

# Türk - İsviçre Borçlar Hukuku'nun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemesi Üzerinde Tabii Hukuk Akımının Etkisi

Sevgi KAYAK\*

## I. Genel Olarak

Bilindiği üzere günümüz modern kanunlarında yer alan pek çok düzenlemenin, kurum ve kavramların temelleri tarihsel köklerine dayanır. Sıkça olmamakla birlikte kurumlar ya aynen korunarak ya da az çok değişime uğrayarak günümüze kadar gelebilmişlerdir. Bu sebeple şu bir gerçektir ki günümüzdeki pek çok hukuksal kavramın anlaşılabilmesi tarihsel geçmişin araştırılması ile mümkün olmaktadır. Bu kurumlar arasında üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi de yer alır. Hatta üçüncü kişinin fiilini taahhüt, tarihsel bağları halen devam eden bir kurum olmakla bu kurumlar arasında öncelikli yer tutar. Bu bakımdan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin tarihsel bağlantılarının sıradan olduğunu savunmak çok güçtür. Zira bugün Borçlar Hukukunun en tartışmalı konularından biri olan, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki kimliği ile ilgili tartışmaların arkasında yatan neden de konu ile ilgili çalışmaların tarihsel materyale yeteri kadar atıf vermemeleridir. Bu itibarla biz çalışmamızda hukuki nitelik ile ilgili sıcak tartışmalara kurumun tarihsel geçmişinin nasıl yön verdiğini ve bugün itibariyle üçüncü kişinin fiilini taahhüdü garanti sözleşmesi olarak kabul eden baskın görüşe nasıl ulaşıldığını açıklamaya çalışacağız. Özellikle üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi basit bir terimsel ifadeden garanti sözleşmesi gibi hukuksal bir kavrama nasıl ulaşıldığını ispata uğraşacağız.

## II. Kavram

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt Türk Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde, İsviçre Borçlar Kanununun ise 111. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununun 110. maddesindeki düzenleme şöyledir:

Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.

Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.

Maddenin Mehzaz Kanundaki karşılığı olan art. 111 CO'da "porte-fort" kenar başlığı altında kaleme alınmış Fransızca metin şöyledir:

Bir üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zararı gidermekle yükümlüdür.

Her iki kanun düzenlemesi de üçüncü kişinin fiilini taahhüdü aynı ifadelerle açıklamıştır. Ancak aralarında küçük bir fark vardır: Türk Borçlar Kanunu'nun 110. maddesi iki fıkralık bir madde iken İsviçre Borçlar Kanunu 111. madde tek fıkralıktır. Türk Borçlar Kanunu'na, 8 Temmuz 1981 gün ve 2486 Sayılı Kanun<sup>1</sup> ile banka teminat mektupları hakkındaki süre sorununu

\* Dr. , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> RG 10.7.1981 t., Sayı No: 17396.

gidermek için eklenen bu ikinci fıkra, İsviçre Borçlar Kanunu'nda mevcut değildir. Ancak bu fark, düzenlemenin özüne etki eden bir fark değildir, her iki kanunda da üçüncü kişinin fiilini taahhüt aynı hukuki yapıda kaleme alınmıştır<sup>2</sup>.

Maddelerde yer alan açıklama ve ifadeler Türk İsviçre doktrininde büyük tartışmalarla karşılanmış ve maddenin, kurumun ana hatlarını ifade etmek bakımından çok başarısız olduğu vurgulanmıştır. Hukuk dünyasında maddenin şu anki haliyle bize söyleyebildikleri hakkında temelde iki görüş ortaya çıkmıştır: Genel hüküm görüşü ve garanti sözleşmesi görüşü.

Birinci görüş, söz konusu düzenlemeyi üçüncü kişilerin edimlerinin konu edildiği sözleşmelerin geçerliliğini ifade etmek için getirilen bir madde olarak görür<sup>3</sup>. Sözleşme yapmak için karşılıklı olarak bir araya gelen taraflar normal olarak sözleşmelere kendi edimlerini konu ederler. Fakat zaman zaman kendi edimleri yerine üçüncü kişilerin edimlerini de konu etmek isteyey-

