkesi. Yani zarar gören zararını kusurlu davranışıyla ona zarar verene aktarabilir.

Kusurun objektif ve sübjektif yönleri vardır.

Kusurun objektif yönü, failin bulunduğu sosyal ve mesleki gruptan makul orta zekalı bir kişiden beklenen ortalama davranış ile failin davranışının karşılaştırılması ve failin davranışının örnek kişinin davranışından sapması yani failin gerekli özene göstererek zararı önlemesi ile ilgilidir.

Sübjektif yönü ise kusurun faile yükletilebilmesi ile ilgilidir yani kusur ehliyeti TMK 15 *Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.*

Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde sonuç için kusur aranmadığından kusur ehliyetine haiz olmayan faile de kusur isnat edilebilir. Kusur ehliyeti için mümeyyiz olmak yeterlidir.

Nitekim TMK 16/2 *Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.*

TMK 13 *Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*

Tüzel kişilerin kusurları hakkında TMK 50

Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.

Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.

Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar.

KUSURUN ÇEŞİTLERİ

KAST: kastta hukuka aykırı sonuç fail tarafından göz göre göre veya istenerek meydana getiriliyor. Kast doğrudan kast veya dolaylı kast olarak ayrılır. Doğrudan kastta fail sonucu direkt istemektedir mesela kişiyi öldürmek için ateş etmesi. Dolaylı kastta ise sonucu fail istemese de göze almaktadır. Failin bütün zararları öngörmesi şart değildir. Bir zararı istemesi veya öngörmesi yeterlidir. "kasten verilen zararlarda fail tabii illiyet bağı olan ve uygun illiyet bağı olmayan zararları da tazmin etmelidir."

Fiili hata halinde kasttan bahsedilemez, çünkü kast failin sonucu öngörmesini veya istemesini ifade eder. Mesela hataya düşüp kendisinin sandığı ancak başkasının arabasını yakan failin davranışında kasttan söz edilemez. Ayrıca fail bir hukuk normunu ihlal ettiğinin de farkında olmalıdır. Yani fail hem zararlı sonucun hem de hukuka aykırılığın bilincinde olmalıdır.

İhmal: ihmal zararlı sonucun doğmasını önlemek için hukukun yüklediği ödevin yerine getirilmemesidir. Zarar veren burada zararlı sonucu istemez fakat zarar öngörülebilirdir. İhmal aynı şartlar altında aynı türdeki işteki kişilerin gösterdiği özenin gösterilmemesi yani özen eksikliğidir. Sorumluluk hukuku ceza hukukunun aksien ihmali objektif olarak değerlendirir (Makul orta zekalı kişiye). İhmal değerlendirilirken failin bireysel durumları değil, fiziki, fikri, mesleki ve teknik becerileri göz önünde bulundurulur.

Gösterilecek özenin ölçüsü: ---

İhmalin Türleri: Kanun koyucu bazı hallerde sadece ağır kusurda(ağır ihmal ve kast) sorumluluk öngörmüştür. Ve hafif kusur tazminattan indirim sebebidir. TBK 51*Hâkim,*

tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Ağır ihmal: aynı şartlar altında bulunan her makul insanın alması gereken tedbirlerin alınmamış olmasına ağır ihmal denir.

Hafif ihmal: dikkatli bir kişinin göstereceği özenin gösterilmemesi durumunda hafif ihmal söz konusudur. Yani ağır ihmale ulaşmayan ihmal hafif ihmaldir.

Kusuru zarar gören ispat etmelidir.

Zarar görenin Kusuru: doktrindeki tanımı, makul düzeyde birinin kendi menfaati icabı zarara uğramamak için alacağı tedbirlerin alınmamasıdır. Başka biri tarafından o davranış yapılmış olsaydı ve zarar öyle doğsaydı kusurlu diyebiliyorsak zarar görenin o davranışı yapmasıyla zarar görmesi durumunda zarar görenin kusuru var denilebilir. Bu da ihmal ve kast olarak ikiye ihmal de ağır ve hafif ihmal olarak gerçekleşebilir. Teknik kusurda olduğu gibi objektifleştirilmiş kusur kavramı geçerlidir (aynı şartlardaki ve aynı meslekteki kişinin yapacağı makul davranış, alacağı önlem)

