

**SÖZLEŞMEDEKİ ESASLI BİR NOKTA, ÖZELLİKLE  
KARŞILIKLI BORÇ DOĞURAN AKİTLERDE İVAZIN MİKTARI  
BELİRLENMEKSİZİN SÖZLEŞME KURULABİLİR Mİ?**

*Is it Possible to Conclude a Contract in the Absence of an Essential  
Element, in Particular without Determining the Amount of  
Consideration in Bilateral Contracts?*

*Prof. Dr. Haluk Nami NOMER\**

**I. Genel Olarak**

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için her şeyden önce tarafların sözleşme kurma (sözleşme ile bağlanma) iradelerinin bulunması gerekir. Bu irade ile birlikte, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin içeriğinde en azından hangi noktalarda uyuşma sağlaması gerektiği kanunda açıkça belirtilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinde sadece bağlanma iradesinin varlığına ilişkin iki karine yer almaktadır.

Birinci fıkraya göre, "Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır." Taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında ikinci derecedeki (yan) noktalar üzerinde hiç durmamış, sadece sözleşmeye niteliğini veren objektif nitelikteki esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olabilirler. Birinci fıkraya göre bu uyuşma bağlanma iradesinin varlığı konusunda aksi ispat edilebilir bir karine yaratır; sözleşme kurulmuş "sayılır". Başka bir ifade ile tarafların, yapmak istedikleri sözleşmenin bütün objektif esaslı noktaları üzerinde

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

anlaşmış olmaları, onların bağlanma iradesinin varlığı konusunda bir karine yaratır. Bütün objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma sağlanmış olmasına rağmen, tarafların henüz sözleşme ile bağlanmadıkları, bu yönde iradelerinin bulunmadığı ispat edilmek suretiyle söz konusu kanuni karinenin çürütülmesi mümkündür.

İkinci fıkrada da bir karine yer almaktadır: *“İkinci derecedeki noktalarda uyusulmazsa hâkim, uyusmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar”*. İkinci fıkranın dikkate aldığı ihtimalde taraflar ikinci derecedeki noktalar üzerinde durmuşlar, fakat esaslı noktalarda uyuşma sağladıkları halde ikinci derecedeki noktalarda uyuşma sağlayamamışlar, bunları sonraya bırakmışlardır. Kanun, bu ihtimalde de sözleşmenin kurulmuş olduğundan hareket etmiş ve sözleşme boşluğunun -varsa yedek hükümlere göre değil doğrudan- hâkim tarafından doldurulacağını öngörmüştür. Sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulabilmesi için öncelikle sözleşmenin kurulmuş olduğunun kabulü gerekir. Sözleşmenin kurulmuş sayılacağına dair karineye açıkça yer verilmeksizin bunun sonucunda sözleşme boşluğunun nasıl doldurulacağı hükme bağlanmıştır. Yani karine hükmün altında gizlidir. Aslında bu durum ilk fıkrada mehaz kanundan ayrılmış olunmasından kaynaklanmaktadır. Kaynak kanunun bizdeki birinci fıkraya karşılık gelen hükmü (OR 2 I) bizdeki bu ikinci karineye ilişkindir: *“Taraflar bütün esaslı noktalar üzerinde uyusmuşlarsa, o takdirde yan noktaların saklı tutulmuş olmasının sözleşmenin bağlayıcılığına engel olmayacağı farz edilir”* (*“Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern sollte”*). *“Farz edilir”* şeklinde tercüme ettiğimiz fiilin mastarı olan *“vermuten”* sözü, aksi ispat edilebilir nitelikte bir karinenin varlığına işaret etmektedir. Buna göre taraflar ikinci derecedeki noktalar üzerinde uyuşma sağlayamamış ve bu konudaki anlaşmayı sonraya bırakmış olsalar dahi, esaslı noktalar üzerinde uyusmuş olmaları, bağlanma iradesinin varlığı konusunda karine yaratır. Bununla birlikte burada da tarafların henüz sözleşme ile bağlanmadıkları, bu yönde iradelerinin bulunmadığı ispat edilmek suretiyle söz konusu kanuni karine çürütülebilir.

Görüldüğü üzere kanunda sözleşmenin kurulması için objektif esaslı noktaların sözleşmenin kurulması safhasında belirlenmiş -veya en azından belirlenebilir tarzda belirtilmiş- olmasının gerekli olduğuna dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Sadece tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmasının, tarafların bağlanma iradesinin varlığı konusunda bir karine yaratacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte bugün gerek İsviçre<sup>1</sup> gerek Türk<sup>2</sup> öğretisinde hâkim olan görüşe göre bu karineler temel bir kurala dayanmaktadır: Taraflar en azından, sözleşmenin niteliğini belirleyen objektif esaslı noktaların (essentialia negotii) tamamı üzerinde uyuşmuş, yani bunları belirlemiş veya belirlenebilir tarzda kararlaştırmış olmalıdırlar. Objektif esaslı noktalardan biri üzerinde anlaşmanın sağlanmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engeldir; böyle bir durumda sözleşme kurulmamıştır, yoktur.

---

<sup>1</sup> von TUHR Andreas/PETER Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1974, § 24 II, V; BECKER, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941, Art. 184, N. 12: Semen yeni bir anlaşma olmaksızın belirlenebilir olmalıdır; KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, Bern 1986, Art. 1, N. 171; JEANPRÊTRE, Raymond: JdT 123/1975 I, 613, 614; MERZ, Hans: ZBJV 112 (1976), 99 vd.

<sup>2</sup> OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt -1, İstanbul 2011, 77; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, 232, 234, 242; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, 174, 175; TEKİNAY, Selahâttin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, 75, 78; ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTCU, Ayşe/AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, İzmir 2013, n. 169; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, 29-30; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, 165.