bilirler. BK m. 110 (İsv. BK m. 111) üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak sözleşme konusu edilebileceğini göstermek için getirilen bir maddedir. Bu görüş, bu açıklamayı yaparken çok bellidir ki kurumun tarihsel bağlantısını katı biçimde göz önünde bulundurmamıştır. Zira hemen hemen tüm hukuki kurumların olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de çatısı Roma hukukunda kurulmuştur. Ancak bugünkünden farklı olarak Roma'da üçüncü kişinin fiilini taahhüt geçersiz kabul edilmiştir<sup>4</sup>. Çünkü Romalılar nazarında sözleşme yapmak için bir araya gelen taraflar, ancak kendi edimlerini sözleşme konusu yapabilirler. Edimi vaat edilen üçüncü kişinin, edimi vaat edildiği zaman, rızası olmadan borçlandırılması mümkün değildir. Böyle bir sözleşmeden ötürü taahhüt eden de borçlanmış değildir; zira vaat ettiği edim kendi edimi değildir. Çünkü edim kendisinden sadır olmayacak, kendi ellerinden çıkmayacaktır. O halde bu tür bir işlem Romalılarca "inutiles (faydasız, hükümsüz)" kabul edilir<sup>5</sup>. Genel hüküm görüşü bu noktada devreye girer ve BK m.

- 2 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C: II, *Tümü Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. bs.*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 889 vd.
- 3 Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, C: II, s. 849 (naklen: Samuel Reusser, *Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht*, Dissertation, Bern. (y.y.); Aynı yönde Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, C: II, s. 850-851; Kenan Tunçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, C: I, *Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Genişletilmiş 6. bs.*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 978-979; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 384.
- 4 Eugène Petit, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, 320; Edouard Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2. éd., revue et complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale, 1928, s. 372; Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Tome II, *Les Obligations*, 4. éd., 1948, s. 96; M. Ortolan, *Explication Historique des Instituts de L'Empereur Justinien*, Tome III, *Livres III et IV, Des Instituts*, 8. éd., Paris, Henri Plon, 1870, N. 1341; C. Accarias, *Précis de Droit Romain: Contenant avec l'Exposé de Principes Généreux, Le Texte, La Traduction et L'Explication des Institutes de Justinien*, Tome II, 4. éd., corrigée et notablement augmentée, Paris, Librairie Cotillon, 1891, N. 518; Paul Frédéric Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8. éd., revue et mise a jour par Félix Senn, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, s. 482 vd; P. Collinet, A. Giffard, *Précis de Droit Romain*, Tome II, *Obligations*, 2. éd., (revu et augmentée), Paris, Librairie Dalloz, 1929, s. 107; Georges Bry, *Joseph Bry, Principes de Droit Romain*, Tome II, 6. éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, s. 37; Paul Huvelin, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, Tome II, *Les Obligations*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 155; A. E. Giffard, Robert Villers, *Droit Romain et Ancien Droit Français, Les Obligations*, 3. éd., Dalloz, *Précis Dalloz*, 1970, s. 192; René Foignet, *Le Droit Romain, Des Obligations*, 2. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, s. 95; Pascal Pichonnaz, *Les Fondements Romains du Droit Privée*, Zurich, LGDJ Schulthess §, 2008, § 26 N. 1771.
- 5 Petit, s. 320; Girard, s. 482 vd.; Monier, s. 96.

110'u, Roma'nın katı şekilciliğini bertaraf etmek için getirilen bir madde olarak yorumlar. Roma'nın katı şekilciliğini günümüzde devam ettirmek olanaksız olduğuna göre, üçüncü kişilerin edimlerinin konu edildiği sözleşmelerin geçerli olduğunu söylemek gereklidir ve bunu söyleyen madde ise BK m. 110'dur. Bu durumda tarihsel veriler göz önünde bulundurulduğunda madde, Roma hukukunun üçüncü kişilerin fiilini taahhütlerin geçersizliğini kabul eden katı düşüncesine karşı oluşan tepkinin bir ürünüdür<sup>6</sup>.

Genel hüküm görüşünün karşısında yer alan, gerek Türk gerek İsviçre doktrininde hakim olan görüş ise, garanti sözleşmesi görüşüdür. BK m. 110 hükmünde, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ifadesinin taşıdığı basit bir sözlük anlamının ötesinde bir düzenlemenin bulunduğu inananak genel hüküm görüşüne karşı çıkar. Üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak taahhüt edilebileceğini söylemek, bugün sözleşme özgürlüğünü kabul etmiş hukuk düzenlerinde son derece anlamsızdır. Maddede, sözleşme özgürlüğüne atf yapan yersiz bir tekrardan fazlası vardır, zira madde, teminat hukukunun yapı taşlarından biri olan özel bir sözleşme tipini, garanti sözleşmesini düzenlemek istemiştir. Bu görüşe göre başkasının edimini söz veren kimse aslında bu edimi değil, bu edimin yerine getirileceğine dair bir güveni söz vermiş-

tir, güven yaratarak karşı tarafı üçüncü kişi ile sözleşme yapmaya sevk etmiştir. Fakat üçüncü kişi edimi yerine getirmek istemediği zaman bu güven ihlal edilmiş olur ve bu ihlalin de telafi edilmesi gerekir; telafiyi sağlayacak olan kişi ise elbette bu sözü veren kişi olacaktır<sup>7</sup>.

