

## SINIRLI EHLİYETSİZLİK REJİMİYLE İLGİLİ TALİHSİZ SAPLANTILAR

Prof. Dr. Rona SEROZAN\*

Böyle gelmiş, böyle gitmekte: Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların, sözün özü, “sınırlı ehliyetsizlerin”, kimilerine göre de “sınırlı ehliyetlilerin” (bk. Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 1992, s. 223/24) ayrımcı, dereceli, “özel rejimi” oldum olası şöyle belirlenmekte: Onların yasal temsilcilerinin (velilerinin ve vasilerinin) oluru bulunmadıkça, borç (yüküm) altına giremeyecekleri; buna karşılık ivazsız (karşılıksız) kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada böyle bir oluru gereksinmedikleri söylenir ve yazılır. Bu ifade de MK 16 kuralının bu doğrultudaki söylemine dayanır.

Oysa hukuksal gerçek bu saplantıya hiç de uymaz; MK 16’nın söylemi gibi, bu söylemi izleyen öğretinin ifadesi de aşırı ölçüde dardır: “Sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin olurusunu almaksızın borç (yüküm) altına giremezler” sözcükleri, “onlar olur almaksızın kendileri için sakıncalı işleri göremezler” diye geniş anlaşılmalıdır. O zaman sakıncalı sayıldıkları için, yasal temsilcinin olurusunu gerektiren işlerin kapsamına, borç altına girmenin yanı sıra, hak kaybına yol açabilecek olan her türlü tasarruf, feragat, makbuz verme ve külfet altına sokabilecek bildirimlere, bu arada yenilik doğurucu bildirimlere muhatap olma da girecektir. Nitekim MK 16 kuralını bütünleyen MK 451 kuralı da “izin veya onama (icazet) olmadıkça haktan vazgeçemezler” diyerek böylesine geniş kapsamlı bir yaklaşımı destekler.

Öte yandan, MK 16 kuralının sadece “karşılıksız kazanmada bu olur gerekli değildir” sözcükleri de fazla dar sayılır. Sınırlı ehliyetsizler, sadece karşılıksız kazanmalarda (bu bağlamda, bağışlamayı, ibrayı, soyut borç ikrarını, kefaleti kabulde) değil, ama aynı zamanda, kendileri için sakıncasız (avantajlı, yararlı) işlerde, bu bağlamda, icaplara, feragatlere muhatap olmadıkça, her çeşit hakkı, bu arada opsiyon haklarını edinmede, bir edimi almada, bir alacağı tahsilde, üçüncü kişi yararına sözleşmede “lehdar kaydı”ndan yararlanmada, ihtar çekmede, ayıbı ihbar etmede, verdikleri ödöncü ve ariyeti geri sağlayıcı fesih bildirimlerinde bulunmada da yasal temsilcilerinin olurusunu gereksinmezler.

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Yalnız bizde BK 236 II uyarınca yasal temsilcinin bağışlamayı veto edebileceği ve İsviçre’de ZGB 287/88 uyarınca vesayet yargıcının bakım nafakası taahhüdünü onaylamayabileceği unutulmamalıdır!

Nitekim Deschenaux/Steinauer, *Personne physique*, 2001, s. 66 i.s.’de “karşılıksız yararlar” (unentgeltliche Vorteile, titre purement gratuit) deyimini burada yapıldığı gibi, “avantajlı edinimler” diye geniş okumaktadırlar.

\* \* \*

Gelgelelim, öğretilerde baskın görüş, salt hak kaybettirici tasarruf işlemlerinin değil, aynı zamanda hak kazandırıcı tasarruf işlemlerinin de, sözün özü, hiç ayrımsız tüm tasarruf işlemlerinin de yasal temsilcinin olurlarını gerektirdiği, sınırlı ehliyetsizlerin eşyayı, parayı ve herhangi bir hakkı devralmakla, aynı zamanda bu değerlere ilişkin alacak haklarını yitirdikleri ve bu nedenle bu işlemlerin de sakıncalı sayılarak temsilcinin olurlarını gerektirdiğini savunur.