Alman Medeni Kanunu'nda da sözleşmenin kurulması bakımından objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmanın gerçekleşmiş olmasının gerekli olduğuna dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunlaşma aşamasındaki Tasarı'da, akdedilecek sözleşmenin tipine kanun uyarınca dâhil olan noktalar üzerinde uyuşma sağlanmadıkça sözleşmenin kurulmuş olmayacağına dair bir hüküm bulunmaktaydı. Ancak bu hüküm, çok tabii bir kuralın ifadesinden ibaret olduğu gerekçesiyle kanuna alınmamıştır<sup>3</sup>. Objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşma olmadıkça, sözleşmenin kurulmamış olduğu görüşünün Alman hukukunda da önemli taraftarları bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Hâkim görüşte Roma hukukunun etkisi görülmektedir. Roma sözleşme hukukunda, yapılan anlaşmanın belirli bir sözleşme tipine sokulabilmesi ve bu böylece dava edilebilir hale getirilebilmesi için, belirli noktalar (*essentialia negotii*) üzerinde uyuşmanın sağlanmış olması gerekliydi<sup>5</sup>. Dolayısıyla Roma hukukunda satış bedeli konusunda anlaşma olmadan satışın var olamayacağı, satış bedelinin

<sup>3</sup> WITZ, Wolfgang: *Der unbestimmte Kaufpreis*, Neuwied/Frankfurt 1989, 160.

<sup>4</sup> FLUME, Werner: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Dritte, ergänzte Auflage*, Berlin/Heidelberg/New York 1979, 627, 631; Münchener Kommentar/KRAMER, Ernst A.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB Gesetz, 3. Auflage*, München 1993, § 154 Rdnr. 5; STAUDINGER/BORK, Reinhard: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 134-163, Neubearbeitung 2003*, Berlin, § 154 Rdnr. 3; hâkim görüşü eleştiren Witz'e göre, eğer satış bedeli belirlenmeksizin sözleşmenin kurulamayacağı kabul edilecek olsaydı, BGB § 316 satış sözleşmelerinde uygulama alanı bulamazdı (WITZ (*dn.3*), 166). BGB § 316'da ivaz belirlenmeksizin kurulan sözleşmelerde ivazın nasıl belirleneceği düzenlenmiştir.

<sup>5</sup> BUCHER, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage*, Zürich 1988, 118; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage*, Zürich 2008, N. 340.

sözleşmenin kurulması anında objektif olarak belirli olması gerektiği kuralı (pretium certum) benimsenmişti<sup>6</sup>.

Hâkim görüşüne rağmen, kanunda açık bir hüküm bulunmasına da dayalı olarak, tarafların bağlanma iradesinin varlığının ispat edildiği durumlarda, sözleşmenin kurulması bakımından objektif esaslı noktaların tamamı üzerinde uyuşmanın gerekip gerekmediği noktası tartışmaya açık bir konudur. Özellikle tarafların ivazlı (bir miktar para karşılığı) bir sözleşme yapmak hususunda bağlanma iradeleri mevcut olduğu tespit edilmiş ise, bu ivazın sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca belirlenmiş olması veya en azından belirlenebilir tarzda belirtilmiş olması gerekli midir? Değilse, sözleşmedeki bu boşluk nasıl doldurulacaktır?

## II. Taraflarca İvazın Miktarı Üzerinde Hiç Durulmamış Olması

### A. Genel Olarak

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde esaslı nokta olan ivazın miktarı üzerinde hiç durulmamış olsa dahi sözleşmenin kurulmuş sayılabileceği yönünde, satış, hizmet, eser, yayım ve simsarlık sözleşmelerine ilişkin, münferit bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır:

*“Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır” (TBK 233 I).*

*“İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür” (TBK 401).*

*“Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir” (TBK 481).* Buradaki “eserin değeri” ibaresi

---

<sup>6</sup> WITZ (dn.3), 11 vd.; pretium certum için bkz. UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, İstanbul 1999, 358; ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, 75-76; TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012, 199.

kaynak kanuna göre “işin değeri” (“... des Wertes der Arbeit”) şeklinde anlaşılmalıdır. İşin değeri -kabul edilecek görüşe göre- işin fiilen yapıldığı veya teslim anındaki rayice göre belirlenir<sup>7</sup>.

“Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça yayımlatan, bedel ödenmesini isteyebilir. Bedel ödenmesi gereken hallerde ödenecek miktar belli değilse bedel, hâkim tarafından belirlenir.” (TBK 496 I, II).

“Ücret, belirlenmemişse tarifeye, tarife yoksa teamüle göre ödenir” (TBK 522).

Bütün bu hallerde bir ivazlı sözleşme söz konusudur. Bir taraf temlik veya iş görme edimini yerine getirecek, diğer taraf ise bunun karşılığında bir bedel ödeyecektir. Fakat bu bedelin miktarı sözleşmede kararlaştırılmamıştır. Taraflar bunun üzerinde durmamışlardır. Buna rağmen ivazlı işlem yapma ve bağlanma iradelerinin varlığı halinde sözleşme kurulmuştur. Sözleşme boşluğu yedek hükümlerin koyduğu esaslara göre doldurulur. TBK 233 I hükmü dikkate alındığında münferit sözleşme tiplerine ilişkin bu hükümlerde, son tahlilde *ifa zamanında cari olan ortalama rayicin (piyasa bedeli) veya emsal bedelin* esas alınacağı söylenebilir.

Benzer bir durum vekâlet sözleşmesi için de geçerlidir. Gerçi kanunun düzenlemesine göre vekâlet sözleşmesi esas itibariyle karşılıklı borç doğuran bir sözleşme değildir. Fakat “Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır” (TBK 502 III). Ücret verilmesi kararlaştırılmış veya ücret verilmesi teamül gereği ise, o takdirde yapılan vekâlet sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir akit niteliğindedir ve dolayısıyla ücret bu ihtimalde esaslı bir noktadır. Buna rağmen esaslı nokta olan ücretin miktarı sözleşmede belirlenmemiş olsa dahi sözleşme kurulmuştur. Taraflar sonradan miktar üzerinde anlaşamazlarsa, sözleşme boşluğunu hâkim doldurur. Hâkim esas itibariyle benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde tutarak uygun bir ücrete hükmeder<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Görüşler için bkz. ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010, 435.

<sup>8</sup> TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 3. Bası, Ankara 1987, 365.

Münferit sözleşme tiplerine ilişkin söz konusu özel hükümlerden hareketle acaba şöyle bir genelleme yapmak mümkün müdür: Tarafların ivazlı işlem yapma ve bağlanma iradesi mevcut ve ispat edilmiş ise, ivazın miktarı belirlenmemiş olsa dahi, sözleşme kurulmuştur ve boşluk ifa zamanında cari olan ortalama rayice (pazar veya piyasa bedeli; özel olarak borsa kuru) veya emsal bedele göre doldurulur.

