

SÖZLEŞMENİN KURULABİLMESİ İÇİN TARAFLARIN İRADE BEYANLARI ARASINDAKİ UYGUNLUĞUN KAPSAMINDA YER ALMASI GEREKEN NOKTALAR

Köksal KOCAAĞA*

I. GİRİŞ

BK m. 1/I göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Tarafların irade beyanları arasındaki uygunluk, sözleşmenin kurucu unsurlarındandır. İrade beyanlarının birbirine uygun olmasına “*uygunluk, uyuşma*” (*Konsens, Übereinstimmung*) adı verilir. İrade beyanlarının uygunluğu, ya “*gerçek (tabii) iradelerin fiilen*” ya da “*beyanların anlam (içerik) itibariyle*” birbirine uygun olması şeklinde ortaya çıkar.¹ Bu nedenle, uygunluk “*fiilî (tabii) uygunluk*” ve “*hukukî uygunluk*” olmak üzere ikiye ayrılır.² Fiilî uygunluk, tarafların gerçek iradelerinin birbirine uygun olmasıdır. Taraflar, sözleşme kurulurken birbirlerinin gerçek iradelerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa, yani beyan sahibinin beyanına verdiği anlam ile muhatabın kendisine ulaşan bu beyana verdiği anlam aynı

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Gauch, P./Schluep, W. R./Schmid, J./Rey, H., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I-II, 8. Auflage, Zürich 2003, N. 309 vd.; Keller, M./Schöbi, C., *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988, s. 53; Kramer, E., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erläutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986, Art. 1, N. 122; Schwenger, I., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 1998, s. 177; Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 205.

² Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 312, 317; Kramer, Art. 1, N. 121-122; Schwenger, s. 177-178; Eren, s. 206.

ise, fiilî uygunluk (*tatsächlicher/ natürlicher Konsens*) söz konusu olur. Fiilî uygunluk, yani tarafların gerçek iradelerinin birbirine uygunluğu, bazen hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde gerçekleşir. Örneğin, A, Çankaya'daki tek dairesini 500.000 TL'ye satmak istediğini söylemiş ve B de bu daireyi aynı fiyata almak istediğini ifade etmişse, A ve B'nin irade beyanları, hem gerçek (fiilî) iradeleri, hem de beyanları yönünden birbirine uygundur. Buna karşılık, bazı hallerde, fiilî uygunluğun bulunup bulunmadığı, tarafların irade beyanlarının yorumu sonunda anlaşılır. Örneğin, A, Çankaya'daki dairesini satmak, B de bu daireyi almak istemektedirler. Ancak, A beyanında yanlışlıkla Balgat'taki daireden söz etmiştir. A beyanında Balgat'taki daireden söz etmekle birlikte, tarafların gerçek iradeleri Çankaya'daki daire olduğundan, taraflar sözleşmeyi kurarken birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlar ve böylece fiilî uygunluk sağlanmış ve satım sözleşmesi Çankaya'daki daire üzerinden kurulmuştur.³ Borçlar Kanunu, fiilî (tabii) uygunluğa üstünlük tanımaktadır (BK m. 18/I).

Fiilî (tabii) uygunluğun bulunmadığı hallerde, hâkim hukukî uygunluğu⁴ arayacaktır. Hukukî (normatif) uygunluk, güven teorisine göre yorum yoluyla tespit edilen uygunluktur. Bu teoriye göre, "taraflardan her birinin beyanı (davranışı), diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken şart ve durumları da göz önünde tutarak anlamaya mezun ve mecbur olduğu şekilde yorumlanır. Bu yorum sonunda beyanların anlamı birbirine uyduğu takdirde, tarafların irade beyanları arasında hukukî uygunluğun mevcut olduğu hükmüne varılır".⁵ Buna göre hâkim, kendisini muhatabın yerine koyacak ve muhatabın, makul ve dürüst bir muhatabın yapacağı gibi, irade beyanının meydana geldiği yer ve zamanda bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları da dikkate alarak, söz konusu irade beyanını dürüstlük kurallarına göre nasıl anlamaya

³ Fiilî (tabii) uygunluk hâlinde "hata" hâli söz konusu olmayıp, taraflar, kurulmuş bulunan sözleşmeyi hata hükümlerine dayanarak iptal edemezler.

⁴ Hukukî uygunluk bir değer hükmüne dayandığı için, buna "normatif uygunluk" da denilmektedir. Bkz. Kramer, Art. 1, N. 126 vd.; Gauch, P., *Von den wesentlichen Vertragspunkten*, recht 1991, s. 45; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 317; Schwenger, s. 178; BGE 116 II 696; 123 III 39 vd.

⁵ Eren, s. 207. Ayrıca bkz. von Tuhr, A./Peter, H., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979/1984, s. 287; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 207 vd.; Guhl, T./Merz, H./Kummer, M., *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Auflage, Zürich 1980, s. 90 vd.; Oğuzman, K./Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 64.

mezun ve mecbur olduğuna karar verecektir.⁶ Örneğin, A, mobilyacı B'den bir yatak odası takımı yapmasını istemiş; ancak diğer müşterilerle ilgilendiği için dalgın olan B., bu beyanı oturma odası takımı olarak anlamıştır. Burada B., makul ve dürüst bir muhatap olarak davransa, gerekli dikkat ve özeni gösterseydi, A'yı doğru olarak anlayacak ve oturma odası değil, yatak odası takımı yapacaktı. Bu nedenle, güven teorisini uyarınca, eser sözleşmesi, yatak odası takımı üzerinden kurulmuş olur.⁷

Taraflar, birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşmeyi kurarken, sözleşmenin içeriğini de tespit ederler. Bu nedenle, tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamına, sözleşmenin içeriğini oluşturan hangi noktaların girmesi gerektiği önem taşımaktadır.

Uygunluğun hangi noktaları kapsaması gerektiği, yeteri kadar açık ve kesin olmamakla birlikte, BK m. 2/I'de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, *"iki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sükütle geçilmiş olsa bile akde münakat olmuş nazariyle bakılır"*.⁸ Maddenin kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'na göre doğru tercümesi şu şekildedir: *"Taraflar, esaslı noktalarda uyuşmuşlarsa, ikinci*

⁶ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 209; Schönenberger, W./Jäggi, P., (Zürcher) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973, Art. 1, N. 195; Keller/Schöbi, s. 127; Eren, s. 142.

⁷ Güven teorisine göre irade beyanlarının birbirine uygunluğu (hukukî uygunluk) kabul edilerek sözleşme kurulmakla birlikte, bu, taraflardan birinin gerçek iradesine uymadığı için, o taraf sözleşmeyi her zaman hata sebebiyle iptal edebilir. Bkz. von Tuhr/Peter, s. 190; Kramer, Art. 1, N. 126; Eren, s. 207; Oğuzman/Öz, s. 64.

⁸ Aslında BK m. 2/I hükmü, BK m. 1/I hükmüne açıklık getirmekte, onu tamamlamaktadır. Buna göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının, sözleşmenin bütün noktalarını kapsaması zorunlu olmayıp, yalnız esaslı noktaları kapsaması gerekli ve yeterlidir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, BK m. 2/I hükmünü isabetli bulmayarak eleştirmektedirler. Yazarlara göre, söz konusu hüküm, bazı noktalarda henüz anlaşmaya varmamış bulunan, ancak görüşmelere devam etme arzusunda olan tarafları, bir oldu-bittiyle karşı karşıya getirmektedir. Taraflardan biri, başkaları için ikinci derecede görülen bir noktayı, bu konuda herhangi bir açıklamada bulunmasa bile, kendisi için çok önemli görebilir. Belirlenmesi ileriye bırakılan böyle bir nokta hakkında anlaşmaya varılmaksızın sözleşmeyi kurulmuş saymak, irade özgürlüğünü, hiçbir kamu yararı olmaksızın, kısıtlamak anlamına gelir. Bkz. Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 77.

*derecedeki noktaların saklı tutulmasının, sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı karine olarak kabul edilir”.*⁹

Maddeden de anlaşılacağı üzere, kanun, bir sözleşmenin esaslı noktaları ile ikinci derecedeki (yan) noktaları arasında ayırım yapmakta ve yan noktalardan birinin, bir kaçının veya hepsinin saklı tutulmasına, yani bunlar hakkındaki anlaşmanın ileriye bırakılmasına rağmen, esaslı noktalarda anlaşmaya varılmışsa, sözleşmenin kurulmuş olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık, saklı tutulan, yani kararlaştırılması ileriye bırakılan nokta, ikinci derecedeki (yan) nokta değil de, sözleşmenin esaslı noktalarından ise, bu durumda sözleşmenin kurulması da ileriye bırakılmış sayılır ve hâlihazırda kurulmuş bir sözleşmenin varlığından söz edilemez.

Saklı tutularak ileriye bırakılan yan noktalarda taraflar sonradan anlaşamazlarsa ne olacağı BK m. 2/II’de gösterilmektedir. Bu hükme göre, *“ikinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulamadığı takdirde hâkim, işin mahiyetine bakarak onları tayin eyler”*. Burada, hâkimin sözleşmeye müdahalesi ve sözleşmedeki boşluğu doldurması söz konusudur.¹⁰ Hâkim, saklı tutularak ileriye bırakılan noktaları tamamlarken, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarından ziyade, işin niteliğini göz önünde bulundurmalı ve ancak işin niteliğinin farklı bir çözümü gerektirmemesi hâlinde tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurmalıdır; BK m. 2/II’nin amacı bunu gerektirir.¹¹ İşin niteliğinden, sözleşmenin amaç ve niteliği ile olaya ilişkin durumların tamamı anlaşılmalıdır.¹² Görüldüğü üzere, ikinci derecedeki (yan) noktaların *“saklı tutularak ileriye bırakılması”*; bunların üzerinde hiç durulmamış, tartışma konusu yapılmamış, yani *“sükût ile geçilmiş olması”*ndan farklı sonuca tâbidir. Şöyle ki, saklı tutularak ileriye bırakılan yan noktalarda taraflar sonradan anlaşamazlarsa hâkim, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın, işin niteliğinden hareketle boşluğu doldurur. Buna karşılık, üzerinde hiç durulmayarak (tartışma konusu yapılmayarak) sükûtla geçilmiş olan yan noktalar, (varsa) tamamlayıcı (yedek) hukuk kural-

⁹ Mart 2007 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda (m. 2/I) ilgili hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: *“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır”*.