Hemen belirtelim ki bu görüşler arasında baskın olan ikinci görüşe biz de katılıyoruz. Ancak herhangi bir görüşe sapanıp kalmadan önce bir araştırma yapmak, maddenin niçin bu şekilde kaleme alınmış olduğunu da sorgulamak şarttır. Zira ister istemez şu soru akla gelmektedir: Madde, bir garanti sözleşmesini düzenlemek istediye eğer, o halde niçin “garanti sözleşmesi” ibaresine hiç yer vermedi? Ya da hiç değilse neden maddede bir “garanti borcu” demek zahmetine bile girilmedi?

Sorunun cevabını ciddi anlamda yapılabilecek tarihsel değerlendirmelerde aramak gerekir. Maddenin bu haliyle kaleme alınmasının temel nedeni, tabii hukukçuların çalışmalarının bu konu üzerindeki doğrudan etkileridir. Bilindiği gibi Türk Borçlar Kanunu m. 110 İsviçre Borçlar Kanunu m. 111'den aynen alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 111 ise Fransız Medeni Kanunu'nun 1119 ve 1120. maddelerinden esinlenerek kaleme alınmıştır<sup>8</sup> ve kurumun tabii hukuk ile bağlantısı da esas olarak bu noktada ortaya çıkmaktadır.

6 Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, C: II, s. 849.

7 André Wavre, *Le Porte-fort en Droit Fédéral CO art. 127, Dissertation*, Neuchatel, Imprimerie Paul Attinger, 1898, s. 37; H. Oser, W. Schönenberger, *İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde 110-183 (TBK:109-181)*, Çev. Ferid Ayiter, (şerhin ikinci basılışının tercümesi), Ankara, Adalet Bakanlığı Neşriyatı, 1950, art. 111 N. 3 ve 4; Rolf H. Weber, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen*, 6. Teilband, art. 110-113, Berne, Stämpfli, 2002, art. 111 OR N. 9; Edouard Béguelin “Porte-fort”, *FJS*, No. 769, s. 1; Fikret Arık, “Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C: 10, Sayı No: 2, 1955, s. 45 vd.; ; Mustafa Aşulla, “Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte-fort)”, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 15, Sayı No: 3, 1958, s. 139; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku*, C: I- II, 3. bs., Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950, s. 930-931; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 412; Andreas B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çev. Bülent Davran, C: I, İstanbul, Kardeşler Basımevi, 1948, s. 404.

8 Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 29.

9 Cuiç, s. 71 vd.; Bülent Tahiroğlu, *Belgin Erdoğmuş, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 88 vd.

### III. Ortak Hukuk Döneminde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Gelişimi

#### A- İlk Gelişmeler

XII. yüzyıldan XIX. yüzyıla kadar devam eden ortak hukuk döneminin bu isimle anılmasının nedeni, biri örf ve adet hukuku diğeri Roma hukuku olmak üzere iki ayrı hukuk düzeninin döneme hakim olmasıdır. Roma hukukunun ortak hukuk halini almasındaki en büyük pay hiç şüphesiz *glossator* ve *postglossator*'lara aittir. *Glossator*'ların Roma hukuku üzerindeki çalışmaları ve hemen arkasından *postglossator*'ların, uygulamanın ihtiyaçları ile paralel giden çalışmaları neticesi yerel hukuklarla uyumlu kavram ve kurumlara ulaşmış olmaları, Roma hukukunun ortak hukuk halini almasındaki en önemli adımı oluşturur<sup>9</sup>.

Bu dönemde pek çok kurumun olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de ilk temellerinin *glossator*'ların çalışmaları sayesinde atılmış olduğu öne sürülmektedir<sup>10</sup>. Özellikle üçüncü kişinin fiilini taahhüt açısından önem taşıyan Fransız Medeni Kanunu'nun (Fr. MK) 1119. maddesinde yer alan, bir kimsenin ancak kendi adına ve kendi edimini taahhüt edebileceği şeklinde ifade edilen hükümsüzlük esası, *glossator*'ların Roma hukuku üzerine yaptıkları çalışmaların bir sonucudur<sup>11</sup>.