Örneğin kira sözleşmesine ilişkin düzenlemede yukarıdaki hükümlere benzer bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda kullanımdırmanın ivazlı olacağı hususunda anlaşan tarafların, ivaz (kira bedeli) üzerinde durmamış olması kira sözleşmesinin kurulmasına engel olacak mıdır, yoksa buna rağmen kira sözleşmesinin kurulduğu kabul edilebilir mi?

### **B. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü**

Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin farklı yönde kararları bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1974 tarihli ilk kararına<sup>9</sup> konu olan olayda, taraflar yazılı bir anlaşma yaparak, aralarındaki kira ilişkisinin uzaması konusunda uyuşmuşlar, fakat bu anlaşmada uzayan dönem için kira bedelinin ne olacağı hususu üzerinde durmamışlardır. Geçim masraflarının, özellikle kiralardan yıldan yıla artmasını dikkate alan Federal Mahkeme'ye göre, taraflar 10 yıl geçtikten sonra 10 yıllık yeni dönemde aynı kira bedelinin devam edeceğini öngörselerdi, bunu sözleşmede açıkça belirtirlerdi. Dolayısıyla esaslı bir nokta olan kira bedeli hakkında tarafların uyuşmasının bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda esaslı nokta üzerinde uyuşma olmadığı gerekçesiyle uzayan dönem bakımından sözleşmenin kurulmadığını ileri sürmek, uyuşmazlık konusu olay açısından uygun bir çözüm değildir. Şeyin kullanımının ivazlı olarak terki konusunda uyuşma sağlandığı, fakat bedelin belirlenmediği durumlarda tam olmayan bir sözleşmenin bulunduğu ve eksikliğin uyuşmazlık halinde dürüstlük kuralına göre hâkim tarafından tamamlanacağını kabulü gerekir. Gerçi kira hukukunda, OR 322 I, 374, 394 III benzeri bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat bu hüküm-

<sup>9</sup> BGE 100 II 330

lerin temelinde genel bir hukuk kuralı yatmaktadır. Federal Mahkeme bu görüşünü Paul Piotet<sup>10</sup> ve Schöenberger/Jäggi'ye<sup>11</sup> dayandırmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı, Raymond Jeanprêtre ve Hans Merz tarafından eleştirilmiştir. Kira bedeli esaslı bir noktadır. Kira bedelinin belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Jeanprêtre, kira bedelinin piyasa rayici olarak kabulünün, "belirlenebilirlik" bakımından yeterli görülmesini şüpheyle karşılamaktadır. Taraflar uzama döneminde piyasa rayicinin ne olacağını önceden bilemezler. Bu durum sözleşme güvenliği ilkesiyle bağdaşmaz<sup>12</sup>. Merz de makalesinde OR Art. 322, 374 ve 394 III'deki düzenlemelerin, sadece belirli sözleşme tiplerine ve sadece ivaza ilişkin olmasının bu tür bir genelleştirmeyi haklı göstermesini şüpheyle karşılamış ve Jeanprêtre'in eleştirilerine tümüyle katıldığını ifade etmiştir<sup>13</sup>.

Federal Mahkeme daha sonra önüne gelen benzer bir olayda, adı geçen yazarlara gönderme yaparak onların eleştirilerini dikkate almıştır<sup>14</sup>. Buna göre, ivaz karşılığı kullanıma terk konusunda uyuşma sağlanmış olmasına rağmen, kira bedelinin belirlenmediği dönem bakımından sözleşme kurulmuş sayılamaz.

### C. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay bu konuya 1964 tarihli bir içtihadı birleştirme kararının gerekçe kısmında değinmiştir<sup>15</sup>. İchtihadı birleştirme kararının konusu bugün yürürlükte olmayan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'a ilişkindir. Kanunun 2. ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine, aynı kanunun 11. maddesi uyarınca yenilenen kira sözleşmelerinde kira bedelinin nasıl belirle-

<sup>10</sup> Bkz. dn.19.

<sup>11</sup> Bkz. dn.20.

<sup>12</sup> JdT 123/1975 I, 613-614.

<sup>13</sup> ZBJV 112 (1976), 99 vd.

<sup>14</sup> BGE 119 II 347.

<sup>15</sup> Yarg. İBK, 18.11.1964, E. 1964/2, K. 1964/4 (RG 27.11.1964, Sayı: 11867).



neceği konusunda Yargıtay dairelerinin ilamları arasında içtihat aykırılığı ortaya çıkmıştır. Yargıtay bu içtihat aykırılığını giderirken, yenilenmiş kira sözleşmeleri bakımından, kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin kanun boşluğunun bilirkişilerce tespit edilecek olağan rayiç ve bu tespit edilemezse ekonomi esasları ve hak ve nasafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak hâkim tarafından doldurulması gerektiğine karar vermiştir. Görüşmeler esnasında bazı üyeler hâkimin sınırlandırmada göz önünde tutacağı belli esasların bulunmadığı yolunda itirazda bulunmuşlardır. Kararın 4 no.lu gerekçesi bu itirazın yerinde olmadığına ilişkindir. Yargıtay itirazın yerinde olmadığını belirtirken esas itibariyle incelediğimiz konuya değinmiştir: "... Borçlar Hukukunun genel kuralına göre karşılıklı borçları kapsayan akitlerde karşılık borçlardan birisinin akit yapanlarca belli edilmemiş olması halinde bu borç mahkemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim, bir satış akdinde mal parası veya kira akdinde kira parası, hizmet akdinde işçi parası, istisna akdinde iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıklar, rayiçe göre hükmedilir. Yargıtayın kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır...". Esasen satış, hizmet ve eser sözleşmeleri hakkında yukarıda belirttiğimiz özel hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu görüşü esas itibariyle özel hüküm bulunmayan sözleşmeler, bu arada kira sözleşmesi bakımından önem taşımaktadır. Fakat Yargıtay'ın daire kararlarında aksi yönde ifadelere rastlanmaktadır; örn: "...Kira sözleşmesi yazılı veya sözlü yapılabileceği gibi zımni (üstü kapalı) olarak da vücuda getirilebilir. Yeter ki taraflar kira sözleşmesinin esaslı unsurlarında anlaşmış olsunlar."<sup>16</sup>; "...taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ileride yapılacak taşınmaz satış sözleşmesinin esaslı unsurlarını ihtiva etmelidir. Taşınmaz satımında semen (satış bedeli) satım akdininin asgari objektif unsurları arasındadır."<sup>17</sup>

#### D. İsviçre ve Türk Öğretisindeki Farklı Görüşler

Gerek İsviçre gerek Türk öğretisinde sözleşmenin kurulması için sözleşmenin niteliğini belirleyen objektif esaslı noktaların

<sup>16</sup> Yarg. 1. HD, 05.04.2012, E. 20120/3423, K. 2012/4001 (YKD 2012/10, 1881).