¹⁰ Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

¹¹ Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

¹² Bkz. Eren, s. 214; BGE 107 II 414 E.7.

larıyla doldurulur. Örneğin, bir ödünç sözleşmesinde, ödünç alınan paranın ne zaman geri verileceği kararlaştırılmamışsa, tamamlayıcı (yedek) bir kural olan BK m. 312 uyarınca, ödünç alan, ödünç verenin ilk talebinden itibaren altı hafta içinde, aldığını geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık, taraflar geri verme tarihini öngörmüş, ancak bu noktanın ileride kararlaştırılacağını beyan ederek ödünç sözleşmesini akdetmişlerse, BK m. 312'nin uygulanması söz konusu olmayıp, ortaya çıkan boşluk, BK m. 2/II uyarınca, hâkim tarafından doldurulur. Hâkim, bu boşluğu doldururken, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre, BK m. 312'den farklı bir ödeme süresi belirleyebilir. Ancak, ikinci derecedeki noktalar, ister saklı tutularak ileriye bırakılmış olsun, isterse üzerinde durulmayarak sükûtle geçilmiş olsun, bu noktalar üzerinde anlaşmaya varılmamış olması, sözleşmenin kurulmasını engellemez. Bir sözleşmenin kurulması için, esaslı noktalar üzerinde anlaşmaya varılması kural olarak gerekli ve yeterlidir.

Belirtmek gerekir ki, esaslı noktalar üzerindeki anlaşmanın saklı tutularak ileriye bırakılması, bir noktanın, sözleşmenin kurulması sırasında belirlenmemiş olsa bile, sonradan belirlenebilir olması hususıyla karıştırılmamalıdır. Sözleşmenin kurulması için, esaslı noktalarda anlaşmaya varılması zorunlu olup, bunlar kural olarak saklı tutularak ileriye bırakılamaz. Ancak, istisnâ bazı hâllerde, bunların kesin olarak belirlenmiş olması şart olmayıp, ilerde objektif kriterlere göre belirlenebilir olmaları yeterlidir.¹³ Örneğin, bir satım sözleşmesinde, satım konusu şey cinsiyle belirlenebileceği gibi, satış bedeli de kesin olarak tespit edilmeyip, ifa edileceği (örneğin üç ay sonraki) tarihteki borsa rayicine göre belirleneceği kararlaştırılmışsa, bu esaslı noktanın sözleşmede düzenlenmesi ve böylece söz konusu nokta üzerinde uyulması şartı yerine getirilmiş olur. Ancak, esaslı noktanın sonradan belirlenebilir nitelikte olmaması hâlinde, sözleşme kurulmuş olmaz.

Taraflar arasında irade beyanlarının birbirine uygunluğu konusunda ihtilaf (uygunluk ihtilafı, *Konsensstreit*) çıkması hâlinde, hâkim, bu ihtilafı, tarafların irade beyanlarını güven teorisine göre yorumlamak suretiyle çözümler.¹⁴

Tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olmaması hâlinde,

¹³ Von Tuhr/Peter, s. 191; Schönerberger/Jäggi, Art. 1, N. 82-83; Eren, s. 208; Oğuzman/Öz, s. 66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 79.

¹⁴ Gauch/Schluelp/Schmid/Rey, N. 309.

“uyuşmazlık, anlaşmazlık” (*Dissens*) söz konusu olur. Bu durumda, tarafların irade beyanları arasında ne fiilî (tabii) ne de hukukî (normatif) uygunluk mevcuttur. Uyuşmazlık, irade beyanlarının hâkim tarafından güven teorisine göre yorumu sonunda tespit edilir.

Taraflar, irade beyanlarının birbirine uygun olmadığını açıkça biliyorlarsa, buna “açık uyuşmazlık” adı verilir.¹⁵ Açık uyuşmazlıkta taraflar, sözleşmenin kurulmasını değil; aksine, kurulmamasını, meydana gelmemesini istemektedirler. Açık uyuşmazlık sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkinse, buna “gerçek uyuşmazlık” (*eigentlicher Dissens*); ikinci derecedeki (yan) noktalarına ilişkinse, buna da “gerçek olmayan uyuşmazlık” (*uneigentlicher Dissens*)¹⁶ adı verilir. Sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin açık uyuşmazlık, yani gerçek uyuşmazlık hâlinde sözleşme meydana gelmez. Örneğin, A, Gölbaşı’daki villasını 250.000 TL’ye satmayı B’ye teklif eder ve B de onu 200.000 TL’ye almak istediğini bildirirse, tarafların irade beyanları sözleşmenin esaslı noktası olan semen üzerinde birbirine uygun değildir. Burada gerçek uyuşmazlık söz konusu olup, satım sözleşmesi meydana gelmemiştir. Buna karşılık, sözleşmenin ikinci derecedeki (yan) noktalarına ilişkin açık uyuşmazlık, yani gerçek olmayan uyuşmazlık, sözleşmenin kurulmasını engellemez.

Buna karşılık, taraflar uyuştuklarını zannetmekle birlikte, gerçekte uyuşamamışlarsa, gizli uyuşmazlıktan bahsedilir. Gizli uyuşmazlık, “tek taraflı gizli uyuşmazlık” ve “iki taraflı gizli uyuşmazlık” olarak ikiye ayrılır. Tek taraflı gizli uyuşmazlıkta yalnız bir taraf; iki taraflı gizli uyuşmazlıkta ise her iki taraf, sözleşmenin her iki tarafın iradelerinin uyuşmasıyla kurulduğunu sanmaktadır.¹⁷ Açık uyuşmazlık gibi, gizli uyuşmazlık da “gerçek uyuşmazlık” ve “gerçek olmayan uyuşmazlık” olarak ikiye ayrılır. Gerçek gizli uyuşmazlık, sözleşmenin esaslı noktalarına; gerçek olmayan gizli uyuşmazlık ise, ikinci derecedeki (yan) noktalara ilişkin uyuşmazlıktır. Gerçek gizli uyuşmazlık hâlinde söz-

¹⁵ Von Tuhr/Peter, s. 189; Kramer, Art. 1, N. 138; Schwenger, s. 83; Eren, s. 215.

¹⁶ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 326; Bucher, E., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 145; Schwenger, s. 179; Koller, A., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, Band I, Bern 1996, s. 83; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 60; Eren, s. 216.

¹⁷ Von Tuhr/Peter, s. 189; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 295; Schwenger, s. 179; Kramer, Art. 1, N. 141.

leşme meydana gelmez. Bu husus, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁸

II. SÖZLEŞMENİN NOKTALARI KAVRAMI VE UYGUNLUĞUN KAPSAMINDA YER ALMASI GEREKEN NOKTALAR

1. Genel Olarak

Günlük hayatta, sözleşme yapmak üzere bir araya gelen kişiler (ta-
raflar), çeşitli konularda görüş alış-verişinde bulunur, sözleşme yap-
mak istedikleri konuyla ilgili birçok unsuru (noktayı) müzakere eder-
ler. Bu noktalardan bazıları, kurulmak istenen sözleşmenin tipi için
zorunlu olan asgarî noktalar iken; bazıları yalnız ikinci derecede (yan)
noktalardır (BK m. 2). Buna göre, bir sözleşmenin içerdiği noktaları,
esaslı noktalar ve ikinci derecede (yan) noktalar olarak ikiye ayırmak
mümkündür.

Aslında sözleşmelerin içerdiği noktalar, Ortak Hukuktan gelen bir
esasa göre “*esaslı noktalar*” (*essentialia negotii*), “*tabiî (olağan) noktalar*”
(*naturalia negotii*) ve “*arızî (tâli) noktalar*” (*accidentalialia negotii*) olmak
üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁹ Tabiî (olağan) noktalar ile arızî (tâli) nok-
talar, sözleşmenin esaslı noktaları dışındaki noktalarını oluştururlar.
Sözleşmenin tabiî noktaları, esaslı noktaların olağan sonucu sayılan
noktalardır. Bunlar, taraflarca kararlaştırılmalarına gerek olmadan,
düzenleyici (tamamlayıcı) hukuk kurallarına göre ortaya çıkan nok-
talardır. Örneğin, bir satım sözleşmesinde semenin nakit olarak öden-
mesi; borçlunun temerrüdü hâlinde faiz; kusurlu temerrüt halinde
tazminat ödenmesi tabiî noktalardır. Bu noktalar kanundan doğan so-
nuçlar oldukları için, taraflarca açıkça kararlaştırılmamış olsalar bile,
sözleşmenin içeriğinde yer alırlar.²⁰ Bununla birlikte, tarafların, bu
noktaları ayrıca kararlaştırmaları da mümkündür. Arızî (tâli) noktalar

¹⁸ Schönerberger/Jäggi, Art. 1, N. 365, 398; Kramer, Art. 1, N. 152; Eren, s. 216.

¹⁹ Von Tuhr/Peter, s. 155-156; Schönerberger/Jäggi, Art. 2, N. 2; Bucher, s. 117;
Eren, s. 209; Kırca, Ç., *Franchise Sözleşmesi*, Ankara 1997, s. 48; Kuntalp, E., *Karışık
Muhtevalı Akit*, Ankara 1971, s. 51. Ayrıca bkz. Antalya, G., “Hukuki İşlemlerin
Şekle Bağlanması Gereken Noktaları”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi* (1991), s. 68.

²⁰ Von Tuhr/Peter, s. 155; Bucher, s. 117; Schönerberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Eren, s.
210.

da sözleşmenin içeriğinde yer almakla birlikte, bunların esaslı noktalarla herhangi bir ilgileri bulunmamaktadır. Arızî noktalar, tarafların iradeleriyle tabii noktalardan ayrılan (sapan) veya tabii noktaları tamamlayan noktalardır. Başka bir ifadeyle, arızî noktalar, taraflarca sözleşmeye sokulan veya sözleşmeden çıkarılan, yani tabii noktaların değiştirilmesiyle meydana gelmiş olan ya da bunları tamamlayan noktalardır²¹. Örneğin, bir satım sözleşmesinde taraflar semenin çekle ödenmesini kararlaştırmışlarsa, bu bir arızî nokta olup, tabii noktayı (nakden ödemeyi) değiştirmektedir. Buna karşılık taraflar, semenin ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde cezaî şart ödeneceğini kararlaştırmışlarsa, burada arızî nokta, tabii noktayı tamamlamaktadır. Borçlunun kanundan doğan sorumluluğunun ağırlaştırılması veya hafifletilmesi, bir rüçû hakkının tanınması, sözleşmede şart veya vâde öngörülmesi hâllerinde de arızî nokta söz konusu olur.²² Taraflar, tabii veya arızî noktaları sözleşmenin sübjektif esaslı noktası hâline getirmemişlerse, bunlar sözleşmenin ikinci derece (yan) noktaları olarak nitelendirilirler.

