

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İSVİÇRE-TÜRK BORÇLAR HUKUKUNA GÖRE
SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA YANILMA

DOKTORA TEZİ

Erhan KANIŞLI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

MAYIS 2018

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İSVİÇRE-TÜRK BORÇLAR HUKUKUNA GÖRE
SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA YANILMA

DOKTORA TEZİ

Erhan KANIŞLI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

MAYIS 2018

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı çerçevesinde doktora tezi olarak hazırlanan “İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma” başlıklı bu çalışma, Prof. Dr. Mehmet Erdem’in danışmanlığında yazılmıştır.

Sözleşmenin kurulmasında yanılma kurumu, Borçlar Hukuku açısından bütün yönleriyle ve diğer hukuki kurumlarla ilişkileri de dikkate alınarak, şimdiye kadar Türk hukuk literatüründe herhangi bir tezde ya da monografide araştırma konusu yapılmamıştır. Mevcut birkaç tezde ise, yanılma kurumu sadece belirli kısımlarıyla ve sınırlı ölçüde ele alınabilmektedir. Dolayısıyla, bu çalışmanın başlıca amacı, yanılma ile ilgili konuları olabildiğince ayrıntılı incelemeye ve ortaya çıkabilecek meselelere farklı bakış açıları sunmaya çalışarak doktrindeki boşluğu doldurmak ve hukuk uygulamasını geliştirmek olmuştur.

Konunun geniş kapsamı, araştırmacıya meydan okuyan teorik alt yapısı ve kavramsal derinliklerle dolu soyut yönleri nedeniyle, tez çalışması sürecinde zaman zaman ciddi anlamda zorlandığımı söyleyebilirim. Hatta bu noktada, büyük hukukçu Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’nun, esas itibarıyla saikte yanılmayı incelediği hayli ufuk açıcı ve her okumada bir kez daha hayranlık uyandıran değerli eserinden sonra, yanılma konusunda çalışacak olmanın verdiği manevi yükten de ayrıca bahsetmeliyim. Ancak her şeye rağmen, bu zorlu sürecin birçok olumlu tarafı bulunduğunu da belirtmem gerekir. Özellikle, yanılma konusunun diğer hukuki kurumlarla ve Borçlar Hukukunun temel kavramlarıyla sıkı ilişkilerinin bulunması, araştırmamda bu konulara da temas etmemi zorunlu kıldığından, tez çalışması sürecini daha verimli hale getirmiş ve hukuk formasyonuma önemli katkıları olmuştur.

Çalışmanın önemli bir kısmı, 2016-2018 yılları arasında çeşitli dönemlerde misafir araştırmacı olarak bulunduğum Köln Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk ve Yabancılar Hukuku Enstitüsü’nde (*Institut für internationales und ausländisches Privatrecht*) yaptığım araştırmalar sayesinde tamamlanmıştır. Haziran 2017 – Mart 2018 tarihleri arasındaki on aylık araştırma dönemi, Tübitak (Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu) tarafından sağlanan doktora sırası araştırma bursuyla gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın hazırlanması sürecinde bilimsel açıdan çok değerli kaynaklardan yararlanmış ve çalışmayı makul bir sürede tamamlayabilmiş olmamdan ötürü, Tübitak’a bu vesileyle teşekkür ederim. Yine, Almanya’daki çalışmalarım esnasında, akademik bilgi ve tecrübesinden yararlanmak şansına eriştiğim, desteğini ve yardımlarını asla unutamayacağım Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel’e teşekkürü bir borç sayıyorum.

Doktora öğrenimimin başında kendisini tanıma ayrıcalığını elde ettiğim, akademik hayatımda ve çalışmalarım bana her zaman yol gösteren, desteğini, zamanını ve ilgisini hiçbir zaman esirgemeyen, değerli hocam Prof. Dr. Mehmet Erdem’e içtenlikle teşekkür etmek isterim. Kendisi, tezin her aşamasını yakından takip etmiş, değerli fikirleriyle takıldığım noktalarda çözüme ulaşabilmemi sağlamış

ve beni daima teşvik etmiştir. Yine, asistanı olmaktan gurur ve mutluluk duyduğum, akademik bilgisi ve tecrübesiyle ufkumu açan, saygı değer hocam Prof. Dr. Şükran Şıpka'ya, akademik hayatımın başından itibaren gösterdiği destek ve anlayış için ne kadar teşekkür etsem azdır. Bu vesileyle tez konusunu bana öneren değerli hocam Prof. Dr. Yeşim M. Atamer'e, bu süreçte bana güvendiği ve değerli fikirleriyle yol gösterdiği için candan teşekkür ederim.

Ayrıca, asistanlığa ilk başladığım zamandan bu yana kadar bilimsel görüş ve tecrübelerinden feyzaldığım, zihnimdeki örnek akademisyen imgesinin eksiksiz karşılığı olan değerli hocalarım Yrd. Doç. Dr. Başak Başoğlu ve Yrd. Doç. Dr. Kadir Berk Kapancı'ya; yardıma ihtiyaç duyduğum zamanlarda hesapsız bir yardımseverlikle yanımda olan ve bu çalışmanın redaksiyonunda ciddi emekleri bulunan değerli arkadaşım Arş. Gör. Meltem Çetinel'e; yurt dışında olduğum süre boyunca yerli kaynaklara ulaşmamda yardımlarını azımsayamayacağım, değerli arkadaşım Arş. Gör. Batuhan Aktaş'a; kendisiyle aynı kürsüde çalışmaktan mutluluk duyduğum değerli arkadaşım Arş. Gör. Ali Yaşar Çelikel'e; benden hiçbir zaman yardımlarını esirgemeyen, değerli arkadaşım Av. Mustafa Ülüş'e; manevi desteğini her zaman arkamda hissettiğim ve kendisiyle farklı türlerde olsak da aynı dili konuşabildiğimiz, kedi dostum Alfred'e ayrıca teşekkür borçluyum.

Teşekkür faslının sonunu ve fakat en önemli kısmını aileme, yani parçası olduğum en güzel bütüne ayırıyorum. Var olduğum şu ana kadar, desteklerini ve fedakârlıklarını hiçbir zaman esirgemeyen, başarılarımdaki ve sevinçlerimdeki katkılarını asla unutamayacağım, babam Necmettin Kanışlı ve annem Nilgün Yarar'a, kardeşlerim Murat Kanışlı ve Ayhan Kanışlı'ya, kendilerine duyduğum minnet ve şükran duygularını biraz olsun ifade edebilmek umuduyla sonsuz teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	x
RESUME.....	xiii
ABSTRACT	xviii
ÖZET	xxiii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	6
SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA YANILMANIN TARİHİ GELİŞİMİ VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ.....	6
I. Sınıflandırma ve Terminoloji Sorunu	6
II. Yanılmanın Tarihi Gelişimi	11
A. Roma Hukukunda Yanılma	11
1. Genel Olarak: Roma Sözleşme Hukukunun Temel Özellikleri ve Yanılma ile Bağlantıları	11
2. Esaslı Yanılmalar	23
a. Error in Negotio.....	23
b. Error in Persona.....	25
c. Error in Corpore	26
d. Error in Pretio.....	27
e. Error in Substantia ve Error in Materia	29
3. Esaslı Olmayan Yanılmalar	32
a. Error Iuris	32
b. Error in Nomine	35
c. Error in Motive	36
4. Yanılmanın Hukuki Sonuçları	37
5. Sonuç ve Değerlendirme	39
B. Ortak Hukukta Yanılma	40
III. Yanılma Kavramı.....	45
IV. Yanılma Kurumunu Etkileyen Temel İlkeler	52
A. İrade Özerkliği	54
1. Genel Bakış ve İrade Özerkliğinin Anlamı	54

2. Hukuki İşlemin Kurucu Unsuru: İrade Açıklaması.....	58
a. Tanımı ve Özellikleri.....	58
b. Unsurları	62
(1) İrade.....	64
(a) İşlem İradesi.....	64
(b) Açıklama İradesi	67
(c) Fiil İradesi	69
(2) Açıklama.....	70
3. Sözleşmenin İçeriği Kavramı.....	70
B. Güven İlkesi	76
1. Genel Bakış ve Hukukta Güven Kavramı	76
2. Güven İlkesinin Önemi.....	83
C. İlkelerin Uzlaştırılması	94
1. Genel Bakış	94
2. İlkelerin Uzlaştırılmasının Yanılma Kurumuna Etkisi.....	96
V. Ara Sonuç ve Değerlendirme.....	110
İKİNCİ BÖLÜM	113
YANILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ VE DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ.....	113
I. İsviçre-Türk Hukukundaki Klasik Ayrım: Saikte Yanılma ve Açıklamada Yanılma	113
A. Saikte Yanılma.....	115
1. Genel Bakış	115
2. Saik Kavramının Diğer Yakın Kavramlarla İlişkisi	118
a. Saik	118
b. Saik ve Amaç	120
c. Saik ve Hukuki Sebep.....	121
d. Saik ve Şart	122
B. Açıklamada Yanılma	124
1. Açıklama Fiilinde Yanılma.....	127
2. Açıklama İçeriğinde (Anlamında) Yanılma	128
C. Ayrımın Yerindeliği	130
1. Sorunun Ortaya Konulması ve Doktrindeki Görüşler	130
2. Sonuç ve Görüşümüz.....	136
II. Esaslı Yanılmalar	143
A. Genel Bakış.....	143
B. Esaslı Saikte Yanılma	146
1. Hukuki Niteliği	146

a. Tarihi Gelişim Çizgisi İçinde İsviçre-Türk Hukukunda Esaslı Saikte Yanılma	147
b. Esaslı Saikte Yanılmanın Niteliği Konusunda Görüşler	150
(1) Saikte Yanılmaların Esaslı Olamayacağı Görüşü	150
(2) Varsayım (<i>Voraussetzung</i>) Görüşü	152
(3) İşlem Temeli Görüşü	156
(4) Görüşümüz	168
2. Şartları	172
a. Saikte Yanılmanın Belirli Bir Olguya İlişkin Olması	173
b. Yanılma Konusu Belirli Olgunun, Yanılan İçin Sözleşmenin Zorunlu Temeli Olması (Sübjektif Esaslılık Şartı)	176
c. Yanılanın Sözleşmenin Zorunlu Temeline İlişkin Saikin Karşı Tarafça Bilinebilir Olması	184
d. Alışveriş Hayatında Geçerli Olan Dürüstlük Kuralına Göre, Yanılma Konusu Belirli Olgunun Sözleşmenin Zorunlu Temeli Kabul Edilmesi (Objektif Esaslılık Şartı)	198
3. Saikte Yanılmanın Çeşitli Görünümleri ve Özellikle Esaslı Nitelik Yanılması	208
a. Genel Bakış	208
b. Değerde Yanılma (<i>Wertirrtum</i>)	211
c. Hukuki Yanılma (<i>Rechtsirrtum</i>)	213
(1) Gerçek Hukuki Yanılma	214
(2) Gerçek Olmayan Hukuki Yanılma	222
d. Esaslı Nitelik Yanılması (<i>Eigenschaftsirrtum</i>)	224
(1) Nitelik Kavramı ve Şeyin Niteliklerinde-Kişinin Niteliklerinde Yanılma Ayrımı	224
(2) Nitelik Yanılmasının Hukuki Yapısı ve Doktrindeki Görüşler	229
(a) Nitelik Yanılmasının Esaslı Olabilmesi İçin Şeyin ya da Kişinin Başka Bir Kategoriye Girmesi Gerektiği Görüşü	231
(b) Nitelik Yanılmasının Sözleşme İçeriğine Girmeyen Saikte Yanılma Olduğu Görüşü	233
(c) Nitelik Yanılmasının Ancak Niteliğin Sözleşme İçeriğine Girmesi Durumunda Esaslı Yanılma Olacağı Görüşü	235
(d) Nitelik Yanılmasının Açıklamada Yanılma Olduğu Görüşü	240
(e) Değerlendirme ve Görüşümüz	243
(3) Nitelik Yanılmasının Açıklamada Yanılmaya Yol Açabilmesi	246
(4) Nitelik Yanılmasının Çeşit Borçlarında Gerçekleşip Gerçekleşmeyeceği	251
C. Esaslı Açıklamada Yanılma	256
1. TBK m. 31'de Belirtilen Açıklamada Yanılmalar	256
a. Sözleşmenin Niteliğinde Yanılma (<i>Error in Negotio</i>)	256

b. Sözleşmenin Konusu Şeyde Yanılma (<i>Error in Corpore</i>)	260
c. Kişide Yanılma (<i>Error in Persona</i>).....	263
(1) Sözleşmenin Tarafı Olan Kişide Yanılma	263
(2) Sözleşmeyle İlgili Kişide Yanılma.....	266
d. Edimin Miktarında Yanılma (<i>Error in Quantitate</i>).....	268
2. Özel Durumlar.....	275
a. Beyaza İmza (<i>Blankounterschrift</i>).....	275
(1) Taraflar Arasındaki İlişki.....	277
(a) Sorunun Ortaya Konulması.....	277
(b) İspat Yüğü.....	283
(c) Görüşümüz	288
(2) Beyaza İmza Veren ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki.....	291
b. Okunmadan İmzalanın Belge (<i>Die ungelesene unterzeichnete Urkunde</i>)	294
c. İletmede Yanılma (<i>Übermittlungsirrtum, Falschübermittlung</i>)	302
d. Muhatabın Açıklamada Yanılması (<i>Empfängersirrtum</i>).....	310
e. Diğer Açıklamada Yanılmalar (Atipik Açıklamada Yanılmalar)	312
D. Esaslılık ve Yanılma Kurumunun Diğer Mekanizmaları	315
1. Yanılmanın Hukuki İşlemin Geçerliliğini Etkilemesi İçin Temel Kriter: Esaslılık	317
a. Her Türlü Yanılmaya TBK m. 32'deki (OR m. 24/1 b. 4, eBK m. 24/1 b. 4) Şartların Uygulanması Görüşü (Ortak Kriter Görüşü)	318
b. Saikte Yanılmaların (TBK m. 32'e göre) ve Açıklamada Yanılmaların Farklı Şekilde Değerlendirilmesi Görüşü (Ayrı Kriter Görüşü)	323
c. Sadece Karşı Tarafın Bildiği ya da Bilmesi Gerektiği Yanılmaların Esaslı Olabileceği Görüşü.....	329
d. Sadece Hoş Görülebilir Yanılmaların Esaslı Olacağı Görüşü	333
e. Görüşümüz	334
2. Yanılma Kurumunun Diğer Mekanizmaları	336
III. Yanılmanın Diğer Hukuki Kurumlarla İlişkisi	340
A. Yanılmanın Diğer İrade Bozuklukları ve Aşırı Yararlanma İle İlişkisi	340
1. Yanılma ve Aldatma.....	341
2. Yanılma ve Korkutma	352
3. Yanılma ve Aşırı Yararlanma	355
B. Yanılmanın Bazı İfa Engelleriyle İlişkisi	363
1. Yanılma ve Ayıp	363
a. Genel Bakış	363
b. Yanılma ve Ayıplı İfa Hükümlerinin Aynı Anda Uygulanabileceği Hallerin Tespiti.....	364
c. Yanılma ile Ayıplı İfa Arasındaki Farklılıklar	368

d. Yanılma ile Ayıplı İfa Arasında (Seçimlik) Yarışma ve Dışlama Sorunu	371
(1) Yarışmayı Kabul Etmeyen Görüş	373
(2) Yarışmayı Kabul Eden Görüş	376
(3) Ayıplı İfa Hükümlerine Başvuran Yanılanın Sözleşmeye Örtülü Şekilde İcazet Verip Vermediği Sorunu	386
(a) Sorunun Tespiti ve Doktrindeki Görüşler	386
(b) Görüşümüz	392
e. Parça Borcunda Sözleşme Kurulurken Ayıp ve Nitelik Yanılmasının Varlığı Halinde Sözleşmenin Konusunun İmkansız (TBK m. 27/1) Olup Olmadığı Sorunu	394
2. Yanılma ve Zapt	401
3. Yanılma ve <i>Aliud</i>	403
4. Yanılma ve İşlem Temelinin Çökmesi: Gelecekteki Olgularda Yanılma	410
a. Gelecekteki Olguların Temel Yanılmasının Konusu Olamayacağı Görüşü	413
b. Gelecekteki Olguların Temel Yanılmasının Konusu Olabileceği Görüşü	416
c. Değerlendirme ve Görüşümüz	429
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	437
ESASLI YANILMANIN HUKUKİ ETKİSİ VE SONUÇLARI	437
I. Genel Bakış	437
II. Sözleşmenin İptal Edilebilirliği	438
A. İptal Hakkının Niteliği ve Doktrindeki Görüşler	438
1. Tarihi Gelişim	440
2. Doktrindeki Görüşler	443
a. Geçersizlik Görüşü (Düzelebilir Hükümsüzlük)	443
b. Bölünmüş Geçersizlik Görüşü	445
c. İptal Görüşü (Bozulabilir Geçerlilik)	447
3. Değerlendirme ve Görüşümüz	448
B. İptal Hakkının Özellikleri	453
C. İptal Hakkının Kullanılması	471
1. İptal Açıklamasında Bulunacak Kişi	471
2. İptal Açıklamasının Yöneltilmesi Kişi	476
III. İptal Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	478
A. Sözleşmenin Geriye Etkili Olarak Kesin Hükümsüz Olması	478
B. Kısmi İptal	479
C. Sürekli Borç İlişkilerinde İptal	490
D. Sözleşmenin Tasfiyesi	495
1. Klasik Tasfiye Düzeni	497
a. Sebepsiz Zenginleşme veya Haksız Zilyetlik Hükümlerine Göre Tasfiye	497

b. Sebepsiz Zenginleşmede Zamanaşımının Başlangıcı Sorunu	504
2. Alternatif Tasfiye Düzeni: Sözleşmesel Tasfiye.....	508
IV. İptal Hakkının Dürüstlük Kuralı ile Sınırlanması.....	518
A. TBK m. 34/1 (OR m. 25/1).....	518
B. TBK m. 34/2 (OR m. 25/2).....	524
V. İptal Hakkının Sona Ermesi.....	528
A. Genel Bakış.....	528
B. Sözleşmenin Yanılan Tarafından Onanması (İradi İcazet).....	531
C. İptal Hakkının Bir Yıllık Kanuni Sürede Kullanılmaması (Kanuni İcazet)	534
D. İptal Hakkına İlişkin Üst Süre Sorunu	540
VI. Tazminat Ödeme Yükümü	544
A. Genel Bakış.....	544
B. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Şartları ve Modaliteleri.....	546
1. Hukuki Nitelik.....	546
2. Şartlar	551
3. Modaliteler (Zamanaşımı, Yardımcı Kişilerden Sorumluluk ve İspat Yükü)	556
C. Tazminatın Kapsamı.....	558
1. Kural: Olumsuz Zararın Tazmini	558
2. İstisna: Olumsuz Zararı Aşan Zararların Tazmini	561
3. Tazmin Edilecek Olumsuz Zararın Olumlu Zarar Miktarıyla Sınırlandırılması Sorunu	563
D. Tazminat Sorumluluğunun Ortadan Kalkması	567
1. Karşı Tarafın (Muhatabın) İyiniyetli Olmaması Durumunda Tazminat Sorumluluğunun Ortadan Kalkması (TBK m. 35/1 c. 2)	567
2. Özel Durum: Yanılanın Karşı Taraftan Tazminat Talep Etmesi	571
SONUÇ	574
KAYNAKÇA	594
ÖZGEÇMİŞ.....	618

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abs.	: Absatz / Absätze
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
ALR	: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Art./art.	: Artikel / Article
aş.	: aşağıda
AT	: Allgemeiner Teil
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BasKomm	: Basler Kommentar
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BerKomm	: Berner Kommentar
BG	: Borçlar Hukuku Genel Hükümler
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht in Lausanne / Luzern
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
Bkz. / bkz.	: Bakınız
BÖ	: Borçlar Hukuku Özel Hükümler
BT	: Besonderer Teil
BT-Drucks	: Bundestagsdrucksache
BW	: Burgerlijk Wetboek

C.	: Cilt
c.	: cümle
CCfr	: Code Civil
CCit	: Codice Civile
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980
DCFR	: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference, 2009
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
ed.	: Edition
eOR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht (vom 14. Juni 1881).
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar Numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OGH	: Oberster Gerichtshof (Avusturya Yargıtayı)
OR	: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911)
OR 2020	: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil
PECL	: Principles of European Contract Law (2002)

PICC	: Principles of International Commercial Contracts (Unidroit Principles 2016)
recht	: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RG.	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	: versus
vb.	: ve bunun gibi
vd.	: ve devamı
Vorbem.	: Vorbemerkung
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda
yy.	: yüzyıl
ZEuP	: Zeitschrift für Europäisches
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	: Ziffer(n)
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZürKomm	: Zürcher Kommentar

RESUME

Le sujet de cette étude est l'erreur dans la conclusion du contrat en vertu du droit suisse-turc des obligations. Les règles régissant l'erreur prennent place dans les articles 30 et suivants du Code des obligations turc (COT, et parallèlement les articles 23 et suivants du Code des obligations suisse, COS) sous le titre de «vices de consentement». L'erreur (*Irrtum*), en tant qu'institution de droit civil, n'a été examinée, jusqu'à présent, dans aucun ouvrage, monographie ou thèse dans la doctrine turque de manière à prendre en compte tous les aspects et les interactions avec d'autres institutions juridiques. Par conséquent, l'objectif principal de cette étude est de combler cette lacune de la doctrine, et donc d'améliorer la pratique juridique. À cette fin, le cadre conceptuel, les caractéristiques et bases juridiques, les antécédents théoriques, les relations avec d'autres institutions juridiques et les conséquences juridiques de l'erreur seront analysés et, conformément à cet objectif, divers critiques et suggestions seront formulées *de lege lata* ainsi que *de lege feranda*.

L'erreur est définie comme le manque de représentation réelle de la réalité concernant certains faits au moment de la conclusion du contrat. Cette définition englobe toutes les situations où une partie erronée conclut un contrat avec une déclaration incorrecte (malentendu) ou ignorance. Néanmoins, comme le suggère la nature de l'erreur, dans le cas où la partie qui commet une erreur est consciente de celle-ci au stade de la conclusion du contrat ou soupçonne que sa déclaration n'est pas conforme à la réalité, alors cela ne laisse aucune place pour la possibilité de "l'erreur".

En ce qui concerne l'erreur, les exemples suivants peuvent être donnés: A achète une peinture dans la conviction qu'elle a été peinte par un peintre renommé, mais découvre plus tard que la peinture est fausse; ou une personne qui achète un précieux vase chinois comme cadeau de mariage à ses amis et découvre que les fiançailles ont été rompues; un locateur, en donnant le prix de location de son appartement à un locataire, dit témérairement 500 TL par mois, au lieu de dire 500 euros par mois. À ce stade, ces questions cruciales, qui sont directement liées à la structure de l'erreur, se posent alors; Serait-il possible pour la partie erronée de mettre un terme à ce contrat pour cause d'erreur? Si oui, quelles sont les conditions pour cela?

Compte tenu du développement historique de l'erreur et les règles associées dans les systèmes juridiques modernes, les réponses aux questions à propos des conditions qui devraient être remplies pour que l'erreur affecte la validité du contrat et quelles conséquences se produiraient alors, dépendent de la façon comment le conflit entre ces deux principes fondamentaux a été réconcilié par le système juridique. En d'autres termes, les règles d'erreur reflètent fondamentalement la préférence du législateur quant à la manière dont le compromis a été atteint entre les intérêts opposés des parties à un contrat, qui sont résumés dans ces deux principes: «l'autonomie individuelle» (le principe de volonté, the principle of will,

Willensprinzip, *Privatautonomie*) qui favorise les intérêts de la partie erronée et "le principe de bonne foi" (plus spécifiquement, le principe de confiance, the principle of trust, *Vertrauensprinzip*) qui protège les intérêts de la partie qui n'est pas erronée (et dans une perspective plus vaste qui sert à maintenir la stabilité des transactions). Tous les systèmes juridiques modernes tentent de trouver un juste équilibre entre ces principes de diverses manières et dans certaines conditions et limites, accordent à la partie erronée un moyen de se libérer du contrat.

L'erreur et la conclusion du contrat sont substantiellement liées à certains égards, parce que pour que les règles d'erreur puissent être appliquées, il faut d'abord qu'il y ait un contrat conclu. Par conséquent, le fait que les déclarations d'intention (volonté) soient interprétées selon le principe de la confiance joue un rôle clé à ce stade. En particulier, une erreur de déclaration n'apparaît que si un contrat est conclu sur un consensus normatif (c'est-à-dire une conformité entre l'offre et l'acceptation au sens normatif). À cet égard, en cas de différend d'ordre juridique, il convient en premier lieu d'interpréter les déclarations d'intention des parties à un contrat et d'établir le contenu du contrat afin de vérifier s'il existe ou non une erreur de déclaration. Dans la doctrine, ce principe est appelé "priorité d'interprétation sur annulation"

Le droit suisse-turc adopte l'approche classique concernant la catégorisation de l'erreur. Il y a deux types d'erreurs; erreur sur le motif (*Motivirrtum*) et erreur sur la déclaration (*Erklärungsirrtum*). La première se produit lorsque la partie erronée, en ayant l'intention de conclure un contrat, suppose qu'un certain fait, essentiel à ce contrat, existe ou n'existe pas. Cependant, comme sa supposition ne correspond pas à la réalité, elle agit par erreur sur le motif. En l'espèce, il n'y a pas de divergence entre l'intention réelle et la déclaration d'intention de ladite partie qui se serait trompée de motif. Au contraire, la divergence apparaît entre le motif de la partie erronée et la réalité, et de ce fait seule la formation de l'intention est viciée. Pour l'erreur sur la déclaration, le vice apparaît au stade de la déclaration de l'intention, et il donne ainsi lieu à la divergence entre l'intention réelle et la déclaration de la partie erronée.

Selon COT art. 30 (COS art. 23) pour qu'une erreur affecte la validité d'un contrat, celle-ci doit être essentielle (*wesentlich*). Une erreur essentielle est une erreur considérée si grave par le système juridique qu'elle entraîne l'annulation du contrat. À ce titre, si les conditions nécessaires pour «l'essentialité» (*Wesentlichkeit*) de l'erreur sont remplies, la partie erronée peut annuler le contrat rétrospectivement (avec effet *ex tunc*) dès le début en exerçant le droit de résiliation.

L'erreur essentielle sur le motif se divise dans deux catégories principales. L'erreur concernant les caractéristiques de l'objet du contrat ou de la personne liée au contrat sont qualifiées « d'erreur essentielle sur les caractéristiques » (*Eigenschaftsirrtum*). L'erreur concernant d'autres questions qui ne sont pas liées aux caractéristiques sont appelées « erreur sur le fondement du contrat » (c'est-à-dire erreur essentielle dans les circonstances, *Grundlagenirrtum*). Alors que le premier est dans le contenu du contrat, ce dernier n'est pas réputé à en faire partie.

En ce qui concerne l'erreur essentielle dans le motif, COT art. 32 (COS article 24/1 alinéa 4) fixe les conditions d'essentialité comme suit: (i) l'erreur sur le motif doit être à propos d'un certain fait; ii) que ce fait doit être considéré comme un fondement nécessaire du contrat (essentialité subjective); en d'autres termes, si la partie erronée savait que le motif décisif était erroné, elle n'aurait pas conclu ce contrat ou ne l'aurait pas contracté en vertu des conditions existantes; (iii) l'essentialité subjective de l'erreur doit être perceptible à l'autre partie, c'est-à-dire que l'autre partie doit connaître ou il

doit être raisonnable d'attendre que l'autre partie connaisse le motif décisif; et iv) selon les considérations répandues des transactions et le principe de la bonne foi, ce fait sur lequel la partie erronée a fait une supposition erronée doit être considéré comme un élément fondamental du contrat.

Dans la doctrine et la pratique juridique, les erreurs sur le motif sont appelées par des noms différents en tenant compte de certaines caractéristiques communes, comme l'erreur de calcul, l'erreur sur la valeur, l'erreur sur le droit et une erreur sur la capacité à payer. Quant à l'erreur de calcul, la partie erronée, en formant son intention, commet une erreur au sujet des opérations arithmétiques comme par exemple la soustraction, l'addition et elle calcule mal certains éléments de coût. En cas d'erreur sur la valeur, la valeur subjective attribuée par la partie erronée à l'objet du contrat ne correspond pas à la valeur réelle (objective) de cet objet. En ce qui concerne les erreurs sur le droit, le contrat est conclu à la suite d'un malentendu ou d'une méconnaissance d'une loi en vigueur (à savoir les règles juridiques applicables). En cas d'erreur sur la capacité de paiement, un créancier conclut un contrat sur une supposition erronée concernant la solvabilité du débiteur. Il est possible que ces erreurs, quoique rares dans la pratique, puissent être qualifiées d'erreur dans le fondement du contrat, à condition que les conditions de l'essentialité soient remplies.

Comme pour l'erreur sur le motif, pour que l'erreur sur la déclaration conduise à l'annulation du contrat, elle doit être essentielle. Selon COT art. 31/1 alinéa. 1-5 (COS art. 24/1 alinéa 1-3), certains types d'erreurs sur la déclaration sont énumérés de manière exemplaire. Par conséquent, il est probable qu'un autre type d'erreur sur la déclaration qui n'est pas spécifiquement énoncé dans cet article pourrait apparaître. Sans tenir compte de chaque type d'erreur sur la déclaration, afin de résilier le contrat en raison de l'erreur sur la déclaration, celle-ci doit être essentielle sur les aspects subjectifs et objectifs.

Les types d'erreur sur la déclaration énoncés dans l'article cité sont présumés essentiels, cela étant dit, l'autre partie peut prouver le contraire. D'un autre côté, en cas d'erreur sur la déclaration non énumérée dans l'article, la partie qui cherche à annuler le contrat doit établir que l'erreur en question est essentielle, tant subjectivement qu'objectivement. Ce que l'on entend par l'essentialité subjective, c'est que la partie erronée, sans l'erreur, n'aurait pas conclu le contrat ou ne l'aurait pas conclu sous les mêmes termes. En ce qui concerne l'essentialité objective, la divergence entre l'intention réelle et la déclaration de la partie erronée doit être si important que l'annulation du contrat pourrait être considérée comme justifiable selon les considérations répandues des transactions et le principe de bonne foi.

Dans certaines circonstances, les conditions d'application de l'erreur et de la garantie du vendeur en raison des défauts de la chose (COT art. 219 et suivants, COS art. 197 et suivants) peuvent se superposer dans le même litige. C'est le cas, par exemple, lorsque l'objet du contrat de vente est spécifiquement attribué, c'est-à-dire un bien spécifique, et au moment de la conclusion du contrat, l'idée de la partie erronée concernant les caractéristiques du bien ne correspond pas aux caractéristiques dont le bien porte en effet. En d'autres termes, le fait que le bien livré ne soit pas conforme aux caractéristiques spécifiées par le vendeur ou ne corresponde pas aux utilisations ordinaires ou particulières montre également que l'acheteur est erroné à propos de ces caractéristiques.

Dans le cas où les règles régissant l'erreur et la garantie du vendeur en raison des défauts de la chose s'appliquent en même temps, l'acheteur peut, à sa discrétion, choisir

entre les règles alternatives découlant de la violation de la garantie ou l'annulation du contrat en raison de l'erreur. C'est-à-dire que, dans un tel cas, les recours juridiques en cas d'erreur et de la violation de la garantie sont concurrents. Outre la doctrine dominante, la jurisprudence établie du Tribunal Fédéral suisse et de la Cour Suprême turque adopte également cette approche.

Il a été débattu si les motifs erronés concernant les faits futurs qui se matérialisent après la conclusion du contrat doivent être traités comme une erreur dans le fondement du contrat (c'est-à-dire une erreur essentielle sur le motif). Selon l'opinion de la doctrine à laquelle adhère l'auteur, le champ d'application des règles d'erreur ne comprend que les faits qui existent au moment de la conclusion du contrat. À la lumière des arguments que nous avons avancés dans l'étude, ce point de vue non seulement rétablit le juste équilibre entre les intérêts concurrents des parties, mais offre également des résultats plus satisfaisants dans la pratique. De ce fait, les questions relatives aux changements de circonstances qui se produisent de manière inattendue après la conclusion du contrat devraient être traitées, au cas par cas, à travers la «disparition du fondement de la transaction» (art. 138 CCT, art. 2, Wegfall der *Geschäftsgrundlage*) et «condition» (COT art. 170 et suivants, COS art. 151 et suivants, *Bedingung*).

Conformément au droit suisse-turc, l'effet juridique de l'erreur essentielle est l'annulation du contrat (*Anfechtbarkeit*). En tant que tel, il existe deux alternatives pour la partie erronée: soit (i) résilier le contrat dans un délai d'un an à partir du moment où elle découvre l'erreur, soit (ii) confirmer le contrat (*Genehmigung*). Les points de vue des auteurs divergent concernant le statut juridique du contrat pendant la période au cours de laquelle le contrat n'a pas encore été annulé ou confirmé. Ceux-ci pourraient être énumérés de la manière suivante: «la théorie de l'invalidité» (*Ungültigkeitstheorie*), «la théorie de l'invalidité partagée» (*geteilte Ungültigkeitstheorie*) et «la théorie de l'annulation (évitement)» (*Anfechtungstheorie*). À la lumière des arguments que nous avons présentés dans cette étude, la théorie de l'annulation semble être la plus tenable et la plus appropriée. Selon cette théorie, en cas d'erreur essentielle, le contrat est valide pour les deux parties dès le début, sauf si et jusqu'à ce qu'il soit annulé. Dans ce cas, la validité n'est pas considérée définitive, au contraire, elle est sous la menace d'être annulée, c'est-à-dire, la validité réversible.

La partie erronée exerce son droit d'annulation par une déclaration unilatérale d'intention, c'est-à-dire une déclaration de résiliation. Une fois que la déclaration de résiliation est effectuée par notification à l'autre partie dans le délai de prescription d'un an, le contrat devient rétrospectivement invalide dès le début. Dans le cas où la partie erronée confirme le contrat, la validité du contrat devient définitive, par conséquent, la possibilité d'annuler le contrat en se basant sur la même erreur cesse d'exister. La confirmation du contrat peut être effectuée de deux manières. La première est que la partie erronée, dans un délai d'un an, déclare qu'elle souhaite être liée par le contrat expressément ou implicitement. Le deuxième est que la partie erronée n'annule pas le contrat dans le délai d'un an, qu'elle ait ou non l'intention de confirmer, et le contrat est donc considéré comme confirmé en vertu de la loi.

Le droit d'annuler le contrat est, en raison de ses effets juridiques, classé comme un droit formatif (le droit d'influencer, *Gestaltungsrecht*). Pour que la déclaration d'annulation soit effective, elle ne doit pas être faite sous une forme particulière, c'est-à-dire que la déclaration d'annulation peut prendre n'importe quelle forme pour produire des effets juridiques. En plus de cela, elle peut être effectué à la fois expressément et implicitement. La partie erronée doit utiliser le droit d'annulation d'une manière conforme au principe de la bonne foi (*Treu und Glauben*, COT art. 34,

COS art. 25). Si elle ne le fait pas, cela est considéré comme un abus de droit et, par conséquent, la déclaration d'annulation ne crée aucun effet juridique. Cependant, selon COT art. 34/2 (COS art. 25/2), il est possible que l'autre partie puisse empêcher la résiliation du contrat en exerçant son droit à la correction. Pour exercer ce droit, il suffit à l'autre partie d'accepter le contrat selon l'intention réelle de la partie erronée et de faire une déclaration à cet effet.

Dans les cas où l'erreur essentielle n'affecte qu'une partie spécifique du contrat, sous réserve des conditions énoncées dans le COT art. 27/2 (COS art. 20/2), l'annulation partielle est remise en question. En conséquence, l'effet de l'annulation est limité à la partie défectueuse et le contrat restant est soutenu.

Dans les cas où il existe une relation contractuelle continue entre les parties, l'exercice du droit de résiliation conduit à la terminaison anticipée du contrat (avec effet *ex nunc*). En effet, l'annulation rétrospective de ce type de relation contractuelle, dans lequel le stade d'exécution a déjà commencé, aurait des conséquences peu pratiques, notamment à l'égard des intérêts des parties et de certaines complexités résultant de la restitution.

Une fois que le contrat est annulé, la relation entre les parties se transforme en relation de restitution (*Rückabwicklungsverhältnis*). Le but final de la restitution est de revenir à la position ancienne, comme si le contrat n'avait pas été conclu (c'est-à-dire *status qua ante*), notamment les parties devaient être placées dans la position où elles se seraient trouvées si le contrat n'avait pas été conclu. Dans le cadre de la relation de restitution, pour tenter de restituer les prestations qui ont déjà été exécutées, les parties se réclament l'une et l'autre soit sur la base d'enrichissement sans cause soit sur la récupération de biens, selon les circonstances.

Le droit suisse-turc adopte une responsabilité fondée sur la faute de la partie qui est erronée. À cet égard, si la partie erronée, qui a exercé le droit d'annulation, a commis une erreur en raison de sa propre négligence, c'est-à-dire que l'erreur qui a déclenché l'annulation du contrat est imputable à celle-ci, elle est tenue de payer des dommages et intérêts à l'autre partie pour toute perte résultant de l'annulation conformément à l'art. 35 du COT (COS, art. 26). L'obligation d'indemnisation de la partie erronée provient de la responsabilité *culpa in contrahendo*. L'étendue des dommages que la partie erronée doit payer à l'autre partie doit, en principe, être déterminée sur la base du montant des dommages négatifs (intérêts de confiance). Cependant, dans les cas où l'équité l'exige, le juge peut accorder des dommages supplémentaires qui pourraient dépasser les dommages négatifs ou même augmenter le montant des dommages positifs (intérêt prévu) envers l'autre partie (COT art. 35/2, OR art. 26/2). En principe, si l'autre partie, au moment de la conclusion du contrat, connaît ou qu'il serait raisonnable d'attendre qu'elle connaisse l'erreur, elle n'a pas le droit de réclamer une quelconque indemnisation de la partie erronée (COT art. 35/1 phr. 2, COS art. 26/1). Cette règle ne peut s'appliquer qu'aux erreurs sur le motif. Parce que, dans les situations où l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'erreur sur la déclaration, l'application des règles d'erreur est exclue par moyen d'interprétation des déclarations d'intention en se basant sur le principe de confiance selon le COT l'art. 1 (COS art. 1). Lorsque tel est le cas, il existe deux possibilités: soit le contrat n'est pas conclu en raison de la non-conformité entre les intentions réelles des parties, soit le contrat est conclu en fonction de l'intention réelle de la partie erronée.

ABSTRACT

The subject of this study is mistake in the formation of a contract under the Swiss-Turkish Law of Obligations. Rules on mistake are reflected in Article 30 ff. of the Turkish Code of Obligations (TCO, and correspondingly Article 23 ff. of the Swiss Code of Obligations, SCO) under the heading of “defects of consent”. Mistake (*Irrtum*), as a civil law institution, has not been examined in any work, monography, or thesis in the Turkish doctrine in a way so as to take account of every aspect and interactions with other legal institutions thus far. Accordingly, the primary objective of this study is to fill the given gap in the doctrine, and thus to improve the legal practice. To this end, the conceptual framework, legal characteristics and basis, theoretical background, relations with other legal institutions and legal consequences of mistake will be analyzed, and in line with this purpose, several criticism and suggestions will be made *de lege lata* as well as *de lege ferenda*.

Mistake is defined as the lack of true representation of reality regarding certain facts at the time of concluding contract. This definition encompasses all situations where a mistaken party enters into a contract under a wrong representation (misapprehension) or ignorance. Nevertheless, as the nature of mistake suggests, in case mistaken party is aware of her/his mistake at the stage of contract formation or she/he has a suspicion as to whether her/his representation is not accordance with the reality, then this leaves no room for the possibility of “mistake”.

With respect to mistake, the following examples can be given: A buys a painting in the belief that it has been painted by a renowned painter, yet later on discovers that the painting is fake; or one who buys a precious Chinese vase as a wedding gift for her friends and then finds out that the engagement has already been broken; a landlord, while giving the rental price for his apartment to a tenant, says rashly 500 TL per month, instead of saying 500 Euro per month. At this point, these crucial questions, which are directly linked to structure of mistake, then arise; would it be possible for the mistaken party to bring that contract to an end on the grounds of mistake? If yes, what are the conditions for this?

Having regard to whether the historical development of mistake or the related rules in the modern law systems, the answers to questions on what conditions should be fulfilled in order for mistake to affect the validity of the contract and what consequences would then arise depend on the way how the conflict between two basic principles has been reconciled by the legal system. To put it differently, rules on mistake, in its core, reflect the legislator’s preference as to how the compromise has been reached between opposite interests of the parties to a contract, which are encapsulated in these two principles: “the individual autonomy” (the principle of will, *Willensprinzip*, *Privatautonomie*), which favors the interests of the mistaken party, and “the principle of good faith” (more specifically, the principle of trust, *Vertrauensprinzip*), which protects the non-mistaken party’s interests (and from a broader perspective, it serves to maintain the stability of transactions). All modern law systems have been trying to strike a fair balance between those principles in

various ways, and under certain conditions and limitations, granting the mistaken party a relief to release from the contract.

Mistake and formation of a contract are substantially connected in some ways, because in order for rules on mistake to apply, first of all, there must be a concluded contract. Hence, the fact that declarations of intention (will) are interpreted as per the principle of trust plays a key role at this point. In particular, a mistake in declaration emerges only if a contract is formed on the basis of normative consensus (i.e. there is a conformity between offer and acceptance in a normative sense). In this regard, in the event of any legal dispute, first, declarations of intention of the parties to a contract should be interpreted and the content of the contract should be established so as to ascertain whether a mistake in declaration exists or not. In the doctrine, this principle is called “priority of interpretation over rescission”.

Swiss-Turkish law adopts the classical approach regarding the categorization of mistakes. There are two types of mistakes; mistake in motive (*Motivirrtum*) and mistake in declaration (*Erklärungsirrtum*). The former occurs when the mistaken party, while intending to enter into contract, assumes that a certain fact, which is essential to that contract, to exist or not to exist. However, as her/his assumption does not correspond to reality, she/he labors under mistake in motive. In this case, there is no discrepancy between the real intention and the declaration of intention of the said party who is mistaken in motive. Rather, the discrepancy arises between the motive of the mistaken party and the reality, and thereby only the formation of intention is vitiated by that defect. In mistake in declaration, the defect comes into existence at the stage of declaration of the intention, and thus it gives rise to the discrepancy between real intention and declaration of the mistaken party.

According to TCO art. 30 (SCO art. 23), in order for a mistake to affect the validity of a contract, the mistake is required to be fundamental (*wesentlich*). Fundamental mistake is a mistake, which the legal system considers it so serious as to result in voidability of the contract. As such, if the conditions for “fundamentality” (*Wesentlichkeit*) are satisfied, the mistaken party, by exercising the right to rescind, may render the contract retrospectively void (with *ex tunc* effect) from the beginning.

Fundamental mistakes in motives fall into two main categories. Mistakes about the characteristics of the object of the contract or the person related to the contract are termed as “fundamental mistake in characteristics” (*Eigenschaftsirrtum*). Mistakes about other matters not related to characteristics are named “mistake in basis of contract” (i.e. fundamental mistake in circumstances, *Grundlagenirrtum*). Whilst the former is contained within the content of the contract, the latter is not deemed to be part thereof.

With respect to fundamental mistake in motive, TCO art. 32 (SCO art. 24/1 subpara. 4) lays down the conditions for fundamentality as follows: (i) mistake in motive must be concerned with a certain fact; (ii) that certain fact must be regarded as necessary basis of the contract (subjective fundamentality); in other words, had the mistaken party known that the decisive motive was erroneous, she/he would not have concluded that contract or would not have made it under existing terms; (iii) the subjective fundamentality of the mistake must be discernable to the other party, i.e., there must be the case where the other party knew or could reasonably be expected to have known of the decisive motive; and (iv) according to the prevalent considerations in transactions and the principle of good faith, that certain fact on which the mistaken party has erroneous assumption must be deemed to be basis of the contract.

In the doctrine and legal practice, mistakes in motive are referred to as different names taking into consideration the certain common features, such as mistake in calculation, mistake in value, mistake in law and mistake in ability to pay. As for mistake in calculation, the mistaken party, when forming her/his intention (will), commits mistake about arithmetic operations like subtraction, addition, for instance, she/he miscalculates certain cost items. In case of mistake in value, the subjective value ascribed by the mistaken party to the object of the contract does not match up with the real (objective) value of that object. As regards mistake in law, the contract is concluded as a result of misunderstanding or being unaware of a law in force (namely applicable legal rules). In the event of mistake in ability to pay, a creditor makes a contract on the erroneous assumption concerning the solvency of the debtor. It is possible that these mistakes, albeit rare in practice, may be qualified as mistake in basis of contract, provided that the conditions of fundamentality are met.

As with mistakes in motive, for mistakes in declaration to lead to voidability of the contract, they must be fundamental. Under TCO art. 31/1 subpara. 1-5 (SCO art. 24/1 subpara. 1-3), some types of mistakes in declaration are enumerated in an exemplary way. Consequently, it is likely that another type of mistake in declaration which is not set out specifically under this article could come into view. Irrespective of any type of mistake in declaration, in order to rescind the contract owing to the mistake in declaration, that mistake must be fundamental from both subjective and objective aspects. Having said that, the types of mistake in declaration laid down in the given article are presumed to be fundamental. Correspondingly, the other party can prove the opposite. On the other side, where any type of mistake in declaration which is not indicated in the given article emerges, the mistaken party seeking to rescind the contract must establish that the mistake in question is fundamental both subjectively and objectively. What is meant by the subjective fundamentality is that the mistaken party, but for the mistake, would not have made the contract or would not have concluded it under same terms. As regards the objective fundamentality, according to the prevalent considerations in transactions and the principle of good faith, the discrepancy between the real intention and the declaration of the mistaken party must be so significant that the rescission of the contract can be considered justifiable.

Under certain circumstances, the conditions for application of both mistake and seller's warranty for defective goods (TCO art. 219 ff., SCO art. 197 ff.) may overlap in the same dispute. This is the case, for instance, where the object of the sales contract is specifically assigned, i.e. a specific good, and at the time of the contract formation, the mistaken party's motive pertaining to the characteristics of the good does not correspond to the characteristics which the good bears in fact. In other words, that the delivered good does not comply with the characteristics which are specified by the seller or which are not fit for the ordinary or particular purposes also shows that the buyer is mistaken in characteristics.

In situations where the rules on mistake and warranty for defective goods are applicable at the same time, the buyer, at her/his own discretion, may exercise the alternative rights emanating from the breach of warranty or rescind the contract because of the mistake. That is to say, in such cases, the remedies for mistake and for breach of warranty compete with each other. Along with the dominant view in the doctrine, the settled case law of both The Swiss Federal Court and the Turkish Supreme Court adopts this approach as well.

It has been debated whether the erroneous motives regarding future facts which materialize after the formation of contract are treated as mistake in basis of contract

(i.e. fundamental mistake in motive). According to the view in the doctrine, to which the present author adheres, the sphere of application of rules on mistake comprises merely the certain facts which are existing at the time of the contract formation. In the light of the arguments which we have put forward in the study, this view not only redresses the fair balance between the competing interests of the parties, but also offers more satisfying results in practice. Thereby, issues concerning changes of circumstances which unexpectedly take place after the contract formation should be tackled, on a case-by-case basis, through “disappearance of the basis of the transaction” (TCO art. 138, TCC art. 2, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*) and “condition” (TCO art. 170 ff, SCO art. 151 ff, *Bedingung*).

Pursuant to Swiss-Turkish law, the legal effect of the fundamental mistake is voidability of the contract (*Anfechtbarkeit*). As such, there are two alternatives for the mistaken party: either (i) to rescind the contract within one year from the time when she/he finds out the mistake or (ii) to confirm the contract (*Genehmigung*). There are diverse views among authors in respect of how the legal status of the contract during the period in which the contract is not yet rescinded or confirmed should be classified. These could be listed in the following way: “the invalidity theory” (*Ungültigkeitstheorie*), “the divided invalidity theory” (*geteilte Ungültigkeitstheorie*) and “the rescission (avoidance) theory” (*Anfechtungstheorie*). In the light of the arguments which we have presented in this study, the rescission theory appears to be the most tenable and suitable one. Under this theory, in case of fundamental mistake, the contract is valid for both parties from the beginning unless and until it is rescinded. In this case, the validity is deemed not to be conclusive, by contrast, this is the validity which is under the threat of being rescinded; namely, the reversible validity.

The mistaken party exercises her/his right to rescind through a unilateral declaration of intention, i.e. declaration of rescission. Once the declaration of rescission is effected by notice to the other party within the limitation period of one year, the contract becomes retrospectively invalid from the beginning. In the event that the mistaken party confirms the contract, the validity of the contract becomes conclusive, which in turn, the possibility of being rescinded on the basis of the same mistake no longer exists. The confirmation of the contract may be performed in two ways. First one is that the mistaken party, within one-year period, declares her/his wish to be bound by the contract expressly or impliedly. Second one is that, whether or not she/he has intention to confirm, she/he fails to rescind the contract within one-year period, and the contract is thus regarded to be confirmed by virtue of law.

The right to rescind is, in view of its legal effects, classified as a formative right (right to influence, *Gestaltungsrecht*). For the declaration of rescission to be effective, it needs not to be made in any particular form, that is to say, the declaration of rescission may take any form to produce legal effects. In addition to this, it may be effected both expressly and impliedly. The mistaken party must use the right to rescind in a manner complying with the principle of good faith (*Treu und Glauben*, TCO art. 34, SCO art. 25). If she/he fails to do so, then this is regarded as an abuse of right, and thus the declaration of rescission does not create any legal effects. However, according to TCO art. 34/2 (SCO art. 25/2), it is possible that the other party may preclude the contract from being rescinded by exercising his/her right to cure. In order to exercise this right, it suffices for the other party to accept the contract according to the real intention of the mistaken party and to make a declaration to that effect.

In cases where the fundamental mistake affects only a particular part of the contract, subject to the conditions set out in TCO art. 27/2 (SCO art. 20/2), the partial

rescission comes into question. Accordingly, the effect of the rescission is limited to defective part and the remaining contract is upheld.

In cases where there is a continuing contractual relationship between the parties, to exercise the right to rescind leads the contract to be terminated prospectively (with *ex nunc* effect). This is because, rescinding this sort of contractual relationships retrospectively, in which the stage of performance has already begun, would pose inconvenient consequences, especially having regard to interests of the parties and some complexities resulting from the restitution.

Once the contract is rescinded, the relationship between the parties will turn into restitutionary relationship (*Rückabwicklungsverhältnis*). The final aim of the restitution is to return to the former position as if the contract had not been concluded (i.e. *status qua ante*), that is to say that parties should be placed in the position which they would have been in had the contract not been concluded. In the restitutionary relationship, in an attempt to return performances which have already been carried out, the parties make a claim against each other on the basis of either unjust enrichment or recovery of property, depending on the circumstances.

Swiss-Turkish law adopts fault-based liability of the mistaken party. In this regard, if the mistaken party, who has exercised the right to rescind, falls into mistake as a result of her/his own negligence, that is to say, the mistake which has triggered the rescission of the contract is attributable to the mistaken party, she/he is obliged to pay damages to the other party for any loss arising from the rescission in accordance with TCO art. 35 (SCO art. 26). The mistaken party's obligation to compensate roots in *culpa in contrahendo* liability. The extent of damages which the mistaken party must pay to the other party is, in principle, to be determined on the basis of the amount of negative damages (reliance interest). Yet, in cases where the equity requires, the judge may award further damages which could exceed the negative damages or even rise to the amount of positive damages (expectation interest) to the other party (TCO art. 35/2, OR art. 26/2). If the other party, at the time of contract formation, knew or could reasonably be expected to have known of the mistake, as a principle, she/he is not entitled to claim any compensation from the mistaken party (TCO art. 35/1 sent. 2, SCO art. 26/1). This rule can only apply to mistakes in motive. Because, in situations where the other party knew or should have known of the mistake in declaration, application of the rules on mistake is excluded by means of the interpretation of the declarations of intention based on the principle of trust as per TCO art. 1 (SCO art. 1). When such is the case, there exists two possibilities: either the contract is not concluded because of nonconformity between the parties' real intentions or the contract is concluded according to the real intention of the mistaken party.

ÖZET

Çalışmanın konusu, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna göre sözleşmenin kurulmasında yanılma. Yanılma hükümleri, TBK m. 30 vd.'nda (OR m. 23 vd.) “irade bozuklukları” başlığı altında düzenlenmiştir. Yanılma kurumu (*Irrtum*), bütün yönleriyle ve diğer hukuki kurumlarla ilişkileri de dikkate alınarak, şimdiye kadar Türk hukuk literatüründe herhangi bir araştırmada, monografide ya da tezde inceleme konusu yapılmamıştır. Dolayısıyla çalışmanın başlıca amacı, doktrindeki bu boşluğu doldurmak ve hukuk uygulamasını geliştirmektir. Bu doğrultuda, yanılma kurumunun kavramsal çerçevesi, hukuki temelleri, teorik altyapısı, diğer hukuki kurumlarla ilişkileri ve hukuki sonuçları incelenecek ve hem *de lege lata* hem de *de lege ferenda* çeşitli eleştiriler ve önerilerde bulunulacaktır.

Yanılma, sözleşmenin kurulması sırasında, belirli bir olguya ilişkin gerçeğe uygun tasavvurun bulunmaması anlamına gelir. Bu tanım, yanılanın sözleşmeyi gerek yanlış tasavvur gerekse bilgisizlik sonucunda yaptığı hallerin tümünü kapsar. Bununla birlikte, yanılma kavramının doğası gereği, bilinçli bir yanılmadan söz edilemeyeceği gibi, tasavvurun gerçeğe uygun olup olmadığı konusundaki şüphe de yanılma ihtimalini dışlar.

Örneğin ünlü bir ressama ait olduğu düşünülerek satın alınan tablonun daha sonra sahte çıkması; bir kimsenin arkadaşlarına düğün hediyesi olarak değerli bir çini vazo alması ve akabinde nişanın çoktan bozulduğunu öğrenmesi; kiraya verenin kira bedelini açıkladığı sırada, aylık 500 euro yazmak isterken, aceleyle 500 TL yazması gibi hallerde yanılmanın varlığından söz açılır. Bu noktada, yanılma kurumunun yapısıyla doğrudan bağlantılı şu sorular hayati önem arz eder: Acaba yanılan kimsenin sözleşmeyi yanılma nedeniyle sona erdirebilmesi mümkün müdür? Eğer cevap evetse, bunun şartları nelerdir?

Gerek yanılma kurumunun tarihi gelişimi gerekse modern hukuk sistemlerindeki düzenlemeler dikkate alındığında, yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğini hangi şartlarda etkileyeceği ve bunun sonuçlarının ne olacağı, hukuk düzeninin iki temel ilke arasındaki çatışmayı nasıl uzlaştırdığına bağlıdır. Diğer bir deyişle, yanılmayla ilgili hükümler, kanun koyucunun tarafların çatışan menfaatlerini nasıl uzlaştırdığına ilişkin tercihini yansıtmaktadır. Bu menfaatler söz konusu iki ilkede somutlaşır. Bunlar, yanılanın menfaatini gözetken “irade özerkliği” (irade ilkesi, *Willensprinzip*, *Privatautonomie*) ve karşı tarafın menfaatini (ve genel ölçekte işlem güvenliğini) koruyan “güven ilkesidir” (*Vertrauensprinzip*). Tüm modern hukuk sistemleri, çeşitli hükümlerle bu ilkeler arasında bir ölçüde orta yol bulmaya çalışmakta ve belirli şartlar altında, yanılan tarafa sözleşmeyi ortadan kaldırma imkanı vermektedir.

Yanılma ile sözleşmenin kurulması arasında sıkı bağlantılar bulunmaktadır. Çünkü yanılma hükümlerinin uygulanabilmesi için, öncelikle sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Dolayısıyla, irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumlanması, bu noktada çok önemli bir rol oynar. Özellikle açıklamada yanılmanın ortaya çıkabilmesi, sözleşmenin güven ilkesi uyarınca normatif uygunluğa göre kurulmasına

bağlıdır. Bu bağlamda, herhangi bir somut uyuşmazlıkta açıklamada yanılmanın var olup olmadığının belirlenmesi için, ilk başta irade açıklamaları yorumlanmalı ve sözleşmenin hangi içerikle kurulduğu tespit edilmelidir. Doktrinde buna “yorumun iptalden önce gelmesi” ilkesi denilmektedir.

İsviçre-Türk hukuku, yanılma türlerine ilişkin klasik ayrımı benimsemiştir. Buna göre, yanılmalar, saikte yanılma (*Motivirrtum*) ve açıklamada yanılma (*Erklärungsirrtum*) olmak üzere ikiye ayrılır. Saikte yanılma halinde, yanılan, kendisi için sözleşmenin kurulmasında önemli olan belirli bir olgunun, gerçekte mevcut olduğunu ya da mevcut olmadığını düşünmektedir. Ancak bu düşüncesi gerçeğe uymadığı için saikte yanılmaktadır. Saikte yanılanın gerçek iradesi ile açıklaması arasında bir uygunsuzluk bulunmamaktadır. Buradaki uygunsuzluk, yanılanın saiki ile gerçeklik arasında olduğundan, bozukluk sadece irade oluşumunu etkilemektedir. Açıklamada yanılmada ise, bozukluk, açıklama sırasında ortaya çıkmakta ve yanılanın gerçek iradesi ile açıklaması arasında bir uygunsuzluğa neden olmaktadır.

Yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için, TBK m. 30’e (OR m. 23) göre esaslı (*wesentlich*) olması gerekir. Esaslı yanılma, hukuk düzenin belirli bir önem seviyesinde gördüğü ve böylece sözleşmenin iptal edilebilirliği sonucunu doğuran yanılmadır. Bu bağlamda, eğer esaslılık (*Wesentlichkeit*) şartları mevcutsa, yanılan, kendisine tanınan iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geriye etkili şekilde (*ex tunc*) kesin hükümsüz hale getirebilir.

Esaslı saikte yanılmalar iki ana kategoriye ayrılır. Sözleşme konusu şeyin ya da sözleşmeyle ilgili kişinin niteliklerine ilişkin yanılmalar, “esaslı nitelik yanılması” (*Eigenschaftsirrtum*) olarak adlandırılırlar. Nitelik dışındaki hususlara ilişkin yanılmalar ise, “temel yanılması” (*Grundlagenirrtum*) şeklinde ifade edilirler. İlkinde, hatalı saik sözleşme içeriğine dahilken; ikincisinde, sözleşme içeriğine girmemektedir.

Saikte yanılmanın TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) uyarınca esaslı olabilmesi için, şu şartların mevcut olması gerekir: (i) Saikte yanılmanın belirli bir olguya ilişkin olması; (ii) yanılma konusu belirli olgunun, yanılan için sözleşmenin zorunlu temeli olarak kabul edilmesi (sübjektif esaslılık); diğer bir deyişle, yanılanın, karar verdirici saikin hatalı olduğunu bilseydi, sözleşmeyi hiç ya da aynı şartlarla yapmayacak olması; (iii) sübjektif esaslılığın karşı tarafça bilinebilir olması; yani, karşı tarafın söz konusu karar verdirici saiki bilmesi ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması; ve (iv) yanılma konusu belirli olgunun, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre sözleşmenin zorunlu temeli sayılabilesidir.

Bazı saikte yanılmalar, sahip oldukları belirli ortak özellikler dikkate alınarak doktrin ve mahkeme kararlarında belirli isimlerle anılmaktadırlar. Hesap yanılması, değerde yanılma, hukuki yanılma ve ödeme gücünde yanılma halleri bu bağlamda örnek verilebilir. Hesap yanılmasında, yanılan, iradesini oluştururken çıkarma, toplama gibi aritmetik işlemlerde hata yapmakta, söz gelimi belirli masraf kalemlerini yanlış hesaplamaktadır. Değerde yanılmada, yanılanın sözleşme konusu şeye atfettiği sübjektif değer, bu şeyin gerçek (objektif) değerine uymamaktadır. Hukuki yanılmada, sözleşmenin, yürürlükte bulunan hukuk kuralının yanlış anlaşılması veya bilinmemesi sonucunda yapılması söz konusudur. Ödeme gücünde yanılmada ise, alacaklı, borçlunun ödeme gücünde yanılarak sözleşme yapmaktadır. Her ne kadar pratikte zor da olsa, bu yanılmaların, esaslılık şartlarını taşımaları halinde temel yanılması teşkil etmeleri mümkündür.

Saikte yanılmalar gibi, açıklamada yanılmaların da sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açabilmeleri için esaslı olmaları gerekir. TBK m. 31/1 b. 1-5’de

(OR m. 24/1 b. 1-3), bazı açıklamada yanılma türleri örnekleyici olarak sayılmıştır. Dolayısıyla, bu maddede belirtilmeyen bir açıklamada yanılma da karşılaşılabilmektedir. Hangi türde olursa olsun, açıklamada yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, bu yanılmanın sübjektif ve objektif açıdan esaslı olması şarttır. Ancak, kanunda belirtilen açıklamada yanılmalar karine olarak esaslı sayılırlar. Buna bağlı olarak, karşı taraf, bu karinenin aksini ispat edebilir. Öte yandan, kanunda açıkça belirtilmeyen bir açıklamada yanılma söz konusuysa, yanılanın sözleşmeyi iptal edebilmesi için, yanılmanın sübjektif ve objektif açıdan esaslı olduğunu ispat etmesi gerekir. Sübjektif esaslılıktan anlaşılması gereken, yanılanın, bu yanılma olmasaydı sözleşmeyi hiç ya da aynı şekilde yapmayacak olmasıdır. Objektif esaslılık için ise, yanılanın gerçek iradesi ile açıklaması arasındaki uygunsuzluk, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre de sözleşmenin iptalini haklı gösterecek önemde olmalıdır.

Yanılma ile ayıp sorumluluğunun (TBK m. 219 vd., OR m. 197 vd.) uygulanma şartları aynı olayda gerçekleşebilir. Yanılanın sözleşmenin kurulması sırasında satış konusu parça şeyin niteliğine ilişkin saiki, o şeyin gerçek nitelikleriyle uyuşmuyorsa böyle bir durumla karşılaşılır. Diğer bir deyişle, teslim edilen şeyde satıcının bildirdiği niteliklerin bulunmaması ya da bu şeyin özel kullanım amacına veya olağan kullanım amacına uygun olmaması, aynı zamanda alıcının nitelik yanılmasına düştüğünü gösterir.

Yanılma hükümleri ile ayıp hükümlerinin aynı anda uygulanabilir olduğu durumlarda, alıcı, dilerse ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilir ya da yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilir. Yani, yanılma ile ayıplı ifa arasında seçimlik yarışma ilişkisi söz konusudur. Doktrindeki hâkim görüş bu doğrultuda olmakla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Aynı sonuç, zapt hükümleri ile yanılma hükümleri arasındaki ilişki için de geçerlidir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olgulara ilişkin yanlış saiklerin, temel yanılması sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Bizim savunduğumuz görüşe göre, yanılma hükümlerinin uygulama alanı sadece sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan olguları kapsamaktadır. Bu görüş, çalışmada ortaya koyduğumuz çeşitli argümanlar çerçevesinde, taraflar arasındaki menfaatleri daha iyi uzlaştırdığı gibi, pratik sonuçları açısından da daha tatmin edicidir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen beklenmedik durum değişikliklerine ilişkin sorunlara, “işlem temelini çökmesi” (TBK m. 138, TMK m. 2, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*) ve şart kurumu (TBK m. 170 vd., *Bedingung*) açısından yaklaşılmalıdır.

İsviçre-Türk hukukuna göre, esaslı yanılmanın hukuki sonucu sözleşmenin iptal edilebilirliğidir (*Anfechtbarkeit*). Buna göre, yanılanın önünde iki seçenek bulunmaktadır: (i) Yanılmayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etmek veya (ii) sözleşmeyi onamak (*Genehmigung*). Sözleşmenin henüz iptal edilmediği veya onanmadığı dönemde, sözleşmenin hukuki durumunun nasıl niteleneceğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, geçersizlik görüşü (*Ungültigkeitstheorie*), bölünmüş geçersizlik görüşü (*geteilte Ungültigkeitstheorie*) ve iptal görüşü (*Anfechtungstheorie*) olarak sıralanabilir. Çalışmada ileri sürdüğümüz argümanlar ışığında vardığımız sonuç, en isabetli görüşün iptal görüşü olduğudur. Bu görüşe göre, esaslı yanılma durumunda, sözleşme, iptal edilene kadar iki taraf için de başlangıçtan itibaren geçerlidir. Ancak, burada kesin bir geçerlilikten değil, iptal tehdidi altında bozulabilir bir geçerlilikten söz edilir.

Yanılan, iptal hakkını tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanır. İptal açıklamasının bir yıllık hak düşürücü süre içinde karşı tarafa yöneltilmesiyle birlikte, sözleşme geriye etkili olarak kesin şekilde hükümsüz hale gelir. Yanılanın sözleşmeyi onaması halinde ise, sözleşmenin geçerliliği kesinleşir ve bir daha aynı yanılmaya dayanılarak iptal edilme imkanı ortadan kalkar. Sözleşmenin onanması iki şekilde gerçekleşebilir. İlk ihtimalde, yanılan, bir yıllık süre içinde sözleşmeyle bağlı kalmak istediğini açık ya da örtülü olarak açıklar. İkinci ihtimalde ise, yanılanın böyle bir düşüncesi olmasa dahi, bir yıl içinde iptal hakkını kullanmadığı için, sözleşme kanun gereğince onanmış sayılır.

İptal hakkı, hukuki sonuçları bakımından yenilik doğuran hak niteliğindedir. İptal açıklamasının hukuki sonuçlarını doğurması için herhangi bir şekle bağlı olarak yapılması gerekmez. Ayrıca, iptal açıklamasının açık ya da örtülü yapılabilmesi mümkündür. Yanılan, iptal hakkını dürüstlük kuralına (*Treu und Glauben*) uygun şekilde kullanmalıdır (TBK m. 34, OR m. 25). Aksi takdirde, yanılanın hakkını kötüye kullanması söz konusu olur ve iptal açıklaması herhangi bir sonuç doğurmaz. Öte yandan, iptal açıklamasına muhatap olan karşı tarafın, TBK m. 34/2'ye (OR m. 25/2) göre karşı hakkını kullanarak sözleşmenin iptalini engelleyebilmesi mümkündür. Bunun için, karşı tarafın sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine uygun şekilde kabul ettiğini açıklaması yeterlidir.

Esaslı yanılmanın sözleşmenin sadece bir bölümünü etkilediği hallerde, TBK m. 27/2'deki (OR m. 20/2) şartların gerçekleşmesine bağlı olarak sözleşmenin kısmi iptali gündeme gelir. Böylece, iptalin etkisi sadece sakat bölümle sınırlı olur ve sözleşme arta kalan haliyle ayakta tutulur.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşme kural olarak ileriye etkili (*ex nunc*) şekilde sona erer. Zira ifa aşamasına geçilmiş bu tür borç ilişkilerinde, sözleşmenin geriye etkili olarak iptal edilmesi, hem taraflar arasındaki menfaatler durumu hem de tasfiye zorlukları açısından elverişsiz sonuçlar doğurur.

Sözleşmenin iptal edilmesiyle birlikte, taraflar arasındaki ilişki tasfiye ilişkisine (*Rückabwicklungsverhältnis*) dönüşür. Tasfiye ilişkisinin amacı ise, sözleşmenin kurulmasından önceki durumun (*status qua ante*'nin) yeniden sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda, tarafların eğer sözleşme ilişkisine girmeselerdi içinde bulunacakları konuma getirilmesi gerekir. Tasfiye ilişkisinde taraflar, daha önce yerine getirdikleri edimlerin iadesine yönelik olarak, duruma göre sebepsiz zenginleşme veya istihkak talebinde bulunurlar.

İsviçre-Türk hukukunda yanılanın kusur sorumluluğu benimsenmiştir. Buna göre, sözleşmeyi iptal eden yanılan, yanılmaya kusuruyla (ihmalıyla) düşmüşse, TBK m. 35 (OR m. 26) uyarınca karşı tarafın sözleşmenin iptalinden kaynaklanan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Yanılanın tazminat borcu *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanır. Yanılanın karşı tarafa ödeyeceği tazminatın kapsamı, kural olarak olumsuz zarar miktarına (güven menfaatine) göre belirlenir. Ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, hâkimin olumsuz zararı aşan ve olumlu zarar miktarına (ifa menfaatine) kadar yükselebilen miktarda tazminata karar verebilmesi mümkündür (TBK m. 35/2, OR m. 26/2). Karşı taraf, sözleşmenin kurulması sırasında yanılmayı biliyorsa ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumdaysa, kural olarak yanılana karşı tazminat talebinde bulunamaz. Bu hüküm, sadece saikte yanılmalara uygulanabilir. Zira karşı tarafın açıklamada yanılmayı bilmesi veya bilmesi gerekmesi halinde, irade açıklamalarının güven ilkesine göre

yorumu çerçevesinde, TBK m. 1 (OR m. 1) hükmü, yanılma hükümlerinin uygulanmasını engeller. Böyle bir durumda, iki ihtimal ortaya çıkar: Sözleşme, ya tarafların gerçek iradeleri birbirine uygun olmadığı için kurulmamıştır ya da sözleşme yanılanın gerçek iradesine göre kurulmuştur.



GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal gereksinimlerini karşılamak amacıyla kişiler, çeşitli mal veya hizmetlerin elde edilmesine yönelik hukuki ilişkiler kurmak zorundadırlar. Bu amacın gerçekleşmesi, hukuk düzeninin kişilere hukuki ilişkilerini serbestçe düzenleyebilme yetkisi tanınmasına bağlıdır. Bu yetki, beraberinde getirdiği sorumlulukla birlikte, irade özerkliği ilkesi olarak tanımlanmakta ve Borçlar Hukukunun temellerinden birini oluşturmaktadır. İrade özerkliğini yaşama geçiren en önemli araç sözleşmedir. Bu bağlamda, tarafların arzu ettikleri amaca ulaşabilmesi; diğer bir deyişle, irade açıklamalarının yöneldiği hukuki sonucun hukuk düzeni tarafından tanınabilmesi, esas itibariyle irade özerkliğinin bir sonucudur. Bir sözleşme ilişkisinde irade özerkliğinin varlığından bahsedebilmek için, hukuk düzeni tarafından öngörülen birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan birisi de, tarafların iradelerini serbestçe ve sağlıklı şekilde oluşturmaları ve açıklamalarını da gerçek iradelerine uygun olarak yapmalarıdır. Ne var ki, gerçek hayat pratiklerinde işler her zaman bu denli muntazam şekilde yürümez. Zira tarafların, sözleşme ilişkisine girerken çoğu zaman tam bir bilgi sahibi olamamaları, riskleri doğru hesaplayamamaları, birbirlerinin açıklamalarına farklı anlamlar verebilmeleri gibi çeşitli etkenler dolayısıyla yanılmaları hayli olasıdır.

Yanılma, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde benimsenen klasik ayrıma göre, ya kişiyi sözleşme yapmak için harekete geçiren saiklerin gerçeğe uygun olmamasından ya da kişinin gerçek iradesine uymayan bir açıklama yapmasından kaynaklanmaktadır. İlk olasılıkta iradenin oluşumunda bir bozukluk bulunmakta ve saikte yanılma olarak adlandırılmaktadır. İkinci olasılıkta ise, bozukluk, iradenin açıklanması sırasında ortaya çıkmakta ve açıklamada yanılma kavramı altında ele alınmaktadır. İsviçre-Türk hukukunda yanılma kurumu, TBK m. 30 vd.'nda (OR m. 23 vd.) öngörülmüş olup, kanun koyucu, yanılmaya ilişkin hükümleri bu ayrımı temel alarak düzenlemiştir.

Yanılmamanın varlığı halinde, iradesi sakatlanan tarafın, sözleşmeyi tam bir irade özerkliğiyle yaptığından bahsedilemez. Bu noktada cevaplanması gereken önemli bir

soruyla karşılaşırız: Acaba yanılan taraf, çoğu zaman karşı tarafın bilmediği ya da bilmek zorunda olmadığı yanılma durumunu ileri sürerek sözleşmeyle olan bağlılığını ortadan kaldırılabir mi? Karşı tarafın, yanılanın irade açıklamasının sağlıklı olduğuna ve sözleşmenin hak ve borç doğurduğuna olan güveni karşısında, bu soruya mutlak bir evet cevabı verilemeyeceği açıktır. Gerçekten, herhangi bir yanılma nedeniyle sözleşme ilişkisinin sona erdirilebilmesi, karşı tarafın haklı güveninin göz ardı edilmesi anlamına geldiği kadar, ayrıca işlem hayatının güvenliği açısından da son derece zararlıdır. Şu halde denilebilir ki, bir tarafta yanılanın menfaatini gözeten irade özerkliği (irade ilkesi); diğer tarafta, karşı tarafın güvenini ve işlem hayatının güvenliğini koruyan güven ilkesi bulunmaktadır. O halde, sözleşme taraflarının menfaatleri ne ölçüde ve nasıl uzlaştırılacaktır? Bu sorunun çözümü, Borçlar Hukukuna egemen olan ve yanılma kurumunun da yapısını belirleyen bu iki ilke arasındaki çatışmada nasıl tavır alındığı ve hangisine ağırlık verildiğiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu da, neticede bir hukuk politikası tercihinin dayanmaktadır. Zira her hukuk sistemi, çeşitli hükümlerle, bu ilkeler arasında bir ölçüde orta yol bulmaya çalışmaktadır.

İsviçre-Türk hukukunda yanılmanın hukuken ne zaman dikkate alınacağı ve böylece sözleşmenin iptaline yol açabileceği, yanılmanın kanunda belirtilen (TBK m. 31, 32, OR m. 24) esaslılık şartlarını taşımasına bağlıdır. Esaslı yanılma durumunda, sözleşmenin geçerliliği yanılanın kararına bırakılmıştır. Yanılan, isterse kanuni süre içinde iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirebilir, isterse yanılmaya rağmen sözleşme ilişkisini devam ettirebilir. İlk yolu seçen yanılan, kusurunun varlığına bağlı olarak, karşı tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Yanılma kurumu, diğer hukuki kurumlarla olan ilişkileri de dikkate alınarak, şimdiye kadar Türk hukuk literatüründe bütün yönleriyle herhangi bir monografide ya da tezde inceleme konusu yapılmamıştır. Dolayısıyla bu konu, genel eserlerin ve ders kitaplarının sınırlı kapsamında ele alınmakla kalmış ve başka konuları inceleyen eserlerde de ancak dolaylı şekilde ve kısmen yer bulabilmiştir. Bu bağlamda, teorik olduğu kadar pratik önemi de bulunan yanılma kurumu hakkında ayrıntılı bilgiye, yerli kaynaklar üzerinden ulaşılma imkanı bulunmamaktadır. Bu konuda yazılmış çok değerli iki büyük hukukçunun (*Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Prof. Dr.*

Seyfullah Edis)¹ eserlerine bakıldığında ise, araştırmanın sınırlı bir alanda yapıldığı ve saikte yanılma konusunun merkez alındığı görülmektedir. Kaldı ki, söz konusu eserlerin yayımlanma tarihlerinden bu yana çok uzun bir sürenin geçtiği ve bu süre zarfında, doktrinde birçok görüşün ileri sürüldüğü, çok sayıda içtihadın ortaya çıktığı ve hatta yeni bir Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ayrıca not edilmelidir. Diğer taraftan, hem İsviçre hukuku hem de Alman hukukuna bakıldığında da, yanılma konusunda çok sayıda bilimsel çalışmanın yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, yanılma kurumunun yeni Borçlar Kanunu ışığında ve İsviçre hukuku başta olmak üzere, Alman hukukundaki görüşlerden ve tartışmalardan da yararlanılarak geniş çapta ele alınma ihtiyacı, konunun doktora tezi olarak seçilmesinde önemli bir neden olmuştur.

Sözleşmenin kurulmasında yanılma kurumunu inceleyecek olan bu çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, öncelikle yanılmanın tarihi gelişimine bakılacak ve bu doğrultuda, Roma hukuku ve Ortak Hukuk döneminde yanılmanın hukuken nasıl ele alındığı aktarılacaktır. Bunun ardından, yanılmanın kavramsal çerçevesi çizilecek ve yanılma kurumunu etkileyen temel ilkeler açıklanacaktır. Bu bağlamda, irade ilkesi, güven ilkesi ve bu ilkelerin uzlaştırılması şeklinde bir yol haritası takip edilecektir. Yanılma kurumu ile sözleşmenin kurulması arasında sıkı bağlantının bulunması, bu bölümde ayrıca irade açıklaması, irade açıklamasının unsurları, irade açıklamasının yorumu ve sözleşmenin içeriği gibi konulara yakından bakılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, bu konular birinci bölümün ağırlık merkezini oluşturacaktır.

İkinci bölüm, yanılmanın hukuki niteliği, çeşitleri ve diğer hukuki kurumlarla ilişkisine özgülenmiştir. Çalışmanın odak noktasını oluşturan bu bölümde, ilk başlık altında Kıta Avrupası hukuk çevrelerinde benimsenen ve dolayısıyla İsviçre-Türk Borçlar Hukukundaki yanılma sisteminin temelini oluşturan, saikte yanılma ve açıklamada yanılma ayrımı incelenecektir. Bu bağlamda, saikte yanılma tanımlanacak ve saik kavramının, amaç, hukuki sebep (*causa*) ve şart kavramlarıyla karşılaştırılması yapılarak, benzerlikleri ve farklılıkları ortaya çıkarılacaktır. Bunun ardından, açıklamada yanılma üzerinde durulacak ve bu yanılma türünün özellikleri aktararak

¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul: Garanti Matbaası, 1968; Seyfullah Edis, **Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.

kavramsal çerçevesi belirlenecektir. Aynı başlık altında ayrıca, klasik ayrımın yerindeliği tartışılarak, doktrinde ileri sürülen görüşlerle birlikte *de lege lata* ve *de lege ferenda* bir sonuca varılacaktır. Bu bölümün “esaslı yanılmalara” ayrılan ikinci başlığında ise, İsviçre-Türk hukuku çerçevesinde, sözleşmenin geçerliliğini etkileyen yanılmaların özellikleri, şartları ve görünümüleri aktarılacaktır. Bu doğrultuda, öncelikle esaslı saikte yanılma konusu ayrıntılı şekilde ele alınarak; sırasıyla, bu yanılma türünün hukuki niteliği, bir saikte yanılmanın esaslı addedilebilmesi için hangi şartların bulunması gerektiği, saikte yanılmanın çeşitli görünümüleri ve bu bağlamda uygulamada en çok karşılaşılabilecek olan esaslı nitelik yanılması incelenecektir. Daha sonra, esaslı açıklamada yanılma konusuna geçilecektir. Bu konuyu ikiye ayırarak aktarmanın daha uygun olacağı düşünüldüğünden, ilk ayırmada kanun koyucunun TBK m. 31’de örnekleyici şekilde zikrettiği açıklamada yanılma türleri açıklanacak; ikinci ayırmada, açıklamada yanılma teşkil eden belli başlı özel durumlara temas edilecektir. Bunun ardından, “esaslılık” kavramı üzerinde durulacak ve karşılaştırmalı hukuktan ve doktrindeki görüşlerden yararlanılarak yanılma kurumunun diğer mekanizmaları ortaya konulacaktır. İkinci bölümün son ana başlığı ise, yanılmanın diğer hukuki kurumlarla olan ilişkisine ayrılacaktır. Bu bağlamda, ilk olarak yanılmanın diğer irade bozukluklarıyla ve aşırı yararlanmayla olan bağlantıları ve farklılıkları ele alınacaktır. Sonrasında ise, yanılmanın, ayıplı ifa, zapt, *aliud* ve işlem temelinin çökmesi gibi kurumlarla olan ilişkisi incelenecektir.

Üçüncü bölüm, esaslı yanılmanın hukuki etkisi ve sonuçlarına ayrılmıştır. Bu itibarla, sözleşmenin iptal edilebilirliği yaptırımını mercek altına alınarak, iptal hakkının niteliği, bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler, iptal hakkının özellikleri, iptal hakkının kullanılmasının sonuçları, iptal hakkının dürüstlük kuralı vasıtasıyla sınırlandırılması ve iptal hakkının düşmesi konuları aktarılacaktır. Bu bölümün son ayırımında ise, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte gündeme gelebilecek olan tazminat sorumluluğu ele alınacaktır. Bu bağlamda, tazminat sorumluluğunun hukuki niteliği, tazminatın kapsamı ve tazminat sorumluluğunun bazı hallerde ortadan kalkması konuları incelenecektir.

Çalışmada, esas itibarıyla İsviçre-Türk hukukundaki yanılma kurumu araştırılacaktır. Ancak bilimsel derinlik ve sorunsalları daha farklı bakış açılarıyla incelemek amacıyla, yer yer Alman hukukundaki düzenlemeler ve tartışmalar da aktarılacaktır. Aynı amaç doğrultusunda, çeşitli uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerindeki (örneğin PECL, PICC ve DCFR) hükümlere de temas edilecektir.

Bunun dışında, konunun teorik zenginliğini dengelemek ve uygulamaya katkıda bulunabilmek adına, hem Yargıtay hem de İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşlerine ve kararlarına geniş ölçüde yer verilecektir.

Çalışmamız, araştırmada varılan belli başlı sonuçların aktarılacağı sonuç kısmıyla sona erdirilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA YANILMANIN TARİHİ GELİŞİMİ VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. Sınıflandırma ve Terminoloji Sorunu

Özel hukuk ilişkilerinde, kişilerin özgür iradeleriyle hak ve borç doğuran ilişkiler kurma, değiştirme ya da sona erdirmeye yetkisi anlamına gelen irade özerkliğini yaşama geçiren en önemli hukuki imkan, hukuki işlemdir. Hukuki işlemin kurucu unsuru olan irade açıklaması ise, hukuk düzeni tarafından tanınan belirli bir hukuki sonuca yöneldiğinde temelde iki aşamadan geçmektedir. Bu aşamalardan ilki, kişinin iç dünyasını ilgilendiren ve psikolojik etmenlerden kaynaklanan “irade” (sübjektif unsur, *Wille*) olarak ortaya çıkmaktadır. Daha sonra ise, bu irade dış dünyaya yansıtılarak ve yürürlüğe konularak “açıklama” (objektif unsur, *Erklärung*) halini almaktadır.

İrade özerkliğinin de bir gereği olarak, olması gereken durum, iradenin serbestçe ve sağlıklı olarak oluşturulması ve açıklamanın da bu iradeye uygun olmasıdır. Nitekim açıklama muhatabı, söz konusu irade açıklamasını, açıklama sahibinin gerçek iradesine göre anlamışsa ve irade de sağlıklı şekilde oluşmuşsa, bu durum doktrinde “doğal ilişki” (*naturgemäßes Verhältnis*) olarak adlandırılmaktadır². Bu ilişkinin çeşitli sebeplerle bozulduğu durumların hukuken hangi kavram altında ele alınacağı ve bu kavramın ne tür sınıflandırmalara konu olacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tezin amacı doğrultusunda, bu görüşlerin tümünün burada aktarılması yerinde olmayacağından sadece temel görüşlere değinmeyi tercih edeceğiz.

Bizim de katıldığımız ve doktrinde büyük oranda kabul edilen şu sınıflandırmaya göre, doğal ilişkinin bozulduğu haller; iradenin oluşumu aşamasında

² Flume Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Band. II, Das Rechtsgeschäft, 4. unveränderte Auflage, Berlin: Springer-Verlag, 1992, s. 398, 440; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Bern: Stämpfli, 2016, N. 27.03; Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeiner Teil des BGB**, 40. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2016, N. 375.

bozukluk ve iradenin açıklanması sırasında bozukluk şeklinde iki ana başlığa ayrılmaktadır. İradenin oluşumu sırasında meydana gelen bozukluk halleri, saikte yanılma, aldatma ve korkutma şeklindedir. İkinci ana başlık ise, iç irade ile açıklanan irade (açıklama) arasındaki uygunluğun bozulduğu durumları içermekte olup, (i) istenerek meydana getirilen uygunsuzluklar ve (ii) istenmeyerek meydana gelen uygunsuzluklar olarak ikiye ayrılmaktadır. İlk grup da kendi içinde, tek taraflı istenerek meydana getirilen uygunsuzluklar (zihni kayıt (*Geheimer Vorbehalt*) ve şaka açıklaması (latife beyanı, *Scherzerklärung*)); iki taraflı istenerek meydana getirilen uygunsuzluk (*Muvazaa*, *Scheingeschäft*) şeklinde ortaya çıkmaktadır. İkinci grupta ise açıklamada yanılmalar yer almaktadır³.

Geniş bir çerçeveye yayılan bu sınıflandırmadaki hallerin hepsini “irade bozuklukları” kavramı altında ele alan yazarlar olduğu gibi⁴, bu hallerden sadece yanılma, aldatma ve korkutmayı irade bozukluğu olarak nitelendiren görüş de bulunmaktadır⁵. Dolayısıyla, hâkim görüşün isabetle belirttiği gibi, irade bozuklukları geniş anlamda ve dar anlamda ifade edilebilir. Bu bakımdan, iradenin oluşumu

³ Flume, **AT**, s. 398; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 392, 393; Reinhard Bork, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch**, 4. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, N. 788 vd.; Brox / Walker, **AT**, N. 376; Andreas von Tuhr / Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band. I, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 1974, s. 292; Ferit H. Saymen / Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C. I, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1958, s. 247 (yazarlar, saikte yanılma, aldatma ve korkutmayı da, irade ile açıklama arasında istenmeyerek meydana çıkan uygunsuzluk kısmında ele almaktadır); Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 122 vd. (yazar, bu sınıflandırmaya açık ve gizli uyumsuzluğu da dahil etmektedir. **A.g.e.**, s. 120, 121.); Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, C. 1, Genel Hükümler, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976, s. 289 vd.; Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, çeviren: Bülent Davran, İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948, s. 291 vd.; Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, § 12 N. 1; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s. 231, 232; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 104 vd.

⁴ Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 247; Feyzioğlu, **BG**, s. 122 vd.; Schwarz, **BG**, s. 291 vd.

⁵ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 297-300; Ingeborg Schwenzer, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 23-31 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015, Vorbem. Art. 23-31 N. 2; Peter Gauch / Walter R. Schluep / Jörg Schmid / Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band. I, 10. Auflage, Zürich: Schulthess, 2014, N. 760; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s. 192. Schwenzer, **AT**, N. 36.02; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016, N. 779; Claire Huguenin, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess, 2014, N. 464, 465; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 15. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 92, 93; Eraslan Özkaya, **Yanılma-Aldatma-Korkutma Davaları**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 17, 18.

aşamasındaki bozukluklar (saikte yanılma, aldatma ve korkutma) ve irade ile açıklama arasında farkında olmadan meydana gelen uygunsuzluk (açıklamada yanılma) halleri, gerçek anlamda irade bozukluğu halleri olup, dar anlamda irade bozuklukları kategorisini oluşturmaktadır. Öte yandan, irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluğun bilinçli olarak yaratıldığı haller ise geniş anlamda irade bozuklukları grubuna dahil kabul edilmektedir⁶.

Görüldüğü gibi, irade bozuklukları söz konusu olduğunda anahtar kavram irade açıklamasıdır. Hukuki sonuca yönelen bir iradenin söz, yazı, işaret gibi davranışlarla bildirilmesi anlamına gelen irade açıklamasına, Eski Borçlar Kanunu'nda (eBK m. 1) “irade beyanı” denilmekteydi ve kanun koyucunun bu tercihi doktrin ve yargı kararlarında da benimsenmişti⁷. Öte yandan tezimizin konusu olan yanılma kavramı da, eBK m. 23 vd.'nda “hata” olarak anılmaktaydı. Kanunda yapılan bu terim değişikliklerinin yerinde olup olmadığı ayrıca sorgulanabilir, ancak söz konusu kavramların neredeyse doksan yıllık bir hukuk geçmişinden kaynaklanan anlam

⁶ Flume, **AT**, s. 398; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 292; Necip Kocayusufpaşaoğlu, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem – Sözleşme**, 6. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 342; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 247; dolaylı olarak bu yönde bkz. Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 381; farklı görüşte bkz. Eren, **BG**, s. 392 (yazar, dar anlamda irade bozukluğu ile sadece iradenin oluşumu aşamasındaki bozuklukları kastetmekte; açıklamada yanılmayı ise geniş anlamda irade bozukluğu kategorisinde değerlendirmektedir. **A.g.e.**)

⁷ Hatta bu tercih nedeniyle, açıklamada yanılmalar da “beyan” hatası kavramıyla ifade edilmekteydi. TBK'da ise, irade açıklaması terimi kabul edilmiş, ancak ne genel gerekçede ne de Adalet Komisyonu gerekçesinde, (dilini araştırması amacı dışında) neden bu şekilde bir değişikliğe gidildiği açıklanmıştır.

Doktrinadaki bir görüşe göre, irade açıklamaları (*Willensäußerungen*); hem iradenin söz, yazı ya da herhangi bir davranış ile bildirildiği irade beyanlarını (*Willenserklärungen*), hem de işlem iradesinin bir fiil ile doğrudan sonuçlarını doğurduğu irade faaliyetlerini (*Willensbetätigungen*) bünyesinde toplamaktadır (Ernst A. Kramer / Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Allgemeine Bestimmungen: Die Entstehung durch Vertrag, Art. 1-18 OR**, Bern: Stämpfli, 1986, Art. 1 N. 4 vd; Eren, **BG**, s. 138; Feyzioğlu, **BG**, s. 60). İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bu sınıflandırmanın göz önünde bulundurulduğu ve kapsayıcı nitelikteki “irade açıklaması” teriminin kullanıldığı görülmektedir (OR m. 1; “*Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich*”). Buna karşın, doktrinde ağırlıklı fikir, bizim de kabul ettiğimiz gibi, irade faaliyetlerini örtülü irade beyanı olarak kabul etmektedir (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 130; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 20; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 181; Tekinay Selâhattin Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Hâluk / Altop Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 63; Serozan, **Medeni**, s. 324). Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde, “açıklama” ile “beyan” kavramları arasında içerik açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu noktada, tez boyunca kullanılacak olan irade açıklaması kavramının, açık ya da örtülü (irade faaliyetlerini de içine alacak şekilde) tüm açıklamaları (beyanları) kapsadığı belirtilmelidir.

yoğunluğuna sahip olduğu bir gerçektir. Buna karşın, her ne kadar hata ve irade beyanı kavramları kadar çağrışım gücü yüksek olmasa da, kanundaki terminolojiyle uyumlu olması adına, tez boyunca esas olarak yanılma ve irade açıklaması kavramları kullanılacaktır; ancak ifadenin akışı gereği ve hukuki anlamda teknik kavram kullanma zorunluluğu bulunmayan durumlarda; hata ve hataya düşme gibi kavramlar da yer yer tercih edilecektir.

Terminolojik bağlamda ele alınması gereken bir diğer husus da, irade bozuklukları (*Willensmängel*) terimidir. Eski BK m. 23'ün kenar başlığı, "F. Rızadaki Fesat" olarak belirtilmişti ve bu ifade m. 23-31 arasında düzenlenmiş olan yanılma, aldatma ve korkutma hallerini kapsamaktaydı. OR (İsviçre Borçlar Kanunu) m. 23'de ise daha farklı bir terim göze çarpmaktadır: "*Mängel des Vertragsabschlusses*" şeklindeki kenar başlığı, sözleşmenin kuruluşundaki bozukluklar olarak çevrilse de, İsviçre hukukunda da bu ifadenin dar anlamda irade bozukluklarını kapsadığı kabul edilmektedir⁸. Öte yandan doktrinde, irade bozukluğu⁹ tabiri yerine, "irade sakatlığı¹⁰", "rıadaki fesat", "irade fesadı¹¹", irade beyanındaki sakatlık¹² gibi

⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 297 vd.; Bucher, **AT**, s. 197; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 760; Schwenzer, **AT**, N. 36.01; Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zürich: Schultess & Co., 1929, Vorbem. Art. 23-31 N. 1; Kurt Klausberger, **Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht**, Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 2; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, 3. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2009, § 14 N. 3; Huguenin, **AT**, N. 465. İrade bozuklukları kavramı, esas itibarıyla kanundan değil, doktrinden ve içtihadattan kaynaklanmaktadır (Klausberger, **a.g.e.**, s. 1). BGB'de (Alman Medeni Kanunu'nda) irade bozuklukları, 1. Kitabın (Genel Hükümler) "hukuki işlemler" başlıklı 3. Bölümün 2. Başlığı olan "irade açıklaması" altında ve geniş anlamda irade bozukluklarını da kapsayacak şekilde § 116 vd. düzenlenmiştir.

⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 342; Eren, **BG**, s. 392 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 381; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 1 vd.; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 773 vd.; Ali Naim İnan / Özge Yücel, **İnan-Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 308; Y. 1. HD., 21.10.2004, E. 2004/10865, K. 2004/11801 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰ Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 247; Kemaleddin Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri: Borçların Genel Hükümleri**, 4. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967, s. 80; Mustafa Dural / Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, N. 1151h; Y. 14. HD., 1.11.2010, E. 2010/10652, K. 2010/11766; Y. 1. HD., 2.5.2013, E. 2012/16106, K. 2013/6695 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹ Schwarz, **BG**, s. 291; Y. 9. HD., 23.12.2010, E. 2010/17121, K. 2010/39658; Y. 19. HD., 5.11.2010, E. 2012/9652, K. 2012/15943; Y. 19. HD., 5.11.2012, E. 2012/9656, K. 2012/15943; Y. 11. HD., 2.3.2000, E. 2000/1263, K. 2000/1729; Y. 9. HD., 27.9.2011, E. 2009/14479, K. 2011/33509 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹² Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 90; Halûk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 14. Bası, İstanbul: Beta, 2015, N. 57; Y. 14. HD., 1.11.2010, E. 2010/10652, K. 2010/11766 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Buradaki görüşe göre, hem saikte

kavramlara da rastlanmakla birlikte, bunların arasında anlam açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Çalışmada, pozitif düzenlemeye de aktarıldığı için (*G. İrade Bozuklukları*, TBK m. 30) irade bozukluğu teriminin kullanımı uygun görülmüştür. Ancak önemle belirtelim ki, doktrinde, irade bozukluğu kavramının sadece iradenin oluşumu aşamasını etkileyen sakatlıkları ima ettiği, buna karşılık, açıklamada yanılmalarda sakatlığın aslında iradede olmayıp açıklamada olduğu ileri sürülerek, bu terimin tam anlamıyla isabetli olmadığına işaret edilmektedir¹³. Bu görüşte haklılık payı olmasına rağmen, fikrimizce meseleye farklı bir bakışla yaklaşıldığında bu sorun aşılacak gibidir. Şöyle ki, irade ve açıklama unsurları, aşağıda açıklanacağı üzere, gerçekte birbirinden tamamen ayrı iki farklı unsur olarak kabul edilmemeli; bilakis, açıklamanın aslında iradeyi kendi içinde taşıyarak, iradenin açıklama anında dahi varlığını devam ettirdiği gözden kaçırılmamalıdır¹⁴. Bu itibarla, iradenin oluşumu aşamasında ortaya çıkabilecek sakatlıklar iç (gerçek) iradeye ilişkin; iradenin açıklanması sırasında gündeme gelen sakatlıklar ise açıklanan iradeye ilişkin olup, bu iki evrede cereyan eden bozuklukların, her ne kadar farklı yapıda olsalar da, sonuç olarak irade bozukluğu teşkil ettikleri sonucuna varılabilecektir. Şu halde, yanılma özelinde konuşursak, irade bozukluğu, hem iradenin oluşumu aşamasıyla ilgili olup saikte yanılmaya yol açabilecek, hem de iradenin açıklanması, yani yürürlüğe

yanılma hem de açıklamada yanılma, "irade beyanında sakatlık" başlığı altında ele alınmaktadır. Bu terimi, TBK terminolojisiyle "irade açıklamasında sakatlık" olarak anlamak mümkündür. Öte yandan, kanaatimizce bu terim seçiminin, ileride yapılacak açıklamalarda da görüleceği üzere, isabetli olmadığı söylenebilecektir. Çünkü irade açıklamasında sakatlık (bozukluk) tabiri, sadece "işlem içi yanılmaları" (sözleşme içi yanılmaları) içerecek şekilde anlaşılmaya müsaittir. Hâlbuki bütün yanılma halleri bu kapsama girmemekte, bazı yanılmaların işlem dışı yanılma şeklinde ortaya çıkmaları da mümkündür. Meseleyi biraz daha açarsak; irade bozukluğu yerine irade açıklamasında sakatlık terimi tercih edildiği takdirde, bu kapsama sadece, (i) iradenin oluşumu aşamasında işlem iradesine dahil olan ve sonrasında açıklama sırasında da mevcudiyetini devam ettirerek "nitelik yanılması" görünümüne bürünen saikte yanılmalar ve (ii) iradenin açıklanması sırasında cereyan eden, açıklama ile gerçek irade arasındaki tutarsızlıklardan kaynaklanan "açıklamada yanılmalar" girmektedir. Oysaki işlem iradesinin oluşumuna yol açan belirli olgulara ilişkin saikler, esaslı yanılma teşkil etseler dahi, bir şeyin ya da kişinin niteliğinde yanılma şeklinde ortaya çıkmadıkça işlemin içeriğine giremeyecekleri (ve böylece işlem içi yanılma olamayacakları) için, diğer bir deyişle irade açıklamasının içeriğinde bulunamayacakları için, irade "açıklamasında" sakatlık da oluşturamayacaklardır (sözleşme içeriği konusunda bkz. aş. 1. Bölüm, IV, A, 3.; nitelik yanılması konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, d.). Özetle, irade açıklamasında sakatlık terimi, işlem içi yanılma olmayan saikte yanılmaları kavramsal açıdan kapsamaya elverişli olmadığı için tercih edilmemelidir.

¹³ Klausberger, **a.g.e.**, s. 2; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 342; Arthur Meier-Hayoz, **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag**, Aarau: Sauerländer, 1948, s. 147; dolaylı olarak Bucher, **AT**, s. 193; Eren, **BG**, s. 392.

¹⁴ Bu konuda bkz. aş. 1. Bölüm, IV, A, 2, a.

sokulması sırasında, farkında olmadan açıklamanın gerçek iradede sapmasına neden olarak, açıklamada yanılma görünümünde olabilecektir.

Bu açıklamalardan özetle ve sonuç olarak, (dar anlamda) irade bozukluğu kavramı; ya hukuki sonuca yönelmiş iradenin, oluşum aşamasında hukuka aykırı bir etkiyle (aldatma ve korkutma) veyahut bu tür bir etki söz konusu olmaksızın, salt belirli olgulara ilişkin yanlış tasavvurlar nedeniyle (saikte yanılma) bozulması ya da belirli içerikte oluşturulmuş iradenin, dışarıya (muhataba) açıklanırken gerçek iradeyle olan uygunluğunu kaybetmesi (açıklamada yanılma) şeklinde tanımlanabilir.

Çalışmanın konusu sözleşmenin kurulmasında yanılma olmakla birlikte, Medeni Hukuk sözleşmeleri, doğurdukları hukuki sonuçlar açısından Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku ve Aile Hukuku alanına dahil olabildikleri için, bu noktada, çalışma konusunun sınırlandırılması ihtiyacı doğmaktadır. Zira bahsedilen alanlardaki sözleşme tipleri, irade bozuklukları söz konusu olduğunda, dokularına özgü farklılıklar gösterebilecek olmaları nedeniyle, yanılma kurumunun her bir hukuk alanındaki etkileri ve sonuçları ayrı birer tez konusu olacak niteliktedir. Dolayısıyla, çalışma boyunca yapılacak incelemeler, öne sürülecek görüşler, tezler ve çıkarılan sonuçlar esas olarak Borçlar Hukuku alanındaki sözleşmeler kapsamında olacaktır. Sözleşmenin kurulmasında yanılma halleri ve bunun sonuçları ele alınacağı için, tek taraflı hukuki işlemler de prensip olarak bu tezin çerçevesi dışında bırakılacaktır. Kuşkusuz genel atıf kuralı TMK m. 5 vasıtasıyla, TBK'daki yanılma hükümlerinin, bu konuda özel hüküm bulunmayan diğer hukuki işlemlere de bünyelerine uygun düştüğü oranda uygulanması mümkündür. Bu nedenle, tezde incelenen hususlar, diğer hukuki işlemler açısından da önem arz edebilecektir.

II. Yanılmanın Tarihi Gelişimi

A. Roma Hukukunda Yanılma

1. Genel Olarak: Roma Sözleşme Hukukunun Temel Özellikleri ve Yanılma ile Bağlantıları

Bilindiği üzere, günümüzdeki birçok Kıta Avrupası ülkelerinin özel hukuk sistemlerine Roma hukuku kaynaklık etmektedir. Bu durum, esas olarak Roma hukukunun 13. yy.'dan itibaren başlayan Batı Avrupa'ya iktibasından kaynaklanmakla beraber, dinamik bir gelişim çizgisi içinde, Roma hukukunun ortak hukuk olarak

yüzyıllar boyunca çağın gereklerine uyarlanarak uygulanmasıyla ve Romanist ve Pandekt hukukçuların çalışmalarıyla meydana gelmiştir¹⁵. Hatta daha üstten ve bütünsel bir bakışla denilebilir ki, bugünkü Kıta Avrupası özel hukuku, ortaçağın ve modern Pandekt hukukunun öğreti ve uygulamalarının filtresinden geçmiş *Iustinianus* hukukuna (*Corpus Iuris Civilis*'e) dayanmaktadır¹⁶. Türk hukukunun Roma hukukuyla bağlantısı ise, 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) iktibas edilmesiyle oluşmuş ve böylelikle Türk hukuku, Roma-Germen hukuk ailesine katılmıştır¹⁷.

Bu bağlamda, “yanılma” kurumunun ve hatta genel çerçeve içinde “irade bozuklukları”nın kavramsal, yapısal ve normatif anlamda etraflıca anlaşılabilmesi için, bu kurumların kaynağını teşkil eden Roma hukuku ve Ortak Hukuk (*Ius Commune*)¹⁸ kaynaklarının ve buna ilişkin doktrinin incelenmesi adeta bir

¹⁵ Paul Koschaker, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, çev.: Kudret Ayiter, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 37; Andreas Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, çev.: Türkan Rado, İstanbul 1963, s. 11 vd.; Özcan Karadeniz Çelebicin, **Roma Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 83; Bazı yazarlar, iktibası (*reception*), Roma hukukunun Bologna Hukuk Okulu tarafından tekrar gün yüzüne çıkarılıp araştırılması sürecinin başlangıcı olan 12. yy. olarak kabul etmektedirler. Bu konuda bkz. Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 1 vd.; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Tıpkı Basım, İstanbul: Beta, 2010, s. 126 vd.; Manfred Harder, “Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1973/173, s. 209-226, s. 209 vd.

¹⁶ Umur, **a.g.e.**, s. 139.

¹⁷ 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907*) Eugen Huber önderliğinde kodifiye edilmesi sürecinde, tarihi sebeplerden dolayı, büyük ölçüde kantonlarda uygulanan ulusal hukuklar dikkate alınmıştır. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (*Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881*) ise esas itibariyle üç kaynaktan hareketle hazırlanmıştır: *Bluntschli* tarafından 1853-1855 yılları arasında kaleme alınmış olan Zürih Kantonu Medeni Kanunu, 1861 tarihli Alman Genel Ticaret Kanunu ve 1866 tarihli Alman Borçlar Kanunu Tasarısı (Dresden Tasarısı) (bkz. Pascal Pichonnaz, “Switzerland”, **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, edited by Jan. M. Smits, 2. Edition, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, s. 852-861, s. 852; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 23 N. 1; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Cilt 1-2)**, çeviren: Cevat Edege, İstanbul: Olgaç Matbaası, 1983, s. 3). Hem 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu hem de bu kanunun İsviçre Medeni Kanunu'na uyarlanması ve tadili amacıyla yapılan 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu, büyük oranda 19 yy. Pandekt hukukuna ve dolayısıyla önemli ölçüde Roma hukukuna dayanmaktadır (Pichonnaz, **a.g.e.**, s. 852 vd.; von Tuhr, **BG**, s. 3, 4; Karadeniz Çelebicin, **a.g.e.**, s. 14, 15; Oğuzman Kemal / Barlas Nami, **Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 21. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, N. 34). Şu an uygulanmakta olan İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, 1.1.1912 tarihinde aynı anda yürürlüğe girmiştir.

¹⁸ *Iustinianus*'un ölümüyle (M.S. 565) sona eren Son İmparatorluk (ya da Post Klasik Hukuk) Dönemi'nden sonra Batı Avrupa için atıl hale gelerek adeta gölgeleşen Roma hukuku, 12 yy.'da Bologna Hukuk Okulu çatısı altında *glossatorlar* ve daha sonra 13. yy.'da *postglossatorların* (*kommentatorlar*) Roma hukukunu tekrar canlandırarak *Iustinianus* külliyatına ilişkin çalışmalarıyla tekrar gün yüzüne çıkmıştır. Bu andan itibaren, Roma hukuku kaynaklarının zamanın ihtiyaçlarına uygun olarak kavramsallaştırılması ve tutarlı bir hukuki temel yaratma adına sistemleştirilmesi çalışmaları neticesinde de, Roma hukuku, Avrupa'da Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'na dahil ülkelerde yerel hukukların yanında tali olarak uygulanmaya başlamış ve

zorunluluktur. Dolayısıyla, bu bağlamda modern sistemlerde kabul edilen yanılma hükümlerinin arka planına ışık tutulurken, ilk olarak, Roma hukukunun inceleme konumuzla ilgisi olabilecek ve onu etkileyebilecek temel özelliklerine bakılacak ve ardından çember daraltılarak, Roma hukukunda yanılma kurumu incelenecektir.

Başlarken ilk adımda belirtilmesi gereken temel özellik şudur: Romalı hukukçular, gerek Eski Hukuk Dönemi'nde (eski *Ius Civile*), gerek Klasik ve gerekse Post Klasik Hukuk dönemlerinde olsun, hukuki kurumlara ilişkin belirli bir çerçevesi olan doktrinler oluşturmamışlardır¹⁹. Başka bir anlatımla, toplumsal davranış kurallarını hukuksallaştırırken, genel olarak sorunlara teorik bakışla yaklaşmamışlar, bunun yerine sonuç odaklı ve pratik çözümler getirmeyi yeğlemişlerdir. Gerçekten de, Roma hukuku kaynaklarına bakıldığında, belirli ancak yetersiz bazı kategoriler dışında, esas olarak bireysel olaylara ilişkin hususların incelenerek bunlara ilişkin karar ve görüşlerin aktarıldığı ve hukuki çözümlerin ise kazuistik yöntemle ifade edildiği görülmektedir²⁰. Diğer taraftan modern hukuk sistemlerinde yer alan birçok kökleşmiş özel hukuk kurumları ise, yöntem olarak esas itibariyle olay hukukçuluğuna dayanan Roma hukuku kaynaklarının Ortak Hukuk boyunca (özellikle şu üç doktrinin katkılarıyla; 16. yy.-18. yy. arası *Usus Modernus*

“Ortak Hukuk” (*Ius Commune*) adını almıştır. Diğer bir deyişle, 13 yy.’dan itibaren Roma hukukunun Avrupa ülkelerine iktibası (*reception*) ile ortak hukuk olarak uygulanan Roma hukuku, 19 yy.’daki ulusal kodifikasyonlara kadar yürürlükte kalmıştır. Bu noktada yeri gelmişken, metinde ve dipnotlarda yer yer kullanılacak olan Pandekt hukuku kavramının açıklanması gerekir: Bu kavramın iki anlamı bulunmaktadır; ilki 1495 yılında Alman İmparatorluk mahkemelerinin Roma hukukuna göre karar verileceğini resmi olarak kabul etmesiyle başlayan *Ius Pandectarum* (yani, Ortak Hukukun Alman devletlerinde çağın gereklerine uygun olarak uygulanmasına verilen isimle *Usus Modernus Pandectarum*) ve ikincisi de 19. yy. Tarihçi Hukuk Okulu yazarlarının Roma hukukuna ilişkin incelemeleri ve çalışmalarıyla oluşturdukları dar anlamda Pandekt hukuku, yani Pandekt hukuk bilimidir (Roma hukukunun günümüze kadarki tarihi gelişim evreleri hakkında açıklamalar için bkz. Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 73 vd.; Umur, **a.g.e.**, s. 121 vd.; Peter Stein, **Roman Law in European History**, Cambridge University Press, 2004, s. 3 vd.; Catharine MacMillan, **Mistakes in Contract Law**, Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 27 vd.; Eşref Küçük, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve Yeniden Doğan Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, **AÜHFD**, C. 56, S. 4, 2007, s. 111-122, s. 115 vd.).

¹⁹ Umur, **a.g.e.**, s. 140; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 561; Harder, **a.g.m.**, s. 210; MacMillan, **a.g.e.**, s. 16, 17.

²⁰ Koschaker, **a.g.e.**, s. 61; Umur, **a.g.e.**, s. 140; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations – Roman Foundations of Civilian Tradition**, Oxford: Clarendon Press, 1996, s. 561; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, çeviren: Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 79. Ancak bu demek değildir ki, Romalı hukukçular meselelere mantıksal ve analitik bir yöntemle yaklaşmamışlardır. Bilakis, kaynaklara bakıldığında, onların Yunan medeniyetlerinden edindikleri hukuki akıl yürütme tekniklerini tutarlı bir şekilde uyguladıkları görülmektedir. Belki de bu denli pratiğe yönelik akıl yürütme teknikleri ve tutarlı bilimsel yöntemleri olmasaydı, sosyo-ekonomik yapısı itibariyle ilkel üretim biçimleri için öngörülmuş bir hukuk külliyatının, yüzyıllar sonrasında hâlâ birçok hukuki kuruma kaynaklık etmesi ve özel hukuk için iskelet görevi görmesi bu kadar kolay açıklanamazdı.

Pandectarum, 17. ve 18. yy. Doğal Hukuk Okulu ve 18. yy.-19. yy. Tarihçi Hukuk Okulu) soyutlanarak ve günün gereklerine uydurularak sistemleştirilmesinin bir sonucudur. Bu bağlamda, özelden genele doğru örnek vermek gerekirse; irade açıklaması, hukuki işlem (özellikle borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi) ve bugünkü anlamıyla öneri ve kabulden oluşan sözleşme kavramları, büyük oranda Doğal hukukçuların ve 19. yy. Pandekt hukukçuların katkılarıyla ortaya çıkmıştır²¹. Bu bağlantıda belirtmelidir ki, bu çalışmada Roma hukuku ve Ortak Hukuka ilişkin kurumları analiz ederken, farkların ve benzerliklerin daha açık şekilde belirmesi adına, bugün alışık olduğumuz ve kullandığımız kavramlarla çalışılacaktır.

Modern sözleşme teorisinde, hukuki işlem, insanların ekonomik ve sosyal gereksinimlerinin giderilmesi amacı doğrultusunda mal ve hizmetlerin değişiminde kullanılan soyut bir hukuki araçtır. Hukuki işlemin hukuki sonucu doğurması ise, hukuk düzenin bunu uygun bulmasının yanında, esas olarak irade özerkliği temelinde gerçekleşen irade açıklamasının sonucudur. Roma hukukuna bakıldığında ise, bugünkü anlamda teorileştirilmiş bir irade açıklaması kavramına rastlanılmamasının nedeni, o dönemde irade ve iradenin açıklanmasının bir bütün olarak kabul edilmesidir²². Bugün kabul ettiğimiz bu ayrımı, doğal hukukçuların sözleşmeyi iki ayrı irade açıklaması olarak görmelerine ve daha sonra Pandekt hukukçuların bunu geliştirmelerine borçluyuz²³.

Öte yandan, her ne kadar Roma hukukunda hukuki açıdan önem taşıyan *negotium* ve *actus* kavramlarına²⁴ rastlansa da, bunlar, bugünkü anlamda “hukuki işlem” kavramından uzak olup, daha çok ekonomik anlamdaki işlemleri karşılamak

²¹ Modern sözleşme hukukuna ilişkin teorilerin birçoğunun, deyim yerindeyse *Corpus Iuris Civilis*’de uyuklamakta (*in posse*) ve kavramsallaştırılmayı beklemekte olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu konuda bkz. Zimmermann, **a.g.e.**, s. 561.

²² Bülent Tahiroğlu / Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2005, s. 209; Nils Jansen / Reinhard Zimmermann, “Vertragsschluss und Irrtum in europäischen Vertragsrecht, Textstufen transnationaler Modellregelungen”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 2010/210, s. 196-250, s. 229; Bülent Tahiroğlu / Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Pratik Çalışmaları - Meseleleri**, 1. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2014, s. 271; Yusuf Büyükkay, **Roma Borçlar Hukukunda Hata**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 29.

²³ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 567, 613; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 29. Roma hukukunda, bugünkü anlamda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımı da bulunmamaktadır (bkz. Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 174, dn. 102; Koschaker, **a.g.e.**, s. 55).

²⁴ D.45.1.83’de “*stipulatio borçlusu ile alacaklı arasında bir hukuki muamele yapılmıştır*” (Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 168, dn. 89).

için kullanılan genel ve renksiz tabirlerdir. Hukuki işlemin²⁵ sözleşme kavramından soyutlama yoluyla ortaya çıkışı ise, 18 yy'daki Doğal hukukçulara dayanmakla beraber, bu kavram esas olarak 19 yy.'daki Pandekt hukukçuların katkılarıyla bugünkü halini almıştır²⁶.

Roma hukukunda, bugünkü gibi çeşitli kavramsal katmanlar içeren bir sözleşme kavramı da bulunmamakta, bunu yerine, sözleşme görevi gören “*contractus*” tabiri kullanılmaktadır. *Contractus*, kısa bir ifadeyle, *Ius Civile* tarafından hukuki koruma sağlandığı (*actio in personam* tanındığı) için hüküm ve sonuçlarını doğuran işlem olarak kabul edilmektedir²⁷. Bu itibarla, her hukuki sonuca yönelen işlem hak ve borç doğurmamakta, ancak *Ius Civile* tarafından belirlenmiş olan kategorilere dahil olarak hukuki sonuca yönelmiş işlemler *contractus* adını almakta ve hukuki korumaya sahip olmaktadır. Bu noktada denilebilir ki, Roma hukukunda soyut bir sözleşme kavramı olmayıp, pratik sonuçlardan hareketle oluşturulmuş belirli sözleşme tipleri bulunmaktadır (satım, kira, vekâlet, kullanım ödöncü vb.)²⁸.

²⁵ Hukuki işlem, doktrinde yapılan benzer tanımlardan hareketle şu şekilde tanımlanabilir: Hukuk düzeninin tanıdığı sınırlar içerisinde, bir veya birden çok kişinin hukuki sonuçlara yönelik irade açıklamalarından oluşan hukuka uygun fiildir (bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 23; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 143; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 87; Eren, **BG**, s. 119; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1089; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 97; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 119). Daha kısa bir tanımla, hukuki işlem, hukuki sonuçların gerçekleşmesine yönelen işlemdir (bkz. Dieter Medicus / Jens Petersen, **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. Auflage, Heidelberg: Müller, 2016, N. 175).

²⁶ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 567 vd.; Koschaker, **a.g.e.**, s. 53; Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 168; Umur, **a.g.e.**, s. 334, 335; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 192; Serozan, **Medeni**, s. 313; Bu süreçte, hukuki işlem kavramı; sırasıyla 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu (ALR), 1804 Fransız Medeni Kanunu (CC), 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) ve nihayetinde 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB) metinlerinde yerini almıştır. Bu konuda ayrıca bkz. Şebnem Akipek, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, **AÜHFD**, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 269-292, s. 271 vd.

²⁷ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 563; Max Kaser / Rolf Knütel, **Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch**, 19. Auflage, München: C.H. Beck, 2008, s. 176; Umur, **a.g.e.**, s. 334; Rado, **a.g.e.**, s. 15 ve 42; Stein, **a.g.e.**, s. 8. Bu noktada şöyle bir çıkarım yapılabilir: Roma hukukunda, aslında hak mevcut olduğu için yaptırım değil, yaptırım (*actio*) tanındığı için hak vardır (Umur, **a.g.e.**, s. 149).

²⁸ Umur, **a.g.e.**, s. 186; Werner Flume “Irrtum und Rechtsgeschäft im Römischen Recht”, **Festschrift Fritz Schulz**, Band I, Weimar: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1959, s. 209-252, s. 435; George Mousourakis, **Fundamentals of Roman Private Law**, Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, s. 187; W. L. Burdick, **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**, New York: Clark The Lawbook Exchange, 2004, s. 431 vd.; MacMillan, **a.g.e.**, s. 13. Bu kategoriler genel başlık olarak; rizai sözleşmeler, ayni sözleşmeler, yazılı sözleşmeler ve sözlü sözleşmelerdir (Mousourakis, **a.g.e.**, s. 188; Rado, **a.g.e.**, s. 44 vd.). *Contractus* dışında kalan ve fakat hukuki sonuca yönelmiş olmasına rağmen, *actio* tanınmadığı için hüküm ve sonuçlarını doğurmayan sözleşmelere ise *pactum* denilmekteydi. *Pactum*’lar, ancak Cumhuriyet Dönemi’nin sonundan itibaren *praetor*’ların hakkaniyet temelindeki katkılarıyla ve dönem dönem İmparator *constitutio*’larıyla hukuki koruma kazanarak hak ve borç doğurmuşlardır. Büyükkay, **a.g.e.**, s. 25,

Hâlbuki modern sözleşme hukukunda, sözleşme serbestisi ilkesi (ve şekil serbestisi) geçerlidir²⁹. Buna göre, taraf iradelerinin (hukuk düzeni tarafından belirlenen sınırlara bağlı olarak) hukuki sonuçlara yönelmiş olması, kural olarak hak ve borçların doğması için yeterli olmaktadır. Yani, tarafların geçerlilik şartlarına uygun olarak hukuki sonuç üzerinde anlaşmış olmalarıyla, sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu farkın temel nedeni ise, Roma hukukunun ilk dönemlerinde (özellikle Eski Hukuk Dönemi'nde) benimsenmiş olan katı şekilci (formalizm) anlayıştır³⁰. Buna göre, hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, ya belirli sembolik hareketlere, sözlere ve törenlere uyulması ya da işlemin diğer tarafına bir şeyin verilmesi gerekir. Farklı bir anlatımla, sözleşmenin geçerli olabilmesi için iradenin öngörölmüş sabit şekillerle açıklanması öngöröldüğünden, hukuki sonucun doğması, salt tarafların karşılıklı ve uygun iradelerine bağlı değildir. Öyle ki, tarafların gerçek iradelerinin hukuki anlamda hiçbir önemi bulunmamakta, hukuki sonucun doğumunda tek belirleyici ölçüt, sözlü şekle uyulmasıdır³¹. Bu bakımdan, *Ius Civile*'deki katı şekilci tutum, salt iradelerin uyuşmasını hak ve borçların doğması için yeterli görmemektedir. Ayrıca bu şekilci anlayış, irade açıklamalarının yorum tarzını da belirlemiştir. Yani, irade açıklamalarının yorumunda mutlak objektif bir anlayış geçerli kabul edilmiş ve böylelikle, açıklamanın "herkes için olan anlamı" esas alınmıştır³².

İşte tarihe tam da bu noktadan bakıldığında, yanılmanın (daha genel tabirle irade bozukluklarının) artık hukuken önem kazanacağı bir dönüm noktasına geldiği görölmektedir. Bu da, *Ius Civile*'nin kabul ettiği şekilciliğin aşılmaya başlanmasıdır

26; Rado, **a.g.e.**, s. 43. Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 195; Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 175, 176.

²⁹ İrade özerkliği ve bunun sözleşmelerdeki görünümü olan sözleşme özgürlüğü hakkında bkz. aş. 1. Bölüm, IV, A, 1.

³⁰ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 549; Burdick, **a.g.e.**, s. 431, 432; Umur, **a.g.e.**, s. 188; Rado, **a.g.e.**, s. 43; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 61. Bu şekilci anlayışın tarihi temeli, Roma'nın eski zamanlarında hukuk uygulamasına din adamlarının hâkim olmasına dayanmaktadır. Bu dönemde, dini ritüellerde görölen sembolik ve merasimli üslubun, hukuki işlemler için de kullanılması gerektiği yönünde bir anlayış bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 180, dn. 108; Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, S. VIII, No. 1-2, s. 75-93, s. 77.

³¹ Koschaker, **a.g.e.**, s. 57, 58; Burdick, **a.g.e.**, s. 431, 432; Kaser / Knütel, **a.g.e.**, s. 178; Hans Brox, **Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung: ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung**, Karlsruhe: Müller, 1960, s. 28, 29; Rado, **a.g.e.**, s. 43; MacMillan, **a.g.e.**, s. 13.

³² Zimmermann, **a.g.e.**, s. 622; Koschaker, **a.g.e.**, s. 59; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 222.

ki; bu süreç, yanılmanın Roma hukukunda hukuki anlamda kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu sürecin ilk basamakları, Roma'nın Pön Savaşları'ndan galip çıkarak sınırlarını genişletmesi sonucunda, ticaretin gelişmesi ve alışveriş hayatına dahil olan yabancıların çoğalması nedeniyle, Cumhuriyet Dönemi'nde (M.Ö. 242) kurulan yabancılar *praetorluğunun* (*praetor peregrinus*) yargılama faaliyetleri sonucu oluşan "*Ius Gentium*" ve şehir *praetor*'larının (*praetor urbanus*) yarattığı hukuk olan "*Ius Honorarium*"dur. Bu iki gelişmenin yarattığı ortamda, hukuki işlemlerin artık şekle bağlı olmaktan çıkarak, sadece iradelerin uyuşmasıyla da hak ve borç doğurabilecekleri kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, Klasik Hukuk Dönemi'ne gelindiğinde, *praetor*'ların katkılarıyla ve *Ius Gentium*'un etkileriyle, artık şekle bağlı olmayan hukuki işlemlerin de hüküm ve sonuçlarını doğurabilecekleri anlayışı *Ius Civile*'de yerleşmiştir³³.

Bunun doğal sonucu olarak da, Krallık ve Cumhuriyet Dönemi'nde geçerli olan açıklama ilkesi (teorisi) terkedilmiş; bunun yerine, hukuki işlemin taraflarının gerçek iradelerinin önem kazandığı "irade ilkesi" geçmiştir³⁴. Klasik Hukuk Dönemi'nde, hukuki işlemler alanında iradenin (*animus*) başat unsur olmaya başlamasıyla, "rızaî sözleşmeler"³⁵ de Roma hukuk sistemine dahil edilmiştir. Yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğine etki etmesi de, tam da bu gelişmeye koşut olarak ortaya çıkmıştır³⁶. Zira katı bir formalizmin egemen olduğu hukuki işlemde önemli olan, sadece dışarıya karşı yapılan açıklama olduğundan, iç iradenin hukuken göz ardı edilmesi de kaçınılmazdır.

³³ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 624; Umur, **a.g.e.**, s. 188; Rado, **a.g.e.**, s. 43.

³⁴ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 627; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 192; Brox, **a.g.e.**, s. 30; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 222.

³⁵ Bu tür sözleşmelerde, iradelerin uyuşması (*consensus*) hukuki sonuçların doğması için yeterli olmakta, iradenin belirli bir şekilde açıklanma zorunluluğu bulunmamaktadır (Umur, **a.g.e.**, s. 355; Rado, **a.g.e.**, s. 46). Hemen belirtelim ki, bu tür sözleşmelerin, *praetor*'ların somut olay adaletini dikkate alarak, yargıçlara geniş takdir yetkisi tanıdığı iyiniyet davalarıyla (*iudicia bonae fidei*) korunmuş olması da, açıklamadan (*verba*) iradeye (*voluntas*) gidişin önemli bir göstergesidir (Zimmermann, **a.g.e.**, 622). Rızaî sözleşmeler, satış, hizmet, kira, eser, şirket ve vekâlet sözleşmelerinden oluşmaktadır (Burdick, **a.g.e.**, s. 391; rızaî sözleşmelerin özellikleri için bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 355 vd.; Rado, **a.g.e.**, s. 46 vd). Bu kapsama giren sözleşmelere, ayrıca *bonae fidei* sözleşmeler de denilmektedir. Buna göre, sayılan sözleşme tiplerinde, tarafların her zaman dürüstlük kuralı çerçevesinde kendilerinden makul olarak beklenebilecek davranışlarda bulunmak zorunda oldukları kabul edilmektedir (Mousourakis, **a.g.e.**, s. 189; Burdick, **a.g.e.**, s. 391; Kaser / Knütel, **a.g.e.**, s. 179). Doktrinde, her ne kadar bu tür sözleşmeler için, iyiniyete dayanan sözleşmeler tabiri kullanılmakta ise de, bundan bugün kullandığımız şekilde dürüstlük kuralını (objektif iyiniyet) anlayabiliriz (Kaser / Knütel, **a.g.e.**, s. 178, 179; Rado, **a.g.e.**, s. 36, 37). Güven ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. aş. I. Bölüm, IV, B.

³⁶ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 599; William Warwick Buckland, **Elementary Principles of The Roman Private Law**, Buffalo, New York: W. S. Hein & Co., 2003, s. 199; MacMillan, **a.g.e.**, s. 14.

Buna bağılı olarak da, ne iç iradenin oluşumuna etki eden saiklerin gerçek duruma uygun olmaması, ne de iç irade ile açıklama arasında ortaya çıkan uygunsuzluk dikkate alınacağından, bugünkü anlamda yanılma kurumuna da gerek kalmamaktadır.

Sözleşmelerin geçerliliğinde asıl belirleyici olanın “iradelerin uyuşması” (irade ilkesi) olduğunun kabul edilmesi, aynı zamanda, açıklamalar (şekle bağılı olarak ya da olmayarak) görünürde birbiriyle uygunluk içinde olsa dahi, eğer tarafların gerçek iradeleri uyuşmuyorsa, o işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuramayacak olması demektir. Yani, irade açıklamasının anlamı, açıklamayı yapanın buna verdiği anlama göre tespit edilecektir³⁷. Böylelikle, sözleşmenin kurulmasında artık “*errantis voluntas nulla est*” (yanılanın iradesi hükümsüzdür) anlayışı geçerli olmaya başlamıştır³⁸. Şu halde, bir sözleşme ilişkisinde, bir tarafın hukuki sonuca yönelik gerçek iradesi ile açıklaması arasında bir tutarsızlık bulunduğu durumlarda, açıklamanın yorumu, onun gerçek iradesine göre yapılacağından; karşı taraf, ilk açıklamaya uygun olarak iradesini açıklamış olmasına rağmen, hukuki işlem geçersiz olacaktır. Zira tarafların gerçek iradeleri birbirleriyle uyuşmamaktadır. Şu durumda, Klasik Hukuk Dönemi’nden itibaren Roma hukukunda yanılma, iradelerin uyuşmasını (*consensus*) ortadan kaldırarak “*dissensus*”a yol açan ve böylelikle işlemi kendiliğinden hükümsüz³⁹ kılan hukuki olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla,

³⁷ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 587; Flume, **Römisches Recht**, s. 418; Büyükay, **a.g.e.**, s. 51, 52.

³⁸ Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 23-31 OR**, Bern: Stämpfli, 2013, Vorbem. Art. 23-27 N. 4; MacMillan, **a.g.e.**, s. 14. Keza “yanılanlar anlaşmış olmaz” ilkesi de bu anlayışın farklı bir ifadesidir (Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri**, s. 271).

³⁹ Hukuki işlemin geçerlilik şartlarında bir eksiklik bulunması durumunda, o işlem, genel bir başlıkla “hükümsüz” (geçersiz) sayılmaktadır. Geçerlilik şartlarından hangisinin eksik olduğuna göre değişen ve bu eksikliğin hukuki sonucunun yoğunluğuna göre tasnife tabi tutulan hükümsüzlük halleri, bünyesinde; kesin hükümsüzlük (butlan), iptal edilebilirlik, askıda hükümsüzlük, nispi hükümsüzlük, eksik geçerlilik, esnek hükümsüzlük gibi çeşitli hükümsüzlük türlerini bulundurmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 580 vd. Serozan, **Medeni**, s. 386 vd.; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 733 vd.; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1152 vd.). Yokluk kavramının bir hükümsüzlük türü olup olmadığı konusunda ise, doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bizim de dahil olduğumuz birinci görüşe göre, yokluk, geniş anlamıyla hükümsüzlük halleri içinde değerlendirilmelidir (Serozan, **Medeni**, s. 386; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 736; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1152, 1153; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 27 vd.; dolaylı olarak Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 11 N. 1). İkinci görüşe göre ise, ortada hukuken varlık kazanmış herhangi bir işlem olmadığı için, yokluğun hükümsüzlük kavramı altında ele alınmaması gerekir (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 578).

Bu açıklamalar ışığında, Roma hukukunda yanılmaya bağlanan yaptırım bugünkü terminolojiyle nitelenmek gerekirse, burada aslında bir yokluk halinin bulunduğu bahsedilecektir. Zira Roma hukukunda, esaslı yanılma halinde, sözleşme *dissensus* nedeniyle hukuken varlık kazanmamış olduğundan, herhangi bir hak ve borç doğmamaktadır. Bu da, modern anlamdaki yokluk yaptırımını karşılamaktadır. Ancak hemen işaret edelim ki, Roma hukukunda (istisnai hallerde söz

Roma hukukunda yanılma, irade ile açıklama arasında bir uygunluk ya da uygunsuzluk sorunu olarak görülmemiş, iradelerin uyuşmasını engelleyen, diğer bir deyişle *dissensus* yaratan bir sebep olarak telakki edilmiştir⁴⁰.

Oysaki İsviçre-Türk hukukuna bakıldığında, yanılmanın hukuken dikkate alınması ve işlemin geçerliliğini etkilemesi için, öncelikle sözleşmenin kurulmuş olması, diğer bir anlatımla irade açıklamalarının birbiriyle uyuşmuş olması lazımdır⁴¹. Hiç kuşkusuz, bu farkın ortaya konulmasında belirleyici olan husus, bugün için irade açıklamalarının yorumunda kabul edilmiş olan ve açıklama muhatabının da haklı güvenini gözetilen güven ilkesidir.

Öte yandan, dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli fark da, İsviçre-Türk hukukunda yanılmaya özgülünen yaptırım, yanılmanın kararına bağlı bir iptal edilebilirlik iken; Roma hukukunda, işlemin kendiliğinden hükümsüz sayıldığı görülmektedir. Buna karşılık, diğer dar anlamda irade bozuklukları halleri olan aldatma ve korkutmada ise durum böyle değildir. Zira hem aldatmada hem de korkutmada, iradenin oluşum evresine hukuka aykırı bir etkiyle müdahale edilmekte ve fakat iç irade ile açıklama arasında bir uygunsuzluk söz konusu olmamaktadır. Bunun sonucunda da, sözleşme ilişkisine giren tarafların iradeleri uyuşmaktadır ve

konusu olan iptal edilebilirliği dışarıda tutarsak) bugünkü anlamda belirli bir hükümsüzlük teorisi ve çeşitli hükümsüzlük kategorileri söz konusu değildir. Dolayısıyla, yeknesak bir hükümsüzlük anlayışı geçerli olduğundan ve buna bağlı olarak, yokluk ile kesin hükümsüzlük ayrımı yapılmadığından (Umur, **a.g.e.**, s. 204; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 679; Harder, **a.g.m.**, s. 209, 210), eğer ilk görüş takip edilirse, burada yanılma içeren sözleşmenin yokluğu yerine, genel bir ifadeyle hükümsüz olduğundan söz edilmesinde sakınca yoktur (keza Roma hukukuna ilişkin çoğu eserde de bu tercih edilmektedir. Bkz. Buckland, **a.g.e.**, s. 196; Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 212; Umur, **a.g.e.**, s. 207, 208). Şayet ikinci görüş kabul edilecekse, burada doğrudan yokluk ifadesi kullanılmalıdır. Ancak, biz tez boyunca “hükümsüzlük” (geçersizlik) kavramını “dar anlamda”, yani kesin hükümsüzlük anlamında değil, tüm hükümsüzlük hallerini kapsayacak şekilde “geniş anlamda” kullanmayı daha uygun gördüğümüzden, Roma hukukunda esaslı yanılmaya bağlanmış hukuki sonucun (kendiliğinden meydana gelen) “hükümsüzlük” olduğunu söylemek yeterli olacaktır. Hukuki işlemlerin (dolayısıyla sözleşmelerin) hükümsüzlüğü konusunda geniş bilgi için ayrıca bkz. Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 733 vd.; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 578 vd.; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1152 vd.

⁴⁰ Buckland, **a.g.e.**, s. 196; Burdick, **a.g.e.**, s. 400; Jansen / Zimmermann, **a.g.m.**, s. 229; Eugen Bucher, “Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz, Zugleich Besprechung der Materialien-Edition zum schweiz. Handels- und Obligationenrecht von Urs Fasel”, **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)**, Heft 2, 2003, s. 353-374, s. 365; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27, N. 5; MacMillan, **a.g.e.**, s. 15; *Iulianus* D.2.1.15; “yanılanlar anlaşmış olamaz” (Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 212); *Ulpianus* D.50.17.116.2.

⁴¹ Bu konuda bkz. 1. Bölüm, IV, B, 2.

dolayısıyla *dissensus* yaratacak bir olgu gündeme gelmemektedir. Bu bakımdan, Roma hukukunda hem aldatmada hem de korkutmada sözleşme kuralı olarak geçerlidir⁴².

Ancak Cumhuriyet Dönemi sonlarına gelindiğinde, bu tür irade bozukluklarına maruz kalan kimseler, *praetor*'ların hakkaniyet ekseninde yarattıkları çeşitli hukuki imkanlarla korunmaya başlamışlardır. Tezin sınırlarını aşmaması endişesiyle, bu imkanları ismen belirtmek gerekirse; (i) aldatma (*dolus*) için, *actio doli* (hile davası), *exceptio doli* (hile defii) ve *restitutio in integrum* (eski hale iade, diğer bir deyişle sözleşmenin *ex tunc* ortadan kaldırılması); (ii) korkutma (*metus*) için, *actio metus* (korkutma davası), *exceptio metus* (korkutma defii) ve *restitutio in integrum* söz konusu olmaktadır. Şu halde denilebilir ki, Roma hukukunda aldatma ve korkutmanın işlemin iptali sonucunu doğurması (*rescissio*), *praetor*'ların katkılarıyla ortaya çıkmıştır⁴³.

Gerek Ortak Hukuk döneminde gerekse modern dönemde olsun, Roma hukukunda yanılma kurumunu inceleyen bir araştırmacıyı çeşitli kavramsal zorluklar

⁴² Buckland, **a.g.e.**, s. 196; Burdick, **a.g.e.**, s. 395; Bucher, **Entwicklung**, s. 365; Umur, **a.g.e.**, s. 207; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 233. Bazı kaynaklarda, Klasik Hukuk Dönemi'nden önce, aldatmanın kural olarak hukuki işlemin geçerliliğini etkilemediği, sadece esaslı yanılmaya neden olması halinde hukuki işlemi hükümsüz hale getireceğinden bahsedilmektedir (bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 207, 208; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 233; Zekeriyâ Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 2003, s. 8). Kanaatimizce bu çıkarım, şu sebeple ayrıca açıklanmaya muhtaçtır. Şöyle ki, yukarıda da aktarıldığı üzere henüz formalizmin egemen olduğu Krallık ve Cumhuriyet Dönemlerinde, hukuki işlemin geçerliliği için gerekli olan tek unsur, hukuki işlemin şekle uygun olmasıdır. Bunun doğal sonucu da, kişinin iradesine ilişkin her türlü bozukluğun göz ardı edileceğidir. O halde, henüz şekilciliğin aşıp iradenin ön plana çıkmadığı, rızai sözleşmelerin Roma sözleşmeler sistemine girmediği ve dolayısıyla yanılmanın dikkate alınmadığı bir zaman diliminde, aldatma neticesinde bir esaslı yanılma ortaya çıksa dahi, söz konusu aldatmanın işlemi geçersiz kılabileninden bahsetmek isabetli değildir. Kaldı ki, o dönemlerde henüz yanılmanın esaslı olup olmadığı dahi tartışılmamıştır. Ayrıca esaslı yanılma kavramı, bünyesinde ayrıca saikte yanılmayı da barındırdığı ve bu yanılma türünün Roma hukukunda hukuken korunmadığı (*error substantia* hali bu duruma istisna olup, bunun da ortaya çıkması ancak Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'ni bulacaktır) göz önünde bulundurulduğunda, bu ifade şekli yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Yine önemle belirtelim ki, *Ius Civile*'de geçerli olarak kabul eden aldatma ve korkutma sonucu yapılan işlemlerin, *praetor*'lar tarafından dolaylı olarak hüküm ve sonuçlarının engellenmesi ise, ancak Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru gerçekleşmiştir. Kanaatimizce, söz konusu yazarların belirttiği durum, ancak şu şekilde bir akıl yürütmeyle kabul edilebilir: "Klasik Hukuk Dönemi'nde" (yoksa Eski Hukuk Dönemi değil), bir kimse karşı tarafı aldatarak "açıklamada yanılmaya" (yoksa saik yanılmasını da içine alacak şekilde "yanılma" değil) yol açmışsa, bu halde hukuki işlem geçersiz olacaktır.

⁴³ Koschaker, **a.g.e.**, s. 63; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 680; Kaser / Knütel, **a.g.e.**, s. 180; Umur, **a.g.e.**, s. 207, 208; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 270, 271; Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku**, s. 204; Buckland, **a.g.e.**, s. 196; Burdick, **a.g.e.**, s. 391, 395 vd.; Stein, **a.g.e.**, s. 10, 11; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 38; *Ius Honorarium* ile *Ius Civile*'nin *Iustinianus* döneminde birleşmesiyle birlikte, iptal edilebilirlik yaptırımı da genel olarak tanınmaya başlamıştır. (Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 271; Mehmet Yeşiller, "Roma Hukuku'nda Hükümsüzlük Halleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Sa. 3, 2011, s. 77-94, s. 79; Kurşat, **a.g.e.**, s. 8, 9) Buradaki iptal edilebilirlik, bugün kullandığımız gerçek anlamda iptal (bozulabilir geçerlilik) kavramına benzemektedir.

beklemektedir. Bunların tespit edilerek ortaya konulması, şüphesiz çalışmanın daha sağlıklı olarak temellendirilmesine de katkıda bulunacaktır:

1. Roma hukuku kaynaklarına bakıldığında, teorik çerçeveye alınmış ve sistemleştirilmiş bir yanılma kurumu olmadığı görülmektedir. Kuşkusuz, daha önce de belirtildiği üzere, pratik düşüncelerle ve somut durumlarla daha çok ilgili olan Romalı hukukçuların yanılma kurumunu kuramsallaştırmamış olmaları doğal karşılanmalıdır. Bu itibarla, Roma hukuku kaynaklarında yanılma halleri, somut ve bireysel olaylar çerçevesinde aktarılmış (kazuistik yöntem) ve bunlara ilişkin görüşler çözümlerle desteklenerek açıklanmıştır⁴⁴. Bu karışıklığın ve olay çeşitliliğinin, belirli ortak noktalar belirlenerek ve ayırıcı özellikler tespit edilerek kavramsallaştırılması, yüzyıllar sonra Ortak Hukuk döneminde (özellikle Doğal Hukukçular ve Pandekt hukukçuların çabalarıyla) mümkün olabilmıştır⁴⁵.

2. Modern hukuk sistemlerinde, sözleşmenin kurulmasında güven ilkesi merkezi bir işleve ve temel bir öneme sahipken; Roma hukukunda, yukarıda da belirtildiği üzere, Klasik döneme kadar açıklama ilkesi, bundan sonra ise, irade ilkesi dikkate alınmaktadır. Özellikle açıklamada yanılma hallerini incelerken, meseleye bu farkı dikkate alarak yaklaşmak gerekir. Örneğin satıcı, köle *Marcus*'u satmak isterken yanlışlıkla ya da dalgınlıkla köle *Tiberius* diyerek iradesini açıklamıştır. Alıcı ise buna karşılık olarak köle *Tiberius*'u kastederek satıcının teklifini kabul etmiştir. Bu olaya İsviçre-Türk hukuku çerçevesinde yaklaşırsak, sözleşmenin güven ilkesine uygun olarak köle *Tiberius* üzerinden kurulduğunu ve fakat satıcının, irade açıklaması gerçek iradesine uygun olmadığını için açıklamada yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edebileceğini söyleriz. Hâlbuki Klasik Dönem ve sonrası Roma hukukuna baktığımızda ise, tarafların iradelerinin farklı kölelere ilişkin olmasının *dissensus*'a yol açacağı sonucuna varırız⁴⁶. Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus da, gerek

⁴⁴ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 587; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 79; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 226; MacMillan, **a.g.e.**, s. 16, 17; Melek Fettah, "Roma ve Türk Hukukunda Hata", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 723-750, s. 724.

⁴⁵ Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 226; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 609 vd.; Erdal Özsunar, **Roma ve Türk Hukukunda Hata**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 42. Bu noktada belirtelim ki, *Corpus Iuris Civilis*'de yanılmanın tanımına rastlanmamaktadır (Büyükcay, **a.g.e.**, s. 39; Özsunar, **a.g.e.**, 25; Bruno Pfeiffermann, **Begriff des wesentlichen Irrtums bei Rechtsgeschäften**, Berlin: Druck von W. Pilz, 1903, s. 5. Doğrudan bir tanım söz konusu olmasa bile, belirli fragmanlardan (D.2.1.15; D.39.3.20; D.5.1.2. gibi) bu sonucun çıkarılabileceği görüşünde bkz. Mousourakis, **a.g.e.**, s. 192 ve orada dn. 30). Yanılma kavramı hakkında bkz. aş. 1. Bölüm, III.

⁴⁶ Burdick, **a.g.e.**, s. 400.

Digesta'da gerek *Instituiones*'te olsun, *Corpus Iuris Civilis*'de aktarılan yanılma olaylarına bakıldığında, klasik hukukçuların ifadelerinde tarafların gerçekte ne açıkladıklarını ve ne istediklerini açıkça görme imkanının bulunmamasıdır. Öyle ki, bu durum, çoğu zaman meselenin hukuki çözümünü zorlaştırmakta, soruna net bir cevap bulmayı güçleştirmektedir.

3. Bir önceki maddeyle bağlantılı olarak, Roma hukukunda yanılmanın tam olarak hangi hukuki gerekçeyle işlemi geçersiz hale getirdiği de, birçok Romanist ve Pandektist hukukçunun tartıştığı en önemli konulardan birisidir. Bir görüşe göre, yanılma halinde, tarafların irade uyumsuzluğu söz konusudur (*dissensus*) ve işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmaması bu sebeptir⁴⁷. Diğer görüşe göre ise, yanılmanın hukuken dikkate alınmasının nedeni tek taraflı yanılma⁴⁸. Diğer bir deyişle, işlemin geçersiz olması için, bir kimsenin iç iradesini farkında olmadan farklı şekilde açıklaması yeterlidir. Üçüncü bir görüş ise, sözleşmenin geçersizliğini edimin belirlenmemiş olmasına bağlamaktadır⁴⁹. Bu görüşe göre, yanılma konusunda temel fragmanlardan birisi olan ve arazi satışına ilişkin D.18.1.9.'de⁵⁰ aktarılan olayda, sözleşme konusu edim, iki tarafın da zihninde farklı araziler bulunduğundan belirlenememiştir. Bugün için baskın görüşün ilk görüş olduğu söylenebilir⁵¹. Şu halde denilebilir ki, Roma hukukunda “yanılma”, hem hukuki işlemin yorumuyla yakından ilgilidir, hem de bir *dissensus* veya *consensus* sorunudur.

Modern sözleşme hukuku kavramlarıyla belirtmek gerekirse, Roma hukukunda işlemin hükümsüz olması sonucunu doğuran esaslı yanılmalar, sınırlı sayıda olacak

⁴⁷ Flume, *Römisches Recht*, s. 243; Flume, *AT*, s. 238. Öte yandan, yanılma hallerinin, aslında her zaman gizli uyumsuzluk (*versteckter Dissens*) görünümünde olacağı yönünde bkz. Schmidlin, *BerKomm*, Vorbem. Art. 23-27 N. 6.

⁴⁸ Bu görüşün, ilk olarak *Savigny*'ye ait olduğu yönünde bkz. Büyükay, *a.g.e.*, s. 59 dn. 15'de anılan yazar.

⁴⁹ Büyükay, *a.g.e.*, s. 62'de anılan yazarlar. Görüşler konusunda ayrıntılı açıklamalar için Büyükay, *a.g.e.*, s. 59 vd. ve Zimmermann, *a.g.e.*, s. 588.

⁵⁰ Tezde çevirisine ilişkin naklen atıf yapılmayan *Digesta* metinleri, Alan Watson'ın “*The Digest of Justinian*” isimli çeviri eserinin konumuzla ilgisi olan 1. ve 2. Cildi (*Volume I, II*) kaynak alınarak teze aktarılmıştır. Bkz. Alan Watson, *The Digest of Justinian*, Vol. 1, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009; Alan Watson, *The Digest of Justinian*, Vol. 2, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011; Tezde çevirisine ilişkin naklen atıf yapılmayan Codex metinleri ise, Samuel P. Scott'ın “*The Civil Law*” isimli çeviri eseri kaynak alınarak çevrilmiştir. Bkz. Samuel P. Scott, *The Civil Law*, Cincinnati, 1932 (http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/codjust_Scott.htm, çevrimiçi, 2.5.2018).

⁵¹ Zimmermann, *a.g.e.*, s. 588; Buckland, *a.g.e.*, s. 200; Flume, *AT*, s. 238, 435; Flume, *Eigentumsrum*, s. 64 vd.

şekilde⁵² şunlardan ibarettir; işlemin niteliğinde yanılma (*error in negotio*), kişide yanılma (*error in persona*), işlemin konusu şeyde yanılma (*error in corpore*, *error in objecto*), bedelde yanılma (*error in pretio*), işlem konusu şeyin özünde yanılma (*error in substantia*). Ancak bunlarla birlikte, Roma hukuku kaynaklarına girmiş ve fakat esaslı addedilmemiş ya da esaslılığı tartışmalı olan, hukuki yanılma (*error iuris*), tanımlamada yanılma (*error in nomine*) ve nitelik yanılması (*error in materia*) şeklinde yanılma türleri de bulunmaktadır. Tezin sınırlarını aşmamak amacıyla, bu yanılma hallerini, sadece mevcut İsviçre-Türk hukuk sistemiyle farklılıklarını ortaya koyacak düzeyde inceleyeceğiz.

Yanılma kurumuna modern şeklini kazandıran ve başta BGB olmak üzere, birçok modern kodifikasyonlardaki yanılma hükümlerinde etkisi olan *Savigny*'den aşağıda daha ayrıntılı bahsedilecektir, ancak bu başlık altında şimdilik şu kadarını belirtmekte sakınca yoktur: Bugün birçok Kıta Avrupası ülkelerinde yanılma konusunda yapılan ve bugünkü haliyle temel ayrım olan, saikte yanılma ve açıklamada yanılma ayrımını *Savigny*'ye borçluyuz. Roma hukukundaki temel ilkeleri ortaya çıkararak kavramsallaştıran *Savigny*, Ortak Hukukta da büyük oranda geçerli olan irade ilkesinden hareketle ve psikolojik bir analizle, yanılma durumlarını bu şekilde bir ayrıma tabi tutmuştur⁵³. Dolayısıyla, aşağıda Roma Hukukundaki yanılma hallerini incelerken bu sınıflandırmayı esas alacağız.

2. Esaslı Yanılmalar

a. Error in Negotio

Burada, yanılan, iç iradesine uygun nitelikte bir hukuki işlem yapmak isterken, farkında olmadan farklı nitelikte bir hukuki işlem için iradesini açıklamaktadır⁵⁴.

⁵² Romalı hukukçular, irade ilkesinin sonucu olarak gerçek irade ile açıklama arasında uygunsuzluk bulunan her türlü yanılma halinde, işlemin hükümsüz olmasının aşırı ve ağır sonuçlara yol açacağını fark ettikleri için, bu alanı daraltmak ve bir ölçüde işlem güvenliğini sağlamak amacıyla belirli (sınırlı sayıda) objektif kategoriler oluşturmuşlardır (Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 7). Doktrinde farklı bir görüş, Roma hukukundaki esaslı yanılmalara, yani irade uyuşmasını engelleyen yanılmalara, genel bir ifadeyle *error in corpore* kavramı altında yer vermektedir. Buna göre, *error in corpore* tüm esaslı yanılmaları temsil etmekte olup, hepsinin ortak yönü, “kimlikte” (hüviyette) hataya düşülmüş olmasıdır. Bunlar üç türlü görünüm arz etmektedirler; işlemin konusu şeyde yanılma (işlem konusunun kimliğinde yanılma), işlemin tarafında yanılma (işlem tarafının kimliğinde yanılma) ve işlemin niteliğinde yanılma (işlemin hukuki kimliğinde yanılma). Bu konuda bkz. Burdick, **a.g.e.**, s. 400; karşı. MacMillan, **a.g.e.**, s. 17.

⁵³ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 614; Buckland, **a.g.e.**, s. 205.

⁵⁴ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 589; Umur, **a.g.e.**, s. 206; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 192.

İsviçre-Türk hukukuyla paralellik arz eden bu yanılma türünün, *Ulpianus*'a ait D.18.1.9.'da geçen “*satım sözleşmesi... hakkında uyuşamıyorlarsa*” ifadesinden anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁵. Ancak bu konuda birbirleriyle çeliştikleri ileri sürülen ve modern anlamda sözleşmenin niteliğinde yanılma hali olup olmadığı tartışılan çok önemli iki fragman bulunmaktadır⁵⁶; bunlar, *Ulpianus*'a ait D.12.1.18.1. ve *Iulianus*'a ait D.41.1.36. metinleridir. İlk fragmanda, bir kimse bağışlama niyetiyle bir miktar para vermek istemekte, ancak karşı taraf bunu karz (tüketim öduncü) olduğuna inanarak almaktadır. *Ulpianus*'a göre, ne karz sözleşmesi ne de bağışlama geçerlidir; buna bağlı olarak da paranın mülkiyeti geçmemiştir. Öte taraftan *Iulianus*'a ait fragmanda ise, şu ifadeler yer almaktadır; “*eğer biz teslimin konusu üzerinde uzlaşmış, fakat onun sebebi üzerinde farklı düşüncede isek, bu durumda teslimin neden hükümsüz olmak zorunda olduğunu anlamıyorum. Ben sana bir köleyi teslim mükellefiyetinin vasiyetnameden doğduğuna inanıyorum, fakat sen bir stipulatio sebebi ile onun teslimine inanıyorsun. Eğer ben sana parayı bağışlamak niyeti ile teslim etsem, ve sen onu, bir karz olarak alsan, mülkiyetin senin üzerine geçtiği ve vermenin ve almanın sebeplerinin farklı olması burada hiçbir engel oluşturmadığı, bilinmektedir*”⁵⁷.

Birbiriyle uzlaştırılmaya çalışılan söz konusu iki metne ilişkin iki farklı yorum yapılabilir. İlk olarak, bir taraf bağışlamayı düşünmesine rağmen, diğer taraf söz konusu parayı karz olarak almışsa, *Iulianus*'un burada karz iradesi olan tarafın evleviyetle bağışlamaya da rıza göstereceğini kabul ettiği ve bu nedenle mülkiyetin geçtiği sonucuna vardığı düşünülebilir. Bu itibarla, bir tarafın bağışlamayı arzu edip para vermesini, diğer taraf karz olarak düşünüyorsa, burada işlemin geçersiz olması gerekmez; zira paranın karz olduğunu düşünen tarafın, kendisi için daha avantajlı olan bağışlamaya evleviyetle rıza göstereceği varsayılabilir. Dolayısıyla iki tarafın da menfaatine olan bu durumda, iradeler en azından “bağışlama” ekseninde birbiriyle uyumaktadır. Ayrıca, hem bağışlama sözleşmesi hem de karz sözleşmesi mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler olduğundan, tarafların iradelerinin bu yönde uyumtukları da görülmektedir. Buna karşılık *Ulpianus* ise, bu olayda sadece hukuki

⁵⁵ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 591; Özsunar, **a.g.e.**, s. 44.

⁵⁶ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 591; Özsunar, **a.g.e.**, s. 44 vd; Büyükay, **a.g.e.**, s. 67 vd.

⁵⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 68'den naklen; ayrıca bkz. Tahiroğlu / Erdoğmuş, **Roma Hukuku Meseleleri**, s. 273.

işlemin *dissensus* nedeniyle kurulmadığı kuralına işaret etmekle yetinmiştir⁵⁸. Diğer görüşe göre ise, *Ulpianus* aslında mülkiyetin devrinin sebebe bağlı olduğuna vurgu yapmaktadır ve hukuki işlem geçersiz olduğu için mülkiyet de geçmeyecektir. *Iulianus* ise, konuya salt hukuki işlemin geçerliliği çerçevesinde bakmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu metinler farklı bakış açılarını yansıtmaktadırlar⁵⁹. Kuşkusuz, yukarıda da işaret edildiği gibi, Roma hukuku kaynaklarında ele alınan yanılma meseleleri, genellikle kesin çıkarımlar yapmaya elverişli olmayacak şekilde, bir hayli yalın ve sadece konunun odak noktasına vurgu yapar tarzda aktarıldığı için, söz konusu iki fragmana dair daha birçok farklı yorum yapılabilir. Bu nedenle, anılan fragmanlardan çıkan şu ortak noktaya dikkat edilmesi daha isabetli olacaktır: Yanılma nedeniyle hukuki işlemin niteliği konusunda iradeler uyuşmuyorsa, o işlem hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır.

b. Error in Persona

Yanılmanın bu türünde, hukuki işlem yapılacak kişinin şahsında (kimliğinde) yanılma söz konusudur⁶⁰. *Error in Corpore Hominis* olarak da tarif edilen bu duruma ilişkin, *Corpus Iuris Civilis*'de genel olarak, murisin belirli bir kişiye yönelik ölüme bağlı tasarruf (vasiyetname) yapmak isterken, yanlışlıkla farklı bir kişiyi vasiyetnamede göstermiş olması halleri aktarılmaktadır⁶¹.

Burada, İsviçre-Türk hukuku açısından iki önemli fark göze çarpmaktadır. İlk olarak, bugün için doktrinde fikir birliğine varılmış olan, kişide yanılma nedeniyle sözleşmeyi sona erdirebilmek için, gerçekte sözleşme yapılmak istenen kişinin o sözleşmenin yapılmasında belirleyici konumda olması (*intuitus personae*) şartının, (tartışmalı olmakla birlikte) Roma hukukunda aranmamış olmasıdır. Zira işlem güvenliği ve alışveriş hayatının istikrarı için en azından böyle bir gereğin aranması fikri, ancak 18. yy'da ön plana çıkmıştır⁶². İkinci önemli fark ise, eski BK'da

⁵⁸ Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri**, s. 267, 268; Büyükay, **a.g.e.**, s. 69.

⁵⁹ Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri**, s. 268; Büyükay, **a.g.e.**, s. 69.

⁶⁰ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 592; Umur, **a.g.e.**, s. 206; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 193; MacMillan, **a.g.e.**, s. 17.

⁶¹ *Iustinianus* C.6.23.4; *Ulpianus* D.28.5.9. Farklı bir örnek için bkz. *Celsus* D.12.1.32. Bu konuda açıklamalar için bkz. Zimmermann, **a.g.e.**, s. 591; Büyükay, **a.g.e.**, s. 70, 71; Özsunar, **a.g.e.**, s. 46, 47.

⁶² Zimmermann, **a.g.e.**, s. 611. Öte yandan, bu şartın Roma hukukunda da arandığı görüşünde bkz. Mousourakis, **a.g.e.**, s. 193; Tahiroğlu / Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri**, s. 270. *Intuitus personae*'dan anlaşılması gereken şudur: Yanılma neticesinde sözleşme ilişkisine girilen kişinin,

bulunmayan, ancak yine de esaslı yanılma teşkil edeceği doktrinde bazı yazarlarca kabul edilen (ve artık TBK m. 31/1 b. 4’de düzenlenmiş olan), sözleşmenin konusuyla ilgili olarak dikkate alınan başka bir kişinin kimliğinde (şahsında) yanılma halinin Roma hukukunda söz konusu olmamasıdır⁶³.

c. Error in Corpore

Modern sistemlerde de esaslı olduğu kabul edilmiş yanılma hallerinden bir diğeri olan, işlemin (sözleşmenin) konusunda yanılmada, irade açıklamasında belirtilen şey ile açıklama sahibinin gerçek iradesine dahil olan şey birbirini tutmamaktadır⁶⁴. Bu yanılma hali, Roma hukukunda da, gerek iki taraflı gerekse tek taraflı hukuki işlemlerde söz konusu olabilmektedir⁶⁵. Önemle belirtelim ki, *error in corpore* ile İsviçre-Türk hukukundaki işlemin (sözleşmenin) konusunda yanılma hali arasında, hukuki olgular açısından (*Tatbestände*) herhangi gibi fark söz konusu değildir. Anımsanacağı üzere tek fark, hukuki sonuç (*Rechtsfolge*) bakımından ortaya çıkmakta ve Roma hukukuna göre, böyle bir hukuki işlem kendiliğinden hükümsüzdür.

Error in corpore hakkında temel metnin *Ulpianus*’a ait olan D.18,1,9. fragmanı olduğu görülmektedir. Burada anlatılan olayda, alıcı, *Cornelianus*’un arazisini satın almak isterken, satıcı, *Semproniaunus*’un arazisini satmayı arzu etmiştir ve sonuç olarak, tarafların iradeleri (*putare vendere*) aynı taşınmaz mal üzerinde uyuşmadığından sözleşmenin geçersiz olduğu belirtilmiştir⁶⁶. Sözleşmenin kurulmasını irade açıklamalarının uygunluğuna değil de, iradelerin uygunluğuna bağlayan Klasik Dönem ve sonrası Roma hukukunda, bu tür bir olay aktarılırken, sadece taraf iradelerinin neye ilişkin olduğunun belirtilmesi doğal karşılanmalıdır. Ancak günümüzün sözleşme hukuku kavramlarıyla ve teorileriyle bu metinlere yaklaşıldığında, yazarların sözleşmenin neden geçersiz olduğuna ilişkin çeşitli görüşler öne sürdüğü görülmektedir. Zira fragmanda aktarılan olayda tarafların neye

sözleşmenin niteliği ve edimin özelliği dikkate alındığında, sözleşmenin yapılması için belirleyici önemde olmasıdır. İsviçre-Türk hukukundaki kişide yanılmaya ilişkin açıklamalar için bkz. aş. 2. Bölüm, II, C, 1, c.

⁶³ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, C, 1, c, (2).

⁶⁴ Zimmermann, *a.g.e.*, s. 589; Umur, *a.g.e.*, s. 206; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 193; MacMillan, *a.g.e.*, s. 19.

⁶⁵ *Ulpianus* D.28.5.9.1’de, muris, vasiyetinde birisine mızrak bırakmak isterken elbise bırakmışsa, her ikisinin de borçlanılmamış olacağı belirtilmiştir.

⁶⁶ MacMillan, *a.g.e.*, s. 19.

ilişkin açıklamada bulundukları belirtilmediği için, kimilerine göre buradaki geçersizliğin nedeni, tarafların irade açıklamalarının sözleşme konusunu belirlemeye yetmemiş olması, diğer bir deyişle, yorum yapılmasına rağmen spesifik bir sözleşme konusuna ulaşılamamış olmasıdır. Bunun sonucunda da, edimin belirlenememiş olmasının sözleşmeyi hükümsüz hale getirdiği söylenmektedir. Diğer görüşe göre ise, fragmanda belirtilen sözleşmenin hükümsüzlüğünün nedeni, alıcının ya da satıcının tek taraflı yanılmasıdır. Başka bir görüşe göre de, burada iradelerin uyuşmaması (*dissensus*) sorunu vardır⁶⁷.

d. Error in Pretio

Sözleşme konusu şeye ilişkin bedelin, istenmeyerek eksik ya da yanlış açıklanması olarak tanımlanabilecek bu yanılma türü, Roma hukukunda özellikle satış ve kira gibi sözleşmelerde (rızaî sözleşmelerde) ortaya çıkmaktaydı⁶⁸. Bu yanılma türünün İsviçre-Türk hukukundaki karşılığı, sözleşme konusu edimin miktarında yanılma (*error in quantitate*) olmakla birlikte (TBK m. 31/1 b. 5), Roma hukukundaki yanılma türü, çok daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Zira hemen fark edilebileceği üzere, miktarda yanılma misli eşyaların tümünde söz konusu olabilecekken, *error in pretio* sadece bedele mahsus bir yanılma halidir.

Yine bir diğer önemli fark da, miktarda yanılmanın esaslı olabilmesi için kanunda aranan “açıklanan miktarın gerçekte istenilenden önemli ölçüde az ya da fazla” olması şartının, Roma hukukunda aranmamış olmasıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, Roma hukukunda *error in pretio* halinde, sözleşmenin tümünden geçersiz olmayıp, iki tarafın iradelerinin uyuştığı orandaki bedele göre kısmi bir geçerliliğin (modern deyimle “geçerliliği koruyucu indirme”; Roma hukuku deyişiyle “*utile per inutile non vitiatur*”) söz konusu olmasıdır. Diğer bir anlatımla, her ne kadar D.18.1.9’da belirtildiği üzere, genel kural, bedel üzerinde herhangi bir şekilde tarafların iradeleri uyuşmamışsa sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceği ise de, eğer irade uyuşması en azından ortak bir miktarı kapsıyorsa, işlemin

⁶⁷ Görüşler için bkz. Zimmermann, *a.g.e.*, s. 589 vd; MacMillan, *a.g.e.*, s. 20; Büyükay, *a.g.e.*, s. 59 vd.

⁶⁸ Zimmermann, *a.g.e.*, s. 590; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 193; MacMillan, *a.g.e.*, s. 17, 18; Büyükay, *a.g.e.*, s. 71, 72; Özsunar, *a.g.e.*, s. 52, 53.

o kısmı korunacaktır⁶⁹. Ancak hemen ekleyelim ki, sözleşmeyi kısmi geçerli addetmek için, iki tarafın da bu durumdan zarar görmemesi gerekir. *Pomponius*'a ait D.19.2.52.'de *locatio conductio rei*'ye (kira sözleşmesine) ilişkin şu mesele aktarılmaktadır: Kiraya veren, çiftliğini 5.000 birime kiraya verdiğini düşünerek bir açıklamada bulunmuşsa ve kiracı buna 10.000 birim şeklinde bir anlam vererek çiftliği kiralarsa, kiracının miktarda yanılması dikkate alınmaksızın, sözleşme, iradelerin uyuştugu asgari 5.000 birim üzerinden geçerli olarak kurulmuş sayılacaktır. Çünkü *Pomponius*'un belirttiği üzere, kiracının daha fazlaya ilişkin iradesi, evleviyetle daha azını da kapsayacaktır⁷⁰. Ancak bunun tersi söz konusu olsaydı; yani, kiraya veren 10.000 birime çiftliği kiraya verdiğini düşünürken kiracı 5.000 birim zannetseydi, fragmanda da belirtildiği gibi işlem tamamıyla geçersiz olacaktır⁷¹. Dikkat edilirse, ikinci olasılıkta, yukarıda belirtilen ikinci şart eksiktir, yani işlemin kısmi geçerliliği yanılan kiracı için avantajlıyken, kiraya veren için değildir. Tek taraflı hukuki işlemlerde ise (örneğin vasiyetname), irade ilkesinin doğal sonucu olarak, miktarda yanılma halinde işlem geçersiz olmayacak, açıklama sahibinin gerçek iradesine göre anlam verilecektir⁷².

Öte yandan, bazı fragmanlardan hareketle, Roma hukukunda ayrıca sözleşme konusu edimin (sadece bedelin değil, karakteristik edimin de) miktarına (*error in quantitate*) ilişkin yanılmaların da dikkate alındığı söylenmektedir. Bu ihtimalde, taraflar sözleşmenin konusu üzerinde uyuşmaktadırlar ve fakat miktara ilişkin iki tarafın da iradeleri birbirinden farklıdır. Tıpkı *error in pretio*'daki gibi, miktarda yanılmada da sözleşmenin tümü geçersiz sayılmamakta, bunun yerine iradelerin uyuştugu ortak miktar üzerinden işlemin kısmi geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷³.

⁶⁹ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 590; MacMillan, **a.g.e.**, s. 18; Büyükay, **a.g.e.**, s. 72 vd; Özsunar, **a.g.e.**, s. 54; Fettah, **a.g.m.**, s. 73.

⁷⁰ İsviçre-Türk hukukunda da Roma hukukundaki gibi bir sonuca ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, (sözleşmenin güven ilkesine göre 5.000 birim üzerinden kurulduğunu varsayarsak) kiracının kendi lehine olan hatayı ileri sürerek sözleşmeyi iptal etmek istemesi TBK m. 34/1 (dürüstlük kuralı) uyarınca engellenecektir (Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, IV, A). Aynı sonuca, şartları bulunmakla birlikte, TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulanması (kısmi iptal) yoluyla da varılabilmesi mümkündür (bkz. aş. 3. Bölüm, III, B).

⁷¹ *Flume*'ye göre, bu olasılıkta, irade ilkesine göre yapılan yorum sonucunda bedel belirlenemediği için, gizli bir irade uyuşmazlığı (*versteckter Dissens*) söz konusudur. *Flume, Römisches Recht*, s. 242 vd.

⁷² Örneğin *Ulpianus* D.28.5.9.2.

⁷³ Umur, **a.g.e.**, s. 207; MacMillan, **a.g.e.**, s. 19; Özsunar, **a.g.e.**, s. 52.

e. Error in Substantia ve Error in Materia

Roma hukukunda ve hatta Ortak Hukukta, sözleşme konusu şeyin niteliğinde yanılmanın, sözleşmenin geçerliliğini hangi kriterlere göre ve ne şekilde etkileyeceği, önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, başta şu noktanın altı çizilmelidir: Nitelik yanılması, sözleşmenin konusunda yanılma (*error in corpore*) değildir. Zira nitelik yanılması halinde, gerçek iradenin içeriğinde bulunan şey ile açıklamanın içeriğinde yer alan şey birbirinin aynı olup, o şeyin niteliklerine ilişkin yanlış tasavvur, iradeyi oluşum aşamasında sakatlamaktadır. Dolayısıyla *error in substantia* ve *error in materia* halleri, bugünün terminolojisiyle konuşursak, parça borcunda niteliğe ilişkin saikte yanılma teşkil etmektedir⁷⁴.

Roma hukukunda, nitelik yanılmalarının hukuki işlemin geçerliliğine etkileri tartışmalıdır. Ayrıca, bu tür yanılmaları oluşturan *error in substantia* ile *error in materia*'nın içeriğinin tam olarak ne olduğu da çok açık değildir⁷⁵. Romalı hukukçuların nitelik yanılmalarına ilişkin birbirinden farklı anlamlara gelebilecek görüşler ileri sürmelerinin temel nedeni, saikte yanılmanın, gerçek irade ile açıklama arasında bir tutarsızlık oluşturmadığı için kural olarak hukuken dikkate alınmayacak olması anlayışı ile belirli bazı durumlarda nitelik yanılmalarının hakkaniyet gereği hukuken korunması ihtiyacı arasındaki çatışmadır. *Error in substantia*, ancak Klasik Sonrası Dönemde ve tek tek olaylar özelinde hukuken dikkate alınmaya başlanmıştır⁷⁶. Buna karşılık, *error in materia* ise, hukuki işlemin geçerliliğini etkilemeyen yanılma statüsünde kabul edilmiştir⁷⁷.

⁷⁴ Flume, **Römisches Recht**, s. 249. Romalı hukukçuların, *materia*, *substantia* ve *qualitas* gibi kelimeleri bilinçli olarak tercih ettiği görüşünde bkz. Yusuf Büyükay, "Roma Hukukunda Error in Materia ve Error in Substantia", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD)**, C. V, S. 1-4, 2001, s. 349-259, s. 350. Yazara katılmakla birlikte, bu kelimelerin kaynaklarda tanımlanmamış olması, fragmanlardaki meseleler hakkında yine de farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır ve açmaktadır (bu yönde bkz. Zimmermann, **a.g.e.**, s. 593 dn. 39)

⁷⁵ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 595; Flume, **Römisches Recht**, s. 249 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 8; Buckland, **a.g.e.**, s. 211; Burdick, **a.g.e.**, s. 401, 402; MacMillan, **a.g.e.**, s. 20; Büyükay, **a.g.m.**, s. 350 vd., Büyükay, **a.g.e.**, s. 76 vd.

⁷⁶ Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 232; Büyükay, **a.g.m.**, s. 349. Sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek mahiyetteki nitelik yanılmalarına ilişkin genel bir doktrin ise, ancak Ortaçağ Roma hukukçularının katkılarıyla oluşturulmuştur. Bu konuda bkz. Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 232; Büyükay, **a.g.m.**, s. 349.

⁷⁷ Werner Flume, **Eigenschaftsirrtum und Kauf**, Münster: Regensberg, 1948, s. 67, 68; Flume, **Römisches Recht**, s. 249; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 593, 594; Büyükay, **a.g.m.**, s. 351; ayrıca bkz. *Paulus D.18.1.10.* ve *Paulus D. 19.1.21.2.*

Roma hukukuna ilişkin eserlerde, *error in substantia* ile ilgili temel fragman olan D.18.1.9.2'den hareketle; şarap olarak satılan şeyin sirke, altın olarak satılan şeyin bronz ve gümüş olarak satılan şeyin kurşun (ya da gümüşe benzeyen başka bir madde) olduğunun meydana çıkması gibi örneklerle rastlanır. *Error in materia*'ya ilişkin fragmanlardaki örneklerle bakıldığında da; altın olarak satılan vazanın altın suyuna batırılmış olması, bakire olarak satılan kölenin bakire çıkmaması ya da satılan altının alıcının beklediğinden daha düşük değere sahip olması⁷⁸ gibi durumlar karşımıza çıkmaktadır⁷⁹. Dikkat edilecek olursa, tüm bu örnekler satılan şeyin niteliklerinde yanılma teşkil etmektedir. Ancak *error in substantia*'da, yanılma konusu nitelik o şeyin maddi özüne ilişkin "karakteristik bir nitelik" olup, o şeyin türünü ve çeşidini değiştirerek başka bir şey olması sonucunu doğurmaktadır⁸⁰. Diğer bir deyişle, *error in substantia*'da, satılan şey ile gerçekte var olan şey farklı türlere aittir. Oysaki *error in materia*'da, yanılma konusu nitelik, şeyin maddi özünü etkilememekte, son tahlilde, işlemde belirtilen şey ile gerçekte var olan şey hiç değilse kategorik (tür) olarak birbiriyle örtüşmektedir. Yani, yanılma konusu niteliğin gerçekte o şeyde var olması halinde, o şeyi başka kategoriye sokmadığı, ancak aynı kategori (tür) içinde nitelik (kalite) farkına yol açtığı durumlarda, *error in materia* söz konusu olmaktadır.

Nitelik yanılmalarına ilişkin, Romanist doktrinde fikir ayrılığına sebep olan hususlar, kanaatimizce şu soruya indirgenebilir: Değil mi ki Roma hukukunda yanılma halleri, ancak iradelerin uyuşmazlığı (*dissensus*) söz konusu olduğunda dikkate alınmaktadır, o halde tarafların sözleşme konusu altın ya da şarap üzerinde anlaşmış olmalarına karşın işlem neden geçersiz addedilmektedir? Bu sorunun kaynağı *Ulpianus* ve *Marcellus*'un görüşlerinin bulunduğu D.18.1.9.2. metnidir⁸¹. *Ulpianus*'a göre, sözleşmenin geçerliliği için şeyin salt dış ayniyeti üzerinde iradelerin uyuşması

⁷⁸ *Paulus* D.18.1.10.

⁷⁹ Zimmermann, *a.g.e.*, s. 592, 593; Schmidlin, *BerKomm*, Vorbem. Art. 23-27 N. 8; Büyükcay, *a.g.e.*, s. 79 vd.; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 193; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 232.

⁸⁰ Zimmermann, *a.g.e.*, s. 595; MacMillan, *a.g.e.*, s. 23. Nitelik yanılmaları konusunda, İsviçre-Türk hukuku doktrininde de bu görüşü savunan yazarlara rastlanmaktadır. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (2), (a).

⁸¹ Bu metne göre *Ulpianus*, sirkenin şarap, altının bronz olarak satılması durumunda, arzu edilenden tamamen başka bir şey satıldığı için *error in substantia*'nın (şeyin özünde yanılmanın) bulunduğunu ileri sürmekle birlikte, aynı zamanda burada "*aliud pro alio*" olduğunu savunmaktadır. Buna karşın *Marcellus*'a göre ise, bronz altın olarak ya da sirke şarap olarak satılsa bile, ortada yine de *consensus* vardır. Zira sözleşme konusu, iki tarafın iradelerinin uyuşması sonucunda altın ya da şarap olarak belirlenmiştir ve böylece sözleşme geçerli olarak kurulmuştur. Bu konuda bkz. Zimmermann, *a.g.e.*, s. 593; Burdick, *a.g.e.*, s. 401; MacMillan, *a.g.e.*, s. 21 vd.; Büyükcay, *a.g.m.*, s. 354 vd.; Büyükcay, *a.g.e.*, s. 83; Özsunar, *a.g.e.*, s. 57.

yeterli olmamakta, bunun dışında, ayrıca şeyin özünü etkileyen niteliklere ilişkin de *consensus* bulunmalıdır. Aksi takdirde sözleşme hükümsüz olacaktır⁸². Yani iradelerin uyuşması, hem “niteliklerde” hem de satış sözleşmesi yapılırken var olan şeyin “dış ayniyetinde” bulunmalıdır. *Ulpianus*’un bu metnine ilişkin, *Flume* şu fikri ileri sürmektedir; sözleşme konusunun belirlenmesi için şeyin niteliklerinin işlemin içeriğine girmesi gerektiğinden, ayrıca bunlar üzerinde de iradelerin uyuşması gerekir. Şayet satım sözleşmesi, altın ya da şarap üzerinden yapılarak *consensus* sağlansa bile, sözleşme yapılırken “gerçekte orada olan” şeyin vasıflarında uyuşma yoksa, ortada satış konusuna ilişkin *dissensus* vardır ve sözleşme geçersizdir⁸³. Farklı görüşteki *Marcellus*’un *error substantia*’ya rağmen işlemi geçerli olarak kabul etmesinin nedeni ise, bronzun altın olarak ya da sirkenin şarap olarak satılmış olması durumunda dahi, ortada yine de *consensus* bulunmasıdır. Çünkü bu durumda, sözleşme konusu şey, iki tarafın da iradelerinin uyuşmasıyla “o altın” ya da “o şarap” olarak belirlenmiş ve dolayısıyla sözleşme geçerli olarak kurulmuştur⁸⁴.

Doktrindeki bir görüş, *error in substantia*’nın ortaya çıkışını, Roma hukukunda satış konusunun ayıplı olması durumları için öngörülen koruma yollarının yetersiz olmasına bağlamaktadır. Zira *error in materia* hallerinde, sözleşmenin geçerliliği bundan etkilenmese bile, eğer alıcı bu durumdan zarar görüyorsa, satıcının ayıptan sorumluluğuna giderek yeterli hukuki koruma elde etmektedir. Oysa *error in substantia*’da bu mümkün değildir⁸⁵.

⁸² Flume, **AT**, s. 436; Burdick, **a.g.e.**, s. 401; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 8; Pfeffermann, **a.g.e.**, s. 64; MacMillan, **a.g.e.**, s. 21, 22.

⁸³ Flume **Eigenschaftsirrtum**, s. 64, 65; Flume, **AT**, s. 438. Meseleye farklı bir bakış açısıyla yaklaşan *Zimmermann*’e göre, burada parça satışı söz konusu olduğu için, sözleşme, kuruluş aşamasında orada bulunan bronz veya sirke üzerinde kurulmuştur. Fakat tarafların (ya da bir tarafın) gerçek iradesi altın ya da şarap satın almaya ilişkin olduğu için, *Ulpianus*, *error in substantia*’yı *error in corpore* ile aynı kefiye koymaya çalışmaktadır (*Zimmermann*, **a.g.e.**, s. 593).

⁸⁴ Flume, **Römisches Recht**, s. 249, 250; Burdick, **a.g.e.**, s. 401, 402; MacMillan, **a.g.e.**, s. 21 vd.; Büyükay, **a.g.m.**, s. 354. Öte yandan, bu konuda ilginç bir fragmanda (D.18.1.41.1.) *Iulianus* şu örneği vermektedir; “gerçekte gümüş kaplama bir masa, saf gümüş olduğu düşüncesiyle satın alınmışsa burada sözleşme hükümsüzdür”. Bu metin, *Ulpianus* ve *Paulus* gibi klasik hukukçuların benimsediği, *error in materia*’nın hukuken dikkate alınmayacağı yönündeki görüşle çelişki içindedir. Nitekim *Paulus* D.18.1.10. ve *Paulus* D. 19.1.21.2.’de, sözleşme konusu şeyin gerçekte istenilen değer ve kalitede olmamasının (örneğin düşük değerde altın ya da aşağı kalitede mal olmasının), sözleşmeyi hükümsüz hale getirmeyeceği belirtilmektedir.

⁸⁵ *Zimmermann*, **a.g.e.**, s. 593, 594. Zira altın olarak satılan şeyin bronz çıkması, o şeyin ayıplı olmadığı için, burada alıcının başvurabileceği yegane koruma *error in substantia*’dır. Buna karşın, o şeyin dış ayniyetini değiştirmeyen; diğer bir deyişle, onun başka cinsde dahil olması sonucunu doğurmayan nitelik yanlışları (*error in materia*) ise, aynı zamanda gizli ayıp olarak kabul edilebileceğinden, alıcı bu çerçevede korunabilecektir (**A.g.e.**, s. 593 vd.; ayrıca bu görüşün hâkim

Bu açıklamalar çerçevesinde görüleceği gibi, nitelik yanılmasının, şeyin karakterini belirleyecek şekilde özüne temas ederek, onu başka bir çeşide dahil edip etmeyeceği ve bu durumun sözleşmenin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği, Roma hukukunda *error in substantia* ve *error in materia* ayrımının kilit noktasıdır⁸⁶. Bununla birlikte, yanılma konusunda temel kural değişmemektedir: Tarafların sözleşme konusu üzerinde iradeleri uyuşmuyorsa (bunun tek taraflı ya da iki taraflı yanılma olup olmaması fark etmez), edim, *dissensus* nedeniyle belirlenememiştir ve sözleşme hükümsüzdür.

3. Esaslı Olmayan Yanılmalar

Şu hususu öncelikle belirtmek gerekir ki, yanılma halleri, Roma hukukunda sınırlı sayıda (*numerus clausus*) ve münferit olaylar çerçevesinde ele alındığından, yanılmanın hangi hallerde işlemin geçerliliğini etkileyeceği, diğer bir deyişle, esaslı olacağına dair belirli somut kriterler bulunmamaktadır⁸⁷. Kaldı ki, esaslı olan (*error essentielles*) ve esaslı olmayan yanılma ayrımı, Roma hukuku kaynaklarında aktarılan olay ve görüşlerden hareketle, esas itibarıyla Ortak Hukuk döneminde yapılmıştır. Bu bakımdan, yukarıda belirtilen esaslı yanılma hallerine dahil olmayan herhangi bir yanılma türünün, Roma hukuku bakımından kural olarak işlemin geçerliliği üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Ancak hem kaynaklarda zikredilmesi hem de içeriklerine ilişkin doktrinde farklı görüşlerin bulunması nedeniyle, bazı esaslı olmayan yanılma hallerine aşağıda değinilecektir.

a. Error Iuris

Hukuki yanılma hususunda, *Paulus*'a ait D.22.6.9.'dan hareketle kabul edilen temel ilkenin, Roma hukukuyla ilgili neredeyse her eserde, latince bir toposla birlikte şu şekilde aktarıldığı görülmektedir: “*Hukuka ilişkin bilgisizlik zarar verir, olgulara (fiili durumlara) ilişkin bilgisizlik zarar vermez (ignorantia iuris nocet, ignorantia facti non nocet)*”. Aynı şekilde, bu konuya ilişkin bir diğer önemli ilke de “*error iuris*

görüş olduğu yönünde bkz. **A.g.e.**, s. 594 dn. 43.). Bu görüşün oldukça benzeri, *von Tuhr* tarafından İsviçre-Türk hukuku bağlamında da savunulmakta ve yazar, bu nedenle ayıplı ifa hükümleri ile yanılma hükümleri arasında yarışmanın mümkün olmadığı görüşündedir. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 1, d, (1).

⁸⁶ Buckland, **a.g.e.**, s. 211, 212.

⁸⁷ Pfeffermann, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Büyükcay, **a.g.e.**, s. 47.

nocet, error iuris non prodest” (hukuki yanlışla zarar verir, hukuki yanlışla kurtarmaz) şeklinde ifade edilmiştir⁸⁸.

Bu noktada şu farkın belirtilmesi önemlidir: Roma hukukunda, hukuki yanlışmanın zarar vereceğinden bahsedilirken işaret edilen yanlışmalar, sadece hukuki işleme ilişkin iradenin oluşturulması aşamasında ya da açıklanması sürecinde gerçekleşen hukuki yanlışmalar olmayıp, daha geniş bir perspektifte, yanlış bir kimsenin hukuki durumunu etkileyecek belirli hukuki olaylardaki yanlışmalardır⁸⁹. Öte yandan, kavramsal bir sınıflandırma olarak, olgu yanlışması ve hukuki yanlışma ayrımı Pandekt hukukunda (*Usus Modernus Pandectarum*) ortaya çıktığından, Roma hukukunda hukuki yanlışmanın tam olarak ne anlama geldiğini metinlerden çıkarmak güçtür⁹⁰.

Bununla birlikte, “*Roma Hukukunun Ansiklopedik Sözlüğü*” eserinde Berger, hukuki yanlışmayı, bir hukuk kuralının varlığına ya da anlamına ilişkin bilgisizlik ya da yanlışla olarak tanımlamaktadır⁹¹. Bu bağlamda benzer bir tanımlama da şu şekildedir: Hukuki yanlışla, yürürlükte bulunan hukuk kuralının yanlış değerlendirilmesi ya da bilinmemesi sonucu bir hukuki işlemin yapılmasıdır⁹². Şu

⁸⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 212. Bu ilke, “hukuki yanlışla, yanlışının zararınadır; onun bu yanlışmaya dayanma imkanı yoktur” şeklinde daha açık ifade edilebilir.

⁸⁹ Bir hakkın kazanılması ya da hukuki sonucun doğmasının önündeki hukuki engeli bilmemek ya da bilemeyecek durumda olmak, kişinin hukuki yanlışmasına dayanıyorsa, bu yanlışla Roma hukukunda dikkate alınmazdı. Örneğin *Paulus D.22.6.1*’de, *bonorum possessio* (*praetor mirasçılığı*: *Ius Civile*’ye göre mirasçı olamayacak kişilerin belirli durumlarda *praetor*’un tanıdığı koruma ile mallara zilyet olabilmeleri ve belirli bir kazandırıcı zamanaşımı süresi sonunda malik olabilmeleri imkanındır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. A. Nadi Günel, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, **AÜHFD**, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 425-442, s. 430) ile murise mirasçı olabilecek kimse, eğer murisin öldüğünü bilmiyorsa, buna yönelik “olgu yanlışmasından” yararlanacak ve malların mülkiyetini kazandırıcı zamanaşımı ile kazanacaktır. Buna karşın, yanlışla *bonorum possessio* imkanının bilinmemesine dayanıyorsa, buradaki “hukuki yanlışla” korunmayacak ve kazandırıcı zamanaşımı işlemeye başlamayacaktır. Bu doğrultuda ayrıca şu fragmanlara bakılabilir; *D.22.6.4*, *D.22.6.8*.

⁹⁰ Bu konuda örneğin bkz. *Gaius Institutiones*, I.3.160.

⁹¹ Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Transactions of the American Philosophical Society, New Series Vol. 43, Part 2, Philadelphia: American philosophical Society, 1953, s. 491.

⁹² Jean-Pierre Lichte, **Der Rechtsirrtum, besonders im Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich: Juris-Verlag, 1950, s. 70; Andreas Zehnder, **Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 108; Edis, **Hata**, s. 72. Ancak bu genişlikte bir tanımlamanın Roma hukukundaki durumla örtüşmeyeceği, dolayısıyla; “hukuki yanlışla, somut durumda hak bağışlayan belirli bir kuralın yanlış yorumlanmasıdır” şeklinde bir tanım yapmanın daha isabetli olacağı yönünde bkz. Paul K. Ryu / Helen Silving, “Error Juris: A Comparative Study”, **University of Chicago Law Review**, Vol. 24, Issue 3, 1957, s. 421-471. s. 425.

halde, hukuki yanılma, yürürlükteki bir hukuk kuralına ilişkin hem bilgisizliği (*ignorantia iuris*) hem de yanlış tasavvuru (*error iuris*) kapsamaktadır⁹³.

Digesta'daki çeşitli fragmanlara bakıldığında ilke olarak denilebilir ki, Roma hukukunda olgulara ilişkin yanılmalar belirli hallerde (esaslı olmaları halinde) işlemin geçersizliğini sağlayabilecekken, hukuki yanılmalar dikkate alınmamaktadır⁹⁴. Bu ayrımın altında yatan temel düşünce, olguların insan aklı tarafından tam olarak bilinmemesi ve bunlarda yanılmanın doğal karşılanabilmesi; buna karşılık, kanunların ulaşılabilir ve dolayısıyla bilinebilir nitelikte olmasıdır⁹⁵. Aynı tavır, 13. yy.'da *kommentator*'lar tarafından da takip edilerek, hukukun, hukuku bilmeyen kişileri korumaması gerektiği ifade edilmiştir.

Pandekt Hukukuna (*Usus Modernus Pandectarum*) baktığımızda ise, hukuki yanılmaya ilişkin katı yaklaşımın, yanılmanın hukuki işleme etkisi konusunda *Augustin Leyser* tarafından ortaya atılan şu anahtar kritere göre değiştiğini görmekteyiz. Buna göre, hukuki işlemin geçerliliğine etkisi açısından, yanılmanın hangi durumda dikkate alınacağı, *error invincibilis* (hoş görülebilir yanılma) ve *error vincibilis* (hoş görülemez yanılma) ayrımına bağlıdır. Gerekli özenin gösterilmesi halinde dahi, söz konusu olguya ya da hukuk normuna ilişkin hataya düşüleceği söylenebiliyorsa, yanılma hoş görülebilir (mazur görülebilir) addedilmekte ve işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık, yanılana hataya düşmesinde özensizlik atfedilebiliyorsa, hukuk düzeni, onun yanılmasını mazur görmemektedir. Görüleceği üzere, Pandekt hukukunda, yanılma artık kusur sorunuyla bağlantılı olarak ele alınmaya başlanmıştır. Buna bağlı olarak, olgu yanılması ya da hukuki yanılma

⁹³ Modern hukuktaki hukuki yanılma kurumu için bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, c.

⁹⁴ Ancak Post Klasik Hukuk Dönemi'nde, bazı istisnai durumlarda, 25 yaşından küçüklerin, kadınların ve askerlerin hukuki yanılmaları hukuken hoş görülmekteydi (*Paulus D.22.6.9*); diğer bir ifadeyle, bu kimselerin hukuki yanılmaları hukuken korunmaktaydı. Bu konuda bkz. Lichti, **a.g.e.**, s. 76 vd.; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 606.

⁹⁵ *Neratius D.22.6.2*. Kuşkusuz, bir yandan Cumhuriyet Dönemi'nde genişleyen sınırların ve gelişen alışveriş hayatının yarattığı *Ius Gentium*'un daha sonra Principatus Dönemi'nde *Ius civile* ile birleşmesi; diğer yandan da Cumhuriyet Dönemi sonlarına doğru *Ius Honorarium*'un ortaya çıkışıyla, Roma hukukunda kanunların ve emirnamelerin sayısında ciddi bir artış yaşanması, hukukun tespit edilebilirliğini ve öngörülebilirliğini büyük oranda zayıflatmış olsa da, prensip olarak "*error iuris nocet*" (hukuki yanılma zarar verir) kuralı uygulanmaya devam etmiştir. Bu durumun sakıncalı sonuçlara yol açtığında kuşku yoktur. Keza İmparator *Caracalla*'nın, *Constitutio Antoniniana* emirnamesiyle tüm İtalya halkına Roma vatandaşlığı tanınması sonucunda, yabancıların daha önce hakkında hiçbir bilgilerinin bulunmadığı *Ius Civile*'ye tabi olmalarında da aynı sorun söz konusudur (Zimmermann, **a.g.e.**, s. 605, 606).

ayrımında hangisinin hukuken dikkate alınacağı da, yanılmanın neye yöneldiğiyle değil, yanılanın ihmaliyle alakalı hale gelmiştir⁹⁶.

Sonuç olarak denilebilir ki, yukarıda aktarılan yanılma hallerinden farklı olarak, Roma hukukunda hukuki yanılma, hukuken korunmamıştır (irade uyuşmazlığına yol açtığı kabul edilmemiştir). Hukukun Roma halkı tarafından her zaman bilinebilir ve ulaşılabilir olduğu varsayımından hareketle, hukuki yanılmaya düşenin, bu bilinçli bilgisizliğinden dolayı korunmayı hak etmeyeceği anlayışı geçerli olmuştur.

b. Error in Nomine

Romalı hukukçular tarafından yanılmanın bu türü de, hukuki işlemin geçerliliğini etkilemesi bakımından dikkate alınmamıştır⁹⁷. Burada, hukuki işlemin tarafları aynı şey üzerinde anlaşmış olmalarına rağmen, o şeye farklı isimler vermekte, onu farklı şekilde tanımlamaktadırlar. Ancak, *Ulpianus* D. 18.1.9.1.'de zikredildiği gibi, satılan şey üzerinde anlaşıldığında, o şeye taraflarca farklı isim verilmesi artık önem arz etmez. Zira taraflar, birbirlerinin gerçek iradelerinin ne olduğunu anlamaktadırlar⁹⁸. Başka bir anlatımla, tarafların görünürdeki açıklamalarının yöneldiği şey farklı olsa dahi, gerçek iradeleri belirli bir şey üzerinde uyuşmaktadır. Bu nedenle, açıklamalar, ortak gerçek iradeye göre anlamlandırılmaktadır. Buna bağlı olarak, ortada herhangi bir *dissensus* ya da edimin belirlenmesi sorunu bulunmadığından, işlem geçerlidir.

Söz gelimi, taraflar daha önce on fiçî şarabın 1.000 birime satışı konusunda anlaşır ve fakat bundan birkaç gün sonra alıcı, yanlışlıkla bir fiçî için 10.000 ödeyeceğini söyler ve satıcı da bunu kabul eder. Ancak satıcı, alıcının bir anlık dalgınlıkla bu yönde bir açıklama yaptığını fark etmekle birlikte, onun gerçek iradesini de bilmektedir. Burada sözleşme, tarafların uyuşan gerçek iradeleri (on fiçî şarabın 1.000 birime satışı) üzerinden kurulacaktır. Bu çözüm, "*falsa demonstratio non nocet*"

⁹⁶ Zimmermann, *a.g.e.*, s. 607, 608. 18. yy. Aydınlanma Dönemi'nde, her şeyin akılla keşfedilebileceği ve hukuk kurallarının da tıpkı doğa yasaları gibi rasyonalize edilmesi gerektiği yönündeki dönemin felsefik anlayışına paralel olarak, eğer hukukun herkese açık ve ulaşılabilir olması sağlanırsa, hukuki yanılmanın hoş görülmemesinin de artık makul bir gerekçeye sahip olacağı fikri ileri sürülmüştür (Zimmermann, *a.g.e.*, s. 608, 609).

⁹⁷ Flume, *Römisches Recht*, s. 244; MacMillan, *a.g.e.*, s. 19.

⁹⁸ MacMillan, *a.g.e.*, s. 18.

(yanlış nitelendirme/tanımlama zarar vermez)⁹⁹ ilkesi olarak modern hukuk anlayışında da kabul edilmektedir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, *error in nomine*'nin tek taraflı ya da iki taraflı olması arasında sonuç açısından herhangi bir fark bulunmamasıdır. Zira önemli olan, sözleşme konusu üzerinde *consensus* bulunması nedeniyle, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olmasıdır¹⁰⁰.

c. Error in Motive

Kişinin iradesini harekete geçiren belirli olgulara ilişkin tasavvurların gerçeğe uymaması halinde gündeme gelecek saikte yanılma halleri, Roma hukukunda kural olarak hukuken dikkate alınmamaktadır¹⁰¹. Zira kişinin iç dünyasına ait olan ve iradesini şekillendirmesine yol açan saikler, çoğu zaman başkaları tarafından anlaşılamayacağından ve salt sübjektif nitelik arz ettiğinden, bunların yanlış ya da eksik olması, kişinin açıklamasına hukuki sonuç bağlanmasını engellememektedir.

Error in motive durumunda, irade oluşumunda bir yanılma söz konusudur. Burada, irade nasıl oluştuysa o şekilde açıklandığından, irade ile açıklama arasında herhangi bir uygunsuzluk ortaya çıkmamaktadır. Dolayısıyla, saikte yanılan kişinin açıklaması iradesine uyduğu için, ortada hukuki işlemin geçerliliğini etkileyecek bir *dissensus* da söz konusu olmaz. Örneğin bakire olduğu saikiyle bir kadın köleyi satın alan birisinin, daha sonra kölenin bakire olmadığını öğrenmesi halinde, taraflar arasında kadın köleye ilişkin bir *consensus* bulunduğundan, sözleşme geçerli olarak kurulur¹⁰².

Öte yandan, belirli hallerde saiklerin de Roma hukukunda hukuken önem kazanacağı (örneğin şart kurumu¹⁰³) ve bazı saikte yanılmaların hukuki işlemi

⁹⁹ Bu ilkenin, bugün tüm hukuki işlemler için genel kabul gören bir ilke olmasını Roma hukukuna borçlu olsak bile, Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar bu ilke, sadece tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar bağlamında ve ölenin arzularını yaşatma ilkesi doğrultusunda işlev görmekteydi. Buna göre, vasiyetçinin gerçek iradesi yorumla tespit edilebiliyorsa, açıklamasındaki farklı tanımlamaya ya da nitelendirmeye bakılmazdı. Bu ilke, daha sonra diğer işlem türlerine yayılarak genel bir hukuk ilkesi görünümüne bürünmüştür (Zimmermann, **a.g.e.**, s. 598).

¹⁰⁰ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 598.

¹⁰¹ Koschaker, **a.g.e.**, s. 62; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 6; Umr, **a.g.e.**, s. 207.

¹⁰² *Ulpianus* D.18.1.11.

¹⁰³ “Şart” ile “saikte yanılma” kurumları, en azından sözleşmenin bir tarafının saikiyle ilgili olması bakımından benzerlik gösterebilirler de, nitelikleri ve hukuki sonuçları açısından birbirlerinden çok farklı kurumlardır. Şarta bağlı işlemlerde, işlemin bir tarafı için kendisini sözleşme yapmaya sevk

hükümsüz hale getirebileceği kabul edilmiştir: Bunlar, (i) yukarıda da açıklandığı gibi *error in substantia*, (ii) tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardaki (vasiyetname) saikte yanılmalar ve (iii) aldatma olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁴.

4. Yanılmanın Hukuki Sonuçları

Rızai sözleşmelerin ortaya çıktığı ve yanılmanın hukuken dikkate alınmaya başladığı Klasik Hukuk Dönemi'nde, esaslı yanılmaya bağlanan hukuki sonuç, söz konusu işlemin kendiliğinden hükümsüz olmasıdır. Zira yukarıda açıklandığı üzere, ancak irade ilkesinin şekilci anlayışın yerini almasıyla birlikte, hukuki işlemlerde, açıklamanın yerine gerçek iradeye önem verilmeye başlanmıştır. Buna bağlı olarak da, iç irade ile açıklanan irade (açıklama) arasında ortaya çıkan tutarsızlık ve sözleşme konusu şeyin özüne ilişkin nitelik yanılması (*error in substantia*) halleri *dissensus* (iradelerin uyuşmaması) sonucunu doğurmuştur. Bu durumun hukuki işlem üzerindeki etkisi ise, genel bir ifadeyle hükümsüzlüktür.

Öte yandan, *Ius Civile* çerçevesinde, bu hallerin dışında kalan ve dolayısıyla geçerli olarak addedilen bazı sakat işlemlere de, Klasik Hukuk Dönemi'ne doğru *praetor*'ların katkılarıyla çeşitli hukuki koruma imkanları tanınmış ve böylece ilgili işlemlerin hüküm ve sonuçlarını doğrumaları önlenmiştir. Bu imkanlardan birisi olan eski hale iade (*restitutio in integrum*) yaptırımını, bugünkü anlamda iptal edilebilirliğe benzetmekte ve esas olarak aldatma ve korkutma haller için öngörülmektedir. Zira bu imkanla, *Ius Civile*'ye göre geçerli olarak kurulmuş bir işlem, geriye etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kaldırılarak hiç yapılmamış hale getirilmektedir¹⁰⁵. Şu halde, esaslı yanılma nedeniyle zaten kendiliğinden hükümsüz olan bir hukuki işlemin, bu şekilde eski hale iadesinin söz konusu olmayacağı kendiliğinden anlaşılmaktadır¹⁰⁶.

eden, “gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olguya ilişkin saikin”, karşı tarafın da kabul etmesi sonucunda, sözleşmenin içeriğine girmesi hali söz konusudur. Tarafların bu yöndeki iradesi sonucunda sözleşme içeriğine giren bu tür saikler, hukuki işlemin sonuçlarının doğmasını ve ya da doğmuş sonuçlarının ortadan kalkmasını, şart teşkil eden olgunun gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlamaktadır. Şart ve saikte yanılma kurumları arasındaki ilişki ve farklılıklar için bkz. aş. 2. Bölüm, I, A, 2, d.

¹⁰⁴ Koschaker, **a.g.e.**, s. 62 vd.; Schwarzh, **Roma Hukuku**, s. 390.

¹⁰⁵ Koschaker, **a.g.e.**, s. 63 ve 70; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 680; Stein, **a.g.e.**, s. 11; Yeşiller, **a.g.m.**, s. 79; Özsunar, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁰⁶ Öte yandan, kaynaklarda *in integrum restitutio ob errorem* şeklinde bir “eski hale iade imkanı” da göze çarpmaktadır. Burada sağlanacak korumanın hangi hallerde verildiği açık olmamakla birlikte, örneğin dava sürecinde *formula* düzenlenirken hoş görülebilir bir yanılmaya düşülmüş olması ya da bir *exceptio*'nun *formula*'ya yanılma yüzünden dahil edilmemesi hallerinde söz

Önemle belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, *Corpus Iuris Civilis*'de, çerçevesi belirli ve terminolojik açıdan yeknesaklık sağlayabilecek bir hükümsüzlük teorisinin geliştirilmemiş olduğudur. Öyle ki, kaynaklarda hükümsüzlüğü ifade eden en az otuz farklı terim kullanıldığı söylenmektedir¹⁰⁷. Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus ise, Roma hukukunda, bizim bugün benimsediğimiz anlamda yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, askıda hükümsüzlük gibi hükümsüzlük hallerinin söz konusu olmamasıdır¹⁰⁸. Hatta doktrinde kabul edildiği üzere, Roma hukukunda hükümsüzlük denildiğinde, bu yokluk halini de kapsamakta ve bu bağlamda, kesin hükümsüzlük ile yokluk arasında bir fark gözetilmemektedir. Zira Romalı hukukçular için bu ayrımın pek önemi olmayıp, esas önem arz eden husus, söz konusu işlemde hak ve borç doğup doğmayacağı, dolayısıyla da ona *actio* tanınıp tanınmayacağıdır¹⁰⁹.

Yanılma konusunda gündeme gelecek bir diğer hukuki imkan ise, *praetor*'ların tanıdığı genel defidir (*exceptio doli generalis*). Buna göre, esaslı yanılma halinde, sözleşmenin diğer tarafı, yanılana karşı talebini bir dava ile öne sürdüyse, burada *praetor*, yanılana bir defî ile kendisini koruma fırsatı tanımaktadır. Yanılanın bu defiyi ileri sürerek yanılmayı ispat etmesi halinde, dava yanılan lehine sonuçlanmaktadır¹¹⁰.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer hukuki imkan da, yanılma nedeniyle hukuki işlemin hükümsüz olması neticesinde, yerine getirilmiş edimlerin nasıl tasfiye edileceğine ilişkindir. Bu mesele, Roma hukukunda mülkiyetin devri işlemlerinin sebebe bağlı olup olmadığına bağlı olarak, *condictio indebiti* (borç olmayan şeyin ifası nedeniyle sebepsiz zenginleşme talebi) ya da *rei vindicatio* (istihkak davası) çerçevesinde çözülmektedir¹¹¹.

konusu olduğu söylenmektedir (Büyükcay, **a.g.e.**, s. 105). Ancak, D.34.9.17. ve *Instituiones*, Iv.6.33.'deki durumlara bakıldığında, buralarda bahsedilen yanılmanın, çalışmamızın konusu olan hukuk işlemlerde yanılmadan çok daha geniş bir alana temas ettiği görülmektedir. Bu metinlere ilişkin açıklama için ayrıca bkz. Özsunar, **a.g.e.**, s. 64 vd.

¹⁰⁷ Koschaker, **a.g.e.**, s. 70; Umur, **a.g.e.**, s. 203, 204; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 76; Yeşiller, **a.g.m.**, s. 78.

¹⁰⁸ Umur, **a.g.e.**, s. 204. Bugünkü terminolojiyle askıda hükümsüzlük yaptırımına benzeyen *negotium claudicans* ise, belirli istisnai hallerde söz konusu olmaktadır (**a.g.e.**, s. 204).

¹⁰⁹ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 679.

¹¹⁰ Koschaker, **a.g.e.**, s. 71; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 76; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 680; Büyükcay, **a.g.e.**, s. 104; Yeşiller, **a.g.m.**, s. 79. Bazı durumlarda, bu defiyi gerek kalmadan *praetor*'un kendisinin de açılan davayı reddedebileceği kabul edilmektedir (*denegatio actionis*). Bu konuda bkz. Zimmermann, **a.g.e.**, s. 680.

¹¹¹ Büyükcay, **a.g.e.**, s. 94 vd.; Yeşiller, **a.g.m.**, s. 86 vd.

5. Sonuç ve Değerlendirme

Roma hukukunda yanılmanın hangi hallerde gündeme gelebileceği ve bunun sonuçlarının neler olacağının incelenmesinin ardından, her ne kadar çerçevesi belirli bir doktrine ve kavramsal bütünlüğe rastlanmasa da, İsviçre-Türk hukuku bakış açısıyla Roma hukukundaki yanılma kurumunun karakteristik özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

- Yanılma kurumunun da ortaya çıktığı Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren, Roma hukukunda irade açıklamalarının yorumu, “irade ilkesinin” etkisi altındadır. Hâlbuki Alman ve İsviçre-Türk hukukuna bakıldığında bu konuda “güven ilkesinin” temel alındığı görülmektedir¹¹². Bu farkın doğal bir sonucu olarak, modern anlayışa göre, irade açıklamaları “fiili uygunluk” içinde olmasa bile, eğer güven ilkesi çerçevesinde yapılan yorum sonucunda, açıklamalar arasında “normatif uygunluk” bulunduğu söylenebiliyorsa, sözleşme yanılmaya rağmen kurulmaktadır. Bu noktayla bağlantılı olarak, Roma hukukunda yanılmanın sonucu kendiliğinden hükümsüzlük (bizim anladığımız anlamda yokluk) iken; Alman ve İsviçre-Türk hukukunda, yanılmanın kararına bağlı olan iptal edilebilirliktir.

Yine, Roma hukukunda güven ilkesinin geçerli olmamasının yarattığı bir diğer önemli fark, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliği karşısında korumasız kalmasıdır. Öyle ki, yanılmanın irade açıklamasıyla karşı tarafta yarattığı güven, sözleşmenin geçersizliği nedeniyle boşa çıkmış olmasına rağmen, Roma hukukunda bu dikkate alınmamaktadır. Hâlbuki Modern hukuk sistemlerinde, yanılmanın ne zaman sözleşmenin geçerliliğini etkileyeceğine ve yanılmanın hüküm ve sonuçlarının neler olacağına ilişkin çeşitli kriterler ve hükümler öngörülmektedir. Bunlar çeşitli hukuk sistemlerine göre değişebilmekle birlikte, ileride görüleceği üzere, “yanılma kurumunun mekanizmaları”¹¹³ olarak adlandırılabilir. Roma hukukunda ise, yanılmanın kavramsal olarak tutarlı ve çerçevesi belirli bir teorisi oluşturulmamış olduğundan, bu tür mekanizmalara rastlanmamaktadır; dolayısıyla, bu sistemde ne karşı taraf için olumsuz zararın

¹¹² Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 84 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 69; Serozan, **Medeni**, s. 369 vd. Bu konudaki açıklamalar için bkz. aş. 1. Bölüm, IV, B.

¹¹³ Yanılma kurumunun mekanizmaları konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 2.

tazminini talep etme hakkı ne de yanılanın dürüstlük kuralına aykırı olarak yanılmayı ileri süremeyeceği kuralı (TBK m. 34/1) gündeme gelmektedir. Aynı şekilde, karşı tarafın, örneğin TBK m. 34/2'deki gibi sözleşmeyi ayakta tutmaya yarayan karşı (*contra*) yenilik doğuran hakkı da bulunmamaktadır.

- *Error in substantia* türündeki yanılmaları, ölüme bağlı tasarruflardaki saikte yanılmaları ve aldatma durumlarını bir yana bırakırsak, Roma Hukukunda saikte yanılmaların işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmişken; İsviçre-Türk hukukunda, niteliklerle ilgili olsun ya da olmasın her türlü saikte yanılma, eğer TBK m. 32'deki (OR m. 24/1 b. 4) şartlar gerçekleşmişse, hukuken dikkate alınmaktadır.

- Roma hukukunda, TBK m. 33'de (OR m. 27) düzenlenmiş olan iletmede yanılmaya rastlanılmamaktadır. Açıklamada yanılmanın ortaya çıkma tarzlarından birisi olan iletmede yanılma, ancak 19. yy.'da artan teknolojik gelişmelerin hukuki bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır¹¹⁴.

B. Ortak Hukukta Yanılma

Ortaçağın sonlarına doğru (13. yy.'da), *kommentatorlar*'ın Roma hukukunu çağın gereklerine uyarlamak için yaptığı çalışmaların da katkısıyla, Roma hukukunun Kıta Avrupası'na iktibası (*reception*) gerçekleşmiştir. Böylece, Roma hukukunun yerel hukukların yanında tamamlayıcı (*ius subsidium*) olarak uygulanması anlamına gelen ve 19. yy.'ın sonuna kadar sürecek olan Ortak Hukuk dönemi başlamıştır¹¹⁵. Bu dönem içinde, zamanın felsefik ve sosyolojik dokusuna paralel olarak ortaya çıkan ve farklı görüşler ileri süren çeşitli hukuk ekollerinin Roma hukuku kaynakları üzerindeki çalışmaları, yanılma kurumunun çeşitli soyutlamalar ve kavramlarla sistematize edilmesine yol açmıştır.

Bu noktada belirtelim ki, söz konusu ekollerin başında gelen ve modern hukuk sistemlerine çok büyük katkıları olan, Doğal Hukuk Okulu ve Tarihçi Hukuk Okulu'nun yanılma kurumuna ilişkin çalışmaları ayrı bir tez konusu olabilecek

¹¹⁴ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 603.

¹¹⁵ Bu dönemin Alman devletlerinde başlaması ise, 1495 yılında verilen bir mahkeme kararıyla gerçekleşmiş ve Roma hukukunun Alman kültürüne ve ihtiyaçlarına uygun olarak uyarlanması ve değiştirilmesi anlamına gelecek *Usus Modernus Pandectarum* (Pandekt Hukuku) doktrini doğmuştur (Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 83, 84. Koschaker, **a.g.e.**, s. 38; Küçük, **a.g.m.**, s. 114).

çaptadır. Ancak çalışmanın tarihi gelişiminin ortaya dökülmesi adına, bu okulların çeşitli fikirlerine aşağıda ana hatları itibariyle yer verilecektir.

Ortak Hukuk döneminde, Roma hukuku kaynaklarında kazuistik ve dağınık şekilde belirtilen çeşitli yanılma halleri, işlemin geçerliliğine etki edip etmemeleri açısından esaslı olan ve esaslı olmayan yanılma ayırımına tabi tutularak ortaya konmuş ve bu bağlamda, esaslı yanılma halleri tek tek sayılarak belirlenmiştir¹¹⁶.

Çalışmalarını *kommentatorlar*'ın araştırmalarından ve notlarından yola çıkarak yapan *Usus Modernus Pandectarum* doktrini, Roma hukukundaki gibi sözleşmenin kurulması ve yorumunda irade ilkesini kabul etmiştir. Bu itibarla, yanılma halinde, iradeyle açıklama arasındaki uygunsuzluk sorunu, yanılanın gerçek iradesi esas alınarak çözülmektedir. Diğer bir deyişle, yanılanın açıklaması, gerçek iradesine göre yorumlanmakta ve bunun sonucunda da, sözleşme, taraflarının iradelerinin uyuşmaması nedeniyle kendiliğinden hükümsüz olmaktadır (bugünkü terminolojiyle yokluk halindedir). Dolayısıyla, yanılma kurumu hâlâ *dissensus* ya da edimin belirlenememesi sorunu olarak telakki edilmektedir¹¹⁷. Yine bu dönemde de, saikte yanılmalar, örneğin şeyin değerine ilişkin yanılmalar (değerde yanılma) veya şeyin özünü belirlemeyen niteliklere yönelik yanılmalar (*error in materia*), kural olarak hukuken dikkate alınmamaktadır.

Öte yandan, 18. yy.'da *error in persona*'ya ilişkin ileri sürülen bir görüş büyük taraftar toplamış ve ulusal kodifikasyonlar tarafından da dikkate alınmıştır. Bu görüşe göre, alışveriş hayatında hukuki işlem yaptığımız kişinin kimliği, o işleme bağlanan hukuki sonuçlar açısından çoğu zaman önem arz etmediğinden, sırf bu kişinin kimliğinde yanılmaya düğüldüğü için, tüm işlemin kendiliğinden hükümsüz olması, hukuki güvenliğe ve alışveriş hayatının istikrarına zarar verir. Bu nedenle, *error in persona*'nın işlemi hükümsüz kılabilmesi için bazı sınırlamalara gidilmelidir. Buna bağlı olarak; (i) işlem tarafının kimliği, yanılan ve sözleşme konusu edim için önemli

¹¹⁶ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 610; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 179 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 3.

¹¹⁷ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 609, 610; Flume, **AT**, s. 440; Erdoğan / Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 205 dn. 168; John MacLeod, "Before Bell: the Roots of Error in the Scots Law of Contract", **Edinburgh Law Review**, Vol. 14 (3), 2010, s. 385-417, s. 390.

olmalı ve (ii) işlemin diğer tarafı olarak dikkate alınan kişinin, gerçekte o kişi olmadığı fark edilseydi, bu sözleşmenin aynı şartlarda yapılmayacağı kabul edilmelidir¹¹⁸.

Ortak Hukuk döneminde (*Usus Modernus Pandectarum*) yanılma kurumuyla ilgili bir diğer gelişme ise, yanılmanın hukuk işlemin geçerliliğini etkileyebilmesi için hoş görülebilir (*error invincibilis*) olması; diğer bir deyişle, yanılanın yanılmada kusurunun olmaması gerektiği görüşünün ortaya atılmasıdır¹¹⁹.

17. yy.'da ortaya çıkan ve 18. yy.'da da etkisini sürdüren Doğal Hukuk Okulu ise, Roma hukukunu aklın mekanik ve mantıksal çalışma yasaları gibi rasyonel bir temele oturtmak istemiş ve bu doğrultuda, bugün modern sistemlerde kullanılan birçok hukuki kurum ve kuramı yaratmıştır. Bu okul mensuplarının yanılma kurumuna yaptıkları en büyük katkı, onu bağımsız bir doktrin haline getirmeleri ve *dissensus* ile yanılmayı birbirinden ayırmaları olmuştur¹²⁰. Bu sonuca ulaşılmasını tetikleyen iki temel gelişme söz konusudur. Evvela, Roma hukukunda kavramsal olarak öğelerine ayrılmamış ve psikolojik açıdan incelenmemiş olan irade açıklaması kavramı, bu hukukçular tarafından irade ve açıklama şeklinde iki kurucu unsura ayrılmıştır. Bununla bağlantılı olarak, sözleşmenin, öneri ve kabul şeklindeki iki ayrı irade açıklamasının birbiriyle uyuşması sonucunda kurulduğu yaklaşımı da, yine bu dönemde teorileştirilmiştir¹²¹.

Öte yandan, sözleşmenin kurulmasının, sadece tarafların iç dünyalarını ilgilendiren iradelerinin uyuşması olarak kabul edilmemesi gerektiği; zira asıl iradelerin açıklanmasıyla birlikte dış dünyada hukuki bir etkinin ortaya çıktığı ileri sürülmüştür. Böylelikle, irade açıklamasının objektif anlamının, kişiye özel gizli anlamından hukuken daha önemli olduğu kabul edilmiştir. Bu yaklaşımın ister istemez götüreceği sonuç şudur: İrade açıklamalarının objektif anlamlarına göre (ve karşılıklı olarak) uyuşması anlamına gelen “sözleşmenin kurulması” olgusu ile taraflardan birisinin ya da ikisinin iradelerinin bu açıklamalarla örtüşmemesi anlamına gelen “yanılma” olgusu birbirinden ayrı kurumlardır¹²². Şu halde, yanılma durumunda,

¹¹⁸ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 611, 612.

¹¹⁹ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 608; Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 108 dn. 201. Ayrıca bkz. a.ş. 2. Bölüm, II, D, 1, d.

¹²⁰ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 613; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 11; MacLeod, **a.g.m.**, s. 391.

¹²¹ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 613; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 21.

¹²² Zimmermann, **a.g.e.**, s. 613 vd.; MacLeod, **a.g.m.**, s. 391.

sözleşme *dissensus* nedeniyle kendiliğinden hükümsüz olmayacağı için (diğer bir deyişle, yanılma, sözleşmenin kurulmasını engellemeyeceği için), artık yanılma da, aldatma ve korkutma gibi “irade bozuklukları” çatısı altında ele alınacaktır. Yanılma halinde sözleşmenin kendiliğinden hükümsüz olmadığının kabul edilmesi, doğal olarak, sözleşmenin hükümsüzlüğünü hukuken korunan taraf konumundaki yanılanın kararına bırakmak anlamına gelen “iptal edilebilirliğin” ortaya çıkmasına yol açmıştır¹²³.

Doğal hukukçuların yanılma kurumuna bir diğer önemli katkısı ise, bu okulun en önde gelen temsilcilerinden *Grotius* tarafından yapılmıştır. Yazara göre, irade ilkesi çerçevesinde yanılana tanınan korumanın, açıklama muhatabının bu açıklamaya olan güveni lehine dengelenmesi için, kusuruyla yanılan, karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlü olmalıdır¹²⁴.

Roma hukukunu sistematik ve kavramsal kategoriler içinde çağın gereklerine uyarlayarak, bugün Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki özel hukuk kurumlarının oluşmasında büyük rol oynayan Tarihçi Hukuk Okulu’nun (18. yy. ve 19. yy.) önde gelen temsilcilerinden *Savigny*’nin, modern yanılma kurumuna katkıları büyüktür. Bu dönemdeki birçok yazar gibi, *Savigny* de, doktrinini oluştururken, sözleşmenin kurulmasında baskın teori olan irade ilkesini temel almıştır. Buna göre, irade açıklamasına verilecek anlam, açıklama sahibinin gerçek iradesine göre yorumlanmakta ve şayet açıklanan irade ile gerçek irade arasında uyumsuzluk varsa,

¹²³ MacLeod, **a.g.m.**, s. 392, 394.

¹²⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 12.; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 613; Jansen / Zimmermann, **a.g.m.**, s. 230. Yanılma nedeniyle karşı tarafa zarar verilmesi haksız fiil teşkil etmediğinden ve geçersiz bir sözleşmeden kural olarak tazminat ödeme yükümü doğmadığından, yanılanın kusuru halinde gündeme gelecek tazminatın hangi talep temeline dahil olduğu konusu, bu dönemde henüz tartışma konusu yapılmamıştır. Bu konudaki boşluk, daha sonra *Jhering*’in *culpa in contrahendo* doktriniyle doldurulmuştur (Zimmermann, **a.g.e.**, 613, 614; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27, N. 31; *culpa in contrahendo* konusunda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, B, 1.). Böylece, sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle yanılanın diğer tarafın zararını tazmin etme yükümü, yanılma kurumuna egemen olan irade ilkesinin bir düzelticisi görevini görmeye başlamıştır (Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 86).

Öte yandan, *Grotius*’un yanılma öğretisine yaptığı bir diğer önemli katkı, yanılma nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olabilmesi için, belirli bir olguya ilişkin yanlış tasavvurun ya da bilgisizliğin, yanılan açısından sözleşmenin kurulmasında *conditio tacita* (örtülü şart) niteliğinde olması gerektiğini ileri sürmüş olmasıdır. Bunun için, yanılanın, şayet *falsa opinio*’sunun (yanlış tasavvurunun) ya da *ignorantia*’sının (bilgisizliğinin) farkında olsaydı, iradesini açıklamayacağı söylenebilir (Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 12). Ancak *Grotius*’un bu düşüncesi, ardılları olan *Pufendorf* ve *Thomasius* tarafından aşırı derecede “sübjektif” olarak nitelenerek ve bunun ahde vefa ilkesine aykırı olduğu belirtilerek eleştirilmiştir (Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 13).

bu durum açıklamanın kendiliğinden hükümsüz olmasına yol açmaktadır¹²⁵. Bu yanılma türünü “gerçek olmayan yanılma (*unechter Irrtum*)” olarak tanımlayan *Savigny*’e göre, hükümsüzlüğün nedeni, açıklamanın arkasında iradenin bulunmamasıdır; diğer bir deyişle, irade doğru ve sağlıklı şekilde oluşturulmuş olsa dahi, iradeyi olduğu gibi taşıması gereken açıklama bu işlevini yerine getirmemiş, ondan ayrılmıştır. Bu nedenle burada irade bozukluğu yoktur, açıklamada bozukluk vardır ve bu da gerçek anlamda yanılma değildir. Buna karşılık, *Savigny*’nin tabiriyle “gerçek yanılma (*echter Irrtum*)” ise, iradenin, gerçeğe uygun olmayan saikler nedeniyle oluşum aşamasında bozulmasıdır. Bu tür yanılmalar (*error in motive*) ise, kural olarak hukuken dikkate alınmamakta, ancak belirli şartların varlığı halinde hukuki işlemi hükümsüz kılabilmektedir¹²⁶. Nitelik yanılmaları konusunda ise, *Savigny*, Roma hukukundaki *error in substantia*’nın kapsamını genişletmiş ve bu yanılma türü, daha sonraki gelişmelerle birlikte “sözleşme içi nitelik yanılması” olarak BGB § 119/2’deki son halini almıştır¹²⁷.

Öte yandan *Savigny*’nin bazı keskin görüşleri, dönemin diğer Pandekt hukukçuları tarafından kabul görmeyerek BGB’nin hazırlanmasında dikkate alınmamıştır. Bunlardan biri, *Savigny*’nin, yanılanın yanılmada kusuru bulunsa dahi tazminat ödememesi gerektiği yönündeki aşırı görüşüdür¹²⁸. Diğer taraftan, BGB’nin oluşturulmasında otorite sahibi olan diğer Pandekt hukukçularının da irade ilkesini desteklemesi sonucunda, BGB’deki yanılma kurumu, esas olarak irade ilkesi ekseninde düzenlenmişse de, *Savigny*’nin esaslı yanılmalar için öngördüğü hükümsüzlük yaptırımı reddedilmiştir. Bu bağlamda, sözleşmenin kendiliğinden hükümsüz olmayacağı kabul edilip, karşı tarafın da menfaatleri gözetilmiş; fakat diğer taraftan irade özerkliğine (*Privatautonomie*) uygun olacak şekilde, yanılma nedeniyle

¹²⁵ Flume, **AT**, s. 440; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 23, 25; Bucher, **Entwicklung**, s. 365 vd; Lichti, **a.g.e.**, s. 55, 56.; Schwarz, **BG**, s. 311; MacMillan, **a.g.e.**, s. 140, 141.

¹²⁶ Flume, **AT**, s. 440 vd.; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 614; Lichti, **a.g.e.**, s. 55, 56; Buckland, **a.g.e.**, s. 205 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 45; MacMillan, **a.g.e.**, s. 142.

¹²⁷ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 616, 617; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 28. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (2).

¹²⁸ Flume, **AT**, s. 442; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 615; Bucher, **Entwicklung**, s. 365; MacMillan, **a.g.e.**, s. 143. Nitekim bu yaklaşımın tam tersini § 122 BGB’de görmek mümkündür. Bu hükümde, yanılanın, karşı tarafın açıklamaya güveninden doğan zararından kusursuz sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir.

sözleşmenin sona erdirilebilmesi imkanı, tek taraflı kullanılacak iptal açıklaması ile (*Anfechtungserklärung*) yanılana bırakılmıştır (§ 122 BGB)¹²⁹.

III. Yanılma Kavramı

Hiç şüphesiz, medeniyet tarihi boyunca bilimsel, toplumsal ve felsefik dönüm noktalarının ardında, doğa karşısındaki insanın yanılgıları ve bunlardan çıkardığı sonuçlarla gerçeğe ulaşma çabaları yer alır. Benzer şekilde, ticari ve sosyal hayatta da, kararlarımızı verirken ya da bunları açıklarken, çeşitli olgu ve durumlara ilişkin düşüncelerle hareket ederiz. Ne var ki, makro kozmos karşısında, insana (mikro kozmosa) özgü bir haslet olarak potansiyelimiz kısıtlıdır. Bu nedenle, çoğu zaman düşüncelerimiz, tahminlerimiz ve varsayımlarımız realiteye uymadığı için hataya düşeriz¹³⁰.

Tüm yaşam olaylarını hukuki ilişkiler ve hukuki kavramlar ağı olarak düşündüğümüzde ise, ortaya yanılmanın hukuki bakımdan nasıl anlamlandırılacağı sorusu çıkmaktadır. Zira ekonomik ve sosyal hayatın en önemli mal ve hizmet değişimi aracı olan sözleşmelerde, hukuki işleme katılan tarafların her zaman, elde ettiği şeyler konusunda tamamen bilgi sahibi olmadıkları veya arzu ettiği şeyleri tam olarak ifade edemedikleri göz önünde bulundurulursa, sözleşme ilişkilerinde yanılma durumlarıyla karşılaşmak son derece muhtemeldir. Söz gelimi, bir şeyi kullanışlı bulduğum için satın aldıktan sonra onun işime yaramayacağını fark etmem; uzun

¹²⁹ Flume, **AT**, s. 446 vd.; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 615; Bucher, **Entwicklung**, s. 365. Önemle belirtelim ki, 19. yy.'daki Pandekt hukukçuların bu çerçevede bir diğer önemli katkısı, kesin hükümsüzlük (*Nichtigkeit*) ile iptal edilebilirlik (*Anfechtbarkeit*) arasındaki ayrımı netleştirerek kavramsallaştırmış olmalarıdır. Zira bu döneme kadar, iptal edilebilirlik kavramı, Roma hukukunun da etkisiyle iki farklı anlama sahiptir. Bu bağlamda, iptal edilebilirlik, hem hukuken korunan tarafın diğerine karşı ileri sürdüğü *exceptio*'ya (defiye), hem de hukuken korunan tarafın sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilmesi anlamındaki iptal açıklamasına işaret etmektedir. BGB'de ise, ikinci anlam kabul edilmiştir (Zimmermann, **a.g.e.**, s. 681; Harder, **a.g.m.**, s. 215 vd.). Ancak bu noktada belirtelim ki, hukuki işlemlerin "iptal edilebilirliği" (*Anfechtbarkeit*) kavramını hukuk tekniği açısından ilk kullanan *Savigny*'dir (Harder, **a.g.m.**, s. 211).

Öte yandan BGB'de, Roma hukukunun kazuistik karakterinin etkisiyle Ortak Hukuk döneminde de benimsenmiş olan, açıklamada yanılma türlerini ayrı ayrı zikretme yöntemi kabul edilmemiş; bunun yerine, açıklamada yanılma konusunda genel bir düzenlemeye (§ 119/1 BGB) yer verilmiştir.

¹³⁰ Roma hukukuna ve hukuk tarihine ilişkin eserlerde yanılma ile ilgili çok sayıda özdeyişe rastlanmaktadır: "*erarre humanum est*" (yanılmak insana özgüdür), "*interfice erratum, dilige errantem*" (hatayı öldür, hata yapanı sev), "gözünü açmayan kesesini açar" (Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 41 dn. 2), "*error nocent erranti*" (hata, hataya düşene zarar verir), "hiçbir şeyde hata yapmamak tanrılara özgüdür" (Kocayusufoğlu, **BG**, s. 393), "kendini korumayanı hukuk da korumaz" (Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 783) vb.

süredir görmediğim bir arkadaşımın evine düğün hediyesi almamın akabinde, onun nişanı bozduğunu öğrenmem; işlerimi daha iyi yürütmek amacıyla bir ofis için kira sözleşmesi yaptıktan sonra, sürekli zarar ettiğimi anlamam; yarışlarda birinci olmak amacıyla hızlı, spor bir araba satın aldıktan sonra hiçbir yarış kazanamamam; mağazada rafta duran iki farklı üründen, yanlışlıkla satın almak istemediğimi işaret etmem ve eve geldiğimde bu durumu fark etmem; taksi şoförünün aslında 1. Levent'e gitmek istediğini anlayacağını düşünerek, sadece "Levent'e gidebilir miyiz?" demem ve fakat taksi şoförünün beni 4. Levent'e bırakması; alıcı olarak belirli bir ürüne ilişkin satıcıyla elektronik sözleşme yaparken, dalgınlıkla başka bir ürün kodu girip, ödemeyi yapmam vb. durumlarda görüleceği üzere, kendi kişisel değerlendirmem ve düşüncelerimin doğru çıkmadığını, diğer bir deyişle yanıldığımı görürüm. Ancak bu noktada, bütün yanılma kurumunun dokusunu belirleyecek şu soru hayati önem arz etmektedir: Eğer bir kimse, kendisini sözleşme yapmaya iten belirli bir duruma ilişkin düşüncesinde yanılmışsa ya da bu iradesini farkında olmadan dış dünyaya arzu ettiğinden başka bir şekilde açıklamışsa, acaba bu kimse söz konusu sözleşme bağından kurtulabilir mi? Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir kimsenin kendi etki alanında ortaya çıkan ve çoğu zaman karşı tarafın bilmediği ya da bilmek ihtiyacı dahi duymadığı yanılma hallerinde, yanılan kimseye, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan yükümlerini yerine getirmeme imkanı verilecek midir, verilecekse bu hangi kriterlere göre olacaktır?

Aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır, ancak şimdilik şu kadarını söylemek gerekirse; hukuk düzeninin yanılmayı hangi hallerde dikkate alacağı ve buna ne gibi sonuçlar bağlayacağı esas itibarıyla iki tarafın da çıkarlarının belirli bir ölçekte nasıl uzlaştırılacağı sorunudur¹³¹. Çünkü yanılan kişi, düşüncesinin gerçeğe uymadığını anladığında, borç ilişkisinde kalmak kendi menfaatine aykırı olacağı için, bundan bağını koparmak isteyecek; karşı taraf ise, bu durumun kendisini hiç ilgilendirmediğini ve yanılan tarafın açıklamasına güvendiği için, onun sözünde durması gerektiğini ileri sürecektir¹³². O halde burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, yanılma hallerinde, bir tarafın, iradesini sağlıklı şekilde oluşturma ve doğru açıklayabilme özerkliği (irade özerkliği) ile karşı tarafın, açıklanmış iradenin yanılanın

¹³¹ Bkz. aş. 2. Bölüm, II.

¹³² Andreas von Tuhr / Alfred Siegwart, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Auflage, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1944, s. 269; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 336.

gerçek iradesi olduğuna ya da bu iradenin sağlıklı şekilde oluşturulduğuna dair korunmayı hak eden güveni (güven ilkesi) arasında diyalektik bir ilişki olduğudur.

Yanılma kavramı ne İsviçre BK’da ne TBK’da tanımlanmıştır; bunun yerine, ”sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz” denilmekle yetinilmiştir (TBK m. 30, OR m. 23). Yanılma kavramından ne anlaşılması gerektiği, doktrin ve içtihat tarafından belirlenmiştir. Hiç şüphesiz, yanılma kavramının, örneğin psikoloji ve felsefe gibi diğer disiplinlerde farklı şekilde tanımlanması ya da bu alanlara göre içerik kazanması mümkündür¹³³. Ancak burada odaklanılması gereken, hukuki açıdan nasıl bir tanım yapılacağıdır. Doktrinde hukuki bakımdan yanılmanın, geniş ve dar olmak üzere iki anlamı bulunduğu kabul edilmektedir. Bu ayrımın temelinde, kaynağını Roma hukukunda bulan, hukuk düzeninin yanılmayı (*error*) ve bilgisizliği (*ignorantia*) eşit şekilde dikkate alıp almayacağı sorunu yatmaktadır.

Dar anlamda yanılmadan anlaşılması gereken, belirli bir olguya ilişkin tasavvurun (*Vorstellung*)¹³⁴, farkında olmadan gerçeğe uygun olmaması ve bunun doğru olduğuna inanılmasıdır; daha sade bir deyişle, “gerçeğin yanlış tasavvur edilmesidir (*die falsche Vorstellung*)”dır¹³⁵. Buna göre, tasavvur ile gerçek durumun

¹³³ TDK sözlüğünde hata şu şekilde tanımlanmaktadır: “istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı” (<http://www.tdk.gov.tr>).

¹³⁴ TDK sözlüğünde tasavvur şu şekilde tanımlanmaktadır: “göz önüne getirme, hayal etme, zihinde canlandırma” (<http://www.tdk.gov.tr>).

¹³⁵ Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich: Schultess, 1964, s. 231; Schwenger, **BasKomm**, Art. 23 N. 2; Schwenger, **AT**, N. 37.01; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 30; Klausberger, **a.g.e.**, s. 21; Zehnder, **a.g.e.**, s. 20; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 393; Lichti, **a.g.e.**, s. 42; Gilbert Kolly, **Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts**, Diss., Zürich: Juris Druck und Verlag Zürich, 1978, N. 57; Michael Adams, “Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1986/186, s. 453-489, s. 458 dn. 13; J. von Staudinger, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 90-124; 130-133 (Sachen und Tiere, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung)**, Neubearbeitung 2017, Berlin: Sellier – de Gruyter, 2017, § 119 N. 6; Ernst Henrici, **Über den Irrtum beim Vertragabschluss im schweizerischen Obligationenrecht**, Aarau: H.R. Sauerländer, 1916, s. 5; Edis, **Hata**, s. 3; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 208; Eren, **BG**, s. 395; Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Madde 1-338, 2. Baskı, İstanbul: Adalet Yayınevi, 2015, m. 30 s. 352; İnan / Yücel, **a.g.e.**, s. 310. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı tanımdan hareket etmektedir (BGE 96 II 101; BGE 98 II 15, bger.ch). Farklı ifadelerle aynı anlama gelebilecek tanımlamalara da rastlanmaktadır: “hata, şahsın bir şey hakkında yanlış bir fikir edinmesi veya fikir sahibi olmamasıdır” (Birsén, **a.g.e.**, s. 81); “yanılma, yanlış tasavvurun gerçek duruma ilişkin doğru tasavvurla örtüşmemesidir” (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 7, N 192). Keza yanılmanın “gerçek olgu” ile “gerçek olduğu zannedilen olgu” arasındaki uygunsuzluk anlamına geldiği de belirtilmektedir (bkz. Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 803). Fikrimizce bu farklılıkların öze dokunmadığını; deyiş yerindeyse, aynı yüzün değişik açılardan resmedilmesi anlamına geldiğini kabul etmek daha doğru olacaktır. Buradan hareketle, uygunsuzluğun, yanılmanın tasavvuru ile gerçek durum arasında olması ya da yanılmanın tasavvuru ile gerçek duruma ilişkin

(*Sachverhalt*) birbirine uymadığı, birbiriyle çatıştığı haller yanılma teşkil etmektedir¹³⁶. Geniş anlamda yanılma ise, gerçeğin hiç tasavvur edilmemesi anlamına gelen bilgisizliği; yani gerçek duruma ilişkin tasavvur sahibi olunmaması (*fehlende Vorstellung*¹³⁷) halini de içine almaktadır. Hâkim görüş, bu iki halin hukuki anlamda eşit düzeyde görülmesi gerektiğini, dolayısıyla yanılma kavramının hem yanlış tasavvuru hem de tasavvur yokluğunu (tasavvur eksikliği) kapsadığını ileri sürmektedir. Bu bakımdan yanılma, her iki olasılığı da kapsayacak şekilde, gerçeğe ilişkin doğru tasavvurun bulunmadığı hallerde söz konusu olacaktır¹³⁸.

Öte yandan, doktrindeki azınlık görüş ise, bilgisizliğin yanılma olarak kabul edilemeyeceğini ve hukuki anlamda koruma görmeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, yanılma için en azından belirli bir durumla ilgili tasavvurun bulunması gerekir. Hatta bilgisizlik halleri yanılma kurumu içine dahil edildiği vakit, bir belgeyi okumadan veya boş bir belgeyi içeriği ne olursa olsun imzalayan kişi ile o konuda

doğru tasavvur arasında olması veya gerçek olgu ile gerçek olduğu düşünülen olgu arasında olması, sadece ifade tarzı farklılığı olarak düşünülmeli ve bunun yanılmanın karakteristiği açısından herhangi bir önem arz etmediği kabul edilmelidir.

¹³⁶ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 761; Brox, **a.g.e.**, s. 18; Klausberger, **a.g.e.**, s. 21; Zehnder, **a.g.e.**, s. 19, 20; Kolly, **a.g.e.**, N. 58; Adams, **a.g.m.**, s. 458 dn. 13; Nina Reiser, **Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR**, Zürich: Schultess, 2012, N. 8.

¹³⁷ Bazı yazarlar, bilgisizlik halini “tasavvur eksikliği” (*die fehlende Vorstellung*) şeklinde ifade etmeyi tercih etmektedirler (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 762; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 10; Huguenin, **AT**, N. 470). *Kocayusufpaşaoğlu* ve *Edis* ise, bunun için “*ignorantia*” tabirini kullanmakta ve bunu yer yer tasavvur yokluğu ya da hiç tasavvurun bulunmaması olarak Türkçeleştirmektedirler (*Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 30; *Edis*, **Hata**, s. 5).

¹³⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 10; Schwenger, **BasKomm**, Art. 23 N. 2; Schwenger, **AT**, N. 37.01; *Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 30, 31; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 762; Brox, **a.g.e.**, s. 18; Klausberger, **a.g.e.**, s. 22; Zehnder, **a.g.e.**, s. 20; Koller, **AT**, § 14 N. 22; Lichti, **a.g.e.**, s. 43, 44; Kolly, **a.g.e.**, N. 60, 61; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 173; Hans Bachmann, **Der Irrtum nach Artikel 23 ff. Des schweizerischen Obligationenrechts**, Diss., Bern: Stämpfli & Cie., 1928, s. 1 vd.; Adams, **a.g.m.**, s. 458 dn. 13; Reiser, **a.g.e.**, N. 9; *Edis*, **Hata**, s. 7, 8; *Kocayusufpaşaoğlu*, **BG**, s. 393; Eren, **BG**, s. 394, 395; Işıl Tüzün Arpacıoğlu, “Türk Borçlar Hukuku’nda Temel Hatası”, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 4, No. 1, 2015, s. 149-156, s. 150, 151; İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir (BGE 100 II 278, bger.ch). Öte yandan, hukuki anlamda yanılma, sadece hukuki işlemler (daha özelde sözleşmelerin kurulması) açısından gündeme gelmemektedir. TBK ve TMK’daki farklı hukuki kurumlarda da yanılma hallerine rastlanabilir. Ancak bunlar tezde incelediğimiz teknik anlamda yanılma kurumunun dışında kalmaktadır. Örnekleyecek olursak: Bir olgunun gerçekten bilinmesine bağlı olarak zamanaşımının ya da hak düşürücü sürelerin başlaması (eBK m. 60, 66, 198/3); haksız fiilde tazminat sorumluluğu açısından, failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek davranması ile bu durumu bilmemesine rağmen zararlı sonucun ortaya çıkması arasındaki farklılık (eBK m. 41, 99, 190); iyiniyetin varlığına sonuç bağlandığı haller (zira hakkın korunması ya da kazanılmasını engelleyen olguyu bilmemek, aynı zamanda yanılmak anlamına da gelir. Bkz. Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 14); sebepsiz zenginleşmede borç olmayan şeyin ifasında, bunun geri istenebilmesi için edimin yanılarak ifa edilmiş olması (bkz. Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 23 N. 9; Ernst Zitelmann, **Irrtum Und Rechtsgeschäft: Eine Psychologisch-Juristische Untersuchung**, Leipzig: Duncker & Humblot, 1879, s. 4 vd.) vb.

(farkında olmaksızın) hiçbir tasavvuru olmayan kişi arasında ispat zorluğu açısından büyük bir adaletsizlik söz konusu olacaktır¹³⁹.

Kanaatimizce, bilgisizlik hallerinin, çoğu zaman farklı bir yorumla yanlış tasavvur olarak da görülmesi mümkün olduğundan ve en önemlisi, esaslılık şartlarını taşıdığı sürece, tasavvur yokluğunun yanlış tasavvurla bir tutulmasını engelleyecek herhangi hukuki bir gerekçe söz konusu olmadığından, yanılma kavramından geniş anlamda yanılma anlaşılmalıdır ki, çalışma boyunca da bu kabulden hareket edilecektir. Bu konu şu şekilde bir örnekle aydınlatılabilir: İkinci el ve antika eşyalar satan A, bir gün kendisinden antika bir sandık almak isteyen B'ye, aslında çok da sağlam olmadığını düşündüğü bir sandığı uygun bir fiyata satar. B daha sonra evde sandığı açtığı anda, gizli bir bölmede altın yüzük olduğunu fark eder. Bu durumda A'nın irade oluşumuna bakıldığında, "sandığın içinde herhangi bir altın yüzük bulunmadığı için satıyorum" şeklinde bir tasavvura ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla burada gerçek duruma, yani sandığın içinde değerli bir altın yüzük olduğu durumuna aykırı bir tasavvur söz konusu olmayıp, bu konuda herhangi bir tasavvur dahi bulunmamaktadır. Bu durumda yanılmanın var olmadığından mı bahsedilecektir?

Kocayusufpaşaoğlu'nun da haklı olarak belirttiği üzere, tasavvur yokluğu durumlarında, eğer kişi gerçek durumu bilseydi o sözleşmeyi kurmayacaktı sonucuna varabiliyorsak, burada yanlış tasavvur ile tasavvur yokluğu durumlarına farklı muamele etmenin hiçbir gerekçesi yoktur¹⁴⁰. Gerçekten de, A, eğer sandığın içinde altın yüzük olduğunu bilseydi o sözleşmeyi yapmayacak ya da daha yüksek bir fiyatla yapacaktır. Bu nedenle, gerçek durumu bilmiyor olması ile iradesinin oluşumu

¹³⁹ von Büren, **a.g.e.**, s. 231 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 428; Henrici, **a.g.e.**, s. 22; Edis, **Hata**, s. 6 dn. 15'de anılan yazar. Bu görüş altında kabul edilebilecek *Kolly* ise, bilgisizliğin TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) anlamında bir yanılma (yani esaslı saikte yanılma) teşkil edemeyeceğini savunmaktadır. Yazarı bu sonuca götüren argüman sübjektif esaslılık şartından çıkmaktadır. Sübjektif esaslılık şartının gerçekleşmesi için, yanılma konusu olgu, yanılan açısından sözleşmenin zorunlu temelini oluşturmalıdır. Bu bakımdan, bu şartın gerçekleşmesi için, her zaman tasavvur edilmiş bir olguya ihtiyaç duyulacağından, herhangi bir tasavvurun bulunmadığı hallerde, bu anlamda bir yanılmanın varlığından söz açılmayacaktır. Ancak yazara göre, bu ayrım yine de pratik bir önemi haiz değildir; zira tasavvur eksikliğinin söz konusu olduğu haller çoğu zaman, farklı bir açıdan, yanılanın belirli bir olguya ilişkin yanlış tasavvuru olduğu yönünde de yorumlanabilecektir (*Kolly*, **a.g.e.**, N. 81 vd.).

¹⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 32. Yazarın açıklamalarına, *von Büren*'in verdiği şu örnek kaynaklık etmektedir: Bir müşteri lokantada istiridye ısmarlamakta ve masasına gelen istiridyelerden birisinin içinden değerli bir inci çıkmaktadır (*von Büren*, **a.g.e.**, s. 231). Görüleceği üzere, burada da aynı tasavvur yokluğu söz konusu olmakla birlikte, yanılan lokanta sahibinin, gerçek durumu bilseydi o sözleşmeye ilişkin iradesini oluşturmayacağı bellidir (*Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 31, 32).

arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunduğundan, hukuki anlamda onun yanıldığını söylemek gerekecektir¹⁴¹.

Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus, ister bilgisizlik, ister yanlış bir tasavvurdan kaynaklansın, bilinçli bir yanılmanın mümkün olmamasıdır¹⁴². Diğer bir deyişle, irade açıklamasında bulunan kişi, tasavvurunun gerçek durumla örtüşmediğinin veya tasavvur yokluğunun farkında olmamalıdır. Zira bilmediğinin bilincinde olan ya da düşüncesinin yanlış olduğunu bilen kişinin yanılmasından söz edilemez¹⁴³. O halde, kasten yanılmadan bahsetmek köşeli daireden bahsetmekten farksız olacağından, yanılmanın ancak ihmal sonucunda var olacağı kendiliğinden anlaşılmaktadır. Aynı şekilde, tasavvurunun gerçeğe uygun olmadığı konusunda şüphelerin bulunması halinde de yanılmaya dayanılamayacaktır¹⁴⁴. Zira bu durumda,

¹⁴¹ Örnekteki olayda, yanılmanın söz konusu olması ile bu yanılmanın iptal hakkı tanınması arasındaki farkın gözden kaçırılmaması gerekir. Zira örnekte vurgu yapılan husus, gerçek duruma ilişkin tasavvur yokluğunun yanılma kavramı altında ele alınması gerektiğidir. Bu yanılmanın esaslı olup olmayacağı ise bambaşka bir konudur ki, bu bağlamda ileride açıklanacak olan esaslılık şartlarının varlığı çerçevesinde inceleme yapılacaktır. Ancak sonucu şimdiden söylemek gerekirse, örneğe bakıldığında satıcının temel yanılmasına dayanarak işlemi iptal edebileceği söylenebilir.

¹⁴² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 14; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 3; Huguenin, **AT**, N. 477; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 763; Theo Guhl / Alfred Koller / Anton K. Schnyder / Jean Nicolas Druey, **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich: Schultess, 2000, § 16 N. 1; Klausberger, **a.g.e.**, s. 22; Zehnder, **a.g.e.**, s. 22; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 33; Kolly, **a.g.e.**, N. 68; Reiser, **a.g.e.**, N. 9; Edis, **Hata**, 7, 8; Schwenzer, **AT**, N. 37.01; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 393; Eren, **BG**, s. 395. Bu bağlamda, zihni kayıt ve muvazaa hallerinde, yanılma doğası gereği (*per se*) söz konusu olmayacaktır.

¹⁴³ Aynı şekilde, gerçek durumu bilmek istemeyerek veya tasavvurunun gerçek olup olmadığına ilişkin bilgisizliğini göze alarak sözleşme yapanın yanıldığından bahsedilemez (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 14). Bilinçli ya da şüpheli yanılmadan söz edilemeyeceğine ilişkin şu örnek aydınlatıcıdır: Bir taşınmaz satın alan A, daha sonra taşınmazın bulunduğu arazide petrol kirliliği olduğunu fark etmiştir. Şayet sözleşme yaparken bu duruma ilişkin hiçbir tasavvuru yoksa, burada saikte yanılmaya sebebiyet veren bir bilgisizlik söz konusudur. Öte yandan, A, bu ihtimali aklına getirmiş ve fakat böyle bir durumun kesinlikle söz konusu olmadığını düşünmüşse, burada A yine saikte yanılmaktadır; ancak bu sefer yanılma gerçeğe uygun olmayan (yanlış) tasavvurdan kaynaklanmaktadır. Buna karşın, A, iradesini oluştururken bu ihtimalin farkında olmasına rağmen, gerçek olup olmadığı konusunda emin olmayarak sözleşme yaptıysa, A'nın şüphe içinde olması yanılma olasılığını bertaraf edecektir (Koller, **AT**, § 14 N. 23).

¹⁴⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 14; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 3; Koller, **AT**, § 14 N. 21; Huguenin, **AT**, N. 477; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 763; Klausberger, **a.g.e.**, s. 22, 23; Zehnder, **a.g.e.**, s. 22, 23; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 10; Kolly, **a.g.e.**, N. 71; Reiser, **a.g.e.**, N. 9; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 33. BGE 88 II 422 (servat.unibe.ch). Burada, kişinin bilgisizliğinin veya yanlış tasavvurunun bilincinde olup olmadığı veya bu durumdan şüphe duyup duymadığının hangi ölçüte göre belirleneceği ayrı bir tartışma konusudur. Kuşkusuz bu sorun, kişinin tasavvurunun gerçek duruma uygun olup olmadığını nereye kadar araştırması gerektiğiyle de ilgilidir. Diğer bir anlatımla, kişiden ne ölçüde araştırma yapması ya da tasavvurunun gerçeğe uygunluğunu sorgulaması beklenmelidir ki, böylece bilgisizliği veya yanlış tasavvuru yanılma sayılabilirsin. Bu konuda her somut durumu kapsayan kesin bir ölçüt vermenin imkansız olacağı açıktır. Bilinçli bilgisizlik veya tasavvurun gerçeğe uygunluğuna ilişkin şüphenin varlığı, yanılmayı tamamen dışlarken; burada gerçeği araştırma yükümünde çitayı biraz aşağıya indirdiğimizde, bu sefer de (diğer şartların da varlığına

kişinin yanılması ile irade açıklaması arasında nedensellik bağının bulunduğundan bahsedilemeyecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde toparlayıcı bir tanım yapmak gerekirse, yanılma; farkında olmadan, belirli bir olgu hakkında bilgisizlik ya da yanlış tasavvur nedeniyle gerçeğe uygun (doğru) tasavvurun bulunmamasıdır. Yanılma, İsviçre-Türk hukukunda da benimsenen klasik ayrıma göre, ya iradenin oluşumu aşamasında bir sakatlık yaratarak (saikte yanılma) ya da gerçek irade ile açıklama arasında bir uygunsuzluk meydana getirerek (açıklamada yanılma), irade bozukluğuna yol açmaktadır. Ünlü bir ressama ait olduğu düşünülen tablonun, aslında iyi bir imitasyon olduğunun anlaşılmasında, bu yanılma, tablonun ünlü ressama ait olduğunun tasavvur edilmesi (saiki) ile gerçek durumun (imitasyon olma) birbirine uymaması şeklindedir. Öte yandan, öneri yapılırken, 100 TL'ye malınızı alabilirim diyecekken 1.000 TL yazılması halinde ise, yanılma, sağlıklı oluşturulmuş iradenin (100 TL), bildirilmesi anında ortaya çıkmakta ve hâlâ 100 TL yazıldığına ilişkin tasavvur ile gerçekte yazılan (güven ilkesi çerçevesinde karşı taraf bu şekilde anlamakta haklıysa) 1.000 TL arasındaki uygunsuzluğa dayanmaktadır.

TBK m. 32 vd.'nda (OR m. 23 vd.) düzenlenen yanılma hükümleri, TBK'nın "sözleşmeden doğan borç ilişkileri" ayrımında düzenlenmiş ve TBK m. 1'den de anlaşılacağı üzere, bu ayırmadaki kurallar esas olarak sözleşmeler için öngörülmüştür. Ancak, bu uygulama alanının daha geniş anlaşılması gerektiği ve yanılma hükümlerinin TMK m. 5 (ZGB m. 7) bağlamında tüm hukuki işlemlere dolaylı olarak uygulanabilecekleri kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yapısı itibarıyla genel hüküm niteliğinde olan yanılma hükümlerinin, bünyelerine uygun düştükleri ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmesi mümkündür¹⁴⁵. Dolayısıyla, sadece

bağlı olarak) yanılmaya dayanılabileceği, ancak yanılanın iptal sonrasında tazminat ödemek zorunda kalacağı söylenebilecektir.