<sup>17</sup> Yarg. 14. HD, 15.11.2007, E. 2007/12545, K. 2007/14157 (YKD 2011/3, 460).

tamamı üzerinde uyuşmanın gerçekleşmesi gerektiği görüşünün hâkim olduğunu yukarıda belirtmiştik<sup>18</sup>.

Ancak farklı görüşler de bulunmaktadır. Nitekim yukarıda belirttiğimiz 1974 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi, Paul Piotet ile Schönenberger/Jäggi'nin görüşlerine dayanmıştır. Piotet'ye göre taraflar esaslı bir nokta üzerinde uyuşmuş olmadıkları halde, sözleşme ile bağlı olduklarını kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda sözleşme, tarafların gelecekteki bir anlaşmasıyla, böyle bir anlaşma yoksa hâkim tarafından tamamlanır<sup>19</sup>.

Schönenberger/Jäggi de Piotet ile benzer görüştedirler: OR 2 I, sözleşmenin ancak, taraflarca en azından objektif esaslı noktaların tamamen düzenlenmesi halinde bağlayıcı olacağına dair genel bir kural içermez. Tarafların birbirine uygun sözleşme kurma iradelerini örtülü veya açıkça açıklamış olması ve bu açıklamanın da sözleşme kavramı bakımından gerekli en az içeriği taşıyor olması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Bunlar gerçekleşmişse, objektif esaslı noktaların bilerek veya bilmeyerek tartışılmamış ve bu sebeple düzenlenmemiş olması sözleşmenin kurulmasına hiçbir şekilde engel olmaz<sup>20</sup>. Dolayısıyla esaslı noktalara ilişkin sözleşme boşluğu da yabancı normlarla doldurulabilir; sözleşmenin tamamlanması esaslı olmayan noktalara sınırlı değildir<sup>21</sup>.

Eugen Bucher de hâkim görüşe katılmamaktadır. Bucher'e göre 2. maddede yer alan kural, ifadan önceki safhaya ilişkindir. Bu safhada sözleşmenin kurulmuş olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında, tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş

---

<sup>18</sup> Bkz. dn.1, 2.

<sup>19</sup> PIOTET, Paul: La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Berne 1956, 36.

<sup>20</sup> SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1a, Zürich 1973, Art. 1 N. 61; ancak krş. Art. 1 N. 84.

<sup>21</sup> JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1b, Zürich 1980, Art. 18 N. 541.

olması aranır. Buna karşılık ifadan sonraki aşamada, artık sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı tartışmasına yer yoktur<sup>22</sup>. Hakkın kötüye kullanılması yasağı da buna engeldir. Zira ifadan sonra sözleşmenin kurulmadığını iddia etmek, çelişkili bir davranış olurdu (venire contra factum proprium)<sup>23</sup>.

Gene Bucher'e göre, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (Viyana Sözleşmesi) çelişkili gibi gözükten iki madde bu şekilde yorumlanmalıdır<sup>24</sup>. Öneride (icap) semenin belirlenmiş olmasını arayan 14. madde ifadan önceki aşamaya aittir: *"Bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir teklif, yeterince kesin olması ve teklifte bulunanın, kabul halinde bağlanma iradesini yansıtması durumunda icap sayılır. Malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır."* Buna karşılık semen belirlenmeksizin yapılmış satış sözleşmesini kurulmuş sayan 55. madde ifadan sonraki aşamaya aittir: *"Sözleşme, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları varsayılır."*

Bir diğer görüş ise sözleşmenin kurulabilmesi bakımından objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmayı gerekli görmekte birlikte,

<sup>22</sup> Basler Kommentar/BUCHER, Eugen: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 1 N. 26.

<sup>23</sup> BUCHER, Eugen: Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit beim Kauf, Zum angeblichen Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55 des "Wiener Kaufrechts", Mélanges Paul Piotet, hrsg. Von Fritz Sturm, Bern (Stämpfli) 1990, 395.

<sup>24</sup> BUCHER (dn.23), 371 vd.; maddelerin oluşum süreci ve çelişkiyi gidermek için öne sürülen görüşler için bkz. SCHLECHTRIEM/SCHROETER in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG-, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, München/Basel 2008, Art. 14 N. 17 vd.; ayrıca bkz. WITZ (dn.3), 221 vd.

objektif esaslı noktaların kapsamını dar tutmak yolunu seçmiştir. Bu yeni eğilim, objektif esaslı noktaları, işlemin çekirdeğini oluşturan noktalar olarak nitelendirmektedir<sup>25</sup>. Gauch'a göre, objektif esaslı noktalar daha somut bir ifadeyle, üzerinde taraflar anlaşmadığı takdirde, geride doldurulamayacak bir boşluk bırakan noktalardır. Başka bir ifade ile üzerinde anlaşma olmadığı takdirde kanun, örf ve adet hukuku ve hâkimin hukuk yaratması ile tamamlanamayacak noktalar objektif esaslı noktalardır<sup>26</sup>. Fakat yeni eğilim taraftarından Koller, edimin miktarını objektif esaslı nokta sayarken<sup>27</sup>, Gauch borçlanılan meblağın (örneğin kira bedelinin) miktarının, tamamlanamaz sözleşme noktalarına dâhil olmasının tabii bir zorunluluk olmadığını belirtmiş, konuyu uygulamaya ve ticari hayattaki gelişmelere bırakmıştır<sup>28</sup>. Gauch irade serbestisi prensibine göre (das Prinzip der Privatautonomie), hâkimin sözleşmeyi tamamlama yetkisinin sınırlı olduğu görüşüne katılmamakta, sözleşmenin ifası ne kadar merhale almışsa hâkimin sözleşmeyi belirli noktalarda (örneğin bedelin yüksekliği) tamamlamasının haklılık kazanacağı görüşünü dile getirmektedir<sup>29</sup>. Buna göre bedelin miktarı başlangıçta objektif esaslı bir nokta olduğu halde, ifa ile birlikte esaslı olmayan bir nokta haline

---

<sup>25</sup> HUGUENIN, Claire: *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3., überarbeitete Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2008, N. 205; KOLLER, Alfred: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Bern 2009, § 6 N. 28; sadece kanunda düzenlenen sözleşme tiplerini esas alan hakim görüşün, bu anlamda objektif esaslı noktalara sahip olmayan isimsiz akitlerde geçerli olamayacağı, aynı şekilde kanunda düzenlenen sözleşme tipleri bakımından da geçerli olmadığı görüşünde, GUHL, Theo/KOLLER, Alfred/SCHNYDER, Anton K./DRUEY, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Zürich 2000, § 13 N. 8.