2. Sözleşmenin Esaslı Noktaları

Bir sözleşmenin kurulabilmesi, meydana gelebilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken noktalara (unsurlara), sözleşmenin esaslı noktaları denir. Bugün doktrinde, sözleşmenin esaslı noktaları, “*objektif esaslı noktalar*” ve “*sübjektif esaslı noktalar*” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.²³

A. Objektif Esaslı Noktalar

Sözleşmenin tanımında yer alan, onun tipi için zorunlu olan asgarî unsurlara (noktalara), sözleşmenin objektif esaslı noktaları adı verilir.²⁴

²¹ Bkz. Kırca, s. 48, dn. 273; Eren, s. 210; Kuntalp, s. 51; Antalya, s. 68-69.

²² Von Tuhr/Peter, s. 156; Eren, s. 210.

²³ Bkz. Gauch, s. 46 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 331 vd.; Eren, s. 210 vd.; Antalya, s. 68 vd.

²⁴ Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 334 vd.; von Tuhr/Peter, s. 155; Keller/Schöbi, s. 53; Bucher, s. 117 vd.; Kramer, Art. 1, N. 7; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 84; Koller, s. 89; Schwenger, s. 178; Eren, s. 210; Tekinay/Akman/

Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin tipini belirleyen, karakteristik yapısını oluşturan noktalardır. Bu noktalar sözleşmenin tipini belirlediği için, bunlara “sözleşmenin tipik unsurları” da denilmektedir.²⁵ Tipik unsurlar, kanunda düzenlenmiş olan (isimli, tipik) sözleşmelerin tanımlarında yer alırlar.²⁶ Örneğin, satım sözleşmesinde satılan şey ve semmen (BK m. 182/I); trampada, tarafların karşılıklı olarak değiş-tokuş edecekleri mallar; bağışlamada, bağışlayanın karşılıksız olarak mülkiyetini devredeceği mal (BK m. 234/I); kira sözleşmesinde kiralanan şey ve kira parası (BK m. 248); ödünçte, ödünç olarak verilecek miktar (BK m. 306); hizmet sözleşmesinde, yapılacak iş ve ödenecek ücret (BK m. 313/I) vs. sözleşmenin objektif esaslı noktalarını (tipik unsurlarını) oluştururlar.²⁷ Objektif esaslı noktalar, kural olarak sözleşmenin asgarî içeriğini oluşturmakla birlikte, Borçlar Hukukumuzda tip serbestisi geçerli olduğundan, tipik unsurlar her zaman sözleşmenin asgarî içeriği olmayıp, asgarî içerikten daha geniş olabilirler.²⁸

Tarafların, sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin zorunlu unsurlarını, esaslı noktalarını değiş-tirmeleri, yani kanunun tipinden sapmaları hâlinde atipik (isimsiz) sözleşme söz konusu olur.²⁹ Örneğin, satım sözleşmesiyle hedeflenen, bir malın zilyetlik ve mülkiyetinin, para karşılığında devredilmesidir. Oysa bir malın başkasına satılmasını sağlamak için devredilmesi

Burcuoğlu/Altop, s. 75; Oğuzman/Öz, s. 66; Altaş, H., *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 52; Kırca, s. 48; Antalya, s. 68; Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 1990, s. 228; BGE 103 II 193. Gauch, bu tanımın esas itibarıyla isimli sözleşmeler bakımından geçerli olabileceğini, isimsiz sözleşmelerin kanunda yer alan bir tanımları bulunmadığı için onlar hakkında geçerli olmadığını, bunun da tanımın zayıf yönünü oluşturduğunu belirtmektedir. Bkz. Gauch, s. 46.

²⁵ Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 339; Keller/Schöbi, s. 53; von Tuhr/Peter, s. 155; Merz, H., *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Freiburg 1992, N. 174 vd.; Kramer, Art. 1, N. 154 ve Art. 2, N. 7; Eren, s. 210; Antalya, s. 68.

²⁶ Guhl/Merz/Kummer, s. 93; Gauch, s. 46; Keller/Schöbi, s. 53; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 3; Kramer, Art. 2, N. 7; Schwenger, s. 178; Eren, s. 207.

²⁷ Bkz. Eren, s. 210; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 75-76; Oğuzman/Öz, s. 66; von Tuhr/Peter, s. 155; Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 339; Keller/Schöbi, s. 53; Bucher, s. 117 vd.; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 84, Art. 2, N. 3; Kramer, Art. 2, N. 7; Altaş, s. 52.

²⁸ Karş. Kramer, Art. 1, N. 154 ve Art. 2, N. 7; Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 340.

²⁹ Bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 252; Eren, s. 192; Oğuzman/Öz, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 56; Kuntalp, s. 51.

hâlinde, satım değil, “*satım için bırakma sözleşmesi*” adı verilen bir isimsiz sözleşme söz konusu olur. Zira burada, satım sözleşmesinin esaslı noktalarından, onun tipini belirleyen unsurlarından sapılmıştır. Buna karşılık, yukarıda da belirtildiği üzere, esaslı noktaların doğal sonucu sayılan, taraflarca kararlaştırılmalarına gerek olmadan düzenleyici hukuk kurallarına göre ortaya çıkan tabii (olağan) noktalar, tarafların iradesiyle değiştirilebilir.³⁰ Bu tür bir değişiklik, sözleşmenin tipini değiştirmede için, isimsiz bir sözleşmeden söz edilemez.³¹ Örneğin, bir satım sözleşmesinde bedelin nakden ödenmesi tabii bir nokta olup, ödemenin çekle yapılacağına kararlaştırılması, onu isimsiz sözleşme hâline getirmez. İsimsiz sözleşmelerde esaslı noktalar, sözleşmenin anlam ve içeriğinden çıkarılır.³²

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanlarının, objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşması gerekir. İrade beyanlarının, esaslı noktalar üzerinde uyuşup uyuşmadığı, her sözleşmeye ait tipik unsurlar (noktalar) göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilir. Bunun için, tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmaya varıp varmadıkları, yani irade beyanları arasındaki uyuşmanın esaslı noktaları kapsayıp kapsamadığı araştırılmalıdır. Ancak, tarafların irade beyanlarının esaslı noktalarda uyuşması zorunlu ise de, bunların kesin olarak belirlenmiş olması zorunlu olmayıp, ilerde objektif kriterlere göre belirlenebilir olmaları da yeterlidir.³³ O halde, esaslı noktalar taraflarca belirlenmiş veya sözleşme şartlarına ve düzenleyici hukuk kurallarına göre belirlenebilir nitelikteyse, uyuşma gerçekleşmiş olur. Örneğin, bir satım sözleşmesinde, satım konusu şey cinsiyle belirlenebileceği gibi, satış bedeli de kesin olarak tespit edilmeyip, ifa edileceği (örneğin üç ay sonraki) tarihteki borsa rayicine göre belirleneceği kararlaştırılmışsa, bu esaslı noktanın sözleşmede düzenlenmesi ve böylece söz konusu nokta üzerinde uyuşulması şartı yerine getirilmiş olur. Nitekim buna uygun olarak BK m. 182/III şu hükmü içermektedir:

³⁰ Eren, s. 210; von Tuhr/Peter, s. 155; Bucher, s. 117; Schönerberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Kırca, s. 48.

³¹ Kırca, s. 48; Kuntalp, s. 51, 94 vd.

³² Eren, s. 211; Altaş, s. 52; Schönerberger/Jäggi, Art. 11, N. 84. Ayrıca bkz. ve karşı. Gauch, s. 46; Antalya, s. 8.

³³ Von Tuhr/Peter, s. 191; Schönerberger/Jäggi, Art. 1, N. 82-83; Eren, s. 208; Oğuzman/Öz, s. 66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 79.

“Hale göre tayini mümkün olan semen (satış parası), tesmiye edilmiş (belirlenmiş) hükmündedir (sayılır)”.³⁴

Diğer taraftan, sözleşmenin esaslı noktalarının ileride belirlenmesi, üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Üçüncü kişi, bu yetkisini kullanırken, dürüstlük kuralına, adalet ve hakkaniyete uygun davranmalıdır. Aksi takdirde, sözleşmeyi tamamlama işini hâkim yerine getirecektir.³⁵ Belirleme yetkisinin taraflardan birine bırakılması ise, bu yetki diğer tarafın özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlamadığı takdirde (MK m. 23) geçerli kabul edilmektedir.³⁶

Bazı sözleşmelerde, taraflarca kararlaştırılmayan esaslı noktaların nasıl belirleneceği kanunda öngörülmüştür. Örneğin, BK m. 209/I'e göre, satım sözleşmesinde, alıcı kesin sipariş yaptığı hâlde bedeli tayin etmemiş, satıcı da bu siparişi kabul etmişse, satım sözleşmesi, siparişin yapıldığı gün ve yerdeki carî fiyat üzerinden kurulmuş sayılır.³⁷ Aynı şekilde, hizmet (BK m. 323) ve eser (BK m. 366) sözleşmelerinde de ücret veya bedelin rayice veya yapılan işin niteliğine göre belirleneceğini öngören hükümler bulunmaktadır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bu hususta anlaşmış sayılırlar. Bu hükümlerin uygulanabileceği hâllerde, sözleşmenin esaslı noktalarından olan ücret veya bedel önceden ve kesin olarak belirlenmemiş olmasına rağmen, sözleşme kurulabilmektedir. Oysa bir malı satmayı teklif eden satıcı, bedelin sonradan kararlaştırılmasını önerse ve alıcı da “bedel sonradan kararlaştırılmak

³⁴ Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararına göre: “...karşılıklı borçları kapsayan sözleşmelerde karşılık borçlardan birisinin sözleşme yapanlarca belli edilmemiş olması halinde bu borç mahkemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim, bir satım sözleşmesinde mal parası veya kira sözleşmesinde kira parası, hizmet sözleşmesinde işçi parası, istisna sözleşmesinde ise iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıklar, rayice göre hükmedilir. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır” (Yarg. İBK, 18. 11. 1964, E. 2, K. 4- Eren, s. 208'den naklen). Yargıtay'ın bu görüşüne katılabilmek için, esaslı nokta oluşturan edimlerin ya bir kanun hükmüne ya da objektif kriterlere göre mahkemece veya taraflardan biri ya da üçüncü bir kişi tarafından belirlenebilir nitelikte olması gerekir. Esaslı noktaları belirli veya belirlenebilir nitelikte olmayan bir sözleşme, uygunluk yönünden yeterli açıklık taşıyamayacağından, geçerli olarak kurulamaz. Bkz. Eren, s. 208; von Tuhr/Peter, s. 191.

³⁵ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 79 ve orada dn. 12b'de anılan yazarlar.

³⁶ Bkz. von Tuhr/Peter, s. 191; Oğuzman/Öz, s. 66.

