

# KARIŞIK MUHTEVALI AKİT

**Dr. Erden KUNTALP**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni  
Hukuk Doçenti

— doçentlik tezi —

*Esin'e, Selçuk'a ve Esra'ya  
en derin sevgilerimle.*

---

ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ 1971. - ANKARA

## İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
KISALTMALAR CEDVELİ .....	7
GİRİŞ .....	9
§ 1- KARIŞIK MUHTEVALI AKİT KAVRAMI, SORUNU VE TERİMİ .....	9
I- Karışık muhtevalı akit kavramı .....	9
II- Karışık muhtevalı akit sorunu .....	13
A- Genel olarak .....	13
B- Karışık muhtevalı akit sorununun tarihsel gelişimi .....	16
III- Karışık muhtevalı aktin sınırlandırılması .....	21
IV- Karışık muhtevalı akit terimi .....	23

### BİRİNCİ BÖLÜM

KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN TANIMI ve UNSURLARI .....	25
§ 2- GENEL OLARAK DOKTRİNDEKİ DURUM .....	26
I- Hoeniger ve Schreiber'in tanımları ve bu tanımlarına göre karışık muhtevalı aktin unsurları .....	26
A- Tanımları .....	26
1. Hoeniger'in tanımı .....	26
2. Schreiber'in tanımı .....	26
B- Bu tanımlarına göre karışık muhtevalı aktin unsurları .....	26
1. Tek bir akdin mevcut olması .....	26
2. Bu akdin, Hoeniger'e göre "kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları"; Schreiber'e göre ise "kanuni akit tiplerini kısmen veya tamamen" ihtiva etmesi .....	26
3. Bu aktin, Hoeniger'e göre kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları "kanunun öngörmediği bir biçimde" birleştirmesi; Schreiber'e göre ise, kanuni akit tiplerini "bu tiplere tam uymaksızın" kısmen veya tamamen ihtiva etmesi .....	28
II- Doktrindeki durum .....	28

§ 3- HOENİGER VE SCHREİBER'İN KANUNİ AKİT TİPLERİNİN NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ VE BU GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	30
I- Kanuni akit tiplerinin niteliği ve özellikleri hakkındaki görüşleri .....	30
A- Hoeniger'in görüşü .....	30
B- Schreiber'in görüşü .....	34
II- Hoeniger ve Schreiber'in akit tiplerinin esası hakkındaki görüşlerinin değerlendirilmesi .....	36
A- Genel olarak .....	36
B- Akit tiplerinin niteliği, özellikleri ve akit tipleri sırası .....	41
1. Akit tiplerinin niteliği .....	41
2. Akit tiplerinin özellikleri .....	43
a- Akit tiplerinin birer unsurlar bütünü olması .....	43
b- Akit tiplerinin genel bir düzenlenmeyi amaçlamaları .....	44
c- Akit tiplerinin özel bir durumu, genel olarak düzenleyişi .....	45
d- Akit tiplerinin nispi kapalı karakteri haiz olması .....	46
aa- Kanun tarafından akit tiplerinin tanımlanmış olması .....	47
bb- Akit tiplerinin emredici olmıyan hükümlerinin akit serbestisi esasına dayanılarak değiştirilebilmesi .....	50
cc- Akit tiplerine bağlanmış hükümlerin benzeri akdi ilişkilere de uygulanabilmesi .....	53
3. Akit tipleri sırası .....	55
§4- DOKTRİNDE KARIŞIK MUHTEVALI AKİT İÇİN VERİLEN TANIMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	61
I- Karışık muhtevalı aktin, unsurları açısından incelenmesi .....	61
A- Tek bir akdin mevcut olması .....	61
B- Bu akdin, kısmen veya tamamen kanuni akit tiplerinin unsurlarını, bir bütünlük içinde birleştirmesi .....	62
C- Bu akdin, tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği bir biçimde birleştirmesi .....	66
1. Kanunun öngördüğü unsur birleşimleri .....	67
a- Kanunun açıkça öngördüğü unsur birleşimleri .....	67
b- Kanunun zımnen öngördüğü unsur birleşimleri .....	68
2. Kanunun öngörmediği unsur birleşimleri .....	77
a- Bir akit tipinin, tip tayin edici unsurlarında değişiklik yapılması .....	78
b- Bir akit tipinin zaruri unsurunda değişiklik yapılması .....	79
c- Bir akit tipinin tip tayin edici unsurlarının yanına başka bir aktin tip tayin edici unsurlarının katılması .....	83
aa- Edim borçlarının tamamının asli olması .....	83

	<u>Sayfa</u>
bb- Edim borçlarından bir tanesinin asli, diğerinin ise yan nitelikte olması .....	86
aaa- Yan edim kavramı .....	86
bbb- Asli ve yan edim ayırımı .....	90
ccc- Yan edimin akitin tipine tesiri ve karışık muhtevalı akit ..	94
d- Bir kanuni akit tipinin tüm unsurlarına bir başka aktin esaslı olmıyan bir unsurunun katılması .....	100
II- Karışık muhtevalı aktin tanımı .....	102

## İKİNCİ BÖLÜM

KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN BENZERİ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI .....	103
§5- BİLEŞİK (mürekkep) AKİTLER .....	103
I- Bileşik akitler kavramı .....	103
II- Karışık muhtevalı aktin bileşik akitlerden ayrılması .....	106
§6- SEÇİMLİK BİLEŞİMLER .....	109
I- Seçimlik bileşimler kavramı .....	109
II- Karışık muhtevalı aktin seçimlik bileşimlerden ayrılması .....	110
§7- KARIŞIK BAĞIŞLAMA .....	110
I- Karışık bağışlama kavramı .....	110
II- Karışık bağışlamanın hukuki niteliği .....	111
A- Genel olarak doktrindeki durumu .....	111
B- Bağışlamanın hukuki niteliği .....	112
C- Karışık bağışlamanın hukuki niteliği .....	117
III- Karışık muhtevalı aktin karışık bağışlamadan ayrılması .....	118

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN HÜKÜM VE NETİCELERİ ve KARIŞIK MUHTEVALI AKİTLERİN SIRALANMASI .....	121
§8- KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN HÜKÜM VE NETİCELERİ .....	121
I- Doktrinde öne sürülen görüşler .....	121
A- Karışık muhtevalı akte sadece Borçların genel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüş .....	121
B- Karışık muhtevalı akte Borçların özel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşler .....	121
1. İmtisas (soğurma) görüşü (Absorptionstheorie; théorie de l'absorption) ..	122
2. Birleştirme (terkip) görüşü (Kombinationstheorie; théorie de la combinaison) .....	124

3. Kıyasen uygulama veya yaratma görüşü (Analoge Rechtsanwendung, Kreationstheorie; théorie de l'application analogique du droit, théorie de la création) .....	126
II- Görüşlerin değerlendirilmesi .....	126
A- Karışık muhtevalı akte sadece Borçların genel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşün değerlendirilmesi .....	126
B- Karışık muhtevalı akte Borçların özel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşlerin değerlendirilmesi .....	127
1. İmtisas görüşünün değerlendirilmesi .....	127
2. Birleştirme görüşünün değerlendirilmesi .....	131
3. Kıyasen uygulama, yaratma görüşünün değerlendirilmesi .....	138
§9- KARIŞIK MUHTEVALI AKİTLERİN SIRALANMASI .....	143
I- Karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin tayininde tek bir görüşü benimseyenlerin sistemleri .....	144
A- Hoeniger'in sistemi .....	144
B- Schreiber'in sistemi .....	145
C- Hoeniger ve Schreiber'in sistemlerinin değerlendirilmesi .....	145
II- Karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin tayininde birden çok görüşün uygulanması gerektiğini ileri sürülenlerin sistemleri .....	147
A- Enneccerus /Lehmann'ın sistemi .....	147
B- Leonhard'ın sistemi .....	148
C- Enneccerus /Lehmann ve Leonhard'ın sistemlerinin değerlendirilmesi .....	148
III- Bir karışık muhtevalı akit sisteminin gerekli olup olmadığı sorusu .....	150
SONUÇ .....	153
BİBLİYOGRAFYA .....	157

## KISALTMALAR CETVELİ

Ad. Cer.	:	Adliye Ceridesi
Ad. Der.	:	Adalet Dergisi
Ank. Bar. Der.	:	Ankara Baro Dergisi
Ank. Huk. Fak. Der.	:	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
Anm.	:	Anmerkung ..
Arch. Civ. Pr.	:	Archiv für die civilistische Praxis
Art.	:	Artikel
aşğ.	:	aşağıda
ATF	:	Arrêts du Tribunal Fédéral suisse (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts)
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGHE	:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
Bd.	:	Band
BK.	:	Türk Borçlar Kanunu
bk.	:	bakınız
BlzR.	:	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
C.	:	cilt
C. c. fr.	:	Fransız Medeni Kanunu (Code civil français)
çev.	:	çeviren
D.	:	Dalloz, Jurisprudence Générale
DjZ.	:	Deutsche Juristen-Zeitung
Diss.	:	Dissertation
Emsal	:	Temyiz Mahkemesi dördüncü hukuk dairesi Emsal kararları, Ankara 1959 (Hazırhyanlar, Öztürk /Erkılıç /Akcollu /Şen- türk)
FJS.	:	Fisches juridiques Suisses
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK.	:	Hukuk Genel Kurulu
İBK.	:	İsviçre Borçlar Kanunu
İst. Huk. Fak. Mec.	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	:	Journal des Tribunaux
JZ.	:	Juristenzeitung
JW.	:	Juristische Wochenschrift.
Komm.	:	Kommentar

krş.	:	karşılaştırınız
m.	:	madde
Masch. Schr.	:	Maschinenschrift
MK.	:	Türk Medeni Kanunu
NJW.	:	Neue Juristische Wochenschrift.
Nr.	:	Nummer
OLG.	:	Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte aus dem Gebiete des Zivilrechts.
Pra.	:	Die Praxis des Bundesgerichts.
RG.	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	:	Sirey, Recueil général des lois et des arrêts
Sa.	:	Sayı
Sem. jud.	:	la semaine judiciaire
sh.	:	sahife
Siy. Bil. Ok. Der.	:	Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi.
SjZ.	:	Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue Suisse de Jurisprudence)
T.	:	Tome
TD.	:	Ticaret Dairesi
TK.	:	Türk Ticaret Kanunu
Y.	:	Yıl
Yarg.	:	Yargıtay
yuk.	:	yukarıda
vd.	:	ve devamı
Vorbem	:	Vorbemerkung
ZBjV.	:	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Revue de la société des juristes Bernois)

## GİRİŞ

### §1. KARIŞIK MUHTEVALI AKİT KAVRAMI, SORUNU VE TERİMİ

#### 1- Karışık muhtevalı akit kavramı

Borçlar Kanunu “akdin muhtelif nev’ileri”<sup>1</sup> başlığı altında, sosyal ve ekonomik hayatta sık sık tekrarlanan sözleşmeleri düzenlemiş; fakat bunların, Roma Hukukunun aksine,<sup>2</sup> bir “numerus clausus” teşkil etmedikleri esasını da, genel hükümler meyanında sevkettiği “akit serbestisi” prensibi ile öngörmüştür<sup>3</sup>. Gerçekten kanunlar malzemelerini geçmişten aldıklarından, hayatın bütün tezahürlerini düzenlemek imkânından, prensip itibarıyla mahrumdurlar<sup>4</sup>. Başka bir deyişle, hayat hukuken değer ifade eden olayların sonsuz bir kaynağını teşkil eder. Nitekim, buna uygun olarak, kişilerin yapabilecekleri akitlerin muhakkak kanunen önceden tayin edilmiş tiplere uyması gerektiği kabul edilmemiş, tam tersine onların, aralarındaki ilişkilerin özelliklerinin icap ettirdiği hallerde, akit serbestisi sınırları içersinde kalmak şartıyla, diledikleri tipte ve muhtevada sözleşme yapabilecekleri, yani kanuni tiplerden kısmen veya tamamen sapabilecekleri esası benimsenmiştir: Tip serbestisi. Bunun sonucu olarak, bugünkü modern hukukta, kanunen düzenlenmiş akitler yanında, kanun tarafından tanzim

---

1 Borçlar Kanununun özel hükümlerinin “akdin muhtelif nev’ileri” başlığı altında toplanmış olması yerinde değildir. Zira bu kısımda Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf (BK. m. 410), ticari mümessillik ve ticari vekâlet (BK. m. 449) ve havale gibi, doğuşları bir sözleşmenin varlığını gerektirmeyen münasebetler de düzenlenmiştir (*Oser /Schönenberger*, Vorbem. Zu Art. 184-551, Nr. 2 a; *Tandoğan*, Özel Borç münasebetleri, sh. 1 vd.; *Bilge*, sh. 2). Bu bakımdan Borçlar Kanununun ikinci kısmına “Özel borç münasebetleri” adını koymak daha yerinde olurdu (*Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 1 vd.; Ayrıca krş. BGB. 7. fasıl).

2 Roma hukuku için bk. *Scherrer*, sh. 14 vd.; *Siber*, Vertragsfreiheit, sh. 226.

3 *Planck’s Komm.*, II, 2, sh. 641.

4 *Von Tuhr*, Borçlar Hukuku, sh. 256, not 5.

edilmemiş akitlere de rastlamak mümkün olmaktadır. Böylece borcun kaynaklarından biri olan akitler, kanunen düzenlenmiş ve düzenlenmemiş olmak üzere iki büyük grup içinde toplanırlar<sup>5</sup>. “Unsurlarının ve bunların bir araya gelme tarzlarının kanunda sarıh olarak tanzim edildiği akitler” kanunun öngördüğü<sup>6</sup>; buna karşılık “unsurlarının tamamının veya bir kısmının, yahut bu unsurların bir araya geliş tarzı kanunen düzenlenmemiş akitler de” kanunun “öngörmediği<sup>7</sup> akitler grubunu teşkil ederler. Birinci grubu meydana getiren akitlere “*tipik*” (typische Verträge, contrats nommés ou typiques), ikinci grubu meydana getirenlere ise “adsız = isimsiz” (unbenannte Verträge, contrats innommés) sözleşmeler<sup>8</sup> denir.

İsimsiz akitler de, ihtiva ettikleri unsurların tipik akitlere ait olup olmaması yönünden, yani tipik akitlerden sapma derecelerine göre, kendi içlerinde üçlü bir ayırımı tâbi tutulabilirler<sup>9</sup>:

1) En başta, tamamen tipik akitlerin hiç birine ait olmıyan unsurlardan meydana gelen ve bu niteliği açısından tam manasıyla yeni olan akit gelir. Buna “*atipik*” (atypischer Vertrag, contrat atypiques)<sup>10</sup> veya daha yaygın olarak “*kendine has tabiatı olan*” (sui generis, contrat de nature

5 *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1134, sh. 1.

6 *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1134, sh. 1; *Tillmann*, sh. 14.

7 *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1134, sh. 1; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 10; *Tillmann*, kanunun öngörmediği akitleri “münhasıran kanunda doğrudan doğruya düzenlenmemiş unsurlardan veya kanunda tanzim edilmiş unsurlarla tanzim edilmiş unsurlardan meydana gelen akitler” şeklinde tarif etmektedir. (sh. 14) Tarifte, yalnız tipik akitlere ait unsurları kanunun öngörmediği bir biçimde birleştiren sözleşmelere yer verilmemesi hatalıdır. Zira bu sözleşmeler de, bir bakıma, kanun tarafından öngörülmemiştir.

8 *Charmatz*, sh. 7; *Meier-Hayoz*, FJS., No: 1134, sh. 1; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 10; *Demogue*, sh. 908. Bazı yazarlar “isimli ve isimsiz akit” terimlerini, sözleşmenin özel bir adının var olup olmamasına göre kullanmaktadırlar. bk. *Aubry |Rau |Bartın*, sh. 419; *Bilge*, sh. 10; *Feyzioğlu*, sh. 11. *Planiol* ise, “isimsiz akit” teriminin kullanılmasını, Roma Hukukunun kendilerince muteber olmayan, fakat yalnız bir “actio praescriptis verbis”e yol açan isimsiz akitlerini hatırlattığı için yermektedir (Classification synthétique des contrats, sh. 485). Şüphesiz modern hukukun isimsiz akitleri, doğrudukları sorunlar yönünden Roma hukukunun isimsiz akitlerinden farklıdırlar. Ancak terim bu akitlerin kanunen düzenlenmemiş olduklarını ifade etmesi bakımından uygun olup, zaten benimsenmiştir. Aynı fikirde *Demogue*, sh. 909. Diğer taraftan gene bu akitleri *Oftinger*, sh. 11 ve *Büchenbacher*, sh. 6, 26, “sui generis” olarak adlandırmaktadırlar. Görüldüğü gibi burada tam bir terim birliğine erişilememiştir. bk. *Meier-Hayoz*, FJS, No. 1134, sh. 1, Not 1. Ayrıca krş. aşt. not 11.

9 Aynı fikir ve tasnif için bk. *Hoeniger*, Grundformen, sh. 1 vd; *Weiss*, sh. 3, 4; *Fischer*, sh. 9 vd.; *Kohlrausch* sh. 13; Ayrıca bk. *Arsebük*, sh. 674.

10 *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 6; *Soergel |Siebert |Schmidt*, Vor §305, Nr. 19, sh. 341; *Becker*, Art. 19, Nr. 10; *Enneccerus |Lehmann*, §99, V, sh. 392. Ancak *Wolff*, sh. 633, bu terimi, bu akit için değil; fakat tipik akti kanunen öngörülüş gayesinden uzaklaştıran akit için, meselâ teminat maksadiyle temlikte (Sicherungsübereignung) olduğu gibi, kullanmaktadır.

propre)<sup>11</sup> akit adı verilir. Sulh akdi<sup>12</sup>, garanti sözleşmesi<sup>13</sup> ve satış için tevdi akdi<sup>14</sup> gibi örf ve âdet hukukunun birer tip olarak ortaya çıkardıklarından<sup>15</sup> başka, özel bir okulla yapılan sözleşme<sup>16</sup> ve kredi açma mukavelesi<sup>17</sup> bu aktin birer örneğini teşkil ederler.

2) Kendine has tabiatı olan aktin yanında “karışık akit”, daha doğrusu “karışık muhtevalı akit”<sup>18</sup> (contrat mixte, gemischter Vertrag) diye adlandırılan ve unsurlarının tamamının tipik akitlere ait, fakat bunları birleştirme biçiminin kanuna yabancı olduğu sözleşme yer alır<sup>19</sup>. Tipik akitlerin unsurlarını kanunun öngörmediği bir biçimde tek bir aktin bünyesinde birleştiren bu sözleşmenin başlıca özelliği, bir bütün olarak gözönüne alındığında kanunen düzenlenmemiş; fakat unsurları veya kendisinden doğan edimler açısından kanunen düzenlenmiş bir sözleşme karakterini göstermesidir<sup>20</sup>. Gerçekten uygulamada sık sık yapılan “kapıcı sözleşmesinde” bir taraf öbürüne (kapıcıya) taşınmazın bir bölümünün kullanılmasını devreler (kiraya ait unsur), buna karşılık diğer taraf ta (kapıcı) kalorifer yakmak, merdivenleri temizlemek gibi bir iş görmeyi (hizmet akdine ilişkin unsur) yüklenir<sup>21</sup>. Aynı şekilde, ülkemizde ekonomik sıkıntıların doğurduğu “ev kirasız, para faizsiz” mukavelesi de karışık muhtevalı aktin bir örneğidir. Zira bununla bir taraf öbürüne bir evin kullanılmasını devretmeyi (kiraya ilişkin unsur),

11 *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1134, sh. 1; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 11; *Funk*, sh. 133; *Meerscheidt-Hüllessem*, sh. 855; *Schell*, sh. 3. Ancak *Fischer*, sh. 10; *Gerlach*, sh. 3. *Büchenbacher*, sh. 6, 26 ve *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 5. bunlara “isimsiz akitler” adını vermektedirler. Esasında “isimsiz akit” terimi, kanunda düzenlenmiş (zikredilmiş) akitlerin karşıtını, yani özel bir kanuni düzenlemeden yoksun (zikredilmemiş) olan sözleşmeler ifade eder (bk. *Planiol | Ripert | Esmein*, sh.45). Bu bakımdan denebilirki, her “sui generis”taki, bir isimsiz akit; fakat her “isimsiz akit”, sui generis akit değildir. Diğer taraftan *Kohlrausch* ise, sh. 13, bunları “kanuna yabancı akitler” (gesetzesfremde Verträge) diye adlandırmaktadır. Tipik akitlerden inhi:af eden her aktin, bir bakıma, kanuna yabancı olduğu düşünüldüğünde, bu terimin burada kullanılmasının uygun olmadığı ortaya çıkar. Kanımızca, “kanuna yabancı” terimi ancak “isimsiz” teriminin eş anlamlısı olarak kullanılabilir.

12 *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 12; *Meier-Hayoz*, FJS., No. 463, sh. 3.

13 *Reisoğlu*, Garanti mukavelesi, sh. 1, 38; *Saymen | Elbir*, sh. 133, garanti mukavelesini karışık muhtevalı akte örnek olarak gösterirler.

14 *Oftinger*, sh. 11 ve 24; ATF 75 IV 13; Ayrıca bk. ATF 70 II 03; ATF 69 II 110.

15 *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 256; *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 6; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 12; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 5.

16 SJZ. 60 (1964) 253, Nr. 173; Ayrıca bk. SJZ. 50 (1954) 148, Nr. 72.

17 *Guhl*, sh. 323; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 485; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 308; *Feyzioğlu*, sh. 354. *Göktürk*, sh. 451; *Bilge*, sh. 168

18 Terim için bk. a.şğ. §1, III.

19 *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1134, sh. 1; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 11.

20 *Gugelmann*, sh. 7.

21 *Swarsensky*, sh. 2 vd; *Treichler*, sh. 30; *Schelp*, sh. 90; *Weiss*, sh. 93 vd; *Büchenbacher*, sh. 109 vd; *Fränkel* sh. 40 vd; *Roediger*, sh.4 vd; *Fischer*, sh. 37; Ayrıca bk. Sem. Jud. 74 (1952). 572.

diğeri de, bunun karşılığında ona faizsiz ödünç vermeyi (karza özgü unsur) yüklenir<sup>22</sup>. Gene son yıllarda çok yaygınlaşan arsa mukabilinde (satıma ilişkin unsur) arsa üzerinde yapılacak binadan kat verme (satım ve istisnaya özgü unsurlar) taahhüdünde de bir karışık muhtevalı akit söz konusu olur<sup>23</sup>. Nihayet, turizm sanayinin gelişmesi sonucu çok sık yapılmaya başlanan “motelcilik sözleşmesi” de, kendi içinde kira, satım veya istisna ve hizmet akitlerine ilişkin unsurları birleştirmesi açısından bu akitler arasında yer alır<sup>24</sup>.

3) “Kendine has tabiatı” olan sözleşme ile “karışık muhtevalı akit” arasında, unsurlarının kısmen kanunda düzenlenmiş, kısmen de kanunda düzenlenmemiş akitlere ait sözleşme yer alır. Bunun tipik örneğini, lokanta, gazino veya otel işletenlerin kurumlarında çalıştıracakları garsonlarla yaptıkları sözleşme teşkil eder. Çünkü burada kurum sahibi garsona, hizmet edimine karşılık, bir miktar para ve - veya - bahşiş elde etme olanağını<sup>25</sup> tanımağı yüklenir. Sözleşmenin bir unsuru olarak beliren “bahşiş elde etme olanağının tanınması” kanuna yabancıdır<sup>26</sup>. Aynı şekilde bir kimsenin bir arabayı şoförü ile beraber, belirli veya belirsiz bir süre için kiralaması halinde de, yapılmış olan sözleşme kısmen kanunla düzenlenmiş, kısmen de kanunda düzenlenmemiş akitlerin unsurlarını kendi içinde birleştirir. Zira bu sözleşme, bir taraftan kiraya özgü unsuru (arabanın kiralınması) diğere taraftan ise üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlanması akdine (Dienstverschaffungsvertrag)<sup>27</sup> özgü unsuru (şoförün hazır bulundurulması) kapsar<sup>28</sup>. Esas itibarıyla üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlanması

22 *Bilge*, sh. 14; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 12; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 30; *Hoeninge*r, Grundformen, sh. 68 vd.; *Fränkel*, sh. 4; Ayrıca bk. Yarg. 4 HD., 26. 10. 1945, E. 4314 / K. 3859, *Emsal*, sh. 277.

23 *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 30.

24 *Michel*, sh. 21 vd; *Schell*, sh. 25; ZBJV. 58 (1922) 37.

25 “Bahşiş elde etme olanağının tanınması” hakkında bk. *Oser* |*Schönenberger*, Art. 319, Nr. 19; *Becker*, Art. 330, Nr. 20; *Reisoğlu*, Hizmet akdi, sh. 47; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 332.

26 *Hoeninge*r, Grundformen sh. 2; *Schreiber*, sh. 107; *Treichler*, sh. 9; *Roediger*, sh. 1.

27 Üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlanması aktiyle, bir kimse (hizmeti sağlayacak olan) diğere (hizmeti kabul edecek olan) bir üçüncü şahsın ona hizmet ediminde bulunacağını taahhüt eder (*Mundhenk*, sh. 13). Böylece bu sözleşme ile yalnız üçüncü şahsın çalışma gücünün temini yüklenilir ve bu borçta üçüncü şahsın devamlı olarak alacaklarının talimatlarını almağı hazır bulundurulması suretiyle yerine getirilir (*Nipperdey* |*Wohnen* |*Neumann*, Staudinger’s Komm., §613, Nr. 12, sh. 1383). Şayet üçüncü şahsın hizmeti değil, lâkin hizmetin görülebilmesi amacıyla, bizzat üçüncü şahsın kendisi taahhüt edilirse, bu takdirde bir ödünç-işçi akdi (der Leiharbeitervertrag) söz konusu olur (Bu akid için ve bununla üçüncü bir şahsın hizmetini sağlama akti arasındaki nitelik farkı için bk. *Louis Grand*, sh. 25).

28 bk. *Mundhenk*, sh. 11; RG 25 108; 48 91; 56 361; 82 429.

akdi, kanunda düzenlenmemiş, yani kendine has tabiatı olan (sui generis) bir akitir<sup>29</sup>.

Doktrinde kısmen kanunda düzenlenmiş, kısmen de kanunda düzenlenmemiş akitlerin unsurlarını kendi içinde birleştiren sözleşmenin ya kendine has tabiatı olan, yahutta karışık muhtevalı akit olarak telâkki edilmesi gerektiği<sup>30</sup> ileri sürülmek suretiyle, kanuni akit tiplerinden sapan ve isimsiz olarak adlandırılan akitlerin “kendine has tabiatı olan” (sui generis) ve “karışık muhtevalı” olmak üzere iki büyük gruba ayrılacakları kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

Hatta Oftinger daha da ileri giderek isimsiz akitlerin bu ayırımının doğru olmadığını, bir aktin ya “tipik” yahutta “sui generis” olacağını; bu bakımdan “karışık muhtevalı akit” grubunun mevcut olmadığını öne sürmektedir: *Tertium non datur*<sup>32</sup>. Kanaatimizce Oftinger’in bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira karışık muhtevalı aktin niteliği, sui generis akit sorunundan ayrı ve farklı bir sorunun ortaya çıkmasına sebep olmuştur<sup>33</sup>.

## II. Karışık Muhtevalı Akit Sorunu.

### A- Genel Olarak.

Kaideten her hukuki işlem dolayısıyla karşılaşılan, bunun hukuki değerlendirilmesinin nasıl olacağı sorununun çözümü, o hukuki işlemin niteliğine bağlıdır. Hukuki niteliğin tayininde, işlemin özellikleri temel teşkil eder. Karışık muhtevalı aktin de özellikleri ve dolayısıyla nite-

29 *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 185; bu konuda olan diğer müellifler için ayrıca bk. *Mundhenk*, sh. 22 vd. Aksi fikirde olanlar: Bunu bir istisna akdi olarak kabul eden *Mundhenk*, sh. 34 vd; hizmet veya istisna akdi olarak telâkki edenler *Nipperdey/Wohnen/Neumann*, Staudinger’s Komm., §613, Nr. 12, sh. 1383; *Planck’s Komm.*, II, 2, sh. 955. Ödünç-işçi akti de kanunen düzenlenmemiş, yani sui-generis bir akitir (bk. *Louis Grand* sh. 25). Bu itibarla bu aktin unsurlarının, tipik bir aktin unsurları ile birleşmesi halinde de (bk. *Louis Grand*, sh. 21 vd.) ortaya çıkan akit, halen sözünü etmekte olduğumuz sözleşmenin özelliğini gösterir.

30 Meselâ, *Meier-Hayoz*, karışık muhtevalı aktin dar ve geniş anlamda olmak üzere iki tarifini vermekte ve bunun geniş anlamda, kanunun öngördüğü ve öngörmediği, dar anlamda ise münhasıran kanunun öngördüğü akitlerin unsurlarının birleşmesinden meydana gelen sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. (FJS., Nr. 1135, sh. 1). *Weiss* ise sözünü etmekte olduğumuz akti, sui generis olarak telakki eder (sh. 15, not 27). Esasen bu, karışık muhtevalı aktin üzerinde çok tartışılan konularından biridir. bk. a.şğ. §2, I, B, 2. Diğer taraftan *Hoeniger*, yukarıda sıralanan kanuni tiplerden sapan akit grublarının herbirinin ayrı ayrı incelenmesi gerektiği fikrinde (Grundformen, sh. 2 vd.).

31 *Gerlach*, sh. 1; *Kohlrausch*, sh. 13 vd; *Weiss*, sh. 4; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 10; *Arsebük*, sh. 674.

32 sh. 11.

33 Aynı fikir için bk. *Schell*, sh. 3; *Gerlach*, sh. 36.

liği, sui generis akit sorunundan farklı ve tipik akitler sahası dışında bir karışık muhtevalı akit sorununun ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Gerçekten bu aktin başlıca iki özelliği vardır: Unsurlarının (kısmen veya tamamen<sup>34</sup>) kanunun ngrdđđ akitlere ait olması ve bunları kanuna yabancı bir biçimde birleştirmesi. “Tipik” olarak adlandırabileceğimiz ilk özellik bu akti kanunun düzenlendiği, “atipik” olarak adlandırabileceğimiz ikinci özellik ise sui generis akitlere yakınladıştır. Tipik özelliğin doğruduğu bu yakınlık, karışık muhtevalı aktin, sui generis akitlerden farklı olarak, kanuni bir tanzimden tamamen yoksun olmadığı görünüşünü yaratır<sup>35</sup> ve bunun sonucunda, bu akte kanunen düzenlenmiş sözleşmelerin hükümlerinin uygulanabileceği -hatta uygulanması gerektiği- düşüncesi kendiliğinden ortaya çıkar. Ancak diğer taraftan, gene aynı aktin atipik özelliği ise bu uygulamaya ilişkin bir takım sorunların doğumuna yol açar. Bu sebepten tipik akitlerden sağan her sözleşme dolayısıyla karşılaşılan hukuki değerlendirmenin nasıl olacağı genel sorunu, karışık muhtevalı akitte, bunun tipik ve atipik özellikleri nedeniyle, kanunun düzenlediği sözleşmelerin hükümleri karşısındaki durumunun tayini şekline bürünmüştür. Bu bakımdan, karışık muhtevalı akit deyimi ile, bu akte, tipik akitlerin hükümleri kısmen veya tamamen uygulanabilir mi? bu uygulama doğrudan doğruya mı, yoksa kıyasen midir? birden çok tipik aktin hükümlerinin uygulanması halinde, birbirleriyle çatışan hükümler nasıl uzlaştırılabilir? gibi çözümü g sorunların tümü ifade edilir<sup>36</sup>.

Esas itibariyle, karışık muhtevalı akit sorunu bir metod sorunudur. Gerçekten hukuk ilminin esas görevi müspet hukuk düzeninin muhtevalısını, bu düzeni uygulanabilir bir hale getirmek amacıyla, metodik olarak araştırmaktır. Zira müspet hukuktaki düzenlemeye nazaran, somut olaylar devamlı farklılıklar gösterirler ve bu sebepten hukukun da devamlı geliştirilmesi ve hayata uydurulması gerekir. Bu ise ancak uygun bir metodla gerçekleşebilir<sup>37</sup>. İşte bizi burada ilgilendiren bu metodun, karışık muhtevalı akit sahasında ne olacağıdır. Zira burada araştırılması öngörülen husus, tipik akitlerin hükümlerinin bu akte nasıl uygulanabileceklerinin tespiti; başka bir deyişle, karışık muhtevalı akit ile kanunu hemahenk kılacak bir kanun uygulama biçimi, bir metod bulmaktır<sup>38</sup>. Bu bakımdan Hoeniger’in karışık muhtevalı akit hangi hukuki sonuçları intaç eder sorusu yerinde değildir<sup>39</sup>. Çünki bunun, esas itibariyle, her somut olayda

34 krş. yuk. not. 30; ařđ. ř2, I, B, 2.

35 *Ochs*, sh. 3; *Weiss*, sh. 20; *Stern*, sh. 6; *Büchenbacher*, sh. 6; *Gelzer*, sh. 16.

36 *Schreiber*, sh. 110.

37 *Coing*, Grundzüge, sh. 261; Ayrıca bk. *Burckhardt*, Einführung, sh. 212 vd., 226. vd.

38 *Kohlrausch*, sh. 15; *Stern*, sh. 6.

39 Grundformen, sh. 4.

sorulması ve cevaplandırılması gerekir. Oysa üzerinde durulan, karışık muhtevalı aktin hukuki sonuçlarının hangi metot ile bulunabileceğidir. Ancak bu tespit edildikten sonradır ki, her somut olayda, sözleşmeye terettüp eden hukuki sonuçlar tayin edilebilir<sup>40</sup>.

Yukarıdaki izahatımızdan anlaşılacağı üzere, karışık muhtevalı akit, niteliği ve bu niteliğinin gerektirdiği sorun açısından, sui generis akitten farklıdır. Kaideten kendine has tabiatı olan aktin kanuni özel bir düzenlemeden tamamen yoksun olduğu şüpheden uzaktır. Bu itibarla bu aktin hukuki değerlendirilmesinde, bununla tipik akit arasında - karışık muhtevalı akitte olduğu gibi - bir bağ, bir köprü kurulması söz konusu olamaz<sup>41</sup>. Gerçekten, sui generis akitte bunun özel hükümler karşısındaki durumunun ne olacağı araştırılmaz; burada üzerinde durulan yalnızca, bunun nasıl bir hukuki değerlendirmeye tâbi tutulacağıdır. Nitekim sui generis akte, yerleşmiş fikre göre, BK.nın genel hükümleri doğrudan doğruya, özel hükümleri ise ancak benzerlik bulunduğu nispette kıyasen uygulanır<sup>42</sup>.

Şu halde, karışık muhtevalı akti, bir hukuki sorun olarak kabul etmeyen Meercheidt - Hüllessem'in<sup>43</sup> görüşüne katılmak bizce, yukarıda öne sürdüğümüz nedenler dolayısıyla, mümkün değildir<sup>44</sup>. Kanunda düzenlenmiş akitlere büyük bir yakınlığı olan karışık muhtevalı aktin, kanunda hiç düzenlenmemiş sui generis sözleşmeden farklı ve ayrı bir sorun doğuracağı şüpheden uzaktır<sup>45</sup>. Karışık muhtevalı aktin doğuşu nedeni de bu görüşümüzü, yani bu akitle tipik akit arasında sıkı bir bağlılık mevcut olduğu olayını, doğrular.

Kaideten karışık muhtevalı aktin doğuş nedeni tipik akitlerin mevcudiyetidir<sup>46</sup>. Nitekim, özel hükümler sevketsin, münhasıran bütün akitler için geçerli genel kaideler öngören bir kanun karşısında, kanunda düzenlenmemiş aktin esas olmasına mukabil, karışık muhtevalı akitten hiç söz edilemez<sup>47</sup>. Diğer taraftan, nasıl ki karışık muhtevalı aktin mevcudiyeti tipik sözleşmelerin öngörülmesine bağlıysa, bundan doğacak sorunun ve önemi de bu sözleşmelerin kanundaki tanzim biçimine tabidir. Gerçekten tipik akitleri farklı şekillerde düzenleyen kanunlar dolayısıyla ortaya çıkan karışık muhtevalı akit sorunlarının önemi de birbirlerinden farklıdır. Bu

<sup>40</sup> Kohlrausch, sh. 15.

<sup>41</sup> Schreiber, sh. 111.

<sup>42</sup> Gerlach, sh. 14 vd; Oser / Schönenberger, Vorbem. Zu Art. 184-551, Nr. 4; Tandoğan, Özel borç münasebetleri. sh. 12; Larenz, Schuldrecht, II. sh. 7.

<sup>43</sup> Sh. 854.

<sup>44</sup> Aynı fikir için bk. Hoeniger, DJZ., sh. 263; Schell, sh. 3.

<sup>45</sup> Krş. Gerlach, sh. 36.

<sup>46</sup> Schreiber, sh. 46.

<sup>47</sup> Kohlrausch, sh. 16.

bakımdan, bunun kanuni bir sorun olduğunu ileri sürmek pekâla mümkündür<sup>48</sup>. Nitekim bunun tarihsel gelişimi de, bu iddiayı haklı kılacak niteliktedir.

#### B- Karışık Muhtevalı Akit Sorununun Tarihsel Gelişimi:

Akit tiplerini kapalı bir sistem içinde, yani bir “numerus clausus” teşkil edecek şekilde öngören Roma hukukunda, karışık muhtevalı akit sorunu modern hukuka nazaran hem saha itibarıyla sınırlandırılmış olarak, hem de bir başka nitelikte ortaya çıkmıştır. Gerçekten akit serbestisini sınırlı tanıyan bir hukuk düzeninde, karışık muhtevalı akit sorununun da dar bir sahaya inhisar edeceği şüpheden uzaktır. Nitekim, tipik sözleşmelerden sapan her akdin, Roma hukuku sistemine göre muteber olamaması sonucunda karışık muhtevalı akdin de sahası daralmış ve böylece meselâ Hoeniger’e göre<sup>49</sup>, daha ziyade iki tarafa borç yükleyen karışık muhtevalı akit bir sorun olarak ortaya çıkmıştır<sup>50</sup>. Ancak bunlar dolayısıyla ortaya çıkan başlıca sorun, bugünkünden tamamen farklı olarak, şekli hukuka yönelmiştir. Hoeniger’e göre<sup>51</sup> Roma hukukçusu böyle bir akitle karşılaştığında daima “quae sit actio?” sualini sorarak iddianın hangi dava talebine sokulacağını araştırmıştır. Şu halde Roma hukukunun tipik akitleri tanzim tarzının -yani bunların bir numerus clausus teşkil etmeleri- bugünkü hukuktan farklı olması, karışık muhtevalı akit sorununun niteliğini etkilemiştir. Gerçekten bugün maddi hukuka yönelen bu sorun, Roma’da şekli hukuka teallük etmekteydi. Ancak Romalıların, karışık muhtevalı aktin maddi hukuki sonuçları ile bir şekilde ilgilenmediklerini iddia da tam manasıyla yerinde değildir. Kaideten muhtelif akit tiplerinin biri birinden ayırımı, maddi muhtevalarının farklılığına göre gerçekleştirilebilir. Bu muhtevayı, herşeyden önce, iş hayatının ihtiyaçları tayin eder. Muhtelif akitlerden doğan talepleri öne sürme vasıtası olan davalar (actiones), sonradan bu muhtevaya uydurulur. Nitekim pretörlerin, sosyal ve ekonomik hayatın yeni tezahürlerini koruma amacıyla yarattıkları davalar, muhtevaya göre tespit edilmişlerdir. Bu bakımdan Romalılar için muayyen bir akit karşısında bir obligatio mevcut mudur ve bunun için bir dava verilmişmidir suali yanında, tabiatıyla hangi borç mevcuttur ve bunun için hangi dava tanınmıştır suali de söz konusu olmuştur<sup>52</sup>. Bu bakımdan “quae

48 Schreiber, sh. 120. Charmatz, sh. 9.

49 Grundformen, sh. 341 vd.

50 Meselâ bk. D, 16, 3, 1, §12; 19, 1, 6, §§1 ve 2. Nitekim, karışık muhtevalı akit Roma Hukukunda, daha ziyade isimsiz real akitler arasında yer almaktadır: Gerçekten da ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des kategorileri, bugün karışık muhtevalı olarak tanımladığımız akitleri ilgilendirmektedir. Schwarz, sh. 170.

51 Grundformen, sh. 338.

52 Kohlrausch, sh. 19.

sit actio” sorusu, münhasıran şekli hukuku değil, fakat aynı zamanda maddi hukukta ilgilendirir. Nitekim modern hukukta eser teslimi sözleşmesi (Werklieferungsvertrag) olarak adlandırılan ve kısmen satım kısmen de istisna akdinin unsurlarından meydana gelen aktin<sup>53</sup> bir “emptio et venditio” mu, yoksa bir “locatio et conductio” mu telakki edileceği hususundaki Roma’da mevcut münakaşa, “quaesit actio” sorununun maddi hukuka da yöneldiğini sarıh olarak gösterir. Meselâ Cassius<sup>54</sup> bunun tek bir akit (unum negotium) ve satım unsurlarının hâkim olması nedeniyle de (magis) satım akdi olarak kabulü gerektiğini ileri sürmektedir. Bu karar yalnız şekli hukuku ilgilendirmez. Zira bir sözleşme için bir dava formülü bulmak gayesi, şüphesiz burada bir “locatio et conductio” mevcuttur mukabil kararı ile de tamamen aynı şekilde gerçekleşebilirdi. Hatta mutavassıt bu görüş olarak, Cassius’un, ihtilâfın işe taallûk ettiği hallerde bir “locatio et conductio”, şeyden doğması halinde ise bir “emptio et venditio” vardır teklifi de üstünlük kazanırdı. Oysa, Sabinus’un eser sözleşmesinin hangi unsurlarının satım, hangilerinin bir istisna akdinin kabulüne yol açacağını incelemek suretiyle<sup>55</sup>, Cassius’u tenkit etmesi, sorunun maddi hukuku da yakından ilgilendirdiğini açık ve seçik ortaya koyar<sup>56</sup>. Aynı şekilde “horrearus sözleşmesi”<sup>57</sup> dolayısıyla Roma’da girilen münakaşalar da<sup>58</sup>, sonunun maddi hukuka yöneldiğinin bir diğer delilini teşkil eder. Burada, sözleşmenin hangi tipik akit telâkki edeceği şekli ihtilâfından başka, bir kiralyan ve depo eden kişinin malların horreum’da tefef olması veya hasara uğraması halinde haklarının ne olabileceği maddi ihtilâfının da üzerinde durulmuştur. Roma hukukunda da, nezaret mükellefiyeninin locotio conductio rei’den doğmayacağı, ancak depositum veya locatio operarum dolayısıyla söz konusu olabileceği göz önünde tutulunca, münakaşanın maddi hukuk açısından yapıldığı kesinlikle görülür<sup>59</sup>.

Şu halde, kapalı bir akitler sistemi öngörmesine rağmen, Roma Hukukunda da akit tiplerinin mevcudiyeti karışık muhtevalı aktin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Ancak bu aktin doğurduğu temel sorun, tip serbestisinin tanınmaması nedeniyle, şekli olmuş; fakat Romalılar bunun, değişik

53 G. 3, 147; 1, 3, 24, 4; Bir kuyumcu kendine ait altından bana, isteklerime uygun bir yüzük yapmağı yüklenir. Eser teslimi sözleşmesinin, karışık muhtevalı akit olup olmadığı tartışmalıdır. bk. aşt. §4, I, c, 1, a, not 201.

54 1, 3, 24, 4.

55 Pompon, D. 18, 1, 20.

56 Kohlrausch, sh. 18 vd.

57 D. 19, 2, 56. Bu sözleşme modern hukukta küçük kasa kira mukavelesi (Der Schrankfachvertrag) olarak adlandırılır. Bugün bunun bir karışık muhtevalı akit olup olmadığı münakaşalıdır bk. lotz, sh. 24-35; Tandoğan, Özel borç münasebetleri, sh. 27, 278.

58 D. 19, 2, 60, §9; 19, 2, 55.

59 Schreiber, sh. 127.

akit tiplerinin unsurlarından meydana geldiğini hissederek<sup>60</sup> maddi hukuk yönünden neticeleri ile de meşgul olmuşlardır.

Roma hukuku ile ilgili bu izahatımızdan anlaşılacağı gibi, karışık muhtevalı akit esas itibariyle, kanunda düzenlenmiş akit tiplerinin varlığını gerektirir. Gerçekten tipik akitlerin mevcut olmadığı bir hukuk düzeninde, karışık muhtevalı akitten söz etmek mümkün değildir. Nitekim, kanuni tipler tesis etmekten kaçınmış olan eski Alman hukukunda karışık muhtevalı akit mevcut değildi<sup>61</sup>. Ancak Roma Hukukunun iktibas, eski Alman Hukukuna Roma akitler sistemini getirdiğinden, karışık muhtevalı akit tekrar ortaya çıkmıştır. Gerçekten Grotius “de jure belli et pacis” isimli eserinde bu akitten söz etmektedir<sup>62</sup>: O’na göre akitler basit ve mürekkep (karışık), sonuncular da asli ve tâli karışım (mixti aut principaliter, aut per accessionem alterius actus) olmak üzere ikiye ayrılırlar. Karışık hibe, eser teslimi sözleşmesi, karışık adi şirket, teba ile senyör arasındaki akit asli, kefalet ve rehin sağlanması ise tâli karışımlardır. Aynı şekilde Glück’de<sup>63</sup> eser teslimi sözleşmesinin, bir karışık muhtevalı akit mi olduğu münakaşasını Roma Hukuku kaynaklarına dayanarak yapmaktadır.

Lâkin hemen şunu belirtelim ki, 19 uncu asrın başına kadar olan devrede, Grotius ve Glück gibi hukukçular hariç, karışık muhtevalı akit düşüncesine rastlamak hemen hemen mümkün değildir. Ancak, 19. yüzyılın başında, özellikle Fransız ve Avusturya Medeni Kanun’ları gibi büyük kodifikasyonlardan sonradır ki, karışık muhtevalı akit ve onun özelliklerinden bilinçli olarak söz edilmeğe başlanmıştır<sup>64</sup>.

19. yüzyılın başlarında karışık muhtevalı akit sorununun daha açık belirmesine doğrudan doğruya etkili olan en büyük gelişim, şüphesiz Borçların genel ve özel kısımlar ayrımının gerçekleştirilmesidir. İlk önce Fransız Medeni Kanunu m. 1107 de ifadesini bulan ve sonradan Pandekt hukukunda Puchta<sup>65</sup> tarafından öne sürülen bu esasın kabulü, Schreiber’e göre<sup>66</sup> karışık muhtevalı akit nazariyesinin başlangıcını teşkil eder. Gerçekten bütün sözleşmeler için geçerli genel hükümlerin tesbiti, kanunda düzenlenmiş akitlerden sapan sözleşmelerin, Roma’da ve Pandekt hukukunun ilk devirlerinde olduğu gibi, belirli bir akit tipine, farklı nitelikleri gözönüne alınmaksızın, suni olarak tabi tutulması gereğini orta-

60 *Schreiber* Romaluların, karışık muhtevalı aktin nitelik farkını bilmeden (sh. 129), *Kohlrausch* ise bilerek (sh. 20) bu sorun ile meşgul olduklarını öne sürmektedirler.

61 *Kohlrausch*. sh. 23.

62 Sh. 419. 420.

63 Bd. 17, sh. 321, Nr. 57.

64 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 348.

65 sh. 333.

66 sh. 134.

dan kaldırmıştır<sup>67</sup>. Esas itibariyle bu yüzyılda karışık muhtevalı akitten, niteliği genellikle doğru teşhis edilerek söz edilmeğe başlanmasının nedeni budur. Meselâ Almanya'da Dernburg<sup>68</sup> ve Windscheid<sup>69</sup> masının nedeni budur. Meselâ Almanya'da Dernburg<sup>68</sup> ve Windsc tipik kiracı borcu karşılığında gene tipik olan bir başka borcun yüklenilmesi halinde, artık bir kira akdinin söz konusu olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Fransa'da ise Crome /Zacharia<sup>70</sup> kira bedeli olarak bir hizmetin taahhüt edilmesi halinde, söz konusu akdin bir kira değil, fakat bir isimsiz akit olacağını ifade etmiştir. Aynı şekilde Troplong'da<sup>71</sup> trampa şey yanında bir miktar paranın yüklenilmesinin satım ve trampa akitlerinin karışımı olarak görmektedir. Nihayet Planic<sup>72</sup> mevcut akit tiplerinin, sosyal ve ekonomik hayatın bütün ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadıklarını ve yeni akitler yaratmanın mümkün olup olmadığı incelerken, muhtelif tiplerin karışımının da, bir yeni akit yaratma şekli olduğunu ileri sürmektedir.

Ancak 19. yüzyılda karışık muhtevalı aktin varlığı kabul ve niteliği, yani tipik akitlerin unsurlarının bir karışımı olması, doğru teşhis edilmesine rağmen, bu akit başlı başına bir sorun olarak incelenmemiş, sadece münferit-hallerde böyle bir sözleşmenin varlığının ifadesi ile yetinilmiştir. Bunun nedenini, o zamanki akit tiplerinin niteliğinde aramak gerekir. Gerçekten 18. yüzyılın sonunda ve 19. yüzyılın başında yapılmış olan kanunlar fertçi-liberal bir görüşü temel almışlardır. Bu görüşe göre, her şahıs kendi menfaatlarını en iyi bir biçimde takdir eder ve korur. Bu bakımdan hukuk düzeninin başlıca görevi, fertlere kendi menfaatlarını takip etmede en uygun imkânları sağlamaktır. Bu da ancak, bir taraftan ferdi mülkiyet, diğer taraftan ise akit serbestisi müesseselerinin mutlak bir anlama haiz olmaları ve sınırsız bir şekilde öngörülmeleleriyle mümkün olur<sup>73</sup>. Bu görüşün tabii sonucu olarak, akitlerin hüküm ve neticelerinin de sadece taraflarca tayin edilmesi ve kanuni düzenlemenin ancak tamamlayıcı bir niteliği haiz olması gerektiği kabul edilmiştir<sup>74</sup>. Taraf iradelerine böyle bir yaratıcı gücün tanınması ise, kanuni akit tiplerine ya pek az hükmün bağlanması, yani bunların teferruatlı bir şekilde düzenlenmemeleri, yahutta bunlara bağlanmış hükümlerin çok genel bir niteliğe haiz olmaları sonucunu doğurmuştur. Ni-

67 Puchta, sh. 334. not c; Schreiber, sh. 134.

68 §111, Anm. 5.

69 §404, sh. 770.

70 §343, sh. 540.

71 sh. 13, Nr. 5.

72 Classification synthetique des contrats, sh. 471. vd. ve 485.

73 Schwarz, sh. 39; Egger, Medeni Hukuk tetkikleri, sh. 2, 18, 20.

74 18. Yüzyılın sonunda ve 19. Yüzyılın başında yapılmış olan kanunlardaki akit tiplerinin bu niteliği için özellikle bk. Charmatz, sh. 347, 351.

tekim Fransız Medeni Kanununda da durum böyledir. Gerçekten bu kanunda bir taraftan, meselâ hizmet aktine yalnız üç hüküm (Art. 1779-1781), diğer taraftan ise, meselâ satım aktine esas itibariyle genel kısımda yer alması gereken hükümler bağlanmış<sup>75</sup>. Oysa akit tiplerinin bu biçimde düzenlenmesi, karışık muhtevalı aktin bir sorun olarak ortaya çıkmasını engellemiştir. Çünkü bu aktin başlı başına bir sorun teşkil etmesinin nedenini, esasında çeşitli tiplere bağlanmış hükümlerin aynı akte uygulanmasının çoğu kere çözümü güç hüküm çatışmalarına yol açması teşkil eder. Gerçekten, meselâ hizmet ve kira akdi unsurlarından meydana gelen kapıcılık sözleşmesine her iki aktin hükümlerinin beraberce, yan yana uygulanmaları, özellikle bunun sona erdirilmesi gerektiği hallerde, mümkün değildir. Çünkü her iki akit için öngörülmüş olan sona erdirme sebep ve şartları birbirlerinden farklıdır. Şu halde, çatışma ihtimalinin söz konusu olmadığı durumlarda, karışık muhtevalı akit bir sorun olmak değerini yitirir. İşte akit tiplerinin hüküm ve neticelerinin tayininde sadece taraf iradelerinin esas olduklarını kabul eden ve bunun sonucu olarak bu tiplere az sayıda veya genel nitelikte tamamlayıcı hükümler bağlayan bir kanuni düzenlede, çatışma ihtimalleri de hemen hemen yok denebilecek kadar azdır. Nitekim Fransız hukukunda, Alman ve İsviçre Türk hukuklarının aksine karışık muhtevalı aktin, tanınmasına rağmen<sup>76</sup>, bir sorun olarak ortaya çıkmamasının nedeni budur<sup>77</sup>.

Buna karşılık gerek Alman Medeni Kanunu, gerek İsviçre /Türk Borçlar Kanunu akit tiplerini, Fransız Medeni Kanununa nazaran farklı düzenlemişlerdir. Bu firtçi liberal görüşün kısmen terk edilmiş olmasından ileri gelmiştir. Gerçekten 19. yüzyılda fertçi prensibe karşı sosyal eğilimler git gide ağır basmağa başlamış ve hukuk düzeninin iktisaden zayıfı koruması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu eğilimler kanun koyucuları da etkilemekten geri kalmamış ve böylece akit tiplerinin hüküm ve neticelerinin esas itibariyle ve sadece taraflarca tayin edilmesi gerektiği fikri sınırlandırılmıştır<sup>78</sup>. Bu sınırlama, kendini özellikle, tamamlayıcı kurallar yanında sosyal, yani zayıfı kuvvetliye karşı koruyucu nitelikte emredici hükümlerin öngörülmesinde göstermiştir. Böylece akit tipleri de daha teferruatlı ve tamamen özel nitelikte hükümlerle düzenlenmiştir. Zira her akdi ilişki farklı menfaatlar durumu meydana getirdiğine göre, kanun da koyucu bunların her birinde hangi tarafın daha fazla korunacağı sualini, ilişkilerin kendilerine has özelliklerini göz önüne almak suretiyle, cevaplandırmak zorunda kal-

75 bk. *Charmatz*, sh. 162.

76 bk. meselâ *Demogue*, sh. 910.

77 Aynı fikir için bk. *Büchenbacher*, sh. 1; *Weiss*, sh. 21.

78 Sosyal eğilimlerin Borçlar Hukukuna etkileri için bk. *Schwarz*, sh. 40 vd.; *Egger*, Medeni Hukuk tetkikleri, sh. 10 vd., *Arsebük*, sh. 681 vd.; *Messineo*, sh. 319 vd.

mıştır<sup>79</sup>. Bu ise karışık muhtevalı aktin bir sorun olarak ortaya çıkmasına yol açmıştır. Zira değişik akit tiplerine bağlanmış hükümlerin aynı akte, bir çatışma ihtimali olmaksızın, yan yana uygulanmaları artık mümkün değildir<sup>80</sup>. İşte Alman ve İsviçre hukuk literatürünün bu konu ile yakından ilgilenmesinin nedeni, bu ülke kanunlarının akit tiplerinin düzenlemede, Fransız Medeni Kanununa nazaran göstermiş oldukları farklılıktır.

Yukarıdaki izahlarımızdan açıkça anlaşılacağı üzere karışık muhtevalı akit ve sorunu bir taraftan akit serbestisine, diğer taraftan ise tipik akitlerin mevcudiyetine ve tanzim tarzına bağlıdır. Gerçekten akit serbestisi sahası içinde tipik akitlerin düzenlenmiş olması, karışık muhtevalı akte yol açmıştır. Böylece akit serbestisinin uygulanmadığı yerlerde, karışık muhtevalı akitten de söz edilemeyeceğini söylemek doğru olur. Görülüyor ki, bu aktin doğuş nedenini açıklıyan esas, aynı zamanda onun sınırlarını da tayin eder. İşte şimdi üzerine eğileceğimiz konu, bu sınırların tespiti-  
dir.

### III- Karışık muhtevalı aktin sınırlandırılması.

Karışık muhtevalı akitten ancak akit serbestisinin kabul edildiği hukuk alanında söz edilebileceğine göre, tayin ve tespit edilmesi gereken husus, bu serbestinin uygulama alanıdır.

Genel olarak akit serbestisi, borç ilişkisi kuran, bu ilişkiyi değiştiren ya da ortadan kaldıran hukuki işlemler hakkında caridir<sup>81</sup>. Lâkin bu kuralla akit serbestisinin uygulandığı alan açıkça tayin edilmiş olmaz. Bunu yapabilmek için ayrıca, “borç ilişkisi” ve “hukuki işlem” kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Birden fazla kimse arasında bir veya daha çok taleplere, ayrıca yenilik doğuran haklara ve defilere vücut vermesi itibariyle bir organismus (uzviyet) olan kimse borç ilişkisi “yalın borç ilişkisi” (Nurschuldverhältnis) ve “aynı zamanda borç ilişkisi” (Auchschuldverhältnis) olmak üzere ikiye ayrılır<sup>82</sup>. Yalın borç ilişkisinin kaynağı hukuki işlem, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir. “Aynı zamanda borç ilişkisi” ise Borçlar hukuku ile ilgili talep haklarına yol açan şahıs, miras, aile ve eşya hukuku münasebetlerinden doğar. Akit serbestisi, genel olarak bir yalın borç ilişkisi kuran veya onu değiştiren yahut ortadan kaldıran hukuki işlemler hakkında geçerlidir<sup>83</sup>.

79 bk. *Charmatz*, sh. 353.

80 *Weiss*, sh. 6 vd.

81 *Siber*, *Vertragsfreiheit*, sh. 227.

82 *Siber*, *Vertragsfreiheit*, sh. 227.

83 *Siber*, *Vertragsfreiheit*, sh. 228; *von Tuhr*. Borçlar hukuku, sh. 257.

Gerçekten hukukun borçlar hariç, diğer sahalarında kanun kısmen veya tamamen değişmez akit tipleri tesis etmiştir. Meselâ aile hukukunda bir çeşit evlenme veya evlât edinme ve tarafların seçecekleri ancak üç çeşit mal rejimi vardır<sup>84</sup>. Eşyalar üzerindeki aynî hakların sayısı ise sınırlıdır (numerus clausus). Bu bakımdan taraflar sözleşme ile eşyalar üzerinde ancak sınırlı olarak sayılmış aynî haklara vücut drebilirler, bunları kaldıracabilirler veya veya başkasına devredebilirler<sup>85</sup>. Miras hukukunda da durum aynıdır.

Şu halde karışık muhtevalı akit sorunu sadece akit serbestisinin geçerli olduğu borçlar Hukuku alanında söz konusu olur<sup>86</sup>. Ancak bu kuralın bir başka açıdan daha sınırlandırılması gerekir. Bilindiği gibi, Borçlar hukuku genel ve özel olmak üzere iki kısımdan meydana gelmiştir. Genel kısımda bütün borç ilişkileri için geçerli, özel kısımda ise yalnız çeşitli borç münasebetleri (tipler) için, bunların nitelikleri gözönünde tutularak konmuş kaideler vardır. Lâkin çeşitli borç ilişkisi tiplerinin özel kısımda düzenlenmiş olması, genel hükümler arasında hiç bir özel hukuki işlem türü öngörülmediğini ifade etmez. Bilâkis bu kısımda da hukuki işlem türleri mevcuttur. Meselâ kesin vâveli, şarta bağlı hukuki işlemler, üçüncü şahıs lehine akit, üçüncü şahsın fiilini taahhüt, cezai şart alacağın temlik ve borcun nakli gibi. Fakat genel kısımda yer alan bu müesseseler özel kısımdakiler nazaran farklı nitelik gösterirler. Bir kere bunların bazıları özel kısmın tipleri ile birleşmek üzere öngörülmüştür. Başka bir deyişle bunların kendi başlarına pratik değerleri yoktur. Meselâ günlük hayatta yalnız kesin vadeli bir akit hiç söz konusu olamaz; bu ancak edimin muhakkak belirli bir tarihte yerine getirileceği anlaşmasını ihtiva eden eden satım veya istisna akdi şeklinde olabilir. Oysa özel kısımda düzenlenmiş tiplerde durum farklıdır. Kanun bunları başlı başına pratik değerli müesseseler olarak tanzim etmiştir. Yani başka borç ilişkileri ile muhakkak karışmaları amacıyla yaratmamıştır. Böylece genel bir müessesenin özel bir tiplerle birleşmesi kanuna yabancı olmaz; buna karşılık özel bir tipin diğer bir özel tiplerle kaynaşması kanuna yabancı olur.

Diğer taraftan genel kısımda düzenlenmiş müesseselerden bazıları da, alacağın temlik ve borcun nakli gibi tasarruf işlemi niteliğindedirler<sup>87</sup>. Oysa akit serbestisi prensibi tasarrufi işlemler hakkında geçerli değildir<sup>88</sup>. Şu halde karışık muhtevalı akit, genel kısımda yer alan bir tipin özel kısımda yer alan bir tiplerle birleşmesinden değil, fakat özel kısımdaki iki tipin karış-

84 *Schnyder*, sh. 88.

85 *Schnyder*, sh. 86.

86 krş. *Schreiber*, sh. 110, 111.

87 Alacağın temlik için bk. *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 888; Borcun nakli için bk. *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 961.

88 *Schnyder*, sh. 84.

maları meydana gelir. Bu bakımdan karışık muhtevalı akit yalnız borçların özel kısmında ortaya çıkar<sup>89</sup>.

Akit serbestisi bütün hukuki işlemler için geçerli değildir. Bir veya birden çok kimselerin sonuca yönelmiş irade beyanları olan hukuki işlem, buna iştirak eden şahıslara göre tek ve çok taraflı olmak üzere ikiye ayrılır. Çok taraflı hukuki işlem de kendi içinde akitlere, kararlara, ve müşterek hukuki muamelelere bölünür. Akit serbestisi yalnız akitleri ilgilendirir<sup>90</sup>. Gerçekten tek taraflı bir hukuki işlem veya bir karar ile bir borcun yaratılması veya değiştirilmesi ancak kanunun öngördüğü hallerde mümkündür<sup>91</sup>. Nitekim bu prensibi ifade eden BK. 19 /1 açıkça akitten söz eder<sup>92</sup>. Şu halde akit serbestisi esası bir borç ilişkisi kuran veya onu değiştiren akitler hakkında caridir. Bu duruma borçların özel kısmında düzenlenen ve bir akit niteliğinde olmıyan, vekâletsiz iş görme, ticari temsilcilik, ticari vekâlet ve havale münasebetleri karışık muhtevalı akit sorununun dışında kalırlar. Böylece bu sorun Borçların özel kısmında düzenlenmiş çeşitli akit tipleriyle sınırlandırılmış olur<sup>93</sup>.

#### IV- Karışık Muhtevalı Akit Terimi

Çeşitli akit tiplerinin unsurlarını bünyesinde birleştiren akte doktrinde genellikle “karışık akitler” (gemischte Verträge, contrats mixtes) adı verilmektedir<sup>94</sup>. Bu terim esas itibariyle ilk bakışta, çeşitli akitlerin unsurlarının karışımını (birleşimini) açıklar nitelikte gözükzabilir ve böylece uygun bulunabilir. Ancak yakından bir inceleme bize bunun pek de doğru olmadığını gösterir. Bir kere deyimın çoğul şekilde ifade edilmiş olması, burada birden ziyade müstakil aktin birleşmiş oldukları düşüncesine yol açabilir. Oysa, bu tamamen yanlıştır. Zira değişik tiplere ait unsurlar, tek bir akit meydana getirecek şekilde, bir bütünlük içinde birleşirler<sup>95</sup>. Diğer taraftan çoğul

89 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 15; *Schreiber*, sh. 142, *Tillmann*, sh. 8.

90 *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 141, 257; *Funk*, sh. 16.

91 *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 141. not 8.

92 Ayrıca krş. BGB §305.

93 Çeşitli akit tipleri yalnız Borçların özel kısmında düzenlenmemiştir. Bunlar dolayısıyla de karışık muhtevalı bir aktin doğup doğmuyacağına aşağıda temas edeceğiz. bk. aşt. §4, I, B, 3.

94 Özellikle bk. *Hoeniger*, *Schreiber*, *Fischer*, *Garobbio Gelzer*, *Kohlrausch*, *Meerscheidt-Hüllessen*, *Roediger*, *Sternner*, *Witting*. Ancak bazen bu akte, “akit tipleri karışımı” (Vermengung von Vertragstypen) (*Blociszewski*), “karışık borç ilişkileri” (gemischte Schuldverhältnisse) (*Büchenbacher*) “karışık hukuki ilişkiler” (gemischte Rechtsverhältnisse) (*Schelp*) yahutta “karışık tarzlı muameleler” (Geschäfte gemischter Art) (*Gugelmann*) adı verilmektedir. Türk hukukunda ise, “gemischt” “mixt” sıfatları “karma” (*Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 9; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 29. *Bilge*, sh. 14), veya muhtelit (*Feyzioğlu*, sh. 29). olarak tercüme edilmektedir.

95 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 6; Ayrıca bk. aşt. §4, I, A.

şekil kullanılmayıp, yalnız “karışık akit” denildiğinde, sanki bizzat akitin karışık olduğu ifade edilmek isteniyormuş gibi, anlamsız bir durum ortaya çıkar. Gerçekten bir akitin bizzat kendisinin karışık olması düşünülemez. Olsa olsa ancak bunun muhtevası karışık olabilir. Esasında bu deyim ile belirtilmek istenen de budur. Bu sebebedir ki “karışık muhtevalı akit” deyiminin kullanılması daha yerinde olur<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Krş. *Regelsberger’in* ve *Krückmann’ın*, sh. 326. kullandıkları terimle: Vertrag mit zusammen-gesetztem. Inhalt.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN TANIMI VE UNSURLARI

Karışık muhtevalı aktin tanımını mantıken iki yoldan elde etmek mümkündür: Ya tüme varım yolunu tercih edip, tatbikat ve doktrinde karışık muhtevalı olarak nitelendirilen akitlerden hareketle bir tanıma varılabilir; yahut ta tümden gelim metoduna uygun olarak, aranılan tanım ilk başta bir axiom şeklinde konur ve tatbikattaki sözleşmeler de buna göre değerlendirilir.

Esas itibariyle “tüme varım metodu” bizi bir sonuca götürmez. Zira hayatta teorik olarak sayıca sonsuz akitlerden bir tanıma varmağı mümkün kılacak unsurların seçilebilmesi için gerekli kriter elde mevcut değildir. Kaldı ki, bu kriter zaten aranılan tanımın bizzat kendisinden başka bir şey değildir<sup>1</sup>. Bu sebeptendir ki, karışık muhtevalı akit tanımının tümden gelim metodu ile elde edilmesi gerekir. Bununla beraber bu tanımın ilk başta bir axiom şeklinde konulması da tamamiyle mahzursuz değildir. Zira böyle bir tanımın ifade edeceği anlam, bu axioma uygun düşen sözleşmelerin karışık muhtevalı akit, düşmeyenlerin ise bu muhtevada bir akit olmadıklarıdır. Oysa bu derece kesin bir yargıya, kanuni akit tiplerinin kapsamlarını tespit, yani sınırlarını tayin etmeden varmak hatalı olur. Gerçekten verilmiş olan tanıma uygun düşen bir sözleşme, pekâla tipik bir aktin kapsamına da girebilir. Çünkü kanuni akit tiplerinin sınırları ne kanunda, ne de doktrinde açıklıkla tayin edilmiş değildir. Kaldı ki karışık muhtevalı akit sorunu, tipik akitlerin esaslarına ve tanzim tarzlarına sıkı sıkıya bağlıdır.

Şu halde bu konuda takip edilmesi gereken metod şu olmalıdır: İlk önce doktrinde bu akit için verilmiş tanımlar tespit edilmeli; sonra bunlar kanuni akit tiplerinin esasları ve tanzim tarzları açısından incelenip değerlendirilmeli ve sonunda da bu değerlendirmenin sonuçlarına göre karışık muhtevalı aktin tanımı yapılmalıdır.

<sup>1</sup> *Offinger*, sh. 9.

## §2- GENEL OLARAK DOKTRİNDEKİ DURUM

Doktrinde karışık muhtevalı aktin tanımı üzerinde bir birlik yoktur. Fakat verilen tanımların, birbirlerinden farklı olmalarına rağmen, temellerinde ya Hoeniger'in ya da Schreiber'in tanımları yatar<sup>2</sup>. Bu itibarla bizde buradaki araştırmamıza Hoeniger ve Schreiber'in tanımlarıyla başlayacağız.