#### B- Roma Hukukunun İktibas

*Glossator* ve *postglossator*'ların yaptıkları ciddi çalışmalar sonucu Roma hu-

kuku, XII. yy.'ın ikinci yarısından itibaren, sadece bu çalışmaların yoğun olarak görüldüğü İtalya'da değil, Fransa'da ve sonraları Almanya'da da bilinir duruma gelmişti. XIII. yy. boyunca sözleşmeler hukuku başta olmak üzere pek çok alanda Roma hukuku ilkeleri dikkate alınmaya başladı. Ancak buna rağmen bu bölgelerde, örf ve adetlerin hissedilir baskısı uzun zaman boyunca geleneğe öncelik verilmesine neden olmuştur. Henüz bu dönemde Roma hukuku belli belirsiz iktibas edilmiş olup yazılı hukuk (*droit écrit*) adı altında örf ve adet hukuku ile yarışmalı bir biçimde uygulanmıştır<sup>12</sup>.

Bununla birlikte, Roma hukuku, bu dönemde birçok konuda yerel ve bölgesel hukuklara göre ileri düzeydedir. Örf ve adet hukukunun çözüm bulamadığı pek çok sorun Roma hukukunda yanıt bulmuştur, ayrıca Bologna Hukuk Okulu da, Roma hukuk otoritesinin yeni nesil üzerinde etkin olmasını sağlamıştır. Batı Avrupa'nın pek çok ülkesinden hukuk eğitimi için gelen ve Bologna başta olmak üzere, İtalya'nın diğer okullarında<sup>13</sup> öğrenim gören öğrenciler ülkelerine döndükleri zaman Roma hukuku bilgilerini de beraberlerinde götürmüşler ve karşılıklarına çıkan hukuki sorunların çözümünde Roma hukuk kavramlarını kullanmışlar ve bu sayede Roma hukukunun yeryüzüne yayılmasında önemli bir görev ifa etmişlerdir<sup>14</sup>. Tüm bu nedenlerin etkisiyle Roma hukukunun etkinliği artar ve XII. yüzyılda başlayan çalışmalar, izleyen yüzyılda Roma hukukunu önce güneye sonra kuzeye taşır ve böylece, Roma hukuku birçok Avrupa ülkesine yayılır. Ancak

10 Paul Ourliac, *J. De Malafosse, Histoire du Droit Privé, I, Les Obligations, Paris, Presses Universitaires de France, ty., s. 155.*

11 Ourliac, *De Malafosse, s. 1555.*

12 Jean Imbert, *Histoire du Droit Privé, Paris, Presses Universitaires de France, 1950, s. 22.*

13 Bu hukuk okulları hakkında bkz. Paul Vinogradoff, *Ortaçağ Avrupa'sında Roma Hukuku, yay. haz. Mehmet Teyfik Özcan, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, y.y., Göçebe Yayınları, t.y., s. 54 vd.*

14 Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dokuzuncu Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 32.*

belirtmek gerekir ki henüz bu dönemde Roma hukuk kuralları, bu ülkelerde örf ve adet hukukuna uygun düştüğü ölçüde ikincil hukuk olarak uygulanmıştır<sup>15</sup>.

Roma hukukunun ortak hukuk olarak benimsenmesi en geç, fakat en geniş şekilde Almanya'da gerçekleşmiştir. Kendilerini Roma imparatorlarının devamı sayan Alman kralların taç giyme törenlerinde halef sıfatını kullanmalarının payı da bunda büyüktür. Krallığın güçlenmesinden hoşnut olmayan Papalık, bu durumu kendi varlığı için tehdit olarak görmeye başlamıştır. Cermen kralların Roma imparatoru sıfatıyla taç giymeleri ve kendilerini Roma hukukunun mirasçısı saymaları, zaten var olan güç mücadelesini bir kat daha arttırmıştır. Zira, Cermen kralların Roma hukukundan meşruiyet almaları demek Papalığın Cermen iktidarını tanımasını demek olacaktı. Durumun farkında olan Cermen krallarının, ortamı daha fazla kendi lehlerine çevirmek için Roma hukukuna artan düşkünlükleri Roma hukuk kurallarının Alman mahkemeleri tarafından uygulanması yolunu açmıştır. 1495 Alman İmparatorluk Mahkemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi bu çabalardan biridir ve en etkili olanıdır, zira bu kanun, imparatorluğun hukukunu Roma hukuku olarak ilan etmiş ve mahkemelerde Roma hukuku ilkelerine göre karar verileceğini hükme bağlamıştır. Bu kanun aynı zamanda Roma hukukuna Alman İmparatorluğu sınırları içindeki tüm ülkelerde Pandekt Hukuku ismini vermiştir<sup>16</sup>.

