

Uluslararası Hukuk Belgeleri Işığında Türk Borçlar Hukukunda Çıkar Çatışması

Bülent KARASU*

Öz

Çalışmamızda çıkar çatışması konusuna ilişkin olarak uluslararası düzenlemelerde yer alan hükümlerin ve varılan hedeflerin hukuk sistemimiz ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi gaye edinilmiştir. Türk hukuku, uluslararası belgelerden farklı olarak çıkar çatışmasını pozitif olarak düzenlememiştir. Bu durum hukuki istikrarsızlığa yol açmaktadır. Çıkar çatışması içerisinde hareket eden temsilcinin yaptığı işlemin temsil olunana karşı ileri sürülemeyeceği, ancak belirli koşullarda temsil olunanın muvafakati ile geçerli hale getirilebileceği kabul edilmektedir. Uluslararası belgelerde çıkar çatışmasının varlık koşulları, muvafakat süreci ve yaptırım rejimi sistematik bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hukuk düzenlerinde çıkar çatışması içerisinde yapılan işlemlere iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanmaktadır. Hukuk sistemimizde ise çıkar çatışmaları yetkisiz temsil kapsamında çözümlendiğinden, temsil olunanın takdirine ağırlık veren BK. m. 46'nın öngördüğü katı yaptırım rejimi uygulanmaktadır. Çıkar çatışmasına ilişkin hükümlerin Borçlar Kanununda pozitif olarak düzenlenmesi, bu konuda uluslararası belgelerde ve İtalyan Medeni Kanununda yer alan hükümlerin kaynak olarak dikkate alınması yerinde olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çıkar Çatışması, Temsilci, Temsil Olunan, İptal Edilebilirlik, Geçersizlik, Türk Borçlar Kanunu, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler

Conflict of Interest in Turkish Law of Obligations in the Light of International Law Documents

Abstract

In our study, it has been aimed to examine the provisions in international regulations regarding the conflict of interest and the goals achieved in comparison with our legal system. Turkish law, unlike international documents, has not regulated the conflict of interest positively. This causes legal instability. It is accepted that the transaction of the representative acting in a conflict of interest may not be asserted against the principal, but may be validated with the consent of the principal in certain circumstances. In international documents, the conditions of existence of the conflict of interest, the consent process and the sanction regime are regulated systematically. In these legal orders, a sanction of revocability is applied for the transactions made within the scope of conflict of interest. In our legal system, since conflicts of interest are resolved within the scope of unauthorized representation, the strict sanction regime stipulated in Article 46 of the Civil Procedures Law, which focuses on the discretion of the principal, is applied. It would be appropriate to positively regulate the provisions on conflict of interest in the Law of Obligations and to take into account the provisions set forth in the international documents and the Italian Civil Law as a reference in this regard.

Keywords: Conflict of Interest, Agent, Principal, Revocability, Invalidity, Turkish Code of Obligations, Principles of European Contract Law, Principles of International Commercial Contacts

Özgün Araştırma Makalesi (Original Research Article)

Geliş/Received: 31.01.2023

Kabul/Accepted: 26.02.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Gelişim Üniversitesi, İktisadi İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: bkarasu@gelisim.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7785-3824>

I. GİRİŞ

Temsilcinin temsil olunanın hesabına gerçekleştirdiği hukuki işlemler, potansiyel çıkar çatışması tehlikesini barındırmaktadır. Temsilci, tipik bir üçlü temsil ilişkisinde birbirinden ayrılan çıkar çatışmalarıyla karşılaşmaktadır. Temsil olunanın çıkarlarını korumak yükümlülüğünde olan temsilciye, kendi çıkarlarını gözetken üçüncü kişi yaklaşabilecektir. Diğer yandan bizzat temsilci, temsil olunanın zararına olmak üzere kendi çıkarlarının izinde gitmeyi tercih edebilecektir. Bu süreç temsil olunan bakımından ciddi bir tehlike yaratmasına rağmen, tüm hukuk sistemleri çıkar çatışmasının karmaşık sorunlarına karşı etkili bir çözüm sunmamaktadır. Temsil ilişkisine dahil olan sülhler açısından dengeli bir çözümün bulunması önemli bir gereksinimdir.

Bütün hukuk sistemleri temelde hukuki işlemin çıkar çatışmasından uzak bir şekilde gerçekleştirmesi gerektiğini benimsemektedir. Ancak çıkar çatışmasının koşulları ve varlığı halinde uygulanacak yaptırım rejimleri konusunda geniş bir yelpazeye yayılan yaklaşımlar söz konusudur. Bu konudaki yaklaşımlar, hukuk sülhlerinin menfaatlerine tanınan önceliğe göre değişkenlik göstermektedir. Hukuk düzenleri, çıkar çatışması içerisinde gerçekleştirilen bir hukuki işlemin yaptırımı tabi tutulmasında üçüncü kişinin kötü niyetini koşul olarak öngörmekle birlikte, detaylarda önemli yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Çalışmamızda çıkar çatışmasının koşulları ve varlığı halinde hukuki işleme tatbik edilecek müeyyide rejimi araştırılacaktır.

Hukuk sistemimizde çıkar çatışmaları ile ilgili olarak gerçekleştirilen değerlendirmelerde temelde kaynak İsviçre Borçlar Kanununda öngörülen yaklaşımlar nazara alınmaktadır. Çalışmamızda İsviçre hukuk sisteminde benimsenen düzenlemeler gözetilecektir. Ancak konuya ilişkin bakış açımızı derinleştirmek amacıyla, hukuk sistemimize etki etme kabiliyeti olan iki uluslararası hukuk belgesine de değinilecektir. Böylece özel hukukta uyumlaştırma faaliyetleri ışığında oluşturulan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law) ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts) araştırmamızın bir parçasını teşkil etmektedir. Zikredilen hukuk belgelerinde öngörülen hükümler, civil law ile common law sistemlerinde yer alan ve sorunlara en etkili çözüm getirdiğine inanılan kurallardan oluşmaktadır. Böylece değişik hukuk sistemlerinin çıkar çatışması kavramına ilişkin yaklaşımlarını inceleyerek, hukukumuz karşısında konumlarını tespit edeceğiz. Bu tespiti gerçekleştirdikten sonra ulaşılması gereken sonuçları belirleyeceğiz.

II. ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE ÇIKAR ÇATIŞMASI

1. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde Çıkar Çatışması

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri¹, çıkar çatışmasını pozitif bir düzenlemeye kavuşturmuştur (Lando, Clive, Prüm ve Zimmermann, 2003, s. 65). "Çıkar Çatışması" kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:205 uyarınca; bir sözleşme temsilci hakkında bir çıkar çatışmasını içeriyorsa, bu sözleşme temsil olunan tarafından ASHİ m. 4:112 ilâ m. 4:116 arasındaki hükümlere göre iptal edilebilir. Bu olanak temsil olunanı korumaktadır. Temsil olunanın sözleşmeyi iptal olanağı, çıkar çatışmasının üçüncü kişi tarafından bilinmesi veya bilinmesinin mümkün olması koşuluna bağlanarak, üçüncü kişinin korunması da dengeli bir şekilde sağlanmaktadır². Hükümün ikinci fıkrasında, potansiyel

¹ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, başkanlığını Ole Lando'nun yaptığı Avrupa ülkelerinin akademisyenlerinden oluşturulan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'nun çalışmasının bir eseridir. Bu özel girişim, başta Avrupa Komisyonu olmak üzere birçok sponsorun desteği ile İlkeler'i üç oturum periyodunda kodifikasyon benzeri bir tarzda ortaya çıkarmıştır. İlkeleri'in birinci bölümü 1995 yılında, ikinci bölümü 1999 yılında ve üçüncü bölümü 2003 yılında yayınlanmıştır. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri çalışmamızda "ASHİ" olarak anılacaktır.