### I. Hoeniger ve Schreiber'in tanımları ve bu tanımlarına göre karışık muhtevalı aktin unsurları

#### A- Tanımları

##### 1. Hoeniger'in tanımı

“Karışık muhtevalı akit, kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurların kanunun öngörmediği bir biçimde birleşmelerinden meydana gelir”<sup>3</sup>.

##### 2. Schreiber'in tanımı

“Karışık muhtevalı akit, Alman borçlar hukukuna ait olan kanuni akit tiplerini, bu tiplere tam uymaksızın, kısmen ya da tamamen ihtiva eden akittir”<sup>4</sup>.

#### B- Bu tanımlarına göre karışık muhtevalı aktin unsurları

Hoeniger ve Schreiber'in tanımlarına göre karışık muhtevalı aktin üç unsuru vardır:

##### 1- Tek bir aktin mevcut olması.

Her iki tanımdan da açık ve seçik anlaşılacağı üzere karışık muhtevalı akit, çeşitli akitleri, müstakil niteliklerine bir zarar gelmezsiniz, birbirine bağlamaz; tersine bunları o şekilde birleştirirki, ortaya tek bir akit çıkar<sup>5</sup>.

##### 2- Bu aktin, Hoeniger'e göre “kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları”; Schreiber'e göre ise “kanuni akit tiplerini kısmen veya tamamen” ihtiva etmesi

Görülüyor ki bu unsuru Hoeniger ve Schreiber değişik şekillerde açıklamışlardır. Esasen bu her iki hukukçunun tanımlarının farklılığından

<sup>2</sup> bk. *Weiss*, sh. 11.

<sup>3</sup> Grundformen, sh. 4; Vorstudien, sh. 20.

<sup>4</sup> sh. 111.

<sup>5</sup> Ayrıca bk. *Hoeniger*, Grundformen, sh. 6; *Schreiber*, sh. 112.

ileri gelir. Gerçekten her iki hukukçu tarafından değişik ifade edilen bu unsurun incelenmesi, bize Hoeniger ve Schreiber'in hangi noktalarda birbirlerinden ayrıldıklarını, hangi noktalarda ise birleştiklerini gösterir.

a- Sathi bir incelemede dahi derhal göze çarpacak ilk fark, Hoeniger'in kanuni akit tiplerinin unsurlarını, Schreiber'in ise bizzat kanuni akit tiplerini tanımlarına esas almış olmalarıdır<sup>6</sup>. Gerçekten karışık muhtevalı akit Hoeniger'e göre kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları, Schreiber'e göre ise kanuni akit tiplerini kısmen veya tamamen ihtiva eden akitlerdir.

b- İkinci fark, karışık muhtevalı aktin Hoeniger'e göre sadece kanuni akit tiplerinin unsurlarının, Schreiber'e göre ise kanuni akit tiplerinin, birbirleriyle ya da kanunda düzenlenmemiş akitlerle birleşmelerinden doğmasıdır. Böylece bünyesinde tipik akitlere ait unsurlarla, kanuna tamamen yabancı unsurları birleştiren bir akit, Hoeniger'in tanımı açısından, karışık muhtevalı değildir. Zira bu durumda ikinci unsur, yani "kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları ihtiva etmek" unsuru gerçekleşmiş değildir. Buna karşılık aynı akit, Schreiber'in tanımına göre ise, karışık muhtevalıdır. Çünkü "kanuni akit tiplerini kısmen" kapsamaktadır<sup>7</sup>.

Şu halde diyebiliriz ki, Schreiber, karışık muhtevalı akte, Hoeniger'e nazaran daha geniş bir saha tanımaktadır<sup>8</sup>.

c- Ancak aralarındaki bu farklılıklara rağmen, her iki hukukçunun da kanunda öngörölmüş akitleri, içinde düzenlenmiş oldukları kanun bakımından her hangi bir ayırım yapmaksızın, esas almaları, onları bir noktada birleştirmiştir. Bilindiği gibi, akit tipleri sadece Borçlar Kanununun özel kısmında düzenlenmiştir. Bazı özel kanunlarda da çeşitli akit tipleri mevcuttur<sup>9</sup>. Bu bakımdan verilen tanımlara göre karışık muhtevalı akit özel Kanunlarda düzenlenmiş akit tipleri dolayısıyla da söz konusu olur<sup>10</sup>. Çünkü hem Hoeniger, hem de Schreiber yalnız "çeşitli akit tiplerinden" söz etmişlerdir<sup>11</sup>.

6 Gerlach, sh. 11.

7 bk. ve krş. yuk. §1, I, not 30.

8 Gelzer, sh. 7; Weiss, sh. 11.

9 Türk hukukunda özel kanunlarda düzenlenmiş çeşitli akit tipleri için bk. aşt. §4, 1, B, 3, ayrıca bk. yuk. §1, III, not 93.

10 Aynı fikir için bk; Weiss, sh. 11.

11 Her ne kadar Schreiber, "Alman Borçlar hukuku" tabirini kullanmışsada, bunu sadece Borçlar Kanunu olarak değil, fakat geniş yani diğer özel kanunları da içine alacak bir şekilde anlamak gerekir. Zira Schreiber, bunları da sarıh olarak araştırmasının sahasına sokmuştur. bk. sh. 143.

Ancak Hoeniger karışık muhtevalı aktin BGB dışındaki özel kanunlar da düzenlenmiş akit tiplerinin unsurlarının karışımından meydana gelebileceğini söylemesine<sup>12</sup> rağmen, karışık muhtevalı akit sorununun incelenmesini sonradan BGB de düzenlenmiş akit tipleriyle sınırlandırılmıştır<sup>13</sup>. Lâkin burada karışık muhtevalı akit için geliştirilecek temel esasların BGB dışındaki özel kanunlar dolayısıyla meydana gelecek karışık muhtevalı akte de uygulanabileceğini ileri sürmüştür<sup>14</sup>.

- 3- Bu aktin, Hoeniger'e göre kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları "kanunun öngörmediği bir biçimde" birleştirmesi; Schreiber'e göre ise, kanuni akit tiplerini, "bu tiplere tam uymaksızın" kısmen veya tamamen ihtiva etmesi.

Her ne kadar Hoeniger ve Schreiber, karışık muhtevalı aktin üçüncü unsurunu değişik şekillerde ifade etmişlerse de, bu esasında tanımlarda bir farklılık yaratmaz. Tam tersine her ikisi de karışık muhtevalı akti, kanuni akit tiplerinden sapan, yani kanuna yabancı bir akit olarak telâkki ederler. Bu sapmanın derecesi üzerinde de birleşmişlerdir. Gerçekten kullandıkları ibareler her iki hukukçunun da, kanuni akit tiplerinden önemsiz bir sapmanın dahi bir karışık muhtevalı akte yol açacağını kabul ettiklerini gösterir. Nitekim tanımına kanuni akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları esas alan Hoeniger, karışık muhtevalı akit açısından, bu unsurların niteliğine, yani essentialia veya naturalia olmalarına<sup>15</sup> yahut bir tipin asli ediminin bir başka tipi içinde bu defa bir yan edim olarak yüklenilmesine değil; fakat bunların kanunun öngörmediği bir biçimde birleştirilmesine önem verir<sup>16</sup>. Aynı durum Schreiber için de söz konusudur. Zira o'na göre de, akit tiplerinden yapılacak en ufak bir sapma, karışık muhtevalı akte yol açar. Çünkü bu takdirde akit, ilgili tiplerine tam manasıyla uymaz<sup>17</sup>.

## II- Doktrindeki durum

Karışık muhtevalı aktin tanımı üzerinde doktrinde genellikle bir birlik mevcut değildir. Ancak bir birliğin mevcut olmaması, tanım konusunda

12 Grundformen, sh. 8.

13 Grundformen, sh. 8; Vorstudien, sh. 31, 32; Şu halde diyebiliriz ki, *Hoeniger*, "karışık muhtevalı akit" kavramını değil, fakat yalnız araştırmasını BGB nin özel hükümleriyle sınırlandırmıştır. Aynı fikir için bk. *Schreiber*, sh. 107.

14 Grundformen, sh. 8.

15 bk. Grundformen, sh. 33, 43 vd.

16 bk. Grundformen, sh. 114 vd.; 137 vd.

17 sh. 210.

tam bir kargaşalığın hüküm sürdüğünü de ifade etmez. Esasında verilmiş olan tanımların temelinde ya Hoeniger yahutta Schreiber'in tanımları yatar. Lâkin bunların bazılarında temel olarak alınan tanım aynen tekrarlanmış, bazılarında da ise, bu tanımdan bir takım noktalarda uzaklaşmıştır. bu bakımdan karışık muhtevalı akit için verilmiş olan tanımları şöyle bir ayırma tabi tutmak mümkündür.

Genel olarak hukukçuların büyük bir kısmı<sup>18</sup> Hoeniger'in, buna karşılık az bir kısmı da<sup>19</sup> Schreiber'in tanımını aynen benimsemişlerdir.

Diğer taraftan doktrinde bazı müellifler Hoeniger ve Schreiber'in tanımlarından uzaklaşmışlardır. Bu sapma üç noktada görülür:

İlk önce bazı tanımlarda<sup>20</sup> karışık muhtevalı akdin yalnız tipik akitlerin asli unsurlarının, asli edimlerinin, bu niteliklerini kaybetmeksizin karışım-larından meydana geleceği açıklanmıştır. Ancak bu tanımları veren hukukçular, Schreiber'den farklı olarak, kanunun öngörmediği bir aktin asli edimi ile tipik bir aktin asli ediminin karışımının, karışık muhtevalı akde yol açamayacağını kabul etmek suretiyle, Hoeniger'e yaklaşmışlardır.

İkinci olarak tanımlarında, Hoeniger gibi, çeşitli akit tiplerinin unsurlarından hareket etmelerine rağmen, kanuna yabancı unsurların

18 *Danckelmann*, Palandt's Komm., §305, Nr. 6; *Heck*, Grundriss sh. 244 *Wilde*, BGB-RGRK, vor §305, Anm. 13; *Charmatz*, sh. 339, not 1; *Lent*, sh. 203; *Becker*, Art. 19, Nr. 1; *Garobbio*, sh. 302; *Meier-Havoz*, FJS., Nr. 1135, sh. 1; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 29; *Ochs*, sh. 3; *Tillmann*, sh. 7; *Schelp*, sh. 88; *Schell*, sh. 3; *Roediger*, sh. 2; *Treichler*, sh. 10; *Gerlach*, sh. 3 vd., *Planiol/Ripert / Esmein*, VI/1 sh. 46; *Planiol*, Classification synthetique des contrats, sh. 485. Federal Mahkemenin, bazı kararları açısından Hoeniger'in tanımını benimsediği ileri sürülebilir. Gerçekten, bir kısım kararlarında çeşitli akit tiplerine ait edimleri, unsurları, ihtiva eden akdin karışık muhtevalı olduğunu öngörmüştür. ATF 69 II 55; 63 II 176; 61 II, 111. Ayrıca aynı anlamdaki Kanton mahkeme kararları için bk. SJZ. 60 (1964), 42, Nr. 29; 54 (1958). 186, Nr. 107; 50 (1954), 260, Nr. 132; 45 (1959), 44, Nr. 14; 45, Nr. 17; 22 (1925 /26), 68, Nr. 10. Diğer taraftan bir takım kararlarında mahiyetten farklı bir ediminin, yan edim olarak bir akit tipine katılmasının karışık muhtevalı akte yol açacağını kabul etmiştir. bk. ATF 72 II 349; 57 II 162 (son karar bir gazetenin bir sahifesinin bir kimseye, getireceği ilânları orada neşretmek üzere belli bir bedel karşılığında kiralanmasına taallük etmektedir (Annoncenpachtvertrag). Burada asli hasılat kirası borcu yanında, yan nitelikte bir is tısna borcu söz konusudur. bk. *Nauer*, sh.39). Ayrıca şu karara da bk ATF 79 II 169. Nihayet kanunî akit tiplerinin unsurlarıyla kanuna yabancı unsurların birleşiminin bir "sui generis" akit meydana getireceği fikrindedir. bk. ATF 78 II 74; 71 II 107; Ayrıca bk. SJZ. 1955 (51), 329, Nr. 164. Karışık muhtevalı akti "edim muhtevalı mahiyetten farklı olan akit" şeklinde tanımlayan *Leonard*, I, sh. 325 ve *Mauritz* de, sh. 5, esas itibarıyla Hoeniger'i temel almışlardır. Ancak Hoeniger'den ayrılmış oldukları noktaya ileride temas edeceğiz. bk. aşt. §4, I, C sonucu.

19 *Kohlrausch*, sh. 14; *Gelzer*, sh. 21.

20 *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 5; *Fränkel*, sh. 1; *Guhl*, sh. 257; *Weiss*, sh. 16, *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 9, 14.

tipik akitlerin unsurlarıyla birleşmesi halinde de karışık muhtevalı aktin, söz konusu olacağını kabul eden hukukçular da<sup>21</sup> bu tanımlarıyla Sshreiber'in görüşünü benimsemiş olmaktadır.

Nihayet bir kısım hukukçuda<sup>22</sup> karışık muhtevalı aktin tanımı içine, bileşik akitleri de sokmak suretiyle, sözü edilen aktin temel unsurunu, yani "tek bir aktin varlığı" şartını tamamen ihmal etmişler ve böylece tüm doktrine zıt bir görüş benimsemişlerdir.

Görüldüğü üzere, doktrin esas itibariyle Hoeniger ve Schreiber'in tanımlarını esas almakta, ancak hâkim tanım olarak Hoeniger'inki gözükmektedir.

Şimdi bu tanımların değerlendirilmesine geçebiliriz. Ancak bunun için ilk önce akit tiplerinin esas ve özelliklerinin araştırılması gerekir. Çünkü daha yukarda işaret etmiş olduğumuz gibi<sup>23</sup> karışık muhtevalı akit sorunu, kanuni akit tiplerinin mevcudiyetine ve tanzim tarzlarına sıkı sığına bağlıdır.

Akit tipleri ile ilgili bu araştırmamızda, gene Hoeniger ve Schreiber'in akit tipleri hakkındaki görüşlerini esas alacağız. Zira, doktrinde verilen tanımlar, genellikle, bu iki hukukçunun tanımlarına dayanmaktadır.

### §3. HOENİGER ve SCHREİBER'İN KANUNİ AKİT TİPLERİNİN NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ VE BU GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### I- Kanuni akit tiplerinin niteliği ve özellikleri hakkındaki görüşleri:

##### A- Hoeniger'in görüşü:

Hoeniger, BGB de düzenlenmiş akitlerin her münferit unsuruna veya unsurları grubuna bir hukuki netice tekabül ettiği görüşündedir. Başka bir deyişle kanuni tipik akitlerin münferit unsurları veya unsurlar grubu ile mün-

21 Kaduk, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 72, sh. 531; Enneccerus |Lehmann, §100, B, sh. 385; Groepper, Erman's Handkomm., Einl., §305, h, cc, sh. 425, Fischer, sh. 12; Swarsensky, sh. 6; Büchenbacher, sh. 39; von Tuhr |Siegwart, sh. 234.

22 Oser |Schönenberger, Vorbem, Zu Art. 184-551, Nr. 6; Gugelmann, sh. 60; Ammann, sh. 117; Soergel |Siebert |Schmidt, Vor §305, Nr. 15; Ancak şunu da ilave edelimki, Oser |Schönenberger tanımına, bu farklılık hariç, temel olarak Hoeniger'in tanımını almıştır. Diğer taraftan karışık muhtevalı akti "çeşitli akitlerin" bir bileşimi olarak tanımlayan Funk, sh 133; Rossel, sh. 245; Demogue, sh. 909; Daepfen |Raymond, sh. 440, da aktin tekliğini ihmal eder gözükmektedirler. Aynı durum Federal Mahkeme'nin bir takım kararları içinde söz konusudur. ATF 63 II 242; 41 II 108 ve ayrıca bk. BLzR. 28 (1928), 293, Nr. 155.

23 bk. yuk. §1, II, A ve B.

ferit hukuki neticeler arasında mücerret bir bağılılığın mevcut olduğu düşün- cesinden hareket eder. Bu suretle de BGB deki akitlerin kendilerine has hukuki neticeleri olan unsurlar veya unsurlar grubundan meydana geldik- lerini ve bu bakımdan bölünmez birer bütün teşkil etmediklerini ileri sürer<sup>24</sup>. Nitekim Hoeniger, kanuni-akit tiplerini, ufak parçaların birleşmesi su- retiyle meydana gelen bir mozaik bütününe benzetmekte veya bunları muhtelif unsurlardan oluşmuş tabiat maddeleri ile mukayese etmektedir<sup>25</sup>.

Hoeniger'in kanuni akit tiplerinin mahiyeti hakkındaki bu görüşü, esas itibariyle Rümelin'e aittir. Bu bakımdan, sözü geçen görüşün iyi bir şekilde değerlendirilebilmesi, Rümelin'in bunu hangi esaslara dayan- dırdığının incelenmesine bağlıdır.

Rümelin bu görüşü "Dienstvertrag und werkvertrag" isimli eserinde ileri sürmüştür. İstisna ve hizmet akitlerini birbirinden sarih olarak ayır- mağa ve bunun içinde bu iki akitten her birinin kavramını tespiti çalışan Rümelin'e göre<sup>26</sup>, Kanunun lâfzına bağlı kalınırsa, bu ayırımı ancak hiz- met akdinde sadece bir hizmetin, bir faaliyetin; buna karşılık istisna akdinde ise bir sonucunun yüklenilmesine dayandırmak gerekir. Rümelin<sup>27</sup> çoğu kere tatmin edici gözüken bu ayırımın, özellikle faaliyet ve sonucun biri- birinden kesin olarak ayrılmadığı hallerde -meselâ berberde traş olmak, tiyatrodaki oynamak gibi-, yeterli olmaktan uzak olduğunu ve bu bakımdan bunun başka bir esasa dayandırılması gerektiğini öne sürmektedir. Ona göre bu ayırımı şu şekilde yapmak mümkündür<sup>28</sup>: Bir iş akdinde bir hizmetin mi yoksa bir neticenin mi yüklenilmiş olduğunun tayini hukuken önemlidir; zira iş borçlusu muayyen bir sonucu taahhüt ettiğinde, şayet çabalarına rağmen bunu gerçekleştiremezse, genel prensiplere göre, iş alacaklısından karşı edimi talep edemez. Nitekim Kanun istisna akdinde iş sahibinin yalnız sonucun meydana getirilmesi halinde, kendi edimini yerine getirmekle yükümlü olacağını öngörmüştür. Bu duruma göre bedel istisna akdinde ancak taahhüd edilen sonuc gerçekleştirildiği takdirde, oysa hizmet akdinde ise, neticeye bakılmaksızın, yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenecektir. Şu halde istisna akdinde hasar müteahhide aittir. "Müteahhidin hasara katlanmasının" ifade ettiği mana, bedelin ancak yüklenilen sonucun ger- çekleştirilmesi halinde ödeneceği olduğuna göre, "hasara katlanma" hukuki neticesi ile "bir sonucu meydana getirmeyle yükümlü olma" hukuki neti- cesi arasında bir fark yoktur. Başka bir deyişle "bir sonucu gerçekleştirme taahhüdü" ile "hasarı üstlenme" olayları (Tatbestand) haricen farklı ol-

24 Vorstudien, sh. 1 vd., 45 vd.; Grundformen, sh. 382 vd.

25 Vorstudien, sh. 2.

26 sh. 1.

27 sh. 9 vd.

28 sh. 16 vd.

malarına rağmen aynı hukuki neticeleri meydana getirirler. Bu bakımdan bu olayların (Tatbestand) eş anlamda olduklarını kabul etmek mümkündür. Şu halde istisna akdini, doğru bir şekilde, gerek bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdü, gerekse hasara katlanma olarak tavsif etmek mümkündür.

Rümelin, bu iki akti ayırmağa yarıyacak esası böylece tespit ettikten sonra, bunun BGB'nin hizmet ve istisna akitleri için sevkemiş olduğu hükümler açısından yeterli olup olmadığını tayine çalışmaktadır<sup>29</sup>. Rümelin'i bu konuya eğilmeğe sevkeden sebep, kanunda gerek hizmet ve gerek istisna akdine çok değişik hükümler bağlanmış olmasıdır. Şayet Kanunda, istisna akdi kavramının yalnız bir unsura, yani müteahhidin hasarı üstlenmesi istinat etmesine uygun olarak, sadece hasar ile ilgili, -meselâ hasarın çeşitleri geçiş zamanını, gerçekleşmesi halinde durumun ne olacağı- gibi hükümler konmuş olsaydı, bu takdirde kavram ve hukuki neticeler arasında uygunluk bulunacağından, bu ayırım esasının yeterli olduğundan şüphe edilmeyecekti<sup>30</sup>. Oysa, biraz öncede belirttiğimiz gibi, BGB hizmet ve istisna akitleri için değişik muhtevada kaideler sevkemiştir. Kanunun düzenleme şekli kısaca şöyle özetlenebilir: Kanun koyucu "müteahhidin hasara katlanma taahhüdü" olayına (Tatbestand), ki buna (a') diyebiliriz, "müteahhidin hasarla yükümlü olduğunu" ifade eden (a) hukuki neticesini bağlamış, fakat aynı zamanda (a') mevcudiyeti halinde, yalnız (a) hukuki neticesinin değil, bilâkis (b), (c), (d), (e), (f), (g) hukuki sonuçlarının da söz konusu olacağını kabul etmiştir. Kanunun bu düzenleme şekli, her şeyden önce konmuş değişik hukuki neticeler ile akdin Tatbestand i arasında bir bağlılığın mevcudiyetini şart kılar. Başka bir deyişle, istisna akdi için konan hükümlerin sadece istisna akdine, hizmet akti için öngörülelerinde yalnız hizmet akdine uygulanması gerekeceği görüşüne yol açan bu kanuni düzenleme tarzında, her iki aktin bölünmez bir bütün teşkil etmelerini sağlayacak şekilde, akdin Tasbestand i ile ona bağlanmış hukuki neticelerin bir birlik içinde bulunmaları gerekir<sup>31</sup>. İşte burada üzerinde durulması icap eden nokta, kanun koyucunun bu bağlılığı tesiste ne dereceye kadar başarılı olduğudur. Bunun içinde bu hükümlerin hasara katlanma esası ile nasıl bir ilgi içinde bulduklarının araştırılması gerekir<sup>31</sup>. Bu konuda yapılacak derinlemesine bir inceleme, kanun koyucunun akdin Tatbestand'ı ile ona bağlanmış hukuki neticeler arasında bir bağlılık, bir birlik tesisine muvaffak olmadığını gösterir<sup>32</sup>. Zira gerek hizmet, gerek istisna akdinde konmuş olan hükümlerin sadece öngörüldükleri akit hakkında uygulanabi-

29 sh. 166 vd.

30 sh. 169, 170, 172.

31 sh. 172, 173, 307.

32 sh. 176, 316 vd.

lecekleri iddiası doğrulanamaz. Gerçekten her iki akitte öyle hükümler mevcuttur ki, bunların yalnız sevkedildikleri akit hakkında uygulanabilecekleri şüphelidir. Meselâ, kanun istisna akdinde edimin ayıplı olması halini düzenliyen hükümler öngörmüş; buna karşılık hizmet akdinde buna benzer kaideler koymamıştır. Bu durumda, argumentum acontrario yolu ile kanun koyucunun hizmet akdinde edimin ayıplı olmasını düzenlemek istemediği iddiası yerinde olamaz<sup>33</sup>. Bundan başka olarak, bir takım hükümler hasara katlanma esasına bağlanmamış oldukları gibi, kendi aralarında belirli bir birlik içinde de değillerdir. Bilâkis bu hükümlerin istisna ya da hizmet akdinde düzenlenmiş olmaları, iş borçlusu ile iş sahibi arasındaki tabiyeti münasebeti, akdin belirli bir zaman ile sınırlanması gibi mahiyetten farklı unsurlara dayanır. Nihayet öyle hükümler vardır ki, bunların niçin bu iki akitten sadece birisi için konmuş oldukları ve niçin öbür akte uygulanamayacakları anlaşılamaz<sup>34</sup>. Meselâ hizmet akdinde düzenlenmiş olan iş borçlusunun iş alacaklısının evinde çalışması olayı gibi.

Esasında bu durum, bu hükümlerin hasara katlanma unsuruna değilde, bundan başka unsurlara bağlanmış olmalarından ileri gelir. Buda istisna veya hizmet akdi hükümlerinin kendi aralarında sıkı bir bağlılık içinde bulunmadıklarını, yani bölünmez bir bütün teşkil etmediklerini gösterir. Bunun ifade ettiği anlam ise, hizmet akdinde konulmuş olan hükümlerin istisna akdine, istisna akdi için konulmuş olanlarında hizmet akdine uygulanmalarının mümkün olduğudur. Zira bu hükümlerin dayandıkları unsurlar her iki akittede pekâla karşılaştırılabilirler. Meselâ, hizmet akdinde düzenlenmiş olan iş borçlusunun iş alacaklısının evinde çalışması olayı, istisna akdinde de söz konusu olabilir. Bu takdirde hizmet akdinde bu olay için öngörülmüş olan hüküm, istisna akdine de uygulanır. Şu halde denebilir ki hizmet veya istisna akdinde konulmuş olan hükümlerin uygulama alanları, öngörüldükleri akit ile sınırlandırılmamıştır. Bunun dışında da tatbik edilebilirler<sup>35</sup>.

Hizmet ve istisna akdi hükümlerinin birbirine uygulanabileceklerini tespit ettikten sonra Rümelin<sup>36</sup>, bu esasın diğer kanuni tipik akitlere de teşmil ve böylece bu akitler için konmuş hükümlerin uygulama alanlarının öngörüldükleri akit ile sınırlandırılmamış olduğunun iddia edilebileceğini öne sürmüştür. Bu bakımdan, Rümelin'e göre<sup>37</sup> çeşitli akit tiplerinde öngörülmüş hükümlerin esasında hangi unsurlara ait olduklarını ortaya çıkaracak bir unsurlar ve hukuki neticeler araştırması zaruridir. Zira böyle bir

33 sh. 177 vd.; 303 vd.

34 sh. 303 vd.

35 sh. 304 vd.

36 sh. 320.

37 sh. 320, 321.

araştırma bir kere Borçların genel hükümlerinin genişlemesine veya hiç olmazsa daha dar bir saha için genel kaideler konulmasına yol açacağı gibi, diğer taraftan muhtelif akit kategorilerine ait edimlerden meydana gelen sözleşmelerin hukuken nasıl değerlendirilecekleri sorusunun hallini de, bu akitleri meydana getiren münferit unsurları görevleri ve anlamları açısından incelemek aynı zamanda bu unsurların ve hukuki neticelerin girişebilecekleri muhtelif birleşimleri tespit etmek suretiyle mümkün kılar.

Rümelin'in bu görüşünü benimseyen Hoeniger'e göre<sup>38</sup> de kanuni tipik akitler, unsurlar ve bu unsurlara tekabül eden hukuki neticeler yığılması olmak itibarıyla, bölünmeye müsait birer yapıdırlar. Bu bakımdan karışık muhtevalı akit sorununun çözümü, ilk önce bu bölünmenin gerçekleştirilmesine, yani bu unsurların tespitine ve bunların görevleri açısından tetkik özel borç akitlerinin bir unsurlar alfabetini teşkil edecek şekilde, sistematik bir düzen içine sokulmalarına<sup>39</sup>; nihayet akit tiplerine bağlanmış hukuki neticelerin tümünden bu unsurlara ait olanlarının hangileri olduğunun tespitine bağlıdır<sup>40</sup>.

#### B. Schreiber'in görüşü

Özel borç münasebetlerini düzenleyen hükümlerin sistematik bir bağlılık içinde bulduklarını, herhangi bir araştırmaya girişmeksizin, bir önyargı ile kabul eden Hoeniger'e karşılık Schreiber, gerçekten böyle bir sistemin mevcut olup olmadığını araştırmaya yönelen farklı bir metot kullanmaktadır. Zira O'na göre, karışık muhtevalı akit sorununun çözümü, bu hükümlerin belirli bir sistem içinde sevk edilmiş olup olmadıklarının tespitine bağlıdır<sup>41</sup>. Schreiber, bu araştırmasında kanuni tipik akitlerin sistematik bir düzenlemeden yoksun olduklarını iki açıdan ortaya koymaya çalışmaktadır. Bir kere her akit tipi için verilen tanım ile, bu akit için öngörülen hükümler arasında açık bir uygunsuzluk mevcuttur. Tanımlar kaideten hukuki sonuçlara nazaran daha geniş bir sahayı kapsamaktadırlar. Meselâ BGB hizmet, istisna, kira gibi akitlerin tanımlarında karşı edimin

38 Vorstudien, sh. 45, 46; Grundformen, sh. 382, 387.

39 Vorstudien, sh. 45, 46, DJZ., sh. 268; Hoeniger'in tesis etmek istediği bu unsur alfabeti, Jhering'in bütün hukuk için öngördüğü hukuk alfabetinin (Rechtsalphabet) kanuni tipik akitler sahasında uygulanmasıdır (bk. *Jhering, Geist des römischen Rechts*, Bd. I, sh. 42; Bd. II / 2, sh. 334). Bu unsur alfabetinde kanuni tipik akitlerdeki bütün unsurlar yer alacaktır. Bu unsurlar böylece tespit edildikten sonra araştırılması gereken husus, hangi unsur birleşimlerinin hukuken değerli olacaktır. Zira, nasıllı alfabetindeki harflerin her yana yana geliş anlamlı bir kelime meydana getiremezse, unsurlarında her birleşimi bir mana ifade etmiyebilir. Bu bakımdan hukuk düzeni açısından, anlam ve öneme haiz bir birleşimin hangi kaideye göre tesis edileceğinin tespiti gerekir. Vorstudien, sh. 45, 46.

40 Grundformen, sh. 383; DJZ., sh. 268.

41 *Schreiber*, sh. 118 vd.

bir miktar para veya paradan gayri her hangi bir şey olabileceğini kabul etmiş; fakat bunlar için öngördüğü hükümlerde, karşı ivazın münhasıran para olacağı düşüncesinden hareket etmiştir<sup>42</sup>. Hal böyle olunca müşahhas bir olayın kanuni tarife uygun düşmesi halinde dahi, o tip için sevkedilmiş hükümlerin buna uygulanıp uygulanamayacağını araştırılması gerekir<sup>43</sup>. Bu bakımdan kanuni tipik akitlerin kavramları kanunun o akit tipi için öngörmüş olduğu bütün hükümler göz önüne alınmak suretiyle tayin edilmelidir<sup>44</sup>. Kavramları bu şekilde tespit, kanuni tipik akitlerin birer bütün olarak düşünüldüklerini gösterir. Hatta bazen bu yolla elde edilen kavrama uygun düşen bir müşahhas olaya dahi, bu kavrama bağlanmış hükümler kolaylıkla uygulanamaz. Bu durum bilhassa bir akit tipinin diğer bir akitle organik bir birlik meydana getirmesi halinde ortaya çıkar. Nitekim lokantacılık mukavelesine, muayyen bir takım şeylerin ivaz karşılığı kullanılmasını öngörmesine ve böylece BGB § 535 in unsurlarını (kira akdi unsurlarını) gerçekleştirmesine rağmen, § 538 tatbik edilemez. Bu kanuni tipik akitlerin tecrid edilmiş olaylar olarak, yani her akit tipinin öbür akit tipleri göz önüne alınmaksızın ve onlarla organik bütünlükler teşkil etmesi yani diğer akit tipleri ile karışması düşünülmezsizin, düzenlenmiş olmasından ileri gelir<sup>45</sup>. Kanuni tipik akitlerin bu özellikleri, yani organik bir bütün mahiyeti arzetmeleri ve tecrid edilmiş olaylar olarak tanzimleri, onların kanunda, birer müşahhas tip olarak, aralarında herhangi sistematik bir bağ olmaksızın, yan yana sıralandıklarını gösterir<sup>46</sup>.

Nihayet kanuni tipik akitlerin tanziminde sistematik bir düzenin takip edilmediğinin bir diğer işareti de, genel, özel ve ticati hükümler ayrımının başarılı bir şekilde gerçekleştirilememiş olmasıdır. Gerçekten özel hükümler arasında tanzim edilmiş olan adi şirket esas itibariyle, bir açıdan şahsın hukukuna, diğer bir açıdan ise borçların genel hükümlerine aittir<sup>47</sup>. Hatta hibe akdinin de genel ivazsız akitler müessesesi olarak, ivazlı akitlerin genel hükümleri yanında, yani genel kısım içinde yer alması gerekirdi<sup>48</sup>. Bundan başka bu üçlü ayrımın, kaidelerin uygulanması bakımından arzettığı manaya da dikkat edilmemiştir. Bilindiği gibi, genel düzene ait kaideler özel düzene doğrudan doğruya, özel düzene ait olanlar ise o düzen içinde, ancak kıyasen uygulanabilir. Buna karşılık özel düzene ait olanlar, genel düzene hiç bir şekilde uygulanmazlar<sup>49</sup>. Hal böyle iken, ticarî hükümler

42 sh. 151 vd; özellikle sh. 158,

43 sh. 160.

44 sh. 162, 203, 209.

45 sh. 159. vd.

46 sh. 227 vd.

47 sh. 191.

48 sh. 191.

49 sh. 168.

arasında sevk edilmiş bir takım kaidelerin, kendilerine göre daha genel olan kanuni tipik akitlere uygulanabileceği şüpheden uzaktır<sup>50</sup>.

Görüldüğü üzere, kanuni tipik akitler sistematik bir düzenden mahrumdurlar. Herbiri müşahhas birer bütün olarak tanzim edilmişlerdir. Bu bakımdan kendilerine bağlanmış hükümlerin doğrudan doğruya tatbiki, ancak bu hükümlerden elde edilecek tarifi tam gerçekleşmesi halinde sözkonusu olur. Şu halde bu akitlerin bir unsurlar yığışımı olarak telâkkisi yanlıştır ve bunlar unsurlarına bölünemezler<sup>51</sup>.

## II- Hoeniger ve Schreiber'in akit tiplerinin esası hakkındaki görüşlerinin değerlendirilmesi.

### A- Genel Olarak.

Hukuk ilminin konusu belli bir yerde, belli bir zamanda yürürlükte olan müspet hukuk kaidelerinin metotlu bir şekilde incelemektedir. Bu bakımdan hukuk ilminin görevi, müspet hukuk düzeninin muhtevasını, bunu uygulanabilir bir duruma sokabilmek amacıyla, metodik olarak araştırmaktır. Bunun içinde kaideten iki temel metot söz konusu olur: Sistematik tümenden gelim yani kavramlar içtihadı ve kasuistik ampirik metot yani çıkarlar içtihadı<sup>52</sup>. İşte Hoeniger ve Schreiber'in akit tiplerinin niteliği hakkındaki görüşlerini ilk önce bu metotlar açısından genel olarak incelemek yerinde olur.

Akit tiplerini birer unsurlar yığışımı olarak kabul eden ve karışık muhtevalı akit sorununun çözümünü bunların unsurlarına bölünmesinde gören Hoeniger'in görüşünün temelini esas itibariyle kavramlar içtihadı teşkil eder<sup>53</sup>.

Kavramlar içtihadı metodu iki esasa dayanır: Kavram ve sistem, Gerçekten bu görüşe göre müspet hukuk, kanun hükümlerinden soyutlama yolu ile elde edilmiş genel kavramların, bütün hukuki hayatı aralıksız ve boşluksuz bir ağ gibi kavrayacak şekilde, mantıki ve kapalı bir sistem içinde toplanmasından ibarettir. Çünkü mevcut hukuk kaidelerinin kaynağını teşkil eden bu genel ve soyut kavramlar, yeni hukuk kaidelerinin doğumunu da mümkün kılar ve böylece kanundaki boşluklar tamamen kurucu-inşai- bir yolla doldurulmuş olur<sup>54</sup>.

50 sh. 168. vd.

51 sh. 210 vd.

52 Coing, Grundzüge, sh. 261.

53 Aynı fikirde Charmatz, sh. sh. VI. 311 vd.

54 Bu hususta bk. Coing, Grundzüge, sh. 263; Heck, Rechtsgewinnung, sh. 9 vd.; Interessen-jurisprudenz, sh. 26 vd.

Hoeninger'in görüşü de ana hatlarıyla aynı düşünceye dayanır. O'na göre karışık muhtavallı akit sorununun çözümü tipik akitlerin unsurlarına bölünmesine ve bu unsurların meydana getirecekleri hukuki neticeler açısından incelenip, sistematik bir düzen içine sokulmalarına bağlıdır. Görüldüğü gibi burada da önemli olan unsurlar ve bunların meydana getireceği mantiki sistemdir. Ayrıca Hoeninger'in bu sistem için gerçekleştirmek istediği "unsurlar alfabetesi" de esasen, kavramlar içtihadı taraftarı olan Jhering'in öngördüğü ve hukuki muamelelerin unsurlarından oluşacak "genel hukuk alfabetesinin"<sup>55</sup>, özel borç akitleri alanındaki uygulamasıdır<sup>56</sup>. Nihayet Hoeninger'in akit tiplerinin unsurlarını çeşitli açılardan ayırırken, yapmış olduğu "temel" ve "katılan" unsurlar ayrımı<sup>57</sup>, bize bu metodun kavramlar piramidini hatırlatmaktadır. Hoeninger'e göre temel unsur pek çok birleşimlerde hiç değişmeksizin daima aynı biçimde bulunan unsurdur. Buna karşılık katılan unsur ise temel unsura eklenerek, onu somutlaştıran ve özelleştiren unsurdur. Mesela bir temel unsur olan "şey borcu", ancak katılan suretiyle unsurlarla somutlaşmak ve özelleşmek suretiyle satım, trampa, adi kira, hasılat kirası tiplerini meydana getirir. Böylece tipik akitlerin bütün unsurlarını sırasıyla en üste temel, daha aşağıda katılan unsurlar olmak üzere, bir piramid içinde toplamak mümkündür. Diğer taraftan bu metoda göre de, bütün kavramlar en üste genel ve soyut, daha aşağıda ise daha az genel ve soyut kavramlar olmak üzere bir pramid meydana getirirler. Bu pramid içinde münferit kavramlar, üst kavrama farklı unsurların katılması suretiyle türetilebileceği gibi, tersine bir yoldan da, yani münferit kavramlardan farklı unsurların ayrılmasıyla üst kavrama erişmek mümkün olur<sup>58</sup>. En nihayet Hoeninger'in kavramlar içtihadı metoduna uygun hareket ettiğinin bir başka delili de, böyle bir unsurlar ve hukukî sonuçlar araştırmasının ya Borçların genel hükümlerinin genişlemesine ya da hiç olmazsa daha dar bir saha için genel kaideler konulmasına yol açacağı hususundaki Rümelin'in görüşünü benimsemesidir<sup>59</sup>.

Kavramlar içtihadı esas itibariyle genel kavramlara değer verir ve bunların hukuk kaidelerinin temelini teşkil ettiklerini ileri sürer. Başka bir deyişle bu görüşe göre, genel ve soyut kavramlar hukuk kaidelerine sebebiyet verirler, yani onların kaynağını teşkil ederler<sup>60</sup>. Hukukun hayatla ilgisini kesen bu düşünce hatalı olup, red edilmelidir<sup>61</sup>. Çünkü kavramlar üzerindeki bu çalışma esas itibariyle hayat ilişkilerinin ve ihtiyaçlarının araştırılmasına

55 Geist des Römischen Rechts, Bd. I, sh. 42; Bd. II/2, sh. 334.

56 Vorstudien, sh. 45, 46; bk. yuk. sh. not 39.

57 Vorstudien, sh. 71 vd.

58 Larenz, Methodenlehre, sh. 19 vd; Coing, Grundzüge, sh. 263.

59 bk. yuk. §3, I, A.

60 Heck, Interessenjurisprudenz, sh. 11.

61 Meier-Hayoz, Berner Komm., Art. 1, Nr. 288; Egger, Şerh, Art. 1, Nr. 13.

yönelmez. Hayatı hukukun kaynağı olarak değil, tam tersine hukuk kavramlarının uygulama alanı olarak görür.<sup>62</sup> Oysa, tam aksine, hukuk kaidelerini görevleri açısından incelediğimizde, bunların sebebini hayat ilişkilerinin ve ihtiyaçlarının, yani menfaatlerin teşkil ettiğini görürüz. Gerçekten müspet hukuk çeşitli menfaat çatışmalarının mahsulüdür ve her kaidenin bir menfaat çatışmasını düzenlediği de muhakkaktır<sup>63</sup>.

Hoeniger'in görüşü de, kavramlar içtihadına dayandığından bu nedenlerle reddedilmelidir. Gerçekten akit tiplerinin unsurlarına bölünebileceğinin ve her unsura veya unsurlar grubuna belli bir hukuki neticenin terettüp edeceğinin ve böylece akit tiplerinin birer unsurlar yığışımı olduğunun kabulü halinde, bu tiplerin kanun koyucu tarafından düzenlenmesine sebebiyet veren menfaat çatışmaları hiç gözönüne alınmamış olur. Bu da hayatı uzaklaşmış olma sonucunu doğurur. Oysa hukukun görevi hayat ilişkilerini düzenlemek yani sosyal menfaat çatışmalarını sınırlamak, bunlar arasında bir denge kurmaktır. Bu bakımdan akit tiplerine bağlanan kaideler bir sosyal durumu, bu durumun özelliklerine göre, belirtirler ve düzenlerler. Şu halde belli bir tipin araştırılması, düzenlemek istediği sosyal olayın özelliklerinin tespiti demektir. Bu da ancak, tipin unsurlarına bölünmesizin, bir bütün olarak göz önüne alınması ile mümkündür.

Kaideten her sosyal olayın esas, çeşitli sosyal menfaatler arasındaki bir çatışmadır. Şu halde bir sosyal olayın araştırılması, menfaatler içtihadının öngördüğü gibi, bu olayda söz konusu olabilecek menfaatlerin tahlilidir<sup>64</sup>. Gerçekten müspet hukukun kapalı ve mantıki bir kavramlar sistemi olduğunu kesin olarak red eden menfaatler içtihadına göre, hukukun görevi fertlerin maddi ve manevi menfaatlerini düzenlemek ve korumaktır. Bu bakımdan hukuk kaidelerinin sebebini hayat ilişkilerinde, yani menfaatlerde aramak gerekir<sup>65</sup>. Onun içindir ki hiç bir hukuk kaidesi, bir menfaatler değerlendirmesi olarak kabul edilmedikçe, tam manasıyla anlaşılabilir<sup>66</sup>.

Akit tiplerini birer bölünmez bütün olarak kabul eden Schreiber, bu görüşü ile menfaatler içtihadına yakın düşmektedir. Her akit tipinin esasında bir menfaatler çatışmasını düzenlediği kabul edilince, bunların birer bütün olarak değerlendirilmesi kendini zorunlu kılar. Ayrıca, Schreiber'in kanuni akit tiplerine bağlanmış hükümler karşısında hâkimin durumu ile ilgili düşüncesi de genel olarak menfaatler içtihadına uygundur. Zira Schreiber'e göre, belli bir akit tipinin unsurlarını ihtiva eden somut bir

62 Heck, Interessenjurisprudenz, sh. 27; Grundriss. sh. 478.

63 Heck, Interessenjurisprudenz, sh. 12 vd; Ayrıca bk. Meier-Hayoz, Berner Komm., Art. 1, Nr. 194, 319; Germann, Probleme und Methoden, IV2, sh. 80; Egger, Şerh, Art. 1, Nr. 18.

64 Coing, Grundzüge, sh. 269.

65 Heck, Interessenjurisprudenz, sh. 12.

66 Coing, Grundzüge, sh. 269.

olaya, bu tipe bağlanmış hükümlerin uygulanması halinde , makûl bir sonuca ulaşamayacaksa, hâkim bunları uygulamaktan kaçınabilir<sup>67</sup>. Aynı şekilde “kanuna bağlılık prensibi” esasını benimseyerek “serbest hukuk okulundan” kesin olarak ayrılmasına<sup>68</sup> rağmen, bu metod menfaatler durumunun gerektirdiği hallerde kanun hükmünün uygulanmasından kaçınılabileceğini kabul etmektedir. Başka bir deyişle, bu görüşe göre hâkim kanuna körü körüne değil, fakat düşünerek, yani karşılıklı menfaatleri tartarak, değerlendirerek itaat eder (denkendes Gehorsam)<sup>69</sup>. Nihayet Schreiber’in birer müşahhas bütün olan akit tiplerinin aralarında sistematik bir bağ olmaksızın yan yana düzenlenmiş olduklarını kabul etmesi, kendisinin menfaatler içtihadını benimsediğini gösterir. Çünkü bu metod hukuk kaidelerinin sadece birbirleriyle çatışan sayıca sonsuz menfaatlerin bir sonucu olduğunu kabul ettiğinden, hukukun ne moral, ne de lojik açıdan bir vahdet teşkil etmediği düşüncesine yol açar<sup>70</sup>. Zira böyle bir görüş bizi ister istemez hukukun çeşitli menfaatleri düzenliyen kaidelerin bir yığılması olarak kabulüne götürür.

Genel olarak menfaatler içtihadını benimsememize rağmen, bu metodun, özellikle müspet hukukun sistemi açısından tamamlanması -düzeltilmesi- gerektiği düşüncesindeyiz.

Müspet hukukun bir vahdetten ve bir sistemden yoksun olduğu görüşü tamamen hatalıdır. Gerçekten çatışan menfaatlerden her hangi biri diğerine basitçe tercih edilmez; aksine bu tercih bir takım “sebeblere” dayanır. Bunlar eşitlik, itimat, iyi niyet, iktisaden zayıfın korunması gibi ahlaki, sosyal ve politik değerler olup, esas itibarıyla birer menfaat değerleridir. Daha ziyade menfaatlerin karşılıklı olarak değerlendirilmesinde nihai kararı tayin ederler<sup>71</sup> ve menfaatlerin üzerinde yer alırlar. Bu bakımdan her müspet hukuk bir takım değer tasavvurlarına dayanır. Bu değer tasavvurları da hukukun birliğini -vahdetini- sağlarlar<sup>72</sup>. Şu halde hukuk ilmi, gayeye ve gerçeğe uygun kararları mümkün kılabilmek için, hukukta mündemiç olan bu birliği -vahdeti- araştırmak ve ortaya çıkarmak zorundadır.

Diğer taraftan, bir birlik, bir vahdet olan hukukun bir sistemden yoksun olduğu da düşünülemez. Gerçekten hukuk kaidelerinin sebebini teşkil

67 sh. 167.

68 *Engisch*, Einführung, sh. 182 vd.

69 *Hombberger*, sh. 8; *Engisch*, Einführung, sh. 181 vd.

70 *Coing*, System, sh. 484; Grundzüge, sh. 276.

71 *Engisch*, Einführung, sh. 186.

72 *Coing*, system, sh. 485; 485; Grundzüge, sh. 276. Müspet hukukun bir takım değer tasavvurlarına dayandığı ve karşılıklı menfaatlerin bunlar açısından bir değerlendirilmeğe tabi tutulması gerektiği düşüncesinden hareketle, menfaatler içtihadının, esasında bir değerlendirme içtihadı olduğu ileri sürülmektedir. bk. *Larenz Methodenlehre*, sh. 128 vd.; *Meier-Hayoz*, *Berner Komm.*, Art. 1, Nr. 194; *Germann*, Probleme und Methoden, IV3, sh. 87, Not 35.

eden hayat ilişkileri, nitelikleri açısından bölünmeğe müsaittirler ve her bölüm kendine has bir düzenlemeyi gerektirir. (Meselâ aile hukuku, eşya hukuku, borçlar hukuku gibi). Üstelik her bölümün içinde de farklı özellikler gösteren sosyal olaylar (hukuki muamele, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi) vardır. Görülüyor ki, müspet hukuk bizatihi eşyanın tabiatında mündemiç bir sistemin esaslarına sahiptir<sup>73</sup>.

Şu halde diyebilirizki, Borçlar Hukukunun birliğini akit serbestisi, doğruluk ve dürüstlük, kusur prensibi, tehlike mesuliyeti, sosyal adalet gibi temel prensip ve değerler teşkil ederler. Bir birlik, bir vahdet olan Borçlar hukukunun sistemi ise hayat ilişkilerinin mantığı yapı (hukuki muamele, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme) ve gene bu ilişkilerin şekli somut (tek taraflı ve çok taraflı hukuki muameleler gibi) farklılıklarından meydana gelir<sup>74</sup>. Bu bakımdan bir borçlar Hukuku kaidesinin yorumlanmasında, Borçlar Hukukunun bu birliğini ve sistemini daima göz önüne almak gerekir<sup>75</sup>.

Ancak hemen şunu da ilâve edelim ki, müspet hukukun sistemi hiç bir şekilde kavramlar içtihadının anladığı manada yeni kaidelerin domumuna yol açacak şekilde mantığı ve kapalı bir sistem değildir. Kaldı ki kanun sistematik bakımdan tam ve mükemmel bir eser değildir<sup>76</sup>. Diğer taraftan kavramlar içtihadının red edilmiş olması, herhangi bir şekilde sistem içinde kavramların yeri olmadığını da ifade etmez<sup>77</sup>. Zira bir hukuk sisteminden, bir kanundan beklenen fayda, yani içtihatlar arasındaki yeknesaklığı sağlamak ve yargıcın keyfi kararlarını önlemek, ancak makul bir kavramlar sistemiyle mümkün olabilir. Gerçekten hayatın bütün görüşlerini kapsayacak böyle bir ideal kavramlar sisteminin teşkili, her türlü şüpheyi ve tefsir güçlüklerini ortadan kaldıracaktır<sup>78</sup>. Ancak bu ideali gerçekleştirmek bir bakıma da hatalıdır. Zira açıklığı sağlamak ve hükümlerin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla meydana getirilecek olan “kavramlar” esas itibarıyla sosyal olayların anlamlarını - özellik ve farklılıklarını- tam manasıyla aksettiremezler. Gerçekten belli bir olayın hukuken düzenlenmesinde soyutlaştırıcı yargılama, bu olayı ilk önce unsurlarına böler; bunlardan bir kısmını meydana getirilecek kavram için ayırır; ancak bu arada diğer unsurlarla beraber bu olayın genel anlamını hiç gözönüne almaz. Üstelik bir kavramın sınırları içersine mümkün olduğu kadar çok somut olayın girebilmesini sağlamak için,

73 Coing, Grundzüge, sh. 272.

74 Larenz, Methodenlehre, sh. 160.

75 Meier-Hayoz, Berner Komm., Art. 1, Nr. 13; Germann, Probleme und Methoden, II, sh. 63; Velidedeoğlu, sh. 191.

76 Meier-Hayoz, Berner Komm., Art. 1, Nr. 189, 190.

77 Engisch, Einführung, sh. 183; Larenz, Methodenlehre, sh. 163; Coing, Grundzüge, sh. 271; sh. 271; Homberger, sh. 7, 1.

78 Larenz, Methodenlehre, sh. 415.

bunun unsurlarının az, yani çok soyut olmasına dikkat edilir. Oysa bunun doğal sonucu, kavramın düzenlenen olayın kurumsal karakterini aksettirememesi, başka bir deyişle sosyal olayın bizzat haiz olduğu anlamı bize verememesidir. Zaten bir kavramın uygulama alanı genişledikçe muhtevası tersine fakirleşir. Böylece gitgide soyutlaşan kavramlar, hayat ilişkilerinin anlamlarını aksettirmek olanağından da gitgide yoksunlaşırlar<sup>79</sup>. Bu sebepten, belli bir sosyal olayın anlam ve özellikleri göz önüne alınarak derinlemesine düzenlenmesi gerektiğinde soyutlaştırıcı, yani kavram teşkili suretiyle yargılama istenilen sonucu gerçekleştiremez. Nitekim, meselâ Borçların genel hükümleri yanında bir takım akitlerin düzenlenmesindeki amacın gerçekleşmesi, yani sosyal ve ekonomik hayatta en çok uygulanan akitleri kanuna almak suretiyle, bir taraftan tarafların vuzuhsuz ve noksan sözleşmelerinden çıkabilecek ihtilâfların önlenmesi, diğer taraftan ise ekonomik bakımdan daha zayıf olanın korunması<sup>80</sup>, ancak bu akdi ilişkilerin bizzat haiz oldukları anlamların -özellik ve farklılıkların- göz önüne alınmasıyla mümkün olur. Bu bakımdan sadece vuzuh ve açıklık sağlamak ve hükümlerin uygulanmasını kolaylaştırmak amacının gerektirdiği kadar kavramlara başvurmak, yani sistem içinde ya iyi niyet gibi ahlaki değerlere yönelmiş temel kavramlara, ya arazi, ev, ağaç gibi saf ampirik kavramlara, ya da hukuk süjesi, talep, hukuki muamele gibi teknik, hukuki kavramlara yer vermek<sup>81</sup>, bunun dışında sosyal olayın özellik ve farklılıklarının aksettirilmesinin gerektiği hallerde ise, başka bir yargılama şekline başvurmak yerinde olur. Bu düşünce ve ifade şeklide “tıptır”.

## B- Akit tiplerinin niteliği, özellikleri ve akit tipleri sırası

### 1. Akit tiplerinin niteliği

Hukuk ilminde tipin başlıca önemi, hukuki, özellikle akdi ilişkilerin anlamlarını (görevlerini, niteliklerini ve yapısal farklılıklarını) açık ve seçik ortaya koymasıdır. Zira tip, birbirlerine benzer sosyal olayların müşterek karakteristik unsurlarını, bu sosyal olayların nitelikleri, özellikleri ve yapısal farklılıkları açıkça ortaya çıkacak şekilde birleştirir. Böylece tip, bir hukuki ilişkinin unsurlarını, aralarında herhangi bir bağ olmaksızın, basitçe yan yana sıralamaz; tam tersine, bunları, ilişkiye kendine özgü anlamını (görevini, niteliğini ve yapısal farklılığını) veren bağılıkları içinde belirtir. Bu bakımdan tiplerin birer “anlam yapısı” (Sinngelände) olduklarını ileri sürmek mümkündür<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Larenz, Methodenlehre, sh. 419 vd.

<sup>80</sup> Tandoğan, Özel borç münasebetleri, sh. 8.

<sup>81</sup> Bu kavramlar için bk. Coing, Grundzüge, sh. 271 vd.

<sup>82</sup> Larenz, Methodenlehre, sh. 427 vd.

Bir akdî ilişki terkibi incelemeye tabi tutulursa şu noktalar tesbit edilebilir<sup>83</sup>: Sözleşme bizzat kendisi için değil; fakat belli bir gayeye erişmek için yapılır. Bu gaye başka bir gayenin vasıtası olabilir; lâkin hukuken değer ifade eden sözleşme ile doğrudan doğruya güdülen amaçtır<sup>84</sup>. Diğer gayeler psikolojik bir unsur , yani motif (causa finalis) olarak göz önüne alınmazlar. Şu halde sözleşme hukuken değerli olan gayeye erişmenin bir vasıtasıdır (causa instrumentalis). Bu bakımdan her aktin görevi, güdülen amaca erişmeyi sağlamaktır. Esas itibariyle bu gayeye sözleşmeden doğan borçların ifası ile varılır. İfa ise edimin konusunun niteliği ve özellikleriyle yakından ilgilidir (causa materialis). Nihayet sözleşmeye taraf olanların ehliyet ve kabiliyetleri de (causa efficiens) önemli olabilir.

Akdî ilişkilerin müşterek noktaları olmak üzere genel bir şekilde tesbit ettiğimiz bu hususlar, her münferit akitte özelleştirilmiş ve somutlaştırılmış olarak bulunurlar. Böylece bir sözleşme belli bir malın para ile değiştirilmesini, bir diğeri ise bunun yalnız kullanılmasının bir ivaz karşılığında teminini, bir başkası ise alacaklıya bir teminat sağlanmasını hedef tutabilir. Aynı şekilde edim ferden veya nev'an muayyen, yahut süreli veya süresiz veyahut borçlunun fikri veya bedeni kabiliyetleri ile yerine getirebilecek şekilde şahsi olabilir. Özelleştirme ve somutlaştırma sonucu, doğan her münferit akdin öbür akitlerden farklı bir anlam ve muhteva kazanacağı şüpheden uzaktır. İşte akdi ilişkilerin kendilerine özgü anlam yapılarına uygun bir şekilde kavranmaları ve düzenlenmeleri imkânını veren tiptir.

Şu halde tipolojik düşünce, esas itibariyle, hukuki ilişkilerin anlam yapılarını, yani görevlerini, niteliklerini ve yapısal farklılıklarını kavramağa, daha genel bir deyişle eşyanın tabiatına yönelmiştir. Zira eşyanın tabiatına yönelmiş bir gözlem, hukuki ilişkiyi çeşitli unsurlarının anlam dolu bağlılığı içinde kavramağa çalışır<sup>85</sup>. Çünkü eşyanın tabiatı şeylerin, özellikle hayat ilişkilerinin belirli bir anlama sahip olduklarını ve kendi içlerinde bu anlamlarının gerektirdiği düzeni bir dereceye kadar taşıdıklarını, yani sosyal ilişkilerin kendilerini yönetecek kaideleri bizzat ihtiva ettiklerini ifade eder<sup>86</sup>. Böylece eşyanın tabiatına yönelmiş bir gözlem hukuki ilişkiyi çeşitli unsurlarının anlam dolu bağlılığı içinde kavramak ve bu anlama uygun kurallar elde etmek amacını güder. Şu halde tiplere bağlanmış hükümler tesadüfi değillerdir<sup>87</sup> ve zaten bu hükümlerde akdi ilişkinin anlamı, yani görevi, niteliği ve farklılığı ifadesini bulur.

83 Bu ayırım için bk. *Büchenbacher*, sh. 91. vd.

84 *von Tuhr*, Borçlar Hukuku, sh. 206.

85 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 446.

86 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 389; *Coing*, Grundzüge, sh. 118; *Gény* II, sh. 89, 115; *Dernburg*, I, sh. 84.

87 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 431; Ayrıca bk. *Gelzer*, sh. 12; *Büchenbacher*, sh. 83.

Eşyanın tabiatına yönelen bu gözlem, hukuki tiplerin gerçekte yakın ilgileri olduğunu gösterir. Gerçekten tipe konu olan olaylar, kanuni düzenlemeden önce hayatta mevcuttur. Zaten bu sebepten kanun, çoğu kere hayat tarafından çizilmiş yolu izler ve onun doğurduğu tipleri içine alır veya tersine hayatın terkettiklerindeki, kataloğundan çıkartır<sup>88</sup>. Nitekim kanuni düzenlemenin temelinde, kanun koyucunun, tatbikatta aynı anlam ve muhteva ile birbirine benzer ve önemli noktalarda uyan bir şekilde fiilen yapılan sözleşmelerin tasavvuru yatar. Bu sebepten kanunda yer alan tipler, kanun koyucunun yarattığı değil, fakat başlıca özellikleri içinde onun tarafından kavranmış tiplerdir<sup>89</sup>. Bu bakımdan akit tipleri dedüktif, yani genel bir akit muhtevasının mantiken düşünülebilecek çeşitli muhtevalara bölünmesi suretiyle değil, fakat indüktif, yani hayatta çok sık tekrarlanmaları nedeniyle düzenlenmişlerdir<sup>90</sup>. Şu halde bir akit tipinin kanunda mevcut olmaması, hayatın bunu tipik bir muhtevayla yaratmadığı anlamına gelmez. Bilâkis, çoğu kere sui generis bir aktin örf ve adetin yarattığı bir tip olarak ortaya çıkması pekâla mümkündür<sup>91</sup>.

Şüphesiz kanun koyucu hayattan doğmuş tipleri düzenlerken, bunları aynen benimsemez; hatta çoğu kere bunlardan uzaklaşabilir. Zira kanun koyucu bu düzenleme sırasında, hukukun birliğini sağlayan bir takım ahlaki ve politik değerleri göz önünde tutmak zorundadır. Nitekim aynı hayat ilişkilerinin, hukukun gelişimi içinde veya çeşitli ülkelerde farklı şekilde düzenlenmesinin nedeni, kanun koyucunun görüşlerinin değişik olmasıdır<sup>92</sup>. Şu halde diyebiliriz ki kanuni tipler önce hukuki hayatta doğarlar ve sonradan kanunun filtresinden geçerler. Böylece bunlar, ne hayatta daha önce doğmuş tiplerin basit birer kopyası; ne de kanun koyucu tarafından serbestçe meydana getirilmiş birer modeldir<sup>93</sup>.

Tipin ne olduğunu böylece tesbit ettikten sonra, şimdi tipin özellikleri üzerinde durabiliriz.

## 2- Akit tiplerinin özellikleri

### a- Akit tiplerinin birer unsurlar bütünü olması.

Tip, birbirlerine benzeyen sosyal olayların müşterek karakteristik

88 *Engisch*, Konkretisierung, sh. 272; Ancak şunu da ilâve edelimki, hayata tamamen yabancı olmalarına rağmen, tip olarak kanunda muhafaza edilen akitlerde vardır. *Engisch*, Konkretisierung, sh. 272; Türk hukukunda bunun örneğini tatbik değeri olmayan mal rejimleri teşkil eder.

89 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 431.

90 *Heck*, Grundriss, sh. 245; Ayrıca bk. *Gelzer*, sh. 9; *Weiss*, sh. 5.

91 *Heck*, Grundriss, sh. 245; Ayrıca bk. yuk. §1, I, not 15 te zikredilen müellifler.

92 *Schreiber*, sh. 120; *Büchenbacher*, sh. 85; Akit tiplerini Fransız kanun koyucusunun, Alman ve İsviçre /Türk kanun koyucularından farklı düzenlenmiş olduğu hakkında bk. yuk. §1, II, B.

93 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 432.

unsurlarını, bu sosyal olayların nitelikleri, özellikleri ve yapısal farklılıkları açıkca ortaya çıkacak şekilde birleştirir. Şu halde o, daima münferit unsurların organizasyonun tamamına nasıl bağlanacaklarını açıklıyan bir “yapı planıdır”. Gerçekten tip, belli bir niteliğe, özelliğe ve yapısal farklılığı haiz bir ilişkinin meydana gelebilmesi için, hangi karakteristik unsurların nasıl bir bağlılık içinde bulunmaları gerektiğini belirtir. İşte bu bakımdan onun belli bir yapıyı haiz sosyal bir ilişkinin nasıl kurulacağını gösteren bir plan, başka bir deyişle bir çok somut ilişkilere hakim mütecanis bir teşekkül prensibi olduğunu söyleyebiliriz<sup>94</sup>. Bu açıdan bakıldığında tip bir *bütündür*, yani bir unsurlar bütünüdür. Başka bir deyişle tipin unsurları tek tek anlamsızdırlar; ancak diğer unsurlarla birlikte bir değer ifade ederler<sup>95</sup>.

Bu bakımdan akit tiplerini birer unsurlar ve bunlara tekabül eden hukuki neticeler yığışımı olarak kabul eden Hoeniger’in görüşü<sup>96</sup> yerinde değildir. Her tip, esas itibariyle, kendine özgü bir menfaatlar durumuna dayanır. Bunlara bağlanmış hukuki neticelerde bu menfaatlar durumunun gerektirdiği sonuçlardır<sup>97</sup>. Şu halde akit tipleri benzer hukuki ilişkilere tesadüfen bağlanan hukuk kaidelerinin birer yığışımı değildir. Başka bir deyişle akit tiplerinin münferit unsurları ve bunlara tekabül eden hukuki neticeler bağımsız birer varlık olarak telakki edilemezler; tam tersine bir bütünlüğün unsurlarıdır<sup>98</sup>. Böylece Hoeniger’in bu görüşüne karşılık, akit tiplerini organik birer bütünlük olarak kabul eden Schreiber’in görüşünün<sup>99</sup> bu bakımdan yerinde olduğunu ifade edebiliriz<sup>100</sup>.

#### b. Akit tiplerinin genel bir düzenlemeyi amaçlamaları.

Taraflar arasındaki ilişkinin satım, karz veya hizmet akdi olduğu söylendiğinde, bununla bu somut (yani belli kişiler arasında burada ve şimdi yapılan) sözleşmenin, önemli bütün unsurları açısından satım, karz veya hizmet akdi tipine uygun düştüğü ifade edilmiş olur. Şu halde tip ile hiç bir zaman belli tek bir akit değil, fakat tam tersine bir çok defalar rastlanabilecek bir akit düzenlenir. Şu halde tip, birbirine benzer ve uygun bir şekilde yapılan somut sözleşmelerin *genel* tanzimidir<sup>101</sup>. Bu bakımdan tipte bir bütünlüğe taallük eden genellik, yani bir çok defalar tekrarlanacak bir bütünlük söz konusudur<sup>102</sup>. Bu açıdan “kavram” gibi *soyut* olmasına rağmen tip gene

94 *Engisch*, Konkretisierung, sh. 239.

95 *Engisch*, Konkretisierung, sh. 249; *Planck’s Komm*, II, 2, sh. 643.

96 bk. yuk. §3, II. A.

97 *Büchenbacher*, sh. 83.

98 *Gelzer*, sh. 12, 13; Ayrıca bk. *Charmatz*, sh. 343.

99 bk. yuk. §3, I. B.

100 Aynı görüş için bk. *Büchenbacher*, sh. 28, not 19.

101 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 428.

102 *Engisch*, Konkretisierung, sh. 239, 249.

de kavramdan farklıdır. Zira kavram kendisine tabi olması mümkün olayları, tip ise gerçekte mevcut olayları kapsamaması bakımından hayata kavramdan daha yakındır. Başka bir deyişle, genel ve soyut kavram, kendi sahası içine girecek olayların gerçekten vukubulmasını şart kılmaz, yalnız bunları mümkün farzeder. Oysa tip, konusu olan olayın muhakkak gerçekleşmiş olmasını öngörür<sup>103</sup>. Zaten kanuni akit tiplerinin dedüktif değil, fakat indüktif düzenlenmesinin<sup>104</sup> nedeni de budur. Bu bakımdan tip mümkün olduğu kadar gerçeğe yakın düşmeğe, yani sosyal ilişkinin kendine özgü anlamını vermeğe gayret eder.

c. Akit tiplerinin özel bir durumu, genel olarak düzenleyişi.

Tip, hayatta muhakkak surette gerçekleşmiş olan birbirine benzer ve uygun ilişkilerin kendilerine has anlamlarının açık ve seçik ortaya konması aracı olduğuna göre, *özel bir* durumu amaçlar. Başka bir deyişle tip bütün akdi ilişkileri değil, fakat bunların bir türünü düzenler. Böylece özel bir yapı planı olarak ortaya çıkar. Bu sebepten her tipik akit diğerlerinden farklıdır ve bu farklılık ona has olan anlamdan ileri gelir. Bu bakımdan tip bir hukuki ilişki türünü genel olarak düzenler. Şu halde hukuki işlem, hak gibi bir türü ilgilendirmeyen genel mahiyetteki şeyler tip değil; fakat soyut genel kavramlardır. Tip ancak belli bir biçimde meydana gelen işlemler veya haklar için söz konusu olur, yani benzerleri arasında bir taneyi ifade eder. Bu bakımdan o bazen normal tipler arasında bir tane, bazen de normal tipin aksine nev'i şahsına mahsus (sui generis) bir tiptir. Böylece satım akdi diğer kanuni tipler (normal tipler) yanında bir tip, satış için tevdi akdi ise kanuni tipler karşısında sui generis bir tiptir. Özet olarak diyebiliriz ki, tip çeşitli hukuki ilişkilerden bir tanesini, bunun unsurlarının anlam dolu bağlılığı içinde genel olarak düzenler. Özel bir durumu amaçlaması onu *somut* yapar<sup>105</sup>. Ancak tipin bu özel halin sahasına giren bütün somut ilişkileri kapsadığını da unutmamak gerekir. Gerçekten tip tam manasıyla somut değildir. Zira genelliği açısından soyut bir karaktere haizdir. Bu bakımdan o genel kavrama nazaran somut, oysa şahıslar arasındaki münferit ilişkilere göre ise soyuttur. Şu halde tip, bu niteliğiyle, genel kavramla münferit somut ilişkiler arasında yer alır<sup>106</sup>.

Akit tiplerinin bu "nispi soyutluğu" göz önüne alınca Schreiber'in<sup>107</sup> akit tiplerinin birer somut yapı oldukları görüşünün yerinde olmadığı ortaya çıkar. Tip özel bir ilişkiyi genel bir şekilde düzenlediğinden soyut

103 *Engisch*, Konkretisierung, sh. 241.

104 bk. yuk. §3, II, B. 1, not 50.

105 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 429, 430.

106 *Engisch*, Konkretisierung, sh. 251, 259, vd, 270; *Larenz*, Methodenlehre, sh. 425.