¹⁴⁵ Bucher, **AT**, s. 193; Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 4; Schwenzer, **AT**, N. 36.05; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 300, 301; von Tuhr, **BG**, s. 279; Zehnder, **a.g.e.**, s. 4; Kolly, **a.g.e.**, N. 44; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 396; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 937; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 121; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 334; Huguenin, **AT**, N. 467; İnan / Yücel, **a.g.e.**, s. 309; Rona Serozan, **Hukukta Yöntem - Mantık**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 22; Eraslan Özkaya, **Yanılma-Aldatma-Korkutma Davaları**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 19; Kılıçoğlu, **BG**, s. 247; Reisoğlu, **BG**, s. 118. Bu konunun açıkça zikredildiği bazı kararlar için bkz. BGE 79 II 27 (servat.unibe.ch); BGE 128 III 70 (bger.ch). Yargıtay'ın bir kararında, davacının feragat işlemine TBK m. 30 vd. hükümlerinin uygulanacağı zikredilmiştir ("Kural olarak feragattan dönülemez; ancak davacının, feragatinin bir maddi hukuk işlemi olması bakımından Borçlar Kanunun 23.ve devamı maddeleri uyarınca hata, hile ve ikraha

Borçlar Hukuku sözleşmeleri değil, aynı zamanda Medeni Hukukun diğer alanlarına (Aile Hukukuna, Miras Hukukuna veya Eşya Hukukuna) ilişkin sözleşmeler, tek taraflı hukuki işlemler (örneğin tasarruf işlemleri, yenilik doğuran işlemler, tanıma, vasiyetname, mirasın reddi) ve hatta hukuki işlem benzeri fiiller de yanılma nedeniyle iptal edilebileceklerdir¹⁴⁶. Ancak önemle belirtelim ki, yanılma hükümlerinin TMK m. 5 aracılığıyla söz konusu işlemlere örnekseme yoluyla uygulanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir¹⁴⁷. Birincisi, TBK m. 32 vd.'nin uygulama alanına doğrudan girmeyen somut duruma ilişkin, başka kanunda özel bir hüküm (örneğin TMK m. 149, 297, 557 gibi) bulunmamalıdır¹⁴⁸. İkinci olarak da, yanılma hükümlerinin (TBK m. 32 vd.) söz konusu durumun bünyesine uygun düşmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Diğer bir deyişle, somut durumdaki özel hukuk ilişkisinin yapısı ve menfaat durumu, yanılma hükümlerinin *ratio legis* ile çatışmamalıdır. Zira TMK m. 5 yoluyla gerçekleşen uygulama, doğrudan değil dolaylı (örnekseme yoluyla) bir uygulamadır¹⁵⁰.

IV. Yanılma Kurumunu Etkileyen Temel İlkeler

Yanılma kurumunun tarihi gelişimi incelendiğinde ve bu kurumla ilgili çeşitli hukuk sistemlerinin düzenlemelerine bakıldığında, şu sorular, bütün bir yanılma

dayalı olduğunu ileri sürmesi imkan dahilindedir“. Bkz. Y. 14. HD., 4.7.2003, E. 2003/4785, K. 2003/5662, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁶ Duygu açıklamalarında ise (örneğin Aile Hukukunda ya da Miras Hukukunda karşımıza çıkan af açıklaması gibi), irade bozukluğu nedeniyle iptal açıklamasında bulunmaya gerek olmamakta, bunun yerine serbest geri alma yetkisi kullanılmaktadır (Bkz. Serozan, **Medeni**, s. 312).

Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 876'da, irade bozuklukları hükümlerinin, karşı tarafa yöneltilmesi gereken diğer irade açıklamaları için de uygulanacağı açıkça belirtilmektedir.

¹⁴⁷ Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 208 vd.; Serozan, **Yöntem**, s. 36, 37; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 742 vd.; Schwenzer, **AT**, N. 36.05; Osman Berat Gürzumar, Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, **GSÜHFD**, S. 1, 2004, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I (Özel Hukuk), s. 105-161, s. 153 vd.

¹⁴⁸ Söz konusu özel hükümlerin uygulama alanı dışında kalan konularda da, TMK m. 5 vasıtasıyla TBK'daki yanılma hükümlerine başvurulması mümkündür. Bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 5; Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 5.

¹⁴⁹ Örneğin nişanlanma sözleşmesinde irade bozukluğuna ilişkin TMK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen, TBK'daki yanılma hükümlerinin nişanlılık ilişkisinin özelliğine uygun düşmeyeceği için uygulanamayağı kabul edilmektedir (Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 747). Öte taraftan, mirasın reddi kurumunda ise, yine irade bozukluğuna ilişkin özel bir hüküm bulunmamakta, ancak TBK m. 30 vd.'ndeki irade bozukluğu hükümlerinin bu kurumun yapısına uygun düştüğüne ve TMK m. 5 vasıtasıyla uygulanmasında hiçbir sakınca bulunmadığına işaret edilmektedir. Bkz. Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 218; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 747.

¹⁵⁰ Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 745; Gürzumar, **a.g.m.**, s. 141, 142; Serozan, **Yöntem**, s. 36 (yazarın özlü ifadesiyle; “BK'nun irade bozukluklarıyla ilgili olup, kişiye işlemi iptal yetkisi veren kuralları, atıf ya da kıyas yoluyla MK alanında uygulanırken, özel bir kararlılık ve kalıcılık gereksinen evlenme, soybağı ve ölüme bağlı tasarruf olgularına, gerekleri ve etkileri sınırlandırılarak uyarlanır”).

doktrininin dokusunu belirleyecek önemdedir: Acaba yanılan kimse, kendi iç dünyasında cereyan eden ve girift dinamiklerin sonucu olan yanılma olgusunu ileri sürerek; yani gerçek duruma uymayan yanlış veya eksik tasavvur oluşturduğu (ya da hiç tasavvuru bulunmadığı) iddiasıyla, muhataba verdiği sözden dönebilecek midir? Diğer bir deyişle, borç ilişkisini bu gerekçeye dayanarak tek başına sona erdirebilecek midir? Muhatap, yanılanın yaptığı irade açıklamasına güvenerek sözleşmenin hak ve borç doğurduğunu düşünürken; yanılanın, belki de muhatabı hiç ilgilendirmeyen bir sebebi ileri sürerek, kendisine düşen edim yükümünü ifa etmeyeceğini veya daha önce ifa etmiş olduğu edimi geri istediğini söylemesi, kısacası sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi halinde, hukuken kim, nasıl korunacaktır? Daima yanılanın risk alanında gerçekleşecek olan yanılma hallerinde, hukuk düzeni sosyal ve ekonomik menfaatleri hangi ölçüde ve nasıl uzlaştıracaktır?

Bu kilit sorulara verilecek cevaplar, aynı zamanda belirli bir hukuk sisteminin, hukuk politikası tercihini de yansıtarak, yanılma kurumunun yapısını oluşturmaktadır. Aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, yanılmanın hangi durumlarda sözleşmenin bağlayıcılığını etkileyeceği, yanılmanın hüküm ve sonuçlarının neler olacağı belirli kriter ve şartlara göre belirlenir. Bunlara kısaca “yanılma kurumunun mekanizmaları”¹⁵¹ demeyi tercih ediyoruz. Bu mekanizmaların ne şekilde işleyeceği; diğer bir deyişle yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğine hangi şartlarda tesir edeceği ve bunun sonuçlarının nasıl gerçekleşeceği, temel olarak, Borçlar Hukukuna egemen olan şu iki ilke arasındaki etkileşime indirgenebilir: İrade özerkliği (*Privatautonomie*) ve güven ilkesi (*Vertrauensprinzip*).

Aşağıda öncelikle, yanılma kurumuyla bağlantılı olacak şekilde, irade özerkliğinin anlamı ve önemi incelenecektir. Ayrıca tezin konusu sözleşmenin kurulmasında yanılma olduğu için, bu doğrultuda hukuki işleme ve onun kurucu unsuru olan irade açıklamasının yapısına odaklanılması da gerekmektedir. Bu bağlamda, sözleşmenin içeriği kavramı da ayrı bir öneme sahiptir. Daha sonra ise, aynı şekilde merkezi bir işlevi olan güven ilkesi ele alınacaktır. Ardından, söz konusu iki ilkenin yanılma kurumu bağlamında nasıl uzlaştırıldığı aktarılacaktır.

¹⁵¹ Bkz. aş. 2. Bölüm, II, D.

A. İrade Özerkliği

1. Genel Bakış ve İrade Özerkliğinin Anlamı

Kişiler ekonomik ve sosyal gereksinimlerini karşılamak amacıyla çeşitli mal ve hizmetlerin değişimine yönelik hukuki ilişkilere girmek zorundadırlar. Bu ilişkiler sayesinde, haklar ve yükümler ortaya çıkmakta, bunların kullanılması ve ifa edilmesiyle de, o hukuki ilişkiyle ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmektedir. Bu noktada en önemli hukuki imkan, hukuki işlem ve onun en yaygın kullanılan şekli de sözleşmedir. Ancak sözleşenlerin, sadece birbirlerine karşı iradelerini açıklayarak, ekonomik ve sosyal hayatta kendileri için bağlayıcı şekilde hak ve borç doğurabilmeleri için, hukuk düzeninin de, onların irade açıklamalarına uygun hukuki sonucu bağlaması gerekir. Bunun için de, hukuk düzeninin kişilerin irade özerkliğini (*Privatautonomie*) tanımış olması ve onlara bu yetkiyi vermiş olması ön koşuldur¹⁵². İrade özerkliği, kişilerin serbest iradeleriyle ve bunun beraberinde getirdiği sorumlulukla, özel hukuk ilişkilerini, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde, serbestçe düzenleyebilme yetkisidir¹⁵³.

İrade özerkliği, esas olarak Borçlar Hukukundaki borç ilişkilerine egemen bir kavram olmakla birlikte¹⁵⁴, TBK’da tanımlanmamıştır. Ancak gerek TBK m. 26’daki (OR m. 19), “ *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” ibaresi gerekse de TBK’da büyük çoğunlukla, tarafların dilerlerse aksine düzenleme yapacakları yedek hukuk kurallarının yer alması, bu ilkenin varlığına işaret etmektedir. Bununla birlikte, Anayasa m. 48’de de anayasal

¹⁵² Flume, **AT**, s. 7, 24; Bucher, **AT**, s. 87, 88; Franz Bydlinski, **Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes**, Wien: Springer-Verlag, 1967, s. 126; Eren, **BG**, 314; Birsen, **a.g.e.**, s. 52; İbrahim Kaplan, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi: Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uydurulması**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 22; Akipek, **a.g.m.**, s. 271, 272; Erman, **a.g.m.**, s. 602; MacMillan, **a.g.e.**, s. 140.

¹⁵³ Flume, **AT**, s. 1; Bydlinski, **a.g.e.**, s. 127; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 174; Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 11; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 501; Eren, **BG**, s. 313; Akipek, **a.g.m.**, s. 271; MacMillan, **a.g.e.**, s. 140. Başka bir tanımla, irade özerkliği, kişilerin kendi kaderlerini belirleme hakkı (*Selbstbestimmung*) çerçevesinde, hukuki ilişkilerini kendi iradelerine tabi kılmalarıdır (Flume, **AT**, s. 5; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 176; Bydlinski, **a.g.e.**, s. 54, 56).

¹⁵⁴ Bu noktada belirtilmelidir ki, Eşya Hukuku, Miras Hukuku ve Aile Hukukunda; bu Medeni Hukuk alanlarının toplumun genel menfaatlerine daha çok temas eden yapıları ve karakteristik özellikleri nedeniyle, irade özerkliği çok sınırlı bir alanda işlev görmektedir (Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 14 dn. 7). Benzer şekilde, tek taraflı hukuki işlemlerde de irade özerkliği görece geri plandadır. Bkz. Flume, **AT**, s. 8; Bucher, **AT**, 87.

temelini bulan sözleşme özgürlüğü ilkesi de aslında irade özerkliğinin bir görünümüdür¹⁵⁵.

İrade özerkliğinin felsefi olarak ortaya çıkışı, Fransız Devrimi'ne hâkim olan, 18. ve 19. yy.'lardaki bireycilik ve liberalizm akımlarından kaynaklanmaktadır. Tarihçi Hukuk Okulu'nun katkılarıyla birlikte de, bu düşünce hukuki bir postulat halini almış ve birçok modern hukuk sistemine dahil olmuştur¹⁵⁶.

Kuşkusuz, irade özerkliği, ortaya çıktığı dönemdeki felsefi, tarihi ve ahlaki görüşlerin bir bileşkesidir; ancak hukuki anlamda bizi ilgilendiren özelliği ise, arkasında insan iradesinin özgür olduğu kabulünün bulunmasıdır¹⁵⁷. Buna göre, insan akıllı, eşyalara ve doğadaki olaylara özgü olan kör bir nedenselliğe (determinizme) bağlı olmayıp, onu dıştan belirlemeye çalışan etkenlere karşı, serbest kararlar vererek iradesini oluşturabilme yetisine sahiptir. Başka bir deyişle, insan, belirli bir durumda "şöyle ya da böyle" karar verme erkine sahip olup, zorunluluk yasalarının dayattığı mutlak sebep-sonuç zinciri karşısında, özgür iradesiyle harekete geçebilecek otonom bir varlık olarak durmaktadır. Nitekim hukukun normatif ve preskriptif karakteri

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 501; Jacques Bischoff, **Vertragsrisiko Und Clausula Rebus Sic Stantibus: Risikoordnung in Verträgen Bei Veränderten Verhältnissen**, Zürich: Schulthess, 1983, s. 5; Eren, **BG**, s. 314, 315; Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İÜHFM**, C. XXXVIII, S. 1-4, 1973, s. 601-619, s. 602; Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 66, 67. Sözleşme özgürlüğünün değişik görünümleri bulunmaktadır: (i) Sözleşme yapma özgürlüğü (*Abschlussfreiheit*); yani sözleşmeye zorlanamama ve sözleşme yapmaktan yasaklanamama; (ii) sözleşme yapılacak kişiyi seçme özgürlüğü (*Partnerwahlfreiheit*); yani istemediği kişiyle sözleşme yapmama ve sözleşme yapmak istediği tarafı serbestçe seçebilme; (iii) sözleşmenin içeriğini oluşturma özgürlüğü (*Inhaltsfreiheit*); yani hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde sözleşme içeriğinin taraflarca serbestçe belirlenebilmesi; (iv) sözleşme tipini seçme ve oluşturma özgürlüğü (*Typenfreiheit*); yani tarafların TBK'nın özel ya da genel bölümündeki isimli sözleşmelerle bağlı olmayıp, karma, sui generis vb. sözleşmeler yapabilmesi; (v) sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü (*Formfreiheit*); yani tip sınırlılığı bulunmayan durumlarda, tarafların sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilmesi; (vi) sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme özgürlüğü (*Aufhebung und Änderungsfreiheit*); yani tarafların, aralarındaki sözleşmede değişiklik yapma veya sözleşmeyi anlaşılarak sona erdirebilmesi. Bu konuda bkz. Schwenzer, **AT**, N. 26.02 vd.

¹⁵⁶ Flume, **AT**, s. 15; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 514 vd. Birsen, **a.g.e.**, s. 52; Erman, **a.g.m.**, s. 602. Keza bu ilke, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da özel hukukun taşıyıcı temellerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Bkz. BGE 129 III 276 (bger.ch).

¹⁵⁷ Vecdi Aral, "Hukukta İrade Özgürlüğü", **İÜHFM**, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 249-282, s. 249, 250; Erman, **a.g.m.**, s. 602. Önemle belirtelim ki, tezde, irade özgürlüğü sorunuyla ilgili mutlak bir sonuca varıldığı kabul edilmemiş, aksine irade özerkliği için bunun bir varsayım olarak kabul edildiği vurgulanmıştır. Kaldı ki, farklı disiplinlere ait bilimsel ve felsefik tartışmalara dayanması ve çalışma konumuzu aşacak nitelikte olması nedeniyle, bu konuda herhangi bir sonuca varmamız zaten mümkün değildir.

doğrultusunda, kişinin hareketlerinden sorumlu olması da, iradesinin özgür ve özerk olmasıyla bir anlam kazanmaktadır¹⁵⁸.

Bu çerçevede denilebilir ki, hak ve hukuki ilişkiler kurma, değiştirme ve sona erdirmeye yönelik iradelerini açıklayan sözleşenler, irade özerkliğine sahip oldukları için, karşılıklı menfaatlerini optimum düzeyde uzlaştırarak, edimler arası adil dengeye ulaşabileceklerdir. Zira onların sözleşme ilişkisine girmelerinin nedeni, bu bağlayıcı ilişkiyi "istemiş" olmalarıdır. Bu ideal durumun varlığına bağlı olarak, sözleşme özgürlüğü aynı zamanda adil sözleşme ilişkisi de yaratmaktadır¹⁵⁹. Bu noktada denilebilir ki, irade özerkliği ilkesi, aslında serbest piyasa ekonomisinin felsefi temellerine de uyacak şekilde, kendi faydasını maksimize etmek isteyen ve serbest karar verebildiğinde, kendi yararına olanı seçme yetisine sahip olan *homo economicus* bir birey tasarımını varsaymaktadır.

Hukuk düzeni, kişilere özel hukuk ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyebilmeleri için bu yetkiyi belirli önşartlara bağlı olarak tanımıştır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir: (i) Sözleşme ilişkisine girecek kişinin belirli bir bilinç ve muhakeme yeteneği bulunmalıdır (ayırt etme gücü)¹⁶⁰, (ii) irade açıklamaları, kanunla (emredici hükümlerle), ahlak kurallarıyla ve toplumun temel değerleriyle çatışma içinde olmamalıdır (iii) sözleşenler, ekonomik, entelektüel ve sosyal düzeyde, birbirleriyle belirli ölçüde orantılı müzakere gücüne sahip olmalıdır¹⁶¹, (iv) sözleşenler, iradelerini sağlıklı bir şekilde ve hukuka aykırı bir etki bulunmadan oluşturmuş ve bu iradeye uygun olarak açıklama yapmış olmalıdır¹⁶².

¹⁵⁸ Aral, **İrade**, s. 254 vd., 279; Yasemin Işıқтаç, "İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından Ben İnşâsı", **İÜHF**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 73-86, s. 75. İrade özgürlüğü ve irade özerkliği sorunu hukuki bağlamda tartışıldığında, *Kant*'ın şu düşünceleri bu noktada yol gösterici olacaktır: "*Kant'a göre insanı diğer canlılardan ayıran, kendi koyduğu buyruklara bilinçle uyabilmesi ve sonuçlarından sorumlu olmasıdır. Ahlaksal anlamda iyi, akla dayanarak kendisinin belirlediği ve genel ilke olarak geçerli olabilecek kurallara uymadır. Bu ilke insanın amaç olarak kabulünü de öngörür; çünkü akla dayalı olma "insan" için ölçüdür. Demek ki insan ontik varlığı, akıl sahipliği ve sorumluluğu ile bir bütündür*" (a.g.e., s. 77). Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Vedat Seviğ, **İrade İstiklali Esası Hakkında Muhtelif Temayüller**, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955, s. 353-416, s. 353 vd. Normatif bir bilim olduğu kabul edilen hukukun karakteristik özellikleri için bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 8 vd.

¹⁵⁹ Flume, **AT**, s. 7, 8; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 514 vd.; Eren, **BG**, s. 314.

¹⁶⁰ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 772; Serozan, **Medeni**, s. 381, 382.

¹⁶¹ Flume, **AT**, s. 10; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 67, 68.

¹⁶² Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 514 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 381, 382. Dikkat edilirse, burada belirtilen şartların bir bölümü, aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır (TBK m. 27, OR m. 20). Öte yandan, kitle üretimi ve karmaşık işbölümünün egemen olduğu günümüz serbest piyasa ekonomilerinde, irade özerkliğinin bir yanılsamadan

Bu şartların varlığı neticesinde, hukuk düzeni, yapılan irade açıklamalarına arzulan hukuki sonucu bağlar. Sözleşme üzerinden devam edersek, bunun anlamı; (i) birbiriyle örtüşen irade açıklamaları sonucunda, borç ilişkisinin kurulduğu ve bunun keyfi olarak ortadan kaldırılamayacağı (bağlayıcı etki, *die Bindungswirkung*) ve (ii) bu ilişkinin hükümlerini doğurduğu, diğer bir deyişle, hak ve borçların ortaya çıkmış, devredilmiş, değiştirilmiş ya da ortadan kaldırılmış olduğudur (kurucu etki, *die Gestaltungswirkung*)¹⁶³. Görüleceği gibi, hukuk düzeni, serbest ve sağlıklı oluşmuş iradelerin varlığına bağlı olarak, kişilere hukuki ilişkiler kurabilme yetkisi sağlamaktadır. Bu yetkinin getirdiği doğal sonuç ise, kişinin irade açıklamasının sonuçlarından sorumlu olmasıdır (*Selbstverantwortung*)¹⁶⁴.

Dolayısıyla, bu şartlardan birinin eksikliği halinde, irade özerkliği ve bunun beraberinde gelen sorumluluk da, eksikliğin türüne göre zayıflar. Diğer bir deyişle, hukuk düzeni, kişilere sınırsız bir irade özerkliği tanımamış; toplumun genel menfaatlerini ya da kişilerin bireysel (özel) menfaatlerini koruyan çeşitli sınırlar öngörmüştür (başlıca TBK m. 27, 28, 30 vd.; TMK m. 23)¹⁶⁵. Bu sınırlara takılan

ibaret olduğu da savunulmaktadır. Buna göre, sözleşme ilişkilerinde, taraflar arasındaki bilgi asimetrisi, ekonomik eşitsizlik, fiziksel ve zihinsel kapasite farkı gibi etmenler nedeniyle, kendisine dayatılan sözleşme hükümleri üzerinde iradesini serbestçe oluşturma şansı kalmamış bireylerin irade özerkliğinden bahsedilemeyeceği düşünülebilir. Buna paralel olarak, hukuk düzeni tarafından tanınan sözleşme özgürlüğünün bu hal ve şartlarda sadece bir taraf için anlam ifade edeceği, zira diğer tarafın gerçek anlamda bir özgürlüğünün söz konusu olmadığı söylenebilir (Rona Serozan, “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arasındaki Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi – Kronolojik Açıdan Ayrılmış Olguları Ortak Bir Rejime Bağlama Derecesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 1013-1030, s. 1014; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 177). Bununla birlikte, bir tarafın korunmaya muhtaç olduğu sözleşmelerde (örneğin hizmet, kira, tüketici sözleşmelerinde) irade özerkliğinin sağlanabilmesi için, kanun koyucu, emredici hükümlerle bu ilkeye müdahale ederek söz konusu tehlikeyi bir oranda önlemek istemektedir (Flume, **AT**, s. 10, 11; Erman, **a.g.m.**, s. 604 vd.). Diğer taraftan, yazarların işaret ettiği sakıncanın bu alan dışındaki sözleşme ilişkilerinde gündeme gelmesi de muhtemeldir. Ancak bu durum, irade özerkliği ilkesinin bir özel hukuk postulatı olarak yine de korunması gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir. Mutlak bir irade özerkliği ile sosyal adalet arasındaki iki kutuplu ilişkide orta yolun bulunması mümkündür. Günümüz şartlarında bu orta yola “sosyal piyasa ekonomisi” (*sozialen Marktwirtschaft*) anlayışı ile ulaşılabileceği yönünde bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 178.

¹⁶³ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 230 vd.; Peter Gauch, “Vertrag und Parteiwille”, **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations**, Freiburg 1982, s. 343-368, s. 9 dn. 53.

¹⁶⁴ Flume, **AT**, s. 61.

¹⁶⁵ Claire Huguenin, **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel: Eine Auseinandersetzung Mit Der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zu Art. 20 OR**, Bern: Stämpfli Verlag AG, 1984, s. 20; Serozan, **Medeni**, s. 381, 382; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 474 vd., özellikle 521, 522; Eren, **BG**, 332 vd. Bu sınırların özel menfaate yönelik olanları, ikili bir görünüm arz etmektedir. Şöyle ki, menfaati korunan (aldatılan, korkutulan ya da aşırı yararlanan) kişi için bu hükümler irade özerkliğinin bir koruyucusu; diğer taraf içinse irade özerkliğinin sınırları olarak telakki edilebilir.

hukuki işlemler ise, eksikliğin özelliğine ve yoğunluğuna göre çeşitli hükümsüzlük yaptırımlarına maruz kalırlar.

Bu açıklamalardan yanılma kurumu için şu sonuca varılabilir: Kişinin farkında olmadan gerçeğe aykırı tasavvur sahibi olması (ya da hiçbir tasavvurunun bulunmaması), yani saikte veya açıklamada yanılması, söz konusu işlemi tam bir irade özerkliğiyle yapmamış olduğunu göstermektedir; bunun sonucunda da, onun işlemle bağlı olmaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, hukuk düzeni, irade açıklamalarına, ancak irade serbestçe ve sağlıklı oluşturulmuş ve açıklama da buna uygun yapılmışsa hukuki sonuç bağlayacağı için, yanılma durumunda (genel başlıkla irade bozukluğu hallerinde), irade ile hukuki sonuç arasındaki bağ da zayıflayacaktır¹⁶⁶. Bu noktada, hukuk düzeni, yanılan tarafa, o hukuki işlemle bağlı kalmama imkanı vermektedir. Ancak önemle belirtelim ki, irade özerkliğini zayıflatırsa dahi, her yanılma durumu, bu sonucu sağlamamaktadır. Bunun nedeni ise, Borçlar Hukukuna hâkim diğer bir ilke olan güven ilkesidir. Zira *Kocayusufpaşaoğlu*'nun veciz ifadesiyle belirtmek gerekirse, *"beyan sahibi yeryüzünde tek başına değildir. Onun irade beyanı yalnız kendisini değil, bu beyanın hukuki etkilerine maruz kalan başka kişileri de yakından ilgilendirmektedir"*¹⁶⁷. Diğer bir deyişle, işlem güvenliğinin ve açıklama muhatabının haklı güveninin korunması amacıyla, kanun koyucu, irade özerkliği için belirli bir eşik belirlemiştir. Öyle ki, ancak bu eşığe takılan yanılmalar esaslı olarak addedilmekte ve işlemin geçerliliğine etki edebilmektedir. Bu eşğin belirlenmesi ise, irade özerkliği ilkesi ve güven ilkesinin etkileşimi çerçevesinde bir hukuk politikası tercihidir.

2. Hukuki İşlemin Kurucu Unsuru: İrade Açıklaması

a. Tanımı ve Özellikleri

İrade özerkliğinin gerçekleşme aracı olan hukuki işlem kavramı, sözleşme kavramından soyutlama yapılarak 18. yy.'da Doğal Hukuk Okulu tarafından oluşturulmuş, daha sonra 19. yy.'da Pandekt hukukçuları tarafından ayrıntılı olarak

¹⁶⁶ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 584, 585; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 737; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 1; Serozan, **Medeni**, s. 381. İrade bozukluğuna ilişkin düzenlemelerin asıl amacının, hukuki işlemlerin özgür irade temelinde oluşturulmasını sağlamak olduğu yönünde bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, "Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı Halleri", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 931-944, s. 932; Kurşat, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 4'den naklen.

dogmatize edilmiştir¹⁶⁸. Hukuki işlemin¹⁶⁹ esas kurucu unsuru olan irade açıklaması (bazı hukuki işlemlerde başka kurucu unsurların da olabileceği göz önünde tutularak), hukuki işleme katılan kişi veya kişilerin belirli bir hukuki sonuca ulaşmak için iradelerini, söz, yazı ya da herhangi bir davranışla dış dünyaya yansıtma anlamına gelmektedir. Hukuk düzeni, belirli geçerlilik ve etkinlik şartlarının varlığına bağlı olarak da, bu açıklama içeriğine uygun olan hukuki sonucu bağlamaktadır¹⁷⁰.

İrade açıklaması, değişik psikolojik aşamalardan oluşan bir “davranış sırası” (ya da davranış düzeni, *Handlungsreihe*) sonucunda meydana gelmektedir. Bu konu, aşağıda daha ayrıntılı incelenecektir, ancak şimdilik şu kadarını belirtmek gerekirse, bu düzenin başlangıç noktası, iradeyi harekete geçiren, belirli olgulara ilişkin tasavvurdan ya da tasavvurlardan oluşan saiktir (*Motive*). Saikin belirli bir amaca ulaşmak için oluşturduğu irade ise, kişinin bu amaca uygun şekilde, söz, yazı veya başka davranış şekilleriyle açıklama yapmasını sağlar. Bu sürecin sonunda, saikin iradeyi oluşturma nedeni olan hukuki sonuç (doğrudan amaç) gerçekleşir. Kısacası irade açıklaması, her biri daha sonraki unsura eklenerek devam edecek şekilde şöyle bir davranış düzeni göstermektedir: Saik→irade→açıklama→hukuki sonuç (doğrudan amaç)¹⁷¹.

Öte yandan, irade açıklaması sürecindeki aşamalar, irade açıklaması anında bir bütün olarak varlığını muhafaza etmektedir. Şöyle ki, belirli bir olguya ilişkin saikin iradeyi oluşturmalarının ardından, o saik ortadan kalkmamakta, iradeyle birlikte

¹⁶⁸ Flume, **AT**, s. 23 ve 28; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 59; Serozan, **Medeni**, s. 314; Akipek, **a.g.m.**, s. 269.

¹⁶⁹ Hukuki işlem, doktrinde yapılan benzer tanımlardan hareketle şu şekilde tanımlanabilir: Hukuk düzenin tanıdığı sınırlar içerisinde, bir veya birden çok kişinin hukuki sonuçlara yönelik irade açıklamalarından oluşan hukuka uygun fiildir (bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 23; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 143; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 87; Eren, **BG**, s. 119; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1089; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 97; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 119). Daha kısa bir tanımla, hukuki işlem, hukuki sonuçların gerçekleşmesine yönelik işlemdir. Bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 175.

¹⁷⁰ Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1099; Serozan, **Medeni**, s. 314, 315; Eren, **BG**, s. 127, 160. Farklı bir tanım olarak, “irade beyanı, hukuki sonuca yönelik bir iradenin bu sonucu doğurma amacına yorulabilecek biçimde bilinçli olarak açığa vurulmasıdır” (Serozan, **Medeni**, s. 317’den naklen). İrade açıklamasının, hukuk işlem oluşturabileceği gibi, hukuki işlem benzeri fiil (*rechtsgeschäftsähnliche Handlung*) ya da maddi fiil (*Realakt*) de oluşturabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu kavramlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 84, 84; Schwenzer, **AT**, N. 27.05, 27.06.

¹⁷¹ Zitelmann, **a.g.e.**, s. 91 vd., 142; Wolfgang Fikentscher, **Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos**, München: C.H. Beck, 1971, s. 23 vd.; Klausberger, **a.g.e.**, s. 7 vd.; Ferhat Canbolat, **Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 43 vd.

açıklama anında da mevcudiyetini korumaktadır¹⁷². Örneğin uzun süredir göremediğim kuzenimin mezun olduğunu duyduktan sonra, ona bir bisiklet almak istediğimde; onun üniversiteden mezun olduğu ve bisiklet hediye edildiğinde mutlu olacağı şeklindeki saikim, bisikletçinin bedel karşılığında bisikletin mülkiyetini bana devredeceğine yönelik irademi oluşturmuştur. Daha sonra bisikletçiye bu yöndeki irademi açıkladığım sırada da, hâlâ aynı saik (ya da saikler) ve irade varlığını sürdürmektedir. Bununla birlikte, bu süreçte daha farklı birçok saikin ortaya çıkması ve ara saikler (*zwischen Motive*)¹⁷³ olarak iradeyi ya da açıklamayı etkilemesi mümkündür¹⁷⁴.

Doktrinde, irade açıklaması tanımlanırken, açıklama sahibinin iradesinin mi, yoksa açıklama muhatabının güveninin mi belirleyici olduğu konusunda iki farklı görüşe rastlanmaktadır¹⁷⁵. Aslında bu iki görüşün tartışma sahası, irade açıklamasının, muhatap tarafından, açıklama sahibinin gerçek iradesine uyacak şekilde anlaşılması anlamına gelen “normal durumlar” (ya da doğal ilişki, *naturgemäbes Verhältnis*) olmayıp, -ki zaten bu olasılıkta irade özerkliği hâlâ tamamıyla etkindir- bu ilişkinin bozulduğu, yani muhatap ile açıklama sahibinin irade açıklamasına farklı anlamlar yüklediği anormal durumlardır.

İlk görüş, haklı güvenin korunmasına ağırlık vermekte ve buna göre, açıklamada bulunan kişinin, bu açıklamaya uygun bir iradesi ya da herhangi bir iradesi söz konusu olmasa dahi, açıklamanın ona isnad edilmesinin nedeninin açıklama muhatabında yaratılan “etkili görünüş” olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle, irade açıklamasında bulunmuş kişinin, açıklama iradesi ya da işlem iradesi gibi irade unsurları bulunmasa ya da bunlar hatalı olsa bile, karşı tarafın güven ilkesine göre açıklamaya bağladığı objektif anlam, açıklama sahibi için de geçerli olmaktadır¹⁷⁶.

¹⁷² Zitelmann, **a.g.e.**, s. 108; Heinrich Titze, **Vom sogenannten Motivirrtum, Herausgegeben von der Wissenschaftlichen Buchgemeinschaft**, Darmstadt in der Reihe “Libelli”, Band XVI (erstmal erschienen in der Festschrift zum 70. Geburtstag von Ernst Heymann, Verlag Hermann Böhlau Nachf., Weimar, 1940, s. 72-111), Tübingen 1956, s. 40, 41; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 52; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 51 dn. 38’de anılan yazar.

¹⁷³ Fikentscher, **a.g.e.**, s. 22 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 52.

¹⁷⁴ Bu konu ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bkz. aş. 2. Bölüm, I, C, 1.

¹⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 20 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 318.

¹⁷⁶ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 106 (yazarın bu görüşünün temelinde, güven ilkesi ile irade ilkesinin işlevsel olarak birbirine zıt ilkeler olduğu düşüncesi yatmaktadır. **A.g.e.**, s. 119 vd.); Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 20 dn. 4’de anılan yazar; dolaylı olarak Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 168; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 4. Dolayısıyla bu görüşe göre, irade

İkinci görüş ise, irade açıklaması kavramı açıklanırken, klasik çerçeveden ayrılınmaması gerektiğini ve böylelikle, karşı tarafın güveni korunsu dahi, hukuk düzeninin açıklamaya hukuki sonuç tanınmasında belirleyici olan unsurun, son kertede yine irade (irade özerkliği) olduğunu ifade etmektedir¹⁷⁷. Çünkü muhatabın, dürüstlük kuralı çerçevesinde somut durumun unsurlarını göz önünde bulundurarak açıklamaya verdiği anlam, aslında onun nezdinde, açıklama sahibinin gerçek iradesiymiş gibi kabul edilmektedir¹⁷⁸. Dolayısıyla karşı tarafın güveni korunsu da, sonuç olarak hukuki sonucun doğumunda esas olan yine iradedir.

Her ne kadar tartışmanın pratik açıdan pek bir önemi olmasa da, bize göre, irade özerkliği ve güven ilkesinin sözleşmenin kurulması üzerindeki etkileri dikkate alındığında, ne salt irade özerkliğinin ne da salt güven ilkesinin tek başına asal rol oynadığını söylemek mümkündür. Bu iki ilke de, aynı önemde merkezi işleve sahiptir. Şöyle ki, sadece irade özerkliğinden hareket edildiği takdirde, irade açıklamasını açıklama sahibinin iradesine göre yorumlamamız gerekecektir. Bu da, esas olarak Roma hukukundan 19. yy.'a kadar benimsenmiş olan irade ilkesini tekrar etmekten farksız olacaktır. Hâlbuki güven ilkesi tam da bu nedenle; diğer bir deyişle, açıklama sahibinin gerçek iradesiyle örtüşmeyen açıklamasının kendiliğinden hükümsüz olmaması, zira muhatabın açıklamaya olan güveninin korunması gerektiği ihtiyacı doğrultusunda ortaya çıkmıştır¹⁷⁹. Bunun sözleşmenin kurulmasına olan etkisi ise, açıklama sahibinin, açıklama iradesi ya da işlem iradesinin bulunmaması ya da hatalı olması durumlarında dahi, sırf karşı tarafta yarattığı haklı güven nedeniyle, karşı tarafın açıklamaya atfettiği anlamla bağlı olmasıdır. Öte yandan, sadece güven ilkesinden hareketle irade açıklaması kavramına yaklaşılmaması da meselenin bir yönünü karanlıkta bırakmaktadır. Bu da, tarafların gerçek iradelerinin birbirine uyduğu, diğer bir deyişle, açıklanan iradeler ile gerçek iradelerin uyduğu normal durumlarda zaten

açıklaması, karşı tarafın güven ilkesine göre anladığı ya da anlayabileceği şekilde yorumlanmakta ve açıklama sahibinin gerçek iradesine uygun olmasa dahi, onun için bağlayıcı olmaktadır (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N.206, 207; keza aynı yönde BGE 135 III 295; BGE 136 III 186, bger.ch).

¹⁷⁷ Flume, **AT**, s. 48, 49; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 21.

¹⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 9, 10. Yazara göre, ilk görüşün savunulamayacağına bir diğer sebebi ise, bu görüşte sadece normal olmayan durumların baz alınmış olmasıdır. Diğer bir deyişle, muhatabın açıklamadan haklı olarak çıkardığı anlamın açıklama sahibine (normatif bir irade olarak) atfedildiği durumların esas alınması, aslında meseleye olumsuz ve istisnai tarafından bakmaktır. Zira olması gereken, açıklama içeriğinin gerçek iradeyle uyduğu normal durumlardır ki, bu durumlarda da direkt irade unsuru belirleyicidir. **A.g.e.**, s. 21, 22.

¹⁷⁹ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 67, 68; Flume, **AT**, s. 55.

irade özerkliğinin etkin olmaya devam etmesidir. Dolayısıyla güven ilkesi ancak bu doğal ilişkinin bozulduğu durumlarda devreye girmekte ve bu ilke doğrultusunda, bir taraf, kendisine yakıştırılan normatif iradeye göre anlamlandırılan açıklamayla bağlı olmaktadır. Şu halde denilebilir ki, irade açıklaması kavramı tanımlanırken, herhangi bir ilkenin tek başına vurgulanmasına gerek bulunmamaktadır. Zira sözleşmenin kurulmasında, tarafların irade açıklamaları arasında doğal ilişki söz konusuysa, burada hâkim olan ilke irade özerkliğidir. Hâlbuki yanılma kurumuyla esas ilgisi olan diğer durumlarda; diğer bir anlatımla, irade açıklamaları arasında normatif bir uygunluğun gündeme geldiği hallerde ise, sözleşmenin kurulması açısından baskın olan ilke güven ilkesidir. Zira sözleşme, irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumuyla kurulmuştur. Kısacası, irade açıklaması tanımlanırken, söz konusu iki ilkenin de aynı derecede önem teşkil ettiğini ifade etmek daha isabetli bir çıkarım olacaktır.

b. Unsurları

Daha önce oluşturulmuş iradeye uygun olan hukuki sonucun meydana gelmesi amacıyla yapılan irade açıklaması, yukarıda da değinildiği üzere, hukuki işlemin çekirdeğini ve hukuk düzeni tarafından bağlanan hukuki sonucun asıl nedenini oluşturmaktadır¹⁸⁰. İradenin hukuki işleme dönüşerek, hak ve hukuki ilişkiyi kurması, değiştirmesi ya da sona erdirmesi için, evvela dış dünyaya açıklanması gerekmektedir¹⁸¹. İrade açıklaması, irade (*voluntas*, *Wille*) ve bu iradenin açıklanması

¹⁸⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 143; Wilhelm Schöenenberger / Peter Jäggi, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1a, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR**, Zürich: Schultess, 1973, Art. 1 N. 18; Bydlinski, **a.g.e.**, s. 66, 67; Schwenzer, **AT**, N. 27.01; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 119, 120; Eren, **BG**, s. 127.

¹⁸¹ Hukuki sonuca yönelen iradenin açık ya da örtülü şekilde açıklanması mümkündür. Açık irade açıklamasında, açıklama içeriğini oluşturan işlem iradesi ve bunun kapsamı, açıklama sahibinin söz, yazı ve herhangi bir davranışından doğrudan ve açık şekilde anlaşılmaktadır. Öyle ki, bu tür irade açıklamalarında, açıklama muhatabı, açıklama sahibinin işlem iradesini tereddütsüz şekilde anladığından, açıklamayı çevreleyen hal ve şartların dikkate alınmasına gerek yoktur (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 162; Eren, **BG**, s. 134; Serozan, **Medeni**, s. 323, 324; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 672). Buna karşın, örtülü irade açıklamalarında, yapılan açıklamanın ne anlama geldiği açıklama muhatabı tarafından açık şekilde anlaşılmamaktadır. Diğer bir deyişle, işlem iradesi, açıklama sahibinin kullandığı açıklama araçlarından (söz, yazı ve diğer davranışlardan) doğrudan anlaşılamamakta, ancak açıklama sahibinin davranışlarına eşlik eden somut olayın özelliklerinden hareketle ortaya çıkmaktadır (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 163; Eren, **BG**, s. 135; Serozan, **Medeni**, s. 323, 324; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 674). Hukuki sonucun doğması açısından, irade açıklamasının açık ya da örtülü olması arasında kural olarak herhangi bir fark yoktur. TBK m. 1/2'de "irade açıklaması, açık veya örtülü olabilir" denilerek bu özdeşlik ilkesi vurgulanmakla birlikte, kanunda özel olarak belirtilen durumlarda (örneğin TBK m. 133/1), irade açıklamasının resmi ya da yazılı şekil şartına bağlandığı hallerde veya tarafların irade açıklamasının açık şekilde yapılacağını kararlaştırdıkları durumlarda, bu kural devre dışı kalmakta ve yalnızca açık irade

anlamına gelen açıklama (*verba, Willenserklärung*) şeklinde iki ayrı aşamayı içermektedir¹⁸².

Açıklamanın sübjektif unsuru olan iradenin, kendi içinde çeşitli psikolojik evreleri içerdiği kabul edilmektedir. Söz konusu evrelerin, yani ideal bir irade açıklamasında bulunması gereken irade unsurlarının tasnifi konusunda ise, doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹⁸³, irade, salt açıklama iradesi ve işlem iradesinden teşekkül etmektedir. Buna karşılık, tezde bizim de esas aldığımız ve hâkim görüşün savunduğu diğer ayrıma göre ise; ilk olarak işlem iradesi (*Geschäftswille*), daha sonra bu iradeyi dış dünyaya aktarmak için açıklama iradesi (*Erklärungswille*) ve ardından açıklama davranışına, diğer bir deyişle vücut hareketine yönelik fiil iradesi (*Handlungswille*) oluşmaktadır¹⁸⁴. Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin, her zaman göz önünde bulundurulması gereken önemli nokta şudur: İrade, hiçbir zaman kendiliğinden harekete geçmez, onun arka planında mutlaka psikolojik bir devinim söz konusudur ve bu devinim belirli olgulara ilişkin saikler tarafından gerçekleştirilir. Öte

açıklamasında bulunulması gerekmektedir. Bu konuda bkz. Eren, **BG**, s. 134; Serozan, **Medeni**, s. 323 vd.; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 672 vd.

¹⁸² Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 168, 174; Klausberger, **a.g.e.**, s. 2 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 130 vd.; Schwenzer, **AT**, N. 27.01; Eren, **BG**, s. 127.

¹⁸³ von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 148; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 171, 172; Şeref Gözübüyük, “Akadin İnikadında İtimat Nazariyesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1957, C. 12, S. 1, s. 125-135, s. 128, 129; Turhan Esener, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, **AÜHFD**, C. IX, S. 3-4, 1952, s. 166-197, s. 176; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 62 (Yazarlar, bu unsurları, açıklama yapma iradesi ve hukuki bir sonuca erişme iradesi olarak ifade etmektedir.); Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 179 (bu yazarlar da, işlem iradesi ve iradeyi bildirme iradesi (beyan iradesi) şeklinde bir ayırım yapmaktadır); Max Keller / Carole Schmied-Syz, **Analyse der Willensmängel: Eine praxisorientierte Studie**, Basel: **Sch & Lichtenhahn**, 1995, s. 5. Bu son yazarların, irade açıklamasının psikolojik oluşum evrelerini daha farklı içerikte ele aldıkları ve adlandırdıkları görülmektedir. Şöyle ki, iradesini hukuki sonuca yönlendirecek kişi, bu süreçte ilk olarak (diğer tüm yazarların da aynı şekilde belirttiği üzere) işlem iradesini; bunun ardından ise, aynı anda iki farklı açıklama iradesini oluşturmaktadır. Söz gelimi, A yeni aldığı dairesi için bir mobilya firmasından ceviz ağacı bir masa almayı düşünmektedir. Burada ilk olarak masaya ilişkin satış sözleşmesi yapmak isterken, A’nın bu işlem iradesi, belirli bir kişiyle belirli bir içerikte sözleşme yapmaya yönelir. Daha sonra bu işlem iradesini karşı tarafa açıklamak isteyen A’da, iki tür açıklama iradesi ortaya çıkar: (i) Maddi açıklama iradesinde (*materieller Erklärungswille*), A, satıcıya söz konusu “içeriği” (ceviz ağacı masanın belirli bir para karşılığında satın alınmasını) açıklamak isterken; (ii) şekli açıklama iradesinde (*formeller Erklärungswille*), A, söz konusu içeriği “hukuken bağlayıcı şekilde açıklamak” istemektedir (**a.g.e.**, s. 5 vd.; söz konusu yazarlarla aynı görüşte bkz. Klausberger, **a.g.e.**, s. 7 vd.).

¹⁸⁴ Flume, **AT**, s. 46 vd. (yazar, haklı olarak, bu sınıflandırmanın iradenin açıklandığı an dikkate alınarak ve *ex post* şekilde yapıldığını belirtmektedir); Bork, **a.g.e.**, N. 588 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 22, 23; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 130 vd.; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 64 (yazar, işlem iradesini, borç altına girme iradesi (*Verpflichtungswille*) olarak ifade etmektedir); Eren, **BG**, s. 128 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 319; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1104; Schwenzer, **AT**, N. 27.02.

yandan, irade her zaman belirli amaca yönelir; yani belirli bir sonuca ulaşmak için oluşturulur¹⁸⁵.

İradenin açıklanması sürecindeki aşamaların yanılma kurumu açısından merkezi işlevleri bulunmaktadır. Öyle ki, yanılma olgusunun hangi psikolojik aşamada ortaya çıktığı, İsviçre-Türk hukukunda kabul edilen saikte yanılma ve açıklamada yanılma ayrımında belirleyici rol oynamaktadır. Bu ayrım da, dolaylı olarak yanılmanın esaslı olup olmayacağının belirlenmesinde (ve dolayısıyla sözleşmenin iptal edilebilir olup olmadığı konusunda) ve bu doğrultuda hangi şartların aranacağında referans noktası teşkil etmektedir. Bununla birlikte, açıklama muhatabının, irade açıklamasının unsurlarından birisinin ya da birkaçının bulunmadığı ya da hatalı olduğu durumlarda, irade açıklamasına olan güveninin korunup korunmayacağı veya sözleşmenin kurulup kurulmayacağı gibi sorunsallar da, yine irade açıklaması kavramının bu konudaki önemine işaret etmektedir.

(1) İrade

(a) İşlem İradesi

İrade açıklamasının, hukuken tanınan ve teminat altına alınmış olan ekonomik, sosyal ve pratik bir sonuca yönelen unsuru olan işlem iradesi¹⁸⁶, açıklama sahibinin o işlemle gerçekleştirmek istediği doğrudan (nesnel) amacı göstermektedir¹⁸⁷. Diğer bir deyişle, hukuk düzeninin, açıklanan iradeye hukuki sonuç bağlamasının sebebi, bu sonuca yönelmiş bir iradenin bulunması olup, bu iradeye de işlem iradesi (*Geschäftswille* ya da hukuki sonuç iradesi, *Rechtsfolgewille*) denilmektedir.

Bu noktada tartışmalı olan bir husus, irade açıklamasında bulunan kişinin, arzu ettiği hukuki işlemin tüm hukuki sonuçlarını bilmesi ve iradesinin bu sonuçların tümüne yönelmesinin gerekip gerekmediğidir. Bu konuda başlıca iki teori bulunmakta ve tartışma, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını gidermek için mal ve hizmet değişimi yapan kişilerin (bunların hukukçu olmadıklarını da varsayarsak), aslında yaptıkları

¹⁸⁵ Zitelmann, **a.g.e.**, s. 108 vd; A. Lâle Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992s. 24; Canbolat, **a.g.e.**, s. 46, 60.

¹⁸⁶ Flume, **AT**, s. 47; Klausberger, **a.g.e.**, s. 11; Bork, **a.g.e.**, N. 600; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 131; Eren, **BG**, s. 129; Schwenzler, **AT**, N. 27.02; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 171.

¹⁸⁷ Zitelmann, **a.g.e.**, s. 142; Klausberger, **a.g.e.**, s. 11. Doğrudan amaç ve dolaylı amaç kavramları için bkz. aş. 2. Bölüm, I, A, 2, b.

işlemlerin hukuken ne anlama geldiğiyle ve bunlara hukuk düzeninin ne tür sonuçlar bağladığıyla ilgilenip ilgilenmedikleri sorusuna dayanmaktadır. Örneğin bir büfeden gazete alan kişinin, o işlemde tek ilgilendiği husus, gazetede kendisi için uygun iş ilanı olup olmadığını öğrenmek midir, yoksa bu kişi, gazeteyi satın alırken işlemde doğacak tüm sonuçları göz önünde bulundurmakta mıdır? Üniversite öğrenimi için başka bir şehire gelen bir öğrencinin yaptığı kira sözleşmesinin, onun için, sadece belirli süreliğine kalacak yer karşılığında bir miktar paranın kiraya verene ödenmesinden başka bir anlam ifade etmediği söylenemez mi? Öğrencinin bu işlemi yaparken, kiraya verenin ayıplı ifadan doğan sorumluluğunu ya da hapis hakkını dikkate aldığını iddia etmek, hayatın olağan akışına ne derece uygundur?

İşte bu gibi soruların doktrinde yarattığı fikir ayrılığı, iki temel teorinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bunlardan, "hukuki sonuçlar teorisine" (*Rechtsfolgentheorie*) göre, işlem iradesi, yapılması arzu edilen hukuki işleme ilişkin hukuki sonuçların bilincinde olarak, mutlaka belirli bir hukuki sonuca yönelmelidir. Öte yandan "temel sonuçlar teorisine" (*Grundfolgentheorie*) ise, iradenin sadece ekonomik, sosyal ve pratik sonuca yönelmesini yeterli görmekte, hukuk düzeninin, uygun gördüğü takdirde buna karşılık gelen hukuki sonuçları işleme bağlayacağını ifade etmektedir¹⁸⁸. Bugünkü hâkim görüş ise, esas itibarıyla hukuki sonuçlar teorisini savunmakla birlikte, buna daha esnek bir anlam vermektedir. Buna göre, işlemin bütün hukuki sonuçlarının bilinmesine ve iradenin mutlaka belirli bir hukuki sonuca yönelmesine gerek yoktur. Çünkü olağan hayat pratiklerinde, borç ilişkisine giren taraflardan, kanun koyucunun öngördüğü sözleşme tiplerinden hangisini yaptıklarını ve bundan hangi sonuçların doğacağını ayrıntılı şekilde bilmeleri beklenemez. Dolayısıyla, hukuk düzeninin söz konusu irade açıklamasına uygun hukuki sonucu bağlaması için, kişilerin hukuken bağlayıcı bir işlem yaptıkları düşüncesiyle ve bunun hukuki sonuçlarının bulunduğu bilinciyle, iradelerini ekonomik, sosyal ve pratik sonuçlara yöneltmesi yeterlidir¹⁸⁹. Başka bir deyişle, kişinin iradesinin, hukuken korunacak şekilde, ekonomik, sosyal ve pratik bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelmiş olması, diğer gereklerle birlikte, hukuki işlemi meydana getirecektir.

¹⁸⁸ Flume, **AT**, s. 51 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 24 dn. 19; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 88; Eren, **BG**, s. 125.

¹⁸⁹ Flume, **AT**, s. 53, 54; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 24 dn. 19; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 88; Eren, **BG**, s. 125.

Bu açıklamalar ışığında, örneğin lokantada yemek ısmarlayan kişinin irade açıklaması, şu şekilde bir süreç izlemektedir: Bu kişi, açlık hissinin farkında olduktan sonra, zihninde tasavvur ettiği yemeğin lezzetli olduğu saikiyle (şüphesiz burada farklı saikler de söz konusu olabilir), menüden seçtiği yemeği yemek ve karşılığında bir bedel ödemek yönünde iradesini oluşturur. Bunun ardından da bu iradesini garsona açıklar. Burada, sipariş veren kişinin iradesinin ilk aşamada pratik bir sonuca yöneldiğinde tereddüt yoktur. Fakat bu kişi, yemeğin ücretini ödemediğinde, bunun kendisinden tahsil edileceğini ya da ücretini ödemesine rağmen yemeğin gelmemesi durumunda, yemeğin servis edilmesini isteyebileceğini, yoksa ücretini geri alabileceğini (ya da ücreti ödemeyebileceğini) bilmektedir¹⁹⁰. Bu bakımdan, bu kişinin, iradesinin yöneldiği pratik sonucun hukuken bağlayıcı olduğunun farkında olduğu rahatlıkla söylenebilir. Öte yandan, yemeğin kendisini zehirlemesi durumunda ise, lokanta sahibinin bu olaydan sorumlu olduğunu bir ihtimal olarak aklına getirebilse dahi, lokantada çalışan bir garson tarafından cüzdanının çalınması ihtimalinde, lokantacının sorumlu tutulabileceğini düşünmesi görece uzak bir ihtimaldir. Ancak dikkat edilmelidir ki, sipariş verenin iradesi, burada her ne kadar gereği gibi ifa etmemenin sonuçlarına veya borçlunun ifa yardımcılarında sorumluluğuna yönelmemiş olsa da, söz konusu olgulara ilişkin hükümler bu borç ilişkisine uygulanacaktır.

İşte burada işlem iradesine bağlanan hukuki sonuçlar açısından çok farklı bir ayrıma geliyoruz: Hukuki sonuçların bazıları, işlem iradesinin yöneldiği hukuki sonuçlardan farklı olarak, taraflar bu sonuçları düşünsün ya da düşünmesin, kendiliğinden yürürlüğe girmektedir¹⁹¹. Örneğin satış sözleşmesinin kurulmasında işlem iradesi; mal, bedel ve bunların değiştirilmesi sonucuna yönelirken; bu sözleşmenin geçerli olarak kurulması halinde, hukuk düzeni, kanunda bu sözleşme için öngörülmüş bütün hukuki sonuçları (deyim yerindeyse bir paket olarak) bu işleme bağlamaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde özetle, işlem iradesi, kişinin hukuki sonuç yaratma amacının asıl sebebini ve irade açıklamasının içeriğini teşkil etmektedir. Ancak bu sürecin, tıpkı atom altı parçacıkları gibi, çeşitli saiklerin dinamizminden oluşan arka

¹⁹⁰ Bu örnek için bkz. Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 190, 191.

¹⁹¹ Flume, **AT**, s. 51 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 130 dn. 3; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 30, 31.

planı bulunduğu unutulmamalıdır. Buna göre, belirli olguya ilişkin ekonomik, sosyal ya da pratik bir gereksinimin farkında olan kişinin bu saiki, onu bu gereksinimin giderilmesi için belirli yönde irade meydana getirmeye iter. Kişi bu noktada ilk olarak, bu amacına (ya da amaçlarına) ulaşmasını sağlayacak hukuki işlem yapma iradesini oluşturur ve bununla hak ya da hukuki ilişkinin kurulmasını, değişmesini ya da sona erdirilmesini ister. Diğer bir deyişle, işlem iradesinde kişi, amacını ya da amaçlarını gerçekleştirmek için, kendisi ve işlemin diğer tarafı arasında, hukuken bağlayıcı olan belirli sonuçlar doğmasını arzu etmektedir¹⁹².

Daha önce verilen şu örnekle devam edersek; kuzenime mezuniyet hediyesi vermek için bisiklet satıcısıyla yaptığım satış sözleşmesinde, satıcının bisikleti teslim ederek mülkiyeti devretmesine ve bunun karşılığında, benim de belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bedeli ödemeye yönelik iradem işlem iradesidir. Ancak bu noktada gözden kaçırılmaması gereken, bu satış ilişkisine girmemin saikleri sayılabilecek olan, “kuzenimin mezun olmuş olması” ve “bu hediyeyle onu mutluluk etmek istemem” gibi tasavvurlarımın, işlem iradesinin (işlemin) içeriğine girmemesidir. Buna karşılık, kişiden kişiye değişmeyecek olan (objektif bir sonuç teşkil eden) “doğrudan (nesnel) amacım”; yani satış sözleşmesinin asli edim yükümleri ve yan edim yükümleri işlemin içeriğine dahil olmaktadır¹⁹³.

(b) Açıklama İradesi

Açıklama sahibinin, işlem iradesini dış dünyaya yansıtmak ve onu muhataba bildirerek yürürlüğe koymak amacıyla oluşturduğu iradeye, açıklama iradesi denilmektedir. Burada açıklama sahibi, kendisinde hukuki anlamda bağlanma niyeti (hukuken bağlanma bilinci) bulunduğunun ve hukuki sonucu içeren işlem iradesinin var olduğunun başkaları ya da belirli bir muhatap tarafından anlaşılmasını arzu etmektedir¹⁹⁴. Örneğin kuzenime mezuniyet hediyesi olarak vereceğim bisikleti,

¹⁹² Zitelmann, **a.g.e.**, s. 161 vd.; Fikentscher, **a.g.e.**, s. 22 vd. (yazar, buradaki gereksinimi, bir eksiklik hissi (*Mangelgefühl*) olarak da nitelendirmektedir. Bkz. **A.g.e.**, s. 22); Canbolat, **a.g.e.**, s. 60 vd.

¹⁹³ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**. Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 357; Bischoff, **a.g.e.**, s. 12, 13; Canbolat, **a.g.e.**, s. 91 vd.

¹⁹⁴ Flume, **AT**, s. 46; Bork, **a.g.e.**, N. 593; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 130; Schwenger, **AT**, N. 27.03 (yazar, bu unsuru “yürürlüğe koyma iradesi” (*Geltungswille*) olarak ifade etmektedir); Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 172; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 33; Schönerberger / Jäggi, **ZürKomm**, Art. 1 N. 24; Eren, **BG**, s. 130. Öte yandan, bazı yazarlarca (Eren, **BG**, s. 138; Feyzioğlu, **BG**, s. 60), örtülü irade beyanı olarak kabul edilmeyen irade faaliyetlerinde ise, açıklama iradesi söz konusu olmamakta; işlem iradesi, bir fiille doğrudan hayata geçirilmektedir.

nereden, ne kadara ve ne zaman alacağım gibi hususlarda karar verdikten sonra (işlem iradesini oluşturduktan sonra), bu kararımı bisiklet satıcısına, söz, yazı ya da herhangi bir vücut hareketiyle açıklamaya yönelik iradem açıklama iradesidir. Dolayısıyla bu aşamada, işlem içeriği oluşmuş ve iradenin kime açıklanacağı belirlenmiştir.

Bu noktada önemle belirtelim ki, ideal irade açıklaması sürecinde, açıklama sahibinde işlem iradesi oluşmamışsa, doğal olarak açıklama iradesi de söz konusu olmaz¹⁹⁵. Ancak bunun tersi durum gündeme gelebilir; yani işlem iradesi oluşmasına rağmen, henüz bunu muhataba açıklamak istemeyen açıklama sahibinde, açıklama iradesi henüz oluşmamıştır. Zira daha önce belirtildiği üzere, normal davranış düzenine göre ilk olarak işlem iradesinin, daha sonra da sırasıyla açıklama iradesinin ve fiil iradesinin ortaya çıkması gerekmektedir.

Öte yandan, bazı irade açıklamalarında bu doğal düzenin bozulması mümkündür. Bu bağlamda, işlem iradesi söz konusu olmamasına rağmen açıklama iradesinin mevcut olduğu ya da açıklama iradesi bulunmamasına karşın, muhatabın açıklama sahibinin davranışından onun irade açıklamasında bulunduğu sonucunu çıkarttığı hallerde nasıl bir yol izleneceği, güven ilkesine göre cevaplandırılacaktır¹⁹⁶. Bu aşamada, şu hususun hemen altını çizmek gerekir: İşlem iradesi ya da açıklama iradesinden birinin eksikliğinde, sözleşmenin güven ilkesine göre kurulup kurulmadığı belirlenirken, hangi unsurun eksik olduğu, “açıklama anına” göre değerlendirilir.

Bu konuyu aydınlatmak adına, *Serozan*’ın verdiği örnek üzerinden gidersek; bir kafede kahvesini içen kimse, okuduğu kitaba daldığı için garsonun kendisine yeni bir kahve getirdiğini fark etmemiş ve bu kahveyi de içmiştir¹⁹⁷. Burada kahveyi içen kimsenin, içilen ikinci kahve için ne işlem iradesi ne de açıklama iradesi söz konusudur. Ancak buna rağmen kahvenin içilmesi, garsonun gözünde örtülü bir irade açıklaması (hatta *factum concludens*) anlamına gelmektedir. Hesap geldiğinde, ikinci kahvenin de sözleşme çerçevesinde (yoksa sebepsiz zenginleşmeye göre değil) ücretinin ödenmesi gerekip gerekmediği ise başka bir sorundur ki, bu konu aşağıda güven ilkesi kısmında açıklanacaktır. Ancak sorunu askıda bırakmamak adına şu

Bu konuda bilindik örnek; kitap ciltleme işi yapan birisin, kendisine ulaşan siparişe olumlu kabulde dönmek yerine, doğrudan kitapları ciltlemeye başlamasıdır (Eren, **BG**, s. 138, 139).

¹⁹⁵ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 17; Eren, **BG**, s. 130.

¹⁹⁶ Bkz. 1. Bölüm, IV, C, 2.

¹⁹⁷ Serozan, **Medeni**, s. 320.

kadarını söyleyelim ki, burada kahve içen kimsenin özensizliği karşısında, garsonun (ve işletme sahibinin) güveni korunacaktır. Öte yandan, söz konusu örneği biraz değiştirmek gerekirse; şayet ilk kahveyi içtikten sonra, ikinci bir kahve siparişi daha vermek isteyen kimse, garsona dalgınlıkla menüdeki buzlu kahveyi göstermişse, bu durumda, “açıklama anında” bu işlem iradesi farkında olunmadan karşı tarafa olduğu gibi aktarılmadığı, yani farklı şekilde aktarıldığı için (zira buzlu kahve istenilmiştir), aslında “açıklama anında” ortada irade açıklaması içeriği olmuş gerçek bir işlem iradesi (sıcak kahveye ilişkin) bulunmamaktadır. Buna karşın, açıklama sahibinin açıklama iradesi mevcuttur. Burada, buzlu kahveye ilişkin ücretin sözleşme ilişkisi içinde ödenmesi gerekip gerekmediği, yine ilk durumdaki gibi güven ilkesine göre çözülecektir. Ancak ilk durumdan farklı olarak, yanılan tarafın herhangi bir özensizliğinin bulunup bulunmaması burada herhangi bir rol oynamayacak, garsonun haklı güveni, sözleşmenin kuruluşu için yeterli olacaktır¹⁹⁸.

(c) Fiil İradesi

Fiil iradesi, iradenin açıklanması için yapılacak söz, yazı veya herhangi bir vücut hareketine yönelen iradeyi ifade etmektedir. Açıklama sahibi burada, daha önce oluşmuş işlem iradesi ve açıklama iradesini, bilerek ve isteyerek, tercih ettiği çeşitli açıklama araçlarıyla dış dünyaya veya belirli bir muhataba bildirmeye karar vermiştir. Açıklama araçları, söz, yazı, jest, mimik, susma vb. gibi davranış şekilleri olabilir¹⁹⁹.

Bu irade unsuru mevcut olmadan yapılan irade açıklamasının, ilke olarak, hukuken herhangi bir etkisi söz konusu olmayacak; yani irade açıklaması yok (yapılmamış) kabul edilecektir. Örneğin bir kimseye, maddi bir zorlama altında elleri tutularak bir senet imzalatırıldığında (*vis absoluta*) ya da bilincini kaybedecek derecede uyuşturucu verilerek (veyahut hipnoz, narkoz vb. hallerin etkisiyle) bir açıklama yaptırıldığında, bu kimsenin herhangi bir fiil iradesi bulunmadığı için, gerçekte bir irade açıklamasının varlığından da söz edilemeyecektir²⁰⁰.

¹⁹⁸ Bu konuda bkz. aş. 1. Bölüm, IV, C, 2.

¹⁹⁹ Flume, **AT**, s. 46; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, 131; Schwenger, **AT**, N. 27.02 (bir kimsenin, internette reklam gibi görünen alana tıklayarak, aslında hiç niyet etmediği bir sözleşmeye rıza vermiş sayılması örneğinde de, fiil iradesinin bulunmadığı yönünde bkz. **A.g.e.**).

²⁰⁰ von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 288; Flume, **AT**, s. 46; Schwenger, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 2; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, 131; Schwenger, **AT**, N. 27.02; Eren, **BG**, s. 129. Keza üçüncü bir kişinin, başka birisinin imzasını taklit ederek görünürde bir irade açıklaması yaratması durumunda da aynı durum söz konusudur (Schwenger, **AT**, N. 27.44). Bu noktada hemen

(2) Açıklama

Açıklama sahibinin, işlem iradesini dış dünyaya aktararak ya da muhataba bildirerek onu yürürlüğe koymak için gerçekleştirdiği maddi fiiller “açıklama” anlamına gelmektedir. Gerçek iradenin hukuki anlamda önem ifade edip etmeyeceği, ancak açığa vurulduğunda belirlenebilir. İradenin nasıl açıklanacağı ise, taraflar arasında kararlaştırılmış bir şekle bağlı olabileceği gibi, alışveriş hayatında geçerli olan örf ve adete göre de değişiklik gösterebilecektir. Bu ihtimalleri dışarıda bırakarak genel olarak belirtmek gerekirse, iradenin açıklanması için çok çeşitli araçlara başvurulabilmesi mümkündür. Örneğin söz, yazı, jest, mimik, susma (örneğin TBK m. 6, m. 327, m. 503 gibi) ya da el hareketleri vb. davranışlar bu bağlamda düşünülebilir²⁰¹.

3. Sözleşmenin İçeriği Kavramı

Hukuki işlemin çekirdeği olan irade açıklamasının içeriğinin iki kaynaktan beslendiği söylenebilir. Bunlar; açıklama sahibinin hukuken korunan ekonomik, sosyal ya da pratik bir sonuca yönelen işlem iradesi ve hukuk düzeninin bu iradeye bağladığı hukuki sonuçlardır²⁰². Sözleşmenin yorumuyla, tamamlanmasıyla, yanılma kurumuyla ve hatta bazı ifa engelleriyle²⁰³ yakından bağlantılı olan sözleşmenin içeriği kavramı ise, kanunda öngörölmüş sınırlar içerisinde, sözleşenlerin birbirine uygun irade açıklamalarıyla oluşmuş bir hukuki bütünlüğü ifade etmektedir.

Genel bir anlatımla sözleşme içeriği, somut sözleşmesel ilişkiye uygulanacak kuralların tümüdür²⁰⁴. Bu bağlamda, sözleşmenin içeriğinin tespit edilmesi, tarafların birbirine uygun irade açıklamalarının ortak anlamının ortaya çıkarılması anlamına

belirtelim ki, zikredilen hallerin tümünde, aslında ortada işlem iradesi ve açıklama iradesi de bulunmamaktadır.

²⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 130; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 174 vd.; Eren, **BG**, s. 132.

²⁰² Flume, **AT**, s. 51.

²⁰³ Özellikle amacın boşa çıkması, çökmesi ya da ifa dışı yoldan gerçekleşmesi olgularının, işlem temelini çökmesi ya da sonraki ifa imkansızlığı kurumlarına altlanıp altlanamayacağı ve ayıplı ifa hükümleri ile nitelik yanılması şeklindeki saikte yanılmaların uygulama alanlarının çatışıp çatışmayacağı gibi sorunsallarda, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi son derece önem arz etmektedir.

²⁰⁴ Bischoff, **a.g.e.**, s. 11; Bucher, **AT**, s. 176, 177, Arat, **a.g.e.**, s. 30.

gelmekte ve bunun için de sözleşmenin yorumlanması (TBK m. 19) gerekmektedir²⁰⁵. Sözleşmeye uygulanacak kurallardan yola çıkılarak, doktrinde sözleşmenin içeriğinin iki kısımdan oluştuğu kabul edilmektedir. İlk kısım “sözleşmeye özgü kurallar” olup, bunlar, tarafların işlem iradelerinin doğrudan yöneldiği hukuki sonuçlardan meydana gelmektedir. Bu tür kurallar sözleşmenin kurulması anında belirlenebileceği gibi, daha sonra taraflarca sözleşmenin değiştirilmesi halinde de gündeme gelebilir²⁰⁶. Örneğin bir satış sözleşmesinde, satış konusu bisikletin ne zaman, nerede, hangi fiyata, kim tarafından teslim edileceği, zamanında teslim edilmezse ödenecek sözleşme cezasının miktarı vb. hususlar bu kapsama dahil olmaktadır. Öte yandan, ikinci kısım kurallar ise “sözleşme dışı kurallar”²⁰⁷ olarak ifade edilmektedir. Bu kapsama ise, kanunun yedek hükümleri, örf ve adet hukuku ve gerektiğinde tamamlayıcı yorum bağlamında, hâkimin tarafların ortak farazi iradelerini dikkate alarak yarattığı kurallar girmektedir²⁰⁸. Görüleceği üzere, ilk kısım kuralların kaynağı bizzat tarafların işlem iradesi olmasına karşın, ikinci kısım kurallarda ise, kanun koyucunun veya hâkimin sözleşme içeriğine kural ya da kurallar dahil etmesi söz konusudur.

Bu noktada, söz konusu açıklamalar çerçevesinde şu şekilde bir çıkarım yapılabilir: Sözleşme içeriğinin kapsamına; (i) tarafların kazandırıcı işlemle doğrudan ulaşmak istedikleri ve böylece işleme hukuki kimliğini veren hukuki sebep (*causa*)²⁰⁹,

²⁰⁵ Kaplan, **a.g.e.**, s. 30; Peter Jäggi / Peter Gauch / Stephan Hartmann, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Art. 18 OR**, 4. Auflage, Zürich: Schulthess, 2015, Art. 18 N. 312; Ayşe Arat, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 33.

²⁰⁶ Kaplan, **a.g.e.**, s. 27, 28; Canbolat, **a.g.e.**, s. 87, 88; Jäggi / Gauch / Hartmann, **ZürKomm**, Art. 18 N. 274 vd.; Arat, **a.g.e.**, s. 30, 31.

²⁰⁷ Bu ayırımı gözden kaçırılmaması gereken husus, ilk kısımdaki kuralların yaratıcı gücünün esas olarak tarafların iradeleri olduğudur. Öte yandan, ikinci kısım kuralların, “sözleşmenin iradede bağımsız içeriği” (burada gerçek irade anlaşılmalıdır, yoksa ortak farazi irade değil) şeklinde adlandırılması da mümkündür. Zira söz konusu kurallar, tarafların işlem iradelerinin yöneldiği kurallar değildir; bunlar, yedek hukuk kuralları, örf ve adet hukuku ya da hâkimin tamamlayıcı düzenlemeleri olarak, hukuk düzeninin tarafların iradesinden bağımsız şekilde, belirli durumlarda o işleme bağladığı hukuki sonuçları ifade etmektedirler. Bu kurallar ile sözleşenlerin doğrudan iradeleriyle oluşmuş sözleşme içi kurallar (fikirimizce, bu kurallara da “sözleşmenin iradeye bağlı içeriği” denilebilir) arasındaki ayrımın pratik önemi ise, özellikle hukuki yanılma konusunda ve yanılma ile sözleşmenin tamamlanması arasındaki ilişki çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu ise, tarafların doğrudan iradelerine dayanmayan kuralları “geniş anlamda sözleşme içeriği”, doğrudan iradelerine dayananları ise “dar ve teknik anlamda sözleşme içeriği” olarak belirtmektedir (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 175; aynı yönde bkz. Arat, **a.g.e.**, s. 30, 31). Kanaatimizce, bu ifadenin peşinden gidilmesinde de bir sakınca yoktur.

²⁰⁸ Bischoff, **a.g.e.**, s. 15; Kaplan, **a.g.e.**, s. 28; Canbolat, **a.g.e.**, s. 88; Jäggi / Gauch / Hartmann, **ZürKomm**, Art. 18 N. 281 vd.; Arat, **a.g.e.**, s. 31.

²⁰⁹ İsmet Sungurbey, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1957, s. 3 vd; Özlem Karlı, **Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması: (Mücerret Borç İkrarı BK. mad. 17)**,

(ii) tarafların her biri açısından işlem iradesinin yöneldiği doğrudan (nesnel) amaç; yani tarafların birbirine karşı ifa edeceği edim(ler)le ulaşacakları menfaatleri ifade eden asli ve yan edim yükümleri²¹⁰; bu hususla bağlantılı olarak, sözleşmenin esaslı (*essentialia negotii*) ve ikinci derecedeki arizi noktaları (*accidentalia negotii*)²¹¹, (iii) güven ilkesine bağlı olarak, sözleşme konusu şeyin nitelikleri (bunların, satıcının, yüklenicinin veya kiraya verenin ayıpsız ifa borcu çerçevesinde, bazı yazarlara göre asli edim ve bazı yazarlara göre de yan edim yükümü görünümünde olacağı burada gözden uzak tutulmamalıdır²¹²) ve sözleşmeyle ilgili kişinin (sözleşme tarafının ya da sözleşmeyle ilgili üçüncü bir kişinin) nitelikleri²¹³, (iv) sözleşmenin iradeden bağımsız içeriği olarak da, tamamlayıcı hukuk kuralları (*naturalia negotii*)²¹⁴, örf ve adet hukuku ve hâkimin tamamlayıcı yorum yaparak yarattığı kurallar girmektedir.

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken çok önemli bir husus, tarafların sözleşme yapma iradelerini harekete geçiren, geçmişteki, şimdiki ya da gelecekteki belirli olgulara ilişkin tasavvurlarının (saiklerinin) kural olarak sözleşme içeriğine girmeyecek olmasıdır²¹⁵. Saik (*Motiv*), zamana, kişiye ve yere göre değişiklik gösterebilen, iradeyi bir amaç için harekete geçiren tek taraflı tasavvur olup, açıklama muhatabı bunu öğrenmek ve göz önünde bulundurmamak zorunda değildir. Bu nedenle

İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 21; Serozan, **Dönme**, s. 363 dn. 274; Serozan, **Medeni**, s. 337, 338.

²¹⁰ Serozan, **Dönme**, s. 357; Fikentscher, **a.g.e.**, s. 25 vd.; Canbolat, **a.g.e.**, s. 74, 75.

²¹¹ Örneğin sözleşmenin hükümlerinin doğması ya da sona ermesi için şart öngörülmesi (ki bu halde sübjektif esaslı noktadan bahsedilecektir. Bkz. Sirmen, **Şart**, s. 14), TBK m. 89'dan farklı bir ifa yeri belirlenmesi veya sözleşmenin ifa edilmemesi tehlikesine karşı cezai şart öngörülmesi vb. haller *accidentalia negotii* teşkil etmektedir. Esaslı noktalar ve ikinci derece noktalar ayrımı konusunda özel olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 174 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 72, 73; Sanem Dursun Aksoy, **Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008, s. 28 vd.

²¹² Sözleşme konusunun, taraflarca kararlaştırılmış niteliklere uygun olarak (ayıpsız) ifasının ne tür bir edim yükümü olduğu konusu tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 1, e.

²¹³ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 80, 81; Flume, **AT**, s. 477, 478; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 54, 61; Hans Giger, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationen recht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215, 2. Auflage, Bern: Stämpfli, 1980, Vorbem. Art. 197-210 N. 17; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 115.**

²¹⁴ İkinci derece noktalar olarak sözleşme içeriği olan tamamlayıcı hukuk kuralları, aslında sözleşme taraflarınca varsayıldığı için, bunlara ilişkin sözleşme boşluğundan bahsedilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Flume, **AT**, s. 80 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 175; Dursun, **a.g.e.**, s. 29 dn. 76.

²¹⁵ Flume, **AT**, s. 402; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 107; Wolfgang Schur, "Eigenschaftsirrtum und Neuregelung des Kaufrechts", **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 2004/204, s. 883-906, s. 886; Arat, **a.g.e.**, s. 32.

de, sözleşme içeriğine giremeyen saikler, karşı taraf bununla bağlı olamayacağı için sözleşmesel bir talep yaratamazlar²¹⁶.

Sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde “amaç” kavramı da merkezi bir öneme sahiptir. Doktrinde çeşitli amaç tasniflerine rastlamak mümkün olmakla birlikte²¹⁷, üzerinde geniş ölçüde fikir birliği olan ayrım, tercih edilen terimler değişse bile, doğrudan (objektif, nesnel, asli) amaç ve dolaylı (sübjektif, öznel, tali) amaç şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ayrıma göre, doğrudan amaç (*unmittelbarer Zweck*, *Geschäftszweck*), tarafların ekonomik, sosyal veya pratik gereksinimlerini gidermek için iradelerini yönelttikleri, hukuki işleme niteliğini veren, kişiye göre değişmeyecek nesnel amaçtır. Öte yandan, dolaylı amaç (*mittelbarer Zweck*) ise, kişiden kişiye değişebilecek olan, doğrudan amaca ulaşılması sonucunda tatmin edilecek kişisel gereksinimlerdir²¹⁸. Örneğin bisiklet satın alınırken, satıcının bisikletin mülkiyetini ve zilyetliğini devretmesi, alıcının doğrudan amacını; alıcının bisikleti daha sonra kuzenine mezuniyet hediyesi olarak bağışlayacak olması da dolaylı amacını oluşturmaktadır ki, bu da esas itibarıyla geleceğe yönelik saiktir. Aynı şekilde, kuzenin mezun olduğuna ilişkin tasavvur da saik görevi görmektedir.

Görüleceği üzere, bir kimsenin sözleşme ilişkisine girmesini sağlayan temel etken, gerçekleşmesini istediği amaç ve amaçlardır. Bunlar, kişiyi belirli bir irade

²¹⁶ Flume, **AT**, s. 402; Canbolat, **a.g.e.**, s. 92.

²¹⁷ Serozan, **Dönme**, s. 357 vd.; Canbolat, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Zitelmann, **a.g.e.**, s. 117 vd. Yazar, saikle başlayan davranış sırasının son durağı olan amaç kavramını, doğrudan irade (*unmittelbarer Wille*) ve dolaylı irade (*mittelbarer Wille*) olarak ikiye ayırmaktadır. Ancak yazarın yaptığı ayrım, bugünkü hâkim görüşün benimsediği ayrımla pek örtüşmemektedir. Şöyle ki, *Zitelmann*’ın bahsettiği anlamda doğrudan iradeden anlaşılması gereken, açıklamanın yapılması için seçilen vücut hareketine yönelmiş iradedir ve bu da işlemin içeriğini oluşturmaktadır. Kanaatimizce, bunun fiil iradesi olarak da anlaşılması mümkündür. Öte yandan dolaylı irade kavramı ise; doktrindeki genel kabulün benimsediği nesnel ve öznel amaç türlerini kapsayacak şekilde, iradenin yöneldiği bütün amaçları ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 118 vd. ve 135 vd). Yazarın şu ifadesi, bu konudaki görüşünü tam olarak açıklamaktadır: “*Der Wille will nur ein Werden, kein Sein. Er will die Verwirklichung der Mittel, er will das Erreichen des Ziels. Ersteres ist der unmittelbare Inhalt seines Willens, letzteres sein Zweck*” (**a.g.e.**, s. 142). Öte yandan, *Fikentscher* ise, “bağlanma amacı” (*Bindungszweck*) ve şeye yönelik “maddi amaç” (*Sachzweck*) şeklinde bir ayrımı benimsemektedir (*Fikentscher*, **a.g.e.**, s. 25 vd.).

²¹⁸ Serozan, **Dönme**, s. 357, 358 (yazarın benimsediği terminoloji, nesnel amaç ve öznel amaç şeklindedir); Rona Serozan, (Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, § 13 N. 15; Mustafa Dural, “Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler”, **BATİDER**, C. VII, S. 4, 1974, s. 907-936, s. 912, 913 (yazar, esas olarak yakın amaç ve uzak amaç kavramlarını kullanmaktadır); Canbolat, **a.g.e.**, s. 75 (yazar, dolaylı amacı “kullanım amacı” kavramıyla ifade etmektedir); Yeşim Gülekli, “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, **MHAD**, No. 18, 1990, s. 43-69, s. 43 vd.

oluşturması için harekete geçiren psikolojik aşamada tasavvur edilirler. Diğer bir deyişle, amaçlar (ya da amaç) da, aslında birer saik olarak kişiyi iradesini oluşturmaya teşvik etmekte, onu güdülemektedirler. Ancak bu aşamada bazı amaçlar, doğrudan amaç olarak işlem içeriğine girerken; dolaylı amaçlar kural olarak işlem içeriğine dahil olmamaktadırlar. Dolaylı amaç ile saik arasındaki ilişkiye bakıldığında ise; zihinde tasavvur edilen durum veya olgular, amaç kavramının doğası gereği, ancak gelecekte gerçekleşecekse dolaylı amaç olarak nitelendirilebilmekte, buna karşılık, şimdiye ve geçmişe ilişkin tasavvurlar ise sadece saik olarak nitelendirilmektedirler²¹⁹. Bu bağlamda vurgulanmalıdır ki, irade açıklamasında bulunan kişi, dilediği zaman, dolaylı amacının gerçekleşmediği ya da gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya diğer saiklerinin gerçeğe aykırı olduğunu farkettiğini ileri sürerek sözleşme ile bağlılığını kolayca sona erdiremez. Hatta bu tasavvurlarına uygun olacak şekilde, sözleşmenin değiştirilerek devam etmesini de karşı taraftan isteme imkanı yoktur. Onun elindeki imkanlar; TBK m. 30 vd. hükümlerine göre ve buradaki şartların varlığına bağlı olarak temel yanılmasına düştüğünü ispatlayarak ve bunun olası sonuçlarına katlanarak iptal hakkını kullanmak ya da tartışmalı olmakla birlikte, dolaylı (özel) amacının boşa çıktığından hareketle işlem temelinin çökmesi kurumuna dayanmaktır (TMK m. 2, TBK m. 138)²²⁰.

Öte taraftan, doktrindeki bir görüş, saiklerin (özellikle dolaylı amaçların), belirli durumlarda güven ilkesi ve TBK m. 32'den (eBK m. 24/1 b. 4) hareketle işlem içeriğine gireceğini ve böylece hukuken önem kazanacağını savunmaktadır²²¹. Bu görüşü, yukarıda aktarılan açıklamalar çerçevesinde savunabilmek imkanı göremiyoruz. Çünkü gerek işlem temelinin çöktüğü durumlarla ifa imkansızlığı arasındaki sınırların daha da silikleşmesine gerekse de gelecekteki olgulara ilişkin

²¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 118; Fikentscher, **a.g.e.**, s. 23 vd.; Zitelmann, **a.g.e.**, s. 160, 161; Serozan, **Dönme**, s. 363 dn. 274; Canbolat, **a.g.e.**, s. 80.

²²⁰ İşlem temelinin çökmesi konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3).

²²¹ Serozan, **Dönme**, s. 362; aynı yönde bkz. Titze, **a.g.e.**, s. 37 vd. (yazarı bu sonuca götüren argüman ise ilginçtir. Ona göre, örneğin bir satış sözleşmesinde, alıcının işlem iradesi, aynı zamanda teslim alınacak olan malın nasıl kullanılacağını da kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, yazar, dolaylı amacın da işlem iradesine girdiğini savunmaktadır. Ancak ilginç olan husus şu noktadadır: Örnekte, alıcının iradesi, nişanlanan arkadaşına evlilik hediyesi vermeye yönelik dolaylı amacı içermesine rağmen, güven ilkesine göre yorumlanan irade açıklaması, muhatabın bu durumu bilmemesi veya bilmesi gerekmemesi nedeniyle söz konusu saiki içermemektedir. Dolayısıyla burada irade ile açıklama arasında uygunsuzluk ortaya çıkmakta; yani alıcı açıklamada yanılmaya düşmektedir (**a.g.e.** s. 33 vd.). Öte yandan, *Başpınar* ise, sözleşme içeriğinin geniş anlamda anlaşılması gerektiğini ifade ederek, eğer iki taraf da dolaylı amacın gerçekleşmesini birlikte istemişlerse, bunun da sözleşme içeriğinde sayılacağını savunmaktadır (*Başpınar*, **a.g.e.**, s. 59).

tasavvurlar ile örtülü şart kurumu arasında yorum güçlüklerine yol açabileceğinden, güven ilkesi ve esaslı yanılma şartlarıyla bu kapının aralanmasını hukuki güvenlik açısından tehlikeli bulmaktayız. Dolayısıyla, ilke olarak, saiklerin (dolaylı amaçları da içerecek şekilde) ne temel yanılmasında ne de işlem temelinin çöktüğü durumlarda, işlemin içeriğine girmiş oldukları kabul edilmelidir²²². Öte yandan, aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, kabul ettiğimiz görüşe göre ise, sözleşme konusu şeyin ve sözleşme taraflarının (ya da sözleşmeyle ilgili üçüncü bir kişinin) niteliğine ilişkin saikler, güven ilkesi bağlamında sözleşme içeriğine girebilmekte ve gerçeğe uygun olmadıkları takdirde “sözleşme içi nitelik yanılması” mahiyetini kazanmaktadırlar. Bunun içinse, tasavvur edilen söz konusu niteliğin açıklama sahibi açısından karar verdirici etkisinin, sözleşmenin diğer tarafınca bilinmesi ya da dürüstlük kuralına göre bilinebilmesi gerekmektedir²²³.

Bu noktada şu sonuca varılmaktadır: Dolaylı amaçları da içeren saiklerin gerçeğe uygun olmaması, kural olarak hukuk düzeni tarafından dikkate alınmamaktadır. Ancak bu kuralın, kanunda belirtilen ve belirli şartlarla ortaya çıkacak bazı istisnaları söz konusudur. Bunlar, esaslı saikte yanılma (TBK m. 32), aldatma (TBK m. 36), duruma göre aşırı yararlanma (TBK m. 28), gelecekteki olgulara ilişkin saiklerin boşa çıkması durumunda işlem temelinin çökmesi (İsviçre-Türk hukukunda tartışmalı olmakla birlikte, doktrinin bir kısmı tarafından TMK m. 2 ve TBK m. 138 hükümlerinden hareketle bu teorinin uygulanması kabul edilmektedir²²⁴), borç olmayan şeyin yanılarak ifa edilmesi (TBK m. 78/1) gibi hallerdir²²⁵.

Ancak önemle belirtelim ki, hukuken önem verilerek belirli hukuki sonuçlar bağlansa da, az evvel ifade ettiğimiz gibi, bu tür saikler (açıklama muhatabı tarafından

²²² Aynı görüşte bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 107; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 3; Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 2. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2017, s. 51, 52. Canbolat, **a.g.e.**, s. 79 vd., 92; Arat, **a.g.e.**, s. 32. Aynı görüş Alman hukukunda da benimsenmekle birlikte (Flume, **AT**, s. 432, 491 vd.; Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeines Schuldrecht**, 39. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2015, § 27 N. 5 vd.; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 862; Manfred Wolf / Jörg Neuner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Vollständig neu bearbeitete Auflage des von Karl Larenz begründeten Werkes, München: C.H. Beck, 2016, § 41 N. 7), BGB'nin gerekçesinde de işlem temelinin sözleşme içeriğine dahil olmadığı vurgulanmıştır. Bkz. BT-Drucks, 14/6040: **Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts**, s. 174, 175 (<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf>, çevrimiçi, 2.5.2018).

²²³ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (c) ve (e).

²²⁴ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3).

²²⁵ Hiç şüphesiz, kanunda özel olarak düzenlenmiş olan, Medeni Hukukun diğer alanlarındaki (Aile Hukuku, Miras Hukuku gibi) yanılma ve aldatma hükümleri de bu kapsama dahildir.

bilinen veya bilinmesi gereken, sözleşme konusu malın ya da sözleşmeyle ilgili kişinin niteliklerine ilişkin olanlar dışarıda tutulursa) işlem içeriğine girmemektedirler. Şayet taraflar saikleri işlem içeriğine dahil etmek istiyorlarsa, bunun için; gelecekteki belirsiz olguları sözleşmede "şart" olarak öngörme, "garanti sözleşmesi" yapma ya da sözleşmede iradi bir dönme hakkı tanıma yollarına başvurmalarıdır²²⁶.

B. Güven İlkesi

1. Genel Bakış ve Hukukta Güven Kavramı

Kişilerin toplumsal birer varlık olarak, ekonomik ve sosyal gereksinimlerini gidermek amacıyla başkalarıyla hukuki ilişkiler kurmak zorunda olması, güven olgusunun da mutlak bir gereklilik olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda, kitlesel üretim, karmaşık işbölümü ağı ve yoğun alışveriş yaşamı dikkate alındığında, kişiler arasında ortaya çıkabilecek iletişimsel riskler, bilgi asimetrisi veya eksikliği gibi işlem hayatını sekteye uğratabilecek durumlar, karşılıklı güven duygusunun varlığı ile bir ölçüde azalmaktadır. Özellikle en yaygın ekonomik değişim aracı olan sözleşmelerde, eksik bilgi ve tecrübe düzeyleri ya da dikkatsizlikleri nedeniyle kişiler, bazen iradelerini tam istedikleri şekilde açıklayamayabilirler. Keza birbirlerini çok iyi tanımayan taraflar, kuracakları sözleşmenin ifa edilip edilmeyeceğinden ya da karşı tarafın verdiği bilgilerin ve yaptığı açıklamaların doğru olup olmadığından şüphe edebilirler. Bu gibi durumlarda, güven olgusu, mevcut şüpheyi ortadan kaldırdığı oranda ticaret hayatının işlerliğini de sağladığı gibi, tarafların iletişim eksikliğinden kaynaklanan sözleşme risklerine ilişkin bilgi edinme (ve verilen bilgilerin doğruluğunu araştırma) maliyetlerinden de önemli oranda

²²⁶ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 23, 24; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 430, 431; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 62 dn. 61; Brox, **a.g.e.**, s. 69 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 118. Gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan durum veya olgulara ilişkin saiklerin şart haline getirilmesi için, tarafların bu konuda şartlı bir işlem yapmak bilincinde olması gerekmektedir. Özellikle işlem güvenliği açısından tehlike yaratabilecek olan örtülü şartın var olup olmadığı belirlenirken, daha dikkatli bir inceleme yapılması gerekir (Sirmen, **Şart**, s. 43). Dolayısıyla, sözleşmenin bir tarafının dolaylı amacının, diğer tarafa bildirilmesi ya da hal ve şartlara göre diğer tarafın bunu anlayabilecek durumda olması, doğrudan örtülü şart bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, işlem temeli sözleşme içeriğine girmezken, örtülü şart, sübjektif esaslı nokta olarak tarafların sözleşme içeriğine dahil olmaktadır. Yine iradi dönme ve garanti sözleşmesi opsiyonlarında da, şart kurumunda olduğu gibi, saikin işlem içeriğine girmesi, esas itibarıyla, bunun gerçeğe uygun olup olmayacağı konusunda tarafların duyduğu şüphenin bir sonucudur. Şu halde dikkat edilirse, bu ihtimallerin hepsinde söz konusu olan şüphe, yanlışla ihtimalini dışarıda bırakmaktadır.

tasarruf etmelerini sağlamaktadır²²⁷. Zira ekonomik ve sosyal hayatta insanların birbirlerine karşı hiç güven duymadıkları bir kurguda, kişiler kendilerinde bilgi eksikliği gördüğü ve bunu ortadan kaldıracak işlem maliyetlerinin fazla olduğu durumlarda risk almamayı tercih edecek, bunun sonucunda da sözleşme yapmaktan çekinebilir hale geleceklerdir²²⁸. Şu halde denilebilir ki, kişiler arasında karşılıklı güven duygusunun varlığı, ticari hayatın gerektirdiği hızlilik ve istikrara katkıda bulunmakla birlikte, son aşamada hukuk güvenliğine hizmet etmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, bunun için sadece güven olgusunun varlığı yeterli olmamakta, ayrıca güvenin objektif bir temelde korunması da gerekmektedir²²⁹. Çünkü belirtilen tehlikeler ancak, eğer kişilere, başkalarına duydukları haklı güvenin hukuk düzeni tarafından korunacağına ilişkin teminat verilmişse ortadan kalkabilir. Bu bağlamda, güven yatırımı yapan kişinin haklı olması halinde korunduğu ve güvenilen kişinin de yarattığı güvene uygun davrandığı ideal bir ortamda, karşılıklı menfaatlerin adalet ölçüğünde dengeleneceği rahatlıkla söylenebilir.

Hukuk düzeni tarafından güvenin korunması, doktrinde genel bir kavramla “güven ilkesi (*Vertrauensprinzip*)” olarak belirtilmekte ve TMK m. 2/1’de (ZGB m. 2/1, § 242 BGB) ifadesini bulan dürüstlük kuralından, yani “karşılıklı birbirini gözetme ve bağlılık” ilkesinden kaynaklanmaktadır²³⁰. Buna göre, belirli derecede sosyal temas haline geçerek hukuki değerlerini birbirlerinin etki alanına açmış olan kişiler arasında, sözleşme ilişkisindeki kadar yoğun olmasa da, haklı beklentilerinin korunacağına ilişkin somut ve özel bir güven ilişkisi oluşmaktadır²³¹. Bu güven

²²⁷ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 8, 11; Akkanat, **a.g.e.**, s. 25.

²²⁸ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 117 vd.

²²⁹ Serozan, **Medeni**, s. 278; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 7, 13; Güven kavramının farklı anlamları ve ekonomik, sosyal ve hukuki ilişkilerde oynadığı işlevleri hakkında bkz. Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 3 vd.; Akkanat, **a.g.e.**, s. 25 vd.

²³⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 287; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 132; Hans Merz, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB**, Bern: Stämpfli, 1962, Art. 2 ZGB, N. 119; Serozan, **Medeni**, s. 277 vd.; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 35.

²³¹ Rainer Gonzenbach, **Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern: Stämpfli & Cie, 1987, s. 64 vd.; Schwenger, **AT**, N. 47.01 vd.; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 947, 948; Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, Freiburg: Universitätsverlag, 1988, s. 69, 70 ve orada dn. 1; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N. 1; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 8 vd.; Huriye Demircioğlu, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 126, 182 vd.; Damla Gürpınar, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt Veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2006, s. 142, 143; Çiğdem Kırca, **Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara:

ilişkisinin gereği olarak da, kişiler, TMK m. 2/1’de “*haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken...*” ibaresiyle belirtildiği üzere, hukuki ilişkilerinde dürüst, makul ve orta zekalı kişilerin benzer olaylardaki davranışlarına uygun şekilde davranmakla yükümlüdürler²³².

TMK m. 2/1 çerçevesinde kişiler arasında oluşan güvenin objektif olarak korunmasını sağlayan güven ilkesinin, Borçlar Hukuku alanında çeşitli fonksiyonları bulunmaktadır²³³. Tezin eksenini doğrultusunda, bu ilkenin bizi ilgilendiren fonksiyonu, sözleşmenin kurulmasında ve içeriğinin belirlenmesinde (yorumunda) oynadığı roldür. İsviçre-Türk hukukunda, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi amacıyla irade açıklamaları yorumlanırken ve sözleşmenin kurulması durumunda, sözleşme içeriği tespit edilirken yararlanılacak esas kriterin güven ilkesi olduğu, doktrinde ve mahkeme kararlarında kabul edilmektedir²³⁴.

Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 172; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 8, 9; Ümit Gezder, **Türk / İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Beta, 2009, s. 134; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, 1. Basım, İstanbul: Beta, 2008, s. 27, 114, 115; Rona Serozan, “Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, Cilt 2, Sayı 3, 1968, s. 108-120, s. 121 vd.; İlhan Uluhan, “Culpa in Contrahendo Üzerine”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, C. I, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 275-316, s. 287.

²³² Seyfullah Edis, “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 367, 1975, s. 448.

²³³ Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi yaratarak güven sorumluluğu oluşturma, edim ve koruma yükümlerinin içeriğini belirleme vb. işlevleri de bulunan güven ilkesi konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 25 vd.; Ergüne, **a.g.e.**, s. 108 vd.; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 117 vd.; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 6 vd.

²³⁴ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 84 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 279, 369; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 6; Henrici, **a.g.e.**, s. 28; Merz, **BerKomm**, Art. 2 ZGB, N. 125; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 207; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 278; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 69, 70; BGE 135 III. 295; BGE 116 II 431, 434 (bger.ch); YHGK., 18.3.2015, E. 2014/15-2182, K. 2015/1047; YHGK., 26.6.1996, E. 1996/11-304, K. 1996/515; Y. 13. HD., 11.10.1994, E. 1994/5745, K. 1994/8501 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Alman hukukunda da böyle kabul edildiği yönünde bkz. Flume, **AT**, s. 307 vd. Bununla beraber, Alman hukukunda dürüstlük kuralı ile ilgili çeşitli hükümler söz konusu olup; bunlar, sözleşmenin yorumlanması konusunda § 157 BGB; borçların ifasında dürüstlük kuralı olarak düzenlenmesine karşın, içeriği çok geniş olan genel anlamdaki dürüstlük kuralı için § 242 BGB ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin BGB § 226’dır (Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 4 vd.; Nami Barlas, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, **İÜHF**, C. LV, S. 3, 1997, s. 191-208, s. 194-197). Öte yandan, § 133 BGB’de ise, İsviçre-Türk hukukuna paralel olarak (TBK m. 19/1, OR m. 18/1), irade açıklamalarının yorumunda, kullanılan ifadelerin sözel anlamıyla bağlı kalınmaması, gerçek iradenin araştırılması gerektiği belirtilmektedir (“*Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften*”).

Görüleceği üzere, güven ilkesinin, yanılma kurumu açısından merkezi bir işlevi söz konusudur. Zira Roma hukukunda olduğu gibi, modern hukuk sistemlerinin yanılma kurumuna yaklaşımı, büyük ölçüde sözleşmenin kurulması ve yorumlanması kavramlarıyla bağlantı içindedir. Bunun nedeni açıktır: Söz konusu kurumların hepsinde hukuk düzeninin mercek altına aldığı temel kavram “irade açıklamasıdır”. Hukuk tarihine bakıldığında, bu konuda zaman zaman salt iradenin ön plana çıktığı, bazı dönemlerde ise sadece açıklamaya önem verildiği dönemler olmuştur²³⁵. Ancak şurası bir gerçektir ki, hukuki sonuca ulaşmayı amaçlayan irade, bir kez dış dünyaya yansıtıldığı zaman artık toplumsal bir olgu haline gelmekte²³⁶ ve bunun açıklama sahibi için çeşitli sonuçları olmaktadır; zira o artık açıklamasıyla hukuk alanına temas etmektedir.

Bu duruma tersinden bakıldığında ise şu gerçeğe karşılaşılr: Hukuk düzeni, kişilerin iç dünyasındaki açıklanmamış iradelerini dikkate alamayacağı için, sözleşme ile ulaşılmak istenen amaç, ancak iradelerin karşılıklı açıklanmasıyla ve bunların birbirine uygunluğuyla gerçekleşebilecektir (TBK m. 1, OR m. 1). Kanun koyucu, sözleşmenin kurulması için “irade açıklamalarının” uygunluğunu arayarak genel kuralı belirlemiştir; ancak taraflar arasında sözleşmenin varlığı konusunda bir uyuşmazlık çıktığında, bu uygunluğun, iradelere mi yoksa açıklamalara mı bakılarak tespit edileceği konusunda herhangi bir şey söylememiştir. Başka bir anlatımla, irade açıklamasına taraflar farklı anlamlar veriyorsa, hangi anlayışın hangi kritere göre diğerinden üstün tutulacağı kanunda belirtilmemiştir. Dolayısıyla, bu görev hâkime düşmektedir ve o, açıklama sahibinin açıklamasına kendi istediği anlamı yüklemesi ile muhatabın bu açıklamayı kendi anlayışına göre değerlendirmesi arasındaki menfaat çatışmasını uzlaştıracaktır. Bunun için de, irade açıklamalarını yorumlayarak onların nasıl anlaşılması gerektiğini belirleyecektir²³⁷. Yorumu dayanak olabilecek kriterler, hukuk tarihi de göz önünde bulundurularak, doktrinde başlıca; irade ilkesi, açıklama

²³⁵ Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, II, A, 1.

²³⁶ Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 69. Hatta önerinin ve kabulün geri alınabileceği sınırlı halleri saymazsak, iradenin açıklanması anından itibaren, bu açıklama değişmez bir niteliğe bürünmekte ve daha sonra meydana gelen olguların, kural olarak bu açıklamanın anlamı üzerinde bir değişiklik yaratma imkanı bulunmamaktadır. Zira sözleşmenin yorumunda ve tamamlanmasında, hâkim, “sözleşmenin kurulduğu andan” hareketle tarafların ortak ya da farazi iradelerini tespit etmektedir (Flume, **AT**, s. 310 vd.; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 34; Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 58.

²³⁷ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 69; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 132; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 378; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 26; İnan / Yücel, **a.g.e.**, s. 259. Akyol, **Yorum**, s. 11 vd.

ilkesi (beyan ilkesi), anlam verme ilkesi ve güven ilkesi olarak ifade edilmektedir²³⁸. İrade açıklamalarının yorumu ile yanlış kurumu arasındaki bağlantının daha net ortaya çıkması ve güven ilkesinin fonksiyonunun anlaşılması adına, bu yorum ilkelerine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

- İrade ilkesi (*Willensprinzip*) olarak belirtilen ilk yorum prensibinde, açıklamaya verilecek anlam, açıklama sahibinin gerçek iradesine göre yorumlanacak; diğer bir deyişle, yorum yapılırken, açıklama sahibinin kendi açıklamasına verdiği anlam belirleyici olacaktır. Köklerini Roma hukukunda (Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren) bulan bu prensip, daha sonra Doğal Hukuk Okulu tarafından da benimsenmesine rağmen, asıl dogmatik özelliğini *Savigny*'nin katkılarıyla, 19. yy. Pandekt hukukunda bulmuştur (*Willensdogma*)²³⁹. Katı bir irade özerkliğinin doğal sonucu olan bu ilkeye göre, kişinin hukuki sonuca yönelmesinin temel nedeni, kendi iç iradesidir. Şayet iradesini açıklarken kullandığı söz, yazı ya da diğer davranışları bu iradeyle örtüşmeyen bir görüntü yaratmışsa, kişinin bununla bağlı olmaması gerekir. Farklı bir deyişle, irade açıklaması ancak açıklama sahibinin gerçek iradesine uygun ise hüküm ifade eder. Zira kişi istemediği bir açıklama sonucu borç altına girmemelidir; aksi halde bu, ona verilen irade özerkliğinin de yadsınması anlamına gelecektir²⁴⁰.

Bu prensip, doktrinde birçok açıdan haklı olarak eleştirilmiştir. Sadece açıklama sahibinin menfaatlerini koruyarak, muhatabın açıklamaya yaptığı güven yatırımını dışlayan ve böylelikle işlem güvenliğine de ciddi anlamda zarar verecek bu ilkenin yorum faaliyetinde kriter olarak kabul edilmemesi gerekir. Kaldı ki, pratikte gerçek iradenin ortaya çıkarılması hayli zor olduğu gibi, açıklama sahibinin durumu kötüye kullanmaya çalışması ihtimali de yüksektir.

²³⁸ Söz konusu yorum prensiplerinin karakteristik özelliklerinin “objektif-sübjektiflik” ya da “genellik-özellik (kişisellik)” kıstaslarıyla da ele alınabileceğini belirten *Meier-Hayoz*'a göre, irade açıklamasının irade ilkesine göre yorumu sübjektif bir değer taşımakla birlikte, aynı zamanda açıklama sahibinin kişisel durumlarının dikkate alınması nedeniyle de özellik (kişisellik) kıstasını karşılamaktadır. Buna karşın açıklama ilkesinde, objektif ve genellik; güven ilkesinde ise objektiflik ve özellik kıstasları geçerli olmaktadır (*Meier-Hayoz*, **a.g.e.**, s. 21 vd.).

²³⁹ Flume, **AT**, s. 54; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 298, 299; Lichti, **a.g.e.**, s. 32 vd.; von Tuhr, **BG**, s. 278; Ernst A. Kramer, **Der Irrtum beim Vertragsschluss, Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme**, Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1998, N. 2; *Meier-Hayoz*, **a.g.e.**, s. 47 vd.; Esener, **a.g.m.**, s. 168; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 71, 72; MacMillan, **a.g.e.**, s. 142.

²⁴⁰ *Meier-Hayoz*, **a.g.e.**, s. 24; Esener, **a.g.m.**, s. 169; Eren, **BG**, s. 149; Gözübüyük, **a.g.m.**, s. 125.

Bu ilkenin doğal sonucu, açıklama sahibinin gerçek iradesiyle örtüşmeyen açıklamaların hükümsüz olmasıdır. Bu durumda ise, sözleşmenin kurulduğuna güvenen muhatabın, bir anda bu tür bir sonuçla karşılaşması ticaret hayatındaki istikrarı da sarsacaktır²⁴¹. Bu ilkeye yöneltilen eleştiriler, hiç kuşkusuz açıklama sahibinin gerçek iradesi ile açıklanan iradesinin birbirine uymadığı, diğer bir deyişle, açıklamada yanıldığı olasılıklarda geçerlidir. Çünkü muhatabın açıklamayı, açıklama sahibinin gerçek iradesine göre anladığı hallerde (doğal ilişki durumunda), herhangi bir uyumsuzluk yaşanmayacak ve bu olasılıkta, irade özerkliğinin etkisini göstermesi, muhatabın menfaatlerine zarar vermeyecektir²⁴².

Bu ilkenin İsviçre-Türk hukukunda kabul edilmediği, TBK m. 1'deki (OR m. 1) sözleşmenin irade açıklamalarının uygunluğuyla kurulacağı ifadesinden ve TBK m. 31'e (OR m. 24/1 b. 1-3) göre, açıklamada yanılmanın sözleşmeyi kendiliğinden hükümsüz (yokluk anlamında) kılmayıp, bunun yerine yanılana sözleşmeyi iptal etme hakkı vermesinden anlaşılmaktadır. Zira bu ilkenin kabul edilmesi halinde, açıklamada yanılmanın hukuki sonucunun sözleşmenin yokluğu şeklinde ortaya çıkması gerekecektir.

- Açıklama ilkesinde (*Erklärungsprinzip*) ise, irade açıklamasının yorumlanmasında, ne açıklama sahibinin ne de açıklama muhatabının bu açıklamaya yüklediği anlam esas alınır. Bunun yerine, makul ve dürüst üçüncü bir kişinin objektif olarak bu açıklamayı nasıl anlaması gerektiğine bakılır²⁴³. İrade ilkesine bir eleştiri ve tepki olarak 19 yy.'ın ikinci yarısında Pandekt hukukçuları tarafından ortaya atılmış olan bu ilkeyle, açıklama kavramına vurgu

²⁴¹ Bu ilkeyi savunan yazarlar dahi, söz konusu tehlikelerin farkında olarak bu katılığı yumuşatma yolları aramışlardır. *Jhering*'in *culpa in contrahendo* sorumluluğuyla asıl ulaşmak istediği de, ne haksız fiil ne sözleşmesel ilişki bulunan durumlarda, kusuru nedeniyle iradesine uymayan açıklamada bulunarak işlemin hükümsüzlüğüne yol açan kişilerin tazminat sorumluluğuna tabi olmasıdır. Zimmermann, **a.g.e.**, 613, 614; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 61; Ergüne, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Esener, **a.g.m.**, s. 169.

²⁴² Flume, **AT**, s. 54, 55; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, 134; Esener, **a.g.m.**, s. 18, 169.

²⁴³ Flume, **AT**, s. 55; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 299; Lichti, **a.g.e.**, s. 36, 37; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 23 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 7; Kaplan, **a.g.e.**, s. 43 dn. 43; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 72; Eren, **BG**, s. 150, 151; Gözübüyük, **a.g.m.**, s. 126. Bu ilkenin, doktrinde, objektif açıklama ilkesi ve sübjektif açıklama ilkesi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Bizim burada açıkladığımız, makul ve dürüst üçüncü kişinin anlayışı kriteri, bu ayrımda objektif açıklama ilkesiyle örtüşmekte; aşağıda açıklayacağımız anlam verme ilkesi ise sübjektif açıklama ilkesine karşılık gelmektedir. Bu ayırım için bkz. **A.g.e.**, s. 150.

yapılarak (*Erklärungsdogma*), esas itibariyle işlem hayatının güvenliği ön plana alınmak istenmiştir. Buna göre, sözleşme iki tarafın iradeleriyle değil, iki tarafın açıklamalarının birleşmesinden ortaya çıkmakta ve artık toplumsal bir olgu haline gelen açıklamalar, tarafsız bir üçüncü kişinin bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Zira sözleşmenin kurucu ve bağlayıcı etkisi iradelerden değil, verilen sözlerden kaynaklanmaktadır; o halde genel ve objektif olan, özel ve sübjektif olandan üstün olmalıdır²⁴⁴. Tahmin edileceği gibi, Roma hukukunun ilk dönemlerindeki formalist anlayışı anımsatan bu ilke de²⁴⁵, birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Bunlardan en önemlisi kanaatimizce şudur: Bu ilke, sözleşmenin kurulmasında ve içeriğinin belirlenmesinde asıl menfaatleri olan açıklama sahibi ve muhatabını değil, üçüncü bir kişinin değerlendirmesini esas alarak, Borçlar Hukukundaki temel ilke olan irade özerkliğini yadsımaktadır²⁴⁶. Bunun doğal sonucu olarak da, taraflar hiç düşünmedikleri bir açıklamayla bağlı kalma tehlikesi içinde olacaktır ki, bu sonuç, ne adaletle ne de hukuk güvenliğiyle bağdaşır niteliktedir. TBK m. 19'da (OR m. 18) “*tarafların gerçek ve ortak iradelerinin*” esas alınacağı ifadesinden hareketle, bu ilkenin de İsviçre-Türk hukuku tarafından kabul edilmediği rahatlıkla söylenebilir²⁴⁷.

- Anlam verme ilkesi (*Deutungsprinzip*): Burada irade açıklaması, muhatabın fiilen o açıklamaya yüklediği anlama göre yorumlanır. Muhatabın açıklamadan

²⁴⁴ Flume, **AT**, s. 55, 56; Esener, **a.g.m.**, s. 170; Lichti, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 72. Doktrinde bazı yazarların, irade açıklamalarının objektif yorumu prensibini, “açıklama ilkesi” (beyan teorisi) kavramıyla ele aldıkları ve fakat bununla güven ilkesini kastettikleri görülmektedir (Flume, **AT**, s. 56; Andreas von Tuhr, “Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem OR”, **ZSR Neue Folge** 15, 1896, s. 278 vd., s. 279). Öte yandan, yukarıda belirttiğimiz anlamdaki açıklama ilkesinin de, bazı yazarlarca “klasik güven ilkesi” olarak aktarıldığına rastlanılmaktadır. Bu yazarlara göre, bizim anladığımız şekliyle güven ilkesi ise, “yeni güven ilkesi” olarak ifade edilmektedir (bkz. Eren, **BG**, s. 153; Kaplan, **a.g.e.**, s. 43 dn. 86).

²⁴⁵ Anımsanacaktır: Roma hukukunun Klasik Hukuk Öncesi döneminde, iradenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, öngörülmüş belirli şekillere uyulması gerekmektedir. Bu katı şekilci anlayışın doğal sonucu olarak, irade açıklandıktan sonra, artık herhangi bir gerekçeyle hükümsüz sayılamamaktadır (bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, II, A, 1). Hâlbuki burada bahsedilen açıklama ilkesinin farkı ise, hukuk düzeni tarafından açıklamanın objektif anlamına değer verilecek olmasına rağmen, yanılanın (yanılma nedeniyle) sözleşmeyi iptal hakkının bulunmasıdır.

²⁴⁶ Flume, **AT**, s. 55 vd; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 7. Bazı yazarlara göre, bu yorum prensibi kabul edilirse, tarafların menfaatleri arasındaki denge açıklama muhatabı lehine bozulacaktır (Esener, **a.g.m.**, s. 170; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 32, 33). Şayet burada sübjektif açıklama ilkesi (anlam verme ilkesi) kastedilmiyorsa, bu yazarlara katılma imkanı göremiyoruz. Zira yukarıda belirtildiği üzere, açıklama ilkesinin hareket noktası, muhatabın açıklamaya yönelik anlayışı olmayıp, sözleşme ilişkisi dışındaki bir üçüncü kişinin bakış açısıdır. Yazarların bahsettiği sakınca ise, asıl anlam verme ilkesinde söz konusudur.

²⁴⁷ Eren, **BG**, s. 152.

ne anlaması gerektiğini dahi sorgulamadan, açıklamanın onda uyandırdığı subjektif anlayışı esas almak, aslında irade ilkesinin muhatap lehine uygulanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu prensip de, irade ilkesine yöneltile eleştirilere hedef olmakta ve doktrinde kabul görmemektedir²⁴⁸. Örneğin hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencisi, kitapçıya, “Serozan’ın Medeni Hukuk kitabını almak istiyorum” diyecekken, rafta duran kitapları işaret ederek “Serozan’ın kitabını almak istiyorum” demiş ve birinci sınıf öğrencisi olduğunu belirtmiştir. Kitapçı, kitapların bulunduğu rafta diğer hukuk kitaplarının da bulunması nedeniyle, öğrencinin istediği kitabın Serozan’ın Miras Hukuku kitabı olduğunu düşünmüştür. Bu halde, sözleşme, kitapçının o açıklamaya verdiği anlama göre, Serozan’ın Miras Hukuku kitabı üzerinden kurulacaktır. Hâlbuki biraz sonra ayrıntılarına gireceğimiz güven ilkesine göre yorum yöntemini esas aldığımızda, farklı bir durumla karşılaşılacaktır. Şöyle ki, kitapçı kendisinden beklenen özeni göstererek, durumun şartlarını göz önünde bulundursaydı, açıklamayı öğrencinin gerçek iradesine göre anlaması gerekeceğinden, sözleşme de bu anlam üzerinden (Serozan’ın Medeni Hukuk kitabı) kurulacaktır.

2. Güven İlkesinin Önemi

İrade açıklamalarının ve sözleşmenin yorumlanmasında bugün geçerli olan prensip, güven ilkesidir. Bu ilke, 19. yy.’daki irade ilkesi ve açıklama ilkesi arasındaki çatışmaya çözüm olması ve hukuki işlem taraflarının menfaatlerinin daha adil şekilde uzlaştırılması amacıyla ortaya atılmıştır. Her ne kadar Doğal Hukuk Okulu’nda da, gerek irade açıklamalarının yorumunda gerekse bununla bağlantılı olarak yanılma sorununda karşı tarafın güveninin korunması gerektiği düşüncesi filizlenmiş olsa bile, düşünceye kavramsal yapısını Pandekt hukukçuları vermiştir. Güven ilkesi, menfaatler düzleminde iki zıt kutupta bulunan irade ilkesi ve açıklama ilkesi arasında bir orta yol oluşturmakla birlikte, yanılma açısından ilkenin asıl işlevinin, irade özerkliğinin aşırı etkilerini dengelemek olduğu söylenebilir²⁴⁹.

²⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 7; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 24, 108; Eren, **BG**, s. 150, 151 (yazar, bu prensibi subjektif açıklama teorisi olarak ifade etmektedir).

²⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 8 vd., 11; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 67, 111 vd.; Lichti, **a.g.e.**, s. 38, 39; Eren, **BG**, s. 154 vd.; BGE 105 II 16 (bger.ch). Öte yandan, güven ilkesinin bağımsız bir yorum

Güven ilkesine göre, irade açıklamasına verilecek anlam, somut olayın hal ve şartları göz önünde bulundurulduğunda, muhatabın dürüstlük kuralına (TMK m. 2, ZGB m. 2) göre bildiği ve bilmesi gerektiği unsurlar çerçevesinde vermesi gereken anlamdır²⁵⁰. Diğer bir deyişle, güven ilkesi doğrultusunda yapılan yorum faaliyetinde, açıklamayla ve açıklama sahibiyle ilgili bilinen ve bilinebilecek nitelikteki somut olgular dikkate alındığında, muhatabın açıklamaya yüklemesi gereken anlam esas alınacaktır. Burada anahtar kavram, muhatabın anlayış ufku (Empfängerhorizont) ve bu, hâkim tarafından, “makul ve dürüst bir muhatap” şablonu çerçevesinde, aynı şartlar altındaki muhatap tarafından hangi olguların fiilen farkına varıldığı ve gerekli özenin gösterilmesi durumunda farkına varılabileceği araştırılarak tespit edilecektir²⁵¹. Dikkat edilirse, güven ilkesine göre yapılacak yorumda, açıklama ilkesindeki “makul ve dürüst üçüncü kişi” kıstasından farklı olarak, sözleşmeye normatif bir bakışla yaklaşarak, katı bir objektif yöntemin sakıncalarının, sözleşme taraflarının subjektif şartlarının da dikkate alınmasıyla yumuşatıldığı görülmektedir.

Bu bağlamda gözden kaçırılmaması gereken bir husus da, tarafların sosyal temas içine girdikleri andan itibaren aralarında TMK m. 2/1 anlamında bir güven ilişkisi oluştuğu ve bu ilişkinin iki yönlü işlevi olduğudur. Bunun anlamı şudur: Güven ilkesi, aynı şartlar altındaki makul, orta zekalı ve dürüst bir kişinin göstereceği özenin, hem açıklama sahibinin hem açıklama muhatabının uyması gereken bir yüküm olduğuna işaret eder. Güven korumasını da ancak bu özen yükümünü yerine getiren tarafa tanır. Buna göre açıklama sahibi, iradesini oluştururken ve açıklarken, kendisini muhatap yerine koyarak, açıklamasının nasıl anlaşılacağını düşünmek zorundadır. O, sözlerini, kelimelerini ve davranışlarını seçerken özensizce davranmamalı, açıklamasıyla muhatapta bir beklenti ve güven yaratabileceğini düşünmelidir. Muhatap da, kendisine

prensibi olmayıp, menfaatler durumuna göre ya irade ilkesine ya da açıklama ilkesine yaklaştığı konusunda bkz. Henrici, **a.g.e.**, s. 29, 30.

²⁵⁰ Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 1; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 11; Lichti, **a.g.e.**, s. 39; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 135; Klausberger, **a.g.e.**, s. 124 dn. 565; Eren, **BG**, s. 155; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 70, 71; Gözübüyük, **a.g.m.**, s. 127; BGE 125 III 305 (bger.ch). Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, güven ilkesinin, kural olarak sadece yöneltmesi gereken irade açıklamalarında uygulanacağı; bunun dışındaki hallerde ise, örneğin vasiyetname gibi sadece açıklama sahibinin menfaatlerinin risk altında olduğu tek taraflı hukuki işlemlerde, yoruma dayanak olamayacağıdır. Bu konuda bkz. Schwenzer, **AT**, N. 27.36 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 88.

²⁵¹ Schwenzer, **AT**, N. 27.40, 27.41; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 44; Brox / Walker, **AT**, N. 409; Eren, **BG**, s. 154, 155; Serozan, **Medeni**, s. 369. BGE 116 II 695’de “muhatabın anlayış ufku” kavramı açıkça zikredilerek, güven ilkesinin, menfaatleri somut olay adaleti ışığında uzlaştırdığı belirtilmektedir (bger.ch).

“acaba bu açıklamada, karşı taraf ne demek istemiş olabilir?” şeklinde sormalı ve açıklamayla bağlantılı olguları değerlendirerek açıklama sahibinin gerçek iradesini öğrenebilmek için özen göstermelidir²⁵². Bu durumu daha önceki örnek üzerinden açıklamak gerekirse; öğrencinin, açıklamasını daha dikkatli yaparak, “Serozan’ın Medeni hukuk” kitabına yönelen işlem iradesini daha anlaşılır bir şekilde açıklaması gerektiğini; buna karşılık, kitapçının da, öğrencinin birinci sınıf öğrencisi olduğunu bildiği için, raftaki Miras hukuku kitabı değil de Medeni hukuk kitabını istemiş olabileceğini düşünmesi, hatta bu konuda şüpheye düştüyse öğrenciye soru yöneltmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Güven ilkesine göre, güvenin hukuken korunması için tarafların açıklamada bulunurken ya da açıklamaya muhatap olurken, kendilerini birbirlerinin yerine koyarak özen göstermeleri gerekir. Şöyle ki, açıklama muhatabı, bildiği ve bilmesi gereken olguları dikkate alarak kendisinden beklenen özeni sarf ettiğinde, açıklamaya atfettiği anlam esas alınacaktır. Öte yandan, açıklama sahibi ise, gereken özeni göstererek iradesini açıkladığında, bu açıklamaya muhatap tarafından verilebilecek subjektif anlamlardan korunacak; diğer bir deyişle, açıklamasının makul ve dürüst bir muhatap tarafından anlaşılacağına dair güveni himaye edilecektir²⁵³.

Yukarıda da belirtildiği üzere, İsviçre-Türk hukukunda sözleşme iradelerin uyuşmasıyla değil, irade açıklamalarının uyuşmasıyla kurulmaktadır (TBK m.1, OR m. 1). Bu aşamada şu kilit soruların sorulması ve cevaplanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır: Acaba irade açıklamaları birbirine uygun ve fakat tarafların gerçek iradeleri birbiriyle örtüşmüyorsa ne olacaktır? Şayet açıklama muhatabı, açıklama sahibinin gerçek iradesini biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, bu durum sözleşmenin kurulmasında nasıl bir değişiklik yaratacaktır? Bu sorular güven ilkesi ışığında cevaplanacaktır.

Sözleşmenin kurulması aşamasında temel işlevi olan güven ilkesinin devreye girebilmesi için, öncelikle irade açıklamaları arasında bir uygunluk uyumsuzluğunun ya

²⁵² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 88; Schwenger, **AT**, N. 27.39; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 107 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 8 vd.; Eren, **BG**, s. 154; Esener, **a.g.m.**, s. 173, 174; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 40.

²⁵³ Esener, **a.g.m.**, s. 173, 174; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 9; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 3, 111; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 35.

da yorum uyumsuzluğunun söz konusu olması gerekir²⁵⁴. Başka bir anlatımla, irade açıklamalarının yorumunda güven ilkesine başvurmanın ön şartı; tarafların birbirlerini yanlış anlamış olmaları, yani mevcut irade açıklamasına farklı anlamlar vermiş olmalarıdır. Buradan hareketle, doktrinde güven ilkesi için “normatif yorum prensibi” ifadesi de kullanılmaktadır²⁵⁵. Normatif yorum prensibi ise, ancak doğal ilişkinin (*naturgemäβes Verhältnis*) söz konusu olmadığı, diğer bir deyişle, tarafların irade açıklamaları arasında gerçek (fiili) uygunluğun²⁵⁶ bulunmadığı hallerde işlerlik

²⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 11; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 69; Ahmet Cemil Yıldırım, **Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, s. 101, 102. Yorum uyumsuzluğunun daha çok örtülü irade açıklamalarında söz konusu olacağı rahatlıkla söylenebilir. Bu kapsamda şu kombinasyonlar düşünülebilir: A’nın açık irade açıklamasının B’nin örtülü irade açıklamasıyla kabul edilmesi; A’nın örtülü irade açıklamasının B’nin açık irade açıklamasıyla kabul edilmesi; A’nın örtülü irade açıklamasının B’nin örtülü irade açıklamasıyla kabul edilmesi (Canbolat, **a.g.e.**, s. 118).

²⁵⁵ Schwenzer, **AT**, s. 27.41; Eren, **BG**, s. 156; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 9; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 126; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 171, 172; Serozan, **Medeni**, s. 278; karş. Yıldırım, **Yorum**, s. 102.

²⁵⁶ Bilindiği üzere sözleşme, esaslı noktalar üzerinde uyumuş karşılıklı irade açıklamalarının varlığı halinde kurulur. Buradaki uyuma ise, “irade açıklamalarının uygunluğu” olarak ifade edilmekte ve doktrinde bu uygunluk ikiye ayrılmaktadır: (i) Gerçek (fiili, *naturlicher Konsens*) uygunluk, (ii) hukuki (normatif, *normativer Konsens*) uygunluk. Gerçek uygunluk; tarafların gerçek iradelerinin birbiriyle uyduğu durumlarda söz konusu olur ve iki olasılıkta gündeme gelebilir: Ya tarafların hem açıklamaları hem de gerçek iradeleri birbiriyle uyudur ya da açıklamalar görünürde birbirlerine uymasa bile, yorum sonucunda gerçek iradelerin uyduğu ortaya çıkar (*falsa demonstratio non nocet*). TBK m. 19/1’de (OR m. 18/1) zikredilen, “*tarafların yanlışlıkla... kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır*” şeklindeki kural da bu duruma işaret etmektedir. Dolayısıyla, tarafların gerçek iradeleri uyuyorsa, artık açıklamalar da gerçek iradelere göre anlam ifade etmekte ve sözleşme de bu anlama göre kurulmaktadır (Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 121 vd.; Schwenzer, **AT**, N. 27.38; BGE 105 II 16, bger.ch).

Bu bağlamda, Alman Yüksek Mahkemesi’nin 1920’de verdiği “*Haakjöringsköd*” kararında da aynı durum geçerli olup, *falsa demonstratio non nocet* konusunda referans örnek teşkil etmektedir. Bu davada, iki taraf da Norveç’ten gemiye yüklenecek satış konusu balıkları, sözleşmede “*Haakjöringsköd*” olarak ifade etmişlerdir. Taraflar bu kelimeyi kendi aralarında balina eti olarak anlamış olmalarına rağmen, Norveç dilinde bu kelime köpek balığı anlamına gelmektedir. Malların teslim edilmesiyle birlikte, yüklenen fiçilerin içinde köpek balığı eti olduğu fark edildiğinde, alıcı malların ayıplı olduğunu ileri sürmüş ve bu nedenle malları kabul etmediğini belirtmiştir. Mahkeme, irade açıklamalarının söz konusu yabancı kelime üzerinde uyduğu görülse dahi, tarafların gerçek iradeleri balina etine ilişkin olduğundan, sözleşmenin balina eti üzerinden kurulduğuna ve satıcının da ayıplı ifadan dolayı sorumlu olduğuna hükmetmiştir (RGZ 99, 147-149). Karar için bkz. <http://opinioius.de/entscheidung/1124>. Kararla ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. Schwenzer, **AT**, N. 27.33; Kramer, **Irrtum**, N. 68.

Yargıtay, buna benzer bir olayda açıkça TBK m. 19/1’i (eBK m. 18/1) zikretmemişse de aynı sonuca varmıştır: “*Dosya içeriğinden, toplanan delillerden dava konusu 14 parsel sayılı taşınmazın 187.39 m2 ve arsa vasfı ile davacı adına, 13 parsel sayılı taşınmazın ise 210 m2 ve kuyulu kerpiç ev vasfı ile davalı adına kayıtlı olduğu her iki taşınmazın öncesinde 12 parsel olarak bir bütün iken malikince ifraz edilerek taraflara satış suretiyle temlik edildiği, 14 parsel maliki davacının taşınmazı satın aldığı tarihten beri fiilen 13 parsel sayılı taşınmazda bulunan evi kullandığı, davalının arsa vasfı ile satın aldığı yerin ise davacı adına kayıtlı 14 parselin bulunduğu yer olduğu anlaşılmaktadır. Davacı, hata sonucu tapuda adına temlik edilen taşınmazın fiili durumu yansıtmadığını ileri sürerek davalı adına kayıtlı 13 parsel sayılı taşınmazın kendi adına, 14 parsel sayılı taşınmazında tapusunun iptali ile fiili duruma uygun biçimde davalı adına iptal*

kazanacaktır. Dolayısıyla, eğer açıklama sahibi iradesine uygun açıklamada bulunduysa ve muhatap da açıklamaya aynı anlamı verdiyse, herhangi bir tarafın güveninin korunması ihtiyacından da doğal olarak söz edilemez. Keza açıklama sahibi, gerçek iradesini yansıtmayan bir açıklamada bulunmuş olmasına karşın, açıklama muhatabı onun gerçek iradesini anlamışsa da aynı sonuç geçerlidir. Örneğin X meyvesuyu firmasının yetkilisi, bir çiftçinin üzüm bağlarını gezmiş ve fiyatta anlaşılırlarsa devamlı olarak ondan üzüm sipariş edeceğini bildirmiştir. Nihayet uzun müzakereler sonunda taraflar her teslimat için 10.000 birim fiyatta mutabık kalmışlardır. X daha sonra çiftçiye gönderdiği öneride, “daha önce konuştuğumuz gibi 1.000 birimden malları aybaşında teslim edebilirsiniz” demiş ve çiftçi de, X’in burada aslında 10.000 birimi kastettiğini düşünerek öneriyi kabul etmiştir. Bu durumda, X’in ve çiftçinin gerçek iradeleri uyduğu için sözleşme X’in açıklamasına göre değil, 10.000 birim üzerinden kurulmuştur²⁵⁷.

Doğal ilişkinin bozulduğu hallerde ise, normatif uygunluk araştırılacak ve bu doğrultuda, sözleşmenin kurulup kurulmadığı, kurulduysa hangi tarafın gerçek iradesine göre kurulduğu güven ilkesine göre yapılan yorum neticesinde belirlenecektir²⁵⁸. Normatif uygunluk, yukarıda belirtildiği üzere, tarafların birbirini farklı şekilde anladığı, diğer bir anlatımla, açıklamaların görünürde birbirine uygun olmasına rağmen gerçek iradelerin uyuşmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Burada hâkim, güven ilkesine göre korunması gereken tarafın gerçek iradesini üstün tutarak, onun açıklamaya verdiği anlamı, aynı zamanda diğer tarafın farazi (normatif) iradesi olarak kabul etmekte ve böylece iradeleri normatif anlamda uzlaştırmaktadır²⁵⁹.

ve tescili isteğiyle eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, dava konusu 13 ve 14 parsel sayılı taşınmazların taraflar adına kayıtlı yüzölçüm miktarları sabit tutularak dava kabul edilmişse de; iddianın ileri sürülüş biçimi mahallinde yapılan keşif ve bilirkişi raporlarından hatanın varlığı ve bu hususun tarafların ve mahkemenin de kabulünde olduğu sabittir. Bu durumda uyuşmazlığın çözümünün fiili durumun tapuya yansıtılmasından ibaret olacağı kuşkusuzdur.” (Y. 1. HD., 19.1.2009, E. 2008/10939, K. 2009/495, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵⁷ Örnekte çiftçi, kendisine yazılan 1.000 birimin aslında 10.000 olduğunu anlamasına rağmen, cevabında yanlışlıkla “konuştuğumuz üzere, birimi 100.000’den malları size göndereceğim” demiş olsaydı, açıklamalar sözel olarak uygun olmasa bile, gerçek iradeler uyduğundan, yanlış belirtme zarar vermeyecek ve sözleşme yine gerçek iradelere göre (TBK m. 19/1, OR m. 18/1) kurulacaktır.

²⁵⁸ Schwenzer, **AT**, N. 27. 34; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 171, 172; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 59 vd.; Brox / Walker, **AT**, N. 410.

²⁵⁹ Schwenzer, **AT**, N. 27.40 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 171, 172; Eren, **BG**, s. 157; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 590.

Güven ilkesi konusunda verilen klasik örnek üzerinden gidersek²⁶⁰: A, B'ye 100 dolar bedelindeki malını satmayı önermiş, B de bunu kabul ettiğini bildiren açıklamada bulunmuştur. Burada A'nın dolardan kastettiği Kanada dolarıyken, B'nin kabul açıklamasının ardındaki gerçek iradesi ise Amerikan dolarıdır. Sözleşmenin kurulmuş olup olmayacağını tespit edecek olan hâkim, bu noktada, makul ve dürüst bir muhatabın, dürüstlük kuralına göre bildiği ve bilmesi gerektiği somut olguları dikkate alarak açıklamaya ne anlam verebileceğini araştıracaktır. Şu halde, somut olayın şartlarındaki değişik kombinasyonlarla dört ayrı ihtimal ortaya çıkabilir.

Birinci ihtimal: Güven ilkesine göre, şayet A'nın gerçek iradesine üstünlük tanınacaksa, sözleşme Kanada doları üzerinden kurulacaktır. Bu durum, söz konusu açıklamadan, A'nın gerçek iradesini (dürüstlük kuralına göre) anlaması gereken B'nin korunmayacağı şeklinde de okunabilir. Görüleceği üzere, bu örnekte, gerçek irade A'nın, farazi irade ise B'nindir.

İkinci ihtimal: B, açıklamayı Amerikan doları şeklinde anlamakta haklıysa, bu olasılıkta da sözleşme Amerikan doları üzerinden kurulacaktır. Burada ilk ihtimalin tersi bir durum söz konusu olup, sözleşmenin içeriğini belirleyen gerçek irade B'nin, farazi irade ise A'nındır.

Üçüncü ihtimal: Güven ilkesine göre yorum sonucunda, söz konusu açıklama ne Kanada doları ne de Amerikan doları şeklinde anlaşılmaya müsaitse, örneğin Avustralya doları olarak anlaşılması gerekiyorsa, bizimde katıldığımız hâkim görüş, burada güven ilkesinin, irade özerkliği karşısında geri çekileceğini, zira tarafların gerçek iradelerine aykırı olan bir açıklamayla bağlı kalmasının sözleşme serbestisiyle çelişki içinde olacağını ifade etmektedir²⁶¹. Dolayısıyla bu olasılıkta, yani güven

²⁶⁰ Schwenzer, **AT**, s. 27.33; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 138; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 12; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 217 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 71.

²⁶¹ Schwenzer, **AT**, 27.33; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 138; Eren, **BG**, s. 158; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 220; Bischoff, **a.g.e.**, s. 13; Melvin A. Eisenberg, "Mistake in Contract Law", **California Law Review**, Vol. 91, No. 6, December 2003, s. 1573-1643, s. 1612, 1613. Kocayusufpaşaoğlu, bu durumun kabul edilmesi halinde, sözleşme ilişkisinin iki tarafın da sözleşmenin iptali için uğraşacakları bir yarış alanına dönüşeceğini vurgulamaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 138, 139). Kanaatimizce, bu olasılıkta başka bir garip durumla daha karşılaşılacaktır: Taraflar yanılmaya dayanmak isteseler bile, neredeyse her zaman kusuruyla açıklamada yanılmaya düşmüş olacaklarından, bu sefer de TBK m. 35 tehdidi altında tazminat ödememek için, ilk hamleyi karşı tarafın yapmasını bekleyecekler ve böylece sözleşme ilişkisi paralize olacaktır. Bu noktada belirtelim ki, bu ihtimalde sözleşmenin, tarafların gerçek iradesi hilafına, güven ilkesinden çıkan anlama göre (Avustralya doları üzerinden) kurulacağını öne süren azınlık görüş de bulunmaktadır (bkz. Max Keller / Schöbi Christian, **Das Schweizerische**

ilkesine göre yapılan yorumdan çıkan anlam iki tarafın da gerçek iradesine uymuyorsa, sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılacaktır.

Dördüncü ihtimal: A'nın önerisinde neyi kastettiğini (Kanada dolarına ilişkin gerçek iradesini), B güven ilkesi ışığında anlamış ya da anlayabilecek durumdadır. Buna karşın cevabında B, "o halde anlaştık, 100 Amerikan dolarını hesabınıza göndereceğim" demiştir. Bu halde, yorum sonucunda irade açıklamalarının birbirine uygun olmadığı ve gerçek iradelerin de uyuşmadığı görüleceğinden, sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Zira, sözleşmenin kurulup kurulmadığını belirlemek için her iki açıklamayı da güven ilkesi ışığında yorumlamak gerekir. Buna göre, A'nın açıklamasından güven ilkesine göre B'nin çıkarması gereken anlam Kanada doları iken; B'nin açıklamasından güven ilkesine göre A'nın çıkarması gereken anlam Amerikan doları olacağından (zira B açıklamasında açıkça bunu belirtmektedir ve A'nın aksini düşünmekte haklı olabileceği herhangi bir somut olgu söz konusu değildir), öneri ve kabul arasında bir uygunsuzluk olduğu sonucuna varılacaktır²⁶².

Burada gözden kaçırılmaması gereken şu duruma tanık oluyoruz: Güven ilkesi çerçevesinde sözleşmenin kurulması ile yanılma kurumu (burada sadece açıklamada

Schuldrecht: Allgemeine Lehren Des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1988, s. 132 vd.).

Öte taraftan, hâkim görüşün ileri sürdüğü çözümün *Common Law*'da da geçerli olduğu görülmektedir. Bu konudaki köşe taşı dava "*the Peerless Case*" olup, olayda Liverpool'daki alıcı, Bombay'daki satıcıdan 125 balya pamuk satın alır ve malların Bombay'dan hareket edecek olan *Peerless* gemisiyle taşınacağına taraflar anlaşılır. Ancak daha sonra anlaşılmaktadır ki, Bombay'dan Liverpool'a gidecek iki *Peerless* gemisi mevcuttur. Satıcı, açıklamasında Aralık ayında denize açılacak olan gemiyi kastetmiş olmasına karşın; alıcı, malların taşınmasının Ekim ayındaki gemiyle yapılacağını düşünmektedir. Alıcı, Aralık ayında kendisine gelen malların teslimini bu gerekçeyle reddetmiştir. Mahkeme burada, tarafların irade açıklamasına yükledikleri anlamların aynı derecede makul olduğundan hareketle, diğer bir deyişle, aynı şartlar altındaki makul üçüncü kişinin açıklamayı iki şekilde de anlamasının mümkün olduğunu belirterek, sözleşmenin kurulmadığına karar vermiştir (*Raffles v. Wichelhaus*, (1864) 2 H & C 906). *Common Law*'da bu gibi irade uyuşmazlığı (gizli uyuşmazlık) sorunları, "karşılıklı yanılma" (*mutual mistake*) kapsamında ele alınmaktadır. Bu konuda bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 115.

²⁶² Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 71, 72. Öte yandan, eğer taraflar, irade açıklamalarının birbirine sadece görünürde uygun olduğuna aldanarak, sözleşmenin kurulmuş olduğunu düşünüyorlarsa, bu halde gizli uyuşmazlık (*versteckter Dissens*) söz konusu olacaktır. Gizli uyuşmazlıkta, ne fiili uygunluk ne de normatif uygunluk bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, herhangi bir tarafın irade açıklaması ile gerçek iradesi arasında bir uyumsuzluk gündeme gelmemektedir. Burada olan biten, güven ilkesi çerçevesinde yapılan yorum neticesinde, irade açıklamalarının birbirine uygun olmamasıdır. Gizli uyuşmazlığı, açık uyuşmazlıktan ayıran ise, sadece bu uyuşmazlığın bir taraf ya da her iki tarafça fark edilmemesidir (bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 622; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 172; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 141; Eren, **BG**, s. 255 vd.). Yukarıdaki dolar örneğine ilişkin üçüncü ihtimalde bahsettiğimiz, güven ilkesine göre yapılan yorum neticesinde, söz konusu irade açıklamasının iki tarafın gerçek iradesine göre anlamlandırılmadığı (Avustralya doları şeklinde anlaşılması gerektiği) durumda gizli bir uyuşmazlık söz konusudur.

yanılmaların söz konusu edildiğini bir kez daha vurgulayalım) arasında, birbiriyle kesişen ve birbirini dışlayan iki tür ilişki söz konusudur. İlk durumda, sözleşmenin kurulmasında farazi iradesi dikkate alınan taraf, güven ilkesine göre yorumlanan açıklamasıyla gerçek iradesi uyuşmadığı için, açıklamada yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir²⁶³. Bu çerçevede denilebilir ki, açıklamada yanılma sadece hukuki (normatif) uygunluk durumlarında gündeme gelebilmektedir. Buna karşılık, saikte yanılma ise, hem fiili uygunlukta hem de hukuki uygunlukta hukuken dikkate alınabilmektedir²⁶⁴.

Sözleşmenin kurulması (TBK m. 1) ile yanılma kurumunun (TBK m. 30 vd.) birbirini dışladığı olasılıklar ise, ya fiil uygunluk (buradaki dışlama ilişkisi, sadece açıklamada yanılma için geçerlidir) ya da uyuşmazlık (*Dissens*) durumunda meydana gelmektedir. Ancak şu hususu peşinen belirtmekte yarar var: Olayların çözümünde her zaman iki aşamalı düşünülmeli ve ilk aşamada; olayda açıklama muhatabının, açıklama sahibinin yanılmaya düştüğünü anladığı ya da anlaması gerektiği şeklinde bir bulgu mevcut mudur sorusu sorulmalıdır. Bunun varlığına bağlı olarak da, daha sonra şu sorunun sorulması gerekir: Acaba açıklama muhatabı, yanılanın gerçek iradesini tespit edebilmiş midir yoksa tespit edememiş midir? Yani öncelikle “açıklama muhatabı, yanılmayı biliyor mu ya da bilmesi gerekiyor mu?” sorusu sorulmalı; bunun cevabı evet ise, ayrıca açıklama sahibinin gerçek iradesinin de bilinebilirliği (muhatabın bilmesi ya da bilmesi gerekmesi) araştırılmalıdır²⁶⁵. Yukarıdaki örneğe tekrar dönersek, çiftçi (açıklama muhatabı), meyvesuyu firmasının (açıklama sahibinin) açıklamada yanıldığını fark etmiş veya fark etmesi gerekmiştir. Bununla birlikte çiftçi, meyvesuyu firmasının gerçek iradesini de bilmektedir ve böylelikle de sözleşme gerçek iradeye göre (10.000 birim) kurulmuştur. Burada tarafların irade açıklamaları arasında fiili uygunluk bulunmakta ve açıklama muhatabı,

²⁶³ Schwenzer, **AT**, N. 27.33; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 34; Huguenin, **AT**, N. 469; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 138; Eren, **BG**, s. 157, 158.

²⁶⁴ Ancak hemen belirtelim ki, sözleşmenin kurulması ile saikte yanılma arasında da çok önemli bir kesişme noktası söz konusudur: Bu da, güven ilkesine göre yorumlanacak irade açıklamasının içeriğine, sözleşme konusu şeyin veya sözleşmeyle ilgili kişinin nitelikleriyle ilgili tasavvurların dahil olup olmadığı sorusuyla bağlantılıdır. Zira nitelik yanılmasının sözleşmenin geçerliliğine etki edebilmesi için, öncelikle sözleşme içi nitelik yanılması sıfatını kazanması gerekmektedir ki; bunun gerçekleşip gerçekleşmediği de güven ilkesine göre yapılan yorum sonucunda belirlenecektir. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (c) ve (e).

²⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 123 vd.; Zehnder, **a.g.e.**, s. 4, 5; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 199; Klausberger, **a.g.e.**, s. 129, 130; Esener, **a.g.m.**, s. 181 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 136 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 93; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 243.

gerçek iradeyi bilerek kabul açıklamasında bulunduğundan, korunacak herhangi bir güveni de söz konusu olmamaktadır²⁶⁶. Hiç şüphesiz, bilerek yanılmaya düşülemeyeceği için, burada açıklama muhatabının yanılmasından da bahsedilemeyecektir.

Öte yandan, açıklama muhatabının yanılmayı yine fark ettiği ya da fark edebileceği bir durumda, şayet açıklama sahibinin gerçek iradesi anlaşılmıyorsa; burada muhatabın güveni yine korunmayacağından, onun anlayışına göre yorum yapılamayacaktır. Dahası, burada açıklamadan, açıklama sahibinin gerçek iradesine göre çıkarılabilecek herhangi bir anlama ulaşmak imkanı da yoktur. Bu itibarla,

²⁶⁶ Öte yandan, *Schwenzer*'in verdiği şu örneğe bakıldığında ilginç bir durumla karşılaşmaktadır: Bir satış sözleşmesinde, satıcı ile alıcı arasındaki müzakereler boyunca satış konusu malın bedeli olarak daima 9.700 frank konuşulmuş, ancak satıcı öneride bulunurken, bedeli dikkatsizlikle 7.900 frank olarak ifade etmiştir. Alıcı da bu öneriyi kabul etmiştir. Yazar burada haklı olarak, muhatabın (alıcının), açıklamanın doğruluğunu hiç kontrol etmeden, satıcının fiyat teklifini yenilediğini varsaymasının haklı görülemeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla burada, alıcının bu açıklamayı 7.900 frank olarak anlaması güven ilkesine göre kabul görmeyecektir (*Schwenzer*, **AT**, N. 27.39). Kanaatimizce, olay şu şekilde de okunabilir: Alıcı, burada ya satıcının yanıldığını bilmektedir ya da içinde bulunduğu hal ve şartlara göre gereken özeni gösterseydi, satıcının yanıldığını bilebilecek durumdadır. Dolayısıyla onun güvenin korunmayacağı açıktır. Sözleşmenin nasıl kurulacağı konusunda ise şu sonuca varılacaktır: Alıcı, satıcının gerçek iradesini fiilen bilmektedir ya da en azından gerekli özeni gösterseydi bu iradeyi anlayabilecek durumdadır. Bu nedenle, sözleşme satıcının gerçek iradesine göre 9.700 frank üzerinden kurulmuştur. Bu noktada önemli bir ayrıma geliyoruz. İlk olasılıkta, alıcının “gerçek iradeyi fiilen bilmesi” durumunda fiili uygunluk söz konusudur. Alıcı bilerek yanılmaya düşmeyeceğinden, 9.700 üzerinden kurulan sözleşmeyi yanılmaya dayanarak iptal edemeyecektir. Bu konuda doktrinde herhangi bir aykırı görüş de yoktur (*Schwenzer*, **AT**, N. 27.38; *Kocayusufoğlu*, **BG**, s. 136; *Eren*, **BG**, s. 156, 157; *Keller / Schöbi*, **a.g.e.**, s. 126; *Esener*, **a.g.m.**, s. 181; *Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger*, **a.g.e.**, N. 211; *BGE* 105 II 16, bger.ch). Öte yandan, alıcının gerçek iradeyi fiilen bilmediği ancak “dürüstlük kuralına bilmesi gerektiği” durumda ise, normatif uygunluk devreye girecek ve sözleşme yine 9.700 frank üzerinden kurulacaktır. Ancak burada yazarların değinmediği şu olasılığın da dikkate alınması gerekir: Acaba alıcı, satıcının “yanıldığını bilmesi gerekmesine” (fiilen bilmiyor olmasına) rağmen ve bununla birlikte “gerçek iradesini de bilmesi gerekmesine” (fiilen bilmiyor olmasına) rağmen kabul açıklamasında bulunmuşsa, bu durumda onun açıklamada yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkün müdür? Görüşümüze göre, sözleşme normatif uygunluk çerçevesinde (zira alıcı gerçek iradeyi fiilen bilmemektedir), satıcının gerçek iradesine göre 9.700 frank üzerinden kurulmuştur (aynı yönde bkz. *Kocayusufoğlu*, **BG**, s. 137). Ancak gözden kaçırılmaması gereken; gerekli dikkati göstermemiş olmakla birlikte, alıcının kabul açıklamasında bulunurken, hâlâ önerinin 7,900 frank olduğunu düşünmesi ve ona uygun açıklamada bulunduğunu zannetmesidir. Onun “kabul ediyorum” açıklaması, daha sonra güven ilkesine göre 9.700 frank olarak yorumlandığında, gerçek iradesi ile açıklamasının birbirine uymadığı görülecektir. Dolayısıyla alıcının, kuşkusuz özensizliği nedeniyle TBK m. 35/1'e (OR m. 26/1) göre tazminat ödeme yükümü altında, sözleşmeyi iptal edebilmesi bu olasılıkta mümkün olacaktır.

sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılacaktır^{267, 268}. Durumu bir örnekle aydınlatmak gerekirse, A kuzenine mezuniyet hediyesi olarak bisiklet almak için bir mağazaya girer ve beğendiği bir bisikletin fiyatını sorar; satıcı da “bu bisiklet 2.000 liradır” der. Bu fiyatı fazla bulan A, daha uygun bir fiyata bisiklet olup olmadığını sorduğunda, satıcı “aslında bu bisikletle aynı kalite bir bisikletim daha var ve ikinci el olduğu için size 1.800 liraya satabilirim” cevabını verir. A, bunu da pahalı bulduğunu söyleyerek, düşünmek için süre ister. Bir süre sonra B’yi telefonla arayan A; “geçen gün gördüğüm bisikleti 1.750 liraya verirseniz, hemen yarın gelip alıyorum” şeklinde bir öneride bulunur ve B de kabul eder. Bu durumda, A’nın hangi bisiklet için açıklama yaptığı belli olmadığı için, iradesini davranışa dönüştürürken özensiz davrandığı söylenebilecektir. Öte yandan B’nin de, açıklamanın açık olmaması nedeniyle aslında A’nın yanıldığını fark ettiğinde ya da en azından güven ilkesine göre fark etmesi gerektiğinde tereddüt yoktur. Görülmektedir ki, ortada ne gerçek iradelerin uyuştugu bir fiili uygunluk, ne de herhangi bir iradeye üstünlük tanınacak normatif bir uygunluk bulunmaktadır. Bu bakımdan, uyumsuzluk nedeniyle sözleşme kurulmamıştır. Çünkü söz konusu irade açıklamalarının, herhangi bir tarafın güveni korunacak şekilde objektif anlamının belirlenmesi imkanı olmadığından açıklamalar hükümsüzdür. Burada sözleşme kurulmamış olduğundan, B’nin, “A’nın açıklamasının ikinci el bisiklete ilişkin olduğunu düşünerek kabul açıklamasında bulundum” ya da A’nın, “yeni bisiklete ilişkin öneride bulundum” yönündeki savunmaları da işlevsiz

²⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s 124; Esener, **a.g.m.**, s. 182; Burada bir diğer görüş, gerçek iradeye ulaşamadığı, ancak muhatabın açıklamada yanılmanın farkına vardığı ya da varması gerektiği durumlarda, sözleşmenin güven ilkesine göre (makul ve dürüst muhatabın, yani yanılmayı bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen soyut bir muhatabın anlayışına göre) yine kurulacağını iddia etmektedir (Andreas von Tuhr, “Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem OR”, **ZSR Neue Folge** 16, 1897, s. 1 vd., s. 15, 16; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 132; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 15). *Hatemi / Gökyayla*’ya göre, açıklama muhatabı, açıklama sahibinin gerçek iradesini bilmiyorsa, burada ister açıklamada yanılmanın farkına varsın ister varmasın, sonuç değişmemekte ve sözleşme normatif uygunluğa göre yine kurulmaktadır. Ancak, muhatabın yanılmanın varlığını anlamış olması olasılığında ise, açıklama sahibinin yanılma dışında aldatmaya dayanabilmesi de mümkün olacaktır. Zira açıklama sahibinin gerçek iradesinden farklı şekilde açıklamada bulunduğunu fark etmesine rağmen, onu uyarmayan açıklama muhatabının, söz konusu açıklamada yanılmanın ortaya çıkmasına neden olduğu söylenebilecek ve böylelikle de açıklama sahibini aldattığı kabul edilebilecektir (Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 16, 17). Biz, aldatma ile açıklamada yanılmanın aynı olayda bir arada bulunmasının mümkün olmayacağını savunduğumuzdan, bu görüşe katılma imkanı göremiyoruz (Bkz. aş. 2. Bölüm, III, A, 1).

²⁶⁸ Görünürde bir irade açıklaması olmasına rağmen, sözleşmenin kurulmadığını iddia eden taraf, gerçek iradesi ile açıklaması arasındaki tutarsızlığın karşı tarafça bilindiği ya da bilinmesi gerektiğini ispat etmek durumundadır (Esener, **a.g.m.**, s. 183).

kalmaktadır. Diğer bir deyişle, burada TBK m. 1 hükmü, TBK m. 30 vd.'nın uygulanmasına imkan vermeyerek sorunu baştan çözmektedir²⁶⁹.

Güven ilkesinin irade açıklamalarının yorumundaki işlevine ilişkin, bazı yazarlar burada iyiniyetin (TMK m. 3, ZGB m. 3) de söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Diğer bir deyişle, irade açıklamasının yorumunda, bir tarafın güveni korunuyor ve açıklamaya onun yüklediği anlam esas alınıyorsa, burada aynı zamanda iyiniyetin varlığından da bahsedilmesi gerekmektedir²⁷⁰. Gerçekten de, her ne kadar iyiniyet ve dürüstlük kuralı, özünde tamamen farklı işlevler gören iki ayrı kurum olsa da, belirli hallerde kesişebildikleri ve etkileşim içinde oldukları görülmektedir. Öyle ki, güven ilkesinin anlamına dikkat edildiğinde, bu ilişki daha da belirginleşmektedir. Şöyle ki, yukarıda da belirtildiği gibi, irade açıklamasına verilecek anlam, muhatabın fiilen bildiği ve dürüstlük kuralına göre bilmesi gerektiği somut olguları göz önünde bulundurarak vermesi gereken anlamdır. Burada hem dürüst ve makul muhatap olarak objektif bir değerlendirme yapılmakta, hem de muhatabın fiilen neyi anlayıp

²⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 124; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 43; Esener, **a.g.m.**, s. 182; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 137, 138.

²⁷⁰ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 12; Esener, **a.g.m.**, s. 173, 181; Merz, **BerKomm**, Art. 2 ZGB, N. 82, 83; Yıldırım, **Yorum**, s. 102. Her ne kadar dürüstlük kuralının bugünkü içeriğini Pandekt hukukçularına borçlu olsak da, bu kavramın asıl kaynağı Roma hukukunda da söz konusu olan “*bona fides*”e dayanmaktadır. Hatta Ortak Hukuk döneminde, *bona fides* kavramı, hem dürüstlük kuralını hem de iyiniyeti içine alacak şekilde ikili bir işlev görmüştür (Akkanat, **a.g.e.**, s. 22; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 1; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 806). Öte yandan bir diğer görüş de, güven ilkesinin esas olarak iyiniyet kuralından kaynaklandığını ileri sürmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 9 dn. 27’de anılan yazar). Bizim de katıldığımız görüşe göre, dürüstlük kuralı ve iyiniyet esas itibarıyla farklı işlevleri olan iki ayrı kurumdur. Dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve yükümlerin ifasında, kişilere dürüst ve makul bir kişi olarak davranmaları yönünde objektif özen yükümü yüklemektedir; iyiniyet, bir hukuki sonucun ya da hakkın kazanılmasının önündeki engelin, ilgili kişi tarafından bilinmemesi ya da gereken özeni gösterseydi dahi bilinmeyecek olması durumunda devreye girmekte ve söz konusu hukuki eksikliği iyiniyetli kişi yararına düzeltmektedir (Akkanat, **a.g.e.**, s. 43 vd.; Alfred Koller, **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, Freiburg: Universitätsverlag, 1985, N. 2, 25; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 141; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 804; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 153; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1211; Serozan, **Medeni**, s. 261 vd.). Öte yandan, bu iki kurumun bazı hallerde iki yönlü etkileşimi söz konusudur: İlk olarak, yukarıda belirttiğimiz gibi, güven ilkesi aynı zamanda sübjektif olarak iyiniyetli olmayı da gerektirir. İkinci olarak da, TMK m. 3/2 uyarınca, kişinin “duruma göre kendisinden beklenmeyen özeni göstermemesi” nedeniyle, hukuki eksikliği bilebilecek durumda olması, bu sefer de TMK m. 2/1’e göre dürüst, makul ve orta zekalı bir kişi dikkate alınarak belirlenmektedir. Diğer bir deyişle, iyiniyetin varlığı için, hem sübjektif olarak kişinin bilmemesi, hem de onun konumundaki şablon kişinin objektif olarak bilemeyecek durumda olması gerekir (Akkanat, **a.g.e.**, s. 18; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 144; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 808). İyiniyet ve dürüstlük kuralı arasındaki ilişki, özellikle “yol açma ilkesi”, “hukuki görünüş ilkesi” gibi teorilerden hareketle ve geniş çerçevede güven sorumluluğuyla da ilgili olup, bu konu tezin sınırlarını aşacağından, ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, 1. Basıdan (Ankara 1975) 2. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s. 24 vd.; Akkanat, **a.g.e.**, s. 10 vd.; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 49 vd.; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 161 vd.

anlamadığı sorgulanarak sübjektif bir değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla, hâkim yorum yaparken, salt dürüst ve makul muhatap penceresinden bakmayacak, aynı zamanda muhatabın fiili olarak gerçek iradeyi anlamış olup olmadığını da araştıracaktır. Bu itibarla, muhatap, açıklama sahibinin irade açıklamasındaki gerçek iradesini biliyorsa, hâkimden açıklamayı dürüst ve makul muhataba göre yorumlamasını isteyemeyecektir. Örneğin yukarıda aktardığımız “dolar” örneğinde, objektif değerlendirmeye göre, bu ifadeye Amerikan doları anlamının verilmesi gerekiyorsa, ancak B, A’nın bu açıklamayı Kanada dolarını düşünerek yaptığını fark etmişse, burada sözleşme dürüst ve makul muhatabın anlayışına göre değil, A’nın gerçek iradesine göre kurulacaktır. Zira B’nin sübjektif durumu (gerçek iradeyi bilmesi) nedeniyle, güveninin korunmaması gerektiği sonucuna varılacaktır²⁷¹.

C. İlkelerin Uzlaştırılması

1. Genel Bakış

İrade özerkliği, yukarıda belirtildiği üzere, hukuk düzeninin belirli sınırlar dahilinde, kişilere kendi hukuki ilişkilerini serbestçe düzenleyebilmeleri için sağladığı yetkidir. Hukuk düzeninin, kişilerin irade açıklamalarına hukuki sonuç bağlaması ve geçerlilik tanınması için, kanundaki diğer şartların (TBK m. 27, 28, TMK m. 23) mevcut olmasının yanısıra, sözleşenlerin iradelerinin sağlıklı ve serbest şekilde oluşması ve açıklamanın gerçek iradeye uygun şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde, irade bozukluğu ortaya çıkmakta ve hukuk düzeninin kişilere tanıdığı irade özerkliği ve buna bağlı olarak kişilerin davranışlarıyla sorumlu olması ilkesi zarar görmektedir. Dolayısıyla, salt bu ilke dayanak noktası olarak alınırsa, yanlış durumlarında, yanlış kişiye, istemediği durumlarda sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınması gerektiği düşünülebilir. Keza bu sonuç aynı zamanda, irade özerkliğinin doğal ve fakat aşırı uzantısı olan irade ilkesinin benimsenmesi anlamına da gelecektir.

Bu düşüncenin ortaya attığı sorular şu şekilde ifade edilebilirler: İradeyi harekete geçiren belirli olgulara ilişkin tasavvurlar vardır; şayet bu tasavvurlar gerçeğe uymuyorsa ya da gerçekte istenilenden farklı bir açıklamada bulunulmuşsa kişinin yine de o açıklamayla bağlı tutulması hakkaniyete uygun mudur? Değil mi ki, tarafların birbirlerine karşı sözleşmesel taahhüt altına girmelerinin nedeni, çoğu

²⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 9 dn. 31; Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, s. 12.

durumda iki tarafın da, karşı edimi, kendi ediminden daha değerli görmesi ve böylelikle, sözleşme ilişkisinin iki tarafın da menfaatine uygun olmasıdır²⁷²; o halde, açıklama sahibinin yanılması durumunda, o sözleşme artık onun menfaatine uygun olmayacağından, söz konusu dengenin bozulduğu ve onun korunması gerektiği söylenemez mi?

Bu sorulara uygun bir cevap verilebilmesi için, meseleye açıklama muhatabı tarafından da bakılması gerekir. Zira kişinin iradesini dış dünyaya açıkladığı andan itibaren, muhatabın güven alanına temas ettiği ve bu açıklamadan çeşitli anlamlar çıkararak haklı beklentiler içine giren muhatabın da, en az kendisi kadar korunmaya layık olduğu bir gerçektir. Kaldı ki, herhangi bir yanılma durumunda, çoğu zaman muhatabın dahi bilmediği ya da bilmek zorunda olmadığı sebepler ileri sürülerek, hukuki işlemin iptal edilmesi, alışveriş hayatındaki istikrarı ve güveni de son derece olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle, güven ilkesi gereğince hem muhatabın haklı güveninin hem de işlem güvenliğinin korunması zorunluğu kendisini göstermektedir²⁷³. Alışveriş hayatının doğasına uygun olarak, her zaman kazanmak kadar kaybetmek de olası olduğundan, taraflar daima belirli ölçüde risk almak zorundadırlar. Bu bakımdan, her dezavantajda ya da kayıpta, yanıldığını söyleyerek oyunbozanlık yapanları, evvela oyunun kurallarının korumaması gerekir.

Bu noktada denilebilir ki, Borçlar Hukukuna egemen olan irade özerkliği ve güven ilkesi arasında sürekli bir gerilim söz konusudur. Güven ilkesi, haklı güven yatırımında bulunan kişilerin ve işlem hayatının istikrarını gözeterek, hukukun üç saçıyağından²⁷⁴ birisi olan hukuk güvenliğini gerçekleştirirken; irade özerkliğinin zarar gördüğü hallerde ise, kişinin açıklamasıyla bağlı kalmamayı seçebilme imkanı da son aşamada somut olay adaletini temin etmektedir²⁷⁵. Dolayısıyla, irade

²⁷² James Gordley, "Mistake in Contract Formation", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 2, Spring 2004, s. 433-468, s. 433.

²⁷³ Hanno Goltz, *Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag*, Köln: Heymann, 1973, s. 73; Flume, *AT*, s. 416, 417; Kramer, *Irrtum*, N. 4; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 41; Zehnder, *a.g.e.*, s. 5; Meier-Hayoz, *a.g.e.*, s. 117 vd.

²⁷⁴ Bunlar; hukuk güvenliği, amaca uygunluk ve adalet olarak ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Serozan, *Yöntem*, s. 73 vd.

²⁷⁵ von Tuhr / Peter, *a.g.e.*, s. 308; von Tuhr, *BG*, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 4; Eren, *BG*, s. 396. Kanaatimizce, açıklamaya haklı güveni korunan muhataba karşı, yanılanın dilediği zaman ve şartlarda yanılmayı ileri sürerek (diğer bir deyişle, esaslı olmayan herhangi bir yanılmaya dayanarak) yükümünü yerine getirmekten kaçınamayacağı, başka bir hukuk ilkesi olan ahde vefa ilkesini hatırlatmaktadır (aynı yönde bkz. T. H. Taylor, "General Theory of Mistake", *The Modern Law Review*, Vol. 11, No. 3, July 1948, s. 257-268, s. 259).

özerkliğinin ve güven ilkesinin, durumun niteliğine göre birbirini dengeleyerek, çatışan menfaatleri belirli bir noktada uzlaştırdığı söylenebilir. Bu ilkeler, Borçlar Hukukunun farklı kurumlarında, değişen yoğunluk derecelerine göre etkide bulunmaktadır. Sözleşmenin kurulmasında, irade özerkliğine karşın güven ilkesi ön plandayken; yanılma kurumunda ise, yanılanın iptal hakkıyla sözleşmeyi sona erdirebilmesi, irade özerkliğinin (irade ilkesinin) bir sonucudur²⁷⁶. Burada hemen belirtelim ki, irade özerkliği ile güven ilkesi arasındaki etkileşimde, hangi ilkeye daha fazla ağırlık verileceği aynı zamanda bir hukuk politikası tercihidir²⁷⁷.

2. İlkelerin Uzlaştırılmasının Yanılma Kurumuna Etkisi

Yanılma kurumu çerçevesinde güven ilkesinin etkilerini şu üç aşamada görmekteyiz: (i) Sözleşmenin kurulması aşamasında, (ii) yanılmaların esaslı olup

²⁷⁶ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 581; Flume, **AT**, s. 59 vd.; Bucher, **AT**, s. 195, 196; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 12; Schwarz, **BG**, s. 300; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 543, 544. Bu sonuç, temel olarak Alman hukuku açısından da geçerli olmakla birlikte (Flume, **AT**, s. 431, 432; Schwarz, **BG** s. 301), kanaatimizce Alman hukukundaki yanılma kurumuna bakıldığında, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak, güven ilkesinin daha fazla etkin rol oynadığı görülmektedir. Bu konuda tezin ilgili yerlerinde daha geniş açıklamalar yapılacaktır, ancak şimdilik bu konu özelinde çeşitli noktalara temas etmek gerekirse; öncelikle § 119/2 BGB uyarınca her türlü saikte yanılmanın değil, sadece sözleşme içi (işlem içi) nitelik yanılmalarının sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilecek olması, irade ilkesinin uygulama alanını belirli bir oranda daraltmaktadır. Ayrıca § 121 BGB'ye göre, sözleşmeyi iptal etme hakkı İsviçre-Türk hukukundaki gibi (TBK m. 39/1, OR m. 31/1) yanılanın yanıldığını öğrenmesinden itibaren bir yıllık hak düşücüsü süreye tabi olmayıp, yanılanın bu hakkı "kusurlu bir gecikme olmaksızın" (*ohne schuldhaftes Zögern, unverzüglich*) kullanması gerekmektedir. Yine güven ilkesinin daha çok korunduğunu gösteren bir diğer önemli fark, § 121/2 BGB uyarınca sözleşmeyi iptal etme hakkı için, ayrıca irade açıklamasının yapılmasından (sözleşmenin kurulmasından) itibaren on yıllık doğrudan bir üst sürenin öngörülmüş olmasıdır. Bununla birlikte, § 122 BGB gereğince sözleşmenin iptal edilmesi halinde yanılanın kusurdan bağımsız sorumluluğu da, yanılmanın Alman hukukunda daha dar bir alanda korunduğunu doğrulamaktadır.

²⁷⁷ Yanılma kurumunun da, tıpkı sözleşmenin kurulmasındaki gibi tamamen güven ilkesi çerçevesinde yapılandırılması gerektiğini ileri süren bir görüşe göre, açıklamada yanılmaların hukuken dikkate alınması için, muhatabin yanılmayı bilmesi ya da dürüstlük kuralına göre bilmesi gerektiği şartı aranmalıdır. (August Simonius, "Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis", **Aus Der Praxis Schweizerischer Gerichte Und Verwaltungsbehörden: Festgabe Zum Siebzigsten Geburtstage Von Fritz Goetzinger**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1935, s. 240-264, s. 261 vd. August Simonius, "Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre", **Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1942, s. 233-282, s. 277, 278; von Büren, **a.g.e.**, s. 197 vd., 237). Bu görüşün İsviçre-Türk hukukuna uygun olmayacağı, sözleşmenin güven ilkesine göre yorumu prensibinden anlaşılabilecektir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, muhatap, açıklama sahibinin açıklamada yanıldığını fiilen anlamışsa ya da dürüstlük kuralına göre anlaması gerekiyorsa, sözleşme (TBK m. 1 uyarınca) ya açıklama sahibinin gerçek iradesine göre kurulacağından ya da gerçek irade tespit edilemiyorsa kurulamayacağından, yanılma kurumuna da gerek kalmayacaktır. Kaldı ki, TBK m. 30'da "...sözleşme ile bağlı olmaz" ve TBK m. 39'daki "...sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya..." gibi ibareler de, aslında yanılmaya dayanmak için sözleşmenin kurulmuş olmasını öncül kabul etmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 147). Bu görüşle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, c.

olmadığının belirlenmesinde ve iptal hakkının belirli durumlarda sınırlandırılmasında; yani açıklamada yanılma için TBK m. 31/1 b. 4'deki “*sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate alması...*”, TBK m. 31/1 b. 5'deki “*...önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa...*”, saikte yanılma için TBK m. 32'deki “*...iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olma...*” ve “*bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması*” şeklindeki hükümlerle ve her türlü esaslı yanılma için TBK m. 34'de ifadesini bulan, hakkın kötüye kullanılması yasağı vasıtasıyla ve (iii) iptal hakkının kullanılması nedeniyle karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güven zararının tazmin edilmesinde (TBK m. 35). Bu aşamalardan ikinci ve üçüncüsü, tezin ilgili başlıkları altında ayrıntılı olarak açıklanacağından, burada sadece ilk aşama incelenecektir.

Ancak daha öncesinde, yanılma kurumunun temel bir karakteristiğini saptamak zorundayız: Hem saikte yanılmada hem de açıklamada yanılmada, yanılma olgusu her zaman yanılanın risk (etki) alanında gerçekleşir²⁷⁸. Diğer bir deyişle, bir kişi, belirli bir olguya ilişkin yanlış (ya da eksik) tasavvuruyla veya tasavvur eksikliğiyle iradesini oluşturmuşsa veya yanılması nedeniyle daha önce belirli içerikte oluşturduğu iradesinden farklı bir açıklamada bulunmuşsa, bu durum kural olarak onun risk alanında cereyan etmektedir. Dolayısıyla, herhangi bir yanılmanın varlığı ileri sürülerek sözleşmenin bağlayıcı ve kurucu etkisi sona erdirilmemelidir. Bu çıkarım, farklı bir açıdan hukuk ve ekonomi öğretisi bağlamında da doğrulanmaktadır. Şöyle ki, sözleşmesel risk, onu en iyi ortadan kaldıracı olan kişiye yüklenmelidir. Bu da, taraflar riski fark etmiş olsalardı bu konuda nasıl düzenleme yaparlardı sorusuyla ilişkilidir²⁷⁹. Yanılma kurumu çerçevesinde riskten anlaşılması gereken ise, gerçek durum ile buna uygun olmayan tasavvur arasındaki farklılıktır; diğer bir deyişle, “gerçeğin doğru olarak değerlendirilmemiş” olmasıdır²⁸⁰. Burada akla hemen şu soru takılmaktadır: Acaba makul ve adaletli bir risk dağılımı yapıldığında, yanılmanın

²⁷⁸ Schwenger, **AT**, N. 37.02; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 6; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 737; Kramer, **Irrtum**, N. 4; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 395; Gordley, **a.g.m.**, s. 440.

²⁷⁹ Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, 6th. ed., New York: Aspen Publishers, 2003, s. 104 vd.; Kerem Cem Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, s. 45 vd.

²⁸⁰ Fikentscher, **a.g.e.**, s. 31; Bischoff, **a.g.e.**, s. 19; Seçkin Topuz, **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 160, 161.

sonuçlarına hangi taraf, ne oranda katlanmalıdır²⁸¹? Kuşkusuz bu risk dağılımı hukuk sistemlerinin yanılma kurumuna bakışıyla doğrudan ilgilidir.

Örneğin Alman hukukunda, sözleşmenin iptalinden sonra yanılanın kusursuz sorumluluğu (*Veranlassungsprinzip*)²⁸² kabul edilmişken (§ 122 BGB); İsviçre-Türk hukukunda, yanılan ancak ihmalden sorumlu tutulmaktadır. Öte yandan riskin paylaşılması, yanılmanın iptal hakkı verip vermeyeceğiyle de alakalıdır. O halde, İsviçre-Türk hukukuna göre şu şekilde bir sonuç çıkarılabilir: Yanılma durumları, yanılanın risk alanında gerçekleşmekle birlikte, eğer olayda bir esaslı yanılma söz konusuysa, risk taraflar arasında bir ölçüde paylaştırılmakta ve sözleşmenin sona erdirilmesi riski karşı tarafa yansıtılmaktadır. Şayet yanılan kusurluysa, kendisine yüklenilen riskin bedelini tazminatla ödeyecek; diğer bir deyişle tazminat riski de yanılana yansıtılacaktır. Güven ilkesinin, yanılma kurumuna hâkim olan irade özerkliğinin (irade ilkesinin) etkilerini dengeleyerek risk dağılımında belirleyici olduğu da burada kendiliğinden ortaya çıkmaktadır²⁸³.

O halde kaldığımız yerden devam edersek: Güven ilkesinin, sözleşmenin kurulması aşamasındaki işlevleriyle yanılma kurumunu etkilemesi, değişik durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; (i) bir davranışın irade açıklaması olarak sahibini bağlayıp bağlamayacağı ve buna bağlı olarak normatif uygunluğun ortaya çıkıp çıkmayacağı (ii) açıklama sahibi tarafından yapılan önerinin, yanılmanın farkedilmesine rağmen, belirli bir aşamadan sonra geri alınıp alınamayacağıdır.

Yukarıda gördük ki, irade açıklaması, açıklama sahibinin gerçek iradesini yansıtmasa dahi, güven ilkesi gereğince belirli durumlarda hüküm ve sonuçlarını yine de doğurmaktadır. Gerçek iradenin bulunmaması ise; işlem iradesi, açıklama iradesi ve fiil iradesinden herhangi birinin açıklama yapılırken mevcut olmadığı hallerde

²⁸¹ Konrad Zweigert, “Mukayeseli Hukuk Açısından Hata Kavramı ile İlgili Hatalı Görüşler”, çeviren: Ahmet Cemal, **MHAD**, C. 3, S. 5, 1969, s. 403-418, s. 416; Gordley, **a.g.m.**, s. 441.

²⁸² Flume, **AT**, s. 422, 423; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 8; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 122 N. 2; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 783.

²⁸³ Yanılma kavramı altında açıklandığı üzere, bilinçli bir bilgisizliğin ya da şüphenin yanılma olarak kabul edilemeyeceği de, yine risk kavramıyla ilişkilidir; zira kendi gönüllü bilgisizliğinin veya tasavvurunun doğruluğuna ilişkin şüphesinin sonucuna kişinin kendisi katlanmalıdır. Öte yandan, doktrinde farklı bir yaklaşımın, özellikle Alman hukukunun etkisiyle (özellikle bkz. Titze, **a.g.e.**, s. 56 vd.), yanılma kurumunun sonuçlarını “risk dağılımı” çerçevesinde analiz etmeye başladığı görülmektedir (Bu konuda bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 93, 94).

gündeme gelmektedir²⁸⁴. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, hangi irade unsurunun bulunmadığına göre varılan sonucun değişebilecek olmasıdır.

Fiil iradesinin söz konusu olmadığı (örneğin hipnoz, narkoz, üçüncü kişinin başkası adına sahte belge düzenlemesi vb.) hallerde, doktrindeki bir görüşe göre, herhangi bir irade açıklamasının varlığından söz edilemez²⁸⁵. Dolayısıyla, karşı tarafın güveni söz konusu olsa bile, burada fiil iradesi bulunmadığı için açıklama sahibinin menfaati ağır basmakta ve bu nedenle de, açıklama ona isnad edilememektedir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre²⁸⁶ ise, burada götürü bir tarzda, irade açıklamasının hiçbir zaman hüküm doğurmayacağını söylemek isabetli değildir. Şayet fiil iradesi olmasa bile, bu varmış gibi hukuki görünüş yaratılmasında açıklama sahibinin özensizliği varsa ve açıklama muhatabının bu açıklamaya olan güveni haklıysa, ortada geçerli bir irade açıklaması bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse; bir işadamı, kendisinden iplik almak isteyen birisinin mektupla bildirdiği önerisini incelemiş ve bunun kârlı bir sözleşme olacağını düşünmüştür. Buna cevap olarak da bir kabul mektubu hazırlamıştır. Ancak öneriyi bir süre daha değerlendirmenin uygun olacağına kanaat getirerek, mektubu daha sonra imzalamak ve göndermek üzere masasının üzerinde bırakmıştır. İşadammın başka bir iş için şehir dışına çıktığı bir zamanda, odasına giren ve işlerinde ona her zaman yardımcı olan eşi, bu mektubun gönderilmek üzere masada bırakıldığını düşünmüş ve mektubu eşinin imzasını da taklit ederek muhataba göndermiştir²⁸⁷. Burada fiil iradesi olmayan işadammın, mektubu açıkta bırakarak özensiz davrandığı ve öte taraftan muhatabın da, bu mektuptan kabul açıklaması anlamını çıkarmaya haklı olduğu söylenebileceğinden, sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna varılması gerekmektedir. Kuşkusuz, işadammın daha sonra açıklamada yanılmaya dayanarak ve özensizliği nedeniyle muhatabın olumsuz zararını tazmin ederek sözleşmeyi iptal etme imkanı bulunmaktadır.

²⁸⁴ Schwenzer, **AT**, N. 27.43; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 37; Serozan, **Medeni**, s. 319.

²⁸⁵ Flume, **AT**, s. 46; von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 288; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 24; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 131.

²⁸⁶ Schwenzer, **AT**, N. 27.44; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 37; Serozan, **Medeni**, s. 319, 320.

²⁸⁷ Aslını değiştirerek olaya uygulamadığımız örnek için bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 96, 97. Benzer bir örnek için bkz. Serozan, **Medeni**, s. 320.

Açıklama iradesi veya işlem iradesinin söz konusu olmadığı durumlarda ise, doktrinde üç farklı görüşe rastlanmaktadır. Bugün artık herhangi bir etkisi kalmamış olan ilk görüşe göre, açıklama sahibinin açıklama iradesi bulunmadığı durumlarda, ona hiçbir şekilde bağlayıcı bir irade açıklaması isnad edilemez. Öyle ki, muhatabın güven ilkesine göre korunması gerektiği durumlarda dahi bu sonuç değişmeyecektir²⁸⁸. Bu görüş merkez alınır, yukarıdaki örnekte, okuduğu kitaba daldığı için garsonun getirdiği ikinci kahveyi fark etmeyip içen kişinin bu hareketi, kabul açıklaması olarak yorumlanmayacak ve sözleşme kurulmamış olacaktır. Görüleceği üzere, bu görüş çerçevesinde, açıklama iradesi bulunmadığı takdirde, ne olursa olsun muhatabın güveni de korunmayacaktır. Muhatabın açıklamaya olan güveninin korunması, ancak işlem iradesinin eksik olduğu durumlarla sınırlı olacaktır.

İkinci görüşe göre ise, açıklama sahibinin açıklama iradesi ya da işlem iradesi bulunmasa dahi, şayet karşı tarafın korunmaya değer güveni mevcutsa, söz konusu irade açıklaması onun için bağlayıcı şekilde hükümlerini doğurur²⁸⁹. Diğer bir anlatımla, muhatabın dürüstlük kuralına göre bildiği ve bilmesi gerektiği somut olgulardan hareketle açıklamaya attığı anlam, gerçekte açıklama iradesi ya da işlem iradesi söz konusu olmasa dahi, hukuken geçerli sayılmaktadır. Bu görüşün, ilk görüşe nazaran güven ilkesini çok daha fazla gözettiği görülmektedir. Dolayısıyla üçüncü görüş, bir bakıma uzlaştırma görevi görmektedir.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, öncelikle irade açıklamasında açıklama iradesinin mi, yoksa işlem iradesinin mi eksik olduğu belirlenerek soruna yaklaşılması gerekmektedir. Bunun için de, “açıklama anı” referans alınmalı ve hangi unsurun bulunmadığı buna göre belirlenmelidir. Birinci olasılıkta: Şayet açıklama sahibinin, irade açıklamasında bulunurken, açıklama iradesi mevcut olmasına rağmen işlem iradesi yoksa, bu durumda muhatabın açıklamaya olan güveni korunacaktır²⁹⁰. Yukarıdaki kahve örneğinin ikinci versiyonundan hareket edersek; aslında sıcak kahve

²⁸⁸ Simonius, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 243; Bu eski görüş hakkındaki açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 25 (bu görüşteki yazarlar için bkz. **A.g.e.**, s. 25 dn. 22); Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 221; Eren, **BG**, s. 131. Fark edileceği gibi, bu görüşte irade özerkliğinin ağırlığı güven ilkesine göre daha fazladır.

²⁸⁹ Merz, **BerKomm**, Art. 2 ZGB, N. 126; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 179; dolaylı olarak Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 221; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 134; Esener, **a.g.m.**, s. 176; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015, s. 65.

²⁹⁰ Flume, **AT**, s. 310 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 26 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 320, 321; Eren, **BG**, s. 130, 131.

içmek isteyen kimse, farkında olmadan menüdeki buzlu kahveyi seçmişse, burada açıklama iradesi mevcutken işlem iradesi bulunmamaktadır. Zira muhatabın güven ilkesi bakımından buzlu kahve şeklinde anlamlandırdığı açıklamada, açıklama sahibi gerçek iradesini açıklamaya yansıtamadığı için, açıklamada, onun tarafından oluşturulmuş (açıklama içeriği haline getirilmiş) sıcak kahveye ilişkin bir işlem iradesi söz konusu değildir. Burada, işlem iradesi eksik olarak irade açıklamasında bulunan kimse, herhangi bir kusuru olmasa dahi o açıklamayla bağlı olacaktır²⁹¹. Katalogda gördüğü A ürününü değil de, B ürününü seçen; önerisinde 1.000 değil de 10.000 yazan, tüketim ödöncü sözleşmesi yaptığını düşünürken bağışlama sözleşmesi yapan; yabancı dili iyi olmadığı için dana salamı yerine domuz salamı satın alan kişilerin durumu aynen buradaki gibidir²⁹².

²⁹¹ Flume, **AT**, s. 311, 312; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 28 dn. 30; Serozan, **Medeni**, s. 321; Eren, **BG**, s. 131.

²⁹² Bu olasılık ayrıca, açıklama sahibi tarafından, irade ile açıklama arasındaki doğal ilişkinin kasıtlı olarak bozulduğu zihni kayıt, şaka açıklaması ya da muvazaa durumlarında da gün yüzüne çıkmaktadır. Ancak buradaki önemli fark, 1.000 yerine 100 yazan ya da A ürünü diyeceğine B ürünü diyen kimsenin durumunun aksine, gerçek irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluğun bilinçli olarak yaratılmasıdır. Hatta gerçek iradeye uymadığını bile bile açıklamada bulunan kimsenin ne irade oluşumu aşamasında ne de iradenin açıklanması anında herhangi bir işlem iradesi bulunmaktadır. Oysaki farkında olmadan 1.000 yerine 100 yazanın ya da A diyeceğine B diyenin, davranış düzeni ilk aşamada olması gerektiği gibi oluşmasına karşın, açıklama anında devreye giren ara saikler sonucunda işlem iradesi aslından kopmuş (1.000 yerine 100 yazılmış) ve açıklamaya aynı şekilde yansıtamadığı için, (gerçek) işlem iradesinin bulunmadığı bir açıklamada yanlışla ortaya çıkmıştır. Diğer bir deyişle, burada açıklama sahibinin başlangıçtaki işlem iradesi (hukuki sonuç iradesi), açıklama anında devre dışı kalmış, bunun yerine, muhatabın güven ilkesi bağlamındaki anlayışına göre farazi bir işlem iradesi geçmiştir.

Zihni kayıttaki, kişi, hukuki sonucu arzu etmediği halde, sanki o varmış gibi açıklamada bulunmaktadır. Klasik örnek, açık artırmaya katılan rakibine zarar vermek isteyen birisinin, rakibinin daha fazla pey sürmesi için sürekli olarak fiyatı artırmasıdır (Flume, **AT**, s. 402 vd.; Eren, **BG**, s. 365, 366; Brox / Walker, **AT**, N. 393 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 343). Şaka açıklamasında ise, kişi, muhatabın açıklamada işlem iradesi bulunmadığını anlayacağını, kendisini ciddiye almayacağını düşünerek açıklamada bulunmaktadır (Flume, **AT**, s. 412 vd.; Bork, **a.g.e.**, N. 811; Eren, **BG**, s. 363, 364; Brox / Walker, **AT**, N. 397 vd.). Zihni kayıt ve şaka açıklaması, Alman hukukunun aksine (§ 116, § 118 BGB), İsviçre-Türk pozitif hukukunda düzenlenmemiştir. Sözleşmenin kurulması ve yorumlanmasına hâkim olan güven ilkesi vasıtasıyla bu problemler çözülmektedir. Ancak karşı tarafa yöneltilmesi gerekmeyen irade açıklamalarının yorumunda (örneğin vasiyetname), güven ilkesi yerine irade ilkesine öncelik tanındığı burada ayrıca not edilmelidir (von Büren, **a.g.e.**, s. 175 vd.; Flume, **AT**, s. 403 vd.; Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 53). Muvazaada ise, görünürdeki işlem açısından, sözleşmenin iki tarafı da, bilinçli olarak, iradeleri ile açıklamaları arasında uyumsuzluk yaratmaktadırlar. İşlem iradeleri olmamasına rağmen, sanki varmış gibi birbirlerine karşı açıklamada bulunmaktadır (Flume, **AT**, s. 404 vd.; Bork, **a.g.e.**, N. 801; Eren, **BG**, s. 366 vd.; Brox / Walker, **AT**, N. 402 vd.). Görüleceği üzere, bu olasılıklarda irade açıklamasının doğal sürecine müdahale edilmektedir. Ancak zihni kayıt hallerinde, işlem iradesi ve/veya açıklama iradesinin mevcut olup olmadığı konusunda doktrinde fikir ayrılığı söz konusudur. Birinci görüşe göre (Eren, **BG**, s. 365, 366; dolaylı olarak Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, s. 173; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 178 vd.), zihni kayıttaki işlem iradesi bulunmamasına rağmen, açıklama iradesi söz konusudur. Diğer görüşe göre ise (Serozan, **Medeni**, s. 320; dolaylı olarak Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 18) zihni kayıttaki da, tıpkı şaka açıklamasındaki gibi, ne işlem iradesi ne de açıklama iradesi bulunmaktadır.

İkinci olasılıkta; eğer açıklama sahibinin açıklama iradesi mevcut değilse, burada hükümlerini doğuran bir irade açıklamasının ortaya çıkabilmesi için, hem muhatabın güveni hem de açıklama sahibinin ihmali bulunmalıdır. Zira ancak açıklama sahibinin özensizliği varsa, muhatabın, söz konusu davranışı irade açıklaması olarak yorumlamadaki güveninin haklı olduğu söylenebilecektir. Bu itibarla, açıklama sahibinin davranışının kendisine bir irade açıklaması olarak isnad edilebilecek olması, aynı zamanda muhatabın açıklamaya olan güveninin hukuken korunacak olması anlamını da taşımaktadır. Başka bir deyişle, ortada açıklama iradesi bulunmamasına karşın sözleşmenin kurulabilmesi için, bir taraftan, açıklama muhatabının dürüst ve makul bir kişi olarak, bildiği ve bilmesi gereken olgulardan hareketle söz konusu açıklamaya güvenmiş olması gerekir. Diğer taraftan da, açıklama sahibi, alışveriş hayatının gerektirdiği dikkati ve özeni göstermiş olsaydı, söz konusu açıklamanın muhatabın yüklediği şekilde anlam ifade edeceğini fark edecek durumda olmalıdır²⁹³.

Konunun aydınlatılması için, bu konuda doktrinde verilen klasik örnekler üzerinden gitmek yararlı olacaktır. Bir şarkıcı, konserden sonra kendisinden imza isteyen hayranına imza verirken, fark etmeden kendisini borç altına sokacak bir senede imza atmıştır²⁹⁴. Bu durumda, imza atan şarkıcının özensiz davranarak korunmayı hak etmediği söylenebilir, ancak burada daha önemli olan husus, senedi uzatanın korunacak herhangi bir güveninin bulunmamasıdır. Dolayısıyla, ortada bağlayıcı bir irade açıklaması yoktur (yokluk)²⁹⁵.

Bir diğer klasik örnek, *Trier*'deki şarap artırması olayıdır. Burada, bir lokantada bir fiçî şarabın açık artırma yoluyla satışı yapılmakta ve bu bölgenin adetlerine göre el sallamanın fiyatı yükseltmek anlamına geldiği kabul edilmektedir. O sırada, bu bölgeye yabancı olan birisi lokantaya girmekte ve arkadaşını görüp el salladığında, bu hareketi en yüksek bedeli önerme olarak anlaşılınca, şarap ona ihale edilmektedir. Burada el sallayan kimsenin açıklama iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla

²⁹³ Flume, **AT**, s. 449, 450; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 27, 28; Serozan, **Medeni**, s. 320, 321; Eren, **BG**, s. 131. Bu konuda hem İsviçre Federal Mahkemesi'nin (BGE 120 II 197, bger.ch) hem de Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH, 07.11.2001 - VIII ZR 13/01, dejure.org) aynı yönde kararları bulunmaktadır.

²⁹⁴ Eren, **BG**, s. 130.

²⁹⁵ Üçüncü kişilerin bu senede (hukuki görünüşe) güvenerek hak kazanıp kazanamayacakları tamamen farklı bir konudur. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, C, 2, a, (2).

sözleşmenin kurulup kurulmadığını belirlemek için, hem onun bu hareketi yaparken dürüst ve makul kişiler tarafından nasıl anlaşılabileceğini öngörememe özensizliği bulunmalı, hem de artırmayı yöneten kişinin açıklamayı güven ilkesine göre böyle anlamlandırmada haklı olması gerekmektedir. O halde, her ne kadar artırmayı yöneten kişi, söz konusu hareketi bu yönde anlamakta haklı olsa da, açıklama sahibinin o bölgenin adetlerini bilmiyor olması (ihmalî bulunmadığı) dikkate alındığında, el sallama hareketi bir irade açıklaması olarak kabul edilemeyecektir²⁹⁶. Sonuç olarak sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılmalıdır.

Öte yandan, okuduğu kitaba dalarak, kendisine getirilen ikinci kahveyi içen kimsenin davranışında ise farklı bir sonuca varılacaktır. Zira burada kahveyi içen kimsenin, gerekli özeni gösterseydi davranışından bir irade açıklaması sonucu çıkarılabileceğini anlaması gerekeceğinden, garsonun bu hareketten çıkardığı anlam güven ilkesine göre haklıdır ve sözleşme kurulacaktır²⁹⁷.

Görüleceği üzere, açıklama sahibinin işlem iradesinin bulunmaması ile açıklama iradesinin bulunmaması arasında, açıklamanın güven ilkesine göre irade açıklaması sayılabilmesi açısından farklılık söz konusudur. Açıklamada işlem iradesi yoksa (ve fakat açıklama iradesi varsa), bunun açıklama sahibine bağlayıcı bir irade açıklaması olarak yüklenebilmesi için muhatabın haklı güveni yeterliyken; açıklamada açıklama iradesi bulunmamaktaysa²⁹⁸, burada hem açıklama sahibinin ihmalî hem de muhatabın güveni aranmaktadır. Bu farkın altında yatan sebep şudur: Açıklama sahibinin, iradesini muhataba bildirmek ve yürürlüğe sokmak düşüncesi bulunmadığı hallerde; diğer bir deyişle açıklama iradesinin henüz mevcut olmadığı durumlarda, açıklama sahibinden söz, yazı ve diğer vücut hareketlerini her zaman kontrol etmesini beklemek hakkımız yoktur. Zira onun, eğer ihmalî söz konusu değilse, davranışının muhatap tarafından dürüstlük kuralına göre farklı anlaşılabilmesinin önüne geçebilme ihtimali bulunmamaktadır. Bu konuda özensizliği olmayan açıklama sahibinin menfaati, muhatabın güveni karşısında öncelik kazanmaktadır. Şarap artırması örneğine dikkat edilecek olursa, herhangi bir sözleşme kurma düşüncesi dahi olmayan kimsenin,

²⁹⁶ Schwenzer, **AT**, N. 27.43, 27.44; Kramer, **BerKomm**, Art. 1 N. 46 vd.; Kramer, **Irrtum**, N. 72; Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 27, 28; karşı. Bork, **a.g.e.**, N. 597.

²⁹⁷ Bu örnek için bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 2, B, (1), (b).

²⁹⁸ Doğal olarak bu olasılıkta, açıklama sahibinin ayrıca açıklamaya yansıtmak isteyebileceği bir işlem iradesi de bulunmamaktadır.

başkaları tarafından irade açıklaması şeklinde anlaşılmaması için davranışlarına daima dikkat etmesi, gerçekçi bir beklenti olmadığı gibi, adil de değildir. Hâlbuki açıklama iradesini oluşturmuş bir kimseden, daha sonra işlem iradesini açıklarken, sözüne, yazısına veya vücut hareketlerine dikkat etmesini ve bunu karşı tarafın anlayabileceği şekilde ifade etmesini istemek gayet makul bir beklentidir²⁹⁹. Dolayısıyla, herhangi bir özensizliği söz konusu olmasa bile, örneğin mürekkebin mektupta bozulması nedeniyle 1000 €’luk fiyat teklifi, 1000 \$ olarak anlaşılabilecek şekle dönüşmüşse, burada karşı tarafın haklı güveninin korunması menfaati daha ağır basmaktadır.

Güven ilkesinin sözleşmenin kuruluşunda irade özerkliğini sınırlandırarak, yanlışla kurumunu etkilemesi konusunda önem kazanan bir diğer husus, susmanın örtülü irade açıklaması sayılıp sayılamayacağı durumlar ve bunların sonuçlarıdır. Bilindiği üzere genel kural, susmanın başlı başına bir irade açıklaması sayılmamasıdır³⁰⁰. Onun örtülü irade açıklaması niteliğine bürünebilmesi için, ya kanunun açıkça bu sonucu belirtmesi ya da dürüstlük kuralı ve somut olayın şartlarına göre, susan kişinin red cevabı verme zorunluluğu varken bunu yapmamış olması gerekir. TBK m. 6’da, “*öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*” denilerek bu hususa işaret edilmiştir.

Susmanın, örtülü irade açıklaması sayılarak hukuki sonuç doğurduğu durumlar, kanunda bazı hükümlerde belirtilmiştir (TBK m. 39, 222, 252, 327/2, 430, 503, TMK m. 451/2, 550/3, 610/1 vb.). Kanunda belirtilmeyen hallerde ise, susma fiilinin öneriye karşı yapılmış örtülü bir kabul açıklaması anlamına gelmemesi için, TBK m. 6 uyarınca, dürüstlük kuralına ve durumun özelliklerine göre ret cevabı vermesi gereken kişinin, eğer öneriyi kabul etmek istemiyorsa bunu aktif bir davranışla muhataba bildirmesi gerekmektedir³⁰¹.

Doktrinde bir görüş, susmanın, kanunun özel olarak belirttiği durumlarda “irade varsayımı”; bunun dışında kalan ve MK 2/1 ışığında irade açıklaması (kabul açıklaması) şeklinde anlaşılması gereken hallerde ise, bir “irade karinesi” olduğunu

²⁹⁹ Flume, **AT**, s. 311, 312; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 142, 143; Serozan, **Medeni**, s. 321.

³⁰⁰ Flume, **AT**, s. 64; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 146; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 66.

³⁰¹ Flume, **AT**, s. 64; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 147; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 67. Fikrimizce, TBK m. 6 hükmü olmasaydı dahi, burada irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumu kapsamında aynı sonuca ulaşılması mümkündür.

ifade etmektedir³⁰². Kanaatimizce, kanunda özel olarak işaret edilmeyen haller için irade karinesinden söz etmek yerinde değildir. Şöyle ki, yazarlardan *Oğuzman / Öz*'e göre, bağışlama sözleşmesinde, şayet bağışlayanın önerisi karşısında susan kişi, bunu “kabul amacıyla” yapıyorsa, örtülü bir irade açıklaması söz konusudur. Bu amaç söz konusu olmadığı durumda ise, susma yine kabul açıklaması sayılıyorsa, bunun irade karinesi şeklinde anlamlandırılması gerekir. Bunun sonucunda ise, güven ilkesine göre susma fiili kabul olarak yorumlanan kişi, karineyi çürüterek irade açıklamasının hüküm doğurmasını engelleyebilecektir. Şayet irade karinesi çürütülemediyse, susan kişi bu sefer de yanılma hükümlerine dayanabilecektir^{303, 304}.

Bize göre, burada meseleye her hâlükârda güven ilkesinden hareketle yaklaşılması sorunların çözümünde yeterli olacaktır. Yoksa, yazarların belirttiği

³⁰² Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 67; Karş. Nomer, **BG**, s. N. 23. Serozan ise, kanunda özel olarak belirtilenler dışındaki olasılıklar için herhangi bir kavram kullanmamaktadır (Serozan, **Medeni**, s. 325). Ancak hemen belirtelim ki, kanunun sismaya irade açıklaması sonucunu bağladığı her halde irade varsayımından bahsetmek doğru değildir. Zira bu hallerin bazılarının varsayım değil, kesin karine teşkil ettiği söylenebilir (örneğin TBK m. 327, 430, 503 gibi). Burada şu ayrım önemlidir: Varsayımda kanun koyucu, gerçekte var olmayan bir olguyu, var olan bir olgunun (*Tatbestand*) hukuki sonucuna (*Rechtsfolge*) bağlamak için “varsaymaktadır”. Diğer bir ifadeyle, gerçekte var olmayan olgu ile var olan olgu birbiriyle eşitlenir ve böylece hukuki sonucun doğması için bir fiksasyon yaratılır. Bu fiksasyonun aksi ispat edilemez. Buna karşın, kesin karinede de aksini ispat söz konusu olmamasına rağmen, varlığı bilinen bir olgudan varlığı bilinmeyen, ancak hayatın olağan akışına göre gerçekleşmesi olası olan başka bir olgunun gerçekleştiği sonucuna varılır. Dolayısıyla varsayım gerçeğe asla uymazken, kesin karinenin gerçeğe uygun olması mümkündür (bu konuda ayrıca açıklamalar için bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 38 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 21, 22). Örneğin vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 503’de “kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır” hükmünde, vekilin öneriyi hemen reddetmemesi halinde, onun susmasına hukuki sonucun (kabul iradesinin) bağlanması, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, bize göre kesin karine teşkil etmektedir (aynı yönde bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 41; aksi ispat edilebilir bir irade karinesi bulunduğu yönünde bkz. Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 442, 443 ve orada dn. 50’de anılan yazalar; Nomer, **BG**, N. 23; irade varsayımı bulunduğu yönünde bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 165, 166; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 67).

³⁰³ Bu görüşü yazarların kendi ifadesiyle aktarırsak; “Gerçekten bazı hallerde sözleşmenin niteliği, önerinin açık olarak kabul edilmesine gerek bırakmaz. Bir kimseye yapılan bağışlama teklifi böyledir. Bazen bu sonuç, durumun özelliğinden kaynaklanır. Bu hallerde susan kimse sözleşmeyi kurmak amacıyla bu davranışta bulunmuşsa, örtülü bir irade beyanı söz konusudur. Böyle bir amaç bulunmamasına rağmen susma kabul sayılınca bunun, aksi ispat edilebilecek bir irade karinesi mi oluşturduğu yoksa aksi ispat edilemeyecek bir irade varsayımının mı söz konusu olduğu tartışmalı bir konudur. Biz bir irade karinesinin düzenlendiği ve susmanın güven kuramı çerçevesinde bir irade beyanı sayılmasının haklı olmadığına ispatının caiz olduğu görüşündeyiz. Susmanın irade beyanı sayıldığı hallerde de yanılma hükümlerine dayanılabilir” (Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 67).

³⁰⁴ Nomer’e göre, kendisine yapılan öneriye karşı uygun bir sürede öneriyi reddetmeyen kişinin susması, gerek kabul iradesine dayansın gerek özensizliğinden kaynaklansın, kabul açıklaması gibi sonuç doğuracaktır. Bu durumda susan kişinin yapması gereken, çeşitli objektif sebepler ileri sürerek bu karineyi çürütmek ve açıklamanın hüküm doğurmasını engellemektir (Nomer, **BG**, N. 23).

şekilde, ya karinenin çürütülmesi ya da yanılmaya dayanmak şeklinde iki alternatif durum yaratmaya gerek yoktur. Burada ya hukuken bağlayıcı ve sahibine isnad edilebilir bir irade açıklaması vardır ya da yoktur. Eğer varsa, susan kişinin sonuçlarına katlanarak açıklamada yanılmaya başvurma hakkı mevcuttur. Şu halde, yazarların ifade ettiği üzere, susan kişinin, “*susmanın güven kuramı çerçevesinde bir irade beyanı sayılmasının haklı olmadığını*” ispat edebilme imkanından bahsetmek çelişkilidir. Zira susmanın irade beyanı sayılması haklı değilse, zaten bu davranış güven ilkesi bağlamında irade açıklaması olarak telakki edilemez.

Dolayısıyla, meseleye şu şekilde yaklaşılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz: Bağışlama önerisine karşı kabul iradesi bulunmamasına rağmen susan kişinin bu fiilinin, kendisine bir irade açıklaması olarak yüklenip yüklenemeyeceğini belirlemek için, olaya, açıklama iradesi söz konusu olmayan kimseler için yukarıda verdiğimiz formül uygulanmalıdır. Buna göre, susmaya rağmen sözleşmenin örtülü kabul açıklamasıyla kurulabilmesi için; ilk olarak, bağışlayanın, karşı tarafın susmasını, güven ilkesine göre bildiği ya da bilmesi gerektiği durumları dikkate alarak kabul şeklinde anlamakta haklı olduğu söylenebilmelidir. Nitekim TBK m. 6’daki “*öneren, ...işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*” ibaresi de aslında, muhatabın öneriye karşı belirli bir süre sessiz kalmasının öneren tarafından güven ilkesi uyarınca kabul anlamına gelebileceğine işaret etmektedir. İkinci olarak da, susan kişinin öneriyi öğrenmiş olması ve gerekli özeni gösterseydi, susma hareketinin öneren taraf açısından haklı olarak kabul anlamında yorumlanacağını bilmesi gerekmektedir³⁰⁵. Böylelikle, bağışlayanın karşı tarafın suskunluğunu örtülü kabul olarak anlamaktaki haklı güveni, açıklamanın hukuki sonuçlarının susan kişiye isnad edilmesi sonucunu doğuracaktır. Diğer bir anlatımla, bu şartlar söz konusuysa, sözleşme güven ilkesine göre kurulmuştur ve ortada açıklamanın hüküm doğurmasını engellemek için çürütebilecek bir irade karinesi

³⁰⁵ Aynı yönde bkz. Flume, **AT**, s. 65; Serozan, **Medeni**, s. 324; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 28; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 147, 148. Burada şu hususun altı çizilmelidir: Sözleşme hukukunda önerinin hüküm doğurması, kural olarak, önerinin karşı tarafın öneriyi öğrenebilme imkanına sahip olabilecek şekilde hâkimiyet alanına varmasına bağlıdır. Ancak bağışlama sözleşmesinde, susmanın kabul olarak anlaşılabilmesi ve sözleşmeyi kurabilmesi için, ayrıca susan kimsenin öneriyi öğrenmiş olması da gerekir. Yoksa sadece önerinin kendisine ulaşmış olması yeterli olmamaktadır. Bu konuda bkz. Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 11 Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 236; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C I/1, 5. Basıdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 351.

bulunmamaktadır (ya da bu görüşteki yazarların ifadesiyle belirtirsek, irade karinesi bundan böyle kabul açıklaması olarak sonuçlarını doğurmuş olup, bu karine ancak açıklamada yanılmaya dayanılarak çürütülebilecektir). Zira güven ilkesi burada, sadece karşı tarafın güvenini esas almakla kalmayıp, buna ek olarak susan kişinin öneriyi reddetmedeki ihmalkârlığını da dikkate almaktadır. Bu bakımdan, kendi özensizliği nedeniyle suskunluğunun kabul açıklaması olarak yorumlanması ve nihayetinde sözleşmenin kurulması karşısında susan kişinin elindeki tek imkan, sonuçlarına katlanarak açıklamada yanılmaya başvurmak olacaktır. Bu kural, susmanın kanunda özel olarak düzenlenerek irade varsayımı (ya da kesin karine) sayıldığı haller dışındaki durumların hepsine uygulanabilecektir. Diğer taraftan, şayet önerenin susmaya karşı haklı güveni bulunmasına karşın, muhatabın susmasında herhangi bir özensizliği söz konusu değilse, bu sefer de sözleşme hiç kurulmayacağından, ortada bir irade karinesinin var olduğu ve fakat susan kimse tarafından bunun çürütülebileceğini söylemek de gereksizdir. Zira bu kimsenin önerenle arasında sözleşme ilişkisi meydana gelmemiştir ve böylelikle susması ona zarar vermemiştir.

Öte yandan, vekâlet sözleşmesindeki gibi, kanun tarafından susmanın irade varsayımı (veya kesin karine) kabul edildiği hallerde ise, yanılma hükümlerine başvurma yolu kapalıdır. Zira burada, kanun koyucu, güven ilkesini ya da açıklama sahibinin herhangi bir irade unsuru eksikliğini dikkate almadan, normatif bir irade açıklaması varsayımı (ya da kesin karine) öngörmüştür³⁰⁶. Şayet burada yanılma hükümlerinin uygulanmasına imkan verilirse, açıklama sahibi, herhangi bir özensizliği bulunmadığını ispat ederek tazminat ödemedi sözleşmeyi iptal edebilecektir. Bu da, söz konusu hükmün altında yatan hukuki amaca aykırı olacaktır.

Güven ilkesinin sözleşmenin kuruluşunda oynadığı bir diğer rol de, önerinin bağlayıcılığında dikkati çekmektedir. TBK m. 3, 4, 5 ve 10 çerçevesinde, işlem iradesini bağlanma niyetiyle muhataba bildiren öneren, kural olarak bu önerisiyle bağlıdır. Önerinin geri alınarak bu bağlayıcılığın engellenebilmesi için, önerenin (hazır olmayanlar arasındaysa) önerisini geri aldığına ilişkin açıklamasının, öneriden önce varması ya da geç varsa dahi muhatabın ilk olarak geri alma açıklamasını öğrenmesi gerekmektedir. Bu durum söz konusu değilse, önerinin geri alınarak sözleşmenin

³⁰⁶ Serozan, **Medeni**, s. 325; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 11; Schwenzer, **AT**, N. 37.12.

kurulmasının engellenebilmesi mümkün değildir. Böylelikle, öneren her ne kadar önerisinden pişman olsa da, muhatabın kabul açıklamasıyla sözleşmenin kurulmasına katlanmak zorundadır. Görüleceği üzere, önerenin önerisiyle bağlı olmasının temel mantığı, muhatabın bu açıklamaya duyduğu güvendir³⁰⁷.

O halde, diyelim ki öneren, önerisini gönderdikten hemen sonra, fiyat teklifinde 1.000 euro yazacağına, dikkatsizlikle 1.000 dolar yazdığını fark etmiştir. Acaba bu durumda, yanılanın önerisini (yoksa sözleşmeyi değil) iptal edebilmesi mümkün müdür? Bunun cevabı ise, doktrinde ihtilaflı olan, önerinin tek taraflı hukuki işlem olup olmadığı tartışmasına bağlıdır³⁰⁸. Ancak daha öncesinde şunu belirtelim ki, eğer öneren, yanıldığını fark edip önerisi geri aldığına ilişkin açıklamasını, önerisinden önce muhataba ulaştırırsa ya da muhatap ilk olarak geri alma açıklamasını öğrenirse, burada tartışmanın bir önemi yoktur. Zaten öneren sözleşmenin kurulmasını engelleyerek, aksi takdirde yanılmaya dayansaydı ihmali nedeniyle ödeyeceği tazminattan kurtulacaktır. Tartışma, önerinin geri alınamayacağı hallerde kendisini göstermektedir. Zira öneri hukuki işlem olarak kabul edilirse, tıpkı diğer hukuki işlemler gibi, esaslı yanılmaya dayanılarak iptal edilebilmesi savunulabilecektir.

Düşüncemize göre, önerinin hukuki işlem olmadığı, iki taraflı hukuki işlemin kurulması için mevcut olması gereken kurucu bir irade açıklaması teşkil ettiği yönündeki görüş daha yerindedir. Keza *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da belirttiği üzere, önerinin “bağlayıcılığı” sonucu, tek başına öneriyi hukuki işlem haline getirmemekte; zira bu sonuç, öneren bunu düşünmemiş olsa dahi kanun gereği önerisine bağlanmaktadır³⁰⁹. Öte yandan, hukuki işlem görüşü savunulsa dahi, yanılma

³⁰⁷ Önerinin öneren için bağlayıcı olmasının, taraflar arasında TMK m. 2 çerçevesinde ortaya çıkan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklanan bir borç görünümünde olduğu görüşü için bkz. Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 4 N. 15.

³⁰⁸ Önerinin hukuki işlem olduğu görüşünde bkz. von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 267, 268; Bucher, **AT**, s. 126 dn. 52; Schöenberger / Jäggi, **ZürKomm**, Art. 3 N. 9; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 83; Eren, **BG**, s. 259. Önerinin hukuki işlem olmadığı görüşünde bkz. Flume, **AT**, s. 635; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 194; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 4 N. 14.

³⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 193, 194. Kanun tarafından öneriye bağlanan sonucun “bağlayıcılık” olduğu kabul edildiğinde, önerenin iradesi doğrudan bu sonuca yönelmediği için ortada hukuki işlem benzeri bir fiil bulunduğu düşünülse dahi (Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 4 N. 13), önerinin yapısına uygun düşmediği için, burada yanılma hükümlerinin TMK m. 5 vasıtasıyla uygulama alanı bulması mümkün olmamalıdır. Öte yandan, aksi fikirdeki *Brox / Walker*’a göre, meseleye aslında hukuki işlemlerin iptal edilebilirliği şeklinde değil de, irade açıklamalarının iptal edilebilirliği açısından yaklaşılmalı (ki Alman hukukunda durum bu şekildedir), böylece öneri ve kabul gibi irade açıklamalarının da kural olarak yanılma nedeniyle iptal edilebileceği sonucuna varılmalıdır. Bkz. *Brox / Walker*, **AT**, N. 439; aynı görüşte von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 297.

hükümlerinin, TMK m. 5 uyarınca tek taraflı hukuki işlemlere ancak onların özelliklerine uygun düştükleri ölçüde uygulanacak olması, kanaatimizce bu tehlikeyi yine engelleyebilecektir. Zira aksi takdirde, muhatabın öneriye güvenmeye başladığı andan itibaren öneren için de artık bağlayıcı olan önerinin, yanılmaya dayanılarak iptal edilebilmesi imkanı doğar ki, bu sonucun kanunun ruhuna uymayacağı açıktır. O halde özetle denilebilir ki; güven ilkesi, sözleşmenin kuruluşu sırasında, önerinin belirli bir aşamadan sonra yanılma nedeniyle iptal edilmemesini gerektirmekte ve böylece yanılma kurumunu bir ölçüde sınırlamaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle şu sonuca varılmaktadır: Sözleşmenin kurulmasında, irade özerkliği karşısında esas itibarıyla güven ilkesi baskınken; yanılma kurumunda ise, sonuç olarak irade özerkliği (irade ilkesi) ön plandadır. Ancak kanun koyucu, alışveriş hayatının istikrarını ve diğer sözleşme tarafının haklı güvenini korumak adına, yanılma kurumunun mekanizmalarını belirleyerek, bu ilkeyi bir ölçüde yumuşatmaktadır³¹⁰. Öyleyse, bu iki ilkenin uzlaştırılması ekseninde, tipik bir yanılma olgusunun doğrusal kronolojisi şu şekilde görünüm arz edecektir: Gerçeğe uygun olmayan tasavvur (veya tasavvur eksikliği) nedeniyle, iradenin oluşum aşamasında ya da açıklama sırasında bozulmuş olmasına rağmen (ve hatta bu esaslı yanılma statüsünde olsa dahi), “güven ilkesine” göre sözleşme kurulur (TBK m.1 ya da TBK m. 19/1). Ancak yanılan, kanunda belirtilen şartların varlığına bağlı olarak (TBK m. 31, 32) ve “dürüstlük kuralının” da bu sonucu haklı göstermesi sonucunda (TBK m. 34), özünde “irade özerkliğinin” bir gereği olarak, sözleşmeyi iptal edebilir (TBK m. 39). Bunun üzerine, sözleşmenin karşı tarafı, yanılanın kusuruna bağlı olarak, sözleşmenin geçerliliğine “güvenden” doğan zararının tazminini talep edebilir (TBK m. 35; ayrıca hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda bu tazminat, olumlu zarar miktarına kadar yükseltilebilir).

Sözleşme kurulmadan önce, tarafların hukuki işlemsel temasa geçtikleri andan itibaren aralarında TMK m. 2 temelinde oluşan güven ilişkisi, taraflara birbirlerinin malvarlıklarını ve kişivarlıklarını koruma yükümü (diğer bir deyişle, birbirlerini zarardan uzak tutma yükümü) öngörmekte ve bu ilişki, sözleşme kurulsu bile devam etmektedir. Doktrinde, güven ilişkisinin güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung*) doğuran bir ilişki olduğu savunulmakta ve bunun taraflar arasında kanuni bir borç

³¹⁰ Bucher, **AT**, s. 196; Flume, **AT**, s. 416, 417; Guhl / Koller, **a.g.e.**, N. 37; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 143; Schwarz, **BG**, 300, 301.

ilişkisi (edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi) kurarak, haksız fiil-üstü ve fakat sözleşme-altı bir dikkat ve özen yükümü içerdiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, iki taraf da bu güven korumasından yararlanacak; diğer bir deyişle, haklı güvenin boşa çıktığı bir durumda güven sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu sorumluluğun yanılma kurumuyla iki bakımdan ilişkisi söz konusudur: (i) Taraflar irade açıklamalarına farklı anlam vermelerine rağmen, güven ilkesi gereğince sözleşmenin normatif uygunluk şeklinde kurulduğu durumlarda, olumlu güven koruması (*positiver Vertrauensschutz*) gerçekleşmektedir. Burada, bir kimsenin iradesini açıklarken farkında olmadan gerçekte istediği şeyden farklı bir şey açıklamasına rağmen, muhatabın güveninin üstün tutulması söz konusudur. Bir diğer anlatımla, muhatabın açıklamaya olan haklı güveni korunmakta ve bu koruma kendisini sözleşmeyi kurucu şekilde göstererek, diğer tarafı (yanılanı) edim yükümü altına sokmaktadır. (ii) Güven sorumluluğunun yanılma kurumuyla diğer bir bağlantısı ise, olumsuz güven koruması (*negativer Vertrauensschutz*) şeklinde tezahür etmektedir. Güvenin olumsuz yönde korunduğu hallerde, güvenen kimsenin, haklı beklentilerinin gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazmin edilmesi söz konusudur. Yanılma konusuyla ilgili olarak ifade edilirse; bu sorumluluk, yanılan tarafın sözleşmeyi iptal ederek kesin hükümsüz hale getirmesi neticesinde, diğer tarafın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu haklı güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan zararının giderilmesi anlamına gelmektedir. Bu konuya tezin ilgili bölümünde daha ayrıntılı temas edileceğinden, şimdilik açıklamalarımızı bu kapsamda tutmakla yetiniyoruz³¹¹.

V. Ara Sonuç ve Değerlendirme

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, yanılma kurumuyla ilgili ortaya çıkan sonuçları şu şekilde ifade edebiliriz:

- Yanılma kavramı, belirli bir olguya ilişkin gerçeğe uygun (doğru) tasavvurun bulunmaması olarak tanımlanmakta ve bu kavram, hem yanlış tasavvuru (dar anlamda yanılma) hem de hiç tasavvur sahibi olmamayı (tasavvur eksikliğini) kapsamaktadır. Ancak yanılmanın var olabilmesi için ayrıca, irade açıklamasında bulunan kişinin, gerçeğe aykırı tasavvur sahibi olduğunun ya da gerçeğe ilgili hiçbir tasavvuru olmadığını bilincinde olmaması gerekmektedir. Ayrıca gerçeğin yanlış

³¹¹ Bkz. aş. 3. Bölüm, VI, B, 1.

değerlendirilmiş ya da hiç değerlendirilmemiş olduğu konusundaki şüphe de yanılma kavramını dışlamaktadır. Şu durumda, yanılmada kusurdan bahsederken, yanılanın kastından değil ancak ihmalden bahsedilebilmesi mümkündür.

- Gerek iradenin oluşumunu etkileyen saikte yanılma şeklinde olsun gerekse de güven ilkesine göre yorumlanan açıklama ile gerçek irade arasındaki uygunsuzluk anlamındaki açıklamada yanılma olsun, yanılma, daima yanılanın risk alanında ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, her türlü yanılmanın sözleşmenin geçerliliğine etki etmesini kabul etmeyip, sadece esaslı yanılmaların bu sonucu doğurabileceklerini öngörerek, söz konusu riski, belirli ölçüde iki tarafa paylaştırmaktadır. Diğer bir deyişle, esaslılık şartları mevcutsa, risk dağıtılmakta ve diğer taraf sözleşmenin iptal edilmesi riskini taşımaktadır. Öte yandan, yanılanın kusuru ise, risk alanından farklı bir kavram olup, bunun varlığı halinde yanılan, kural olarak karşı tarafın güven zararını tazmin etmektedir. Bu durumda, kusurlu yanılanın, zarar riskini üzerine aldığından bahsedilecektir.

- İrade açıklamalarının yorumu, sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin içeriği kavramlarıyla yanılma kurumu arasında sıkı bağlantılar söz konusudur. Bu itibarla, yanılma kurumunun yapısı, esas itibarıyla, Borçlar Hukukuna egemen olan irade özerkliği ve güven ilkesinin etkileşimiyle belirlenmektedir. Ancak her zaman akılda tutulması gereken, sözleşmenin kurulmuş olmasının, yanılma kurumunun varlığı için bir ön şart teşkil ettiği³¹². Öte yandan, açıklamada yanılmaların uygulama alanı, sadece sözleşmenin normatif uygunluk sonucunda kurulduğu hallerle sınırlıyken; saikte yanılma halleri, hem fiili (gerçek) uygunluk hem de normatif uygunluk hallerinde gündeme gelebilir.

- Buradan hareketle varılan çok önemli bir diğer sonuç da “yorumun iptalden önce gelmesi” kuralıdır. Bu kural, doktrinde “iki aşama” (*Zweistufigkeit*) kuralı olarak anılmaktadır. Bu kurala göre, sözleşmede yanılmanın mevcut olup olmadığını ve sözleşmenin iptaline imkan verip vermediğini belirlemeden önce, ilk aşamada irade açıklamalarının yorumlanması gerekir³¹³. Ayrıca, bu kuralın sadece açıklamada

³¹² BGE 105 II 23’de bu husus; “*hukuk düzeninin açık ve kesin şekilde, sözleşmenin kurulması için karşılıklı birbirine uygun irade açıklamalarını şart koştuğu; bunun tespitin de güven ilkesine göre yapılacağı ve ancak sözleşmenin kurulmuş olması halinde, ortada bir yanılmanın olup olmayacağının tartışılabileceği*” şeklinde vurgulanarak ifade edilmiştir (bger.ch).

³¹³ Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 1; Schwenzer, **AT**, N. 37.04; Huguenin, **AT**, N. 445; Zehnder, **a.g.e.**, s. 4, 5; Brox, **a.g.e.**, s. 8, 9; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 199; Kocayusufpaşaoğlu,

yanılmalarda önem arz edeceği ileri sürülmektedir³¹⁴. Zira yukarıda da görüldüğü üzere, şayet sözleşme TBK m. 1’göre uyumsuzluk nedeniyle kurulmamışsa (yokluk) ya da uyuşan gerçek iradelere göre kurulmuşsa, açıklamada yanılma ihtimali devre dışı kalmaktadır³¹⁵. Dolayısıyla, açıklamada yanılmanın varlığını sorgularken, ilk olarak sözleşmenin kurulup kurulmadığı belirlenmeli; sözleşme kurulmuş ise, burada da sözleşme içeriğinin açıklama sahibinin gerçek iradesiyle örtüşüp örtüşmediği araştırılmalıdır. Şayet güven ilkesine göre yapılan yorum sonucunda, sözleşme içeriği ile açıklama sahibinin gerçek iradesi arasında aykırılık söz konusuysa, işte bu noktada açıklamada yanılma ortaya çıkmaktadır.

Öte taraftan, her ne kadar bu ilkenin temel fonksiyonu, belirtildiği üzere, açıklamada yanılmaları güven ilkesi marifetiyle ve henüz irade açıklamalarının yorumu aşamasında uygulama dışında bırakmak olsa da, kanaatimizce nitelik yanılmalarında da çok önemli bir görevi bulunmaktadır. Bu da, nitelik yanılmasının sözleşme içi nitelik yanılması olup olmadığının tespit edilmesidir. İleride konunun ayrıntılarına girileceği üzere, nitelik yanılmalarının esaslı olabilmesi için, öncelikle niteliklerin sözleşme içeriğine girmeleri gerektiğinden, hangi niteliklerin sözleşme konusu şey (ya da kişi) ile birlikte sözleşme içeriğine dahil olduğu da, yine güven ilkesi çerçevesinde yapılan yorumla belirlenecektir. Dolayısıyla, “yorumun iptalden önce gelmesi” kuralı, uygulamada hem açıklamada yanılmaların önemli bir kısmını TBK m. 1 uyarınca devre dışı bırakacak³¹⁶ hem de nitelik yanılmalarının sözleşme içeriğine girip girmediğinde belirleyici olacaktır.

Hata, s. 124 ve orada dn. 274; Henrici, **a.g.e.**, s. 195; Zehnder, **a.g.e.**, s. 178, 179; Klausberger, **a.g.e.**, s. 129; Bork, **a.g.e.**, N. 819; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 7; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 812, 813; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 23 N. 8; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 139.

³¹⁴ Bucher, **AT**, s. 123 dn. 46; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 393, 394; Brox / Walker, **AT**, N. 407.

³¹⁵ Yokluk ve sözleşmenin iptal edilebilirliği arasındaki farklar için bkz. Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi**, Ankara: İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, 1953, s. 62 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 579, 580; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 742-757; Fahman Tekil, “Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 1091-1114, s. 1096 vd.; Eren, **BG**, s. 348 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 175 vd.

³¹⁶ Bucher, **AT**, s. 123 dn. 46; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 64; Merz, **BerKomm**, Art. 2 ZGB, N. 130; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 393. İsviçre içtihatlarına bakıldığında, açıklamada yanılmaya ilişkin kararların saikte yanılmalara nispetle çok daha az olması bu hususu ayrıca doğrular niteliktedir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 63).

İKİNCİ BÖLÜM

YANILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ VE DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ

I. İsviçre-Türk Hukukundaki Klasik Ayrım: Saikte Yanılma ve Açıklamada Yanılma

Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki yanılma kurumu, kaynağını irade ilkesinin geçerli olduğu Pandekt Hukuku ve özellikle *Savigny*'nin görüşlerinden alan, saikte yanılma ve açıklamada yanılma ayrımı üzerinden temellenmektedir³¹⁷. Bu bağlamda, hem Alman hukukunda hem de İsviçre-Türk hukukunda, irade açıklamasının hukuki sonuç doğurması sürecinde ortaya çıkan “irade” ve “açıklama” aşamaları bu ayrımın belirleyici rol oynar. Diğer bir deyişle, belirli olguya ilişkin gerçeğe aykırı olan tasavvurun, fark edilmeden iradenin oluşum aşamasında ya da iradenin açıklandığı sırada ortaya çıkması, ilk durumda saikte yanılmaya ve ikinci durumda da açıklamada yanılmaya yol açmaktadır³¹⁸. Buna bağlı olarak, saikte yanılmada, kişi açıklama

³¹⁷ Flume, **AT**, s. 440; Titze, **a.g.e.**, s. 12; Kramer, **Irrtum**, N. 15, 20; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 180; Ruth Sefton-Green, “General Introduction”, **Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law**, edited by Ruth Sefton-Green, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 1-38, s. 6, 7; Martin Josef Schermaier, “Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: the Civil Law Tradition”, **Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law**, edited by Ruth Sefton-Green, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 39-64, s. 60, 61.

³¹⁸ Bucher, **AT**, s. 193; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 8; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 1; Klausberger, **a.g.e.**, s. 24; Zehnder, **a.g.e.**, s. 180; Huguenin, **AT**, N. 508; Kolly, **a.g.e.**, N. 403, 404; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 7, 8; Brox / Walker, **AT**, N. 411 vd.; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 738; Schermaier, **a.g.m.**, s. 61, 61; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 92. Doktrinde, tüm yanılma türlerinin zamansal olarak ortaya çıkışını gösterebilmek adına, bu iki temel aşamaya bazı ara aşamalar da katılarak (ve hatta açıklama sonrası da dikkate alınarak) daha geniş bir perspektif sunulduğu da görülmektedir: Buna göre, arzu ettiği hukuki sonuca ulaşmak isteyen kimse, (i) ilk olarak buna yönelik iradesini oluşturmakta ve bunun akabinde (ii) iradesini muhataba nasıl açıklayacağı, ne şekilde ifade edeceğini düşünmektedir. Bunun ardından, (iii) iradeyi karşı tarafa doğru ve tam olarak aktarabilmek için söz, yazı gibi açıklama araçlarına başvurulmaktadır. Eğer irade açıklaması hazır olmayanlar arasındaysa, araya bir de (iv) açıklamanın “iletilmesi” aşaması girebilmektedir. Son aşama ise, (v) irade açıklamasının muhataba ulaşmasından sonraki aşamadır. Bu akışa karşılık gelen yanılma türleri; (i) saikte yanılma, (ii) açıklamanın anlamında (içeriğinde) yanılma, (iii) açıklama fiilinde yanılma, (iv) iletmede yanılma ve (v) muhatabın açıklamayı yanlış anlaması ve bu düşüncesine dayanarak açıklamada bulunması halinde gündeme gelen “muhatabın açıklamada yanılması” (*Empfängersirrtum*) şeklinde konuşlanmaktadır (Bu konuda bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 739-749). Son olasılıkta, muhatabın açıklamaya yüklediği anlam güven ilkesine göre korunmadığından, sözleşme, onun gerçek iradesine (açıklamaya verdiği subjektif anlama) aykırı olarak (ve açıklama sahibinin gerçek iradesine uygun şekilde) kurulmaktadır.

konusu şeyi gerçekten istemiş olmasına karşın; açıklamada yanılmada kişi, gerçek iradesini yansıtmadığı için, açıklama konusu şeyi istememektedir³¹⁹. Açıklamada yanılma durumunda uygunsuzluk, objektif yorumla anlamlandırılmış açıklama ile gerçek irade arasındayken; saikte yanılmada uygunsuzluk, yanılanı harekete geçiren belirli bir duruma ilişkin tasavvur ile gerçek durum arasında ortaya çıkmaktadır³²⁰.

Açıklamada yanılma ve saikte yanılma şeklindeki sınıflandırma³²¹ dışında, doktrinde yanılma halleriyle ilgili öne çıkan bir diğer gruplandırma tarzı da, “esaslı (iptal imkanı veren) yanılma” ve “esaslı olmayan (iptal imkanı vermeyen) yanılma” yönündedir³²². Hiç kuşkusuz iki gruplandırma tarzı da, konunun ele alınmasında içerik olarak herhangi bir farklılık yaratmamakla birlikte; ilk grup “sebepe yaklaşımından” hareket etmekteyken, ikinci grup “sonuç yaklaşımını” esas almaktadır. Biz çalışmada esas olarak ilk yaklaşımı benimsemekle beraber, tezin bu bölümünün ikinci ana başlığında ise, yanılmanın esaslılığı kavramını merkeze alarak, yanılma türlerini bu kritere göre inceleyeceğiz.

Yanılma kurumu TBK m. 30-35 ve m. 39’da düzenlenmiş olup (OR m. 23-26 ve m. 31), açıklamada yanılma halleri, örnek niteliğinde ve kategorik olarak TBK m.

Muhatap, bu normatif uygunluk karşısında, kendisine yönelen açıklamayı yanlış anladığı için kendi açıklamasında yanıldığını ileri sürebilecektir (bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, C, 2, d)

³¹⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 92; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 767; Zehnder, **a.g.e.**, s. 55; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 342. Açıklamada yanılmalar konusundaki durum, bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Hata ancak, hakikatte istenilmemiş olan bir şeyin istenilmiş gibi beyan edilmiş olmasına bir sebep teşkil eder.*” (YHGK., 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Başka bir kararda da açıklamada yanılma ve saikte yanılma ayrımı şu tarzda dile getirilmiştir: “*İç irade ile açıklanan irade arasında irade açıklamasında bulunanın bilgisi ve isteği dışında oluşan uyumsuzluğa "bildirimde hata", işlem yapma iradesinin oluşumuna etken olan tasarım ve düşünce yanılışına ise "saikteki hata" denilmektedir.*” (Y. 11. HD., 21.9.1999, E. 1999/2255, K. 1999/7015; Y. 11. HD., 21.9.1999, E. 1999/2255, K. 1999/7015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³²⁰ Saikte yanılma halinde uygunsuzluğun, kişiyi sözleşme için harekete geçiren tasavvur ile aynı duruma ilişkin gerçek bir tasavvur arasında bulunduğunu söylemek de aynı şekilde mümkündür (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 92; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 39; Reiser, **a.g.e.**, N. 8). Keza saikte yanılmada, “belirli gerçek olgu” ile “gerçek olduğu zannedilen olgu” arasında uygunsuzluk bulunduğunu söylemek de aynı oranda doğrudur (bkz. Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 803). Zira daha önce belirttiğimiz üzere (bkz. yuk. 1. Bölüm, III), bu farklı ifade şekilleri, esas itibarıyla aynı anlama işaret etmekte ve konunun içeriği açısından herhangi bir önem taşımamaktadır.

³²¹ Örneğin bkz. Schwenzer, **AT**, N. 37.03, 37.21; Eren, **BG**, s. 396; Oğuzman / Öz, **BG I**, 92; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N.768, 808; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 1.

³²² Örneğin bkz. Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 1; Feyzioğlu, **BG**, s. 124 vd. (yazar, “akitle bağlı olmama imkanı veren hata halleri” ve “akdin bağlayıcılığını etkilemeyen hatalar” yönünde bir ifade tarzını tercih etmekle birlikte, “vasıtanın yaptığı hataları” da üçüncü bir kategori altında işlemektedir); Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 260, 264 (burada ise “feshe mucip hatalar” ve “feshe mucip olmayan hatalar” şeklinde bir gruplandırma yapılmaktadır). Buna benzer bir başka gruplandırma için bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 337 vd.

31’de sayılmakta ve yine bu kapsama dahil olan iletmede yanılma hali ise TBK m. 33’de zikredilmektedir. Saikte yanılma ise, eBK’da “*Hata halleri*” kenar başlıklı 24. maddenin 1 fıkrasının 4. bendinde (esaslı saikte yanılma) ve 2. fıkrasında (adi saikte yanılma) öngörülmüşken, TBK’da yeni bir madde numarası olarak m. 32’de düzenlenmiştir³²³.

A. Saikte Yanılma

1. Genel Bakış

Hukuki işlemle arzu ettiği hukuki sonuca ulaşarak, ekonomik ve sosyal gereksinimlerini gidermeyi amaçlayan kişi, bu işleme yönelik iradesini oluştururken, belirli olgulara ilişkin çeşitli tasavvurlardan hareket etmektedir. Kişinin karar verdirici tasavvurunun yanlış ya da eksik olması halinde, mevcut tasavvur gerçekliğe uymamakta ve saikte yanılma (*Motivirrtum*, *Irrtum im Beweggrund*) ortaya çıkmaktadır³²⁴. Söz konusu saikler, mevcut duruma (geçmiş ve şimdi) ve gelecekteki olgulara ilişkin olabilir³²⁵. Bu durum ve olguların kapsamına, bir şeyin ya da kişinin maddi veya hukuki niteliği de girmektedir³²⁶.

Yukarıda verilen bisiklet örneğinde, kuzeninin mezun olduğunu düşünen kimse, ona hediye olarak bisiklet satın aldıktan sonra, gerçekte kuzeninin okulu yarım bıraktığını öğrenirse, saikte yanılmış olmaktadır. Arkadaşlarına düğün hediyesi için pahalı çini bir vazo alan X, daha sonra nişanın bozulduğunu öğrenmiştir³²⁷. Ortalamanın çok üzerinde kiloya sahip birisi, gemi seyahati için tur şirketiyle anlaşmıştır. Yolculuk başladığında, kabindeki yatakların kendisi için çok küçük

³²³ BGB’de yanılma, 1. Kitabın (Genel Hükümler), 3. Bölümünün (Hukuki işlemler) 2. Başlığı altında (İrade Açıklaması), § 119-122 arasında (genel bir kapsamda, iptal hakkıyla ilgili § 124, 142, 143, 144 paragraflarla birlikte) kaleme alınmıştır.

³²⁴ Klausberger, **a.g.e.**, s. 21; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 46; Schwenger, **AT**, N. 37.21; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 769; Brox / Walker, **AT**, N. 416; Zehnder, **a.g.e.**, s. 54. Görüldüğü gibi, kişinin saikin yanlış olup olmadığını belirlerken, gerçeklikle karşılaştırma yapılmaktadır. Gerçeklik kavramı, kişinin zihni dışındaki dünyaya ait olan durum veya olgulardan hareketle belirlendiğinden, bu yanılma türüne “gerçek yanılması” (*Wirklichkeitsirrtum* ya da *Realitätsirrtum*) da denilmektedir. Bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 432.

³²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 46; Schwenger, **AT**, N. 37.21; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 769.

³²⁶ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 100; Eren, **BG**, s. 397.

³²⁷ Bu örneğin doktrindeki çeşitli türevleri için bkz. Titze, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 265; Schwarz, **BG**, s. 305.

olduğunu fark etmiştir³²⁸. Yeni gördüğü ve çok işine yarayacağını düşündüğü teknolojik bir aleti satın alan kimse, daha sonra eve geldiğinde, onun işine yaramayacağını görmüştür. A, ayakkabısını kaybettiğini düşünerek yeni bir ayakkabı almıştır fakat birkaç gün sonra arkadaşlarının ona şaka yapmak için ayakkabısını sakladığını öğrenmiştir. Anneannesinin doğum günü için çiçekçiden bir demet papatya alan X, daha sonra doğumgününe yanlış hatırladığını fark etmiştir³²⁹. A, yaz tatilini geçirmek için lüks bir otelde oda ayırttıktan sonra, doktor ona, bir süredir cilt kanseri olduğunu ve güneşe çıkmaması gerektiğini söylemiştir. Birisi kız arkadaşına hediye etmek için büyük beden kıyafet almıştır, ancak kız arkadaşı gerçekte küçük beden giymektedir. X, çok güzel manzarası olan bir daire satın almıştır ancak daha sonra, komşu arazinin çok katlı bina yapma ruhsatı olduğunu duymuştur³³⁰. Karısına evlilik yıl dönümünde sürpriz yapmak isteyen koca, bir tiyatro oyununa aldığı iki biletle eve döndüğünde, karısının da aynı oyun için bilet aldığını görmüştür. A, oğlunu karate kursuna kaydettirdikten sonra, doktor, oğlunun sağlığı için bu sporu yapmaması gerektiğini söylemiştir³³¹. Bir basketbol takımına yeni direktör olan B, bir basketbolcu için 5 yıllık sözleşme imzaladıktan sonra, aslında takımda bu oyuncudan daha hızlı ve yetenekli oyuncusu olduğunu fark etmiştir³³². Karısı ve kendisi için bir otelde oda kiralayan X, otele geldiğinde kendisine verilen odanın 13 numara olduğunu fark edince batıl inançları olduğunu ileri sürerek sözleşmeyi iptal etmek istemiştir³³³. Yayınevi sahibi olan A, tecrübeli bir editör olan B'yi işe aldıktan sonra, B'nin politik görüşünün kendi görüşüyle uyuşmadığını fark etmiştir. Ve doktrinde sıkça başvurulmuş klasik örnek; İstanbul'a tayini çıkacağından emin olan X, ev kiraladıktan sonra tayininin aslında Ankara'ya çıktığını öğrenmiştir³³⁴.

Görüleceği üzere, bu örneklerin hepsinde, açıklama sahibinin, belirli bir olguya ilişkin tasavvuru gerçeğe uymamaktadır. Yani, gerçek iradesi ile açıklaması arasında herhangi bir uygunsuzluk söz konusu olmamasına karşın, işlem iradesi yanlış tasavvurların etkisi altında oluşmuştur. Şu halde, yanlış değerlendirme, hatalı tahmin,

³²⁸ Schwenzer, **AT**, N. 37.21.

³²⁹ Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 26; Tahiroğlu / Erdoğan, **a.g.e.**, s. 215.

³³⁰ RG, May 31, 1905, RGZ 61, 84 (aktaran Gordley, **a.g.m.**, s. 449).

³³¹ Jewell v. Sports, USA, Inc., 1989 (aktaran Gordley, **a.g.m.**, s. 467).

³³² Eisenberg, **a.g.m.**, s. 1582.

³³³ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 773; Brox / Walker, **AT**, N. 432.

³³⁴ Eren, **BG**, s. 397; Schwarz, **BG**, s. 305; Özkaya, **a.g.e.**, s. 68.

hatalı varsayım gibi kelimelerin saikte yanılmanın farklı ifade şekilleri olduğu rahatlıkla söylenebilir. Dikkat edilirse, bir sözleşme, belirli bir şeyin satın alındıktan sonra işe yarayacağı, o şeyin beklenen değere sahip olduğu, birisini mutlu edeceği gibi çok çeşitli ve kişiye-zamana göre değişebilecek sayısız saikle yapılabilir. Acaba, bu örneklerde de görüldüğü üzere, saikte yanıldığını fark eden kimse, bu durumu ileri sürerek sözleşmeye bağlılığını sona erdirebilecek midir? Bir an için kendimizi, bu örneklerdeki karşı tarafın yerine koyduğumuzda; yanılanın kendi iç dünyasına ait olan tasavvurlarını çoğu zaman bilemeyeceğimizi ve hatta kendi menfaatomuzu bir kenara bırakıp, bunları dikkate almak zorunda olmadığımızı söylememiz gayet doğal bir tepki olmaz mı? Nitekim daha önce de işaret edildiği gibi, güven ilkesi bağlamında alışveriş hayatının istikrarı ve karşı tarafın haklı güveninin korunması ihtiyacı karşısında, saikte yanılma halinde her zaman sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesine izin verilemeyeceği çok açıktır. Nitekim kanunda da, saikte yanılmaların kural olarak esaslı yanılma sayılmayacağına işaret edilmiştir (TBK m. 32)³³⁵. Dolayısıyla, saikte yanılan kimse, ancak belirli şartların varlığına bağlı olarak, yani saik yanılması “esaslı” ise sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Güven ilkesi ve ahde vefa ilkesine karşın, saikte yanılmaların hukuk düzenince dikkate alınması, irade özerkliğinin bir görünümü olarak, son kertede hakkaniyet ve adalet düşüncesine dayanmaktadır³³⁶.

Esaslı saikte yanılmalar, doktrinde çoğunlukla ve tüm saikte yanılma görünümelerini kapsayacak şekilde “temel yanılması” (*Grundlagenirrtum*) olarak ifade edilmekteyse de, biz, “esaslı saikte yanılma” üst başlığı altında, niteliklere ilişkin yanılmaları “esaslı nitelik yanılması”; nitelik dışındaki hususlara ilişkin saikte yanılmaları ise “temel yanılması” adı altında ifade etmeyi daha uygun bulmaktayız. Zira aşağıda ayrıntılı şekilde görüleceği üzere, esaslı nitelik yanılması, sözleşme içeriğine dahil bir saikte yanılma iken; temel yanılmasında, sözleşmenin içeriğine girmeyen bir saikte yanılma söz konusu olmaktadır³³⁷. Ancak bu ayrımın farkında olan bazı yazarların da, gerek ifade kolaylığı açısından, gerek TBK m. 32’de “...yanılanın,

³³⁵ TBK m. 32’nin gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir. Bkz. TBK tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 39/499 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, çevrimiçi, 2.5.2018).

³³⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 308; von Tuhr, **BG**, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 4; Titze, **a.g.e.**, s. 75; Edis, **Hata**, s. 40; Eren, **BG**, s. 396, 397. Aşağıda esaslılık şartları incelenirken daha iyi anlaşılacaktır, ancak şimdilik şu kadarını belirtmek gerekirse, az önce aktardığımız örneklerin hiçbirinde esaslı saikte yanılma söz konusu değildir.

³³⁷ Esaslı nitelik yanılması konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, d.; ayrıca sözleşme içeriği konusunda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3.

yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması...” ibaresinden hareketle, tüm esaslı saikte yanılmaları “temel yanılması” olarak aktaran genel görüşe uydukları görülmektedir³³⁸.

2. Saik Kavramının Diğer Yakın Kavramlarla İlişkisi

a. Saik

“Sözleşmenin içeriği” başlığı altında ana hatlarıyla açıklandığı üzere³³⁹, hukuki işlemin çekirdeği olan ve belirli bir davranış düzeni (*Handlungsreihe*) gösterdiği kabul edilen irade açıklamasını, hukuki sonuca yönlendiren ilk psikolojik unsur “saiktir (*Motiv, Bewegung*)”. Sözleşme ilişkisine girmek isteyen kişinin işlem iradesi, belirli olgulara ilişkin oluşturduğu çeşitli saiklerin etkisiyle oluşmaktadır. Diğer bir deyişle, kişi, ekonomik ve sosyal gereksinimlerinin farkında olmasından itibaren, bu gereksinimlerini gidermek amacıyla, belirli durumların mevcut olduğunu ya da gerçekleşeceğini tasavvur etmektedir. Bu tasavvur, işlem iradesinin oluşumuna etki ettiği, iradeyi güdülediği takdirde, saik niteliğine kavuşmaktadır. Kısacası, sözleşme yapmak için kişiyi harekete geçiren düşünce ve tasavvurlara saik denilmektedir³⁴⁰.

³³⁸ Esaslı nitelik yanılmalarının sözleşme içeriğine dahil hususlara ilişkin olduğuna, temel yanılmalarının ise sözleşme içeriğine girmeyen hususlara ilişkin olduğuna işaret eden ve böylece söz konusu ayırmadan hareket eden yazarlar dahi (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 17; Schwenzer, **AT**, N. 37.29; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 107, 108; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 96; Huguenin, **AT**, N. 509; Emre Şive, **Sözleşmelerin Esaslı Saik Hatası Sebebi ile İptali**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2005, s. 53 vd.; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Schwarz, **BG**, s. 306; Eren, **BG**, s. 397), İsviçre-Türk hukuku doktrininin büyük bir bölümü gibi, tüm esaslı saikte yanılmaları “temel yanılması” kavramı altında ele almaktadırlar (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 16 vd.; Schwenzer, **AT**, N. 37.23; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 133, 139; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 401, 402; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 115, 324; Huguenin, **AT**, N. 507; Schwarz, **BG**, s. 307; Eren, **BG**, s. 403; Şive, **a.g.e.**, s. 57; karşı. Koller, **AT**, § 14 N. 38 vd.).

Bu bağlamda, Kocayusufpaşaoğlu, haklı olarak, esaslı saikte yanılma hükmündeki (eBK m. 24/1 b. 4) “akdin lüzumlu vasıfları” ifadesinin “akdin zorunlu temeli” şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmakta ve temel yanılması şartlarının aynı zamanda “işlem temeli (*Geschäftsgrundlage*)” kavramıyla birebir örtüştüğünü ileri sürmektedir (Necip Kocayusufpaşaoğlu, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 503-514, s. 508, 511; bu konuda ayrıca bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3)). Bununla birlikte, yazar, nitelik yanılmasına ilişkin açık hüküm öngörmemiş olan İsviçre-Türk hukukunda, bu tür yanılmaların, temel yanılması adı altında anılmamasının daha doğru olacağını da ifade etmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 101). Keza Zehnder’in, saikte yanılmaları; sözleşme konusunun ya da sözleşme tarafının niteliğine ilişkin olanlar ve sözleşmeye yabancı fiili olgulara ilişkin olanlar şeklinde ikiye ayırması da tezde benimsediğimiz yaklaşımla örtüşmektedir (Zehnder, **a.g.e.**, s. 55).

³³⁹ Bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3.

³⁴⁰ Zehnder, **a.g.e.**, s. 17; Klausberger, **a.g.e.**, s. 25; Edis, **Hata**, s. 11, 12; Bischoff, **a.g.e.**, s. 9; Eren, **BG**, s. 396; Turgut Uygur, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt I, Madde 1-236, 3.

Ancak, her saik, aslında bir tasavvur ya da tasavvurlardan meydana gelmekteyken; her tasavvur, saik statüsünde değildir³⁴¹. Bu farkı, yukarıda aktardığımız bisiklet örneğiyle göstermek gerekirse; A, mezuniyet hediyesi almak için bisiklet mağazasına girdiğinde, satıcının kendisine gösterdiği bir bisikletin tekerleklerine bakmış ve bunun ormanda da sürülebileceğini düşünmüştür. Ancak bisikleti aldıktan sonra, hem kuzeninin aslında mezun olmadığını, hem de bisikletin ormanda sürülemeyeceğini öğrenmiştir. Burada A'nın işlem iradesini oluşturmasıyla, kuzeninin mezun olduğunu ilişkin yanlış değerlendirmesi arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunduğundan, bu tasavvur artık "saik" haline gelmiştir. Oysaki A'nın bisikletin ormanda sürülmeye elverişli olduğu yönündeki düşüncesi, sözleşmeyi yapması bakımından karar verdirici özellikte değilse, bu düşünce, sadece iradenin oluşumunu etkilemeyen sayısız tasavvurlardan birisi olarak kalmıştır³⁴². Buradan hareketle, aslında her sözleşme ilişkisinin, iradeyi harekete geçiren bir saikten kaynaklandığı söylenebilir³⁴³.

Saik, kişinin iç dünyasından kaynaklanan tek taraflı bir tasavvur olduğu için, kural olarak hukuken dikkate alınmaz³⁴⁴. Bunun yanı sıra, söz konusu saik, açıklama muhatabı tarafından bilinmesi ya da bilinecek durumda olması halinde dahi kural olarak işlem içeriğine girmez. Buna bağlı olarak, saikin gerçeğe uygun olmaması, yanılana herhangi bir "sözleşmesel talepte" bulunma imkanı vermez. Ancak önemle belirtelim ki, saikin sözleşme konusu şeyin veya sözleşme tarafının (ya da sözleşmeyle ilgili üçüncü kişinin) niteliklerine ilişkin olması halinde, irade açıklamasının güven ilkesine göre yorumuyla sözleşme içeriğine girdiği kabul edilmektedir³⁴⁵.

Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2013, m. 32, s. 340; Yavuz, **TBK Şerh**, m. 30 s. 353; Şive, **a.g.e.**, s. 51.

³⁴¹ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 15; Klausberger, **a.g.e.**, s. 8, 9.

³⁴² Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 15, 16; Klausberger, **a.g.e.**, s. 8, 9.

³⁴³ Schwarz, **BG**, s. 319; Canbolat, **a.g.e.**, s. 80.

³⁴⁴ Bununla birlikte, saiklerin istisnai olarak; esaslı saikte yanılma durumunda (TBK m. 32), aldatma halinde (TBK m. 36), aşırı yararlanmada (TBK m. 28), gelecekteki olgulara yönelik saiklerde işlem temelinin çöktüğü durumlarda (TBK m. 138), borç olmayan şeyin yanılma nedeniyle ifa edilmesi gibi durumlarda (TBK m. 78/1) hukuken dikkate alınacağını bu vesileyle yineleyelim. Kuşkusuz, kanunda özel hüküm öngörülüş Medeni Hukukun diğer alanlarındaki yanılma ve aldatma halleri de bu kapsama dahildir.

³⁴⁵ Brox, **a.g.e.**, s. 65 vd.; Bischoff, **a.g.e.**, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 100; Eren, **BG**, s. 397; karşı. Flume, **AT**, s. 476 vd.; Flume, **Eigenschaftsirrthum**, s. 80, 81.

Öte yandan, belirli olguya ilişkin tasavvurun, karşı taraf açısından da işlem iradesi oluşturulurken göz önünde bulundurulması, yani onun da irade oluşumunu etkilemiş olması mümkündür. Bu durumda söz konusu tasavvur paylaşılmakta ve bu tasavvur, eğer iki taraf için de sözleşme ilişkisine girmelerinde mutlak belirleyici etkense “ortak tasavvur (*gemeinsame Vorstellung*)”³⁴⁶ olarak adlandırılmaktadır. Ancak, İsviçre-Türk hukukunda, esaslı saikte yanılma için böyle bir şart aranmamaktadır³⁴⁷.

b. Saik ve Amaç

Saik kavramıyla yakından bağlantılı olan kavramlardan birisi “amaç (*Zweck*) kavramıdır. Belirli bir saikle harekete geçen her işlem iradesi, aynı zamanda belirli amaç ya da amaçlara yönelmektedir. Diğer bir deyişle, amaç ve saik arasındaki doğrudan bağlantı ve sebep-sonuç ilişkisi, bunların kişinin zihninde bir arada bulunduğunu göstermektedir³⁴⁸. Amaçlar, doktrinde şu şekilde ayrıma tabi tutulmaktadır: Sözleşmenin diğer tarafının ifa edeceği edimle, kişinin söz konusu işlem kapsamında ulaşmayı arzu ettiği ifa menfaatinin karşılanmasına yönelik doğrudan amaç (nesnel amaç); ve kişinin doğrudan amacına ulaşması vasıtasıyla, sadece kendisini ilgilendiren bireysel gereksinimlerinin giderileceğine yönelik dolaylı amaç (özel amaç). Bu konuda yukarıda açıklama yapıldığı için, burada sadece saik kavramıyla olan ilişkisi özelinde inceleme yapılacaktır.

Amaç kavramının saik kavramıyla ilişkisi iki farklı düzlemde incelenebilir. İlk olarak, hukuki işleme yasal niteliğini veren, hukuk düzenin o işleme bağladığı objektif hukuki sonuçları gösteren ve kişiden kişiye değişmeyecek olan doğrudan amaç, sözleşme içeriğine girmektedirken; aynı şekilde saik vasfında olan dolaylı amaç ise,

³⁴⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 314; von Tuhr, **BG**, s. 287; Karl Larenz, **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: Die Bedeutung "veränderter Umstände" Im Zivilrecht**, 3. Auflage, München und Berlin: C.H. Beck, 1963, s. 36; Zehnder, **a.g.e.**, s. 157, 158; Edis, **Hata**, s. 24. Bu noktada önemle belirtelim ki, “ortak tasavvur” yerine “ortak saik” kavramının tercih edilmesi teknik anlamda daha doğrudur. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, irade oluşumunu etkileyen bir tasavvur, artık iradeyi güdüleyen bir “saik” niteliği kazanmakta ve sayısız diğer tasavvurların önüne geçmektedir. Ancak bu noktanın altını çizmekle birlikte, doktrinde yerleşmiş ve hâlâ kullanılmakta olduğundan, tez boyunca “ortak tasavvur” kavramı da kullanılacaktır.

³⁴⁷ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 2, c.

³⁴⁸ Zitelmann, **a.g.e.**, s. 142, 143; Canbolat, **a.g.e.**, s. 81.

kural olarak sözleşme içeriğine dahil olmamaktadır³⁴⁹. Öte yandan, amaç kavramı daima gelecekteki durum ve olguların tasavvur edilmesiyle ilgiliyken, saikler ayrıca geçmişe ve şu ana ilişkin de olabilmektedirler. Bu nedenle, dolaylı amacın, kişinin farkında olmadan daha önce gerçekleşmiş olduğu ya da gerçekleşme ihtimalinin tamamen ortadan kalktığı durumlar (*Zweckvereitelung*), benimsediğimiz görüş uyarınca yanılma kapsamında yer almamaktadır. Bunlar, ya “şart” ya da duruma göre “amacın boşa çıkması” (genel başlıkla işlem temelinin çökmesi) alanına dahil olacaktır³⁵⁰.

c. Saik ve Hukuki Sebep

Saik ve amaç kavramlarıyla farkının önem arz ettiği bir diğer kavram “hukuki sebeptir (*causa*)”. Sebep, hukuki işlemde tarafların üzerinde anlaştıkları ve işleme hukuki niteliğini veren kazandırma amacıdır³⁵¹. Diğer bir deyişle, sebep, kişinin işlem iradesini açıklarken öngördüğü tipik hukuki amaçtır. Buna karşın, saik ise, bir kimseyi belirli içerikte irade oluşturmak için harekete geçiren güdüdür. Hatta bu fark, Roma hukukunda hukuki sebep için *causa finalis*; saik içinse *causa impulsiva* ifadeleri kullanılarak açıklanmıştır³⁵².