² "Çıkar Çatışması" kenar başlığını taşıyan ASHİ m. 3:205, "(1) Bir temsilcinin yaptığı sözleşme, temsilci hakkında, üçüncü kişinin bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı bir çıkar çatışması içeriyorsa, temsil olunan sözleşmeyi

çıkar çatışmasını içeren iki özel durum düzenlenmiştir. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, üçüncü kişinin de temsilcisi olarak hareket etmişse veya işlemi kendisi ile kişisel sıfatıyla yapmışsa, aksi kanıtlanabilen bir çıkar çatışması varsayılmaktadır (ASHİ m. 3:205 Yorum D).

Temsil olunanın sözleşmenin yapılmasından önceki ve sözleşmenin yapılması sırasındaki eylemleri nedeniyle iptalin dışlandığı olgular, ASHİ m. 3:205 f. 3'te düzenlenmiştir. Hükme göre, temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket etmesine muvafakat eden temsil olunanın sözleşmeyi iptal etme olanağı ortadan kalkmaktadır. Temsilcisinin çıkar çatışması içerisinde hareket ettiğini temsil olunanın bilmesinin mümkün olduğu hallerde de aynı sonuca varılacaktır (ASHİ m. 3:205 f. 3 a). Keza çıkar çatışması temsil olunana açıklandığı halde, uygun bir sürede itiraza konu olmaması halinde de sözleşmenin iptalinin mümkün olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Çıkar çatışmasının açıklanması, temsilcinin işleminden önce gerçekleşmesi gerekir. Temsil olunan, temsilciyi hareket geçmeden önce önleyebilecek bir konumda olmalıdır. Böylece temsil olunan makul bir süre zarfından itiraz etmediği takdirde, kanunen varsayılan bilgi, işlemin iptalini engelleyecektir (ASHİ Yorum G). Çifte temsilde (f. 2 a) açıklamanın her iki temsil olunana yönelik olarak yapılması zorunludur. Aksi takdirde çıkar çatışmasının varlığı konusunda açıklama yapılmayan temsil olunanın normatif muvafakatinden söz edilemez.

Temsil olunanın sözleşmenin yapılmasından sonraki eylemlerinin hukuki sonuçları, ASHİ m. 4:112 ilâ ASHİ m. 4:116 arasındaki hükümler kapsamında değerlendirilecektir. Bu anlamda temsil olunan, menfaat çatışmasını bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren uygun bir sürede (ASHİ m. 4:113)³ kararını bildirerek (ASHİ m. 4: 112)⁴ sözleşmeyi iptal edebilecektir. Ancak çıkar çatışmasını içeren sözleşmeyi açıkça veya örtülü onayan temsil olunanın sözleşmeyi iptal etme olanağı ortadan kalkmaktadır (ASHİ m. 4:114)⁵.

Çıkar çatışmasını düzenleyen ASHİ m. 3:205 normu doğrudan temsil kısmında yer almaktadır. Ancak dolaylı temsil kapsamında yapılan sözleşmelerde de benzer çıkar çatışmalarının meydana geleceğinin gözetilerek, hükmün mutatis mutandis dolaylı temsile dayalı olarak oluşturulan sözleşmelerde de uygulanması, amaca hizmet edecektir.

2. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de Çıkar Çatışması

Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de⁶ çıkar çatışmasına bir çözüm sunulmaktadır. Temsilcinin temsil olunan hesabına gerçekleştirdiği sözleşme, temsilci hakkında, kişinin bildiği veya bilmesi gereken bir çıkar çatışması içerdiğinde, yapılan sözleşme temsil olunan tarafından iptal edilebilecektir⁷. İyiniyetli bir üçüncü kişinin sözleşmenin muhafaza edilmesi konusundaki

4.112 ilâ 4.116 hükümlerine göre iptal edilebilir. (2) (a) Temsilci, üçüncü kişinin de temsilcisi olarak hareket etmiş ise veya (b) Sözleşmeyi kendisi ile kişisel sıfatıyla yapmış ise bir çıkar çatışması varsayılır. (3) Bununla birlikte: (a) Temsilcinin böyle hareket etmesine muvafakat etmişse veya temsilcinin böyle hareket ettiğini bilmemesi mümkün değilse veya (b) Temsilci, çıkar çatışmasını açıklamışsa ve temsil olunan uygun bir süre içinde itiraz etmemişse sözleşmeyi iptal edemez" şeklindedir.

³ ASHİ m. 4:113 hükmü, "(1) İptal bildirim, iptal eden tarafın, ilgili olayları bildiği veya bilmesinin gerekeceği ya da serbestçe hareket edebildiği andan itibaren, durumlara göre uygun bir süre içinde yapılır" şeklindedir.

⁴ ASHİ m. 4:112 hükmü, "İptal, sözleşmenin diğer tarafına bildirme yolu ile gerçekleşir" şeklindedir.

⁵ ASHİ m. 4:114 hükmü, "Bir sözleşmeyi iptal etme hakkı olan taraf, iptal sebebini öğrendikten veya serbestçe hareket etme olanağına kavuştuktan sonra açıkça veya örtülü olarak onarsa, artık sözleşmeyi iptal edemez" şeklindedir.

⁶ Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitünün en önemli eserlerinde biri kabul edilen Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler, uzun yıllar süre çalışmalar sonucunda yayınlanmıştır. İlkeler, uygulanacakları ülkelerin hukuk geleneklerinden, ekonomik ve politik koşullarından bağımsız olarak dünya genelinde kullanılabilir dengeli kurallar oluşturmayı hedeflemektedir. Çalışmamızda "UTSİ" olarak anılacaktır.

⁷ UTSİ m. 2.2.7, "(1) Bir temsilcinin yaptığı sözleşme, temsilci hakkında, üçüncü kişinin bildiği veya bilmesi gereken bir çıkar çatışmasını içeriyorsa, temsil olunan sözleşmeyi iptal edebilir. İptal hakkına ilişkin 3.12 ve 3.14 ilâ 3.17 madde hükümleri uygulanır" düzenlemesini içermektedir.

menfaati, onun gerçek veya normatif bilgisinin koşul olarak kabul edilmesiyle sağlanmaktadır (UTSİ m. 2.2.7 Yorum 2). Temsil olunanın sözleşmeyi iptalinde, UTSİ m. 3.12, UTSİ m. 3.14 ilâ UTSİ m. 3.17 arasındaki hükümler uygulama sahası bulacaktır. Bu kapsamda temsil olunan, çıkar çatışmasını bildiği veya bilmesi gerektiği ya da serbestçe hareket edebildiği andan itibaren makul bir sürede (UTSİ m. 3:15: İptal Süresi), diğer tarafa bildirim yoluyla (UTSİ m. 3:14: İptal Bildirimi) sözleşmeyi iptal edebilecektir. Bununla birlikte "Onama" kenar başlığını taşıyan UTSİ m. 3:12 gereğince iptal süresinin başlamasından itibaren temsil olunanın sözleşmeyi açıkça veya zımnî olarak onaması halinde, sözleşme iptal edilemez.

Temsil olunan, çıkar çatışması içerisinde hareket eden temsilciye sözleşmenin yapılmasından önce muvafakat ettiğinde veya temsilcinin çıkar çatışması içerisinde hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde sözleşmeyi iptal etme hakkını kaybetmektedir Aynı şekilde temsilci çıkar çatışmasını temsil olunana bildirmişse ve temsil olunan uygun bir süre içinde bu duruma itiraz etmemişse, sözleşmenin iptal edilemeyeceği sonucuna varılacaktır⁸. Zira temsil olunan gerçek ve/veya normatif bilgisi gereğince çıkar çatışması içerisinde hareket eden temsilcinin gerçekleştirdiği sözleşmeye muvafakat etmektedir.