Alman İmparatorluğu sınırları içinde Pandekt Hukuku, Avrupa ülkelerinde ise *ius commune* olarak bilinen Roma hukukunun ortak hukuk olmasının anlamı, Roma Hukukunu benimsemiş ülkelerde tamam-

layıcı hukuk olarak kullanılması demektir. Buna göre bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda önce o bölgenin yerel hukuku uygulanacak, ancak yerel hukukta hüküm bulunmayan hallerde Roma hukukuna başvurulacaktır<sup>17</sup>.

XIII. yy'da başlayan *ius commune* hareketi XIX. yy sonu kanunlaştırma hareketlerine kadar devam etmiştir. Bu dönemde hemen hemen her Avrupa devleti kendi örf ve adet hukuklarına dayanan hukuk kurallarını birincil, Roma Hukuku'nu ise ikincil olarak uygulamıştır. Bugün, Avrupa milli kanunlarının temelini Roma hukuku oluşturur. Fakat ortak hukukun esasını oluşturan Roma hukukunun klasik Roma Hukukundan farklılaşmış olduğunun altını çizmek gerekir. Zira ortak hukuk karakteri taşıyan Roma Hukuku bir yandan Kanonik Hukukun diğer yandan yerel hukukların ve özellikle de Cermen Hukuku'nun etkisi altında kalmış ve böylece klasik köklerinden uzaklaşarak kendi öznü kaybetmiştir<sup>18</sup>.

### C- Tabii Hukukta Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Gelişimi

Fransız Medeni Kanunu Code Napoléon adı altında 1804 yılında kanunlaşmıştır. Bu Kanun'un en önemli özelliği tabii hukuk akımının milli kanunlara yansıdığı ilk kanunlardan biri olmasıdır<sup>19</sup>. Tabii hukukun belirgin etkilerinin görüldüğü maddelerden biri de üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin yer aldığı Fransız Medeni Kanunu'nun 1119 ve 1120. maddeleridir. Aslında bu maddeler hazırlanırken Fransız kanunkoyucusu tamamen Pothier'nin çalışmalarını kanuna taşımış, Pothier'i kopya etme kolaylığına kaçmıştır<sup>20</sup>.

15 Imbert, s. 23.

16 Ayrıntı için bkz. Tahiroğlu, Erdoğmuş, s. 95 vd.

17 Çelebicin, s. 94.

18 Ziya Umur, Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 288-289.

19 Tahiroğlu, Erdoğmuş, s. 99. Fransız Medeni Kanunun kanunlaştırılması çalışmaları hakkında bkz. Imbert, s. 65 vd.

Pothier, 1700'lü yıllarda yaşamış ve hümanist akımın etkisinde yetişmiş, dönemin Fransa'sının ünlü bir hukukçusudur<sup>21</sup>. Hukuk kurumlarının kimlikleri ile meşgul olurken çok derin çalışmalar yapmış olan ve bu çalışmalarında da büyük ölçüde Roma hukukundan yararlanmış olan Pothier, "*Pandectae Iustinianae In Novum Ordinem Digestae*" adlı Latince olarak kaleme aldığı metodolojik eserinde Roma hukuku ilkelerinden yararlanarak bazı kurumların ve bu arada üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de hukuksal çatısını oluşturmuştur<sup>22</sup>. Pothier'nin bu işlemi iki aşamada gerçekleştirdiği görülmektedir: Önce, üçüncü kişinin fiilini taahhütler alanındaki genel kuralı inşa eder ve hiç kimsenin bir başkasının edimini geçerli olarak taahhüt edemeyeceğini belirterek taahhüdü hükümsüz kılar; hemen arkasından taahhüdün geçerli olabileceği istisna hallerini sayar<sup>23</sup>. Bu çalışma daha sonra Fransız kanunkoyucusu tarafından Fransız Medeni Kanununun 1120. maddesine taşınmış ve madde şu şekilde kaleme alınmıştır<sup>24</sup>:

Bununla birlikte üçüncü kişinin fiili vaat edilerek onun lehine yükümlülük altına girilebilir; eğer üçüncü kişi yükümlülüğü üstlenmeyi reddederse, icazeti vaat eden veya tekeffülde bulunan kişi tazmin ile yükümlü olur.