*Bk. Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 78 i.s.; Oğuzman/Seliçi/Oktay, Kişiler Hukuku, s. 73; Arpacı, Kişiler Hukuku, s. 55 i.s.; Weber, OR 68 – 96 Einleitung N 96; Schraner, Vorbemerkungen zu Art. 68 – 96 N 54; Bucher, ZGB 19 N 178 i.s.*

Adeta yüzyıllık bir saplantı gibi kökleşmiş bu görüş tutarlı sayılamaz. Eğer bu görüş geçerli sayılacak olursa, sınırlı ehliyetsizin kendisine bağışlanmış olan eşyayı veya parayı bir başına buyruk devralmasını bile olanaksız saymak gerekir. Ehliyetsizi koruma amacını aşan bir görüştür bu. Oysa edimi ele geçirme, bu yüzden alacak hakkının yitirilmesinden hiç kuşkusuz daha yararlıdır. Nitekim Romalılar bile böyle düşünürlerdi: Minus est actionem habere quam rem! Türkçesi: Önemli olan alacak hakkını korumak değil, edime kavuşmaktır!

Bucher’in, öğretilerdeki bu baskın görüşü, değişik bir gerekçeyle, işlem ehliyetinin tanımına MK 9 kuralı uyarınca hak edinmenin de girmesiyle desteklemeye çalışması çarpıcı bir kavram hukukçuluğu gösterisidir.

Üstelik şu da var: Eğer edimi bir tasarruf işlemiyle devralan ehliyetsizin alacak hakkı mutlaka kendisi için korunup saklı tutulmak isteniyorsa, bu amaca ulaşmak için ehliyetsize hak kazandırıcı tasarruf işlemlerini yasaklamak gerekmez; aynı amaca başka yollardan da pekala ulaşılabilir. Şöyle ki:

a) Edimi alma (edinme, kazanma) ile edimi kabul (ifa anlaşması) birbirinden ayrı tutulabilir ve edim ehliyetsize kazandırıldığı halde, temsilcinin oluru alınmaksızın kotarılan ifa anlaşması hükümsüz sayılabilir. Böylece alacak hakkı da sınırlı ehliyetsiz kişi için saklı kalmış olur.

Nitekim Eren de tıpkı başka yazarlar gibi, ehliyetsiz alacaklı için alacak hakkını sınırlı sözleşme görüşü çerçevesinde ifa anlaşmasını şart koşarak saklı tutmaktadır. (Bk. Borçlar Hukuku, 2003, s. 869 i.s.)

b) Ehliyetsizin, aynen iflas etmiş bir alacaklıda da yapıldığı gibi, ahzu kabz yetkisinden, eşdeyle, alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinden (Empfangszuständigkeit) yoksun bulunduğu söylenebilir.

*Bk. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 18 I, s. 240*

Her iki durumda da alacak hakkı, edimi bir tasarruf işlemiyle devralan ehliyetsiz kişi için saklı tutulmuş olur.

Bu son noktayı biraz açalım: Bilindiği gibi, ifanın hukuksal niteliği konusunda şöyle bir tartışma sürdürülür: Sırf ehliyetsiz alacaklıya edimi almakla alacak hakkını kaybettirmemek için, ifanın bir anlaşma (sözleşme) oluşturduğu görüşünü savunanlara karşı, buna gerek bulunmadığı, ifanın salt yalınkat bir maddi eylem (Realakt) oluşturduğu, ne var ki ehliyetsizin edimi alma mezuniyetinin (Empfangszuständigkeit) bulunmadığı ileri sürülür.

*Bk. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 1 N 13aa*

İfanın niteliği konusundaki tartışmayı herhangi bir pratik önemi olmayan “bir bardak sudaki fırtına” olarak bir yana bırakalım. Sınırlı ehliyetsize hak kazandırıcı tasarruf işlemi, bu işlem için yasal temsilcinin oluru alınmış olmasa bile, geçerli sayan görüşün önemli pratik sonucuna gelelim: Tasarruf işlemi, ifa anlaşmasının varlığından bağımsız olarak ve temsilcinin oluru bulunmasa bile, geçerli sayılınca, taşınır eşya mülkiyeti de soyutluk ilkesi uyarınca, borçlanma işleminin hükümsüzlüğüne karşın sınırlı ehliyetsiz kişiyeye geçmiş olur.