107 bk. yuk. sh.

bir karaktere haizdir<sup>108</sup>. Kaldı ki, hukuk esas itibariyle, zaman ve mekanda tek bir defa vukubulacak belli bir olaya taallük etmez; tam tersine genel bir şekilde sosyal hayatta sık sık tekrarlanan tipik halleri düzenler. Kanunda yer alan akit tipleri, belli kişiler arasındaki belli bir ilişkiyi öngörmez. Bu bakımdan hukuk sosyal hayatı soyut ve tipik bir şekilde ihata eder<sup>109</sup>.

d. Akit tiplerinin nispi kapalı karakteri haiz olması.

Tipin, sosyal ilişkilerin anlam yapılarını -yani niteliklerini, özelliklerini ve yapısal farklılıklarını- açıklama vasıtası olması, onun daima bir bütün olarak kabulü gerektiğini gösterir. Gerçekten tipte tek tek unsurlar önemli değildir. Önemli olan bunların, belli bir anlam yapısını haiz bir ilişkiyi kurabilmek için nasıl bir bağlılık, bir birleşim içinde bulunmaları gerektiği hususudur. Zaten bu bakımdan tip bir teşekül prensibi, bir yapı planıdır. Unsurların tek tek değer ifade etmemeleri, her somut olayda bunların tamamının bulunmasının şart olmadığını ifade eder. Zira somut olayın, tipin açıkladığı anlam yapısına uygun bir anlam yapısına haiz olması daima yeterlidir. Bu bakımdan tipin unsurlarının biri veya diğeri somut olayda mevcut olmayabilir veya önemi sınırlandırılmış olabilir<sup>110</sup>. Bu mahiyeti itibariyle tip, hayat ilişkilerini düzenlemeye elverişli bir araç olarak ortaya çıkar. Gerçekten “lex continui” ye tabi olan hayat, kesin sınırlar tanımaz. İşte tipler unsurlarının yoğunluğunun derecelendirilebilmesi veya bir takım değişikliklere tabi tutulabilmesi açısından, hayatın gelişimini takibe elverişlidir<sup>111</sup>.

Şu halde tip, unsurlarının tamamını gösterilmek suretiyle kesin bir şekilde tanımlanamaz. Bu bakımdan o kavramdan farklıdır. Çünkü kavram, daima, bütün unsurları beyan edilerek tanımlanır ve açık bir biçimde sınırlandırılır. Meselâ akit kavramında olduğu gibi. Buna karşılık tipte yalnız, belli bir niteliği, özelliği ve yapısal farklılığı olan bir ilişkinin meydana gelebilmesi için, unsurların nasıl bir bağlılık içine girmeleri gerektiği açıklanır. Bu sebepten de tiplerin sınırlarını kesin olarak tespit mümkün değildir. Unsurlarının değişikliğe tabi tutulabilmesinin sonucu olarak ortaya çıkan bu durum aynı zamanda tipler arasında geçişlerin, yani bir tipe ait unsurların diğeri bir tipe ait olanlarla karışımının mümkün olduğunu gösterir. Böylece karışık muhtevalı akit, tiplerin bir karışımı olarak ortaya çıkar.

Bu niteliği göz önüne alınarak *tipin açık* olduğu söylenir. Tipin açık olmasının önemi şuradadır: Esas itibariyle somut bir olayın bir kavrama

108 Aynı fikir için bk. *Büchenbacher*, sh. 21. 22.

109 *Coing*, Grundzüge, sh. 17; Ayrıca bk. *Betti*, sh. 249 vd.

110 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 440.

111 *Engisch*, Konkretisierung, sh. 242.

tabi tutulmasına subsumtion-idraç denir<sup>112</sup>. İdraçın gerçekleşmesi, somut olayın kavramı meydana getiren unsurların tamamını bünyesinde toplamasına bağlıdır. Meselâ bir olayın haksız fiil sayılabilmesi için, bunun fiil, zarar, fiille zarar arasında illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarını kendi içinde toplaması gerekir. Budların mevcudiyeti halinde olay, mantıki bir şekilde haksız fiil kavramına bağlanır. Buna karşılık açık tipte subsumtion-idraç söz konusu olamaz; yalnız münferit olay, ona az veya çok uygun düştüğü gerekçesiyle, tipin sahasına sokulur. Böylece kavrama bağlananın onun aynı, tipe uygun düşenin ise, onun benzeri olduğu kabul edilir. Bunun nedeni kavramda farklılaşmanın ancak, başka ve farklı unsurları ilâvesiyle yani alt kavramlar yaratmakla gerçekleşmesine karşılık, tipin kendi içinde farklılaşmaya müsait olmasıdır<sup>113</sup>.

Açık tipin daima bir gelişim içinde bulunan hayata uymakta gösterdiği bu esneklik, onun hem kuvvetli hem de zayıf tarafını teşkil eder. Çünkü tipin, kendi içinde farklılaşabilme yeteneği sosyal olaylara kolaylıkla uydurulmasına imkân verir; fakat sınırlarının kaypaklığı hukukun gerektirdiği vuzuhu büyük bir ölçüde imkânsızlaştırır. İşte kanun koyucu, hukuki güvenliği ve içtihatların yeknesaklığını sağlamak kaygusuyla açık tipi *kapalı tip* haline sokar. Bunun içinde kanun koyucu hayatta doğmuş olan açık tipi alır ve bunun her halde gerekli olan belirli unsurlarını tesbit ederek ona kesin bir şekil verir<sup>114</sup>. Başka bir deyişle tipi, esaslı unsurlarını belirtmek suretiyle tarif eder. Bunun sonucu kapalı bir hale gelen tipe, bundan böyle, aynen kavramda olduğu gibi, somut olayların ancak subsumtionu-idraç söz konusu olur ve bütün o tipe bağlanan ilişkiler içinde aynı kaideler uygulanır<sup>115</sup>. Şu halde “kapalı tip”, esas itibariyle somut ilişkilere hakim kanuni ve mütecanis bir teşekkül prensibi; başka bir deyişle münferit unsurları organizasyonun tamamına bağlayan kanuni bir yapı planıdır<sup>116</sup>.

aa- Kanun tarafından akit tiplerinin tanımlanmış olması.

Medeni Kanun ile Borçlar Kanunumuzun tipleri de, kaideten, kapalı bir niteliği haizdirler. Gerçekten kanun koyucu her akit tipinin başına koyduğu bir hükümlerle, o tipin tanımını vermeğe çalışmıştır. Her ne kadar, doktrinde bunların teknik anlamda birer tanım olmadıkları, daha ziyade münferit akit tiplerinin borç muhtevalarını tayin ettikleri ve taallûk ettikleri akit tipinde hangi hükümlerin sevkedileceğini bir program tarzında açık-

112 Subsumtion için bk. *Larenz, Methodenlehre*, sh. 254 vd.; *Çağır*, sh. 127.

113 *Larenz, Methodenlehre*, sh. 440; *Engisch, Konkretisierung*, sh. 243. 241.

114 *Engisch, Konkretisierung*, sh. 272.

115 *Larenz, Methodenlehre*, sh. 441.

116 krş. *Büchenbacher*, sh. 92; kanuni akit tipleri, somut olayları idare eden şekil verici prensiplerdir.

ladıkları ileri sürülmeekteyse de<sup>117</sup>, biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü bu hükümlerin teknik anlamda birer tanım olmadıklarının kabulü, anlamsız bir durum yaratır. Gerçekten, meselâ BK.m. 182 de yer alan “satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder” hükmünün, ilk nazarda, satım aktinden satıcı için satılan şeyin teslimi ve mülkiyetinin nakli, alıcı içinde semen borcunun doğacağını açıkladığı zannedilebilir. Oysa hükmün bu şekilde anlaşılması, kanunun öngördüğü sınırlar içersinde (BK. m. 19 ve 20 /I) inikat etmiş her aktin muteber olacağı temel esasıyla bağdaşmaz. Zira mademki akdin muteberiyetinin ifade ettiği anlam, borçlunun alacaklıya karşı sözleşmede yüklenmiş olduğu edimi yerine getirmekle mükellef olmasıdır; şu halde, satım akdi kanunda düzenlenmemiş olsaydı bile, satıcı satılan şeyi teslim ve mülkiyeti nakil, alıcı da bedel borcu altına gireceklerdi. Bu bakımdan bu hükmün teknik anlamda tanım olmadığını iddia, kanunun bilineni beyan ettiğini ifade olur ki, bu da hatalıdır. Esasında kanun bu hükümleriyle, ilgili tiplerin, doğurdukları asli borçları yani bu tiplerin esaslı unsurlarını açıklamak suretiyle, tanımlarını vermektedir. Bunu yapmasındaki amaçta, tiplere bağlanmış hükümlerin uygulanmasını kolaylaştırmaktadır<sup>118</sup>.

Borçlar Kanunumuzun, müşterek hukuktan aynen alınmış olan tanımlarının<sup>119</sup> başarılı ve doğru olduklarını iddia mümkün değildir. Gerçekten iki tarafa borç yükleyen bazı akit tipleri için verilmiş tanımlarla, bu tiplere bağlanmış hükümler arasında açık bir uygunsuzluk mevcuttur; tanımlar esas itibariyle bu hükümlerin düzenlemeği amaçladıklarından daha geniş bir sahayı kapsamaktadırlar. Zira satım akdi ve yayın sözleşmesi hariç, bu akit tiplerinde, karşı ivazın mutlaka bir miktar para olması gerektiği kabul edilmemiş; tam tersine bu akitler için tipik olan edim borcu karşılığında herhangi bir şeyin yüklenilebileceği öngörülmüştür<sup>120</sup>. Böylece me-

117 *Schreiber*, sh. 151; vd; *Charmatz*, sh. 348; *Weiss*, sh. 7; *Fischer*, sh. 9; *Gelzer*, sh. 9, 10; Ayrıca bk. *Planck's Komm.*, I, Einl., sh. XLIX.

118 Aynı fikir için bk. *Larenz*, *Methodenlehre*, sh. 194 vd.

119 bk. *Charmatz*, sh. 348; *Weiss*, sh. 7.

120 Satım akdinde, satılan şey borcunun karşı ivazının muhakkak bir miktar para olması gerekir. bk. *Becker*, *Vorbem. Zu Art. 184-186*, Nr. 14; *Oser /Schönenberger*, Art. 184, Nr. 7; *Tandoğan*, *Özel borç münasebetleri*, sh. 41. Kira akdinde karşı ivaz para veya misli bir eşya olabilir. bk. *Oser /Schönenberger*, Art. 253, Nr. 6; *Tandoğan*, *Özel borç münasebetleri*, sh. 289 (Kira bedelinin, yalnız bir miktar para olabileceğini kabul edenler: *Becker*, Art. 253, Nr. 14) Hasılat kirasında da karşı ivazın para olması gerekli değildir. *Becker*, Art. 275, Nr. 7. Hizmet akdinde ücret para veya aynı olabilir. bk. *Oser /Schönenberger*, Art. 319, Nr. 16, 19; *Reisoğlu*, *Hizmet akdi*, sh. 41 vd.; Buna karşılık İş Kanunu, m. 26 da ücretin nakden ödenmesi gereken bir meblağ olduğunu belirtmek suretiyle, karşı ivazın muhakkak bir miktar para olması esasını benimsemiştir. İstisna akdinde de durum aynıdır. bk. *Oser /Schönenberger*, Art. 363, Nr. 9; *Becker*, Art. 363, Nr. 11. Yayın sözleşmesinde edim ve karşı edim iliş-

selâ bir eserin yaratılmasına yönelmiş bir aktin, tanımına göre istisna sayılabilmesi için bir karşı ivazın mevcudiyeti yeterlidir. Bu ivazın para veya paradan gayrı bir şey olması önemli değildir. Hoeniger, tanımların geniş bir sahayı kapsamasına, karışık muhtevalı akit sorunu açısından, büyük bir değer atfeder. O'na göre<sup>121</sup>, belli bir akit tipinde karşı ivaz olarak başka bir aktin tipik edim borcunun yüklenmesi halinde, söz konusu akit eşit bir biçimde iki akit tipine birden bağlanabilir. Meselâ bir hizmet akdinde hizmet borcunun karşılığında kira akti için tipik olan bir şeyin kullanılmasının devri yüklenilmişse, bu takdirde akit hem hizmet, hem de kira olarak kabul edilebilir. Bu bakımdan her karşılıklı aktin kaideten çift tipli olması gerekir. Çünkü belli bir sinalagmatik aktin her hangi bir tipe bağlanabilmesi için, tek bir tipik edim borcunu ihtiva etmesi yeterlidir. Ancak tip bakımından renksiz bir edimin, yani paranın ortaya çıkışı, bu esası değiştirmiştir. Böylece para edimi yalnız tek tipli olan iki taraflı akitlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Lâkin hayatta tek tipli, yani karşı ivazın bir miktar para olduğu akitlerin kaide olmasına rağmen, tamamen mantıki, yani akit tiplerinin tanımları açısından, çift tipli akitler ivazlı akitlerin normal, buna karşılık karşı edimin para olduğu akitler ise istisnai tezahürleridirler.

Hoeniger'in tanımlarla sevk edilmiş hükümler arasındaki uygunsuzluğu hiç göz önüne almaması hatalıdır. Gerçekten kanun koyucu tanımları geniş tutmasına rağmen, bunların sahasına giren bütün müferit ilişkiler için, hükümler öngörmemiştir. Bu bakımdan kanunda düzenlenmemiş ilişkileri sırf tanımların kapsamlarına girmeleri nedeniyle, akit tiplerine bağlamak (subsumtion), o ilişkilerin farklı anlam yapılarının göz önüne alınmaması sonucunu doğurur. Oysa tipin, hukuk ilmindeki görevi, akdi ilişkilerin anlamlarını (görevlerini, niteliklerini ve yapısal farklılıklarını) açık ve seçik ortaya koymaktır. Bu bakımdan tiplerin tanımlarını verirken, bu görevlerini de gözden uzak tutmamak ve aksatmamak gerekir. Bu sebepten kanunun verdiği tanımları, yani kira, hizmet ve istisna akdi kavramlarını tiplere bağlanmış hükümleri göz önüne almak suretiyle düzeltmek, yani tiplerin tanımları ile tiplere bağlanmış hükümler arasında bir uygunluk tesis etmek gerekir.

Ancak, kanuni tanımların bu eksikliğini gidermek amacıyla Schreiber'in yaptığı gibi tiplerin, hükümlerin tamamı göz önüne alınmak suretiyle, bütün unsurlarını ihtiva edecek kesin tanımlarını yapmak ta yerinde bir davranış değildir. Esasında tiplerin tüm unsurlarını kapsıyan tanımlarını

---

kisi, yayınlatanın yayın hakkını devretme borcu ile yayımlayanın eseri çoğaltma ve yayın borcu arasında. Yazarlık ücreti olmadan da yayın sözleşmesi yapılabilir. bk. *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 508, 520; *Oser |Schönenberger*, Art. 388, Nr. 1; *Becker*, Art. 388, Nr. 2.

121 Grundformen, sh. 54, 80, 84.

vermek ve böylece tiplere, ancak tanımlarındaki unsurların tamamını bün-yelerinde birleştiren somut olayları tabi tutmak şüphesiz mümkündür. Nitekim aynı hak tipleri bu niteliktedirler: Eşya üzerindeki bir hakkın mülkiyet sayılabilmesi, bunun için gerekli bütün unsurları içinde birleştir-mesine bağlıdır<sup>122</sup>. Schreiber'de<sup>123</sup> kanuni akit tiplerinin bir bakıma, bu nitelikte olduklarını kabul etmektedir. O'na göre, akit tipleri birer somut bütündürler. Bu bakımdan bu tiplerde yapılacak en ufak bir değişik-lik, bunların şahaları dışında çıkılması sonucunu doğurur. Bu görüş akit tiplerinin niteliklerini yanlış aksettirdiğinden yerinde değildir. Kanun koyucu esas itibariyle akit tiplerine aynı hak tiplerinde olduğu gibi, mutlak kapalı bir nitelik vermeği düşünmemiştir. Gerçekten bunlar iki bakımdan açık tip karakterini haizdirler. Şimdi bu hususları inceliyeceğiz.

bb- Akit tiplerinin emredici olmıyan hükümlerinin akit serbestisi esasına dayanılarak değiştirilebilmesi.

Açık tipin en önemli özelliği, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi<sup>124</sup>, kendi içinde farklılaşabilmesidir. Bunun anlamı, kendisini meydana getiren unsur-ların tamamının münferit ve somut olaylarda mutlaka bulunmalarının ge-rekmediğidir. Başka bir deyişle bu unsurların bazılarının somut ilişkide mevcut olmayabileceği ya da önemlerinin sınırlandırılabilabileceğidir. Kanun koyucu, borç doğurucu akit tipleri sahasında, akit serbestisi esasını tanımak suretiyle bunların kendi içlerinde farklılaşabileceklerini öngörmüştür.

Akit serbestisi prensibi fertlerin hukuk düzeninin tayin ettiği sınırlar içinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile hukuki sonuçlar yaratmak yetkisini<sup>125</sup>, başka bir deyişle fertlerin özel ilişkilerini diledikleri şekilde -ancak gene kanunuda yer alan sınırlamalara uymak şartıyla (BK. m., 19 /II ve 20)- düzenlemekte serbest ve böylece yapacakları bütün akitlerin hukuken muteber ve bağlayıcı olacaklarını ifade eder<sup>126</sup>.

122 Eşya hukuku tiplerinin kapalı bir niteliğe haiz oldukları hakkında bk. *Larenz, Methodenlehre*, sh. 442; Eşya hukuku tiplerinin bu nitelikte olmasının nedeni, bunların sosyal bi durumu aksettirmeleri, yani muhtevalarını bir şey üzerindeki hâkimiyetin teşkil etmesi bakımından, borç ilişkisinden farklı olarak 3. şahıslarda ilgilendirmeleridir. Bu sebepten bunların, tere-dütleri ortadan kaldıracak şekilde, sarıh ve kat'i düzenlemeleri gerekir. Nitekim kanun da, mahdut sayıda aynı hak tipi yaratmış (Numerus clausus) ve aynı zamanda bunların temel yapılarının değiştirilemeyeceği kabul etmiştir. Bk. *Larenz, Schuldrecht, I*, sh. 52.

123 bk. §3, I, B; *Kohlrausch'da* aynı fikirdedir, sh. 32.

124 bk. § 3 II, B. 2, d

125 Akit serbestisi kavramının diğer tarifleri için bk. *Schnyder*, sh. 30 vd.; özellikle sh. 33.

126 *Von Tuhr*, Borçlar Hukuku, sh. 255 vd. Akit serbestisi prensibinin tabii sonucu "akte itimat" (Vertragstreue) esasıdır. Buna göre bir kimseye bir edim borçlanan aralarındaki anlaşmaya uygun olarak bu taahhüdünü yerine getirmek zorundadır. Nitekim. C. c. fr. Art. 1134'da ka-nuna uygun yapılan akdin, taraflar arasında kanun hükmünde olacağını öngörmekle bu esası ifade etmiştir. Bk. *Scherrer*, sh. 9, 43; *Schnyder*, sh. 67. vd.

Akit serbestisi prensibinin fertlere sağladığı yetkilerden biri olan “düzenleme serbestisi”<sup>127</sup> özellikle iki istikamette kendini gösterir:

Bir kere, taraflar kanunda düzenlenmiş bir akit tipinin hükümlerini, bu hükümler emredici olmamak şartıyla, diledikleri gibi değiştirebilirler. Ancak bu serbesti, o akit tipinin sınırları için kalınmak istendiğinde, müessesenin esaslı unsurları ile sınırlandırılmıştır. Akit serbestisinin bu suretle sınırlandırılmasını daha iyi anlayabilmek için bir akit tipinin, uygulanması gerekli hükümleri açısından, unsurlarının müşterek hukuktan gelen bir esasa göre<sup>128</sup>, sistematik bir şekilde “essentialia” (esaslı unsurlar), “naturalia” (tabii ve mutad unsurlar) ve “accidentalialia” (tali, arizi unsurlar) olarak<sup>129</sup> ayırd edilmesi gerekir<sup>130</sup>. Essentialia negotii her akit tipinde zaruri olarak bulunan unsurlardır. Bunlardan bir tanesinin yokluğu, ya da bunlar üzerinde yapılacak herhangi bir değişiklik, o akit tipinin sahası dışına çıkılması sonucunu doğurur. Naturalia negotii ise, akit tipinin anlamına uygun düşen ve böylece taraflarca istenilmiş olduğu farz edilen, fakat taraf iradesi ile değiştirilebilen unsurlardır. Bunlarda yapılacak herhangi bir değişiklik aktin tipine etkili olamaz. Accidentalialia negotii ise, taraflarca sözleşmeye katılan veya sözleşmeden çıkarılan, yani naturalia’nın değiştirilmesi, ortadan kaldırılması yahut yeni metodlar ilâvesi suretiyle doğmuş unsurlardır.

Buna göre, belirli ve kanunda öngörülmüş bir akit tipini kurmak isteyen taraflar, en az o tipin esaslı unsurları (Essentialia negotii) üzerinde anlaşmak zorundadırlar. Aksi takdirde, yani esaslı unsurlarda yapılacak değişiklik, o akit tipinin artık söz konusu olmaması sonucunu doğurur. Bu bakımdan muayyen bir akit tipi çerçevesi içinde akit serbestisi ancak naturalia negotii’ye inhisar eder; ve bu yetkiye dayanılarak naturalia negotii’de yapılacak değişiklikler aktin tipine müessir olmaz. Bu durum, esas itibariyle

127 Akit serbestisi esas itibariyle, fertlere çeşitli yetkiler sağlar: İnikat serbestisi, şekil serbestisi, karşı tarafı seçme serbestisi ve düzenleme serbestisi. Bu hususta bk. *Schnyder*, sh. 59 vd.; *Sc herer*, sh. 99.

128 *Betti*, sh. 267.

129 *Ho eniger*, bu tefrikin birbirinden farklı şeyleri karıştırdığı için reddedilmesi gerektiğini iddia etmektedir. O’na göre (Vostudien, sh. 51 vd.) burada neyin üçe ayrıldığı sarih olarak belli değildir. Zira hukuki muamelenin unsurlarına bölünmesi esastan hareket edilmiş olmasına rağmen, “naturalia negotii” yalnız hukuki neticelerin kastedilmiş olduğu şüpheden uzaktır. Meselâ bir satım aktinde satıcının ne müddetle hasara tahammül edeceğini gösteren hüküm bir “naturalia negotii” dir. Oysa bunun bir “hukuki netice” olduğu da muhakkaktır. *Ho eniger*’in bu görüşüne katılmak bizce mümkün değildir. Zira bir akit tipini meydana getiren bütün unsurlar, anlam dolu bağılıkları içinde, ifadelerini bu tipe bağlanmış tüm hükümlerde bulurlar. Ancak bu unsurların tip açısından önemi farklıdır. İşte bu farklılığı ortaya koyan ve böylece tipin kendi içinde farklılaşabilmesini açıklayan bu ayırımdır.

130 Bu ayırım için bk. *Oser* /*Schönenberger*, Art. 2, Nr. 3; Art. 19, Nr. 5; *Betti*, sh. 267; *Enneccerus* /*Nipperdey*, §189, II. sh. 812; *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 154; *Esener*, sh. 31.

kanunda düzenlenmiş akit tiplerinin nisbi açık karakteri haiz olduklarını gösterir<sup>131</sup>. Çünkü akit serbestisi esasına uygun olarak, normal tip için kanunda öngörülen hükümleri emredici olmadıkları takdirde, değiştirmek mümkündür. Böylece kanun bu tiplerin kendi içlerinde farklılaşabileceklerini kabul etmiştir. Ancak bu farklılaşma, tipin esaslı unsurları ile sınırlandırılmıştır. İşte bu esaslı unsurlar ifadelerini, her akit tipinin başına konmuş tanımlarda bulunur. Yukarıda açık tiplerin sınırlarının kaypak olduğunu, yani bu tipler arasında açık ve kesin sınırlar konamayacağını belirtmiştik. Oysa bu, hukukun güvenliğini ve içtihatların yeknesaklığını zedeleyerek bir durumdur. Bunu ortadan kaldırmak, fakat aynı zamanda sürekli olan hayatın gelişen ihtiyaçlarına uygun bir düzen sağlayabilmek amacıyla, kanun koyucu tipin yalnız esaslı unsurlarını bir tanım içinde toplayarak kanuni tiplerin sınırlarını tespit etmek istemiştir. Bu akit tipinin sınırları içerisine giren somut olayların o akit tipine bağlanmaları ve aynı hukuki kaidelere tabi tutulmaları hukuki güveni ve içtihatların yeknesaklığını; akit tiplerinin kendi içlerinde farklılaşabilmeleride hukukun hayatın gelişen ihtiyaçlarına cevap vermesini sağlar.

İşte bu sebepten, kanunun vermiş olduğu geniş kapsamlı tanımların tiplere bağlanmış hükümlere göre düzeltilmesinde yalnız esaslı unsurları nazarı itibare almak ve böylece karşı ivazın ancak bir miktar para olabileceğini kabul etmek gerekir<sup>132</sup>.

Akit serbestisi şüphesiz tipin esaslı unsurlarını da aşabilir. Böylece düzenleme serbestisinin ikinci istikametine yani tip serbestisine gelinmiş olunur. Tip serbestisi, somut bir aktin muteber olmasının, kanunda öngörülmüş her hangi bir tipe uygunluğuna bağlı olmadığını, yani kanunun tespit etmediği muhteva ve tipte bir sözleşme yapılabileceğini ifade eder<sup>133</sup>. Bu yetkiye dayanarak yapılacak isimsiz akitlerin hukuken tanınması ve Endemann'ın iddia ettiği gibi<sup>134</sup>, objektif bakımdan değerli addedilecek

131 krş. *Larenz*, *Methodenlehre*, sh. 440.

132 Ancak kanunun vermiş olduğu tanımların kaideten para unsurundan başka, tek bir tipik unsur (meselâ istisna akdinde bir neticenin, hizmet akdinde ise bir faaliyetin taahhüd edilmesi gibi) ihtiva etmesi, bunları akit tiplerinin karşılıklı sınırlandırılmasında çoğu kere yetersiz kılar. Bu takdirde tiplere bağlanmış hükümlerin tümüne müracaat ederek, bunların bütün unsurlarını anlam dolu bağlılıkları içinde tesbit ve böylece, tipleri birer açık tipmiş gibi tasvir etmek gerekir. (bk. *Larenz*, *Methodenlehre*, sh. 442, 443). Zira her bir tipin, bir unsurlar bütünlüğü olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. İşte, istisna ve hizmet akitlerini tek bir unsura dayanarak tefrik etmeğe ve bunlara bağlanmış muhtelif hükümleri bu tek unsur açısından değerlendirmeye çalışan Rümelin'in hatası, istisna ve hizmet akitlerini birer unsurlar bütünlüğü olarak göz önüne almamasıdır. (bu hususta bk. §3 , I, A). İleri sürdüğü görüşe Rümelin'i esas alan Hoeniger'in de çıkış noktası bu bakımdan yerinde değildir.

133 *Schnyder*, sh. 75 vd.

134 sh. 428.

bir menfaatin ve cemiyette yerleşmiş bir takrarın varlığına ve ne de Betti'nin öne sürdüğü gibi<sup>135</sup> bunların sosyal tipik bir ihtiyacı karşılama şartına bağlı değildir<sup>136</sup>. Gerçekten hukuk düzeni hukuki muamelelere müsaade etmek ve tarafların arzu ettikleri hukuki neticeye müeyyide koymak suretiyle, şahıslara kendi hayat şartlarını bizzat tanzim etmek yetkisini bahşetmiştir<sup>137</sup>. Bu yetkinin sınırları, gene bunu tanıyan kanunda mevcuttur (BK. m. 19 ve 20) Bu bakımdan kanunda ifade edilmiş sınırlandırmalardan başkaları geçerli olmazlar<sup>138</sup>. Şu halde, taraflar bu yetkiye dayanarak ve kanuni sınırlar içerisinde kalmak şartıyla tamamen yeni olan sözleşmeler (sui generis) yapabilecekleri gibi, birden ziyade tipik aktin unsurlarını aynı akit içinde birleştirebilirler (karışık muhtevalı akit). Kanuni tiplere uygun düşmeyen bu akitlerin, miteber olduklarından şüphe edilemez. Bu bakımdan, karışık muhtevalı aktin, ancak kanunun bunu açık olarak kabul ettiği hallere, meselâ eser teslimi sözleşmesinde olduğu gibi (BGB § 651, BK. m. 357 /I) hasredilmesini ileri süren Riezler'in bu fikrine<sup>139</sup> iştirak edilemez<sup>140</sup>.

Görülüyor ki kanun, bir taraftan her bir akit tipinin kendi içinde farklılaşabileceğini, öbür taraftan ise akit tipleri arasında geçişler olabileceğini ve hatta yeni tipler yaratılabileceğini kabul etmiştir. Bunu kabul etmesindeki amaç, hukukun gelişen hayat ihtiyaçlarını karşılayabilmesini sağlamak, başka bir deyişle hukuku statik bir durumdan kurtarıp, dinamik bir hale getirmektir. Ancak, hukukun dinamik bir hale getirilmesinin, yalnız tiplerin kendi içlerinde farklılaşmaları açısından değil, fakat aynı zamanda hukukun uygulanması bakımından da sağlanması gerekir. İşte şimdi inceleyeceğimiz konu budur.

cc. Akit tiplerine bağlanmış hükümlerin benzeri akdi ilişkilere de uygulanabilmesi.

Yukarda açık tipin hukukun uygulanması yönünden önemine temas etmiş ve açık tipte, kavramda olduğu gibi, bir altlamanın, idraçın (subsum-

135 sh. 274; *Dilcher*'de Betti'yle aynı fikirdedir, sh. 1041.

136 Aynı fikirde *Larenz*, *Schuldrecht*, I, sh. 52; *Tillmann*, sh. 5; *Gerlach*, sh. 9; *Dilcher*'de *Endemann*'ın görüşüne karşıdır. sh. 1041.

137 *von Tuhr*. Borçlar hukuku, sh. 140; *Esener*, sh. 202; Ayrıca bk. *Oser* /*Schönenberger*, *Vorbem. Zu Art. 1-40*, Nr. 33.

138 Aynı fikir için bk. *Schreiber*, sh. 145. Son zamanlarda doktrinin ilgisi akit serbestisinin kamu düzeni açısından sınırlandırılması üzerine toplanmaktadır. Kamu düzeninin bir memleketin politik rejimiyle ilgili olması ve sosyal hukuk devleti kavramının gelişmesi bu ilginin nedenini teşkil eder. Böylece bir akdin kamu düzenine aykırı düşmesi halinde, hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. (Bu konuda bk. *Larenz*, *Schuldrecht*, I, sh. 59 vd; *Esener*, sh. 203; *Dilcher*, sh. 1041).

139 sh. 47.

140 Aynı fikir için bk. *Blociszewski*, sh. 29.

tion) söz konusu olamayacağını, ancak somut olayın tipe az veya çok uygun düştüğü, yani tipin benzeri olduğu gerekçesiyle onun sahasına sokulabileceğini belirtmiştik<sup>141</sup>. Açık tiplerin bu özelliğine akit tiplerinde de rastlanır. Gerçekten bizzat kanun, bir takım hallerde, bir akit tipine bağlanmış hükümlerin, diğer bir akit tipine uygulanabileceğini öngörmüştür. Bu hallerde akdi ilişki, hükümlerine atıf yapılan tipe bir benzerlik gösterir. Nitekim trampa akdine BK. m. 232 göre satın, malzemenin müteahhit tarafından verileceğinin karşılaştırıldığı istisna akdine BK. m. 357 /I gereğince gene satım, işçinin iş sahibinin nezareti altında olmaksızın parça üzerine veya götürü çalışacağını öngören hizmet akdine BK. m. 322 gereğince istisna ve sermaye olarak bir şeyin kullanılmasının devrinin taahhüt edildiği şirket akdine adi kira, bir şeyin mülkiyetinin devrinin yüklenilmesi halinde ise satım hükümleri uygulanır (BK. m. 521 /II). Bu hükümleri öngörmekle kanun, akit tiplerine açık bir nitelik kazandırmıştır. Gerçekten devamlı bir gelişim için bulunan ekonomik hayatın ihtiyaçlarını karşılayabilmek için kanun, müstakil ve kendilerine has bir yapıya sahip olan akit tiplerinin aralarında, çeşitli ilişkiler içinde, bir yakınlık bulunabileceğini, yani bunlar arasında geçişler, karışımlar olabileceğini gözden uzak tutmamak zorundadır. Zira bu karışımların temelinde yatan menfaatlere durumu, *esas itibariyle*, akit tiplerinin düzenlediği menfaatler durumuna büyük bir benzerlik gösterir<sup>142</sup>. Bu benzerliğin hukuken değerlendirilmesi, yani belli bir akit tipine bağlanmış hükümlerin, bu tipe benzerlik gösteren somut bir ilişkiye uygulanabilmesi imkânının tanınması, hukuki güvenin ve içtihatların yeknesaklığının sağlanması bakımından zaruridir. Nitekim Borçlar Kanunumuzda, tiplere bağlanmış kaidelerin, bu tiplere doğrudan doğruya bağlanmayan (Subsumtion), ancak bunlara benzerlik gösteren somut ilişkilere de uygulanabileceklerini kabul edilmesi, bu zarureten doğmuştur.

Akit tipleri için öngörülmüş hükümlerin bu akitlerin aynı olmayan, fakat benzeri olan akdi ilişkilere de uygulanması imkânı akit tiplerinin unsurlarına bölünebileceğini ifade etmez; ancak bunların açık bir karakteri haiz olduklarını gösterir. Nitekim akit tiplerinin unsurlarına bölünebileceklerini ve her unsur veya unsurlar grubuna bir hukuki neticenin tekabül edeceğini ileri süren Rumelin ve Hoeniger'in<sup>143</sup> hatası akit tiplerinin bir bakıma açık bir karaktere sahip bulduklarını gözden kaçırmalarıdır<sup>144</sup>.

141 bk. §3, II, B. 2. d.

142 *Büchenbacher*, sh. 86, 87; Sui generis akitlerle, tipik akitler arasında da bu benzerlik söz konusu olabilir. Nitekim bu sebepten, bu akte özel hükümler kıyasen uygulanabilirler. Ancak, karışık muhtevalı aktin, kanuni akit tiplerine gösterdiği benzerlik, sui generis akitten farklı olarak, büyük ve her türlü şüpheden uzaktır.

143 bk. §3, I. A.

144 Aynı hataya akit tiplerinin bölünebilir olduklarını kabul eden *Weiss* 'ta da rastlamaktayız, sh. 8.

Esasında her akit tipi bir unsurlar bütünüdür. Kanun bunların esaslı unsurlarını belirtmek ve tanımlarını vermek suretiyle sınırlarını kesin bir şekilde tesbit etmek istemiştir. Böylece bu sınırlar içerisine giren, yani tanımlardaki esaslı unsurların hepsini ihtiva eden ve bu sebepten tiplere bağlanabilen (subsumtion) somut ilişkilere hükümler doğrudan doğruya uygulanır. Ancak kanun bu hükümlerin uygulama alanlarını, tiplerin tanımlarına tam anlamıyla uymayan, fakat bu tiplere büyük bir benzerlik gösteren somut ilişkilere de tatbik edilebileceklerini kabul etmek suretiyle genişletmiştir. Şu halde diyebiliriz ki, özel hükümler ilk önce sevkedilmiş oldukları normal tipler; fakat aynı zamanda bunlardan sapan akdi ilişkiler için de geçerlidirler<sup>145</sup>.

Akit tiplerinin bu açık karakteri, karışık muhtevalı akit sorununun esasını teşkil eder. Çünkü birden ziyade akit tipinin unsurlarının karışımından meydana gelen karışık muhtevalı akti, unsurlarını ihtiva ettiği akit tiplerinin sahalarına sokmak, bunlarla gösterdiği benzerlik dolayısıyla, mümkün olmakta ve böylece aynı akte birden çok akit tipin hükümlerini uygulamak durumu ortaya çıkmaktadır. Çeşitli tiplere ait hükümlerin çatışmalarının nasıl önlenebileceği karışık muhtevalı akit sorununun esasıdır<sup>146</sup>. Bunun çözümü de, kısmen, özel hükümlerin tipik akitlerden sapan sözleşmelere nasıl uygulanacağına (doğrudan doğruya mı? kıyasen mi?) tasbitine bağlıdır.

### 3- Akit tipleri sırası

Bir tipin niteliği, belli bir tipler sırası içindeki yerinin tesbiti suretiyle daha açık ve seçik ortaya çıkar<sup>147</sup>. Tipler sırası ile kastedilen, bir takım müşterek unsurları nedeniyle birbirlerine benziyen tiplerin bir grup içinde toplanmalarıdır. Aynı gruba giren tipler ise birbirlerinden, müşterek unsurlarının başka unsurlarla birleşmiş olması nedeniyle ayrılırlar<sup>148</sup>.

Şüphesiz akit tiplerinin düzenlenmesi yeni akitlerin tek ve aynı prensiple değerlendirilmelerini gerektirecek ideal bir sistem içinde olmamış, yani bunlar kat'i bir sisteme bağlanmamışlardır<sup>149</sup>. Gerçekten kanunumuzda birbirlerine benziyen ilişkiler için ortak hükümler öngörülmemiştir. Bu bakımdan münferit akit tipleri arasındaki münasebetlerin pek sıkı olması gerektiğini söyleyebiliriz<sup>150</sup>. Kaldığı, yukarıda da işaret etmiş olduğumuz gibi<sup>151</sup>, tipler

<sup>145</sup> *Gelzer*, sh. 13; *Weiss*, sh. 8, not 13.

<sup>146</sup> bk. §1, II. A.

<sup>147</sup> *Larenz*, *Methodenlehre*, sh. 449.

<sup>148</sup> *Larenz*, *Methodenlehre*, sh. 447.

<sup>149</sup> *Büchenbacher*, sh. 21 vd.; BK. akit tiplerini isimsiz akitlerin muteber olarak tanınmasını engelleyecek bir sistem içinde de sevketmemiştir. *Gerlach*, sh. 5, 11.

<sup>150</sup> *Bilge*, sh. 15.

<sup>151</sup> bk. yuk. §3, II, B, 1.

dedüktif olarak, yani genel bir akit muhtevasının mantıken düşünülebiyecek çeşitli muhtevalara bölünmesi suretiyle değil, fakat indüktif olarak, yani hayatta çok sık tekrarlanmaları nedeniyle düzenlenmişlerdir<sup>152</sup>. Ancak akit tipleri sırasının, hukuk ilmi ve sistematığı açısından bir değer arzetmediğini<sup>153</sup> ve münhasıran bir katalog olduğunu<sup>154</sup> iddia yerinde değildir<sup>155</sup>. Gerçekten akit tiplerinin gruplar içersine toplanması, o tipler açısından hukuken değerli bilgiler elde edilmesini mümkün kılar.

Akit tiplerini, çeşitli esaslardan hareketle farklı gruplar içersinde toplamak mümkündür: Böylece bunlar iki tarafa borç yükleyip, yüklemeliklerine yahut şekle bağlı bulunup bulunmadıklarına göre çeşitli gruplara ayrılabilirler. Aynı şekilde akit tiplerinin gayeleri de bir sıralama esasıdır<sup>156</sup>.

Bu gruplandırmalar içinde, doktrinde yaygın olanı tiplerin gayeleri ve muhtevaları açısından yapılan sıralandırmadır<sup>157</sup>. Buna göre kanuni akit tipleri şu gruplara ayrılırlar:

1. Temlik gayesi güden akitler: Bunlar bir malın mülkiyetinin başkasına devrini hedef tutan satım, trampa ve bağışlama akitleridir.

2. Bir malın veya bir hakkın kullanılmasını sağlayan akitler: Bunlar, sözleşmenin konusu olan malın mülkiyetini devretmeyi değil, sadece onun veya bir hakkın kullanılmasının devrini amaçlayan âdi kira, hasılat kirası, ariyet ve karz akitleridir.

3. Bir emek sarfını gerektiren akitler: Bunlar bir iş görmeği, bir insan faaliyetini hedef tutan hizmet veya iş akdi, istisna akdi, vekâlet akdi ve çeşitleri (itibar emri, itibar mektubu, tellâllık, komisyon), neşir sözleşmesi, acentalık ve taşıma akitleridir.

152 Bu bakımdan akit tiplerini, sentetik bir sıralamaya sokan *Planiol*'un bu görüşünü benimsemek gerekir. Zira bu sıralama tamamen dedüktif bir metoda dayanmaktadır. Gerçekten *Planiol* akit tiplerini ilk önce, konularına göre "hizmete", "şeye" ve "hakka" müteallik olmak üzere üç büyük grub içinde toplar, sonra her grubu kendi içinde bir karşı ivazın mevcut olup olmasına göre türlere ayırır. Nihayet her türü de, konunun niteliğine göre cinslere böler. Bu sıralamasından çıkardığı en önemli sonuçta, her yeni aktin, daha önceden bilinen bir akit türünün yeni konusu, yani yeni bir akit cinsi olarak ortaya çıkacağıdır. (classification syntétique des contrats, sh. 472 vd; özellikle sh. 484). *Planiol*'un bu sıralamasını, *Charmatz*'da, sh. 358 vd., benimsemiştir; ayrıca bk. *Arsebük*, sh. 672.

153 Bu fikir için bk. *Bilge*, sh. 15.

154 Bu fikir için bk. *Heck*, Grundriss, sh. 244.

155 Aynı fikir için bk. *Larenz*, Methodenlehre, sh. 447, Not 2; *Engisch*, Konkretisierung, sh. 284, Not 188.

156 *Bilge*, sh. 15; Ayrıca bk. *Feyzioğlu*, sh. 13 vd.

157 *Oser* /*Schönenberger*, vorbem. zu Art. 184-238, Nr. 18; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 2 vd; *Bilge*, sh. 16 vd; *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 1; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 16; *Feyzioğlu*, sh. 15.

4. Muhafaza akitleri: Bunlar bir malın muhafazasına yönelmiş olan vedia, usulsüz tevdi, ardiye, otelciye ve hancıya ve garaja tevdi akitleridir.

5. Teminat akti: Bu, mevcut bir borcun ifasını temin gayesine yönelmiş olan ve bu mahiyeti itibarıyla fer'i bir nitelik taşıyan kefalet akdidir.

6. Ciddi bir iktisadi gaye olmaksızın, bir kazanç teminine veya bir iddiayı takviyeye yönelmiş akitler<sup>158</sup>: Bunlar kumar ve bahis akitleridir.

7. Bir kimsenin hayatı boyunca maişetinin, ard arda edimlerle karşılanmasına yönelmiş akitler: Bunlar da hayat boyunca irad ve ölünceye kadar bakma akitleridir.

8. Ortak bir gayeye erişmeğe yönelmiş akit: Bu sözleşme iki veya daha fazla ziyade kimsenin müşterek bir gayeye erişmek için emek ve servetlerini birleştirmeyi öngördükleri şirket akdidir.

Her bir akit tipi ile takip edilen gayeye göre tesbit ettiğimiz bu sekiz grubu esasında daha üst iki grup altında toplamak mümkündür. Gerçekten akit tiplerini daha yakından incelediğimizde, bunların bir kısmında gayenin edimin muhtevası haline geldiğini görürüz. Nitekim, meselâ satım akdinin gayesi bir malın mülkiyetinin ivaz karşılığında bir başkasına kesin olarak devridir. Oysa, satım akdinden satıcı için doğan borç satılan malın zilyetliğini ve mülkiyetini devir, alıcı için doğan borç ise, bedeli ödemektir. Görülüyor ki, satım aktinin gayesi kendisinden doğan edim borçlarında muhteva olarak, ifadesini bulmaktadır. Aynı durum, bir malın temlik borcunu doğuran akitlerden başka, kullandırma, iş görme ve muhafaza akitleri içinde söz konusudur. Böylece bu gruba giren akitlerin ya bir malın mülkiyetinin yahut bir malın, bir hakkın kullanılmasının devrini veyahutta bir malın muhafazasını, ivazlı veya ivazsız olarak, öngördüklerini söyleyebiliriz. İvaz, söz konusu olunca, bu, trampa hariç, daima bir miktar paradır<sup>159</sup>. Böylece meselâ bir malın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrinin bir miktar para karşılığında yüklenilmesi halinde satım, bunun ivazsız olması halinde ise hibe söz konusu olur. Aynı şekilde bir malın kullanılmasının ivazlı devri kira, ivazsız devri ise ariyettir.

158 Doktrinde bu gruba "talih ve tesadüfe bağlı akitler" adı verilmektedir. Lâkin yapılan gruplandırma akitlerinin gayelerine dayandığına göre, bu şekilde adlandırma yerinde değildir. Zira talih ve tesadüfe bağlı olan ya edimin mevcudiyeti, yahutta şumulüdür. Esasında oyun gayesi, yani ciddi bir iktisadi gayenin yokluğu bu aktin tipik karakterini teşkil eder. *Oser /Schönenberger*, Art. 513 Nr. 2. Diğer taraftan "talih ve tesadüf" unsuru, bu aktin tek unsuru olmadığı gibi, başka tipteki akitlerde de söz konusu olabilir (krş. *Oser /Schönenberger*, Art. 513, Nr. 2; *Becker*, Art. 513, Nr. 1)

159 bk. yuk. §3, II , B. 2. d. aa ve bb.

Görülüyor ki, burada tipi tayin eden, bir edimin muhtevası ve bunun yükleniliş biçimidir<sup>160</sup>. Söz konusu olduğu hallerde karşı ivaz daima tip yönünden renksiz olan bir miktar paradır. Renksizdir; zira bu gruba giren bütün iki tarafa iki tarafa borç yükleyen akitler için müşterektir. Fakat buna rağmen ilgili tipin meydana getirilebilmesi için de zaruridir.

Şu halde bu gruba giren akitlerin esaslı unsurlarını şöyle bir ayırma tabii tutmak mümkündür: *Tip tayin edici unsurlar*, ki bunlar tipik edim muhtevaları ile bunların yükleniliş biçimlerinin bir ve tip açısından zaruri unsur, ki bu daima bir miktar paradır (Trampa hariç)<sup>161</sup>. İşte bir kısım akit tipi, *edimlerinin muhtevalarına* (tip tayin edici unsur) ve bu edimlerin karşılığında bir para ediminin (tip için zaruri unsur) yüklenilmiş olup olmamasına (tip tayin edici unsur) göre düzenlenmişlerdir. Bu bakımdan bu akitlerin kendilerine has anlam yapılarının esasını, iskeletini tipik edim muhtevaları, bunların yüklenilme biçimi ve söz konusu olduğu hallerde, bir miktar para edimi teşkil eder. Akit tipinin esasını teşkil eden bu edimler, aynı zamanda ondan doğan asli edim borçlarıdır.

Şu halde diyebiliriz ki, bu akit tipleri edimlerinin muhtevası ve bu edimlerin ivazlı veya ivazsız olmaları açısından düzenlenmişlerdir. Başka bir deyişle burada tipi tayin eden edimlerin muhtevası ve yüklenilme biçimidir<sup>162</sup>.

Buna karşılık, diğer bir kısım akit tiplerinde ise, sadece akitle güdülen gaye esas alınmıştır<sup>163</sup>. Başka bir deyişle bunlarda gaye, edimlerin muhtevasına aksetmemiştir. Böylece bu akitlerde, takil edilen gayeye erişmeği müklacak her türlü edim taahhüt edilebilir. Gerçekten, ciddi bir iktisadî gaye olmaksızın, bir kazanç teminine veya bir iddiayı takviyeye yönelmiş kumar ve bahis aktine her şey, meselâ bir miktar para, menkul bir eşya veya hizmet konu olabilir<sup>164</sup>. Aynı durum alacaklıya bir teminat sağlamağı amaçlayan kefalet, bir kimsenin hayatı boyunca maişetinin ard arda edimlerle karşı-

160 *Hoeniger*, haklı olarak, kanuni akit tiplerinin münhasıran edimin muhtevasına göre tesbit edildiği iddiasının yerinde olmadığını öne sürmektedir. O'na göre edim muhtevası, bir akit tipini, ancak "sinalagma" "sozietat" veya "ivazsızlık" bağlayıcı unsurlardan biriyle birleşmek suretiyle tayin edebilir. *Vorstudien*, sh. 83. "Edimin yükleniliş biçimi" ile bizde bunu ifade etmekteyiz.

161 *Hoeniger*, karşı ivazın, söz konusu olduğu hallerde, muhakkak bir miktar para olması gerektiğini kabul etmemekte; bunun paradan gayri bir şey olabileceğini öne sürmektedir. Böylece O'na göre belli bir akit tipi için önemli olan tipik edim muhtevası ile bunun yüklenilme biçimidir. Bu bakımdan *Hoeniger*, para edimini zaruri unsur olarak görmez. *Grundformen* sh. 54, 80, 84, Ancak karşı ivazın muhakkak bir miktar para olması gerektiğine yukarıda işaret etmiştik. bk. yuk. §3, II, 8, 2. d. aa ve bb.

162 *Leonhard*, I, sh. 320.

163 *Leonhard*, I, sh. 321

164 *Akev*, sh. 49.

lanmasını istihdaf eden hayat boyunca irad ve müşterek bir gayeye erişmek için emek ve servetlerin birleştirilmesini öngören şirket akitleri için de söz konusudur. Her ne kadar kefalet akdinde kefilin nakdi bir tazminatla borcunu yerine getirmesi esassa da, bu kefilin, borcun aynen yerine getirilmesinin mümkün olması halinde, esas borcu ifa etmesine engel teşkil etmez. Kefalet akdinin niteliği kefile aynen eda imkânının tanınmasına mani değildir<sup>165</sup>. Bu bakımdan kefalet senedine, kefilin asıl borcu bizzat ifa edeceği hususunda bir katıt konabilir<sup>166</sup>. Böylece kefalet akdinde kefilin borcunun muhtevası çok değişik olabilir.

Hayat boyunca iratta, devri edimlerin konusu para olabileceği gibi, gıda maddesi veya diğer misli mallarda olabilir<sup>167</sup>.

Şirket akdinde, müşterek gayenin gerçekleştirilmesi için, ortakların bir katılma payı taahhüdünde bulunmaları gerekir. Esas itibariyle her türden edim katılma payı olarak yüklenilebilir. Borçlar Kanunumuz katılma payı olarak nelerin taahhüt edilebileceğini sınırlı olarak göstermemiş; yalnız m. 521'de bunlardan bir kaç tanesini saymakla yetinmiştir<sup>168</sup>. Gerçekten şirket akdi tipi için katılma payının muhtevası önemli değildir. Önemli olan çeşitli edimlerin ortak gayenin gerçekleşmesi için yüklenilmiş olmalarıdır<sup>169</sup>.

165 *Reisoğlu*, Kefalet hukuku, sh. 8 vd.

166 *Reisoğlu*, Kefalet hukuku, sh. 10; *Oser /Schönenberger*, Art. 492, Nr. 17; 17; *Becker*, Art. 492, Nr. 21.

167 *Oser /Schönenberger*, Vorbem. zu Art. 516-520, Nr. 2; *Becket* Art. 516, Nr. 1; *Guhl*, sh. 445; *Bilge*, sh. 363; *Stofer*, sh. 274.

168 *Doğanay*, sh. 35; *Sieglwart*, Art. 531, Nr. 4.

168 *Doğanay*, sh. 35; *Sieglwart*, Art. 531, Nr. 4.

169 *Doğanay*, sh. 37 (*Leonhard*, I, sh. 321, şirket akdini, tipleri edimlerinin muhteva ve tarzına bağlı olan akitler grubuna sokmaktadır. Bu görüş yerinde değildir. Zira bu akdin farklı bir niteliğe haiz olduğunu gözden kaçırmaktadır. Gerçekten şirket akdi iki veya daha çok kişinin ortak bir gayeye erişmek için güçlerini ya da araçlarını birleştirmeye yüklenmiş bir şahıs birliği olduğuna göre, onun temel unsurunu ortak gaye teşkil eder. Esasında bu unsur, şirket akdini karşılıklı taahhütleri havi akitlerden de ayırır. Nitekim şirket akdinde ortak bir gayenin söz konusu olmasına karşılık, karşılıklı taahhütleri havi akitlerde daima zıt gayeler mevcuttur (*Jhering*, Der Zweck im Recht, sh. 125. Bugün doktrinde hakim olan görüş, adi şirket akdinin karşılıklı taahhütleri havi bir akit olmadığıdır: *Becker*, Art. 82, Nr. 12; *Larenz*, Schuldrecht II, sh. 267; *Hoening*, Grundformen, sh. 207 vd; *Arskanlı*, sh. 133; *Doğanay*, sh. 22. Yargıtay da aynı görüştedir. bk. Yarg. T. D., 7. 12. 1967, E. 966 /3944, K. 967 /4529, Ank. Bar. Der., 1966, Sa. 2, sh. 327; Yarg. HGK., 11. 12. 1963, E. 4 /26, K. 96, Ad. Der., 1964, Sa. 5-6, sh. 613 vd.; Federal Mahkeme'nin aynı görüşteki kararı için bk. ATF 49 II 455). Bu bakımdan adi şirkette her ortağın borçlanmasının nedeni, akitte kararlaştırılan ortak gayeyi gerçekleştirmek için edimleri birleştirmektir. (*Doğanay*, sh. 25). Şu halde gayeyi gerçekleştirmeye elverişli her edim konusu taahhüt edilebilir. (Aynı fikir için bk. *Sieglwart*, Art. 531, *Arskanlı*, sh. 133, 137; *Doğanay*, sh. 35; *Karayalçın*, sh. 84; ATF 39 II 749.)

Diğer taraftan bu dört akit tipinden üçünde, yani kefalet, kumar ve bahis ve hayat boyunca irad akitlerinde, tip bakımından, edimin muhtevası önemli olmadığı gibi, bunun bir ivaz karşılığı yüklenilmiş olup olmamasının da bir değeri yoktur. Gerçekten bu üç akit ivazlı veya veya ivazsız olabilir<sup>170</sup>. Oysa adi şirkette durum farklıdır. Bir kere şirket akdinde ortakların, ortak gayeye erişmek için bir katılma payı taahhüdünde bulunmaları zaruridir<sup>171</sup>. Sonra ortaklardan birinin sadece veya kâra katılacağına kararlaştırıldığı bir sözleşme şirket akdi olarak kabul edilemez. Zira bu takdirde artık ortak gayeden bahs edilemez<sup>172</sup>. Bu bakımdan şirket akdi ivazlı bir akitir<sup>173</sup>.

Şu halde kefalet, kumar, bahis ve hayat boyunca irad akitlerinin tiplerinin hem edimin muhtevasına, hem de bunun yüklenilme biçimine (ivazlı olup olmamasına) bağlı olmamasına karşılık, şirket akdinin tipinin tayininde, yalnız edimin muhtevası önemli değildir.

Burada son olarak bir akit tipi üzerinde daha durmak gerekir: Bu da ölünceye kadar bakmak akdidir. Her ne kadar bu akit hayat boyunca irad akdinin yanında düzenlenmişse de ondan nitelik bakımından farklıdır. Bir kere ölünceye kadar bakma ivazlı bir akitir<sup>174</sup>. Sonra bu akitten doğan edimlerin mutevasında, bir dereceye kadar, satım, kira, hizmet vs. akitlerde olduğu gibi, aktin gayesi ifadesini bulur. Nitekim bakım borçlusu muhakkak bakım alacaklısını bakıp gözetlemeyi taahhüt etmelidir. Bu sebeple bakım alacaklısının ihtiyaçlarının yalnız bir kısmını karşılayacak edimler yüklenilmesi, meselâ yalnız hastalık halinde ilâçların tedariki veya ikametgâh sağlanması halinde, ölünceye kadar bakma akdi söz konusu olmaz. Çünkü borçlunun mükellefiyeti alacaklının bütün ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelmiştir<sup>175</sup>. Şüphesiz bütün ihtiyaçların karşılanması tabiri çok geniştir ve borçlunun muhtevaları birbirinden farklı edimlerde bulunmasını, meselâ ikametgah temini, yiyecek verme, çamaşır temini, tedavi masraflarını kar-

170 Kefalet akdi için bk. *Reisoğlu*, Kefalet hukuku, sh. 7; Kumar ve bahis akdi için bk. *Akev*, sh. 50 vd.; Hayat boyunca irad için bk. *Oser /Schönenberger*, Vorbem, Zu Art. 516-520, Nr. 2; *Stofer*, sh. 275.

171 *Doğanay*, sh. 34.

172 *Doğanay*, sh. 47.

173 *Hoeniger*, aksi fikirdedir. O'na göre şirket akdi ivazsız da olabilir. Meselâ zengin bir kardeş hercai kardeşine yardım için onunla bir şirket akdi yapar ve bu akitte de sermayenin tamamını koymağı ve kârı da olduğu gibi kardeşine bırakmağı yüklenir. Ayrıca hercai kardeşin şirket için yapacağı iş karşılığı bir ücret alacağı da sözleşmede öngörülür. Böylece yapılan bir şirket akdi ivazsızdır (Grundformen, sh. 180. vd.) *Hoeniger*'in vermiş olduğu bu örnekte hercai kardeşin bir iştirak payı söz konusu değildir. Oysa iştirak payı, akdin esaslı unsurudur (*Doğanay*, sh. 34) Esasında bu unsur, adi şirketi, karşılıklı taahhütleri havi akitler gibi, zaruri olarak ivazlı bir akit yapar (Aynı fikir için bk. *Schreiber*, sh. 188).

174 *Tunçomağ*, Ölünceye kadar bakma akdi, sh. 25 vd.

175 *Tunçomağ*, Ölünceye kadar bakma akdi, sh. 27.

şılama, hizmet edimleri gibi, gerektirir<sup>176</sup>. Zaten bu bakımdan, ölünceye kadar bakma akdi, tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerden ayrılır. Kaldı ki bakım alacaklısının yüklenmiş olduğu edimin muhtevası da oldukça değişik olabilir. Gerçekten bakım alacaklısı mameleki bir kıymeti devretmekle yükümlüdür. Mameleki kıymetler arasında gayrimenkuller, menkuller, kıymetli evrak, alacaklar ve bir miktar para girebileceği gibi, iktisadî bir teşebbüs, intikal etmiş bir terekenin tamamı veya bir kısmı da girebilir. Bunların mülkiyetinin devri de zaruni değildir. Bunlar üzerinde bir intifa hakkı tesisi veya bunları rehnedebilme yetkisinin tanınması da yeterlidir<sup>177</sup>. Ancak bütün bunlara rağmen, belli bir sözleşmede bir malın mülkiyetinin devri karşılığında, bakıp gözetmeği taahhüt etme, o sözleşmenin ölünceye kadar bakma akdi olarak nitelendirilmesine yeterlidir. Böylece münferit edimlerin doğumuna yol açan ana borcun muhtevasının, -ki bu bakıp gözetmedir- akdin tipini tayin ettiğini söyleye biliriz. Bu sebepten ölünceye kadar bakma akdi, tipleri edimin muhtevasına ve tarzına bağlı bulunan akitler grubuna sokulabilir.

Şu halde kanuni akit tiplerini iki büyük grup içinde toplamamız mümkündür: Tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı olanlar ve tipleri güdülen gayeye bağlı olanlar<sup>178</sup>.

#### Ş4. DOKTRİNDE KARIŞIK MUHTEVALI AKİT İÇİN VERİLEN TANIMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu paragrafta doktrinin karışık muhtevalı akit için vermiş olduğu tanımları, bu aktin unsurlarını akit tiplerinin nitelik ve özellikleri açısından incelemek suretiyle, değerlendireceğiz ve bu değerlendirme sonuçlarına göre de bunun bir tanımını vermeğe çalışacağız.

##### **I- Karışık muhtevalı aktin, unsurları açısından incelenmesi**

Yukarda doktrin tarafından temel alınan Hoeniger ve Schreiber'in tanımlarına göre karışık muhtevalı aktin üç unsuru olduğunu görmüştük<sup>179</sup>.

###### *A- Tek bir akdin mevcut olması.*

Karışık muhtevalı aktin temel unsurunu, onun bir vahdet olması teşkil eder. Gerçekten o, bir kısım hukukçunun ileri sürdüğü gibi<sup>180</sup> birden zi-

176 bk. *Tunçomağ*, Ölünceye kadar bakma akdi, sh. 88 vd.

177 *Tunçomağ*, Ölünceye kadar bakma akdi, sh. 26, 106, vd.

178 *Leonhard*, I, sh. 322.

179 bk. yuk. Ş2, B.

180 bk. yuk. Ş2, II. not 22 de zikredilen yazarlar.

yade müstakil akit tipini, bu niteliklerine bir hanel gelmeksizin, birbirlerine bağlamaz. Tam tersine bunların yalnız unsurlarını bir bütünlük bir vahdet meydana getirecek şekilde birleştirir. Böylece ortaya iki veya daha çok akit tipinin özelliklerini ihtiva eden tek bir akit çıkar. Kaldı ki, böyle bir aktinikatt ettirirken tarafların niyeti, esas itibariyle, iki akti birleştirmek değil, fakat tek bir akit meydana getirmektir<sup>181</sup>.

Nitekim doktrinde de, karışık muhtevalı aktin tek bir akit olduğu görüşü hâkimdir<sup>182</sup>.

*B. Bu aktin, kısmen veya tamamen kanuni akit tiplerinin unsurlarını, bir bütünlük içinde birleştirmesi.*

Bu unsuru Hoeniger ve Schreiber'in birbirlerinden değişik şekillerde açıklamış olduklarını ; esasında bunun her iki hukukçunun karışık muhtevalı akit tanımlarının farklılığından ileri geldiğini ve bu farklılıkların da iki noktada toplanabileceğini; fakat bu unsurun değişik ifadesine rağmen her ikisinin de bir noktada birleştiklerini görmüştük<sup>183</sup>.

1. İlk fark, Hoeniger'in tanımında akit tiplerinin unsurlarından, Schreiber'in ise bizzat akit tiplerinden hareket etmesidir. Bu farkın nedeni, her iki hukukçunun akit tiplerinin esasını birbirlerinden değişik biçimlerde anlamalarıdır. Gerçekten Hoeniger'in unsurları esas almasının nedeni, akit tiplerinin unsurlarına bölünebileceğini ve her unsura veya unsurlar grubuna kanunda muhakkak bir hukuki neticenin tekabül edeceğini ve böylece akit tiplerinin unsurlarının müstakil bir varlığa haiz olacaklarını kabul etmesidir. Buna karşılık Schreiber'in hareket noktası olarak bizzat akit tiplerini esas alması, bunların müşahhas ve bölünmez birer bütün oldukları görüşünü benimsemesinden ileri gelmektedir.

Her iki hukukçunun akit tiplerinin niteliği ve özellikleri ile ilgili düşüncelerinin yerinde olmadıklarına yukarıda temas etmiştik<sup>184</sup>. Gerçekten her akit tipi, münferit unsurları organizasyonun tamamına bağlayan bir yapı planı, yani bir unsurlar bütünüdür. Bu bakımdan tiplerin unsurları tek tek anlamsız olup, ancak diğer unsurlarla bağlılıkların içinde bir değer kazanırlar. Fakat akit tiplerinin birer unsurlar bütünü olması, onların

181 krş. *Leonhard*, I. sh. 324.

182 Özellikle bk. *Larenz*, *Schuldrecht*, II, sh. 5; *Enneccerus/Lehmann*, §100, B, sh. 395; *Leonhard*, I, sh. 324; *Kaduk*, *Staudinger's Komm.*, Einl., Nr. 82, sh. 536; *Esser*, 3. Auflage, sh. 101; *Tandoğan*, *Özel borç münasebetleri*, sh. 34; *Tunçomağ*, *Özel borç ilişkileri*, sh. 9; *Hoeniger*, *Grundformen*, sh. 6; *Schreiber*, sh. 112; *Fischer*, sh. 12; *Ochs*, sh. 6; *Weiss*, sh. 15; *SJZ*, 22 (1925/26) 68, Nr. 10; 50(1954), 260, Nr. 132.

183 bk. yuk. §2, I, B, 2.

184 bk. yuk. §3, II, B.

müşahhas ve bölünmez bir karakteri haiz olduklarını ifade etmez. Aksine her akit tipi mücerret bir düzenlemedir ve kendi içinde farklılaşabilme olanağına sahiptir. Şu halde bunlar ne sadece birer unsurlar yığılması, ne de sadece birer bütünlüktürler. Esasında her ikisi, yani birer unsurlar bütünüdürler. Şu halde bunlardan yalnız bir tanesine değer verip, diğerini ihmal etmek, akit tiplerinin nitelik ve özelliklerine aykırı bir davranış olur.

Esasında karışık muhtevalı akit de, akit tipleri gibi, bir unsurlar bütünüdür. Başka bir deyişle o, çeşitli akit tiplerinin unsurlarını yep yeni bir bağlılık içinde birleştirir. Unsurların, bu yeni bağlılığı, esas itibarıyla değişik bir anlam yapısını haiz, yani farklı bir menfaatler durumu gösteren bir ilişkinin meydana gelmesine sebep olur. Gerçekten her karışık muhtevalı aktin kendine has bir gayesi, niteliği ve yapısı vardır. Onu daima bu anlam yapısı içinde kavramak gerekir.

Karışık muhtevalı aktin bir unsurlar bütünü olmasının ifade ettiği anlam, kendisini meydana getiren unsurlardan birinin ayrılmasının, onun teşekkül biçimini zedeliyeceği ve hatta yıkacağıdır. Bunu özellikle karışık muhtevalı aktin hukuki değerlendirilmesinde göz önüne almak ve akti unsurlarına bölmekten kaçınmak gerekir<sup>185</sup>.

2- Her iki hukukçunun tanımlarında mevcut ikinci fark, karışık muhtevalı aktin Hoeniger'e göre münhasıran kanuni akit tiplerinin unsurlarının karışmasından, Schreiber'e göre ise kanuni akit tiplerinin birbirleriyle yahut kanuna yabancı bir akitle birleşmelerinden doğmasıdır.

Bu fark, esas itibarıyla, her iki hukukçunun görüşlerindeki mevcut zıtlığın bir sonucudur<sup>186</sup>. Gerçekten akit tiplerinin unsurlarına bölünebileceği ve bu unsurların herbirine kanunda belirli bir hukuki sonucun terettüp edeceği kabul edilirse, bu takdirde karışık muhtevalı akit sınırları kesin olarak tayin edilmiş bir akitler grubu haline gelir ve böylece kanunda düzenlenmemiş, yani kendilerine belirli birer hukuki netice bağlanmamış unsurların karışık muhtevalı akit sorunu dışında kalması gerekir. Buna karşılık kanuni akit tiplerinin herbirinin müşahhas ve bölünmez bir bütün olduğu temel düşüncesinden hareket edilirse, bu takdirde karışık muhtevalı akitte sınırlar kesin olarak çizilmiş bir grup olmaktan çıkar ve herhangi bir şekilde kanundaki akit tiplerine benzerlik gösteren bir akit olur<sup>187</sup>. Başka bir deyişle karışık muhtevalı akitte Hoeniger bunun unsurlarının kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş, fakat bunların kanuna yabancı bir biçimde birleştirilmiş

185 Kaduk, Staudinger's Komm. Einl. Nr. 72, sh. 531; Groepper, Erman's Handkomm., Einl., §350, 2h, cc, sh. 425; Wilde, BGB-RGRK, vor § 305, Anm. 13; Ochs, sh. 2; Schelp, sh. 88, 89; SJZ, 50 (1954) 260, Nr. 132; 22 (1925/26), 68, Nr. 10.

186 Gelzer, sh. 7.

187 bk. Schreiber, sh. 110; Gerlach, sh. 2; Weiss, sh. 12.

olmasına, Schreiber ise bunun tipik akitler gibi bir bütün olmasına ve aynı zamanda bu bütünlüğü içinde tipik akitlere bir benzerlik göstermesine değer verir.

Akit tiplerinin birer unsurlar bütünü oldukları göz önüne alınca, Schreiber'in görüşüne üstünlük tanımak gerekir. Gerçekten, bir kere akit tiplerinin unsurlarına bölünebileceği, her unsura kanunda bir hukuki netice terettüp edeceği ve böylece bu unsurların bağımsız birer varlık oldukları kabul edilemez. Bunun sonucunda karışık muhtevalı aktin sınırları kesin tayin edilmiş bir akitler grubu olarak telâkkisi gereği de ortadan kalkmış olur. Diğer taraftan çeşitli akit tiplerine ait unsurlarla, kanuna yabancı unsurların birleşmeleri halinde, karşılaşılabilecek sorunlar, karışık muhtevalı aktin doğurduğu sorunların aynıdır. Zira burada da kanuni akit tiplerinin unsurlarını kısmen ihtiva eden bu akitle, ilgili tipler arasında bir köprü bir bağ kurulması söz konusudur. Başka bir deyişle kanuni akit tiplerine bağlanmış hükümlerin, bu akte nasıl uygulanabileceklerinin araştırılması gerekecektir<sup>188</sup>.