Maddenin İsviçre kanunkoyucusu tarafından İsviçre Borçlar Kanununa taşınması sırasında "icazeti vaat eden" ifadesi görmezden gelinmiş ve madde metni şu şekilde dönüşmüş, hemen hemen tüm İsviçre Borçlar Kanunu tasarılarında da aynı şekilde yer almıştır<sup>25</sup>:

Bir üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zararı gidermekle yükümlüdür.

Asıl mesele, bu madde oluşturulurken tabii hukuk düzeninde bir garanti sözleşmesi fikrinin öngörülmemiş olmasıdır. Başka deyişle maddenin salt bu sözcüklerle ve bu ifadelerle kaleme alınması tabii hukukçuların eseridir. Fakat bu maddeden yola çıkarak bir garanti sözleşmesi fikrine nasıl ulaşılmaktadır? Bu soruya cevap ararken şu gerçekle karşılaşmaktadır: Tabii hukuk akımı bu maddeyi kurarken aslında bir garanti sözleşmesi tipi yaratmak maksadıyla hareket etmemiştir. Onların amacı gerçekten de üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak taahhüt edilebileceğini belirtmektir. Bu bakımdan genel hüküm görüşünün tespitleri aslında çok da yanlış değildir. Tarihsel veriler biraz daha karıştırıldığında bu maddede çok farklı bir gelişim seyrinin yaşandığı ve maddeye bir garanti sözleşmesi işlevinin yüklendiği görülür; maddeye garanti borcu işlevini

20 Wavre, s. 22 dn. 6.

21 Imbert, a.g.e., s. 77.

22 R.J. Pothier, *Pandectes de Justinien Mises dans un Nouvel Ordre*, Çev. M. De Bréard-Neuville, *Reuves et Corrigées pour le Texte et la Traduction par M. Moreau de Montalin, Tome 18, Paris, yy., De l'Imprimerie de Dandey-Dupré, 1823, Lib. 45, Pandectarum Tit. I.*

23 Pothier, *Lib. 45 Pandectarum Tit. I N. 20.*

24 Wavre, s. 17 vd.

25 Wavre, s. 17 vd. Burada ilginç bir yöntemle de karşılaşılr. Çünkü üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesi Roma hukukunu reddeden tabii hukukçuların, yine Roma hukukuna başvurdukları çelişkili tekniklerinin iyi bir örneğini teşkil eder. Bilindiği gibi tabii hukukçular, hukukun, eşyanın tabiatından ve insanın aklından çıktığını savunurlar; Roma hukukunu kaynak olarak reddederler. Ancak tabii hukukçular kendi felsefelerine uygun bir hukuk düzeni oluştururken reddettikleri Roma hukuku malzemesini kullanırlar. Tabii hukukçuların çalışma yöntemleri hakkında bkz. Tahiroğlu, Erdoğan, s. 99. Ancak fikrimize göre tüm hukuk kuralları gibi Roma hukuk kuralları da nihayetinde insan aklının bir ürünüdür.

yükleyen ise Pandektlerdir<sup>26</sup>. Pandektler<sup>27</sup>, bunu yaparken şu yöntemle hareket etmişlerdir<sup>28</sup>: Üçüncü kişinin edimini konu edinen sözleşmede aslında taahhüt eden şu iki olasılıktan birini taahhüt edebilir: Ya üçüncü kişinin edimini yerine getirmesi için çaba göstermeyi taahhüt ediyordur ki burada, sıradan bir yapma borcu vardır; ya da üçüncü kişinin edimini yerine getirmesini beklemeyi vaat ediyordur ki burada da, bir garanti borcu vardır. Sonuncu durumda taahhüt eden belli bir risk üstlenmiştir; bu da, üçüncü kişinin edimini yerine getirmesi riskidir. Pandektlerin çalışmaları daha

sonra “garanti sözleşmesi” kavramının kurucusu sayılan Stammeler’in çalışmalarına konu olmuştur. Ancak Alman Kanunlarında BK m. 110 (İsv. BK m. 111) gibi bir madde mevcut değildir. Maddenin garanti sözleşmesini düzenlediği fikri İsviçre doktrininde sonraki çalışmalarla gündeme gelmiştir ve madde, garanti sözleşmesine eşdeğer sayılmıştır<sup>29</sup>. Bu bilgiler ışığında fikrimize göre, bu madde üzerindeki çalışmalar birbirinden kopuk olarak, biri Tabii hukuk üzerinden diğeri Pandekt hukuku üzerinden olmak üzere iki ayrı koldan gelişme göstermiştir. Tabii hukukçular, mad-