<sup>26</sup> GAUCH, Peter, *Von den wesentlichen Vertragspunkten*, recht 1991, 47; GAUCH/SCHLUEP (dn.5), N. 335.

<sup>27</sup> KOLLER (dn.25), § 6, N. 35 vd.; kira sözleşmesinde kira bedelinin en azından belirlenebilir şekilde kararlaştırılmış olması gerektiği görüşünde, GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (dn.25), § 13, N. 8.

<sup>28</sup> GAUCH (dn.26), 48; GAUCH/SCHLUEP (dn.5), N. 338.

<sup>29</sup> GAUCH (dn.26), 48, 49; GAUCH/SCHLUEP (dn.5), N. 1276.

gelir. Yani bedelin miktarının baştan belirlenmediği durumlarda ifa olmaksızın sözleşme kurulmuş olmaz<sup>30</sup>. Buna karşılık Herzog bedelin miktarının hâkim tarafından belirlenebileceği görüşündedir. Hâkim sözleşmenin ivazlı olup olmadığını (örn: satış veya bağışlama) belirleme yetkisine sahip değildir, ama taraflarca sözleşmenin ivazlı olacağı kararlaştırılmışsa, bedelin miktarını tarafların farazi iradesine göre belirleyebilir. Bu noktada varsa benzer mal ve hizmet edimlerinin piyasa değeri belirleyici rol oynar<sup>31</sup>.

Türk hukukunda Sanem Aksoy Dursun, objektif esaslı noktanın Roma Hukuku'ndan gelen *essentialia negotii* kavramına bağlı kalınarak tanımlanmasını özellikle bağlanma iradesinin açıkça anlaşıldığı hallerde yerinde bulmamaktadır. "Anlamlı bütün" kavramından hareketle sözleşmenin kurulup kurulmadığı belirlenmelidir. Bununla birlikte Sanem Aksoy Dursun'a göre, objektif esaslı bir noktanın (örneğin semenin) saklı tutulması bağlanma iradesinin varlığını göstermeye tek başına yetmez, bağlanma iradesinin bulunduğu ifa aşamasına geçilmiş olması ile mutlaka desteklenmesi gerekir<sup>32</sup>.

## E. Görüşümüz

### 1. Sözleşmenin Kurulması Bakımından

Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi bağlanma iradesine ilişkin karineler getirmiştir. Tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olması, bağlanma iradelerinin varlığı konusunda karine yaratır. Yani objektif esaslı noktalar üzerinde taraflar uyuşmuş ise, ayrıca bağlanma iradelerinin ispatına gerek yoktur. Bağlanma iradesinin olmadığını iddia eden, iddiasını ispatlamak yükü altındadır. Buna karşılık karine dışında bağlanma iradesinin ispatlandığı

<sup>30</sup> RIMLE, Alois: *Der erfüllte Schuldvertrag*, Freiburg 1995, 38, 39.

<sup>31</sup> HERZOG, Nicolas R., *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Zürich 1999, § 4, N. 243; hâkim tarafından tamamlanabilir nitelikteki esaslı noktaların, "yan noktalar" içine dahil edilebileceği görüşünde, aynı yazar, § 4, N. 240.

<sup>32</sup> AKSOY DURSUN, Sanem: *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, İstanbul 2008, 68-69.

durumlarda (artık genel kurala göre (TMK 6) bunu iddia eden ispat külfeti altındadır), sözleşmenin kurulması için gerekenleri bu karinelere hareketle belirlemek mümkün değildir. Kanun koyucu tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmalarını sözleşmenin kurulmuş sayılması için zorunlu bir unsur olarak öngören bir hükme yer vermemiştir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin esaslı noktaları (sözleşmeye niteliğini veren noktalar) üzerinde tarafların anlaşmış olması tabii bir zorunluluk değildir. Bunun tabii bir zorunluluk olmadığını, sözleşmenin kurulması için esaslı nokta olan bedel üzerinde anlaşma olmasını aramayan TBK 233 I, 401, 481 hükümleri açık bir şekilde göstermektedir. Böyle bir zorunluluk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinden de çıkmamaktadır. Esaslı noktalar üzerinde anlaşmanın gerekliliği Roma hukukunun etkisiyle gayet tabii görülerek Alman ve İsviçre Medeni Kanunları'na, malumu ilam olmasın diye açık bir kural olarak konulmamış olabilir. Bununla birlikte bugün geçerli olan mevcut hükmü Roma hukukunun etkisiyle yorumlamak zorunluluğu bulunmamaktadır.

Hâkim görüşün Roma hukukunun etkisi altında olduğunu belirtmiştik: Roma hukukunda dava edilebilirliği sağlamak bakımından belirli noktalar (essentialia negotii) üzerinde uyuşma sağlanarak sözleşme tipini belirlemek gerekliydi<sup>33</sup>. Bugün bu noktalar üzerinde uyuşma olmaksızın sözleşmenin kurulamayacağını söylemek için herhangi bir esaslı sebep bulunmamaktadır<sup>34</sup>.

Bu genel kurala uygun olarak Roma hukukunda, satış bedelinin sözleşmenin kurulması anında objektif olarak belirli olması gerektiği kuralı (pretium certum) benimsenmişti<sup>35</sup>. Bu kural aynı zamanda Roma hukukunda bir ihtiyacı karşılamaktaydı: Hasar satış sözleşmesinin kurulması ile birlikte alıcıya geçmekteydi. Dolayısıyla zilyet olmadığı halde alıcı hasara katlanmaktaydı. Böyle bir durumda alıcının zilyet olmasına imkân tanımak gerekir. Satış bedeli belli

<sup>33</sup> Bkz. dn.5.