Dipnot: objektifleştirilmiş kusur teorisinde failin yaşına, kültür, cinsiyeti ve mesleğine bakılır (fail ortalama zekadan daha üst bir zekaya sahipse makul kişi esas alınmaz). Sübjektif unsurlar (yorgunluk, dalgınlık ve üzüntü vs.) nazara alınmaz

Üçüncü kişinin kusurunda da teknik kusura(bildiğin kusur işte) ilişkin kurallar uygulanır. Yani objektif yön(makul kişinin davranışından sapma var mı) ve Sübjektif yönler(failin ayırt etme kudretine haiz olup olmaması, "federal mahkeme ayırt etme gücünün varlığını karine olarak kabul eder aksinin ispatını ister") bakılır:

HUKUKA AYKIRILIK

Hukuka aykırılığı açıklayan iki teori vardır

Sübjektif teoriye göre kişi yetkisi olmayan bir fiili yapması ve zarar vermesi halinde bu fiil hukuka aykırıdır. Yani yetkisi olmadan başkasına zarar verenin fiili hukuka aykırıdır.

Objektif teori: bir fiil başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan bir hukuk normuyla çatıştığı zaman hukuka aykırıdır. Bu olumlu ya da olumsuz şekilde olabilir:

Fransızlar sübjektif teoriyi benimsemiştir fakat Türk ve İsviçre hukuku objektif teoriyi benimser.

Hukuka aykırılığın tanımı ve unsurları:

Tanımı: başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışın yapılmasını emreden hukuk normunun ihlali hukuka aykırılıktır (bkz objektif teori)

Yani kişilerin mal ve şahısvarlıklarına koruma amacı güden normların ihlali tbk 49 anlamında hukuka aykırılıktır ve bu dar anlamda hukuka aykırılıktır. Geniş anlamda hukuka aykırılık herhangi bir normun ihlal edilmesidir.

Unsuruları: olumlu (müspet) unsur, belirli bir hukuki varlığa zarar vermeyi yasaklayan bir normun varlığı. Burada ihlal edilen norm özel veya kamu hukuku kökenli olabilir. İhlal edilen norm bir davranış normu olması gerekir yani teşkilat normlarının ihlali değil.

Davranış normları yapmayı ya da yapmamayı emreden normlar. Teşkilat normları anayasa, usul kanunları.

Bir fiil toplum yararına yasaklanması yeterli değildir, ayrıca bireyin hak ve çıkarlarını da koruma amacı gütmelidir. Yazılı olmayan (örf adet kuralları ve hukukun genel ilkeleri) kurallar da buraya eklenebilir. Kaynağını hukukun genel ilkelerinden bulan davranış kurallarına örnek TMK 2 ve tbk 49/2 vs verilebilir.

Tehlike kuralı: başkalarına zarar verebilecek tehlikeli bir durum yaratan kimse bu tehlikenin gerçekleşmesini önlemek zorundadır. Gerekli olmadıkça kimse başkasını tehlikeye sokmamalıdır. Bir kişi eğer bir tehlike yaratıyorsa bu durumdan kimsenin zarar görmemesi için gerekli tedbirleri almalıdır.

İhlal edilen davranış normu emredici hukuk kuralına aykırı olmalıdır. Tarafların sözleşmeyle aralarında koydukları davranış kuralının ihlali tbk 112 kapsamındadır. Tbk 49 değil. Tbk 112: *Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*

TBK 49 anlamında hukuka aykırılık teşkil eden haller:

Kişilerin menfaatini doğrudan veya dolaylı olarak koruyan hukuk normlarının ihlal edilmesi.

Mutlak hakları doğrudan doğruya koruyan normlara temel koruma normu denir. Burada sonucun hukuka aykırılığı söz konusu ve o davranışı yasaklayan bir norm olmasa dahi mutlak hakkın ihlali hukuka aykırılık teşkil eder. Ancak bu tek başına yeterli değildir çünkü mutlak hakkın ihlali ayrıca bir kişiye bağlanabilen bir davranış veya olgu sonucunda gerçekleşmelidir. Yani KK M'ye ateş etmiş ve öldürmüştü hukuka aykırılıktan söz edilebilirken. D'nin Denizde yüzerken boğulması durumunda hukuka aykırılık yoktur çünkü koruma normu ancak kendisine hitap ettiği kişi tarafından ihlal edilebilir.