Ancak, sadece çeşitli sui generis sözleşmelerin unsurlarını ihtiva eden bir aktin karışık muhtevalı olarak kabul edilmemesi gerekir. Çünkü bu durumda, karışık muhtevalı aktin bir sorun olarak ortaya çıkmasına sebep olan özelliklerinden bir tanesi mevcut değildir. Oysa bu özellik, onu sui generis akitten ayırır ve kanuni akit tiplerine yakınlaştırır. Bu yakınlaşma ise, söz konusu akte akit tiplerine bağlanmış hükümlerin uygulanabileceği fikrini doğurur ve bundan da karışık muhtevalı akit sorunu doğar. Bu özellik, sözleşmenin unsurlarının kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü akitlere ait olmasıdır<sup>189</sup>. İşte üzerinde durduğumuz meselede, unsurların tümü kanuna yabancı akitlere ait olduğundan, karışık muhtevalı akitten söz edilemez. Bu bakımdan, burada karışık muhtevalı akti mümkün gören bir kısım hukukçunun<sup>190</sup> görüşüne iştirak edilemez.

Şu halde karışık muhtevalı aktin mevcut olabilmesi için unsurlarının hiç olmazsa bir kısmının kanuni akit tiplerine ait olması gerekir. Böylece diyebiliriz ki, bu akit kısmen veya tamamen kanuni akit tiplerinin unsurlarını ihtiva etmelidir<sup>191</sup>. Buna göre kanuna yabancı bir unsuru, yani "bahşiş elde etme olanağının tanınması" unsurunu kapsayan garson sözleşmesi esas

188 Karışık muhtevalı akit sorunu için bk. yuk. §1, III. A.

189 Bu özellik için bk. yuk. §1, II., A.

190 Kaduk, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 66, sh. 529; Nr. 72, sh. 531; Büchenbacher, sh. 5 a; Gropper, Erman's Handkomm., Einl. §305, 2 h, cc, sh. 425.

191 Aynı fikirde olanlar için bk. yuk. §2, II, not 19 ve 21; Münhasıran kanuni akit tiplerinin unsurları ihtiva etmesini öngören ve bu bakımdan aksi fikirde olanlar için bk. yuk. §2, II, not 18 ve 20.

itibariyle karışık muhtevalıdır<sup>192</sup>. Aynı şekilde, bir kimsenin bir arabayı şoförü ile beraber kiralaması halinde de, yapılmış olan sözleşme, kısmen kanunda düzenlenmiş (kira), kısmende kanunda düzenlenmemiş (üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlanması ) akitlerinin unsurlarını kendi içinde birleştirir ve böylece karışık muhtevalı bir akit olarak ortaya çıkar<sup>193</sup>.

3- Gerek Hoeniger gerekse Schreiber, kanunda öngörölmüş akit tiplerini esas almak ve kanun bakımından herhangi bir ayırım yapmamak suretiyle bir noktada birleşmişlerdir<sup>194</sup>. Bilindiği gibi akit tipleri yalnız Borçların özel kısmında düzenlenmemiştir. Diğer özel kanunlarda da düzenlenmiş çeşitli akit tipleri mevcut olduğu gibi, BK. daki akit tiplerine dair diğer kanunlarda öngörölmüş hükümlerde vardır.

Diğer kanunlarda düzenlenmiş akit tipleri şunlardır: Ticaret Kanununda sevkedilmiş olan cari hesap mukavelesi (m. 87 vd.), ticaret işleri tellâllığı ve acentalığı (m. 100 vd. ve m. 116 vd.), taşıma mukaveleleri (m. 762 vd. ve 1016 vd.) ve sigorta mukavelesi (m. 1263-1459); Hukuk usulu Muhakemeleri Kanununda öngörölmüş olan tahkim sözleşmesi (m. 516 vd.); Fikir ve Sanat eserleri Kanununda yer alan bu çeşit eserler üzerindeki mali hakların devrine dair mukavele (m. 50) ve nihayet İhtira Beratı Kanunundaki ihtira üzerindeki hakkın devrine ilişkin sözleşme (m. 25-26).

Şüphesiz karışık muhtevalı akit bu tipler dolayısıyla da söz konusu olur. Çünkü bu aktin doğuş nedeni, kanunda genel hükümler yanında bir takım akit tiplerinin düzenlenmiş ve aynı zamanda akit serbestisi prensibinin tanınmış olmasıdır. Şu halde nerede akit tipleri mevcutsa, orada karışık muhtevalı aktin vücut bulması mümkündür. Bu bakımdan akit tiplerinin şu veya bu kanunda düzenlenmesi arasında bir ayırım yapmak gereksizdir. Ancak böyle bir tefrik pratik açıdan gerçekleştirilebilir ve araştırma belli bir kanunda öngörölmüş akittipleri ile sınırlandırılabilir. Nitekim Hoeniger'de bu şekilde hareket etmiş ve incelemesine yalnız BGB'de tanzim edilmiş akit tiplerini almıştır<sup>195</sup>. Biz de çalışmamızda aynı yolu takip edeceğiz. Başka bir deyişle, yalnız Borçların özel hükümlerinde yer almış akitleri araştırmamıza konu yapacağız. Şüphesiz burada koyacağımız esaslar, diğer kanunlardaki akit tipleri dolayısıyla söz konusu olacak karışık muhtevalı akit hakkında da geçerli olacaktır.

Ancak, bu arada şu noktayı da belirtelim; bazı özel kanunlarda mevcut Borçlar Kanununda düzenlenmiş akit tiplerine ilişkin hükümler tabiatıyla araştırmamızın sahasına dahil edileceklerdir. Zira burada esas itibariyle, yeni

192 bk. yuk. §1, I, not 26.

193 bk. yuk. §1, I, not 29.

194 bk. yuk. §2, I, B, 2.

195 bk. yuk. §2 , I, B, not 13:

akit tipleri öngörülmemekte, tersine mevcut tipler için, bazı değişik özellikleri göz önüne alınmak suretiyle, yeni bir düzenleme getirilmektedir. Bunlar gayrimenkul kiralari hakkındaki 6570 sayılı kanundaki, Murabaha Nizamnamesi ve Ödünç Para Verme İşleri Kanunundaki, 931 sayılı İş Kanundaki ve nihayet Ticaret Kanunundaki “ticari satış ve trampaya” (m. 25) ve “deniz aşırı satış mukavelelerine” (m. 1133 vd.) ilişkin hükümlerdir.

Şu halde, bu açıklamamızdan çıkan sonuca göre, karışık muhtevalı aktin ikinci unsurunu şu şekilde ifade edebiliriz: ““Bu aktin kısmen veya tamamen kanuni akit tiplerinin unsurlarını bir bütünlük içinde birleştirmesi””.

C. *Bu aktin, tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kanununun öngörmediği bir biçimde birleştirmesi.*

Yukarıda<sup>196</sup> üçüncü unsur olarak Hoeniger’in bu aktin “çeşitli akit tiplerinin unsurlarını kanunun öngörmediği bir biçimde irtleştirmesini”, Schreiber’in ise “akit tiplerini, bu tiplere tam uymaksızın, ihtiva ihtiva etmesini” ileri sürdüklerini görmüştük. Her iki yazarın bu ibarelerinde akit tiplerinin esası açısından incelenmesi gereken nokta, “kanunun öngörmediği” ve “bu tiplere tam uymaksızın” deyimlerinin neyi ifade ettikleridir.

Esas itibariyle her iki deyim, ilk bakışta derhal anlaşılacağı gibi, kanuni akit tipleri için öngörülmüş düzenlemeden yapılacak sapmaları, yani kanuna yabancı düşen bir durumu ifade eder. İşte araştırılması gereken, kanundan sapmanın, kanuna yabancılığın ne olduğudur. Bu sorunun cevaplandırılabilmesi ancak, akit tiplerinin esasının göz önünde tutulmasıyla mümkün olur.

Kanun her akit tipini ona has anlam yapısı, yani görevi, niteliği ve yapısal farklılığı açısından düzenlemiştir<sup>197</sup>. Şu halde kanundan sapmanın mevcut olup olmadığının tesbitinde esas alınacak, akit tiplerinin bu anlam yapılarıdır. Böylece diyebiliriz ki, bunlarda yapılacak herhangi bir değişiklik, kanunun öngörmediği bir durumun meydana gelmesi sonucunu doğurur; buna karşılık bunlara aynen uyulduğu hallerde ise, bir kanuna yabancılık söz konusu olamaz.

Kaide bu olduğuna göre, çeşitli unsur birleşimlerinin kanunda bir sapma teşkil edip etmediklerinin, yani karışık muhtevalı akit olarak telâkki edilip edilmeyeceklerinin, bu kaide açısından araştırılması gerekir. Oysa bu

<sup>196</sup> bk. yuk. §2, I, B, 3.

<sup>197</sup> Bu konuda bk. yuk. §3 II, B, 1.

biçimde yapılacak bir değerlendirme bize, bir kısım unsur birleşimlerinin kanun tarafından ya açıkça, yahutta zımnen öngörülmüş olduklarını gösterecektir. Başka bir deyişle sözü edilen araştırma, Kanunun bir taraftan bir kısım unsur birleşimlerini kendilerine has anlam yapıları içinde açıkça düzenlemiş, diğer taraftan ise bir takım akit tipinde, bunların anlam yapıları değişmeksizin, çeşitli akitlere ait edimlerin yüklenilebileceğini öngörmüş olduğunu ortaya çıkaracaktır. “Kanuna yabancılik” unsuru gerçekleşmemiş olduğundan, bu birleşimlerin karışık muhtevalı akit olarak kabul edilemeyecekleri de şüphesizdir. Bu bakımdan hangi unsur karışımlarının kanundan bir sapma olduklarının, hangilerinin ise olmadıklarının tesbiti gereği, kendini zorunlu olarak kabul ettirir.

### 1- Kanunun öngördüğü unsur birleşimleri

#### a- Kanunun açıkça öngördüğü unsur birleşimleri.

Borçlar Kanunumuz çeşitli akit tiplerinin unsurlarını ihtiva eden bir takım ilişkileri özel olarak düzenlemiştir. Bunun sonucu olarak bu sözleşmeler, kanunun öngörmediği unsurlar birleşimi olarak kabul edilemeyeceklerinden, karışık muhtevalı akit sayılamazlar<sup>198</sup>. Bu durum BK, m. 232 vd.de düzenlenmiş “trampa”, m. 322 de öngörülmüş “parça veya götürü iş konulu hizmet” ve nihayet m. 357 /I de tanzim edilmiş “malzemenin ısmarlanan tarafından sağlandığı istisna” (eser teslimi sözleşmesi) aktinde söz konusu olur. Gerçekten trampa akdi karşılıklı mal değişimine taallük eder. Böylece her iki taraf için de satıcı borcuna vücut verir<sup>199</sup>. Parça veya götürü iş konulu hizmet akdine, bu akde bağlanmış hükümlerden başka, istisna ve bazı hallerde satım hükümleri de uygulanır. Bunun nedeni bu aktin, işçiye belli ölçüde bir serbesti tanıdığından, istisna akdi, işçinin malzemeyi sağladığı hallerde de, satım akdi unsurlarını kendi içinde birleştirmesidir<sup>200</sup>. Aynı şekilde, malzemenin ısmarlanan tarafından sağlandığı istisna akdinde de, satım unsurları mevcuttur. Zira ısmarlanan malzemenin mülkiyetini ısmarlayana devretmek zorundadır. Böylece bu sözleşme satım ve istisna akitlerinin unsurlarının bir karışımı olarak ortaya çıkar<sup>201</sup>.

198 Aynı fikir için bk. *Büchenbacher*, sh. 37 vd.; Aksi fikir için bk. *Kohlrausch*, sh. 59, 604.

199 Trampanın niteliği itibariyle karışık muhtevalı, yani iki satımın karışımı olduğu hususunda bk. *Hoeniger*, Grundformen sh. 81; *Becker*, Art. 248, Nr. 1.

200 *Gelzer*, sh. 1 vd.

201 ATF 72 II 349; 29 II 48; 26 II 584; 24 II 545. Eser teslimi sözleşmesinin karışık muhtevalı bir akit olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Alman hukukunda *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 5; *Hoeniger*, Grundformen, sh. 369 vd; *Witting*, sh. 24, buna olumlu bir biçimde cevap vermektedirler. Buna karşılık *Enneccerus/Lehmann*, §156, I ve II, sh. 663, 664, eser teslimi sözleşmesinin bir yan istisna edimli satım akdi olduğu fikrindedir. Aynı tartışmaya Fransız hukukundada rastlamaktayız. *Planiol*'un, *Notede jurisprudence*, sh.113, bunun karışık muhtevalı bir akit olduğunu söylemesine karşılık, *Gaudemet*, sh. 452, akdin ekonomik gayesi açısından,

## b- Kanunun zımnen öngördüğü unsur birleşimleri.

Yukarda akit tiplerini iki büyük grup içinde toplamıştık<sup>202</sup>: Tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine ve tipleri güdülen gayeye bağlı olan akitler. Burada ikinci grubu karışık muhtevalı akit açısında inceliyeceğiz.

Bu grubu teşkil eden akitlerin özelliğini, bünyeleri içinde belli bir edim muhtevasının değii, fakat her türlü edim muhtevasının taahhüt edilebilmesi teşkil eder. Şu halde bu akitlerde, bunların tipleri değişmeksizin, çeşitli akit tiplerine ait edimlerin yüklenilebilmesi mümkündür. Başka bir deyişle bu akitlerin kendilerine has anlam yapıları, diğer tipik akitlere ait edimler yüklenilmiş olsa bile, bir değişikliğe uğramaz. Bu sebepten diyebiliriz ki, kanun bunları düzenlerken çeşitli edim muhtevalarının bünyeleri içinde taahhüt edilebileceği esastan hareket etmiş ve böylece bir unsur karışımını zımnen öngörmüştür. Bu bakımdan bu akitler dolayısıyla bir karışık muhtevalı akit ortaya çıkmaz.

Her ne kadar Hoeniger bu akitlerin niteliklerini doğru teşhis etmişse de, bunların karışık muhtevalı akte yol açacaklarını kabul etmek suretiyle de hataya düşmüştür. Gerçekten Hoeniger kumar ve bahis, hayat boyunca irad, kefalet ve şirket tiplerinin edimin muhtevasına bağlı olmadığını gayet yerinde tesbit etmiştir<sup>203</sup>. Fakat buna rağmen, bu akitlerin çeşitli tiplere ait edimleri bünyelerinde birleştirmeleri halinde, tiplerini aynen muhafaza etseler dahi, gene karışık muhtevalı bir aktin doğumuna yol açacaklarını ileri sürmüştür<sup>204</sup>. O'na göre, meselâ kefalet akdinde, şayet kefil tipik eser yaratma borcunu yüklenmişse, bu takdirde kanunun öngörmemiş olduğu bir kafalet

---

burada karışık muhtevalı akitten söz etmenir mümkün olamayacağını ileri sürmektedir Kanaatimizce, İsviçre /Türk Borçlar Kanunu karşısında, burada karışık muhtevalı bir aktin mevcut olduğunu iddia yerinde olamaz. Herşeyden önce eser teslimi sözleşmesinin Kanunda düzenlenmiş olması, bu iddianın öne sürülmesine engeldir. Diğer taraftan, bu akit niteliği açısından da karışık muhtevalı değildir. Burada, söz konusu olan satıcı borcu asli eser yaratma borcunun bir vasıtası olarak ortaya çıktığından yan niteliktedir. Bu bakımdan eser teslimi sözleşmesi esas itibariyle bir istisna akdidir. Nitekim Borçlar Kanunu da bunu bir istisna akdi olarak düzenlemiştir. bk. *Oser / Schönberger*, Art. 365, Nr. 1; *Becker*, Art. 365, Nr. 1; ayrıca bk. yuk. §1, II, B, not 53; aşt. §4, I, C, 2, c, ccc.

202 bk. yuk. §3, II, B, 3.

203 Vorstudien, sh. 62 vd., özellikle sh. 67 vd; Grundformen, sh. 18. *Hoeniger*. Bu akitler meyanında, kumar ve bahis, hayat boyunca irat, kefalet ve şirket akdinden başka BGB'nin özel kısmında düzenlenmiş olan sulh akdini, mücerret borç ikrarını ve havaleyi saymaktadır. Bizim hukukumuzda sulh akdi sui generis bir akittir (bk. yuk. §1, I, not 12); mücerret boç ikrarı genel kısımda düzenlenmiştir (BK. m. 17); havale ise, bir akit olmayıp, çift yetki münasebetidir (bk. *Düren*, sh. 9, not 1, 28, not 76) Bu bakımdan karışık muhtevalı aktin sahası dışında kalır.

204 Vorstudien, sh. 97 vd; özellikle sh. 99; Grundformen, sh. 26, 27, 28.

ve istisna karışımı söz konusu olur. Aynı şekilde hayat boyunca irat ve kumar ve bahis akitlerinde de başka bir tipin edimi taahhüt edilebilir sonucunda karışık muhtevalı bir akit ortaya çıkar<sup>205</sup>. Aynı düşüncüyü şirket akdi dolayısıyla da öne sürmüştür: Bu akitte de ortakaların, katılma payı olarak, değişik edim türlelerini yüklenmeleri halinde, bir karışık muhtevalı akit söz konusu olur<sup>206</sup>.

Lâkin Hoeniger, sonradan, kumar ve bagis, hayat boyunca irat ve kefalet akitlerini şirket aktinden ayırarak, bu üçünü karışık muhtevalı aktin araştırma sahası dışında bırakmıştır. Bu ayırımın nedeni, bu üç akit dolayısıyla söz konusu olacak karışık muhtevalı aktin hukuki değerlendirmesinin bir güçlük arz etmemesidir. Çünkü, adı geçen akitlere bağlanmış hükümlerin, diğer tipik akitlerin hükümleri ile beraber aynı akte, aralarında herhangi bir çatışma ihtimali mevcut olmaksızın, yan yana (yani kümülatif bir biçimde) uygulanmaları mümkündür. Böylece, meselâ hayat boyunca iratta edim mükellefiyeti ve münferit edimlerin zamanı bu aktin hükümlerine göre tesbit edildikten sonra, tipik edimin ait olduğu aktin hükümleri uygulanır<sup>207</sup>.

Buna karşılık şirket akdinin karışık muhtevalı aktin araştırma sahasına alınmasının nedeni, Hoeniger'e göre<sup>208</sup>, bu akit tipi içinde çeşitli tipik edimlerin yüklenilmesi halinde, bu edimlerin ait oldukları akitlere bağlanmış hükümlerle, şirket akdi hükümlerinin, diğer üç akitte olduğu gibi, herhangi bir çatışma ihtimali söz konusu olmaksızın, yan yana uygulanamamalarıdır. Bu durum şirket akdi ile diğerleri arasında esaslı bir farkın mevcudiyetinden ileri gelir<sup>209</sup>: Esasında şirket akdi de, sinalagmatik akit gibi, çeşitli edimleri bünyesinde birleştirir. Bu bakımdan gerek "sinalagma", gerekse "societas" birer "edim bağlayıcı unsur" durlar (leistungsverknüpfender Tatbestand). Karışık muhtevalı akit çeşitli tipik edimlerin kanunun öngörmediği bir biçimde birbirlerine bağlanmaları olduğuna göre, bu bağlılığın sinalagma veya societas bağlayıcı unsuru tarafından gerçekleştirilmesi arasında bir fark olmaz. Şu halde, nasıl ki iki tipik edimin "sinalagma" unsuru ile birleştirilmesi (meselâ satıcı borcu ile işçi borcunun birleştirilmesi), hukuki değerlendirmede güçlükleri doğumuna sebep oluyorsa, aynı durum bu edimlerin, bu defa "societas" unsuru ile birbirlerine bağlanmasında da ortaya çıkar. Oysa ayrılmış diğer üç akitte, çeşitli edimlerin birleştiril-

205 Vorstudien, sh. 97 vd; Grundformen, sh. 26; İsviçre ve Türk hukukunda bazı hukukçular, iş sahibinin görülen hizmet karşılığı, işçiye veya eşine hayat boyunca irat edemeyi taahhüt etmesi halinde karışık muhtevalı bir akdin söz konusu olacağını ileri sürmektedirler. bk. *Bilge*, sh. 362; *Guhl*, sh. 444; *Stofer*, sh. 273 vd; JdT 1948, 387.

206 Vorstudien, sh. 12 vd; Grundformen, sh. 45 vd.

207 Vorstudien sh. 99 vd.; Grundformen, sh. 18 vd.

208 Grundformen, sh. 52.

209 Vorstudien, sh. 101; Grundformen, sh. 19.

me biçimi, tip açısından önemli değildir. Önemli olan ve tipi tayin eden, kumar ve bahiste talih ve tesadüf unsuru, kefalet akdinde akdin fer'iliği, hayat boyunca iradda ise edimlerin ard arda ve edim borcunun yetkilinin hayat süresine bağlı olmasıdır<sup>210</sup>.

Hoeninge'r'in bu görüşü doktrinde taraftar bulmuş ve bir kısım akit tipi karışık muhtevalı aktin sahası dışında bırakılmış<sup>211</sup>, buna karşılık şirket akdi bu sahaya dahil edilmiştir<sup>212</sup>.

Hoeninge'r'in bu görüşünü tamamen benimsemek mümkün değildir. Gerçekten her üç aktin, yani kumar ve bahis, kefalet ve hayat boyunca irat akitlerinin araştırma sahası dışında bırakılması gayet yerindedir. Ancak bunun nedeni, Hoeninge'r'in öne sürdüğü gibi, bu akitler dolayısıyla söz konusu olabilecek karışık muhtevalı aktin, hukuki değerlendirme açısından bir güçlük arz etmemesi değildir. Esasında bunun nedeni, kanunun bu akitlerde bir karışımın söz konusu olabileceğini zımnen öngörmüş olmasıdır. Hoeninge'r'in gözden kaçırdığı nokta budur. Ancak şunu hemen ilâve edelim ki, O'nun bu akitler dolayısıyla bir karışık muhtevalı aktin ortaya çıkabileceğini kabul etmesi, akit tipleri ile ilgili görüşü ve karışık muhtevalı akit anlayışı açısından tamamen doğrudur. Akit tiplerini birer unsurlar yığılması olarak kabul eden Hoeninge'r'e göre, bu unsurların kanunun öngördüğü bir biçimde birleşimi tipik, öngörmesigi bir biçimde birleşimi ise karışık muhtevalı bir akittir. Sözünü etmekte olduğumuz hallerde de, araştırma sahası dışında bırakılan akitlerin unsurları ile diğer akit tiplerinin unsurları birleşmekte ve bu da kanunda özel olarak düzenlenmemiş bulunmaktadır<sup>213</sup>. Oysa akit tipleri birer bütün olarak kabul edilince, bunların kendilerine özgü anlam yapıları önem kazanır ve karışımların da bu açıdan değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten bu üç akit tipinde çeşitli edim türlerinin ivazlı veya ivazsız yüklenilmiş olması, bunların anlam yapılarını değiştirmez<sup>214</sup>. Başka bir deyişle kanun bu akitlerin muhtevalarını çok geniş tutmakla, bunların bünyesinde her türlü edim muhtevalarının yüklenileceğini ve bu yüklenmenin ivazlı veya ivazsız, ivazlı olduğu takdirde de, bunun para veya paradan gayri her şey olabileceğini kabul etmiştir. Bu bakımdan bunların,

210 Vorstudien, sh. 67 vd. Ancak bu üç aktin tipini bu unsurlar tayin etmezler. Bunların tipi gayelerine bağlıdır. bk. yuk. §3, II, B, 3.

211 Schreiber, sh. 143; Ancak Schreiber kefalet ve hayat boyunca irad akitlerini, Sterner ise bu üç akti de karışık muhtevalı aktin araştırma sahasına sokmaktadır (sh. 10).

212 Schreiber, sh. 222, 223; Mauritz, sh. 12 vd.; Meyer, sh. 29; Planiol, Classification synthétique des contrats sh. 485; Tillmann, sh. 11 vd.; Becker, Art. 19, Nr. 6, 12; Siegwart, Vorbem. Zu Art. 530-551, Nr. 2, 3, 67, 72; Oser |Schnönerberger, Vorbem. Zu Art. 184-551, Nr. 12; Danc-kelmann, Palandt's Komm., §305, Nr. 6; Molitor, sh. 5.

213 krş. Büchenbacher, sh. 34.

214 krş. Büchenbacher, sh. 31, not 29.

tipleri değişmeksizin, değişik edim türlerini ihtiva etmeleri mümkündür<sup>215</sup>. Zaten bu sebeptendir ki, bu akitlere bağlanmış hükümlerle, diğer akit tiplerinin hükümleri yan yana, herhangi bir çatışma ihtimali mevcut olmaksızın, uygulanabilirler<sup>216</sup>. Kanunun bu tipler içinde bir karışımı zımnen öngörmüş olmasının<sup>217</sup> tabii sonucu, bunlar dolayısıyla karışık muhtevalı aktin söz konusu olamayacağıdır<sup>218</sup>.

Aynı şekilde tipi edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı olmayan şirket akdinin, bir karışık muhtevalı akte yol açacağına kabulü de yerinde değildir. Hoeniger, biraz önce açıklamış olduğumuz gibi, bu sonuca “sinalagma” ve “societas”ın eşit birer edim bağlayıcı unsur oldukları esasında hareket ederek varmaktadır. Bu esasın temelinde ise gene Hoeniger’in tamamen objektif bir şekilde gerçekleştirdiği şirket ve karışıklı akit ayırımı yatar. O’na göre<sup>219</sup> İvazlı bir akitte üç unsur söz konusu olur: Her akidin bir edim yapması, her akidin veya taraflarca tayin edilmiş bir üçüncü şahsın bir edim elde etmesi ve nihayet yapılacak edimle elde edilecek edim arasında görev bakımından bir bağlılığın bulunması. İşte birer ivazlı akit olan karşılıklı akitle şirket akdi birbirlerinden ikinci unsur açısından ayrılırlar. Esas

215 *Büchenbacher*, sh. 32; bu bakımdan, iş sahibinin görülen hizmet karşılığı işçiye veya eşine hayat boyunca irad ödemeği yüklenmesi halinde, *Stofer* ve onunla birlikte bir kısım yazarın iddia ettikleri gibi (bk. yuk. Not 205) bir karışık muhtevalı akit söz konusu olmaz. Gerçekten böyle bir akitle takip edilen gaye yetkilinin hayatı boyunca maişetinin temini olduğuna göre, bunun bir hayat boyunca irad akti olarak nitelendirilmesi gerekir. Aynı fikir için bk. *Herzfeld*, sh. 5; *Leonhard*, II, sh. 300 vd. Kaldı ki bizzat *Stofer*, hayat boyunca irad akdinin ivazlı veya ivazsız, ivaz kararlaştırıldığı takdirde, bunun herşey olabileceğini ve bu sebepten karşı ivaz olarak hizmet edimlerinin yüklenilmesinin irad akdinin hukuki niteliğini etkilemeyeceğini ileri sürmektedir (sh. 275).

216 Bu üç aktin muhtevalarının geniş tutulması, bunların, esasında, genel hükümler meyanında düzenlenmeleri gerektiği fikrine yol açmıştır (bk. *Hoeniger*, Grundformen, sh. 19; *Tillmann*, sh.8; *Enneccerus /Lehmann*, §99,III, sh.392, hayat boyunca iradın genel hükümlerde düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.) Gerçekten nitelik bakımından bunların aynı olan ve BGB de özel borç ilişkileri kısmında yer alan “mücerret borç ikrarı” “Türk /İsviçre Borçlar hukukunda genel hükümlerde düzenlenmiştir (BK. m. 17). Aynı şekilde *von Tuhr* da, kumar ve bahis aktini genel hükümler meyanında, “Nâkıs borçlar” bahsinde anlatmıştır. Borçlar Hukuku, sh. 32. Bu fikir açısından da bu akitlerin karışık muhtevalı akte yol açmağa elverişli olmadıkları görülür. Zira genel hükümler dolayısıyla bu aktin söz konusu olamayacağına yukarıda temas etmiştik (bk. yuk. §1, III).

217 krş. *Tillmann*, sh. 8; *Büchenbacher*, sh. 34.

218 Aynı fikir için bk. *Leonhard*, I, sh. 325; *Mauritz*, sh. 5; *Weiss*, sh. 25; *Tillmann*, sh. 8 (Ancak *Tillmann*, kefalet akdinin karışık muhtevalı akte yol açacağı fikrindedir sh.8); *Büchenbacher*, sh. 35; Ancak *Büchenbacher*, sh. 33, bu üç akitten başka “havale” ve “ticari temsilciliği de” bu akitler grubu içinde saymaktadır. Esasında, her ikisi de birer akit olmayıp, sadece yetki münasebetidirler. Zaten bu sebepten karışık muhtevalı aktin sınırları dışında kalırlar (bk. yuk. §1, III) Aynı hataya *Weiss*’ta da rastlıyoruz. Zira O’da “havale”yi bu akitler arasında saymıştır. sh. 26.

219 Grundformen, sh. 220 vd; özellikle sh. 242 ve 268.

itibariyle, karşılıklı akitte yapılan edim ile elde edilen edim aynıdır. Oysa şirket akdinde yapılan edimler şirket mamelekinde toplanırlar ve oradan elde edilen edimler, yani kâr şeklinde ortaklara geçerler. Bu bakımdan karşılıklı akit, yani sinalagma vasıtasız; şirket akdi, yani societas ise vasıtasızlı ile ivazlılık biçimleridirler. Şu halde societas ve sinalagma edimlerin genel bağlayıcı unsuru olan “ivazlılığın” talî ayırımları olarak ortaya çıkarlar<sup>220</sup>.

Hoeniger’in objektif bir şekilde gerçekleştirmiş olduğu bu ayırım, bize şirket akdinin yapısını, niteliğini hiç bir şekilde açıkça gösterememektedir. Gerçekten meselâ sadece birden ziyade kişinin aralarında bir mamelek meydana getirecek şekilde 1000 er lira yüklenmelerini, ayrıca bu borçların görev bakımından birbirlerine bağlı olacaklarını ve nihayet ileride meydana gelecek kârdan eşit pay alacaklarını öngören bir akit, Hoeniger’in objektif kıstasına göre adi şirkettir<sup>221</sup>. Oysa bu aktin tamamen anlamsız olduğu da aşikârdır. Çünkü akitte beyan edilmiş şartlar, kendi başlarına bir mana ifade etmezler. Ancak bunların, akitte yer alacak bir gayeye bağlanmaları halinde bir anlam kazanacakları şüphesizdir. Bu bakımdan şirket akdinde “ortak gaye” temel unsur olarak tezahür eder. Diğer bütün unsurlar ortak gayenin etrafında toplanırlar. Şöyleki: Ortaklar ortak gayeyi birlikte gerçekleştirmeyi yüklenirler ve bunun için her biri bir katılma payı taahhüt eder.

Şirket akdi esas itibariyle ortak bir gayeye yönelmesi açısından sinalagmatik akitten ayrılır. Çünkü sonucunda zıt gayeler söz konusudur<sup>222</sup>. Gerçekten sinalagmatik akitte zıt gayelere erişmiş mümkün kılacak edimlerin karşılıklı olarak değiştirilmesine mukabil, şirket akdinde ortak gayeyi gerçekleştirmeye yarıyacak edimler (katılma payları) değiştirilmez, fakat birleştirilir. Bu birleşme, kaideten özel bir şirket mamelekinin meydana gelmesine sebep olur. Nihayet kazanç payı da, ortak gayeye erişmek için

220 *Schreiber*, sh. 175 vd., Hoeniger’in ivazlıkla ilgili açıklamalarının, hukuken mecbur olmaksızın, yani serbestçe yapılan ödemeler açısından tamamlanması gerektiği fikrindedir. O’na göre serbestçe yapılan ödeme, meselâ garsona verilen bahşiş ivazsız olarak alınan bir hukuki müta-laa için sonradan bir bedel ödenmesi (RG 72,188) gibi, esasında bir hibe olmayıp, daha önceden yapılmış bir hizmetin karşı ivazıdır. (Aynı fikir için bk. *Larenz, Schuldrecht*, II. sh. 114). Bu bakımdan ivazlılığın 3. unsuru olarak Hoeniger’in vermiş olduğu esas şu şekilde değiştirmek gerekir: “Bu edimler, âkitler tarafından, karşılıklı olarak birbirlerini eşitleyecek bir değer münasebeti içine sokulmalıdır”, İvazlılık, bu yeni kavramına göre, üç türdür: “sinalagma” “societas” ve serbestçe yapılan karşı ivaz (freiwilliges Entgelt). *Mauritz*, sh. 11, *Tillmann*, sh. 10, not 43 ve *Meyer*, sh. 25, *Schreiber*’in öngördüğü üçüncü türün ya bir bağışlama yahutta akdin sonradan değiştirilmesi olduğunu ileri sürmek suretiyle, söz konusu olamayacağını iddai etmektedirler.

221 *Meyer*, sh. 21.

222 *Jhering*, *Der Zweck*, im *Recht*, sh. 125; *ZBJV*. 99 (1963) 151; ayrıca bk. yuk. §3, II, B, 3, not 169.

girişilen ortak faaliyetler ve katılma payları birleşimi sonucu meydana gelen fazla kıymetlerdir<sup>223</sup>.

Şirket akdi ile sinalagmatik akit ayırımının ortak ve zıt gaye kavramlarına dayandırılmasına Hoeniger, şirket akdinde de tarafların pekala zıt, sinalagmatik akitte ise ortak gayelere sahip olabileceklerini iddiası ile karşı çıkmaktadır<sup>224</sup>. Bu iddiada esas itibariyle uzak (saik) ve yakın gayelerin karıştırılmasını buluruz. Kaideten saik, hukuken değer ifade etmez. Buna karşılık akitle erişilmek istenen en yakın sonuç, daima göz önüne alınır. Bunu bizzat Hoeniger'in vermiş olduğu bir örnekle açıklayalım: Bir kimse piyasada mevcudu tükenmiş bir kitap satın alır; ancak bu kitaba çok ihtiyacı olan bir arkadaşına bunu alış fiyatı ile satar<sup>225</sup>. Hoeniger bu örneği, sinalagmatik akitte bir tarafın diğer tarafın saikini benimsemesi suretiyle, ortak bir gayenin ortaya çıkabileceğini göstermek için vermiştir. Oysa bu akitte de zıt gayeler söz konusudur. Zira bunun en yakın gayesi bir miktar para karşılığında kitabın mülkiyetinin kat'i olarak devridir. Mülkiyetin ihtiyaç nedenleriyle kazanılmak istenmesi ise saiktir ve hukuku ilgilendirmez. Aynı durum şirket akdinde de söz konusu olabilir. Her ortak değişik saikler içinde hareket edebilir. Ancak onların, üzerinde anlaşmaları gereken, yani akdin muhtevası haline gelecek bir ortak gayelerinin mevcut olması zaruridir (BK. m. 520). Bu bakımdan ivazlılığın birer türü olan şirket akdinin ortak gayeye, sinalagmatik aktin ise zıt gayelere yönelmeleri itibariyle birbirlerinden ayrıldıkları esasının tamamen yerinde olduğunu ifade edebiliriz<sup>226</sup>.

Şu halde şirket akti tipini tayin eden çeşitli edimlerin "societas" bağlayıcı unsuru ile birleştirilmiş olmaları değil, fakat bu edimlerin ortak bir gayenin birlikte gerçekleştirilmesi için yüklenilmesidir. Bunun ifade ettiği anlam da ortak gayeye erişmeği mümkün kılacak her türlü edimin taahhüt edilebilmesidir. Zaten bu sebepten şirket akdinin tipi edimlerin muhtevasına bağlı değildir. Hatta o derece bağlı değildir ki, ortakların aynı türden katılma payları borçlanmaları mecburiyeti dahi tip bakımından yoktur. Bu şirket akdinin temel unsurunun ortak gaye olmasının tabii bir sonucudur<sup>227</sup>. Bu bakımdan, şirket akdi ile sinalagmatik akit arasında bir *benzerlik* kurarak, bunun da katılma payları olarak münhasıran bir miktar paranın yüklenildiği, yahut münhasıran belli şeylerin mülkiyetinin taahhüt edildiği

223 Larenz, Schuldrecht, II, sh. 268; Doğanay, sh. 25, not 16. Görülüyor ki, Hoeniger'in iddiasının aksine, katılma payının karşı ivazını, kazanç, payı teşkil etmez. Esasında bunun karşı ivazı şirket mamelekine iştirak payıdır. bk. von Tuhr, Allg. Teil, II /2, sh. 140; Meyer, sh. 17.

224 Grundformen, sh. 213. vd.

225 Grundformen, sh. 217.

226 Aynı fikir için bk. Mauritz, sh. vd; Meyer, sh. 21, 25.

227 Larenz, Schuldrecht, II, sh. 274; Doğanay, sh. 36.

tipler şeklinde tezahür edeceğini ve kanunun bir miktar paranın yüklenildiği şirket akdini normal tip olarak düzenlediğini iddia etmek ve böylece katılma payları olarak bir miktar para yanında veya onun yerine, belli bir şeyin mülkiyetinin, yahut bunun yalnız kullanılmasının devri veya bir hizmetin görülmesi borçlarının yüklenilmesi halinde karışık muhtevalı bir aktin ortaya çıkacağını ileri sürmek<sup>228</sup> yerinde değildir. Bu görüş sahiplerinin, ortak gayenin şirket akdinin temel unsuru olduğunu kabul etmelerine rağmen<sup>229</sup>, bu sonuca varmış olmaları gerçekten şaşırtıcıdır. Zira, bu akitte ortak gayeye erişmeyi mümkün kılacak her türlü edimin katılma payı olarak yüklenebilmesi imkânı, bu akit için tipik edim muhtevalarının doğumuna engel olur<sup>230</sup>. Bu bakımdan diyebiliriz ki, şirket akdi, tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı sinagmatik akitlerden farklı olarak, niteliği itibariyle çeşitli edim muhtevalarını bünyesinde, herhangi bir tip karışımı söz konusu olmaksızın, birleştirebilir<sup>231</sup>. Borçlar Kanunumuzda böyle bir birleşimin mümkün olduğunu m. 521 de öngörmüştür. Nitekim bu sebepten katılma payı olarak çeşitli edim türlerinin yüklenilmesi halinde, bu edimlerin ait oldukları akit tiplerinin hükümlerinin şirket akdine uygulanabilmesi imkânı, iddia edildiği gibi<sup>232</sup>, karışık muhtevalı aktin doğuracağı güçlükler benzer bir güçlük yaratmaz. Zira bu hükümler daima şirket akdi hükümleriyle bir çatışmaya düşmedikleri takdirde uygulanırlar<sup>233</sup>. Görülüyor ki, şirket akdi, niteliği itibariyle, karışık muhtevalı aktin doğumuna yol açamaz. Başka bir deyişle katılma payı olarak çeşitli edim türlerinin yüklenilmesi halinde, ortaya karışık muhtevalı bir akit çıkmaz<sup>234</sup>.

Şirket akdinin karışık muhtevalı akte yol açıp açmayacağını incelenmesi sırasında, sonuca katılmalı borç ilişkilerine de temas zaruridir. Gerçekten “başkasına ait iktisadi ürüne, bu ürünün meydana gelmesinde yardımı bulunan diğer bir kişinin katıldığı hukuki işlem” olan<sup>235</sup> sonuca katılmalı

228 *Meyer*, sh. 29; *Mauritz*, sh. 12 vd; *Tillmann*, sh. 11 vd.

229 bk. yuk. not 226

230 *Ochs*, sh. 24; *Weiss*, sh. 26

231 Şirket akdinin bu niteliği itibariyle genel hükümler kısmında düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu fikre göre, şirket akdi, şahsın hukukunu ilgilendiren hükümleri hariç, esas itibariyle özel borç münasebetleri kısmında değil, tam tersine, ivazlılığın bir türü olarak, sinagmatik aktin yanında, yeni genel hükümlerde düzenlenmelidir (*Schreiber*, sh. 191; *Tillmann*, sh. 10 vd.) Esasında bu fikir, adi şirkette edim karışımlarının zimmen öngörülmüş olduğunu ifade etmektedir.

232 bk. *Hoening*, Grundformen, sh. 52; *Meyer*, sh. 30 vd.

233 *Doğanay*, sh. 39, 41, 44.

234 *Enneccerus* | *Lehmann*, §100, B, I, 1, sh. 397, not 12; *Weiss*, sh. 26; *Ochs*, sh. 24; *Fischer*, sh. 20; *Büchenbacher*, sh. 36; *Fränkel*, sh. 2; *Doğanay*, sh. 37.

235 *Crome*, sh. 27; *Doğanay*, sh. 57.

borç ilişkisinin, şirket akdi unsurları ile karz, hasılat kirası veya hizmet akdi unsurlarının karışımından meydana gelmiş karışık muhtevalı bir akit olduğu iddia edilmiştir<sup>236</sup>. Oysa bu görüş yerinde değildir<sup>237</sup>. Bir kere sonuca katılmalı borç ilişkisinde akde katılanlar bakımından ortak gaye söz konusu değildir. Gerçekten, meselâ sonuca katılmalı karz aktinde gaye ödünç alan için sermaye temini, buna karşılık ödünç veren için ise parasını istifadeli bir şekilde çalıştırmaktır<sup>238</sup>. Nitekim bu sebepten sonuca katılmalı işlemler karşılıklı akitlerdendir<sup>239</sup> sonra ortak bir gayenin mevcut olmasının tabii sonucu, taraftar için, şirket akdinde olduğu gibi, ortak gayeyi birlikte gerçekleştirmek borcunun söz konusu olmamasıdır<sup>240</sup>. Nihayet bu ilişki karşılıklı bir akit olduğundan, tarafların borçları birer katılma payı olarak telâkki edilemezler. Görülüyor ki sonuca katılmalı borç ilişkisinde, şirket akdinin hiç bir esaslı unsuru mevcut değildir. Bu bakımdan karışık muhtevalı bir akit olarak telâkki edilemez.

Kaldı ki, bir aktin şirket ve sinalagmatik akitler karışımından meydana gelmesi de kaideten mümkün değildir. Her ne kadar Hoeniger böyle bir karışımın söz konusu olabileceğini iddia ediyorsa da<sup>241</sup>, biz bu görüşe katılmıyoruz. Hoeniger iddiasını şu örnekle açıklamaktadır: Bir kimse gayrimenkulunun kullanılmasının devrini, iştirak payı olarak yüklenir. Ancak sözü geçen gayrimenkulün kirası esasen çok yüksek olduğundan, diğer ortaklar bu kimseye senede ayrıca 1000 M. vermeği taahhüt ederler. Bu şekilde yapılan bir sözleşmede, aynı edimin bir kısmı şirket, diğer bir kısmı ise değişim sebebine hizmet eder. Hoeniger'in bu görüşü yerinde değildir. Bir kere aynı edimin hem bir değişim gayesine, hem de bir ortak gayeye tahsis edilmesi mümkün değildir. Zira bir akit ya değişim gayesine, yahutta ortak bir gayeye yönelebilir. Gerçekten ortak gayenin söz konusu olduğu hallerde, akit çok (iki veya daha çok), buna karşılık zıt gayelerde daima iki taraflıdır. Bu bakımdan bir aktin aynı zamanda hem iki, hemde çok taraflı olması düşünülemez<sup>242</sup>. Diğer taraftan Hoeniger'in vermiş olduğu örneğin yakından incelediğimiz, burada ya saf bir şirket akdinin yahutta biri değişim gayesine, diğeri ise ortak gayeye yönelmiş iki müstakil aktin mevcut olduğunu görürüz. Gerçekten ilk önce ortağa senede ayrıca 1000 M.

236 *Sieewart*, Vorbem. Zu Art. 530-531, Nr. 67, 72.

237 Aynı fikir için bk. *Büchenbacher*, sh. 37; *Weiss*, sh. 26, not 67.

238 *Crome*, sh. 148, 376; *Graf*, sh. 67; *Doğanay*, sh. 57, not 12, sonuca katılmalı borç ilişkilerinde nihai iktisadi gayenin ortak olduğunu ileri sürmek suretiyle Crome ve Graf'a karşı çıkmaktadır.

239 *Graf*, sh. 9; *Doğanay*, sh. 57.

240 *Doğanay*, sh. 58; *Larenz*, *Schuldrecht*, II, sh. 266.

241 bk. *Grundformen*, sh. 184, 278; *Schreiber* de, Hoeniger'in bu görüşüne katılmaktadır. sh. 190, 222.

242 krş. RG 68 172.

verileceğinin kararlaştırılması, kâr paylaşımının özel bir biçimi olarak ortaya çıkabilir. Ancak bu durumun söz konusu olabilmesi için, bu kimseye, şirketin zarar etmesi halinde, bu paranın verilmeyeceğinin açıkça veya zımnen öngörülmüş olması gerekir. Zira, akzi takdirde bir kâr paylaşımından söz edilemez. Böylece yapılan akit de saf bir şirket akididir<sup>243</sup>. Şayet akitte bu bedelin şirketin kâr veya zarar etmesine bakılmaksızın ödenmesi kararlaştırılmışsa, bu takdirde sadece bir şirket akdi mevcut olmaz; aksine bunun yanında bir de kira akdi söz konusu olur<sup>244</sup>. Şöyleki, burada ilk önce belli bir bedel karşılığında, gayrimenkulün kullanılmasının devrine ilişkin bir kira akdi vardır. Ayrıca bununla beraber bir de şirket akdi yapılmıştır. Bu şirket akdinde gayrimenkul sahibi, katılma payı olarak bunun kullanılmasının devrini değil; fakat belli bir miktar para koymağı yüklenmiştir. Bu para da kendisine ödenecek olan kira bedelinin, yılda 1000 M. dışında kalan kısmıdır. Görülüyor ki Hoeniger'in *societas* ve *sinalagma* karışımının mümkün olduğunu göstermek için vermiş olduğu, örnek, onun bu iddiasını ispattan uzaktır. Esasında böyle bir karışım düşünülemez.

Nihayet burada son olarak, şirket akdinin ivazsız bir akitle karışımının söz konusu olup olmayacağına da üzerinde durmak gerekir. Hoeniger<sup>245</sup> ve Schreiber<sup>246</sup> buna olumlu cevap vermektedirler. Hoeniger bu iddiasını açıklamak üzere birbirinden mahiyetten farklı iki örnek getirmektedir. Birinci örnekte bir ortak, diğer ortağı zenginleştirmek amacıyla, yöklendiği katılma payına nazaran çok daha az kâr almağı, yahut zenginleştirmek istediği ortağın, taahhüt ettiği katılma payına göre, daha çok kâr almasını kabul eder<sup>247</sup>. Bu örnekte esas itibarıyla *teberru kasdıyla* yapılmış bir şirket akdi söz konusudur. Gerçekten ortaklardan bir tanesinin diğerini zenginleştirmek amacıyla kâra, katılma payına göre, çok az bir nispetle iştirak etmesi, bağışlama niteliğindedir<sup>248</sup>. Ancak söz konusu şirket akdinin de tamamen ivazsız olmadığı şüphesizdir. Şu halde bir karışık bağışlama mevcuttur. Oysa karışık bağışlama, karışık muhtevalı bir akit değildir. Buna daha aşağıda temas edeceğiz<sup>249</sup>. İkinci örnekte ise bir kimse arazisini diğer bir kimseye kısmen ivazsız, kısmen de beraberce meydana getirecekleri âdi şirkete katılma payı ve elde edeceği kârın karşılığı olmak üzere ivazlı devretmeği yüklenir<sup>250</sup>. Esasında burada biri bağışlama, di-

243 Hoeniger'de bu durumda saf bir şirket akdinin mevcut olacağını kabul etmektedir. Grundformen, sh. 186.

244 krş. Siegwart, Art. 531, Nr. 19.

245 Grundformen, sh. 279 vd.

246 sh. 190.

247 Grundformen, sh. 279.

248 krş. Siegwart, Vorbem. Zu Art. 530-551, Nr. 78.

249 bk. aşğ. §7, III.

250 Grundformen, sh. 280

ğeri de âdi şirket olan iki müstakil akit mevcuttur. Bu durum Hoeniger'in örneğindeki şahıslar çoğaltıldığı takdirde, daha açık ortaya çıkar: A arazisinin bir kısmını B ye bağışlar Diğer kısmını da B, C, D ile beraber kuracağı şirkete katılma payı olarak taahhüt eder. Burada tek bir akitten söz edilemeyeceği şüphesizdir. Gerçekten A ile B arasında bir bağışlama; A, B, C ve D arasında ise bir şirket akdi mevcuttur. Şayet tek bir aktin varlığı kabul edilirse, bu takdirde C ve D nin bu akitte taraf olarak durumları izah edilemez. Varmış olduğumuz bu sonuç, hukuki ilişkinin sadece A ile B arasında mevcut olması halinde de değişmez. Şu halde diyebiliriz ki, şirket akdi ivazsız bir akitle karışmak suretiyle, karışık muhtevalı bir aktin doğumuna yol açamaz.

Bu izahatımızdan da anlaşılacağı üzere, "tipleri gayelerine bağlı akitler" dolayısıyla karışık muhtevalı akit söz konusu olmaz. Zira bu akitlerde, diğer akitlere ait edimlerin yüklenilebileceğini kanun zımnen öngörmüştür. Ayrıca şirket akdinin, ortak bir gayeye yönelmiş olması, bunun sinalagmatik veya ivazsız bir akitle karışmasını engeller. Şimdi kanunun öngörmemiş olduğu unsur birleşimlerinin incelenmesine geçebiliriz.

## 2- Kanunun öngörmediği unsur bileşimleri

Tipleri güdülen gayeye bağlı akitler karışık muhtevalı akte yol açamayacaklarına göre, kanuni akit tipleri içinde geriye tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitler kalmaktadır<sup>251</sup>. Şimdi araştırmamıza bunları konu yapacağız.

Bu grubu meydana getiren akitlerin özelliğini, bunların tipleri ile edimlerinin muhteva ve yüklenilme biçimi arasındaki sıkı bağlılık teşkil eder. Şu anlamdaki, söz konu akit tiplerinin meydana getirilebilmesi için, belli edim muhtevalarının ya ivazsız, yahutta karşı ivazın gerekli olduğu hallerde, kaideten bir miktar para karşılığında yüklenilmiş olması gerekir. Meselâ, bir satım akdi inikat ettirmek isteyen tarafların, belli bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin bir miktar para karşılığında devri hususunda anlaşmış olmaları lâzımdır.

Edim muhtevalarının ve yüklenilme biçimlerinin aktin tipi ile olan bu yakın ilişkisinin mantıki sonucu, bunlar üzerinde yapılacak herhangi bir değişikliğin, derhal akdin tipini de etkilemesidir. Bu değişikliğin akit tipine tesirini, esaslı unsurlar, yani tip tayin edici ve tipin zaruri unsurları<sup>252</sup> açısından incelemek yerinde olur. Ancak burada, aktin sadece esaslı olmıyan unsurlarında yapılacak bir değişikliğin de aktin tipini ne derecede etkileye-

251 bk. yuk. §3, II, B, 3.

252 bk. yuk. §3, II, B, 3.

ğini araştırmak, tiplerin birer unsurlar bütünü oldukları göz önüne alınınca, gerekir. Bu bakımdan dört farklı durum düşünmek mümkündür.

a- Bir akit tipinin, tip tayin edici unsurlarında değişiklik yapılması.

Tip tayin edici unsurlar, yani tipik edim muhtevaları veya bunların yüklenilme biçimleri üzerinde yapılacak bir değişiklik tamamen ilgili tipik aktin sahası dışında çıkılması sonucunu doğurur. Çünkü bu unsurların tiple yakın ilişkisi nedeniyle, bunların değişimi tipin de değişimine ve böylece sui generis bir aktin doğumuna sebep olur.

Satım akdi ile satış için tevdi akdinin karşılaştırılması bu durumu açık ve seçik gösterir. Bilindiği gibi her iki akit de şey değişimini ilgilendirir. Ancak satım akdinin bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin kat'i devrine yönelmesine karşılık, satış için tevdi bir şeyin başka sına satılmasını sağlamaya amacıyla devredilmesini öngörür. Böylece her iki akitten de doğan borçların muhtevaları farklı olur. Gerçekten satım akdinde satıcı için şeyin zilyetliğini ve mülkiyetini kat'i olarak devretmek, alıcı içinde bedel ödemek borçlarının doğmasına karşılık, satış için tevdi akdinde bir taraf için bir şeyi diğer tarafın kendi nam ve hesabına satması amacıyla ona devretmek; diğer taraf için de ya bedeli ödemek, yahutta şeyi geri vermek borçları doğar<sup>253</sup>. Görülüyor ki satım akdinin, gayesinden saptırılması, yani satıcı borcunun muhtevasının değiştirilmesi, satış için tevdi akdi gibi sui generis bir akdin doğumuna yol açar.

Aynı durum teminaten satış için de söz konusu olur. Gerçekten satım akdinde, satılan şeyin zilyetliğini ve mülkiyetini kat'i oysa teminaten satışta şeyin mülkiyetini geçici olarak devretmek borcu doğar. Borçların muhtevalarının bu farklılığı, esas itibariyle, her iki akdin farklı gayelere yönelmesinden ileri gelir. Birincisi bir şey değişimini, ikincisi ise bir teminat temlikini amaçlar. Zaten bu sebepten teminaten satış, sui generis bir akit olarak telâkki edilir<sup>254</sup>.

Tipik edim muhtevalarının değil, fakat yalnız bunların yüklenilme biçimlerinin değiştirilmesi de, aynı durumu yaratır. Nitekim, bir miktar

<sup>253</sup> *Oftinger*, sh. 19 vd.

<sup>254</sup> Bu hususta bk. *Özsunay*, sh. 94 vd. özellikle sh. 98. *Schreiber* akit tiplerinin tarifleriyle bunlara bağlanmış hükümlerin uygunsuzluğunu satım akdi açısından, teminaten satışa dayanarak ispat etmeğe çalışmaktadır (sh. 152 vd. ayrıca bk. yuk. §3, II, B, d) Ona göre teminaten satış, kanuni tarif bakımından bir atım aktidir; fakat buna satım aktinin bütün hükümlerini uygulamak mümkün olmadığı gibi, uygulanabilecek ler de yetersizdir. bu düşünce yerinde değildir. Çünkü teminaten satış sui generis bir akitir ve kendisinden doğan borcun muhtevası şeyin geçici olarak devri olduğuna göre, satıcı borcunun muhtevasından farklıdır. *Wolff* da bu akdi, satım akdini kanunen öngörülmüş gayesinden uzaklaştırdığı için atipik olarak telâkki eder sh. 633 vd. Ayrıca bk. yuk. §1, I, not 10.

para karşılığı bir eserin yaratılmasına yönelmiş olan istisna akdi, aynı eserin ivazsız yaratılmasının yüklenilmesi halinde artık söz konusu olmaz. Bu durumda kaideten bir vekâlet akdi meydana gelir<sup>255</sup>.

Tip teşkil edici unsurlarda yapılan değişiklik sonucu ortaya çıkan sui generis akit kendine özgü bir menfaatler durumu gösterir. Başka bir deyişle, bu sözleşme tipik akitlerden tamamen farklı bir anlam yapısına haizdir. Ancak kendine özgü bu anlam yapısı içinde, bir takım akit tiplerine benzerlik gösterebileceğinin de unutulmaması gerekir. Nitekim satış için tevdi ile satış akdi sırasında, her ikisinde geniş anlamda bir mal değişimini ilgilendirdiklerinden, böyle bir yakınlık, bir benzerlik tesisi mümkündür.

b- Bir akit tipinin zaruri unsurunda değişiklik yapılması.

Tip tayin edici unsurlara dokunulmaksızın, yalnız zaruri unsur üzerinde yapılacak bir değişiklik te, başka bir deyişle bir aktin tipik edim borcu karşılığında başka bir aktin tipik edim borcunu yüklenilmesi de, ilgili akit tipinin sahası dışına çıkılması sonucunu doğurur. Gerçekten bir şeyin kullanılmasının devri karşılığında, bir hizmet borcunun taahhüt edilmesi<sup>256</sup> yahut gene bir şeyin kullanılmasının devrinin, faizsiz ödünç verme karşılığında yüklenilmesi<sup>257</sup> yahutta arsa mukabilinde onun üzerinde yapılacak binadan kat verileceğinin öngörülmesi<sup>258</sup> hallerinde, artık bir hizmet, bir kira, bir karz, bir satım veya bir istisna aktinden söz etmek mümkün değildir<sup>259</sup>. Çünkü zaruri unsurun değiştirilmesiyle yani iki aktin tipik edim borçlarının karşılıklı yüklenilmesiyle meydana getirilen bu sözleşme, kendine has bir anlam yapısına haizdir. Başka bir deyişle, bu akit görevi, niteliği ve yapısı açısından kanuni akit tiplerinden tamamen farklıdır.

Ancak kanuni akit tipleri karşısında göstermiş olduğu bu farklılık, onu bir sui generis akit haline sokmaz. Gerçekten bu sözleşme, sui generis akte nazaran farklı bir niteliğe haizdir. Zira çeşitli akit tiplerinin tip teşkil edici unsurlarını aynen ihtiva etmesi, burada bir tipler karışımının söz konusu olduğunu gösterir. Oysa bu tipler karışımı ona, ihtiva ettiği tipik edim borçlarının taallük ettikleri akitlerin anlam yapılarını kısmen kazandırır. Zaten bu sebebledir ki, bu akitle çeşitli akit tipleri arasında, sui generis akitten farklı olarak, çok büyük bir benzerlik ve yakınlık mevcuttur. Şu halde diyebiliriz ki, bu sözleşme kanuni akit tipleri ile sui generis akit arasında yer alır.

255 Oser /Schönenberger, Art. 363, Nr. 7; ATF 64 II. 10.

256 Bu sözleşme genellikle bir kapıcı sözleşmesi şeklinde yapılır. Bu sözleşme için bk. yuk. §1, I, not 21.

257 bk. yuk. §1, I, not 22.

258 bk. yuk. §1, I, not 23.

259 krş. Meerscheidt-Hüllessem, sh. 856; Buna yakın bir anlam için bk. Enneccerus /Lehmann, §100, B, sh. 395

Ne kanuni, ne de sui generis olarak kabul edilemiyen bu akit, esasında, karışık muhtevalıdır<sup>260</sup>. Çünkü onun muhtevalısını, her biri bir akit için tipik olan edim borcunun karşılıklı olarak yüklenilmesi ve böylece iki akit tipinin karışımı teşkil eder. Ona kendine has anlam yapısını da kazandıran bu karışımdır.

Bu bakımdan iki tipik edim borcunun, böyle bir karışım söz konusu olmaksızın, sadece görünüşte karşılıklı olarak yüklenilmeleri halinde, karışık muhtevalı akitten söz edilemez. Bu durum özellikle aynı şahıslar arasındaki sinalagmatik akitten doğan para borçlarının karşılıklı takası halinde ortaya çıkar. Meselâ kapıcı sözleşmesi ile güdülen gayeye, taraflar şu şekilde de varabilirler. Kapıcı dediğimiz kimse belli bir ücret karşılığında apartmanın hizmetlerinin görülmesi borcunu yüklenir. Ancak aynı zamanda apartman sahibi evinin bir bölümünü belli bir bedel mukabilinde kullanmak üzere kapıcıya devretmeği taahhüt eder. Her iki akitten doğan para borçları ise karşılıklı olarak takas edilir. Böylece taraflar tek bir akit yapmış gibi görünürler<sup>261</sup>. Esasında burada, hizmet borcunun karşı ivazını kullanmanın devri borcu teşkil etmediğinden, iki akit söz konusudur. Bu bakımdan karışık muhtevalı bir akitten söz etmek mümkün değildir. Esser kitabının 2. baskısında<sup>262</sup> çeşitli akit tiplerine ait edimlerin karşılıklı olarak yüklenilmesi halinde daha ziyade para unsurunun bertaraf edilmesi kaygısıyla hareket edildiğini kabul ederek, bu akti karışık muhtevalı olarak kabul etmemiştir. Groepper ve Böhle /Stamschräder'de<sup>263</sup> Esser'in bu iddiasına dayanarak, sözünü etmekte olduğumuz aktin karışık muhtevalı olup olmadığının tartışmalı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Oysa doktrin bunun karışık muhtevalı akit olduğu hususunda hem fikirdir<sup>264</sup>. Gerçekten çeşitli akitlere ait tipik edim borçlarının karşılıklı olarak aynı akitte yüklenilmesi halinde, ortaya bir tipler karışımı çıkar. Bu karışımda, aktin kendine has bir anlam yapısına haiz olması sonucunu doğurur. Esasında bu farklı anlam yapısı, onun, ilgili akit tiplerine bağlanmasına (subsumption) olduğu kadar, tam bir sui generis akit sayılmasına da engel olur. Gerçekten meselâ kapıcı sözleşmesini ne kira, ne de hizmet akdi olarak telâkki mümkündür. Başka bir deyişle burada artık kanunun anladığı manada bir kira veya bir hizmet akdi söz konusu olmaz; tam tersine kanuna yabancı bir durum mevcuttur. Lâkin diğer taraftan, ihtiva ettiği

260 bk. ve krş. *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 72, sh. 531.

261 bk. *Hoeniger*, Grundformen, sh. 71 vd.

262 sh. 56.

263 Erman's Handkomm., Einl. §305, Nr. 2h, cc, sh. 425, 426; Einl. §433, Nr. 4, sh. 597.

264 Özellikle bk. *Enneccerus |Lehmann*, §100, B, III, sh. 400; *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 81, sh. 535; *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 6; *Hoeniger*, Grundformen, sh. 53 vd; *Schreiber*, sh. 221; *Becker*, Art. 19, Nr. 7; *Oser |Schönenberger*, Vorbem. Zu Art. 184-551. Nr. 14; *Treichler*, sh. 15; *Fränkel*, sh. 1; Kaldı ki *Esser*'de kitabının 3. basısında bunu karışık muhtevalı akit olarak kabul etmektedir. sh. 101.

edim borçlarının ait oldukları akit tiplerinin anlam yapılarına kısmen uyan bir anlam yapısına da sahip olması, onun sui generis akit sayılmasına da manidir.

Çeşitli akit tiplerinin asli edim borçlarını karşılıklı ihtiva eden bu karışık muhtevalı akit, “çift tipli akit” (doppeltypischer oder Zwittervertrag; contrat a type double) şeklinde isimlendirilmektedir<sup>265</sup>. Bu şekilde isimlendirilmesinin nedeni olarak, eşit bir biçimde iki akit tipine bağlanabilmesi gösterilmektedir. Gerçekten daha yukarda temas etmiş olduğumuz gibi<sup>266</sup>, bazı karşılıklı taahhütleri havi akitlerde tipik edim muhtevalarının karşı ivazının, kanuni tanıma göre, muhakkak bir miktar para olması gerekli değildir. Böylece, karşı ivaz para ve paradan gayri her şey olabileceğine göre, bir başka tipik edim muhtevalarının da karşı ivaz olarak yüklenilmesi mümkündür. Bu şekilde yapılan bir akit de iki değişik tipe, bunların tanımlarına uygun düşeceği için, bağlanabilir (Subsumtion)<sup>267</sup>. Oysa burada gözden kaçırılan bir nokta mevcuttur. Şayet bu akit gerçekten kanuni tanımlara uygun düşüyorsa, bu takdirde karışık muhtevalı bir akit değildir. Çünkü karışık muhtevalı akit, tanımları itibarıyla, kanunun öngörmediği bir ilişkidir. Oysa burada kanunun öngördüğü bir sözleşmeden söz edilmektedir<sup>268</sup>. Esasında bu akit çift tipli olmayıp, tam tersine sadece bir tipler karışımını öngörmektedir. Başka bir deyişle burada iki akit tipi, yeni bir akde vücut verecek şekilde karışmaktadır. Hatta bizzat bu yeni akit, tatbikatta sık sık tekrarlanması nedeniyle, örf ve âdetin geliştirdiği bir tip olarak da ortaya çıkabilir<sup>269</sup>. Bu bakımdan bu aktin “çift tipli” olarak adlandırılması yerinde delidir<sup>270</sup>. Bir isim verilmesi gerekiyorsa, buna “çeşitli akitlerin tipik edim borçlarının karışık değişimine yönelmiş akit” yahut, daha kısa bir şekilde, “tipler karışımı doğuran sınılagmatik akit” yahut “karışık muhtevalı sınılagmatik akit” diyebiliriz<sup>271</sup>.

265 *Enneccerus | Lehmann*, §100, B, III, sh. 400; *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 81, sh. 533; *Hoeniger*, Grundformen, sh. 53, vd.; *Treichler*, sh. 15; *Fränkel*, sh. 1. *Wilde*, “doppeltypische Verträge” deyimini karışık bağışlama için kullanmaktadır (BGB-RGRK, Vor §305, Anm 15).

266 bk. yuk. §3, II, B, 2, d, aa.

267 Bu konuda özellikle bk. *Enneccerus | Lehmann*, §100, B, III, sh. 400; *Hoeniger*, Grundformen, sh. 53, 54.

268 Görülmüyor ki, kanuni tanımları aynen benimsemek, karışık muhtevalı akit açısından bizi bir çıkmaza götürür. Bu çıkmazdan kurtulmanın tek yolu, karşı ivazın sadece bir miktar para olacağının kabulüdür. bk. yuk. §3, II, B, 2, d, aa.

269 bk. *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 4.

270 bk. *Leonhard*, I, sh. 330; *Weiss*, sh. 47; *Kohlrausch*, sh. 52.

271 Bu tabirleri krş. *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 6 (Austauschvertrag mit anderstypischer Gegenleistung); *Hoeniger*, Grundformen, sh. 53 (gemischte Gegenseitigkeitsverträge).

Bu karışık muhtevalı akitte edim ve karşı edimden bir tanesi, tamamen kanuna yabancı olabilir<sup>272</sup>. Başka bir deyişle her ikisinin de kanunda düzenlenmiş akit tiplerine ait olmaları gerekli değildir. Yalnız birinin kanuni tiplere taallük etmesi yeterlidir. Böylece meselâ lokanta, gazino veya otel işletenlerin kurumlarında çalıştıracakları garsonlarla yaptıkları sözleşmede, garsona hizmet edimine karşılık, bahşiş elde etme olanağını tanımları halinde, yapılan akit karışık muhtevalı olur<sup>273</sup>.

Diğer taraftan, zaruri unsurun tamamen ortadan kaldırılması da gerekli değildir. Başka bir deyişle, tipik bir edim borcunun karşı ivazı olarak, bir miktar para ve bir başka aktin edim borcu yüklenilebilir. Nitekim kapıcı sözleşmesinde böyle bir durumla karşılaşırız. Kapıcının hizmet borcu karşılığında, evin bir bölümünün kullanılmasının devri yanında, bir miktar paranın da taahhüt edilmesine sık sık rastlamak mümkündür<sup>274</sup>. Aynı şekilde, garsona, bahşiş elde etme olanağının tanınmasıyla beraber, belli bir miktar paranın da ödeneceği kararlaştırılabilir.

Nihayet edim ve karşı edim, takas akdinde olduğu gibi, aynı aktin tipik edim borcu olabilir. Başka bir deyişle belirli bir akit için tipik olan edim borcu eser taraflarca karşılıklı olarak takas edilebilir. Böylece hizmete karşı hizmet, yaratılmasına karşı eser yaratma yüklenilebilir. Bu şekilde yapılan bir sözleşme karşısında hatıra bir sual gelebilir: Acaba burada bir tipler karışımından söz etmek mümkün müdür? Gerçekten bu sözleşmede tek bir akit tipi söz konusu olduğuna göre, bu sulain sorulması tamamen yerindedir. Nitekim Meyer<sup>275</sup> karışık muhtevalı aktin bir tipler karışımı olduğunun ileri sürülmesinin yanlış olduğunu, bu sözleşmeyi örnek göstermek suretiyle iddia etmektedir. O'na göre önemli olan çeşitli tiplerin karışımı değil, fakat münferit unsurların birleşimidir. Meyer'in bu görüşüne iştirak bizce mümkün değildir. Esasında karışık muhtevalı aktin bir tipler karışımı olarak ortaya çıkmasının nedeni, çeşitli akitleri tipik edim borçlarını karşılıklı olarak birleştirmesidir. Başka bir deyişle tipler karışımı niteliği, tip teşkil edici unsurlar birleşiminin mantıklı bir sonucudur. Aynı durum sözünü etmekte olduğumuz sözleşmede de mevcuttur. Zira burada da bir aktin tip teşkil edici unsurları karşılıklı olarak birleşmektedirler. Bu birleşimin ise, bir tipler karışımı doğurduğu da şüphesizdir. Esasında bu tipler karışımı, aynı tipe taallük eden iki akdin karışımıdır. Meselâ iki satım akdinin, iki hizmet akdinin vs. gibi. Başka bir deyişle her ne kadar görünüşte tek bir akit tipi söz konusuysa da, temelde gene iki aktin karışımı yatmaktadır.