³⁷ BK m. 209/I hükmü, ancak cari fiyatı bulunan malların satımında uygulanır. Bkz. Aral, F., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Bası, Ankara 1999, s. 166.

kaydıyla" bu teklifi kabul etse, satım sözleşmesi kurulmuş olmaz. Zira bu durumda taraflar, esaslı bir noktayı saklı tutmuşlar ve BK m. 209/I'de sözü edilen carî fiyatı kabul etmeyip, bizzat kararlaştıracaklarını belirtmişlerdir.³⁸ O hâlde, taraflar bedel üzerindeki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakmışlarsa, sözleşme kurulmamış olacağından, BK m. 209/I hükmü uygulanmaz. Saklı tutularak ileriye bırakılan nokta, ikinci derecede (yan) bir nokta olmadığından, BK m. 2/II hükmü de uygulanamaz.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, objektif bakımdan esaslı bir noktanın yeterli açıklıkla belirlenmediği ve belirlenme imkânının da bulunmadığı hâllerde, sözleşmenin kurulduğundan söz edilemez.

B. Sübjektif Esaslı Noktalar

Bir sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan ve sözleşmenin kurulması için üzerinde anlaşmaya varılması zorunlu olmayan noktaları, ikinci derecedeki (yan) noktalarıdır. Ancak, taraflar irade özerkliğinin doğal sonucu olarak, bir yan noktayı, sözleşmenin esaslı noktası hâline getirebilirler. Bu, ya tarafların birlikte kararlaştırmaları ya da taraflardan birinin karşı tarafın anlayabileceği bir davranışla bunu sözleşmenin zorunlu şartı (*condictio sine qua non*), esaslı noktası sayması yoluyla gerçekleşir.³⁹ Bu şekilde, sözleşmenin içeriğine taraflarca birlikte sokulan veya diğer tarafın bilgisi altında yalnız bir tarafça sözleşmeye mutlaka sokulması istenerek esaslı nokta hâline getirilen yan noktaya, "sübjektif esaslı nokta" adı verilir.⁴⁰ Taraflardan biri, herhangi bir yan nokta olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak idiyse, bu nokta kural olarak sübjektif esaslı noktadır. Taraf iradeleri sözleşmenin kurucu unsu-

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 79.

³⁹ Gauch, s. 50; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 341; Keller/Schöbi, s. 54-55; Merz, N. 175; Schöenberger/Jäggi, Art. 2, N. 38; Schwenzler, s. 178; Koller, s. 86; Eren, s. 211; Altaş, s. 53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 79-80; Aral, s. 180; Oğuzman/Öz, s. 67. BGE 118 II 34. Federal Mahkemeye göre, bir kaydın (noktanın) sübjektif esaslı nokta sayılması, mutlaka sözleşme kurulurken yapılmış bir beyandan değil, hâl ve şartlardan ve özellikle sözü edilen kaydın gerçek öneminden de çıkarılabilir. Bkz. BGE 68 II 233.

⁴⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 341 vd.; Keller/Schöbi, s. 54 vd.; Gauch, s. 50; Eren, s. 211; Oğuzman/Öz, s. 67; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 76; Altaş, s. 53; Aral, s. 180; Antalya, s. 69; Tandoğan, C. I/1, s. 228.

ru olduğu için, objektif yönden esaslı olmayan bir noktanın, yani bir yan noktanın, sübjektif esaslı nokta hâline getirilmesi mümkündür.⁴¹ Örneğin, bir satım sözleşmesinde kanunen ikinci derecedeki (yan) nokta olan satılanı ambalajlama veya gönderme şekli, taraflarca esaslı nokta hâline getirilebilir. Aynı şekilde, *“bir sözleşmede taraflardan birinin zorunlu şart olarak bir infisahî (bozucu) şartın sözleşmeye konulmasını, bir kira sözleşmesinde kiracının, kiralananı alt kira yoluyla kiraya verebilmesini, bir satım sözleşmesinde satıcının alıcıdan geriye kalan satım parası için bir teminat gösterilmesini istemesi de sübjektif yönden esaslı noktalar”*.⁴² Yine, kanuna göre satım sözleşmesinde ifa zamanı bir yan nokta olup, taraflar, satım sözleşmenin kurulmasını ifa zamanı üzerinde anlaşmaları şartına bağlamışlarsa, yan noktanın sübjektif esaslı nokta hâline getirilmesi söz konusudur. Bu durumda sözleşme, ancak tarafların ifa zamanı üzerinde anlaşmaları hâlinde kurulmuş olur.⁴³

Özellikle, kanunda sözleşmenin esaslı unsurlarından sayılmamakla beraber, icap beyanında yer alan kayıtlar, ilke olarak sübjektif esaslı nokta niteliğindedir ve bu noktalar üzerinde anlaşmaya varılmadıkça, sözleşme meydana gelmez. Örneğin, B’ye bir mektup gönderen A, kilogramı 100 TL’den 1.000 kilogram zeytinyağını yedi gün içinde verdiği adrese göndermesini ister. A’ya cevap yazan B, önerisini kabul ettiğini; ancak, zeytinyağını yedi gün içinde değil, sekiz gün sonra gönderebileceğini ya da kilogramını 100 TL’den değil, 101 TL’den gönderebileceğini bildirir. Burada, A’nın önerisi ile B’nin cevabı arasındaki fark önemsiz olsa bile, A verilen cevabı kabul etmedikçe sözleşme kurulmuş olmaz.⁴⁴ Tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğunu arayan BK m. 1 hükmünden çıkarılacak bu sonuç, Alman Medeni Kanunu’nun 154. paragrafında açıkça ifade edilmiştir.

Bir yan noktayı sözleşme yapma iradesinin zorunlu şartı sayan, yani sübjektif esaslı nokta hâline getirmek isteyen taraf, bunu açıkça karşı tarafa bildirmek zorundadır.⁴⁵ Aksi takdirde, BK m. 2/I uyarınca,

⁴¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 341; Eren, s. 211; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 76.

⁴² Eren, s. 211.

⁴³ Bkz. Eren, s. 211; Keller/Schöbi, s. 55.

⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 80.

⁴⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 343; BGE 118 II 34.

bu nokta, ikinci derecedeki (yan) nokta sayılır ve sözleşmenin kurulmasına engel oluşturmaz.

Bir noktanın, sözleşmenin kurulmasına etki edebilmesi için, onun esaslı nokta olması gerekir. Başka bir ifadeyle, bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların irade beyanlarının sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun olması gerekir.⁴⁶ Esaslı noktalarda anlaşma olmadan, sözleşmenin kurucu şartı olan irade beyanlarının uygunluğundan söz edilemez. Taraflar sözleşme yapma hususunda anlaşmış olsalar bile, esaslı noktalarda uyuşmamışlar veya bu noktalara ilişkin anlaşmaları ileriye bırakmışlarsa, sözleşme meydana gelmez. Bir sözleşmenin kurulması, sözleşmenin tüm esaslı noktalarında tarafların anlaşması hâlinde mümkündür.⁴⁷ Tarafların irade beyanlarının sözleşmenin esaslı noktaları üzerindeki uygunluğu, tabii (fiilî) bir uygunluk olabileceği gibi, hukukî (normatif) bir uygunluk da olabilir.⁴⁸

Tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken esaslı noktaların, sadece objektif esaslı noktalar mı, yoksa hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalar mı olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, esaslı noktalar deyiminden anlaşılması gereken yalnız objektif esaslı noktalar olup, sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların irade beyanlarının objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşması gerekli ve yeterlidir.⁴⁹ Bu görüş taraftarlarına göre, sübjektif esaslı noktalar üzerinde de irade beyanlarının uygunluğu arandığı takdirde, BK m. 2/I hükmü anlamsız hâle gelir. Zira BK m. 2/I'e göre, yan noktalardaki anlaşmanın taraflarca saklı tutularak ileriye bırakılması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz; esaslı noktalar üzerinde anlaşılması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Sübjektif esaslı noktalar üzerinde de irade beyanlarının uygunluğu aranacak olursa, hükümde sözü edilen hangi yan noktaların saklı tutularak ileriye bırakılacağını anlamak zorlaşır. Hatta yan noktalar taraflarca esaslı nokta hâline geti-

⁴⁶ Gauch, s. 50-51; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 330 vd.; Eren, s. 211; Altaş, s. 54.

⁴⁷ Eren, s. 211; Gauch, s. 45; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 330; Keller/Schöbi, s. 53-55; Altaş, s. 54.

⁴⁸ Gauch, s. 45; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 312-313, 317; Eren, s. 212; Kramer, Art. 2, N. 5; Altaş, s. 54.

⁴⁹ Kramer, Art. 2, N. 10 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 995; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 39; Bucher, s. 118, 119 vd.

rildiği takdirde, saklı tutularak ileriye bırakılacak yan nokta kalmaz.⁵⁰

Kanaatimizce de, taraflar, irade serbestisi ilkesi gereğince, ikinci derecedeki (yan) bir noktayı sübjektif esaslı nokta haline getirebilirler.⁵¹ Bu durumda, sübjektif esaslı nokta haline getirilen nokta üzerinde irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Taraflar, sübjektif esaslı nokta hâline getirdikleri bir noktayı saklı tutup, bunu ileriye bırakamazlar. Aksi hâlde, yani tarafların sübjektif esaslı noktayı saklı tutarak bunu ileriye bırakmaları hâlinde sözleşme kurulmuş olmaz. Ancak, taraflar bir sözleşmedeki yan noktalardan bir veya birkaçını sübjektif esaslı nokta hâline getirirler bile, aynı zamanda bir veya birkaç noktanın yan nokta olarak kalması mümkündür. Bu durumda taraflar, objektif veya sübjektif bakımdan esaslı olmayan bu yan noktalar üzerindeki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakabilirler. Taraflar, bir sözleşmede yer alan yan noktalardan yalnız bir veya birkaçı yerine, tamamını da sübjektif esaslı nokta hâline getirebilirler. Zira BK m. 2/I hükmü emredici nitelikte olmayıp, sadece aksi ispat edilebilen kanunî bir karine koymaktadır. Bu nedenle, istisnaî de olsa, bir sözleşmedeki bütün noktaların objektif ve sübjektif yönden esaslı noktalar olmaları mümkündür.

Sözleşmedeki bir yan noktanın sübjektif esaslı nokta hâline getirilip getirilmediği tartışma konusu olduğunda, hâkim, sorunu tarafların bu konudaki irade beyanlarını yorumlamak suretiyle çözümler.

3. Sözleşmenin Yan Noktaları

Objektif veya sübjektif bakımdan esaslı olmayan noktalar, sözleşmenin yan (ikinci derecedeki) noktalarını oluştururlar.⁵² Örneğin, bir edimin ifa yeri, ifa zamanı, faiz miktarı sözleşmenin yan (ikinci derecedeki) noktalarıdır. Esaslı noktalar gibi, yan noktalar da “objektif yan notalar” ve “sübjektif yan noktalar olmak” üzere doktrinde ikiye ayrılmaktadır.