26 *Pandekt hukuku ile ilgili çalışmalar, asıl olarak XVI.yy.'da usus modernus pandectarum (pandektlerin modern usulle kullanılması) ile başlamıştır. Fakat bu dönemde yapılan çalışmalar teoriden çok uygulamaya hitap etmektedir. Usus Modernus Pandectarum, tamamlayıcı hukuk konumundaki Roma hukukunu mümkün olduğunca pratik hayatın ihtiyaçlarına uyarlamıştır. Roma hukukunu Cermen hukuk görüşleri ve Alman mahkemelerinin içtihatları ile uyumlaştırma çabası, neticede Cermenleşmiş bir Roma hukukunun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, s. 166 vd. Usus modernus pandectarum'un Roma hukuku üzerine başlatmış olduğu bilimsel çalışmalar, sonraları, tabii hukuk ve tarihçi hukuk olmak üzere birbirine muhalif hukuk okullarının karşılıklı fikir çatışmaları altında devam etmiştir. XVII. ve XVIII. yy.'larda Almanya'yı saran tabii hukuk dalgası, esas olarak Roma hukukunun ortak hukuk olarak uygulanmasına karşı çıkmıştır. Hukuk kurallarının insan aklından ve eşyanın tabiatından çıktığını düşünen tabii hukuk anlayışına göre hukukun geçmiş geleneklerle bir ilgisi yoktur ve hukuk, ancak aklın ilkeleri ile keşfedilebilir. Roma hukukundan bağımsız ve hatta ona karşı bir öğreti olmasına rağmen tabii hukuk akımı pek çok hukuk kuralının ortaya konmasında yine Roma hukukundan yararlanmak zorunda kalmıştır. Diğer taraftan Pandekt hukukunun bir bilim olarak ortaya çıkmasında gerçek katkıyı XVIII. yy. sonlarında usus modernus pandectarum ve tabii hukuk akımına tepki olarak doğan tarihçi hukuk okulu yapmıştır. Hukuku tarihsel gelişimin bir sonucu olarak algılayan okul, hukuk kurallarının oluşumunda; halklarının yaşantılarının, örf ve adetlerinin etkilerinin inkar edilemez olduğunu kabul eder. Bu sebeple tarihçi hukuk okulunun çalışmaları daha ziyade Roma hukukuna dönük olmuştur. Roma hukukunun tarihsel gelişimine ve kaynaklarına yönelik incelemelerin yanı sıra, usus modernus etkisinden kurtarmaya çalışan tarihçi hukuk okulunun bu çalışmaları sayesinde bir Pandekt hukuk bilimi oluşturdukları kabul edilmektedir. Çelebican, s. 93 vd. ile s. 97-98; Tahiroğlu, Erdoğan, s. 100 vd.; Umur, s. 290-291. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, s. 166 vd.*

27 *Pandektler çalışmalarını Roma hukuk ilkeleri üzerine temellendirmişlerdir. Ancak Pandekt hukuku tam anlamıyla Roma hukuku demek değildir. Herşeyden önce, Avrupa'da ortak hukuk olarak uygulandığını kabul ettiğimiz Roma hukuku, klasik Roma hukuku değil, gerek Cermen halkı kelise hukuku unsurları ile karışmış bir Roma hukukudur. Roma hukukunun Almanya'da ortak hukuk halini almasından sonra ise, usus modernus pandectarum'un etkisi ile Cermen gelenekleri ve Alman mahkeme içtihatlarından etkilendiği görülür. Tarihçi hukuk okulu Roma hukukunu bu etkiler olmaksızın ele almaya çalıştıysa da, klasik Roma hukukuna ulaşamamıştır. Zira bu okul, saf Roma hukuku amacına sahip olmalarına rağmen interpolatio araştırmasına girişmemiştir. Bu sebeple Tarihçi okul, Roma hukukunu ancak usus modernus içeriğinden arındırarak Justinianus kaynaklarına yaklaştırmayı başaramamıştır. Oysa Justinianus'un Digesta'sı da klasik Roma hukukunu tam olarak yansıtmamaktadır. Klasik Roma hukuku, Digesta başlığı altında toplanırken pek çok değişiklik yapılmıştır ki bu değişiklikler Tarihçi hukuk okulundan çok sonra, çağımız modern Romanist bilimi tarafından dikkate alınmaya başlanmıştır. Tahiroğlu, Erdoğan, s. 100 vd. ile s. 102; Çelebican, s. 98-99. Ayrıca modern Romanist bilimin teknikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, s. 181 vd.*