Örneğin kuzenine mezuniyet hediyesi olarak bisiklet alan kimsenin saiki, “kuzenin mezun olmuş olması” ve “bu hediye vererek onu mutlu etmek” (dolaylı amaç şeklindeki saik) iken; bu satış sözleşmesindeki hukuki sebep, “bisikletin

³⁴⁹ Serozan, **Dönme**, s. 357; Canbolat, **a.g.e.**, s. 70, 71, 91; Arat, **a.g.e.**, s. 32. Ancak vurgulanmalıdır ki, dolaylı amacın, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, şart, garanti sözleşmesi veya iradi dönme hakkı konusu yapılarak sözleşme içeriğine dahil edilmesi olanaklıdır.

³⁵⁰ Serozan, **Dönme**, s. 357 vd.; Canbolat, **a.g.e.**, s. 181 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 6, 7; Baysal, **Uyarlanma**, s. 222 vd. Öte yandan, “doğrudan amacın” ifa dışı yoldan gerçekleşmesi (*Zweckerreichung*) ya da ortadan kalkması (*Zweckfortfall*) durumunda ifa imkansızlığı söz konusuyken, “dolaylı amacın” boşa çıkması halinde edimin ifası hâlâ mümkün olmasına karşın, bu ifa, amacı boşa çıkan alacaklının menfaatini karşılayamamaktadır (Serozan, **Dönme**, s. 357 vd.; Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 16; Dural, **a.g.m.**, s. 909; Canbolat, **a.g.e.**, s. 184 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 13 N. 15). Bu konuda Serozan’ın verdiği şu örnek hayli aydınlatıcıdır: Hasta tedavi olmak için bir doktor çağırmıştır ve doktor eve gelene kadar hasta ölmüştür (amacın ortadan kalkması). Ya da hasta, doktor gelene kadar kendiliğinden sağlığına kavuşmuştur (amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi). Şayet hasta, doktor gelene kadar komşusu olan tıp profesöründen tedavisi olmayan bir hastalığa yakalandığını ya da hiçbir hastalığının bulunmadığını öğrenmişse, burada sadece hastanın dolaylı amacı boşa çıkmıştır ve edimin ifası hâlâ imkan dahilindedir (Serozan, **İfa Engelleri**, § 11 N. 1; başka örnekler için bkz. Dural, **a.g.m.**, s. 908).

³⁵¹ Sungurbey, **Borç İkrarı**, s. 3 vd.; Karlı, **a.g.e.**, s. 21; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 3. Buradaki açıklamalarımız iki taraflı hukuki işlemler için söz konusudur. Zira tek taraflı hukuki işlemlerde, hukuki sebebi kazandırmayı yapan kişi belirlemektedir (Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1145).

³⁵² Turgut Önen, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Yargı Yayınevi, 1999, s. 14; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 158.

teslimine karşılık kararlaştırılan bedelin ödenmesidir” (alacak sebebidir). Dolayısıyla, saik, kişiye ve zamana göre değişebilen tasavvur iken; sebep, söz konusu kazandırma işlemine hukuki karakterini veren ve bu tür kazandırmalarda hep aynı kalan tipik hukuki amaçtır³⁵³.

Önemle belirtelim ki, hukuki sebep, kazandırma işlemi (kazandırmanın sebebe bağlılığı) ekseninde ve diğer tarafın malvarlığını artıran tarafın gözünden ele alınmaktadır. Doğrudan amaç ile bağlantılı olması ve yakın benzerlik göstermesine rağmen, hukuki sebebin bazı ayrıksı yönleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, doğrudan amaç, diğer tarafın yerine getireceği edim yükümüne işaret etmekteyken; hukuki sebep, bunun simetrisi olacak şekilde, diğer tarafa kazandırmada bulunan kişinin hangi nihai amaçla edimini ifa edeceğiyle ilgilidir. Yani, satış sözleşmesi üzerinden gidersek, kişi burada doğrudan amacına (diğer tarafın ifa etmesine) ulaşmak için (alacak sebebiyle), kendisi bir kazandırmada bulunmaktadır. Doğrudan amacın işaret ettiği edimler sözleşme tiplerine göre çeşitlilik göstermekteyken; hukuki sebep, daha soyut bir düzlemde ve bugün doktrinde kabul edilen görüşe göre, başlıca ifa sebebi (*causa solvendi*), alacak sebebi (*causa credendi*) ve bağışlama sebebi (*causa donandi*) şeklinde görünüm arz etmektedir³⁵⁴. Öte yandan, hem doğrudan amacın hem de hukuki sebebin, saiklerin aksine, hukuki işlemin içeriğine girdiği burada bir kez daha hatırlanmalıdır³⁵⁵. Bununla birlikte, hukuki işlemin geçerliliği için, doğrudan amaçta olduğu gibi, tarafların hukuki sebep üzerinde de anlamış olmaları gerekmektedir³⁵⁶.

d. Saik ve Şart

Kişilerin iradelerini açıklarken, arzu ettikleri hukuki sonucu, henüz bilinmeyen ve gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan şüpheli bir olguya bağlaması “şart (*Bedingung, condicio*)” olarak ifade edilmektedir. Böylelikle bir taraf, gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinden emin olmadığı, ancak işlem iradesini oluştururken dikkate aldığı, gelecekteki bir durum veya olguya ilişkin tasavvurunu, karşı tarafın da

³⁵³ Sungurbey, **Borç İkrarı**, s. 6; Karlı, **a.g.e.**, s. 25; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 160.

³⁵⁴ Sungurbey, **Borç İkrarı**, s. 5; Karlı, **a.g.e.**, s. 24, 25; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 77, 78. Bu üçlü sebep ayrımının sınırlayıcı olmadığı, diğer bir deyişle, teminat sebebi, yenileme sebebi vb. sebep türlerinin de var olduğu, doktrinde genel kabul görmektedir. Bu konuda bkz. Sungurbey, **Borç İkrarı**, s. 5, 6; Karlı, **a.g.e.**, s. 24 vd; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1150.

³⁵⁵ Bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3.

³⁵⁶ Sungurbey, **Borç İkrarı**, s. 4; Karlı, **a.g.e.**, s. 22.

kabul etmesiyle, hukuki sonucun gerçekleşmesi (geciktirici) ya da ortadan kalkmasına yönelik (bozucu) şart haline getirebilmektedir³⁵⁷. Dikkat edilirse, kişilerin irade özerkliğini alanını genişleterek, geleceğe yönelik hukuki işlemler kurabilmesine yarayan şart kurumu, tarafların anlaşmasıyla sübjektif esaslı nokta haline gelmekte ve sözleşme içeriğine dahil olmaktadır³⁵⁸. Ancak, işlemin hüküm ve sonuçlarının doğmasının (veya ortadan kalkmasının) gelecekteki belirsiz bir olguya bağlanabilmesi için, öncelikle bu olgunun, ilgili taraf açısından sözleşmenin kurulmasında olmazsa olmaz önemde olması ve bunun da güven ilkesine göre, karşı tarafça anlaşılabilir olması gerekmektedir. Böylelikle, tarafların, şartlı işlem bilinciyle işlem içeriğine dahil ettikleri söz konusu şüpheli olgu, hukuki işlemin kurulması ile hukuki sonuçların doğması (veya ortadan kalkması) arasında askı görevi görerek, sözleşmenin etkinlik unsuru niteliğini kazanmaktadır³⁵⁹.

Burada önemle belirtelim ki, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen söz konusu olgunun, sadece taraflar açısından şüpheli olması, diğer bir deyişle, sübjektif belirsizlik göstermesi yeterli sayılmamaktadır. Bu bakımdan, şüpheli olgunun tarafların bakış açısı dışında da belirsiz olması (objektif belirsizlik) gerekir³⁶⁰.

Bu çerçevede denilebilir ki, saiklerin ancak gelecekteki belirli olgulara ilişkin olmaları halinde, sözleşmeye şart olarak bağlanmaları ve böylece hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını etkilemeleri mümkündür. Örneğin yaz tatili için lüks bir otelde oda ayırtan bir kimse, daha sonra iş yerinden izin alamamıştır. Bu durumda, bu kişinin “iş yerinden izin alacağına” ilişkin saikin boşa çıkması, ona otel ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeye ya da oteldeki konaklama süresinin ileriye alınmasına ilişkin herhangi bir hak vermemektedir. Hâlbuki bu kişi, sözleşmenin hukuki etkisini, iş yerinden izin alıp almayacağı şeklindeki şüpheli olguya bağlayarak, irade

³⁵⁷ Sirmen, **Şart**, s. 1; Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 7, 8.

³⁵⁸ Sirmen, **Şart**, s. 6; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 14 vd.

³⁵⁹ Sirmen, **Şart**, s. 14 vd., 33.

³⁶⁰ Sirmen, **Şart**, s. 47; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 24; Klausberger, **a.g.e.**, s. 23. Doktrinde objektif belirsizlik kapsamında ileri sürülen bir görüş, söz konusu olgunun belirsizliğinin epistemolojik anlamda tüm insanlık için geçerli olması gerektiğini (mutlak belirsizlik) kabul etmektedir. Buna karşın diğer görüş ise, şart konusu olgunun teorik düzeyde bilinebilir niteliğe olmasına rağmen, sadece insan bilgisinin henüz buna ulaşmamış olmasının yeterli olacağını (nispi belirsizlik) savunmaktadır. Burada atfı yaptığımız yazarların da içinde bulunduğu görüş, nispi belirsizliğin yeterli olduğu yönündedir. Bu bakımdan, şayet mutlak belirsizlik olması gerektiği savunulursa, örneğin bir maden araştırmasında, arazinin altında altın bulunup bulunamayacağı hiçbir zaman şart olarak sözleşmeye konulamayacaktır. Bu konuda bkz. Sirmen, **Şart**, s. 49 vd.; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 26 vd.

açıklamasında bu durumu belirtseydi ve karşı taraf da kabul etseydi, sözleşmeyi şarta bağlamış olacaktır.

Bu konuda önem kazanan bir diğer husus, geçmişe ve şimdiye ait olgulara ilişkin tasavvurların, gerçeğe uygun olup olmadığı konusunda şüphe söz konusu olsa dahi, bunların şart olarak sözleşmeye dahil edilme imkanının bulunmamasıdır. Zira bu durumda objektif bir belirsizlik değil, tarafların o olgulara ilişkin sübjektif bir bilgisizliği söz konusudur³⁶¹. Hemen vurgulayalım ki, bu olguların daha sonra gerçeğe uygun olmadığına anlaşılması, saikte yanılma da teşkil etmeyecektir. Çünkü mevcut olguların gerçeğe uygun olup olmadığından şüphe duyan kimsenin yanıldığından da bahsedilemeyecektir. Zira daha önce işaret edildiği üzere, bilinçli bir bilgisizlik ya da yanılmaya ilişkin şüphenin varlığı, yanılma kavramının dışında kalmaktadır. Kuzenin mezun olduğunu düşünerek ona bisiklet hediye etmek isteyen kişi örneğinde, bu kişinin satıcıya “kuzenim gerçekten mezun olmamışsa, bu bisikleti size iade edip, paramı geri alırım” dediğini varsayarsak; burada gelecekte bir olgu olmadığı için şart söz konusu olmadığı gibi; ayrıca bu kişinin, kuzenin mezun olup olmadığına ilişkin şüphesi veya bilinçli bir bilgisizliği, (saikte) yanılma ihtimalini de bertaraf edecektir³⁶². Zira yanılmanın varlığı için, söz konusu saikin gerçeğe uygun olduğundan emin olmak gerekmektedir³⁶³.

B. Açıklamada Yanılma

Açıklama sahibinin, farkında olmadan gerçek iradesine uymayan bir açıklama yapması halinde, açıklamada yanılma (*Erklärungsirrtum*) ortaya çıkmaktadır. Burada açıklama sahibi, iradi kararını belirli bir içerikte oluşturmuş olmasına rağmen, açıklama sırasında (öneri veya kabul açıklamasını yaparken) söz, yazı veya herhangi

³⁶¹ Sirmen, *Şart*, s. 51, 52; Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 75, 76; Klausberger, *a.g.e.*, s. 23, 24.

³⁶² Bu tür durumlar için doktrinde, “geçmiş zaman ve şimdiki zaman şartları” (*Vergangenheits-und Gegenwartsbedingungen*) terimi kullanılmaktaysa da, bunların teknik anlamda “şart” olarak tasnif edilemeyeceği haklı olarak vurgulanmaktadır (Sirmen, *Şart*, s. 78; Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 75, 76). Öte yandan, bu tür sübjektif belirsizlik arz eden ve en azından bir tarafın bilinçli bir bilgisizlik içinde olduğu olgulara ilişkin kayıtlara “ön olay” (*Voraussetzung*) denilmektedir (Ancak bu kavram, aşağıda incelenecek olan *Windscheid*’ın kuramsallaştırdığı *Voraussetzung* kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (2)). “Ön olayın” hukuki işleme etkileri konusunda açıklamalar için bkz. Sirmen, *Şart*, s. 78 vd.; Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 75 vd.; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 790, 791.

³⁶³ Burada önemle belirtelim ki, kuzenin mezun olup olmadığına ilişkin şüphenin bulunmadığı olasılıkta dahi, temel yanılmasının şartları gerçekleşmediği için, yanılan kişinin yanılmayı ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirebilmesi mümkün değildir.

bir davranışıyla bu iradeden sapmakta ve gerçekten istemediği bir açıklama ile bağlı kalmaktadır. Başka bir anlatımla, irade açıklanırken ortaya çıkan gerçeğe uygun olmayan tasavvur nedeniyle, gerçek irade ile muhataba bildirilen açıklama arasında uygunsuzluk meydana gelmektedir³⁶⁴. Açıklama sahibi, burada açıkladığı şeyi istememekte veya istemediği şeyi açıklamaktadır³⁶⁵.

Açıklamada yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğini etkilemesi, tarihsel açıdan çok eskilere dayanmaktadır. Bu bağlamda, Klasik Hukuk Dönemi sonrası Roma hukukunda benimsenmiş olan, Ortak Hukuk döneminde kabul edilen ve Tarihçi Hukuk Okulu zamanında da, *Savigny* tarafından rafine edilmiş haliyle, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin çoğuna dahil olmuş olan açıklamada yanılma, esas itibarıyla irade ilkesine dayanmaktadır. Hatta *Savigny*'ye göre, burada irade oluşumunda herhangi bir sakatlık söz konusu olmadığından, bu yanılma türü gerçek olmayan yanılma (*unechter Irrtum*) olarak nitelendirilmelidir³⁶⁶.

Açıklamada yanılma, daha önce de değinildiği üzere, ancak sözleşmenin normatif uygunluğa göre kurulduğu olasılıklarda söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, tarafların açıklamaya farklı anlam yüklediği; yani görünürde açıklamaların uygun olmasına rağmen, tarafların gerçek iradelerinin birbiriyle örtüşmediği (doğal ilişkinin bozulduğu) hallerde, sözleşmenin kurulup kurulmadığı güven ilkesine göre tespit

³⁶⁴ Flume, **AT**, s. 415, 416; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 301; Bucher, **AT**, s. 196; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 8; Brox / Walker, **AT**, N. 411; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 45; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 28; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 2; Schwenger, **AT**, N. 37.03; Koller, **AT**, § 14 N. 100; Zehnder, **a.g.e.**, s. 26; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 810; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 71; Reiser, **a.g.e.**, N. 26; Eren, **BG**, s. 398; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 93. Öte yandan, yanılmanın gerçekte açıklamak istediğinden farklı bir şey açıkladığı durumları ifade eden genel anlamdaki açıklamada yanılmalar dışında, yanılmanın gerçekte hiçbir şey açıklamak istememesine rağmen, davranışının karşı tarafça güven ilkesine göre yorumlanması sonucunda irade açıklaması olarak kendisine yüklendiği haller de, açıklamada yanılma teşkil etmektedir. Fiil iradesi veya açıklama iradesinin söz konusu olmadığı durumları ilgilendiren bu tür yanılmaların nasıl ortaya çıkabileceğini daha önce aktardığımızdan sadece gönderme yapmakla yetiniyoruz (Bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, C, 2). Bunların, genel ve yerleşik anlamdaki açıklamada yanılmalarından yapısal anlamda herhangi bir farkı bulunmadığı için, burada ayrıca belirtme gereği görmüyoruz (ancak açıklamada yanılmanın esaslılığı konusunda ispat yükü açısından gündeme gelebilecek farklılık için bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, e.). Öte yandan OR 2020'de (İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısında), açıklamada yanılmanın bu doğrultuda iki şekilde ortaya çıkabileceği m. 38/2 b.2'de "*wenn sie überhaupt nichts hat erklären wollen oder etwas wesentlich anderes erklärt hat, als sie erklären wollte*" şeklinde ifade edilmektedir.

³⁶⁵ Bork, **a.g.e.**, N. 785; Turhan Esener, **Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1-40)**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 122; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 201.

³⁶⁶ Flume, **AT**, s. 440; Titze, **a.g.e.**, s. 12, 13; Lichti, **a.g.e.**, s. 55 vd.; Eren, **BG**, s. 398.

edilmektedir. Burada eğer sözleşmenin normatif anlamda kurulduğu sonucuna varılırsa, bu aynı zamanda şunu göstermektedir: Taraflardan birinin gerçek (iç) iradesi ile güven ilkesine göre yorumlanan açıklaması arasında uygunsuzluk bulunmaktadır; diğer bir ifadeyle, gerçek iradesi ile ortak sözleşme iradesi arasında farklılık ortaya çıkan taraf açıklamada yanılmaktadır. Yine bu noktada aklımızda tutmamız gereken temel ilke, her zaman “yorumun iptalden önce gelmesi ilkesi”dir. Zira bu ilke çerçevesinde, bazen görünürde açıklamada yanılma olarak zannedilebilecek haller, TBK m. 1’e göre, sözleşmenin fiili uygunluğa göre kurulması ya da uyuşmazlık (*dissens*) nedeniyle kurulmaması sonucunda, TBK m. 31 vd.’ndaki açıklamada yanılma hükümlerinin uygulanmasına imkan bırakmamaktadır³⁶⁷.

Açıklamada yanılma, TBK m. 31’de (OR m. 24/1 b. 1-3) kategoriler halinde ve örnekleyici şekilde; “sözleşmenin niteliğinde yanılma”, “sözleşmenin konusu şeyde yanılma”, “sözleşmenin tarafı olan kişide yanılma”, “sözleşme yapılırken dikkate alınan kişide yanılma”, “edimin miktarında yanılma” olarak sıralanmıştır. Ayrıca TBK m. 35’de (OR m. 27) düzenlenen “iletmede yanılma” da bu kapsama dahildir³⁶⁸.

Doktrinde ve bazı mahkeme kararlarında, esas olarak Alman hukukunun³⁶⁹ da etkisiyle, açıklama yanılmalarının genel bir bakış açısıyla iki temel gruba

³⁶⁷ Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, B, 2.

³⁶⁸ Buradaki örnekleyici tasnif, esas itibarıyla Ortak Hukuk döneminin kalıntısı olarak İsviçre-Türk Borçlar Kanunu’na dahil olmuş olup, § 119/1 BGB’de böyle bir kategorilendirmeye rastlanmamaktadır. Öte yandan TBK m. 31 (OR m. 24)’deki “...*özellikle (namentlich)*” ibaresi, Ortak Hukuk geleneğinden kısmen bir kopuşu simgelemekte ve hâkime, farklı açıklamada yanılmaları da dikkate alabilmesi yönünde takdir hakkı vermektedir (Goltz, *a.g.e.*, s. 62). Bununla birlikte, yeni kanuna, eBK’da bulunmayan bir yanılma türü olarak “sözleşme yapılırken dikkate alınan kişinin kimliğinde yanılma” eklenmiş ve TBK m. 31/1 b. 4’de bu yanılma türü, “*yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa*” şeklinde ifade edilmiştir. Ortak Hukuk döneminin sınırlayıcı bakış açısıyla belirlediği yanılma kategorilerinden vazgeçilerek, “açıklamada yanılmanın” genel ve kapsayıcı bir ifadeyle düzenlenmesi düşünülebiyecekken, benzerine herhangi bir hukuk düzeninde rastlanmayan böyle bir yanılma türünün maddeye dahil edilmesi şaşırtıcıdır. Kaldı ki, zaten maddedeki “özellikle” ibaresinin de işaret ettiği üzere, açıklamada yanılmaların sınırlı sayıda olmadığı açıkken, bu yönde bir düzenleme değişikliğinin sebebini anlamak güçtür. Gerekçede bu eklemenin neden yapıldığı hususunda, herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır.

³⁶⁹ Bu ayrımı ilk olarak *Zitelmann* geliştirmiş olup, BGB’nin hazırlık çalışmalarında, yanılma kurumu düzenlenirken yazarın irade analizinden hareket edilmiştir (Schmidlin, *BerKomm*, Vorbem. Art. 23-27, N. 81; Goltz, *a.g.e.*, s. 184, 185; Kramer, *Irrtum*, N. 20). *Zitelmann*, bu ayrımı, henüz 1879’da yayınladığı eserinde son derece ayrıntılı psikolojik analizlere dayanarak; “*irrtums im Bewusstsein*” ve “*irrtums im Absicht*” şeklinde yapmıştır (bu konuda bkz. *Zitelmann*, *a.g.e.*, s. 367 vd., 430). Öte yandan açıklamada yanılmayı düzenleyen § 119/1 BGB’de, bu ayrımın şu şekilde ifade edildiği görülmektedir: “*Bir irade açıklaması yaparken, açıklamanın içeriğinde yanılmış olan veya bu içerikte bir açıklama yapmayı hiç istememiş olan kimse, eğer gerçek durumu bilseydi ve makul şekilde değerlendirseydi, bu açıklamayı hiç yapmayacağı anlaşılıyorsa, açıklamayı iptal edebilir*”.

ayrılabilirliği kabul edilmektedir: (i) “açıklama fiilinde yanılma” (*Irrtum im Erklärungsakt, Irrung*) ve (ii) “açıklama içeriğinde (anlamında) yanılma” (*Inhaltsirrtum, Irrtum über den Inhalt der Erklärung*)³⁷⁰.

1. Açıklama Fiilinde Yanılma

Açıklama fiilinde yanılma durumunda, açıklama sahibi gerçek iradesini açıklarken başvurduğu söz, yazı ve diğer davranış şekillerinde (açıklama araçlarında) yanılmaktadır. § 119/1 BGB’de “*bu içerikte bir açıklama yapmayı hiç istememiş olan kimse*” şeklinde işaret edilen bu olasılıkta, açıklama sahibi açıklamada bulunurken, dikkatsizlik, bir anlık konsantrasyon kaybı veya dalgınlık sonucunda, yanlış konuşmakta, yanlış yazmakta, yanlış işaret kullanmakta veya yanlış bir davranış sergilemektedir³⁷¹. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına konu olan olaydaki gibi, şayet bir dükkânın vitrininde sergilenen yüzüğün fiyat etiketine 13.800 frank yazılmak istenirken, 1.380 frank yazılmışsa böyle bir yanılma söz konusu olacaktır³⁷².

³⁷⁰ Flume, **AT**, 418, 419, 450 vd.; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 33; Bucher, **AT**, s. 197, 199; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 302; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 38, 39; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 814 vd. (bu yazarlar, daha farklı bir sınıflandırma yaparak açıklamada yanılmaları üç ana gruba ayırmaktadırlar: (i) Dar anlamda açıklamada yanılmalar; bunlar da kendi içinde, açıklama fiilinde yanılma ve açıklama içeriğinde yanılma şeklinde iki alt kümeye ayrılmaktadır; (ii) iletmede yanılmalar ve (iii) açıklama iradesinin bulunmadığı bir davranışın, yorum sonucunda irade açıklaması olarak hüküm doğurması şeklindeki yanılmalar); Huguenin, **AT**, N. 473; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 47; Titze, **a.g.e.**, s. 13, 14 (yazar, söz konusu ayrımı ayrıca “*error in faciendo*” ve “*error in iudicando*” şeklinde ifade etmektedir); Schwenzer, **AT**, N. 37.05; Eren, **BG**, s. 399; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 9; BGE 57 II 284 (servat.unibe.ch). Öte yandan, bu ayrımın “*mechanical errors*” (mekanik yanılmalar) ve “*interpretive mistakes*” (yorum yanılmaları) şeklinde ifade edildiği de görülmektedir (Eisenberg, **a.g.m.** s. 1575). Yazarın terim olarak “*error*” ve “*mistake*” ayrımına gitmesi ise bilinçlidir. Zira ona göre, vücut hareketlerinin o anlık reflekslerle mekanik şekilde iradedden sapması “*error*” olarak nitelendirilebilecekken; daha genel anlamda yanılma kavramı ise “*mistake*” kelimesinde karşılığını bulmaktadır. Öte yandan, yazarın, açıklama yanılmalarına üçüncü bir tür olarak “*mistranscriptions*”ı (yanlış transkripsiyonu) da eklediği görülmektedir (bu konuda bkz. **A.g.e.**, s. 1584-1612). Sonuç olarak belirtelim ki, bu ayrım pratik açıdan önem arz etmemektedir; zira her iki tür açıklamada yanılmaya da kanun tarafından aynı sonuç bağlanmış ve esaslı olmaları halinde yanılana sözleşmeyi iptal etme yetkisi verilmiştir (Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 746).

³⁷¹ Flume, **AT**, s. 418, 450; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 38; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 34; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 746; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 302; Bucher, **AT**, s. 197; Bork, **a.g.e.**, N. 840; Zitelmann, **a.g.e.**, s. 367, 368; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 39; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 3; Koller, **AT**, § 14 N. 101; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 815; Klausberger, **a.g.e.**, s. 140; Huguenin, **AT**, N. 490; Brox / Walker, **AT**, N. 412; Dieter Schwab / Martin Löhnig, **Einführung in das Zivilrecht, Einschliesslich BGB – Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007, N. 602; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 47; Titze, **a.g.e.**, s. 13; Zehnder, **a.g.e.**, s. 176; Schwenzer, **AT**, N. 37.06; Reiser, **a.g.e.**, N. 27; Antalya, **a.g.e.**, s. 308. Bu tür açıklamada yanılmaların, dikkatli bir muhatap tarafından daha kolay fark edileceği, bu nedenle de güven ilkesine göre yorumun çoğunlukla yanılan lehine olacağı (sözleşmenin ya hiç kurulmayacağı ya da yanılanın gerçek iradesine göre kurulacağı) görüşünde bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 41.

³⁷² BGE 105 II 23 (bger.ch).

Burada açıklama sahibi, iradesini sağlıklı oluşturmuş olmasına karşın, bu iradeyi açıkladığı sırada “hâlâ 13.800 frank” yazdığını düşünerek gerçek duruma (1.380 frank) uygun olmayan yanlış bir tasavvur oluşturmuş ve açıklaması iradesinden sapmıştır. Şu halde denilebilir ki, açıklama filinde yanılma durumunda, henüz karşı tarafın anlayışı devreye girmeden açıklama ile irade arasında bir uygunsuzluk gerçekleşmektedir.

Doktrinde, beyaza (açığa) imza, okunmamış belgeye imza ve iletmede yanılma hallerinin bu kapsamda ele alındığı görülmektedir³⁷³. Bunların yanında, bilgisayar yazılımlarındaki sorunlar nedeniyle, girilen verilerin değişmesi ya da farklı şekilde iletilmesi sonucu ortaya çıkan açıklamada yanılmaların da bu kapsama dahil olacağı belirtilmektedir³⁷⁴.

2. Açıklama İçeriğinde (Anlamında) Yanılma

Bu yanılma türünde ise, açıklama sahibi, § 119/1 BGB’de belirtildiği üzere “*bir irade açıklaması yaparken, açıklamanın içeriğinde*” yanılmaktadır. Yani iradesini açıklamak için seçtiği araçları (söz, yazı veya diğer davranış şekillerini) gerçekten istemiş olmasına rağmen, bu açıklamaya, güven ilkesine göre verilecek anlamdan farklı bir anlam yüklemektedir³⁷⁵. Diğer bir anlatımla, açıklama yapıldığı sırada, henüz gerçek irade ile açıklama arasında herhangi bir uygunsuzluk bulunmamakta; ne zaman ki bu açıklama, muhataba yöneltilmekte, işte o aşamada muhtabın açıklamaya bağladığı objektif anlam, söz konusu uygunsuzluğu (yanılmayı) ortaya çıkarmaktadır.

Örneğin A’nın Kanada doları olarak anlaşılacağını düşünerek 100 dolar üzerinden öneride bulunması ve B’nin güven ilkesi çerçevesinde, “dolar” ibaresinden Amerikan doları anlamını çıkarması durumunda bu yanılma türü söz konusu

³⁷³ Bucher, **AT**, s. 197, 198; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 302; Titze, **a.g.e.**, s. 14; Flume, **AT**, s. 450 vd., 455; dolaylı olarak aynı görüşte bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 47; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 40 vd. (yazarın iletmede yanılmayı bu kapsamda açıkça zikretmediği görülmektedir); Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 3.

³⁷⁴ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 746; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 39; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 35 vd.; Schwenger, **AT**, N. 37.08a.

³⁷⁵ Flume, **AT**, s. 418, 419, 457; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 43; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 38; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 745; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 302; Bucher, **AT**, s. 199; Bork, **a.g.e.**, N. 826; Zitelmann, **a.g.e.**, s. 372 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 39; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 8; Koller, **AT**, § 14 N. 101; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 815; Klausberger, **a.g.e.**, s. 142, 143; Huguenin, **AT**, N. 490; Brox / Walker, **AT**, N. 411; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 600; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 47, 48; Titze, **a.g.e.**, s. 13, 14; Zehnder, **a.g.e.**, s. 176, 177; Reiser, **a.g.e.**, N. 27; Schwenger, **AT**, N. 37.09; Antalya, **a.g.e.**, s. 308.

olmaktadır³⁷⁶. Burada A'nın yanılması, iradesini açıklarken, dolar ibaresinin B tarafından da haklı olarak Kanada doları şeklinde yorumlanmaya elverişli olduğuna yönelik gerçeğe uygun olmayan tasavvurundan (zira bu açıklama, güven ilkesine göre Amerikan doları anlamına gelmektedir) kaynaklanmaktadır.

İrade açıklamasında, açıklama sahibinin özensizliği nedeniyle “fiil iradesi” ve “açıklama iradesi”nin bulunmadığı hallerde; eğer açıklama muhatabının, açıklamadan çıkardığı anlama dair güveni korunmaktaysa, sözleşmenin kurulmuş olacağını yukarıda belirtmiştik. İşte açıklama sahibinin bu nitelikteki yanılmaları da, kanaatimizce açıklama içeriğinde yanılma kapsamına dahil edilebilir³⁷⁷.

Açıklama içeriğinde yanılmalar, pratikte daha çok, belirli bir alana (uzmanlığa) ilişkin terminolojinin bilinmemesi, yabancı dile hâkim olunmaması, kullanılan kısaltmalara farklı anlam verilmesi, bir şeyin isminin yanlış bilinmesi vb. durumlarda meydana gelecektir³⁷⁸. Bu iki yanılma türü arasındaki ayrımı daha da netleştirmek adına belirtelim ki, açıklamanın içeriğinde yanılan kimse, çoğunlukla kendi yorumunun doğru olduğunda ısrar edecekken; açıklama fiilinde yanılan kimse, kendisine tekrar sorulduğunda, yanlış konuştuğunu ya da yanlış yazdığını çoğu zaman kabul edecektir³⁷⁹. Öte yandan, bu ayrımın hukuki anlamda pratik bir öneminin bulunmadığı; zira sonuçta iki halde de irade ile açıklama arasında uygunsuzluk bulunduğundan sözleşmenin iptal edilebileceği burada gözden uzak tutulmamalıdır³⁸⁰. Alman hukukunda bu ayrıma gidilmesi, burada İsviçre-Türk hukukundaki gibi kazuistik sayma yöntemi benimsenmemiş olduğundan ve bu nedenle açıklamada

³⁷⁶ Başka bir örnek: Yabancı birisi İsviçre’de bir daire kiralamak istemiş ve bu doğrultuda kiraya verene, “birinci kat daireyi” istediğini belirten yazılı bir öneride bulunmuştur. Kiraya veren ise, bu ifadeyi “girişin üstündeki daire” olarak yorumlayarak öneriyi kabul etmiştir. Ancak daha sonra, daireyi gören kiracı, kendi ülkesindeki anlayışa göre, birinci kat dairenin “zemin kat daire” anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Burada sözleşme, güven ilkesi gereğince kiraya verenin anlayışına göre kurulmuştur. Böylece kiracının gerçek iradesi ile (girişin üstündeki daireye ilişkin kurulan) sözleşme içeriği arasında uyumsuzluk ortaya çıkmıştır (örnek için bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 302 dn. 5).

³⁷⁷ *Flume ve Kocayusufpaşaoğlu*, bu tür açıklamada yanılma hallerini, söz konusu iki gruba da dahil etmemekte, bu durumlar için üçüncü bir kategorinin var olması gerektiğini savunmaktadırlar (bkz. *Flume*, **AT**, s. 449, 450; *Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 48 dn. 29). Hemen belirtelim ki, hangi görüş kabul edilirse edilsin bunun pratik bir sonucu bulunmamaktadır. Zira yanılanın her hâlükârda TBK m. 31 gereğince açıklamada yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilme imkanı mevcuttur. Aynı sonuç Alman hukuku için de geçerlidir (bkz. *Brox / Walker*, **AT**, N. 428).

³⁷⁸ *Schwenzer*, **AT**, N. 37.09; *Staudinger / Singer*, **a.g.e.**, § 119 N. 43; *Reiser*, **a.g.e.**, N. 27; *Eren*, **BG**, s. 399.

³⁷⁹ *Eisenberg*, **a.g.m.**, s. 1612.

³⁸⁰ *Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 48; *Titze*, **a.g.e.**, s. 14 dn. 11.

yanılmanın daha anlaşılır ve kapsayıcı şekilde düzenlenmesine hizmet ettiğinden doğal karşılanmalıdır.

C. Ayrımın Yerindeliği

1. Sorunun Ortaya Konulması ve Doktrindeki Görüşler

Modern hukuk sistemlerinde, özellikle Alman hukuku ve İsviçre-Türk hukukunda, yanılma hükümlerinin çerçevesini belirleyen saikte yanılma ve açıklamada yanılma şeklindeki klasik ayrım, bazı yazarlar tarafından doktrinde eleştirilmiş ve bu ayrımın yerinde olmadığı yönünde çeşitli argümanlar ileri sürülmüştür.

Bu ayrımın yerindeliği tartışmasını sağlıklı yürütebilmek için, ilk önce saptamamız gereken husus şudur: İrade açıklamasının temel unsurları olan irade ve açıklama arasında, kronolojik olarak birbirini mutlaka dışlayan (sıralı olarak birbirinin yerini alan, sanki iradenin görevini bitirip yerini açıklamaya bıraktığı) bir ilişki bulunmamakta; açıklama anında dahi, söz konusu irade ve onu harekete geçiren saikler hâlâ varlığını sürdürmektedir. Keza daha önce de belirtildiği üzere, irade açıklaması bir bütün olarak yürürlüğe girmektedir³⁸¹.

Öte yandan, gözden uzak tutulmaması gereken bir diğer nokta da, aslında her açıklamada yanılmanın, aynı zamanda bir saikte yanılma içerdiğidir³⁸². Hatta bu husus, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında da açıkça ifade edilmiştir³⁸³. Gerçekten de, bir anlık konsantrasyon kaybı nedeniyle kitapçıya X kitabını değil de, Y kitabını işaret ettiysem, burada açıklamada bulunurken, söz konusu Y kitabını gerçeğe aykırı bir tasavvur ile X kitabı sanmaktayım. Şu halde, yanılma kavramıyla saikte yanılma kavramının birbiriyle bu açıdan örtüştüğü görülmektedir. Ancak bu özdeşliğin klasik ayrıma zarar verdiği düşünülmemelidir; zira daha önce de belirtildiği üzere “gerçeğe uygun olmayan tasavvur”, saikte yanılma halinde iradeyi oluşum aşamasında sakatlarken; açıklamada yanılma halinde ise, iradeyi açıklama sırasında sakatlamakta

³⁸¹ Bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 2, a.

³⁸² Zweigert, **a.g.m.**, s. 415; Zitelmann, **a.g.e.**, s. 435; Goltz, **a.g.e.**, s. 63 (ve s. 64’de sayılan yazarlar); Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 10; aksi görüşte bkz. Klausberger, **a.g.e.**, s. 26, 27.

³⁸³ BGE 34 II 523 (servat.unibe.ch). 1908 tarihli bu kararda, “açıklama içeriğinde yanılmanın” (*Inhaltsirrtum*) aynı zamanda saikte yanılma teşkil edeceği belirtildikten sonra, şu sonuca varılmaktadır: Her türlü yanılma, özünde bir saikte yanılma değildir. Karara ilişkin ayrıca açıklamalar için bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 63 dn. 54; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 208.

ve bunun sonucunda gerçek irade ile açıklama arasında uygunsuzluk ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, açıklamada yanılmaların içerdiği saikte yanılmalar, bizim kabul ettiğimiz anlamda (teknik anlamda) saikte yanılma teşkil etmemektedir. Bunlara her zaman açıklamada yanılma hükümleri uygulanacaktır. Keza kanunda saikte yanılmaya ilişkin düzenlemelerde (örneğin TBK m. 32’de saikte yanılmanın kural olarak esaslı olmadığı ifade edilirken), irade ile açıklama arasında uygunsuzluğa yol açmayan saikler kastedilmektedir³⁸⁴. Şu çerçevede denilebilir ki, her açıklamada yanılma özü itibarıyla bir saikte yanılma iken, her saikte yanılma bir açıklamada yanılmaya neden olmayabilir³⁸⁵. Ancak bu durum, söz konusu ayrıma herhangi bir zarar vermemektedir.

İradenin, daha önce zihinde tasavvur edilen amacı gerçekleştirmek üzere hukuki sonuca yönelirken geçirdiği olağan psikolojik evreler, *Zitelmann*’ın deyiimiyle, bir “davranış sırası (*Handlungsreihe*)” izlemektedir. Buna göre, ilk olarak ekonomik veya sosyal bir gereksinimin fark edilmesiyle birlikte, belirli olguya ilişkin bir tasavvur üretilmekte ve bu gereksinimin tatmin edilmesi amacına yönelik işlem iradesi, açıklama iradesi ve fiil iradesini kapsayan “irade” oluşmaktadır. Bunun ardından da, söz konusu iradeye uygun bir açıklamada bulunmaktadır³⁸⁶.

Bu süreçte bazı saiklerin, “ara saikler” (*Zwischen Motive*) olarak³⁸⁷ devreye girerek, iradi karar oluşumunu etkilemesi mümkün olduğu gibi; açıklama sırasında ortaya çıkarak, irade ile açıklama arasındaki bağlantıyı bozması da mümkündür. Dolayısıyla, burada önemli bir ayrıma geliyoruz: Saikler, irade açıklaması sürecinde, deyim yerindeyse alt-akım olarak her zaman varlığını korumakta ve iki tür işlev görmektedir (*zwei funktionell Motivarten*). İlk olarak hukuki sonuca yönelen bir irade meydana getirerek, hukuk işlemin içeriğini oluşturmakta; daha sonra da bu iradeyi açıklayarak yürürlüğe sokmaktadır. Dolayısıyla, irade açıklaması boyunca, “iradi kararın saikleri” ve “açıklamanın saikleri” şeklinde iki tür saik olduğu

³⁸⁴ Flume, *Eigenschaftsirrtum*, s. 28 dn. 63; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 50.

³⁸⁵ Zitelmann, *a.g.e.*, s. 435 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 51.

³⁸⁶ Zitelmann, *a.g.e.*, s. 91 vd., 142; Fikentscher, *a.g.e.*, 23 vd.; Bu konuda ayrıca bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 2.

³⁸⁷ Bu kavram ve bunun irade açıklaması sürecindeki fonksiyonları için bkz. Fikentscher, *a.g.e.*, s. 22 vd.

söylenebilecektir³⁸⁸. Hiç kuşkusuz, iradi kararın saikleri de, açıklama sırasında hâlâ var olmaktadır; ancak irade oluştuktan sonra, artık belirleyici olma özelliğini kaybettiklerinden, açıklamanın içeriğini değiştirerek açıklamada yanılmaya yol açmaları söz konusu değildir.

Kocayusufpaşaoğlu'nun konuyu aydınlatan örneğini³⁸⁹ temel örneğimize uyarlayarsak; kuzeninin mezun olduğunu düşünerek ona bisiklet hediye etmek isteyen A, bir internet sitesinde gördüğü X model ve uygun fiyatlı bisikleti beğenir. Bu bisiklet için öneride bulunurken, dalgınlıkla, diğer modele çok benzeyen, Y model ve hayli pahalı olan bisikleti seçmiştir. Daha sonra A, kuzeninin aslında mezun olmadığını, bir süredir okuldan uzaklaştırıldığını öğrenir. Şu durumda, A'nın hem saikte yanıldığı hem de açıklamada yanıldığı ortadadır. Fakat A'nın iradi kararının (yani satış sözleşmesi yaparak, ödeyeceği bedel karşılığında bisikleti teslim alma kararının) saiki, kuzeninin mezun olduğunu düşünmesidir ki, bu da esaslı olmayan bir saikte yanılma teşkil etmektedir. Öte taraftan, iradi kararın oluşturulmasından sonra, her ne kadar "kuzeninin mezun olduğu" düşüncesi hâlâ varlığını korumaktaysa da, bu saik, açıklamanın gerçek iradede sapmasına yol açmamıştır. Burada X yerine Y'ye ilişkin açıklamada bulunulmasına neden olan saik başka bir saik olup, iradenin oluşumundan sonra, ani bir dalgınlık, dikkatsizlik vb. nedenlerle (ara saik olarak) devreye girmiş ve irade ile açıklama arasındaki bağlantıyı bozmuştur. Hiç şüphesiz, burada A, dilediği yanılma türüne dayanmakta serbesttir. Ancak olayda adi saikte yanılma söz konusu olduğundan, kendisine sözleşmeyi iptal etme hakkı veren açıklamada yanılmaya (sözleşme konusu şeyde yanılmaya) başvurması kendi menfaatine olacaktır³⁹⁰.

Esas olarak irade ilkesi kılavuzluğunda ve yanılanın bakış açısına göre tasnif edilmiş olan saikte yanılma ve açıklamada yanılma ayrımının, amaca uygun bir ayrım

³⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 51 (ve orada dn. 38'de anılan yazar); Zweigert, **a.g.m.**, s. 415, 416; karşı. Titze, **a.g.e.**, s. 40, 41.

³⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 51.

³⁹⁰ Öte yandan, yukarıda belirtildiği üzere, açıklamada yanılmalarda, açıklama sırasında ortaya çıkan gerçeğe uygun olmayan tasavvur nedeniyle açıklamanın iradede saptığı durumlarda, teknik anlamda bir saikte yanılma söz konusu olmadığından, yanılan kimsenin açıklamada yanılma yerine saikte yanılmaya dayanması mümkün değildir (aynı görüşte bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 50 ve orada dn. 34'te anılan yazarlar). Buradan çıkan sonuç özetle şudur: Aynı anda gerçekleşen saikte yanılma (teknik olmayan anlamda) ve açıklamada yanılma varsa, bu durum açıklamada yanılma olarak telakki edilecektir. Fakat bu yanılmalar farklı zamanlarda, yani hem iradenin oluşumunda, hem de daha sonra iradenin açıklanmasında ortaya çıkmışsa (tıpkı yukarıdaki bisiklet örneğindeki gibi), yanılan iki yanılma türüne de dayanabilir. Zira bu olasılıkta iki farklı gerçeğe aykırı tasavvur, iki ayrı yanılmaya yol açmıştır.

olup olmadığı konusuna iki çarpıcı örnekle başlamak istiyoruz. Bu bağlamda, neden açıklamada yanılmalarının kural olarak esaslı; saikte yanılmaların ise kural olarak esaslız yanılma teşkil ettiğinin ve bu ayrımın “esaslılık” kriterinde tek başına belirli olup olmayacağının daha net tartışılabilmesi için, olayı açıklama muhatabının gözünden aktarmak yol gösterici olabilir. Satıcı S, organizatör A’nın bir doğum günü organizasyonu için kendisinden 100 şişe şarap ısmarlaması üzerine, bu öneriyi kabul etmiş ve şarapları A’ya göndermiştir. Daha sonra A, S’ye bir mektup yazarak, doğum gününe katılan kişilerin alkol kullanmadıklarını yeni öğrendiğini ve bu nedenle şarapları iade etmek istediğini belirtmiştir. Burada A’nın adi saikte yanılması, sözleşmeyi ortadan kaldırabilme imkanı vermemektedir. Şayet, aynı örnekte A, S’ye mektup yazarak, gerçekte 10 şişe ısmarlayacakken yanlışlıkla (*lapsus calami*) 100 şişe yazdığını söylerse (ve bunu ispatlarsa), A’nın açıklamada yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür³⁹¹.

Başka bir örnek: Satıcı S, A’ya “39 numara” kadın ayakkabısı satmıştır. Bir gün sonra A, ayakkabı dükkânına gelir ve eşinin ayakkabı numarasını yanlış hatırladığını iddia ederek, ayakkabıyı iade edip parasını geri almak ister. İkinci olasılıkta ise, A dükkâna gelir ve gerçekte “38 numara” ayakkabı almak isterken, o anda cep telefonuna gelen mesajlara cevap verdiği için yanlışlıkla “39 numara” ayakkabının paket edilmesini söyler. Dikkat edilirse, iki örnekte de satıcıdan istenen şeyin aynı olmasına ve tamamen alıcıyı ilgilendiren, deyim yerindeyse satıcıda pekâlâ “beni ilgilendirmez!” düşüncesi doğuran bir sebep ileri sürülmesine rağmen, ilk olasılıkta adi saikte yanılan alıcı eli boş dönecekken; ikinci olasılıkta, sırf açıklamada yanılma söz konusu olduğu için satıcının parayı iade etmesi gerekecektir. Acaba burada iki farklı hukuki sonucu haklı kılan bir gerekçe var mıdır sorusu, bizi doğrudan bu ayrımın yerindeliği tartışmasına götürmektedir.

Açıklamada ve saikte yanılma şeklindeki klasik ayrımın terkedilmesi gerektiğini ileri süren yazarların başında *Titze* gelmektedir. Yazara göre, yanılma hallerinin tümünde aslında bir saikte yanılma gerçekleştiğinden (yazar, yukarıda aktardığımız açıklamada yanılmaların içerdiği saikte yanılmalara gönderme yapmaktadır) söz konusu ayrım yerinde değildir. Diğer taraftan, işlem iradesinin içeriği doğru şekilde tespit edildiği takdirde, klasik görüş tarafından saikte yanılma olarak adlandırılan

³⁹¹ Bu örneğin tarafımızca uyarlanmamış hali için bkz. Zweigert, **a.g.m.**, s. 405.

hallerin de (yani bizim kabul ettiğimiz anlamdaki saikte yanılmaların da), gerçekte açıklamada yanılma teşkil ettiği görülecektir. Şu halde, hukuki anlamda sadece “yanılma” kavramından bahsedilmesi gerekmekte ve bu da açıklamada yanılmaya karşılık gelmektedir³⁹².

Titze’yi bu sonuca götüren argümanlardan birisi şudur: Klasik ayırımdaki saikte yanılma durumunda, belirli olguya ilişkin saik, sadece işlem iradesini oluşturmakla kalmayıp, onun içeriğine dahil olabilmektedir. Zira işlem iradesinin içeriğinde sadece hukuki sonuçlar (amaçlar) değil, ayrıca pratik ve ekonomik sonuçlar (amaçlar) da yer almaktadır. Yazarın örneğine göre, evlenecek arkadaşlarına gümüş ekmek sepeti hediye etmek için satış sözleşmesi yapan kişinin (alıcının) bu saiki, ekonomik ve pratik bir sonuca yöneldiğinden (hukuki sonuçlarla birlikte) işlem iradesinin kapsamına girmektedir. Şu halde işlem iradesinin içeriğinde; eşyanın mülkiyetinin satıcı tarafından devredilmesi, satış sözleşmesinin kurulması ve gümüş ekmek sepetinin arkadaşlara düğün hediyesi olarak verilecek olması (bizce bu dolaylı amaca karşılık gelmektedir) sonuçları bulunmaktadır. Şayet sözleşme kurulurken alıcının arkadaşları nişanı bozmuşsa, bunu bilmeyen alıcının iradesi hatalı oluşmuş olmasına karşın, güven ilkesine göre yorumlanmış açıklama, bu sonucu (sepetin düğün hediyesi olarak verilecek olması sonucunu) içermediğinden, irade ile açıklama arasında bir uygunsuzluk ortaya çıkacaktır. Başka bir anlatımla, alıcının ekonomik ya da pratik sonuca yönelen saiki işlem iradesine dahil olmakta, ancak alıcı, sözleşmenin kurulmasında mutlak belirleyici olan bu saikini açıklama sırasında muhababa belirtmediğinden, açıklaması böyle bir sonuç (amaç) yokmuş gibi anlaşılmakta ve sözleşme gerçek iradeye aykırı şekilde kurulmaktadır. Demek ki, sözde saikte yanılma olarak kabul edilen durumlar, aslında açıklamada yanılmaya yol açmaktadırlar³⁹³.

Bu argümanın isabetli olmadığı, yukarıda “sözleşmenin içeriği”ne ilişkin açıklamalarımızdan da anlaşılacaktır³⁹⁴. Zira saiklerin kural olarak (şart³⁹⁵ ya da nitelik yanılması olasılıkları dışında) hukuki işlemin içeriğine girmediği, neredeyse görüş birliğiyle kabul edilmektedir. Dolayısıyla olayda, adi saikte yanılan kişinin,

³⁹² Titze, **a.g.e.**, s. 11 vd., 43.

³⁹³ Titze, **a.g.e.**, s. 34-40.

³⁹⁴ Sözleşmenin içeriği konusunda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3.

³⁹⁵ Burada tekrar hatırlatalım ki, geleceğe ilişkin saiklerin, ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan şüpheli olgulara ilişkin oldukları takdirde hukuki işlemin geçerliliğini etkilemeleri mümkündür.

“arkadaşlarına düğün hediyesi vermek” şeklindeki saiki, işlem iradesine dahil olmamakta, sadece iradeyi harekete geçiren saik görevini görmektedir. Böylelikle, irade ile açıklama arasında herhangi bir uygunsuzluk ortaya çıkmamaktadır³⁹⁶.

Klasik ayrıma itiraz olarak ileri sürülmüş bir diğer argüman ise, çeşitli yazarlar tarafından da işaret edilen, bu ayrımın hesap yanılması durumlarında adaletsiz sonuçlara yol açabileceğidir. *Titze* burada şu örnekleri veriyor: Alıcının kendisinden en uygun fiyat teklifi istemesi üzerine, satıcı, sözleşme konusu 100 kilo dövülebilir demirin kilo fiyatını 8.90 mark olarak belirtmiştir. Alıcının bu öneriyi kabulü üzerine, satıcı, bu fiyata ulaşırken bazı masraf kalemleriyle ilgili matematiksel hatalar yaptığını; aslında önermesi gereken fiyatın 9.35 mark olması gerektiğini fark etmiştir³⁹⁷. *Titze*’ye göre, eğer bu örnekte, satıcı öneride belirttiği fiyatı doğru hesaplamalar yaparak oluşturmuş olsaydı (9.35) ve fakat bu iradesini yanlışlıkla 8.90 üzerinden açıklasaydı, burada bir açıklamada yanılma (edimin miktarında yanılma) olduğu için sözleşmenin iptal edilebileceği söylenecektir. Hâlbuki ilk durumda, hesaplama yaparken çarpma veya toplama hatası yapan, bazı masraf kalemlerini unutan kimsenin saikte yanılmaya düştüğü ileri sürülerek, sözleşmeyi ortadan kaldıramayacağı kabul edilmektedir. Şu durumda, yanlış hesaplayan ile yanlış ifade eden arasındaki bu çifte standart adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır³⁹⁸. Bu itibarla, yazarın yukarıdaki argümanı ile paralellik oluşturacak şekilde, yanlış hesaplamanın açıklamada yanılma olduğu kabul edilmelidir³⁹⁹.

Ayrımın yerindeligi tartışmasıyla ilgili olarak, bu noktada *Von Tuhr*’un hesap yanılması konusundaki farklı görüşünü de aktarmak yararlı olacaktır. Yazarın görüşünü şu örnek üzerinden vermeyi uygun görüyoruz⁴⁰⁰: Alıcı, içinde 10.000 adet odun bulunduğunu varsayarak, kendisine önerilen odun deposunu satın almıştır. Ancak gerçekte depoda bulunan odun sayısı 5.000’dir. Burada, alıcının odun deposunu satın almaya yönelen iradesi ile açıklaması arasında herhangi bir uygunsuzluk söz konusu değildir. Buna karşın, odun sayısına ilişkin yanlış değerlendirmesi, iradesini oluşum anında sakatlamış ve saikte yanılmaya yol açmıştır. *Von Tuhr*, burada bir saikte

³⁹⁶ Aynı görüşte bkz. Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 27 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 53, 54.

³⁹⁷ *Titze*, **a.g.e.**, s. 27.

³⁹⁸ *Titze*, **a.g.e.**, s. 28 vd.; karş. Simonius, **Vertrauensprinzip**, s. 273 vd.

³⁹⁹ *Titze*, **a.g.e.**, s. 24, 28.

⁴⁰⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 305; von Tuhr, **BG**, s. 283.

yanılma olduğunu kabul etmekle birlikte, 10.000 adet yerine, dikkatsizlikle 5.000 adet diyen kimsenin hukuken korunmasına karşın; yaptığı hesap hatası yüzünden 5.000 diyenin, sözleşmeyi iptal edememesini adaletsiz bulmaktadır. Bu durumu eşitlemek adına şu şekilde bir argüman ileri sürmektedir: TBK m. 31/1 b. 5 (edimin miktarında yanılma, eBK m. 24/1 b. 3), sadece açıklamada yanılmalara ilişkin olmayıp, eğer menfaatlerin uzlaştırılması gerekmekteyse, saikte yanılmaların da pekâlâ bu bent kapsamında esaslı yanılma sayılabilmeleri mümkündür⁴⁰¹. Bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve saikte yanılmaların ancak TBK m. 32'deki (eBK m. 24/1 b. 4) şartların varlığı halinde esaslı yanılma statüsü kazanabileceği belirtilmiştir⁴⁰².

2. Sonuç ve Görüşümüz

Yukarıda aktardığımız, saikte yanılma ve açıklamada yanılma şeklindeki klasik ayırımdan vazgeçilmesi yönündeki görüşün isabetli olmadığını; bilakis gerek pozitif İsviçre-Türk hukuku bağlamında, gerek aşağıda belirteceğimiz *de lege ferenda* gerekçeler nedeniyle, söz konusu ayırımın yerinde olduğunu düşünüyoruz. Bu kapsamdaki açıklamalar aynı zamanda saikte yanılma ile açıklamada yanılma arasındaki farkları da ortaya koyacaktır.

- Öncelikle *Titze*'nin öne sürdüğü, mevcut ayırımın terkedilerek tüm yanılma hallerinin yeknesak şekilde “yanılma” kavramı altında ele alınması fikrini, işlem güvenliğinin ve karşı tarafın güveninin korunması esasları açısından fevkalade tehlikeli buluyoruz. Zira kanun koyucu, menfaatler durumunu göz önünde bulundurarak, irade ilkesinin baskın olduğu yanılma kurumunu bir ölçüde sınırlamayı amaçlamış ve saikte yanılmaların kural olarak esaslı olmadığını kabul etmişken, yanılanı daha da fazla koruyan bu yönde bir görüşün savunulabilir bir tarafının olmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan *Titze*'nin de bu tehlikeyi fark ederek, tüm yanılmalar için geçerli olacak şekilde ve esas itibarıyla “risk alanı” kriterinden hareketle farklı esaslılık şartları

⁴⁰¹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 305; von Tuhr, **BG**, s. 28; von Tuhr, **Mängel**, **NF 15**, s. 300.

⁴⁰² Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 54; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 105; Bachmann, **a.g.e.**, s. 32; Goltz, **a.g.e.**, s. 64. Eski BK döneminde m. 24'ün kenar başlığı “*hata halleri*” iken, *von Tuhr*'un bu zorlama görüşüne en azından şeklen itiraz edilemeyebilirdi. Fakat artık TBK m. 31'in kenar başlığının “*açıklamada yanılma*” şeklinde ifade edilmesi üzerine, bu görüşün lafzi olarak dahi savunulma imkanının kalmadığı rahatlıkla söylenebilecektir.

önerdiğini burada belirtmek gerekiyor⁴⁰³. Keza § 122 BGB’de öngörölmüş olan, sözleşmenin iptali halinde yanılanın kusursuz tazminat sorumluluğu da, belki bir ölçüde yazarın görüşünün aşırılığını törpüleyecek niteliktedir. Hâlbuki İsviçre-Türk hukukunda sözleşmenin iptalinde kusur sorumluluğu öngörüldüğünden, bu görüşün yanılan lehine ölçüsüzlüğü daha da net ortaya çıkmaktadır.

- Niteliği gereği sadece kişiye özel olan saikler, çoğu zaman açıklama muhatabı tarafından bilinmediğinden ve bilinme imkanı da bulunmadığından, bunlara ilişkin yanılma (saikte yanılma), açıklamada yanılmanın aksine son derece “spekülatif” yapıya sahiptir. Bununla bağlantılı olarak, saikler çoğu zaman (işlem içi nitelik yanılmasını veya şart kurumunu saymazsak) işlem içeriğine dahil olmamaktadırlar⁴⁰⁴. Öte yandan, açıklamada yanılmalar ise, sözleşmenin niteliğini, sözleşmenin taraflarını ve sözleşmenin edimini doğrudan etkileyerek “işlem içeriğinde yanılma” teşkil etmektedirler. Bu çerçevede, bir saikin, ne kadar gün yüzüne çıkarak sözleşmeye temas etmişse, hukuki anlamda da o derece dikkate alınabileceği rahatlıkla söylenebilir. Nitekim TBK m. 32’de, yalnız saiklere ilişkin yanılmaların esaslı olmayacağını belirtilmiş olması ve TBK m. 31’de ise açıklamada yanılmaların kural olarak esaslı statüsünde olacağına işaret edilmiş olması, bu hususu doğrulayıcı niteliktedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, açıklamada yanılma durumunda (özellikle açıklama fiilinde yanılmalarda), kişi, bir anlık dalgınlık, dikkatsizlik ve konsantrasyon kaybı gibi nedenlerle iradesine uymayan bir açıklama yapmaktadır. Bu durumlarda, yanılanın, gerçek düşüncesini önceden karşı tarafa açıklayarak kendini koruması söz konusu değildir⁴⁰⁵. Hâlbuki iradenin oluşumu anında belirli olguya ilişkin saikinin gerçeğe uymadığından şüphelenen kimsenin, bazı durumlarda, bunu bir şart olarak karşı tarafa kabul ettirerek,

⁴⁰³ Titze, **a.g.e.**, s. 52, 53. Yazarın konstrüksiyonundaki esaslı yanılma şartlarını, “Esaslılık ve Yanılma Kurumunun Diğer Mekanizmaları” başlığı altında incelemeyi uygun bulduğumuzdan burada sadece gönderme yapmakla yetiniyoruz. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, a.

⁴⁰⁴ Flume, **AT**, s. 432; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 162; von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 57.

⁴⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 103, 104; Brox, **a.g.e.**, s. 64, 65. Ancak hemen belirtelim ki, doğası gereği irade ilkesinin daha etkin olduğu açıklamada yanılmaların saikte yanılmalarından daha fazla korunması, yanılanın tazminat ödeme yükümü dolayısıyla dengelenecektir. Zira Goltz’un da isabetle belirttiği üzere, açıklamada yanılanın neredeyse her zaman kusuru vardır (Goltz, **a.g.e.**, s. 99; aynı görüşte bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 2; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 26 N. 2; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 26; Henrici, **a.g.e.**, s. 149).

sözleşmenin geçerliliği için tamamlayıcı bir unsur haline getirebilmesi mümkündür⁴⁰⁶.

Bu noktada, doktrinde hesap yanılması özelinde ileri sürülen ve buradan hareketle ayırımın yerindeliliğini destekleyen şu görüşü de aktarmak gerekiyor. Bu görüşe göre, yanlış hesaplama işlemleri sonucunda ulaştığı bir fiyat üzerinden yaptığı açıklamayla bağlı olan kişinin (“odun deposu satışına ilişkin hesap hatası” ve *Titze*’nin “demir satışına ilişkin hesap hatası” örneklerinde olduğu gibi), isterse söz konusu hesap işlemini (saikini) açıklamasına dahil ederek, karşı tarafın dikkatini çekebilmesi ve böylelikle korunabilmesi mümkündür. Bu durumda, açıklama muhatabının, söz konusu açıklamayı güven ilkesi çerçevesinde açıklama sahibinin gerçek iradesine göre anlaması gerekeceğinden, sözleşme yanlış hesap üzerinden değil, doğru hesap üzerinden kurulacaktır. Oysaki açıklamada yanılma halinde, bu tür yanılmaların doğası gereği böyle bir tedbir alınması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, daha önce yaptığı hesaplama işlemleriyle doğru ulaştığı fiyatı, dikkatsizlikle o anda farklı açıklayan kimsenin (açıklamada yanılanın) böyle bir imkanı yoktur⁴⁰⁷.

Aynı akıl yürütmenin İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da yapıldığı görülmektedir: Karara konu olayda bir inşaat şirketi, çok katlı bir apartmanın inşası işini aldıktan sonra, bunun için gerekli beton yapıların daha önceden hazırlanması amacıyla başka bir firma ile eser sözleşmesi yapmıştır. İnşaat

⁴⁰⁶ Ancak burada, eğer şart kurumu çerçevesinde bir koruma düşünülmekteyse, mevcut duruma (geçmiş ve şimdiki zamana) ilişkin olgularda bu korumanın kapalı olduğu; zira ancak geleceğe ilişkin şüpheli olgulara yönelik “şart” kurumuna başvurulabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Öte yandan, bazı hallerde, mevcut duruma ilişkin gerçeğin ne olduğundan şüphelenen kimsenin, bu durumun gelecekteki bir olguyla bağlantılı hale getirerek sözleşmeye şart olarak dahil edebilmesi ihtimal dahilindedir. Örneğin telefonunun çalındığını düşünen A, yeni bir telefon almak için satıcıyla sözleşme yapmak istemektedir. Burada şayet A, telefonunun çalındığından emin değilse, söz gelimi arkadaşlarının kendisine şaka yapmış olabileceğini ya da telefonun bir şekilde bulunabileceğini düşünüyorsa, A’nın saikte yanıldığı söylenemez. Çünkü A’nın bilinçli bilgisizliği ya da tasavvurunun gerçeğe aykırı olabileceğine ilişkin şüphesi yanılmayı dışlar. Ancak A, “telefonum bulunacak olursa, sizden aldığım telefonu iade edip, bedelini geri isterim” şeklinde bir ifadeyle, mevcut durumu gelecekteki şüpheli bir olguyla bağlantılı hale getirerek sözleşmeyi şarta bağlayabilir. Burada bir defa daha vurgulayalım ki, bu bir yanılma sorunu değildir; zira A’nın sözleşmeye şart koymayı düşündüğü an, yanılma da doğal olarak ortadan kalkmaktadır. Fakat ne olursa olsun, geleceğe ilişkin saikin şart olarak sözleşmeye dahil edilmesi sayesinde A’nın korunmuş olduğu ortadadır. Bu noktada, sözleşmenin şarta bağlanması için karşı tarafın da bu durumu kabul etmesi gerektiği unutulmamalıdır.

⁴⁰⁷ Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 103, 104; Hans Caspar von der Crone / Urs H. Hoffmann-Nowotny, “Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht”, **Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 104/2008, s. 53-61, s. 58; Brox, **a.g.e.**, s. 65.

şirketi, söz konusu beton yapılar için fiyat teklifini 162.451 frank üzerinden yapmış, ancak daha sonra hesap kalemlerinde yanlışlığını, asıl fiyatın 125.000 frank olması gerektiğini fark etmiştir. İnşaat şirketi öncelikle OR m. 24/3'e dayanarak, Firma'nın açıklamada yanılmayı anlaması gerektiğini ve dolayısıyla ortaya çıkan "adi hesap yanlışlığının" düzeltilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise, olayda saikte yanılma şeklinde bir hesap yanılması olduğunu ve bu yanılmanın da, kanundaki şartlar mevcut olmadığı için (OR m. 24/1 b. 4) esaslı olmadığını belirterek, inşaat şirketinin talebini reddetmiştir. Mahkeme'nin gerekçesinde ise; açıklamada yanılmada, öneriyi yapan kimsenin, belirli hesap işlemlerine ve masraf kalemlerine ilişkin açıklama muhatabının dikkatini çekemeyeceği; oysaki olaydaki gibi saikte yanılma niteliğindeki hesap yanılmalarında, bunun mümkün olduğu ifade edilmiştir⁴⁰⁸.

Doktrinde ve mahkeme kararında belirtilen bu görüşe katılmakla birlikte, yanlış anlaşılmaları önlemek adına şu eklemeyi yapmak zorundayız: Yaptığı hesap işlemini karşı tarafa açıklayarak tedbirli davranan kimsenin, aslında herhangi bir yanılma içinde olduğu söylenemez. Zira o yanılmış olabileceğinin farkında olduğundan, bu konudaki şüphesi yanılmasını bertaraf edecektir. Dolayısıyla, onun bu olasılıkta korunması, yanılma hükümleriyle değil, doğrudan TBK m. 1 hükmüyle olmaktadır. Ancak ne olursa olsun, açıklamada yanılmalarda böyle bir tedbir alınma imkanının olmaması, yine de bu ayrımı haklı kılmaktadır. Öte yandan, saikte yanılma hallerinde, saikini karşı tarafa açıklayan kimsenin, kendisini her zaman koruma altına alabileceği yönünde bir çıkarsama yapılamayacağının altı çizilmelidir. Örneğin alıcının, bisiklet satıcısına söz konusu bisikleti kuzeninin mezuniyeti için aldığını söylemesi ve daha sonra bunun gerçek olmadığını öğrenmesi halinde, saikin satıcıya bildirilmesi, saikte yanılmanın esaslılık şartlarından birisi olan "sözleşmenin zorunlu temeline ilişkin saikin karşı tarafça bilinebilirliği" (TBK m. 32 c. 3) şartını gerçekleştirse de, bu durum yanılmayı tek başına temel yanılması yapmaya yetmemektedir. Bunun için, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralının bu halde sözleşmenin iptalini haklı göstermesi gerekir (TBK m. 32 c. 2).

⁴⁰⁸ BGE 102 II 81 (bger.ch).

Öte yandan, saikte yanılma niteliğindeki hesap yanılması ile açıklamada yanılma (edimin miktarında yanılma) arasındaki hukuki sonuç farklılığının adaletsizliğe yol açtığı yönündeki görüşün endişeleri de çok abartılmamalıdır. Zira söz konusu açıklamada yanılmaların iki açıdan sınırlamaya tabi olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bunlardan birincisi, her ne kadar kişi istediğinden farklı bir rakam yazmış olsa bile, eğer açıklama muhatabı, kişinin yanıldığını “fiilen biliyorsa” veya “bilmesi gerekiyorsa”, açıklama ya yanılanın gerçek iradesine göre hüküm ifade edecek ya da bu iradeye ulaşamıyorsa hiç hüküm ifade etmeyecektir (burada TBK m. 1’in açıklamada yanılmayı bertaraf edici etkisinden söz edilecektir). Dolayısıyla güven ilkesi bu aşamada filtre görevi görmektedir (zira TBK m. 31/2’de “*basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez*” denirken kastedilen de budur).

İkinci olarak, TBK m. 31/1 b. 5’de vurgulanan “*yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçek istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa...*” şeklindeki sınır da, hâkimin halin gereklerini dikkate alarak, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirme yapmasına imkan vermektedir. Böylelikle de, birçok olayda hesap yanılmalarının hukuken dikkate alınmaması gündeme gelebilecektir. Diğer taraftan, saikte yanılma şeklindeki hesap yanılmalarının, eğer şartları mevcutsa esaslı saikte yanılma teşkil edebileceği ve böylelikle sözleşmeyi iptal hakkı vereceği ihtimali de gözden uzak tutulmamalıdır.

- Klasik ayrımın korunması gerektiğine ilişkin bir diğer argüman da şudur: Saikte yanılmalar, sadece “işlem iradesine” ilişkin olabilecekken; açıklamada yanılmalar, fiil iradesinin ve açıklama iradesinin bulunmadığı durumlarda da ortaya çıkabilmektedir⁴⁰⁹.

- Saikte yanılmaların esaslı olabilmesi için, belirli olguya ilişkin saikin, yanılan nezdinde söz konusu işlemin zorunlu temeli olduğunun karşı tarafça bilinebilir olması gerekmektedir (TBK m. 32 c. 3); bu şart açıklamada yanılmalar alanında söz konusu olmamaktadır. Zira açıklamada yanılma halinde muhatap, yanılanın açıklama sırasındaki bu derece önemli saikini biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, bu durum aynı zamanda açıklamada yanılmanın da bilindiği veya

⁴⁰⁹ Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, C, 2.

bilinmesi gerektiği anlamına gelmekte ve artık sorun TBK m. 1 ile çözülmektedir⁴¹⁰. Bu farkın varlığı bile, en azından *de lege lata* söz konusu ayırımın yerinde olduğunu doğrular niteliktedir⁴¹¹.

Öte yandan bununla bağlantılı olan ve ayırımı haklı kılan bir diğer husus, “saikte yanılmanın” (yoksa sözleşmenin temeli olan saikin değil) karşı tarafça bilindiği veya bilinmesi gerektiği hallerde, sözleşmenin iptali karşısında, diğer tarafın TBK m. 35/1 c. 2 uyarınca yanılardan tazminat talep edemeyecek olmasıdır⁴¹². Hâlbuki açıklamada yanılmanın bilinebilirliğinde, artık ortada bir yanılma değil, sözleşmenin kurulup kurulmadığı sorununun ortaya çıkacağına daha önce değinmiştik. Bu noktada, ileride ayrıntılı olarak ele alınacak olmasına karşın yeri gelmişken belirtelim ki, TBK m. 35/1 c. 2 hükmü, sadece saikte yanılmalar için uygulanabilecektir.

- Yine, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte gündeme gelebilecek bir diğer fark, ispat yüküne ilişkindir. TBK m. 32 çerçevesinde esaslı saikte yanılmaya dayanan tarafın, o maddede belirtilen esaslilik şartlarını ispat etmesi gerekirken; açıklamada yanılmaya dayanan tarafın ise, kanunda sayılan açıklamada yanılma türlerinden birisine dayanarak, gerçek iradesi ile açıklaması arasında uygunsuzluk bulunduğunu ispat etmesi yanılmanın esaslılığı için kural olarak yeterlidir⁴¹³.

Bu açıklamalar ışığında özet olarak; gerek pozitif hukuk açısından, gerekse de olması gereken hukuk bağlamında, saikte yanılma ve açıklamada yanılma şeklindeki temel ayırımın yerinde olduğu ve korunması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Ancak önemle belirtelim ki, bu ayırımın yerindeliği, kanundaki esaslilik şartlarının da amaca uygun olduğu sonucunu beraberinde getirmemektedir. Zira yanılmanın hangi şartların varlığına bağlı olarak hukuki işlemin geçerliliğini etkileyeceği konusu, güven ilkesi ve irade özerkliğinin adil bir risk dağılımı amacıyla uzlaştırılması çerçevesinde bir hukuk politikası tercihidir.

⁴¹⁰ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, a ve e.

⁴¹¹ von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 61; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 158.

⁴¹² Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 1.

⁴¹³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 211. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, b ve e.

Alman ve İsviçre-Türk hukukunda, hem kanuni düzenlemeler, hem de menfaatler dengesi (güven ilkesi çerçevesinde) dikkate alındığında, açıklamada yanılmaların kural olarak esaslı, saikte yanılmaların ise istisnai durumlarda esaslı olduğu kabul edilmektedir⁴¹⁴. Hiç kuşkusuz, von Tuhr'un “*tipolojik ayrımın, yanılma konusunda yapılabilecek en uygun ayrım olmadığı, zira yanılma olaylarının psikolojik doğasının bilinmesi ile hukuki bakımdan esaslı oldukları arasında doğrudan bir bağlantı kurulamayacağı*” yönündeki görüşünün de doğruluk payının bulunduğu, burada ayrıca not edilmelidir⁴¹⁵. Gerçekten bize göre de, saikte yanılma ve açıklamada yanılma ayrımı, yanılmanın hukuk işlemin geçerliliğine etkisi bakımından doğrudan belirleyici bir işlev görmemektedir⁴¹⁶. Ancak bu husus ayrımın yerinde olmadığına kanıtı olamaz; zira bir kez daha tekrar edelim ki, yanılmanın esaslılığı ile yanılma hallerinin klasik ayrıma tabi olması farklı konulardır. Kaldı ki, bu ayrımın esaslılık konusunda hiçbir etkisi olmadığı da iddia edilemez. Çünkü saikte yanılma ve açıklamada yanılmanın yukarıda bahsedilen karakteristik özellikleri, hâkime “esaslılık” değerlendirmesinde yol göstererek, esaslılığı da “dolaylı” olarak etkileyebilecektir.

Son olarak, açıklamada yanılma hallerinin, bir taraftan Ortak Hukuk döneminin kazuistik anlayışının bir kalıntısı olarak TBK m. 31’de kategoriler halinde belirtilmesi; öte taraftan, aynı maddede “özellikle” denilerek hâkime (hiç gerek yokken) hüküm içi boşluk bırakılması anlayışından vazgeçilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, TBK m. 33’de (OR m. 27) öngörülen iletmede yanılmanın ayrıca başka bir

⁴¹⁴ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, A.

⁴¹⁵ von Tuhr, **Mängel**, NF 15, s. 300, 301.

⁴¹⁶ Bu ayrımın korunması gerektiğine, ancak yine de tek başına yeterli olmadığına işaret eden Kocayusufpaşaoğlu, bu görüşünü “nitelik yanılmaları” üzerinden desteklemektedir. Yazara göre, nitelik yanılmaları, saikte yanılma olarak ortaya çıkabileceği gibi, açıklamada yanılmaya da yol açabilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 100). Bu nedenle, nitelik yanılmasının varlığı dikkate alındığında klasik ayrımın yetersiz kaldığı görülmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 106). Bu görüşün yerinde olmadığı, yazarın, nitelik yanılmasının her hâlükârda “iki türden” birisi şeklinde görünüm arz edeceğini kabul etmesiyle kendiliğinden anlaşılmaktadır. Zira nitelik yanılmasının, ya saikte yanılma ya da açıklamada yanılma şeklinde ortaya çıkacak olması, aynı zamanda üçüncü bir yanılma türünün var olmadığını dolaylı olarak göstermez mi? Diğer taraftan, esaslı nitelik yanılmalarının diğer esaslı saikte yanılmalarından (temel yanılmalarından) farklı olarak sözleşme içeriğine girmesi, bunların başlı başına farklı bir kategoriye ait olması gerektiğini haklı kılmamaktadır. Çünkü esaslı nitelik yanılmaları da, tıpkı diğer esaslı saikte yanılmalar gibi, “iradenin oluşumu” aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu noktada toparlayacak olursak, nitelik yanılması yapısı itibarıyla ya saikte yanılma teşkil etmekte ve TBK m. 32’ye tabi olmaktadır; ya da bazı hallerde açıklamada yanılmaya yol açabilmekte ve TBK m. 31’in uygulama alanına girmektedir (Bu konuda bkz. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (3)). Bu nedenle, saikte yanılma ve açıklamada yanılmadan ayrı olarak “nitelik yanılması” şeklinde üçüncü bir yanılma türü söz konusu değildir.

madde altında belirtilmesi de kanun yapma tekniği açısından pek doğru değildir. Nitekim gerek son dönemde yapılan uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerine, gerekse de birçok ulusal kanuna bakıldığında, açıklamada yanılmanın kategoriler halinde belirtilmesi anlayışının terk edildiği görüldüğü gibi⁴¹⁷, iletmede yanılma türünün kanunda ayrı bir maddede düzenlenmesinden de vazgeçildiği dikkati çekmektedir⁴¹⁸. Dolayısıyla, *de lege ferenda* bir kanun değişikliğinde, açıklamada yanılma hallerinin (örnekleyici de olsa) bu tarz bir dökümünün yapılmasından vazgeçilmelidir. Bunun yerine, genel ve kapsayıcı bir açıklamada yanılma tanımının yapılması ve esaslılık şartlarının belirtilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz⁴¹⁹.

II. Esaslı Yanılmalar

A. Genel Bakış

İsviçre-Türk hukukunda, yanılmanın sebebinden hareketle ve irade ilkesi ekseninde yapılan saikte yanılma ve açıklamada yanılma şeklindeki klasik ayırmadan farklı olarak, ayrıca “yanılmanın hukuken önemli olması” açısından, esaslı yanılma (*wesentlich*) ve esaslı olmayan yanılma (esassız yanılma, *unwesentlich*) şeklinde bir ayırım daha yapılmaktadır⁴²⁰. TBK m. 30’da (OR m. 23) “*sözleşme kurulurken esaslı*

⁴¹⁷ PECL m. 4:103, PICC m. 3.2.2, DCFR II-7:201 (öte yandan bu metinlerde, açıkça belirtilmese dahi, açıklamada yanılma ve saikte yanılma ayrımı korunmuştur); daha önce belirtildiği üzere, § 119/1 BGB’de de açıklamada yanılmanın genel bir tanımı yapılmış; “açıklama fiilinde yanılma” ve “açıklama içeriğinde yanılma” şeklinde ayırma yer verilmiştir. Görece yeni bir kanun olan 1992 tarihli Hollanda Medeni Kanunu da (BW, *Burgerlijk Wetboek*), “esaslı yanılma” başlıklı m. 6:228’de aynı anlayışı izleyerek, sadece esaslılık şartlarını öngörmüş (f. 1) ve ne açıklamada yanılma ne de saikte yanılma konusunda örnekleyici sayım metodunu benimsemiştir (ancak örtülü de olsa açıklamada yanılma ve saikte yanılma ayırımına yer verilmiştir. Bkz. m. 6:228 f. 1, c). Diğer taraftan, OR 2020 tasarısı m. 38/2 b. 2’de açıklamada yanılma konusunda genel bir tanım yapılmış ve aynı şekilde herhangi bir açıklamada yanılma çeşidinden bahsedilmemiştir. Doktrinde *Meier-Hayoz* da, bu tipolojinin artık “antika eserler müzesine” kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir (*Meier-Hayoz*, **a.g.e.**, s. 179.). Buna karşın İtalyan Medeni Kanunu ise (CCit m. 1433), İsviçre-Türk hukukundaki gibi, açıklamada yanılmaları belirli kategoriler altında ele almaktadır (Bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem Art. 23-27 N. 101; Kramer, **Irrtum**, N. 15).

⁴¹⁸ PECL m. 4:104 (“*Inaccuracy in communication*”), PICC m. 3.2.3 (“*Error in expression or transmission*”) ve DCFR II-7:202 (“*Inaccuracy in communication may be treated as mistake*”)’de açık bir şekilde, iletmede yanılmaların açıklamada yanılma olduğu ifade edilmekte ve bu ikisi tek bir maddede düzenlenmektedir. Öte yandan OR 2020 tasarısında ise, zaten bu tür yanılmaların açıklamada yanılma kapsamına dahil olacağı gerekçesiyle, iletmede yanılma tasarıya alınmamıştır (Bkz. Ernst Wolfgang, **Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale**, Herausgeber: Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2013, Art. 38 N. 10).

⁴¹⁹ Açıklamada yanılmaların esaslılık şartları konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, b ve e.

⁴²⁰ Aynı ayırım Alman hukuku (§ 119 BGB vd.) ve Avusturya hukukunda (§ 871/2, § 872 ABGB) da geçerlidir.

yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz” denilmesine rağmen, esaslıktan ne anlaşılması gerektiği ifade edilmemiştir. Ancak esaslı yanılmaların kapsamını belirtmek amacıyla, TBK m. 31’de, özellikle maddede belirtilen yanılma hallerinin esaslı olacağına işaret edilmiş ve TBK 32’de ise, saikte yanılmaların kural olarak esaslı sayılmayacağı öngörülerek dolaylı bir çerçeve çizilmiştir⁴²¹. Yine aynı maddede, saikte yanılmaların esaslı olabilmesi için gereken şartlar öngörülmüştür.

Açıklamada yanılmalar konusunda ise, temel olarak kazuistik yöntemi benimseyen kanun koyucu, belirli yanılma türlerini sayarak bunların esaslı olacağını belirtmiş olmasına rağmen, bu maddede sayılanlar dışında gündeme gelebilecek bir açıklamada yanılmanın, hangi şartlarla esaslı sayılacağını söylememiştir⁴²². Ancak buradan hareketle, her türlü açıklamada yanılmanın esaslı olacağı şeklinde bir sonuca varılmamalıdır. Zira kanunda anılmayan bir açıklamada yanılmanın esaslı nitelikte olması kadar olmaması da mümkündür. Öte yandan, kanunda bazı açıklamada yanılmaların esaslı olmayacağına işaret edildiği de görülmektedir. Şöyle ki, sözleşmenin tarafının kimliğinde veya sözleşme yapılırken dikkate alınan kişinin kimliğinde yanılmanın, sözleşmenin iptaline yol açabilmesi için, bu kişilerin sözleşme ilişkisi bakımından önem arz etmeleri gerekir (TBK m. 31/1 b. 4). Dolayısıyla, bu şartı karşılamayan açıklamada yanılmalar esaslı yanılma statüsünde kabul edilmeyecektir. Yine, sözleşme konusu şeyin (edimin) miktarında yanılmada da, esaslılık için gerçek irade ile açıklama arasında edimin miktarı bakımından “önemli ölçüde” bir farklılık aranmaktadır (TBK m. 31/1 b. 5). O halde, açıklamada yanılmalar da, saikte yanılmalar gibi, adi (basit) açıklamada yanılmalar ve esaslı açıklamada yanılmalar şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir⁴²³.

⁴²¹ Şu halde, İsviçre-Türk hukukunda açıklamada yanılmaların TBK m. 31 çerçevesinde kural olarak esaslı, saikte yanılmaların ise TBK m. 32 çerçevesinde kural olarak esaslı olduğu söylenebilecektir. Bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 308; von Tuhr, **BG**, s. 281, 285; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 773; Zehnder, **a.g.e.**, s. 28; Koller, **AT**, § 14 N. 11; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 179 vd.; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 1, 2; Klausberger, **a.g.e.**, s. 147; Goltz, **a.g.e.**, s. 67; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 157; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 396; Eren, **BG**, s. 396; Simonius, **Vertrauensprinzip**, s. 274; Özkaya, **a.g.e.**, s. 74.

⁴²² Bucher, **AT**, s. 197; Schwenzer, **AT**, N. 37.10; Zehnder, **a.g.e.**, s. 185, 186.

⁴²³ Önemle belirtelim ki, bu ayrım, açıklamada yanılma hallerinde, saikte yanılmaların aksine, esaslı yanımlarla karşılaşılması olasılığının daha fazla olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Bu durum Alman hukukunda daha açıkça hissedilmektedir. Çünkü Alman hukukunda, sözleşmenin geçerliliğine etki edecek yanımlar; açıklamada yanılma (§ 119/1) ve saikte yanılmanın özel bir türü olan esaslı nitelik yanılması (§ 119/2) olarak düzenlenmiştir. Nitelik dışındaki hususlara, yani fiili olgulara ilişkin yanımlar konusunda ise İsviçre-Türk hukukundaki gibi bir hüküm yoktur. Bu tür yanımlar, ancak § 313/2 uyarınca daha sıkı şartlarda ve ortak

Esaslı yanılma halinde, kanun koyucu sözleşmenin bağlayıcılığını yanılanın kararına bırakmaktadır; diğer bir deyişle, yanılan, kendi kararına göre sözleşme ilişkisini devam ettirebilmekte ya da iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirebilmektedir. Bu bağlamda, “esaslılık” kavramının, sözleşmenin geçerliliğini etkileyen yanılmalara kanun tarafından verilen bir özellik olduğu rahatlıkla söylenebilir⁴²⁴. O halde esaslılık kriterinin temel fonksiyonu, kişinin yanılma nedeniyle iradesinin bozulduğu bir durumda, sözleşmenin güven ilkesi uyarınca kurulmasına rağmen, kişinin kendi risk alanında gerçekleşen bir hadiseyi ileri sürerek, sözleşmesel bağlılıktan kurtulabilmesinin hangi şartlarla mümkün olacağını belirlemektir.

Esaslılık kriterinin, sözleşmeyi iptal hakkı veren ve vermeyen yanılmalarda arasında çizdiği sınırın önemi konusunda, şu örnek aydınlatıcı olacaktır. A, kaybettiği baba yadigarı, köstekli saatin aynısını bir gün bir saatçi vitrininde gördüğünde çok sevinir ve 1.500 TL’ye bu saati satın alır. Ancak daha sonra baba yadigarı saatin evdeki eski bir sandıkta çıkması üzerine, saatçiye gider ve yeni aldığı saati vererek parasını geri almak ister. Buradaki saikte yanılmanın esaslı olmadığı çok açıktır. Ancak yanılmanın esaslılığı kavramının, bize bu örnekte demek istediği şudur: Daha sözleşme kurulurken, nasıl ki saatçiye, “bu saat normalde 1.500 TL ancak baba yadigarı saatine çok benzediği için ve senin bu saate çok değer atfettiğini gördüğümünden, şu halde 3.000 TL ödeyeceksin” diyerek sözleşmeyi bu şekilde A’nın iradesinden bağımsız olarak kurma şansı vermiyorsak; yine sadece A’yı ilgilendiren bir durum nedeniyle, yani kayıp saatin bulunmasından sonra da, bu sözleşmenin onun kararıyla ortadan kalkmasına izin vermemek gerekir.

Doktrinde esaslılık kavramından ne anlaşılması gerektiği, hangi yanılmalarda ne şartlarda esaslı olabileceği ve bunun sonuçları konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Diğer bir deyişle, yanılma kurumunun mekanizmalarının neler olması gerektiği ve nasıl işleyeceği konusunda değişik hukuk sistemlerinden ve doktrinden değişik fikirler elde etmek mümkündür. Yine, tüm yanılma türleri için yeknesak

temelde yanılma (*gemeinsamer Irrtum*) söz konusuysa dikkate alınabilmekte ve işlem temelinin çökmesi sorunu (işlem temelinin baştan eksikliği) olarak ele alınmaktadır. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3).

⁴²⁴ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 6; von Tuhr, **Mängel**, NF 15, s. 300, 301; Klausberger, **a.g.e.**, s. 47; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 133; Brox, **a.g.e.**, s. 6, 7; Huguenin, **AT**, N. 471; Henrici, **a.g.e.**, s. 92; Uygur, **a.g.e.**, m. 30 s. 333; TBK m. 30’un gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir. Bkz. TBK tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 38/499.

uygulanacak esaslılık şartlarının olması gerektiği de önerilmektedir. Bu tartışmaları ve bunlara ilişkin görüşümüzü aktarmadan önce, iki ana başlık altında, “esaslı saikte yanılmaları” ve “esaslı açıklamada yanılmaları” incelemenin; daha sonra ise, bahsedilen tartışmaları ve görüşümüzü farklı bir başlık altında⁴²⁵ ele almanın daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

B. Esaslı Sakte Yanılma

1. Hukuki Niteliği

İradenin oluşumu aşamasında, iradeyi harekeye geçiren belirli olguya ilişkin tasavvurun gerçeğe uygun olmaması anlamına gelen saikte yanılma, eğer TBK m. 32’deki şartları taşıyorsa esaslı saikte yanılma (*qualifizierter Motivirrtum*) mertebesine yükselmekte ve hukuki işlemin geçerliliğini etkilemektedir. TBK m. 32’ye göre bir saikte yanılmanın esaslı (*wesentlich*) olabilmesi için, “yanılanın, *yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması... Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir*”⁴²⁶. Bu bağlamda denilebilir ki, yanılanın iradesini oluştururken tasavvur ettiği belirli bir olgu, onun için sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici etken ise, diğer bir deyişle, olmazsa olmaz şart niteliğindeki bu olgu, onun açısından “sözleşmenin zorunlu temeli” anlamına gelmekteyse; ve yanılanın, söz konusu yanlış tasavvura bu derece önem verdiği, karşı tarafça bilinebilir nitelikteyse; ve aynı zamanda alışveriş hayatındaki benzer ilişkiler ve hâkim görüşler, yanılma konusu belirli olgunun dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmenin temeli sayılmasını haklı gösteriyorsa, esaslı saikte yanılma söz konusu olmaktadır⁴²⁷.

⁴²⁵ Bkz. aş. II. Bölüm, II, D.

⁴²⁶ OR m. 24/1 b. 4: “*wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde*”

⁴²⁷ Bucher, AT, s. 206, 207; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 9; Bachmann, **a.g.e.**, s. 76-78; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 20; Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 86, 87; Huguenin, **AT**, N. 507; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 776; Schwarz, **BG**, s. 302; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 44, 45; Schwenzer, **AT**, N. 37.25 vd. (İsviçre hukuku uygulamasında en çok dava konusu olan yanılma türünün bu olduğu yönünde bkz. **a.g.e.**, N. 37.23). Öte yandan Türk hukuku uygulamasında, özellikle Yargıtay kararlarına bakıldığında bunun tersi bir durumla karşılaşılır. Tespit edebildiğimiz kadariyle yanılmaya ilişkin kararların büyük çoğunluğu açıklamada yanılmaya ilişkindir.

Esaslı saikte yanılmaları düzenleyen TBK m. 32 ile eBK m. 24/1 b. 4 arasında, gerek hükmün ifade tarzı açısından gerekse hükmün içeriği açısından bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Bu farklılıkların hükmün uygulama alanını değiştirip değiştirmeyeceği aşağıdaki açıklamalar ışığında incelenmeye çalışılacaktır. Öte yandan, esaslı saikte yanılma kurumuna ilişkin, özellikle “sözleşmenin zorunlu temeli” kavramı çerçevesinde, doktrinde ve mahkeme uygulamasında şimdiye kadar birçok görüşün ortaya atıldığı görülmektedir. Bu tartışmaların, bugünkü düzenleme için de hâlâ önem arz ettiği konusunda tereddüt edilmemelidir. Zira hem pozitif hukuktaki hem olması gereken hukuktaki esaslı saikte yanılma kavramının hukuki yapısını tam anlamıyla belirleyebilmek, hem de hükmün amacına ulaşabilmek için, doktrin ve mahkeme uygulamasındaki tartışmaların değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla, bu amaç doğrultusunda, hem İsviçre hukukundaki tarihi gelişime hem de eski BK dönemindeki esaslı saikte yanılma düzenlemesine yakından bakılması ihtiyacı doğmaktadır.

a. Tarihi Gelişim Çizgisi İçinde İsviçre-Türk Hukukunda Esaslı Saikte Yanılma

Esaslı saikte yanılma konusunda TBK öncesi dönemdeki merkezi hüküm eBK m. 24/1 b. 4 olup, bu hüküm mehzaz 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) Fransızca versiyonunun aynı numaralı maddesinden iktibas edilmiştir. eBK m. 24/1 b. 4’e göre, “*hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması*” halinde esaslı saikte yanılma söz konusu olur. Bu hükümde, açıkça saikte yanılmadan bahsedilmemiş olmasına karşın, hâkim görüş, düzenlemenin saikte yanılmalara ilişkin olduğunu kabul etmekteydi⁴²⁸. Öte yandan, hâlâ yürürlükte olan İsviçre BK m. 24/1 b. 4’ün Almanca metnine bakıldığında, “*notwendige Grundlage des Vertrages* (sözleşmenin zorunlu temeli)” ifadesine karşılık, eBK m. 24/1 b. 4’de “*akdin lüzumlu vasıfları*” ifadesinin kullanılmış olması, yanlış anlaşılmaya hayli müsaitti⁴²⁹. Ancak

⁴²⁸ Bucher, **AT**, s. 202, 203; Fritz Fick, **Der wesentliche Irrtum im revidierten schweizerischen Obligationenrecht (Art. 23-27)**, Sonderabdruck aus der Festschrift für Georg Cohn, Zürich: Orell Füßli, 1915, s. 622; Kolly, **a.g.e.**, N. 14; Kramer, **Irrtum**, N. 20; Schwarz, **BG**, s. 304; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 39; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 308; von Tuhr, **BG**, s. 285; Huguenin, **AT**, N. 496; Feyzioğlu, **BG**, s. 129.

⁴²⁹ Buradaki ifadeden, saikte yanılmaların sadece sözleşme konusu şeyin ya da kişinin niteliklerine (vasıflarına) ilişkin olması gerektiği sonucunu çıkaran görüş için bkz. Önen, **a.g.e.**, s. 56 vd.; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 262 (zira yazarlara göre, saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için sözleşme içeriğine dahil olması gerekir. Bu da, ancak nitelikte yanılma halinde mümkün olabilecektir. **A.g.e.**’ler)

yine de, doktrinde çoğunlukla, bu ifadenin aslına uygun olarak “sözleşmenin zorunlu temeli” şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmaktaydı⁴³⁰. Keza, yine başarısız bir çeviri olarak görülen “ticari doğruluk” ibaresinin de, Almanca mehzazla uygunluk içinde, “alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralları” (*Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*) şeklinde yorumlanmasının doğru olacağı ifade edilmekteydi⁴³¹.

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun, Medeni Kanun ile uyumlaştırma ve revizyonu amacıyla yeniden kanunlaştırılması sırasında yanılma kurumuna ilişkin bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi OR m. 24/1 b. 4 hükmü olup, bu hüküm 1881 tarihli eski İsviçre BK (eOR)’daki m. 19/3’ün yerine getirilmiştir⁴³². Bu bağlamda, uygulama alanı çok kısıtlı olacak şekilde kaleme alınmış olan ve “dar anlamda sözleşme içi nitelik yanılmalarını” (yani, sözleşme konusu malda gerçekten bulunsaydı, o malın başka bir tür mal kategorisine dahil olmasını sağlayan niteliklerde yanılmaları) ilgilendiren eski madde, yeni bir düzenlemeyle tüm esaslı saikte yanılmaları içerecek tarzda tekrar kaleme alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, eOR m. 19/3’e göre, saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için, bugünkü gibi sadece esaslılık şartlarının gerçekleşmesi yetmemekte, öncelikle hatalı saikin sözleşme konusu şeyin niteliğine ilişkin olması ve ayrıca bu nitelik yanılmasının da, tıpkı Roma hukuku ve Pandekt hukukundaki *error in substantia* gibi, malı başka cinse ait hale getirmesi aranmaktaydı. Öte yandan önemle belirtelim ki, her ne kadar aynı maddede açıklamada yanılmalarla birlikte düzenlenmiş olsa da, buradaki nitelik yanılmasının, mahiyeti itibariyle açıklamada yanılma (sözleşme konusu şeyde yanılma) değil, saikte

⁴³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 130 dn. 264; Schwarz, **BG**, s. 307 dn. 11; Feyzioğlu, **BG**, s. 131 dn. 185 (yazar “akdin temel unsurları” ifadesini kullanmaktadır.). Öte yandan doktrinde, “akdin esasında hata” (Birsen, **a.g.e.**, s. 1944, s. 67), “sözleşmenin esaslı unsurlarında hata” (Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979, s. 47), “akdin zaruri esası” (Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, C. I-II, 3. Basım, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O., 1950, s. 409), “sözleşmenin zorunlu unsurlarında yanılma” (Reisoğlu, **BG**, s. 120) ve “sözleşmenin gerekli nitelikleri” (Yavuz, **TBK Şerh**, m. 30 s. 354), “zorunlu temel unsur” (Y. 2. HD., 25.6.1997, E. 1997/6350, K. 1997/7830, Cevdet İlhan Günay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012m. 31 s. 208) gibi kavramlara da rastlanmaktadır.

⁴³¹ Kocayusupaşaoğlu, **Hata**, s. 155; Esener, **a.g.m.**, s. 190; Saymen /Elbir, **a.g.e.**, s. 263; Feyzioğlu, **BG**, s. 132.

⁴³² von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 309; von Tuhr, **BG**, s. 285; Goltz, **a.g.e.**, s. 69; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 20; Kocayusupaşaoğlu, **Hata**, s. 54; Bachmann, **a.g.e.**, s. 45, 56. Madde 19/3’e göre, “bir şeyde hata sonucu mevcut sanılan vasıflar, gerçekte mevcut olmaları halinde, o şeyi alışverişte (ticarete) tamamen farklı bir cins ve çeşide dahil eşyadan saydıracak önemde iseler” bu tür yanılmalar esaslı sayılmaktadır (burada Kocayusufpaşaoğlu’nun çevirisini esas alıyoruz. Bkz. Kocayusupaşaoğlu, **Hata**, s. 54 dn. 44).

yanılma olduğu konusunda görüş birliği mevcuttu⁴³³. Maddede değişiklik yapılmasının bir diğer nedeninin de, nitelik yanılmaları ile ayıplı ifa hükümleri (OR m. 197 vd.) arasındaki yarışma konusunda ortaya çıkabilecek yorum zorluklarının aşılması olduğu belirtilmiştir⁴³⁴.

OR m. 24/1 b. 4'ün yasalaşmasından sonra, belirli olguya ilişkin gerçeğe uymayan herhangi bir saikin, eğer diğer şartlar da mevcutsa, esaslı saikte yanılma teşkil ederek sözleşmenin iptali sonucunu doğurabilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu itibarla, söz konusu maddenin uygulama alanının, eOR m. 19/3'ü de dahil edecek şekilde, hem esaslı nitelik yanılmalarını, hem de nitelik dışındaki hususlara ilişkin esaslı yanılmaları (temel yanılmasını) kapsadığı söylenebilecektir⁴³⁵. Ancak, her ne kadar bu görüş doktrinde genel olarak kabul edilmiş olsa da, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Romanist-Pandektist geleneğin yansıması niteliğindeki "saikte yanılmaların esaslı olmaması" kuralından taviz vermemek adına ve kanunun Fransızca ve İtalyanca tercümesinin de (zira bu metinlerde "sözleşmenin zorunlu unsurları"ndan bahsedilmektedir) etkisiyle, ilk zamanlarda, yanılmanın sadece sözleşme içeriğine giren bir unsura ilişkin olması gerektiği yönünde kararları da mevcuttur. Ancak, daha sonra doktrinden gelen yoğun eleştiriler sonucunda, Mahkeme'nin bu tutumundan döndüğü görülmektedir⁴³⁶.

⁴³³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 309; von Tuhr, **BG**, s. 285; von Tuhr, **Mängel**, **NF 15**, s. 314, 315; Bachmann, **a.g.e.**, s. 45.

⁴³⁴ Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 23 N. 1.

⁴³⁵ Koller, **AT**, § 14 N. 38; von Tuhr, **BG**, s. 288, 289; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 40, 41; Simonius, **Vertrauensprinzip**, s. 274 vd.; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 13; Zehnder, **a.g.e.**, s. 55; Bachmann, **a.g.e.**, s. 44; Schwarz, **BG**, s. 307. *Von Tuhr'a göre*, söz konusu madde, bu haliyle hem nitelik yanılmalarını hem diğer saikte yanılmaları uygulama alanına dahil etmiş olsa da, m. 19/3'deki hüküm aynen tutularak, bunun yanına sözleşmenin zorunlu temeliyle ilgili yanılmaların eklenmesi daha isabetli olurdu (von Tuhr, **BG**, s. 288, 289). Öte taraftan, işlem içi nitelik yanılmalarını düzenleyen § 119/2 BGB'nin, OR m. 24/1 b. 4'ün kaleme alınmasında dikkate alındığı da belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 38; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 309 dn. 37.

⁴³⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 101; Goltz, **a.g.e.**, s. 69 vd. İlk kararlara örnek olarak bkz. BGE 43 II 236 (servat.unibe.ch), BGE 47 II 86 (son kararın ayrıntıları için bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 69). Öte yandan *Edis*'in, burada Mahkeme'nin söz konusu yanılmaları açıklamada yanılma kabul ettiğine ilişkin görüşüne katılmaya imkan yoktur (*Edis*, **Hata**, s. 34). İsviçre Federal Mahkemesi'nin tutum değiştirdiği daha sonraki kararlara örnek olarak bkz. BGE 56 II 424 (servat.unibe.ch); BGE 53 II 35 (bu kararda da, kanunun Fransızca metinden hareketle, "sözleşmenin zorunlu unsurları" (*elements necessaires du contrat*) kavramının "sözleşmenin esaslı noktaları"ndan (*essentialia negotii*) daha farklı ve geniş olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Servat.unibe.ch).

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki 19-22 arası maddeler birleştirilerek bugünkü OR m. 24 (eBK m. 24) haline getirilmiş ve daha da önemlisi, esaslı olmayan (adi) saikte yanılma çeşitlerinin açıkça belirtilmesi yönteminden vazgeçilmiştir. eOR m. 21'e göre, *“esaslı olmayan yanılmalar sözleşmenin bağlayıcılığını engellemez. Özellikle; saikte yanılma, sözleşme konusu edimin değerinde yanılma veya karşı tarafın ödeme gücünde yanılmalar bu kapsamdadır”*. Bu maddenin kaldırılmasından sonra, edimin değerinde yanılma ya da sözleşme tarafının ödeme gücünde yanılmanın, şartların varlığına bağlı olarak, esaslı saikte yanılma statüsünde olabilmesi mümkün hale gelmiştir⁴³⁷.

b. Esaslı Sakte Yanılmanın Niteliği Konusunda Görüşler

(1) Sakte Yanılmaların Esaslı Olamayacağı Görüşü

Yanılma konusunda klasik ayrımı kabul etmesine karşın, *Cuenod*'a göre, m. 24/1 b. 4'de saikte yanılmanın düzenlenmiş olduğu kabul edilmemelidir; zira bu maddede tüm açıklamada yanılmalar için geçerli olan esaslılık kriteri öngörülmüştür. Şu halde irade ilkesinin rehberliğinde kalınarak, sadece açıklamada yanılmaların sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesine izin verilmelidir. Nitelik yanılmaları konusunda ise, yazarın sistemine göre eğer bunlar saikte yanılma mahiyetindeyse, zaten ayıp hükümleri alıcıyı korumak için yeterlidir. Zira eOR m. 19/3 (dar anlamda nitelik yanılmaları), uygulamada ayıp sorumluluğuyla ilgili yarışma sorunlarına neden olduğu için yeni kanuna alınmamıştır. Buna karşın, nitelik yanılmaları açıklamada yanılma mahiyetindeyse, bunlar da tıpkı diğer açıklamada yanılmalar gibi sözleşmenin bağlayıcılığını sona erdirebilecektir. Diğer taraftan, *Cuenod*'a göre, nitelik yanılmaları dışında kalan saikte yanılmaların (temel yanılmasının) olsa olsa “örtülü şart” bağlamında ele alınması düşünülmelidir. Diğer bir deyişle, saikte yanılmalar ancak örtülü şart oldukları takdirde hukuken himaye görebileceklerdir. Yazarın bu düşüncelerine dayanak yaptığı bir diğer argüman da, kanunun sistematğine dayanmaktadır. Şöyle ki, m. 24/1 b. 4, aynı maddenin diğer bentlerinde öngörülmüş olan açıklamada yanılma türlerinin arasında düzenlenmektedir. Yine maddede belirtilen “dürüstlük kuralı (ticari doğruluk)” ifadesi de, sözleşmenin güven ilkesi

⁴³⁷ Bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, a.

çerçevesinde normatif uygunluğa göre kurulduğuna işaret etmekte ve böylelikle de açıklamada yanılmayı ima etmektedir⁴³⁸.

Yazarın görüşlerinin birçok yönden yerinde olmadığı görülmektedir. Şöyle ki, temel yanılmalarının gerektiğinde örtülü şart ile korunabileceği yönündeki argüman, iki açıdan kabul edilemez. Evvela, yukarıda “saik ve şart” kısmında açıklandığı üzere, şart, ancak (gelecekteki) “şüpheli” olgulara ilişkin saikler konusunda mümkün olabilmekte ve böylece yanılmaya imkan vermemektedir. Ayrıca, esaslı saikte yanılmalardan farklı olarak, örtülü şartın varlığı için, karşı tarafın, sözleşmenin şarta bağlanmasına yönelik kabul iradesi bulunmalıdır. Yine, örtülü şart kurumunun pratikte işlem güvenliği açısından tehlike arz edeceği de burada bir kez daha hatırlanmalıdır.

Kaldı ki, yukarıda atıf yaptığımız *von Tuhr, Oser/Schönenberg, Bachmann, Schwarz* gibi yazarların da işaret ettiği üzere, kanunun hazırlık çalışmalarına bakıldığında, kanun koyucunun hem eOR m. 19/3’de hem de bunun yerini alan OR m. 24/1 b. 4’de saikte yanılmaları düzenleme niyeti olduğu bilinmektedir⁴³⁹. Öte yandan, bir hukuki kurumun kanunda nerede düzenlendiği, o kurumun niteliği konusunda doğrudan belirleyici kriter değildir. Hatta yazarın şekli argümanını bu sefer ona karşı biz kullanırsak; m. 24/1 b. 4’ün kenar başlığına bakıldığında (Hata halleri, *Fälle des Irrtums*), bu maddenin salt açıklamada yanılmalar için değil, bilakis her türlü yanılmayı kapsayacak şekilde kaleme alındığı pekâlâ ileri sürülebilecektir. Bunu dışında, ayıp sorumluluğunun kapsamına girmemesine rağmen, esaslı nitelik

⁴³⁸ Yazarın bu görüşleri için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 136 vd.; Edis, **Hata**, s. 34 vd. Öte yandan, OR m. 24/2’de saikte yanılmaların esaslı olmadığının belirtilmesine dikkat çekerek, bu kurala hiçbir istisna tanınmaması gerektiğini ileri süren *von Büren*’in de, dolaylı olarak bu görüşte olduğu söylenebilir. Zira yazara göre, hiçbir saikte yanılma, sözleşmeyi iptal hakkı vermez. Alışveriş hayatının istikrarı ve karşı sözleşmenin haklı güveni merkez alındığında, yanılma, güven ilkesi gereğince sadece yanılana zarar vermelidir. Hatta bu hareket noktası açıklamada yanılmalar için de geçerlidir. Bu nedenle, açıklama yanılmalarında ancak karşı tarafın yanılmayı fark etmesi ya da fark edecek durumda olması şartıyla yanılana bir koruma sağlanmalıdır ki, bu durumda zaten OR m. 1 (TBK m. 1) uyarınca sözleşme, yanılma olmadan kurulmuş ya da hiç kurulmamıştır. Bu bakımdan yanılma hükümlerine de gerek kalmamaktadır. Şu halde, hiçbir yanılmanın esaslı olmadığı (sözleşmenin geçerliliğine etki etmediği) sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla OR m. 23 vd.’ni (TBK m. 30 vd.) uygulama alanı kalmamış hükümler olarak görmek hiç de yanlış olmayacaktır (von Büren, **a.g.e.**, s. 233 vd.). Öte yandan saikte yanılmalara bakıldığında ise, bu tür yanılmalar ancak *Voraussetzung* (varsayım) ya da işlem temelinin çökmesi teorileri çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Yazarın *Voraussetzung* kavramı ise, aşağıda inceleyeceğimiz *Windscheid*’in *Voraussetzung* (varsayım) kavramından farklı bir işlev görmektedir. Ona göre, varsayımda, irade kendisini kayıtlamamakta, doğrudan tarafların anlaşmasına dayanmaktadır. Keza yazarın işlem temeli kavramı da, varsayım gibi, sözleşmenin içeriğine dahildir (von Büren, **a.g.e.**, s. 197 vd.). *Von Büren*’in argümanlarına ilişkin karşı tezler için bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 150 vd.

⁴³⁹ Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, a.

yanılması teşkil edebilecek durumlar söz konusu olabileceğinden, nitelik yanılmalarını toptan “gereği gibi ifa etmeme” alanına havale etmek savunulabilir bir argüman değildir. Dahası, bu tür yanılmaların hangi hükme altlanabileceği konusunda Cuenod’un herhangi bir çözümü de bulunmamaktadır⁴⁴⁰. Son olarak, günümüze gelindiğinde kanun koyucunun TBK m. 32’de açıkça “saikte yanılma” kavramını zikretmiş olması karşısında, bu görüşün en azından sistematik yorum yöntemi açısından (ve bağlamda *de lege lata*) hiçbir hükmü kalmadığı rahatlıkla söylenebilir.

(2) Varsayım (*Voraussetzung*) Görüşü

Doktrinde, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun hazırlık çalışmalarında OR m. 24/1 b. 4 hükmü kaleme alınırken, Alman Pandekt hukukçusu Windscheid’in 1847’de ileri sürdüğü “*Voraussetzung* (varsayım)”⁴⁴¹ kavramının göz önünde bulundurulduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, söz konusu madde bu kavram ışığında yorumlanmalıdır. Öyle ki, yanılanın gerçeğe uygun olmayan tasavvurunu sözleşmenin zorunlu temeli sayması ve onun için bu derece önemli olan saikin karşı tarafça bilinebilir olması (bilinebilirlik) şeklindeki esaslı saikte yanılma şartlarının varlığında, bu kavramın yansımaları görmek mümkündür⁴⁴².

Daha sonra Alman hukukunda ortaya çıkacak olan “işlem temeli” kavramına teorik düzlemde ilham kaynağı olan “varsayım” kavramı, her ne kadar doktrinde ve BGB’nin kodifikasyonunda kabul görmemiş olsa da, iradenin psikolojik yapısına ışık tutması ve kendinden sonraki teorilere önyak olması bakımından önemlidir⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 137, 138.

⁴⁴¹ Doktrinde *Voraussetzung*’un farklı çevirilerine rastlamak mümkündür: Bu bağlamda, “gerek” (Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1; Serozan, **Dönme**, s. 347; Gülekli, **a.g.m.**, s. 58; Baysal, **Uyarlanma**, s. 39), “kayıt” (Sirmen, **Şart**, s. 92; Edis, **Hata**, s. 21; Canbolat, **a.g.e.**, s. 208), “tasavvur teorisi” (Kemal Tahir Gürsoy, **Hususî Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus-Emprevizyon Nazariyesi**, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950, s. 14), “kurucu şart” (Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 79; Arat, **a.g.e.**, s. 56), “gereklilik” (Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 28 dn. 61) gibi örnekler verilebilir. Biz, bu teorinin “bir varsayım üzerinden iradeyi kayıtlamak” şeklindeki asıl fonksiyonundan hareketle, ilk önce “kayıt” ya da “varsayım” kavramlarının uygun olacağını düşündük. Ancak burada “kayıt”, irade ile açıklama arasında bilerek meydana getirilen uygunsuzluk hallerinden birisi olan “zihni kayıt” ile karışıklığa yol açabileceğinden, “varsayım” (İsmet Sungurbey, **Medenî Hukuk Sorunları**, C. 5, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984, s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 150 dn. 50) kavramının tercih edilmesinin daha uygun olacağı kanaatine vardık.

⁴⁴² Fick, **a.g.e.**, s. 660 vd.; Bachmann, **a.g.e.**, s. 48 vd.; Goltz, **a.g.e.**, s. 80; Bucher, **AT**, s. 203.

⁴⁴³ Bachmann, **a.g.e.**, s. 53; Gürsoy, **a.g.e.**, s. 18; Baysal, **Uyarlanma**, s. 39 vd.; Canbolat, **a.g.e.**, s. 208. Nitekim Windscheid’in kendisi de bu gerçeği görmüş ve teorisi şu an kabul edilmese dahi, bir gün böyle bir ihtiyacın tekrar ortaya çıkacağına işaret etmiştir. Yazarın kendi sözleriyle aktarırsak, “*Kesin kanaatim şudur ki, örtülü olarak açıklanan varsayım (Voraussetzung), buna ne*

Varsayım, gelişmemiş, eksik kalmış bir şart (*unentwickelte Bedingung*) niteliğinde olup, açıklama sahibinin, belirli olgulara ilişkin tasavvurlarını dikkate alarak kendi iradesini sınırlaması, kayıtlaması anlamına gelmektedir. Buna göre, kişi iradesini hukuki sonuca yöneltirken, bu hukuki sonucun ancak kendisinin tasavvur ettiği olgular gerçeğe uygunsa doğmasını arzu etmektedir. Diğer bir anlatımla, açıklama sahibi, iradesini harekete geçiren belirli olgulara ilişkin saiklerin gerçeğe uyduğunu ya da uyacağını varsayarak iradesini açıklamakta; şayet gerçeği bilseydi, söz konusu açıklamayı hiç ya da o şekilde yapmak istememektedir⁴⁴⁴. Buradan hareketle, açıklama sahibinin göz önünde bulundurduğu belirli olgu, onun için sözleşmenin yapılmasında “olmazsa olmaz bir şarttır” (*conditio sine qua non*); ancak o, bu olgunun gerçekliğinden o kadar emindir ki, bunu bir şart olarak karşı tarafa açıklama gereği dahi duymamıştır⁴⁴⁵. Bu nedenle de, söz konusu varsayım sözleşme içeriğine girememiş, diğer bir deyişle şart olarak hukuki sonucun doğmasını etkileyememiş, sadece gelişmemiş bir şart olarak iradeyi kayıtlamakla kalmıştır.

Mesela, kuzeninin mezun olduğunu düşünerek bisiklet alan kişi örneğinde, “kuzeninin mezun olduğu” olgusundan tamamen emin olan kişi, bu varsayımla iradesini açıklamaktadır. Öyle ki, gerçeği bilseydi, bu sözleşmeyi yapmayacak olduğu ortada olmasına karşın, bu hususu karşı tarafa açıklamadığı için, sözleşmenin hukuki etkisini şarta da bağlamamıştır. O halde *Windscheid* terminolojisiyle ifade edersek, burada iradenin “varsayımla” (kuzenin mezun olduğuna ilişkin varsayımla) sınırlandığından bahsedilecektir. Görüldüğü üzere, varsayım kavramı, saikte yanılma kavramıyla bu açıdan örtüşmekle birlikte, burada şu önemli farkın altı çizilmelidir: Saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için, belirli bir olguya ilişkin tasavvurun, yanılan için sözleşmenin zorunlu temeli olarak kabul edildiğinin ayrıca karşı tarafça bilinmesi veya dürüstlük kuralına göre bilinebilir nitelikte olması gerekir. Oysa varsayımda (*Voraussetzung*’da), iradeyi kayıtlayan söz konusu tasavvurun sadece anlaşılabilir (görülebilir) olması yeterlidir⁴⁴⁶. Bu çerçevede denilebilir ki, varsayım, nitelikli bir

kadar itiraz edilirse edilsin, her zaman yeniden gündeme gelecektir. Kapıdan kovulsa, pencereden tekrar girecektir (“*Es ist meine feste Überzeugung, dass die stillschweigend erklärte Voraussetzung, was man auch gegen die einwenden mag, sich immer wieder geltend machen wird. Zur Türe hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein*”). Bkz. Bernard Windscheid, “Die Voraussetzung”, *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)*, 1892/78, s. 161-202, s. 197.

⁴⁴⁴ Windscheid, *a.g.m.*, s. 180 vd.

⁴⁴⁵ Windscheid, *a.g.m.*, s. 163.

⁴⁴⁶ Gürsoy, *a.g.e.*, s. 20 dn. 24; Sirmen, *Şart*, s. 92 vd.; Fick, *a.g.e.*, s. 663; Bachmann, *a.g.e.*, s. 45, 46. *Edis*’in, varsayımın varlığı için, belirli olguya ilişkin tasavvurun karşı tarafça bilinmesi ya da

saik olmakla birlikte, gerçeğe aykırı olmadığı anlaşıldığında esaslı saikte yanılma mertebesine ulaşamayacak olan bir irade sınırlamasıdır.

Windscheid'ın varsayım teorisini ileri sürerken asıl amaçladığı, belirli nitelikteki saiklerin daha sonra gerçeğe uymadığı anlaşıldığında, bunun hukuki bakımdan dikkate alınması ve böylece açıklama sahibine çeşitli hukuki imkanlar tanınabilmesidir. Farklı bir anlatımla, yazara göre, hukuki sonuca yönelen iradenin oluşumunu etkileyen karar verdirici saiklerin gerçeğe uymadığı görüldüğünde, kişiye söz verdiği edimi ifa etmeme imkanı verilmelidir⁴⁴⁷. Ancak önemle belirtelim ki, bu yönde bir varsayımın açıklanmış bir irade olsa dahi, söz konusu irade açıklaması hukuki sonuçlarını yine de doğurmaktadır. Yani şarttan farklı olarak, açıklama sahibinin varsayımı gerçeğe uygun olmasa da, sözleşmenin hüküm ve sonuçları gerçekleşmektedir. Ancak ne olursa olsun, ortada kayıtlı iradeye uymayan bir açıklama bulunmaktadır ve işte bu noktada, *Windscheid*'ın öngördüğü koruma kendisini şu şekilde göstermektedir: Varsayımı boşa çıkan kişi, eğer kendi edimini henüz ifa etmemişse, karşı tarafın talebine karşılık bir defi ileri sürebilecek (*exceptio doli*); eğer edimi ifa etmişse, sebepsiz zenginleşme (*condictio*) çerçevesinde iade alacaklısı olabilecektir⁴⁴⁸.

Varsayım, geçmişteki, şimdiki ve gelecekteki olgulara ilişkin olabileceği gibi, maddi veya hukuki bir durumla ilgili olarak da iradeyi sınırlayabilmektedir⁴⁴⁹. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken, tasavvur konusu olgunun, bir taraf için

binebilecek nitelikte olması yönündeki görüşü, bu açıdan yerinde değildir (Edis, **Hata**, s. 23; yazarla aynı görüşte bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 44). Zira *Windscheid*'ın sağlararası işlemlerde, ilgili varsayımın (tasavvurun) sadece “anlaşılabilir olmasını” yeterli gördüğü (*Windscheid*, **a.g.m.**, s. 180, 181), doktrinde de aynı şekilde yorumlanmaktadır (bu dipnotta anılan diğer yazarlar). Kuşkusuz, bu farkın oldukça soyut nitelikte olması nedeniyle pratikte tespit edilmesi son derece zordur.

⁴⁴⁷ Gürsoy, **a.g.e.**, s. 14, 15; Edis, **Hata**, s. 24; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 581.

⁴⁴⁸ *Windscheid*, **a.g.m.**, s. 167 vd.

⁴⁴⁹ *Windscheid*, **a.g.m.**, s. 195. *Simonius*'un, varsayım (*Voraussetzung*) kavramını *Windscheid*'dan farklı şekilde kullandığı görülmektedir. Yazara göre, esaslı saikte yanılma (OR m. 24/1 b. 4) halinde, yanılanın, sözleşmenin kurulması için onsuz olmaz şart olarak gördüğü belirli olguya ilişkin tasavvurunun, *Windscheid*'ın aksine, “sadece anlaşılabilir olması” değil; güven ilkesine bağlamında karşı tarafça bilinmesi veya binebilir olması gerekir. Öte yandan yazar, varsayımın geleceğe ilişkin değil, sadece mevcut duruma ilişkin tasavvurları kapsayacağını öne sürmektedir. Böylece yazara göre, OR m. 24/1 b. 4’de zikredilen esaslı saikte yanılmanın varsayım kavramı ile örtüştüğü söylenebilecektir (*Simonius*, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 256, 260; *Simonius*, **Vertrauensprinzip**, s. 266). Burada yazarın, m. 24/1 b. 4’de “binebilirlik” şartı öngörülmüş olmamasına rağmen, güven ilkesi ve varsayım teorisi çerçevesinde, esaslı saikte yanılmanın varlığı için bu şartın aranması gerektiği sonucuna vardığı görülmektedir. Ancak önemle belirtelim ki, yazar, esaslı saikte yanılmanın mevcut olması için kanunda belirtilen “objektif esaslılık” şartını aramamaktadır (*Simonius*, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 261 vd.).

sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz şart niteliğinde görülmesi şartı dikkate alındığında, varsayım kavramının saikte yanılma kavramıyla bu açıdan örtüştüğü söylenebilecek olmasına rağmen, esaslı saikte yanılma için, ayrıca başka şartların varlığının da aranacak olmasıdır. Öte yandan, doktrinde şu şekilde bir skalaya işaret edilerek; varsayımın saikten daha üst, ancak şarttan daha alt seviyede olduğu belirtilmektedir⁴⁵⁰. Bu görüşe tamamen katılmakla birlikte, buraya birkaç kavram daha eklenerek skala şu şekilde tamamlanabilir; (yoğunluk derecelerine göre artacak şekilde) alelade tasavvur→ saik (nitelikli tasavvur)→ varsayım (*Voraussetzung*)→ işlem temeli→ şart.

Bu açıklamalardan özetle ve sonuç olarak, varsayım teorisinin OR m. 24/1 b. 4'deki esaslı saikte yanılma kavramını açıklayabilecek ve hukuki niteliğini ortaya koyabilecek bir teori olmadığı ortaya çıkmaktadır. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında bu teorinin dikkate alındığı kabul edilse dahi, bu, söz konusu teorinin “esaslı saikte yanılmaya” ilişkin hükmün kaleme alınmasında sadece teorik bir katkıdan ibaret olduğu gerçeğini değiştirmez⁴⁵¹. Öte yandan, işlem güvenliği açısından son derece sakıncalı olacak şekilde; kişinin sırf kendisi için önemli olan tasavvurunun, karşı tarafça bilinmeden veya güven ilkesine göre bilinmesi dahi gerekmeden sözleşmenin bağlayıcılığını etkileyebilmesi, menfaatler dengesi göz önüne alındığında hiçbir açıdan kabul edilemez. Kaldı ki, esaslı saikte yanılmanın varlığı için, yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesinin ayrıca alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre de haklı görülmesi şartı (objektif esaslılık şartı) gerektiği dikkate alınır, bu teorinin reddedilmesi gerektiği daha açık şekilde görülecektir.

⁴⁵⁰ Gürsoy, **a.g.e.**, s. 20 dn. 24; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 3; Baysal, **Uyarlanma**, s. 40.

⁴⁵¹ *Windscheid*'in varsayım teorisi, BGB'nin ilk tasarısında örtülü şart şeklinde yer almış olup, ancak daha sonra, bu kavramın sözleşmenin bağlayıcılığını zayıflatacağı ve işlem güvenliğini tehlikeye sokacağı yönündeki eleştiriler neticesinde tasarıdan çıkarılmıştır (bu konuda bkz. Gürsoy, **a.g.e.**, s. 15; Brox, **a.g.e.**, s. 41; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 581. Öte yandan, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan önceki dönemde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, her ne kadar açıkça belirtmese de, *Windscheid*'in varsayım teorisini andıran argümanlar ileri sürdüğü görüşünde bkz. Gürsoy, **a.g.e.**, s. 15 dn. 14). Ancak yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu dönemine bakıldığında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin hiçbir zaman bu teoriyi kabul etmediği görülmektedir (Goltz, **a.g.e.**, s. 80). Hatta bir kararında Mahkeme, bu teorinin gerek İsviçre hukuku doktrininde gerekse uygulamasında herhangi bir geçerliliği olmadığını açıkça belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, bu anlamdaki “varsayımların” hukuken dikkate alınması, ancak olayda temel yanılması şartları bulunmaktaysa ya da taraflar sözleşmeyi şarta bağlamışlarsa mümkündür (BGE 66 I 299, servat.unibe.ch).

(3) İşlem Temeli Görüşü

Doktrinde bir görüş, TBK m. 32'deki "sözleşmenin temeli" (*notwendige Grundlage des Vertrages*)⁴⁵² kavramının Alman hukuku merkezli "işlem temeli" (*Geschäftsgrundlage*) kavramına karşılık geldiğini ileri sürmektedir. Buna göre, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik bir gelişmenin işlem temelinin çökmesi anlamına gelip gelmeyeceğinin tespitinde, TBK m. 32'deki temel yanılması şartlarından hareket edilerek çözüme varılabilecektir. Bu iki kurum da, ortak bir paydaya, "işlem temeline" (temel yanılmasına) dayanmakla birlikte, uygulama alanları konusunda belirleyici kriter kronolojik farklılıktır. Sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan gerçeğe aykırı tasavvur konusu olgu, temel yanılmasına; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik olgu ise, işlem temelinin çökmesi teorisine dahil olmaktadır. Diğer bir deyişle, belirli bir olgunun hangi kurumun uygulama alanına gireceği, bu olgunun ne zaman gerçekleştiğine bakılarak tespit edilebilecektir⁴⁵³.

Bu görüşün, Alman hukukunda benimsenmiş olan "işlem temelinin baştan eksikliği" (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*) ve "işlem temelinin sonradan çökmesi" (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) ayrımından etkilendiği açıktır. Önemle belirtelim ki, temel yanılması ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişkinin iki yönlü değerlendirilmesi gerekir. İlk planda, temel yanılması ile işlem temelinin çökmesi teorisi arasında kavramsal bir paralellik olup olmadığı araştırılmalı; ikinci planda ise, uygulama alanı bakımından değerlendirme yapılarak, gelecekteki olgulara ilişkin boş çıkan tasavvurların hangi kurumun uygulama alanına gireceği belirlenmelidir. Biz, bu başlık altında soruna sadece birinci açıdan yaklaşacak; sözleşmenin kuruluşundan

⁴⁵² Doktrindeki genel görüşün, eBK m. 24/1 b. 4'deki "akdin lüzumlu vasıfları" ibaresinin, mehaza uygun olarak "sözleşmenin temeli" şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde olduğunu burada hatırlatalım.

⁴⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 511; Serozan, **Dönme**, s. 351, 352; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1; Baysal, **Uyarlanma**, s. 213, 214; Gülekli, **a.g.m.**, s. 58 vd. Schwarz'ın da (dolaylı olmakla birlikte) bu görüşte olduğu pekâlâ kabul edilebilir (Schwarz, **BG**, s. 307). Benzer şekilde, "bir kazandırmanın yapılmasında etken olan saikler, "işlem temeli" sayılacak önemde iseler, temel hatası dolayısı ile hukuki muamelenin sona erdirilmesine yol açabilirler" diyen Hatemi / Gökyayla'nın da örtülü olarak bu görüşü savunduğu söylenebilir (Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 2 N. 52). Yine, OR m. 24/1 b. 4'deki (TBK m. 32) saikte yanılma düzenlemesinin tarihi altyapısına bakıldığında, bu hükmün eOR m. 19/3'deki nitelik yanılması ile Alman hukukundaki işlem temeli teorisini kaynaştırdığını ifade eden Wiegand da bu görüşte kabul edilebilir (Wolfgang Wiegand, "Bemerkungen zum Picasso-Entscheid", **recht 1989**, s. 101-112, s. 106). Karşıt görüş için bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 47; Arat, **a.g.e.**, s. 104.

sonra ortaya çıkan olguların temel yanılmasının kapsama alanına girip girmediğini de, aşağıda ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz⁴⁵⁴.

İşlem temelinin çökmesi teorisi, sözleşmenin kurulmasından sonra, önceden görülmemiş bir şekilde ortaya çıkan durum değişikliklerinin sözleşme ilişkisine etkisi ve bu bağlamda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda ortaya atılmış teorilerden birisidir⁴⁵⁵. İlk kez 1921 yılında *Oertmann* tarafından ileri sürülen işlem temeli ve işlem temelinin çökmesi kavramları, tarihi bir gelişim çizgisi içinde kendisinden önceki “*clausula rebus sic stantibus*”⁴⁵⁶ ve “varsayım (*Voraussetzung*)” teorilerine dayanmakla birlikte, esas itibarıyla daha objektif bir yaklaşım ihtiyacına cevap vermektedir⁴⁵⁷. Bu teorinin daha sonra, Alman hukuku doktrini tarafından, özellikle *Larenz* ve *Kegel* gibi yazarlarca geliştirildiği ve daha sağlam temellere oturtulmaya

⁴⁵⁴ Bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 4.

⁴⁵⁵ Beklenmedik gelişmeler nedeniyle sözleşmeye müdahale edilerek, sözleşmenin uyarlanabilmesi ya da sona erdirilebilmesi imkanlarının hukuki temeline ilişkin diğer teoriler, başlıca; *clausula rebus sic stantibus*, *empvizyon* (Fransız hukuku) ve *frustration* (İngiliz hukuku) olarak sayılabilir. Bu konuda bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 31 vd.; Arat, **a.g.e.**, s. 56 vd.; Eleanor Cashin-Ritaine, “Empvizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, çeviren: Başak Baysal, **İÜHFİM**, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 321-342, s. 329 vd.

⁴⁵⁶ *Clausula rebus sic stantibus* teorisi, Roma hukukunun Avrupa’ya iktibasından sonra, skolastik doktrinin bir buluşu olarak, sözleşmenin uyarlanması konusunda bugüne kadar öne sürülmüş teorilerin nirengi noktası sayılmaktadır. *Clausula* teorisinin temel mantığı şudur: Taraflar, sözleşmenin kurulmasında göz önünde bulundurdıkları belirli bir durumun sözleşme ilişkisi boyunca değişmeyeceği düşüncesiyle iradelerini oluşturmaktadırlar. Öyle ki, tarafların sözleşmeyle aynı şekilde bağlı kalması, söz konusu durumun değişmeyeceği yönündeki örtülü bir şarta bağlanmaktadır. Sözleşmenin kurulmasından sonra, söz konusu durumun beklenmedik şekilde değişmesi halinde, artık ahde vefa ilkesinin uygulama şansı kalmayacak ve sözleşmenin değişen duruma uyarlanması gerekecektir (Zimmermann, **a.g.e.**, s. 579 vd.; Gürsoy, **a.g.e.**, s. 11 vd.; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 28, 29; Erman, **a.g.e.**, s. 33; Arat, **a.g.e.**, s. 54 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 33 vd.). Sözleşmede bu yönde bir örtülü şart bulunup bulunmadığı ise sözleşmenin yorumu ile ortaya çıkarılacaktır (Erman, **a.g.e.**, s. 43). *Clausula* teorisinin sadece gelecekteki olguları kapsaması, işlem temeli teorisinden önemli bir fark olarak karşımıza çıkmaktadır. *Clausula* teorisi, işlem güvenliğini tehlikeye soktuğu ve çerçevesinin belirsiz olması nedeniyle, BGB hazırlayıcıları tarafından kanuna alınmamıştır (Gürsoy, **a.g.e.**, s. 13, 14; Erman, **a.g.e.**, s. 34; Arat, **a.g.e.**, s. 56; Canbolat, **a.g.e.**, s. 207). Keza doktrin tarafından da kabul edilmeyen bu teorinin, BGB’nin yapısına uymadığı, ilk kez Alman Federal Mahkemesi’nin 1902 tarihli kararında da belirtilmiştir (RGZ. 50-255, bu karar için bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 34 dn. 5). Bu teorinin belki de en zayıf yönü, önceden görülemez bir durumun, sözleşmenin kuruluşunda örtülü bir şart olarak, nasıl önceden görülebileceği sorusunun ortaya çıkardığı paradokstur (Baysal, **Uyarlanma**, s. 37). Önemle belirtelim ki, bugün doktrinde, sözleşmenin değişen durumlara uyarlanmasını ifade etmek için kullanılan *Clausula* kavramı (genel anlamda *clausula*), tarihsel aslından kopmuştur. Bu kavram artık, durumların değişmeyeceği yönünde örtülü bir şartın varlığına (dar anlamda *clausula*) gönderme yapmamakta, sözleşmenin uyarlanması için öne sürülen teorilere çatı kavram olma görevini görmektedir. Bu konuda bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 33; Arat, **a.g.e.**, s. 52 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 37.

⁴⁵⁷ Bu teorinin, aynı isimle olmasa bile, aynı kavramsal içerikle çok daha öncesine dayandığı yönünde bkz. Baysal, **Uyarlanma**, s. 39.

çalışıldığı görülmektedir⁴⁵⁸. Esas olarak, I. Dünya savaşı sonrası ekonomik buhranı nedeniyle yaşanan şiddetli ekonomik sorunlar dikkate alınarak getirilmiş olan bu teori, daha sonra içeriği genişletilerek bugünkü halini almış⁴⁵⁹ ve 2002 tarihli Alman Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu ile birlikte § 313’de düzenleme altına alınmıştır⁴⁶⁰.

Teorinin esas fonksiyonu; işlem temeli olduğu kabul edilen durumların daha sonra beklenmedik şekilde ve ciddi anlamda değişmesi nedeniyle bozulan sözleşmesel risk dağılımının, sözleşme adaletini sağlamak amacıyla yeniden dengelenmesi için, sözleşmenin uyarlanması ya da bu mümkün değilse, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Ancak bu kapsama, sadece gelecekte ortaya çıkan durum değişiklikleri değil, ayrıca ortak temelde yanılmalar da (işlem temelini baştan eksikliği kavramı altında) dahil olmaktadır⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Serozan, **Dönme**, s. 347 vd.; Dural, **a.g.e.**, s. 33; Baysal, **Uyarlanma**, s. 42 vd.; Canbolat, **a.g.e.**, s. 208 vd.

⁴⁵⁹ Brox / Walker, **AT**, N. 477; Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 2, 3; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 857, 859; Franz Wieacker, “Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus”, **Festschrift für Walter Wilburg zum 65. Geburtstag**, Graz: Leykam Verlag, 1965, s. 229-255, s. 236; BT-Drucks 14/6040, s. 177.

⁴⁶⁰ § 313 BGB (İşlem Temelinin Bozulması);

(1) sözleşmenin temelini oluşturan durumlar, sözleşmenin kuruluşundan sonra ciddi şekilde değişmişse ve taraflar bu değişiklikleri önceden görmüş olsalardı, sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka içerikte yapacaklar idiyse; bu sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir; ancak bunun için ayrıca somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, özellikle sözleşmedeki ve kanundaki risk dağılımı dikkate alındığında, taraflardan birinin, sözleşmeyle bu şekilde bağlı kalması ve aynen ifasının beklenemez olması gerekmektedir.

(2) sözleşmenin temeli haline gelmiş önemli tasavvurların, daha sonra yanlış olduğunun ortaya çıkması da, durum değişikliği olarak kabul edilir.

(3) sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan birisi için beklenilemezse, bu durumdan olumsuz etkilenen taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmeden dönme yerine fesih hakkı kullanılır.

Bu hükümde, işlem temelini çökmesi sonucunu doğuran olay grupları ilk iki fıkraya dağıtılmıştır: Buna göre, (1)’de, edimler arası dengenin bozulması (*Äquivalenzstörungen*), ifa güçlüğü (*Leistungserschwernisse*), amacın boşa çıkması (*Zweckstörungen*) halleri öngörülmüş; (2)’de ise ortak temelde yanılma (*gemeinschaftlicher Motivirrtum*) kaleme alınmıştır (BT-Drucks 14/6040, s. 175, 176; Brox / Walker, **AT**, N. 477, 478; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 857; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 42 N. 6 vd., 13; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 648 vd.; Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s. 321, 322). Teorinin açık bir hükümle yasalaşmasına rağmen, işlem temelini çökmesi sorununun her zaman § 242 BGB ile bağlantılı şekilde ve 2002 tarihli Borçlar Hukuku Reformundan önceki doktrin görüşlerinin ve içtihatların da dikkate alınarak incelenmesi gerektiği, gerek doktrinde (Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 3; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 636) gerekse gerekçede vurgulanmaktadır (BT-Drucks, 14/6040, s. 175).

⁴⁶¹ Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. 23-27 N. 98; Brox / Walker, **AT**, N. 477, 478; Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 4; Wieacker, **a.g.m.**, s. 241, 242; Serozan, **Dönme**, s. 341 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 2; Baysal, **Uyarlanma**, s. 45 vd.

Bugün için hâlâ üzerinde fikir birliği bulunan bir işlem temeli tanımının bulunmaması dikkat çekmektedir⁴⁶². Temel yanılması ile olan benzerliğini ve farklılığını ortaya çıkarabilmek adına, öncelikle doktrinde kabul edilmiş ve konumuz bakımından öne çıkan çeşitli tanımları aktarmak uygun olacaktır.

Oertmann'a göre işlem temeli, iradenin oluşumunda dikkate alınan ve sözleşmenin kurulmasında belirleyici etken olan belirli olgulara ilişkin, karşı tarafça farkına varılmış olmasına rağmen itiraz edilmemiş tasavvurdur⁴⁶³. Bu kapsama hem sözleşmenin kurulması anında mevcut olan olgular, hem de daha sonra gerçekleşeceği düşünülen olgular dahildir. Öte yandan, bu tanım, söz konusu tasavvurların, karşı tarafça bilinebilir (filen bilinen ya da bilinmesi gereken) olmak kaydıyla, sadece açıklama sahibi için sözleşmenin kurulmasında olmazsa olmaz şart olarak kabul edilmesinin yeterli olacağına işaret ettiği gibi; bunun dışında, söz konusu tasavvurun iki taraf için de aynı önemde olması halini ifade eden “ortak tasavvuru” da içine almaktadır⁴⁶⁴. Görüleceği üzere, işlem temelinde en azından tasavvurun bilinebilirliği şart koşularak, varsayım (*Voraussetzung*) kavramından bir adım daha ileri gidildiği ve böylece karşı tarafın zihnine biraz daha nüfuz edildiği söylenebilir. Zira varsayımda, işlem için zorunlu temel sayılan tasavvurun bu öneminin karşı tarafça objektif anlamda bilinebilir olması değil, sadece sübjektif açıdan anlaşılabilir olması yeterli görülmüşken; işlem temeli kavramında, sübjektiviteden objektiviteye bir ölçü daha yaklaşıldığı görülmektedir⁴⁶⁵.

İşlem temeli kavramı ile ilgili, § 313 BGB’de de dikkate alınmış olan bir diğer tanım, *Larenz*’e ait olan sübjektif işlem temeli ve objektif işlem temeli ayrımını yansıtmaktadır⁴⁶⁶. *Oertmann*’ın tanımını daha objektif hale getirmek isteyen *Larenz*’e göre; sübjektif işlem temeli, sözleşme iradesini harekete geçiren ve “taraflarca” yanlış

⁴⁶² Kocayusufpaşaoğlu, *İşlem Temeli*, s. 506; Baysal, *Uyarlanma*, s. 50.

⁴⁶³ Gürsoy, *a.g.e.*, s. 18, 19; Wieacker, *a.g.m.*, s. 237 dn. 39; Serozan, *Dönme*, s. 347.

⁴⁶⁴ Gürsoy, *a.g.e.*, s. 19; Wieacker, *a.g.m.*, s. 238; Edis, *Hata*, s. 24, 25.

⁴⁶⁵ İşlem temelinin, iki yanlı *Voraussetzung* (varsayım) olarak düşünülebileceği yönünde bkz. Serozan, *Dönme*, s. 347; Gürsoy, *a.g.e.*, s. 20 dn. 24. *Oertmann*’ın işlem temeli kavramı, muğlak ve teorik içeriğinin belirlenmesinin zor olduğu ve olaya tasavvur sahibinin bakış açısından yaklaşıldığı için, diğer tarafın güveninin yeteri kadar korunmadığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir (Larenz, *a.g.e.*, s. 7 vd.; Wieacker, *a.g.m.*, s. 237 vd.).

⁴⁶⁶ BGB’nin gerekçesinde, § 313/1’in objektif işlem temelini; § 313/2’nin ise sübjektif işlem temelini ifade ettiği belirtilmiştir (BT-Drucks, 14/6040, s. 176). Ancak maddede iki işlem temeli türü için de aynı hukuki sonuçların öngörülmüş olması burada ayrıca not edilmelidir (Medicus / Petersen, *a.g.e.*, N. 860).

olduğu bilinseydi sözleşmenin hiç veya aynı şekilde kurulmayacağını gösteren öyle tasavvurlardır ki, bu tasavvurların sadece karşı tarafça bilinmesi veya itiraz edilmemiş olması yeterli olmamakta, her iki taraf bakımından aynı önemde olması gerekmektedir⁴⁶⁷. Burada dikkati çeken husus, temel yanılmasından farklı olarak, sadece sözleşmenin temeli olarak varsayılmış belirli duruma ilişkin tasavvurun karşı tarafça bilinebilir olmasının yeterli görülmemesi; ayrıca bu tasavvurun iki tarafın da irade oluşumunda belirleyici etken olmasının aranmasıdır. Bu tanım, Alman hukukunda saikte yanılmaların neden sadece ortak temelde yanılma hallerinde sözleşme ilişkisini etkileyebildiklerini daha iyi açıklamaktadır. Öte yandan, İsviçre-Türk hukukunda, esaslı saikte yanılma için, irade oluşumunda mutlak belirleyici tasavvurların, diğer taraf için de aynı nitelikte olması şartı aranmamaktadır⁴⁶⁸. Şu halde, bu tanımın TBK m. 32'deki (BK m. 24/1 b. 4) "sözleşmenin temeli" ifadesiyle örtüşmediği ortadadır.

Larenz'e göre, objektif işlem temeli ise; tarafların sübjektif tasavvurlarından bağımsız olarak, sözleşme ilişkisinin katlanılabilir (ifası beklenilebilir) düzeyde devamı ve amacına ulaşması için gerekli objektif durum ve olgulardır. Bu tanımdan hareketle, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmeyen durum değişiklikleri, bu gidişatı ve düzeni objektif bakımdan bozmuşsa, objektif işlem temelinin çöktüğünden bahsedilebilecektir⁴⁶⁹. Objektif işlem temelinin işaret ettiği durumlar, önceden görülmemiş veya önceden görülmesi gerekmemiş şekilde gelecekte ortaya çıkan ve sözleşmenin kuruluşundaki risk dağılımını bozan durumlar olup, işlem temelinin sonradan çökmesi kapsamında ele alınmaktadır⁴⁷⁰.

Alman Hukuku doktrininde ve mahkeme kararlarında gittikçe ağırlık kazanan bir diğer tanıma göre ise; işlem temeli, sözleşmenin kurulması sürecinde ortaya çıkan ve irade oluşumunda belirleyici olan mevcut ya da gelecekteki olgulara ilişkin, tarafların ortak tasavvurlarından ya da karşı tarafça bilinebilir nitelikte olup, itiraz edilmemiş olan tek taraflı tasavvurlarından oluşmaktadır. Bunların sözleşme içeriğine

⁴⁶⁷ Larenz, **a.g.e.**, s. 19 vd., 184.

⁴⁶⁸ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 2, c.

⁴⁶⁹ Larenz, **a.g.e.**, s. 51 vd., 185. *Larenz*'in bu tanımına ve yaptığı ayrıma ilişkin doktrindeki eleştiriler için bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 860; Arat, **a.g.e.**, s. 65 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 51 vd.

⁴⁷⁰ Serozan, **Dönme**, s. 248; Baysal, **Uyarlanma**, s. 203 vd.; Canbolat, **a.g.e.**, s. 209, 210.

dahil olmadığı kabul edilmektedir⁴⁷¹. Dikkat edilirse, hem *Larenz*'in tanımından, hem de § 313/1 BGB'nin lafzından farklı olarak bu tanım, işlem temelinin oluşması için “ortak tasavvuru” şart koşmamaktadır. Nitekim İsviçre-Türk hukuku bakımından, işlem temeli kavramına TBK m. 32'deki temel yanılması düzenlemesinden hareketle varılabileceğini ileri süren görüş de, bu tanımı esas almaktadır⁴⁷².

Ancak önemle belirtelim ki, temel yanılmasının varlığı için TBK m. 32 çerçevesinde aranacak olan şartlara bakıldığında, bu görüşün kabul ettiği işlem temeli tanımında bulunmayan bir unsur göze çarpmaktadır. Bu unsur, temel yanılması bağlamında objektif esaslılık şartı olan, “*alışveriş hayatında geçerli olan dürüstlük kuralına göre, tasavvur konusu olgunun sözleşmenin temeli sayılmasının haklı görülebilmesi*” gereğidir. Ancak bu görüşe göre, işlem temeli kavramının Türk hukuku açısından bu unsuru da kapsamasında herhangi bir sakınca yoktur⁴⁷³. Hatta bu unsuru da içeren işlem temeli kavramının, Türk hukukuna özgü bir anlam kazandığı kabul edilmelidir. Böylelikle, işlem temeli teorisi bağlamında Alman hukukunda yapılan birçok tartışmanın Türk hukukuna girmesinin de önüne geçilmiş olacaktır⁴⁷⁴. Görülmektedir ki, bu görüşe göre, işlem temelinin çökmesi teorisi ve temel yanılması arasındaki ortak payda “işlem temeli” (sözleşmenin temeli) kavramı olup, hem işlem temelinin çökmesi teorisi, hem de temel yanılması için, TBK m. 32 hükmünün adeta “ortak kullanım” işlevi bulunduğu kabul edilerek, daha tutarlı bir sistem oluşturacaktır. Öte yandan, tekrar hatırlatalım ki, bu görüşe göre, iki kurumun uygulama alanına giren olayların niteliği konusunda bir farklılık söz konusu olmayıp, hangi kurumun uygulanacağını belirlenmesinde ayırıcı kriter, salt kronolojiktir. Buna göre, temel yanılmasına yol açan olgu sözleşmenin kurulması sırasında mevcutken; işlem temelinin çökmesine neden olan olgu sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkar. Diğer bir anlatımla,

⁴⁷¹ Brox / Walker, *Schuldrecht*, § 27 N. 5, 6; Medicus / Petersen, *a.g.e.*, N. 876 (ve orada dn. 39'da yer alan mahkeme kararları); Schwab / Löhnig, *a.g.e.*, N. 638; Kocayusufpaşaoğlu, *İşlem Temeli*, s. 506; Erman, *a.g.e.*, s. 45; Baysal, *Uyarlanma*, s. 51, 52. İşlem temeli kavramının çerçevesinin tam anlamıyla belirlenmesi için, öncelikle dışsal olarak üç açıdan sınırlama yapılmalıdır. Bu dışsal sınırlara nüfuz edildiği takdirde, işlem temeli kavramından bahsedilemeyecektir. Bunlar; (i) sözleşmenin içeriği (zira işlem temeli olan durum ya da saikler sözleşmenin dışında kalmaktadır), (ii) hukukun dikkate alınmayan saikler (yani işlem temeli şartlarını haiz olmayan adi saikler) ve (iii) taraflar arasındaki riski daha önceden paylaştıran (kanuni ya da sözleşmesel) düzenlemelerdir. Şu halde, işlem temeli teorisinin uygulama alanı, bu sınırlar dışında aranacaktır (Bu konuda bkz. Medicus / Petersen, *a.g.e.*, N. 862 vd.; Wolf / Neuner, *a.g.e.*, § 42 N. 21 vd.).

⁴⁷² Kocayusufpaşaoğlu, *İşlem Temeli*, s. 511 vd.; Gürsoy, *a.g.e.*, s. 19; Serozan, *Dönme*, s. 351; Baysal, *Uyarlanma*, s. 212, 213.

⁴⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, *İşlem Temeli*, s. 508; Baysal, *Uyarlanma*, s. 213.

⁴⁷⁴ Serozan, *Dönme*, s. 351; Baysal, *Uyarlanma*, s. 142, 213.

sözleşmenin kuruluşu aşamasında mevcut olan olgu için temel yanılması; daha sonra ortaya çıkan beklenmedik olgu içinse işlem temelinin çökmesi teorisi devreye girer⁴⁷⁵.

Örneğin kedisini kaybettiğini düşünen A, bir gazetede yayınlanması için kayıp ilanı vermiştir. Ancak, daha sonra kedinin eve dönmesiyle A, ilan henüz yayınlanmadan önce gazeteyi hemen arayarak, ilana artık gerek kalmadığını ve ödediği parayı geri istediğini söylemiştir⁴⁷⁶. Burada “kedinin kayıp olduğu” olgusu, işlem temelini oluşturmaktadır. Fakat A’nın hangi kuruma dayanacağı; diğer bir deyişle temel yanılmasının mı, yoksa işlem temelinin çökmesinin (amacın boşa çıkmasının) mı uygulama alanı bulacağı, öncelikle kedinin sözleşmenin kuruluşu sırasında gerçekte kayıp olup olmadığına göre değişecektir. Yani, aslında kedi sözleşmenin kurulması sırasında kayıp olmamasına rağmen, A’nın kedinin kayıp olduğu yönündeki gerçeğe uygun olmayan tasavvuru yanılma teşkil ederken; sözleşmenin kuruluşu sırasında gerçekten kayıp olan kedinin daha sonra eve dönmesi ise işlem temelinin çökmesi çerçevesinde değerlendirilir. Bu bağlamda önemle belirtelim ki, temel yanılmasının işlem temeli kavramına esas oluşturduğunun kabulü

⁴⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 511; Serozan, **Dönme**, s. 351, 352; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1; Baysal, **Uyarlanma**, s. 214. Burada *Kocayusufpaşaoğlu*’nun diğer yazarlardan ayrıldığı önemli bir nokta vardır: Yazar, yanılan tarafından gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılan gelecekteki olguların da (bu durum karşı tarafça bilinebildiği ölçüde) temel yanılması kapsamına dahil olacağını savunmaktadır. Şu halde iki kurumun da kapsamına dahil olan olaylara, hangi kurumun uygulanacağını belirlenmesinde belirleyici olan zaman faktörü, yazarın görüşüne dikkat edilirse, farklı bir görünüm arz etmektedir. Buna göre, sözleşmenin kuruluşu anında mevcut olgulara sadece yanılma hükümleri uygulanacak; gelecekteki olgulara ilişkin ise, eğer yanılanın gelecekte ortaya çıkacağına “kesin gözüyle baktığı” bir olgu söz konusuysa yine temel yanılması uygulama alanı bulacak, bu nitelikte olmayan gelecekteki olgular (söz gelimi hiç tasavvur edilmemiş olanlar) ise işlem temelinin çökmesi kapsamında ele alınacaktır. (Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 509, 510; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 403). Aslında bu görüş kabul edilirse, yazarın kronolojik bakımdan değil, bizzat nitelik bakımından ayırım yaptığı itiraf edilmelidir. Zira hem mevcut duruma hem de (kesin gözüyle bakılan) gelecekteki olgulara ilişkin temel yanılması hükümlerine başvurulabilmesi mümkünse, burada iki kurum arasında esas olarak kronolojik bir farklılıktan söz etmeye imkan yoktur. Bu bakımdan, yukarıda görüşlerine gönderme yaptığımız *Serozan*, *Gürsoy* ve *Baysal*’ın bu konudaki tavırları daha tutarlıdır. Zira bu yazarlara göre, temel yanılmasının uygulama alanına giren olguların sadece geçmişe ve şimdiki zamana ait olması gerekir (Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1; Gürsoy, **a.g.e.**, s. 23; Baysal, **Uyarlanma**, s. 190). Öte yandan *Arat* ise, işlem temeli kavramına TBK m. 32’den hareketle ulaşılabileceği görüşüne karşı çıkmaktadır. Yazarın argümanına göre, işlem temelinin çökmesinde tarafların herhangi bir kusuru bulunmamaktaysa, ayrıca temel yanılması şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeye gerek yoktur. Buna ek olarak, işlem temelinin çöktüğü bir durumda, kural olarak tazminat ödeme yükümü söz konusu olmazken; temel yanılmasında tazminat talebinin gündeme gelebilecek olması, bu iki kuruma aynı maddeden varılma imkanının bulunmadığını göstermektedir (*Arat*, **a.g.e.**, s. 104). Yazarın, sadece temel yanılması ile işlem temelinin çökmesinin uygulanma şartları ve hukuki sonuçları arasındaki farklardan yola çıkarak bu tür bir sonuca ulaşmış olması, muhalif olduğu görüşü tam anlamıyla analiz etmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu görüşün isabetli olmadığı ortadadır (nitekim bizimle aynı görüşte bkz. Baysal, **Uyarlanma**, s. 213).

⁴⁷⁶ Örnek için bkz. Canbolat, **a.g.e.**, s. 182.

(örnekteki gibi), bu iki kurumun aynı uygulanma şartlarına sahip olduğu anlamına gelmemektedir; zira işlem temelinin çökmesi için (ve bu yöndeki hukuki imkanların devreye girebilmesi için), temel yanılmasının şartları dışında bazı ilave şartlara daha ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu noktaya haklı olarak dikkat çeken Serozan'a göre, işlem temelinin çökmüş olduğunun kabul edilebilmesi için⁴⁷⁷, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik olgunun, eğer sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut olsaydı, temel yanılması şartlarını sağlayabilecek nitelikte olması gerekir. Ancak yazar, haklı olarak şu noktayı da önemle belirtmektedir: İşlem temeli kavramına TBK m. 32 ile ulaşılsa bile, işlem temelinin çöktüğü ve bu nedenle sözleşmenin uyarlanması ya da sona erdirilmesi sonucuna varılabilmesi için, bazı ek şartların varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Bunlar; işlem temeli olan olgunun, daha sonra ağır surette değişmesinin herhangi bir tarafça daha önceden görülememiş olması ve bu değişikliğin herhangi bir tarafın risk alanından kaynaklanmamış olmasıdır⁴⁷⁸.

Saikte yanılma kurumunun karakteristik özelliğine bakıldığında, bu fark doğal karşılanmalıdır. Zira kişinin sadece kendisini ilgilendiren tasavvurlarının gerçeğe

⁴⁷⁷ İşlem temelinin çökmesi hallerinde, sözleşmenin uyarlanabilmesi ya da sona erdirilebilmesi için, doktrinde şu şartların varlığı aranmaktadır: (i) İşlem temeli olan durumun (olgunun) ağır surette değişmesi, (ii) bu durum değişikliğinin önceden görülebilir olmaması, (iii) kanuni ya da sözleşmesel bir risk paylaşımı kuralının söz konusu olmaması, (iv) durum değişikliğinin herhangi bir tarafın risk alanından kaynaklanmaması (yani durum değişikliğinin taraflara isnad edilmemesi) ve (v) adil bir risk dağılımı dikkate alındığında, sözleşmenin ifa edilmesinin dürüstlük kuralına göre beklenemez olması. Bkz. Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 18 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015, Art. 18 N. 99 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 8; Schwenger, **AT**, N. 35.07 vd.; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 42 N. 24 vd.; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 637; Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 4 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 206 vd.; benzer yönde Dural, **a.g.e.**, s. 67, 68; bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 71; Canbolat, **a.g.e.**, s. 215 vd.; Cashin-Ritane, **a.g.m.**, s. 332; Gülekli, **a.g.m.**, s. 48 vd.; Ormancı Pınar Altınok, "İşlem Temelinin Çökmesi ve Temel Hatası Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Halûk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 95-117, s. 101 vd.; Y. 3. HD., 12.6.2017, E. 2017/8522, K. 2017/9749 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁷⁸ Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 8; Gülekli, **a.g.m.**, s. 52. İşlem temelinin çökmesi ile temel yanılması arasındaki uygulanma şartları açısından ortaya çıkan farklılığa doğrudan işaret etmemekle birlikte, "işlem temelinin çökmesine yol açan diğer bütün şartlar gerçekleşmiş olmak kaydı ile, ..." şeklindeki ifadesinden bu anlam çıkarılabildiği ölçüde *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da aynı görüşe sahip olduğu belirtilebilir (Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 513). Öte yandan, daha önceki tarihte basılmış başka bir eserinde Serozan'ın, yukarıdaki ek şartların varlığından bahsetmeyerek, işlem temelinin çökmüş olup olmadığının tespitini eBK m. 25'deki (TBK m. 34) dürüstlük kuralı vasıtasıyla yaptığı görülmektedir. Buna göre, sözleşme ilişkisinin niteliğine ve risk dağılımına bakıldığında, sözleşmeden dönme hakkının verilebilmesinin beklenilebilir olup olmadığı, maddedeki güven ilkesi çerçevesinde araştırılacaktır (özetle, işlem temelinin çökmesi hallerinin, tamamen eBK m. 24/1 b. 4'e atlanabileceği yönündeki bu görüş için bkz. Serozan, **Dönme**, s. 351, 352 ve 359).

uygun olmadığının anlaşılması, onun risk alanında cereyan eden bir yanılma olarak kendini göstermekte ve bu bağlamda sözleşmenin iptal edilebilmesi, irade ilkesinin bir sonucu olarak muhatabın güvenini arka plana atmaktadır. Diğer bir ifadeyle, tek taraflı bir irade bozukluğu olan yanılma kurumuna ilişkin risk dağılımı, kanun koyucu tarafından esaslılık şartları çerçevesinde belirlenmiştir. Buna göre, ya saikte yanılma esaslı değildir ve yanılan istemediği sözleşme ile bağlı kalma riskini tamamen kendisi taşımak zorunda kalır ya da esaslılık şartları söz konusudur ve sözleşmenin iptal riski karşı tarafa yansıtılır, ancak bu sefer de güven zararının tazmini riski yanılanın üzerinde kalır. Hâlbuki işlem temelinin çökmesi hallerinde, *Serozan*'ın da belirttiği üzere, durum değişikliği herhangi bir tarafın risk alanından kaynaklanmamalıdır. Zaten, sözleşmenin, işlem temelinin çökmesi nedeniyle uyarıldığı ya da sona erdirildiği durumlarda, kural olarak herhangi bir tarafın tazminat ödemeyecek olması (istisnai hallerde hakkaniyet gereğince tazminat ödeme ihtimali bir kenara bırakılırsa), bu şartın doğal bir sonucudur.

Ancak burada hemen belirtelim ki, işlem temelinin çökmüş kabul edilebilmesi için, temel yanılma şartlarının dışında kalan diğer ek şartları tespit edeceksek, söz konusu durum değişikliğinin “önceden görülmezliği” konusunda, sadece “önceden görülebilir olmama” şartından bahsetmek daha isabetli olacaktır. Zira durum değişikliğinin bundan zarar gören kişi tarafından fiilen önceden görülmemiş olması şartı, TBK m. 32'nin bünyesinde zaten mevcuttur. Bunu ek bir şart olarak tekrar ifade etmeye gerek yoktur. Gerçekten de, kişinin, durum değişikliğini “fiilen önceden görmüş” olması halini temel yanılmasına uyarlırsak, bu, kişinin yanılma konusu durumun gerçeğe uygun olmadığının farkında olması anlamına gelecektir ki, bu durumda bilinçli bir yanılma söz konusu olacağından yanılma kavramı da devre dışı kalacaktır. Dolayısıyla, işlem temelinin çökmesi için, TBK m. 32'deki şartlar dışında ek olarak “önceden görülebilir olmama” (gelecekteki olgunun ihmal nedeniyle önceden görülememiş olması) şartının aranması daha yerinde olacaktır. Zira daha sonra ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, kişi, belirli bir olgunun gerçeğe uygun olmadığını bilmesi gerekseydi dahi temel yanılma hükmünden yararlanabilir. Zira yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi, yanılanın kusurunun (ihmalinin) bulunduğu hallerde de mümkündür. Burada, yanılanın söz konusu olguya ilişkin yanlış tasavvur sahibi olduğunu bilmesi gerektiği oranda kusurlu olduğu kabul edilir. Hâlbuki işlem temelinin çökmesi için, ilgili kişinin, durum değişikliğini fiilen önceden

görmemiş olması şart koşulduğu gibi, ayrıca önceden görememiş olması da gerekir (ki bunun temel yanılmasındaki görünümü “ihmalidir”).

İşlem temelinin çökmesi kurumuna esas olacak işlem temeli kavramının TBK m. 32’de yer aldığını ileri süren görüş, işlem temelinin çökmesi teorisinin Türk hukuku bakımından da kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁴⁷⁹. Bu noktada İsviçre hukuku ile Türk hukuku arasında yolların ayrıldığı görülmektedir. Zira İsviçre hukukunda, işlem temelinin çökmesi teorisi esas itibariyle benimsenmemiş olup; sözleşme sonrası beklenmeyen durum değişiklikleri için, daha çok *clausula rebus sic stantibus* kavramı adı altında çeşitli çözüm yöntemleri aranmaktadır⁴⁸⁰. Ayrıca İsviçre

⁴⁷⁹ Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmeyen durum değişiklikleri nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin hukuki temeli konusunda, şimdiye kadar ortaya atılmış teorilerin içinde, menfaatler durumunu en iyi gözeten, alışveriş hayatındaki güvenin korunmasına hizmet eden ve kendi içinde en tutarlı teorinin işlem temelinin çökmesi teorisi olduğu görüşüne biz de katılmaktayız. Kaldı ki, İsviçre hukukundan farklı olarak, işlem temelinin çökmesi kavramı, Türk mahkeme kararlarında ve doktrinde de açıkça zikredilmiş ve kabul edilmeye başlanmıştır (Bu görüşte bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 509, 510; Serozan, **Dönme**, s. 351; Yeşim M. Atamer, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler ve Teklifler”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, s. 8-37, s. 26; Baysal, **Uyarlanma**, s. 94, 143, 144; Gülekli, **a.g.m.**, s. 43; Altınok Ormancı, **a.g.m.**, s. 96; bu yönde bkz. YHGK., 19.2.1997, E. 1996/11-762, K. 1997/77 (YKD. 1997, S. 5, s. 681, 682); Y. 3. HD., 19.6.2017, E. 2017/6433, K. 2017/10426; Y. 3. HD., 2.3.2017, E. 2016/14113, K. 2017/2455; Y. 3. HD., 12.6.2017, E. 2017/8522, K. 2017/9749; Y. 6. HD., 21.11.2016, E. 2015/11014, K. 2016/6873 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Hatta TBK’nın hazırlık çalışmalarında da bu teorinin açıkça dikkate alındığı ve sadece aşırı ifa güçlüğü halinin düzenlenmiş olmasının bu teorinin kabulünü dışlamadığı, şu ifadelerden anlaşılmaktadır: “*Tasarının 137 nci maddesi ile ilgili tekrar-i müzakere talebinde bulunulmuş ve maddenin yeniden görüşülmesi sırasında, madde başlığının “sözleşmenin uyarlanması” biçiminde değiştirilmesi, aşırı ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerinin de mukayeseli hukuk ve doktrin temelinde düzenlenmesi gereği dile getirilmiştir. Sorunla ilgili olarak bir öneri de geliştirilmiş, çözüme bilim kurulu karşı çıkmış, Komisyonca, Genel Kurul aşamasına kadar bir önerge geliştirilmesi temennisi ile madde oylanmıştır*” (TBK tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 272/499). Keza TBK m. 138’in gerekçesinde de “*Tasarının 137 nci maddesinde, aşırı ifa güçlüğü konusundaki bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, “işlem temelinin çökmesi”ne ilişkindir*” ifadesi yer almaktadır.

Buradan hareketle, Serozan ve Baysal’ın öne sürdüğü şu görüşün takip edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz: Sözleşmenin kurulması anında işlem temeli olan durumların, daha sonra beklenmedik ve ağır şekilde değişmesi halinde, sözleşmedeki risk dağılımını bozulmakta ve sözleşmeye müdahale edilmesi gerekir. Ancak bu nitelikteki olayları kapsayıcı ve hukuki sonuçları genel olarak belirten açık bir hüküm söz konusu olmadığı için, Türk hukukunda örtülü bir boşluğun varlığı kabul edilmeli ve bu boşluk, TMK 2/1 temelinde olmak üzere, kanunda sayılan çeşitli özel hükümlerden (örneğin TBK m. 480/2) ve TBK m. 138’den (aşırı ifa güçlüğü) toplu hukuki kıyas yoluyla doldurulmalıdır (Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 4, 5; Serozan, **Edimler Arasındaki Dengesizlik**, s. 1013-1030, s. 1024; Baysal, **Uyarlanma**, s. 138, 139).

⁴⁸⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 316 vd.; Wiegand, **BasKomm**, Art. 18 N. 95 vd.; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 804; Wiegand, **BasKomm**, Art. 18 N. 97; Schwenzer, **AT**, N. 37.40; Bischoff, **a.g.e.**, s. 177, 202; Ernst A. Kramer, “Neues zur clausula rebus sic stantibus”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 110/2014, s. 273-287, s. 273 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 82 vd. İsviçre hukukunda, Alman hukukunun aksine, sözleşmenin kurulması aşamasındaki olgular için, ayrı bir hüküm olarak zaten OR m. 24/1 b. 4’ün (temel yanılmasının) uygulanacak olması ve burada da uyarlanma imkanının söz konusu olmaması (sadece iptal hakkının tanınmış olması) nedeniyle, hem temel yanılmalarını hem de sözleşmenin kurulmasından

hukukunda, Alman hukukunun aksine, sözleşmenin uyarlanması daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Bu bağlamda, eğer ahde vefa prensibine istisna getirilerek sözleşmeye müdahale edilecekse, bunun daha istisnai hallerde ve sıkı şartlara bağlanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸¹.

Alman hukukunda, işlem temelinin çökmesi ile temel yanılması arasındaki ilişki daha farklı bir özellik göstermektedir. Ancak öncelikle belirtelim ki, BGB'deki yanılma hükmü, § 119'da sadece açıklamada yanılma (f. 1) ve esaslı nitelik yanılması (f. 2) olarak düzenlenmiş olup, ancak bu tür yanılmalarda sözleşmenin iptal edilebilmesi mümkündür. Öte yandan, temel yanılması konusunda ise (sözleşmenin içeriğine girmeyen saikte yanılmalar), genel bir hüküm söz konusu olmayıp, yanlış tasavvur konusu olguların, sözleşmenin kuruluşunda ya da daha sonra gerçekleşmesine bakılmaksızın üst kavram olarak "işlem temelinin bozulması" (*Störung der Geschäftsgrundlage*) (§ 313 BGB) altında ele alındığı ve bu maddede zikredilen hukuki sonuçlara tabi olduğu görülmektedir. Ancak bu düzenleme, olguların ortaya çıkma zamanına göre iki ayrı durumu kapsamaktadır: (i) İşlem temelinin baştan eksikliği (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*) ve (ii) işlem temelinin

sonra meydana gelen önceden görülemez durum değişikliklerini bünyesinde barındıran (ve hem uyarlanma hem de sözleşmenin ortadan kaldırılması imkanı tanıyan) Alman hukuku kaynaklı işlem temeli teorisinin, bu hukuk sistemine uygun olmadığı kabul edilmektedir (bu ve diğer nedenler için bkz. Wiegand, **BasKomm**, Art. 18 N. 97 vd., Baysal, **Uyarlanma**, s. 92 , 93).

Sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeli konusunda, İsviçre-Türk hukukunda ileri sürülen görüşler şu şekilde özetlenebilir: (i) Kanun boşluğu bulunduğu görüşü, (ii) sözleşmede risk boşluğu bulunduğu görüşü, (iii) TMK m. 2/1'den (ZGB m. 2/1) hareket edilmesi gerektiği görüşü, (iv) sonraki imkansızlık görüşü, (v) TMK m. 2/2'den (ZGB m. 2/2) hareket edilmesi gerektiği görüşü, (vi) TBK m. 480/2 (OR m. 373/2), TBK m. 319 (OR m. 287) ve sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerin haklı nedenle feshine ilişkin hükümlerden toplu hukuki kıyas yapılması gerektiği görüşü, (vii) ahlaka aykırılık görüşü, (viii) işlem temelinin çökmesi görüşü (bu görüşler hakkında bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 321; Serozan, **Dönme**, s. 344 vd.; Dural, **a.g.e.**, s. 28 vd.; Erman, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 85 vd.; Altınok Ormancı, **a.g.m.**, s. 103 vd.). Türk hukukunda, sözleşmenin uyarlanmasının TMK m. 2/1 temelinde yapılması gerektiği yönündeki görüşün baskın olduğu (Erman, **a.g.e.**, s. 54; Baysal, **Uyarlanma**, s. 120); İsviçre hukukunda ise, hâkimin, şartların değişmesi nedeniyle ortaya çıkan sözleşmedeki uyarlama boşluğunu (risk boşluğunu), ZGB m. 2 çerçevesinde doldurması gerektiği yönündeki görüşün ağırlıklı olarak takip edildiği görülmektedir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 317; Wiegand, **BasKomm**, Art. 18 N. 96, 97; Kramer, **Clausula**, s. 275, 276; Schwenger, **AT**, N. 35.05). Bu noktada ayrıca belirtelim ki, OR 2020 tasarısı m. 19'da bu konuda açık hüküm düzenlenmiştir. Burada, sözleşmenin kuruluşundaki şartların daha sonra önceden görülemeyecek şekilde bir tarafın aleyhine değişmesi halinde, ilgili tarafın edimini ifa etmesi dürüstlük kuralına göre kendisinden artık beklenemiyorsa, mahkemenin sözleşmeyi uyarlayabileceği ya da ortadan kaldırabileceği belirtilmektedir.

⁴⁸¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 316 (yazarın ayrıca, işlem temeli kavramı yerine "sözleşme temeli" kavramını tercih ettiği görülmektedir. **A.g.e.**, N. 316, 317); Kramer, **Clausula**, s. 278 vd.; Baysal, **Uyarlanma**, s. 83, 84. Uyarlamanın İsviçre hukukundaki uygulama alanı için bkz. Wiegand, **BasKomm**, Art. 18 N. 101 vd.; Schwenger, **AT**, N. 35.08 vd.

sonradan çökmesi (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*). İlk durum *Larenz*'in subjektif işlem temeli kavramına, ikinci durum da objektif işlem temeli kavramına gönderme yapmaktadır⁴⁸². Bu bağlamda, eğer işlem temeli olan olguya ilişkin saikte yanılma, ortak temelde yanılma (*gemeinschaftlicher Motivrrrtum*)⁴⁸³ niteliğindeyse ve maddedeki diğer şartlar da mevcutsa, bu, ilk durum kapsamında olacak ve maddede öngörülen uyarılama ve sözleşmeden dönme imkanlarına başvurulabilecektir (§ 313/3 BGB)⁴⁸⁴. Ortak temelde yanılma için, sözleşmenin kurulmasında dikkate alınan belirli olgunun, her iki taraf için de sözleşmenin yapılması konusunda olmazsa olmaz şart olarak görülmesi ve tarafların bu olguya ilişkin tasavvurunun gerçeğe uygun olmaması gerekir⁴⁸⁵. Mesela, evlilik yıldönümünde eşine hediye etmek üzere A, bir terziye elbise siparişi vermiştir. Ancak daha sonra eşinin beden ölçüsünü yanlış hatırladığını fark etmiştir. Buradaki yanılmanın ortak temelde yanılma olabilmesi için, A tarafından sözleşme kurulurken dikkate alınan beden ölçüsünün, aynı zamanda terzinin sözleşmeyi yapması için de mutlak belirleyici etken olması gerekir. Diğer bir deyişle, eşinin beden ölçüsüne ilişkin yanlış tasavvur, her iki tarafın da iradesini oluşturmuş olmalıdır. Öyle ki, gerçek beden ölçüsünü bilselerdi, tarafların o sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde yapmayacakları söylenebilirdi. Zira ancak bu durumun varlığı halinde, artık sözleşme ilişkisinin kurulduğu şekilde devam ettirilmesinin iki taraf için de arzu edilmediği söylenebilecektir⁴⁸⁶. Kaldı ki, iki tarafın da yanlış saik sonucunda yaptığı

⁴⁸² BT-Drucks 14/6040, s. 176; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 860; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 42 N. 5; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 98; Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 4.

⁴⁸³ BGB'nin gerekçesinde belirtilen bu kavramın motamot çevirisi "ortak saikte yanılma" şeklinde olurdu, ancak İsviçre-Türk hukukuyla karşılaştırmanın daha iyi yapılabilmesi için, maddede belirtilen saikte yanılmaya karşılık gelecek kavramın "ortak temelde yanılma" olarak ifade edilmesi daha yerinde olacaktır. Ortak temelde yanılma, 2002 tarihli Alman Borçlar Hukuku Reformundan önce de, yine işlem temelinin çökmesi teorisi bağlamında değerlendirilmiştir. Ancak o dönemde, işlem temelinin çökmesi teorisinin, § 157 BGB (sözleşmenin yorumunda dürüstlük kuralı), § 242 BGB (genel dürüstlük kuralı) ve § 779 BGB (sulh sözleşmesinin yapılmasına temel olan olguda ya da olgularda iki tarafın da yanılmış olması) hükümlerinden kıyas yoluyla oluşturulduğu görülmektedir (Larenz, **a.g.e.**, s. 156; Goltz, **a.g.e.**, s. 220, 221; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 826 ve 857; karş. Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s. 329).

⁴⁸⁴ Keza PECL m. 4:105'in (*Adaptation of contract*) (3)'üncü fıkrasında da eğer iki taraf da aynı hatayı yapmışlarsa, taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, mahkemenin, eğer hata olmasaydı tarafların makul şekilde nasıl anlaşacaklarını dikkate alarak sözleşmeyi uyarlayabileceği ifade edilmektedir. Aynı şekilde bkz. DCFR II-7:203/3.

⁴⁸⁵ Brox / Walker, **AT**, N. 476; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 42 N. 13; Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 9; Burada önemle belirtelim ki, § 313 (1) BGB kapsamındaki olay grupları (yani işlem temelinin sonradan çökmesi) için, ortak tasavvur şartı aranmamaktadır (Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 5vd.; BT-Drucks 14/6040, s. 175). Zira *Larenz*'in objektif işlem temeli tanımı da bu sonucu doğrular niteliktedir.

⁴⁸⁶ Beden ölçüsüne ilişkin saikin, çoğu zaman terzi için mutlak belirleyici önemde olmayacağı söylenebileceğinden, A'nın sonuç olarak § 313/3'deki imkanlara başvurması da mümkün olmayacaktır. Bu konuda bir diğer örnek, Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında (BGH NJW

bir sözleşmede, ahde vefa ilkesine bağlı kalmanın da bir önemi bulunmamaktadır. Hatta bu ihtimalde, bir tarafın sözleşmenin kurulduğu şekilde devam etmesini istemesi, dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir⁴⁸⁷.

Hemen belirtelim ki, ortak temelde yanılma nedeniyle sözleşmenin uyarlanması ya da sözleşmeden dönülebilmesi için, ayrıca, § 313 (1) BGB'deki ifadeyle “*somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, özellikle sözleşmedeki ve kanundaki risk dağılımı dikkate alındığında, taraflardan birinin, sözleşmeyle bu şekilde bağlı kalması ve aynen ifasının beklenemez olması gerekmektedir*”. Dikkat edilirse, Alman hukukunda, temel yanılma sorunu tamamen işlem temelinin çökmesi şartlarına bağlanmakta ve bu bağlamda, gerçeği doğru değerlendirmeme riskinin iki tarafa da ait olmaması aranmaktadır. Bunun bir anlamı da, sözleşmenin uyarlanmasını ya da sözleşmeden dönmeyi arzu eden tarafın yanılmada kusurunun bulunmaması gerektiğidir.

Görüleceği üzere, Alman hukukunun, yanılma kurumu açısından İsviçre-Türk hukukuna oranla güven ilkesine daha fazla önem verdiği söylenebilir. Nitekim bu hukuk sisteminde, yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesinin çok daha dar bir alanda kabul edilmiş olması bunu doğrular niteliktedir. Ayrıca, § 119 BGB'de düzenlenen tek taraflı yanılma hallerinde dahi (esaslı açıklamada yanılma ve esaslı nitelik yanılması), karşı tarafın menfaati, bu sefer de yanılanın sözleşmenin iptali halinde kusursuz sorumlu olduğuna işaret eden § 122 BGB hükmü vasıtasıyla üst düzeyde korunmaktadır.

(4) Görüşümüz

İsviçre-Türk hukukunda, TBK m. 32'nin (OR m. 24/1 b. 4) gerek tarihi gelişimine gerekse pozitif hukuktaki yapısına bakıldığında ve yukarıda anılan görüşler bağlamında ileri sürdüğümüz itirazlar dikkate alındığında, “hiçbir saikte yanılmanın

2005, 2069, 2071) gündeme gelmiştir. Olayda, hastane sahibi ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinde, taraflar, yasal sağlık sigortasının yataklı tedavi masraflarını karşılayacağını varsaymışlardır. Ancak daha sonra, söz konusu masraf kaleminin hastalara sağlanan sigorta kapsamında olmadığı anlaşılmıştır. Mahkeme, iki tarafın da sübjektif işlem temelinin oluşturduğu bu olgunun sözleşme kurulurken hatalı tasavvur edilmiş olmasından hareketle, § 313/2 uyarınca işlem temelinin baştan eksik olduğuna işaret etmiştir (Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 27 N. 9 dn. 11'den naklen).

⁴⁸⁷ Brox / Walker, **AT**, N. 476 (Dolayısıyla burada yapılacak şey, ya iki tarafın da ortak temelde yanıldığı sözleşmenin sona erdirilmesi ya da sözleşmenin ortak saike göre düzeltilmesidir).

esaslı olamayacağı görüşü” ile maddenin aslında “varsayım” (*Voraussetzung*) kavramına işaret ettiği yönündeki görüşün reddedilmesi gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

TBK m. 32’de düzenlenen saikte yanılmanın hukuki niteliği konusunda görüşümüzü belirtmeden önce işaret edelim ki, İsviçre-Türk hukukundaki çoğunluk görüş, bu maddede yalnızca esaslı saikte yanılma kurumunun düzenlendiği (esaslı saikte yanılma teorisi) yönündedir⁴⁸⁸. Bu görüşe göre, TBK m. 32 c. 1 (OR m. 24/2, eBK m. 24/2) uyarınca, her ne kadar saikte yanılmalar kural olarak hukuken dikkate alınmayacak olsa da, belirli şartların varlığı halinde hukuk düzeni, esaslı saikte yanılan kimseye sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vermektedir. Bu görüşteki yazarların bir kısmı, yukarıda anılan, TBK 32’den (OR m. 24/1 b. 4, eBK m. 24/1 b. 4) hareketle “işlem temeli” kavramına ulaşılacağı yönündeki görüşü tamamen reddetmekteyken⁴⁸⁹; geri kalanının herhangi bir yorumda bulunmadığı görülmektedir. Bu noktada belirtelim ki, İsviçre hukuku doktrinde “işlem temeli” görüşüne ilişkin herhangi bir şey söylenmemesi, gayet anlaşılır bir nedene dayanmaktadır. Zira yukarıda açıkladığımız üzere, İsviçre hukuku bakımından işlem temelinin çökmesi teorisinin zaten bu haliyle kabul görmeyen bir teori olması, bu sistemde temel yanılması hükmünün içeriğine ilişkin bu yönde bir tartışma yapılması ihtiyacını dahi doğurmamıştır.

Gerek İsviçre-Türk kanun koyucularının bu düzenlemeye ilişkin iradesine, gerek mahkeme içtihatlarına ve gerekse de doktrine bakıldığında, hem tarihi açıdan hem de güncel hukuk anlamında, TBK m. 32’nin (OR m. 24/1 b. 4, eBK m. 24/1 b. 4) “esaslı saikte yanılma teorisine” uygun olarak düzenlendiği sonucuna rahatlıkla varılabilir. Kaldı ki, yukarıda görüşlerini aktardığımız yazarların da, işlem temeli görüşünü savunurken ayrıca esaslı saikte yanılma teorisine karşı çıkmadıkları görülmektedir. Onlar sadece işlem temelinin çökmesi ve temel yanılması kurumları arasındaki ortak bir noktaya dikkat çekerek, TBK m. 32’nin fonksiyonunu genişletmek istemektedirler. Diğer taraftan, işlem temeli görüşüne tamamen karşı çıkan yazarların, sanki bu görüş

⁴⁸⁸ Edis, **Hata**, s. 47; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 308; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 342, 343; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 99, 100; Eren, **BG**, s. 404; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 775; Schwenger, **AT**, N. 37.23; Bucher, **AT**, s. 193, 202; Huguenin, **AT**, N. 510; Bachmann, **a.g.e.**, s. 64 vd.; Birsén, **a.g.e.**, s. 86 vd. Aynı şekilde bkz. TBK m. 32’nin gerekçesi (TBK tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 39/499).

⁴⁸⁹ Edis, **Hata**, s. 44; Eren, **BG**, s. 404; Arat, **a.g.e.**, s. 104.

esaslı saikte yanılma teorisiyle çelişmekteymiş gibi argümanlarını oluşturması, kanaatimizce savunulabilir bir görüş değildir. Örneğin *Edis*, bu konuda bazı yazarları da referans göstererek şu çıkarımı yapmaktadır: İsviçre Borçlar Kanunu 1911’de kabul edilmiştir; oysaki *Oertmann*, işlem temeli teorisini 1921 tarihinde ileri sürdüğünden, bu teorinin yanılma kurumunu etkileme imkanı yoktur⁴⁹⁰. Bu argümana karşı yapılacak ilk itiraz, yukarıda da belirtildiği gibi, işlem temeli teorisinin bu isimle olmasa bile, *Oertmann*’dan çok daha öncesine dayandığıdır. Öte yandan, bir an için bu teorinin hiçbir şekilde İsviçre kanun koyucusu tarafından bilinmediği varsayılsa bile, günümüzde kanunun yorumunda hâkim olan yorum yöntemi, objektif-zamana uygun (güncel-nesnel) yorum yöntemidir. Buna göre, bir kanun maddesi yürürlüğe girdikten sonra, kanun koyucunun iradesinden ayrılmakta ve yaşayan bir hukuki olgu olarak bağımsızlaşmaktadır. Farklı bir anlatımla, yorum yapılırken maddenin yasalaştığı andaki amaca değil, esas olarak günün ihtiyaçları ve menfaatler dengesi ışığında, hükmün yorum yapıldığı andaki amacına bakılmalıdır⁴⁹¹.

Şu halde, işlem temeli görüşü açıklanırken ileri sürülen argümanlar çerçevesinde, TBK m. 32’deki temel yanılmasından hareketle işlem temeli kavramına ulaşılabilceği görüşüne katılmaktayız. Bu madde, bir taraftan işlem temelinin çökmesi hallerine ilişkin olarak, daha sonra değişikliğe uğrayan belirli olgunun işlem temeli olup olmadığının denetlenmesine yararken; diğer taraftan, şayet bu olgu sözleşmenin kurulması anında mevcutsa, ona ilişkin yanlış tasavvurun temel yanılması teşkil edip etmediğini tespit edecektir.

Bu bağlamda denilebilir ki, TBK m. 32’nin özünde esaslı saikte yanılma hükmü olması, bu hükme ayrıca işlem temeli kavramı için müracaat edilmesini engellemez. Hatta esaslı saikte yanılma türü olan “temel yanılması”, pekâlâ “sözleşme kurulurken işlem temeli olmuş olguya ilişkin tasavvurun gerçeğe uygun olmaması” şeklinde okunabilir ve bu şekilde yorumlanabilir. Yalnız bu çerçevede, şu hususlara özellikle dikkat çekmek gerekmektedir:

- Gelecekteki olgulara ilişkin yanılmaların, esaslı saikte yanılma olup olamayacağı konusu daha sonra incelenecektir, fakat bu başlıkla ilgisi

⁴⁹⁰ *Edis*, **Hata**, s. 44 ve orada dn. 103’de anılan yazarlar.

⁴⁹¹ Bu konuda bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 136; Yasemin Işıқтаç / Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 4. (Tıpkı) Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 205 vd.; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 808, 809; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 258.

bağlamında peşinen söylenmesinde yarar bulunan husus, bize göre, esaslı saikte yanılmaların sadece geçmişteki veya şimdiki olgular için söz konusu olacağıdır. Dolayısıyla, işlem temelinin çökmesi bağlamında, TBK m. 32'den hareketle işlem temeli kavramına ulaşılrken, söz konusu olgular arasındaki bu kronolojik fark her zaman göz önünde tutulmalıdır.

- TBK m. 32'nin söz konusu iki kurum için ortak bir "işlem temeli" kavramı içermesi, bizi asla bu kurumların uygulanma şartlarının da aynı olduğu sonucuna götürmemelidir. Zira daha önce işaret edildiği üzere, işlem temelinin çökmesi için, temel yanılmasının şartlarına ek olarak başka şartların varlığı aranmaktadır.

Tezde bu aşamaya kadar yapılan açıklamaların ortaya çıkardığı sonuç şudur: TBK m. 32'de, saikte yanılmaların kural olarak adi saikte yanılma olduğuna işaret edilmiştir. Ancak maddede belirtilen şartların varlığına bağlı olarak, saikte yanılmaların, esaslı saikte yanılma statüsü kazanarak sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi mümkündür. Esaslı saikte yanılmalar, iki gruba ayrılmaktadır: (i) Sözleşme konusu şeyin ya da sözleşmeyle ilgili kişinin niteliklerine ilişkin yanılmalar "esaslı nitelik yanılması" olarak adlandırılmakta, (ii) nitelik dışındaki hususlarda yanılma ise "temel yanılması" grubunu oluşturmaktadır (ki bu işlem temeli kavramıyla da örtüşmektedir). Bu iki grup arasındaki temel fark, hatalı saikin sözleşmenin içeriğine girip girmemesi ve buradan hareketle, yanılma olgusunun ayrıca borcun ifa edilmemesi halleriyle (ayıp ya da zapt sorumluluklarıyla) yarışıp yarışmayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır⁴⁹². Bu bağlamda, esaslı saikte yanılmaların başka bir açıdan, sözleşme içi (işlem içi) saikte yanılmalar ve sözleşme dışı (işlem dışı) saikte yanılmalar şeklinde farklı bir ayrıma tabi tutulabileceği de söylenebilir⁴⁹³.

Her ne kadar TBK m. 32, söz konusu iki tür yanılmayı (temel yanılmasını ve esaslı nitelik yanılmasını) bünyesinde barındıyor olsa da, yukarıdaki argümanlardan da destek alarak, olası bir kanun değişikliğinde bu ayrımı daha net ortaya koyacak şu yönde bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Buna göre, maddedeki "sözleşmenin temeli" kavramının, sadece temel yanılmalarına ilişkin olduğu kabul edilerek kavramın aynen tutulması; ancak esaslı nitelik yanılmalarının varlığını açığa vuracak

⁴⁹² Bu konuda ayrıca bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 2, c; sözleşmenin içeriği konusunda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3.

⁴⁹³ Karş. Flume, **AT**, s. 477 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 106, 107.

tarzda, maddeye ayrıca “sözleşme konusu şeyin ve sözleşmeyle ilgili kişinin niteliklerine ilişkin yanımlar da bu kapsamda sayılır” şeklinde bir ifadenin eklenmesi kanaatimizce uygun olacaktır. Zira sözleşme içeriğine girmeyen “sözleşmenin temeli” kavramı, sözleşme içeriği olan, şeyin ya da kişinin niteliklerine ilişkin yanımlarla teknik olarak bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, bu iki türü kapsayan genel bir “esaslı saikte yanılma” kavramını tercih etmemizin nedeni de bu noktaya dayanmaktadır.

2. Şartları

Yanılanın sözleşmenin bağlayıcılığını ortadan kaldırabilmesi için, saikte yanılmanın “esaslı saikte yanılma” statüsünde olması gerekir. Diğer bir anlatımla, sözleşmenin iptali için, sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olan belirli olguya ilişkin tasavvur ile gerçeklik arasında uygunsuzluk bulunması tek başına yeterli olmamakta; bunun yanı sıra, birlikte gerçekleşmesi gereken çeşitli şartların varlığı da aranmaktadır. İsviçre-Türk kanun koyucusu, TBK m. 32’de (OR m. 24/1 b. 4), TBK m. 30’daki gibi esaslı sayılan yanımları örnekleyici şekilde sıralama yöntemini benimsememiş, saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için gerekli olan şartları belirtmiştir. Bu bağlamda, konunun merkezine yönelmeden önce, esaslılık kriterinin pratikte nasıl görünüm arz edeceğine ilişkin birkaç örnek vermek yararlı olacaktır.

Birinci örnek: Kaliteli bir halı almak isteyen alıcı, satıcının, 16. yy.’daki Şah Abbas zamanından kalma İran halısı olduğunu söylediği bir halıyı satın almıştır. Ancak alıcı, bir süre sonra bu halıyı çeşitli uzmanlara incelettirdiğinde, aslında halının fabrika üretimi, modern bir halı olduğu ortaya çıkmıştır⁴⁹⁴. Diğer örnek: X model cep telefonu için şarj aleti alan A, aslında şarj aletinin kendi telefonu için uygun olmadığını, zira cep telefonu modellerini karıştırdığını fark etmiştir. Bu örneklerden ilkinde, tüm esaslılık şartları bir arada bulunduğundan, buradaki saikte yanılmanın esaslı olduğu ve bu nedenle sözleşmenin iptal edilebileceği kabul edilebilecekken; ikinci örnekte, esaslılık şartlarındaki eksiklik nedeniyle, yanılanın yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edemeyeceği sonucuna varılacaktır. Burada esaslı saikte yanılma ve esaslı olmayan (adi) saikte yanılma ayrımı açısından durum daha net ortaya çıkmaktaysa da, her saikte yanılma halinde esaslılığı belirlemek bu kadar kolay değildir.

⁴⁹⁴ BGE 52 II 143 (servat.unibe.ch).

Her ne kadar kanunda esaslılık şartları belirtilmiş olsa da, bu şartların kavramsal çerçeve içine alınarak daha açık bir şekilde ortaya konulması, doktrin ve mahkeme kararlarıyla gerçekleşmiştir⁴⁹⁵. Hemen belirtelim ki, bu şartların içeriği ve sayısı bakımından doktrinde farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Ancak biz, esaslılık şartlarını kendi görüşümüze uygun olarak açıklayıp, söz konusu tartışmaları ise ilgili başlıkların altında inceleyeceğiz. Saikte yanılmanın TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) anlamında esaslı saikte yanılma teşkil edebilmesi için gerekli şartlar şu şekilde belirtilebilir⁴⁹⁶:

- Saikte yanılma belirli bir olguya ilişkin olmalı,
- Yanılma konusu belirli olgu, yanılan için sözleşmenin zorunlu temeli olarak kabul edilmeli (sübjektif şart),
- Yanılanın belirli olguya ilişkin gerçeğe uygun olmayan tasavvuruna (saikine) bu derece önem verdiği, karşı tarafça bilinebilir olmalı,
- Yanılma konusu belirli olgu, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre de sözleşmenin zorunlu temeli sayılabilmelidir (objektif şart).

a. Saikte Yanılmanın Belirli Bir Olguya İlişkin Olması

Saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için, öncelikle, yanılanın işlem iradesini harekete geçiren yanlış ya da eksik tasavvurun “belirli bir olguya” ilişkin olması gerekir. OR m. 24/1 b. 4’te “*wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf...*” ibaresiyle daha net ifade edilen bu husus; OR’un Fransızca versiyonunda daha belirsiz kaleme alındığından, eBK’ya da “*akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması*” şeklinde geçmiştir. Bu nedenle, buradaki “şeylerde” kelimesinin, aslında “belirli olgulara” işaret ettiği gözden kaçırılmamalıdır⁴⁹⁷. Keza TBK m. 32’de de, saikte yanılmanın

⁴⁹⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 94.

⁴⁹⁶ Bucher, **AT**, s. 206, 207; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 94; Bachmann, **a.g.e.**, s. 76-78; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 86, 87; Schwarz, **BG**, s. 302; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 44, 45; Schwenger, **AT**, N. 37.25 vd.; Eren, **BG**, s. 405 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 100 vd.

⁴⁹⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 95; Koller, **AT**, § 14 N. 21; Zehnder, **a.g.e.**, s. 67; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 402; Goltz, **a.g.e.**, s. 69 vd.

belirli olguya ilişkin olması gerektiği yönünde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bu hükmün de aynı şekilde yorumlanması gerekecektir.

Saikte yanılmaların hukuken dikkate alınıp alınmaması konusunda, aslında çok önemli bir filtre görevi gören bu şartın kastettiği şudur: Gerçeğe aykırı şekilde tasavvur edilen belirli olgu, sözleşmenin kurulması aşamasında, çerçevesi açıkça belirlenebilen, objektif olarak değişmez ve sabit nitelikte bir olgu olmalıdır. Karşıt anlamından ifade edilirse, doğası gereği muğlak, belirsiz, sürekli değişiklik gösteren ve spekülasyona müsait olaylar bu kapsama dahil olmamaktadır. Bu bağlamda, örneğin sözleşme konusu şeyin sadece yanılan için anlam ifade ettiği sübjektif değeri (*blosser Wertirrtum*)⁴⁹⁸, piyasanın durumu, fiyat dalgalanmaları, ekonomik konjonktür gibi hususlar belirli olgu olarak nitelendirilmekten uzaktır⁴⁹⁹. Benzer şekilde, borsada işlem gören hisse senetlerinin değerinin artacağına ilişkin saikte yanılma da, kural olarak bu şartın eksikliği nedeniyle adi (esaslı olmayan) yanılma teşkil edecektir⁵⁰⁰. Yine, bir Federal Mahkeme kararında belirtildiği üzere, “yalnızca umut edilmesi, aşırı beklenti içinde olunması veya spekülatif düşünceler” bu bağlamda kabul edilmez⁵⁰¹. Doğası

⁴⁹⁸ BGE 41 II 347 (servat.unibe.ch).

⁴⁹⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 96; Brox / Walker, **AT**, N. 418; Kolly, **a.g.e.**, N. 126, 127; Zehnder, **a.g.e.**, s. 67; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 402; Fick, **a.g.e.**, s. 48; Goltz, **a.g.e.**, s. 72; Schwenzer, **AT**, N. 37.37; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 17; Reiser, **a.g.e.**, N. 17.

⁵⁰⁰ BGE 41 II 571 (servat.unibe.ch). Bu kararda, Mahkeme’nin asıl red argümanı, hisse senedi satışının doğası gereği riskli olduğu ve yanılanın bu satıştan kâr edilmemesi riskini taşıması gerektiği yönündedir. Fikrimizce, aynı sonuca farklı bir argümanla da ulaşılabilir. Buna göre, burada aslında yanılanın bilinçli bir bilgisizliği ya da yanlış tasavvuruna ilişkin bir şüphesi olduğu söylenebileceğinden, ortada herhangi bir yanılmanın olmadığı sonucuna varılabilir. Gerçekten, hisse senedi satışlarında, sözleşmenin yapılmasında dikkate alınan ve bu satışın kârlılığına bağlı bir olgunun, bu tür satışlardaki risk faktörüne bağlı olarak gerçeğe uygun olması kadar aykırı olması da mümkün olduğundan, yanıldığını iddia eden kişinin aslında şüphe içinde olduğu söylenebilir. Böylelikle tasavvurunun gerçeğe uygun olmadığından şüphelenen kişinin yanıldığının da bahsedilemeyecektir. Şu durumda, bu tür işlemlerde iki kademeli sınırlama düşünülebilir; ilk olarak gerçekten bir yanılmanın var olup olmadığı araştırılmalı; daha sonra da, yanılanın sözleşme yaparken dikkate aldığı olgunun “belirli” olup olmadığı sorgulanmalıdır. Hemen işaret edelim ki, iki yol da sonuçta aynı kapıya çıkacak ve yanıldığını iddia eden kişi sözleşmeyi sona erdiremeyecektir. Aynı yönde diğer kararlar için bkz. BGE 97 II 43; BGE 109 II 105 (bger.ch).

⁵⁰¹ BGE 109 II 105 (bger.ch). Benzer şekilde, alacaklının borçlunun muacceliyet tarihinde edimini ifa edeceğine ilişkin beklentisi de belirli olgu olma niteliğinden uzaktır (Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 49; Schmidlin, **BerKom**, Art. 23-24 N. 266). Dolayısıyla, belirli bazı haller dışında (örneğin ayıp ve zapt sorumlulukları ve tartışmalı olmakla birlikte işlem temelinin çökmesi), ifa engelleri (örneğin alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdü ve ifa imkansızlığı gibi) ile yanılma kurumunun çoğu zaman aynı anda uygulanabilme imkanı bulunmamaktadır. Bunun nedeni, ifa engeli oluşturan olguların yanılma kurumu açısından “belirli olgu” teşkil etmeyecek olmasıdır. Bu sonuç, sadece bizim burada savunduğumuz, gelecekteki olgulara ilişkin saiklerin boşa çıkması durumunda yanılma hükümlerine başvurulamayacağı yönündeki görüşe dayanmamakta; ayrıca gelecekteki olgularda yanılmanın kabul edilmesi halinde de geçerliliğini muhafaza etmektedir (zira gelecekteki olgularda yanılmayı kabul eden Schmidlin de aynı noktayı

gereği riskli işlemlerde de, yanılma konusu olgunun tesadüfe bağlı ve belirsiz nitelikte olduğu söylenebilir⁵⁰².

Yanılma konusu belirli olgunun kapsamına, sözleşme konusu şeyin veya sözleşmeyle ilgili kişinin (sözleşme tarafının ya da sözleşmeyle ilgili üçüncü bir kişinin) maddi ya da hukuki nitelikleri dahil olabileceği gibi; nitelik dışında kalan ve sözleşme içeriğinde bulunmayan diğer hususlar da girebilecektir⁵⁰³. Örneğin satın alınan arazinin, inşaat yapılmaya elverişli olduğuyla ilgili yanılma halinde, arazinin hukuki niteliği sözleşme içeriğine giren belirli olgu görünümündeyken; birisinin, yanlış değerlendirmede bulunarak bilgisayarının desteklemediği bir program satın almış olmasında, sözleşme içeriğine girmeyen belirli bir olgu söz konusudur.

İradenin oluşumunu etkileyen tasavvur konusu “belirli olgudan”, gerçekte var olan dışsal olgunun mu, yoksa kişinin zihninde tasavvur ettiği olgunun mu anlaşılması gerektiği söz konusu hükümden anlaşılmamaktadır. Bu konuda, “kişinin tasavvur ettiği olgunun” belirliliğine önem verilmesi ve hükmün de böyle anlaşılması gerektiği

vurgulamaktadır. Bkz. Schmidlin, **BerKom**, Art. 23-24 N. 266). Ayrıca doktrinde, ortaya çıkan ifa engeli aynı zamanda yanılma teşkil etse dahi, ifa engellerine ilişkin “genel hükümlerin” (borçlu temerrüdü, imkansızlık gibi) yanılma karşısında öncelikli uygulanacağı belirtilmektedir (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 807b; Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 14, 14a; başlangıçtaki objektif imkansızlık ile yanılma arasında yarışma imkanının bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Kramer, **Irrtum**, s. 135). Aynı şekilde, Federal Mahkeme’nin yakın tarihli bir kararında, bağışlama sözleşmesinin ifa edilmemesi üzerine, bağışlananın, sözleşme kurulurken bağışlayanın ifaya hazır olduğuna ve istekliliğine ilişkin hataya düştüğü iddiası, sorunun ifa etmeme kurallarına göre çözülmesi gerektiğine işaret edilerek reddedilmiştir. Yine aynı kararda, bir tarafın edimini ifa edip etmeyeceğine ilişkin hataya düşülemeyeceği; zira bunun gelecekte söz konusu olan belirsiz bir olgu olduğu ve bunun yanı sıra, sözleşme kurulurken tarafların “ifa etmeme” ihtimalini her zaman hesaba kattıkları vurgulanmıştır (BGer 4A_28/2007, servat.unibe.ch). Kanaatimizce de, sözleşmenin ifası aşamasındaki sorunlara yönelik genel hükümlerin, prensip olarak, sözleşmenin kurulması aşamasındaki bozuklukları düzenleyen genel nitelikli hükümlere nazaran uygulanma önceliği olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde, özellikle yanılma hükümlerine ucu bucağı açık bir uygulama alanı bırakmak tehlikesiyle karşı karşıya kalılabilecektir.

⁵⁰² Schwenzer, **AT**, N. 37.37; Huguenin, **AT**, N. 472. Bu konuda bkz. BGE 132 III 737 (bger.ch). Doğası gereği riskli sözleşme ilişkilerinde, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, birçok durumda aslında yanılmanın dahi söz konusu olmadığı söylenebilecektir. Zira sözleşme yapılmasında dikkate alınan riskli durumun, gerçekleşme ve gerçekleşmeme olasılığını aynı anda bünyesinde barındırdığı ve bunu dikkate alan kişinin şüphe içinde olduğu sonucuna varılabilecektir. Bununla birlikte, örneğin kefilin, asıl borçlunun finansal durumu ile ilgili tasavvurunun yanlış olması (BGE 45 II 43); bir tarafın gelecekteki piyasa durumuyla ilgili hataya düşmesi (BGE 47 II 314); yapılan sözleşme sayesinde büyük kâr elde edileceğine ilişkin yanlış değerlendirmede bulunulması (BGE 45 II 317) vb. durumlarda Federal Mahkeme, ortada sadece adi saikte yanılma olduğuna karar vermiştir (kararlar için bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 433).

⁵⁰³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 103.

ileri sürülmektedir⁵⁰⁴. Kanaatimizce bu şekilde bir ayırım, teorik düzeyde kalmaya mahkûm olduğundan yerinde değildir. Zira gerçekte var olan olgunun belirsiz olmasına karşın, kişinin zihninde buna ilişkin belirli bir olgu tasarlaması ve üstelik bunu ispatlayabilmesi, gerçek hayat pratikleriyle pek bağdaşır nitelikte değildir.

Öte yandan, önem arzedeabilecek şu ayırma dikkat çekmek gerekir: Yanılma konusu olgunun “belirliliği” ile tasavvurun “belirliliği” birbiriyle karıştırılmamalıdır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, hukuki anlamda yanılma kavramı, yanlış tasavvur ve bilgisizliği (tasavvur eksikliği) içerdiğinden; kişinin belirli bir konuda hiç düşünmeye gerek duymadan yanılması da muhtemeldir. Ancak o, her hâlükârda belirli olguya ilişkin yanılmaktadır ve gerçeğe uygun tasavvur sahibi olsaydı söz konusu sözleşmeyi yapmayacağı söylenebilecektir⁵⁰⁵.

b. Yanılma Konusu Belirli Olgunun, Yanılan İçin Sözleşmenin Zorunlu Temeli Olması (Sübjektif Esaslılık Şartı)

Saikte yanılmanın esaslı nitelikte olabilmesi için gereken bir diğer şart, yanılma konusu belirli olgunun, yanılan için sözleşmenin kurulmasında “olmazsa olmaz bir şart” (*conditio sine qua non*) teşkil etmesidir. Başka bir anlatımla, belirli olguya ilişkin gerçeğe uygun olmayan tasavvur (saik), işlem iradesinin oluşumunu o derece etkilemiş olmalıdır ki, yanılan açısından bu olgu “sözleşmenin zorunlu temeli” (*notwendige Grundlage des Vertrages*) olarak görülebilmelidir⁵⁰⁶.

Yanılmanın sübjektif bakımdan esaslı olmasını sağlayan bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak için, sorulması gereken soru şudur: Şayet yanılan, söz konusu tasavvurun gerçeğe uygun olmadığını bilseydi, onun sözleşmeyi hiç (*causam dans*) ya da aynı içerikte (*causam incidens*) yapmayacağı sonucuna varılabilir

⁵⁰⁴ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 777. Aksi görüşte bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 97.

⁵⁰⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 97.

⁵⁰⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 161, 162; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 21; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 779; Schwenger, **AT**, N. 37.25; Koller, **AT**, § 14 N. 30; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 10; Klausberger, **a.g.e.**, s. 55; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 159; Bucher, **AT**, s. 206; Kolly, **a.g.e.**, N. 195; Bachmann, **a.g.e.**, s. 69; Kramer, **Irrtum**, N. 9; Huguenin, **AT**, N. 511; Reiser, **a.g.e.**, N. 18; Edis, **Hata**, s. 52, 53; Eren, **BG**, s. 405; Antalya, **a.g.e.**, s. 317. TBK m. 32’de sadece “sözleşmenin temeli” ifadesinin tercih edilmesi, bu şekilde yorum yapmamıza hiçbir şekilde engel değildir.

miydi?⁵⁰⁷ Diğer bir deyişle, yanılanın iradesini harekete geçiren ve irade oluşumu için mutlak belirleyici etken olan saikin hatalı olduğu yanılan tarafından fark edilseydi, sözleşmenin hiç ya da bu şekilde kurulmamış olacağı söylenebilir miydi?

Bu şart, kanunda bu netlikte ifade edilmemiş olup, doktrin ve mahkeme içtihatları yoluyla, OR m. 24/1 b. 4'deki (eBK m. 24/1 b. 4) “sözleşmenin zorunlu temeli” ibaresinden hareketle oluşturulmuştur⁵⁰⁸. Yanılanı işlem iradesi oluşturmaya motive eden belirli olguya ilişkin tasavvurun sübjektif yoğunluğunu belirlemeye yarayan bu şart, Federal Mahkeme kararlarında; “karar verdirici önem” (*ausschlaggebender Bedeutung*)⁵⁰⁹, “vazgeçilmez unsur” (*unerlässliche Voraussetzung*)⁵¹⁰, “temel oluşturan saik” (*grundlegendes Motiv*)⁵¹¹ gibi farklı ifadelerle de vurgulanmaktadır.

Yanılma konusu belirli olgunun sübjektif olarak sözleşmenin temeli sayılması (sübjektif yönden esaslı olması), aynı zamanda “nedensellik bağına” (*Kausalität*) da işaret etmektedir. Buna göre, gerçeğe uygun olmayan saik ile iradenin oluşumu arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır⁵¹². Ancak bu nedenselliğin, basit bir nedensellik şeklinde değil, “*conditio sine qua non*” görünümünde olması gerekir. Bu

⁵⁰⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N.161; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 43; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 779; Schwenzer, **AT**, N. 37.25; Klausberger, **a.g.e.**, s. 55; Zehnder, **a.g.e.**, s. 78; Koller, **AT**, § 14 N. 30, 32; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 10; Reiser, **a.g.e.**, N. 18; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 159; Bucher, **AT**, s. 206; Huguenin, **AT**, N. 511; Edis, **Hata**, s. 52, 53; Y. 1. HD., 16.6.2010, E. 2010/5112, K. 2010/7027 (“Esaslı hataya düşen taraf sözleşme ile bağlı sayılamaz. Hatanın esaslı kabul edilebilmesi için, girilen taahhüdün başlıca sebebini teşkil etmesi gerekir. Hataya düşülmeseydi böyle bir sözleşmenin hiç veya açıklanan şekilde yapılmayacağını ispat edilmesi zorunludur”); aynı yönde bkz. Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 21.1.2004, E. 2003/13955, K. 2004/267; Y. 1. HD., 26.9.2002, E. 2005/8483, K. 2002/10037; Y. 1. HD., 22.5.2002, E. 2002/5716, K. 2002/6504, Y. 1. HD., 22.6.1998, E. 1998/7456, K. 1998/7785; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470; Y. 1. HD., 20.1.2003, E. 2002/14594, K. 2003/554 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 1. HD., 10.5.1978, E. 1997/8379, K. 1978/6346 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 59 vd.). Şayet yanılanın esaslılığı için böyle bir şart aranmasaydı, yanılanın kendisi için sözleşmenin zorunlu temeli olmayan bir konuda yanıldığını ileri sürmesi “çelişkili davranış yasağının” (*venire contra factum proprium*) uygulama alanına girerdi (Kramer, **Irrtum**, N. 9).

⁵⁰⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N.161, 162; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 779; Schwenzer, **AT**, N. 37.25; Bucher, **AT**, s. 206; BGE 97 II 43 (bger.ch).

⁵⁰⁹ BGE 65 II 16 (ve Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 162'de anılan diğer kararlar).

⁵¹⁰ BGE 95 II 407 (bger.ch).

⁵¹¹ BGE 65 II 2 (ve Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 162'de anılan diğer kararlar). Bu ifadelerin hiçbirinin, sözleşmenin zorunlu temeli kavramının işaret ettiği “*conditio sine qua non*” ibaresindeki yoğunluğu karşılayamadığı yönünde bkz. **A.g.e.**

⁵¹² Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 16; Klausberger, **a.g.e.**, s. 55; Zehnder, **a.g.e.**, s. 78; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 163; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 779; Reiser, **a.g.e.**, N. 18.

noktada şu önemli ayrımı yapmak zorundayız: Eğer belirli olguya ilişkin yanlış tasavvur, yanılanın irade oluşumunu etkilemiyorsa, “basit bir tasavvur” (tasavvur yanılması, *Vorstellungsirrtum*) olarak kalmakta ve bu nedenle saik niteliğini kazanamamaktadır. Buna karşın, yanlış tasavvur, irade oluşumunu etkileyerek irade ile kozal bir bağ oluşturmaktaysa, artık saik derecesine yükselmekte ve saikte yanılma gerçekleşmektedir⁵¹³. Ancak esaslılığın bu şartı için, bu da yeterli olmamakta; söz konusu saikin iradenin oluşumunda “tek sebep”, diğer bir deyişle “mutlak belirleyici etken” olması gerekmektedir. Zira yanılan kimse, birden fazla saikin birlikte etkisiyle (*error concomitants*) sözleşme yapmışsa, onun için bu saiklerden hiçbirisi tek başına, aslında gerçeği bilseydi, sözleşmeyi hiç ya da o şekilde yapmayacağı önemde bir saik değildir⁵¹⁴. Bu nedenle, yanılanı sözleşme yapmaya iten ve tek başına mutlak belirleyici olmayan birden çok saik varsa, hangi saikte hata edilmiş olursa olsun, hiçbirinin sözleşmenin zorunlu temeli olmadığı sonucuna varılacaktır.

Keller / Schmied-Syz’in verdiği bir örnekle durumu aydınlatarak olursak⁵¹⁵; A, müzik aletleri satan bir mağazanın vitrininde gümüş rengi ve çok küçük bir müzikçalar görmüş ve beğenmiştir. İçeri girdiğinde müzikçaları incelemiş ve iki farklı kablo girişi olduğunu; böylece iki ayrı kulaklıkla müzik dinlenebileceğini düşünerek onu satın almıştır. Daha sonra A, müzikçaların kapağının sandığı gibi metal olmadığını, gümüş renkli plastikten yapıldığını fark etmiştir. Ayrıca, müzikçalarda bulunan iki girişten birisinin kulaklık için değil, adaptör için olduğu anlaşılmıştır. Bu örnekte, müzikçaların plastik ya da gerçekten metal olmasının A’nın sözleşmeyi yapmasında hiçbir etkisinin olmadığını söylersek; bu durumda A’nın, sadece yanlış bir tasavvur oluşturduğu, ancak bu tasavvurun irade oluşumunda hiçbir belirleyiciliği olmadığından saik statüsüne erişemediği sonucuna varırız. Öte yandan, ayrıca A’nın iradesini harekete geçiren iki farklı saikin söz konusu olduğunu da görmekteyiz. Hem müzikçaların küçük boyutta olması ve böylece her yere taşınabilir özelliği, hem de iki farklı girişi olması şeklindeki bu saikler, A’nın sözleşmeyi yapmasında karar verdirici saikler olarak nedenselliğe işaret etmektedir. Eğer bu saiklerden birinin gerçeğe uygun olmadığı bilinmiş olsaydı, A’nın diğer saikin etkisiyle sözleşmeyi yine yapacağı

⁵¹³ Keller / Schmied-Syz, *a.g.e.*, s. 16, 17; Klausberger, *a.g.e.*, s. 25 ve orada dn. 101.

⁵¹⁴ Keller / Schmied-Syz, *a.g.e.*, s. 16, 17; Oser / Schönenberger, *ZürKomm*, Art. 24 N. 43; Bucher, *AT*, s. 206; Goltz, *a.g.e.*, s. 74; Schmidlin, *BerKomm*, Art. 23-24 N. 163; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 779.

⁵¹⁵ Keller / Schmied-Syz, *a.g.e.*, s. 15, 16.

söyleniyorsa, iki saikin de tek başına A'yı sözleşme yapmaya iten zorunlu temel teşkil etmediği (mutlak belirleyici saik olmadığı) sonucuna varılacaktır. Diğer bir anlatımla, A'nın, müzikçaların iki ayrı kulaklık için uygun olmadığını bilmiş olması halinde de, sırf taşınabilir özelliği için sözleşmeyi yine yapacağı veya bu durumun tersi olarak, müzikçalar küçük olmasa dahi, iki farklı kulaklık girişine sahip olduğu düşüncesiyle müzik çaları yine de satın alacağı söylenebiliyorsa, A'nın bu saiklerden herhangi birinde yanılması sübjektif yönden esaslı kabul edilmeyecektir. Buradan hareketle, müzikçalarda iki farklı kulaklık girişi olmadığını fark eden A'nın, bu adi saikte yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi mümkün değildir. Ancak pratikte saikler arasında bu tür bir ayırım yapılabilmesinin hayli zor olacağı ayrıca not edilmelidir.

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, yanılma konusu belirli olgu, yanılan için sübjektif bakımdan sözleşmenin temeli olabilecek önemde değilse, alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralına göre de bu olgunun sözleşmenin temeli sayılmayacağı evleviyetle kabul edilmelidir. Dolayısıyla sübjektif şart yoksa, objektif şartın ayrıca araştırılmasına dahi gerek yoktur⁵¹⁶. Buna karşın, objektif şart gerçekleşmişse, sübjektif şartın da kural olarak var olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁷. Kuşkusuz, sübjektif şartın gerçekleşmediğinin ispat edilmesi mümkündür.

Nedenselliğin *conditio sine qua non* nitelikte olması gereğini reddeden *Edis*'e göre, yanılmanın sübjektif bakımdan esaslı olup olmadığı, “uygun nedensellik bağı” teorisiyle tespit edilmelidir. Yazara göre, yanılma konusu belirli olgunun, o sözleşme için olmazsa olmaz şart (*conditio sine qua non*) niteliğinde olması, ayrıca *Windscheid*'in varsayım (*Voraussetzung*) kavramıyla karıştırılmaya da müsaittir.

Yazarın ikinci argümanına karşı söylenilecek şey açıktır: Bir kere, kanunun hiçbir yerinde olmazsa olmaz şart ibaresi geçmediğinden, aslında herhangi bir terim karışıklığına rastlanma imkanı yoktur. Ayrıca, varsayım teorisi bugün neredeyse hiçbir yazar tarafından kabul edilmemekteyken; kim, neyi, neyle karıştıracaktır? Üstelik, kavramların karıştırılması tehlikesiyle hareket edilecekse, “unsur” (*Voraussetzung*'un Alman dilindeki bir diğer anlamı) ve “şart” (teknik anlamdaki “şart” ile karıştırılabileceği düşünülürse) gibi kelimeleri de kanundan çıkarmak mı gerekecektir?

⁵¹⁶ Goltz, **a.g.e.**, s. 73; Zehnder, **a.g.e.**, s. 79.

⁵¹⁷ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 21; Kolly, **a.g.e.**, N. 149.

Öte yandan, ilk argümana baktığımızda ise, yazarın görüşünün yine isabetli olmadığı görülmektedir. Zira haksız fiil hukuku kaynaklı bu teoriye göre, belirli bir sebebin, olağan hayat pratiklerine göre söz konusu sonuca yol açmaya elverişli olması aranmaktadır⁵¹⁸. Dolayısıyla, uygun nedensellik bağı her zaman “objektif” bir bakış açısıyla kurulur. Oysaki saikte yanılmanın “sübjektif” bakımdan esaslı olabilmesi için, hatalı saik ile sözleşmenin kurulması arasındaki nedenselliğin, sadece yanılanın zihninde oluşması yeterlidir. Kaldı ki, aşağıda görüleceği üzere, dördüncü şart bağlamında (alışveriş hayatının objektif bakış açısı dikkate alınarak), saikte yanılma zaten belirli bir ölçüde objektifleştirilmektedir. Şu halde, yanılmanın tek taraflı bir irade bozukluğu olarak, sadece yanılanın zihninde gerçekleştiği bir kez daha hatırlanmalıdır.

Sözleşmenin zorunlu temeli olma şartı konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, buradaki nedenselliğin, aynı zamanda dolaylı olarak yanılmanın tanımına da (yanılmanın varlığına da) işaret etmesidir. Zira kişi, tasavvurunun gerçeğe uygun olmadığının farkındaysa veya bu konuda şüphe içindeyse; söz konusu saik ile irade oluşumu arasında herhangi bir nedensellik kurulamaz⁵¹⁹. Diğer bir anlatımla, sübjektif esaslılık şartı, aynı zamanda bilinçli veya şüpheye dayanan yanılmanın olamayacağını ifade etmektedir. Saikin hatalı olduğunu bilmesine veya bundan şüphe duymasına rağmen, sözleşmeyi yapan kimse için bu saik, iradeyi harekete geçiren mutlak belirleyici saik değildir. Bu konu özellikle doğası gereği risk faktörü yoğun sözleşme ilişkilerinde gündeme gelebilmekle birlikte⁵²⁰, yanılan ile karşı taraf arasında

⁵¹⁸ Halûk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 76 vd.; Eren, **BG**, s. 565. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 44, 45. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, s. 51 vd. (“somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir”. **A.g.e.**, s. 51’den naklen).

⁵¹⁹ Hemen belirtelim ki, bu ifadeden, gerçeğe uygun olmadığı bilinmeyen (ya da şüphe duyulmayan) her saikin doğrudan sübjektif esaslılık şartını gerçekleştirdiği sonucu çıkarılmamalıdır. Keza yukarıda da belirtildiği gibi, bunun için ilgili saikin irade oluşumu açısından mutlak belirleyici etken olması; diğer bir ifadeyle hatalı saik ile irade oluşumu arasında “olmazsa olmaz şart” anlamında bir nedenselliğin var olması gerekmektedir.

⁵²⁰ Bu bağlamda kefalet sözleşmesi, risk faktörü yoğun sözleşmelerin yaygın bir diğer örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Federal Mahkeme’nin önüne gelen bir olayda, kefil, asıl borcun üzerinde başkası tarafından verilmiş ve borç miktarını karşılayacak nitelikte bir ayni teminat olduğunu düşünerek sözleşme imzalamıştır. Hâlbuki söz konusu ayni teminatın miktarı, gerçekte asıl borcu karşılamamaktadır. Burada Mahkeme, kefalet sözleşmesinin doğası gereği kefilin bu tehlikeyi bildiğini ve bu nedenle ayni teminatın yetersiz kalması riskini taşıması gerektiğini ifade etmiştir

sorumsuzluk anlaşmasının bulunduğu durumlarda da ortaya çıkabilmektedir. Federal Mahkeme'nin bir kararında, arazi satışına ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede, arazinin alıcı tarafından incelendiği andaki haliyle teslim edildiği ve herhangi bir ayıp ya da eksiklikten dolayı satıcının sorumlu olmayacağı yönünde bir sorumsuzluk kaydı bulunmaktadır. Alıcı, sözleşmenin kuruluşundan sonra aslında arazinin inşaat izni bulunmadığını öğrendiğinde, esaslı saikte yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etmek istemiştir. Mahkeme verdiği kararda, yanılanın, sorumsuzluk anlaşmasını imzalayarak araziyle ilgili niteliklerin gerçeğe uymama riskini üzerine aldığını ve dolayısıyla arazinin ayıpsız olmasının onun için sözleşmenin zorunlu temeli olamayacağını belirtmiştir⁵²¹.

Öte yandan, doktrinde son zamanlarda, somut olayın özelliklerine göre şayet karşı tarafın güveninin korunması ihtiyacı gerektiriyorsa, bu şartın risk paylaşımı bakımından manivela görevi görebileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, tamamen yanılanın psikolojik durumunu ilgilendiren bu şart kolayca kabul edilmemeli ve yanılanın ağır ihmali söz konusuysa, hatalı saikin sözleşmenin zorunlu temeli teşkil etmediği kabul edilmelidir. Bu eğilimin doğal sonucu olarak, TBK m. 35 (OR m. 26) sadece hafif ihmali yanılmalara özgü bir düzenleme sayılmalıdır⁵²². Bu derece kesin bir sonuca varılmaması kaydıyla, aslında bu görüşün pratik değeri olduğu yadsınamaz. Zira uygulamada somut olayın özellikleri ışığında, yanılanın ağır ihmali ile saikin hatalı olup olmadığına ilişkin şüphesi arasındaki sınırı belirlemek bazı hallerde güçleşmektedir. Bu bakımdan, ağır ihmalin bulunduğu hallerde, yanılanın hukuki anlamda yanılmadığını gösteren olaylara rastlanması mümkündür. Ancak, ağır ihmal

(BGE 56 II 96, karar için Gotz, **a.g.e.**, s. 74 dn. 109; Alman hukukunda da aynı sonucun kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Brox / Walker, **AT**, N. 420; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 780).

⁵²¹ BGE 91 II 275 (kararda ayrıca, söz konusu nitelik eksikliğinin, sorumsuzluk anlaşması nedeniyle, alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralına göre de sözleşmenin zorunlu temeli teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Bger.ch). Öte yandan, Mahkeme'nin bazen (BGE 79 II 155, servat.unibe.ch) bu argüman yerine; diğer bir ifadeyle, olayda sübjektif veya objektif şartın gerçekleşmediğine değinmeksizin, sadece OR m. 25/1'deki (TBK m. 34/1) dürüstlük kuralından hareketle yanılanın sözleşmeyi iptal edemeyeceğini söylemesi, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir (bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 174). Zira burada, değil yanılanın "dürüstlük kuralına aykırı olarak" ileri sürdüğü bir esaslı yanılması; bizzat sübjektif şartın (veya objektif şartın) eksikliği nedeniyle, "esaslı" bir yanılması dahi bulunmamaktadır. Ancak önemle belirtelim ki, satıcı lehine sorumsuzluk anlaşmasının bulunmadığı hallerde, satın alınan arazinin üzerinde yapı veya inşaat izni bulunmadığının ortaya çıktığı yanılma olaylarında, Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihatları, alıcının yanılmasının esaslı olduğu yönündedir ki (örneğin bkz. BGE 95 II 407; BGE 95 III 51; BGE 135 III 537, bger.ch), bu konuya ileride ayrıca temas edilecektir (bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 2, d.)

⁵²² von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 59.

bulunan her durumda direkt yanılmanın esaslı olmayacağını ifade etmek isabetli bir düşünce tarzı değildir. Zira kusur konusunu, tazminat sorunu yanında ayrıca sözleşmenin iptali sorunu (esaslılık şartı) haline getirmek, hukuk düzeninin sadece kusursuz yanılanları koruyacağını kabul etmek demektir ki, yürürlükteki İsviçre-Türk hukuku çerçevesinde, yanılma hükümlerinin yapısı bu görüşe kesinlikle uygun değildir. Fakat hemen işaret edelim ki, böyle bir yaklaşımın, *de lege ferenda* ve yanılma kurumunun diğer mekanizmalarıyla bağdaşması kaydıyla kabul edilmesi düşünülebilir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, sadece hoş görülebilir (genellikle hafif kusurlu) yanılmaların sözleşmeyi sona erdirmeye elverişli olacağına dair çeşitli düzenlemeler mevcut olup, bunlar kendi sistemleri açısından tutarlıdır⁵²³.

Diğer taraftan, yanılanın sadece yanıldığını ileri sürmesinin bu şartın gerçekleşmesi bakımından yeterli sayılıp sayılmayacağı, önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun, aynı zamanda yanılanın düştüğü saikte yanılmanın, sübjektif bakımdan esaslı olup olmadığının ispat yükünün kime ait olduğuyla da ilgilidir. Kuşkusuz meselenin salt bu açıdan tartışılması, usul hukukunun da ilgi alanına girmekte ve bu tezin sınırlarını aşmaktadır. Ancak maddi hukuk çerçevesinde kalınarak inceleneme yapıldığında iki farklı görüş olduğu görülmektedir. Birinci görüşe göre⁵²⁴, şayet yanılan saikte yanıldığını ileri sürüyorsa, onun bu ifadesine itibar edilmeli ve sübjektif esaslılık şartının gerçekleştiği sonucuna varılmalıdır. Yani diğer taraf aksini ispat etmediği müddetçe, yalnızca saikte yanılmaya dayanmak, yanılma konusu belirli olgunun, yanılan için sözleşmenin zorunlu temeli olduğunun kabulü için yeterlidir. Zira burada yanılanın, eğer saikte yanılmasaydı sözleşmenin bağlayıcılığını tartışmaya açmayacağı düşünülmektedir.

Bu görüşün haklı olduğu taraf, yanılanın eğer söz konusu saikte yanılmasaydı, sözleşmeyi hiç ya da aynı şekilde yapmayacağını ispatlamasının çok zor olduğudur⁵²⁵. Ancak bu görüşün gözden kaçırdığı önemli husus, yanılanın sözleşmeyi iptal etmek istemesinin asıl nedeninin, her zaman sözleşmenin zorunlu temeline ilişkin hataya düşmesi olmayabileceğidir. Gerçekten de, ifa menfaati düşündüğü kadar fazla

⁵²³ Örneğin PECL m. 4:103/2 (a) ve DCFR II.-7:201/2 (a)'da eğer yanılma hoş görülebilir değilse (ki bu ifadenin ağır ihmal şeklinde okunması mümkündür. Bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 462) yanılanın sözleşmeyi ortadan kaldıramayacağı ifade edilmektedir. PICC m. 3.2.2/2 (a)'da ise yanılanın ağır ihmali bulunduğu hallerde sözleşmeyi sona erdiremeyeceği belirtilmektedir.

⁵²⁴ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 44; Huguenin, **AT**, N. 511.

⁵²⁵ Edis, **Hata**, s. 56; Zehnder, **a.g.e.**, s. 79.

olmayan herkesin, herhangi bir yanlış değerlendirmesini bahane ederek sözleşmenin iptal edilmesi yönünde şansını denemesi muhtemeldir⁵²⁶. Kuşkusuz, burada diğer esaslılık şartlarının da aranacak olması, bu tehlikeyi bir nebze azaltacak olsa da, hukuk güvenliği için bu şartın salt bir iddiayla gerçekleşmesi kabul edilmemelidir.

Bu konudaki ikinci görüş⁵²⁷ ise, TMK m. 6 ve HMK m. 190'daki genel ispat yükü kuralından ayrılınmasına gerek olmadığı yönündedir. Alışveriş hayatında olması gereken (olağan) durum, iradenin sağlıklı şekilde oluşturulmuş ve buna uygun açıklamada bulunulmuş olmasını gerektirdiğinden, bunun aksini ileri süren tarafın, iddiasını ispatlaması gerekir. Buna göre, yanılma konusu olgunun kendisi için sözleşmenin temeli olduğunu ileri sürerek, bu olguya bağlanan iptal hakkı ile kendisi lehine sonuca ulaşmak isteyen yanılan, sübjektif esaslılık şartının ispat yükü altındadır.

Kanaatimizce, ikinci görüş menfaatler durumu açısından daha isabetlidir. Ancak yine de, yanılanın bu konudaki ispat yükünün ağırlaştırılmaması gerekmektedir. Öncelikle, yanılanın kendi zihninde cereyan eden ve özellikle sözleşme içeriğine dahi girmemiş olan saiklerin, onun için karar verdirici önemde olduklarının tam olarak ispatlanması çok zordur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, yanılanın sadece sözleşmenin temeli olan belirli olguya ilişkin saik ile sözleşmenin yapılması arasında nedensellik bağının bulunduğunu ispat etmesini yeterli bulmaktadır. Buna göre, hatalı saik ile sözleşmenin kurulması arasındaki nedenselliğin, görünüşte makul ve açık olması ispat yükünün yerine getirildiği anlamına gelecektir⁵²⁸. Burada bir fiili karinenin (*praesumptio hominis*) söz konusu olduğu rahatlıkla söylenebilir⁵²⁹. Şu halde, yanılanın nedenselliği ispatlaması, karine temelini oluşturmaktadır. Kuşkusuz, diğer tarafın bu karineyi çürütülebilmesi mümkündür. Hâkim, bu süreçte, yanılanın sözleşme görüşmelerindeki ve sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışlarını, sözleşmenin iptalini ileri sürmesinin altında yatan başka bir nedenin bulunup bulunmadığını, söz gelimi doğası gereği spekülâtif (riskli) bir işlemin söz konusu olup olmadığını değerlendirerek bir sonuca varacaktır⁵³⁰.

⁵²⁶ Edis, **Hata**, s. 55.

⁵²⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 171; Edis, **Hata**, s. 57 ve orada dn. 28'de anılan yazarlar.

⁵²⁸ BGE 98 II 15; BGE 82 II 411 (bger.ch); BGE 73 II 15 (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 167).

⁵²⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 168.

⁵³⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N.170, 171.

c. Yanılanın Sözleşmenin Zorunlu Temeline İlişkin Saikin Karşı Tarafça Bilinebilir Olması

TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) çerçevesinde, herhangi bir (belirli) olguya ilişkin yanlış tasavvurun (ya da tasavvur eksikliğinin) saikte yanılmaya yol açabilmesi mümkündür. Hatalı saik ile sözleşmenin yapılması arasında olmazsa olmaz şart niteliğinde bir nedenselliğin bulunması şartı ise, işlem güvenliğinin ve sözleşmenin diğer tarafının güveninin korunması ihtiyacını tek başına karşılamaktan uzaktır. Dolayısıyla, sadece yanılanın zihninde mevcut olan ve sözleşmenin zorunlu temelini oluşturan mutlak belirleyici saikin, ayrıca diğer tarafın zihnine de bir ölçüde dahil olması gerekir. Bu gerekliliğin bir sonucu olarak da, İsviçre doktrini ve içtihatları, dürüstlük kuralından hareketle kanunda zikredilmemiş olan “bilinebilirlik şartını (*Erkennbarkeit*)” oluşturmuştur⁵³¹.

Bu şart bağlamında aranan şudur: Yanılanın, kendisi için sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz şart niteliğinde gördüğü belirli olguya ilişkin saikin bu derece önemli olduğu, sözleşmenin kurulması anında diğer tarafça bilinebilir olmalıdır⁵³². Farklı bir anlatımla, sözleşmenin diğer tarafı, yanılma konusu belirli olgunun yanılan açısından sözleşmenin zorunlu temeli olarak görüldüğünü fark etmiş ya da fark edebilecek durumda olmalıdır. Hatalı saikin bu öneminin bilinebilirliği; ya fiilen bilinmeyi ya da dürüstlük kuralına göre gerekli özen gösterilseydi bilinebilecek olmayı kapsamaktadır⁵³³. Bu şart ayrıca, yanılanın hatalı saiki ile irade oluşumu arasındaki “nitelikli nedenselliğin” bilinebilir olması gerektiğine işaret etmektedir⁵³⁴.

Bu şart çerçevesinde gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, saikte yanılmaya dayanarak sözleşmeyi hükümsüz hale getirmek isteyen bir kimsenin, öncelikle kendisi için neyin önemli olduğuna ilişkin sözleşme kurulurken karşı tarafın

⁵³¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 180; Goltz, **a.g.e.**, s. 74; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 184 vd., BGE 52 II 143, 147, BGE 57 II 284 (ve Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 180’de belirtilen diğer kararlar)

⁵³² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 180; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 23; Zehnder, **a.g.e.**, s. 114; Kolly, **a.g.e.**, N. 335 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 87; Schwenger, **AT**, N. 37.27; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 46; Simonius, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 259; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 404; Bucher, **AT**, s. 206; Oğuzman/Öz, **BG I**, s. 106; BGE 110 II 293. Keza Federal Mahkeme’nin yerleşik içtihatlarına bakıldığında, bu şartın açık olarak zikredildiği görülmektedir. Bkz. BGE 82 II 411; BGE 110 II 303 (bger.ch).

⁵³³ Bu şart kısaca, “sübjektif esaslılığın objektif bilinebilirliği” olarak da ifade edilebilir (bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 74; Zehnder, **a.g.e.**, s. 114).

⁵³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 87; Edis, **Hata**, s. 62, 63; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 404, 405.

dikkatini çekmiş ya da en azından bunu durumun şartlarına göre anlaşılabilir kılmış olması gerektiğidir. Şayet bu kapsamda bir bilinebilirlik oluşturulamamışsa, sözleşmenin iptal edilmesi, diğer tarafın hiç hesaba katmadığı ya da katmak zorunda olmadığı bir sonuç olarak cereyan edecek ve böylece sözleşmenin geçerliliğine olan haklı güveni ciddi anlamda zarar görmüş olacaktır⁵³⁵.

Bu gerekçeden hareketle doktrindeki hâkim görüş, bilinebilirlik şartının güven ilkesini gerçekleştirdiğini; diğer bir deyişle, güven ilkesinin, bu şart vasıtasıyla saikte yanılma kurumuna sızdığını ileri sürmektedir⁵³⁶. Gerçekten de, bir taraftan, sözleşme kurmak isteyen bir kişiden, kendisi için mutlak belirleyici olan saiki karşı tarafa bilinebilir kılmasının beklenmesi; diğer taraftan da, sözleşmenin diğer tarafının, dürüstlük kuralının gerektirdiği dikkat ve özeni göstererek sözleşmenin zorunlu temelini anlamaya çalışmasının gerekliliği, aslında “karşılıklı birbirini gözetme ve bağlılık” (*Treu und Glauben*) ilkesinin bir görünümünden başka bir şey değildir. Buradan hareketle, bilinebilirlik şartının merkezi işlevi de ortaya çıkmaktadır: Mutlak belirleyici önemdeki saikin karşı tarafça bilinebilirliği sayesinde, yanılanın risk alanına dahil bir durum karşı tarafa yansıtılmaktadır⁵³⁷. Diğer bir deyişle, sözleşmenin zorunlu temelini bilen ya da bilebilecek durumda olan diğer taraftan, artık sözleşmenin iptal edilme riskine katlanması (kuşkusuz objektif esaslılık şartının da varlığına bağlı olarak) beklenebilecektir.

Bilinebilirlik şartının ilk kez bahsedildiği karar, Federal Mahkeme’nin 1926 yılında verdiği “Şah Abbas kararı” olup⁵³⁸, olayda, yukarıda da bahsedildiği üzere, antika bir İran halısı olarak satılan halının gerçekte modern bir taklit ürün olduğu

⁵³⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 183, 184. Ancak bilinebilirlik söz konusu olsa dahi, sözleşme kurulurken kendisi için önemli olan saikin karşı tarafça “fiilen anlaşılmadığını” fark eden yanılanın, bu saiki açıklaması gerekir. Diğer bir deyişle, yanılanın mutlak belirleyici saiki karşı tarafça bilinebilir olsa dahi, eğer yanılan, karşı tarafın bunu fiilen anlamadığını görmesine rağmen, kendisi için önemli olan olguyu karşı tarafa açıklamamışsa, bu şartın varlığına dayanamaz. Bu konuda bkz. Schwenger, **AT**, N. 37.37.

⁵³⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 185; Goltz, **a.g.e.**, s. 80; Wiegand, **Picasso**, s. 106; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 166; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 431. Aynı şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında, temel yanılmasının ancak; eğer diğer taraf gerekli özeni gösterseydi, söz konusu belirli olgunun yanılan için ne önemde olduğunu anlamak zorunda kalacağı söylenebiliyorsa, esaslı olacağı zikredilmiştir (BGer 4C.37/2004, servat.unibe.ch)

⁵³⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 182; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 405; Schwenger, **AT**, N. 37.27. Sözleşmenin diğer tarafının, kendisine açıklanan karar verdirici saike karşı ihtirazi kayıta bulunarak, sözleşmenin daha sonra iptal edilme riskinin önüne geçebileceği yönünde bkz. Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 46.

⁵³⁸ Goltz, **a.g.e.**, s. 78.

ortaya çıkmaktadır. Mahkeme burada, halının Şah Abbas döneminden kalan antika bir halı olduğuna ilişkin alıcının tasavvurunun, sözleşmenin zorunlu temeli teşkil ettiğini ve bunun da satıcı tarafından bilinmesi gerektiğine işaret etmiştir⁵³⁹.

Sözleşmenin zorunlu temeline ilişkin saikin bilinebilir olmasının, temel yanılmasında ve (esaslı) nitelik yanılmasında ayrı işlevleri bulunmaktadır. Şöyle ki, sözleşme konusu şeyin (veya sözleşmeyle ilgili kişinin) niteliğine ilişkin tasavvurun, yanılan için sözleşmeyi yapmasında mutlak belirleyici saik olduğu diğer tarafa açıklanmışsa ya da diğer tarafın durumun özelliklerine göre bunu anlaması gerekiyorsa, söz konusu nitelik, sözleşme konusu şeyin “olması gereken bir niteliği” olarak sözleşme içeriğine dahil olmaktadır⁵⁴⁰. Diğer bir deyişle, şeyin niteliğinin yanılan tarafından sözleşmenin zorunlu temeli olarak kabul edildiği karşı tarafça biliniyorsa ya da bilinmesi gerekiyorsa, bu nitelik tarafların sözleşmesine dahil olmuştur; yani taraflar bu nitelikte bir edim üzerinde anlaşmışlardır.

Halının antika niteliği, sözleşme kurulurken alıcı tarafından satıcıya açıkça ya da örtülü şekilde belirtilmişse veya satıcının içinde bulunduğu duruma göre, bildiği veya bilebileceği tüm unsurları değerlendirdiğinde, dürüstlük kuralı çerçevesinde alıcının sözleşmeyi sadece “halının antika olduğunu düşündüğü” için yaptığını anlaması gerekiyorsa, artık sözleşme içi nitelikte yanılma söz konusu olacaktır. Daha önce de işaret edildiği üzere, niteliklerin sözleşme içeriğine dahil olması, daha sonra bu niteliklerin gerçekte bulunmadığı anlaşıldığında, sözleşmeye aykırılık anlamına (ayıp ya da zapt sorumluluğu gibi) da gelebilmektedir. Bu bağlamda, somut sözleşme konusunun alışveriş hayatındaki hâkim anlayışa göre sahip olması gereken olağan niteliklerinde yanılma halinde, bilinebilirlik şartının kendiliğinden gerçekleşeceği söylenebilir. Bu konuda, satın alınan televizyonun net görüntü vermemesi, evin duvarında kullanılan yalıtım malzemesinin rutubeti önleyememesi gibi örnekler akla gelebilir. Keza Federal Mahkeme’nin arazinin inşaat elverişliliğini⁵⁴¹, sanat eserinin

⁵³⁹ BGE 52 II 143 (servat.unibe.ch).

⁵⁴⁰ Flume, **AT**, s. 476 vd.; Flume, **Eigenschaftsirrthum**, s. 80 vd.; Koller, **AT**, § 14 N. 39 ve orada dn. 8; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 61, 162.

⁵⁴¹ BGE 109 II 105 (bger.ch).

hakikiliğini⁵⁴² veya makinenin normal şartlarda beklenen kullanılabilirliğini⁵⁴³ bu kapsama dahil ettiği görülmektedir.

Öte yandan, nitelik dışında kalan konularda saikte hataya düşülmesi durumunda bu tür ihtimallerle karşılaşılmaz. Bir kere, sözleşmenin zorunlu temeli olan saik, karşı tarafça bilinse ya da bilinebilir nitelikte olsa da, sözleşme içeriğine girmez. Bunun doğal bir sonucu olarak da, söz konusu saikin gerçeğe uymadığı anlaşıldığında, yanılmanın sözleşmesel bir talebi gündeme gelmeyecektir.

Yine, bilinebilirlik şartının saikte yanılmanın bu iki türünde göstereceği bir diğer fark, bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde “karşı edim miktarının” önemli bir kriter görevi görecektir olmasıdır. Örneğin resim sanatından anlamayan A, eski tablolar satan B’den, ünlü bir ressama ait olduğunu düşünerek, bir tabloyu 70.000 TL’ye satın almıştır. Daha sonra tablonun sahte olduğu ortaya çıkmıştır. Örneği değiştirerek tekrar verirse; A, B’den aynı tabloyu ünlü bir ressama ait olduğunu düşünerek 2.000 TL’ye almıştır ve tablonun sahte olduğu anlaşılmıştır. İlk olasılıkta, verilen fiyata bakıldığında satıcının, A’nın söz konusu tabloyu ünlü bir ressama ait olduğunu düşünerek aldığını bilmesi gerekeceği pekâlâ söylenebilecektir; ikinci olasılıkta, eğer A, açıkça kendisi için önemli olan bu saikini B’ye bildirmemişse, sözleşme bedeline bakılarak bu saikin bilinebilir nitelikte olmadığı sonucuna varılabilecektir⁵⁴⁴. Buna karşılık, temel yanılmalarında, mutlak belirleyici saikin karşı edimde etkisini gösterme olasılığı çok düşüktür. Bisikletin, mezun olduğu düşünülen kuzen için alınıp alınmamasının veya saatin, aslında kaybolduğu düşünülen eski saatin yerine alınıp alınmamasının, normal şartlarda bunlar için ödenecek bedel üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Bilinebilirlik şartı çerçevesinde gözden kaçırılmaması gereken önemli bir nokta da, “sözleşmenin zorunlu temelinin bilinebilirliği” ile “saikte yanılmaya düşüldüğünün bilinebilirliği” arasındaki farktır. Diğer bir deyişle, esaslı saikte yanılma için, diğer tarafın yanılan için mutlak belirleyici olan saiki bilmesi veya bilmesi gerekmesi yeterli olmakta; bu saikin gerçeğe uygun olmadığının bilinmesi veya bilinebilir olması şartı

⁵⁴² BGE 52 II 143 (servat.unibe.ch); BGE 82 II 411 (bger.ch).

⁵⁴³ BGE 83 II 18 (bger.ch).

⁵⁴⁴ Örnek için bkz. Esener, **a.g.m.**, s. 190.

aranmamaktadır⁵⁴⁵. Örneğin bir taşınmaz satışında, alıcı, orada içkili bir restoran açılacağı düşüncesinden hareketle sözleşmeyi imzalamıştır. Ne var ki, o bölgede bu tür restoranların açılması için işletme izni verilmemektedir⁵⁴⁶. Bu olayda, sözleşmenin temel yanılması nedeniyle iptal edilebilmesi için, satıcının, alıcı açısından sözleşmenin zorunlu temeli olan saiki (yani taşınmazın içkili restoran açmak için işletme iznine elverişli olduğu yönündeki saiki) bilebilecek durumda olması yeterlidir. Eğer satıcı, ayrıca o bölgede bu tür restoranlar için işletme izni verilmediğini biliyorsa ya da bilebilecek durumdaysa, hiç şüphesiz bu halde de alıcının temel yanılmasına dayanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumda, aşağıda daha ayrıntılı görüleceği üzere, olayın özelliklerine göre satıcının alıcıya karşı aydınlatma yükümünü yerine getirmeyerek onu susma yoluyla aldattığı (pasif aldatma) sonucuna da varılabilecektir⁵⁴⁷. Bu bağlamda, yanılanın alternatif olarak aldatma hükümlerine (TBK m. 36, OR m. 28) dayanması mümkündür. Bu durum aldatma ağırlığında değilse (söz gelimi, diğer tarafın saikte yanılmayı ihmali nedeniyle fark edememesi; yani yanılmayı “bilmesi gerekmesi” söz konusudur), yanılan sözleşmeyi iptal ettiği

⁵⁴⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 188; Reiser, **a.g.e.**, N. 20; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 131; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 782; Oğuman / Öz, **BG I**, s. 106; aksi görüşte bkz. Özkaya, **a.g.e.**, s. 69.

⁵⁴⁶ BGE 53 II 143 (Bu kararda Federal Mahkeme'nin, sözleşmede satıcının işletme izni verileceği yönünde garanti vermediğini belirterek, alıcının saikte yanılmaya dayanmasının OR m. 25/1 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olacağına hükmetmesi yerinde değildir. Çünkü bilinebilirlik için, satıcının bizzat tasavvur edilen olgunun doğru olduğunu garanti etmesine gerek yoktur. Bkz. Servat.unibe.ch). Buna karşın, hemen hemen aynı uyuşmazlık konusunu içeren ve fakat sözleşmede satıcı lehine herhangi bir sorumsuzluk kaydı bulunmayan başka bir kararda, Mahkeme, isabetli bir şekilde, alıcının saikte yanılmasının esaslı olduğuna karar vermiştir (bkz. BGE 55 II 184, servat.unibe.ch).

⁵⁴⁷ Flume, **AT**, s. 492, 493; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 861 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 454; Bucher, **AT**, s. 220; Goltz, **a.g.e.**, s. 76; Huguenin, **AT**, N. 518.; Kurşat, **a.g.e.**, s. 52, 53. Konuyla yakından bağlantılı olduğu için önemle belirtelim ki, bir tarafın susarak hile yaptığından bahsedilebilmesi için, onun öncelikle diğer tarafı aydınlatma yükümü bulunmalı ve kasten bu yükümü yerine getirmemiş olmalıdır. Kural olarak, hiçbir sözleşme tarafının karşı tarafı gerçekler konusunda aydınlatma yükümü bulunmamaktadır. Bu yüküm ancak, kanundan, sözleşmeden veya sözleşme ilişkisinin özelliği gereği dürüstlük kuralından kaynaklanabilir (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 862, 863; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 458; Bucher, **AT**, s. 220; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 110; Brox / Walker, **AT**, N. 451a; Kurşat, **a.g.e.**, s. 53). Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken, yanılanın kendi araştırmasıyla gerçeği öğrenebileceği söyleniyorsa, artık karşı taraftan onu aydınlatmasının beklenemeyecek olmasıdır (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, 454; Kurşat, **a.g.e.**, s. 52). Öte yandan, kanunda (örneğin TKHK m. 4/1, m. 23, m. 33, m. 40/2, m. 51/4 vb.) ya da sözleşmede açıkça böyle bir yüküm öngörüldüğü takdirde, özellikle de taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunlaştığı sözleşme ilişkilerinde (örneğin vekâlet sözleşmelerinde), aydınlatma yükümünün çerçevesi de genişleyecektir (Brox / Walker, **AT**, N. 451a).

takdirde, TBK m. 35/1 gereğince kural olarak karşı tarafa herhangi bir tazminat ödemeyecektir⁵⁴⁸.

Öte yandan, doktrinde esaslılık için, “saikte yanılmanın” bilinebilirliği şartının aranmasının güven ilkesine daha uygun olacağı savunulmuştur⁵⁴⁹. Bu şartın aranması halinde, saikte yanılmaların uygulama alanının ciddi anlamda daralacağına tereddüt yoktur. Ancak bu görüşün *de lege ferenda* toptan reddedilmesine de gerek yoktur. Neticede, bu şartın aranması, yerine göre bir hukuk politikası tercihi olarak menfaatler dengesini sağlayan bir mekanizma işlevi görebilir. Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, çeşitli hukuk sistemlerinde bu yönde düzenlemeler olduğu görülmektedir⁵⁵⁰. Öte yandan İsviçre-Türk hukukuna bakıldığında, gerek Federal Mahkeme tarafından⁵⁵¹ gerekse doktrinin büyük çoğunluğu tarafından⁵⁵² bu görüşün açıkça reddedildiği görülmektedir. Bizim de katıldığımız söz konusu itirazlar şu

⁵⁴⁸ Tarafların yanılmada birlikte kusurlu olması halinde, tazminat miktarında indirimde gidilip gidilmeyeceği tartışmalıdır (bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 1).

⁵⁴⁹ Simonius, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 240, 258; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 187’de anılan yazarlar. Önemle belirtelim ki, bu şartın amaca uygunluğu sadece esaslı saikte yanılma halleri için tartışılabilir. Zira açıklama yanılmalarında, karşı tarafın yanılmayı bilmesi ya da bilmesi gerekmesi halinde, sorun yanılma hükümlerine gerek kalmadan (TBK m. 1 çerçevesinde) çözülmektedir. Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, B, 2.

⁵⁵⁰ Avusturya (§ 871 ABGB) ve Hollanda (BW m. 6:228) Medeni Kanunlarında, yanılmanın bilinmesi ya da bilinebilir olması, yanılma nedeniyle sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi hallerden birisi olarak zikredilmiştir (Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 73, N. 106). Bununla birlikte, İtalyan Medeni Kanunu’nda ise (CCit m. 1428), yanılmanın sözleşmeyi iptal yetkisi sağlayabilmesi için hem esaslı olması hem de bilinebilir olması şartı aranmaktadır (Bu konuda bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 100; Christian von Bar / Eric M. Clive, **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**, Full Edition, Vol. I, München: Sellier European Law Publishers, 2009, s. 466). PECL, PICC ve DCFR’da ise yanılmanın esaslı olabileceği haller daha çeşitlidir. PECL’da esaslılık için öncelikle, m. 4:103/1 (b) uyarınca, yanılanın gerçeği bilseydi sözleşmeyi hiç ya da önemli ölçüde farklı hükümlerle yapacak olması ve bunun da karşı tarafça bilinmesi ya da bilinebilir nitelikte olması gerekmektedir. DCFR II. – 7:201/1 (a)’da aynı hüküm tekrarlanmaktadır. PICC m. 3.2.2/1’de ise şu fark göze çarpmaktadır: Hükme göre, esaslılık için öncelikle; yanılmanın, eğer gerçek durum bilinseydi, yanılan taraf ile aynı konumda bulunan makul bir kimse tarafından sözleşmenin hiç ya da önemli ölçüde farklı hükümlerle yapılacak önemde olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, burada ayrıca “aynı konumda bulunan makul kimse” standardı düzenlenerek İsviçre-Türk hukukundaki objektif esaslılık şartına benzer bir kriter öngörülmüştür. Bununla birlikte, üç metinde de sözleşmeyi ortadan kaldırabilmek için bu şart yeterli olmamakta, ayrıca esaslılık için PECL m. 4:103/1 (a)’da, PICC m. 3.2.2/1’de ve DCFR II. – 7:201/1 (b) bendinde sayılan farklı olasılıklardan birinin varlığı da aranmaktadır. Yanılmanın bilinebilirliği bunlardan biri olup, ilgili hükümlerde (PECL m. 4:103/1 (a) (ii), PICC m. 3.2.2/1 (a) ve DCFR II. – 7:201/1 (b) (ii)), eğer karşı taraf yanılmayı biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa ve bu durum alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralına aykırıysa, sözleşmenin yanılma nedeniyle ortadan kaldırılabilmesi belirtilmiştir.