⁵⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 997; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 37; Kramer, Art. 2, N. 10 vd.

⁵¹ Bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 338a; Eren, s. 212; Oğuzman/Öz, s. 67.

⁵² Von Tuhr/Peter, s. 190, dn. 69; Keller/Schöbi, s. 54 vd.; Eren, s. 213; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76; Oğuzman/Öz, s. 66.

A. Objektif Yan Noktalar

Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında üzerinde hiç durmadıkları, tartışma konusu dahi yapmadıkları yan noktalar, kanun gereği, objektif yan noktaları oluştururlar.⁵³ Örneğin, BK m. 73'te düzenlenmiş bulunan ifa yeri, BK m. 74'teki ifa zamanı ve BK m. 72'deki faiz miktarı, taraflar bu noktalar üzerinde hiç durmamışlarsa, sözleşmenin objektif yan noktalarıdır.⁵⁴ Bu noktalar sözleşmenin kanundaki tanımından çıkarılamıyorsa, örf ve âdet hukukuna veya hâkimin yarattığı hukuka göre ya da işlemin esas ve amacından yola çıkılarak tespit edilebilir.⁵⁵ Objektif yan noktalar taraflarca görüşülmediği için, bunlar üzerinde tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğu şartı aranmaksızın sözleşme kurulmuş olur. Ancak, bu durumda sözleşmede bir boşluk söz konusu olup, uyuşmazlık hâlinde hâkim, konuyla ilgili tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarını uygulamak suretiyle sorunu çözümler. Böyle bir hâlde, BK m. 2/II'nin uygulanmayacağı belirtilmektedir.⁵⁶ Bu nedenle, kanunda konuyla ilgili bir kural bulunmaması hâlinde hâkim, boşluğu tamamlayıcı yorum veya sözleşmenin tamamlanması ilkelerine göre dolduracaktır. *"Hâkim, söz konusu boşluğu doldururken, taraflar, bildikleri veya bilmeleri gereken şartlara göre bu boşluğu görmüş olsalardı nasıl bir düzenleme yapacak idilerse, ona göre hareket etmek zorundadır".*⁵⁷

B. Sübjektif Yan Noktalar

Tarafların, sözleşme görüşmeleri sırasında üzerinde konuşup tartıştıkları, ancak esaslı nokta hâline getirmedikleri yan (ikinci derecedeki) noktalara, sübjektif yan noktalar adı verilir. Aslında objektif yan nokta olan bu noktalar, taraflarca görüşülmüş, müzakere konusu yapılmış olmakla birlikte, sözleşmenin kurulması bakımından esaslı nokta hâline getirilmediklerinden, bunlara sübjektif yan nokta denilmektedir.⁵⁸

⁵³ Gauch, s. 47; Keller/Schöbi, s. 54; Eren, s. 213; Altaş, s. 53.

⁵⁴ Eren, s. 213; Keller/Schöbi, s. 54.

⁵⁵ Gauch, s. 47; Altaş, s. 53.

⁵⁶ Eren, s. 213; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 76; Keller/Schöbi, s. 54-55; Kramer, Art. 2, N. 16; BGE 103 II 190; 110 II 292.

⁵⁷ Eren, s. 213. Ayrıca bkz. Keller/Schöbi, s. 55, 136 vd.; Altaş, s. 53.

⁵⁸ Von Tuhr/Peter, s. 190; Eren, s. 213; Keller/Schöbi, s. 55; Kramer, Art. 2, N. 16.

Tarafların bu noktalar üzerinde anlaşamamaları, sözleşmenin kurulmasını engellemez.⁵⁹ Tarafların sübjektif yan noktalar üzerinde anlaşamaması iki şekilde ortaya çıkar. Birinci hâlde taraflar, objektif bir yan noktayı (örneğin ifa zamanını) aralarında görüşmüşler ve böylece bu nokta sübjektif yan nokta hâline gelmiş, ancak bir anlaşmaya varamayacaklarını anlayınca bundan vazgeçmişlerdir. Bu durumda sözleşme kurulmuş olmakla birlikte, üzerinde tartışılan, ancak anlaşmaya varılamayan noktada bir boşluk söz konusu olur. Hâkim, bu boşluğu, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarıyla; bu tür kurallar yoksa tamamlayıcı yorum veya sözleşmenin tamamlanması ilkesine göre doldurmakla yükümlüdür.⁶⁰

İkinci hâlde ise taraflar, yan noktalar üzerinde görüşmüşler, ancak olumlu bir sonuca varamayacaklarını anlayınca, bu noktalara ilişkin anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakmışlardır. BK m. 2/I'e göre, tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmalarına karşılık, ikinci derecedeki (yan) noktalar üzerinde görüştükleri hâlde bir neticeye varamadıkları için bunlar hakkındaki anlaşmayı ileriye bırakmışlarsa, sözleşme kurulmuş olur. Yani ikinci derecedeki (yan) noktaların saklı tutularak ileriye bırakılması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Ancak, bunun için tarafların, ikinci derecedeki (yan) noktalar üzerindeki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakma konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu anlaşmayla taraflar, görüştükleri yan noktalar üzerinde uyuşmadıklarını ve bu noktaları ileride görüşeceklerini kararlaştırırlar.⁶¹ Tarafların, saklı tuttıkları yan noktalar üzerinde ileride anlaşmaları hâlinde sorun yoktur. Ancak, tarafların saklı tuttıkları noktalar üzerinde ileride anlaşamamaları da mümkündür. Bu durumda, BK m. 2/II uyarınca sözleşme geçersiz olmayıp, sözleşmede bir boşluk ortaya çıkmış olur. Ancak hâkim, bu boşluğu, birinci durumun aksine, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarıyla değil, işin niteliğini esas alarak dolduracaktır.⁶² İşin niteliğinden, sözleşmenin amaç ve niteliği ile olaya ilişkin durumların tamamı anlaşılmalıdır.⁶³ Görüldüğü üzere, BK m. 2/II, saklı tutulan noktalarda tarafların anlaşamamaları hâlinde sözleşmeyi geçersiz

⁵⁹ Von Tuhr/Peter, s. 190; Keller/Schöbi, s. 55; Kramer, Art. 2, N. 16; Eren, s. 213.

⁶⁰ Eren, s. 213-214; Keller/Schöbi, s. 55.

⁶¹ Eren, s. 214; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 20; Kramer, Art. 2, N. 15.

⁶² Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 76.

⁶³ Bkz. Eren, s. 214; BGE 107 II 414 E. 7.

saymamakta, hâkime, sözleşmenin (işin) niteliğine göre hakkaniyet kurallarını göz önünde tutarak boşluğu doldurma görevini vermektedir. İşin niteliği, hâkimi, genel ve soyut şartlardan çok, somut ve özel şartları göz önünde tutmaya zorlar. Bununla birlikte, burada da hâkimin, boşlukları doldururken, varsa en son aşamada tamamlayıcı (yedek) kanun hükümlerini uygulayabileceği kabul edilmektedir.⁶⁴ Aynı şekilde, hâkim tarafların muhtemel (farazî) iradelerini göz önünde bulundurabilir.

III. SÖZLEŞMENİN KAPSAMINDA YER ALMASI GEREKEN NOKTALAR VE ŞEKİL ZORUNLULUĞU

BK m. 2/III, sözleşmelerin şekillerine ilişkin hükümlerin saklı olduğunu bildirmektedir.⁶⁵ BK m. 11/I'e göre, "*akdın sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir*". Maddede yalnız sözleşmeden söz edilmekle birlikte, karar ve tek taraflı hukukî işlemler de dahil olmak üzere, hukukî sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanlarında şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak, kanunun özel bir hükümle şekil zorunluluğu öngördüğü hukukî işlemler, bu ilkenin dışındadır. Ayrıca, taraflar da bir hukukî işlemin geçerliliğini şekle tâbi kılabilirler. O hâlde, hukukumuzda şekil serbestisi ilke olup, şekil zorunluluğu yalnız istisnaî hâllerde kabul edilmiştir.

Geçerlilik şekli olan kanunî şekil şartı yerine getirilmedikçe, taraflar bütün esaslı noktalarda anlaşmış olsalar bile, sözleşme meydana gelmez. Taraflar, bu tür şekli saklı tutup, ileriye bırakamazlar. Aynı durum, taraflarca geçerlilik şekli olarak öngörülen iradî şekil bakımından da söz konusudur. BK m. 16/I'e göre, taraflar, şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılmasını kararlaştırmışlarsa, söz konusu şekle uyulmadıkça, sözleşme meydana gelmez. Bu nedenle, taraflarca kararlaştırılan şekil şartı, ikinci derecedeki noktalardan sayılıp, sözleşmeye kurulmuş gözüyle bakılamaz. Yani, BK m. 16/I karşısında, BK m. 2/I uygulama alanı bulmaz.⁶⁶ Örneğin, A'nın B'ye

⁶⁴ Bkz. von Tuhr/Peter, s. 190; Kramer, Art. 2, N. 25; Eren, s. 214.

⁶⁵ Bu hükmün, BK m. 16/I hükmüne yollama yaptığı görüşünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 77. Karş. Gauch, s. 51; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 536 vd.; Eren, s. 214.

⁶⁶ Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 77; Oğuzman/Öz, s. 67; von Tuhr/Peter, s. 190; Schönerberger/Jäggi, Art. 2, N. 42-43.

100.000 TL ödünç vereceği ve bu sözleşmenin noterde düzenleme şeklinde yapılacağı kararlaştırılmışsa, ödünç sözleşmesinin kurulması, ancak belirtilen şekilde yapılmasına bağlıdır.

Kanun'da şekil zorunluluğu öngörülen hâllerde, genellikle bu şeklin kapsamına nelerin girdiği belirtilmemiştir.⁶⁷ Örneğin, BK m. 213/I'e göre taşınmaz satım sözleşmesinin; BK m. 238/II uyarınca taşınmaz bir mala ilişkin bağışlama taahhüdünün geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerektiği öngörülmüş, ancak bu şeklin kapsamına nelerin girdiği belirtilmemiştir. Buna karşılık, şekle tâbi kılınan bazı sözleşmelerde, şeklin kapsamında yer alması gereken hususlar açıkça öngörülmüştür. Örneğin, BK m. 484'te, kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şeklin kapsamında yer alması gereken hususlar belirtilmiştir.