Belirtilmelidir ki; UTSİ sisteminde üçüncü kişinin çıkar çatışmasının varlığı konusunda göstermesi gereken özenin derecesi, ASHİ öngördüğü düzenlemeden ayrılmaktadır. UTSİ'de temsil olunanın sözleşmeyi iptal edebilmesinde üçüncü kişinin çıkar çatışmasına ilişkin bilgisizliğinde hafif kusur yeterliyken, temsil olunan ASHİ sisteminde üçüncü kişinin ancak ağır kusurlu olması halinde sözleşmeyi iptal edebilecektir. Nitekim koruma ölçüsündeki farklılık, normların yazımına yansımıştır. UTSİ'de "ought to have known" ifadesine yer verilirken, ASHİ'de "could not have been unaware" yazımı tercih edilmiştir.

UTSİ sisteminde üçüncü kişinin kusurunun ölçüsü konusunda yaratılan farkın yanında, ASHİ m. 3:205 f. 2'de öngörülen iki varsayıma da ticari yaşamda bu tür işlemlerin zorunlu olarak menfaat çatışmasını içermemeleri ve bu yönde tesis edilecek bir hükmün gereksiz hukuki tartışmalar yaratacağı düşüncesiyle yer verilmemiştir (UNIDROIT 1999 Study L – Misc. 21, Nr. 165 – 172). Dolayısıyla bu hukuk belgesinde iki özel duruma ilişkin olarak aksi kanıtlanabilen bir karine öngörülmediğinden, ispat yükü yer değiştirmekte ve temsil olunan menfaat çatışmasının varlığını ispat etmek mecburiyetindedir. Hükmün resmi açıklayıcı yorumlarında, temsilcinin iki temsil olunan adına hareket etmesinin ilgili ticari sektörün uygulamalarına uygun düşebileceği veya temsil olunanın temsilciye manevra kabiliyetini ortadan kaldıracak şekilde kesin nitelikte bir yetki verebileceği vurgulanmaktadır (UTSİ m. 2.2.7 Yorum 1). Diğer yandan temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme yapması halinde, çıkar çatışmasını etkisiz kılan olguların varlığında, sözleşme iptal edilemeyecektir. Örneğin B müşterisi, A bankasına yönelik olarak kendi hesabına, borsanın M gününün kapanış fiyatında X şirketinin 10 hissesini satın alması talimatını vermektedir. A, B'ye kendi portföyündeki hisselerden talep edilen hisseleri sattığında dahi, B'nin verdiği yetki, A'ya manevra yapma olanağı sağlamadığı için menfaat çatışmasından söz edilemez (UTSİ m. 2.2.7 Yorum 2 Örnek 3).

⁸ UTSİ m. 2.2.7, "(2) Bununla birlikte temsil olunan: (a) Temsilcinin çıkar çatışmasına dahil olmasına muvafakat etmişse veya bunu biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, (b) Temsilci, temsil olunana çıkar çatışmasını bildirmişse ve temsil olunan uygun bir süre içinde buna itiraz etmemişse, sözleşmeyi iptal edemez" düzenlemesini öngörmektedir.

III. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUK SİSTEMİNDE ÇIKAR ÇATIŞMASI

1. Genel Bakış

Türk-İsviçre Borçlar Kanununun genel hükümlerinde çıkar çatışmasına ilişkin pozitif bir düzenleme yer almamaktadır⁹. Bu hukuk sistemlerinde çıkar çatışması kavramı temelde temsil yetkisinin kapsamını hüküm altına alan, "Temsil Yetkisinin İçeriği ve Derecesi" kenar başlığını içeren TBK. m. 41'den hareketle değerlendirilmektedir. (TBK. m. 41, "(1) Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemten doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir. (2) Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir" şeklindedir. Türk Borçlar Kanununa kaynak teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununun 33. maddesinin kenar başlığında "yetkinin kapsamı" (Umfang der Ermächtigung) ifadesine açıkça yer verilmiştir). Doktrin ve içtihatlar, çıkar çatışmasını geleneksel olarak "Kendi Kendisiyle Sözleşme Yapma" (Selbstkontrahieren) ve "Çifte Temsil" (Doppelvertretung) başlığı altında irdelemektedir. Ancak temsil ilişkilerinde tezahür eden çıkar çatışmaları, bu iki olgu ile sınırlı değildir. Günümüzün karmaşık ekonomik ve ticari münasebetlerinde, temsil olunanın üstün yararlarını tehdit eden değişik çıkar çatışmaları söz konusudur. Çalışmamızın bu bölümünde Türk ve İsviçre borçlar hukuku sisteminde çıkar çatışmalarına ilişkin yaklaşımlar ve ulaşılan neticeler incelenecektir.

2. Temsilcinin Kendi Kendisiyle ve Çifte Temsilci Sıfatıyla Sözleşme Yapması

Tipik bir temsil ilişkisinde temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, temsil olunanın yetkilendirmesiyle onun hesabına bir üçüncü kişiyle işlem yapmaktadır. Böylece doğrudan ve dolaylı temsil, başkasının hesabına hukuki işlem yapma yöntemleridir. Her iki temsil türünün nihai ekonomik amacı, temsil olunanın mamelekine hitap etmektedir. Ancak temsilcinin üçüncü bir kişiyle değil de, sözleşmenin bir tarafında kendi hesabına, diğer tarafında ise temsil olunan hesabına hareket ederek sözleşme yaptığı durumlarda, bizzat kendisiyle sözleşme yapmaktan söz edilmektedir. Temsilcinin temsil ettiği iki temsil olunan hesabına hareket ederek bir sözleşme yaptığı durumlarda ise çifte temsilin varlığından bahsedilmektedir (Yavuz, 1983, s. 193; Zäch ve Künzle, 1990, s. 157).

Bir sözleşme TBK. m. 1 (Kaynak İsviçre BK. m. 1) gereğince, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Bu irade açıklaması açık veya örtülü olabilecektir. Oysa bir kimsenin bizzat kendisiyle veya iki tarafın temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği hallerde süreç özel bir konuma dönüşmektedir. İki durumda da iradelerini açıklayan iki kişi bulunmaksızın, tek bir kişinin iradesini açıklamasıyla hukuki işlem yapılmaktadır. Böylece temsil olunanın çıkarlarının tehlike altında olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Hukukumuzda bu konuda açık bir kanuni düzenleme bulunmadığından (Bununla birlikte dolaylı temsilci sıfatında olan komisyoncunun kendisiyle işlem yapması, Borçlar Kanununun "özel borç ilişkileri" kısmında düzenlenmiştir. Bu konu "Komisyoncunun Kendisiyle İşlem Yapması" kenar başlığı altında TBK. m. 543'te ve "İşlemi Kendisiyle Yapmış Sayılma" kenar başlığı altında TBK. m. 544'te ele alınmıştır), temsil olunanın irade özerkliğinin sınırları dahilinde (TBK. m. 26 ve TBK. m. 27)

⁹ İsviçre Borçlar Kanununun genel hükümlerinin yeni gelişmeler ışığında tekrar oluşturulması gayesiyle değişik hukukçuların katılımı ile beş yıllık bir çalışma neticesinde dört dilde hazırlanan tasarı 2013 yılında yayınlanmıştır. Temsilcinin kendi kendisiyle ve çifte temsilci sıfatıyla sözleşme yapması, tasarının 191. maddesinde düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. HUGUENİN Claire/HILTY Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, Schulthess Verlag. Bu tasarı, hazırlayıcılarının yaklaşımına uygun olarak OR 2020 Tasarısı olarak anılacaktır.