272 Aynı fikir için bk. *Enneccerus |Lehmann*, §100, III, B, sh. 401 Ayrıca bk. yuk. §1. I

273 bk. yuk. §1, I, not 25 ve 26.

274 bk. *Roediger*, sh. S. 13; *Weiss*, sh. 93, 94.

275 sh. 35.

Görülüyor ki, tipin zaruri unsurunun değiştirilmesi, yani çeşitli akitlerin tipik edim borçlarının karşılıklı yüklenilmesi halinde, kendine has anlamı ve bu anlam yapısı içinde de kanunen öngörülmemiş olan bir akit meydana gelir. Ancak bu akit, kanuna yabancı olmasına rağmen, sui generis değildir. Zira ihtiva ettiği tip teşkil edici unsurlar ona, bu unsurların taallük ettikleri akitlerin anlam yapılarını kısmen kazandırır ve böylece bu akitte bir tipler karışımı olarak ortaya çıkar.

c- Bir akit tipinin tip tayin edici unsurlarının yanına başka bir aktin tip tayin edici unsurlarının katılması.

Şimdi üzerine eğileceğimiz konu, belli bir sözleşmede taraflardan birinin çeşitli akitlere ait birden çok edim borcunu yüklenmesi halidir. Esasında burada belli bir akit tipinin edim borcuna başka bir akit tipinin veya tiplerinin edim borçları katılmakta ve böylece ortaya değişik muhtevada bir akit çıkmaktadır. Söz konusu akdin ilgili tipler karşısındaki durumunun tayini yan yana bulunan bu borçların birbiriyle olan ilişkilerinin tesbitine bağlıdır. Bu ilişki kaideten iki biçimde tezahür eder: Ya bu edimlerin tamamı asli, yahutta bunlardan biri asli, diğeri ise yan edim niteliğindedir.

aa- Edim borçlarının tamamının asli olması.

Aynı akit içinde taraflardan biri hepsi asli olmak üzere çeşitli tiplere ait birden edim borcunu yüklenebilir. Gerçekten meselâ pansiyon sözleşmesinde taraflardan biri, diğerrinin bir miktar para borcu karşılığında, kiralyan (oda tahsisi), satıcı (yiyecek ve içecek verilmesi) ve hizmet (odanın bakımı) borçları altına girer<sup>276</sup>. Aynı şekilde mimarla yapılan sözleşme de mimar bir miktar para karşılığında, istisna ( inşaatın plan ve hesaplarını yapmak) ve vekâlet (inşaata nezaret etmek) borçlarını yüklenir<sup>277</sup>. Dişçi mukavelesinde de, dişçinin vekalet (dişleri tedavi etmek) ve istisna (takma diş yapmak) borçlarını bir miktar para karşılığında yüklediğini görürüz<sup>278</sup>. Devamlı defter tutma sözleşmesinde de (Buchhaltungssabonnement-Vertrag) taraflardan biri vekâlet (vergi beyanlarında bulunmak), istisna (aylık bilânçoynu

276 Bu sözleşme için bk. *Weiss*, sh. 83 vd.; *Büchenbacher*, sh. 126 vd.; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 30; *SJZ*. 22 (1925 /26) 68, Nr. 10; 50 (1954) 260, Nr. 132; *ZBJV*. 58 37. Yatılı talebenin özel okulla yaptığı muvakele (*SJZ* 54 (1958) 186, Nr. 107) ile bir hastahane ile yapılan sözleşmenin (BGHE 4, 138; 5, 321) temelinde pansiyon anlaşması yatar (bk. *Meier-Hayoz*, *FJS.*, No. 1135, sh. 7).

277 *Kreis*, sh. 79 vd.; *Gautschi*, Art. 394, Nr. 65 c; Ayrıca bu sözleşme için bk. ATF 56 II 431; 63 II 176; 64 II 9; *Sem*, *Jud.* 79 (1957) 597; *SJZ*. 59 (1963) 310, Nr. 138. 362, Nr. 181.

278 *Gautschi*, Art. 394, Nr. 65b; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 31; *Meier-Hayoz*, *FJS.*, No. 1135, sh. 8; ayrıca bu sözleşme için bk. ATF 61 II 106; 47 II 215; *SJZ* 56 (1960) 144, Nr. 69; 57 (1961) 252, Nr. 101; 60 (1964) 42, Nr. 29.

yapmak) ve tali bir değerde olan satıcı (kâğıt gibi malzemeyi temin etmek) borçlarını bir para karşılığında yüklenir<sup>279</sup>. Nihayet daha yukarda temas etmiş olduğumuz “motelcilik sözleşmesi” de bu akte bir örnek teşkil eder<sup>280</sup>.

Taraflardan birinin, birbirine eşit değerde birden ziyade çeşitli akit tiplerine ait edimleri yüklediği bu akit, esas itibariyle, yukarda (b) şıkında açıkladığımız akitle aynı niteliktedir. Gerçekten, ihtiva ettiği edim borçlarının çeşitli akit tiplerine ait olmasına rağmen, bu akit kanunun öngördüğü bir akit olarak kabul edilemez. Zira ilgili akit tiplerinden farklı bir anlam yapısına sahip olduğu şüphesizdir. Ancak bu anlam yapısı içinde kanunen düzenlenmemiş oluşu, bunu sui generis bir akit olarak kabulünü gerektirmez. Çünkü çeşitli akit tiplerinin tip teşkil edici unsurlarını aynen ihtiva etmesi, burada, sui generis akitten farklı olarak, bir tipler karışımının söz konusu olduğunu gösterir. Bu tipler karışımı ise ona, bünyesinde birleştirdiği tipik edim borçlarının taallük ettikleri akitlerin anlam yapılarını kısmen kazandırır. Böylece bu akit, çeşitli akit tiplerine çok büyük bir benzerlik ve yakınlık gösterir. Bu niteliği itibariyle de kanuni akit tipleri ile sui generis akit arasında yer alır.

Çeşitli akit tiplerine ait edim borçlarının yan yana yüklenilmesini, başka bir deyişle iki veya daha ziyade akit tipinin karışımını öngördüğü için bu akit de karışık muhtevalıdır<sup>281</sup>. Ennecerus /Lehmann<sup>282</sup> ve onları takiben bir kısım yazar<sup>283</sup> bu karışık muhtevalı akte “ikiz” yahut “kombine” akit adını vermektedirler. Oysa, Hoeniger’in haklı olarak işaret ettiği gibi<sup>284</sup>, bu isimler uygun değildir. Bir kere “ikiz” tabiri, burada yalnız iki tipik edim borcunun söz konusu olabileceği düşüncesini vermektedir. Halbuki, taraflardan biri pekala ikiden ziyade tipik edim borcunu yüklenebilir. Nitekim, meselâ motelcilik sözleşmesinden otelci için kira, satım veya istisna ve hizmet borçları doğar<sup>285</sup>. Diğer taraftan “kombine” tabiri, esasında her karışık muhtevalı akit için geçerlidir. Karışık muhtevalı sinalagmatik akitte de, iki tipik edim borcu karşılıklı olarak birtilirmekte, yani kombine edilmektedir. “Kombine” deyimini için öne sürdü-

279 SJZ. 45 (1949) sh. 44, Nr. 14.

280 bk. yuk. §1, I.

281 Hoeniger, Grundformen, sh. 87 vd; Schreiber, sh. 218 vd; Ennecerus /Lehmann, §100, B, II, sh. 399; Kaduk, Staudinger’s Komm. Einl., Nr. 77, sh. 533; Larenz, Schuldrecht, I, sh. 5; Soergel /Siebert /Schmidt, Vor §305, Nr. 18; Esser, 3. Aulage, sh. 101; Becker, Art. 19; Nr. 8; Oser /Schönenberger, Vorbem. Zu Art. 184-551, Nr. 10; Tunçomağ, Özel borç ilişkileri sh. 10; Tandoğan, Özel borç münasebetleri, sh. 30; Meier-Hayoz, FJS., No. 1135, sh. 3.

282 §100, B, II, sh. 399.

283 Soergel /Siebert /Schmidt, Vor. §305, Nr. 18; Fränkel, sh. 1; Tandoğan, Özel borç münasebetleri, sh. 30; Tunçomağ, Özel borç ilişkileri, sh. 10; Meier-Hayoz, FJS., No. 1135, sh. 3.

284 Grundformen, sh. 88.

285 bk. yuk. §1, I.

gümüz bu itiraz, “tiplerin birleştirilmesi sözleşmesi” tabiri<sup>286</sup> hakkında da da geçerlidir. Gerçekten her karışık muhtevalı akit bir tipler karışımıdır. Burada, bu karışım taraflardan birinin eşit değerde birden çok tipik edim borcu altına girmiş olmasından doğar. Bu bakımdan, bu aktin uygun bir şekilde isimlendirilmesi isteniyorsa<sup>287</sup> buna “bir tarafa birden çok tipik asli edim borcu yükliyen karışık muhtevalı akit” diyebiliriz<sup>288</sup>.

Bu tipik edim borçlarının tamamının kanunda düzenlenmiş akitlere ait olması zaruri değildir. Bunların bir kısmı kanuna yabancı da olabilir<sup>289</sup>. Nitekim bir arabanın şoförü ile beraber kiralanmasında böyle bir durum söz konusudur. Zira bu sözleşme, bir taraf için kiralyan borcu yanında bir de üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlanması borcuna da vücut verir. Oysa bu borç kanunun öngörmediği bir akte, yani üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlanması aktine (Dienstverschaffungsvertrag) aittir<sup>290</sup>.

Eşit değerde birden ziyade tipik borcunun yüklenilmesi, ivazlı veya ivazsız olabilir. İvazlı olduğu takdirde, bu genellikle bütün edim borçları için öngörülmüş bir miktar paradır. Ancak bu zaruri değildir. Başka bir aktin tipik edimi borcu da karşı ivaz olarak yüklenilebilir. Bu takdirde (b) şıkkındaki durumla (c) şıkkındaki durum aynı akitte gerçekleşmiş olurlar. Hatta her iki taraf da birden çok tipik edim borcu altına girebilirler.

Tek tarafa borç yükliyen alitlerin tipik edim borçlarının birbirlerine bağlı ve ivazsız olarak aynı akitte yüklenilmeleri pekala mümkündür. Meselâ bir fabrikatör, fabrikasını yeğenine bağışlar ve bir sene süreyle de fabrikayı yönetmeği ivazsız olarak taahhüt eder. Bu akitte bir tarafın, bağışlama ve vekâlet borçları altına girdiğini görürüz. Aynı şekilde bir bankacı bir akrabasına, onun kıymetli evraklarını muhafaza etmeği ve bu kıymetli evraklar ile ilgili muameleleri yapmağı ivazsız olarak yüklenebilir. Burada da bir taraf için vedia ve vekâlet borçları söz konusudur<sup>291</sup>. Sözünü ettiğimiz bu sözleşmelerden her birinin “bir tarafa birden çok tipik edim borcu yükliyen karışık muhtevalı akit” oldukları şüphesizdir<sup>292</sup>.

Görülüyor ki taraflardan birinin değerde birden ziyade tipik edim borcunu yan yana yüklenmesi halinde, kendine has bir anlam yapısı olan ve bu

286 Tunçomağ, Özel borç ilişkileri, sh. 10.

287 *Enneccerus/Lehmann*, §100, B, II, sh. 399, not. 15, Hoeniger’in itirazlarına karşı “ikiz” veya “kombine” akit deyiminin, daha uygunu bulunmadığı sürece, muhafaza edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

288 krş. *Hoeniger*’in deyimi ile: “Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite”, *Grundformen*, sh. 87.

289 bk. yuk. not 272.

290 bk. yuk. §1, I, not 27, 28, 29

291 Bu örnekler *Hoeniger*’e aittir: *Grundformen*, sh. 166.

292 Aynı fikir için bk. *Hoeniger*, *Grundformen*, sh. 165.

anlam yapısı içinde kanunen öngörülmemiş bir akit meydana gelir. Kanuna yabancı olmasına rağmen bu akit sui generis değildir. Çünkü ihtiva ettiği tip tayin edici unsurlar, ona ilgili akit tiplerinin anlam yapılarını kısmen kazandırdılar ve böylece bu akitte bir tipler karışımı olarak ortaya çıkar.

bb- Edim borçlarında bir tanesinin asli, diğerinin ise yan nitelikte olması.

Aynı akit içinde taraflardan biri asli, diğeri yan olmak üzere birden çok tipik edim borcu yüklenebilir. Bu durumda, yani bir aktin tipik asli edim borcuna, diğeri bir aktin tipik edim borcunun bir yan edim olarak katılması halinde, aktin tipinin değişip değişmeyeceğinin incelenmesinden önce “yan edim” kavramının ne olduğunun tesbiti gerekir.

aaa- Yan edim kavramı

Borç ilişkisi iki veya daha ziyade kimseler arasında mevcut olan ve bunlardan birini (borçlu) diğerine (alacaklı) karşı bir edimle -veya edimlerde bulunmakla mükellef kılan hukuki bir bağıdır<sup>293</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere borç ilişkisinin esasını edim veya edimler teşkil eder. Zira bunların ifası ile borç ilişkisi gayesine ulaşmış olur<sup>294</sup>. Ancak bu ilişki borçlu için, sadece akitle yüklenilmiş edim borçlarına yol açmaz. Bunların yanında borçluya sözleşmenin gayesine uygun ve doğruluk ve güven kurallarının gerektirdiği bir takım eylemler de yükler. Zira, MK. m. 2 /I e göre, borcun doğruluk ve güven kurallarına uygun bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Böylece her borçlu, diğeri tarafın makul menfaatlerini göz önünde bulundurmak genel kuralından, o borç ilişkisinin özel gayesi içinde doğan bir takım münferit borçlarla mükellef olur<sup>295</sup>. Bu bamtımdan doğruluk ve güven kurallarının edim borcunun çevresinin genişlemesine sebep olduklarını söyleyebiliriz<sup>296</sup>. İşte borçlunun borç ilişkisinde yüklenmiş olduğu edim borçlarını ve gene kendisi için doğruluk ve güven kurallarından doğan münferit mükellefiyetleri “tüm edim” (Gesamtleistung) adı altında toplama mümkündür<sup>297</sup>.

Bir borç ilişkisine müsteniden borçlanılmış olan bu tüm edimin kaide-ten iki anlamı vardır: Bu bir taraftan borçlunun aktin gayesine erişmek için

293 *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 6; Ayric bk. *Larenz*, Schuldrecht, I, sh. 4; *Esser*, 3. Auflage, sh. 12. Borçlar Kanunumuzun borç ilişkisini tanımlamamış olmasına karşılık, BGB §241 de bunun tanımını vermiştir.

294 *Larenz*, Schuldrecht, I, sh. 5; *Esser*, 3. Auflage, sh. 21.

295 *Esser*, 3. Auflage sh. 23; *Enneccerus | Lehmann*, §4, II, sh. 18; *Larenz*, Schuldrecht I, sh. 6 (Larenz, doğruluk ve güven kurallarından doğan bu borçlara “diğeri eylem mükellefiyetleri” (weitere Verhaltenspflichten) adını vermektedir).

296 *Soergel | Siebert | Schmidt*, §242, Nr. 100.

297 *Kröger*, sh. 7.

yapması gereken tüm eylemleri, diğer taraftan ise münhasıran gerçekleştirecek sonucu, yani edim sonucunu (Leistungserfolg) ifade eder<sup>298</sup>. Böylece, meselâ satıcı BK. m. 182 /I e göre, alıcıya yalnız satılan şeyi devretmekle yükümlü olmayıp, aynı zamanda ona bu şey üzerindeki mülkiyet hakkını kazandırmak, yani bu hususta gerekli eylemlerle onu malik yapmakla mükelleftir. Bu bakımdan, gerekli eylemlerin yapılmasına rağmen, alıcı mülkiyeti kazanmazsa, satıcı borcunu ifa etmiş olmaz.

Alacaklının talep hakkının neye taallük ettiğini de tüm edimin bu çift anlamına göre tayin etmek gerekir. Alacaklının talep hakkı esas itibariyle, kendisini doğrudan doğruya ilgilendiren nihai sonuca, yani edim sonucuna yönelmiştir. Bu bakımdan nihai sonucu doğrudan doğruya gerçekleştirmeyen münferit eylemler dolayısıyla alacaklının bir talep hakkı söz konusu olamaz<sup>299</sup>. Şu halde tüm edim çevresi içinde alacaklının yerine getirilmelerini talep edebileceği borçlarla, edebileceği borçları birbirlerinden ayırmak gerekir. Birincilere “bağımsız”, ikincilere ise “bağımlı” borçlar diyebiliriz<sup>300</sup>.

Tüm edim çevresi içindeki bağımsız borçların özelliğini, alacaklının bunları talep edebilmesi, yani dava edilebilme imkânlarının mevcut olması teşkil eder. Gerçekten her birinin kendine has bir gayesi olan bu borçlar müstakil bir davaya konu olabilirler<sup>301</sup>. Tüm edimin bu bağımsız borçlarını esas itibariyle asli ve yan olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür<sup>302</sup>. Bir edimin yan olarak vasıflandırılmasında iki anlam saklıdır. Bir kere bununla, bu edim borcunun diğer edim borçları yanında yer aldığı, başka bir deyişle bu edimin de diğerleri gibi bağımsız, yani bir dava konusu olabileceği ifade edilir. Yan edimin, asli edimden ayrı olarak dava edilebilir olması, bunun belli bir muhtevaya sahip bulunmasından ileri gelir<sup>303</sup>. Sonra, bununla bu edimin tüm edim çevresi içinde asli edime nazaran tali olduğu, yani ona bağlı kılındığı kastedilir<sup>304</sup>. Görülüyor ki “yan” tabirinin birbirlerini tamamlatan iki farklı anlamı vardır. Gerçekten yan edim deyimi, tüm edim

298 *Siber*, Schuld und Haftung, sh. 173, 177; *Kröger*, sh. 6; *Enneccerus |Lehmann*, §1, IV, 3 sh. 7; *Larenz*, Schuldrecht I, sh. 8; *Esser*, 3. Auflage sh. 21. Ancak bu son iki yazarın, haklı olarak belirttikleri gibi öyle bazı edimler vardırki, bunlarda eylem ve sonucu ayırmak mümkün değildir. Meselâ belli hizmetlerin görülmesi borcunda olduğu gibi. Bunlarda gerekli eylemin yerine getirilmesi, ifa bakımından yeterlidir.

299 *Siber*, Schuld und Haftung, sh. 173; *Kröger*, sh. 7.

300 *Siber*, Schuld und Haftung, sh. 173, bağımlı borçların, bunlar dolayısıyla alacaklının bir talep hakkı olmadığından, gerçek anlamda birer borç sayılmıyacaklarını ileri sürmektedir.

301 *Soergel |Siebert |Schmidt*, §242, Nr. 109; *Larenz*, Schuldrecht, I, sh. 7; *Esser*, 3. Auflage, sh. 26; *Enneccerus |Lehmann*, §4, II, 2, sh. 21.

302 *Kröger*, sh. 6; *Esser*, 3. Auflage, sh. 24.

303 krş. *Larenz*, Schuldrecht, I, sh. 7.

304 *Kröger*, sh. 9; *Weiss*, sh. 38.

içinde tali nitelikte olan bağımsız bir borcu göstermek için kullanılır. Bu bakımdan Hoeniger'in "yan" kelimesinin bu iki farklı anlamının çoğu kere bilinçsiz olarak karıştırıldığını ve böylece bu ayırımla neyin ifade edilmek istendiğinin, yani yan yana bulunan edimlerin mi, yoksa edimlerden birinin diğerine tali nitelikte olduğunun mu kastedildiğinin anlaşılamadığını ileri sürmesi<sup>305</sup> yerinde değildir<sup>306</sup>.

Yan edim, tüm edim çevresi içinde bağımsız olduğuna göre, asli edime katılan bir borç olarak ortaya çıkar. Bu katılmanın ilk kaynağı doğruluk ve güven kuralları ile kanundur. Gerçekten Borçlar Kanununun çeşitli akit tiplerinde, bunların asli edimleri yanında bir takım yan edimlerde öngörmüştür: Meselâ satım akdinde m. 185 e göre, ölçmek ve tartmak gibi teslim masrafları satıcıya, senet yapmak ve satılanı kabzetmek için yapılan masraflar alıcıya aittir. Aynı şekilde m. 186, satılan şeyin teslim mahallinden başka bir yere nakli gerektiği zaman, nakil masraflarını alıcının, masrafsız teslimde ise satıcının yükleneceğini öngörmüştür. Keza m. 201 e göre, başka mahâlden gönderilenin ayıplı olması halinde, alıcı satılanın muhafazası için gerekli tedbirleri almakla mükelleftir. m. 210 da düzenlenmiş olan alıcının kabz borcu ile semen için faiz ödeme borcu da yan edimlerdir. Kira akdinde de bu edimler söz konusu olurlar. m. 251 /II e göre kiralayan, kiracının kira konusu için yapmış olduğu masrafları ödemek zorundadır. m. 266 kiranın sona ermesinde, kiracıyı kiralanan şeyi kiralayana iadeyle mükellef tutmuştur. Aynı şekilde hizmet akdinde, iş sahibi için söz konusu olan işçiye istirahati için mutad olan saat ve günlerde müsaade (m. 334 /I) ve işin sona ermesinde de bir şahadetname (m. 335 /I) vermek mükellefiyetleri de birer yan edim olarak ortaya çıkarlar. Gene iş sahibinin m. 332 de öngörülmüş tedbirleri almak mükellefiyeti de bu niteliktedir.

Doğruluk ve güven kuralları ile kanun yan ediminin asli edime katılmasının tek kaynağı değildir. Taraflar da sözleşmelerinde böyle bir katılmayı gerçekleştirebilirler. Zira akit serbestisi prensibi, daha doğrusu muhteva serbestisi onlara bu imkânı sağlar. Bu yetkiye dayanarak taraflar herhangi bir edimi yan edim olarak ilişkilerine dahil edebilirler. Böylece möbleli bir odanın kiralanmasında hizmet borcu yan edim olarak kararlaştırılabilir<sup>307</sup>. Aynı şekilde kiralayan, dairenin ısıtılması yan istisna borcunu da yüklenebilir<sup>308</sup>. Seyir sözleşmesi (Vorstellungsbesuchsvertrag) diye adlandırılan akitte de, taraflardan biri bir miktar para karşılığında diğer tarafa belirli gösteride bulunmak (film göstermek, tiyatro eseri oynamak gibi) asli istisna edimi yanında, onun bu gösteriden istifade etmesini sağlamak

305 Grundformen, sh. 90 vd.

306 Aynı fikir için bk. Kröger, sh. 10.

307 OLG. 26, 392; 27 156

308 ATF 47 II 318; BlzR. 54 (1955) 180; SJZ. 54 (1958) 187, Nr. 108.

(bir yer göstermek gibi) yan kira edimini de yüklenir<sup>309</sup>. Satıcı bir ocağın satımı ile beraber, bunu monte etmeği de yan istisna borcu olarak yüklenebilir<sup>310</sup>. Bir evin yıkılıp satılmasında da, alıcı bedel borcu ile beraber bu evin yıkılmasına ilişkin yan istisna borcunu taahhüt eder<sup>311</sup>. Trampa akdinde de değiştirilecek şeyler yanında, bir miktar paranın yan edim olarak kararlaştırılması mümkündür<sup>312</sup>. Aynı durum ölünceye kadar bakma akdinde de ortaya çıkabilir<sup>313</sup>. İnşa edilecek bir sirkin kiralanmasında, kira asli borcunun yanında, sirkin inşasına ilişkin bir yan istisna borcu söz konusu olur<sup>314</sup>. Belli bir oturulacak yerin temini suretiyle, bir şahsın taşınmasında da asli istisna borcuna, bir yan kira borcu katılır<sup>315</sup>. Şüphesiz bu örnekleri arttırmak mümkündür. Ancak hemen şunu ilâve edelim ki, aynı edim bazen asli, bazen de yan olarak kararlaştırılabilir<sup>316</sup>. Gerçekten bir geminin veya bir torna makinasının işçileriyle birlikte kiralanmasına, bir üçüncü şahsın hizmetinin sağlanması borcu asli olabileceği gibi, yan da olabilir<sup>317</sup>.

Tüm edim çevresi içinde bağımsız, yani belli bir muhtevaya haiz ve asli edime nazaran tali olan yan edimi, bu nitelikte olmıyan bağımlı borçlardan ayırmak gerekir.

Esas itibariyle borçlunun edim sonucunu (Leistungserfolg) gerçekleştirmek için yapmakla yükümlü olduğu bir takım borçlar, yan edim değildir. Bunlar ifa öncesi safhaya ilişkin eylemlerle, yani “ifaya hazırlık hareketleri” (Vorbereitungshandlungen) ile bizzat “ifa işlemleri”dirler (Erfüllungshandlungen). Kaideten her borçlu, ifa hareketlerinden önce, edimini yerine getirebilmek için zaruri olan her şeyi yapmak, meselâ satım akdinde satıcı malı temin etmek ve hazır bulundurmak, yahut kütüphaneden arıyeten bir kitap alınması halinde, kütüphaneci bunu arayıp bulmuk zorundadır. Bu ifaya hazırlık hareketlerini tamamlayan borçlunun, bu defa ifa işlemlerine girişmesi gerekir. İfa işlemleri, esasında ifa borcunun mantıki sonuçları olarak ortaya çıkarlar. Zira, meselâ her şey borcunun yerine getirilmesi, borçlunun bir takım faaliyetlerini gerektirir. Gerçekten satım akdinde, stıcı satılan şeyi paket etmek veya bunu akdin ifa edileceği yere zamanında göndermek zorundadır. Ancak bu borçların yerine getirilmemesi, esasında edim

309 ATF 80 II 26; 70 II 215; Sem. Jud. 1945 238; JW. 1926 2443. Nr. 14.

310 ZBJV. 59 (1935) 305; Ayrıca bk. Yarg. HGK. 5. 10. 1960, E. T/37-K. 37, Ad. Der. Y. 53. Sa. 3-4, sh. 352.

311 RG 62 136; OLG. 20 167; ZBJV. 102 (1966) 105.

312 ATF 80 II 221; Pra. 44 (1955), Nr. 165; Yarg. 6. HD., 8. 12. 1953, E. 7986, K. 6433, *Olgac*, sh. 211. not 3.

313 ATF 79 II 169.

314 RG 13 109.

315 *Lotmar*, I, sh. 197.

316 *Kröger*, sh. 10; *Weiss*, sh. 39; ayrıca bk. *Esser*, 3. Auflage, sh. 24.

317 *Leonhard*, I, sh. 327; *Weiss*, sh. 17; ayrıca bk. yuk. §1, I. not 28.

borcunun ifa edilmemesi sonucunu doğuracağından, bunlar dolayısıyla alacaklının bir talep söz konusu olmaz. Böylece gerek ifaya hazırlık, gerekse bizzat ifa hareketleri, bağımsız birer borç olamayacaklarından, yan edim olarak kabul edilemezler<sup>318</sup>. Bu bakımdan bunların herbirini birer yan edim olarak kabul eden Lotmar'ın, bu görüşü yerinde değildir<sup>319</sup>.

Aynı şekilde bu defa alacaklının, borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık hareketleri de, birer yan edim değildir. Bu hazırlık hareketleri esasında, bizzat alacaklının kendi menfaati açısından söz konusu olurlar. Böylece ısmarlanan elbisenin provası, yahut istisna akdinde işlenecek maddenin müteahhite verilmesi veya alternatif borçlarda alacaklının seçimi, alacaklı tarafından gerçekleştirilmesi gereken hazırlık hareketleridir. Bunların birer yan edim olmadıkları şundan bellidir ki, yapılmamaları halinde BK. m. 90 a göre alacaklının temerrüdü ortaya çıkar<sup>320</sup>.

Nihayet yan edimi doğruluk ve güven kurallarından doğan bir takım borçlardan da ayırmak gerekir. Esas itibarıyla doğruluk ve güven kurallarına, yalnız bizzat edimin yerine getirilmesi, yani ifa değil, tam tersine bunun gerçekleşmesini sağlayacak veya bununla sıkı bağlantı içinde bulunan bütün eylemler de tâbidirler. Böylece borçlunun henüz ifaya hazırlık safhasında dahi, edim borcunun gayesine erişmesi için gerekli dikkat ve itina göstermesi yani akdın gayesini haleldar edecek her türlü davranıştan kaçınması gerekir<sup>321</sup>. Ancak bu borçlar dolayısıyla alacaklının müstakil bir talep hakkı olmadığından, bunlar bir yan edim sayılmazlar<sup>322</sup>.

### bbb- Asli ve yan edim ayırımı

Tüm edim içinde, bir edimin asli edime bağlı kılınıp kılınmadığının tesbiti için, özellikle iki kıstas öne sürülmüştür:

1- Lotmar tarafından öne sürülen birinci kıstasa göre, “diğer bir edim tarafından mümkün kılınan veya gerçekleşmesi sağlanan edim “asli”, diğeri ise “yan” dır<sup>323</sup>. Böylece ona göre, meselâ ısmarlananın malzemeyi sağladığı hallerde, şey borcu iş borcunun gerçekleşmesini mümkün kıldığından yan, iş borcu gerçekleşmesi sağlanan olduğundan aslidir<sup>324</sup>. Aynı şekilde denizde veya karada şahıs taşınması halinde, bir yerden bir yere görürme istisna

318 Aynı fikir için bk. *von Tuhr*, Borçlar hukuku, sh. 35; *Kröger*, sh. 13 vd.; *Leonhard*, I, sh. 48; *Enneccerus | Lehmann*, §1, IV, 3. sh. 7; *Hoening*, Grundformen, sh. 118. vd.; *Weiss*, sh. 39 vd. 319 I, sh. 195, 198.

320 bk. *Kröger*, sh. 15; *Weiss*, sh. 40; Ayrıca bk. *von Tuhr*, Boçlar hukuku, sh. 573.

321 *Larenz*, Schuldrecht, I, sh. 6.

322 *Esser*, 3. Auflage, sh. 26; *Larenz*, Schuldrecht, I, sh. 7.

323 I, sh. 193.

324 I, sh. 193.

borcu ancak bir yerin kullanılmasının devri ile mümkün olduğundan asli, diğeri ise yandır<sup>325</sup>.

İki edimin karşılıklı teknik ilişkilerine (Abhängigkeitsverhältnisse der Leistungen) dayanan bu kıstas özellikle Hoeniger tarafından tenkid ve red edilmiştir. Hoeniger'e göre bu kıstas esasında tamamen ters sonuçlar doğuracak niteliktedir. Şu manadaki, bunun aynen uygulanması, çoğu kere, tali mahiyette olan bir yan edimin asli, asli edimin ise yan olarak kabulünü gerektirecektir<sup>326</sup>. Gerçekten meselâ hizmet şartı ile möbleli bir odanın kiralanmasında, esas itibarıyla tali bir değeri haiz olan hizmet borcu, ancak odanın kullanılmasının devrinden sonra mümkün olabileceğinden, gerçekleşmesi sağlanan, yani asli edim olarak tezahür edecektir. Oysa durum tersinedir<sup>327</sup>. Gene Hoeniger'e göre<sup>328</sup>, aynı durum bizzat Lotmar'ın<sup>329</sup>. vermiş olduğu bir örnekte de ortaya çıkar: Bir müteahhit bir kömür medenine at kiralar ve bunların ihtimamını da üzerine alır. Her ne kadar Lotmar, atlara ihtimam gösterilmemesi halinde bunların kullanılmasının mümkün olamayacağı gerekçesiyle ihtimam borcunun yan, devir borcunun ise asli nitelikte olduğunu iddia etmişse de, kendi kıstası açısından bu doğru değildir. Zira bir kere hizmet borcu, hiç bir şekilde devir borcunun gerçekleşme vasıtası değildir. Çünkü bu borcun yalnız başına yerine getirilmesi mümkündür. Diğer taraftan aynı kıstasa dayanılarak denebilir ki, atların kullanılması devredilmeden, hizmet borcunun yerine getirilmesi söz konusu olamaz. Şu halde devir borcu hizmet borcunu mümkün kıldığından, yan edim niteliğindedir.

İlk bakışta Hoeniger'in bu itirazları haklı görülebilir ve kıstasın yerinde olmadığı iddia edilebilir. Fakat derinlemesine bir inceleme bize, Lotmar'ın tamamen yanlış bir esas ortaya koymadığını; ancak tüm asli ve yan edim ayırımını tek bir kıstasa dayandırmak istemesinin, bu tenkitlere sebebiyet verdiğini gösterir.

Gerçekten bu kıstasın rahatlıkla uygulanabileceği sözleşmeler mevcuttur. Nitekim bunların örneklerini bizzat Lotmar'da da bulmak mümkündür. Meselâ seyir sözleşmesinde kira borcu, istisna borcunun gerçekleşmesini sağladığından bir yan edimdir<sup>330</sup>. Aynı şekilde, inşa edilecek bir evin veya bir sirkin satılması yahut kiralanması halinde, evin veya sirkin inşasına ilişkin istisna borcu, satıcı yahut kiracıyan borcunun gerçekleşmesini mümkün

325 I, sh. 194.

326 Grundformen, sh. 112; Hoeniger'le aynı fikirde: *Tillmann*, sh. 41.

327 Grundformen, sh. 111.

328 Grundformen, sh. 111 vd.

329 I, sh. 198, 199.

330 bk. *Lotmar*, I, sh. 197, 198; Ayrıca bk. yuk. not 309.

kıldığından bir yan edimdir<sup>331</sup>. Belli bir yer gösterilmesi suretiyle bir kişinin bir yerden bir yere taşınması halinde, kullanmanın devri borcu, istisna borcunun gerçekleşme vasıtası olduğundan yan edim niteliğindedir<sup>332</sup>.

Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, bazı durumlarda yan edim, asli edimin gerçekleşmesini sağlayan, mümkün kılan bir vasıta olarak tezahür eder. Bu bakımdan Hoeniger'in, Lotmar'ın kıstasını toptan red etmesi yerinde değildir<sup>333</sup>. Nitekim Enneccerus /Lehmann<sup>334</sup> ve Leonhard<sup>335</sup> asli ve yan edim ayırımının ilk kıstası olarak bu esas öngörmüşlerdir. Şu halde diyebiliriz ki, belli bir sözleşmede, asli edimin gerçekleşmesini mümkün kılan edim yan niteliktedir<sup>336</sup>.

Ancak hemen ilâve edelim ki, bu esas, hiçbir şekilde asli ve yan edim ayırımının tek kıstası değildir. Bazı hallerde bu gerçekten tamamen yetersizdir. Meselâ hizmet şartı ile möbleli bir odanın kiralanmasında, yahut kiralanmış atların ihtimam borcunun yüklenilmesinde olduğu gibi. Bu sözleşmelerde tali bir değerde olan hizmet borcu ile ihtimam borcu hiç bir şekilde kullanmanın devri borcunun, gerçekleşmesinin zaruri vasıtaları değildir. Bu bakımdan sözünü etmekte olduğumuz kıstas yanında başka bir kıstasa daha müracaat gerekmektedir.

2. İkinci kıstası, edimlerden birinin diğerine nazaran daha az bir önemde veya değerde olması teşkil eder<sup>337</sup>. Sözleşmede yüklenilen birden ziyade edimin karşılıklı iktisadi değer ilişkisine dayanan bu kıstasın<sup>338</sup> uygulanması bize, hizmet şartıyla möbleli oda kiralanmasında hizmet borcunun kira borcuna göre daha az değerde ve böylelikle yan nitelikte olduğunu gösterir<sup>339</sup>. Aynı şekilde bir geminin yahut bir torna makinasının işçilerle beraber kiralanmasında, üçüncü şahsın hizmetinin sağlanması borcu, taraf anlaşmasına göre, tali bir önem ve değeri haizse, bu takdirde bir yan edim söz konusu olur<sup>340</sup>.

331 Lotmar, I, sh. 199; Enneccerus /Lehmann, §100, B, I, 2b, sh. 399; Leonhard, sh. 328; ayrıca bk. yuk. not 314.

332 Lotmar, I, sh. 197; ayrıca bk. yuk. not 315.

333 Hoeniger'i takip eden Tillmann'ın da, sh. 41, bu davranışı yerinde değildir.

334 §100, B,I,2b, sh.399. Hoeniger, Lotmar için öne sürdüğü tenkitlerin Enneccerus hakkında geçerli olduğunu söylemektedir. (Grundformen, sh. 111). Ancak Hoeniger'in tenkidleri Enneccerus için geçerli olamazlar. Zira Enneccerus, asli ve yan edim ayırımını, Lotmar gibi, tek bir kıstasa dayandırmamaktadır. Bu bakımdan Lotmar'ın tek esas için öne sürmüş olduğu itirazlar, haklılıklarını Enneccerus için kabul ettiremezler.

335 I, sh. 328.

336 bk. ATF 79 II 173.

337 bk. Enneccerus /Lehmann, §100, B, I, 2a, sh. 398; Leonhard, I, sh. 327.

338 Leonhard, I, sh. 328; Ayrıca bk. Fischer, sh. 18.

339 Enneccerus /Lehmann, §100, B, I, 2a, sh. 398; Leonhard, I, sh. 328; ayrıca bk. yuk. not 307.

340 Leonhard, I, sh. 327; ayrıca bk. yuk. not 317.

Edimlerin bu karşılıklı iktisadi değer ilişkisi, tek bir tarafın iktisadi çıkarlarına göre tayin edilemez. Çünkü çoğu zaman tarafların iktisadi çıkarlarının birbirlerine zıt oldukları açık bir gerçektir. Nitekim bir taraf için pek de önemli olmıyan bir edimin, diğer taraf açısından çok önemli olması her zaman mümkündür. Meselâ hizmet borcunun, möbleli bir odanın kiracısı için tali bir değerde olmamasına karışık, odayı kiralyan açısından bu nitelikte olabilir<sup>341</sup>. Bu bakımdan edimlerin karşılıklı değer ilişkisinin, bizzat akdin muhtevasında ifadesini bulması gerekir<sup>342</sup>. Başka bir deyişle tüm edim içinde bir edimin diğer edime nazaran daha az değer ve önemde olması, tarafların bunu kararlaştırmalarına bağlıdır. Enneccerus Lehmann bu esası, “edimin, akdin tüm gayesine göre yan edim olarak gözükmesi” şeklinde ifade etmektedir<sup>343</sup>.

Görüldüğü üzere bir edimin diğer bir edime nazaran daha az değerde olup olmadığı, münhasıran bir taraf açısından tayin edilemez. Her iki tarafın da bu konuda anlaşmış olmaları gerekir. Kaldı ki tarafların her birinin kendince yapmış olduğu değerlendirme, diğer tarafça bilinmediği sürece, saik olarak kalır ve kaideten hukuken göz önüne alınmaz. Ancak sözleşmede edimlerin karşılıklı iktisadi değer ilişkisinin taraflarca sarahaten belirtilmemiş olması halinde, yapılacak yorumda bu saiklere müracaat edilir. Gerçekten tarafların karşılıklı irade beyanlarının anlamlarını tesbit edebilmek için, her birinin iradesini beyan ederken neler ümit ettiğinin ve bu beyanın önemi hakkında ne gibi tasavvurlara sahip olduğunun araştırılması gerekir<sup>344</sup>. Fakat bu sübjektif ümit ve tasavvurlar oldukları gibi kabul edilmezler; tersine doğruluk ve güven kurallarının ışığı altında bir değerlendirmeğe tabi tutulurlar. Böylece taraf irade beyanlarına dürüst bir şahsın, iş münasebetlerinin icaplarını göz önüne alarak vereceği anlam tanınır. Başka bir deyişle bunların muhtevalarının tayininde, bir irade beyanına mutahap olan kişinin buna doğruluk ve güven kurallarınca vermesi gerektiği anlam verilir<sup>345</sup>. Taraf irade beyanlarının bu şekilde yorumu, sözleşmenin tüm gayesini, yani tarafların bununla erişmek istedikleri sonucu ortaya çıkarır. İşte bu gaye açısından, bir edimin taraflarca daha az değer ve önemde kararlaştırılmış olup olmadığı tesbit edilir<sup>346</sup>.

Burada bir takım objektif esaslar tayini esas itibariyle mümkün değildir. Ancak bazı hallerde edimler için öngörölmüş karşı ivaz, bunların karşılıklı değer ilişkilerinin tesbitinde, bir tutanak noktası teşkil edebilir. Böylece

341 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 112 vd.; *Tillmann*, sh. 42 vd.; *Fisher*, sh. 19; *Weiss*, sh. 41.

342 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 139; *Tillmann*, sh. 43.

343 §100, B, I, 2a, sh. 398.

344 *Esser*, 3. Auflage, sh. 19.

345 *Akipek*, sh. 160 vd.; *Esser*, 3. Auflage, sh. 19.

346 krş. *Esser*, 3. Auflage, sh. 19.

bir edimin tüm karşı ivazın ancak çok küçük bir kısmına tekabül etmesi halinde, bunun yan nitelikte olduğu kabul edilecektir<sup>347</sup>. Ancak bu ölçüye mutlak bir anlam vermek, yani bir edim için tayin edilmiş ivazın diğer edime nazaran daha az olduğu her halde, hemen bir yan edimin mevcut olduğunu ileri sürmek hatalıdır<sup>348</sup>. Çünkü edimlerden birinin değişim değerinin daha az olması bunun taraflarca daha az önemde telâkki edildiğini, başka bir deyişle asli edime tabi kılındığını mutlak olarak ifade etmez. Gerçekten farklı değişim değerlerine haiz edimlerin, akdın gayesi bakımından eşit önemde olmaları mümkündür<sup>349</sup>. Şu halde bu ölçünün yorum yardımcısı olmaktan öteye bir değeri yoktur. Her halükârda aktin tüm gayesini göz önüne almak gerekir. Böylece aktin gayesine göre, diğer edime nazaran daha az değer ve önemde olan edimin, yan olduğu kabul edilecektir.

Hangi hallerde bir yan edimin söz konusu olacağını böylece tesbit ettikten sonra, şimdi asli bir edime bir yan edimin katılması halinde, akdın tipinin değişip değişmeyeceğini; ortaya karışık muhtevalı bir aktin çıkıp çıkmıyacağını inceleyeceğiz.

#### ccc. Yan edimin aktin tipine tesiri ve karışık muhtevalı akit.

Asli edim yanında bağımsız bir varlığa sahip olan yan edimin muhtevalı, çoğu zaman, çeşitli akitlerin tipik edim muhtevalarının aynıdır. Gerçekten, meselâ başka mahalden gönderilenin ayıplı olması halinde, alıcı için söz konusu olan yan edim borcunun muhtevalı, vedia aktinin tipik edim muhtevalarının aynı, yani bir şeyin muhafazasıdır. Aynı şekilde, taraf iradesiyle asli edime katılan yan edim, diğer bir aktin tipik asli edimi olabilir. İşte bu sebepten asli bir edimin yanına, mahiyetten farklı bir yan edimin yüklenilmesi halinde, karışık muhtevalı bir aktin söz konusu olup olmayacağı tartışması ortaya çıkmıştır.

Ancak bu meselenin incelenmesine girişmeden önce, bir yan edim niteliğine haiz olmıyan bağımlı borçların, muhtevaları çeşitli akitlerin tipik edim muhtevalarının aynı olsa dahi, bir karışık muhtevalı akte yol açmayacaklarını belirtelim. Bunlar dolayısıyla alacaklının müstakil bir talep hakkının mevcut olmaması, bunun nedenini teşkil eder<sup>350</sup>. Şu halde, konuları bir hizmetin yapılmasına ilişkin olan ifaya hazırlık (meselâ kütüphanecinin ariyet alınacak kitabı arayıp bulması) ve bizzat ifa (meselâ satım aktinde satılan şeyin paket edilmesi) işlemleriyle doğruluk ve güven kurallarından

347 *Weiss*, sh. 42; *ZBJV*. 59 (1935), 307.

348 *Hoeniger*, *Grundformen*, sh. 139 ve *Tillmann*, sh. 43, bu ölçüye mutlak bir anlam vermiş görünmektedirler.

349 krş. *SJZ*. 50 (1954) 260, Nr. 132. Hatta bir edim için yüksek bir karşı ivazın kararlaştırılmış olması, onun yan nitelikte yüklenilmiş olmasına engel değildir. bk. *RG*. 33 47.

350 *Tillmann*, sh. 21, 22.

doğan edim borcunun gayesine erişmesi için gerekli dikkat ve itinayı göstermek borcu dolayısıyla karışık muhtevalı akit söz konusu olmaz. Doktrinin genellikle benimlediği bu esasa<sup>350a</sup> Lotmar karşı çıkar görülmektedir<sup>351</sup>. Gerçekten O'na göre ifaya hazırlık ve bizzat ifa işlemleri, konuları bir işin görülmesi olan birer yan edimdirler. Böylece bunlar, sözleşmede yüklenilmiş edimin yanında müstakil bir borç olarak yer alırlar. Bunun sonucunda ortaya bir işin görülmesinin öngören akitle, esas edim borcunun taallük ettiği aktin bir karışımı çıkar. Bu görüş yerinde değildir. Bir kere yukarda da işaret ettiğimiz gibi, ifaya hazırlık işlemleri ile ifa işlemleri birer yan edim değillerdir. Sonra, bu görüşün benimsenmesi halinde, tipik akitlerin büyük bir çoğunluğunun karışık muhtevalı akit olarak kabulü gerekir<sup>352</sup>.

şu halde burada yalnız yan edim niteliğini haiz bağımsız borçlar üzerinde duracağız. Ancak bunlar dolayısıyla da bir ayırım yapmak zaruridir. Bilindiği gibi yan edim ya kanundan yahutta sözleşmeden doğar. Kanundan doğan yan edimler, bunların muhtevası, bir şeyin muhavazasında olduğu gibi, bir akit tipinin asli edim borcunun muhtevasının aynı olsa dahi, karışık muhtevalı aktin doğumuna yol açamazlar. Gerçekten kanundan doğan yan edimlerin sözkonusu olduğu hallerde, akitte sadece tek bir edim borcu yüklenilmiştir. Buda karşılık diğer edim kendini, bu aktin hukuki neticesi olarak göstermekte<sup>353</sup> ve böylece kanunun öngördüğu bir durum söz konusu olmaktadır. Bu bakımda, karışık muhtevalı akit sorunu açısından yalnız taraf anlaşması ile asli edime katılan yan edimler göz önüne alınacaklardır.

Asli edime mahiyeti farklı bir yan edimin katılması halinde, karışık muhtevalı bir aktin söz konusu olup olmayacağı doktrinde münakaşalıdır. Hâkim kanaat olacağı noktasındadır<sup>354</sup>. Bu tartışmada doğru bir sonuca varabilmek için ilk önce, bu katılmayla, asli edimin taallük ettiği aktin tipinin değişip değişmiyeceğini; değiştiği takdirde bir tipler karışımının söz konusu olup olmayacağını ; sonra aktin tipinin değişmemesi halinde, söz

350 a *Hoeniger*, Grundformen, sh. 118 vd.; *Tillmann*, sh. 21, 22; *Fisher*, sh. 16; *Ochs*, sh. 12, 13; *Büchenbacher*, sh. 65; *Kohlrausch*, sh. 34; *Schelp*, sh. 89, *Witting*, sh. 60.

351 I, sh. 195 vd.

252 Aynı fikir *Tillmann*, sh. 21.

353 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 101, 102; *Tillmann*, sh. 22, 23.

354 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 114 vd. *Schreiber*, sh. 199; *Enneccerus* | *Lehmann*, §100, B, I, sh. 396; *Leonhard*, I, sh. 325; *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 78. sh. 534; *Soergel* | *Siebert* | *Schmidt*, Vor §305, Nr. 18, aa.; *Heck*, Grundriss, sh. 244; *Planck's* Komm., II. 2. sh. 643; *Esser*, 3. Auflage, sh. 101; *Wilde*, BGB-RGRK, vor §305, Anm. 13; *Danckelmann*, Palandt's Komm., §305 . Nr. 6; *Oser* | *Schönenberger*, Vorbem. zu Art. 184-551, Nr. 12; *Becker*, Art. 19, Nr. 8, 14; *Tillmann*, sh. 41, 62; *Ochs*, sh. 43; *Fischer*, sh. 19; 20; *Kohlrausch*, sh. 33 vd. *Schell*, sh. 5, 6; *Mauritz*, sh. 42; *Feyzioğlu*, sh. 29; *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1135, sh. 2; *Büchenbacher*, sh. 64 vd.; *Krückmann*, sh. 328; ATF 70 11 349.

konusu katılmanın bir karışık muhtevalı akte yol açıp açmayacağıının incelenmesi gerekir.

Yukarıda akit tiplerinin nitelik ve özelliklerini açıklarken, bunların bir nispi kapalı karakteri haiz olduklarını görmüştük<sup>355</sup>. Bu özelliğe göre, belirli ve kanunda öngörölmüş bir akit tipini inikat ettirmek isteyen taraflar en az o tipin esaslı unsurları (essentialia negotii) üzerinde anlaşmak zorunda olup, o aktin esaslı olmayan unsurlarını (naturalia negotii), akit serbestisi yetkisine dayanarak, değiştirebilirler yahutta yeni unsurlar ilâve edebilirler. Böylece aktin tipini tayin eden bu esaslı unsurların aynen muhafaza edilmesi halinde, bunların önemlerini etkilemeyen yeni bir takım unsurların ilâvesi, tipin değişikliğe uğramasına yol açmaz. Nitekim bu sebepten, tipin esaslı unsurları olarak ortaya çıkan asli edim borçlarının aktin tipini tayin ettikleri kabul edilmektedir<sup>356</sup>. Şu halde, belli bir akit tipinin asli edimine mahiyetten farklı bir yan edimin katılması halinde, o aktin tipi değişikliğe uğramaz. Başka bir deyişle, bu şekilde yapılmış bir aktin tipi, yüklenilmiş asli edime göre tayin edilir ve böylece akit belirli bir tipin sahasına sokulur. Aynı şekilde, akdin tipinin değişmemesi burada bir tipler karışımının söz konusu olamayacağını da ifade eder.

Hal böyleyken, bir kısım hukukçu asli edime mahiyetten farklı bir yan edimin katılması haliyle, iki asli edimin yan yana yüklenilmesi halini birbirlerinden ayırmıyarak, burada bir tipler karışımının mevcut olacağını kabul etmektedirler<sup>357</sup>. Gerçekten Hoeniger'e göre<sup>358</sup> her edimin yüklenilmesine hukuk bunun yerine getirilmesi gerektiği hukuki neticesini bağlar. Bu hukuki netice, esasında edimin yüklenilmesinden doğan asli bir borç olarak ortaya çıkar. Bu bakımdan yan yana taahhüt edilmiş her edim, bu asli borcu meydana getirir. Fakat edime bağlanmış bu asli hukuki neticeden başka, bunun diğer hukuki neticeleride söz konusu olurlar. Şu halde, hükümlerin uygulanması açısından asli ve yan edim ayırımı bir anlam ifade etmez. Zira bu edimlere bağlanmış bütün hukuki neticeler sözleşmeye uygulanırlar. Bu bakımdan iki asli edimin yan yana yüklenilmesiyle, bunlardan birinin yan nitelikte olması arasında bir fark yoktur. Görölüyorki, Hoeniger, aktin hukuki değerlendirilmesine, bir edimin diğer bir edime tabi kılınıp kılınmamasına hiç bir değer atfetmemektedir. Esasında Hoeniger'in, akit tiplerinin niteliğiyle ilgili görüşü açısından, bu durumu hukuki değerlendirmede göz önüne almaması normaldir. Çünkü O'na göre<sup>359</sup> akit tipleri birer unsurlar

355 bk. yuk. §3, II, B. d.

356 Larenz, Schuldrecht, I, sh. 7; Esser, 3. Auflage, sh. 24; Kröger, sh. 17 vd. ATF 81 II 222; 80 II 26; 72 II 349; 47 II 318; SJZ. 1958 (54) 187, Nr. 108.

357 Bunu açık olarak kabul edenler: Hoeniger, Grundformen, sh. 114 vd.; Fischer, sh. 20; Witting, sh. 60; Zimmen kabul edenler: Schreiber, sh. 218; Kohlrausch, sh. 35.

358 Grundformen, sh. 114. vd.

359 bk. yuk. §3, I, A; §2, I. B. 3.

yığışımıdır ve her unsura bir hukuki netice tekabül eder. Böylece bir akit tipinde esaslı olarak düzenlenmiş bir unsurun, bir başka akitte tali nitelikte ortaya çıkması önemli değildir. Önemli olan bunun, kanun öngörmediği bir birleşim içinde bulunmasıdır. Bu birleşim içinde de o, kendisine bağlanmış hukuki neticeleri aynen meydana getirir.

Schreiber de Hoeniger'le aynı görüştedir. Nitekim O'na göre de<sup>360</sup>, asli bir edime mahiyetten farklı bir yan edimin katılması ile iki asli edimin yan yana yüklenilmesi arasında bir fark yoktur. Çünkü her iki halde de, akit tipinin edim muhtevası değişikliğe uğramakta ve böylece bu tipin sahası dışına çıkılmaktadır. Schreiber'in varmış olduğu bu sonuç, akit tiplerinin niteliği hakkındaki görüş açısından doğrudur<sup>361</sup>. Zira akit tipleri müşahhas ve bölünmez birer bütün olarak kabul edilince, bunlardan yapılacak en ufak bir sapmanın, bunların sahaları dışına çıkılması sonucunu doğuracağı şüphesizdir.

Gerek Hoeniger'in, gerekse Schreiber'in bu görüşlerine iştirak bize mümkün değildir. Bir kere, daha yukarda da işaret etmiş olduğumuz gibi <sup>361a</sup>, akit tiplerini ne birer unsurlar yığışımı, ne de müşahhas birer bütün olarak kabul mümkündür. Esasında her akit tipi, münferit unsurları, organizasyonunun tamamına bağliyan bir yapı planı, yani bir unsurlar bütünüdür. Ancak akit serbestisi prensibine dayanılarak bunun esaslı olmıyan unsurları değiştirilebilir veya buna yeni unsurlar katılabilir. Şu halde, esaslı unsurları aynen muhafaza edilen bir akit tipi, kendi içinde farklılaşabilmek yeteneğine sahiptir. Bu bakımdan her iki yazarın mahiyetten farklı yan edimin bir tipler karışımı doğuracağı sonucuna vardiran görüşleri yerinde değildir.

Diğer taraftan, hukuki değerlendirmede asli ve yan edim ayırımına gerekli sonuçları bağlamamak, akit serbestisi prensibi ile bağdaşamaz. Gerçekten taraflar ilişkilerini kanunun çizdiği sınırlar içinde diledikleri gibi düzenlemek yetkisine sahiptirler. İşte bu yetkiye dayanarak bir edimi, diğer bir edime tabi kılabilirler. Hukuki değerlendirmede, taraflarca öngörülen bu düzenlemenin göz önüne alınmaması hukuk düzeninin onlara tanımış olduğu karşılıklı ve uygun irade beyanları ile hukuki tesirler yaratmak yetkisini zedeler. Başka bir deyişle tarafların asli edime tabi kıldıkları bir yan edime, asli edim muamelesi yapmak, onlarca öngörülen düzenlemeyi ihmal etmek anlamına gelir ki, bu da akit serbestisi prensibine aykırı düşer. Tarafların bu düzenlemesine uygun hareket edilmesi halinde, asli edime hukuki değerlendirmede, yan edime nazaran daha fazla önem verilecek ve

---

360 'sh. 218

361 bk. yuk. §3, I, B; §2, I, B. 3.

361 a bk. yuk. §3, II. B. 2.

ilgili kişilerin, asli edimin taallûk ettiği akit tipini inikat ettirmek istedikleri kabul edilecektir. Görülüyorki mahiyetten farklı bir yan edimin asli asli edime katılması, tipler karışımı meydana getirmeğe elverişli değildir. Aksine burada daima tek bir akit tipi söz konusudur.

Nihayet burada üzerinde durulması gereken bir hususta şudur: Acaba tipik bir aktin bünyesi içinde mahiyetten farklı bir yan edimin yüklenilmesinin bir tipler karışımı doğurmayacağı esası, aynı zamanda burada karışık muhtevalı bir akitten de söz edilemeyeceğini ifade eder mi? Gerçekten bir tipin asli edim borcu yanında, başka bir tipe ait edim borcunun, yan nitelikte olarak, taahhüdü, bir bakıma, çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurların- borçların- kanunun öngörmediği bir biçimde birleştirilmesi sayılabilir ve böylece burada, karışık muhtevalı bir aktin varlığından söz edilebilir. Nitekim, bu birleşimi esas alan bir kısım hukukçu, asli edim borcunun aktin tipini tayin edeceğini kabul etmelerine rağmen, gene de burada karışık muhtevalı bir aktin mevcut olacağını ileri sürmektedirler<sup>362</sup>.

Biz bu görüşe de iştirak etmiyoruz. Zira, her ne kadar burada kanunun öngörmediği bir karışım mevcutsa da, bunun niteliği ile, karışık muhtevalı akitte söz konusu olan karışımın niteliği birbirlerinden farklıdır. Gerçekten karışık muhtevalı akit esas itibariyle, akit tiplerinin sahası dışında söz konusu olan, yani kendine has anlam yapısı içinde kanuna yabancı düşen bir akittir. Bu bakımdan diyebiliriz ki, karışık muhtevalı akitten ancak, kanuni akit tiplerinin artık söz konusu olmadığı yerlerde bahsetmek mümkündür. Oysa üzerinde durduğumuz meselede, kanuna yabancı olan karışım, belli bir akit tipinin çevresi içinde ortaya çıkmaktadır. Şu halde burada daha akit tiplerinin sahası terk edilmiş ve böylece karışık muhtevalı aktin sahasına girilmiş değildir. Esasında kanunun öngörmediği bu durum kendini belli bir akit tipinin çevresi içinde ortaya çıkan ve bu tipin çevresi içinde çözümü gereken bir sorun olarak gösterir. Gerçekten mahiyetten farklı bir yan edimin asli bir edime katılması halinde, asli edim borcunun taallûk ettiği akit için kanunda öngörülmüş olan düzenleme yetersiz kalır. Bu bakımdan o akit tipinde mevcut bir kanun boşluğundan söz edilir<sup>363</sup>. Bu boşlukta, yan edimin ait olduğu tipin hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulur. Şu

362 Leonhard, I, sh. 325; Soergel/Siebert/Schmidt, Vor §305, Nr. 18 aa: Planck's Komm. II, 2. sh. 643; Meier-Hayoz, FJS., No. 1135, sh. 2; Esser, 3. Auflage, sh. 101; Oser/Schönenberger, Vorbem. Zu Art. 184-551, 12; Ennecerus/Lehmann, §100, B, I, 396; Böhle/Stamschräder, Erman's Handlkomm., Einl. §433, 3, b; Wilde, BGB-RGRK, Vor §305, Anm. 13; Mauritz, sh. 42; Büchenbacher, sh. 64 vd.; Ochs, sh. 43 vd.; Tillmann, sh. 41, 62; Schell, sh. 6; Feyzi-oğlu, sh. 29; ATF 72 II 349; Kaduk, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 78, sh. 534 ve Becker, Art. 19, Nr. 14, burada bir tipin ağır bastığı bir tipler karışımının söz konusu olacağını ileri sürmektedirler.

363 ATF 47 II 318.

halde, mahiyetten farklı bir yan edimi ihtiva eden akte, buna bağlanmış hükümler doğrudan doğruya, yan edimin taallük ettiği aktin hükümleri de kıyasen uygulanırlar. Bu çözüm yolu esasında, burada asli edim borcunun aktin tipini tayin edeceğini kabul etmelerine rağmen, gen de karışık muhtevalı bir aktin söz konusu olacağını ileri süren müellifler tarafından da benimsenmiştir<sup>364</sup>. Kaldı ki doktrinde hâkim olan bu görüş bizzat kanun tarafından da kabul edilmiştir. Gerçekten Borçlar Kanunumuz malzemenin ısmarlanan tarafından sağlanacağını öngören akdi (Eser teslimi sözleşmesi), esas itibariyle istisna akdi hükümlerine tabi tutmuş; fakat bu arada yan nitelikteki satıcı borcu dolayısıyla da satım akdi hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür (BK. m. 357 /I)<sup>365</sup>.

Hoeniger, mahiyetten farklı yan edime bağlanmış hükümlerin kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Zira, O'na göre<sup>366</sup>, kıyas da daima bir olaya bağlanmış bir hukuki neticenin, değişik, fakat herhangi bir şekilde bu olaya benzeyen diğer bir olaya uygulanması söz konusudur. Oysa burada hukuk kaidelerinin tanzim ettiği aynı olay mevcuttur. Hoeniger'in bu iddiasını ileri sürerken gözden kaçırdığı nokta, üzerinde durduğumuz meselede gerçekten farklı olayların varlığıdır. Zira bir akit tipinde asli olarak düzenlenmiş bir edimin, başka bir akitte bu defa yan olarak yüklenilmesi halinde, nitelik değişikliğine uğrayacağı şüpheden uzaktır. Aynı edim birinci halde taraf irade beyanlarının asli muhtevası, yani onların iradelerinin esas itibariyle yöneldiği konudur. Buna karşılık ikinci halde ise, bu artık taraf irade beyanlarının asli muhtevası olarak tezahür etmez; tersine burada taraf iradeleri başka bir edime yönelmişlerdir. Başka bir deyişle bir akit tipinin asli edim borç veya borçları kaideten onun kendine has anlam yapısının esasını iskeletini teşkil ederler. Fakat bunlar, bir başka akit tipinde bu defa bir yan edim olarak yüklenilirse, bu takdirde yan edim olarak yüklenildikleri akit tipinin anlam yapısının esasını meydana getirmezler. Çünkü bu akit içinde bir başka edim borcuna bağlı kılınmaları, onların bu kudretlerini kaybetmeleri sonucunu doğurur ve böylece bunlar tali bir önemi haiz olarak ortaya çıkarlar. Zaten bu sebebledir ki, yan edime ait hükümler, ancak akdin gayesinin gerektirdiği nispette, kıyasen uygulanırlar<sup>367</sup>.

364 bk. yuk. not 362 de zikredilen yazarlara.

365 bk. yuk. not 201 ve §1, I, B, not 53.

366 Grundformen, sh. 117; krş. *Enneccerus* /*Lehmann*, §100, B, I, sh. 397, not. 9.

367 *Enneccerus* /*Lehmann*, §100, B, I, sh. 397; *Oser* /*Schönenberger*, Vorbem. Zu Art. 184-551 No. 12; *Wilde*, BGB-RGRK, Vor §305, Anm. 13; "Akdin gayesi" kavramı Hoeniger'in ileri sürdüğü gibi (Grundformen, sh. 139) hayali değildir. Şüphesiz bu hiç bir zaman, tarafların akdin muhtevası dışında kalan subjektif gayelerini ifade etmez. Tam tersine bu akdin muhtevasından elde edilen bir kavramdır (bk. *Enneccerus* /*Lehmann*, §100, B, I, sh. 397, not 11).

Bu izahatımızdan da anlaşılacağı üzere, mahiyetten farklı bir yan edimin, asli bir edim yanında yüklenilmesi, karışık muhtevalı akte yol açmaz<sup>368</sup>. Ancak bu aktin hukuki değerlendirilmesi açısından, burada bir tipler karışımının mevcut olduğunu kabul etmelerine rağmen, gene de karışık muhtevalı bir aktin söz konusu olacağını ileri süren yazarlarla bizim aramızda bir fark yoktur. Zira mahiyetten farklı bir yan edim, bir asli edim yanında yüklenilirse, bu takdirde bu akte, karışık muhtevalı olarak kabul edilsin veya edilmesin, asli edimin ait olduğu tipin hükümleri doğrudan doğruya, yan edime bağlanmış hükümler ise, akdin gayesine uygun düştükleri nispette, kıyasen uygulanırlar. Bu bakımdan münakaşa pratik olmaktan ziyade, teoriktir. Ancak karışık muhtevalı akit kavramının doğru bir şekilde tesbiti açısından zaruridir.

Şu halde taraflardan birinin birden ziyade tipik edim borcunu yüklenmesi halinde, şayet bu edimler eşit değerde, yani her biri asli nitelikteyse, bu takdirde bir tipler karışımı söz konusu olur ve ortaya karışık muhtevalı bir akit çıkar. Şayet bu edimlerden biri asli, diğeri yan ise bu durumda bir tipler karışımından söz edilemeyeceği gibi, karışık muhtevalı bir akitte doğmaz.

d- *Bir kanuni akit tipinin tüm unsurlarına bir başka aktin esaslı olmıyan bir unsurunun katılması*

Burada artık bir aktin esaslı unsurlarının değiştirilmesi söz konusu değildir. Tam tersine bunlar muhafaza edilirler; fakat akte başka bir akitte düzenlenmiş esaslı olmıyan bir unsur katılır. Bu durum meselâ satım aktinde düzenlenmiş başka yere gönderme borcunun, karz aktinde yüklenilmesi veya nev'an muayyen şeylerin kiralanması yahutta ismarlananın ismarlıyan ile birlikte oturacağını kararlaştırılması hallerinde<sup>369</sup> ortaya çıkar. Bu takdirde karışık muhtevalı bir aktin söz konusu olup olmayacağı sorusuna Hoeniger<sup>370</sup> ve Schreiber<sup>371</sup> olumlu cevap vermişlerdir. Esasında akit tiplerini birer unsurlar yığışımı ve karışık muhtevalı akti de bu unsurların kanunun öngörmediği bir biçimde birleşimi olarak kabul eden Hoeniger için bu sonuç zaruridir. Zira burada da kanuna yabancı bir birleşim mevcuttur. Aynı şekilde akit tiplerinin müşahhas birer bütün olduklarını ileri süren Schreiber'in, onlardan yapılacak en ufak bir sapmanın karışık muhtevalı akte yol açacağı neticesine varması tamamen normaldir. Ancak

368 Aynı fikirde Kröger, sh. 19 vd.; Larenz, Schuldrecht, II, sh. 5; Weiss, sh. 16, 37, vd.; Tunçoğaç, sh. 14; Fränkel, sh. 2; Guhl, sh. 258; Enneccerus'da burada karışık muhtevalı akitten söz edilemeyeceği kanısındadır (bk. Enneccerus | Lehmann, §100, B, I, sh. 396).

369 Bu örnekler için bk. Hoeniger, Grundformen. sh. 35. 36.

370 Grundformen, sh. 43 vd.

371, sh. 218.

Hoeniger ve Schreiber arasında fark, birincisinin burada bir tipler karışımı kabul etmemesine<sup>372</sup> karşılık, ikincisi bu şekilde yapılmış bir aktin, tipler karışımı doğuran bir akitle aynı değerde olacağını öngörmesidir<sup>373</sup>.

Yukarıda asli edime katılan mahiyetten farklı bir yan edimin, karışık muhtevalı bir aktin doğumuna niçin yol açmayacağını açıklarken öne sürmüş olduğumuz nedenler<sup>374</sup>, şimdi incelediğimiz durum için de geçerlidirler. Gerçekten akit tiplerinin kendi içlerinde farklılaşılabilmeleri, taraflara bir takım tali unsurları sözleşmelerine katabilmek imkânını sağlar. Esaslı unsurlara dokunulmaksızın meydana getirilen bu katılma, aktin tipini değiştirmez. Tipin değişmemesi, bir tipler karışımının söz konusu olamayacağını da ifade eder. Böylece akit tek bir tipe bağlanır ve esas itibariyle onun hükümlerine tabi olur. Ancak, kendisine katılan tali unsur dolayısıyla ortaya çıkan boşluk, bu unsurun taallük ettiği aktin hükümleri ile kıyasen doldurulur. Meselâ, ısmarlananın ısmarlıyan ile birlikte oturacağı kararlaştırılmışsa, bu takdirde akte, esas itibariyle, istisna akdi hükümleri doğrudan doğruya; birlikte oturma unsurunu hizmet akdinde düzenliyen m. 332 de, kıyasen uyuşanlar.

Bir tipler karışımı doğurmayan bu akit, esas itibariyle, bir tipe bağlanabildiğinden, karışık muhtevalı da değildir<sup>375</sup>.

Karışık muhtevalı aktin üçüncü unsuru dolayısıyla yapmış olduğumuz açıklamalardan şu sonuçlar çıkar.

Kaideten, tipleri güdülen gayeye bağlı akitlerde, kanun, diğer akitlere ait edimlerin yüklenilebileceğini zimnen öngörmüş olduğundan, karışık muhtevalı akit söz konusu olmaz. Ancak tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitler, bu aktin doğumuna yol açabilirler. Hoeniger'in, Schreiber'in ve onları takiben doktrinin tanımlarında bu noktanın belirtilmemiş olması bir eksiklikler. Bu bakımdan karışık muhtevalı akti "edim muhtevası mahiyetten farklı olan akit" şeklinde tanımlıyan Leonhard'in<sup>376</sup> ve Mauritz'in<sup>377</sup> tanımlarına, kanuni akit tiplerinin bu ayrımını esas almaları gayet yerindedir. Aynı şekilde Büchenbacher de<sup>378</sup> vermiş olduğu tanımda, bu noktayı belirtmiştir.