Şekle bağlı bir sözleşmenin geçerliliği, her şeyden önce, bu sözleşmenin objektif esaslı noktalarının, öngörülen şekilde yapılmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, bir sözleşme şekle tabiyse, o sözleşmenin objektif esaslı noktalarının da, öngörülen şekil içinde yer alması gerekir.⁶⁸ Örneğin, taşınmaz satım sözleşmesinde, objektif esaslı noktalar olarak tarafların adları,⁶⁹ satıma konu olan taşınmaz, satım para-

⁶⁷ Bunun sebebi, şeklin kapsamının doktrin ve uygulama tarafından doldurulmasını sağlamaktır. Bkz. Schmidlin, B., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erlaetert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986, Art. 11, N. 90; Antalya, s. 68.

⁶⁸ Gauch, s. 51; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 537; Merz, N. 336; Schönenberger/Jäggi, Art. 11, N. 26; Eren, s. 214; Altaş, s. 52; Oğuzman/Öz, s. 122; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 131; Antalya, s. 69; Yavuz, C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 174; Tandoğan, C. I/1, s. 228.

⁶⁹ Spiro'ya göre, taşınmaz satımında kanunî şeklin amacı satıcıyı korumak olduğundan, sadece onun iradesinin resmî senette yer alması yeterli olup, alıcının satıcı tarafından yapılan mülkiyeti devir taahhüdünü kabul ettiğine ve bedeli ödeme borcu altına girdiğine ilişkin irade beyanının resmî senette yer almasına gerek yoktur; bedel, satıcının borcunun bir şartını oluşturduğu için sözleşmede gösterilmektedir. Bkz. Spiro, K., *Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf*, Basel 1964, s. 13-16 (Tandoğan, C. I/1, s. 229'dan naklen). İsviçre Federal Mahkemesi, Spiro'nun bu görüşünü, taşınmaz satımı için resmî şekli şart koşan BK m. 213'e ve resmî şeklin sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını kapsamaması gerektiği yolundaki doktrinde hâkim olan görüşe aykırı bularak reddetmiştir. Bkz. BGE 90 II 154. Kanaatimizce de, kanunî şeklin sadece satıcıyı koruduğunu, alıcının bu koruma dışında olduğunu söylemek doğru değildir. Zira her şeyden önce, kanunî şekil, alıcı bakımından sözleşmeyi ispat kolaylığı sağlar. Ayrıca, BK m. 213/I, satım sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasını öngörmüş olup, bu

sı ve hukukî sebebin resmî şekilde düzenlenecek senette gösterilmesi gerekir.⁷⁰ Resmî senette satıma konu taşınmaz gösterilmiş, buna karşılık, taraflarca belirlenmiş olmasına rağmen bedel⁷¹ resmî senette gösterilmemişse, satım sözleşmesi geçerli olmaz.

Taşınmaz satım sözleşmesinin akdedilmesi için verilen vekâlet ve temsil yetkisi de şekle tâbidir⁷². Gerçekten, sözleşme bir vekil veya temsilci aracılığıyla kurulacaksa, vekilin kimliği ile temsil ilişkisinin resmî senette yer alması gerekir. Aksi takdirde, temsil olunan kişi, satım sözleşmesine dayanarak, kendi adına hak iddia edemez. Burada, karşı tarafın temsil ilişkisini bilmesi veya bilecek durumda olması önemli olmadığı gibi, BK m. 32/II gereğince sözleşmenin temsilci veya temsil olunanla yapılması arasında fark olmadığı da ileri sürülemez.⁷³ Ancak, doktrin ve uygulamadaki hâkim görüş, taşınmaz alımına ilişkin vekâlet ve temsil yetkisinin herhangi bir şekle tâbi olmadığı yönündedir.⁷⁴ Bu görüşün, BK m. 213/I ve TMK m. 706/I'de öngörülen şekil zorunluluğunun amacıyla bağdaşmadığı; kıyas yoluyla burada da şekil zorunluluğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁷⁵

hüküm uyarınca, her iki tarafın irade açıklamalarının da söz konusu şekil içinde yer alması gerekir. Bkz. Tandoğan, C. I/1, s. 229; Antalya, s. 69; Yavuz, s. 174. Satım sözleşmesinin esaslı unsurları arasına satıcının kimliğinin de dahil olduğu yolunda bkz. Yarg. 6. HD, 2.3.1988, 15189/3130 (Yavuz, s. 174, dn. 10a).

⁷⁰ Aral, s. 179; Altaş, s. 52-53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 131; Oğuzman/Öz, s. 122.

⁷¹ Yargıtay, genel yaklaşımından farklı olarak, resmî senette gösterilen bedelin gerçek bedelden eksik olmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Yarg. 3. HD, 29.9.1962, 6790/5419 (Antalya, s. 69, dn. 10); Yarg. 3. HD, 16.12.1963, 8699/8911 (Antalya, s. 69, dn. 10). "Tarafların daha az tapu harcı ödemek üzere satış bedelini gerçek miktarın altında göstermeleri halinde, taraflar muvazaa sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmedikleri sürece, satım sözleşmesi geçersiz olmaz. Sözleşmenin ifasından sonra tarafların muvazaa iddiaları, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşır": Aral, s. 180.

⁷² Taşınmaz satımına ilişkin vekâlet sözleşmesinin şekle tâbi olduğuna dair Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda açık bir hüküm yoktur. Ancak, mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmek üzere tapuda yapılacak işlemlerde, "vekilden Noterlik Kanunu'na göre düzenlenmiş ve istem konusu işlemleri yapmaya yetkili olduğunu içerir bir vekâletname istenir" (TST m. 13/IV). Buna karşılık, Alman Medeni Kanunu'na (BGB § 167) göre, şekle tâbi bir sözleşmenin akdedilmesi için verilen temsil yetkisinin, öngörülen şekle uygun olması şart değildir.

⁷³ Bkz. Aral, s. 179; Tandoğan, C. I/1, s. 228-229.

⁷⁴ Bkz. Aral, s. 179, dn. 8'de anılan yazarlar ve Federal Mahkeme kararları.

⁷⁵ Bkz. Aral, s. 179-180.

Buna karşılık, şekil zorunluluğunun, sübjektif esaslı noktaların tamamını kapsayıp kapsamadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.⁷⁶ Bu konuda, sübjektif, objektif ve karma olmak üzere üç görüş söz konusudur.

1. Sübjektif Görüş

Doktrin ve uygulamada hâkim olan bu görüşe göre, sözleşmenin objektif esaslı noktaları gibi, sübjektif esaslı noktaların tamamı da zorunlu şeklin kapsamına dahildir.⁷⁷ Buna göre, taraflarca sübjektif esaslı nokta hâline getirilen objektif yan noktaların da, zorunlu şeklin kapsamında yer alması gerekir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski bir kararına konu olan bir olayda: *"D, arazisinin bir kısmını K'ya satmıştır. Taraflar, satılan kısım üzerinde K'nun iki bina inşa etmesini ve eğer inşaat mümkün olmazsa taraflardan birinin, gayrimenkulün geri verilmesini isteyebileceğini kararlaştırmışlardı. Fakat inşaata ilişkin bu kayıt, resmi satım sözleşmesinde yer almadı. Oysa D'nin satılan arsa kısmında inşaat yapılmasını istemesi, elinde kalan (satmadığı) arazi kısmını değerlendirmek amacına dayanıyordu. Öyle ki bu kayıt olmaksızın satım sözleşmesinin yapılmayacağı açıktı. O halde sözü edilen kaydın resmi senette yer almaması karşısında şekil şartı gerçekleşmiş sayılamaz; satım sözleşmesi tamamen batıldır"*.⁷⁸ Görüldüğü üzere, bu görüş, sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken tüm noktaları, yani objektif ve sübjektif bakımdan esaslı olan tüm noktaları, şekil zorunluluğuna tâbi tutmaktadır. Böylece, şeklin tarafları koruma amacından hareketle, BK m. 2'de öngörülen irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamı, zorunlu şeklin kapsamına dönüştürülmektedir.

⁷⁶ Bkz. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Altaş, s. 51; Aral, s. 180; Antalya, s. 69. Bu yazara göre, objektif esaslı noktalar dışındaki noktaların zorunlu şeklin kapsamına dahil olup olmadığı tartışması sadece kanunî şekil bakımından söz konusu olabilir. Bkz. Antalya, s. 69, dn. 15.

⁷⁷ Von Tuhr/Peter, s. 239; Gauch, s. 51; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 537; Merz, N. 336 vd.; Bucher, s. 163; Guhl/Merz/Kummer, s. 104; Schmidlin, Art. 11, N. 97; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 131; Eren, s. 214; Oğuzman/Öz, s. 122; Yavuz, s. 174; Tandoğan, C. I/1, s. 228. Karş. Schönerberger/Jäggi, Art. 11, N. 26; Merz, N. 336; Antalya, s. 70; BGE 123 III 100; 125 III 133.

⁷⁸ BGE 90 II 34 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 132'den naklen).

Sübjektif esaslı noktaların tamamının zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğunu iddia eden bu görüş, ticarî hayatı olumsuz etkilediği ve kanun koyucunun şekil zorunluluğunu dar tutma amacına aykırı düşüğü gerekçesiyle eleştirilerek, yumuşatılmış ve sınırlandırılmıştır.⁷⁹ Buna göre, tüm sübjektif esaslı noktalar değil, yalnız sözleşmenin objektif esaslı noktalarıyla sıkı ilişki içinde olan, edim ve karşı edimlere açıklayan veya kuvvetlendiren (teminat altına alan) sübjektif esaslı noktalar zorunlu şeklin kapsamında yer alır.⁸⁰ Görüldüğü üzere, sübjektif görüş, daha çok tarafları korumak amacıyla, objektif ve sübjektif bütün esaslı noktaları zorunlu şeklin kapsamına tâbi tutarken; yumuşatılmış sübjektif görüş, yalnızca akdedilmek istenen sözleşmenin tipiyle ilgili sübjektif esaslı noktaları zorunlu şeklin kapsamına tâbi tutmaktadır. Yumuşatılmış sübjektif görüş, sübjektif esaslı noktaların zorunlu şeklin kapsamına girip girmeyeceğini belirlerken, objektif ölçütlerden yararlanmaktadır. Buna göre, akdedilen sözleşmenin tabî yapısı dışına çıkarılamayan, edim-karşı edim ilişkisini belirleyen veya sözleşmenin kurulmasına etkisi olan noktalar, şekil zorunluluğuna tâbidir. Buna karşılık, sözleşmenin tipini belirlemeyen, sözleşme ilişkisinin esasıyla ilgili olmayan sübjektif esaslı noktalar ise, zorunlu şekle tâbi değildir.⁸¹

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları da bu yöndedir.⁸² Nitekim Yüksek Mahkeme, bir ödüncü teminat altına almak amacıyla verilen iştirah hakkında, âdi senetle düzenlenen ödünç sözleşmesinin kanunî şeklin (BK m. 213) kapsamına tâbi olmadığına karar verirken, şu ifadeleri kullanmıştır: *“Objektif yan anlaşmalar ancak mahiyetleri itibarıyla bir satım sözleşmesinin çerçevesine girdikleri takdirde, sübjektif esaslı nokta olarak şekil mecburiyetine tâbi olurlar. Bunun için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bir taraftan, üstlenilen borcun hukukî sebebinin satımın tabî muhtevasının dışında kalmayan bir alacak içinde bulunması; taahhüt edilen hususun satım bedeli veya mülkiyet geçirilmesi için bir karşı edim teşkil etmesi gerekir. Diğer taraftan, borcun konusu bir satımın çerçevesinde yer almak, satılanın hukukî durumunu etkilemek ve doğrudan doğruya sözleşmenin*

⁷⁹ Gauch, s. 51; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Aral, s. 180; Altaş, s. 56; BGE 113 II 404; 107 II 216; 90 II 37 vd.; 86 II 37.