<sup>34</sup> GAUCH (dn.26), 46; GAUCH/SCHLUEP (dn.5), N. 340.

<sup>35</sup> Bkz. dn.6.

olmasaydı, alıcı malı istediğinde, satıcı henüz parayı almadığından (belli olmadığı için alıcı ödeyemediğinden) malı teslim etmekten kaçınabilecekti<sup>36</sup>. Bugün böyle bir pratik ihtiyaç bulunmamaktadır. Yarar ve hasar Türk hukukunda artık satış sözleşmesinin kurulması ile birlikte değil, kural olarak zilyetliğin devriyle birlikte alıcıya geçmektedir (TBK 208 I).

Pretium certum kuralının izine TBK 207 III'te rastlamak mümkündür: "Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir". Bu kural lafzı dikkate alındığında satış bedelinin objektif olarak belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Oysa bugün bu açık lafza rağmen, sözleşme serbestisi gereği satış bedelinin subjektif olarak da belirlenebileceği (belirleme yetkisinin taraflardan birine veya üçüncü kişiye bırakılması) kabul edilmektedir<sup>37</sup>. İvazın miktarını belirleme yetkisi taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılabildiğine göre, tarafların bunu sonradan birlikte belirlemelerine imkân tanımamak için herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

Hâkim görüş, kanunda düzenlenmiş sözleşmeleri esas almaktadır. Bugün geçerli olan sözleşme tipini belirleme serbestisi dikkate alındığında, sözleşmenin kurulması için hangi noktalarda uyuşmanın gerektiği, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine bakılarak belirlenemez. Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerindeki düzenlemeler, bunlardan bağımsız olarak *kurulmuş* olan sözleşmenin kanunda

<sup>36</sup> WITZ (dn.3), 16, 19.

<sup>37</sup> Satış bedelinin belirlenmesinin üçüncü bir kişinin veya taraflardan birinin hakkaniyete uygun takdirine bırakılabileceği görüşünde, TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Beşinci Bası, İstanbul 1988, 90; YAVUZ, Cevdet/ÖZEN, Burak/ACAR, Faruk: Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007, 51; satış bedelinin belirlenmesinin üçüncü bir kişiye bırakılabileceği görüşünde, SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006, 107; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt - I, İstanbul 2012, 30; semenin taraflardan birinin veya üçüncü şahsın keyfi takdirine bırakılması halinde sözleşmenin kurulmamış olduğunu kabul etmek gerektiği görüşünde, ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, 60.

düzenlenmiş bir tipe girip girmediğinin ve dolayısıyla kurulmuş olan sözleşmeye uygulanacak normların belirlenmesinde rol oynar<sup>38</sup>.

Sözleşme serbestisi gereği taraflar kural olarak esaslı bir nokta üzerinde hiç anlaşma sağlamadan da sözleşme kurabilmelidirler, yeter ki sözleşmenin kurulması için gerekli en az [sonradan tamamlanması mümkün olmayan (örn: satılan belirlenmeksizin veya belirlenebilir tarza belirtilmeksizin satış sözleşmesi kurulamaz)] içerik üzerinde uyuşma sağlanmış olsun. Buna engel olmak için bir sebep bulunmamaktadır. Bir sözleşmenin kurulması için hangi noktalarda uyuşmanın gerektiği, tarafların sözleşme serbestisine tabidir<sup>39</sup>. Başka bir ifadeyle sözleşmenin kurulabilmesi için sübjektif esaslı noktadaki uyuşma kural olarak yeterlidir<sup>40</sup>. Tarafların iradesine rağmen sözleşmeyi kurulmamış saymak, sözleşmeyi yok addetmek isabetli olmadığı gibi bunun için bir sebep de yoktur. Özellikle Türk hukukunda yokluğun hâkim tarafından resen dikkate alınacağı, hatta sözleşmenin yok olduğu itirazında bulunmanın hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu durumlarda olmayan sözleşmeyi “var” etmenin mümkün olmadığı yolundaki genel kabul<sup>41</sup> de dikkate alındığında, sözleşmeyi yok addetmenin isabetli olmadığı daha açık olarak gözükmektedir.

Taraflar sözleşmenin esaslı olsun veya olmasın herhangi bir noktasının belirlenmesini doğrudan hâkime bırakamazlar. Taraflar sözleşmenin esaslı olsun veya olmasın herhangi bir noktasının belirlenmesini içlerinden birine veya üçüncü bir kişiye bırakabilecekleri gibi, sonradan kendilerinin yapacağı bir anlaşmaya da bırakabilirler. Belirleme hakkı kendisine bırakılan kimse, bu hakkının gecikmek-

<sup>38</sup> SCHMID, Jörg: Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg 1988, 158; GAUCH/SCHLUEP (dn.5), N. 340.

<sup>39</sup> Alman Hukuku bakımından, WITZ (dn.3), 167.

<sup>40</sup> GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (dn.25), § 13 N. 8.

<sup>41</sup> MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 5. Bası, İstanbul 2009, 29; OĞUZMAN, M.Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, 17. Bası, İstanbul 2011, 209, dn.224; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (dn.2), 579; ancak konu tartışmaya açıktır.



sizin ve dürüstlük kuralına göre kullanmalıdır. Aksi takdirde sözleşme boşluğu hâkim tarafından doldurulur<sup>42</sup>. Aynı şekilde boşluğun baştaki anlaşmaya göre taraflarca doldurulamaması halinde sözleşme boşluğu hâkim tarafından doldurulur<sup>43</sup>.