Ancak bu üç hukukçunun tanımlarında, belli bir akit tipinin asli edimine mahiyetten farklı bir yan edimin katılması halinde, karışık muhtevalı

372 Grundformen, sh. 45.

373 sh. 218.

374 bk. yuk. §4. I, C, 2, c, bb, ccc.

375 Aynı fikirde Ochs, sh. 23; Fischer, sh. 18. Fränkel, sh. 3; Weiss, sh. 46.

376 I, sh. 325; ayrıca bk. yuk. sh. §2, II, not 18.

377 sh. 3.

378 sh. 39.

bir aktin söz konusu olacağını kabul etmeleri yerinde değildir. Çünkü, ancak çeşitli akit tiplerinin asli edim borçlarının, yani esaslı unsurlarının kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleşmesi, bu akte yol açabilir. Bu açıdan bakıldığında zaman karışık muhtevalı akit daima bir tipler karışımı olarak tezahür eder<sup>379</sup>. Zaten bu akti, sui generis akitten ayıranda bu özelliğidir. Sui generis akit, hiç bir şekilde kanuni akit tiplerine ait asli bir edim borcunu ihtiva etmez. Ondan doğan edim borçları, daima kanunun öngörmediği, yeni borçlardır.

Şu halde karışık muhtevalı aktin bu üçüncü unsurunu ne şekilde ifade edebiliriz: “Bu aktin, tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği bir şekilde birleştirmesi”.

## II- Karışık muhtevalı aktin tanımı

Karışık muhtevalı akdi, yukarda incelemiş ve tesbit etmiş olduğumuz üç unsura göre şu şekilde tanımlayabiliriz: “karışık muhtevalı akit tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akittir.”

---

379 Aynı fikirde *Larenz*, *Schuldrecht II*, sh. 4. Böylece bir akit tipinin çeşitli türlerinin aynı akitte birleştirilmesi, meselâ aynı akitte gayrimenkul ve menkullerin satılması halinde, kaideten karışık muhtevalı akitten söz edilemez. Zira burada bir tipler karışımı mevcut değildir. Bu bakımdan, belli bir akit tipinin çeşitli türlerinin aynı akitte birleştirilmesinin karışık muhtevalı akte yol açacağını ileri süren *Oser /Schönenberger*, *Vorbem. Zu Art. 184-551, Nr. 10 ve Garobbio'nun*, sh. 310, 311. fikirlerine iştirak, esas itibariyle mümkün değildir (Aynı fikir için bk. *Weiss*, sh. 19). Ancak bazen kanun koyucu, bir kaç akit tipi türünü o derece teferruatlı olarak düzenlerki, bunların artık ayrı birer tip olarak kabulü gerekir. (*Larenz*, *Methodenlehre*, sh. 443). Bu takdirde bunların girişeceği bir bileşim, tipler karışımı olarak tezahür edeceğinden, karışık muhtevalı akte yol açabilir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN BENZERİ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

#### §5- BİRLEŞİK (Mürekkap) AKİTLER

##### I- Bileşik Akitler Kavramı

Bileşik akit, birden ziyade bağımsız aktin, bu niteliklerine bir halel gelmeksizin, tarafların iradeleriyle birbirlerine, birinin varlığı ve muteberliği diğerinkine bağı olacak şekilde bağlanmalarıdır<sup>1</sup>. Münferit akitler arasındaki bu bağılılığın ifade ettiği anlam, birinin muteber olmaması veya ortadan kalkması halinde, diğerinin de muteber olmayacağı veya ortadan kalkacağıdır. Böylece her bir aktin varlığı ve muteberliği, diğer aktinde varlığının ve muteberliğinin zımnî şartını veya hiç olmazsa, temelini teşkil eder<sup>2</sup>. Bu bakımdan, yalnız şeklen birbirine bağı akitler, yani herbirinin varlık ve muteberiyetinin, diğerinkine bağı olacağı esasını sarahaten veya zımnen ihtiva etmiyen akitler bileşik sayılmazlar. Böylece her iki aktin aynı zamanda yapılması veya her ikisinin aynı senette yer alması, muhakkak

1 *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 34; *Weiss*, sh. 29; *Büchenbacher*, sh. 69; *Wilde*, BGB-RGRK, vor §305, Anm. 9.

2 *Larenz*, Schuldrecht II, sh. 5; *Esser*, 3. Auflage sh. 100, 101; *André*, tarafların akitlerini müstakbel ve vukuu meşuk bir hadiseye bağlamadıkları gerekçesiyle, burada teknik manada bir şartın mevcut olamayacağını ileri sürmektedir. Ona göre, bileşik akitleri taraflar, bunlardan birinin ortadan kalkması halinde, diğerlerinde ortadan kalkacakları şeklinde bir bütün olarak istemektedirler (Sh. 12 vd.). *André*'nin bu görüşüne iştirak mümkün değildir. Gerçekten bir kere, tarafların açık veya zımnî olarak bir aktin muteberiyetini bir başka akte bağlamaları halinde, şartlı akitlerden söz edilebileceği şüphesizdir (bk. ATF 67 II 125 = JdT 1941, 529, 530). Diğer taraftan tarafların ileride akitlerden birinin sona erebileceği ihtimalini düşünmemeleri halinde ise, bu akitlerden herbirinin muteberiyeti diğerinkinin önvarsayımını (Voraussetzung) teşkil eder (*Tandoğan*, tez, sh. 235). Böylece bir akdin inikadının diğer bir akdin inikadının sebebini teşkil etmesi halinde, bileşik akitlerden söz edilemez (*Büchenbacher*, sh. 80; *Weiss*, sh. 33, not 87; Krş. NJW. 1955 386).

burada karşılıklı bir bağlılığın mevcut olduğunu göstermez<sup>3</sup>. Esasında tarafların bu hususta anlaşmış olmaları gerekir. Şu halde birden ziyade aktin, bileşik akitler şeklinde meydana getirilip getirilmediklerinin tesbiti için, herşeyden önce tarafların karşılıklı irade beyanlarına başvurmak gerekir. iradelerin sarıh olarak beyan edilmiş olduğu hallerde, mesele yoktur. Fakat akitlerde her zaman böyle sarıh bir hükme rastlamakta mümkün değildir. Bu takdirde beyanların yorumlanması gerekir. Bu yorumla ilgili objektif bir kaide konulması, esas itibarıyla, mümkün değildir<sup>4</sup>. Ancak tarafların güttükleri iktisadî gaye, yahut çeşitli akitlerin iktisadî bütünlüğü veya bir akitten doğan borçların kapsamının diğer akitten sağlanmış menfaatlerin göz önüne alınması suretiyle tayin edilmiş olması böyle bir bağlılığın mevcudiyetine işaret sayılabilir<sup>5</sup>. Böylece bir süthanenin satışı yanında, süthaneyi satan kimsenin onu alana süresiz olarak, süthanenin ihtiyaçlarını karşılayacak sütü ard arda teslim etmeği yüklenmesi halinde, iki sözleşme arasında, birinin muteberiyetsizliğinin diğerindekini de intaç edecek şekilde, bir bağlılığın mevcut olduğu kabul edilir<sup>6</sup>. Aynı durumu şu hallerde de söz konusudur: Bir müteahhidin inşa halindeki 5 evin bir takım işlerini, bu evlerden bir tanesinin kendisine satılacağını göz önüne alarak, üzerine alması<sup>7</sup>; iş yerini bir ara imalâtçısından kiralayan lokanta sahibinin, bira ihtiyacını münhasıran kiralyandan karşılayacağını taahhüt etmesi, yahut bira imalâtçısının bira teslimi sözleşmesi yanında, lokanda sahibine bir miktar ödünç vermeği yüklenmesi<sup>8</sup>; aynı şekilde bir kahvecinin ihtiyacı olan kahveyi, kendisine ödünç veren kimseden temin edeceğini taahhüt etmesi<sup>9</sup>; bir anonim şirketin bir belediyeye su getirme tesisatını satması ve aynı zamanda işlettiği fabrikanın ihtiyacı olan suyu belediyeden sağmamağı yüklenmesi<sup>10</sup>; bir gayrimenkulün satılması veya bağışlanması yanında bağışlananın veya alıcının, bağışlayanı veya satıcıyı ölünceye kadar bakacağını taahhüt etmesi<sup>11</sup>; bankaların mevduat kabul etmesi ve bu mevduata ikramiye vermesi yahut gazetelerin tertip ettikleri ikramiyeli abone işleri<sup>12</sup>; bir gayrimenkulün müş-

3 *Enneccerus | Lehmann*, §100, A, 1, sh. 394; *Tandoğan*, tez, sh. 229; *Weiss*, sh. 33, not 87; *André*, sh. 20; *Kaduk*, *Staudinger's Komm.*, Einl., Nr. 82, sh. 536; *Wilde*, *BGB-RGRK*, vor §305, Anm. 10; ayrıca krş. ATF 50 II 253.

4 *André*, sh. 20.

5 *Tandoğan*, tez, sh. 230; *Wilde*, *BGB-RGRK*, vor §305, Anm. 10, 11; Ayrıca bk. ATF 44 II 345; RG 79 436.

6 ATF 25 II 477.

7 ATF 63 II 417.

8 ATF 40 II 233; 38 II 554; 26 II 117; NJW. 1955. 386.

9 BIZR. 14 (1915) 278 vd. Ayrıca bk. ATF 51 II 162.

10 ATF 67 II 221.

11 ATF 44 II 343; Ayrıca krş. ATF 67 II 149, 157.

12 *Tandoğan*, *Özel borç münasebetleri* sh. 35; *Akev*, bunları muhtelif akit olarak kabul etmektedir. bk. sh. 223.

terek mülkiyet hissesinin satışı vaadiyle beraber o gayrimenkulde inşa edilecek binanın bir katı üzerinde şahsi irtifak hakkı tesisi vaadi<sup>13</sup>; bir işçinin belli bir hizmet akdi için geldiği şehirde, işverenin evinde bir oda kiralaması<sup>14</sup>. Şüphesiz bu örnekleri daha da arttırmak mümkündür<sup>15</sup>.

Birden ziyade bağımsız akit arasındaki bu bağıllık iki şekilde olur<sup>16</sup>.

1. İki taraflı bağıllık: Bu durum, tarafların bileşik akitleri bir bütün olarak, yagi bunlardan herhangi birinin muteber olmamasının veya ortadan kalkmasının diğerini de sona erdireceğini öngörmüş olmaları halinde söz konusu olur. Böylece münferit akitler arasında, sinalagmatik akitlerdeki karşılıklı borçlar gibi bir bağ doğar<sup>17</sup>. Nitekim bu sebepten bu şekildeki bileşik akitlere, iki taraflı akitlerin kaideleri kıyasen uygulanabilirler<sup>18</sup>.

2. Tek taraflı bağıllık: Burada bileşik akitlerden yalnız birinin muteberliği ve varlığı diğerine bağıldır. Böylece muteberliği ve varlığı diğer akte bağlanmış aktin ortadan kalkması, diğerine tesir etmez. Aksine bir durumda ise, her iki akitte sona erer<sup>19</sup>.

Bileşik akitlerin kaideten iki özellikleri vardır. İlk önce bu akitlerin herbiri müstakil bir niteliğe haizdir. Bunun sonucu olarak, herbir akit esas itibariyle, kanunda kendisi için öngörülmüş hükümlere tâbi olur<sup>20</sup>. Böylece meselâ kira ve karz akitlerinin bileştirilmeleri halinde bunların müstakil niteliklerinde bir değişiklik olmadığından, hukuki değerlendirmede herbir akte kendisine özgü hükümler, yani kira ve karz hükümleri uygulanır<sup>21</sup>. Diğer taraftan bunların, birbirlerine bağılı olarak inikat ettirilmeleri, aynı mukadderata tabi olmaları sonucunu doğurur, ki bu da bu akitlerin bir bütünlük teşkil eder şekilde ortaya çıkmalarına sebebiyet verir. Oysa karışık

13 *Tandoğan*, özel borç münasebetleri sh. 35.

14 *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 35; Ayrıca bk. *Oser /Schönenberger*, Vorbem. Zu Art. 184-551, Nr. 7.

15 Meselâ bk. RG. 97 220; 79 311, 434; 57 41.

16 Bu hususta bk. *Enneccerus /Lehmann*, §100, A, 2, sh. 394; *Büchenbacher*, sh. 78.

17 *Guhl*, sh. 256; *Weiss*, sh. 33; *Bilge*, sh. 12.

18 *Weiss*, sh. 33; *Bilge*, sh. 12; *Guhl*, sh. 257

19 *Oser /Schönenberger*, Vorbem, zu Art. 184-551, Nr. 9; *Garobbio*, sh. 305; *Tandoğan*, tez, sh. 237.

20 *Enneccerus /Lehmann*, §100, A, 2, sh. 394; *Oser /Schönenberger*, Vorbem. Zu Art. 184-551, Nr. 7; *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 84, sh. 537; *Wilde*, BGB-RGRK, vor §305, Anm. 9.

21 *Bilge*, sh. 13, 14, bileşik akitlerin hukuki değerlendirmesinin ya imtisas (Absorption), yahut terkip (Kombination) veyahutta kıyasen uygulama Analogie) nazariyelerinden birine göre gerçekleştirilebileceğini söylemektedir. Oysa bu nazariyeler karışık muhtevalı akit için öngörül müşlerdir. Kaldığı burada her akit, bağımsız niteliğini kaybetmediğinden, kendi tipi için öngörülmüş hükümlere tabi olur. Bu bakımdan bir nazariyeye ihtiyaç yoktur. Aynı fikir için bk. *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 34.

muhtevalı akit te, çeşitli akit tiplerine ait edim borçlarını, kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde, yani tek bir akitte birleştirir. Böylece bileşik akitler ile karışık muhtevalı akit şekli bir benzerlik gösterir. Fakat her ikisinin farklı hukuki değerlendirmelere tabi tutulmaları, bunların birbirlerinden ayrılmasını gerektirir. Çünkü bileşik akitlerin her birinin kendisine özgü kaidelere tabi olmasına karşılık, karışık muhtevalı akitteki her bir asli edimin, ait olduğu akit tipinin hükümlerine tabi olup olmayacağı, tabi olacaksa bu hükümlerin nasıl uygulanabilecekleri tartışmalıdır. Bu tartışmanın nedenini, burada tek bir aktin mevcut olması teşkil eder. Bu bakımdan karışık muhtevalı aktin, bileşik akitlerden kesin olarak ayrılması gerekir. Buna rağmen doktrinde, bunların birbirleriyle karıştırılması bir yana<sup>22</sup>, kesin ayrımlarının yapılmasına da pek fazla dikkat edilmemektedir. Özellikle Hoeniger<sup>23</sup>, edim borçlarının birleşmesinde vahdet (Einheit) sorusunun önemli olmadığını, zira birleştirilmiş tiplerin karşılıklı olarak birbirlerine tesir edip etmeyecekleri, edeceklerse nasıl edecekleri tesbit edilince, burada söz konusu olacak aktin tek olup olmamasının artık önemi kalmıyacağını iddia etmektedir. Esasında, Hoeniger'in akit tiplerinin niteliği anlayışı açısından bu görüşü doğrudur. Gerçekten her unsura bir hukukî netice tekabül edeceği kabul edilince, birden ziyade mi, yoksa tek bir aktin mi söz konusu olacağı sorusu tamamen değerini kaybeder<sup>24</sup>. Oysa bu görüşün yerinde olmadığı şüpheden uzaktır. Her akit tipi, esasında bir unsurlar bütünüdür ve her akit tipine bağlanmış hükümlerde, bu bütünlük göz önüne alınarak öngörülmüşlerdir. Nasılki her akit tipi bir bütünlükse, karışık muhtevalı akitte bir bütündür. Bu bakımdan karışık muhtevalı aktin hukuken değerlendirilmesinde bu esasın göz önüne alınması, ve onun anlam yapısına en uygun düşen hükümlerin bulunması gerekir. Böylece tek bir aktin mevcut olup olmadığının tesbiti çok önemli bir sorun olarak ortaya çıkar ve bileşik akitlerin karışık muhtevalı akitten kesin bir şekilde ayrımı zaruri olur.

## II- Karışık muhtevalı aktin bileşik akitlerden ayrılması.

Hangi hallerde tek bir aktin, hangi hallerde ise bileşik akitlerin mevcut olduğunu tayin edecek objektif bir kriterin tesbiti esas itibarıyla mümkün değildir<sup>25</sup>. Şüphesiz Borçlar Hukuku alanında akit serbestisi prensibi yürürlükte olduğuna göre, taraf iradeleri burada esas alınacaktır. Böylece tarafların sarıh olarak birden ziyade müstakil akdi birlştirmeleri halinde, bileşik akitlerden, tek bir akti öngörmeleri halinde ise, karışık muhtevalı

22 bk. §2, II, not 22.

23 Vorstudien, sh. 106 vd.

24 Aynı fikir için bk. Mauritz, sh. 18, 19.

25 Schreiber, sh. 113; Ochs, sh. 7.

akitten söz edilecektir<sup>26</sup>. Regelsberger<sup>27</sup> sadece taraf iradelerinin tek bir aktin meydana getirilmesinde yeterli olamayacaklarını ayrıca edimler arasında şeyle onun teferruatı arasındaki iktisadî bağılığa benzer bir bağılılığın mevcut olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş esas itibariyle yerinde değildir. Bir kere farklı nitelikteki Medenî Hukuk dallarına ait müesseseler arasında benzerlikler kurmak ve bundan bir takım hukukî sonuçlar çıkarmak doğru değildir. Gerçekten “teferruat” özellikle eşya hukukunu yakından ilgilendirir. Eşya hukuku ise, eşyalar üzerindeki şahıslara tanınmış hâkimiyet haklarını, yani belli bir durumu düzenler. Bu bakımdan eşya hukuku müesseselerinin muhtevalarının ve sınırlarının açık ve kesin olarak tayin ve belirtilmiş olması gerekir. Zira mevcut şeyler üzerinde kimin ve ne gibi haklarının bulunduğu bilinmesinde toplumun çok büyük çıkarları vardır. Bu sebepten bu müesseselerde çoğu zaman objektif unsurlara yer vermek gerekir. Nitekim teferruata da durum böyledir. Bir şeyi, diğer bir şeye teferruat olarak bağlayan kişinin iradesi esas itibariyle, bu sonucu yaratmak için yetersizdir. Burada, çıkabilecek çatışmaları ve tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla, ayrıca iki şey arasında iktisadî bir bağıllık aranmıştır. Oysa Borçlar Hukuku alanında durum tamamen farklıdır. Bu hukuk dalı, prensip itibariyle, mamelek değişimlerini düzenlediğinden, devamlı bir gelişim içindedir. Bu gelişime ayak uydurabilmek için Borçlar hukuku alanında akit serbestisi prensibi kabul edilmiştir. Kanun bu prensibi öngörmekle, taraf iradelerine, kanunî sınırlar içinde kalmak şartıyla, hukukî neticeler meydana getirebilmek yetkisini tanımıştır. Şu halde, burada taraf iradelerine kanunun öngördüğünden daha fazla sınırlar koymak doğru olmaz. Oysa Regelsberger’in yaptığı da budur ve bu bakımdan görüşü yerinde değildir<sup>28</sup>.

Ancak, şunu da ilâve edelimki, edimler arasındaki iktisadî bağıllık esası, tamamen anlamsız ve değersiz değildir. Akdin tekliği hususunda taraf iradelerinin sarîh olarak beyan edilmediği hallerde, yapılacak yorumda bu esas faydalı olabilir. Böylece, edimler arasında mevcut iktisadî ve fiilî bağıllık tarafların tek bir akit istemiş olduklarını çoğu zaman ifade eder<sup>29</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta bu nitelikte bir ilişkinin münferit akitler arasında değil, fakat edimler arasında bulunmasıdır<sup>30</sup>. Meselâ bir

26 *Tillmann*, sh. 16; *Ochs*, sh. 8; *Weiss*, sh. 30; *Fischer*, sh. 13.

27 *Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt*, sh. 464, 465; Regelsberger’e yakın *Mauritz*, sh. 20.

28 Aynı fikir için bk. *Schreiber*, sh. 114.

29 *Tillmann*, sh. 18; *Weiss*, sh. 31; *Leonhard*, I, sh. 325; *Schreiber*’e göre, tarafların yalnız edimlerin iktisadî ve fiilî bağıllığı ile meşgul olmaları, hukukî bağıllık için yeterlidir. Başka bir deyişle tarafların zımmen veya sarahaten aktin tekliği üzerinde anlaşmaları gerekli değildir. Edimleri iktisadî bir bağıllık için sokmaları yeterlidir, sh. 114, 115; *Mauritz*, sh. 20, 21, 22; *Planck’s Komm.*, II, 2, sh. 642.

30 RG 57 43.

kimse diğere, kendisine ait bir tarlayı kiralaması şartıyla, bir miktar borç vermeği yüklenmesi halinde, esas itibariyle, bileşik akitler söz konusu olur. Fakat verilecek ödünç münhasıran bu tarla için kullanılacakca, bu takdirde edimler arasında bir iktisadî ilişki doğar ve bunun sonucu olarak ortaya tek bir akit çıkar<sup>31</sup>.

Edimlerin iktisadî bağıllığı, aktin tekliğı hususunda çok önemli bir emare olmasına rağmen, tek emarede değildir. Bunun yanında, taraf irade beyanlarının yorumu sırasında, müracaat edilebilecek bakışa esaslarda mevcuttur. Ancak bu arada belirtelimki, şekli mülahazalar karara tesir edici bir niteliğe haiz değildir<sup>32</sup>. Gerçekten, tek bir senedin mevcudiyeti, aktin tekliğinin kabulüne yeterli olamaz. Zira aynı senette birden ziyade akdin yer alması mümkün olduğu gibi, zaman bakımından daha sonra yapılmış bir sözleşmede mevcut bir borç ilişkisinin değiştirilmesini öngörebilir<sup>33</sup>. Bu bakımdan burada münhasıran maddi esaslar öne sürülecektir.

Tarafların birden ziyade aslî edim borcu için tek bir karşı ivaz kararlaştırılmaları, akdin tekliğı hususunda bir emare teşkil eder<sup>34</sup>. Ancak buna da mutlak bir değer vermemek gerekir. Zira, tek bir karşı ivazın öngörülmesi halinde dahi, birden ziyade müstakil akit; her bir edim için ayrı bir ivazın kararlaştırılmasında da, tek bir akit pekala söz konusu olabilir<sup>35</sup>.

Aynı şekilde, tarafların ilişkilerini mütecanis bir şekilde isimlendirmeleri de, onların tek bir akit yapmak hususundaki iradelerine bir işaret sayılabilir<sup>36</sup>. Bu emare, özellikle tatbikatta çok sık tekrarlanan karışık muhtevalı akit için geçerlidir. Gerçekten bir sözleşmenin “kapıcı sözleşmesi” yahut “ev kirasız para faizsiz sözleşmesi” veyahut “pansiyon sözleşmesi” olarak yapılması, taraflarca tek bir aktin istenmiş olduğunu gösterir.

Görülüyor ki, öngördüğümüz emarelerden<sup>37</sup> hiçbiri, her hal için geçerli bir kural niteliğinde değildir. Bu bakımdan burada nihaî kararın ancak hal

31 *Regelsberger*, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt, sh. 464; *Büchenbacher*, sh. 73.

32 *von Tuhr*, Borçlar Hukuku, sh 502; *Ochs*, sh. 8.

33 *Regelsberger*, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt, sh. 463; *Ochs*, sh. 8; *Leonhard*, I. sh. 324; Ayrıca bk. ATF 67 II 157.

34 *Weiss*, sh. 32; *Garobbio*, sh. 312, 313; ATF 63 II 177; SJZ. 50 (1954), 260, Nr. 132; 22 (1925/26) 68, Nr. 10.

35 *Regelsberger*, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt, sh. 465; *Büchenbacher*, sh. 72; RG 33 47.

36 *Tillmann*, sh. 17; *Weiss*, sh. 32; *Lent*, sh. 140.

37 Edimlerden birinin diğere gerçekteleşme vasıtası olması halinde de, tek bir aktin söz konusu olacağı ileri sürülmüştür (bk. *Regelsberger*, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt, sh. 464; *Lotmar*, I, sh. 177 vd.) Ancak burada mahiyetten farklı bir yan edinim asli bir edime katılması söz konusu olduğundan, yani karışık muhtevalı bir akit mevcut olmadığından, bunun diğere emareler yanında sayılması doğru olmaz. Çünkü üzerine eğildiğimiz mesele, bileşik akitleri karışık muhtevalı akitten ayırmaktır.

ve şartlara, edimlerin iktisadi gayesine ve tarafların karşılıklı menfaatlerine göre tayin edileceğini söyleyebiliriz<sup>38</sup>.

## §6- SEÇİMLİK BİLEŞİMLER

### I- Seçimlik bileşimler kavramı

Birden çok akit seçimlik, yani belli bir şartın gerçekleşmesi ile bunlardan yalnız bir tanesi meydana gelecek biçimde birleştirilebilir<sup>39</sup>. Bunun en güzel örneğini Gaius'un *Instutiones*'inde bulmak mümkündür<sup>40</sup>: "Keza, sağ dönenlerin her biri için, hizmetlerine mukabil, bana yirmi denarius, ölenler veya sakatlananların her biri için de bin denarius vermek şartıyla sana gladiyatorler teslim etmişsem, burada bir alım satım mı yoksa bir *locatio conductiomu* aktedildiği ihtilâflıdır. Sağlam dönenler için bir *locatio conductio*'nun aktedildiği, fakat ölenler veya sakatlananlar içinde bir alım satımın (*emptio venditio*) mevcut olduğu fikri galip gelmiştir; burada alım satımın mı yoksa *locatio conductio*'nun mu şarta bağlı olarak aktedildiği hadiselerin neticelerinden anlaşılacaktır. Zira zamanımızda eşyanın şarta bağlı olarak satılabileceğinde veya kiralanabileceğinde şüphe yoktur". Gaius tarafından verilmiş bu örneği çoğaltmak mümkündür. Meselâ evde verilecek büyük bir devlet için iskemle, masa, bardak vs. bir lokantadan kiralanır; ancak bunlardan zarara uğruyanların iade edilmeyip, bedellerinin ödeneceğide kararlaştırılır<sup>41</sup>. Yahut bir dağ kılavuzu, bir kimseyi belli bir dağın zirvesine çıkarmağı taahhüt eder, fakat bu arada, bunu başaramadığı takdirde yalnız gördüğü hizmetin karşılığını alacağı akitte öngörülür<sup>42</sup>.

Esasında bu sayılan hallerde, daima tek bir akit inikat ettirilmiştir. Bu ya bir kira veya satım, yahut bir istisna veya hizmettir. Şu veya bu aktin mevcut olup olmaması, belli bir olayın meydana gelip gelmemesine bağlanmıştır<sup>43</sup>. Bu bakımdan burada ilk başta, taraflar arasındaki akdi ilişkinin hangi akit tipine taallûk ettiği belli değildir. Söz konusu olayın gerçekleşmesi, bu tipi kat'i olarak tayin edecektir. Ancak daha yakından bir inceleme, bize bu olayın bir akit için infisahi, diğeri için ise taliki şart niteliğinde olduğunu gösterir<sup>44</sup>. Gerçekten meselâ bardakların kullanılmasının devri, esas itibari-

38 *Enneccerus* / *Lehmann*, §100, sh. 394.

39 *Enneccerus* / *Lehmann*, §100, A, 3, sh. 395; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 9; *Wilde*, BGB-RGRK, vor §305, Anm. 12.

40 G. 3, 146; Ayrıca bk. *Regelsberger*, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt, sh. 462.

41 *Hoening*, Grundformen, sh. 324.

42 *Rümelin*, sh. 105.

43 *Fischer*, sh. 16; *Weiss*, sh. 36; Bu bakımdan burada bileşik akitlerden söz etmek mümkün değildir. *Wilde*, BGB-RGRK, vor §305, Anm. 12.

44 *Ochs*, sh. 12.

le bir kira akdidir. Ancak bu akit bardakların kırılmaması bozucu şartına bağlanmıştır. Bu şartın gerçekleşmesi taraflar arasındaki kira ilişkisini sona erdirecek, fakat aynı zamanda bir satım akdinin hüküm ve neticelerini meydana getirmesine yol açacaktır.

### III- Karışık muhtevalı aktin seçimlik birleşimlerden ayrılması

Seçimlik bileşimleri karışık muhtevalı akitten kesin olarak ayırmak gerekir<sup>45</sup>. Bir kere burada, karışık muhtevalı akitte olduğu gibi, bir tipler karışımı söz konusu değildir. Gerçekten, seçimlik bileşimde daima tek bir akit tipi söz konusu olur. Bu, olayın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre şu veya bu tip -meselâ kira veya satımdır<sup>46</sup>. Diğer taraftan, daima tek bir tipin mevcut olmasının tabii sonucu, burada birden ziyade akit tipine bağlanmış hükümlerin aynı akte uygulanıp uygulanamayacaklarının, uygulanacaklarsa bunun nasıl gerçekleştirileceğinin araştırılmasının söz konusu olmamasıdır. Zira akit haliyle, şartın gerçekleşmesinden sonra taallûk ettiği tipin hükümlerine tâbi olacaktır<sup>47</sup>. Bu bakımdan uygulanacak hükümler açısından kaideten bir zorluk mevcut değildir.

## Ş7. KARIŞIK BAĞIŞLAMA

### I- Karışık bağışlama kavramı

Karışık bağışlama ile kaideten ivazlı olan bir akit vasıtası ile, bir kimşenin diğer bir kimşeye teberru kasdıyla mameleki bir tevcihte bulunması anlaşılır<sup>48</sup>. Bu durum özellikle, bir malın teberru kasdıyla yarı fiyatına satılması halinde söz konusu olur. Meselâ zengin bir kimse, çok sevdiği bir arkadaşına onu zenginleştirmek amacıyla, 50.000 TL. lık arabasını 30.000 liraya satar. Görülüyor ki burada ivaz ve karşı ivaz arasında bir dengesizlik mevcuttur. Ancak bu dengesizlik tek başına bir karma bağışlamanın söz konusu olmasına yeterli değildir. Ayrıca tarafların bu dengesizliği bilmeleri ve bunu sırf bir tarafı zenginleştirmek amacıyla istemiş olmaları gerekir. Başka bir deyişle tarafların, meselâ malın pek düşük fiatla satılacağı yanında, bunun teberru gayesiyle (causa donandi) yapılacağı hususunda da anlaşmış olmaları gerekir. Yoksa malın, ihtiyaç sebebiyle düşük fiata satılması halinde bir karma bağışlamadan söz etmek mümkün değildir. Çünkü teberru kasdı mevcut değildir<sup>49</sup>. Aynı durum arkadaş hatırı için müsait fiatla satışta da

45 *Fischer*, sh. 16.

46 *Ochs*, sh. 12; *Fischer*, sh. 16.

47 *Ochs*, sh. 12; *Weiss*, sh. 36, 37; *Garobbio*, sh. 314; *Ennecerus /Lehmann*, §100, A, 3, sh. 395.

48 Kşr. *Leonhard*, II. sh. 129; Karışık bağışlamanın doktrinde verilen diğer tarifleri için bk.

*Roulier*, sh. 13 vd.

ortaya çıkar. Burada da teberru kasdının yokluğu, bir karma bağışlamadan bahsedilmesine engel olur<sup>50</sup>.

Karışık bağışlama yalnız satım akdi dolayısıyla söz konusu olmaz. İvazlı bütün akitler, karışık bağışlamanın doğumuna yol açarlar<sup>51</sup>. Böylece bir gayrimenkulün kullanılmasının, teberru kasdıyla düşük bedelle devri, yahut bir miktar paranın gene bu gayeye, az bir faiz tayin edilmek üzere ödünç verilmesi hallerinde bir karışık bağışlamadan söz edilir. Özellikle, ölünceye kadar bakma akdinde taraflar karşılıklı edimler arasında, bir tarafı zenginleştirmek amacıyla bilinçli olarak farklılık yaratırlar ve böylece bir karışık bağışlamanın doğumuna yol açarlar<sup>52</sup>.

## II- Karışık bağışlamanın hukuki niteliği.

### A- Genel olarak doktrindeki durum.

Karışık bağışlamanın nasıl bir hukuki değerlendirmeğe tabi tutulacağı ve dolayısıyla niteliği doktrinde çok tartışmalıdır. Bu konuda öne sürülen görüşleri esas itibariyle üç grup içinde toplamak mümkündür.

Birinci grupta başlıca iki görüş yer alır: Bedelden indirim görüşü (Preisnachlassentheorie) ve paylar görüşü (Quotentheorie). Esasında her iki görüşte karışık bağışlamanın satım ve bağışlama kısımlarına bölünmesini öngörürler. Bu bakımdan bunlar bölünme (Trennungstheorie) adı altında toplanırlar. Gerçekten bedelden indirim görüşüne göre, karışık bağışlamada bağışlamanın konusu “şey” olmayıp, tam tersine bedelin bir kısmıdır. Zira, bağışlamanın vasıtası bir değişim akdi olamayacağına ve şey taahhüdü esas itibariyle değişim gayesine hizmet, yani bedel borcunun sebebinin teşkil ettiğine göre bağışlamanın konusunu ancak, ilk önce tam tayin edilmiş bedelin, sonradan bir miktarının indirilmesinde, tenzilinde aramak gerekir<sup>53</sup>. Buna karşılık paylar görüşü ise, karışık bağışlamada şeyin bir kısmının değişim aktinin, bir kısmının bağışlama aktinin konusunu teşkil edeceğini; başka bir deyişle şeyin kısmen satılmış, kısmen de bağışlanmış olduğunu kabul eder<sup>54</sup>. Her iki görüşte, karışık bağışlamanın niteliğini doğru bir şekilde açıklayamadıkları için reddedilmelidir. Gerçekten, her ikisi de bir bölünmeyi amaçladıklarından, karışık bağışlamanın tek bir akit olduğu esasını ihmal

49 ATF 89 II 72.

50 ATF 77 II 139.

51 *Koepen*, sh. 16 vd, 41 vd.

52 *Tunçomağ*, Ölünceye kadar bakma akdi, sh. 38; şirket akdi dolayısıyla da karışık bağışlama söz konusu olur. bk. yuk. §4, I, C, 1, b. not 249.

53 *Lammfromm*, tarafından ortaya atılan bu görüş için bk. *Roulier*, sh. 26 vd. *Ziegler*, sh. 26.

54 *Koepen*, sh. 27; *Ziegler*, sh. 21 vd.

etmektedirler. Oysa taraflar, tek bir akit yapmağı düşünmüşlerdir. Bu bakımdan her iki görüşte taraf iradelerine uygun düşmez<sup>55</sup>.

Vahdet görüşü (Einheitstheorie) diye isimlendirilen ikinci grubu teşkil eden görüşlerin biraz önce sözünü ettiklerimizden üstünlüğü karışık bağışlamayı bir vahdet olarak kabul etmeleridir. Gerçekten bu görüşüne göre, karışık bağışlama tek bir akittir. Zira burada veren (Geber) ve alan (Empfänger) arasındaki bütün hukuki ilişkiler, tek bir borç rabitası olarak kavranmalıdır. Zira bu ilişkiler aynı doğuş nedenine istinad ederler; bunların esasını aynı edim, yani belli bir şeyin kazandırılması teşkil eder ve bu edim nedeniyle de her iki taraf arasındaki hukuki bağluluk vücut bulur. Böylece tek bir akit olan karışık bağışlama kısmen satım kısmen de bağışlamadan meydana gelir<sup>56</sup>. Ancak bu görüşte karışık bağışlamanın hukuki iteliğini bize açıklamaktan uzaktır. Zira bunun kısmen satım, kısmen de bağışlamadan meydana geldiği ifadesi, sarih olmadığı gibi çelişme doludur. Çünkü her iki akit tipi, biri ivazlı, diğeri ivazsız olduğuna göre birbirlerinin zıttıdır. Başka bir deyişle “ivazlılık” ve “ivazsızlık”, birinin mevcut olduğu yerde diğerdinden söz edilemeyecek şekilde, birbirinin zıddı olan iki kavramdır. Şu halde bunların aynı akit içinde müştereken bulunmaları düşünülemez. Şüphesiz bir akit kısmen ivazsız yahut kısmen ivazlı olabilir, fakat aynı zamanda her ikisi olamaz<sup>57</sup>. Bu bakımdan bu görüşünde red edilmesi gerekir.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, karışık bağışlamada esas itibariyle bizzat ivazlı akdin inikadında mündemiçtir. Bu görüşün uygun bir şekilde açıklanabilmesi, herşeyden önce bağışlama akdinin niteliğinin tesbitine bağlıdır.

### B- Bağışlamanın hukuki niteliği

Hayattaki kimseler arasında teberru gayesiyle yapılan ve akdi nitelik taşıyan bir kazandırıcı muamele olan bağışlamanın<sup>58</sup> konusunun neler olabileceği hususu esas itibariyle tartışmalıdır. Borçlar Kanunumuz, bağışlamanın bir kısım hükümlerinde “mal” dan (bk. BK. m. 234 /I, 239 ve 244 matlapta), bir kısım hükümlerinde ise “şey”, “gayrimenkul” ve “gayrimenkul üzerindeki aynı haklardan (BK. m. 237 /I ve II, 238 /II, 242 /II, 243) ve nihayet bir hükmünde de “alacak”tan (BK. m. 243) söz etmiştir. Bu hükümler göz önüne alınmak suretiyle, Borçlar Kanununun bağışlamanın konusu

55 Bedelin indirilmesi görüşünün tenkidi için bk. *Roulier*, sh. 26 vd.; *Eiegler*, sh. 27 vd.; *Paylar* görüşünün tenkidi için bk. *Roulier*, sh. 29

56 *Müller*, sh. 223 vd. *Hoeninge*r, Grundformen, sh. 289. *Schreiber*, sh. 224. vd.

57 *Leonhard*, II. sh. 130.

58 bk. *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri sh. 240; Ayrıca bk. *Tongsir*, sh. 915.

olarak yalnız malları düşündüğü ileri sürülebilir. Bu düşünce tarzını kuvvetlendiren bir noktada, bağışlama akdinin kanundaki düzenleme yeridir. Gerçekten, belli bir malın mülkiyetinin ivazlı kat'ı devrine yönelmiş satım akdinin, hemen akabinde bağışlama akdinin yer alması, kanun koyucunun bunu, malların ivazsız devri olarak düşündüğünü ifade eder. Böylece bağışlama akdi, münhasıran belli bir malın ivazsız devri olarak kabul edilebilir<sup>59</sup>.

Ancak bağışlama akdinin, yalnız bir malın ivazsız devrine yöneldiğini düşünmek yerinde değildir. Zira, teberru gayesiyle alacaklının borçlucunu ibra etmesi, yahut gene bu maksatla bir kimsenin bir başkasının borcunu üzerine alması hallerinde bir malın devrinden söz edilememesine rağmen, bir bağışlamanın mevcut olduğu şüphesizdir<sup>60</sup>. Esasında burada bir kimsenin diğerine mameleki bir menfaat sağlaması söz konusudur. Nitekim mehazın Almanca metninde “zenginleştirilmekten” (bereichert) bahsedilmektedir (İBK. m. 239). Aynı ifadeye BGB §516 da da bulmaktayız. Lâkin mameleki bir menfaatin sağlanmasının esas olmasına rağmen, Kanunumuz bağışlama akdine, Windscheid'in anladığı biçimde geniş bir anlam vermemiştir. Windscheid'a göre bağışlamanın biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki anlamı vardır<sup>61</sup>: Geniş anlamına göre bağışlama akdi, bir kimsenin bir diğerinin mamelekini çoğaltmak maksadıyla yapmış olduğu bir kazandırıcı muameledir. Dar anlamda ise, sağlanan mameleki menfaatin muhakkak bağışlıyan kişinin mamelekinden çıkmış olması aranır. Nitekim mehazın almanca metninde, açık olarak “bir kimsenin mameleki vasıtasıyla bir diğerini zenginleştirmesinden” söz edilmiştir (İBK. m. 239). Şu halde bağışlama aktinde, bir mamelekden diğer bir mameleke yapılan tevcih, kazandırma, mevzuubahistir.

Bağışlama akdinin bu şekilde anlaşılması, bu akitle yüklenilecek edimin değişik muhtevalarda olabileceği düşüncesine yol açmıştır. Gerçekten, meselâ bir gayrimenkulün kullanılmasının ivazsız devrinin, şayet kullanmayı devreden mutaden bu evi kiralyor ve bundan bir gelir sağlıyorsa ve kullanmayı ivazsız devralan kişi esas itibariyle bir ev kiralamak zorundaya, bu takdirde ilişkinin bir bağışlama olacağı ileri sürülmüştür<sup>62</sup>. Aynı şekilde, ivazsız hizmet edimleri de, bunlar bir ücreti gerektirecek faaliyetlerdense ve

59 *Hoeniger*, bu fikirdedir. bk. *Grundformen*, sh. 164, 165.

60 Krş. *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri. sh. 240.

61 sh. 543 vd.

62 *Ostler*, *Staudinger's Komm.*, §516, Nr. 39, sh. 481; *Enneccerus |Lehmann*, §120, II, I, a, sh. 487; Aksi fikirde olanlar için bk. *Larenz*, *Schuldrecht*, II, sh. 112; 113; *Oser |Schönenberger*, Art. 239, Nr. 6; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 243; 244; *Planck's Komm.*, II, 2. sh. 775.

sırf bir kimsenin mamelekinin azalmasını önlemek amacıyla yüklenilmişlerse, bağışlama olarak nitelendirilmişlerdir<sup>63</sup>.

Hatta normal olarak faizli verilen bir paranın, sırf karşı tarafın mamelekinin azalmasını önlemek amacıyla, faizsiz verilmesi halinde de bir bağışlamanın söz konusu olacağı ileri sürülmüştür<sup>64</sup>. Nihayet, ödeme kabiliyeti hiç olmıyan bir borçlunun alacaklısına, bu borç için teminat gösterilmesi de, bir bağışlama olarak kabul edilmiştir<sup>65</sup>.

Görülüyorki, bağışlama akdinde söz konusu olan mameleki kazandıma değişik şekillerde gerçekleştirilir. Bu bir malın devri olabileceği gibi, bir borcun ibrası, bir gayrimenkulün kullanılmasının devri, bir miktar paranın ödünç verilmesi, bir hizmetin görülmesi vs. olabilir. Gerçekten bağışlama akdinde önemli olan, bir mamelekten diğer bir mameleke yapılan bir tevcihin, yani kazandırıcı bir muamelenin bulunması ve bunun teberru gayesiyle (causa donandi) yapılmış olmasıdır. Bu açıdan bakılınca, bağışlama akdi genel karakteri haiz bir akit olarak ortaya çıkar. Nitekim Leonhard<sup>66</sup> bağışlama akdinin, edimin muhtevasına göre değil, fakat Causa'ya, yani teberru kasdıyla yapılmış ivazsız bir kazandırıcı muamelenin bulunup bulunmamasına göre tayin edileceğini söylemektedir.

Bağışlama akdinin genel bir karaktere haiz olduğunun bir diğer işareti de, bunun doğrudan doğruya tasarrufi bir işlem niteliğine bürünebilmesidir. Gerçekten Borçlar Kanunumuz, bağışlamanın hem taahüt (bağışlama taahhüdü) hem de tasarruf şeklinde (elden bağışlama) yapılabileceğini öngörmüştür. Bir kısım yazar, elden bağışlamanın, esasında yalnız bir tasarruf işlemi olmadığını, tam tersine taahhüt ve tasarruf muamelelerini bir arada bulundurduğunu iddia etmektedirler<sup>67</sup>. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Elden bağışlama esasında hukukî sebep üzerindeki anlaşmayı da ihtiva eden tasarrufi bir işlemdir. Gerçekten, burada bağışlıyan için bir borç söz konusu olmaz. Bir kimseye bir miktar parayı elden vağışlıyan kimse, sonradan bu paranın sahteliğini ortaya çıkması halide, o paranın hakikisini vermekle

63 *Ostler*, Staudinger's Komm., §516, Nr. 39, sh. 481; *Enneccerus |Lehmann*, §120, II, 1, a, sh. 487; *Tongsir*, sh. 938; Aksi fikirde olanlar için bk. *Oser |Schönenberger*, Art. 239, Nr. 4; *Becker*, Art. 239, Nr. 9; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 244; *Planck's* Komm., II, 2, sh. 775; *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 112.

64 *Ostler*, Staudinger's Komm., §516, Nr. 39, sh. 481; Aksi fikirde olanlar için bk. *Planck's* Komm., II, 2, sh. 775.

65 *Oser |Schönenberger*, Art. 239, Nr. 10; *Enneccerus |Lehmann*, §120, II, 1, a, sh. 487; Aksi fikirde olanlar için bk. *Becker*, Art. 239, Nr. 8; *Reisoğlu*, Türk Kefalet hukuku, sh. 7, not 24; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 242; *Windscheid*, sh. 544, not. 3.

66 I, sh. 322; II, sh. 114.

67 *Oser |Schönenberger*, Art. 239, Nr. 22; *Rossel*, sh. 319; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 257; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 186.

mükellef değildir<sup>68</sup>. Şu halde, elden bağışlama, borç doğurucu niteliğe haiz değildir; tam tersine tasarrufi bir işlemdir<sup>69</sup>.

Bu izahatımızdan da anlaşılacağı üzere bağışlama akdi, hem bu akitte yüklenilecek edimin muhtevasının değişik olabilmesi, hem de gerek taahhüt, gerekse tasarrufi muamele şeklinde yapılabilmesi bakımından genel bir karakteri haizdir. Genel bir karaktere haiz olması, bu müessesenin Borçlar Kanununun sistemi içindeki yerinin uygun olup olmadığı hususunda, haklı tereddütlerin doğmasına yol açmıştır. Gerçekten bağışlamanın genel bir karakteri haiz olmasının ifade ettiği anlam, bunun sadece muhtevası belli tek bir hukuki muamele ile değil, fakat çeşitli muhteva ve nitelikteki hukuki muamelelerle gerçekleştirilebileceğidir. Başka bir deyişle çeşitli akit türleri bu karaktere bürünebilirler<sup>70</sup>. Bu bakımdan, bu aktin Borçlar Hukukunun genel kısmında düzenlenmiş olması gerekirdi<sup>71</sup>. Bu düzenlemenin, Borçların hangi genel müessesesi içinde yapılması gerektiği ihtilâfidir. Bir görüşe göre, bunun ivazsız akitlerin genel müessesesi olarak tanzimi yerinde olur<sup>72</sup>. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira burada “ivazsızlık” kavramı ile “bağışlama” kavramının birbirine karıştırılması söz konusudur<sup>73</sup>. Oysa ivazsızlıkta, yüklenilmiş edimin karşılığında, bir edimin elde edilip edilmeyeceğinin önemli olmasına karşılık, bağışlamada bir kimsenin teberru kasdıyla, kendi mamelekenden bir diğer kimsenin mamelekini zenginleştirme mevzubahistir. Bundan da anlaşılacağı üzere bağışlamanın kazandı- rıcı muameleler kısmında yer alması gerekir<sup>74</sup>.

Koepfen<sup>75</sup>, bağışlama aktinin genel kısmında düzenlenmesi gerektiği fikrine karşı çıkmaktadır. O’na göre, bu aktin genel bir karakteri haiz olmasının nedeni, değişik muhtevada edim borçlarını ihtiva edebilmesidir. Oysa

68 *Enneccerus* / *Lehmann*, §120, II, 1, a, sh. 487; *Leonhard*, II, sh. 112.

69 Aynı fikirde olanlar için bk. *von Tuhr*, Hibe, sh. 1723; Borçlar Hukuku, sh. 201, not 16; *Tongsir*, sh. 945, 946; *Schwarz*, sh. 26, not 4; *Enneccerus* / *Lehmann*, §120, II, 1, a sh. 487; *Leonhard*, II, sh. 112; *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 115.

70 *Savigny*, sh. 3; *Leonhard*, II, sh. 112, 113, Hatta *Savigny*, bağışlamanın sadece bir akit olduğunu kabul etmemiş, tam tersine bunun tek taraflı hukuki işlemlerle de gerçekleştirilebileceğini öne sürmüştür. sh. 145, 146. Ancak bugün artık doktrinde bağışlamanın bir akit olduğu ittifakla kabul edilmektedir. Özellikle bk. *Tongsir*, sh. 918 vd. *Windscheid*, sh. 546, not 5; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 239; *Koepfen*, sh. 5, 6. Kaldı ki BK. m. 239 bağışlamanın kabulünden bahsetmekle, bunun bir akit olduğunu açıkça ifade etmiştir.

71 *Savigny*, sh. 3; *Leonhard*, II, sh. 112, 113; *Tongsir*, sh. 946; *Schreiber*, sh. 191; Özellikle Paudekt hukukçuları bu akdi eserlerinde, genel hükümler arasında incelemişlerdir. bk. *Puchta*, sh. 106 vd. *Arndts*, sh. 110 vd. *Regelsberger*, Pandekten, sh. 610, vd. *von Tuhr*’da bağışlama akdini genel kısmında incelemiştir. bk. *Allg. Teil*, II, 2. sh. 153 vd.

72 *Schreiber*, sh. 191.

73 bk. *Planck’s Komm.*, II, 2. sh. 775.

74 krş. *Schwarz*, sh. 26, not 4; *Tongsir*, sh. 946; *von Tuhr*, *Allg. Teil*, II, 2. sh. 153 vd.

75 sh. 7, 8.

satım aktinde de, durum aynıdır. Zira, gerek bağışlama da, gerek satımda belli bir malın mülkiyetinin devri veya bunun üzerinde bir ayni hakkın tesisi yahut bir alacağın temlik söz konusudur. Bu bakımdan bağışlama akdinin de bir tip olarak, özel hükümlerde düzenlenmiş olması yerindedir. Koepen'in bu görüşü kanaatimizce yerinde değildir. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, bağışlama akdinin, gerek ihtiva edeceği edim, gerekse taahhüt veya tasarruf muamelesi şeklinde yapılabilmesi açılarından genel bir karakteri haiz olduğunu açıkça göstermektedir. Şüphesiz bu genelliği içinde bağışlama akdinin, kendisi ile satım akdi arasında bir paralellik tesisini mümkün kılacak bir biçimde ortaya çıkması her zaman söz konusudur. Şöyleki, bağışlama akdi belli bir malın ivazsız devri taahhüdünü ihtiva eden bir kazandırıcı muamele olarak yapılabilir. Bu şekilde yapılan münferit bağışlama akitleri de, kanunda bir tip olarak düzenlenebilir. Nitekim Leonhard<sup>76</sup> bağışlamaya biri dar, diğeri de geniş olmak üzere iki anlam vermekte; ve dar anlamda bağışlamanın bir taahhüt muamelesi, geniş anlamda ise, bunun her türlü hukuki meâmlenin bürüneceği genel bir karakteri haiz olduğunu ileri sürmektedir. Esas itibariyle benimsediğimiz. Leonhard'ın bu görüşünden bir noktada ayrılacağız. Leonhard, dar anlamdaki bağışlama aktinin, yani bağışlama taahhüdünün konusunun her şey, meselâ bir hizmetin görülmesi, bir haktan vazgeçme gibi, olabileceğini kabul etmektedir<sup>77</sup>. Kanaatimizce, kanunda bir akit tipi olarak düzenlenen bağışlama taahhüdünün konusunun bir mal o,acağını kabul etmek daha yerindedir. Kaldı ki böyle bir düşünce biçimini kuvvetlendiren iki husus mevcuttur: Bir kere, kanun koyucu bağışlama akdini, satım akdinin akabinde düzenlenmiş ve bu düzenlemesinde de, değişik maddelerde, "mal" tabirini kullanmıştır. Diğer taraftan, Kanunda düzenlenmiş akit tipleri, hayatta sık sık tekerrür eden akitler olduklarına göre, kanun koyucunun bağışlama akdi tipi olarak, bunun gündelik hayatta pek çok yapılan biçimini, yani edim muhtevasının belli bir malın devri olan bağışlama akdini göz önünde tuttuğu muhakkaktır.

Şu halde özet olarak diyebiliriz ki, bağışlama akdinin biri dar diğeri de geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamı içinde bu, bir taahhüt (borçlanma) muamelesidir ve teberru kasdıyla muayyen bir malın ivazsız devrini amaçlar<sup>78</sup>. Geniş anlamında ise, bu genel bir karakteri haiz olup,

76 II, sh. 111, 112, 113.

77 II, sh. 114.

78 Bu bakımdan kanundaki bağışlama akdi tipinin, bir dereceye kadar edim muhteva ve yüklenilme biçimine göre tayin edileceğini söyleyebiliriz. Bir dereceye kadar değişimin nedeni, bunun tipinin tayininde, edimin muhteva ve yüklenilme biçiminin yalnız taşıma yetersiz oluşudur. Bunun yanında ayrıca "causa donandi" nin, yani teberru kasdının bulunması gerekir. Zira ivazsız yapılan her temlik muhakkak bağışlama değildir. Gerçekten bir kimsenin borçlu olduğunu sandığı bir miktar parayı ödemesi halinde, karşılığında ivaz olmayan bir iktisabın söz konusu olmasına rağmen, bir bağışlamadan bahsedilemez. bk. *von Tuhr*, Hibe, sh. 1717.

muhtevası belli tek bir hukuki muamele ile değil, fakat çeşitli muhteva ve nitelikteki hukuki muamelelerle gerçekleştirilir.

### C- Karışık bağışlamanın hukuki niteliği

Bölünme (Trennungstheorie) ve vahdet (Einheitstheorie) görüşlerinin, karışık bağışlamanın hukuki niteliğini doğru bir şekilde açıklayamamalarının nedeni, bağışlama akdini daima dar anlamı içinde kabul etmeleridir. Gerçekten burada satım akdi ile beraber bir bağışlama taahhüdünün mevcut olduğu ön yargısından hareket etmeleri, bu görüşlerin en büyük hatası olmuştur. Zira birbirinin zıddı olan iki kavramın, yani ivazlılık ve ivazsızlık kavramlarının aynı akitte birleşebileceklerini düşünmek mümkün değildir. Esasında, karışık bağışlamanın hukuki niteliğini doğru tesbit edebilmek için bağışlamanın dar anlamından değil, fakat geniş anlamından hareket etmek gerekir. Bu takdirde iki zıt kavramı aynı akitte birleştirmek güçlüğü rahatlıkla aşılmış ve bunun sonucunda karışık bağışlama müessesesinin anlaşılması kolaylaşmış olur.

Yukarda geniş anlamda bağışlamanın genel bir karakteri haiz olduğunu ve her türlü edimin bunun konusunu teşkil edebileceğini ve dolayısıyla bunun her akit türü ile gerçekleştirilebileceğini görmüştük. Bu aktin münhasıran ivazsız olması da şart değildir. İvazlı bir akitle de, bir kimseye teberru kasdıyla mameleki bir tevcihte bulunmak mümkündür. Bu durum bir tarafa mameleki bir menfaat sağlayan bir aktin inikadı halinde, meselâ bir şeyin düşük bedelle satılması gibi, ortaya çıkar. Burada esas itibariyle, bir taraf için istifadeli olan akdin bizzat inikadı, teberru kasdıyla yapılan kazandırıcı muamelenin konusunu teşkil eder. İşte karışık bağışlamanın hukuki yapısı yapısı bu düşünceye dayanır<sup>79</sup>. Gerçekten burada ne akitte yüklenilen edimlerden biri, ne de onların değeri; tam tersine bizzat akdin inikadı bağışlamanın muhtevasıdır.

Planck<sup>80</sup> bu görüşe karşı çıkmaktadır. O'na göre, mademki karışık bağışlamada akdin inikadı ivazsızdır, o halde normal bir satım akdinin

<sup>79</sup> Leonhard, II, sh. 131; Mauritz, sh. 63. Siber, karışık bağışlamada, ivazlı bir aktin, özellikle bir satım aktinin bağışlama nedeniyle inikadının söz konusu olduğunu ileri sürmekle savduğumuz görüşü benimsemektedir. Gerçekten Siber burada bağışlama ve satımın kademeli bağlılığının mevcut olduğunu kabul etmektedir (Vertragsfreiheit, sh. 263 vd.). Bu kademeli bağlılığın ifade ettiği anlam, bağışlamanın bir satım aktini ihtiva etmesi, başka bir deyişle bağışlamanın konusunun satım akdi olmasıdır. Bu düşünce tarzını Enneccerus /Lehmann'da da bulmaktayız (§100, B, IV, sh. 401). Ancak, Siber ve Enneccerus /Lehmann'ın, bağışlamanın geniş anlamından hareket etmemeleri ve böylece karışık bağışlamada satım ile bağışlamanın bir birleşimini görmeleri yerinde değildir. Zira böyle bir düşünce tarzı bizi ister istemez, birbirinin zıddı olan iki kavramın, yani ivazlılık ve ivazsızlığın, aynı akitte birleşebilecekleri sonucuna götürür. Oysa bunun mümkün olmadığı aşikârdır. (Kırş. Leonhard, II, sh. 131).

<sup>80</sup> Komm. II, 2, sh. 779.

inikadınında ivazlı olması gerekir. Böylece satım aktindeki bedelin iki görevi olduğu yanlış sonucuna varılır: Bu bir taraftan akdin inikadının, diğer taraftan ise satılan şeyin karşı ivazını teşkil eder. Planc'ın bu iddiası geçerli değildir. Çünkü yukarıda da işaret etmiş olduğumuz gibi, geniş anlamda bağışlama, yani teberru kasdıyla kazandırma, her türlü akitle gerçekleştirilebilir. Bu aktin konusu bir şeyin mülkiyetinin ivazsız devri, yahut bir ayni hakkın tesisi veya bundan vazgeçme veyahut bir alacağın temliki, nihayet belli bir edimin düşük bir ivaz karşılığında değişimi olabilir. Bir taraf için mameleki bir menfaat sağlayan böyle bir akdin inikadı ile, teberru kasdıyla yapılmak istenen kazandırma gerçekleşmiş olur. Bağışlamanın genel karakterinden doğan bu sonucu genelleştirmek doğru değildir. Başka bir deyişle, bağışlamanın söz konusu olmadığı her halde ivazlılığın mevcut olduğunu kabul etmek hatalıdır. Kaldı ki bağışlama ivazlılığın zıddı değildir. Çünkü bağışlamanın esası bir kimsenin kendi mamelekinden, diğer bir kimsenin mamelekini teberru kasdıyla zenginleştirilmesidir. Bu zenginleştirme, şüphesiz, kavram itibariyle, bir ivazsızlığı gerektirir. Ancak unutmamak gerekir ki, her ivazsız kazandırma bir bağışlama değildir.

Karışık bağışlamanın hukukî niteliğini böylece tesbit ettikten sonra, şimdi bunun karışık muhtevalı akit teşkil edip etmediğini araştıralım.

### III- Karışık muhtevalı aktin karışık bağışlamadan ayrılması

Doktrinde genellikle, karışık bağışlamanın karışık muhtevalı bir akit olduğu fikri hâkimdir<sup>81</sup>. Ancak biz bu fikre iştirak etmiyoruz. Zira karışık bağışlamanın hukuki niteliği, bunun karışık muhtevalı bir akit olarak te-lâkkisine engeldir.

Gerçekten karışık bağışlama esas itibariyle bir tipler karışımı değildir. Bir kere bunun geniş anlamda bağışlama kavramı ile ilgili bir akit olduğu düşünülünce, burada çeşitli akit tiplerinin bir karışımının söz konusu olmayacağı kendiliğinden anlaşılır. Çünkü geniş anlamda bağışlama mahiyeti itibariyle, Borçlar Kanununun genel hükümlerine ait olan bir müessesedir. Oysa genel hükümlerde düzenlenmiş müesseselerin karışık muhtevalı akte yol açamayacaklarına yukarıda temas etmiştik<sup>82</sup>. Diğer taraftan karışık ba-

81 Özellikle bk. *Enneccerus* / *Lemann*, 100, B, IV, sh. 401; *Hoeniger*, Grundformen, sh. 169 vd. *Schreiber*, sh. 223; *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 6; *Esser*, 2. Aufl., sh. 514; *Heck*, sh. 244; *Molitor*, sh. 5; *Wilde*, BGB-RGRK, Vor §305, Anm. 15; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 31; *Becker*, Art. 19, Nr. 9; *Oser* / *Schönenberger*, Vorbem, zu Art. 184-551, Nr. 15; *Feyzioğlu*, sh. 32; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 13; Kaduk, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 80, sh. 535.

82 bk. §1, III.

ğışlamayı yakından incelediğimizde bunun muhtevasının bir tipler karışımından meydana gelmediğini görürüz. Gerçekten bu akit, ihtiva ettiği edimlerin muhtevası ve yüklenilme biçimleri açısından, ivazlı tipik bir akit, meselâ bir satım, bir ölünceye kadar bakma akti; buna karşılık hukuki sebebi açısından bir bağışlamadır. Görülüyor ki, burada aktin muhtevası açısından bir tipler karışımından bahsetmek mümkün değildir. Oysa aktin muhtevasının bir tipler karışımından meydana gelmiş olması, karışık muhtevalı aktin esasını teşkil eder. Bu bakımdan karışık bağışlamanın, karışık muhtevalı akit olarak telâkkisi doğru değildir<sup>83</sup>.

---

83 Aynı fikir, *Leonhard*, II, sh. 131, 132; *Mauritz*, sh. 64, 65; *Weiss*, sh. 27, 28; *Ochs*, sh. 26; *Esser*, 1. Aufl., sh. 26.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN HÜKÜM VE NETİCELERİ VE KARIŞIK MUHTEVALI AKİTLERİN SIRALANMASI

#### §8- KARIŞIK MUHTEVALI AKTİN HÜKÜM VE NETİCELERİ

Karışık muhtevalı aktin bir taraftan çeşitli akit tiplerinin esaslı unsurlarını ihtiva etmesi, diğer taraftan ise bunları kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştirilmesi, bunun hüküm ve neticelerinin nasıl tesbit edileceği hususunda, doktrinde çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına sebep olmuştur. Gerçekten bir kısım hukukçu, bunun hukuki değerlendirmesinde, Kanunun öngörmediği bir bütünlük olmasına, diğer bir kısım hukukçu ise çeşitli akit tiplerinin unsurlarını ihtiva etmesine ağırlık vermişler ve böylece değişik görüşler ileri sürmüşlerdir. Şimdi bu görüşleri inceliyeceğiz.

#### I- Doktrinde öne sürülen görüşler.

Doktrinde öne sürülen görüşleri esas itibariyle iki grupta toplamak mümkündür:

*A- Karışık muhtevalı akte sadece Borçların genel hükümlerinin uygulanacağını ön gören görüş.*

Bu görüş karışık muhtevalı akti kanunda düzenlenmemiş, yagi sui generis bir akit olarak telâkki eder ve buna sadece Borçların genel hükümlerinin uygulanacağını öngörür<sup>1</sup>.

*B- Karışık muhtevalı akte Borçların özel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşler.*

Yukarda açıkladığımız görüşten farklı olarak, bir kısım görüş, karışık muhtevalı akte Borçların özel hükümlerinin uygulanması gerekeceğini

<sup>1</sup> Bu görüş için bk. *Hoening*, Vorstudien, sh. 21, 24; *Becker*, Art. 19, Nr. 16.

kabul etmektedir. Ancak bu uygulamanın nasıl olacağı münakaşalıdır. Burada esas itibariyle üç farklı düşünce mevcuttur.

1- *İmtisas (soğurma) görüşü (Absorptions-theorie; theoire de l'absorption)*

Bu görüşe göre, karışık muhtevalı<sup>2</sup> akte, ihtiva ettiği unsurlardan hangisi önemli ise, o unsurun ait olduğu tipin hükümleri doğrudan doğruya uygulanır. Görülüyorki bu görüş, karışık muhtevalı akti tek bir akit tipine tabi tutmaktadır (Subsumtion). İmtisas görüşü de kendi içinde, karışık muhtevalı akte önemli unsurun dışında kalan diğer unsurların taallük ettikleri akit tiplerinin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacakları açısından, ikiye ayrılır.

Saf imtisas diyebileceğimiz bu görüşün ilk şekline göre, bu akit sadece önemli unsurun ait olduğu tipin hükümlerine tâbi olur. Bu görüş özellikle Lotmar tarafından savunulmuştur.

Lotmar bu görüşü, karışık muhtevalı aktin iki şeklini birbirinden ayırmak suretiyle incelemiştir: Bir tarafa birden ziyade tipik edim borcu yükleyen karışık muhtevalı akit ve iki tipik edim borcunun karşılıklı olarak yüklenildiği karışık muhtevalı akit. Lotmar birinci halde aktin hüküm ve neticelerinin tesbitinde, üç çözüm yolunun söz konusu olacağını ileri sürmüştür<sup>2</sup>: İlk önce her bir edimin müstakil bir aktin konusu olduğu düşünülebilir (Kumulation der Verträge; akitlerin toplanması). Sonra, birden çok edime rağmen, tek bir aktin mevcut olduğu kabul edilir, fakat edimlerden bir tanesinin çok önemli olması sebebiyle aktin tek tipli olduğu ileri sürülebilir (Absorption; imtisas). Nihayet gene tek bir aktin mevcut olduğu kabul edilir; lâkin bu defa akde edimlerden her birinin ait olduğu tipin hükümleri uygulanır (Kombination; birleştirme). Lotmar çözüm yollarını böylece tesbit ettikten sonra bunlardan hangisinin seçilmesi gerekeceğini, Kanunun bir takım hükümlerine dayanarak tayine çalışmıştır. O'na göre bu hükümlerden<sup>3</sup> çıkarılacak sonuç şudur<sup>4</sup>: Birden çok edim arasında dahili bir ilişkinin bulunması, yani bir edimin diğerini mümkün kılması yahut gerçekleştirilmesi halinde, tek bir aktin mevcut olduğunun kabulü gerekir. Aksi halde taraf iradeleri bir kriter teşkil edemeyeceğinden, daima birden çok akit söz konusu olur<sup>5</sup>. Tek bir aktin mevcudiyeti halinde, hukukçular çeşitli akit tiplerinin hükümlerini birleştirmeye yetkili değillerdir<sup>6</sup>; burada

2 I, sh. 177.

3 Bu hükümler şunlardır: BGB §§ 651, 675 ve 680, 675 ve 670; HGB §381 /II, 406 /II; Gew O §119 6; HGB, 3. kitap, 6 ve 7. fasıl; 4. kitap, 4 ve 5. fasıl. I, sh. 183 vd.

4 I, sh. 193.

5 I, sh. 191, ve aynı sahifede not 2.

6 I, sh. 193.

ancak imtisas, yani en önemli, başka bir deyişle asli edimin ait olduğu tipin hükümlerinin uygulanması esası geçerlidir.

Lotmar<sup>7</sup> ikinci halde, yani iki tipik edim borcunun karşılıklı yüklenilmeleri, meselâ iş ve muayyen bir şeyin kullanılmasının devri edimlerinin bir değişim ilişkisi içine sokulmaları halinde, gene tek bir akit tipinin yani bir iş yahutta bir kira akdinin söz konusu olacağını ileri sürmektedir. O'na göre üçüncü veya dördüncü bir ihtimalin mevcut, yani akdin kısmen iş kısmen de kira, yahut hem iş hem de kira olduğunu kabul etmek doğru değildir. Çünkü BGB bu hal tarzlarını tanımaz. Başka bir deyişle böyle bir akit BGB tarafından düzenlenmemiş bir akitir. Burada hangi akit tipinin mevcut olduğunun tesbiti, tarafların sübjektif iradelerine değil, tam tersine iktisadi unsurlara bağlıdır: Böylece edimlerden hangisi onu yüklenen için bir gelir kaynağı ise ve onun tarafından, daha önce para ile değişimi yapılmak veya buna hazır bulundurmak suretiyle, objektif olarak bu maksada tahsis edilmişse, akdin tipi bu edime göre tayin edilir. Çünkü diğer edim, bu edimin gerçekleşmesine hizmet eder. Bunun sonucu olarak akte tek bir tipin hükümleri doğrudan doğruya uygulanırlar.

Şu halde Lotmar'a göre, çeşitli tipik edimleri ihtiva eden bir aktin tipini, asli olarak tezahür eden edim tayin eder ve buna münhasıran bu tipin hükümleri uygulanırlar<sup>8</sup>.