⁸⁰ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Bucher, s. 163; Aral, s. 180; Altaş, s. 56; Antalya, s. 70.

⁸¹ Bkz. Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

⁸² BGE 113 II 402; 118 II 33; 117 II 259; 119 II 135; 112 II 330; 106 II 148; 90 II 37.

muhtevasına ilişkin olmak zorundadır (BGE 90 II 37 vd.). Bu itibarla, ancak satım sözleşmesinde edim ve karşı edim ilişkisini etkileyen anlaşmalar kanunî şekle tabidir. Bir borcun diğerine sadece vesile olması, meselâ, sebebi yönünden karşılıklı bağımlılık içinde bulunan iki sözleşme yeterli değildir".⁸³

2. Objektif Görüş

Sübjektif esaslı noktaların, zorunlu şeklin kapsamına dahil olup olmadığını açıklayan bir diğer görüş, objektif görüştür. Bu görüşe göre, zorunlu şeklin kapsamına, sözleşmenin yalnızca objektif esaslı noktaları girer. Objektif esaslı noktalar dışındaki tüm noktalar ise, zorunlu şeklin kapsamı dışında kalır. Bu nedenle, zorunlu şeklin kapsamı, sözleşmenin objektif esaslı noktalarına göre belirlenir.⁸⁴ Bununla birlikte, taraflarca sözleşmenin esasını ve hukukî sebebini etkileyecek hâle getirilmiş olan sübjektif esaslı noktaların da zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğu kabul edilmektedir.⁸⁵ Zira bu noktalar, sözleşme tipinin belirlenmesinde etkili olan esaslı noktalardır. Örneğin, taşınmaz satımında, taşınmazın taraflarca kararlaştırılan nitelikleri, sözleşmenin tipini belirleyen sübjektif esaslı noktalar olup, resmî şekle tâbidir.⁸⁶ Buna karşılık, sözleşmenin kurulmasında etkili olmayan noktalar, zorunlu şeklin kapsamı dışında kalırlar.⁸⁷

Objektif görüş, ticarî ilişkilerin hız ve güvenliği ile şeklin koruma amacından hareket etmektedir. Bu görüşe göre, sözleşme noktalarının zorunlu şeklin kapsamına girmeleri için, ya objektif esaslı noktalar olmaları, ya da edim ve karşı edim ilişkisini doğrudan doğruya etkileyen sübjektif esaslı noktalar olmaları gerekir.⁸⁸ O hâlde, bir sübjektif esaslı noktanın zorunlu şeklin kapsamında yer alması için, bunun, edim ve karşı edim ilişkisinin tespitine yarayan, yani objektif esaslı noktalarla doğrudan doğruya bağlantı içinde bulunan, onları kuvvetlendiren (teminat altına alan) bir nokta olması gerekir. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart ve pişmanlık akçesi, sübjektif esaslı noktalardan

⁸³ BGE 113 II 402 (Aral, s. 181' den naklen).

⁸⁴ Bkz. Gauch, s. 51; Schmidlin, Art. 11, N. 98; Altaş, s. 57. Karş. Antalya, s. 70.

⁸⁵ Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

⁸⁶ Bkz. Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

⁸⁷ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 537; Altaş, s. 57.

⁸⁸ Gauch, s. 51; Altaş, s. 58; Antalya, s. 70.

olmalarına rağmen, zorunlu şeklin kapsamında yer alırlar.⁸⁹ O hâlde, asıl borcu doğuran işlemin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değilse, cezaî şart da şekle bağlı olmaz. Buna karşılık, asıl borcu doğuran işlemin geçerliliği, yazılı veya resmî şekle tâbiyse, cezaî şart taahhüdünün de aynı şekilde yazılı veya resmî şekilde yapılması zorunludur.⁹⁰ Örneğin, taşınmaz satımının geçerliliği resmî şekle bağlı olduğundan,⁹¹ buna ilişkin cezaî şart işlemi de aynı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.⁹²

Diğer taraftan, borçlunun durumunu ağırlaştıran sübjektif esaslı noktalar da şekil zorunluluğuna tâbidir. Örneğin, BK m. 484 uyarınca, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, bunun yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı miktarın kefalet senedinde gösterilmesine bağlıdır. Buna göre, kefilin yükümlülüğüne ilişkin objektif esaslı noktalar gibi, onun sorumluluğunu ağırlaştıran sübjektif esaslı noktaların da kefalet senedinde yer alması gerekir. Kefilin sorumluluğunun ağırlaştırılmasına örnek olarak, *“kefilin sorumluluğunun kanunî kapsamını genişletmek (örneğin bir yıllık işlemiş ve işleyecek olan akdî faizden fazlasıyla, olumsuz zararlar ve veya cezaî şart ödemekle yükümlü tutmak) veya bu sorumluluğun tâbi olduğu kanunî şartların bir kısmından vazgeçmek (örneğin tartışma definden veya rehnin paraya çevrilmesi definden vazgeçmek) veya kanunî şartları kefilin aleyhine değiştirmek (örneğin BK m. 493’deki bir aylık süreyi uzatmak) ya da kefaletin kapsamına sözleşmenin yapılmasından önce doğmuş borçları sokmak”*⁹³ gösterilebilir.

⁸⁹ Altaş, s. 58; Keller/Schöbi, s. 26; Kocaağa, K., *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (BK m. 158-161), Ankara 2003, s. 125-126.

⁹⁰ Bentele, R., *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, Diss. Freiburg 1994, s. 57; von Tuhr, A./Escher, A., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974/1984, s. 278; Aral, s. 181; Kocaağa, s. 126.

⁹¹ Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından, Yargıtay bunların satışını zilyetliğin devri olarak kabul ettiğinden ve zilyetliğin devri anlaşmasının geçerliliği için herhangi bir şekil şartı aranmadığından, bunlarda cezaî şart anlaşması da şekle tâbi değildir. Bkz. Kocaağa, s. 127 ve aynı sayfada dn. 220’de yer alan Yarg. 13. HD, 31.1.1991, E. 1990/6830, K. 1991/878 sayılı kararı.

⁹² Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 4012; Schwenzler, s. 396; von Tuhr/Escher, s. 278; Keller/Schöbi, s. 111; Bentele, s. 56 vd.; Eren, s. 1135-1136; Kocaağa, s. 126; Yarg. HGK, 10.11.1993, E. 1993/13-125, K. 1993/711: *“...Taşınmaz satımını güçlendiren cezaî şart da satış sözleşmesinin tâbi olduğu resmî şekilde yapılmalıdır. Aksi halde cezaî şartın geçerliliğinden söz edilemez...”* (YKD 1994, S. 3, s. 343).

⁹³ Antalya, s. 71. Ayrıca bkz. Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 761.

Objektif görüş, objektif esaslı noktalar yanında, bazı sübjektif esaslı noktaları da şekil zorunluluğuna tâbi tuttuğundan, zorunlu şeklin kapsamını genişletmiştir. Diğer taraftan, bu görüş, zorunlu şeklin kapsamına yalnız objektif esaslı noktaları tâbi tutmayı amaçlamakla beraber, bazı sübjektif esaslı noktaları da zorunlu şeklin kapsamına soktuğu için, yumuşatılmış sübjektif görüşe yaklaşmıştır.⁹⁴

3. Karma Görüş

Bu görüşe göre, zorunlu şeklin kapsamına, öncelikle objektif esaslı noktalar girmekle beraber, bazı sübjektif esaslı noktaların da bu kapsamda yer alması gerekebilir. Taraflardan biri veya her ikisi tarafından sözleşmenin kurulma şartı (condictio sine qua non) hâline getirilen, edim-karşı edim ilişkisini belirginleştiren, sözleşmenin tipini belirleyen noktalar, yani objektif esaslı noktalar gibi telakki edilebilen sübjektif esaslı noktalar da zorunlu şeklin kapsamında yer almalıdır.⁹⁵ Buna karşılık, bu nitelikte olmayan sübjektif esaslı noktalar ile esaslı olmayan noktalar zorunlu şekle tâbi değildir. Karma görüş, aslında sübjektif görüş ile objektif görüşün yumuşatılmış şekillerinden oluşmaktadır. Gerçekten, yukarıda da belirtildiği üzere, sübjektif esaslı noktaların tamamının zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğunu iddia eden sübjektif görüş,⁹⁶ ticarî hayatı olumsuz etkilediği ve kanun koyucunun şekil zorunluluğunun kapsamını dar tutma amacına aykırı düştüğü gerekçesiyle eleştirilerek yumuşatılmış ve yalnız sözleşmenin objektif esaslı noktalarıyla sıkı ilişki içinde olan, edim ve karşı edimleri açıklayan sübjektif esaslı noktaların zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğu; bu nitelikte olmayanların ise, şekil zorunluluğuna tâbi olmadığı kabul edilmiştir.⁹⁷ Yine yukarıda belirtildiği üzere, objektif görüş, zorunlu şeklin kapsamına esas itibariyle sözleşmenin objektif

⁹⁴ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Altaş, s. 58.

⁹⁵ Bkz. Altaş, s. 58-59; Guhl/Merz/Kummer, s. 113; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 537. Ayrıca bkz. Antalya, s. 70.

⁹⁶ Bkz. Von Tuhr/Peter, s. 239; Gauch, s. 51; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 537; Merz, N. 336 vd.; Bucher, s. 163; Guhl/Merz/Kummer, s. 104; Schmidlin, Art. 11, N. 97; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 131; Eren, s. 214; Oğuzman/Öz, s. 122; Yavuz, s. 174; Tandoğan, C. I/1, s. 228. Karş. Schönenberger/Jäggi, Art. 11, N. 26; Merz, N. 336; Antalya, s. 70; BGE 123 III 100; 125 III 133.