⁵⁵¹ BGE 113 II 25; BGE 105 II 23 (bger.ch); BGE 34 II 523 (servat.unibe.ch).

⁵⁵² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 188; Bucher, **AT**, s. 206; Fick, **a.g.e.**, s. 617; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 782; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 131, 132, Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 404; Edis, **Hata**, s. 70; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 104.

şekilde özetlenebilir: Evvela, yanılmanın bilinebilir olması şartının aranması TBK m. 35 (OR m. 26) hükmü ile çelişki içinde olacaktır. Şöyle ki, sözleşmenin iptali için, saikte yanılmanın diğer tarafça bilinebilirliği aranırsa, TBK m. 35'deki "*ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez*" hükmünün anlamını kaybedeceği söylenebilir⁵⁵³. Zira bu hükümden, sözleşmenin iptali için yanılmanın bilinebilir olmasının gerekmediği (ancak bu durum mevcutsa, yanılanın yine sözleşmeyi iptal edebileceği, fakat tazminat ödemeyeceği) sonucu çıkmaktadır⁵⁵⁴. Ayrıca, bu şartın aranması halinde, yanılanın ispat yükünün makul ölçüde beklenmeyecek kadar ağırlaşacağı da ifade edilmektedir. Çünkü yanılan bu durumda, diğer esaslılık şartlarına ek olarak, esaslı saikte yanıldığının karşı tarafça bilindiğini ve bilinmesi gerektiğini de ispat etmek durumunda kalacaktır⁵⁵⁵. Yine önemle belirtelim ki, saikte yanılmanın bilinebilirliği ile mutlak belirleyici saikin bilinebilirliği arasındaki sınır, gerçek hayat pratiklerinde bu denli açık şekilde görülmeyebilir. Özellikle esaslı nitelik yanılması hallerinde bu durumla karşılaşılması hayli olasıdır. Örneğin alıcının gümüş olduğundan emin olduğu için bir vazoyu satın aldığını satıcının bilmesi ihtimalinde, satıcının aynı zamanda mesleki özellikleri ve bilgi kapsamı çerçevesinde söz konusu vazonun hangi maddeden yapıldığını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu söylenebilir. Hatta buradan aldatma hükümlerine gidilecek bir yol da açılabilir. O halde, bu iki bilinebilirlik çeşidinin günlük hayatta çok defa bir arada bulunabilmesi mümkündür. Ancak bu durum, esaslılık için yanılmanın değil, sadece önemli saikin bilinebilir olmasının yeterli olduğu kuralını değiştirmez.

⁵⁵³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 188; Reiser, **a.g.e.**, N. 20.

⁵⁵⁴ Bu noktada, şöyle bir ihtimal de akla gelebilir; sözleşmenin iptal edilmesi durumunda, eğer saikte yanılmanın karşı tarafça bilinebilirliği de söz konusuysa ve fakat somut olayda, yanılanın kusuru, diğer tarafın kusurundan daha fazlaysa, acaba herhangi bir tazminat talebi yine de gündeme gelmeyecek midir? Diğer bir deyişle, TBK m. 35/1 hükmüne göre, tarafların birlikte kusurunun dikkate alınması mümkün müdür? Bu konu ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır ancak şimdilik şu kadarını söyleyelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi, karşılıklı kusur halinde, tarafların kusur oranları farklı olsa dahi, bu madde bağlamında tazminatta indirimi kabul etmemektedir (BGE 69 II 234, servat.unibe.ch). Dolayısıyla Federal Mahkeme'nin bu tutumu ışığında, yukarıdaki görüş kabul edilirse, TBK m. 35'nin (OR m. 26) hiçbir pratik önemi olmayan, işlevsiz bir hüküm olduğu söylenebilecektir. Bu konu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, bize göre, yanılmanın karşı tarafça bilinebilecek durumda olduğu hallerde, tarafların kusur ağırlıklarına göre tazminat sorumlulukları gündeme gelebileceğinden, yukarıdaki görüşte dahi, bu hükmün tamamen işlevsiz olacağını iddia etmek pek isabetli değildir. Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 1.

⁵⁵⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 189.

Sözleşmenin zorunlu temeli olan saikin bilinebilirliği şartına ilişkin, esas olarak *Von Tuhr* tarafından ileri sürülen ve bazı yazarlar tarafından da takip edilen farklı bir görüş dikkat çekmektedir. Buna göre, saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için sadece bilinebilirlik şartı yeterli görülmemeli, yanılma konusu belirli olgu üzerinde iki tarafın da ortak tasavvuru (*gemeinsame Vorstellung*) bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, tasavvur konusu belirli olgunun, sadece yanılan açısından sözleşmenin zorunlu temeli olarak görülmesi hukuken dikkate alınmamalı; aynı olgunun ayrıca sözleşmenin diğer tarafı için de sözleşmenin zorunlu temeli sayılması gerekmektedir. Bu bakımdan, yanılma konusu olguya ilişkin gerçek bilinseydi, iki tarafın da sözleşmeyi hiç ya da aynı hükümlerle yapmayacağı veya dürüst ve makul kimseler olarak yapmamaları gerektiği söylenebilmelidir⁵⁵⁶. *Von Tuhr*'a göre bu şart, sadece temel yanılmalarında söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere, eOR m. 19/3'ün yerine geçen OR m. 24/1 b. 4, hem eski hükmün uygulama alanı olan nitelik yanılmalarını (*error in substantia* ağırlığındaki), hem de nitelik dışındaki hususlara ilişkin yanılmaları bünyesinde barındırmaktadır. Ancak saikte yanılmaların kapsamını genişleten temel yanılması halleri, sözleşmenin içeriğine girmeyen olgulara ilişkin olduğundan, en azından “ortak tasavvur” şartıyla bunların belirli bir ölçüde sınırlandırılması gerekmektedir⁵⁵⁷.

Yazarın bu görüşü, İsviçre-Türk hukukunda doktrin tarafından neredeyse hiçbir zaman kabul görmemiştir⁵⁵⁸. Öte yandan Federal Mahkeme kararları bakımından ise ilginç bir durum söz konusudur: İçtihatların neredeyse tamamında bu şartın aranmadığı görülmekle birlikte⁵⁵⁹, bazı istisnai kararlarda bu şartın bulunması gerektiği

⁵⁵⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 314; von Tuhr, **BG**, s. 287; Birsén, **a.g.e.**, s. 88.

⁵⁵⁷ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 314, 315; von Tuhr, **BG**, s. 288, 289. Yazarın, nitelik yanılması ve temel yanılması arasındaki farkı ortaya çıkarmak için öne sürdüğü “ortak tasavvur” kriterinin *Oertmann*'ın işlem temeli kavramından esinlendiği söylenebilir (Goltz, **a.g.e.**, s. 76 dn. 119). Keza yazarın bu teorisini desteklemek için verdiği “sulh sözleşmesi” örneği de, esas olarak Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi ve temel yanılması kurumlarının teorik alt yapılarından birisini teşkil eden § 779 BGB’de düzenlenmiştir.

⁵⁵⁸ Goltz, **a.g.e.**, s. 76; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 186; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 41; Koller, **AT**, § 14 N. 53; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 86; Zehnder, **a.g.e.**, s. 160 vd.; Kolly, **a.g.e.**, N. 140, 182; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 184 vd.; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 780; Reiser, **a.g.e.**, N. 18. Öte yandan, bazı hukuk uyumlaştırması metinlerinde iki tarafın da ortak tasavvurda (temelde) yanılması şartının, esaslı yanılmaya yol açabilecek hallerden birisi olarak belirtildiği görülmektedir. Örneğin bkz. PECL m. 4:103/1 (a) (iii)’de bu imkan, “*the other party made the same mistake, ...*” şeklinde zikredilmektedir. Keza PICC m. 3.2.2/1 (a)’da da aynı ifade yer almaktadır.

⁵⁵⁹ Örneğin bkz. BGE 79 III 117; BGE 82 II 375 (ve Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 41’deki diğer kararlar).

ifade edilmiştir⁵⁶⁰. Esaslılık için, sözleşme taraflarının, belirli olguya ilişkin ortak tasavvurdan hareketle iradelerini oluşturmuş olmalarının aranması, aynı zamanda, iki tarafın da yanılmaya düşmüş olmasını gerektirir. İsviçre-Türk hukukunda, daha önce de işaret edildiği üzere, yanılma tek taraflı bir irade bozukluğu hali olup, esaslılık için iki tarafın da hataya düşmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Kuşkusuz, bazı yanılma hallerinde, bu durumun ortaya çıkması mümkündür. Ancak doktrinde de haklı olarak işaret edildiği üzere, ortak tasavvur aranması şartı, pozitif hukukla bağdaşmamaktadır. Şöyle ki, esaslı saikte yanılmanın varlığı için her iki tarafın da yanılmış olması gerektiği kabul edilirse; bir tarafın diğerini aldatarak yanıltması durumunda, yanılan taraf sadece TBK m. 36 (aldatma) hükmüne başvurabilecek, fakat evleviyetle başvurabilmesi gerektiği halde, yanılma hükümlerine dayanamayacaktır. Çünkü burada sadece kendisi yanılmış olduğundan, diğer bir deyişle, ortak tasavvur söz konusu olmadığından, yanılma hükümleri devre dışı kalacak; buna rağmen, daha ağır bir irade bozukluğu hali olan aldatma hükmü uygulanabilecektir⁵⁶¹. Diğer taraftan, TBK m. 32'nin son cümlesinde açıkça, saikte yanılmanın esaslı olması için karar verdirici saikin karşı tarafça bilinebilir olması gerektiğinin zikredilmesi de, ortak tasavvur şartının söz konusu olmadığına başka bir göstergesidir. Zira iki tarafın da aynı şekilde yanıldığı bir kurguda, zaten iki taraf da birbirlerinin mutlak belirleyici saikini bildiklerinden, ayrıca bilinebilirlik şartının aranması mantıksız olacaktır.

Bilinebilirlik şartının aranıp aranmayacağı ya da ayrı bir şart olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu, doktrinde hayli tartışmalıdır. Genel bir bakış açısıyla denilebilir ki, çoğu yazar tarafından ve mahkeme kararlarında, bu şartın saikte yanılmanın esaslı yanılma mertebesine yükselebilmesi için gerekli olduğu kabul edilmektedir. Ancak tartışma daha çok, bu şartın objektif şarttan (alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralına göre, yanılma konusu belirli olgunun sözleşmenin temeli sayılabilmesi; yani objektif esaslılık şartından) bağımsız olup olmadığı veya bu iki şartın, her zaman bir arada bulunarak birbirlerinin varlığını zorunlu kılıp kılmadığı konusundadır.

⁵⁶⁰ BGE 109 II 319; BGE 113 II 27 (bger.ch). Ancak bu kararlardan daha sonraki tarihli bir kararda, Mahkeme, bu sorunu açık bırakmayı tercih etmişse de (BGE 114 II 131, bger.ch), bu konuya değinen görece güncel bir kararında, ortak tasavvurun aranmayacağına, çünkü yanılmanın tek taraflı bir irade bozukluğu olduğuna işaret etmiştir (BGE 118 II 297; dolaylı olarak aynı yönde bkz. BGE 117 II 218, bger.ch).

⁵⁶¹ Koller, **AT**, § 14 N. 53; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16, N. 12; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 405 dn. 36.

Birinci görüşe göre⁵⁶², saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için, kanunda zikredilmemiş bu şartın (TBK m. 32’de artık açıkça zikredildiği bir tarafa bırakılırsa) aranması, *contra legem* teşkil edecektir. Diğer bir anlatımla, yanılmanın esaslılığı karşı tarafa bağlı olmayıp, kanundaki şartlardan kaynaklanmaktadır ve bu nedenle de, sübjektif ve objektif şartların varlığı yeterli olmaktadır. Kaldı ki, karşı tarafın yanılan karşısında korunması ihtiyacı, zaten objektif şart çerçevesinde gerektiği ölçüde karşılanmaktadır.

İkinci görüşe göre⁵⁶³, saikte yanılmaların esaslılığı için bilinebilirlik şartı aranmalıdır, ancak ayrı bir şart olarak ifade edilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralına göre, yanılma konusu belirli olgu, sözleşmenin objektif bakımdan temeli telakki edilebiliyorsa; diğer bir deyişle, yanılanın mutlak belirleyici saiki, objektif açıdan da sözleşmenin iptalini haklı gösterecek önemde sayılabilecekse, diğer tarafın, güven ilkesi çerçevesinde zaten bu saiki bilmesi gerekir. Dolayısıyla, bu şart, sadece hâkime yol göstermekte ve böylelikle objektif şartın yardımcı kriteri görevini görmektedir.

Üçüncü görüşe göre⁵⁶⁴, objektif şart ile bilinebilirlik şartı birbirlerinden bağımsız fonksiyonları olan ve bu nedenle ayrı ele alınması gereken şartlardır. Her ne kadar bu şartlardan birinin varlığına bağlı olarak diğerinin de ortaya çıktığı haller bulunsun da, bu yönde genel ve kesin bir çıkarım yapılmamalıdır. Zira bu şartlardan birinin gerçekleştiği, diğerinin gerçekleşmediği haller mevcut olabilir. Ayrıca, karşı tarafın sözleşmenin zorunlu temeli olan saiki bilmediği veya bilmesi gerekmediği hallerde,

⁵⁶² Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 781; Klausberger, **a.g.e.**, s. 62 vd.; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 169; Koller, **AT**, § 14 N. 48-54; Huguenin, **AT**, N. 513, 514; Birsén, **a.g.e.**, s. 88; İnan, **a.g.e.**, s. 205 (dolaylı olarak bu görüşte kabul edilebilir); Antalya, **a.g.e.**, s. 313; Canbolat, **a.g.e.**, s. 202.

⁵⁶³ von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 55; Zehnder, **a.g.e.**, s. 116, 133; Reiser, **a.g.e.**, N. 21; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 11; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 42, 43; Arat, **a.g.e.**, s. 67; İnan / Yücel, **a.g.e.**, s. 317.

⁵⁶⁴ Schwenzer, **AT**, N. 37.27; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 23; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 181; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 405. Yazar, bu eserinden daha önce yayınladığı tezinde, bilinebilirlik şartının ayrı bir şart olmadığı, bilakis objektif şartın doğal bir sonucu olduğu görüşünü ileri sürmekteydi (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 161). Dolayısıyla, güncel tarihli eserini baz alarak, yazarı üçüncü görüşe dahil etmek daha doğru olacaktır. Keza aynı şekilde Eren ve Oğuzman / Öz gibi yazarların da TBK öncesi dönemde ikinci görüşü savundukları görülmektedir (Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 9. Bası, İstanbul: Beta, 2006, s. 351; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 8. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 89, 90). Buna karşın, yeni eserlerinde ise, yazarlar, TBK m. 32’nin açık hükmü gereği bu görüşü terk etmişlerdir (Eren, **BG**, s. 406, 407; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 104).

sırf objektif esaslılık şartı bulunduğu için sözleşmenin iptal edilmesi ve böylece sözleşmenin iptali riskinin karşı tarafa yansıtılması, güven ilkesiyle bağdaşmaz.

Fikrimizce, burada üçüncü görüş isabetlidir. Hem mahkeme kararlarına, hem de doktrindeki argümanlara bakıldığında, birinci görüşün tartışılmaya değer olmadığı ortadadır. Öte yandan, ikinci görüşün de göz ardı ettiği birçok önemli nokta vardır. Çünkü saikte yanılmaların sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi, esas olarak irade ilkesinin bir sonucu olduğundan, objektif şarta ilave olarak, yine onun gibi, fakat işlem güvenliğini ve diğer tarafın haklı güvenini farklı bir açıdan gözeten bilinebilirlik şartını aramak amaca daha uygundur. Gerçekten de, üçüncü görüşteki yazarların ifade ettiği gibi, bu iki şart farklı fonksiyonlara sahiptir. Sözleşmenin iptal edilmesi riskinin, diğer tarafın durumuna bakılmaksızın, sadece objektif bir bakıştan (alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralından) hareketle ona yansıtılmasının, her zaman adil bir risk dağılımı oluşturmayacağı bunu doğrular niteliktedir. Öte yandan, yanılan açısından sözleşmenin zorunlu temeli olan saikin objektif açıdan da bu önemde olduğu hallerde, bu saikin, ayrıca karşı taraf açısından “her zaman” bilinebilir olduğu söylenemeyeceği gibi; karşı tarafın bu saiki fiilen bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde de, bu saikin “her zaman”, alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralına göre sözleşmenin iptalini haklı kılacak önemde olduğu sonucuna varılmamalıdır. Diğer bir deyişle, bu iki şart, bazı yanılma hallerinde birarada bulunacak olsa da, aralarında birbirlerinin varlığını zorunlu kılacak mantıki bir ilişki yoktur. Şu halde, bu iki şartı, kesişim kümesi içeren iki farklı çember olarak düşünebiliriz. Bu çemberlerin kapsamalarını belirlemek amacıyla şu örneklerle başvurmak aydınlatıcı olacaktır.

Alıcı, daha sonra Kaliforniya’ya ihraç etmek üzere, kendisi gibi İsviçre’de yaşayan satıcıdan bir araba satın almıştır. Bir süre sonra alıcı, Kaliforniya’daki idari mevzuatın, arabaların piyasaya çıkabilmesi için İsviçre’deki mevzuata nazaran çok daha ağır egzoz değerleri öngördüğünü öğrenmiştir. Şu halde, İsviçre’deki mevzuata uygun bir satış yapılmasına rağmen, alıcının bu değerlerle arabayı Kaliforniya’ya ihraç etmesi mümkün değildir. Görüleceği üzere, alıcı (ve belki de satıcı da) saikte yanılmaya düşmüştür. Acaba bu yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğini etkilemesine izin verilmeli midir? Burada alıcının arabanın egzoz değerlerinin Kaliforniya’da da geçerli olacağına ilişkin yanlış tasavvuru, onun açısından sözleşmenin zorunlu temeli olduğundan, birinci şart (saikte yanılmanın belirli olguya ilişkin olması) ve ikinci şart (sübjektif esaslılık) olayda mevcuttur. Yine, alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralı nazara alındığında, arabanın egzoz ölçümlerine uygunluğuna ilişkin

yanılma olmasaydı, objektif bakış açısıyla da bu sözleşmenin hiç ya da o şekilde yapılmayacağı söylenebilir. Dolayısıyla objektif esaslılık şartı da gerçekleşmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Alıcı, sözleşme kurulurken satıcıya, arabanın Kaliforniya’ya ihraç edileceğini (ve buradan hareketle arabanın oradaki idari mevzuata uygun olarak kullanılabilir olduğunu düşündüğünü) ne açıkça ne de örtülü olarak bildirmiştir. Dahası, sadece alıcının kullanım amacıyla ilintili olan ve herhangi bir şekilde anlaşılabilir kılınmamış bu mutlak belirleyici saikin, satıcı tarafından bilinmesi gerektiği de söylenemeyecektir. Dolayısıyla, alıcının saikte yanılması, objektif açıdan esaslı olmasına rağmen, bilinebilirlik şartının eksikliği nedeniyle sonuç olarak “esaslı” değildir⁵⁶⁵.

Bir diğer örnek: A, hem antika hem de yeni eşyalar satan bir mağazadan, yüksek bir bedel karşılığında ve antika olduğunu düşünerek bir biblo satın almıştır. Sözleşme kurulurken de, ne tür bir biblo istediğini hiçbir şekilde satıcıya belirtmemiştir. Ancak daha sonra, biblonun antika değil, kaliteli ve yeni bir biblo olduğu anlaşıldığında, alıcı sözleşmeyi iptal etmek istemiştir. Dikkat edilirse, burada da ilk örnekteki benzer bir durumla karşılaşılmaktadır. Şöyle ki, alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralı çerçevesinde, bir biblonun antika ya da yeni olması, ona ilişkin yapılan sözleşme bakımından, objektif olarak belirleyici bir etken kabul edilebilir. Bu nedenle, A’nın saikte yanılmasının, hem sübjektif hem de objektif esaslılık şartlarını içerdiği söylenebilir. Ancak, A’nın sadece “biblonun antika olduğunu düşündüğü için” sözleşme ilişkisine girdiğini satıcı fark etmediği için (zira A hiçbir açıklamada bulunmamıştır) ve ondan bu durumu fark etmesi beklenmediği için (olayın özelliklerine göre farklı sonuca da varılabilir ancak bu olay özelinde, ödenen bedelin hem yeni hem de antika bir eşya için eşit oranda makul olduğu dikkate alınırsa, bu yönde bir sonuç pekâlâ çıkarılabilir), saikte yanılma esaslılık kazanamamıştır⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Schwenzer, **AT**, N. 37.27. *Koller*, Schwenzer’inkine benzer bir örnek vererek, bu tür bir olayda objektif esaslılığın söz konusu olmayacağını savunmaktadır. Yazara göre, İsviçre’de satın alınmış olan, ancak yurtdışında kullanılabilirlik amacını karşılamayan faks cihazına ilişkin yanılmanın, İsviçre’de objektif yönden esaslı yanılma kabul edilmemesi gerekir (Koller, **AT**, § 14 N. 49). Kanaatimizce, yazar, alışveriş hayatındaki hâkim görüşleri ve dürüstlük kuralını, sadece satışın yapıldığı ülke çerçevesinde değerlendirmekle bu şartın uygulama alanını dar tutmaktadır. Bu noktada, yazarın bilinebilirlik şartının aranmayacağı yönündeki görüşü (Koller, **AT**, § 14 N. 48 vd.) hatırlanacak olursa, saikte yanılmaların esaslılığını daraltmak amacıyla bu yönde bir argümana başvurduğu daha iyi anlaşılacaktır.

⁵⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 89.

Üçüncü örnek meseleyi başka bir açıdan ele almaktadır: A, kuzeninin mezun olduğunu düşündüğünden ona bir bisiklet hediye etmek istemektedir. Satıcının gösterdiği bisikletlerden birini incelerken, bisikleti kuzenine mezuniyet hediyesi vermek için aldığını da söylemiştir. Fakat A, bisikleti satın aldıktan sonra gerçekte kuzeninin mezun olmadığını öğrenmiştir. Burada, A'nın, kendisi için sözleşmenin zorunlu temeli olan yanılma konusu belirli olguyu (kuzeninin mezun olması) satıcıya açıkça söylemiş olması nedeniyle, bilinebilirlik şartı gerçekleşmiştir. Ancak bu sefer de, diğer örneklerden farklı olarak, ortada objektif açıdan sözleşmenin iptalini haklı gösterecek bir yanılma bulunmadığı görülmektedir. Zira bilinebilirlik şartının söz konusu olduğu durumlarda, ayrıca objektif şartın da kendiliğinden gerçekleşeceği kabul edilirse, “geveze kişilerin, daha az konuşkan olanlardan daha çok korunmaya değer” olduğu gibi çarpık bir sonuç ortaya çıkacaktır⁵⁶⁷. Bu nedenle, sözleşme müzakerelerinde çok konuşarak önemli saiklerini açıklayan kimselerin, salt bu sebeple daha sonra sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldıracabilmelerine izin verilmemelidir. Bunun için, mevcut yanılmanın ayrıca objektif bakımdan da esaslı olması gerekir.

Şu halde, bilinebilirlik ve objektif şart arasındaki ilişki bağlamında üç farklı olasılığın ortaya çıkabileceği görülmektedir: (i) Bilinebilirlik şartı vardır, objektif şart yoktur, (ii) objektif şart vardır, bilinebilirlik şartı yoktur, (iii) her ikisi de vardır. Bu açıklamalardan özetle ve sonuç olarak; bilinebilirlik şartı, diğer bir deyişle, sözleşmenin zorunlu temeli olan belirli olguya ilişkin saikin, diğer tarafça fiilen bilinmesi veya gerekli özen gösterilseydi bilinebilecek olması şartı, diğer şartlardan tamamen bağımsız ve farklı işlev gören ayrı bir şarttır. Bugün için doktrindeki ağırlıklı görüşün ve çoğunluk mahkeme kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir⁵⁶⁸.

Son olarak, OR/eBK m. 24/1 b. 4’de dile getirilmeyen bilinebilirlik şartının, TBK m. 32’deki hükme dahil edilmesi konusunda dikkat çeken bazı ayrıntılara işaret edilmesi gerekmektedir. Öncelikle, hükümet tasarısında önerilen⁵⁶⁹ ve daha sonra Adalet Komisyonu’nca kabul edilen⁵⁷⁰ metindeki madde ile kanunlaşan madde

⁵⁶⁷ Goltz, **a.g.e.**, s. 81; Bucher, **AT**, s. 206; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 192.

⁵⁶⁸ Bu şartın açıkça zikredildiği kararlara örnek olarak bkz. BGE 55 II 184 (servat.unibe.ch); BGE 110 II 293; BGE 118 II 297; BGE 127 V 301; BGE 132 III 737; BGE 135 III 537 (bger.ch).

⁵⁶⁹ TBMM Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 297/499.

⁵⁷⁰ TBMM Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 396/499.

arasında ilginç bir farklılık göze çarpmaktadır. Tasarı m. 32 şu şekildedir: “*Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Ancak yanılanın, karşı tarafça bilinebilir biçimde yapıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde, yanılma esaslı sayılır*”. Bu düzenleme TBK m. 32 ile her ne kadar içerik olarak örtüşse de, “*karşı tarafça bilinebilir biçimde*” ibaresi, daha sonra Genel Kurul’da verilen önerge⁵⁷¹ ile ait olduğu cümleden çıkarılarak, maddenin sonuna eklenmiştir⁵⁷². Maddenin son haline bakıldığında, bilinebilirlik şartının, yanılan için sözleşmenin zorunlu temeli önemindeki saike mi ilişkin olduğu; yoksa, o saikin, alışveriş hayatında geçerli dürüstlük kuralına göre sözleşmenin zorunlu temeli olarak kabul edilmesine mi ilişkin olduğu sorusu akla gelebilir. Çünkü maddede yer alan “*ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir*” ifadesinden hemen önce, “objektif esaslılık şartı” yer almaktadır. Yani bir an için, karşı tarafça bilinebilir olması gerekenin objektif esaslılık olduğu şeklinde yanlış bir kaniya varılabilir. Ancak bu düzenleme hatası büyütülmemeli ve yorum yapılırken hükmün amacından hareket edilmelidir⁵⁷³. Dolayısıyla, maddenin her hâlükârda, yanılma kurumunun tarihi ve kavramsal yapısı çerçevesinde, bu tezde belirttiğimiz şekilde yorumlanması gerekmektedir. Öte yandan, bu konuda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, bilinebilirlik şartının artık açıkça kanunda zikredilmiş olması karşısında, kanun koyucunun iradesinin de üçüncü görüş yönünde olduğudur.

⁵⁷¹ Bu değişikliğin gerekçesinin, maddeyi daha anlamlı ve anlaşılır hale getirmek olduğu ifade edilmiştir.

⁵⁷² TBK m. 32, “*Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yapıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir*”. Hiç kuşkusuz, bilinebilirlik şartının açıkça kanunda belirtilmiş olması, yanılma hükümlerine bakıldığında belki de en isabetli değişikliktir. Ancak tasarıdaki ifade tarzının daha yerinde olduğu ve anlaşılabilirlik amacıyla lafız düzeltilmeye çalışılırken (aslında hiç de gerek yokken), içeriğin insicamının gözden kaçırıldığı görülmektedir. Madde gerekçesinde, bilinebilirlik şartının, yanılanın sözleşmenin temeli saydığı saike ilişkin olduğu belirtilmesinin, en azından olası yorum ihtilaflarını azaltacağı söylenebilir.

⁵⁷³ Maddenin bu şekilde kaleme alınması doktrinde de eleştirilmektedir. Bkz. Tufan Ögüz, “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 101-108, s. 105, 106; Kılıçoğlu, **BG**, s. 258.

d. Alışveriş Hayatında Geçerli Olan Dürüstlük Kuralına Göre, Yanılma Konusu Belirli Olgunun Sözleşmenin Zorunlu Temeli Kabul Edilmesi (Objektif Esaslılık Şartı)

Saikte yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için, yanılma konusu belirli olgunun, sadece yanılan açısından sözleşmenin zorunlu temeli sayılması ve bu durumun karşı tarafça bilinebilir olması yeterli olmaz. Zira her ne kadar bilinebilirlik şartı neticesinde, yanılma kurumuna hâkim olan irade ilkesinin, güven ilkesi lehine bir ölçüde sınırlandığını söylemek mümkün olsa da, hâlâ büyük oranda subjektif alandayızdır ve bu nedenle de, hem işlem güvenliğinin, hem de sözleşmenin diğer tarafının haklı güveninin zarar görme tehlikesi mevcuttur. Yukarıda da işaret edildiği üzere, sadece ilk üç şartın sözleşmenin iptali için yeterli olacağı öngörülseydi, saikte yanılmanın “varsayım” (*Voraussetzung*) kavramından pek bir farkı kalmayacağı gibi; önemli saiklerini diğer tarafa anlatarak sözleşme müzakerelerinde daha çok konuşan kişilerin, amaca aykırı bir hukuki himayeye mazhar olacağı söylenebilecektir. Bu nedenle saikte yanılmanın esaslılığı için, objektif bir kritere başvurma kaçınılmaz olduğu görülmektedir.

Saikte yanılmanın objektif açıdan esaslı olabilmesi için, yanılan açısından sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici olgunun, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre sözleşmenin zorunlu temeli sayılması gerekir⁵⁷⁴. Bu bağlamda, yanılma konusu belirli olgu, objektif bir bakış açısıyla da sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz şart (*conditio sine qua non*) teşkil etmelidir; diğer bir deyişle, ilgili sözleşme ilişkisinin hal ve şartları çerçevesinde, alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralı, belirli olguya ilişkin tasavvurun gerçeğe uygun

⁵⁷⁴ Bucher, **AT**, s. 206; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 104, 105; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 22; Schwenzer, **AT**, N. 37.26; Koller, **AT**, § 14 N. 35; Klausberger, **a.g.e.**, s. 56; Zehnder, **a.g.e.**, s. 99; Kolly, **a.g.e.**, N. 214; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 87; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 783; Huguenin, **AT**, N. 512; Reiser, **a.g.e.**, N. 19; Edis, **Hata**, s. 57; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 343; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 431; Eren, **BG**, s. 406; Antalya, **a.g.e.**, s. 318; BGE 136 III 528 (bger.ch); Y. 1. HD., 16.6.2010, E. 2010/5112, K. 2010/7027; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 21.1.2004, E. 2003/13955, K. 2004/267; Y. 1. HD., 26.9.2002, E. 2005/8483, K. 2002/10037; Y. 1. HD., 22.5.2002, E. 2002/5716, K. 2002/6504; Y. 1. HD., 22.6.1998, E. 1998/7456, K. 1998/7785; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470; Y. 1. HD., 20.1.2003, E. 2002/14594, K. 2003/554 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Alman hukukunda ise, objektif şart, § 119/1 BGB’de “eğer gerçek durumu bilseydi ve makul şekilde değerlendirseydi” şeklinde farklı bir ifadeyle düzenlenmiştir. Buna göre, yanılma ile sözleşmenin kurulması arasında sadece yanılan açısından olmazsa olmaz nitelikte bir nedensellik değil, ayrıca “makul bir nedenselliğin” de bulunması gerekir. Bu şart, hem açıklamada yanılma (§ 119/1) hem de esaslı nitelikte yanılma (§ 119/2) açısından aranır. Bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 773; Brox / Walker, **AT**, N. 432.

olmadığı bilinseydi, bu sözleşmenin hiç ya da aynı şartlarla yapılmayacağı sonucunu doğrulamalıdır⁵⁷⁵. Bu şartın varlığı halinde, yanılanın hatalı saiki ile irade oluşumu arasında bulunan “sübjektif nedensellik”, “objektif bir nedensellik” görünümü kazanmaktadır.

Objektif esaslılık şartının temel fonksiyonu, yanılanın işlem iradesini oluştururken göz önünde bulundurduğu belirli bir olguya ilişkin gerçeğe uygun olmayan tasavvurunun, sözleşmenin iptalini haklı kılacak önemde olup olmadığını tespit etmektir⁵⁷⁶. Buna göre, şayet alışveriş hayatının dürüstlük kuralı çerçevesindeki objektif bakışı, söz konusu saikte yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı gösteriyorsa, bu şartın gerçekleştiği kabul edilir.

Bu şartın dürüstlük kuralının bir görünümü olduğu ve böylelikle saikte yanılmaların ticaret hayatındaki istikrar ve güveni sarsacak şekilde ileri sürülmesini engellediği rahatlıkla söylenebilir⁵⁷⁷. Bu bağlamda, saikte yanılmanın esaslılık şartlarına bakıldığında, güven ilkesinin, hem bilinebilirlik şartı hem de objektif esaslılık şartı vasıtasıyla, iki kanaldan uygulama alanı bulduğu sonucuna varılabilir. Keza yanılma nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi riskinin sözleşmenin diğer tarafına geçmesi de, yine bu iki şart aracılığıyla gerçekleşmektedir.

TBK m. 32’de, yanılanın, yanıldığı belirli olguyu sözleşmenin temeli saymasının “iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde...” (nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) şeklinde ifadesini bulan objektif şart, eBK m. 24/1 b. 4’de “ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde” olarak belirtilmiş olmasına karşın,

⁵⁷⁵ Zehnder, **a.g.e.**, s. 99; Schwarz, **BG**, s. 308; BGE 53 II 153; BGE 56 II 424 (servat.unibe.ch). Bu noktada, saikte yanılmanın esaslılık şartlarına genel bir bakış atıldığında, şu şekilde bir çıkarım yapılabilir: Sübjektif şartta, yanılanın psikolojik durumu dikkate alınmakta; bilinebilirlikte, sözleşmenin diğer tarafının psikolojik durumu önem arz etmekte; objektif şartta ise, bu iki zihinden uzaklaşılarak, objektif bir görüşe başvurulmaktadır.

⁵⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 159; Zehnder, **a.g.e.**, s. 103 vd.; Reiser, **a.g.e.**, N. 19; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 784; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 406; Nomer, **BG**, N. 60. “Esaslı hatadan bahsedebilmek için, irade sahibinin söz konusu hatayı bilmiş olması halinde sözleşmeyi yapmayacağını kabul edilmesi (sübjektif unsur) ve iş yaşamındaki objektif iyiniyet kuralları ve ticari dürüstlük ilkelerine göre bu yanılmanın sözleşmenin iptalini haklı kılıcı önem taşıması (objektif unsur) gerekir” (Y. 11. HD., 21.9.1999, E. 1999/2255, K. 1999/7015, Günay, **a.g.e.**, m. 30 s. 202).

⁵⁷⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 104; Zehnder, **a.g.e.**, s. 100; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 159; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 263.

bunun yine de mehzazın Almanca çevirisine uygun olarak yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷⁸.

Objektif esaslılık şartının çerçevesinin kanundan hareketle tam olarak belirlenememesi, çeşitli yorum güçlüklerine neden olabileceği için, doktrinde, bu şartın somutlaştırılması amacına yönelik çeşitli yöntemler önerilmektedir. Ancak her şeyden önce şunu söyleyebiliriz ki, kanunda hem alışveriş hayatının görüşlerine, hem de dürüstlük kuralına gönderme yapılarak hayli geniş bir ifade tarzının tercih edilmiş olması, aslında bu şart bağlamında esas belirleyici faktörün, hâkimin takdir yetkisi olduğunu göstermektedir⁵⁷⁹. Şu halde, burada bir hüküm içi boşluk bulunmakta ve hâkimin, bu boşluğu, tarafların menfaat durumlarını ve hükmün amacını gözeterek, hukuk ve hakkaniyete göre tamamlaması gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda hâkim, alışveriş hayatının objektif bakış açısını olaya uygularken, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin somut özellikleri ekseninde hareket etmelidir. Diğer bir deyişle, hâkim saikte yanılmanın objektif yönden esaslı olup olmadığını tespit ederken, sözleşmenin temelini etkilemiş olan ve sözleşme ilişkisini çevreleyen hal ve şartları dikkate alarak, alışveriş hayatındaki hâkim görüşleri ve dürüstlük kuralını araştıracaktır⁵⁸⁰. Kanun koyucunun bu şart bağlamında genelgeçer bir kriter vermemiş olması, olay odaklı bir incelemeyi ve somut olay adaletinin takip edilmesini zorunlu kılmaktadır⁵⁸¹.

Yanılma konusu belirli olgunun, objektif olarak da sözleşmenin zorunlu temeli teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, doktrinde ileri sürülen görüşlerden hareketle, üç ayrı yöntemle çalışılabileceği söylenebilir. Bunlardan ilki “mutlak objektif yöntem”

⁵⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 155; Esener, **a.g.m.**, s. 190; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 263; Feyzioğlu, **BG**, s. 132. Öte yandan TBK m. 32 gerekçesinde şu noktaya dikkat çekildiği görülmektedir: “*maddede kullanılan iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları şeklindeki ibare, geniş biçimde yorumlanmalıdır. Bu ibareden, iş hayatında sıkça karşılaşılan her türlü hukuki ilişkide geçerli olan dürüstlük kuralları anlaşılmalıdır*”. Bu şartın, eBK’dakinden daha uygun bir ifadeyle kanuna aktarıldığında şüphe yoktur, ancak “dürüstlük kuralları” yerine, sadece “dürüstlük kuralı” ibaresi tercih edilseydi, ifadenin teknik olarak daha isabetli olacağı söylenebilir (aynı yönde bkz. Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 10 N. 14).

⁵⁷⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 106; Koller, **AT**, § 14 N. 35; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 784; Klausberger, **a.g.e.**, s. 56; Zweigert, **a.g.m.**, s. 408; Reiser, **a.g.e.**, N. 19.

⁵⁸⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 107; Klausberger, **a.g.e.**, s. 56, 57; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 785; Goltz, **a.g.e.**, s. 82. Buradan hareketle pekâlâ şu sonuca varılabilir: Bir olayda objektif esaslılık şartını sağlayan yanılma konusu belirli bir olgu, başka bir olayda bunu sağlamayabilir (**a.g.e.**).

⁵⁸¹ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 42 (yazar, kanun koyucunun amacının da bu olduğunu vurgulamaktadır).

olup, buna göre; objektif şartın mevcut olup olmadığı araştırılırken, meseleye, sözleşme ilişkisine özgü hal ve şartlara bakılmaksızın yaklaşılmalıdır⁵⁸². Bu yöntemin nasıl uygulandığını daha iyi görebilmek için, şu örnek verilebilir: Alıcı, çok değerli antika bir eser olduğunu düşünerek, eski eşyalar satan birisinden normal bir bedel karşılığında bir biblo satın almıştır. Ancak daha sonra, biblonun antika değil, alelade, eski bir biblo olduğu anlaşılmıştır. Burada, bu yöntemi nirengi noktası olarak alırsak; alıcının saikte yanılmasının, objektif açıdan esaslı olduğunu söylememiz gerekecektir. Çünkü alışveriş hayatındaki genel bakış açısına göre, satın alınan şeyin antika olup olmadığı, bu tür sözleşmeler yapan makul ve dürüst kimseler için sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici etken olarak görülebilecektir. Ancak bu yöntemin gözden kaçırdığı husus, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin somut olaya mahsus özellikleridir. Zira söz konusu sözleşme ilişkisindeki karşı edim (bedel) miktarı, bu yöntemde göz ardı edilmektedir. Eğer alıcının, karşı edim olarak, alelade bir biblo parası ödemiş olduğu dikkate alınırsa, bu para karşılığında değerli bir antika biblonun alındığına ilişkin hatalı saikin, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre, sözleşmenin zorunlu temeli olmadığı görülecektir. Bu açıklamalardan hareketle, objektif esaslılığın tespiti için bu yöntemin uygun olmadığı ortaya çıkmaktadır⁵⁸³.

İkinci yöntem ise, yanılan kimsenin kişisel ve sözleşme ilişkisi bağlamında önem arz eden özelliklerinin esas alınması gerektiğini ileri sürerek, “objektif bir kimse, yanılanın yerinde olsaydı, sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde yapar mıydı” düşüncesinden hareket etmektedir. Sübjektif yöntem olarak adlandırılabilir bu yöntemin esas alınması, sadece yanılanın menfaatlerini göz önünde bulundurduğundan, ne doktrinde ne de mahkeme kararlarında kabul edilmiştir⁵⁸⁴. İşlem güvenliğine zarar verebilecek bu yöntemin nasıl uygulanacağı konusunda, şu örnek aydınlatıcı olabilir: Aşırı kilolu birisi, gemi seyahati için tur şirketiyle anlaştıktan sonra, seyahat edeceği gemide bulunan yatakların kendisi için çok küçük olduğunu fark etmiştir⁵⁸⁵. Burada sübjektif yöntemden hareket edersek, yanılanın kilosunda olan makul ve dürüst hiç kimsenin, şayet gemide bulunan yatakların ölçüsüne ilişkin doğru bir tasavvur sahibi olsaydı, bu

⁵⁸² Bu yöntem hakkında bkz. Edis, **Hata**, s. 61, 62.

⁵⁸³ Aynı görüşte bkz. Edis, **Hata**, s. 62; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 105.

⁵⁸⁴ Edis, **Hata**, s. 62.

⁵⁸⁵ Schwenzer, **AT**, N. 37.21.

sözleşmeyi yapmayacağı pekâlâ söylenebilecektir. Hâlbuki alışveriş hayatının istikrarı ve karşı tarafın haklı güveninin, sözleşmenin salt bu nedenle ortadan kaldırılmasından zarar göreceği açıktır. Kaldı ki, bu yöntemin uygulanması halinde, objektif şart ile sübjektif şart (ikinci şart) arasındaki ayrımın tamamen ortadan kalkması riski de söz konusudur. Bu bakımdan, bu yöntemin de objektif esaslılık açısından yol gösterici olmaktan uzak olduğu görülmektedir.

Bugün geçerli olan üçüncü yönteme göre ise, yanılma konusu belirli olgunun, sözleşmenin yapılmasında objektif açıdan zorunlu temel olup olmadığı, sözleşme ilişkisini çevreleyen hal ve şartlar çerçevesinde, “makul ve dürüst bir kişinin objektif bakış açısıyla” belirlenecektir. Buna göre, somut olaya özgü hal ve şartlar dikkate alındığında, söz konusu hatalı saikin, makul ve dürüst kişiler tarafından da sözleşmenin zorunlu temeli olarak görülmesi gerekir⁵⁸⁶. Başka bir ifadeyle, aynı iş çevresindeki makul ve dürüst kişilerin, söz konusu türdeki ilişkilerde geçerli olan ortalama görüşüne göre, yanılma konusu belirli olgunun o sözleşme için vazgeçilmez önemde olduğu kabul edilebilmelidir. Örneğin A, üniversite sınavını kazandığından emin bir şekilde, arkadaşıyla yaz tatili yapmak için bir otelde yer ayırtmıştır. Ne var ki, tatil başlamadan önce sınavı geçemediğini öğrenmiştir. A’nın otel ile sözleşme yapmasında, “üniversite sınavını kazandığı” şeklindeki mutlak belirleyici saikin, alışveriş hayatının hâkim görüşleri ve dürüstlük kuralı bağlamında, bu tür sözleşme ilişkisine giren makul ve dürüst kimseler için sözleşmenin olmazsa olmaz şartı niteliğinde olmayacağı ortadadır⁵⁸⁷.

Federal Mahkeme kararlarından hareketle, bu şart çerçevesinde dikkati çeken bir diğer husus, sözleşme içi nitelik yanılmalarında, nitelik dışındaki hususlara ilişkin yanılmaların aksine, objektif esaslılık şartının gerçekleşme olasılığının çok daha fazla

⁵⁸⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 104 vd.; Klausberger, **a.g.e.**, s. 57, 58; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 784, 785; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 87, 159; Zehnder, **a.g.e.**, s. 99; Klausberger, **a.g.e.**, s. 56; Huguenin, **AT**, N. 512; Koller, **AT**, § 14 N. 35; Reiser, **a.g.e.**, N. 19; Edis, **Hata**, s. 70, 71; Eren, **BG**, s. 406; Brox / Walker, **AT**, N. 432.

⁵⁸⁷ Örnek için bkz. Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 16. Bir diğer örnek: Batıl inançları olan X, karısı ve kendisi için bir otelde oda kiralamıştır. Otele geldiğinde kendisine verilen odanın 13 numara olduğunu fark eden X, batıl inançları nedeniyle bu odada kalamayacağını ve parasını geri almak istediğini söyleyerek sözleşmeyi iptal etmek istemiştir. Bu durumda da görüleceği üzere, X’in batıl inançlarından kaynaklanan saikte yanılması sübjektif bakımdan esaslı olmasına karşın, alışveriş hayatının objektif bakış açısı tarafından onaylanmayacaktır (Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 773; Brox / Walker, **AT**, N. 432).

olduğudur. Gerçekten de, *van Gogh*⁵⁸⁸ ve *Picasso*⁵⁸⁹ kararlarında olduğu gibi, ünlü bir ressamaya ait olduğu düşünülerek yüksek bedelle satın alınmış tabloların, daha sonra sahte olduklarının anlaşılması yönündeki kararlarda, Mahkeme, bu tür yanlışla hallerinde her zaman objektif esaslılığın gerçekleştiği sonucuna varmıştır⁵⁹⁰. Keza aynı sonuç, altın veya gümüş zannedilen şeyin aslında değersiz bir metalden yapıldığı veya üzerinde inşaat yapılması amacıyla satın alınan taşınmazın, gerçekte inşaat izni bulunmadığı için inşaat elverişli olmadığı⁵⁹¹ durumlarda da geçerlidir.

Dikkat edilirse, bu durumların hepsinde, aynı zamanda özel hükümlerde düzenlenen garanti sorumlulukları (ve kötü ifa) söz konusudur. Dolayısıyla, güven ilkesi vasıtasıyla sözleşme içeriğine giren ve ayrıca ayıp sorumluluğuna yol açan nitelik eksikliklerinde, zaten alışveriş hayatının hâkim görüşleri ve dürüstlük kuralına göre de, söz konusu niteliğin bulunmadığı bilinseydi, hiçbir dürüst ve makul kimsenin sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde yapmayacağı rahatlıkla söylenebilir. Bu çerçevede şu örnek, temel yanlışması ve nitelik yanlışması arasındaki bu şart bağlamında ortaya çıkan ayrıma ışık tutacak niteliktedir: A, karısının ayakkabı numarasını yanlış hatırladığı için, 39 numara yerine 41 numara ayakkabı satın almıştır⁵⁹². Burada, A'nın saikte yanlışması, diğer şartlar söz konusu olsa dahi, objektif yönden esaslı olmadığından temel yanlışması sıfatını kazanamamıştır. Örneği şu şekilde değiştirerek verirsek; A, karısının doğru ayakkabı numarasına uygun bir ayakkabı satın almıştır, ancak daha sonra ayakkabının tabanının su geçirdiğini fark etmiştir. Burada tipik bir sözleşme içi nitelik yanlışması olduğunda tereddüt yoktur. Buna ek olarak, alışveriş hayatındaki objektif bakış açısı da, söz konusu nitelikte hata ile sözleşmenin kurulması arasındaki nedenselliği haklı göreceğinden, olayda esaslı nitelik yanlışması olduğu sonucuna varılacaktır.

⁵⁸⁸ BGE 82 II 411 (bger.ch).

⁵⁸⁹ BGE 114 II 131 (bger.ch).

⁵⁹⁰ Örnek olarak bkz. BGE 126 III 59 (bger.ch); BGE 56 II 424 (bu karar için bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 116).

⁵⁹¹ BGE 98 II 15 (bger.ch); aynı yönde Y. 4. HD., 12.10.1977, E. 1977/12191, K. 1977/9487 (Uygur, **a.g.e.**, m. 32 s. 341 dn. 232); Y. 4. HD., 25.3.1957, E. 1957/8902, K. 1957/1610 (“*Davacı, tapuda arsa olarak yazılı bir taşınmazı satın almıştır. Arsa demek, üzerine bina inşa edilebilen bir toprak parçası demektir. Diğer söyleyişle, arsa niteliğine yapı yapılabilme şartı kural olarak bağlı demektir. Bu niteliği taşımayan bir arsanın satışı amaçlandığı durumda, bu yönün açıkça sözleşme şartlarında tespit etmek zorunludur. Bu bakımdan bir taşınmazı arsa olarak satın almış kişi bu taşınmaza yapı yapılmasını belediyece izin verilmemesi durumunda, B.K. 24/1-4. maddesine uygun şekilde hataya düşmüş demektir*”). Bkz. Özkaya, **a.g.e.**, s. 128).

⁵⁹² Örnek için bkz. Gordley, **a.g.m.**, s. 448.

Doktrinde, objektif esaslılık şartının, “alışveriş hayatındaki hâkim görüşler” ve “dürüstlük kuralı” şeklinde iki ayrı kriterden oluştuğu ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, bunlar her ne kadar tek bir şartın tamamlayıcı kriterleri olsalar da, özünde farklı işlevleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, alışveriş hayatındaki hâkim görüşler, saikte yanılmalara daha soyut bir bakışla yaklaşmaktayken; ikinci kriter (dürüstlük kuralı), saikte yanılmanın alışveriş hayatındaki hâkim görüşe göre esaslı olmadığı bazı hallerde, olayın somut özelliklerine ve menfaatler durumuna yoğunlaşarak, o yanılmanın yine de objektif açıdan esaslı olduğu sonucunu doğurabilecektir⁵⁹³.

Fikrimizce, bu ayrım pratik bir öneme sahip olmadığı gibi, ayrıca teorik açıdan da yanlış anlaşılmaya elverişlidir. Zira bu görüş kabul edildiği takdirde, söz konusu yazarların ifade ettiği durumun tersiyle de karşılaşılabilecek ve şu şekilde yanlış bir sonuca varılabilecektir: Saikte yanılma dürüstlük kuralı çerçevesinde objektif yönden esaslı sayılamayacak olsa bile, eğer alışveriş hayatındaki hâkim görüşler, hatalı saik ile sözleşmenin yapılması arasında objektif bir nedensellik bulunduğuna işaret ediyorsa, sözleşme yine de iptal edilebilecektir. Hâlbuki dürüstlük kuralı, yukarıda da işaret edildiği üzere, başlı başına objektif şartın dokusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu şartın, bu yönde iki ayrı alternatif kriterle ayrılması yerine, olaylara bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşarak, bu iki kriterin birbirini tamamladığının kabul edilmesi amaca uygun olacaktır.

Saikte yanılmanın objektif bakımdan esaslı olup olmadığı konusunda, hâkimin geniş bir takdir yetkisi olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Bu bağlamda, kanun koyucu, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması ve somut olay adaletinin sağlanması için, hâkime geniş bir hareket alanı bırakmaktadır. Doktrinde verilen örneklerden ve mahkeme kararlarından hareketle, her ne kadar genelgeçer kriterler olmasalar da,

⁵⁹³ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 42, 43; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 108-111. Yazarın bu konuda örnek gösterdiği Mahkeme kararı şu şekildedir: Alıcı, değerinin yükseleceğini ve böylece daha sonra satarak kâr elde edeceğini düşünerek borsadan bir miktar hisse senedi almıştır. Ancak daha sonra bu hisselerin piyasadaki değerlerinin düştüğünü fark edince, hataya (temel yanılmasına) düştüğünü iddia etmiş ve Mahkeme de, bu tür işlemlerin doğasında bulunan risklere alıcının katlanması gerektiğine işaret ederek, olayda esaslı yanılma olmadığına karar vermiştir (BGE 41 II 571, servat.unibe.ch; aynı yönde bkz. BGE 97 II 43, bger.ch). Yazara göre, normalde esaslı yanılmanın gerçekleşmediği bu tür olaylarda, bazı özel durumların varlığı ve dürüstlük kuralı gereğince esaslı yanılmanın bulunduğu sonucuna varılabilecektir. Örneğin karardaki alıcının “tüm hisseleri” satın alarak şirkete hâkim olmayı arzuladığı bir kurguda, şayet alıcı hisselerin değerine ilişkin yanılması nedeniyle bu amacına ulaşamamışsa, buradaki yanılmanın objektif açıdan esaslı olduğu söylenebilecektir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 109).

hâkime, bu şartın denetlenmesinde yol gösterici olacak belirli referans noktalarının tespit edilmesi mümkündür:

- (i) Karşı edim miktarı (özellikle bedel): Bilhassa nitelik yanılmalarında gündeme gelebilecek bu kritere göre, yanılma konusu niteliğin sözleşme içeriğine girerek edim ilişkisini etkilemesi mümkündür⁵⁹⁴. Diğer bir deyişle, sözleşme konusu şeye (veya sözleşmeyle ilgili kişiye) ilişkin nitelik yanılması, çoğu zaman bu şeye karşı ödenen bedele yansıyabilmektedir. Örneğin bir tablonun, biblonun, halının, vazonun vb. şeylerin orijinal olup olmamasına göre, bunlara karşı ödenecek bedelin değişeceği, alışveriş hayatındaki objektif bakış açısıyla da doğrulanacaktır. Federal Mahkeme'nin bir kararına konu olayda, alıcı, üzerinde inşaat yapılabileceğini zannederek bir arazi satın almıştır. Ancak daha sonra, belirli parsellerin üzerinde çığ düşme tehlikesi söz konusu olduğu farkedilmiş ve bu nedenle de söz konusu arazinin bir bölümü için inşaat yasağı konulmuştur⁵⁹⁵. Burada şu sonuca varılabilir: Şayet bu yönde bir sözleşme yapan makul ve dürüst bir kişi, sözleşme kurulurken belirli parsellerin çığ düşme tehlikesi içinde olduğunu bilseydi, bu arazi için hâlihazırda ödemiş olduğu bedeli ödemeyeceğinden, sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde yapmazdı. Farklı bir açıdan ifade edersek, sözleşmede kararlaştırılan bedele bakıldığında, alıcının söz konusu taşınmazın inşaat elverişliliğini sözleşmenin zorunlu temeli olarak görmesi, objektif açıdan da haklı kabul edilecektir. Keza, hakiki olduğu sanılan, ancak gerçekte sahte olan bir İran halısına, alışveriş hayatına katılan makul ve dürüst hiç kimsenin, gerçeğin farkında olması ihtimalinde aynı şekilde yüksek bir bedeli ödeyeceği söylenemeyecektir. Ancak hemen belirtelim ki, sadece ödenen bedele bakılarak bu şartın tespit edilmesinin her zaman mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu kriterin rolü, hâkime sadece bir dayanak noktası sağlamaktan ibarettir. Zira örneğe tekrar dönersek, saikte yanılmaya

⁵⁹⁴ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 22; Schwenzer, **AT**, N. 37.26; Gordley, **a.g.m.**, s. 448; Brox / Walker, **AT**, N. 420; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 90, 91.

⁵⁹⁵ BGE 98 II 15 (bger.ch). Önemle belirtelim ki, inşaat yasağının, sözleşmenin kurulmasından sonra konulmuş olması, meselenin, yanılma hükümlerinin gelecekteki olgulara uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasına çekilmesini haklı göstermez. Zira burada, bizim de savunduğumuz üzere, "belirli parsellerin çığ düşme tehlikesi içinde olması" şeklinde, sözleşme kurulurken mevcut olan bir yanılma hali söz konusudur. Bu nedenle, esaslı yanılmanın sadece geçmişteki ve şimdiki olgularda olabileceği yönündeki görüşümüz, bu olayı doğrudan uygulama alanı içine alabilmektedir. Federal Mahkeme ise, bu konuda olumlu ya da olumsuz bir görüş bildirmediği bu kararında, çığ düşme tehlikesinin sözleşmenin kuruluşu anında bulunduğu işaret etmekle yetinmiştir.

rağmen, söz konusu arazinin çok ucuza alınmış olması da mümkündür ki (hatta, çığ düşme tehlikesi altındaki bir araziye ödenecek rayiç bedelden bile daha ucuz olabilir), bu durumda sırf ucuza alındığı için söz konusu yanılmanın esaslı olmayacağı yönünde bir sonuca da varılamaz. Keza hakiki İran halısının normal halı fiyatına alınmış olması, zor da olsa ihtimal dahilindedir. Şu halde, saikte yanılmanın objektif esaslılığının birçok parametreden besleneceği, ancak belirli durumlarda, karşı edim miktarının hâkime bu yönde yol göstereceğinin altı bir kez daha çizilmelidir⁵⁹⁶.

Öte yandan, temel yanılmalarında, bu parametrenin çok işe yaramayacağı söylenebilir. Federal Mahkeme tarafından temel yanılması bulunduğu kabul edilmiş bir olayda, alıcı, bir taşınmazı (araziyi) orada misafirler için içkili bir restoran açılabilceği düşüncesinden hareketle satın almıştır. Ne var ki, o bölgede bu tür restoranların açılması için işletme izni verilmemektedir⁵⁹⁷. Buradaki yanılmanın, satış bedelini doğrudan etkileyen bir parametre olmadığı söylenebilecektir; zira aynı taşınmazın hâlâ birçok amaçla kullanılabilmesi mümkün olduğundan, söz konusu yanılma arazinin objektif değerine etki etmemektedir. Ancak yine de, diğer şartların da gerçekleştiği bu olayda mahkeme, haklı olarak temel yanılmasının varlığına hükmetmiştir.

- (ii) Kullanılabilirlik (değerlendirilebilirlik): Bu kriterin belirleyici özelliği, saikte yanılmaya rağmen sözleşme konusu şeyin hâlâ kullanılabilir olup olmadığının, hâkime objektif esaslılık denetiminde yardımcı olabilmesidir. Şu iki örnek bu kriteri aydınlatacak niteliktedir. Satın alınan taşınmazda inşaat yasağı bulunmaktaysa, bu taşınmazın, (kuşkusuz olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak) sadece bu duruma ilişkin yanılan kimse için değil, dürüst ve makul hiç kimsenin işine yaramayacağı (kullanılabilirliği olmadığı) söylenebilecektir. Oysaki karısının beden ölçüsünü yanlış hatırladığı için, küçük beden yerine büyük beden bir elbise alan kişinin yanılmasına bakıldığında, yanılma konusu olan küçük beden elbisenin, hâlâ kullanılabilir olduğu; farklı bir anlatımla, buradaki yanılmanın elbisenin objektif kullanılabilirliğine herhangi bir etki yapmadığı görülecektir. Küçük beden elbisenin de, birçok kişi tarafından

⁵⁹⁶ Satın alınan taşınmazın inşaat elverişliliğinin, hayat tecrübelerine göre ödenen bedeli etkileyeceği yönünde bkz. BGE 95 III 21; BGE 91 II 275 (bger.ch).

⁵⁹⁷ BGE 55 II 184 (servat.unibe.ch).

satın alınacağı (hatta bizzat yanılan tarafından da bir şekilde değerlendirilebileceği) ortadadır. Gerçekten, makul ve dürüst bir kimseye göre de, alınan elbisenin bedeninde yanılma, o elbisenin piyasadaki kullanılabilirliğini (değerlendirilebilirliğini) etkilemeyecektir.

- (iii) İvazsız sözleşme: Eğer sözleşmede, yanılan ivazsız bir kazandırmada bulunmaktaysa, diğer bir ifadeyle, saikte yanılma tek taraflı bir sözleşme ilişkisinde ortaya çıkmışsa, bu durum yardımcı bir kriter olarak, hâkimin yanılmanın objektif yönden esaslı olduğu sonucuna daha kolay varmasını sağlayacaktır⁵⁹⁸. Dolayısıyla tek taraflı sözleşmelerdeki saikte yanılmaların (diğer şartların da gerçekleştiği varsayılırsa), objektif yönden esaslı olabileme olasılığı, iki taraflı sözleşmelerdekine oranla daha fazladır. Kanaatimizce bu görüşün temel hareket noktası, ivazsız sözleşmenin sadece karşı taraf için kazandırıcı bir işlem olması nedeniyle, onun sözleşmenin geçerliliğine güveninin iki taraflı sözleşmelerde olduğu kadar korunmasına gerek bulunmamasıdır.

- (iv) Ortak tasavvur: Belirli olguya ilişkin tasavvurun, sadece yanılan açısından sözleşmenin zorunlu temeli sayılmayıp; bu önemdeki tasavvurun ayrıca sözleşmenin diğer tarafı için de sözleşmenin zorunlu temeli sayıldığı bir durumda, objektif esaslılığın da gerçekleşmiş sayılacağı ileri sürülmektedir⁵⁹⁹. Şu halde, yanılma konusu olguya ilişkin gerçek bilinseydi, iki tarafın da sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde yapmayacağı söylenebiliyorsa; diğer bir deyişle, yanılma konusu belirli olguya ilişkin saik, iki taraf için de, irade oluşumunda mutlak belirleyici önemdeyse, somut olaya ilişkin bu özel durumun dikkate alınması ve objektif açıdan esaslı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Fikrimizce, yanılma konusu belirli olgunun iki taraf için de “olmazsa olmaz şart” olarak telakki edildiği bir durumda, onları, iradelerine aykırı şekilde sözleşme ile bağlı tutmak, her şeyden önce objektif şartı karakterize eden dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Dahası, bu tür durumlarda korunacak bir güven de söz konusu olmadığından (zira normal şartlarda, işlemin iptal edilmesini iki taraf da arzu

⁵⁹⁸ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 7; von Tuhr, **Mängel**, NF 15, s. 302 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 164 dn. 85.

⁵⁹⁹ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 786; Koller, **AT**, § 14 N. 40; Zehnder, **a.g.e.**, s. 159; Huguenin, **AT**, N. 519; Antalya, **a.g.e.**, s. 318.

edecektir), saikte yanılmanın sınırlandırılması ihtiyacı da söz konusu değildir. Şu halde, bu kriterin diğer kriterler gibi yardımcı değil, bizzat belirleyici bir kriter olduğu sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Bu açıklamalardan özetle şu şekilde bir sonuca varılabilir: Saikte yanılmanın objektif yönden esaslı olabilmesi için, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre, yanılma konusu belirli olgunun, somut olaya özgü hal ve şartlar çerçevesinde, makul ve dürüst kimseler tarafından sözleşmenin zorunlu temeli olarak kabul edilmesi gerekir. Esas itibarıyla, hâkimin her somut olaydaki takdir yetkisiyle belirlenecek olan saikte yanılmanın objektif esaslılığı konusunda, doktrindeki görüşler ve mahkeme kararlarından hareketle, bazı yardımcı kriterler dikkate alınabilecektir. Ancak unutulmaması gereken nokta; karşı edim miktarı, sözleşme konusu şeyin kullanılabilirliği ve ivazsız sözleşme gibi kriterlerin âdeti her kapıyı açan kilit niteliğinde olmayıp, sadece belirli hallerde hâkime yol gösterebilecek olmalarıdır. Öte yandan, sözleşme taraflarının ortak tasavvurlarının hatalı olması halinde ise, bu durum yanılmayı doğrudan objektif esaslı hale getirmektedir.

3. Saikte Yanılmanın Çeşitli Görünümleri ve Özellikle Esaslı Nitelik Yanılması

a. Genel Bakış

Yanılanın iradesini harekete geçirerek, irade oluşumunda mutlak belirleyici olan saik, gerçek hayat pratiğine paralel şekilde sayısız olguya ilişkin olabilir ve ayrıca esaslı yanılma teşkil etmesi halinde de, sözleşmenin iptaline yol açabilir. Yukarıda da işaret edildiği üzere, 1881 tarihli eOR m. 21'in, 1911 tarihli revizyon kanununa alınmamış olmasıyla ve çok sınırlı uygulama alanı olan m. 19/3'ün yerine m. 24/1 b. 4'ün getirilmesiyle birlikte, artık belirli olguya ilişkin gerçeğe uygun olmayan herhangi bir tasavvurun, esaslılık şartlarının da varlığına bağlı olarak, sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi mümkündür⁶⁰⁰. Bu bağlamda, esaslı saikte yanılmaya yol açabilecek saiklerin genel bir bakışla şu şekilde kategorilendirilmesi düşünülebilir⁶⁰¹: Bunlar öncelikle, (i) sözleşme konusu şeyin ya da sözleşmeyle ilgili kişinin (sözleşme

⁶⁰⁰ Keza *Oser / Schöenberger* de aynı hususu vurgulayarak, esaslı saikte yanılma teşkil edip de, bu maddenin kapsamına girmeyen herhangi bir saikte yanılmanın söz konusu olamayacağını ifade etmektedirler (*Oser / Schöenberger*, **ZürKomm**, Art. 24 N. 5) .

⁶⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 400, 401; Schwenger, **AT**, N. 37.29; Eren, **BG**, s. 397; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 100, 101.

tarafının ya da sözleşmeyle ilgili üçüncü kişinin) niteliklerine ilişkin olabilir. Bu nitelikler de, aşağıda görüleceği üzere, hukuki ya da maddi nitelik olarak çeşitli gruplara ayrılabilirler. Ayrıca, (ii) saiklerin nitelik dışında kalan hususlarla, yani fiili olgularla ilgili olabilmesi de mümkündür.

İlk kategoriye ait saikler, gerçeğe uygun olmaması durumunda nitelik yanılmasına yol açarlar ve gerekli şartlar mevcutsa, esaslı nitelik yanılması teşkil ederler. İkinci kategorideki saikte yanılmalar ise, esaslı olmaları durumunda temel yanılması statüsünde olurlar. Bu iki ana yanılma türünün de, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, TBK m. 32'nin (OR m. 24/1 b. 4) uygulama alanına girdiği doktrinde kabul edilmektedir⁶⁰². Bu ayrımın esas noktası ise, bizim de dahil olduğumuz görüşe göre, esaslı nitelik yanılmalarının sözleşmenin içeriğine dahil olması karşısında, temel yanılmalarının bu kapsama girmemesidir⁶⁰³.

Fiili olgulara ilişkin yanılmaların (nitelik dışındaki konularda saikte yanılmaların) uygulama alanının, nitelik yanılmalarına nazaran çok daha geniş bir yelpazeyi kapsadığı rahatlıkla söylenebilir. Sınırlayıcı bir sayımın imkansız olduğunu belirtmekle birlikte, hem mahkeme kararlarındaki olaylara, hem de doktrinde verilen örneklere bakıldığında, bazı saikte yanılma hallerinin ortak özelliklerine göre farklı isimlendirildiği görülmektedir. Bu bağlamda, saikte yanılmanın; *inter alia*, hesap yanılması (gizli hesap yanılması, *verdeckter interner Kalkulationsirrtum*)⁶⁰⁴, değerde

⁶⁰² Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1.

⁶⁰³ Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (4).

⁶⁰⁴ Bu yanılma türü, genel bir başlıkla "hesap yanılması" şeklinde adlandırılmakla birlikte, hem saikte yanılma hem de açıklamada yanılma şeklinde görünüm arz edebilmektedir. Sakte yanılma özelliği gösteren hesap yanılmalarında, yanılanın, işlem iradesini oluştururken (örneğin bedele ya da malın miktarına ulaşırken) belirli masraf kalemlerini yanlış hesaplaması ya da toplama, çarpma gibi aritmetik işlemlerde hata yapmış olması söz konusudur. Bu tür yanılmalar çoğunlukla adi saikte yanılma olmaya mahkum olmalarına rağmen, istisnai hallerde eğer TBK m. 32'deki şartları sağlıyorlarsa temel yanılması olabilmeleri mümkündür (Schwenzer, **AT**, N. 37.41; Gauch / Schluep / Schmid, **a.g.e.**, N. 831; Huguenin, **AT**, N. 531; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 79). Bu tür yanılmanın, açıklamada yanılma görünümündeki hesap yanılmalarıyla olan ilişkisi daha önce incelendiğinden burada tekrar ayrıntıya girmeye gerek görmüyoruz (bkz. yuk. 2. Bölüm, I, C; edimin miktarıyla ilgili yanılma ile karşılaştırılması konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, II, C, 1, d).

Terminoloji açısından ise, doktrinde bazı yazarlarca, açıklamada yanılmalara ilişkin hesap yanılmalarının "adi hesap yanılması" (*blosser Rechnungsfehler*) şeklinde ifade edildiği, saikte yanılma şeklinde olanların ise "hesaplama yanılması" (*Kalkulationsirrtum*) olarak adlandırıldığı görülmektedir (bkz. Schwarz, **BG**, s. 303; Feyzioğlu, **BG**, s. 130; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 842). Öte yandan, saikte yanılma şeklinde olan hesap yanılmalarını "gizli hesap yanılması" (*verdeckter interner Kalkulationsirrtum*); açıklamada yanılma türünde olanları da "açık hesap yanılması" (*offener Kalkulationsirrtum* ya da *offener Rechnungsfehler*) olarak belirtmeyi tercih eden yazarlar da bulunmaktadır (bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 439;

yanılma (*Wertirrtum*), hukuki yanılma (*Rechtsirrtum*) şeklinde belirli görünimleri olabilmektedir.

Öte yandan doktrinde, esaslı saikte yanılmaya ilişkin mahkeme kararlarından hareketle, belirli olay grupları oluşturulmuş ve bunların hâkime yol gösterici işlevi olabileceği belirtilmiştir. Buna göre⁶⁰⁵, temel yanılmaları ya da nitelik yanılmaları şu gruplardan birisine altlanabilecektir: İlk grup “değerlendirme yanılmaları” olup, bu kapsamda; (i) sanat eserinin, antikanın ya da koleksiyon eşyasının gerçekliğine ilişkin yanılma, (ii) kiralanan veya satın alınan taşınmazların büyüklüğüne ilişkin miktarda yanılma⁶⁰⁶, (iii) hisse senedi satışlarında yanılma (örneğin şirketin kâr oranı, finansal durumuna ilişkin hataya düşülmesi⁶⁰⁷), (iv) araba satışlarına ilişkin yanılmalar (örneğin çalıntı arabanın satın alınması⁶⁰⁸) gibi haller bulunmaktadır. İkinci grup ise, “şeyin kullanılabilirliğine ilişkin yanılmalar” başlığı altında, (i) taşınmazın kullanılabilirliğine ilişkin yanılmalar; örneğin inşaat izninin bulunmaması, jeolojik sebeplerle yapı yapılamaması, (ii) özellikle makinelerde söz konusu olabilecek işletim kapasitesi ve verimlilik konularında yanılmalar⁶⁰⁹ düşünülebilir. Üçüncü grup da,

Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 30; Schwenzer, **AT**, N. 37.41; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 399). Biz de, iki farklı yanılma türünü daha iyi açıkladığı için tez boyunca bu tasnifi esas alacağız.

⁶⁰⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 115 vd.; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 44 vd. Saikte yanılmalara ilişkin karar dökümüne bakıldığında, olayların ezici çoğunluğunun satış sözleşmesine ilişkin olduğu görülmektedir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 114; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 44). Diğer taraftan, esaslı saikte yanılmalara ilişkin farklı bir gruplandırmayı da Schwenzer yapmakta ve yazara göre, esaslı saikte yanılmalar şu şekilde sınıflandırılmaktadır: (i) Sözleşme konusu şeyin niteliklerine ilişkin yanılmalar ve (ii) sözleşme tarafının niteliklerine ilişkin yanılmalar, (iii) sözleşme içeriğine girmeyen durumlara ilişkin yanılmalar (temel yanılmaları). Bu konuda bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 24 vd.

⁶⁰⁶ Örneğin bkz. BGE 113 II 25 (bu kararda, kiracı, gazete ilanında “160 metrekare, beş odalı ve konforlu” şeklinde belirtilen daireyi, yakında doğacak çocuğunu da düşünerek ve bu nedenle ailesi için ancak yeterli olacağı kanısıyla kiralamıştır. Ancak, gerçekte dairenin önemli ölçüde (%8) küçük olduğu anlaşılmıştır. Mahkeme, bu büyüklük farkının değerlendirme yanılması teşkil ettiğini ve ödenen kira bedeli de dikkate alındığında, hem sübjektif hem de objektif açıdan sözleşmenin zorunlu temeli sayılması gerektiğine karar vermiştir.); karş. BGE 96 II 101 (bger.ch).

⁶⁰⁷ Kuşkusuz burada, bu tür satışların doğası gereği, piyasanın hareketliliği ve finansal durumun değişkenliği gibi olguların kural olarak “belirli” olgu niteliğinde olamayacağı ya da niteliği gereği riskli olan bu tür işlemlerde, yanılanın gerçeğe aykırı değerlendirme yapma riskini üstlenmiş olabileceği hatırd tutulmalıdır. Nitekim yerleşik içtihadın da bu yönde olduğu görülmektedir. Ancak istisnai olarak, Federal Mahkeme’nin, hisse senedi satışlarında esaslı yanılmanın söz konusu olabileceğine ilişkin kararları da bulunmaktadır. Örneğin bkz. BGE 97 II 45 (alıcı, şirketin aktif malvarlığının, hisseler karşılık ödeyeceği bedele aşağı yukarı denk geleceğini düşünerek tüm hisseleri satın almış ve fakat daha sonra, şirketin herhangi bir malvarlığı bulunmadığını öğrenmiştir. Bkz. Bger.ch); BGE 79 II 161 (servat.unibe.ch).

⁶⁰⁸ Örneğin bkz. BGE 109 II 319 (bger.ch).

⁶⁰⁹ Örneğin bkz. BGE 84 II 515 (bger.ch).

“diğer esaslı saikte yanılmalar” şeklinde olup, buraya ilk iki gruba dahil olmayan diğer belirli olgulara ilişkin yanılmalar girmektedir.

Bu noktada belirtelim ki, saikte yanılmalar konusunda daha farklı sınıflandırılmaların yapılması da mümkündür. Ancak gözden kaçırılmaması gereken, söz konusu sınıflandırmaların sadece olayların daha iyi tanınabilmesi ve hâkime yol gösterici olabilmesi açısından önem arz ettikleridir. Yoksa bunların esaslı yanılmanın hukuki sonucu açısından; yani sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi bakımından doğrudan bir işlevleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla, her zaman aklımızda tutmamız gereken temel ilke; ister fiili olgulara, ister niteliklere ilişkin olsun, her türlü saikte yanılmanın, sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verebilmesi için, olayda esaslılık şartlarının hepsinin gerçekleşmiş olması gerektiğidir. Biz bu başlık altında, ilk olarak değerde yanılmayı; ardından hukuki yanılmayı ve daha sonra da, hem hukuk tarihi ve dogmatığı bakımından hem de uygulama açısından çok önemli olan “esaslı nitelik yanılmasını” ele alacağız.

b. Değerde Yanılma (*Wertirrtum*)

Değerde yanılmada, yanılanın iradesini harekete geçiren belirleyici saik, onun sözleşme konusu karşı edime atfettiği sübjektif değerdir. Burada yanılan, edimin objektif değeri henüz belli olmadığı veya bu değer kendisi tarafından bilinmediği için yanlış bir değerlendirmede bulunmaktadır⁶¹⁰. Bu tür saikte yanılmanın yapısı, sözleşme konusu şeyin miktarında yanılma (*error in quantitate*) ile karşılaştırıldığında daha iyi görülmektedir.

Söz gelimi piyasa değeri 100 TL’lik bir makine parçası için, dikkatsizlik sonucu 1.000 TL üzerinden öneride bulunulmuşsa, ortada karşı edimin miktarına (değerine) ilişkin bir açıklamada yanılma söz konusudur. Buna karşın, değerde yanılmada ise, makine parçasının değerinin 1.000 TL olduğu düşünülmekte ve bu fiyat üzerinden öneride bulunulmaktadır⁶¹¹. Ancak varsayalım ki, öneride bulunan kişi, daha sonra söz konusu makineyi 1.200 TL’ye satarak kâr etmeyi de düşünmektedir. Burada karşı tarafın kabulü üzerine sözleşme 1.000 TL üzerinden kurulmaktadır. Ne var ki, daha

⁶¹⁰ Goltz, **a.g.e.**, s. 84; Bucher, **AT**, s. 205; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 84; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 15; Schwenzer, **AT**, N. 37.37; Koller, **AT**, § 14 N. 46; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 400.

⁶¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 400.

sonra makinenin piyasa değerinin 700 TL olduğu anlaşılmıştır. Görüleceği üzere bu örnekte, yanılanın gerçek iradesi ile açıklaması birbiriyle örtüştüğü için açıklamada yanılmadan söz açılmayacaktır. Ancak, yanılanın makine parçasına biçtiği fazla değer (makine parçasına ilişkin tasavvuru), onun irade oluşumunu sakatlamış ve saikte yanılmasına yol açmıştır. Bu bağlamda, iki yanılma türü arasındaki fark şu noktada ortaya çıkmaktadır: Değerde yanılmada, sözleşme konusu edimin henüz belirli ve kesin olmayan değerinin az ya da fazla takdir edilmesine yol açan sübjektif bir kanaat iradeyi harekete geçirmektedir; miktarda yanılmada, iradi karar çoktan belirlenmiş ve objektif bir değer üzerinde oluşmuş olmasına karşın, yanılanın açıklaması, farkında olmadan bu iradede sapmaktadır⁶¹².

Değerde yanılmaların, şayet sözleşme konusu şeyin niteliğine veya sözleşmeyle ilgili kişinin niteliğine (somut sözleşme ilişkisine göre karşı tarafa güvenin çok önemli olduğu durumlarda, örneğin dürüstlüğüne, güvenilirliğine veya edimin şahsiliği söz konusuysa, yeteneklerine, kapasitesine vb.) ilişkin olmadıkça, kural olarak hukuken dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir⁶¹³. Gerçekten de, çerçevesi açıkça belirlenebilen, sabit, belirli bir olgu niteliğinde olma ihtimali hayli düşük olduğundan, çoğu zaman değerde yanılmaların esaslılık statüsü kazanamayacağı rahatlıkla söylenebilir. Ancak, TBK m. 32'deki tüm esaslılık şartlarını içermesi halinde, istisnai olarak bunların da temel yanılması teşkil edebilmesi mümkündür⁶¹⁴.

⁶¹² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 84. BGE 110 II 293'de bu ayrıma açıkça dikkat çekilmektedir (bger.ch).

⁶¹³ Goltz, **a.g.e.**, s. 84, 85; Zehnder, **a.g.e.**, s. 210; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 15; Schwenzer, **AT**, N. 37.37; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Koller, **AT**, § 14 N. 46. Bu husus, Federal Mahkeme kararlarında da açıkça belirtilmiştir (bkz. BGE 41 II 364, aktaran Goltz, **a.g.e.**, s. 84; BGE 110 II 293, bger.ch). Eski OR m. 21'de sözleşme konusu edimin değerinde yanılmaların adı saikte yanılma olduğu açıkça düzenlenmişti. Buna karşın, 1911 tarihli revizyon kanununda bu madde çıkarılmıştır. Diğer taraftan, Alman hukukunda da, karşı tarafın veya sözleşme konusu şeyin niteliğiyle ilgili olmayan değerde yanılmaların sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği (diğer bir ifadeyle § 119/2 BGB kapsamına girmeyeceği) kabul edilmektedir (Adams, **a.g.m.**, s. 462). Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu görülmektedir: "*Prensip olarak mücerret ve doğrudan doğruya eşyanın değeri üzerindeki hatalar rızanın fesadını ve akdin feshini gerektiren sebeplerden değildir. Borçlar Kanununun 23. maddesinin 3 numaralı bendinde öngörülen hal, mücerret kıymet üzerindeki hatalara şümulü olmayıp orada sözü edilen bedelin nev'i ve cinsi üzerine vaki hataları kasdetmektedir. Zire her hangi bir kimse değeri yüksek olan bir malını daha ucuz fiyatla satabilir ve kanuni sebepler mevcut olmadıkça değer azaldığından ötürü bir iddiada bulunamaz. Bu konudaki davanın reddi gerekir.*" (Y. 3. HD., 2.10.1961, E. 1960/6651, K. 1961/5267, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶¹⁴ Örneğin A, B'nin ticari işletmesini devralırken, işletmenin konumu ve müşteri çevresini dikkate alarak, kendisi için avantajlı bir satış sözleşmesi yaptığını düşünmüş ve hatta B'ye bu durumdan bahsetmiştir. Oysaki devir işleminden sonra, işletmenin finansal durumunun çok kötü olduğu ortaya çıkmıştır (geliştirerek verdiğimiz bu örneğin aslı Schwenzer'e aittir. Bkz. Schwenzer, **AT**, N. 37.36). Burada, B'nin dürüstlük kuralına göre A'yı aydınlatma yükümü bulunduğunu

c. Hukuki Yanılma (*Rechtsirrtum*)

Esas olarak kaynağını Roma hukukunda bulan hukuki yanılma kavramının, gerek tarihi gelişimine gerekse bu konudaki güncel değerlendirmelere bakıldığında, özellikle bu yanılma türünün kapsamının belirlenmesi ve hukuki işlemin geçerliliğine etkisi konusunda çok sayıda görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir. Öyle ki, bu yanılma türünün yanılma kurumunun en tartışmalı konularından birisi olduğunu söylemek hiç de abartılı olmayacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere, Roma hukukunda bu tür yanılmalar, “*error iuris nocet, error iuris non prodest*” (hukuki yanılma zarar verir, hukuki yanılma kurtarmaz) ilkesinin katı şekilde uygulanması nedeniyle hukuken dikkate alınmamıştır⁶¹⁵. Alman ve İsviçre-Türk hukukunda ise durum bu kadar net değildir.

Hukuki yanılmanın ayırt edici niteliğini ortaya çıkarmak için, doktrinde, bu yanılma türü genelde “olgu yanılması” (veya fiili durum yanılması, *error facti*) ile ilişkisi bağlamında ve onunla karşılaştırılarak incelenmektedir⁶¹⁶. Bu yanılma türlerinin kavramsallaştırılarak teorik temele kavuşması, esas olarak Pandekt hukukuna dayanmakta olup, olgu yanılması; bir olgunun yanlış tasavvur edilmesi veya hiç tasavvur edilmemesi anlamına gelmektedir. Hukuki yanılmada ise, yanılmanın nedeni, fiili bir olgu değil, bir hukuk kuralının yanlış tasavvur edilmesi ya da hiç tasavvur edilmemesidir⁶¹⁷.

Modern literatüre bakıldığında ise, hukuki yanılmaların da çeşitli durumlarda pekâlâ olgu yanılması şeklinde tezahür edebileceği göz önünde tutularak, meselenin bu derece keskin bir ayrım ile ele alınmadığı görülmektedir. Nitekim Roma hukukunda benimsenen, sadece olgulara ilişkin yanılmaların hukuken dikkate alınabileceği, buna karşın hukuki yanılmaların hiçbir zaman hukuki işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği yönündeki katı yaklaşım günümüzde kabul edilmemektedir⁶¹⁸. Keza aşağıda

söyleyebildiğimiz takdirde, bu yükümü kasten ve susarak yerine getirmeyen B’nin aldatmasından da söz açılabilir.

⁶¹⁵ Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, II, A, 3, a.

⁶¹⁶ Lichti, **a.g.e.**, s. 52 vd., 69; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 108 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 419; Huguenin, **AT**, N. 524, 530.

⁶¹⁷ Lichti, **a.g.e.**, s. 52, 69; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 111.

⁶¹⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 222 vd.; Lichti, **a.g.e.**, s. 90 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 109, 113 (yazar, konuyu bu ayrım bağlamında ele almış olsa da, bu ayrımın doğru bir ayrım olmadığı ve terkedilmesi gerektiğine işaret etmiştir.); Huguenin, **AT**, N. 527 (yazar, bahsi geçen iki yanılma türü arasında farklı muamele yapılmasını gerektirecek herhangi bir makul gerekçe

görülebileceği üzere, belirli hallerde, hukuki yanılmaların da diğer yanılmalar gibi hukuki işlemin iptaline yol açabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla, bu ayrımın herhangi bir pratik sonucu olmaması ve bu iki yanılma türünün birbirini mutlak şekilde dışlamaması nedeniyle, konuyu bu ayrımı bir kenara bırakarak incelemek daha uygun olacaktır.

Alman ve İsviçre-Türk hukuklarında, kanunda herhangi bir şekilde düzenlenmemiş olan hukuki yanılmanın şu şekilde tanımlanabilmesi mümkündür: Hukuki yanılma, yürürlükte bulunan hukuk kuralının yanlış anlaşılması (*error iuris*) ya da bilinmemesi (*ignorantia iuris*) sonucunda yapılan hukuki işlemdeki yanılma⁶¹⁹. Doktrinde hukuki yanılmalar iki gruba ayrılarak incelenmektedir: (i) Tanımda belirtilen durumları kapsayan “gerçek hukuki yanılma” (*echter Rechtsirrtum*) ve (ii) aslında teknik anlamda hukuki yanılma sayılmayıp, sadece kişi ya da şeylerin belirli hukuki durumlarına ilişkin olan “gerçek olmayan hukuki yanılma”(*unechter Rechtsirrtum*)⁶²⁰.

(1) Gerçek Hukuki Yanılma

Gerçek hukuki yanılma durumunda, yanılanın irade bozukluğu, ya bir hukuk kuralını bilmediği için ya da o hukuk kuralını yanlış yorumlaması nedeniyle, hukuk düzeninin hukuki işleme bağladığı kanuni sonuçlarda yanılmasından kaynaklanmaktadır. Buradan hareketle, gerçek hukuki yanılmaların iki farklı şekilde görünüm arz ettiği söylenebilir: İlk olasılıkta hukuk kuralının bilinmemesine (*Rechtsregelsirrtum*, *ignorantia iuris*) dayanan bir yanılma; ikinci olasılıkta ise hukuki sonuçlarda yanılma (*Rechtsfolgenirrtum*, *error iuris*) söz konusu olmaktadır⁶²¹.

İlk gruba dahil olan durumlarda yanılan kimse, belirli bir sözleşmeyi, bu sözleşmeye uygulanacak olan bir hukuk normunu bilmediği (hiç tasavvur etmediği) için yapmaktadır⁶²². Tersinden ifade edersek, bu kimse eğer ilgili hukuk normunu

olmadığını belirtmektedir.). Nitekim İsviçre-Türk hukukundaki yanılma hükümlerinin bu tür bir ayrıma elverişli olmadığı; kanun koyucunun dikkate aldığı asıl ayrımın esaslı-esaslı olmayan yanılma (ve açıklamada yanılma-saikta yanılma) şeklinde olduğu görülmektedir (aynı yönde bkz. Lichti, *a.g.e.*, s. 124).

⁶¹⁹ Lichti, *a.g.e.*, s. 70; Zehnder, *a.g.e.*, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 108; Edis, *Hata*, s. 72.

⁶²⁰ Schmidlin, *BerKomm*, Art. 23-24 N. 214 vd.; Huguenin, *AT*, N. 525 vd.

⁶²¹ Schmidlin, *BerKomm*, Art. 23-24 N. 215; Huguenin, *AT*, N. 525.

⁶²² Schmidlin, *BerKomm*, Art. 23-24 N. 216; Huguenin, *AT*, N. 526.

bilmiş olsaydı, bu sözleşmeyi hiç ya da aynı şekilde yapmayacaktır. Örneğin borcu zamanaşımına uğramasına rağmen, TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresini bilmediği için alacaklı ile yenileme sözleşmesi (TBK m. 133) yapmış olan kimsenin durumu bu bağlamda düşünülebilir. Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek de şudur: Mirasçı A, mirasbırakan M'nin kendisine bıraktığı deri koltuğu B'ye satmıştır. Ancak bu koltuk gerçekte X'e ait olup, birkaç yıl önce X tarafından M'ye ariyet (kullanım ödöncü, TBK m. 379) olarak kullanılmak üzere verilmiştir. A, koltuğun M'de ariyet olarak bulunduğunu bilmesine rağmen, koltuğun yasal mirasçı sıfatıyla eline geçmesinden itibaren artık kendisinin malik olduğunu düşünmektedir. X'in daha sonra ortaya çıkıp koltuğu istemesi üzerine, bir avukata danışan A, yanıldığını anlamış ve B ile arasındaki sözleşmeyi iptal etmek istemiştir. Bu örnekteki hukuki yanılmanın, A'nın birçok hukuk kuralına ilişkin bilgisizliği yüzünden ortaya çıktığı söylenebilecektir. Bu bağlamda, A'nın düştüğü hukuki yanılmanın, TMK m. 599'daki mirasçılardan mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olacağına ilişkin hükmü bilmemesinden kaynaklandığı ifade edilebilir. Keza bu yanılmanın, TMK m. 777'de düzenlenen, taşınırın mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılması için (diğer şartların yanı sıra) “iyiniyetli zilyetliğin” bulunması gerektiğini öngören hükmün bilinmemesine dayandığı da söylenebilir⁶²³.

Bu çerçevede özellikle yanıtlanması gereken soru şudur: Acaba yanılan daha sonra, hukuk kuralını bilmediğini gerekçe göstererek esaslı saikte yanıldığını ileri sürebilecek midir? Bu sorunun cevabı ise, bir hukuk düzeninin, yürürlükteki hukukun herkes tarafından bilinmesi gerektiği yönündeki beklentisinin ne ölçüde olduğuyula yakından ilgilidir. Zira hukuki yanılmanın yanılanın zararına olduğunu belirten “*error iuris nocet*” ilkesinin temelinde de, herkesin yürürlükteki hukuku bildiği (çünkü bilmeleri gerektiği) varsayımı (*praesumptio iuris*) yer almaktadır. Ayrıca, genel ve soyut olarak herkese uygulanacak olan kanunun hukuki sonuçlarını doğurması, kişilerin bunları bilmesi ya da bilmemesine bağlı değildir⁶²⁴. İsviçre Federal

⁶²³ Örneğin aslı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 109, 110.

⁶²⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 222; Lichti, **a.g.e.**, s. 91, 92; Huguenin, **AT**, N. 526. “*Kanunun bilinmediği iddia edilemeyeceğinden*” bu tür yanılmanın hukuken dikkate alınmayacağını belirten *Antalya*'nın da bu görüşte olduğu söylenebilir (Antalya, **a.g.e.**, s. 315).

Mahkemesi, bu konuda hukuki yanımların dikkate alınmayacağına hükmederken de aynı temele dayanmıştır⁶²⁵.

Ancak doktrinde, hukuk düzeninin, insanların hukuku bilmek zorunda olmaları şeklindeki bu derece ağır beklentisinin bazı durumlarda makul ve hakkaniyetli sonuçlar doğurmayacağına haklı olarak işaret edilmiştir. Gerçekten, hem günümüzdeki pozitif hukuk normlarının çeşitliliği ve sayısına bakıldığında, hem de birçok mevzuatın sadece özel ve teknik bilgiyi gerektiren hayli spesifik alanlara ilişkin olduğu düşünüldüğünde, bu varsayımın artık gerçekçi ve sürdürülebilir olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin mühendisleri, ekonomi uzmanlarını, sigorta acentelerini, emlak acentelerini, avukatları, noterleri ve bunun gibi özel bir uzmanlık gerektiren konuları ilgilendiren normlar karşısında, normal bir kimsenin bilgisizliği pekâlâ doğal karşılanmalıdır⁶²⁶. Ancak hemen belirtelim ki, sadece bu tür bir bilgisizlikten hareketle kişinin yanılmasının hukuken dikkate alınacağı sonucuna varılmamalıdır. Bunun için öncelikle, objektif olarak bakıldığında genel bir alana ilişkin olmayan (temel kanunlar bu bağlamda hemen akla gelebilir); diğer bir ifadeyle özel bir alanı ilgilendiren, normal kimseler tarafından kolay anlaşılamayan ve belirli teknik branşa özgü bilgi gerektiren bir norm söz konusu olmalıdır. Ayrıca, yanılan kimsenin, yanılma konusu norma ulaşamayacak durumda olması veya bir uzmandan o konuda gerekli bilgiyi almasının kendisinden makul olarak beklenememesi gerekir⁶²⁷. Başka bir ifadeyle, yanılan, kendisinden makul ölçüde beklenilmesine rağmen gerekli hukuki bir bilgiyi edinmemişse, ilgili hukuk kuralını bilmediğini ve böylece yanıldığını iddia ederek sözleşmeyi iptal edemeyecektir⁶²⁸. Tekrar yukarıdaki örnekler hatırlanacak olursa, gerek yenileme sözleşmesi yaparken zamanaşımı süresine ilişkin yanılanın, gerekse mirasçının sorumluluğuna veya kazandırıcı zamanaşımına ilişkin yanılanın, bu kuralların genel niteliği ve kolayca bilinebilirliği dikkate alındığında, hukuki

⁶²⁵ BGE 79 II 272 (aktaran Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 220); BGE 118 II 58 (bger.ch).

⁶²⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 224, 225; Lichti, **a.g.e.**, s. 91 vd.; Huguenin, **AT**, N. 526; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 626; Yargıtay, hukuk kurallarının bilinmemesi ya da yanlış yorumlanması hallerinde yanılma hükümlerine dayanılabileceği görüşündedir (Y. 4. HD., 26.12.1963, 1963/6949, K. 1963/11031, Özkaya, **a.g.e.**, s. 124, 125).

⁶²⁷ Hiç şüphesiz, yanılanın hukuki yanılmaya dayanabilmesi için, diğer esaslilik şartlarının da varlığı aranacaktır.

⁶²⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 223; Huguenin, **AT**, N. 526. Öte yandan, bizce bu hallerin çoğunda, yanıldığını iddia eden kimsenin, somut olayın şartlarına göre bilgisizliğinin ya da yanlış tasavvurunun bilincinde olduğu ya da en azından gerçeğe ilişkin doğru tasavvuru olup olmadığına ilişkin şüphesinin bulunduğu söylenebilecektir. Bunun sonucu olarak da, kişinin aslında hiç yanılmadığı sonucuna varılabilecektir.

yanılmayı ileri sürerek sözleşmeyle olan bağılılığını sona erdiremeyeceği bu açıklamalar ışığında rahatlıkla görülebilir⁶²⁹.

Öte yandan, bu tür yanılmaların açıklamada yanılma görünümünde olması da mümkündür⁶³⁰. Mesela restoran sahibi olan A'nın restoranın satışına ilişkin B ile yaptığı sözleşmede, "restoranın bütün eklentileriyle birlikte" devredileceği yönünde bir hüküm bulunmaktadır. Ancak A'nın bu düzenlemeye verdiği anlama göre, B'ye sadece sabit dolaplar, mutfak tesisatı ve ekmek fırını gibi monte edilmiş olan şeyler devredilecek, bu türde olmayan mobilyalar ve sandalyeler kendisinde kalacaktır. Burada A'nın yanılması TMK m. 686 (eklenti) hükmünü bilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu hükmü bilmediği için de, A'nın mobilyaların ve sandalyelerin devrin kapsamına girmeyeceği yönündeki gerçek iradesi ile B tarafından TMK m. 686'ya uygun olarak güven ilkesi çerçevesinde yorumlanan açıklaması arasında bir uygunsuzluk meydana gelmiştir⁶³¹. Şu halde, A'nın TBK m. 31/1 b. 5 uyarınca edim miktarına ilişkin açıklamada yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür⁶³².

⁶²⁹ Ancak bu noktada şu fark önemlidir: Mirasçı A'nın B'ye sattığı deri koltuğa ilişkin örnekte, A'nın gerçekte malik olmamasına rağmen kendisini malik zannederek sözleşme yapması, olayın özelliklerine göre, hukuk kuralına ilişkin bilgisizliğinden kaynaklanmayabilir. Bu durumda hukuki yanılmadan da bahsedilemeyecektir. Söz gelimi A'nın, deri koltuğun M'ye ariyet olarak verildiğini bilmeyip, gerçekten M'nin malik olduğunu zannederek B ile satış sözleşmesi yaptığı olasılıkta durum bu şekildedir (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 109). Dikkat edilirse burada, A'nın yanılmasının sebebi TMK m. 599 veya kazandırıcı zamanaşımına ilişkin TMK m. 777 hükmünün bilmemesi değildir. A, bu hükümleri bilmiş olsaydı dahi bu sözleşmeyi yapacaktır. Zira A'nın sözleşmeyi yapmasındaki mutlak belirleyici saik, mirasbırakanın malik olduğunu ve böylece koltuğun mülkiyetinin külli halefiyet gereği kendisine geçtiğini zannetmesidir. Şu halde, A'nın deri koltuğun maliki olduğuna ilişkin yanılmasının (bu yanılma "gerçek olmayan hukuki yanılma" olarak da ifade edilebilir), şartların gerçekleşmesi halinde (her ne kadar düşük bir ihtimal de olsa) esaslı saikte yanılma (özelde temel yanılma) teşkil etmesi mümkündür.

⁶³⁰ Alman hukukunda da açıklamada yanılmaya yol açan hukuki yanılmalar sözleşmeyi iptal yetkisi vermektedir (Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 87; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 623; Brox / Walker, **AT**, N. 423). Öte yandan, daha önce de belirtildiği üzere, Alman hukukunda ancak esaslı nitelik yanılması teşkil eden saikte yanılmaların dikkate alındığı (§ 119/2), bunun dışındaki saikte yanılmaların ise sadece işlem temelinin çökmesi çerçevesinde ve daha sıkı şartlarla hukuken korunduğu hatırlanacak olursa (§ 313/3), üst metinde belirttiğimiz türden hukuki yanılmaların adi saikte yanılma teşkil edeceği ve bu hukuk sisteminde himaye görmeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır (bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 465; Brox / Walker, **AT**, N. 423).

⁶³¹ Koller, **AT**, § 14 N. 310; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 112, 114.

⁶³² Ancak, A burada kusuruyla yanılmış olacağı için, sözleşmenin iptali sonrasında B'ye tazminat ödemekle yükümlü olacaktır (TBK m. 35). Bu konuda verilebilecek başka bir örnekte de, A ile B arasındaki satış sözleşmesinde, satıcının zapta karşı sorumlu olmayacağı yönünde bir hüküm bulunmaktadır. Ancak alıcı A, bunu ayıplı ifaya (*Sachmangel*) ilişkin sorumsuzluk anlaşması olarak anlamıştır. Burada A'nın güven ilkesine göre yorumlanan açıklaması ile iç iradesi arasındaki aykırılık nedeniyle açıklamada yanılma ortaya çıkmaktadır (Brox / Walker, **AT**, N. 423).

İkinci gruba dahil yanılmalarda ise, yanılan, söz konusu hukuk kuralını bilmesine (ya da varlığından haberdar olmasına) rağmen, bu kuralı yanlış yorumlamaktadır. Burada yanılma, yanılanın hükmün “hukuki sonuçlarına” ilişkin yanlış tasavvuruna ya da herhangi bir tasavvuru bulunmamasına dayanmaktadır. Bu nedenle de, bir hukuk kuralının sonuçlarının somut sözleşme ilişkisine nasıl uygulanacağı konusunda hata edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yanılan, sözleşmeyi o borç ilişkisine belirli hukuki sonuçların uygulanacağını düşünerek yapmakta ve fakat daha sonra bu değerlendirmesinin yanlış olduğu ortaya çıkmaktadır. Böylelikle, kanunun o işleme bağladığı hukuki sonuçlar, yanılanın ilgili hukuki işleme uygulanacağını düşündüğü hukuki sonuçlardan farklı şekilde ortaya çıkmakta; bu da, yanılanın bu konuda gerçeğe uygun bir tasavvurunun bulunmadığı ve buna bağlı olarak “hukuki sonuçta yanıldığı” anlamına gelmektedir⁶³³. Hukuk kuralının uygulanmasına ilişkin bu tür yanılmalara, bir olgunun sanılanın aksine farklı bir hükme altlanması (*Subsumtionsirrtum*) hallerini de kapsamaktadır⁶³⁴.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, bir hukuki işlemin hukuki sonuçlarını doğurması için, o işlemde doğacak bütün hukuki sonuçların taraflarca bilinmesi gerekmemektedir. Bu bağlamda, işlem iradesinin yöneldiği hukuki sonuçların doğabilmesi için, kişilerin hukuken bağlayıcı işlem yapma bilinciyle hareket ederek, iradelerini ekonomik, sosyal ve pratik sonuçlara yöneltmeleri yeterli olmaktadır⁶³⁵. Hukuki sonuçlar teorisi olarak belirtmiş olduğumuz bu teori doğrultusunda, sözleşme içeriğinin iki kaynağı bulunmaktadır: Tarafların iradelerinin doğrudan sonucu olan “sözleşmenin iradeye bağlı içeriği” (sözleşmeye özgü kurallar) ve hukuk düzeninin, tarafların iradesinden bağımsız olarak ilgili sözleşme için öngördüğü hukuki sonuçları ifade eden “sözleşmenin iradeden bağımsız içeriği” (sözleşme dışı kurallar)⁶³⁶. Bu çerçevede denilebilir ki, burada ele aldığımız hukuki sonuçlarda yanılma, tarafların iradelerinin doğrudan sonucu olmayan ve fakat hukuk düzeni tarafından söz konusu işleme bağlanan sonuçlar (örneğin yedek hükümler, kanunda boşluk bulunması durumunda örf ve adet hukuku ve hâkimin sözleşmeyi tamamlamak için yarattığı kurallar) kapsamında ortaya çıkmaktadır.

⁶³³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 230; Huguenin, **AT**, N. 528.

⁶³⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 230; Huguenin, **AT**, N. 500.

⁶³⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 2, b, (1), (a).

⁶³⁶ Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3.

Örneğin bir taşınmazı kiralamak isteyen bir kimsenin, kiraya verenin (TBK m. 336 uyarınca) kiracının belirli taşınırlarına ilişkin sahip olduğu hapis hakkı konusunda yanılması (kiraya verenin hapis hakkının olmadığını düşünmesi ya da hapis hakkı olduğunu hiç düşünmemesi); satıcının sattığı maldan dolayı alıcıya karşı ayıp (TBK m. 219) ve zapttan (TBK m. 214) sorumlu olacağına ilişkin hükümleri yanlış anlamış olması (veya bu hukuki sonuçların kendisine uygulanmayacağını zannetmesi ya da uygulanacağını hiç düşünmemiş olması) veyahut bir taşınırını bağışlayan bir kimsenin, istediği zaman, herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın bu şeyi geri alabileceğini düşünmesi (TBK m. 295) gibi durumlarda, bu kimsenin, hukuk düzeninin yapılan sözleşme tipine bağladığı (kanuni) sonuçlarda yanıldığı görülmektedir⁶³⁷. Yanılanın söz konusu sonuçlara ilişkin gerçeğe uygun tasavvurunun bulunmaması nedeniyle de, iradesi oluşum aşamasında sakatlanmakta ve saikte yanılma (sözleşme dışı yanılma) ortaya çıkmaktadır⁶³⁸.

⁶³⁷ Başka bir örnek; satıcı B, alıcı A'ya yaptığı önerisinde sözleşme konusu malı 1.000 euroya sattığını söylemek isterken yanlışlıkla 100 euro yazmış ve A da bu öneriyi kabul etmiştir. Daha sonra açıklamada yanıldığını fark eden B, fiyat konusunda hataya düştüğünü ve malı teslim etmeyeceğini A'ya bildirmiştir. A ise bu duruma bir itirazı olmadığını, ancak TBK m. 35 uyarınca olumsuz zararının karşılanması gerektiğini B'ye iletmıştır. Sözleşmenin iptali neticesinde tazminat sorumluluğu bulunduğunu bilmeyen B, hemen bir avukata danışmış ve kanunda böyle bir sorumluluk öngörüldüğünü öğrenmiştir. Görüleceği üzere B, iptal açıklamasında bulunurken bu açıklamanın hukuki sonucuna (tazminat ödeme yükümüne) ilişkin yanılmaya düşmüştür (örneğin aslı için bkz. Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 624). İptal açıklamasının yanılma nedeniyle iptal edilmesi konusunda bkz. aş. 3. Bölüm, II, B.

⁶³⁸ Hukuk düzeninin hukuki işleme bağladığı hukuki sonuçlar, doğrudan tarafların iradesinden kaynaklanmadıkları için, bunlara ilişkin saikler, sözleşmenin iradeye bağlı içeriğinin dışında kalmakta ve gerçeğe uygun olmamaları halinde, sözleşme dışı saikte yanılma teşkil etmektedirler (aynı yönde bkz. Flume, **AT**, s. 465). Ancak bu tür yanılmaların, şartların varlığı halinde temel yanılması teşkil ederek işlemin geçerliliğini etkileyecek olmaları tamamen başka bir meseledir. Öte yandan gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus da, "irade açıklamasının içeriğine dahil" olan konulardaki yanılmanın, burada belirttiğimiz yanılma türüyle karıştırılmaması gerektiğidir (zira *Edis*'in ayrımıyla ifade etmek gerekirse; irade açıklamasının içeriğine ilişkin yanılmalarda, beyan edilen hukuki sonuçlara ilişkin hata varken, diğerinde beyan edilmemiş hukuki sonuçlar üzerinde hata söz konusudur. Bkz. *Edis*, **Hata**, s. 74). Zira bu durumlarda, her ne kadar yanılma hukuki sonuçları ilgilendirse de, ortada tipik bir açıklamada yanılmanın var olduğu görülecektir. Bu nedenle, bu tür yanılmaları hukuki yanılma şeklinde değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Gerçekten de, aslında her açıklamada yanılma, aynı zamanda hukuki sonuca ilişkin bir yanılma görünümündedir. Şöyle ki, açıklama sahibinin, söz, yazı veya herhangi bir davranışla, gerçek iradesine uymayan bir açıklamada bulunduğu durumlarda, aslında gerçekte istediği hukuki sonuçtan farklı bir hukuki sonuç ortaya çıkmaktadır. Burada hukuki sonuç, gerçek işlem iradesine göre değil, açıklanan işlem iradesine göre doğmaktadır (Flume, **AT**, s. 465; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 87; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 111; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 623). Örneğin 1.000 dolar yazmak isterken, 1.000 euro yazan kimsenin yanılmasına bakıldığında, açıklanan iradenin hukuki sonucunda hataya düşülmektedir. Zira irade açıklaması aynı zamanda hangi hukuki sonuçların doğacağını belirlediğinden, eğer açıklama sahibi herhangi bir açıklama aracında (söz, yazı vb.) yanılmışsa, doğal olarak hukuki sonuçta da yanılmaktadır. Öyleyse, açıklama sahibinin önerisinin kabul edildiği olasılıkta, hukuki sonuç, gerçek iradesindekinden farklı olarak 1.000 euro üzerinden doğacaktır. Keza bir kimsenin satış sözleşmesi yapmak isterken, bağışlama sözleşmesi yaptığı (*error in negotio*) olasılıkta da aynı durum söz konusudur (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s.

Federal Mahkeme'nin çeşitli kararlarındaki tutumuna⁶³⁹ ve doktrinde hâkim görüşe göre⁶⁴⁰, hukuki sonuçlarda yanılma, daima adi saikte yanılma olarak telakki edilmesi gereken ve bu nedenle de hiçbir zaman sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyen yanılma olarak kabul edilmektedir. Çünkü hukuk kurallarının belirli bir olgu için öngördüğü hukuki sonuçlar, tarafların iradesinden bağımsız şekilde uygulanmaktadır. Zira herhangi bir tarafın bunlara yönelik iradesinin sakatlanması, bu sonuçların hüküm ifade etmesini engellemez. Sözleşme tarafının burada yapacağı şey, eğer karşı tarafı ikna edebilirse, sözleşmenin kanundaki yedek hükümden farklı şekilde düzenlenmesini sağlamaktır.

Bu konudaki aksi görüşe göre ise, hukuki sonuçlarda yanılma halleri esas itibariyle saikte yanılma teşkil ettiklerinden, eğer TBK m. 32'deki esaslılık şartları mevcutsa, bu durumda sözleşmenin iptal edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁴¹. Dolayısıyla, yanılanın hatalı olarak tasavvur ettiği kanuni sonuç (hukuki sonuç), onun için sözleşmenin zorunlu temeli teşkil etmekteyse, sözleşmenin yapılmasında bu derece önem arz eden saik, karşı tarafça bilinebilir nitelikteyse ve son olarak alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralına göre, bu yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi haklı görülüyorsa, hukuki sonuçtaki yanılma esaslı saikte yanılma statüsünde olacaktır.

Ancak burada *Schmidlin*'in ileri sürdüğü şu çekinceler ayrıca not edilmelidir: Yazar öncelikle, yanılma konusu olan hükmün (hukuki sonucun) emredici veya yedek hüküm olmasına göre bir ayrıma gitmektedir. Eğer söz konusu olan bir emredici hükümse, zaten bireysel menfaatlerin üzerinde olan bu tür normlarda hataya düşülüp düşülmediğinin bir önemi yoktur. Zira bu tür normlar her hâlükârda doğrudan ve

111, 112). Özetle, açıklamada yanılma hallerini, benimsediğimiz anlamda “hukuki sonuçlarda yanılma (*Rechtsfolgenirrtum*)” kapsamında değerlendirme imkanı bulunmamaktadır.

⁶³⁹ BGE 79 II 272 (bu kararda ayrıca, emredici ve yedek hükümlerin hiçbir zaman sözleşme içeriğine dahil olmayacağı da belirtilmektedir); BGE 118 II 58 (bger.ch); BGer 4C.37/2004; BGer 4A_120/2008. (servat.unibe.ch).

⁶⁴⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 303 dn. 12; von Tuhr, **Mängel**, NF 15, s. 306; Koller, **AT**, § 14 N. 308; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 88; Flume, **AT**, s. 465; Brox / Walker, **AT**, N. 423; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 29; Schwenger, **AT**, N. 37.37; Birsén, **a.g.e.**, s. 84; Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 264; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 624; Koller, **a.g.e.**, N. 1327 vd.; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.** N. 783.

⁶⁴¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 234 vd.; Lichti, **a.g.e.**, s. 94; Huguenin, **AT**, N. 529; Zehnder, **a.g.e.**, s. 139, 140; Kocayusufoşaoğlu, **Hata**, s. 114; Kocayusufoşaoğlu, **BG**, s. 420; Edis, **Hata**, s. 75.

münhasıran taraflar arasındaki borç ilişkisine uygulanacaktır⁶⁴². Buna karşın, yedek hükümlerde ise, esaslılık şartlarının varlığına bağlı olarak, yanılan tarafın sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olmalıdır. Zira hukuki sonuca ilişkin saiki, diğer saiklerden ayırmak için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Dahası, bu tür yanılmalara ilk gruptaki yanılma türünden (hukuk kuralının hiç bilinmemesi, *ignorantia iuris*) farklı şekilde muamele etmenin makul bir sebebi de yoktur⁶⁴³. Ancak yazara göre, bu yanılmanın esaslı olabilmesi için ayrıca bir kriter daha ihtiyaç bulunmaktadır: Bu da, yanılanın yedek hükme (hukuki sonucuna) ilişkin yanılması olmasaydı, sözleşmede bu hükümden farklı bir düzenlemeye gidileceğinin söylenebilmesidir⁶⁴⁴.

Fikrimizce, ikinci görüş, yanılma kurumunun teorik yapısına ve amacına daha uygun düşmektedir. Gerçekten, hukuki sonuçlara ilişkin hatalı saiki, diğer saiklerden ayırmanın herhangi bir gerekçesi olmadığı gibi; bu tür yanılmaların esaslılık şartlarını kolay kolay sağlayamayacağı da düşünüldüğünde (tıpkı hukuk kuralının bilinmemesinden kaynaklanan ilk gruptaki yanılmalar gibi), en azından bu kapının teorik bakımdan açık bırakılmasında zarardan çok yarar bulunmaktadır. Ancak şu noktaya özellikle dikkat çekmek gerekir: Bu tür yanılmaların pratikte sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi şu iki sebepten ötürü hayli zordur⁶⁴⁵. Birincisi, bu tür yanılmalarda, yanılanın yedek hükmün sonuçlarına ilişkin yanıldığını ispat etme olasılığı oldukça düşüktür⁶⁴⁶. İkincisi, kanunun özel olarak bir tarafın korunması için (bu üçüncü kişi de olabilir⁶⁴⁷) öngördüğü yedek hükümlerde, yanılanın hukuki sonuçta

⁶⁴² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 234.

⁶⁴³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 235 vd. Aynı görüşte bkz. Huguenin, **AT**, N. 529.

⁶⁴⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 237. Kanaatimizce, hâlihazırdaki esaslılık şartlarına ek olarak, ayrıca böyle ağır bir kriter öngörülmesinde isabet yoktur. Yanılanın pazarlık gücünün yüksek olup olmaması, onun yanılmaya dayanmasıyla bağlantılı bir konu değildir. Bu kriter, olsa olsa ancak belirli hallerde ve somut olayın koşullarına göre, TBK m. 34/1 anlamında (dürüstlük kuralı çerçevesinde) dikkate alınabilecek ve böylece iptal hakkını sınırlayabilecektir. Kaldı ki, tarafların sözleşmede yedek hükümden sapan bir düzenleme kabul etmeleri için karşılıklı iradelerin uyuşması gerekmektedir. Hâlbuki daha önce de işaret edildiği üzere, yanılma tek taraflı bir irade bozukluğu halidir.

⁶⁴⁵ Ancak TBK m. 36 anlamında bir aldatmanın varlığından söz edilebiliyorsa, yanılmanın esaslı olmasına gerek bulunmadığından, (gerçek) hukuki yanılmaların sözleşmenin geçerliliğini etkilemeleri daha kolay olacaktır. Keza aşırı yararlanma ile yanılmanın yarıştığı durumlar için de aynı şey söylenebilir.

⁶⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 115 (hatta yazarın aktardığı doktrindeki bir görüşe göre, bu tür hukuki yanılmanın esaslı olabilmesi için, yanılanın, bu konuda uzman olan kimselerin veya yetkili makamların kendisine yanlış bilgi verdiğini ispat etmesi gerekir. **A.g.e.**, s. 115 dn. 219’da anılan yazarlar); Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 420.

⁶⁴⁷ Örneğin A, B’nin ticari işletmesini devraldıktan sonra, bazı alacaklılar, TBK m. 202/2’ye göre B ile birlikte müteselsil sorumlu olan A’dan alacaklarını talep etmişlerdir. Bunun üzerine A da, sözleşmeyi yaparken işletmenin şimdiye kadar olan borçlarından sorumlu olacağını hiç

yanıldığını ileri sürmesi kanunun amacına aykırı olacağından, bu hallerde de sözleşmenin iptal edilmesi imkanı bulunmamaktadır⁶⁴⁸. Bu bağlamda, kiracının, kiraya verenin hapis hakkını düzenleyen hükümle ilgili yanıldığını iddia etmesi ya da satıcının, ayıp veya zapt hükümlerine ilişkin yanıldığını ileri sürerek, kusursuz sorumluluğunu bertaraf etmeye çalışması örnek olarak gösterilebilir⁶⁴⁹.

(2) Gerçek Olmayan Hukuki Yanılma

Bu kapsama giren yanılmalarda, yanılanın iradesi, herhangi bir hukuk kuralını bilmediği ya da yanlış değerlendirdiği için sakatlanmamakta; kişi ya da şeylerin belirli hukuki durumuna ilişkin tasavvurunun gerçeğe uymaması nedeniyle sakatlanmaktadır. Farklı bir anlatımla, burada yanılan, belirli bir hukuki durumun (veya hukuki ilişkinin) varlığı ya da yokluğu konusunda yahut mevcut hukuki duruma ilişkin yanlış değerlendirme yaptığı için hataya düşmektedir⁶⁵⁰. Onun yanılmasının herhangi bir hukuk kuralına ilişkin tasavvuruyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, ortada gerçek anlamda hukuki yanılma değil, hukuken nitelendirilebilen belirli bir olguya yönelik yanılma bulunmaktadır⁶⁵¹.

Örneğin ikinci el araba satın alan alıcı, daha sonra bu arabanın çalıntı olduğunu öğrenmiştir. Arabanın gerçek malikinin, TMK m. 683/2'ye dayanarak alıcıdan arabanın kendisine iadesini (istihkak davasıyla) talep etmesi üzerine, alıcı da, satıcı ile arasındaki sözleşmeyi yanılma sebebiyle iptal etmek istemiştir. Burada alıcının sözleşmeyi yapmasında mutlak belirleyici saiki (sözleşmenin zorunlu temeli) satıcının söz konusu arabanın maliki olduğuna, yani arabanın hukuki durumuna ilişkindir. Dolayısıyla buradaki yanılma, mülkiyet hakkının korunmasına yönelik TMK m. 683'deki hükmün bilinmemesi ya da yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanmadığı

düşünmediğini, dolayısıyla yanıldığını ileri sürerek B ile arasındaki sözleşmeyi iptal etmek istemiştir. Burada A'nın yanılmasının, ilgili hukuk kuralına ilişkin yanlış tasavvurundan ya da tasavvur eksikliğinden kaynaklandığı söylenebilecek olsa da, hukuki sonuçlar üzerindeki bu yanılma, adi bir saikte yanılma olmaktan öteye gitmez (Bu örneğin aslı için bkz. Flume, **AT**, s. 466).

⁶⁴⁸ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 101 dn. 194. Bu tür durumlarda, yanılının sözleşmeyi iptal etmesi, TBK m. 34/1 yoluyla engellenir.

⁶⁴⁹ Diğer taraftan, satıcının, “şeyin niteliğine (ayıplı olduğuna) ilişkin” yanıldığını ileri sürerek sözleşmeyi iptal etmesi de, bizim dahil olduğumuz görüşe göre yine mümkün değildir. Zira yanılma hükümlerine dayanılarak ayıp sorumluluğunun bertaraf edilmesi kanunun amacıyla bağdaşmaz. Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 1, d, (2).

⁶⁵⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 214; Huguenin, **AT**, N. 530.

⁶⁵¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 214.

için, alıcının gerçek anlamda hukuki yanılmaya düştüğü söylenemez⁶⁵². O sadece, taşınır mal (araba) ile satıcı arasındaki mülkiyet ilişkisinde, diğer bir deyişle hukuken nitelendirilebilecek bir olguda yanılmaktadır. Bu yanılmanın TBK m. 32 anlamında esaslı olup olmadığı ise, ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Bir diğer örnek: A, vefat eden M'nin vasiyetname ile kendisine bıraktığı antika gramofonu B'ye satmıştır. Ancak daha sonra TMK m. 557 b. 4'e göre vasiyetnamenin şekil şartı eksikliğinden dolayı geçersiz olduğu anlaşılmıştır. Burada, A'nın B ile arasındaki sözleşmede cereyan eden saikte yanılması da, tıpkı ilk örnekteki gibi, ilgili hukuk kuralına ilişkin tasavvurun hatalı olup olmamasından bağımsız bir "hukuki durum" yanılmasıdır (yani gerçek olmayan hukuki yanılma). A'nın iradesini harekete geçiren yanlış tasavvur, geçerli bir vasiyetname çerçevesinde "iradi mirasçı olarak gramofon üzerinde vasiyet alacaklısı" olduğuna ilişkindir. Yoksa yanılmaya neden olan, A'nın TMK m. 557 b. 4 hükmüne ilişkin yanlış tasavvuru veya bilgisizliği değildir. A, şekil şartlarını taşımayan her vasiyetnamenin iptal edilebileceğine ilişkin kuralı bilse dahi, bu bilgi onun irade oluşumunu etkilemeyecektir. Zira bu durumda dahi, M'nin vasiyetnamesinin geçerliliğinden kuşku duymayan A, B ile satış sözleşmesini yine yapacaktır.

Görüleceği üzere her iki örnekte de, yanılma, hukuki bir durumla ilgili olmasına karşın, gerçek bir hukuki yanılma teşkil etmemektedir. Her ne kadar gerçek hukuki yanılma ile gerçek olmayan hukuki yanılma arasındaki sınırı belirlemek her zaman kolay olmasa da, bu ayrımın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için sorulması gereken soru şudur: Acaba yanılan, yanıldığı konuya ilişkin hukuk kuralını tam anlamıyla bilmiş olsaydı, onun için aynı saik, yine de sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici olacak mıdır? Diğer bir ifadeyle, ilgili hukuk kuralına ilişkin doğru tasavvur sahibi olsaydı, yanılanın sözleşmeyi aynı şekilde yapıp yapmayacağı sorgulanmalıdır. Her iki örneğe de bakıldığında, yanılan, sözleşme kurulurken mülkiyet hakkının korunmasına ya da ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin hükmü bilmiş olsaydı dahi, saikte yanılmanın aynı şekilde ortaya çıkacağı açıktır.

Bu açıklamalar çerçevesinde ortaya birkaç sonuç çıkmaktadır. Öncelikle tarihi açıdan önem arz etmiş olsa dahi, hukuki yanılma şeklinde ayrı bir yanılma türünün

⁶⁵² BGE 109 II 319 (bger.ch); Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 214; Huguenin, **AT**, N. 530. Zira alıcı, söz konusu maddeyi bilseydi dahi, somut olay itibarıyla aynı hataya düşecektir.

varlığının, özellikle Alman ve İsviçre-Türk pozitif hukukundaki yanılma kurumuna bakıldığında herhangi bir pratik sonucu bulunmamaktadır⁶⁵³. Nitekim daha önce de işaret edildiği üzere, doktrinde ve modern sistemlerin çoğunda artık olgu yanılması ve hukuki yanılma şeklinde bir ayırım yapılmamaktadır. Zira hukuk kuralına ilişkin yanlış tasavvurun veya bilgisizliğin pekâlâ “olguda” yanılmaya yol açması mümkün olduğundan, bu iki tür yanılma birbirinin zıttı sayılmaz. Buna paralel olarak önem kazanan bir husus da, bütün hukuki yanılmaların son kertede ya açıklamada yanılma ya da saikte yanılma teşkil edecek olmasıdır. Dolayısıyla hukuki yanılmadan bahsedilmesi, sadece yanılma kurumunun ve olası yanılma hallerinin daha iyi anlaşılmasına ve hukuk kurallarına ilişkin yanlış değerlendirmenin ya da bilgisizliğin de, istisnai durumlarda sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilecek olmasının fark edilmesine hizmet etmektedir⁶⁵⁴. Yalnız şu nokta gözden kaçırılmamalıdır: Gerçek hukuki yanılma kapsamındaki olay gruplarında, daha önce de belirttiğimiz üzere, yanılan kimsenin sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi çok sınırlı hallerde mümkün olacaktır. Sonuç olarak, gerek gerçek hukuki yanılma olsun gerekse gerçek olmayan hukuki yanılma olsun, yanılanın sözleşmeyi iptal edebilmesi, diğer tüm yanılmalar gibi “esaslılık” şartlarının varlığına bağlıdır.

d. Esaslı Nitelik Yanılması (*Eigenschaftsirrtum*)

(1) Nitelik Kavramı ve Şeyin Niteliklerinde-Kişinin Niteliklerinde Yanılma Ayırımı

Nitelik yanılması bağlamında, niteliklerin kişiye ya da şeye ilişkin olması mümkündür. Şeye ilişkin nitelik kavramı, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere göre, o şeyi diğer şeylerden ayıran, onun değerini veya kullanılabilirliğini (elverişliliğini) etkileyen, her türlü doğal, ekonomik ya da hukuki özelliktir. Diğer bir deyişle, şeyi diğer şeylerden ayırmaya yarayan, bireyselleştirilmesi, değeri ve kullanım amacı

⁶⁵³ Kocayusufoğlu, *Hata*, s. 113; Huguenin, *AT*, N. 524.

⁶⁵⁴ Bazı uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinde hukuki yanılmanın ayrıca zikredildiği görülmektedir. İlgili hükümlerde, bir tarafın sözleşmenin kurulması sırasında “bir olguya ya da hukuka” ilişkin yanılması sebebiyle sözleşmeyi ortadan kaldırabileceği belirtilmektedir (PECL m. 4:103, benzer şekilde PICC m. 3.2.1, DCFR II.-7:201). Söz konusu metinlerde bu yönde düzenlemeye gidilmesi, yanılmanın olgulara ilişkin olabileceği kadar hukuka (hukuk kuralına) ilişkin de olabileceğine dikkat çekmekten başka bir amaca hizmet etmemektedir. Dolayısıyla, hukuki yanılmaların özel bir tür olmadığı, bilakis diğer yanılmalar gibi aynı şartlara ve sonuçlara tabi olduğu anlayışı burada da benimsenmektedir (karş. Jansen / Zimmermann, *a.g.m.*, s. 232).

bakımından önem arz eden, maddi ve hukuki özelliklerin tümü nitelik kavramına dahildir⁶⁵⁵. Bu bağlamda, geniş bir içeriğe sahip olan nitelik kavramının, sadece şeyin özüne ilişkin doğal niteliklerden ibaret olmadığı; alışveriş hayatının hâkim görüşleri ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bu kapsamın çok geniş olduğu görülmektedir. Bu noktada, söz gelimi şeyin şekli, adı, görüntüsü, yeni ya da eski olması, rengi, kalitesi, kolyenin altın ya da altın kaplama olması, şarabın menşesi, kumaşın birinci kalite veya ikinci kalite olması, tablonun gerçek ya da sahte olması, taşınmazın inşaaata elverişliliği, taşınmaz üzerinde kamulaştırma kararı verilmiş olması, arazinin zemini, sınırları, satın alınan arabanın yaşı, modeli vb. özellikler düşünülebilir⁶⁵⁶. Ancak önemle belirtelim ki, bir şeyin karakteristik yapısıyla doğrudan ilgisi olmayan, sadece o şeye ilişkin nitelikler göz önünde bulundurularak atfedilen ve böylece sübjektif bir değer yargısından ibaret olan “şeyin değeri” kavramı, bu kapsama girmemektedir. Zira bir şeyin yanılan açısından değeri ya da bedeli, o şeyin niteliğini başlı başına belirlememekte, bilakis piyasa şartlarına göre değişkenlik gösterebilmektedir⁶⁵⁷. Burada tekrar hatırlatalım ki, çok istisnai hallerde, değere ilişkin saikte yanılmanın (değerde yanılmanın) TBK m. 32 anlamında temel yanılması olabilmesi mümkündür.

Kişiyeye ilişkin nitelik kavramı ise, kişinin kendinden kaynaklanan, onu karakterize eden ve geçici özellikte olmayıp, belirli bir süre devam eden nitelikleri kapsar. Bu bağlamda, kişinin fiziki, ahlaki, hukuki, entelektüel vb. niteliklerinde yanılmak mümkündür. Nitelik yanılmasının esaslı olabilmesi için, somut sözleşme ilişkisinin “o kişiyle” ya da “o kişi” (burada sözleşme tarafı olmayan üçüncü bir kişi söz konusudur) göz önünde bulundurularak yapılmasında, söz konusu niteliğin

⁶⁵⁵ Bucher, **AT**, s. 207; Adams, **a.g.m.**, s. 461, 462; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 87; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 612; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 56; Bork, **a.g.e.**, N. 845; Halil Arslanlı, **Ticarî Bey'**, 4. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955, s. 272; Tandoğan, **BÖ**, s. 164; Cevdet Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 1989, s. 61; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 616; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 125; Edis, **Hata**, s. 81; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 769; Brox / Walker, **AT**, N. 418; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁵⁶ Bucher, **AT**, s. 207; Adams, **a.g.m.**, s. 461, 462; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 56; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 96; Yavuz, **Ayıp**, s. 61; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 616; Edis, **Hata**, s. 81, 82; Brox / Walker, **AT**, N. 418. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, satıcı tarafından, satış konusu süt ineğinin günlük 14 kg. süt verdiği garanti edilmesine karşın, gerçekte bu ineğin sadece 4 kg. süt verdiği ve sözleşmenin kurulmasından bir süre sonra da sütten kesildiği anlaşılmıştır. Burada alıcının, sözleşmenin kurulması sırasında ineğin niteliğine ilişkin yanılmasının esaslı olduğu rahatlıkla söylenebilir (Y. 13. HD., 8.4.1999, E. 1999/2113, K. 1999/2492, Özkaya, **a.g.e.**, s. 34, 35).

⁶⁵⁷ Bucher, **AT**, s. 205; Adams, **a.g.m.**, s. 462; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 612; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 56; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 272; Edis, **Hata**, s. 81; Zweigert, **a.g.m.**, s. 406; Brox / Walker, **AT**, N. 418.

belirleyici önemde olması gerekir⁶⁵⁸. O halde, kişinin herhangi bir niteliğinde hata edildiğinin anlaşılması, doğrudan sözleşmenin geçerliliğini etkilememelidir. Burada işlem güvenliğini ve sözleşmenin diğer tarafının güvenini, yanılanın spekülasyonlarından koruyacak kriter için uzağa gitmeye gerek yoktur; objektif esaslılık şartı, pekâlâ söz konusu endişeleri önleyecek niteliktedir.

Kişinin niteliğinde esaslı yanılma konusunda şu örnekler verilebilir: Bir baba, kızına özel ders vermesi için A ile anlaşmıştır. Ancak akabinde, A'nın daha önce cinsel suçtan dolayı ceza aldığı ortaya çıkmıştır⁶⁵⁹. Bir hukuk bürosunda çalışmak için başvuru yapan bir avukat, iş görüşmesinde iyi derecede İngilizce bildiğini ifade etmiş, ancak iş alındıktan sonra bunun doğru olmadığı anlaşılmıştır⁶⁶⁰. Bir süpermarkete kasiyer olarak işe alınan kimsenin, daha önce hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçundan hüküm giydiği öğrenilmiştir⁶⁶¹. A, B ile yaptığı sözleşmede, B'nin çocuğuna belirli günlerde özel ders vermeyi taahhüt etmiştir. Fakat daha sonra, çocuğun aşırı derecede zekâ engelli olduğu görülmüştür⁶⁶². Bu örneklerde de görüldüğü üzere, kişinin niteliğine ilişkin yanılmanın esaslı olabilmesi için, herhangi bir nitelikte yanılma yeterli olmamakta, o niteliğin, sözleşme ilişkisi ve sözleşme amacı açısından, alışveriş hayatındaki hâkim görüş ve dürüstlük kuralına göre sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici etken olduğu kabul edilmelidir⁶⁶³. Bu bağlamda, söz gelimi bir lokanta sahibinin, işyerinde garsonluk yapması için işe aldığı birisinin farklı dini inanca sahip olduğunu veya başka politik görüşe yakın olduğunu öğrenmesi durumunda, nitelikte yanılmanın esaslı olmayacağı açıktır. Öte yandan, sadece bir politik görüşü temsil eden bir gazeteyle köşe yazarlığı için anlaşılan birisinin, daha sonra tamamen aksi görüşte yazılar yazması halinde, yanılmanın esaslı olabileceği (diğer şartların da bulunduğunu varsayarsak) sonucuna varılabilir.

⁶⁵⁸ Flume, **AT**, s. 478; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 615; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 58; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 89; Brox / Walker, **AT**, N. 417; Bork, **a.g.e.**, N. 845.

⁶⁵⁹ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 771.

⁶⁶⁰ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 101.

⁶⁶¹ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 765; Bucher, **AT**, s. 208, dn. 50; Schwarz, **BG**, s. 300.

⁶⁶² Oğuzman/Öz, **BG I**, s. 102.

⁶⁶³ Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararında ise, iş başvurusuna bulunan kişinin işe girdikten hemen sonra hamile olduğunun öğrenilmesi durumunda, kanunun aradığı türden bir nitelik yanılması (§ 119/2) bulunmadığından, işverenin sözleşmeyi iptal edemeyeceği belirtilmiştir. Zira kişinin hamile olması sadece geçici bir süre için söz konusudur (BAG NJW 1992, 2173, aktaran bkz. Brox / Walker, **AT**, N. 417; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 89; aynı görüşte bkz. Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 58)

Bu noktada belirtelim ki, kişinin niteliğinde yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, yanılma konusu niteliğin sadece sözleşme tarafına ilişkin olması şart değildir. Niteliğinde hataya düşülen kişinin, sözleşmeyle ilişkili üçüncü kişi (zeka engelli çocuk örneği) olması da mümkündür⁶⁶⁴.

Kişinin niteliğinde yanılmalar, o kişinin yeterliliğine, yeteneğine, kapasitesine, güvenilirliğine, ödeme gücüne vb. konulara ilişkin olabilir. Bu bağlamda herhangi bir sınırlama yapmak veya genelgeçer bir kriter vermek mümkün değildir. Eğer somut yanılma olayında tüm esaslılık şartları gerçekleşmişse, nitelikte yanılmanın hukuken korunduğu sonucuna varılacaktır. Hâlbuki eOR m. 21’de, kişinin ödeme gücünde yanılmanın her hâlükârda adi saikte yanılma olacağı belirtilmişti. Bu tür nitelik yanılmasına ilişkin tartışmanın hâlâ bir sonuca kavuşmadığını görmekteyiz. Bu nedenle, ödeme gücünde yanılma (*Irrtum über Zahlungsfähigkeit*) konusunun, biraz daha yakından incelenmesi yerinde olacaktır.

Von Tuhr’a göre, sözleşme kurulurken, karşı tarafın finansal durumu veya ödeme gücü üzerinde hataya düşülmesi halinde, bu tür nitelikte yanılma, kural olarak adi saikte yanılma sayılmalıdır. Ancak belirli sözleşme tiplerinde bu kurala istisna tanınabilir. Bu bağlamda, şirket sözleşmesi ve yoğun güvene dayanan uzun süreli sürekli borç ilişkilerinde, ödeme gücüne ilişkin yanılmanın (örneğin borçlunun aciz durumunda olması) esaslı olabileceği düşünülebilir. Yazarı bu görüşe götüren temel argümanlardan birisi ise, OR m. 316/2’de (TBK m. 390/2) düzenlenen⁶⁶⁵ ve ödünç verene, söz konusu şeyi teslim etmekten kaçınma hakkı veren hükümdür. Çünkü buradan hareketle, kanun koyucunun, eğer ödeme gücünde yanılmanın esaslı olabileceği ihtimalini düşünmüş olsaydı, bu yönde bir hükmü kanuna dahil etmeyeceği sonucuna varılabilecektir. Yazarın diğer argümanı da şudur: Ödeme gücünde yanılma gerekçesiyle sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınırsa, bu durum, tedbirsiz alacaklıların,

⁶⁶⁴ Flume, **AT**, s. 478 vd.; Titze, **a.g.e.**, s. 21; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 58; Brox / Walker, **AT**, N. 417. Yazarların bu konudaki örneği şöyledir: A, ailesiyle birlikte oturduğu müstakil evdeki bir daireyi B’ye kiralamıştır. Ancak daha sonra, bu dairede B’nin kendisiyle yaşayacak olan oğlunun, birçok kez hırsızlıktan dolayı sabıkalı olduğu ortaya çıkmıştır. Burada A, kendisi ve ailesiyle aynı çatı altında yaşayacak olan bu kimsenin niteliğinde esaslı bir yanılmaya düşmüştür (**a.g.e.**).

⁶⁶⁵ TBK m. 390 (OR m. 316); “(f. 1) ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir. (f.2) Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir”.

borçlunun daha iyi maddi şartlara sahip olduğu zamanlarda ona ödünç ya da kredi vermiş alacaklılardan daha çok korunmasına yol açacaktır⁶⁶⁶.

Bu görüşün haklı olarak karşısında bulunan yazarlara göre, yürürlükteki kanunda (eOR'dan farklı olarak) bu konudaki yanımların hukuken dikkate alınmayacağı yönünde herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Bu nedenle, esaslılık şartlarının varlığı halinde, bunların da sözleşmenin iptali sonucunu doğurması mümkündür⁶⁶⁷. Buna rağmen, düşüncemize göre ödeme gücüne ilişkin nitelik yanımları, çoğu zaman adi saikte yanılma olarak kalmaya mahkûmdur. Bunun birkaç sebebi bulunmaktadır: Öncelikle, alışveriş hayatında bir sözleşme yaptığımızda, karşı tarafın ödeme gücünün bulunmaması, çoğu zaman ticari hayatın olağan pratikleri çerçevesinde göze alınması gereken bir risk teşkil eder. Kuşkusuz, kanundaki şartlar mevcut olduğu takdirde, yanılanın kendi risk alanında gerçekleşen yanlış değerlendirmeye dayanmasında herhangi bir engel yoktur. Ancak burada önem kazanan husus, sözleşme yapılırken bizim için çoğunlukla (ve hatta öncelikle) sorgulanacak şeyin karşı tarafın ödeme gücü olmasıdır. Zira hiçbir zaman, karşı tarafın söz verdiği bedeli ödeyeceğinden (ya da üstlendiği edimi ifa edeceğinden) tam olarak emin olamayız. Dolayısıyla, ödeme gücünde yanlış değerlendirmede bulunulduğunun anlaşılmasından sonra, yanılmanın ileri sürülmesi, birçok kez sözleşme kurulurken “bilinçli bir bilmemenin” ya da tasavvurun yanlış olabileceğine ilişkin “şüphenin” bulunduğu şeklinde yorumlanabilecektir⁶⁶⁸. Bu durumda, yanılma kavramı da devre dışı kalacaktır. Bunun en uç örneği kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkar. Gerçekten, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, kefilin alacaklıya dönerek, asıl borçlunun ödeme gücünde yanıldığını ileri sürmesi durumunda, yanılmanın varlığından bahsedilmesi mümkün değildir. Zira kefalet sözleşmesinin anlamı, zaten borçlunun ödeme güçsüzlüğünün riskini üstlenmektir⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 311, 312; von Tuhr, **BG**, s. 287.

⁶⁶⁷ Edis, **Hata**, s. 79; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 50; dolaylı olarak aynı görüşte bkz. Bucher, **AT**, s. 208.

⁶⁶⁸ Yanılma kavramı için bkz. yuk. 1. Bölüm, III.

⁶⁶⁹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 311 dn. 42; Brox / Walker, **AT**, N. 420; von Tuhr, **BG**, s. 287 dn. 42; Titze, **a.g.e.**, s. 21; Reiser, **a.g.e.**, N. 11; BGE 56 II 96 (karar için bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 74 dn. 109); Kredi sözleşmelerinde de aynı sonucun geçerli olduğu yönünde bkz. Bucher, **AT**, s. 208. Diğer taraftan, alacaklının, borçluya kefil olan kimsenin ödeme gücünde yanılması halinde, sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür (bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 772).

Öte yandan, “ödeme gücü” kavramının, yapısı itibariyle çoğu zaman esaslı yanılmaya yol açabilecek “belirli bir olgu” görünümünde olmayacağı da söylenebilecektir. Zira sözleşme kurulurken bir tarafın sahip olduğu ödeme gücü, bize, yanılmanın var olup olmadığını söyleyebilmemizi sağlayacak, kesin ve çerçevesi belirli bir olgu (nitelik) sunmaktan genellikle uzak olacaktır. Ayrıca, bu konudaki yanılmaların hukuki işlemin geçerliliğini etkilemesinin önündeki bir diğer engel de, tezde savunduğumuz, yanılmaya dayanabilmek için hatalı saikin mevcut duruma (şimdi veya geçmişteki olgulara) ilişkin olması şartıdır⁶⁷⁰. Buradan hareketle, ödeme gücünün sözleşmenin kurulmasından sonra değişiklik gösterdiği hallerde, yanılma kurumuna başvurulamayacaktır. Ancak ne olursa olsun, ödeme gücüne ilişkin yanılmalar konusunda esaslı saikte yanılma kapısının tamamen kapatılmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, hâkimin sıkı denetimi çerçevesinde ve esaslılık şartlarının gerçekleşmesi halinde, bu yanılma türünün de sözleşmenin iptaline yol açabilmesi mümkündür⁶⁷¹.

(2) Nitelik Yanılmasının Hukuki Yapısı ve Doktrindeki Görüşler

Şeyin ya da kişinin niteliğinde yanılma durumunda, söz konusu niteliğe ilişkin saiklerin, fiili olgulara ilişkin saiklerden farklı olarak, işlem iradesinin bir parçası olabilmeleri ve buna uygun yapılan bir irade açıklaması neticesinde de sözleşme içi

⁶⁷⁰ Bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 4, c.

⁶⁷¹ Kanunda borçlunun ödeme güçsüzlüğüne ilişkin çeşitli hükümlere rastlamak mümkündür (TBK m. 98, m. 390, m. 436 vb.). TBK m. 98’de “*karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifade güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir*” denilmektedir. Bu maddenin esas olarak düzenlediği durum, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve işlem temelinin çökmesi sonucunu doğuran ödeme gücündeki değişikliklerdir. Ancak burada zaten yasal risk dağılımı öngörüldüğünden, işlem temelinin çökmesi teorisine başvurulma imkanı yoktur. Kaldı ki buna gerek de yoktur; zira maddede, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafa, defi ve duruma göre sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır (Baysal, **Uyarlanma**, s. 299; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 4). Ancak söz konusu durum, sözleşmenin kuruluşunda gerçekleşseydi, bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüş, burada yanılma veya aldatma hükümlerine başvurulabileceği yönündedir (Serozan, **Dönme**, s. 334 ve orada dn. 210’da anılan yazarlar; Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, İstanbul: A. Said Matbaası, 1962, s. 143; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 350). Kanaatimizce aynı sonuca, TBK m. 436 (“*iş verenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhal feshedebilir*”) hükmü için de varılabilir. Fakat TBK m. 390/2’de, diğer maddelerden farklı olarak, “sözleşmenin kuruluşu sırasında gerçekleşen” ödeme güçsüzlüğüne açıkça işaret edilerek, ödünç verene teslimden kaçınma hakkı vereceği zikredilmiştir. Dolayısıyla, tüketim ödünç sözleşmelerine ilişkin özel hüküm mahiyetindeki bu düzenlemenin varlığı, yanılma hükümlerine başvurulmasını engelleyecektir (dolaylı olarak aynı yönde bkz. Edis, **Hata**, s. 80).

(işlem içi) nitelik yanılması teşkil etmeleri mümkündür⁶⁷². Bu husus, genel olarak İsviçre-Türk hukukunda da kabul edilmekle birlikte⁶⁷³, nitelik yanılmasının kavramsal ve hukuki yapısına ilişkin bu teorik temel, esas olarak Alman hukukundan, daha da özelde ve büyük oranda *Flume*'nin ileri sürdüğü görüşlerden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, nitelik yanılmasının hukuki yapısını belirleyebilmek için, İsviçre-Türk hukukunun yanı sıra, nitelik yanılmasını açık bir hükümle düzenleyen Alman hukukunu ve orada öne sürülen önemli görüşleri de ele almak gerekir. Daha sonra, doktrindeki görüşler ışığında İsviçre-Türk hukuku açısından nitelikte yanılma kavramına ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

Nitelik yanılmasının düzenlendiği § 119/2 BGB şu şekildedir: “*Kişinin ya da şeyin alışveriş hayatında esaslı kabul edilen nitelikleriyle ilgili yanılma da açıklamanın içeriğinde yanılma sayılır*”⁶⁷⁴. Bu maddenin tarihi gelişimine bakıldığında, kanun koyucunun bu fıkra da tam olarak neyi düzenlemek istediği kavramsal ve teorik bakımdan açık olmadığından, düzenlemenin içeriğiyle ilgili doktrinde hâlâ fikir birliğine varılmadığı görülmektedir⁶⁷⁵. Hatta bu hüküm, Alman

⁶⁷² “Sözleşme içi yanılma” (işlem içi yanılma, *Geschäftsirrthum*) kavramından anlaşılması gereken, üzerinde yanlış ya da eksik tasavvur oluşturulmuş belirli olgunun (buna ilişkin tasavvur ile birlikte) irade açıklamasının (böylelikle sözleşmenin) içeriğine girmiş olmasıdır. Böylelikle, hem açıklamada yanılmalar, hem de sözleşme içi nitelik yanılmaları bu kapsama dahil olmaktadır. Hemen belirtelim ki, kanunda zikredilen açıklamada yanılmalarda, yanılma konusu tasavvur; karşı tarafın kimliği, sözleşmedeki edim, sözleşmenin niteliği gibi unsurlara ilişkin olacağından, her zaman sözleşme içi yanılma söz konusu olmayacak; nitelik yanılmalarının, sözleşme içi ya da sözleşme dışı yanılma şeklinde tezahür edebilmesi mümkündür (Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 106, 107). Öte yandan, “sözleşme içi” (işlem içi) kavramının “sözleşmenin iradeye bağlı içeriğine” gönderme yaptığı, “sözleşmenin iradeden bağımsız içeriğini” kapsamadığı ayrıca not edilmelidir (bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3).

⁶⁷³ Koller, **AT**, § 14 N. 39; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 107, 108; Schwenger, **AT**, N. 37.29; Eren, **BG**, s. 397; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. 23-27 N. 96; Şive, **a.g.e.**, s. 54 vd.

⁶⁷⁴ Maddenin Almanca metni şöyledir: “*Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden*”.

⁶⁷⁵ § 119/2'nin tarihi gelişimine bakarsak; BGB öncesi dönemde yürürlükte olan Pandekt hukukunda, nitelik yanılması, *Savigny* tarafından Roma hukuku ve Ortak Hukuktaki *error in substantia*'nın kapsamı genişletilerek oluşturulmuştur (Zimmermann, **a.g.e.**, s. 616, 617; Flume, **AT**, s. 472, 473; *error in substantia* konusunda bkz. yuk. 1. Bölüm, II, A, 2, e). BGB'nin hazırlık çalışmalarında ise, *Zitelmann* bu fikre karşı çıkmış ve niteliğe ilişkin yanılmanın, sonuç olarak saikte yanılma teşkil ettiğine ve saikte yanılmanın da hiçbir şekilde hukuken korunmaya değer olmadığına dikkat çekerek, nitelik yanılmasının da kanuna alınmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Birinci komisyon, bu aşamada tamamen *Zitelmann*'ın sistemine sadık kalarak, bu yönde bir hükmü tasarıya dahil etmemiştir. Ancak bu katı tutum, BGB'nin daha sonraki tasarısının görüşüldüğü ikinci komisyonda yumuşatılmış ve orta yol bulunmaya çalışılmıştır. Komisyona göre, niteliğe ilişkin yanılma, adi saikte yanılmadan farklılık arz etmekte ve belirli önemde olması halinde, işlemin geçerliliğini etkilemesine izin verilmesi gerekmektedir. Bu gelişme üzerine, söz konusu ikinci fıkra şu anki şekliyle kaleme alınmıştır. Ancak hem kanunun gerekçesinden, hem de hükmün lafzından hareketle, düzenlemenin içeriği hakkında kesin bir sonuç çıkarılamadığından, BGB'nin

doktrininin büyük çoğunluğu tarafından başarısız ve işlem güvenliği açısından isabetsiz olarak nitelendirilmektedir⁶⁷⁶. Bu hükümden hareketle, nitelik yanılması konusunda doktrinde başlıca üç görüşün bulunduğu söylenebilir. Öte yandan bu görüşlerle birlikte, özellikle İsviçre-Türk hukukunda ileri sürülen ve nitelikte yanılmanın kabul edilebilmesi için, yanılma konusu şeyin ya da kişinin başka bir kategoriye ait olması gerektiğini ileri süren görüşün de ele alınması, incelemenin amacı açısından önem arz etmektedir.

(a) Nitelik Yanılmasının Esaslı Olabilmesi İçin Şeyin ya da Kişinin Başka Bir Kategoriye Girmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüşün esas temsilcisi olan *von Tuhr*'a göre, her ne kadar yeni kanunda eOR m. 19/3'un yerine OR m. 24/1 b. 4 getirilmiş olsa da, bu maddenin içeriğinde yer alan nitelik yanılmaları hâlâ eski uygulama alanıyla sınırlı olacak şekilde dar yorumlanmalıdır. Zira kanun koyucunun amacı, nitelik dışındaki hususlara ilişkin saikte yanılmaların da, belirli şartlar mevcutsa, hukuken dikkate alınacağını öngörmektir. Şu halde, bu madde, hem sözleşmenin zorunlu temeline ilişkin yanılmaları hem de eski maddenin devamı olarak kabul edilmesi gereken nitelik yanılmalarını kapsamaktadır⁶⁷⁷. Bu görüşün temelinde yatan esas kriter, niteliklerin, şeyi veya kişiyi ticaret hayatında başka bir kategoriye (çeşide) dahil edip etmeme yönünde iki tür fonksiyonu olduğuna dayanmaktadır⁶⁷⁸. Nitelikte yanılmanın esaslı olabilmesi için de, söz konusu niteliğin mevcut olup olmamasına göre, o şey ya da kişinin başka kategoriye ait olması aranmalıdır.

Şeyi başka bir çeşide (türe) sokan nitelikler, dışarıdan bakıldığında objektif olarak fark edilebilecek niteliklerdir. Bu bağlamda, şey, ait olduğu çeşitteki şeylerin

irade bozukluğu düzenlemeleri içinde doktrinde en çok tartışılan hüküm bu olmuştur (Goltz, **a.g.e.**, s. 184, 185; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 767; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 617 vd.; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 609; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 79). BGB'yi hazırlayanların, burada sadece alışveriş hayatındaki önemli niteliklerde yanılan kimseye sözleşmeyi iptal etme hakkı verilmesi gerektiğinden hareket ettikleri; bunun dışında, nitelik yanılmasının hukuki yapısına (açıklamada yanılma veya saikte yanılma niteliğinde olup olmadığına) ilişkin herhangi teorik bir temel oluşturmadıkları yönünde bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 185; Peter Huber, **Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung: Eine Studie zur Konkurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrecht**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, s. 4, 5.

⁶⁷⁶ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 767; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 616; ayrıca bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 184; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. 23-27 N. 88.

⁶⁷⁷ von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 276; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 309; von Tuhr, **BG**, s. 285.

⁶⁷⁸ Edis, **Hata**, s. 76, 83; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 47.

ortak niteliklerini taşımıyorsa, ticaret hayatında farklı bir kategoride değerlendirilecek ve böylece bu niteliğe ilişkin yanılma da (kuşkusuz diğer şartların varlığına bağlı olarak) esaslı sayılacaktır. Örneğin elmas olduğu düşünülen taşın kristal; şarap olduğu zannedilen içkinin sirke; ünlü bir ressamın ait olduğu varsayılan tablonun sahte olması gibi durumlar bu kapsamda ilk akla gelen örneklerdir. Buna karşın, yanılma konusu niteliğin, gerçekte var olsaydı, o şeyi başka kategoriye sokmayıp, sadece aynı cins içinde kalite farkına yol açması halinde, hukuken dikkate alınması gereken bir nitelik yanılmasının varlığından söz edilemeyecektir. Söz gelimi, sözleşme konusu buğdayın birinci kalite değil de ikinci kalite olmasına; şarabın yılına, arabanın modeline, üzümün menşesine ilişkin yanılmalar, bu görüş doğrultusunda hep adi saikte yanılma olarak kalacaktır⁶⁷⁹.

Kişiye ilişkin nitelikte yanılmalarda ise, yanılma konusu kişinin başka bir kategoriye, yani ticaret hayatında başka bir mesleğe ait olması aranmaktadır. Bir şoförle, kendisini taşıması için sözleşme yapan kimsenin, daha sonra aslında o kişinin şoför değil, muhasebeci veya bahçıvan olduğunu öğrenmesi halinde bu tür bir yanılmanın varlığı gündeme gelecektir. Bu hareket noktasının götüreceği doğal sonuç, aynı kategori içindeki kimselere ilişkin nitelik yanılmasının dikkate alınmayacak olmasıdır⁶⁸⁰. Örneğin hukuk bürosunda çevirmenlik yapması için işe alınan kimsenin, aslında yabancı dildeki hukuk terminolojisine hâkim olmayan, normal bir çevirmen olduğu anlaşıldığında, aynı meslek içinde ortaya çıkan nitelik farklılığına ilişkin bu yanılma hukuken dikkate alınmayacaktır⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 276; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 309; von Tuhr, **BG**, s. 286; von Tuhr ile aynı görüşü paylaşan diğer yazarlar için bkz. Birsén, **a.g.e.**, s. 88; Önen, **a.g.e.**, s. 57; Feyzioğlu, **BG**, s. 133.

⁶⁸⁰ von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 277; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 311; von Tuhr, **BG**, s. 286, 287; Birsén, **a.g.e.**, s. 89, 90; Önen, **a.g.e.**, s. 57. Öte yandan, burada zikredilen kişinin niteliğinde yanılma haliyle, “kişinin kimliğinde yanılma” (sözleşmenin tarafı olan kişide yanılma) ve “sözleşme yapılırken dikkate alınan kişinin kimliğinde yanılma” şeklindeki açıklamada yanılma türleri arasındaki fark gözden uzak tutulmamalıdır. Zira yeri gelmişken kısaca değinmek gerekir ki, açıklamada yanılma teşkil eden bu tür yanılmalarda, yanılanın iradesini oluştururken dikkate aldığı kişi ile sözleşme yaptığı kişi (ya da sözleşme yaparken göz önünde bulundurduğu kişi) farklı kişilerdir. Hâlbuki saikte yanılma teşkil eden kişinin niteliğinde yanılmada ise, işlem iradesindeki kişi ile irade açıklamasının yöneltildiği (ya da açıklamaya konu olan) kişi aynıdır. Aynı yönde bkz. BGE 126 III 59 (bger.ch).

⁶⁸¹ von Tuhr, bu tür durumlarda, sözleşmenin özelliğine göre (örneğin vekâlet ya da hizmet sözleşmesi söz konusuysa) haklı nedenle fesih imkanının devreye gireceğini belirtmektedir. Bkz. von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 277; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 311; von Tuhr, **BG**, s. 287.

Görülmektedir ki, bu görüş kabul edilirse, nitelik yanılması nedeniyle sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi, bizim tabirimizle, ancak “dar anlamda sözleşme içi nitelik yanılması” mevcutsa mümkündür. Farklı bir anlatımla, bu görüşe göre, nitelik yanılması ancak klasik anlamda *error in substantia* teşkil etmekteyse hukuken dikkate alınır. Aşağıda yanılma ve ayıplı ifa arasındaki ilişkiyi incelerken ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere, *von Tuhr*’un bu görüşü, onun, özellikle parça satımında yanılma ve ayıp hükümlerinin yarışamayacağı yönündeki düşüncesi dikkate alındığında daha iyi anlaşılır. Zira yazara göre, sözleşme kurulurken bireyselleştirilmiş şeyde (parça borcu) bulunmayan nitelikler, onu başka bir cinse dahil ediyorsa ve satıcının bu yönde herhangi bir nitelik bildirimi de yoksa, burada o şeyin ayıplı olduğu söylenemeyecek (yazara göre, burada ayrıca *aliud* söz konusudur) ve dolayısıyla alıcının başvurabileceği tek yol *error in substantia*’ya dayanmak olacaktır⁶⁸².

Modern doktrine bakıldığında, bu görüşün çoktan aşılmış bir anlayışın izlerini taşıdığı görülmektedir⁶⁸³. Gerçek hayat ilişkilerinde, niteliklerin ne zaman bu ya da şu kategoriye gireceğini ya da ne zaman girmeyeceğini belirlemenin zorluğu düşünüldüğünde, bu görüşün savunulabilir olmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır. Gerçekten, yanılmanın sözleşmeyi iptal hakkı verip vermeyeceği, “ticaret hayatındaki kategoriler” şeklindeki oldukça belirsiz ve değişken bir kritere göre belirlenemez. Aynı şekilde, verilen örneklerle bakıldığında, şoför yerine muhasebeci ile sözleşme yapmış kimsenin yanılmasını esaslı sayarken; aslında en az ilk örnekteki kadar korunmayı hak eden kimsenin, sırf aynı meslek grubuna dahil olan bir kimsenin niteliğinde yanılmış olması yüzünden hukuken korunmayacak olmasının, herhangi bir haklı gerekçesi yoktur. Sonuç olarak, bu görüşün gerek pozitif hukuk gerekse ideal hukuk kapsamında kabul edilmemesi gerektiği sonucuna varmaktayız.

(b) Nitelik Yanılmasının Sözleşme İçeriğine Girmeyen Saikte Yanılma Olduğu Görüşü

Flume’nin 1948 yılında yayınladığı “*Eigenschaftsirrtum und Kauf*” eserinden önce hâkim görüş olan, fakat bugün de kayda değer sayıda yazarın savunmakta olduğu

⁶⁸² von Tuhr / Siegart, **a.g.e.**, s. 276, 277; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 310, 311; von Tuhr, **BG**, s. 286.

⁶⁸³ Burada aktardığımız görüşe dahil olan yazarlar dışında, çalışma boyunca atf yaptığımız hiçbir yazarın bu görüşte olmadığını belirtmek, bu sonucu doğrulamaktadır.

bu görüşe göre⁶⁸⁴, § 119/2 BGB’de düzenlenen nitelik yanılması, özü itibariyle saikte yanılmazdır. Ancak bu durum, BGB’nin kabul ettiği, saikte yanılmaların dikkate alınmayacağı yönündeki genel prensibe bir istisna teşkil etmektedir.

Burada yanılanın gerçek iradesi ile açıklaması arasında herhangi bir uygunsuzluk bulunmamakta; yanılma konusu nitelik, onun irade oluşumunu sakatlamaktadır. Ancak her türlü nitelik yanılması esaslı yanılmaya yol açmaz. Nitelik yanılmasının esaslı olabilmesi için, şeyin ya da kişinin niteliğinin “alışveriş hayatında esaslı” (*Verkehrswesentlichkeit*) kabul edilmesi gerekir. Bu kriter ise, yanılanın söz konusu niteliğe ilişkin sübjektif değerlendirmesinin önemli olmadığına, asıl belirleyici olanın, somut sözleşme ilişkisinin özellikleri çerçevesinde alışveriş hayatının objektif bakışı ve o sözleşmenin ekonomik amacı olduğuna işaret etmektedir⁶⁸⁵. Eğer bu önemde bir nitelik yanılması söz konusuysa, bu yanılma, kanuni bir varsayımla, § 119/1 BGB’deki açıklamanın içeriğinde yanılma hükmüne tabi olacaktır. Diğer bir deyişle, bu hükümdeki hukuki sonuç, esaslı nitelik yanılması için de geçerli olacak ve yanılanın sözleşmeyi iptal etme hakkı doğacaktır⁶⁸⁶.

Bu görüşün teorik temelleri, BGB’deki yanılma hükümlerinde çok önemli etkisi olan *Zitelmann*’ın, hukuki işlem ve işlem iradesine ilişkin analizlerine dayanmaktadır⁶⁸⁷. Buna göre⁶⁸⁸, parça satımında, o şeye ilişkin nitelikler, hiçbir şekilde işlem iradesinin içeriğine dahil olmamaktadır. Keza kişiye ilişkin nitelikler da aynı şekilde bu içeriğin dışında kalmaktadır. Yanılanın iradesi, örneğin çevirmen olduğunu zannettiği X kişiye ya da altın olduğunu düşündüğü bir yüzüğün satın alınmasına yöneldiğinde, söz konusu kişiye veya şeye ilişkin nitelik (çevirmen veya altın olma), iradenin oluşumunu etkileyen birer saik olarak kalmakta, işlem iradesine ve dolayısıyla ona uygun şekilde yapılan irade açıklamasına dahil olmamaktadır. Diğer

⁶⁸⁴ Brox / Walker, **AT**, N. 416; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 610 vd.; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 51 vd.; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 763, 767 (ve orada dn. 30’da anılan yazarlar); Goltz, **a.g.e.**, s. 190 (ve orada dn. 159’da anılan yazarlar); Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 89.

⁶⁸⁵ Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 60, 62; Brox / Walker, **AT**, N. 419; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 613, 614.

⁶⁸⁶ Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 51; Brox / Walker, **AT**, N. 416 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 89.

⁶⁸⁷ Flume, **Eigenschaftsirrthum**, s. 13.; Flume, **AT**, s. 476; Goltz, **a.g.e.**, s. 185.

⁶⁸⁸ Zitelmann, **a.g.e.**, s. 439 vd.; *Zitelmann*’ın görüşlerini daha açık hale getiren *Flume*’nin bu yöndeki açıklamaları için bkz. Flume, **Eigenschaftsirrthum**, s. 17-23; Flume, **AT**, s. 476 vd. Yine *Zitelmann*’ın görüşlerine ilişkin doktrindeki diğer açıklamalar için bkz. Goltz, **a.g.e.**, s. 185; Schur, **a.g.m.**, s. 887 vd.

bir ifadeyle, yanılanın, sözleşme yapılan kişinin veyahut sözleşme konusu olan yüzüğün niteliğine ilişkin saikinin, sözleşme içi bir nitelik yanılmasına değil, bizim terminolojimizle söylersek, sadece temel yanılmasına yol açabilmesi mümkündür. Burada sözleşmenin tarafı olan kimse, “çevirmen X” değil; sözleşmenin konusu olan şey, yani satıcının borcu da “altın yüzük” değildir. Bilakis, sözleşme tarafı olan kişi, niteliklerden soyutlanmış olarak o anda var olan “X”dir. Aynı şekilde, sözleşme konusu da, bireyselleştirilerek zaman ve mekân açısından belirli hale (parça borcu haline) getirilmiş ve niteliklerinden soyutlanmış olan, “o yüzüktür”. Bu noktada hemen belirtelim ki, söz konusu niteliğe ilişkin bir yanılma söz konusu olsun ya da olmasın, *Zitelmann*’a göre sonuç değişmemektedir; nitelikler daima sözleşme dışı kalmaktadır. Çünkü sözleşme konusu olan şey, o anda ne durumdaysa odur; alıcının yanılarak onun altın olduğunu düşünmesi, fiziki dünyada o şeyin (yüzüğün) ne’liğine hiçbir etkiye bulunmamaktadır.

Nitelik yanılmasının her durumda saikte yanılma teşkil ettiği ve sözleşme içi yanılma olmadığı savunulduğunda, yanılanın, yüzüğün altın olduğunu düşündüğü için satın almak istediğini satıcıya bildirmesi veya güven ilkesine göre, satıcının bunu bilebilecek durumda olması halinde dahi, yüzüğün altın olma niteliği, yine de sözleşme içeriğine girmez⁶⁸⁹. Ancak, alıcının söz konusu niteliğin mevcut olduğu varsayımıyla o sözleşmeyi yaptığını satıcının bilmesi ya da bilmesi gerekmesi, duruma göre, o şeyin niteliğinin “alışveriş hayatında esaslı kabul edilmesi” sonucunu doğurabilecek ve böylelikle § 119/2 BGB uygulanabilecektir⁶⁹⁰.

(c) Nitelik Yanılmasının Ancak Niteliğin Sözleşme İçeriğine Girmesi Durumunda Esaslı Yanılma Olacağı Görüşü

İlk kez *Flume* tarafından sistematik şekilde ileri sürülen bu görüş, esas olarak *Zitelmann*’ın yukarıda aktarılan görüşünü hedef alan argümanlar içermektedir. Yazarın gayet ikna edici argümanları ve § 119/2 BGB’deki düzenlemeyi kavramsal çerçeveye oturtma çabaları, kendisinden sonraki birçok yazar tarafından da büyük

⁶⁸⁹ Goltz, *a.g.e.*, s. 190; Medicus /Petersen, *a.g.e.*, N. 770.

⁶⁹⁰ Brox / Walker, *AT*, N. 419; Bork, *a.g.e.*, N. 847. Burada, İsviçre-Türk hukukundaki durumun aksine, söz konusu niteliğin yanılan için sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz şart teşkil edecek önemde olduğunun bilinebilirliği şeklinde açık ve ayrı bir şartın, BGB’de zikredilmediği ayrıca not edilmelidir. Ancak, genel olarak Alman içtihatlarında, bu şartın, § 119/2 BGB’deki “alışveriş hayatındaki esaslılık” kavramı (yani objektif şart) kapsamında telakki edildiği ayrıca arandığı ifade edilmektedir (Bork, *a.g.e.*, N. 847).

ölçüde kabul görmüştür. Bugün hem Alman hukuku hem de İsviçre-Türk hukuku doktrininde, *Flume*'nin görüşünü esas hatlarıyla benimseyen yazarlara rastlanmaktadır⁶⁹¹.

Flume'ye göre, *Zitelmann*'ın, kişiye veya sözleşme konusu şeye ilişkin niteliklerin sözleşme içeriğine girmeyeceği, çünkü bir kişinin ya da şeyin, “o anda fiziki olarak ne ise o olduğu” ve bu durumu, ona atfedilen veya doğasında bulunan herhangi bir niteliğin değiştirmeyeceği yönündeki düşüncesi, gerçek hayat pratiklerine aykırı olduğu gibi, hukuki bakımdan da temelsizdir. Zira bu görüşün aksine, bir kişinin veya şeyin nitelikleri, o kişinin ve o şeyin kimliğini oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, kişiye ya da şeye ilişkin tasavvur ile onların niteliğine yönelik tasavvurlar her zaman birbirleriyle iç içe geçtiklerinden, bunlar arasında ayırım yapılma imkanı yoktur. Dolayısıyla, bir kişinin (bu kişi sözleşme tarafı olabileceği gibi, sözleşmeyle ilgili üçüncü kişi de olabilir) ya da şeyin niteliği, o kişi ya da şeyle birlikte sözleşme içeriğine girebilir ve gerçeğe uygun olmaması halinde işlem içi nitelik yanılması (*geschäftlicher Eigenschaftsirrtum*, *Geschäftsirrtum*) teşkil edebilir⁶⁹². Şu halde, § 119/2 BGB’de düzenlenen nitelik yanılması, hukuki yapısı itibarıyla ne açıklamada yanılma ne de saikte yanılma teşkil etmektedir. Burada söz konusu olan yanılma, işlem içi (sözleşme içi) nitelik yanılmasıdır⁶⁹³.

Buradan hareketle, parça borcunda yanılanın iradesi, söz konusu şeyin satın alınmasına yönelirken, aynı zamanda o şeyin niteliklerine de yönelmektedir. Alışveriş hayatında, sadece belirli bir “yüzük” ya da “at” satın alınmaz, “altın bir yüzük” veya “safkan at” alınır. O halde, yanılanın tasavvur ettiği nitelik, işlem iradesinin oluşumunu etkilemekle birlikte, aynı zamanda o işlem iradesinin içeriğine girebilmekte ve buna uygun yapılan irade açıklaması neticesinde de tarafların anlaşmasına konu olmaktadır. Bu noktada önemle belirtelim ki, burada işlem içeriğine giren nitelikler, o şeyde gerçekte bulunan nitelikler değil; yanılanın hatalı şekilde tasavvur ettiği, o şeyde bulunduğunu düşündüğü nitelikler olup, bunlar, “o şeyde bulunması gereken nitelikler” olarak sözleşme konusu haline gelmektedirler. Bu itibarla, sözleşme konusu belirli yüzüğün gerçekte altın olup olmaması değil, sözleşme

⁶⁹¹ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 770; Goltz, **a.g.e.**, s. 196 (ve s. 191 dn. 166’da sayılan yazarlar); Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 62 vd., 100; Brox, **a.g.e.**, s. 66 vd.; Schur, **a.g.m.**, s. 892 vd.

⁶⁹² Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 17 vd. 80, 81; Flume, **AT**, s. 476 vd. 489, 490.

⁶⁹³ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 26, 100; Flume, **AT**, s. 477.

taraflarının o yüzüğe ilişkin hangi nitelik üzerinden anlaştıkları önem arz etmektedir. Diğer bir deyişle, nitelik yanılmasının § 119/2 BGB'nin uygulama alanına girebilmesi için, hatalı şekilde tasavvur edilen niteliğin öncelikle edim anlaşmasının konusunu oluşturması gerekir. Burada çok önemli bir ayrıma geliyoruz: Yazara göre, yanılanın şeye ilişkin tasavvur ettiği her nitelik, doğrudan işlem içi nitelik olmamaktadır⁶⁹⁴. Bunun için, yanılan açısından sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici olan niteliğin fiilen karşı tarafça anlaşılmış olması ya da güven ilkesi çerçevesinde anlaşılabilir olması şarttır. Bu anlaşılabilirlik (bilinebilirlik), alıcının açık bir bildiriyle olabileceği gibi örtülü şekilde de yapılabilir. Yine, alışveriş hayatındaki olağan kullanım amacı dikkate alındığında, o şeyin sahip olması gereken nitelikler de işlem içeriğine dahil olacaktır. Böylece, söz konusu nitelik, o şeyde olması gereken bir nitelik olarak edim anlaşmasının konusunu teşkil edecektir. O halde § 119/2 BGB anlamında, alışveriş hayatında esaslı kabul edilen bir nitelik yanılmasının var olup olmadığının belirlenmesinde, iki durumun karşılaştırılması gerekir: (i) Sözleşme konusu şeyin (yüzüğün) parça borcu haline getirildiği andaki gerçek niteliği (örneğin altın kaplama yüzük) ve (ii) sözleşme konusu şeyin, hatalı tasavvur edilmiş ve tarafların edim anlaşmasına konu olmuş niteliği (altın olması gereken yüzük)⁶⁹⁵.

Sözleşme içeriğine dahil olmayan niteliğe ilişkin yanılmalar ise, yazara göre “işlem dışı nitelik yanılması” (*aussergeschäftlicher Eigenschaftsirrtum* ya da sözleşme dışı nitelik yanılması) olarak adlandırılmakta ve bunların § 119/2 BGB kapsamına girmeyen adi saikte yanılmalar olduğu kabul edilmektedir⁶⁹⁶. Görüleceği üzere, yazarın sistemi açısından, kişinin veya şeyin belirli bir niteliğinin sözleşme içeriğine dahil olması veya olmaması, pratik sonuçları açısından fevkalade önem arz etmektedir. Bu itibarla, yanılan, sözleşme konusu şeyle ilgili tasavvur ettiği niteliği karşı tarafa bildirmemişse veya bunun bilinmesi gerekmiyorsa, söz konusu niteliğin o şeyde bulunmamasının sonucunu da artık o katlanacaktır⁶⁹⁷. Daha önce vermiş olduğumuz örneği burada tekrarlırsak, resimlere ilişkin herhangi bir uzmanlığı olmayan A'nın, eski tablolar satan B'den, dünyaca ünlü bir ressamı ait olduğunu düşünerek 2.000 TL'ye aldığı tablonun aslında sahte olması durumunda, sözleşme dışı

⁶⁹⁴ Flume, *Eigenschaftsirrtum*, s. 18 vd.; Flume *AT*, s. 477 vd.

⁶⁹⁵ Flume, *Eigenschaftsirrtum*, s. 33 vd.; Flume, *AT*, s. 477, 478.

⁶⁹⁶ Flume, *Eigenschaftsirrtum*, s. 83 vd.; Flume, *AT*, s. 478.

⁶⁹⁷ Flume, *Eigenschaftsirrtum*, s. 86, 87.

nitelik yanılması ile karşılaşılacaktır. Zira A'nın tablonun gerçekliği konusundaki nitelik yanılması, gerek ödenen görece düşük bedele bakıldığında gerekse de A'nın bu yöndeki düşüncesini hiçbir zaman B'ye bildirmediği ve B'nin de bilmek zorunda olmadığı varsayıldığında, adi bir saikte yanılmadan öteye geçmemektedir⁶⁹⁸.

Flume'ye göre, sözleşme içi nitelik yanılmasının § 119/2 BGB'ye göre esaslı olmasının asıl nedeni, yanılma değil, bilakis şeyin sözleşmeye göre sahip olması gereken nitelikleri ile şeyin gerçekte sahip olduğu nitelikler arasındaki uyumsuzluktur; başka bir ifadeyle, sözleşmeye aykırılıktır. Dolayısıyla aslında önemli olan, nitelik yanılmasının alışveriş hayatında esaslı olup olmaması (*Verkehrswesentlichkeit*) değil, sözleşmeye göre esaslı olup olmamasıdır (*Vertragswesentlichkeit*)⁶⁹⁹. Öte yandan, yazar, § 119/2 BGB'nin uygulama alanını olabildiğince daraltmak amacıyla, bu görüşünü şu şekilde devam ettirmektedir: Eğer sözleşme içi nitelik yanılması söz konusuysa; yani söz konusu şey nitelikleri açısından sözleşmeye uygun değilse, alacaklı (satım sözleşmesi açısından alıcı), burada sadece ifa etmeme (kötü ifa) hükümlerine başvurabilecektir. Yani nitelik yanılması aynı zamanda bir ayıplı ifa ise, alacaklının burada nitelik yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunmamaktadır. Bu hükme borçlunun (satıcının) başvurabilmesi ise, ancak satıcının ayıp sorumluluğu bulunmamaktaysa veya bu sorumluluğun bertaraf edilme (dolanılma) riski yoksa mümkündür⁷⁰⁰.

Doktrinde, *Flume*'nin bu görüşleri çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Kuşkusuz, yukarıda görüşlerini aktardığımız, § 119/2 BGB'nin esas itibarıyla saikte yanılma olduğu ve niteliklerin hiçbir zaman sözleşme içeriğine girmeyeceğini savunan yazarların bu konudaki eleştirileri doğal karşılanmalıdır⁷⁰¹. Ancak bizim burada değinmek istediğimiz husus, yazarın kişiye ve şeye ilişkin niteliklerin sözleşme içeriğine dahil olabileceğine yönelik temel düşüncesini destekleyen bazı yazarların da, çeşitli açılardan bu görüşü eleştirmiş olmalarıdır. İlk olarak, *Flume*'nin, sözleşme konusu şeyin niteliklerinin gerçekte bulunmaması halini yanılma sorunu olarak

⁶⁹⁸ Bu örneğin, İsviçre-Türk hukukunda yanılmanın esaslılığı için bulunması gereken “bilinebilirlik şartı” açısından arz ettiği önem konusunda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 2, c.

⁶⁹⁹ *Flume*, **AT**, s. 478; *Medicus / Petersen*, **a.g.e.**, N. 768.

⁷⁰⁰ *Flume*, **Eigenschaftsirrtum**, s. 135; *Flume*, **AT**, s. 487, 488; Aynı görüş, *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından da takip edilmekteydi (bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 80 vd., 100). Ancak yazarın daha sonraki eserinde bu görüşünden vazgeçtiği görülmektedir (bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, **BG**, s. 410, 411).

⁷⁰¹ Örneğin *Larenz*'in eleştirileri için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 63 vd.

görmeyip, salt sözleşmeye aykırılık çatısı altında değerlendirmesinin § 119/2 BGB'nin uygulama alanını gereksiz yere daralttığı ileri sürülmektedir. Ayrıca yazarın, asıl önem arz eden kriterin yanılma değil, "sözleşmeye uygunluk" olduğunu söylemesi, söz konusu düzenlemedeki "*alışveriş hayatında esaslı kabul edilen nitelikleriyle ilgili yanılma*" ibaresi karşısında, kanunun lafzına aykırılık oluşturmaktadır⁷⁰².

Öte yandan, *Flume*'nin, sözleşme içi nitelik yanılmasının saikte yanılma olmadığı yönündeki görüşünün de yerinde olmadığı belirtilmiştir. Zira *Flume*, niteliklerin de esas olarak birer saik vasıtasıyla yanılanın iradesini harekete geçirdiği gerçeğini gözden kaçırmaktadır⁷⁰³. Şöyle ki, yazara göre, kişinin ya da şeyin niteliğine ilişkin tasavvur, karşı tarafça anlaşılmışsa veya anlaşılması gerekliyse, burada sadece ilgili nitelik edim anlaşmasına dahil olmuştur. Diğer bir ifadeyle, niteliğe ilişkin "saik", bu durumda dahi sözleşme içeriğine girmemektedir; burada tarafların üzerinde anlaştığı nokta, o şeyin "niteliği"dir⁷⁰⁴. Bu nedenle, § 119/2 BGB'deki işlem (sözleşme) içi nitelik yanılması (işlem yanılması, *Geschäftsirrtum*), saikte yanılma olarak kabul edilemez.

Görüleceği üzere yazar, saikte yanılma ve açıklamada yanılma dışında, "işlem içi nitelik yanılması" şeklinde üçüncü bir türün varlığını savunmaktadır. Oysaki bize göre, iradenin oluşumunda cereyan eden nitelik yanılması (zira nitelik yanılmasının bazı durumlarda açıklamada yanılmaya yol açması da mümkündür), ne olursa olsun özünde saikte yanılma teşkil etmektedir. Zira nitelik ile o niteliğe ilişkin saik kişinin zihninde bir arada bulunur ve bir bütün olarak iradeyi harekete geçirir. Fark, bazı niteliklere ilişkin saiklerin sözleşme içeriğine girmesi, bazılarının ise girememesi noktasında ortaya çıkmaktadır. İşlem içi (sözleşme içi) nitelik yanılması şeklinde ayrı bir yanılma türü yaratmaya ne Alman hukukunda, ne de İsviçre-Türk hukukunda gerek bulunmaktadır. Özellikle TBK m. 32'nin (OR m. 24/1 b. 4) kavramsal çerçevesine ve saikte yanılmanın esaslılık şartlarına bakıldığında, temel yanılmaları gibi, sözleşme içi nitelik yanılmaları da (bizim kabul ettiğimiz ifadeyle, esaslı nitelik yanılması) özünde saikte yanılma teşkil ettiklerinden, her zaman bu maddeye altlanacaklardır. Özetle, *Flume*'nin, nitelik yanılmalarını, işlem içi veya işlem dışı olarak gruplandırmasına

⁷⁰² Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 770; Bork, **a.g.e.**, N. 864.

⁷⁰³ Goltz, **a.g.e.**, s. 191 vd., 196; Brox, **a.g.e.**, s. 66, 185; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Schur, **a.g.m.**, s. 894, 895.

⁷⁰⁴ *Flume*, **AT**, s. 477.

sonuna kadar katılmakla birlikte, bu tür yanılmaların daima saikte yanılma olduğunun altını çizmek istiyoruz.

Diğer taraftan, aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, ayıp hükümleriyle yanılma hükümlerinin kesiştiği hallerde, İsviçre-Türk hukuku bakımından bize göre, yanılanın bu iki imkandan dilediğine alternatif olarak başvurma hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, yazarın, ayıp hükümlerinin yanılma hükümlerinin uygulanmasını engelleyeceği yönündeki görüşünü, en azından İsviçre-Türk hukuku açısından isabetsiz kabul etmekteyiz⁷⁰⁵. Sonuç olarak, bu başlık altında *Flume*'ye yöneltilecek eleştirilerin bir ölçüde haklılık payı olduğu görülmektedir.

(d) Nitelik Yanılmasının Açıklamada Yanılma Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre⁷⁰⁶, sözleşmeyi iptal etme hakkı veren § 119/2 BGB'deki "*kişinin ya da şeyin alışveriş hayatında esaslı kabul edilen nitelikleriyle ilgili*" yanılma, açıklamada yanılma niteliğindedir. Çünkü aynı hükümde geçen ve bu tür yanılmaların "*...açıklamanın içeriğinde yanılma*" sayılacağı şeklindeki ibareden, sadece açıklamada yanılmaların esaslı olabileceği; dolayısıyla saikte yanılmaların hukuken dikkate alınmayacağı sonucu çıkarılmalıdır. Bu görüşün kendi içinde iki farklı kola ayrıldığı görülmektedir. Ancak hemen aşağıda da görüleceği üzere, her iki yaklaşımın ortak noktası, § 119/2 BGB'nin uygulama alanını, sadece açıklamada yanılmalarla sınırlamaktır.

Brauer'e göre⁷⁰⁷, saikte yanılma, doğası gereği kişinin özel ve karşı tarafça bilinme zorunluluğu bulunmayan tasavvurlarını ilgilendirdiğinden ve bu nedenle hayli spekülatif nitelikte olduğundan, buna dayanılarak sözleşmenin iptal edilmemesi gerekir. Nitekim kanun koyucunun sözleşmenin geçerliliği bakımından, açıklamada yanılmaya farklı, saikte yanılmaya farklı muamelede bulunmasının temelinde de bu düşünce yatmaktadır. Bu nedenle, nitelik yanılmasının hukuken dikkate alınması gerekecekse, bu prensibe uygun olması şarttır. O halde, kural olarak sadece açıklamada yanılma teşkil eden nitelik yanılmaları hukuken korunacaktır. Yazara göre, sözleşme

⁷⁰⁵ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 1, d.

⁷⁰⁶ Bu görüşü şu yazarlar vasıtasıyla aktarıyoruz: Jan Dirk Harke, **Irrtum Über Wesentliche Eigenschaften: Dogmatische und Dogmengeschichtliche Untersuchung**. Berlin: Duncker und Humblot, 2003, s. 33 vd.; Goltz, **a.g.e.**, s. 187; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 767.

⁷⁰⁷ Yazarın görüşünü şu yazarlar üzerinden veriyoruz. Bkz. Harke, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Goltz, **a.g.e.**, s. 187 vd.

konusu şeye (veya kişiye) ilişkin niteliklerde yanılma ikiye ayrılır: (i) Olması gereken niteliklere ilişkin yanılma (*Irrtum über die Sollbeschaffenheit*) ve (ii) olan niteliklere ilişkin yanılma (*Irrtum über die Istbeschaffenheit*).

Olması gereken niteliklere ilişkin yanılma, yapısı itibariyle “açıklama içeriğinde” yanılma olup, § 119/1 BGB’e göre sözleşmeyi iptal edilebilir hale getirirler. Bu tür yanılmalarda açıklamada yanılma şeklinde bir nitelik yanılması söz konusudur. Yanılanın gerçek iradesini oluşturan şeye ilişkin olması gereken niteliklerle, irade açıklamasında olması gereken nitelikler birbiriyle örtüşmemektedir. Diğer bir deyişle, yanılanın açıklamasının objektif yorumundan çıkan anlamı ile gerçek iradesi uyuşmamaktadır. Örneğin sadece at eti satan bir kasaba girdiğinin farkında olmayan birisi, gördüğü etlerden birinin sığır eti olduğunu düşünerek onu almak istediğini söyler. Ancak bu kimse, etin sığır eti olduğundan şüphe etmediği ve kasabın da zaten öyle anlayacağını düşündüğü için, hangi tür et istediğini belirtmeksizin açıklamasını sadece “o ete” ilişkin yapmıştır. Burada, sadece at eti satan bir kasabın, bu açıklamayı içinde bulunduğu durumun şartları ve güven ilkesi çerçevesinde böyle anlamakta haklı olması, bu açıklamanın objektif anlamının “o at eti” olduğunu göstermektedir. Sözleşme at eti üzerinden kurulduğu için de, gerçek irade ile açıklama arasında farklılık ortaya çıkmakta ve böylece şeyin niteliğine ilişkin yanılmadan kaynaklanan bir açıklamada yanılma meydana gelmektedir⁷⁰⁸.

Öte yandan yazar, “olan niteliklere ilişkin yanılmaları”, üç gruba ayırmaktadır: Pozitif yanılma (ya da *Kongruenzirrtum*, uygunluk yanılması), negatif yanılma ve nötr yanılmalar. Bu türe dahil yanılmalarda ise, fark, gerçek irade ile açıklama arasında değil, yanılanın şeyin (ya da kişinin) niteliğine ilişkin tasavvuru ile gerçeklik arasındadır. Diğer bir deyişle, iradenin oluşumunda göz önünde bulundurulmuş nitelik gerçeğe uymamakta ve fakat irade ile açıklama birbiriyle örtüşmektedir. Dikkat edilirse, burada aslında saikte yanılma türünde bir nitelik yanılması söz konusudur. Yazara göre, pozitif yanılmada, kişinin şeyde bulunduğunu düşündüğü nitelik,

⁷⁰⁸ Harke, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Goltz, **a.g.e.**, s. 187 vd.; Brox / Walker ve Kocayusufpaşaoğlu da burada bir açıklamada yanılma olduğu görüşündedirler (Brox / Walker, **AT**, N. 426; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 84, 85). Öte yandan, şayet alıcı, kasap tezgâhının üzerinde duran belirli bir at eti parçasını işaret ederek, “şu sığır eti parçasını satın almak istiyorum” demiş olsaydı, bu halde satış konusu etin kimliği gösterme ile doğru şekilde tespit edilmiş olacağı ve karşı tarafın kabulüyle birlikte sözleşme sığır eti üzerinden kurulacağı için, iradenin konusu ile açıklamanın konusu arasında herhangi bir uygunsuzluk ortaya çıkmayacaktır. Ancak bu sefer de, alıcının etin gerçekte sahip olduğu nitelikleri yanlış değerlendirmesi, saikte yanılma türünde bir nitelik yanılmasına (sözleşme içi nitelik yanılmasına) yol açacaktır.

gerçekte şeyde bulunan (olan nitelik, *Istbeschaffenheit*) nitelikten daha değerlidir, yani daha üstün (pozitif) konumdadır. Mesela altın olduğu düşünülen yüzüğün, gerçekte altın kaplama olması örneğinde durum böyledir. Ancak, yazar (*Flume* gibi), bu tür nitelikte yanılmaların sözleşmeye uygunluk sorunu olduğunu ve bu nedenle de, bunlara sadece ifa etmeme hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Negatif yanılmada ise, bu durumun tersi söz konusudur; yani, gerçekte olan nitelik, yanılanın düşündüğünden daha değersizdir (daha aşağı konumdadır). Bu tür yanılmalar, tamamen spekülative nitelikte olduğundan ve ileri sürülmesinde haklı menfaat de bulunmadığından korunmaya değer sayılmayacak ve § 119/2 BGB'nin kapsamı dışında kalacaktır. Son olarak nötr yanılma ise, mülkiyeti terk, iptal, sözleşmeden dönme gibi, çoğunlukla kişinin işlemin geçerliliğini şarta bağlayamadığı yenilik doğuran işlemlerde söz konusudur. Bu tür işlemlerde, kişi, hukuki ya da fiili duruma ilişkin belirli bir saiki istese de şart haline getiremediği için, en azından yanılma hükümleriyle korunması gerekir⁷⁰⁹.

Yazarın bu görüşünün, doktrinde çoğunlukla eleştirildiği ve genel kabul görmediği söylenebilir. Zira kanun koyucu, BGB'deki yanılma sisteminde, nitelik yanılmalarını, saikte yanılma veya açıklamada yanılma şeklinde ikiye ayırmayı ve bunlara ayrı hükümlerin uygulanmasını hiçbir şekilde amaçlamamıştır. Dolayısıyla bu görüş, öncelikle pozitif hukuka aykırıdır⁷¹⁰.

Bu başlık altında kabul edilebilecek bir diğer görüş de *Schmidt-Rimpler*'e aittir. Bu yazara göre⁷¹¹, § 119/2 BGB'deki hükmün tek başına bir fonksiyonu bulunmamakta; bu düzenleme, § 119/1 BGB'deki açıklamada yanılmaları sınırlama görevi görmektedir. *Brauer*'in görüşünü daha da ileri götüren yazar, nitelik yanılmalarının hepsini açıklamada yanılma olarak kabul etmektedir. Buradaki tek kriter ise, maddedeki “*alışveriş hayatında esaslı kabul edilen nitelikler*” ifadesinden çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, her türlü nitelik yanılması, § 119/1 BGB uyarınca sözleşmenin iptali sonucunu doğurmayacak, ikinci fıkraya uygun şekilde, sadece alışveriş hayatında esaslı sayılan niteliklere ilişkin yanılmalar bu hukuki sonucu

⁷⁰⁹ Harke, **a.g.e.**, s. 33 vd.

⁷¹⁰ Goltz, **a.g.e.**, s. 187. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Harke, **a.g.e.**, s. 35 vd.

⁷¹¹ Walter Schmidt-Rimpler, “Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum”, **Das Deutsche Privatrecht in Der Mitte Des 20. Jahrhunderts: Festschrift Für Heinrich Lehmann Zum 80. Geburtstag**, Band I, 1956, s. 213-233, s. 214 vd., 220 vd.

sağlayabilecektir. Yazara göre, irade açıklaması sadece sözleşme konusu şeyi içermemekte, ona bağlı olan nitelikleri de içermektedir. Ancak burada işlem (sözleşme) içeriğine giren nitelikler, yanılanın o şeyde (veya kişide) bulunduğunu tasavvur ettiği nitelikler değil; açıklamanın objektif anlamına göre olması gereken niteliklerdir.

Kişiler, sözleşme yaparlarken sözleşme konusu şeye ilişkin nitelikleri çoğunlukla bildirmezler; yani, “altın yüzük istiyorum” demek yerine, “yüzük istiyorum” demeyi tercih ederler. Bu nedenle, sözleşmenin karşı tarafı (satıcı), alıcının açıklamasını sadece “işaret edilen o yüzüğün” satın alınmak istendiği yönünde anlamlandırır. Eğer bu yüzük gerçekte altın kaplama ise, işte bu noktada, alıcının gerçek iradesi (altın yüzüğe ilişkin iradesi) ile irade açıklaması (altın kaplama olarak yorumlanmış açıklama) arasında uygunsuzluk ortaya çıkmaktadır. Öyleyse, alıcının nitelik yanılması, § 119/1 BGB anlamında açıklamanın içeriğinde yanılma teşkil etmektedir. Ancak bu sonuca varılması sözleşmenin iptali için yeterli olmamakta, şeydeki yanılma konusu niteliğin, ayrıca § 119/2 BGB’ye göre alışveriş hayatında esaslı kabul edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, şayet söz konusu nitelik, açıklama anında satıcıya bildirilmişse ya da onun tarafından anlaşılması gerekiyorsa, burada zaten sözleşme iki tarafın da üzerinde uyduğu o niteliğe uygun olarak kurulacaktır. Bu durumda, eğer şeyin gerçek niteliği sözleşmeye uygun değilse, alıcı ayıplı ifa hükümlerine dayanacaktır⁷¹².

Schmidt-Rimpler’in bu görüşü, doktrinde çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Eleştirilerin asıl temas ettiği nokta, yazarın sisteminde, yanılanın sözleşme konusu şeyin niteliğiyle ilgili karşı tarafa herhangi bir açıklamada bulunmama dahi, sözleşmeyi iptal edebilecek olmasıdır. Diğer bir anlatımla, kendisi için önem arz eden niteliği, o şeye ilişkin sözleşme yaparken söylemeyen veya söylemeyi unutan kimsenin adeta ödüllendirildiği ifade edilmektedir⁷¹³.

(e) Değerlendirme ve Görüşümüz

İlk görüşte öne sürülen, nitelikte yanılmanın esaslı olabilmesi için, yanılma sonucunda o şeyin (ya da kişinin) alışveriş hayatında başka bir kategoriye dahil olması

⁷¹² Schmidt-Rimpler, **a.g.m.**, s. 227, 228.

⁷¹³ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 770; Goltz, **a.g.e.**, s. 189.

gerektiği yönündeki görüşün, hem pozitif hukuk hem de ideal hukuk anlamında herhangi bir savunulabilirliği olmadığına yukarıda işaret etmiştik. Öte yandan, nitelikte yanılmanın esas itibarıyla açıklamada yanılma teşkil ettiği yönündeki görüşe de, bu görüşe yönelik eleştirilerle hem fikir olarak katılmamaktayız. Özellikle *Schmidt-Rimpler*'in ileri sürdüğü, tüm nitelikte yanılmaların açıklamada yanılmaya yol açtığı şeklindeki düşünce isabetsizdir. Yazarın, sözleşmeye uygunluk sorunu olarak gördüğü ve kötü ifa hükümlerine havale ettiği durumlar, başlı başına saikte yanılma şeklindeki nitelik yanılmalarıdır. Dahası, yazar, esaslı yanılmaların uygulama alanını daraltmak isterken, başka bir yönden bu amacına ters düşmektedir. Şöyle ki, yanılanın şeyin niteliğine ilişkin tasavvurunun, karşı tarafça bilinmediği veya bilinebilir olmadığı hallerde dahi, ona, belirli hallerde sözleşmeyi (saikte yanılma olarak değil de) açıklamada yanılmaya dayanarak iptal etme hakkı verilmesi, yazarın korumayı amaçladığı işlem güvenliğine zarar verecek niteliktedir. Kaldı ki, yazarın örneğine tekrar bakılırsa, burada sözleşmenin salt satıcının anlayışına göre sonuç doğurduğu (altın kaplama yüzük) görülmektedir ki, bu sonuç çoğunlukla, irade açıklamasının yorumunda “anlam verme ilkesi” geçerli kabul edildiğinde söz konusu olacaktır⁷¹⁴. Oysaki yorum faaliyetinin, çatışan menfaatleri daha adil ölçekte uzlaştıran güven ilkesi doğrultusunda yapılması gerekir. Nitekim aynı örnekte, güven ilkesi çerçevesinde ve somut olaya özgü diğer koşullar dikkate alınarak (bu bağlamda sözleşmede ödenen bedel miktarı önemli bir parametredir) yorum yapıldığında, sözleşmenin, satıcının o açıklamaya yüklediği sübjektif anlama göre değil de, alıcının fark edilebilir olan gerçek iradesine göre kurulma olasılığı (“altın yüzük” üzerinden) çok daha fazladır. Öte yandan, aşağıda temas edileceği üzere, nitelik yanılmalarının belirli durumlarda açıklamada yanılmaya yol açması mümkündür (*Brauer*'in sığır eti örneğinde durum böyledir)⁷¹⁵. Ancak bu durum hiçbir zaman, nitelik yanılmalarının ayrıca saikte yanılma görünümünde de olabilmesini ve bunların (belirli şartların varlığına bağlı olarak) hukuken dikkate alınmasını engellemez.

İkinci ve üçüncü görüşler açısından ise, kanaatimizce şu şekilde bir uzlaştırmaya varılması gerekir. *Flume*'nin ileri sürdüğü gibi, şeye (veya kişiye) ilişkin nitelikler, şayet yanılanın bunlara ilişkin tasavvuru karşı tarafça biliniyorsa veya bilinmesi gerekiyorsa, edim anlaşmasının konusu olarak sözleşme içeriğine dahil olurlar. Diğer

⁷¹⁴ Anlam verme ilkesi konusunda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, B, 1.

⁷¹⁵ Bkz. aş. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (3).

bir ifadeyle, karar verdirici niteliğin karşı tarafça bilinebilirliği söz konusuysa, bu nitelik, (işlem iradesinin içeriği olmasının yanısıra) aynı zamanda irade açıklamasının da içeriğine dahil olacağından, o niteliğin gerçeğe uymaması halinde, irade ile açıklama arasında herhangi bir uygunsuzluk ortaya çıkmaz. Uygunsuzluk, gerçek durum ile irade arasında bulunduğundan, burada iradenin oluşumu aşamasında cereyan eden ve dolayısıyla saikte yanılma teşkil eden bir nitelik yanılması söz konusu olur. Görüleceği üzere, *Flume*’nin aksine, sözleşme içi nitelik yanılmasının da, doğası gereği saikte yanılma olduğunu savunmaktayız. Buradan çıkarılacak bir başka sonuç, TBK m. 32 çerçevesinde saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için gereken şartlardan birisi olan “bilenebilirlik” şartının, aynı zamanda, şeyin niteliğine ilişkin tasavvuru (saiki) sözleşme içeriği yapma işlevi olduğudur⁷¹⁶. Keza bu şartın, güven ilkesinin bir görünümü olduğuna daha önce işaret etmiştik. Buraya kadar belirttiğimiz çekinceler dışında, *Flume*’nin § 119/2 BGB bağlamındaki sistemi ile bizim savunduğumuz İsviçre-Türk hukuku çerçevesindeki sistem arasında paralellik bulunmaktadır⁷¹⁷.

Ancak bu noktadan itibaren çok önemli bir farka geliyoruz ki, bu da, İsviçre-Türk hukukundaki esaslı saikte yanılma hükmünün (TBK m. 32, OR m. 24/1 b. 4), § 119/2 BGB’den daha isabetli bir düzenleme olduğunu kanıtlamaktadır. Şöyle ki, her ne kadar bugün için birçok yazarın *Flume*’nin sistemini benimsediği görülse dahi, Alman hukukundaki ilgili düzenlemede, açıkça bilenebilirlik şartı yer almamaktayken, Türk hukukunda bu şartın kanunda açıkça zikredilmesi (İsviçre hukukunda da hâkim görüşün bu şartı aradığı hatırlanmalıdır), şüphesiz esaslı saikte yanılmanın çerçevesini çok daha iyi belirlemektedir. Buna ek olarak, İsviçre-Türk hukukundaki objektif esaslılık şartının, § 119/2 BGB’de belirtilen “alışveriş hayatında esası kabul edilen nitelik” kriterinden çok daha kapsamlı olarak işlem güvenliğini gözettiği de rahatlıkla söylenebilir. Şu halde gözden uzak tutulmaması gereken nokta, sözleşme konusu şeyin (ya da kişinin) niteliğine ilişkin tasavvur, güven ilkesi çerçevesinde karşı tarafça bilenebilir olsa dahi, İsviçre-Türk hukukuna göre henüz esaslı nitelik yanılması ortaya çıkmamaktadır. Söz konusu işlem (sözleşme) içi nitelik yanılmasının esaslı olabilmesi

⁷¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 92, 93; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 266, 267; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 117.

⁷¹⁷ § 119 II BGB’deki esaslı nitelik yanılmasının hukuki yapısına ilişkin tartışmalarda, Alman doktrininde öne çıkan görüşler; sözleşme içeriğine girmeyen saikte yanılma görüşü (ikinci görüş) ile işlem içi nitelik yanılması görüşüdür (üçüncü görüş). Alman hukuku içtihatlarına bakıldığında ise, bunlardan herhangi birine üstünlük tanındığını söylemek mümkün değildir (Huber, **a.g.e.**, s. 10, 13).

için, ayrıca objektif şartın da gerçekleşmesine ihtiyaç bulunmaktadır⁷¹⁸. Dolayısıyla, temel ilke burada da geçerlidir: Saikte yanılma hangi tür olursa olsun (hukuki yanılma, değerde yanılma, hesap yanılması, nitelik yanılması ve diğerleri), sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için, her zaman dört şartın (esaslilik şartlarının) bir arada gerçekleşmiş olması gerekir.

Son olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus, nitelik kavramının kapsamını belirlenimin, Alman hukukunda son derece kilit öneme sahip olduğudur⁷¹⁹. Zira bir şeye (ya da kişiye) ilişkin özellik, eğer kanunun aradığı anlamda nitelik kavramına girmiyorsa, burada adi saikte yanılma olduğu sonucuna varılacak ve sözleşmenin geçerliliği üzerinde hiçbir etki doğurmayacaktır. İsviçre-Türk hukukunda ise, hem nitelikte yanılgılar hem de nitelik dışındaki konularda yanılgılar, aynı maddenin (OR m. 24/1 b. 4, TBK m. 32) altına toplandığından, kavramsal çerçevenin belirlenmesinde gündeme gelebilecek zorlukların bu derece önem arz etmeyeceği söylenebilir.

(3) Nitelik Yanılmasının Açıklamada Yanılmaya Yol Açabilmesi

Belirli durumlarda, sözleşme konusu şeyin (veya kişinin) niteliğine ilişkin yanılmanın açıklamada yanılmaya yol açabilmesi mümkündür. Aslında burada, *Brauer*'in “olması gereken niteliklere ilişkin yanılma” şeklinde ifade ettiği yanılma türüne çok benzeyen bir durumla karşılaşmaktayız⁷²⁰. Gerçekten de, nitelik yanılmasının açıklamada yanılmaya dönüşmesinin sebebi, yanılanın, sözleşme konusu şeyin niteliğini açıklamasında belirtmeye gerek duymadığı veya farkında olmadan doğru şekilde ifade edemediği hallerde, irade açıklamasının farklı şekilde anlaşılmasıdır. Öyle ki, yanılan, belki de nasıl olsa anlaşılacağını düşünerek şeye ilişkin niteliği karşı tarafa açıklamamakta ya da bilinebilir kılmamakta ve bunun sonucunda da, karşı tarafın güven ilkesine uygun şekilde anlamlandırdığı açıklama, yanılanın gerçek iradesine uymamaktadır. Kısacası, şeyin (ya da kişinin) yanılanın gerçek iradesine göre bulunması gereken nitelikleri ile irade açıklamasına göre bulunması gereken nitelikler birbirini tutmamaktadır⁷²¹. Burada cereyan eden yanılma,

⁷¹⁸ Aynı görüşte bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 88 dn. 146.

⁷¹⁹ Goltz, **a.g.e.**, s. 191.

⁷²⁰ Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (2), (d).

⁷²¹ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 104 vd.; Flume, **AT**, s. 460; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 83; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 766.

irade açıklamasına güven ilkesine çerçevesinde verilen anlam nedeniyle, kişinin, o niteliğe ilişkin “açıklama içeriğinde yanılma” anlamına gelmektedir.

Bazı olaylarda, özellikle parça borcunun söz konusu olduğu sözleşmelerde, nitelikte yanılmanın saikte yanılma özelliğinde bir yanılma mı (*Eigenschaftsirrtum*), yoksa açıklamada yanılma görünümünde bir yanılma mı olduğunu ayırt etmek kolay değildir. Bir şeyin niteliklerinin, aynı zamanda onun kimliğini (hüviyetini) oluşturduğu ve onu somutlaştırdığı dikkate alınır, bu durum daha iyi anlaşılır⁷²². Ancak hemen belirtelim ki, açıklamada yanılma türündeki nitelik yanılmalarının çeşit borçlarında da söz konusu olmasında herhangi bir engel yoktur.

Açıklamada yanılma şeklindeki nitelik yanılmaları, çoğunlukla “sözleşmenin konusu şeyde yanılma” (*error in corpore, Identitätsirrtum*) tarzında ortaya çıkmaktadır⁷²³. Bunun teorik temeli ise, niteliklerin duruma göre iki farklı işlevi bulunduğu gerçeğine dayanmaktadır. Buna göre, nitelikler, ya (i) o şeyin kimliğini tespit eden, onu diğer şeylerden ayırmaya yarayan nitelikler (açıklamada yanılmaya yol açan nitelikler) ya da (ii) o şeyin değerini veya kullanılabilirliğini (kullanım amacını) etkileyen nitelikler (saikte yanılma şeklindeki nitelik yanılmasına yol açan nitelikler) şeklinde işlev görmektedirler⁷²⁴. Bu bağlamda, eğer söz konusu niteliklerin belirtilmesi, şeyin (veya kişinin) kimliğini belirlemek için zorunluysa; bunun belirtilmemesi halinde, nitelikte yanılma, sözleşme konusu şeyde yanılmaya neden olmaktadır. Buna karşın, eğer bu nitelikler belirtilmese ya da bu nitelikler bulunmasa dahi, o şeyin kimliğinin yine tespit edilebilmesinin mümkün olduğu; diğer bir deyişle, belirtilen niteliklerin “o şeyin” sadece nitelendirilmesi işlevi gördüğü durumlarda da, saikte yanılma türünde bir nitelik yanılması söz konusu olmaktadır⁷²⁵. İkinci durumda, yanılan sözleşme konusu şeyin (veya kişinin) kimliğini doğru tespit etmiştir, ancak sakatlık, yanılanın gerçek iradesine uygun şekilde açıklamada bulunduğu şeyin

⁷²² Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 52; Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 39; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 56, 57; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 765.

⁷²³ Hiç şüphesiz, niteliklerin sözleşmenin diğer tarafının veya sözleşmeyle ilgili başka bir kişinin kimliğinde yanılmaya yol açması da mümkün olup, bu durumda “*error in persona*” gündeme gelecektir.

⁷²⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 89.

⁷²⁵ Flume, **AT**, s. 458; Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 39; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 57.

niteliğine ilişkin saikinın hatalı olmasından (gerçeğe uygun olmamasından) kaynaklanmaktadır.

Konuyu aydınlatmak için *Brauer*'den alınan şu örnek verilebilir⁷²⁶: Bir kimse, içki dükkânındaki bir rafta gördüğü bir şişe martiniyi işaret ederek satın almıştır. Ancak o, şişede konyak olduğunu düşünmesine rağmen, bu tasavvurunun yanlış olduğuna ihtimal vermeyerek açıklamasında konyak istediğini belirtmemiş, sadece işaret etmekle yetinmiştir. Burada, sözleşme dükkân sahibinin güven ilkesi bağlamındaki anlayış ufkuna göre, “bir şişe martini” üzerinden kurulmuştur. Fakat yanılanın gerçek iradesi “bir şişe konyağa” ilişkin olduğu için, nitelikte yanılma, bir açıklamada yanılma meydana getirmiştir. Zira bu kimse, raftaki şişenin içindeki içkinin niteliğinde yanılmamış olsaydı, söz konusu şişeyi işaret etmeyecek, böylelikle sözleşme konusu şeyin kimliğini hatalı şekilde belirlemeyecektir.

Yine bir diğer örnek, doktrinde bu tür yanılmalar için çoklukla aktarılmış olan, *Titze*'nin *Nixe* isimli yarış atı örneğidir⁷²⁷: A, B'ye mektup yazarak, “*Nixe*” isimli bir atı belirli bir fiyat karşılığında satmak istediğini bildirmiştir. Bunun üzerine B, A'ya öneriyi kabul ettiğini bildiren bir telgraf yollamıştır. Ancak daha sonra, “*Nixe*” isimli atın, B'nin öneriyi kabul ederken düşündüğü gibi ödül kazanan ünlü bir at olmadığı, onunla aynı adı taşıyan ve fakat gerçekte hiçbir ödül kazanmamış bir at olduğu anlaşılmıştır. Yazara göre, atın niteliğiyle ilgili yanlış tasavvur, B'nin iradesini “ödül kazanan ata” yönelik oluşturmuş ve fakat açıklaması, bu iradeye uymayan bir sonuç doğurmuştur. Diğer bir ifadeyle, sözleşme, B'nin gerçek iradesine aykırı olarak “ödül kazanmamış at” üzerinden kurulmuş ve böylelikle nitelik yanılması, açıklamada yanılmaya yol açmıştır⁷²⁸. Keza, daha önce aktardığımız *Brauer*'in sığır eti örneğinde

⁷²⁶ Goltz, **a.g.e.**, s. 187. Bu örneğin bir benzerinde, alıcı, dalış sporuyla uğraştığı için çok derinlerde dahi su geçirmeyen bir saat satın almak ister. Ancak bu durumu satıcıya tam olarak aktaramadığı için, sözleşme, satıcının anlamakta haklı olduğu şekilde ve teslim ettiği “normal saat” üzerinden kurulur (Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 766).

⁷²⁷ Titze, **a.g.e.**, s. 18.

⁷²⁸ Farklı görüşte olan *Flume* ve *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre ise, burada nitelik yanılması değil, sadece şeyin kimliğinde yanılma söz konusudur (Flume, **AT**, s. 459, 460; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 56, 57). Bize göre de, örnekteki yanılanın şeyin kimliğinde bir yanılma olduğunda şüphe yoktur. Ancak yazarlardan ayırdığımız nokta şudur: Bu yanılmaya yol açan sebep, B'nin, söz konusu atın “niteliğine ilişkin” yanılmış olmasıdır. Çünkü B, tam da atın niteliğinde yanıldığı için onun kimliğini adıyla (*Nixe*) belirlemiştir (aynı yönde Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 53). Öte yandan, *Kocayusufpaşaoğlu*'nun belirttiği üzere, eğer söz konusu at, sözleşme kurulurken B'ye (yine *Nixe* adı altında) gösterilmiş olsaydı ve B, gerçekte önünde bulunan o atın ödül kazanan at olduğunu düşünerek (ve bu A tarafından anlaşılabilecek şekilde) kabul açıklamasında bulunsaydı durum değişecektir. Zira bu durumda, iradenin konusu ile açıklamanın konusu aynı şeydir ve sözleşme de “o anda orada” bulunan *Nixe* isimli at üzerinden kurulur. Burada, gerçek irade ile

de aynı sonuca varmak mümkündür. Söz konusu örnekte de, kişi, sözleşme konusu şeyin niteliğinde yanlış (önündeki eti sığır eti zannetmiş) ve fakat açıklamasının yorumundan çıkan sonuç (sözleşme at eti için kurulmuştur), gerçek iradesiyle uyuşmayan bir sözleşme ilişkisine girmesine neden olmuştur.

Şu halde görülmektedir ki, alışveriş hayatında bir şeye (veya bir kişiye) ilişkin bazı nitelikler, sözleşme kurulurken, açıklama sahibinin zihninde onun diğer şeylerden ayrılarak somutlaşmasına yol açmakta ve böylece o şeyin işaret edilerek yerinin belirtilmesiyle (konyak örneğinde olduğu üzere) veya adının zikredilmesiyle (ödül kazanan at örneğindeki gibi) o şeyin kimliğinin oluşmasını sağlamaktadır⁷²⁹. Bu kapsamda cereyan eden yanlışmalarda ise, “kimlik oluşturan niteliğe ilişkin yanlış” söz konusu olmakta ve bu, sözleşme konusu şeyde (veya sözleşmenin tarafında, *error in corpore vel in persona*) yanlışmaya yol açmaktadır⁷³⁰.

açıklama arasındaki herhangi bir uygunsuzluk söz konusu olmamakta; ancak bu sefer de, sözleşmenin konusu ile gerçek arasındaki uygunsuzluk nedeniyle, saikte yanlış türünde bir nitelik yanlışması ortaya çıkmaktadır. (a.g.e., s. 57, 58).

⁷²⁹ Flume **AT**, s. 458; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 57; Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 39. Bu noktada, *Kocayusufpaşaoğlu*’nın verdiği ilginç bir örneği aktarmak gerekiyor: A, deposunda bulunan belirli bir maden karışımına ilişkin B’ye öneride bulunmak amacıyla sekreterine mektup yazdırır. Ancak bunu yaparken, bu maden karışımının içinde bulunan çeşitli madenlerin yüzdelerini, dikkatsizlik sonucu yanlış dikte ettirir: % 30 x, % 50 y, % 20 z demek isterken, % 30 x, % 60 y, % 10 z şeklinde ifade eder. Burada, irade açıklamasındaki nitelikler ile A’nın şeyin niteliklerine ilişkin gerçek iradesi arasında uyumsuzluk söz konusu olduğundan, açıklamada yanlış türünde bir nitelik yanlışması ortaya çıkmaktadır. Ancak yazara göre bu yanlış, TBK m. 31’de sayılan açıklamada yanlış türlerinden hiçbirisiyle örtüşmemektedir. Zira A’nın açıklamasında belirttiği oranları haiz bir maden karışımı mevcut değildir. Ancak açıklamada yanlış halleri, maddede örnekleyici şekilde sayıldığından, bu durum, örnekteki yanlışmaya dayanılarak sözleşmenin iptal edilebilmesini engellemez. Öte yandan, şayet açıklamada ifade edilen nitelikte bir maden karışımı mevcutsa; burada sözleşme konusu şeyin (çeşit borcunun) kimliği, açıklamadaki farklı maden yüzdelerine göre oluşur ve bu halde sözleşme konusu şeyde (*error in corpore*) yanlış ortaya çıkar (Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 83, 84; karşı. Flume, **AT**, s. 461, 462). Yazara katılmakla birlikte şu noktayı ekleyelim ki, ilk olasılıkta, açıklama muhatabı olan B’nin, açıklamada belirtilen yüzdelerin yanlış ifade edildiğini, diğer bir deyişle gerçekte böyle bir maden mevcut olmadığı için açıklamanın A’nın gerçek iradesine uygun olmadığını bilebilecek durumda olması kuvvetle muhtemel olup, bu takdirde, mesele, güven ilkesine göre yorum neticesinde TBK m. 1 etrafında çözülecek ve yanlış sorunu da gündeme gelmeyecektir.

⁷³⁰ Açıklamada yanlış türündeki nitelik yanlışmasının, hem karşı tarafın haklı güvenine hem de işlem hayatının istikrarına ciddi anlamda zarar verebilme tehlikesi içermesi, bu noktada önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ileride yanlışmanın esaslılığı başlığı altında da ele alınacağı üzere, açıklamada yanlışmalar kural olarak esaslı olarak kabul edilse dahi, bu her açıklamada yanlış için geçerli değildir (bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1). Bilhassa burada ele aldığımız nitelikte yanlış nedeni ortaya çıkan yanlış durumlarında bu hassasiyet daha iyi anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yeri gelmişken bu tür yanlışmaların işlem güvenliğine etkisi ve karşı tarafın güveninin ne derece korunacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Durumu bir şişe martini örneğiyle açıklarsak; bir kimse içki dükkanında gördüğü bir şişeyi, içinde konyak olduğunu zannederek satın almıştır, fakat eve geldiğinde şişede martini olduğunu fark etmiştir. Burada, eğer durumu saikte yanlış türünde bir nitelik yanlışması açısından değerlendireydik ve yanlışın

Bu örneklerde de görüldüğü üzere, ortada saikte yanılma özelliğinde bir nitelik yanılması mı, yoksa açıklamada yanılma özelliğinde bir nitelik yanılması mı bulunduğu sorusu cevaplanırken, dikkat edilecek kriter şudur: Öncelikle güven ilkesine doğrultusunda, sözleşmenin konusunun ne olduğu (sözleşmenin ne üzerinden kurulduğu) belirlenmeli ve daha sonra da, yanılanın gerçek iradesinin neye ilişkin olduğu tespit edilmelidir. Eğer bu iki bulgu birbirinden farklıysa, ortada bir açıklamada yanılma olduğu sonucuna varılacaktır. Diğer bir anlatımla, açıklamada yanılmada, yanılanın iradesi oluştururken belirli bir niteliğinde hataya düştüğü şey (örneğin sığır eti) veya kişi ile güven ilkesine göre sözleşmenin konusu olan şey (örneğin domuz eti) veya kişi arasında farklılık (kimlik farklılığı) bulunmaktadır. Oysaki saikte yanılmada, sözleşme konusu şeyin (veya kişinin) kimliği doğru tespit edilmiş olup, açıklama, gerçekten istenilen şeye ilişkin yapılmıştır. Ancak o şey, yanılanın hatalı tasavvur ettiği nitelikten daha farklı bir niteliğe sahiptir ve bu nedenle, sadece iradenin oluşumunda bozukluk söz konusudur⁷³¹. Bu tür yanılmaların sözleşmeyi iptal hakkı verebilmesi, TBK m. 32 çerçevesinde esaslılık şartlarının varlığına bağlıdır.

sözleşmeyi iptal edip edemeyeceğini sorgulasaydık, yanılanın şişenin niteliğine ilişkin karar verdirici saikin (konyak olduğunu zannetmesi) karşı tarafça bilinebilir olmasını arayacaktık ve bu şartın varlığına bağlı olarak da, sözleşme bir şişe konyak üzerinden kurulacaktı. Ancak esaslı nitelik yanılması için bu da yeterli olmayacak, ayrıca objektif esaslılık şartının da bulunması gerekecekti. İşte bu halde, yanılanın gerçek iradesi (bir şişe konyak) ile açıklaması (bir şişe konyak) arasında tam bir uygunluk olacak, fakat iradenin oluşumunda dikkate alınan nitelik ile gerçek arasındaki uygunsuzluk nedeniyle esaslı nitelik yanılması ortaya çıkacaktı. Öyleyse, şimdi akla ister istemez şu soru gelmektedir: Acaba bu şartların gerçekleşmediği, özellikle karar verdirici saikin bilinebilir olmadığı bir durumda, alıcıya açıklamada yanılmaya dayanarak daha kolay yoldan sözleşmeden kurtulma imkanı tanımak, çoğu zaman hakkaniyete ve işlem güvenliğine aykırı sonuçlar doğurmayacak mıdır? Kanaatimizce, yanılma kurumunun çeşitli mekanizmaları bu tehlikeyi önleme işlevini gereği gibi yerine getirecektir. Öncelikle, pratik hayatta birçok halde, karşı tarafın, yanılanın gerçek iradesini fiilen anlayacağı ya da somut olayın özellikleri çerçevesinde anlaması gerekeceği dikkate alınırsa, ortada yanılma hükümleriyle çözülmesi gereken bir sorun olmayacağı görülecektir. Çünkü bu durumda, irade açıklamalarının yorumu neticesinde (TBK m.1 ve 19/1) sözleşme ya gerçek iradeye göre kurulur ya da hiç meydana gelmez (yokluk). Öte yandan, bu ihtimaller dışında kalan hallerde ise, yukarıdaki örneklerde de görüleceği üzere, açıklamasını iç iradesinin anlaşılabilir olduğu şekilde yeterli açıklıkta yapmayan yanılanın, bu özensizliği nedeniyle neredeyse her zaman kusurlu olduğu sonucuna varılacak ve böylece TBK m. 35 anlamında tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Yine gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta da, yanılan, açıklamada yanıldığını ispat etse (yani açıklaması ile gerçek iradesi arasında uygunsuzluk olduğunu kanıtlasa) dahi, bu sefer karşı tarafın, bu yanılmanın objektif yönden esaslı olmadığını (açıklamada yanılmanın önemli olmadığını) ispat ederek durumu eşitleyebilecek olmasıdır (bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, e). Son olarak, bu tür yanılmaların yol açabileceği olası tehlikelerin TBK m. 34/1'de ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yaşı ile önlenmesi de gündeme gelebilecektir.

⁷³¹ Flume, **AT**, s. 458; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 398; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 764.

Görölmektedir ki, çoğunluk görüşün ileri sürdüğü üzere⁷³², açıklamada yanılmalar sadece “sağlıklı oluşturulmuş iradenin”, yanlışlıkla dış dünyaya farklı yansıtılmasından ortaya çıkmamaktadır. Yanılanın iradesi sağlıklı oluşturulmamış olsa dahi (sığır eti ve konyak örneklerinde görüleceği üzere), eğer objektif yorumlanan açıklama ile iç irade arasında uygunsuzluk söz konusuysa, ortada yine açıklamada yanılma bulunmaktadır. Dolayısıyla açıklamada yanılmanın varlığı için, esas itibarıyla, güven ilkesine göre anlamlandırılmış açıklama ile yanılanın iç iradesinin uyuşup uyuşmadığı önem arz etmektedir.

(4) Nitelik Yanılmasının Çeşit Borçlarında Gerçekleşip Gerçekleşmeyeceği

Sözleşme konusu şeyin niteliğine ilişkin saikte yanılmanın, o şeyin parça borcu ya da çeşit borcu (cins borcu) olmasına göre farklı sonuçlar doğurup doğurmayacağı doktrinde tartışmalıdır⁷³³. Bilindiği üzere, maddi edim konusu şey, sözleşme kurulurken taraflarca belirli nitelikler göz önünde bulundurularak bireyselleştirilmiş ve somut şekilde ayırt edilmişse, parça borcunun varlığından söz edilecektir⁷³⁴. Öte yandan çeşit borcunda ise, borcun konusu, somut olarak belirtilmemekte, bilakis o türün (cinsin) genel nitelikleri dikkate alınarak soyut biçimde sözleşmenin konusu yapılmaktadır⁷³⁵. Buradan hareketle, parça borcunda, sözleşme sadece bireyselleştirilmiş “o şey” ile ifa edilebilir ve borçlunun aynı türden başka bir şey vererek edimini yerine getirmesi mümkün değildir. Çeşit borcunda ise, borçlu, sözleşme konusu çeşide dahil ve tarafların anlaştığı nitelikleri taşıyan (veya bu yönde bir anlaşma yoksa, ortalama nitelikteki) herhangi bir şey ile sözleşmeyi ifa edebilir⁷³⁶.

⁷³² Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 830; Schwenger, **AT**, N. 37.03; Eren, **BG**, s. 398.

⁷³³ Açıklamada yanılma türündeki nitelik yanılmalarında ise, bu tür bir ayrımın yapılmasına gerek yoktur. Zira açıklamada yanılmada odaklandığımız husus, iç irade ile açıklama içeriği arasındaki farklılıktır. Bu kapsama, parça borçları kadar çeşit borçları da girer.

⁷³⁴ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 7; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, s. 101; Rona Serozan, “Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım”, **MHAD**, C. 3, S. 5, 1969, s. 211-238, s. 213; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 997.

⁷³⁵ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 7; Serozan, **BÖ**, s. 101; Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 213 (Bu iki borç türünün pratikte yol açtığı farklı sonuçlara ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. **A.g.e.**, s. 215 vd.; Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 242 vd.); Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 995.

⁷³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 74; Kuşkusuz, satıcının, gerek parça borcu açısından sözleşme kurulurken bireyselleştirilen şeyden başka şeyi ifa olarak arz etmesi, gerekse çeşit borcu açısından sözleşmede kararlaştırılan daha farklı kategorideki (cinsteki) bir şeyi ifa olarak arz etmesi (*aliud* ifa) durumunda, alıcının, o şeyi ifa olarak kabul ederek, “ifa yerine edim” anlaşması yapması da mümkündür (Kevork Acemoğlu, “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine”, **MHAD**, C. 6, S. 9, 1972, s. 19-29, s. 19 dn. 1; Zariife Şenocak,

Yukarıda yapılan açıklamalara ve örneklere dikkatle bakıldığında, saikte yanılma teşkil eden nitelik yanılmasının, parça borcunda hukuken dikkate alındığında herhangi bir tereddüt bulunmadığı görülecektir.

Doktrindeki tartışmanın asıl eksenini, çeşit borcunda esaslı nitelik yanılmasının olup olamayacağı noktasındadır. Bu tartışmaya geçmeden önce, şu hususun peşinen belirtilmesinde yarar görmekteyiz: Parça borcu teşkil eden şeyin niteliklerinin, hiçbir zaman sözleşmenin içeriğine girmeyeceğini savunan görüş dahi, çeşit borçlarında, o şeye ilişkin taraflarca uzlaşılmış niteliklerin (özel kullanım amacına veya alışveriş hayatındaki olağan kullanım amacına uygun niteliklerin) her zaman sözleşmenin içeriğine dahil olacağını kabul etmektedir⁷³⁷. Dolayısıyla burada tartışacağımız konu, niteliklerin çeşit borcunda sözleşme içi olup olmaması değil, bu kapsama giren şeylerde esaslı nitelik yanılmasının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir.

Hâkim görüşün, çeşit borcunda esaslı nitelik yanılmasının mümkün olamayacağı yönünde olduğu görülmektedir. Bu görüşe göre, çeşide göre belirlenen şey, sözleşme kurulurken henüz “somut belirli bir olgu”, diğer bir deyişle sabit ve kesin nitelikte bir olgu teşkil etmez. Yanılanın (örneğin satış sözleşmesinde alıcının), karşı tarafın daha sonra ifa etmek için seçeceği şeyin sözleşmeye uygun olacağı kadar olmayacağını da hesaba katması gerekir. Yani sözleşmenin kurulması anında, çeşit konusu şeyin sözleşmeye uygun ifa edilmesi kadar ifa edilmemesi de mümkün olduğundan, bu durum, belirli bir olgu niteliğinde kabul edilemez⁷³⁸.

Bize göre de, çeşit borcu olan şeyin niteliği, esaslı saikte yanılma teşkil edecek “belirli bir olgu” olma şartını sağlayamamaktadır. Öte yandan, çeşit borçlarında esaslı nitelik yanılmasının söz konusu olamayacağı, yanılma hükümlerinin gelecekteki olgulara uygulanmayacağı yönündeki görüşle de desteklenmektedir. Şöyle ki, çeşit

“Borçlar Kanunu’nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından “Aliud”un (Başka Şeyin) Teslimi”, **BATİDER**, C. XV, S. 1, Haziran 1989, s. 113-135, s. 113; İpek, **a.g.e.**, s. 242 vd.).

⁷³⁷ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 17 vd.; Aral, **Kötü İfa**, s. 113; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 116.

⁷³⁸ Goltz, **a.g.e.**, s. 72; Schwenger, **AT**, N. 37.31, 39.40; Giger, **BerKomm**, Vorbem. Art. 197-210 N. 64; Heinrich Honsell, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 197-210 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015, Vorbem. Art. 197-210 N. 9 vd.; Herbert Schönle / Peter Higi, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V / 2a Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204**, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2005, Art. 197 N. 314; Huguenin, **AT**, N. 602, 603; Huber, **a.g.e.**, s. 28; Heinrich Honsell, “Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung - Irrungen und Wirrungen”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 103/2007, s. 137-145, s. 137.

borcunda, sözleşmenin kurulması anında saikte yanılma konusu olabilecek belirli bir şey henüz bulunmamaktadır. Bu şeyin bireyselleştirilerek somutlaştırılması (parçaya dönüşmesi) için, en erken sözleşmenin ifa anının beklenmesi gerekir⁷³⁹. Örneğin alıcı, satıcıdan on teneke birinci sınıf zeytinyağı sipariş etmiştir. Ancak satıcı edimini ifa ettiğinde, bu zeytinyağlarının üçüncü sınıf kalitede olduğunu görülmüştür. Hiç şüphesiz, sözleşme kurulurken zeytinyağının “birinci sınıf” kalitede olması hususu satıcıya bildirildiğinde, bu nitelik, “olması gereken bir nitelik” olarak sözleşme içeriğine dahil olmuştur. Zeytinyağı teslim sırasında sözleşmeye uygun olmadığı için, sözleşme gereği gibi ifa edilmemiştir. Ancak bu gelecekteki bir olgudur ve gelecekteki olgularda yanılmanın söz konusu olmayacağı yönündeki görüş benimsendiği takdirde, bu gibi durumlarda sadece kötü ifa hükümleri uygulanacak, yanılma hükümleri devre dışı kalacaktır.

Çeşit borçlarında esaslı nitelik yanılmasından söz açılmayacağı yönündeki görüşü destekleyen başka bir husus, henüz sözleşmenin kurulması anında, alıcının çeşit konusu şeye (örneğimizle devam edersek zeytinyağına) ilişkin tasavvur ettiği niteliğin, gerçeğe uygun olup olmadığının belirlenmesinin imkansız olmasıdır. Bu an dikkate alındığında, alıcının nitelikte yanılmış olduğunu söyleme imkanı yoktur. Zira satıcının çeşidi her zaman tedarik etme borcu göz önünde bulundurulduğunda, alıcının sözleşme kurulurken tasavvur ettiği niteliğe (birinci sınıf zeytinyağı) uygun bir zeytinyağı, prensip olarak yeryüzünde mevcuttur. Bu nedenle, henüz belirlenmemiş ve somutlaştırılmamış zeytinyağı üzerinde, sözleşmenin kurulduğu anda herhangi bir nitelikte yanılmadan bahsedilemez.

Federal Mahkeme’nin yerleşik kararlarında da bu görüşün kabul edildiği görülmektedir⁷⁴⁰. Yakın tarihlerde verilmiş bir kararda, bir yüklenici, iş sahibinin evindeki pencerelere onun belirttiği özelliklerde cam takmayı taahhüt etmiştir. Yüklenici, kendi elinde bulunmayan bu tür camları tedarikçiden sipariş etmiş ve daha sonra edimini ifa etmiştir. Ancak iki yıl sonra, evin camlarında kalıcı lekeler oluşmaya başlamış ve bunun camın kalitesinden kaynaklanan bir eksiklik olduğu anlaşılmıştır.

⁷³⁹ Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 214.

⁷⁴⁰ BGE 94 II 26 (bger.ch); BGE 47 II 316; BGE 49 II 154 (servat.unibe.ch); karş. BGE 133 III 335 (bger.ch). Eser sözleşmesi bağlamında, sözleşme kurulduktan sonra meydana getirilecek eserler için de, hem doktrinde hem de içtihatla aynı görüşün geçerli olduğu yönünde bkz. Arnold F. Rusch, “Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 2010, s. 553-560, s. 553 vd.; Huguenin, **AT**, N. 604.

Mahkeme olayı iki açıdan incelemiştir: İş sahibi ile yüklenici arasındaki ilişki bakımından, eser sözleşmesinde ayıptan kaynaklanan seçimlik hakların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu ve bu sürenin henüz geçmediği belirtilmiştir. İkinci olarak da, yüklenici ile tedarikçi arasındaki satış sözleşmesi merccek altına alınmış ve buradaki bir yıllık zamanaşımının (bu süre TBK m. 231’de iki yıldır) geçtiğine işaret etmiştir. Ayrıca olayı yanılma bakımından da inceleyen mahkeme şu sonuca varmıştır: Uyuşmazlık konusu camlar çeşit borcu teşkil etmektedir ve çeşit borcunda, sözleşme kurulurken henüz satıcının ne ifa edeceği belli olmadığından ya da henüz o şey üretilmemiş olacağından, yanılanın o nitelik üzerinde yanlış tasavvurda bulunma imkanı yoktur. Ancak mahkeme, kuralın bu olduğunu belirtmekle birlikte, çeşit borcunun istisnai hallerde yanılma hükümlerine tabi olabileceğine işaret etmiştir. Bunun için, o çeşide ait bütün malların sözleşme kurulurken ayıplı olması ve yanılanın hatalı tasavvurunun da bu niteliğe (eksik niteliğe) ilişkin olması gerekir⁷⁴¹. Diğer bir deyişle, çeşit borcunda yanılmanın kabul edilmesi için, sözleşmenin kurulması aşamasında, yanılanın “o türe ait bütün şeylerde bulunan bir nitelikte” yanılmış olması aranmaktadır.

Öte yandan, karşıt bir görüşe göre, özellikle ayıplı ifa sorumluluğu çerçevesinde, alıcının korunması için zor külfetlerin ve kısa zamanaşımının söz konusu olduğu düşünüldüğünde, eğer bu fırsat kaçırılmışsa, sadece parça borçlarında değil, çeşit borçlarında da alıcının yanılma hükümlerine başvurabilmesi gerekir. Parça borcu ve çeşit borcu açısından, yanılma hükümleri bağlamında yapılan bu ayırım, ayıp hükümlerinin devre dışı kaldığı olaylarda alıcıyı çoğu zaman mağdur edebilecektir. Zira parça borcunda olduğu gibi, çeşit borcunda da bazı malların ayıplı olduğu, ancak söz konusu bir yıllık zamanaşımı süresinden sonra anlaşılabilmektedir. Öte yandan, parça borcunda alıcının sözleşme kurulurken şeyi muayene edebilme imkanının bulunmasına rağmen, çeşit borcunda böyle bir ihtimalin söz konusu olmaması da bu görüşü desteklemektedir. Çeşit borçlarına da yanılma hükümlerinin uygulanması için iki yol düşünülebilir: İlk olarak, OR m. 71/2’de (TBK m. 86) zikredilen, satıcının ortalama nitelikten aşağı bir şeyi teslim edemeyeceğine yönelik kural, sözleşmenin

⁷⁴¹ BGer 4c.300/2006 (servat.unibe.ch). Aynı gerekçelerin yer aldığı Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin bir kararı için bkz. OGH 23.4.2003, 90b247/02t (aktaran Rusch, **a.g.m.**, s. 556 dn. 15). Bu görüşte bkz. Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210 N. 9; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 314; Honsell, **Konkurrenz**, s. 137.

kurulması anındaki bir olgu olarak kabul edilebilir. İkinci olarak, gelecekteki olgularda esaslı yanılmanın söz konusu olabileceği görüşünden hareket edilebilir⁷⁴².

⁷⁴² Rusch, **a.g.m.**, s. 554-558. Yazarın ifade ettiği endişelerin, en azından TBK m. 225 vasıtasıyla bir ölçüde önüne geçilebileceği söylenebilir. Bu hükme göre, “satıcılığı meslek edinmiş kişilerin” bilmesi gereken ayıplar konusunda ağır kusurlu oldukları kabul edilmektedir. Bunun varlığı halinde de, satıcı, alıcının süresinde ayıp bildiriminde bulunmadığını iddia edemeyecek (TBK m. 225/1); alıcının seçimlik hakları için, teslimden itibaren öngörülmüş iki yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği savunmasında (TBK m. 231/2) bulunamayacak ve taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa (TBK m. 221), bu anlaşma kesin hükümsüz olacaktır (meslekten satıcılar için öngörülen özen kriterinin, sorumsuzluk anlaşmalarında da geçerli olup olmadığı konusundaki tartışma için bkz. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 79, 80). Bu hükmün eser sözleşmesine kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusu ise ayrıca çözülmesi gereken bir sorundur. Ancak öncesinde belirtilmelidir ki, ilgili hükümdeki bu artı özen kriterinin Türk hukuk doktrinindeki ilk savunucusu Yavuz olup, yazara göre, alışveriş hayatındaki benzer işlere özgü meslek ve imalat kurallarına uymayan davranışların ağır ihmalli oldukları kabul edilmelidir. Bu bağlamda, yazarın bu kriterin hem yükleniciler hem de satıcılar için geçerli olması gerektiğini belirtmesine karşın (Yavuz, **Ayıp**, s. 102), TBK’da bu durum sadece satış sözleşmeleri için hüküm altına alınmıştır. Şu halde, fikrimizce, satıcının sorumluluğu için, alıcının (veya iş sahibinin) gözden geçirme ve bildirim külfetlerini (TBK m. 223, 474) yerine getirmesi şartını arayan TBK sisteminde (ki doktrinde ticari olmayan satış sözleşmeleri açısından bu külfetlerin öngörülmemesi gerektiğine işaret edilmektedir. Bkz. Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Editör: Mehmet M. İncoğlu, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 187-221, s. 21 vd.; Eugen Bucher / Vedat Buz, “Mağdur Edilen Alıcı – Türk / İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art. 205/2 OR)’ye göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 145-179, s. 146 vd.; karş. Gümüş, **BÖ I**, s. 83; en azından bu tür alıcılar için daha esnek davranılması gerektiği yönünde bkz. Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 127), satıcının ya da yüklenicinin ağır kusurunun varlığı halinde, alıcının veya iş sahibinin bu külfetleri yerine getirmemiş olsa dahi yine de korunacağı esası benimsendiğinden (TBK m. 225/1, 477/1), satış sözleşmesi için belirtilmiş olan “satıcılığı meslek edinmiş kişilerin” ağır kusurlu sayılacağı yönündeki hükmün (TBK m. 225/2) eser sözleşmelerine de kıyasen uygulanması gerekir. Bu sonucu haklı çıkaran iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki, eser sözleşmesinde, satış sözleşmesinin aksine, yüklenicinin sorumluluğu için aybın “önemli” (TBK m. 219’un ifadesiyle “önemli ölçüde azaltan...”) olmasına dahi gerek olmamasıdır. Gerçekten, TBK m. 474 ve 474’den hareketle, eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin ayıbı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece, kural olarak eserdeki önemli nitelikte olmayan ayıplardan dolayı da iş sahibine karşı sorumludur. Diğer bir ifadeyle, teslim edilen eserdeki nitelikler ile güven ilkesi vasıtasıyla eser sözleşmesinin içeriğine girmiş nitelikler arasındaki her türlü uygunsuzluk, prensip olarak yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu olmasına yetmektedir (Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 996; Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 51; Aydın Zevkliler / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s. 523). Şu halde, satış sözleşmeleri için öngörülmüş ek korumanın (TBK m. 225/2), evleviyet gereği, iş sahibinin alıcıdan daha çok korunduğu bu sözleşme tipinde de uygulanması gerekir. İkinci dayanak ise şudur: eBK m. 356/1’in aksine, TBK m. 471/2’de yüklenicinin özen yükümünün daha da ağırlaştığı ve objektif bir esasa bağlandığı görülmektedir. Bu bağlamda, yüklenicinin, alışveriş hayatında benzer alandaki işlerde basiretli bir yüklenicinin sarf ettiği özeni göstermesi gerekir (Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 972, 973; Zevkliler / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 500; Gümüş, **BÖ II**, s. 47. Hatta yazar, yeni düzenleme ile objektif kriterin “basiretli yüklenici” şeklindeki ek bir kriterle daha da ağırlaştığı ve bu ilave özen ölçütünün, ancak yükleniciliği meslek edinerek bundan kâr elde eden kişilere uygulanması gerektiğine vurgu yapmaktadır). Dolayısıyla, sözleşmenin hem ifasından önce hem de ifası aşamasında yükleniciyi eski kanun dönemine nazaran daha ağır bir özen yükümü altına sokan TBK sisteminde, iş sahibinin, eseri meydana getirme ve teslim etme işini meslek edinmiş yüklenicilere karşı söz konusu korumaya sahip olması ihtiyacı, bu yönde bir kıyası haklı kılmaktadır. Öte yandan, kanun koyucunun TBK kapsamındaki satış sözleşmelerinde (görüşümüze göre aynı şey bu kapsamdaki eser sözleşmeleri için de kabul

Yukarıda hâkim görüşe ilişkin aktardığımız açıklamalara bakıldığında, bu görüşün savunulabilir olmadığı görüleceğinden, burada aynı argümanları tekrar etmeye gerek yoktur. Ancak, yazarın çözüm olarak sunduğu iki alternatifte ilişkin bazı ek açıklamalarda bulunmak uygun olacaktır. Şöyle ki, söz konusu hükümde belirtilen “ortalama niteliklerin”, sözleşmenin içeriğine gireceği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Fakat satıcının, sözleşme kurulurken en azından ortalama bir nitelikte şeyi teslim edeceğine ilişkin borcu ile söz konusu şeyin sözleşmenin kurulması anında belirli ve somut bir varlığının olması farklı şeylerdir. Ayrıca, satıcının o şekilde ifa edip etmeyeceği sözleşmenin kurulması aşamasında hâlâ belirsizdir. Yazarın ikinci argümanına bakıldığında ise, gelecekteki olgulara ilişkin yanılmaya dayanılıp dayanılamayacağı ileride ayrıntılı olarak açıklanacak olmakla birlikte, şimdilik vurgulamak gerekir ki, gelecekteki olguda yanılma hükümlerine başvurulabileceği kabul edilse dahi, gerçeğe uygun olmayan tasavvurun daima “belirli bir olguya” yönelik olması zorunludur⁷⁴³. Nitekim sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olgularda yanılma hükümlerinin uygulanabileceğini savunan *Schwenzer* ve *Goltz* gibi yazarların da, bu konuda hâkim görüşe dahil oldukları görülmektedir⁷⁴⁴.

C. Esaslı Açıklamada Yanılma

1. TBK m. 31’de Belirtilen Açıklamada Yanılmalar

a. Sözleşmenin Niteliğinde Yanılma (*Error in Negotio*)

TBK m. 31/1 b. 1’de “yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa” şeklinde belirtilen sözleşmenin niteliğinde yanılma türünde, yanılan, farkında olmadan nitelik açısından işlem iradesine uygun olmayan farklı bir sözleşme için iradesini açıklamaktadır⁷⁴⁵. Burada yanılanın bağlı

edilebilir), bir taraftan alıcıya gözden geçirme ve bildirim külfeti öngörüp, diğer taraftan meslekten satıcıların bilmesi gereken ayıplarda onların her hâlükârda ağır kusurlu olduğunu söylemesinin ve böylelikle, deyiş yerindeyse, “bir eliyle verdiğini diğer eliyle almasının” yerinde bir çözüm olmadığı; burada yapılması gerekenin, bu külfetleri TTK kapsamındaki satışlarla sınırlamak olduğu yönünde bkz. Atamer, *Satım*, s. 204.

⁷⁴³ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 4.

⁷⁴⁴ Goltz, *a.g.e.*, s. 72; Schwenzer, *AT*, N. 37.31, 39.40.

⁷⁴⁵ von Tuhr / Peter, *a.g.e.*, s. 303; Schwenzer, *AT*, N. 37.10; Koller, *AT*, § 14 N. 104; Kocayusufpaşaoğlu, *BG*, s. 396; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 822; Zehnder, *a.g.e.*, s. 200; Klausberger, *a.g.e.*, s. 131; Guhl / Koller, *a.g.e.*, § 16 N. 5; Reiser, *a.g.e.*, N. 29; Schwarz, *BG*, s. 302; Oğuzman / Öz, *BG I*, s. 94; Eren, *BG*, s. 401; Yavuz, *TBK Şerh*, m. 30 s. 352; Önen, *a.g.e.*, s. 55; Günay, *a.g.e.*, m. 31 s. 204; Kılıçoğlu, *BG*, s. 250; Şive, *a.g.e.*, s. 38.

olduğu sözleşme ile gerçekten kurmak istediği sözleşme arasında, nitelik bakımından sözleşme tipini (türünü) belirleyecek önemde farklılık bulunmaktadır⁷⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, güven ilkesine göre yorumlanan irade açıklaması neticesinde kurulan sözleşme, gerçekte kurulmak istenen sözleşmeden nitelik olarak farklı bir sözleşme türü olarak değerlendirilebiliyorsa, böyle bir yanılmadan söz açılacaktır.

Örneğin kalemini arkadaşına belirli bir süre kullanması amacıyla (kullanım ödücünü) vermesine karşın, arkadaşının bu açıklamayı bağışlama olarak anlamakta haklı olduğu durumda, bu kimse, sözleşmenin niteliğine ilişkin açıklamada yanılmaktadır⁷⁴⁷. Yine, satış sözleşmesi yapmak isterken farkında olmadan kira sözleşmesi yapan⁷⁴⁸; adi kefalet sözleşmesi yapmak isterken yanlışlıkla müteselsil kefalet sözleşmesi yapan⁷⁴⁹; doğrudan temsilci olarak hareket etmesi gerekirken, açıklama sırasında bunu anlaşılır şekilde ifade edemediği için sözleşmeyi kendi adına

⁷⁴⁶ Bucher, **AT**, s. 199; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 67; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 10; Klausberger, **a.g.e.**, s. 131, 132; Schwenger, **AT**, N. 37.10; Eren, **BG**, s. 401. Ancak burada hemen belirtelim ki, kanunda düzenlenmemiş olan (isimsiz) sözleşmelerde de, sözleşmenin niteliğinde hataya düşülmesi mümkündür. Zira TBK'daki genel hükümler bu tür sözleşmeler için de uygulanacaktır (Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", **İÜHFM**, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296, s. 275). Dolayısıyla, sözleşmenin niteliğinde yanılmanın varlığı için aranacak olan, "sözleşmenin tipini belirleyecek önemde bir farklılığın", sadece kanunda belirtilen esaslı noktalara ilişkin olduğu gibi bir yanlış izlenim edinilmemelidir. Kaldı ki, sözleşmenin niteliğinde yanılmanın söz konusu olup olmadığının belirlenmesinde, tarafların o sözleşmeyi nasıl adlandırdığı önem arz etmemektedir. Bu bağlamda, soruna isimsiz sözleşmeler açısından bakarsak (örneğin tek satıcılık sözleşmesi kurmak istenirken, gerçekte imza atılan sözleşme franchise sözleşmesinin unsurlarını, hak ve borçlarını içermektedir), yanılmanın, eğer taraflar üzerinde uyuşmasaydı, sözleşmenin "anamlı bir bütün" oluşturamayacağı noktalara ilişkin olması gerekir (doktrinde ileri sürülen, bir sözleşmenin karakterini belirleyen esaslı noktaların, sadece kanundan hareketle belirlenmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Schönenberger / Jäggi, **ZürKomm**, Art. 1 N. 84; Bucher, **AT**, s. 118, 119; Dursun, **a.g.e.**, s. 35 vd.). Bu noktada, sözleşme şartlarının, hak ve borç dağılımının ve öngörülmüş yaptırımların tümel bir değerlendirilmesi yapılarak, sözleşme ilişkisinin karakteristik yapısı ortaya konulmalı ve yanılmanın bu alana temas edip etmediği araştırılmalıdır.

⁷⁴⁷ Bu olasılıkta, ayrıca hukuki sebebe ilişkin bir yanılmanın varlığından da bahsedilebilecektir. Zira kalemini kullanım ödücünü (ariyet) olarak karşı tarafa vermek isteyen kimsenin buradaki kazandırma sebebi, daha sonra bunun iadesini beklediği için bir "alacak sebebi" (*causa credendi*) iken; karşı taraf bunu "bağışlama sebebi" (*causa donandi*) olarak anlamlandırmaktadır. Dolayısıyla, bazı hallerde sözleşmenin niteliğinde yanılmanın, hukuki sebebe ilişkin yanılma nedeniyle ortaya çıkması da mümkündür.

⁷⁴⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 303; Bucher, **AT**, s. 199; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 10; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 822; Schwarz, **BG**, s. 302; Eren, **BG**, s. 401.

⁷⁴⁹ BGE 34 II 523 (servat.unibe.ch); Y. 19. HD., 5.11.2012, E. 2012/9656, K. 2012/15943: "Davacı irade fesadına uğratılarak konut kredisine kefil olduğunu zannederek davaya konu ticari kredi sözleşmesinin limit artımına dair limit artırım sözleşmesini kefil sıfatıyla imzalamıştır. Davacının davalılardan birinin babası, diğerinin ise kayınpederi olduğu, bu denli yakın akrabalık ilişkisi içinde oldukları, bu sebeple davacının kendisinin yanıltıldığına yönelik iddialarının samimiyetten uzak olduğu, davalıların hangi amaçla kredi aldıklarını bildiğinin kabul edildiği, bu sebeplerle davacının iddiasının kesin, inandırıcı somut delillerle ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekir" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kuran⁷⁵⁰; sözleşme metnini, bunun bir taksitli satış olduğunu fark etmeyip, olağan bir satış sözleşmesi olduğunu düşünerek imzalayan⁷⁵¹, ipotek sözleşmesi yapmak isterken satış sözleşmesi yapan⁷⁵² kimselerin durumu bu şekildedir⁷⁵³.

Federal Mahkeme'nin kararına konu olan bir olayda⁷⁵⁴, bir mimar ile iş sahibi (girişimci) arasında bir binanın restorasyonu için sözleşme imzalanmış ve bu sözleşmede, proje çizimlerinin “*sans engagement*” (angajman altına girmeksizin) yapılacağı belirtilmiştir. Ancak proje çizimleri bittikten sonra, mimar, gördüğü bu işe karşılık bedel talebinde bulunmuş, fakat iş sahibi, “*sans engagement*” tabirinden işin proje çizimi kısmının “ivazsız olarak yerine getirileceği” anlamını çıkardığını ileri sürmüştür. Buna karşın mimar ise, bu ibareyi, proje çizimi faaliyetinde “serbest

⁷⁵⁰ Bucher, AT, s. 199; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 10.

⁷⁵¹ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 76. Buna benzer bir durum Yargıtay kararına da konu olmuştur; “Davacı vekili, dava dilekçesinde 10 parsel 1 noda kayıtlı 17 bağımsız bölüm dairenin mülkiyeti kendisine ait iken, davalıların murisi olan eşi ile yaptıkları anlaşma gereğince intifa hakkı kendisinde kalmak kaydıyla çıplak mülkiyeti bağışlananın bağışlayanın önce ölümü halinde bağışlayanın rücu etmesi şartı ile bağışlamak istediğini; ancak, tapuda Borçlar Kanunun 242 maddesinde tanımını bulan rücu şartlı bağış yapılmasının amaçlanmış olmasına karşın irade beyanı sırasında esaslı hataya düşülerek işlemin kati satış şeklinde gerçekleştirildiğini ileri sürmüş iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur” (Y. 1. HD., 28.3.2001, E. 2001/3500, K. 2001/3680, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Başka bir Yargıtay kararında ise, “davacı, 3661 ada, 6, 11 ve 60 parsel no.lu taşınmazları ölünceye kadar intifa hakkı üzerinde olmak koşulu ile davalı vakfa bağışlamayı amaçlamış iken hataen temlikin koşulsuz yapıldığından bahisle iptal ve tescil istemiştir.” (Özkaya, **a.g.e.**, s. 108).

⁷⁵² YHGK., 16.11.1988, E. 1988/1-892, K. 1988/935: “Taraflar arasındaki ‘tapu iptali ve tescil’ davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kalecik Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 31.12.1986 gün ve 1985/191-1986/287 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 24.3.1987 gün ve 1947-2507 sayılı ilamı: (... Davacı 1311 doğumlu, okuma yazma ve imza atmasını bilmeyen, köyde doğmuş, köyde yaşayan, çok sayıda taşınmaza sahip iyilik sever bir kişidir. Zirai kredi sağlamları için taşınmazları yakınları yararına ipotek ettirmekten kaçınmadığı, hatta davalı olan torunu için dahi böyle bir özveriye katlandığı getirtilen kayıtlarla saptanmıştır. Dosya içeriğine ve toplanan delillere göre, davacının Tapu Dairesine götürülüp ‘ipotek akti yaptığı’ telkin edilmek ve hataya düşürülmek suretiyle satış sözleşmesine parmak izinin alındığı anlaşılmaktadır. Varlıklı bir kişinin hiç bir ihtiyacı yokken taşınmazını torununa satma nedenini, davalı taraf dahi hayatın ve mantığın gerçeklerine uygun biçimde açıklayabilmiş değildir. Hele akit tarihinde değeri on milyon liranın üzerinde olan taşınmazın davalıya 125 bin liraya satılmasını haklı gösterecek tek neden, ancak davacının ‘hataya düşürülmesi’ olabilir. Bu nedenle, iptal davasının kabul edilmesi gerekirken, delillerin takdirinde yanılgiya uğrayarak reddi yoluna gidilmesi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵³ Kanundaki sözleşme ibaresinden, bu tür yanlışların sadece sözleşmelere (iki taraflı hukuki işlemlere) ilişkin olabileceği yönünde bir çıkarımın yapılmaması gerekir. Zira bir kimsenin makbuz imzalamak isterken, kendisini borç altına sokan bir sözleşme ilişkisine girmiş olması örneğindeki gibi, gerçek iradenin tek taraflı bir hukuki işleme ilişkin olması da mümkündür. Bkz. Saul Litvinoff, “Vices and Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion”, **Louisiana Law Review**, Vol. 50, Number 1, September 1989, s. 1-115, s. 15 (<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol50/iss1/4>, çevrimiçi, 2.5.2018).

⁷⁵⁴ BGE 64 II 9 (servat.unibe.ch).

çalışacağı ve tam yetkiye sahip olduğu” şeklinde yorumladığını dile getirmiştir. Mahkeme burada, irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumlanacağını belirtmekle birlikte; somut olayın koşullarına, iki taraf arasında daha önceden süregelen bir tanışıklığın olmamasına ve iş hayatındaki mutlak anlayışa göre, bu tür işlerdeki mesleki faaliyetlerin ivazlı yürütüleceğine işaret ederek sözleşmenin mimarın anlayışına göre kurulduğu sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme, iş sahibinin ortada bir ivazsız vekâlet sözleşmesi olduğunu düşündüğüne işaret ederek, onun OR m. 24/1 b. 1 anlamında sözleşmenin niteliğinde yanıldığını hükmetmiştir.

Önemle belirtelim ki, yanılanın, aslında kurulan sözleşmeden daha farklı bir sözleşme için iradesini oluşturmuş olduğu her olasılıkta bu yanılma türü ortaya çıkmaz. Bunun için, yanılma sonucunda kurulan sözleşmenin, gerçekte istenen sözleşmeden nitelikçe farklı bir tür sözleşme olarak değerlendirilmesi gerekir⁷⁵⁵. Bu değerlendirme yapılırken de, sadece kanuna bakılarak mekanik bir yöntem izlenmemeli, bunun dışında, tarafların menfaat durumları, edimler arası değişim ilişkisinin yapısı ve tarafların hak ve yükümleri dikkate alınarak sonuca varılmalıdır⁷⁵⁶.

Nitekim doktrinde de haklı olarak vurgulandığı üzere, sözleşmenin ikinci derece noktaları üzerindeki yanılma ve sözleşmenin sadece hukuki olarak nitelendirilmesine ilişkin hatalı değerlendirme, sözleşmenin niteliğinde yanılma değildir⁷⁵⁷. Örneğin bir kimsenin yaptığı satış sözleşmesi neticesinde zapta karşı sorumlu olmadığını düşünmesi, bu anlamda sadece bir saikte yanılma olarak telakki edilecektir⁷⁵⁸. İkinci durum açısından da, bir kimsenin, kurulan sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak düşünmesine karşın, sözleşmenin kanundaki vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olması örnek gösterilebilir⁷⁵⁹. Bu olasılıkta, bu kimsenin işlem iradesi ile açıklama içeriği arasında herhangi bir uygunsuzluk bulunmamakta, sadece iradesini açıkladığı sözleşmenin hukuki nitelendirilmesinde hataya düştüğü görülmektedir. Bu yanılması ise, kural olarak adi saikte yanılma olarak tasnif edilecektir. Şu halde sözleşmenin

⁷⁵⁵ Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 10.