28 *P. Van Wetter, Pandectes Contenant l'Histoire du Droit Romain et la Législation de Justinien, Tome III, Les Obligations, Partie I, 2. éd., Des Obligations en Droit Romain, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1910, s. 507 vd.*

29 *Örnek olarak bkz. . Oser, Schönnenberger, art. 111 CO.*

deyi üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak taahhüt edilmesine olanak sağlayan bir madde olarak düzenlerken, Pandektler, maddeye bir garanti borcu işlevi yüklemiştir. Maddenin garanti sözleşmesi ile yolunun kesişmesi ise bu maddeye bir garanti sözleşmesi sıfatının verilmesini kolaylaştırmıştır. Başka deyişle, maddenin ifadesinden teşebbüs, riziko, bağımsızlık gibi garanti sözleşmesinin unsurlarının yorum yoluyla çıkarılıyor olması nedeniyle maddeye garanti sözleşmesi işlevini yüklemek çok zor olmamıştır.

### Sonuç

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, hukuk dünyasında var olduğu ilk günden itibaren garanti borcu doğuran bir sözleşme olarak algılanmamıştır. Nitekim Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt, ne taahhüt eden ne de üçüncü kişi üzerinde borç doğurduğu için, geçerli bir hukuk kurumu gibi ele alınmamıştır. Roma'da üçüncü kişinin fiilini taahhüt ihtiyacı, bu işleve sahip olan başka kurumlarla giderilmiştir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü bir garanti borcu olarak yorumlayan düşüncenin ilk izlerini Fransız hukukçularının çalışmalarında görüyoruz. Fransız hukukçu Pothier, Romalıların üçüncü kişilerin fiillerini taahhüt ile ilgili açıklamalarını yeniden yorumlayarak üçüncü kişinin fiilini taahhütten kural olarak borç doğmayacağını, ancak taahhüt edenin borçlanma iradesine sahip olması durumunda vaziyetin değişeceği sonucuna varmıştır. Pothier'e göre başkasının fiilinin taahhüt eden kimse, bu taahhüdü ancak kendi edimini de beraber taahhüt ederse etkili kılabilir ve bu taahhütten bir borç doğmasını sağlayabilir. Taahhüt edenin edimi ise, aslında, üçüncü kişinin, söz konusu edimi ifa edeceğine dair bir tekeffülde bulunmaktan ibarettir. Ancak Pothier'nin belli belirsiz garanti borcu fikri Fransız Medeni Kanununu kaleme alanlarca icazet taahhüdü olarak yorumlanıp yapma borcu

haline dönüştürülmüştür. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt Fransız Medeni Kanunu üzerinden gelişirken, garanti sözleşmesi başka bir koldan, Pandektler üzerinden ilerleme kaydetmiştir. Bu şekilde iki ayrı cepheden gelişen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin yollarının kesişmesi ise üçüncü kişinin fiilini taahhütten aslında bir garanti borcu doğduğunun fark edilmesi ile başlar. Öncesinde, özellikle kanunlaştırmalar döneminde, üçüncü kişinin fiilini taahhütten bir garanti borcu doğduğu fikrinin kabulünün kaleme alındığını söylemek yanlış olur. Bu bakımdan aslında genel hüküm taraftarlarının, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü konu alan anlaşmaları geçerli saymak ya da geçerliğini vurgulamak için getirilen bir hüküm olduğu yolundaki savunmaları çok da haksız değildir. Ancak, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün doğası gereği garanti borcu doğuran bir kurum olması, zorunlu olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüdün, garanti sözleşmesi ile birlikte ve bu başlık altında ele alınması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten her ne kadar bu ifadeyle anılsa da, üçüncü kişinin fiilini taahhütten aslında başka bir anlam çıkmaz. Başkasının davranışını karşı tarafa söz veren kimsenin, gerek bu davranışın ifası için üçüncü kişiye baskı yapamayacak olması gerek ifaya yanaşmayan bir üçüncü kişi olasılığında böylesi bir taahhütte bulunan kişinin bu davranışı bizzat ifa ederek borcundan kurtulamayacak olması, tamamen başkasının iradesine tabi bir davranışı söz verdiğinin göstergesidir. Bu davranışın üçüncü kişi tarafından ifa edilmek istenmemesi, davranışı taahhüt eden kişi için bir rizikodur ve taahhüt eden, esas olarak, bu rizikoyu güven altına almıştır.