Saf olmyan imtisas diyebileceğimiz bu görüşün ikinci biçimi, özellikle Blociszewski<sup>9</sup> tarafından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre bir tipler karışımında ilk önce bu tiplerden hangisinin asli olduğunun tesbiti gerekir. Zira böylece bir tipler karışımı ihtiva eden akit, esas itibariyle, tesbit edilen tipe ve onun hükümlerine tabi olur. Ancak bu tabi olma, inhisari bir nitelikte değildir. Tali tipin hükümleri de, asli tipin hükümlerinin yetersizliği halinde uygulanabilirler. Görülüyor ki bu görüş saf imtisas görüşüyle, tipler karışımında bir akit tipini temel alması ve akti esas itibariyle bu tipin hükümlerine tâbi tutması açısından birleşmektedir. Fakat ondan, birden ziyade akit

7 I, sh. 687.

8 Avusturya Yüksek Mahkemesi (Oberster Gerichtshof) bir kararında saf imtisas görüşünü benimsemiştir. Karara konu olan olay bir röntgen mütehasssının bir hastahaneyle yaptığı anlaşmadır. Bu anlaşmada doktorun, hastahane de bunun hastaları yanında, kendi hastalarını da, kendi hesabına tesis edilmiş bir enstitüde tedavi edebileceği öngörülmüştür. Esasında bu akit karışık muhtevalıdır. Çünkü hastahanenin edimi, muayyen bir şeyin kullanılmasının devri; doktorun edimi ise hastahanenin hastalarının röntgen filmlerini çekmektir. Görülüyor ki burada çeşitli akit tiplerine ait edimler bir değişim ilişkisi içine sokulmuşlardır. Ancak Yüksek Mahkeme bu aktin bir istisna olduğunu, ve sadece bunun hükümlerine tâbi olacağını ileri sürmüştür. Bu karar için bk. SJZ. 34 (1937-38) 382, Nr. 76.

9 sh. 42.

tipinin hükümlerinin biri aslı, diğeri tâli olmak üzere, aynı akte uygulanabileceklerini öngörmesi açısından ayrılmaktadır<sup>10</sup>.

Saf imtisas görüşünden farklı olarak, karışık muhtevalı akte, yalnız asli tipin değil, fakat yan tipin de hükümlerinin uygulanabilmesinin nedeni, Blociszewski'ye göre<sup>11</sup>, taraf iradelerinin böyle bir uygulamayı gerektirmesidir. Gerçekten taraflar yan tipe bağlanmış hükümlerin akte tatbikini sarih olarak öngörebilecekleri gibi, böyle sarih bir hüküm sevketmedikleri takdirde, bu sonuç onların çeşitli akit tiplerine ait edimlerin aynı akitte yüklenmiş olmalarından çıkar.

Blociszewski asli ve yan tipe ait hükümlerin müştereken uygulanmasının şu esaslara göre gerçekleştirileceğini ifade etmektedir<sup>12</sup>:

1- Asli tipin hükümleri yan tipe de uygulanırlar. Böylece asli tipi sona erdirmeye sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, bütün akit ortadan kalkar.

2- Yan tipin hükümleri, yan edimin asli tipte düzenlenmemiş olması halinde, uygulanmalıdır. Meselâ bir hizmet edimi karşılığında muayyen bir malın kullanılmasının devrini öngören hizmet akdine, kira da düzenlenmiş olan hapis hakkı hükümleri de tatbik edilebilir.

3- Yan tipin amir hükümleri de (jus cogens) bütün akte uygulanırlar. Böylece on seneyi aşkın bir süre için yapılmış olan ve yan nitelikte bir hizmet edimini ihtiva eden bir akit, bu sürenin geçmesinden sonra, bir aylık bir ihbar süresine uyulmak şartıyla sona erdirilebilir (BK. m. 343).

İmtisas görüşünü böylece gördükten sonra, şimdi tarihi gelişim içinde ikinci yeri alan "birleştirme görüşünü" inceleyeceğiz.

## 2- Birleştirme (terkip) görüşü (*Kombinations-theorie; theorie de la combinaison*).

Bu görüşe göre, her karışık muhtevalı akde ihtiva ettikleri unsurların ait oldukları tipleri hükümleri doğrudan doğruya uygulanırlar. İmtisas görüşüne bir reaksiyon olarak doğan bu görüş, karışık muhtevalı aktin esas itibariyle tek bir tipin hükümlerine tâbi olacağını kabul etmez. Aksine birden ziyade tipin kaidelerinin bu akte, hem de doğrudan doğruya uygulanacaklarını öngörür.

10 Aynı görüş için bk. *Ruth*, sh. 1950; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, sh. 534; Federal Mahkeme'de bir kararında saf olmıyan imtisas görüşünü benimsemiştir. ATF 63 II 176. Bu kararda bir mimar sözleşmesi, yani karışık muhtevalı bir akit söz konusudur. Yüksek Mahkeme'ye göre bu akit esas itibariyle vekâlet hükümlerine tabidir. Ancak yardımcı olarak, diğeri iş ediniminin özel niteliğinin gerektirdiği hallerde, bu edimin ait olduğu tipin hükümleri de uygulanırlar.

11 sh. 42. vd.

12 sh. 50. vd.

Birleştirme görüşünün esası iki farklı şekilde açıklanmaktadır. Bu görüşün kurucusu olan Rümeli ve Hoeniger'e göre, akit tipleri arasında birer unsurlar yığışımıdır ve kanunda her unsura veya unsurlar grubuna bir hukuki netice tekabül eder<sup>13</sup>. Başka bir deyişle, Kanunda her unsurun veya unsurlar grubunun kendine has bir hukuki neticesi, hükmü mevcuttur. Bu unsurlar hangi birleşim içinde bulunurlarsa bulunsunlar, muhakkak kendilerine ait olan bu hukuki neticeyi de meydana getirirler. Şu halde, akit tiplerine ait unsurları kanunun öngörmediği bir biçimde birleştiren karışık muhtevalı akte, bu unsurlara tekabül eden hüküm ve neticeler de aynen uygulanırlar. Böylece bir unsurlar birleşimi olarak ortaya çıkan karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticeleri de bu unsurlara ait hükümlerin birleştirilmesi suretiyle tayin olunur<sup>14</sup>.

Diğer taraftan Lent, çeşitli akit tiplerinin hükümlerinin birleştirilmesini ceza hukukunun fikri içtima müessesesini (Idealkonkurrenz) Medeni hukuk sahasına uygulamak suretiyle izah etmektedir. O'na göre<sup>15</sup>, karışık muhtevalı akit müşahhas bir olay olarak, iki mücerret akit tipini gerçekleştirir. Meselâ, hizmet şartıyla möbleli bir odanın kiralanmasında, hem kira, hem de hizmet tipleri söz konusu olurlar. Çünkü akit bir taraftan kira aktinin unsurlarını, yani bir şeyin kullanılmasının ivaz karşılığında devrini, diğer taraftan ise hizmet aktinin unsurlarını, yani bir hizmetin yerine getirilmesinin ivaz mukabilinde yüklenilmesini ihtiva eder. Görülüyor ki burada, kanunda mücerret bir şekilde düzenlenmiş iki akit tipinin unsurları aynı akitte toplanmış bulunmaktadırlar. Lâkin bu tiplerden hiç biri söz konusu akti tamamen kapsamağa yeterli değildir. Yalnız bir tipin esas alınması, yani bu müşahhas aktin tek bir tipe tabi kılınması halinde, bunun bir kısmı daima açıkta kalır. Şu halde karışık muhtevalı akit fikri içtima müessesesinin, Medeni hukuk sahasındaki bir örneğini teşkil eder. Çünkü fikri içtimada, belli bir olay iki kanun hükmünün kapsamına girer; ancak bu hükümlerden hiçbiri bu olayı tam manasıyla kapsamaz. Diğer taraftan, Lent'e göre<sup>16</sup> Medenî Hukuk'ta, Ceza Hukukunun farklı olarak fikri içtimanın esasına hükümlerin birleştirilmesi (Kombination) tekabül eder. Bu bakımdan karışık muhtevalı akte daima, taallük ettiği akit tiplerinin hükümleri aynı zamanda doğrudan doğruya uygulanırlar.

Tarihsel açıdan birleştirme görüşünü "Kıyasen uygulama görüşü" takip eder.

13 Rümelin ve Hoeniger'in görüşü için bk. yuk. §3, I. A.

14 Grundformen. sh. 382 vd.; Hoeniger'le aynı fikirde: Treichler, sh. 30; Schwarz, sh. 170; Gök-türk, sh. 370; Nauert, sh. 53, 54; ayrıca bk. Sem. jud. 74 (1952) (424; SJZ. 60 (1964), 42, Nr. 79.

15 sh. 204 vd.

16 sh. 208 vd.

3- *Kıyasen uygulama veya yaratma görüşü (Analoge Rechtsanwendung, Kreationstheorie; theorie de l'application analogique du droit, theorie creation).*

Bu görüşe göre, karışık muhtevalı akit, esas itibariyle, kanunen düzenlenmemiş bir akit olduğundan kanuni akit tiplerinin hükümleri bu akte ancak kıyasen uygulanabilirler.

Bu görüşü ortaya atan Schreiner'e göre<sup>17</sup> sistematik bir düzenden mahrum olan kanuni akit tipleri müşahhas birer bütün olarak düzenlenmişlerdir. Bu bakımdan kendilerine bağlanmış hükümlerin doğrudan doğruya uygulanması ancak bu hükümlerden elde edilecek tanımın tam gerçekleşmesi halinde mümkündür. Şu halde bu tanımın tam gerçekleşmediği hallerde, kanunen düzenlenmemiş bir akit söz konusu olur. Bu akit, her ne kadar kanuni akit tiplerine büyük bir benzerlik gösterirse de, esas itibariyle kanuna yabancıdır ve bu sebepten özel hükümler buna ancak kıyasen uygulanabilirler. Ancak özel hükümlerin kıyasen uygulanabilmeleri, bunların menfaatleri durumu ve kanunun gayesi açılarından karışık muhtevalı akit için de geçerli olmalarına bağlıdır<sup>18</sup>. Şu halde karışık muhtevalı akte yalnız Borçların genel hükümleri doğrudan doğruya, buna karışık çeşitli akit tiplerine bağlanmış kaideler kıyasen tatbik edilebilirler. Böylece karışık muhtevalı akit, hüküm ve neticelerinin tayini açısından, sui generis akte nazaran bir farklılık göstermez<sup>19</sup>.

Bu görüşe Heck<sup>20</sup>, hâkimin hüküm yaratması olarak nitelendirmiş ve buna yaratma görüşü (Kreations-theorie) adını vermiştir.

Karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin nasıl tesbit edileceğini açıklayan görüşleri böylece görmüş olduk. Şimdi bunların değerlendirilmesine geçebiliriz.

## II- Görüşlerin değerlendirilmesi

### A- *Karışık muhtevalı akte sadece Borçların genel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşün değerlendirilmesi.*

Bu görüş esas itibariyle iki bakımdan yerinde değildir.

Bir kere karışık muhtevalı akte münhasıran Borçların genel hükümlerinin uygulanacağını kabul edilmesi, hâkimin karar serbestisinin geniş öl-

<sup>17</sup> Schreiber in kanuni akit tiplerinin niteliği hakkındaki görüşü için bk. §3, I, B.

<sup>18</sup> sh. 210, 216.

<sup>19</sup> sh. 216; Aynı görüşte Swarsensky, sh. 48; Büchenbacher, sh. 17; Gelzer, sh. 21; Plancks Komm., II, 2, sh. 644; Gugelmann, sh. 102, 103; kısmen yakın Merscheidt-Hüllessem, sh. 856.

<sup>20</sup> Grundriss. sh. 244.

çüde sınırlar<sup>21</sup>. Çünkü bu görüşün benimsenmesi halinde hâkim, adil bir sonuca varacağını bilse dahi, özel hükümlere başvurmak imkânından mahrum olacaktır. Oysa hukukun gayesi çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmaktır. Görülüyorki, bu görüş hukukun gayesinin gerçekleşmesine engel olmaktadır.

Diğer taraftan karışık muhtevalı akte özel hükümlerin uygulanması kanuni akit tiplerinin niteliği açısından da zaruridir. Yukarıda akit tiplerinin bir nispi kapalı karakteri haiz olduklarını; çünkü bunlara bağlanmış hükümlerin uygulama alanlarının bu tiplerin tanımlarına tam manasıyla uyan ilişkilerle sınırlandırılmamış olduklarını ; tam tersine bu hükümlerin akit tiplerine yalnız bir benzerlik gösteren somut ilişkilere de uygulanabileceklerini görmüştük<sup>22</sup>. Şu halde, karışık muhtevalı akit ile kanuni akit tipleri arasında çok büyük bir benzerlik mevcut olduğuna göre, bu tiplerin hükümlerinin karışık muhtevalı akte de tatbiki gerekir. Başka bir deyişle, çeşitli akit tiplerinin unsurlarının karışımından meydana gelen karışık muhtevalı akti, unsurlarını ihtiva ettiği akit tiplerine bağlamak (subsumtion) söz konusu olmasa sa, bu tiplerin sahalarına sokmak, kanunda düzenlenmiş akitlerin nispi kapalı karakterleri nedeniyle mümkündür. Böylece karışık muhtevalı akte özel hükümlerin uygulanması imkânı doğar ve hatta bu zorunlu olarak kendisini kabul ettirir<sup>23</sup>. Gerçekten meselâ pansiyon sözleşmesinde bedelin ödenmemesi halinde pansiyoncunun, diğer tarafın odayı döşemek, süslemek veya ondan istifadesini artırmak için getirmiş olduğu menkul eşyası üzerinde, bir hapis hakkının mevcut olamayacağını düşünmek mümkün değildir. Oysa yalnız genel hükümlerin uygulanacağını kabul edilmesi, pansiyoncuya bu hakkın tanınmaması sonucunu doğurur.

Şu halde karışık muhtevalı akte Borçların özel hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak şunu da ilâve edelim ki, bu akit şüphesiz genel hükümlere de, her akit gibi tâbi olacaktır. Böylece bu akte genel hükümler yanında özel hükümlerde uygulanacaklardır. Ancak Ancak bu uygulamanın nasıl olacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yukarıda açıkladığımız bu görüşleri şimdi değerlendireceğiz.

*B- Karışık muhtevalı akte Borçların özel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşlerin değerlendirilmesi.*

Burada üç farklı görüşün ileri sürüldüğünü görmüştük.

1- *İmtisas görüşünün değerlendirilmesi.*

Bu görüşü, Lotmar'ın yaptığı gibi, karışık muhtevalı akdin iki şeklini birbirinden ayırmak suretiyle değerlendirmek yerinde olur.

21 *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1135, sh. 4; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 32.

22 bk. §3, II, B, 2, d, cc.

23 *Hoeniger*, Vorstudien, sh. 25; *Fischer*, sh. 23; *Tillmann*, sh. 37; *Krückmann*, sh. 328; *Becker*, Art. 19, Nr. 16.

Bir tarafa birden ziyade tipik edim borcu yükliyen karışık muhtevalı akti, tek bir tipin hükümlerine tabi tutmak, akit serbestisi prensibine esas itibariyle aykırı düşer. Gerçekten hukuk düzeni akit serbestisi prensibini tanımak suretiyle, taraflara ilişkilerini diledikleri biçimde -ancak kanununun öngördüğü sınırlar içinde kalmak şartıyla- düzenlemek imkânını tanımıştır. Bunun ifade ettiği anlam, yapılmış olan akdin, niteliğinin ve doğruluk ve güven kurallarının gerektirdiği hukuki sonuçları meydana tetirmesidir. Şu halde, kanuni akit tiplerinden farklı bir anlam yapısını haiz olan karışık muhtevalı akti, bu tiplerden yalnız bir tanesine tabi tutmak, onun kendine özgü anlam yapısına uygun hukuki sonuçlarının bir kısmını doğurmasına engel olmaktadır. Oysa bu, akit serbestisi prensibini açıkca inkâr etmektir<sup>24</sup>. Zira böylece, taraflar ilişkilerini diledikleri şekilde düzenlemek imkânından mahrum edilmiş olurlar. Şüphesiz Blociszewski'nin öne sürmüş olduğu saf olmıyan imtisas görüşü, akit serbestisi prensibine Lotmar'ın saf imtisas görüşüne nazaran daha uygundur. Çünkü bu görüş, hernekadar karışık muhtevalı akti tek bir akit tipine bağlarsa da, ona yan nitelikte olarak kabul edilen edimin taallük ettiği tipin hükümlerinin de kıyasen uygulanabileceklerini öngörmek suretiyle, bu aktin kendine özgü anlam yapısına uygun hukuki sonuçlar meydana getirmesine kısmen imkân verir. Ancak, burada da akit serbestisi prensibinin zedelendiğini görürüz. Gerçekten taraflarca eşit önemde oldukları kabul edilen iki edimden bir tanesinin asli, diğerinin ise yan olduğunu iddia etmek, esasında taraf iradelerine hukuk düzeninin tanıldığı düzenleme yetkisinin reddi anlamını taşır. Mademki taraflar, her iki edimin eşit önemde, yan asli olmalarını öngörmüşlerdir, o halde hukuki değerlendirmede de bunun esas alınması gerekir.

Şüphesiz taraflar her iki edimden birinin asli diğerinin ise yan nitelikte olacağını kararlaştırabilirler. Bu takdirde karışık muhtevalı olmıyan bu akdin, asli edimin ait olduğu tipe tâbi kılınacağını, ancak yan edimin taallük ettiği tipin hükümlerinin de buna kıyasen uygulanacağını yukarda belirtmiştik<sup>25</sup>. Görülüyor ki bu aktin hüküm ve neticelerinin tayininde takip edilen yol, saf olmıyan imtisas görüşünün öngördüğüdür. Gerçekten Lotmar'ın, BGB nin bu görüşü benimsediği iddiasını ispat etmek için dayanmış olduğu hükümler, mahiyetten farklı bir yan edimin asli bir edime katılması halini düzenlemektedirler<sup>26</sup>. Başka bir deyişle, bu maddelerde, karışık muhtevalı değil, fakat tek tipli bir akit söz konusudur. BGB, bunlara niteliklerine uygun olarak, imtisas görüşünün uygulanacağını öngörmüştür. Bu bakımdan Hoeniger'in, Lotmar'ın dayandığı kanun maddelerinin esas itibariyle

24 Hoeniger, Grundformen, sh. 114 vd.; Fischer, sh. 26; Weiss, sh. 61.

25 bk. 4, I, C, 2, c, bb. ccc.

26 Bu hükümler için bk. yuk. not 3.

27 Grundformen, sh. 367 vd.

imtisası değil, fakat hükümlerin birleştirilmesini (Kombination) amaçladıklarını iddia etmesi<sup>27</sup> yerinde değildir<sup>28</sup>. Çünkü bu maddelerde asli bir edime onun gerçekleşmesini sağlayacak veya onu mümkün kılacak bir yan edimin katılması söz konusudur. Ancak bu durumlarda Lotmar'ın saf imtisas görüşünün uygulanamayacağı da şüpheden uzaktır. Bu bakımdan Hoeniger'in hükümlerin birleştirileceği iddiası bir dereceye kadar doğrudur. Gerçekten böyle bir sözleşmeye yan edimin ait olduğu hükümlerin tatbiki sözleşmenin niteliği açısından zaruridir. Lâkin burada hiç bir zaman Hoeniger'in iddia ettiği gibi, iki tipin hükümlerinin eşit bir biçimde uygulanması (Kombination) söz konusu değildir. Tarafların edimler için yapmış oldukları farklı değerlendirme sözleşmenin hüküm ve neticelerinin tayininde de etkili olur ve böylece asli edimin kuralları doğrudan doğruya, yan ediminkiler ise kıyasen tatbik edilirler<sup>29</sup>. Aynı durum Türk ve İsviçre Borçlar hukuku içinde söz konusudur (bk. BK. m. 357 /I). Şu halde asli bir edime mahiyetten farklı bir yan edimin katılmasını ön gören aktin hukukî değerlendirilmesi saf olmyan imtisas görüşüne göre gerçekleştirilir<sup>30</sup>.

Görülüyor ki imtisas görüşü, bir tarafa birden çok asli edim borcu yükliyen karışık muhtevalı akit için geçerli değildir. Kaldı ki bizzat Lotmar'da, iki asli edim borcunun yan yana yüklenmesi halinde tek değil, fakat birden ziyade aktin söz konusu olacağını ileri sürmek suretiyle<sup>31</sup> görüşünün sadece mahiyetten farklı bir yan edimi ihtiva eden akte uygulanacağını zımnen ifade etmiştir.

Diğer taraftan, iki tipik edim borcunun karşılıklı yüklenilmeleri halinde, aktin tek bir tipin hükümlerine tâbi tutulması, akit serbestisi prensibine ayırıcı olduğu gibi, sinalagma kavramı ile de bağdaşmaz<sup>32</sup>. Gerçekten sinalagmatik aktin esasını tarafların zıt gayelerle hareket etmesi teşkil ettiğine göre, biri diğerinin sebebi olan edimlerden birinin niçin bütün aktin hukukî değerlendirilmesine hakim olacağı anlaşılamaz. Bu edimin bir gelir kaynağı olması, böyle bir tercihin nedenini teşkil edemez. Çünkü Lotmar'ın iddiasının aksine, akitler sahasında, iktisadi unsurlardan ziyade, taraf iradeleri esastır<sup>33</sup>. Nitekim BK. m. 18 /I'e göre aktin yorumlanmasında, tarafların hakiki ve müşterek iradelerinin aranması gerekir. Şüphesiz yorumda iktisadi unsurlar yararlı olabilirler. Fakat hiç bir zaman mutlak bir değere haiz değillerdir. Böylece taraf iradeleri esas alındığı takdirde, karışık muhte-

28 Krş. *Schreiber*, sh. 196.

29 Aynı fikir için bk. *Mauritz*, sh. 32 ; *Tillmann*, sh. 35, 36.

30 Bugün doktrinde hâkim olan görüş, budur. bk. yuk. §4 I, C, 2, c, bb, ccc, not 364 ve 362 zikredilen müellifler.

31 I, sh. 192. not 2.

32 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 60; *Tillmann*, sh. 39; *Ochs*, sh. 16.

33 *Hoeniger*, Grundformen, sh. 58.

valı sinalagmatik aktin tek bir tipin hükümlerine tâbi tutulması mümkün olmaz. Zira gayelerindeki zıtlık ve karşılıklı edimlerin çeşitli akitlere ait olması, karışık muhtevalı akdin tek bir akit tipine bağlanmasını (subsumtion) imkânsız kılar. Gerçekten bu akitte bir tarafın borç altına girmesinin nedeni, diğer tarafında borç altına girmesi olduğuna göre, bu edimlerden birinin asli diğerinin tali nitelikte olduğunun kabulü hatalıdır. Diğer taraftan “gelir kaynağı” esası, doğru olduğu kabul edilse bile, her zaman için yeterli değildir. Nitekim edimlerin her ikisinin de birer gelir kaynağı olmaları veya olmamaları halinde, aktin tipini tayin imkânsızdır<sup>34</sup>.

Görülüyorki, imtisas görüşü karışık muhtevalı aktin hukuki neticelerini tayin yetersizdir. Hatta, akit serbestisi prensibine ve sinalagma kavramına aykırı düştüğünden, haksız sonuçlar doğuracak niteliktedir<sup>35</sup>. Çünkü karışık muhtevalı aktin kendine has anlam yapısına uygun hukuki neticeler meydana getirmesine engel olmaktadır. Oysa her akdi ilişki belirli bir niteliğe sahip olduğuna ve kendi içinde bu niteliğin gerektirdiği düzeni bir dereceye kadar taşıdığına göre<sup>36</sup>, karışık muhtevalı akdin tek bir tipin hükümlerine tabi tutulması, esas itibariyle, onun niteliğinin gerektirdiği düzenlemenin ihmal edilmesi anlamını taşır.

Roma davalar sisteminin şekli imtisasını<sup>37</sup> esas alan bu görüş akit tiplerine çok büyük bir değer verir. Böylece bütün somut sözleşmeleri mümkün olduğu kadar, tek bir tipe bağlamağa gayret eder<sup>38</sup>. Şüphesiz ilk nazarda bu niteliği ile, imtisas görüşü basit ve sarih gözükebilir; hatta içtihatların yeknesaklığını sağladığı bile iddia edilebilir<sup>39</sup>. Ancak vu aldatıcıdır. Çünkü, akitle yüklenilmiş çeşitli edillerden hangisinin asli, hangisinin yan nitelikte olduğunu tayin edecek sağlam kriterler ortaya koyamadığından, görüşün uygulanması daima yargıcın takdirine bağlı olacaktır. Böylece aynı karışık muhtevalı akit bir yargıça göre şu tipe, diğerine göre ise bu tipe bağlanacaktır<sup>40</sup>. Diğer taraftan basit olduğu iddiası da tutarlı değildir. Çünkü doğurduğu haksız sonuçların kaynağını bu basitlik teşkil eder<sup>41</sup>.

Nihayet bu görüş akit tiplerinin nisbi kapalı karakteriyle bağdaşmaz. Yukarıda<sup>42</sup> Kanunun, akit tiplerine bağlanmış hükümlerin uygulama alan-

34 *Hoeninger*, Grundformen, sh. 60; *Tillmann*, sh. 40; *Ochs*, sh. 20.

35 *Schreiber*, sh. 197; *Ochs*, sh. 21.

36 bk. yuk. §3, II, B, 1.

37 bk. yuk. §1, II, B.

38 *Schreiber*, sh. 195; *Ochs*, sh. 19.

39 *Lent*, sh. 208, *Schell*, sh. 10; *Schreiber*, sh. 198.

40 krş. *Fränkel*, sh. 6.

41 *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 74. sh. 532.

42 bk. yuk. §3, II, B, 2, d. cc.

larını, bunların tanımlarına tam anlamıyla uymıyan fakat bunlara benzerlik gösteren somut ilişkilere de tatbik edilebileceklerini kabul etmek suretiyle genişlettiğini; başka bir deyişle özel hükümlerin ilk önce sevk edilmiş oldukları normal tipler, fakat aynı zamanda bunlardan sapan akdi ilişkiler içinde geçerli olacaklarını ön gördüğünü belirtmiştik. Bunun sonucu olarak birden çok akit tipinin unsurlarının karışımından meydana gelen karışık muhtevalı akti, unsurlarını ihtiva ettiği akit tiplerinin sahalarına sokmak ve böylece aynı akte birden çok tipin hükümlerini uygulamak mümkün olur.

## 2- Birleştirme görüşünün değerlendirilmesi.

Hoeninger ve Lent tarafından öne sürülen birleştirme görüşü her şeyden önce kavramlar içtihadına dayandığından<sup>43</sup> red edilmelidir. Gerçekten bugün kavramlar içtihadının artık geçerli olamayacağına, zira hukuk kaidelerinin nedeninin hayat ilişkilerinde, yani çatışan menfaatlerde aranması gerektiğine yukarda temas etmiştik<sup>44</sup>. Burada o açıklamalarımıza atıfla yetineceğiz.

Ancak birleştirme görüşünün, dayandığı metod açısından hatalı olması bir tarafa, karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin tayininde tatminkâr sonuçlar doğuramayacağını da belirtmek yerinde olur.

İlk önce kanunda her unsur veya unsurlar grubuna bir hukuki netice tekabül ettiği iddiası ispatlanamamış bir hipotez niteliğindedir. Kaldı ki, kanunun akit tiplerini bir unsurlar bütünü olarak düşündüğünü ve bunlara bağladığı hükümlerin tesadüfî olmayıp, tam tersine anlam yapılarının (görevlerinin, niteliklerinin ve yapısal farklılıklarının) gerektirdikleri olduğunu daha önce görmüştük<sup>45</sup>. Şu halde Hoeninger görüşünü tamamen yanlış bir esasa dayandırmıştır.

Diğer taraftan unsur ve hukuki netice arasında böyle mücerret bir bağlılığın varlığı kabul edilse dahi, bunun tesbiti iki açıdan hatalı sonuçlar doğurur<sup>46</sup>. Bir kere böyle bir tesbit, hukuk kaidelerinin muhtevalarının fakirleşmesine sebep olur. Gerçekten hukuk ilminde tipin başlıca görevi, akdi ilişkilerin anlam yapılarını (görevlerini, niteliklerini ve yapısal farklılıklarını) açık ve seçik ortaya koymak olduğuna göre, bunun unsurlarına bölünmesi ve her unsura ait olan hukuki neticenin bulunması, esas itibariyle, tipin bu görevinden uzaklaştırılması anlamını taşır. Bunun sonucunda ayrılan hukuki

43 Hoeninger için bk. yuk. §3, II, A; Lent, bizzat kendisi kavramlar içtihadına dayandığını söylemiştir. sh. 71; ayrıca bu hususta bk. Charmatz, sh. 323 ve 325.

44 bk. yuk. §3, II, A.

45 bk. yuk. §3 II, B, 1 ve 2 a; ayrıca bk. Weiss, sh. 67, 68; Tillmann, sh. 50, 51; Charmatz, sh. 343

46 Bu hususta bk. Schreiber, sh. 203, 204.

neticeler artık tiplerin görev, nitelik ve yapısal farklılıklarını aksettirmek olanından mahrum olurlar. Üstelik, böyle bir araştırma kanundaki kaidelerin yerine, bu bağlılığın tebiti işini üzerine alan hukukçunun şahsi kanaatlerinin geçmesine de sebep olur. Çünkü kanunda bir bütün olarak düzenlenmiş akit tiplerinin unsurlarına bölünmesi ve her unsura tekabül eden hukuki neticenin tespiti, kanun koyucu tarafından değil<sup>47</sup>, fakat karışık muhtevalı aktin hükümlerini tayin edecek kimse tarafından gerçekleştirilecektir. Oysa Hoeniger bu tespitin nasıl yapılacağını, bunun ölçülerinin neler olabileceğini belirtmemiştir<sup>48</sup>. Şu halde burada daha ziyade subjektif düşünceler rol oynayacaktır, ki bu da hukuki güvenliği zedeler.

İkinci olarak, Hoeniger'in birleştirme görüşüne göre, karışık muhtevalı aktin hukukten değerlendirilmesinde bunun unsurlarına bölünmesi ve her unsura ait olan hukuki neticenin bulunması gerekir. Oysa, her akti ilişki gibi karışık muhtevalı akitte bir bütündür. Şu manada ki, kendisini meydana getiren unsurlardan birinin ayrılması, onun teşekkül biçimini bozar; başka bir deyişle, onun kendine has anlam yapısını yıkar<sup>49</sup>. Bu bakımdan karışık muhtevalı akti hukuki değerlendirmede bir bütün olarak göz önüne almak ve anlam yapısının (görevinin, niteliğinin ve yapısal farklılığının) gerektirdiği hüküm ve neticeleri ona tanımak gerekir<sup>50</sup>. Aynı ten-

47 *Hoeniger*, kanunun akit tiplerini bir bütün olarak düzenlediğini ve bunlara bağlamış olduğu hükümlerin hangi unsur veya unsurlar grubuna ait olduğunu belirtmediğini; bu bakımdan unsur ve hukuki netice arasındaki bağlılığın tespitinin hukuk ilmine terettüp edeceğini ileri sürmektedir (Grundformen, sh. 382. Esasında bu görüş Rümelin'e aittir. sh. 312, 313).

48 *Stern*. sh. 10 vd.; *Tilmann*, sh. 51 ve *Ochs*, sh. 33. Hoeniger'in unsur ve hukuki netice arasındaki mücerret bağlılığın tespiti için bir metod öne sürdüğünü iddia etmektedirler. Onlara göre Hoeniger'in metodu şudur: "ilk önce hukukten değerlendirilecek ilişki (Tatbestand), buna hükümleri uygulanmak istenen Tatbestand ile müşterek bir üst kavram altına getirilir. Sonra bu hükümlerin ne derece bu üst kavrama bağlı oldukları tespit edilir. Böylece üst kavrama ait oldukları ortaya çıkan kaideler hukukten değerlendirilecek olan Tatbestand'a uygulanırlar." Gerçekten Hoeniger gerek *Vorstudien*, sh. 130 da, gerek *Grundformen*, sh. 210 da böyle bir metod öngörmüştür. Ancak bunu unsur ve hukuki netice arasındaki hukuki bağlılığın tayini için ileri sürmemiştir. O'na göre bu metod kıyasın esasını teşkil eder. Başka bir deyişle bir hükmün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı, bu biçimde araştırılır. Nitekim Hoeniger'de bu metodu, iki tarafa borç yükleyen akitlere bağlanmış hükümlerin, bu akitlerden farklı bir nitelik gösteren şirket akdine tatbik edilip edilmeyeceklerini araştırırken kullanmıştır. O'na göre şirket akti ile sinalagmatik akit, ivazlılık üst kavramı altında birleşirler. Kanunda sinalagmatik akte bağlanmış hükümlerin bir kısmı, esasen ivazlılık kavramına taallük ederler. Şu halde bu hükümlerin şirket akdine kıyasen uygulanmaları mümkündür (Grundformen, sh. 210). Görülüyor ki, *Stern*, *Tilmann* ve *Ochs*'un, Hoeniger'in unsur ve hukuki sonuç arasındaki mücerret bağlılığın tespiti için bu metodu ileri sürdüğünü iddia etmeleri hatalıdır. Kaldı ki, bu metod ta unsur ve hukuki netice arasındaki mücerret bağlılığın nasıl tesbit edileceğini söylemektedir. Gerçekten bir Tatbestand'ın tüm hüküm ve neticelerinden, üst kavrama, ait olanların hangi esaslar, ölçüler içinde bulunacağı belli değildir.

49 bk. yuk. §4, I, B, 1.

50 Aynı fikir için bk. *Fischer*, sh. 30; *Mauritz*, sh. 34; *Weiss*, sh. 69.

kid, ceza Hukukunun fikrî içtima müessesini, karışık muhtevalı akte uygulamayı amaçlıyan Lent hakkında da geçerlidir. Gerçekten o da, bu aktin kendine has bir anlam yapısı, yani unsurlarını ihtiva ettiği tiplerden farklı bir nitelikte olduğunu gözden kaçırmaktadır. Kaldı ki, fikri içtima müessesesinin “kanunsuz suç ve ceza olmaz” prensibi ile yakın bir ilişkisi vardır. Bu prensibinin gereği olarak, her gerçekleşen suç tipi göz önüne alınır<sup>51</sup>. Oysa Borçlar Hukukunda durum farklıdır. Burada her akdî ilişkinin anlam yapısına uygun hukukî düzenlemenin tesbiti esastır.

Nihayet her unsura bir hukuki neticenin tekabül edeceği ve bir unsurun hangi birleşim içinde bulunursa bulunsun kendine ait hukuki neticeyi meydana getireceği hipotezi doğru olsaydı, bu takdirde çeşitli tiplere bağlanmış hükümlerin aynı akte uygulanmasında bir zorlukla karşılaşılması<sup>52</sup>; başka bir deyişle karışık muhtevalı akte, bunu meydana getiren unsurların herbirine ait hukuki geticelerin, herhangi bir çatışma ihtimali söz konusu olmaksızın, yan yana tatbiki gerekirdi. Oysa durum tamamen aksinedir. Gerçekten kanun koyucu her akit tipinde, bunun kendine has anlam yapısına uygun bir düzenleme takip etmiştir. Bunun sonucu olarak, bunların her birinde doğan borçlar, şekil, sona erdirme bakımlarından farklı hükümler öngörmüştür. Böylece bu farklı hükümlerin aynı akte uygulanması genellikle bir çatışma doğurmaktadır. Gerçekten meselâ kira, hizmet ve satım unsurlarını bünyesinde birleştiren bir pansiyon sözleşmesine kira ve hizmet hükümlerinin müştereken ve doğrudan doğruya uygulanacaklarının kabul edilmesi halinde, bunun doğal sonucu olarak bir hükümler çatışması ortaya çıkar. Çünkü kanun koyucu hizmet ve kira akitlerinin sonra erdirilmelerini farklı bir şekilde düzenlemiştir. Böylece bu aktin BK. m. 338 vd. na göre mi, yoksa BK m. 269 vd. na göre mi niyayete erdirileceği ihtilâfı söz konusu olur. Kaldı ki bizzat Hoeniger karışık muhtevalı akte birden ziyade tipe bağlanmış hükümlerin uygulanması halinde, çözümünü güç çatışmaların doğacağını kabul etmiş<sup>53</sup> ve bu durumda hangi hükmün tercih edileceğinin başka bir deyişle hangisinin diğerini soğuracağını (mas edeceğinin) tayini için bir “genel imtisas kuralının” (Absorptionsregel) bulunması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>54</sup>. Görülüyor ki, bizzat Hoeniger de, birleştirme görüşünün tam anlamıyla uygulanamayacağını zımnen kabul etmiştir<sup>55</sup>.

51 *Mauritz*, sh. 35.

52 *Weiss*, sh. 68, 69; *Fischer*, sh. 30; *Tillmann*, sh. 51. *Ochs*, sh. 33, 34.

53 *Worstudien*, sh. 28.

54 *Vorstudien*, sh. 30; *Hoeniger*'e göre birleştirme görüşünde yalnız çatışan hükümlerden birinin tercihi dolayısıyla kısmi bir imtisas; buna karşılık imtisas görüşünde bir tipin diğer bir tipin tüm hükümlerini soğurması (mas etmesi) söz konusu olur (*Vorstudien*, sh. 29).

55 krş. *Weiss*, sh. 68, 69, *Fischer*, sh. 30; *Tillmann*, sh. 51.

Hoeninger ve Lent tarafından ileri sürülen ve kavramlar içtihadına dayanan birleştirme görüşünün, tatminkâr sonuçlar meydana getirmesine engel olan matematiksel karakterinden kurtarıldığı takdirde, karışık muhtevalı akit hakkında geçerli olabileceği bir kısım müellifce öngörülmüştür.

Birleştirme görüşünün bu yeni biçimine göre karışık muhtevalı akit bir bütün teşkil eder. Hukuki değerlendirmede bunun daima göz önünde tutulması, başka bir deyişle aktin unsurlarına bölünmemesi gerekir<sup>56</sup>. Diğer taraftan çeşitli akit tiplerinin hükümleri akte basitçe değil, fakat bir gaye araştırmasından sonra uygulanabilirler. Şöyleki, ilk önce karışık muhtevalı aktin hangi gayeye yönelmiş olduğu ve hangi hükümlerin bu gayeye erişmek için uygulanmaları gerektiği incelenmelidir. Burada her kanun kaidesinin bir menfaatler çatışmasını düzenlediği esastan hareket edilmelidir. Bu bakımdan araştırılması gereken husus, uygulanması düşünülen hükmün dayandığı menfaatler çatışması ile hukuken değerlendirilecek karışık muhtevalı aktin doğurduğu menfaatler çatışmasının aynı yahut benzer olup olmadıklarıdır. Şayet birbirlerinin aynı yahut benzeri iseler, bu takdirde bu hükmün karışık muhtevalı akte uygulanmasının âdil bir sonuç meydana getirip getirmeyeceğinin incelenmesi gerekir<sup>57</sup>. Olumlu cevap halinde hüküm doğrudan doğruya akte tatbik edilir.

Birleştirme görüşünü bu biçimde açıklayanlara göre, çoğu halde, karışık muhtevalı akit, unsurlarını ihtiva ettiği akit tiplerinin düzenlediği menfaatler durumunun aynısını meydana getirir. Bu bakımdan bu tiplere bağlanmış hükümlerin karışık muhtevalı akte doğrudan doğruya uygulanabilecekleri bir dereceye kadar varsayılabilir. Ancak bu varsayım, hükümlerin karşılıklı çatışmaları halinde değerini yitirir. Çünkü bu durum, çatışan hükümlerden birinin karışık muhtevalı aktin meydana getirdiğinden farklı bir menfaatler durumunu düzenlemesinden ileri gelir<sup>58</sup>. Bu takdirde burada uygulanacak hükmün tayini için, kanun koyucuyu bu hükümleri öngörmeğe sevkeden sebepleri araştırmak ve bu sebeplerden hangisinin karışık muhtevalı akitte de söz konusu olabileceğini tespit etmek gerekir.

Bir kısım yazar<sup>59</sup> açıkladığımız bu genel kuralı koymakla yetinmemişler, ayrıca, bunun yanında, hükümlerin çatışması halinde verilecek kararı kolaylaştırmak amacıyla bir takım kaideler öngörmüşlerdir. Bu çatışma kaideleri şunlardır:

56 *Weiss*, sh. 77; *Fischer*, sh. 31; *Mauritz*, sh. 44.

56 *Weiss*, sh. 77; *Fischer*, sh. 31; *Mauritz*, sh. 44.

57 *Tillmann*, sh. 55; *Weiss*, sh. 77; *Ochs*, sh.37; *Fischer*, sh. 32; Birleştirme görüşünün bu yeni biçimine, kısmen yakın olan *Kohlrausch*, doğrudan doğruya uygulanacak hükümlerin çatışması halinde, bir kanun boşluğunun söz konusu olacağını kabul etmektedir, sh. 84.

58 *Tillmann*, sh. 56; *Weiss*, sh. 78.

59 *Fränkel*, sh. 9 vd.; *Weiss*, sh. 78, 80; *Fischer*, sh. 32, 33; *Ochs*, sh. 38, 39; *Schelp*, sh. 93.

1- Emredici hükümler, emredici olmayanlara tercih edilirler.

2- Birden ziyade emredici hükmün çatışması halinde, menfaatler durumu göz önüne alınmak suretiyle, karışık muhtevalı akte en uygun düşen tespit edilir.

3- “Lex specialis derogat lex generalis” kuralı da bir çatışma kaidesidir. Böylece hükümlerden birinin genel, diğerinin ise özel olması halinde, sonuncu hüküm, akdin gayesine uygun düşdüğü takdirde uygulanır.

4- Şayet karışık muhtevalı aktin unsurlarını ihtiva ettiği tipler taraflara değişik kuvvette haklar tanıyorlar veya onlara değişik kuvvette sınırlamalar koyuyorlarsa, bu takdirde en kuvvetli hakkı veya sınırlamayı öngören hüküm uygulanır. Meselâ bir kimse bir at kiralar ve aynı zamanda bunu terbiye etmeği yüklenir. Bu kimse kiracı sıfatıyla zilyet, hizmet borçlusu sıfatıyla da zilyet yardımcısıdır. Zilyetlik daha kuvvetli bir durum olduğuna göre, bu kimse zilyet kabul edilir.

Birleştirme görüşünün bu yeni biçimi esasında, çeşitli akit tiplerine ait hükümlerin karışık muhtevalı akte ancak, bunların gayelerinin ve düzenledikleri menfaatler durumunun araştırılmasından sonra uygulanabileceklerini kabul etmekle, kavramlar içtihadına dayanan Hoeniger ve Lent'e nazaran, daha âdil ve tatminkâr sonuçların elde edilmesini mümkün kılmaktadır. Çünkü böylece karışık muhtevalı akte, kendine has anlam yapısının gerektirdiği hüküm ve neticelerin bağlanması imkânı ortaya çıkar. Gerçekten bugün doktrinde karışık muhtevalı aktin hukuki değerlendirilmesinde “menfaatler durumu”nun ve “akdin gayesinin” temel unsurlar oldukları kabul edilmektedir<sup>60</sup>.

60 Karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin tayininde “menfaatler durumu” iki bakımdan esas alınmaktadır: İlk önce, bir kısım hukukçu, sözünü etmekte olduğumuz üç görüşden-yani imtisas, birleştirme ve kıyasen uygulama- hiç birine üstünlük tanımıyacağını; çünkü bu aktin hüküm ve neticelerinin mücerret bir prensipe göre tayin edilemeyeceğini, buradan “menfaatler durumunun” bazen bir imtisası, bazen bir birleştirmeyi bazende bir kıyasen uygulamayı gerektireceğini ileri sürmektedirler: bk. *Enneccerus |Lehmann*, §100, B, sh. 395, 396; *Soergel |Siebert |Schmidt*, vor §305, Nr. 18; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 10, 11; *Heck*, Grundriss, sh. 244; *Dacnkemann*, Palandt's Komm., §305, Nr. 6; *Groeppe*, Erman's Handkomm., Einl. §305, 2h, zu aa-cc.; *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 73, sh. 531. Bu hususta ayrıca bk. ve krş. *Wilde*, BGB-RGKK, vor §305. Anm. 13; *de Boor*, sh. 205; *Feyzioglu*, sh. 33.

Diğer taraftan, karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin, birleştirme görüşüne göre tayin edileceği hallerde, söz konusu olabilecek hüküm çatışmalarında nihai kararın “menfaatler durumu” incelenmek suretiyle verileceği ifade edilmiştir. bk. *Enneccerus |Lehmann*, §100, B, III, sh. 401; *Oser |Schönenberger*, Vorbem. zu Art. 184-551, Nr. 14; *Groeppe*, Ermans Handkomm., Einl. §305, 2h, zu aa-cc.; *Tunçomağ*, Özel borç ilişkileri, sh. 12; *Fränkel*, sh. 9; *Schell*, sh. 14; *Becker*, Art. 19, Nr.19, 20; *Guhl*, sh. 258. Bu esasî zimmen ifade edenler için bk. *Garobbio*, sh. 306; *Krückmann*, sh. 327; *Esser*, 3. Auflage, sh. 101; *Planio |Ribert |Esmein*, sh. 46. Aynı esasın “birleştirme” ve “kıyasen uygulama” arasında bir ayırım yapmaksızın, uygulanacağını öngörenler: *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 81, sh. 535; *Larenz*, Schuldrecht, II, sh. 6; *Leonhard*, I, 329; *Molitor*, sh. 6. Bu konuda ayrıca bk. JdT 1916 71; SJZ. 22 (1925/26) 68, Nr. 10; 50 (1954) 260, Nr. 14.

Ancak bu görüşün iddia ettiği gibi, çeşitli tiplere bağlanmış hükümlerin, bu akte doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olamaz. Herşeyden önce bunun nedeni, karışık muhtevalı aktin unsurlarını ihtiva ettiği tiplere nazaran farklı bir anlam yapısını, yani farklı bir görev ve niteliği haiz olmasıdır. Gerçekten bu aktin çeşitli tiplerin unsurlarını yep yeni bir bağlılık içinde birleştirmesi, yeni bir ilişkinin meydana gelmesine sebep olur. Esas itibariyle her karışık muhtevalı akdi, bir bütün olarak, kendine has anlam yapısı içinde kavramak ve hukuken değerlendirmek gerekir. Oysa kanunda, bir bütün olarak kavramış karışık muhtevalı akit hakkında herhangi bir hüküm mevcut değildir. Şu halde, gerekli kanunî düzenlemenin bulunmaması, burada bir kanun boşluğunun mevcut olduğunu gösterir<sup>61</sup>. Bir kanun boşluğunun varlığının kabulü, çeşitli akit tiplerine bağlanmış hükümlerin bu akte doğrudan doğruya uygulanamayacaklarını ifade eder. Gerçekten bir kanun hükmünün doğrudan doğruya tatbiki ancak somut olayın, söz konusu hükmün düzenlemeği amaçladığı menfaatler durumunu meydana getirmesine bağlıdır. Şayet somut olayda söz konusu olan menfaatler durumu kanunen düzenlenmemişse, bu takdirde doğrudan doğruya uygulamadan söz edilemez<sup>62</sup>. Karışık muhtevalı akitte de durum böyledir. Şüphesiz, bu akitten doğan menfaatler çatışması, çeşitli akit tiplerinde öngörülmuş hükümlerin düzenlemeyi amaçladıklarının aynı, yahut benzeri olabilir. Ancak bu doğrudan doğruya uygulamayı haklı kılmaz. Çünkü bunun söz konusu olabilmesi için, kanunun bizzat bu menfaatler çatışmasını tanzim etmeği amaçlaması gerekir. Oysa Kanunun, karışık muhtevalı akti düzenlemediği açıktır.

Birleştirme görüşünün bu yeni biçimini savunan bir kısım hukukçu, hükümlerin doğrudan doğruya uygulanmasını bunların yorumuna dayandırmaktadırlar<sup>63</sup>. Bu hukukçulara göre, bir akit tipi çevresi içinde öngörülmuş hükümlerde, kanunun, bu hükümlerin ilgili tiplerin alanı dışında da uygulanmaları gerektiği hususundaki iradesi, sarih olmıyarak ifade edilmiştir. İşte burada yapılacak bir yorum, kanunun bu eksik ifade şeklini açıklığa kavuşturur ve böylece ilgili hükümlerin karışık muhtevalı akde doğrudan doğruya uygulanması imkânı doğar. Bu düşünce tarzı esas itibariyle yerinde değildir. Çünkü tiplerin bir nispi kapalı karakteri haiz olduklarını gözden kaçırmaktadır. Gerçekten bu görüş ancak, tiplerin açık bir nitelikte öngörülmeleri halinde doğru olabilir. Zira, daha yukarda açıklamış olduğumuz

61 Kanun boşluğu için bk. *Meier-Hayoz*, Berner Komm., Art. 1, Nr. 251, 255; *Burckhardt*, Die Lücken des Gesetzes, sh. 8, 16; *Methode und system*, sh. 260; *Larenz*, Methodenlehre, sh. 350; vd.; *Enneccerus/Nipperdey*, §58, sh. 207; *Deschenaux*, Schweizerisches Privatrecht, sh. 95.

62 *Coing*, Grundzüge. sh. 270; *Germann*, Methodische Grundfragen, sh. 111.

63 *Weiss*, sh. 74; *Tillmann*, sh. 52; ayrıca bk. *Ochs*, sh. 36; *Mauritz*, sh. 37.

gibi<sup>64</sup>. açık tipte, somut ilişkinin onun aynı değil, fakat benzeri olması yeterlidir. Bu bakımdan açık tipin söz konusu olduğu hallerde, buna bağlanmış hükümler, bütün benzeri ilişkilere aynı biçimde uygulanırlar. Oysa Kanunumuz akit tiplerini nispi kapalı bir karakter içinde öngörmüştür<sup>65</sup>. Esasında nispi kapalı karakter, akit tiplerine bağlanmış hükümlerin hangi hallerde doğrudan doğruya, hangi hallerde ise kıyasen uygulanabileceklerini gösterir. Bu karaktere göre doğrudan doğruya uygulama ancak somut ilişkilerin, tiplerin aynı olmaları halinde söz konusu olur. Başka bir deyişle bir akit tipinin hükümleri sadece, bunun tanımında belirtilmiş esaslı unsurlarının hepsini ihtiva eden ve böylece buna bağlanabilen (Subsumtion) bir ilişkiye doğrudan doğruya tatbik edilebilirler. Çünkü burada kanuni düzenlemenin nedenini teşkil eden yani kanunun tanzim etmeği amaçladığı bir ilişki mevcuttur. Şu halde bundan şu sonucu çıkarabiliriz: Tipin aynı olmıyan bir ilişkiye, hükümlerin doğrudan doğruya tatbiki mümkün değildir. Ancak burada bir noktanın daha açıklanması gerekir. Acaba tipin aynı olmıyan, fakat benzeri olan bir ilişkiye bu hükümler hiçbir şekilde uygulanamazlar mı? Başka bir deyişle acaba bu hükümler sadece, tipin aynı olan ilişkilere mi tatbik edilirler? Kanun tipin açık niteliğini kısmen muhafaza etmek suretiyle, tipe tam uymıyan, fakat benzerlik nedeniyle bunun sahasına sokulabilen ilişkilere de hükümlerin tatbiki imkânını tanımıştır. Ancak burada artık doğrudan doğruya değil, fakat kıyasen uygulama söz konusudur. Çünkü bu benzer ilişkiler, kanuni düzenlemenini nedenini teşkil etmezler. Zaten bu sebepten özel hükümlerin ilk önce sevk edilmiş oldukları normal tipler; sonra bunlardan sapan akdi ilişkiler için geçerli olacakları öne sürülebilir.

Çeşitli akit tiplerinin hükümlerinin karışık muhtevalı akde doğrudan doğruya tatbikini yorumla açıklıyan hukukçular, görüşlerinin yukarda açıkladığımız hatalı noktasını “yorum” ve “kanun boşluğu” kavramlarının sınırlarının sarıh olarak tespitinin mümkün olmadığını; kanunun natamam ifadesinin tamamlanmasına yönelik yorumla, hukuk yaratma (kıyas) arasında pek büyük bir farkın bulunmadığını; çünkü her ikisinde de gaye araştırılmasının ve menfaatler durumunun takdirinin esas olduğunu ve bu bakımdan bir hükmün doğrudan doğruya mı, yoksa kıyasen mi uygulanacağı münakaşasının pratik bir değer arzemediğini<sup>66</sup> ileri sürmek suretiyle gidermeğe çalışmışlardır<sup>67</sup>.

64 bk. yuk. §3, II, B, 2. d.

65 bk. yuk. §3, II, B, 2. d.

66 Bu özellikle *Leonhard* tarafından ileri sürülmüştür. I, sh. 331; ayrıca bk. *Mauritz*, sh. 43. Bir kısım hukukçu karışık muhtevalı akte ilgili tipik akitlerin hükümlerinin doğrudan doğruya mı, yoksa kıyasen mi uygulanacakları tartışmasına bir değer atfetmemektedirler. Onlara göre her iki haldede hükümlerin birleştirilmesi söz konusu olur. bk. *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl, Nr. 73, sh. 532; *Molitor* sh. 6; *Wilde*, BGB-RGRK, vor §305, Anm. 14; *Danckelmann*, Palandt's Komm., §305, Nr. 6

67 *Weiss*, sh. 74; *Tillmann*, sh. 53, genişletici yorum ile kıyas arasında bir fark bulunduğunu kabul etmekte; fakat bunların her zaman birbirlerinden ayırd edilemeyeceğini de ileri sürmektedir.

Bugün artık, yorumda da bir hukuk yaratmanın söz konusu olduğundan şüphe edilmemektedir<sup>68</sup>. Gerçekten bir hükmün anlamının veya şumunun tespitinde, yahut sarih olmıyan bir hukuk kavramının açıklanmasında tali derecede de olsa, bir hukuk yaratmanın söz konusu olduğu muhakkaktır. Şu halde, yorum ve boşluk doldurma hukuk yaratmanın birer biçimi olduklarından, aynı niteliktedirler. Niteliklerinin aynı olması, kullandıkları metodları da kaideten müşterek yapar<sup>69</sup>. Ancak buna rağmen hâkimin yorum ve boşluk doldurma faaliyetlerinin birbirinden ayırmak gerekir<sup>70</sup>. Çünkü yorum daima mevcut bir hükmü ilgilendirir ve onun anlamını açıklamaya yönelir. Buna karşılık boşluk doldurmada, kanunun öngörmediği bir hükmü bir düzenlemeyi öngörmek; başka bir deyişle kanunu tamamlamak söz konusudur. Böylece yorumda hâkim, hukuk yaratmağı değil, fakat belli bir hükmün anlamını tayin etmeği; boşluk doldurmada ise bizzat hukuk yaratmağı maçlar. Şüphesiz kavram olarak birbirinden farklı olan yorum ve boşluk doldurmanın karşılıklı sınırlarını, başka bir deyişle gerede bir kanun boşluğunun mevcut olduğunu kesin bir şekilde tespit mümkün değildir<sup>71</sup>. Ancak karışık muhtevalı akitin, kendine has anlam yapısı içinde bir kanunî düzenlemeden yoksun olduğu muhakkaktır. Bunun akit tiplerinin unsurlarını ihtiva etmesi, bir düzenlemenin varlığına işaret teşkil etmez. Çünkü daha öncede belirttiğimiz gibi<sup>72</sup>, unsurlar tek tek anlamsızdırlar; ancak diğer unsurlarla bağılıkları içinde bir değer kazanırlar. Şu halde, hukuki açıdan değerli olan, tek tek unsurlar değil, fakat bunların meydana getirdiği bütünlüktür. İşte karışık muhtevalı akit bir bütün olarak kanun tarafından düzenlenmemiştir.

Şu halde, karışık muhtevalı akte, unsurlarını ihtiva ettiği tiplerin hükümleri doğrudan doğruya uygulanmayacaklarından, birleştirme görüşünün bu yeni biçimi de geçerli olamaz.

### 3- Kıyasen uygulama, yaratma görüşünün değerlendirilmesi.

Karışık muhtevalı akit kanunda düzenlenmemiş olduğuna göre, buna özel hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceklerini öngören görüşün yerinde olduğu kendiliğinden ortaya çıkar. Gerçekten, mademki bu akit

68 Bu hususta bk. *Larenz*, Methodenlehre, sh. 342 vd.; Richterliche Rechtsfortbildungen, sh. 1 vd.; *Merz*, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, sh. 318 vd.

69 bk. *Merz*, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung sh. 332 vd.; *Burckhardt*, Methode und System, sh. 280.

70 Aynı fikir için bk. *Meier-Hayoz*, Berner Komm. Art. 1, Nr. 137, 139; *Germann*, Methodische Grundfragen, sh. 111 vd.; *Velidedeoğlu*, sh. 193.

71 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 350; *Burckhardt* hangi halde yorumun, hangi haldede boşluk doldurmanın söz konusu olduğunun tespitini anlamsız bulmaktadır. Methode und System, sh. 280.

72 bk. yuk. §3, II, B. 2, a.

kanunun öngörmediği bir unsur birleşimidir, o halde bunun hukuki değerlendirilmesinin Medeni Kanunun 1. maddesi esasları içinde geliştirilmesi gerekir. İşte bu görüş, hareket noktası ve biçimi ile bu hükmün icaplarını en iyi karşılayan ve yerine getirendir<sup>73</sup>.

Ancak karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin, bunun unsurlarını ihtiva ettiği tiplere bağlanmış kaidelerin kıyasen uygulanması suretiyle tespit edileceğinin söylenmesi doğru, fakat eksik bir ifadedir. Zira böyle bir ifade, daha ziyade karışık muhtevalı aktin bu kaideler karşısındaki durumunu belirtir. Oysa bizim üzerine eğildiğimiz konu, bu aktin hüküm ve neticelerinin nasıl tayin edileceğidir.

Esasında, her sözleşme gibi, karışık muhtevalı aktin hukuken değerlendirilmesi, onun yorumlanmasıyla başlar. Hukukun uygulanmasında genel olarak hukuki işlemin, özellikle akdin, iki değişik anlamı vardır. İlk önce bu kanuni düzenlemenin konusu ve bu açıdan da bir hukuki olaydır. Diğer taraftan bu, bizzat hukuki düzenlemenin bir kaynağıdır. Çünkü uygulaması mecburi bir takım hüküm ve neticelerin doğumuna yol açar<sup>74</sup>. İşte karışık muhtevalı aktin taraflar arasında ne gibi haklar ve borçlar doğurduğunu, yani ne gibi hüküm ve neticeler meydana getirdiğini tayin aktin yorumlanmasını gerektirir<sup>75</sup>.

Kaideten, her akit gibi karışık muhtevalı aktin de, muhtevasının tayini için yapılacak yorumun temel kuralını, objektif hüsniniyet, yani doğruluk ve güven kuralları teşkil eder<sup>76</sup>. Böylece karşılıklı taraf irade beyanlarının,, muhatabın buna doğruluk ve güven kurallarına uygun olarak verebileceği anlamı taşıdığı kabul edilir (İtimat prensibi)<sup>77</sup>. Karışık muhtevalı akdin bu yorumunda, özellikle, aktin gayesi çok önemli bir unsur olarak ortaya çıkar. Kaideten her müphem nokta akitle erişilmek istenen gaye önüne alınmak suretiyle, açıklığa kavuşturulur. Aktin gayesinin tespitinde, taraf irade beyanlarının bir bütün olarak kavranması, yani kullanılmış ifadelerin tek tek değil, fakat diğerleriyle birlikte anlamlarının tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz bu arada, tarafların inikat öncesi ve inikat anındaki şahsi davranışları, akdin meydana getirildiği sıradaki hal ve şartlar, muhtevanın, yani akdi düzenlemenin tayininde etkili bir rol oynarlar.

73 Aynı fikir için bk. *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1135, sh. 5; *Tandoğan*, Özel borç münasebetleri, sh. 33; ayrıca bk. *Gugelmann*, sh. 103.

74 *Larenz*, *Methodenlehre*, sh. 281, 282. Fransız Medeni Kanunu sözleşmenin taraflar arasında kanun hükmünde olacağını ifade etmekle (C. c. fr. Art. 1134), bunun bir hukuki düzenleme kaynağı olduğunu açıkça belirtmiştir.

75 *Molitor*, sh. 6.

76 bk. *Merz*, *Berner Komm.*, Art. 2, Nr. 119, 122; *Meier-Hayoz*, FJS., No. 1134, sh. 5; *Desc-henaux*, *Schweizerisches Privatrecht*; Ayrıca bk. ve krş. *Hirsch*, sh. 166 vd.

77 Bu prensip için bk. *Simonouis*, sh. 506; *Esener*, sh. 24.

Ancak, çoğu zaman karışık muhtevalı akit müphem olmaktan ziyade natamamdır. Gerçekten taraflar, aralarındaki ilişkiden doğabilecek bütün çatışmaları çözülemeye yarıyacak hükümler öngörmezler. Bu takdirde, akdi düzenlemenin tamamlanması gerekir. Bu tamamlama, esas itibariyle, kanunun tamamlayıcı hükümlerine göre gerçekleştirilir. Kaideten bütün sözleşmeler, isimli veya isimsiz, Borçların genel hükümlerine tabidirler<sup>78</sup>. Böylece karışık muhtevalı akitte tarafların eksik bıraktıkları noktalar, bu hükümlere göre tamamlanırlar. Ancak burada özellikle üzerinde durulması gereken husus somut aktin anlam yapısının “lex generalis”ten sapan bir “lex specialis”i gerektirip gerektirmediğidir. Kanunen düzenlenmiş sözleşmelerde, bunlar için özel hükümler öngörülmüş olduğundan bir tereddüt söz konusu değildir. Ancak, isimsiz akitlerde, özel bir düzenleme mevcut olmadığından, durum farklıdır. Burada yargıç mekanik olarak genel hükümleri uygulamaktan kaçınmalı, aktin gayesinin ve niteliğinin bir takım özel hükümlere ihtiyaç gösterip göstermediğini araştırmalıdır<sup>79</sup>. Karışık muhtevalı aktin çeşitli akit tiplerinin esaslı unsurlarını bünyesinde birleştirmesi, bunun özel hükümleri gerektirdiğini kaideten ifade eder. Bu bakımdan, karışık muhtevalı aktin anlam yapısının (görevinin, niteliğinin ve yapısal farklılığının) lex generalis’ten sapan lex specialis’e ihtiyaç göstermediği şüpheden uzaktır. Kaldı ki akit tiplerinin nispi bir kapalı karakteri haiz olması<sup>80</sup> kanunun bu tiplere bağlanmış özel hükümlerin, bunlara benzerlik gösteren, fakat kanunda düzenlenmemiş olan somut ilişkilere de uygulanmaları hususundaki iradesini ifade eder. Bu bakımdan da, karışık muhtevalı aktin lex specialis’e tabi tutulması gerekir.

Ancak Borçlar Kanunumuz, karışık muhtevalı akti düzenlememiştir. Şu halde, bu aktin anlam yapısının gerektiği özel hükümler nasıl tespit edilecektir? MK. m. I/II e göre yargıç söz konusu boşluğu, ilk önce örf ve adet kurallarına müracaatla dolduracaktır. Kaideten kanuni düzenleme hayatı takip eder. Bu sebepten, belirli akdi ilişkinin, kanuni tanzimden önce, devamlı ve değişmeyen bir içtihat sonunda, bir tip olarak ortaya çıkması pekâlâ mümkündür. Böylece belli bir karışık muhtevalı aktin küküm ve neticelerini tayin edecek olan yargıç, bununla ilgili bir örf ve adet kuralının mevcut olup olmadığını araştırmak zorundadır.

Şayet böyle bir örf ve adet kuralı mevcut değilse, bu takdirde yargıç söz konusu boşluğu, çeşitli akit tiplerine bağlanmış hükümlerin kıyasen karışık muhtevalı akte uygulamak suretiyle doldurmağa çalışacaktır. Kıyasın temel düşüncesini “benzer hukuki olayların, aynı hukuki değerlendirmeğe

78 krş. C. c. fr. Art. 1107/1.

79 *Meier-Hayoz*, FJS. No. 1134. sh. 8.

80 bk. yuk. §3, II, B, 2, d, cc.

tabi tutulması gerektiği” esası teşkil eder<sup>81</sup>. Şu halde bir hükmün kanunen düzenlenmemiş bir olaya kıyasen uygulanmasına araştırılması gereken husus, bir benzerliğin mevcut olup olmadığıdır. Benzerliğin ifade ettiği anlam, kanunen düzenlenmiş olay ile kanunen düzenlenmemiş olayın, bir açıdan birbirlerine uygun, diğer bir açıdan ise birbirlerinden farklı olmalarıdır. Şu halde bunlar ne tamamen birbirlerinin eşi, ne de tamamen birbirlerine yabancıdırlar. Ancak kıyasın söz konusu olabilmesi için, uygunluğun farklılığa ağır basması ve kanunun söz konusunu hükmü sevkederken yalnız uygun düşen noktaları göz önüne almış, başka bir deyişle hukuki düzenleme da farklı noktaların bir etkisinin olmamış olması gerekir. Şu halde bir hükmün kıyasen uygulanabilmesi, bunun öngörülmesine esas teşkil eden sebebin, düzenlenmemiş olayda da mevcut olmasına bağlıdır. Görülüyor ki kıyasen uygulama bir mukayeseye ve bunun sonucunda varılacak bir değer yargısına dayanmaktadır. Gerçekten bir taraftan kanuni hükmün gayesini, bunun ne gibi bir menfaatler çatışmasını düzenlediğini, diğer taraftan ise kanunen düzenlenmemiş olan olayda nasıl bir menfaatler durumunun mevcut olduğunu araştırmak ve şayet aynı yahut benzer menfaatler durumu söz konusu ise, ilgili hükmü bu olaya kıyasen uygulamak gerekir<sup>82</sup>

Karışık muhtevalı akitte de, ilk önce bunun gayesi tespit edilmeli ve bu gaye açısından ne gibi bir menfaatler çatışmasına yol açtığı araştırılmalıdır. Bundan sonra unsurlarını ihtiva ettiği tiplere bağlanmış hükümlerin gayeleri, yani bunların hangi menfaatler çatışmasını düzenledikleri incelenmelidir. Nihayet karışık muhtevalı aktin meydana getirdiği menfaatler durumuna benzer veya onunla aynı olan bir durumu düzenliyen hükümler akde kıyasen uygulanmalıdır.

Ancak şunuda unutmamak gerekirk, ilgili akit tiplerine bağlanmış hükümlerin karışık muhtevalı akte kıyasen uygulanmaları, her zaman mümkün olmaz. Bu durum özellikle bu aktin meydana getireceği menfaatler çatışmasının, ilgili tiplerin düzenlediklerinden tamamen farklı olması halinde ortaya çıkar. Bu takdirde yargıç, MK. m. I /II e göre, kanun koyucu gibi hareket ederek, bir hüküm öngörür<sup>83</sup>.

Böylece karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin nasıl tespit edilmesi gerektiğini incelemiş olduk. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, burada münhasıran bir kıyasen uygulamadan bahsetmek yerinde değildir. Esasında yargıç çeşitli yollarla -yorum, örf ve adet , kıyas ve kanun koyucu gibi kaide koyma- bu aktin hüküm ve neticelerini tayin eder.

81 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 359; *Coing*, Grundzüge, sh. 270.

82 *Larenz*, Methodenlehre, sh. 360; kıyas hakkında ayrıca bk. *Engisch*, Einführung, sh. 143 vd.; *Coing*, Grundzüge. sh. 270, *Akipek*, sh. 121 vd.; *Saymen*, kıyası kanunun ruhuyla uygulanması şeklinde anlamaktadır, sh. 159 vd.

83 *Meier-Hayoz*, FJS, No. 1135, sh. 5; *Tandoğan*, Özel borç ilişkileri, sh. 33; *Molitor*, sh. 7.

Şu halde bu görüşü Heck gibi,<sup>84</sup> “Yaratma görüşü” olarak isimlendirmek daha doğrudur.

Yaratma görüşü, esas itibariyle karışık muhtevalı aktin kendine has anlam yapısına en uygun ve adil sonuçların elde edilmesini sağlar. Çünkü böylece aktin meydana getireceği menfaatler çatışmasını en iyi çözümliyebilecek ve bunun gayesinin gerçekleşmesine hizmet edecek hükümlerin tayini mümkün olur. Bu bazen ilgili tiplerin hükümlerinin yan yana kıyasen uygulanmaları, bazen bu tiplerden birine bağlanmış hükümlere aktin gayesi açısından üstünlük tanınması<sup>85</sup>, bazen de, bu tiplere bağlanmış hükümlerin hiç birinin karışık muhtevalı aktin doğuracağı çıkarlar çatışmasını çözümleri elverişli olmamaları halinde, yargıcın kendisi kanun koyucu imiş gibi, bir kural koyması suretiyle gerçekleşir.