⁷⁵⁶ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 18; Huguenin, **AT**, N. 497.

⁷⁵⁷ Bucher, **AT**, s. 200; Schmidlin, **Berkomm**, Art. 23-24 N. 67; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 10; Schwenger, **AT**, N. 37.12; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 5; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 77; Huguenin, **AT**, N. 500; Eren, **BG**, s. 401; Birsén, **a.g.e.**, s. 84; Federal Mahkeme de aynı sonuca parmak basmaktadır. Bkz. BGE 103 II 129 (bger.ch).

⁷⁵⁸ Hukuki yanılma konusu için bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, c.

⁷⁵⁹ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 822; Reiser, **a.g.e.**, N. 29; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 794.

niteliğinde yanılmanın varlığı için, öncelikle gerçek irade ile açıklama arasındaki uygunsuzluğun esaslı noktalara ilişkin olması gerektiği sonucuna varmaktayız.

Üzerinde durulması gereken tartışmalı bir husus da şu örnekte karşımıza çıkmaktadır: A, belirli bir şeyi “satın almaya” yönelik iradesini açıklamak isterken, açıklamasının güven ilkesine göre yorumundan, onun belirli bir şeyi “satmak” istediği anlamı çıkmaktadır. Görüleceği üzere, A’nın buradaki yanılması satış sözleşmesindeki taraf durumuna ilişkindir. Doktrinde bir görüşün⁷⁶⁰, bu tip yanılmaları da sözleşmenin niteliğinde yanılma kategorisi içinde ele aldığı görülmekle birlikte; diğer görüş⁷⁶¹, bu yanılmanın TBK m. 31’de sayılan yanılmalara dahil olmadığını ileri sürmektedir. Kanaatimizce, ikinci görüşe üstünlük tanımak daha isabetli olacaktır. Zira gerçek irade ile açıklanan irade arasında, ortada satış sözleşmesi bulunması açısından herhangi bir aykırılık söz konusu olmayıp, buradaki yanılma, A’nın sözleşme ilişkisindeki taraf rolüne ilişkin ortaya çıkmaktadır. Kuşkusuz açıklamada yanılmalar kanunda sınırlı sayıda (*numerus clausus*) öngörülmediğinden, aslında bu tasnif farkının yanılmanın esaslı olup olmaması açısından çok bir önemi bulunmamaktadır⁷⁶².

b. Sözleşmenin Konusu Şeyde Yanılma (*Error in Corpore*)

Bu yanılma türünde, yanılan, farkında olmadan gerçekte istediği şeyden farklı bir şey için sözleşme kurmaktadır. Yanılanın irade açıklamasında belirttiği şey ile işlem iradesinin yöneldiği şey arasındaki uygunsuzluk, kendisini sözleşme konusu şeyin “kimliğinde” yanılma (*Identitätsirrtum*) olarak göstermektedir⁷⁶³. Diğer bir

⁷⁶⁰ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 10; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 94. Bu örneğin asıl kaynağı olan bir kararda, bir hizmetli, işvereni tarafından verilen talimatları yanlış anlayarak, alıcı yerine satıcı olarak sözleşmeyi kurmuştur. Federal Mahkeme, bu yanılmayı adi saikte yanılma olarak nitelendirmiştir. Zira hizmetlinin yanlış anlaması sadece bir saik olup, irade ile açıklama arasında bir uygunsuzluğa yol açmamıştır (BGE 105 II 16, bger.ch). Kanaatimizce, Mahkeme’nin verdiği karar yerindedir; zira hizmetlinin, işvereni tarafından kendisine verilen talimatı yanlış anlaması, iradi kararının bir saiki olarak işlev görmektedir. Bunun sonucunda da o, gerçeğe uygun olmayan bir tasavvur nedeniyle de olsa, söz konusu şeyi “satmak” istemekte ve buna uygun açıklamada bulunmaktadır. Şu halde bozukluk, irade ile açıklama arasında değil, iradenin oluşumundadır. Ancak yukarıdaki örnekte, bunun aksine, gerçek iradesine uygun olmayacak şekilde açıklamada bulunan bir kimse söz konusudur. Buradaki yanılma, iradenin açıklanması anında ortaya çıkmakta ve gerçekte istenilmeyen bir hukuki sonuç doğurmaktadır.

⁷⁶¹ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 80.

⁷⁶² Pratik olarak önem kazanabilecek farklılık, yanılanın açıklamada yanılmaya ilişkin ispat yükünde kendini gösterecektir. Bu konu ileride açıklanacaktır (bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, e).

⁷⁶³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 304; Bucher, **AT**, s. 200; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 74; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 12; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 45; Schwenzer, **AT**, N. 37.13; Koller, **AT**, § 14 N. 106; Klausberger, **a.g.e.**, s. 132; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 823; Zehnder, **a.g.e.**, s. 203; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 7; Reiser, **a.g.e.**,

ifadeyle, yanılan iradesini açıklarken, gerçekte istediği şeyi başka bir şeyle “karıştırmakta” (*Verwechslung*)⁷⁶⁴; bunun sonucunda da, aslında X için sözleşme kurmak isterken, iradesini Y için açıklamaktadır (ya da kendi bakış açısıyla X olarak açıkladığını düşündüğü irade, güven ilkesine göre muhatap tarafından Y olarak anlaşılmaktadır). Bu bağlamda, TBK m. 31/1 b. 2’de “yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa” şeklinde belirtilen hükümdeki “başka bir konu” ifadesini “edim konusu şey” olarak yorumlamak amaca uygun olacaktır⁷⁶⁵.

Örneğin sergide yan yana duran iki tabloda soldakini almak isterken, sağdakini işaret eden⁷⁶⁶; “Serozan’ın Medeni hukuk” kitabını almak isterken, yazarın Miras Hukuku kitabını alan; belirli bir ürüne ilişkin satıcıyla elektronik sözleşme yaparken, dalgınlıkla başka bir ürün kodu giren kimsenin düştüğü hata bu şekildedir. Yine başka bir örnek: Bir yayınevinden A’ya, indirimli kitap siparişi için posta yoluyla bir öneri gelmiş ve ondan satın almak istediği kitaba ilişkin kutucuğu işaretleyerek ilgi formu belirli bir adrese göndermesi istenmiştir. A, polisiye roman kutucuğunu işaretlemek istemesine rağmen, bir anlık dalgınlıkla biyografi kitabına ilişkin kutucuğu işaretleyip formu göndermiştir. Bu olasılıkta, sözleşme biyografi kitabı üzerinden kurulmuş olup, A’nın yapacağı şey, gerçek iradesine uygun olmayan sözleşmenin bağlayıcılığını ortadan kaldırılabilmek için sözleşme konusu şeyde yanılmaya dayanarak iptal hakkını kullanmaktır⁷⁶⁷.

N. 30; Schwarz, **BG**, s. 302; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 397; Eren, **BG**, s. 401; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 94; Kılıçoğlu, **BG**, s. 250.

⁷⁶⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 74; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 77; Klausberger, **a.g.e.**, s. 132; Huguenin, **AT**, N. 501.

⁷⁶⁵ Hatemi / Gökyayla ise, bu tür yanılmayı karakteristik edimde yanılma olarak açıklamaktadır (Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 20).

⁷⁶⁶ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 433; benzer bir örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 397, 398.

⁷⁶⁷ Başka bir örnek: “Hemen belirtmek gerekir ki; davacıların 1783 parsel sayılı taşınmazı satacak iken, hataya düşerek 2001 parsel sayılı taşınmazı tapuda davalıya temlik ettiği hususunun mahkemece benimsenerek davanın kabul edilmesinde kural olarak bir isabetsizlik yoktur.” (Y. 1. HD., 16.3.2013, E. 2013/7538, K. 2013/10198, kararara.com); “Davacı Meliha vekili 13.06.2003 tarihli dava dilekçesinde; müvekkilinin kayden malik olduğu bahçeli kargir ve kerpiç ev niteliğindeki 1688 parsel sayılı taşınmazı, 05.06.2002 tarihinde satış suretiyle davalıya temlik ettiğini, satışı tasarlanan ve pazarlığı yapılan taşınmazın 1687 parsel olmasına rağmen, hata sonucu tapuda 1688 numaralı parselin devir ve temlikinin yapıldığını; müvekkilinin bu durumu, davalının zemin tespiti yaptırmamasından sonra öğrendiğini ileri sürerek, 1688 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesini istemiştir.” (YHGK., 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yine benzer bir olayda, alıcı taşınmaz satışına ilişkin kabul iradesini, 31 numaralı parsel için açıklamak isterken açıklama sırasında yanılarak 40 numaralı parsel üzerinden açıklamıştır (Y. 1. HD., 28.3.2001, E. 2001/3500, K. 2001/3680, benzer başka olaylar için bkz. Y. 1. HD., 21.1.2004, E. 2003/13955, K. 2004/267;

Bu çerçevede dikkat edilmesi gereken husus, sözleşme konusu şeyin niteliğine ilişkin yanılma ile sözleşme konusu şeyde yanılma arasındaki ayrımıdır. Şeye ilişkin niteliklerin aynı zamanda o şeyin kimliğini (özdeşliğini) de belirleyebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu ayrımın yapılması bazı durumlarda zorluk göstermektedir⁷⁶⁸. Bu konuda emsal karar 1919 tarihli “Potasyum Nitrat” kararı⁷⁶⁹ olup, buradaki uyuşmazlık konusu olay şu şekildedir: Daha önceki müzakerelerde alıcı ile satıcı, belirli bir miktar potasyum nitrat satışına ilişkin anlaşmışlardır. Daha sonra satıcının gönderdiği teyit mektubunda, kilosu 5.25 franktan, istenilen miktarda ve eczacılık amacıyla kullanılmak üzere, saf kimyasal potasyum nitratın anlaşılan tarihte gönderileceği belirtilmiştir. Ancak alıcı, satıcıyla arasındaki önceki konuşmalara istinaden, sözleşmenin gübreleme amacına uygun ve yüz kilosu 5.25 frank olan alelade nitelikte potasyum nitrat üzerinden kurulduğunu; zira bu tür işlemlerde fiyatın genelde yüz kilo için verildiğini iddia etmiştir. Federal Mahkeme ise, burada sözleşmenin satıcının anlayışına uygun olarak kurulduğunu, ancak alıcının, sözleşme konusu şeyin kimliğini belirleyen niteliklerde yanılması nedeniyle açıklamada yanılmaya dayanabileceğine hükmetmiştir. Burada görüleceği üzere, alıcının işlem iradesinin konusu olan kimyasal madde, gübreleme amacına ilişkin iken; açıklama içeriğini oluşturan kimyasal madde, eczacılık amacına yöneliktir. Bu bağlamda şu sorunun cevaplanması gerekir: Acaba burada alıcı, şeyin niteliğine ilişkin saikte yanılmaya mı düşmüştür; yoksa nitelikte yanılması bir açıklamada yanılmaya mı yol açmıştır?

Burada Federal Mahkeme’nin vardığı sonuç isabetlidir⁷⁷⁰. Alıcı, potasyum nitrata ilişkin fiyatı yanlış değerlendirerek nitelik yanılmasına düşmüştür. Ancak alıcının bu nitelikte yanılması, aynı zamanda şeyin kimliğini yanlış tayin etmesi sonucunu da doğurmuş ve böylelikle iradesi ile açıklaması arasında bir aykırılık

Y. 1. HD., 22.9.2011, E. 2011/5882, K. 2011/9294, Y. 1. HD., 26.9.2002, E. 2005/8483, K. 2002/10037; Y. 1. HD., 20.1.2003, E. 2002/14594, K. 2003/554; Y. 1. HD., 31.10.1995, E. 1995/12066, K. 1995/14247; Y. 1. HD., 9.3.2004, E. 2003/13830, K. 2004/2556, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁶⁸ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 13; Schwenzer, **AT**, N. 37.13; Huguenin, **AT**, N. 501.

⁷⁶⁹ BGE 45 II 433 (servat.unibe.ch).

⁷⁷⁰ Sözleşme konusu şeyde yanılmanın varlığı için, yanılma konusu niteliğin, o şeyin kimliğini ilgilendirmesi gerektiği; bunun dışında kalan niteliklere ilişkin yanılmanın ise saikte yanılma olarak telakki edileceğine yönelik kararlar için bkz. BGE 126 III 66 (aktaran Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 12; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 823); BGE 118 II 297 (bu karar esas itibarıyla kişinin kimliğinde yanılma ve kişinin niteliğinde yanılma ayrımına dikkat çekmekte birlikte, aynı prensip burada da geçerlidir. Bkz. Bger.ch).

yaratmıştır⁷⁷¹. Dikkat edilirse, onun iradesi ile açıklaması aynı şeye yönelik değildir. Dolayısıyla, alıcının şeyin niteliğine ilişkin yanılması, saikte yanılmaya değil, iki ayrı şeyin birbiriyle karıştırılmasına; yani açıklamada yanılmaya yol açmıştır. Aksi duruma ilişkin bir örnek vermek gerekirse; alıcı, satış konusu taşınmaz üzerinde bir kiracının önalım hakkı bulunmasına rağmen, bu durumdan habersiz olarak sözleşmeyi imzalamıştır. Fark edileceği üzere bu olasılıkta, söz konusu yanılma, açıklamada yanılma olarak değil, saikte yanılma olarak tezahür etmektedir⁷⁷².

Nitelik yanılmasının hangi hallerde saikte yanılma olacağı, hangi hallerde açıklamada yanılmaya yol açacağı konusunu daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımızdan, burada tekrar ayrıntıya girmeye gerek görmüyoruz⁷⁷³. Bu nedenle, sadece iki tür yanılma arasındaki sınırın daha açık çizilmesine hizmet edecek şu noktanın tekrar vurgulanması yeterli olacaktır. Eğer yanılma konusu nitelik, salt sözleşme konusu şeyin kullanım amacını ve değerini ilgilendiriyorsa, ortada saikte yanılma türünde bir nitelik yanılmasının var olduğu sonucuna varılmalıdır. Buna karşın, yanılma konusu nitelik, şeyin bizzat kimliğinin tespit edilmesine, onun diğer şeylerden ayrılmasına hizmet ediyorsa, açıklamada yanılma ortaya çıkmaktadır. İlk durumda gerçek irade ile açıklama birbirine uygunken, ikincisinde değildir.

c. Kişide Yanılma (*Error in Persona*)

(1) Sözleşmenin Tarafı Olan Kişide Yanılma

Bu ihtimalde, yanılanın, farkında olmadan gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden farklı bir kişiyle sözleşme yapması söz konusudur. Tıpkı sözleşmenin konusu olan şeyde yanılma gibi, burada da gerçek irade ile açıklanan irade arasındaki uygunsuzluğun sözleşmenin diğer tarafının kimliğine (*Identitätsirrtum*) ilişkin olması gerekmektedir⁷⁷⁴. Yani, yanılan işlem iradesini A'ya açıklamak isterken, yanlışlıkla

⁷⁷¹ Bucher, **AT**, s. 200; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 75; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 12, 13; Schwenger, **AT**, N. 37.13; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 823; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 794, s. 245.

⁷⁷² Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 12.

⁷⁷³ Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (3).

⁷⁷⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.** s. 304; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 77; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 14; Koller, **AT**, § 14 N. 106; Klausberger, **a.g.e.**, s. 132; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 7; Kramer, **Irrtum**, N. 74; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 397; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 823; Zehnder, **a.g.e.**, s. 203; Reiser, **a.g.e.**, N. 30; Eren, **BG**, s. 402; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 95.

B'ye yönelik açıklamada bulunmaktadır. Buna karşın, gerçekte sözleşme yapılmak istenen kişi ile sözleşme yapılmasına rağmen, onun sadece niteliklerine ilişkin hataya düşüldüğü hallerde, saikte yanılma türünde bir nitelik yanılmasının varlığından söz açılacaktır⁷⁷⁵. Örneğin kasiyer olarak istihdam edilmek istenen birisinin işe alınmasından sonra, aslında onun geçmişte hırsızlık ve rüşvet gibi suçlardan hükümlü olduğu öğrenildiğinde, o kişinin kimliğinde değil, bizzat niteliğinde hata yapılmaktadır.

Bu çerçevede gözden kaçırılmaması gereken, kişinin kimliğinde yanılmanın esaslı olabilmesi için, başkasıyla karıştırılan kimsenin, bu sözleşme bakımından belirleyici önemde olması gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle, yanılanın sözleşmeyi bizzat “belirli bir kimsenin kişiliğini dikkate alarak” yapmış olması aranmaktadır⁷⁷⁶. Şu halde, esashlık için, sadece o kişiyle yapılmak istenen *intuitus personae* bir sözleşme bulunmalıdır⁷⁷⁷. Bilindiği üzere *intuitus persona* unsuru bulunan sözleşmelerde; karakteristik edim borçlusunun kişisel özellikleri, güvenilirliği ve yetenekleri ön plana çıkmakta, böylece ifa fiilinde borçlunun edim tarzı önem arz etmekte ve ifanın şahsiliği ilkesi gereğince, ifa yardımcısından faydalanma imkanı görece dar bir çerçevede mümkün olmaktadır⁷⁷⁸. Şu halde, kişide (kişinin kimliğinde) yanılmanın esaslı olması, TBK m. 84'e (OR m. 68) uygun olarak, borcun bizzat kimliği dikkate alınan kişi tarafından ifa edilmesinde yanılanın menfaatinin bulunduğu durumlarda söz konusu olacaktır⁷⁷⁹. Bu bağlamda denilebilir ki, kişide yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi, daha çok taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunlaştığı sözleşmelerde ve ödünç, kira, vekâlet, şirket gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde gündeme gelecektir⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 823; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 77; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 95.

⁷⁷⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.** s. 305; Bucher, **AT**, s. 200; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N.77; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 14; Schwenzer, **AT**, N. 37.15; Koller, **AT**, § 14 N. 112; Huguenin, **AT**, N. 502; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 7; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 77; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 397; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 823; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 434; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 262; Birsan, **a.g.e.**, s. 85; Eren, **BG**, s. 402.

⁷⁷⁷ Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 21.

⁷⁷⁸ Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 3 N. 57; Bucher, **AT**, s. 200; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 77.

⁷⁷⁹ Yanılma konusu kişinin kurulan sözleşme için önemli olduğunu, yanılanın ispatlaması gerekir. Zira TBK m. 84'e göre kural, edimin gayri şahsiliği olup, edimin şahsen ifa edilmesi istisnadır (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 211).

⁷⁸⁰ Bucher, **AT**, s. 201 dn. 27; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 14; Huguenin, **AT**, N. 502.

Bu ayrımı bir örnekle göstermek gerekirse; birinci sınıf kalitede bir miktar zeytin siparişi vermek isteyen alıcı, sipariş mektubunu satıcı B'ye göndermek isterken, yanlışlıkla satıcı C'ye göndermiş ve C de öneriyi kabul etmiştir. Dikkat edilirse, bu sözleşmedeki yanılma karşı tarafın kimliğine ilişkin olmasına karşın, somut sözleşme ilişkisinin özelliklerine bakıldığında, burada sözleşmenin B ya da C ile yapılmasının önemli olmadığı, yanılan için esas önem arz eden hususun, belirli bir bedel karşılığında birinci kalitede bir miktar zeytinin mülkiyetini kazanmak olduğu görülecektir. Buna bağlı olarak, alıcının karşı tarafın kimliğinde yanılması, esaslı bir açıklamada yanılma olarak kabul edilmeyecektir.

Öte taraftan, kanaatimizce bu tür yanılmaların hazırlar arasında ortaya çıkma ihtimali ciddi anlamda düşüktür. Zira bu tür durumlarda, yanılan kimse, X'i Y ile karıştırırsa dahi, taraflar arasında cereyan eden doğrudan iletişim sayesinde, Y'nin bu karışıklığı anlayacağı ya da en azından bu karışıklığın yanılan ya da Y tarafından güven ilkesi gereğince anlaşılması gerektiği söylenebileceğinden, artık mesele yanılma çerçevesinde değil, TBK m. 1 bağlamında çözülecektir. Kuşkusuz aynı durum, az da olsa hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler için de geçerlidir.

Bu noktada dikkat çekmek istediğimiz bir nokta da şudur: TBK m. 31/ 1 b. 3'deki "*yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa*" şeklindeki düzenleme bu haliyle eksik ve yanlış anlaşılmaya müsaittir. Zira oldukça ilginç bir şekilde, kanun koyucunun bu yeni düzenlemeye, eBK m. 24/1 b. 2'deki "*...başlıca nazarı itibara aldığı şahısta yanılmış olması*" şartını dahil etmediği görülmektedir. Bu da, sözleşmenin iptal edilebilmesi için, yanılma konusu kişinin kimliğinin sözleşme açısından belirleyici önemde olmasına (eski kanunun ifadesiyle "*başlıca nazarı itibara*" alınmış olmasına) gerek bulunmadığı şeklindeki bir yoruma davet çıkaracak niteliktedir. Gerekçede ilgili bendin neden bu tarz kaleme alındığına ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Zaten bu yönde herhangi bir makul açıklama yapılması da beklenemez. Çünkü gerek alışveriş hayatının istikrarı, işlem güvenliği ve karşı tarafın haklı güveni gibi daha ağır basan menfaatler gerekse de irade ilkesinin daha baskın olduğu açıklamada yanılmaları sınırlama yönündeki modern eğilimler⁷⁸¹ dikkate alındığında, bu şarta maddenin lafzında yer verilmemiş olması

⁷⁸¹ Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, I, C.; ayrıca esaslılık kriteri konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1.

talihsiz bir değişiklik olmuştur⁷⁸². Bu nedenle, bu hükmün yine eskisi gibi ve mehaza uygun şekilde (OR m. 24/1 b. 2⁷⁸³) yorumlanması adeta bir zorunluluktur.

(2) Sözleşmeyle İlgili Kişide Yanılma

Bu ihtimalde, yanılan, sözleşmenin konusuyla ilgili dikkate aldığı kişinin kimliğinde yanılmakta ve gerçek iradesi ile açıklaması arasında bu açıdan bir uygunsuzluk ortaya çıkmaktadır⁷⁸⁴. Şurasını ayrıca belirtmek gerekir ki, burada sözleşmenin karşı tarafına ilişkin bir yanılma söz konusu olmadığından, sözleşme yine “istenilen kişiyle” kurulmuş, fakat bu sefer de, sözleşme “istenilen kişi için” kurulmamıştır. Hiç kuşkusuz, bu yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi, sözleşmenin karşı tarafına ilişkin yanılmada olduğu gibi, yanılanın sözleşmeyi yapmasında bu kişinin “belirleyici önemde” olmasına bağlıdır. Söz gelimi, B’ye alacağını devredecek olan A, kendisine borçlu olan X’deki alacağını devretmek isterken, yanlışlıkla diğer bir borçlu olan Y’deki alacağını devretmişse bu şekilde bir yanılma söz konusudur⁷⁸⁵. Bir diğer örnek: Çocuk bakıcısı A, B’nin çocuklarından X’in bakımına ilişkin irade açıklamasında bulunmak isterken, yanlışlıkla isimleri karıştırarak akıl hastası olan çocuğun ismini (Y) zikretmiştir⁷⁸⁶.

Böyle bir düzenleme öngörülmemiş olan İsviçre hukukundaki tartışmalara ve Türk hukuku açısından da, bu düzenleme öncesi dönemde ileri sürülen görüşlere işaret etmek gerekirse, bu tür yanılmanın esaslı olup olmayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda ağırlıklı görüş⁷⁸⁷, sözleşmeyle ilgili kişinin kimliğinde

⁷⁸² Burada bir an için, kanun koyucunun, sözleşme konusu şeyde nasıl olsa “önemli olma” şartı aranmadığından, başka bir kimlikte yanılma türü olan sözleşmenin tarafı olan kişide yanılmada da bu şartın aranmasına gerek olmadığı gerekçesiyle hareket ettiği düşünülebilir. Ancak, az ileride inceleyeceğimiz TBK m. 31/1 b. 4’deki “sözleşme ile ilgili kişide yanılmanın” esaslılığı için bu şarttan ayrıca söz edilmiş olması, yine tutarlı bir gerekçe bulmayı güçleştirmektedir.

⁷⁸³ Bu şart, mehazda daha da yalın bir tarzda “sözleşmenin belirli bir kimse dikkate alınarak yapılmış olması” (...wo der Vertrag mit Rücksicht auf eine bestimmte Person abgeschlossen wurde,...) şeklinde ifade edilmektedir.

⁷⁸⁴ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 14; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 397; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 95.

⁷⁸⁵ von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 273 dn. 18; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 305 dn. 18; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 14.

⁷⁸⁶ Oğuzman/ Öz, **BG I**, s. 97; Nomer, **BG**, N. 59.

⁷⁸⁷ Bucher, **AT**, s. 200; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 77; Huguenin, **AT**, N. 502; Yavuz, **TBK Şerh**, m. 31 s. 361 (yazarın, TBK m. 31 b. 4’deki açık hükmü gözden kaçırdığı görülmektedir). Burada atf yaptığımız yazarların, bu yanılma türünün kanunda özel olarak belirtilmemiş bir açıklamada yanılma türü olduğunu kabul ettikleri sonucuna varılabilir. Öte yandan, yine bu yanılma türünü *error in persona* niteliğinde görmeyen bir görüşe göre ise (von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 273 dn. 18; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 305 dn. 18), söz konusu haller OR m. 24/1 b. 1’e

hataya düşülmesini “*error in persona*” (OR m. 24/1 b. 2, TBK m. 31/1 b. 3) kapsamında kabul etmemektedir⁷⁸⁸. İkinci görüş⁷⁸⁹ ise, *error in persona*’nın daha geniş şekilde anlaşılması gerektiğini, zira eBK m. 24/1 b. 2’de (OR m. 24/1 b. 2) geçen “*üzerine borç alırken başlıca nazarı itibara aldığı şahısta yanlışmış olması*” ifadesinin bu yönde bir yorumu dışlamadığını ileri sürmektedir. Kanaatimizce, ilgili hükmün gerek tarihi gerekse objektif-zamana uygun (güncel-nesnel) yorumundan hareketle, ağırlıklı görüşün üstün tutulması daha yerinde olacaktır. Buna karşın, maddedeki örnekleyici sayıma dahil olmasalar dahi, bu tür yanlışların, sübjektif ve objektif esaslılık şartını karşılamaları halinde esaslı açıklamada yanlışla statüsüne erişmelerinin önünde herhangi bir engel yoktur⁷⁹⁰.

Ancak hemen işaret edelim ki, Türk hukuku açısından bu çıkarım, ancak eski BK dönemi için bir önem arz etmektedir. Zira bu yanlış türü, artık yeni bir düzenleme ile TBK m. 31/1 b. 4’de “*yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa*” şeklinde bir hükümle kanuna dahil edilmiştir. Bu konuda şu noktanın altını bir kez daha çizmek zorundayız: Bu yönde bir düzenleme yapılarak, kanuna yeni bir açıklamada yanlış türü eklenmesinin yerindelik açısından herhangi bir savunulabilir tarafı yoktur. Bir kere, TBK m. 31/1’deki “özellikle” ibaresinden de anlaşılacağı gibi, kanundaki yanlış türleri zaten sınırlı sayıda öngörülmemiştir. Öte yandan, gerekçede kanun koyucunun neden bu yönde bir düzenleme getirdiği belirtilmediği gibi, yine aynı gerekçede, bu yanlış türünün aslında tam olarak anlaşılmadığının göstergesi niteliğinde bir örnek verilmiştir. Bu örnek şu şekildedir: “*Mesela, belirli kişisel veya mesleki özellikleri olan (B) ile sözleşme yapmak isteyen (A) ’nın, yanlış olarak, sözleşme yapma iradesini, bu özelliklerden yoksun olan ya da farklı özellikleri bulunmakla birlikte, aynı adı taşıyan (B) isimli başka bir kişiye açıklamasında olduğu gibi*”. Şu halde, aslında bu örnekte geçen yanlışın düpedüz “sözleşme tarafının kimliğinde

göre *error in negotio* bağlamında değerlendirilmelidir. Schwenzer ise, bu tür yanlışın en iyi ihtimalle temel yanlış olacağını savunmakta, açıklamada yanlışla hükmüne dayanılabilmesi ihtimalini baştan bertaraf etmektedir (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 14).

⁷⁸⁸ 1881 tarihli OR m. 20’de ise, sadece karşı tarafın kimliğine ilişkin yanlışın esaslı olacağı şeklinde açık bir düzenleme mevcuttu (“*Der Irrthum über die Person des anderen Theiles gilt nur dann als wesentlich, wenn der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person abgeschlossen wurde*”).

⁷⁸⁹ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 26; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 58 dn. 53; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 397.

⁷⁹⁰ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1, c.

yanılma” olduğu ortadayken, son derece meraklı bir şaşkınlıkla, acaba dördüncü bentteki yanılma türü ile üçüncü bentteki yanılma türü arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı sorusu yöneltilebilir⁷⁹¹. Öte yandan, şurasını ayrıca belirtelim ki, aynı karışıklığa doktrinde de rastlamak mümkündür. Nitekim Eren ve Kılıçoğlu’na göre, buradaki açıklamada yanılma, sözleşme ile ilgili üçüncü bir kişiye ilişkin olarak değil, bizzat karşı tarafın niteliklerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁹². Bu açıklamalar ışığında sonuç olarak, bu düzenlemenin “sözleşme kurulurken dikkate alınan kişinin (yoksa sözleşme tarafının değil) kimliğinde yanılma” şeklinde anlaşılması ve bu *ratio legis* çerçevesinde yorumlanması gerekir.

d. Edimin Miktarında Yanılma (*Error in Quantitate*)

Bu yanılma türünde, TBK m. 31/1 b. 5’de (OR m. 24/1 b. 3) belirtildiği üzere, “yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini” açıklamaktadır. Görüleceği üzere, miktarda yanılma halleri iki biçimde meydana gelebilmektedir. Buna göre, yanılma, yanılanın kendi edimiyle ilgili olabileceği gibi, karşı edime ilişkin de ortaya çıkabilecektir⁷⁹³. İlk durumda, yanılan, gerçek iradesindeki edim miktarını farkında olmadan yanlış açıklamakta ve önemli oranda fazla bir edim miktarı için borç altına girmektedir; ikinci durumda, gerçek iradesindeki karşı edime ilişkin miktarı farkında olmadan yanlış açıklamakta ve önemli oranda az bir edim miktarı için alacak hakkı kazanmaktadır. Söz gelimi, bir arkadaşında gördüğü ikinci el arabayı satın almak isteyen A’nın, arkadaşına gönderdiği elektronik postada bu araba için 158.000 TL ödemeye hazır olduğunu söylemek isterken, yanlışlıkla 185.000 TL yazması ilk olasılığa⁷⁹⁴; bir mağazanın vitrininde sergilenen değerli bir yüzüğün etiketine gerçekte

⁷⁹¹ Aynı yönde bkz. Ögüz, **a.g.m.**, s. 105.

⁷⁹² Eren, **BG**, s. 402; Kılıçoğlu, **BG**, s. 252; aynı yönde bkz. Reisoğlu, **BG**, s. 120. *Canbolat* ise, bu bentteki yanılmada kimlikte bir yanılmanın değil, saikte yanılma türünde olan karşı tarafın niteliklerinde yanılmanın düzenlendiğini ileri sürmektedir (Canbolat, **a.g.e.**, s. 193 dn 39).

⁷⁹³ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, 78; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 15; Zehnder, **a.g.e.**, s. 206; Klausberger, **a.g.e.**, s. 134; Reiser, **a.g.e.**, N. 31.

⁷⁹⁴ Bir Federal Mahkeme kararına konu olan olayda; A Bankası, bir müşterisinin B bankasından 420.000 frank tutarında kredi çekebilmesi için B bankasına kefalet senedi vermiştir. B bankasının şartlarına göre, kefalet senedinin, biri orijinal ve imzalı olmak üzere toplam üç nüsha halinde tanzim edilmesi gerekmesine rağmen, A bankası yanlışlıkla üç nüshayı da imzalı ve orijinal olarak hazırlamış ve bunun sonucunda müşteri, üç kat fazla kredi çekmiştir. Bunun üzerine A bankası, gerçekte sadece 420.000 frank değerindeki kredi bedeline kefil olmak istediğini ileri sürmüştür. Burada B bankasının haklı güveni karşısında, iki banka arasındaki kefalet ilişkisinin 1.260.000 frank üzerinden oluştuğuna dikkat çeken Mahkeme, buna karşın A bankasının miktarda yanılmaya

13.800 frank yazılmak istenirken, yanlışlıkla 1.380 frank yazılması⁷⁹⁵ ikinci olasılığa örnek gösterilebilir.

Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, her miktarda yanılmanın esaslı açıklamada yanılma teşkil etmemesidir. Bunun için, yanılmanın sözleşmeye göre borçlandığı (ya da kendisine taahhüt edilen) edim miktarı ile gerçekte istediği miktar arasındaki farkın “önemli” (*erheblich*) olması gerekir. Söz konusu “önemli” olma kriterine ilişkin genelgeçer bir ölçüt verme imkanı olmadığından, bu konuda hâkimin somut olayın özellikleri çerçevesinde geniş bir takdir yetkisi söz konusudur⁷⁹⁶. Buradaki hüküm içi boşluğu tamamlayacak olan hâkim, esas itibarıyla dürüstlük kuralı çerçevesinde alışveriş hayatındaki hâkim görüşleri dikkate alacak ve sözleşme ilişkisini çevreleyen hal ve şartları değerlendirecektir⁷⁹⁷. Bu bağlamda, benzer ticari branşlardaki kâr marjı ve aynı ticari sektördeki ortalama edim-karşı edim dengesi gibi parametreler yol gösterici olacaktır⁷⁹⁸. Zira sözleşmedeki miktar ile gerçekte istenilen

dayanarak işlemi iptal edebileceğine karar vermiştir. Bu karar için bkz. BGer SJZ 1981, 44 (aktaran Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 83).

⁷⁹⁵ BGE 105 II 23 (bger.ch). *Kocayusufpaşaoğlu*’nun da haklı olarak belirttiği gibi, şayet yüzük alıcısı kimse, burada söz konusu yüzüğün gerçekte bu fiyattan satılamayacağını, dolayısıyla etikette bir yanlışlık olduğunu fark etmiş ya da dürüst ve makul bir muhatap olarak fark etmesi gerekmiş ise, TBK m. 1’e göre sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varılacaktır (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 399).

⁷⁹⁶ Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 15; Koller, **AT**, § 14 N. 108; Zehnder, **a.g.e.**, s. 212; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 824; Reiser, **a.g.e.**, N. 31.

⁷⁹⁷ Bucher, **AT**, s. 201; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 80; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 15.

⁷⁹⁸ Bucher, **AT**, s. 201; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 81; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 15; Reiser, **a.g.e.**, N. 31. Bu konuda Yargıtay’ın şu kararı iyi bir örnektir: “*Davacı, kendisine ait teklif mektubunda yazılı miktarlar ile diğer teklif verenler arasında rekabet gereklerine uygun düşmeyen ölçüde büyük farklar bulunduğunu ileri sürerek. Borçlar Kanunu’nun 24. md.nin 3. bendinde belirtilen anlamda miktarda hataya düştüğünü, bu nedenle sözleşmeyi imzalamaktan kaçınmakta haklı olduğunu öne sürmektedir. Mahkemece ise, davacıya en yakın teklif miktarlarının önemli fark taşımadığı görüşüyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, ton başına verilen fiyatlardaki farkın toplam taşıma hacmi içinde önemli bir yekûn oluşturduğunun kabulü gerektiği gibi, davacının vermeyi düşündüğünü bildirdiği fiyatların üzerinde teklif veren ihale katılımcılarının bulunduğu da ihale dosyası içeriğinden anlaşılmaktadır.*

Mahkemece yapılan inceleme ve araştırma uyumsuzluğun sağlıklı bir çözüme ulaştırılabilmesi için eksiktir. Seçilecek bir taşımacılık uzmanı bilirkişiden, ilgili dönem taşıma maliyetleri, yörede ucuz yakıt temin olanağı, varma yerinden Muş’a dönüşlerde yük bulma olasılığı gibi olgular da gözönüne alınarak maliyet ile teklif fiyatları arasında makul kazanç sağlayıcı fark bulunup bulunmadığı, yöresel taşıma faaliyetleri verilerine nazaran davacının verdiği fiyatlar ile kasdettiğini bildirdiği fiyatlar arasında rekabet gerçekleri ve ticari teamüllere aykırı biçimde önemlice fark olup olmadığı hususlarında ayrıntılı ve kapsamlı rapor alınıp değinilen olgular değerlendirilerek davacının kasdettiği ve bildirdiği ivaz arasındaki farkın esaslı hata ve bunun sonucunda da sözleşmeyi imzalamaktan kaçınmaya esas oluşturacak mahiyette olup olmadığının saptanması ve oluşacak durum çerçevesinde karar verilmesi gerekirken, değinilen yönler irdelenmeden karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. 11. HD., 21.9.1999, E. 1999/2255, K.

miktar arasında görünüşte büyük bir fark olsa dahi, bu tespit başlı başına yanılmanın esaslılığı için yeterli olmayabilir. Bu nedenle, söz konusu hata nedeniyle yanılanın ne ölçüde zarara uğrayacağı ya da ilgili sözleşmeden elde edeceği kârın bu yanılmadan ne oranda etkileneceği ayrıca sorgulanmalıdır. Öte yandan, miktarda yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek isteyen yanılanın, söz konusu miktar farkının objektif açıdan önemli olduğunu ispatlaması gerekir⁷⁹⁹.

Yanılanın sözleşme konusu edimin sübjektif değerinde yanıldığı hallerde ise, ortada miktarda yanılma değil, saikte yanılma niteliğinde bir “değerde yanılma” (*Wertirrtum*) bulunmaktadır⁸⁰⁰. Daha önce bu iki yanılma türü arasındaki fark ayrıntılı şekilde ele alındığından, burada sadece şu hususa dikkat çekmekle yetiniyoruz: Değerde yanılmada, yanılan, şeye (edime) kendisince yanlış bir değer atfetmekte ve böylelikle iradesi oluşum anında sakatlanmaktadır. Dolayısıyla, bu olasılıkta, açıklanan irade ile gerçek irade arasında bir uygunsuzluk söz konusu olmamaktadır. Öyle ki, yanılan, şeyin değerine ilişkin saikte yanılmaya düşmüş olmasına rağmen, yine de açıklamasında belirttiği edim miktarıyla sözleşmeyi kurmak istemektedir. Ancak onun bu isteği, gerçeğe uygun olmayan bir tasavvur sonucu oluşmuştur. Şu halde, değerde yanılmanın, TBK m. 32’deki şartları sağlıyorsa temel yanılması teşkil etmesi mümkündür. Diğer taraftan miktarda yanılmada ise, yanılan, gerçekte istemediği bir edim miktarı üzerinden sözleşme ilişkisine girmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, miktarda yanılma ile hesap yanılması (*Kalkulationsirrtum*) arasında yapılması gereken ayırmadır. Hesap yanılması, daha önce de işaret edildiği gibi, adi hesap yanılması (ya da açık hesap yanılması, *offener Kalkulationsirrtum*) ve saikte yanılma türündeki gizli hesap yanılması (*verdeckter interner Kalkulationsirrtum*) şeklinde iki farklı türe ayrılmaktadır. Adi hesap yanılması, TBK m. 31/2’de (OR m. 24/3) “*basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu tür yanılmalarda, yanılanın açıklamasında belirttiği hesap sonucu, gerçek iradesine uymamakta ve bu uygunsuzluk, onun çeşitli hesap işlemlerini açıklamasında ayrıca

1999/7015; benzer bir diğer karar için bkz. Y. 4. HD., 10.5.1978, E. 1977/8379, K. 1978/6346, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁹⁹ Huguenin, **AT**, N. 503.

⁸⁰⁰ Bucher, **AT**, s. 201; Schmidlin, N. 84; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 15; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 8; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, 78; Huguenin, **AT**, N. 503; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 400; Eren, **BG**, s. 402.

zikretmiş olması nedeniyle muhatap tarafından anlaşılmakta ya da dürüstlük kuralına göre anlaşılması gerekmektedir⁸⁰¹. Başka bir deyişle, yanılmanın açıklamasında ifade ettiği hesap toplamına (hesap sonucuna) ulaşmasını sağlayan çeşitli hesap unsurları, muhatap tarafından fark edilebilecek şekilde sözleşme içeriğine dahil olmuştur. Bu nedenle de, açıklama dışı olguların yorumlanmasına dahi gerek kalmadan bu hata düzeltilebilecektir⁸⁰².

Örnekleyecek olursak; bir marangoz ustası olan A, evindeki mutfakı yenilemek isteyen B'nin bu işin toplam ne kadar tutacağını sorması üzerine; “zemin ayarlaması için 500, mutlak dolapları için 1.000, mutfak tezgahı için 1.500 ve işçilik için de 1.500 olmak üzere toplam 3.500 TL fiyat” vermiş ve B de bunu kabul ettiğini bildirmiştir. Burada marangozun çeşitli hesap kalemlerini toplayarak ulaştığı toplam bedelin hatalı olduğunun, muhatap tarafından fark edildiği ya da dürüstlük kuralına göre gerekli özeni gösterseydi fark edilebileceği belli olduğundan, sözleşme, marangozun gerçek iradesi olan 4.500 TL üzerinden kurulmuş sayılır. Bu durumda, açık (adi) hesap yanılması sözleşmenin geçerliliğini etkilemediğinden, sadece görünürdeki yanlışlığın gerçek iradeye uygun şekilde düzeltilmesi yeterli olacaktır. Hemen fark edileceği üzere, bu sonuca, irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumuyla da ulaşılabilir olup, aslında bu ihtimalde artık bir yanılmanın varlığından söz edilmesine dahi gerek bulunmamaktadır⁸⁰³.

Diğer taraftan, söz konusu hesap unsurlarının açıklamada belirtilmediği hallerde ise, eğer ilgili hesap yanılması muhatap tarafından anlaşılmıyor ya da anlaşılması gerekmiyorsa, artık açık (adi) hesap yanılmasının varlığından söz edilemez⁸⁰⁴. Hesap unsurları, pratik hayatta çoğu zaman açıklamada belirtilmediği sürece karşı tarafça bilinemeyeceğinden ve hatta genellikle taraflar kendileri için ticari bakımdan önemli

⁸⁰¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 438; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 30; Schwenger, **AT**, N. 37.41; Koller, **AT**, § 14 N. 59; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 840; Huguenin, **AT**, N. 531; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 3; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 54; Schwarz, **BG**, s. 303; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 399. Şu halde, hesap işlemlerinin ve unsurlarının sözleşme içeriğine girip girmediği, güven ilkesi çerçevesinde yapılacak yorum sonucunda belli olacaktır (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 444).

⁸⁰² Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, 79.

⁸⁰³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 436, 443, 444; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 93.

⁸⁰⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 440; Schwenger, **AT**, N. 37.41; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 842; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 79; Huguenin, **AT**, N. 531; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 400.

olan hesap unsurlarını açıklamamayı tercih edeceklerinden⁸⁰⁵, açık (adi) hesap yanılmasının ortaya çıkma ihtimali hayli düşüktür. Öte yandan bu tür durumlarda, eğer sözleşme içeriği olmamış hesap temeline ilişkin bir yanılma varsa, ancak saikte yanılma niteliğinde olan “gizli hesap yanılması” gündeme gelecektir. Gizli hesap yanılmasında, yanılan, işlem iradesini oluştururken çıkarma, toplama, çarpma gibi aritmetik hesap işlemlerinde hata yaptığı için ya da belirli masraf kalemlerini hesaba dahil etmeyi unuttuğu için yanlış bir hesap sonucuna varmaktadır⁸⁰⁶. Burada, muhataba açıklanan miktar ile yanılanın gerçek iradesinin yöneldiği miktar arasında herhangi bir uygunsuzluk bulunmamakta; bilakis, gerçeğe uygun olmayan bir hesap sonucuna ulaşılması nedeniyle yanılanın iradesi oluşum aşamasında sakatlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yanılanın iradesini harekete geçiren saik, yanlış bir hesaplama dayanmaktadır. Burada, TBK m. 32’deki şartlar mevcutsa temel yanılmasına başvurmak mümkündür⁸⁰⁷. Örneğin bir satıcı, kendisinden fiyat teklifi isteyen alıcıya yönelik olarak, sözleşme konusu şeye ilişkin bazı masraf kalemlerini yanlış hesaplamış

⁸⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 400.

⁸⁰⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 441; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 31; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 53 vd.; Gauch / Schluep / Schmid, **a.g.e.**, N. 842; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 79; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 439, 440. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu ayrımı şu kararda net biçimde ortaya koymuştur: “Sözleşenlerin, birbirine uygun irade beyanlarında ortaya çıkan, sözleşmelerin unsurlarına ilişkin aritmetik işlemlerde (toplama-çarpma-bölme-çıkarma) birlikte işledikleri hesaplama hataları ile sözleşenlerden sadece bir tarafın, kendi teklifini hazırlarken yine sözleşmenin unsurlarına ilişkin olarak yaptığı aritmetik işlemlerde diğer tarafın iştiraki, yönlendirmesi olmaksızın düştüğü hesaplama hatalarını da birbirinden ayırmak gerekir. Birinci haldeki hesaplama hatasında, tarafların karşılıklı gerçek beyan ve iradeleri birbirine uygundur. Salt aritmetik işlemlerde birlikte aritmetik hatalar yapmışlardır. Örneğin tanesi 10.000.TL.den 1000 adet karpuz alımsatımı konusunda anlaştıkları halde (beyan ve irade karşılıklı birbirine uygun) birlikte yaptıkları aritmetik işlemde hata yaparak tutarını 10.000.000.TL yerine 1.000.000.TL gibi göstermişlerdir. Bu hata adi hesap hatasıdır. Sözleşmenin sıhhatini etkilemez. Düzeltilmesiyle iktifa edilir (BK.24/ son md). İkinci halde, daha değişik bir anlatımla, bir kimse karşı tarafa gerçekten istediği bir rakamı bildirmekte, fakat bu rakamı bulmak için yapmış olduğu hesapta, bu rakamı etkileyecek, bazı önemli noktaları gözden kaçırmış yanlış değerlendirmiş aritmetik işlemlerde hata yapmıştır. Bu hesaplama hatası ise bir saik hatasıdır. Bu nitelikteki bir hesaplama hatasının düzeltilmesi istenemez. Kural olarak saik hataları esaslı hata değildir (BK.24/II.md). Saik hataları ancak mevsuf saik hatası (nitelikli etken hatası) ise beyan hatalarında olduğu gibi BK.nun 24. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde ifadesini bulan objektif ve subjektif koşulların gerçekleşmesi halinde temel hatası esaslı hata kabul edilebilir. Bu hesaplama hatalarının da miktar hataları (BK. 24/1 fıkrası 3. bent) ile karıştırılmaması gerekir. Çünkü miktar hataları beyan hataları kapsamı içindedir.” (YHGK., 16.2.1994, E. 1993/13-795, K. 1994/57, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 440, 441; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 31; Schwenzer, **AT**, N. 37.41; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 54; Gauch / Schluep / Schmid, **a.g.e.**, N. 831; Huguenin, **AT**, N. 531; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 3; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 79; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 439, 440. Hesaplama unsurlarını ve şeklini açıklamasında belirtmeyen kimsenin, kural olarak adi saikte yanıldığı ve ancak OR m. 24/1 b. 4’deki (TBK m. 32) şartlar varsa bu tür yanılmanın dikkate alınacağı, ancak ne olursa olsun hiçbir zaman OR m. 24/3 anlamında bir “düzeltmenin” (*Berichtigung*) istenemeyeceğini belirten Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 82 II 81 (servat.unibe.ch); aynı yönde BGE 102 II 81 (bger.ch).

(15 x 25= 325 TL gibi) ve bu hesap şeklini belirtmeksizin sadece nihai toplam üzerinden (325 TL) öneride bulunmuşsa durum bu şekildedir. Keza, bir şeyin ağırlığının yanlış hesaplanması ve buna göre fiyat verilerek açıklamada bulunulması⁸⁰⁸; yine daha önce verdiğimiz odun deposunun satılması örneğindeki gibi, alıcının kendisine önerilen odun deposundaki mevcut odun sayısının daha fazla olduğunu düşünerek sözleşmeyi kabul etmesi⁸⁰⁹; satış konusu taşınmazın sözleşmede belirtilen yüzölçümü miktarından daha küçük olduğunun anlaşılması⁸¹⁰ gibi ihtimallerde açıklamada yanılmadan söz açmak imkanı yoktur.

Bu ayrıma son derece isabetli şekilde dikkat çeken Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.2.1994 tarihli kararına konu uyuşmazlıkta, idare, ihale öncesinde kendi içinde oluşturduğu komisyonun, ihale bedelini tespit ederken aritmetik işlemlerde (toplama, çarpma, çıkarma gibi) hata yaptığını ve bu nedenle katılımcılara öneriye davette bulunurken hataya düştüğünü ileri sürmüştür. Buna dayanarak da, davalı şirketten, söz konusu yanılma olmasaydı; yani doğru şekilde hesap yapılsaydı ulaşılacak bedel ile hâlihazırdaki hatalı bedel arasındaki farkı talep etmiştir. Bu talep ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve fakat davalı tarafın temyize başvurusu üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararı bozmuştur. Buna karşın ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine, olay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiş ve bu doğrultuda yapılan inceleme sonucunda, Hukuk Genel Kurulu, haklı olarak, olayda saikte yanılma olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca kararda, bu yanılmanın esaslı saikte yanılma teşkil etmesi ihtimalinde dahi, idarenin ilgili bedel

⁸⁰⁸ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 54.

⁸⁰⁹ Bu örnek ve açıklamalar için bkz. yuk. 2. Bölüm, I, C, 1.

⁸¹⁰ Schwenzer, **AT**, N. 37.16. Bu konu çerçevesinde, TBK m. 244/1'de "*aksine sözleşme olmadıkça, satılan taşınmaz, satış sözleşmesinde yazılı yüzölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı, eksiği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür*" ve TBK m. 244/2'de "*satılan taşınmaz, resmi bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir*" şeklinde iki farklı olasılık düzenlenmiştir. Kanaatimizce ilk olasılık açısından, eğer bu duruma ilişkin aynı zamanda alıcının bir esaslı nitelikte yanılması da söz konusuysa, tıpkı taşınır satışına ilişkin ayıp hükümlerinde olduğu gibi (TBK m. 219 vd.), yanılan, iki hüküm arasındaki seçimlik yarışmadan yararlanabilecektir. Oysaki ikinci olasılık bakımından, şayet satıcı tarafından özellikle bu yönde bir vaadde bulunulmamışsa, bu sonucun mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Zira kanun koyucu, taşınmazın yüz ölçümünün resmi şekilde belirlenmiş ve sicile geçirilmiş olduğu hallerde, eğer satıcının özellikle bu yönde bir vaadi yoksa, onun bu doğrultuda herhangi bir sorumluluğu olmadığını belirterek özel bir hüküm öngörmektedir. Dolayısıyla, ileride daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, ayıp sorumluluğunun kanunen veya sözleşme ile kaldırıldığı hallerde, ilke olarak aynı duruma ilişkin yanılma hükümlerine dayanılamaz. Ayıp ve nitelik yanılması arasındaki yarışma konusunda bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 1, d.

farkını talep etme hakkının bulunmadığına dikkat çekilerek, davalı şirketin temyiz itirazlarının kabulüne ve direnme kararının bozulmasına hükmedilmiştir⁸¹¹.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer olasılık da, yanılanın lehine sonuçlanan miktarda yanılma durumlarında, esaslı yanılmanın söz konusu olup olmayacağıdır. Daha açık bir anlatımla, kendi edimine ilişkin açıkladığı miktar, gerçekte istediği miktardan önemli ölçüde az ise ya da karşı edime ilişkin açıkladığı miktar, gerçekte istediği miktardan önemli ölçüde fazla ise, acaba yanılanın miktarda yanılmaya dayanabilmesi mümkün müdür? Örneğin satıcı sözleşme konusu şeyi 15.000 TL'ye satmak istediğini söyleyecek yerde, yanlışlıkla 25.000 TL'ye sattığını açıklamışsa ve alıcı da bunu kabul etmişse, burada yanılan lehine bir miktarda yanılmadan söz açılacaktır. Doktrinde bu konuda haklı olarak, söz konusu durumların kanunun açık lafzı gereği TBK m. 31/1 b. 5'in uygulama alanına giremeyeceği belirtilmektedir⁸¹². Ancak sorunun çözümü bu aşamada bırakılmamalı ve ilaveten şu sorunun da sorulması gerekmektedir: Kanundaki "özellikle" ibaresinin de işaret ettiği üzere TBK m. 31 kapsamına girmeyen herhangi bir açıklamada yanılmanın da esaslı olabileceği dikkate alındığında, acaba söz konusu yanılmanın kanun kapsamında sayılmayan esaslı açıklamada yanılma statüsünde olabilme ihtimali var mıdır? İleride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, bir açıklamada yanılmanın esaslı olabilmesi için sübjektif ve objektif açıdan esaslılık şartını taşıması gerekir⁸¹³. Bu bakımdan, bu tür bir yanılma içinde olduğunu iddia eden yanılanın, özellikle objektif esaslılık şartını ispat edebilmesi çok zordur. Yine bu bağlamda devreye girecek ikinci engel, TBK m. 34/1'deki, yanılma nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kötüye kullanılmaması gerektiğini belirten hükümdür. Zira söz konusu durumda, geçerlilik şartının eksikliği nedeniyle kendisine hukuki koruma tanınmış kimsenin, iptal hakkını, hükmün koruma amacına aykırı şekilde kullandığı söylenebilecektir⁸¹⁴.

⁸¹¹ YHGK., 16.2.1994, E. 1993/13-795, K. 1994/57, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸¹² Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 37; Zehnder, **a.g.e.**, s. 207.

⁸¹³ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1.

⁸¹⁴ Hiç kuşkusuz, karşı tarafın da rızasının bulunması şartıyla, tarafların ikâle iradesi ile sözleşmeyi sona erdirebilmeleri ya da sözleşmede değişiklik yapabilmeleri her zaman mümkündür.

2. Özel Durumlar

a. Beyaza İmza (*Blankounterschrift*)

Beyaza imza (açığa imza) olarak nitelendirilen durumlarda, genellikle bir kimse, irade açıklamasında bulunmak amacıyla imzalı boş bir kâğıdı (belgeyi), daha önce anlaşılan hususlara uygun olarak doldurulmak üzere karşı tarafa ya da üçüncü kişiye vermektedir⁸¹⁵. Ancak hemen belirtelim ki, imzalı boş kâğıdın verilmesinden önce her zaman böyle bir anlaşmanın var olması şart değildir. Bazen, öncesinde taraflar arasında herhangi bir anlaşmanın varlığı söz konusu olmaksızın, imzalı boş kâğıdın, örneğin bunu veren kimsenin daha sonraki talimatlarına göre doldurulmak amacıyla karşı tarafa verilmesi de mümkündür⁸¹⁶. Keza, daha önce verdiğimiz, konser sonrasında bir hayranının uzattığı boş kâğıdı imzalayan sanatçı örneğine bakıldığında da, sanatçı ve hayranı arasında herhangi bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyecektir⁸¹⁷. Gerçi bu durumlarda teknik anlamda bir anlaşmanın varlığından söz etmek mümkün olmasa da, imzalı kâğıdın sonraki bir talimata kadar hiç doldurulmaması ya da örneğimizdeki gibi sanatçının hatırası olarak kalacağı ve hiçbir şekilde doldurulmayacağı yönünde geniş anlamda bir anlaşmanın (uzlaşmanın) var olduğu söylenebilir.

Beyaza imzalı kâğıdın tamamen boş olması, yani imzalayan kimsenin işlem iradesinin burada hiçbir şekilde yer almaması zorunlu değildir. İşlem iradesinin bir kısmı imzalı kâğıda geçirilmiş ve geri kalan kısmı doldurulmak için bir başkasına bırakılmış olabilir. İmzalı kâğıdın tamamen boş olması halinde “tam beyaza imzadan”, kısmen boş olması halinde de “kısmi beyaza imzadan” söz açılır⁸¹⁸. Beyaza imzalı belge ile geçerlilik şekline bağlı olmayan işlemler yapılabileceği gibi, şekle bağlı

⁸¹⁵ Baki Kuru, **İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Ankara: Legal Yayınevi, 2016, s. 376; İlhan E. Postacıoğlu, **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: Baha Matbaası, 1964, s. 204; Bucher, **AT**, s. 198; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. s. 423; Burak Özen, “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 6, S. 62, Şubat 2008, s. 409-428, s. 409; Emrehan İnal, “Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 161-175, s. 166 vd.

⁸¹⁶ Örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 424; Yasin Ulusoy, “Beyaza İmza”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD)**, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 471-499, s. 477.

⁸¹⁷ Bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, C, 2.

⁸¹⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 56; Özen, **a.g.m.**, s. 409.

işlemlerin de yapılması mümkündür⁸¹⁹. Bu başlık altında beyaza imza konusunda yapılacak açıklamalar ve tartışmalar tüm bu olasılıkları kapsayacağından, bu hususlarda ayrıntıya girmeyip sadece dikkat çekmekle yetiniyoruz.

Tarafların arasındaki hukuki ilişkinin beyaza imza ile tesis edildiği durumlarda, “imza” ve “içeriği doldurulmuş metin” olmak üzere iki ayrı unsur bulunmaktadır. Dikkat edilirse, beyaza imza halinde bu unsurlar, alışveriş hayatında gerçekleştirilen çoğu işlemdeki “önce metnin içeriğinin oluşturulması, sonra imzalanması” şeklindeki sıranın tam tersi bir görünüm arz etmekte ve bu nedenle de, özellikle yanılma ve ispat hukuku konusunda birçok tartışmaya kaynaklık etmektedir. Öte yandan burada, imzalı boş kâğıdı veren kimse, bu unsurların birbiriyle örtüşerek daha önceki anlaşmaya uygun bir metin oluşturulması için karşı tarafa bu yönde bir yetki vermektedir⁸²⁰. Bu yetkinin kapsamı ise, metnin, daha önce taraflar arasında kararlaştırılan esaslara göre doldurulması ve böylelikle birbirine uygun irade açıklamalarının metinde somutlaştırılmasıdır.

Beyaza imzalı kâğıdın karşı tarafa doldurulması için verildiği durumlar, her zaman iki olay grubu şeklinde karşımıza çıkar: Bu metin, ya beyaza imzalayanın gerçek iradesine (daha önceki anlaşmaya) uygun şekilde doldurulur ya da gerçek iradesine uygun olmayacak (daha önceki anlaşmaya aykırı) şekilde doldurulur. Sözleşmenin kurulup kurulmadığı, eğer kurulduysa burada bir irade bozukluğunun söz

⁸¹⁹ İnal, **a.g.m.**, s. 161 vd.; Özen, **a.g.m.**, s. 409. Kanunen yazılı şekil şartına bağlı olan bir sözleşmenin bu yöntemle kurulduğu bir olasılıkta, doktrindeki ağırlıklı görüş (Flume, **AT**, s. 253; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 242; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 281; Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 77; Eren, **BG**, s. 291, 292; Özen, **a.g.m.**, s. 414) sözleşmenin geçerli olacağını savunmakta iken; başka bir görüş (Merz, **Vertrag**, s. 188; İnal, **a.g.m.**, s. 166-174; karşı. Schönenberger / Jäggi, **ZürKomm**, Art. 13 N. 45), sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçerli olmayacağını kabul etmektedir. Bu görüş şunu savunmaktadır: Yazılı şekle bağlı olan bir sözleşmede hem önerinin hem de kabulün tüm esaslı noktaları içerecek tarzda yazılı şekle uygun olarak yapılması gerekir. Ancak, henüz imzalı boş bir kâğıdın verildiği aşamada, gerçekte sözlü bir anlaşma olsa dahi, ortada yazılı olarak açıklanmış herhangi bir irade bulunmamaktadır. Eğer buna cevaz verilirse, kanunen yazılı şeklin öngörüldüğü sözleşmelerin, pratikte sözlü olarak yapılması gibi şeklin amacına ve işlevine aykırı olan sonuçlar doğacaktır. Zira kanuni şekil zorunluluğunun, kişinin ihtiyatlı düşünmesini ve sağlıklı karar vermesini sağlamak, onu işlemin sonuçları açısından uyarmak, işlemin getireceği risklere dikkat çekmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi amaçları dikkate alındığında, henüz metin doldurulmadan önce atılan bir imza ile şekle bağlı işlemlerin yapılmasına izin vermemek gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Merz, **Vertrag**, s. 185 vd.; Özen, **a.g.m.**, s. 412 vd.; İnal, **a.g.m.**, s. 165 vd.

⁸²⁰ Flume, **AT**, s. 455; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 57; Merz, **Vertrag**, s. 186; Özen, **a.g.m.**, s. 410; İnal, **a.g.m.**, s. 168. Bu yetkinin bir temsil yetkisi anlamına gelip gelmeyeceği konusundaki tartışma için bkz. Merz, **Vertrag**, s. 188; Flume, **AT**, s. 455; Özen, **a.g.m.**, s. 414 vd.; İnal, **a.g.m.**, s. 168.

konusu olup olmadığı, şayet irade bozukluğu varsa bunun nasıl ispat edilmesi gerektiği gibi sorunsallar ikinci olay grubunda ortaya çıkmaktadır.

Henüz bu aşamada belirtelim ki, beyaza imzalı metinlerin sonuçları incelenirken, gerek mahkeme uygulamasında gerekse doktrinin bir kısmı tarafından, beyaza imza neticesinde sözleşmenin irade bozukluğuyla kurulması ile TBK m. 1 çerçevesinde tamamen sağlıklı şekilde kurulması ya da hiç kurulmaması arasındaki ayrıma gereken hassasiyetin gösterilmediği gözlemlenmektedir. Bu nedenle biz, beyaza imzalı metinlere ilişkin sorunları incelerken ve çeşitli olasılık grupları oluştururken, güven ilkesi temelinde ve yanılma kurumu ile sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK m. 1 arasındaki ayrımı esas alan bir yöntem izleyeceğiz.

Tezin bu başlığında yanıtlanması amaçlanan esas soru şudur: Beyaza imza atan kimse, daha sonra bu metnin karşı tarafça aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu öğrendiğinde, açıklamada yanılmaya dayanabilecek midir? Bu soruya doğru cevap verilebilmesi için, beyaza imza durumları iki farklı ilişki düzleminde incelenmelidir: İlk ilişki, taraflar arasında söz konusu olmakta, yani beyaza imza veren ile metni dolduran arasında cereyan etmekteyken; ikinci ilişki ise, beyaza imza veren ile bu metne dayanarak hak elde ettiğini iddia eden üçüncü kişi arasında ortaya çıkmaktadır.

(1) Taraflar Arasındaki İlişki

(a) Sorunun Ortaya Konulması

Doktrinde bir görüş⁸²¹ ve İsviçre Federal Mahkemesi⁸²², bu konuda hiçbir istisna tanımaksızın beyaza imza durumlarında yanılmanın mümkün olmayacağını savunmaktadır. Keza bu anlayışa göre, metnin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu durumlarda aldatmanın varlığından da söz edilemeyecektir. Bu görüşteki yazarların ve içtihadın bu sonuca dayanak yaptıkları argümanlar şu şekilde özetlenebilir.

Birincisi, bir muhataba isteyerek beyaza imzalı kâğıt veren kimse, bunun gerçek iradesine (aralarındaki anlaşmaya) uymayacak şekilde düzenlenebileceğinin her zaman farkındadır. Bu kimse, metnin içeriğinin kendi arzusuna aykırı şekilde

⁸²¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 58; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 6; Schwenger, **AT**, N. 37.19; Bucher, **AT**, s. 198; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 162 dn. 32; Huguenin, **AT**, N. 494.

⁸²² BGE 88 II 422 (servat.unibe.ch).

doldurulması riskini baştan üstlenmiş, adeta bu durumu bilerek ve isteyerek kendisi yaratmıştır. Bu nedenle, bunun daha sonra kötüye kullanılabileceğini hesaba katmak zorundadır. Bu kimsenin sadece metnin anlaşmaya uygun olarak düzenleneceğine ilişkin muhabata duyduğu bir güveni vardır, o kadar. Dolayısıyla bu güvenle verilen yetkinin kötüye kullanılması başka şeydir, burada bir yanılmanın bulunduğunu söylemek başka şeydir⁸²³. Görülmektedir ki, bu görüş çerçevesinde, beyaza imza veren kimse, söz konusu metne ilişkin ister bir tasavvuru olsun ister olmasın, eğer bu metni imzalayarak karşı tarafa veriyorsa, tasavvurunun gerçeğe uygun olmadığı veya bilgisizliğinin bilincindedir ya da en azından yanıldığından şüphe ediyordur. Bu nedenle de, aldığı bu risk gereği yanılma hükümlerinin koruması dışında kalmaya katlanmalıdır.

*Flume*⁸²⁴, anlaşmaya aykırı şekilde doldurulan metnin kendi iradesine uymadığını iddia eden imza sahibine, bu güveninin boşa çıkması halinde yanılma nedeniyle iptal yetkisi tanınmasını savunan Alman hukukundaki hâkim görüşün artık değiştiğini ve karşı tarafa, bilerek bu denli geniş bir yetki veren imza sahibinin kural olarak bu riske katlanması ve açıklamasının sonuçlarından sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir⁸²⁵.

İkinci argüman ise, Federal Mahkeme'nin, meseleyi daha çok beyaza imza veren ile söz konusu belgeden iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişi arasındaki ilişki açısından incelediği bir kararında ifade edilmiştir⁸²⁶. Beyaza imzalı belgenin daha sonra (soyut) borç tanınması olarak düzenlenmesi ve buradaki alacağın daha sonra muhatap tarafından üçüncü kişiye temlik edildiği olayda, Mahkeme, ilk argümanı da kabul etmekle birlikte, ayrıca olayda beyaza imza veren kimsenin yanılma hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek herhangi bir tasavvurunun bulunmadığını vurgulamıştır. Şu halde, bir kimsenin, ileride doldurulacak metinle ilgili herhangi bir tasavvuru yoksa, burada yanılmasından da söz açılmayacaktır. Çünkü gerçeğe uygun olup olmadığı tespit edilebilecek bir tasavvura ulaşılamaması, onun belge içeriğiyle ilgili yanıldığı sonucuna varmayı engellemektedir. Bu noktada araya girerek belirtelim ki,

⁸²³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 56-60; Schwenger, **AT**, N. 37.19; Bucher, **AT**, s. 198; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 162 dn. 32; Huguenin, **AT**, N. 494.

⁸²⁴ Flume, **AT**, s. 455.

⁸²⁵ Alman hukukunda hâkim görüşün bu yönde olduğu görülmektedir. Bkz. Brox / Walker, **AT**, N. 422; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 756.

⁸²⁶ BGE 88 II 422 (servat.unibe.ch).

yanılma hükümlerinin uygulama alanı, yanılanın sadece belirli olguya ilişkin yanlış tasavvurunun bulunduğu durumları değil, daha önce de aktarıldığı üzere, belirli olguya ilişkin bilgisizliğinin (tasavvur eksikliğinin) bulunduğu durumları da kapsadığından, bu argümanın isabetli olmadığı söylenebilecektir⁸²⁷.

Şu halde bu görüş açısından konuyu toparlarsak, muhataba daha sonra içeriğini belirlemesi için imzalı boş kâğıt veren kimsenin hiçbir zaman hataya düşmüş sayılmayacağı ve yine bu çıkarımın doğal bir sonucu olarak, aldatılmış olmayacağı kabul edilmelidir. Şu halde, bu görüş benimsendiği takdirde, beyaza imzalı metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğu olaylar, TBK m. 1 uyarınca ve güven ilkesine göre sözleşmenin kurulduğu ya da kurulmadığı tartışmasıyla halledilecektir⁸²⁸. Diğer bir ifadeyle, beyaza imza verenin yanılması ya da aldatılması söz konusu olmayacağından, burada asıl belirleyici husus, karşı tarafın, boş kâğıdı veren kimsenin gerçek iradesine aykırı bir metin doldurduğunun farkında olup olmamasıdır.

Doktrindeki ikinci görüş ise, meseleye bu kadar katı yaklaşmamakta ve belirli istisnai durumlarda yanılmaya (ve/veya aldatmaya) dayanılmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş altında topladığımız yazarların, söz konusu istisnai durumların ne zaman ve hangi şartlarda ortaya çıkacağı konusunda farklı yaklaşımları benimsedikleri görülmektedir. Dolayısıyla, bu görüşü iki gruba ayırarak aktarmak daha uygun olacaktır.

İlk gruptaki yazarlara göre⁸²⁹, karşı tarafa güvenerek imzalı boş kâğıt veren kimsenin, metnin içeriğinin önceki anlaşmaya uygun olmayacak şekilde oluşturulması halinde, yanılmaya (ya da aldatmaya) dayanması hiçbir zaman mümkün değildir. Ancak burada ilk görüşten farklı olarak, eğer söz konusu imzalı boş kâğıdın “karşı tarafa teslim edilmesi anında” bir sakatlık bulunmaktaysa, aldatmanın (ve korkutmanın) söz konusu olabileceği savunulmaktadır.

Bu gruba dahil olan yazarlardan, *Postacıoğlu*, *Üstündağ*, *Kuru* ve *Erdönmez*’e göre, imzalı boş kâğıdı, önceki sözlü anlaşmaya uygun olacak şekilde dolduracağına

⁸²⁷ Aynı noktaya şu yazarlar da dikkat çekmektedirler; bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 35, 36; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 57; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 424.

⁸²⁸ Schwenzer, **AT**, N. 37.19; Brox / Walker, **AT**, N. 422.

⁸²⁹ Kuru, **a.g.e.**, s. 376; Güray Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II**, Editörler: Pekcanıtez Hakan / Özekes Muhammet / Akkan Mine / Taş Korkmaz Hülya, 15. Bası, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2017, s. 1868; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 204; Flume, **AT**, s. 455.

güvenerek karşı tarafa veren kimsenin, daha sonra metnin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması halinde, aldatma ya da yanılmaya dayanma imkanı bulunmamaktadır. Burada sadece imzalı boş kâğıt verenin güveninin kötüye kullanılması söz konusudur. Ancak karşı tarafın bu güveni kötüye kullanarak metni anlaşmaya aykırı doldurulduğunu iddia eden kimse, aldatma ya da yanıma hükümleriyle korunmadığı için doğal olarak bu durumu tanıkla ispat etme (HMK m. 203/ç) şansından mahrum kalsa da, HMK m. 201/1 uyarınca iddiasını senetle ispat edebilmesi mümkündür. Zira ortada, tanıkla ispatı gerektirecek anlamda bir irade bozukluğu bulunmamaktadır. Öte yandan, bu yazarlara göre, eğer imzalı boş kâğıt, imzalayan tarafından güven duygusu içinde verilmeyip, “imzalayanın elinden aldatma (ya da korkutma) yoluyla” alınmışsa, bu olasılıkta bir irade bozukluğu söz konusu olacak ve bu maddi fiil de HMK m. 203/ç bağlamında tanıkla ispat edilebilecektir⁸³⁰. Dikkat edilirse, bu görüşteki yazarların, ilk görüşteki yazarlar gibi, hiçbir şekilde yanılmaya uygulanma alanı tanımadıkları görülmektedir.

Bu yaklaşıma ilişkin bir toparlama yapmak gerekirse; bu gruptaki yazarlar, imzalı boş metnin aldatma ya da korkutma ile elde edildiği haller dışında, muhataba güvenerek teslim edilen metnin daha sonra anlaşmaya aykırı olarak doldurulması durumunda, herhangi bir irade bozukluğunun söz konusu olmayacağını belirtmektedirler. Bu görüşe dayanak olan temel argümanlardan birisi, yine ilk görüşün de işaret ettiği üzere şudur: Eğer bir kimse, kendisi için hukuki sonuçlar doğuracağını bilerek karşı tarafa imzalı boş kâğıt veriyorsa, bu metnin arzusuna aykırı şekilde doldurulması riskini de üzerine almıştır ve bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Kaldı ki, imzalı boş kâğıt verenin, metnin içeriğinin daha sonra nasıl belirleneceği konusunda veya en azından imzalı boş kâğıt teslim ettiğine ilişkin karşı taraftan belge

⁸³⁰ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 204 ve 232; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II**, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 662 vd.; Kuru, **a.g.e.**, s. 376 ve orada dn. 72, 73; Erdönmez, **a.g.e.**, s. 1868. Aynı görüşte bkz. Ulusoy, **a.g.m.**, s. 498. Buna karşın *Yavaş* ise, beyaza imza verilen an ile daha sonra metnin doldurulması anı arasında bir ayırım yapılmaması gerektiğini, her iki aşamada da irade bozukluklarının ortaya çıkmasının mümkün olduğunu; fakat ne olursa olsun yanıma ya da aldatma iddiasının tanıkla ispat edilmesine müsaade edilmemesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, hayatın olağan akışında, özellikle önemli meblağdaki hukuki işlemlerde, boş imzalı kâğıt verilmesi istisnai bir durum olduğundan, senedin önceki anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğu iddiası ile tanık dinletilerek, yanılan ya da aldatıldığını ileri süren kimsenin borçtan kurtulmasına izin verilmemelidir. Aksi takdirde, işlem güvenliği zarar göreceği gibi, HMK m. 200 ve 201'deki senetle ispat zorunluluğu kuralı da dolaylı olarak bertaraf edilmiş olacaktır. Bu konuda bkz. Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 226, 227.

alması imkan dahilindedir. Böyle bir imkanı değerlendirmeyen kimse, hukuken korunmayı da hak etmemektedir⁸³¹.

İkinci gruptaki yazarlar⁸³² ise, beyaza imzalı metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğu olaylarda, bazı hallerde yanılmanın söz konusu olabileceğini savunmaktadırlar. Burada yanılmaya dayanılıp dayanılmayacağı, karşı tarafın güveninin de ayrıca korunmaya değer olup olmadığının sorgulanması ile tespit edilecektir.

Bu bağlamda, *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre⁸³³, imzalı boş kâğıt verenin, muhatap tarafından doldurulacak olan metne ilişkin hiçbir tasavvuru olmadığı söylenemez. Onun en azından, metnin içeriğinin daha önceki anlaşmaya göre doldurulacağına ilişkin bir tasavvuru bulunmaktadır. Dolayısıyla, muhatap, güven ilkesi uyarınca metni anlaşmaya uygun şekilde doldurduğunu düşünmesine karşın, gerçekte metnin içeriği ile beyaza imza verenin iradesi uyuşmuyorsa, imza verenin yanılma hükümlerine başvurusu mümkündür. Farklı bir anlatımla, muhatap, metni anlaşmaya aykırı doldurduğunu bilmiyorsa ve güven ilkesine göre de bilmesi gerekmiyorsa, imza sahibi yanılmaya dayanabilecektir. Görüleceği üzere yazar, ilk görüşteki yazarların aksine, boş kâğıdı imzalayarak karşı tarafa veren kimsenin, metnin gerçek iradesine aykırı şekilde doldurulacağının her zaman bilincinde olmayabileceği ve bu nedenle, riskin her zaman ona yüklenilmemesi gerektiği düşüncesindedir. Bununla birlikte, bazı hallerde meselenin yanılma odağında incelenmesine dahi gerek kalmayacağını haklı olarak belirten yazar, burada öncelikle sözleşmenin (metnin) TBK m. 1 ekseninde kurulup kurulmadığının ya da kurulmuşsa hangi içerikle kurulduğunun belirlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Buna göre, mesele (daha önce yanılma ile sözleşmenin kurulması arasındaki ilişkide işaret ettiğimiz üzere), güven ilkesi ışığında değerlendirilmeli ve ilk olarak muhatabın güveninin korunup korunmadığı ihtimali araştırılmalıdır. Eğer imzalı boş kâğıdı doldururken muhatabın güveni korunmaya değer değilse, burada sözleşme ya beyaza imza verenin gerçek iradesine göre kurulmuş olacak ya da gerçek iradenin tespiti mümkün değilse hiç kurulmamış olacaktır.

⁸³¹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 232; Kuru, **a.g.e.**, s. 376; Erdönmez, **a.g.e.**, s. 1867, 1868.

⁸³² Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 36; Merz, **Vertrag**, s. 189 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 426; Özen, **a.g.m.**, s. 426 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 99; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 119 vd.

⁸³³ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 35-37; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 423 vd.

Dolayısıyla, bu olasılıkta yanılma da gündeme gelmeyecektir. Buna karşın, eğer muhatabın güveni korunmayı hak ediyorsa, işte bu noktada sözleşmenin (metnin) içeriği ile beyaza imza verenin gerçek iradesi arasında bir uygunsuzluk bulunacak ve yanılma hükümleri uygulama alanı kazanacaktır.

Esas itibarıyla bu görüşte olan *Özen*'e göre de⁸³⁴, beyaza imza hallerinde sözleşmenin nasıl kurulacağı ya da hiç kurulmayacağı gibi olasılıkların değerlendirilmesinde, öncelikle beyaza imzalı metni alan muhatabın, metni anlamaya uygun olarak doldurulması hususunda kendisine verilen yetkiyi “hakkaniyete” uygun şekilde⁸³⁵ kullanıp kullanmadığı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, imzalı boş kâğıdı anlamaya aykırı olarak dolduran muhatap, eğer bunu yaparken önceki anlamaya uygun hareket ettiğini düşünüyorsa ve bu düşüncesinde haklıysa burada hakkaniyete uygun davrandığı söylenebilecek ve sözleşme de bu içerikte kurulacaktır. Burada beyaza imza veren kimsenin yapacağı şey yanılma hükümlerine dayanmaktır⁸³⁶. Diğer taraftan, açığa imzanın muhatap tarafından kötüye kullanıldığı, başka bir ifadeyle, muhatabın boş metni bilerek (bu durumun farkında olarak) beyaza imza verenin gerçek iradesine aykırı şekilde doldurulduğu hallerde ise, artık beyaza imza verenin metinde yazılı içeriğe göre sorumlu tutulması düşünülemeyecektir. Ancak yazar burada şu noktaya dikkat çekmektedir: Boş metin, yetkiyi kötüye kullanan muhatap tarafından ne şekilde doldurulmuş olursa olsun, imza vereni bu metin içeriğiyle bağlı saymak mümkün olmamakla birlikte, eğer muhatap, imza vereni “gerçek iradesine göre” (önceki anlamaya göre) sorumlu tutmak isterse, bu takdirde imza verenin, bu (önceki) anlaşmayla bağlı olduğu kabul edilmelidir. Zira beyaza imza veren kimseyi, metin anlamaya aykırı dolduruldu diye, şayet metin gerçek iradesine uygun doldurulsaydı içinde bulunacağı hukuki konumdan daha iyi duruma getirmek, onu gereğinden fazla korumak anlamına gelmektedir. Şu halde, muhatap, imzalı boş metni bilinçli olarak anlamaya aykırı şekilde doldurmuş olsa dahi, beyaza imza verene karşı onun gerçek

⁸³⁴ *Özen*, **a.g.m.**, s. 426, 427.

⁸³⁵ *Özen*, **a.g.m.**, s. 411.

⁸³⁶ Şayet muhatap, sözleşmeyi iptal açıklamasında bulunan yanılana karşı, sözleşme içeriğinin yanılanın gerçek iradesine uygun şekilde hüküm ifade etmesine razı olduğunu belirtirse, sözleşme, TBK m. 34/2 uyarınca önceki anlaşmaya (yanılanın gerçek iradesine) göre kurulmuş sayılır. Kuşkusuz, bu olasılıkta yanılma bertaraf edilmiş olacağından iptal açıklaması da etkisizleşir (*Özen*, **a.g.m.**, s. 426).

iradesine uygun olacak şekilde talep yönelttiğinde, onun sözleşmenin kurulmadığını söyleyerek buna itiraz etmesi çelişkili bir davranış sayılacaktır⁸³⁷.

Kanaatimizce *Özen*'in verdiği sonuç isabetli olmasına karşın, muhatabın güveni kötüye kullanarak metni anlaşılmaya aykırı şekilde doldurduğu olasılıklarda şu ayrımı gözden kaçırmamak gerekir: Eğer muhatap, anlaşılmaya aykırı doldurduğunun bilincindeyse ve ayrıca beyaza imza verenin gerçek iradesini de bilmekteyse (özellikle imza öncesinde sözlü anlaşmanın içeriğinin zaten belirlenmiş olduğu durumlarda böyle olacaktır) ya da bilmesi gerekmektedirse, sözleşme zaten beyaza imza verenin gerçek iradesine göre hüküm ifade edecektir⁸³⁸. Bu ihtimalde, beyaza imza veren, zaten içeriği gerçek iradesiyle örtüşen metnin hukuki sonuçlarıyla bağlıdır. Şu halde, sözleşmenin güven ilkesi uyarınca önceki anlaşılmaya göre içerik kazandığı bu ihtimalde, sanki beyaza imza verenin normal şartlarda bununla bağlı olmadığı, fakat kendisine karşı bir talep dermeyeran edildiği takdirde buna karşı çıkarsa dürüstlük kuralına aykırı davranmış sayılacağı gibi bir sonuca varmaya⁸³⁹ gerek yoktur. Şu halde, bu görüşü kabul etmek, zaten çözülmüş bir soruna uzun yoldan tekrar cevap aramaktan farksız olacaktır.

(b) İspat Yüğü

Tezimizle doğrudan ilgisi olmasa da, özellikle beyaza imza durumlarında kimin, neyi ispat edeceği ve bunu nasıl gerçekleştireceği gibi konular, hem maddi hukuk açısından hem de konunun pratik sonuçları açısından ayrıca önem arz ettiğinden, bu başlık altında bazı açıklamalar yapma gereği duymaktayız.

⁸³⁷ Yazarın bu görüşünü aktarırken verdiği örnek, Alman Federal Mahkemesi'nin 1984 tarihli kararına dayanmakta ve olay kısaca şu şekilde cereyan etmektedir: Bir kimse (A), asıl borçluya kefil olmak için Banka ile kefalet sözleşmesi yapmak istemekte ve buna yönelik imzalı boş bir belgeyi Bankaya teslim etmektedir. A ile Banka arasındaki önceki anlaşmaya göre, kefilin sorumluluğunun üst sınırı 60.000 mark olarak doldurulacaktır. Ancak Banka, sorumluluğun üst sınırı 250.000 mark olacak şekilde, metni anlaşılmaya aykırı olarak doldurmuştur. Mahkeme burada sözleşmenin kurulmadığı sonucuna varmıştır (Karar için bkz. BGH, 12.01.1984, IX ZR 83/82, jurion.de). Şu halde, Bankanın, imzalı boş belgeyi bile bile 250.000 mark üzerinden doldurması durumunda, evvela bu içerikte bir talebin A'ya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Buna karşın, A'nın gerçek iradesini temsil eden 60.000 mark miktarındaki sorumluluğun ona karşı ileri sürülmesi halinde, A'nın buna karşı çıkması çelişki davranış yasağına takılacaktır. Zira aksi durumun kabulü, A'nın hak ettiğinden fazla korunması anlamına gelecektir. Şu halde, Banka'nın A'ya 60.000 marklık kefalet sınırı üzerinden rücu edebilmesi mümkündür (*Özen*, **a.g.m.** s. 425 vd.).

⁸³⁸ Öte yandan, beyaza imza verenin gerçek iradesinin tam olarak tespit edilemediği hallerde ise, sözleşme kurulmamış sayılacaktır.

⁸³⁹ *Özen*, **a.g.m.**, s. 427.

Bu noktada öncelikle cevaplanması gereken soru, metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğu bir olasılıkta, ispat yükünün kime ait olacağıdır. Bu konuda, TBK tasarısının Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metninde m. 15/3’de “*Açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atana düşer*” şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı⁸⁴⁰. Daha sonra bu hüküm, TBMM Genel Kurulundaki görüşmelerde verilen bir önerge⁸⁴¹ ile tasarıdan çıkartılmıştır. Ancak bu durum, ispat yükü açısından herhangi bir farklılık yaratmaz. Zira yürürlükteki hukukta bu konuya ilişkin herhangi bir özel ispat yükü kuralı öngörülmemiş olduğundan, genel kural HMK m. 190/1 uygulanır ve buna göre, beyaza imzalı metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu ispat yükü, beyaza imza veren kimseye ait olacaktır.

Ancak sorun bu saptamayla çözülmemekte, bu çerçevede önem kazanan esas nokta, ispat yükünün nasıl yerine getirileceğidir. Bilindiği üzere, hukuki işlemlerde senetle ispat zorunluluğunun iki görünümü bulunmaktadır. Buna göre, (i) belirli bir değeri aşan hukuki işlemler (HMK m. 200) ve (ii) senede bağlı olan her türlü iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini bertaraf edecek ya da azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler (HMK m. 201/1) senetle ispat edilmek zorundadır⁸⁴². Bu noktada cevaplandırılması gereken ilk soru şudur: Acaba beyaza imza olgusu bu kapsama dahil sayılmakta mıdır?

Türk hukuk doktrinine bakıldığında, bu konudaki hâkim görüşün, beyaza imza ve metnin anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğu iddialarının “senede karşı senetle ispat zorunluluğu” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde olduğu

⁸⁴⁰ Hükümün gerekçesinde ise, “*Bu yeni hükümle, aslında bir ispat hukuku sorunu olmakla birlikte, uygulamada sıkça karşılaşılan, doktrinde ve mahkeme kararlarında “açığa imza” veya “beyaza imza” olarak nitelendirilen hukukî olguyla ilgili bir düzenleme yapılması yararlı görülmüştür. Boş bir kâğıda (veya buna benzer diğer maddelere) atılan imzaların üstünün, sonradan doldurulup borç senedine dönüştürülmesi durumunda, sonradan yazılan metnin, o metindeki imzayı atanın iradesine uygun olduğu, bir âdi karine olarak kabul edilmiştir. Buna göre, durumun özelliği aksini göstermedikçe, açığa imza atan, sonradan yazılan metnin anlaşmaya aykırılığını ispat yükü altında olacaktır*” denilmektedir.

⁸⁴¹ 23. Dönem 4. Yasama Yılı 7. Birleşim, 15.10.2009 tarihinde verilen önergede “*Maddenin 3. Fıkrasında açığa atılan imzanın metninin doldurulması halinde imza edenin iradesine uygun olduğu kuralı getirilmiş, durumun aksini göstermedikçe metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükünün imza sahibine ait olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile, adeta açığa atılan imzalı boş belgenin üzerinin doldurulması meşru hale getirilmektedir. Bu hükmün yasadan çıkarılması gerekir. Çünkü sorun maddi hukukla değil, ispat hukukuyla ilgilidir*” şeklinde görüş bildirilmiştir.

⁸⁴² Bu konuda bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 358 vd.; Erdönmez, **a.g.e.**, s. 1836.

görülmektedir. Zira imzalı boş metni karşı tarafa güvenerek kendi elleriyle veren kimsenin, daha sonra metin gerçek iradesine aykırı olarak doldurulduğunda irade bozukluğuna dayanması mümkün olmadığı için, HMK m. 203/ (ç)'deki istisna uygulanamamaktadır. Bu istisnanın söz konusu olabilmesi için, beyaza imzalı belgenin aldatma ya da korkutma yoluyla imzalayanın elinden alınması gerekir. Ancak bu takdirde HMK m. 203/ (ç) anlamında bir irade bozukluğundan bahsedilebilecektir⁸⁴³.

Yargıtay'ın, birkaç ayrıkısı kararı⁸⁴⁴ dışında bu görüşte olduğu yerleşik içtihatlarında da görülmekle birlikte⁸⁴⁵, 24.3.1989 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ise bu görüş şu şekilde ifadesini bulmaktadır: “*Bununla beraber senede karşı, senetle ispatın bazı istisnaları HUMK'nun 293. ve 294. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu istisnalar dışında, imzalı boş kâğıdın senet haline*

⁸⁴³ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 204 ve 232; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 663, 664; Kuru, **a.g.e.**, s. 376; Erdönmez, **a.g.e.**, s. 1868; Yavaş, s. **a.g.e.**, s. 226, 227 Ulusoy, **a.g.m.**, s. 498; Y. 13. HD., 1.2.1989, E. 1988/5415, K. 1989/512: “*Davacı; senedin tehditle kendisinden alındığını, BK.nun 31. maddesi gereğince bir sene içinde, senetle bağlı olmadığını, davalılara ihtarname göndererek açıkladığına göre bu davayı 10 yıllık zamanaşımı süresi dolmadan açabilir. Korkutma (ikrah) olayının varolup olmadığı tanıkla kanıtlanabilir*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde bkz. Y. 13. HD., 2.10.1999, E. 1999/5372, K. 1999/6290 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 216, 217).

⁸⁴⁴ Y. 4. HD., 15.4.1960, E. 1960/2444, K. 1960/3766 (bu kararda Yargıtay, beyaza imza durumlarında imzalı boş kâğıdı veren ile muhatap arasında yoğun bir güven ilişkisinin söz konusu olduğuna, zira bu güven olmasa beyaza imzalı boş kâğıdın verilmeyeceğine işaret etmiştir. Ayrıca Mahkeme, bu gibi durumlarda, beyaza imza verenin, muhataptan beyaza imzalı kâğıt aldığına ilişkin bir yazı vermesini de isteyemeyeceğini ifade ederek, anlaşmaya aykırı doldurulan metne karşı tanık dinletilmesinin uygun olduğuna hükmetmiştir (Bkz. aktaran Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 204; Ulusoy, **a.g.m.**, s. 489, 490 dn. 82). Yine, somut ilişkinin özelliklerine göre, beyaza imza durumlarında aldatmanın söz konusu olabileceğine ve böylelikle tanık dinletilebileceğine ilişkin diğer bir karar için bkz. Y. 9. HD., 13.12.2000, E. 2000/13464, K. 2000/18865 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁴⁵ YHGK., 28.5.2008, E. 2008/6-369, K. 2008/394: “*Takibe dayanak yapılan ve hükme esas alınan 20.8.2004 düzenleme tarihli tahliye taahhütnamesinde "kiracı olarak bulunduğum.." ifadesinden taahhütnamenin kira ilişkisi devam ederken verildiği anlaşılmaktadır. Kiracı tahliye taahhüdü amacıyla boş kâğıda imza attığını üzerinin sonradan doldurulduğunu savunmuş ise de, buna itibar edilemez. Boş kâğıda imza atan kimse bunun sonucuna katlanması gerekir... Zira boş kâğıda imza atmakla davacıya istediği şekilde doldurma yetkisi verilmiş sayılır...*

Öncelikle belirtmelidir ki, boş olarak altı imzalanıp verilen bir belgenin üstünün taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasının tanıkla ispatının olanaklı olmadığı; ancak yazılı delille ispatı gerektiğinde ve yazılı delil de yoksa dayanılmış olması koşuluyla yemin delilinin söz konusu olabileceğinde uyumsuzluk bulunmamaktadır. Bu görüş yargısal uygulamada yerleşik hal almış olup; tarafların, üzerinin ne şekilde doldurulacağı konusunda anlaşarak, bir tarafın bu anlaşmaya uygun olarak doldurulması için boş olarak imzalayıp diğer tarafa verdiği belgelerle ilgili olarak ortaya çıkan uyumsuzluklara özgü bir değerlendirmeyi ve sonucu içermektedir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 11. HD., 12.2.1991; E. 1989/5810, K. 1991/868 (YKD. 1991, S. 6, s. 882-884); Y. 13. HD., 12.10.1999, E. 1999/5372, K. 1999/6920 (Yavuz, **TBK Şerh**, m. 36, s. 382, 383); YHGK., 18.5.1979, E. 1979/11-654, K. 1979/483; YHGK., 1.7.1992, E. 1992/6-357, K. 1992/422 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); YHGK., 23.3.2000, E. 2000/12-706, K. 2000/181 (YKD. 2000, S. 7, s. 1018); Y. 4. HD., 16.1.1978, E. 1978/3949, K. 1978/327; Y. 4. HD., 13.7.1965, E. 1965/1383, K. 1965/3753 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 304 vd., 328).

dönüştürülmesine karşı borçlu tarafından ileri sürülen hususların senetle ispatı gerekmektedir. Öte yandan, imzalı boş kâğıdı alacaklıya veren borçlu, diğer tarafa güvenmiştir. Bu güvene dayanarak rızası ile imzalı boş kâğıdı veren kimse muhtemel tehlikelere ve onun hukuki sonuçlarına katlanmalı ve senede karşı savunmasını yazılı delillerle ispat etmelidir. İmzalı boş bir kâğıdın aradaki anlaşmaya aykırı olarak hukukça geçerli bir senet haline getirildiği iddiasının istisnalar dışında tanıkla ispatının mümkün olmadığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yönünden açıklanmış bulunmaktadır⁸⁴⁶.

Bu görüş karşısında şu noktaya özellikle dikkat çekmek gerekir: Yazarların irade bozukluğu halleri olarak belirttiği, imzalı boş metnin aldatma ya da korkutma yoluyla elden alındığı hallerde, aslında maddi hukuk anlamında bir irade bozukluğu ortaya çıkmamaktadır. Zira imzalı boş bir belge, bir kimsenin elinden ister aldatma ister korkutma yoluyla alınsın, daha sonra bu metnin içeriğini oluşturan karşı taraf, zaten elinden imzalı belgeyi aldığı kişinin iradesine aykırı olarak metni doldurduğunun bilincindedir. Ayrıca, bu olasılıklarda, imzayı verenin karşı tarafça bilinen ya da bilinmesi gereken bir gerçek iradesi bulunmadığından, sözleşme kurulmamış olacaktır (yokluk). Zira burada, TBK m. 1 anlamında (güven ilkesi çerçevesinde) birbirine uygun irade açıklamalarının varlığından bahsetme imkanı yoktur. Dolayısıyla, bu olasılıklarda da aslında teknik anlamda bir irade bozukluğunun varlığından söz etmek pek doğru değildir⁸⁴⁷.

Öte yandan, *Kocayusufpaşaoğlu*'nun şu fikrine katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Daha önce de aktardığımız gibi, yazara göre⁸⁴⁸ eğer muhatap, imzalı boş metni, imza verenin gerçek iradesine uymayacak şekilde doldurduğunun farkında değilse veya dürüstlük kuralına göre farkında olması gerekmiyorsa, burada sözleşme muhatabın haklı güveni çerçevesinde, onun verdiği anlama göre kurulacak, ancak imza verenin yanılma hükümlerine başvurusu mümkün olacaktır. Buraya kadarki

⁸⁴⁶ YİBK., 24.3.1989, E. 1988/1, K. 1989/2 (Mahkeme bu kararında, hukuk davaları için geçerli olan bu kuralın, TCK'nın 509. maddesi yönünden ceza mahkemeleri için de geçerli olacağı sonucuna varmıştır. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁴⁷ Aynı noktaya eserinin bir yerinde *Kocayusufpaşaoğlu*'da dikkat çekmesine rağmen (bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, **BG**, s. 425), başka bir yerinde “*şu halde, beyaza imzalı kağıdın elinden hileyle veya tehdit (ikrah) yoluyla alındığını iddia eden taraf, bu iddiasını şahitle ispat etmek imkanına sahiptir*” diyerek yanlış anlaşılmağa müsait bir ifade kullanmaktadır (bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, **BG**, s. 426).

⁸⁴⁸ *Kocayusufpaşaoğlu*, **BG**, s. 426, 427.

açıklamalar, eğer imzaya verenin hataya düşebileceği kabul ediliyorsa, zaten bizim de daha önce birçok kez belirttiğimiz “güven ilkesine göre yorum kuralının” mantıki bir gereğidir. Ancak itirazımız tam da bu noktadan itibaren başlıyor; yazara göre, her ne kadar beyaza imza durumlarında yanılmanın var olabileceği kabul edilse de, pratikte bu imkanı tanımayan görüşle aynı sonuca varılmalıdır. Çünkü HMK anlamında tanık dinletilmesi için, irade bozukluğunun, beyaza imzalı belge elden çıktığı anda mevcut olması gerekmektedir. Ancak bu şart, aldatma ve korkutma durumlarında gerçekleşebilecek olsa da, yanılma hallerinde hiçbir zaman söz konusu olmayacaktır. Şöyle ki, boş kâğıdın imzalandığı aşamada, metin daha muhatap tarafından doldurulmuş olmadığından, ortada henüz eksik kalmış ve tamamlanmamış bir irade açıklaması bulunmaktadır. Açıklamada yanılma, ancak muhatapın metni anlamaya aykırı olarak doldurduğu anda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, imzalı boş metnin karşı tarafa teslim edildiği anda henüz açıklamada yanılmadan söz edilemeyeceği için, belgenin yanılma neticesinde elden çıkması imkanı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, beyaza imza verenin açıklamada yanılması, sadece metnin muhatap tarafından anlamaya aykırı doldurulduğu anda gündeme geleceğinden, beyaza imzalı metnin daha önce muhataba yanılma sonucunda teslim edilmesi mümkün değildir. Şu halde, yanılmanın varlığına rağmen, ortada senetle ispat zorunluluğunun uygulanmamasını gerektirecek bir istisna yoktur ve bu nedenle de, yanılmaya dayanma imkanı pratikte boşa çıkacaktır.

Kanaatimizce, yazar beyaza imza durumlarında yanılmayı kabul etmesine karşın, bu durumun ispat hukuku anlamındaki tehlikelerinin önüne geçmek adına, bu şekilde zorlama bir ayırma başvurmak zorunda kalmıştır. Ancak yanlış anlaşılmayı önlemek adına hemen belirtelim ki, bize göre de, açıklamada yanılma, metnin doldurulduğu an ortaya çıkmaktadır. Zaten bunun aksi de düşünülemez, zira irade açıklamalarının metin üzerinde birbiriyle uyuşması ve sözleşmenin kurulması için, metnin doldurulması şarttır. Yanılmanın varlığı için de, öncelikle sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Ancak burada gözden kaçırılan husus, imzalı boş metnin elden çıkma anı ile içeriğinin tamamlandığı an arasında yapılan ayırımın hukuken pek isabetli olmamasıdır.

Söz gelimi, karşı taraftan imzalı boş metin alıp, bunu bir borç senedi haline getirmek isteyen A, “üniversite yönetiminin çalışan öğrencilere burs vermesi için imza topluyoruz” diyerek B’den imzalı boş metni aldığı anda, henüz hukuki anlamda bir aldatma olgusu gerçekleşmemiştir. A’nın daha sonra pişman olup, bu metni imha

etmesi pekâlâ mümkündür. Aynı şey, yanılma için de geçerlidir. Farz edelim ki, A ve B daha önce aralarında her konuda anlaşmış olup, buna göre A, bir hafta sonra B'ye imzalı boş bir metin gönderecek ve B de tedavisi için ne kadar para gerekiyorsa, metni A'nın bu miktarda bağış yaptığı yönünde dolduracaktır. Ne var ki, A'nın yardımcısı, metni aynı isimde başka bir kişi olan B'nin kapıcısına teslim etmiştir. Hatta biraz da tesadüfî zorlayarak eklersek, bu ikinci B de, kendisine borcu olan başka bir arkadaşından gelecek imzalı bir boş metin beklediğinden, kapıcının kendisine verdiği metni sorgulamadan borç miktarına uygun olarak doldurmuştur. Şu durumda, imzalı boş metnin ilk B yerine ikinci B'ye gitmesi, Türk hukuk doktrindeki hâkim görüşün ifadesiyle konuşursak, metnin yanılma ile elden çıktığı anlamına gelmektedir. Oysaki henüz metnin doldurulmadığı aşamada, ne birinci örnek için “aldatmadan” (TBK m. 36) bahsetmek mümkündür; ne de ikinci örnek için henüz açıklamada yanılmanın (TBK m. 31) var olduğunu söylemek doğrudur.

(c) Görüşümüz

Beyaza imza durumlarına ilişkin doktrinde ve yargı kararlarındaki görüş ayrılıklarının ve tartışmaların özellikle maddi hukuk bakımından düğüm noktası, imzalı boş kâğıt veren kimsenin, daha sonra bu metin anlaşmaya aykırı doldurulduğunda, yanılma gerekçesiyle sözleşmeyi iptal edip edemeyeceği sorusudur. Ancak bu düğümün çözülmesi sorunu başlı başına halletmemekte, ayrıca kendisine imzalı boş kâğıt teslim edilen muhatabın da, içeriğini belirlediği metne olan güveninin haklı olup olmadığı önem arz etmektedir. Zira beyaza imza durumlarında yanılma kavramına yer olup olmadığı sorunu dışında ve hatta öncesinde, sözleşmenin kurulup kurulmadığı da tespit edilmesi gereken önemli bir meseledir. Dolayısıyla beyaza imza durumlarına ilişkin tespitlerimiz de, daha önce ele aldığımız “yorumun iptalden önce gelmesi (ya da iki aşama) ilkesi” etrafında aktarılacaktır.

İlk olarak, beyaza imza durumlarında yanılma kavramına yer olup olmadığına ilişkin tespitimizi ortaya koymak gerekirse, yukarıda aktardığımız birinci görüş gibi, biz de, daha sonra anlaşmaya uygun olarak doldurulmak üzere muhataba imzalı boş belge veren kimsenin yanılmasından söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Şu halde, beyaza imza veren kimsenin, metne ilişkin tasavvuru olsun ya da olmasın, anlaşmaya aykırı doldurulan metin çerçevesinde kurulan sözleşmeyi açıklamada yanılma nedeniyle iptal etmesi mümkün değildir. Zira öncelikle kabul etmek gerekir ki, ortada doğası gereği risk faktörü yoğun bir işlem söz konusudur. İmzalı boş kâğıdı karşı tarafa

içeriğini belirlemesi için teslim eden kimse, bu metnin anlaşmaya aykırı doldurulabileceğinin ve böylece imzasının kötüye kullanılabileceğinin farkındadır. Bu noktada, metnin gerçek iradeye uygun doldurulması kadar gerçek iradeye aykırı doldurulması da aynı şekilde ihtimal dahilinde olup, beyaza imza veren kimse, adeta bu sonucu göze alarak karanlığa bir adım atmaktadır. Oysaki yanılmanın varlığı için, bir kimsenin belirli bir duruma ilişkin gerçeğe uygun bir tasavvuru olduğuna emin olması gerekir. Dolayısıyla, beyaza imza veren kimse, bilgisizliğinin ya da tasavvurunun yanlış olabileceğinin bilincindedir veya en azından şüphe duymaktadır⁸⁴⁹.

⁸⁴⁹ Burada şu fark önemlidir: Eğer bir kimse, daha önce zaten açıklamada yanılmış ve akabinde beyaza imzalı bir belge vermişse, bu ihtimalde TBK m. 31 uyarınca açıklamada yanılmaya dayanması mümkündür. Hemen örnekleyelim: A, yabancı dil bilmediği için uzun zamandır yurtdışındaki müşterileriyle kurduğu sözleşmelerde kendisine tercümanlık yapan eski arkadaşı B'ye, "eğer tanınmış uluslararası şu firmayla sözleşme ilişkisine girersem, sana bir sürprizim var" der. Bu sözleşmenin kurulmasıyla birlikte çok mutlu olan A, arkadaşına bir jest yapmak için, imzalı boş bir kâğıdı uzatarak, "geçen yıl X ile yaptığım sözleşmedeki alacağımı" sana devredeceğim demek istemesine rağmen, farkında olmadan yanlışlıkla "geçen yıl Y ile yaptığım sözleşmedeki alacağımı" sana devredeceğim diyerek, metni bu şekilde doldurması için B'ye verir. B de metni aynen A'nın dediği şekilde doldurur. Ancak daha sonra A, hatasının farkına varır ve söz konusu sözleşmelerdeki borç miktarları arasındaki büyük farkı hatırlayınca sözleşmeyi iptal etmek ister. Dikkat edilirse, bu olasılıkta A'nın açıklamada yanılmasının beyaza imza durumuyla herhangi bir ilgisi yoktur. O beyaza imzalı metin vermek yerine, bu arzusunu kendisi metne geçirip imzalasaydı da aynı yanılma ortaya çıkacaktır. Ya da tersinden ifade edersek, A, sözleşmeleri karıştırmasaydı da imzalı boş bir kâğıdı yine B'ye verecektir. Şu halde görülmektedir ki, söz konusu yanılma boş metnin imzalanmasından önceki anlaşmaya ilişkindir. Bu durumda kanaatimizce, A'nın beyaza imzalı metne göre oluşmuş alacağın devri sözleşmesini iptal edebilmesi, menfaatler durumuna uygun olacaktır. Zira dikkat çekelim ki, A'nın buradaki yanılması, boş bir kâğıdı imzalayarak vermiş olması nedeniyle taşıması gereken risk kapsamında değildir. Dolayısıyla bu olasılığı, beyaza imzanın var olmadığı normal bir sözleşme gibi telakki etmek daha doğrudur. Öyleyse, A, iddiasını senetle ispat etmek zorunda olmayıp, HMK m. 203/ (ç) uyarınca tanıkla ispat edebilecektir.

Bilindiği üzere, yanılma hallerinin (ve diğer irade bozukluklarının) tanık delili dahil her türlü delil ile ispat edilebilmesi mümkündür (Y. 1. HD., 16.1.2017, E. 2016/12798, K. 2017/223; Y. 1. HD., 27.3.2017, E. 2014/20584, K. 2017/1437; Y. 1. HD., 18.4.2017, E. 2014/19158, K. 2017/2018; Y. 1. HD., 9.6.2016, E. 2016/5326, K. 2016/7064, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y. 1. HD., 20.3.1989, E. 1989/3238, K. 1989/3320, Özkaya, **a.g.e.**, s. 104, 105). Ancak hemen belirtelim ki, kanunun lafzından hareketle irade bozukluklarının kural olarak tanıkla ispatı mümkün olsa da, bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre, yanılanın, "sadece yanıldığını iddia ederek" tanık dinletmesi ispat için yeterli sayılmamalıdır. Zira aksi takdirde, senetle ispat zorunluluğu bulunan bütün durumlarda yanılmaya düşüldüğü gerekçe gösterilerek tanık dinletilmesinin önü açılmış olur ki, bu halde, kanun koyucunun öngördüğü senetle ispat kuralı, anlamını büyük oranda yitirecektir. Dolayısıyla yanılma iddialarında, hâkimin, durumu daha sıkı ve titizlikle sorgulaması gerekir. Bu bağlamda, yanılan, öncelikle iddia ettiği yanılmanın varlığını makul gösterecek objektif sebepleri ispatlayacak, daha sonra tanık deliline başvuracaktır (bu konuda bkz. Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 232; Kuru, **a.g.e.**, s. 375, 376; Erdönmez, **a.g.e.**, s. 1857; Yavaş, **a.g.e.**, s. 340, 341; YHGK., 26.4.2000, E. 2000/2-824, K. 2000/817; Y. 19. HD., 5.11.2010, E. 2012/9652, K. 2012/15943; Y. 1. HD., 4.3.1993, E. 1992/15297, K. 1993/2682 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 1. HD., 9.2.1988, E. 1988/12649, K. 1988/1283 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 42).

İkinci olarak, imzalı boş metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğu durumlarda, TBK m. 1 uyarınca sözleşmenin kurulup kurulmadığına yönelik inceleme yapmak gerekirse, bu bağlamda ortaya çıkabilecek olay gruplarını farklı değişkenlere göre şu şekilde sıralamak mümkündür⁸⁵⁰.

- (i) Eğer muhatap, metni doldururken beyaza imza verenin gerçek iradesine aykırı davrandığını biliyorsa ya da dürüstlük kuralına göre gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumdaysa, onun doldurduğu metin sözleşme içeriği haline gelmemiş sayılır. Zira muhatapın korunmaya değer herhangi bir güveni söz konusu değildir. Bu noktada sözleşmenin kurulup kurulmadığı ya da kurulduysa hangi içerikte kurulmuş olacağı gibi soruların cevabı şu iki ihtimale göre verilir.

Birinci ihtimal: Muhatap, beyaza imza verenin gerçek iradesinin (önceki anlaşmanın) ne olduğunu biliyordur ya da bilmesi gerekiyordur. Bu durumda, sözleşme beyaza imza verenin gerçek iradesine (anlaşmaya) göre kurulur. Örneğin A, mobilya satıcısı B'den beğendiği bir masayı satın alır ve buna karşılık 5.000 TL ödemeyi taahhüt eder. Ancak bu kadar parası olmayan A, B'ye imzalı boş bir kâğıt vererek, bunun üzerini anlaştıkları şekilde doldurmasını ister. Buna karşın B, metni 7.000 TL üzerinden doldurur. Bu ihtimalde sözleşme, muhatap tarafından içeriği oluşturulmuş metne göre değil, anlaşmaya (gerçek iradeye) göre 5.000 TL üzerinden hüküm doğurur⁸⁵¹. İrade ile açıklama arasında herhangi bir uygunsuzluk bulunmadığından, iptale de gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla, metindeki görünür içeriğe (7.000 TL'ye) göre talepte bulunan muhatapın bu talebi her zaman reddedilecektir.

İkinci ihtimal: Muhatap, beyaza imza verenin gerçek iradesinin ne olduğunu bilmiyordur ve bilmesi gerekmiyordur. Bu durumda, irade açıklamalarının birbirine uygunluğunun tespit edilebilmesi mümkün olmadığından sözleşme

⁸⁵⁰ Burada uyguladığımız yöntem, daha önce açıkladığımız “yorumun iptalden önce gelmesi ilkesine (iki aşama ilkesi, *Zweistufigkeit*)” dayandığından, bu konuda doktrine ayrıca atıf yapma gereği görmüyoruz. Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, V.

⁸⁵¹ Brox / Walker, **AT**, N. 422. Bu noktada akla gelebilecek bir ihtimal de, metni dolduracak olan muhatapın, anlaşmaya uygun şekilde hareket etmek isterken, farkında olmadan (ve yanlış olarak) anlaşmaya aykırı bir metin hazırlamış olmasıdır. Kuşkusuz bu ihtimalde, TBK m. 19/1 uyarınca tarafların yanlış ifadeleri önem arz etmeyecek (*falsa demonstratio non nocet*), sözleşme iki tarafın ortak gerçek iradelerine uygun şekilde kurulmuş olacaktır.

kurulmamış sayılır. Yukarıda verdiğimiz, beyaza imza verenin daha sonraki talimatlarına göre doldurulmak üzere verdiği boş metin örneğinde durum bu şekildedir. Şu halde, mahkemede sözleşmenin kurulmadığını ispatla yükümlü olan beyaza imza veren, bu iddiasını senetle ispatlamak durumundadır⁸⁵².

- (ii) Eğer muhatap, metni doldururken beyaza imza verenin gerçek iradesine uygun şekilde hareket ettiğini düşünüyorsa ve bu düşüncesinde haklıysa, sözleşme doldurulmuş metne göre kurulur. Burada, bizim üstün tuttuğumuz görüş gereğince, beyaza imza verenin yanılma hükümlerine dayanabilmesi mümkün değildir. Beyaza imza veren kimse, muhatabın haklı güveni karşısında, metnin gerçek iradesine aykırı şekilde hüküm ifade etme riskine katlanmak durumundadır⁸⁵³.

(2) Beyaza İmza Veren ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki

Beyaza imzalı metnin anlaşmaya aykırı doldurulması halinde, beyaza imza veren ile metni dolduran muhatap arasındaki ilişkiden başka, beyaza imza veren ile bu metne dayanarak hak elde ettiğini iddia eden üçüncü kişi arasında da bir ilişki meydana gelmekte ve çeşitli olasılıklara göre, bu ilişkinin de hukuki sonuçlarını tespit etmek gerekmektedir. Hatta doktrin ve mahkeme uygulamasında, daha çok bu ilişki çerçevesinde ortaya çıkan sorunların tartışıldığı görülmektedir⁸⁵⁴. Bu ilişki çerçevesinde cevaplanması gereken soru şudur: Beyaza imzalı metni, muhataba anlaşmaya uygun şekilde doldurması için veren kimse, bu metnin farklı şekilde doldurulduğu olasılığında, bu metne dayanarak hak kazandığını ileri süren üçüncü kişiye karşı, bu durumu ileri sürebilecek midir? Bu sorunun doğru şekilde yanıtlanması için çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurmak gerekir. Dolayısıyla, ilk olarak beyaza

⁸⁵² İmzalı boş metnin, beyaza imza verenin elinden aldatma ya da korkutma ile alındığı hallerde ise, yukarıda işaret ettiğimiz üzere, bugün için hâkim görüş ve Yargıtay, HMK m. 203/ (ç) uyarınca tanıkla ispata cevaz vermektedir.

⁸⁵³ Önemle belirtelim ki, beyaza imza durumlarında yanılma kavramına yer olduğu görüşü kabul edilse dahi, pratik hayatta yanılma hükümlerinin uygulanma ihtimali çoğu zaman düşük olacaktır. Zira öncelikle, söz konusu olay gruplarında da görüldüğü üzere, birçok durumda TBK m. 1 vasıtasıyla sorun sözleşmenin kurulup kurulmadığı tartışmasına bağlanacaktır. Bunun dışındaki hallerde ise, beyaza imza verenin, eğer sözleşmeyi iptal ederse yanılmadaki ağır ihmali nedeniyle (TBK m. 35 çerçevesinde) muhatabın olumsuz zararını (hatta hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminat miktarının olumlu zarar seviyesine dahi çıkabileceğini belirtelim) tazmin edecek olması, onu yanılma hükümlerine dayanmaktan vazgeçirebilecektir.

⁸⁵⁴ Merz, *Vertrag*, s. 189.

imza verenin “hangi olguları” ileri sürebileceği; sonra da, üçüncü kişinin bu iddialara karşı hukuken korunup korunmayacağı meseleleri açıklanmalıdır.

Bu bağlamda, öncelikle dikkat edilmesi gerekir ki, beyaza imza verenin muhataba karşı ileri süremeyeceği olguları üçüncü kişiye karşı da ileri sürmesi mümkün değildir. Dolayısıyla üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecek durumlar, yukarıda belirttiğimiz ilk olay grubuna ilişkin ihtimaller olacaktır. Diğer bir ifadeyle, muhatabın güveni kötüye kullanarak metnin içeriğini doldurduğu hallerde, beyaza imza veren, üçüncü kişiye karşı; ya görünürdeki metnin doğru olmadığı, zira sözleşmenin kendi gerçek iradesine göre kurulduğu ya da sözleşmenin hiç kurulmadığı itirazında bulunabilecektir. Bu bağlamda, beyaza imza durumlarında yanılma kavramını kabul etmediğimiz için, beyaza imza veren kimse, ikinci olay grubuna dahil olguları üçüncü kişiye karşı da dermeyeran edemeyecektir⁸⁵⁵.

Bu noktada, beyaza imza verenin ileri sürebileceği olguları belirlemekle sorun henüz çözülmemektedir. Zira asıl önemli olan, metindeki içeriğe dayanarak hak elde ettiğini iddia eden üçüncü kişinin bu iddialar karşısındaki hukuki durumunun nasıl olacağı, diğer bir ifadeyle, hukuken korunup korunmayacağı konusudur. İsviçre-Türk ve Alman hukukundaki hâkim görüş, anlaşmaya aykırı şekilde doldurulmuş beyaza imzalı metne güvenerek işlem yapmış üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunacağı yönündedir⁸⁵⁶. Başka bir ifadeyle, ilgili metni devralırken, bu metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu bilmeyen ve gerekli özeni gösterse dahi bilemeyecek durumda olan üçüncü kişiye karşı, beyaza imza verenin, sözleşmenin metinde görünen içeriğe göre değil, gerçek iradeye göre kurulduğu ya da sözleşmenin hiç kurulmadığı olgularını ileri sürmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, karşı tarafa imzalı boş metin veren kimse, daha sonra bu metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğu ihtimallerde üçüncü kişilerin de hak kazanabileceğini hesaba katmak zorundadır. Dolayısıyla, iyiniyetli

⁸⁵⁵ Hemen belirtelim ki, beyaza imza hallerinde yanılmayı kabul eden görüş dahi, bu durumun (sözleşmenin iptal edilebilirliğinin) iyiniyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülemeyeceğini kabul etmektedir (Merz, **Vertrag**, s. 189, 190; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 427).

⁸⁵⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 58; Schwenger, **AT**, N. 37.19; Bucher, **AT**, s. 198; Merz, **Vertrag**, s. 189; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 36; Özen, **a.g.m.**, 419, 420; İnal, **a.g.m.**, s. 174. Alman doktrini için bkz. Flume, **AT**, s. 456; Brox / Walker, **AT**, N. 422. Karşı görüş ise, üçüncü kişi iyiniyetli olsa dahi, burada beyaza imza verenin menfaatinin ağır bastığını savunmakta ve bu sonuca da, esas olarak TBK m. 188/1'deki “*borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir*” hükmüne dayandırmaktadır. Federal Mahkeme, yukarıda atıf yaptığımız kararında (BGE 88 II 422, servat.unibe.ch), bu görüşü reddetmiştir. Bu görüş için ayrıca bkz. Özen, **a.g.m.**, s. 418 dn. 13'de anılan yazar.

üçüncü kişilere karşı yaratılan hukuki görünüşe güven korunmakta ve böylece fiili durum hukukileşmektedir⁸⁵⁷. Şu halde denilebilir ki, beyaza imza veren ile üçüncü kişi arasındaki ilişkide, iki temel ilke karşı karşıya gelmekte ve bu bağlamda, “kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği ilkesi”, “yaratılan hukuki görünüşün sonuçlarından sorumlu olma ilkesi” lehine sınırlanmaktadır⁸⁵⁸.

Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus, anlaşmaya aykırı doldurulmuş metne dayanarak hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişiye tanınan hukuki korumanın, hangi kanuni temele dayandığıdır. Kanunda açık bir hüküm bulunmadığı için burada bir boşluğun söz konusu olduğu görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, konuyla ilgili bir kararında, anlaşmaya aykırı şekilde doldurulan soyut borç tanınmasına güvenerek alacağı temlik alan üçüncü kişinin hukuken korunması ihtiyacı karşısında, esas itibarıyla iki temel hükümden kıyasen yararlanmıştır⁸⁵⁹. Aynı haklı görüş, İsviçre-Türk hukuku doktrindeki çoğunluk tarafından da kabul edilmektedir⁸⁶⁰. Bu hükümlerden ilki, TBK m. 41/2 (OR m. 33/3) olup, burada beyaza imza veren kimsenin durumu, temsil yetkisinin kapsamını üçüncü kişiye bildiren temsil olunanın durumuna benzetilmekte ve beyaza imza verenin de aynı şekilde bu bildirimle bağlı olduğu belirtilmektedir. Kıyasen yararlanılan ikinci hüküm ise, “*borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz*” diyen TBK m. 19/2’dir (OR m. 18/2). Bunun dışında, doktrinde bu hükümlere ek olarak, TMK m. 988’de (ZGB m. 933) belirtilen, taşınırın zilyetliğinin rıza ile elden çıktığı durumlarda, üçüncü kişinin emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle aynı hak kazanacağına ilişkin hükümden de yararlanılmasının mümkün olacağı kabul edilmektedir⁸⁶¹.

Bu açıklamalar çerçevesinde ortaya çıkan sonuç şudur: Anlaşmaya aykırı doldurulmuş imzalı metne dayanarak hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişi karşısında,

⁸⁵⁷ Flume, **AT**, s. 426; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 58; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 36; Özen, **a.g.m.**, s. 420.

⁸⁵⁸ Özen, **a.g.m.**, s. 420.

⁸⁵⁹ BGE 88 II 422 (servat.unibe.ch).

⁸⁶⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 58; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 6; Merz, **Vertrag**, s. 189, 190; Bucher, **AT**, s. 198; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 36, 37; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 426, 427; Özen, **a.g.m.**, s. 419, 420; İnal, **a.g.m.**, s. 174. Alman hukukunda ise, TBK m. 19/2 benzeri bir hüküm olmaması nedeniyle, mesele daha çok temsile ilişkin § 172 ve § 173 BGB’ye göre halledilmektedir. Bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 253, 426; Brox / Walker, **AT**, N. 422.

⁸⁶¹ Merz, **Vertrag**, s. 189, 190; Özen, **a.g.m.**, s. 420; İnal, **a.g.m.**, s. 174.

beyaza imza veren kimsenin menfaati korunmamaktadır. Burada üçüncü kişinin iyiniyetinin ve aynı zamanda işlem güvenliğinin korunması ihtiyacı daha ağır basmaktadır. Kanunda bu olguya ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, kanundaki ilgili hükümlerden hareketle bu menfaat durumuna ulaştırabilecek toplu hukuki kıyas yapılması mümkündür. Öte yandan belirtelim ki, TBK m. 188/1’de zikredilen alacağın devrine ilişkin hüküm ise, bu ölçüde amaca uygun sınırlamaya tabi tutulmalıdır.

Diğer taraftan, şayet üçüncü kişi, beyaza imzalı metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu biliyorsa ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumdaysa, artık onun iyiniyetinden de bahsedilemeyeceği için, beyaza imza veren, muhataba karşı ileri sürebileceği tüm savunmaları üçüncü kişiye karşı da dermeyeran edebilecektir. Bu savunmalara karşı üçüncü kişinin korunmaya mazhar olamayacağı açıktır⁸⁶². Bu ihtimal için de kanunda kıyasen yararlanacak hüküm bulmak zor değildir; TBK m. 45/2 (OR art. 37/2) ve TMK m. 991/1 (ZGB art. 936/1) tastamam aynı menfaat durumunu düzenlemektedir.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir ihtimal de, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasına karşın, anlaşmaya aykırı doldurulmuş olan metnin, beyaza imza veren tarafından muhataba güvenilerek verilmediği; diğer bir deyişle, bu imzalı boş metnin onun elinden aldatma ya da korkutma ile alındığı durumdur. Bu konuda, doktrinde haklı olarak, iyiniyetli üçüncü kişinin değil, beyaza imza verenin menfaatinin ağır basacağı belirtilmektedir⁸⁶³. Kanaatimizce bu ihtimalde, hâkime kıyas yapması için yol gösterici olacak hükümler, TBK m. 46/1 (OR art. 38/1) ve TMK m. 989/1’den (ZGB art. 934/1) başkası değildir.

b. Okunmadan İmzalanan Belge (*Die ungelesene unterzeichnete Urkunde*)

Bu olasılıkta, bir kimse, karşı tarafça hazırlanmış bir metni okumadan imzalamakta ve daha sonra metnin içeriğinin kendi arzusuna uymadığını fark etmektedir⁸⁶⁴. Diğer bir ifadeyle, altına imza atılan metnin içeriği ile o metni okumadan

⁸⁶² Bucher, **AT**, s. 199; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 6 (yazar, metnin anlaşmaya aykırı doldurulduğunun bilinmesi gerektiğinden söz açmak için, üçüncü kişinin “ağır ihmalinin” bulunması gerektiği görüşündedir.); Schwenger, **AT**, N. 37.19; Brox / Walker, **AT**, N. 422.

⁸⁶³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 60; Flume, **AT**, s. 253.

⁸⁶⁴ Karl Ofinger, “Die Ungelesene Unterzeichnete Urkunde und Verwandte Tatbestände”, **Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius**, Basel: Verlag Helbing

imzalayan kimsenin gerçek iradesi arasında bir uygunsuzluk ortaya çıkmaktadır. Bu durum, metnin hiç okunmadan imzalanmasından kaynaklanabileceği gibi metnin okunmasına karşın anlaşılmaması, yani eksik okunması nedeniyle de gündeme gelebilir⁸⁶⁵.

Her ne kadar ilk bakışta, bir kimsenin kendisi için hukuki sonuçları olacak bir metni okumadan imzalaması durumuyla günlük hayatta çok karşılaşılmayacağı düşünülse de, aslında gerçek hiç de öyle değildir. Bilindiği gibi, günümüz serbest piyasa ekonomisi şartlarına paralel şekilde, alışveriş hayatında çokça kullanılan kitlesel sözleşmelerde, bir tarafın içinde bulunduğu bilgi eksikliği nedeniyle sözleşme metnini okusa dahi tam olarak anlamaması kuvvetle muhtemeldir⁸⁶⁶. Kaldı ki bu kapsam dışındaki ilişkilerde de, bir metnin ya da bir senedin içeriğine aldırış edilmeksizin imzalanması pekâlâ gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda, en başta şu noktaya dikkat çekmek gerekir ki, bu başlık altında inceleyeceğimiz sorunlar, TBK m. 20 ila 25 arasında düzenlenmiş olan genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulama alanı dışında kalan konularla ilgili olacaktır. Zira ortada bir genel işlem şartının bulunduğu olasılıkta, buna ilişkin hükümler devreye girecektir.

Önceden hazırlanmış metnin okunmadan imzalanması ve daha sonra bu metinde gerçekten arzu edilen hükümlerin yer almadığının anlaşılması halinde, cevaplanması gereken iki farklı soru ortaya çıkmaktadır. Acaba sözleşme, imzalanan metnin içeriğine göre mi kurulmuştur? Bu sorunun olumlu cevaplanmasına bağlı olarak, sorulacak diğer soru da şudur: Okumadan imzalayanın yanılma hükümlerine başvurabilmesi mümkün müdür? Görüldüğü üzere, beyaza imza durumlarındaki gibi, öncelikle güven ilkesi bağlamında TBK m. 1'e müracaat edilerek sözleşmenin kurulup kurulmadığı araştırılacak; daha sonra, meseleye yanılmanın söz konusu olup olmadığı ekseninde yaklaşılacaktır.

1- Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, kim bir metni okumadan imzalamışsa, kural olarak o metnin

& Lichtenhahn, 1955, s. 265; Dieter Henrich, "Die Unterschrift Unter Einer Nichtgelesenen Urkunde: Eine rechtsvergleichende Betrachtung", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The RabelJournal of Comparative and International Private Law**, 35. Jahrg., H. 1 (1971), s. 55-71, s. 55; Flume, **AT**, s. 451; Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 33.

⁸⁶⁵ Oftinger, **a.g.m.**, s. 265; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 4; Huguenin, **AT**, N. 493; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 90; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 752.

⁸⁶⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 44.

içeriğine rıza göstermiş; diğer bir ifadeyle, metindeki içeriğe uygun şekilde irade açıklamasında bulunmuş kabul edilmektedir⁸⁶⁷. Zira dürüstlük kuralı uyarınca, imzalayan, söz konusu metni, somut durumun şartları çerçevesinde bildiği ve bilmesi gerektiği unsurları değerlendirerek nasıl anlaması gerekiyorsa o şekilde anlamak zorundadır. Dolayısıyla, irade açıklamalarının birbirine uygun olup olmadığı konusunda belirleyici olan güven ilkesi gereğince, metnin okunup okunmadığı ya da imzalayanın gerçekte ne düşünüp düşünmediği, sözleşmenin kurulması açısından önemsizdir⁸⁶⁸. Ancak hemen belirtelim ki, bu kural, sadece korunmayı hak eden bir muhatabın varlığında geçerli olmaktadır⁸⁶⁹. Başka bir anlatımla, metindeki içeriğin taraflar için bağlayıcı olması için, aynı zamanda muhatabın, imzalayanın metni yeteri kadar okumamış olmasına karşın bu sözleşmenin kurulmasını istediği ve hâlihazır içerikle kabul ettiği yönünde haklı bir anlayışının (kanaatinin) bulunması gerekir⁸⁷⁰. Şu halde, ister imzalayanın metne ilişkin herhangi bir bilgisi bulunmasın, isterse metne ilişkin belirli bir tasavvuru olmasına rağmen, bu tasavvur imzaladığı metin içeriğiyle uyuşmasın, eğer muhatap, metnin imzalayanın gerçek iradesine uygun şekilde hazırladığını düşünüyorsa ve bu düşüncesinde haklıysa, güven ilkesi gereğince sözleşme kurulacaktır. Diğer bir ifadeyle, muhatap hazırladığı metnin, imzalayanın gerçek iradesine uygun olmadığını anlamamış ve dürüstlük kuralına göre de anlaması gerekmemiş ise, taraflar söz konusu metnin içeriğiyle bağlı olmaktadır.

Buna karşın, muhatap, metnin içeriğinin imzalayan tarafından gerçekte istenmediğini biliyorsa ya da gerek somut olayın şartlarından gerekse alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere göre bilmesi gerekiyorsa, imzalayan, metindeki içerikle bağlı olmayacaktır. Bu noktadan itibaren iki ihtimal gündeme gelecektir. İlk ihtimalde, muhatap, imzalayanın gerçek iradesini bilmiyorsa ve dürüstlük kuralına göre bilmesi gerekmiyorsa sözleşme kurulmamıştır⁸⁷¹. Bu bağlamda, imzalayanın bu davranışına bizzat muhatap yol açmışsa; söz gelimi muhatap, metinde imzalayan için çok önemli

⁸⁶⁷ Oftinger, **a.g.m.**, s. 266, 267 (ve s. 267 dn. 19'da anılan kararlar); Henrich, **Unterschrift**, s. 57; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 48; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 4; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 934; BGE 49 II 167 (servat.unibe.ch).

⁸⁶⁸ Oftinger, **a.g.m.**, s. 271.

⁸⁶⁹ Henrich, **Unterschrift**, s. 57; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 49; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 753.

⁸⁷⁰ Oftinger, **a.g.m.**, s. 267; Henrich, **Unterschrift**, s. 58; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 936.

⁸⁷¹ Oftinger, **a.g.m.**, s. 268; Henrich, **Unterschrift**, s. 57; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 49; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 422.

bir hususun bulunduğunu ve metni okusaydı bunu istemeyeceğini bilmesine karşın (örneğin sözleşmede cezai şart, yetki ya da uygulanacak hukuk klozu bulunmaktadır), herhangi bir açıklama yapmamışsa veya sahte bir güven duygusu yaratarak metnin imzalanması konusunda imzalayanı ikna etmişse (bu durumda aynı zamanda aldatma ortaya çıkar) böyle bir durum söz konusu olur⁸⁷². Şüphesiz, sözleşmenin kurulmadığı olasılıkta yanılma hükümlerine başvurmaya gerek kalmaz.

İkinci ihtimalde ise, muhatap, imzalayanın gerçek iradesini bilmektedir ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumdadır. Bu halde, görünürdeki metinde farklı bir içerik söz konusu olsa dahi, sözleşme, imzalayanın gerçek iradesine göre kurulur⁸⁷³. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, *Oftinger* ve *Henrich*, gerçek iradenin muhatap tarafından fiilen bilinmediği ancak dürüstlük kuralına göre bilinebilir olduğu durumda ortada bir uyuşmanın (*konsens*) bulunmayacağını ve bu nedenle sözleşmenin kurulmamış olacağını ileri sürmektedirler⁸⁷⁴. Çoğu zaman bilinme ile bilinmesi gerekme arasında çok ince bir sınır söz konusu olacağından, bir durumda sözleşmenin kurulduğu, diğer durumda kurulmadığı şeklinde iki farklı sonuca varmanın salt kavramsal bir bakış açısı olduğunu düşündüğümüzden bu görüşe katılmıyoruz. Ayrıca bilme ile bilmesi gerekme arasında yapılacak bu şekildeki bir ayrımın bu konu özelinde herhangi bir hukuki gerekçesi de bulunmamaktadır⁸⁷⁵.

2- Okunmadan imzalanan metne ilişkin yanılma hükümlerine dayanılıp dayanılmayacağı sorunu, sözleşmenin metindeki içeriğe göre kurulduğu durumlarda

⁸⁷² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 49; Oftinger, **a.g.m.**, s. 270. Tekrar belirtelim ki, özel hukukta prensip olarak hiçbir sözleşme tarafının, karşı tarafı, gerekli özeni gösterseydi fark edebileceği gerçekler konusunda aydınlatma yükümü bulunmamaktadır. Bu yüküm sadece kanundan, sözleşmeden veya sözleşme ilişkisinin yapısı gereği dürüstlük kuralından kaynaklanabilir (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 862, 863; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 458; Bucher, **AT**, s. 220; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 110; Brox / Walker, **AT**, N. 451a; Kurşat, **a.g.e.**, s. 53).

⁸⁷³ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 936; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 753; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 422.

⁸⁷⁴ Oftinger, **a.g.m.**, s. 269 dn. 36; Henrich, **Unterschrift**, s. 57.

⁸⁷⁵ Bu noktada akla gelebilecek bir ihtimal de, tarafların daha önce yaptıkları müzakerelerde bütün noktalarda uyuşması ve fakat daha sonra, metni düzenlemekle görevli tarafın, metni yanlışlıkla bu anlaşmaya aykırı şekilde doldurması durumudur. Örneğin kiraya verenin, maliki olduğu üç numaralı daireyi aylık 1.500 TL kira bedeli ile kiracıya teslim edeceğine ilişkin taraflar anlaşmışlardır. Ancak kiraya veren (veya emlakçı), sözleşmeyi yazıya geçirirken, üç numaralı daire yazmak yerine, yanlışlıkla maliki olduğu başka bir dairenin numarasını (dört numara) yazmış ve kiracı da zaten daha önce anlaştıkları için, bu metni okumadan imzalamıştır. Burada tarafların gerçek ortak iradeleri üç numaralı daireye ilişkin olduğundan, sözleşme, güven ilkesi gereğince (TBK m. 19/1) yanlış düzenlenmiş metin üzerinden değil, üç numaralı daire üzerinden kurulmuş sayılacaktır.

ortaya çıkmaktadır. Şu halde, “güven ilkesine” göre sözleşmenin kurulduğu bir olasılıkta, acaba yanılan, “irade ilkesi” çerçevesinde metnin içeriğine ilişkin bilgisizliğini veya yanlış tasavvurunu ileri sürerek sözleşmeyi iptal edebilecek midir? Burada iki ihtimali henüz baştan birbirinden ayırmak gerekmektedir.

Birinci ihtimal: Eğer imzalayan, metne ilişkin tasavvuru bulunmamasına rağmen metnin içeriğinde ne olursa olsun bunu kabul etmek düşüncesiyle bilerek ve isteyerek imza atmışsa, onun yanıldığından bahsetmek mümkün değildir. Zira metni imzalayan, metnin içeriğinin istemediği sonuçlara yol açabileceğinin farkındadır ve burada karşı tarafa açık bir çek vererek, muhatabın hazırladığı içeriğin aynı zamanda kendi açıklama içeriği olduğunu kabul etmektedir⁸⁷⁶. Dolayısıyla, okumadığı metni bu şekilde kayıtsız şartsız imzalayan kimsenin bilgisizliğinin bilincinde olduğu ortadadır. Bu noktada onun iradesi ile açıklaması arasında bir uygunsuzluğun ortaya çıktığını söylemek imkanı yoktur⁸⁷⁷. Federal Mahkeme⁸⁷⁸ ve Yargıtay’ın⁸⁷⁹ da bu görüşte olduğu sabittir.

Ancak bu noktada, *Oftinger* ve *Henrich*’in şu görüşüne katılma imkanı göremiyoruz⁸⁸⁰: Yazarlara göre, metne okumadan imza atan kimse, bu hareketiyle, metnin içeriğine tamamen rıza göstermiş olduğuna dair muhatapta haklı bir güven yaratmış olduğundan, onun yanılmaya dayanması OR m. 25/1’e (TBK m. 34/1) göre dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Gerçekten de, imza atan kimse, karşı tarafta bu yönde bir güven yaratmış olduğundan sözleşme kurulmuştur; bu güven olmasa sözleşme zaten bu şekilde kurulmayacaktır. Bunu ayrıca belirtmeye dahi gerek yoktur. Ancak burada itiraz ettiğimiz nokta, imzalayanı bu olasılıkta engelleyecek şeyin

⁸⁷⁶ Oftinger, **a.g.m.**, s. 271, 272; Henrich, **Unterschrift**, s. 58; Flume, **AT**, s. 453; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 51; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 4; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 92; Brox / Walker, **AT**, N. 421; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 33; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 421; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 98.

⁸⁷⁷ Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 92; Brox / Walker, **AT**, N. 421; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 421.

⁸⁷⁸ BGE 34 II 523; BGE 49 II 167 (servat.unibe.ch).

⁸⁷⁹ Y. 4. HD., 30.5.1978, E. 1977/9842, K. 1978/7238: “Oysa, bir belgenin okunmadan imzalanıp yada işaretlenmesi, güven ilkesi yönünden geçerli bir belge olarak kabul edilmek gerekir. Çünkü içeriği hakkında hiç bir bilgi sahibi olmadığı bir belgeyi bu durumu bile bile, karşı tarafın her istediğine önceden razı olarak imzalayan ya da parmak izini basan kişi sonradan hata sebebiyle belgenin kapsadığı hukuki işlemin iptalini ileri süremez. Aksi halde şuurlu bilgisizlik, hata ile bir tutulmuş ve hata kavramı içinde mütalaa edilmiş olurki böyle bir kabule ve bilimsel ve nede yargısal görüşlerde yer yoktur” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸⁰ Oftinger, **a.g.m.**, s. 272; Henrich, **Unterschrift**, s. 58; bu görüşe yakın olarak bkz. Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 4. Schmidlin de bu görüşü eleştirmektedir. Bu konuda bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 51.

dürüstlük kuralı değil, onun hataya düşmemiş olmasıdır. Zira imza atan kimsenin sözleşmeyi iptal etmesini dürüstlük kuralı vasıtasıyla engellemek, aynı zamanda onun metnin içeriğine ilişkin açıklamada yanılmaya düştüğünün kabulünü de gerektirir ki, belirttiğimiz olasılıkta böyle bir husus söz konusu değildir⁸⁸¹.

Öte yandan, metne ilişkin bilgisizliğine rağmen kayıtsız ve şartsız imza atan kimsenin yanılmaya dayanamayacağı kuralı, doktrinde ileri sürülen şu istisnai halde yumuşamaktadır: Eğer metinde, imzalayanın hesaba katması kendisinden makul surette beklenmeyecek kayıtlar (olağan dışı kayıtlar, *ungewöhnliche Klauseln*) bulunmaktaysa (ki bunlar çoğunlukla alışveriş hayatındaki benzer işlemlerdeki olağan düzenlemelere yabancı olan kayıtlardır), imzalayanın sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür. Çünkü okumadığı ve hakkında bilgi sahibi olmadığı bir metni bilerek imzalayan kimsenin, metnin içeriğine o haliyle rıza gösterdiğinin kabulü, ancak makul ve dürüst kimselerin, somut sözleşme ilişkisinin özelliklerine göre, o metne ilişkin hesaba katabilecekleri ve hesaba katmak zorunda oldukları hususlarla sınırlıdır⁸⁸². Buna karşın, doktrindeki bir diğer görüş ise⁸⁸³, imzalanan metinde olağan dışı (beklenmeyen) kayıtlar söz konusuysa, muhatabın aslında metnin bu içeriğinin imzalayan tarafın gerçek arzusuna uymadığını fark ettiği ya da en azından fark etmesi gerektiği söylenebileceğinden, ortada iptali gerektiren bir durum söz konusu değildir. Zira olağan dışı bu kayıtlar, sözleşme içeriğine zaten dahil olmamıştır.

Kanaatimizce ikinci görüşün çekincesi gayet haklıdır, ancak meselenin tam olarak çözülebilmesi için şu şekilde bir sonuca varılmalıdır. Eğer sözleşme metninde işin özelliğine yabancı olan (olağan dışı kayıt şeklinde) bir genel işlem şartı bulunmaktaysa, zaten TBK m. 21/2 hükmü açıktır; bu kayıtlar sözleşmeye yazılmamış sayılacaktır (keza bu olasılık TKHK m. 5 anlamında bir haksız şart olarak da gündeme

⁸⁸¹ Ayrıca, yaratılan güvene aykırı davranmak her zaman dürüstlük kuralına aykırı olsaydı, TBK m. 34 gereğince, yanılma nedeniyle hiçbir zaman sözleşmenin iptal edilmemesi gerekirdi. Zira yanılmayı ileri sürerek sözleşmeyi iptal etmek başlı başına karşı tarafın sözleşmeye olan güvenini boşa çıkarmak anlamına gelir. Dolayısıyla yazarların bu argümanına hiçbir şekilde katılma imkanı göremiyoruz.

⁸⁸² von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 302; Bucher, **AT**, s. 198; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 4; Huguenin, **AT**, N. 493.

⁸⁸³ Flume, **AT**, s. 454; Henrich, **Unterschrift**, s. 58; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 754; dolaylı olarak Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 934.

gelebilir)⁸⁸⁴. Ancak ortada bir genel işlem şartı bulunmamakta ve fakat işlemin özelliğine yabancı bir kayıt söz konusuysa, burada her hâlükârda bu tür kayıtların sözleşme içeriğine dahil olmadığını (yokluk) söylemek mümkün değildir. İzlenecek en doğru yöntem, güven ilkesi uyarınca somut ilişkideki bilinebilecek unsurlardan hareketle, metnin bu içeriğinin imzalayan tarafından istenmeyeceğinin muhatap tarafından fark edilebilir olup olmadığının ayrıca denetlenmesidir. Buna göre, ya söz konusu kayıtlar sözleşme içeriğine dahil olmamış olacak ve iptale gerek kalmayacak ya da muhatabın güvenine bağlı olarak sözleşme bu kayıtlarla kurulmuş olacak ve fakat bu olasılıkta da, imzalayanın yanılma hükümlerine dayanabilmesi mümkün olacaktır.

İkinci ihtimal: Pratik hayattaki birçok durumda ise, metni imzalayanın metne ilişkin en azından bir ölçüde tasavvuru bulunmaktadır. Bu ihtimali ilk ihtimalden ayıran nokta da budur. Buna göre, metne ilişkin belirli bir tasavvuru bulunan kimsenin, daha sonra metnin içeriğinde beklediği bir kaydın bulunmadığını ya da beklemediği bir kaydın bulunduğunu fark ettiği durumda ise, ortada bir açıklamada yanılma söz konusu olacaktır⁸⁸⁵. Burada, metnin içeriğine göre kurulmuş sözleşme ile imzalayanın gerçek iradesi birbiriyle uyuşmamaktadır. Örneğin kefalet sözleşmesi imzaladığını düşünürken borca katılma sözleşmesi imzalayan ya da makbuz imzaladığını düşünürken bonoya imza atan kimsenin durumu bu şekildedir. Kuşkusuz, metnin okunmadan imzalandığı her durumda imzalayanın ihmalinin bulunduğu bir gerçektir. Dolayısıyla, bu kimse sözleşmeyi iptal ettiği takdirde, TBK m. 35/1'e göre karşı tarafın olumsuz zararını tazmin edecektir. Hatta birçok durumda bu kimsenin ağır ihmalinin bulunduğu sonucuna varılacağından, hakkaniyet gereğince muhatabın olumlu zararını tazmin etmekle yükümlü olması da kuvvetle muhtemeldir⁸⁸⁶.

Buraya kadarki açıklamalar ışığında özet ve sonuç olarak, metni okumadan imzalayan kimsenin, daha sonra gerçek arzusuna uymayan bir sözleşme ilişkisine

⁸⁸⁴ Genel işlem şartlarında yer alan olağan dışı kayıtlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2001, s. 108 vd.

⁸⁸⁵ Henrich, **Unterschrift**, s. 58; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 52; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 935; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 94; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 755; Brox / Walker, **AT**, N. 421; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 33, 34; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 421, 422; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 98.

⁸⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 423; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 52; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 935.

girdiğini fark ettiği durumlarda, sorun, genellikle TBK m. 1 uyarınca sözleşmenin kurulması çerçevesinde çözüleceğinden, yanılma hükümlerine başvurulma ihtimali çok nadir durumlarda gündeme gelecektir. Hemen belirtelim ki, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin münhasıran uygulanacak olması da bu ihtimali oldukça azaltacaktır. Yine bu bağlamda önemle işaret edelim ki, metni imzalayanın, sözleşmenin aslında kurulmadığına yönelik iddiası, tıpkı beyaza imza durumlarındaki gibi, senede karşı senetle ispat zorunluluğu kuralına (HMK m. 201) tabidir. Bu konuyu tekrar etmek yerine, yukarıdaki açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz⁸⁸⁷.

Öte yandan, sözleşmenin metindeki içeriğe göre kurulması halinde, az önce ifade edildiği üzere, yanılmanın belirli durumlarda da olsa ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Ancak bu hallerde, yanılmanın sözleşmeyi iptal edebilmesi bazı pratik nedenlerden dolayı o kadar kolay değildir. Bunların şu şekilde sıralanması mümkündür:

- İmzalayanın dayandığı açıklamada yanılma, sübjektif ve objektif yönden esaslı olmalıdır. Bu bağlamda, okumadan imzalanan metinde ortaya çıkan açıklamada yanılmanın (bu, TBK m. 31/1’de düzenlenmiş bir yanılma türü olabileceği gibi kanunda belirtilmemiş bir yanılma türü de olabilir), aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, sözleşmenin ikinci derece noktalarına ilişkin olmaması gerekir. Zira bu olasılıkta, esaslı bir açıklamada yanılmanın varlığından söz edilemez.

Hatta, bazı hallerde, yanılmaya dayanan tarafın metni okuma uğraşına dahi girmemesi, hâkim tarafından, yanılmanın imzalayan için sübjektif açıdan esaslı olmadığı yönünde değerlendirilebilecektir⁸⁸⁸.

- Yanılmaya dayanacak olan tarafın ispat yükü de ağırdır. Zira Yargıtay’ın da işaret ettiği üzere, hayatın olağan akışına uygun olan, bir metnin okunarak imza edilmiş olmasıdır. Bu nedenle, yanılmanın, ilk olarak söz konusu metni okumadan imzaladığını ispatlaması gerekecektir. Ayrıca yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, yanılmanın tanık delili ile ispatlanması mümkün olsa dahi (HMK m. 203/ ç), bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca, yanılmanın evvela ortada bir yanılma

⁸⁸⁷ Okunmadan imzalanan metnin daha sonra üçüncü kişiye geçtiği olasılıklarda, yine beyaza imza kısmında yapılan açıklamalar geçerli olacaktır. Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, C, 2, a, (2).

⁸⁸⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 55.

olduğunu makul gösterecek objektif olguları ispatlaması gerekmekte; ancak bunu gerçekleştirdikten sonra tanıkla ispat yoluna başvurusu mümkün olmaktadır⁸⁸⁹.

c. İletmede Yanılma (*Übermittlungsirrtum, Falschübermittlung*)

Sözleşme kuruluşuna yönelik öneri veya kabul açıklamasının, açıklama sahibi tarafından görevlendirilmiş bir “aracı” (*nuntius*) tarafından yanlış iletilmesi halinde, iletmede yanılma ortaya çıkar⁸⁹⁰. Burada, açıklama sahibinin gerçek iradesini muhataba açıklaması için başvurduğu aracı, adeta “mekanik bir iletme aleti”⁸⁹¹ gibi hareket ederek, açıklama fiilinin yapay bir uzantısı işlevini görmektedir⁸⁹². Bu bağlamda, açıklama sahibi, iradesini muhataba bizzat açıklamak yerine, bir aracı vasıtasıyla dolaylı şekilde açıklama yolunu seçmektedir⁸⁹³.

Kanun koyucu, iradenin aracı yardımıyla muhataba iletildiği süreçte ortaya çıkan yanılmaları, tipik açıklamada yanılmalar ile bir tutarak, bu ihtimali TBK m. 33’de “*sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması halinde de yanılma hükümleri uygulanır*”⁸⁹⁴ şeklinde düzenlemiştir. Hemen fark edilebileceği gibi, eski düzenlemeden farklı olarak, maddeye “bir araç tarafından” ibaresi eklenmiş ve böylelikle teknolojik gelişmelerle de uyumlu olacak şekilde, çeşitli iletişim araçlarının kullanılmasından ileri gelen iletim hatalarının da bu hükme altlanabilmesi mümkün olmuştur⁸⁹⁵.

⁸⁸⁹ Bkz. yuk. dn. 849.

⁸⁹⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 307; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 1; Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 1; Klausberger, **a.g.e.**, s. 108; Eren, **BG**, s. 410; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 97; Şener Akyol, **Temsil Teorisinde Ulak (Nuntius), Temsilci Olmayan Aracının Faaliyeti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 8; Şive, **a.g.e.**, s. 45.

⁸⁹¹ Akyol, **Ulak**, s. 30.

⁸⁹² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 3; Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 3; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 82; Henrici, **a.g.e.**, s. 216.

⁸⁹³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 308.

⁸⁹⁴ Bu hükmün eski hali (eBK m. 27) şu şekildedir; “*iki taraftan birinin rızası bir muhbir veya tercüman gibi diğer bir vasıta tarafından yanlış olarak naklolunduğu takdirde, hata hakkındaki hükümlere göre muamele olunur*”.

⁸⁹⁵ Burada bir parantez açarak belirtirsek; aslında mehzadaki düzenleme birebir aslına uygun çevrilseydi, bu tür bir değişikliğe gerek kalmayacağı rahatlıkla söylenebilecektir. Zira OR m. 27’deki “...durch einen Boten oder auf andere Weise...” ifadesine bakıldığında, iletmede yanılmanın haberci kullanılarak ya da başka bir şekilde meydana gelebileceği belirtilerek, maddenin modern gelişmelere uygun şekilde yorumlanma imkanı açık tutulmuştur (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 9, 31). Buna karşın, eBK m. 27’de ise, aslını tam olarak karşılamayan bir çeviri nedeniyle bu ayırım kanuna yansıtılamamıştır. Nitekim TBK’nın gerekçesinde, iletişim

Bu aşamada, iletmede yanılma hallerinin ne şekilde görünüm arz edeceği, hangi değişkenlerin farklı sonuçlara yol açabileceği ve en önemlisi tarafların menfaatlerinin nasıl uzlaştırılması gerektiği gibi sorunların aydınlatılmasına geçmeden önce, maddenin uygulama alanının belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

TBK m. 33'in uygulanması için öncelikle, gerçek iradenin bir aracı tarafından muhataba yanlış iletilmesi ve muhatabın haklı güveni neticesinde bu açıklamanın açıklama sahibine isnat edilmesi gerekir⁸⁹⁶. Bu noktada, iradeyi olduğu gibi açıklamakla görevlendirilmiş “aracı” kavramının içeriğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu madde anlamında “aracı”; haberci, çevirmen, sözlü açıklamaların yazıya dökülmesinde yardımından faydalanan sekreter vb. kimseler veyahut posta ve telgraf idareleri gibi kuruluşlar olabileceği gibi, telegram, teleks, faks, elektronik posta ve elektronik bilgi işlem kapsamında kullanılan diğer sistemler gibi iletişim araçları da olabilecektir⁸⁹⁷. O halde, maddenin aradığı anlamda aracı kavramı, hem aracı

araçları dolayısıyla meydana gelen yanılmaları da maddenin uygulama alanına dahil etmek adına bu yönde bir ekleme yapıldığı zikredilmektedir (bkz. TBK tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 40/495). Kuşkusuz, bilgisayar teknolojilerinin ve elektronik kitle iletişiminin gerek sosyal hayatta, gerekse alışveriş hayatında bu denli yoğun kullanıldığı bir dönemde, irade açıklamalarının artık haberci, elçi, ulak gibi kimselerle değil, daha çok bu tür elektronik araçlarla yapıldığı gerçeği karşısında, kanunda bu yönde değişiklik yapılması isabetli olmuştur.

Öte yandan, hükmün tarihi geçmişine bakıldığında ise, 1881 tarihli OR'da bu yönde bir hükmün düzenlenmediği görülmektedir. İletmede yanılma ihtimalinin kanun koyucunun (1911 revizyonu kapsamında) dikkatini çekmesi, 19. yy. sonlarına doğru telgrafın keşfedilmesi hadisesi ile paralellik arz etmektedir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 10). Nitekim aynı ihtiyacın farkına varan Alman kanun koyucusu da, § 120 BGB'de bu yanılmayı, “*yanlış iletme dolayısıyla iptal edilebilirlik*” başlığı altında, “*bir irade açıklamasının, bunu iletme için kullanılan kişi veya kurum tarafından yanlış iletilmesi, § 119'da belirtilen hatalı irade açıklamalarıyla aynı şartlar altında iptal edilebilecektir*” şeklinde düzenlemektedir.

OR 2020 tasarısında ise, zaten bu tür yanılmaların, açıklamada yanılma hükmünün uygulama alanına dahil olduğu gerekçesiyle, iletmede yanılma tasarıda düzenlenmemiştir (Bkz. Ernst, **OR 2020**, Art. 38 N. 10). Kanaatimizce, iletmede yanılmanın kanunda ayrıca belirtilmesi, birçok yorum uyumsuzluklarını da önleyeceği için savunabilir olmakla beraber, olması gereken hukuk anlamında, bu yanılmanın ayrı bir madde yerine TBK m. 31 altında düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

⁸⁹⁶ Bucher, **AT**, s. 201; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 1; Klausberger, **a.g.e.**, s. 108; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 747.

⁸⁹⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 5; Huguenin, **AT**, N. 505; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 817; Klausberger, **a.g.e.**, s. 108; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 418; Eren, **BG**, s. 410. Ancak Schwenger, iletişim araçları yardımıyla otomatikleştirilmiş açıklamaların bu kapsamda sayılmayacağı görüşündedir (Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 2; Schwenger, **AT**, N. 20). Hâlbuki elektronik bilgi işlem sistemleri vasıtasıyla gerçekleştirilen irade açıklamalarında da, tıpkı geleneksel anlamdaki aracı (haberci, elçi vb.) tarafından iletilen irade açıklamalarındaki gibi, açıklamada yanılmanın aynı şekilde ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bu tür elektronik irade açıklamalarında; öncelikle açıklama sahibi kendi iradesini bu sisteme açıklamakta, daha sonra ilgili sistemdeki yazılım vasıtasıyla söz konusu açıklama, çeşitli veriler yardımıyla elektronik formda tekrar oluşturulmaktadır. Daha sonra da, bu açıklama, açıklama sahibi tarafından belirtilmiş olan muhatabın adresine gönderilmektedir. Şu halde, iletmede yanılma, açıklamanın

kimseleri (ve kuruluşları) hem de iletişim araçlarını kapsamaktadır⁸⁹⁸. Bu bağlamda hemen işaret edelim ki, hazırlar arasında cereyan eden bir sözleşme kuruluşunda, örneğin tarafların telefonda birbirlerine karşı iradelerini açıkladığı hallerde iletmede yanılmanın varlığından söz edilemeyecektir⁸⁹⁹.

İletmede yanılmanın iki şekilde ortaya çıkması mümkündür: Aracı, ya açıklama sahibinin açıklamasını yanlış anlamış ve bu anlayışına uygun açıklamada bulunmuştur ya da açıklamayı doğru anlamış fakat bu sefer de yanlış açıklamıştır⁹⁰⁰.

İletmede yanılmanın varlığı için, aracının açıklamanın içeriğine etki edebilecek konumda olması gerekir. Nitekim elektronik posta servis sağlayıcısının gönderilen postayı yanlış iletmesi, postanenin telgrafı farklı şekilde çekmesi, habercinin mesajı yanlış iletmesi, çevirmenin hatalı çevirisi gibi örneklere bakıldığında, yukarıda aracı kavramı kapsamında belirttiğimiz kimselerin, kuruluşların ya da iletişim araçlarının bu özelliği taşıdığı açıkça görülecektir⁹⁰¹. Aynı şekilde, örneğin satıcının internet sayfasında satış için önerdiği mallar, hatalı bir bilgisayar yazılımı nedeniyle çok daha az fiyat üzerinden yayınlanmaktaysa, iletmede yanılma söz konusudur⁹⁰².

Aracı, açıklama sahibinin iradesini iletmekle ya da ulaştırmakla görevli olup, bu süreçte karar verme ve irade açıklamasının içeriğine müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır⁹⁰³. Dolayısıyla, aracı, muhataba karşı kendi iradesini açıklamamakta; bizzat açıklama sahibinin iradesini açıklamaktadır⁹⁰⁴. Bu noktada, aracı ile temsilci arasındaki farka özellikle dikkat çekmek gerekir. Zira temsilci

sisteme girişi ile muhatabın adresine varışı arasındaki süreçte meydana gelmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 21 vd.

⁸⁹⁸ Akyol, aracı kavramının temsilciyi de kapsayacak şekilde yorumlanması tehlikesine işaret ederek, yanlış anlaşılmanın önüne geçmek adına, bu terim yerine “ulak” terimini önermektedir (Akyol, **Ulak**, s. 3). Ancak biz, az ileride, temsilcinin TBK m. 33 anlamında aracı kimse rolünde olamayacağını belirterek bu ayrıma dikkat çektiğimiz için, “aracı” kavramının kullanılmasını daha uygun bulmaktayız (nitekim aynı yönde bkz. Eren, **BG**, s. 410; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 97; “vasıta” kavramını tercih eden yazalar için bkz. Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 40; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 347; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 264; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 417).

⁸⁹⁹ Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 2; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 2; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 747 (Yazarlara göre, iletmede yanılmalar, daha çok açıklama sahibinin açıklamasının sözlü olarak iletildiği hallerde gündeme gelecektir. **A.g.e.**); Akyol, **Ulak**, s. 45.

⁹⁰⁰ Flume, **AT**, s. 456.

⁹⁰¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 11; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 418.

⁹⁰² Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 817.

⁹⁰³ Akyol, **Ulak**, s. 7 ve 35.

⁹⁰⁴ Huguenin, **AT**, N. 504; Akyol, **Ulak**, s. 29; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 347. Aracı, aksi belirtilmediği sürece, söz konusu iradeyi sözlü ya da yazılı şekilde açıklamakta serbesttir (Akyol, **Ulak**, s. 11).

(doğrudan temsilci), muhataba karşı açıklama sahibinin iradesi açıklamamakta; bunun yerine, kendisine verilen temsil yetkisi dolayısıyla, açıklama sahibi adına ve hesabına “kendi iradesini” açıklamaktadır⁹⁰⁵. Bu nedenle, temsilci ile yapılan sözleşmede açıklamada yanılma olup olmadığı, bizzat temsilcinin iradesi ile açıklaması arasındaki uygunsuzluğa bakılarak belirlenecektir⁹⁰⁶. İletmede yanılmada ise, uygunsuzluk, aracının ilettiği açıklama ile açıklama sahibinin iradesi arasında meydana gelmektedir.

Bu noktada önemle belirtelim ki, eğer açıklama sahibinin sözlü açıklamasında bir yanılma söz konusuysa ve daha sonra aracı bunu aynı şekilde ilettiyse, bu ihtimalde iletmekte yanılma değil, tipik bir açıklamada yanılma söz konusu olup, yanılmanın esaslı olup olmamasına göre TBK m. 31 hükmü uygulanacaktır⁹⁰⁷. Örneğin X, Y’nin kendisine fiyat teklifi sorduğu mektubu aldıktan sonra, aracı bir kimseye, “mektubu aldığını ve tanesi 110 dolardan olmak üzere, üç yüz tane su sebili satışı yapacağını” Y’ye iletmesini bildirmiştir. Ancak X, daha sonra kendisine gelen kabul mektubuna baktığında, aslında 110 euro demek isterken yanlışlıkla 110 dolar yazdığını fark etmiştir. Bu olasılıkta, edimin miktarındaki yanılma, aracının yanlış iletmesinden değil, X’in gerçek iradesine uymayan kendi açıklamasından kaynaklanmaktadır.

Bu noktada akla gelebilecek bir soru şudur: Acaba TBK m. 33 (OR m. 27) anlamında bir aracının yanılmasından bahsedebilmek için, irade açıklamasını ileten

⁹⁰⁵ Bucher, **AT**, s. 201; Schmidlin, Art. 27 N. 6; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 2; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 83; Huguenin, **AT**, N. 504; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 818; Akyol, **Ulak**, s. 29; Şener Akyol, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 219 220; M. Murat İnceoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009s. 14; Schwarz, **BG**, s. 311; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 347. Ancak önemle belirtelim ki, somut olayın özelliklerine göre, açıklama sahibinin iradesini iletmekle görevli kimsenin, muhatap karşısındaki sözleri ve davranışlarından hareketle temsilci olarak kabul edilmesi ihtimal dahilindedir. Doktrinde, bu konudaki belirleyici kritere yönelik çeşitli fikirler ileri sürülmüş olsa da, bugün itibarıyla hâkim görüş, asıl belirleyici ilişkinin aracı ile açıklama sahibi arasındaki değil, aracı ile muhatap arasındaki ilişki olduğu yönündedir. Yani bu görüşe göre, aracının ifadelerinden ve hareketlerinden, ortada bir temsil mi yoksa aracı ilişkisinin mi bulunduğu sorusu, dış görünüş teorisi çerçevesinde cevaplanacaktır. Bunun anlamı şudur: Eğer muhatap, aracının söz ve davranışlarından, güven ilkesi uyarınca, içinde bulunduğu somut durumun hal ve şartlarına göre bilmesi gereken unsurları dikkate alarak burada bir temsil ilişkisinin bulunduğu sonucuna varmışsa, onun haklı güveni korunacaktır (Akyol, **Ulak**, s. 28 vd.; karşı. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 16, 17). Aracı ve temsilci arasındaki farklara ilişkin daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. Akyol, **Ulak**, s. 25 vd.

⁹⁰⁶ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 84; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 818; Akyol, **Temsil**, s. 224, 225; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 15, 20. Hiç kuşkusuz, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkı, sözleşmeye bağlı bir yenilik doğuran hak olarak temsil olunan tarafından kullanılacaktır. Bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 561; Akyol, **BG**, s. 238; Akyol, **Temsil**, s. 224, 225; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 20 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 127; Kılıçoğlu, **BG**, s. 249.

⁹⁰⁷ Flume, **AT**, s. 456.

aracının sadece açıklama sahibinin aracısı (*Erklärungsbote*) mı olması gerekmektedir; yoksa muhatabın, kendisine yapılan açıklamaları kendisine iletmesi için yetki verdiği muhatap aracısı (*Empfangsbote*) da bu maddenin uygulama alanına girmekte midir?

Ancak bu sorunun cevaplanmasından önce, muhatabın aracısı nedeniyle ortaya çıkabilecek yanlışlığın, tıpkı açıklama sahibinin aracısından kaynaklanan yanlışlıkta olduğu gibi, iki ihtimalli olduğunu belirtmek gerekir: Buna göre, muhatabın görevlendirdiği aracının kendisine ulaşan açıklamayı muhataba yanlış iletmesi; (i) ya kendisine yapılan doğru açıklamayı yanlış anlamasından ve böyle iletmesinden (örneğin aracı, 100'ü 1.000 anlıyor ve muhataba 1.000 olarak iletiyor) ya da kendisine yapılan doğru açıklamayı doğru anlamasına rağmen yanlış iletmesinden (örneğin aracı, 100'ü 100 anlıyor, ancak muhataba 1.000 olarak iletiyor) kaynaklanabilecektir⁹⁰⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre⁹⁰⁹, muhatabın aracısının neden olduğu yanlışlıklar iletmede yanlışlık teşkil etmez. Zira TBK m. 33'de (OR m. 27), açıklamanın “iletilmesinde” yanlışlık öngörülmüş olup, açıklamanın “alınmasında” ortaya çıkan yanlışlıklar bu kapsama dahil edilmemiştir. Eğer bu görüş savunulursa, aracının kendisine 1.000 olarak iletmediği açıklamaya karşı, kabul cevabını veren muhatap, daha sonra sözleşme güven ilkesi uyarınca 100 üzerinden kurulduğunda, ancak “edim miktarında yanlışlık” (TBK m. 31/1 b. 5, OR m. 24/1 b. 3) dayanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir. Buna karşın diğer görüşe göre⁹¹⁰, açıklamayı alan aracı, bunu muhataba yanlış iletseyse, burada yine bir iletmede yanlışlığın varlığı söz konusu olmaktadır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, muhatabın sözleşmeyi iptal etmesinin hukuki dayanağı TBK m. 33 (OR m. 27) hükmü olacaktır. Görüleceği üzere, iki görüş arasında sonuç bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Öte yandan, iletmede yanlışlık konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer ihtimal, açıklama sahibinin iradesi ile muhataba iletilen açıklama arasında bilerek meydana getirilen uygunsuzluk halleridir. Bunun iki şekilde gündeme gelmesi mümkündür: (i) Ya iradeyi muhataba olduğu gibi açıklamakla görevli aracı, bu güveni kötüye kullanmakta ve açıklamayı kasten yanlış iletmektedir ya da (ii) böyle bir

⁹⁰⁸ Flume, **AT**, s. 456, 457.

⁹⁰⁹ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 27 N. 3; aynı yönde bkz. Flume, **AT**, s. 456, 457.

⁹¹⁰ Bucher, **AT**, s. 202 dn. 31; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 8; Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 3; Bork, **a.g.e.**, N. 1362.

görevlendirme dahi söz konusu olmaksızın, üçüncü bir kişi, aracı gibi davranarak (*falsus nuntius*) gerçekte olmayan bir açıklamayı nakletmektedir⁹¹¹.

Bu ihtimallerde, muhatap ve açıklama sahibi arasındaki menfaat çatışmasının adil şekilde nasıl uzlaştırılması gerektiği sorunu, esas itibarıyla bizi yine irade özerkliği ve güven ilkesi arasındaki ilişkiye götürmektedir. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda ortada bir risk dağılımı sorununun bulunduğu görülmektedir. Buna göre, bir tarafta, kendi açıklamasının aracı tarafından muhataba olduğu gibi aktarılacağına ya da kendisinin görevlendirmedeği takdirde hiç kimsenin aracı gibi davranarak kendisi adına sahte bir açıklama yaratmayacağına ilişkin güven duyan açıklama sahibinin menfaati; diğer tarafta ise, aracının gerçekten açıklama sahibi tarafından gönderildiğine ve iletilen açıklamanın da açıklama sahibinin iradesine uygun olduğuna ilişkin güven besleyen muhatapın menfaati bulunmaktadır⁹¹².

1- Şu halde ilk ihtimal üzerinden değerlendirme yapmak gerekirse, doktrinde iki farklı görüşün söz konusu olduğu görülmektedir. Birinci görüşe göre⁹¹³, aracı kimse kendisine verilen görevi bilerek ve isteyerek kötüye kullanıp, açıklamanın içeriğini değiştirdiği anda, artık aracı olma vasfını yitirmiştir. Bu durumda, iletilen açıklama, açıklama sahibinin değil, bizzat açıklamaya müdahale etmiş kişinin açıklamasıdır. Zira TBK m. 33 (OR m. 27) uyarınca, iletmede yanılma durumunda gerçek iradeye uymayan açıklamanın, yine de açıklama sahibine isnad edilebilmesi anlamına gelen tipik risk, aracının açıklamayı farkında olmadan yanlış ilettiği durumlar için geçerlidir. Aracının sürece kasten müdahale etmesi halinde, bu risk aşılmaktadır. Buna bağlı olarak da, bu ihtimalde artık yanılma hükümleri değil, aracılık görevinin kasten dışına çıkan kimsenin bu hareketi dikkate alınarak, yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 47 (OR m. 39) hükmünün kıyasen uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu sözleşme ilişkisi, açıklama sahibinin açık ya da örtülü olarak sözleşmeyi onamadığı sürece askıda hükümsüz kalacak ve onu bağlamayacaktır. Bu görüşteki yazarlar ayrıca, bu ihtimaldeki menfaat durumu ile ikinci ihtimaldeki menfaat durumu arasında farklı

⁹¹¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 11 vd.; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 5; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 418 vd.

⁹¹² Aynı yönde bkz. Akyol, **Ulak**, s. 97.

⁹¹³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 12, 14; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 6; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 308 dn. 30; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 418 vd.; Akyol, **Ulak**, s. 87 vd. Birsan, **a.g.e.**, s. 90, 91. Alman hukukunda bu görüşün baskın olduğu söylenmektedir. Bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 748 ve orada dn. 7'de anılan yazarlar; Flume, **AT**, s. 456; Bork, **a.g.e.**, N. 1361; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 606.

hükümlerin uygulanmasını haklı gösterecek bir gerekçenin söz konusu olmadığı düşüncesindedirler⁹¹⁴. Yani, ister aracı kimse kasten açıklamaya müdahale etmiş olsun, isterse başka bir kişi kendisini aracı gibi göstererek sahte bir açıklamada bulunsun, iki durumda da söz konusu açıklama, açıklama sahibine yüklenemeyecektir. Kuşkusuz, açıklama sahibinin sözleşmeyi onamadığı ihtimalde, muhatabın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararını aracı gibi davranan kimseden (ya da kuruluştan) tazmin edebilmesi mümkündür (TBK m. 47, OR m. 39)⁹¹⁵.

Bu konuda bizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre ise⁹¹⁶, her ne kadar aracı, bilerek ve isteyerek açıklamayı yanlış ilettiye de, söz konusu riske, açıklamayı bizzat kendisi iletmeyip, bu süreçte bir aracıya başvurmayı tercih etmiş olan açıklama sahibinin katlanması gerekir. Zira o, açıklamasının muhataba aktarılması için aracıyı bizzat kendisi seçmekte, denetlemekte ve ona talimat vermektedir. Sonuçta aracının varlığından yararlanan kimse açıklama sahibidir ve bu yola başvurarak, açıklamasının yanlış iletilme tehlikesini de o yaratmıştır. Şu halde, aracının güveni kötüye kullanılarak açıklamayı yanlış nakletmesinin riskine de o katlanmalıdır. Kaldı ki, bu riski en iyi kontrol edebilecek ve önleyebilecek kişi de odur⁹¹⁷. Ayrıca kanunda, iletmede yanılmanın aracı tarafından farkında olmadan ya da kasten yaratılması açısından herhangi bir ayırım da yapılmamıştır⁹¹⁸. Sonuç olarak, bu görüşün takip edilmesi halinde, aracı olarak görevlendirilmiş kimse, daha sonra açıklamayı kasten değiştirerek yanlış iletmişse, sözleşme, karşı tarafın haklı güveni neticesinde bu açıklamaya göre kurulacak ve fakat açıklama sahibi, dilerse TBK m. 33 (OR m. 27) uyarınca sözleşmeyi iptal edebilecektir⁹¹⁹. Hiç şüphesiz bu ihtimalde, yanılanın karşı

⁹¹⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 14; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 418, 419; Akyol, **Ulak**, s. 87 vd., 94.

⁹¹⁵ Bu kişinin ayrıca TBK m. 49 (OR m. 41) anlamında haksız fiil sorumluluğunun da gündeme geleceği yönünde bkz. Bucher, **AT**, s. 202; Akyol, **Ulak**, s. 107; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 5.

⁹¹⁶ Bucher, **AT**, s. 201, 202; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 190; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 5; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 82; Huguenin, **AT**, N. 506; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 748; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 97. Federal Mahkeme'nin de bu görüşte olduğu görülmektedir (BGE 34 II 523, servat.unibe.ch).

⁹¹⁷ Akyol, **Ulak**, s. 98.

⁹¹⁸ Bucher, **AT**, s. 202.

⁹¹⁹ Hiç kuşkusuz, açıklama sahibinin, güveni kötüye kullanan aracı ile arasındaki iç ilişkinin niteliğine uygun olarak (örneğin vekâlet, hizmet sözleşmesi ya da hatır ilişkisi), rücu ilişkisi çerçevesinde çeşitli talepleri gündeme gelebilecektir (Akyol, **Ulak**, s. 110 vd.; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 7).

tarafın sözleşmenin iptalinden kaynaklanan zararını tazmin etmesi gerekecektir (TBK m. 35).

2- İkinci ihtimalde ise, kendisini aracı gibi gösteren bir kimsenin (*falsus nuntius*, *Scheinboten*), gerçekte var olmayan bir açıklamayı, sözde açıklama sahibi adına iletmesi söz konusudur. Burada hiçbir güven yatırımında bulunmamış olan açıklama sahibini, söz konusu açıklamayla bağlı kabul etmenin mümkün olmayacağı açıktır⁹²⁰. Dolayısıyla, açıklama sahibinin iptal hakkını kullanması dahi gerekmez, sözde aracının (yetkisiz aracının) durumu yetkisiz temsilciye benzetilerek, TBK m. 47 (OR m. 39) hükmü kıyasen uygulanacaktır. Buna paralel şekilde, muhatabın, olumsuz zararı için yetkisiz temsil hükümleri uyarınca; haksız fiil zararı için de TBK m. 49 (OR m. 41) çerçevesinde sözde aracı kişiden tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır⁹²¹.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan şu şekilde bir sonuç çıkarılması mümkündür: Açıklama sahibinin iradesini muhataba iletmekle görevli aracının, bu iradeyi yanlış açıklaması hallerinde, TBK m. 33 (OR m. 27) uyarınca bir iletmede yanılmanın varlığından söz açılacaktır. Bu maddede, iletmede yanılmanın bizzat açıklama sahibinin yanılması sayılacağına işaret edilmiş ve TBK m. 31/1 (OR m. 24/1 b. 1-3) hükmüne atıf yapılmıştır⁹²². Şu halde denilebilir ki, iletmede yanılma, ayrı bir yanılma türü olmayıp, sadece açıklamada yanılmanın ortaya çıkma tarzlarından birisidir. Dolayısıyla, açıklamanın örneğin bir haberci ya da elektronik bir araçla yanlış iletildiği hallerde de, sözleşmenin niteliğinde, sözleşmenin konusu şeyde, kişide, edim miktarında yanılmanın veya kanunda özel olarak belirtilmemiş bir açıklamada yanılmanın ortaya çıkabilmesi mümkündür. Öyleyse, bu yanılma türleri için geçerli olan esaslılık şartları, aynı şekilde iletmede yanılmaya da uygulanacaktır. Yine, iletmede yanılma hallerinde, TBK m. 34 ve 35'in de (OR m. 25, 26) uygulama alanı bulacağı her türlü kuşkudan uzaktır⁹²³.

⁹²⁰ Bucher, **AT**, s. 202; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 14; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 5; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 419; Bork, **a.g.e.**, N. 1361. Bu ihtimal, açıklamanın bir aracı ya da iletişim aracıyla iletildiği sürece bir üçüncü kişi tarafından müdahale edildiği ve böylece açıklamanın tahrif edilerek yanlış iletildiği halleri de kapsamaktadır (Akyol, **Ulak**, s. 95).

⁹²¹ Bucher, **AT**, s. 202; Akyol, **Ulak**, s. 109; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 5; Bork, **a.g.e.**, N. 1361.

⁹²² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 15; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 4; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 6.

⁹²³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 15; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 6.

O halde, tazminat yükümü açısından özel olarak birkaç noktaya değinmek gerekirse, aracının açıklamayı yanlış iletmesinde ihmali söz konusu olan yanılan (açıklama sahibi), sözleşmeyi iptal ettiği takdirde muhatabın olumsuz zararını (hakkaniyet gerektiriyorsa tazminat miktarının olumlu zarar miktarına kadar artabileceği bir kez daha hatırlanmalıdır) tazmin etmekle yükümlüdür. Buradaki kusur ise, aracıyı seçmede (*culpa in eligendo*) ve yönetmedeki (*culpa in instruendo*) kusur olarak ortaya çıkmaktadır⁹²⁴. Hatta yanılanın doğrudan bir kusuru bulunmasa dahi, aracının kusuru da kendisine izafe edilecek ve yine TBK m. 35 (OR m. 26) anlamında tazminat ödeme yükümü gündeme gelecektir⁹²⁵.

d. Muhatabın Açıklamada Yanılması (*Empfängersirrtum*)

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, muhatabın açıklamada yanılması türünde bir yanılmadan bahsedildiği görülmektedir. Bu yanılma türü, muhataba yöneltilen açıklamanın, onun attığı anlam çerçevesinde değil, açıklama sahibinin gerçek iradesine göre hüküm doğurduğu ve sözleşmenin bu içerikte kurulduğu hallerde gündeme gelmektedir. Burada muhatap, kendisine yapılan açıklamayı yanlış anlamakta ve bu anlayışa dayanarak açıklamada bulunmaktadır. Ne var ki açıklama, güven ilkesine uyarınca muhatabın anlayışına göre değil, açıklama sahibinin anlayışına göre hüküm ifade etmektedir⁹²⁶.

Söz gelimi A, B'ye bir malı 100 dolara sattığını belirten bir öneri mektubu göndermiş ve B de bunu kabul etmiştir. Ancak A, sözleşmenin 100 Kanada doları üzerinden kurulduğunu düşünmekteyken; B, 100 Amerikan doları üzerinden sözleşme yapıldığı kanaatindedir. Kuşkusuz, sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve hangi içerikle hüküm doğurduğu güven ilkesine çerçevesinde belirlenecektir. Bu bağlamda, şayet

⁹²⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 16; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 6 (aracıya sözlü talimatın zor anlaşılabilir şekilde verilmesi ya da güvenilmez bir aracının seçilmiş olması gibi haller, bu bağlamda örnek gösterilebilir. **A.g.e.**); Henrici, **a.g.e.**, s. 217.

⁹²⁵ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 317; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 17; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 6; Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 4, 5; Akyol, **Ulak**, s. 94. Öte yandan, aracı kusurlu değilse, burada TBK m. 116'nın (OR m. 101) kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı ve böylelikle, aracının hareketinin açıklama sahibine "farazi bir kusur" olarak yüklenip yüklenemeyeceği tartışmalıdır (kıyasen uygulanmanın mümkün olduğu yönünde bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 27 N. 18; Schwenger, **BasKomm**, Art. 27 N. 3; Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 27 N. 4 vd.; burada TBK m. 66'daki adam çalıştırmanın sorumluluğu hükmünün uygulanacağı yönünde bkz. Akyol, **Ulak**, s. 109).

⁹²⁶ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 749; Flume, **AT**, s. 419; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 89; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 832.

sözleşme güven ilkesine göre A'nın gerçek iradesine uygun şekilde 100 Kanada doları üzerinden kurulmuşsa, acaba B'nin açıklamada yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkün müdür? Bu soruya verilecek cevap evettir; zira açıklamada yanılmaya sözleşmenin hangi tarafının düşmüş olduğu önem arz etmemekte, burada önemli olan, gerçek irade ile sözleşmenin içeriği arasında bir uygunsuzluğun ortaya çıkmış olmasıdır. Dolayısıyla, yanılan, ister açıklama sahibi isterse muhatap olsun, gerçek iradesine uymayan sözleşmeyi iptal edebilecektir⁹²⁷. Şu halde, böyle bir yanılma türünün ihdas edilmesine bizce hiç gerek yoktur⁹²⁸.

Ancak burada şu fark önemlidir: Muhatabın karşı tarafın açıklamasını yanlış anladığı her durumda, bu yanılmanın varlığından söz edilemez. Bu itibarla, muhatabın, açıklamayı salt yanlış anlaması ile yanlış anladığı için açıklamada yanılmaya düşmesi arasındaki sınır gözden uzak tutulmamalıdır⁹²⁹. Sınırın sözleşmeyi iptale imkan vermeyen tarafı şu örnekle somutlaştırılabilir: B, kendisinden fiyat teklifi isteyen A'ya, malın türünü, özelliklerini ve fiyatını belirten bir elektronik posta göndermiştir. A da buna karşılık olarak “önerinizi uygun bulduk, ancak malların taşınması sadece firmamız tarafından gerçekleştirilecektir” şeklinde bir cevap vermiştir. Bunun üzerine B, A'nın önceki öneriyi kabul etmek yerine, malların taşınması işinden söz açarak yeni bir öneride bulunduğunu (veya öneriyi reddettiğini) düşünmüş ve bu arada, kendisine başka bir firma tarafından yapılan daha kârlı bir öneriyi kabul etmiştir. Bir süre sonra, A'nın gönderdiği elektronik postada malların ne zaman teslim edileceğini sorması üzerine, B, sözleşmenin kurulmadığı cevabını vermiştir. Olayda irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumu neticesinde, sözleşmenin A'nın cevabıyla (kabul açıklamasıyla) kurulmuş olduğu sonucuna vardığımızda; acaba B, açıklamada yanıldığını ileri sürebilecek midir? İşte bu olasılıkta, açıklamada yanılmadan farklı olarak, B'nin salt bir yanlış anlaması söz konusudur⁹³⁰. Onun açıklaması ile gerçek iradesi arasında herhangi bir uyumsuzluk yoktur; zira B, kendi açıklamasını (öneriyi), A'nın kabul açıklamasını yanlış anlamasından çok daha önce yapmıştır. Dolayısıyla,

⁹²⁷ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 749; Flume, **AT**, s. 419, 420; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 89; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 832.

⁹²⁸ Öte yandan, *Oğuzman / Öz*'ün, bu tür durumlarda B'nin açıklamada değil saikte yanıldığı yönündeki görüşüne katılma imkanı göremiyoruz (*Oğuzman / Öz*, **BG I**, s. 93 dn. 169).

⁹²⁹ Flume, **AT**, s. 419; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 87.

⁹³⁰ Flume, **AT**, s. 419; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 88.

B'nin sözleşmenin kurulmadığı itirazı dinlenemeyeceği gibi, ayrıca sözleşmeyi açıklamada yanılma nedeniyle iptal etme imkanı da bulunmamaktadır.

e. Diğer Açıklamada Yanılmalar (Atipik Açıklamada Yanılmalar)

Daha önce belirttiğimiz üzere, TBK m. 31/1'de bentler halinde sayılan açıklamada yanılma türleri sınırlı sayı prensibine göre düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, hakkında özel hüküm bulunmayan herhangi bir açıklamada yanılmanın da, subjektif ve objektif anlamda esaslı olmak kaydıyla, sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi mümkündür.

TBK m. 31'de özel olarak belirtilmemiş bir yanılma türüne ilişkin akla gelebilecek ilk ihtimal, yanılanın gerçekte hiç sözleşme kurmak istememesine karşın, davranışının güven ilkesi bağlamında muhatap tarafından geçerli bir irade açıklaması olarak anlaşıldığı hallerdir. Bu hallerde, yanılan, davranışını hukuken bağlanma niyetiyle gerçekleştirmemekte ve fakat muhatabın bu davranışa atfettiği anlam, onun korunmaya değer güveni nedeniyle yanılana bir irade açıklaması olarak isnad edilmektedir. Yanılanın açıklama iradesi bulunmamasına karşın o şekilde davranmaktaki özensizliği karşısında, muhatabın bu davranışı bir öneri ya da kabul olarak anlamlandırmakta haklı güveni bulunduğu hallerde sözleşmenin kurulacağına daha önce işaret etmiştik⁹³¹. İşte bu hallerde, yanılanın bağlandığı sözleşme ilişkisi, aslında gerçek iradesine uygun olmadığından açıklamada yanılma ortaya çıkmaktadır^{932, 933}. Daha önce verdiğimiz örnekteki, okuduğu kitaba daldığı için kendisine getirilen ikinci kahveyi fark etmeden içen kimsenin durumu bu şekildedir. Aynı şekilde, muhatap tarafından ciddiye alınmayacağını düşünerek şaka

⁹³¹ Hatta bu olasılık, yanılanın fiil iradesinin bulunmamasına karşın, davranışıyla karşı tarafta geçerli bir irade açıklaması bulunduğu yönünde haklı bir güven yarattığı hallerde de söz konusu olacaktır (Bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, C, 2). Yine önemle belirtelim ki, fiil iradesinin ya da açıklama iradesinin bulunmadığı durumlarda, doğal olarak işlem iradesinin varlığından da söz açılma imkanı yoktur. Ancak tipik açıklamada yanılmalarındaki eksiklik sadece işlem iradesi açısından söz konusu olduğundan (yani açıklama iradesi ve fiil iradesi mevcut olduğundan), burada sadece söz konusu atipik yanılma türünün farkını öne çıkaran “açıklama iradesi” (veya fiil iradesi) eksikliğine dikkat çekmekteyiz.

⁹³² OR 2020 tasarısında, bu tür yanılmaların da açıklamada yanılma sayılacağı m. 38/2 b.2'de açıkça “*wenn sie überhaupt nichts hat erklären wollen oder etwas wesentlich anderes erklärt hat, als sie erklären wollte*” şeklinde belirtilmektedir.

⁹³³ Önemle hatırlatalım ki, kanun tarafından susmanın irade varsayımı (veya kesin karine) kabul edildiği hallerde ise, yanılma hükümlerine başvurma imkanı bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, C, 2.

açıklamasında bulunmasına karşın, güven ilkesi nedeniyle sözleşme ile bağlanan kimsenin de bu tarzda bir hataya düştüğü kabul edilmektedir⁹³⁴.

Doktrindeki bir görüş, bu tür yanılmaları sözleşmenin niteliğinde yanılma olarak telakki etmektedir⁹³⁵. Diğer taraftan, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise⁹³⁶, bu tür yanılmaların kanunda örnekleyici olarak sayılan yanılma türlerine altlanabilmesi imkanı bulunmamaktadır. Nitekim gerek yanılma kurumunun tarihi evrimine gerekse İsviçre-Türk kanun koyucusunun amacına bakıldığında, maddede özellikle belirtilen yanılma türlerinde, bizzat açıklama sahibinin işlem iradesi ile açıklaması arasında ortaya çıkan uygunsuzluğun esas alındığı görülmektedir. Hatta TBK m. 31/1 b. 1'deki “yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa” şeklindeki ifadeye dikkat edildiğinde, kanunun lafzının da bunu doğrular nitelikte olduğu söylenebilir⁹³⁷. Zira tipik bir açıklamada yanılma halinde, istemediği bir sözleşme ile bağlı olmasına karşın, yanılanın yine de gerçekten kurmak istediği bir sözleşmeye yönelik iradesi bulunmaktadır. Bu noktada önemle belirtelim ki, görüşümüz sadece hükmün tarihi ya da lafzi yorumuyla değil, aynı zamanda amacıyla ve zamana uygun objektif yorumuyla da bağdaşmaktadır. Zira ileride ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, doktrindeki yazarların önemli bir kısmı, OR m. 24/1 b. 1-3'e (TBK m. 31/1 b. 1-5) dahil olan açıklamada yanılmaların kanun gereğince esaslı sayılacaklarını, buna karşın hakkında özel hüküm bulunmayan açıklamada yanılmaların ise, (objektif ve sübjektif yönden) esaslı olup olmayacaklarının ayrıca denetlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, karşı tarafın güveninin ve

⁹³⁴ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 11; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 819; Huguenin, **AT**, N. 498; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 18. Öte yandan hatırlanmalıdır ki, bu tür yanımlarda yanılanın her zaman ihmali söz konusu olacağından, sözleşmenin iptal edilmesi halinde her hâlükârda tazminat talebi gündeme gelecektir.

⁹³⁵ Bucher, **AT**, s. 199, 200; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 11; Reiser, **a.g.e.**, N. 29; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 15; Schwenzer, **AT**, N. 37. 11; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 396; Eren, **BG**, s. 401. *Huguenin* de prensip olarak bu görüşte olmakla birlikte (Huguenin, **AT**, N. 497), haklı olarak, bu tür yanımların OR m. 24/1 b. 1'in (TBK m. 31/1 b. 1) uygulama alanına dahil edilmeyeceği görüşünün de savunulabilir olduğunu belirtmektedir. Zira yazarın görüşüne göre, ister açıklamada yanılma, isterse saikte yanılma olsun, yasada özellikle belirtilenler ile belirtilmeyenler arasında ispat açısından herhangi bir farklılık bulunmamalıdır (Huguenin, **AT**, N. 498). Bu nedenle, yazarın bu tür atipik yanımları OR m. 24/1 b. 1 himayesine alması, ispat konusundaki görüşüne bakıldığında, yazarı sonuç olarak ikinci görüşle aynı konuma getirmektedir.

⁹³⁶ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 819; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 12 N. 18; dolaylı olarak Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 97.

⁹³⁷ Aynı ibare, mehzazın Almanca metninde de bulunmaktadır “...der Irrende einen andern Vertrag eingehen wollte als denjenigen...”.

alışveriş hayatının istikrarının korunmasındaki menfaatler gereği, bu tür yanılmaların, esaslılık açısından ayrıca incelemeye tabi tutulmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Durumu bir örnekle açıklayacak olursak; A, maddi durumu iyi olmadığı için, kendisine dedesinden kalan çok değerli antika saati satmayı planlamakta, fakat öncesinde birkaç yerden fiyat alıp düşünmek ve öyle karar vermek istemektedir. A, bir gün eski eşyalar satın alan B'ye telefon ederek bu isteğini açıklamış ve kendisine verilen ortalama fiyatı duyduktan sonra, nasıl olsa henüz herhangi bir yazılı belgeye imza atmadığı için B ile arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığına kanaat getirerek, tamam demiştir⁹³⁸. Burada B'nin önerisini karşı, A'nın daha iyi fiyat veren birisini bulabileceğini düşünerek ve fakat her ihtimale karşı B'yi de bu süreçte hazırda tutmayı isteyerek verdiği kabul cevabında, açıklama iradesi (ve hukuken bağlanma niyeti) bulunmamaktadır. Zira her ne kadar saati satmayı düşünmüş olsa dahi, henüz bu isteğini belirli bir kişiye bildirerek onunla arasında hukuken bağlayıcı bir ilişki olmasını arzu etmemektedir. Ancak, A'nın sadece yazılı olduğu sürece sözleşmelerin bağlayıcı olacağına ilişkin yanılması, B açısından herhangi bir önem ifade etmemekte ve A'nın sözlerini kabul açıklaması olarak anlamakta haklı olan B'nin bu güveni neticesinde, sözleşme, B'nin anlayışına göre kurulmaktadır. Burada, A'nın yanılmasını sözleşmenin niteliğinde yanılma kategorisine dahil edersek, açıklamada yanılma esaslı sayılacak ve A (kuşkusuz, özensizliği nedeniyle tazminat ödeyerek) sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Hâlbuki bu yanılmayı TBK m. 31'de sayılan yanılma türleri dışında ele alırsak, bu yanılmaya dayanılarak sözleşmenin iptal edilebilmesi için, (görüşümüze göre) A'nın, düştüğü yanılmanın hem sübjektif hem de objektif yönden esaslı olduğunu ayrıca ispatlaması gerekecektir⁹³⁹.

Kanunda açıkça belirtilmemiş başka bir açıklamada yanılma ise, bir tarafın ifa tarzına, ifa yerine ya da ifa zamanına ilişkin gerçek iradesiyle uymayan bir açıklamada bulunduğu hallerde gündeme gelecektir. Örneğin satıcı ile alıcı arasında gönderilecek bir borcun bulunduğu satış sözleşmesi müzakerelerinde satıcı, önerisinde, gönderilecek malların "X firması" tarafından taşınacağını ve taşıma masrafının daha sonra taşıyan firma tarafından alıcıya fatura edileceğini belirtmiştir. Bu tür mallara

⁹³⁸ Değiştirerek verdiğimiz bu örneğin aslı için bkz. Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 75.

⁹³⁹ Esaslılık konusundaki farklı görüşler ve açıklamalar için bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1.

ilişkin satış sözleşmelerinde çok tecrübesi olmayan alıcı ise, X firmasının kara yolu ile taşıma yapacağını düşünerek öneriyi kabul etmiştir. Ne var ki, söz konusu mallara acilen ihtiyacı bulunan alıcı, malların hâlâ kendisine ulaşmadığını satıcıya bildirdiğinde, X firmasının bu tür mallar için sadece deniz taşıması yaptığını, malların tesliminin kara taşımasına oranla çok daha geç olacağını ve taşıma ücretinin de önemli miktarda fazla olacağını öğrenmiştir. Görüldüğü üzere, alıcının burada hem ifa tarzına ilişkin hem de ifa zamanına ilişkin açıklamada yanılması söz konusudur. Ancak bu yanılma, TBK m. 31’de belirtilen herhangi bir türün uygulama alanına girmemektedir. Şu halde, alıcının sözleşmeyi iptal edip edemeyeceği, söz konusu yanılmanın subjektif ve objektif açıdan esaslı olduğunu ispatlamasına bağlıdır.

Bu konuda başka bir örnek de şudur: İnternette alışveriş yapan alıcı, aldığı ürünün nereye teslim edileceğine ilişkin adres kısmına yanlışlıkla eski adresini yazmıştır. Bu olasılıkta da, ifa yerine ilişkin kanunda belirtilmeyen bir açıklamada yanılma bulunmaktadır. Aynı şekilde, bu yanılmanın da esaslı olup olmayacağı ayrı bir değerlendirme sonucunda belli olacaktır. Esaslılık değerlendirmesi aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği için burada sadece belirtmekle yetiniyoruz⁹⁴⁰.

D. Esaslılık ve Yanılma Kurumunun Diğer Mekanizmaları

Yanılmanın işlem iradesini oluştururken dikkate aldığı belirli olguya ilişkin tasavvurun gerçeğe uygun olmaması (saikte yanılması) ya da gerçek iradesini farkında olmadan muhataba yanlış şekilde açıklaması (açıklamada yanılması) hallerinde, yanılmanın sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi, hukuk düzeninin bu yanılmayı “esaslı” olarak kabul edip etmemesine bağlıdır. Daha önce de işaret edildiği üzere, yanılmaya rağmen sözleşmenin kurulmasında güven ilkesi ön plandayken; daha sonra bu yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi ise, irade ilkesinin (irade özerkliğinin) bir sonucudur. Dolayısıyla yanılma kurumunun dogmatik yapısı, bu iki ilkenin karşılıklı etkileşim ve birbirinin sınırlama tarzıyla yakından bağlantılıdır ki, bu da sonuçta hukuk politikası tercihine bağlanmaktadır.

Tezin bu kısmına kadar esaslı ve esaslı olmayan yanılma türlerini ayrı ayrı incelemiş bulunmaktayız. Esaslı yanılmanın varlığı halinde, hukuk düzeni yanılana, kendi kararına göre sözleşme ilişkisini devam ettirebilme ya da iptal hakkını

⁹⁴⁰ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm, II, D, 1.

kullanarak sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirme yetkisi vermektedir. Ancak bu esaslılık kriteri kanunda tanımlanmadığı gibi, doktrinde de bu kriterin içeriği ve yanılma türlerinde nasıl uygulanması gerektiği konusunda çeşitli fikirler ileri sürüldüğü görülmektedir. Acaba saikte yanılmanın esaslı olması için, yukarıda kanundan destek alarak açıkladığımız şartların varlığı yeterli olmalı mıdır? Saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için, karşı tarafın, yalnızca yanılanın sözleşmenin zorunlu temeli olarak gördüğü saiki değil, ayrıca saikte yanıldığını da bilmesi gerektiği şeklinde bir şart aranabilir mi? Eğer bu şart aranırsa, TBK m. 35/1'in bir anlamı kalacak mıdır? Ya da yanılmanın esaslılığı için yanılanın kusursuz olması gerektiği yönünde bir şart öngörülebilir mi? TBK m. 32'de saikte yanılmalar için belirtilmiş şartların açıklamada yanılmalara doğrudan ya da kıyasen uygulanması mümkün müdür? Tacirler arası ilişkilerde, ticari hayatın istikrarı gereği yanılma kurumunun hiç uygulanmaması yolunda bir kural benimsenebilir mi? İşte bu gibi sorular ışığında, yanılmanın esaslılığının ne anlama geldiği ve gerek yürürlükteki hukuk gerekse ideal hukuk anlamında, hangi yanılmaların ne şartlarda esaslı olması gerektiği, bu başlıkta ele alınmaya çalışılacak olan temel konulardan birkaçıdır.

Esaslılık kriteri, yanılma kurumunun yapısı ve hukuki sonuçlarını belirlemekte tek başına belirleyici değildir. Zira kanunda öngörülmüş olan çeşitli hükümler de, yanılma kurumunun uygulanmasını ve böylelikle sözleşmenin iptal edilmesini dolaylı yoldan etkileyebilmektedir. Bu bağlamda, iptal hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanılamaması, tazminatın kusura bağlı olması ya da olmaması, yanılmanın ileri sürülmesi için bir üst sürenin öngörülmesi veya öngörülmemesi, ifa edilmiş bir sözleşmenin iptaline izin verilmesi ya da verilmemesi gibi mekanizmalar örnek verilebilir. Şu halde, yanılan ve karşı tarafın çatışan menfaatlerini adil bir düzlemde ve dengede uzlaştırmak için, yanılma kurumunun bütüncül bir bakışla incelenmesi gerekir. Bu amaç doğrultusunda, yanılmanın hangi hallerde sözleşmenin geçerliliğini etkileyeceği, yanılmanın hüküm ve sonuçlarının neler olacağı gibi sorunsallar, esaslılık kriterini içine almakla birlikte, kanundaki diğer hükümler vasıtasıyla da etkili olan “yanılma kurumunun mekanizmaları” çerçevesinde çözümlenmelidir.

Bu bağlamda, aşağıda ilk olarak yanılmanın esaslılığı konusu incelenecek, daha sonra da, gerek İsviçre-Türk hukukunda hâlihazırda uygulanmakta olan diğer mekanizmalar gerekse doktrinde ileri sürülen ya da karşılaştırmalı hukukta benimsenmiş olan farklı mekanizmalar, bu konuda genel bir resim oluşturması ve *de lege ferenda* örnek teşkil etmesi amacıyla ana hatlarıyla aktarılacaktır. Zira kanunda

öngörölmüş olan her bir mekanizma, tezin ilgili yerinde ayrıca ayrıntılı olarak ele alınacağı için, bu noktada hepsini bir araya toplayarak panoramik bir görüntü vermek yeterli olacaktır.

1. Yanılmanın Hukuki İşlemin Geçerliliğini Etkilemesi İçin Temel Kriter: Esaslılık

Yanılmaya hukuki işlemi kesin hükümsüz hale getirebilme özelliği veren “esaslılık” niteliğinin, tamamıyla yanılmanın yapısına ve türüne yönelik mi olduğu, yoksa yanılma hangi türe ait olursa olsun, sözleşmenin yanılma nedeniyle iptal edilebilip edilmeyeceğini belirleyen hukuki bir nitelik mi olduğu konusunda farklı görüşler⁹⁴¹ bulunmaktadır. Esaslılığa ilk fonksiyon tanınırsa⁹⁴², burada meseleye tamamen yanılanın zihinsel durumu açısından bakılır ve düştüğü hatanın mahiyetine göre hukuki koruma sağlanır. Söz gelimi, yanılanın sözleşme konusu edimin miktarına ilişkin önemli derecede yanılması halinde, eğer burada saikte yanılma teşkil eden bir hesap yanılması (gizli hesap yanılması) bulunmaktaysa, yanılma sırf bu nedenle esaslı sayılmayacak, fakat ortada açıklamada yanılma mahiyetinde bir miktarda yanılma varsa, yanılma sırf bu nedenle esaslı sayılacaktır. Burada yanılma nedeniyle işlem kesin hükümsüz hale getirildiğinde, somut olayda işlem güvenliğinin veya karşı tarafın haklı güveninin ne derece zarara uğradığı ikinci planda kalacak, burada önem arz eden husus, yanılmanın, irade açıklaması sürecinde hangi aşamada ortaya çıktığı olacaktır. Yine esaslılığın yanılmanın mahiyetine bağlı bir özellik olduğu yaklaşımı kabul edilirse, örneğin yanılmanın, yanılanı ekonomik açıdan ne derece etkilediğine bakılarak da esaslı ve esaslı olmayan yanılma ayrımının yapılabileceği ileri sürülebilecektir⁹⁴³.

Öte yandan, üstün tutulması gereken ikinci yaklaşım ise⁹⁴⁴, yanılmanın hangi mahiyette olduğundan ziyade, özellikle işlem hayatının istikrarı ve sözleşmenin karşı tarafının güveninin korunması penceresinden olaya yaklaşmaktadır. Buna göre, önem

⁹⁴¹ Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 152 vd.; Edis, **Hata**, s. 14 vd.; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 178 vd.

⁹⁴² Bu görüş için bkz. Edis, **Hata**, s. 15; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 153 dn. 56’da anılan yazar.

⁹⁴³ Doktrinde bu görüşü savunan yazarlara da rastlanmaktadır. Bkz. Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 6; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 135 dn. 6’da anılan yazar.

⁹⁴⁴ von Tuhr, **Mängel**, **NF 15**, s. 300, 301; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 153; Schwenger, **BasKomm**, Art. 23 N. 4; Reiser, **a.g.e.**, N. 13; Eren, **BG**, s. 400; dolaylı olarak bu görüşte bkz. Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 92.

arz eden husus, hukuk düzeninin hangi şartlarla yanılana hukuki işlemin bağlayıcılığını ortadan kaldırma gücü verip vermeyeceğidir. Görüleceği gibi burada esaslılık sorunu, son kertede hukuk politikası tercihinin bağlanmaktadır⁹⁴⁵. Buna göre, yanılan için çok büyük önem arz eden bir açıklamada yanılma, duruma göre esaslı olmayabileceği gibi, çoğunlukla hukuki korumaya mazhar olmayan saikte yanılmalar da belirli şartlarda esaslı olabilecektir. Kanaatimizce, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu’nda iki yaklaşımın bir ölçüde uzlaştırıldığını görmek mümkündür. Gerçekten, daha önce de belirttiğimiz üzere, TBK m. 30 vd. (OR m. 23 vd.) hükümlerine bakıldığında, açıklamada yanılmaların kural olarak esaslı, saikte yanılmaların ise kural olarak esassız (adi yanılma) olduğu ilkesinden hareket eden kanun koyucunun⁹⁴⁶, ayrıca TBK m. 31/1 b. 4, 5’de (OR m. 24/1 b. 2, 3) bazı açıklamada yanılma türleri için ve TBK m. 32’de (OR m. 24/1 b. 4) de saikte yanılmalar için esaslılık şartları öngörmüş olması bu çıkarımı doğrular niteliktedir.

Yanılmanın esaslılığının kapsamı ve belirlenmesi konusunda gerek yürürlükteki hukuk çerçevesinde gerekse olması gereken hukuk anlamında doktrinde çeşitli kriterler önerilmekte ve bu konunun hâlâ tartışma konusu olduğu görülmektedir. Tezimizin konusu yürürlükteki İsviçre-Türk hukuku uyarınca sözleşmede yanılma olduğundan, bu konuda ileri sürülmüş her türlü görüşü değil, sadece esaslılığın belirlenmesi tartışmasındaki sorunsalları ortaya koymaya ve genel bir değerlendirme yaparak tutarlı bir sonuç çıkarmaya yarayan (ve özellikle İsviçre-Türk hukuku alanındaki) görüşleri aktarmak daha uygun olacaktır.

a. Her Türlü Yanılmaya TBK m. 32’deki (OR m. 24/1 b. 4, eBK m. 24/1 b. 4) Şartların Uygulanması Görüşü (Ortak Kriter Görüşü)

Hem açıklamada hem de saikte yanılmalar için geçerli olacak yeknesak bir kriter bulunması gerektiği yönündeki görüşe göre⁹⁴⁷, esaslı olmaları halinde aynı hukuki

⁹⁴⁵ Yanılmanın esaslı olup olmayacağı hukuki bir sorundur diyen İsviçre Federal Mahkemesi’nin de bu görüşte olduğu görülmektedir (BGE 87 II 137, bger.ch).

⁹⁴⁶ Tekrar hatırlatalım ki, “Açıklamada yanılma” başlıklı (eBK m. 24’de bu başlık “*Hata Halleri*” idi) TBK m. 31’de “*özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esaslıdır*” denilerek, bazı açıklamada yanılma türleri kanunen korunma altına alınmakta; öte taraftan TBK m. 32 c. 1’de “*saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz*” şeklindeki ifade ile de, adi saikte yanılmalar koruma dışına atılmaktadır.

⁹⁴⁷ Zehnder, **a.g.e.**, s. 195 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 157 vd.; Reiser, **a.g.e.**, N. 33; Bachmann, **a.g.e.**, s. 68 vd.; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 24 N. 39 vd.; Şive, **a.g.e.**, s. 36, 37. Yargıtay’ın bu yönde yorumlanmaya elverişli kararı için bkz. Y. 1. HD., 10.5.1978, E. 1997/8379, K. 1978/6346 (aktaran Özkaya, **a.g.e.**, s. 59 vd.).

sonucu doğuracak olan (diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi iptal edilebilir kılacak olan) yanılma türlerini, ne zaman bu sonucu doğurabileceği konusunda farklı şartlara bağlamak yerine, ortak kriterler altında değerlendirmek daha isabetli olacaktır. Ayrıca, TBK m. 31/1’de (OR m. 24/1, eBK m. 24/1) “özellikle” denilerek örnekleyici şekilde belirtilen açıklamada yanılma türlerine dahil olmayan bir açıklamada yanılmanın ortaya çıkması halinde, bunun hangi kritere göre esaslı sayılıp sayılmayacağı konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Şu halde, bu gerekliliklerden hareketle, yanılmanın hangi türe ait olduğuna bakılmaksızın, esaslı olup olmadığının belirlenmesinde, esaslı saikte yanılmalar için öngörölmüş olan TBK m. 32’den (OR m. 24/1 b. 4, eBK m. 24/1 b. 4) genel bir kriter hükmü olarak yararlanılması gerekir. Farklı bir anlatımla, açıklamada ya da saikte yanılma olsun, yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği, TBK m. 32’deki şartlar çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır. Bu görüşte olan yazarları birbirine bağlayan ortak düşünce bu olmakla birlikte, bu noktadan itibaren farklı fikirler ileri sürerek kendi içinde ayrıldıkları görölmektedir.

Bu görüşün ilk ve en kapsamlı savunucusu *Jaton*’a göre ise, İsviçre hukuku açısından saikte yanılma ve açıklamada yanılma şeklindeki geleneksel ayrımın yapılması kanuni bir zorunluluk olmadığından (gerek en önemli yanılma hükmü olan OR m. 24’ün “*Fälle des Irrtums*”, yani “*Hata Halleri*” şeklindeki başlığından hareketle gerekse hükmün içeriğine bakıldığında, bu yönde açık bir ayrımın yapılmadığı görölebilecektir), bu ayrıma hiç dikkat edilmeksizin, yanılmanın esaslılığı eBK m. 24/1 b. 4 bağlamında belirlenmelidir. Bu çözüm karşısında, söz konusu maddede “özellikle” denilerek belli başlı açıklamada yanılma türlerinin sayılmasından da vazgeçilmesi gerekir. Ancak yürürlükteki hukuk çerçevesinde konuşmak gerekirse, burada sayılan yanılma türlerine bakıldığında aslında hepsinin sübjektif esaslılık şartını (yanılan açıklamada yanıldığını fark etseydi, bu yönde bir açıklamada bulunmazdı) taşıdığı görölmektedir. Ayrıca, kanun koyucunun direkt bu türleri örnek olarak göstermesi, bunların objektif yönden esaslı olduğunu da göstermektedir⁹⁴⁸. Bu

⁹⁴⁸ Bu görüşü şu yazarlar vasıtasıyla aktarıyoruz; bkz. Kocayusufoşaoğlu, **Hata**, s. 141 vd.; Edis, **Hata**, s. 19. Ancak belirtelim ki, *Jaton*’un sisteminde objektif esaslılık şartı farklılık arz etmektedir. Yazara göre, açıklamada yanılmanın objektif yönden esaslılığı, alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralına göre belirlenmemekte; eğer karşı taraf, yanılanın açıklamada yanılması ile sözleşmenin kurulması arasındaki nedenselliği (sübjektif esaslılığı) biliyorsa ya da dürüstlük kuralı gereği bilebilecek durumdaysa, bu şart gerçekleşmektedir. Göröleceği üzere, yazarın objektif esaslılık kriteri, esaslı saikte yanılma için aranan “bilinirlik” kriterini karşılamaktadır (Kocayusufoşaoğlu, **Hata**, s. 142).

görüŖe birçok açıdan katılan *KocayusufpaŖaoğlu*, yazarın TBK m. 24’de yanılma türleri açısından bir ayırım yapılmadığı yolundaki iddiasını savunulabilir bulmadığını da ayrıca ifade etmektedir⁹⁴⁹.

KocayusufpaŖaoğlu’na göre, eBK m. 24/1 b. 1-3’de (Ŗu anki haliyle TBK m. 31/1 b. 1-5) belirtilen açıklamada yanılma türleri kanun gereğince esaslıdır. Ancak hükmün uygulanması kapsamında, örneğin miktarda yanılmada “önemlilik” ya da kişide yanılmada “dikkate alınma gibi” kriterlerin gerçekte gerçekteleşmediğine ilişkin Ŗüphe halinde, yine eBK m. 24/1 b. 4’e (TBK m. 32) müracaat edilecektir⁹⁵⁰. Zira buradaki ek kriterler, esaslı saikte yanılmalar için söz konusu olan “alışveriş hayatındaki objektif bakış açısını” bizzat karşılamaktadır⁹⁵¹. Bununla birlikte, eBK m. 24/1 b. 4’ün temel işlevi ise, kanunda belirtilmeyen açıklamada yanılma halleri ve her türlü saikte yanılmanın esaslı olup olmayacağını belirlemektir⁹⁵². Dolayısıyla bu kapsama özgü olarak, bu hükmün esaslılık şartlarını tespit eden genel bir hüküm olduğu kabul edilmelidir. Ancak, yazar Ŗu noktayı önemle vurgulamaktadır: Saikte yanılmanın esaslılık mertebesine ulaşması için gereken “binebilirlik” şartı, açıklamada yanılmanın doğası gereği, bu tür yanılmaların esaslı olup olmadığının belirlenmesinde devre dışı kalmak durumundadır. Zira sözleşmenin kurulmasında yanılan için mutlak belirleyici saikin karşı tarafça binebilir olması şartını açıklamada yanılmaya uyguladığımızda, bu aynı zamanda açıklamada yanılmanın da binebilir olması sonucunu doğuracaktır⁹⁵³. Bunu örneklendirmek gerekirse, A kitabı denilmek istenirken yanlışlıkla B kitabı denildiği aşamada, binebilirlik şartının gerçekteleşmesi için, karşı tarafın, yanılanı bu açıklamaya iten sebebi, yani onun hâlâ A kitabını düşünerek açıklamada bulunduğunu anlaması ya da anlayabilecek durumda olması gerekir ki, bu aynı zamanda yanılmanın da anlaşılabilir olması anlamına gelecektir. Oysaki daha önce de işaret ettiğimiz üzere, eğer muhatap, açıklama sahibinin açıklamada yanıldığının farkına vardysa ya da varması gerekiyorsa, burada artık

⁹⁴⁹ KocayusufpaŖaoğlu, *Hata*, s. 142.

⁹⁵⁰ KocayusufpaŖaoğlu, *Hata*, s. 158, 159.

⁹⁵¹ KocayusufpaŖaoğlu, *Hata*, s. 160.

⁹⁵² *Bachmann ve Oser / Schönenberger* gibi yazarların da hemen hemen aynı görüşte olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. Bachmann, *a.g.e.*, s. 68 vd.; Oser / Schönenberger, *ZürKomm*, Art. 24 N. 39-43.

⁹⁵³ KocayusufpaŖaoğlu, *Hata*, s. 159. Binebilirlik şartının açıklamada yanılmada hiçbir zaman aranmayacağına dikkat çeken bir başka yazar için bkz. von der Crone / Hoffmann-Nowotny, *a.g.m.*, s. 61.

yanılma hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir durum söz konusu olmamakta; tartışılması gereken sorun, TBK m. 1 ışığında sözleşmenin yanılanın gerçek iradesine göre kurulduğu ya da hiç kurulmadığı noktasına bağlanmaktadır. Şu halde, eBK m. 24/1 b. 4'ün açıklamada yanılmalara bu istisna dikkate alınarak uygulanması gerekecektir.

Bu açıklamalar ışığında toparlarsak; kanunda özel hüküm bulunmayan açıklamada yanılma hallerinde, yanılmanın esaslı olabilmesi için, (belirli olguda yanılma şartı, zaten tüm açıklamada yanılmalara için söz konusu olacağından burada ayrıca belirtmezsek) TBK m. 32'deki (eBK m. 24/1 b. 4) subjektif ve objektif esaslılık şartlarını taşıması gerekir. Bu bağlamda, açıklamada yanılmanın subjektif yönden esaslı olması için, açıklama ile gerçek irade arasındaki sapma, yanılan için sözleşmenin kurulması açısından belirleyici önemde olmalıdır. Diğer bir deyişle, yanılanın, açıklama sırasında gerçek iradesini bu şekilde hatalı açıkladığını anlamış olsaydı, sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde yapmayacağı söylenebilirdir. Objektif esaslılık içinse, söz konusu açıklamada yanılma, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre de sözleşmenin iptalini haklı gösterecek önemde olmalıdır⁹⁵⁴. Saikte yanılmalara esaslılığı açısından ise, daha önce işaret ettiğimiz dört şartın varlığı aranacaktır⁹⁵⁵.

Öte yandan, yazarın esaslılık kavramı içinde kabul ettiği bir diğer kriter de, TBK m. 34/1'de yer alan, yanılmanın dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülmeyeceği hükmüdür. Zira esaslılık kavramı, hukuk düzeninin, sözleşmeyi iptal yetkisi tanıdığı yanılmalara için öngördüğü bir statü olduğundan, yanılanın bu hükümde belirtilen hallerde yanılmaya dayanamayacak olması da esaslılık kriteri içinde değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle, esaslı yanılmadan anlaşılması gereken, yanılana iptal hakkı veren yanılma olduğuna göre ve TBK m. 34/1'deki kural uyarınca, yanılma dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürülemeyeceğine göre; esaslı yanılmanın varlığı için, hem yukarıda belirtilen şartların varlığı hem de yanılanın iptal açıklamasının dürüstlük kuralına uygun olması gerekir⁹⁵⁶.

⁹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 159.

⁹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 160 vd.

⁹⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 163, 164; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 416, 417; aynı görüşte bkz. Henrici, **a.g.e.**, s. 227 vd. Bu konu ileride daha ayrıntılı ele alınacaktır, ancak şimdilik belirtmekte fayda vardır ki, bize göre bu hüküm, yanılanın sözleşmenin kuruluşundaki esaslı yanılmaya dayanmasının, iptal açıklamasının yapıldığı zamandaki durumun şartları dikkate alındığında,

Her türlü yanılmanın TBK m. 32 bağlamında ortak bir esaslılık kriterine bağlı olması gerektiğini savunan *Zehnder*'in görüşleri de, büyük ölçüde *Kocayusufpaşaoğlu*'nun kabul ettiği sistemle örtüşmektedir. Yazara göre, kanunda açıkça bir ifadeden kaçınılmış olsa da, açıklamada yanılmalar için öngörülen düzenlemeden çeşitli sonuçlar çıkarılması mümkündür. Öncelikle, saikte yanılmalar gibi açıklamada yanılmalar da, esaslı ve esaslı olmayan yanılma şeklinde görünüm arz edebilir. Bir açıklamada yanılmanın esaslı olabilmesi için, kural olarak OR m. 24/1 b. 4'de (TBK m. 32) saikte yanılmalar için zikredilmiş olan sübjektif ve objektif esaslılık şartlarını taşıması gerekir. Bu bağlamda, OR m. 24 b. 1-3'de (TBK m. 31/1 b. 1-5) sayılan açıklamada yanılma türleri kanun gereğince sübjektif yönden esaslıdır. Objektif açıdan ise, OR m. 24/ b. 1 ve 2'de belirtilen yanılmaların (sözleşmenin niteliğinde, sözleşmenin konusu şeyde ve kişide yanılma hallerinin) yine esaslı olduğu kabul edilecek; fakat OR m. 24/1 b. 3'deki miktarda yanılmada ise, gerçekte istenilen edim miktarı ile açıklama içeriği olmuş edim miktarı arasındaki farkın önemli olup olmadığı, OR m. 24/1 b. 4'deki objektif esaslılık kriterine göre değerlendirilecektir. Diğer taraftan, her ne kadar pratikte OR m. 24/1 b. 1-3 kapsamına dahil olmayan bir açıklamada yanılmanın gündeme gelmesi ihtimali çok düşük olsa da, kanunda hakkında özel hüküm bulunmayan bir açıklamada yanılmayla karşılaşılması halinde, bu yanılmanın esaslılığı her zaman saikte yanılmalar için öngörülmüş olan esaslılık şartlarına tabi olacaktır⁹⁵⁷. Burada hemen belirtelim ki, yazara göre, saikte yanılmaların esaslılığı için bulunması gereken "bilinebilirlik" şartı, bağımsız bir şart olarak değil, hâkimin objektif esaslılık şartı çerçevesinde değerlendirme yaparken, duruma göre yararlanabileceği bir veri olarak işlev görmektedir⁹⁵⁸. Dolayısıyla, yazarın sistemi açısından OR m. 24/1 b. 4 (TBK m. 32), herhangi bir istisna (bilinebilirlik şartının dışarıda bırakılması) söz konusu olmaksızın, açıklamada yanılmalara direkt uygulanabilecektir.

hakkın kötüye kullanılması yasağı ile engellenmesi anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, TBK m. 34/1'in uygulanması için, ortada kötüye kullanılmış bir hak bulunmalı; diğer bir ifadeyle, esaslı bir yanılmanın varlığı nedeniyle iptal hakkı doğmuş olmalıdır. Şu halde bu hüküm, esaslı yanılmanın varlığına değil, esaslı yanılmanın ileri sürülmesine ilişkindir. Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, IV, A.

⁹⁵⁷ Zehnder, *a.g.e.*, s. 11, 12 ve özellikle 186-196.

⁹⁵⁸ Zehnder, *a.g.e.*, s. 132 vd., 230.

Bu kriter altında son olarak ele alınması gereken görüş *Titze*'ye aittir⁹⁵⁹. Yazarın sisteminde esaslı yanılmaların tarifi şu şekildedir⁹⁶⁰: Bir yanılmanın etkisi altında irade açıklamasında bulunmuş olan kimse, kural olarak bu açıklamayı iptal edebilir. Ancak şu şartlardan birinin varlığı halinde, yanılma esaslı sayılmaz:

- Hukuki işlemin (sözleşmenin) sona erdirilmesi, kamu menfaatine aykırı olacaksa,
- Yanılma konusu durumun ya da yanılmanın ortaya çıkmasındaki riskin, alışveriş hayatındaki genel anlayışa ve ilgili hukuki ilişkinin türüne göre, yanılan tarafından üstlenilmesi gerekiyorsa,
- Yanılan, yanılma konusu hukuki işlemin kendisi için zararlı sonuçlarından, hukuk düzeninin kendisine sunduğu diğer imkanlarla kurtulabiliyorsa,
- Yanılma hukuki işlem açısından önemsizse,
- Yanılmaya dayanmak, diğer sebepler nedeniyle dürüstlük kuralına aykırı olacaksa.

Görüleceği üzere, yazarın belirttiği şartların çoğu, İsviçre-Türk hukukunda da değişik mekanizmalar vasıtasıyla aynen kabul edilmektedir.

b. Saikte Yanılmaların (TBK m. 32'e göre) ve Açıklamada Yanılmaların Farklı Şekilde Değerlendirilmesi Görüşü (Ayrı Kriter Görüşü)

Doktrinin çoğunluğunu oluşturan bu görüşteki yazarlar⁹⁶¹, tüm esaslı yanılmalar için ortak bir kriter önermemektedirler. Buna göre, saikte yanılmalar için TBK m. 32'deki (OR m. 24/1 b. 4) şartların; açıklamada yanılmalar için ise, sübjektif ve objektif esaslılık şartlarının bu maddeden bağımsız şekilde aranması gerekir. Söz konusu yazarların düşüncelerine ve argümanlarına bakıldığında, her ne kadar bu konuya doğrudan temas edilmiş olmasa da, açıklamada yanılmalara ilişkin şartların kaynağının, yanılma kurumunun dogmatik yapısına, TBK m. 31/1 b. 1-5'de (OR m.

⁹⁵⁹ Yazarın saikte yanılma ve açıklamada yanılma şeklindeki klasik ayrımın terkedilmesi gerektiği yönündeki görüşü için bkz. yuk. 2. Bölüm, I, C, 1.

⁹⁶⁰ Titze, **a.g.e.**, s. 53.

⁹⁶¹ Schwenzer, **AT**, N. 37.02; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 26 vd.; von Tuhr / Peter, **a.g.e.** s. 302, 308; Bucher, **AT**, s. 197; Huguenin, **AT**, N. 480 vd.; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 79, 80; Klausberger, **a.g.e.**, s. 151, 152; von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 56 vd.; Koller, **AT**, § 14 N. 111 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 92.

24/1 b. 1-3) örnekleyici olarak sayılan yanılma türlerinin altında yatan temel düşünceye ve dürüstlük kuralına (keza kişide ve miktarda yanılmada bu kuralın görünümünü görmek mümkündür) dayandığı rahatlıkla söylenebilir. Bu görüş altında ele aldığımız yazarların, bazı konularda istisna arz eden farklı yaklaşımlarını bir kenara bıraktığımız ve görüşlerinde baskın olan noktaları ön plana çıkarttığımız takdirde, bu görüşün kendi içinde ikiye ayrıldığı görülmektedir.

Burada bir kısım yazarlara göre⁹⁶², eğer kanunda belirtilen bir açıklamada yanılma türü varsa, bunlar kanun gereği hem sübjektif hem de objektif yönden esaslı sayılmakta; bunun dışında kalan bir açıklamada yanılmanın ortaya çıkması halinde ise, bu iki şartın varlığı aranmaktadır. Öte yandan, bir diğer grup yazar⁹⁶³ ise, bu şartların hem TBK m. 31'de (OR m. 24/1 b. 1-3) sayılan hem de bu kapsama girmeyen tüm açıklamada yanılmalara aynı şekilde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Çünkü kategorik şekilde sayılan açıklamada yanılmaların, kanun gereği (sanki bir varsayım ya da kesin karine olarak) sübjektif ve objektif esaslılık korumasından yararlanmaları, yanılma kurumunun yapısına uygun olmayan yapay ve aşırı bir çözümdür. Kaldı ki, sadece bazı açıklamada yanılma türlerinin kanunda özel olarak belirtilmiş olması, bunların diğer yanılmalar karşısında ispat kolaylığına mazhar olmasını haklı göstermez⁹⁶⁴. Burada kanun koyucu, Ortak Hukuk döneminden kalan bir anlayışı tekrar ederek, maddeyi herkes için daha anlaşılır kılmak adına sadece örnekleme ile yetinmiş ve aslında yanılmanın doğrudan esaslı olduğuna işaret etmemiştir. Dolayısıyla, bu maddede belirtilen açıklamada yanılmalar, bu madde kapsamına girmeyenlerle eşit muamele görmeli ve aynı şartlara tabi olmalıdır⁹⁶⁵.

⁹⁶² Bucher, **AT**, s. 197; Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 79, 80 (yazarların görüşü, tam olarak bu açıklıkta olmamakla birlikte, genel bakış açıları dolayısıyla pekâlâ bu kapsamda kabul edilebilir); Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 92 (yazarlar, TBK m. 31'in kapsamına girmeyen bir açıklamada yanılmanın varlığında, bu maddede yer alan bentlerdeki kriterlere ve ayrıca TBK m. 32'de ifade edilen objektif esaslılık kriterine göre çözüme varılması gerektiği düşüncesindedirler).

⁹⁶³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 26-33 ve 61; Schwenzer, **AT**, N. 37.02; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 9; Koller, **AT**, § 14 N. 112, 114; Huguenin, **AT**, N. 481.

⁹⁶⁴ Huguenin, **AT**, N. 481, 482.

⁹⁶⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 19, 37; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 24 N. 6. Ancak hemen belirtelim ki, Schmidlin'e göre, kanunda sayılan bir yanılma ortaya çıktığında (yazar, bu görüşünü açıklarken *error in negotio*'dan örnek vermektedir), bunun esaslılık şartlarını taşımadığını karşı taraf ispat etmelidir (**A.g.e.**, N. 67). Dolayısıyla yazarın görüşünü daha geniş açıklamak gerekirse, eğer kanunda özel olarak sayılan açıklamada yanılma söz konusuysa, burada başkalarının kabul ettiği gibi varsayım ya da kesin karine söz konusu olmamaktadır. Ancak kanunda örnek olarak belirtildiği için, yanılan lehine adeta bir esaslılık karinesi ortaya çıkacak ve şayet karşı taraf yanılmanın sübjektif ya da objektif yönden esaslı olmadığını ispatlarsa, bu karine çürütülmüş olacaktır. Buna karşın Huguenin ve Schwenzer ise, kanunda özellikle belirtilen açıklamada

Bu görüşteki *Huguenin*, baskın görüşün, TBK m. 31'de (OR m. 24) sayılan açıklamada yanılmaların yasa gereği objektif ve sübjektif yönden esaslı olduğu; saikte yanılmalarda ise, esaslılık şartlarının yanılan tarafından ispatlanması gerektiği düşüncesinde olduğunu belirterek buna karşı çıkmaktadır. Yazara göre, her iki yanılma türünde de ispat açısından bu yönde bir fark yaratılmamalı; hangi yanılma türü söz konusu olursa olsun, esaslılık şartlarını yanılan ispatlamalıdır. Zira birçok durumda saikte yanılma ile açıklamada yanılma arasında sınır çizmenin zorluğu da, yeknesak bir ispat yükünü doğrular niteliktedir⁹⁶⁶.

Şu halde, açıklamada yanılma açısından sübjektif ve objektif esaslılık şartının ne anlama geleceği ve bunun içeriğinin nasıl belirleneceği önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Sübjektif esaslılık şartıyla kast edilen şudur⁹⁶⁷: Yorumlanan açıklama ile gerçek irade arasındaki farklılığın, yanılan açısından sözleşmenin kurulmasında esaslı (önemli) olması gerekir. Gerçek iradesiyle uygun olmayacak şekilde açıklamada bulunan yanılan için, bu uygunsuzluk, sözleşmenin yapılmasında o derece belirleyici önemde olmalıdır ki, şayet yanılan açıklama sırasında bu uygunsuzluğun farkında olsaydı, onun bu sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde kurmayacağı kabul edilmelidir. Yani, açıklama anındaki gerçeğe uygun olmayan tasavvur ile sözleşmenin kurulması arasında olmazsa olmaz nitelikte bir nedensellik bulunmalıdır. Bu şartı farklı bir açıdan ifade edersek, hatalı açıklanmış gerçek irade konusu olgunun, yanılan için sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz şart niteliğinde olması gerekir. Böylece, gerçek iradeden sapan açıklamanın yanılan için sübjektif açıdan esaslı olduğu söylenebilecektir. Söz gelimi, iradesini yanlış açıklayan için sözleşmenin bağışlama ya da karz olarak kurulmuş olması arasında herhangi bir fark yoksa, bu şart gerçekleşmeyecektir⁹⁶⁸. Yine, örneğin yanılan, süpermarkette X temizlik ürününü almak isterken, aceleyle ve farkında olmadan Y temizlik ürününü sepete atmış ve bu

yanılmaları, diğer esaslı yanılmalarla tamamıyla denk tutmakta ve yanılanın, hangi tür yanılmanın varlığını iddia ederse etsin, objektif ve sübjektif esaslılık şartlarını ispatlaması gerektiğini belirtmektedirler (*Huguenin*, AT, N. 481, 482; *Schwenzer*'in bu görüşte olduğunu, OR m. 24/1 b. 3'de miktarda yanılma için zikredilen "objektif önemlilik" kriterini OR m. 24/1 b. 1'deki *error in negotio*'ya da uygulamasından anlamaktayız. Bkz. *Schwenzer*, **BasKomm**, Art. 24 N. 9).

⁹⁶⁶ *Huguenin*, AT, N. 480 vd.

⁹⁶⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 34, 35; *Schwenzer*, AT, N. 37.02; *Koller*, AT, § 14 N. 112; *Brox / Walker*, AT, N. 431; *Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s. 159. *Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger* ise bu şartı daha değişik ifade etmektedir: Eğer yanılanın, sözleşmeyi karşı tarafın tasavvur ettiği içerikle aynı şekilde yapacağı söyleniyorsa, açıklamada yanılma sübjektif açıdan esaslı değildir (*Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger*, **a.g.e.**, N. 826).

⁹⁶⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 36.

konuda yanıldığını kasada ödeme yaptıktan sonra fark etmiştir. Şayet burada yanılan açısından X ürünü ile Y ürünü arasındaki farklılık ve bu konuda düştüğü hata onun için önemsizse, yanılma (*error in corpore*) da sübjektif yönden esaslı olmayacaktır.

Objektif esaslılık şartından anlaşılması gereken ise özetle şudur: Yanılanın gerçek iradesi ile açıklaması arasında ortaya çıkan uygunsuzluk, alışveriş hayatındaki objektif bakış açısına göre de, eğer bu yanılma fark edilseydi, sözleşmenin hiç ya da aynı şekilde yapılmayacağını haklı gösterecek önemde olmalıdır. Burada, sözleşme ilişkisini çevreleyen hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, makul ve dürüst bir kişinin de aynı yanılmaya düşseydi sözleşmeyi iptal etmek isteyeceği söylenebilir. Ancak bu şartın somutlaştırılması yönünde doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Bu konuda *Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger*'e göre, sözleşmenin içeriği ile yanılanın gerçek iradesi arasındaki farklılığın objektif bakımdan önem arz etmesi gerekir. Sözleşmenin yanılan tarafından istenilen içeriği ile gerçekte hüküm ifade eden içeriği arasında alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre önemli sayılacak bir farklılık bulunmamahtaysa, yanılma objektif bakımdan esaslı değildir. Bu farklılığın önemli olup olmadığı ise hâkimin takdir yetkisine göre belirlenir⁹⁶⁹. Örnekleyecek olursak; A, bir otelde oda ayırtırken, daha önce birçok kez kaldığı ve beğendiği 31 numaralı oda yerine, yanlışlıkla 13 numaralı odayı istediğini belirtmiştir. Daha sonra bu durumun farkına varan ve batıl inançları gereğince kendisine verilen odada kalamayacağını ifade eden A, açıklamada yanıldığını ileri sürmüştür. Burada A'nın yanılması sübjektif yönden esaslı olsa dahi, şayet sözleşmeye göre kalması gereken 31 numaralı oda ile 13 numaralı oda arasında, konfor, konum, fiyat ve diğer olanaklar bakımından farklılık yoksa, bu yanılmanın objektif yönden esaslı olmadığı sonucuna varılacaktır⁹⁷⁰.

Schmidlin'e göre⁹⁷¹, tüm açıklamada yanılmalara objektif bir esaslılık filtresi olarak uygulanması düşünülecek esas kriterin OR m. 2'den (TBK m. 2) kıyasen elde edilmesi mümkündür. Buna göre, nasıl ki OR m. 2, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların irade açıklamalarının tüm esaslı noktalarda uyuşmasını aramakta ve bununla

⁹⁶⁹ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 824, 827; benzer yönde bkz. Koller, **AT**, § 14 N. 114.

⁹⁷⁰ Schwenzer, **AT**, N. 37.14; Brox / Walker, **AT**, N. 432.

⁹⁷¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 29 vd.

birlikte, ikinci derece noktalar üzerinde anlaşma yoksa ya da bunlar görüşülmemiş veya görüşülmesi ileriye bırakılmışsa dahi sözleşmenin yine de kurulacağına işaret etmekteyse, aynı temel prensip açıklamada yanılmalar için de benimsenmelidir. Öyleyse, sübjektif esaslı nokta haline getirilmemiş ikinci derece noktalara ilişkin yanılmanın iradesi ile açıklaması arasındaki uygunsuzluk, objektif açıdan esaslı kabul edilmemelidir⁹⁷². Zira tıpkı kanun koyucunun objektif ve sübjektif esaslı noktalar üzerindeki uyuşmayı ilgili sözleşmenin kurulması açısından olmazsa olmaz şart olarak öngörmesi ve bunun dışındaki hususları sözleşmenin kurulması açısından önemsiz addetmesi gibi, objektif açıdan açıklamada yanılmanın sözleşmeyi hükümsüz hale getirebilmesi için de aynı hassas nokta referans alınmalı ve bunun sonucunda, sadece objektif ve sübjektif esaslı noktalara ilişkin yanılmalar esaslı kabul edilmelidir⁹⁷³. Burada hemen araya girerek belirtelim ki, daha önce de işaret ettiğimiz üzere, ikinci derece noktalarındaki yanılmanın esaslı olmayacağı fikri, sözleşmenin niteliğinde yanılma hallerine ilişkin olarak doktrinde de çoğunlukla kabul edilmektedir⁹⁷⁴. Ancak yazara göre, bu prensip sadece sözleşmenin niteliğinde yanılma halleri için değil, tüm açıklamada yanılmaların esaslılığının belirlenmesinde geçerli olmalıdır.

Bu noktada hemen işaret edelim ki, *Schmidlin*'in ikinci derece noktalara ilişkin yanılmaların esaslı olmayacağına ilişkin görüşünün, şu önemli hususa dikkat çekilerek daha sağlam bir temele oturtulması gerekir. Şöyle ki, bütün ikinci derece noktalar aynı potada değerlendirilerek, hepsinin (esaslı yanılma statüsünde olmasa dahi) açıklamada yanılmaya yol açacağını söylemek pek doğru bir çıkarım değildir. Zira bunların bazıları sadece saikte yanılmaya neden olabilecektir. Bilindiği üzere, ikinci derece noktalar; arızı noktalar (*accidentalia negotii*) ve tabii noktalar (*naturalia negotii*, yani kanundaki tamamlayıcı hukuk kuralları) olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Daha evvel de vurgulandığı üzere, tabii noktalar, örf ve adet hukuku kuralları ve hâkimin sözleşme boşluğunu doldurmak için yarattığı kurallarla birlikte “sözleşmenin iradeden bağımsız içeriğini” (sözleşme dışı kuralları) oluşturduklarından, yani bunların uygulanması tarafların doğrudan iradelerinin bir

⁹⁷² Bu noktada, yanılan, yanıldığı ikinci derece noktanın sübjektif bir esaslı nokta olduğunu ispat ederse, esaslılık korumasından yararlanabilmesi mümkündür. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 31.

⁹⁷³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 35. TBK m. 2/1'de (OR m. 2/1) ifadesini bulan, sözleşmenin kurulduğu karinesi ve bu karinenin yürütülmesi gibi konularda özel olarak bkz. Dursun, **a.g.e.**, s. 40 vd.

⁹⁷⁴ Bucher, **AT**, s. 200; Huguenin, **AT**, N. 500; Schwenzer, **AT**, s. 37.12.

sonucu olmadığından, bu kurallar, yanlışla kurumu açısından önem arz edecek şekilde ne işlem iradesinin içeriğine ne de buna uygun yapılan açıklamanın içeriğine (dar anlamda sözleşme içeriğine) girmektedirler. Bu nedenle de, hiçbir zaman tabii noktalara ilişkin açıklamada yanlışın söz konusu olmayacağı, bu gibi hallerde olsa olsa saikte yanlışın söz konusu olabileceği⁹⁷⁵ ve fakat bunların da çok istisnai hallerde esaslılık statüsüne kavuşabileceği görüşündeyiz⁹⁷⁶. Diğer taraftan, “sözleşmenin iradeye bağlı içeriğine” dahil olan arızı noktaların ise, hem işlem iradesinin hem de açıklamanın içeriğine girmesi mümkün olacağından, bu iki içeriğin birbirine uymadığı hallerde açıklamada yanlışın ortaya çıkması mümkündür. Ancak Schmidlin’in haklı olarak belirttiği üzere, bu tür yanlışlar yine de objektif anlamda esaslılık şartını sağlayamayacaktır.

Keller / Schmied-Syz’a göre, açıklama ile iç irade arasındaki uygunsuzluğun önemli (esaslı) olması, iki durumda tartışmalıdır. Bunlardan ilki, yanlışın sözleşme ilişkisindeki taraf rolüne ilişkin olmasında gündeme gelmektedir. Yazarların bu konuda verdiği örneği aktarırsak; A, belirli bir şeyi satın almaya yönelik iradesini açıklamak isterken, açıklamasının güven ilkesine göre yorumundan o şeyi satmak istediği anlamı çıkmaktadır⁹⁷⁷. Burada, TBK m. 31’de belirtilen herhangi bir açıklamada yanlış türü bulunmamaktadır. Bir an için akla sözleşmenin niteliği ihtimali gelse dahi, gerçek irade ile açıklanan irade arasında kurulan sözleşmenin (satış sözleşmesi) niteliğine dair herhangi bir aykırılık söz konusu olmadığından, bu ihtimal göz ardı edilmelidir. Buradaki yanlış, A’nın sözleşme ilişkisindeki taraf rolüne ilişkin olmakta ve alıcı olmak ile satıcı olmak arasındaki farkın önemi, bu noktada açıklamada yanlış olmayı da esaslı kılmaktadır. Söz gelimi satıcılık konusunda herhangi bir tecrübesi ve birikimi olmayan A’nın, güven ilkesine göre kurulan sözleşme gereği,

⁹⁷⁵ Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 264; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 38; Dursun, **a.g.e.**, s. 197, 198. Burada atıf yapılan yazarların da işaret ettiği üzere, tabii noktalardaki duruma paralel olarak, sözleşme boşluğunun tamamlanması hallerinde de açıklamada yanlışın gündeme gelme ihtimali yoktur (aynı görüşte bkz. Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 87; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 625). Ayrıca sözleşmenin içeriği konusundaki açıklamalar için bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, A, 3.

⁹⁷⁶ Tabii noktalara ilişkin saikte yanlışlar konusunda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, c.

⁹⁷⁷ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 80. Burada hemen belirtelim ki, yazarın sisteminde, daha önce de işaret ettiğimiz üzere, irade unsurları, doktrindeki genel kabulün aksine farklı bir içerik göstermektedir. Buna göre, açıklama iradesi; maddi açıklama iradesi (*materieller Erklärungswille*) ve şekli açıklama iradesi (*formeller Erklärungswille*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Yazarın konstrüksiyonuna göre, örnekteki yanlışta uygunsuzluk, açıklama ile maddi açıklama iradesi arasında ortaya çıkmaktadır. Ancak bu ayrımın şu an için konumuz açısından bir ehemmiyeti bulunmadığından, metinde açıkça bahsetme gereği duymuyoruz.

bir anda satıcı olarak o şeyi tedarik etmekle yükümlü olmasının doğuracağı zorluklar düşünülürse, bu önem daha iyi anlaşılacaktır. Yazarların ikinci olarak belirttiği durum ise, açıklama iradesinin bulunmadığı bir davranışın, yorum sonucunda bağlayıcı bir irade açıklaması sayıldığı hallerde ortaya çıkacaktır⁹⁷⁸.

c. Sadece Karşı Tarafın Bildiği ya da Bilmesi Gerektiği Yanılmaların Esaslı Olabileceği Görüşü

Bu görüşe göre, sözleşmenin kurulmasında ve yorumunda merkezi işlevi bulunan güven ilkesi, gerek alışveriş hayatının istikrarı gerekse muhatap güvenin korunması yönünde ağır basan menfaatler nedeniyle, sözleşmenin iptal edilebilir olup olmadığında da mutlak belirleyici kriter olmalıdır. Bu görüşteki *Simonius*'a göre⁹⁷⁹, yanılmanın varlığına rağmen, muhatap kendisine yapılan açıklamaya olan haklı güveni korunmakta ve sözleşme kurulmaktayken; daha sonra aynı yanılmanın ileri sürülerek sözleşmenin ortadan kaldırılması, daha önce korunan güvenin aslında hiç de korunmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, yanılma hükümlerinin OR m. 1'deki (TBK m. 1) prensip çerçevesinde tekrar değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.

Buna göre, kanundaki yanılma halleri, muhatap tarafından bilinebilir olan yanılmalar ve muhatap tarafından bilinebilir olmayan yanılmalar şeklinde sınıflandırılmalı ve ancak ilk gruptakiler hukuken dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, OR m. 24/1 b. 1-3'de (TBK m. 31/1 b. 1-5) belirtilen açıklamada yanılmalar, ancak açıklamanın açıklama sahibinin gerçek iradesine uygun olmadığının muhatap tarafından anlaşıldığı veya anlaşılması gerektiği hallerde ileri sürülebilir⁹⁸⁰. Kuşkusuz burada, böyle bir şart arandığı takdirde zaten sözleşmenin kurulmadığı ve bu nedenle de yanılma hükümlerine başvurularak iptal hakkının kullanılmasına gerek olmadığı itirazında bulunulabilir⁹⁸¹. Ancak yazara göre⁹⁸², bu durumda sözleşme kurulmamış olsa dahi, OR m. 24/1 b. 1-3'ün uygulanması farklı bir işlevle yine de mümkündür. Buna göre, sözleşmenin uyumsuzluk nedeniyle kurulmamış olmasını sadece yanılan

⁹⁷⁸ Keller / Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 80.

⁹⁷⁹ Simonius, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 245 vd.

⁹⁸⁰ Simonius, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 261 vd.; Simonius, **Vertrauensprinzip**, s. 277, 278.

⁹⁸¹ Aynı şekilde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 146; Turhan Esener / Fatih Gündoğdu, **Borçlar Hukuku I: Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK. m. 1-48)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 137 vd.

⁹⁸² Simonius, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 263, 264 (ve orada dn. 21).

ileri sürebilecektir. Öyle ki, mahkeme, sözleşmenin yokluğunu re'sen nazara alamayacağı gibi, muhatap da bu yönde bir itiraz dermeyeran edemeyecektir. Zira yanılanın sözleşmenin devamında menfaati bulunması pekâlâ mümkündür. Öte yandan, yazarın sisteminde, yanılanın bu sözleşmeyi onaması halinde (ya da OR m. 31/1 ve TBK m. 39'daki bir yıllık hak düşürücü süre geçerse), burada yeni bir sözleşme kurulmaktadır. Bu sözleşme ise, daha önce uyuşmazlık nedeniyle kurulmamış olan sözleşme değil, aynı içerikte yeni bir sözleşmedir. Diğer bir ifadeyle, yanılan sözleşmeyi onadığı takdirde, muhatapın daha önce kendisine yönelttiği irade açıklamasını da kabul etmiş olmaktadır.

Örnekeleyecek olursak, A arkadaşı B'de gördüğü X ve Y marka bilgisayarları çok beğenmiş ve bir gün bilgisayarını satmayı düşünürse ilk kendisine haber vermesini söylemiştir. Bir süre sonra B, daha eski Z marka bilgisayarını elden çıkarmayı düşünmüş ve A'ya, herhangi bir marka belirtmeksizin bilgisayarını satmak istediğini söylemiştir. A da, bu bilgisayarın X veya Y marka olduğunu düşünerek öneriyi kabul etmiştir. Yazarın konstrüksiyonunu bu örneğe uyarladığımızda; B'nin A tarafından yapılan açıklamanın gerçek iradeyi yansıtmadığını bildiği ve bilmesi gerektiği rahatlıkla söylenebileceğinden, buradaki yanılma esastır. A, sözleşmenin kurulmadığını bir yıl içinde ileri sürmezse (ya da sözleşmeyi açık ya da örtülü şekilde onarsa), B'nin Z marka bilgisayara ilişkin önerisini kabul etmiş sayılacak ve sözleşme bu an itibarıyla Z marka bilgisayar üzerinden kurulmuş olacaktır.

Öte yandan, *Simonius*, saikte yanılmalara da aynı kriterin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, yanılanın, iradesini harekete geçiren saikte yanıldığı muhatap tarafından sözleşmenin kurulması anında biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa, ancak bu takdirde esaslı yanılmanın varlığından söz edilebilecektir⁹⁸³.

⁹⁸³ Simonius, **Vertrauensprinzip**, s. 275 vd. Öte yandan yazara göre, OR m. 24/1 b. 4 (TBK m. 32) uyarınca saikte yanılmanın esaslı olabilmesi için, yanılma konusu belirli olgunun, yanılan için sözleşmenin kurulmasında olmazsa olmaz şart niteliğinde olması gerekmektedir. Yazar, bu şartı "*Voraussetzung*" (varsayım) olarak ifade etmektedir. Ayrıca, yanılmanın karşı tarafça bilinebilirliği söz konusu olmasa dahi, eğer söz konusu yanılma ortak temelde yanılma ise (yani her iki sözleşen de aynı belirli olguya ilişkin yanılmışlarsa), bu durumda yine yanılmanın esaslı olduğu kabul edilmelidir (Simonius, **Vertrauensprinzip**, s. 266 vd.). Öte yandan yazar, kendi sistemi çerçevesinde esaslı yanılma halinde tazminat talebinin de (OR m. 26, TBK m. 35) gündeme gelmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Simonius, **Wandlung der Irrtumslehre**, s. 263.

Von Büren'in de özellikle açıklamada yanılmalar konusunda *Simonius* ile benzer fikirde olduğu görülmektedir. Yazara göre⁹⁸⁴, her türlü yanılma gibi, açıklamada yanılmalar da tamamen yanılanın risk alanında gerçekleştiğinden, alışveriş hayatının güvenliğini ve muhatapın menfaatini korumak adına, sözleşmenin yanılmaya dayanarak sona erdirilmemesi gerekir. Kaldı ki, açıklamada yanılmaların kural olarak esaslı kabul edilmesi (TBK m. 31/1 b. 1-5, OR m. 24/1 b. 1-3), bu kurumun tarihi geçmişine bakıldığında esas itibarıyla irade ilkesinin bir görünümüdür. Dolayısıyla, bu yapının güven ilkesi çerçevesinde tekrar ele alınması ihtiyacı doğmaktadır. Buna göre, açıklamada yanılma, ancak muhatap tarafından bilinmekte ya da bilinmesi gerekmektedirse hukuken dikkate alınmalıdır ki, zaten bu durumda OR m. 1 (TBK m. 1) uygulama alanı bulacak ve yanılma hükümleri devre dışı kalacaktır. Öte yandan saikte yanılmalar konusunda, OR m. 24/2'de (TBK m. 32 c. 1) belirtilen prensibin mutlak uygulanması gerektiğini ifade eden yazar, OR m. 24/1 b. 4'deki hükmün dahi bu kurala gerçek anlamda bir istisna tanımayacağını (görünüşte bir istisna olarak kalacağını) belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, yazara göre saikte yanılmaların esaslı yanılma teşkil etmesi mümkün değildir. Zira bu tür yanılmaların her zaman spekülative nitelikte olmaları, bunların hukuken dikkate alınmamalarını haklı çıkarmaktadır⁹⁸⁵.

Simonius'un ve *von Büren*'in görüşlerinin büyük kısmı, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu'ndaki mevcut hükümler karşısında savunulur nitelikte değildir. Zira açıklamada yanılmanın muhatap tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği hallerde, sorun zaten yorum yoluyla ve TBK m. 1 uyarınca çözülmektedir. İrade açıklamaları arasında uyuşmanın olmadığı bir durumda, yanılma hükümlerinin uygulanması imkanı bulunmamaktadır⁹⁸⁶. Şu halde, açıklamada yanılmalara güven ilkesinin bu şekilde dahil edilmesinin çelişkili ve isabetsiz sonuçlar doğuracağı görülmektedir⁹⁸⁷. Kaldı ki, bir an için bu yönde bir konstrüksiyonun gerekliliği düşünülse dahi, açıklamada yanılma hallerinde menfaat dengesinin hiç de korkulduğu kadar zarar görmeyeceği söylenebilecektir⁹⁸⁸. Zira pratik hayatta birçok halde,

⁹⁸⁴ von Büren, **a.g.e.**, s. 234 vd. Şu halde, yanılma bir irade bozukluğu teşkil etmekle birlikte, gerçek yaşam pratikleri dikkate alındığında, her zaman sözleşmenin iptali sonucunu doğurmayan bir irade bozukluğu olarak kalacaktır (**A.g.e.**, s. 237).

⁹⁸⁵ von Büren, **a.g.e.**, s. 233.

⁹⁸⁶ Federal Mahkeme, çeşitli kararlarında, sözleşmenin iptal edilebilmesi için öncelikle kurulması gerektiğini açıkça vurgulamaktadır. Örneğin bkz. BGE 132 II 161 (bger.ch).

⁹⁸⁷ von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 61.

⁹⁸⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 63; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 149.

muhatapın, açıklamanın yanılanın gerçek iradesine uymadığını fiilen anlayacağı ya da dürüstlük kuralı çerçevesinde anlaması gerekeceği dikkate alındığında, zaten sorun yanılma hükümlerince değil, TBK m. 1 bağlamında, sözleşmenin gerçek iradeye göre kurulması ya da kurulmaması ihtimalleriyle çözülecektir. Dahası, açıklamada yanılmaya dayanıldığı olasılıklarda da, yanılanın neredeyse her zaman kusurlu olacağı ve karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalacağı⁹⁸⁹ gerçeği de bu düşünceyi desteklemektedir. Ayrıca *Simonius*'un, yanılanın sözleşmeyi onadığı takdirde muhatapın daha önce kendisine yönelttiği öneriyi kabul etmiş sayılacağı ve böylelikle yeni bir sözleşme kurulacağı yönündeki görüşü de, hayli zorlama olmakla birlikte, kanunun sistemiyle de uyuşmamaktadır⁹⁹⁰. Kuşkusuz, *von Büren*'in görüşlerine de benzer itirazlar yöneltilebilecektir⁹⁹¹. Hatta hemen belirtelim ki, Federal Mahkeme'nin 1979 tarihli bir kararında, *von Büren*'e de atıf yapılarak, açıklamada yanılmanın esaslılığı için yanılmanın güven ilkesine göre bilinebilirliğinin aranması şartı açıkça reddedilmiş ve bu durumlarda OR m. 1'in (TBK m. 1) uygulanacağı belirtilmiştir⁹⁹².

Öte yandan saikte yanılmanın esaslılığı için, “yanılmanın” muhatap tarafından bilinmesi ya da bilinebilir nitelikte olması şartı ise, İsviçre-Türk pozitif hukukuyla bağdaşmamasına karşın, bu şartın *de lege ferenda* savunulması, özellikle menfaatler dengesi açısından düşünülebilir⁹⁹³. Nitekim birçok uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinde ve bazı ulusal kanunlarda bu yönde bir düzenleme olduğu dikkati çekmektedir. PECL, PICC ve DCFR'da (PECL m. 4:103/1 (a) (ii), PICC m. 3.2.2/1 (a) ve DCFR II. – 7:201/1 (b) (ii)) büyük ölçüde paralel şekilde kaleme alınan bu konu bağlamında, yanılmanın karşı tarafça bilmesi ya da bilmesi gerekmesi şartı, yanılana sözleşmeyi sona erdirebilme hakkı veren durumlardan bir tanesi olarak düzenlenmektedir. Bunun dışında, Avusturya (§ 871 ABGB) ve Hollanda (BW m. 6:228) Medeni Kanunlarında da, yanılmanın bilinmesi ya da bilinebilir olması, yanılma nedeniyle sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi hallerden birisi olarak

⁹⁸⁹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 2; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 26; Henrici, **a.g.e.**, s. 149; Goltz, **a.g.e.**, s. 99.