temsilciye etkili bir işlem yapma yetkisi verebileceği sonucuna varılmaktadır (Esener, 1963, s. 107; Zäch ve Künzle, 1990, s. 153-154; Becker, 1941, s. 33; Hofsteller, 2000, s. 212; Von Tuhr ve Peter, 1979, s. 364; Von Büren, 1964, s. 158; Pestalozzi, 1927, s. 66). Aksi görüşü savunan Busch, bir sözleşmenin yapılması için en az iki tarafın gerekli olduğunu, bu nedenle dolaylı temsilcinin kendisiyle veya çifte temsilci sıfatıyla işlem yapamayacağını ileri sürmektedir (Busch, 2005, s. 281). Ancak bu işlemlerde temsilcinin iradesinin dış dünyaya yansıtılması zorunludur. Aksi takdirde spekülatif tarzda hareket edilerek, içinde bulunulan koşulların kötüye kullanılması gündeme gelebilecektir. Böylece resmi veya özel bir belgenin düzenlenmesi, ticari defterlere yapılacak kayıtlar, banka hesaplarına düşülecek şerhler, temsil olunana yönelik bildirimler ispat açısından önem teşkil edecektir (Fellmann, 1992, s. 398; İnceoğlu, 2010, s. 212). Temsilcinin dışa yansımayan, sadece iç iradesindeki kararına ilişkin işlemler hukuken dikkate alınamaz (Bucher, 1988, s. 638).

Türk ve İsviçre hukukunda bu işlemlerin yapılmasını engelleyen bir kanuni düzenlemenin olmamasına karşılık; belirli istisnai koşullar dışında (Guhl, Merz ve Kummer, 1980, s. 19; Zäch ve Künzle, s. 153), barındırdıkları çıkar çatışmaları ve temsil olunana zarar verme tehlikesi nedeniyle yasağa tabi oldukları kabul edilmektedir (Kocayusufoğlu, 1990, s. 699; Feyzioğlu, 1976, s. 419; Reisoğlu, s. 2008, s. 136; Keller ve Schöbi, 1988, s. 85; Watter ve Schneller, 2007, s. 33)¹⁰. Ancak öğretide ve içtihatlarda, çıkar çatışmasının veya zarar verme tehlikesinin bulunmadığı durumlarda, temsilcinin bizzat kendisiyle ya da çifte temsil kapsamında yapacağı işlemlerin etkili olduğu neticesine ulaşılmaktadır (Ataay, 1981, s. 189; Saymen ve Elbir, 1958, s. 307; İnceoğlu, 2010, s. 215; Eren, 2010, s. 404). Nitekim Yargıtay 11. HD. 19.10.1981, E. 4359, K. 4309; BGE 89 II 321, s. 326, "(...) kendisiyle işlem yapma yasağı, temsil olunanın zarara uğraması tehlikesinin bulunmadığı hallerde tatbik edilmez (...)"; BGE 89 II 321 c. 5, s. 325, "(...) Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasının mümkün olması için temsilci ile temsil olunan arasında çıkar karşıtlığının olmaması ve uzantısında temsil olunanın zarara uğramasının endişe etmeyeceği objektif bir konumun olması yeterlidir (...)" sonuçlarına varmıştır. Temsilci tarafından yapılacak işlemin borsaya kayıtlı mallara ilişkin olması veya cari piyasa değerinin bulunması durumunda, temsil olunanın zarar görme tehlikesinin bulunmadığı kabul edilmektedir (Koller, 1996, s. 1493; Oğuzman ve Öz, 2009, s. 179; Zäch ve Künzle, 1990, s. 155). Bu konuda özel borç ilişkileri kısmında komisyon sözleşmesi başlığı altında düzenlenen ve "Komisyoncunun kendisiyle işlem yapması" kenar başlığını taşıyan BK. m. 543 hükmü yol gösterici niteliktedir. Nitekim hüküm, "*Borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan kambiyo senetleri veya diğer kıymetli evrakı ya da ticari malları satmaya veya satın almaya yetkili kılınan komisyoncu, vekâlet veren tarafından aksine talimat verilmemişse, satın alacağı mal yerine kendi mallarını satabilir veya satacağı malı kendisi için satın alabilir (...)*" şeklindedir. Tipik bir dolaylı temsil ilişkisi olan komisyon sözleşmesinde hukuk süjelerinin korunan menfaatlerinin benzer olması nedeniyle, normun komisyon sözleşmesi dışındaki tüm dolaylı ve doğrudan temsil ilişkisine hitap eden temel ilişkilerde de tatbik kabiliyetinin olduğu savunulabilir. Ancak tüm bu değerlendirmelere ihtiyatlı yaklaşmak gerekir. Sağlıklı bir sonuca varabilmek için piyasada belirli bir fiyat istikrarının olması gerekir. Temsilcinin belirtilen olgularda da sözleşmeden haksız çıkar sağlanması mümkündür. Örneğin temsilcinin, borsaya kayıtlı bir sermaye piyasası aracının alımını/satımını kendisi için en elverişli zamanda

¹⁰ BGB 89 II 321 c. 5: "(...) mevcut çıkar çatışmalarından ötürü (...)"; BGE 127 III 332 c. 2a: "Federal mahkemenin istikrarlı içtihatları uyarınca, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması, çıkar çatışmalarına sebebiyet verdiği için yasaktır". OR 2020 Tasarısının 191. maddesinde de benzer düzenleme öngörülmüştür. OR 2020 Tasarısı m. 191, "Temsilci, kendisiyle bir sözleşme yaptığında, sözleşmenin iki tarafını temsil ettiğinde veya benzer bir çıkar çatışması olduğunda, temsil olunan ancak temsilcinin bu hareketine rıza gösterdiğinde, onu onayladığında veya kendisi için bir zarar tehlikesi oluşmadığında alacaklı veya borçlu olur" şeklindedir.

gerçekleştirmesiyle, temsil olunanın aleyhine hareket etmesi elbette olasılık dahilindedir. Borsa veya piyasa fiyatlarının dikkate alındığı işlemlerde dahi kur farklılığına dayanarak gizli bir manipülasyonun yapılması tehlikesi söz konusudur. Bu anlamda hangi hallerde bir tehlikenin bulunduğu önceden kategorik olarak belirlenmesi oldukça zor olduğundan, somut olguların da nazara alınması gerekecektir Yüksek mahkeme, temsil olunanın bir zararının mevcut olup olmadığının tespitini aramaktadır. Yargıtay 11. HD. 19.10.1981, E. 4359, K. 4309. İsviçre Federal mahkemesi, temsil olunana zarar verme tehlikesi kıstasının her zaman uygulanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Bu konuda bkz. BGE 57 II 556 (özellikle s. 561). Bununla birlikte temsil olunana yönelik bir bağışlama, bir borcun yerine getirilmesi veya açık artırmaya katılan temsilcinin kendisiyle işlem yapması halinde, tehlikenin ortaya çıkması ihtimalinin düşük olduğunu ifade edebiliriz. Keza yapılacak işlemin hükümlerinin ve koşullarının kesin olarak önceden belirlenerek verilecek olan temsil yetkisinde bu tehlikenin bulunmadığının ileri sürülmesi mümkündür.

Zikrettiğimiz içtihatlardan ve yaklaşımlardan hareketle, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde temsilcinin kendisiyle ve çifte temsilci sıfatıyla yaptığı sözleşmelerde çıkar çatışmasının varlığının karine olarak kabul edildiğini tespit edebiliriz. Bu yönüyle Avrupa Sözleşmesi Hukuku İlkelerinin öngördüğü düzenleme ile benzer odakları bulunmaktadır.