Ehliyetsizin her halde saklı kalan alacak hakkına dayanarak edimi ikinci kez istemeye kalkışması ise ifayı ehliyetsize karşı gerçekleştirmiş olan ehliyetli borçlunun haksız edim zenginleşmesinden ötürü mevcut karşı alacağımı ileri sürmesiyle (takas yetkisini kullanmasıyla) ya da çelişik davranış (venire contra factum proprium) yasağı savunmasını ortaya atmasıyla engellenir.

Öte yandan, ehliyetli borçlunun ehliyetsizin tasarruf yetkisizliğine (edimi alma mezuniyetinin eksikliğine) dayanarak, evvelce yerine getirmiş bulunduğu edimi geri istemesi de “kimse sonradan nasıl olsa vermek zorunda kalacağı edimi geri isteyemez” (dolo facit qui petit quod statim redditurus est) ilkesine (MK 2 II kuralına) aykırı düşeceğinden, ister istemez geri çevrilir.

*Bk. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 1 N 13 bb*

Sınırlı ehliyetsizi edime kavuşturan tasarruf işlemi geçerli sayan ve üstelik onu taşınır eşya mülkiyetinin devrinde benimsenmesi gerekli soyutluk ilkesi ışığında aynı hak sahibi kılan bu yaklaşımda ortaya amaca uygun şöyle bir tablo çıkar:

Ödediği satış parasının iadesini, “belirlilik (özellik) ilkesi” ve MK 766’nın “karışma” kuralı uyarınca, ayrıca para alacaklıları arasında ayrımcılık yapmama gereği ışığında, ancak nispi güçteki haksız zenginleşme istemiyle sağlayabilecek olan sınırlı ehliyetli alıcı gibi, tam ehliyetli satıcı da yine salt nispi güçteki haksız zenginleşme istemiyle yetindirilir. Böylece, alım satım sözleşmesinin karşılıklı ifa sonrasında çözülüp tasfiye edilmesinde karşılıklı hukuksal silahlar arasında eşitlik sağlanmış olur.

*Bk. Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.202/203; krş. ama Burcuoğlu, Erem’e Armağan, s.79 i.s.*

Sınırlı ehliyetli yararına tasarruf işlemi geçerli sayan ve soyutluk ilkesini benimseyen bu yaklaşımın sağladığı asıl büyük avantaj, alışveriş yaşamında yalınlığı, kararlılığı, güveni ve güvenliği yaşama geçirmesidir. Gerçekten de bu sayededir ki ister istemez MK 988’in iyi niyetle mülk edinme şansından yararlanamayacak olan “taşınırı devralanın alacaklıları” da alışveriş güvenliğine yakışacak biçimde, cebri icra sürecinde ortaya atılabilecek olan beklenmedik istihkak iddialarına karşı korunmuş olacaktırlar. Böylece onların taşınır eşyayı devralmış olan kişinin aynı zamanda mülkiyeti de devralıp kazanmış olduğu yolundaki güvenleri ve son aşamada da alışveriş yaşamının istikrarı korunmuş olacaktır.

*Bk. Serozan, Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu, Çağa’ya Armağan, s. 397 i.s.*

*Özel bir vurguyla eklemeli ki ayırt etme gücünden yoksun “tam ehliyetliler” bakımından böyle bir çözüm asla düşünülemez. Tam ehliyetlilerin edimi alma işlemi, bu işlem kendisi için ister yararlı ister sakıncalı sayılsın, her halde MK 15 uyarınca kesin hükümsüz sayılacaktır. Burada ele alınan olgu ise, MK 16 bağlamında izne ve askada hükümsüzlüğe tabi bir sınırlı ehliyetlilerin hukuksal işlemidir.*

\* \* \*

Sınırlı ehliyetlilerin ne yararlı ne de zararlı sayılabilecek olan renksiz (neutral) işlemlerine gelince: Sınırlı ehliyetliler, temsilcilik gibi renksiz (neutral) işlemleri de velilerinin olurlarını almaksızın kotarabilirler. Bu gibi işlemlerde, ne de olsa, ehliyetliler, herhangi bir külfet altına girmeksizin, adeta bir katalizör olarak, sırf yasal temsilcilerinden aldıkları yetkiye dayanarak onları temsil veya beyan taşıyıcılığı yoluyla borçlandırırılar.