⁹⁹⁰ *Simonius*'un sistemine yönelik doktrindeki çeşitli eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 146 vd.; Edis, **Hata**, s. 45; Esener / Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 137 vd.

⁹⁹¹ Yazarın saikte yanılmaları hiçbir zaman esaslı saymayan görüşü için de, daha önce yaptığımız açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz (Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, b).

⁹⁹² BGE 105 II 23 (bger.ch).

⁹⁹³ Bu konuda ayrıca bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 2, c.

zikredilmiştir. İtalyan Medeni Kanunu’nda ise (CCit m. 1428), hem yanılmanın esaslı olması hem de karşı tarafça bilinebilirliği aranmaktadır⁹⁹⁴.

d. Sadece Hoş Görülebilir Yanılmaların Esaslı Olacağı Görüşü

İsviçre-Türk hukukunda, yanılmanın iradenin oluşumunda ya da iradenin açıklanmasında (esaslı) hataya düşmesinin kendi kusurundan kaynaklanması, onun sözleşmeyi iptal etme hakkını hiçbir şekilde etkilememektedir⁹⁹⁵. Bu sistemde kusur sorunu, TBK m. 35 (OR m. 26) uyarınca sözleşmenin iptali sonrasındaki tazminat ödeme yükümlülüğü ile bağlantılıdır. Bununla birlikte, ileride daha ayrıntılı değineceğimiz üzere, yanılmanın kusurunu belirleyecek olan hâkimin, bu konuda çok daha titiz ve sert şekilde değerlendirme yapması kabul edilmektedir⁹⁹⁶. Ancak burada dahi, kusur sorununun yanılmanın esaslılığıyla bir ilgisi yoktur. Öte yandan, yanılma hükümlerinin uygulama alanını sınırlamak adına öne sürülen bir görüşe göre, yanılmanın ağır ihmali söz konusuysa, yanılan, sözleşmeyi iptal edememelidir. Zira kusurun söz konusu olmadığı hallerde dahi, yanılma her zaman yanılmanın risk alanından kaynaklanmaktayken, üstüne bir de ağır ihmali ile gerçeğin farkına varamayarak sözleşme yapan kimseyi korumanın hiçbir gerekçesi bulunmamaktadır⁹⁹⁷. Görüleceği üzere, normalde kusurun varlığı halinde, yanılan tazminat riskini taşımaktayken, bu görüş çerçevesinde, hata sonucu yapılan sözleşme ile bağlı kalma riskini taşıması gerekmektedir.

Bununla birlikte, birçok uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinde de, ancak hoş görülebilir yanılmaların sözleşmeyi iptal hakkı verebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda, PICC m. 3.2.2/2 (a)’da, yanılmanın hataya düşmekte ağır ihmali olduğu hallerde, sözleşmeyi sona erdiremeyeceği zikredilmektedir. Benzer şekilde, PECL m. 4:103/2 (a) ve DCFR II.-7:201/2 (a)’da, eğer durumun şartlarına göre yanılma hoş görülebilir (*inexcusable*) değilse, yanılmanın sözleşmeyi ortadan kaldıramayacağı belirtilmektedir. Buradaki “hoş görülebilirlik” kriteri, yanılmanın ağır ihmaline gönderme yapmaktadır⁹⁹⁸. Yine Fransız hukukunda da,

⁹⁹⁴ Ayrıca bkz. yuk. dn. 550.

⁹⁹⁵ Schwenger, **BasKomm**, Art. 25 N. 3; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 828.

⁹⁹⁶ Bkz. aş. 3. Bölüm, VI, B, 2.

⁹⁹⁷ von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 59. Ayrıca bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 2, c.

⁹⁹⁸ von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 462.

gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında bu yönde güçlü bir eğilim olduğu ileri sürülmektedir⁹⁹⁹. Ancak daha önce de işaret edildiği üzere, İsviçre-Türk pozitif hukukundaki mevcut hükümler çerçevesinde, bu görüşün yanılma kurumunun yapısıyla bağdaşmadığı sonucuna varılmalıdır.

e. Görüşümüz

Yanılmanın esaslılığı konusunda bu kadar farklı çözümlerin savunulmasının temel nedeni, öncelikle esaslılık kavramının kanunda tanımlanmamış olması ve daha da önemlisi, İsviçre-Türk hukukunda, saikte yanılmanın ne zaman esaslı olacağına ilişkin hüküm vazedilmiş olmasına karşın, açıklamada yanılma konusunda bu yönde bir düzenleme yapılmamış olmasıdır.

Yanılmanın esaslılığı konusunda ileri sürülen, sadece karşı tarafın bildiği ya da bilmesi gerektiği yanılmaların esaslı olacağı ile sadece hoş görülebilir yanılmaların esaslı olacağı görüşlerine ilişkin tespitlerimizi zaten açıkladığımız için, burada sadece ilk iki görüş bağlamında bir değerlendirme yapılacaktır.

Kanaatimizce, her türlü yanılmaya TBK m. 32'deki (OR m. 24/1 b. 4, eBK m. 24/1 b. 4) şartların uygulanabileceğini savunan görüşe katılma imkanı bulunmamaktadır. Burada iki temel argüman ileri sürülebilir. Birincisi, daha önce de vurguladığımız üzere, açıklamada yanılma ve saikte yanılma şeklindeki klasik ayrım, bu yanılma türlerinin karakteristik farklılıklarına dayanmakta ve irade açıklaması sürecinde meydana gelen iki ayrı psikolojik evreye işaret etmektedir. Dolayısıyla, bu ayrımın yerindeliği, aynı zamanda iki yanılma türünün farklı esaslılık şartlarına tabi olmasını da haklı kılmaktadır. *Von der Crone / Hoffmann-Nowotny*'den ödünç alırsak, (ki yazarlar ilgili makalelerinde esas olarak bu sorunu incelemektedirler) “*açıklamada yanılma ve saikte yanılma arasındaki tipolojik farklılık yeknesak bir değerlendirme kriterine uygun değildir*”¹⁰⁰⁰. Bunun en büyük kanıtı, yanılanın mutlak belirleyici saikin karşı tarafça bilinebilir olması gerektiği yönündeki saikte yanılmalar için öngörülmüş esaslılık şartının, daha önce açıklamadığımız nedenlerle açıklamada yanılmalara aktarılamayacak olmasıdır.

⁹⁹⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 65; Sefton-Green, **a.g.m.**, s. 21; Gerhard Lubbe, “Mistake”, **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, edited by Jan. M. Smits, 2. Edition, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, s. 455-467, s. 461; Zweigert, **a.g.m.**, s. 410.

¹⁰⁰⁰ von der Crone / Hoffmann-Nowotny, **a.g.m.**, s. 61; aynı yönde bkz. Klausberger, **a.g.e.**, s. 152.

İkinci argüman ise, bu görüşün artık TBK m. 32'nin "Saikte yanılma" kenar başlığı ile düzenlenmiş olması sonucunda, en azından yürürlükteki hukuk bakımından ileri sürülemeyeceği savunulabilir. Hemen belirtelim ki, kanun başlıklarının, TBMM'nin 1944 tarihinde verdiği yorum kararı¹⁰⁰¹ ve Yargıtay'ın 1946 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁰⁰² uyarınca, aksi belirtilmediği sürece¹⁰⁰³ kanun metnine dahil sayılmayacağı kabul edilmektedir. Ancak doktrinde, kenar başlıklarının kanunun sistematik yorumunda yine de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁴. Ayrıca, eBK'da sadece "hata halleri" şeklindeki başlığın, TBK'da "açıklamada yanılma" (m. 31) ve "saikte yanılma" (m. 32) şeklinde ayırım yapılarak düzenlenmiş olması karşısında, kanun koyucunun iradesinin de TBK m. 32'deki şartların sadece saikte yanılmalara uygulanması yönünde olduğu düşünülebilir.

Şu halde, hem içerik açısından hem de şekli açıdan, TBK m. 32'deki esaslılık şartlarının açıklamada yanılmalara doğrudan uygulanma imkanı bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, bu açıklamalarla birlikte görüşümüz de ortaya çıkmaktadır: Bu konuda, saikte yanılmalara TBK m. 32'deki şartların uygulanması, açıklamada yanılmaların ise ayrıca sübjektif ve objektif esaslılık yönünden değerlendirilmeye tabi tutulması yönündeki "ayrı kriter görüşünü" benimsemekteyiz. Bu itibarla, açıklamada yanılmalara hangi esaslılık şartlarının uygulanacağı yönünde bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu boşluk ise, öncelikle TBK m. 31'den hareketle açıklamada yanılmanın karakteristik yapısından ve yine bu maddede özel olarak belirtilen bazı esaslılık kriterlerinden (kişide ve edim miktarında yanılmadaki "önemlilik" kriteri) hareketle ve ayrıca TBK m. 32'den kıyasen yararlanılarak doldurulmalıdır.

Bu noktada önem kazanan bir diğer husus, açıklamada yanılmanın esaslı olup olmadığının belirlenmesinde, TBK m. 31'de belirtilenler ile kanunda sayılmayanlar arasında farklı bir muamelenin yapıp yapılmayacak olmasıdır.

¹⁰⁰¹ 26.12.1944 tarihli TBMM kararı (RG. 4.2.1944, 5621).

¹⁰⁰² YİBK., 9.10.1946, E. 1946/6, K. 1946/12 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁰³ Örneğin TTK m. 1534/1'de (yürürlük maddesi), kenar başlıklarının metne dahil olduğu açıkça belirtilmektedir.

¹⁰⁰⁴ Serozan, **Yöntem**, s. 138; Işıқтаç / Metin, **a.g.e.**, s. 198, 199. Öte yandan, kenar başlıklarının kanun metnine dahil olduğu görüşünde bkz. Ferit H. Saymen, "Matlablar Kanun Mudur?", **İÜHFİM**, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 565-578, s. 577, 578 (yine bu konudaki farklı görüşler ve TBMM kararının analizi için ayrıca bkz. **a.g.m.**, s. 565 vd.).

Bize göre, TBK m. 31’de özel olarak belirtilen açıklamada yanılmalar kanun gereği sübjektif ve objektif yönden esaslı sayılmaktadırlar. Bu bağlamda, yanılanın, kendisi için bağlayıcı olan sözleşme içeriği ile gerçek iradesi arasındaki uygunsuzluğu; diğer bir ifadeyle, belirli bir içerikte oluşturduğu iradesini söz, yazı veya diğer davranışlarla açıklarken farkında olmadan bu iradeden sapan bir açıklamada bulunduğunu ispatlaması halinde, bu yanılmanın esaslı olduğu yönünde bir karinenin (adi karinenin) ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, TBK m. 31’de, miktarda yanılma ve kişide yanılma özelinde esaslılık için ayrıca öngörülmüş kriterlerin de, bu doğrultuda yanılan tarafından ispatlanması gerekir. Buna karşın, sözleşmenin diğer tarafının, bu yanılmaların sübjektif ya da objektif yönden esaslı olmadığını kanıtlaması mümkündür ve bunu yaptığı takdirde, yanılmanın esaslı olduğu karinesini de çürütmüş olacaktır. Hiç şüphesiz, hakkında özel hüküm bulunan açıklamada yanılmalarda dahi, *Schwenzer* ve *Huguenin* savunduğu üzere, tüm esaslılık şartlarının yanılan tarafından ispatlanması, olması gereken hukuk açısından daha tercih edilebilir olsa da, mevcut sistemdeki “*aşağıda sayılan yanılma halleri esaslıdır*” (TBK m. 31) ibaresi ve kanunun bazı yanılma türleri için ayrıca “önemlilik” kriteri ararken bazılarında bunu aramaması yönündeki tavrı karşısında, bunu savunmak pek mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan, bu maddede özel olarak belirtilmeyen açıklamada yanılmalar konusunda, yanılanın ispat yükünün kapsamı genişler. Buna göre, yanılanın, öncelikle gerçek iradesine uymayan bir açıklamada bulunduğunu, daha sonra da, bu yanılmanın kendisi için sübjektif ve objektif açıdan esaslı olduğunu ispatlaması gerekir. Yani, ilk olarak yanıldığını ispatlayan yanılan, ayrıca söz konusu yanılma olmasaydı, diğer bir deyişle açıklama anındaki tasavvurunun gerçeğe uygun olmadığını anlasaydı, sözleşmeyi hiç ya da bu şekilde yapmayacağını ve bununla birlikte, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre de, gerçek irade içeriği ile açıklama içeriği arasındaki uygunsuzluğun bu derece önemli sayılacağını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Objektif esaslılık şartının içeriğinin belirlenmesinde ise, yukarıda (ayrı kriter görüşü altında) aktardığımız görüşlerden hareket edilmelidir.

2. Yanılma Kurumunun Diğer Mekanizmaları

Daha önce işaret edildiği gibi, yanılma kurumunun yapısını daha açık şekilde ortaya koyabilmek ve böylece yanılan ile karşı taraf arasındaki menfaat çatışmasının nasıl uzlaştırıldığını veya nasıl uzlaştırılması gerektiğini saptamak için, yanılma

kurumunun iç dinamiğini incelemek gerekir. Gerçekten, belirli bir hukuk sisteminin özelliğine göre çeşitli şekillerde öngörülmüş olan ve irade ilkesi ile güven ilkesi arasındaki etkileşimin nasıl gerçekleştiğini gösteren çeşitli mekanizmalar, yanılmanın hüküm ve sonuçları üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak etkide bulunabilmektedirler. Aslında her hukuk sistemi, bu iki ilke arasında çeşitli hükümlerle bir denge bulmaya çalışmaktadır¹⁰⁰⁵. Bu başlık altında, doktrinde ve farklı hukuk sistemlerinde benimsenmiş çeşitli mekanizmalar aktararak, yanılma kurumunun olması gereken hukuk anlamında nasıl düzenlenebileceği konusuna ışık tutabilecek bazı noktalara dikkat çekilecektir. Bununla söz konusu mekanizmaların İsviçre-Türk hukuku açısından kayıtsız şartsız benimsenmesi gerektiği iddiasında bulunmuyoruz. Ancak şurası bir gerçek ki, bu bağlamdaki açıklamalar, *de lege ferenda* önem arz etmekle birlikte, ayrıca pozitif hukuktaki hükümlerin yorumlanması ve boşlukların doldurulması faaliyetlerinde de yol gösterici olacaktır.

Her şeyden önce durumu bir örnekle aydınlatmanın uygun olacağını düşünüyoruz¹⁰⁰⁶: Antika ve ikinci el eşyalar satan bir satıcı, görünüş itibarıyla ortalama bir işçilik ve değere sahip olduğunu düşündüğü bir vazoyu alıcıya normal bir fiyata devretmiştir. Ancak daha sonra, uzmanlar tarafından yapılan değerlendirmeler, vazanın 17. yy.'da Çin'e hâkim olan Ming Hanedanı döneminden kaldığını ve değerinin binlerce euro olduğunu ortaya çıkarmıştır. Şu durumda, olayda başka bir veri olmadığını varsaydığımızda, satıcının esaslı nitelik yanılmasına düştüğü sonucuna rahatlıkla varılabilir. Ancak, olayda ayrıca şu olasılıklar söz konusu olsaydı, acaba yanılmanın esaslılığı ve sonuçlarına ilişkin aynı cevabı vermemiz yine de mümkün müdür? Örneğin alıcı, aslında tarihi eser uzmanıdır ve vazanın gerçekte fiyatının çok üstünde bir değere sahip olduğunu anlamıştır ya da anlaması gerekiyordur. Hatta varsayalım ki, alıcı, tarihi eser uzmanı olduğunu ve kendisine güvenebileceğini söyleyerek, satıcıyı aslında vazanın değerli olmadığına ikna etmiştir. Acaba bu olasılıklar, varılacak sonuçta ne gibi değişiklik yaratacaktır? Ya da diyelim ki, yıllardır bu tür eşyalar satan satıcı, vazanın gerçek değerini bilmeseydi bile en azından bilmesi gerekmektedir. Şu halde, bu durum sorunun çözümünde dikkate alınacak mıdır? Hem alıcı hem de satıcının bu konularda uzman olması olasılığında sonuç değişecek midir?

¹⁰⁰⁵ Kramer, *Irrtum*, N. 4; Medicus / Petersen, *a.g.e.*, N. 737.

¹⁰⁰⁶ Bu olay, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1929 yılında verdiği bir karara dayanmaktadır (RG 22.2.1929, RGZ 124, 115).

Sözleşmenin karşılıklı ifası üzerinden çok uzun yıllar geçmiş olması, satıcının aldığı parayı vererek vazoyu geri almasına engel olur mu? Alıcının vazoyu çoktan üçüncü bir kişiye devretmiş olması herhangi bir fark yaratacak mıdır? Satıcının, sözleşmeyi iptal etmek yerine, aradaki farkı alıcıdan talep etmesi mümkün müdür? Alıcı, aradaki değer farkının parasal karşılığını satıcıya teklif ederse, satıcı bu teklifi reddederek vazonun kendisine verilmesini isteyebilir mi¹⁰⁰⁷? Bu yöndeki bir teklifin sözleşmenin kurulmasından yıllar sonra yapılabilmesine izin verilmeli midir? İki tarafın da hataya düşmüş olduğu varsayımında, satıcı ya da alıcının sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilmesi mümkün müdür? Tarafların dahil olduğu hukuk sisteminde, yanılma sonucunda kusursuz sorumluluk öngörülmüş olması ya da kusur sorumluluğuna rağmen, diğer tarafın olumlu zararının da tazmin edilmesinin gerekmesi, satıcının sözleşmeyi sona erdirmeye kararını ne yönde etkileyecektir?

Görüleceği üzere bu sorulara verilecek cevaplar, bir ölçüde yanılmanın esaslılığı kriterinin içeriği ile ilgili olmakla birlikte, diğer mekanizmalarla da yakından bağlantılıdır. Şu halde, muhatabın güvenini ve alışveriş hayatının istikrarını gözetken güven ilkesi ile yanılmanın menfaatini koruyan irade ilkesini iki ayrı kutup olarak düşündüğümüzde, aşağıda belirtilen mekanizmaların iki kutup arasındaki belirli noktalarda konumlandıkları görülecektir. Bunların şu şekilde sıralanması mümkündür¹⁰⁰⁸:

- Yanılmanın iptal hakkını kullandığı zamandaki hal ve şartlara göre, eğer bu sonuç dürüstlük kuralına aykırıysa, sözleşmeyi iptaline izin verilmemesi¹⁰⁰⁹ veya karşı tarafın, yanılmanın istediği gibi hüküm ifade etmesini istemesi halinde, yanılmanın iptal hakkının etkisizleşmesi¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ Yanılma kurumunun yapısını daha geniş bir ölçekte ortaya koymamızı sağlayan bu soruların bir kısmını *Zweigert*'in zihin açıcı makalesine borçluyuz. Bkz. *Zweigert*, **a.g.e.**, s. 404 vd.

¹⁰⁰⁸ Bu noktada hemen belirtelim ki, tezin ilgili bölümlerinde birçok mekanizmaya ayrıca değinileceğinden burada ayrıntıya girme gereği görmüyoruz.

¹⁰⁰⁹ TBK m. 34/1, OR m. 25/1. Aynı sonuç, § 242 BGB'deki genel dürüstlük kuralı hükmünden hareketle Alman hukukunda da kabul edilmektedir. Bkz. *Medicus / Petersen*, **a.g.e.**, N. 781; *Brox / Walker*, **AT**, N. 437a.

¹⁰¹⁰ TBK m. 34/2, OR m. 25/2, İtalyan Medeni Kanunu (CCit) m. 1432 (*Schwenzer*, **BasKomm**, Art. 25 N. 9), keza aynı prensip dürüstlük kuralından hareketle Alman hukukunda da kabul edilmektedir (*Medicus / Petersen*, **a.g.e.**, N. 781; *Brox / Walker*, **AT**, N. 437a.437b); PECL m. 4:105/1, PICC m. 3.2.10, DCFR II-7:203/1.

- Yanılma nedeniyle sözleşmenin iptalinin sadece dava yolu ile kullanılması¹⁰¹¹.
- Doğası gereği riskli işlemlerde yanılma hükümlerinin uygulama dışında kalması¹⁰¹².
- İki tarafın da ortak temelde yanılması durumunda ve adil risk paylaşımı çerçevesinde, sözleşmenin uyarlanması imkanının öngörülmesi¹⁰¹³.
- Yanılanın zararının bulunmadığı durumlarda sözleşmeyi iptal edememesi¹⁰¹⁴.
- Karşı tarafın yanılmayı öğrenmesi halinde, yanılana ek süre vererek, onu bu süre içinde sözleşmeyi onamaya veya iptal etmeye zorlayabilmesi¹⁰¹⁵.
- Sadece sözleşme içi yanılmaların (esaslı açıklamada yanılmalar ile esaslı nitelik yanılmalarının) hukuken dikkate alınması.
- Sözleşmenin iptalinin, yanılanın yanılmayı öğrenmesinden itibaren makul bir sürede gerçekleştirilmesi¹⁰¹⁶ ve her durumda sözleşmenin kurulmasından itibaren işleyecek mutlak bir hak düşürücü sürenin öngörülmesi¹⁰¹⁷.

¹⁰¹¹ Fransız Medeni Kanunu (CCfr) m. 1117, İtalyan Medeni Kanunu (CCit) m. 1442 (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 25). Yunan Medeni Kanunu m. 154 ve Rus Medeni Kanunu m. 178/1'de, sözleşmenin iptalinin mahkeme yoluyla gerçekleştirilmesi öngörülmektedir (Kramer, **Irrtum**, N. 95 ve orada dn. 448). Avusturya hukukunda ise, bu konu tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş, sözleşmenin iptalinin mahkeme yoluyla ya da açılan davada defi yoluyla ileri sürülmesi gerektiğini kabul etmektedir (Kramer, **Irrtum**, N. 95 dn. 451).

¹⁰¹² Daha önce de belirtildiği üzere, İsviçre-Türk hukukunda bulunan çözüm, bu tür işlemlerde yanılmanın belirli bir olguya ilişkin olamayacağı ya da riskli işlem yaptığının bilincinde olan kişinin aslında yanılamayacağı yönündedir (bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 2, a). Ancak bazı metinlerde bu konuda açık hüküm tanzim edildiği görülmektedir: PECL m. 4:103/2 (b), PICC m. 3.2.2/2 (b) ve DCFR II.-7:201/2 (b)'de, yanılmanın riskinin üstlenildiği ya da durumun şartlarına göre bu riskin yanılarda kalması gerektiği hallerde, sözleşmenin yanılma nedeniyle iptal edilemeyeceği belirtilmektedir (ayrıca bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 463).

¹⁰¹³ PECL m. 4:105/3, DCFR II.7:203/3, § 313/3 BGB.

¹⁰¹⁴ Bu mekanizmanın, somut olayın hal ve şartlarına göre TBK m. 34/1 uyarınca işleyebilmesi mümkündür.

¹⁰¹⁵ Bu konu İsviçre-Türk hukukunda tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüşe göre, muhatabın kural olarak böyle bir imkanı bulunmamaktadır. Ancak muhatabın böyle bir ek süre vermesi halinde, durumun koşullarına göre, bu süreye uymayarak spekülasyon yapan veya herhangi bir menfaati yokken bir yıllık süresi olduğunu ileri sürerek, iptal hakkını kullanmayı geciktiren yanılanın (TBK m. 34/1 uyarınca) hakkını kötüye kullandığı söylenebilecektir. Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, IV, A.

¹⁰¹⁶ § 121/1 BGB, PECL m. 4:113/1, PICC m. 3.2.12/1, DCFR II.- 7:210.

¹⁰¹⁷ § 121/3 BGB'de 10 yıllık bir mutlak süre öngörülmüştür. İtalyan Medeni Kanunu (CCit) m. 1442'de, bu süre 5 yıl olarak düzenlenmiştir (bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 25). Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 1487'de bu süre 3 yıldır.

- Yanılanın sözleşmenin iptali nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararlardan kusursuz sorumlu olması¹⁰¹⁸.
- Yanılmanın sözleşmeyi iptal hakkı vermesi için, sübjektif ve objektif esaslılık şartı dışında, ayrıca olayda; yanılmanın karşı tarafın verdiği bir bilgiden kaynaklanması ya da karşı tarafın yanılmayı bilmesi veya bilmesi gerekmesi yahut karşı tarafın da aynı hataya düşmüş olması hallerinden birinin gerçekleşmesi¹⁰¹⁹. Yine bu hallere ek olarak, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptali anında, karşı tarafın bu sözleşmeye güvenerek hareket etmeye başlamamış olması¹⁰²⁰.
- Sözleşmenin iki tarafça da ifa edilmiş olması halinde, sözleşmeyi iptal edilememesi.

III. Yanılmanın Diğer Hukuki Kurumlarla İlişkisi

A. Yanılmanın Diğer İrade Bozuklukları ve Aşırı Yararlanma İle İlişkisi

Hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde, kişilerin hukuki ilişkilerini serbestçe düzenleyebilmesi ve bu ilişkilerden hukuki sonuçlar doğması, esas olarak irade özerkliğinin varlığına dayanmaktadır. Eğer kişinin hukuki sonuca yönelen iradesi sağlıklı şekilde oluşmamış ya da hukuka aykırı bir etkiyle oluşmuşsa, sözleşme tam bir irade özerkliğiyle yapılmamıştır. Bu durumda, irade açıklaması ile hukuki sonuç arasındaki bağ zayıflamakta ve hukuk düzeni, bozukluğun yoğunluğuna göre, bundan etkilenen tarafa sözleşme ile bağlı olmama ve duruma göre zararını tazmin

¹⁰¹⁸ Örneğin § 122/1 BGB.

¹⁰¹⁹ PECL m. 4:103/1 (a), PICC m. 3.2.2/1, DCFR II. – 7:201/1 (b). Keza Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 871, Hollanda Medeni Kanunu (BW, *Burgerlijk Wetboek*) m. 6:228/1 ve Macaristan Medeni Kanunu m. 210/1’de de bu şekilde bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir (doktrinde de söz konusu mekanizmayı destekleyen yazarlara rastlanmaktadır. Örneğin bkz. Lubbe, **a.g.m.**, s. 465; bu mekanizmanın karşılaştırmalı hukuktaki görünümü konusunda ayrıca bkz. Sefton-Green, **a.g.m.**, s. 21). Öte yandan, Macaristan Medeni Kanunu m. 210/5’de ise ilginç bir hüküm yer almaktadır. Burada, şayet taraflar arasındaki sözleşme ivazsız ise, yanılma karşı tarafça bilinebilir olmasa dahi yanılanın sözleşmeyi sona erdirebileceği belirtilmektedir (von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 453).

¹⁰²⁰ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 737. Keza Avusturya hukukunda (§ 871 ABGB), “yanılmanın karşı tarafa zamanında açıklanması” (*falls der Irrtum... noch rechtzeitig aufgeklärt wurde*) da yanılanın sözleşmeyi iptal edebilmesi için gereken alternatif hallerden birisi olarak sayılmaktadır. Örneğin karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine ve ifa edileceğine güvenerek, çeşitli harcamalar yapmış olması, ciddi anlamda ifa hazırlıklarına girmiş olması gibi (Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 74; Zweigert, **a.g.m.**, s. 407) hallerde, yanılanın bu şart bağlamında sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkün değildir. Aynı alternatif şart, PICC m. 3.2.2/1 (b)’de de yer almaktadır (*the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract*).

ettirme hakkı vermektedir. İradenin sakat oluşmasına yol açan bu haller, kanunda yoğunluk derecesi en azdan başlayacak şekilde; yanıltma, aldatma ve korkutma olarak düzenlenmektedir. Yanıltmada, kişi kendisi hataya düşerken; aldatmada başkası tarafından hataya düşürülmekte; korkutmada ise, hataya düşürülmesine bile gerek görülmeden, bizzat tehdit ve korkutma ile iradesi harekete geçirilmektedir. Son iki halde, irade, hukuka aykırı bir etki sonucunda (başka bir deyişle haksız fiil neticesinde) oluşmakta olup; aldatmada, aldatılan bu hukuka aykırı etkinin bilincinde değilken; korkutmada ise bilincindedir¹⁰²¹. Bunun dışında, irade bozukluğu mu, yoksa sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama mı olduğu doktrinde tartışmalı olan aşırı yararlanma kurumunda da, aynı şekilde irade özerkliği işlem iradesine tam olarak yansıtılamamaktadır.

Bu kurumlar, söz konusu ortak noktadan hareketle yanıltma kurumu ile çeşitli açılardan benzeşmekte ve bazı hallerde, yanıltma ile aynı anda uygulanma alanı bulabilmektedirler. Dolayısıyla, bu başlık altında diğer irade bozuklukları (ve aşırı yararlanma) ile yanıltma kurumu arasındaki ilişki incelenecek ve böylelikle benzerlikler ve farklılıklar ortaya çıkarılacaktır.

1. Yanıltma ve Aldatma

TBK m. 36'da (OR m. 28) düzenlenen aldatmada (*absichtliche Täuschung*), bir kimse, başka bir kimseyi irade açıklamasında bulunmaya sevk etmek için, söz, yazı veya diğer davranışlarıyla, kasten onda yanlış bir tasavvurun oluşmasına ya da mevcut olan yanlış tasavvurun devamına yol açmaktadır¹⁰²². Diğer bir ifadeyle, bir kimse,

¹⁰²¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 444.

¹⁰²² Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 13; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 856; Klausberger, **a.g.e.**, s. 29, 30; Brox / Walker, **AT**, N. 451; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 452; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 109; Mustafa Fadıl Yıldırım, **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2002, s. 8; Kurşat, **a.g.e.**, s. 2, 12; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 14. HD., 11.10.2005, E. 2005/1933, K. 2005/8900; Y. 1. HD., 26.9.2002, E. 2005/8483, K. 2002/10037; Y. 1. HD., 2.7.2015, E. 2014/8891, K. 2015/9631; Y. 1. HD., 18.9.2013, E. 2013/9292, K. 2013/12899; Y. 1. HD., 4.5.2004, E. 2004/2296, K. 2004/5200; Y. 1. HD., 23.9.2003, E. 2003/7215, K. 2003/9410; Y. 1. HD., 1.3.2017, E. 2014/19465, K. 2017/986 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Kişinin kastı, hem karşı tarafı hataya düşürmeye yönelik, hem de bu hata sonucunda sözleşme yapmaya yöneltmeye yönelik olmalıdır. Aldatma fiilinin her zaman kasta dayanması gerekmektedir birlikte, bunun doğrudan kast şeklinde veya dolaylı (ihtimali) kast şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Doğrudan kastta, aldatan, karşı tarafı saikte hataya düşürdüğünü bilmekte ve bunu istemektedir. Dolaylı kastta ise, aldatan, karşı tarafı saikte hataya düşürmeyi doğrudan istememekle birlikte, davranışlarının onu saikte hataya düşürebileceğini bilmekte ve bu sonucu göze almaktadır. Buradan çıkan bir diğer sonuç da, aldatmanın ihmal ile gerçekleşmeyeceğidir (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 11; Schwenzer, **AT**, N. 38.08; Klausberger, **a.g.e.**, s. 30; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 454; Kurşat, **a.g.e.**, s. 28 vd.).

aldatma fiili ile bilerek ve isteyerek karşı tarafın irade özerkliğine müdahale etmekte ve onun hatalı bir saikle sözleşme yapmasını sağlamaktadır. Bu kimse, sözleşme tarafı olabileceği gibi (TBK m. 36/1, OR m. 28/1), üçüncü bir kişi (TBK m. 36/2, OR m. 28/2) de olabilir. Ancak, ikinci olasılıkta aldatılanın sözleşmeyi iptal etmesi için, karşı tarafın, sözleşme kurulurken üçüncü kişinin aldatmasını bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerekir.

Aldatılan kişi, (i) kasten saikte yanıltılmakta ya da kendisi saikte yanılmasına rağmen, aldatan tarafından gerçek durum kendisine kasten açıklanmamakta ve ayrıca (ii) bu aldatma fiili yüzünden irade açıklamasında bulunmaktadır¹⁰²³. Görüleceği üzere, aldatmanın varlığı için, öncelikle aldatanın bilerek ve isteyerek aldatma fiilini (saikte yanıltma¹⁰²⁴) gerçekleştirmiş olması ve bu aldatma fiili ile sözleşmenin kurulması arasında nedensellik bağının var olması gerekmektedir. Bu nedenselliğin, hiç yapılmayacak bir sözleşmenin aldatma nedeniyle yapılması (asli aldatma, *dolus causam dans*) veya başka bir içerikle yapılacak sözleşmenin aldatma nedeniyle bu içerikte yapılması (tali aldatma, *dolus causam incidens*) şeklinde oluşması mümkündür¹⁰²⁵. Örneğin maliki olduğu apartman dairesini kiraya vermek isteyen A, daireyi kiralamayı düşünen ve romatizma hastası olan B'ye, dairenin yalıtımının çok iyi olduğu ve en soğuk havalarda dahi herhangi bir rutubetlenmenin ortaya çıkmayacağı konusunda yalan söyleyerek, B'nin daireyi tutmasını sağlamıştır. A, alelaide bir köpeği, özel eğitilmiş cins bir köpek gibi göstererek B'ye satmıştır¹⁰²⁶. Başka bir örnek: İkinci el bir telefonu beğenen alıcı, bunu satın almak istediğini satıcıya

¹⁰²³ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 11 vd.; Klausberger, **a.g.e.**, s. 29, 30; Brox / Walker, **AT**, N. 454; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 111 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 452 vd.; Yıldırım, **Hile**, s. 9; Kurşat, **a.g.e.**, s. 25 vd.

¹⁰²⁴ “*Hatada yanılma, hilede yanıltma söz konusudur*” (Y. 1. HD., 28.3.2001, E. 2001/3500, K. 2001/3680; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 1.3.2017, E. 2014/19465, K. 2017/986; Y. 1. HD., 2.10.2014, E. 2014/605, K. 2014/15404, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; YHGK., 1.10.1997, E. 1997/1-509, K. 1997/749, aktaran Günay, **a.g.e.**, m. 36 s. 220; Y. 1. HD., 23.3.2010, E. 2010/12567, K. 2010/3259, aktaran Yavuz, **TBK Şerh**, m. 30 s. 357 vd.).

¹⁰²⁵ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 14; Schwenzer, **AT**, N. 38.10; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 856; Klausberger, **a.g.e.**, s. 33; Brox / Walker, **AT**, N. 452a; Akyol, **BG**, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 460, 461; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 112; Schwarz, **BG**, s. 322; Yıldırım, **Hile**, s. 9, 10; Kurşat, **a.g.e.**, s. 31. Doktrindeki hâkim görüşe göre, sözleşmenin aldatma sonucu kurulmasından sonra aldatan tarafın gerçeği açıklaması, nedensellik bağını ortadan kaldırmaz. Zira iradenin bozulması ile aldatma fiili arasındaki nedensellik bağının kurulması için belirleyici olan aşama, sözleşmenin kurulması aşamasıdır (Akyol, **BG**, s. 280; Yıldırım, **Hile**, s. 98; Kurşat, **a.g.e.**, s. 34).

¹⁰²⁶ Koller, **AT**, § 14 N. 197.

söylemesi üzerine, daha çok para kazanmak isteyen satıcı, yalan söyleyerek telefonda bazı özelliklerin bulunduğunu, söz gelimi su geçirmeyeceğini ya da hiçbir şekilde kırılmayacağını belirtmiştir. İlk iki örnekte, B'nin, şayet aldatılmasaydı hiç yapmayacağı bir sözleşme ilişkisine girdiği söylenebilecektir. Üçüncü örnekte ise, tali bir aldatma ortaya çıkmakta, aslında telefonu yine alacak olan alıcı, gerçekte başka şekilde ya da daha elverişli şartlarla yapacağı sözleşmeyi, aldatma nedeniyle mevcut şartlarla yapmaktadır¹⁰²⁷.

Aldatmanın, gerçekte mevcut olan durumun gizlenmesi ya da mevcut olmayan durumun varmış gibi gösterilmesi şeklinde olumlu bir davranışla (aktif aldatma) gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi; olumsuz bir davranışla, yani susma ya da kaçınma şeklinde (pasif aldatma) ortaya çıkması da mümkündür¹⁰²⁸.

Aldatma ile yanıltma kurumu arasındaki ilişkinin incelenmesinden önce, iki kurumun hiçbir şekilde aynı anda uygulama alanı bulamayacağı şu olasılığı belirtmek gerekmektedir. Aldatmanın tanımında da işaret edildiği üzere, aldatma, aldatılan açısından kendisini her zaman saikte yanıltma olarak gösterecektir. Buna bağlı olarak, açıklamada yanıltmaların aldatma fiili neticesinde gerçekleşme imkanı bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, aldatma fiili nedeniyle, kişinin belirli içerikte oluşturduğu iradesinden sapan bir açıklamada bulunması durumunda, sorunun çözümü güven ilkesi gereğince (irade açıklamalarının yorumu ile) ve TBK m. 1 (OR m. 1) çerçevesinde gerçekleşecek ve yanıltma hükümleri devre dışı kalacaktır. Zira bu durumda, aldatanın, kendisine karşı yapılan irade açıklamasına verdiği anlamın korunması düşünülemeyeceğinden, sözleşme, eğer aldatılanın gerçek iradesi bilinebiliyorsa buna göre kurulacak; eğer bilinmiyorsa kurulmayacaktır¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 461; Eren, **BG**, s. 417; Kurşat, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁰²⁸ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 1; Schwenzer, **AT**, N. 38.03; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 858, 861; Klausberger, **a.g.e.**, s. 30; Brox / Walker, **AT**, N. 451a; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 453, 458; Eren, **BG**, s. 415; Yıldırım, **Hile**, s. 97, 98; Kurşat, **a.g.e.**, s. 50 vd. Susmanın (pasif aldatmanın) karşı tarafı sözleşmeye yapmaya sevk eden bir aldatma fiili niteliğinde olabilmesi için, bir kimsenin gerçeği bilmesine ve bunu karşı tarafa açıklaması gerekmesine rağmen bunu yapmaması; başka bir deyişle, bir tarafın aydınlatma yükümü bulunmasına karşın, bunu bilerek ve isteyerek yerine getirmemesi gerekir. Bu konuda ve ayrıca aydınlatma yükümü ile aldatma arasındaki ilişki konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 8, 9; Schwenzer, **AT**, N. 38.06; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 861-863; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 458 vd.; Yıldırım, **Hile**, s. 104 vd.; Kurşat, **a.g.e.**, s. 52 vd.

¹⁰²⁹ Klausberger, **a.g.e.**, s. 145, 146; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 460, 461; Kurşat, **a.g.e.**, s. 16, 17; aksi görüş Yıldırım, **Hile**, s. 22.

Şu halde görülmektedir ki, aldatma ile yanıılma arasındaki bağlantı sadece saikte yanıılmalarda söz konusu olmaktadır. Kuşkusuz, her aldatma aynı zamanda bir saikte yanıılma olsa dahi, bu iki irade bozukluğu türünün karakteristik özellikleri, kanun koyucunun çatışan menfaatleri değişik şekilde uzlaştırmasını ve böylece iki kuruma farklı muamele etmesini haklı kılmaktadır. Aldatma ile yanıılma kurumları arasındaki farkların şu şekilde ortaya konulması mümkündür:

1- TBK m. 36/1'de (OR m. 28) “*yanıılması esaslı olmasa bile...*” şeklinde belirtilen bu hükme göre, aldatma sonucu ortaya çıkan saikte yanıılmanın, aldatılana sözleşmeyi iptal hakkı vermesi için, TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) anlamında esaslı olmasına ihtiyaç yoktur. Buna göre, aldatma fiili ile karşı tarafı sözleşme yapmaya veya sözleşmeyi farklı şekilde yapmaya yönlendirmek, aldatmanın varlığı için yeterli olmaktadır. Buna karşın yanıılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi içinse, saikte yanıılmanın esaslı olması gerekmektedir.

Ancak bu noktada, aldatma hükümlerinin uygulanması için “yanılmanın esaslı olmasının gerekmemesi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ayrıca incelenmelidir. Acaba burada esaslı olmama ile kastedilen, yanıılmanın hem sübjektif yönden hem de objektif yönden mi esaslı olmaması gerektiğidir? Yoksa kanun koyucu, aldatma ile ortaya çıkan yanıılmanın zaten sübjektif yönden esaslı olması gerektiğini kabul ederek, hükümdeki “*esaslı olmasa bile*” vurgusuyla salt objektif esaslılık şartına mı işaret etmektedir? Bu soruya cevap vermeden önce bir noktayı vurgulamak gerekir: Yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için öngörülmüş olan esaslılık kriteri, kişinin kendi risk alanında cereyan eden bir irade bozukluğunu ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirmeye menfaatinin, muhatabın haklı güveni ve işlem güvenliği gerekçesiyle sınırlanması anlamına gelmektedir. Oysa aldatmada, hem yanıılma kişinin kendi risk alanında meydana gelmemekte, hem de karşı tarafın korunmaya değer bir güveni bulunmamaktadır¹⁰³⁰. Bu bakımdan, objektif esaslılık şartının aldatma halinde neden aranmayacağı kendiliğinden anlaşılmaktadır. Zira özlü bir deyişte belirtildiği gibi, “*fraus omnia corrumpit*”; yani, aldatma dokunduğu şeyi bozar¹⁰³¹. Öte yandan, aldatılanı irade açıklamasında bulunmaya bizzat aldatma sevk etmiş olmalı; onun, aldatılmasaydı sözleşmeyi hiç ya da aynı şekilde yapmayacağı söylenebilmelidir.

¹⁰³⁰ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 28 N. 2; Kurşat, **a.g.e.**, s. 143, 144.

¹⁰³¹ Litvinoff, **a.g.m.**, s. 66.

Dolayısıyla, aldatma ile sözleşmenin kurulması arasında doğal (tabii) nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Yoksa objektif bir bakış açısı içeren uygun nedensellik bağının varlığı aranmaz¹⁰³². Ancak bu nedenselliğin, yanılma kurumundaki sübjektif esaslılık şartında olduğu gibi, “olmazsa olmaz şart” (*condicio sine qua non*) niteliğinde bir nedensellik olması gerekir¹⁰³³. Şu halde, aldatma sonucu ortaya çıkan hatalı saik ile sözleşmenin kurulması arasındaki olmazsa olmaz şart niteliğindeki nedensellik, (TBK m. 32 ile karşılaştırsak) bu yanılmanın sübjektif yönden esaslı olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, yanılmanın sadece sübjektif yönden esaslı olması, bizim sistemimizde yanılma hükümlerine dayanabilmek için gereken “esaslılık kriterini” karşılayamasa da, aldatma hükümlerinin uygulanması için böyle bir kriter aranmadığından, yanılanın, şayet bu yanılma aldatma fiili ile ortaya çıkmışsa, aldatma hükümlerine başvurusu mümkündür. Bu noktada denilebilir ki, aldatma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi ile esaslı saikte yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi arasındaki fark, yanılmanın objektif yönden (alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralına göre) esaslı olup olmamasında ortaya çıkmaktadır.

Yanılma ile aldatma hükümlerinin aynı olaya uygulanıp uygulanmaması konusunda çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir¹⁰³⁴. Öncelikle karşı tarafın aldatması ihtimalinde; eğer bu aldatma ayrıca esaslı saikte yanılma teşkil ediyorsa, yanılan, dilerse aldatma hükümlerine dilerse yanılma hükümlerine başvurabilir. Ancak, aldatmaya dayanması yanılan için bazı açılardan daha avantajlıdır. Buna karşın, eğer karşı tarafın aldatması neticesinde ortaya çıkan saikte yanılma esaslı değilse; burada sadece aldatma hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İkinci ihtimal ise, üçüncü kişinin aldatmasında söz konusu olmaktadır. Buna göre, eğer ortaya çıkan yanılma esaslı ise; yanılan, karşı taraf bu aldatmayı bilmiyorsa ve bilecek durumda değilse dahi,

¹⁰³² Brox / Walker, **AT**, N. 452; Eren, **BG**, s. 417; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 111; Yıldırım, **Hile**, s. 123.

¹⁰³³ Klausberger, **a.g.e.**, s. 32; Eren, **BG**, s. 417; Yıldırım, **Hile**, s. 123. Aksi görüş bkz. Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 35; Kurşat, **a.g.e.**, s. 143. Yazara göre, aldatma hükümlerinin uygulanabilmesi için, hata konusu olgunun aldatılan açısından sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz şart niteliğinde olmasına gerek bulunmamaktadır (**a.g.e.**). Ancak yazar, eserinin başka bir kısmında, “*hataya düşülen husus, sözleşmenin olmazsa olmaz unsurudur*” demektedir (**a.g.e.**, s. 31).

¹⁰³⁴ Burada bir parantez açarak işaret edelim ki, gelecekteki olgulara ilişkin aldatmanın mümkün olup olmayacağı hususu, gelecekteki olguların yanılmanın konusu teşkil edip edemeyeceği sorunuyla doğrudan bağlantılıdır (aynı yönde Klausberger, **a.g.e.**, s. 31). Bu nedenle, gelecekteki olgulara ilişkin aldatma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda, “yanılma ve işlem temelini çökmesi” başlığı altındaki açıklamalara yollama yapmak yeterli olacaktır (bkz. aş. 2. Bölüm, III, B, 4).

sözleşmeyi TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) uyarınca iptal edebilir¹⁰³⁵. Ancak ortada esaslı bir yanıltma yoksa, bu durumda sözleşmenin iptal edilebilmesi ancak aldatmaya dayanılması halinde mümkündür, fakat bunun için de, karşı tarafın bu aldatmayı bilmesi ya da bilebilecek durumda olması aranır (TBK m. 36/2, OR m. 28/2).

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer soru da şudur: Acaba, iki kurumun yarıştığı olasılıkta, ilk önce aldatmaya dayanan kimsenin, daha sonra yanıltmaya dayanması ya da bunun tam tersi olarak, ilk olarak yanıltma hükümlerine başvurmasına karşın, daha sonra aldatma hükmüne başvurabilmesi mümkün müdür? Doktrindeki hâkim görüş, bizce de haklı olarak, yanıltmanın böyle bir imkana sahip olduğunu kabul etmektedir¹⁰³⁶.

2- Aldatma fiilinin, aldatan lehine değil de, aldatılan kimsenin lehine gerçekleştirildiği hallerde, aldatma hükümlerine başvurulması mümkün olsa dahi, yanıltma hükümlerine dayanılma imkanı prensip itibarıyla söz konusu olmaz. Söz gelimi, bir kimse, inatçı, utangaç ya da tecrübesiz olması nedeniyle kendisi lehine olacak bir sözleşme ilişkisine girmek istememesine rağmen, aldatanın söylediği diğerkâm yalanlar veya başvurduğu hileler sonucu bu sözleşmeyi yapmışsa, ortada iyiniyetli bir aldatmanın varlığından söz açılır¹⁰³⁷. Zira burada aldatanın, karşı tarafı bu sözleşme ilişkisine girmesi için aldatmasının nedeni, ona iyilik yapmak ve onun menfaatine davranmaktır. Aldatma hükümlerinin uygulanması için aldatanın, sözleşmeden bir menfaat elde etmiş olması şart olmadığından¹⁰³⁸ ve ayrıca ortada ne olursa olsun karşı tarafın irade oluşumuna yönelik hukuka aykırı bir müdahale söz konusu olduğundan, aldatanın sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür¹⁰³⁹. Gerçekten, aldatma kurumunda, kanun koyucunun aldatılana iptal hakkı tanınması, onun

¹⁰³⁵ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 865; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 462.

¹⁰³⁶ Flume, **AT**, s. 566 vd.; Bucher, **AT**, s. 212; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 71; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 9; BGE 106 II 346 (bger.ch). Bu konuda ayrıca bkz. aş. 3. Bölüm, II, B.

¹⁰³⁷ Feyzioğlu, **BG**, s. 117; Arsebük, **a.g.e.**, s. 421, 422; Birsen, **a.g.e.**, s. 92; Yıldırım, **Hile**, s. 11 vd.; Kurşat, **a.g.e.**, s. 7 ve orada dn. 22.

¹⁰³⁸ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 864; Schwenzer, **AT**, N. 38.02; Brox / Walker, **AT**, N. 454; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 111; Şener Akyol, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s. 279.

¹⁰³⁹ Schwenzer, **AT**, N. 38.02; Brox / Walker, **AT**, N. 454; Feyzioğlu, **BG**, s. 117; Arsebük, **a.g.e.**, s. 422; Birsen, **a.g.e.**, s. 92; Yıldırım, **Hile**, s. 15; Kurşat, **a.g.e.**, s. 7. Alman hukukunda, yanıltma halinde, yanıltmanın öğrenilmesinden itibaren “kusurlu bir gecikme olmaksızın” (makul sürede) sözleşmenin iptal edilmesi gerektiği öngörülmüşken (§ 121); aldatma (ve korkutma) durumlarında sözleşmenin iptali, § 124 uyarınca aldatmanın öğrenilmesinden (ve korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından) itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır.

“aldatılmış” (karar verme özgürlüğüne müdahale edilmiş) olmasından kaynaklanmaktadır, yoksa zarar görmüş ya da menfaat kaybına uğramış olup olmaması bu açıdan önem arz etmemektedir. Öte yandan, aynı durumu yanılma kurumu açısından incelersek, kendi lehine yanılan kimsenin sözleşmeyi iptal etmesi neredeyse imkansızdır. Örneğin alelade eski bir antika vazo aldığını düşünen birisi, daha sonra bunun eski dönemlerden kalma çok değerli bir vazo olduğunu öğrenmiştir. Ya da alıcıya fiyat teklifinde bulunacak olan satıcı, 100 demek isterken 1.000 demiş ve alıcı da bu öneriyi kabul etmiştir. Yanılmanın yanılanın lehine olduğu bu hallerde, yanılmanın objektif esaslılığının ispat edilmesi hayli güç olacaktır¹⁰⁴⁰. Ayrıca, TBK m. 34/1 (OR m. 25/1) hükmü de, bu tür yanılmalara dayanılarak sözleşmenin iptal edilmesini engelleyebilecektir.

3- Aldatma ile yanılma kurumu arasındaki bir diğer fark, tazminat konusunda ortaya çıkmaktadır. TBK m. 35 (OR m. 26) uyarınca kusurlu bir yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi halinde, karşı tarafın olumsuz zararının tazmin edilmesi gündeme gelmektedir. Hatta hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda bu tazminatın olumlu zarar miktarına kadar yükseltilmesi mümkündür. Yanılanın buradaki sorumluluğunun hukuki niteliği, benimsediğimiz görüşe göre, *culpa in contrahendo* (sözleşme öncesi kusur sorumluluğu) sorumluluğuna dayanmaktadır¹⁰⁴¹. Öte yandan, aldatmada ise, karşı tarafın irade özerkliğine hukuka aykırı şekilde müdahale eden aldatanın tazminat ödeme yükümü gündeme gelmektedir. Eğer aldatan kişi sözleşmenin karşı tarafıysa, yanılanın *culpa in contrahendo* veya haksız fiil sorumluluğuna (TBK m. 49, OR m. 41) seçimlik olarak dayanması mümkündür. Üçüncü kişi tarafından aldatma durumu söz konusuysa, aldatılan, haksız fiil çerçevesinde tazminat talebinde bulunacaktır¹⁰⁴². Ancak bu noktada gözden

¹⁰⁴⁰ Koller, bu tür yanılmalarda sübjektif esaslılık şartının söz konusu olmayacağı düşüncesindedir. Zira yazara göre, yanılan, tasavvurunun gerçeğe uygun olmadığını bilseydi dahi, kendisi için avantajlı olan bu sözleşmeyi yine de yapacağından, yanılma konusu olgunun yanılan açısından sözleşmenin zorunlu temeli olduğu söylenemez (Koller, **AT**, § 14 N. 32). Her zaman geçerli olan bir kural şeklinde telakki edilmedikçe, yazarın bu görüşüne katılmamak için herhangi bir engel görmüyoruz.

¹⁰⁴¹ Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, B, 1.

¹⁰⁴² Bucher, **AT**, s. 222, 223; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 870; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 469, 470; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 456 vd.; Eren, **BG**, s. 418, 419; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 113; Yıldırım, **Hile**, s. 266 vd.; Kurşat, **a.g.e.**, s. 123 vd. TBK m. 35/2’de zikredilen, hakkaniyet uyarınca hâkimin, tazminatı olumlu zarar miktarına kadar artırabilmesi hükmünün aldatma durumlarına kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 23; Gauch / Schluep / Schmid /

kaçırılmaması gereken husus, yanıltma ile aldatma hükümlerinin yarıştığı olasılıkta, yanıltan kimsenin yanıltmaya dayanmayı tercih ederek sözleşmeyi iptal etmesi halinde, tazminat ödemeyecek olmasıdır. Zira karşı tarafı aldatarak saikte yanıltmaya düşüren kimse, doğal olarak yanıltmayı bildiğinden, sözleşmenin iptal edilmesi halinde, TBK m. 35 uyarınca karşı taraftan (yanıltandan) tazminat talep edemez¹⁰⁴³. Hatta bu durumda, doktrinde, yanıltanın yanıltma hükümleri üzerinden sözleşmeyi iptal etmesi halinde dahi karşı taraftan tazminat isteyebileceği savunulmaktadır. Çünkü en nihayetinde aldatan tarafın sözleşme görüşmelerinde bir kusuru (*culpa in contrahendo*) söz konusudur¹⁰⁴⁴.

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus, TBK m. 39/2'ye (OR m. 31/3) göre, aldatılan (veya korkutulan) kimsenin sözleşmeyi açık ya da örtülü olarak onadığı veya bir yıllık hak düşürücü süre geçtiği için onanmış sayıldığı olasılıklarda dahi, karşı taraftan tazminat isteme hakkının bulunmasıdır¹⁰⁴⁵. Bu hükmün yanıltma kurumuna uygulanma imkanı yoktur¹⁰⁴⁶.

Emmenegger, **a.g.e.**, N. 870; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 470; aksi görüş için bkz. Bucher, **AT**, s. 223; Eren, **BG**, s. 419; Ergüne, **a.g.e.**, s. 172

¹⁰⁴³ Bu çerçevede önem kazanan bir diğer nokta, yanıltmanın karşı tarafça bilindiği ya da bilinmesi gerektiğine ilişkin ispat yükünün, yanıltma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden tarafa ait olduğudur (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 10).

¹⁰⁴⁴ Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 2.

¹⁰⁴⁵ İrade bozukluğuna uğrayan kimsenin, bu durumun bilincinde olarak sözleşmeyi onadığı (ya da hak düşürücü sürenin geçmesi sonucunda kesin karine olarak sözleşmenin onanmış sayıldığı) bir durumda, sözleşme artık kesin şekilde geçerli hale geldiği için, kural olarak irade bozukluğuna dayanan bir tazminat talebini ileri sürememesi gerekir. Zira aldatılan (ya da korkutulan), sözleşmeyi iptal etseydi elde edeceği tazminat imkanını, bu hakkından feragat ederek kendisi bertaraf etmekte ve uğradığı zararları kabul etmektedir. Ancak kanun koyucu, bu kurala bir istisna tanıyarak, eğer aldatılanın sözleşmeyi iptal etmemesindeki gayesi, onun sözleşmenin iptali durumunda ortaya çıkabilecek daha büyük zararları engellemek ise, onun sözleşmeyi onamasına rağmen aldatandan tazminat talep edebileceğini öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi onamasına karşın, bunun tazminat talebinden feragat anlamına gelmemesi için, durumun koşullarına göre, aldatılanın sözleşmeyi iptal etmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır. (Bu konuda bkz. Bucher, **AT**, s. 223; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 871; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 470, 41; Eren, **BG**, s. 418, 419; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 377; Nomer, **BG**, N. 66 vd.; Yıldırım, **Hile**, s. 269, 270; Kurşat, **a.g.e.**, s. 133 vd.).

¹⁰⁴⁶ Bu bağlamda akla gelebilecek bir olasılık da şudur: Bir kimse, karşı tarafın ihmali ile verdiği bir bilgi nedeniyle kendi kusuru olmadan saikte yanıltmaya düşmektedir. Acaba saikte yanıltan sözleşmeyi iptal etme hakkından feragat etmişse, bu durumda TBK m. 39/2'nin kıyasen uygulanması gündeme gelebilecek midir? Kanaatimizce, bu soruya hayır cevabı verilmelidir. Zira aksi çözüm, aldatma kastı bulunmayan karşı tarafın menfaatini hiç gözetmemek ve böylece yanıltanı gereğinden fazla korumak anlamına gelecektir (aksi görüş için bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 245). Ancak belirtelim ki, ileride ele alınacağı üzere, sözleşmeyi iptal eden yanıltanın, bu tür durumlarda *culpa in contrahendo* çerçevesinde tazminat talep edebilmesi mümkündür. Zira o kendi kusuruyla değil, karşı tarafın ihmali sonucunda yanıltmıştır. Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 2.

4- Yanılanın sözleşmeyi iptal etmesinden sonra, diğer tarafın, (gecikmeksizin) sözleşmenin yanılanın gerçekten istediği şekilde hüküm ifade etmesine razı olduğunu bildirmesi üzerine, sözleşmenin bu şekilde kurulmuş sayılacağını belirten TBK m. 34/2 hükmünün¹⁰⁴⁷, aldatma durumlarına kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁰⁴⁸, bu hükmün tali (feri) aldatma hallerinde uygulanması imkanı kabul edilmelidir. Buna göre, yukarıdaki örneği hatırlarsak, telefon satıcısının alıcıya, bu sefer gerçekten kırılmayan ya da su geçirmeyen bir telefon vermeyi teklif etmesi durumunda, alıcının sözleşmeyi iptal etme hakkı düşecektir. Buna karşın, üstün tutulması gereken ikinci görüşe göre¹⁰⁴⁹, aldatan böyle bir korumayı hak etmemektedir. Ayrıca, aldatana böyle bir imkan verilmesi, kötü niyetli kimselerin daha çok kârlı çıkmak için, ilk önce karşı tarafı aldatma yolunu denemelerine izin vermek anlamına gelir. Çünkü söz gelimi, 10 liralık telefonu çeşitli hilelerle ve yalanlarla 50 liraya satan kimsenin, daha sonra gerçek ortaya çıktığında, 40 lirayı geri verip sözleşmenin 10 lira üzerinden geçerli olmasını sağlayamaması gerekir¹⁰⁵⁰. Gerçekten, bu hükmün aldatma

¹⁰⁴⁷ Bu hükümle ilgili açıklamalar için bkz. aş. 3. Bölüm, IV, B.

¹⁰⁴⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 323; Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972, s. 135, 136; Arsebük, **a.g.e.**, s. 427.

¹⁰⁴⁹ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 25 N. 2; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 28 N. 11; Brox / Walker, AT, N. 460; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 467, 468; Kurşat, **a.g.e.**, s. 101 vd.

¹⁰⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 467, 468; Kurşat, **a.g.e.**, s. 101 vd. Ancak önemle belirtelim ki, *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre, bu hükmün şu olasılıkta aldatma hallerine kıyasen uygulanması düşünülebilecektir. Buna göre, eğer ortada üçüncü bir kişinin aldatması söz konusuysa ve sözleşmenin karşı tarafı, bu aldatmayı bilmiyorsa ve fakat "bilmesi gerekiyorsa", sözleşmenin aldatma nedeniyle iptal edilmesi halinde, karşı tarafa bu yönde bir imkan tanınmalıdır. Bilindiği üzere, TBK m. 36 hükmü, üçünü kişinin aldatmasını bilen ve bilmesi gereken karşı taraf açısından herhangi bir ayırım yapmadan, her durumda sözleşmenin iptal edilebileceğini öngörmektedir (doktrinde, bu maddenin amaca uygun sınırlanması ve sözleşmenin iptalinin, ancak üçüncü kişinin aldatmasının karşı tarafça "bilindiği" takdirde mümkün olması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 15; Schwenzer, **AT**, N. 38.11 ve orada anılan yazar). Ancak gerekli özeni göstermediği için aldatmayı fark edememiş olan karşı tarafa, en azından TBK m. 34/2 anlamında ikinci bir şans verilmesi menfaatler durumuna da uygun olacaktır (bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 468; aynı görüşte Haluk Nami Nomer, "İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?", **Prof. Dr. M. İlhan Uluhan'a Armağan**, C. III, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 523-533, s. 532; Kurşat, **a.g.e.**, s. 102 dn. 502).

Öte yandan, TBK m. 27/2'nin (OR m. 20/2), sözleşmenin sadece bir bölümünün aldatmadan etkilenmiş olduğu (tali aldatma) durumlarda kıyasen uygulanabilmesi mümkündür (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 323; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 18; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 869; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 529). Ancak burada dikkat edilecek nokta, aldatma konusu kısım olmasaydı tarafların sözleşmeyi yine de yapacak olmaları gerektiridir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin geri kalan kısmıyla geçerli olması, tarafların farazi iradelerine uygun olmalıdır. TBK m. 27/2, bu konuda aksi ispat edilebilir bir karine öngörmüştür. Ancak aldatma özelinde şu fark önemlidir: Aldatanın, hükümsüz olan (kısmen iptal edilmiş olan) kısım olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasını sağlama imkanı bulunmamaktadır (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 18; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 529, 530). Ancak üçüncü kişinin aldatması söz konusuysa ve karşı taraf bu aldatmayı bilmiyor fakat bilmesi gerekiyorsa, sözleşmenin kısmi iptaline karşı, karşı tarafa bu yönde bir savunma

(hatta korkutma ve aşırı yararlanma) hallerine kıyasen uygulanması düşünülürse, “önce hile yaparım, anlaşılmazsa kâr ederim; eğer anlaşılırsa da özür dilerim, olur biter” şeklinde bir anlayışa sahip olan kimselere haksız bir koruma sağlanmış olur.

5- İki kurum arasındaki bir diğer fark ise, TBK m. 72/2 (OR m. 60/3) uyarınca aldatılan (veya korkutulan) tarafa tanınmış olan, sözleşmeyi bir yıl içinde iptal etmemesine rağmen, kendisinden talep edilen edimi süresiz olarak yerine getirmekten kaçınma hakkıdır¹⁰⁵¹. Esas itibarıyla ve genel olarak haksız fiiller için düzenlenmiş olan bu maddedeki sürekli defî hakkının, aldatma (ve korkutma) hallerine uygulanıp uygulanmaması gerektiği doktrinde hayli tartışmalıdır¹⁰⁵². Konumuzla doğrudan ilgisi olmayan bu tartışmaya girmeyerek hâkim görüşü aktarmayı tercih ediyoruz¹⁰⁵³. Maddedeki sürekli defî hakkının kullanılabilmesi, ancak aldatılan kimsenin açık ya da örtülü olarak iptal hakkından feragat etmediği (yani sözleşmeyi açık ya da örtülü olarak onamadığı) hallerde mümkündür. Diğer bir ifadeyle, sadece bir yıllık hak düşürücü sürenin hareketsiz geçmesi sonucunda sözleşmeyi iptal hakkından “kanunen feragat etmiş sayılan” (sözleşmeyi onamış sayılan) aldatılanın (ya da korkutulanın), karşı tarafın ifa talebine karşılık bu tür bir defî hakkını kullanabilme imkanı bulunmaktadır. Şu halde, bu görüş takip edilirse, söz konusu hükümde bir örtülü boşluk olduğu ve bu nedenle hükmü, söz konusu olasılığa uygun olacak ölçüde amaca uygun sınırlamaya tabi tutmak gerektiği kabul edilmelidir.

6- Bir başka fark, tarafların, yanılma ve aldatma hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin sözleşmede düzenleme yapabilmelerinin mümkün olup olmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır. İleride ayrıca değinileceği üzere, doktrinde,

imkanı tanımak gerekecektir. Aynı durum korkutma için de geçerlidir (Nomer, **Kısmi İptal**, s. 530). Kısmi iptal konusunda ayrıca bkz. aş. 3. Bölüm, III, B.

OR 2020 tasarısı m. 43/2’de ise, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma halinde, bozukluk sadece sözleşmenin bir kısmını ilgilendirse ve böylece m. 34 uyarınca kısmi hükümsüz sayılması gerekse dahi, bu bozukluktan etkilenen tarafa sözleşmenin tamamını hükümsüz hale getirebilme imkanı verilmektedir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin kısmi ya da tamamen hükümsüz olması, irade bozukluğundan etkilenen tarafın inisiyatifine bırakılmaktadır. Yani, bu hallerde karşı tarafa bir tercih hakkı verilmemektedir.

¹⁰⁵¹ TBK m. 72/2’ye göre, “haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir”.

¹⁰⁵² Bu tartışmalar için bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 121 vd.

¹⁰⁵³ Kocayusufoğlu, **BG**, s. 468, 469; Serozan, **Medeni**, s. 385; Eren, **BG**, s. 433; Vedat Buz, “İrade Sakatlığı İle Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, 1. Baskı, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 296.

tarafların aralarındaki ilişkiye yanılma hükümlerinin uygulanmayacağı konusunda anlaşmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Zira yanılma hükümleri, doktrinde çoğunlukla yedek hüküm niteliğinde telakki edilmektedir. Buna karşın, irade bozukluğundan etkilenen tarafın, emredici kural karakterindeki aldatma (aynı şey korkutma ve aşırı yararlanma için de söylenebilir) hükümlerini dışlayacak şekilde, sözleşme kuruluşu sırasında iptal hakkından vazgeçmesi imkanı bulunmamaktadır. Böyle bir anlaşma, özellikle TBK m. 27/1 ve TMK m. 23/2 uyarınca geçersizdir¹⁰⁵⁴.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, hangi irade bozukluğuna göre neyin ispat edilmesi gerektiğidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, esaslı saikte yanılmaya dayanan taraf, tüm esaslılık şartlarını ispat etmekle yükümlüdür. Aldatmada da aynı kural geçerli olmakla birlikte, hemen dikkat çekelim ki, aldatılanın, kendisinin sözleşme yapmaya iten yanılmanın esaslı olduğunu ispatlamasına gerek bulunmamaktadır¹⁰⁵⁵. Bu bağlamda o, kendisinin kasten aldatıldığını ve bu nedenle hiç yapmayacağı bir sözleşmeyi yaptığını ya da başka bir içerikte yapacağı sözleşmeyi bu şekilde yaptığını ispatlayacaktır. Eğer üçüncü kişinin aldatması söz konusuysa, aldatılanın, ayrıca karşı tarafın da bu aldatmayı bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispatlaması gerekir¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴ Bu konudaki tartışmalar ve açıklamalar için bkz. aş. 3. Bölüm, V, B.

¹⁰⁵⁵ Bucher, **AT**, s. 221; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 26; Eren, **BG**, s. 419; Akyol, **BG**, s. 282; Kurşat, **a.g.e.**, s. 138, 139. Doktrinde bir görüş, aldatılan kimsenin, aldatma fiiline ilişkin ispat yükü ile bu aldatma fiil nedeniyle sözleşmeyi yaptığının (nedensellik bağı) ispat yükü arasında ayrıma gitmektedir. Buna göre, aldatılanın, aldatma fiilini rahatlıkla ispat edebilme ihtimali varken, nedensellik bağına tam olarak ispat edebilmesi zordur. Yanılmadan farklı olarak, karşı tarafın kusurlu hareketi sonucunda irade bozukluğuna uğrayan taraftan ağır bir ispat faaliyeti beklenmemelidir. Bu nedenle, aldatılan tarafın “*illiyet bağına isbat yükü hafifletilmeli, hayat tecrübelerine göre yumuşatılmalı, hayat tecrübelerine göre karinelerin oluştuğu dikkate alınmalıdır*” (bkz. Akyol, **BG**, s. 282’den naklen; aynı görüşte Kurşat, **a.g.e.**, s. 139). Hemen hemen bu görüşte olan Bucher’a göre ise, aldatılanın aldatma fiilini ispat etmesiyle birlikte, kural olarak nedensellik bağına bulunduğu ilişkin bir karine ortaya çıkmaktadır ve bu sefer aldatanın bunu çürütmesi gerekmektedir. Ancak somut olay dikkate alındığında, ilgili aldatma, bu tür bir sözleşmenin yapılması kararında belirleyici olmayacak önemsiz noktalara ilişkinse, durum farklı olacaktır (Bucher, **AT**, s. 221).

¹⁰⁵⁶ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 26. Öte yandan doktrinde bir görüşe göre, bir sözleşme tarafının kanundaki açık bir hüküm gereğince karşı tarafı aydınlatma yükümü bulunmaktaysa (örneğin TKHK’daki bu yönde öngörölmüş hükümler), bu yüküm yerine getirilmediği takdirde, bu kimsenin karşı tarafı aldatmış olduğu sonucuna varılmalı ve böylece bu kimse, olayda aldatma şartlarının bulunmadığının ispat yükünü taşımalıdır (Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 110 ve orada dn. 228; aydınlatma yükümüne aykırılık edildiği her durumda, burada her zaman aldatmanın varlığından söz edilemeyeceği, zira aldatma için, aldatanın ayrıca bu yükümü kasten yerine getirmemiş olması gerektiği gerekçesiyle bu yaklaşıma karşı çıkan görüş için bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 54 dn. 257).

2. Yanılma ve Korkutma

TBK m. 37 ve m. 38’de (OR m. 29, 30) düzenlenen “korkutma” (ikrah, *Furchterregung*), irade özerkliğine yaptığı etki bakımından en ağır irade bozukluğu halidir. Bu nedenle, kanun koyucu, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmiş korkutma fiilinde, sözleşmenin iptal edilebilmesi için sözleşmenin diğer tarafının bu korkutmayı bilmesi ya da bilmesi gerekmesi şartını dahi aramamıştır¹⁰⁵⁷.

Korkutmada, bir kimse, bir başkasını hukuka aykırı şekilde tehdit ederek, eğer irade açıklamasında bulunmazsa, kendisinin ya da yakınlarından birisinin kötülüğe uğrayacağı konusunda düşünmesini sağlamakta ve inandırmaktadır¹⁰⁵⁸. Karşı tarafta korku uyandıran tehdit, olumlu bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, olumsuz bir davranışla da ika edilebilir¹⁰⁵⁹. Fakat hemen işaret edelim ki, korkutmanın varlığı için, tehdidin psikolojik bir zorlama (*vis compulsiva*) ile yapılması gerekir. Yoksa karşı tarafın fiziksel zorlama (*vis absoluta*) ile tehdit edildiği hallerde, ortada bir irade açıklaması dahi bulunmamaktadır¹⁰⁶⁰. Dolayısıyla, bu olasılıkta sözleşme de meydana gelmeyecektir.

Söz konusu tehdidin açık şekilde (göstere göstere) yapılması veya örtülü şekilde (jestler, imalar ve mimiklerle) yapılması mümkündür¹⁰⁶¹. Korkutulana sözleşme yapmaya yönelten tehdit, kendisinin ve yakınlarının kişi varlığını ilgilendirebileceği

¹⁰⁵⁷ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 1; Schwenzer, **AT**, N. 38.13; Korkutulana tanınan bu denli geniş hukuki korumanın bir diğer nedeni, aldatma ve yanılmanın aksine, korkutmada, korkutulana hiçbir özensizlik isnad edilemeyecek olmasıdır (Serozan, **Medeni**, s. 384, 385).

¹⁰⁵⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 325; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 874; Schwenzer, **AT**, N. 38.14; Klausberger, **a.g.e.**, s. 37; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 471; Eren, **BG**, s. 419; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 113, 114; Harun Demirbaş, **Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 4, 5; Ahmet Karakocalı, **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)**, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 54; Ersin Sevindik, **İkrah**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 18. Klausberger’e göre, sadece yaratılan korkuda değil, ayrıca var olan bir korkunun daha da şiddetlendirilmesi veya devamının sağlanması hallerinde de korkutma hükümleri uygulama alanı bulacaktır (Klausberger, **a.g.e.**, s. 37).

¹⁰⁵⁹ Klausberger, **a.g.e.**, s. 40; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 472; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 449; Eren, **BG**, s. 421; Karakocalı, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁰⁶⁰ Bucher, **AT**, s. 224; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 325; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 29 N. 3; Schwenzer, **AT**, N. 38.14; Klausberger, **a.g.e.**, s. 39; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 449; Eren, **BG**, s. 420; Demirbaş, **Korkutma**, s. 7, 8.

¹⁰⁶¹ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 5.

gibi, mal varlığına yönelik de olabilir¹⁰⁶². Ancak her hâlükârda, bu tehdidin, karşı tarafta ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin bulunduğu kanaatini uyandırması gerekir. Bu bağlamda, objektif açıdan makul bir tehlike söz konusu olmasa dahi, korkutulanın (yaşı, mesleği, eğitim seviyesi vb. özellikleri dikkate alındığında) sübjektif olarak bu yönde bir tehlikenin gerçekleşeceğine inanması, korkutmanın varlığı için yeterlidir¹⁰⁶³. Korkutmanın varlığı için ayrıca, tehditle oluşturulmuş irade ile sözleşmenin kurulması arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Diğer bir ifadeyle, korkutulan, ilgili irade açıklamasını tehdidin yol açtığı korku sonucunda yapmış olmalıdır. Bu nedensellik bağının; korkutulanın, korkmuş olmasaydı hiç yapmayacağı bir sözleşmeyi yapmış olması (asli korkutma, *metus causam dans*) veya normalde başka şartlarla yapacağı sözleşmeyi korkutma sonucunda bu içerikte yapmış olması (tali korkutma, *metus incidens*) şeklinde kurulması mümkündür¹⁰⁶⁴.

Korkutulanın iradesi, karşı tarafın tehdidi sonucunda, daha açık bir anlatımla, karşı tarafın kendisine veya yakınlarına zarar vereceğine ilişkin ağır ve yakın bir tehlikenin bulunduğu korkusuyla oluşmaktadır. Ancak fiziksel zorlamadan farklı olarak, onun yine de bir seçim şansı vardır; ya tehlikenin sonuçlarını göze alacak ya da korkusuna boğun eğerek “istemeye istemeye” de olsa sözleşmeyi yapacaktır¹⁰⁶⁵. Şu halde, iki kötünden daha az zararlısı olduğunu düşünerek sözleşmeyi yapan korkutulanın, iradesi oluşum aşamasında sakatlanmaktadır¹⁰⁶⁶. Fakat hemen işaret edelim ki, saikte yanılma ile korkutmanın herhangi bir noktada örtüşme imkanı bulunmamaktadır¹⁰⁶⁷. Zira korkutmada, kişi, kendi karar verme özgürlüğüne hukuka

¹⁰⁶² Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 879; Schwenzer, **AT**, N. 38.19; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 473; Eren, **BG**, s. 423; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 115; Karakocalı, **a.g.e.**, s. 61, 62.

¹⁰⁶³ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 4; Schwenzer, **AT**, N. 38.15.

¹⁰⁶⁴ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 10; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 874; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 476; Eren, **BG**, s. 424; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 116; Demirbaş, **Korkutma**, s. 10, 11; Karakocalı, **a.g.e.**, s. 70. Tali korkutmada, aldatmadaki gibi, TBK m. 27/2'nin (OR m. 20/2) kıyasen uygulanacağı ve fakat korkutan tarafa, farazi iradenin kısmi iptal yönünde olmadığını ispatlama şansı verilmeyeceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin tamamen iptal edilmesi ya da kısmen iptal edilmesi tamamen korkutulanın kararına bağlıdır (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 12; Schwenzer, **AT**, N. 39.09; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 884; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 836).

¹⁰⁶⁵ Klausberger, **a.g.e.**, s. 37; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 471; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 449; Önen, **a.g.e.**, s. 62; Demirbaş, **Korkutma**, s. 22; Karakocalı, **a.g.e.**, s. 67.

¹⁰⁶⁶ Klausberger, **a.g.e.**, s. 39; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 471; Eren, **BG**, s. 420.

¹⁰⁶⁷ Ne var ki, Yargıtay'ın şu kararında söz konusu gerekli ayırım gözetilmemiştir; “davaya konu senedi imzalayıp davalıya vermek zorunda kaldığı, bu durumda senedin B.K.nun 23,28,29 ve 31. maddeleri gereğince hata, baskı ve tehdit sonucu davalıya verildiği ve hukuken geçersiz olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne”. Keza aynı sonuç korkutma ve aldatma açısından da geçerli olup,

aykırı şekilde müdahale edildiğinin farkında olduğundan, onun yanılmasından söz edilemez¹⁰⁶⁸. Bununla birlikte, aldatma konusunda belirttiğimiz üzere, korkutmada da, irade ile açıklama arasında herhangi bir uygunsuzluğun ortaya çıkma ihtimali gündeme gelmez. Görülmektedir ki, korkutma ile yanılma hükümleri arasında tümüyle bir dışlama ilişkisi mevcuttur¹⁰⁶⁹.

Korkutma ile yanılma kurumları arasında karşılaştırma yapıldığında şu farklar dikkat çekmektedir. Birincisi, yanılmada, sözleşmeyi iptal eden yanılanın, kusurun varlığına bağlı olarak tazminat ödeme yükümü gündeme gelirken; korkutmada, işin doğası gereği korkutan tazminat ödeyecektir. Eğer korkutan sözleşmenin karşı tarafıysa, ona karşı dermeyeran edilecek tazminat talebi, hem *culpa in contrahendo* sorumluluğuna hem de haksız fiile dayanmakta ve korkutulanın bu yönde seçim hakkı bulunmaktadır. Üçüncü kişinin korkuttuğu ihtimalde ise, ondan haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat talep edilecektir¹⁰⁷⁰. Şayet, üçüncü kişinin korkutmasını, karşı taraf bilmiyorsa ve bilmesi gerekmiyorsa, korkutulanın sözleşmeyi iptal etmesi halinde karşı tarafa ödeyeceği tazminat, aldatma veya yanılmadaki tazminat ödeme yükümü gibi kusur sorumluluğuna değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine (hakkaniyet sorumluluğuna) dayanmaktadır¹⁰⁷¹.

yine aynı kararda bu nokta da gözden kaçırılmış ve korkutma ile aldatma olgusunun aynı anda söz konusu olabileceği yönünde ifadeler kullanılmıştır; “davacı vekili, müvekkilinin dava dışı B. E.’a sattığı kamyonla davalının sahibi olduğu şirketin 16 ton şekerinin taşındığını, şekerin yerine teslim edilmeyerek kamyonun emniyeti kötüye kullanma suçunun işlenmesinde kullanıldığını, davalının müvekkili hakkındaki şikayetinden vazgeçmesi karşılığında korku ve hile ile müvekkiline 4.7.2007 vade tarihli ve 30.000,00 YTL bedelli senedi imzalattığını ileri sürerek senetten dolayı davalıya borçlu olunmadığının tespiti karar verilmesini talep ve dava etmiştir” (Y. 19. HD., 2.3.2011, E. 2010/6891, K. 2011/2703 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁶⁸ Aynı yönde bkz. Brox / Walker, **AT**, N. 464; Demirbaş, **Korkutma**, s. 23; Sevindik, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁰⁶⁹ Aynı şekilde, korkutma ile aldatma arasında da yarışma ilişkisinin ortaya çıkma ihtimali bulunmamaktadır (Eren, **BG**, s. 420; Demirbaş, **Korkutma**, s. 24; Kurşat, **a.g.e.**, s. 147).

¹⁰⁷⁰ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 13; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 478; Eren, **BG**, s. 424; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 116, 117; Demirbaş, **Korkutma**, s. 36.

¹⁰⁷¹ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 13; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 117; Eren, **BG**, s. 424. Burada kusursuz sorumluluk bulunduğu görüşünde bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 451; Melisa Sürücü, “İrade Sakatlığı Hallerinde İyiniyetin Korunması”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 673-697, s. 686.

Burada akla gelebilecek bir diğer olasılık, acaba korkutulanın, üçüncü kişinin korkutmasını bilen ya da bilmesi gereken karşı taraftan herhangi bir tazminat isteyebilmesi mümkün müdür? Bir görüşe göre, burada sözleşmenin karşı tarafının kusuru ya da hukuka aykırı bir fiili olmadığından herhangi bir tazminat ödeme yükümü de söz konusu değildir (Eren, **BG**, s. 424). Kanaatimizce, eğer karşı taraf üçüncü kişinin korkutmasını bilerek sözleşme ilişkisine giriyorsa, ayrıca kendisi de üçüncü kişi tarafından korkutulmadığı sürece, onun korkutulana karşı *culpa in contrahendo* sorumluluğu bulunduğunu söylemek mümkündür. Zira bu kimse, karşı tarafın korkutulduğunu bilmesine ve kendisinin tehdit altında bulunmamasına rağmen, yine de ilgili sözleşmeyi yapıyorsa,

TBK m. 34/2'nin korkutma hallerine kıyasen uygulanması, aldatma konusunda belirttiğimiz aynı gerekçe dolayısıyla (ve hatta *a fortiori*) mümkün değildir. Diğer taraftan, TBK m. 72/2 uyarınca korkutulan kimsenin, sözleşmeyi kanunen onamış sayıldığı hallerde, kendisine yapılan ifa talebine karşılık “korkutma defî” ileri sürerek edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı bulunmaktadır. Aldatma kısmında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

3. Yanılma ve Aşırı Yararlanma

TBK m. 28'de (OR m. 21) düzenlenen aşırı yararlanma (*Übervorteilung*) halinde, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, sözleşmenin güçlü olan tarafı, zayıf tarafın içinde bulunduğu zor durumdan, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden bilerek yararlanarak (istismar ederek) edimler arasında açık bir oransızlık yaratmaktadır¹⁰⁷². Kuşkusuz, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünün esas olduğu liberal hukuk sistemlerinde ve serbest piyasa ekonomilerinde, edimler arasındaki denge, serbest rekabet ve müzakereler çerçevesinde oluşur. Dolayısıyla, edimler arasında ortaya çıkan oransızlıklar da kural olarak sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olup, salt bir oransızlığın varlığı, herhangi bir hukuki denetimi haklı kılmaz. Ancak

karşı tarafla arasındaki TMK m. 2 çerçevesinde oluşan güven ilişkisini (karşı tarafı zarardan uzak tutma yükümünü) ihlal etmektedir. Dolayısıyla, bu olasılıkta korkutulan, zararının tazmini için dilerse üçüncü kişiye, dilerse sözleşmenin karşı tarafına gidebilecektir. Ancak şüphesiz, üçüncü kişinin kusuru, korkutmayı bilen karşı tarafın kusurundan daha ağır olacaktır. Bununla birlikte, korkutmayı bilen karşı tarafın, tazminat ödedikten sonra, korkutan üçüncü kişiye rücu edebilmesi mümkündür.

¹⁰⁷² Claire Huguenin / Barbara Meise, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 19-21 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015, Art. 21 N. 1; Seda İrem Çakırca, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, s. 2, 3; Selmani Okumuş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 60; Vedat Buz, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, **BATİDER**, C. XIX, S. 4, 1998, s. 53-81, s. 60; Burcu Kalkan, **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 51. Öte yandan, aşırı yararlanılan kimsenin irade özerkliğine gölge düşüren hallerin kanunda sınırlayıcı olarak mı belirtildiği, yoksa bu üç durumdan başka bir halin de aşırı yararlanmaya yol açabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Birinci görüş (Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 21 N. 13; Feyzioğlu, **BG**, s. 254; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 238; Schwarz, **BG**, s. 351; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 383; ve Okumuş, **a.g.e.**, s. 119 dn. 185'de anılan yazarlar), sınırlı bir sayımı kabul etmekte iken; bizce de üstün tutulması gereken ikinci görüş göre, *ratio legis*'den hareketle, bu halleri örnekleyici bir sayım olarak görmek daha isabetli olacaktır (Bucher, **AT**, s. 233; Schwenzer, **AT**, N. 32.51; Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 19-22 OR**, Bern: Stämpfli, 1991, Art. 21 N. 35; Huguenin / Meise, **BasKomm**, 21 N. 10; Huguenin, **AT**, N. 445; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 738; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 489, 490; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 851).

sözleşmenin bir tarafının ekonomik, politik, psikolojik veya entelektüel açılardan zayıf konumunun istismara karşı korunması ihtiyacı bulunduğu durumlarda, hukuk düzeni, sosyal adalet ilkesi gereğince bu şekilde kurulmuş sözleşmelere çeşitli yaptırımlarla müdahale etmektedir¹⁰⁷³.

Aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabilmesi için üç şartın bir arada bulunması gerekir¹⁰⁷⁴: (i) Karşılıklı edimler arasında açık oransızlık (objektif şart), (ii) bir tarafın zor durumda olması, düşüncesizliği, deneyimsizliği gibi nedenlerle tam bir irade özerkliğine sahip olmaması (sömürülene ilişkin sübjektif şart), (iii) karşı tarafın bilerek ve isteyerek bu durumdan yararlanması (sömürmesi) (sömürene ilişkin sübjektif şart).

Aşırı yararlanmanın hukuki niteliği doktrinde hayli tartışmalıdır. Bu konunun aydınlatılması, aynı zamanda aşırı yararlanma ile yanılma kurumu arasındaki etkileşimin ve zaman zaman ortaya çıkabilecek kesişme hallerinin belirlenmesine de hizmet edeceğinden, burada çeşitli görüşlere kısaca değinmeyi uygun görmekteyiz. Bu konudaki hâkim görüşe göre¹⁰⁷⁵, aşırı yararlanma, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. İkinci görüşe göre¹⁰⁷⁶, aşırı yararlanma irade bozukluğu niteliğindedir.

¹⁰⁷³ Bucher, **AT**, s. 228; Eren, **BG**, s. 435, 436; Çakırça, **a.g.e.**, s. 11 vd.; Okumuş, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Buz, **Gabin**, s. 53 vd.

¹⁰⁷⁴ Bucher, **AT**, s. 231 vd.; Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 1; Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 16 vd.; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 343; Schwenzer, **AT**, N. 32.50 vd.; Çakırça, **a.g.e.**, s. 130 vd.; Okumuş, **a.g.e.**, s. 85 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 483; Eren, **BG**, s. 437 vd.

¹⁰⁷⁵ Bu görüşün gerekçeleri ise şu şekildedir: Öncelikle, aşırı yararlanma kurumu (TBK m.28, OR m. 21), kanunda “*F. Sözleşmenin İçeriği*” başlığı altında düzenlenmiş ve TBK m. 26 (*I. Sözleşme Özgürlüğü* başlıklı, OR m. 19) ve TBK m. 27 (*II. Kesin Hükümsüzlük* başlıklı, OR m. 20) maddelerinden hemen sonra konumlanmıştır. Dolayısıyla, TBK m. 30 vd.’ndaki (OR m. 23 vd.) irade bozuklukları arasında öngörülmemiş olan aşırı yararlanmanın, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğu kabul edilmelidir (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 343; Feyzioğlu, **BG**, s. 249; Akyol, **BG**, s. 179; Çakırça, **a.g.e.**, s. 62; Kalkan, **a.g.e.**, s. 51). Öte yandan, aşırı yararlanmanın ne tür bir sözleşme özgürlüğü sınırlaması olduğu konusunda; bağımsız bir sınırlama olduğu, ahlaka aykırılıktan kaynaklanan bir sınırlama olduğu ve kamu düzenine aykırılıktan doğan bir sınırlama olduğu gibi alt görüşler de bulunmaktadır (bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 480 vd.; Okumuş, **a.g.e.**, s. 63, 64; Çakırça, **a.g.e.**, s. 59 vd.).

¹⁰⁷⁶ Bu görüşe göre, aşırı yararlanma hallerinin çoğunda aynı zamanda bir irade bozukluğunun ortaya çıkması mümkündür. Zira zayıf durumundan faydalanan kimsenin sağlıklı bir iradeyle sözleşme ilişkisine girdiği söylenemez. Ayrıca, aşırı yararlanma bir sözleşme özgürlüğü sınırlaması sayılsaydı, bunun hukuki sonucunun, tıpkı TBK m. 27’de (OR m. 20) olduğu gibi kesin hükümsüzlük olması gerekirdi. Ne var ki, TBK m. 28’de (OR m. 21) aşırı yararlanmanın yaptırımı, diğer irade bozuklukları için öngörülen yaptırımla aynı şekilde (iptal edilebilirlik) düzenlenmiştir (bkz. von Büren, **a.g.e.**, s. 226; Birsan, **a.g.e.**, s. 78, 79). Bu noktada belirtelim ki, aşırı yararlanmanın yaptırımı ile irade bozuklukları için öngörülmüş olan yaptırımın hukuki niteliğinin özdeş ya da farklı olup olmadığına ilişkin doktrinde hâlâ fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Kanaatimizce, birçok durumda irade bozuklukları ile yarışmak durumunda kalacak aşırı yararlanma halleri ile irade bozukluğu halleri arasında farklı bir yaptırım sistemi benimsemek (örneğin bkz. Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 138) savunulabilir bir görüş değildir (aynı yönde bkz.

Üçüncü görüşe göre ise, aşırı yararlanma, TBK m. 26, 27 ile TBK m. 30 vd. (OR m. 19, 20 ve 23 vd.) arasında düzenlenmekte ve böylece sözleşme özgürlüğünün sınırlanması ile irade bozukluğu arasındaki “gri alanda”¹⁰⁷⁷ yer almaktadır. Diğer bir deyişle, toplumun genel menfaatleri ile bireyin özel menfaatinin birleştiği “dikiş yerini”¹⁰⁷⁸ oluşturmaktadır. Gerçekten de, aşırı yararlanma kurumu; bir taraftan, hukuki gerekliliğini sosyal adalet ve zayıf durumda olanın korunması düşüncesinden alarak sözleşme özgürlüğünün sınırını çizmekte; diğer taraftan da, sömürülen kimsenin subjektif durumunu dikkate alarak, bu kimsenin işlem iradesini sağlıklı şekilde oluşturmamış olması ile ilgilenmektedir¹⁰⁷⁹. Zira aşırı yararlanma olgularında, çoğu zaman irade bozukluklarının şartları da gerçekleşebilmektedir.

Yanılma ile aşırı yararlanma kurumları arasındaki ilişkiyi incelediğimizde, öncelikle iki halde de, yanılan veya sömürülenin kendileri için elverişsiz ve menfaatlerine aykırı bir sözleşme ile bağlı oldukları görülmektedir. Ancak yanılma, kişinin kendi etki alanından kaynaklanmaktayken, aşırı yararlanmada, kişinin mevcut şartlarla sözleşme ilişkisine girmesi bizzat diğer tarafın sömürüsünün bir sonucudur. Bununla birlikte, birçok halde hem yanılmanın hem de aşırı yararlanmanın birbiriyle örtüşmesi ihtimali söz konusudur. Ancak öncesinde şu noktaya dikkat çekelim ki, aşırı yararlanma kurumunun yapısı gereği, hiçbir zaman açıklamada yanılmalar ile yarışma

Bucher, **AT**, s. 234; Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 2; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 494; Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 307). Ancak biz, konumuzu doğrudan ilgilendirmede için bu tartışmalara daha fazla girmemeyi tercih ederek, bu doğrultuda yollama yapmakla yetiniyoruz. Bu konuda bkz. Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 15 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 494; Okumuş, **a.g.e.**, s. 159 vd.

Diğer taraftan, OR 2020 tasarısında ise, aşırı yararlanmanın, bir irade bozukluğu hali olarak, yanılma, aldatma ve korkutmanın hemen sonrasında m. 41’de düzenlendiği görülmektedir (bu konuda bkz. Ernst, **OR 2020**, Art. 41 N. 2 vd.). Yine, önemli bir değişiklik de m. 42’de öngörülmüştür. Buna göre, aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için öngörülmüş olan 1 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı, karar verme özgürlüğüne yapılan etkinin sona ermesi anıdır. Oysaki şu an yürürlükte bulunan OR m. 21/2’de, bu sürenin sözleşmenin kuruluşundan itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmektedir. Göze çarpan bir diğer husus da, sömürülene “edimler arası oransızlığın” giderilmesini sağlama yönünde bir hakkın (bu imkan OR m. 21’de de yoktur) tanınmamış olduğudur (Bkz. Ernst, **OR 2020**, Art. 38 N. 3). Buna karşın, TBK m. 28/1’de ise, sömürülen tarafın bu yönde bir hakkı olduğu açıkça düzenlenmektedir.

¹⁰⁷⁷ Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 1; Huguenin, **AT**, N. 452 (yazar ayrıca, aşırı yararlanmanın, OR m. 19-20’deki içerik bozuklukları ile OR m. 23 vd.’ndaki irade bozuklukları için öngörülmüş unsurların bir kombinasyonu olduğunu belirtmektedir); Okumuş, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁰⁷⁸ Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 5; Schwenzer, **AT**, N. 32.48; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 479.

¹⁰⁷⁹ Bucher, **AT**, s. 229; Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 1; Schwenzer, **AT**, N. 32.48; Huguenin, **AT**, N. 452; aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğunu belirtmekle birlikte, aynı zamanda aşırı yararlanma ile irade bozuklukları arasında sıkı bir ilişki bulunduğu dikkat çeken Kocayusufpaşaoğlu da bu görüşe dahil edilebilir (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 479); aynı şekilde bkz. Okumuş, **a.g.e.**, s. 64-70.

ilişkisi gündeme gelmeyecektir. Zira muhatabın, açıklama sahibinin gerçek iradesine uymayan bir açıklamada bulunmasına neden olan düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini fark etmiş olması halinde, ilgili irade açıklamasını artık kendi anlayışına göre anlamlandırma imkanı bulunmamaktadır. Bu halde, sözleşme, güven ilkesi gereğince ya sömürülenin (açıklama sahibinin) gerçek iradesine göre kurulacak ya da gerçek iradenin tespit edilemediği durumda kurulmayacaktır.

Şu halde, aşırı yararlanma ile yanılgı arasındaki kesişim alanı, sadece saikte yanılgılarla ilgili ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, örneğin düşüncesizlik ve deneyimsizlik olgularında, karşı taraf bu durumu fırsat bilerek edimler arasında oransızlık yaratmışsa, burada aşırı yararlanma dışında esaslı saikte yanılgının şartlarının da gerçekleşmesi mümkündür¹⁰⁸⁰. Ancak belirtelim ki, saikte yanılgıya (veya diğer irade bozukluklarına) dayanılması için, sözleşmede “edimler arası açık oransızlık” bulunup bulunmaması şart değildir.

Düşüncesizlik (hiffet, *Leichtsinn*) durumunda kişi, rahatlığı veya umursamazlığı nedeniyle, yapacağı sözleşmenin kendisi için ne gibi sonuçları olacağını gereği gibi ciddiye almamaktadır¹⁰⁸¹. Görüleceği üzere bu olasılıkta, düşüncesiz kişi, fayda-maliyet analizi yapmaktan aciz bir şekilde iradesini açıklamaktadır. Deneyimsizlikte (tecrübesizlik, *Unerfahrenheit*) ise, kişi; yaşı, eğitim durumu, bilgi eksikliği, yetiştiği çevre, meslek hayatı gibi etkenler nedeniyle, sözleşmedeki menfaatini değerlendirmek

¹⁰⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 479, 480 dn. 4; Okumuş, **a.g.e.**, s. 70, 71; Çakırca, **a.g.e.**, s. 54, 55; Yargıtay’ın bir kararına konu olan uyumsuzlukta, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan davacı, yüklenicinin kendi tecrübesizliğinden yararlandığını ve bunu sonucunda edimler arasında açık oransızlığın meydana geldiğini ileri sürerek, yanılgı, aldatma ve aşırı yararlanmaya dayanarak yolsuz tescilin düzeltilmesini ve taşınmazın kendi adına tescilini talep etmiştir. Mahkeme şu ifadelerle davayı kabul etmiştir: “*Dava konusu olayda, hataya düşürüldüğünü ileri süren ve gabine dayanan davacı, dosyada mevcut nüfus kayıtlarına göre 01.01.1931 doğumlu bir kadın olup, okur yazar olmadığı da noterde yapılan tespitlerden anlaşılmaktadır. Bu haliyle inşaat yapım işlerinde tecrübesiz bulunduğu tartışmasızdır.*” (Y. 15. HD., 12.9.2007, E. 2006/4666, K. 2007/5275, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Diğer taraftan, Yargıtay’ın bazı kararlarında, yanılgı ve aldatma ile birlikte aşırı yararlanmaya dayanılması imkanının kabul edilmemesi hukuki bakımdan temelsizdir; “*Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Hile, hata ve gabin kavramları değişik nitelik taşıyan ve birbirlerine benzemeyen hukuksal müesseselerdir. Aynı davada hem hile ve hataya, hem de gabine dayanılması mümkün değildir. O halde, davacıdan hile ve hata hukuksal nedenine mi yoksa gabin hukuksal nedenine mi dayandığının açıklattırılması ve davanın belirtilen sebeplerden birisine hasredilmesi zorunludur*” (Y. 1. HD., 15.11.1982, E. 1982/13003, K. 1982/13131; aynı şekilde bkz. Y. 1. HD., 13.3.1981, E. 1981/3563, K. 1981/3141, Özkaya, **a.g.e.**, s. 50 vd., 55).

¹⁰⁸¹ Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 44; Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 13; Schwenzer, **AT**, N. 32.52; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 486; Eren, **BG**, s. 439, 440; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 136; Okumuş, **a.g.e.**, s. 125; Çakırca, **a.g.e.**, s. 159; Kalkan, **a.g.e.**, s. 125, 126.

için gerekli olan tecrübeden yoksundur¹⁰⁸². Bu bakımdan, düşüncesiz ve deneyimsiz olduğu için sömürülen ve böylece kendi aleyhine bir sözleşme yapmış olan kimse, eğer olayda esaslı saikte yanılmanın şartları da mevcutsa, ister aşırı yararlanma isterse yanılma hükümlerine dayanabilecektir. Ancak şu farka dikkat çekelim ki, aşırı yararlanma çerçevesinde, kişinin kendi düşüncesizliğinin ve deneyimsizliğinin farkında olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, karşı tarafın bu durumdan bilerek yararlanması ve böylece edimler arası açık bir dengesizlik yaratmasıdır. Oysaki yanılmanın varlığı için, kişinin, belirli bir duruma ilişkin tasavvurunun farkında olmadan gerçeğe uygun olmaması ve bunun doğruluğundan emin olması gerekir. Buna bağlı olarak, kişinin yanılabilmesi konusundaki şüphesi dahi, yanılma kavramını bertaraf etmektedir. Dolayısıyla, düşüncesizlik ve deneyimsizlik nedeniyle ortaya çıkan her aşırı yararlanma olgusunda, *per se* bir yanılmanın var olduğu sonucuna varılmamalıdır¹⁰⁸³.

¹⁰⁸² Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 40; Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 12; Schwenger, **AT**, N. 32.52; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 486; Eren, **BG**, s. 440; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 136; Okumuş, **a.g.e.**, s. 129; Çakırca, **a.g.e.**, s. 162; Kalkan, **a.g.e.**, s. 127, 128.

¹⁰⁸³ Yargıtay'ın kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, üzerinde paylı mülkiyet bulunan taşınmaz, davacı A'nın ve diğer paydaşların rızasıyla, bu taşınmazı üniversite kampüsüne eklenmek istediklerini belirten Üniversite mütevelli heyeti üyesi B'ye (davalı) rayiç değerinin altında bir bedelle satılmıştır. Daha sonra A, bu satışa, B'nin eğer söz konusu taşınmazın satışı gerçekleşmezse Üniversite'nin kamulaştırma yetkisi olduğu yönündeki baskılar sonucunda rıza verdiğini ve ayrıca uzun yıllar yurtdışında yaşadığından, kendisinin taşınmazın gerçek değerini öngörebilecek bir tecrübesinin ve bilgisinin olmadığını iddia etmiştir. Bu iddialardan hareketle A, B ile arasındaki sözleşmenin aşırı yararlanma, aldatma ve yanılma nedeniyle sakat olduğunu öne sürerek tapu iptalini (sicilin düzeltilmesini) ve tescilini talep etmiştir. Yargıtay, meseleyi öncelikle aşırı yararlanma açısından incelemiş ve A'nın varlıklı olması nedeniyle tecrübesizliğinden (deneyimsizliğinden), zor durumda kalmış olmasından veya düşüncesizliğinden bahsedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme'ye göre, kamulaştırma yetkisine sahip olan Üniversite'nin mütevellisi B, yasal bir hakkını kullanacağını ileri sürerek sözleşme yapmış olduğundan olayda aldatmanın varlığından söz etme imkanı yoktur. Olaya son olarak yanılma açısından yaklaşan Mahkeme, A'nın açıklaması ile gerçek iradesi arasında uygunsuzluk bulunup bulunmadığını incelemiş ve tanık delillerinden hareketle, sözleşme kurulmadan önce taşınmazın değerine ilişkin fiyat araştırması yaptığı görülen A'nın hataya düşmediğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin A'nın talebinin reddine yönelik kararı sonuç itibarıyla yerinde olmakla birlikte, bazı noktaların gözden kaçırıldığını söylemek mümkündür. Aşırı yararlanma açısından konuşursak, sırf A'nın varlıklı olması gerçeği, onun taşınmaz satışına ilişkin deneyimsiz olmayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, A'nın deneyimsiz olmadığı ve böylece aşırı yararlanmanın şartlarının gerçekleşmediği ifadesi, olaydaki diğer veriler ışığında (fiyat araştırması yapılmış olması) isabetli olmasına rağmen, tek başına A'nın varlıklı olması olgusuyla gerekçelendirilemez. Öte yandan, yanılma konusunda, Mahkeme'nin sadece açıklamada yanılma açısından inceleme yaptığı görülmektedir. Öncelikle belirtelim ki, olayda A'nın dayandığı ve asıl incelenmesi gereken yanılma türü saikte yanılma (daha özelde "değerde yanılma"). Zira A'nın ileri sürdüğü diğer irade bozukluklarında da görüleceği üzere, iddia edilen sakatlığın taşınmaz satışına etki ettiği aşama, açıklama aşaması değil, iradenin oluşumu aşamasıdır. Diğer taraftan, Mahkeme'nin hiç gerek olmamasına rağmen açıklamada yanılma bakımından ulaştığı sonucun da eksik olduğu görülmektedir. Şöyle ki, A'nın fiyat araştırması yapmış olması ve böylelikle taşınmazın gerçek değerini bilmesi, açıklamada yanılmanın ortaya çıkmasına engel değildir. Zira açıklamada

Diğer taraftan, aşırı yararlanmaya dayanarak sözleşmenin iptal edilmesi halinde, sömüründen *culpa in contrahendo* temelinde tazminat talep edilebilmesi mümkündür¹⁰⁸⁴. Fikrimizce, aşırı yararlanma ile yanılmanın yarıştığı olasılıklarda, sözleşmeyi yanılmaya dayanarak iptal eden yanılana da, karşı taraftan bu yönde bir tazminat talep etme imkanı tanınmalıdır¹⁰⁸⁵. Yalnız bu yarışmada dikkat edilmesi gereken, aşırı yararlanma halinde, TBK m. 28/2 gereğince sömürülen kimsenin iptal hakkının sözleşmenin kurulmasından itibaren işlemeye başlayacak olan 5 yıllık mutlak hak düşürücü süreye tabi olmasıdır. Dolayısıyla, yanılmaya dayanan açısından sözleşmenin iptalini sınırlayan özel olarak düzenlenmiş bir üst süre bulunmamaktayken; aşırı yararlanma kurumunda, şayet sözleşmenin kurulmasından itibaren 5 yıl geçmişse, sömürülen kimsenin iptal hakkı düşmektedir. Öte yandan, her iki kurum açısından aynı nispi hak düşürücü süre geçerlidir; buna göre, sömürülen “*bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği... tarihten itibaren başlayarak bir yıl*” (TBK m. 28/2); yanılan ise yanılmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde kullanmalıdır.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus, ispat yükü ve kapsamıdır. Daha önce değinildiği üzere, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, yanılanın TBK m. 32’deki esaslılık şartlarını ispatlaması gerekir. Aynı şekilde, aşırı yararlanmada da ispat yükü, sözleşmeyi iptal etmek isteyen sömürülenin üzerindedir.

yanılmada söz konusu olan, yanılanın “açıklama sırasında” farkında olmadan gerçek iradesinden (taşınmazın gerçek değerine ilişkin saikin etkisiyle oluşmuş iradede) sapan bir açıklamada bulunmasıdır. Dolayısıyla, teorik olarak A’nın, taşınmazın gerçek değerine ilişkin iradesini açıklarken dikkatsizlik veya dalgınlık vb. sebeplerle açıklamada yanılması mümkündür. Fakat olayda böyle bir yanılma halinin mevcut olmadığını tekrar belirtelim. Diğer taraftan, asıl incelemesi gereken saikte yanılma konusunda ise, A’nın taşınmazın gerçek değerini bildiği (hatta bu değere ilişkin şüphe içinde olduğu) bir olasılıkla, zaten yanılmadan söz açılmasına imkan yoktur. Yok eğer A’nın taşınmazın değerine ilişkin gerçekten hataya düştüğü sabitse, bu sefer de söz konusu yanılmanın (değerde yanılmanın) esaslılık şartlarını taşımadığı sonucuna varılmalıdır (değerde yanılma konusunda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, b). Karar için bkz. Y. 1. HD., 23.3.2010, E. 2010/12567, K. 2010/3259 (Yavuz, **TBK Şerh**, m. 30 s. 357 vd.).

¹⁰⁸⁴ Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 61; Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 18; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 347; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 497; Eren, **BG**, s. 443; Nomer, **BG**, N. 70; Okumuş, **a.g.e.**, s. 188; Çakırca, **a.g.e.**, s. 151; Haluk Nami Nomer, “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest midir?”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 637-649, s. 641.

¹⁰⁸⁵ Aynı sonuç, aldatma ile yanılmanın yarıştığı durumlarda veya aldatma ağırlığında olmasa dahi, bir tarafın ihmaliyle karşı tarafın yanılmasına yol açtığı (örneğin bir tarafın diğerine karşı aydınlatma yükümünü kasten olmasa da ihmaliyle yerine getirmediği ya da ona ihmali yüzünden yanlış bilgi verdiği) hallerde de geçerlidir. Bu ihtimallerdeki hukuki sorumluluk temeli her zaman aynı olup, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde *culpa in contrahendo*’ya dayanmaktadır. Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, B, 1.

Bu bağlamda o, objektif bakımdan edimler arası açık oransızlığın varlığını ve bu oransızlığın, karşı tarafça zayıf durumunun sömürülmesinden kaynaklandığını ispat etmekle yükümlüdür¹⁰⁸⁶.

Aşırı yararlanmanın zor durumda kalan (müzayaka, *Notlage*) birisine karşı gerçekleştirildiği hallerde ise, yanıltma ya da aldatmanın ortaya çıkma imkanı bulunmamaktadır. Zor durumda kalma, bir kimsenin maddi ya da manevi olarak güç ve sıkıntılı bir durum içinde bulunmasıdır. Burada kişi, ekonomik, psikolojik veya ahlaki anlamda söz konusu olan bir tehlikeden korkmakta ve bundan kurtulmak için ölçsüz bir fedakârlığı göze almaktadır¹⁰⁸⁷. Dikkat edilirse, bu ihtimalde kişi, irade özerkliğine müdahale edildiğinin farkında olup, zor durumda kalmış olmanın verdiği mecburiyetle, “istemeye istemeye” sömürülmeyi kabul etmektedir. Dolayısıyla, sömürülenin ne yanıltmasından ne de aldatılmış olmasından bahsedilebilir¹⁰⁸⁸. Buna karşın, zor durumda kalma ile korkutmanın şartlarının bazı hallerde birlikte gerçekleşmesi mümkündür¹⁰⁸⁹.

İki kurum arasındaki bir diğer fark da, TBK m. 28’de öngörülmüş olan, sömürülen tarafın sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme hakkıdır¹⁰⁹⁰. Buna karşın yanılanın sözleşmeyi iptal etme hakkı

¹⁰⁸⁶ Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 24. Doktrinde bazı yazarlar, edimler arası oransızlık bulunduğu açık ve kesin şekilde belliyse, subjektif unsurların varlığının da karine olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedirler (bkz. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, 744).

¹⁰⁸⁷ Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 11; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 487; Okumuş, **a.g.e.**, s. 133; Kalkan, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁰⁸⁸ Aynı yönde bkz. Çakırca, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁰⁸⁹ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 14; Okumuş, **a.g.e.**, s. 135; Çakırca, **a.g.e.**, s. 57; Demirbaş, **Korkutma**, s. 26 vd.; Ancak buradaki hassas nokta, eğer bir tarafın korku içindeki zor durumu, bizzat aşırı yararlanan tarafça yaratılmamışsa, burada korkutmanın varlığından söz açılmayacak, sadece aşırı yararlanma hükümleri uygulanacaktır (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 29 N. 6).

¹⁰⁹⁰ Doktrinde, bazı yazarlarca, bu hakkın hukuki niteliğinin kısmi iptal olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, ilk olarak sözleşmenin aşırı yararlanma teşkil eden kısmı iptal edilir ve bu kısmın yarattığı boşluk ise, edimler arasındaki dengenin kanunun cevaz verdiği oranda sağlanmasıyla doldurulur (Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 48 vd.; Huguenin / Meise, **BasKomm**, 21 N. 16; Nomer, **Aşırı Yararlanma**, s. 639, 640; aynı görüşte bkz. Eren, **BG**, s. 441, 442; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 495, 496). Bu hakkın, yenilik doğuran hak niteliğinde sözleşmenin uyarlanması hakkı olduğu da savunulmaktadır (Buz, **Gabin**, s. 68; Çakırca, **a.g.e.**, s. 223). Bu hakkın niteliği ile ilgili açıklamalar için bkz. Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 49 vd.; Huguenin / Meise, **BasKomm**, 21 N. 16; Okumuş, **a.g.e.**, s. 175 vd.; Çakırca, **a.g.e.**, s. 208 vd., 223 vd.; Buz, **Gabin**, s. 64 vd. Diğer taraftan belirtelim ki, OR m. 21’de sömürülene sadece iptal hakkı tanınmakta, edimler arası oransızlığın giderilmesi hakkında bahsedilmemektedir. Ancak doktrindeki hâkim görüş, OR m. 20/2’de zikredilen kısmi hükümsüzlüğün kıyasen uygulanması yoluyla bu imkanı kabul etmektedir (Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 48, 49; Huguenin / Meise, **BasKomm**, 21 N. 16; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 754).

dışında, kural olarak doğrudan kullanabileceği bu yönde bir hakkı bulunmamaktadır^{1091, 1092}.

Öte yandan, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıklı görüşe göre, aşırı yararlanan tarafın TBK m. 34/2'ye kıyasen, sömürülenin istediği şekilde sözleşmenin hüküm doğurmasını sağlayabilme imkanı bulunmamaktadır¹⁰⁹³. Söz gelimi, bilgisayar yazılımları konusunda bilgisi olmayan A'nın bozulan bilgisayarı, normal şartlarda 100 TL'ye tamir edilebilecekken, bilgisayar tamircisi olan X, bu fırsattan faydalanarak 1.000 TL üzerinden öneride bulunmuş ve A da bunu kabul etmiştir. Bu durumda, aşırı yararlanmanın varlığını öğrenen A'nın sözleşmeyi iptal etmesi halinde, tamircinin aradaki 900 TL'yi iade ederek sözleşmenin geçerli kalmasını sağlama şansı söz konusu değildir.

Diğer taraftan, aşırı yararlanma hükümleri, kanundaki “*karşılıklı edimler arasında...*” ifadesinden de anlaşılacağı gibi, ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere “doğrudan” uygulanacaktır. Buna karşın, bu hükümlerin şirket sözleşmesi, miras paylaşım sözleşmesi gibi çok taraflı sözleşmelere ve eksik iki taraflı sözleşmelere kıyasen uygulanması da kabul edilmektedir¹⁰⁹⁴. Yanılma hükümleri

¹⁰⁹¹ Ancak yanılanın bazı hallerde, eğer “ tarafların farazi iradeleri” bu sonucu destekliyorsa, sözleşmeyi (TBK m. 27/2'ye kıyasen) kısmen iptal etmesi mümkündür. Böylece, yanılanın ifa edeceği edim miktarında, sözleşmenin yanılma nedeniyle sakat olan kısmı oranında indirime gidilebilecektir. Fakat gözden kaçırılmaması gereken nokta, TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulandığı bu hallerde, karşı tarafın, şayet sözleşme kurulurken bu durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek ortak farazi irade karinesini çürütebilecek ve kısmi iptalin önüne geçebilecek olmasıdır (Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, III, B). Buna karşın aşırı yararlanma halinde, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi hakkını kullanan sömürülen tarafa karşı, sömüren tarafın, tıpkı aldatma ve korkutmada olduğu gibi (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 18 ve Art. 29 N. 12; Schwenzer, **AT**, N. 39.09; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 836; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 529) bu yönde bir imkanın (yani sözleşmenin tamamen iptal edilmesini sağlama şansının) söz konusu olmadığı ayrıca not edilmelidir (Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 16; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 755; Buz, **Gabin**, s. 71; karş. Nomer, **Aşırı Yararlanma**, s. 647, 648).

¹⁰⁹² Buraya kadar yaptığımız açıklamalar, aşırı yararlanma ve aldatma arasındaki ilişki için de geçerlidir. Gerçekten, düşüncesizlik ve deneyimsizlik durumlarından kaynaklanan aşırı yararlanma hallerinde, çoğu zaman sömürülenin aldatıldığından da bahsetmek mümkündür (aynı yönde bkz. Okumuş, **a.g.e.**, s. Çakırça, **a.g.e.**, s. 55, 56). Ancak, aldatmada, karşı tarafın iradesini harekete geçiren bizzat aldatma fiili iken; diğer bir ifadeyle, aldatanın karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmesi söz konusuysa, aşırı yararlanma durumunda bu şekilde bir yönlendirmenin varlığı zorunlu değildir (Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 14; Okumuş, **a.g.e.**, s. 71; aksi görüş Bucher, **AT**, s. 233).

¹⁰⁹³ Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 51; Schwenzer, **AT**, N. 32.55; Okumuş, **a.g.e.**, s. 186; Feyzioğlu, **BG**, s. 264; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 244; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 496, 497; Nomer, **Aşırı Yararlanma**, s. 646. Aksi görüş için bkz. Bucher, **AT**, s. 235; Buz, **Gabin**, s. 69, 70.

¹⁰⁹⁴ Huguenin / Meise, **BasKomm**, Art. 21 N. 3; Kramer, **BerKomm**, Art. 21 N. 11; Okumuş, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 137. Eksik iki taraflı sözleşmelerde aşırı yararlanmanın gündeme gelmeyeceğini savunan görüş için Kalkan, **a.g.e.**, s. 95.

(hatta diğer irade bozukluklarına ilişkin hükümler) ise, daha önce de işaret edildiği üzere, tek taraflı hukuki işlemler de dahil olmak üzere tüm hukuki işlemlere (TMK m. 5 uyarınca) bünyelerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmektedir.

B. Yanılmanın Bazı İfa Engelleriyle İlişkisi

1. Yanılma ve Ayıp

a. Genel Bakış

Belirli durumlarda, şeyin niteliğinde yanılmanın uygulama alanı ile sözleşmenin kötü ifasının (*Schlechterfüllung*), özellikle ayıplı ifanın (*peius, Mangelhafte Lieferung*) uygulama alanının örtüşmesi mümkündür. Yanılanın şeyin niteliğine ilişkin saikinin sözleşme içeriğine girmiş olması durumunda, o şeyin sözleşmenin kurulması anındaki gerçek nitelikleri ile sözleşmeye göre sahip olması gereken nitelikleri arasında bir uygunsuzluk söz konusuysa, bu bir taraftan nitelik yanılması, diğer taraftan ayıp teşkil edecek; şartları gerçekleşmişse hem TBK m. 32 hem de (satış sözleşmesi özelinde) TBK m. 219 vd. (OR m. 197 vd.) hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir¹⁰⁹⁵. Nitekim ayıbın tanımına bakıldığında bu husus daha belirgin ortaya çıkmaktadır: Ayıp, sözleşme konusu şeyde, satıcının vaad ettiği niteliklerin bulunmaması ya da (aynı türden diğer şeylerle karşılaştırıldığında) o şeyin kullanım amacı bakımından değerini ve sözleşmeye göre beklenen faydayı (elverişliliği) azaltan ya da kaldıran nitelik eksikliklerinin bulunmasıdır¹⁰⁹⁶.

Görüldüğü üzere, ayıp kavramı genel bir bakışla, alıcının güven ilkesi çerçevesinde varlığına güvendiği niteliklerin, sözleşme konusu şeyde bulunmaması şeklinde ifade edilebilir. Bu da, iki kurumun, özellikle konusu parça borcu olan

¹⁰⁹⁵ Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 314; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 79; Peter Gauch, “Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages”, **recht 2001**, s. 184-190, s. 185; Schur, **a.g.m.**, s. 892; karşı. Flume, **AT**, s. 484 vd.

¹⁰⁹⁶ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 265, 266; Tandoğan, **BÖ**, s. 163; Kolly, **a.g.e.**, N. 462, 463; Yavuz, **Ayıp**, s. 18 (doktrindeki diğer tanımlar için bkz. **A.g.e.**, s. 16 vd.); Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1963, s. 7; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 120; Serozan, **BÖ**, s. 131, 136; Aral, **Kötü İfa**, s. 112; Berk Kapancı, **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, 1. Bası, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 5.

sözleşmelerde, aynı kavramsal noktayı merkez aldığını göstermektedir¹⁰⁹⁷. Ancak hemen belirtelim ki, bu iki kurum daima örtüşen çemberler olarak değil, kesişen çemberler olarak düşünülmelidir. Yani, ayıplı ifanın bulunduğu her durumda nitelik yanılmasının olmayacağı, nitelik yanılmasının söz konusu olduğu hallerde de mutlaka ayıp hükümlerinin aktif hale geçmeyeceği akılda tutulmalıdır. O halde, öncelikle bu iki kurumun hangi durumlarda aynı anda uygulama alanı bulabileceği, diğer bir ifadeyle, aynı olgunun ne zaman iki farklı hükme birden altlanabileceği araştırılmalıdır. Bunun ardından, iki kurumun farklılıklarının ortaya çıkarılmasına çalışılacaktır. Daha sonra ise, iki kurum arasında (seçimlik) yarışma ilişkisinin mi, yoksa dışlama ilişkisinin mi söz konusu olduğu tartışmasına geçilecektir.

b. Yanılma ve Ayıplı İfa Hükümlerinin Aynı Anda Uygulanabileceği Hallerin Tespiti

Roma hukuku ve Ortak Hukukta yanılmanın nihai hukuki sonucu sözleşmenin kendiliğinden hükümsüzlüğü (bugünkü terminolojiyle ifade etmek gerekirse sözleşmenin yokluğu) olduğundan, bu sistemde ayıp ile yanılma arasında yarışma sorunu gündeme gelmezdi. Zira ayıp sorumluluğuna dayanmak için, öncelikle sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması gerektiğinden, yanılma nedeniyle kendiliğinden hükümsüz olan sözleşme karşısında, ayıp hükümlerinin uygulanma şansı bulunmamaktadır¹⁰⁹⁸. Şu halde, hukuk sistemlerinde yanılmanın hukuki sonucunun, yanılanın kararına bağlı olan iptal edilebilirlik şeklinde öngörülmesiyle birlikte yarışma sorununun ortaya çıktığı görülmektedir¹⁰⁹⁹. Öncelikle belirtelim ki, burada ayıba ilişkin açıklamalar, kural olarak TBK ve TTK'nın uygulama alanına giren satış sözleşmeleri bağlamında yapılacaktır; dolayısıyla aksi belirtilmediği sürece TKHK kapsamındaki tüketici satışlarına ilişkin ayıplı ifa kavramı incelememiz dışında olacaktır.

Ayıptan sorumluluk iki şekilde meydana gelmektedir: (i) Satıcının bildirdiği niteliklerin (zikir ve vaad edilen vasıfların) ve (ii) satılan şeyde gerekli niteliklerin (lüzumlu vasıfların) bulunmaması. İkinci durum ise, teslim edilen malın, tarafların

¹⁰⁹⁷ Çeşit borcunda nitelik yanılmasının söz konusu olmayacağı görüşünü savunduğumuzdan (bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (4)), bu tür borçlarda ayıp ve yanılma hükümlerinin yarışması da gündeme gelmeyecektir.

¹⁰⁹⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 330.

¹⁰⁹⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 333.

anlaşma konusu yaptığı “özel kullanım amacına” uygun olmadığı halleri ve aynı tür mallar için kabul edilen alışveriş hayatındaki “olağan kullanım amacına” uygun olmadığı halleri içermektedir¹¹⁰⁰. Şu halde, ayıp kavramı, sözleşme konusu malda kanun veya sözleşme çerçevesinde bulunması gereken niteliklerin eksikliği nedeniyle, edimin gereği gibi ifa edilmemesi anlamına gelmektedir¹¹⁰¹.

Nitelik yanılması kavramına baktığımızda ise, eğer yanılanın sözleşme konusu şeyin niteliğine ilişkin yanlış saiki, karşı tarafça biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa, söz konusu nitelik, o şeyde “olması gereken bir nitelik” olarak sözleşmenin içeriğine girmektedir. Şu halde, satılan şeyde gerekli niteliklerin (lüzumlu vasıfların) bulunmaması şeklindeki ayıp halleri ile nitelik yanılması hallerinin (tabii sözleşmenin kuruluşunda söz konusu olmaları şartıyla) birbiriyle örtüştüğü görülecektir¹¹⁰². Bu paralellik, salt şeyin olağan kullanım amacına göre sahip olması gereken nitelikleri açısından değil, tarafların özel hal ve şartlar çerçevesinde üzerinde uyuştukları “özel kullanım amacı” bakımından da geçerlidir. Burada, doktrinde şeyin ayıplı olup olmadığının tespiti için öne sürülmüş iki teorinin ayrımı önem kazanmaktadır¹¹⁰³: (i) Objektif teoriye göre¹¹⁰⁴, ayıbın varlığı, sözleşme konusu şeyde soyut, genel ve tipik olarak bulunması gereken niteliklerin eksikliği halinde söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle, o şeyin ayıplı olup olmadığının belirlenmesinde, alışveriş hayatındaki aynı çeşit mallar için kabul edilen olağan kullanım amacı dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, tarafların bu kapsam dışında uyuştukları ve şeyin öznel amacına yönelik niteliklerin bulunmaması ayıp teşkil etmeyecektir. Örneğin görme engelli birisine yardımcı olması için satın alınan köpeğin, trafik lambalarını fark edip ona göre durup beklemesi, normal bir köpekten beklenmeyeceği için, bu niteliğin eksikliği durumunda ortada herhangi bir ayıplı ifanın söz konusu olmadığı sonucuna varılacaktır¹¹⁰⁵. Öte yandan bizim de savunduğumuz (ii) sübjektif teoriye göre ise¹¹⁰⁶, şeyin ayıplı olup olmadığı,

¹¹⁰⁰ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 265, 266; Yavuz, **Ayıp**, s. 71, 72; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 121, 130; Serozan, **BÖ**, s. 136; Kolly, **a.g.e.**, N. 462, 463; Zevkliler / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 115.

¹¹⁰¹ Aral, **Kötü İfa**, s. 75; Eren, **BG**, s. 1073, 1074; İpek, **a.g.e.**, s. 256.

¹¹⁰² Edis, **Hata**, s. 85, 86; Edis, **Ayıp**, s. 57; Yavuz, **Ayıp**, s. 216; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 409; Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 185.

¹¹⁰³ Bu teoriler hakkında geniş bilgi için bkz. Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 110 vd.; Yavuz, **Ayıp**, s. 67 vd.; Serozan, **BÖ**, s. 136.

¹¹⁰⁴ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Yavuz, **Ayıp**, s. 68 dn. 97.

¹¹⁰⁵ Serozan, **BÖ**, s. 136.

¹¹⁰⁶ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 110 vd.; Bork, **a.g.e.**, N. 846; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 266, 267; Tandoğan, **BÖ**, s. 167; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 64 dn. 73; Yavuz, **Ayıp**, s. 72 (ve s. 69 dn.

sadece olağan kullanım amacı bakımından değerlendirilmemeli, somut ilişkinin özellikleri çerçevesinde ve tarafların öznel amaçları doğrultusunda, o şeye ilişkin öngördükleri özel kullanım amacına yönelik niteliklerin, teslim edilen şeyde bulunup bulunmaması da araştırılmalıdır. Başka bir anlatımla, sözleşmenin kuruluşu sırasında, tarafların üzerinde uyduğu somut, öznel ve sübjektif nitelikler, sözleşme içeriğine dahil olmaktadır ve böylelikle ayıbın tespiti için yapılması gereken; teslim edilen şeydeki nitelikler ile o şeyin sözleşmeye göre sahip olması gereken niteliklerinin karşılaştırılmasıdır. Bu teoriye göre, trafik lambalarını ayırt edemeyen köpeğin, somut ilişki bağlamında ayıplı olduğu kabul edilecektir. Görüleceği üzere, nitelik yanılması ile ayıplı ifanın uygulama alanı, özellikle sübjektif teorinin kabulüne bağlı olarak geniş ölçüde kesişebilmektedir.

Bu aşamada, çok önemli bir noktaya geliyoruz: Nitelik yanılması ve ayıbın bu şekilde örtüştüğü haller söz konusu olsa bile, iki kurum açısından da yaptırımların devreye girmesi için maddi bakımdan ek bir şarta daha ihtiyaç bulunmaktadır. Bunun nitelik yanılması açısından görünümü, objektif esaslılık şartı iken; ayıplı ifa açısından görünümü de TBK m. 219 bağlamında “önemli ölçüde azaltan ayıp” kriteridir¹¹⁰⁷. Dolayısıyla, alıcı için sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici olan niteliğe ilişkin saikin, satıcı açısından bilinebilirliği halinde, eğer teslim edilen şeyde bu nitelik mevcut değilse, buradaki nitelik yanılmasının sözleşmeyi iptal hakkı tanınması için “objektif yönden esaslı” olması (o niteliğin alışveriş hayatının objektif bakış açısına göre de sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici etken olması) gerekirken; buradaki ayıbın satıcının ayıptan doğan garanti (sağlama) sorumluluğuna yol açması içinse, “önemli” olması gerekir. Burada da iki kurum arasında bir uyuşma ortaya çıktığı görülmektedir¹¹⁰⁸.

99, 99a ve 99 b’de anılan yazarlar); Serozan, **BÖ**, s. 136; Gümüş, **BÖ I**, s. 69, 70; dolaylı olarak aynı görüşte bkz. Zevkliler / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 115, 117.

¹¹⁰⁷ Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 314; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 64 dn. 73.

¹¹⁰⁸ Ancak önemle belirtelim ki, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesi için, ayrıca TBK m. 227/4 anlamında “*durumun bunu haklı göstermesi*” şartı aranmaktadır ki, bu şart sözleşmeden dönme yaptırımının çok ağır şartlarda “bir son çare” olarak kullanılması gerektiğine işaret eder. Buna göre, ayıbın alıcının sözleşmeye devam etmesini çekilmez kılması gerekmektedir (Serozan, **BÖ**, s. 148, 149; Atamer, **Satım**, s. 208; Kapancı, **a.g.e.**, s. 18, 19). Ancak, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptalinin, kanunda zaten tek yaptırım olarak öngörülmesi ve bu bağlamda TBK m. 34 (dürüstlük kuralı) dışında yanılmanın bu hakkı kullanmasının önünde herhangi bir engel bulunmaması dikkate alındığında, iki kurum arasında bu noktada bir farklılık olduğu söylenebilir. Yine önemle belirtelim ki, satıcının ayıptan sorumluluğu için, alıcının TBK m. 223 uyarınca gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmiş olması gerekmektedir; buna karşın

Sözleşme konusu maldaki ayıbın önemli olması için, ayıp nedeniyle malın değerinin veya ondan beklenen faydanın önemli ölçüde azalması ya da tamamen ortadan kalkması gerekir¹¹⁰⁹. Önemlilik kriterinde belirleyici husus; söz konusu nitelik eksikliği bilinseydi, alışveriş hayatındaki objektif bakış açısına göre, o sözleşmenin makul ve dürüst kimseler tarafından da hiç ya da aynı içerikte yapılmayacağını kabul edilmesidir. Bunun tespiti içinse, o malın ne amaçla kullanılacağı belirlenmelidir. Malın kullanım amacına dahil olan nitelikler iki gruba ayrılabilir: Tarafların üzerinde uyuştukları özel kullanım amacına göre bulunması gereken nitelikler ve alışveriş hayatındaki dürüstlük kuralına göre bulunması gereken nitelikler¹¹¹⁰.

Öte yandan, nitelik vaadi neticesinde ortaya çıkan ayıp durumlarında ise farklı bir durumla karşılaşılmaktadır. Nitelik vaadinde, satıcı, sözleşme konusu şeyde belirli niteliklerin var olduğunu ya da olmadığını taahhüt ederek, alıcıya bu yönde bir

esaslı saikte yanılma için, alıcının (yanılanın) esaslılık şartlarını ispat etmesi yeterli olmaktadır (Edis, **Ayıp**, s. 23).

¹¹⁰⁹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 268 vd.; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 130; Edis, **Ayıp**, s. 72 vd.; Kapancı, **a.g.e.**, s. 16. Burada tekrar işaret edelim ki, yapılan açıklamalar TBK ve TTK'nın uygulama alanına giren ayıpları konu almaktadır. Bu nedenle, TKHK kapsamındaki ayıplı ifa kavramını prensip olarak incelememiz dışında bırakmakla birlikte, bu noktada önemli bir farkın altını çizme gereği duyuyoruz: TKHK m. 8'deki "*ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır*" şeklindeki tanıma bakıldığında, tüketicinin korunması amacıyla satıcının ayıp sorumluluğunun TBK'ya oranla daha da genişletildiği görülmektedir. Buna göre, TKHK çerçevesinde ayıp sorumluluğu için, satış konusu şeydeki ayıbın, kullanım amacı bakımından o şeyin değerini ya da ondan beklenen elverişliliği "önemli ölçüde" azaltması aranmamaktadır. Dolayısıyla TKHK m. 9'da öngörülmesi üzere, satıcının şeyi sözleşmeye aykırı olarak tüketiciye teslim ettiği her durumda satıcının ayıp sorumluluğu doğmaktadır (aynı yönde bkz. Yılmaz Aslan, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015, s. 116, 117 ve s. 135; Murat Aydoğdu, **Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016, m. 9, s. 215, 216 ve s. 222, 223; Yeşim M. Atamer / Ece Baş, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", **İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, C. 88, 2014, s. 19-60, s. 26, 27). Tüketici işlemlerinde ayıbın önemli olup olmaması, kendisini daha çok alıcının seçimlik haklarına ilişkin bazı sınırlamalarda göstermektedir. Tüketicinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik hakları ve bu haklara ilişkin sınırlamalar konusunda açıklamalar için bkz. Aslan, **a.g.e.**, s. 170 vd.; Aydoğdu, **a.g.e.**, m. 11, s. 256 vd.

¹¹¹⁰ Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 130; Edis, **Ayıp**, s. 72 vd. Buradaki açıklamaların CISG sistemindeki sözleşmeye uygunluk kriteriyle paralellik arz ettiği görülmektedir. Gerçekten, CISG m. 35/2 (a) ve (b)'ye göre malların sözleşmeye uygun kabul edilmesi için, malda, aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği kullanıma ilişkin niteliklerin ve alıcı tarafından sözleşme kurulurken satıcıya bildirilen özel kullanım amacına yönelik niteliklerin bulunması gerekir. Söz konusu nitelikler, satıcı tarafından bilindikleri ya da bilinebilecek durumda oldukları için sözleşme içeriğine girmektedirler. Şayet malda sözleşme gereğince olması gereken nitelikler, (sözleşmenin kurulması sırasında) gerçekte mevcut değilse, bu aynı zamanda alıcının sözleşme içi nitelik yanılmasına düştüğü anlamına gelmektedir.

bildirimde bulunmaktadır. Bu bildirimin var olup olmadığı da yine güven ilkesine göre yorumlanacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, satıcının nitelik vaadinin, alıcının sözleşmeyi yapmasında (iradesini oluşturmada) belirleyici etken teşkil etmesi gerektiğidir¹¹¹¹. Dikkat edilirse, nitelik vaadinden kaynaklanan ayıpların, nitelik yanılması hallerinden önemli bir farkı bulunmaktadır. Nitelik yanılmasının varlığı için, şeyin niteliğine ilişkin saikin, yanılan açısından sözleşmenin yapılması için mutlak belirleyici olduğunun karşı tarafça bilinmesi ya da bilinebilir olması yeterliyken; nitelik vaadi nedeniyle ayıp sorumluluğunda bu yeterli olmamakta, bu durumunun bizzat satıcının bildirimiyle ortaya çıkması gerekmektedir¹¹¹². Hiç şüphesiz, satıcının vaad ettiği nitelikler de sözleşme içeriğine dahil olup, şartları varsa esaslı nitelik yanılması teşkil edebilirler. Ancak gözden kaçırılmaması gereken, nitelik vaadinin gerçekleşmemesinden kaynaklanan satıcının ayıp sorumluluğunda, şeydeki ayıbın önemli veya gizli olması şartının aranmamasıdır¹¹¹³.

c. Yanılma ile Ayıplı İfa Arasındaki Farklılıklar

Yanılma ile ayıplı ifa kurumları arasında; hükmün amacı, uygulanma şartları ve hukuki sonuçlar açısından çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Bunlar aynı zamanda, tarafların menfaat durumlarını, risk alanlarını ve haklarını da doğrudan etkilemektedir. Bu farklılıkların incelenmesiyle birlikte, iki düzenleme arasında seçimlik yarışmaya izin verilmesinin haklı olup olmadığı da ortaya çıkacaktır. Ancak her şeyden önce şu noktayı vurgulamak gerekir ki; ayıp hükümleri, alıcıya çok daha elverişli ve avantajlı bir hukuki koruma sağlamakla birlikte, kanun koyucu, alıcının bu menfaatlerden yararlanabilmesini oldukça ağır külfetlere bağlamakta ve kısa zamanaşımı süresiyle de sınırlamaktadır. Hâlbuki yanılma hükümlerinde, yanılan kimse bu derece elverişli

¹¹¹¹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 273, 274; Yavuz, **Ayıp**, s. 66, 67; Edis, **Ayıp**, s. 49; Serozan, **BÖ**, s. 142. Nitelik vaadinin açık ya da örtülü yapılması mümkün olmakla birlikte, şekle bağlı şekilde yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca şeyin maddi, hukuki ya da ekonomik niteliklerine yönelik yapılabilecek olan nitelik vaadinin, hâkim görüşe göre tek taraflı (*dictum*) bir tasavvur açıklaması olduğu kabul edilmektedir. Nitelik vaadinin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar ve açıklamalar için bkz. Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 76 vd.; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 269 vd.; Tandoğan, **BÖ**, s. 165; Yavuz, **Ayıp**, s. 76 vd.; Edis, **Ayıp**, s. 51; Serozan, **BÖ**, s. 142 vd.; Gümüş, **BÖ I**, s. 81; Kapancı, **a.g.e.**, s. 14 vd.

¹¹¹² Satıcının sözleşme kurulurken gerçeğe uygun olmayan nitelik bildiriminde bulunduğu hallerde, esaslı nitelik yanılmasının evleviyetle (*a fortiori*) söz konusu olacağı (zira tüm esaslılık şartlarının gerçekleşeceği) görüşü için bkz. Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 314.

¹¹¹³ Yavuz, **Ayıp**, s. 67; Edis, **Ayıp**, s. 72, 73; Serozan, **BÖ**, s. 136, 137.

imkanlara sahip olmamakta, hatta sözleşmeyi iptal etmesi halinde, duruma göre karşı tarafın güven zararını tazmin etmek durumunda kalabilmektedir¹¹¹⁴.

Yanılma ve ayıplı ifa kurumu arasındaki farklılıkların şu şekilde ortaya konulması mümkündür:

- Yanılma hükümleri, işlem güvenliğinin ve karşı tarafın haklı güveninin korunması amacı doğrultusunda, ancak belirli şartlarla (yani yanılmanın esaslı olması kaydıyla) devreye girmektedir. Yanılmanın hukuken dikkate alınmasındaki asıl amaç ise, hakkaniyet gereği yanılanın sözleşme ile bağlılığını sona erdirebilmesidir. Bu da, yanılanın tek taraflı kullanacağı iptal hakkı ile mümkündür. Öte yandan ayıp sorumluluğu ise, edimin nitelik açısından gereği gibi ifa edilmediği durumları ilgilendirmektedir. Buradan hareketle, hem doktrinde hem de İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında işaret edildiği üzere, yanılma kurumu, sözleşmenin kurulması aşamasında cereyan eden bir irade bozukluğu iken; ayıplı ifa kurumu, ifa aşamasını ilgilendiren sözleşmeye aykırılık sorunudur¹¹¹⁵. Dolayısıyla, satıcının henüz ayıplı malı alıcıya teslim etmediği bir durumda, ayıp sorumluluğu söz konusu değilken; eğer bu ayıp, sözleşmenin kurulması anında mevcutsa, alıcı esaslı nitelik yanılmasına dayanabilecektir¹¹¹⁶.

- Bu iki kurum arasındaki bir diğer farklılık, uygulanma şartlarının ispat yükünde ortaya çıkmaktadır. Yanılanın esaslı nitelikte yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesi için, tüm esaslılık şartlarını ispat etmesi gerekir. Bu bağlamda, yanılanın öncelikle, söz konusu şeydeki nitelik eksikliğini bilmediğini

¹¹¹⁴ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 441; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 325; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 316; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 101, 102; Serozan, **BÖ**, s. 134; Halûk Burcuoğlu, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", **MHAD**, C. 15, S. 18, 1989-1990, s. 89-103, s. 91; BGE 114 II 131 (bger.ch).

¹¹¹⁵ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 441; Schwenger, **AT**, N. 39.40; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 336, 362; Yavuz, **Ayıp**, s. 221; Edis, **Ayıp**, s. 23; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 411; Burcuoğlu, **Karar**, s. 99; BGE 108 II 102; BGE 109 II 319; BGE 114 II 131 (bger.ch).

¹¹¹⁶ Eğer sözleşme kurulması anında söz konusu olmayan ve fakat daha sonra ortaya çıkan (örneğin alıcının seçtiği televizyon, sözleşmenin kurulmasından sonra bozulmuşsa) nitelik eksikliklerinde, yanılma hükümlerine başvurulamaz (Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 102 dn. 198). Ancak, gelecekteki olgularda yanılma görüşü kabul edilirse bu imkan açıktır. Şu halde, bu kronolojik fark nedeniyle, teslim edilen malın ayıplı olması, her zaman nitelik yanılmasının da var olduğu sonucunu doğurmamalıdır; zira söz konusu nitelik eksikliği, pekâlâ sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşmiş olabilir.

ispatlaması beklenenecektir. Oysaki ayıp sorumluluğunda, gerekli külfetlerin yerine getirilmesine bağlı olarak, alıcının ayıbı bilmediği karinesi söz konusu olmakta, bunun aksinin satıcı tarafından ispatlanması gerekir¹¹¹⁷. Bu konuda ortaya çıkan bir diğer fark da şudur: Eğer alıcı, sözleşme kurulurken ayıbı biliyorsa ya da satıcının nitelik vaadi bulunmadığı durumlarda bunu bilmesi gerekiyorsa, ayıp hükümlerine başvuramayacaktır¹¹¹⁸. Hâlbuki yanılanın şeydeki ayıbı bilmediği ancak “bilmesi gerektiği” durumlarda, yanılma hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Kuşkusuz, bu durumda, ihmalden doğan bir yanılmadan bahsedilecek ve yanılanın tazminat sorumluluğu doğacaktır (TBK m. 35)¹¹¹⁹.

- Yukarıda da işaret edildiği üzere, ayıp sorumluluğuna bağlanan (alıcı açısından) elverişli hukuki sonuçlar, kanunda öngörülen belirli külfetlerle dengelenmektedir. Buna göre, alıcının, satıcıyı ayıptan sorumlu kılması ve böylece seçimlik haklarını (bedelde indirim, ücretsiz onarım, ayıpsız bir benzeri ile değiştirme, sözleşmeden dönme ve tazminat)¹¹²⁰ kullanabilmesi için, TBK m. 223 uyarınca gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini belirli süreler içinde yerine getirmesi gerekir¹¹²¹. Buna karşın, yanılma kurumunda bu tür külfetler

¹¹¹⁷ Kolly, **a.g.e.**, N. 507; Yavuz, **Ayıp**, s. 82; Edis, **Ayıp**, s. 23; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 441; YHGK., 24.5.2017, E. 2017/19-1633, K. 2017/1013: “Alıcı ihbar külfetini yerine getirmiş ise zamanaşımı süresi içinde Borçlar Kanununun 202 ve 203. maddelerinde kendisine tanınan hakları dava yoluyla talep edebileceği gibi zamanaşımı süresi dolsa bile kendisine karşı açılan davada ayıptan doğan defî hakkını ve seçimlik haklarını ileri sürebilir. Bu halde artık alıcının ayıpları bildiği ya da bilmesi gerektiği konusunda ispat yükü satıcıya aittir. Zira bu suretle satıcı yasal olarak kendisine düşen bir sorumluluğu reddetmektedir.” (aynı yönde bkz. YHGK., 29.3.2017, E. 2017/13-664, K. 2017/573, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹¹⁸ Serozan, **BÖ**, s. 145; Gümüş, **BÖ I**, s. 76. Bu olasılığın gerçekleşmesi için, alıcının sözleşme kurulurken sözleşme konusu şeyi muayene edebilme imkanı bulunmalıdır (Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 131). Öte yandan bu konudaki bir diğer görüş ise, alıcının sadece ayıbı “bildiği” durumlarda ayıp sorumluluğuna dayanamayacağını; dolayısıyla alıcının ayıbı bilmesi gerektiği hallerde, eğer aşikâr bir ayıp söz konusu değilse, alıcının yine de ayıp hükümlerinden yararlanacağını savunmaktadır. Bu görüşte bkz. Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 130, 131; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 340.

¹¹¹⁹ Aynı zamanda satıcının da söz konusu ayıbı bildiği veya bilmesi gerektiği olasılığında ise, manzara şu şekilde olacaktır: Eğer satıcının bilmesi bir aldatma teşkil ediyorsa; yanılan aldatmaya veya yanılmaya alternatif olarak başvurabilecektir. Şayet satıcının bilmesi, aldatmanın şartlarını taşımıyorsa veya ayıbı bilmiyor fakat bilmesi gerekiyorsa, bu durumda yanılma nedeniyle sözleşme iptal edildiği zaman, satıcı, TBK m. 35 (“diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez”) uyarınca yanılıandan kural olarak herhangi bir tazminat talep edemeyecektir.

¹¹²⁰ Seçimlik haklarla ilgili açıklamalar için bkz. Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 179 vd.; Serozan, **BÖ**, s. 148 vd.

¹¹²¹ Yavuz, **Ayıp**, s. 106 vd.; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 133 vd.; Serozan, **BÖ**, s. 146. TBK m. 223/1 gereğince “alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkan bulunur

öngörülmemiştir. Bunun mantığı ise açıktır: Satıcının ayıp dolayısıyla “kusursuz (garanti) sorumluluğu” bulunmaktayken; yanılmada, yanılanın herhangi bir tazminat talebi gündeme gelmeyeceği gibi, aksine (duruma göre) TBK m. 35 uyarınca karşı tarafın tazminat talebi söz konusu olabilecektir.

- İki hukuki kurum arasında süreler açısından da farklılık bulunmaktadır. Ayıplı ifada seçimlik hakların kullanılması için, alıcının, şeyin kendisine teslim edilmesinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi söz konusudur (TBK m. 231)¹¹²². Yanılmada ise, yanılanın sözleşmeyi iptal edilebilmesi, yanılmayı öğrenmesinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlanmıştır (TBK m. 39).

d. Yanılma ile Ayıplı İfa Arasında (Seçimlik) Yarışma ve Dışlama Sorunu

Sözleşmenin kurulması sırasında alıcının şeyin niteliğinde yanılması durumunda, bu maddi olgu, hem TBK m. 32’nin hem de TBK m. 219 vd.’nin uygulama alanına giriyorsa, bu hükümler arasında (seçimlik) yarışmanın mı, yoksa

bulunmaz gözden geçirmek ve satılana satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır”. TBK m. 223/2’ye göre ise, alıcının gizli ayıpları (olağan bir gözden geçirmeye ortaya çıkarılamayacak ayıpları) ayıbı tespit ettiği anda derhal satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Yine bununla bağlantılı olarak, satıcının ağır kusuru halinde, alıcının ayıp hükümlerine dayanabilmesi için bu külfetleri yerine getirmesi şartı aranmamaktadır (TBK m. 225).

Öte yandan, 6502 sayılı TKHK çerçevesinde, tüketici işlemleri açısından alıcıların gözden geçirme ve bildirim külfetleri bulunmamakta; bunun yerine TKHK m. 10’a göre “*teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, satış konusu şeydeki ayıba ilişkin ispat yükü, teslimden itibaren altı ay boyunca tersine çevrilmekte ve böylelikle alıcı lehine bir ayıp karinesi (adi karine) söz konusu olmaktadır. Bu sürenin bitimiyle birlikte, ispat yükü tekrar eski haline gelmekte ve artık teslim anında malın ayıplı olduğunu alıcının ispatlaması gerekmektedir (bkz. Aydoğdu, **a.g.e.**, m. 10, s. 242, 243; Atamer / Baş, **a.g.m.**, s. 30, 31).

TTK açısından ise durum şu şekildedir: m. 23/1 bent (c)’ye göre “*malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür*”. Görüleceği üzere tacirler arasındaki ticari satışlarda, bu ilişkinin pratiklik ve durumun bir an önce çözüme kavuşturulması gibi ihtiyaçları doğrultusunda iki ve sekiz günlük süreler öngörülmüştür.

¹¹²² Bu sürenin teslimden itibaren değil de, alıcının ayıbı öğrenmesinden itibaren başlamasının menfaatler durumu açısından daha yerinde olacağı görüşü için bkz. Serozan, **BÖ**, s. 156. Öte yandan, satıcının ağır kusuru durumunda, bu zamanaşımının on yıl olarak uygulanacağına yukarıda işaret etmiştik. TKHK m. 12’de, tüketici işlemleri için bu süre, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıldır. TTK m. 23’de ise, önceki TTK’nın aksine, herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olduğundan (6762 sayılı TTK m. 25/1 b. 4’de bu süre teslimden itibaren altı aydı), aynı maddede TBK’ya yapılan açık atıf gereği, bu süre tacirler arasındaki ticari satışlarda da teslimden itibaren iki yıl olarak uygulanacaktır.

dışlamanın mı söz konusu olduğunun belirlenmesi önemli bir sorundur. Bu sorun çerçevesinde cevaplanması gereken sorular şu şekilde sıralanabilir: Acaba alıcı, yanılma ya da ayıp hükümlerinden birine dilediği gibi dayanabilir mi? Diğer bir ifadeyle, iki kurumun da şartları gerçekleşmişse, alıcının yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkı ile ayıptan doğan seçimlik hakları arasından dilediğini seçebilmesi mümkün müdür?¹¹²³ Hatta alıcının böyle bir imkanı olduğu kabul edilirse, alıcının yanılmaya dayanabilmesi için, ayıbın külfetlerini de yerine getirmesi kendisinden beklenecek midir?¹¹²⁴ Yoksa iki kurumdan birisi, diğerini dışlayarak tek başına mı uygulanacaktır; daha açık bir soruyla, ayıplı ifa ve yanılma hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin var olduğu iddiası ile, bu hükümlerin birbiriyle yarışmadığı söylenebilir mi?¹¹²⁵ Yanılma ve ayıplı ifanın yarıştığını kabul edersek, acaba alıcının seçimini yapmasıyla birlikte, artık diğer kuruma ilişkin haklarını kaybettiği sonucuna varılabilecek midir?

Yanılma ve ayıplı ifa arasındaki yarışma veya dışlama sorunu, pratikte daha çok, alıcının gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmediği ya da getiremediği veya seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin iki yıllık zamanaşımını kaçırdığı durumlarda kendisini gösterir¹¹²⁶. Zira daha önce aktardığımız üzere,

¹¹²³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 324; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 806; Schwenzer, **AT**, N. 39.39; Merz, **a.g.m.**, s. 87; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 409; Serozan, **Yöntem**, s. 177, 178.

¹¹²⁴ Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 129.

¹¹²⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 324; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 129; Serozan, **Yöntem**, s. 181. Bu noktada, iki kuruma ilişkin hukuki sonuçların kümülatif olarak uygulanıp uygulanmayacağı (yığılması) sorusu akla gelebilir. Ancak bu soru net bir şekilde olumsuz cevaplanmalıdır. Zira hem yanılmada hem de ayıplı ifada, sözleşmeyi sona erdirmek için kullanılan iptal ve dönme hakkı, esas olarak sözleşme öncesi durumu tekrar sağlamak amacıyla yönelik olduğundan, bu iki hak, doğaları gereği birlikte kullanılamaz. Bununla beraber, alıcının ayıptan doğan diğer seçimlik hakları konusunda da yığılma imkanı gündeme gelmez. Zira, onarım, bedelde indirim ve yenisi (ayıpsız bir benzeri) ile değiştirme hakları, işin niteliği gereği sözleşme ilişkisinin devamını gerektirdiklerinden, sözleşmeyi sona erdiren iptal hakkıyla birlikte kullanılmaları mümkün değildir (Kolly, **a.g.e.**, N. 531, 532; Hans Merz, "Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung", **Vom Kauf nach Schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl**, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1950, s. 87-107, s. 92, 93). Diğer taraftan *Edis* ise, yığılmanın söz konusu olmamasının, iki kurumun hukuki temellerinin tamamen farklı olmasından kaynaklandığını ileri sürmektedir (*Edis*, **Hata**, s. 86, 87). Taleplerin yığılması konusunda bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 177.

¹¹²⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 326, 344; Merz, **a.g.m.**, s. 88; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 409; Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 299. Önemle belirtelim ki, ayıp hükümleri uygulandığında her zaman, ayrıca satıcının ağır kusurlu olup olmadığının araştırılmasında fayda bulunmaktadır. Zira bu sayede, alıcı, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmemiş veya zamanaşımını (iki yıl süreyi) kaçırmış ya da sorumsuzluk anlaşması yapmış olsa bile (ağır kusurun sorumsuzluk anlaşmasına etkisi konusunda bkz. Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 131; Atamer, **Satım**, s. 199, 200), satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını yine de kullanabilecektir. Dolayısıyla, satıcının ağır kusurlu olduğu (hilesinin bulunduğu ya da meslekten satıcının bilmesi gereken ayıpları bilmediği)

satıcının ayıp sorumluluğuna dayanabilmesinin gereklerini yerine getiren alıcının, bu kapsamda sahip olduğu elverişli hukuki imkanlar yerine yanılma hükümlerine başvurması, hayatın makul akışıyla pek örtüşmez. Ayrıca sorunun bu aşamasında şunu hatırlatmak gerekir: Bu iki kurum arasındaki yarışma ya da dışlama sorunu, çoğunlukla sözleşme konusu şeyin parça borcu olarak tayin edildiği hallerde mümkün olacaktır. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, kural olarak çeşit borcunda esaslı nitelik yanılmasının söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir¹¹²⁷.

(1) Yarışmayı Kabul Etmeyen Görüş

Bu görüşe ait yazarların ileri sürdüğü argümanlara bakıldığında, iki farklı yaklaşımın bulunduğu görülmektedir. İlk yaklaşımı temsil eden *von Tuhr*'a göre¹¹²⁸, satıcının nitelik vaadi bulunmadığı durumlarda, nitelik yanılması ve ayıplı ifa hükümlerinin birbiriyle yarışma imkanı yoktur. Çünkü nitelik yanılmasının esaslı olabilmesi için, söz konusu şey, nitelik eksikliği nedeniyle alışveriş hayatında başka bir çeşit mal kategorisine girmelidir (*error in substantia*). Diğer taraftan, şeyi başka bir kategoriye sokan niteliklerin teslim anında bulunmaması ise, ayıplı ifa değil, hiç ifa etmeme (*aliud*) sorunu olarak ortaya çıktığından, alıcının zaten iki kuruma ilişkin hükümlerden seçimlik yararlanma imkanı gündeme gelmez. Bu görüşün, doktrinin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmediğine yukarıda işaret etmiştik¹¹²⁹.

İkinci yaklaşım ise¹¹³⁰, esas itibarıyla iki kurum arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunduğundan hareket etmektedir. Buna göre, alıcıya teslim edilen

hallerde de, pratik olarak, alıcının yanılma hükümlerine gitmeyi tercih etmeyeceği söylenebilir. Öte taraftan TBK m. 225/2'deki, "*satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da*" satıcının ağır kusurlu sayılacağı kuralının tacirler arasındaki satış sözleşmelerinde uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir (Atamer, **Satım**, s. 204, 205).

¹¹²⁷ Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (4).

¹¹²⁸ von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 276, 277; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 310, 311; von Tuhr, **BG**, s. 286.

¹¹²⁹ Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (2), (a).

¹¹³⁰ Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210 N. 9; von Büren, **a.g.e.**, s. 203; Kolly, **a.g.e.**, N. 497 vd.; Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 10; Merz, **a.g.m.**, s. 91, 92; Koller, **AT**, § 14 N. 96; Schwenzer, **AT**, N. 39.41; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 263; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 81, 82; Edis, **Hata**, s. 88, 89 dn. 153 vd.'nda anılan yazarlar. *Schwenzer*'e göre, iki kurumun birbirini dışlaması, ayıplı malın tesliminden sonra gündeme gelecektir. Bu bağlamda, nitelik yanılması, ancak henüz ayıplı malın alıcıya teslim edilmediği dönemde söz konusu olabilecektir (Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 10; Schwenzer **AT**, N. 39.41). *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da haklı olarak işaret ettiği üzere, bu görüşün herhangi bir orijinal tarafı yoktur; zira ayıplı ifa sorumluluğu için zaten öncelikle teslim olgusunun gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla, teslimden önce zaten ayıp ve yanılma arasında yarışmanın ortaya çıkması mümkün değildir (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 413). Başka bir görüş ise, her ne kadar yanılma ve ayıplı ifa kurumları arasında yarışma söz konusu olmasa da, eğer alıcı ayıba ilişkin gözden geçirme ve bildirim

maldaki ayıp, aynı zamanda sözleşmenin kurulması anındaki bir esaslı nitelik yanılması teşkil ediyorsa, kanunda kötü ifanın görünümü şeklinde özel olarak düzenlenmiş (*lex specialis*) TBK m. 219 vd.'ndaki hükümler, TBK m. 32 vd.'ndaki genel hükümlerin (*lex generalis*) uygulanmasını engelleyecektir. Şu halde, alıcının sadece ayıp hükümlerine başvurması mümkün olup, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etme imkanı bulunmamaktadır.

Bu yaklaşımın çeşitli yazarlar tarafından ileri sürülen gerekçeleri ise şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle, ayıp hükümlerinin yanılma hükümlerine göre öncelikli uygulanması, kanundaki sistematığın bir gereğidir¹¹³¹. Öte yandan, ayıp hükümleri, ticari hayata hâkim olan hız, güvenlik ve pratiklik ilkeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Öyle ki, alıcının yerine getirmesi gereken külfetlerin katılığı ve kısa zamanaşımı süresinin varlığı, netice itibarıyla, ayıplı mal nedeniyle ortaya çıkan durumun taraflar için bir an önce açıklığa kavuşması amacına yöneliktir. Oysaki yanılma hükümleri için sadece öğrenmeden itibaren işleyecek nispi bir süre söz konusu olup, yasada bunun dışında, sözleşmenin kurulmasından ya da edimin ifasından itibaren devreye girecek herhangi bir mutlak (üst) süre öngörülmemiştir¹¹³². Şu halde denilebilir ki, ayıp hükümleri işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmekteyken, yanılma hükümlerinde aksi durum söz konusudur ve burada yarışma ilişkisinin kabul edilmesi, kanunun ayıplı ifa hükümlerindeki amacına aykırı olacaktır¹¹³³.

külfetlerini yerine getirmişse ve iki yıllık zamanaşımı henüz geçmemişse, onun bu şartlar altında yanılmaya dayanabileceğini savunmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 409 dn. 45'de anılan yazar).

¹¹³¹ Edis, **Hata**, s. 88. Doktrinde ayrıca, iki kurum açısından öngörülmüş sürelerin başlangıç anının farklı olmasının da bu sonucu desteklediği ileri sürülmektedir. Ayrıca, TBK m. 32'nin uygulama alanının TBK m. 219 vd.'ndan çok daha geniş olduğu, yani sadece nitelikte yanılmaları değil, bu kapsamın dışındaki yanılmaları (temel yanılmalarını) da kapsadığı göz önünde tutulursa, yanılma hükümlerinin genel hüküm mahiyetinde olduklarının daha iyi anlaşılacağı belirtilmektedir. Bu görüşler için bkz. Edis, **Hata**, s. 88, 89.

¹¹³² İptal hakkına ilişkin mutlak bir üst sürenin bulunup bulunmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. aş. 3. Bölüm, V, D.

¹¹³³ Schwenzer, **BasKomm**, Vorbem. Art. 23-31 N. 10; Kolly, **a.g.e.**, N. 501 vd., 537; Schwenzer, **AT**, N. 39.41; Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210 N. 9; Yarışmayı kabul etmeyen yazarlardan *Merz*'e göre, alıcının ayıba ya da yanılmaya seçimlik olarak başvurup başvuramayacağı konusunda belirleyici nokta, satıcının ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, alıcının her zaman menfaatine olup olmadığı sorusunun cevabına bağlıdır. Eğer bu hükümlerin alıcının hukuki durumunu her hâlükârda daha da güçlendirdiği söylenebilecekse, burada alternatif uygulamaya izin vermemenin anlaşılır bir yanı yoktur. Zira daha elverişli ve kapsamlı bir hukuki koruma yerine, daha avantajsız bir korumaya başvuran alıcının bu tercihi engellenmemelidir. Daha iyisi varken daha kötüsünü seçmek alıcının takdirine bırakılmalıdır. Ancak bu durumun tersi söz konusuysa, yani aslında ayıp hükümleri, yanılma hükümleri karşısında alıcı için her zaman elverişli sonuçlar sağlamıyorsa, iki kurum arasında yarışma imkanının kabul edilmemesi gerekir. Zira aksi halde, seçimlik uygulama

Bu konuda *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından ileri sürülen diğer argümana göre, nitelik yanılması ile ayıplı ifa hallerinin çatıştığı durumlarda, meseleye sadece “sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi” açısından yaklaşılmalıdır. Zira bu hükümler, alıcıyı hukuki açıdan daha iyi koruduğu gibi; ayrıca sadece yanılmanın risk alanından kaynaklanan bir nedenden dolayı işlem güvenliğini tehlikeye düşüren yanılma hükümlerinin uygulama alanını da gerektiği şekilde sınırlamaktadır. Aynı şekilde, taraflar arasındaki sözleşmenin, yanılma nedeniyle çok uzun bir süre boyunca iptal edilebilme riski altında olması da alışveriş hayatının yapısına uymamaktadır. Ancak, doğaları gereği çok uzun bir sürede ortaya çıkabilecek gizli ayıplarda ise, alıcının zamanaşımı süresi içinde bunların varlığını tespit edememesi nedeniyle mağdur olduğu durumlarda, son çare olarak TBK m. 112 çerçevesinde genel hükümlere başvurulması yolu açık tutulmalıdır¹¹³⁴. Yine yazara göre, alıcının ayıplı ifa hükümleri yerine nitelik yanılması hükümlerine dayanmasına engel olacak temel kriter, güven

tamamen alıcı yararına olacak ve duruma göre kendisi için daha elverişli olan yanılma hükümlerine başvurarak alıcı, ayıp hükümlerini pratikte anlamsız hale getirecektir. Bu da kanun koyucunun ayıp hükümlerini sevk etmesindeki amaca aykırı olacaktır. Yazar bu düşünce çizgisinden sonra şu noktaya varmaktadır: Ayıp hükümlerinin birçok açıdan yanılma kurumundan daha avantajlı olduğu yönündeki hâkim görüş isabetli değildir. İlk olarak, mesele ispat yükü bağlamında ele alınırsa, buradaki zorluğun sadece yanılma hallerinde gündeme gelmeyeceği görülür. Zira ayıp hükümlerine göre de, alıcının, bildirilen niteliklerin ya da gerekli niteliklerin (lüzumlu vasıfların) teslim edilen malda bulunmadığını ispatlaması gerekir. Yani ispat yükü, iki kurum açısından da aynı şekilde düzenlenmiştir (Merz, **a.g.m.**, s. 94, 95). Öte yandan, sözleşmenin kurulması anında alıcının şeydeki ayıbı bilmediği fakat bilmesi gerektiği durumda dahi, satıcının ayıptan sorumlu olmayacağı; buna karşın, meseleye yanılma açısından bakıldığında, alıcının bilmesi gerektiği nitelik eksikliklerine ilişkin de yanılma hükümlerine dayanabileceği görülmektedir. Kuşkusuz, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden alıcının, bu ihtimalde tazminat ödeme yükümü gündeme gelecek olsa da, satıcının bu yanılmayı bilmesi ya da bilebilecek durumda olması, TBK m. 35 (OR m. 26) uyarınca alıcının söz konusu tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Diğer taraftan, ayıp sorumluluğu için şart koşulan gözden geçirme ve bildirim külfeti ve alıcının seçimlik haklarına uygulanacak olan kısa zamanaşımı süresi dikkate alındığında da, ayıp hükümlerinin yanılma hükümlerinden daha avantajlı bir konum sağlamadığı görülecektir. Buradan hareketle, ayıp hükümlerinin alıcı için daima daha elverişli olduğu düşünülmemelidir ve dolayısıyla, yanılma hükümleriyle yarışabileceği kabul edilmemelidir. (Merz, **a.g.m.**, s. 97 vd.). Fikrimizce, ayıp hükümleri ile yanılma hükümleri arasında bu şekilde yapılan bir elverişlilik karşılaştırması tam bir bakış açısı sunmaktan uzaktır. Zira yazar, her ne kadar ayıp kapsamındaki hukuki sonuçların (alıcının sahip olduğu hakların) daha avantajlı olduğunu zikretse dahi (Merz, **a.g.m.**, s. 98), esas itibarıyla “uygulanma şartlarını (gereklerini)” merkeze alarak değerlendirme yapmaktadır. Ayrıca yazar, asıl önemli olan noktayı, yani yanılma ile ayıplı ifanın, elverişlilik açısından birbirini dengelemekte olduğunu göz ardı etmektedir. Nitekim aşağıda yarışmayı kabul eden görüş altında da açıklayacağımız üzere, alıcının dilediği hükümlere başvurma imkanını gerekçelendiren hususlardan bir tanesi, ayıpta zor gereklere (şartlara rağmen) rağmen ayrıcalıklı sonuçlar sevk edilmesi; yanılmada ise tam tersi bir durumun öngörülmesidir.

¹¹³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 77 vd. (yazarın daha sonra bu görüşünü terk ettiği görülmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 410 vd.). Kolly ise, alıcının bu gibi durumlarda mağdur olacağından bahsedilemeyeceğini; zira kanun koyucunun, ayıplı ifa hükümleri çerçevesinde alıcıya avantajlı hukuki imkanlar tanıyarak, zaten taraflar arasındaki menfaatler dengesini nihai olarak belirlediğini ileri sürmektedir (Kolly, **a.g.e.**, N. 511-514).

ilkesidir. Zira özel hükümlerle gerektiği şekilde hukuki korumaya mazhar olan alıcının, bunu reddederek sözleşmeyi iptal etmek istemesi, alışveriş hayatının ihtiyaçlarına uymamakta ve dolayısıyla, son kertede dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde, alıcının şeyin niteliğine ilişkin yanlış saikinin, alışveriş hayatının objektif bakışına göre, sözleşmenin iptalini haklı gösterecek önemde olmadığı kabul edilecektir. Başka bir deyişle, ayıp yerine yanılmaya başvurmak isteyen alıcının sözleşmeyi iptal etmesi, objektif esaslılık şartı bulunmadığı (alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına uymadığı) için engellenecektir¹¹³⁵.

Alman hukukundaki hâkim görüş de, ayıplı ifa ile yanılma hükümleri arasında yarışma ilişkisi bulunmadığı yönündedir. Buna göre, eğer alıcıya teslim edilen şeydeki nitelik eksikliği, hem esaslı nitelik yanılması (BGB § 119/2), hem de ayıplı ifa (BGB § 434 vd.) hükümlerinin uygulama alanına girmekseyse, ayıplı ifa hükümlerinin özel hüküm olarak tek başına uygulanacağı kabul edilmektedir¹¹³⁶.

(2) Yarışmayı Kabul Eden Görüş

Alıcıya teslim edilen maldaki ayıbın, aynı zamanda sözleşmenin kuruluşu sırasında esaslı nitelik yanılması teşkil etmesi durumunda, iki kurum arasında yarışmanın mümkün olduğunu kabul eden ve bizim de dahil olduğumuz görüşe göre, alıcı, şartların gerçekleşmesi halinde, seçimlik olarak TBK m. 32 veya TBK m. 219 vd. hükümlerine dayanabilir. Ayrıca her iki rejime ait gerekler ve sınırlamalar da, sadece ilgili kurumu ilgilendirmekte, diğer rejime ait hakların kullanılmasına herhangi bir etkileri bulunmamaktadır. İsviçre-Türk hukuku doktrinde hâkim görüşün bu yönde olduğu rahatlıkla söylenebilir¹¹³⁷.

¹¹³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 162, 163 (yazarın daha sonra bu görüşünü terk ettiği görülmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 410 vd.)

¹¹³⁶ Flume, **AT**, s. 484 vd.; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 14, 68; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 85; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 775; Brox / Walker, **AT**, N. 420; Bork, **a.g.e.**, N. 856; Brox, **a.g.e.**, s. 201, 202; Honsell, **Konkurrenz**, s. 141. Merz, **a.g.m.**, s. 89; Kramer, **Irrtum**, N. 132. Alman Yüksek Mahkemesi'nin yerleşik kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir (bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Huber, **a.g.e.**, s. 29 vd.).

¹¹³⁷ Giger, **BerKomm**, Vorbem. 197-210 N. 61; Yavuz, **Ayıp**, s. 221; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 322; Schmidlin, **AT**, N. 325 vd; Bucher, **AT**, s. 193; Wiegand, **Picasso**, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 410; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 42 N. 63; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 813; Burcuoğlu, **Karar**, s. 99; Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 295 vd.; Edis, **Ayıp**, s. 194; Edis, **Hata**, s. 94; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 102 ve orada dn. 198; Eren, **BG**, s. 409; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 26 N. 9; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 440; Serozan, **BÖ**, s. 134; Antalya,

İsviçre Federal Mahkemesi de, uzun süredir devam eden (yerleşik) içtihatlarında, esaslı nitelik yanılması ile ayıplı ifa arasında seçimlik yarışma ilişkisinin bulunduğunu kabul etmektedir¹¹³⁸. Daha önce de aktardığımız *van Gogh* kararında¹¹³⁹, öğretideki tartışmalara işaret ederek bu iki kurum arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmadığını belirten Mahkeme, bu tutumunu daha sonra da istisnasız olarak devam ettirmiştir. Hatta Mahkeme'nin, bu durumun artık örf ve adet hukuku haline geldiğini vurgulayan kararları da bulunmaktadır¹¹⁴⁰.

a.g.e., s. 319; Nomer, **BG**, N. 60; Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 186; Goltz, **a.g.e.**, s. 99; Gümüş, **BÖ I**, s. 66, 67; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 163; Kılıçoğlu, **BG**, s. 247.

¹¹³⁸ BGE 127 III 81; BGE 114 II 131; BGE 109 II 319; BGE 98 II 15 (bger.ch); BGE 88 II 410 (servat.unibe.ch); BGE 84 II 515 (servat.unibe.ch; diğer kararlar için bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 328; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 806; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 317).

¹¹³⁹ BGE 82 II 411 (servat.unibe.ch).

¹¹⁴⁰ Örneğin BGE 114 II 131; BGE 98 II 15 (bger.ch); BGE 88 II 410 (servat.unibe.ch). Öte yandan Federal Mahkeme, alıcının ayıplı ifa hükümlerine (OR m. 197, TBK m. 219) gitmeyip, OR m. 97 (TBK m. 112) çerçevesinde genel hükümlere (kötü ifa) başvurabilmesini de kabul etmekle birlikte, bu yarışmayı bir ölçüde sınırlamaktadır. Buna göre, alıcının satıcının kötü ifadan sorumluluğuna dayanması için, ayıplı ifa hükümlerindeki gerekleri yerine getirmesi (gözden geçirme ve bildirim) ve zamanasını süresini kaçırmamış olması gerekir (BGE 133 III 335; BGE 108 II 104; BGE 107 II 161, bger.ch). Doktrinde de bu görüşte olan yazarlara rastlamak mümkündür (Oğuzman / Öz, **BG I**, 475 dn. 473; Yavuz, **Ayıp**, s. 230 dn. 106'da anılan yazarlar; yarışmanın hiçbir şekilde mümkün olmadığı yönünde bkz. Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 26 N 9). Aksi görüşe göre ise, alıcının iki hükümden birine serbestçe başvurabilmesi mümkündür (Serozan, **BÖ**, s. 134; Aral, **Kötü İfa**, s. 193; Yavuz, **Ayıp**, s. 232; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 165, 166; İpek, **a.g.e.**, s. 276; Zevkliler / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 134). Yargıtay'ın iki yönde de kararları olduğu görülmektedir (sınırlı yarışmayı kabul ettiği bazı kararlar için bkz. Y. 13. HD., 19.3.1992, E. 1992/384, K. 1992/2617; Y. 19. HD., 6.3.2006, E. 2006/5948, K. 2006/2198; seçimlik yarışmanın bulunduğu yönünde bkz. Y. 13. HD., 16.3.1984, E. 1984/8918, K. 1984/2052, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Diğer taraftan, doktrinde, ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin kapalı bir sorumluluk düzeni oluşturduğu ve bu nedenle, TBK m. 112'deki genel hükmün uygulanmasını dışlayacağı görüşü de savunulmaktadır (bu görüşteki yazarlar için bkz. Gümüş, **BÖ I**, s. 64 dn. 266'da anılan yazarlar).

Öte yandan *Schwenzer*, Federal Mahkeme'nin ayıplı ifa ile yanılma arasında seçimlik yarışmaya izin verirken, ayıplı ifa ile kötü ifa ilişkisinde bu imkanı tanımamasını (sınırlı yarışmaya izin vermesini) çelişkili olarak nitelendirmektedir (Schwenzer, **AT**, N. 39.40). Düşüncemize göre, buradaki çelişkiye, yanılma ile ayıplı ifa arasındaki yarışmadan hareketle ulaşmak pek doğru değildir. Zira yanılma, bir irade bozukluğu ve dolayısıyla geçersizlik sorunu iken; kötü ifa, tıpkı ayıplı ifa gibi, edimin ifa aşamasındaki sözleşmeye aykırılığıyla ilgilidir. Şu halde, ayıplı ifa ve kötü ifa arasındaki yarışmayı kabul etmeyen görüşün çelişkisi, en iyi şekilde (*Serozan*'dan ödünç alırsak) iki kurum arasındaki "külfet-nimet denklemi" ile açıklanabilir (Serozan, **BÖ**, s. 133, 134). Öte yandan, TBK m. 227/2'deki "alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır" ifadesi karşısında, artık yeni düzenlemeye göre, alıcının TBK m. 112 bağlamındaki tazminat talebini, ayıplı ifa hükümlerindeki gereklerden ve iki yıllık zamanasını süresinden bağımsız olarak ileri sürebilmesi tartışmasız hale gelmiştir. Hiç kuşkusuz, TBK m. 112 uyarınca talep edilecek tazminat, kusur esasına ve 10 yıllık zamanasını süresine bağlıdır (Gümüş, **BÖ I**, s. 65, 66). Bu konu özelinde son olarak belirtelim ki, temelini Roma hukukunda bulan, genel sözleşmeye aykırılık (TBK m. 112) ile ayıplı ifa sorumluluğu arasındaki ikiliğin bugün de devam ettirilmesine artık gerek olmadığı; dolayısıyla bu tür yarışma sorunlarına yol açan ve özünde kötü ifayı düzenleyen bu kurumların, tek bir borca aykırılık kavramı altında ve bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Yeşim M. Atamer, "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan

1988 tarihli *Picasso* kararında¹¹⁴¹ ise, Mahkeme, doktrinin eleştirilerine ve söz konusu tartışmaya nihai bir cevap olarak ve mevcut iki görüşü de değerlendirerek ayrıntılı gerekçeler öne sürmüştür. Karara konu olan olayda, alıcı 1974 yılında satıcı tarafından *Picasso*'ya ait olduğu söylenen “*Model et sculpture*” isimli (*Juillet 46* tarihli ve *Picasso* imzalı) karakalem bir tabloyu 25.000 frank karşılığında satın almıştır. Bundan yıllar sonra (1985), alıcının tabloyu açık artırma yoluyla satılması için sanat galerisine vermesiyle birlikte, tablonun sahte olabileceğine ilişkin ciddi şüpheler doğmuş ve bunun üzerine galeri, tablonun gerçek olup olmadığının belirlenmesi için *Picasso* Komitesi'ne başvurmuştur. Başvurudan kısa bir süre sonra da, tablonun sahte olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine alıcı, OR m. 24/1 b. 4 uyarınca temel yanılmasına düştüğünü iddia ederek (ve hatta duruma göre, eğer ortada aldatma söz konusuysa ayrıca tazminat da talep ettiğini ifade ederek), ödediği bedelin iadesi için ölmüş satıcının eşine (*Frau X*) dava açmıştır. Mahkeme, alıcının ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi geçtiği için kullanamayacağını, ancak yanılma için öngörülmüş (öğrenmeden itibaren işleyen) bir yıllık hak düşürücü süre geçmediği için sözleşmenin iptal edilebileceğini ifade etmiştir¹¹⁴².

Burada mahkemenin, ayıplı ifa ile yanılma hükümleri arasındaki yarışma ilişkisini hukuki bakımdan temellendirmek için ileri sürdüğü argümanlar, doktrinin büyük çoğunluğu tarafından da aynen benimsenmektedir:

- Yanılma ve ayıplı ifa kurumlarının koruduğu menfaatlere ve öngördüğü hukuki sonuçlara bakıldığında, iki kurumun da farklı hukuki sebeplere dayandığı görülür. Nitekim farklı şartlara tabi olmaları, farklı amaçlara hizmet etmeleri ve farklı yaptırımlar öngörmeleri bunun en açık kanıtıdır¹¹⁴³. Yanılma kurumu,

bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 217-260, s. 222 vd.

¹¹⁴¹ BGE 114 II 131 (bger.ch). Bu karara ilişkin ayrıca değerlendirmeler için bkz. Peter Gauch, “Der Picasso-Entscheid – Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff.”, **Schweizerische Aktiengesellschaft** 3/89, s. 152-160, s. 152 vd.; Wiegand, **Picasso**, s. 101 vd.; Burcuoğlu, **Karar**, s. 90 vd.; Paul Piotet, “Picasso” Kararı Hakkında: İrade Sakatlığı Nedeniyle İptal ve Borçlu Olunmayan Şeyin Geri Alınması Dâvasında Zamanaşımı”, çeviren: Kemal Dayınlarlı, **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 1-2, Ocak-Nisan, 1990, s. 210-214, s. 210 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 387 vd.

¹¹⁴² Mahkeme, iptal hakkı için kanuni bir üst süre bulunmadığına ve fakat sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi için on yıllık zamanaşımı süresinin geçmiş olduğuna işaret etmiştir. Sözleşmeyi iptal etme hakkının doğrudan ya da dolaylı şekilde bir üst süreyle sınırlı olup olmadığı konusunda bkz. aş. 3. Bölüm, V, D.

¹¹⁴³ Aynı yönde bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 334; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 323.

sözleşmenin kurulması aşamasında gerçekleşen bir irade bozukluğu olarak sözleşmenin geçerliliği sorunudur. Buna karşın ayıplı ifade ise, alıcının, satıcının kötü ifasına karşı (ifa aşamasında) korunması söz konusudur¹¹⁴⁴.

- Mahkeme ayrıca, yarışmayı kabul etmeyen bazı yazarların savunduğu¹¹⁴⁵, hem parça borcunda hem de çeşit borcunda “şeyi başka çeşide (kategoriye) dahil eden niteliklerdeki” eksikliğin ayıplı ifa değil, *aliud* olacağı; dolayısıyla ayıp hükümlerinin ancak, aynı çeşide dahil maldaki “nitelik farklılığı” hallerine hasredilmesi gerektiği (ve nitelikte yanılmanın esaslı olabilmesi için de, hata konusu niteliğin o şeyde bir kategori farkı yaratması gerektiği ve bu nedenle ayıp ile yanılmanın hiçbir zaman yarışamayacağı) yönündeki görüşe de dolaylı olarak cevap vermiştir. Buna göre, olaydaki gibi parça borcu söz konusuysa ve satıcı da sözleşme kurulurken bireyselleştirilmiş olan o belirli şeyi (tabloyu) teslim ettiyse, sözleşme, gereği gibi olmasa da ifa edilmiş kabul edilmelidir. Şu halde, en azından parça borçları açısından, satış konusu şeyin nitelik eksikliğinin ayıp mı yoksa *aliud* mu teşkil edeceği, Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulmuştur.

- Yine Mahkeme’ye göre, günümüzde artık kitlelere yönelik genel sözleşmelerin yapılması ve özellikle bilim ve teknikteki gelişmelerin artışı vb. durumlar dikkate alındığında, alıcıların korunma ihtiyacının arttığı bir gerçektir. Şu halde, eğer ayıp hükümlerinin özel hüküm olarak tek başına uygulanacağı, yani yanılmanın dışlanacağı kabul edilirse, bu, bazı durumlarda alıcının hakkaniyete ve adalete ters düşecek şekilde mağdur olmasına yol açacaktır. Bu nedenle, alıcının ayıba ilişkin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmediği veya zamanaşımı süresinin geçtiği hallerde, en azından onun yanılma hükümlerinden yararlanması mümkün olmalıdır. Gerçekten, doktrinde de ileri sürüldüğü üzere, alıcının gerçek olduğunu düşünerek karşılığında büyük bedeller ödediği sanat eserleri, antika ve koleksiyon eşyaların satışında, bu ihtiyaç daha da belirgin hale gelmektedir. Bu tür eşyaların gerçek mi yoksa sahte mi oldukları (özellikle kasıtlı olarak gizlenmiş ayıplar olabileceği dikkate

¹¹⁴⁴ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 441; Schwenger, **AT**, N. 39.40; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 336, 362; Yavuz, **Ayıp**, s. 221; Edis, **Ayıp**, s. 23; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 411; Burcuoğlu, **Karar**, s. 99.

¹¹⁴⁵ Bu görüş için bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (2), (a).

alınırsa), çoğu zaman ya ayıp hükümlerinde öngörülen sürelerden sonra anlaşılakta ya da ayıbın tespit edilmesi, alıcıdan beklenemeyecek derecede bir uzmanlığa ve masrafa neden olmaktadır. Bu tür “nitelikli gizli ayıpların”, ancak o branştaki uzmanlar tarafından kullanılacak özel tekniklerle ve normalin çok üstünde masraflarla ortaya çıkarılabildiği gerçeği karşısında, alıcının hiç değilse yanılma hükümlerine başvurarak korunabilmesi gerekir¹¹⁴⁶.

Aynı tehlike, sahtekârlık sonucu gizlenmiş olmasa da, doğaları gereği çok uzun süre sonra ayıplı oldukları anlaşılabilen veya çok özel teknik araçlarla ortaya çıkarılabilen, örneğin arazinin sonradan anlaşılan jeolojik sorunları, duvarın daha sonra rutubetlenmesi, bitki ve hayvanlardaki kuluçka dönemi çok uzun olan hastalıklar vb. durumlar için de geçerlidir¹¹⁴⁷. Federal Mahkeme’nin başka bir kararı bu konuya güzel bir örnektir¹¹⁴⁸: Olayda alıcı, üzerinde inşaat yapılabileceği düşüncesiyle bir arazi satın almıştır. Ancak daha sonra, çığ düşme tehlikesinin anlaşılması nedeniyle idare tarafından belirli parseller üzerinde inşaat yasağı konulmuştur. Burada, söz konusu tehlikenin arazide henüz sözleşme kurulduğu sırada mevcut olmasına rağmen, inşaat yasağı kararının, arazinin tapuya tescilinden altı yıl sonra verildiğini varsaydığımızda, alıcı nasıl korunacaktır? Zira TBK m. 244/3 uyarınca, taşınmazlardaki ayıplara ilişkin mülkiyetin devrinden itibaren beş yıllık zamanaşımı öngörülmüş ve olayda bu süre kaçırılmıştır¹¹⁴⁹. O halde, alıcının en azından yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal ederek, ödediği bedeli geri istemesine izin verilmesi adil bir sonuç olacaktır.

- Mahkeme ayrıca, ayıplı ifa hükümlerinin alıcıya tanıdığı ayrıcalıklı hukuki sonuçların (seçimlik haklar ve satıcının garanti sorumluluğu), satıcının

¹¹⁴⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 344, 345; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 413. *Wiegand*’a göre, Mahkeme’nin teknik gelişmeler ve kitle sözleşmelerine vurgu yaparak alıcıların daha çok korunması yönündeki gerekçesi genel olarak isabetli olsa da, somut olay bakımından zayıf kalmaktadır. Zira yazara göre, tablo ya da diğer sanat eserlerinin sahte olmalarına ilişkin sorunlar bundan yüzyıllar öncesinde de mevcut olduğundan, burada Mahkeme’nin endüstri toplumundaki teknik gelişmelerden ve kitle sözleşmelerinden dem vurmasına gerek bulunmamaktadır. Bkz. *Wiegand*, **Picasso**, s. 103.

¹¹⁴⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 361; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 413.

¹¹⁴⁸ BGE 98 II 15 (bger.ch).

¹¹⁴⁹ Hemen belirtelim ki, söz konusu hükümde, “taşınmaz” kavramı yerine “yapı” kavramı (“*bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar...*”) kullanılmasına karşın, hâkim görüş, amaca uygun yorum ışığında, hükümdeki zamanaşımı sürelerinin yapılı veya yapısız her türlü taşınmazın ayıplı olmasından kaynaklanan taleplere uygulanacağı görüşündedir (Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 191 ve orada dn. 52’de anılan yazarlar; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Tandoğan, **BÖ**, s. 269, 270).

sorumluluğu için yerine getirilmesi gereken külfetler ve kısa zamanaşımı süresiyle dengelendiğini vurgulamıştır. Oysaki yanılma hükümlerine başvuran alıcının bu denli ağır gerekleri yerine getirmek zorunda olmaması, dengeyi bu sefer de hukuki sonuçlarda sağlamaktadır (sadece sözleşmeyi iptal etme hakkı ve bazı durumlarda yanılmanın tazminat sorumluluğu)¹¹⁵⁰.

Buradaki hassas nokta, yanılma ve ayıplı ifa açısından kanunda öngörülmüş olan gerek uygulanma şartlarının (gereklerin) gerekse de hukuki sonuçların, diğer kuruma göre iki yönden de avantajlı ya da elverişsiz olmamasıdır. Şöyle ki, yanılma hükümlerine başvurulması için görece elverişli gerekleri yerine getiren

¹¹⁵⁰ Aynı yönde bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 441; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 325; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 316; Serozan, **BÖ**, s. 134; Burcuoğlu, **Karar**, s. 91. Burada akla gelen bir diğer olasılık, acaba sözleşme konusu şeyin ayıplı olması durumunda, satıcı da yanılma hükümlerine dayanabilecek midir? Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Schmidlin'e göre, şayet sözleşme konusu şeyin niteliğindeki eksiklik, satıcı açısından esaslı nitelik yanılmasının şartlarını taşıyorsa, satıcının bu korumadan yararlanmaması için hiçbir neden yoktur. Örneğin sanat eserleri, antika veya koleksiyon eşyalarında, satıcının satış konusu şeye ilişkin sahtekârlığı (aldatması) yoksa (veya şeyin sahte olduğunu bilmiyorsa), satıcının da korunması gerektiği durumlar söz konusu olabilir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 329, 347). Özellikle çok büyük bedeller ödenerek satın alınan tablolar, halılar veya antika eşyalar dikkate alınır, acaba satıcının bilmediği ve varlığında yanıldığı bir ayıptan dolayı kusursuz sorumlu olmasının önüne yanılma hükümleriyle geçilebilir mi? Doktrindeki ağırlıklı görüş, haklı olarak bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Çünkü satıcıya bu imkanın verilmesi, ona ayıp sorumluluğundan kaçış yolunu açmak anlamına gelir. Kaldı ki, ayıplı ifadan "kusursuz sorumlu" olan satıcıya, "kusur sorumluluğu" (ve hatta kural olarak sadece olumsuz zararın tazminini) öngören yanılma hükümleri ile sözleşmeyi ortadan kaldıracı şans vermek, kanunun amacına da aykırı olacaktır (Honsell, **Konkurrenz**, s. 141 vd.; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 69; Brox / Walker, **AT**, N. 420). Kanaatimizce sorunun bu noktasında, iki hususa dikkat çekmek gerekmektedir: Birincisi, satış konusu şeyin niteliğinde eksiklik bulunması halinde, sadece "alıcının ifa menfaati" (doğrudan amacı) etkilenmektedir. Bu nedenle, ayıp hükümleri ve yanılma hükümlerinin seçimlik yarışması alıcı için bu bakımdan fevkalade önemlidir. Buna karşın, satış konusu şeyin niteliğindeki eksiklik, satıcının ifa menfaatini herhangi bir şekilde etkilememektedir; çünkü o, alıcının yerine getirdiği karşı edimle (bedel ile) ifa menfaatine ulaşmaktadır. Dolayısıyla, satıcının şeydeki nitelik eksikliğini bilmediği (yanıldığı) durumlarda, gerçekten ve sadece yanıldığı için sözleşmeyi ortadan kaldırmak istemesi, hayatın olağan koşullarında pek inanılır olmayacaktır. Kaldı ki, TBK m. 219/2'deki "*satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur*" ifadesine bakıldığında, kanun koyucunun amacının, satıcıyı, satış konusu şeyin ayıplarından kusursuz olarak (yanılsa bile) sorumlu tutmak olduğu görülmektedir (TBK m. 34/1, burada bir filtre görevi görebilir). Dolayısıyla, yanılma hükümlerine dayanılarak bu sorumluluğun bertaraf edilmesi kanunun amacı ile bağdaşmaz. Öte yandan, satıcı açısından esaslı nitelik yanılmasının şartları ve bunların ispatı, pratik hayatta son derece zordur. Ayrıca, çok büyük bedel karşılığında satın alınan sanat eserlerindeki ve antika ya da koleksiyon eşyalarındaki ayıbı bilmeyen satıcının, bir anda çok büyük tazminat davalarıyla karşılaşması durumunda, onun mağdur olabileceği yönündeki argüman da yerinde değildir. Zira alıcının haklarını talep ettiği anda, bu sefer de satıcının, sözleşme konusu şeyi kendisinden aldığı üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği hukuki imkanlar gündeme gelecektir. Diğer bir ifadeyle, bu gibi durumlarda satıcının, kendi satıcısına karşı ayıp hükümlerine ya da irade bozukluğuna (yanılmaya veya aldatmaya) dayanabilmesi (gereklere ve sürelerle uyulduğu sürece) imkan dahilindedir. Son olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus da şudur: Sözleşme konusu şeyin ayıbyla ilgili olmayan bir esaslı yanılmanın varlığı halinde, ortada zaten yarışma sorunuyla ilgili bir durum bulunmadığından, alıcı veya satıcının yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesinde herhangi bir engel yoktur.

yanılan, bu durumu dengeleyecek tarzda avantajsız hukuki sonuçlara sahip olmaktadır. Ayıplı ifada ise tam tersi bir durum söz konusudur. Dolayısıyla bu denge durumu, iki kurum arasındaki yarışmayı da haklı kılmaktadır. Şayet bu iki kurumdan birisi, hem uygulanma şartları hem de hukuki sonuçlar açısından diğerinden daha ayrıcalıklı olsaydı, pratikte her zaman bu kuruma başvurulacağından, daha elverişsiz gerek ve sonuçlar öngören kanun hükmünün dolanılması yolu da açık olacaktır. Nitekim bu gibi durumlarda, iki yönden de avantajsız olan kuruma ilişkin düzenlemeler özel hüküm niteliğinde olmakta ve böylece diğerini dışlayarak söz konusu tehlikenin ortaya çıkmasını engellemektedir¹¹⁵¹. Ancak görüldüğü üzere, yanılma ve ayıplı ifa kurumları arasında bu tür bir tehlike olmadığı açıktır.

- Bir diğer argümana göre, aldatma ile ayıplı ifa hükümlerinin yarışacağının kabul edilmesi karşısında (yukarıda görüşlerini aktardığımız, yanılma ile ayıplı ifa hükümleri arasında yarışmayı kabul etmeyen bazı yazarların dahi bu görüşü savunduklarını belirtelim¹¹⁵²), yanılma ile ayıplı ifa hükümlerinin yarışmayacağının ileri sürülmesi, her şeyden önce hukuki bakımdan tutarsızdır ve kanunun amacına aykırılık teşkil etmektedir¹¹⁵³. Zira bu durumda, irade bozukluğu halleri arasında gereksiz ayrıma gidilmekte ve yanılma varsa özel hüküm sayılan ayıplı ifa hükümlerinin, eğer aldatma varsa bu sefer özel hüküm sayılmaması gibi garip bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay'ın da bu iki kurumun seçimlik uygulanacağı görüşünde olduğu görülmektedir¹¹⁵⁴. Öyle ki, 1958 yılında verilen İçtihadı Birleştirme Kararı'nda¹¹⁵⁵ aynen şu ifadeler yer almaktadır; “*Nitekim, satılan malın ayıplı olması halinde Borçlar Kanununun 203. maddesi uyarınca aktin feshi istenebileceği gibi Borçlar Kanununun*

¹¹⁵¹ Serozan, **Medeni**, s. 181; Serozan, **Yöntem**, s. 179.

¹¹⁵² Örneğin bkz. Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210, N. 12; Schwenger, **AT**, N. 39.45.

¹¹⁵³ Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 325.

¹¹⁵⁴ Y. 4. HD., 12.10.1977, E. 1977/12191, K. 1977/9487 (Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Birinci Cilt, 1. Baskı, İstanbul: Beta, 2003, s. 325; Y. 14. HD., 19.9.2006, E. 2006/5105, K. 2006/9417 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 1. HD., 6.6.1989, E. 1989/3007, K. 1989/7230 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 103, 104). Öte yandan, Mahkeme'nin taşınmaz satışında bu yarışmayı kabul etmediği, alıcının sadece ayıplı ifa hükümlerine dayanabileceğine (TBK m. 244 vd.) işaret ettiği kararı için bkz. YHGK., 15.11.1972, E. 1971/1-103, K. 1972/918 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aksi yönde kararı için bkz. Y. 4. HD., 25.3.1957, E. 1957/8902, K. 1957/1610 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 128).

¹¹⁵⁵ YİBK., 4.6.1958, E. 1958/15, K. 1958/6 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

24. maddesinin 4. bendi hükmünce vasıfta yanılma esasına dayanılarak da aktin feshi cihetine gidilebilir”.

Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi, yarışma görüşünün hayvan satışlarında geçerli olmadığını kabul etmektedir. Yanılma ve ayıplı ifa konusundaki yerleşik içtihatlarına bu yönde bir istisna öngören Mahkeme’ye göre, hayvan satışına ilişkin düzenleme, doğası gereği özel hüküm teşkil ettiğinden yanılma hükümleri karşısında münhasır uygulama alanı bulmalıdır¹¹⁵⁶.

Sözleşme konusu şeyin niteliğinde yanılan alıcının, ayıp hükümleriyle birlikte veya ayıp hükümlerine başvuramadığı (külfetlerin yerine getirilmediği ya da zamanaşımı süresinin geçtiği) takdirde, yanılma dışında, (ve hatta çoğu zaman bundan daha önce) aldatma hükümlerine başvurmayı denemesi kuvvetle muhtemeldir. Zira alıcının yanılma yerine aldatma hükümlerine dayanması, kanunda açıkça aldatan kimsenin tazminat sorumluluğunun öngörülmüş olması ve TBK m. 39/2 uyarınca alıcının sözleşmeye icazet vermesi (ya da vermiş sayılması) halinde dahi tazminat talebini ileri sürebilecek olması nedeniyle çoğu zaman kendi menfaatine olacaktır¹¹⁵⁷. Doktrinde ve içtihatla, eğer iki kurumun da uygulama şartları gerçekleşmişse ayıplı ifa ile aldatma hükümlerinin yarışabilecekleri kabul edilmektedir¹¹⁵⁸. Hatta öyle ki, yanılma ile ayıp arasındaki yarışmayı kabul etmeyen bazı yazarların dahi, eğer ortada aldatma durumu söz konusuysa, bu hükümlerin yarışacağına işaret ettikleri görülmektedir¹¹⁵⁹. Bu çerçevede denilebilir ki, daha ağır bir irade bozukluğu hali olan aldatmada, mağdur tarafın korunması ihtiyacı en üst seviyede dikkate alınmalı ve sahip olduğu bütün hakları dilediği şekilde (seçimlik olarak) kullanabilmesi gerekmektedir. Şu halde dışlama görüşü açısından bakıldığında, yanılma halinde alıcıya karşı satıcıyı

¹¹⁵⁶ BGE 114 II 131; BGE 111 II 67 (bger.ch); BGE 70 II 48 (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 327). Böyle bir ayırım yapılmasının yerinde olmadığını belirten karşıt görüş için bkz. Schwenger, **AT**, N. 39.40; Honsell, **Konkurrenz**, s. 141; Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210, N. 10; Koller, **AT**, § 14 N. 96.

¹¹⁵⁷ Ancak hemen belirtelim ki, bize göre, yanılanın aldatma hükümleri yerine yanılma hükümlerine başvurarak (ve sözleşmeyi iptal ederek), *culpa in contrahendo* bağlamında aldatan karşı taraftan tazminat talep edebilmesi de mümkündür (bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 2). Diğer taraftan, aldatmaya dayanan yanılanın, TBK m. 32’deki esaslılık şartlarını ispat etmek zorunda olmadığını, zira aldatmanın varlığı için esaslı yanılmaya gerek duyulmadığını bir kez daha hatırlatalım.

¹¹⁵⁸ Yavuz, **Ayıp**, s. 225; Kurşat, **a.g.e.**, s. 154; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 298; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 28 N. 139; Tandoğan, **BÖ**, s. 203 vd.; Yıldırım, **Hile**, s. 71 vd.; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 965-988, s. 980; BGE 127 III 83 (bger.ch).

¹¹⁵⁹ Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210, N. 12; Schwenger, **AT**, N. 39.45.

koruyan yaklaşımın; aldatma halinde, bu sefer korunmayı hak etmeyen satıcıya karşı alıcıyı koruduğu rahatlıkla söylenebilir.

Aldatma ile ayıplı ifa hükümlerinin yarışması için, öncelikle satıcının sözleşme öncesinde ayıbı bilerek, aldatma kastıyla (iradesiyle) ve sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla alıcıyı söz konusu şeyin niteliğine ilişkin saikte yanıltması veya alıcının hatalı saikinin devamını sağlaması gerekir¹¹⁶⁰. Daha sonra da, söz konusu ayıplı şey, alıcıya teslim edilmiş olmalıdır. Başka bir anlatımla, satıcının aldatma ile sözleşme konusu şeyin ayıplarını gizlediği ya da aldatma kastı ile belirli nitelikleri vaad ettiği durumlarda, bu nitelikler hem sözleşme kurulduğunda, hem de ifa anında o şeyde bulunmaktaysa, iki kurumun da uygulanma şartları gerçekleşmektedir¹¹⁶¹. Ancak, aldatmanın varlığı durumunda, normalde ayıp sorumluluğunun doğması için gereken külfetler ve iki yıllık zamanaşımı süresi önemini kaybedeceğinden, çoğu zaman alıcının yine ayıba dayanacağı rahatlıkla söylenebilir¹¹⁶².

Bu çerçevede gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta, alıcı ile satıcı arasındaki sözleşmede, TBK m. 221 anlamında geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunduğu hallerde, alıcının yanılma hükümlerine başvurup başvuramayacağı sorunudur. Diğer bir deyişle, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun sözleşme ile bertaraf edilmesi, sınırlanması veya seçimlik haklar ya da süre bakımından kanundaki

¹¹⁶⁰ Yavuz, **Ayıp**, s. 223; Kurşat, **a.g.e.**, s. 2, 27; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 445.

¹¹⁶¹ Yavuz, **Ayıp**, s. 223; Kurşat, **a.g.e.**, s. 153.

¹¹⁶² Hatta bu durumda, alıcının ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullandığı bir kurguda, TBK m. 229 uyarınca satıcı, alıcının diğer zararlarını da tazmin etmek durumunda kalacaktır (Yavuz, **Ayıp**, s. 225). Öte yandan, alıcının TBK m. 39'daki bir yıllık hak düşürücü süreyi kaçırmış olmasına rağmen, aldatmanın varlığı nedeniyle iki yıl yerine on yıl olarak uygulanacak olan ayıp zamanaşımını kaçırmamış olması olasılığı da gündeme gelebilecektir (Kurşat, **a.g.e.**, s. 155). Bununla birlikte, her ne kadar ayıplı ifa ile aldatma arasındaki yarışma imkanı pratikte pek önemi olmasa da, bazı durumlarda alıcının aldatmaya dayanmasının daha elverişli olduğu da ileri sürülmektedir. Özellikle ayıplı ifa kapsamındaki on yıllık zamanaşımının kaçtığı olasılıklarda, aldatma için öngörülmuş bir üst süre söz konusu olmadığı için (dolaylı bir üst süre olup olmadığı konusunda bkz. aş. 3. Bölüm, V, D), alıcı, söz gelimi malın tesliminden on bir yıl sonra aldatıldığını öğrenmesi halinde sözleşmeyi iptal edebilecektir. Bu konuda bkz. Yavuz, **Ayıp**, s. 225; Kurşat, **a.g.e.**, s. 155.

Kanaatimizce, yanılma ile ayıp arasındaki yarışma, aldatma ile ayıp arasındakine göre pratikte daha önemli rol oynayacaktır. Bunun ilk nedeni, az önce işaret edildiği üzere, aldatmanın varlığı halinde zaten alıcının ayıptan doğan hakları kullanabilmesinin önündeki formalitelerin ve sınırlamaların ortadan kalkacak olmasıdır. Hâlbuki yanılmada bunun tersi bir durum söz konusu olup, alıcı çoğunlukla ayıba dayanma fırsatını kaçırdığı için yanılmaya başvuracaktır. Öte yandan, günümüz ekonomik hayatının karakteristik özellikleri olan kitle üretimi ve karmaşık işbölümü dikkate alındığında, satıcıların sattıkları mallardaki ayıpları bilmemeleri pekâlâ ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla, satıcının bilgi ve organizasyon alanının darlığı, birçok kez onda aldatma kastı bulunmadığı sonucuna varılmasına yol açabilecektir.

yedek hükümlerden farklı şekilde düzenlenmesi durumunda, alıcının sözleşmeyi iptal edip edemeyeceği önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre ve doktrinde de kabul edildiği üzere, sorumsuzluk anlaşmasının varlığı halinde, ayıp hükümlerinden yararlanamayacak olan alıcı, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkını da kullanamayacaktır. Zira bu durumda alıcı, sorumsuzluk kaydını kabul etmekle birlikte, sözleşme konusu şeydeki nitelik eksikliklerine ilişkin riski de üzerine almaktadır. Başka bir deyişle, satıcının şeyin ayıplarından sorumsuz olacağına ilişkin yapılan anlaşma çerçevesinde, alıcı, artık o şeyle ilgili niteliklerin gerçeğe uymama riskini de kabul etmektedir. Burada, alıcının, söz konusu niteliğin alışveriş hayatındaki dürüstlük kurallarına göre sözleşmenin yapılması için mutlak belirleyici etken olduğunu ispat etme imkanı ortadan kalkmaktadır¹¹⁶³.

Ancak sorumsuzluk anlaşmasında, satıcının ayıp sorumluluğu tamamen kaldırılmamışsa; diğer bir deyişle sadece zamansal veya içerik olarak bir sınırlama öngörülmüşse, alıcının yanılma hükümlerine başvurabileceği kabul edilmektedir. Söz gelimi, sözleşmede sadece bildirim süresi veya zamanaşımı süresine ilişkin sınırlamalar bulunmaktaysa ya da bazı seçimlik hakların kullanılamayacağı (örneğin sadece onarım hakkının kullanılacağı) belirtilmişse, ayıplı ifa hükümlerine gitmeyen ya da gidemeyen alıcı, TBK m. 32'ye dayanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir¹¹⁶⁴.

¹¹⁶³ BGE 91 II 275; BGE 126 III 59 (bger.ch); Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 33; Schwenger, **AT**, N. 39.41; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art 197 N. 319; Yavuz, **Ayıp**, s. 222; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 807a.; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 413, 414; karşı. Reiser, **a.g.e.**, N. 12 (yazar, bu gibi durumlarda, riskin farkında olan alıcının yanılmasından dahi söz edilemeyeceği görüşündedir). Kuşkusuz, geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu olduğu durumlarda, ayrıca sübjektif esaslılık şartının da gerçekleşmediği kabul edilebilir. Zira şeyin niteliğinin gerçeğe uygun olmayabileceğini öngörmüş olan yanılanın, yine de iradesini açıklamış olması, niteliğe ilişkin saikini sözleşmenin zorunlu temeli olarak görmediğini göstermektedir. Ancak yanılanın her durumda bu şekilde bir öngörü ve bilinç sahibi olamayacağı; diğer bir deyişle, yanılanın, sorumsuzluk kaydına rağmen şeyde nitelik eksikliği bulunduğu farkına varmadığı hallerin söz konusu olabileceği dikkate alınır, burada sadece "objektif" esaslılığın bulunmadığına dayanılması daha isabetli olacaktır. Durum böyle olmakla birlikte, Federal Mahkeme'nin eski bir kararında, sorumsuzluk anlaşmasının varlığına rağmen yanılmaya dayanmak isteyen alıcının, sözleşmeyi sona erdirmesinin OR m. 25/1 (TBK m. 34/1) bağlamında dürüstlük kuralına aykırı olacağı belirtilmiştir (BGE 53 II 143, servat.unibe.ch).

¹¹⁶⁴ BGE 91 II 275 (bger.ch); BGE 83 II 18 (servat.unibe.ch); Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 319; Yavuz, **Ayıp**, s. 222; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 807a.; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 414. Genel bir sorumsuzluk kaydının bulunduğu bir sözleşmede, belediyenin taşınmaza oturma izni vermediğini daha sonradan öğrenen alıcının, sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunduğu yönünde bkz. BGR 4A_492/2012 (aktaran Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 33).

Öte yandan, sorumsuzluk anlaşmasında, satıcının sorumluluğu sadece belirli niteliklere özgü olarak sınırlanmışsa, bu kapsam dışındaki nitelik eksikliklerinde alıcının hem yanılmaya hem de

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer olasılık da, satıcının ayıplı ifade ağır kusurlu olması halinde (aldatma veya meslekten satıcı olarak bilmesi gereken bir ayıp varsa), sorumsuzluk anlaşmasının TBK m. 221 uyarınca geçersiz olmasıdır. Bu durumda, alıcının, ayıp hükümlerinin yanı sıra yanılma (hatta aldatma) hükümlerine dayanabilmesi tekrar mümkün hale gelecektir.

(3) Ayıplı İfa Hükümlerine Başvuran Yanılanın Sözleşmeye Örtülü Şekilde İcazet Verip Vermediği Sorunu

(a) Sorunun Tespiti ve Doktrindeki Görüşler

Nitelikte yanılma ve ayıp sorumluluğunun uygulanma şartlarının aynı zamanda gerçekleştiği hallerde, iki kurum arasındaki ilişki başka bir açıdan daha incelenmelidir. Bu incelemenin odaklandığı esas sorular şunlardır: Seçimlik olarak ayıplı ifa ya da yanılma hükümlerine başvurma hakkı bulunan alıcının (yanılanın), acaba öncelikle ayıptan doğan hakları kullanması halinde, bu durum, alıcının TBK m. 39 uyarınca esaslı yanılma içeren sözleşmeyi onadığı (sözleşmeye icazet verdiği, *Genehmigung*) anlamına gelecek midir? Ya da alıcının ilk olarak sözleşmeyi iptal etme hakkını kullanması halinde, daha sonra ayıp hükümlerine başvurabilmesi mümkün müdür?

Görüldüğü üzere, burada çözülmesi gereken sorun, alıcının ilk tercih ettiği hukuki alternatifin, diğer hukuki alternatifin uygulanmasını bertaraf edip etmeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle, irade bozuklukları (yanılma ve aldatma) ve ayıplı ifa hükümleri arasında yapılan kronolojik seçimin, iki kurum arasındaki yarışma ilişkisine ne gibi etkisi olacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken temel nokta şudur: Ayıplı ifa hükümlerinin devreye girebilmesi için, öncelikle geçerli bir sözleşmenin mevcut olması gerekir¹¹⁶⁵. Bu bakımdan, yanılma kurumunun (ve diğer irade bozukluklarının) aslında sözleşmenin

ayıplı ifa hükümlerine başvurma imkanı saklıdır. Örneğin satıcının, satış konusu makinede üretilcek ürünlerde herhangi bir ölçüm hatası veya biçim hatası bulunması halinde, bu ayıplardan kaynaklanan sorumluluğu kabul etmediği şeklinde bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı halinde, eğer sözleşme kurulduğu sırada, (ilgili nitelik eksikliğinden farklı olarak) makinenin elektrik aksamında bir sorun olduğu ortaya çıkmışsa, bu durumda hem ayıp hem de yanılma hükümleri seçimlik yarışabilecektir.

¹¹⁶⁵ Gauch, *Sachgewährleistung*, s. 186; Yavuz, *Ayıp*, s. 43 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *BG*, s. s. 414. BGE 127 III 83; BGE 114 II 131 (bger.ch).

geçerliliği sorunu olduğu hatırlanacak olursa, bu konunun daha hassas bir noktaya temas ettiği görülecektir.

Her ne kadar pratikte oldukça az rastlanacak olsa da, alıcının ilk başta yanılma hükümlerine dayandığı olay grubuyla başlarsak; (i) eğer sözleşmenin iptali açıklaması hukuki sonuçlarını doğurmuşsa; diğer bir ifadeyle, olayda esaslılık şartları gerçekleştiği için iptal hakkı doğru şekilde kullanılmışsa, alıcının daha sonra bundan vazgeçerek ayıptan doğan haklarına başvurması mümkün değildir¹¹⁶⁶. Zira tezin daha sonraki bölümünde görüleceği üzere, sözleşmeyi iptal hakkı, kural olarak kullanılmakla tükenen ve geri alınamayan bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir¹¹⁶⁷. Dolayısıyla, iptal hakkının kullanılmasından sonra sözleşme kesin hükümsüz olacağından, artık geçerli bir sözleşmeyi şart koşan ayıplı ifa hükümlerine dayanılması imkanı kalmayacaktır. Diğer bir ihtimal ise, (ii) esaslılık şartları bulunmamasına rağmen, alıcının yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiğini bildirmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Şayet bu durum mahkeme tarafından da tespit edilirse, aslında sözleşme geçersiz olmadığı için, alıcı ayıptan doğan haklarını (zamanaşımı süresinin geçmemiş olması kaydıyla) kullanabilecektir¹¹⁶⁸. Örneğin alıcı, satın aldığı malın niteliğinde esaslı şekilde yanıldığını ileri sürerek, söz konusu malı iade etmek istediğini ve bu nedenle de bedeli ödemeyeceğini satıcıya bildirmiştir. Bunun üzerine satıcı, bedelin ifası için dava açmış ve mahkeme olayda esaslı nitelik yanılması olmadığı için alıcının iptal hakkı bulunmadığına karar vermişse, alıcı bu durumda ayıplı ifa hükümlerine dayanabilecektir¹¹⁶⁹. Öte yandan, alıcının seçimlik yarışmadan terditli (kademeli) olarak yararlanmasının; yani alıcının, yanılmanın esaslılığının kabul edilmemesi halinde, ayıptan doğan haklarını kullanacağını mahkemeye belirtmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷⁰.

İkinci olay grubu ise, alıcının öncelikle ayıplı ifa hükümlerine başvurduğu hallerle ilgili olup, bu durumda alıcının daha sonra yanılma (veya aldatma)

¹¹⁶⁶ Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 189; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 319; Akyol, **BG**, s. 296.

¹¹⁶⁷ İptal hakkının özellikleri konusunda bkz. aş. 3. Bölüm, II, B.

¹¹⁶⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 341. Keza sözleşmeye icazet veren (onayan) yanılmanın da ayıba dayanması mümkündür (Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 300, 320).

¹¹⁶⁹ Teorik olarak böyle bir ihtimalden bahsetmek mümkün olmakla beraber, pratikte ayıplı ifanın şartları gerçekleşmesine rağmen esaslı nitelik yanılmasının mevcut olmadığı hallerle karşılaşılması ihtimali hayli düşüktür.

¹¹⁷⁰ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 813.

hükümlerine dayanıp dayanamayacağı tartışmalıdır. Tartışmanın nirengi noktasını Federal Mahkeme'nin 2000 yılında verdiği karar¹¹⁷¹ oluşturmaktadır. Karara konu olayda, satış konusu kadın elbiselerinin teslimden sonra ayıplı olduğunun anlaşılması üzerine, alıcı bu durumu satıcıya bildirmiştir. Satıcı, söz konusu elbiseleri ayıpsız benzerleriyle değiştirme teklifinde bulunmuş, ancak herhangi bir cevap alamayınca bedelin ödenmesini talep etmiştir. Alıcının, malların ayıplı olduğunu, dolayısıyla ne malları kabul ettiğini ne de bedeli ödeyeceğini belirtmesi üzerine satıcı, bedelin faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi amacıyla dava açmıştır. Bu davaya karşı alıcı, davanın reddedilmesini ve karşı dava ile de, ilk olarak daha önce bir kısmını ödediği bedelin kendisine iadesini talep etmiş; bunun kabul edilmemesi halinde de, bedelin indirilmesi hakkını kullandığını belirtmiştir. Ayrıca dava devam ederken alıcı, satıcının OR m. 28'e (TBK m. 36) göre kendisini aldattığını da ileri sürmüştür. Kanton Mahkemesi'nin, olayda aldatmanın bulunup bulunmadığına değinmeksizin, davacının (satıcının) davasını kabul etmesi üzerine, alıcı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Alıcı temyiz dilekçesinde, öncelikle malları kabul etmediğini ve bedeli geri istediğini satıcıya bildirmesinin sözleşmenin iptali açıklaması şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca alıcıya göre, olayda OR m. 31/1'de (TBK m. 39/1) zikredilen hak düşürücü süre de geçmemiştir. Buna ek olarak alıcı, mahkemenin OR m. 60/3 (TBK m. 72/2) hükmünü gözden kaçırdığını, zira aldatmanın defi yoluyla da ileri sürülebileceğine işaret etmiştir. Bunun üzerine Federal Mahkeme, daha önceki kararlarına da atıf yaparak, alıcının ayıp hükümleriyle birlikte, seçimlik olarak OR m. 23 vd. (TBK m. 30 vd.) hükümlerindeki irade bozukluğu hallerine de dayanabileceğini belirtmiştir. Ancak mahkemeye göre, alıcının malların ayıplı olduğunu belirterek ayıplı ifadan doğan haklarını kullanması, onun sözleşmeye OR m. 31 (TBK m. 39) anlamında icazet verdiği şeklinde anlaşılmalıdır.

¹¹⁷¹ BGE 127 III 83 (bger.ch). Bu karar hakkında doktrindeki analizler için bkz. Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 295 vd.; Gauch, **Sachgewährleistung**, s. s. 184 vd.; Ernst A. Kramer, "Besprechung von BGE 127 III 83 ff., 14.12.2000, Berufung: Unverjährbarkeit der Einrede der Täuschung (Art. 60 Abs. 3 OR) - Verhältnis zwischen Ansprüchen aus kaufrechtlicher Sachgewährleistung und Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln: Frist für die einredeweise Geltendmachung von Willensmängeln (Art. 31 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 3 OR): Genehmigung des Vertrages durch Geltendmachung von kaufrechtlichen Sachgewährleistungsrechten", **Aktuelle Juristische Praxis, Jg. 11**, 2001, s. 1454-1456, s. 1454 vd. Aynı sonuç, Mahkeme'nin kira sözleşmesine ilişkin verdiği başka bir kararda da karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme'ye göre, kiracının ayıp oranında kira bedelinden indirim istemesi, bu seçimlik hak ancak geçerli bir sözleşmede talep edilebileceğinden, irade bozukluğu bulunan sözleşmeye örtülü icazet verildiği anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla kiracının bu hakkı ileri sürmesiyle birlikte, artık ne aldatmaya ne de yanılmaya dayanılmasının mümkün olacağı belirtilmiştir. Bu karar için bkz. BGer 4C.326/2002 (servat.unibe.ch).

Doktrinde birçok yazar tarafından ciddi anlamda eleştirilen¹¹⁷² bu kararda, özetle şu noktaya dikkat çekilmektedir: Ayıp hükümleri ancak geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde uygulanabileceğinden, eğer alıcı ilk olarak ayıptan doğan haklarını kullanmayı seçmişse, bu durumda onun irade bozukluğu içeren sözleşmeyi örtülü olarak onadığı sonucuna varılacaktır. Zira alıcının ayıplı ifa hükümlerine başvurması, aynı zamanda, onun yanıldığı (veya aldatıldığı) sözleşmeyi geçerli saydığı, böylelikle de iptal hakkından vazgeçtiği anlamını taşımaktadır.

Mahkeme'nin argümanlarına ve gerekçesine karşı ileri sürülen görüşlere bakıldığında, doktrindeki tartışma iki açıdan ele alınabilir. Öncelikle sözleşmenin iptalinin hukuki niteliği üzerinden bir yol izlenirse, Mahkeme'nin görüşünün temelinde “geçersizlik teorisinin” yattığını söyleyerek, meseleyi, irade bozukluğunun sözleşmenin geçerliliğine etkisi bağlamında incelemek mümkündür¹¹⁷³. Bu bağlamda, bir görüşe göre¹¹⁷⁴, geçersizlik teorisinin benimsendiği hallerde, mahkemenin ulaştığı sonuç doğal karşılanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, eğer irade bozukluğu hallerinde sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmuyorsa ve fakat iptal hakkının, bir yıllık hak düşürücü sürede kullanılmaması halinde, sözleşme geriye etkili şekilde geçerli oluyorsa (düzelebilir hükümsüzlük); alıcının ayıp hükümlerine başvurması, doğal olarak sözleşmeye icazet verilmesi sonucunu doğuracaktır. Zira geçerli bir sözleşmenin varlığına dayanan ayıp hükümleri çerçevesinde, alıcının bu yönde herhangi bir seçimlik hakkını kullanması, onun artık sözleşmeyi geçersiz kabul etmediği anlamına gelecektir. Alıcı, ayıptan doğan haklardan yararlanamamışsa (gerekleri yerine getirmemiş veya zamanaşımı süresi geçmişse), artık TBK m. 30 vd.'na da dayanma imkanından yoksun kalacaktır. Şu halde, irade bozukluğu halinde sözleşmenin geçersiz (düzelebilir hükümsüz) olduğu kabul edilirse, Mahkeme'nin görüşü yerindedir.

Ancak *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre, bu durum iptal teorisi açısından da kabul edilmelidir. Zira yazarın anladığı şekliyle iptal teorisinde, sözleşme, kuruluşunda geçerlilik şartı bulunmadığı için geçersiz olmakta ve fakat “geçerli bir sözleşme gibi”

¹¹⁷² Gauch, *Sachgewährleistung*, s. 186 vd.; Schönle / Higi, *ZürKomm*, Art. 197 N. 299; Schmidlin, *BerKomm*, Art. 23-24 N. 341; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 907a; Buz, *İrade Sakatlığı*, s. 313 vd.

¹¹⁷³ Buz, *İrade Sakatlığı*, s. 312 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *BG*, s. 414, 415.

¹¹⁷⁴ Buz, *İrade Sakatlığı*, s. 312, 313; bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *BG*, s. 415; Schönle / Higi, *ZürKomm*, Art. 197 N. 326; Kurşat, *a.g.e.*, s. 155.

hükümlerini doğurmaktadır. Dolayısıyla, iptal teorisi kabul edilse dahi, ayıptan doğan haklarını kullanan alıcı, şayet iptal hakkını kullanacağına ilişkin ihtirazi kayıta bulunmamışsa, daha sonra sözleşmeyi onamış sayılma tehlikesiyle karşılaşabilecektir¹¹⁷⁵.

Buna karşılık, iptal teorisini savunan *Buz*'a göre, irade bozukluğunun varlığı halinde, sözleşme baştan itibaren geçerli şekilde hükümlerini doğurmakta ve fakat iptal açıklaması sonucunda geriye etkili olarak kesin hükümsüz olmaktadır. Dolayısıyla yazara göre, irade bozukluğu bulunan sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesi, Mahkeme'nin argümanlarını doğrudan çürütmektedir. Zira ortada başlangıçta geçerli olan bir sözleşme varsa, Mahkeme'nin, ayıp hükümlerinin geçerli bir sözleşmede uygulanabileceği, bu nedenle ayıptan doğan haklarını kullanan alıcının irade bozukluğu bulunan sözleşmeyi onayarak geçerli hale getirmiş sayılacağı yönündeki görüş anlamını kaybedecektir. Şu halde, ayıp hükümlerine başvuran alıcının başarısız olması halinde, daha sonra sözleşmeyi irade bozukluğu nedeniyle iptal edebilmesi mümkündür¹¹⁷⁶.

Meseleyi ikinci açıdan incelediğimizde ise, Mahkeme'nin görüşünün isabetli olup olmadığını, iptal hakkının hukuki niteliğinden bağımsız şekilde değerlendirmek gerekecektir. Bu yaklaşım altında kabul edilebilecek yazarlara göre, alıcının ayıptan doğan haklara başvurması halinde sözleşmeye örtülü icazet verildiğinin kabul edilmesi ile irade bozukluğu halinde sözleşmenin baştan geçersiz (düzelebilir hükümsüzlük) ya da baştan geçerli (iptal teorisi) olması arasında doğrudan bir bağlantı kurulamaz¹¹⁷⁷. Özellikle *Gauch*, kendisi de düzelebilir hükümsüzlük teorisini benimsemesine rağmen, Mahkeme'nin ulaştığı sonucun yerinde olmadığını; zira henüz yanılan (ya da aldatılan) tarafından sözleşme onanmadığı sürece, o sözleşmenin geçersiz olup olmadığının sorgulanamayacağını belirtmektedir. Yazara göre, sözleşme, yanılanın (ya da aldatılanın) sözleşmeyi onaması bozucu şartına bağlı kesin olmayan bir geçersizlik (düzelebilir hükümsüzlük) halindedir ve bu şart gerçekleşmediği sürece, sözleşme yine de geçerli bir sözleşme gibi telakki edilmelidir. Zira iptal açıklamasının ya da onamanın henüz yapılmadığı süreçte, sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz

¹¹⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 415, 416.

¹¹⁷⁶ *Buz*, **İrade Sakatlığı**, s. 312 vd.

¹¹⁷⁷ *Gauch*, **Sachgewährleistung**, s. 188, 189; yazarla aynı görüşte *Kramer*, **Besprechung**, s. 1456 vd; *Schmidlin*, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 343.

ya da geçerli olduğu henüz belli olmadığı gibi, burada karşı tarafın da sözleşmenin geçersizliğine dayanabilmesi mümkün değildir¹¹⁷⁸. Öte yandan, alıcının ayıp hükümlerine dayanması, başlıbaşına o sözleşmeye icazet verdiği şeklinde anlaşılamaz. Zira icazet açıklaması (*Genehmigungserklärung*) da, tıpkı diğer irade açıklamaları gibi, kural olarak güven ilkesine göre yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, alıcının sözleşmeden dönme veya bedelin indirimi hakkını kullanmış olması, tek başına alıcının iptal hakkından feragat ettiğini göstermez. Burada önemli olan, alıcının bu hakları kullanırken, geçersiz sözleşmeye icazet verme iradesinin bulunup bulunmadığıdır. İcazet, açık ya da örtülü bir irade açıklaması şeklinde görünüm arz edebilmekle birlikte¹¹⁷⁹, icazet verilip verilmediği, nihai olarak güven ilkesi bağlamında çözülecek bir sorundur¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁸ Öte yandan bir diğer görüş, alıcının ayıptan doğan hangi seçimlik hakkını kullandığına göre soruna yaklaşılmasını önermektedir. Buna göre, eğer alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa (ve ayıp sorumluluğunun gerekleri ve sınırlamalarına uymadığı için amacına ulaşamamışsa), bu durumda onun sözleşmeyi sona erdirmek istemiş olması, iptal hakkının da esas özelliği olduğundan, sözleşmeye icazet verilmediği sonucuna varılmalıdır. Böylece, sözleşmeden dönme hakkıyla sonuca ulaşamayan alıcı, daha sonra yanıltma (ve aldatma) nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilecektir. Öte yandan, bedelin indirilmesi hakkını tercih eden alıcının, ayıp oranında indirilmiş bir bedelle de olsa, sözleşme ile bağlı kalmak istediği sonucuna varılmalıdır. Böylelikle, şayet alıcı önceden sözleşmeyi iptal hakkını saklı tutmamışsa, artık sözleşmeye icazet vermiş kabul edileceğinden yanıltma hükümlerine dayanamayacaktır (Bu görüşte bkz. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 907a).

Benzer bir görüş *Flume* tarafından da savunulmaktadır: Yazara göre, alıcının ayıp hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkını kullanması ve/veya tazminat talep etmesi halinde, bu durum icazet olarak telakki edilemez. Buna karşın alıcının onarım hakkını tercih etmesi halinde, artık sözleşmenin iptal edilmesi mümkün değildir. Ancak yazara göre, satıcının onarım talebini gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, alıcı iptal hakkını kullanabilecektir (*Flume*, **AT**, s. 569).

¹¹⁷⁹ Şayet söz konusu olan irade bozukluğu, aldatma veya korkutma ise, alıcının ayıp hükümlerine başvurmak yönündeki davranışının, sözleşmeye icazet verip vermediği noktasında daha sıkı denetlenmesi gerektiği; zira bu hallerde satıcının sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güvenin korunmasında, örtülü bir icazetin yeterli olmayacağı görüşü için bkz. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 907a; Huguenin, **AT**, N. 581.

¹¹⁸⁰ Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 190; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 907. Bu görüşe benzer şekilde, *Buz* da sorunun çözümünde “icazet iradesinin bulunması gerektiğine” vurgu yapmaktadır. Ancak yazarın şu ifadelerinin yanlış anlaşılmaya müsait olduğu söylenebilir: “Alacaklının önce bedel indirimi talebinde bulunması halinde onun bu anlamda icazet iradesine sahip olduğundan söz edilemez. Aksine tam tersi bir durum söz konusudur: irade sakatlığına ilişkin hükümlerle ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarıştığı durumlarda irade sakatlığının taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine bir etkisi söz konusudur. Örneğin bir satım sözleşmesinde söz konusu olan hata ve hilenin sözleşme konusu malın niteliği veya bunun karşılığı ödenecek satım bedeli üzerinde etkisi mevcuttur. Bu tür durumlarda, alıcının dönme veya bedel indirimi haklarından birini kullanması suretiyle sözleşmeye icazet vermesi şöyle dursun, bilakis onun bu haklarından birini kullanmaya çalışması bu sözleşme ile bir sorunu olduğunu göstermektedir. Bedel indirimi talebinde bulunan alıcı sözleşme konusu edim için düştüğü hata veya satıcının hilesi nedeniyle ederinden fazla para ödeme yükümü altına girdiğini ve durumu düzelmek istediğini dile getirmektedir. Yoksa onun irade sakatlığına rağmen sözleşme ile mutabık olma gibi bir düşüncesi bulunmamaktadır” (*Buz*, **İrade Sakatlığı**, s. 316). Her ne kadar bu argüman, belki de çoğu olayda geçerlilik arz edecek olsa da, yazarın ifadelerinin, alıcının söz konusu hakları kullanarak ayıp

(b) Görüşümüz

Ayıplı ifa hükümleri ile yanılma arasındaki seçimlik yarışma ilişkisinde, alıcının ilk olarak seçtiği hukuki yolun, diğerine ne gibi etkileri olacağı konusunda ilk olay grubundan başlarsak, bize göre de, öncelikle yanılmaya başvurarak sözleşmeyi iptal eden alıcının daha sonra ayıp hükümlerine başvurma olanağı bulunmamaktadır. Zira iptal hakkının hukuki niteliği konusunda yukarıda belirtilen görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, sonuç, tek taraflı ve yöneltmesi gereken iptal açıklamasıyla birlikte sözleşmenin her zaman başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz hale gelecek olmasıdır¹¹⁸¹. Ayıp hükümlerine başvurulması için, her şeyden önce ortada geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerektiği hatırlanacak olursa, alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırdıktan sonra artık ayıptan doğan haklara dayanamaması, adeta hukuki bir zorunluluktur.

Diğer taraftan, ilk önce ayıp hükümlerine dayanan alıcının, irade bozukluğu içeren sözleşmeyi onadığı yönündeki görüş kabul edilirse, bu her şeyden önce, (Federal Mahkeme'nin de yerleşik kararlarında kabul ettiği üzere) ayıplı ifa ile yanılma kurumlarının seçimlik yarışacağı kuralının pratikte ortadan kaldırılması anlamına gelecektir¹¹⁸². Bu da, yukarıda yarışma görüşünü gerekçelendirirken belirttiğimiz gibi, alıcının bazı durumlarda adalet ve hakkaniyete aykırı şekilde mağdur olması sonucunu doğuracaktır¹¹⁸³. Gerçekten, alıcının ayıp hükümlerine başvurduğu ve fakat hukuki gerekleri (gözden geçirme ve bildirim külfetlerini) yerine getirmediği veya iki yıllık zamanaşımı süresini kaçırdığı için, artık yanılma hükümlerine de dayanamayacak olmasının onun açısından oldukça vahim sonuçlar

hükümlerine başvurduğu “her durumda”, aynı zamanda (sanki bir zorunlulukmuş gibi) sözleşmeye icazet iradesinin de bulunmayacağı yönünde anlaşılması hayli mümkündür. Hâlbuki alıcının nitelikte yanıldığının (ya aldatıldığının) farkında olarak ve buna rağmen sözleşme ile bağlı kalmayı tercih ederek (örneğin ayıp hükümleriyle tamamen korunacağı düşüncesiyle buna gerek duymuyor olabilir) sözleşmeyi onaması da ihtimal dahilindedir. Hatta satıcının, alıcının davranışını güven ilkesine göre bu şekilde anlamakta haklı olduğu durumlarda da aynı şey geçerlidir. Bu nedenle, ayıp hükümlerine başvurulması, alıcının sözleşme ile bir sorunu olduğu gösterse dahi, alıcının bu sorunu artık sadece ifa aşaması (ve sözleşmeye aykırılık) çerçevesinde çözmek istemesi de muhtemeldir. Hiç şüphesiz, alıcının pratik hayatta çoğu zaman iki şansını da elinde tutmak isteyeceği rahatlıkla söylenebilir. Ancak bu durum kesin bir önkabul düzeyine çıkarılamaz.

¹¹⁸¹ Bu konuda bkz. Aş. 3. Bölüm, III, A.

¹¹⁸² Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 300; Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 188. Her şeye rağmen, bu yarışmanın tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Zira bu görüş kabul edilse dahi, alıcının ayıp hükümlerine gitmeyip, yanılma hükümlerine başvurulması “teorik” olarak imkan dahilindedir.

¹¹⁸³ Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 314; Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 188.

doğurabileceği, özellikle çok uzun zamanda ortaya çıkabilen veya büyük masraflarla tespit edilebilen gizli ayıplar söz konusu olduğunda daha iyi anlaşılmaktadır. Hatta bu noktada şu soru da hemen akla takılmaktadır: Acaba satıcı bu derece bir korumayı hak etmekte midir?

Düşüncemize göre, alıcının ayıp hükümlerine başvurması halinde, onun irade bozukluğu içeren sözleşmeyi geçerli bir sözleşme gibi gördüğü ve dolayısıyla sözleşmeye örtülü icazet verdiğinin kabul edilmesi, iptal hakkının hukuki niteliğinden bağımsız şekilde ele alınması gereken bir sorundur. Gerek iptal teorisi gerek düzelebilir hükümsüzlük teorisi benimsensin, alıcının ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanırken, bu davranışının ayrıca “sözleşmeye icazet” (iptal hakkından feragat) anlamına gelip gelmediği tespit edilmelidir¹¹⁸⁴. Burada esas itibariyle güven ilkesi çerçevesinde çözüm aranacaktır. Bu bağlamda, alıcının sözleşmeyi icazet iradesi bulunup bulunmadığı, satıcının dürüstlük kuralı çerçevesinde bildiği ya da bilmesi gerektiği somut olguları dikkate alarak alıcının davranışından bu yönde bir anlam çıkarmasına bağlıdır. Bu noktayı gözden kaçıran Mahkeme’nin, ayıp hükümleri için “geçerli” bir sözleşme gerektiği, öyleyse alıcının bu alternatifi seçmesi halinde, irade bozukluğu bulunan sözleşmenin de “geçerli” olması gerektiği yönündeki akıl yürütmesi, mekanik bir mantığın sonucu olup, kavram hukukçuluğu anlayışını çağrıştırmaktadır¹¹⁸⁵. Şu halde, çoğu zaman alıcının her iki seçeneği de kaybetmek istemeyeceği göz önünde tutulursa, örtülü icazetin (ya da iptal hakkından örtülü feragatin) söz konusu olup olmadığına son derece titizlikle yaklaşılmaması gerekmektedir¹¹⁸⁶. Zira unutulmasın ki, Mahkeme’nin görüşü kabul edilecek olursa, ayıp hükümlerinin ağır gerekleri ve sınırlamaları dolayısıyla alıcıya tanınan, dilerse yanılma hükümlerine başvurabilmesi yönündeki imkanın pratikte boşa çıkacağı rahatlıkla söylenebilir.

Şu halde, alıcının ayıp hükümlerine dayandığı, fakat hukuki gerekleri yerine getirmediği ya da zamanaşımını kaçırdığı için amacına ulaşamadığı durumlarda, bu

¹¹⁸⁴ İcazet konusunda bkz. aş. 3. Bölüm, V, B.

¹¹⁸⁵ Hukuk metodolojisi bağlamında kavram hukukçuluğu ve menfaat değerlendirme hukukçuluğu arasındaki yöntem farklılıkları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 112 vd.; Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 51 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 123 vd.; Rona Serozan, “Bir Daha: Yasacılık ve Hukukçuluk Üstüne”, **MHAD**, Yıl: 4, Sayı 6, 1970, s. 106-129, s. 106-108.

¹¹⁸⁶ BGE 109 II 319 (bger.ch).

davranışı, her zaman doğrudan sözleşmeye icazet verdiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada alıcının irade bozukluğuna rağmen sözleşme ile bağlı kalmak isteyip istemediği, diğer bir deyişle iptal hakkından feragat edip etmediği, ayrıca araştırılmalı ve bu çerçevede güven ilkesine göre yorum yapılmalıdır. Dolayısıyla, alıcının ilk olarak ayıptan doğan hakları kullanmayı tercih etmesi, amacına bu yolla ulaşamadığı ihtimalde, daha sonra yanılma hükümlerine başvurmasını engellememelidir. Hiç şüphesiz, güvenli tarafta kalmak adına, alıcının öncelikle iptal hakkını saklı tuttuğunu belirtmesinde hiçbir sakınca olmadığı gibi, aksine yarar bulunmaktadır.

e. Parça Borcunda Sözleşme Kurulurken Ayıp ve Nitelik Yanılmasının Varlığı Halinde Sözleşmenin Konusunun İmkansız (TBK m. 27/1) Olup Olmadığı Sorunu

Konusu parça borcu olan satış sözleşmelerinde, güven ilkesi çerçevesinde sözleşme içeriğine girmiş nitelikler, bireyselleştirilmiş “o şeyde” gerçekte bulunmuyorsa; diğer bir deyişle, söz konusu şey, sözleşmenin kurulması anında olması gereken nitelikleri taşımıyorsa, burada TBK m. 27/1 anlamında “konusu imkansız olan sözleşmenin” var olup olmadığı önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de, parça borçlarında, ifanın sadece bireyselleştirilmiş “o şey” ile ifa edileceği dikkate alındığında, şeyin sözleşmeye göre bulunması gereken nitelikleri haiz olmaması, acaba başlangıçta objektif imkansızlık teşkil ederek sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracak mıdır?

Sözleşmenin konusunun (objektif) imkansızlığı, sözleşmenin kurulması sırasında var olan objektif ve sürekli bir engel nedeniyle, edimin borçlu dahil hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek olmasıdır¹¹⁸⁷. Bu bağlamda, sözleşmenin kurulması anında satış konusu parçaya ilişkin nitelik yanılması ve ayıp mevcutsa, bu durumun ayrıca başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirip getirmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Burada meseleyi aydınlatmak için cevaplanması gereken kilit soru şudur: Satıcının şeyi ayıpsız ifa etme yükümü, bir asli edim yükümü müdür, yoksa yan edim yükümü müdür? Başka bir anlatımla, satıcının

¹¹⁸⁷ Eren, **BG**, s. 344 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 87 vd.; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 103; Dural, **a.g.e.**, s. 75; Başak Başoğlu, “Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 489-517, s. 493 vd.; Başak Başoğlu, “Borcun İfasında İmkânsızlık”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 307-347, s. 308, 309.

borcunu ifa ettiğini kabul etmek için, o şeyin sözleşmeye göre bulunması gereken bütün nitelikleriyle birlikte mi ifa edilmesi gerekir, yoksa o şeyin sözleşme kurulurken mevcut olan hali ile, yani nasılsa öyle (dış özdeşliği ile) ifa edilmesi yeterli olur mu¹¹⁸⁸? Fikrimizce soruyu şu şekilde sormak da mümkündür: Satıcının asli edim yükümü, satış konusu parçayı ayıpsız (sözleşme içeriğine giren niteliklere uygun olarak) mı teslim etmektir, yoksa sözleşme kurulduğu andaki haliyle mi teslim etmektir. Meselenin düğüm noktası olan, ayıpsız ifanın ne tür bir yüküm olduğu konusunda doktrinde başlıca, asli edim yükümü görüşü¹¹⁸⁹ ve yan edim yükümü görüşü¹¹⁹⁰ şeklinde iki farklı görüş bulunduğunu söylemek mümkündür¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 35 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 63, 64; Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 221, 222; Aral, **Kötü İfa**, s. 114, 115.

¹¹⁸⁹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 65, 66; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 68 dn. 84; Aral, **Kötü İfa**, s. 116; Edis, **Ayıp**, s. 130; Gümüş, **BÖ I**, s. 63.

¹¹⁹⁰ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 41 (yazarın, görüşünü açıklarken sözleşmeye aykırılık ile borca aykırılık kavramlarına ayrı anlamlar yüklediği görülmektedir. Buna göre, eğer satıcı, sözleşme konusu parçayı ayıplı ifa ettiyse, bu durumda en azından “o şeyi” sözleşmenin kurulması anındaki haliyle teslim ettiğinden, onun borcunu ifa ettiği, yani borca aykırılıkta bulunmadığı kabul edilecektir. Ancak, satıcı aynı zamanda, sözleşme içeriğine dahil olan niteliklere uymayan bir şey teslim ettiğinden, ortada sözleşmeye uygun olmayan (sözleşmeye aykırı) bir ifa söz konusu olmaktadır. **A.g.e.**, s. 41 vd. Bu görüşü yan edim yükümü görüşü altında değerlendirmenin sakıncası olmadığını düşünüyoruz); Yavuz, **Ayıp**, s. 32; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 122; Serozan, **BÖ**, s. 130; Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 230; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 118 dn. 28; Acemoğlu, **Aliud**, s. 25; Kapancı, **a.g.e.**, s. 6, 7.

¹¹⁹¹ Bilindiği üzere, asli edim yükümleri, borç ilişkisiyle birlikte doğarak onun tipini belirleyen ve onu diğerlerinden ayıracak şekilde karakterize eden yükümlerdir (Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 17; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 7; Eren, **BG**, s. 31; Aral, **Kötü İfa**, s. 34). Yan edim yükümleri ise, asli edim yükümünü tamamlayarak, onun sözleşmenin amacına uygun bir şekilde ifa edilmesini sağlayan yükümler olup, sözleşmeden, kanundan ya da dürüstlük kuralından (güven ilkesi TMK m. 2/1) kaynaklanabilmektedirler (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 11; Aral, **Kötü İfa**, s. 35 vd.; Eren, **BG**, s. 34 vd.)

Burada mercek altına alınan husus, ayıptan doğan sorumluluğun temelinde kanuni tekeffülün (garantinin) mü, yoksa sözleşmeye aykırılığın mı bulunduğu tartışmasıyla bağlantılı olduğundan, bu yönde bazı açıklamaların yapılmasında yarar vardır. İlk olarak, *Zitelmann*’ın daha önce aktardığımız görüşüyle de (bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 3, d, (2), (b)) tutarlı şekilde öne sürdüğü “kanuni tekeffül (garanti) teorisine” (*Gewährleistungstheorie*) göre, satış konusu parçaya ilişkin nitelikler, hiçbir zaman sözleşme içeriğine giremedikleri (sadece iradenin oluşumunu etkileyen saiklerin konusu oldukları) için, satıcının o şeyi ayıplı teslim etmesi durumunda, burada bir sözleşmeye aykırılıktan değil, yalnızca kanuni bir tekeffül sorumluluğunun bulunduğundan bahsedilmesi gerekir (Zitelmann, **a.g.e.**, s. 440 vd.). Ortada bir sözleşmeye aykırılıktan söz açılmadığı için de, alıcının ödemelik defteri sürme, genel sözleşmeye aykırılık sorumluluğuna dayanma ve ayıp sorumluluğundan kaynaklanan onarım ve yenisi (ayıpsız bir benzeri) ile değiştirme gibi seçimlik hakları da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, köklerini esas anlamda Roma hukukunda bulan tekeffül teorisinde, alıcının ancak sözleşmeden dönme ya da ayıp oranında bedel indirimi talep etme hakkı gündeme gelmektedir (bu konuda bkz. Serozan, **BÖ**, s. 132; Huber, **a.g.e.**, s. 15; Eren, **BÖ**, s. 101; Gümüş, **BÖ I**, s. 64; bu görüşte olan yazarlar için bkz. Serozan, **Dönme**, s. 288 dn. 121’de anılanlar; Yavuz, **Ayıp**, s. 55 dn. 41’de anılanlar; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 116 dn. 3’te anılanlar). Buna karşın, bugün itibarıyla hâkim görüş olarak kabul edilen sözleşmeye aykırılık (ya da ifa etmeme teorisi, *Nichterfüllungstheorie*) teorisine göre, ayıp sorumluluğunun kaynağı esas olarak sözleşmeye aykırılıktır. Daha açık bir deyişle, sözleşmeye göre bulunması gereken niteliklerin teslim edilen şeyde bulunmaması sonucunda, sözleşme,

Asli edim yükümü görüşüne göre, söz konusu şeydeki nitelik eksikliği sözleşme kurulurken mevcutsa; diğer bir anlatımla, o şeyin sözleşme içi nitelikleri ile gerçekte (sözleşme kurulurken) sahip olduğu nitelikler birbirine uymuyorsa (sözleşme içi nitelik yanılması varsa), satıcı “o şeyden” (parça borcundan) başka bir şeyle borcunu ifa edemeyeceği ve o şey artık sözleşmeye uygun şekilde de ifa edilemeyeceği için, sözleşme başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz sayılacaktır¹¹⁹². Bu görüş esas itibariyle, ayıplı parça tesliminde, alıcının aynen ifa (ayıpsız bir benzeri ile değiştirme) talebinin bulunmadığının kabulüne dayanmaktadır¹¹⁹³. Dolayısıyla hemen ifade edelim ki, artık TBK m. 227/1 b. 4 uyarınca hem parça borcunda hem de çeşit borcunda “imkan varsa” ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme (aynen ifa) hakkı tanındığından, bu görüş bugün itibariyle geçerliliğini büyük oranda kaybetmektedir. Ancak satıcının “imkan bulunmadığı” için bu talebi yerine getiremeyeceği, örneğin sahte *Picasso* tablosu, ünlü bir heykeltraşa ait olduğu zannıyla alınan, ancak sahte olduğu anlaşılan heykel veya gerçek niteliğine uygun olmayarak satılan ve nadir bulunan antika eşyalar gibi parça borçlarında, bu sorunun ortaya çıkması yine de mümkündür¹¹⁹⁴. Doktrinde bu sorunun önüne geçilmesi için çeşitli

şeydeki nitelik eksikliği nedeniyle gereği gibi ifa edilmemekte (ayıplı ifa edilmekte) ve satıcının kusursuz sorumluluğu ortaya çıkmaktadır (Arslanlı, **a.g.e.**, s. 65, 66; Flume, **Eigenschaftsirrthum**, s. 41; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 68 dn. 84; Aral, **Kötü İfa**, s. 116; Edis, **Ayıp**, s. 130; Yavuz, **ayıp**, s. 55 vd.; Gümüş, **BÖ I**, s. 63; Aydoğdu, **a.g.e.**, m.8, s. 190; bu konuda ayrıca açıklamalar için bkz. Huber, **a.g.e.**, s. 15, 16; Eren, **BÖ**, s. 101, 102). Hemen belirtelim ki, sözleşmeye aykırılık (ifa etmeme) teorisini savunan yazarlar, hemen yukarıda işaret ettiğimiz üzere, ayıpsız ifa yükümünün asli edim mi yoksa yan edim mi olduğu konusunda kendi içlerinde ayrılmaktadırlar.

¹¹⁹² Bu görüşü şu yazarlar vasıtasıyla aktarıyoruz: Flume, **Eigenschaftsirrthum**, s. 107; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 63; bu görüşte olan diğer yazarlar için bkz. Kaniti, **Defi**, s. 114 ve orada dn. 34’de anılan yazar.

Öte yandan, birçok güncel ulusal yasada (örneğin BGB) ve uluslararası hukuk uyumlaştırmaları metinlerinde (PECL m. 4:102, PICC m. 3.1.3), başlangıçtaki objektif imkansızlık kurumunun bir geçersizlik nedeni olarak değil de, bir ifa engeli olarak kabul edildiği görülmektedir. Parça borcunda ifa imkansızlığının sözleşmenin kurulması anında ya da daha sonra ortaya çıkması, sırf bu kronolojik fark nedeniyle birbirinden apayrı rejimlere tabi tutulması, öteden beri İsviçre-Türk hukuku bakımından da eleştirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 2029-2036, s. 2030, 2031; Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHF**, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 231-248, s. 241, 242; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”, **MHAD**, Cilt 15, Sayı 18, 1989-1990, s. 27-42, s. 30 vd.; Rona Serozan, “BKT’nın Eksikliklerinin ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukukundan Örneklerle Sergilenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006, s. 38-51, s. 47; Atamer, **İfa Engelleri**, s. 232 vd.; Aksi görüşte bkz. Altunkaya, **a.g.e.**, s. 167 vd.

¹¹⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 71; Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 230 dn. 41.

¹¹⁹⁴ Hem çeşit hem parça borçları için, satıcının söz konusu ayıplı şeyi yenisi ile değiştirmesinin (ayıpsız bir benzeri ile değiştirmesinin) kendisinden “güven ilkesine” göre beklenip

fikirler öne sürülmüştür¹¹⁹⁵. Burada konumuzla bağlantılı olarak iki yaklaşım öne çıkmaktadır:

- TBK m. 27/1’de düzenlenen sözleşmenin konusunda imkansızlık kavramı, esas olarak sözleşme konusu şeyin özüne ilişkindir. Diğer bir deyişle, bu hükümde öngörülen imkansızlıktan kasıt, satış konusu parçanın bozuk, yırtık, sahte, kırık olması değil; bu parçanın özünü etkileyen bir eksikliğin söz konusu olması ya da bu parçanın hiç mevcut olmamasıdır¹¹⁹⁶. Örneğin safkan İngiliz atı olarak satılan atın, sözleşmenin kuruluşu anında gerçekte alelade bir at olması, bu hükmün amacı dikkate alındığında edimin objektif imkansızlığı anlamına gelmez. Burada her ne kadar söz konusu at, gerçekte sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip olmasa dahi, onun sözleşmenin kuruluşu anındaki haliyle teslim edilmesi hâlâ mümkündür. Hâlbuki ölü bir atın ya da (sahte bir *Picasso* tablosu değil de) yanmış bir *Picasso* tablosunun veya Galata kulesinin satılması gibi durumlarda sözleşmenin konusunun imkansızlığından bahsedilebilecektir¹¹⁹⁷.

Şu halde, şeyin niteliklerine ilişkin eksikliklerin, bu hükmün uygulama alanına girmeyeceği; zira hükmün amacının, şeyin özünü ilgilendiren veya şeyin gerçekte mevcut olmadığı bu gibi uç durumlarda sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmek olduğu sonucu çıkmaktadır. Kaldı ki, hükmün tarihi-sübjektif ve tarihi-objektif yorumunun da aynı çıkarımı desteklediği görülmektedir. Zira hem Alman hukuku hem de İsviçre-Türk hukukundaki (konuda) imkansızlık düzenlemelerinde, esas olarak hem *Zitelmann*’ın irade analizinin ve tekeffül teorisinin, hem de *Mommsen*’in “konusu parça borcu olan ediminin sözleşme kurulurken imkansız olması halinde, sözleşmeden herhangi bir borç doğmayacağı” şeklindeki dogmatik kabulünün etkisi bulunmaktadır¹¹⁹⁸. Bu nedenle, şeyin niteliklerinin sözleşme içeriğine dahil olmayacağının varsayıldığı bu sistemde, başlangıçtaki imkansızlık kavramı düzenlenirken, şeyin nitelik

beklenemeyeceği de, maddedeki “imkan varsa” ibaresini somutlaştırmaya yarayan araçlardan bir tanesi olarak kabul edilebilir. Bu konuda bkz. Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 216, 217; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 118 dn. 28.

¹¹⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **İmkansızlık**, s. 2031 vd.; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 251 vd.

¹¹⁹⁶ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 108; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 65; Serozan, **BÖ**, s. 134; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 153 vd.

¹¹⁹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 65, 70; Serozan, **BÖ**, s. 134, 135; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 153.

¹¹⁹⁸ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 107, 108; Serozan, **İmkansızlık**, s. 2029, 2030; Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 30, 31; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 65, 66.

eksikliklerinin ve ayıplarının bu hükmün uygulama alanına girebileceği bile düşünülmemiştir. Nitekim şeyin niteliğindeki eksiklikler için kanunda hem yanılma hükümleri hem de ayıp hükümlerinin öngörülmesi de bu hususu desteklemektedir¹¹⁹⁹. Bu durumda, söz konusu hükümde bir örtülü boşluk bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla yapılacak şey, hükmün amacına aykırı şekilde geniş bir uygulama alanı bulunan bu kurumun, amaca uygun şekilde sınırlandırılmasıdır¹²⁰⁰. Böylelikle, sözleşmenin kurulması anında, o şeyin sözleşmeye göre sahip olması gereken nitelikleri taşınamaması halinde, sözleşme, objektif imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz sayılmayacak; alıcı, sözleşme içi nitelik yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilecek veya satıcının ayıpta doğan sorumluluğuna dayanabilecektir.

- Parça borcunda sözleşme kurulurken mevcut olan nitelik yanılması ve ayıp durumlarında, TBK m. 27/1'in uygulanmasının önüne geçilmesi için öne sürülmüş bir diğer yaklaşım da, ayıp hükümlerinin, TBK m. 27'ye göre özel hüküm teşkil ettiğini, bu nedenle bahsedilen durumlarda münhasıran uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Zira kanun koyucu bazı hallerde, her ne kadar edim sözleşmenin kuruluşu anında imkansız olsa da, özellikle bu durumdan etkilenen kişinin yasal garanti sorumluluğu ile korunması gereğinden hareketle özel hükümler sevkettiştir. Bu bağlamda, ayıptan doğan sorumluluk, zapt sorumluluğu ve alacağın ivazlı devrinde devreden sorumluluğu halleri akla getirilebilir¹²⁰¹.

Bu konuda, *Kocayusufpaşaoğlu*'nun doktrinde tartışılan görüşünü de aktarmak yerinde olacaktır. Yazara göre, satıcının asli edim yükümü, sözleşme konusu parçayı sözleşme içi niteliklere uygun olarak (ayıpsız) ifa etmektir¹²⁰². Ancak, bu şeyde

¹¹⁹⁹ Flume, *Eigenschaftsirrtum*, s. 107, 108; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 65, 66. Özellikle ayıplı ifa ve başlangıçtaki objektif imkansızlık arasındaki hukuki sonuç farkı çarpıcıdır: İlkinde, satıcının kusursuz sorumluluğu karşısında, alıcının ifa menfaati tatmin edilecekken; ikincisinde, satıcının kusuruna bağlı olarak (hâkim görüşe göre *culpa in contrahendo* vasıtasıyla), alıcının yalnızca güven menfaatinden kaynaklanan zararı tazmin edilecektir (Serozan, *İmkansızlık*, s. 2033, 2034; Serozan, *İfa Engelleri*, § 14 N. 17, 18).

¹²⁰⁰ Flume, *Eigenschaftsirrtum*, s. 46, 47 (yazar, söz konusu hükmün dar yorumlanması gerektiğinden bahsetmektedir); Serozan, *BÖ*, s. 135.

¹²⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 70, 71 ve orada dn. 91; Serozan, *BÖ*, s. 134, 135; aynı yönde bkz. Gümüş, *BÖ II*, s. 71. Başlangıçtaki objektif imkansızlığın çeşitli yaklaşımlarla aşılması yönündeki görüşler için bkz. Serozan, *İmkansızlık*, s. 2031 vd.; Altunkaya, *a.g.e.*, s. 253 vd.; Başoğlu, *Konuda İmkansızlık*, s. 510 vd.