3. Genel Çıkar Çatışmaları

Türk ve İsviçre hukuk literatüründe temsilcinin kendisiyle veya çifte temsilci sıfatıyla yaptığı sözleşmeler ile eşdeğer nitelik taşımayan az sayıda çıkar çatışması örneği sunulmakla birlikte, bu hukuk sistemlerinde iki özel durumun dışındaki çıkar çatışması tehlikeleri tanınmaktadır.

Temsilde geçerli genel prensipler uyarınca temsilcilerin yetkilerinin kaynağı ve sınırları güven ilkesi ışığında yorumlanacaktır. İş hayatında geçerli dürüstlük kuralları kapsamında temsilcilerin çıkar çatışması içerisinde temsil olunan hesabına geçerli bir işlem yapabileceği sonucuna varılamaz. Temsil yetkisinin içeriğini ve derecesini düzenleyen BK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33) kapsamında kendisine bildirilen yetkiye iyi niyetle güvenen üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır. Ancak temsilin tipik üçlü ilişkisinde iyiniyetli hiçbir üçüncü kişi de çıkar çatışması içerisinde hareket eden temsilcinin başkasının hesabına etkili işlem gerçekleştirebileceğini ileri süremez. Bu konuda Medeni Kanunun başlangıç hükümlerinde yer alması nedeniyle uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama sahası bulan ve "İyiniyet" kenar başlığını düzenleyen 3. maddenin gözetilmesi gerekir (Nitekim BK. m. 646, "Bu kanun, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır" düzenlemesini öngörmektedir). Böylece üçüncü kişi, muhatabı olan temsilcinin çıkar çatışması içerisinde hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde iyiniyetini ileri sürerek sözleşmenin geçerliliğine dayanamaz. Keza tarafların menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması gayesine yönelik olarak temsile egemen genel prensipler ışığında, kendisine BK. m. 41 f. 2 gereğince yetki bildiriminde bulunulmayan üçüncü kişinin iyiniyet korumasından yararlanamayacağını vurgulamamız gerekir. Bir başka ifadeyle temsil olunanın üçüncü kişiye yönelik bir yetki bildirimi olmadığında, üçüncü kişi sözleşme ilişkisine girdiği temsilcinin çıkar çatışması içerisinde olduğunu bilmediğinde ve bilmesi gerekmediğinde dahi sözleşmenin geçerliliğini savunamaz (Karasu, 2018, s. 277). Temsil yetkisi üçüncü kişiye yönelik olarak farklı tarzlarda bildirilebilir. Bir kimsenin işyerinde belli bir konuma getirilmesinin, üçüncü kişilerin nazarında olağan olarak bu iş ile ilgili hukuki işlemlerin yerine getirilmesi yetkisinin verildiği anlamına geldiği kabul edilir (Von Tuhr ve Peter, 1979, s. 385). Federal Mahkemenin BGE 120 II 197 (s. 204) kararı benzer yöndedir.

Zikredilen ilkeler doğrultusunda tüzel kişilerin organlarının ve ticari temsilcilerin işlemleri açısından da aynı sonuca varılmaktadır. İş hayatında geçerli dürüstlük ilkesi gereğince organlar ve ticari temsilciler tüzel kişiliğin amaçlarına uygun olarak hareket etmek zorundadır. Hiçbir organ veya ticari temsilci, çıkar çatışması içerisinde hareket ederek, tüzel kişilin amacına aykırı surette geçerli bir hukuki işlem yapabileceğini düşünemez. Nitekim Federal Mahkemenin istikrar kesbeden içtihatları uyarınca sınırlı sorumlu şirketin tüzüğe göre amacı, müdürün kişisel çıkarına kefaletle yer vereceği şeklinde anlaşılabilir. Bu konuda bkz. BGE 95 II 442. İchtihatlar ve doktrin, temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına ilişkin kuralların tüzel kişilerin organlarına, ticari şirketlere ve kanuni temsilcilere kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir (Gauch ve Schluep, 1995, s. 1439; Zäch/Künzle, 1990, s. 152). Federal mahkemenin benzer yönde kararları mevcuttur. BGE 95 617: "Bir kişi, her iki tarafın organı veya temsilcisi olarak hukuki işlem yaptığında aynıysa geçerlidir". Federal Mahkemenin diğer kararları için bkz. BGE 127 II 332; BGE 126 III 361.

Böylece Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde farklı çıkar çatışmalarında da temsilin geçerli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu kapsamda bir tüzel kişinin organının bankadan kendi hesabına kredi temin edebilmek için banka ile temsil olunan şirketin adına bir kefalet sözleşmesi yapmasında, temsilcinin kendi alacaklısı ile temsil olunanı temsilen borcun nakli sözleşmesi yaparak kendi borcunu temsil olunanın üzerine nakletmesinde, temsilcinin bir alt temsilci tayin ederek onunla üçüncü kişi sıfatıyla işlem yapmasında veya temsilcinin bankaya temsil olunan hesabına olmak üzere kendisine bir ödeme yapması talimatını vermesinde (BGE 89 II 321) kendi kendisiyle ve çifte temsilci sıfatıyla hukuki işlem yapılmasından farklı bir görünüm söz konusudur. Ancak belirtilen tüm işlemler barındırdıkları çıkar çatışması nedeniyle hükümsüz kabul edilmektedir.

4. Çıkar Çatışmasının Varlığına Rağmen Temsilin Geçerliliği

a. Genel Olarak

Temsil olunanın, çıkar çatışmasından uzak bir şekilde temsil edilme hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak temsil olunan "Sözleşme Özgürlüğü" kenar başlığını taşıyan TBK. m. 26 ışığında çıkar çatışmasına muvafakat etmek suretiyle tehlikeyi üstlenebilecektir. Nitekim çıkar çatışmasına ilişkin yasağın düzenleyici nitelikte olduğu, temsil olunanın irade özerkliği kapsamında aksine bir tasarrufta bulunabileceği sonucuna varılmaktadır (İnceoğlu, 2010, s. 213; Bucher, 1988, s. 638). Yüksek mahkemenin bu yönde kararları da mevcuttur (Yarg. 11 HD. 10.06.1988 gün, E. 4317, K. 3844: BGE 126 III 361). Çıkar çatışması yasağı temsil olunanı korumak gayesiyle oluşturulduğuna göre, temsil olunan bu korumadan feragat etme hakkının tanınması gerekir. Bu konudaki temel sınırın "Kesin Hükümsüzlük" kenar başlığını taşıyan TBK. m. 27 olduğunu ifade edebiliriz. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

b. Etkin Muvafakat

Temsil olunan, kendisini temsil edecek kişiyi yetkilendirirken çıkar çatışması içerisinde hareket edebileceği bir yetki tesis edebilir. Temsil olunan benzer şekilde çıkar çatışması içerisinde hareket eden temsilcisine sonradan vereceği talimat ile süreci destekleme yetkisine de sahiptir. İrade özerkliği gereğince kişilerin kendileri aleyhine işleyecek bir hukuki işlem yapma serbestisine sahip olduğunu kabul etmemiz gerekir. İzin mutlaka açık bir irade açıklamasıyla gerçekleştirilmesi zorunluluğu yoktur. İş hayatında geçerli güven ilkesi doğrultusunda örtülü bir irade açıklamasıyla da çıkar çatışması içerisinde hareket eden temsilciye izin verilebilir (Sayman

ve Elbir, 1958, s. 307; Zäch ve Künzle, 1990, 154). Ancak temsil olunanın yalnız açık veya özel bir yetki verdiği takdirde temsilcinin çıkar çatışması içerisinde hareket edebileceğini belirten değerlendirmeler söz konusudur (Oğuzman ve Oğuz, 2009, s. 179). Yüksek mahkemelerin benzer yönde kararları mevcuttur (Bu konu bkz. Yargıtay 11. HD. 10.06.1988 gün, E. 4317, K. 3844; BGE 95 II 617).