Buna göre bağlanma iradesinin yanı sıra tarafların edimi belirledikten sonra ivazı soyut olarak -miktar belirtmeksizin- para olarak belirlemeleri sözleşmenin kurulması için yeterli kabul edilmelidir. Özellikle edimin yerine getirilmiş olması veya yerine getirilmeye başlanması veya ifa hazırlıklarına başlanmış olması somut olayın durumuna göre bağlanma iradesini gösteren veya güven nazariyesine göre bağlanma iradesi olarak kabul edilebilecek önemli olgulardır<sup>44</sup>. Örneğin acil eve ihtiyacı olan bir kimse kira bedelini görüşmeden bir yer kiralamış ve oturmaya başlamıştır. Acele olarak imzalanan kira sözleşmesinde kira bedeli hanesi boş bırakılmıştır. Bir süre sonra kira bedeli üzerinde uyuşma sağlanmadığı gerekçesiyle kiraya veren evin tahliyesini istemektedir. Sözleşme kurulmamış mıdır? Kurulmadığını ve kiraya verenin kiracının tahliyesini isteyebileceğini kabul ettiğimizde, tek başına böyle bir itiraz hakkın kötüye kullanılması teşkil eder mi? İtirazın hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğunu kabul ettiğimizde, buna dayanarak olmayan sözleşmeyi “var” kabul edebilir miyiz? Kanaatimce bütün bu sorulara muhatap olmaksızın kira bedelinin belirlenmemiş olmasının (sükûtle geçilmiş olması) sözleşmenin kurulmuş olmasına engel oluşturmadığını, yani sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek en uygun çözüm tarzıdır.

Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin TBK 344 II uyarınca yenilenen kira döneminde uygulanacak kira bedelini taraflar belirlememişse, kira bedeli hâkim tarafından belirlenir. Keza TBK 344 III'e göre beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira

<sup>42</sup> v. TUHR/PETER (dn.1), § 24 V.

<sup>43</sup> Bkz. dn.19.

<sup>44</sup> WITZ (dn.3), 169 vd.; bağlanma iradesinin bulunduğu ifa aşamasına geçilmiş olması ile mutlaka desteklenmesi gerektiği görüşünde, AKSOY DURSUN (dn.32), 69.

sözleşmelerinde, anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, emsal kira bedelleri de dikkate alınmak suretiyle kira bedeli hâkim tarafından belirlenir. Gerçi yenilenen kira dönemi için hâkime kira bedelini belirleme yetkisi verilmesi sözleşme serbestisi ilkesine dayanmaz. Bununla birlikte yenilenen kira döneminde hâkime bu yetki verilirken, sözleşme kurulurken kiranın miktarının belirtilmemesini sözleşmenin kurulmasına engel görmek, taraflar anlaşamadığında kira bedelini emsal kiraya göre hâkimin belirlemesine imkân tanımamak uygun bir çözüm tarzı değildir. İrade serbestisi prensibinden hareketle, sözleşmeyi hâkimin değil, tarafların yapacağını ileri sürerek hâkime esaslı noktalarda sözleşmeyi tamamlama yetkisi vermeyip sözleşmeyi yok saymak veya hâkime bu yetkiyi ancak ifadan sonra tanımak da doğru değildir. Bizzat kanun yukarıda belirttiğimiz çeşitli sözleşme tiplerinde buna cevaz vermişken (TBK 233 I; 401; 481; 496 I, II), bunları istisna sayıp diğer hallerde veya diğer sözleşme tiplerinde buna cevaz vermemek, tarafların sözleşmeyle bağlı olma iradelerine rağmen, sözleşmeyi kurulmamış addetmek uygun bir çözüm olmadığı gibi, tam tersine bu durum sözleşme serbestisine aykırı düşer.

## 2. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması Bakımından

Sözleşmenin kurulduğunu kabul ettiğimizde, sözleşme boşluğu öncelikle tarafların anlaşması ile doldurulur. Tarafların bedelin miktarı üzerinde anlaşamaması halinde buna ilişkin boşluğun -kanunda tamamlayıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde- tarafların farazi iradelerine göre hâkim tarafından doldurulması gerekir<sup>45</sup>. BGB § 316'ya göre karşı edimin içeriği belirlenmemişse, belirleme hakkı tereddüt halinde karşı edimi talep etme hakkına sahip olan tarafa aittir. Buna göre örneğin satış sözleşmesinde satış bedeli kararlaştırılmamışsa, bunu belirleme hakkı tereddüt halinde bunu talep etme hakkına sahip olan satıcıya aittir. Bu çözüm tarafların farazi iradesine

---

<sup>45</sup> Sözleşme boşluğunun, kanunda tamamlayıcı hüküm bulunmadığı durumlarda tarafların farazi iradesine göre doldurulacağı hususunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (*dn.2*), § 33, n. 1; görüşler için bkz. AKSOY DURSUN (*dn.32*), 128 vd.

uygun düşen bir çözüm tarzı değildir. Tarafların farazi iradesine uygun düşen, ivazın ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatına göre belirlenmesidir. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında TBK 233 I benzeri bir hükme (ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı) yer verilmesi gereği tartışılmış, fakat böyle bir hükmün sadece piyasa fiyatı olan malları kapsadığı gerekçesiyle kanuna konulması teklifi reddedilmiştir. Piyasa fiyatı olan mallar bakımından örtülü olarak piyasa fiyatının kararlaştırılmış olacağından hareket edilebileceği, BGB § 316'nın bu durumda zaten uygulanmayacağı dile getirilmiştir<sup>46</sup>.

BGB § 316'ya ilişkin hazırlık çalışmalarındaki tartışmalar da dikkate alındığında Türk hukuku bakımından eğer piyasa fiyatı olan bir edim söz konusuysa, bedele ilişkin sözleşme boşluğu ifa yeri ve zamanında cari olan ortalama rayice göre (ortalama pazar veya piyasa bedeli; özel olarak borsa kuru) doldurulur. Bunun anlamı şudur: İvaz karşılığı taahhüt edilen edimin bir piyasa fiyatı bulunuyorsa, o takdirde tarafların farazi iradesine uygun düşen, ivazın ortalama piyasa fiyatına göre belirlenmesidir<sup>47</sup>.

Piyasa fiyatı bulunmayan edimler bakımından BGB § 316'daki çözüm en son çare olarak düşünülmelidir. Piyasa fiyatı bulunmaması gereken gayri misli malların dahi (örn: sanat eserlerinin), bir eksper vasıtasıyla piyasa fiyatını belirlemek mümkün olabilmektedir<sup>48</sup>. Aynı şekilde kira bedelleri de emsale ve sair kriterlere göre eksper vasıtasıyla belirlenebilmektedir. Dolayısıyla kira sözleşmesine ilişkin olarak verdiğimiz örnekte tarafların bağlanma iradeleri tespit edildikten sonra, kararlaştırılmamış kira bedeli ifa yeri ve zamanındaki (kiranın başlangıç tarihi) ortalama emsal kira bedelleri dikkate alınarak belirlenebilir.

<sup>46</sup> Hazırlık çalışmalarındaki tartışmalar için bkz. WITZ (*dn.3*), 160, 161; 204.