Ama genelde gözden kaçan asıl ilginç nokta şudur: Bu bağlamda, onlar, kendi malvarlıklarını teğet geçen, bu malvarlığına ne yarar getiren ne de zarar veren renksiz (neutral) işlemler olarak, başkalarına ait eşyada tasarruf da edebilirler. Örneğin sınırlı ehliyetli Emin’in Rıza’dan emanet almış ol-

duğu taşınır eşyayı Güven’e devretmesi, Emin’in yasal temsilcisinin oluru bulunmasa bile geçerli sayılır.

Renksiz işlemler arasında temsilcilik etkinliği MK 344 kuralı karşısında hiç tartışmasız baş köşeyi tutmakla birlikte, (*Bk. Oğuzman/Seliçi, s. 68 i.s.; Bucher, ZGB 19 N 377 i.s.*) değişik bir renksiz işlem oluşturan “başkasının eşyasında tasarruf işlemi”nin temsilcilik paralelinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği oldum olası tartışılır.

Şöyle ki kimi hukukçular iyi niyetli üçüncü kişinin, örnekte Güven’in (ki ehliyetlilerin karşısında güveni korunmaz) böyle bir rastlantıdan (hukuksal cilveden) yararlandırılmasını yerinde bulmazlar. Şöyle ki ya böyle bir işlemi sakıncalı bulup, ehliyetlilerin karşısında iyi niyeti korumazlar ya da iyi niyetle iktisap kuralını (MK 988’i) amaca uygun bir sınırlamaya (teleolojik reddüksiyona) tabi tutarlar.

*Bk. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, N 567/68 ve Bürgerliches Recht, N 542*

Ama öğretilerde baskın görüş, başkasının eşyasında tasarrufu aynen temsil işlemi gibi sınırlı ehliyetlilere ne yarar getiren ne de zarar veren renksiz (neutral) bir işlem olarak yasal temsilcisinin olurlarını almaksızın geçerli sayar.

*Bk. Flume, Allgemeiner Teil II, § 13 7 b, s. 196; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil, § 25 N 18 i.s., s. 488 i.s.; Münchener Kommentar’da Gitter, § 107 N 16; Schreiber, Jura, 1987, 221; Olshausen, AcP 189, 223; Braun, Jura, 1983, 459/60*

Şunu da eklemeli ki başkasının eşyasında tasarrufu da temsilcilikle birlikte renksiz işlemler kabına atan görüşe karşı, arada sırada başka bir çekincenin daha ileri sürüldüğü de görülür. Bu çekince şöyle özetlenebilir: Başkasına ait emanet eşyada tasarruf eden sınırlı ehliyetli kişi, temsilciden ayrımlı olarak, sonradan bu yetkisiz tasarrufundan sorumlu tutulabileceğine göre, onun yetkisiz tasarrufu hiç de renksiz bir işlem sayılamaz; kendisi için düpedüz sakıncalı bir iş sayılır. Ne var ki bu çekince de şöyle boşa çıkartılabilir: Sınırlı ehliyetlilerin olası haksız zenginleşme sorumluluğu pekala zenginleşmenin eksildiği savunmasıyla, onun olası haksız fiil sorumluluğu da pekala kusursuzluk savunmasıyla püskürtülebilecektir.

*Bk. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 25 N 18 i.s.; s. 488 i.s.*

\* \* \*

Küçüklerin velilerinin olurlarını almadan gerçekleştirebilecekleri işler arasında kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması da yer alır. (MK 16 I 2)

*Bu hakların kullanılmasının zorunlu kıldığı ölçüde küçüğün vekalet vermesinin de (aslında kendisini borçlandıracağı halde) velinin olurlarını gerektirmediği kabul*

edilmelidir. Aksi halde MK 16 I 2'nin küçüğe sağlamış olduğu ayrıcalık kâğıt üstünde kalmış olur. (Bk. Riemer, *Personenrecht des ZGB*, 2002, s. 75; *İsviçre Federal Mahkemesi*, BGE 116 II 387)

Ne var ki “kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada yasal temsilcinin oluru gerekli değildir” ifadesi de fazla geniştir. Unutulmasın ki yargısal erginlik kazanma, nişanlanma, evlenme, tanıma, evlatlık olma, ad değiştirme ve kişilik değerleri üstünde (tıbbi müdahale benzeri) ciddi ve önemli tasarruflarda bulunma gibi işlerde ve işlemlerde yasal temsilcinin oluru yine de aranır.