⁹⁷ Bkz. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Bucher, s. 163; Aral, s. 180; Altaş, s. 56; Antalya, s. 70.

esaslı noktalarının girdiğini kabul etmekle⁹⁸ beraber; taraflarca sözleşmenin esasını ve hukukî sebebini etkileyecek hâle getirilmiş olan sübjektif esaslı noktaların da şekil zorunluluğuna tâbi olduğunu kabul etmektedir.⁹⁹ Görüldüğü üzere, objektif görüş ile sübjektif görüş yumuşamak suretiyle, karma görüşle aynı sonuca varmaktadırlar. Kanaatimizce, karma görüşe üstünlük tanımak ve zorunlu şeklin kapsamına, objektif esaslı noktalarla birlikte, taraflardan biri veya her ikisi tarafından sözleşmenin kurulma şartı (condictio sine qua non) hâline getirilen ve sözleşmenin tipini belirleyen, yani objektif esaslı noktalar gibi telakki edilebilen sübjektif esaslı noktaların da girdiğini kabul etmek gerekir. Sözleşmenin bu nitelikte olmayan sübjektif esaslı noktaları ise, şekil zorunluluğuna tâbi değildir.

Tarafların yapmak istedikleri sözleşme, görünüşte bir (tek) sözleşme olmakla birlikte, aslında iki veya daha fazla sözleşmeden meydana gelmekte ve kanun bunlardan sadece birini şekle tâbi kılmakta ise, diğeri de şekle tâbi tutulacak mıdır? Örneğin, A, B'ye 50.000 TL karşılığında arsasını satmayı vaad etmiş ve ayrıca B'nin ödeyeceği 100.000 TL karşılığında ona bu arsa üzerine bir bina inşa etmeyi taahhüt etmiş olsun. Burada, biri "*taşınmaz satım vaadi*", diğeri ise "*eser sözleşmesi*" olmak üzere iki ayrı sözleşme söz konusudur. Acaba taraflar, yalnız satım vaadini kanunun öngördüğü şekilde yapıp, eser sözleşmesini herhangi bir şekle bağlı olmaksızın gerçekleştirebilirler mi? Bu iki sözleşmenin birbirine bağlı olması, yani A bina inşa etmeyi taahhüt etmeseydi, B'nin söz konusu arsayı satın almayı vaad etmeyecek olması önem taşır mı? Bu konuda bir sonuca varabilmek için, taraflarca kararlaştırılan herhangi bir noktanın, asıl sözleşmenin bir unsuru mu, yoksa ayrı bir sözleşme mi olduğunun tespiti gerekir. Bu tespit ise, sözleşmenin yorumlanması suretiyle gerçekleştirilir.¹⁰⁰ Kararlaştırılan nokta, asıl sözleşmenin bir unsuru niteliğindeyse ve bu unsur olmadan tarafların sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, söz konusu nokta da şekle tâbidir. Buna karşılık, taraflar, asıl sözleşmeden ayrı, başka bir sözleşme yapmışlarsa, bu iki sözleşme arasındaki bağlılık ne kadar kuvvetli olursa olsun, şekil zorunluluğu bu sözleşmelerden hangisi için öngörülmüşse, yalnız o sözleşme şekle tâbidir; diğeri herhan-

⁹⁸ Bkz. Gauch, s. 51; Schmidlin, Art. 11, N. 98; Altaş, s. 57. Karş. Antalya, s. 70.

⁹⁹ Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 122.

gi bir şekil şartı aranmaksızın yapılabilir.¹⁰¹ Yukarıdaki örneğimizde, taraflar, yalnız satım vaadini kanunun öngördüğü şekilde yapıp, eser sözleşmesini herhangi bir şekle bağlı olmaksızın gerçekleştirebilirler.

Yukarıdaki çözüm şekli, biri (veya birkaçı) kanunen şekle tâbi, diğeri (veya diğerleri) ise şekle tâbi olmayan çeşitli sözleşmelerin edimlerini içeren karma sözleşmeler hakkında da geçerlidir. Buna göre, karma sözleşmeyi oluşturan unsurlar (noktalar), kendi sözleşme tiplerine ilişkin hükümlere tâbi olacak kadar bağımsızlıklarını koruyorlarsa ve kendi sözleşme tipleri için herhangi bir şekil zorunluluğu söz konusu değilse, diğer sözleşmeler için öngörülen şekil içinde yer almalarına gerek yoktur;¹⁰² şekle tâbi sözleşmeye ait noktaların, zorunlu şeklin kapsamında yer almaları gerekli ve yeterlidir.¹⁰³ Buradan hareketle bazı yazarlar,¹⁰⁴ bir karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye verilecek arsa payı için noterde taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin yapılması gerektiğini; yüklenicinin inşaat yapma borcunun ise, âdi yazılı şekilde veya sözlü olarak kararlaştırılabileceğini belirtmektedirler. Buna karşılık, bazı yazarlar¹⁰⁵ ve Yargıtay,¹⁰⁶ arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaat yapma borcunun da resmî şekilde düzenlenen sözleşmede yer alması gerektiği görüşündedirler. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz satım vaadine ve eser sözleşmesine ilişkin edimler birbirleriyle mübadele içerisindedirler.¹⁰⁷

Sözleşmenin bazı sübjektif esaslı noktaları gibi, objektif ve sübjektif bakımdan yan noktaları da şekil zorunluluğuna tâbi değildir.¹⁰⁸ Buna göre, ikinci derecedeki (yan) noktalardan birinin sözleşmede yer alma-

¹⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 132-133; Oğuzman/Öz, s. 122; Antalya, s. 71.

¹⁰² Tandoğan, C. I/1, s. 230; Yavuz, s. 175; Antalya, s. 71; Oğuzman/Öz, s. 122-123.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, s. 122-123.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s. 122-123.

¹⁰⁵ Erman, H., *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 1991, s. 13; Tandoğan, C. II, s. 29 vd.; Yavuz, s. 513; Antalya, s. 71.

¹⁰⁶ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yavuz, s. 513, dn. 32. Buna karşılık Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasında düzenlenen arsa payı devrine ilişkin sözleşmenin, BK m. 163'e göre âdi yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmektedir. Bu kararlar için bkz. Yavuz, s. 514, dn. 37.

¹⁰⁷ Antalya, s. 71.

¹⁰⁸ Altaş, s. 59; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 131.

ması veya geçersiz olması hâlinde bile taraflarca o sözleşmenin yapılacağı anlaşılıyorsa, bu nokta şekle bağlı olmadan kararlaştırılabilir.

IV. SONUÇ

Borçlar Kanunumuz, bir sözleşmenin içeriğinde yer alan unsurları (noktaları), esaslı noktalar ve esaslı olmayan (ikinci derecedeki) noktalar olmak üzere ikiye ayırmakta; tarafların esaslı noktalarda anlaşmalarını, sözleşmenin kurulması için yeterli saymaktadır (BK m. 2). Tarafların, sözleşmenin ikinci derecedeki (yan) noktaları hakkındaki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakmaları veya bunlar üzerinde hiç durmamış olmaları, sözleşmenin kurulmasına engel değildir. Ancak, sözleşmenin hangi noktalarının esaslı, hangilerinin ikinci derecede olduğunun tespiti oldukça zordur. Zira bu tespit, sübjektif bir değerlendirmeye dayanmakta olup, taraflardan biri için ikinci derecede olan bir nokta, diğeri için oldukça önemli ve dolayısıyla esaslı olabilir. Belirlenmesi ileriye bırakılan böyle bir nokta hakkında anlaşmaya varılmaksızın sözleşmenin kurulmuş sayılması ise, tarafların irade serbestisi ilkesine uygun değildir. Bununla birlikte, genellikle kabul edildiğine göre, sözleşmenin tanımında yer alan, tipini ve karakteristik yapısını belirleyen, asgarî içeriğini oluşturan noktaları esaslı; bunların dışındakiler ise ikinci derecedeki noktalardır. Ayrıca, ikinci derecedeki bir noktanın, tarafların birlikte kararlaştırmaları veya taraflardan birinin karşı tarafın anlayabileceği bir davranışla bunu sözleşmenin zorunlu şartı sayması yoluyla, esaslı nokta hâline getirilmesi mümkündür. Bu şekilde, esaslı nokta hâline getirilen yan noktaya, “*sübjektif esaslı nokta*” adı verilir ve bu noktalar üzerinde de uyuşma sağlanmadan, sözleşme meydana gelmez.

Geçerliliği kanunen veya tarafların iradesiyle şekle tâbi kılınmış bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için, bu sözleşmenin objektif esaslı noktalarının, öngörülen şekil içinde yer alması gerekir. Aynı hususun, sübjektif esaslı noktalar bakımından da geçerli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, sözleşmenin objektif esaslı noktalarıyla sıkı ilişki içinde olan, edim ve karşı edimleri açıklayan veya kuvvetlendiren (teminat altına alan) sübjektif esaslı noktaların da zorunlu şekil içinde yer alması gerektiği kabul edilmektedir. Böyle olmayan sübjektif esaslı noktalar ile ikinci derecedeki noktalar ise şekil zorunluluğuna tâbi değildir.

KAYNAKLAR

- Altaş, H., *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998.
- Antalya, G., "Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları", *Hukuk Araştırmaları Dergisi* (1991), s. 68 vd.
- Aral, F., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Bası, Ankara 1999.
- Bentele, R., *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, Diss. Freiburg 1994.
- Bucher, E., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003.
- Erman, H., *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 1991.
- Gauch, P., *Von den wesentlichen Vertragspunkten*, recht 1991, s. 45 vd.
- Gauch, P./Schluop, W. R./Schmid, J./Rey, H., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I-II, 8. Auflage, Zürich 2003.
- Guhl, T./Merz, H./Kummer, M., *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Auflage, Zürich 1980.
- Keller, M./Schöbi, C., *Das Schweizerische Schuldrecht*, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988.
- Kırca, Ç., *Franchise Sözleşmesi*, Ankara 1997.
- Kocaağa, K., *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (BK m. 158-161), Ankara 2003.
- Koller, A., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, Band I, Bern 1996.
- Kramer, E., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erläutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986.
- Kuntalp, E., *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara 1971.
- Merz, H., *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Freiburg 1992.
- Oğuzman, K./Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2000.

- Schmidlin, B., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erlaeutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986.
- Schönenberger, W./Jäggi, P., (*Zürcher*) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973.
- Schwenzer, I., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 1998.
- Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 1990; C. II, 3. Bası, Ankara 1987.
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Von Tuhr, A./Escher, A., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974/1984.
- Von Tuhr, A./Peter, H., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979/1984.
- Yavuz, C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002.