ASHİ m. 3: 205 f. 3 (a) ve UTSİ m. 2.2.7 f. 2 (a) hükümleri, temsilciye muvafakat edildiğinde, çıkar çatışması içerisinde bulunan temsilci tarafından yapılan sözleşmenin temsil olunana karşı yöneltilebileceğini öngörmek suretiyle, Türk ve İsviçre hukuku ile uyum içerisindedir.

c. Normatif Muvafakat

Temsil olunanın davranışları, temsilcinin çıkar çatışması içerisinde işlem yapmasına muvafakat ettiği sonucunu doğurabilir. Bu kapsamda temsil olunanın aktif veya pasif davranışları, iyiniyetli temsilcinin ve üçüncü kişinin güven ilkesi doğrultusunda yüklemesi gereken anlama göre değerlendirilecektir. Zira yetkinin etkili olması konusunda her iki tarafın önemli menfaatleri mevcuttur. Temsilcinin, temsilin geçerli olması halinde yetkisiz temsilden sorumlu tutulmamasında; üçüncü kişinin ise geçerli bir sözleşme kapsamında edimlerin ifa edilmesinde üstün yararı söz konusudur.

Temsilci, çıkar çatışmasına rağmen, temsil olunanın davranışlarından onun için hareket etmeye yetkili olduğu sonucuna iyiniyetle ulaşmışsa, temsil iç yetkiler kapsamında etkilidir. Diğer yandan üçüncü kişi, çıkar çatışmasının varlığına karşılık, temsil olunanın temsilciyi yetkilendirdiği neticesine iyiniyetle varmışsa, temsil dış yetkiler uyarınca geçerli olacaktır. Böylece temsil olunanın tepkisizliğinin temsilci ve üçüncü kişi tarafından nasıl algılandığının belirlenmesi gerekir (Rouiller, 2007, s. 383).

Bir kimsenin sessizliği kural olarak kabul yönünde bir irade açıklaması anlamını taşımaz. Ancak güven ilkesi ışığında somut olayın koşulları ve iş hayatının gerekleri değerlendirildiğinde, aktif bir reaksiyon göstermesi gereken temsil olunanın sessizliği kendisine isnat edilebilecektir. Böylece temsilcinin menfaat çatışması içerisinde hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken temsil olunanın tepkisizliği, belli koşullarda harekete muvafakat anlamını taşıyacaktır.

Bu durum yetkileri kendisine kambiyo taahhüdünde bulunma izni vermeyen bir ticari vekilde de söz konusudur. Federal mahkeme, ticari vekilin bu tür taahhütleri yapması için mutlak bir yetkiye sahip olması gerektiğini öngören kanun hükmünün, görünürde yetki kavramını geniş ölçüde aldatici kılacağını kabul etmektedir (BGE 94 II 117, c. 3). Bu anlamda güven ilkesinden kaynaklanan olguların kapsamının daraltılmaması gerekir. Temsil olunanın, ticari vekilin yetkisinin olmamasına rağmen kambiyo taahhüdünde bulunduğunu bilmesi veya bilmesi gerektiği halde, engelleme olanağına sahip bulunmasına rağmen harekete geçmemesi, yapılan işlemleri etkili kılacaktır. Bir temsilcinin şirket tüzel kişiliğini ancak ortak imza ile taahhüt altına sokabileceği durumlarda da benzer bir süreç yaşanabilecektir. Tüzel kişi, temsilcinin kendisini tek başına yükümlendirebileceğine müsamaha göstermesi halinde, Ticaret Sicilinde kayıtlı sınırlamalara dayanamayacaktır (Gauch, Walter, Schmid ve Rey, 2003, s. 1434; Zäch ve Künzle, 1990, s. 146). Federal Mahkemenin benzer yönde kararı için bkz. BGE 66 II 254. Ticari konularda temsil olunanın beklenen özen ölçüsü, temsil olunanın işyerinin işleyişini ve teşkilatını gözetme görevi nedeniyle daha sert bir şekilde değerlendirilecektir (MK. m. 3 f. 2). (Koller, 1985, s. 79). Bu konuda Federal mahkemenin önemli bir değerlendirmesi söz konusudur. Nitekim BGE 120 II 197, c. 3b/a: "Ticari işlemlerde işyerine ilişkin anlaşılmayan organizasyon tehlikelerinin, üçüncü kişiye yüklenmemesi itibarıyla, görünen yetkinin kabulü yerindedir" şeklindedir.

Böylece temsilci, temsil olunanın pozitif veya normatif bilgisi dahilinde sözleşme müzakerelerini çıkar çatışması içerisinde sürdürdüğü halde, temsil olunan bu duruma tepki göstermediğinde, temsilci ve üçüncü kişiler nezdinde temsil işlemine muvafakat ettiği izlenimini yaratmaktadır. Temsil olunanın sessizliği ve yaratılan izlenimi yıkan bir itirazının olmaması, iç yetkiler ve dış yetkiler gereğince kendisinin bağlanması neticesini doğuracaktır (Rouiller, 2007, s. 390).

ASHİ m. 3:205 f. 3 (b) ve UTSİ m. 2.2.7 f. 2 (b) gereğince, temsilci çıkar çatışmasını açıklamasına rağmen, temsil olunan uygun bir süre içerisinde itiraz etmediğinde, sözleşme iptal edilemez. Zikrettiğimiz genel ilkeler ışığında hukuk sistemimizde benzer bir sonuca ulaşılmalıdır. Kendisine süre tayin edilmesine karşılık tepkisiz kalan temsil olunanın çıkar çatışması içerisinde hareket edilmesine normatif anlamda muvafakat ettiği kabul edilmelidir.

5. Yaptırım Rejimi

Türk ve İsviçre hukuk sisteminde temsilcinin çıkar çatışması içerisinde yaptığı sözleşmeye, TBK. m. 46'da (İBK. m. 38) düzenlenen rejim uygulanmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2009, s. 180; Reisoğlu, 2008, s. 133; İnceoğlu, 2010, s. 222; Zäch ve Künzle, 1990, s. 158). (Benzer yönde Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 82 II 388 ve BGE 98 II 211). "Yetkisiz temsil" kenar başlığını taşıyan hükme göre, bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar (f. 1). Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunanın, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur (f. 2). Böylece temsilci çıkar çatışması içerisinde hareket etmesi halinde, yapılan işlem yetkisiz temsil kapsamında etkili olmayacağından, temsil olunan bağlanmayacaktır. Temsil olunanın çıkar çatışması hakkında bilgilendirilmesine veya kendisine işlemi onayıp onanmaması konusunda süre verilmesine rağmen, sessiz kalması onamanın reddi anlamını taşımaktadır. Benzer tarzda OR 2020 Tasarısının 191. maddesinde de istisnaların gerçekleşmemesi halinde, işlemin geçersizliğinden hareket edilmektedir.

Temsil olunanın, bir kimsenin yetkisi olmadığı halde veya yetkisinin sınırları dışında hesabına hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, bu duruma itiraz etmesi ve işlemi onamadığını bildirmesi gerekir. Temsil olunanın reaksiyon göstermemesi, TBK. m. 41 f. 2 gereğince yetki bildiriminin varlığı sonucunu doğuracaktır. Temsil olunan, katlanmaya veya görünüşe dayalı yetki ilkeleri kapsamında işlem ile bağlanmaktadır. Çıkar çatışmasının varlığında da benzer bir sürecin işletilmesi yerinde olacaktır. Böylece temsilcinin çıkar çatışması içerisinde hareket ettiğini ya da sözleşme yaptığını bilen veya bilmesi gereken temsil olunanın benzer bir tepki gösterme yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmek gerekir. Tepki göstermeyen temsil olunan, çıkar çatışması içerisinde yapılan işlemde sorumlu olmalıdır.