Kişiyi sıkı biçimde bağlı hakların kullanılmalari bakımından dikkat edilmesi gerekli bir nokta da şudur: Kişiyi sıkı biçimde bağlı hakların kimileri geniş anlamda yasal temsile (işlemi tamamlayıcı olurun verilmesine) değil ama dar anlamda yasal temsile (işlemin doğrudan doğruya ehliyetli adına ve hesabına kurulmasına) düşmandırlar.

Bu gibi “birinci derecede” (mutlak) kişiyi sıkı biçimde bağlı haklar arasında nişanlanmayı ve evlenmeyi kurup çözme, soybağı ilişkilerini etkileme, ölüme bağlı tasarruf düzenleyip geri alma ve kişilik değerleri üzerinde ciddi tasarruflarda bulunma hakları göze çarpar.

Bu işler, sınırlı ehliyetli istemedikçe, temsilci eliyle ve dar anlamda kurucu temsil yoluyla gerçekleştirilemezler. Bunlarda “birlikte hareket” (kooperasyon) zorunlu sayılır. Bu haklar bakımından ne ehliyetli tek başına hareket edebilir; ne de yasal temsilci ehliyetli temsil edebilir. Ehliyetli temsilci mutlaka kol kola girmelidirler.

*İsviçre Federal Mahkemesi*, BGE 114 Ia 350, 116 I 385, 117 II 6.

Buna karşılık, yasal temsilciler ehliyetli olan ikinci derecedeki (nispi) kişiyi sıkı biçimde bağlı haklarını dar anlamda kurucu temsil yoluyla pekala bizzat yaşama geçirebilirler.

Görülüyor ki aslında biraz geniş tutulmuş olan MK 16 I 2 kuralı küçük için bir yetki kuralıdır (küçük, kişiyi sıkıca bağlı hakları temsilsiz ve olursuz tek başına kullanabilir), ama veli için bir yasak kuralı değildir. Veli ikinci derecedeki (nispi) kişiyi sıkıca bağlı hakları pekala küçük adına ve hesabına kullanabilir.

\* \* \*

Pekiye ama yasal temsilcinin oluru gerektirdiği halde, bu olur elde edilmeden gerçekleştirilen işlemin hukuksal yazgısı ne olur? Böyle bir işlem onam (icazet) yasal koşuluna bağlı bir işlem olarak “askıda (schwebend, en suspens) hükümsüz” olur; sonradan onam verilirse yani yasal geciktirici

koşul gerçekleşirse, geçerli olarak ayakları üstüne oturur; buna karşılık, bu onam esirgenirse, başı üstüne düşüp kesin hükümsüz hale gelir. (MK 451/52) Yalnız nişanlanmada (nişanlanma edim yükümlü gerçek bir bağit olmayıp, edim yükümlerinden bağımsız bir güven ilişkisi oluşturduğu içindir ki) ehliyetli olasılığında ehliyetli nişanlı bağlanır ama ehliyetli nişanlı bağlanmaz. (MK 118 II) Böyle bir nişanlanma ilişkisi tek ayağı üstünde duran bir “topal ilişki” (hinkendes Verhältnis) sayılır.

*Bk. Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm, I § 1 N 29*

Bir de şu var: Yenilik doğurucu işlemler askı belirsizliğini kaldırmadıkları ve iradi olsun, yasal olsun, “koşul” (şart) kavramına düşman oldukları içindir ki bunlarda onama yasal geciktirici koşuluna bağlı “askıda hükümsüzlük” söz konusu olmaz; olursuz yenilik doğurucu işlemde, örneğin fesih bildiriminde ancak “kesin hükümsüzlük” söz konusu olur.

*Bk. Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm, II § 4 N 13; İrs. Buz, Yenilik Doğurucu Haklar, s. 258 i.s.*