Burada son olarak, doktrinde Schreiber’in kıyasen uygulama görüşüne karşı öne sürülmüş olan tenkitlere temas edeceğiz. İlk önce Schreiber’in kanuni akit tiplerinden ufak bir sapmada dahi, bir karışık muhtevalı aktin meydana geleceğini ve buna ilgili tiplere dair hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceğini kabul etmesi tenkid edilmiştir<sup>86</sup>. Gerçekten meselâ, bir kiracının apartmanının merdivenlerini de temizlemeği üzerine alması halinde, bu aktin artık kira hükümlerine doğrudan doğruya tâbi olmayacağını öngörülmesi yerinde değildir. Ancak haklı bulduğumuz bu tenkidin, geniş ölçüde karışık muhtevalı akit kavramı ile ilgili olduğu da şüpheden uzaktır. Nitekim bizim anlayışımıza göre belli bir akit tipinden ufak bir sapma karışık muhtevalı akte yol açmaz<sup>87</sup>. Bu bakımdan bu tenkid burada savduğumuz karışık muhtevalı akit kavramı karşısında geçerli olamaz.

İkinci olarak, bu görüşün benimsenmesi halinde karışık muhtevalı akit ile sui generis akit arasında hiç bir farkın kalmıyacağı; oysa her ikisinin tamamen ayrı şeyler oldukları iddia edilmiştir<sup>88</sup>. Esasında bu itiraz da sağlam temellere dayanmaktadır. Gerçekten yukarda görmüş olduğumuz gibi, ayrı bir karışık muhtevalı akit sorununun ortaya çıkmasının nedeni, bu aktin “tipik” ve “atipik” özellikler göstermesidir. İşte tipik özelliği, onu kanuni akit tiplerine yakınlaştırır ve onun hukuki bir düzenlemeden tamamen yoksun olmadığı görünüşünü yaratır. Buna karşılık atipik özelliği ise, onu sui generis akitlere doğru çeker ve tiplere bağlanmış hükümlerin buna uygulanıp uygulanmayacakları, uygulanacaklarsa bunun nasıl gerçekleştirileceği hususunda tereddütlerin doğmasına yol açar. Böylece karışık

84 Grundriss, sh. 244.

85 Birleştirme görüşünün yeni biçimini kabul eden *Enneccerus /Lahmann*’da bir tipin hükümlerine üstünlük tanınabileceğini kabul etmektedir §100, B, III, sh. 401.

86 *Weiss*, sh. 71; *Tillmann*, sh. 51; *Mauritz*, sh. 36; *Ochs*, sh. 35.

87 bk. yuk. §4, I, C, 2. c. bb. ccc ve d.

88 *Weiss*, sh. 71; *Fischer*, sh. 31; *Mauritz*, sh. 36.

muhtevalı akit sorunu bir metot sorunu olarak, yani bunun kanuni akit tiplerine bağlanmış hükümler karşısındaki durumunun tayini ortaya çıkar. Bu metodun doğrudan doğruya uygulama olacağını iddia karışık muhtevalı akti, tipik; kıyasen uygulama olacağı iddiası ise, sui generis akitlere eş bir duruma sokar. Şu halde, öne sürülen bu itirazın benimsenmesi ve karışık muhtevalı akte ilgili tiplerin hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanacaklarının kabulü halide, bu defa bununla tipik akitler arasında bir fark kalmıyacaktır. Oysa karışık muhtevalı aktin kanuni tiplerden farklı olduğu şüphesizdir. Görülüyor ki aynı tenkidi birleştirme görüşü içinde yapmak mümkündür. Esasında bu itirazın hatası, karışık muhtevalı akit sorununun, bu akitle tipik akitlere bağlanmış hükümler arasında bir bağ , bir köprü kurulmasına yöneldiğini unutmamızdır. İşte bu bağ, ancak kıyasen uygulama suretiyle sağlanabilir.

Nihayet, bu görüşün müphem ve yargıcın keyfi kararlarına larına yol açacak nitelikte olduğu öne sürülmüştür<sup>89</sup>. Kanaatimizce, bu da tamamıyla hatalıdır. Çünkü burada yargıç şahsi değerlendirmelerine göre hareket etmemekte; tam tersine kanunun ruhuna ve gayesine uygun hükümler elde etmeğe çalışmaktadır. Kaldı ki, bu görüş hareket noktası ve biçimi ile MK. m. 1 in icaplarını en iyi karşılayan ve yerine getirendir. Çünkü karışık muhtevalı akit, esas itibariyle, kanunun öngörmediği bir unsur birleşimidir. Şu halde diyebiliriz ki, söz konusu görüş yargıça, esasen kanunun tanımış olduğu yetkilerin aynı tanımadır.

## §9- KARIŞIK MUHTEVALI AKİTLERİN SIRALANMASI

Doktrin, karışık muhtevalı akitlerin meydana geliş biçimlerine göre, çeşitli gruplar içinde toplamaktadır. Bu gruplandırmanın esasını, değişik biçimde meydana gelen karışık muhtevalı akitlerin hüküm ve neticelerinin tayininde ya her grupta farklı bir görüşten hareket edilmesi gerektiği<sup>90</sup>, yahutta tek bir görüşün benimsendiği hallerde her grubun, bu görüşün uygulanması açısından, kendine özgü zorluklar gösterdiği<sup>91</sup> düşüncesi teşkil eder. Şimdi burada bu gruplandırma sistemleri üzerinde duracağız. Bunun içinde ilk önce karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin tayininde tek bir metodu, görüşü kabul eden hukukçuların, sonrada birden çok metodun uygulanması gerektiğini iddia eden hukukçuların sistemlerini inseliyeceğiz.

<sup>89</sup> Weiss, sh. 72; Fischer, sh. 31; Ochs, sh. 35.

<sup>90</sup> bk. Ennecerus |Lehmann, §100, B, sh. 395, 396; Soergel |Siebert |Schmidt, vor §305, Nr. 18; Kaduk, Staudinger's Komm., Einl, Nr. 75, sh. 532 ; kısmen aynı esas Wilde, BGB-RGRK, Vor §305, Anm. 13.

<sup>91</sup> bk. meselâ Schreiber, sh. 226.

## **İ- Karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin tayininde tek bir görüş benimsiyenlerin sistemleri.**

Burada özellikle Hoeniger ve Schreiber'in sistemleri esas alınacaktır.

### *A- Hoeniger'in sistemi<sup>92</sup>*

Hoeniger karışık muhtevalı akitlerin beş temel biçim içinde meydana geleceklerini ve her temel biçimin kendine özgü bir unsur birleştirme şeklini haiz olduğunu ileri sürmektedir<sup>93</sup>. Bu temel biçimler şunlardır<sup>94</sup>.

#### *I- Tip karışımı doğurmayan haller:*

1- Tip karışımı doğurmayan temel biçim. Burada bir aktin tip teşkil edici olmıyan unsuru, diğer bir akitle birleşmektedir. Bu durum, meselâ ısmarlananın yüklenilen eser meydana getirilinceye kadar ısmarlıyan ile birlikte oturacağıın kararlaştırılması halinde söz konusu olur<sup>95</sup>.

#### *II- Tip karışımı doğuran haller:*

##### *a- Tipik edimler birleşimi.*

2- Tek bir akte bağlanabilmesine rağmen bir tip karışımı meydana getiren temel biçim yahut karışık âdi şirket.

3- İki akte bağlanabilen ve bir tip karışımı meydana getiren temel biçim yahut çift tipli veya karışık karşılıklı akit. Meselâ kapıcılık sözleşmesi gibi.

4- Bir tarafa birden ziyade tipik borç yükliyen ve tip karışımı meydana getiren temel biçim. Meselâ pansiyon sözleşmesi yahut hizmet şartı ile möbleli bir odanın kiralanması.

Tip için önemli olan, fakat edimin muhtevalısına bağlı olmıyan unsurlar karışımı.

5- Karışık sebebi olması dolayısıyla bir tip karışımı meydana getiren temel biçim. Burada sinalagma, societat ve ivazsızlık unsurlarının karışımı söz konusudur. Bunun tipik örneğini sinalagma ivazsızlık unsurlarının bir bir karışımı olan karışık hibe teşkil eder<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Bu sistem *Becker*, Art. 19, Nr. 5, ve *Molitor*, sh. 4, tarafından aynen benimsenmiştir.

<sup>93</sup> Grundformen, sh. 33.

<sup>94</sup> Grundformen, sh. 317. Bu temel biçimler aynen *Hoeniger*'in vermiş olduğu sıralama içinde buraya aktarılmışlardır.

<sup>95</sup> Grundformen, sh. 35 vd.

<sup>96</sup> Grundformen, sh. 278 vd.

Hoeniger bu beş temel biçimin kesin olduğunu, yani bunlardan herhangi bir tanesine girmiyen bir karışık muhtevalı aktin düşünülemediğini ve bu temel biçimlerin birbirleri ile karışmak suretiyle daha koplike birleşimler meydana getirebileceklerini ileri sürmektedir<sup>97</sup>. Bu durum, meselâ pansiyon sözleşmesinde para borcu yerine, başka bir aktin tipik edim borcunun yüklenilmesi halinde ortaya çıkar. Gerçekten burada üçüncü ve dördüncü temel biçimler karışmışlardır.

#### B- Schreiber'in sistemi

Schreiber Karışık muhtevalı akitleri dört grup içinde toplar<sup>98</sup>.

1- Kurala aykırı (anormal) edim muhtevalı akit. Schreiber'e göre, kanunda yer alan akitlerin tipleri genellikle edimlerinin muhtevalısına göre tayin edilir. İşte bu edim muhtevalısının değiştirilmesi bu grubu karışık muhtevalı akte yol açar. Pansiyon veya seyir sözleşmelerinde olduğu gibi.

2- Kurala aykırı (anormal) karşı ivazlı akit.

Bunun örneğini kapıcılık sözleşmesi teşkil eder.

3- Karışık âdi şirket akti.

4- Katılma suretiyle meydana gelen karışık muhtevalı akit. Bu grup Hoeniger'in beşinci temel biçimde saymış olduğu birleşimler ile karışık ticari işlemleri ihtiva eder. Schreiber'e göre karışık ticari işlemler, kısmen ticari, kısmen de ticari olmayan işlemlerdir. Meselâ bir kömür tüccarının hem ticari, hem de şahsi işlerinde kullanmak üzere bir at satın olmasında olduğu gibi<sup>99</sup>.

#### C- Hoeniger ve Schreiberin sistemlerinin değerlendirilmesi.

Gerek Hoeniger ve gerek Schreiber'in sistemleri, karışık muhtevalı akit anlayışlarına uygun olarak çok geniştir. Gerçekten sistemlerinde yer alan bir grup akit, karışık muhtevalı değildir. Nitekim Hoeniger'in "tip karışımı doğurmayan", "karışık âdi şirket" ve "karışık sebebli olması dolayısıyla bir tip karışım meydana getiren" temel biçimlerinin, Schreiber'in ise üç ve dördüncü, yani "karışık âdi şirket" ve "katılma suretiyle meydana gelen karışık muhtevalı akit" gruplarının ihtiva ettikleri akitlerin esas itibarıyla karışık muhtevalı olmadıklarına yukarıda temas etmiştik. Burada o

97 Grundformen, sh. 317.

98 sh. 218 vd.

99 sh. 223.

açıklamalarımıza atıfla yetineceğiz<sup>100</sup>. Aynı şekilde Hoeniger'in "Bir tarafa birden ziyade borç yükliyen ve tip karışımı meydana getiren temel biçimin" de ve Schreiber'in "kurala aykırı (anormal) edim muhtevalı akit" grubunda karışık muhtevalı olan ve olmıyan akitler bir araya getirilmişlerdir. Gerçekten mahiyetten farklı bir yan edimin başka bir akit tipine katılması hali, iki asli edimin yan yana yüklenilmesi haliyle beraber, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, aynı gruba sokulmuştur. Hatta Schreiber buraya Hoeniger bir tipler karışımı doğurmayan temel biçimini de, yani bir akit tipinin esaslı olmıyan bir unsurunun diğer bir akit tipine katılması halini de dahil etmiştir. Oysa mahiyetten farklı bir yan edimin yahut esaslı olmıyan bir unsurun tipik bir akte ilâvesinin karışık muhtevalı akte yol açamayacağını yukarıda açıklamıştık<sup>101</sup>.

Şu halde bu grupta karışık muhtevalı akit kavramına ancak kısmen uygun düşmektedir. Bu kavrama tam anlamıyla uyan sadece, Hoeniger'in üçüncü (çift tipli karışık akit), Schreiber'in ise ikinci (kurala aykırı karşılıklı akit) grubudur.

Görülüyor ki, Hoeniger ve Schreiber'in sistemleri iki bakımdan hatalıdır: İlk önce sistemlerindeki bazı gruplar tamamen karışık muhtevalı olmıyan akitleri ihtiva etmektedirler. İkinci olarak bazı gruplarda karışık muhtevalı olan ve olmıyan akitler bir araya getirilmişlerdir. Özellikle bu sonuncu hata her iki hukukçunun bir taraftan karışık muhtevalı akit kavramını çok geniş tutmalarından, diğer taraftan ise bunun hüküm ve neticelerinin tayininde tek bir metodu benimsemiş olmalarından<sup>102</sup> ileri gelmektedir. Gerçekten kavramın geniş tutulması, bunun içine farklı nitelikteki akitlerin sokulmasına sebep olmuştur. Bütün bu akitlerin hüküm ve neticelerinin, nitelik farkları göz önüne alınmaksızın, tek bir metoda göre tayin

100 Tip karışımı doğurmayan haller için bk. yuk. §4, I, C, 2, d; karışık adi şirket için bk. yuk. §4, I, C, 1, b; "Karışık sebepli olması dolayısıyla bir tip karışımı meydana getiren temel biçim" veya "katılma suretiyle meydana gelen karışık muhtevalı akit" hakkında: sinalagma ve societas, societas ve ivazsızlık karışımları için bk. yuk. §4 I, C, 1, b, ivazlılık ve ivazsızlık karışımı, yani karışık bağışlama için bk. yuk. §7. Schreiber dördüncü grubunda bir de karışık ticari işlemlerden söz etmektedir. Bunların karışık muhtevalı olmadıkları şüphesizdir. Çünkü bunlar da bir tipler karışımı söz konusu değildir. Oysa üzerinde durduğumuz akit daima bir tipler karışımını gerektirir. Schreiber'in vermiş olduğu örnekte tek bir satım akdi vardır. Tartışmalı olan bunun adı yahut ticari veya her ikisi birden sayılıp sayılmıyacağıdır. Kanaatimizce TK. m. 21 karşısında bu aktin ticari sayılması gerekir. (Kohrausch, sh. 65; Mauritz, sh. 29 ve Tillmann, sh. 58 bu aktin, Schreiber'in sistemine göre, "kurala aykırı edim muhtevalı akit" grubuna girmesi gerektiğini söylemekle, burada karışık muhtevalı bir aktin mevcut olduğunu, kanaatimizce yanlış olarak, zımnen ileri sürmektedirler).

101 bk. yuk. §4, I, C, 2, c, bb. ccc ve d.

102 Hoeniger "birleştirme" (bk. yuk. §8, I, B, 2). Schreiber ise "kıyasen uygulama" (bk. yuk. §8, I, B, 3) görüşünü benimsemişlerdir.

edilmesi ise, girilen sistem teşebbüsünde de, bu nitelik farklarına değer verilmemesi sonucunu doğurmuştur.

Bu hataları nedeniyle her iki sisteminde benimsenmemesi gerekir.

## II- Karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin tayininde birden çok görüşün uygulanmaması gerektiğini ileri sürenlerin sistemleri

Karışık muhtevalı akit kavramını geniş tutan bir kısım hukukçu, Hoeniger ve Schreiber'in aksine, bu aktin hukuki değerlendirmesinde sadece tek bir görüşün benimsenmesinin doğru olmadığını; tam tersine burada bu aktin her değişik biçimine en uygun düşen görüşe göre hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>103</sup>. Böylece karışık muhtevalı aktin değişik biçimlerini bir sistem içinde toplamışlardır. Şimdi burada özellikle Enneccerus /Lehmann ve Leonhard'ın sistemleri üzerinde duracağız.

### A- Enneccerus /Lehmann'ın sistemi<sup>104</sup>.

Enneccerus /Lehmann karışık muhtevalı akitleri meydana geliş biçimlerine göre şu gruplarda toplamıştır<sup>105</sup>.

#### 1- Geniş anlamda karışık muhtevalı akit

a- Mahiyetten farklı bir yan edimi ihtiva eden tipik akit. Buraya, katılma payı olarak çeşitli edim türlerinin yüklenildiği adi şirket ile tipik bir akte mahiyetten farklı bir yan edimin katılması halleri dahildir.

b- İkiz yahut kombine akit. Bu akitte taraflardan biri, birden çok asli tipik edim borcu yüklenmiştir. Meselâ pansiyon sözleşmesinde olduğu gibi.

c- Çift tipli akit. Burada iki tipik edim borcu karşılıklı olarak taahhüt edilmiştir. Meselâ kapıcılık sözleşmesindeki gibi.

2- Dar anlamda karışık muhtevalı yahut tipler karışımı doğuran akit.

103 Enneccerus /Lehmann, §100, B, sh. 395, 396; Kaduk, Staudinger's Komm., Einl, Nr. 75, sh. 532;; Soergel /Siebert /Schmidt, Vor §305, Nr. 18; Leonhard, I, sh. 328, 329.

104 Enneccerus /Lehmann'ın sistemi, bir iki değişikliklikle Kaduk, Staudinger's Komm., Einl, Nr. 76 sh. 532, tarafından benimsenmiştir. Bu değişiklik, Enneccerus /Lehmann'ın sisteminin basitleştirilmesine ve bir kısım grubun isimlerinin düzeltilmesine taallük etmektedir. Aynı şekilde Soergel /Siebert /Schmidt'de esas itibariyle sözü geçen sistemi takip etmektedir. Vor §305, Nr. 18. Diğer taraftan bu sistemi Tunçomağ, Özel borç ilişkileri, sh. 10 vd. ve Feyzioğlu, sh. 29 ufak bir değişikliklikle kabul etmişlerdir.

105 §100, B, I, II, III, IV.

Burada sözleşme, aynı zamanda başka bir akit tipi olarak görünen bir unsur taşımaktadır. Bunun başlıca örneği karışık bağışlamadır. Fakat bundan başka, sulh akdinin bir satımı -meselâ bir kimse tartışmalı olan alacağından, diğer tarafın atını kendisine düşük fiatla satması halinde vazgeçer- yahut bir hizmet akdinin bir şirket akdini -meselâ bir kimse bir tüccarın defterlerini tutmağı, tüccarın onu şirketine ortak etmesi şartıyla, yüklenir- ihtiva etmesi halleri de bu gruba dahildirler.

Enneccerus /Lehmann karışık muhtevalı aktin bu sistemini kurduktan sonra, (a), yani “mahiyetten farklı bir yan edimi ihtiva eden tipik akit” grubunun hüküm ve neticelerinin “imtisâs” ve “kıyasen uygulama”, diğer grupların hüküm ve neticelerinin ise “birleştirme” görüşüne göre tayin edileceklerini ifade etmiştir.

#### B- *Leonhard’ın sistemi.*

Leonhard fevkalâde basit bir sistem gerçekleştirmiştir. O’na göre karışık muhtevalı akitler iki grupta toplanırlar<sup>106</sup>.

1- Tipik bir akte mahiyetten farklı bir yan edimin katılmasını öngören akit. Bu gruba, möbleli bir odanın hizmet şartıyla kiralanmasında olduğu gibi, bir tipin asli edim borcu yanında mahiyetten farklı bir yan edimin yüklenilmesi ile bir şirket akdinde iştirak payı olarak, meselâ bir gayrimenkulün mülkiyetinin yahut bunun sadece kullanılmasının devri gibi başka bir aktin tipik edim borcunun taahhüt edilmesi halleri girer.

2- Tipler karışımı meydana getiren akit. Bu grubu bir tarafa birden çok asli edim borcu yükleyen karışık muhtevalı akit ile, meselâ pansiyon sözleşmesi gibi, iki tipik edim borcunun karşılıklı değişimini öngören karışık muhtevalı akit, meselâ kapıcılık sözleşmesi gibi, meydana getirirler.

Leonhard’a göre birinci grub akit esas itibariyle asli edimin ait olduğu tipin hükümlerine tabi olur; fakat yan edimin hükümleri de kıyasen uygulanabilirler. Buna karşılık ikinci grub aktin hüküm ve neticeleri ise, her bir edim borcunun ait olduğu tipin hükümleri uygulamak suretiyle tayin olunur.

#### C- *Enneccerus /Lehmann ve Leonhard’ın sistemlerinin değerlendirilmesi*

İlk önce her iki hukukçunun da sistemlerinde, karışık muhtevalı olmayan akitlerin yer aldıklarını belirtelim Gerçekten Enneccerus /Lehmann in (a), Leonhard’ın ise birinci grubunda yer alan akitlerin karışık muhtevalı

<sup>106</sup> I, sh. 323, 324, 328, 329; *Leonhard’ın sistemi*, *Mauritz*, sh. 37, 38, tarafından aynen benimsenmiştir.

tevali olmadıklarına daha yukarda temas etmiştik<sup>107</sup>. Aynı şekilde Ennecerus /Lehmann'ın son yani "dar anlamda karışık muhtevalı yahut tipler karışımı doğuran akit" grubunun bu sistem içinde yer alması da uygun değildir. Bir kere, bir hizmet akdinin bir şirket akdini ihtiva etmesi halinde, esas itibariyle tek değil; tam tersine birbirinden müstakil iki akit söz konusudur. Gerçekten ilk önce bir hizmet akdi yapılmakta bununla bir taraf diğeriyle bir şirket akdi yapmağı taahhüt etmektedir. Sonradan şirket akdinin inikadıyla bu hizmet akdinden doğan borç ifa edilmektedir. Görülüyor ki burada iki ayrı akit mevcuttur<sup>108</sup>. Bu bakımdan bu örneğin tek bir akit olan karışık bağışlamanın yanında yer alması hatalıdır. Diğer taraftan, sulh akdi tipinin güdülen gayeye bağlı olması, bunun karışık muhtevalı akte yol açmağa elverişli olmadığını ifade eder<sup>109</sup>. Şu halde bu örnek de uygun değildir. Bu grupta tek olarak yer alması gereken karışık bağışlamanın ise, karışık muhtevalı bir akit olmadığını yukarda açıklamıştık<sup>110</sup>.

Şu halde Ennecerus /Lehmann'ın sisteminde yalnız (b), yani "ikiz yahut kombine akit" ve (c), yani "çift tipli akit" grupları gerçek anlamda karışık muhtevalı akitleri ihtiva etmektedirler. Burada şu noktayı belirtelim: Ennecerus /Lehmann'ın karışık muhtevalı olan ve olmıyan akitle aynı grup içinde toplamamış olması, yani (b) ve (c) gruplarına sadece karışık muhtevalı, diğer gruplara ise bu nitelikte olmayan akitleri sokması, onun sisteminin Hoeniger ve Schreiber'in sistemlerine nazaran daha üstün olmasını sağlar. Gerçekten Ennecerus /Lehmann'ın, karışık muhtevalı akit kavramını geniş tutmasına uygun olarak, bu kavrama farklı nitelikte akitlerin girebileceğini göz önüne almış ve bu farklı nitelikteki akitlerin hukuki değerlendirmelerinin de farklı bir biçimde gerçekleştirilmesinin gerekeceğini düşünmüş olması, sistemini daha sağlam temellere dayandırmasına imkân vermiştir.

Leonhard'ın sistemi içinde aynı düşünceleri ileri sürmek mümkündür. Nitekim Leonhard'ın sisteminde yalnız ikinci grup, yani "tipler karışımı meydana getiren akit" grubu gerçek anlamda karışık muhtevalı akitleri ihtiva etmektedir. Ancak Leonhard'ın bu ikinci grupta herhangi bir ayırım yapmamış olması rahatlıkla onun bir karışık muhtevalı akit sistemi gerçekleştirmede olduğunu de ifade eder. Çünkü sözü geçen grup, bütün karışık muhtevalı akitleri bünyesinde toplamaktadır. Esasında Leonhard'ın bizat kendisi de, karışık muhtevalı akit nazariyesinin açık ve seçik ortaya konulabilmesi için,

107 Adi şirket için bk. yuk. §4, I, C, I, b. Mahiyetten farklı yan edim için bk. yuk. §4 I, C, 2, c, bb, ccc.

108 Leonhard, I, sh. 331; Büchenbacher, sh. 59.

109 Büchenbacher, sh. 58; ayrıca bk. yuk. § 4, I, C, 1, b.

110 bk. yuk. §7 . III.

bu türlü ayrımlardan kaçınılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>111</sup>. Leonhard'ın bu görüşü doktrinde bir kısım hukukçu tarafından da benimsenmiş ve böylece karışık muhtevalı akit sisteminin gereksiz olduğu ileri sürülmüştür<sup>112</sup>. Şimdi bu konu üzerinde duracağız.

### III. Bir karışık muhtevalı akit sisteminin gerekli olup olmadığı sorusu.

Doktrinde bir karışık muhtevalı akit sistemi tesbitine iki bakımdan karşı çıkmaktadır. İlk önce böyle bir sistem kurmanın mümkün olmadığı iddia edilmektedir<sup>113</sup>. Bunu öne süzenlere göre, bir kere her hukukçunun değişik bir sistem öngörmüş olması; sonra sistemlerde yer alan grupların kendi aralarında karışımlara girmek suretiyle daha komplike birleşimler meydana getirebilmeleri<sup>114</sup> ve nihayet, özellikle Hoeniger'in kesin oldukları iddia ettiği temel biçimlerinin hiç birine girmeyecek karışık muhtevalı bir aktin söz konusu olabilmesi<sup>115</sup> burada bir sistem teşkilinin mümkün olamayacağını gösterir. Kaldı ki, böyle bir sistemin teşkili, sosyal ve iktisadi hayatın devamlı gelişimine engel olur. Çünkü tamamen yeni biçimde karışık muhtevalı akitlerin meydana gelebilmesi ihtimali her zaman mevcuttur<sup>116</sup>.

İkinci olarak böyle bir sistem teşkilinin pratik değeri olmayacağı ileri sürülmüştür<sup>117</sup>. Bu hukukçulara göre, teşkil edilen grupların hukuki

111 *Leonhard*, ikinci gruba giren akitlerin “kombine” ve “çift tipli” olmak üzere ikiye ayrılabilirliklerini söylemekte; fakat böyle bir ayrımı da gereksiz bulmaktadır. Zira böyle bir ayırımla beklenen fayda şu olabilir: çeşitli akit tiplerinin hükümleri çift tipli akte doğrudan doğruya, kombine akte ise kıyasen uygulanabilirler. Oysa doğrudan doğruya tatbik ile kıyasen tatbik arasında pratik bakımdan bir fark yoktur. O halde böyle bir ayırıma girişmekte gereksizdir. I. sh. 331.

112 *Ochs*, sh. 29; *Weiss*, sh. 50.

113 bk. *Groeppe*, *Erman's Handkomm.*, Einl., §305, 2h, zu aa-cc; *Tillmann*, sh. 58, 59, *Ochs*, sh. 28; *Fischer*, sh. 8; *Weiss*, sh. 51; *Kohlrausch*, sh. 66 vd.

114 bk. yuk. not 97.

115 Gerçekten bir akitte tipik bir edim borcunun karşı ivası olarak, bir miktar para ile beraber bir başka aktin tipik edim borcunun yüklenilmesi, meselâ kapıcının hizmet borcunun karşılığında evin bir bölümünün kullanılmasının devri yanında, bir miktar paranın taahhüt edilmesi (bk. Sem. Jud. 1952, 572) halinde, söz konusu akit, *Hoeniger*'in öngörmüş olduğu grupların hiç birine sokulamaz. Bir kere burada “çift tipli” bir akitten söz edilemez. Çünkü bu grup aktin esasını sadece iki tipik edim borcunun karşılıklı yüklenilmesi teşkil eder. Oysa vermiş olduğu muz örnekte, taraflardan biri iki bağımsız edim borcu altına girmiştir. Diğer taraftan, bu aktin bir tarafa birden çok tipik borç yükleyen temel biçime de dahil edilmesi mümkün değildir. Zira örneğimizde, birden çok borç altına giren tarafın, yalnız tek bir borcu diğer bir akit için tipiktir. Öbür borcu ise, tip açısından renksiz olan bir miktar paradır. Görülüyorki bu biçimde yapılmış bir akit *Hoeniger*'in öngörmüş olduğu temel biçimlerden hiç birine girmemektedir (Bu konuda bk. *Kohlrausch*, sh. 45 vd.; *Ochs*, sh. 28).

116 *Kohlrausch*, sh. 67; *Fischer*, sh. 8.

117 *Mauritz*, sh. 28; *Tillmann*, sh. 57, 58; ayrıca bk. *Danckelmann*, *Palandt's Komm.*, §305, Nr. 6; *Weiss*, sh. 51.

değerlendirmede kendilerine özgü zorluklar gösterecekleri iddiası<sup>118</sup> doğru değildir. Esasında bu aktin hüküm ve neticelerinin tayininde söz konusu olabilecek zorluklar bütün gruplar için aynıdır<sup>119</sup>.

Şüphesiz bu tenkitlerde büyük bir gerçek payı mevcuttur. Ancak biz, bu tenkitlerin ışığı altında, basit de olsa, karışık muhtevalı aktin bir sisteminin geliştirilmesini, bunun hukuki değerlendirilmesi açısından faydalı olacağı kanısındayız. Bizi bu sonuca götüren, akit tiplerinde girilen sistem teşebbüslerinden umulan faydaların aynılarının<sup>120</sup>, karışık muhtevalı akitlerin bir sisteme sokulmaları halinde de, söz konusu olabilecekleri düşüncesidir. Gerçekten nasıl ki akit tiplerinin belli gruplar içinde toplanmalarının mutlak bir değeri yoksa; bu ancak, aynı gruba giren tiplerin niteliklerinin daha açık ve seçik anlaşılmasını ve böylece bunların hukuki değerlendirilmesinde faydalı olabilecek bilgilerin elde edilmesini mümkün kılmak için yapılıyorsa, aynı şekilde bir karışık muhtevalı akitler sistemi de, mutlak ve kesin olmak iddiasından uzak, yalnız aynı grupta yer alan akitlerin niteliklerinin daha iyi kavranması ve bunun sonucunda bunlara uygun düşün hüküm ve neticelerin tayini için yararlı bilgilerin sağlanması amacına yönelebilir.

Karışık muhtevalı akitleri değişik açılardan, çeşitli gruplara ayırmak mümkündür. Meselâ iki tarafa ve tek tarafa borç yükliyen<sup>121</sup>, yahut kanuna yabancı bir unsuru ihtiva eden ve etmeyen karışık muhtevalı akitler gibi. Ancak biz burada yüklenilmiş tipik edimlerin karşılıklı ilişkilerine dayanan bir sistem geliştireceğiz<sup>122</sup>. Karışık muhtevalı akitler ikiye ayrılırlar:

1- Taraplardan birine birden çok tipik asli edim borcu yükliyen karışık muhtevalı akit<sup>123</sup>.

2- İki tipik edim borcunun karşılıklı olarak yüklenildiği akit, yahut karışık muhtevalı sinalagmatik akit<sup>124</sup>.

Bu sistemin<sup>125</sup> hukuki değerlendirmede sağlayacağı faydaya şunu örnek gösterebiliriz:

118 bk. yuk. aynı paragrafta not 91.

119 *Mauritz*, sh. 28; *Tillmann*, sh. 57, 58.

120 bk. yuk. §3, II, B, 3.

121 Bunun için bk. yuk. §4, I, C, 2, c, aa.

122 Doktrinde yapılmış olan sistemler, genellikle, bu esasa dayanırlar.

123 Bunun için bk. yuk. §4, I, C, 2, c, aa.

124 Bunun için bk. yuk. §4, I, C, 2, b.

125 Buna benzer bir sistemi *Larenz*'de bulmaktayız, *Schuldrecht*, II, sh. 6. Ancak adı geçen yazar, bir üçüncü grup daha öngörmekte ve bu gruba, karışık bağışlama yanında bir akitle yüklenilen edimin, tüm çevresine göre, iki akit tipine ait olması halini sokmaktadır. Ona göre, bu son halin örneğini BGB §675 düzenlenmiş olan bir işin görülmesi edimini ihtiva eden hizmet veya istisna akdi teşkil eder. Kanaatimizce bu grubun karışık muhtevalı akitler sisteminde yer

Akđın sona erdirilmesi açısından birinci grup, ikinci gruba nazaran farklı bir özellik gösterir. Gerçekten bu gruba giren akitlerde, her bir edimin ait olduğu tipin sona erdirilmesi sebepleri, ilk önce, aktin o edime taallk eden kısmı için kıyasen uygulanırlar. Aynı zamanda karşı edimde değer ilişkisine göre indirilir<sup>126</sup>. Böylece, meselâ pansiyon sözleşmesinde verilen yiyeceklerin devamlı ayıplı olması ve gelecekte de mutlaka ayıplı olacağının anlaşılması halinde, akđın müspet ihlli müeyyidesi, pansiyon sözleşmesinin yalnız satıcı borcuna taallk eden kısmına uygulanır<sup>127</sup>. Ancak bazen tarafların için buldukları iktisadi ilişkiden, her iki edimin birlikte varolması veya sona ermesi sonucu çıkarılabilir. Bu takdirde, bir edime ait sona erdirme sebebi, bütün akdi etkiler<sup>128</sup>. Buna karşılık, ikinci grup karışık muhtevalı akitte, bunun kısmen sona erdirilmesi söz konusu olmaz.

Görülüyor ki, karışık muhtevalı akitlerin bu şekilde ikiye ayrılması faydasız değildir. Ancak hemen şunu ilâve edelim ki, bütün karışık muhtevalı akitelerin hüküm ve neticeleri yukarda açıklamış olduğumuz esaslar dahilinde tayin edileceklerdir<sup>129</sup>. Yapmış olduğumuz ayırımın, bu tayinde, yardımcı olmaktan öteye bir görevi yoktur.

---

alması hatalıdır. Bir kere karışık bağışlama karışık muhtevalı bir akit değildir (bk. yuk. ř7, III). Diğer taraftan ikinci örnekte sözü edilen aktin karışık muhtevalı olmadığı şüphesizdir. Bunun en basit nedenini, bu akđın kanunda düzenlenmiş olması teşkil eder (bk. yuk. ř4, I, C, 1, a) Kaldı ki bu örnek vekâlet akđını, BGB'ye nazaran farklı bir biçimde düzenlemiş olan İBK ve TBK için geçerli değildir (Larenz'in bu örneğini biraz değişik bir şekilde *Tunçomağ*'da bulmaktayız, özel borç ilişkileri, sh. 13. Ancak *Tunçomağ* "iş görme" yerine "vekaletsiz iş görmeden" söz etmektedir. Oysa veka-letsz iş görme, bir akde dayanmadığından, karışık muhtevalı aktin alanı dışında kalır. bk. yuk. ř1, III. Bu bakımdan *Tunçomağ*'ın vermiş olduğu örnek yerinde değildir.)

126 *Enneccerus* / *Lehmann*, ř100, B, II. sh. 400; *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl., Nr. 77 a, sh. 533; *Tunçomağ*, zel borç ilişkileri, sh. 11.

127 Pansiyon sözleşmesi, ard arda teslimli satım akđının unsurlarını ihtiva eder. bk. *Weiss*, sh. 85. Ard arda teslimli satım akđının müspet ihlali için bk. *Kuntalp*, sh. 142 vd.

128 *Kaduk*, Staudinger's Komm., Einl, Nr. 77 a. sh. 533; *Tunçomağ*, zel borç ilişkileri, sh. 11.

129 bk. yuk. ř8, II, B. 3.

## S O N U Ç

Karışık muhtevalı akit ile ilgili araştırmamızda varmış olduğumuz sonuçları kısaca belirtelim:

1- İsimli akitler grubuna dahil olan karışık muhtevalı akit, tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını, kısmen veya tamamen, kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akit türüdür.

Bu tanıma göre karışık muhtevalı aktin üç unsuru vardır.

İlk önce tek bir aktin mevcut olması gerekir. Gerçekten burada birden çok bağımsız akit tipinin, bu niteliklerine bir hanel gelmeksizin, birbirlerine bağlanmaları söz konusu değildir. Tam tersine bu akit, çeşitli akit tiplerinin yalnız unsurlarını bir bütünlük içinde birleştirir. Nitekim bu unsur dolayısıyla karışık muhtevalı akit, birinin varlığı ve müteberliği diğerinkine bağlı olacak şekilde birden çok bağımsız aktin tarafların iradeleriyle birbirlerine bağlanmalarını öngören bileşik akitlerden kesin olarak ayrılır.

İkinci olarak bu aktin kısmen veya tamamen kanuni akit tiplerinin unsurlarını bir bütünlük içinde birleştirmiş olması gerekir. Karışık muhtevalı akit, esas itibarıyla, her akit gibi, bir unsurlar bütünüdür. Ancak bunun ihtiva ettiği unsurlar, kısmen ya da tamamen kanuni akit tiplerinin unsurlarıdır. Başka bir deyişle bu akit çeşitli tiplere ait unsurları yep yeni bir bağlılık içinde bir araya getirir.

Nihayet bu aktin tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği bir biçimde birleştirmiş olması gerekir. Karışık muhtevalı akit, kaideten, kanunun öngörmediği, başka bir deyişle kanuna yabancı olan bir ilişki meydana getirir. Kanuna yabancılığın ne olduğu sorusunun da, esas itibarıyla, akit tiplerinin nitelikleri açısından cevaplandırılması gerekir. Kanun her akit tipini, ona has anlam yapısı, yani görevi, niteliği ve yapısal farklılığı bakımından düzenlemiştir. Şu halde kanuna yabancılığın mevcut olup olmadığının araştırılmasında esas alınacak nokta, akit tiplerinin bu anlam yapılarıdır. Gerçekten bun-

larda yapılacak herhangi bir değişiklik kanunun öngörmediği bir durumun meydana gelmesi sonucunu doğurur; buna karşılık bunlara aynen uyulduğu hallerde ise, kanuna yabancılık söz konusu olmaz. İşte kanuni akit tiplerinin anlam yapıları esas alınmak suretiyle yapılacak bir araştırma bize bir kısım akit tipinin karışık muhtevalı aktin doğumuna yol açamayacaklarını gösterecektir. Çünkü bu gruba giren akitlerin tipi gayelerine göre tayin edilmiş olduğundan, bunlarda her türlü edim muhtevasının yüklenilmesi mümkündür. Başka bir deyişle, bu akitlerde çeşitli akit tiplerine ait edimler yüklenilmiş olsa bile, bunların kendilerine has anlam yapıları, yani görevleri, nitelikleri ve yapısal farklılıkları bir değişikliğe uğramaz. Bu bakımdan, diyebiliriz ki, kanun bunları düzenlerken bir unsurlar karışımının söz konusu olabileceğini zımnen öngörmüştür. Buna karşılık, kanunda edimlerinin muhtevaları ve bunların yüklenilme biçimi esas alınarak düzenlenmiş akit tipleri, karışık muhtevalı aktin doğumuna yol açabilirler. Gerçekten bu grupta yer alan akitlerin özelliğini, bunların tipleri ile edimlerinin muhteva ve yüklenilme biçimi arasındaki sıkı bağlılık teşkil eder. Şöyleki, bu gruba giren herhangi bir akit tipini meydana getirebilmek için belli bir edim muhtevasının ivazsız, yahutta, karşı ivazın gerekli olduğu hallerde, bir miktar para karşılığında yüklenilmesi gerekir. Böylece bu akit tiplerinin esaslı unsurlarını şu şekilde bir ayırma tabi tutmak mümkündür: “Tip tayin edici unsurlar”, ki bunlar tipik edim muhtevaları ile bunların yüklenilme biçimidir, “tipin zaruri unsuru”, ki bu, karşı ivazın gerekli olduğu hallerde, daima bir miktar paradır. İşte bu gruba dahil olan akitlerin anlam yapılarının iskeletini, esasını bu unsurlar meydana getirirler. Bundan şu iki sonuç çıkar: İlk önce bu unsurlarlarda yapılacak herhangi bir değişiklik, bu akit tiplerinin anlam yapılarının da değişmesine sebep olur ve böylece ortaya kanunun öngörmediği bir akit çıkar. Bu akit tip tayin edici unsurların değişikliğe uğrayıp uğramamasına göre, ya sui generis yahutta karışık muhtevalıdır. Gerçekten bizzat tip tayin edici unsurlarda yapılacak bir değişiklik, ortaya kendine has tabiatı olan bir sözleşmenin çıkmasına yol açar. Buna karşılık, şayet bu unsurlar aynen muhafaza edilmişler, fakat kanunun öngördüğünden başka bir birleşim içine sokulmuşlarsa, bu takdirde karışık muhtevalı bir akit söz konusu olur. Diğer taraftan, esaslı unsurların bu akit tiplerinin anlam yapılarının iskeletini, esasını teşkil etmeleri, bu akit tiplerinin kendi içlerinde farklılaşabileceklerini ifade eder. Gerçekten Borçlar Kanunumuz her akit tipinin kendi içinde farklılaşabileceklerini, başka bir deyişle belli bir akit tipini inikat ettirmek isteyen tarafların en az o tipin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları gerektiğini; buna karşılık o tipin tabii ve mutad unsurlarını değiştirebileceklerini ve o tipe tali nitelikte yeni unsurlar katabileceklerini kabul etmiştir. Böylece, esaslı unsurların aynen muhafaza edilerek, sadece tabii ve mutad unsurlarda değişiklik yapılması veya tali nitelikte yeni unsurların katılması, akdin tipini etkilemez. Bundan çıkan sonuçta şudur: Bir akit tipinin asli

edim borcu yanında başka bir akit tipine ait edim borcunun yan nitelikte olarak yüklenilmesi, yahut bu tipe başka bir tipin tabii ve mutad unsurunun katılması halinde karışık muhtevalı bir akitten söz edilemez.

2- Çeşitli akit tiplerinin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştirdiğine göre, karışık muhtevalı akit, daima bir tipler karışımı olarak ortaya çıkar. Bu bakımdan ihtiva ettiği edimlerin muhtevası ve yüklenilme biçimleri açısından tipik bir akit; buna karşılık hukuki sebebi açısından bir bağışlama olan karışık bağışlama, karışık muhtevalı akit değildir. Çünkü muhtevası bir tipler karışımından meydana gelmemektedir.

Karışık muhtevalı aktin bir tipler karışımı olması, onu kanuni tipik bir akit haline sokmaz. Tam tersine o, esas itibariyle kanunen düzenlenmemiş bir akittir. Gerçekten çeşitli akit tiplerinin esaslı unsurlarını yep yeni bir bağlılık içinde birleştirmesi, değişik bir anlam yapısını haiz, yani kendine has bir gayesi ve niteliği olan bir ilişkinin meydana gelmesine sebep olur. Şüphesiz bu akitle unsurlarını ihtiva ettiği tipler arasında büyük bir benzerlik ve yakınlık mevcuttur. Zira bunun bir tipler karışımı olması, ona bünyesinde birleştirdiği tipik edim borçlarının ait oldukları akitlerin anlam yapılarını kısmen kazandırır. Ancak, hukuki değerlendirmede herşeyden önce, karışık muhtevalı aki bir bütün olarak kavramak ve ona kendi has anlam yapısına en uygun düşen hüküm ve neticeleri bağlamak gerekir.

3- Bunun içinde, ilk önce tarafların kendi aralarında ne gibi bir düzenleme getirmek istedikleri araştırılmalı, yani akit yorumlanmalıdır.

Aktin natamam olması halinde, kanunen düzenlenmemiş bir akit söz konusu olduğundan, MK. m. I/II esaslarına uygun olarak, bu konuda bir örf ve adet kuralının mevcut olup olmadığı incelenmelidir.

Böyle bir kural yoksa, bu takdirde ilgili tiplerin hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle bu boşluk doldurulmalıdır. Ancak kıyasen uygulanmanın söz konusu olabilmesi için, karışık muhtevalı aktin uygulanması düşünülen hükümlerin düzenlendikleri menfaatler çatışmasının aynı yahut benzeri menfaatler çatışmasına vücut vermesi gerekir.

Şayet karışık muhtevalı akit, tatbiki düşünülen hükümlerin düzenlemeği amaçladıklarından farklı bir çıkarlar çatışması meydana getirmişse, bu takdirde, Yargıç, bu hükümleri kıyasen uygulamaktan kaçınıp, MK. m. I/II e göre kanun koyucu gibi hareket etmeli ve kendisi bir hüküm öngörmelidir.

Görülüyorki karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticeleri MK. m. 1 esaslarına uygun olarak, çeşitli yollarla -yorum, örf ve adet, kıyas ve kanun koyucu gibi kaide koyma- tayin edilir. Böylece bu aktin kendine has anlam yapısına en uygun ve adil sonuçların elde edilmesi mümkün olur. Çünkü bu

biçimde bir hukuki değerlendirme, karışık muhtevalı aktin meydana getireceği menfaatler çatışmasını en iyi çözümliyecek ve bunun gayesinin gerçekleşmesine hizmet edecek hükümlerin tayinini sağlar. Bu bazen ilgili tiplerin hükümlerinin yan yana kıyasen uygulanmaları, bazen bu tiplerden birine bağlanmış hükümlere, aktin gayesi açısından üstünlük tanınması, bazen de, bu tiplere bağlanmış hükümlerin hiç birinin karışık muhtevalı aktin doğuracağı çıkarlar çatışmasını çözümlenmeğe elverişli olmamaları halinde, yargıcın kendisi kanun koyucu imiş gibi bir kural koyması suretiyle gerçekleşir.

Karışık muhtevalı aktin hüküm ve neticelerinin MK. m. 1 esaslarına uygun olarak tayin edilebilme imkânı, bu akitle ilgili kanuna özel bir hükümün konulmasını gereksiz kılar. Nitekim İsviçre Borçlar Kanununun gözden geçirilmesi sırasında bu konuda genel nitelikte bazı hükümler konması hususunda bir teklif yapılmış, fakat bu teklif mütehassıslar komisyonunda bütün halleri içine alabilecek genel esaslar koymanın zorluğu ve somut hale göre karar vermenin daha uygun olacağı düşünce ve gerekçesi ile reddolunmuştur<sup>1</sup>. Gerçekten böyle bir hüküm MK. m. 1 karşısında gereksizdir<sup>2</sup>. Çünkü bu hükmün esasları içinde hareket etmek suretiyle, her somut karışık muhtevalı akte, kendine has anlam yapısına en uygun düşen hüküm ve neticeleri bağlamak mümkündür<sup>3</sup>.

---

1 Bu hususta bk. *Schneider / Fick*, sh. 322; *Bilge*, sh. 12.

2 Aynı fikir için bk. *Gugelmann*, sh. 103.

3 Krş. ATF 57 II 162.

## B İ B L İ Y O G R A F Y A

- Akev, Sahir Talat:** *Türk Hususî Hukukunda Kumar ve Bahis*, (Tez), İstanbul 1964.
- Akıpek, Jale:** *Türk Medenî Hukuku*, C. I, Başlangıç Hükümleri - Şahsın Hukuku, cüz I; Medenî Kanununun başlangıç Hükümleri, Ankara 1960.
- André, Fr. :** *Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte (Ein Beitrag zu § 139 des bürgerlichen Gesetzbuchs)*, Festgaben für Ludwig Enneccerus, Marburg 1913.
- Amman, Fritz :** *Gemischte Verträge und Mietnotrecht*, SJZ. 48 (1956), sh. 117 vd.
- Arndts, Ludwig :** *Lehrbuch der Pandekten*, 9: Auflage, Stuttgart 1877.
- Arsebük, Esat:** *Akitlerin Gelişmesi Etrafında Umumi bir Görüş*. Siy. Bil. Ok. Der., Y. 1946, C. I, Sa. 4, sh. 671 vd.
- Arslanlı, Halil:** *Şirket mukaveleleri ile cemiyetler ve iki tarafa borç yükleyen akitler arasındaki ayrılıklar ve bunları tefriğe yarıyan ölçüler*, İst. Huk. Fak. Mec., Y. 1945, C. XI, Sa. 3-4, sh. 128 vd.
- Aubry, C. et Rau. C.:** *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6. édition, Revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Etienne Bartin, t. IV., Paris 1947.
- Becker, Hermann:** *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* Bd. VI. Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), Bern 1941; II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934.
- Berner Kommentar:** zum schweizerischen Zivilrecht, herausgegeben von MEIER-HAYOZ, Arthur: *Bd. I, Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung, Einleitung, umfassend die Artikel 1-10 ZGB, Bern 1962.
- Betti, Emilio:** *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, Festschrift für Leopold Wenger zu seinem 70. Geburtstag, München 1944.
- Bilge, Necip:** *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1962.
- Blociszewski, Stanislaus von:** *Die Vermengung von Vertragstypen*, Diss., Leipzig 1905.
- Boor, Hans Otto:** *Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil*, Schuldrecht-Sachenrecht, Wiesbaden 1954.
- Burckhardt, Walther:** *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Auflage, Zürich 1948. Kısaltması: Einführung.
- : *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 8. Heft)*, Bern 1925.  
Kısaltması: Die Lücken des Gesetzes.
- : *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936.  
Kısaltması: Methode und System.

- Büchenbacher, Christoph:** *Gemischte Schuldverhältnisse und Analogieverfahren*, Diss., Basel 1952 (Masch. Schr.).
- Das BÜRGERLICHE Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichts: *Kommentar*, 11 Auflage, I. Bd., 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, §§241-432, bearbeitet von Fischer, Löscher, Nastelski und Wilde, Berlin 1960.  
Kısaltması: BGB-RGRK.
- Charmatz, Hans:** *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertargstypen im Schuldrecht (Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge)*, Brünn-Prag-Leipzig-Wien 1937.
- Coing, Helmut:** *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin 1950.  
Kısaltması: Grundzüge.
- : *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, JZ. 1951, sh. 481.  
Kısaltması: System.
- Crome, Carl:** *System des deutschen bürgerlichen Rechts*. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.  
Kısaltması: System des deutschen bürgerlichen Rechts.
- : *Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur lehre der verschiedenen Arbeitsverträgen*, Tübingen 1897  
Kısaltması: Die partiarischen Rechtsgeschäfte.
- : *Handbuch des fransözischen Zivilrechts*, begründet von Zachariä, 8. Auflage, Freiburg 1894.  
Kısaltması: Crome /Zachariä.
- Çağıl, Orhan Münir:** *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş (Hukuk Başlangıcı Derstleri)*, I-II, 3. bası, İstanbul 1966.
- Daepfen, Oscar:** *Le code fédéral des Obligations (Articles 1 à 551) édition française par Reymond Charles*, Zürich 1937.
- Demogue, René:** *Traite des obligations en général*, I, Sources des obligations, T. II, Paris 1923.
- Dernburg, Heinrich:** *Pandekten*, 2. Bd., *Obligationenrecht*, 7. Auflage, Berlin 1903.
- Dilcher, Dr. Hermann:** *Typenf়reiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen*, NJW., 1960, Bd. I, sh. 1040 vd.
- Düren, Akın :** *Klasik Roma Hukukunda Delegatio*, Ankara 1968.
- Egger, August:** *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku*, Mad. 1-10 ve 11-89, (çev. Volf Çernis), Ankara 1947.  
Kısaltması: Şerh.
- : *Medenî Hukuk Tetkikleri* (Çev. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu), İstanbul 1938.  
Kısaltması: Medenî Hukuk Tetkikleri.
- Engisch, Karl:** *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Zweite Auflage, Heidelberg 1968.  
Kısaltması: Konkretisierung.
- : *Einführung in das Juristische Denken*, 3. Auflage, Stuttgart 1964.  
Kısaltması: Einführung.
- Enneccerus-Kipp-Wolf:** *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I. Band, erster Halbband, Tübingen 1952; zwueiter Halbband, Tübingen 1955, 14. Auflage von Nipperdey.  
Kısaltması: Enneccerus /Nipperdey

- : *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse von Ludwig Enneccerus, vierzehnte Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958.  
Kısaltması: Enneccerus/Lehmann.
- Erman, Walter**: *Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Auflage, Göttingen 1958.
- Esener, Turhan**: *Borçlar Hukuku*, I., *Akitlerin Kuruluş ve Geçerliliği* (BK m. 1-40), Ankara 1969.
- Esser, Josef**: *Lehrbuch des Schuldrechts, allgemeiner Teil und besonderer Teil*, I. Auflage, Karlsruhe 1949.  
Kısaltması: 1. Auflage.
- : *Schuldrecht, allgemeiner und besonderer Teil*, 2. Auflage, 1960.  
Kısaltması: 2. Auflage.
- : *Schuldrecht*, Bd. I; allgemeiner Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1968.  
Kısaltması: 3. Auflage.
- Feyzioğlu, Feyzi**: *Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri*, C. I., İstanbul 1961.
- Fischer, Bernhard**: *Gegenseitige Verträge mit Typenvermengung*, Ein Beitrag zum Problem der gemischten Verträge, Diss., Margburg 1931.
- Frankel, Rudolf**: *Zwitterverträge*, Diss., Leipzig 1913.
- Funk, Fritz**: *Commentaire du code Fédéral des Obligations* (Art. 1 à 530), traduction française par Porret, Max et Perregaux, Gustave, Neuchatel 1930.
- Gaius**: *Institutiones, Borçlar Kısım* (Çev. Türkan Rado) İstanbul 1953.
- Garobbio, G.**: *Zur rechtlichen Natur der Schadens und der Summenversicherung, insbesondere der Unfall- und der Heilungskostenversicherung, und zum Problem der gemischten und gekoppelten Versicherungsverträge*, ZBJV, 81 (1945), sh. 289-320, 329-345.
- Gandemet, Eugène**: *Note de jurisprudence*, S. 1912, 449.
- Gautschi, Georg**: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*, Bd. VI., Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406. Bern 1960.
- Geny, François**: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. T. I. et II, 2. éd., Paris 1954.
- Gerlach, Josef**: *Beiträge zur Frage unbenannten Verträge*, Diss., Marburg 1935.
- Germann, O. A.** : *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*. 2. Auflage, Bern 1967.  
Kısaltması: Probleme und Methoden.
- : *Methodische Grundfragen (Problèmes de Methode)*, 6 Aufsätze von Germann, Basel 1946  
Kısaltması: Methodische Grundfragen.
- Gelzer, Conrad**: *Die Interpretation von Art. 329 OR unter Berücksichtigung der Lehre von den gemischten Verträgen*, Diss., Basel 1921 (Masch. Schr.)
- Glück, Friedrich**: *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Kommentar*, Bd. 17, Erlangen 1815.
- Göktürk, Hüseyin Avni**: *Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri*, Ankara 1951.
- Graf, Peter**: *Das Darlehen mit Gewinnbeteiligung oder das partiarische Darlehen, besonders seine Abgrenzung von der Gesellschaft*, Aarau 1951.
- Grotius, Hugues**: *Le droit de la guerre et de la paix, Nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, tome premier*, Leide MDCCLIX (1759).
- Gugelmann, Robert** : *Die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art nach schweizerischem Obligationenrecht*, Diss., Bern 1943.

- Guhl, Theo:** *Das schweizerische Obligationenrecht*, 5. Auflage, Zürich 1956.
- Heck, Philipp:** *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen 1929.  
 Kısaltması: Grundriss.  
 ———: *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 2. Auflage, Tübingen 1932.  
 Kısaltması: Rechtsgewinnung.  
 ———: *Interessenjurisprudenz (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, Heft 97)*.  
 Tübingen 1933.  
 Kısaltması: Interessenjurisprudenz.
- Herzfeld, J. :** *Zur Formgültigkeit mündlicher Pensionsversprechen*, SJZ. 30 (1933-34). sh. 4.
- Hirsch, E. E.:** *Akitlerin tefsiri, Ebül'ula Mardin'e Armağan*, İstanbul 1944, sh. 149 vd.
- Hoener, Heinrich:** *Das Problem der gemischten Verträge*, DJZ. 1913, sh. 263.  
 Kısaltması: DJZ.  
 ———: *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, Diss., Freiburg 1906.  
 Kısaltması: Vorstudien.  
 ———: *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, I. Bd., Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim /Leipzig 1910.  
 Kısaltması: Grundformen.
- Homburger, A.:** *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz* ZBJV. 68 (1932), sh. 1 vd.
- Jhering, von Rudolph:** *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3. Auflage, Leipzig 1893.  
 Kısaltması: Der Zweck im Recht.  
 ———: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. I, 7. und 8. Auflage, Leipzig 1924; Bd. II /2, 6. und 7. Auflage, Leipzig 1923  
 Kısaltması: Geist des römischen Rechts.
- Justinianus:** *Institutiones* (Çev. Ziya Umur), İstanbul 1968.
- Karayalçın, Yaşar:** *Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku, A) Giriş-Şahıs Şirketleri*, Ankara 1965.
- Kohlrausch, Reinhard:** *Über das Problem der gemischten Verträge*, Diss., Berlin 1914.
- Kreis, Henri:** *Der Architektenvertrag*, Diss., Zürich 1938.
- Kreger, Detlev:** *Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, in Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichenrecht und Konkursrecht*, Heft 2., Stuttgart 1935.
- Krückmann, Paul:** *Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches*, 5. Auflage, Berlin 1929.
- Kuntalp, Erden:** *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara 1968.
- Larenz, Karl:** *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Auflage, Berlin /Heidelberg /Newyork 1969.  
 Kısaltması: Methodenlehre.  
 ———: *Lehrbuch des Schuldrechtes*, I. Bd.: allgemeiner Teil, II. Bd.: besonderer Teil, München / Berlin 1964.  
 Kısaltması: Schuldrecht.  
 ———: *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen*, Karlsruhe 1965.  
 Kısaltması: Richterliche Rechtsfortbildungen.
- Lent, Friedrich:** *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, I. Bd., Leipzig. 1916

- Leonhard, Franz:** *Allgemeines Schuldrecht des BGB, erster Band*, Leipzig 1929; besonderes Schuldrecht des BGB, zweiter Band, Leipzig 1931.
- Lotmar, Philipp:** *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Bd. I, Leipzig 1902; Bd. II, Leipzig 1905.
- Lotz, Peter:** *Der Schrankfachvertrag*, Diss., Basel 1939.
- Louis, Grand Christian:** *Leiharbeiterverhältnisse im schweizerischen Recht*, Diss., Winterthur 1960.
- Mauritz, Helmut:** *Der gemischte Vertrag*, Diss., Marburg 1932.
- Meerscheidt,-Hüllemann:** *Gemischte Verträge und Verträge eigener Art*. DJZ. 1910, sh. 854.
- Meier-Hayoz, Arthur:** *Contrats non prévus par la loi, I, Généralités - Contrats "sui generis"*, FJS., No. 1134,  
Kısaltması: FJS., No. 1134.
- : *Contrats non prévus par loi II, Contrats mixtes*, FJS., No. 1135  
Kısaltması: FJS. No. 1135.
- : *Transaction*, FJS., No. 463.  
Kısaltması: FJS., No. 463.
- Merz, Hans:** *Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung*, Arch. Civ. Pr. 1963, Bd. 163, sh. 305 vd.  
Kısaltılması: Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung.
- Messineo, Francesco:** *Batı Avrupa Memleketleri Hukukunda Akit Mefhumunun XX. Asırdaki Tekamülü*, (Çev. Haluk Tandoğan), Ank. Huk. Fak. Der., Y. 1960, C. XVII, Sa. 1-4, sh. 319 vd
- Meyer, Walter:** *Die gemischten Gesellschaftsverträge*, Diss., Tübingen 1926.
- Michel, Rudolf:** *Der Gastaufnahmevertrag nach britischem, deutschem, französischem, italienischem und schweizerischem Recht*, Diss., Zürich 1957.
- Molitor, Erich:** *Schuldrecht, II. besonderer Teil*, 4. Auflage, Berlin 1958.
- Mundhenk:** *Der Dientsverschaffungsvertrag*, Diss., Köln 1931.
- Müller, Wilhelm:** *Die gemischte Schenkung*, Jherings Jahrbücher, Bd. 48 (1904), sh. 209 vd.
- Mauer, Heinrich:** *Der Annoncenpachtvertrag nach schweizerischem Recht*, Diss., Zürich 1927.
- Ochs, Josef:** *Die Theorie des gemischten Vertrags unter kritischer Würdigung des heutigen Standes der Lehre, mit Berücksichtigung des Badevertrages*, Diss., Erlangen 1932.
- Oftinger, Karl:** *Der Trödelvertrag, Prolegomena zu seiner Lehre*, Habilitationsschrift, Zürich 1937.
- Olgaç, Senai:** *Borçlar Hukuku, Kazai ve İlmî İctihatlara Göre Aktin Muhtelif Nevileri*, C. I, İstanbul 1967.
- Oser-Schönenberger:** *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Halband: Art. 1-183, Zürich 1929; 2. Teil: Art. 184-418, Zürich 1929; 2 Teil: Art. 184-418, Zürich 1936, 3. Teil: Art. 419-529, Zürich 1945.
- Özsunay, Ergun:** *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul 1968.
- Palandt:** *Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Danckelmann*, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach, 26. Auflage, München und Berlin 1967.
- Planck's Kommentar:** *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, I. Bd., Allgemeiner Teil, (§§ 1-240), 4. Auflage, Berlin 1913.  
Kısaltması: Planck's Komm., I.
- : *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse (besonderer Teil) 4. Auflage Berlin/Leipzig 1928.

- Kısaltması: Planck's Komm., II, 2.
- Planiol, Marcel:** *Classification synthétique des Contrats*, Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 1904, sh. 470.
- Kısaltması: Classification synthétique des Contrats.
- : *Note de Jurisprudence*, D. 1912, 113.
- Kısaltması: Note de Jurisprudence.
- Planiol, Marcel / Ripert, Georges:** *Traité pratique de droit civil français*, T. VI., Obligation première partie, 2. éditions, par Esmein Paul, Paris, 1952.
- Kısaltması: Planiol/Ripert/Esmein.
- Regelsberger, Ferdinand:** *Pandekten, Erster Band*, Leipzig 1893,
- Kısaltması: Pandekten.
- : *Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt*, Jherings Jahrbücher, Bd. 48 (1904), sh. 453 vd.
- Kısaltması: Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt.
- Reisoğlu, Seza:** *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 1964.
- Kısaltması: Kefalet Hukuku.
- : *Hizmet Akdi (Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri)*, Ankara 1968.
- Kısaltması: Hizmet Akdi.
- : *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963.
- Kısaltması: Garanti Mukavelesi.
- Riezler, Erwin:** *Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, 1900.
- Roediger, Heinrich Wilhelm:** *Die Pforther-, Hauswart- oder Hausmeisterverträge, Ein Beitrag zur Lehre der gemischten Verträge*, Diss., Heidelberg 1913.
- Rossel, Virgile:** *Manuel de droit fédéral des obligations*, T. 1, 4. édition, Lausanne Genève 1920.
- Rümelin, Gustav:** *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen 1905.
- Ruth:** *Anmerkungen zu der Entscheidung*, JW., 1926, Bd. II, sh. 1949.
- Saymen, Ferit Hakkı:** *Türk Medenî Hukuku C. I.*, Umumî Prensipier, 3. bası, İstanbul 1960.
- Saymen, Ferit Hakkı / Elbir, Halid K. :** *Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler*, İstanbul 1958 (Bu kitap 1966 yılında ofset metoduyla tekrar aynen basılmıştır).
- Savigny, Friedrich Carl von:** *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 4, Berlin 1941.
- Schell, Charlotte:** *Der Gastaufnahmevertrag*, Diss., Rostock 1931.
- Schelp, Günther:** *Gemischte Rechtsverhältnisse mit arbeitsrechtlichen Elementen Beiträge zu Problemen des neuzeitlichen Arbeitsrechts*, Festschrift für Wilhelm Herschel, Stuttgart 1955.
- Scherrer, Werner:** *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit* (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 20). Basel 1948.
- Schnyder, Bernard:** *Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff*, Diss., Fribourg 1960.
- Schreiber, Otto:** *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, Jherings Jahrbücher, Bd. 60 (1912), sh. 106 vd.
- Schwarz, Andreas:** *Borçlar Hukuku Dersleri*, I. cilt, (Çev. Bülent Davran), İstanbul 1948.
- Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von Gutzwiller, Max:** *Bd. II, Einleitung und Personenrecht*, Basel und Stuttgart 1967.
- Siber, Heinrich:** *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, Jherings Jahrbücher, Bd. Bd. 50 (1906), sh. 55 vd.
- Kısaltması: Schuld und Haftung.

- : *Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, Jherings Jahrbücher, 70(1921), sh. 223 vd.  
Kısaltması: Vertragsfreiheit.
- Siewart, Alfred**: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Bd., das Obligationenrecht, 4. Teil: die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich 1938.
- Simonius, Auguste**: *Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse*, Sem. Jud. 71 (1949), sh. 505 vd.
- Soergel-Siebert**: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 2, Schuldrecht I., (§§ 241-610), wissenschaftliche Redaktion des 2. Bandes von Schmidt, Reimer, 10. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967.
- Staudinger's Kommentar**: *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1c, §§ 249-327, erläutert von Alfred Werner und Hubert Kaduk, 10/11 neubearbeitete Auflage, Berlin 1967.
- : *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, §§ 433-610, erläutert von Fritz Kiefersauer, Fritz Ostler und Heimann Riedel, 11. Auflage, Berlin 1955.
- : *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, §§ 611-704, erläutert von Hans Nipperdey, Heinz Wohnen und Dirk Neumann, 11. Auflage, Berlin 1958.
- Sternier, Gerhard**: *Die Methode der Übertragung von Normen des besonderen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse auf gemischte Verträge*, Diss., Königsberg 1928.
- Stofer, Helmut**: *Bemerkungen zur Frage der Formbedürftigkeit des Ruhegehaltsversprechens und zu dessen Verhältnis zum Leibrentenvertrag*, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Fritz Goetzinger, Basel 1935, sh. 265.
- Swarsensky, Bernhard**: *Der Hausmeistervertrag, ein Beitrag zur Lehre der Mischverträge*, Diss., Berlin 1932.
- Tandoğan, Haluk**: *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri (Akdin Muhtelif Nevileri)*, C. 1, Ankara 1969.  
Kısaltması: Özel Borç Münasebetleri.
- : *Le nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, thèse*. Genève 1952.  
Kısaltması: Tez.
- Tillmann, Karl Otto**: *Die Rechtliche Behandlung des gemischten Vertrages*, Diss., Erlangen 1934.
- Titze, Heinrich**: *Bürgerliches Recht*, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1948.
- Tongsir, Ferik Bedii**: *Bağışlama*, İst. Huk. Fak. Mec., Y. 1952, C. XVIII, S. 3-4, sh. 903 vd.
- Treichler, Karl Erich**: *Doppeltypische Verträge, mit besonderer Berücksichtigung des Hausmeistervertrages*. Diss., Greifswald 1919.
- Troplong, M.**: *Le droit civil expliqué, de l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du code Napoléon*, 3. édition, T. I, Paris 1859.
- Tunçomağ, Kenan**: *Ölünceye Kadar Bakma Akdi*, Ankara 1959.  
Kısaltması: Ölünceye Kadar Bakma Akdi
- : *Borçlar Hukuku Derstleri*, C. II., Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri), İstanbul 1967.  
Kısaltması: Özel Borç İlişkileri.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**: *Türk Medenî Hukuku*, C. I., cüz 1., Umumî Esslar 6. bası. İstanbul 1959.

von Tuhr, **Andress**: *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Bd. I, Leipzig 1910; Bd. II /I, München und Leipzig 1910; Bd. II /2, München und Leipzig 1918.

Kısaltması: Allg. Teil.

———: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. I ve II, (Çev. Cevat Edege), İstanbul 1952.

Kısaltması: Borçlar Hukuku.

———: *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 2. Auflage. herausgegeben von Siegwart, Alfred, Zürich 1942.

Kısaltması: von Tuhr /Siegwart.

———: *İsviçre Borçlar Kanununun Hibe Hükümleri Hakkında* (Çev. Sabri Şakir Ansay), Ad. Cer., Y. 1936, Sa. 23, sh. 1717 vd.

Kısaltması: Hibe.

**Weiss, Robert**: *Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht*, Diss., Bern 1947.

**Windscheid, Bernhard**: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen Rechts, bearbeitet von Theodor Kipp, Bd. 2, Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, 1963.

**Witting Axel**: *Die Stellung des § 651 BGB zur Lehre von dem gemischten Verträgen*, Diss., Leipzig 1914.

**Wolf, Ernst**: *Atypische Rechtsgeschäfte*. Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, sh. 633 vd.

**Ziegler**: *Die gemischte Schenkung*, Diss, Leipzig 1937.

Metinde atflar yalnız yazar ismi gösterilmek suretiyle yapılmıştır. Ancak bir yazarın birden fazla eserinin bulunması halinde bibliyografyada gösterilen kısaltmalar kullanılmıştır.