Prensip olarak yetkisiz bir şekilde yapılan işleme sessiz kalınması, onamanın reddi anlamını taşımaktadır. Hiç kimse sebebiyet vermediği bir konuda yanıt vermek zorunda değildir. Ancak somut olayın koşulları ve iş hayatında geçerli dürüstlük kuralları gereğince, itiraz edilmesinin beklenebildiği durumlarda tepkisiz kalınmasının onama anlamını taşıyacağı kabul edilmesi, tarafların menfaat dengesi açısından isabetli olacaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, içinde bulunulan koşullarda dürüstlük ilkesi uyarınca temsil olunanın uygun görmediği takdirde itiraz etmesinin beklenebildiği durumlarda sessiz kalmasının onama anlamına geleceğini öngörerek, önemli bir sonuca ulaşmaktadır. Bu konuda BGE 124 II 355 (özellikle s. 361): "İtirazın mümkün ve beklenebilir olması durumunda, sessizlik onama anlamını taşımaktadır" hükmüne yer

vermektedir. Doktrinde de benzer bir yaklaşım söz konusudur (Schwenzer, s. 2006, s. 43.05; Sungurbey, 1988, s. 89)

Rouiller; çıkar çatışması konusunda yasal bir boşluğun bulunduğunu, çıkar çatışmasının sui generis bir yetki aşımı olduğunu, kıyasa sadece uygun olduğu ölçüde başvurulabileceğini, bu kapsamda çıkar çatışmasının yaptırımı olarak izafi butlan yerine iptal edilebilirlik rejimine eğilim gösterilebileceğini ifade etmektedir. Yazar, diğer taraftan çıkar çatışmasının irade bozukluklarına yakın bir olgu olduğunu, bu kapsamda çıkar çatışmasına İBK. m. 31 uyarınca iptal edilebilirlik rejiminin uygulanabileceğini belirtmektedir. Rouiller, onama karinesinin de isabetli bir yaklaşım olduğunu ileri sürmektedir (Rouiller, 2007, s. 419).

İtalyan Medeni Kanunu çıkar çatışmasına ilişkin önemli düzenlemeler içerdiğinden, bakış açımızı genişletmek amacıyla bu hükümlere değinmek faydalı olacaktır. "Çıkar Çatışması" kenar başlığını içeren İtalyan MK. m. 1394, "*Temsilci, temsil olunanın çıkarıyla çatışan bir sözleşmeyi yaptığında, çatışma üçüncü kişi tarafından bilindiğinde veya bilinebilir olduğunda, sözleşme temsil olunan tarafından hükümsüz kılınabilir*" şeklindedir. İtalyan MK. m. 1395 ise, "*Temsilcinin kendisiyle kendi adına veya bir başka tarafın temsilcisi sıfatıyla yaptığı sözleşme, temsil olunanın temsilciyi özel olarak yetkilendirdiği veya sözleşmenin içeriğinin çıkar çatışmasını mümkün kılmayacak şekilde belirlendiği haller dışında, hükümsüz kılınabilir. İptal sadece temsil olunan tarafından gerçekleştirilir*" düzenlemesini öngörmektedir. İtalyan Medeni Kanununda yer alan hükümler, uluslararası hukuk belgeleriyle benzer özellikler taşımaktadır. Böylece İtalyan Medeni Kanunu, Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak çıkar çatışmasının yaptırımında geçersizlik yerine, uluslararası belgelerde tanzim edilen iptal edilebilirlik rejimini esas almıştır. Benzer bir hükmün Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri kısmında temsili düzenleyen 40. ilâ 48. maddeleri arasında öngörülmesi isabetli olacaktır.

IV. SONUÇ

İncelediğimiz uluslararası belgeler çıkar çatışmasını pozitif olarak düzenlemiştir. Türk ve İsviçre hukuku ise çıkar çatışmasını temelde yetkinin içeriğini ve derecesini düzenleyen TBK. m. 41 kapsamında değerlendirmektedir. Hukuk sistemimizde çıkar çatışmasına ilişkin olarak Borçlar Kanununun genel hükümlerinde sistematik koşulları içeren kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum hukuki istikrarsızlığa yol açmaktadır.

Çıkar çatışmasına yönelik bir düzenlemenin, başkası hesabına işlem yapma yöntemleri olan doğrudan ve dolaylı temsili kapsayacak tarzda, temsil ilişkisinin katılımcıları arasında adil bir dengenin sağlanmasına yönelik olmalıdır. Böylece çıkar çatışması içerisinde olan bir temsilcinin yaptığı işlemin kusurlu olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak işlemin niteliği bakımından temsil olunanın zarar görme tehlikesinin genel ve soyut olarak bulunmadığı hallerde, işlemin etkili olduğu kabul edilmelidir.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'den farklı olarak temsilcinin kendisiyle veya çifte temsilci sıfatıyla hareket ettiği iki özel durumda, aksi kanıtlanabilen bir çıkar çatışmasının varlığını karine olarak öngörmüştür. Bu durumda ispat yükünde bir değişiklik söz konusudur. Temsil olunan, çıkar çatışmasını ve muhatabının kötü niyetini ispat etmek yükümlülüğünde değildir. Türk hukukunda öğretide ve içtihatlarda benzer bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu iki durumda çıkar çatışmasının meydana gelme olasılığı, temsil olunanın zarar görme tehlikesi ve ispat zorluğu nazara alınarak, ispat yükünde değişikliği getiren karinenin benimsenmesi isabetlidir. Mevcut belirsizliği gidermek adına karinenin Borçlar Kanununun genel hükümlerinde açık bir kurala dönüştürülmesi yerinde olacaktır.

Hukuk sistemimizde bizzat kendisiyle temsil veya çifte temsil dışında oluşan çıkar çatışmalarına yüzeysel bir şekilde değinilmekte ve az sayıda örnek sunulmaktadır. Çıkar çatışmasına ilişkin olarak öngördüğümüz genel kuralların uygun düştüğü ölçüde tüm olgulara uygulanması gerektiği sonuca ulaştık. Böylece tüzel kişilerin organlarının veya ticari temsilcilerin çıkar çatışması içerisinde hareket ederek veya tüzel kişinin amacına aykırı davranarak, tüzel kişiyi bağlayabilecek bir işlem yapamayacağını belirledik.

Uluslararası hukuk belgelerinde taraflar arasındaki dengenin sağlanması hedefi, çıkar çatışmasının üçüncü kişi tarafından bilinmesine veya bilinmesi gerekliliğine dayandırılmıştır. Türk hukukunda vardığımız neticeler, güven ilkesi ve MK. m. 3 f. 2'den hareketle benzer odaklar taşımaktadır. Temsilcinin çıkar çatışması içerisinde hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken bir üçüncü kişi, işlemin temsil olunanı bağlayacağını ileri süremez. Bu konuda TTK. m. 18 f. 2 gereğince her tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü gözetildiğinde, tacir sıfatında olan üçüncü kişinin göstermesi gereken özen ölçüsü özel ilişkilere nazaran daha ağır olacaktır. Ancak temsile ilişkin genel ilkeler ışığında ve BK. m. 41 f. 2 kapsamında, temsil olunan tarafından üçüncü kişiye yönelik bir yetki bildirimi olmadığında, üçüncü kişi iyiniyet korumasından yararlanamayacaktır.

