

KAÇAK KULLANIMLARDAN DOĞAN FİİLÎ SÖZLEŞMELERİN TÜKETİCİ İŞLEMİ SAYILMASI VE BUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

*The Classification of Implied Contracts Arising from Unauthorized Usage
as Consumer Transactions and their Legal Consequences*

Hüseyin ACUN*

Özet

Sözleşme benzeri borç ilişkileri, sözleşme hukuku ile sözleşme dışı sorumluluk hukukunun kesiştiği kadim bir alandır. Bu bir üst kavram olup sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), koruma yükümlülükleri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmenin ifasından sonraki sorumluluk (culpa post pactum perfectum), güven sorumluluğu gibi birçok teoriyi bünyesinde barındırmaktadır. Tüm bu teorilere ihtiyaç duyulmasının sebebi sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması ihtiyacına karşın taraflar arasında TBK m. 1/1 hükmü uyarınca kurulmuş bir sözleşme olmaması, sözleşmenin batıl olması veya ifa yahut diğer bir sebeple sözleşme ilişkisinin sona ermiş olmasıdır. Fiili sözleşme teorisi de bu bağlamın dışında değildir. Aralarında sözleşme bulunmayan tarafların adeta sözleşme akdetmiş gibi değerlendirmeleridir. Günümüzde mehz hukukta tarafları pek kalmayan bu teori, bazı durumlarda hala uygulanagelmektedir.

Ücret karşılığında sunulan bir hizmetten hizmet sağlayıcısının izni olmaksızın, onunla bir sözleşme akdetmeksizin faydalanmak, yürürlükte mevzuatımız uyarınca bir fiili sözleşme ilişkisi sayılmaktadır. Çalışmamızda fiili sözleşme ilişkisi kavramı ve teorinin hukuki temelleri, uygulama alanı ve kaçak elektrik kullanımı sonucunda ortaya çıkan özel hukuk ilişkisi incelenmiştir. Günümüzde her özel hukuk ilişkisinin sınıflandırma sorunu olan tüketici işlemi – adi iş – ticari iş ayrımı ve bunun sonuçları da konu kapsamında değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Fiili sözleşme, Sözleşme benzeri borç ilişkisi, Tüketici işlemi, Ticari iş, Kaçak elektrik kullanımı

Abstract

Implied contractual relationships form a historical intersection between contract law and non-contractual liability law. This overarching concept encompasses various theories, such as pre-contractual liability (culpa in contrahendo), duties of protection, contracts with protective effects for third parties, liability after contract performance (culpa post pactum perfectum), and the principle of reliance-based liability. The necessity of these theories arises from the fact that contract law rules must be applied even though no contract exists between the parties pursuant to Article 1(1) of the

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.02.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, av.huseyin.acun@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7106-2223>

Turkish Code of Obligations (TBK), the contract is null and void, or the contractual relationship has been terminated due to performance or another reason. Implied contractual relationships, in which parties are treated as contractually bound despite the absence of an explicitly concluded agreement, serve as a significant example of these theories. Although this theory has few adherents in its original legal system today, it continues to be applied in certain cases.

The unauthorized use of a service offered for a fee without the service provider's consent and without concluding a contract with them is considered a implied contractual relationship under the applicable legislation. This study examines the concept of implied contractual relationships, the legal foundations of the theory, its scope of application, and the private law relationship arising from the unauthorized use of electricity. Furthermore, it analyzes the distinction between consumer transactions, ordinary transactions, and commercial transactions, which constitutes a typical classification issue in modern private law, as well as their legal consequences within the context of the subject matter.

Keywords: Implied contractual relationships, De facto contracts, quasi-contractual obligations, consumer transaction, commercial transaction, unauthorized electricity use

GİRİŞ

Bu çalışmada, sözleşme benzeri borç ilişkileri kapsamında ele alınan fiilî sözleşme teorisinin tarihsel gelişimi, ortaya çıkış nedenleri ve bu kavramın günümüzdeki uygulama alanları incelenmiştir. Öncelikle, fiilî sözleşme kavramının kökenine inerek öğretilde benimsenen farklı yaklaşımlar değerlendirilmiş, fiilî sözleşmenin hukuki dayanakları tartışılmıştır. Çalışmanın temel amaçlarından biri, fiilî sözleşme teorisinin günümüz hukuk sistemlerinde nasıl uygulama alanı bulduğunu ve öğretilde bu kavrama ilişkin hangi teorik görüşlerin ileri sürüldüğünü ortaya koymaktır. Özellikle kaçak elektrik kullanımı olgusu üzerinden fiilî sözleşmenin uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunsalı ele alınmış, bu çerçevede mevzuatımızda elektrik dağıtım hizmetlerine ilişkin düzenlemeler tespit edilerek yargı uygulamalarında bu tür borç ilişkilerine nasıl yaklaşıldığı incelenmiştir. Çalışmada, kaçak elektrik kullanımına dayalı fiilî sözleşmelerin tarafları, kaçak kullanım ve yararlanma kavramları detaylı bir şekilde ele alınarak, bu ilişkinin borçlar hukuku çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği tartışılmıştır. Bunun yanı sıra, kaçak elektrik kullanımına dayalı fiilî sözleşmelerde yararlanan tarafın tüketici mi yoksa tacir mi olduğunun tespitinin taşıdığı hukuki önem ortaya konularak, bu tespitın doğuracağı hüküm ve sonuçlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Özellikle, tüketici veya tacir statüsünün, borç ilişkisine etkileri, tarafların hak ve yükümlülükleri ile uyumsuzluk çözüm süreçleri üzerindeki belirleyici rolü çalışmanın odak noktalarından biri olmuştur. Çalışma, fiilî sözleşmenin genel teorik çerçevesi ile somut uygulamalarını bir araya getirerek, bu kavramın hukuk sistemimizde ne ölçüde yer bulduğunu ve uygulamadaki sorunlarını tespit etmeyi amaçlamaktadır.

I. FİİLÎ SÖZLEŞME KAVRAMI VE KORUMA AMACI

Fiilî sözleşme, sözleşme benzeri borç ilişkilerinin bir türünü oluşturmaktadır. Sözleşme benzeri borç ilişkileri Türk-İsviçre borçlar kanunlarında düzenlenmiş bir husus olmayıp bunun dayanağı TMK m. 2 (Art. 2 ZGB)'dir¹. Yararlanılanı veya zarar

¹ Christoph Müller, 'Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht' (2018) BK - Berner Kommentar 239-255, Stämpfli Verlag, N. 284, ayrıca bkz. N 283: sözleşme benzeri borç ilişkileri hakim kararıyla doğan borç ilişkileridir. Culpa in contrahendo, üçüncü kişiye

göreni haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre korumak yeteri kadar hakkaniyetli görülmediğinden sözleşme hükümlerinin uygulanması için öğretide ve yargı kararlarında fiilî sözleşme görüşü ortaya konulmuştur². Cermen Hukukunda fiilî sözleşme kavramı “*Faktische Vertragsverhältnisse*” olarak anılmaktadır³. Fiilî sözleşme ilişkisi teorisinin Almanya’da doğduğu belirtilmektedir⁴. Teorinin ilk kez ünlü hukukçu Günther Haupt tarafından ortaya konulduğu⁵ ve Karl Larenz’e ait “tipik sosyal davranış teorisi” (*sozialtypisches Verhalten*⁶) ile geliştirildiği ve günümüzde terk edildiği ifade edilmektedir⁷. Günümüzde uygulanan güven sorumluluğunun

koruyucu etkili sözleşme, fiilî sözleşme ilişkisi gibi kavramlar bu kapsamdadır; ayrıca bkz. Rolf H. Weber und Susan Emmenegger, ‘Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR’ (2020) BK - Berner Kommentar 1-19, Stämpfli Verlag, N. 7-8: Bu tür ilişkiler “güvene dayalı borç ilişkileri” (=Vertrauensschuldverhältnisse) olarak da isimlendirilmektedir.

² Eugen Bucher und Regina E. Aebi-Müller, ‘Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit’ (2017) Stämpfli Verlag 318-349, N. 101 ff.; Peter Gauch, Walter R. Schluep und Jörg Schmid, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2014) 10. Aufl. Schulthess Verlag, RZ. 1183a; Carole Syz, *Faktisches Vertragsverhältnis* (1991) Schulthess Polygraphischer Verlag, N. 1 vd.

³ Christof Burri, *Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags* (2010) Schulthess Juristische Medien 161-187, N. 392 ff.; Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 101; Ahmet Kut und Christoph Bauer, ‘Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR’ (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 1-31, Schulthess Juristische Medien. N. 64 ff.; Rémy Messer, *Rückwirkung im Gesellschaftsrecht* (2013) Stämpfli Verlag 125-139, N. 304 vd.; C Müller (n 1) N. 393; Rahel Müller, *Haftungsfragen am Berg* (2016) Dike Verlag. N. 203.; Patrick Schurtenberger, *Der Allianzvertrag: Vergütung und Haftung nach einem neuen Vertragsmodell* (2021) Schulthess Juristische Medien, N. 854 ff.; Roberto Vito und Nadia Kuzniar, ‘Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung’ (2019) Aktuelle Juristische Praxis 1105-1111, Dike Verlag, 1111.

⁴ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (2021) Yetkin Yayınevi, 93-94; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (1993) Filiz Kitabevi, 68.

⁵ bkz. David Markworth, *Vertragsschlüsse durch faktisches oder sozialtypisches Verhalten?* (JuS 2024, 1105-1110), 1107; Mansel Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Auflage (2023) C.H. Beck, Vorbemerkungen Rn. 16-20, Rn. 16; Necip Kocayusufpaşaoğlu (n 5) *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I* (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) (2017) Filiz Kitabevi, 76; Günther Haupt, 1940’lı yıllarda toplu taşımanın yaygınlaşmasıyla kaçak kullanımların ortaya çıkmasından esinlenerek bu teoriyi geliştirmiştir (Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943). Haupt, билет almadan tramvaya binme eylemini, irade beyanına gerek kalmaksızın bir taşıma sözleşmesinin doğum sebebi olarak değerlendirmiştir.

⁶ bkz. Busche, *Münchener Kommentar zum BGB*, 10. Auflage (2025) § 147, Rn. 5; Karl Larenz (n 6) *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1989) 7. Aufl. München, 492.; C Müller (n 1) N. 410; Mustafa A. Yavuz, *Elektrik Tedarik Sözleşmeleri* (2. baskı, 2022) On İki Levha Yayıncılık, 126 vd.: Bu teoriye göre kaçak kullanıcılar yalnızca sosyal tipik bir davranış sergiler ve gerçekte bir sözleşme kurulmaz. Yalnızca sözleşme hukukuna ilişkin sonuçlar uygulama alanı bulur.; Kocayusufpaşaoğlu (n 5) 76.

⁷ Burri (n 3) N. 392; C Müller (n 1) N. 394 ve 410; ayrıca bkz. Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (2016) On İki Levha Yayıncılık, 193; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. baskı, 2022) Yetkin Yayınevi, N. 372; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (2022) Vedat Kitapçılık, N. 144 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 4) 68: Sosyal tipte davranış teorisine göre sözleşme yapmak arzusunu içeren bir irade beyanında bulunmayan veya hiçbir sözleşme yapmak istemediğini açıkça

(=Vertrauenshaftung) öncüsü olarak değerlendirilmektedir⁸. İsviçre öğretisinde ise Hans Giger fiilî sözleşme teorisini şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sözleşmeler bakımından kabul etmiş ve geliştirmiştir⁹.

Fiilî sözleşmelerde, geçersiz sözleşmeler hariç olmak üzere, TBK m. 1/I hükümündeki tanım itibarıyla ortada bir sözleşme yoktur. Çünkü karşılıklı irade beyanları bir sözleşmenin kurulması noktasında birbirine uygunluk sağlamamaktadır¹⁰. Fiilî sözleşme teorisinde sözleşmenin kurulması için duyulan karşılık ve birbirine uygun irade beyanları gerekliliği bir kenara bırakılmaktadır¹¹. Fiilî sözleşme ilişkilerinde sözleşmenin kurulması fiilî olgulara veya iradi olarak kurulmuş olmakla birlikte ortadan kaldırılmamış ilişkilere dayanmaktadır¹². Fiilî sözleşmelerde taraflar arasındaki ilişki, aralarında geçerli bir sözleşme bulunmamasına rağmen sözleşme kurallarına göre ele alınmaktadır¹³. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması irade beyanına değil fiilî olguların varlığına dayandırılmaktadır¹⁴. Yararlanan tarafın, karşı tarafça sunulmakta olan bir malvarlığı yararını, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeye dayanmaksızın elde etmesi veya aralarında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmayan taraflardan birinin diğerine zarar vermesi hallerinde fiilî sözleşme ilişkisinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Korunan hukuki değer sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasını gerektiriyorsa fiilî sözleşmenin mevcut olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

beyan eden bir kişi, “sosyal tipte davranış” işleyerek kamuya ücretli olarak sunulan bir hizmetten faydalanırsa sözleşme ilişkisi doğmuş olur. Özellikle elektrik, su ve doğalgaz gibi edimlerin kaçak ve ücretsiz tüketilmesinde durum böyledir.

⁸ Vito und Kuzniar (n 3) 1111.

⁹ bkz. Alfred Koller, *Der Grundstückskauf* (2017) Stämpfli Verlag, 81-109, bkz. N. 19 dipnot 25: Öğretide Hans Giger, Art. 216 OR bakımından fiilî sözleşme teorisine dayanan bir görüş ileri sürmüştür. Giger’e göre tarafların karşılıklı edimleri yerine getirmesiyle bir fiilî sözleşme ilişkisi oluşur ve bu ilişki, yapılan edimlerin elde tutulması için yeterli bir hukuki temel oluşturur. Giger’e göre, fiilî bir sözleşme ilişkisi tam ifadan önce de oluşabilir; krs. Özbiçen (n 7) 192-193: Giger klasik manada geçerlilik şekline tabi tutulmuş sözleşmenin şekle aykırı olarak yapılması halinde kesin hükümsüzlük sonucunun doğduğunu kabul eder. Bu sözleşmeler ifa edilmez. Fakat taraflar edimlerin ifasını tamamlamışsa artık fiilî bir sözleşme doğduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumda sözleşmenin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmadığının kabulü tarafların menfaatine uygun değildir.

¹⁰ Kut und Bauer (n 3 N. 64; C Müller (n 1) N. 393; Ayrıca bkz. Syz (n 2) N. 5, 89 ff.: Yazar bu sebeple fiilî sözleşme ilişkisinin mutlak kabulünün TBK m. 1/I hükmünde düzenlenen uyuşma ilkesinin ihlali olarak nitelendirmekte ve fiilî sözleşmeye yalnızca hatalı olarak kurulmuş sürekli borç ilişkilerinin tasfiyesinde uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

¹¹ Semih Yünlü, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (2019) On İki Levha Yayıncılık, 425.

¹² Gümüş (4) 93.

¹³ Schurtenberger (n 3) 858.

¹⁴ Musa Kama (n 14) *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (2020) On İki Levha Yayıncılık, 34.

¹⁵ Thirza Döbeli, *Bankvertragsrechtliche Auswirkungen von internationalen Finanzsanktionen Unter besonderer Berücksichtigung der Sperrung von Geldern* (2020) Dike Verlag, 187.

Fiilî sözleşme, geçerli bir sözleşmeye dayanmaksızın yararlananın, yararlanılandan bir malvarlığı yararı elde etmesi veya bir tarafın diğerine kast ya da ihmali fiiliyle zarar vermesi hallerinde somut olayın şartlarına göre kurulmuş sayılan sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasıdır¹⁶. Dayanağı ise TMK m. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralıdır¹⁷. Bu ilkeler bir hizmetin yalnızca ücret karşılığında sunulduğunun bilinmesini gerektirmektedir. Böyle bir hizmetten karşılıksız ve kaçak şekilde yararlanan bunu bilmediğini iddia etse de buna riayet edilmemelidir. Kanımızca bir sözleşmeye dayanmaksızın karşı taraftan yararlanan kişiyi haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşmenin kısa zamanaşımı süreleri ve yararlanılan tarafın ispat zorluğu ile ödüllendirmek hakkaniyete aykırı sayılmalıdır. Ayrıca sorumluluk birden fazla hukuki sebebe dayandırılabilirse ve zarar gören aksini talep etmedikçe TBK m. 60 hükmü uyarınca hâkim, zararın giderilmesi için zarar gören bakımından en elverişli rejimi seçmekle yükümlüdür. Teorinin kabulüyle zarar gören, haksız fiil, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmaktan ve bunların şartlarını yerine getirmekten kurtulmakta ve borçluya doğrudan sözleşme hükümlerine istinaden başvurabilmektedir¹⁸.

II. FİİLÎ SÖZLEŞME TEORİSİNİN UYGULAMA ALANI

Fiilî sözleşme ilişkisi teorisi sosyal temasa dayalı borç ilişkilerini, geçersiz veya hiç kurulmamış sürekli borç ilişkilerini ve su-doğalgaz-elektrik gibi kamu hizmetlerini sağlayan kişilerden kaçak kullanımda bulunulması hallerini hukuken tek bir çatı altında toplamak adına geliştirilmiş bir teoridir¹⁹. Bu sayede geçersizliğin geçmişe etkili olması önlenerek tarafların aldıklarını geri vermelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁰.

İsviçre Hukukunda “fesih teorisi” (*Kündigungstheorie*)’nin fiilî sözleşme teorisinin yerini alarak git gide yaygınlık kazanmaktadır²¹. Günümüzde Alman ve İsviçre hukuklarında büyük ölçüde terkedildiği ifade edilmektedir²². Bunun başlıca sebepleri fiilî sözleşme teorisinin irade özgürlüğü ile bağdaşmaması ve yararlanma eyleminin başlı başına sözleşmenin doğum sebebi sayılmak yerine zımnî öneri sayılmasıdır²³. Günümüzde Alman Federal Mahkemesi, faydalanma eylemlerini zımnî sözleşme teklifi olarak nitelendirerek çözümlemek eğilimindedir²⁴. Artık fiilî

¹⁶ Weber und Emmenegger (n 1) N. 55.

¹⁷ Gauch, Schluep und Schmid (n 2) RZ. 1183a ff.

¹⁸ Oğuzman ve Öz (n 7) N. 146; Yünlü (n 11) 425.

¹⁹ Kut und Bauer (n 3) N. 64; C Müller (n 1) N. 394.

²⁰ Burri (n 3) N. 392.

²¹ Weber und Emmenegger (n 1) N. 56.

²² Christiana Fountoulakis, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte’ (2018) Aktuelle Juristische Praxis 95-99, Dike Verlag, 96-97, dipnot 5; Kut und Bauer (n 3) N. 64; C Müller (n 1) N. 397.

²³ Busche (n 6) Rn.5; Markworth (5) 1108-1109.

²⁴ Yargı kararları için bkz. Jauernig (5) Rn. 20; BGHZ 21, 333 ff.; 23, 177 f., BGHZ 113, 33.

sözleşme teorisinin yalnızca geçerli bir sözleşmeye dayanmayan hukuki ilişkilere hangi hallerde sözleşme hukukunun uygulanması gerektiğinin tespitinde başvurulması gerektiği belirtilmektedir²⁵.

Türk hukukunda ise fiilî sözleşme teorisinin uygulama alanının bulunduğu²⁶ ve bulunmadığı²⁷ yönünde karşıt görüşler mevcuttur. Kanımızca fiilî sözleşme teorisinin günümüzde hiçbir uygulama alanı bulunmadığını kabul etmek isabetli değildir²⁸. Cermen hukuk öğretisinde büyük ölçüde terk edilmiş olmasına karşın fiilî sözleşme teorisinin gerek iç hukukumuzda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde hala bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Örneklere uygulamada ve yürürlükteki mevzuat hükümlerinde dağınık olarak rastlanılmaktadır. Fiilî sözleşme kavramının, yargı kararlarında ve öğretilerde; kira hukukunda, iş hukukunda, ortaklıklar hukukunda, banka hukukunda, fıkri mülkiyet hukukunda ve sigorta hukukunda da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, dışarı karşı geçerli bir ortaklık gibi görünen fiilî topluluklara adi ortaklık hükümleri uygulanarak üçüncü kişilerin daha etkin korunması amaçlanır²⁹. Ayrıca fiilî şirket kavramı da bir fiilî sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir³⁰.

Bir banka ile müşterisi arasındaki sözleşme feshedildikten sonra müşterinin bankanın elinde kalmaya devam eden parasını bankanın nemalandırmakla yükümlü kılınması da vekaletsiz iş görme, sözleşme sonrası yükümlülükler veya fiilî sözleşme ilişkisine dayandırılmaktadır³¹.

Ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin işçiye karşı olan yükümlülükleri de fiilî sözleşme teorisi ile açıklanmaktadır³².

İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişilerin varlığına güvendiği geçersiz bir sigorta sözleşmesini fiilî sözleşme ilişkisi olarak değerlendirmiştir³³. Ayrıca dağcılık

²⁵ C Müller (n 1) N. 397.

²⁶ Ahmet Kılıçoğlu, “Fiilî Sözleşme İlişkileri” (1985) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 738-752, 750; bkz. Gümüş (4) 94: Türk Hukukunda TBK m. 394/III hükmü fiilî sözleşme ilişkisinin doğumuna sebebiyet verir.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 4) 69.

²⁷ Eren (n 7) N. 372; Kocayusufoğlu (n 5) 80; bkz. Zeynep Damla Taşkın, *Sözleşmenin Kurulması* (2020) On İki Levha Yayıncılık, 211 vd.: Günümüzde çelişkili davranış yasağı ve butlan yaptırımının amaca uygun sınırlandırılması gibi kurumlara fiilî sözleşmesine duyulan ihtiyaç ortadan kalkmıştır.

²⁸ Görüşümüzü destekler yönde bkz. Markworth (5) 1105: Yazara göre günümüzde “Fiilî sözleşme teorisi aşılmıştır” söylemi ancak bir temenniden ibarettir.

²⁹ Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararının incelemesi için bkz. Urs P. Gnos, Dominik Hohler und Fabienne Anner, *Gesellschaftsrecht: Entwicklungen 2017* (2018) Stämpfli Verlag, 26-27 (BGE 143 III 167); R Müller (n 3) N. 204.

³⁰ C Müller (n 1) N. 408.

³¹ Döbeli (n 15) 187-189.

³² Thibaut Meyer und Katharina Drossard, ‘Die Kosten der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO und wer sie zu tragen hat’ (2024) Haftung und Versicherung 4-10, Dike Verlag, 9, dipnot 50.

³³ bkz. C Müller (n 1) N. 394: BGE 143 III 167.

sporuyla uğraşan ve tırmanıcılardan oluşan ip takımlarında³⁴ gruba fiilen liderlik eden tecrübeli tırmanıcılar diğerlerine rehberlik ederken kazaya uğramalarına sebebiyet verirse aralarındaki ilişki yalnızca haksız fiile değil fiilî vekalet ya da adi ortaklık ilişkisine de dayandırılmaktadır³⁵.

Kira sözleşmesinin fesih veya hükümsüzlük sebebiyle ortadan kalkmış olmasına karşın kiracının taşınmazı kullanmaya devam etmesi veya ortada bir sözleşmesi bulunmamasına rağmen eşyanın kullanılması da bir fiilî sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir³⁶. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi bunu bir kararında sebepsiz zenginleşme ilişkisine dayandırmıştır³⁷.

Ehliyetsiz bir kişi yasal temsilcisinin onayı bulunmaksızın bir çalışma ilişkisine girdiği takdirde sözleşme hükümsüz olduğundan ücret talep edemeyecektir. Ehliyetsiz kişinin bu durumda ücret talep edebilmesi fiilî sözleşme ilişkisine dayandırılabilir³⁸. Benzer şekilde ehliyetsiz kişilerin ortaklık benzeri veya eşya kullanımı gibi sürekli nitelikteki ilişkileri fiilî sözleşme olarak nitelendirilebilir³⁹.

Bir otoparkın kullanılması fiilî sözleşme olarak değerlendirilmiştir⁴⁰.

Leasing sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta da İsviçre Federal Mahkemesi, bir yıl fiilen devam ettikten sonra geçersiz sayılan sözleşmeden doğan iade taleplerini fiilî sözleşmeye dayandırmıştır⁴¹. Lisanssız kullanımlarda makul bir lisans ücretinin talep edilebilmesi de fiilî sözleşme ilişkisiyle açıklanmaktadır⁴². Ayrıca bir lisans sözleşmesinin sona ermesine rağmen yazılımın silinmemesi fiilî sözleşme

³⁴ Almanca: Seilschaft, İngilizce: Rope Team

³⁵ R Müller (n 3) N. 205-207.

³⁶ Alfred Koller, 'Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters - Ungeschriebene Kündigungstatbestände und Rechtsfolgen einer ausserordentlichen Kündigung' (2010) Aktuelle Juristische Praxis 845-854, Dike Verlag, s. 851; bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 65: OR 253 N 10; BGE 119 II 437 E 3b/bb; BGE 63 II 368 E 3; Yannick Minnig, *Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte: Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis* (2018) ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 828, Stämpfli Verlag, N. 5.5.; Beat Rohrer, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar* (2018) SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft 1-29, Schulthess Juristische Medien. N. 35.

³⁷ bkz. C Müller (n 1) N. 407: BGE 119 II 437 E. 3b/cc S. 442 f.

³⁸ Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 105.

³⁹ Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 106.

⁴⁰ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 65: BGE 6S.77/2003 E 4.2; ayrıca BGHZ 21, 319, 333 ff.

⁴¹ BGE 110 II 244: bkz. Burri (n 3) N. 394; C Müller (n 1) N. 395; Roman Schister, *Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht* (2021) EXIMIUS - Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 02, 18; Frédéric Krauskopf, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (2021) Schulthess Juristische Medien 315-317, N. 6.

⁴² bkz. Burri (n 3) N. 393; Mark Schweizer, 'PatG 73' (2016) *Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* 2296-2313, Dike Verlag, N. 38 - 39: Buna karşın İsviçre Federal Mahkemesi BGE 132 III 379 nolu kararında makul bir lisans ücreti ödenmesinin fiilî sözleşme ilişkisi olmadığını, mevzuatta bununla ilgili bir boşluk olmadığını belirtmektedir.; Mark Schweizer, 'Patentgesetz PatG Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG)' (2019) SHK - Stämpfli Handkommentar 833-861, Stämpfli Verlag, N. 56.



olarak değerlendirilmiştir⁴³. Avrupa Birliğinin “Fikri mülkiyet haklarının uygulanması hakkındaki 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/48/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (AEA ile bağlantılı metin)”⁴⁴ m. 13/1 (b) bendindeki düzenleme⁴⁵ de fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenmiş bir fiilî sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁴⁶.

Ücret karşılığında sunulan bir hizmetin kasıtlı ve bilinçli olarak karşı bir edim edinmeksizin ve sözleşme yapma amacı taşımaksızın elde edildiği hallerde de fiilî sözleşme ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Örneğin otobüs bileti almaya niyeti olmayan bir kimsenin yine de otobüse binmesi fiilî sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir⁴⁸.

Taşınmaz satış sözleşmesinde şekil eksikliğinin bulunması durumu doğal borç kavramı veya fiilî sözleşme teorisiyle açıklanabilir⁴⁹.

Evlilik dışı fiilî birlikteliklerde (=Konkubinät) taraflardan birinin diğerine ev işleri dışındaki işlerinde yardım ederek malvarlığı menfaati sağlaması da fiilî sözleşme ilişkisine benzetilmektedir⁵⁰. Bu durumda Art. 320/II OR (TBK m. 394/II) hükmü kıyasen uygulanabilir⁵¹.

Sürekli bir borç ilişkisi hükümsüz olmasına veya iptal edilmesine rağmen bir süre ifa edilmeye devam edilirse bu durum da fiilî sözleşme teorisiyle açıklanabilmektedir⁵². Fiilî sözleşme teorisini kabul eden görüşe göre bu sözleşmeler geleceğe etkili olarak sona ermiş kabul edilmelidir⁵³. Bir diğer görüşe göre iptalden önceki dönem

⁴³ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 65: HGer ZH, SJZ 2008, 438 f..

⁴⁴ Düzenlemenin tam metni için bkz. <https://telifhaklari.ktb.gov.tr/Eklenti/107095%2Cuygulama-direktifi-2004-48-trpdf.pdf?0=> (erişim tarihi 14.12.2024).

⁴⁵ “...zararları, uygun olan durumlarda, ihlal edenin söz konusu fikri mülkiyeti kullanma hakkını talep etmiş olsa en azından ödemesi gerekecek olan Telif Ücretleri ve harçlar gibi unsurları temel alan bir toplam şeklinde belirleyebilirler.”

⁴⁶ Mathis Berger, *Entwicklungen im Immaterialgüterrecht / Le point sur le droit de la propriété intellectuelle* (2007) 103 Schweizerische Juristen-Zeitung 403-409, Schulthess Juristische Medien, 403.

⁴⁷ Bettina Lienhard (n 47) *Finanzielle Abgeltung von Betreuungsleistungen zwischen nahestehenden Personen und Bekannten: Familien- und Erbrechtliche Ansprüche de lege lata und ferenda* (2017) ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 281, Schulthess Juristische Medien, 271-272.

⁴⁸ Eren (n 7) N. 372; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 4) 68.

⁴⁹ Markus Binder, *Art. 216 OR, Obligationsrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 123-137, Schulthess Juristische Medien, N. 20.

⁵⁰ Andreas Baumann (n 50) *Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen* (2012) Pflegerecht - Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, 81-90, Stämpfli Verlag, 89.

⁵¹ Baumann (n 50) 89.

⁵² Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 66: (BGE 4C.284/2000 E 2c/aa; BGE 110 II 244 E 2d.; Messer (n 3) N. 307.

⁵³ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 66: BGE 132 III 242 E. 4.2 S. 245, 129 III 320 E. 7.1.2 S. 328.

sözleşme benzeri bir borç ilişkisi teşkil etmektedir⁵⁴. Başka bir görüşe göre ise Art. 320/III ZGB OR (TBK m. 394/III) hükmünün kıyasen tüm sürekli borç ilişkilerine uygulanması iptalin geçmişe etkili olmaması için yeterli bir hukuki dayanaktır ve fiilî sözleşme teorisine bu bağlamda gerek kalmamaktadır⁵⁵. İsviçre Federal Mahkemesinin de irade bozukluğu sebebiyle iptal hallerinde bu görüşü benimsediği, fakat hükümsüzlük halinde net şekilde fiilî sözleşme teorisini reddetmediği ifade edilmektedir⁵⁶. Federal mahkemeye göre nitelendirmede yapılan ayırım çok önemli olmayıp yanılma sebebiyle iptal anına kadar fiilî sözleşmenin geçerli sayılmasıyla fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinin sonuçları pratikte aynıdır⁵⁷.

Başlangıçtan itibaren imkânsız olan sözleşmelerin hükümsüzlüğünün ileri sürüldüğü ana kadar sözleşme ilişkisinin sürdürülmüş olması fiilî sözleşme teorisi ile açıklanabilmektedir⁵⁸. Bunun dışında fiilî sözleşmenin özellikle Art. 20 OR (TBK m. 27) hükmündeki içerik yasağı kapsamında tartışılmış olduğu ve geçerlilik şekline aykırılığın da bu kapsamda değerlendirilebileceği de ifade edilmektedir⁵⁹. Fakat İsviçre Federal Mahkemesine göre ifa edilmiş bir sözleşmenin şekil eksikliğine dayalı olarak geçersizliğinin ileri sürülmesi fiilî sözleşme teorisi ile değil hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilmesi olarak değerlendirilmektedir⁶⁰.

Öğretide bir görüşe göre, sözleşme kurma niyeti olmayan bir kişinin yardımcı kişilerin sebebiyet verdiği zarar ve elde ettikleri karşılıksız yararlanmalardan dolayı da fiilî sözleşme ilişkisi doğabilecektir⁶¹. Kanımızca bu durumda ifa yardımcılığı ve fiilî sözleşmenin şartları kümülatif olarak aranmalıdır.

Son olarak, bedel karşılığında sunulan, bedel karşılığında sunulduğu bilinen veya bilinmesi gereken ve sözleşme yapılmasını gerektiren bir hizmetten karşılıksız ya-

⁵⁴ Claire Huguenin, *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil* (2019) 3. Aufl. Schulthess Verlag, N. 1483.

⁵⁵ Alfred Koller, 'Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge' (2020) Aktuelle Juristische Praxis 562-571, Dike Verlag, N. 5.2.1; C Müller (n 1) N. 405.

⁵⁶ C Müller (n 1) N. 405; İrade bozukluğu halinde sözleşmenin iptal edilmesi halinde fiilî sözleşmenin varlığına işaret eden İsviçre Federal Mahkemesi karar incelemesi için bkz. Eveline Wyss und Hans Caspar von der Crone, 'Bestechung bei Vertragsschluss Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin)' (2003) Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 35-44, Schulthess Juristische Medien, 35 ff.

⁵⁷ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 66: BGE 129 III 320 E 7.1.2./3.

⁵⁸ Schurtenberger (n 3) 854 ff.

⁵⁹ Burri (n 3) N. 396.

⁶⁰ Burri (n 3) N. 396.

⁶¹ bkz. Yünlü (n 11) 426 vd.: Teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu hale verilebilecek örnekler zorlama ve aşırı kurgu olabilir.

rarlanması da bir fiili sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir⁶². Çalışmamızın devamında bunun unsurlarına, hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir.

III. KAÇAK KULLANIMADAYALI FİİLİ SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A. Geçerli Bir Sözleşmenin Kurulmamış Olması

Kaçak kullanıma dayalı bir fiili sözleşmenin varlığından söz edebilmek için aranması gereken ilk ölçüt, geçerli bir kullandırma sözleşmesinin⁶³ bulunmamasıdır⁶⁴. Çünkü fiili sözleşme teorisine göre Art. 1/I OR (TBK m. 1/I) hükmü uyarınca sözleşme hiç kurulmamış veya Art. 20/I OR (TBK m. 27) uyarınca hükümsüz olsa dahi taraflar arasındaki ilişkinin sanki geçerli bir sözleşmeymiş gibi muamele görmesi esas alınmaktadır⁶⁵. Kaçak kullanımda bulunan bir kişinin (yararlananın) başlangıçtan itibaren bir sözleşme kurmak istemediği açıktır⁶⁶. Kaçak kullanımdan haberi bulunmayan veya bunu sonradan öğrenen yararlanılanın da sözleşme yapmaya niyeti olduğu söylenemez. Kaçak kullanımdan haberdar olan yararlanılanın suskun kalması da TBK m. 1/I hükmü uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının bulunduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Fiili sözleşmeye dayanak ancak

⁶² C Müller (n 1) N. 409; Özbilen (n 7) 192-193; Weber und Emmenegger (n 1) N. 57; Gauch, Schluep und Schmid (n 2) RZ. 1190.

⁶³ Kullandırma sözleşmesi kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve öğretideki tartışmalar için bkz. A. Hulki Cihan, *Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar* (2015) Vedat Kitapçılık 67 vd.: Yazar, kullandırma sözleşmesi kullandırma sözleşmesinin yeknesak bir kavram olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bir şeyi veya hakkı kullanma hakkının geçici olarak, ivazlı veya ivazsız şekilde kullanıcıya devrini amaçlayan sözleşmeler kullandırma sözleşmeleridir. Bu kapsamda ivazlı olanlar kira, ivazsız olanlar ödünç sözleşmeleridir. Ayrıca atipik kullandırma sözleşmeleri de mevcuttur. Kanımızca, elektrik dağıtım şebekesinden elektrik enerjisi almak bir tür taşınır kirası olarak değerlendirilebilir. Çünkü, elektrik enerjisi TMK'nın "doğal güçler" kategorisine girmekte olup bir taşınır eşyadır. Ayrıca bu bir hak veya hizmet kullanımı olarak da değerlendirilebilir. Çünkü dağıtıcılar ulusal şebeke ağına sağlanan elektrik enerjisini ölçülebilir kullanım miktarları üzerinden kullanıcılara bedel karşılığında sağlamaktadırlar. Sağlanan elektriğin mal veya hizmet sayılması, abonelik sözleşmesi bakımından önem taşımaz. Çünkü hem mal hem de hizmetler abonelik sözleşmelerine konu olabilmektedir. Elektrik enerjisi sağlanmasının mal veya hizmet sayılmasının pratik önemi kanımızca tüketici hukukunda ortaya çıkacaktır. Çünkü mal veya hizmet ayırımı ilişkin uygulanması gereken hükümler farklıdır. Kanımızca tüketicilerle yapılan elektrik aboneliği sözleşmesi bir hizmet sağlama sözleşmesi sayılmalıdır. Çünkü elektrik sağlama hizmeti, 6502 s. TKHK m. 3 hükmünde yer alan mal tanımına uymamaktadır. Tüketici işlemi dışında kalan elektrik aboneliği sözleşmelerinde kıyasen kira sözleşmesinin ayıp hükümleri uygulanabilir. Çünkü adi ve ticari işlerde hizmet ayırımının düzenlendiği bir hüküm yoktur. Elektrik aboneliği sözleşmelerinde elektrik kesintisi, akımda ve güçte sözleşmeye aykırılık ayıp olarak değerlendirilebilir. Elektrik şebekesindeki gerilimde meydana gelen dalgalanmaların kullanıcıların cihazlarına zarar vermesi ise ayıbbı takip eden zarara örnek gösterilebilir.

⁶⁴ Kama (n 14) 35.

⁶⁵ Burri (n 3) N. 392.

⁶⁶ Karşıt görüş için bkz. Yavuz (n 6) 128: Yazara göre iletim sisteminden kaçak elektrik çekilmesi zımni bir öneri beyanıdır. Fiili davranışla sözleşme kurulması söz konusu değildir. Yararlanma fiili zımni irade sayılmalıdır. Sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde de durum böyledir. Bu hallerde uyumsuzluk sebepsiz zenginleşme kurallarına göre çözümlenebilir.

TMK m. 2 hükmünün bunu gerektirmesi veya mevzuatta buna yönelik bir düzenlemenin bulunmasıdır. Geçerli bir kullanım sözleşmesinin mevcudiyeti halinde fiilî sözleşme teorisinin uygulama alanı bulunmayıp yürürlükteki sözleşme hükümleri uygulanmalıdır⁶⁷.

B. Yürürlükteki Mevzuat Hükümleri Uyarınca Bir Fiilî Sözleşmenin Kurulmuş Sayılması veya Dürüstlük Kuralının Bunu Gerektirmesi

Fiilî sözleşme ilişkisinin doğumuna doğrudan bir mevzuat hükmü veya TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralının bunu gerektirmesi sebebiyet vermektedir. Bir fiilî sözleşme ilişkisi kanunda düzenlenmemişse bunun hukuki dayanağı ancak kanun boşluğunun doldurulması olabilir⁶⁸. Dürüstlük kuralının bunu gerektirmesinden kasıt, hizmetin sağlayıcı tarafından yalnızca bedel karşılığında sunulduğunun yararlanan tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesidir⁶⁹.

Bazı hallerde doğrudan Kanun bir fiilî sözleşme ilişkisi kurulmasını öngörmektedir⁷⁰. Art. 320/II ve III ZGB OR (İsviçre Borçlar Kanunu) (TBK m. 394/II ve III) hükümleri kanunî fiilî sözleşme ilişkisidir⁷¹. İkinci fıkra hükmü uyarınca işveren, bir işçiden hizmet alır ve bu hizmet, koşullara göre yalnızca ücret karşılığı beklenilecek nitelikte ise, bu durum da bir hizmet sözleşmesinin yapıldığı anlamına gelir. Üçüncü fıkra hükmü uyarınca işçi, iyi niyetle geçersiz bir hizmet sözleşmesine dayanarak işverenin hizmetinde çalışırsa, bu geçersizliğin taraflardan biri tarafından ileri sürülmesine kadar, taraflar geçerli bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aynı şekilde hareket etmek zorundadır.

Gerçek vekaletsiz işgörmeye ilişkin Art. 419 ila 424 ZGB OR (TBK m. 526 ila 531) hükümleri de kanunda düzenlenmiş bir fiilî sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilir.

⁶⁷ Kama (n 14) 36.

⁶⁸ bkz. Messer (n 3) N. 306: Buna karşın eğer bağlayıcı hukuk kurallarında bir hukuki ilişkinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması açıkça düzenlenmişse bir yasal boşluk yoktur. Bu durumda fiilî sözleşmenin uygulama alanı kalmaz. Böyle bir halde gerekirse güven sorumluluğu ilkeleri uygulanabilir.

⁶⁹ Kut und Bauer (n 3) N. 65.

⁷⁰ C Müller (n 1) N. 399.

⁷¹ Frank Emmel, *Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 511-516, N. 2; Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 57; Kut und Bauer (n 3) N. 64; Lienhard (n 47) 280-281; Lukasz Grebski, *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 922-925, Orell Füssli Verlag, N. 5, 10; C Müller (n 1) N. 400-401; Dominik Probst, 'Arbeitsvertrag' (2021) SHK - Stämpfli Handkommentar 8-27, Stämpfli Verlag, N. 42-46; Hans Michael Riemer, 'Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und Arbeitsrecht' (2009) Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 116-122, Stämpfli Verlag, 117; Mehmet Akif Özsoy, *Özel Hukuk İlişisine Dayalı Olarak Çalışanların Buluşları* (2020) On İki Levha Yayıncılık, 78 vd.

dirilmektedir⁷². Anılan hükümlerde ortada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmamasına karşın sağlanan hizmet sanki bir sözleşmeye dayanıyormuşçasına ele alınmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi, bir kararında fiilî sözleşmelerle ilgili önemli tespitler yapmaktadır⁷³. Kararda ifade edildiği üzere Federal Mahkeme bazı eski kararlarında⁷⁴ iyiniyet ve dürüstlük ilkeleri uyarınca tarafların yalnızca fiilî davranışlarıyla fiilî sözleşme ilişkisi kurulabileceğini kabul etmiştir. Anılan karardaki uyuşmazlıkta idareye ait atık su iletim sisteminin sözleşme yapılmadan kullanılmasının 1991 yılından 1996 yılına kadar yürürlükte kalan kanalizasyon yönetmeliğinde (Entwässerungssatzung) bir fiilî sözleşme sayıldığı ifade edilmektedir. Fakat Federal Mahkemenin daha güncel tarihli bazı kararlarında⁷⁵ bu konularda fiilî sözleşme görüşünden uzaklaştığı belirtilmektedir.

Mevzuatımızda fiilî sözleşmeleri doğrudan ilgilendiren ve elektrik iletim sistemi ile ilgili teknik bir düzenleme bulunmaktadır. “Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifeleri ve Yöntem Bildirimi” isimli düzenleme, her yıl TEİAŞ tarafından düzenli olarak yayımlanmaktadır⁷⁶. “Fiyatlandırma ile İlgili Düzenlemeler ve Anlaşmalar” başlığı taşıyan yönerge ekinin 1.5. no’lu ve diğer çeşitli hükümleri uyarınca elektrik iletim sistemi kullanıcıları TEİAŞ ile sözleşme yapıp yapmadığına bakılmaksızın sanki aralarında sözleşme varmış gibi hükümlere tabi tutulmuştur⁷⁷. Ayrıca kulla-

⁷² bkz. Philipp Klaus, *Aufdrängungsschutz in der Geschäftsführung ohne Auftrag* (2020) Schulthess Juristische Medien. 23-24: Buna karşın gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye tamamen haksız fiil hukukuna ilişkin bir kavramdır. Hatta BGB’nin taslağını hazırlayan ilk kanun komisyonu da gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeyi yalnızca haksız fiil hukuku içinde değerlendirmiştir.; Kut und Bauer (n 3) N. 64; C Müller (n 1) N. 402; Jörg Schmid, ‘Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete BGE 126 III 69 ff.’ (2000) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 205-209, Stämpfli Verlag, 205; Daniel Werder und Roger Rudolph, ‘OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht’ (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 1387-1390, Orell Füssli Verlag, N. 1; Wyss und von der Crone (n 56) 34.

⁷³ BGH III ZR 287/01, 18/07/2002 <<https://juris.bundesgerichtshof.de>> E.T. 05/01/2025.

⁷⁴ Örneğin park yerlerine ilişkin BGHZ 21, 319, 334 ff., altyapı hizmetlerine ilişkin BGHZ 23, 175, 177 ff., tarım arazilerinin mirasçılığına ilişkin BGHZ 23, 249, 261.

⁷⁵ Örneğin BGHZ 95, 393, 399.

⁷⁶ 2025 yılı için geçerli düzenleme: <<https://www.teias.gov.tr/tarifeler>> E.T. 06/01/2025.

⁷⁷ Bu husus Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta da vurgulanmıştır: 11. HD., E. 2016/8317 K. 2017/3806 T. 19.6.2017 <lexpera.com.tr> E.T. 12/01/2025: “...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasındaki sistem kullanım anlaşmasının 11.06.2010 tarihinde imzalandığı, anlaşma imzalanmadan önce de davalının iletim sisteminin davacı tarafından kullanılmakta olduğu, fiilî bir anlaşmanın mevcut bulunduğu, dava konusu ceza faturasının sistem kullanım anlaşmasının öncesine ilişkin olarak Mayıs 2009 dönemi için düzenlendiği, bu dönemde yürürlükte bulunan İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama Yöntem Bildirimi m.1.5 maddesi gereğince, taraflar arasında sistem kullanım anlaşması bulunmaması bile iletim sistemine bağlı olarak faaliyet gösterenler sanki aralarında sözleşme varmış gibi yükümlülüklerle tabi tutulmuş bulunduğu ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde cezai şart ödemeleri öngörüldüğü, bu nedenle yazılı sözleşme öncesi dönem için de fiilî bir sözleşme ilişkisinin olduğunun kabulü gerektiği, buna bağlı olarak sistem kullanım anlaşmasının 10. maddesine gereğince, ceza

nıcılar için belirli kullanım üst sınırları söz konusu olup bunların aşılması halinde de sözleşme cezaları uygulanmaktadır⁷⁸. TEİAŞ'ın bir idare olması sebebiyle kaçak kullanım halinde fiilî sözleşme ilişkisi tespitine ilişkin birçok uyuşmazlık idari yargı kolu içinde çözümlenmektedir⁷⁹. Bunlar “Sistem Kullanım Anlaşmaları” olarak

düzenlenmesi için davacıya önceden önel verilmek suretiyle bir uyarı yapılmadığı, bu hali ile ceza faturasının düzenlenmesinin taraflar arasındaki sözleşme şartlarına uygun olmadığı, kaldı ki; sözleşme imzalandıktan sonra 2013 yılında sözleşme öncesi döneme dönülerek Mayıs 2009 dönemi için ceza faturası düzenlenmesinin TMK'nın 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına da uygun olmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile 423.711,15 TL'nin dava tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir. ... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...”.

⁷⁸ Bkz. Y. 11. HD., E. 2015/12006 K. 2016/5779 T. 26.5.2016 <lexpera.com.tr> E.T. 10/01/2025: “... Davacı vekili, davalı tarafından düzenlenen Ağustos 2009 yılına ait reaktif ceza faturalarının hukuka aykırı olduğu, zira fiilî sözleşme ilişkisi içerisinde sistem kullanım anlaşmasının öngördüğü ihtar şartının yerine getirilmediğini, ayrıca ihlal fiilinin üzerinden 4 yıl gibi bir süre geçtikten sonra cezai şart uygulamasının TMK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu, cezai şartla ilişkin faturaların zamanında düzenlenmediğini, davalının cezai şart isteme hakkının bulunmadığını ileri sürerek, davalının 738.935,19 TL'lik ceza faturasının hukuka aykırı olduğunu tespiti ile fatura nedeniyle ödenen 738.935,19 TL ceza bedelinin ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile istirdatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın usul ve esas yönünden reddini savunmuştur. Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacı şirketin lisanslı dağıtım şirketi olarak dağıtım sistemi olarak enerji aldığı trafo merkezlerinden Ağustos 2009 dönemi içinde taraflar arasında yürürlükte bulunan Sistem Kullanma Anlaşması'nın 10. maddesi ve Bağlantı Anlaşmasının 16. maddeleri kapsamında davalı şirketin reaktif sınır değerlerinin aşılmasından dolayı cezai şart uygulayabilmesi için “kullanıcıya süre verilerek yazılı olarak uyarılması ve verilen süre sonunda ihlalin ortadan kaldırılmaması halinde ceza uygulanması”na ilişkin düzenleme karşısında, davalı ...'nin ilk ihlali tespit edildiğinde davacı yana ihlalin sona erdirilmesi için süre vererek uyarıda bulunmadığı, bu nedenle cezai şartın ön koşulunun gerçekleşmediği, cezai şartla ilişkin faturanın sözleşmeye aykırı düzenlendiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...”.

⁷⁹ bkz. D. İDDK., E. 2019/2416 K. 2021/750 T. 12.4.2021 <lexpera.com.tr>: “...Davalı idarelerden Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından; TEİAŞ ile anlaşma imzalamadığı halde iletim sistemini fiilen kullanan kişiler ile TEİAŞ arasında fiilî sözleşme ilişkisinin varlığının kabul edilmesi gerektiği, tarafların örtülü de olsa bir irade beyanının olduğu, aksi takdirde gerçekte sözleşme imzalayan kullanıcılar aleyhinde eşitsizliğin doğduğu, sözleşme imzalayan ve imzalamayan sistem kullanıcılarının bu yolla aynı hüküm ve şartlara tâbi olduğu, Yönetim Bildirimi'nin 1.5. maddesinin de bu fiilî sözleşme ilişkisi içindeki cezai şartları düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği; Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından, eksik incelemeyle hakkaniyete aykırı karar verildiği, davanın süresinde açılmadığı, davacı ile Ocak 2007 - Aralık 2009 tarihleri arasında imzalanmış bir sistem kullanım anlaşması olmadığı, bazı kullanıcıların TEİAŞ ile sistem kullanım anlaşması imzalamaktan imtina ettiği, bu durumun anlaşmayı imzalayan kullanıcıların aleyhine bir durum oluşurması nedeniyle dava konusu Yönetim Bildirimi'nde gerekli düzenlemelerin yapıldığı, bu doğrultuda kullanıcıların yarattığı ihlaller nedeniyle gerekli yaptırımların uygulandığı, ülkemiz iletim sisteminin devamlı, güvenilir ve sorunsuz işletilmesine yönelik olarak her kullanıcıya eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin işlem yapıldığı ileri sürülmektedir... Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir...”.



isimlendirilmekte olup hangi yargı kolunun görev alanına girdiği tartışmalıdır⁸⁰. Kanımızca, hukuk mahkemeleri veya idare mahkemeleri önünde görülmesi fark etmeksizin özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Nitekim TEİAŞ bir kamu tüzel kişisi olsa da serbest piyasada faaliyet gösteren bir tacir olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Kanun koyucu engel olmadığı sürece uygulayıcının sözleşme hukuku hükümlerini kıyasen uygulayabilmesi için bu yaklaşım daha elverişli olacaktır.

Yargıtay bazı kararlarında kaçak elektrik kullanımı haksız fiil olarak nitelendirmekle birlikte⁸² bazı kararlarında bir tür sözleşme benzeri borç ilişkisinin kurulduğunu kabul etmiştir⁸³. Yargıtay haklı olarak, kaçak elektrik kullanımlarında sözleşme benzeri borç ilişkisi kurulduğunu kabul ettiği uyuşmazlıklarda haksız fiilî sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz işgörmenin şartlarını aramanın TMK m. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu şekilde kaçak kullanımda bulunanın teşvik edilmesi sonucu ortaya çıkacağından borçlu akdetmekten imtina ettiği sözleşme hükümleri veya tarifeye göre sorumlu tutulmalıdır. Yargıtay’a göre sözleşme benzeri borç ilişkilerinde alacak zamanaşımı

⁸⁰ Serhat Çelen ve Fırat Karaalp, ‘Teiaş’ın Taraf Olduğu Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Bu Anlaşmalardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu Sorunu’ (2021) 12(48) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 509-546, 543-544.

⁸¹ Beşir Fatih Doğan, ‘Teiaş’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu’ (2013) 4(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61-84, 64 vd.

⁸² bkz. Y. 13. HD., E. 2007/10958 K. 2008/306 T. 16.1.2008: “...Kaçak elektrik kullanma haksız fiil olup, sonuçlarından haksız fiilî işleyen kişi sorumludur. Her ne kadar abone, aboneliğin tesis edildiği taşınmazını kiraya verirken iptal ettirmediği abone sözleşmesinin yürürlükte olduğu süre içinde taşınmazda oturanların kullandığı elektrik bedelinden sorumlu ise de, haksız fiil niteliğinde olan kaçak elektrik kullanımından dolayı sorumlu değildir...” <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025; Y. HGK., E. 2012/54 K. 2012/350 T. 6.6.2012: “...Kaçak elektrik kullanımı haksız fiil olup, sonuçlarından haksız fiilî işleyen kişi sorumludur. Somut olayda, abone sözleşmesi yapmak zorunda olan üçüncü kişinin zorunlu tutularak kaçak kullanımdan oluşan bu borç için taksit sözleşmesi yapması “borcun nakli” anlamını taşımaz...” <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025.

⁸³ bkz. Y. 3. HD., E. 2014/11546 K. 2014/10474 T. 26.6.2014: “...davalı kurum sözleşme yapmak ve böylece karşı edim borçlanmak şartıyla kamuya hizmet sunmuş bulunmaktadır. Davacı taraf ise, sözü edilen hizmetten sözleşme vasıtasıyla yararlanacağı yerde böyle bir sözleşme yapmaksızın (ve belki de bunu istemeksizin) karşılıksız ve kaçak olarak elektrik enerjisinden yararlanmış bulunmaktadır. O halde, taraflar arasında dürüstlük ilkesine uygun olarak “sözleşme benzeri” bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmeli ve davalı idarenin bu gibi durumlara ilişkin olarak belirlediği kurallara uygun bedelin davacı tarafından ödenmesi gerekir. Bu sonuç için sunulan edimden davacının sadece yararlanmış olması gerekli ve yeterli görülmelidir. Öte yandan davalı idarenin sunduğu elektrik hizmetinden yararlanan kişi (davacı); nedensiz zenginleşme, haksız eylem veya vekaletsiz iş görme koşullarının gerçekleştiğinin ispatı gerekmeksizin idarenin “yönetmelik veya tarife” hükümlerine uygun olarak istediği bedeli ödemek zorundadır. O kadar ki; borçlunun (davacının), zenginleşmesinin istenilen bedelden daha az olması veya alacaklının (davalının) savunulduğu kadar fakirleşmemiş bulunması istenilen bedelin miktarını etkilemeyecektir (YHGK. nun 20.12.2000 gün ve 2000/3-1803-1813 E., K; 13.02.2002 gün ve 2002/3-100-68 E., K. sayılı ilamları)...”; benzer yönde ayrıca bkz. Y. 3. HD., E. 2016/8586 K. 2016/9844 T. 23.6.2016; 3. HD., E. 2014/2860 K. 2014/5810 T. 10.4.2014; Y. 3. HD., E. 2015/1314 K. 2016/930 T. 28.1.2016; Y. 3. HD., E. 2016/1289 K. 2016/7890 T. 23.5.2016; Y. 3. HD., E. 2013/19144 K. 2013/17073 T. 03.12.2013; Y. 3. HD., E. 2015/5732 K. 2015/9745 T. 28.5.2015 <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025.

sözleşme zamanaşımı olan 10 yıldır⁸⁴. Yargıtayın bu kararlarında kaçak kullanımı sözleşme hükümlerinin işletilmesi için gerekli ve yeterli saymasından fiilî sözleşme teorisini kastettiği anlaşılmaktadır. Bu da Türk yargı uygulamasında fiilî sözleşme teorisinin uygulanmaya devam ettiğinin en somut göstergesidir.

C. Tarafları

Kaçak kullanıma dayalı fiilî sözleşme ilişkisinin tarafları yararlanılan ve yararlanandır. Fiilî sözleşme teorisinin uygulanmasıyla yararlanılan, yararlanana karşı haksız fiil veya sebepsiz sözleşme hükümlerine kıyasen daha etkin bir şekilde korunmaktadır.

1. Yararlanılan

Yararlanılan, sunduğu iletim sisteminden izinsiz ve kaçak bir şekilde fayda sağlanan kişidir. Kaçak kullanımın elektrik iletim altyapısından yapılması halinde TEİAŞ gibi elektrik iletim ve dağıtım kurumları yararlanılındır. Bu bir doğalgaz, içme suyu veya atık su iletim sisteminin sahibi olan kişi ve kurumlar da olabilmektedir. Yararlanılan bir özel hukuk kişisi olabileceği gibi, kamu tüzel kişisi veya kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü bir imtiyaz sahibi de olabilecektir. Kamu veya özel hukuk kişisi olması fark etmeksizin yararlanılanı belirlemede esas, bu kişi veya kurumların özel kişilerle iletim sistemini kullandırmaya yönelik sözleşmeler akdediyor olmasıdır.

2. Yararlanan

Yararlanan, yararlanılanın iletim sistemini, onun iznini almaksızın veya bir kullanım sözleşmesi akdetmeksizin kullanan kişidir. Yararlananın iradesi yalnızca fiilî sonuç elde etmeye yönelik olup hukuki işlem kurmaya yönelik bir irade beyanı bulunmamaktadır⁸⁵. Yararlananın ehliyetli olup olmaması gerektiğine dair öğretilde fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre yararlananın ehliyeti yoksa bu durumda fiilî sözleşme de hükümsüz sayılmalı ve yararlanılan taleplerini haksız fiil ya da

⁸⁴ bkz. Y. 3. HD., E. 2015/1314 K. 2016/930 T. 28.1.2016: "...Eldeki davada taraflar arasındaki ilişki; kaçak elektrik kullanımından kaynaklanmaktadır. Tekel niteliğinde bir hizmette bulunan davacı ... şirketinin, fiilî veya yasal bir engel bulunmayan hâllerde elektrik hizmetinden yararlanmak isteyen kişilerle sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Sözleşme ilişkisinin kurulmasıyla hizmetten yararlanan kişinin hizmetin bedelini ödemesi gerekir. Aynı şekilde sözleşmesiz ve kaçak olarak elektrik hizmetinden yararlanan kişinin de kullandığı elektriğin bedelini ödemesi gerekir. Aksine bir yaklaşım sözleşme yapıp, normal tüketime ilişkin tarife göre ödeme yapan kişilerin aleyhine, kaçak elektrik kullananların lehine bir sonuca yol açar. TBK'nın 146.maddesinde (818 sayılı BK md.125) sözleşmeye dayanan alacakların, başka türlü hüküm mevcut olmadığı takdirde 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Sözleşme benzeri bir ilişkinin kurulması halinde olaya uygulanacak zamanaşımı süresi de 10 yıldır. Kaçak elektrik kullanımından dolayı tutanak tutulduğunda taraflar arasında "sözleşme benzeri" bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir..." <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025.

⁸⁵ Larenz (n 6) 492.

sebebsiz zenginleşme hükümlerine göre tazmin etmelidir⁸⁶. Bir diğer görüşe göre fiili sözleşmenin ismine aldanmamak gerekir. Bu gerçekte bir sözleşme olmayıp yalnızca bir dengeleme mekanizması olduğundan ehliyetsiz kişilerle devam eden fiili ilişkiler de fiili sözleşme teşkil edebilmektedir⁸⁷.

Yararlanan iletim sisteminin niteliğine göre mühür kırarak, sayaç saati bozarak, izinsiz boru hattı çekerek veya bu kapsamda başka bir eylemle bedel ödemeksizin iletim sisteminden karşılıksız fayda sağlamaktadır. Yapılmaktan imtina edilmiş kullanım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin başında kullanım bedelleri gelmektedir. Kaçak kullanıma dayalı fiili sözleşmelerde uygulanması gereken hükümlerin tespitinde en önemli ayırım, yararlanılanın hukuki statüsüdür. Yararlanan kişinin tacir olması veya kurulmamış sözleşmenin ticari iş sayılması halinde bunun hükümleri uygulanmalıdır. Fakat yararlanan tüketici sıfatını haizse, yani yararlanma onun kişisel bir ihtiyacını karşılamaktaysa, tüketici hukukuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Adi işlerde ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK hükümleri uygulanmalıdır.

D. Kaçak Kullananın Yararı ve Yararlanılanın Zararı

Kaçak kullanım, yalnızca bedel karşılığında sunulan hizmetten hizmet sağlayanın rızası olmadan faydalanılmasını ifade eder. Uygulamada hizmet sağlayıcılar, hizmetten yararlanan kişilerle abonelik sözleşmeleri akdetmektedir. Abonelik sözleşmesi, bir tarafın düzenli olarak mal veya hizmet temin etmeyi üstlendiği, diğer tarafın ise buna karşılık bir bedel ödemeyi üstlendiği sürekli borç ilişkisi niteliğinde sözleşmedir⁸⁸. Tüketici mevzuatı dışında kanunî bir tanımı yoktur ve uygulandığı alanda amaca göre isimlendirilmektedir⁸⁹. Kaçak kullanımda akdinden kaçınılan

⁸⁶ C Müller (n 1) N. 414.

⁸⁷ Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 102.

⁸⁸ Arnold Lehmann-Richter (n 88) ‘Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke’ in Westphalen F G von, Pamp R und Thüsing G (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München, Rn. 1 ff.; Birgit Roth-Neuschild, ‘§ 13 Überlassung von Software auf Zeit’ in Auer-Reinsdorf A und Conrad P (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht* (2019) 3. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, Rn. 58.

⁸⁹ bkz. Lehmann-Richter (n 88) Rn. 1: Bu bağlamda elektrik tedarik sözleşmeleri, telekomünikasyon sözleşmeleri, e-ticaret sözleşmeleri, spor-fitness salonu sözleşmeleri, gibi sözleşmeler abonelik sözleşmesi sayılabilir. Fakat hizmet kavramı daha geniş yorumlarsa kira sözleşmesi ve işgörme sözleşmeleri de abonelik sözleşmesi olarak yapılabilir. Örneğin eğlence veya spor gibi bir hizmetten yararlanılması için oluşturulan abonemankartı, bisiklet veya araba paylaşımına yönelik car-sharing sözleşmeleri kira ve iş görme sözleşmelerinin abonelik sözleşmesi şeklinde yapılmış halleridir. O halde, mal veya hizmet tedarikinin sürekli olması kaydıyla hemen hemen her edim abonelik sözleşmesi yapılmasına uygundur.; Benzer örnekler için bkz. Thomas Probst, ‘Art. 8 UWG / IX. Potentiell problematische Klauseln’ in Jung P (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2023) Stämpfli Verlag 1340-1373, N. 510; Ayrıca bkz. Roth-Neuschild. (n 88) Rn. 58: Bir yazılımın çevrimiçi sunulmasına yönelik abonelik sözleşmeleri uygulamada “subscription agreement” olarak anılmaktadır. Bu anlaşmalarla kullanıcı, yazılımı çevrimiçi ortamda kesintisiz olarak kullanır.; Ayrıca bkz. Herbert Schönle, ‘OR 184’ in Gauch P (Hrsg.), *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a* (1993) Schulthess Polygraphischer Verlag 104-123, N. 105: Abonelik sözleşmeleri ile art arda teslimli satış sözleşmeleri de yapılabilir.

sözleşme de genellikle bir abonelik sözleşmesidir. Bu bakımdan yarar, tedarikçinin diğer kullanıcılarla akdettiği abonelik sözleşmelerinde sunduğu edimdir.

Abonelik sözleşmeleri, kombine tipte karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁹⁰. Özellikle kombine tipte karma sözleşmelerde bir veya daha çok edime karşılık karşı tarafın edimi yalnızca bir bedel ödemektir⁹¹. Kaçak kullanıcının yararı, abonelik sözleşmelerinde tedarikçinin edimi hangi ölçütlere göre belirleniyorsa bu kapsamda belirlenmelidir. Yararlanılanın zararının en önemli kısmını bu yararın parasal karşılığı oluşturmaktadır. Bunun dışında, hizmetin sunulduğu iletim altyapısına verilen zararların giderilmesi için ödenmesi gereken tazminat da zararın kalanını oluşturmaktadır. Nihayetinde kaçak kullanıcının sorumluluğu bir tür para borcundan ibarettir ve buna ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir.

Abonelik sözleşmesi bir tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapıldığı takdirde tipik bir sözleşmedir ve ilgili tüketici mevzuatının özel uygulama alanına girmektedir⁹². 6502 s. TKHK m. 52/I uyarınca abonelik sözleşmeleri tüketicinin, sözleşmede belirlenmiş mal ya da hizmetleri düzenli aralıklarla veya kesintisiz olarak edinmesinin sağlandığı sözleşmelerdir⁹³. Bağlı yönetmelik olan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde⁹⁴ de m. 4/I (a) bendinde benzer şekilde tanımlanmıştır.

IV. KAÇAK KULLANIMA DAYALI FİİLÎ SÖZLEŞMELERDE TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ AYRIMI YAPILMASININ HÜKMÜ

A. Tacir veya Tüketici Sifatının Tespiti

Mevzuatımızda TKHK m. 3/I (k) bendi uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir⁹⁵. § 13 BGB (Alman Medeni Kanunu) hükmü uyarınca tüketici, ticari faaliyet ya da serbest meslek faaliyeti icra

⁹⁰ Lehmann-Richter (n 88) Rn. 3.

⁹¹ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hüseyin Acun, *Otel Kontenjan Sözleşmesi* (2023) Adalet Yayınevi, 69 vd.

⁹² Lehmann-Richter (n 88) Rn. 7.

⁹³ Mehmet Aslan, *Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi* (2020) 6(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-182, 160 vd.; Selin Sert Sütçü, 'Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1457-1481, 1462.

⁹⁴ Resmi Gazete Tarih: 24 Ocak 2015 Sayı: 29246

⁹⁵ Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, *Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi* (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 395-436, 396-397; M. Murat İncoğlu, 'Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz' (2016) *Recht der Internationalen Wirtschaft* 572-577, Deutscher Fachverlag. 573; Osman Levent Özay, '6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi' (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 257-272, 257-258; Selin Sert Sütçü, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun M. 80 Hükmüne Göre Piramit Satışlar' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2505-2519, 2507 dipnot 12.



etmeksizin hukuki işlem yapan gerçek kişidir⁹⁶. Bunun karşıt kavramı olan girişimci (unternehmer) de § 14 BGB hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca girişimci, ticari faaliyet veya serbest meslek faaliyeti kapsamında hareket eden gerçek kişiler, tüzel kişiler veya şahıs şirketleridir⁹⁷. Tüketici sıfatının belirlenmesinde kişinin entelektüel ya da ekonomik durumu belirleyici olmayıp ticari işletmesi bulunan bir kişinin dahi kendi ihtiyacı için hareket etmesi durumunda tüketici sayılması söz konusu olacaktır⁹⁸.

Hukukumuzda kanun koyucu tüketici tanımına tüzel kişileri de eklemiş olup öğretide ticari amaç gütmeyen dernek ve vakıfların tüketici sayılabileceği ifade edilmektedir⁹⁹. Alman hukukunda kamu yararına dernekler de dahil olmak üzere tüzel kişilerin tüketici sıfatı yoktur¹⁰⁰. İsviçre hukukunda ise ülkenin Avrupa Birliği müktesebatında yer alan düzenlemelerden Lugano Sözleşmesi'ni kabul edip uygulamasıyla¹⁰¹ bu düzenlemedeki tüketici tanımını iç hukukunda benimsenmiştir¹⁰². Düzenlemenin Art. 15 abs. I hükmü uyarınca tüketici ve tüketici işlemi kavramı dolaylı yoldan tanımlanmaktadır. Buna göre mesleki veya ticari faaliyete atfedilemeyen bir amaçla sözleşme yapan gerçek kişiler tüketicidir¹⁰³. Bununla birlikte İsviçre ve AB hukuk sistemlerinde yeterince kapsayıcı ve yeknesak bir tüketici tanımının bulunmayışı eleştirilmektedir¹⁰⁴. İsviçre Hukukundaki dağınık düzenlemelere Art. 40a OR hükmü¹⁰⁵, Art. 32 ZPO (İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu) hükmü¹⁰⁶, Art. 3 KKG (İsviçre Tüketici Kredileri Kanunu) hükmü, Art. 2 Abs. 3 PauRG (İsviçre Paket Tur Kanunu) hükmü ve Art. 114-120 IPRG (İsviçre Milletlerarası Özel

⁹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 13 Verbraucher: “*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.*”; Henning Harte-Bavendamm und Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2021) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, Rn. 122.; Markus Saller, ‘Verbraucherverträge’ in Hamm C (Hrsg.), *Beck’sches Rechtsanwalts-Handbuch* (2022) 12. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, Rn. 8.; C. Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB)* (2023) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, § 449 Rn. 49-52.

⁹⁷ Saller (n 96) Rn. 8.

⁹⁸ Schmidt (n 96) § 449 Rn. 50.

⁹⁹ Bahtiyar ve Biçer (n 95) 404-405.

¹⁰⁰ Saller (n 96) Rn. 8.

¹⁰¹ Schweiz mit der Ratifikation des Lugano Übereinkommens (LugÜ): Metne erişmek için bkz. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/801/de>> E.T. 24/12/2024.

¹⁰² Helmut Heiss, ‘UWG 8’ in Heizmann R und Loacker L D (Hrsg.), *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (2018) Dike Verlag 1115-1145, N. 110.

¹⁰³ Andreas Furrer und Andreas Glarner, ‘Lugano-Übereinkommen (LugÜ)’ (2021) SHK - Stämpflis Handkommentar 356-389, Stämpfli Verlag, N. 16.

¹⁰⁴ Helmut Heiss, *Grundfragen des Konsumentenrechts* (2020) Schulthess Juristische Medien, N. 3.1-3.6.

¹⁰⁵ Kapidan satış sözleşmelerine ilişkin olup dolaylı bir tüketici tanımı yer almaktadır.

¹⁰⁶ “*Verbraucher*” yerine “*konsumenten*” kavramı kullanılmıştır.

Hukuk Kanunu) hükümleri örnek verilebilir¹⁰⁷. Ayrıca “ticari veya mesleki faaliyet” kriteri, küçük işletmeleri, çiftçileri ve serbest meslek çalışanlarını koruma alanının dışında bıraktığı için eleştirilmektedir¹⁰⁸. Buna karşın, şahsî varlıklarını sermaye piyasalarında nemalendiren özel yatırımcıların (=Privatanleger), bankalara karşı tüketici olarak değerlendirilmesi de eleştirilmektedir¹⁰⁹.

Kaçak kullanımda bulunan kişinin yükümlülüğünün belirlenebilmesi için tüketici sıfatını taşıyıp taşımadığı belirlemek gerekmektedir. Bu bakımdan tarafın bir girişimci (ticari veya mesleki faaliyette bulunan kişi) olarak hareket edip etmediği tespit edilmelidir¹¹⁰. Yargılama hukukunun genel ilkelerine riayeten tüketici işleminin tespitinde, kendisine avantaj sağlayan bir tüketici hükmüne dayanan kişinin hem tüketici işlemi yaptığını ileri sürmesi hem de bunu kanıtlaması gerekmektedir¹¹¹. Fakat bir girişimci olarak hareket eden kişi bu davranışıyla bağlı kalmak durumunda olup sonradan sırf tüketici hükümlerinden yararlanmak amacıyla tüketici olduğu iddiasını ileri sürmesi dikkate alınmamalıdır¹¹². Kaçak kullanımda bulunmuş olan bir borçlunun tüketici hukukunun kendisi bakımından elverişli sayılan hükümlerinden faydalanabilmesi için, tüketici sıfatının bulunduğunu ispat yükü kaçak kullanımda bulunana ait sayılmalıdır. Aksinin kabulü, kusurlu davranışıyla bir kazanımda bulunan kişiye sırf sessiz kalması sebebiyle elverişli bir statü bahşetmek anlamına gelecektir. Kanımızca, kimsenin kendi kusurundan fayda sağlayamayacağını öngören “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” prensibi ve TMK m. 3/II hükmü de tüketici sıfatını veya tacir sıfatı bulunmadığını ispat yükünün kaçak kullanımda bulunan kişide olduğunun kabulünü gerektirmektedir.

¹⁰⁷ Furrer und Glarner (n 103) N. 26-26a.

¹⁰⁸ Heiss (n 86) N. 110; Fridolin Walther, ‘ZPO 32’ in Hausheer H und Walter H P (Hrsg.), *ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung* (2012) Stämpfli Verlag 290-299, N. 15.

¹⁰⁹ bkz. Susanna Gut, *Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten*’ (2014) SSFM - Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 116, Schulthess Juristische Medien 86-126, 96-98: Avrupa Birliği Adalet Divanı ve İsviçre mahkemelerine göre tüketici, mal ve hizmetleri, özel ve kişisel amaçlarla edinen gerçek kişilerdir. Tüketicinin gerçekte korumaya muhtaç olup olmamasının hiçbir önemi yoktur. Milyonerler dahi tüketici mahkemelerine başvurabilir. Lugano Sözleşmesi Art. 15 hükmü uyarınca bankaların harici varlık yönetim sözleşmeleri yaptıkları özel yatırımcılar tüketici tanımına uymaktadır. Hakim görüşüne göre bunlar kazanç sağlama amaçları bulunsu dahi tüketici olarak değerlendirilmektedir.

¹¹⁰ Susanne Vogt und Friedrich Graf von Westphalen, ‘Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke’ in Graf von Westphalen F, Thüsing G und Pamp R (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München, Rn. 12.

¹¹¹ Carsten Thomas Ebenroth, Franz Jürgen Boujong und Axel Fest, *Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht* (2024) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, Rn. 17.

¹¹² Bkz. Vogt und Westphalen (n 110) Rn. 12: Bir hukuki işlem hem kişisel kullanım hem de ticari veya mesleki amaca hizmet ediyorsa çifte kullanım (“dual-use”) işlemleri olarak adlandırılmaktadır. Çifte kullanım işlemlerinde daha baskın olan kullanım amacı esas alınmaktadır.

Bazı hallerde kaçak kullanılan hizmet hem kişisel hem de ticari veya mesleki amaca hizmet ediyor olabilir. Tüketici sıfatının kabul edilebilmesi için ticari veya mesleki amacın son derece ikincil olması, kişisel kullanımın esas olması gerekmektedir¹¹³. Buna karşın, sunulan hizmet açıkça sağlayıcı tarafından yalnızca girişimcilere sunulan bir hizmetse, yani tüketiciler bu sözleşmeyi yapmaktan dışlanmışsa, bu hizmetten yararlanan tüketici sayılmamalıdır¹¹⁴.

B. Kaçak Kullanıma Dayalı Fiilî Kullanım Sözleşmesine Ticarî Hükümler veya Tüketici Hukuku Hükümleri Uygulanması

Fiilî sözleşme teorisinin kabulünün en önemli sonuçlarından biri de ispat yükünün borçluya ait olmasıdır. Haksız fiilde zararın varlığını ve miktarını ispat etme yükümlülüğünü zarar görene yükleyen TBK m. 49 vd. hükümleri fiilî sözleşmelerde uygulama alanı bulmaz.

Edim dengesini sağlamak adına, sırf kendi kişisel ihtiyacı için kaçak kullanımda bulunan bir kişiyi ticari abonelik sözleşmesi hükümleri kapsamında giderimle yükümlü kılmak da hakkaniyetli sayılamaz. Ancak kaçak kullanımın bir ticari işletmeye ilişkin olması halinde fiilî sözleşme ticari iş sayılmalıdır. TKHK ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında kaçak kullanımın sırf kişisel ihtiyaç giderilmesi amacıyla yapılmış olması halinde fiilî sözleşme bir tüketici işlemi sayılmalıdır.

1. Kullanım Bedeline Uygulanan Tarifenin Farklı Olması

Bir mal veya hizmetin düzenli olarak sunulduğu sözleşmelerde bedelin belirlenmesi işin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Abonelik sözleşmelerine ilişkin TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği hükümlerinde kullanım dönemi, birim fiyat ve faturalandırma gibi kavramlar düzenlenmiş olsa da bir hesaplama yöntemine yer verilmemiştir. Hesaplama yöntemlerinde uygulanacak esaslar teknik düzenlemelerde yer almaktadır. TEİAŞ tarafından yayımlanan “İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama ve Uygulama Yöntem Bildirimi” isimli düzenleme hükümleri uyarınca iletim sistemini kullanan kişilerin dağıtıcı ile bir anlaşma yapıp yapmamasına bakılmaksızın sözleşme tarifelerine göre ücretlendirilmektedir. Düzenleme ve ekleri uyarınca kullanım bedellerinde “tarife bölgeleri”, 81 il bazında tarife bölgeleri, kullanım miktarına göre değişken tarifeler gibi hesaplama yöntemleri kullanılmaktadır. EPDK ve TEİAŞ tarafından konulan bu esaslar çerçevesinde imtiyaz sahibi elektrik dağıtım şirketleri kullanıcılarla abonelik sözleşmeleri akdetmekte ve faturalandırmada bu esaslara riayet etmektedir¹¹⁵.

¹¹³ Vogt und Westphalen (n 110) Rn. 12.

¹¹⁴ Michael Glossner, ‘Teil 5.1 Die Grundregeln des elektronischen Geschäftsverkehrs’ in Christoph Leupold, Andreas Wiebe und Michael Glossner (Hrsg.), *IT-Recht* (2021) 4. Aufl. Verlag C. H. Beck, München 201-220, Rn. 199-202.

¹¹⁵ Enerji piyasasında yapılan dağıtım ve elektrik sağlama sözleşmeleri için bkz. Çağlar Özel, Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Fatma Özel, ‘Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler’ (2013) 8 Özel Sayı Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2073-2125, 2085 vd.

Kullanım bedeline uygulanacak hükümler bu dağıtıcıların kullanıcılarla yaptığı tip sözleşme ve tarife türüne göre belirlenmelidir.

2. Yararlananın Faiz Ödeme Borcunun Farklı Olması

Kaçak kullanım halinde yararlananın yararlanılana bedel ödeme borcu doğduğundan bunun fer'i olan faizi de tespit etmek zorunludur. Kullanıma karşılık ödenen bedel bir tür para borcudur. Kaçak kullanım tarihinden itibaren yararlanılanın muaccel bir alacağı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu tarihten itibaren temerrüt faizi de işleyecektir. Hukukumuzda adi işlerde temerrüt faizi oranı TBK m. 88 ve 120 hükümlerinde düzenlenmiştir. 3095 s. "Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun" da temerrüt faizini somutlaştıran bir diğer düzenlemedir. TKHK hükümleri TTK, TBK veya 3095 s. Kanun hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olmasına karşın¹¹⁶ temerrüt faizinin oranına ilişkin bir düzenleme içermemektedir¹¹⁷. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde de faize ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. TKHK m. 83/I hükmü uyarınca bu konuda diğer kanun hükümleri niteliği uygun düşüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Bu sebeple tüketici işlemlerine de temerrüt faizinin oranı bakımından adi iş hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸.

Temerrüt faizinin oranını belirleyen bir hüküm bulunmamasına rağmen TKHK hükümlerinde faize ilişkin belli başlı sınırlandırmalar hüküm altına alınmıştır. TKHK m. 4/VII hükmü uyarınca tüketici işlemlerinde temerrüt hali dahil bileşik faiz uygulanması yasaklanmıştır. Dolayısıyla fiili sözleşmenin tüketici işlemi sayılmasının bir diğer sonucu, kullanım bedeline ilişkin faizin bileşik faiz olarak tespit edilememesidir.

SONUÇ

Fiili sözleşme ilişkisi, sözleşme benzeri borç ilişkileri içinde yer alan bir teoridir. Mevzuat veya dürüstlük kuralı gereği aralarında sözleşme bulunmayan tarafların aralarındaki borç ilişkisine sözleşme kurallarının uygulanmasını amaçlamaktadır. Fiili sözleşme teorisi İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde federal mahkemeler tarafından bir süre uygulandıktan sonra uygulama alanını giderek kaybetmiştir. Günümüzde yine de yargı kararlarında ve öğretide; kira hukukunda, iş hukukunda, ortaklıklar hukukunda, banka hukukunda, fikrî mülkiyet hukukunda ve sigorta hukukunda da kullanıldığı görülmektedir. Bazı hallerde uygulama, bazı hallerde ise mevzuat hükümleri, somut bir borç ilişkisinin fiili sözleşme olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir. Örneğin TBK m. 394/II hükmü ortada geçerli bir

¹¹⁶ Bahtiyar ve Biçer (n 95) 420.

¹¹⁷ Murat Aydoğdu ve Serkan Ayan, *Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi* (2014) Adalet Yayınevi 237 vd.; Çıtır, Eren. "Ticari İş - Tüketici İşlemi İlişkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3, 2016, s. 37-52, s. 49.

¹¹⁸ Bahtiyar ve Biçer (n 95) 419.



hizmet sözleşmesi bulunmasa bile hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin borç ilişkisine uygulanmasını öngörmektedir. Kaçak elektrik kullanımlarına ilişkin husus ise elektrik dağıtımına ilişkin teknik mevzuat hükümlerinde düzenlenmektedir. TEİAŞ tarafından düzenlenen “Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifeleri ve Yöntem Bildirimi” isimli yıllık olarak yayımlanarak yürürlüğe konulmaktadır. Yönergenin “Fiyatlandırma ile İlgili Düzenlemeler ve Anlaşmalar” başlığı taşıyan ekinin 1.5. no’lu ve diğer çeşitli hükümleri uyarınca elektrik iletim sistemi kullanıcıları TEİAŞ ile sözleşme yapıp yapmadığına bakılmaksızın sanki aralarında sözleşme varmış gibi değerlendirilmektedir. Bu kanımızca mevzuat hükmünden doğan bir fiilî sözleşme ilişkisidir. Bu durumda ortaya kaçak kullanıcının bir tüketici gibi mi yoksa bir tacir gibi mi hareket ettiği sorunu çıkmaktadır. Bu ayrım fiilî sözleşme ilişkisine uygulanması gereken sair mevzuat hükümlerinin tespiti bakımından önemlidir. Eğer kaçak kullanıcı şahsi kullanım amacı güden bir tüketici gibi hareket etmekteyse ve kullanım miktarı teknik mevzuatta belirlenmiş limitleri aşmıyorsa fiilî sözleşme bir tüketici işlemi olarak değerlendirilmelidir. Kaçak kullanım bir ticari işletmeye ilişkinse fiilî sözleşme ticari iş olarak değerlendirilmelidir. Bunun sonucu olarak fiilî sözleşmeden doğan bedel ödeme borcuna ilişkin tarife ve bunun fer’i olarak faiz ödeme borcu farklılık göstermektedir.

KAYNAKÇA

Acun H, *Otel Kontenjan Sözleşmesi* (2023) Adalet Yayınevi

Aslan M, *Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi* (2020) 6(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-182

Aydoğdu M ve Ayan S, *Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi* (2014) Adalet Yayınevi

Bahtiyar M ve Biçer L, *Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi* (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 395-436

Baumann A, *Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen* (2012) Pflegerecht - Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, 81-90, Stämpfli Verlag

Berger M, *Entwicklungen im Immaterialgüterrecht / Le point sur le droit de la propriété intellectuelle* (2007) 103 Schweizerische Juristen-Zeitung 403-409, Schulthess Juristische Medien

Binder M, *Art. 216 OR, Obligationsrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 123-137, Schulthess Juristische Medien

Bucher E und Aebi-Müller R E, 'Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit' (2017) Stämpfli Verlag 318-349

Burri C, *Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags* (2010) Schulthess Juristische Medien 161-187

Busche, *Münchener Kommentar zum BGB*, 10. Auflage (2025) § 147

Cihan A H, *Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar* (2015) Vedat Kitapçılık

Çelen S ve Karaalp F, 'Teiaş'ın Taraf Olduğu Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Bu Anlaşmalardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu Sorunu' (2021) 12(48) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 509-546

Doğan B F, 'Teiaş'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu' (2013) 4(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61-84

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2022) Yetkin Yayınevi

Gnos U P, Hohler D und Anner F, *Gesellschaftsrecht: Entwicklungen 2017* (2018) Stämpfli Verlag

Döbeli T, *Bankvertragsrechtliche Auswirkungen von internationalen Finanzsanktionen Unter besonderer Berücksichtigung der Sperrung von Geldern* (2020) Dike Verlag

Ebenroth C T, Boujong F J und Fest A, *Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht* (2024) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck

Emmel F, *Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 511-516, Schulthess Juristische Medien

Fountoulakis C, 'Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte' (2018) Aktuelle Juristische Praxis 95-99, Dike Verlag

Furrer A und Glarner A, 'Lugano-Übereinkommen (LugÜ)' (2021) SHK - Stämpflis Handkommentar 356-389, Stämpfli Verlag

Gauch P, Schluep W R und Schmid J, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2014) 10. Aufl. Schulthess Verlag

Glossner M, 'Teil 5.1 Die Grundregeln des elektronischen Geschäftsverkehrs' in Leupold C, Wiebe A und Glossner M (Hrsg.), *IT-Recht* (2021) 4. Aufl. Verlag C. H. Beck, München 201-220

Grebski L, *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 922-925, Orell Füssli Verlag

Gut S, 'Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten' (2014) SSFM - Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 116, Schulthess Juristische Medien 86-126



- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (2021) Yetkin Yayınevi
- Harte-Bavendamm H und Henning-Bodewig F (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2021) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München
- Heiss H, ‘UWG 8’ in Heizmann R und Loacker L D (Hrsg.), *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (2018) Dike Verlag 1115-1145
- Heiss H, *Grundfragen des Konsumentenrechts* (2020) Schulthess Juristische Medien
- Huguenin C, *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil* (2019) 3. Aufl. Schulthess Verlag
- İnceoğlu M M, ‘Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz’ (2016) Recht der Internationalen Wirtschaft 572-577, Deutscher Fachverlag
- Jauernig M, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Auflage (2023) C.H. Beck, Vorbemerkungen Rn. 16-20
- Kama M, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (2020) On İki Levha Yayıncılık
- Klaus P, *Aufdrängungsschutz in der Geschäftsführung ohne Auftrag* (2020) Schulthess Juristische Medien
- Kılıçoğlu A, ‘Fiilî Sözleşme İlişkileri’ (1985) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 738-752
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I* (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) (2017) Filiz Kitabevi
- Koller A, ‘Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge’ (2020) Aktuelle Juristische Praxis 562-571, Dike Verlag
- Koller A, ‘Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters - Ungeschriebene Kündigungstatbestände und Rechtsfolgen einer ausserordentlichen Kündigung’ (2010) Aktuelle Juristische Praxis 845-854, Dike Verlag
- Koller A, *Der Grundstückkauf* (2017) Stämpfli Verlag
- Krauskopf F, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (2021) Schulthess Juristische Medien 315-317
- Kut A und Bauer C, ‘Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR’ (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 1-31, Schulthess Juristische Medien
- Larenz K, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1989) 7. Aufl. München



Lehmann-Richter A, 'Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke' in Westphalen F G von, Pamp R und Thüsing G (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München

Lienhard B, *Finanzielle Abgeltung von Betreuungsleistungen zwischen nahestehenden Personen und Bekannten: Familien- und Erbrechtliche Ansprüche de lege lata und ferenda* (2017) ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 281, Schulthess Juristische Medien

Markworth D, *Vertragsschlüsse durch faktisches oder sozialtypisches Verhalten?* (JuS 2024, 1105)

Messer R, *Rückwirkung im Gesellschaftsrecht* (2013) Stämpfli Verlag 125-139

Meyer T und Drossard K, 'Die Kosten der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO und wer sie zu tragen hat' (2024) Haftung und Versicherung 4-10, Dike Verlag

Minnig Y, *Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte: Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis* (2018) ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 828, Stämpfli Verlag

Müller C, 'Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht' (2018) BK - Berner Kommentar 239-255, Stämpfli Verlag

Müller R, *Haftungsfragen am Berg* (2016) Dike Verlag

Oğuzman M K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (2022) Vedat Kitapçılık

Özay O L, '6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi' (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 257-272

Özbilen (n 7) *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (2016) On İki Levha Yayıncılık

Özel Ç, Özcan Büyüktanır B G ve Özel F, 'Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler' (2013) 8 Özel Sayı Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2073-2125

Özsoy M A, *Özel Hukuk İlişkisine Dayalı Olarak Çalışanların Buluşları* (2020) On İki Levha Yayıncılık

Probst D, 'Arbeitsvertrag' (2021) SHK - Stämpflis Handkommentar 8-27, Stämpfli Verlag

Probst T, 'Art. 8 UWG / IX. Potentiell problematische Klauseln' in Jung P (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2023) Stämpfli Verlag 1340-1373



Riemer H M, ‘Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und Arbeitsrecht’ (2009) Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 116-122, Stämpfli Verlag

Rohrer B, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar* (2018) SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft 1-29, Schulthess Juristische Medien

Roth-Neuschild B, ‘§ 13 Überlassung von Software auf Zeit’ in Auer-Reinsdorff A und Conrad P (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht* (2019) 3. Aufl. Verlag C.H. Beck, München

Saller M, ‘Verbraucherverträge’ in Hamm C (Hrsg.), *Beck’sches Rechtsanwalts-Handbuch* (2022) 12. Aufl. Verlag C.H. Beck, München

Schister R, *Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht* (2021) EXIMIUS - Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 02

Schmid J, ‘Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete BGE 126 III 69 ff.’ (2000) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 205-209, Stämpfli Verlag

Schmidt C, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB)* (2023) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München

Schönle H, ‘OR 184’ in Gauch P (Hrsg.), *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a* (1993) Schulthess Polygraphischer Verlag 104-123

Schurtenberger P, *Der Allianzvertrag: Vergütung und Haftung nach einem neuen Vertragsmodell* (2021) Schulthess Juristische Medien

Schweizer M, ‘Patentgesetz PatG Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG)’ (2019) SHK - Stämpflis Handkommentar 833-861, Stämpfli Verlag

Schweizer M, ‘PatG 73’ (2016) *Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* 2296-2313, Dike Verlag

Sert Sütçü S, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun M. 80 Hükmüne Göre Piramit Satışlar’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2505-2519

Sert Sütçü S, ‘Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1457-1481

Syz C, *Faktisches Vertragsverhältnis* (1991) Schulthess Polygraphischer Verlag

Taşkın Z D, *Sözleşmenin Kurulması* (2020) On İki Levha Yayıncılık

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (1993) Filiz Kitabevi



Vito R und Kuzniar N, 'Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung' (2019) Aktuelle Juristische Praxis 1105-1111, Dike Verlag

Vogt S und Graf von Westphalen F, 'Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke' in Graf von Westphalen F, Thüsing G und Pamp R (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München

Walther F, 'ZPO 32' in Hausheer H und Walter H P (Hrsg.), *ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung* (2012) Stämpfli Verlag 290-299

Weber R H und Emmenegger S, 'Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR' (2020) BK - Berner Kommentar 1-19, Stämpfli Verlag

Werder D und Rudolph R, 'OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht' (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 1387-1390, Orell Füssli Verlag

Wyss E und von der Crone H C, 'Bestechung bei Vertragsschluss Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin)' (2003) Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 35-44, Schulthess Juristische Medien

Yavuz M A, *Elektrik Tedarik Sözleşmeleri* (2022) On İki Levha Yayıncılık

Yünlü S (n 11) *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (2019) On İki Levha Yayıncılık.