<sup>47</sup> OR 212 I/TBK 223 I bakımından, BECKER, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-555, Bern 1934, Art. 212 N. 2: Bir pazar fiyatı olan malları satın alan kimse, tereddüt halinde, onları pazar fiyatına almak ister.

<sup>48</sup> HERZOG (*dn.31*), § 4, N. 252.

İvazın ortalama piyasa fiyatına göre belirlenmesi, “belirlenebilirlik” açısından yeterli görülmelidir; sözleşme güvenliğine aykırı düşmez. Esaslı noktaların sübjektif kritere göre belirlenmesi (belirleme yetkisinin taraflardan birine veya üçüncü kişiye bırakılması) yeterli görülmeğe<sup>49</sup>, ortalama piyasa fiyatına göre belirlenmenin sözleşme güvenliğine aykırı düştüğü ileri sürülemez<sup>50</sup>.

Piyasa fiyatı olmayan, emsali bulunmayan ve herhangi bir şekilde değeri belirlenemeyen bir edim söz konusuysa, ancak o takdirde BGB § 316’daki çözümden hareket edilebilir. Buna göre bedeli belirleme hakkı aksi belirtilmemişse o edimi yerine getirecek tarafa aittir; kendi edimi için ne fiyat biçmişse, ona itibar edilir. Edimin borçlusu bu hakkını geciktirmeden dürüstlük kuralına göre kullanmalıdır. Aksi takdirde bedel hâkim tarafından belirlenir (bu yönde BGB § 315 III). Fakat bu durumda bedel kural olarak ifa anı değil, sözleşme anındaki şartlara göre belirlenir<sup>51</sup>.

### III. İvazın Belirlenmesinin Sonraya Bırakılması

Taraflar ivazın miktarını tartışmış, fakat uyuşma sağlayamamış olabilirler. Taraflar bağlanma iradeleri mevcut olduğu halde ivazın miktarının ne olacağı konusunu saklı tutmuşlarsa, yani ivazı miktarını belirlemeyi sonraya bırakmışlarsa, sözleşme gene kurulmuş olacak mıdır? Örneğin satıcı alıcıya “*sen bu malı al, fiyatında sonra anlaşırız*” veya kiraya veren kiracıya “*sen oturmaya başla, kira bedeline sonra karar veririz*” demiş ve alıcı malı teslim almış veya kiracı kiralanda oturmaya başlamışsa, sözleşme kurulmuş olacak mıdır? Yoksa objektif esaslı noktaların tamamında uyuşma sağlanamadığından sözleşme kurulmamış mı olacaktır?

Burada da temelde aynı esastan hareket etmelidir (yukarıda II’de söylenenler geçerlidir): Sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde tarafların anlaşmış olması tabii bir

<sup>49</sup> v. TUHR/PETER (*dn.1*), § 24 V; satış sözleşmesi için bkz. *dn.37*.

<sup>50</sup> Krş. *dn.12*.

<sup>51</sup> WITZ (*dn.3*), 209.

zorunluluk değildir. Böyle bir zorunluluk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinden de çıkmamaktadır. Taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde esaslı noktalardan bedelin miktarı üzerinde anlaşma sağlamadan da sözleşme kurabilirler. Sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar esaslı bir noktayı sükûtle geçmek suretiyle sözleşme kurabilecekleri gibi tartışıp saklı tutmak suretiyle de sözleşme kurabilirler. Dolayısıyla bağlanma iradesinin ispatı halinde (özellikle edimin yerine getirilmiş olması veya yerine getirilmeye başlanması bağlanma iradesini gösterir) sözleşmenin kurulduğu kabul edilme-lidir.

Esaslı noktalara ilişkin sözleşme boşluğu, tarafların sonradan anlaşamaması halinde, Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında olduğu gibi işin özelliğine bakılarak gene hâkim tarafından doldurulur<sup>52</sup>. Burada da sözleşme boşluğu doldurulurken esas itibarıyla ifa yeri ve zamanında cari olan ortalama rayiç (pazar veya piyasa bedeli; özel olarak borsa kuru) veya emsal bedel dikkate alınır, meğerki tarafların, ivazın miktarının belirlenmesini sonraya bırakmış olmaları ortalama rayiçten ayrılmak istemelerinden kaynaklanmış olsun. Tarafların ivazın miktarının belirlenmesini sonraya bırakmaları olgusu tek başına, onların ortalama rayiçten ayrılmak istedikleri anlamına gelmez. Ortalama rayiç herkesçe bilinen kesin bir rakam olmadığı için, tarafların bunu belirlemeyi sonraya bırakmış olmaları hayatın olağan akışına daha uygun düşer. Fakat somut olayda tarafların ivazın miktarının belirlenmesini sonraya bırakmış olmaları ortalama rayiçten ayrılmak istemelerinden kaynaklanıyorsa veya o edimin piyasa fiyatı hiçbir şekilde belirlenemiyorsa, o takdirde bedeli belirleme hakkı edimin borçlusuna ait sayılmalıdır. Edimin borçlusu bu hakkını geciktirmeden dürüstlük kuralına göre kullanmalıdır. Aksi takdirde bedel hâkim tarafından belirlenir (krş. BGB § 315 III).

---

<sup>52</sup> AKSOY DURSUN (*dn.32*), 158, 168.

## SONUÇ

Bir sözleşmenin kurulması için objektif esaslı noktaların tamamı üzerinde uyuşmanın zorunlu olduğuna dair öğretideki genel kabul, Roma hukukunun izlerini taşımaktadır. Oysa Borçlar Kanunu'nda bu yönde açık bir hüküm bulunmadığı gibi (TBK 2'de sadece bağlanma iradesinin varlığına ilişkin iki adet *karine* yer almaktadır), bu görüş sözleşme serbestisine de uygun düşmemektedir. Gerekli en az içerik üzerinde uyuşan ve sözleşme ile bağlı olmak isteyen tarafların bu arzusu hilafına, objektif esaslı noktaların tamamı üzerinde uyuşma sağlanmadığı gerekçesiyle, sözleşmeyi kurulmamış saymak için herhangi bir makul sebep bulunmamaktadır. Sözleşmeyi ayakta tutup sonradan tarafların anlaşamaması halinde onların farazi iradelerine göre sözleşme boşluğunu doldurmak en uygun çözümdür.