"Bu paragraftaki bilgiler sınavda %99 çıkmayacaktır" Bazı normlar kişilerin mutlak olmayan haklarını ve hatta hak olmayan menfaatlerini koruma amacı güder. Fakat bunun için o menfaatin özel bir normla korunması gerekir. Bunlara özel koruma normları da denir. Bunların tespitinde hukuka aykırı sonuç değil hukuka aykırı davranış teorisi uygulanır. Kişilerin mutlak olmayan ticari menfaat veya malvarlığı menfaati gibi haklarını koruyan normlara özel koruma normu denilir. Bu normlara göre davranışın tbk 49 kapsamında hukuka aykırı sayılabilmesi için ihlal edilen hakkın normun koruma kapsamında olması gerekir yani normun amacı o menfaati korumak olmalıdır. Bu dar anlamda hukuka aykırılıktır ve TBK ve İsviçre borçlar kanununda bu kabul edilir.

BGB'nin normun koruma amacı teorisini kabul ettiği bir kararı yani dar anlamda hukuka aykırılık. -

1847. Federal Mahkeme ve Yargıtay da hukuka aykırılığı, normun amacı teorisi ile bağlantılı olarak tanımlamaktadır. Gerçekten, ihlâl edilen normun özel koruma alanı içine girmediği için Federal Mahkeme aşağıdaki olaylarda haklı olarak TBK. m. 49/1'e göre hukuka aykırılığı kabul etmemiştir. Kanton orman mevzuatının bir hükmü, satılan ağaçların kesimi görevini Kanton İdaresine yüklemekte, bunun yüklenici tarafından kesilmesini yasaklamaktadır. İlgili Kanton bu hükmü ihlâl ederek ağaçların kesimini yükleniciye bırakmış ve kesim esnasında bir ağaç, yüklenicinin işçilerinden birinin üzerine düşerek onun ölümüne sebep olmuştur. Burada kanton, orman mevzuatının bir hükmüne aykırı hareket etmiştir. Federal Mahkeme ölenin yakınlarının kanton aleyhine açmış olduğu tazminat davasını, ihlâl edilen hükmün kişilerin menfaatini değil, ormanı koruma amacı güttüğü gerekçesiyle reddetmiştir³³¹. Ölen işçinin yakınları, şartları gerçekleşmişse, yüklenici aleyhine dava açabilirler. Diğer bir olayda ise İsviçre'de yetkili organ, ithal edilen

Bu paragraftaki bilgilerin Final sınavında çıkmayacağı kanısındayım.

Olumsuz unsur (menfi unsur),
hukuka uygunluk sebebinin olmaması.

Ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar verme (TBK 49/2 sorumluluğu)

Burada kanun koyucu toplumu tatmin etmek amacıyla ahlaka aykırı bir davranışı tbk 49 kapsamında hukuka aykırı saymıştır.

TBK 49/2 Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Bu kanunun hükmünün uygulanabilmesi için

Fiil ahlaka aykırı olmalı, (bu ahlak bireysel bir ahlak değil sosyal ve genel ahlaktır.) Yani o çevrede yaşayan dürüst ve makul kişiler nazara alınır.

Bu hükümde fail sadece kastından sorumludur. Yani fail hem ahlaka aykırı fiili hem de zararı istemeli. Ve bu davranış sonucunda bir zarar doğmalıdır.

TBK 49/2 kapsamına giren örnekler: bir kişinin kasten üçüncü bir kişiye zarar vermek amacıyla bir sözleşmenin bir tarafını sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etmesi, dürüstlük kurallarına göre vermesi gereken bir bilgiyi vermemesi.

Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırı olan bir davranışı (temel bir koruma normunu ya da özel bir koruma normunu ihlâl eden davranışı) hukuka uygun kılan sebeptir. Burada iki norm arasında menfaat çatışması vardır ve iki normdan biri üstün geldiği için davranış hukuka uygun kılınır. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde davranış en başından itibaren hukuka uygundur.

Hukuka uygunluk sebebi üçe ayrılır, birincide kamu menfaati, ikincide özel bir menfaat diğerine üstün tutulur. Üçüncüsü ise zarar görenin rızasıdır.

TMK 24/2 Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

1. Kanunun verdiği yetkinin kullanılması (kamu menfaati)
 - a. Bir polisin bir zanlıyı göz altına alması gibi

2. Özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması, örneğin mülkiyet hakkının kullanılmasında komşunun dürüstlük kurallarını aşmadığı sürece bu kullanıma katlanması
3. Zarar görenin, mağdurun, rızası TBK 63/2 *Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.* Zarar görenin bu rızayı verebilmesi için fiil ehliyetine haiz, verilen rıza TBK 27'ye ve TMK 23'e aykırı olmamalıdır
4. Vekaletsiz iş görme, iş sahibi yararına bir işin yapılması, yapılan işin iş sahibinin farazi iradesine uygun olduğunun kabul edilmesi durumudur. Örneğin yıkılmak üzere olan bir duvarın tamir ettirilmesi, bilinci kayıp hastanın ameliyat edilmesi
5. Haklı savunma.

a. TBK 64

Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin mal veya şahısvarlığına yönelik bir saldırı olmalı

Saldırı devam etmelidir. Yani saldırı ya başlamış ya da başlaması çok yakın olmalı.

Saldırı hukuka aykırı olmalı. Yani hukuka uygun bir harekete karşı haklı savunma yapılamaz. Bu saldırı bir insan fiili değilse bu durum haklı savunma değil zorunluluk halidir TBK 68

Savunma saldırıya orantılı olmalıdır. Yani saldırı ile savunma arasında uygun bir denge olmalıdır. Misal tokatla saldıran bir kişiye ateş edilmesi. Fakat araçların eşit olması mutlak bir zorunluluk değil, somut olaya göre değerlendirilir.

Savunma fiili kati suretle saldırıya yapılmalıdır. Haklı savunmada savunanın menfaati, saldıranın menfaatinden üstün tutulmuş ve böylece savunan fiili hukuka uygun sayılmıştır.

6. Zorunluluk hali TBK64/2 *Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.* Üstün yarar ilkesinin ayrı bir uygulama alanıdır. TBK 63/2 *Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.*

Zorunluluk halinde sadece malvarlığına zarar verilebilir. Taşınmazlara ilişkin zorunluluk hali TMK 753 *Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya*

o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.

Mesela dağda mahsur kalan 4 hukuk fakültesi 2. sınıf öğrencilerinin soğuktan donmamak için orada buldukları bir dağ evinin kapısını kırarak içeriye girmeleri.

Zorunluluk halinin şartları:

- Şahsa veya mala yönelmiş açık ya da yakın bir zarar tehlikesi mevcut olmalı
- Zarar tehlikesinin kaynağı malına zarar verilecek kişi ise bu haklı savunma teşkil edeceğinden zarar tehlikesinin kaynağı malına zarar verilecek kişi olamaz.
 - Zarar tehlikesinin kaynağı, üçüncü bir kişinin fiili, bir doğa olayı gibi şeyler olabilir
- Sadece üçüncü bir kişinin malına zarar verilmeli, şahsa verilen zarar zorunluluk hali teşkil etmez.
- Verilen zarar ile önlenen tehlike arasında bir orantı olmalı *bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.*
- Zarar tehlikesinden kurtulma üçüncü kişinin malına zarar vermeden mümkün olmamalıdır.

Zorunluluk hali mutlak olarak zararı tazminden kurtarmaz bkz. TMK 753/2 *Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir. ve TBK 64/2 Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.*

Fakat bu hal fiili hukuka uygun kılar.

7. Kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruması: eğer bir kişi saldırı TBK 64/2 ve 3 e göre kamu makamları tarafından hakkın korunamayacağı durumlarda kişinin kendi hakkını güç kullanarak koruyabilmesi hukuka uygunluk sebebidir. Burada sadece kişi kendi hakkını koruyabilir, zorunluluk ve haklı savunmanın aksine üçüncü kişinin hakkı savunulamaz. Yetkili organlar tarafından müdahale zamanında yapılamayacak olmalı. Başka bir imkan mevcut olmamalıdır. Diğer hallerde olduğu gibi kullanılan güç uygun ve dengeli olmalıdır yani savunulan hukuki varlıkla ihlal edilecek h.varlık arasında bir denge olmalıdır.

Bir kişinin bir şeyi yapmamasından sorumlu tutulabilmesi için onun hukuken o davranışı yapma yükümlülüğü olması gerekir.