ASHİ m. 3: 205 f. 3 (a) ve UTSİ m. 2.2.7 f. 2 (a) hükümleri, temsil olunanın muvafakati durumunda, çıkar çatışması içerisinde bulunan temsilci tarafından yapılan sözleşmenin iptal edilemeyeceğini öngörmektedir. Türk hukukunda da temsil olunanın açık veya güven ilkesi doğrultusunda örtülü irade açıklaması ile çıkar çatışması içerisinde hareket eden temsilciye izin verilebileceği tespit edilmektedir. Ancak iş hayatında geçerli dürüstlük kuralları ve güven ilkesi ışığında temsil olunanın davranışlarının belirli koşullarda çıkar çatışması içerisinde işlem yapılmasına muvafakat edildiği anlamını taşıyacağı sonucuna da ulaşılabilmektedir. Böylece temsilcinin, temsil olunanın pozitif veya normatif bilgisi dahilinde, çıkar çatışması içerisinde hareket etmesine rağmen temsil olunanın tepki göstermemesinin, iyiniyetli temsilci ve üçüncü kişi nezdinde işleme muvafakat edildiği izlenimini yaratabilecektir. Bu durumda temsil olunanın yaratılan izlenimi ortadan kaldırmaması, işlemin iç yetkiler ve/veya dış yetkiler gereğince etkili olması sonucunu meydana getirecektir. Benzer şekilde temsilcinin veya üçüncü kişinin çıkar çatışmasını bildirmesine ve süre tayin etmesine rağmen, temsil olunanın sessiz kalması güven ilkesinin uygulanması kapsamında, çıkar çatışmasına muvafakat edildiği anlamını taşıyacaktır. Temsilcinin ve üçüncü kişinin, temsil olunanın tepkisizliğine iyiniyetle yükledikleri güven korunmalıdır.

Uluslararası hukuk belgelerinde temsilcinin çıkar çatışması içerisinde yaptığı sözleşmelere, iptal edilebilirlik yaptırımını uygulanmaktadır. İtalyan Medeni Kanunu da diğer ulusal hukuk düzenlerinden farklı olarak iptal edilebilirlik rejimini öngörmektedir. Bu yaptırım türünde çıkar çatışması içerisinde yapılan sözleşmelerin temelde geçerli olduğu, ancak belirli koşullar altında temsil olunana iptal olanağının tanındığı görülmektedir. Hukuk sistemimizde ise çıkar çatışması etkisinde gerçekleştirilen işlemlere, BK. m. 46'da (İBK. m. 38) hüküm altına alınan yetkisiz temsil rejimi uygulanmaktadır. İsviçre Borçlar Kanununun yeni tasarı metninde de (OR 2020 Tasarısı) eski sistem muhafaza edilmiştir. Çıkar çatışması içerisinde kurulan sözleşme, yetkisiz temsil kapsamında değerlendirildiğinden, temsil olunan bakımından etkili değildir. Yetkisiz yapılan işlemi onayıp onamama konusunda temsil olunanın takdir yetkisi bulunmaktadır. Temsil olunan, işlemi onamadığında veya tayin edilen sürede sessiz kaldığında, işlemi reddettiği sonucuna varılmaktadır. Böylece işlemin ayakta tutulması konusundaki takdir yetkisi tamamen temsil olunana tanınmıştır. Temsil ilişkisinde gözetilmesi gereken menfaat dengesinde ağırlığın tek taraflı bir şekilde temsil olunana verilmesi, tarafların haklı yararları açısından uygun değildir.

Öngörülecek yaptırımın çıkış noktası, temsil müessesesinin yarattığı tehlikelerden temsil olunanı korumak olmakla birlikte, iyiniyetli temsilcinin ve üçüncü kişinin korunmasının gerekli olduğu koşullarda işlem geçerli kabul edilmelidir. Böylece işlemin sadece belirli koşullarda iptal edilebildiği bir rejimin öngörülmesi, tüm katılımcıların menfaatlerini bakımından desteklenmelidir.

Çıkar çatışmasına ilişkin kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Böylece BK. m. 46 f. 2 kapsamında tayin edilen sürede sessizliğin her zaman onamanın reddi olarak kabul edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacaktır. İşlem hayatının gerekleri doğrultusunda uygulanacak güven ilkesi ışığında temsil olunanın itiraz etmesinin beklenebildiği hallerde, sessizliğin muhafaza edilmesinin tehlikesi temsil olunana yüklenmelidir. Zira temsil olunan, yapılan işlemin etkilerine göre pozisyon belirleyerek hareket edebilecektir. İyiniyetli temsilcinin ve üçüncü kişinin karşısında yer alan temsil olunana spekülasyon yapma olanağı tanınmamalıdır. Böylece uygulanacak yaptırım rejimi, tüm taraflar bakımından şeffaflığı desteklemelidir. Sessizliğin belirli koşullarda onama olarak kabul edilmesiyle, Türk hukukunda öngörülen sistem uluslararası belgelerde düzenlenen yaptırım rejimine yaklaşacaktır.

İptal edilebilirlik rejimi; temsilciye ve üçüncü kişiye çıkar çatışmasını açıklamaya, üçüncü kişiyi ise reaksiyon göstermeye teşvik ederek, saydam bir yaptırım sistemi öngörmektedir. Bu yönüyle BK. m. 46'da öngörülen katı yaptırım sistemine nazaran tercih edilmelidir. İptal edilebilirlik yaptırımının benimsenmesi, tüm taraflar açısından hukuki istikrarı sağlayacaktır. Çıkar çatışmasına ilişkin olarak öngörülecek kuralların, Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri kısmında yer alan temsili başlığı altında 40. ilâ 48. maddeleri arasında pozitif olarak düzenlenmesi de lege ferenda desteklenmelidir. Bu konuda uluslararası hukuk belgelerinde ve İtalyan Medeni Kanununda kayda değer ikna ve çekim gücü taşıyan hükümlerin kaynak olarak dikkate alınması tavsiyeye şayandır.

Kaynakça

ATAAY, A. (1981), Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul.

BECKER, H. (1941), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Bern.

BUCHER, E. (1988), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich.

BUSCH, D. (2005), Indirect Representation in European Contract Law, The Hague: Kluwer Law International.

EREN, F. (2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul.

ESENER, T. (1973), Yetkisiz Temsil, Ankara.

FELLMANN, W. (1992), Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern.

FEYZİOĞLU, F. N. (1976), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, 2. Bası, İstanbul.

GAUCH P., SCHLUEP W. R. (1995) Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich.

- GAUSCH P., SCHLUEP W. R., SCHMID J., SCHMID J., REY H. (2003), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich .
- GUHL T., MERZ H., KUMMER M., (1980), Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich.
- HOFSTELLER J. (2000) Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Bern.
- HUGUENIN C., HILTY R. M. (2013), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich.
- İNCEOĞLU M. (2010), Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul.
- KELLER M., SCHÖBI C. (1988), Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. (1990), Bir yetki belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerinin İyiniyetinin Korunması, Prof. Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara.
- KOLLER A. (1996), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern.
- KOLLER A. (1985), Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg.
- LANDO O., CLIVE E., PRÜM A., ZIMERMANN R. (2003), Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, Part III, The Hague.
- OĞUZMAN M. K., ÖZ M. T. (2009), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul.
- PESTALOZZI H. A. (1927), Die indirekte Stellvertretung, Zürich.
- REİSOĞLU S. (2008), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul.
- ROUILLER N. (2007), Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Publication Cedidac, Lausanne.
- SAYMEN F. H., ELBİR H. K. (1958), Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul.
- SCHWENZER I. (2006), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern.
- SUNGURBEY A. K. (1988), Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul.
- VON BÜREN B. (1964), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich.
- VON TUHR A., PETER H. (1979), Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich.
- WATTER R., SCHNELLER Y. (2007), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Auflage, Basel.
- YAVUZ C. (1983), Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul.
- ZÄCH R., KÜNZLE H. R. (1990): Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern.