

GEÇERLİ SEBEBE DAYANMAKSIZIN KULLANILAN BOZUCU YENİLİK DOĞURAN HAKKIN HUKUKİ SONUÇLARI VE YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI ELEŞTİRİSİ¹

Prof. Dr. E. Sabâ ÖZMEN² - Araş. Gör. Müge ÜREM^{3*}

I. Giriş

Etkisini başka bir hukuki ilişki veya işlem üzerinde göstererek onun kurulmasını, değiştirilmesini veya sona erdirilmesini sağlayan haklara yenilik doğuran (*inşai*) haklar (*Gestaltungsrechte*) denir⁴. Yarattığı etkiye göre türlendirme sonucunda kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran hak ayrımı karşımıza çıkmaktadır⁵.

- 1 Roma hukukunun en eski ilkelerinden olan “Hiç kimse, haksızlık yaparak durumunu iyileştiremez.-Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest.” ilkesinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.2.2012 kararıyla ayaklar altına alındığının eleştirisi amacıyla işbu makale yazılmıştır. Bu makalede eleştirel görüşler Prof. Dr. E. Sabâ Özmen’in kişisel görüşüdür. Araş. Gör. Müge Ürem, araştırma yönünde makalenin yazılmasına katkı sağlamıştır.
- 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi.
- 3 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
- 4 Karş. VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich, Schulthess, 1984, §3, s. 23; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 147; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 61; HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, §9, N. 85; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Kavramlar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 154; DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, N. 1049 vd.; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 57.
“Bozucu yenilik doğurucu hak” deyimini yerine “inşai hak” (bkz. GÖNENSAY, Samim, Borçlar Hukuku, Akgün Matbaası, İstanbul, 1948, s. 13; ÖNEN, Ergun, İnşai Dava, Ankara, AÜHF Adalet Yüksek Okulu Yay., 1981, s. 6) veya “yapıcı hak” (bkz. ARSEBÜK, Esat, Borçlar Hukuku, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950, s. 18, 206) deyimiminin de kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay’ın halen inşai hak deyimini de kullandığı kararlarına rastlanmaktadır. Bkz. Yargıtay HGK E. 2013/22-2309, K. 2015/1761, T. 16.9.2015; Yargıtay 13. HD. E. 2013/30931, K. 2014/16684, T. 29.5.2014, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 25.03.2016.
- 5 Örneğin, TBK m. 3 vd. hükümleri uyarınca sözleşmenin kabulü kurucu, TBK m. 125 hükmü gereğince temerrüt halinde borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakından vazgeçtiğini hemen bildiren olumlu zararı istemek değiştirici, konu başlığımız

Araştırmamıza temel ilk saptama olarak yenilik doğuran hakkın kullanılması, kural olarak, bu yönde açılacak bir davaya (*yenilik doğuran (inşai) davaya*) gerek olmaksızın, hak sahibinin bu yöndeki irade beyanı ile gerçekleşmektedir. Bu konuda istisnalar olduğunu bilmekteyiz. Ancak görüşümüzce, hakkın dava açılarak kullanılması yolunda hüküm konmuş (*vazedilmiş*) olduğu hallerde dâhi, biz yine de isimsiz sözleşme türü oluşturan mahkemeye dışı sulh niteliğiyle bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabına yöneltilen bu yöndeki önerinin kabulü sonrasında bozucu yenilik doğuran hakkın etkisini gösterdiği temel ilişki veya işlemin tasfiyesine yönelik uyuşmazlığa meydan vermediği durumlarda, mahkeme kararının bulunmamasına dayalı sonuçla özel hukuk öğretiminin bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımı ve sonuçları konusunda irade özgürlüğünü ortadan kaldırmadığını söyleyebiliriz.

Araştırmamıza başlamadan önce belirtmekte fayda var ki, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması, bu yöndeki tek taraflı irade beyanının karşı tarafa varmasıyla hüküm ve sonuç doğurur. Hakkın kullanılması yönündeki irade beyanının muhatabına ulaşması ile arzu edilen hukuki sonuç doğar ve sözleşme kendiliğinden (*ipso iure*) sona erer⁶. Eş deyişle, örneğin ispat şekli oluşturması için iradi şekil olarak kullanan kişinin inisiyatifliyle noter aracılığıyla yapılan sözleşmeden dönme beyanı, karşı tarafa varma sonucunu oluşturan tebliğ ile, mahkeme kararıyla yenilik doğuran (*inşai*) davaya gerek olmaksızın⁷, sonucunu doğurmakta ve sona eren bir hukuki işlem olgusu yaratmaktadır.

Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nda bozucu yenilik doğuran hakları bu isimle bile adlandırmaksızın genel bir kural getirerek geçerli olarak doğup doğmadıkları hususunda esaslı noktaları belirlemiş değildir. Bu, bir eksiklik değildir; şöyle ki, bozucu yenilik doğuran hakkın somut olarak varlığına işaret edilen her kuruma (*örneğin temerrüde*) ilişkin düzenlemeden bozucu yenilik doğuran hakkın doğumunun koşullarını kolaylıkla anlayabiliriz. Bozucu yenilik doğuran hakkın doğumunun kullanılma

altında TBK m. 39 hükmü gereğince irade bozukluğu hallerinde iptal, temerrüt halinde sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi ve pek çok özel düzenlenmiş halde sözleşmenin sonlanması sağlayan haklar ise bozucu yenilik doğuran haklardır.

6 VON TUHR/PETER, §3, s. 25; TEKİNAY, s. 148; EREN, s. 66; HATEMİ, Medeni, §9, N. 85; DURAL/SARI, s. 182; BUZ, s. 256.

7 Kural olarak, aşağıda inceleyeceğimiz gibi, hakkın dava açma yoluyla kullanılmak istenmesi halinde de verilecek hüküm inşai bir nitelik arz etmeyip, tespit hükmü niteliğindedir. Bu noktada, hakkın mahkeme kararına gerek olmaksızın kullanılabilme özelliği uygulamada yanılığlara sebep olmakta, ayrıca bozucu yenilik doğuran hakkı kullanırken haklı, meşru, objektif bir sebebin irade beyanında belirtilmemesine rağmen irade beyanının muhataba varmasıyla kendiliğinden sonucun meydana gelmesine yönelik eğitim hakkında önemle tartışılması gereken noktalar mevcuttur.

sebebinin varlığına⁸ ilişkin herhangi bir tartışma olması beklenmezken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararıyla vardığı sonuçların özel hukukun temelini oluşturan en eski ilkeleri örselemesi bu araştırmanın konusunu oluşturmuştur.

Araştırmamızda bozucu yenilik doğuran hakka bağlı olarak iki farklı noktada hüküm ve sonuç bağlayacağız. Maddi hukuk açısından hakkın doğumu ile birlikte kazanılmasına yol açan olgunun varlığına ilişkin geçerlilik sorunu ile şekli olarak bu olgunun tek taraflı kullanılması gereken irade beyanında yer almasına ilişkin soruna dayalı hüküm ve sonuç farklı olacaktır.

II. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.2.2012 Kararı

A. Çoğunluk Görüşü

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.2.2012 kararında davaya konu, "TV Servisleri Band Paylaşımli Transponder Kira Sözleşmesi" feshinin geçersizliğinin tespiti ve bu sözleşmenin davalı şirket tarafından uygulanmaya devam edilmesi yönünde muarazanın men'i ile "Türk Telekom Kablo TV Dağıtım Şebekesi Üzerinden İletilecek Radyo ve TV Yayınlarına İlişkin Sözleşme"nin davalı şirket tarafından feshedilmemesi ve bu sözleşmenin uygulanmaya devam edilmesine yönelik olarak muarazanın men'i istemidir⁹.

8 Ancak belirtmek gerekir ki, burada kastettiğimiz, hak sahibinin hakkı kullandığına ilişkin irade beyanında bu olguları hukuken vasıflandırması, yani bozucu yenilik doğuran hakkını kullanırken dayandığı olguların irade sakatlığı mı, aşırı yararlanma hali mi oluşturduğunun gösterilmesi değil; hakkın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için hak sahibinin gerekçeyi açıklanma yükümü altında olup olmadığıdır.

9 "muarazanın men'i" veya "münazaanın men'i" gibi isimlerle açılan davaların Yargıtay kararlarında da bu isimle adlandırılması kabul edilebilir değildir. Her davanın temelinde açılmasının mutlak sebebi uyumsuzluk olmakla bu konuda hâkimden giderilmenin istenmesi yolunda isimle dava açılması hukuki garabetten başka bir şey değildir. Özel hukukta tamamen teknik olarak borçlar hukukunda borcun kaynaklarının çeşitlenmesi ve aynı neticeli taleplerle borçlar hukuku davalarının yarışıp yarışmayacağı veya HMK m. 111 hükmü gereğince terditli ileri sürülüp sürülmeyeceği meseleleri karşısında bir kimse davasını açarken bu isimle dava açacak olursa karşı taraf HMK 119 hükmünce dilekçenin açıklattırılmasını isteyebilmelidir. Öyle ya, asla benimsemediğimiz tapu iptal davası ismiyle bile açılan davaların temelinde ya borçlar hukuku temelli alacak hakkına dayalı olan, TMK m. 716 hükmü gereğince tescili isteme davası zamanlaşımına tabi iken buna karşılık, aynı isimle açılması alışlagelmiş olan TMK m. 1025 hükmüne dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası tamamen eşya hukukunun konusu, istihkak veya haksız el atma talepli olarak zamanlaşımına ve hak düşürücü süreye tabi olmayan bu dava göz önüne alındığında birbiriyle yarışmayan iki dava söz konusudur. Bkz. ÖZMEN, Etem Sabâ/AYDIN, Gülşah Sinem, "Tapu İptal Davası Olarak yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2014/6, s. 179-216, s. 185 vd.

Direnme yoluyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; haklı bir sebep olmadan tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin feshedilip feshedilemeyeceği noktasındadır.

Kararın çoğunluk görüşüyle verilen gerekçesini ağır eleştirilerde bulunacağımız odak noktasına ilişkin yönü ile aynen alıntıyla yazmak gerekirse; “...**kural, sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü kuralı, sözleşmeyi kurma ve değiştirme özgürlüğü kadar sözleşme ile bağlı kalmama özgürlüğünü de içerir. ...sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir sonucu olup, kural olarak sözleşmenin kurulmasına hizmet ettiği kadar, sözleşme ile bağlı kalmamayı da, yani tek taraflı irade beyanı ile (haklı veya haksız surette) sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsar. ...kural olarak kişinin sözleşmenin feshi yoluna gitme konusunda irade özerliği sonucu takdir hakkı bulunmakla birlikte, feshin haksız olması halinde, karşı tarafın bundan doğan zararlarından sorumluluğunun da bulunacağı tabiidir.**”.

Sözleşmenin tek taraflı olarak herhangi bir sebep olmaksızın feshedilip feshedilemeyeceği hususu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede tartışılmış ve somut uyuşmazlıkta BK m. 106 hükmünün (TBK m. 125/II) uygulanma şartlarının oluşmadığı, zira anılan hükmün uygulanabilmesi için sözleşmenin her iki taraf için de ayakta ve geçerli bulunması gerektiği, oysa somut uyuşmazlıkta fesih iradesinin muhatabına ulaştığı andan itibaren sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak ortadan kalktığı, bu sebeple anılan hükmün taraflar arasında uygulanamayacağı gerekçeleri ileri sürülüp, yine aynı şekilde ağır eleştiriler yönelttiğimiz ifadesi sonucu aynen aktararak vermek gerekirse: “...**irade özerkliğinin bir sonucu olarak haklı bir sebep olmadan da tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı ile kullanılabilen fesih hakkına engel olunamayacağı benimsenmiştir.**”.

İşte makalemizin amacı, roma hukukunun modern hukuka öncülük yapan en eski ilkesi olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesini bu güne kadar Kara Avrupası ülkelerinin hiçbir öğretisinde tartışma konusu edildiğine rastlamak mümkün değilken, Yargıtay bu ilkeyi yok sayarak vardığı sonuçlar itibarıyla hukuki garabet oluşturan bu kararı, teorik bir tartışmaya dayanmayan yönüyle yalnızca borçlar genel teorisi ilkeleriyle eleştirmek olacaktır. Çünkü bu noktada hukuken apaçık genel ilkeler karşısında her iki yönde de tartışılması mümkün karşılıklı savlardan söz edilemez.

2. Azınlık Görüşü

Anılan Yargıtay kararının sevindirici yönü, çoğunlukla nasıl verildiğine akıl sır erdiremediğimiz bu kararın muhalifi olan azınlık kararına imza atan üyelerin varlığıdır. Yukarıda bahsettiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının azınlıkta kalan görüş sahipleri **“Feshin, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu, ancak bu hakkın gelişigüzel kullanılamayacağını, bir tarafın sözleşmeyi haklı bir sebep olmadan feshine yönelik işleminin Türk Medeni Kanunu (TMK)`nun 2.maddesinin denetimine tabi tutulması gerektiğini, haksız feshin yapılmasına TMK`nun 2.maddesi kapsamında bulunan “çelişkili davranış yasağı”nın sınırlama getirdiğini, taraflardan birinin haklı bir sebep olmaksızın olağanüstü-süresiz-fesih hakkını kullanmasının tek başına sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini¹⁰, her sözleşmede aynen ifa mümkün değilse de, somut uyumsuzluğa konu sözleşmede aynen ifanın (uydu yayınının iletilmesinin) mümkün olduğunu, dolayısıyla aynen ifayı teminen karşı tarafın ifa davası açabileceğini, ayrıca karşılıklı taahhütleri kapsayan akıtlarda iki tarafın rızasıyla akitten rücu edilebileceği açık ise de, tek taraflı fesih yetkisinin B.K.`nun 106 ve sonraki maddelerindeki koşulların gerçekleşmesine bağlı olduğunu, aksi takdirde koşulları oluşmadan tek taraflı feshin hukuki sonuçlarını doğurmayacağını, aynen ifanın her sözleşmede mümkün olmayabileceğini (Örneğin, ünlü bir ressamın tabloyu yapmaktan kaçınması gibi), ancak aynen ifanın mümkün olduğu hallerde (Örneğin, bir miktar Soma Linyit Kömürü satımı gibi), ifanın sağlanması için karşı tarafın bir ifa davası açabileceğini, mahkemenin ifa davasında sözleşmede aynen ifanın mümkün olup olmadığının tespiti sırasında İcra-İflas Kanunu`nun 24 ve 30.madde hükümlerini de gözetmesi gerektiğini, Özel Daire bozma ilamının yerinde olduğunu”** ileri sürmüşlerse de, çoğunlukça bu gerekçe ve görüşler benimsenmemiştir.

10 Bu yönde bkz.: “...Oysa fesih hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Karşılıklı borç içeren inşaat sözleşmelerine konu ilişkilerde, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanı karşı tarafa ulaşmakla hukuksal sonuç doğurur ve bu irade beyanı sahibini mutlak bağlayıcı olup, haklı nedene dayandığı veya karşı tarafa kabul edildiği durumlarda muhatabı da bağlar.”, bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2003/7040, K. 2004/6389, T. 9.12.2004; “Sözleşmenin feshi, yanlar arasındaki hukuksal ilişkiyi sona erdiren ve yenilik doğuran bir irade beyanıdır. Fesih bildirimine ilişkin irade açıklaması, sahibini mutlak bağladığı halde; sözleşmenin diğer tarafını itirazsız kabul edilmesi yahut haklı bir hukuksal nedene dayanması durumunda bağlayıcı olur.”, bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2003/1777 K. 2003/4777, T. 15.10.2003; benzer bir karar için ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2003/1777, K. 2003/4777, T. 15.10.2003, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.03.2016.

C. Sonuçlar

Bu başlık altında tüm bozucu yenilik doğuran hakların, hak mertebesine ulaşması için korunması gereken çıkar ile maddi bir olgunun (*vakianın*) varlığının gerekeceği yolunda oluşan tereddütler bizi bu araştırmaya itmiştir.

İlk olarak azınlık görüşüne eleştiri getirmek gerekirse, ilk olarak karşımızda çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) söz konusu değildir. Çünkü dürüstlük kuralına aykırı davrandığı iddia edilen kişi açısından birbiri ile çelişki oluşturan tezat iki davranış ve/veya hukuki işlem söz konusu değildir. Sözleşme taraflarından birisi temelinde kullanımına hak kazandıran bir olgu olmadan bozucu yenilik doğuran hakkı kullanmaktadır. Diğer yönü ile sözleşmeden sona erdirmeye özgürlüğü karşılıklı anlaşma ile sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih, yani sona erdirmeye yolunda yapılan anlaşma rücu olarak adlandırılmaz; bu konuda kullanılması gereken ifade “*ikale*”dir.

Makalemizin temel noktasını hukuki garabet niteliği ile kararın karşı savının TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırılık ile izah ediliyor olması, ağır eleştiriye mesnet oluşturan haklı gerekçelerini zayıflatan yönü olacaktır. Gerekece bulunamayan yerde sığınılan kale olarak TMK m. 2 hükmüne dayanılması bu yönde olumsuzluğu ifade etmek için kullanılan dürüstlük kuralı hukukçuluğunun eseri olmuştur. Oysa aşağıda dayanacağımız ve asla bir teori olarak öne sürüldüğü iddia edilemeyecek roma hukuku temel ilkeleri dışında hiçbir bilimsel veriye ihtiyacımızın olmadığını da bilinmesini isteriz. Dünya mirası yapı Ayasofya’yı inşa ettiren Iustinaus bu muhteşem esere kendi adını vermek yerine kutsal (*aya*) bilgi (*sofia*) adını koymuştur. İşte yüzyıllar öncesi “*corpus iurus civilis*”i oluşturan bilgi birikimi muhteşem bir zekaya dayalı kurguyla bugün hala hiçbir rahatsızlık doğurmaksızın uygulana gelmektedir¹¹. Uygulamada teorik görüş adı altında temelini Roma Hukukundan almayan savlar sıkıntılarını hemen hissettirmektedir. Bu araştırmanın konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda varılan sonuçlar da bu niteliktedir.

11 ÖZMEN, Etem Sâba. “Genç Hukukçulara (Kızım Sana) Birkaç Öğüt (Gelinim Sen Anla)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014/1, 2014, s. 13-27, s. 17, 18. “Bu vesileyle Roma Hukuku’nun hukuk fakülteleri ders programında çıkartılması yolunda eğilim hukuk bilimine yapılmış en büyük ihanet olarak görülmelidir.”, bkz. aynı eser, s. 18.

A. Geçerli Sebebe Dayanmayan Bozucu Yenilik Doğuran Hak Sonuç ve Hüküm Doğurmaz

1. Öğretideki Durum

Bozucu yenilik doğuran hakkın temelinde bu hakkın doğumuna vücut veren olgu (*irade bozukluğu halleri, temerrüt, ayıp gibi*) gerçekleşmeden, yukarıdaki Yargıtay kararında olduğu gibi, salt şekli açıdan hak sahibi olduğunu iddia eden kişinin irade beyanına bağlı olarak sonuç doğurmuş olacağı yolunda bir öğreti görüşüne rastlamamış bulunmaktayız. Yukarıda andığımız Yargıtay kararının garabeti karşısında böyle bir görüşe ilham verecek bir yazarın bulunmayışı bu makale açısından en sevindirici boyuttur. Her zaman söylediğim gibi avukatlar kanatsız melek olmayıp anılan Yargıtay kararını savunmalarında kullanmaları halinde hiç kimse ayıplamamalıdır. Ancak bir öğretim üyesinin mütalaasında veya HMK m. 293 vd. hükümleri gereğince uzman görüşü olarak bu gerekçeye dayanarak taraf lehine görüş bildirmeleri, mesleki ihanet olarak görülmelidir. Bu konuda bu tür bir iddianın avukatlık mesleği gereği vekâleten duruşmada öne sürülmesi halinde yargı makamlarının, Hukuk Genel Kurulu'nun tam aksine sözleşmeyi bu şekilde geçerli bir bozucu yenilik doğuran hak bulunmadan kullanılma halinde korunması gereken çıkar olan alacaklı lehine müdahalede bulunmaları gerekir.

Hakkı kullanırken hakkı kullanmaya iten yeterli bir sebebin olmaması ve hakkı kullandıktan sonra ortaya çıkan olguların muhataba sebep olarak gösterilmesinin sonucu öğretiye göre özetle şöyledir: Hakkın şartları gerçekleşmişse, hakkı kullanmaya yönelik irade beyanının muhataba varmasıyla hukuki sonuç meydana gelir¹². Fesih ve sözleşmeden dönme hakkını kullanmaya temel olan sebep, bozucu yenilik doğuran hakkın yöneldiği irade beyanının muhataba varması sırasında henüz mevcut değilse/gerçekleşmemişse, bozucu yenilik doğuran hak hüküm ve sonuç doğurmaz, hakkın kullanımı geçersizdir¹³. Sonradan oluşan olguya dayanıla-

12 VON TUHR/PETER, §3, s. 25. Örneğin, fesih sebebi, mevcut hukuki ilişkinin ortadan kaldırılması yönündeki arzuyu oluşturan subjektif saiklerden farklı olarak, her zaman objektif bir olgu olarak ortaya konabilmelidir. Dolayısıyla olağanüstü feshin hukuki koşulu (*condictio iuris*), hakkın kullanılmasına sebep olan olgunun varlığıdır. Bkz. SELİÇİ, s. 158, 163.

ERGÜNE, Mehmet Serkan, *Olumsuz Zarar*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 254, dn. 381'de, muhataba yöneltilen irade beyanında iptal sebebinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Kanımızca paragraf uyarınca yazar burada, iptal sebebinin beyanda açıklanmasından çok hakkı kullanmaya iten olgunun hakkın kullanılması için gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir.

13 LENT, Friedrich, "Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten", *Archiv für die civilistische Praxis* 152. Bd., H. 5 (1952/1953), s. 401-419, s.

rak bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına sebep oluşturulamaz; hakkın kullanılmasından sonra doğan olgular, ancak yeni bir bozucu yenilik doğuran hakkın sebebini oluşturabilir. Bizim de katıldığımız gibi, hakkını kullanan tarafın, hakkı kullandıktan sonra ortaya çıkan bir olguyu sebep olarak açıklaması durumunda sözleşmenin sona ereceğinin kabulü mümkün değildir¹⁴.

Bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, en geç hakkın kullanıldığı anda sebebini mevcut olması koşuluyla hukuki sonuç, hakkın kullanıldığı andan itibaren doğar. Aynı görüş doğrultusunda, hakkın kullanıldığı anda gerçekleşmemiş, hakkın kullanılmasından sonra ve fakat varsa muhatabın açıklama talebinden önce ortaya çıkan olgular, haklı olarak, hakkın hukuki sonuçlarını doğurması için muhataba sunulamaz¹⁵.

2. Görüşümüz

Bu konudaki eleştirilerimize ilişkin ilk saptanması gereken husus, bozucu yenilik doğuran hakka yönelik irade beyanının geçerliliğine vücut veren olgunun haklı sebep niteliğinde oluşması gerekmeksizin irade beyanının muhataba ulaşmasıyla birlikte taraflar arasındaki sözleşmenin sona erip, ermeyeceğidir. Ancak bu noktada Yargıtay'ın anılan kararında çoğunluk tarafından benimsenen "...sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir sonucu olup, kural olarak sözleşmenin kurulmasına hizmet ettiği kadar, sözleşme ile bağlı kalmamayı da, yani tek taraflı irade beyanıyla (haklı veya haksız surette) sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsar." görüşü karşısında şahsımız, şimdiye kadar Yargıtay kararlarında gördüğü en temelsiz gerekçelerden birinin oluşturulduğunu savunmaktadır. Şöy-

415. Fesih hakkının kullanılmasını imkân veren olgunun yokluğu nedeniyle kendiliğinden geçersiz hale gelen olağanüstü feshin, tahvil yoluyla olağan fesih olarak yorumlanması mümkündür. Ancak feshin sebebini oluşturan olgu hiç gerçekleşmemişse, irade beyanı sahibinin olağan fesih yoluna gitmek istemiş olabileceği kabul edilemez. Bkz. SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 158, 159.

14 BUZ, s. 225; ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 178.

15 LENT, s. 415; BUZ, s. 223. Bozucu yenilik doğuran hakkın kullanıldığı anda mevcut olmak ve hak düşürücü sürenin henüz dolmamış olduğu koşuluyla, hak sahibinin hakkın kullanılması anında gösterilen olgunun dışındaki bir olguya dayanması mümkündür. Hak sahibi, muhataba sunduğu yeni olguların farkına henüz varmış olabileceği gibi, sonradan ileri sürdüğü olguları hakkı kullanırken bilmemesi halinde bu sonuç adil olacak; kaldı ki bu takdirde muhatabın durumunda da fazladan kötüleşme doğmayacaktır. Hak sahibinin, hakkı kullandıktan sonra, hakkı kullandığı esnada bildiği ve fakat muhatabı zarara uğratmak için sakladığı sebebi sunması halinde ise bu sonuca varılamayacağı savunulmaktadır. Bkz. BUZ, s. 225, 226.

le ki, sözleşme özgürlüğünün bu şekilde sözleşmenin bağlayıcılığından tek taraflı irade beyanıyla haklı sebep olmaksızın kurtulunma yolunda yetki bahsettiği sonucuna varan karara imza atan hukuk genel kurulu üyelerinin bir kere daha düşünmesi gerektiğini söylemekten başka bir çaresizliğimizi ifade edememekteyiz. Türk Borçlar Kanunumuz, hiçbir şekilde gereksiz cümle sarfetmemektedir. Bu özellik onun roma hukukundan gelen dâhiyane bilgi birikiminin eseridir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu, borçlunun temerrüdü karşısında borçlunun borcunu zamanında ifa etmesine yönelik bir hüküm barındırmamaktadır. Çünkü temerrüdü düzenleyen hükümlerden borcun zamanında ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkını düzenlemekle, bu yükümlülüğe zaten vücut vermiş olmaktadır. Ayrıca, aynı yönde sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcılığının açık bir hükümle ifade edilmemiş olması, bu yönde Yargıtay'a anılan gerekçeyi oluşturma yetkisi vermeyecektir. Hukukun en temel ilkelerinden ahde vefa (*pacta sunt servanda*), yani söze sadakat ilkesince bu konuda en ufak bir şüpheye dahi yer yoktur¹⁶. Kusurlu ifa imkânsızlığı ve temerrüdün bütün hükümleri bu sonuca amir olduğu gibi, eğer bir an için kararın doğru gerekçeye dayanmış olduğu kabul edilmiş olsaydı, anılan sonuca gark olmakla ciddi tazminat yükü altına girecek olan borçlular, aşağıda örneklendireceğimiz gibi korunması gereken çıkarın tam aksi yönüyle karşı tarafın inisiyatif kullanmasına gerek olmadan sözleşme serbestisi ile tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmeye yönünde özgürlüklerini kullanabilecekler demektir. Öyle ya, Yargıtay'ın gerekçesi hazırdır: **"...irade özerkliğinin bir sonucu olarak haklı bir sebep olmadan da tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı ile kullanılabilen fesih hakkına engel olunamayacağı..."** yolunda savla bu konuda hakın kötüye kullanılması niteliği taşıyacak apaçık boyutuyla ve fakat Yargıtay kararı karşısında bu konuda doğmuş olan itiraz re'sen de gözetilemeyeceğine göre borçlar hukuku öğretisinin en temel ilkesi yok sayılmıştır. Her zaman söylediğimiz gibi, bir içtihat, çıkan bir uyuşmazlıkta haksız olduğu apaçık belli olan bir çıkarın korunmasına hizmet ettiği anda bu sonuca yapılan yorumu yeniden gözden geçirmek gerektiği açıktır. Bu yönde olumsuz örnekleri aşağıda somut olarak örneklendireceğiz.

16 Ahde vefa ilkesi uyarınca kanunda veya sözleşmede düzenlenen nedenler gerçekleşmedikçe keyfi olarak bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasının, sözleşme ilişkisini sona erdireceği kabul edilemez. Bkz. BUZ, s. 237.

Bu yönde bkz. "İş sahibinin kusuru olmaksızın yüklenici işe başlamakta gecikmiş olsa dahi, eserin vadede bitirilmesi olanağı varsa iş sahibi sözleşmenin bozulmasını isteyemez. Aslolan üstlenilen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle sözleşmeden dönme, ahde vefa kuralını zedeler." Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.02.2016.

Çıkar ve irade kuramına¹⁷ dayalı olarak maddi bir olgu sonucu doğan hakkın, çıkar olarak korunması ile hak sahibinin keyfi iradesiyle bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmak istemesi birbirine karıştırılmamalıdır. Bu konuda görüşümüzce, bozucu yenilik doğuran hakkın doğumuna vücut veren olgu gerçekleşmeden, irade kuramı ile hak sahibinin bu yönde karşı tarafa varması gereken irade beyanı yöneltmesine bağlı olarak hakkın mevcudiyetini ileri sürerek şeklen kullanılmaya bağlı etki doğurmamalıdır. Bu kuralın borçlar hukuku alanındaki istisnaları ise TBK m. 179/son hükmünde düzenlenen dönme cezası¹⁸ ve TBK m. 484 hükmünde düzenlenen eser sözleşmesinde tazminat karşılığı fesih¹⁹. Bu istisna-

17 İrade kuramı gereğince irade beyanı ancak gerçek iradeye uygun oldukça değer kazanır ve etkili olur. Önemli olan iradedir; iradeyi açığa vurmaya yarayan sözler, davranışlar iradeyi doğru şekilde yansıtmadıkça sonuç doğurmamalıdır. Bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 71, 72. Ayrıca bkz. DURAL/SARI, N. 916. Menfaat kuramına göre ise hak, hukuken korunan menfaattir. Hukuken korunmayan menfaatler hak olarak kabul edilemez ise de hukuken korunan her menfaatin de hak olduğu kabul edilemez. Çünkü kişilerin belirli menfaatleri korunduğu hâlde, bu menfaatlerin korunmasına ilişkin doğrudan talep hakkı verilmeyen durumlar söz konusudur. Bkz. DURAL/SARI, N. 917.

Jhering'e göre hak iki unsurdan oluşur; ilki menfaattir. Diğeri ise bu menfaatin hukuk düzeni tarafından korunması, tanınmasıdır. Birinci unsurun varlığı, hak sahibine talepte bulunmak, yararlanmak, avantaj ve kazanç sağlamaktadır. İkinci unsur ile hakkın biçimsel olarak hukuk düzeni tarafından korunması ve tanınmasıdır. Bkz. EMİNİ, M. Emin, "Hak Kavramı", <http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/download/705/657>, (Çevrimiçi), 01.04.2016, s. 207.

Kişilerin menfaatleri sınırsız olduğuna göre, kişinin menfaat olarak gördüğü ve iradesini bu menfaati elde etmeye yönelttiği her durumda iki kuram da göz önüne alındığında, kural olarak, hukuken korunan menfaatin bulunmadığı hallerde irade beyanının muhataba varmasıyla hukuki sonuç doğmayacağı kabul etmek gerekir. Örneğin, temerrüt olgusu ve koşulları gerçekleşmeden sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi yoluyla menfaatin korunacağından söz edilemez.

18 Kural olarak, taraflardan biri haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönemez. Bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 682. Ancak bu kuralın istisnalarından biri olan borçlunun lehine bir düzenleme olan ve "ifayı engelleyen ceza koşulu" veya "dönme cezası" olarak da anılan TBK m. 179/son hükmüdür. Hüküm uyarınca "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.". Hükümün amacı, asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesi suretiyle ifasının sağlanması değil, aksine dilerse cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetmek suretiyle borçlunun durumunu kolaylaştırmaktır. Bkz. EREN, s. 1186. Taraflar, borçlunun belirli bir miktar ödemek suretiyle sözleşmeden dönebileceğini veya sözleşmeyi feshedebileceğini ve böylece edimi ifa etme borcundan kurtulabileceğini kararlaştırabilirler. Dolayısıyla bozucu yenilik doğuran hakkı kullanmayak isteyen borçlu, alacaklı muhataba haklı bir sebep açıklamak zorunda olmadığı gibi, hakkın sonuçlarını doğurması için haklı bir olgunun borçluyu hakkı kullanmaya sevk etmesi de zorunlu değildir.

19 TBK m. 484 hükmü gereğince "İşsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.". Buna göre işsahibi eser sözleşmesini sona erdirebilmek için sebep açıklamak zorunda değildir. Çeşitli nedenlerden dolayı eserin tamamlanmasını ya da

lar haricinde, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına temel oluşturan olgu olmaksızın şeklen karşı tarafa varma irade beyanı, boş bir zarf gibidir. Çünkü korunan çıkar olarak hakkın mevcut olmadığı durumda, buna yönelik irade ile karşı tarafa yöneltilmesi etkisini başka bir hukuki ilişkide gösteren bu hakkın sözleşmenin iptali, sözleşmeden dönülmesi veya sözleşmenin feshedilmesi sonucunu doğurması kabul edilemez. Ayrıca belirtilmelidir ki, kural olarak, inşai dava ile mahkeme kararına ihtiyaç olmaması²⁰, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin bir özelliktir²¹; yoksa hakkın korunan çıkar olarak temelinde yatan olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak değerlendirilemez. Örneğin, yanılma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma olguları gerçekleşmeden korunacak bir çıkar olmamakla, sözleşmenin iptali olarak adlandırılan bozucu yenilik doğuran hakkın da kullanılamayacağı kabul edilmelidir. Aynı şekilde örneğin, karşı tarafın yol açtığı hukuka aykırılık sonucu temerrüt olgusu ve koşulları gerçekleşmeden sözleşmeden dönme yolunda çıkarın korunacağından söz edilemez. Bu şekilde kullanılan

eserin sözleşme tarafı o yüklenici tarafından tamamlanmasını istemeyen işsahibi sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşmenin feshedilmesi için herhangi bir sebep açıklanmasının zorunlu olmaması sebebiyle, tam tazminat karşılığı fesih, haklı sebeple fesihten farklılık arzeder. Haklı neden göstermeksizin sözleşmeyi fesheden işsahibi tam tazminat ödemekle yükümlüdür. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 600 vd.

Kanunun koyucu bu hükümlerle, edimler arasındaki karşılıklı ilkesini gözeterek, işsahibine eserin tamamlanmasından vazgeçme imkânının tanınmıştır. İşsahibinin tam tazminat karşılığı fesih iradesini kullanması için taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi zorunlu değildir; güven ilişkisinin kaybolması durumunda ise sözleşmenin feshi mümkündür. İşsahibinin haklı sebebe dayandığı kanaatle fesih iradesini muhataba ulaştırması, ancak, bu sebebin fesih için haklı bir sebep olmadığı sonucuna varılması halinde sonuç, bozucu yenilik doğurucu hak kullanılarak sözleşmenin ortadan kalkmadığıdır. Bkz. BÜYÜKAY, s. 179, 182.

- 20 Kamu düzeni, muhatabın ve üçüncü kişilerin haklarının korunmasının gerekli olduğu istinaî olarak kanunun öngördüğü hallerde yenilik doğuran hak, dava yolu kullanılır. Özel hukukumuzda bozucu yenilik doğuran hak ile sona erdirilme yolunda inşai bir karar gerektiren hükümlere istinaî olarak rastlamaktayız. Örneğin, TBK m. 615/I hükmü gereğince ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yüzünden kanuna göre nafaka yükümlüsü olduğu kişilere karşı yükümlülüğünü yerine getirme imkânını kaybediyorsa, bundan yoksun kalanlar sözleşmenin iptalini isteyebilirler. Bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2015, s. 822.

Ayrıca örneğin, TMK m. 166 hükmü gereğince evlilik birliğinin sarsıldığını iddia eden eş, boşanma davası yoluyla evliliğini sonlandırabilir. Bununla birlikte dava haricinde başka bir hukuki işlem yapmak da kanun tarafından emredilmiş olabilir. Örneğin, TMK m. 510 hükmü gereğince mirasçılıktan çıkarma hakkının ölüme bağlı tasarrufla kullanılması gerekirken, TTK m. 18/II hükmü gereğince tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.

- 21 VON TUHR/PETER, §3, s. 25; DURAL/SARI, N. 1052 vd.; BUZ, s. 251 vd.; DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 80 vd.

temelsiz bozucu yenilik doğuran hakkın yargı denetimine yönelik açılan dava, hiçbir şekilde haklı sebeple kullanılan bir bozucu yenilik doğuran hakkın sözleşmeyi ortadan kaldıran sonucunun varlığının yargı denetimine tâbi olması olarak anlaşılabilir.

Aksi sonucun kabul edilmesi, vereceğimiz örnekle tamamen amacı dışında kullanılmalara zemin hazırlayacaktır ki, hukuk düzeni hiçbir şekilde getirdiği kuralla amacı dışında sonuçlara yol açamaz. Sağlaması basittir; somut uyumsuzlukta hukuk düzeninin hizmet etmediği boyutuyla korunması gerekmeyen bir çıkarın bu yönde getirilmiş kuralın amacı dışında yorumlanarak bu tür bir olumsuz sonuca yol açması halinde yorum, apaçık sonucu ile hatalıdır. Bu takdirde daraltıcı, genişletici ve düzeltici yorumların getirilen kuralların amacı doğrultusunda yeniden ele alınmasını gerektirir.

Görüşümüzde haklılık oluşturma yolunda anılan yorumun kabulüne dayalı hallerde bozucu yenilik doğuran hakkın kötüniyetle tamamen amacı dışında kullanılmasına hizmet etmesine somut bir kurgu ile cevap vermek istiyoruz.

Örneğin satıcı, kendi sebep olduğu ve fakat asla imkansızlık doğurmayan olaylar neticesinde temerrüt olgusunu yaratacağının bilincinde olarak karşı tarafın açacağı aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar tazmini davasının muhatabı olacağı ihtimali ile yüzyüze olsun. Bu takdirde satıcı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda anılan içtihatından yararlanarak, karşı taraf temerrütten dolayı aynen ifayı veya aynen ifadan vazgeçip olumlu zararı isteme yönünde değiştirici yenilik doğuran hak ile kendisi aleyhine olumlu zarar tazmini davası açmadan önce harekete geçerek ve de karşı taraf temerrüde düşmemişken sözleşmeden dönecek olursa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararlarına bağlanan sonuçla artık sözleşme baştan itibaren geçersiz olacaktır. Mahkemece ön sorun olarak karşı tarafın temerrüde düşmediği sonucuna varıldığında, bozucu yenilik doğuran hakkın sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz kılması sonucu ve bu defa dönmüş olmasına dayalı olarak karşı tarafın olumsuz zararının gidermesi sonucuna varılmaktadır. Böylece borçlu, ağır bir olumlu zarar tazmininden kurtulmuş olacak; somut olayda zaten önceden bildiği olumsuz zarar kalemlerinin doğmamış olmasına dayalı yarar sağlayarak sözleşmeden dönme hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullanmasına rağmen Yargıtay'ın sağladığı zırh ile bu nitelemeden kurtulmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın temelinde yatan olgu geçerli olmasa da, sanki yasal bir sonuçmuş gibi tek taraflı irade beyanıyla kullandığı bozucu yenilik doğuran hakkın sözleşme özgürlüğünün sağladığı bir hukuki imkân olduğu sonu-

cuna varılınca, artık hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilmesi asla mümkün olmayacaktır.

Bu konuda haksız sözleşmeden dönmenin/sözleşmenin feshinin karşı tarafa verdiği zararlar konusunda anılan karardaki “*feshin haksız olması halinde, karşı tarafın bundan doğan zararlarından sorumluluğunun da bulunacağı tabiidir*” ifadesiyle olumlu zararın bir an için karşılanması gerektiği sonucuna varılsa bile, bu defa karşı tarafın borcun aynen ifasını talep edebilme hakkı ortadan kaldırılmış olmaktadır. Şöyle ki, aynı örneğimizde satıcı, yurtdışı ithalatına bağlı mal bedelinin döviz artışına bağlı olarak Türk Lirası karşılığının artması dolayısıyla malın teslimi borcundan kurtulmak için haklı bir sebebe dayanmadan sözleşmeden dönecek olursa, karşı tarafın aynen ifade ısrar edememesi sonucu uğrayacağı zarar, haksız dönmeye dayalı olumsuz (*menfi*) zarar tazminiyle hiçbir şekilde karşılanmış olmayacaktır. Ayrıca dönülmüş bir sözleşmeden olumsuz zarar yanında ayrıca olumlu zararın istenebileceği haller kanunda son derece istisnai olarak iki duruma²² indirgenmiş olmasına rağmen, temel hukuk kuralları yorum yoluyla örselenmişken bir de olumlu zararın istenebileceği yolunda bir görüşün savunulması yine hukukun temel ilkeleri karşısında mümkün olmayacaktır. Çünkü dipnotta andığımız iki halin dışında sözleşmeden dönmede olumlu zararın istenilmesi, kurumun niteliği ile bağdaşmaz.

Diğer yönden hiçbir şekilde kabul edilemeyecek sonucuyla, sözleşmeden doğan bağlı (*fer'i*) hakların²³ bu yönde temel borç ilişkisine bağlı olarak geçersizliğine dayalı öne sürülen görüşlere göre karşı taraf alacaklıya sağladığı yarar, salt borçlu satıcıya bu şekilde tanınan ve haklı sebebe dayanması gerekmeyen, yani keyfi sözleşmeden dönme hakkı ile örneğin, alacaklının ipotek hakkı sona ermekle tamamen teminatsız ka-

22 TBK m. 47/II “Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.” ifadesiyle yetkisiz temsilde; TBK m. 35/II “Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.” ifadesiyle yanılma (hata) halinde ve de bu ikinci hale özgü olarak evleviyetle yapılan yorumla aldatmaya (hileye), korkutmaya (ikraha) özgü olup, dikkat edilirse hakkaniyete dayalı olarak hâkimin ek bir takdir hakkı olduğu unutulmamalıdır.

23 Başka bir hak sahipliği ya da hukuki işlemin tarafı bulunma esas alınarak belirlendiğinde bağlı hak sahipliğinden söz edilir. Bkz. DURAL/SARI, N. 1020. Hemen belirtelim, ÖZMEN, sözleşmeden dönmeye vücut veren hukuka aykırılığa dayalı olarak oluşan muacceliyete dayalı fer'i hakların temelinde yatan borç ilişkisinin baştan itibaren geçersiz olmasına dayalı hukuki sonuca katılmamakla, bu konuda savunduğu görüşleri başka bir makale ile kamuoyuna paylaşmayı saklı tutmaktadır.

TBK m. 131/I: “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.”.

lan olumsuz zarar alacağıyla başbaşa kalmış olacaktır. Satıcının, borcu için üst sınır ipoteği ile alıcı lehine teminat oluşturulmasına dayalı olarak bu defa satıcı lehine ipotek veren üçüncü kişi yakınlarının teminat yükü altında sorumluluklarından kurtulması için Yargıtay'ın bu içtihadına sığınabilecektir. Çünkü bağımlı (*fer'i*) niteliği kabul edilmekle sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi sonucu ortadan kalkan borç ilişkisine dayalı olarak anılan teminatları işlevsiz bırakabilecektir. Aynı gerekçe ile aynen ifaya eklenen veya seçimlik ceza koşulunda aynen ifadan vazgeçmesine dayalı ceza koşulunun yüksek miktarına indirilmesi (*tenkisi*) yolunda talep hakkı olmamakla, alacaklının kendisine karşı ceza koşulu talebi ile karşı karşıya kalacak tacirin, anılan Yargıtay kararı uyarınca karşı tarafı haksız sözleşmeden dönme sonucu ve de apaçık bildiği yönüyle olumsuz zararının bulunmadığı veya çok düşük olduğu hallerde yargı kararı destekli inanılmaz bir hukuki konum elde etmesine yol açan içtihat için iyi bir örnek olduğu açıktır. Yargıtay'ın görüşü sonucu “*Adalet arkasında müstehzi bir gülüş bırakmamalıdır.*” sözünün bu denli haklı çıkacağı bir örnek bulmak zor olacaktır. Çünkü Yargıtay andığımız olaylarda haksız borçluya alaycı bir gülümseme değil, kahkahalarla güldüğü bir konum sağlamaktadır.

Sözleşmeden dönme/fesih hakkını kullanan kişinin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sağladığı yararı ve bu sonucun roma hukuku temelli “*Kendi ahlaka aykırılığına dayanan kimse dinlenmez.-Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*”²⁴ ve “*Hiç kimse, haksızlık yaparak durumunu iyileştiremez.-Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.*”²⁵ ilkeleri açısından hatalı bir sonuca ulaştığını bu örneğimizle apaçık bir şekilde anlıyoruz.

Belirtmek gerekir ki, hakkın temelini oluşturan menfaat ile hakkın doğumuna yol açan olgu ile hak sahibinin keyfi iradesiyle bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmak istemesi birbirine karıştırılmamalıdır. Keyfiliikten söz ediyoruz; çünkü, bozucu yenilik doğuran hakkın temelini oluşturan olgu doğmakla birlikte roma hukukundan gelen “*Hiç kimse hakkını kullanmaya zorlanamaz.-Iure suo uti nemo cogitur.*”²⁶ kuralı uyarınca hak sahibinin bunu mutlaka kullanması gerektiğinden söz edemeyiz.

Bozucu yenilik doğuran hakkın doğumuna vücut veren olgu gerçekleşmeden hakkın keyfi olarak kullanılamayacağını artık saptamış bulunuyor-

24 ERDOĞMUŞ, Belgin, Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 91.

25 ERDOĞMUŞ, s. 92.

26 ERDOĞMUŞ, s. 73.

ruz. Doğmamış bozucu yenilik doğuran hakkın salt şekli açısından yeterli, geçerli bir nedeni içermeyen bir irade beyanıla kullanılarak karşı tarafa vardığından bahisle, henüz korunması gerekmeyen bir çıkarla amacına ulaşmış olarak etkisini gösterdiği savunulmamalıdır. BUZ da²⁷, bu konudaki spesifik araştırmasında çok haklı olarak, bu şekildeki bir bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmış olmasının, mevcut hukuki durumda herhangi bir değişiklik yaratmaması gerektiğini savunmuştur.

Bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması Yargıtay'ın yukarıda anılan kararında hatalı yorumlara konu olmuş ve bu hakkın temelindeki olgunun oluşup oluşmadığı kurgusundan bağımsız olarak, salt şekli açıdan kullanılmakla artık hukuk hayatında mevcudiyeti sona erdirilmiş olan sözleşmenin bir daha canlanamayacağı ve bu sonuçla artık olumsuz zararın mağdur olan bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabı açısından giderilmekle sorunun çözülmüş olduğu yanılığısına düşülmüştür.

B. Geçerli Sebebe Dayanan Ve Fakat Sebebi Açıklanmamış Bozucu Yenilik Doğuran Hak Hüküm ve Sonuç Doğurur

Bu başlık altında, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasını çıkar olarak koruyan temeldeki olgunun gerçekleştiğini kabul ile sözleşmenin haklı bir sebeple sona ermiş olduğu sonucuna varıyoruz. Şimdi geline bu noktada bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına haklılık kazandıran hukuki sebebin, şekli olarak bozucu yenilik doğuran hakka ilişkin irade beyanında dışa vurumu, yani bu yöndeki hukuki işlemin biçim ya da kılığı açısından şekil serbestisi konusundaki sonuçlarını irdelemek istiyoruz.

1. Öğretideki Durum

Bozucu yenilik doğurucu hakkın hüküm ve sonuç doğurması için hak sahibinin hakkı kullanma yönündeki irade beyanının muhataba varmasının yeterli olduğu, hak sahibinin hakkını kullanırken hangi sebebe dayandığını irade beyanında muhataba bildirmesine gerek olmadığı haklı olarak savunulmuştur²⁸. Örneğin, sözleşmenin iptaline yönelik irade beyanında iptal sebebinin somut olarak belirtilmesi zorunluluk değildir²⁹ ya da temerrüt sonucu sözleşmeden dönme/sözleşmeyi feshetme sebebinin bildirilmesi, kural olarak, gerekmez.

27 BUZ, s. 235 vd.

28 YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2002, s. 228; KURŞAT, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, Kazancı Kitap Tic., 2003, s. 83.

29 YILDIRIM, s. 228.

Bu görüş doğrultusunda, bozucu yenilik doğuran hakların sebep gösterilmeden kullanılmasıyla arzu edilen hukuki sonucun doğmaması durumunda, bu durumun muhatabın lehine olacağı; muhatabın, hakkın kullanılırken sebep gösterilmemesi dolayısıyla hakkın hüküm ve sonuç doğurmasını engelleyebileceği kabul edilmiştir³⁰. Ancak, bu durumun hak sahibi aleyhine olacağı da açıktır. Hak sahibi, sebep göstererek bozucu yenilik doğuran hakkını yeniden kullanmak istediğinde, hakkın kullanımı için öngörülmuş olan hak düşümü süresi dolmuş olabilir. Hak sahibinin ilk beyanı sebebi içermediği için; ikinci beyanı ise hakdüşürücü süre dolduğu için geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, fesih gibi ileriye etkili sonuç doğuran (*ex nunc*) bozucu yenilik doğuran hakkın mevcut haklı sebep gösterilmeden kullanılması halinde, sebep barındıran fesih beyanının muhataba vardığı ana kadar sözleşme geçerliliğini koruyacağından, hak sahibinin muhataba kira bedeli ödeme veya işçi ücreti ödeme borcu gibi borçlarını ifa etmesi gerektiği bizim de katıldığımız şekilde savunulmuştur³¹.

Somut olayda tarafların kararlaştırmaları halinde veya irade beyanında sebebi açıklamamanın dürüstlük kuralına aykırı düşmesi halinde, muhataba sebebi açıklama yükümü doğar. Muhatap, hak sahibinden sebebi kendisine açıklamasını istediğinde, TMK m. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı gereğince sebep, açıklanmak zorundadır. Bu takdirde, muhatabın talebi halinde, irade beyanı sahibi, örneğin fesih sebebini açıklamalıdır³². Sebebin açıklanma zorunluluğuna rağmen sebep açıklanmamışsa, sırf bu yüzden dolayı dürüstlük kuralı gereğince yaptırımın bozucu yenilik doğuran hakkın sonuç doğurmaması yönünde olacağı; sebebi açıklama yükümüne aykırı şekilde irade beyanı sahibinin sebebi kusurlu olarak muhataba bildirmemesinin, ancak muhatabın uğradığı zararların tazmin edilmesi sonucunu doğurması gerektiği haklı biçimde ifade edilmiştir³³.

Şekli açıdan dayandığı olguyu içermeyen bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması halinde hak sahibinden sebebin açıklanmasını talep eden muhatap, olgunun oluşmadığını veya hakkı kullanmak için yeterli olmadığını iddia edebilir. Bu durumda, bozucu yenilik doğuran hakkını hak düşürücü süre dolmadan kullanan hak sahibi, muhatabın sebebi bilmek

30 LENT, s. 404.

31 BUZ, s. 221, 222.

32 Fesih için aynı yönde bkz. SELİÇİ, s. 163; ALTINOK ORMANCI, s. 177. Hâlbuki muhatabın sebebi olayın meydana gelişi itibarıyla bilebileceği açıkça anlaşılıyorsa, sebebi açıklama zorunluluğu kabul edilemez. Bkz. SELİÇİ, s. 163.

33 SELİÇİ, s. 163.

istemesi halinde sebep, hak düşümü süresi dolduktan sonra bile sunulmuş olsa, hakkın geçerliliği etkilenmeyecektir. Ayrıca ileriye etkili sonuç doğuran bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması, muhatabın talebi üzerine sebebin sunulması anından değil, sebep gösterilmeksizin hakkın kullanılmasına yönelik irade beyanının muhataba vardığı anda hüküm ve sonuç doğuracaktır³⁴. Katıldığımız üzere bu görüş, hem muhatabın hem de hak sahibinin menfaatine uygun düşmektedir³⁵.

2. Görüşümüz

Bozucu yenilik doğuran hakkın şekli olarak muhataba varması gereken irade beyanı içeriğinde, bu beyanın geçerliliğine vücut veren sebebin gösterilmesinin gerekmediği kural olarak kabul edilmelidir. Örneğin, sözleşmeden dönmenin sebebinin oluşturan maddi olgulara sahip ve fakat muhataba sebebin açıklanmadığı sözleşmeden dönme bildirimini, geçersiz kabul edilmemelidir³⁶. Aynı şekilde hak sahibinin hakkını kullanırken sebep göstermek zorunda olmadığı durumlardan biri, bozucu yenilik doğuran hakkın sebebinin muhatap tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesidir. Böylesine bir durumda bozucu yenilik doğuran hak, sebebin açıklanmamasına rağmen kullanılmakla hüküm ve sonuç doğuracaktır³⁷. Örneğin, irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkının sebep gösterilmeden kullanılmış olmasına rağmen sebebin hal ve şartlardan anlaşılabilmesi halinde, hakkın salt sebep belirtilmeksizin kullanılmış olması dolayısıyla irade beyanının geçersiz kabul edilmemesi gerekir³⁸. TBK m. 247, 248 hükümleri uyarınca satım sözleşmesinde satıcının satım konusu şey ile ilgili alıcıyı aldatması durumunda, karşı taraftan teslimatları beklemeden sözleşmeden dönmek isteyen alıcının “*Gördüğüm lüzum üzerine sözleşmeden dönüyorum.*” beyanı, aşağıda irdeleyeceğimiz gibi aldatmayı ispatlayabildiği hallerde, sırf belirsiz bir sebeple kullanılmış gibi sayılarak geçersiz sözleşmeden dönme beyanından söz edilememelidir. Çünkü savduğumuz görüşlere dayalı aşağıda inceleneceği gibi, bozucu yenilik do-

34 VON TUHR/PETER, §3, s. 25, 26.

35 BUZ, s. 222.

36 SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 463. Fesih bakımından aynı sonuç için bkz. LENT, s. 406. Bu sonuç, örneğin TBK m. 331 hükmü gereğince bağışlama sözleşmesinin olağanüstü feshedilmesi durumunda da geçerlidir. Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 233.

37 LENT, s. 405; SEROZAN, s. 463; KURŞAT, s. 83.

38 Örneğin, TBK m. 125 hükmü gereğince temerrüde düşen borçluya ihtarda bulunan ve ihtarla birlikte uygun süre veren (ihtarın gerekmediği durumlarda yalnızca uygun süre tanıyan) alacaklının, sözleşmeden dönme halinde bozucu yenilik doğuran hakkını kullanırken bunun sebebinin bir daha belirtmesine gerek kalmayacaktır. Bkz. BUZ, s. 220.

ğuran hakkın muhatabını koruma ve ileri sürülen sebeplere karşı savunma yapma imkânını sağlama düşüncesiyle, örneğin karşı tarafın aldatma olgusunun gerçekleştirmediği yolunda savunması yargı önüne geldiğinde ön sorun olarak irdelenmesi sonucu ilâma konu olacaktır.

3. Bozucu Yenilik Doğuran Hakka İlişkin İrade Beyanının Açıklığı

Yukarıdaki açıklamalarımızda, gerekçe gösterme zorunluluğundan bahsetmemekle, bozucu yenilik doğuran hakkın şekli olarak muhataba varması gereken irade beyanı içeriğinde sebep gösterilmesinin gerekmediğini kabul etmiş oluyoruz. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK m. 1/1 “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” madde metninde, hukukçu olmayanların nasıl olup da hukuki sonuca yönelik irade beyan etmiş sayılacakları konusunda tereddüte yer bırakmaksızın, bu kimselerin de karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sözleşme yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Ayrıca TBK m. 19/1 “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” hükmünde, bu konuda tarafların kullandıkları sözcüklerin önemi olmadığı düzenlenmiştir. Önemli olan tarafların gerçek ve ortak iradelerinin aranması, gerçek ortak arzu tespit edilemiyorsa güven teorisi çerçevesinde irade beyanlarının yorumu ile sözleşmeye vücut vereceği anlamının çıkarılmasıdır³⁹. Tarafların doğru olmayan ifadeleri üzerinde durulmasını değil, onların gerçek maksatlarını aramak gerekir⁴⁰. Dolayısıyla denilebilir ki, muhataba varması gereken bozucu yenilik doğuran hakkı kullanmaya yönelik irade beyanının içeriğinin hangi sözcüklerle ifade edildiğinin hiçbir önemi bulunmadığı gibi irade beyanında hukuki sebebi gösterme zorunluluğu olmadığı da kendiliğinden anlaşılmaktadır. Şöyle ki, aşağıdaki uyuşmazlıklara dayalı olarak, doğan bir uyuşmazlığın yargılama makamı önüne gelmesi halinde hâkim, hakkı kullanan kimsenin gerçek iradesini esas alacaktır. Artık bozucu yenilik doğuran hakkın tek taraflı kullanılması özelliği sonucu kıyasen uygulanan hükme bağlı olarak ortak iradenin araştırılmasından söz edilemeyecektir. Aşağıda da irdeleneceği gibi bozucu yenilik doğuran hakka vücut veren olgu gerçekleşmekle, bu hakkı kullanan hak sahibinin sözleşmeyi ortadan kaldırması yolunda oluşturduğu sonucu karşı tarafın kabulünün gerekmediği açıktır.

Bu konuda somut bir örnek vererek bozucu yenilik doğuran hakka

39 OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 597.

40 VON TUHR/PETER, §34, s. 285, 286.

ilişkin irade beyanı içeriğinde hukuki sebebin aranmayacağı tezimizi güçlendirmek istiyoruz.

Örneğin, satıcının teslim ettiği malda aldatması sonucu sınırları bozulan alıcının, hiçbir hukukçu yardımı almaksızın karşı tarafa şu ifadelerle noter aracılığıyla iadeli taahhütlü bir mektup gönderdiğini varsayalım: “*Bu nasıl bir sahtekarlık! Hem otomobilin kalın yağ kullanılarak arızaların gizlenmiş olduğunu hem de kilometre sayacının değiştirildiğini öğrendim. Hiçbir şekilde henüz ödemediğim bedeli ödememi bekleme! Gel otomobilini al!*” şeklindeki irade beyanında hiç bir hukuki ifadeye yer verilmemiş olması sonucunda kimse, aldatmadan dolayı bozucu yenilik doğuran hakkın iptalden söz edilmemesine dayalı olarak kullanılmamış olduğunu öne süremez.

Bu yöndeki tezimizi usul hukuku açısından pekiştirmek gerekirse, HMK m. 33 “*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.*” hükmü (*temelinde yatan ilke olarak “iura novit curia”*)⁴¹ gereği hâkim, uygulayacağı kanunu ve onun anlamını kendiliğinden araştırma mecburiyetindedir. Bu madde gereğince taraflar davada hiçbir hukuki sebep ileri sürmeseler veya yanlış hukuki sebep ileri sürseler, bundan zarar görmezler. Hâkim, eksiklikleri tamamlar bu yanlışlıkları düzeltir⁴². Aşağıda çeşitli olasılıklara bağlı olarak irdeleneceğimiz üzere yargılama makamı önüne ön sorun olarak gelecek olan bozucu yenilik doğuran hak sahibinin dayandığı olgunun Türk Borçlar Kanunu açısından dayandığı hukuki sebep, zaten hâkim tarafından araştırma yükümlülüğü kapsamındaadır.

4. Bozucu Yenilik Doğuran Hakka İlişkin İrade Beyanının Örtülü (Zımnî) Olması

Başlığımız altında, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasının geçerlilik şekline bağlı kalınmaması nedeniyle örtülü olarak gündeme gelmesine bağlı sonuçları irdelenemek istiyoruz.

Örtülü (*zımnî*) irade beyanı, iradenin varlığını gösteren davranışı ifade eder⁴³. Yenilik doğurucu haklar, açık irade beyanı ile kullanılabilmesi gibi

41 YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1982, s. 128.

42 ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 75, dn.146a. “Borçlu vekilinin Mahkemeye verdiği dilekçede gecikmiş itiraz deyimini kullanması, HUMK’un 76. maddesi uyarınca hukuki tavsifin hakime ait olması nedeniyle sonuca etkili olmayıp, başvuru bu hali ile 7201 Sayılı Yasanın 32. maddesine dayalı tebligat usulsüzlüğü şikayetidir.”, Yargıtay HGK E. 2007/12-179, K. 2007/198, T. 11.4.2007, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 02.04.2016.

43 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 64; EREN, s. 135. Örtülü irade açıklamala-

örtülü irade beyanı ile de kullanılabilirler⁴⁴. Önemli olan yenilik doğuran hakkın kullanıldığının, örtülü irade beyanından anlaşılabilmesidir⁴⁵. Yukarıdaki aynı kurguda, alıcının, satıcının adresinin önüne otomobili bırakması, kontak anahtarlarını da satıcı evde bulunmadığı sırada satıcının oturduğu apartmanın hizmetlisine bırakması durumunda, satıcının iradesini gösteren fiili mevcut olduğundan, bozucu yenilik doğuran hakkın örtülü biçimde kullanıldığına ilişkin de hiçbir kuşku yoktur. Böyle bir durumda önemli olan, hak sahibinin, hukuki ilişki üzerinde bozucu yenilik doğuran hakkını kullandığını her türlü şüpheden uzak şekilde anlaşılabilir olmasıdır.

Kurguda, hak sahibinin sözleşmeden dönmeye yönelik irade beyanında muhataba hukuki bir sebep ileri sürmemesine rağmen onun bu türden davranışları, sonuç (*işlem*) iradesini dolaylı şekilde ifade etmektedir. Örtülü irade beyanında, açıkça yukarıda belirttiğimiz gibi ifade edilmese de, yapılan bir davranış veya dolaylı bir söz ile sözleşmeyi sona erdirmeye yönünde irade beyan etmiş sayılacağına *bonus pater familias* davranışıyla açıkça sonuç bağlandığı hallerde kabul edildiği gibi, verdiğimiz örnekte de bu sonuç kabul edilmelidir.

C. Geçerli Sebebe Dayanmayan Bozucu Yenilik Doğurucu Hakkın Kullanılmasına Karşı Savunma

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarımızla maddi hukuk açısından bozucu yenilik doğuran hakkın sebebini oluşturan olgunun varolup olmadığı hususu ile karşı tarafa varması gereken irade beyanının kullanılıp kullanılmadığını hususunun birbirine karıştırılmaması gerektiğini vurgulamış bulunuyoruz.

Araştırmamızın can alıcı noktasıyla bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasında haklılık oluşturan olgunun varlığı konusunda doğacak uyuşmazlıklarda yargı denetiminin nasıl işleyeceğinin cevabı verilmek gerekecektir. Hemen belirtelim, Yargıtay'ın yukarıda andığımız kararına dayalı olarak zaten yargı denetiminin nasıl işleyeceği artık belli olmuştur. Oysa biz bu başlık altında, olması gereken boyutuyla ve anılan hatalı içti-

rı maddi fiillerle vuku bulduğunda bunlara "delâlet edici fiiller" denir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 65.

44 "Korkunun kalktığı tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme karşı tarafa yöneltilen tek taraflı ...zımni bir irade açıklaması ile feshedilebileceği gibi...", Yargıtay 1. HD. E. 2014/3673, K. 2015/3079, T. 2.3.2015; aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2013/15986, K. 2015/197, T. 13.1.2015. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.04.2016.

45 BUZ, s. 250.

hattan dönülmesi ümidiyle, doğru yorumla, geçerli bir sebebe dayanmadan kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabı alacaklı tarafından nasıl bir savunmaya konu edilebileceğini irdeleyeceğiz.

Önce basit bir kurguyla somut uyuşmazlığa konu olacak bir örnekle açıklamakta fayda olacaktır. Şöyle ki, alıcı, mala ilişkin özelliklerin belirtildiği beyanın kendisini sözleşme yapmaya ittiğini, ancak sözleşme kurulduktan sonra aldatıldığının farkına vardığını, dolayısıyla TBK m. 39/I hükmü gereğince karşı tarafa iptale ilişkin irade beyanını bildirmiş olsun. Bu olguya dayalı olarak aşağıdaki şekillerde değişik yargı denetimleri yapılabilir. Unutulmamalıdır ki, aldatma olgusuna dayalı varacağımız sonuçlar, tüm bozucu yenilik doğuran haklara konu somut uyuşmazlıklarda hiçbir nitelik farkına yol açmadan geçerli olacaktır.

1. Bağımsız Tespit Davasına Konu Olması

İlk olarak, aldatmadan dolayı sözleşmeyi iptal hakkını kullanan alıcı, yani aldatma mağduru taraf, bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmasından önce veya hakkı kullanmasından sonra, henüz alacak muaccel olmadığı için ileride bir itiraz ile karşılaşmamak amacıyla aldatmanın varlığına yönelik HMK m. 106/I hükmü uyarınca tespit davası⁴⁶ açabilecektir. Aynı şekilde iptal yolunda irade beyanının kendisine tebliği ile muhatap olan satıcının da aldatmaya neden olacak olgunun gerçekleşmediğini ve dolayısıyla bozucu yenilik doğuran hakkın kukuken hüküm ve sonuç do-

46 “Tespit davaları ise bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalar olup, konusunu hukuki ilişkiler oluşturur. Bu dava türü ile bir hukuksal ilişkinin varlığı veya yokluğu saptanmaktadır. Bu davalarda davacının amacı ve dolayısıyla talep sonucu, bir hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veyahut içeriğinin belirlenmesidir. Tespit davasında sadece tespit hükmü verilebilir. Tespit davasında verilen karar ile hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu kesin olarak tespit edilir, diğer bir anlatım ile davalının varlığını inkar ettiği ilişkinin var olduğu veya yokluğunu inkar ettiği hukuki ilişkinin yok olduğu kesin olarak hükme bağlanır. Bir tespit davasının kabule şayan olabilmesi için, bu davanın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının menfaatinin (hukuki yararının) bulunması gerekir. Tespit davasında, eda davasından ve inşai davadan farklı olarak, davacının böyle bir menfaatinin bulunduğu varsayılmaz. Tespit davasında davacı, kendisi için söz konusu olan tehlikeli veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın ancak tespit davası ile giderilebileceğini kanıtlamalıdır. Çünkü tespit davası, hukuki bir durum ya da hak henüz inkar ya da ihlal edilmeden, yani herhangi bir zarar doğmadan açılabilirdiğinden, menfaatin doğmuş ve güncel olması gereğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmıştır. İşte davacının hukuki ilişkinin derhal tespitinde menfaatinin (hukuki yararının) varlığı için öncelikle, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) ve ciddi bir tehlike ile tehdit edilmelidir. Bu tehdit çoğunlukla davalının davranışları ile ortaya çıkar.”, Yargıtay HGK E. 2014/21-61, K. 2015/1723, T. 19.6.2015; benzer bir karar için bkz. Yargıtay 8. HD. E. 2016/23, K. 2016/1177, T. 26.1.2016, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.04.2016.

ğurmadığını iddia ile tespit davası açması mümkündür⁴⁷. Tespit ilamını olumlu yönde vardığımız örnekle iptal hakkını kullanan alıcı elde etmişse artık bozucu yenilik doğuran hakkın geçerli bir sebebe dayanmakla satıcının alacak hakkının kalmadığına ilişkin sonuç elde edilmiş olacaktır. Yok eğer diğer olasılıkla olumsuz yönü uyarınca satıcı, aldatmanın gerçekleşmediğine ilişkin sonucu elde etmiş olacaktır. Bu sonuçla da, satım bedeli alacağının varlığına dayalı alacak iddiasının geçerliliğini yitirmemiş olduğu sonucuna varılmalıdır.

Yenilik doğuran haklar, kural olarak, davaya gerek kalmaksızın kullanılmasına rağmen muhatap, hak sahibinin irade beyanına itiraz etmesi halinde dava açacak olursa, “*hüküm davalı için borç doğurmaz; sadece önceden ortaya çıkmış hukuki sonucu tespit eder*” şeklinde görüş bildiren VON TUHR/PETER’in genel ifade ile vardığı sonuç⁴⁸ doğrudur.

Sözleşmenin (*dönme sonucu geriye etkili/fesih sonucu ileriye etkili*) sona erdiği tespitine konu olan sözleşmenin borçlusu için artık malvarlığının pasifinde ifa ile yükümlü olduğu bir borç söz konusu olmamakla, karşı tarafın alacak hakkının mevcut olmadığı kabul edilmek gerekecektir. Tespit hükmüne ilişkin ilâmdan sonra aşağıda inceleyeceğimiz olasılıklara bağlı olarak karşı tarafça açılacak olan davalar artık ön hukuki sorunu kesin hükme dayalı olmakla haksız bir dava olarak kaybedilmeye mahkûmdur.

2. Açılan Alacak Davalarında Ön Sorun Olarak Ara Karara Konu Olması

Diğer olasılık uyarınca, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına yönelik irade beyanının karşı tarafa varmasıyla sözleşmenin sona ermiş olduğu sonucuna rağmen açılacak davalarda bozucu yenilik doğuran hakkın geçerli olarak kullanılıp kullanılmadığı tartışmasının, bu yoldaki savunduğumuz görüş uyarınca yargılama safhasında tartışılması gerekecektir. Belirtmek gerekir ki, bu olasılığın zorunlu sonucu olarak bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabı tarafından dava açılması şeklinde bir

47 “...sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimın kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri feshte birleşmediği sürece ancak haklı sebeplerin bulunması halinde mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır.” Bkz. Yargıtay 23. HD. E. 2013/9276, K. 2014/3024, T. 17.4.2014, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 14.04.2016.

48 VON TUHR/PETER, §3, s. 25.

koşul getirilemez. Sözleşmenin her iki tarafının açacağı alacak davasında sözleşmeden dönülmüş/sözleşmenin feshedilmiş olması, yukarıda değindiğimiz gerekçe ile haklılığının araştırılmasının ön sorun⁴⁹ (HMK m. 163, 164) olarak incelenmesi gerekir⁵⁰. Bu bir gerekliliktir diyoruz; çünkü çalışma konumuza konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında varılan ve bu yönde eleştirdiğimiz sonuçla böyle bir ön sorun araştırması yapılmayacağını anlamış oluyoruz. Bu başlık altında alacak davası sözleşmenin her iki tarafına ilişkin olarak farklı olguya dayanacaktır. Bu konuda alacak davası, davayı açan sözleşme tarafının aktif husumet olarak davacı sıfatına dayalı sonuçla borcun iki farklı kaynağına göre adlandırılacaktır. Buna göre karşımızda ya sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmeden doğan alacak (*yani aynen ifaya dayalı*) davası söz konusu olacaktır.

İlk olarak, aldatma mağduru alıcının, satış bedelini sözleşmeden dönme beyanını kullanmadan önce ödediği varsayımına dayalı yargı denetimine ilişkin hüküm ve sonuçları irdeleyelim.

Bozucu yenilik doğuran hakkını aldatmaya dayalı iptal beyanı ile kullanmış olan taraf, sözleşmeyi bu şekilde sona erdirmiş alıcı tarafın, karşı tarafa (*saticıya*) daha önce yerine getirilmiş olduğu edime ilişkin sebepsiz zenginleşme davası (*TBK m. 77 vd.*) ile iade talebinde bulunması gerekecektir. Çünkü yapıldığı zaman borçlandırıcı işlem niteliğiyle geçerli olan sözleşmenin bu araştırmanın konusu bozucu yenilik doğuran hak ile sonradan ortadan kaldırılması halinde, kendisine dayalı yapılmış tasarruf işlemi geçersiz kalmayacaktır. Yalnızca hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması (*condictio ob causam finitam*) niteliği ile tasarruf işlemi haklı sebep temelinden yoksun kalmakla sebepsiz zenginleşmeye vücut verir⁵¹.

49 Bir davadaki asıl uyuşmazlık hakkında karar verilebilmesi için dava sırasında usule ve davanın esasına ilişkin olarak ortaya çıkan ve daha önce çözümlenmesi gereken tüm sorunlar olabilir. Hâkimin önüne gelen ve çözüm bekleyen uyuşmazlığın halli, bazı durumlarda söz konusu maddi ilişkiyle sıkı şekilde bağlı olan ve daha önce vuku bulmuş farklı bir meselenin çözüme kavuşturulmasına bağlı kılınmış olabilir. Bkz. PEKCANITEZ, Hakan, "Bekletici Sorun", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1-4, 1980,s. 249-275, s. 252, 253. Yazarın bu kavram için ayrıca "meseleî mukaddime" kavramını da kullandığı görülmektedir.

50 "...davacının iddiasının ön sorun şeklinde incelenmesi, feragat beyanının gerçek iradeyi yansıtır yansıtmadığının açıklığa kavuşturulması, gerçekten davacının hileye düşürüldüğü saptanırsa feragat beyanının bir hukuki netice doğurmayacağı gözetilerek işin esasının incelenmesi ...gerekirken...", Yargıtay 1. HD. E. 2014/2638, K. 2015/1728, T. 9.2.2015, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.04.2016.

51 Yeni dönme (dönüşüm) teorisi uyarınca zamamaşımı yönünden korunması gereken yarara dayalı olarak tasfiye yönünde bir alacak hakkına vücut verdiği kabul edilse de, sonuç değişmeyecektir. Ancak asla katılmadığımız boyutuyla dönmenin aynı etkisini kabul eden görüşün bu yönde kabulü mümkün değildir. Bu konuda eleştiriler için bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstan-

Bu yönde bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına dayalı maddi olgunun gerçekleşmediği savunmasını yapan satıcı davalı, ön sorun olarak alıcıyı aldatmadığını ve bu nedenle iptal beyanının geçersizliği hususunun ön sorun olarak karara bağlanmasını ve davanın reddini talep edecektir⁵². İşte bu kurguda yargılama makamı, ön sorun olarak aldatmanın koşullarının gerçekleşmediği sonucuna varacak olursa, bu yönde yapılmış irade beyanı sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz hale getirmediğine ilişkin ön sorun tespit hükmü sonucu, davalının daha önce tahsil etmiş olduğu bedelin hiçbir şekilde sebepsiz zenginleşme oluşturmadığı yolunda karara konu olacaktır.

Temel kurgumuz üzerine, alıcının daha önce bedeli ödememiş olduğu hallerde satıcının, aldatma sonucu kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın geçerli olmadığı (*yukarıda verdiğimiz örneğe göre bir tespit davası açmak istemezse*) iddiasında ise bu defa hakkın geçerli bir şekilde kullanılmadığı savına dayanarak aynen ifa yolunda alacak davası açması gerekecektir.

Bu durumda davalı semen borçlusu (*yani aldatma mağduru olduğu- nu iddia eden alıcı*), aleyhine açılan alacak davasında ön sorun olarak davalının bozucu yenilik doğuran hak ile (*dönme/fesih ile*) sona erdiği yolundaki iddiasının karara bağlanmasıyla artık haklılık taşımayan alacak davasının reddi gerekecektir. Eş deyişle, aldatma mağduru alıcının cevap dilekçesinde, daha önce aldatma sonucu kullandığı bozucu yenilik doğuran hak ile sözleşmenin sona ermiş olduğu iddiasında (*exceptio doli generalis*) bulunması halinde hâkim, aldatma olgusunun varlığını ön sorun olarak değerlendirmelidir. Buna göre aldatma olgusunun varlığı ön sorun niteliğindeki karara konu olmakla açılan alacak davası reddedilecek; buna karşılık hâkim, aldatma olgusunun bulunmadığı sonucuna varacak olursa satıcının, alıcının temerrüdü sonucu aynen ifa davasına konu ettiği alacak hakkına gecikme tazminatıyla hükmedecektir.

Tekrar özlüce belirtmek gerekirse; her iki olasılıkta da alıcının aldatıldığını ispatlaması durumunda, zaten daha önceden kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın varlığıyla sözleşmenin sona erdiğinin ara kararı ile tespiti sonucu, ön sorun çözümlenmiş olmaktadır; ilk olasılıkta alıcının sebepsiz zenginleşme ile satım bedelinin iadesine yönelik talebi kabul edilecek; ikinci olasılıkta da satıcının temerrüde dayalı satım bedeline yö-

bul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 156 vd.; ÖZMEN/AYDIN, s. 191 vd.

52 Aldatma sonucu teslim aldığı malın iadesinin bu araştırma konusu bakımından ilginç özellikle taşımamakta, sadece karşı tarafın temerrüdü halinde tevdi mahali tayini talebinde gerekebilecektir (TBK m. 107).

nelik alacak davası reddedilecektir. Hâkimin aldatmanın gerçekleşmediği sonucuna varması halinde ise bu yönde tespit kararı niteliğinde⁵³ sözleşmenin sona ermemiş olmasına bağlı olarak sözleşme tüm hükümleriyle ayakta olup, alacak hakkının geçerliliği yolunda karara varmak gerekecektir.

Bu tür davalar açılmadan önce aldatma mağduru tarafından tespit ilâmı elde edilmiş olmasına bağlı olarak uyumsuzluk ilginç bir talebe konu olabilecektir. Şöyle ki, alıcı, tespit davası ilâmıyla aldatmayı (*hileyi*) ispatlamıştır. Fakat karşı tarafın elindeki TBK m. 18 hükmüne göre borcun sebebinin içermemiş (*mücerret*) bir borç senedine dayalı olarak sebepsiz zenginleşme davasıyla iki yıl içinde zenginleşmenin iadesini talep kapsamında senetlerin iadesini dava etmesi gerekeceği açıktır. Bu külfeti yerine getirmeyen aldatma mağduru alıcının, mağduriyet yaşaması olasılığında Roma hukuku temelli muhteşem hukuk sistemimiz çözümü bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki, elindeki mücerret borç senetlerine dayalı olarak bu yolda getirilmiş iki yıllık zamanaşımı süresinin dolmasını bekleyen aldatma faili satıcının, haksız fiil /sebepsiz zenginleşme davasının zamanaşımı süresinin (TBK m. 72/I hükmü uyarınca iki yılın) dolmasını beklemesi sonucu olası mağduriyet şu yönde yaşanacaktır: Elindeki senetlere dayalı ve temelinde yatan sebepten mücerret lehine işleyen karine (TBK m. 18) ile geçerli olduğu kabul edilen alacak hakkı için tâbi olduğu genel zamanaşımı süresi olan on yıl (TBK m. 146) içinde alacak davası açılması halinde, sebepsiz zenginleşmeye yönelik ya da aldatmanın aynı zamanda haksız fiil olmasından dolayı (TBK m. 72/II) dâimi def'i özelliği sonucu elindeki ilâmı açılan alacak davasının reddine karar verilmesi gerekecektir.

III. Sonuç

Roma hukukunun muhteşem zekâ ürünü kurallarını örseleyen içtihatlar ve bilimsel görüşler yalnızca sıkıntı yaratmaktadır. Hele bu tür içtihatlar kötü niyetli bireylerin yararlanmasına yol açtığı takdirde varılmış sonuçların üzerine ciddi düşünülmesi gerekeceği açıktır.

Yargıtay bozucu yenilik doğurucu haklar konusunda eleştirilerimizin haklılığı yolunda bir örnek vermek gerekirse; rahatsızlık doğuran sonuç arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde başka bir hata ile kapatılmaya çalışılmıştır. Öyle ya, keyfi ve haklı sebebi olmaksızın sözleşmeden dönmeye haklılık tanıyınca arsa payı karşılığı inşaat gibi ciddi sonuçları

53 İptal hakkının varlığına hükmedecek hâkim, sözleşmenin iptaline ilişkin verdiği karar yenilik doğuran bir karar değil, tespit kararıdır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 385.

olan sözleşmeler açısından bu defa kanunda yer almayan bir sonuçla bu sözleşmeden ancak yargı kararıyla dönülebileceği hükmüne varılmış bulunmaktadır.

Yargıtay'ımızın taşınmaza yönelik içtihatları konusunda son yıllarda ciddi rahatsızlıklar doğuran benzer birçok sonuç bakımından geniş katılımlı bir sempozyum düzenleyerek bu yöndeki görüşlerin tartışıldığı bilimsel bir ortam hazırlanması dileği ile.