¹²⁰² Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 68 ve orada dn. 84.

(parçada) nitelik eksikliği bulunmaktaysa, burada yine de sözleşmenin konusunda bir imkansızlık olduğu sonucuna varılmamalı; “sözleşmeye uygun ifanın imkansızlığından” bahsedilmelidir. Nitekim TBK m. 27/1’de zikredilen imkansızlık halleri, şeyin niteliklerine ilişkin imkansızlıkları kapsamamaktadır. Dolayısıyla, hükmün amacı dikkate alınmalı ve satıcının asli edim yükümü imkansız olsa dahi, burada kesin hükümsüzlüğün söz konusu olmadığı kabul edilmelidir¹²⁰³.

Şu halde yazara göre, ortada niteliklere ilişkin bir ifa imkansızlığı olsa da, sözleşmenin konusunda imkansızlık teşkil edecek bir ifa imkansızlığı yoktur. Zira satıcının teslim ettiği şey, yine sözleşmenin kuruluşu sırasındaki “o şey” olduğundan; diğer bir deyişle, satış konusu parçada, sözleşmeye göre bulunması gereken nitelikler bulunmasa da, tarafların üzerinde anlaştığı şey ile teslim edilen şey arasında en azından “dış özdeşlik” söz konusu olduğundan, satıcının teslim yükümünü yerine getirdiği ve fakat bunu kötü ifa ettiği sonucuna varılmalıdır. Ancak burada alıcının aynen ifayı talep etme imkanı yoktur. Onun sadece, o şeyin nasılsa o haliyle teslim edilmesine yönelik bir talebi bulunmaktadır¹²⁰⁴.

Bu görüşü belirli açılardan eleştiren Serozan’a göre, *Kocayusufpaşaoğlu*’nun ayıpsız teslim borcunu asli edim yükümü olarak kabul etmesi ve fakat daha sonra, ayıplı teslimin kötü ifa olduğunu söylemesi çelişkilidir. Çünkü ortada bir asli edim yükümü bulunmaktaysa ve sözleşmenin kuruluşu anında, söz konusu şeyin sözleşme içi niteliklerle ifa edilmeyeceği belliyse, varılması gereken sonuç “konuda imkansızlık” olmalıdır. Ancak, ayıpsız ifanın asli edim yükümü olduğunu ve alıcının ayıplı ifa karşısında aynen ifa talebinin bulunmadığını kabul ederek, sözleşmenin konuda imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu sonucuna varması gereken yazar, bunun yerine, bu sonucun ortaya çıkmasını engellemek için “*kendisini, bir de içinden ters bir yol kullanarak çıkmış bulunduğu talihsiz bir labirente de sokmuştur*”¹²⁰⁵.

Gerçekten, ayıpsız teslimi asli edim yükümü olarak tespit eden *Kocayusufpaşaoğlu*, başlangıçtaki imkansızlığı kabul etmek yerine (pekâlâ bunu kabul

¹²⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 69-72.

¹²⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 75.

¹²⁰⁵ Serozan, *Parça-Çeşit*, s. 230 dn. 41; aynı şekilde bkz. Rona Serozan, “Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, *MHAD*, Cilt 3, Sayı 4, 1969, s. 187-213, s. 212 dn. 61.

ederek, yukarıdaki yaklaşımları savunabilir ve kesin hükümsüzlük sonucunu yine önleyebilirdi), burada “niteliklere ilişkin ifa imkansızlığı” bulunduğunu ileri sürmek zorunda kalmıştır. Yine bu bağlamda yazar, sözleşmeyi kesin hükümsüzlükten kurtarmak için, (satıcının asli edim yükümü olan) “teslimin” her şeye rağmen gerçekleştiğini ve fakat bunun “kötü ifa” (sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi) olduğunu belirtmiştir. Serozan’ın da yerinde olarak işaret ettiği gibi, şayet yazar, satıcının şeyi ayıpsız ifa etmesinin yan edim yükümü teşkil ettiğini kabul etseydi, sorun bu kadar karmaşık bir hal almazdı¹²⁰⁶.

O halde soruna, bizim de dahil olduğumuz yan edim yükümü görüşünden hareketle yaklaşırsak, şu sonuçlara varılacaktır: Öncelikle, satıcının satış konusu şeyi ayıpsız ifa etme borcu, asli edim yükümü olan, şeyin teslimi ve mülkiyeti devretme borcunun gereği gibi ifa edilmesi amacına yönelik bir yan edim yükümü teşkil etmektedir¹²⁰⁷. Satıcının ayıplı ifada bulunması, sözleşmede “neyin ifa edilmesine” yönelik değil, sözleşmenin “nasıl ifa edilmesi” ile ilgili bir sorundur¹²⁰⁸.

Dolayısıyla, sözleşmenin kuruluşu anında bireyselleştirilmiş olan “o şey”, sözleşmeye uygun niteliklere sahip olmasa da, eğer o haliyle (dış özdeşliğiyle) alıcıya teslim edilmişse, burada üzerinde tarafların uyuştugu şeyin teslim edildiği; diğer bir deyişle, satıcının asli edim yükümünü yerine getirdiği ve fakat o şeyi sözleşmede öngörülen niteliklere aykırı olarak teslim etmiş olması nedeniyle, borcunu gereği gibi ifa etmediği (kötü ifa) sonucu ortaya çıkmaktadır. Meseleyi nitelikte yanılma perspektifinden ve sahte *Picasso* tablosu örneğiyle şu şekilde aydınlatmak mümkündür: Alıcının tablonun niteliğine ilişkin gerçeğe uygun olmayan saiki (o tablonun *Picasso*’ya ait olduğunu düşünmesi ve fakat tablonun gerçekte sahte olması), sözleşmenin kuruluşu anında satıcı tarafından fiilen biliniyorsa veya dürüstlük kuralına göre bilinmesi gerekiyorsa, söz konusu nitelik, güven ilkesi vasıtasıyla sözleşme içeriğine girmiş ve satıcının yan edim yükümünü oluşturmuştur¹²⁰⁹. Şayet bu

¹²⁰⁶ Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 230 dn. 41.

¹²⁰⁷ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 41; Yavuz, **Ayıp**, s. 32; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 122; Serozan, **BÖ**, s. 130.

¹²⁰⁸ Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 230 dn. 41; Serozan, **Geçersiz Satım Sözleşmesi**, s. 212 dn. 61; Acemoğlu, **Aliud**, s. 25.

¹²⁰⁹ Bu noktada Serozan’ın haklı olarak belirttiği üzere; “*Kocayusufpaşaoğlu üstelik güven ilkesine alıcının satım sözleşmesi ile güttüğü (sübjektif) amaçtan (güdüden), satıcı için bir asli edim yükümü çıkartma görevi de yüklemekte ve böyle yapmakla güven ilkesine taşıyamayacağı, taşımaması gereken bir görev taşıtmaktadır. Alıcının iç (ruh) dünyasında kalmış bir tasarımın (güdünün) – satıcı tarafından önemiyle birlikte tanınabilir olmak kaydıyla- işlem temeli*

nitelik eksikliği, teslim anında TBK m. 219'e göre satıcının ayıp sorumluluğunu doğuruyorsa ve aynı zamanda TBK m. 32 uyarınca esaslı nitelik yanılması teşkil ediyorsa, daha önce de işaret edildiği üzere, alıcının bu iki kuruma ilişkin talepleri seçimlik olarak yarışacaktır. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, sahte tablonun sözleşmenin kuruluşu anındaki haliyle teslim edilmesinin; diğer bir deyişle, satıcının asli edim yükümünü yerine getirmesinin mümkün olduğudur (yani imkansız olmadığıdır). Kaldı ki, söz konusu örnekte de satıcı, ayıplı olmasına rağmen o tabloyu teslim ederek asli edim yükümünü ifa etmiştir. Şu halde, sözleşme konusu şeyin ayıpsız ifasının yan edim yükümü olarak kabul edilmesi karşısında, edimin başlangıçtaki objektif imkansızlığından da bahsedilemeyecektir.

2. Yanılma ve Zapt

Yukarıda ayıplı ifa ve yanılma kurumları arasındaki yarışma ve dışlama sorununa ilişkin yapılan açıklamalar, TBK m. 214 vd. düzenlenen, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu (*Rechtsgewährleistung, Entwehrung*) için de geçerlidir. Kanun koyucu, hem ayıplı ifa halinde hem de alıcıya teslim edilen şeyin üçüncü bir kişi tarafından zapt edilmesi durumunda, satıcının alıcıya karşı garanti sorumluluğu altında olacağını öngörmüştür. Ayıplı ifade olduğu gibi, zapt durumunda da eğer şartları gerçekleşmişse, alıcının ayrıca esaslı saikte yanıldığı söylenebilecektir.

Zapt sorumluluğu, satış konusu şeyin zilyetliğinin alıcıya geçmesinden sonra, üçüncü kişinin üstün hakkını ileri sürerek şeyi alıcının elinden alınması ya da iddia olunan bu hak nedeniyle alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamaması durumunda ortaya çıkmaktadır¹²¹⁰. Dolayısıyla, eğer sözleşmenin kuruluşunda, satış konusu şeyin üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hakkı bulunmaktaysa ve alıcı, o şey üzerinde başka birinin hakkı olmadığını tasavvur ederek o sözleşmeyi yapmışsa (bu durum sözleşmeyi yapmasının olmazsa olmaz şartıysa), alıcının bu derece önem verdiği tasavvuru, satıcı tarafından biliniyorsa ve bilinmesi gerekiyorsa (bilinmesi

(*Geschäftsgrundlage*) ve giderek bir yan edim yükümü katına çıkmak suretiyle hukuken önem kazanması düşünülebilir ama böyle bir tasarının (güdünün) bir asli edim yükümünün kaynağı olması düşünülemez". bkz. Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 230 dn. 41'den naklen; ayrıca bkz. Serozan, **Geçersiz Satım Sözleşmesi**, s. 212 dn. 61.

¹²¹⁰ Tandoğan **BÖ I**, s. 148; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 249; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 107; Serozan, **BÖ**, s. 124 vd.; Serozan, **Dönme**, s. 275; Gümüş, **BÖ I**, s. 55 vd.; Haluk Nami Nomer / Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, C. I: Satış Sözleşmesi**, 1. Fasikül, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 142; Zevkliler / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 140.

gerekme şartı, zapt durumunda neredeyse her zaman gerçekleşecektir; zira alıcının, satın aldığı şey üzerinde hak sahibi olmak için sözleşme yaptığı, dürüstlük kuralı gereğince satıcı tarafından her zaman bilinmesi gereken bir husus olarak telakki edilmelidir) ve alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralına göre, alıcının yanılma konusu olguyu, sözleşmenin zorunlu temeli olarak görmesi haklı sayılmaktaysa (zapt durumunda bu şartın da çoğu zaman gerçekleşeceği söylenebilir), alıcının TBK m. 32'ye göre esaslı saikte yanıldığı sonucuna varılacaktır.

Doktrindeki hâkim görüş¹²¹¹ ve İsviçre Federal Mahkemesi¹²¹², hem zapttan sorumluluğun hem de esaslı saikte yanılmanın şartları gerçekleşmişse, iki kuruma ilişkin hükümlerin (seçimlik) yarışma içinde olacağı ve böylelikle alıcının, dilerse zapttan sorumluluğa, dilerse yanılmaya dayanabileceğini kabul etmektedir.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken önemli bir olasılık da, alıcının ilk olarak esaslı saikte yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi halinde, zapt hükümlerinden kaynaklanan haklarını kullanıp kullanamayacağıdır. Daha önce ayıp hükümleri ile yanılma hükümleri arasındaki yarışma ve dışlama sorunu hakkındaki açıklamalarımıza paralel olarak, şayet alıcının iptal açıklaması hukuki sonuçlarını doğurmuşsa (sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkmışsa), alıcı daha sonra zapt hükümlerine başvuramayacaktır. Zira satıcının zapttan sorumluluğu, her şeyden önce geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığını gerektirmektedir¹²¹³.

¹²¹¹ Giger, **BerKomm**, Art. 197-210 N. 11; Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210 N. 7, 8; Serozan, **BÖ**, s. 126, 161; Serozan, **Dönme**, s. 278, 279; Gümüş, **BÖ I**, s. 54; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 192 N. 10; Brox, **a.g.e.**, s. 206, 207; Nomer / Engin, **a.g.e.**, s. 155. Aksi görüş için bkz. Schwenzler, **AT**, N. 39.42; Bucher, **AT**, s. 206 dn. 45. Alman hukukunda da durum, ayıplı ifa ile yanılma konusundaki durumla paraleldir. Dolayısıyla hâkim görüşe göre, zapt (*Rechtsmangel*) ile yanılma arasında yarışma değil, özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmakta ve iki kurumun uygulama alanlarının kesiştiği hallerde, zapttan sorumluluk (örneğin satış sözleşmesinde § 435 BGB, kira sözleşmesinde § 536 BGB, eser sözleşmesinde § 633 BGB) hükümleri münhasır olarak uygulanmaktadır (Bu konuda bkz. Brox / Walker, **AT**, N. 420; Flume, **AT**, s. 486). Öte yandan, işaret edilmesi gereken bir diğer nokta, zapt sorumluluğu ile yanılma hallerinin pratik hayatta çoğu zaman bir arada bulunmayacak olmasıdır. Bunun nedeni, alıcının iyiniyetinin, satıcının tasarruf yetkisziliğine karşı korunduğu durumlarda (TMK m. 988, 989, 1023) zapt hükümlerinin uygulama imkanının kalmamasıdır (Serozan, **BÖ**, s. 122, 123; Serozan, **Dönme**, s. 277).

¹²¹² BGE 109 II 319 (bu karara konu olayda, satıcının teslim ettiği sözleşme konusu arabanın daha sonra çalıntı olduğu ortaya çıkmıştır. Mahkeme, alıcının isterse zapt hükümlerine dayanarak satıcının kusursuz sorumluluğuna gidebileceğine, isterse yanılma hükümleri bağlamında sözleşmeyi iptal edebileceğine işaret etmiştir. Bkz. Bger.ch).

¹²¹³ Honsell, **BasKomm**, Vorbem. Art. 197-210 N. 8; Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 26; Nomer / Engin, **a.g.e.**, s. 156.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, alıcının, sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü kişinin üstün hakkı bulunduğunu öğrenmesine karşın, sözleşme konusu şeyin ifasını (çekincesiz) kabul etmesinin, iptal hakkından örtülü feragat anlamına geleceğidir. Diğer taraftan, alıcının iptal edilebilir sözleşmeye açık ya da örtülü icazet vermesinin, satıcının zapttan sorumluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iptal hakkından feragat eden ya da etmiş varsayılan (TBK m. 39 /1) alıcı için, zapta karşı sorumluluk hükümlerine başvurma imkanı hâlâ açıktır¹²¹⁴.

3. Yanılma ve *Aliud*

Aliud (yanlış ifa, *Falschlieferung*), borçlanılan edimden başka bir şeyin teslim edilmesidir¹²¹⁵. *Aliud*'un hem çeşit borcunda hem de parça borcunda ortaya çıkması mümkündür. Her iki borç türü açısından da, söz konusu nitelik eksikliğinin *aliud* mu yoksa kötü ifa (*Schlechterfüllung*) mı teşkil edeceğinin nasıl belirleneceği konusu tartışmalıdır¹²¹⁶. Konunun ayrıntılarına girmeye gerek görmediğimiz için, sadece nitelik yanılmasıyla ilişkisi bağlamında genel açıklamalar yapılarak, sorunun ve çözümün ortaya konulmasına çalışılacaktır. Ancak gözden kaçırılmaması gereken nokta, nitelik yanılması, sadece sözleşme konusu olan şeyde söz konusu olabileceğinden, başka bir şeyin teslimi (*aliud*) ile yanılma arasında doğrudan bir bağlantının kurulamayacak olmasıdır. Bu bağlamda, ayıplı ifa ile *aliud* arasındaki sınırın belirlenmesi de, yanılma kurumunu sadece dolaylı olarak ilgilendirmektedir ve açıklamalarımız da bu ekseninde olacaktır.

Her şeyden önce belirtilmesi gereken temel husus şudur: *Aliud* ile ayıplı ifa olguları, üst başlıkta “sözleşmeye aykırılık” kavramı içinde değerlendirilse de, hukuki nitelikleri açısından farklılık göstermektedirler. Zira *aliud*, “hiç ifa etmeme” sorunuyken; ayıplı ifada, borç ifa edilmekte ve fakat gereği gibi ifa edilmemektedir¹²¹⁷. Öte yandan, yukarıda savunduğumuz görüşe uygun olarak, sözleşme konusu malın ayıpsız ifa edilmesi, edimin nitelik olarak nasıl ifa edilmesi gerektiğine işaret ederek,

¹²¹⁴ Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N 23a; Nomer / Engin, **a.g.e.**, s. 156.

¹²¹⁵ Acemoğlu, **Aliud**, s. 19; Şenocak, **a.g.m.**, s. 114; Yavuz, **Ayıp**, s. 46; Edis, **Ayıp**, s. 11; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 348; Gümüş, **BÖ I**, s. 71; İpek, **a.g.e.**, s. 242.

¹²¹⁶ Bu tartışmalar için bkz. Schönle / Higi, **ZürKomm**, Art. 197 N. 376 vd.; Acemoğlu, **Aliud**, s. 20 vd.

¹²¹⁷ Şenocak, **a.g.m.**, s. 122; Kapancı, **a.g.e.**, s. 8, 9; İpek, **a.g.e.**, s. 249.

satıcının yan edim yükümüne aykırılık oluşturmaktayken; *aliud*, neyin ifa edildiği sorunuyla alakalı olduğundan, asli edim yükümüne aykırılık teşkil etmektedir¹²¹⁸.

Aliud ifa konusunda doktrindeki görüşler, esas itibariyle üç farklı yaklaşıma indirgenebilir¹²¹⁹; birinci yaklaşımda, sözleşme konusu şeyin parça ya da çeşit borcu olduğuna bakılmaksızın genel bir *aliud* kriteri ile sorunun çözülmesi önerilmektedir. İkinci yaklaşımda, meseleye sözleşme konusu şeyin parça borcu ya da çeşit borcu olmasına göre farklı yaklaşılması savunulmaktadır. Bu bağlamda, parça borçlarında *aliud*'un çok istisnai durumlarda söz konusu olabileceği, bu nedenle *aliud* ifanın çoğunlukla çeşit borçlarında gündeme geleceği kabul edilmektedir. Üçüncü yaklaşımda ise, *aliud* kavramına gerek olmadığı, başka şeyin teslim edildiği bu gibi durumların ayıp olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir¹²²⁰.

Birinci yaklaşımı savunan yazarlara göre, hem parça borcunda hem de çeşit borcunda, şayet teslim edilen şey ile sözleşme konusu şey arasında “birey ve çeşit sapması” bulunmaktaysa, ortada bir *aliud* ifanın bulunduğu kabul edilmelidir¹²²¹. Diğer

¹²¹⁸ Acemoğlu, **Aliud**, s. 25; Aral, **Kötü İfa**, s. 116; İpek, **a.g.e.**, s. 274.

¹²¹⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Acemoğlu, **Aliud**, s. 20 vd.; Yavuz, **Ayıp**, s. 46 vd.; Şenocak, **a.g.m.**, s. 120 vd., 124 vd.; İpek, **a.g.e.**, s. 242 vd.

¹²²⁰ Ancak dikkat edilmelidir ki, üçüncü yaklaşımın tüm *aliud* durumlarını ayıp kavramı altında değerlendirmesi ile ayıplı ifa ve *aliud*'un aynı hukuki rejime tabi olması arasında fark bulunmaktadır. İki kurumu aynı rejime bağlamak, pekâlâ olması gereken hukuk bağlamında düşünülebilir; keza hukuk uyumlaştırması metinlerinde (örneğin CISG m. 35) ve bazı ulusal kanunlarda (§ 434 BGB) bu yaklaşımın örneklerini görmek mümkündür. Keza bu görüş doktrinde de savunulmaktadır (Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 236; Serozan, **Alman İfa Engelleri**, s. 247, 248; Yavuz, **Ayıp**, s. 50 dn. 27'de anılan yazarlar; bunun kıyas yoluyla mümkün olabileceğini ekleyen Serozan, **BÖ**, s. 141). 6502 sayılı TKHK m. 8'de de bu yaklaşımı görmek mümkündür. Zira maddede “sözleşmeye aykırı mal” kavramı altında, *aliud* ifaların da tüketiciler açısından ayıplı ifaların rejimine bağlandığı görülmektedir (Aydoğdu, **a.g.e.**, m. 8, s. 210, 211; örtülü olarak belirtmekle birlikte bkz. Aslan, **a.g.e.**, s. 128, 129). Öte yandan, söz konusu yazarlar, tüketicinin *aliud* nedeniyle hem genel ifa etmeme hükümlerine hem de ayıp sorumluluğuna seçenekli olarak dayanabileceğini de eklemektedirler (Aydoğdu, **a.g.e.**, m. 8, s. 210; Aslan, **a.g.e.**, s. 130.)

¹²²¹ Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 236; Acemoğlu, **Aliud**, s. 22 vd.; von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 276, 277; İpek, **a.g.e.**, s. 248; çok açık olmamakla birlikte bu görüşte bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 264. Serozan, “birey ve tür sapması” kriterini iki örnekle açıklamaktadır: Şayet “*alıcı deri çanta, balina eti, gerçek van Gogh tablosu, gerçek Stradivarius kemanı istemişse ve bu isteğe uygun bir bildirimde bulunmuşsa, sun'i deriden çanta, köpek balığı eti, sahte van Gogh tablosu ve sahte Stradivarius kemanı teslimi bir ayıplı ifa değil, bir aliud pro alio ifadır. Çünkü istendiği açıklanmış tür (deri çanta, balina eti) ve bireyden (gerçek van Gogh tablosu, gerçek Stradivarius kemanı) sapan bir şey teslim edilmiştir*” (Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 234, 235). Görüldüğü üzere, yazara göre, sadece o şeyi başka çeşide sokabilecek niteliklerde eksiklikler değil, aynı zamanda o şeyi başka çeşide sokmasa bile, alıcı için önem arz eden niteliklerin eksikliği durumunda da, “birey sapması” (*Individualabweichung*) nedeniyle *aliud* ifa bulunduğu sonucuna varılması gerekir (yazar, çok açık olmamakla beraber, bunun güven ilkesinden kaynaklandığına işaret etmektedir. Bkz. **A.g.e.**, s. 235). Ancak, yazarın daha sonraki tarihli bir eserinde bu görüşünü kısmen değiştirdiği ve eğer satış konusu bir parça borcuysa, burada *aliud*'un ancak bireyselleştirilmiş “o parça” yerine başka bir parçanın teslimi halinde söz konusu olacağını belirttiği görülmektedir (Serozan, **BÖ**, s. 140). *von*

bir ifadeyle, alıcıya teslim edilen şeyde, alıcı için önem taşıyan veya şeyi başka bir kategoriye dahil eden niteliklerde eksiklik varsa, *aliud* ifa söz konusu olmaktadır. Örneğin sözleşme kurulurken belirli bir şey olarak tayin edilmiş *van Gogh* tablosunun, teslimden sonra sahte olduğu anlaşıldığında, satıcının edimini ayıplı ifa ettiğinden değil, hiç ifa etmediğinden söz edilmesi gerekecektir. Görüldüğü üzere, sözleşme konusu belirli “o şeyin” (tablonun) teslim edilmiş olması, diğer bir deyişle “dış özdeşliği” (dış ayniyeti), bu görüşe göre önem taşımamakta; sözleşmeyle kararlaştırılan şey ile teslim edilen şey aynı olsa dahi, şayet iç özdeşlik söz konusu değilse, gerçekleştirilen ifanın *aliud* teşkil edeceği kabul edilmektedir¹²²².

İkinci yaklaşımda ise, *aliud* sorununun, sözleşme konusu şeyin parça ya da çeşit borcu olmasına göre ayrı ayrı incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Parça borcu açısından meseleyi ele alırsak; eğer sözleşme konusu şey ile teslim edilen şey arasında “dış özdeşlik” bulunmaktaysa, burada başka şeyin teslim edilmiş olduğundan bahsetmek mümkün olmayacağı için, şeyde herhangi bir nitelik eksikliği mevcutsa, bu ancak ayıplı ifa olarak telakki edilecektir. Diğer bir ifadeyle, her ne kadar söz konusu şeyde olması gereken nitelikler eksik olsa ve hatta onu alışveriş hayatında başka bir kategoriye soksalar bile, eğer sözleşme kurulurken somut olarak bireyselleştirilmiş “o şey” teslim edilmişse, ortada *aliud* değil, ayıp ve/veya nitelik yanılması bulunmaktadır. Zira teslim edilen sahte tablo, en nihayetinde alıcının işaret ettiği ve böylece sözleşmenin konusu olan “o tablo”dur. Tablonun gerçekten *van Gogh*’a ait olup olmaması, o şeyin teslim edildiği gerçeğini değiştirmez¹²²³. Federal Mahkeme

Tuhr / Siegwart tarafından verilen ilginç bir örnek de şudur: Alıcının fotoğraf makinesi olduğunu düşünerek satın aldığı paketten dürbün çıkması durumunda, bunun ayıplı ifa değil *aliud* ifa olduğu kabul edilmelidir. Zira dürbünün fotoğraf çekmemesi, onun için bir ayıp teşkil etmemektedir (a.g.e., s. 277 dn. 39; benzer bir örnek için bkz. von Tuhr / Peter, a.g.e., s. 311 dn. 39; aynı görüşte bkz. Acemoğlu, **Aliud**, s. 25; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 100 dn. 193.)

¹²²² Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 235 dn. 45; aynı görüşte Acemoğlu, **Aliud**, s. 24 vd. Serozan’ın ileri sürdüğü şu argüman, görüşünü daha açık şekilde ortaya koymaktadır: “ayıplı ifa ile *aliud* ifası arasındaki sınırın bulanıklığı da *aliud* ifası kavramını dış özdeşliğin mevcut olmadığı ihtimallere (at yerine eşek yollanması) inhisar ettirip iç özdeşliğin söz konusu olmadığı ihtimallerde yadsımak için yeterli bir neden değildir. Kaldı ki sahte *van Gogh* tablosu, bozuk *van Gogh* tablosuna ne ölçüde yakınsa, bir *Gauguin* tablosuna da o ölçüde yakındır. O halde *van Gogh* yerine *Gauguin* yollanırsa da yanlış ifa yok, ayıplı ifa vardır mı diyeceğiz?” (Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 235 dn. 45). Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, yazar daha güncel tarihli başka bir eserinde, “yoksa tablonun sahte veya ipek halının kilim çıkması olasılığında *aliud* ifası söz konusu olmaz, sadece ayıptan söz edilir” diyerek eski görüşünü bir ölçüde değiştirmiş ve böylece doktrindeki ikinci yaklaşıma yaklaşmıştır (Serozan, **BÖ**, s. 140).

¹²²³ Flume, **Eigenschaftsirrtum**, s. 114 vd.; Wiegand, **Picasso**, s. 101; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 73 dn. 98; bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 348; Yavuz, **Ayp**, s. 49; Şenocak, **a.g.m.**, s. 132, 135; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 117, 118; Gümüş, **BÖ I**, s. 71, 72.

içtihatlarının da (özellikle *van Gogh* ve *Picasso* kararlarında görülebileceği üzere) bu yönde olduğunu söylemek mümkündür¹²²⁴. Ancak hemen belirtelim ki, bu görüşte olan yazarların da kabul ettiği üzere, parça borcunda *aliud* ifanın hiçbir zaman söz konusu olmayacağı sonucuna varılmamalıdır. Eğer sözleşmede kararlaştırılan o şeyden başka bir şey verilmişse, parça borcunda da pekâlâ *aliud* gündeme gelebilir. Satıcının galerisinde gördüğüm ve satın aldığım “o *van Gogh* tablosu” değil de, söz gelimi “*Munch* tablosu” teslim edilmişse, ayıplı ifa değil, *aliud* (böylece hiç ifa etmeme) söz konusudur.

Çeşit borçlarında ise, bu yaklaşım bağlamında dahi meselenin hayli tartışmalı olduğunu belirtmekle birlikte, hâkim görüşe göre, bu tür borçlarda, eğer sözleşmede kararlaştırılan şey ile teslim edilen şey arasında çeşit (tür) farkı yoksa ve fakat nitelik farkı söz konusuysa ayıplı ifanın varlığı kabul edilmelidir. Yani çeşit borcunun ayıplı olup olmadığı, o şeyin alışveriş hayatında dahil olduğu çeşidin sınırları içinde belirlenecek ve bu değerlendirmede, o şeyin kendi türü kapsamındaki nitelik farklılıkları dikkate alınacaktır. Buna karşın, teslim edilen şeyde sözleşmeye göre olması gereken niteliklerin bulunmaması, o şeyi alışveriş hayatında farklı çeşit mal grubuna dahil ediyorsa; farklı bir anlatımla, sözleşme konusu şey ile teslim edilen şey arasında çeşit sapması söz konusuysa, çeşit borcunun *aliud* ifasından söz edilecektir. Bunun tespiti de objektif bir bakış açısıyla yapılacak; bu doğrultuda alışveriş hayatındaki hâkim görüşlerden ve sözleşmenin yorumundan destek alınacaktır¹²²⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarına bakıldığında, bu konuda tutarlı bir duruş sergilendiğini söylemek mümkün değildir. Bir kararında Mahkeme, tarafların üzerinde anlaştığı X maden işletmesine ait kömür yerine, satıcının Y maden

¹²²⁴ BGE 82 II 411 (servat.unibe.ch); BGE 114 II 131 (bger.ch). Yargıtay’ın da bu görüşte olduğunu söylemek mümkündür (“davacıların görüp belirledikleri makinalar davacılara teslim edilmiş ise *aliud* teslimden değil ayıplı ifadan söz edilir ve TTK ve BK.nun ayıba ilişkin hükümleri uygulanır”. Bkz. Y. 19. HD., 26.11.2004, E. 2004/1917, K. 2004/11686 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası).

Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi’nin çok eski tarihli “Şah Abbas” kararında aksi bir sonuca varıldığı görülmektedir. Burada Mahkeme, sözleşme konusu olan halının teslim edilmiş olmasına rağmen sözleşmede kararlaştırıldığı niteliklere uygun (gerçek) olmamasını, yani sahte olmasını *aliud* olarak değerlendirmiştir (Bu karara ilişkin ayrıca bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 2, c).

¹²²⁵ Şenocak, **a.g.m.**, s. 124 vd., 135; İpek, **a.g.e.**, s. 243 vd., 270; Gümüş, **BÖ I**, s. 71, 72; Aral / Ayrançı, **a.g.e.**, s. 117, 118; aynı yönde bkz. BGE 121 III 453 (bger.ch). Yavuz ise, teslim edilen şeyin, sözleşmede kararlaştırılan şeye göre, alıcının kabul edemeyeceği şekilde önemli farklılık göstermesi halinde *aliud* ifanın söz konusu olacağına işaret etmektedir (Yavuz, **Ayp**, s. 52). Benzer şekilde, “alıcıyı isyan ettirecek, artık bu kadarı da olmaz dedirtecek ölçüde belirgin ve çarpıcı türdeşlik sapmalarında yanlış ifadan, buna karşılık, bu ölçüyü bulmayan sapmalarda ayıplı ifadan söz edilir” diyen Serozan’ı da bu görüşe dahil etmek gerekir (Serozan, **BÖ**, s. 140).

işletmesine ait kömür teslim etmiş olmasını *aliud* ifa olarak nitelendirmemiştir¹²²⁶. Ancak başka bir kararda ise, sözleşme konusu 1964 model *Jaguar* yerine, 1963 model *Jaguar*'ın teslim edilmiş olmasını *aliud* ifa olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'nin bu karardaki argümanı şu şekildedir: “Sözleşme konusu çeşidi belirleyen” her niteliğin, teslim edilen şeyde de bulunması gerekmektedir. Bunlardan birisi dahi o şeyde mevcut değilse, o şey, artık tarafların anlaştığı şey değildir¹²²⁷.

Üçüncü yaklaşıma göre, sözleşmede kararlaştırılan şeyden başka bir şeyin teslimi halleri de ayıp kavramının altına alınabilecektir. Öncelikle çeşit borçları açısından, zaten hem *aliud* ifada hem de ayıplı ifada aynen ifa talebi ileri sürülebileceğinden, bu ikisi arasındaki ayımdan vazgeçilmelidir. Öte yandan, parça borçlarında ise, menfaat durumları alıcıya aynen ifa tanınmasını gerektirdiğinden, başka bir şeyin teslimi de ayıplı ifa sayılmalıdır¹²²⁸.

Düşüncemize göre, ikinci yaklaşımın ileri sürdüğü argümanlar, menfaatler durumu ve hukuk mantığı açısından daha isabetlidir. Nitekim parça borcu ve çeşit borcu arasındaki karakteristik farklılık karşısında, ilk yaklaşımın savunduğu gibi her zaman aynı kritere başvurulmasının ve her iki borç türüne de aynı hukuki sonucun uygulanmasının uygun olmayacağı görülmektedir. Keza benimsediğimiz subjektif ayıp kavramının da ikinci yaklaşımla daha net uyuştuğunu söylemek mümkündür. Şöyle ki, sözleşme kurulurken alıcının işaret ettiği “o belirli tablonun” niteliğine (gerçek *van Gogh* tablosu olmasına) ilişkin saik, satıcı açısından bilinebilecek durumdaysa, bu nitelik edim anlaşmasının konusu olmuştur. Şayet parça borcu haline getirilen tablo, gerçek bir *van Gogh* tablosu değilse ve satıcı o tabloyu teslim ettiyse, burada satıcının sözleşmeyi uygun şekilde ifa etmediğinden söz edilecektir. Aynı sonuç, alıcının fotoğraf makinesi olduğunu zannederek satın aldığı paketten dürbünün

¹²²⁶ BGE 20 II 976 (aktaran Şenocak, **a.g.m.**, s. 126).

¹²²⁷ BGE 94 II 26 (aktaran Acemoğlu, **Aliud**, s. 22 ve Yavuz, **Ayıp**, s. 50); Federal Mahkeme'nin aksi yönde kararlarına rastlamak mümkünse de, çoğunlukla bu görüşte olduğu rahatlıkla söylenebilir. Örneğin belirli bir yılın mahsulü şarap yerine başka bir yılın mahsulünün teslim edilmesinde, Mahkeme, *aliud* ifanın varlığı nedeniyle borcun hiç ifa edilmediğine karar vermiştir (BGE 40 II 488, aktaran Tandoğan, **BÖ**, s. 172 dn. 34b). Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır; Y. 11. HD., 20.2.1990, E. 1988/9372, K. 1990/1085; Y. 11. HD., 26.11.1998, E. 1998/6699, K. 1998/8279 (bu kararda Mahkeme, çeşit sapmasını daha yumuşak değerlendirmiştir. Olayda, satış konusu boruların tesliminden sonra yapılan incelemelerde, boruların boylarının standart dışı olduğu anlaşılmış ve Mahkeme, teslim edilen boruların siparişe uygun olmaması nedeniyle satıcının yanlış ifada bulunduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²²⁸ Bu görüş hakkında bkz. Acemoğlu, **Aliud**, s. 21; Yavuz, **Ayıp**, s. 50; Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 73, 74 dn. 98.

çıkması örneği için de geçerlidir. İki durumda da, ortada bir *aliud* mu yoksa ayıplı ifanın mı bulunduğunu anlamak için sorulması gereken ilk soru, teslim edilen tablo ya da paketin, alıcının sözleşme kurulurken gördüğü ve taraflarca bireyselleştirilerek tayin edilen tablo ya da paket mi olduğudur. Eğer sözleşme konusu olan “o tablo” ya da “o paket” teslim edilmişse, burada hiç ifa etmeme durumu değil, kötü ifa (ayıplı ifa) durumu söz konusudur.

Görülmektedir ki, *aliud* ve ayıplı ifa konusundaki tartışma, kendisini esas olarak parça borçlarında göstermektedir¹²²⁹. Zira çeşit borçlarının ayıplı ifa edilmesi ile *aliud* ifası arasında, alıcının hakları bakımından çok belirgin bir farklılık yoktur. *Aliud*’un varlığı halinde TBK m. 112 anlamında hiç ifa etmeme hali söz konusu olacak ve alıcı, kararlaştırılan şeyin aynen ifasını talep edebilecektir. Aynı şekilde, ayıbın varlığı halinde de, alıcının ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme (yenisi ile değiştirme) hakkı bu sefer aynı sonucu sağlayacaktır¹²³⁰. Hâlbuki parça borcu söz konusu olduğunda, özellikle eBK dönemindeki hâkim görüş (eBK m. 203’den hareketle), alıcının, ayıplı şeye ilişkin aynen ifa talebine sahip olmadığını kabul edilmekteydi¹²³¹. Nitekim ilk yaklaşımın, parça borcunda cereyan eden ayıplı ifa hallerinin bir kısmını *aliud* ifa alanına kaydırma çabaları da buradan kaynaklanmaktaydı. Hatta Acemoğlu’nun “*aliudu yaratmanın amacı, alıcıya, ayıp hükümleri dışında bir aynen ifa talebi sağlamak değil miydi?*” sorusuyla bunu itiraf ettiği açıkça görülmektedir¹²³². Hiç şüphesiz, TBK m. 227/1 b. 4 uyarınca artık hem parça borcunda hem de çeşit borcunda “imkan varsa” ayıpsız benzeri ile değiştirme (aynen ifa) hakkı kullanılabilir. Ancak, özellikle örnekteki gibi sanat eserleri ve antika eşyalarda,

¹²²⁹ Acemoğlu, **Aliud**, s. 29.

¹²³⁰ Önemle belirtelim ki, bazı durumlarda çeşit borçlarındaki nitelik, menşe, model ve kapasite farklılıklarında, ortada bir *aliud* ifa mı yoksa ayıplı ifa mı bulunduğu ayrımını yapmak güçleşmektedir. Bu gibi durumlarda, menfaatler durumuna da uygun olacak şekilde ve alıcının ayıp sorumluluğunun gereklerini yerine getirmesi şartına bağlı olarak, yanlış ifade bulunmuş satıcıya karşı, alıcının dilerse (kıyasen) ayıp sorumluluğu çerçevesindeki hakları da ileri sürebilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Serozan, **BÖ**, s. 140, 141.

¹²³¹ Yavuz, **Ayıp**, s. 190; Acemoğlu, **Aliud**, s. 29; Kocayusufoğlu, **Hata**, s. 74 dn. 100; Edis, **Ayıp**, s. 130. Buna karşın, o dönemde dahi Serozan tarafından şu görüş savunulmaktaydı: Şayet güven ilkesi bağlamında, teslim edilen ayıplı parçanın ayıpsız ile değiştirilmesi makul olarak satıcıdan beklenebiliyorsa, parça borçlarında da aynen ifaya imkan tanınmalıdır (bkz. Serozan, **Parça-Çeşit**, s. 227, 228; benzer görüşte bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 66, 67).

¹²³² Acemoğlu, **Aliud**, s. 26 dn. 29 (ayrıca yazar, Serozan’ın, ayıplı parçanın tesliminde alıcıya aynen ifa talebi tanınması gerektiği yönündeki görüşünü de eleştirmektedir. Bkz. **A.g.e.**)

pratikte bu hakkın yine devre dışı kalacağı rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla parça borcundaki tartışmanın hâlâ bir ölçüde geçerliliği bulunmaktadır.

Acemoğlu'nun bu konudaki diğer argümanı da şu şekildedir: Eğer söz konusu durumlarda *aliud* ifa olduğu kabul edilmezse, ayıp hükümleri uygulanacak ve böylece bir yıllık kısa zamanaşımı (TBK m. 231'e göre bu süre artık iki yıldır) süresinin kaçtığı durumlarda alıcı mağdur olacaktır. Zira alıcının tablonun sahte olduğunu, gözden geçirme süresi içinde veya kısa zamanaşımı süresinde tespit edememesi halinde, onun başvurabileceği yol, ya yanılma hükümleri ya da aldatma hükümleridir. Ancak yanılma hükümleri de burada fayda etmeyecek, zira yanılmanın çok uzun bir süre sonra ileri sürülmesi eBK m. 25'deki (TBK m. 34) dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Aldatmaya gidildiğinde ise, alıcının eline o tablonun gerçeğini isteme hakkı geçmediğinden yine elverişsiz bir durum ortaya çıkacaktır¹²³³.

Bu görüşle ilgili olarak yanılma açısından durumu değerlendirirsek, aslında güven ilkesinin tam da bu gibi durumlarda alıcıyı koruyacağı ve TBK m. 34 bağlamında sözleşmenin iptalini engellemeyeceği rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla, yazarın endişesinin aksine, yanılma hükümleri şartları varsa uygulanabilecektir. Diğer taraftan, bir an için *aliud* bulunduğu görüşü kabul edilse dahi, alıcının satıcıdan gerçek *van Gogh* tablosunun teslimini talep etmesi, pratikte yine sonuç doğurmayacaktır?¹²³⁴.

¹²³³ Acemoğlu, *Aliud*, s. 26 vd.

¹²³⁴ Hatta bu yaklaşım benimsendiği takdirde, nitelik yanılması açısından akla ister istemez şu soru takılmaktadır: Eğer sahte *van Gogh* tablosu teslim edildiyse ve bu *aliud* olarak kabul edilirse, sözleşme kurulurken tablonun niteliğinde yanılan alıcının yanılma hükümlerine dayanmak istemesi durumunda, sözleşmede kararlaştırılan şeyden başka bir şey teslim edildiği (*aliud*) ileri sürülerek, onun bu hakkı kullanması engellenecek midir? Zira yanılma ancak sözleşme konusu şeyde olabileceğinden, satıcının başka şey teslim etmiş olmasının kabulü, ortada (o şey için) yanılmanın bulunmadığı anlamına gelecektir. O halde, alıcıya teslim edilen şey, onun bizzat kendi elleriyle seçmiş olduğu "o tablo" olmasına rağmen, yanılma yoktur mu diyeceğiz? Ya da yanılmaya başvurma imkanını sadece teslimden önceki aşamada mı tanıyacağız? Bu durumun yanılma açısından çözümü güç sorunlar çıkacağı ortadadır. Dolayısıyla, parça borcunun sözleşmeye göre bulunması gereken niteliklere aykırı olarak teslim edildiği durumlarda, (ikinci yaklaşıma uygun olarak) ayıplı ifanın bulunduğunu söylemek, ayrıca nitelik yanılması hükümlerine uygulanma imkanı sağladığı ve kavramsal tutarlılığı koruduğu için de daha isabetlidir.

Diğer taraftan, meseleye yanılma kurumunu dahil etmeden salt birinci yaklaşımın (özellikle *Acemoğlu*'nun) argümanları çerçevesinde bakıldığında, parça satımında nitelik eksikliklerinin *aliud* olarak değerlendirilmesine şu açılardan artık gerek bulunmadığı söylenebilir. Şöyle ki, öncelikle pozitif hukuk anlamında, artık çeşit borçları kadar parça borçlarında da (her zaman olmasa da), ayıplı ifade bulunan satıcıya karşı aynen ifa talebi ileri sürülebilecektir. Öte yandan zamanaşımı, TBK m. 231'de bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Gerçi gizli ayıbın çok zor ve uzun zaman sonra ortaya çıkabileceği mallarda, bu farklılık yine de önemsiz kalabilecektir. Ancak, üçüncü ve belki de en önemlisi olarak, satıcının ağır kusuru halinde (hile ya da "meslekten satıcıların söz konusu ayıpları bilebilecek durumda olması" halinde) iki yıllık zamanaşımının

Buraya kadarki açıklamalarımız ışığında, *aliud* konusunda şu sonuca varmaktayız: Çeşit borçlarında, teslim edilen şey, sözleşmede kararlaştırılan şeyin alışveriş hayatında ait olduğu türden başka bir türe dahilse, *aliud* ifadan söz edilecektir. Parça borçlarında ise, ancak sözleşme konusu olarak belirlenmiş “o şeyden” başka bir şeyin teslimi *aliud* ifa anlamına gelecektir¹²³⁵.

4. Yanılma ve İşlem Temelinin Çökmesi: Gelecekteki Olgularda Yanılma

Yanılma ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişkinin iki açıdan incelenebilmesi mümkündür. Öncelikle, bu iki kurum arasında “işlem temeli” kavramı açısından bir paralellik olup olmadığı; diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kurulmasında dikkate alınan bir olgunun işlem temeli oluşturup oluşturmadığının, TBK m. 32’deki temel yanılma hükmünden hareketle belirlenip belirlenemeyeceği araştırılmalıdır. Daha sonra da, bu iki kurum arasında uygulama alanları bakımından karşılaştırma yapılmalıdır ki, bu doğrultuda yapılacak inceleme, “sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen gelişmeleri” ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, gelecekteki olgulara ilişkin boşa çıkan tasavvurların yanılma hükümlerine tabi olup olmadığı; şayet bu mümkünse, işlem temelinin çökmesi teorisi ile yanılmanın yarışıp yarışmayacağı konuları ele alınmalıdır. Yukarıda “saikte yanılmanın niteliği” konusunu incelerken, TBK m. 32’nin iki kurum için de ortak bir “işlem temeli” kavramını içerdiği sonucuna vardığımızdan ve ayrıca bu iki kurumun uygulanma şartlarını belirttiğimizden¹²³⁶, burada mesele sadece ikinci açıdan ele alınacaktır.

Ancak öncesinde belirtelim ki, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olgular nedeniyle sözleşme ilişkisindeki menfaati zarar gören kimsenin, yanılma ya da işlem temelinin çökmesi kurumu dışında da, çeşitli hukuki imkanlarla korunması mümkündür. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken temel ilke, bu ihtimallerin varlığı halinde, risk taraflar arasında zaten paylaşılmış olduğundan, bu iki kurumun uygulama alanı bulamayacak olmasıdır. Bu bağlamda, kanunda bu tür durumlar için öngörülmüş özel kurallar söz konusu olduğu gibi; tarafların da, daha sonraki durum

değil, TBK m. 146 uyarınca on yıllık genel sözleşme zamanaşımının uygulanacak olması (Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 176, 177. Bu durumda hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı konusundaki görüşler için bkz. **A.g.e.**), pratikte bu görüşün endişelerini bir ölçüde sona erdirebilecektir.

¹²³⁵ Yavuz, **Ayıp**, s. 47; Şenocak, **a.g.m.**, s. 124 vd., 135; İpek, **a.g.e.**, s. 273.

¹²³⁶ Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3).

değişikliklerine ilişkin sözleşmeye hüküm dahil ederek, bu riski kendi aralarında paylaşırma imkanı bulunmaktadır¹²³⁷. Bunun dışında, tarafların, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olguya ilişkin sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını şarta bağlamaları da mümkündür¹²³⁸.

Diğer taraftan, bu ihtimallerin bulunmadığı hallerde ise, sözleşme kurulurken dikkate alınan durum veya olguların gerçeğe uygun olmadığına anlaşılmaması veya daha sonra değişmesi durumunda, menfaati bundan olumsuz etkilenen tarafın her zaman korunacağı ve böylece, kendi arzusuna uygun olarak sözleşme ilişkisini biçimlendirebileceği ya da sona erdirebileceği sonucuna varılmamalıdır. Daha önce ifade edildiği üzere, işlem güvenliği (ve karşı tarafın haklı güveni) ve *pacta sunt servanda* ilkesi karşısında, ilgili tarafın bu bağlamda hukuki korumaya mazhar olması, ancak belirli şartların varlığına bağlı olarak ve somut olay adaleti çerçevesinde mümkündür. Dolayısıyla, olayda ya TBK m. 32'deki esaslı saikte yanılma şartları gerçekleşmiş olmalıdır ya da işlem temelinin çöktüğü (TBK m. 138 ve TMK m. 2'den hareketle) kabul edilmelidir^{1239, 1240}. Bu noktada, daha önce verdiğimiz bisiklet örneğini iki olasılık halinde aktarırsak; ilkinde alıcı, kuzeninin mezun olduğunu düşünerek bir bisiklet satın almıştır. Ne var ki, aslında sözleşmenin yapıldığı sırada kuzeni okuldan uzaklaştırılmıştır (ya da okulu yarım bırakmıştır). Diğer olasılıkta ise, alıcı kuzeninin yıl sonunda mezun olacağını düşünerek bisiklet satın almıştır. Fakat dönem sonuna yaklaşılrken, okul yönetimi kuzeni hakkında okuldan uzaklaştırma kararı vermiştir. Burada, ilk olasılık için değerlendirme yapıldığında, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut bir olguya ilişkin yanılmaya düşüldüğü ve fakat esaslılık şartları söz konusu olmadığından, bu yanılmanın sözleşmeyi iptal edilebilir hale getirmediği sonucuna varılacaktır. İkinci olasılıkta ise, gelecekteki olguya ilişkin yanlış bir tasavvurun varlığından söz açılacak ve fakat burada hangi kurum uygulanırsa uygulansın, ikisi

¹²³⁷ Schwenzer, **AT**, N. 35.07; Baysal, **Uyarlanma**, s. 267, 268.

¹²³⁸ Yine, bu doğrultuda garanti sözleşmesi yapılabileceği gibi, bir olayın ortaya çıkması ya da çıkmaması şartına bağlı olarak, sözleşmede iradi bir dönme hakkı da tanınabilir.

¹²³⁹ Bir kez daha hatırlatalım ki, İsviçre hukukunda gelecekte ortaya çıkan beklenmedik olaylar, Alman hukuku merkezli işlem temelinin çökmesi teorisi bağlamında değil, "*clausula rebus sic stantibus*" kavramı altında ele alınmaktadır. Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3).

¹²⁴⁰ Hemen belirtelim ki, niteliği gereği spekülative ve risk-yoğun sözleşme ilişkilerinde, ne yanılmaya dayanılması ne de işlem temelinin çöktüğünden hareketle sözleşmeye müdahale edilmesi mümkündür (aynı doğrultuda bkz. Wiegand, **BasKomm**, Art. 18 N. 103; riskli işlemlerin yanılma kurumu açısından özellikleri konusunda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 2, a)

için de gerekli şartlar mevcut olmadığından, alıcının yine herhangi bir hukuki koruma elde edemeyeceği görülecektir.

Sözleşmenin kurulduğu şekliyle devam etmesinden zarar görecektir olan tarafın gerçeği yanlış değerlendirmesi, sözleşme kurulurken “mevcut olan bir olgudan” kaynaklanmaktaysa, bu sorunun saikte yanılma (TBK m. 32) çerçevesinde inceleneceğinde herhangi bir tereddüt yoktur. Buna karşın, bir tarafın boşa çıkan saiki “gelecekteki bir olguya” ilişkin olduğu takdirde, yanılma hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı konusu doktrinde son derece tartışmalıdır. Öyle ki, yazarlar arasında, bir görüşün diğerinden daha baskın olduğunu belirtme imkanı vermeyecek ölçüde bir bölünmüşlük bulunduğunu söylemek hiç de abartılı olmayacaktır. Aynı şekilde, Federal Mahkeme’nin de bu konuda farklı sonuca vardığı kararlarının mevcut olduğu dikkati çekmektedir. Şu halde, bu başlık altında, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan belirli bir ağırlıktaki durum değişikliklerinin saikte yanılmanın uygulama alanına girip girmeyeceği incelenecek ve bu bağlamda, doktrindeki çeşitli görüşler altında ileri sürülen argümanlar değerlendirilerek bu konudaki görüşümüz açıklanacaktır.

Bu konudaki görüşleri, bunların karakterize edici özelliklerini ön plana çıkarmak suretiyle iki başlık altında ele almak mümkündür. Birinci görüş¹²⁴¹, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen (gelecekteki) olgulara ilişkin TBK m. 32 hükmünün hiçbir şekilde uygulanmayacağını savunmaktadır. İkinci görüşe göre ise¹²⁴²,

¹²⁴¹ Jäggi / Gauch / Hartmann, **ZürKomm**, Art. 18 N. 610 vd.; Merz, **BerKomm**, Art. 2 ZGB, N. 194; Kolly, **a.g.e.**, N. 314; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 801; Huguenin, **AT**, N. 521; Koller, **AT**, § 14 N. 85; Wieacker, **a.g.m.**, s. 238; Bischoff, **a.g.e.**, s. 144; Peter Gauch, “Grundlagenirrtum und Clausula rebus sic stantibus - Anmerkung zu BGE 107 II 343”, **recht 1983/1**, s. 16-19, s. 17; Reiser, **a.g.e.**, N. 24; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 430 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 103; Dural, **a.g.e.**, s. 63, 64; Kaplan, **a.g.e.**, s. 141; Baysal, **Uyarlanma**, s. 186 vd.; Topuz, **a.g.e.**, s. 128 vd.; Canbolat, **a.g.e.**, s. 205; Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2007, s. 315 vd.

¹²⁴² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 240; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 313 dn. 44; Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 306 vd.; Kramer, **Irrtum**, N. 7, 140; von Büren, **a.g.e.**, s. 197, 229; Kramer, **a.g.m.**, s. 279; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 19; Schwenger, **AT**, N. 37.33; Bucher, **AT**, s. 204; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 132; Zehnder, **a.g.e.**, s. 68, 69; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 237; Klausberger, **a.g.e.**, s. 60; Fikentscher, **a.g.e.**, s. 10; Koller, **AT**, § 14 N. 85; Bachmann, **a.g.e.**, s. 68; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 17; Goltz, **a.g.e.**, s. 99; Bruno Schmidlin, “Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 1992, s. 1386-1393, s. 1387 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 403; Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 510; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 45, 46 dn. 21; Schwarz, **BG**, s. 308; Eren, **BG**, s. 408; Altınok Ormancı, **a.g.m.**, s. 110, 111. Her ne kadar ayrıntılı şekilde ele alınmamış ve uyumsuzluk konusunun çözümünde esas yapılmamış (*obiter dictum*) olsa da, Yargıtay, bir kararında, saikte yanılmanın kapsamına gelecekteki yanlış tasavvurların da dahil

belirli şartlara bağlı olarak, gelecekteki olgulara ilişkin yanılma hükümlerine başvurulması mümkündür.

a. Gelecekteki Olguların Temel Yanılmasının Konusu Olamayacağı Görüşü

Bu görüşün esas itibariyle vurguladığı nokta şudur: TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) hükmünün kapsamına, ancak sözleşmenin kurulması anında mevcut olan (geçmişteki ve şimdiki) olgular girmektedir. Şu halde, yanılma hükümlerinin ayrıca kronolojik bir uygulama alanı bulunduğu da görülmektedir. Buna göre, sözleşmenin kurulması anı, doğrusal bir zaman akışında referans noktası olarak kabul edilmekte ve bu andan sonra gerçekleşecek olan olgulara ilişkin yanlış tasavvurların, temel yanılması teşkil etme imkanı bulunmamaktadır. Hemen belirtelim ki, Federal Mahkeme'nin de bazı kararlarında bu görüşü takip ettiği görülmektedir¹²⁴³. Bu görüşün dayandığı argümanlar şu şekildedir:

- Argüman 1: Bir kişinin yanlış olduğunu ya da yanlış olmadığını söyleyebilmek için hata konusu olgunun bilinebilir olması gerekir. Bilinebilirlik ise sadece geçmişteki ve şimdiki olgulara mahsustur. Şu halde, gelecekteki bir olgu, doğası gereği belirsiz olduğundan (kesin olmadığından) ve gerçekleşip gerçekleşmeme olasılığını bir arada bünyesinde barındırdığından, kişinin buna ilişkin yanılması mümkün değildir¹²⁴⁴. Gelecekle ilgili sadece tahmin yürütülür, umut edilir ve beklenti içine girilir; yoksa hataya düşülemez¹²⁴⁵. Yanılmanın tanımı gereği, kişinin farkında olmadan "gerçeğe" uygun tasavvur sahibi olmaması gerekir. Gerçek ise, sadece şimdinin ve geçmişin ardında aranabilir. Bu bağlamda, irade oluşumunu etkileyen olgu, sözleşmenin kurulması anına kadar henüz gerçekleşmemişse, burada tasavvur ile gerçek arasında henüz bir uygunsuzluk bulunmamaktadır¹²⁴⁶. Dolayısıyla, gelecekteki bir olguya ilişkin tasavvurla sözleşme yapan kimse, bu belirsizliğin riskini taşımalıdır¹²⁴⁷.

olduğunu zikretmiştir (YHGK., 16.2.1994, E. 1993/13-795, K. 1994/57, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁴³ BGE 107 II 144, 150; BGE 91 II 275 (bger.ch); BGE 59 II 372 (servat.unibe.ch). Öte yandan, Hollanda Medeni Kanunu (BW) m. 6:228/2'de, sözleşmenin kurulması anında henüz gerçekleşmemiş (gelecekteki) bir olguya ilişkin yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği (esaslı yanılma teşkil etmeyeceği) belirtilmektedir.

¹²⁴⁴ Jäggi / Gauch / Hartmann, **ZürKomm**, Art. 18 N. 610; Gauch, **Clausula**, s. 17; Wieacker, **a.g.m.**, s. 238; Kolly, **a.g.e.**, N. 315; aynı yönde bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1.

¹²⁴⁵ BGE 107 II 144 (bger.ch); BGE 59 II 372 (servat.unibe.ch)

¹²⁴⁶ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 103; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Dural, **a.g.e.**, s. 63, 64.

¹²⁴⁷ Kolly, **a.g.e.**, N. 315.

Reichel'in şu deyişi bu argümanı güzel bir şekilde özetlemektedir: “*Eine Fehldiagnose ist Irrtum, eine Fehlprognose ist kein Irrtum*” (yanlış bir teşhis yanılma değildir, yanlış bir öngörü ise yanılma değildir)¹²⁴⁸.

- Argüman 2: Yanılma kurumunun uygulama alanının, sözleşmenin kurulmasından sonraki gelişmelere ilişkin yanlış tasavvurları da içine alacak şekilde genişletilmesi, taraflar arasındaki sözleşmesel veya kanundan kaynaklanan risk dağılımına zarar verir. Öyle ki, kanunda öngörülmüş olan uyarılma hükümleriyle çeşitli yarışma sorunları ve yorum güçlükleri ortaya çıkar. Bununla birlikte, yanılma kurumunun etki alanının bu ölçüde genişletilmesi, ayrıca “örtülü şart” kurumunun sınırlarını da belirsizleştirecek, bu iki kurumun kesişmesine yol açacaktır. Dolayısıyla, gelecekteki olgulara ilişkin yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi imkanı, yanılma hükümlerinin kapsamını amaca aykırı şekilde genişletecektir¹²⁴⁹.

- Argüman 3: Yanılma kurumunun uygulama alanının sadece sözleşmenin kurulması anında mevcut olan olgularla sınırlı tutulmaması halinde, gelecekteki olguya ilişkin saikiyle sözleşme yapmış olan tarafın yanılıp yanılmadığı, belki de yıllar boyunca belli olmayacaktır. Dolayısıyla, TBK m. 32’ü (OR m. 24/1 b. 4) sadece şimdiki ve geçmişteki olgularla sınırlamak bu belirsizliği önleyecektir¹²⁵⁰.

- Argüman 4: Gelecekteki olgularda temel yanılmasını kabul eden görüşün önerdiği, “bir tarafça önceden görülebilir, kesin gerçekleşeceği gözüyle bakılan” olgulara ilişkin yanılmanın esaslı olacağı yönündeki kriter, yanılma kurumunun yapısıyla bağdaşmamaktadır¹²⁵¹. Şöyle ki, gelecekteki bir olguda yanılma hükümlerinin uygulanması için, bir tarafın kesin gerçekleşeceğini düşündüğü gelecekteki bir olgunun varlığının şart koşulması, yanılma hükümlerinin sadece yanlış

¹²⁴⁸ Aktaran Schmidlin, *Irrtum über zukünftige Sachverhalte*, s. 1387.

¹²⁴⁹ Merz, *BerKomm*, Art. 2 ZGB, N. 194; Bischoff, *a.g.e.*, s. 143; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 805; Kolly, *a.g.e.*, N. 314; Reiser, *a.g.e.*, N. 25. *Merz*’in bu yöndeki itirazı, esas olarak Federal Mahkeme’nin “önceden görülebilir” olgularda temel yanılması olabileceğine ilişkin kararına (BGE 79 II 275) yöneliktir. Yazara göre, şarta bağlı sözleşmeleri karakterize eden “gelecekteki belirsiz olgu” (gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olgu) kavramı, aynı şekilde “önceden görülebilir olgu” şeklinde de anlaşılabileceğinden, söz konusu kriter, iki kurumun birbiriyle karışmasına yol açabilecektir (Merz, *BerKomm*, Art. 2 ZGB, N. 194).

¹²⁵⁰ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 801; Reiser, *a.g.e.*, N. 24.

¹²⁵¹ Bu argümanı ileri süren yazarlar, esas itibarıyla ilgili kriterin bulunduğu Mahkeme kararını (BGE 118 II 297, bger.ch) eleştirmektedirler (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 798). Ancak aynı görüş, ileride göreceğimiz üzere, birçok yazar tarafından da savunulduğundan, söz konusu eleştiriyi genel bir argüman olarak sunmakta sakınca görmüyoruz.

tasavvur hallerinde değil, aynı zamanda ortada herhangi bir tasavvurun bulunmadığı (bilgisizlik) hallerde de uygulanabileceğini gözden kaçırmaktadır¹²⁵². Bu noktada, ilgili argümanın tamamlanması için şu yönde bir soru eklenebilir: Öyleyse, bir tarafın gelecekle ilgili herhangi bir tasavvuru olmadığı durumlarda da, yanılma hükümlerine uygulanma imkanı tanınması gerekmez mi? Bu durumda, gelecekteki olguya ilişkin esaslı yanılma ile esaslı olmayan yanılma arasındaki sınır nasıl belirlenecektir?

Öte yandan, yine bu görüşün (yanılmayı kabul eden görüşün) eksik bıraktığı bir diğer husus da, objektif esaslılık şartının uygulanmasının çoğu zaman imkan dışı kalacak olmasıdır. Zira bu görüş kabul edilirse, yanılanın kesin gerçekleşeceğini varsaydığı gelecekteki olgunun, aynı zamanda alışveriş hayatındaki objektif bakış açısına göre de kesin gerçekleşeceği kabul edilmelidir. Ancak gerçek hayatta, gelecekte yer alan ve objektif açıdan kesin gözüyle bakılabilecek bir olgu bulmak, az sayıda istisnai durum (örneğin ölüm) dışında çok zor olacağından, bu kriter arandığı sürece, temel yanılmasının uygulama alanında pratikte pek bir değişiklik söz konusu olmayacaktır¹²⁵³.

- Argüman 5: Kanunda (TBK m. 30, OR m. 23) esaslı yanılma için öngörölmüş olan ve yanılanın kendi kararına göre tek taraflı bir açıklamayla (ve geriye etkili olarak) sözleşmeyi iptal edebilme hakkı, gelecekte gerçekleşen olgulara; diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerine uygun bir hukuki sonuç değildir. Zira yanılma kurumu, prensipte “ya hep ya hiç” ilkesine bağlı olarak, ya sözleşmeye aynı şekilde devam edilmesi ya da sözleşmenin sona erdirilmesi imkanını tanımaktadır. Ancak bu hukuki rejim, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen beklenmedik durum değişikliklerine uygun çözümler üretebilecek esneklikte değildir. Dolayısıyla, gelecekteki olguların tamamen işlem temelinin çökmesi (İsviçre hukukunda bu kurumun *clausula rebus sic stantibus* adı altında incelendiğini bir kez daha hatırlatalım) kurumu altında ele alınması daha yerinde bir tercih olacaktır. Zira burada sözleşme ilişkisinin değişen koşullara uyarlanarak devam etmesi gibi, esnek ve somut olay adaletini daha iyi tesis edebilecek bir hukuki imkan bulunmaktadır. Kuşkusuz, yanılma kurumunda da, söz konusu rejim sertliğini yumuşatmaya yarayabilecek TBK m. 34/2 ya da TBK m. 27/2’nin (kısmi

¹²⁵² Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 798.

¹²⁵³ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 798.

hükümsüzlüğün) kıyasen uygulanması gibi araçlar bulunmakla birlikte, yine de işlem temelinin çökmesindeki kadar elverişli ve tatmin edici sonuçlara ulaşılamamaktadır. Diğer taraftan, sözleşmenin iptal açıklamasıyla geriye etkili olarak (*ex tunc*) sona erdirilmesi, ayrıca ifa edilmeye başlanmış sürekli borç ilişkileri açısından da uygun bir hukuki sonuç değildir. Şu halde, yanılmanın sadece sözleşmenin kurulması anında mevcut olan olgulara uygulanması; gelecekteki olguların ise, (kanuni veya sözleşmesel bir risk dağılımı söz konusu değilse) işlem temelinin çökmesi kapsamında yer alması gerekmektedir¹²⁵⁴.

b. Gelecekteki Olguların Temel Yanılmasının Konusu Olabileceği Görüşü

Bu görüş altında çeşitli yaklaşımlar söz konusu olmakla birlikte, hepsinde bulunan ve böylelikle görüşün esas temelinin oluşturan düşünce şudur: Gelecekteki olgulara ilişkin yanlış tasavvurlar, belirli sınırlamalar çerçevesinde temel yanılması teşkil edebilirler¹²⁵⁵. Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve bir tarafın sözleşme menfaatini olumsuz etkileyen her olgunun bu sonucu doğurmayacağına altı bir kez daha çizilmelidir. Nitekim bu görüş altında öne sürülen sınırlamalar ve kriterler de, esas olarak bu tehlikeli genişlemenin önüne geçmek ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Buradaki hassas nokta, gelecekteki durum değişiklikleri konusunda yanılma kurumunun sınırlarının doğru çizilmesidir ki, böylece yanılma ile şart ve yanılma ile işlem temelinin çökmesi kurumları arasındaki ayırt edici çizgilerinin kaybolma tehlikesiyle karşılaşılacaktır. Doktrinde bu konuda üç farklı yaklaşım olduğu görülmektedir.

Birinci yaklaşıma göre¹²⁵⁶, gelecekteki olgu, eğer sözleşmenin kurulması anında “önceden görülebilir” nitelikteyse, yanılma hükümleri uygulanabilecektir. Ancak her hâlükârda, yanılmanın önceden görülebilir olguya ilişkin “somut bir tasavvurunun”

¹²⁵⁴ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 801-805; Gauch, **Clausula**, s. 17, 18; Reiser, **a.g.e.**, N. 24; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1; Dural, **a.g.e.**, s. 64; Baysal, **Uyarlanma**, s. 189 vd. Bu noktada araya girerek belirtelim ki, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, iptal hakkının kural olarak ileriye etkili (*ex nunc*) şekilde sonuçlarını doğuracağı, bugün için hem İsviçre Federal Mahkemesi hem de doktrindeki hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir (bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, III, C).

¹²⁵⁵ Bu olgunun negatif ya da pozitif olması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bir olgunun gerçekleşeceğinin tasavvur edilmesi (söz gelimi inşaat izninin verileceği) ile bir olgunun gerçekleşmeyeceğinin tasavvur edilmesi (söz gelimi inşaat yasağının gelmeyeceği) arasında bu açıdan bir fark yoktur (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 261).

¹²⁵⁶ Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 305, 309; Kramer, **Irrtum**, N. 140; Bucher, **AT**, s. 204; Zehnder, **a.g.e.**, s. 69, 70; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Kramer, **Clausula**, s. 280; Eren, **BG**, s. 408.

bulunması gerekir. Bu nedenle, irade oluşumunda belirleyici olmayan, salt beklentiler, ümitler ve tahminler bu bağlamda sınır dışında kalmaktadırlar. Zira bu hallerde, ilgili taraf gelecekteki gelişmelerin riskine kendisi katlanmak durumundadır¹²⁵⁷. Federal Mahkeme'nin de bazı kararlarında bu kriterden hareket ettiği görülmektedir¹²⁵⁸.

Mahkeme'nin 1981 yılında vermiş olduğu karara konu olay şu şekildedir¹²⁵⁹: A, 1971 yılında yaptıkları bir sözleşme ile B'ye, arazisindeki iki parsel üzerinde elli yıllığına üst hakkı tanımış ve bunun karşılığında B de, yıllık belirli bir miktar kira bedeli ödemeyi kabul etmiştir. B, bu parsellerden birisi için 1973 yılında yapı izni (inşaat izni) almıştır. Ancak, aynı zamanda diğer parsel üzerinde yapmayı düşündüğü teşhir alanı, büro ve depo alanı vb. projeleri içeren planı belediyeye sunduğunda, yeterli bir giriş alanı bulunmadığı ve ayrıca bölgedeki yoğun trafik dikkate alındığında, bu planın yol açısından da uygun olmadığı gerekçesiyle ret cevabı almıştır. Bunun üzerine B, meseleyi ilgili kantondaki idari merciye taşımış, ancak B'nin itirazı hemen hemen aynı gerekçelerle reddedilmiştir. 1979 yılında da, imar planında değişiklik yapılarak söz konusu parsel ticari bölge olarak tahsis edilmiş ve bir süreliğine inşaat yasağı konulmuştur. Bu gelişmeyle birlikte B, sözleşme kurulurken iki tarafın da bu arazide inşaat yapılabileceği düşüncesiyle anlaştıklarını ileri sürerek, ilgili parsel ile ilişkin biriken kira bedellerini ödemeyeceğini bildirmiştir. A'nın kendisine yönelttiği davaya karşı dava açan B, sözleşmeyi ilgili parselde inşaat yapılabileceğini düşünerek yaptığını, ayrıca bu olgu sözleşmenin temeli olduğu için de, OR m. 24/1 b. 4 (TBK m. 32) çerçevesinde yanılmaya düştüğünü ve buna dayanarak sözleşmeyi iptal ettiğini açıklamıştır. Ayrıca daha önce ödediği kira bedellerine ilişkin de iade talebinde bulunmuştur. Mahkeme, B'nin bu talebini, olayda esaslı bir yanılma olmadığını belirterek reddetmiştir. Gerekçede ise şu noktalara işaret edilmiştir: Yanılma hükümlerinin gelecekteki “önceden görülebilir” olgulara uygulanması mümkündür. Ancak, müteahhitlik mesleğini yürüten B'nin olaydaki gibi bir riski hesaba katması gerekir. Kaldı ki, B'nin bu tür gelişmelere karşı sözleşmeye koyacağı bir hükümle

¹²⁵⁷ Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 306. *Bucher*'a göre, gelecekteki olgularda yanılma, kural olarak sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur (*Bucher*, **AT**, s. 204).

¹²⁵⁸ BGE 95 II 407; BGE 79 II 272; BGE 41 II 356 (servat.unibe.ch). Ancak olası bir yanlış anlaşılmanın önüne geçmek amacıyla hemen belirtelim ki, (yanılmayı kabul eden görüş çerçevesinde) gelecekteki olgu, sadece bu kriterin varlığına bağlı olarak sözleşmeyi iptal etme imkanı vermez. Her hâlükârda, olayda diğer esaslilik şartlarının bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır.

¹²⁵⁹ BGE 107 II 343 (servat.unibe.ch). Bu karara ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Gauch, **Clausula**, s. 16 vd.

kendini koruyabilmesi imkanı da mevcuttur. Özellikle uzun süreli sözleşmelerde tarafların, sözleşmenin kuruluşu anındaki durumların ileride değişeceğini göz önünde bulundurmaları gerekir. Bu yönde gerçekleşebilecek risklere karşı önlemini almamış olan tarafın, daha sonra beklentileri ve spekülasyonları gerçekleşmeyince sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi veya sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını sağlaması mümkün değildir. Ayrıca, sözleşmenin kurulması ile söz konusu parselin inşaat yasağının konulması arasındaki uzun süreçte, B'nin inşaatla başlamayıp beklemiş olması da bu kanıyı güçlendirmektedir. Sonuç olarak, B'nin yanlış beklentiler içinde olması ve durumun spekülasyona elverişli niteliği dikkate alındığında, OR m. 24/1 b. 4 (TBK m. 32) anlamında bir yanılmanın söz konusu olmadığına hükmedilmiştir¹²⁶⁰.

İkinci yaklaşıma göre¹²⁶¹, gelecekteki olguya ilişkin yanılmanın sözleşmeyi iptal etme hakkı verebilmesi için, “sözleşmenin iki tarafının da aynı olgunun gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakması” gerekir. Burada kast edilen, gelecekteki olguya ilişkin somut tasavvurun iki tarafın da iradesini harekete geçiren mutlak belirleyici etken olması; diğer bir ifadeyle, aynı yanılma konusu olgunun iki taraf için de sözleşmenin zorunlu temelini teşkil etmesidir. Görüleceği üzere, bu ihtimalde aslında “ortak temelde yanılma” şartı aranmaktadır.

Federal Mahkeme, 1983 tarihli kararında¹²⁶², daha önceki kararlarında işaret ettiği “önceden görülebilir olgu” kriterini bu şekilde açıklamış ve temel yanılmasına başvurulabilmesi için iki tarafın da kesin gözüyle baktığı bir olgunun var olması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu ölçüde ağır bir kriterin aranması, aynı zamanda iki tarafın da yanılmasını şart koştuğundan, doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve yanılmanın tek taraflı bir irade bozukluğu olduğu hatırlatılmıştır¹²⁶³. Kanaatimizce, bu

¹²⁶⁰ Başka bir örnek: İçkili bir restoran açmak için taşınmaz satın almak isteyen alıcı, işletme izninin (ruhsatının) verileceği düşüncesiyle sözleşme yapmıştır. Ancak daha sonra, idare tarafından bu izin verilmemiştir. Alıcının sözleşme yapmasındaki mutlak belirleyici saiki, işletme izninin verileceği konusunda önceden görülebilir nitelikteki bir olguya ilişkindir. Daha sonra bu olgu gerçekleşmeyince, saik boşa çıkmakta; diğer bir ifadeyle alıcı temel yanılmasına düşmektedir. Şu halde, alıcı, OR m. 24/1 b. 4 (TBK m. 32) uyarınca sözleşmeyi iptal edebilecektir. Bkz. BGE 55 II 184 (servat.unibe.ch).

¹²⁶¹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 313 dn. 44.

¹²⁶² BGE 109 II 105 (bger.ch). Bu kararın önemi, Mahkeme'nin, gelecekteki olgularda yanılmayı reddeden öğretinin çeşitli argümanlarına karşı çıkarak, ilk kez bu kadar net tavır almış olmasıdır. Yoksa Mahkeme'nin bu kritere dayandığı daha eski tarihli kararları da mevcuttur. Örneğin BGE 95 II 407 (servat.unibe.ch).

¹²⁶³ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 797; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 12; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1390.

yaklaşımın altında yatan mantık, işlem temelinin çökmesi teorisi ile yanılma arasında menfaatler dengesi açısından bir simetri kurmak ihtiyacıdır. Çünkü bir kimse kendi risk alanına dahil olan gelecekteki bir olguda kusurlu olarak yanılma dahi, bu durum, onun yanılma hükümlerine başvurmasını engellemezken; aynı koşullarda işlem temelinin çökmesi kurumuna dayanmasına engel olacaktır. Zira daha önce de işaret edildiği üzere, işlem temelinin çökmesine yol açan beklenmedik durum değişikliğinin, ilgili tarafça önceden görülmemiş ve önceden görülmesi gerekmemiş olması şarttır. Dolayısıyla, en azından ortak yanılma şartı aranarak bu riskin iki tarafa da eşit şekilde paylaştırılmaya çalışıldığı söylenebilir. Benzer bir yapı Alman hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Hatırlanacak olursa¹²⁶⁴, bu sistemde, işlem temelinin başlangıçta eksik olduğu (saikte yanılma) ve sonradan çöktüğü (beklenmedik durum değişiklikleri) haller birbiriyle eşit tutulmakta ve aynı hukuki rejime tabi kılınmaktadır. Ancak burada saikte yanılmanın uyarılma ya da sözleşmenin sona erdirilmesi sonucunu doğurabilmesi için, ayrıca “ortak temelde yanılma” şartı da aranmaktadır. Ne var ki, daha önce de işaret ettiğimiz üzere, ortak temelde yanılma şartı, İsviçre-Türk hukukundaki yanılma kurumunun yapısıyla bağdaşmamaktadır.

Bu kriterin uygulandığı bir kararda¹²⁶⁵, alıcı, üzerinde inşaat yapmak için işlenmemiş bir arazi satın almıştır. Sözleşmenin kurulmasından bir süre sonra alıcı, binanın inşaatına ilişkin planı da içeren gerekli belgelerle birlikte inşaat izni alabilmek için yetkili belediyeye başvurmuştur. Ne var ki, gerek planlanan inşaat sahasının çok büyük olması, gerekse araziye giriş yolunun yeterli olmaması gibi sebeplerle, belediye söz konusu başvuruyu reddetmiştir. Mahkeme öncelikle, gelecekteki olgulara ilişkin yanılmaların da eğer esaslilik şartları mevcutsa sözleşmenin iptali sonucunu doğurabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, kararın temel hukuki dayanağı (*ratio decidendi*) ise şudur: Buradaki yanılmanın OR m. 24/1 b. 4’in (TBK m. 32) uygulama alanına girmesi ve sözleşmeyi iptal edilebilir kılması için, ayrıca iki tarafın da söz konusu araziye inşaat izni verileceğine kesin gözüyle bakarak sözleşmeyi kurmuş olmaları gerekir.

Gelecekteki olgularda temel yanılmasının mümkün olabileceğini kabul eden görüş içerisindeki üçüncü yaklaşım, bugün için (bu görüş çerçevesinde) hâkim olan

¹²⁶⁴ Bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3).

¹²⁶⁵ BGE 95 II 407 (servat.unibe.ch).

yaklaşımdır. Buna göre aranacak kriter şudur: Yanılanın, gelecekte gerçekleşeceğine ya da gerçekleşmeyeceğine sözleşmenin kurulması sırasında “kesin gözüyle” baktığı belirli bir olguda yanılmış olması gerekir. Ayrıca, yanılanın bu olgunun kesin gerçekleşeceğini ya da gerçekleşmeyeceğini düşünerek sözleşme ilişkisine girdiği, dürüstlük kuralına göre karşı tarafça da bilinebilmelidir. Buna ek olarak, sözleşmenin söz konusu olguya kesin gözüyle bakıldığı için yapılmış olması, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere göre kabul edilebilir olmalıdır¹²⁶⁶.

Federal Mahkeme’nin son dönem kararlarında artık bu yaklaşımı benimsediği görülmektedir¹²⁶⁷. Burada atıf yaptığımız kararların hemen hepsinde Mahkeme, bir tarafın, sözleşmenin kuruluşu sırasında karşı tarafça bilinebilir şekilde “kesin olarak gerçekleşeceğini” düşündüğü gelecekteki bir olguda yanılmasının sözleşmeyi iptal hakkı vereceğine işaret etmektedir. Buna bağlı olarak, geleceğe ilişkin salt beklentiler, umutlar ve spekülasyonların temel yanılmasına yol açma imkanı yoktur. Zira bu hallerde “belirli bir olgunun” varlığından dahi söz açılmaz¹²⁶⁸.

Mahkeme’nin kararına konu olan bir olayda, yakında evlenmeyi planlayan nişanlılardan birisi, diğeri lehine, sahibi olduğu taşınmazda ömür boyu devam edecek bir intifa hakkı tanımıştır. Ne var ki, evlilik sözleşmelerinde hangi mal rejiminin geçerli olacağı konusunda anlaşmazlığa düşen çift, bu nedenle evlilikten vazgeçmiştir. Mahkeme’ye göre, nişanlısına intifa hakkı tesis eden kimse, buna ilişkin sözleşme yapılırken, evliliğin kesinlikle gerçekleşeceği tasavvuruyla hareket etmiştir. Dolayısıyla bu tasavvuru gerçekleşmediği için, ilgili nişanlının temel yanılmasına dayanması mümkündür¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 244-253; Schwenger, **AT**, N. 37.33; Klausberger, **a.g.e.**, s. 60, 61; benzer yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 403, 404.

¹²⁶⁷ BGE 118 II 297 (bger.ch); BGE 117 II 218 (servat.unibe.ch); BGer 4A_494/2011; BGer 4A_641/2010; BGer 4A_297/2007 (bu kararlar, Federal Mahkeme kararları resmi külliyatında Almanca dilinde yayımlanmadığı için, şu yazardan naklen yollama yapıyoruz; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 244; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 797);

¹²⁶⁸ BGE 118 II 297; BGE 109 II 105; BGE 107 II 343 (bger.ch). Bu noktada, Federal Mahkeme kararlarına genel bir bakış atıldığında, her ne kadar artık Mahkeme’nin bu konudaki tavrının net olduğunu söylemek imkanı bulunsa da, tümel bir değerlendirme yapıldığında Mahkeme’nin her zaman tutarlı bir yaklaşım sergilediğini söylemek zordur. Nitekim daha önce de atıf yapıldığı gibi, bazı kararlarında ret görüşünü savunmuş olan Mahkeme (bu kararlar için bkz. yuk. 2. Bölüm, III, B, 4, a.), bazı kararlarında bu konudaki çözümü açık bırakmayı tercih etmiştir (bkz. BGE 98 II 15, bger.ch).

¹²⁶⁹ BGer Rep. 99, 1966 (aktaran Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 263).

Bu aşamada, gelecekteki olgularda yanılmaya başvurulabileceği görüşünün dayandığı argümanlara temas etmek, meselenin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

- Argüman 1: Kanun koyucu OR m. 24/1 b. 4’de temel yanılmasına ilişkin şartları belirtirken, sadece gerçeğe uygun olmayan tasavvurun “belirli bir olguya” (...*einen bestimmten Sachverhalt*) ilişkin olması gerektiğini ifade etmiş ve fakat bu olgunun zamanına dair bir şey söylememiştir. Kaldı ki, kanunda gelecekteki olguların temel yanılması kapsamına girmeyeceği de belirtilmemiştir. Hatta ölüme bağlı tasarrufların yanılma nedeniyle iptal edilmesine ilişkin ZGB m. 469’da (TMK m. 504) miras bırakana böyle bir imkan tanınmaktadır. Kuşkusuz, Miras Hukuku ve Borçlar Hukuku işlemleri arasında nitelik açısından bazı farklılıklar bulunmaktadır, ancak bunlar, gelecekteki olgularda yanılma hükümlerine başvurulabilmesini engelleyecek özellikte değildirler¹²⁷⁰.

- Argüman 2: Gelecekteki olgularda yanılmaya dayanılamayacağı görüşünü savunanların, yanılmanın sadece mevcut olgularda olabileceği; zira geleceğin bilinemeyeceği, bilakis sadece tahmin edileceği yönündeki argümanı¹²⁷¹, gerçek hayatla bağdaşmayan salt kavramsal bir iddiadır¹²⁷².

Tam bu noktada, gelecekteki olgulara ilişkin yanılmanın sözleşmeyi iptal hakkı verebileceği görüşünün en hararetli savunucularından birisi olan *Schmidlin*’in sistemine bakmak aydınlatıcı olacaktır. Ancak belirtelim ki, konunun yer yer ayrıntılara girmeyi gerektiren yoğun teorik ve görece karmaşık yapısı nedeniyle, bu noktadan itibaren bir süre yavaş adımlarla ilerleyeceğiz.

Schmidlin’e göre, yanılmayı reddeden görüşün gözden kaçırdığı husus şudur: Yanılma (saikte yanılma) konusunda asıl odak nokta, sözleşme iradesinin belirli bir olguya ilişkin “yanlış bir tasavvurun” etkisiyle oluşmasıdır. Yoksa bu tasavvur konusu olgunun hangi zamana ait olduğu önemli değildir. Diğer bir ifadeyle, önemli olan, mevcut ya da gelecekteki bir olgunun, sözleşmenin kurulması sırasında (burada ve şimdi) iradeyi belirlemiş olup olmadığıdır. Bu itibarla, dışsal gerçeklik ile dışsal gerçekliğe ilişkin tasavvur arasındaki fark şu açıdan önemlidir ki, sözleşme iradesi,

¹²⁷⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 243; Kramer, **Irrtum**, N. 140; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1387.

¹²⁷¹ Bkz yuk. ret görüşü, argüman 1.

¹²⁷² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 239; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 19; Schwenger, **AT**, N. 37.33; Kramer, **Irrtum**, N. 7; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1387.

olguların zamansal niteliğine göre değil, bizzat tasavvurun kendisi ile harekete geçer. İrade oluşumunu tetikleyen tasavvur alanı, doğrusal bir zaman akışında hem ileriye hem de geriye kapsar. Sözleşmenin kurulması aşamasını kristalleştiren “şimdi” ise, geçmiş ile geleceğin kesişim noktası olmaktan öteye gitmez¹²⁷³. Öyle ki, “*şimdi kavramından sadece zamanın akışındaki bir noktayı anlayan kimse, zaman kavramı ile saniye ibresini birbirine karıştırmakta ve içinde yaşadığımız zamanın sürekli akmakta olduğunu fark edememektedir*”¹²⁷⁴.

Ne yazık ki, bu hataya zaman zaman Federal Mahkeme de düşmekte ve hatta bazı kararlarında, bu meseleye temas etmekten kaçınarak, *ex post* bir değerlendirme ile gelecekteki olguyu şimdiki bir olgu gibi gösterme yolunu tercih etmektedir¹²⁷⁵. Bunun en güzel örneği şu kararda mevcuttur: Alıcı, üzerinde inşaat yapmak amacıyla bir arazi satın almış ve fakat daha sonra, arazinin bir bölümünün çığ düşme tehlikesi altında olduğu anlaşıncı, belirli parseller üzerinde inşaat yasağı konulmuştur¹²⁷⁶. Ancak Mahkeme, gelecekte ortaya çıkan inşaat yasağına ilişkin bir yanılmanın olup olmayacağı değerlendirmesine girmemiş, bunun yerine, inşaatın, sözleşme kurulduğu sırada çığ düşme tehlikesi altında olduğu gerekçesine dayanmıştır¹²⁷⁷.

Şu halde, irade oluşumu, yanılma konusu olgunun sözleşmenin kurulması sırasında gerçekleşmiş olup olmadığına bağlı değildir; belirli olgu, ister şimdiki zamana isterse geleceğe ait olsun, anahtar kriter, bu olgunun “şu an” (şimdi) tasavvur edilerek iradeyi harekete geçirip geçirmediğidir¹²⁷⁸. Dolayısıyla, gelecekteki olguların da tıpkı şimdiki veya geçmişteki olgular gibi, irade üzerinde belirleyici etkide bulunması mümkündür. Ancak kanunun aradığı “belirli olguya” ilişkin yanılmanın varlığı için, yanılan kimsenin gelecekteki olguya ilişkin tasavvurunun, “bilinçli ve somut bir tasavvur” olması gerekir. Öyle ki, bu kimse, iradesini oluştururken söz konusu olguya kesin gerçekleşecek ya da kesin gerçekleşmeyecek gözüyle

¹²⁷³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 240, 258; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1391.

¹²⁷⁴ Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1387.

¹²⁷⁵ Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1386, 1387; Wieacker, **a.g.m.**, s. 238.

¹²⁷⁶ BGE 98 II 15 (bger.ch).

¹²⁷⁷ Bu kararın eleştirisi için ayrıca bkz. Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1389.

¹²⁷⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 240, 246; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1387.

bakmalıdır¹²⁷⁹. Bunun doğal sonucu olarak, sözleşmenin kurulması aşamasında önceden görülmemiş (tasavvur edilmemiş) bir olguya ilişkin yanılmadan bahsetme imkanı da bulunmamaktadır. Keza, borsa işlemlerinden gelir elde etme veya hisse senedinin değerin artması gibi doğası gereği risk barındıran durumlarda da, “belirlilik” söz konusu olmadığından yanılmanın varlığından söz açılmaz¹²⁸⁰.

Temel yanılmasının varlığı için, belirli bir olgunun önceden görülüp kesin gözüyle bakılması (*voraussehbarer sichere Sachverhalt*) kriterinden anlaşılması gereken ise şudur: Yanılan kimse, örneğin satın aldığı taşınmaza inşaat izni verileceğinden o kadar emindir ki, bu olgunun gerçekleşeceğine o kadar kesin gözüyle bakmıştır ki, belediyenin bu yönde izin vermesi, onun için artık adeta bir prosedür, sadece beklenmesi gereken bir zaman diliminden ibarettir. Başka bir anlatımla, yanılan için, sözleşmenin kurulması ile tasavvur konusu olgunun gerçekleşmesi arasındaki süre, risksiz bir bekleme süresini ifade etmektedir. Dolayısıyla, bu sürece ilişkin herhangi bir şüphe, yanılma ihtimalini devre dışarı bırakacaktır¹²⁸¹. Şu halde denilebilir ki, bir olgunun kesin gerçekleşeceği (ya da gerçekleşmeyeceği) kabulüyle sözleşme yapan kimse, gelecekte şartların değişebileceği riskini aklına dahi getirmemektedir. Görüleceği üzere, gelecekteki olgunun kesinliği, aynı zamanda yanılanın gözünde herhangi bir riskin söz konusu olmadığına işaret etmekte ve herhangi bir şüphe bu durumu bozmaktadır¹²⁸². Nitekim şart kurumu ile yanılma kurumu arasındaki fark da tam bu noktada ortaya çıkmaktadır: Şart, riskli bir bekleyişi; yanılma ise, risksiz bir bekleyişi ifade etmektedir¹²⁸³. Federal Mahkeme aynı noktayı şu şekilde vurgular: Yanılan kimse, bir olgunun gerçekleşeceğine o derece kesin gözüyle bakmaktadır ki,

¹²⁷⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 246, 314; Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 309; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1338; Bruno Schmidlin / Rudolf Meyer-Pritzel, “Interessenabwägung bei der Irrtumsanfechtung und Irrtum über künftige Sachverhalte”, **recht 1997**, s. 256-260, s. 259. Bununla birlikte, Schmidlin’e göre, sözleşmenin kurulması aşamasında, gelecekteki olguya ilişkin somut bir tasavvurun bulunup bulunmadığının tespiti, sözleşmenin yorumlanması suretiyle yapılacaktır (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 265).

¹²⁸⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 245, 261; Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 306; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1338.

¹²⁸¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 248-252; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1389.

¹²⁸² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 248-252; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1389.

¹²⁸³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 255; Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 306.

sözleşmenin hüküm doğurmasını (ya da doğurmamasını), bu olgunun gerçekleşmesi şartına bağlamaya dahi gerek duymamaktadır¹²⁸⁴.

Bu açıklamalara bağlı olarak, sözleşmenin kuruluşu ile tasavvur konusu olgunun gerçekleşeceği an arasındaki zaman dilimi belirsiz bir şekilde uzunsa, yanılmanın ortaya çıkma ihtimali de bulunmamaktadır. Nitekim uzun süreli sözleşmelerde, tarafların, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki durumların daha sonra değişebileceği riskini hesaba katmaları gerekir¹²⁸⁵.

Diğer taraftan, *Schmidlin*'e göre, yanılmanın gelecekteki olguya kesin gözüyle bakarak sözleşme yapmış olması, temel yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi için gerek şart olmakla birlikte yeter şart değildir. Bunun için ayrıca, tıpkı tüm saikte yanılmalarda olduğu gibi, diğer esaslılık şartlarının da gerçekleşmiş olması gerekir¹²⁸⁶. O halde TBK m. 32'ü (OR m. 24/1 b. 4) bu ihtimaller için tekrar yapılandırıdığımızda, gelecekteki olguya ilişkin yanlış tasavvurun temel yanılması olabilmesi için öncelikle; yukarıda ifade edildiği üzere, yanılan, belirli olgunun kesin gerçekleşeceğine ilişkin somut bir tasavvurundan hareketle sözleşmeyi yapmış olmalıdır. Böylece ilk iki esaslılık şartı karşılanmış olur (belirli olguda yanılma ve sübjektif esaslılık)¹²⁸⁷. Bunun dışında, yanılmanın gelecekteki olguya kesin gözüyle bakarak sözleşmeyi yapmış olması, alışveriş hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralına göre kabul edilebilir olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, somut sözleşme ilişkisinin özellikleri çerçevesinde, söz konusu olgunun kesin gerçekleşeceği düşüncesinin sözleşmenin yapılması açısından mutlak belirleyici saik olduğu, objektif bakış açısı tarafından da onaylanmalıdır. Bu bağlamda her zaman, (burasını biz ekliyoruz) acaba sözleşmenin zorunlu temeli olan olgunun, alışveriş hayatındaki makul ve dürüst kimseler tarafından da gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılabilecek bir olgu olup olmadığı sorusu sorulmalıdır. Şu halde dikkat edilmesi gereken, sözleşmenin kurulmasından gelecekteki olgunun gerçekleşmesine kadarki sürecin sadece sübjektif açıdan değil, ayrıca objektif açıdan

¹²⁸⁴ BGE 109 II 105 (bger.ch).

¹²⁸⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 250; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1389; aynı yönde bkz. BGE 107 II 343; krş. BGE 127 III 300 (bger.ch).

¹²⁸⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 244 vd.; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1388.

¹²⁸⁷ Esaslı saikte yanılmanın şartları konusunda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 2.

da risksiz bir bekleme süresi olarak telakki edilmesi gerektiğidir¹²⁸⁸. Son olarak, yanılanın gelecekteki olgunun kesin gerçekleşeceğine ilişkin somut tasavvuru ve onun bu gelişmeden herhangi bir şüphesinin olmadığı, karşı tarafça bilinmeli ya da dürüstlük kuralına göre bilinebilir olmalıdır¹²⁸⁹. Hemen belirtelim ki, olayların birçoğunda, karşı tarafın da aynı olguya kesin gözüyle bakması ve böylece “ortak temelde yanılmanın” ortaya çıkması ihtimal dahilinde olsa da, bu, OR m. 24/1 b. 4’ün (TBK m. 32) uygulanması için şart değildir¹²⁹⁰.

Bu konuyu, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik durum değişikliklerine ilişkin doktrinde klasik örnek olarak aktarılan “taç giyme töreni” kararı etrafında somutlaştırmak faydalı olacaktır. İngiliz mahkeme kararına konu olan bu olayda¹²⁹¹, İngiliz kraliçesi *Victoria*’nın ölümüyle birlikte *VII Edward*’ın tahta çıkacağı ve bu amaçla 26 ve 27 Haziran 1902 tarihlerinde taç giyme töreni düzenleneceği duyurulmuştur. Bunun üzerine, tören geçidinin yapılması planlanan cadde üzerindeki evler, bu töreni izlemek isteyen insanlar tarafından yüksek bedellerle kiralanmaya başlanmıştır. Bu kiracılardan birisi olan *Henry*, tören alanına bakan *Krell*’in evini, bu amaçla 20 Haziran 1902’de iki günlüğüne kiralamış ve bir miktar depozito ödeyerek sözleşmeyi imzalamıştır. Ancak törene birkaç gün kala, kralın ciddi bir hastalığı nedeniyle törenin iptal edildiği duyurulmuştur. Bu olayın ardından *Henry*, geri kalan kira bedelini ödemeyi reddetmiş ve daha önce ödediği depozitonun iadesini talep etmiş, *Krell* de bunun üzerine bedele ilişkin ifa davası açmıştır. Görülmektedir ki, *Henry*, sözleşmenin kurulması sırasında, taç giyme töreninin kesin gerçekleşeceğine ilişkin somut bir tasavvurla iradesini oluşturmuştur. Başka bir ifadeyle, taç giyme töreni, kesin gerçekleşeceği önceden görülebilir bir olgu olarak yanılanın sözleşme yapma iradesine temel olmuştur. Ayrıca, gerek olayın somut şartlarından gerekse normalin üzerinde ödenen kira bedelinden anlaşılabileceği üzere, *Henry*’nin kira sözleşmesini sırf bu töreni izleyebilmek için yaptığı ve bu olguya kesin gözüyle baktığı *Krell* tarafından bilinebilir niteliktedir. Bununla birlikte, alışveriş

¹²⁸⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 248; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1388, 1389; Schmidlin / Meyer-Pitzl, **a.g.m.**, s. 259, 260.

¹²⁸⁹ Aynı yönde bkz. BGer 4A_297/200 (servat.unibe.ch); BGE 118 II 297; BGE 109 II 105 (bger.ch).

¹²⁹⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 253; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1390.

¹²⁹¹ *Krell v. Henry*, 1903 ([https://www.trans-lex.org/311100/_/krell-v-henry-\[1903\]-2-kb-740/](https://www.trans-lex.org/311100/_/krell-v-henry-[1903]-2-kb-740/)). Kararın sözleşmenin uyarlanması çerçevesindeki değerlendirmesi için bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 42, 43; Baysal, **Uyarlanma**, s. 78, 79.

hayatındaki hâkim görüşler ve dürüstlük kuralı da, kira sözleşmesinin taç giyme töreninin kesin gerçekleşeceği inancıyla yapıldığını haklı göstermektedir. Kralın hastalanması nedeniyle törenin iptal edilmesi ise, geleceğe ilişkin bu saiki boşa çıkarmış ve *Henry*'nin temel yanılmasına düşmesine yol açmıştır. Buna dayanarak *Henry*, TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) uyarınca sözleşmeyi iptal edebilecektir¹²⁹².

- Argüman 3: Yanılma hükümlerinin gelecekteki olgulara uygulanması halinde, “şart” kurumu ile yanılma kurumu arasındaki ayırt edici çizgilerin kaybolacağı ve bazı hallerde iki kurumun birbirine karışabileceği yönündeki görüş yerinde değildir¹²⁹³. Zira iki kurumun uygulanma şartlarına bakıldığında, birbirlerini tamamen dışladıkları görülmektedir. Şöyle ki, yanılma alanında kişi, gelecekteki olgunun gerçekleşeceğine ya da gerçekleşmeyeceğine kesin gözüyle bakmakta ve buna yönelik herhangi bir şüphesi bulunmamaktadır. Nitekim bu kişi, tasavvur ettiği olgunun gerçekleşmesine kadarki süreci riskiz bir bekleme süresi olarak addettiği içindir ki, bu konuda sözleşmeyi şarta bağlamayı dahi düşünmemektedir. Hâlbuki şart kurumunda, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli ve belirsiz olan bir olgu söz konusudur. Bu nedenle de taraflar, bu şüpheli ve riskli süreyi dikkate alarak, sözleşmenin geçerliliğini gelecekte bu olgunun ortaya çıkıp çıkmaması şartına bağlamaktadırlar. Yukarıda denildiği gibi, yanılma, risksiz bir bekleyişi bünyesinde barındırmaktayken; şartta, sözleşmenin kurulması ile olgunun gerçekleşip gerçekleşmemesi arasındaki süreç, riskli bir bekleyişi ifade etmektedir¹²⁹⁴.

- Argüman 4: Kanunda yanılma hükümleri için öngörülmüş olan iptal edilebilirlik yaptırımının, gelecekteki durum değişiklikleri ve ifasına başlanmış sürekli borç ilişkileri için elverişli bir hukuki sonuç olmadığı yönündeki görüş isabetli değildir. Zira yanılma kurumundaki “ya hep ya hiç” ilkesini somut olayın koşullarına göre sınırlayabilecek çeşitli mekanizmalar kanunda mevcuttur. OR m. 25'nin (TBK m. 34) doğrudan ve OR m. 20/2'nin (TBK m. 27/2) kıyasen uygulanması suretiyle, öne sürülen tehlikelerin engellenmesi pekâlâ mümkündür. Bu hükümlerden hareketle, durum değişikliklerinde sözleşmenin kısmi iptali ya da sürekli borç ilişkilerinde

¹²⁹² Kararın aslında ise bu mesele, işlem temelinin çökmesi hallerinden “amacın boşa çıkması” (İngiliz hukukundaki karşılığıyla *frustration of purpose*) bağlamında ele alınmıştır.

¹²⁹³ Bu görüş için bkz. yuk. ret görüşü, argüman 2.

¹²⁹⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 255 vd.; Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 306; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1390. Aynı yönde bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 857.

sözleşmenin ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sona erdirilmesi çözümleri gündeme gelecektir¹²⁹⁵.

Öte yandan, ret görüşünün ileri sürdüğü, yanılma hükümlerinin uygulama alanının bu derece genişlemesi halinde uyarlama hükümleriyle sınırların kaybolabileceği ve çeşitli yorum güçlüklerinin ortaya çıkabileceği argümanının da ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zira gelecekteki olgularda yanılmanın kabul edilmesi halinde, işlem temelinin çökmesi ile yanılmanın uygulama alanlarının nasıl belirleneceği, bu aşamada önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Schmidlin'e göre, gelecekteki olgularda, belirli hallerde hem yanılmanın hem de işlem temelinin çökmesinin (*clausula rebus sic stantibus*) birlikte uygulanabilmesi mümkündür. Dolayısıyla, iki kurum arasında tam bir dışlama ilişkisinin varlığından söz edilemez. Ancak her zaman göz önünde bulundurulması gereken nokta, iki kurumun da aynı şartlara ve aynı hukuki sonuçlara tabi olduğudur¹²⁹⁶. Şu halde, işlem temelinin çökmesi ile yanılma arasındaki ilişkinin nasıl belirleneceği sorusu önem kazanmaktadır.

İşlem temelinin çökmesinde (yazar bunu, İsviçre hukukundaki yerleşmiş tabiriyle *clausula rebus sic stantibus* şeklinde ifade etmektedir), sözleşmenin kurulması anında işlem temeli olan durum, daha sonra önceden görülemeyecek şekilde ve ciddi anlamda değişmekte; bu önemli değişiklik nedeniyle edimler arası denge bozulmaktadır. Dolayısıyla buradaki belirleyici kriter, önceden görülmeyen ve önceden görülmesi gerekmeyen bir olgunun sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkarak işlem temelinin çökmesine neden olmasıdır. Burada tarafların daha önce herhangi bir tasavvurunun olup olmadığı önem taşımamaktadır. Buna bağlı olarak, gerek bir tarafın gelecekteki olgunun kesin gerçekleşeceğine ilişkin somut tasavvuru bulunsun, gerekse hiçbir tasavvuru bulunmasın, sonuç değişmemekte ve eğer sözleşmenin kurulmasından sonra beklenmedik (önceden görülemeyen) bir durum değişikliği işlem temelini etkilemişse, işlem temelinin çökmesi teorisi uygulanabilmektedir. Dolayısıyla, işlem temelinin çökmesinin uygulama alanı, belirli durumlarda hem gelecekteki olgularda yanılma (gerçeğe uygun olmayan somut tasavvur) hallerini, hem de gelecekteki olgulara ilişkin hiçbir tasavvurun bulunmadığı

¹²⁹⁵ Kramer, **BerKomm**, Art. 18 N. 310; Kramer, **Clausula**, s. 281; Schwenzler, **AT**, N. 37.33.

¹²⁹⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 312.

halleri kapsayabilecek genişliktedir. Böylece olayda hem işlem temelinin çökmesi şartları gerçekleşmişse, hem de esaslılık şartlarını taşıyan gelecekteki bir olguda yanılma varsa, yanılan kimse, dilerse OR m. 24/1 b. 4'e (TBK m. 32) dayanabilecek, dilerse işlem temelinin çökmesi çerçevesindeki haklardan istifade edebilecektir. Bu ihtimalde iki kurum yarışacaktır¹²⁹⁷. Yanılanın gelecekteki olguya ilişkin somut bir tasavvurunun bulunmadığı hallerde ise, yanılma söz konusu olmayacağından, sadece işlem temelinin çökmesi gündeme gelebilecektir¹²⁹⁸.

Bu noktada, gelecekteki olguya kesin gözüyle bakılması ile gelecekteki durum değişikliğinin önceden görülememesi arasında bir çelişki olup olmadığı akla gelebilir. Bu durumda, gelecekteki olgunun kesin gerçekleşeceğine ilişkin somut tasavvuru şart koşan yanılma ile durum değişikliğinin önceden görülemez nitelikte olmasını gerektiren işlem temelinin çökmesi nasıl yarışacaktır? Sorunun cevabı bellidir; zira Schmidlin'e göre burada herhangi bir çelişki yoktur. Bu arada yazarın hakkını vermek gerekir; zira doktrinde olgular arasındaki bu ayrıma gerekli dikkati göstermeyen bazı yazarların¹²⁹⁹ aksine, yazar bu ayrımı, bize göre de olması gerektiği gibi açık bir şekilde

¹²⁹⁷ İşlem temelinin çökmesine dayanmak isteyen yanılanın, hata bulunan sözleşmeyi onaması gerekir (bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 318). Kramer ise, bu iki kurum arasında yarışma ilişkisinin bulunmadığı görüşündedir. Yazara göre, yanılma hükümleri uygulandığı takdirde sözleşmede bir boşluk gündeme gelmeyeceğinden, *clausula rebus sic stantibus* bağlamında, hâkimin sözleşmedeki uyarılama boşluğunu doldurma ihtimali gündeme gelmez. Keza *clausula* teorisinin ikincilliği (*Subsidiarität*) ilkesi de bu görüşü doğrulamaktadır (bkz. Kramer, **Clausula**, s. 280, 281)

¹²⁹⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 316 vd.; Kramer, **Clausula**, s. 279, 280.

¹²⁹⁹ Örneğin bkz. Kolly, **a.g.e.**, N. s. 63, 64; Kocayusufpaşaoğlu'nun da bu ayrıma titizlikle yaklaşmadığı görülmektedir. Yazarın şu ifadesini naklen alıyoruz; “*Buna karşı, herhangi bir işlemin yapılmasından sonra, tarafların (veya yukarıda belirtilen kayıtlarla yanılanın) hiçbir şekilde düşünüp tasavvur etmediği beklenmedik bir olay ortaya çıkar ve savaş patlarsa, temel hatası hükümleri uygulanamayacaktır. Zira, artık, hiç akla gelmemiş ve öngörülmemiş savaş ihtimali, sözleşmenin yapıldığı sırada kesin gözü ile bakılan bir olay olarak değerlendirilemeyecektir*” (Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 509; aynı şekilde bkz. Altınok Ormancı, **a.g.m.**, s. 98, 110 vd.). Bu noktada belirtelim ki, gelecekteki olgularda yanılmayı kabul eden yazarın bu ifadesi, dahil olduğu görüşle çelişmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere, gelecekteki olgularda yanılma için, yazardan naklettığımız ilk cümlemin aksine, daha sonra ortaya çıkan olgunun beklenmedik olması; diğer bir ifadeyle, herhangi bir şekilde tasavvur edilmemiş olması lazımdır. Zira yanılma, işlem temeli olan (ve kesin gözüyle bakılan) gelecekteki olgunun (örneğin satıcının malları başka bir ülkedeki alıcıya gönderecek olmasının) daha sonra beklenmedik bir durum değişikliği (savaşın patlaması) nedeniyle gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı an ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, yazarın, hiçbir şekilde tasavvur edilmemiş bir olay ortaya çıktığı takdirde, artık temel yanılmasının uygulanmayacağını belirtmesi bu yönden isabetli değildir. Ayrıca yazara göre, burada yanılma hükümlerinin uygulanmayacak olmasının nedeni, savaş ihtimalinin, sözleşmenin yapıldığı zaman kesin gözüyle bakılacak bir olay olarak nitelendirilemeyecek olmasıdır. Hâlbuki yanılmanın varlığı için (gelecekteki olgularda yanılmayı kabul eden görüşe göre) kesin gözüyle bakılması gereken olgu, savaş ihtimali değil, “işlem temeli olan olgudur” (bizim verdiğimiz örnekte, satıcının malları başka ülkeye gönderecek olmasıdır).

belirtmiştir. Şöyle ki, yanılanın sözleşmenin kurulması sırasında önceden görerek kesin gözüyle baktığı olgu (örneğin satın alınan araziye inşaat izni verileceği), işlemin temelindeki olgudur; yoksa kesin gözüyle bakılan olgu, tasavvurun boşa çıkmasına yol açan gelecekteki durum değişikliği (belediyenin inşaat izni vermemesi) değildir. Zira tam da bu nedenle, yani tasavvuru boşa çıkartan ikinci olgu (durum değişikliği), yanılan tarafından hiçbir şekilde önceden görülemediği için yanılma ortaya çıkmaktadır. Şayet bu olasılık (inşaat izni verilmemesi) önceden görülseydi (önceden görülebilir nitelikte olsaydı), zaten risksiz bir bekleyiş (ve dolayısıyla yanılma) söz konusu olmayacak, bilakis risk sözleşme içinde kalacaktır¹³⁰⁰.

c. Değerlendirme ve Görüşümüz

Yukarıda görüldüğü üzere, doktrinde, gelecekteki olgularda temel yanılmasının söz konusu olup olmayacağı konusunda ciddi bir görüş ayrılığı bulunmakta ve bu tartışma hâlâ devam etmektedir. Kuşkusuz, kanunun genel yapısı ile tutarlı ve amaca uygun olmak kaydıyla, bir hukuk politikası tercihi olarak¹³⁰¹ görüşlerden birinin diğerine üstün tutulması mümkündür. Ancak İsviçre-Türk hukuku bakımından meseleye yaklaştığımızda, gelecekteki olguların yanılma hükümlerinin uygulama alanına girebileceği yönündeki görüşün isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Burada sonucu önceden söylemek gerekirse, bu görüş, yürürlükteki yanılma hükümlerine

Dolayısıyla, yanılmanın gerçekleştiği an da, savaşın patlaması nedeniyle işlem temelinin çöktüğü andır.

¹³⁰⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 267; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1392. Bu noktada hemen belirtelim ki, *Kramer*'e göre, gelecekteki olgunun kesin gerçekleşeceğini düşünerek sözleşme yapmış kimsenin, gelecekte bu tasavvurunu boşa çıkaracak durum değişikliğini önceden görememiş olması kendi ihmalden kaynaklanıyorsa (yani bu kimse, gerekli özeni gösterseydi durum değişikliğini önceden görebilecek haldeyse), bu ihtimalde de yanılma hükümlerine dayanılması mümkündür. Çünkü bu ihtimalde, durum değişikliği yanılan tarafından objektif açıdan "önceden görülebilir" nitelikte olsa da, en azından fiilen önceden görülmemiştir. Bu durumda, kusuruyla yanılan, sözleşmeyi iptal ettiği takdirde karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlü olacaktır (*Kramer*, **BerKomm**, Art. 18 N. 308; *Kramer*, **Clausula**, s. 280; gerek yanılma gerekse işlem temelinin çökmesi için durum değişikliğinin hiçbir zaman ve hiçbir şekilde önceden görülebilir olmaması gerektiğini savunan aksi görüş için bkz. Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1392). Bu ihtimali bir örnekle açıklamak gerekirse, yanılan, bir araziye ilişkin satış sözleşmesi yaparken inşaat izni verileceğinden kesin olarak emin olmasına karşın, alışveriş hayatında bu konuda kendisiyle aynı konumdaki kimselerin göstereceği özeni göstermemiş ve yapılması gereken bazı araştırmaları yapmamıştır. Daha sonra, arazideki ve inşaat projelerindeki bazı eksiklikler nedeniyle, belediye inşaat izni vermemiştir. Bu durumda, *Kramer*'in görüşü takip edilirse, yanılan sözleşmeyi iptal edebilecek ancak karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalacaktır. *Schmidlin*'in görüşü kabul edildiği takdirde ise, ne yanılmaya ne de işlem temelinin çökmesine dayanmak mümkün olacaktır.

¹³⁰¹ Bu bağlamda, Alman hukukundaki sistem akla getirilebilir (bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3)).

temel olan düşüncelerle ve sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesiyle uyuşmamaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, ret görüşünü savunuyor olmamız, bu görüş bağlamında daha önce aktardığımız tüm argümanlara katıldığımız anlamına gelmemektedir. Bu itibarla, öncelikle bu doğrultudan hareketle çeşitli çekincelerimizi belirtip, daha sonra da savunduğumuz argümanları ortaya koymaya çalışacağız.

Gelecekteki olgularda temel yanılmasına imkan tanımayan görüşün, şart kurumu ile ilgili ileri sürdüğü (Argüman 2) düşüncelere bizce de katılmaya imkan yoktur. Zira *Schmidlin*'in de yerinde olarak belirttiği gibi, şarta bağlı sözleşmede taraflar (ya da bir taraf), yanılmanın aksine, gelecekteki olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusundaki belirsizliğin bilincindedir. Nitekim taraflar bu riskin bilincinde oldukları için gelecekteki olguya ilişkin saiki sözleşmenin içeriğine dahil etmektedirler. Şart, her zaman bilinçli bir bilgisizliği ifade ettiğinden, yanılma kavramıyla her zaman dışlama ilişkisi içinde olacaktır. Burada yanılmanın mevcut olgulara ya da gelecekteki olgulara ilişkin olması açısından herhangi bir fark yoktur. Şu halde, gelecekteki olgularda yanılmayı reddeden görüşün bu argümanı temelsizdir.

Öte yandan, *Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger*'in öne sürdüğü, şayet gelecekteki olguda yanılma kabul edilirse, bu olgu dikkate alınarak yapılan sözleşmede yanılma olup olmadığı uzun bir süre belirsiz kalabilecektir yolundaki argüman da savunulabilir nitelikte değildir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki, kanun koyucu, yanılanın sözleşmeyi iptal edebilmesi için yanılmanın ortaya çıkması gereken zamana ilişkin bir şey dememiştir. Kaldı ki bu yönde bir düzenleme öngörülmesi, yanılma kavramının doğasına aykırıdır; zira yanılan kimseden daha sonra yanılıp yanılmadığını araştırmasını beklemek mantıki anlamda bir paradoks oluşturur. Nitekim TBK m. 39'daki hak düşürücü sürenin “yanılmanın öğrenilmesinden” itibaren başlayacak olmasının altında da aynı mantık yatmaktadır. Dolayısıyla yanılma, sadece gelecekteki olgularda değil, mevcut olgularda dahi yıllar boyunca ortaya çıkmayabilir. Ancak ne olursa olsun, iki olasılıkta da sözleşmede yanılma olup olmadığının belirsizlik içinde olduğu çıkarımı yapılamaz. Çünkü yanıldığını öğrenmediği sürece, yanılan için sözleşmenin geçerliliği herhangi bir belirsizlik içinde olmadığı gibi; sözleşme yaparken dikkate aldığı olgular da, onun gözünde henüz gerçeğe uygundur.

Diğer taraftan, kabul görüşünün açık bıraktığı noktalardan bir tanesi ise, yanılma kavramının sadece yanlış tasavvur hallerini değil, bilgisizlik durumlarını da kapsamasıdır. Bu bağlamda ret görüşünün dördüncü argümanı yerindedir. Gerçekten

de, gelecekteki olgularda temel yanılmasının söz konusu olması için, yanılmanın önceden görerek kesin gözüyle baktığı bir olgunun varlığı şartını koşmak, ortada somut ve açık bir tasavvur olması gerektiğini ifade ettiğinden, meseleye sadece yanlış tasavvur açısından bakmaktır. Oysaki daha önce ifade edildiği üzere, gerçeği bilseydi sözleşmeyi hiç ya da aynı içerikte yapmayacak olan kimsenin, duruma göre herhangi bir tasavvuru bulunmasa dahi yanılma hükümlerine başvurabilmesi mümkündür. Nitekim yanılma, hem doktrinde hem de içtihatla geniş anlamıyla kabul edilmekte ve bu kapsama yanlış tasavvurla birlikte, bilgisizlik de dahil edilmektedir. Şu halde, kabul görüşü açısından, en azından kavramsal anlamda tutarlı olmak adına, bir tarafın gelecekle ilgili herhangi bir tasavvuru olmadığı durumlarda da, yanılma hükümlerine uygulanma imkanı tanınması gerekip gerekmediği sorusu önem kazanır. Ancak, tehlike tam da burada başlar. Çünkü bu soruya, yanılmanın tanımı ve kavramsal içeriği ile tutarlı olmak için evet cevabı verildiği vakit, gelecekteki beklenmedik durum değişikliklerinde aynı zamanda yanılmanın da söz konusu olduğu sonucuna varılabilecektir ki, bu durumda işlem güvenliğinin ne kadar zarar görebileceğini tahmin etmek zor değildir. Şu halde denilebilir ki, gelecekteki olgularda yanılmanın varlığı kabul edilmek isteniyorsa, buradaki uygulama alanını sadece yanlış tasavvurun (bir olgunun kesin gerçekleşeceği yönünde somut bir tasavvurun) bulunduğu hallerle sınırlamak adeta bir zorunluluktur. Bu noktada işaret edelim ki, bu tehlikenin bir ölçüde önüne geçilebilmesi mümkündür. Şöyle ki, kanunda yanılmanın tanımı yapılmadığı için, yanılma kavramını, (gelecekteki olgulara inhisar etmek üzere) sadece yanlış tasavvurların temel yanılmasına yol açabileceği şeklinde amaca uygun daraltarak yorumlamak düşünülebilir. Ancak bu şekilde dolaylı bir çözüm dahi, kabul görüşünün bu konudaki tutarsızlığını ortadan kaldırmamaktadır.

Sonuç olarak belirtelim ki, ret görüşünün bu bağlamdaki argümanı “kavramsal” olarak yerinde olmasına karşın, yine de gelecekteki olgularda yanılmayı reddetmek için tek başına yeterli bir argüman teşkil etmemektedir. Nitekim aynı sonuca, ret görüşünün sadece mevcut olguların bilinebileceği, gelecekteki olgularda ise sadece tahmin ve beklentinin söz konusu olacağı yönündeki argümanı (Argüman 1) için de varılabilecektir¹³⁰². Şu halde, meseleyi menfaatlerin değerlendirilmesi ölçüleriyle ele almak ve daha somut argümanlarla desteklemek daha yerinde olacaktır.

¹³⁰² Ancak unutulmamalıdır ki, bir argümanın kavramsal olması, doğru olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla, kabul görüşündeki bazı yazarların bu argümanı salt “kavramsal” olarak etiketlemesi,

Bu bağlamda, gelecekteki olguların temel yanılmasının uygulama alanına girmeyeceği görüşümüzün temelinde yatan argümanları şu şekilde belirtebiliriz:

1. İsviçre-Türk hukukunda, yanılanın yanılmada kusurlu olmasının sözleşmenin iptal edilebilirliği açısından herhangi bir öneminin bulunmaması, işlem temelinin çökmesi kurumuyla karşılaştırıldığında, gelecekteki olgularda yanılmaya düşenin gereğinden fazla korunmasına yol açacaktır. Şöyle ki, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bir durum değişikliğinde, işlem temelinin çöktüğünü söyleyebilmek için, söz konusu değişikliğin bu durumdan etkilenen tarafça, önceden görülmemiş ve dürüstlük kuralına göre önceden görülmesi gerekmemiş olmalıdır. Hâlbuki yanılma kurumunda, kişinin iradesini harekete geçiren tasavvuru ile gerçek arasındaki uygunsuzluğun dürüstlük kuralına göre önceden görülebilir nitelikte olması, yanılmanın (kuşkusuz esaslı olması şartıyla) ileri sürülmesini engellememektedir. Yani, kişinin gerekli özeni gösterseydi gelecekteki durum değişikliğini önceden görebileceği hallerde sözleşmenin iptali mümkündür. Bu durum, sadece yanılanın iptal sonrasında ödeyeceği tazminat açısından rol oynamaktadır. Şu halde, gelecekteki durum değişikliğini (önceden görmemiş ancak) önceden görmesi gereken kimse, işlem temelinin çökmesi çerçevesinde hukuken korunamazken; yanılma hükümlerinin gelecekteki olgulara uygulanabileceği kabul edilirse, yanılmayı ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirebilecektir¹³⁰³. Bu durum, işlem temelinin çökmesi teorisinin temelinde yatan “riskin adil paylaşımı”¹³⁰⁴ ilkesiyle uyuşmamaktadır.

Nitekim Alman hukukunda (§ 313 BGB), temel yanılması ile işlem temelinin çökmesinin aynı şartlara ve hukuki sonuçlara bağlanmasının altındaki mantık da

burada söylenenleri tamamen önemsiz hale getirmemektedir. Bu bağlamda, örneğin TBK m. 30'daki “*sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf...*” ifadesinin, en azından lafzi olarak dahi olsa, sadece sözleşme kurulurken mevcut olan yanılmalara işaret ettiği söylenemez mi? Sadece kavramsal bir çıkarım olmasından hareketle, bu iddia en başından ret mi edilmelidir?

¹³⁰³ Schmidlin'in bu ihtimaller için öne sürdüğü, kusurlu yanılanın tazminat ödeme yükümünün OR m. 26 (TBK m. 35) durumu eşitleyeceği yönündeki görüşü ise sorunu daha da karmaşık hale getirmekte ve çözümü sözleşme sonrasına atmaktadır. Ayrıca yazar (kendi görüşüyle çelişmemek adına), yanılmadaki kusuru, yanılanın durum değişikliğini önceden görmesi gerektiği şeklinde değil de (zira yazara göre bu durumda yanılmaya başvurma imkanı yoktur), ihmali nedeniyle gelecekteki olguya kesin gözüyle bakması olarak açıklamaktadır (bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 268; Schmidlin, **Irrtum über zukünftige Sachverhalte**, s. 1392). Kaldı ki, yanılma nedeniyle tazminat ödeme yükümü altındaki kişinin, pratikte şansını çoğu zaman (kural olarak) böyle bir yüküm öngörülmemiş olan işlem temelinin çökmesine dayanarak deneyeceği söylenebilir.

¹³⁰⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. 23-27 N. 98; Serozan, **Dönme**, s. 341 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 2; Baysal, **Uyarlanma**, s. 29.

aynıdır. Dolayısıyla, bu tarz bir düzenlemenin bulunmadığı İsviçre-Türk hukukunda, gelecekteki olgularda yanılmanın kabul edilmemesi gerekir. Bu argümanı bir örnekle canlandırmak yararlı olacaktır. A, kedisini kaybetmiş ve bir gazetede yayınlanması için kayıp ilanı vermiştir. Bundan bir süre sonra kedinin eve dönmesiyle birlikte A, ilan henüz yayınlanmadan önce gazeteyi aramış ve ilana artık gerek kalmadığını, ayrıca ödediği parayı geri istediğini söylemiştir. Olayda A, kedinin bir daha eve dönmeyeceğine ilişkin tasavvuruyla sözleşme yapmış, bu olgu aynı zamanda işlem temeli olmuştur. Ancak daha sonraki durum değişikliği (kedinin eve dönmesi) nedeniyle işlem temeli çökmüştür (sözleşmenin dolaylı amacı boşa çıkmıştır). Şu halde, kedinin bir gün eve dönebilecek olmasını, önceden görülebilir bir ihtimal olarak kabul edersek (ki dürüstlük kuralı gereğince böyle bir varsayım gayet makuldür), A'nın işlem temelinin çökmesine dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır. Oysaki aynı A, kusurlu olmakla birlikte, yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir.

2. Diğer taraftan, kabul görüşü savunulduğu takdirde, mevcut olgulardaki yanılma ile gelecekteki olgulardaki yanılma arasında, kusur açısından menfaatler dengesiyle uyuşmayan başka bir farklılık da ortaya çıkabilecektir. Şöyle ki, hayatın doğası gereği, gelecekteki bir olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda temkinli ve dikkatli kişilerin dahi çoğu zaman yanılması hayli muhtemelken ve sözleşme kurulurken bu yanılmanın önüne geçilebilmesi ihtimali görece düşükken; zaten gerçekleşmiş olan olgularda, kişinin gerekli araştırmaları yaparak ve daha dikkatli davranarak yanılmanın önüne geçebilme ihtimali görece yüksektir. Dolayısıyla, birçok durumda, gelecekteki olgunun yanlış değerlendirilmesindeki kusur oranının, “mevcut olgunun” yanlış değerlendirilmesindeki kusur oranına göre daha az takdir edilmesi ihtimali gündeme gelecektir. Bu da, yanılanın gelecekteki olgularda daha fazla korunması gibi bir sonuca yol açacaktır. Hâlbuki sözleşmenin geçerliliğine güvenen karşı taraf açısından, yanılma konusu olgunun gelecekte gerçekleşip gerçekleşmemesi arasında herhangi bir fark yoktur.

3. Ret görüşünün işaret ettiği, yanılma hükümlerinin uygulama alanının bu derece genişlemesi halinde uyarılma hükümleriyle sınırların kaybolabileceği ve çeşitli yorum güçlükleri ortaya çıkabileceği argümanı da (Argüman 2) gayet haklı bir endişeyi ifade etmektedir. Zira gelecekteki olgularda yanılma kabul edilirse, uygulamada ne zaman yanılma hükümlerinin devreye girebileceği ne zaman işlem temelinin çökmesinin uygulanacağı konusunda ve hatta, bu iki kurumun somut uyuşmazlıkta yarışıp

yarışmadığının tespitinde ciddi güçlükler ortaya çıkabilecektir. Yanılmanın ispat edilmesi bile başlı başına zor iken; somut bir uyuşmazlıkta, hâkimin ayrıca yanılan tarafından gelecekteki olgunun (inşaat izni verileceğinin) önceden görülüp görülmediği, bu olguya kesin gözüyle bakılıp bakılmadığını ve ayrıca durum değişikliğinin (inşaat izninin verilmemesinin) de önceden görülemez nitelikte olduğunu belirlemesi gerekecektir. Görüleceği üzere, farklı hukuki sonuçlar öngören bu iki kurum arasındaki sınırı veya bunların yarışıp yarışmadığını, bu denli tespiti zor ve soyut kriterlere bağlamak hukuk güvenliği açısından son derece zararlıdır.

4. Son olarak, gelecekteki olgularda temel yanılmasını reddeden görüşün, yanılma hükümlerinin gelecekteki durum değişiklikleri açısından elverişli ve esnek bir hukuki sonuç sağlayamadığı yönündeki argüman, bize göre hem hukuki hem de pratik açıdan, temel yanılmasını sadece mevcut olgularla sınırlamak yönündeki en önemli gerekçedir. Zira esas itibarıyla irade ilkesinin egemenliği altında olan yanılma kurumunun sözleşmeyle ilgili asal sonucu, yanılanın tek taraflı bir açıklamasıyla sözleşmeyi iptal edilebilmesidir. Ancak bu derece katı bir hukuki sonuç, gelecekteki beklenmedik durum değişikliklerindeki menfaatler durumuna ve riskin adil paylaşımı ihtiyacına uygun çözümler sunabilecek esneklikte değildir. Hiç kuşkusuz, yanılma kurumunda da belirli durumlarda somut olay adaletini tesis edebilecek ve sözleşmenin mümkün mertebe ayakta tutulması ilkesine hizmet edecek TBK m. 27/2 (kıyasen uygulama) ve TBK m. 34/2 gibi mekanizmalar bulunmaktadır. Ancak bunlar daha dar bir alanda fonksiyon ifa etmekte ve işlem temelinin çökmesi rejiminin sağladığı hukuki imkanlar kadar elverişli çözümler üretmekte yetersiz kalmaktadır. Gerçekten de, işlem temelinin çökmesi halinde gündeme gelen, yeniden müzakere ödevi¹³⁰⁵ ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gibi imkanlara bakıldığında, bu durum daha iyi anlaşılacaktır.

Bu konuyu şu örnekle somutlaştırabiliriz: Dünya çapında tanınan bir isim altında restoran açmak isteyen A, şehrin rağbet gören bölgelerinden birinde açılacak olan alışveriş merkezini yöneten X şirketi ile oldukça fazla bir bedel üzerinden kira

¹³⁰⁵ İşlem temelinin çökmesinden etkilenen tarafın, kanundaki uyarılama ve sözleşmenin ortadan kaldırılması (sözleşmeden dönme) yaptırımlarına başvurmadan önce, karşı tarafa, sözleşmenin “yeniden müzakeresini” teklif etme ödevi bulunduğu ve buna aykırılık halinde, etkilenen tarafın duruma göre uyarılama hakkının kaybedebileceği görüşü, bugün için gerek doktrinde gerekse karşılaştırmalı hukukta giderek önem kazanmaktadır. Bu konuda bkz. Baysal, **Uyarlanma**, s. 329-340; aynı görüşte bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 9.

sözleşmesi yapmıştır. X şirketinin, alışveriş merkeziyle ilgili olarak ülkenin farklı yerlerinde çeşitli iletişim araçlarıyla yürüttüğü reklam kampanyaları karşısında, çok kârlı bir işe yatırım yaptığını düşünen A, kalabalık bir müşteri çevresine hizmet verebilmek amacıyla çok sayıda kişiyi işe almıştır. Ancak bir süre sonra, şehrin bu bölgesinde yapılması düşünülen metro inşaatının çeşitli jeolojik sorunlar nedeniyle gerçekleştirilemeyeceği anlaşılmış ve bu nedenle, alışveriş merkezinin önündeki yolun genişletilmesi için çalışmalar başlatılmıştır. Aylarca süren yol çalışmaları nedeniyle, alışveriş merkezini öngörülen sayının çok altında kişi ziyaret etmiş ve bunun sonucunda da A, masraflarını karşılayacak ölçüde dahi gelir elde edemez hale gelmiştir¹³⁰⁶. Görüleceği üzere, burada A, gelecekteki olgunun kesin gerçekleşeceğini (restoranın masraflarını karşılayacağını veya belirli bir oranın üzerinde müşterisi olacağını) düşünerek sözleşme yapmış ancak daha sonraki beklenmedik durum değişikliği nedeniyle bu saiki boşa çıkmıştır. Burada A'nın sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal etmesi, bu kadar harcanan emek ve para dikkate alındığında ve söz konusu aksaklıkların bir süre sonra ortadan kalkacağı ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, onun için hiçbir olumlu sonuç doğurmayacaktır. Buna karşın, onun için (ve hatta riskin adil paylaşımı açısından) düşünülebilecek daha uygun bir sonuç, sözleşmenin değişen koşullara göre yeniden müzakeresi ya da uyarlanmasıyla elde edilebilecektir. Örneğin şu ana kadar elde edilmiş kârla orantılı olarak kira bedelinde indirimle gidilmesi bir uyarılama türü olarak düşünülebilir¹³⁰⁷.

Bütün bu açıklamalardan hareketle şu sonuçlara varılmaktadır. Gerek kavramsal bağlamda gerek yanılma hükümlerinin yapısı bakımından ve gerekse pratik sonuçlar açısından, yürürlükteki İsviçre-Türk hukukuna göre, gelecekteki olguların temel yanılmasının uygulama alanına girmediği kabul edilmelidir.

Yanılma hükümlerinin, gelecekteki durum değişikliklerine, işlem temelinin çökmesi kurumundaki kadar uygun bir hukuki rejim sunma kapasitesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, temel yanılmasının uygulama alanını sadece mevcut olgularla sınırlamak gerekir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi, irade ilkesinin etkili olduğu yanılma kurumunu güven ilkesi lehine sınırlamak konusundaki ihtiyaçlar doğrultusunda, doktrindeki görüşleri ve karşılaştırmalı hukuktaki çeşitli düzenlemeleri

¹³⁰⁶ Örneğin aslı için bkz. Baysal, **Uyarlanma**, s. 188.

¹³⁰⁷ Baysal, **Uyarlanma**, s. 188.

hatırlamak¹³⁰⁸ dahi, yanılma hükümlerinin uygulama alanının genişletilmemesi gerektiğini ayrıca ortaya koymaktadır.

Şu halde, yanılma ile işlem temelinin çökmesi, birbirinden tamamen ayrı kurumlar olarak uygulama alanı bulurlar. Bu ayrımın yapılmasındaki esas kriter ise, yanılmaya ya da işlem temelinin çökmesine neden olan olgunun ne zaman gerçekleştiğidir. Diğer bir ifadeyle, yanılma ve işlem temelinin çökmesinin uygulama alanı arasındaki sınır, “kronolojik” kritere göre çizilir¹³⁰⁹.

Gelecekteki olgulara ilişkin meselelerde, şart (TBK m. 170 vd.) ve işlem temelinin çökmesi kurumları (TBK m. 138, TMK m. 2) çerçevesinde çözüm üretilmelidir¹³¹⁰. Şartta, sözleşmenin kurulması ile gelecekteki şüpheli olgu arasında riskli bir süreç; işlem temelinin çökmesinde ise, durum değişikliğinin önceden görülebilir olmaması nedeniyle risksiz bir süreç söz konusu olduğundan, fikrimizce bu kurumlar birbirini tamamlamaktadırlar.

¹³⁰⁸ Bu bağlamda, karşı tarafın bildiği veya bilmesi gerektiği yanılmaların esaslı olacağı yönünde düzenleme öngören çeşitli hukuk uyumlaştırması metinleri, Avusturya Medeni Kanunu, Hollanda Medeni Kanunu ve İtalya Medeni Kanunu akla getirilebilir. Keza sadece hoş görülebilir yanılmaların esaslı olması gerektiği de doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulduğu gibi, karşılaştırmalı hukukta da bu yönde hükümlere rastlanmaktadır. Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, D, 1, d.

¹³⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **İşlem Temeli**, s. 511; Serozan, **Dönme**, s. 351, 352; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N. 1; Baysal, **Uyarlanma**, s. 214. Bu noktada belirtelim ki, İsviçre doktrinindeki bazı yazarların (özellikle *Schmidlin* ve *Kramer*), gelecekteki olguları yanılmanın uygulama alanına dahil etmek için, çeşitli argümanlar üreterek çaba sarf etmeleri bir ölçüde doğal karşılanabilir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İsviçre hukukunda, Alman hukukunda kabul edilen genişlikte bir işlem temelinin çökmesi teorisi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bu açığın yanılma hükümlerini zorlamak pahasına kapatılmaya çalışılması ihtiyacı bir ölçüde anlaşılabilir. Hâlbuki Türk hukukunda durum böyle değildir; zira işlem temelinin çökmesi teorisi, doktrinde öteden beri *Kocayusufpaşaoğlu*, *Serozan*, *Atamer* ve *Baysal* gibi yazarlarca savunulduğu gibi, kanun koyucu da artık TBK m. 138’de buna yönelik bir düzenleme (aşırı ifa güçlüğü başlığını taşımakla birlikte, gerekçede bu maddenin işlem temelinin çökmesine ilişkin olduğunun belirtildiğini hatırlatalım) öngörmüştür (bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. 2. Bölüm, II, B, 1, b, (3)). Şu halde, en azından Türk hukuku açısından, gelecekteki olgular bağlamında yanılma hükümlerinin çerçevesini bu şekilde zorlamanın hiçbir gerekliliği bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

¹³¹⁰ Kuşkusuz, sonraki imkansızlık hükümleri de bu bağlamda akla gelebilir; ancak tezin bu kısmında, tartışmanın odak noktası şart ve işlem temelinin çökmesi kurumları olduğundan, imkansızlık konusunda herhangi bir açıklama yapma gereği duymuyoruz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ESASLI YANILMANIN HUKUKİ ETKİSİ VE SONUÇLARI

I. Genel Bakış

Hemen her hukuk sisteminde sözleşmenin kuruluşunda yanılma halinde, eğer bu yanılma belirli bir önem derecesindeyse, muhatabın sözleşmenin geçerliliğine ve devamına duyduğu güvene rağmen, yanılan tarafa az ya da çok korunma imkanı sağlanmaktadır. Yanılma kurumunun gerek tarihsel gelişimine gerekse modern sistemlerdeki yapısına bakıldığında, “sözleşmenin geçerlilik şartı” çerçevesinde tanınan bu korumaya, esas itibariyle iki tür hukuki sonuç (yaptırım) bağlandığı görülmektedir: Bunlardan ilki, esas itibariyle Roma hukuku ve Ortak Hukukta yansımaları bulan¹³¹¹ ve fakat bugün dahi belirli hukuk sistemlerinde etkisini sürdüren¹³¹² kesin hükümsüzlük (*Nichtigkeit*); ikincisi, hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda benimsenmiş olan iptal edilebilirliktir.¹³¹³

TBK m. 31 ve 32’deki (OR m. 24) esaslılık şartlarını sağlayan bir yanılmanın varlığı halinde, sözleşmenin iptal edilebilir nitelikte olduğunu öngören İsviçre-Türk hukukuna göre; yanılan taraf, yanıldığı öğrendikten sonra, kendi kararına göre yine de sözleşme ile bağlı olmayı tercih ederek sözleşme ilişkisine devam edebilir veya iptal

¹³¹¹ Ancak belirtelim ki, daha önce de işaret edildiği üzere, Roma hukuku ve Ortak Hukuktaki esaslı yanılmaya bağlanan hükümsüzlük yaptırımı, bugün kabul ettiğimiz hükümsüzlük kavramıyla bire bir örtüşmemektedir. Zira bu dönemlerde, sözleşmenin hiç meydana gelmemesi (yokluk) ile kesin hükümsüz olması arasında herhangi bir ayrım yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, Roma hukuku ve Ortak Hukuk bağlamındaki hükümsüzlük kavramının asıl belirleyici özelliği (ve böylece iptal edilebilirlikten ayrıldığı nokta), sözleşmenin kendiliğinden ve herhangi bir tarafın iradesine bağlı olmaksızın hükümsüz olmasıdır. Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, II, A, 4.

¹³¹² Bu bağlamda, İngiliz Common Law ve Japon Medeni Kanunu § 95/1 örnek gösterilebilir. Ancak Japon hukukunda, her ne kadar sözleşme yanılma nedeniyle kesin hükümsüz olsa da, bu durumun sadece yanılan tarafından ileri sürülebileceği ayrıca not edilmelidir (Kramer, **Irrtum**, N. 90 vd.). Yine bu doğrultuda, 2016 tarihli Fransız Borçlar Kanunu Reformundan önceki metinde öngörülmüş olan CCfr m. 1109 da akla gelebilir. Ancak buradaki sonuç, sadece sözleşmenin kurulmasını engelleyen yanılma (*erreur obstacle*) halleri için geçerli olmakta ve uygulanan yaptırım ise kesin hükümsüzlük değil, yokluk olarak ortaya çıkmaktadır (Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 51 vd.).

¹³¹³ Kramer, **Irrtum**, N. 90 vd.; Flume, **AT**, s. 446 vd.

hakkını kullanarak sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirebilir¹³¹⁴. Dolayısıyla, esaslı yanılmanın varlığı halinde yanılmanın önünde iki alternatif bulunmaktadır; ya yanılmayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde (TBK m. 39, OR m. 31) sözleşmeyi iptal edecek ya da sözleşmeyi onayacaktır (sözleşmeye icazet verecektir). Görüleceği üzere, İsviçre-Türk hukukunda esaslı yanılma, kendiliğinden sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açmamakta; sözleşmenin sona erdirilmesi ya da erdirilmemesi, öncelikle eksik geçerlilik şartı ile korunan tarafın (yanılanın) iradesine bırakılmaktadır. Ancak, eğer bu taraf bir yıl içinde bu yetkisini kullanmazsa, bu sefer hukuk düzeni onun yerine geçerek, sözleşmenin onanmış sayılacağına ve böylece, bu konuda sözleşmenin geçerliliğinin artık tartışma konusu yapılmayacağına hükmetmektedir.

Esaslı yanılmanın, iptal hakkının kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Sözleşmenin iptal edilmesiyle birlikte, sözleşme ilişkisi, geriye etkili olarak kesin şekilde hükümsüz hale gelmekte ve buna bağlı olarak, yerine getirilmiş edimlerin iade edilmesi (tasfiyesi) gerekmektedir. Edimlerin iadesi iptal hakkının kullanılmasının doğal bir sonucudur. Zira her zaman akılda tutulması gereken nokta, sözleşmeyi iptalin esas amacının, sözleşmenin kurulmasından önceki durumun yeniden sağlanması, yani *status quo ante*'nin tesis edilmesi olduğudur. Ayrıca sözleşmenin iptaliyle birlikte, yanılmanın kusuruna bağlı olarak, sözleşmenin geçersizliği sonucunda ortaya çıkan zararların tazmini de (TBK m. 35, OR m. 26) gündeme gelecektir.

II. Sözleşmenin İptal Edilebilirliği

A. İptal Hakkının Niteliği ve Doktrindeki Görüşler

Doktrinde, sözleşmenin iptal edilebilirliğinin iki farklı hükümsüzlük türünü kapsadığı kabul edilmektedir. Buna göre, iptal edilebilirlik yaptırımını, aşağıda ayrıntılı olarak aktaracağımız gibi, hem sözleşmenin başlangıçtan itibaren hükümsüz olduğu, ancak daha sonra sözleşmeye icazet verildiği takdirde geçmişe etkili olarak geçerli hale geldiği “geçersizlik teorisini”; hem de sözleşmenin esaslı yanılmaya rağmen

¹³¹⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 403; YHGK., 16.2.1994, E. 1993/13-795, K. 1994/57: “Esaslı hataya düşen taraf, ya bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığına ilişkin kararını karşı tarafa bildirmek ya da bir yıllık süreyi geçirip sözleşmeye icazet vermek hak ve seçeneğine sahiptir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

geçerli olarak kurulduğu ancak iptal hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hale getirildiği “iptal teorisini” kapsamaktadır¹³¹⁵. İki teoriyi de aynı üst kavram altında (iptal edilebilirlik olarak) toplamanın başlıca nedeni, iki hükümsüzlük halinde de, geçerlilik şartıyla korunan kimseye tanınan bozucu yenilik doğuran hak vasıtasıyla, sözleşmenin başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz hale getirilebilecek olmasıdır. Ancak hemen işaret edelim ki, iptal hakkının hukuk dogmatikliği açısından asıl anlamı ve fonksiyonu, geçerli bir sözleşmeyi, bir geçersizlik sebebine dayanarak geçmişe etkili şekilde sona erdirmektir. Dolayısıyla, yalnız bu hale özgü olarak “gerçek anlamda bir iptal hakkının” varlığından söz edilmesi gerekir. Buna karşın, geçersizlik teorisi çerçevesinde de, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye hakkının, bazı yazarlar tarafından iptal hakkı olarak nitelendirildiği görülmektedir¹³¹⁶. Dolayısıyla, bu kapsamdaki iptal hakkı ise “gerçek olmayan anlamda iptal hakkı” olarak telakki edilebilir¹³¹⁷. Fakat söz konusu ayrıma dikkat çekildikten sonra, özellikle Türk doktrinindeki yaygın eğilimde de görüleceği üzere, bu hakkın her iki teori açısından yeknesak bir terimle “iptal hakkı” olarak nitelendirilmesinde herhangi bir sakınca yoktur.

¹³¹⁵ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 231; Bucher, **AT**, s. 209, 210; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 178, 179; Nomer, **BG**, N. 44; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 182; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 762; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1169-1171; aksi görüşte bkz. Eren, **BG**, s. 361.

¹³¹⁶ Örneğin bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 310; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 105; Nomer, **BG**, N. 58.

¹³¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 429; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 905; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 497. Doktrinde ayrıca, geçersizlik teorisinde “genel anlamda iptal edilebilirliğin”, iptal teorisinde ise “dar anlamda iptal edilebilirliğin” söz konusu olduğu da belirtilmektedir (Serozan, **Medeni**, s. 388). Eren ise, başlangıçta geçersiz bir sözleşmenin iptal edilmeyeceğini, iptalin sadece geçerli sözleşmelerde işlev gören bir geçersizlik yaptırımını olduğunu ileri sürerek, iptal hakkı kavramını sadece iptal teorisine izafe etmektedir (Eren, **BG**, s. 428).

Diğer taraftan belirtelim ki, İsviçre doktrininde, bu konuda daha net bir ayırım yapılmakta ve irade bozukluklarına ilişkin yaptırım, “tek taraflı bağlamazlık” (*einseitige Unverbindlichkeit*, örneğin bkz. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 888) ya da “bağlamazlık” (*unverbindlichkeit*, örneğin bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 8; Schwenzer, **AT**, N. 39.01) kavramı altında ele alınmaktadır. Keza İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında, irade bozukluğunun yaptırımına ilişkin hangi görüş kabul edilirse edilsin, sözleşmenin irade bozukluğundan etkilenen taraf için “bağlamaz” nitelikte olduğu; bununla birlikte, asıl önemli hukuki sonucun, sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi ve edimlerin iadesi olduğu belirtilmiştir (BGE 129 III 320, bger.ch). Diğer taraftan, yine İsviçre doktrininde genel olarak görülmektedir ki, geçersizlik teorisi bağlamında açıklama yapıldığı hallerde, sözleşmeyi kesin şekilde hükümsüz kılan yenilik doğuran hak, “iptal hakkı” olarak nitelendirilmemekte (diğer bir ifadeyle, *Anfechtung* tabirinin kullanılmasından kaçınılmakta), bunun yerine “geçersizliğin ileri sürülmesi”, bağlamazlık açıklaması”, “sözleşmenin bağlayıcı olmadığı ileri sürülmesi” ya da daha nötr bir ifadeyle “sözleşmenin sona erdirilmesi” gibi ifadeler kullanılmaktadır (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 888, 892, 904; Huguenin, **AT**, N. 565; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 371). Öyle ki, iptal hakkı kavramına genel olarak sadece iptal teorisi bağlamında başvurulmaktadır.

Esaslı yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilir olmasının hukuki anlamı ve bu yaptırımın niteliği konusu, İsviçre-Türk hukukunda oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmanın sebebi, kanunda irade bozuklukları için öngörölmüş olan yaptırımın, “...sözleşme ile bağılı olmaz” (TBK m. 30, OR m. 23; aldatma ve korkutma için TBK m. 36/1, OR m. 28/1 ve TBK m. 37/1, OR m. 29/1’de “...sözleşmeyle bağılı değildir” ve TBK m. 39/1, OR m. 31/1’de “...sözleşme ile bağılı olmadığını bildirme”) şeklinde sade ve nötr bir ifade ile düzenlenmiş olmasıdır. Ancak yanılan (ya da aldatılan veya korkutulan) açısından sözleşmenin bağlamazlığından (*Unverbindlichkeit*) ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda herhangi bir açıklık yoktur¹³¹⁸. Bununla birlikte, bu yaptırımın kendiliğinden ve kanun gereği (*ex lege*) devreye girerek sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmediği konusunda fikir birliği bulunmaktadır¹³¹⁹. Fikir ayrılığının odak noktası ise, yanılan tarafın henüz iptal hakkını kullanmadığı ve sözleşmeye icazet vermediği süreçte, sözleşmedeki bu askı durumunun hukuken nasıl nitelendirilmesi gerektiğidir¹³²⁰. Bu konuda, şu an itibarıyla geçersizlik görüşü, bölünmüş geçersizlik görüşü ve iptal görüşü olmak üzere, üç farklı görüş karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu konunun, İsviçre Borçlar Kanunu’nun tarihi gelişiminden ve hazırlık çalışmalarından kaynaklanan evveliyatı da bulunmaktadır. Dolayısıyla, doktrindeki mevcut görüşleri inceleyip değerlendirmeden önce, 1869 ve 1871 tarihli *Munzinger* tasarıları başta olmak üzere, diğer tasarıların ve 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu’nun bu konudaki hükümlerine kısaca bir bakış atmak yararlı olacaktır.

1. Tarihi Gelişim

1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu’nun ön tasarılarına bakıldığında, yanılmanın bu hukuk çevresindeki tarihi gelişimini ve dogmatik altyapısını görmek

¹³¹⁸ OR 2020 tasarısı m. 38/1’de ise, sözleşmenin kuruluşunda esaslı yanılmaya düşen tarafın, karşı tarafa sözleşmenin geçersiz olduğunu açıklayabileceği ifa edilmektedir (*Die Partei, die sich bei Abschluss des Vertrages in einem wesentlichen Irrtum befindet, kann der anderen erklären, der Vertrag sei ungültig*). Kanaatimizce, bu ifadeden de kanun koyucunun belirli bir görüş (teori) lehinde tercihte bulunduğu anlamını çıkarmak güçtür. Zira hangi görüş kabul edilirse edilsin, iptal hakkının mutlak sonucu zaten sözleşmenin kesin şekilde geçersiz olmasıdır.

¹³¹⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 5; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 888 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 428.

¹³²⁰ Koller, **AT**, § 14 N. 267; Huguenin, **AT**, N. 564; Reiser, **a.g.e.**, N. 38.

mümkündür. Dolayısıyla, bu tasarılarıdaki yanılma ile ilgili hükümlerin dökümünü vermek bu bakımdan yeterli olacaktır.

1869 tarihli tasarıda, Romanist ve Pandektist anlayışın bir yansıması olarak irade ilkesi merkezli bir sistem benimsenmiş ve tasarının § 42. paragrafında, sözleşmenin bir tarafının ya da iki tarafının esaslı yanılması halinde, bu yanılma kusura dayansın ya da dayanmasın, sözleşmenin (kendiliğinden) kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir¹³²¹. § 48’de ise aldatma düzenlenmiş olup; buna göre, şayet yanılma açısından sözleşme kesin hükümsüz değilse; diğer bir ifadeyle ortada esaslı bir yanılma yoksa, aldatılanın sözleşmeyi iptal edebileceği belirtilmiştir. Korkutmaya ilişkin § 49’da da, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucunda sözleşme yapan kimsenin iptal hakkı bulunduğu açıkça vazedilmiştir. Ayrıca “sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü ve iptal edilebilirliği” başlığı altında düzenlenen § 83 ilâ 88 arasındaki paragraflarda, söz konusu hükümsüzlük halleri açıkça tanımlanmıştır. § 83’de, kesin hükümsüz bir sözleşmenin, butlan açıklamasında bulunulmasına gerek kalmaksızın, hiç kurulmamış gibi kabul edileceği belirtildikten sonra; § 85’de, iptal edilebilir bir sözleşmenin, iptale yetkili tarafça iptal açıklamasında bulunulana kadar geçerli bir sözleşme olarak hükümlerini doğurduğu öngörülmüş ve ikinci fıkrada, özellikle feragat veya zamanaşımı (*Verjährung*) ya da icazet gibi nedenlerle iptal hakkının düşmesi halinde, sözleşmenin geçerli olmaya devam edeceği ifade edilmiştir. Ayrıca belirtmelidir ki, § 86-88’de, sözleşmenin geçersizliği halinde daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesine ilişkin ortak tasfiye hükümleri öngörülmüştür.

1871 tarihli tasarıda ise¹³²², eski tasarıdaki anlayış terkedilerek, m. 33’de esaslı yanılmanın sonucunun iptal edilebilirlik (*Ein Vertrag kann... angefochten werden*) olduğu belirtilmiştir. Böylece hukuki sonuç açısından aldatma (m. 41) ve korkutma (m. 43) halleriyle paralellik sağlanmıştır. Öte yandan, kesin hükümsüzlük ile iptal edilebilirlik yaptırımları arasındaki ayrımla birlikte, ortak tasfiye rejimi de aynı şekilde korunmuştur (m. 84-89). Ayrıca, m. 48’de sözleşmenin iptalinin dava yoluyla

¹³²¹ İsviçre Borçlar Kanunu’na ilişkin eski tasarı metinleri, *Urs Fasel*’in Ticaret ve Borçlar Hukukuna ilişkin hazırlık çalışmalarını ve tasarı metinlerini toplu olarak yayınladığı eserinden temin edilmiştir. 1896 tasarısının ilgili maddeleri için bkz. Urs Fasel, **Handels- und obligationsrechtliche Materialien**, Bern / Stuttgart / Wien: Peter Haupt, 2000, s. 519 vd. İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki yanılma hükümlerinin tarihi gelişimi ve kanunlaşma süreci için ayrıca bkz. Fick, **a.g.e.**, s. 617 vd.

¹³²² Fasel, **a.g.e.**, s. 560 vd.

gerçekleştirileceği düzenlenerek, hem iptal hakkı hem de tazminat talebi, yanılma ve aldatmanın öğrenilmesinden (ve korkutmanın etkisinin sona ermesinden) itibaren bir yıllık zamanaşımına bağlanmıştır.

1875 ve 1877 tarihli tasarılar¹³²³ da aynı hükümler yer almaktadır (m. 30-48, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik ayrımı ve tasfiye rejimi için m. 78-83). 1879 tarihli tasarıda ise¹³²⁴, irade bozuklukları konusunda önceki metinlere nazaran köklü bir değişikliğe gidilmiştir. Bunlardan en önemlisi, von Wyss tarafından önerilen, sözleşmenin irade bozukluğundan etkilenen taraf için “bağlamazlığı” (*einseitige Unverbindlichkeit*) kavramıdır¹³²⁵. Bu öneri kabul edilmiş ve yanılma (m. 22 vd.), aldatma (m. 30, 31) ve korkutma (m. 32, 33) hallerinin hepsi için geçerli olacak şekilde, iptal edilebilirliğin (*Anfechtung*) yerini bağlamazlık kavramı almıştır. Madde 35’de eski tasarıların aksine, irade bozukluğundan etkilenen tarafın, bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığı kararını mahkeme ya da mahkeme dışı yoldan açıklamaması veya ifa ettiği edimin iadesini talep etmemesi halinde sözleşmeye icazet vermiş sayılacağı kabul edilmiştir. Öte yandan, sözleşmenin geçersizliği halinde uygulanacak ortak tasfiye hükümlerinin dahil olduğu, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik ayrımına ilişkin hükümler de bu tasarıya dahil edilmemiştir.

1881 tarihli eOR’da (m. 18-28) da, 1879 tarihli tasarıdaki hükümler hemen hemen aynı şekilde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra *Eugen Huber* önderliğinde gerçekleşen, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun Medeni Kanun ile uyumlaştırma ve revizyonu amacıyla yeniden kanunlaştırılması çalışmalarında, *Béguelin* tarafından, yakın zamanlarda yürürlüğe giren BGB’de irade bozuklukları için iptal edilebilirlik sonucunun benimsendiğine (§ 119, 123, 142) de dikkat çekilerek, bu yönde değişiklik yapılması yönünde önerge verilmişse de, 1908 tarihli Uzmanlar Komisyonu tarafından bu önerge reddedilmiştir¹³²⁶.

¹³²³ Fasel, **a.g.e.**, s. 705 vd., 871 vd.

¹³²⁴ Fasel, **a.g.e.**, s. 1054 vd.

¹³²⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 366.

¹³²⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 367; Gauch, **Picasso**, s. 157; Henrici, **a.g.e.**, s. 163 vd.

2. Doktrindeki Görüşler

a. Geçersizlik Görüşü (Düzelebilir Hükümsüzlük)

Bu görüşe göre, esaslı yanılmanın varlığı halinde, sözleşme her iki taraf için de başlangıçtan itibaren hükümsüzdür. Dolayısıyla, iptal hakkının kullanılmasına ya da sözleşmenin onanmasına kadarki askı sürecinde, taraflar için herhangi bir hak ya da borç doğmamaktadır. Ancak burada kesin bir hükümsüzlük değil, düzelebilir bir hükümsüzlük söz konusudur. Buna göre, yanılan, sözleşmeyi onarsa ya da süresi içinde iptal hakkını kullanmazsa, sözleşme geriye etkili olarak kurulduğu andan itibaren geçerli olacaktır¹³²⁷. Bu aynı zamanda, sözleşmenin geçerliliğinin geciktirici şarta bağlı olduğu anlamına da gelmektedir¹³²⁸. Öte yandan, yanılanın sözleşmeyi iptal etmesi halinde ise, söz konusu hükümsüzlük kesinleşecektir. İptal hakkı kullanılmadığı sürece hâkim, bu hükümsüzlüğü re'sen dikkate alamayacağı gibi¹³²⁹, gerek karşı tarafın gerekse üçüncü kişilerin bu yönde bir itirazda bulunma imkanları yoktur. Şu halde bu görüşe göre, “tek taraflı bağlamazlık” ibaresinden anlaşılması gereken, sözleşmenin hükümsüzlüğünü sadece yanılanın ileri sürebilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, karşı tarafın hükümsüzlüğe dayanma imkanı bulunmamakta; o, yanılanın sözleşmeyi iptal etmesini beklemek durumundadır¹³³⁰.

Bu görüşteki yazarların birçoğunun şu argümanlara dayandığı görülmektedir: Öncelikle, kanundaki yanılma hükümlerinin yapısından ve ifade tarzından

¹³²⁷ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 890 vd., 927; Gauch, **Picasso**, s. 157 vd.; Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 188; Gauch, **Vertrag und Parteiwille**, s. 355 vd.; Henrici, **a.g.e.**, s. 156 vd.; Fick, **a.g.e.**, s. 617 vd.; Roland Hürlimann, **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR**, Freiburg: Universitätsverlag, 1984, s. 96; Önen, **a.g.e.**, s. 61; Kaniti, **Defi**, s. 53; Nomer, **BG**, N. 58; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 594; Burcuoğlu, **Karar**, s. 101, 102; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 196; Reisoğlu, **BG**, s. 129, 130; Kurşat, **a.g.e.**, s. 65; Bilge Umar, “İsviçre - Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hâkimin Rolü”, **İÜHF**, C. XXXIII, S. 3-4, s. 228-247, s. 232, 233; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 432, 433 (ancak belirtelim ki, yazar, *de lege ferenda* tüm irade bozuklukları için iptal teorisini savunmakla birlikte, *de lege lata* düzelebilir hükümsüzlük görüşünü benimsemektedir); Mustafa Arıkan / Mehmet Deniz, “6098 Sayılı TBK’da Sözleşme İle Bağlı Olmama Kavramı ve Üst Süre Sınırlandırılması Sorunu”, **TAAD**, Yıl: 4, S. 12, Ocak 2013, s. 151-160, s. 156, 157.

¹³²⁸ Bu durum, sözleşmenin başlangıçtaki geçersizliğinin, sözleşmenin onanması yönünde bozucu bir şarta bağlı olduğu şeklinde de ifade edilebilir (bkz. Gauch, **Sachgewährleistung**, s. 188).

¹³²⁹ Bu konuda doktrinde fikir birliği bulunmadığını belirtmekle birlikte, ilgili tartışmayı iptal hakkının özellikleri başlığı altında aktarmayı tercih ediyoruz. Bkz. aş. 3. Bölüm, II, B.

¹³³⁰ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 893. Bu görüşte iptal hakkının geriye etkili olmasının pratik önemi yoktur; zira sözleşme zaten başlangıçtan beri hükümsüzdür (aynı yönde bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 68).

sözleşmenin başlangıçta hükümsüz olduğu anlamı çıkmaktadır. Dolayısıyla, kanunda işaret edilen sözleşmenin bağlamazlığı ibaresinden anlaşılması gereken, sözleşmenin başlangıçtaki (düzelebilir) hükümsüzlüğüdür¹³³¹. İkinci bir argüman olarak da, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun hazırlık çalışmalarında iptal teorisi lehine verilen önerinin Uzmanlar Komisyonu tarafından reddedilmiş olmasına işaret edilerek, kanun koyucunun iradesinin geçersizlik görüşü yönünde olduğu ileri sürülmektedir¹³³². Yine bu argümana ek olarak, OR m. 23’un ifade tarzının, von Wyss tarafından teklif edilen bağlamazlık yaptırımının kabul edildiği eOR m. 18 ile aynı olmasının bu görüşü destekler nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹³³³. Bu noktada önemle belirtelim ki, bugün itibarıyla bu görüşün doktrinde azınlıkta kaldığını söylemek mümkün olmakla birlikte, içtihat açısından duruma baktığımızda farklı bir durumla karşılaşmaktayız. Özellikle 1988 tarihli “*Picasso* kararında” konuyu ayrıntılı şekilde inceleyen Federal Mahkeme, yukarıdaki argümanları da tekrar ederek, açıkça iptal teorisini reddetmiş ve sözleşmenin bağlamazlığının, geçersizlik teorisi çerçevesinde anlaşılması gerektiği yönünde karar vermiştir¹³³⁴.

Yargıtay kararlarına bakıldığında ise, durumun bu kadar net olmadığı görülmektedir. Zira tespit edebildiğimiz kadarıyla, Mahkeme’nin herhangi bir görüşü açıkça kabul ettiği ya da reddettiği kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bazı

¹³³¹ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 890 vd.; *Bucher* ise, bu görüşte olmamasına karşın, kanun koyucunun ifade tarzından bu görüşe daha yakın olduğunu ifade etmektedir (bkz. *Bucher*, **AT**, s. 210).

¹³³² Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 897; Henrici, **a.g.e.**, s. 69, 156 vd.; Fick, **a.g.e.**, s. 649; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 433.

¹³³³ Gauch, **Picasso**, s. 157.

¹³³⁴ BGE 114 II 131 (ancak kararda, geçersizliğin her iki taraf açısından mı söz konusu olduğu, yoksa bölünmüş geçersizliğin mi kabul edilmesi gerektiği açık bırakılmıştır. Bu yönde diğer bir karar için bkz. BGE 137 III 243; açık olmamakla birlikte bkz. BGE 132 III 242, bger.ch). Bununla birlikte, Mahkeme’nin bazı kararlarında yanılanın (ya da aldatılanın) sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının iptal teorisini çağrıştıracak tarzda “*Anfechtung*” (iptal hakkı) olarak ifade edildiği de görülmektedir. Ancak bu kararlarda geçersizliğin niteliği konusunda herhangi bir açıklama yapılmadığından, bu kararlardan iptal teorisi lehine bir görüş çıkarmak mümkün değildir (bkz. BGE 127 III 83 vd.; BGE 109 II 319; BGE 108 II 102, bger.ch).

kararlarda iptal görüşü¹³³⁵, bazı kararlarda bölünmüş geçersizlik görüşü¹³³⁶ lehine anlaşılmaya müsait ifadeler kullanılmış olsa da, Mahkeme'nin geçersizlik (düzelebilir hükümsüzlük) görüşüne yakın olduğu söylenebilir¹³³⁷. Ancak tekrar altını çizelim ki, şu an için Yargıtay'ın belirli bir görüşü benimsediği yönünde sonuca varmak imkanı yoktur.

b. Bölünmüş Geçersizlik Görüşü

Bölünmüş geçersizlik görüşünde¹³³⁸, esaslı yanılmayla kurulmuş sözleşmenin geçerliliği, taraflar açısından farklı şekilde değerlendirilmektedir. Buna göre,

¹³³⁵ Yargıtay'ın birçok kararında hemen hemen aynı şekilde şu cümle yer almaktadır: “*Bu koşulların varlığı halinde hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırılabılır ve verdiği şeyi geri isteyebilir*” (Y. 1. HD., 22.9.2011, E. 2011/5882, K. 2011/9294; Y. 1. HD., 16.6.2010, E. 2010/5112, K. 2010/7027; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470; Y. 1. HD., 20.1.2003, E. 2002/14594, K. 2003/554; Y. 1. HD., 26.9.2002, E. 2005/8483, K. 2002/10037; Y. 1. HD., 28.3.2001, E. 2001/3500, K. 2001/3680, Y. 1. HD., 13.10.1998, E. 1998/8883, K. 1998/10883, Y. 1. HD., 22.6.1998, E. 1998/7456, K. 1998/7785; Y. 1. HD., 2.7.2015, E. 2014/8891, K. 2015/9631; Y. 1. HD., 1.11.2012, E. 2012/6919, K. 2012/12108; Y. 1. HD., 23.9.2003, E. 2003/7215, K. 2003/9410; Y. 1. HD., 9.7.2003, E. 2003/7613, K. 2003/8385; Y. 1. HD., 1.11.2012, E. 2012/6919, K. 2012/12108, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Mahkeme'nin bu ifadesini iptal görüşü çerçevesinde yorumlamak ihtimal dahilinde olsa dahi (bu görüşte bkz. Nomer, **BG**, N. 58; zorlama bir yorum olduğunu kabul etmekle birlikte, yine de iptal görüşü lehinde anlaşılabileceği görüşünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 433), bize öyle geliyor ki, bu kararlarda geçen “iptal hakkı” ve “hukuki ilişkiyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmak” şeklindeki ibarelerden, doğrudan bu yönde bir çıkarım yapılması mümkün değildir. Zira anılan kararların hiçbirinde, sözleşmenin başlangıçta her iki taraf için de hükümlerini doğurduğu ve fakat iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte geriye etkili olarak kesin hükümsüz hale geldiği şeklinde anlaşılabilecek bir hukuki tespit yapılmamış; kısacası kararda iptal görüşünün karakteristik özelliklerine işaret edilmemiştir.

¹³³⁶ Y. 14. HD., 1.11.2010, E. 2010/10652, K. 2010/11766: “*Tarafların karşılıklı beyanları birbirine uyduğu halde beyanları ile iç iradeleri arasında istenilmeyerek meydana gelmiş bir uygunsuzluk meydana gelmiştir. Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf o akit ile bağlı sayılmaz ancak sözleşme diğer taraf için bağlayıcıdır*” (aynı yönde bkz. Y. 1. HD., 20.1.2003, E. 2002/14594, K. 2003/554, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ancak hemen belirtelim ki, söz konusu kararlarda zikredilen, sadece yanılan tarafın sözleşmeyle bağlı olmayacağı şeklindeki ifade, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürme imkanının yalnız yanılarda olduğu yönünde de anlaşılmaya müsaittir. Keza aşağıda aktaracağımız üzere iptal görüşünü savunan bazı yazarlar da, bu ifadeden, sözleşmenin akıbetinin yanılanın kararına bırakıldığı (onun dilerse sözleşmeyi iptal edebileceği, dilerse onayabileceği) anlamını çıkarmaktadırlar. Dolayısıyla, bu ifadenin de hem geçersizlik görüşü hem de iptal görüşü bağlamında yorumlanabilmesi ihtimal dahilindedir.

¹³³⁷ YHGK., 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143 (“*Buna göre hatanın neticesi, taliki şarta bağlı sıhhattir ve hata edene tanınan inşai hakkın, bir sene zarfında kullanılması gerekir*”); Y. 1. HD., 27.11.1973, E. 1972/10340, K. 1973/8984 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 2. HD., 22.6.1999, E. 1999/4651, K. 1999/7196 (Günay, **a.g.e.**, m. 30 s. 203); Y. 1. HD., 27.11.1973, E. 1973/10340, K. 1973/8984; Y. 1. HD., 3.7.1992, E. 1992/7955, K. 1992/8914 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 64, 100).

¹³³⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 329, 338 ve orada dn. 37a; von Tuhr, **BG**, s. 302; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 118; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 452, 453; Güral, **a.g.e.**, s. 37, 197; Kaneti, **Tahvil**, s. 132; Tahir Çağa, “Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malül Sözleşmelerde Fesih Beyanı ve Bunun Süresi”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1 (1981), S. 1, s. 39-49, s. 39 ve orada dn. 4; Kevork Acemoğlu, “İrade Bozuklukları Yüzünden

sözleşme, yanılan açısından başlangıçtan itibaren geçersiz; buna karşın, diğer taraf açısından başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak, sözleşmenin hükümsüzlük açısından bu bölünmüşlüğü, yanılanın sözleşmeyi iptaline ya da onamasına kadarki süreç için geçerlidir. Yanılan sözleşmeyi onadığı takdirde, artık sözleşme kurulduğu andan itibaren her iki taraf için de geçerli hale gelecek; sözleşmenin iptali durumunda ise, her iki taraf için de kesin hükümsüz olacaktır. Şu halde denilebilir ki, esaslı yanılma içeren sözleşme, yanılan açısından düzelebilir hükümsüz, diğer taraf bakımındansa bozulabilir geçerlilik halindedir¹³³⁹. Bu bağlamda, sözleşmenin henüz iptal edilmediği ya da sözleşmeye icazet verilmediği dönemde, iki taraflı sözleşmelerde diğer taraf açısından sözleşmenin kurucu etkisi (*Gestaltungswirkung*) gerçekleşirken; diğer bir ifadeyle, bu kimse için borç (edim yükümü) doğmuşken; yanılan açısından bu etki söz konusu olmadığından, onun herhangi bir edim yükümü bulunmamaktadır.

Bu görüşün temelinde, sözleşmeyi meydana getiren irade açıklamalarını ayrı ayrı değerlendirmek ve bünyesinde bozukluk (yanılma) olanı geçersiz saymak; bozukluk olmayanı ise geçerli saymak yönünde bir anlayışın bulunduğu söylenebilir¹³⁴⁰. Bu görüş, esas olarak 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında da önemli katkıları bulunan von Wyss'e dayanmaktadır. Yazar, irade bozukluğundan etkilenen bir tarafın irade açıklamasını, fiil ehliyeti bulunmayan (sınırlı ehliyetsiz) bir kimsenin yaptığı açıklamaya benzetmektedir. Böylece, kaynağını Roma hukukunda bulan topal işlemlerle aynı hukuki sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucunda da, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir taraf (yanılanın) borç altına girmezken, diğer taraf için sözleşme bağlayıcı olmakta ve dolayısıyla borç doğmaktadır. Eğer yanılan, sözleşmenin kendisi için de borç doğurmasını (bağlayıcı olmasını) istiyorsa, tıpkı küçüğün ya da kısıtlının kanuni temsilcisi gibi sözleşmeye icazet vermelidir¹³⁴¹.

Sözleşme ile Bağlı Kalmak İstemediğini Bildirme Bir Üst Süre ile Sınırlandırılmış Mıdır?’, **İÜHFM**, C. XXX, S. 3-4, 1964, s. 915-920, s. 915.

¹³³⁹ Bu geçersizlik türünde, kullanılan iptal hakkı, yanılan için gerçek olmayan anlamda bir iptal hakkının; diğer taraf açısından ise gerçek anlamda bir iptal hakkının sonuçlarını doğurmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 429 dn. 103).

¹³⁴⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 371, 374 (yazar, bu argümanı asıl geçersizlik teorisi için öne sürse de, kanaatimizce, bu argüman bölünmüş geçersizlik için daha çok anlam ifade etmektedir); Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 900.

¹³⁴¹ Bu görüşü şu yazarlar vasıtasıyla aktarıyoruz: Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 371, 372; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 23 dn. 10; Henrici, **a.g.e.**, s. 69 vd. Yazarla aynı görüşte olan von

c. İptal Görüşü (Bozulabilir Geçerlilik)

İsviçre-Türk hukukunda bugün itibariyle doktrinde baskın olan iptal görüşüne göre¹³⁴², irade bozukluğuna rağmen sözleşme başlangıçtan itibaren iki taraf için de hükümlerini doğurmaktadır. Başka bir deyişle, geçerlilik şartının eksikliğine rağmen, hak ve borçlar doğmakta, iki taraf da sözleşmeyle bağlı olmaktadır. Ancak bu geçerlilik kesin bir geçerlilik değil, yanılanın süresi içinde kullanacağı iptal hakkıyla geriye etkili (*ex tunc*) şekilde ortadan kaldırılabileceği bozulabilir bir geçerliliktir. Diğer bir ifadeyle, bu görüşe göre sözleşmenin geçerliliği bozucu şarta bağlıdır. Bu şart, yanılanın iptal açıklamasının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte gerçekleşmekte ve sözleşme başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz hale gelmektedir. İptal hakkının süresi içinde kullanılmaması ya da yanılan tarafından sözleşmeye icazet verilmesi halinde ise, sözleşme (yanılma gerekçesiyle) bir daha sona ermeyecek şekilde geçerli kalmaya devam edecektir.

Bu görüşün benimsenmesi halinde, kanundaki “*esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz*” (tek taraflı bağlamazlık) hükmü, doktrindeki bir fikre göre¹³⁴³, sözleşmenin sona erdirilip erdirilmemesinin iptal hakkı sahibinin kararına bağlı olması şeklinde anlaşılmalıdır. Buna göre, tek taraflı bağlamazlıktan kasıt, sözleşmenin başlangıçta taraflardan birisi ya da her ikisi için de hükümlerini doğurmaması değil, askı durumunun çözüme kavuşturulmasının; diğer bir ifadeyle sözleşmenin akıbetinin yanılanın iptal ya da icazetine bağlı olmasıdır. Diğer bir fikre göre ise¹³⁴⁴, tek taraflılık ve bağlamazlık kavramlarını ayrı ayrı ele almak gerekir. Buna

Tuhr / Peter ise, şu farka dikkat çekmektedir: Fiil ehliyetinin eksik olduğu (ZGB m. 410) hallerde, hâkim bu durumu hakkın doğumunu engelleyen bir olgu olarak görevi gereği dikkate alırken; irade bozukluğunu, sadece bu durumdan etkilenen taraf ileri sürebilir (von Tuhr / Peter, *a.g.e.*, s. 330).

¹³⁴² Schmidlin, *BerKomm*, Art. 23-24 N. 379, Art. 31 N. 86; von Büren, *a.g.e.*, s. 224; Bucher, *AT*, s. 210, 214; Koller, *AT*, § 14 N.118, 274; Guhl / Koller, *a.g.e.*, § 16 N. 21; Schwenzer, *BasKomm*, Art. 23 N. 10; Kramer, *BerKomm*, Art. 1 N. 133; Reiser, *a.g.e.*, N. 44; Goltz, *a.g.e.*, s. 86; Huguenin, *AT*, N. 564, 566; Koller, *AT*, § 14 N. 118, 267; Bachmann, *a.g.e.*, s. 92; Wiegand, *Picasso*, s. 110; Saymen / Elbir, *a.g.e.*, s. 149; Schwarz, *BG*, s. 313 (yazar, yürürlükteki hukuk açısından düzelebilir hükümsüzlüğü; ancak olması gereken hukuk açısından ise iptal görüşünü savunmaktadır); Eren, *BG*, s. 427; Kılıçoğlu, *BG*, s. 261; Buz, *İrade Sakatlığı*, s. 309; Piotet, *a.g.m.*, s. 211; Başpınar, *a.g.e.*, s. 22; Yıldırım, *Hile*, s. 226; Mustafa Tiftik, “Borç Sözleşmelerinin İptali”, *BATİDER*, C. XXIII, S. 3, Haziran 2006, s. 53-97, s. 68; Ersin Sarıgöller, “İrade Sakatlıklarının Sonuçları”, *Adalet Dergisi*, C. 1-3, S.1, Ocak-Şubat 1987, s. 23-41, s. 28; Altunkaya, *a.g.e.*, s. 86.

¹³⁴³ Bucher, *AT*, s. 211 (hatta yazar, bu kavramın “tek taraflı iptal edilebilirlik” olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindedir. *A.g.e.*); Huguenin, *Vertragsmängel*, s. 23; Reiser, *a.g.e.*, N. 44; Eren, *BG*, s. 427.

¹³⁴⁴ Schmidlin, *BerKomm*, Art. 23-24 N. 381, 386.

göre “tek taraflılık”, tıpkı önceki fikirdeki gibi, sözleşmeyi iptale yetkili olan tarafın sadece yanılan olmasına işaret eder. Öte yandan “bağlamazlık” kavramı ise, sözleşmenin iptal edildiği andan itibaren (geriye etkili olarak) ortaya çıkan hukuki sonucu ifade etmektedir. Yani yanılanın sözleşmeyle bağlı olmaması, iptal hakkının kullanılmasından sonraki hukuki duruma gönderme yapmaktadır. Bu sonuca, TBK m. 30 (OR m. 23) ve TBK m. 39’un (OR m. 31) birlikte okunması suretiyle şu şekilde ulaşılır: Sözleşme, esaslı yanılmaya düşen tarafın bir yıl içinde karşı tarafa sözleşme ile bağlı olmak istemediğini açıklamasıyla (ya da yerine getirdiği edimi geri talep etmesiyle) birlikte, iki taraf için de bağlamaz hale gelecektir. Dolayısıyla, kanun koyucu, yanılanın geriye etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırması anına kadarki hukuki durumun ne olduğuna ilişkin bir şey söylemediği gibi, bunu söylemesine gerek de yoktur. Zira esaslı yanılmanın sonuçları, ancak yanılanın harekete geçerek sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırdığı ya da bu hakkından feragat ettiği (sözleşmeyi onadığı) andan itibaren önem taşır¹³⁴⁵.

Son olarak belirtelim ki, Alman hukukunda bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Zira iptal görüşü (gerçek anlamda iptal hakkı, *Anfechtung*) bu sistemde kanuni bir düzenlemeye (§ 142 BGB) dayanmaktadır¹³⁴⁶.

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

İsviçre-Türk hukukunda üzerinde uzlaşma bulunmayan ve hâlâ da tartışmalı olduğu görülen yanılma kurumuna (hatta daha doğru bir deyişle, irade bozukluklarına) ilişkin bir diğer konu da, yanılma sonucu yapılan sözleşmenin, kuruluşu ile iptali (veya onanması) arasındaki süreçte nasıl bir hükümsüzlüğe tabi olduğudur.

Bu doğrultuda öne sürülen bölünmüş geçersizlik görüşünden başlarsak, birçok yazar tarafından da işaret edildiği üzere, bu görüşün özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin hukuki yapısıyla bağdaşmadığı görülecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu görüşe göre, sözleşme bir taraf için hükümlerini doğururken karşı taraf için doğurmamaktadır. Oysaki tarafların irade açıklamalarının uyuşması sonucu ortaya çıkan kurucu etkinin (*Gestaltungswirkung*), bir tarafın hataya düşmesi nedeniyle

¹³⁴⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 382, 383.

¹³⁴⁶ Alman hukukunda iptal hakkına ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Flume, **AT**, s. 557; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 138; Bork, **a.g.e.**, N. 902 vd.; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 594; Brox / Walker, **AT**, N. 438 vd.

bölünmesi hukuk tekniği açısından kabul edilemez. Zira uyuşmadan kaynaklanan bu sonuç, ya iki taraf için vardır ya da iki taraf için yoktur¹³⁴⁷. Kaldı ki, bu görüş kabul edilirse, tam iki taraflı sözleşmelerde *sinallagma* ilişkisinin izahı da güçleşecektir. Öte yandan, bu görüşün tasarruf işlemlerinde kabul edilmeyecek garip sonuçlar doğuracağı da görülmektedir. Bir örnekle somutlaştırsak; alacağını B'ye devretmek isteyen A, söz konusu tasarruf sözleşmesini esaslı yanılmanın etkisiyle yapmıştır. Bu görüş ekseninde, sözleşme A bakımından hükümsüz olduğundan, söz konusu alacak onun malvarlığından çıkmamıştır. Öte taraftan, bu sözleşme B için hükümlerini doğurduğundan, alacak onun malvarlığına dahil olmuştur. Dolayısıyla, bir taraftan A'nın alacağı devretmediği; diğer taraftan aynı alacağı B'nin devralmış olduğu gibi izahı güç bir durum ortaya çıkmaktadır¹³⁴⁸. Şu halde, hem hukuk dogmatiğiyle bağdaşmaması hem de pratik sonuçları nedeniyle, bu görüşün savunulabilir bir yanı bulunmamaktadır. Yanılanı (genel olarak ifade edersek irade bozukluğundan etkilenen tarafı) korumak adına bu tür bir konstrüksiyona başvurma hiçbir gereği yoktur.

Doktrinde, geçersizlik görüşüne (düzelebilir hükümsüzlük görüşüne) ilişkin de çeşitli eleştirilerin bulunduğu görülmektedir. İptal görüşünü savunan yazarların bu konuda ileri sürdüğü düşünceler aynı zamanda kendi görüşleri için de gerekçe niteliğindedir. Dolayısıyla iki görüşü bir arada değerlendirmek daha uygun olacaktır. Ancak öncesinde belirtelim ki, bize göre de iptal görüşü (teorisi), gerek taraflar arasındaki menfaatler dengesi gerekse yanılma kurumunun yapısı bakımından en uygun görüştür. Nitekim modern hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda da bu görüş benimsenmektedir¹³⁴⁹.

¹³⁴⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 377; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 900; Koller, **AT**, § 14 N. 273; Huguenin, **AT**, N. 571; Reiser, **a.g.e.**, N. 45.

¹³⁴⁸ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 900; Huguenin, **AT**, N. 571; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 430. Hatta bu görüş çerçevesinde, sözleşmenin iptalinden önce edimler ifa edilmişse, sebepsiz zenginleşme talebine ilişkin zamanaşımı, yanılan açısından edimin ifa edildiği andan itibaren; karşı taraf açısından ise iptal hakkının kullanıldığı andan itibaren başlayacaktır. Zira yanılanın yerine getirdiği edim, geçersiz sebebe dayanan zenginleşme; karşı tarafın ifa ettiği edim ise, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan bir zenginleşme teşkil edecektir (Reiser, **a.g.e.**, N. 41).

¹³⁴⁹ Örneğin Alman hukuku (§ 142 BGB), İtalyan hukuku (CCit m. 1428, 1441), Avusturya Hukuku (§ 871, 877 ABGB), Rus Medeni Kanunu (m. 178/1) ve Hollanda Medeni Kanunu (BW m. 6:228) gibi hukuk sistemlerinde, irade bozukluklarına sözleşmenin iptal edilebilirliği sonucu (gerçek anlamda iptal hakkı) bağlanmaktadır; yani sözleşmenin başlangıçta hükümlerini doğurduğu, ancak iptal hakkı ile birlikte geriye etkili olarak sona erdirilebileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Kramer, **Irrtum**, N. 95 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Vorbem. Art. 23-27 N. 80 vd.

İlk olarak, geçersizlik görüşünün ileri sürdüğü, kanundaki yanılmaya ilişkin hükümlerden ve ifade tarzından hareketle “bağlamazlık” kavramının sözleşmenin başlangıçta hükümsüz olduğu şeklinde anlaşılmaya daha müsait olduğu yönündeki düşüncenin, sanıldığı kadar sağlam temelleri olmadığı görülmektedir. Bir kere, kanun, hükümlerinin sadece lafzından hareketle uygulanmasını öngören bir metin olmadığı gibi (TMK m. 1/1), belirli bir teoriyi takip eden bir hukuk kitabı da değildir¹³⁵⁰. Kaldı ki, kanundaki ifadeler açık şekilde formüle edilmediğinden, “bağlamazlık” kavramını iptal görüşündeki yazarlar gibi yorumlamak da pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla, irade bozukluklarına ilişkin hükümlerden, sakat sözleşmenin geçerliliğinin hangi görüşe uygun olduğu yönünde bir sonuca varılamaz. Şu halde, TBK m. 30 vd. (OR m. 23 vd) hükümlerinden elde edebildiğimiz kesin ve en önemli sonuç, yanılanın, belirli şartların (esaslı yanılmanın) varlığı halinde, yanılmayı öğrenmesinden itibaren dilerse sözleşmeye aynı şekilde devam edebileceği, dilerse sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini karşı tarafa açıklayarak sözleşme ilişkisini (geriye etkili olarak) sona erdirebileceğidir. Daha fazla bir şey söylenmesine gerek de yoktur¹³⁵¹. Bu nedenle, tartışılması gereken, hangi görüşün kanun açısından doğru ya da yanlış olduğu değil, sonuçları ve menfaatler durumuna olan etkileri bakımından yerinde olup olmadığıdır¹³⁵². Bu tartışmanın, kavram (kanun) hukukçuluğu ile menfaat değerlendirme hukukçuluğu arasındaki perspektif farklılığını çağrıştırması boşuna değildir¹³⁵³.

Öte yandan, İsviçre Borçlar Kanunu’nun hazırlık çalışmalarında iptal görüşünün reddedilmiş olması nedeniyle, kanun koyucunun iradesinin geçersizlik görüşü yönünde olduğu ifade edilmiştir. Kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu kabul etsek dahi, bu sefer de sonuna hukuki bir ünlemin ekleneceği “ya sonra?” sorusu akla takılacaktır. Bu sorunun cevabı, kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında kanun koyucunun subjektif iradesinin sadece bir başlangıç olabileceği, ancak son sözü söyleyemeyeceğidir. Nitekim yürürlüğe giren bir hüküm, artık kanun koyucunun iradesinden kopmakta ve deyim yerindeyse, yaşayan bir

¹³⁵⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 381; Wiegand, **Picasso**, s. 110.

¹³⁵¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 381.

¹³⁵² Wiegand, **Picasso**, s. 110; Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 307.

¹³⁵³ Kavram hukukçuluğu ve menfaat değerlendirme hukukçuluğu arasındaki yöntem farklılıkları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 112 vd.; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 51 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 123 vd.; Serozan, **Yasacılık ve Hukukçuluk**, s. 106-108.

hukuki organizmaya dönüşmektedir. Öyle ki, söz konusu hüküm doğduğu andaki sabit kalıplara göre değil; hayat pratikleri, günün ihtiyaçları ve somut hukuki ilişkideki menfaat çatışması gibi parametreler dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, yanılma hükümlerini amaçsal ve objektif-zamana uygun yorum yöntemleriyle anlamlandırmak gerekir. Özetle, tarihsel olarak neyin istenmiş olduğuna değil, “şu an ve burada” hangi görüşün daha yerinde olduğuna odaklanılmalıdır.

Geçersizlik görüşü, yanılma sonucu kurulan sözleşmeye irade ilkesi ekseninde yaklaşmaktadır. Oysaki kendi risk alanında gerçekleşen bir durumu gerekçe gösterip sözleşmeyi çözmek isteyen yanılanın karşısında, sözleşmenin hak ve borç doğurduğuna güvenen ve en az onun kadar korunması gereken bir muhatap bulunmaktadır¹³⁵⁴. Zira daha önce birçok kez tekrarladığımız üzere, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi esas itibarıyla irade ilkesinin bir sonucu olup, İsviçre-Türk hukuku da dahil olmak üzere çoğu hukuk sisteminde, bu ilkenin yanılma kurumuna bıraktığı tarihsel yükün, güven ilkesi vasıtasıyla yumuşatılmaya çalışıldığı görülmektedir¹³⁵⁵. Şu halde, meseleye sözleşmenin hukuki durumu açısından bakarsak, yine aynı ihtiyacın ortaya çıktığını görürüz. Bu bakımdan, nasıl ki sözleşme güven ilkesi çerçevesinde ve irade açıklamalarının karşılıklı uygunluğu sonucu kurulmuşsa, bu ilkenin etkisinin en azından iptal açıklamasına kadar devam etmesi ve böylelikle sözleşmenin hükümlerini doğurması gerekir. Bu çözüm, geçersizlik görüşünde kabul edilenin aksine, menfaatler durumuyla daha çok bağdaşmaktadır¹³⁵⁶. Zira aksi halde, karşı tarafın güveni sonucunda sözleşmenin kurulmuş olmasının

¹³⁵⁴ Muhatabın bu durumu, aldatma ve korkutma hallerindeki aldatan ve korkutan kimseyle karşılaştırıldığında çok daha iyi anlaşılmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, karşı tarafın, aldatılan ya da korkutulanın irade oluşumunu (dolayısıyla sözleşmeyi) hukuka aykırı şekilde etkilediği bu hallerde de iptal görüşünün geçerli olması, yanılmaya daha farklı muamele edilmesi gerektiği yönünde anlaşılmamalıdır. Özellikle aldatma ile yanılma arasındaki sınırın bazı hallerde belirsizleşmesi ve dolayısıyla, iki ayrı irade bozukluğuna ilişkin hükümlerin aynı anda uygulanabilmesi ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, tüm irade bozukluklarının (ve aşırı yararlanmanın) aynı yaptırıma tabi tutulması en sağlıklı çözümdür (bu yönde bkz. Kocayusufoğlu, **BG**, s. 432). Öte yandan, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma hallerinde, (i) mağdur tarafın karşı taraftan tazminat talep edebilmesi, (ii) TBK m. 34/2'nin bu durumlara uygulanamayacak olması ve (iii) aldatma ve korkutma defii gibi imkanların varlığı dikkate alınarak tümel bir değerlendirme yapıldığında, yanılma ile diğer irade bozukluklarının aynı yaptırıma tabi olmalarına rağmen, menfaatler dengesi açısından aynı potaya atılmadıkları rahatlıkla söylenebilecektir.

¹³⁵⁵ Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, II, D.

¹³⁵⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 384, 386 ve Art. 31 N. 52; Reiser, **a.g.e.**, N. 44.

aslında herhangi bir önemi kalmamaktadır¹³⁵⁷. Dolayısıyla, sözleşmenin yanılmaya rağmen geçerli olarak kurulduğunu (hak ve borçların doğduğunu), ancak kanuni süreç içinde geriye etkili olarak kesin hükümsüz hale getirilebileceğini kabul etmek, bizce de en isabetli çözümdür.

Öte yandan, geçersizlik görüşü savunulduğu takdirde, karşı taraf, yanılana teslim ettiği taşınırın ya da tapuda tescil ettirdiği taşınmazın hâlâ maliki olmaya devam edeceğinden, yanılan, zilyet olmasına veya tapu sicilinde malik olarak görünmesine karşın, yanıldığını hiç öğrenmediği takdirde belki de sonsuza kadar malik olamayacaktır¹³⁵⁸. Burada yanılanın tek şansı, olsa olsa kazandırıcı zamanaşımına (TMK m. 712, OR m. 661; TMK m. 777, OR m. 728) göre malın mülkiyetini kazanmaktır¹³⁵⁹.

Bu açıklamalar ışığında özetlemek gerekirse, yanılma kurumunun yapısı ve taraflar arasındaki menfaatler durumu dikkate alındığında, iptal görüşünün birçok açıdan en isabetli görüş olduğu görülmektedir. Şu halde, esaslı yanılma ile kurulmuş bir sözleşme, her iki taraf için de başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak, yanılan yanıldığını öğrenmesinden itibaren bir yıllık süre içinde iptal hakkını kullanırsa, sözleşme geriye etkili olarak kesin şekilde hükümsüz hale gelmektedir.

¹³⁵⁷ Şu halde denilebilir ki, iptal görüşünde, hukuki gerçeklik ile hukuki görünüş arasındaki ayrım, geçersizlik görüşündeki kadar keskin değildir (Huguenin, **AT**, N. 570).

¹³⁵⁸ Hemen belirtelim ki, bu argüman, taşınırlar açısından şu iki önşarttan birisinin varlığına bağlıdır: (i) Taşınır mülkiyetinin devrinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olduğunun kabulü ya da (ii) hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işleminin esaslı yanılma nedeniyle hükümsüz olması. İkinci ihtimalde, ya iki işlem de aynı yanılmadan etkilenmekte ve böylelikle “geçersizlik özdeşliği” ortaya çıkmaktadır (bu kavram için bkz. Rona Serozan, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, **Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 397-412, s. 404 vd.; Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, 3. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, N. 1125; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Medenî Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014, s. 80 vd.) ya da iki işlem de farklı esaslı yanılmalar nedeniyle hükümsüz olmaktadır.

¹³⁵⁹ Wiegand, **Picasso**, s. 110; Schwenger, **BasKomm**, Art. 23 N. 10; Reiser, **a.g.e.**, N. 42; Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 308. Aynı durum, yanılanın taşınırı teslim eden veya taşınmazı devreden taraf olduğu ihtimalde, bu sefer karşı taraf açısından söz konusu olacaktır. Öte yandan, bu argümanın yerinde olmadığını belirten *Kocayusufpaşaoğlu*’na göre (yazarın, söz konusu olasılığı karşı taraf açısından ele aldığını ve fakat yukarıda olaya yanılan açısından baktığımızdan yazarın açıklamalarını buna göre uyarladığımızı belirtelim), yanılanın kazandırıcı zamanaşımına göre malı iktisap edememesi onun açısından herhangi bir dezavantaj yaratmaz. Zira yanılan malik olmasa dahi, en azından zilyettir ve böylelikle hem taşınırlarda (TMK m. 985/1) hem de taşınmazlarda (TMK m. 992/1) mülkiyet karinesine dayanarak korunabilecektir. Yazar ayrıca, üçüncü kişilerin yanılmayı ileri sürerek bu karineyi çürütme imkanları bulunmadığından, söz konusu tehlikenin pratikte önemli bir farklılığa yol açmayacağı düşüncesindedir (*Kocayusufpaşaoğlu*, **BG**, s. 434).

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, iptal görüşü ve geçersizlik görüşü arasındaki tartışma pratik açıdan sanıldığı kadar önem arz etmemektedir. Zira iki görüşe göre de, yanılının iptal hakkını kullanmasıyla birlikte sözleşme, başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz duruma gelmektedir. Burada şu ya da bu görüşün kabul edilmesi daha çok ikincil konularda (yan noktalarda) farklılık yaratır¹³⁶⁰. Bu bağlamda, örneğin sözleşmenin iptalinden sonra gündeme gelecek olan tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirileceği ihtimallerde, zamanaşımının hangi andan itibaren başlayacağı konusu özellik taşımaktadır¹³⁶¹.

B. İptal Hakkının Özellikleri

Esaslı yanılmanın varlığına bağlı olarak, yanılana sözleşmeyi sona erdirebilme imkanı veren iptal hakkı, yarattığı etki bakımından yenilik doğuran bir haktır¹³⁶². Bilindiği üzere, yenilik doğuran haklar, sahibine, tek taraflı bir hukuki işlem ile başkasının hukuk alanına doğrudan müdahale yetkisi veren ve böylelikle yeni bir hukuki durum yaratma imkanı tanıyan haklardır. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte, karşı tarafın rızasına ya da işleme katılmasına gerek kalmaksızın, hukuki sonuçlar doğrudan doğruya gerçekleşmekte; bu bağlamda, bir hukuki ilişkinin kurulması,

¹³⁶⁰ Bucher, **AT**, s. 210; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 369; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 21; Schwenzer, **AT**, N. 39.06; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 434.

¹³⁶¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 398; Schwenzer, **AT**, N. 39.06; Reiser, **a.g.e.**, N. 41; Daniel G. Glasl, **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Ein Beitrag zum vertraglichen Sanktionensystem der Schweiz**, Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1992, s. 242; Huguenin, **AT**, N. 572. Bu konudaki tartışmalar için bkz. aş. 3. Bölüm, III, D, 1, b.

¹³⁶² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 379; Flume, **AT**, s. 559; Schwenzer, **AT**, N. 39.13; Huguenin, **AT**, N. 577; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 22; Koller, **AT**, § 14 N. 284; Reiser, **a.g.e.**, N. 39; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 13; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 592; Kolly, **a.g.e.**, N. 27; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 51, 193; Michael Becker, “Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1988/188, s. 24-68, s. 28; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 435, 436; Eren, **BG**, s. 429; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 118; Tiftik, **İptal**, s. 68; Y. 14. HD., 1.11.2010, E. 2010/10652, K. 2010/11766; YHGK., 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu noktada, iptal hakkının başka bir yenilik doğuran hak olan ve bir ölçüde benzer özellikler gösteren dönme hakkından farklarına da işaret etmek yararlı olacaktır. İptal hakkının kullanıldığı hallerde, sözleşmenin kuruluşunda bir geçerlilik şartı eksikliği söz konusudur ve irade bozukluğundan etkilenen tarafa tanınan hukuki korumanın nedeni, sözleşmenin tam bir irade özerkliğiyle yapılmamış olmasıdır. Hâlbuki dönme hakkının kullanıldığı sözleşme, tam bir irade özerkliğiyle ve geçerli olarak kurulmuş olup, bu hakkın kullanılmasına yol açan sebep ise sözleşmeye aykırılıktır. Diğer bir fark da, iptal hakkı sadece kanunda belirtilen hallerde kullanılacak olmasına karşın, tarafların sözleşmelerinde dönme hakkına ilişkin iradi bir düzenleme öngörmesi mümkündür. Bununla birlikte, kural olarak iptal hakkı her türlü hukuki işlem için kullanılabilirken; dönme hakkı karşılıklı (tam iki tarafa borç yükleyen) sözleşmelerde gündeme gelir. Bu konuda bkz. Serozan, **Dönme**, s. 146, 147; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Tıpkı Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 88, 89; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 17, 18; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 56.

değiştirilmesi veya sona erdirilmesi şeklinde yeni bir hukuki durum ortaya çıkmaktadır¹³⁶³. İptal hakkının, yenilik doğuran hak niteliğinde olmasına da bağlı olan çeşitli özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerin dökümünü şu şekilde yapmak mümkündür:

- Yanılanın sözleşmeyi sona erdirmek için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla kullanılan iptal hakkı, yenilik doğuran bir işlem mahiyetinde olup, hukuki durumun elde edilmesi için bu hakkın mahkeme yoluyla kullanılmasına gerek yoktur¹³⁶⁴. Ancak hiç şüphesiz, iptal hakkının kullanılmasından sonra meydana gelecek olan tasfiye ilişkisi çerçevesinde, yerine getirilen edimlerin iadesine yönelik taleplere uygun davranılmadığı olasılıklarda, mahkemeye (eda davası açılarak) ya da icra organlarına başvurulması gündeme gelecektir¹³⁶⁵.

İptal açıklaması (*Anfechtungserklärung*), karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmakla hukuki sonuçlarını doğurur ve böylece sözleşme kesin şekilde

¹³⁶³ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 57, 65-72; Becker, **a.g.m.**, s. 25, 28; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 555; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 994; Seyfullah Edis / Aydın Zevkliler / Şeref Ertaş / Durmuş Tezcan / Hasan Petek, “Yenilik Doğurucu İşlemden Rücu Etmek Mümkün mü? (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)”, **Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 29-44, s. 37, 38; Harun Demirbaş, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 28. Yenilik doğuran hakkın sahibine tanıdığı bu ayrıcalıklı yetkinin karakteristik özelliği, (talep haklarının aksine) bir hakkın kullanılması ile icra edilmesinin (sonuçlarını doğurmasının) aynı anda gerçekleşmesidir (bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 64, 65; Becker, **a.g.m.**, s. 28).

¹³⁶⁴ Bununla birlikte, yanılanın, söz gelimi kendisine karşı açılan ifa davasında iptal açıklamasında bulunabilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur (Umar, **a.g.m.**, s. 233; Y. 1. HD., 16.6.2010, E. 2010/5112, K. 2010/7027; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 22.5.2002, E. 2002/5716, K. 2002/6504, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y. 1. HD., 23.1.1970, E. 1970/9623, K. 1970/257, Özkaya, **a.g.e.**, s. 64). Öte yandan, bazı özel durumlarda, özellikle Aile Hukukunda, Miras Hukukunda ve Ticaret Hukukunda, iptal hakkının kanun gereğince dava yoluyla kullanılması gerekir. Örneğin evliliğin iptali (TMK m. 149), tanınmanın iptali (TMK m. 297), ölüme bağlı tasarrufların iptali (TMK m. 557), dernek kararlarının iptali (TMK m. 83), anonim şirketin genel kurul kararlarının iptali (TTK m. 445) vb. davalar sıralanabilir.

Öte yandan, karşılaştırmalı hukukta, sözleşmenin kurulmasında yanılmanın dahi iptal davası ile ileri sürülmesini öngören çeşitli hukuk sistemleri mevcuttur. Bu bağlamda, İtalyan Medeni Kanunu (CCit) m. 1442, Fransız Medeni Kanunu (CCfr) m. 1117 (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 25), Rus Medeni Kanunu m. 178/1 ve Yunan Medeni Kanunu m. 154’de, iptal hakkının dava yoluyla kullanılacağı belirtilmektedir (Kramer, **Irrtum**, N. 95 ve orada dn. 448). Avusturya hukukunda ise, bu konu tartışmalı olmakla beraber, hâkim görüş, yanılmanın mahkeme yoluyla ya da açılan davada defi yoluyla ileri sürülmesi gerektiğini savunmaktadır (Kramer, **Irrtum**, N. 95 dn. 451). Buna karşın, hukuk uyumlaştırmasına yönelik metinlere bakıldığında ise, iptal hakkının dava yoluyla değil, karşı tarafa yöneltilecek bir bildirimle (*notice of avoidance*) sonuçlarını doğuracağı kabul edilmektedir (bkz. PECL m. 4:112, PICC m. 3.2.11, DCFR II. – 7:209).

¹³⁶⁵ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 67. Ayrıca belirtelim ki, sözleşmenin iptal edilebilirliği, aynı zamanda eski hale iadeyi amaçlayan ve son kertede denkleştirici adalet düşüncesine dayanan bir yaptırım olarak da işlev görmektedir (Serozan, **Medeni**, N. 23 ve 47).

hükümsüz hale gelir¹³⁶⁶. Bu andan itibaren, karşı tarafın, iptal hakkının sebebi olan yanılmanın esaslılık şartlarını taşımadığı, iptal hakkının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu (TBK m. 34/1) veya bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu yönündeki itirazlarıyla mahkemeye başvurması halinde, hâkimin, iptal hakkının sonuçlarını doğurup doğurmadığı ve sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin vereceği karar tespit hükmünde olacaktır¹³⁶⁷. Hemen işaret edelim ki, karşı taraf mahkemeden ayrıca, yanılmanın edim yükümünü yerine getirmesi talebinde de bulunmuşsa, hâkim, iptal hakkının doğmadığına ilişkin tespit kararına ek olarak yanılanı ifaya mahkum eden bir karar da verebilecektir¹³⁶⁸.

- İptal açıklamasının sonuç doğurabilmesi için, yanılmanın bu açıklamayı TBK m. 39 uyarınca yanılmayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde yapmış olması gerekir. Bu süre, ileride ayrıca inceleyeceğimiz üzere, hak düşürücü niteliktedir¹³⁶⁹. Zira iptal hakkının, kullanılmakla birlikte aynı anda hukuki sonuçlarını (bozucu etkisini) doğurduğu, dolayısıyla herhangi bir talep yetkisi içermediği ve karşı tarafın herhangi bir rızasına ihtiyaç bulunmadığı dikkate alındığında, bu hakkın zamanaşımına değil de hak düşürücü süreye tabi olması gerekir¹³⁷⁰.

Ancak bu bağlamda, bir yıllık hak düşürücü sürenin açıklamanın yöneltilmesi için mi, yoksa karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşması için mi öngörüldüğü tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre¹³⁷¹, iptal hakkının sonuçlarını doğurması için her ne kadar açıklamanın karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmış

¹³⁶⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 172; von Büren, **a.g.e.**, s. 224; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 68; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 15; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 28. Bu bağlamda, örneğin yanılmanın, iptal hakkını tek taraflı bir irade açıklaması ile değil de, mahkeme yoluyla kullanmayı tercih ettiği olasılıkta, dava dilekçesini mahkemeye tevdi etmesi, bu açıklamanın sonuçlarını doğurması için yeterli olmayacaktır. Bunun için, açıklamanın bizzat karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşması gerekir (Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 774).

¹³⁶⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 70; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 183; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 436.

¹³⁶⁸ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 66; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 436.

¹³⁶⁹ Bkz. aş. 3. Bölüm, V, C.

¹³⁷⁰ Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 567; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1069; Erdem, **a.g.e.**, s. 17. Hak düşürücü süre ve zamanaşımı kavramları hakkında ayrıntılı karşılaştırma için bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 25 vd.

¹³⁷¹ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 124; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 28; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 595; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 455; Çağa, **a.g.m.**, s. 48; Kurşat, **a.g.e.**, s. 114; Tiftik, **İptal**, s. 72; Yavuz, **TBK Şerh**, m. 39, s. 397.

olması gerekse de, bir yıllık hak düşürücü süre, sadece bu açıklamanın yöneltilmesi için bir sınır teşkil etmektedir; yoksa açıklamanın bu süre içinde karşı tarafın hâkimiyet alanına varması şart değildir. Şu halde iptal açıklaması, yanılmanın öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde postaya verilmişse, bu iptal açıklaması yanılmanın öğrenilmesinden bir yıl sonra karşı tarafa ulaşmış olsa dahi, iptal hakkı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Öte yandan ikinci görüşe göre¹³⁷², iptal açıklamasının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, sadece bir yıl içinde yöneltilmesi yeterli olmamakta, ayrıca açıklamanın bu süre içinde karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşması da gerekmektedir.

Kanaatimizce ikinci görüş menfaatler dengesi açısından daha yerindedir. Öncelikle belirtelim ki, *Oğuzman / Öz*'ün, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu'nda, Alman hukukunda § 130 BGB'deki gibi, hazır olmayanlar arasında yöneltilmesi gerekli irade açıklamalarının ulaşmadan itibaren hükümlerini doğuracağı yönünde genel bir hüküm olmadığı ve bu nedenle, İsviçre-Türk hukukunda sorunun durumun özelliklerine göre çözülmesi gerektiği görüşüne herhangi bir itirazımız yoktur¹³⁷³. Gerçekten yazarların da belirttiği üzere, şayet somut olayın hal ve şartlarına göre açıklama sahibinin korunması gerekiyorsa, gönderme anının esas alınması amaca uygundur. Ne var ki, yanılma durumunda, kendi risk alanında gerçekleşen bir hadiseye dayanarak sözleşmeyi sona erdirmek isteyen yanılanın değil, asıl çoğu zaman yanılmayı bilmeyen ya da bilmek zorunda olmayan muhatabın korunma ihtiyacının gözetilmesi gerekir. Kaldı ki, ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere, tarafların menfaat durumları ve işlem güvenliği dikkate alındığında, bir yıllık hak düşürücü sürenin, aslında yanılanı gereğinden fazla koruduğu açıktır. Bu nedenle, açıklamanın varmasına kadarki riskleri karşı tarafa değil de yanılana yüklemek gayet anlaşılabilir gerekçelere dayanmaktadır¹³⁷⁴.

¹³⁷² von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 172; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 15; von Tuhr, **BG**, s. 328; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 371; Eren, **BG**, s. 429; Y. 6. HD., 25.2.2010, E. 2009/10994, K. 2010/2082: “İptal bildirimi B.K.nun 31.maddesinde öngörülen bir yıllık süre içerisinde karşı tarafa ulaştırılmalıdır” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³⁷³ Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 74 dn. 106.

¹³⁷⁴ Burada akla gelebilecek bir diğer soru da, bir dava sırasında (söz gelimi ifa davasında) iptal hakkını kullanmayan yanılanın (kuşkusuz bu tartışma diğer irade bozuklukları için de geçerlidir), dava kendi aleyhine sonuçlandıktan ve kesin hüküm verildikten sonra, iptal hakkını kullanma imkanının bulunup bulunmadığıdır. Zira bu soruya verilen olumsuz cevap, hak düşürücü sürenin pratikte dolaylı olarak kısaltılması sonucunu doğurabilecektir. Bu noktada, meselenin usul hukuku yönü

- İptal hakkı, niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem ile kullanıldığından, şayet yanılanın salt iptal açıklamasına ilişkin bir yanılması varsa, bu açıklamanın da yanılma nedeniyle (hiç şüphesiz diğer irade bozuklukları da gündeme gelebilir) iptal edilebilmesi mümkündür¹³⁷⁵. İptal açıklamasının iptaline, TBK m. 30 vd. hükümleri (TMK m. 5'in genel atfı çerçevesinde) kıyasen uygulanacaktır.

İptal açıklamasının iptal edilmesi sonucunda sözleşmedeki hukuki durumun bundan nasıl etkileneceği konusunda, iki ihtimali baştan birbirinden ayırmak gerekir. İlk ihtimalde, yanılan sadece iptal açıklamasını iptal etmekteyken; ikinci

ağır bastığından, sadece konumuzla ilgisi olduğu oranda inceleme yapmakla yetinirsek, ilk olarak şu iki ihtimali birbirinden ayırmak gerekir. Birinci ihtimalde, yanılan kesin hüküm verilene kadar yanıldığını henüz öğrenmemiştir. Bu ihtimalde, dava sonucu yanılanın aleyhine olsa dahi, yanılanın, sonradan yanıldığını öğrenmesi anından itibaren hak düşürücü süreye bağlı kalarak geçerli bir iptal açıklamasında bulunması mümkündür. Burada kesin hüküm verilmiş olması bu imkanı saf dışı bırakmaz (Umar, **a.g.m.**, s. 237, 238; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 331; von Tuhr, **BG**, s. 303;). İkinci ihtimalde ise, yanılan dava sürecinde yanıldığını bilmekte ve fakat buna rağmen iptal hakkını kullanmamaktadır. Burada von Tuhr / Peter, yanıldığını bilmesine rağmen dava süresinde iptal hakkını kullanmayan tarafın sözleşmeye örtülü icazet verdiği görüşündedirler (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 331; aynı görüşte Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 279; Arsebük, **a.g.e.**, s. 443; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 371; Akyol, **BG**, s. 248). Benzer şekilde, Serozan da (gerçi yazar dönme hakkı için açıklama yapmaktadır), bu durumda çoğu zaman, karşı tarafta artık bu hakkın kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven yaratılmakta olduğunu ve böylece söz konusu hakkın maddi hukuk bakımından etkisizleşeceğini belirtmektedir (Serozan, **Dönme**, s. 481). Öte yandan Umar ve Buz'a göre, hak sahibinin (yanılanın) yanılmayı bilmesine rağmen dava boyunca iptal hakkını kullanmaması, şayet bir yıllık hak düşürücü süre henüz geçmemişse, onun kesin hükümden sonra da iptal hakkını kullanabilme imkanını ortadan kaldırmaz. Diğer bir ifadeyle, daha önce ileri sürülmemiş iptal hakkı, kesin hükmün bertaraf edici etkisine takılmamaktadır. Yanılan, dilerse daha sonra da geçerli bir iptal açıklamasında bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Aksi çözüm, kanunen tanınan hak düşürücü sürenin fiilen kısaltılmasına yol açacağından kabul edilmemelidir. Şu halde, iptal hakkının kesin hükümden sonra kullanılmasına ne maddi hukuk ne de usul hukuku yönünden bir engel bulunmaktadır (Umar, **a.g.m.**, s. 238, 239; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 231). Fikrimizce, iki görüşün de haklı olduğu noktalar söz konusudur ve şu şekilde uzlaştırılması mümkündür. Öncelikle, yanılan iptal hakkını, yanıldığını öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde dilediği zaman kullanmakta kural olarak serbesttir. Bu süreçte kendisi aleyhine kesin hüküm verilmiş olmasının, iptal hakkını kaybedip kaybetmemesi açısından herhangi bir etkisi yoktur. Ancak, bu süreçte iki istisnanın ortaya çıkması ve yanılanın iptal hakkını kaybetmesi sonucunu doğurabilmesi muhtemeldir. Eğer yanılan, dava sürecinde, yanıldığını bilmesine karşın iptal hakkını kullanmayarak suskun kalmayı tercih ediyorsa, bu suskunluğunun güven ilkesi bağlamında örtülü bir icazet olarak yorumlanma riskine de katlanmak zorundadır. Dolayısıyla her zaman olmasa dahi, somut durumun özelliklerinden ve yanılanın dava sürecindeki davranışlarından örtülü icazet iradesi bulunduğu sonucuna varılması mümkündür. Diğer bir istisna ise, TBK m. 34/1 çerçevesinde gündeme gelecektir. Buna göre, yanılanın davadan sonra iptal hakkını kullanması, dava sürecinde yanılmayı bilmesine rağmen suskun kalmış olması ya da yanıldığını ileri sürmesine rağmen iptal hakkını henüz kullanmayacağını belirtmiş olması (bu durumda yine sözleşmeye icazet verilmiş sayılacağı görüşü için bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 331; von Tuhr, **BG**, s. 304; aksi görüş için bkz. Umar, **a.g.m.**, s. 244) nedeniyle hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, iptal açıklaması hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır.

¹³⁷⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 119; Flume, **AT**, s. 559; Huguenin, **AT**, N. 577; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 453; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 118; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1061; Tiftik, **İptal**, s. 55, 56; BGE 128 III 70 (bger.ch).

ihtimalde, iptal açıklamasını iptal eden yanılan, bu hareketiyle ayrıca sözleşmeyi de onamaktadır. Dolayısıyla, bu aşamada önemle belirtelim ki, iptal açıklamasının iptal edildiği hallerde, yanılanın sözleşmeyi onayıp onamadığının ayrıca sorgulanması gerekmektedir. Bu da, ileride işaret edeceğimiz üzere, yanılanın iptal açıklamasını iptal ederkenki davranışının yorumu çerçevesinde, onda icazet iradesinin var olup olmadığının belirlenmesiyle ortaya çıkacaktır¹³⁷⁶.

İlk ihtimalden başlarsak, iptal açıklamasının iptali ile birlikte, daha önce geriye etkili şekilde hükümsüz hale getirilmiş sözleşme (iptal görüşü çerçevesinde), tekrar geriye etkili şekilde geçerli hale gelir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmedeki yanılmaya ilişkin hak düşürücü sürenin, iptal açıklamasının iptalinden sonra tekrar sıfırdan başlamayacak olmasıdır. Zira bu sürenin başlangıcı için belirleyici an, sözleşmedeki yanılmanın öğrenilmesi anıdır. Böylece, iptal görüşü açısından bakıldığında, eğer sözleşmedeki yanılmaya ilişkin hak düşürücü süre geçmişse, iptal açıklamasının iptal edilmesi halinde (ayrı bir iptal hakkı olarak bu açıklamaya ilişkin süre ise, iptal açıklamasındaki yanılmanın öğrenildiği andan itibaren başlar), iptal açıklamasıyla daha önce kesin hükümsüz olan sözleşme, bu andan itibaren geriye etkili olarak geçerli hale gelir ve fakat bu sözleşmenin tekrar iptal edilme imkanı söz konusu olmaz¹³⁷⁷. Zira sözleşmeye icazet verilmiş sayıldığından iptal hakkı düşer. Şayet sözleşmedeki yanılmaya ilişkin hak düşürücü süre geçmemişse, iptal açıklamasını iptal eden yanılanın kalan süre içinde sözleşmeyi tekrar iptal edebilmesi mümkündür. Öte yandan, geçersizlik görüşü açısından bakıldığında ise, iptal açıklamasının iptal edilmesi, eğer sözleşmedeki yanılmadan kaynaklanan iptal hakkına ilişkin hak düşürücü süre henüz geçmemişse, herhangi bir farklılığa yol açmaz. Zira bu görüş açısından, sözleşme, yanılanın sözleşmeyi onamasına ya da bir yıllık süreyi kaçırmasına

¹³⁷⁶ Önemle belirtelim ki, burada bahsettiğimiz ihtimaller, esaslı yanılma şartlarının mevcut olduğu ve böylelikle geçerli şekilde kullanılan ve sonuçlarını doğuran bir iptal açıklamasının iptal edildiği hallerdir. Yoksa esaslılık şartlarının bulunmadığı bir ihtimalde, iptal hakkı zaten doğmamış olacağından, iptal açıklamasının da herhangi bir sonucu olmayacak ve doğal olarak da, böyle bir açıklamanın iptal edilmesinden bahsedilmeyecektir.

¹³⁷⁷ Öte yandan *Schmidlin*, iptal açıklamasının (ve icazetin) iptal edilmesi için söz konusu olan hak düşürücü sürenin başlangıcı ile sözleşmenin iptal edilmesi için öngörülmüş olan hak düşürücü sürenin başlangıcının aynı olduğu kanaatindedir (*Schmidlin*, **BerKomm**, Art. 31 N. 119). Biz yazarın bu görüşüne yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde katılmıyoruz. Gerçekten de, iptal açıklamasındaki yanılma ile sözleşmedeki yanılma farklı yanılmalardır ve ikisi de, öğrenildiği andan itibaren başlayacak olan ayrı hak düşürücü sürelerle tabidir.

kadar zaten hükümsüzdür. Dolayısıyla, bu süre geçmediği takdirde, iptal açıklamasının iptali, daha önce kesin hale gelen hükümsüzlüğü tekrar düzelebilir hükümsüzlüğe çevirmekten ibarettir. Ancak, sözleşmedeki iptal hakkına ilişkin hak düşürücü süre geçmişse, bu durumda iptal açıklamasının iptaliyle birlikte, söz konusu hak düşürücü süre derhal etkisini gösterir ve sözleşme bir daha iptal edilemeyecek şekilde başlangıçtan itibaren geçerli hale gelir. Zira bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması, sözleşmeye icazet verilmiş olduğu anlamına geldiğinden, sözleşme, geriye etkili olarak kurulduğu andan itibaren geçerli olur.

İkinci ihtimale bakıldığında ise, eğer iptal açıklamasını iptal eden yanılan, bu hareketiyle ayrıca sözleşmeye icazet vermektedirse, bu durumda gerek iptal görüşü gerekse geçersizlik görüşü savunulsun, sözleşme kurulduğu andan itibaren geçerli hale gelir. Şüphesiz, pratikte bu icazetin önemi, kendisini geçersizlik görüşünde gösterecektir; zira iptal açıklamasının iptaliyle birlikte düzelebilir hükümsüz duruma dönecek olan sözleşme, bu sefer yanılanın aynı açıklamasındaki icazet iradesi nedeniyle geriye etkili olarak geçerli hale gelecektir. Oysaki iptal görüşü açısından, sözleşme, icazetten önce de zaten hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Burada icazetin fonksiyonu, sözleşmenin (hak düşürücü süre içerisindeki) bozulabilir geçerliliğini kesinleştirmekten ibaret olacaktır.

- Yanılanın iptal hakkını kullanarak karşı tarafın hukuk alanına müdahale edebilmesi, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin iptal edilmesi, iptal açıklamasının “yenilik doğuran hak sebebini” (*Gestaltungsgrund* ya da iptal sebebini) taşımasına bağlıdır. Bunun anlamı şudur: Kanun koyucu, özel hukuk ilişkilerinde tarafların eşit konumda olmalarından kaynaklanan, “kimseye, onun iradesi dışında hak ve borç dayatılamayacağı” kuralına bir istisna tanıyarak, bir tarafa, tek taraflı bir irade açıklamasıyla karşı tarafın hukuki durumunu etkileyebilme yetkisini ancak belirli şartların gerçekleşmiş olması şartıyla vermektedir¹³⁷⁸. Buna göre, ancak TBK m. 31 ve 32 anlamında bir esaslı yanılma söz konusuysa, yanıldığını iddia eden kişinin iptal hakkı doğmaktadır. Dolayısıyla, adi açıklamada yanılma ya da adi saikte yanılma hallerinde, bir taraf

¹³⁷⁸ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 64 vd., 77, 210 (iptal hakkı, karşı tarafın hukuk alanını doğrudan etkileyen bir müdahale hakkı niteliğindedir. **A.g.e.**, s. 71); Becker, **a.g.m.**, s. 43 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 71.

yine de sözleşme ile bağlı olmak istemediği yönünde karşı tarafa bir açıklamada bulunmuşsa, bu açıklamanın herhangi bir hukuki etkisi yoktur¹³⁷⁹. Zira burada kullanılan hak, hukuki bir sebebe dayanmadığı için hukuki sonuçlarını da doğurmamaktadır; başka bir anlatımla, İsviçre Federal Mahkemesi’nin de çeşitli kararlarında zikrettiği üzere, yanılmanın (ya da diğer irade bozukluklarının) kanunda belirtilen şartları gerçekleşmemişse, yanıldığını iddia eden kimsenin sözleşmeyle bağlı olmadığı yönündeki açıklamasının herhangi bir bozucu etkisinden de söz açılmaz¹³⁸⁰.

- İptal açıklaması, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması anlamına gelmekte ve sözleşme geriye etkili olarak kurulması anından itibaren kesin hükümsüz olmaktadır¹³⁸¹. Yanılmanın iptal hakkı, sözleşmenin tarafı olma sıfatıyla doğrudan bağlantılı olması ve sonuçları açısından sözleşmenin tamamı (geniş anlamda borç ilişkisi) üzerinde etkilerini doğurması nedeniyle, “sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hak” karakterindedir. Bu hakkın kullanılması sonucunda, sadece tekil alacak ve borçlar üzerinde değil, sözleşme ilişkisinin

¹³⁷⁹ Şu halde, burada ortaya çıkan bir diğer sonuç, iptal hakkının kanundan kaynaklanan bir yenilik doğuran hak olduğudur (yenilik doğuran hakların kanuni ve sözleşmesel nitelikte olmasına bağlı özellikleri konusunda bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 188 vd.)

¹³⁸⁰ BGE 128 III 70; BGE 98 II 96 (bger.ch). Esaslılık şartları mevcut olmadan yapılan iptal açıklamasının geçersizliği konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte, bizce de üstün tutulması gereken görüş, bu açıklamanın kesin hükümsüz olduğu ve böylelikle bunun (tarafklar da dahil olarak) herkes tarafından ileri sürülebileceği yönündedir (bkz. Serozan, **Dönme**, s. 495; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 238 vd.). Bununla birlikte, geçersiz bir iptal açıklamasının tahvil yoluyla ve güven ilkesi ışığında ikâle anlaşmasına yönelik bir öneri olarak yorumlanabileceği de kabul edilmektedir. Örneğin eşinin beden ölçüsünü hatırlayamadığı için yanlış bir kıyafet aldığı fark eden alıcı, yanıldığını ileri sürerek satıcıya kıyafeti geri vermek istemiş ve satıcı da “müşteri memnuniyeti” prensibi gereği sorgusuz sualsiz kıyafeti iade almıştır. Hiç şüphesiz, burada tarafların ikâle iradelerinin bulunup bulunmadığı güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilecektir (Serozan, **Dönme**, s. 493, 494; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 152; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 243). Geçersiz bir işlemin tahvil yoluyla geçerli bir işleme dönüştürülmesi için bulunması gereken şartlar konusunda bkz. Flume, **AT**, s. 591 vd.; Kaneti, **Tahvil**, s. 107 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 614 vd.

¹³⁸¹ Bu konuda doktrindeki bir görüş, sözleşmenin iptalinin sadece hukuki ilişkinin sona ermesi sonucunu doğurmadığı, ayrıca taraflar arasındaki ilişkiyi bir tasfiye ilişkisine dönüştürdüğü ve bu bağlamda çeşitli iade borçları doğurduğu gerekçesinden hareketle, iptal hakkının salt bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak Buz’un da haklı olarak işaret ettiği üzere, sözleşmenin iptal edilmesi ile birlikte ortaya çıkan “ilk etki” sözleşmeyi sona erdirmek olduğundan, bu hakkın bozucu yenilik doğuran hak kategorisinde değerlendirilmesi daha isabetlidir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 191 vd.).

tamamını ilgilendirecek bir hukuki durum yaratılmaktadır¹³⁸². Öte yandan, iptal hakkının mirasçılara intikal etmesi de mümkündür¹³⁸³.

- Sözleşmeyi geriye etkili olarak kesin şekilde hükümsüz hale getirecek olan iptal açıklamasının, hukuki sonuçlarını doğurması için öncelikle karşı tarafa yöneltilmesi gerekir. Bununla birlikte, karşı tarafa ulaşmakla etkili olacak bu açıklamanın geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Hatta iptal edilen sözleşme, söz gelimi taşınmaz satışı, motorlu araç satışı, alacağın devri, taksitli satış, kefalet vb. geçerliliği kanunen şekle tabi kılınmış sözleşme olsa dahi aynı sonuç geçerlidir¹³⁸⁴. Bununla birlikte, iptal açıklamasının açık ya da örtülü yapılabilmesi mümkündür¹³⁸⁵. Muhatabın, sözleşmenin iptal edildiğini; yani bozucu yenilik doğuran etkiyi, açıklamadan doğrudan ve açık şekilde anladığı hallerde açık bir iptal açıklaması; buna karşın, muhatabın sözleşmenin iptal edildiğini yanılanın kanaat verici davranışlarından ve somut olayın şartlarından dolaylı olarak çıkardığı durumlarda ise örtülü bir iptal açıklaması söz konusu olur. TBK m. 39/1’de, yanılanın kanuni süre içinde “*sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmemesi ya da verdiği şeyi geri istememesi*” halinde sözleşmeye icazet vermiş sayılacağı yönündeki hüküm, her ne kadar ilk bakışta sınırlayıcı bir ifade tarzı gibi görünse de, aslında maddede örnekleyici bir sayım yapılmakta

¹³⁸² Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 195-197; Flume, **AT**, s. 561; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1030.

¹³⁸³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 332; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 19; Eren, **BG**, s. 362. Mirasçılara (küllî halefiyet yoluyla) geçebilme özelliğiyle birlikte, iptal hakkının, temsil yetkisi verilmek yoluyla temsilci tarafından da kullanılabilir olması, bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığını göstermektedir (Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 284).

¹³⁸⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 332; Bucher, **AT**, s. 211; von Büren, **a.g.e.**, s. 224; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 68; Huguenin, **AT**, N. 577; Flume, **AT**, s. 559; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 13; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 18; Schwenger, **AT**, N. 39. 14. “*Davalının aranan vasıftaki mal için nitelik ve niceliğini açıklayarak yaptığı önerisini davacı yazısıyla kabul etmiş, ilişkinin yanları arasında bu yolla alım satım sözleşmesi hukuken varlık kazanmıştır. Davalı bir gün sonra idareye yazdığı mektupta, önerisindeki yanlış ileri sürerek ve ona hataya dayanarak sözleşmeyi tek yanlı bir iradeyle bozduğunu bildirmiştir*” (Y. 4 HD., 15.2.1974, E. 1974/228, K. 1974/673, Yavuz, **TBK Şerh**, m. 36, s. 378); Y. 1. HD., 5.7.1999, E. 1999/7159, K. 1999/7540 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 32); Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 23.3.2010, E. 2010/12567, K. 2010//3259 (kararara.com); Y. 1. HD., 25.6.2003, E. 2003/6984, K. 2003/7553; Y. 1. HD., 28.2.2013, E. 2010/16523, K. 2013/ 2936; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470; Y. 1. HD., 18.9.2013, E. 2013/9292, K. 2013/12899; Y. 1. HD., 1.11.2012, E. 2012/6919, K. 2012/12108; Y. 1. HD., 1.3.2017, E. 2014/19465, K. 2017/986 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³⁸⁵ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 332; Bucher, **AT**, s. 211; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 68; Flume, **AT**, s. 559; Schwenger, **AT**, N. 39.13; YHGK., 4.5.2005, E. 2005/1-250, K. 2005/309 (Günay, **a.g.e.**, m. 39 s. 229).

ve iptal açıklamasının herhangi bir şekilde ileri sürülebileceğine işaret edilmektedir¹³⁸⁶.

Ancak, burada her zaman göz önünde bulundurulması gereken husus, hangi şekilde ileri sürülmüş olursa olsun, yanılanın yönelttiği açıklamadan, onun sözleşmeyi sona erdirdiğinin (sözleşmenin kendisini bağlamadığının), daha net bir ifadeyle “iptal iradesinin” anlaşılması gerektiğidir¹³⁸⁷. Kuşkusuz, yöneltmesi gereken diğer irade açıklamaları gibi, yanılanın bu yöndeki açıklaması da güven ilkesi çerçevesinde yorumlanacak ve buna göre, muhatabın iptal iradesini fiilen anladığı ya da gerekli özeni gösterseydi anlaması gerektiği hallerde, açıklamanın bozucu etkisi gerçekleşecektir. Öyleyse, yanılanın yanılmayı öğrenmesinden sonra; söz gelimi daha önce aldığı edimi iade etmesi, daha önce verdiğini geri istemesi, kendisine yapılan ifa teklifini reddetmesi, kendisine yöneltilen ifa talebine karşı edimini yerini getirmekten kaçınması, hatta duruma göre, karşı tarafa sözleşmenin değiştirilmesi önerisinde bulunması¹³⁸⁸ gibi haller örtülü iptal açıklaması olarak kabul edilebilecektir. Ayrıca, açıklamada mutlaka “yanılma”, “iptal” gibi hukuki terimlerin kullanılma zorunluluğu yoktur¹³⁸⁹.

Bu noktada şu ayrıma dikkat çekmek istiyoruz: İptal açıklamasının içeriği iki unsurdan meydana gelmektedir; hukuki sebep (yukarıda açıkladığımız üzere yenilik doğuran hak sebebi) ve hukuki sonuç (mevcut ilişkiyi sona erdiren bozucu etki). Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, iptal açıklamasında, hukuki sonucun (yani sözleşmenin iptal edildiğinin) açıkça ifade edilmesine gerek yoktur. Burada tek önemli husus, yanılanın iptal sonucuna

¹³⁸⁶ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 904.

¹³⁸⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 71; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 904; Schwenzer, **AT**, N. 39.13; von Tuhr, **BG**, s. 304; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 13; Becker, **a.g.m.**, s. 43, 44; Akyol, **BG**, s. 236; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 119.

¹³⁸⁸ Bucher, **AT**, s. 211 (örneğin bir kira sözleşmesinde, irade bozukluğundan etkilenen tarafın kira bedelinde indirim istemesi akla gelebilir. **A.g.e.**); Schwenzer, **AT**, N. 39.13. Kuşkusuz, bu tür bir açıklamanın iptal sonucunu doğurup doğurmayacağı konusunda son sözü güven ilkesi söyleyecektir. Bu bağlamda, sözleşmenin değiştirilmesi yönündeki teklif, durumun koşullarına göre pekâlâ şartlı bir iptal açıklaması ya da şartlı bir icazet olarak da telakki edilebilir. Zira her ne kadar yenilik doğuran haklar kural olarak şarta bağlanamasa da, aşağıda göreceğimiz üzere, şartın gerçekleşmesinin hukuki belirsizliğe yol açmayacak şekilde muhatabın iradesine bağlı olduğu hallerde (ki bu olasılıkta sözleşmenin değiştirilmesi teklifinin kabulünün tamamen ona kaldığına dikkat çekelim), bu imkan kabul edilmektedir.

¹³⁸⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 71; Flume, **AT**, s. 559; Schwenzer, **AT**, N. 39.14; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 13; Brox / Walker, **AT**, N. 433; Akyol, **BG**, s. 236; Kurşat, **a.g.e.**, s. 82.

yönelen iradesini açıklamış ve karşı tarafın da bu açıklamayı bu şekilde anlamış ya da anlayabilecek durumda olmasıdır. Öte yandan, hukuki sebep açısından meseleye yaklaşıldığında ise, durumun bu kadar açık olmadığı görülür. Tartışmanın düğüm noktası, yanılanın söz konusu açıklamada iptal sebebini (yanıldığını ya da bu anlama gelecek olguları) belirtmesinin, açıklamanın hukuki sonuçlarının doğması açısından şart olup olmadığıdır. Söz gelimi, yanılan alıcının, satıcıya sadece sözleşmeyi sona erdirdiğini söylemesi ya da daha önce aldığı bir malı geri göndermesi, bu davranışın geçerli bir iptal açıklaması sayılmasına yeterli olacak mıdır? Yoksa alıcıdan ayrıca sözleşmeyi neden sona erdirdiğine ilişkin gerekçe göstermesi beklenmeli midir?

Her şeyden önce belirtilmesi gereken husus, karşı taraf, yanılanın iptal açıklamasında hangi gerekçeye dayandığını, diğer bir ifadeyle, iptal sebebinin ne olduğunu biliyorsa ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumdaysa, yanılardan açıklamasında herhangi bir sebebe dayanmasının hiçbir şekilde beklenmeyecek olmasıdır¹³⁹⁰. Şu halde, tartışma, karşı tarafın sözleşmenin hangi sebeple ve hangi olgulara dayanılarak iptal edildiğine ilişkin bilgisinin bulunmadığı durumlarda önem arz etmektedir. Doktrinde bir görüş¹³⁹¹, açıklamada iptal sebebinin mutlaka belirtilmesi gereğini aramakta; aksi halde hukuki sonucun da doğmayacağını belirtmektedir. Bu görüşün temel argümanı, karşı tarafın kendisine yöneltilen ve rızası olmadan hukuk alanında sonuçlar doğuracak olan bir açıklamanın gerekçelerini bilmesinde haklı menfaatleri olduğudur. Zira böylece karşı taraf, kendisini daha iyi savunabilecek ve karşı hamlesini daha sağlam yapabilecektir (burada karşı tarafın TBK m. 34/2'deki imkanı akla gelebilir).

Buna karşın bizce de üstün tutulması gereken ikinci görüşe göre¹³⁹², iptal açıklamasının hükümlerini doğurması için, yanılanın (aldatılan ya da

¹³⁹⁰ Flume, **AT**, s. 560; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 219; Becker, **a.g.m.**, s. 35 (yazar, burada sözleşmede düzenlenmiş opsiyon hakkını örnek vermektedir).

¹³⁹¹ von Tuhr, **BG**, s. 304; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 117; Kurşat, **a.g.e.**, s. 83, 84; bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 219 dn. 43'de anılanlar.

¹³⁹² Bucher, **AT**, s. 212; Flume, **AT**, s. 560; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 9; Schwenger, **AT**, N. 39.14; Brox / Walker, **AT**, N. 433; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 223; Becker, **a.g.m.**, s. 36, 43; Eren, **BG**, s. 431; İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu görüşte olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. BGE 127 III 83; BGE 108 II 102; BGE 106 II 346 (bger.ch). Öte yandan, *Koller*'e göre, her ne kadar sözleşmeyi iptal eden taraf, iptal açıklamasında irade bozukluğunu açıkça belirtmek zorunda değilse dahi, durumun koşullarına göre bu açıklamadan hangi iptal sebebine

korkutulanın) sebep belirtme mecburiyeti bulunmamaktadır. Bu doğrultuda birkaç argüman akla gelebilir: Öncelikle, yenilik doğuran hakkın (iptal hakkının) hukuki sonucu doğurabilmesi için, bu hakkın temelinde yer alan sebeplerin gerçekleşmiş olması yeterlidir. Çünkü bu açıklamanın hükümlerini doğurabilmesi için ayrıca sebep belirtme ve gerekçe gösterme zorunluluğu aranırsa, kanun koyucunun açıklama sahibine tanıdığı, hakkın “kullanıldığı anda yeni bir hukuki durum yaratabilme etkisi” zayıflamış olacaktır¹³⁹³. Bununla birlikte, yanılanın iptal açıklamasında herhangi bir gerekçe göstermediği ve karşı tarafın buna muhalefet ederek sözleşmenin devamında ısrar ettiği hallerde, sözleşme ilişkisi, çeşitli talepler nedeniyle pratikte çoğu zaman zaten mahkemeye taşınacağından, eninde sonunda iptal açıklamasının dayandığı sebepler ve olgular açıklığa kavuşturulacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, bu ihtimalde dahi şu noktanın gözden kaçırılmaması gerekir. Eğer ilk görüş savunulursa, yanılan, herhangi bir sebep ileri sürmeden karşı tarafa yönelttiği açıklamayla sözleşmeyi ortadan kaldırdığına inanmasına karşın, daha sonra kötü bir sürprizle karşılaşabilecektir. Bu da, sebep göstermediği için geçersiz addedilen açıklaması nedeniyle, yanılmayı öğrenmesinden itibaren devreye girmiş olan bir yıllık hak düşürücü sürenin kaçmış olma ihtimalidir¹³⁹⁴. Oysaki ikinci görüş merkez alındığında, böyle bir tehlikenin gerçekleşme imkanı yoktur.

Öte yandan, ikinci görüş kabul edilse dahi, dikkat edilmesi gereken ayrı bir husus vardır. Bu da, yanılma hallerinde, karşı tarafın menfaatlerinin de en az yanılan kadar korunmaya değer olduğudur. Bu bağlamda, doktrinde ileri sürülen şu görüş, taraf menfaatlerini daha adil şekilde uzlaştırmaya elverişli olup, bu açıdan ikinci görüşü tamamlamaktadır¹³⁹⁵: Buna göre, her ne kadar yanılanın iptal

dayanıldığıının anlaşılabilir olması gerekir. Zira karşı tarafın kendisini savunabilmesi için bu bilgiye ihtiyacı vardır (Koller, **AT**, § 14 N. 287; aynı yönde bkz. Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 15).

¹³⁹³ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 220.

¹³⁹⁴ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 220, 221.

¹³⁹⁵ Brox / Walker, **AT**, N. 433; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 223; Seliçi, **a.g.e.**, s. 159 vd.; Bucher, **AT**, s. 212. *Flume* ise, iptal açıklaması birçok farklı sebebe dayanabileceğinden, hangi sebeple yapıldığının belirtilmesi gerektiğini; zira ancak bu şekilde ifayı ret açıklamasıyla (veya dönme bildirimiyle) iptal açıklaması arasındaki sınırın belirgin olabileceğini belirtmektedir. Ancak yazar göre, yanılan, açıklamasını gerekçelendirmemişse, karşı tarafın açıklamanın hangi sebeple yapıldığına ilişkin bilgi talep etmesi mümkündür. Fakat ikinci görüşten farklı olarak, şayet yanılan

açıklamasında gerekçe gösterme mecburiyeti bulunmasa da, karşı tarafın bu konuda bilgi talep edebilmesi mümkündür. Bu durumda, yanılanın, kaynağını TMK m. 2’de bulan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi gereğince karşı tarafa açıklama yapma yükümü bulunmaktadır. Şayet o, bu yüküme aykırı davranırsa, iptal açıklaması bundan etkilenmeyecek; diğer bir ifadeyle sözleşme geriye etkili olarak yine sona ermiş olacak ve fakat yanılanın bu doğrultuda tazminat ödeme yükümü gündeme gelecektir.

Bu bağlamda aydınlatılması gereken bir diğer konu da, yanılanın ilk önce yanılmaya dayanarak iptal açıklamasında bulunmasına karşın, daha sonra aynı olgu için aldatma sebebine (ya da *vice versa*) dayanıp dayanamayacağıdır. Burada iki ihtimalin en başta birbirinden ayrılması gerekir. İlk olarak, yanılan açıklamasında herhangi bir sebep göstermemişse, özellikle iptal açıklamasında sebep belirtme zorunluluğunun bulunmadığına ilişkin görüş benimsendiği takdirde, herhangi bir problemle karşılaşılmayacaktır¹³⁹⁶. Zira sözleşme zaten hâlihazırdaki iptal açıklaması ile sona erdirilmiştir. Burada bozucu etki, sebebin gösterilmesine bağlı olmadığı için, daha sonra yanılanın fikrini değiştirerek aldatmaya dayanabilmesi mümkündür. İkinci ihtimalde ise, yanılan, iptal açıklamasında yanılmaya dayandığını (onun mevcut bir olguyu hukuken nitelendirme zorunluluğu bulunmadığına, dolayısıyla yanıldığını gösteren olguları belirtmesinin yeterli olduğuna dikkat çekelim) belirtmekte ve fakat daha sonra aldatma sebebine dayanmaktadır. İptal açıklamasının sonuçlarını doğurmasının böyle bir durumdan etkilenmeyeceği; yani yanılanın daha önce dayandığı yanılma sebebini, daha sonra aldatma ile değiştirebilme imkanı bulunduğu doktrinde genel kabul görmekte ve bu sonuç, Federal Mahkeme tarafından da olumlu karşılanmaktadır¹³⁹⁷.

bu talebe karşı açıklama yapmaktan imtina ettiği takdirde, kullandığı iptal hakkının hükümlerini doğurmadığı kabul edilmelidir (Flume, **AT**, s. 560, 561).

¹³⁹⁶ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 223.

¹³⁹⁷ Bucher, **AT**, s. 212 ve orada dn. 58; Flume, **AT**, s. 567; Schmidlin, Art. 31 N. 71; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 9; Schwenzer, **AT**, N. 39.14; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 905; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 224, 225; BGE 106 II 346 (bger.ch); karşı. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 232; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 16; aksi görüşte Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 15. Söz gelimi irade bozukluğundan etkilenen kimse önce aldatmaya dayanmasına karşın, hâkim, olayda aldatmanın şartları mevcut olmadığından iptal açıklamasının geçersiz olduğu yönünde bir tespitte bulunmuşsa, irade bozukluğundan etkilenen kimsenin daha sonra yanılmaya dayanmasında herhangi bir sakınca yoktur (bkz. von Tuhr, **Mängel**, **NF 17**, s. 49 dn. 1).

- Yanılanın iptal hakkının henüz kullanmadığı süreçte, hâkimin irade bozukluğunu dava dosyasından anladığı kadarıyla re'sen dikkate alıp alamayacağı konusu tartışmalıdır. Bu tartışmanın düğüm noktası, henüz bozucu etkisini doğurmamış bir iptal hakkının; diğer bir ifadeyle, sözleşmenin iptal edilebilirliğinin bir defî ya da itiraz temeli teşkil edip etmediğidir¹³⁹⁸. Hâkim görüş¹³⁹⁹, henüz sözleşmenin iptal edilmediği dönemde, hâkimin yanılmayı (ya da diğer irade bozukluklarını) bir itiraz temeli olarak re'sen göz önünde bulunduramayacağı yönündedir. Zira sözleşmenin yanılma sonucu yapıp yapılmadığını en iyi yanılan değerlendirebilir. Hatta yanıldığını öğrenmiş olması ihtimalinde dahi, kanunun kendisine tanıdığı hukuki korumadan yararlanıp yararlanmama tercihi tamamen yanılana aittir. Bu görüşe göre, iptal hakkının kullanılmasından önce, yanılanın kendisine karşı ileri sürülen talebe karşı itiraz imkanı değil, defî hakkı bulunmaktadır.

Diğer görüşe göre ise¹⁴⁰⁰, yanılma halinde sözleşmenin başlangıçta hükümlerini doğurmaması, aynı zamanda o sözleşmeden herhangi bir hak ya da borcun doğmadığı anlamına geleceğinden, burada yanılan, kendisinden talepte bulunana karşı, hakkın doğmadığı itirazında bulunabilecektir. Yanılanın bu imkanı kullanmaması ya da henüz yanıldığını bilmemesi halinde, eğer hâkim dava dosyasından söz konusu yanılma olgusunun gerçekleştiğini anlamışsa, bu

¹³⁹⁸ Bilindiği üzere “defî hakkı”, hak sahibine, kendisine karşı ileri sürülen bir talebi yerine getirmekten kaçınma imkanı vererek mevcut hukuki durumun sürdürülmesini amaçlamaktadır. Buna karşın “itiraz” ise, bir hakkın doğmadığını, sınırlandığını ya da düştüğünü gösteren bir olgunun ileri sürülmesidir. Hâkim, defî hakkını kendiliğinden nazara alamazken, itiraz teşkil eden olguyu, dava dosyasından anlaşıldığı takdirde, görevinden ötürü dikkate almak zorundadır (defî ve itiraz kavramları konusunda açıklamalar için bkz. Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 1006 vd.; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1295, 1296; Serozan, **Yöntem**, s. 44).

¹³⁹⁹ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 8; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 891; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 22; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 279; Eren, **BG**, s. 361; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 118; Tekil, **a.g.m.**, s. 1099; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 330, 331 ve orada dn. 15 (yazarlar, yanılma olgusunun aslında bir itiraz teşkil ettiğini belirtmekle birlikte, ancak bunun hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulamayacağını zikrettiklerinden, dolaylı olarak bu görüş altına alınabilirler. Yine ifade edelim ki, yazarlara göre, yanılanın yanıldığını bilmesine rağmen kesin hüküm verilene kadar suskun kalması, onun sözleşmeye örtülü icazet verdiği anlamını taşımaktadır).

Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir (“Dava, yazılı taahhüt nedeniyle tahliye istemine ilişkindir. İkrahi yüzünden sözleşme ile bağlı olmadığını, davalı savunmasında defî yoluyla ileri sürebilir. İptal davası açılması gerekli değildir. İkrahi varlığı tanık sözleriyle kanıtlanabilir. Öte yandan ikrahla sakatlanan sözleşme nisbi butlan sonucunu doğurduğundan, hâkim tarafından resen (kendiliğinden) göz önünde tutulamaz”. Bkz. Y. 6. HD., 25.2.2010, E. 2009/10994, K. 2010/2082, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁰⁰ Umar, **a.g.m.**, s. 231, 236; Kurşat, **a.g.e.**, s. 86.

durumu görevinden ötürü dikkate almalı ve karşı tarafın talebini reddetmelidir. Ancak bu görüşe göre, hâkimin yanılmayı bu şekilde kendiliğinden dikkate alması, yanılanın yerine geçerek iptal hakkını kullanması olarak anlaşılmamalıdır. Zira davanın bu gerekçeyle reddi, daha sonra yanılanın (eğer kanuni süre geçmemişse) iptal hakkına dayanmasını veya sözleşmeyi onamasını engellemez. Sadece karşı tarafın tekrar aynı talebe ilişkin dava açma imkanını ortadan kaldırır.

Fikrimizce, söz konusu tartışmanın bizim de taraftarı olduğumuz iptal teorisi açısından pek önemi bulunmamaktadır. Zira bu teori bakımından, sözleşme başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan, iptal hakkı kullanılana kadarki süreçte yanılma olgusunun herhangi bir itiraz temeli teşkil etme imkanı yoktur. Bilakis, burada taraflar için hak ve borçlar doğmuş olduğundan, yanılanın sadece defi hakkı söz konusu olacaktır¹⁴⁰¹. Nitekim ikinci görüşteki yazarlar da, irade bozukluğu halinde sözleşmenin düzelebilir hükümsüz (geçersizlik teorisi) olduğu düşüncesinden hareket etmektedirler. Ancak hemen belirtelim ki, kanaatimizce bu teori savunulduğu takdirde bile, ortada bir itiraz temelinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira dikkat edilecek olursa, bu ihtimalde dahi sözleşme, bünyesinde genel (toplumsal) menfaatleri ihlal edecek nitelikte bir bozukluk taşımadığından kesin hükümsüz sayılmamaktadır. Burada yanılanın iradesine bırakılmış bir düzelebilir hükümsüzlük söz konusu olup, sözleşmenin (iptal hakkının kullanılması ile) kesin hükümsüz hale getirilebilmesi veya (onama ile) geriye etkili olarak geçerli olabilmesi, kanun koyucunun eksik geçerlilik şartıyla korumayı amaçladığı kişinin kararına bağlıdır. Dolayısıyla, düzelebilir hükümsüzlük görüşü çerçevesinde de, hâkimin yanılma olgusunu (ve diğer irade bozukluklarını) re'sen dikkate alması gerektiği yönündeki görüşe katılma imkanı görememekteyiz.

¹⁴⁰¹ Yanılanın, yanıldığını bilmesine rağmen, kendisine yöneltilen talebe karşı defi hakkını ileri sürmesi, aynı zamanda iptal hakkının kullanıldığı anlamına gelir. Yoksa yanılanın bir taraftan esaslı yanılmayı ileri sürerek edimi ifa etmekten kaçınması, diğer taraftan da henüz bir yıllık hak düşürücü süresi olduğunu ifade ederek iptal hakkını saklı tutma imkanı bulunmamaktadır. Buna karşın, yanılanın, daha sonrası için sözleşmeyi iptal hakkını saklı tutarak (ihtirazı kayıtlı) edimini ifa etmesi ya da karşı edimi kabul etmesi mümkündür.

- İptal hakkının bozucu etkisi (yanılmanın esaslılık şartlarının varlığına bağlı olarak), iptal açıklamasının yapıldığı anda gerçekleşmekte ve aynı anda tükenmektedir. Zira bu andan itibaren sözleşme kesin hükümsüz hale gelmekte ve iptal açıklaması da amacına ulaşmış olmaktadır¹⁴⁰². Ayrıca, iptal açıklamasının yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olma niteliğinden kaynaklanan bir diğer özelliği de, karşı tarafa ulaştıktan sonra kural olarak geri alınamayacak olmasıdır¹⁴⁰³. Bu kuralın altında yatan sebep, karşı tarafın, iptal açıklamasından sonra ortaya çıkan hukuki durumun kesinliğine olan güveninin korunması ihtiyacıdır. Gerçekten, karşı tarafın, iptal hakkının ne zaman hüküm doğurduğu ve böylece sözleşmenin sona erip ermediği (bu bağlamda, yerine getirilmiş edimlerin iade edilip edilmeyeceği ve henüz ifa edilmeyen borçların ortadan kalkıp kalmadığı) konularında kesin ve açık bilgi sahibi olmasında haklı menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle, karşı taraf açısından tehlike yaratmayan ve onun menfaatlerinin de gözetildiği durumlarda bu kurala çeşitli istisnalar tanınmaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir: İlk ihtimal, (i) TBK m. 10/1'in kıyasen uygulanması çerçevesinde, şayet yanılmanın geri alma açıklaması, iptal açıklamasından önce ya da bu açıklamayla aynı anda karşı tarafa ulaşmışsa veya daha sonra varmakla beraber, karşı taraf ilk önce geri alma açıklamasını öğrenmişse söz konusu olacaktır¹⁴⁰⁴. (ii) İkinci ihtimal ise, iptal açıklamasının geri alınmasına karşı tarafın rıza göstermesidir. Böylece, iptal açıklamasının sonuçları da geriye etkili olarak ortadan kalkacak ve sözleşme hiç iptal edilmemiş gibi kurulduğu andan itibaren geçerli olmaya devam edecektir¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰² Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 256, 395; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 72; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 568; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1059; Demirbaş, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 28, 29.

¹⁴⁰³ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 257; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 72; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 8; Koller, **AT**, § 14 N. 285; Huguenin, **AT**, N. 577; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 569; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1059; Demirbaş, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 78. Aynı yönde bkz. BGE 108 II 102; BGE 98 II 15 (bger.ch).

¹⁴⁰⁴ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 8; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 452, 453; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1061; Edis / Zevkliler / Ertaş / Tezcan / Petek, **a.g.m.**, s. 39, 40.

¹⁴⁰⁵ Bucher, **AT**, s. 212; Schwenzer, **AT**, N. 39.13; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 907; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 447, 448; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1062; BGE 88 II 410 (bu kararda, karşı tarafın muvafakatı halinde, iptal hakkının kullanılmasından sonra da sözleşmeye icazet verilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Servat.unibe.ch). Ancak doktrindeki bir görüş, iptal açıklamasının sonuçlarının kesin olduğu ve böylelikle tarafların daha sonra anlaşmaları halinde dahi bu açıklamanın geri alınamayacağını savunmaktadır. Buna göre, eğer taraflar iptal açıklamasına rağmen sözleşme ilişkisinin aynı şekilde devam etmesini istiyorlarsa, aynı içerikte yeni bir sözleşme yapmalıdırlar (bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 334; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, 453; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 119; Kurşat, **a.g.e.**, s. 67, 68 ve orada dn. 329; Yıldırım, **Hile**, s. 229; Tiftik, **İptal**, s. 70; aynı şekilde BGE 72 II 402, servat.unibe.ch). Bu görüşün

Son ihtimal ise, aslında ikinci ile aynı potada değerlendirilebilecek olan, (iii) karşı tarafın, iptal hakkının bulunmadığına ya da geçerli olarak kullanılmadığına ilişkin itirazda bulunmasıdır¹⁴⁰⁶. Burada karşı tarafın sözleşmenin devam etmesini istediği ve böylelikle iptal açıklamasının geri alınmasına muvafakat gösterdiği de söylenebilir¹⁴⁰⁷.

2011 tarihinde Federal Mahkeme, esas olarak bu konuyu incelediği kararında¹⁴⁰⁸, irade bozukluklarına dayanan (olayda aldatma ve yanıltma sebepleri ileri sürülmüştür) geçerli bir iptal açıklaması sonucunda, sözleşmenin, karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın içerik olarak sona erdiğini ve bu andan itibaren iptal açıklamasının kural olarak geri alınamayacağını ifade etmiştir. Zira burada karşı tarafın, kendi hukuk alanına yapılan müdahalenin belirliliğine ve kesinliğine yönelik güveninin korunması gerekir. Ancak geri alınamazlık ilkesinin kısmen kanundan ve kısmen de kanunun amaçsal yorumundan kaynaklanan çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre bunlardan birisi, OR m. 9'un (TBK m. 10) kıyasen uygulanması halinde gündeme gelecektir. Bununla birlikte, karşı tarafın, iptal hakkının doğmadığını ya da geçerli şekilde kullanılmadığı yönünde itirazının bulunması hallerinde de, iptal açıklamasının geçerli olarak geri alınması mümkündür.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, iptal açıklamasının geri alındığı hallerde, yanıltan aynı zamanda sözleşmeye icazet vermiş olduğundan, onun bir daha aynı yanıltmaya dayanarak iptal açıklamasında bulunamayacak olmasıdır¹⁴⁰⁹.

yerinde olmadığını belirten *Buz*, haklı olarak, karşı tarafın iptal açıklamasının geri alınmasına rızasının olduğu hallerde, tarafların iradesinin yeni bir sözleşme yapmak değil, sadece iptal hakkının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olduğuna işaret etmektedir (*Buz*, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 449, 450).

¹⁴⁰⁶ Bucher, **AT**, s. 212; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 8; Schwenzer, **AT**, N. 39.13; Koller, **AT**, § 14 N. 286; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 907; Huguenin, **AT**, N. 577; *Buz*, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 475; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1062.

¹⁴⁰⁷ Aynı doğrultuda bkz. Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1062; BGE 128 III 70 (bger.ch). İptal açıklamasının geri alınmasına daha önce rıza göstermiş olan karşı taraf, daha sonra iptal açıklamasının geri alınmayacağını (ve sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu) ileri sürdüğü takdirde, onun bu savunması TMK m. 2 gereğince dinlenmeyecektir (bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 436). Nitekim burada, hukuken korunmayan çelişkili bir davranıştan söz açılacaktır.

¹⁴⁰⁸ BGE 128 III 70 (bger.ch). Ayrıca bu kararın çevirisi için bkz. Leyla Müjde Kurt, "Yenilik Doğuran Bir Hakkın Kullanıldıktan Sonra Geri Alınması, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 30.10.2011 Tarihli Kararı", **BATİDER**, C. XXVII, S. 2, 2001, s. 247-252.

¹⁴⁰⁹ Bucher, **AT**, s. 212; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 77; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 8.

- İptal açıklamasının şarta bağlı olarak yapılması da kural olarak mümkün değildir¹⁴¹⁰. Zira şart kurumunda, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan şüpheli bir olgu ve buna yönelik belirsiz bir süreç söz konusudur. Öyle ki, az yukarıda belirttiğimiz üzere, yenilik doğuran hakkın yöneltildiği karşı tarafın, yaratılan hukuki durumun kesinliğine ilişkin güveninin korunması ihtiyacı, açıklamanın şarta bağlı yapılması olasılığında göz ardı edilmiş olacaktır¹⁴¹¹. Ancak bu tehlikenin söz konusu olmadığı istisnai hallerde, doktrinde, iptal açıklamasının hükümlerini doğurmasının (ya da doğurmamasının) şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir¹⁴¹². Söz gelimi şartın gerçekleşmesinin karşı tarafın iradesine bağlı olduğu ve böylelikle hukuki sonuçların gerçekleşip gerçekleşmeme belirsizliğinin ortaya çıkmayacağı hallerde bu imkan tanınmaktadır¹⁴¹³. Yine, tarafların anlaşarak iptal açıklamasını şarta bağlamaları da mümkündür¹⁴¹⁴.

Burada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta, iptal açıklamasının terditli kullanılması (*Eventualanfechtung*¹⁴¹⁵) ile şarta bağlanması arasındaki ayrımdır¹⁴¹⁶. İptal açıklamasının terditli yapılması; yanılanın, iptal kararını etkileyecek mevcut bir olguya ya da hukuki duruma ilişkin bilgisizliğinin

¹⁴¹⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 332; Bucher, **AT**, s. 212; von Büren, **a.g.e.**, s. 225; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 74; Flume, **AT**, s. 559; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 16; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 7; Koller, **AT**, § 14 N. 285; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 905; Huguenin, **AT**, N. 577; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 258; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, 453; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 119; Akyol, **BG**, s. 235; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 566; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1064; Demirbaş, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 77; BGE 98 II 15 (bger.ch); BGE 79 II 144 (servat.unibe.ch). Benzer şekilde, iptal açıklamasının hukuki sonuçlarını doğurmasının süreye bağlanamayacağı da ileri sürülmektedir (bu konuda bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 260).

¹⁴¹¹ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 258; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 277; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 566. Bu ilkenin temelindeki bir diğer gerekçe de, hak sahibine, karşı tarafın hukuk alanına müdahale ederek yeni bir durum yaratabilme yetkisinin kanun tarafından verildiği ve dolayısıyla bu yetkinin yapısının taraflarca değiştirilemeyecek olmasıdır (bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 74.).

¹⁴¹² Ancak yenilik doğuran hakkın dava yoluyla kullanıldığı ve mahkeme kararının inşai etkiye sahip olduğu hallerde, söz konusu hakkın hiçbir şekilde şarta bağlanamayacağı burada ayrıca not edilmelidir (Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1066).

¹⁴¹³ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 259; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 277; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 566; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 119; Demirbaş, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 77.

¹⁴¹⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 75; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 259; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1065.

¹⁴¹⁵ Bu kavramın “olası iptal” olarak çevrilmesi de mümkündür.

¹⁴¹⁶ Bucher, **AT**, s. 212 dn. 59; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 75; Flume, **AT**, s. 559; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 16; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 7; Koller, **AT**, § 14 N. 287, 285; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 22.

bulunduğu hallerde gündeme gelmektedir. Burada yanılan, ihtiyatlı olmak amacıyla, açıklamasında sadece sözleşmeyi sona erdirdiğini zikretmemekte, bunun yerine, söz konusu olgu ya da durum kendisinin düşündüğü gibiyse bu sonucu istediğini, yoksa sözleşmeyi iptal etmeyeceğini belirtmektedir. Söz gelimi, tarafların sözleşmenin yorumunda ihtilafa düştükleri bir durumda, yanılanın, hâkimin sözleşmeyi kendi aleyhine yorumlaması ihtimalinde sözleşmeyi iptal ettiğini açıklamasında durum bu şekildedir. Terditli iptal açıklamasında, yanılanın açıklamayı şarta bağlamak gibi bir düşüncesi yoktur¹⁴¹⁷. Kaldı ki, iptal kararını etkileyecek durum ya da olgu, objektif olarak bilinebilir nitelikte olduğundan şart konusu yapılmaya zaten elverişli değildir; zira daha önce işaret edildiği üzere, sözleşmenin şarta bağlanabilmesi için şart teşkil eden olgunun objektif bakımdan belirsiz olması gerekir. Oysa terditli iptal açıklamasında, sadece yanılanın (veya duruma göre ayrıca karşı tarafın) bu konuda bir bilgisizliği söz konusudur¹⁴¹⁸.

C. İptal Hakkının Kullanılması

1. İptal Açıklamasında Bulunacak Kişi

Esaslı yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkı, esas itibarıyla irade özerkliğini koruma amacına yönelik olması dolayısıyla kişisel nitelikte bir hak olmakla birlikte; ayrıca bozucu etkisini sözleşmenin tümü üzerinde göstermesi nedeniyle sözleşmeye bağlı bir hak niteliğindedir¹⁴¹⁹. Bu bakımdan, iptal açıklamasında bulunacak kişi, iradesinin oluşumunda ya da açıklanmasında yanılmaya

¹⁴¹⁷ Bucher, **AT**, s. 212 dn. 59; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 75; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 7; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 22.

¹⁴¹⁸ Bir kararda, yanılanın, taşınmaza ilişkin vergi borçlarının kendisi tarafından ödenmesi gerektiğine karar verilmesi ihtimalinde iptal hakkını saklı tuttuğunu, şayet bu borçların karşı tarafça ödenmesi gerekiyorsa, bu hakkını kullanmayacağını belirttiği iptal açıklaması, Federal Mahkeme tarafından şarta bağlı yapıldığı şeklinde yorumlanmış ve bu nedenle sonuç doğurmadığı yönünde karar verilmiştir (BGE 79 II 144, servat.unibe.ch). Buna karşın, Mahkeme daha sonraki tarihlerde verdiği bir kararda, iptal açıklamasının terditli şekilde yapılması ile şarta bağlı yapılması arasında fark olduğunu ve ilk ihtimalde açıklamanın sonuçlarını doğuracağını belirtmiştir. Bu kararda, alıcı, hem ayıplı ifa hükümlerine hem de yanılma ve aldatmaya dayanmak istemiş; ancak öncesinde, mahkemenin sözleşmeyi bağlayıcı kabul etmesi (diğer bir ifadeyle, irade bozukluğu bulunmadığına karar vermesi) halinde ayıp hükümlerine; aksi takdirde irade bozukluğuna dayandığını belirtmiştir (bkz. BGE 108 II 102, servat.unibe.ch).

¹⁴¹⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 78.

düşen sözleşme tarafıdır¹⁴²⁰. Keza TBK m. 30 vd. hükümlerinde esaslı yanılmaya bağlanan hukuki sonucun “sözleşmenin tek taraflı iptal edilebilirliği” olması da aynı duruma işaret etmektedir. Şu halde, ne karşı tarafın ne de üçüncü kişilerin sözleşmeyi iptal etme imkanı bulunmaktadır¹⁴²¹. Ancak hemen belirtelim ki, sözleşmenin bir tarafında birden çok kişi yer alıyorsa (diğer bir ifadeyle müşterek hukuki işlem bulunmaktaysa; örneğin iki kişinin kiracı olarak birlikte ev kiralaması gibi), bu kişiler birbirinden bağımsız olarak sözleşmeyi iptal edebilirler¹⁴²². Burada sadece iptal açıklamasında bulunacak kişinin esaslı yanılmaya düşmüş olması yeterlidir; yoksa kendisiyle aynı tarafta yer alan diğer kişilerin hepsinin esaslı yanılma sonucunda sözleşme yapmış olmasına gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle, kim sözleşmeyi iptal edecekse, onun yanılması esaslılık şartlarını taşımalıdır.

Sözleşmedeki münferit hak ya da borçlara değil, bütün borç ilişkisine bağlı olan iptal hakkının (sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakkın) tek başına devredilemeyeceği, doktrinde büyük oranda kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, iptal hakkının, sözleşmedeki alacaklardan veya bağlı olduğu sözleşmeden ayrı şekilde (bağımsız olarak) devredilmesi mümkün değildir¹⁴²³. Bunun dışında, iptal hakkının sözleşmedeki hakların ya da sözleşmenin devriyle birlikte başkasına geçip geçmeyeceği; daha açık bir anlatımla, alacağın devri (borç ilişkisinde alacaklı tarafın değişmesi) ya da borcun dış üstlenilmesi (borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi) veya sözleşmenin devri (sözleşme tarafının değişmesi) hallerinde, bu hakkın yanılma kalıp kalmayacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

¹⁴²⁰ Flume, **AT**, s. 561; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 17; Brox / Walker, **AT**, N. 434; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 2; Y. 1. HD., 23.9.1975, E. 1975/7057, K. 1975/8562 (“*Davalının iktisabına esas olan sözleşmede davacı, taraf olmadığı için hata ve hile iddiasının dinlenilmesi olanağı yoktur*”. Bkz. Özkaya, **a.g.e.**, s. 117).

¹⁴²¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 78; Akyol, **BG**, s. 238. Öte yandan belirtelim ki, tarafların geriye etkili ikâle sözleşmesi yaparak, iptal hakkının sözleşme üzerinde yaratacağı etkiye farklı şekilde ulaşmaları mümkündür (Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 187).

¹⁴²² Flume, **AT**, s. 561; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 17; Akyol, **BG**, s. 238. Bununla birlikte, yanılanın bulunduğu taraftan sadece bir kişinin sözleşmeyi iptal etmesi halinde, şayet geri kalanların ve sözleşmenin diğer tarafının ortak farazi iradesi sözleşmenin devamı yönündeyse, bu durum TBK m. 27/2 gereğince sözleşmenin taraf yönünden kısmi iptali olarak nitelendirilecektir. Ancak sözleşmenin tarafı olarak geri kalanların (ya da sözleşmenin diğer tarafının), iptal hakkını kullanan kişi olmasaydı sözleşmeyi yapmayacaklarını ispat ederek, sözleşmeyi tamamıyla hükümsüz hale getirebilmeleri mümkündür (Flume, **AT**, s. 561, 562; Akyol, **BG**, s. 238).

¹⁴²³ Flume, **AT**, s. 561; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 23; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 19; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 394; Demirbaş, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 32. Burada, iptal hakkının devri ile iptal hakkının kullanılmasına ilişkin temsil yetkisi verilmesi ayrımı gözden kaçırılmamalıdır. Öte yandan, iptal hakkının rehnedilmesi veya haczedilmesi de mümkün değildir (Flume, **AT**, s. 561; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 19).

Alacağın devrinde (TBK m. 183 vd., OR m. 164 vd.), bizim de katıldığımız hâkim görüş¹⁴²⁴, yanılma (irade bozukluğu) bulunan sözleşmedeki bir alacağın devredilmesi ihtimalinde, iptal hakkının devralana geçmeyeceği yönündedir. Zira iptal hakkı, yanılma nedeniyle kurulmuş olan sözleşmeye bağlı bir hak olarak devirden etkilenmez ve önceki alacaklıda kalır. Dolayısıyla, borçluya karşı bu hak, yeni alacaklı tarafından değil, yine eski alacaklı; yani yanılan tarafından kullanılır. Örneğin A, ünlü bir ressama ait olduğunu düşündüğü tabloyu 100.000 TL ödeyerek B'den satın almıştır. Bunun ardından A, tabloya ilişkin alacak hakkını çok daha fazla bir para karşılığında koleksiyoncu C'ye temlik etmiştir. Aradan bir süre geçtikten sonra tablonun sahte olduğu anlaşılmıştır. Burada A'nın tablonun niteliğine ilişkin esaslı yanılmaya düştüğü açıktır. Şu halde, B'ye karşı iptal hakkını, alacağı devralan C değil, eski alacaklı A kullanacaktır¹⁴²⁵.

Diğer görüş ise¹⁴²⁶, iptal hakkının tüm borç ilişkisini etkilediği kabul edilerek bu hakkın hiçbir şekilde yeni alacaklı tarafından kullanılmayacak olması yönündeki anlayışı şekli bir düşünce olarak nitelendirmektedir. Burada götürü bir kuraldan çok, somut olaydaki menfaat durumlarından ve devrin (temliğin) amacından hareketle bir sonuca varılmalıdır. Şu halde, eğer devralanın sözleşmenin iptalinde bir menfaati bulunmaktaysa, iptal hakkının da ona ait olması gerekmektedir. Söz gelimi, teminat amacıyla devir veya tahsil yetkisinin devri hallerinde, sözleşmenin alacağı devreden

¹⁴²⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 332; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 78; von Büren, **a.g.e.**, s. 224; Eren, **BG**, s. 1262, 1263; Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 579; Akyol, **BG**, s. 238; Kurşat, **a.g.e.**, s. 74; Demirbaş, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 32. Öte yandan, esas itibarıyla bu görüşte olan *Flume*, alacağı devreden iptal hakkını kullanabilmesi için, yeni alacaklının bu konuda onay vermesi gerektiğini savunmaktadır (bkz. *Flume*, **AT**, s. 561). *Buz* ise, (alacağın doğduğu sözleşmedeki) tarafların anlaşması durumunda iptal hakkının yeni alacaklıya geçebileceği görüşünde olmakla birlikte, bunun pratikte önem arz etmeyeceğini; zira iptal hakkının devredilmesinde yeni alacaklının bir menfaati söz konusuysa, bu menfaate başka yollardan ulaşılabileceğini ileri sürmektedir. Örneğin eski alacaklının sözleşmeyi iptal etme tehlikesi varsa, yeni alacaklının bu tehlikenin bertaraf edilmesindeki menfaati, devir sözleşmesi sırasında eski alacaklının iptal hakkından feragat etmesi sağlanarak korunabilecektir (*Buz*, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 290, 301). Sonuç olarak yazar, alacağın devrinde iptal hakkının devredende (eski alacaklıda) kalması gerektiğine işaret etmektedir. Diğer taraftan, yeni alacaklının başka bir yolla korunması da mümkündür. Eski alacaklının, iptal hakkını kullanması için alacağı devralana temsil yetkisi vermesi bu noktada işlevsel bir rol oynayabilir (Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 579 dn. 79).

¹⁴²⁵ Burada, bizzat devir (temlik) sözleşmesinin de tabloya ilişkin nitelik yanılması nedeniyle iptal edilmesi mümkündür.

¹⁴²⁶ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 2; karş. BGE 84 II 355 (servat.unibe.ch). Alacağın devri ihtimalinde iptal hakkının devredilebilirliğiyle ilgili farklı görüşler için bkz. *Buz*, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 283 vd.

tarafından iptal edilmesi amaca uygundur. Oysaki alacak satışı veya işletme devri gibi durumlarda, bu hak, alacağı devralan tarafından kullanılmalıdır¹⁴²⁷.

Borcun dış üstlenilmesi (TBK m. 196, OR m. 176) halinde ise, alacağın devrindeki durumun benzeri söz konusu olduğundan¹⁴²⁸, ayrıca tartışmaya gerek bulunmamaktadır. Ancak görüşümüzü bu ihtimal açısından da belirtmek gerekirse, eski borçluyla alacaklı arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan münferit bir borcun, alacaklı ile üstlenen arasındaki sözleşme gereğince üstlenene nakledildiği bu hallerde, iptal hakkı yanılan eski borçluda kalacaktır¹⁴²⁹.

Sözleşmenin devrinde (TBK m. 205) ise, hâkim görüş, iptal hakkının sözleşmeyi devralan kimseye geçeceği yönündedir. Bilindiği üzere sözleşmenin devrinde, üçüncü bir kişi, sözleşme taraflarının rızasıyla, taraflardan birinin yerine geçmekte ve bunun sonucunda da tüm hak ve borçlar kendisine devredilmektedir. Bu itibarla, sözleşme tarafı olma sıfatıyla alakalı olan; diğer bir deyişle sözleşmeye bağlı nitelikte olan iptal hakkı da tüm borç ilişkisiyle birlikte devralana geçer. Kaldı ki, sözleşmeden çıkan tarafın, kendisinden sonraki ilişkiyi sona erdirebilme imkanına sahip olması sözleşmenin nispiyeti ilkesiyle çelişir¹⁴³⁰.

¹⁴²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, bir banka, komisyoncu sıfatıyla müşterisinin hesabına (dolaylı temsil yoluyla) belirli bir miktar kıymetli evrak satın almış ve fakat bu sözleşmede esaslı yanılmaya düşmüştür. Daha sonra da, bu sözleşmeden doğan hak ve borçları müşterisine (temsil olunana) devretmiştir. Mahkeme, burada her ne kadar esaslı yanılan taraf banka olsa dahi, menfaatler durumu gereğince iptal hakkının, diğer hak ve borçlarla birlikte müşteriye geçmesi gerektiğini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, alacağın devri ve borcun dış üstlenilmesi hallerinde de, eğer somut durumun koşulları ve müşterinin korunmaya değer menfaati bunu gerektiriyorsa, iptal hakkının devralana geçebileceği kabul edilmiştir (bkz. BGE 41 II 571, servat.unibe.ch).

¹⁴²⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 78.

¹⁴²⁹ Farklı görüşte bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 278.

¹⁴³⁰ Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 634; Eren, **BG**, s. 1284, 1285; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 356 (ve s. 355 dn. 10'da anılan yazarlar); Ayrancı, **a.g.e.**, s. 138; Kurşat, **a.g.e.**, s. 76. *Ayrancı*'ya göre, iptal hakkının devralana geçmesi için, hem devralanın hem de devreden sözleşmenin devri sırasında yanılmayı öğrenmemiş olması gerekir. Aksi halde, söz gelimi sözleşmeyi devreden yanılanın, yanıldığını bilmesine rağmen devir işlemini gerçekleştirmesi iptal hakkından feragat ettiği (sözleşmeyi onadığı) anlamına gelecektir (Hasan Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenebilirliği (Devri)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 135). Kanaatimizce, sözleşmeyi devreden ya da devralanın yanılmayı bilerek sözleşmenin devri işlemini yaptığı her durumda, doğrudan bu yönde bir sonuca varmak yerine, devreden ya da devralanın icazet iradesi olup olmadığı araştırılmalı ve bu bağlamda, güven ilkesi kılavuzluğunda hareket edilmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, pratikte çoğu zaman yazarın işaret ettiği sonuç ortaya çıkacaktır. Zira yanılanın bilinmesine rağmen sözleşmenin devredilmesi ya da devralınması, sözleşme ilişkisinin devam etmesinin arzu edildiği şeklinde yorumlanmaya hayli müsaittir.

Burada akla gelen bir soru da, iptal hakkının devralana geçmesinin, TBK m. 39'daki bir yıllık sürenin başlangıcı açısından önem arz edip etmediğidir. Burada şu ayrımın yapılması gerekir; eğer yanılan devir sözleşmesinden önce yanılmayı öğrendiyse, artık bu süre başlamış olduğundan, devralanın yanılmayı daha sonra öğrenmesi bir farklılık yaratmaz. Zira aksi düşünce, işlemeye başlamış hak düşürücü sürenin uzatılması anlamına geleceğinden kabul edilmemelidir¹⁴³¹. Buna karşın, sözleşmenin devrine kadar yanılma öğrenilmemişse, TBK m. 39'daki sürenin başlangıcı açısından artık devralanın bu yanılmayı öğrenme zamanı belirleyici olacaktır¹⁴³². Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus da, yanılanın (devredenin) kusurlu olarak hataya düştüğü durumlarda, iptal hakkını kullanan devralanın, karşı tarafın sözleşmenin sona ermesi nedeniyle uğradığı zararları TBK m. 35 uyarınca tazmin etmekle yükümlü olmasıdır. Öte yandan, sözleşmenin karşı tarafı TBK m. 34/2'deki karşı hakkını, doğal olarak artık devredene değil, sözleşmeye dahil olan tarafa yöneltecektir.

Buna karşın diğer görüş ise¹⁴³³, sözleşmenin devredildiği olasılıkta dahi, iptal hakkının sözleşmeye dahil olan tarafa (devralana) geçmeyeceğini savunmaktadır. Bununla birlikte, devredenin iptal hakkını kullanması ise ancak sözleşmeye dahil olan tarafın rızasıyla mümkün olacaktır.

Bize göre, sözleşmenin devri halinde iptal hakkının devralana geçmesi menfaatler durumu açısından daha uygundur¹⁴³⁴. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise, eğer devir sözleşmesinin (üstlenme sözleşmesinin) kendisi de

¹⁴³¹ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 363; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 142.

¹⁴³² Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 363.

¹⁴³³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 332; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 78; Yıldırım, **Hile**, s. 231; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 136 dn. 120'de anılan yazarlar; dolaylı olarak bu görüşte bkz. Flume, **AT**, s. 561.

¹⁴³⁴ Ancak aksi görüş kabul edilse dahi, yanılanın (devredenin) iptal hakkının engellenmesi veya devralanın sözleşmeyi iptal edebilmesi farklı yollarla mümkün olabilecektir. Öncelikle, artık sözleşme ilişkisinde yer almayan yanılanın iptal hakkı, çoğu zaman bu hakkı kullanmakta menfaati olmadığı gerekçesiyle TBK m. 34/1 bağlamında sınırlanacaktır. Öte yandan, devir sözleşmesi yapılırken, yanılanın iptal hakkının kullanılmasına ilişkin devralan tarafa temsil yetkisi vermesi de mümkündür. Ayrıca, alacağın devri ihtimalinde de işaret edildiği üzere, devir sözleşmesi sırasında ya da daha sonra, yanılanın iptal hakkından feragat etmesi imkanı da vardır. Böylece sözleşmenin başkası (devreden yanılan) tarafından iptal edilebilme tehlikesi bertaraf edilebilecektir. Ancak görüleceği üzere, bu alternatif yöntemler dahi çoğu zaman tam bir çözüm üretmekte yetersiz kalabilecektir. Zira bu yöntemlerin çoğunda, iptal hakkının devreden tarafından kullanılmaması veya devralan tarafından kullanılması en nihayetinde yanılanın (devredenin) iradesine bağlıdır. Hâlbuki hâkim görüşün de işaret ettiği üzere, olması gereken, bu hakkın doğrudan devralana geçmesidir.

yanılmanın etkisiyle yapılmışsa, artık bu tartışmanın bir öneminin kalmayacağıdır¹⁴³⁵. Zira devralan bu ihtimalde, kendi esaslı yanılmasından kaynaklanan iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi iptal edebilecektir. Örneğin A, maliki olduğu daireyi B'ye kiralarken, onun ödeme gücünde esaslı saikte yanılmaya düşmüştür. Daha sonra A, çok iyi fiyat veren C'ye bu daireyi devretmiştir (burada kanun gereği bir sözleşme devri gerçekleştiğine dikkat çekelim). Şu halde, C'nin malik olduğu dönemde de kiraların ödenmemesi halinde, daha önce A'nın düştüğü hatanın aynısına C'nin de düştüğü görülecektir. Burada ikinci görüş savunulsa dahi, C'nin sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür. Zira C'nin iptalinin sebebi kendi yanılmasıdır¹⁴³⁶.

TBK m. 206'da düzenlenen sözleşmeye katılma ihtimalinde ise, sözleşmeye katılan tarafın, katılma sözleşmesini yaparken bizzat kendi iradesinde bir bozukluğun söz konusu olduğu haller dışında, sözleşmeyi iptal etme imkanı bulunmamaktadır¹⁴³⁷. Zira sözleşmeye katılan kimse, yanılan tarafın (ya da diğer tarafın) yerine geçmemekte, bilakis onun yanında yer alarak hak ve borçlara katılmaktadır. Bu nedenle de, doğal olarak sözleşmeyi iptal hakkı, hâlâ sözleşmede taraf olan yanılana aittir.

Sözleşmenin temsil (doğrudan temsil) yoluyla kurulduğu hallerde, esaslı yanılmanın var olup olmadığı temsilcinin irade açıklamasına bakılarak tespit edilir. Buna karşın, sözleşmeyi iptal hakkını ise, borç ilişkisinin tarafı olan temsil olunan kullanılır. Ancak hemen belirtelim ki, temsil olunan temsilciye ayrıca sözleşmeyi iptal etme yetkisi tanıdıysa, temsilcinin de sözleşmeyi sona erdirebilmesi mümkündür¹⁴³⁸.

2. İptal Açıklamasının Yönelteceği Kişi

Yanılanın sözleşmeyi sona erdirebilmek için iptal açıklamasını yönelteceği kişi, sözleşmenin diğer tarafıdır¹⁴³⁹. Dolayısıyla, yanılanın bu hakkını (gerek olmamasına

¹⁴³⁵ Flume, **AT**, s. 561; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 79.

¹⁴³⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 82.

¹⁴³⁷ Flume, **AT**, s. 561; Akyol, **BG**, s. 238.

¹⁴³⁸ Flume, **AT**, s. 561; Zehnder, **a.g.e.**, s. 21, 22; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 17; Kolly, **a.g.e.**, N. 65, 66; Akyol, **BG**, s. 238; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 127, 241; Akyol, **Temsil**, s. 224, 225; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 20 vd. BGB § 166/1'de, temsilci ile kurulan sözleşmelerde, irade bozukluğunun irade açıklamasının geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceğinin belirlenmesinde, temsil olunanın değil, bizzat temsilcinin dikkate alınacağı açıkça belirtilmektedir.

¹⁴³⁹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 332; Flume, **AT**, s. 562; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 20; von Büren, **a.g.e.**, s. 224; Huguenin, **AT**, N. 563; Akyol, **BG**, s. 238; Y. 1. HD., 16.10.1974, E. 1974/9327, K. 1974/9427 ("Dava, hata nedenine dayanılarak yapılan temlikin iptali isteğinden ibaret

rağmen) mahkeme yoluyla kullanması ihtimalinde, iptal hakkının sonuçları, ancak bu açıklama (örneğin dava dilekçesi) karşı tarafa yöneltildiğinde gerçekleşir. Diğer taraftan, sözleşmenin karşı tarafında birden çok kişinin yer aldığı müşterek hukuki işlemlerde ise, iptal açıklamasının hepsine yöneltilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁴⁰. Tek taraflı hukuki işlemlerde ise, daha önce bu işlem kime yöneltildiyse, iptal hakkı da ona karşı kullanılır¹⁴⁴¹. Sözleşmenin karşı tarafın temsilcisiyle (doğrudan temsilciyle) yapıldığı hallerde, yanılanın, iptal açıklamasını temsilciye değil, bizzat sözleşme tarafına yöneltmesi gerekir¹⁴⁴².

Alacağın devri ihtimalinde, yukarıda söylediklerimize paralel olacak şekilde, alacağı devreden kimse yanıldıysa, iptal açıklamasını, sözleşmenin diğer tarafı olan borçluya karşı ileri sürecektir. Şayet borçlu yanılmaya düştüyse, iptal açıklaması yine sözleşmenin tarafı olan eski alacaklıya (devredene) karşı yöneltilecektir¹⁴⁴³. Zira alacağın devrine rağmen devreden ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Örneğin müşterisine (A'ya) fiyat teklifinde bulunan B, elindeki İran halısını 100.000 TL'ye satmak istediğini söyleyecekken, yanlışlıkla 10.000 TL demiştir. A da bu sözleşmeden doğan alacağını C'ye devretmiştir. Bu durumda, B'nin iptal açıklamasını hâlâ sözleşme tarafı olan A'ya karşı yapması gerekir. Ancak hemen belirtelim ki, iptal hakkının kullanan B, alacağın devrini öğrendikten sonra, bu durumu A'ya karşı bir savunma (itiraz) olarak ileri sürebilir¹⁴⁴⁴. Diğer taraftan, borcun üstlenilmesinde de aynı sonuç geçerlidir; yani yanılan alacaklı, iptal hakkını eski borçluya karşı kullanır¹⁴⁴⁵. Bununla birlikte, eğer eski borçlu yanılmaktaysa, iptal açıklamasını sözleşme tarafı olan alacaklıya karşı yöneltecektir. Örnekteki B'yi borçtan kurtarmak için, B2'nin A ile borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yaptığı

bulunduğuna göre, davada husumetin, akitte taraf olan satıcılara yöneltilmesi gereklidir". Bkz. Özkaya, a.g.e., s. 117).

¹⁴⁴⁰ Flume, **AT**, s. 565, 566; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 10; Brox / Walker, **AT**, N. 434; karşı. Akyol, **BG**, s. 239.

¹⁴⁴¹ Brox / Walker, **AT**, N. 434.

¹⁴⁴² Flume, **AT**, s. 562; Akyol, **BG**, s. 238.

¹⁴⁴³ Becker, **BerKomm**, Art. 31 N. 3; von Büren, a.g.e., s. 224; Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 589; Akyol, **BG**, s. 239. Buna karşın Schwenger ise, borçlunun korunması gereğinden hareketle, iptal açıklamasının devreden dışında devralana karşı da yöneltilebileceği görüşündedir (Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 10; aynı görüşte von Tuhr / Peter, a.g.e., s. 332).

¹⁴⁴⁴ Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 589; Eren, **BG**, s. 1269, 1270.

¹⁴⁴⁵ Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 613; Akyol, **BG**, s. 239. Öte yandan, sözleşmenin devri ihtimalinde, şayet devralan yanılmışsa, iptal hakkını sözleşmede kalan tarafa dermeyer edecektir. Buna karşın, sözleşmede kalan tarafın yanılması halinde ise, iptal hakkı devralan tarafa yöneltilecektir (Ayrancı, a.g.e., s. 141, 142).

ihhtimalde, B, açıklamada yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiğini A'ya bildirecektir.

III. İptal Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

A. Sözleşmenin Geriye Etkili Olarak Kesin Hükümsüz Olması

TBK m. 30 vd. hükümleri çerçevesinde esaslı yanılmaya düşen taraf, bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullandığı takdirde, sözleşme geriye etkili olarak kesin hükümsüz hale gelir. Zira kanun koyucunun eksik geçerlilik şartıyla korunan tarafa tanıdığı iptal hakkı, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki bir irade bozukluğundan kaynaklandığından, bu hakkın bozucu etkisi de, kural olarak bu ana kadar geriye etkili (*ex tunc*) sonuçlarını doğurur¹⁴⁴⁶. Aslında burada kanun koyucu, doğa yasalarına aykırı şekilde normatif bir “geriye etki” varsayımı (*Fiktion*) öngörmektedir¹⁴⁴⁷. Bu bağlamda, başlangıçta hükümlerini doğuran sözleşmenin iptal edilmesinin iki temel sonucu bulunmaktadır: (i) Henüz yerine getirilmemiş edimlerin sona ermesi (borçtan kurtarıcı etki) ve (ii) yerine getirilmiş edimlerin iadesi (sözleşmenin tasfiyesi)¹⁴⁴⁸.

İptal hakkı kullanılmadan önce, daha önce de belirttiğimiz üzere, sözleşmenin esaslı yanılma sonucunda kurulmuş olduğu hâkim tarafından *re'sen* dikkate alınmaz. Burada yanılan tarafın sadece defî hakkı bulunmaktadır. Buna karşın, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme kesin şekilde hükümsüz hale geleceğinden, artık bu durum bir itiraz temeli teşkil edecektir¹⁴⁴⁹. Dolayısıyla bu andan itibaren, olası bir

¹⁴⁴⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 83; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 47. İptal hakkının sözleşmenin geçerliliği üzerindeki “geriye etkisi”, Yargıtay kararlarında da sıkça vurgulanmaktadır (örneğin; “...hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir”, Y. 1. HD., 20.1.2003, E. 2002/14594, K. 2003/554; aynı şekilde bkz. Y. 1. HD., 22.9.2011, E. 2011/5882, K. 2011/9294; Y. 1. HD., 16.6.2010, E. 2010/5112, K. 2010/7027; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470; Y. 1. HD., 20.1.2003, E. 2002/14594, K. 2003/554; Y. 1. HD., 26.9.2002, E. 2005/8483, K. 2002/10037; Y. 1. HD., 28.3.2001, E. 2001/3500, K. 2001/3680, Y. 1. HD., 13.10.1998, E. 1998/8883, K. 1998/10883; Y. 1. HD., 22.6.1998, E. 1998/7456, K. 1998/7785 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁴⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 12, 87.

¹⁴⁴⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 12, 85 vd.; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 15; Koller, **AT**, § 14 N. 276; Reiser, **a.g.e.**, N. 43; Eren, **BG**, s. 431; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 120. Aynı sonuçlara, sözleşmeye aykırılık halinde kullanılan sözleşmeden dönme hakkında da rastlanmaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Dönme**, s. 40, 41; Buz, **Dönme**, s. 152-237)

¹⁴⁴⁹ Bkz. yuk. 3. Bölüm, II, B.

uyuşmazlıkta hâkim, görevi gereği bu durumu göz önünde bulunduracak ve ilgililer de kesin hükümsüzlüğü ileri sürebileceklerdir.

İptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin tamamen hükümsüz hale gelmesinin, yanılmanın sadece sözleşmenin bir bölümünü etkilediği bazı durumlarda, gerek menfaatler durumu açısından gerekse dürüstlük kuralı bağlamında en uygun hukuki sonuç olmadığı kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin tamamıyla sona erdirilmesi kuralı istisnaya uğramakta ve TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulanması çerçevesinde, sözleşmenin kısmi iptali gündeme gelmektedir. Öte yandan, sözleşmenin iptal edilmesinin geriye etkili sonuçlar doğurması kuralı da, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde belirli şartlarla istisnaya uğrayabilmektedir. Bu başlık altında, öncelikle kısmi iptal ve sürekli borç ilişkilerinde iptal hakkının hukuki etkileri konusunda açıklamalar yapılacaktır. Daha sonra da, sözleşmenin iptalinden sonra gündeme gelecek tasfiye ilişkisi incelenecektir.

B. Kısmi İptal

Daha önce de belirtildiği üzere, esaslı yanılmaya düştüğünü öğrenen yanılının önünde iki alternatif bulunmaktadır; sözleşmeyi iptal etmek ya da onamak. Dolayısıyla yanılma hükümlerine bağlanan hukuki rejim, prensip itibarıyla “ya hep ya hiç” ilkesi etrafında işlemektedir. Ancak bu katılık, gerek TBK m. 34/2'deki sözleşmenin diğer tarafına tanınan karşı yenilik doğuran hak ile gerekse (belirli şartlara bağlı olarak) sözleşmenin kısmen iptal edilmesi imkanıyla yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Biz bu başlık altında kısmi iptal ihtimalini ele alıp, TBK m. 34/2'yi ise aşağıda inceleyeceğiz.

Esaslı yanılmanın sözleşmenin sadece bir kısmını sakatladığı hallerde, TBK m. 27/2'nin (OR m. 20/2) kıyasen uygulanması, hem doktrinde hem de içtihatla genel olarak kabul edilmektedir¹⁴⁵⁰. Kısmi hükümsüzlük düzenlemesi, Roma hukukundaki

¹⁴⁵⁰ Bucher, **AT**, s. 214; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 409; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 11; Schwenzer, **AT**, N. 39.08; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 852; Hürlimann, **a.g.e.**, s. 94; Koller, **AT**, § 14 N. 122; Huguenin, **AT**, N. 586; Reiser, **a.g.e.**, N. 49; Başpınar, **a.g.e.**, s. 49 (ancak yazar, irade bozukluklarının da dahil olduğu geniş anlamda içerik sakatlığı teşkil eden durumlarda, TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulanmasının değil, doğrudan uygulanmasının söz konusu olacağı görüşündedir. Bkz. **A.g.e.**, s. 104); Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 443; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 453, 454; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 371; Eren, **BG**, s. 429; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 121; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1185; Kılıçoğlu, **BG**, s. 262; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 523; BGE 130 III 49; BGE 125 III 353; BGE 116 II 685; BGE 107 II 419; BGE 96 II 106 (bger.ch). OR 2020 tasarısı m. 43/2'de ise, irade bozukluklarına ilişkin kısmi hükümsüzlüğün (kısmi iptalin), şekil ve içerik sakatlıklarına ilişkin genel hükümler arasında düzenlenmiş olan kısmi hükümsüzlük (m. 34) düzenlemesine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.

“*utile per inutile non vitiatur*” (geçersiz olan geçerli olana zarar vermez) ilkesinin bir görünümü olarak, sakatlığa rağmen, tarafların sözleşmenin bu kısım olmadan devam etmesindeki menfaatlerini gözeterek, sözleşmenin ayakta tutulmasına (*favor negotii*) hizmet etmektedir. Bu nedenle, söz konusu kural, aslında genel bir hukuk ilkesinin görünümüdür¹⁴⁵¹.

Kısmi hükümsüzlük düzenlemesinin kıyasen uygulanması, yanılmanın bulunduğu sözleşmeye “kısmi iptal” şeklinde etki etmektedir. Şu halde, TBK m. 27/2 hükmünün hangi şartlarda uygulanabileceği incelememiz açısından önem arz ettiğinden, bu konuya temas etmek yararlı olacaktır. Bir sözleşmenin kısmi hükümsüz olabilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir: (i) Sözleşme içeriğinin bir kısmı geçersiz olmalı¹⁴⁵², (ii) sözleşme içerik itibarıyla bölünebilir nitelikte olmalı ve geçerli kalan kısım anlamlı bir bütün oluşturabilmeli¹⁴⁵³, (iii) taraflar kesin

Dolayısıyla, şu ana kadar hukuk uygulayıcısının yapmak zorunda kaldığı kıyasen uygulamanın, artık kanun koyucu tarafından öngörülen bu özel atf hükmüyle, doğrudan uygulamaya dönüştüğü söylenebilir. Öte yandan, Alman hukukunda da, § 139 BGB’nin kıyasen uygulanması suretiyle kısmi iptal imkanı kabul edilmektedir (bkz. Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 139; Brox / Walker, **AT**, N. 438; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N.781). Hukuk uyumlaştırması metinlerinde de kısmi iptale ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin PECL m. 4:116’da, iptal sebebinin sözleşmenin sadece belirli hükümlerini etkilemesi halinde, şayet somut olayın tüm koşulları değerlendirildiğinde sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması makul ise, iptalin hukuki etkisinin sadece ilgili kısımlarla sınırlı olacağı belirtilmektedir (aynı şekilde PICC m. 3.2.13, DCFR II. – 7:213).

¹⁴⁵¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 410; Başpınar, **a.g.e.**, s. 49. Hatta burada, irade bozukluklarında sözleşmenin tamamen iptal edileceği yönündeki düzenlemenin amaca uygun sınırlanmaya tabi tutulduğunu söylemek de mümkündür (Schwenzer, **AT**, N. 39.08). Farklı bir yaklaşımla bakıldığında ise, sözleşmenin kısmen iptal edilerek ayakta tutulması, sözleşmenin tamamen iptal edilmesi halinde gündeme gelecek tasfiye masrafları ve işlem maliyetleri dikkate alındığında, ekonomik bakımdan etkin bir çözüm yolu sunmaktadır (Hans Caspar von der Crone / Silvia Hunziker, “Irrtum beim Vergleich, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 130 III 49 vom 4. Dezember 2003”, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)**, 2004, s. 342-350, s. 348).

¹⁴⁵² Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin bir kısmında içerik sakatlığı (*Inhaltsmangel*) bulunmalıdır. Doktrinde içerik sakatlığına yol açacak sebepler; “dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri” ve “geniş anlamda içerik sakatlığı sebepleri” şeklinde ele alınmaktadır. İlk grupta, TBK m. 27/1’de zikredilmiş olan, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık (bu bağlamda ayrıca TMK m. 23) ve sözleşme konusunun başlangıçtaki (objektif) imkansızlığı halleri yer almaktadır (Hürlimann, **a.g.e.**, s. 21 vd.; Peter Gauch, “Modifizierte Teilnichtigkeit, Anmerkungen zu BGE 107 II 216”, **recht 1983/3**, s. 95-100, s. 96; Başpınar, **a.g.e.**, s. 103; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 144 vd.). Geniş anlamda içerik sakatlığı sebepleri ise, ilk gruptakilere ek olarak, irade bozuklukları (TBK m. 30 vd.), muvazaa (TBK m. 19), fiil ehliyeti eksikliği (TMK m. 15), geçerlilik şekline aykırılık (TBK m. 12/2) gibi sözleşmenin geçersizliğine yol açan diğer durumları içine almaktadır (Hürlimann, **a.g.e.**, s. 101 vd.; Başpınar, **a.g.e.**, s. 104 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 186 vd.).

¹⁴⁵³ Burada kast edilen, sözleşmenin kısımlara ayrılabilmesinin mümkün olmasıdır. Zira ancak bölünebilir bir sözleşmede geçersizliğin bulaştığı kısım dışarıya çıkarılarak, geri kalan kısımların geçerli kalması sağlanabilir. Ancak her zaman dikkat edilmesi gereken husus, geçersiz kısmın (ya da kısımların) çıkarılmasından sonra geriye kalan sözleşmenin anlamlı bir bütün oluşturması gerektiridir. Sözleşmenin “kısımları” ibaresinden anlaşılması gereken, belirli bir konuyu

hükümsüzlük anlaşması yapmamış olmalı¹⁴⁵⁴, (iv) sözleşmenin geçersiz kısma rağmen diğer kısımlarıyla hükümlerini doğurması, tarafların farazi iradelerine uygun olmalıdır¹⁴⁵⁵. Şu halde, esaslı yanılma nedeniyle sözleşmenin kısmen iptali için de aynı şartların varlığı gerekir. Ancak hemen işaret edelim ki, sakat olan kısım açısından esaslılık şartları ayrıca gerçekleşmiş olmalıdır. Buna göre, sözleşmenin yanılma konusu olguya ilişkin kısmı, yanılan açısından sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz nitelikte öneme sahip olmalı ve bu önemlilik derecesi, alışveriş hayatındaki

düzenleyen tekil sözleşme kayıtlarıdır. Diğer bir ifadeyle, sözleşme içeriğini meydana getiren kayıtlar (klozlar, hükümler, anlaşmalar, şartlar), sözleşmenin bölünebilir kısımlarını oluşturmaktadır. Örneğin satım sözleşmesinde yer alan, satım konusu mal, bedel, ifa yeri, ifa zamanı, teminatlar, iradi dönme hakkı, faiz, sorumsuzluk kaydı gibi hükümler, sözleşmenin kısımlarını ifade etmektedir. Bu kısımların özellikleri dikkate alınarak, sözleşmenin çeşitli açılardan bölünebileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda; sözleşme içeriğinin niceliksel bölünebilirliği, sözleşmenin esaslı noktaları açısından bölünebilirliği, sözleşmenin temel anlaşma-alt anlaşma şeklinde bölünebilirliği, sözleşmenin zamansal bölünebilirliği, sözleşmenin subjektif bölünebilirliği gibi ayrımlara gidilmektedir. Bu konuda ayrıca ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hürlimann, **a.g.e.**, s. 42 vd., 68 vd.; Başpınar, **a.g.e.**, s. 63-77; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 115-139; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 41; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 605 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, **Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul: Aybay Yayıncılık, 1996, s. 30, 31.

¹⁴⁵⁴ Bu bağlamda, ilk ihtimal olarak taraflar, sözleşmenin bir kısmının geçersiz olması halinde, kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olmayacağı (diğer bir deyişle, bir kısmın geçersiz olması halinde, sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı) konusunda anlaşabilirler. Başka bir ihtimal de, tarafların, sözleşmenin bir kısmının hükümsüzlüğü halinde, geri kalan kısımların hükümlerini doğuracağı yönünde anlaşmalarıdır. Burada, TBK m 27/2 denetimi sonucunda tüm sözleşmenin kesin hükümsüz olabilme tehlikesine karşı alınan bir önlem söz konusu olup, doktrinde bu tür kayıtlara “kurtarıcı kayıtlar” (*salvatorische Klauseln*) denilmektedir. Bunu dışında, tarafların üçüncü bir ihtimal olarak, geçersiz kısım çıktıktan sonra, bu kısmın yerini alacak ikame kayıtlar (*Ersatzklauseln*) öngörerek, sözleşmenin geçerli kalmasını sağlamaları da mümkündür. Bu konuda bkz. Hürlimann, **a.g.e.**, s. 47 vd.; Başpınar, **a.g.e.**, s. 79 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 197 vd.

¹⁴⁵⁵ Diğer bir ifadeyle, tarafların farazi iradelerinden, eğer geçersiz (sakat) kısım olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı sonucunun çıkmaması gerekir. Bu doğrultuda değerlendirme yapacak olan hâkim, taraflar sözleşmenin kuruluşu aşamasında söz konusu geçersizliği fark etmiş olsalardı, ne şekilde bir düzenleme öngörürlerdi sorusuna cevap aramaya çalışacaktır. Şayet tarafların farazi iradeleri, geçersiz kısım olmadan sözleşmenin yapılmayacağı yönündeyse, sözleşmenin tam hükümsüz olduğu sonucuna varılacaktır (Başpınar, **a.g.e.**, s. 91-93; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 189 vd.; Gauch, **Teilnichtigkeit**, s. 97). Doktrinde farazi iradelerin tespiti konusunda; subjektifleştirilmiş farazi iradeler görüşü, objektifleştirilmiş farazi iradeler görüşü ve iki aşamalı inceleme görüşü şeklinde çeşitli yöntemler önerilmektedir. Bize göre üstün tutulması gereken, iki aşamalı inceleme görüşüdür. Bu görüşe göre, hâkim ilk olarak, tarafların menfaat durumlarını, fiili-psikolojik iradelerini ve neyi istediklerini dikkate alarak subjektif bir değerlendirme yapacak; bu yöntemin sonuç vermemesi halinde ise ikinci aşamaya (objektif aşamaya) geçerek, bu sefer somut durumun özelliklerinden hareketle, aynı şartlar altındaki makul ve dürüst kimselerin nasıl bir düzenleme yapacaklarını sorgulayacaktır (Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 193, 194; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 599; karşı. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 11. Bu görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hürlimann, **a.g.e.**, s. 60 vd.; Başpınar, **a.g.e.**, s. 94 vd., Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 191 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 599; Kocayusufpaşaoğlu, **Kısmi Hükümsüzlük**, s. 26, 27). Öte yandan, tarafların farazi iradelerinin tespit edileceği zaman konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki hâkim görüş, “sözleşmenin kurulduğu anın” kriter olarak kabul edilmesi yönündedir (Hürlimann, **a.g.e.**, s. 65; Başpınar, **a.g.e.**, s. 101; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 196).

hâkim görüşler ve dürüstlük kuralı tarafından onaylanmalıdır¹⁴⁵⁶. Kuşkusuz, ortada bir saikte yanılma söz konusuysa, ayrıca hatalı kısma atfedilen bu önemin, karşı tarafça bilinebilir olması da aranacaktır.

Bu noktada önemle belirtilmesi gereken bir husus, TBK m. 27/2’de (diğer şartların gerçekleşmiş olması kaydıyla), tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü (şu halde kısmi iptali) yönünde olduğu karinesinin öngörülmesidir. Bununla birlikte, tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin geçersiz kısımları dışında kalan kısımlarla ayakta tutulması yönünde olduğuna yönelik karinenin çürütülmesi mümkündür¹⁴⁵⁷. Bu itibarla, geçersizliği (konumuz açısından esaslı yanılmayı) bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını iddia eden taraf; diğer bir ifadeyle, sözleşmenin geri kalan kısımlarla geçerli olmasına itirazı olan taraf, bu iddiasını ispatlayarak karineyi çürütebilir ve böylece sözleşmenin tamamen geçersiz olmasını (tamamen iptal edilmesini) sağlayabilir¹⁴⁵⁸. Bu imkan, sözleşmenin iki tarafı için de geçerlidir.

Sözleşmenin kısmi iptalinin, kesin hükümsüzlük türlerine paralel şekilde üç farklı görünüm arz etmesi mümkündür. İlk olasılıkta, sadece yanılmanın ilgili olduğu sözleşme kısmı geçersiz olmakta, bunun yerine herhangi bir ikame kural (*Ersatzregel*) getirilmemektedir¹⁴⁵⁹. Bu durumda basit kısmi iptalin (*schlichte Teilanfechtung*) varlığından söz edilecektir. Örneğin A, yeni açtığı lokantada kullanmak için çeşitli mutfak malzemeleri almak ister. B’nin dükkânını gezen A, birer adet fırın, buzdolabı ve ısıtıcıyı beğendikten sonra hepsi için satış sözleşmesi imzalar. Ancak eşyaların

¹⁴⁵⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 417-420; Huguenin, **AT**, N. 587; BGE 130 III 49 (bger.ch).

¹⁴⁵⁷ Hürlimann, **a.g.e.**, s. 67; Başpınar, **a.g.e.**, s. 91; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 111. Alman hukukunda, bunun tersi bir çözüm kabul edilmektedir. § 139 BGB’de, sadece bir kısmı geçersiz olan sözleşmenin, bu kısım olmasaydı yine de yapılacağı anlaşılmadıkça, tamamen geçersiz olacağı belirtilmektedir (Bu konuda bkz. Flume, **AT**, s. 570 vd.).

¹⁴⁵⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 412; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 700; Başpınar, **a.g.e.**, s. 101, 102. Aldatma ve korkutma hallerinde, karşı tarafa böyle bir imkan tanınmaması gerektiği yönündeki görüşe biz de katılmaktayız. Dolayısıyla bu hallerde, sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü için sadece aldatılanın ve korkutulanın farazi iradesi önem taşıyacaktır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin tamamen iptal edilmesi ya da kısmen iptal edilmesi tamamen aldatılan ya da korkutulanın elindedir; zira karşı tarafın korunabilecek herhangi bir güveni bulunmamaktadır Bu konuda bkz. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 28 N. 18 ve Art. 29 N. 12; Schwenzer, **AT**, N. 39.09; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 836; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 529 (yazar, üçüncü kişinin aldatması ya da korkutması olasılığında, şayet karşı taraf bu aldatma ya da korkutmayı bilmiyorsa, fakat “bilebilecek durumdaysa”, ona bu imkanın tanınması gerektiği görüşündedir **A.g.m.**, s. 530); BGE 125 III 353 (bger.ch).

¹⁴⁵⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 412; Gauch, **Teilnichtigkeit**, s. 97; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 601; Kocayusufoğlu, **Kısmi Hükümsüzlük**, s. 25; Başpınar, **a.g.e.**, s. 149, 150; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 204.

tesliminden sonra, fırın ve ısıtıcının sağlam, ancak buzdolabının bozuk olduğu anlaşılır. Şu halde, A'nın saikte yanılması (esaslı nitelik yanılması) sadece buzdolabını ilgilendirdiğinden, iptal hakkının da bu kısım üzerinde hükümlerini doğurması gerekir.

Yine, bir diğer örnek olarak Federal Mahkeme'nin 2003 yılında verdiği karar gösterilebilir. Karara konu olan uyuşmazlıkta¹⁴⁶⁰, A ile sigorta şirketi B arasında ölüm ve kaza sigortasına ilişkin bir sigorta sözleşme yapılmıştır. Bir arkadaşının kullandığı arabada seyahat eden A, geçirdiği trafik kazasında uğradığı çeşitli hastalıklara ilişkin sağlık kurumundan aldığı rapora dayanarak sigorta şirketine başvurmuştur. Taraflar, raporda belirtilenden (%40-45) daha az bir sakatlık derecesini (%37) baz alarak, sulh sözleşmesi niteliğinde bir tazminat anlaşması imzalamıştır. Ancak bir süre sonra, A'nın sinir sisteminde farklı sorunlar gözlemlenmiş ve yine kazadan kaynaklanan bazı ortopedik rahatsızlıklar tespit edilmiştir. Daha önceki rapora yansımayan bu tür rahatsızlıklara ilişkin sağlık kurumundan ikinci bir rapor alınmıştır. Bunun üzerine A, geçirdiği kaza ile doğrudan bağlantılı olan bu rahatsızlıkların ilk raporda yer almadığını belirterek, tazminat anlaşmasına (sulh sözleşmesine) ilişkin saikte yanıldığını iddia etmiştir. Mahkeme, eğer yanılma, tarafların üzerinde sulh oldukları ve nihai şekilde düzenlemek istedikleri şüpheli (kesin olmayan) noktalara ilişkinse, yanılma nedeniyle sözleşmesinin iptal edilemeyeceğini ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle, Mahkeme'ye göre, tarafların belirli bir uyuşmazlık konusunda yaptıkları sulh sözleşmesi, söz konusu uyuşmazlığa neden olan bir olguda hataya düşüldüğünden hareketle iptal edilemez. Bu noktada, Mahkeme şu ayrımı yapmaktadır: Eğer taraflar, içeriğini tartıştıkları ve doğru olabileceği kadar yanlış da olabileceği mümkün olan bir raporun gerçeğe uygun olup olmadığı belirsizliğini ortadan kaldırmak için bir sulh sözleşmesi yapmışlarsa, yanılmaya dayanma imkanı söz konusu olmaz. Zira artık bu husus, sulh sözleşmesinin konusu (*caput controversum*) olmuştur. Buna karşın, şayet taraflar, belirli bir kurum (hastane) tarafından düzenlenen raporun doğruluğundan emin olarak ve bundan hareketle sulh sözleşmesi yapmışlarsa, daha sonra bu raporun dayandığı olgunun yanlış olduğunun ortaya çıkması halinde, tarafların yanılmaya dayanabilmeleri mümkündür. Burada yanılma, sulh sözleşmesinin konusu dışında (*caput non controversum*) kalmaktadır. Olayda da aynen bu şekilde bir durum söz konusudur ve A açısından temel yanılmasının şartları mevcuttur. Ancak burada, A'nın

¹⁴⁶⁰ BGE 130 III 49 (bger.ch). Bu karara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. von der Crone / Hunziker, **a.g.m.**, s. 342 vd.

temel yanılması tüm sözleşmeye değil, sadece tazminat anlaşmasına ilişkin kısma inhisar ettiğinden, Mahkeme, bu durumda kısmi iptalin mümkün olup olmadığını incelemiştir. Kanunda (OR m. 23-31 arasında) bu konuda herhangi bir hüküm bulunmadığına işaret eden Mahkeme, doktrine ve diğer içtihatlarla da gönderme yaparak, bu imkanın OR m. 20/2'nin kıyasen uygulanması suretiyle mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Hatta ek bir argüman olarak, büyükten küçüğe evleviyet yöntemi (*a maiore ad minus*) bağlamında, bütünü iptal edebilecek olanın, parçayı da iptal edebileceğine işaret etmiştir. Mahkeme, bu hükmün temel yanılmasına uygulanabilmesi için, sözleşmenin bölünebilir olması ve bununla birlikte, geri kalan kısmın anlamlı bir sözleşme bütünü oluşturacak niteliğe sahip olması gerektiğini belirtmiştir.

İkinci olasılıkta ise, yanılmanın ilgili olduğu kısım, yine birinci türdeki gibi geçersiz olmakta, ancak bu sefer söz konusu kısım yerine ikame hüküm getirilmekte ve böylece, sözleşmede iptal sonrası ortaya çıkan boşluk doldurulmaktadır. Burada, sözleşmenin iptal sonrasındaki durumu ve içeriği aynı kalmamakta, ikame kural ile değiştirilmekte; diğer bir ifadeyle, sözleşmenin “değiştirilmiş kısmi iptali” (*modifizierte Teilanfechtung*) gündeme gelmektedir. İkame kural olarak, sözleşmenin sakat kısmının yerine ilk aşamada emredici hüküm geçmektedir. Emredici hüküm söz konusu olmadığı takdirde, kanundaki tamamlayıcı nitelikte bir yedek hükümle bu boşluk doldurulacaktır. Şayet iptal sonucunda geçersiz olan kısmın yerini alabilecek ya da sözleşmeye dahil edildiği takdirde diğer hükümlerle ahenkli bir bütünlük sağlayabilecek yedek bir hüküm bulunmamaktaysa, hâkim, tarafların farazi iradelerinden hareketle yeni bir hüküm tesis edecektir. Bu amaç doğrultusunda hâkim, eğer taraflar sözleşme kurulurken iptal edilebilir olan kısmın farkında olsalardı, bu kısım yerine nasıl bir düzenleme öngörürlerdi sorusunu soracaktır¹⁴⁶¹.

Federal Mahkeme'nin kararına konu olan bir olayda, A, arazisindeki dokuz parsel üzerinde B lehine üst hakkı tesis etmiştir. Ancak daha sonra, parsellerden ikisinin ormanlık arazi içinde yer alması nedeniyle inşaat izni bulunmadığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine B, A'ya sözleşmenin değiştirilmesi yönünde teklifte bulunmuş, ancak A bunu reddetmiştir. Mahkeme, olayda B'nin sadece inşaat izni

¹⁴⁶¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 414, 415; Gauch, **Teilnichtigkeit**, s. 97, 98; Hürlimann, **a.g.e.**, s. 74 vd.; Başpınar, **a.g.e.**, s. 152 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 209 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Kısmi Hükümsüzlük**, s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 602.

bulunmayan parsellere ilişkin esaslı saikte yanıldığına ve ayrıca kısmi hükümsüzlüğün şartlarının da gerçekleşmiş olduğundan hareketle sözleşmenin kısmi iptaline karar vermiştir. Bununla birlikte, sözleşmede kararlaştırılan üst hakkı bedelinin de, kısmi iptale uygun olarak indirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁶². Dikkat edilecek olursa, ayıplı ifa hükümlerinde alıcıya tanınan, ayıp oranında bedel indirimi isteme hakkı ile değiştirilmiş kısmi iptaldeki bedel indirimi arasında bir paralellik söz konusudur¹⁴⁶³. Ancak hemen belirtelim ki, buradaki bedele ilişkin değişiklik, tarafların farazi iradelerine uygun olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kuruluşu sırasında söz konusu parsellerin inşaata elverişli olmadığı taraflarca bilinseydi, geri kalan parseller için ne miktarda bir üst hakkı bedeli öngörülerdi sorusu bu noktada önem taşımaktadır. Zira yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edildiği hallerde, yanılmayı bilmeyen ve bilmek zorunda da olmayan karşı tarafın menfaatlerinin de dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır. Nasıl ki sözleşmenin kurulması ve hükümlerini doğurması her şeyden önce iki tarafın uyuşmasına bağlıysa, kısmi iptal sonrası hukuki durumda da (en azından farazi iradeler çerçevesinde) aynı uyuşma sağlanmalıdır¹⁴⁶⁴. Nitekim tarafların “ortak farazi irade karinesini” çürütebilme imkanının altında da bu düşünce yatmaktadır.

Son olarak, kısmi iptalin genişletilmiş kısmi hükümsüzlük türünde (*erweiterte Teilnichtigkeit*, ya da genişletilmiş kısmi iptal, *erweiterte Teilanfechtung*) ortaya çıkabilmesi de mümkündür. Bu olasılıkta, yanılma konusu kısım, sözleşmenin kısmi iptali sonucunda geçersiz olmakta ve fakat bu geçersizlik, sözleşmenin geride kalan bazı geçerli kısımlarını da etkilemektedir. Bunun gerçekleşebilmesi için, tarafların farazi iradelerinden, eğer sözleşmenin kuruluşu sırasında sakat kısmın farkına varmış olsalardı, geçerli olan bazı kısımları da yapmayacakları sonucuna varılmalıdır. Diğer bir deyişle, yanılma konusu olmayan kısımların da iptal edilen kısım ile birlikte

¹⁴⁶² BGE 96 II 101 (bger.ch).

¹⁴⁶³ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 11; Schwenzer, **AT**, N. 39.08; Kramer, **Irrtum**, N. 101; BGE 107 II 149 (bger.ch). Bu karara konu olayda, bir anonim şirketin hisseleri satılırken, hisselerin değerinin depodaki ve envanterdeki malların pazar fiyatını karşıladığı belirtilmiş ve buna göre sözleşme yapılmıştır. Ne var ki, alıcı daha sonra, depodaki malların eski, piyasada satışının (sürümünün) zor olduğunu ve ayrıca söz konusu mallara piyasa fiyatının üzerinde değer verildiğini fark edince, satıcıdan satış bedelinin indirilmesini talep etmiştir. Olay mahkemeye yansıdığı anda, hâkim, alıcıyı haklı bulmuş ve burada TBK m. 27/2’yi kıyasen uygulamıştır.

¹⁴⁶⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 425, 426.

hükümden düşmesi için, tarafların, sakat kısım olmasaydı, bazı geçerli kısımları da ayrıca sözleşmeye dahil etmeyecekleri söylenebilmelidir¹⁴⁶⁵.

Bu kısmi iptal türüne şu örnek verilebilir: A, işyerindeki üretimin verimini artırmak için son teknolojide makineler satın almak ister ve bu amaçla yurtdışındaki makine üreticisi B'nin fabrikasını ziyaret eder. Burada gördüğü bazı makineleri beğenen A, X ve Y türünde iki makineye ilişkin B ile anlaşır. Ayrıca anlaşmaya göre, çok büyük ve komplike olan X makinesinin kurulumu, teslimden sonra tarafların belirleyeceği bir günde ve belirli ücret karşılığında B'nin ekibi tarafından yapılacaktır. Ne var ki, makineler teslim edildikten sonra bunları gözden geçirmek ve denemek için çalıştıran A, X makinesinin elektrik aksamında tamir edilemez nitelikte büyük bir sorun olduğunu fark eder. Görüleceği üzere, burada A'nın esaslı saikte yanılması sadece sözleşme konusu X'e ilişkindir ve sözleşmeyi iptal ettiği takdirde, ilk olarak sözleşmenin X makinesine ve buna karşı ödenecek bedele ilişkin hükmü geçersiz olacaktır. Ancak tarafların farazi iradelerinden hareketle, X'e ilişkin sözleşme yapılmıyaydı; diğer bir deyişle sözleşme kurulurken X'in bozuk olduğu bilinseydi, bu makinenin kurulumuna ilişkin hükmün de sözleşmeye dahil edilmeyeceği pekâlâ söylenebileceğinden, geçersiz kısma ilişkin iptal, ayrıca kurulumla ilişkin kısmın da hükümsüz olmasına yol açacaktır.

Kısmi iptal konusunda aydınlatılması gereken bir diğer husus da, TBK m. 27/2'nin (OR m. 20/2), hem saikte yanılmalara hem de açıklamada yanılmalara aynı şekilde kıyasen uygulanıp uygulanamayacak olmasıdır. Bu aşamada, TBK m. 34/2'nin varlığı önemli bir problem olarak karşımıza çıkar.

Meseleye ilk olarak açıklamada yanılma bakımından temas edersek; doktrindeki bir görüş, açıklamada yanılmalarda TBK m. 34/2'nin açık hükmü gereği TBK m. 27/2'nin kıyasen dahi uygulanamayacağını savunmaktadır¹⁴⁶⁶. Bu görüşe göre, açıklamada yanılmalarda sözleşme ya tamamen iptal edilecek ya da TBK m. 34/2 uyarınca sözleşmenin diğer tarafı, yanılanın iptal açıklamasına karşı, sözleşmeyi

¹⁴⁶⁵ Başpınar, **a.g.e.**, s. 172 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 215 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Kısmi Hükümsüzlük**, s. 32, 33; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 604. Bu noktada belirtelim ki, İsviçre hukukunda genişletilmiş kısmi hükümsüzlük, çoğunlukla değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak ve bu başlık altında ele alınmaktadır. Bkz. Hürimann, **a.g.e.**, s. 54 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 411 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁴⁶⁶ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 853; Schwenzer, **AT**, N. 39.09; Huguenin, **AT**, N. 588; von der Crone / Hunziker, **a.g.m.**, s. 349.

yanılanın istediği şekilde geçerli hale getirebilme imkanını kullanabilecektir. Ancak bizce de üstün tutulması gereken diğer görüşe göre, diğer taraf, bu yöndeki karşı yenilik doğuran hakkını kullanmadığı takdirde, açıklamada yanılmalarda da TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulanması ve böylelikle sözleşmenin kısmen iptal edilebilmesi mümkün olmalıdır¹⁴⁶⁷. Burada gözden kaçırılmaması gereken, (aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere) TBK m. 34/2 hükmü açısından sadece yanılanın gerçek iradesi (ya da farazi iradesi) önem taşımaktayken, TBK m. 27/2 çerçevesinde kısmi iptal için, ortak farazi iradelerin bu sonucu desteklemesi gerektirir.

Örneğin ürün kataloğundaki X'e ilişkin öneride bulunmak isterken, yanlışlıkla Y'ye ilişkin açıklamada bulunan alıcı, daha sonra açıklamada yanılmaya dayanarak satıcıya sözleşmeyi iptal ettiğini bildirmiştir. Burada satıcı, TBK m. 34/2'deki imkanı kullanarak (ve yanılanın yanılmasaydı sözleşmeyi X üzerinden kuracağını ispat ederek) iptal hakkını devrede dışı bırakabilir ve sözleşmenin X üzerinden kurulmasını sağlayabilir¹⁴⁶⁸. Şayet satıcı bu imkanı kullanmadığı takdirde, eğer yanılma olmasaydı satıcının da farazi iradesinin sözleşmeyi X üzerinden kurmak olduğu anlaşılıyorsa, alıcının sözleşmeyi kısmen iptal edebilmesi mümkün olacaktır. Burada, değiştirilmiş bir kısmi iptal gündeme gelecek ve sözleşmenin iptal edilen Y'ye ilişkin kısmının yerine, ortak farazi iradelere göre (X'e ilişkin) ikame kural geçecektir.

Öte yandan, saikte yanılmalar konusunda ise, TBK m. 34/2'nin, TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulanmasının önünde herhangi bir engel oluşturmadığı kabul edilmektedir. Zira TBK m. 34/2, özel olarak açıklamada yanılmalar için öngörölmüş bir düzenlemedir. Dolayısıyla, tartışma daha çok bu hükmün kıyasen saikte yanılmalara uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır¹⁴⁶⁹. Bu hükmün saikte yanılmalara da uygulanacağı kabul edildiği takdirde, karşı tarafın bu

¹⁴⁶⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 414, 427; Reiser, **a.g.e.**, N. 50 (yazar, aksi takdirde açıklamada yanılanın saikte yanılardan daha elverişsiz konumda olacağına ve bu durumu haklı gösteren herhangi bir gerekçenin bulunmadığına dikkat çekmektedir); Nomer, **Kısmi İptal**, s. 526, 527; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 816.

¹⁴⁶⁸ TBK m. 34/2, bazı yazarlar tarafından kısmi iptal hükmü olarak değerlendirilmesine karşın (bkz. Nomer, **Kısmi İptal**, s. 525); düşüncemize göre sözleşmenin karşı tarafına tanınan imkana ve hükmün amacına bakıldığında, hâkim görüşün de belirttiği üzere, burada karşı yenilik doğuran hakkın kullanılması şartına bağlı olarak, kanun gereği gerçekleşen bir tahvil söz konusudur (bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, IV, B). Zira kısmi hükümsüzlükte (kısmi iptalde) sadece bir tarafın değil, iki tarafın da farazi iradeleri belirleyici önemdedir. Sadece yanılanın gerçek (ya da farazi) iradesine göre sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi (çevrilmesi) kısmi iptal olarak değerlendirilmemelidir.

¹⁴⁶⁹ Bkz. aş. 3. Bölüm, IV, B.

imkanı başarıyla kullanması (yani yanılanın yanılmasaydı sözleşmeyi bu şekilde yapacağını ispatlaması), tıpkı açıklamada yanılmalarda olduğu gibi TBK m. 27/2'nin uygulanmasını bloke edecektir¹⁴⁷⁰. Söz gelimi yukarıdaki makine örneğinde, X makinesinin bozuk olduğunu bildirerek sözleşmeyi iptal ettiğini açıklayan A'ya karşı, B, vakit geçirmeden ona tam da istediği özelliklerde bir X makinesi teslim edeceğini söylemişse, artık TBK m. 27/2'nin uygulanma imkanı kalmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında özetle toparlarsak; hem açıklamada hem de saikte yanılmada, şartların varlığına bağlı olarak TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulanması mümkündür. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, sözleşmenin kısmi iptalinin kim tarafından ileri sürülebileceğidir. İlk ihtimalden başlarsak, yanılanın sözleşmeyi tamamen iptal etmek yerine, doğrudan kısmi iptale ilişkin açıklamada bulunabilmesi mümkündür¹⁴⁷¹. Örneğin alıcı, üzerinde 12 katlı apartman inşa etmek amacıyla bir arazi satın almış, ne var ki imar mevzuatına göre söz konusu arazide ancak 8 katlı yapılara izin verildiğini öğrenmiştir. Burada alıcı, sözleşmeyi tümünden iptal etmek yerine, kısmen iptal ederek, sözleşmenin 8 katlı inşaata elverişli yapı üzerinden geçerli kalmasını sağlayabilir¹⁴⁷². Kuşkusuz bu olasılıkta, değiştirilmiş kısmi iptal gündeme gelecek ve aynı zamanda karşı edim miktarı da bu oranda indirime uğrayacaktır. Yine unutulmasın ki, karşı tarafın, bu durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek ortak farazi irade karinesini çürütebilmesi ve sözleşmeyi tamamen hükümsüz hale getirebilmesi mümkündür.

İkinci ihtimal, yanılanın sözleşmeyi tamamen iptal etmesi karşısında, diğer tarafın bu durumu engelleyerek sözleşmenin kısmi iptalini sağlayabilecek olmasıdır. Bunun altında yatan mantık, sözleşmeyi tamamen geçersiz hale getirmenin dürüstlük kuralına (TBK m. 34, OR m. 25) aykırılık teşkil edebilecek olmasına karşın; sözleşmenin, yanılmadan etkilenen kısımlarından arındırılarak ve geri kalan kısımlarla hükümlerini doğurması sağlanarak bu yasağa takılmasının önlenebileceğidir¹⁴⁷³. Kaldı ki, sözleşmenin kısmen geçerli olarak ayakta tutulması iki tarafın da farazi iradelerine uygunsa, bu durumda yanılan karşısında daha çok korunmayı hak eden diğer tarafı böyle bir imkandan mahrum etmenin haklı bir gerekçesi yoktur. Burada diğer tarafa

¹⁴⁷⁰ Nomer, **Kısmi İptal**, s. 528.

¹⁴⁷¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 414; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 528, 529.

¹⁴⁷² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 422.

¹⁴⁷³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 27; Schwenger, **BasKomm**, Art. 25 N. 7.

tanınan bu imkanın, TBK m. 34/2'nin (OR m. 25/2) kıyasen uygulanmasıyla da elde edilebileceği savunulabilir. Ancak her hâlükârda, bu sonucun gerçekleşmesi, yanılanın iptal açıklaması karşısında, diğer tarafın, yanılanın da sözleşmenin kuruluşu sırasında yanılmanın farkına varsaydı sözleşmeyi bu şekilde kurabileceğini (diğer bir deyişle, farazi iradelerin de bu sonucu haklı kıldığını) ispatlamasına bağlıdır¹⁴⁷⁴.

Doktrinde üçüncü ihtimal olarak, iki tarafın da sözleşmenin kısmen iptal edilmesine yönelik bir açıklaması bulunmadığı takdirde, hâkimin belirli hallerde bu durumu kendiliğinden gözetebileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, burada ikinci ihtimaldeki mantığın aynısı söz konusudur: Tamamen iptal edilmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek olan sözleşmenin, dürüstlük kuralına uygun hale getirilerek yaşatılabilmesi mümkündür¹⁴⁷⁵. Bilindiği üzere, bir hakkın kötüye kullanıldığı (dürüstlük kuralına aykırı olduğu), davada bir itiraz sebebi teşkil etmekte ve böylelikle taraflar ileri sürmese dahi, hâkimin dava dosyasına yansıyan olgulardan hareketle, bu durumu *re'sen* dikkate alması gerekmektedir¹⁴⁷⁶. Dolayısıyla, sözleşmenin iptal edilerek tamamen kesin hükümsüz hale getirilmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği ve fakat buna karşın sakatlıktan etkilenmeyen kısmın tarafların ortak farazi iradelerine uygun şekilde ayakta tutulabilmesi fırsatının bulunduğu hallerde, hâkimin de kısmen iptale karar vermesi mümkündür. Ancak bu yönde bir sonuca varılırken, tarafların irade özerkliğine dikkat edilmeli ve hem subjektif hem de objektif bir değerlendirme (iki aşamalı inceleme) yapılarak, taraflar sözleşme kurulurken ilgili kısmın geçersiz olduğunu bilselerdi ne tür bir düzenleme öngörürlerdi sorusu sorulmalıdır.

¹⁴⁷⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 27; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 528. OR 2020 tasarısı m. 43/2 c. 2'de ise, bu konuda açık bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Buna göre, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma hallerinde, bundan etkilenen taraf, sakatlık sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkin olsa dahi, sözleşmenin tamamını hükümsüz hale getirebilecektir (*Bei Täuschung, Furchterregung und Übervorteilung kann die betroffene Partei die Ungültigkeit des ganzen Vertrages geltend machen, selbst wenn der Mangel bloss einen Teil des Vertrages betrifft*). Şu halde, bu olasılıklarda diğer tarafın sözleşmenin kısmen iptal edilmesi yönündeki savunması dinlenmeyecek; ancak maddenin zıt kavramından hareketle, ortada bir yanılma söz konusuysa, diğer tarafın böyle bir imkanı söz konusu olacaktır.

¹⁴⁷⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 414; Huguenin, **AT**, N. 591; Nomer, **Kısmi İptal**, s. 526.

¹⁴⁷⁶ Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 899; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1271; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 10, 11; YİBK., 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "Bilindiği üzere, Medeni Kanunun ikinci maddesi hükmünde yer alan "objektifiyi niyet kuralı", her hukuk kuralının en üstünde yani (zirvede) yer alan ve her haliükârda hâkimin "resen kendiliğinden" gözönünde bulundurup uygulaması gereken bir "ana kural" olması itibarıyla,..."

C. Sürekli Borç İlişkilerinde İptal

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin (örneğin kira, vekâlet, hizmet, ortaklık sözleşmeleri gibi) özellikleri dikkate alındığında, iptal hakkının bu tür sözleşmelerde kullanılmasının ani edimli sözleşmelerde kullanılmasından daha farklı etkileri olup olmayacağı önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, iptal hakkının sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri geriye etkili olarak mı, yoksa ileriye etkili olarak mı sona erdireceği tartışmalıdır. Ancak söz konusu tartışmaya geçmeden önce, bu tür borç ilişkilerinin karakteristik özelliklerini kısaca açıklamak faydalı olacaktır.

Sürekli borç ilişkisinde, asli edim yükümünün ifası bir süreye yayılmakta ve borçlu bu süre içinde edimini devamlı olarak yerine getirmektedir. Burada borçlunun ifa ettiği edim, ani edimli borç ilişkilerindeki durumun aksine, alacaklının ifa menfaatini bir defada gerçekleştirmemekte; alacaklının ifa menfaati, ifa süresi boyunca karşılanmaktadır. Bu itibarla, sürekli borç ilişkilerinde edimin kapsamı ifa süresine göre belirlenmektedir¹⁴⁷⁷. Sürekli borç ilişkileri, genel olarak taraflar arasında daha yoğun bir güven ilişkisi yaratmakta ve daha sıkı bir kişisel ilişki tesis etmektedir¹⁴⁷⁸.

Özellikle belirli bir süre devam etmiş ve ifasına başlanmış bu tür sözleşmelerde, ifa edilmiş edimlerin ve geride kalmış hukuki ilişkinin ortadan kaldırılmayacağına ve mevcudiyetini sürdüreceğine ilişkin taraflar arasında bir güven olduğu kabul edilmektedir. Hatta bu durum, “sürekli borç ilişkilerinin varlığını koruma menfaatiyle” ya da diğer bir ifadeyle “olanın olduğu gibi korunması (*quieta non movere*)” ilkesiyle açıklanmaktadır¹⁴⁷⁹. Şu halde, sözleşmenin kuruluşunda bir sakatlık olması nedeniyle sözleşmenin o ana kadar (geriye etkili olarak) sona erdirilmesi ile sürekli borç

¹⁴⁷⁷ Peter Gauch, **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Freiburg: Universitätsverlag, 1968, s. 6 vd.; Merz, **Vertrag**, s. 35, 36; Seliçi, **a.g.e.**, s. 4-8; Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 7 vd.; Serozan, **Medeni**, s. 361; Saibe Oktay, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İÜHFM**, C. LV, S. 3, 1997, s. 209-234, s. 210, 211; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 13, 14; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 11, 12.

¹⁴⁷⁸ Gauch, **Dauerverträgen**, s. 6; Seliçi, **a.g.e.**, s. 34, 35; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 112; Serozan, **Medeni**, s. 362.

¹⁴⁷⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 36, 37; Erman, **a.g.e.**, s. 103.

ilişkisinin mevcut hukuki durumunun korunması ilkesi arasında bir çatışma söz konusudur¹⁴⁸⁰.

İptal hakkının bu tür borç ilişkilerinin geçerliliğine olan etkisi konusunda, iki ihtimali daha baştan birbirinden ayırmak gerekir: (i) Sürekli borç ilişkisinin ifasına başlanmamıştır ya da (ii) sürekli borç ilişkisinin ifasına başlanmıştır.

İlk ihtimalde, sözleşmenin iptalinin, tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi geriye etkili olarak sonuçlarını doğuracağı ve sözleşmeyi başlangıçtan itibaren kesin şekilde hükümsüz hale getireceği konusunda fikir ayrılığı bulunmamaktadır¹⁴⁸¹. Asıl tartışma, sürekli edimin ifasına geçildiği ve böylelikle taraflar arasındaki ilişkinin yoğunlaşmaya başladığı aşama için söz konusudur. Bu kapsamdaki sorunsallar şu şekilde sıralanabilir. Sözleşmenin iptali geriye mi yoksa ileriye mi etkili hükümlerini doğurur? Burada hangi hukuki dayanaklar gündeme gelir? Kabul edilen çözüm, her türlü sürekli borç ilişkisi için geçerli kabul edilebilir mi? Öte yandan, tercih edilen çözüm tüm irade bozuklukları için geçerli midir, yoksa irade bozukluğunun türüne göre bir ayrıma gidilmeli midir?

Doktrindeki hâkim görüş, ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde, iptal hakkının ileriye etkili (*ex nunc*) sonuç doğuracağını ve böylelikle olağanüstü fesih hakkına dönüşeceğini kabul etmektedir. Buna bağlı olarak, sözleşmenin iptal hakkının kullanılmasına kadarki hukuki durumu aynen korunacak; diğer bir ifadeyle, iptale kadarki borç ilişkisi kesin hükümsüz hale gelmeyecek, ilişkinin sona ermesi, sadece iptalden sonrası için söz konusu olacaktır¹⁴⁸². İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik

¹⁴⁸⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁴⁸¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 104; Gauch, **Dauerverträgen**, s. 210, 211; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 942; Reiser, **a.g.e.**, N. 47; Seliçi, **a.g.e.**, s. 37, 38; Kramer, **Irrtum**, N. 106; Huguenin, **AT**, N. 585; Merz, **Vertrag**, s. 10; Brox / Walker, **AT**, N. 462a.; Erman, **a.g.e.**, s. 103, 104.

¹⁴⁸² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 105; Gauch, **Dauerverträgen**, s. 29, 30; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 25 N. 6; Schwenzer, **AT**, N. 39.25; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 942 vd.; Kramer, **Irrtum**, N. 106; Huguenin, **AT**, N. 585; Merz, **Vertrag**, s. 10; Brox, **a.g.e.**, s. 214 vd.; Glasl, **a.g.e.**, s. 239 vd.; Reiser, **a.g.e.**, N. 47; Seliçi, **a.g.e.**, s. 57; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 78; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 120; Serozan, **Medeni**, s. 361; Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 197; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 167; Nomer, **Aşırı Yararlanma**, s. 641; karş. Koller, **AT**, § 14 N. 282, 283; aksi görüş için bkz. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 943 dn. 425'de sayılan yazarlar.

görüşü de bu yöndedir¹⁴⁸³. Keza Alman hukukundaki baskın görüş de aynı doğrultudadır¹⁴⁸⁴.

Bu görüşün dayandığı en önemli gerekçe, ifa edilmeye başlanmış ve böylece sürekli olarak devam etmiş borç ilişkisinin geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasının, hukuki anlamda tatmin edici olmayacağı ve pratik bakımdan çözümü güç sorunlara yol açacağı yönündedir. Bu bağlamda, iptal anına kadarki ilişkinin geriye etkili hükümsüz hale getirilmesi, özellikle tasfiye ilişkisi bakımından ciddi problemler doğuracağından taraf menfaatleri açısından uygun bir çözüm değildir¹⁴⁸⁵. Zira özellikle sürekli borç ilişkisi yaratan iş görme ve kullandırma edimlerinin, iptal sonrası tasfiye ilişkisinde “aynen iade kuralına” göre iadesinin hiçbir zaman gerçekleşme imkanı yoktur. Dolayısıyla, bu hallerde her zaman sebepsiz zenginleşme hükümleri devreye girecek ve fakat sürekli borç ilişkilerinin yapısı gereği, söz konusu tasfiye düzeni, eski hale iade amacını gerçekleştirmekte çoğu zaman yetersiz kalacaktır. Bu bağlamda, yerine getirilmiş edimin değerinin belirlenmesindeki zorluklar ve taraflar arasındaki devamlı bağlılığın neden olduğu ayrıştırılması güç malvarlığı kaymaları özel bir öneme sahiptir. Örneğin sadakat yükümü, portföy tazminatı talebi (*goodwill*) veya yapmama yükümü gibi bu tür sözleşmelerde karşımıza çıkabilecek bazı edim ve kazandırmaların nasıl değerlendirileceği sorusu, sözleşmenin ileri etkili olarak sona erdirilmesi çözümünü çoğu zaman zorunlu kılmaktadır¹⁴⁸⁶.

Bu çerçevede özellikle dikkat çekilmesi gereken bir nokta da, her ne kadar ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde, prensip olarak iptal hakkının ileriye etkili sonuçlarını doğurması kabul edilse de, belirli durumlarda bu kuralın istisnaya uğrayabileceğidir. Sözleşmenin geriye etkili olarak hükümsüz hale getirilmesinin durumun şartlarına göre daha adil ve uygun olduğu veya bir tarafın, bu ilişkinin geçmişi de kapsayacak şekilde ortadan kaldırılmasında korunmaya değer menfaatinin bulunduğu hallerde durum böyledir. Keza, sözleşmenin *ex tunc* sona erdirilmesinin yukarıda açıklanan tasfiye zorluklarına neden olmadığı hallerde de bu yönde bir istisna gündeme gelecektir. Şu halde denilebilir ki, genel kural *ex nunc* etkili sona erme olsa

¹⁴⁸³ BGE 132 III 242; BGE 129 III 320 (bger.ch); BGer 4A_562/2010 (servat.unibe.ch).

¹⁴⁸⁴ Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 145; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 782; Brox / Walker, **AT**, N. 438.

¹⁴⁸⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 104, 105; Kramer, **Irrtum**, N. 106; Seliçi, **a.g.e.**, s. 37 vd.; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 145; Erman, **a.g.e.**, s. 103, 104; Serozan, **Medeni**, s. 361; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 166; BGE 132 III 242; BGE 129 III 320 (bger.ch).

¹⁴⁸⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 104-108; Seliçi, **a.g.e.**, s. 48-56; Erman, **a.g.e.**, s. 104.

da, hâkimin somut durumun özelliklerini ve dürüstlük kuralını dikkate alarak aksi yönde karar verebilmesi mümkündür¹⁴⁸⁷. Yine, bu bağlamda ortaya çıkan bir diğer sonuç da şudur: Sürekli borç ilişkisi ne kadar uzun sürdüyse, taraf arasındaki güven ilişkisi ve karşılıklı bağlılık da o kadar artacağından; geriye etkili sona erme ihtimali de, bu ölçüde az olacaktır.

Öte yandan, doktrinde ileri sürülen bir görüş, bu konuda ayrıca irade bozuklukları açısından bir ayrıma gidilmesinin uygun olacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda, aldatan ve korkutanın bu yönde (*ex nunc* sona ermeden kaynaklanan) bir korumayı hak etmediği belirtilerek, söz konusu ihtimallerde sözleşmenin ileriye mi yoksa geriye mi etkili olarak ortadan kaldırılacağına, aldatılan ve korkutulanın kararına bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁸⁸.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin esaslı yanılma (ve diğer irade bozuklukları) nedeniyle sona erdirilmesinde, iptal hakkının olağanüstü fesih hakkına dönüşerek ileriye etkili sonuçlar doğuracağına hukuki temeli konusunda da çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Burada akla gelebilecek yöntemlerden birisi, sözleşmenin kuruluşunda bir irade bozukluğu söz konusu olmasına rağmen, taraflar arasındaki “fili borç ilişkisi” nedeniyle sözleşmenin herhangi bir geçerlilik şartı eksikliğinden etkilenmeksizin geçerli şekilde kurulduğunu kabul etmektir¹⁴⁸⁹. Bilindiği üzere fiili borç ilişkisi (fili sözleşme ilişkisi) teorisinde, tarafların karşılıklı irade açıklamaları olmasa ya da bu açıklamalar geçersiz olsa dahi, bazı hallerde tarafların çeşitli fiili davranışlarına hukuki sonuç bağlanmaktadır. Bu bağlamda, tarafların herhangi bir

¹⁴⁸⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 108, 110; Schwenger, **AT**, N. 39.25; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 944; Seliçi, **a.g.e.**, s. 56, 57; Reiser, **a.g.e.**, N. 47. Aynı istisnayı Alman hukuku da tanımaktadır (Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 148). Bunun dışında, İsviçre Federal Mahkemesi’nin, sürekli borç ilişkisindeki irade bozukluğunun edimler arasındaki *sinallagmayı* (karşılıklılık ilişkisini) etkilemediği hallerde, iptal hakkının geriye etkili sonuç doğuracağına ilişkin kararları bulunmaktadır (BGer 4A_562/2010, servat.unibe.ch; BGE 129 III 320, bger.ch). Öte yandan, somut olayın özellikleri ve tarafların menfaat durumunun gerekli kılması halinde, sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmayan ve fakat ifasına başlanmış uzun süreli sözleşmelerin de ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği ileri sürülmektedir (Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 945; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 110).

¹⁴⁸⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 106. Öte yandan, korkutma ve aldatma hallerinde dahi, sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona erdirilmesi gerektiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır (bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 59; Kurşat, **a.g.e.**, s. 69 vd.).

¹⁴⁸⁹ Bucher, **AT**, s. 275; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 944; Koller, **AT**, § 14 N. 283; Glasl, **a.g.e.**, s. 239, 240; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 109 (yazar ayrıca, bu teorisinin kabul edilmesinin irade bozuklukları nedeniyle gündeme gelecek tazminat taleplerini engellemeyeceğini belirtmektedir).

işlem iradesi bulunmamasına karşın, salt sosyal tipteki davranışları nedeniyle ortaya çıkan fiili durumun geçerli bir sözleşme ilişkisi oluşturduğu söylenmektedir¹⁴⁹⁰.

Diğer taraftan, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre ise, burada TBK m. 34/1 uyarınca (OR m. 25/1) dürüstlük kuralından hareket edilmeli ve geriye etkinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği hallerde, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği kabul edilmelidir¹⁴⁹¹. Bu çerçevede düşünülebilecek bir başka yöntem de, bu konuda genel bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle kanunda boşluk bulunduğu kabul edilmesi ve bu boşluğun, örneğin hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 394/3 (OR m. 320/3)¹⁴⁹² hükmünden ya da sürekli edimli sözleşmelerdeki borçlu temerrüdüyle ilgili TBK m. 126 hükmünden kıyasen yararlanılarak doldurulmasıdır¹⁴⁹³. Öte yandan, gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta da, TBK m. 394/3 (OR m. 320/3), eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 480/2 (OR m. 373/2) ve TBK m. 482/2 (OR m. 375/2) hükümlerinin doğrudan uygulama alanına giren durumlarda, söz konusu hükümlerin yanılma hükümlerini bertaraf ederek öncelikli uygulanacak olmasıdır¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹⁰ Flume, **AT**, s. 97, 98; Merz, **Vertrag**, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 76 vd.; Bydlinski, **a.g.e.**, s. 86, 87; Nihat Yavuz, “Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s. 1061-1078, s. 1061, 1062; Ahmet Kılıçoğlu, “Fiili Sözleşme İlişkileri”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 42, S. 5-6, 1985, s. 738-752, s. 739-742; Seliçi, **a.g.e.**, s. 39 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 68, 69. Bugün doktrindeki hâkim görüş, bu teoriye gerek olmadığını; zira hukuki işlem teorisi, güven ilkesine göre yorum kuralı ve örtülü irade açıklaması gibi özel hukuk kavramlarıyla, bu teorinin ileri sürdüğü sonuçlara ulaşılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir (Flume, **AT**, s. 95 vd. Merz, **Vertrag**, s. 9, 10; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 80; Seliçi, **a.g.e.**, s. 43, 44; Serozan, **Medeni**, s. 354; aksi görüşte bkz. Yavuz, **a.g.m.**, s. 1072, 1073).

¹⁴⁹¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 108; Reiser, **a.g.e.**, N. 47; Schwenger, **BasKomm**, Art. 25 N. 6 (yazar ayrıca, hükümsüzlüğün teleolojik redüksiyona tabi tutulmasının da bu sonucu sağlayabileceğine işaret etmektedir); Schwenger, **AT**, N. 39.25; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 944; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 120.

¹⁴⁹² İsviçre doktrininde ve uygulamasında, daha çok bu hükümden hareketle genel bir çözüm bulma eğiliminin var olduğu söylenebilir (Merz, **Vertrag**, s. 10, 11; Kramer, **Irrtum**, N. 106; bu yönde bkz. BGE 132 III 242, bger.ch).

TBK m. 394/3’e (OR m. 320/3) göre, “geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”.

¹⁴⁹³ TBK m. 126; “ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

¹⁴⁹⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 111; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 945; BGE 109 II 333 (bger.ch).

D. Sözleşmenin Tasfiyesi

Sözleşmenin iptal edilmesiyle birlikte, tarafların yerine getirdikleri edimlerin tasfiyesi gündeme gelir. Sözleşmenin iptal hakkının kullanılmasıyla sona ermesi, aslında sözleşme ilişkisinin planlandığı ve arzu edildiği gibi devam etmemiş olduğunu ve bu nedenle tarafların sözleşmedeki amaçlarına ulaşamadıklarını gösterir. Hiç şüphesiz, bu durum sadece sözleşmenin iptaline özgü değildir. Zira sözleşme, ister kuruluşunda meydana gelen bir sakatlık (geniş anlamda hükümsüzlük halleri) nedeniyle, ister daha sonra ortaya çıkan bir ifa engeli (örneğin ayıplı ifa, borçlu temerrüdü, sonraki imkansızlık) nedeniyle sona erdirilmiş (ya da sona ermiş) olsun, sözleşmenin tam ve gereği gibi ifa ile çözülme amacına ulaşamadığından bahsedilir. Bu durumlar, doktrinde genel bir tabirle “akamete uğrayan sözleşmeler (*gescheiterte Verträge*)” şeklinde ifade edilmektedir. Buna bağlı olarak da, tarafların daha önce yerine getirdikleri edimlerin iadesi ve böylelikle sözleşmenin tasfiyesi (*Rückabwicklung*) gündeme gelmektedir¹⁴⁹⁵. Burada amaç her zaman aynıdır: Sözleşmenin kurulmasından önceki durum yeniden sağlanacak, yani eski hale iade yoluyla *status quo ante* tesis edilecektir¹⁴⁹⁶.

Ancak bu süreç, taraflarca öngörüldüğü şekilde normal seyrinde devam eden bir hukuki ilişkinin aksine, planlanmamış ve beklenmedik her olaydaki gibi çeşitli zorlukları bünyesinde barındırmaktadır. Burada, konumuzun sınırlarını aşmamak adına ayrıntıya girmeyip, sadece ilgili olduğu ölçüde değinmekle yetinirsek, ortaya çıkabilecek sorunsalları¹⁴⁹⁷ şu örnek üzerinden belirtebiliriz: A, antika ve ikinci el eşyalar satan B'den altın olduğuna inanarak X marka bir saat satın almış ve

¹⁴⁹⁵ Hans Caspar von der Crone / Isabelle Monferrini, “Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge”, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)**, 5/2001, s. 485-496, s. 486; Glasl, **a.g.e.**, s. 1-5; Alfred Koller, “Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen”, **Baurecht** 1, S. 4, 2006, s. 4-7, s. 4; Vedat Buz, “Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 611-662, s. 612.

¹⁴⁹⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 18; Wolfgang Wiegand, “Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **Gauchs Welt: Festschrift zum 65. Geburtstag von Peter Gauch, (Pierre Tercier / Marc Amstutz / Alfred Koller / Jörg Schmid / Herbert Stöckli (Hrsg.))**, Zürich: Schulthess, 2004, s. 709-722, s. 720; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 65; Gauch, **Dauerverträgen**, s. 203; von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 491; Buz, **Akamet**, s. 615.

¹⁴⁹⁷ Bu sorunsallar konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Glasl, **a.g.e.**, s. 134 vd.; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 56 vd.; Buz, **Dönme**, s. 161 vd.; Rona Serozan, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 195-207, s. 196, 197; Buz, **Akamet**, s. 622 vd.

karşılığında çok değerli aile yadigârı pikabını vermiştir. Ancak daha sonra bu saatin, başarılı bir taklit olduğu ortaya çıkmıştır. Gerçeği öğrenen A, süresi içinde sözleşmeyi iptal etmiş ve verdiği pikabın iadesini talep etmiştir. Şayet sözleşmenin iptalinden önce, pikap B'nin dükkânına giren bir hırsız tarafından çalınmışsa ya da B pikabı incelerken kırmış ve çöpe atmışsa, bu durum tasfiye açısından ne gibi bir farklılık yaratacaktır? B'nin çalınan pikap yerine, bu pikabın değerini ödemesi gerekir mi, yoksa pikabın çalınmasında hiçbir kusur isnad edilemeyen B, iade yükümünden kurtulur mu? A, aldığı saati kullanmışsa, saatin iadesiyle birlikte kullanma bedeli de ödemek zorunda mıdır? Burada, A'nın sözleşmenin iptalinden sonra saati kullanmasıyla daha önce kullanması arasında bir fark ortaya çıkar mı? A, iade talebiyle birlikte, saat için yaptığı masrafların ödenmesini B'den isteyebilir mi? Tazmin edilecek masraflar hangileridir? Tarafların birbirlerinden aldıkları edimleri iade etme yükümleri hangi zamanaşımına tabidir ve bu zamanaşımı ne zaman başlar? İade yükümleri ne zaman ifa edilecektir ve bu bağlamda tarafların birbirilerine karşı defi hakkı bulunmakta mıdır? Sözleşme çerçevesinde ifa edilecek edimler için verilen teminatlar, geri verme edimleri için de geçerli midir?

Görüleceği üzere, tasfiye sürecinde birçok farklı olasılık ve bundan kaynaklanan sorunsallar ortaya çıkabilmektedir. Bu soruların cevabı, sözleşmenin iptali sonrasında hangi tasfiye rejiminin uygulanacağıyla doğrudan bağlantılıdır. Yanılanın sözleşmeyi iptal ederek geriye etkili şekilde kesin hükümsüz hale getirdiği andan itibaren devreye girecek tasfiye rejimine ilişkin klasik görüş, sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetliğe ilişkin hükümler çerçevesinde bir tasfiyenin gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, doktrinde görece yakın tarihlerde ortaya çıkan bir diğer görüş ise, sakatlığın başlangıçta ya da sonra gerçekleşmesine bakılmaksızın, her hâlükârda sözleşmesel bir tasfiye rejiminin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Bu noktada tasfiye türlerine ilişkin incelemeye geçmeden önce bazı hususlara dikkat çekilmesi gerekmektedir. Öncelikle, sözleşmenin iptalinden sonraki tasfiye ilişkisi, sadece yerine getirilmiş edimler için söz konusu olacaktır. Şayet taraflar (ya da bir taraf) edimlerini yerine getirmemişse, doğal olarak herhangi bir iade talebi gündeme gelmeyeceği gibi, buna yönelik herhangi bir ifa talebi de; klasik görüş takip edilirse, kesin hükümsüzlük itirazıyla; sözleşme temelli tasfiye tercih edilirse defi hakkıyla (tartışmalı olmakla birlikte) reddedilecektir. Öte yandan, hangi rejim kuralları kılavuz tutulursa tutulsun, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde TMK m. 2'den kaynaklanan davranış (koruma) yükümleri tasfiye sürecinde de devam

edecektir¹⁴⁹⁸. Gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus da, yerine getirilmiş maddi edimin yok olması ya da kötüleşmesi nedeniyle aynen iade imkanının bulunmamasının, iptal hakkının kullanılmasını engellemeyecek olmasıdır¹⁴⁹⁹. Zira bu sorun tasfiye ilişkisine uygulanacak hükümler çerçevesinde çözüleceğinden, iptal hakkının kullanılması açısından önem arz etmez. Ancak duruma göre, yanıldığını bilmesine rağmen söz konusu şeyi tüketen veya yok eden kimsenin örtülü icazet açıklamasında bulunduğu kabul edilebileceği akılda tutulmalıdır.

1. Klasik Tasfiye Düzeni

a. Sebepsiz Zenginleşme veya Haksız Zilyetlik Hükümlerine Göre Tasfiye

İptal hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşme kesin hükümsüz hale gelmekte ve sözleşmenin kurulmasından önceki durumun yeniden sağlanması amacıyla yerine getirilmiş edimlerin karşılıklı iadesi söz konusu olmaktadır. Her ne kadar TBK m. 30 vd. (OR m. 23 vd.) hükümlerinde kanun koyucu, iptal sonrası tasfiyenin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin açık bir düzenleme yapmamış olsa da, bugün hâkim olan klasik görüş çerçevesinde, yerine getirilmiş edimlerin iadesine ve varsa bu edime ilişkin masraflara ve yararları ilişkin sorumluluğa, duruma göre sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77-82, OR m. 62-67) veya haksız zilyetlik hükümleri (TMK m. 993-995, ZGB m. 938-940) uygulanacaktır¹⁵⁰⁰.

Tarafların edim hareketlerinin tekrar eski duruma döndürülmesinde hangi tasfiye rejiminin uygulanacağı, öncelikle edimin niteliğine göre belirlenir. Bu bağlamda, iş görme edimleri veya kullandırma edimlerinde, bu tür edimlerin doğası gereği aynen iade mümkün olmadığından, iade ilişkisi her zaman sebepsiz zenginleşme

¹⁴⁹⁸ Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 717, 718; Buz, **Akamet**, s. 623, 652; Buz, **Dönme**, s. 148.

¹⁴⁹⁹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 338 dn. 36. Burada, satış konusu şeyin ayıplı ifasında, satılan şeyin alıcıdan kaynaklanan bir nedenle yok olması ya da ciddi şekilde zarara uğraması veya üçüncü kişiye devredilmesi yahut biçiminin değiştirilmesi hallerinde, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağına ilişkin TBK m. 228/2 (OR m. 207/2) hükmündeki farklı sonuca dikkat çekilmelidir. Doktrinde bir görüş, ayıp ile yanılma hükümlerinin seçimlik yarıştığı olasılıklarda, söz konusu haller nedeniyle sözleşmeden dönemeyecek olan alıcının, iptal hakkını da kullanamayacağını; zira TBK m. 34/1 hükmünün buna engel olacağını savunmaktadır (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 25 N. 5; karşı. Bucher, **AT**, s. 216; ayrıca TBK m. 228'deki düzenlemenin tasfiye ilişkisi açısından eleştirisi için bkz. Buz, **Akamet**, s. 626 vd.).

¹⁵⁰⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 334; Bucher, **AT**, s. 214; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 12; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 28, 29; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 15; Koller, **AT**, § 14 N. 276, 300; Huguenin, **AT**, N. 582; Reiser, **a.g.e.**, N. 43.

hükümlerine göre olacaktır¹⁵⁰¹. Ayrıca unutulmaması gereken, ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinin kural olarak ileriye etkili sona ereceği kabul edildiğinden, bu tür sözleşmelerde tasfiye ilişkisinin gündeme gelmeyecek olmasıdır¹⁵⁰². Maddi edimlerde ise, ister sebepsiz zenginleşme ister haksız zilyetlik hükümleri uygulansın, alınan şey mevcut olduğu takdirde, her zaman “aynen (*in natura*)” iade edilecektir¹⁵⁰³. Bu çerçevede dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus da, ifa edilmiş para ediminin mülkiyeti her hâlükârda “karışma” nedeniyle karşı tarafa geçmiş olacağından (TMK m. 776/2, 3, ZGB m. 727/2, 3), iadenin ancak sebepsiz zenginleşme hükümleriyle talep edilebilecek olmasıdır¹⁵⁰⁴.

Tasarruf işlemiyle karşı tarafa devredilmiş olan maddi edimlerin hangi talep temeline göre iade edileceği konusunda, öncelikle üç ihtimali birbirinden ayırmak gerekir: Esaslı yanılma, (i) ya sadece borçlandırıcı işlemi sakatlamıştır, (ii) ya sadece tasarruf işlemi sakatlamıştır ya da (ii) hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi ayrı ayrı sakatlamıştır.

Birinci ihtimal: Esaslı yanılma yalnızca borçlandırıcı işlemi etkilediği takdirde, iadenin nasıl gerçekleşeceği, şeyin devrine ilişkin tasarruf işleminin, borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmadığına göre değişir. Genel bir bakışla denilebilir ki, sebebe bağlılığın geçerli olduğu durumlarda iade talebi, kural olarak istihkak

¹⁵⁰¹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 334; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 31; Buz, **Dönme**, s. 122, 162; Buz, **Akamet**, s. 617.

¹⁵⁰² Bu konuda bkz. yuk. 3. Bölüm, III, C. Ayrıca bkz. Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 716, 717; Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 197, 198; farklı görüş için bkz. Buz, **Akamet**, s. 644, 645.

¹⁵⁰³ Schwenzler, **BasKomm**, Art. 31 N. 15; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 66; Glasl, **a.g.e.**, s. 138; Emil W. Stark / Barbara Lindenmann, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB**, 4. Auflage, Bern: Stämpfli, 2016, Art. 938-940 N. 35; Eren, **BG**, s. 906; Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 316, 402; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 13; Öz, **Dönme**, s. 249; haksız zilyetlik konusunda bkz. Kemal Oğuzman / Ozer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, N. 539 vd. Jale G. Akipek / Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2009, s. 212, 217; Burak Özen, **Haksız Zilyedlikte İade**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2003, s. 88 vd.

¹⁵⁰⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 336; Serozan, **Eşya Hukuku**, N. 1120; Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 200; Serozan, **Tasarruf Sözleşmesi**, s. 402; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 66; Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961, s. 41; Eren, **BG**, s. 907, 908; Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 323. Öte yandan, paranın karışması hallerinde, şayet paranın hâlihazır zilyedi TMK m. 990 anlamında iyiniyetli değilse, burada TMK m. 765’in kıyasen uygulanması gerektiği yönünde farklı bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, TMK m. 765’in kıyasen uygulanması sayesinde, parası karışan kimse ile paranın hâlihazır zilyedi (kötüniyetli) arasında paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş kabul edilmeli ve böylelikle parası karışan kimseye sebepsiz zenginleşmeden doğan bir iade alacağı değil, aynı bir iade talebi tanınmalıdır (Bkz. Haluk Burcuoğlu, “Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme”, **Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999, s. 79-100, s. 99).

davasıyla (*vindicatio*); sebepten soyutluğun mevcut olduğu hallerde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine (*condictio*) göre ileri sürülecektir¹⁵⁰⁵.

Taşınmazlar açısından konuya yaklaşıldığında, TMK m. 1024/2 uyarınca mülkiyet devrinin sebebe bağlılığı ilkesi kabul edildiğinden, sözleşmenin iptal

¹⁵⁰⁵ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 334; Bucher, **AT**, s. 214; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 12; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 28, 29; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 15; Koller, **AT**, § 14 N. 276, 300; Huguenin, **AT**, N. 582; Reiser, **a.g.e.**, N. 43; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 26; Koller, **Rückabwicklung**, s. 4; Eren, **BG**, s. 431. Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus da, sözleşmenin iptalinin “ayni etkili” olup olmayacağı sorunudur. Doktrinde, daha önce karşı tarafa kazandırılmış mülkiyetin, sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması halinde kendiliğinden eski malike dönüp dönmeyeceği konusu tartışmalıdır. Geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerin, daha sonra sözleşmeden dönme, bozucu şartın gerçekleşmesi veya sözleşmenin iptali ile ortadan kalktığı hallerde, taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin tekrar teslimine ya da tescile gerek kalmaksızın önceki malike dönmeyeceği görüşü “ayni hakkın bağımsızlığı ilkesi” (ayni etkisizlik görüşü) olarak ifade edilmektedir. Şu halde ayni etkisizlikten anlaşılması gereken; taşınır ya da taşınmaz mülkiyetinin sebebe bağlılığı veya sebepten soyutluğu tartışmasından bağımsız olarak, geçerli bir borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi sonucunda devredilmiş olan ayni hakkın, daha sonra borçlandırıcı işlemin sona ermesinden etkilenmemesidir. Bu ilkeye göre, ayni hakkın devredilmesi, sadece doğumu sırasında hukuki sebebe bağlı olmakta; eğer bu sebep geçerliyse, ayni hak bu andan itibaren bağımsızlaşmaktadır. Şu halde, ayni hakkın bir kere devredildikten sonra bir daha borçlandırıcı işlemdeki değişikliklerden etkilenme imkanı kalmamaktadır (Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Serozan, **Dönme**, s. 91; Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 143 vd., 156; Serozan, **Tasarruf Sözleşmesi**, s. 406 vd. Ayni etki veya ayni hakkın bağımsızlığı konularında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Serozan, **Dönme**, s. 91 vd.; Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 143 vd.; Serozan, **Tasarruf Sözleşmesi**, s. 406 vd.; Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **MHAD**, C. 13, S. 16, 1979, s. 131-172, s. 138 vd.). Öte yandan, diğer bir görüşe göre, mülkiyet devrinin sebebe bağlı olduğu hallerde (zira sebepten soyutluk kabul edildiği vakit, sebebin ortadan kalkmasının, zaten geçerli kalmaya devam eden tasarruf işlemine ayni bir etkisi söz konusu olmayacaktır), geçerli olarak kurulan sözleşmenin daha sonra sona ermesinin, tasarruf işlemini de etkileyeceği ve böylelikle ayni hakkın da eski malike döneceği kabul edilmektedir (Buz, **Dönme**, s. 134 vd.; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 218; Öz, **Dönme**, s. 40 vd.; Öz, **a.g.m.**, s. 158 vd.). Sözleşmenin iptalinin ayni etkisinin söz konusu olup olmadığı sorunu, esas itibarıyla iptal teorisinin kabul edildiği hallerde önem taşır. Zira sözleşmenin başlangıçta hükümsüz olduğu (yani düzelebilir hükümsüzlük teorisi) kabul edildiğinde, sebebe bağlılık ilkesi gereğince mülkiyet karşı tarafa geçmeyeceğinden, sözleşmenin sona erdirilmesinin ayni hak üzerinde bir etkisi de olmayacaktır. Buna karşın, iptal teorisinde ise, sözleşme, geçerlilik şartı eksikliğine rağmen başlangıçta hükümlerini doğurmakta ve buna dayanılarak yapılan tasarruf işlemi sonucunda da mülkiyet karşı tarafa geçmektedir. Bu noktada, iptal teorisini savunan çoğu yazarın, klasik tasfiye düzenine ilişkin yaptıkları açıklamalardan, sözleşmenin iptalinin (sebebe bağlılık ilkesi bağlamında) ayni etkili olduğu görüşünde oldukları görülmektedir (Bucher, **AT**, s. 214; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 12; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 15; Huguenin, **AT**, N. 582; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 26; Eren, **BG**, s. 431, 432; Tiftik, **İptal**, s. 77 dn. 112). Biz burada herhangi bir tutum takınmadan, sözleşmenin iptali sonrasındaki iade borcunun kapsamına ilişkin açıklamalarımızı, çoğunluğu temsil eden bu görüş üzerinden yapmayı uygun görüyoruz. Zira tezimizin kapsamı esas itibarıyla Borçlar Hukukuyla sınırlı olduğundan, Eşya Hukukuna ilişkin tartışmalara girme gereği duymuyoruz. Bununla birlikte, ayni etkisizliğin benimsenmesi ihtimaline yönelik de açıklama yapmak gerekirse; bu görüş kabul edildiği takdirde, sözleşmenin iptali sonrasındaki iade ilişkisine, (bu bağlamda ister sebebe bağlılık ister sebepten soyutluk ilkesi benimsensin) her hâlükârda sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin iptali sonrasında herhangi bir ayni talep söz konusu olmayacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, bu açıklamalarımız tasfiye düzenine ilişkin klasik görüş (yani tasfiye konusunu sadece sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlik hükümleri çerçevesinde ele alan görüş) açısından geçerlidir. Zira aşağıda görüleceği üzere, doktrinde bu tasfiye düzeni yerine, sözleşme hukuku kurallarına göre gerçekleşecek ortak bir tasfiye düzeni de önerilmektedir.

edilmesi, tasarruf işlemi (tescil talebini ve buna dayanılarak yapılan tescili) de etkiler ve taşınmazın geri verilmesi istihkak davası (TMK m. 1025'e göre tapu sicilinin düzeltilmesi davası) ile talep edilir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin geriye etkili olarak geçersiz olmasıyla birlikte tasarruf işlemi de buna bağlı olarak geçersiz olur ve tapudaki tescil yolsuz hale gelir. Böylece taşınmazın maliki konumundaki taraf, taşınmazın iadesi yönündeki aynı talebini, diğer tarafa veya onun cüzi ve külli haleflerine karşı istihkak davasıyla ileri sürecek ve bununla birlikte, sicile tekrar kendi adının yazılmasını sağlayabilecektir¹⁵⁰⁶. İstihkak davası herhangi bir zamanaşımına tabi değildir¹⁵⁰⁷. Taşınmaza ilişkin iadenin kapsamı belirlenirken, ayrıca TMK m. 993-995 çerçevesinde haksız zilyedin elde ettiği yararlar ve yaptığı harcamalar da dikkate alınır¹⁵⁰⁸. Ancak önemle belirtelim ki, belirli hallerde tasarruf işleminin geçersizliğine rağmen, taşınmazın iadesine ilişkin aynı dava açma imkanı ortadan kalkmaktadır. Bunlardan ilki, taşınmazın mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımı (TMK m. 712, 713) ile kazanılmasıdır¹⁵⁰⁹. Diğer bir ihtimal ise, TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişinin yolsuz tescile güvenerek taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olmasıdır. Bu ihtimalde, mülkiyet hakkını kaybetmiş olan tarafın, sözleşmenin diğer tarafına (üçüncü kişiye taşınmazı devreden tarafa) karşı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade talebi gündeme gelecektir¹⁵¹⁰.

Taşınırılar bakımından ise, tasarruf işleminin sebebe bağlı ya da sebepten soyut olduğu konusunda kanunda herhangi bir açıklık olmadığından, konu tartışmalıdır¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 335; Schwenzler, **AT**, N. 39.27; Huguenin, **AT**, N. 582; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1130; YHGK., 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143: “*Dava, hata hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁰⁷ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 334 dn. 30a; Koller, **AT**, § 14 N. 304; Koller, **Rückabwicklung**, s. 4; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1135.

¹⁵⁰⁸ Haksız zilyedin iyiniyetli ya da kötüniyetli olmasına göre farklılaşan iade borcunun kapsamı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **a.g.e.**, s. 122 vd., 191 vd.; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü (Hususiyle “Ecrimisil” Meselesi)**, 2. Bası, İstanbul: Baha Matbaası, 1961, s. 102 vd.; Wolfgang Ernst, **Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), Art. 919-941 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Geiser Thomas, 3. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2007, Art. 938-940 N. 1 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 548 vd.; Stark / Lindenmann, **BerKomm**, Art. 938-940 N. 1 vd.; Akipek / Akıntürk, **a.g.e.**, s. 207 vd.

¹⁵⁰⁹ Bu ihtimalde malikin sebepsiz zenginleşme talebi de söz konusu olmaz. Zira zamanaşımı süresinin geçmesi mülkiyet iktisabının sebebini teşkil etmektedir (Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 138, 139; Reisoglu, **Sebepsiz İktisap**, s. 128).

¹⁵¹⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 334 dn. 30a; Bucher, **AT**, s. 214, 215; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 28; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 12; Schwenzler, **BasKomm**, Art. 31 N. 1; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 436, 437.

¹⁵¹¹ Bu tartışma için bkz. Flume, **AT**, s. 167 vd.; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 184 vd.; Serozan, **Tasarruf Sözleşmesi**, s. 399 vd.; Erol Cansel, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliği Meselesi ve

Taşınır mülkiyetinin devrinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olduğu kabul edilirse; iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geriye etkili olarak kesin hükümsüz olduğunda, tasarruf işlemi de bundan etkilenir ve daha önce devredilen mülkiyet eski malike geri döner. Bunun sonucunda da, şeyin geri verilmesine ilişkin aynı talep, şeyin zilyedine karşı açılacak istihkak davasıyla (TMK m. 683/2) ileri sürülecektir. Bununla birlikte, yararlar ve masraflardan sorumluluk; diğer bir ifadeyle iadenin genel kapsamı, TMK m. 993-995'deki haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Öte yandan, gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, tasarruf işleminin geçersiz olmasına rağmen mülkiyet hakkının yine de kaybedildiği belirli hallerde, doğal olarak aynı talebin söz konusu olmayacağı; tasfiye ilişkisinin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleştirileceğidir¹⁵¹². Bu bağlamda, sözleşme konusu şeyin bütünleyici parça haline gelerek asıl şeyin mülkiyetine dahil olması (TMK m. 684), işleme (TMK m. 775), karışma ve birleşme (TMK m. 776) ve iyiniyetli üçüncü kişinin şeyin mülkiyetini kazanması¹⁵¹³ (TMK m.

Aynî Sözleşme Kavramı”, Prof. Dr. İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, s. 333-358, s. 333 vd.; Reisoglu, **Sebepsiz İktisap**, s. 70 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2592 vd.; İlhan Ulsan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu (BK md. 63/1)**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984, s. 19 vd.; Demet Çeliktas Özdamar, “Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 26, S. 3, Temmuz 2000, s. 399-418, s. 415 vd.; Özge Erbek, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İlîlik) – Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, **Journal of Yaşar University**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 937-985, s. 943 vd.

¹⁵¹² von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 336; Bucher, **AT**, s. 214; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 12, 88, 89; Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 28, 29; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 15; Schwenzer, **AT**, N. 39.27; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 66; Buz, **Dönme**, s. 121, 122.

¹⁵¹³ İrade bozukluklarının zilyetlik devrini etkileyip etkilemeyeceği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Yine belirtelim ki, bu tartışma, aynı zamanda zilyetliğin hukuki niteliğiyle de alakalıdır (zilyetliğin hukuki niteliği konusunda bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 293 vd.; Ernst, **BasKomm**, Art. 922 N. 8 vd.; Stark / Lindenmann, **BerKomm**, Art. 922 N. 1 vd.; A. Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 40 vd.; Akipek / Akıntürk, **a.g.e.**, s. 108, 120 vd.; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, 13. Baskı, İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2017, N. 139, 140; Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 13 vd.). Tezin kapsamı dışında kalan bu konunun ayrıntılarına girmeden, genel olarak doktrindeki görüşleri aktarmak yeterli olacaktır. Eğer bir taraf, sözleşme konusu taşınırı, yanılma, aldatma ya da korkutma sonucunda karşı tarafa teslim etmişse; yani, zilyetliğin devri sırasında bir irade bozukluğu söz konusuysa, bir görüşe göre, burada herhangi bir ayırım yapılmaksızın, her türlü irade bozukluğunun zilyetlik devrini etkilediği kabul edilmelidir (Ertaş, **a.g.e.**, N. 169; Turhan Esener / Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 82; dolaylı olarak aynı görüşte bkz. Aydın Aybay / Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, N. 9). Dolayısıyla bu olasılıkta, taşınırın zilyetliği zilyedin rızası dışında çıkmış kabul edilmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, zilyetlik devrinin herhangi bir irade bozukluğundan etkilenmesi mümkün değildir. Şu halde, irade bozukluğu borçlandırıcı işlemin ve/veya tasarruf işleminin geçerliliğini etkilese dahi, “zilyetliğin devri iradesi” sakatlanmamış ve böylece söz konusu taşınır rıza dışı elden çıkmamıştır. Bu durumda, TMK m. 988 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişinin, karşı tarafın zilyetliğindeki şeyin mülkiyetini iktisap edebilmesi mümkündür (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 335; Serozan, **Eşya Hukuku**, N. 1143; Ernst, **BasKomm**, Art. 933 N. 19; Stark / Lindenmann, **BerKomm**, Art. 933 N. 29a vd.; Akipek / Akıntürk, **a.g.e.**, s. 146, 147; Sirmen, **Eşya**

763/2 ve TMK m. 988) halleri sayılabilir¹⁵¹⁴. Yine hatırlatalım ki, iade borcunun para olduğu hallerde, iade her zaman sebepsiz zenginleşme bağlamında gerçekleşecektir.

Öte yandan, taşınırlarda sebepten soyutluk ilkesi benimsenirse, yanılının sözleşmeyi iptal etmesi, kendisinde ayrıca sakatlık sebebi bulunmayan tasarruf işlemini de hükümsüz hale getirmez. Böylelikle, tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin geriye etkili olarak ortadan kalkmasından etkilenmediği için hüküm ve sonuçlarını doğurur. Diğer bir ifadeyle, tasarruf işlemi geçerli bir hukuki sebebe dayanmamasına rağmen mülkiyet devri gerçekleşmiş olacak ve dolayısıyla şeyi elinde tutanın haksız zilyet olduğu söylenemeyecektir. Şu halde, iade talebi bağlamında ne istihkak davası açılacak ne de haksız zilyetlik hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak bununla birlikte, şeyin mülkiyetini devralanın iktisabı sebepsiz olduğundan, ona karşı TBK m. 77 vd. uyarınca sebepsiz zenginleşmeden (*condictio*) kaynaklanan (nispi nitelikte) iade talebi ileri sürülebilecektir. Bu durumu iptal teorisi çerçevesinde ifade edersek, şeyi devralanın bu kazanımı, sonradan ortadan kalkan sebebe (*condictio ob causam finitam*) dayanan bir zenginleşme teşkil edecektir. Buna karşın, düzelebilir hükümsüzlük görüşünde ise, buradaki zenginleşme, geçersiz sebebe dayanan ve borç olmayan şeyin ifası sonucunda gerçekleşmiş bir zenginleşme sayılacaktır¹⁵¹⁵. Diğer taraftan, iadesi istenen şeye ilişkin yararlar ve masraflar ise, zenginleşenin iyiniyetli

Hukuku, s. 56; dolaylı olarak Kocayusufoğlu, **BG**, s. 435 dn. 113c). Başka bir görüş ise, sadece korkutmanın zilyetlik devrini sakatlayacağını; aldatma ve yanılma hallerinde ise zilyetliğin devren kazanılacağını ileri sürmektedir (A. Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 66. Yazar, eserinin daha önceki baskılarında savunduğu bu görüşü, yukarıda atıf yaptığımız güncel eserinde değiştirmiştir). Öte yandan, başka bir görüşe göre, aldatma ve korkutma hallerinde zilyetlik devrinin sakatlandığı kabul edilmelidir. Bu durumda, taşınır rıza dışı elden çıkmış olduğundan TMK m. 988'in uygulanması imkanı bulunmamaktadır. İyiniyetli üçüncü kişinin taşınırın mülkiyetini iktisap etmesi, ancak TMK m. 989 çerçevesinde (beş yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra) söz konusu olabilir. Bu durumda taşınırı elinde bulunduran, zilyetliği devren değil, aslen kazanmış olmaktadır. Öte yandan, yanılma hallerinde ise, bu sakatlık zilyetlik devrini etkileyemeyeceğinden, taşınır, zilyedin elinden rıza ile çıkmıştır. Şu halde iyiniyetli üçüncü kişinin, mülkiyeti derhal iktisap etmesi mümkündür (bu görüş için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 488 dn. 205; Halûk Nami Nomer / Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları**, 3. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016, N. 182; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 13. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 144; Kemal Tahir Gürsoy / Fikret Eren / Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 135, 136; Öz'ün, sadece korkutma ve zilyetlik devrini doğrudan etkileyen aldatma hallerinde rıza dışı çıkışın söz konusu olduğu görüşü de bu bağlamda değerlendirilebilir. Bkz. Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 200, 201 dn. 55).

¹⁵¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Buz, **Dönme**, s. 161, 162; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2624 vd.; Özen, **a.g.e.**, s. 187. TMK m. 777 uyarınca taşınırın mülkiyeti kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap edilmişse, artık sebepsiz zenginleşme talebi de ileri sürülemeyecektir (Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 138, 139; Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap**, s. 128).

¹⁵¹⁵ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 85, 105; Glasl, **a.g.e.**, s. 242. BGE 114 II 131 (bger.ch).

ya da kötünüyetli olmasının yaratacağı farklılığa bağlı olarak, TBK m. 79 ve 80 çerçevesinde denkleştirilecektir. Ayrıca, istihkak talebinin aksine, sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakları iki ve on yıllık zamanaşımına (TBK m. 82) tabidir.

İkinci ihtimal: Borçlandırııcı işlemde herhangi bir yanılma söz konusu değilken, esaslı yanılma, tasarruf işlemi sırasında ortaya çıkmış ve bu işlemi iptal edilebilir hale getirmiştir¹⁵¹⁶. Örneğin taraflar X model makinenin satışı üzerine anlaşmışlarken, makinenin teslimi sırasında satıcı, yanlışlıkla görünüş olarak ona çok benzeyen Y model makineyi teslim etmişse durum böyledir. Burada sadece tasarruf işlemi iptal edilecek ve fakat sözleşme hâlâ geçerli olduğundan, satıcının X makinesi üzerinden bir daha tasarruf işlemi (ifa işlemi) yapması gerekecektir¹⁵¹⁷.

Üçüncü ihtimal: Esaslı yanılma hem borçlandırııcı işlemi hem de tasarruf işlemi etkileyerek, bu iki işlemin de iptal edilebilir olmasına yol açmışsa, burada bir “geçersizlik özdeşliğinden” (*Fehleridentität*) bahsedilir. Buna göre, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte, mülkiyet önceki sahibine dönecek ve sebebe bağlılık ya da sebepten soyutluk tartışmasından bağımsız olarak, verilen şey istihkak davasıyla ile geri istenecektir¹⁵¹⁸. Kuşkusuz, geçersiz tasarruf işlemine rağmen mülkiyetin yine de karşı tarafa geçtiği belirli istisnai durumlarda (örneğin kazandırıcı zamanaşımı, karışma, işleme, birleşme, iyiniyetli üçüncü kişinin mülkiyeti kazanması), artık aynı talep söz konusu olmayacak ve duruma göre, iade talebi sebepsiz zenginleşme bağlamında ileri sürülecektir.

¹⁵¹⁶ Yanılmanın hangi hallerde tasarruf işleminin geçerliliğini etkileyeceği konusu ayrı bir tez konusu olacak genişlikte olduğundan ve tezimizin kapsamı dışında kaldığından burada sadece ilgili literatüre gönderme yapmakla yetiniyoruz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Howald, **Der dingliche Vertrag**, Zürich: Andelfingen, 1946, s. 110 vd.; Hans Christoph Grigoleit, “Abstraktion und Willensmängel- Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 1999/199, s. 379-420, s. 381 vd.; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 212 vd.; Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 81 vd., 135 vd.

¹⁵¹⁷ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 337; Brox / Walker, **AT**, N. 441; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 122; Serozan, **Tasarruf Sözleşmesi**, s. 405; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 212.

¹⁵¹⁸ Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 29; Brox / Walker, **AT**, N. 441a; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 198; Serozan, **Tasarruf Sözleşmesi**, s. 404 vd.; Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 203; Serozan, **Eşya Hukuku**, N. 1125; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2595; Özen, **a.g.e.**, s. 82, 83. Esaslı yanılmanın hem borçlandırııcı işlemi hem de tasarruf işlemi ayrı ayrı etkilemesi halinde, yanılmanın her bir işlem için ayrıca iptal açıklamasında bulunmasına gerek olmayacağı; zira tek bir iptal açıklaması yapılsa dahi, bunun güven ilkesine göre yorumu sonucunda, iki işlemin de iptal edilmiş sayılacağı yönünde bkz. Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 122 dn. 279; Özen, **a.g.e.**, s. 83.

b. Sebepsiz Zenginleşmede Zamanaşımının Başlangıcı Sorunu

Sözleşmenin iptal edilmesinden sonraki tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceği ihtimallerde, zamanaşımının ne zaman başlayacağı ayrıca aydınlatılması gereken önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira sözleşmenin iptalinin asıl amacının sözleşmenin kurulmasından önceki duruma dönmek ve böylece daha önce verilen şeyleri tekrar elde etmek olduğu dikkate alındığında, bu sürenin pratik önemi büyüktür. Kanun koyucu bu yönde nispi ve mutlak olmak üzere iki farklı süre öngörmüştür. TBK m. 82/1’de nispi süre, “*sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın... geçmesiyle zamanaşımına uğrar*” şeklinde belirtilmektedir. OR m. 67’de bu süre, eBK m. 66 ile paralel olacak şekilde bir yıldır.

İki yıllık sürenin başlangıcı açısından belirleyici olan “iade alacağına ilişkin talep hakkının öğrenilmesi” anının ne anlama geldiği konusunda, doktrinde iki görüş söz konusudur. Birinci görüşe göre, bu süre iptal hakkının kullanılması anından itibaren başlayacaktır¹⁵¹⁹. İkinci görüşe göre ise¹⁵²⁰, bu sürenin başlangıcı, yanılmanın öğrenildiği andır. Zira yanılan, sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkını, iptal hakkını kullandığı anda değil; aslında yanıldığını anladığı an öğrenmektedir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, iptal hakkının kullanılması için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcıyla da eşgüdüm sağlanacaktır.

Doktrindeki asıl hararetli ve pratik açıdan daha önemli olan tartışma ise, TBK m. 82/1 uyarınca sebepsiz zenginleşme talebine uygulanacak on yıllık mutlak zamanaşımı süresine ilişkindir. Mutlak zamanaşımı süresinin başlangıç anı konusundaki görüşleri üç grup altında toplamak mümkündür. İlk görüşe göre¹⁵²¹, bu sürenin işlemeye başlayacağı an, yanılma konusu sözleşmedeki edimin ifa edildiği andır. Dolayısıyla bu görüşe göre, yanılan, yanıldığını edimin ifasından on bir yıl sonra öğrendiği takdirde, iptal hakkını kullansa dahi, daha önce verdiğini sebepsiz zenginleşme bağlamında geri alamayacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de “*Picasso*

¹⁵¹⁹ Bucher, AT, s. 210 dn. 55.

¹⁵²⁰ von Tuhr / Peter, a.g.e., s. 334 dn. 31; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, a.g.e., N. 913; Kocayusufpaşaoğlu, BG, s. 437, 438; Erdem, a.g.e., s. 195 (karşı tarafın iade talebinin de sebepsiz zenginleşmeye dayanması halinde, bu süre, onun iptal açıklamasını öğrenebileceği tarihten itibaren başlar).

¹⁵²¹ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, a.g.e., N. 914; Koller, AT, § 14 N. 304 ve § 33 N. 16; Gauch, Picasso, s. 159; Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 178; Oğuzman / Öz, BG II, s. 407.

kararında” bu görüşü savunmaktadır¹⁵²². Mahkeme bu kararında öncelikle, irade bozukluğu hallerinde iptal hakkına ilişkin kanunda belirtilen bir yıllık hak düşürücü süreden başka bir sürenin söz konusu olmadığını; dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından itibaren işleyecek mutlak bir üst sürenin bulunmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme bu sonuca vardıktan sonra, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin mutlak zamanaşımı süresinin, iptal hakkını dolaylı olarak sınırlayacağına karar vermiştir. Bu bağlamda, esaslı nitelik yanılmasını ileri süren tarafın, ödediği bedele ilişkin iade talebinin (*condictio indebiti*), bu ödemenin yapıldığı andan itibaren on yıl geçmiş olduğundan zamanaşımına uğradığına hükmedilmiştir. Ayrıca kararda son derece ilginç şekilde, bu görüşün sadece düzelebilir hükümsüzlük hallerinde değil, iptal teorisi açısından da geçerli olacağı ifade edilmiştir. Karara göre bunun gerekçesi ise, her iki teoride de, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin geriye etkili olarak (sözleşmenin kuruluşundan itibaren) geçersiz olması ve dolayısıyla yapılan kazandırmaların başlangıçtan itibaren sebepsiz hale gelmesidir.

Bu konuda bizce de üstün tutulması gereken ikinci görüşe göre¹⁵²³, burada düzelebilir hükümsüzlük ve iptal teorisi açısından bir ayrıma gidilmelidir. Şayet düzelebilir hükümsüzlük teorisi savunulursa, zaten sözleşme başlangıçtan itibaren hükümsüz olduğundan, ifa edilen edim de, bu andan itibaren sebepsiz zenginleşme (*condictio indebiti*) teşkil edecektir. Dolayısıyla, birinci görüş sadece bu haller için geçerlidir. Buna karşın, iptal teorisinde farklı durum söz konusudur. Burada, sözleşme başlangıçtan itibaren hükümlerini doğurmakta ve taraflar edimlerini geçerli bir sebebe dayanarak ifa etmektedirler. Şu halde, her ne kadar iptal açıklaması geriye etkili sonuçlarını doğursa da, henüz iptal hakkının kullanılmadığı dönemde, yerine getirilmiş edimler sebepsiz bir kazandırmaya yol açmazlar. Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade alacağı, ilk olarak iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkmakta ve bu durum “sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşme (*condictio ob causam finitam*)” oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, daha önce yerine getirilmiş kazandırma, ancak yanılanın iptal hakkını kullanması anında sebepsiz hale gelmektedir. Şu halde, sözleşmenin iptali ile sebepsiz zenginleşme aynı ana

¹⁵²² BGE 114 II 131 (bger.ch).

¹⁵²³ Bucher, **AT**, s. 699 dn. 181; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 400 vd. ve Art. 31 N. 98; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 9; Schwenzer, **AT**, N. 39.27; Huguenin, **AT**, N. 573, 574; Wiegand, **Picasso**, s. 109; Glasl, **a.g.e.**, s. 242, 243; Piotet, **a.g.m.**, s. 213, 214; Erdem, **a.g.e.**, s. 196, 197; Eren, **BG**, s. 927, 928; Yıldırım, **Hile**, s. 242; Kılıçoğlu, **BG**, s. 259 dn. 315.

rastlamaktadır. Bu nedenle, on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte başlaması gerekir. Öyle ki, ilk görüş savunulduğu takdirde şöyle bir hukuki paradoksla karşılaşılması hayli olasıdır: Sözleşme henüz iptal edilmeden ve buna bağlı olarak sebepsiz zenginleşme alacağı henüz doğmadan, söz konusu alacak zamanaşımına uğrayabilecektir. Söz gelimi, yanılanın edimin ifasından on bir yıl sonra yanıldığını öğrendiği bir kurguda, daha sözleşme iptal edilmemiş ve iadeye ilişkin talep hakkı doğmamış olsa da, zamanaşımı süresi geçmiş olacaktır¹⁵²⁴.

Bu konudaki diğer bir görüş¹⁵²⁵, gerek düzelebilir hükümsüzlük gerek iptal teorisi savunulsun, her hâlükârda bu sürenin iptal hakkının kullanılmasından itibaren işlemeye başlaması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, düzelebilir hükümsüzlükte, her ne kadar sözleşme başlangıçta hükümsüz olsa da, edimi ifa edenin (ödemeyi yapanın), henüz iptal hakkını kullanmadan önce sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade talebinde bulunma imkanı yoktur. Zira iptal görüşünde olduğu gibi, burada da sözleşmenin geçersizliği (ya da geçerliliği) askıdadır ve henüz iptal hakkı kullanılarak durum açıklığa kavuşturulmadıkça, iade alacağı doğmamaktadır. Bu görüşün bize göre eksik tarafı, yanılan tarafın yanıldığını öğrendikten sonra, daha önce ifa ettiği edime ilişkin iade talebinde bulunmasının, zaten çoğu zaman örtülü bir iptal açıklaması olarak nitelendirileceğini dikkate almamış olmasıdır. Dolayısıyla, bu görüşe katılma imkanı göremiyoruz.

Bu açıklamalar ışığında görüşümüzü şu şekilde özetleyebiliriz: Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin mutlak zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak, düzelebilir hükümsüzlük görüşü açısından “edimin ifa edildiği an”; iptal görüşü açısından ise “iptal hakkının kullanıldığı an” kabul edilmelidir.

Bu çerçevede aydınlatılması gereken bir diğer nokta da, yeni Borçlar Kanunu’nda, sebepsiz zenginleşme talebine uygulanacak mutlak zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemede yapılan değişikliğin nasıl yorumlanması gerektiğidir. Eski BK m. 66’da (OR m. 67), on yıllık sürenin “*hakkın doğduğu*” (sebepsiz zenginleşme alacağının doğduğu) andan itibaren başlayacağı öngörülmüşken; TBK m. 82/1’de bu sürenin başlangıç anı “*zenginleşmenin gerçekleştiği tarih*” olarak düzenlenmiştir. Bu

¹⁵²⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 23-24 N. 400 vd. ve Art. 31 N. 98; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 23 N. 9; Schwenzer, **AT**, N. 39.27; Huguenin, **AT**, N. 574; Wiegand, **Picasso**, s. 111; Glasl, **a.g.e.**, s. 242.

¹⁵²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 440 ve orada dn. 126’da anılan yazar.

değişikliğe ilişkin gerekçede herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Şu halde, bu ifadeden iki farklı anlam çıkarmak mümkündür. Bir yoruma göre, zenginleşmenin gerçekleştiği tarih ibaresindeki “zenginleşme” kavramının, edimin ifa edildiği ana değil de, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği (yani zenginleşmenin sebepsiz olduğu) ana yollama yaptığı kabul edilebilir. Bu durumda, yeni düzenleme açısından değişen bir şey olmadığı söylenebilecek ve böylece mutlak zamanaşımının başlangıcı, sebepsiz zenginleşme türlerine göre değişiklik gösterecektir.

Diğer bir yoruma göre, buradaki “zenginleşmenin gerçekleştiği tarih” ibaresinin, edimin ifa edildiği ana gönderme yaptığı ve dolayısıyla, yukarıdaki savunulan ilk görüşteki gibi, mutlak zamanaşımının, her hâlükârda bu andan itibaren başlayacağı söylenebilir¹⁵²⁶. Bu durumda ise, hangi zenginleşme türü olursa olsun, iade alacağına ilişkin zamanaşımı aynı andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Kanaatimizce, kanun koyucunun TBK m. 82/1’de öngördüğü düzenleme değişikliği isabetli olmaktan uzaktır. Bir kere, söz konusu düzenlemedeki “zenginleşmenin gerçekleştiği tarih” ibaresi, uygulamada yorum uyuşmazlıklarına yol açmaya hayli elverişlidir. Ayrıca, bu ibare, iade alacağına ilişkin mutlak zamanaşımının her hâlükârda edimin ifa edildiği an başlayacağı şeklinde yorumlandığı takdirde, ikinci görüşün haklı olarak belirttiği üzere, iptal teorisi açısından izah edilmez sonuçlara yol açabilecektir. Şu halde, maddenin eski halinin (eBK 66 ve yürürlükteki OR m. 67) gerek hukuk tekniği açısından gerekse yorum kolaylığı açısından daha başarılı bir düzenleme olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, iptal sonrasında tarafların birbirlerine karşı aynı ya da farklı türdeki iade talepleri açısından (tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde), “aynı anda karşılıklı ifa kuralının (*Zug um Zug*)” uygulanacak olmasıdır. Buna göre, TBK m. 97’nin (OR m. 82) kıyasen uygulanması sonucunda, bir taraf kendi iade borcunu ifa etmemiş ya da ifa etmeyi önermemişse, diğer taraftan iade talep edemeyecektir¹⁵²⁷. Yargıtay’ın ve İsviçre Federal

¹⁵²⁶ Bu görüşte bkz. Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 407.

¹⁵²⁷ von Tuhf / Peter, **a.g.e.**, s. 339; Bucher, **AT**, s. 215; von Büren, **a.g.e.**, s. 225; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 96; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 15; Schwenger, **AT**, N. 39.28; Koller, **AT**, § 14 N. 306; Glasl, **a.g.e.**, s. 243, 244; Kaniti, **Defi**, s. 86, 87; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 170; Serozan, **Geçersiz Satım Sözleşmesi**, s. 197. Bu bağlamda akla gelebilecek bir ihtimal de şudur: Söz gelimi, yanılanın sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacağı zamanaşımına uğramıştır ve fakat karşı taraf, yerine getirdiği edimin iadesi için istihkak talebinde bulunmuştur. Bu durumda, yanılanın kendisine yöneltilen aynı talebe karşı sebepsiz zenginleşme

Mahkemesi'nin de bu görüşü benimsediği görülmektedir¹⁵²⁸. Kural olarak geçerli sözleşmeler için söz konusu olan ödemezlik definin, tasfiye ilişkilerine de uygulanması, daha önce yerine getirilmiş edimler arasındaki sinallagma ilişkisinin, sözleşme sonrasında da etkisini devam ettirdiği görüşüyle açıklanmaktadır¹⁵²⁹. Bununla birlikte, tasfiye ilişkisinde bir tarafın aynı talebi söz konusuysa, TMK m. 950 (ZGB m. 895) uyarınca “hapis hakkının” da kullanılabilmesi mümkündür¹⁵³⁰.

2. Alternatif Tasfiye Düzeni: Sözleşmesel Tasfiye

İsviçre-Türk hukukunda, sözleşmenin, kuruluşu sırasında meydana gelen bir sakatlık yüzünden ya da geçerli şekilde kurulmasına karşın, ifa sürecinde ortaya çıkan bir engel nedeniyle akamete uğradığı hallerin tümüne uygulanabilecek ortak tasfiye hükümleri bulunmamaktadır. Bunun yerine, iade taleplerine, klasik görüşün kabul ettiği üzere, sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlik hükümleri uygulanmaktadır. Doktrinde, söz konusu hükümlerin özellikle tam iki taraflı sözleşme ilişkilerinin tasfiyesi açısından yetersiz kaldığı ve birçok açıdan menfaatler durumunu gözetmediği gerekçesiyle alternatif bir tasfiye düzeni önerilmektedir. Bu bağlamda, sözleşmeden dönme hakkı için (OR m. 109, TBK m. 125) kabul edilen dönüşüm teorisinin¹⁵³¹

defi ileri sürebileceği kabul edilmektedir (bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 339 dn. 38). Bu görüşün TBK m. 82/2'nin kıyasen uygulanması suretiyle desteklenmesi düşünülebilir.

¹⁵²⁸ BGE 129 III 320 (bger.ch); BGE 83 II 18 (servat.unibe.ch); YİBK., 10.7.1940, E. 1939/2, K. 1940/77 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 1. HD., 19.10.1981, E. 1981/11194, K. 1981/11812 (YKD. 1982, S. 10, s. 1395).

¹⁵²⁹ Schwenzer, **AT**, N. 39.28; BGE 128 III 320 (bger.ch).

¹⁵³⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 339; Bucher, **AT**, s. 215; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 96; Serozan, **Geçersiz Satım Sözleşmesi**, s. 199. 200.

¹⁵³¹ Dönüşüm teorisine göre, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşme, geriye etkili olarak ortadan kalkmamakta, bunun yerine ifa edilmiş edimlerin gerisin geri karşılıklı iadesi amacına yönelik olarak içerik değiştirmektedir. Bu doğrultuda, borçlandırıcı işlem geçerliliğini koruduğu için, edimlerin geri verilmesine ilişkin taleplere de sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin sözleşmesel talep temeli yaratır. Diğer bir ifadeyle, tasfiye ilişkisinden kaynaklanan iade yükümleri, tıpkı dönülen sözleşmedeki talepler gibi sözleşmesel niteliktedir. (Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 16 vd.; Serozan, **Dönme**, s. 73 vd., 90; Glasl, **a.g.e.**, s. 90 vd.; Öz, **Dönme**, s. 37, 38; von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 491; Peter Gauch, “Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)”, **recht 1989/4**, s. 122-128, s. 123, 124; Buz, **Dönme**, s. 123 vd.). Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta da şudur: Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, bu sözleşmeyi sanki hiç yapılmamış; diğer bir deyişle, taraflar arasındaki ilişkide daha önce irade uyuşması hiç gerçekleşmemiş hale getirmez. Bu sözleşme, ne olursa olsun daha önce geçerli olarak kurulmuş ve dönme hakkının kullanılmasına kadar da hükümlerini doğurmuştur (Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Serozan, **Dönme**, s. 530, 531; Gauch, **Dauerverträge**, s. 207; Glasl, **a.g.e.**, s. 81, 82; Gauch, **Umwandlungstheorie**, s. 123; Buz, **Dönme**, s. 123, 124). Dolayısıyla, bu hakkın kullanılmasından sonra gündeme gelecek tasfiye ilişkisinin de sözleşmesel nitelikte olması doğal karşılanmalıdır. Bu bağlamda, dönüşüm teorisinin

sözleşmenin irade bozukluğu nedeniyle iptal edildiği durumlarda da geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵³². Bu yönde böyle bir tasfiye düzeninin önerilmesi, esas itibarıyla klasik tasfiye düzenindeki iade hasarı, zamanaşımı ve iade borçlarında ifa sırası gibi sorunsallara çözüm arayışından kaynaklanmaktadır¹⁵³³.

kabul edilmesiyle birlikte, dönülen sözleşme için geçerli olan teminat, zamanaşımı, tazminat, ispat yükü ve hasar hükümlerinin, tasfiye ilişkisine uygulanması da mümkün hale gelmektedir (Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Serozan, **Dönme**, s. 580). Bu teori çerçevesinde doktrinde çeşitli fikirlerin öne sürüldüğü görülmekle birlikte, belki de en tartışmalı husus, iade konusu şeyin imkansızlaşmasının (iade hasarının) tasfiye ilişkisini nasıl etkileyeceğidir. Bu konu tezin sınırları dışında kaldığından soruna sadece genel hatlarıyla değinmek yeterli olacaktır. Dönme hakkının kullanılması sonucunda, az önce de işaret edildiği üzere, sözleşme geriye etkili olarak sona ermemekte; gerçekleşmiş edim hareketlerinin ters-yüz edilmesi amacına yönelik içerik değiştirmektedir. Dolayısıyla bu teori çerçevesinde, dönme hakkı tasarruf işlemini etkilemediği gibi, bu işlemin *causasını* da ortadan kaldırmadığından, tarafların iktisap ettikleri aynı haklar, bu hakkın kullanılmasından etkilenmezler. Daha sade bir ifadeyle, sözleşmeden dönmenin yerine getirilmiş edimler üzerinde aynı etkisi söz konusu değildir. (Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Glasl, **a.g.e.**, s. 90 vd.; Öz, **Dönme**, s. 37, 38; Buz, **Dönme**, s. 123; Serozan, **Dönme**, s. 90 vd.; Gauch, **Umwandlungstheorie**, s. 124). Şu halde, iade konusu şey kısmen ya da tamamen ortadan kalkmışsa, iade borcunun imkansızlaşmasından kural olarak, “*casum sentit dominus*” ilkesi gereği, bu şeyi elinde tutan iade borçlusu sorumludur. Bu nedenle borçlu, şeyi aynen iade edemiyorsa, bedel üzerinden o şeyin karşılığını ödemelidir (Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Glasl, **a.g.e.**, s. 150; Buz, **Dönme**, s. 185). Ancak bu kuralın bazı hallerde istisnaya uğrayabileceği de ayrıca not edilmelidir (sözleşmeden dönme sonrasındaki tasfiye ilişkisinde gündeme gelebilecek, özellikle iade konusu edimin imkansızlaşması ve diğer sorunsallar hakkındaki tartışmalar için bkz. Serozan, **Dönme**, s. 510 vd.; Glasl, **a.g.e.**, s. 147 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Öz, **Dönme**, s. 225 vd.; Buz, **Dönme**, s. 185 vd. Buz, **Akamet**, s. 639 vd., 657 vd.). Öte yandan, iade borcuna eklenecek diğer talepler (yararlar ve masraflar) konusunda ise, haksız zilyetlik ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinden destek alınarak çözüme gidilmesi savunulmaktadır (Bu konuda bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Glasl, **a.g.e.**, s. 156 vd.; Serozan, **Dönme**, s. 550 vd., 557; Buz, **Dönme**, s. 222 vd.)

¹⁵³² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 54 vd., N. 101; Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 717 vd.; Wiegand, **Picasso**, s. 111; Huguenin, **AT**, N. 583; Reiser, **a.g.e.**, N. 46. Önemle belirtelim ki, Federal Mahkeme’nin 1988 tarihli emsal kararından (BGE 114 II 152, bger.ch) itibaren, sözleşmeden dönme hakkına ilişkin dönüşüm teorisi kabul edilmektedir (örneğin BGE 129 III 320; BGE 132 III 244, bger.ch). Söz konusu kararda, ayrıca dönme sonrası iade taleplerinin ve tazminat talebinin on yıllık (OR m. 127, TBK m. 146) genel zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmekle birlikte (önemle belirtelim ki, on yıllık zamanaşımının kabulü daha önceki kararlara dayanmaktadır. Bkz. BGE 60 II 27; OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14 s. 33 vd. aktaran Gauch, **Umwandlungstheorie**, s. 124 dn. 5), dönüşüm teorisinin gerekçelerinin yerinde olduğu ve “geriye etkili sona erme” varsayımı (*Fiktion*) yerine, sözleşmesel tasfiye ilişkisinin (*Liquidationsverhältnis*) kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre, ifa edilmiş edimler ilk planda aynen (*in natura*) ya da bu mümkün değilse, değer üzerinden (*wertmässig*) iade edilecektir. Böylece hem geri verme talepleri hem de tazminat talebi aynı ilkelere tabi olacaktır. Bu bağlamda, İsviçre doktrininde de klasik dönme teorisinin artık terkedildiği (hâlâ bu görüşte bkz. von Tuhr / Siegwart, **a.g.e.**, s. 598; von Büren, **a.g.e.**, s. 380; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 109 N. 2, 4) ve bunun yerine dönüşüm teorisinin ağırlıklı olarak kabul edildiği görülmektedir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 13, 14; Gauch, **Umwandlungstheorie**, s. 124 vd; Wiegand, **Rückabwicklung**, s.711; Koller, **AT**, § 14 N. 268; Koller, **Rückabwicklung**, s. 6).

¹⁵³³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 20; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Buz, **Dönme**, s. 161 vd.; 202 vd.; Buz, **Akamet**, s. 617 vd. Öte yandan, 1869 (§ 86-88) ve 1871 (m. 84-89) tarihli *Munzinger* tasarılarında, kesin hükümsüzlük ya da iptal edilebilirlik hallerinde gündeme gelecek tasfiye ilişkisine yönelik ortak hükümler öngörülmüş olduğunu burada bir kez daha hatırlatalım (bkz. yuk. 3. Bölüm, II, A, 1).

Tasfiye ilişkisinin sözleşmesel temelde gerçekleştirilmesini savunan yazarların, görüşlerine dayanak yaptıkları argümanlar şu şekilde sıralanabilir:

1- Sözleşmenin kuruluşunda ya da ifa sürecinde meydana gelen bir sorun nedeniyle sözleşmenin akamete (başarısızlığa) uğradığı her durumda, asıl amaç, tarafların sözleşmenin kurulmasından önceki duruma getirilmesi; daha sade bir deyişle “*status quo ante*”nin sağlanmasıdır. Hem dönme hakkının hem de iptal hakkının kullanılma şekli ve sözleşme üzerindeki yenilik doğurucu etkisi bu bağlamda örtüşmektedir. Bu nedenle, iptal ile dönme arasındaki fark, sadece hukuki sebepler açısından ortaya çıkmaktadır. Hukuki sonuç bağlamında herhangi bir farklılık bulunmamakta, bu iki hak da netice itibarıyla tasfiye ilişkisine yol açmaktadır. Şu halde sorulması gereken ilk soru, sözleşmeden dönme ile aynı sonuca yönelen bu ilişkide, sırf dogmatik nedenlerden hareketle sebepsiz zenginleşme ya da haksız zilyetlik hükümlerine başvurma ne derece haklı olduğudur? Buna eklenecek bir diğer soru da, aynı sözleşmeden kaynaklanan tasfiye ilişkisinde, bir tarafın iade talebine ayrı, diğer tarafın iade talebine ayrı hükümler uygulamanın ve böylece taraflara farklı muamele etmenin hukuken yerinde olup olmadığıdır? Bu soruların cevabı açıktır: Birbirine benzeyen ve aynı amaca yönelik durumların yeknesak kurallara tabi olması daha adil ve tatmin edici bir çözümdür. Dolayısıyla, irade bozuklukları, yetkisiz temsil, kesin hükümsüzlük, ayıplı ifa, bozucu şart, sonraki kusursuz imkansızlık gibi durumlar sadece tasfiye ilişkisinin hangi sebebe dayandığı konusunda önem arz etmekte; fakat tasfiye ilişkisinin sonucu (yani *restitutio integrum* amacıyla eski durumun iadesi) açısından farklılık yaratmamaktadır¹⁵³⁴.

2- Sözleşmeyi iptal hakkının geriye etkisi, kanun koyucunun öngördüğü bir varsayımdan ibaret olmakla birlikte, bunun doğru anlamlandırılması gerekir. Buna göre, sözleşmenin iptal edilmiş olması, o sözleşmenin yaşadığımız fiziki âlemde hiç kurulmamış olduğu anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, irade bozukluğundan etkilenmiş olmasına rağmen, bu sözleşme, bir zamanlar tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulmuş olup, sözleşmenin iptal edilmesi bu gerçeği değiştirmez. Tıpkı sözleşmeden dönmedeki gibi iptalde de, sözleşme bir kere varlık

¹⁵³⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 51, 53, 56; Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 718-720; Wiegand, **Picasso**, s. 111; Huguenin, **AT**, N. 583; Buz **Akamet**, s. 649.

kazanmıştır ve bu hakkın kullanılması, bu olguyu sanki hiç gerçekleşmemiş hale getirmez¹⁵³⁵.

Öte yandan, irade bozukluğu hallerinde tasfiyenin sebepsiz zenginleşme ya da haksız zilyetlik hükümlerine göre gerçekleşeceğine ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁵³⁶. Bu nedenle, klasik tasfiye düzeninin kanuni bir zorunluluk olduğu da söylenemez. O halde, tarafların menfaat durumlarına ve tasfiye ilişkisinin adil gerçekleşmesi amacıyla uygun olarak, sözleşme hukuku kurallarının uygulandığı daha şeffaf bir tasfiye düzeni kabul edilebilir. Bu doğrultuda yol alındığı vakit denilebilir ki, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme, tasfiye amacıyla yönelik bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Sözleşme hukuku kurallarına tabi olan bu ilişki, aynı zamanda iade edilecek edimlerin *causa*'sı olma işlevini de görmekte ve bu ilişki uyarınca, tarafların birbirlerine karşı sözleşme öncesi durumu sağlama yükümü ortaya çıkmaktadır¹⁵³⁷. Öte yandan, sözleşmesel tasfiye düzeni sayesinde, iptal sonrası tazminat talebine ve iade taleplerine aynı esaslar çerçevesinde muamele edilmesi de mümkün olmaktadır¹⁵³⁸.

Wiegand'a göre, sözleşme sona erse dahi, tıpkı Federal Mahkeme'nin kararında belirttiği ve doktrinde de geniş kabul gördüğü üzere, daha önceki *sinallagma* ilişkisinin tasfiyede de devam etmesi, bu ilişkinin sözleşmesel olduğunu gösterir. Ayrıca sözleşmenin akamete uğradığı her durumda, taraflar arasında henüz sözleşme görüşmelerinde başlayan "özel bir bağlantı (*Sondernverbindung*)" söz konusudur ve bu bağlantı, kanuni borç ilişkisi temelinde gerçekleşir. Dolayısıyla, sözleşmeden dönülmesi ya da sözleşmenin iptali, hiçbir zaman olan biteni tam olarak ortadan kaldırmaz. İşte dönmeye ya da iptale rağmen hâlâ mevcut olan bu hukuki ilişki, bu sefer de edimlerin iadesine temel oluşturmaktadır¹⁵³⁹. Hatta yazara göre, sözleşmenin

¹⁵³⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 54, 87; Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 712, 716.

¹⁵³⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 17.

¹⁵³⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 51, 52; Wiegand, **Picasso**, s. 111. Tasfiye ilişkisinin sözleşmesel nitelikte olmasının bir diğer doğal sonucu da, bu ilişkide ortaya çıkan ihlallere, kural olarak genel borca aykırılık kurallarının (hiç ya da gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümlerin) uygulanacak olmasıdır (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 61).

¹⁵³⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 54. Burada ayrıca belirtelim ki, tarafların, tasfiye halinde uygulanacak hükümlere ilişkin sözleşmede düzenleme yapma imkanı da bulunmaktadır. Bu ihtimalde, geri verme ilişkisine öncelikle bu hükümler uygulanacaktır (von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 491; Koller, **Rückabwicklung**, s. 4).

¹⁵³⁹ Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 717 (yazarın gönderme yaptığı Federal Mahkeme Kararı, az ileride ele alacağımız 2003 tarihli "*Klärschlamm*" kararıdır. Bkz. BGE 129 III 320).

iptalinden sonraki geri verme ilişkisinin sözleşme hukuku esaslarına göre gerçekleştirilecek olması, sadece iptal teorisi açısından değil, geçersizlik teorisi (düzelebilir hükümsüzlük) açısından da kabul edilmelidir. Zira aynı gerekçeler burada da geçerlidir; diğer bir ifadeyle, sözleşme geçersiz olsa dahi taraflar bir kere hukuki işlemsel temasa girmişler ve edimlerini *sinallagma* ilişkisini dikkate alarak yerine getirmişlerdir. Şu halde, sözleşmenin iptali durumunda, edimlerin iadesi, hâlâ devam eden bir borç ilişkisinin tasfiyesi olarak düşünülmelidir¹⁵⁴⁰. Ayrıca yazar, Alman hukukunun aksine, İsviçre hukuku açısından iptalin *ex tunc* etkisinin gerek hukuki gerekse mantıki bir zorunluluk olmadığı ve tasfiyenin sözleşmesel temelde gerçekleştirilmesinin irade bozukluğuna ilişkin hükümlerin kavramsal yapısına zarar vermeyeceği düşüncesindedir. Sonuç olarak, tıpkı sözleşmeden dönmedeki gibi, sözleşmenin iptalinde de sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüştüğünü kabul etmek gerekir¹⁵⁴¹.

3- Bu görüşün dayandığı en önemli gerekçelerden biri, iade konusu edimin imkansızlaşması durumunda, iade borçlusunun bazı hallerde sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlik hükümleri çerçevesinde iade borcundan tamamen ya da kısmen kurtulmasının, amaca uygun olmadığı ve iade borçlusuna haksız bir koruma sağladığıdır. Zira TBK m. 79/1'e (OR m. 64) göre, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen, iade anında zenginleşmenin ortadan kalktığı defini ileri sürerek iade borcundan kurtulabilecektir. Keza TMK m. 993/1'deki (ZGB m. 938/1) "*iyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir*" ve TMK m. 993/2'deki (ZGB m. 938/2) "*iyiniyetli zilyet şeyin kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu olmaz*" hükümleri de, iyiniyetli haksız zilyede, "şeyi varlığına inandığı hakka göre kullanması veya yararlanmasından" dolayı iadeyle yükümlü olmama imkanı tanımaktadır¹⁵⁴².

¹⁵⁴⁰ Wiegand, *Rückabwicklung*, s. 718, 719.

¹⁵⁴¹ Wiegand, *Picasso*, s. 111.

¹⁵⁴² Öte yandan hemen işaret edelim ki, doktrinde, bu imkanların yaratabileceği adaletsiz sonuçları önlemek amacıyla, gerek sebepsiz zenginleşme gerekse haksız zilyetlik bağlamında da çeşitli görüşler ileri sürülmektedir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Uluhan, *a.g.e.*, s. 146 vd.; Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 167 vd.; Feyzioğlu, *Zilyetlik*, s. 113 vd.; 152, 153; Özen, *a.g.e.*, s. 133 vd.; Buz, *Dönme*, s. 199-210; Buz, *Akamet*, s. 630 vd.; Koller, *AT*, § 31 N. 115 vd.; Serozan, *İfa*

Yukarıdaki örneğe tekrar geri döndüğümüzde, A'nın kendisine verilen saatin altın olmadığı gerekçesiyle yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi halinde, bu saatin karşılığı olarak B'ye verdiği aile yadigarı pikabın B tarafından kırılmış ve çöpe atılmış olmasının, tasfiye ilişkisinde yaratacağı sonuç şu olacaktır: Eğer B iyiniyetli sebepsiz zenginleşen ya da iyiniyetli haksız zilyetse, pikaba ilişkin iade borcundan kurtulacak; buna karşın A, hâlâ mevcut olan saati B'ye vermek zorunda kalacaktır.

Durumu tersinden gösteren başka bir örnek daha verirsek; A, X model makineye karşılık 10.000 TL fiyat vermek isterken, yanlışlıkla 100.000 TL ödeyeceğini açıklamış ve edimler karşılıklı olarak ifa edilmiştir. Ancak daha sonra A, ödemeyi gerçekleştiren çalışanın getirdiği banka dekontunu gördüğünde yanıldığını anlamış ve sözleşmeyi iptal ettiğini açıklamıştır. Bu açıklamadan birkaç gün önce ise, başka bir çalışanın hatalı kullanımı nedeniyle söz konusu makine tamamen yanmış ve bir daha çalışamaz hale gelmiştir. Şu halde, tasfiye ilişkisi çerçevesinde A, aldığı makineye ilişkin iade borcundan iyi niyetli sebepsiz zenginleşen (ya da haksız zilyet) olarak kurtulurken; B, aldığı parayı sebepsiz zenginleşme bağlamında iade etmekle yükümlü olacaktır.

Bu örneklerdeki adil olmayan durumun önüne geçilmesi, iade ilişkisine sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasıyla mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, iade borçlusunun, kendi risk alanında gerçekleşen şeyin yok olması veya kötüleşmesinden dolayı sorumlu olması; diğer bir ifadeyle (*casum sentit dominus* ilkesine paralel olarak) iade hasarını taşıması en uygun çözümdür. Bu nedenle, iade borçlusu, şeyi aynen iade edemiyorsa, en azından bedel üzerinden o şeyin karşılığını ödemelidir¹⁵⁴³. Diğer bir deyişle, sözleşmenin hangi sebeple akamete uğradığına bakılmaksızın, sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleşecek olan tasfiye ilişkisinde kural, iade borcunun her zaman aynen (*in natura*) yerine getirilmesidir. Şayet bu mümkün değilse; yani iade borcu imkansızlaşmışsa, tarafların iyiniyetine ya da kötüniyetine bakılmaksızın, iade borcu bu sefer bedel üzerinden devam edecektir. Bu doğrultuda, taraflar arasında aynı anda ve karşılıklı iade ilkesi geçerli olacaktır¹⁵⁴⁴.

Engelleri, § 27 N. 18). Ancak bu görüşlerin dahi tasfiye ilişkisindeki sorunsalları çözmede yetersiz kaldığı yönünde bkz. Buz, **Akamet**, s. 632, 633, 661.

¹⁵⁴³ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 59; Glasl, **a.g.e.**, s. 150; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18; Buz, **Dönme**, s. 185.

¹⁵⁴⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 56, 96; Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 720; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17 N. 18. İade borcunun aynen ifa edilme ihtimali bulunmadığı durumlarda, bedel üzerinden iade edilecek olması, aynı zamanda bu ilişkide, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki

Şu halde, klasik tasfiye düzeninin taraf menfaatlerini adil şekilde uzlaştırmadığı ve ayrıca iade alacaklısının iade talebini, sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlik hükümlerindeki karmaşık yapıya bağımlı kıldığı için öngörülebilir olmadığı söylenebilir¹⁵⁴⁵.

4- Tasfiye ilişkisinin sözleşme hukuku kurallarına göre gerçekleştirilecek olmasının bir diğer önemli sonucu da, zamanaşımı konusunda ortaya çıkmaktadır. Buna göre, tarafların iade taleplerine sebepsiz zenginleşmedeki iki yıllık zamanaşımı süresi değil, TBK m. 146'daki (OR m. 127) on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır. Böylece, bir tarafın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade alacağının söz konusu olduğu ve fakat diğer tarafın zamanaşımına uğramayan bir istihkak talebinin bulunduğu hallerde gündeme gelecek haksız durum bertaraf edilmiş olmaktadır. Kaldı ki, zamanaşımının tasfiye sebebine ya da tasfiye edilen edimin konusuna (örneğin para, eşya ya da iş görme olup olmamasına) göre değişiklik göstermesi, birçok durumda belirsizlik yaratabileceği gibi, hukuki açıdan da savunulabilir değildir. Dolayısıyla, on yıllık genel zamanaşımının her türlü tasfiye ilişkisine uygulanacak olması, bu açıdan da uygun bir çözümü dile getirmektedir. Keza, yukarıda işaret edildiği üzere, böylece hem iade taleplerinin hem de tazminat taleplerinin aynı süreye tabi olma imkanı sağlanmış olmaktadır¹⁵⁴⁶. Bu süre, bir görüşe göre¹⁵⁴⁷, iptal hakkının kullanılmasından itibaren başlarken; diğer görüşe göre¹⁵⁴⁸, yanılmanın (ya da aldatmanın) öğrenildiği (veya korkutmanın etkisinin geçtiği) andan itibaren başlamaktadır. İlk görüşün gerekçesi, sakatlık bulunan sözleşmedeki asli edim yükümlerinin, ancak iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte geri verme yükümlerine dönüşecek olmasıdır. Dolayısıyla, zamanaşımının da tasfiye ilişkisinin ortaya çıktığı bu andan itibaren işlemeye başlaması gerekir.

imkansızlık hükmünün (TBK m. 136, OR m. 119) hiçbir zaman uygulanmayacağı anlamına gelmektedir (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 61)

¹⁵⁴⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 20, 101; Buz, **Akamet**, s. 650.

¹⁵⁴⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 64; von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 488; Huguenin, **AT**, N. 584.

¹⁵⁴⁷ von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 488; aynı görüşte Gauch, **Umwandlungstheorie**, s. 128. Sözleşmeden dönme hakkına ilişkin olarak açıklama yapmış olmasına karşın, *Glasl* da bu görüşe dahil edilebilir (yazara göre, OR m. 75 uyarınca ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, her borcun doğumu anında muaccel olacağı kuralından hareketle tasfiye taleplerine ilişkin zamanaşımı, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte başlayacaktır. Bkz. *Glasl*, **a.g.e.**, s. 201).

¹⁵⁴⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 64.

Federal Mahkeme'nin sözleşmesel tasfiyeye ilişkin olumlu tavır takındığı 2003 tarihli kararında (*Klärschlamm* kararı)¹⁵⁴⁹, öncelikle hangi teori benimsenirse benimsensin irade bozuklukları açısından önemli olan hususun, sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi ve buna bağlı olarak da, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iade edilmesi olduğu belirtilmiştir. Bunun ardından Mahkeme, klasik görüşe göre tasfiyenin istihkak talebi ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade talebine göre gerçekleşeceğine değinmekle birlikte; ayrıca doktrinde (burada doğrudan *Schmidlin*'e ve *Schwenzer*'e atıf yaparak¹⁵⁵⁰), borçlu temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmede olduğu gibi, sözleşmenin iptalinde de sözleşmesel tasfiyenin uygulanması gerektiği yönündeki görüşün haklı gerekçeleri bulunduğu dikkat çekmiştir. Ancak önemle belirtelim ki, Mahkeme'nin bu görüşü zikretmesi ve haklı gerekçelerinin bulunduğunu ifade etmesi, kararın temel hukuki dayanağı (*ratio decidendi*) değil, *obiter dictum* mahiyetindedir¹⁵⁵¹. Zira olaydaki uyuşmazlığın çözümünde bu görüş hiçbir rol oynamadığı gibi, kararda asıl tartışılan sorun, sürekli borç ilişkilerinde iptal hakkının sözleşme üzerindeki etkileridir.

Öte yandan, Federal Mahkeme'nin daha sonraki birçok kararında, bu görüş, geçersiz bir sözleşmeden sözleşmesel bir tasfiye düzeni yaratmanın uygun olmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁵⁵². Keza doktrinde de, tasfiye ilişkisinin sözleşme hukuku kurallarına uygun olarak ele alınmasına karşı çıkan yazarlar bulunmaktadır¹⁵⁵³. Bu yazarlardan *Gauch*'a göre, her ne kadar tüm iade talepleri açısından yeknesak bir düzen arzu edilir olsa da, irade bozukluğu bulunan sözleşmeler açısından geçersizlik teorisi dikkate alındığı vakit, bu tür bir tasfiye düzeninin kolaylıkla kabul edilme imkanı bulunmamaktadır¹⁵⁵⁴. Zira hükümlerini doğurmayan bir sözleşmeye, iade

¹⁵⁴⁹ BGE 129 III 320; benzer şekilde BGE 132 III 242 (bger.ch).

¹⁵⁵⁰ Hemen belirtelim ki, Mahkeme'nin doğrudan gönderme yaptığı *Schwenzer*'in söz konusu eserinde, yazarın bu görüşü savunduğuna dair herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır (bkz. *Schwenzer*, **BasKomm**, Art. 31 N. 15).

¹⁵⁵¹ Aynı yönde bkz. von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 489; Wiegand, **Rückabwicklung**, s. 715, 716; karşı. Reiser, **a.g.e.**, N. 43 dn. 148.

¹⁵⁵² BGE 134 III 438; BGE 137 III 243 (bger.ch); BGer 4A_562/2010 (servat.unibe.ch).

¹⁵⁵³ von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 491 vd.; *Gauch*, **Umwandlungstheorie**, s. 126 vd.; *Guhl* / *Koller*, **a.g.e.**, § 16 N. 28; *Koller*, **AT**, § 14 N. 281; *Koller*, **Rückabwicklung**, s. 4, 6 ve orada dn. 11; *Glasl*, **a.g.e.**, s. 243 dn. 145; *Kocayusufpaşaoğlu*, **BG**, s. 441.

¹⁵⁵⁴ *Gauch*, **Umwandlungstheorie**, s. 126, 127; aynı yönde bkz. von der Crone / Monferrini, **a.g.m.**, s. 492.

talepleri için sözleşmesel etki tanımak, ilk başta geçersizlik kavramıyla çelişir¹⁵⁵⁵. Ayrıca yazara göre, geçersiz bir sözleşmeye rağmen iade taleplerinin sözleşmesel nitelikte olduğunun kabulü, mülkiyet devrinin hukuki sebebe bağlılığı anlayışıyla da bağdaşmaz. Zira normal şartlarda sözleşmenin iptaliyle birlikte, iade alacaklısının daha önce devredilen şeye ilişkin istihkak talebi söz konusu olacakken; önerilen tasfiye düzeninde kişisel bir alacak hakkına sahip olması isabetli bir çözüm değildir¹⁵⁵⁶.

Von der Crone / Monferrini'ye göre, irade bozukluklarına ilişkin gerek kanun koyucunun iradesi gerekse OR m. 62/2'nin (TBK m. 77/2) lafzı dikkate alındığında, iptalden sonraki tasfiye ilişkisini, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşme çerçevesinde ele almak gerekir. Diğer bir ifadeyle, kanunun amacı, iptal sonrası iade ilişkisini sebepsiz zenginleşme (ya da duruma göre haksız zilyetlik) hükümlerine göre çözmektir. Ayrıca yazarlara göre, iptal teorisi savunulsa ve buna göre sözleşmenin başlangıçta geçerli olduğu kabul edilse dahi, irade bozukluğu bulunan sözleşmelerin tasfiyesinin sözleşme hukuku kurallarına göre gerçekleştirilmesi yine mümkün olmamalıdır. Zira gerek geçersizlik görüşünde gerekse iptal görüşünde, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme kesin şekilde hükümsüz olur ve artık herhangi bir etkisi olmayan bu ilişkiden sözleşmesel bir tasfiye ilişkisi devşirmek düşünülemez¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁵ Yazara göre, iptal teorisi açısından bu görüş daha kolay savunulabilecektir (Gauch, *Umwandlungstheorie*, s. 126 dn. 43).

¹⁵⁵⁶ Gauch, *Umwandlungstheorie*, s. 126, 127 dn. 43; aynı yönde bkz. Koller, *AT*, § 14 N. 281; von der Crone / Monferrini, *a.g.m.*, s. 492 (yazarlar ayrıca, dönüşüm teorisinin menşesi olan Alman hukukunda dahi, bu teorisinin irade bozukluğu bulunan sözleşmelere aktarılmadığına işaret etmektedirler. Aynı yönde bkz. Koller, *AT*, § 14 N. 276); Kocayusufpaşaoğlu, *BG*, s. 441.

¹⁵⁵⁷ von der Crone / Monferrini, *a.g.m.*, s. 492; Koller, *AT*, § 14 N. 281. Öte yandan, *Buz*, akamete uğrayan her türlü sözleşmenin ortak tasfiye kurallarına tabi tutulması gerektiğini belirtmekle birlikte, bu çözümün dönüşüm teorisi çerçevesinde gerçekleştirilmemesi gerektiği düşüncesindedir. Zira tasfiye ilişkisinin dönüşüm teorisi (sözleşme hukuku kuralları) çerçevesinde gerçekleştirilmesini savunan yazarların, klasik görüş çerçevesinde gündeme gelen sorunsalları çözmede bazı açılardan eksik kaldıkları görülmektedir (*Buz*, *Akamet*, s. 640 vd.). Buradan hareketle yazar, sözleşmenin akamete uğradığı her duruma uygulanabilecek ortak bir tasfiye düzeninin dönüşüm teorisi esaslarına bağlı olmadan da ortaya çıkarılabileceğini savunmaktadır. Bu konuda yapılacak şey ise, yürürlükteki hukuk açısından bu yönde bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmek ve bu boşluğu en uygun şekilde doldurmaktır (*Buz*, *Akamet*, s. 650, 651). Bu bağlamda yazarın önerdiği temel esaslar şöyle özetlenebilir: Öncelikle edimin iadesi ne sebeple imkansızlaşmış olursa olsun; diğer bir ifadeyle, imkansızlık ister iade borçlusundan kaynaklansın ister onun risk alanı dışında gerçekleşsin, iade borcu düşmeyip, bedel üzerinden devam edecektir. Bu kural, PICC ve DCFR gibi modern hukuk metinlerinde kabul edilen yaklaşımla da bağdaşmaktadır (*Buz*, *Akamet*, s. 653 vd.). Öte yandan, bazı hallerde, edimi iade edecek tarafın iade yükümünden kısmen ya da tamamen kurtulması mümkündür. Doktrinde bazı yazarlar tarafından da kabul edildiği görülen bu haller, iade borçlusunun tam ehliyetsiz olması ve iade

Buraya kadar yapılan açıklamalar ve görüşler çerçevesinde sonuç olarak belirtmek gerekir ki, sorun, ister sözleşmenin kuruluşu sırasında ister ifa sürecinde ortaya çıksın, sözleşmenin akamete uğradığı her durumda, ortak bir tasfiye düzeninin uygulanması fikrinin sadeliği, çözüm odaklı yapısı ve tarafların menfaat durumlarını daha adil bir düzlemde uzlaştırması gibi birçok artısının bulunduğu ve bu nedenle son derece ayartıcı olduğu bir gerçektir. Nitekim bu eğilimin doktrinde birçok taraftarının olmaya başladığı, ayrıca yakın tarihlerdeki çeşitli hukuk uyumlaştırması metinlerinde¹⁵⁵⁸ de bir ölçüde yansımaları bulunduğu ve hatta İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısında (OR 2020)¹⁵⁵⁹ da bu yönde hükümler öngörüldüğü görülmektedir. Dolayısıyla, *de lege ferenda* yeknesak bir tasfiye düzeninin kabul edilmesi, bize göre de son derece isabetli olacaktır. Zira yukarıda aktarıldığı üzere, klasik tasfiye düzeninin, özellikle iade borcunun imkansızlaşması ve zamanaşımı konularında menfaatler dengesi ve hukuk güvenliği açısından çözümü güç birçok soruna yol açtığı ortadadır. Ancak bu konudaki olumlu tavrımıza karşın, *de lege lata* böyle bir rejimin, irade bozuklukları halinde gündeme gelecek iade ilişkisi bağlamında, kanunun sistemiyle ve mevcut hukuk dogmatikleriyle örtüşmediği

imkansızlığının iade alacaklısının sorumlu olduğu bir nedenden kaynaklanmasıdır (Buz, **Akamet**, s. 661).

¹⁵⁵⁸ Bkz. PECL m. 4:115, m. 9:309, PICC m. 3.2.15, m. 7.3.6.

¹⁵⁵⁹ OR 2020 tasarısı m. 79 (*Die Entstehung aus Liquidation - Grundsatz*) f. 1’de, sözleşmenin geçersiz olması ya da başka nedenden dolayı hükümlerinin sona ermesi durumunda, tasfiyenin sözleşmede ya da kanunda öngörüldüğü şekilde gerçekleşeceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, sözleşme sona erse dahi, sulh sözleşmesine ilişkin hükümlerin ya da taraflar arasındaki tasfiye ilişkisini düzenleyen hükümlerin geçerli kalacağı öngörülmektedir. Madde 80’e (*Zeitpunkt*) göre, hukuki ilişkinin ne zamandan itibaren tasfiye edileceği, sözleşmenin doğasına, tasfiyenin sebebine veya ifanın ne ölçüde yerine getirildiğine bağlıdır. Madde 81/1’de (*Rückerstattung*) ise, yerine getirilmiş edimlerin iade edileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre de, aynen iade mümkün değilse ya da makul değilse, iadenin değer (bedel) üzerinden borçlanılacağı ifade edilmektedir. Madde 82/1’e (*Bemessung des Wertersatzes*) göre, değer üzerinden iade, tarafların sözleşmenin kuruluşu anındaki iradesi dikkate alınarak hesaplanacaktır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, tasfiye, edimin değerinin hesaplanmasına bağlıysa, bu değer hesaplanmasında pazar (rayiç) değerinin esas alınacağı belirtilmektedir. Yine bu maddenin 3. fıkrasına göre ise, edimin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, bedel de ona uygun olarak indirilecektir. Madde 83/1’de (*Gebrauch, Verzinsung und Aufwendungen für Erhaltung der Leistung*), maddi edimi aynen iade etmekle yükümlü tarafın, maddi edimin kullanımından doğan yararlar için diğer tarafa uygun bir tazminat ödeyeceği zikredilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, iade edilecek para edimlerine ödeme anından itibaren faiz uygulanacağı belirtilmektedir. Bu maddenin 3. fıkrasına göre de, iade ile yükümlü tarafın, iade edilecek edimin korunması için yaptığı zorunlu ve yararlı masrafların tazminini (karşılanmasını) diğer taraftan talep edebileceği öngörülmektedir. Madde 84’de (*Aufwendungen im Hinblick auf die Erfüllung*), bir tarafın tasfiye sebebinden dolayı sorumlu olması halinde, diğer tarafın sözleşmenin ifası için yaptığı masrafları, durumun haklı kıldığı ölçüde karşılayacağı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, OR 2020’deki tasfiye hükümlerine ilişkin açıklamalar ve eleştiriler için bkz. Vedat Buz, “Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 111/2015, s. 565-576, s. 566 vd.

kanısında. Özellikle, sözleşmenin iptaline dönüşüm teorisinin uygulanmasını savunan görüş açısından konuşmak gerekirse, TBK m. 30 vd.’ndaki (OR m. 23 vd.) hükümlerin *ratio legis* ve bu hükümlerde geçen “...sözleşme ile bağlı olmaz”, “...sözleşmeyle bağlı değildir” gibi ifadeler dikkate alındığında, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte kesin hükümsüz hale gelen sözleşmenin başka bir sözleşmesel ilişkiye nasıl yol açacağının izahı zor gözükmemektedir.

IV. İptal Hakkının Dürüstlük Kuralı ile Sınırlanması

A. TBK m. 34/1 (OR m. 25/1)

TBK m. 34/1’de, “yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez” şeklinde ifade edilen bu sınırlama, sözleşmenin güven ilkesine göre kurulmuş olmasına rağmen, belirli şartlarda yanılma nedeniyle iptal edilebilmesinin dogmatik temeli olan irade ilkesini yumuşatan ve böylelikle alışveriş hayatının güvenliğine hizmet eden bir mekanizma görevi görmektedir. Bu noktada şu genel ilkeyi vurgulamak gerekir: Kanunun esaslı yanılmaya düşen sözleşme tarafını bir geçerlilik şartıyla koruması ve böylece ona sözleşme ilişkisini ortadan kaldırabilme imkanı vermesi, bu tarafın korunmaya değer bir menfaati olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, yanılanın iptal hakkını dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürmesi, TBK m. 30’un koruma amacıyla ve buna bağlı olarak iptal hakkının tanınmasındaki amaçla bağdaşmaz.

İptal hakkının dürüstlük kuralı ile sınırlandırılmasında, karşı tarafın sözleşme ilişkisinin devamındaki menfaati (ve zararı) ile yanılanın sözleşmenin sona ermesindeki menfaati arasında bir karşılaştırma yapılmaktadır¹⁵⁶⁰. Bu doğrultuda başvurulacak ölçüt dürüstlük kuralı (hakkın kötüye kullanılması yasağı) olup, hâkimin değerlendirmesi sonucunda, ya esaslı yanılmaya rağmen sözleşme ayakta tutulacak ya da iptal hakkının sonuçlarını doğurduğu kabul edilecektir. TBK m. 34/1, esas itibarıyla TMK m. 2’nin bir görünümü ve yanılma özelinde somutlaştırılmış hali olup, iki hüküm de aynı ilkeye işaret etmektedir¹⁵⁶¹. Bilindiği üzere dürüstlük kuralı, kişilerin haklarını

¹⁵⁶⁰ Huguenin, **AT**, N. 485.

¹⁵⁶¹ Bucher, **AT**, s. 215; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 2; Schwenger, **BasKomm**, Art. 25 N. 1; Schwenger, **AT**, N. 39.17; BGE 123 III 200 (bger.ch). Aynı sınırlama, Alman hukukunda da (§ 242 BGB marifetiyle) kabul edilmektedir (Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 781; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 102; Brox / Walker, **AT**, N. 437a).

kullanırken ve borçlarını ifa ederken, doğruluk ve güven ilkelerine uygun davranan aynı şartlar altındaki makul, dürüst ve orta zekâlı kimseler gibi hareket etmelerini öngörmektedir¹⁵⁶². Dolayısıyla yanılma hallerinde de hâkim, somut olayda bu kurala aykırı davranılıp davranılmadığını dosyadan anladığı ölçüde re'sen dikkate alacaktır¹⁵⁶³.

Şu halde, yanılanın sözleşmeyi iptal etmesinde herhangi bir menfaatinin bulunmaması ya da sözleşmenin olumsuz sonuçlarından farklı imkanlarla zarara uğramadan kurtulabilecek olmasına rağmen, iptal hakkını kullanarak karşı tarafa zarara vermesi veya sözleşmeyi sona erdirmesindeki menfaati ile karşı tarafın maruz kalacağı zarar arasında aşırı bir oransızlığın söz konusu olması gibi hallerde TBK m. 34/1 uygulama alanı bulacaktır¹⁵⁶⁴. Söz gelimi, yanılan sözleşmenin kuruluşunda yanıldığı için değil de, yanılmayı bahane ederek, aslında sözleşme konusu şeyin daha sonra ortaya çıkan olumsuz piyasa şartları nedeniyle değer kaybetmeye başlaması yüzünden iptal hakkını kullanıyorsa, böyle bir durumla karşılaşılabilecektir¹⁵⁶⁵.

Diğer taraftan, doktrindeki bir görüşe göre, TMK m. 2'nin uzantısı görünümündeki TBK m. 34/1, aslında genel bir hukuk ilkesini tekrar ettiğinden, diğer irade bozukluklarına da kıyasen uygulanmalıdır (Kurşat, **a.g.e.**, s. 98 dn. 482; Yıldırım, **Hile**, s. 249; BGE 108 II 102 (bger.ch); Y. 13. HD., 15.2.1999, E. 1999/359, K. 1999/856, aktaran Yavuz, **TBK Şerh**, m. 34 s. 375; karşı. Schwenzer, **BasKomm**, Art. 25 N. 2). Buna karşın, aldatan ve korkutanın bu hüküm vasıtasıyla dahi korunmaması gerektiğini ileri süren diğer görüş için bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 127; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 20; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 909.

¹⁵⁶² Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1222; Edis, **Güven**, s. 448, 449; Barlas, **a.g.m.**, s. 202.

¹⁵⁶³ Edis, **Güven**, s. 449 (TMK m. 2'nin emredici bir kural olup olmadığı, dolayısıyla sözleşme ile bertaraf edilip edilemeyeceği ve hâkimin neden dürüstlük kuralını re'sen nazara alması gerektiği yönündeki tartışmalar için ayrıca bkz. **A.g.e.**, s. 451-456); Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 965 vd.; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1271.

¹⁵⁶⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 7; Schwenzer, **AT**, N. 39.18; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 846; Reiser, **a.g.e.**, N. 51; BGE 132 III 737; BGE 123 III 200 (bger.ch). Dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılmasının çeşitli görünümleri için bkz. Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 866 vd.; Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 1255 vd.

¹⁵⁶⁵ Bucher, **AT**, s. 215; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 8. Ancak bu ihtimalde titiz bir incelemenin yapılması şarttır. Bu bağlamda, sadece yanılanın elindeki malın sözleşmenin iptali sırasında değer kaybetmiş olması dikkate alınmamalı, ayrıca olayın özelliklerine göre iptal hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceği araştırılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, yanılan ile karşı tarafın sözleşmenin iptali karşısındaki menfaat durumları karşılaştırılmalı; söz gelimi yanılanın sözleşmenin ortadan kalkmasındaki menfaati ile karşı tarafın bu nedenle uğrayacağı zarar arasında aşırı bir oransızlığın var olup olmadığı sorgulanmalıdır. Yanılanın gerçekten yanıldığı için mi, yoksa yanılmasına rağmen aslında bu duruma önem vermeyip, piyasa şartlarının kendi aleyhine gelişmiş olması nedeniyle mi sözleşmeyi iptal ettiğinin belirlenmesinin zorluğu, bu ölçüde titiz bir araştırmayı haklı kılmaktadır.

Yargıtay'ın bir kararında, her ne kadar açıkça TBK m. 34/1 zikredilmemişse de buna benzer bir durum cereyan etmektedir; "*Davacının malın ayıplı olduğu iddiasının bulunmadığı, ayıp kabul edilse bile TTK.nun 25. maddesinde belirtilen sürelerde iade yapılmadığı ayrıca BK.nun 23 ve devamı maddelerindeki hata, hile ve ikrah koşullarının oluşmadığı, zira davacının, genel olarak*

Yine başka bir örnek: A, fabrikasındaki iplik makineleriyle ilgilendiğini söyleyen B'ye, makinelerinden birisini ticaret odasının belirleyeceği ortalama bedel üzerinden kiralamak istemiş ve sekreterine bu içerikte bir mektup yazarak göndermesini söylemiştir. Ancak A'nın sekreteri, durumu yanlış anlaması nedeniyle kiralamaya ilişkin öneriyi satış olarak formüle etmiştir. Bunun üzerine, makineyi teslim alan B, malik olduğu inancıyla büyük oranda hammadde satın almış, kendisine yapılan iş siparişlerini kabul etmiş ve bunları yetiştirebilmek amacıyla atölyesinde çalıştırmak üzere yeni bir eleman istihdam etmiştir. Öte yandan, A'nın fabrikasında satış konusu makineden çok daha yeni ve randımanlı çalışan makineler olduğu da anlaşılmıştır. Şu halde, A'nın sözleşmenin niteliğine ilişkin açıklamada yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak olaydaki diğer verilere bakıldığında, sözleşmenin sona erdirilmesinin tarafların menfaat durumları açısından makul ve adaletli olmadığı da görülecektir. Zira B'nin makineyi iade etmesi halinde çok büyük zararlara uğrayacağını tahmin etmek zor olmadığı gibi, A'nın ilgili makineyi tekrar elde etmesinde pek menfaati olmadığı da kolaylıkla söylenebilir¹⁵⁶⁶. Gerçi, burada sözleşmenin iptal edilmesi halinde B'nin TBK m. 35 çerçevesinde zararlarını tazmin ettirebilme imkanı da bulunmaktadır. Zira açıklamada yanılmalar, daha önce de işaret edildiği üzere hemen her zaman kusurlu yanılmalardır. Ancak yine de, olayın özelliklerine bakıldığında B'nin tazminat ile tatmin edilmesinin dolaylı bir çözüm olduğu söylenebilecektir. Zira B için asıl tercih edilir olan, sözleşmenin ayakta tutulması ve zaman kaybetmeden o makineyle üretime başlanmasıdır.

aldığı malların piyasada satışının zor olacağı, rağbet görmeyeceğinden bahisle sözleşmeyi feshetmek istediği, yine tacirler arasındaki ihtar ve ihbarların TTK'nun 20.maddesinde öngörülen şekilde yapılması gerektiği davasının TTK.ve BK.nundaki usul ve hükümlere riayet etmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmesi isabetlidir.” (Y. 19. HD., 28.11.2005, E. 2005/3643, K. 2005/11743, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Kararda, tacirler arası yapılan ihtar ve ihbarların TTK m. 18/3'e uygun olarak (“noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile...”) yapılması gerektiği belirtilerek, bu gereğe uyulmamasının davanın reddi sebebi olduğu belirtilmiştir. Hiç şüphesiz, TTK m. 18/3'de açıkça sözleşmenin iptalinden bahsedilmese dahi, bizce de bu hükmün tacirler arasındaki iptal hallerine kıyasen uygulanması amaca uygundur. Ayrıca kararda dikkat çekmek istediğimiz başka bir husus şudur: Eğer iptal açıklaması bu hükümde öngörülen şekillerde yapılmamasına rağmen, yanılanın yanılmayı öğrenmesinden itibaren işleyecek olan bir yıllık hak düşürücü süresi hâlâ devam etmekteyse (kararda bu yönde bir veri bulunmamaktadır), davanın bu gerekçeyle reddedilmemesi gerekir. Zira iptal açıklamasının şekle uygun yapılmamış olması, bu hakkı ortadan kaldırmamakta, sadece ilgili iptal açıklamasının hükümlerini doğurmamasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, yanılanın kanuni süre içinde söz konusu şekle uyarak yeniden iptal açıklamasında bulunması mümkündür.

¹⁵⁶⁶ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 438.

Öte yandan, bu hükmün en çok uygulama alanı bulabileceği bir durum da, yanılanın yanıldığını öğrenmesine rağmen, piyasadaki dalgalanmalara veya diğer gelişmelere göre spekülasyon yaparak iptal hakkını kullanmayı haksız yere geciktirmesidir¹⁵⁶⁷. Burada yanılanın henüz bir yıllık hak düşürücü süresi geçmiş olmamasına karşın, sözleşmenin iptali, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde engellenmektedir.

Edimleri uzun süre önce ifa edilmiş olan sözleşmenin iptal edilmesinde, yanılanın pek menfaati olmamasına karşın diğer taraf açısından bu durum ağır sonuçlara yol açacaksa, yanılanın iptal hakkı yine bu hüküm gereğince engellenecektir¹⁵⁶⁸. Ancak burada dikkat çekilmesi gereken husus, bazı yazarların savunduklarının aksine¹⁵⁶⁹, sözleşmenin kuruluşundan itibaren uzun süre geçmiş ve edimlerin yerine getirilmiş olmasının, TBK m. 34/1 uyarınca iptal hakkını sınırlamak için tek başına yeterli sebep olmamasıdır. Zira hakkın kötüye kullanılmasının devreye girmesinde belirleyici olan kriter, salt sözleşmenin varlık süresi ya da edimlerin ifa edilmiş olması değil, tarafların sözleşmenin iptali anındaki menfaat durumlarıdır. İsviçre-Türk hukukunda, uzun süre önce ifa edilmiş sözleşmelerin iptal edilemeyeceğine yönelik herhangi bir kural mevcut değildir.

Dürüstlük kuralı firtresine takılacak bir diğer olasılık da, sözleşmenin, yanılanın lehine olan bir yanılma sonucunda kurulmuş olmasıdır. Örneğin satıcıya fiyat teklifinde bulunacak olan alıcı, “malınızı 1.000’e alırım” demek isterken, yanlışlıkla “100’e alırım” demiş ve satıcı da bu öneriyi kabul etmiştir. Buradaki miktarda yanılmanın alıcının lehine olduğu ve bu nedenle sözleşmenin iptalinde herhangi bir menfaati olmadığı rahatlıkla söylenebilir¹⁵⁷⁰.

Federal Mahkeme’nin bir kararında¹⁵⁷¹, ayıplı ifa hükümleri ile yanılma hükümlerinin yarıştığı olasılıklarda, şayet sözleşmede OR m. 199 (TBK m. 221) anlamında geçerli bir sorumsuzluk kaydı bulunmaktaysa, yanılanın sözleşmeyi iptal

¹⁵⁶⁷ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 333; Bucher, **AT**, s. 216; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 8; Schwenger, **BasKomm**, Art. 25 N. 4; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 62; Zehnder, **a.g.e.**, s. 236; Reiser, **a.g.e.**, N. 51; Schwenger, **AT**, N. 39.18.

¹⁵⁶⁸ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 846; Schwenger, **AT**, N. 39.17.

¹⁵⁶⁹ Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 25 N. 5; Eren, **BG**, s. 410.

¹⁵⁷⁰ Bu ihtimalde ayrıca, söz konusu açıklamada yanılmanın objektif esaslılık şartını taşımadığı sonucuna varılması da kuvvetle muhtemeldir.

¹⁵⁷¹ BGE 53 II 143 (servat.unibe.ch).

etmesinin OR m. 25/1'deki (TBK m. 34/1) dürüstlük kuralına aykırı olacağına hükmedilmiştir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, kanaatimizce bu ihtimalde, özellikle objektif esaslılık şartının (ve hatta birçok durumda sübjektif esaslılık şartı da gerçekleşmeyecektir) yokluğu nedeniyle ortada esaslı bir yanılmanın bulunmadığı sonucuna varmak daha yerinde olacaktır¹⁵⁷². Nitekim doktrinde bu karar, Mahkeme'nin yanılmanın esaslılığı ile sözleşmenin iptalinin dürüstlük kuralına aykırı olması arasındaki ayrımı sağlıklı şekilde yapamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁵⁷³.

TBK m. 34/1'in yanılma kurumu açısından merkezi işlevi ve asıl önemi, esaslılık şartlarının aksine, merceği sözleşmenin kurulması anına değil, "sözleşmenin iptal edildiği ana" yerleştirmesidir. Diğer bir ifadeyle, bu hüküm, yanılma halleri açısından dinamik bir fonksiyon ifa etmekte ve bu bağlamda, salt sözleşmenin kurulması anındaki menfaat çatışmasını değil, iptal hakkının kullanıldığı zamandaki somut durum ve şartları da dikkate almaktadır¹⁵⁷⁴. Böylece sözleşmenin kuruluşundan sonraki menfaat değişikliklerinin de değerlendirilmesi imkanı ortaya çıkmaktadır. Nitekim yukarıdaki örneklerin çoğunda, aslında böyle bir değerlendirme sonucunda iptal hakkının sınırlandığı fark edilebilecektir.

Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus, TBK m. 34/1'in, bazı yazarların ileri sürdüğü gibi ayrı bir esaslılık şartı mı olduğu, yoksa bu maddenin uygulanması için daha öncesinde esaslı bir yanılmanın mı mevcut olması gerektiği konusundaki tartışmadır. Bir görüşe göre, esaslı yanılma, yanılana sözleşmeyi iptal etme hakkı veren yanılma anlamına geldiğinden, sözleşmenin dürüstlük kuralına aykırı şekilde iptal edilemeyeceğini belirten OR m. 25/1'in (TBK m. 34/1) de bu bağlamda esaslılık

¹⁵⁷² Öte yandan, yine ayıpla yanılmanın yarıştığı ihtimallerde, sözleşmenin kurulmasından sonra satış konusu mal, OR m. 207/3'ün (TBK m. 228/2) uygulanmasını gerektirecek şekilde alıcının (yanılanın) kusuruyla yok olmuşsa, alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı gibi iptal hakkını da kullanamayacağı, zira buna TBK m. 34/1'in (OR m. 25/1) engel olacağı ileri sürülmektedir (Schwenzer, **BasKomm**, Art. 25 N. 5; karş. Bucher, **AT**, s. 216).

¹⁵⁷³ Bucher, **AT**, s. 216 dn. 72; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 14. Aynı eleştiriye hedef olabilecek diğer bir kararda, yabancı dilde sözleşme imzalamış olan bir kimse, kurulan sözleşmenin gerçek iradesine uymadığı gerekçesiyle yanılmaya dayanmıştır. Mahkeme ise, sözleşmeyi tercüme ettirme imkanı varken bunu yapmamış olan kimsenin sözleşmeyi iptal etmesinin dürüstlüğüye aykırı olacağını belirtmiştir (Cour de Justice Civile GE, SemJud 1974, 405, 414; Schwenzer, **AT**, N. 39.18 ve Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 24'den naklen).

¹⁵⁷⁴ Bucher, **AT**, s. 216; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 5, 6; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 102; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 25 N. 7; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 189; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 164; BGE 123 III 200 (bger.ch); Y. 14. HD., 19.9.2006, E. 2006/5105, K. 2006/9417 (kararara.com).

kavramı içerisinde değerlendirilmelidir¹⁵⁷⁵. Ancak bizim de dahil olduğumuz hâkim görüşe göre¹⁵⁷⁶, TBK m. 34/1'in uygulanması için, öncelikle esaslı bir yanılmanın varlığı ve böylece iptal hakkının doğmuş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu hüküm, yanılmanın esaslılığıyla ilgili değil, esaslı yanılmanın sözleşmenin iptali sırasında ileri sürülmesiyle ilgilidir. Ancak bu tartışmanın pratik bir önemi olmadığını da bu noktada belirtmek gerekir.

Diğer taraftan önemle hatırlatalım ki, sözleşmenin tamamının iptal edilmesi dürüstlük kuralına (TBK m. 34, OR m. 25) aykırılık teşkil edebilecek olmasına rağmen, duruma göre sözleşmenin yanılmadan etkilenmeyen kısımlarıyla ayakta tutulmasının (kısmi iptalin) dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaması mümkündür. Ancak bunun için, yukarıda da işaret edildiği üzere, kısmi iptalin şartları gerçekleşmiş olmalıdır¹⁵⁷⁷.

Son olarak belirtelim ki, TBK m. 34'ün uygulanması açısından kusurun tek başına herhangi bir belirleyici işlevi bulunmamaktadır. Zira daha önce de vurgulandığı üzere, İsviçre-Türk hukukunda esaslı yanılmaya tanınan hukuki koruma kusur sorunundan bağımsızdır¹⁵⁷⁸. İleride görüleceği üzere, kusur, ancak yanılmanın ödeyeceği tazminat açısından bir önemi arz etmektedir.

¹⁵⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 163, 164; Zehnder, **a.g.e.**, s. 239 vd.; Henrici, **a.g.e.**, s. 227 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 416, 417. Yargıtay'ın bu görüş lehinde yorumlanabilecek bir kararında şu ifadelere rastlanmaktadır; “*Borçlar Hukuku’nun esaslı hatanın ne olduğunu bildiren genel nitelikte iki hükmü mevcuttur. Bu hükümlerden birincisi Borçlar Kanunu’nun 23. maddesinde sözleşmenin yapıldığı an gözönüne alınarak düzenlenmiştir; ikincisi de Borçlar Kanunu’nun 25/1. maddesinde iptal beyanının yapıldığı an gözönüne alınarak düzenlenmiştir*” (Y. 14. HD., 19.9.2006, E. 2006/5105, K. 2006/9417, kararara.com; Y. 4. HD., 10.5.1978, E. 1977/8379, K. 1978/6346; Y. 1. HD., 31.10.1995, E. 1995/12066, K. 1995/14247; Y. 1. HD., 4.3.1993, E. 1992/15297, K. 1993/2682, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁷⁶ Bucher, **AT**, s. 198; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 307; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 1, 12; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 23; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 102; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 846; Kolly, **a.g.e.**, N. 216; Schmidlin / Meyer-Pritzl, **a.g.m.**, s. 257; Yargıtay’ın çeşitli kararlarında bu görüşe uygun olarak yorumlanabilecek şu ifadelere rastlanmaktadır; “*...bu koşulların varlığı halinde hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Yeterki hatanın ileri sürülmesi B.K.nun 25. ve M.K.nun 2. maddesinde hükme bağlanan dürüstlük kuralına aykırı olmasın*” (Y. 1.HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470, Günay, **a.g.e.**, m. 34 s. 212); aynı şekilde bkz. Y. 1. HD., 25.6.2003, E. 2003/6984, K. 2003/7553; Y. 1. HD., 28.3.2001, E. 2001/3500, K. 2001/3680; Y. 1. HD., 28.2.2013, E. 2010/16523, K. 2013/2936; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁷⁷ Kısmi iptal konusunda bkz. yuk. 3. Bölüm, III, B.

¹⁵⁷⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 9; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 25 N. 3; Schwenzer, **AT**, N. 39.17; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 846; Y. 1. HD., 17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 23.3.2010, E. 2010/12567, K. 2010/3259 (kararara.com);

B. TBK m. 34/2 (OR m. 25/2)

TBK m. 34/1'in (OR m. 25/1) somut uygulanma hallerinden birisi olan TBK m. 34/2'e (OR m. 25/2) göre, *“diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır”*¹⁵⁷⁹. Bu hükümde, kanun koyucunun açıkça belirtmediği bazı hususlara ilişkin şu sorular akla gelmektedir: Acaba karşı tarafa tanınan bu hakkın niteliği ve sözleşmeye etkisi nedir? Bu hak, iptal açıklamasından sonra herhangi bir zamanda kullanılabilir mi, yoksa belirli bir zaman sınırı var mıdır? Bu hükmün hem açıklamada yanılmaya hem de saikte yanılmaya doğrudan uygulanabilmesi mümkün müdür?

Bu hükmün özelliğini bir örnek üzerinden açıklamak yararlı olacaktır: Kahve makinesi üreticisi olan A, B'ye yaptığı fiyat teklifinde, daha önce konuştukları X model makinenin 5.000 dolar değerinde olduğunu belirtmek isterken, açıklama sırasında yanılarak 5.000 TL yazmıştır. B'nin de kabulü üzerine sözleşme kurulduktan sonra A, açıklamada (miktar) yanıldığını fark etmiş ve hemen bir elektronik posta göndererek, makinenin teslimini gerçekleştiremeyeceğini, zira söz konusu fiyatı istemeden yanlış yazdığını, asıl fiyatın 5.000 dolar olduğunu belirtmiştir. Burada A'nın esaslı açıklamada yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiğinde kuşku yoktur. Ancak, eğer bu açıklamayı alan B, cevap olarak A'nın gerçek iradesine göre sözleşmeyi kabul ettiğini veya bu bedeli ödemeye hazır olduğunu bildirirse, sözleşme içerik değiştirecek (dönüşecek) ve yanılanın gerçek iradesine göre kurulmuş sayılacaktır.

Görüleceği üzere, TBK m. 34/1'deki sınırlamadan farklı olarak buradaki sınırlamada, karşı taraf, iptal açıklaması karşısında dürüstlük kuralına aykırılıktan pasif bir şekilde korunmamakta, ayrıca bu yönde harekete geçebilme imkanını kullanarak sözleşmeyi ayakta tutabilmektedir¹⁵⁸⁰. Öyle ki, sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine uygun şekilde kabul ettiğini açıklayarak, artık yanılana sözleşmeyi

Y. 1. HD., 25.6.2003; E. 2003/6984, K. 2003/7553; Y. 1. HD., 13.10.1998, E. 1998/8883, K. 1998/10883; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁷⁹ Bucher, **AT**, s. 216; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 16; Schwenger, **BasKomm**, Art. 25 N. 8; Schwenger, **AT**, N. 39.19; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 847; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 190.

¹⁵⁸⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 16.

iptal etme konusunda hiçbir açık kapı bırakmamakta, onun iptal açıklamasında direktmesinin bizzat hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmesini sağlamaktadır.

Karşı tarafa tanınan, sözleşmenin içeriğini tek taraflı bir açıklamayla değiştirebilme hakkı, doktrinde çoğunlukla “karşı yenilik doğuran hak” (*Gestaltungsgegenrecht*) olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁸¹. Buna göre, yanılanın iptal açıklaması, karşı tarafın sözleşmenin içeriğini yanılanın istediği şekle dönüştürmeye yönelik bu (*contra*) hakkı kullanmasından itibaren geçersiz olacaktır¹⁵⁸². Burada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta şudur: Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte, sözleşme “kurulduğu andan itibaren” değişikliğe uğramakta; diğer bir ifadeyle, sözleşme yanılanın gerçek iradesine uygun olacak şekilde “geriye etkili olarak” içerik değiştirmektedir¹⁵⁸³. Bu karşı hakkın etkisi konusunda hâkim görüş, söz konusu yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla birlikte sözleşmede kanuni bir tahvilin (çevirme, *Konversion*) gerçekleştiği yönündedir¹⁵⁸⁴.

Karşı tarafın bu açıklamasının yenilik doğuran bir işlem niteliğinde olması nedeniyle, yanılan tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. Bu açıklama, yanılanın

¹⁵⁸¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 19; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 198; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 444 dn. 140.

¹⁵⁸² Alman hukukundaki hâkim görüşe göre, aynı imkana § 242'den (dürüstlük kuralı) yola çıkılarak ulaşılması da mümkündür (Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 781; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 119 N. 103; Brox / Walker, **AT**, N. 437b). Aynı şekilde, uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinde de sözleşmenin diğer tarafına bu yönde bir karşı hak verilmektedir (PECL m. 4:105, PICC m. 3.2.10, DCFR II.-7:203).

¹⁵⁸³ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 848; Reiser, **a.g.e.**, N. 52. Öte yandan, karşı tarafın yanılana yönelttiği bu açıklama, yanılanın gerçek iradesini içeren önerinin kabul edilmesi ve böylece yeni bir sözleşme kurulması şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira bu takdirde, sözleşmenin kurulma anı karşı tarafın bu hakkı kullandığı an olacaktır ki, bu sonuç OR m. 25/2'nin (TBK m. 34/2) amacıyla bağdaşmaz (Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 21). Ne var ki, Yargıtay bir kararında bu ince ayrımı gözden kaçırmış ve karşı tarafın kullandığı bu hak sonucunda, yeni bir önerinin yapıldığı ve yeni bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varmıştır (Y. 4. HD., 30.12.1964, E. 1964/766, K. 1964/6322, Özkaya, **a.g.e.**, s. 170).

¹⁵⁸⁴ Bucher, **AT**, s. 216; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 19; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 25 N. 8; Schwenzer, **AT**, N. 39.19; Huguenin, **AT**, N. 590; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 444 dn. 140. Ancak *Kaneti*, karşı tarafın kullandığı bu hak neticesinde aslında sözleşmede bir tahvilin (çevirmenin) gerçekleşmediğini ifade etmektedir. Zira yazara göre, burada sözleşme, tahvilde olması gerektiği gibi tarafların “sözleşmenin kurulması anındaki” iradelerine göre değil, karşı tarafın “iptal açıklaması sonrasında” bildirdiği bir açıklamaya göre içerik değiştirmektedir. (bkz. *Kaneti*, **Tahvil**, s. 133, 134). Öte yandan başka bir görüşe göre de, karşı tarafın bu hakkı kullanmasıyla birlikte, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük (kısmi iptal) ortaya çıkmaktadır (Nomer, **Kısmi İptal**, s. 525). Kanaatimizce bu görüşün gözden kaçırıldığı nokta şudur: TBK m. 27/2 çerçevesinde sözleşmenin kısmi iptali için iki tarafın da farazi iradeleri önem taşıırken; TBK m. 34/2'de, sözleşmenin sadece yanılanın iradesine göre uygun hale getirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla, bu maddenin kısmi iptal hükmü olarak görülmemelidir. Bunun dışında, söz konusu hükmün sözleşmenin uyarlanmasına yol açtığı da ileri sürülmektedir (Baysal, **Uyarlanma**, s. 189; ayrıca bkz. PECL m. 4:105, DCFR II.-7:203).

hâkimiyet alanına ulaştığı andan itibaren sonuçlarını doğurmaktadır¹⁵⁸⁵. Ancak önemle belirtelim ki, bu hakkın sadece iptal açıklamasından sonra kullanılması şart değildir; karşı tarafın, yanılanın henüz iptal hakkını kullanmadığı dönemde ve yanılmayı daha önce öğrenmiş olduğu ihtimalde de bu hakkı kullanmasının önünde herhangi bir engel yoktur¹⁵⁸⁶. Bununla birlikte, şayet bu karşı hak iptal açıklamasına karşı kullanılacaksa, buna ilişkin açıklamanın ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin kanunda açıklık yoktur. Doktrinde ve içtihatla, bu açıklamanın yanılanın iptal açıklamasının “hemen ardından” (derhal, gecikmeksizin) yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁸⁷. Bu bağlamda hemen belirtelim ki, şayet yanılan iptal açıklamasında hangi gerekçeye dayandığını, diğer bir deyişle iptal sebebini belirtmemişse, bu sürenin henüz başlamadığı kabul edilmelidir. Ancak daha önce işaret ettiğimiz üzere, karşı tarafın yanılana bu yönde soru yönelterek iptal açıklamasının hangi sebeple yapıldığını öğrenmesi mümkündür. Eğer karşı taraf, iptal açıklamasının ardından makul süre içinde yanılana bu yönde soru yöneltmemişse, onun daha sonra söz konusu karşı hakkı kullanmaya çalışması, hakkın kötüye kullanılması yasağına (çelişkili davranış yasağına) takılacağından herhangi bir sonuç doğurmayacaktır.

Sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine göre dönüştüren bu hakkın kullanılmasıyla birlikte, sözleşme (kurulduğu andan itibaren) kesin olarak geçerli olur. Bunun üzerine yanılanın iptal hakkında direktme imkanı bulunmamaktadır. Zira yanılanın, gerçekten istediği şekilde geçerli olan bir sözleşmeye rağmen hâlâ iptal hakkını kullanmak istemesi çelişkili davranış sayılacak ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı olduğundan engellenecektir¹⁵⁸⁸. Karşı tarafın bu hakkı kullanmasıyla

¹⁵⁸⁵ Bu bağlamda tekrara düşmemek için, iptal açıklamasının yenilik doğuran işlem olma niteliğinden kaynaklanan özelliklerine gönderme yapmakla yetiniyoruz. Bkz. yuk. 3. Bölüm, II, B.

¹⁵⁸⁶ Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 25 N. 4.

¹⁵⁸⁷ Bucher, **AT**, s. 216; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 20; Schwenger, **BasKomm**, Art. 25 N. 8; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 848; BGE 57 II 284 (servat.unibe.ch). Bu açıklamanın “hemen” (derhal, vakit geçirmeksizin) yapılmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda, TBK m. 3 ve 4’deki (OR m. 4 ve 5) süresiz önerinin kabulüne ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması düşünülebilir (Bucher, **AT**, s. 217 dn. 75; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 21).

Diğer taraftan, hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu yönde açık bir düzenlemenin varlığı dikkat çekmektedir (PECL m. 4:105, PICC m. 3.2.10, DCFR II.-7:203). Anılan hükümlerin hepsinde, karşı tarafın bu hakkını, yanılanın sözleşmeyi iptal ettiğini kendisine bildirmesinden sonra ve yanılanın bu açıklamanın hükümlerini doğurduğuna güvenerek harekete geçmeye başlamadan önce “derhal” (*promptly*, PECL m. 4:105/1, PICC m. 3.2.10/1) veya “haksız bir gecikme olmaksızın” (*without undue delay*, DCFR II.-7:203/1) kullanması gerektiği zikredilmektedir.

¹⁵⁸⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 17; Brox / Walker, **AT**, N. 437b; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 848.

birlikte, artık yanılardan tazminat talep etme (TBK m. 35) imkanı söz konusu olmayacaktır¹⁵⁸⁹.

Son olarak aydınlatılması gereken bir diğer konu da, TBK m. 34/2'nin saikte yanılmalara kıyasen uygulanıp uygulanamayacağıdır. Hükümdeki “*sözleşmenin bu anlamda*” kurulmuş sayılacağına ilişkin ibare, esas itibariyle güven ilkesine göre anlamlandırılmış ve kurulmuş sözleşme ile yanılanın gerçek iradesi arasındaki uygunsuzluğa işaret etmektedir. Dolayısıyla, karşı tarafa tanınan bu imkanın asıl olarak açıklamada yanılmalar için öngörüldüğünde tereddüt yoktur¹⁵⁹⁰. Bu hükmün saikte yanılmalara kıyasen uygulanmayacağı yönündeki görüşe göre¹⁵⁹¹, bu tür yanılmalarda yanılanın gerçek iradesi ile açıklaması arasında bir farklılık bulunmadığı için, şayet o yanılmasaydı iradesinin hangi içerikte olacağını kestirmek imkanı yoktur. Zira saikte yanılmada, sadece belirli olguya ilişkin yanlış bir tasavvur söz konusudur ve buradan hareketle OR m. 25/2'nin (TBK m. 34/2) uygulanmasını sağlayabilecek; diğer bir deyişle, yanılanın sözleşmenin kuruluşunda gerçeği bilseydi nasıl bir sözleşme kurmak isteyeceğine yönelik gerçek ya da farazi iradeye ulaşmak mümkün değildir. Söz gelimi, yanılma nedeniyle inşaata elverişli olmayan bir arazinin satın alınması ihtimalinde, yanılanın eğer gerçeği bilseydi bu sözleşmeyi (duruma göre) birçok farklı içerikle yapmak isteyebileceği ve hatta hiç yapmayacağı dahi söylenebilecektir. Bu nedenle, ilgili hükümde sözleşmenin diğer tarafına tanınan karşı hakkın sadece açıklamada yanılmalar açısından işlev göreceği kabul edilmelidir. Saikte yanılmalar içinse, ancak OR m. 20/2'nin (TBK m. 27/2) şartlarına bağlı olarak kısmi iptal imkanı söz konusu olabilecektir¹⁵⁹².

Aksi görüş ise¹⁵⁹³, bu hükmün saikte yanılmalara kıyasen uygulanmasının mümkün olacağını kabul etmektedir. Buna göre, söz konusu hüküm saikte yanılanın

¹⁵⁸⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 30; karş. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 850.

¹⁵⁹⁰ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 306; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 22; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 25 N. 2 (İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmalarına bakıldığında, bu hükmün esas itibariyle miktarda yanılmalar dikkate alınarak düşünüldüğü, ancak genelleştirilerek tüm açıklamada yanılmalar için formüle edildiği görülmektedir. Öte yandan, “sözleşmenin tarafı olan kişide yanılma” hallerinde ise, bu hükmün uygulanma imkanı bulunmamaktadır. **A.g.e.**, N. 2, 3); Koller, **AT**, § 14 N. 124; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 849.

¹⁵⁹¹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 24 vd.; aynı görüşte bkz. Schwenzer, **AT**, N. 39.19; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 849.

¹⁵⁹² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 25 N. 26; Schwenzer, **AT**, N. 39.19.

¹⁵⁹³ Koller, **AT**, § 14 N. 126; aynı görüşte bkz. von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 315; Huguenin, **AT**, N. 590; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 444; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 106.

niteliğine uygun olacak şekilde anlamlandırılırsa, burada karşı tarafın, yanılanın gerçek iradesine (ya da farazi iradesine) göre sözleşmeyi kabul ettiğini açıklaması değil, onun “gerçeğe uygun olmayan irade oluşumuna göre (yanlış tasavvuruna göre)” sözleşmeyi kabul ettiğini bildirmesi söz konusudur. Federal Mahkeme ise, bu konuda görüş bildirmemeyi tercih ederek sorunun çözümünü açık bırakmıştır¹⁵⁹⁴.

Bize göre, TBK m. 34/2’nin saikte yanılmalara kıyasen uygulanması yönündeki görüş kabul edilmelidir. Zira diğer tarafın bu hükümdeki karşı hakkı kullanarak, sözleşmeyi yanılanın gerçeğe uygun olmayan tasavvuruna göre ayakta tutabilmesi, sırf lafzi bir gerekçeyle engellenmemelidir. Ayrıca açıklamada yanılmalara ile saikte yanılmalara arasında yapılacak böyle bir ayrımın haklı gerekçesi de yoktur. Bu konuda şu örnek aydınlatıcı olacaktır: A, bir teknoloji mağazasına giderek orada çalışan B’ye, eski X model yazıcısı için kartuş almak istediğini söylemiştir. İşe yeni başlayan ve bu konularda pek tecrübesi olmayan B, söz konusu modele uygun olduğunu belirterek çok pahalı bir kartuş vermiştir. Daha sonra, kartuşun kendi yazıcı modeliyle uyummadığını anlayan A, mağazaya giderek yanlış kartuş aldığını ve bunu iade edip parasını geri almak istediğini bildirmiştir. Şu halde, A’nın esaslı nitelik yanılmasına düştüğü ve sözleşmeyi iptal ettiğinde kuşku yoktur. Burada, mağaza yetkilisinin, TBK m. 34/2’deki hakkı kullanarak derhal X model yazıcıya uygun kartuşu A’ya teslim etmesi halinde, iptal açıklaması hükümsüz hale gelecektir¹⁵⁹⁵. Hemen belirtelim ki, yanılmaya ilişkin TBK m. 34/2 hükmü dururken ve buradaki imkan kullanılmışken, kısmi iptal hükmüne gitmeye gerek yoktur¹⁵⁹⁶.

V. İptal Hakkının Sona Ermesi

A. Genel Bakış

Daha önce işaret edildiği gibi, esaslı yanılma sonucunda sözleşme yaptığını fark eden tarafın önünde iki alternatif bulunmaktadır; sözleşmeyi süresi içinde iptal ederek kesin hükümsüz hale getirmek veya sözleşmeyle bağlı kalmayı tercih ederek sözleşmeye icazet (*Genehmigung*, onama) vermek. İki seçenekte de sözleşmedeki askı durumu ortadan kalkmaktadır. İptal hakkının etkisi, sözleşmeyi kesin şekilde sona

¹⁵⁹⁴ BGE 96 II 101 (bger.ch).

¹⁵⁹⁵ Örneğin aslı için bkz. Huguenin, AT, N. 590.

¹⁵⁹⁶ Kısmi iptal konusunda bkz. yuk. 3. Bölüm, III, B.

erdirmekken; icazetin etkisi ters yönde olup, esaslı yanılmaya rağmen sonradan verilen bir rızayla sözleşmeyi kesin şekilde geçerli hale getirmektir. Bu iki hak arasındaki kontrast ilişki, birinin kullanılmasına bağlı olarak diğerinin ortadan kalkmasına neden olmaktadır.

İptal hakkının sona ermesi sonucunu doğuran icazetin, TBK m. 39 (OR m. 31) uyarınca iki şekilde gerçekleşmesi mümkündür: (i) Yanılanın yanıldığını öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde açık ya da örtülü bir icazet açıklamasında bulunması veya (ii) bu bir yıllık sürenin suskunlukla geçirilmesi sonucunda kanun gereğince sözleşmeye icazet verilmiş sayılması¹⁵⁹⁷. İlk olasılıkta iradi bir icazet söz konusuysa, ikinci olasılıkta kanuni bir icazet gündeme gelmektedir¹⁵⁹⁸.

Bu bağlamda, göz önünde tutulması gereken temel ilke, sözleşmenin onanması için, öncelikle her zaman yanılanın yanılmaya ilişkin kesin bir bilgisinin bulunması gerektiğidir. Bu şart, iradi icazet bakımından işin doğası gereği mevcut olmalıdır; zira ancak kesin olarak yanıldığını fark eden kimsenin icazet iradesinden bahsedilebilir. Bununla birlikte, aynı şart, yanılma sonucunda sözleşme yapan tarafın, yanılmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etmemesi halinde sözleşmeyi onamış sayılacağını zikreden hüküm (TBK m. 39/1, OR m. 31/1) çerçevesinde de aranır. Dolayısıyla hak düşürücü sürenin başlaması, yanılanın yanıldığını kesin olarak anlamasına ve yanıldığından emin olmasına bağlıdır. Burada herhangi bir şüphe ya da belirsizlik yeterli olmamaktadır¹⁵⁹⁹. Buna ek olarak belirtelim

¹⁵⁹⁷ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 329; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 116; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 17 vd.; Schwenger, **AT**, N. 39.20 vd.; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 901; Eren, **BG**, s. 433; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 123.

¹⁵⁹⁸ Kurşat, **a.g.e.**, s. 107. Nasıl ki icazet, iptal hakkını sona erdiriyorsa, daha önce kullanılmış iptal hakkı da, artık sözleşmeye icazet verme imkanını ortadan kaldırır (Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 126 dn. 288; Akyol, **BG**, s. 246).

¹⁵⁹⁹ Bucher, **AT**, s. 213, Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 125; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 17; Schwenger, **AT**, N. 39.21; Reiser, **a.g.e.**, N. 48; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 25, 29; BGE 108 II 102 (bger.ch); BGE 4C.326/2002 (servat.unibe.ch). Örneğin yanılanın, gerçekten ünlü bir ressamı ait olduğunu düşünerek satın aldığı tablonun sahte olup olmadığına ilişkin şüphesi, bu bağlamda kesin bir bilgi olarak kabul edilemez. Ne zaman ki bu tablonun uzman raporu çerçevesinde gerçek olmadığı saptanır, bu andan itibaren yanılanın öğrenilmesinden bahsedilir (Bucher, **AT**, s. 213 dn. 61). Diğer taraftan Yargıtay'ın, bir kararında hak düşürücü sürenin sözleşmenin kuruluşundan itibaren başlayacağı yönünde hüküm kurması hatalıdır ("Dava, sözleşmenin esaslı hata sebebiyle iptali istemine ilişkindir. Olayda BK.nun 24. maddesi delaletiyle 31. maddesi uyarınca bir yıllık sukutu hak müddeti geçmiştir. Sözleşmenin tarihi 1.9.1961 dir. Davacı sözleşmeyi yaptığı andan itibaren kiracılık konusundaki şartın varlığını bilmektedir. Aktin bir hile tahtında yaptığı konusundaki savunma ise, sözleşmenin mahiyetine göre gereksiz olduğu gibi ispat da edilmiş değildir. Sözleşmenin bünyesine göre esaslı hata dahi söz konusu olmamakla beraber, olsa bile sukutu hak müddetinin başlangıcı akit tarihidir." Bkz. Y. 4. HD., 1.6.1965, E.

ki, yanılanın birden fazla esaslı yanılmaya düşmesi ihtimalinde (örneğin yanılanın sözleşmenin kuruluşunda hem esaslı açıklamada yanılması hem de esaslı saikte yanılması söz konusudur), bu sürenin işlemeye başlaması her bir yanılma için ayrıca dikkate alınır¹⁶⁰⁰.

Yanılan sözleşmeye icazet vermesiyle birlikte, aynı zamanda iptal hakkından da feragat etmektedir. Hiç şüphesiz, sözleşmeyi onamanın pozitif anlam ihtiva ettiği; feragatin ise negatif bir anlamı bulunduğu söylenebilecek olsa da¹⁶⁰¹, hukuki sonuçları itibariyle bu kavramların birbirinin yerine kullanılması mümkündür. Yani, sözleşmeyle bağlı olduğunu bildiren ya da bir yıllık sürenin hareketsiz geçmesi sonucunda sözleşmeyi onamış sayılan yanılan, aynı zamanda iptal hakkından feragat etmektedir¹⁶⁰². Dolayısıyla, icazet ve feragat kavramlarını, deyiş yerindeyse bir madalyonun iki yüzü olarak telakki etmek mümkündür¹⁶⁰³.

Sözleşmeye icazet verilmesi halinde, yanılanın iptal hakkı sona ermekte, buna bağlı olarak da sözleşme artık bozulabilir geçerlilikten kesin geçerlilik haline geçmektedir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra, yanılanın kendisine karşı ileri sürülen ifa talebine karşı defî hakkı bulunmamaktadır. Öte yandan, sözleşmeye icazet verilmesi, pratik açıdan geçersizlik görüşünde daha önemli sonuçlar doğurmaktadır. Zira burada, başlangıçta hükümsüz olan ve böylelikle hak ve borç doğurmayan sözleşme, icazet ile birlikte geriye etkili olarak geçerli hale gelmektedir. Böylece, tarafların edimlerini ifa yükümü de bu andan itibaren söz konusu olmaktadır¹⁶⁰⁴.

1965/171, K. 1965/2923; aynı yönde bkz. Y. 1. HD., 16.4.2003, E. 2003/3828, K. 2003/4509, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶⁰⁰ Koller, **AT**, § 14 N. 119.

¹⁶⁰¹ Flume, **AT**, s. 568, 569.

¹⁶⁰² Nitekim doktrindeki hâkim görüş de, sözleşmeye icazet ile feragati birbirinin eşleniği olarak kullanmaktadır. Bkz. Bucher, **AT**, s. 213; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 116; Koller, **AT**, § 14 N. 287; 293; Brox / Walker, **AT**, N. 437; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 123; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, N. 762; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 427; Kılıçoğlu, **BG**, s. 266; Kurşat, **a.g.e.**, s. 105 dn. 512; Yıldırım, **Hile**, s. 250. Öte yandan, doktrindeki bir görüşe göre ise, icazet ile feragat farklı kavramlardır. Çünkü icazette, irade bozukluğundan etkilenen kimsenin iradesi asıl olarak feragat sonucuna değil, bilakis sözleşmenin irade bozukluğuna rağmen ayakta tutulması amacına yönelmektedir (bu görüşle ilgili olarak bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 427 dn. 103; icazet ve feragat kavramlarına ilişkin görüşler için ayrıca bkz. Buz, **İrade Sakatlığı**, s. 311 dn. 36).

¹⁶⁰³ Bu nedenle, iradi icazetin iradi feragat; kanuni icazetin kanuni feragat olarak nitelendirilmesinde herhangi bir sakınca yoktur (karş. Eren, **BG**, s. 433).

¹⁶⁰⁴ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 21. Yazar, icazetin sözleşmeye etkisini “sağalma” (*Konvaleszenz*) olarak ifade etmektedir. Bkz. **A.g.e.**

Doktrinde, icazet (onama) kavramının iptal teorisiyle uyuşmadığı yönünde bir görüşe rastlanmaktadır. Bu görüşe göre¹⁶⁰⁵, şayet iptal teorisi savunulduğu takdirde, sözleşme başlangıçta geçerli olduğundan yanılanın daha sonra icazet vermesinden söz açılmaz. Zira icazet, sadece geçersiz sözleşmeler açısından mümkündür. Bu görüşe katılma imkanı göremiyoruz. Bir kere, kanun koyucunun TBK m. 39/1'deki "onama" (icazet) kavramını herhangi bir teoriye işaret etmeden kullandığı görülmektedir. Dolayısıyla, gerek geçersizlik teorisinde gerekse iptal teorisinde, yanılanın irade bozukluğu bulunan sözleşme ilişkisine devam ettiği yönündeki açıklamasının icazet olarak adlandırılmasında herhangi bir sakınca yoktur¹⁶⁰⁶. Ayrıca, icazetin TBK m. 39 (OR m. 31) bağlamında farklı bir işlevi olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Özellikle maddenin kenar başlığındaki "irade bozukluğunun giderilmesi" (*Aufhebung des Mangels durch Genehmigung des Vertrages*) ibaresi, irade bozukluğu halinde sözleşmeye verilen icazetin, sözleşmenin geçerliliğine değil, irade bozukluğuna ilişkin olduğuna işaret etmektedir. Diğer bir deyişle, yanılanın, yanılmaya rağmen sözleşmeyle bağlı olmak istemesi sonucunda, yani icazet açıklamasıyla birlikte, irade bozukluğu giderilmekte ve bunun sonuçları ortadan kaldırılmaktadır. Bunun sonucunda da, sözleşme yine geçerli olmaya devam etmekte (iptal teorisi çerçevesinde), fakat artık iptal edilebilirlik tehdidi ve tehlikesinden kurtulmaktadır¹⁶⁰⁷. Yanılan böylece, başlangıçtaki hatasını, şu andaki sağlıklı iradesiyle onaylamakta ve sözleşmeyi buna rağmen kabul ettiğini bildirmektedir. Bu açıklamalar ışığında özetle, hangi teori benimsenirse benimsensin, sözleşmeyi kesin şekilde geçerli hale getiren açıklama, hem icazet hem de (iptal hakkından) feragat anlamına gelmektedir.

B. Sözleşmenin Yanılan Tarafından Onanması (İradi İcazet)

Yanılanın yanıldığını öğrenmesinden sonra bir yıl içinde sözleşmeyi onaması, açık bir irade açıklamasıyla ya da örtülü bir irade açıklamasıyla gerçekleşir¹⁶⁰⁸. İlk

¹⁶⁰⁵ Eren, **BG**, s. 432; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 905; benzer şekilde bkz. Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 9.

¹⁶⁰⁶ Doktrinde, hem iptal görüşü hem de geçersizlik görüşü açısından "icazet" (*Genehmigung*) kavramını kullanan yazarlara örnek olarak bkz. Bucher, **AT**, s. 212; Schwenger, **AT**, N. 39.20; Huguenin, **AT**, N. 564.

¹⁶⁰⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 115, 117.

¹⁶⁰⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 331; Flume, **AT**, s. 569; Bucher, **AT**, s. 213, 214; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 116 vd.; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 171; Huguenin, **AT**, N. 581; Reiser, **a.g.e.**, N. 48. Birçok hukuk sisteminde, yanılanın sözleşmeye icazet vermesine (ve böylelikle iptal hakkının ortadan kalkmasına) ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin Alman hukukunda § 144/1; İtalyan Medeni Kanunu (CCit) m. 1444 (Kramer, **Irrtum**, N. 99).

seçenekte, yanılanın karşı tarafa yönelttiği açıklamasından, sözleşme ile bağlı kalmak istediği, yani yanılmaya rağmen sözleşme ilişkisine devam etmeyi tercih ettiği (ya da iptal hakkından feragat ettiği) açık şekilde anlaşılmaktadır. Örtülü icazette ise, bu sonuç, yanılanın icazet iradesini gösteren davranışlarından ve bunlara eşlik eden bazı verilerin yorumlanmasından hareketle (güven ilkesi çerçevesinde) dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, yanılanın, yanıldığını bilmesine rağmen kendi edimini (çekincesiz) ifa etmesi ya da karşı edimi (çekincesiz) kabul etmesi; duruma göre, kendisine karşı açılan davada, bu durumu bilmesine karşın susması; yine somut hal ve şartlara göre, yanılmayı öğrenmesinden sonra sözleşme konusu şeyi kullanmaya devam etmesi, tüketmesi, devretmesi gibi haller örnek olarak gösterilebilir¹⁶⁰⁹.

Ancak önemle belirtelim ki, yanılanın davranışının örtülü icazet açıklaması anlamına gelip gelmeyeceğinin belirlenmesinde her zaman kolayca sonuca varılmamalı ve titiz bir inceleme yapılmalıdır. Zira yanılanın belirli bir davranışının ona icazet olarak isnad edilebilmesi için, onda yanılmaya rağmen sözleşmeyi kabul etme bilincinin; diğer bir deyişle icazet iradesinin (*Genehmigungswille*) söz konusu olması gerekir. Hiç şüphesiz, bu iradenin bulunup bulunmadığı, karşı tarafın, yanılanın davranışını bu şekilde anlamlandırmakta haklı olup olmadığına; başka bir deyişle, güven ilkesine göre yapılacak yoruma bağlıdır. Dolayısıyla, söz gelimi yanılanın sözleşme konusu arabayı, yanılmayı öğrenmesinden sonra da kullanmaya devam etmiş olmasının, durumun özelliklerine göre icazet olarak nitelendirilmemesi de pekâlâ mümkündür¹⁶¹⁰. Özellikle, yanılanın yanılma konusu şeyi karşı tarafa iade etmek istemesine rağmen ret cevabı aldığı veya o şeyi kullanmaya muhtaç olduğu ve o an için ikame olarak temin edebileceği başka bir şeyin bulunmadığı gibi ihtimallerde, durum bu şekildedir¹⁶¹¹. Yine, daha önce ifade ettiğimiz gibi, ayıplı ifa ile yanılma hükümlerinin yarıştığı olasılıklarda, ilk önce satıcının ayıp sorumluluğuna dayanan alıcının, sırf bu hareketiyle sözleşmeyi onamış olduğu kabul edilmemelidir. Burada, alıcının ayrıca icazet iradesinin var olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁶¹².

¹⁶⁰⁹ Bucher, **AT**, s. 214; Flume, **AT**, s. 569; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 120; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 17; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 25; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 596.

¹⁶¹⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 121; Flume, **AT**, s. 569; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 1; Koller, **AT**, § 14 N. 293; Schwenger, **AT**, N. 39.21; BGE 4C.326/2002 (servat.unibe.ch).

¹⁶¹¹ Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 17; Schwenger, **AT**, N. 39.21.

¹⁶¹² Bu konuda bkz. yuk. 2. Bölüm, III, B, 1, d, (3), (b).

Yanılanın icazet açıklaması, karşı tarafın rızasına ya da katılmasına ihtiyaç göstermeksizin hukuki ilişki üzerinde yeni bir hukuki durum yarattığından, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması anlamına gelmektedir¹⁶¹³. Açık icazet açıklaması, karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmakla sonuçlarını doğururken; örtülü irade açıklamasının karşı tarafa ulaşmasına gerek bulunmamaktadır; zira bu iradenin tüketme, devretme, kullanma vb. irade faaliyetleriyle açığa vurulması da mümkündür¹⁶¹⁴. Yanılma konusu sözleşme şekle bağlı olsa dahi, icazet açıklamasının belirli bir şekilde yapılma mecburiyeti yoktur¹⁶¹⁵. Ayrıca, bu açıklama kural olarak geri alınamayacağı gibi, şarta da bağlanamaz. Öte yandan, herhangi bir irade bozukluğu sebebiyle bizzat icazet açıklamasının iptal edilebilmesi de mümkündür. Bu takdirde, şayet sözleşmedeki yanılmanın öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre geçmemişse, işlem tekrar iptal edilebilir¹⁶¹⁶. Bununla birlikte, yanılanın sözleşmeyi açık ya da örtülü olarak onadığının ispat yükü karşı tarafa aittir¹⁶¹⁷.

Son olarak aydınlatılması gerekli bir diğer konu da, yanılanın sözleşmenin kuruluşu sırasında iptal hakkından feragat edip edemeyeceğidir. Bunun cevabı, yanılma hükümlerinin emredici nitelikte olup olmadığıyla doğrudan bağlantılıdır. Doktrindeki birinci görüş¹⁶¹⁸, esas itibarıyla yanılanın irade özgürlüğünü korumayı amaçlayan TBK m. 30 vd.'ndaki yanılma hükümlerinin emredici nitelikte olduğundan hareketle, bu tür feragat açıklamasının geçersiz olacağını savunmaktadır. Zira henüz

¹⁶¹³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 330 dn. 10; Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 203 dn. 2 (yazar, hâkim görüşün bu yönde olduğunu belirtmekle birlikte, aksi görüşü savunmaktadır).

¹⁶¹⁴ Flume, **AT**, s. 569; Brox / Walker, **AT**, N. 437; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 331; Becker, **BerKomm**, Art. 31 N. 10; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 370.

¹⁶¹⁵ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 331; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 117; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 19; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 596. Hatta bu husus, § 144/2 BGB'de açıkça düzenlenmiştir; “*Die Bestätigung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form*”.

¹⁶¹⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 118; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 124. Sözleşmeye icazet verildikten sonra, tarafların anlaşarak bu icazetin sonuçlarını ortadan kaldırabilmesi mümkündür. Bu ihtimalde bir ikâle sözleşmesinin varlığından söz açılacaktır (Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 124 dn. 289).

¹⁶¹⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 127; Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 22; Schwenger, **BasKomm**, Art. 31 N. 24.

¹⁶¹⁸ Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 27 ve orada dn. 1 (yazarlar, bu sonucun OR m. 100'ün –TBK m. 115'in- kıyasen uygulanmasıyla ortaya çıktığı düşüncesindedirler); Yıldırım, **Hile**, s. 254 dn. 1086; Kurşat, **a.g.e.**, s. 106 dn. 517; bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 123'de anılanlar. Öte yandan, korkutma ve aldatma hallerinde ise, bunlara ilişkin hükümlerin emredici olduğu kabul edilmekle birlikte, ayrıca aldatılan ya da korkutulanın daha önceden iptal hakkından vazgeçmesinin, bir taraftan hem TBK m. 27 çerçevesinde hukuka ve ahlaka aykırı olacağı hem de TMK m. 23/2 bağlamında kişilik hakkına aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle, diğer taraftan da TBK m. 115'in kıyasen uygulanması sonucunda geçersiz olacağı kabul edilmektedir (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 329 dn. 4; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 122; Yıldırım, **Hile**, s. 253 vd.)

yanıldığını öğrenmemiş olan yanılanın muhtemel iradesinden vazgeçmesi, kanunun amacıyla bağdaşmaz. Ancak bizce de isabetli olan ikinci görüşe göre, yanılma hükümleri niteliği itibariyle yedek hukuk kuralları olduğundan, yanılanın daha önceden iptal hakkından feragat edebilmesi (ya da sözleşmede yanılma hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin düzenleme yapılması) mümkündür¹⁶¹⁹. Gerçekten de, diğer irade bozukluğu hallerinin aksine, yanılmada, iradenin oluşumu ya da açıklanması sürecinde hukuka aykırı bir müdahalenin bulunmadığı ve taraflar arasında, diğer irade bozukluğu hallerinden daha farklı bir menfaat durumunun söz konusu olduğu dikkate alındığında, böyle bir imkanın doğal karşılanması gerekir. Hatta bu konu, PECL m. 4:118 ve DCFR II.7-215’de açıkça düzenlenmiş olup; aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmaya ilişkin hükümlere aykırı sözleşme yapılamayacağı veya bu hükümlerin tamamen sözleşme dışı bırakılamayacağı belirtilmiştir. Buna karşın, dürüstlük kuralına uygun olmak kaydıyla, yanılma hükümleriyle ilgili iptal hakkından feragat anlaşması yapılabileceği öngörülmüştür¹⁶²⁰.

C. İptal Hakkının Bir Yıllık Kanuni Sürede Kullanılmaması (Kanuni İcazet)

TBK m. 39/1’de (OR m. 31/1), yanılanın yanıldığını öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etmemesi halinde, sözleşmenin onanmış sayılacağı öngörülmüştür. Buna göre, yanılanın sözleşmeyi iptal ederek geriye etkili şekilde kesin hükümsüz hale getirebilmesi için önünde bir yıllık süre bulunmaktadır. Bu süre içinde bu hakkını kullanmadığı takdirde, kanun gereğince sözleşmeye icazet verilmiş sayılacak ve böylelikle; iptal görüşü açısından sözleşme kesin şekilde geçerli hale gelecek; düzelebilir hükümsüzlük görüşü açısından ise bu etki, geriye yönelik ortaya çıkacaktır.

¹⁶¹⁹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 329 dn. 4; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 123; Schwenger, **BasKomm**, Art. 24 N. 33; Koller, **AT**, § 14 N. 27; Kolly, **a.g.e.**, N. 33; Kramer, **Irrtum**, N. 120 vd; Huguenin, **AT**, N. 579.

¹⁶²⁰ Aynı sonuç, Alman hukukunda da kabul edilmektedir (Brox / Walker, **AT**, N. 459a; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 159). Ancak Wolf / Neuner’e göre, bu yöndeki anlaşmanın geçerli olabilmesi için, karşı tarafın yanılmayı bilmemesi ve yanılmaya bizzat kendisinin yol açmamış olması gerekir (Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 159). Kanaatimizce, yazarların işaret ettiği bu ihtimallerde, İsviçre-Türk hukuku açısından da aynı sonuç kabul edilecektir. Zira bir tarafın diğer tarafın yanılmaya düşmesine sebebiyet verdiği (kasten ya da ihmal ile) ya da yanılmayı bildiği durumlarda, onun daha sonra iptal hakkından feragat edildiğine ilişkin savunması hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Kasten yanılma (aldatma) ihtimalinde ise, ayrıca TBK m. 27, TBK m. 115 ve TMK m. 23/2 hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan, tarafların, adi (esashi olmayan) yanılmalarda dahi sözleşmenin iptal edilebileceğine ilişkin anlaşmaları mümkündür (Koller, **AT**, § 14 N. 27).

Hükümde öngörülen “onanmış sayılır” ibaresi, burada kanuni anlamda kesin karinenin söz konusu olduğunu göstermektedir¹⁶²¹. Dolayısıyla, yanılanın bir yıllık süre içinde icazet iradesiyle suskun kalıp kalmadığının herhangi bir önemi yoktur. Bu sürenin hareketsiz geçmesiyle, sözleşme irade bozukluğundan (yanılmadan) arınmış olarak hükümlerini doğurmaya devam eder¹⁶²² ve aynı zamanda yanılanın iptal hakkından kanun gereğince feragat ettiği sonucuna varılır. Bir yıllık sürenin başlaması için, yukarıda da işaret edildiği üzere, yanılanın yanıldığına ilişkin şüpheden uzak bir bilgisinin bulunması gerekir.

Kanunda bu sürenin niteliği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, doktrinde ve içtihatla bu sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde görüş birliği söz konusudur¹⁶²³. Nitekim iptal hakkının yenilik doğuran hak olma niteliği dikkate alınırsa, bu yönde fikir birliği bulunması doğaldır.

¹⁶²¹ Bucher, **AT**, s. 213; Eren, **BG**, s. 433. Burada kanuni bir icazet varsayımının (*Fiktion*) bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Koller, **AT**, § 14 N. 294; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 124; Yıldırım, **Hile**, s. 260. Bu noktada, *Buz*’un işaret ettiği şu hususa katılmamak elde değildir: TBK m. 39’da kanun koyucu, hak düşürücü süre ile icazet kavramlarını gereksiz yere birbirine bağlamıştır. Burada kanun koyucunun, yanılanın herhangi bir icazet iradesi olmamasına rağmen, hak düşürücü sürenin geçmesini (kanuni bir karineyle) icazet olarak kabul etmesine gerek olmadığı gibi, bu çözüm hukuk tekniği açısından da pek doğru değildir. Zira hak düşürücü sürenin geçmesi sadece iptal hakkının ortadan kalkması (düşmesi) anlamına gelir; buna ayrıca feragat anlamı katmanın hiç gereği yoktur (bu konuda ve ayrıca söz konusu karışıklığın tarihi sebepleri hakkında bkz. *Buz, İrade Sakatlığı*, s. 310, 311). Gerçekten, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında yazarın haklı olduğu bir kez daha görülecektir. Söz gelimi Alman hukukunda bu ayrım kanunda açık şekilde yer almaktadır: § 124 BGB’de, sadece iptal hakkına ilişkin hak düşürücü süre belirtilerek herhangi bir icazet karinesinden bahsedilmemekte; icazet konusu, farklı bir maddede (§ 144 BGB) ve hak düşürücü süreden bağımsız şekilde düzenlenmektedir. Nitekim aynı anlayış, hukuk uyumlaştırması metinlerinde de karşımıza çıkmaktadır (örneğin PECL m. 4:113’de iptal açıklamasının tabi olduğu süre belirtilmekte; m. 4:114’de ise sözleşmenin açık ya da örtülü şekilde onanabileceğine işaret edilmektedir. Aynı şekilde bkz. PICC m. 3.2.9 ve m. 3.2.10; DCFR II. – 7:210 ve II.-7:211)

¹⁶²² Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 21.

¹⁶²³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 333; Bucher, **AT**, s. 213; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 214; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 22; Hermann Becker, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, 2. Auflage, Bern: Stämpfli, 1945, Art. 31 N. 5; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 11; Koller, **AT**, § 14 N. 295; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 906; Huguenin, **AT**, N. 580; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 25; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 280; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 373; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 454; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 124; Erdem, **a.g.e.**, s. 25; Kurşat, **a.g.e.**, s. 115; BGE 114 II 131; BGE 101 II 266 (bger.ch); BGer 4C_37/2007 (servat.unibe.ch); Y. 1. HD., 15.12.1999, E. 1999/13524, K. 1999/13377 (YKD. 2000, S. 6, s. 857 vd.); Y. 1. HD., 17.3.1989, E. 1989/333, K. 1989/3063 (YKD. 1990, S. 1, s. 18 vd.); Y. 1. HD., 10.5.1999, E. 1999/4820, K. 1999/8826 (Yavuz, **TBK Şerh**, m. 30 s. 354). Y. 1. HD., 22.5.2002, E. 2002/5716, K. 2002/6504; Y. 1. HD., 7.4.2005, E. 2005/4011, K. 2005/4253 (Günay, **a.g.e.**, m. 30 s. 201); YHGK., 5.4.2006, E. 2006/1-83, K. 2006/143; Y. 14. HD., 1.11.2010, E. 2010/10652, K. 2010/11766; Y. 11. HD., 30.10.2008, E. 2007/6378, K. 2008/12018; Y. 1. HD., 7.4.2005, E. 2005/4011, K. 2005/4253; Y. 1. HD., 28.3.2001, E. 2001/3500, K. 2001/3680; Y. 1. HD., 28.2.2013, E. 2010/16523, K. 2013/ 2936; Y. 1. HD.,

Kanun koyucunun, belirli bir süre içinde iptal hakkı kullanılmadığı takdirde bu hakkın düşeceği yönündeki düzenlemesi, iki tarafın menfaatlerini bir ölçüde uzlaştırma amacı gütmektedir. Buna göre, nasıl ki yanılanın tek taraflı bir açıklamayla yeni bir hukuki durum yaratabilme (sözleşmeyi sona erdirebilme) yetkisi varsa; karşı tarafın da, sözleşmedeki askı durumunun yanılanın iradesine bakılmaksızın belirli bir süre içinde sona ermesinde ve böylece hukuki sonuçların kesinlik kazanmasında menfaati bulunmaktadır¹⁶²⁴. Yine bununla paralel olarak, bu sürenin yanılan tarafından suskunlukla geçmesi, karşı tarafa, artık sözleşmenin yanılma nedeniyle iptal edilmeyeceği yönünde haklı bir beklenti vermektedir¹⁶²⁵. Öte yandan, kanun koyucu, yanılanı, yanılmayı öğrendiği anda hemen iptal hakkını kullanıp kullanmama konusunda zorlamayıp, ona gereksiz bir zaman baskısı olmadan bir yıllık süre içinde serbestçe karar verme imkanı sağladığı için, ayrıca yanılanın menfaatini de gözetmektedir¹⁶²⁶.

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, TBK m. 153 ve 154'deki (OR m. 134 ve 135) zamanaşımının kesilmesi ve durmasına ilişkin hükümlerin burada uygulama alanı bulmayacak olmasıdır. Ancak sürenin hesaplanmasına ilişkin TBK m. 151 (OR m. 132) ve davanın reddinde ek süre verilmesine ilişkin TBK m. 158'in (OR m. 139) kıyasen uygulanması mümkündür¹⁶²⁷.

17.9.2009, E. 2009/8034, K. 2009/9259; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470; Y. 1. HD., 2.7.2015, E. 2014/8891, K. 2015/9631; Y. 1. HD., 18.9.2013, E. 2013/9292, K. 2013/12899; Y. 1. HD., 2.5.2013, E. 2012/16106, K. 2013/6695; Y. 1. HD., 1.11.2012, E. 2012/6919, K. 2012/12108; Y. 1. HD., 4.5.2004, E. 2004/2296, K. 2004/5200; Y. 1. HD., 9.3.2004, E. 2003/13830, K. 2004/2556; Y. 1. HD., 23.9.2003, E. 2003/7215, K. 2003/9410 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶²⁴ Buz, **Yenilik Doğuran Hak**, s. 255.

¹⁶²⁵ Wiegand, **Picasso**, s. 108.

¹⁶²⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 126.

¹⁶²⁷ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 333 dn. 27; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 11; Koller, **AT**, § 14 N. 295, 296; Erdem, **a.g.e.**, s. 28. 2004 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, hak düşürücü sürenin kesilmesinin ve durmasının mümkün olmadığı açıkça belirtilmiştir: "*Hak düşürücü süre, doğrudan doğruya hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gereken, davada "itiraz" olarak başvurulması zorunlu olan ve zamanaşımı gibi "kesme" ve "durma" hükümlerine bağlı olmayan, uyulmama halinde "hakkın" kaybına yol açan yani hakkın özünü ortadan kaldıran süredir*" (YİBK., 2.4.2004, E.2003/1, K. 2004/1, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Öte yandan, sürenin başlangıcından sonra, bu sürenin tarafların anlaşmasına göre kısaltılması ya da uzatılması mümkündür (von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 334; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 23). Yargıtay'ın hak düşürücü sürenin işlemeye başlamasından önce ya da sonra şeklinde bir ayrıma yer vermeksizin, taraflara bu yönde sözleşme yapma imkanı tanımadığı kararı için bkz. Y. 4. HD., 19.12.1964, E. 1963/11089, K. 1964/2980 ("*BK.nun 127.maddesinde mevcut "bu üçüncü bapta tayin olunan zamanaşımı süreleri, sözleşme ile değiştirilemez" yolundaki emredici hüküm, hak düşürücü sürelere de uygulanır*". Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). TBK m 158'in

Bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle birlikte, sözleşmenin askı durumu netliğe kavuşacağından ve sözleşme yanılanın iradesinden bağımsız şekilde kesin olarak geçerli hale geleceğinden, hâkimin artık bu durumu dava dosyasından anladığı kadarıyla ve görevi gereği (*ex officio*) dikkate alması gerekecektir¹⁶²⁸. Doktrindeki bir görüşe göre, bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunun; diğer bir ifadeyle, yanılanın sözleşmeye icazet vermiş sayılacağına ispat yükü karşı tarafa aittir. Buna göre karşı taraf, yanılmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık sürenin geçmiş olduğunu ispat edecektir¹⁶²⁹. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹⁶³⁰. Diğer görüşe göre, iptal hakkının kanuni süresi içinde kullanıldığını, irade bozukluğuna dayanan tarafın ispat etmesi gerekir¹⁶³¹.

Aydınlatılması gereken çok önemli bir konu da şudur: Acaba yanılana iptal hakkını kullanması için tanınan sürenin kanunda bir yıl olarak öngörülmüş olması, menfaatler durumu açısından ne derece elverişlidir? Bu sürenin, özellikle yanılma hallerinde gereğinden fazla olduğu söylenebilir mi? Öncelikle belirtelim ki, yanılana tanınmış bir yıllık sürenin, tarafların çatışan menfaatleri, işlem güvenliğinin korunması ve askı durumunun uzun süre belirsiz kalmaması ihtiyacı göz önüne alındığında, gereğinden fazla uzun olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz¹⁶³². Dolayısıyla, bu

(OR m. 139) hak düşürücü süreye kıyasen uygulandığı dava için bkz. BGE 61 II 148 (servat.unibe.ch).

¹⁶²⁸ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 11; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 124; Erdem, **a.g.e.**, s. 27; Umar, **a.g.m.**, s. 232. Y. 1. HD., 18.3.2013, E. 2013/2374, K. 2013/3681: “*Hak düşürücü sürenin geçmiş olması halinde mahkemece işin esasının incelenemeyeceği ve salt bu nedenle davanın reddine karar verileceği kuşkusuz olup, sürenin mahkeme tarafından resen dikkate alınıp incelenmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır*”. Aynı yönde bkz. Y. 4. HD., 16.4.2002, E. 2002/856, K. 2002/5348; Y. 4. HD., 9.10.1958, E. 1957/7232, K. 1958/6208 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶²⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 127; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 22.

¹⁶³⁰ “*Hemen belirtmelidir ki, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 39. maddesindeki 1 yıllık sürenin öğrenme tarihinden itibaren başlayacağı, öğrenme tarihinin işlem tarihi olabileceği gibi, somut olayın özelliğine göre işlem tarihinden ileri bir tarihin de olabileceği, bir başka ifadeyle işlem tarihinde fark edilemeyen bir hilenin çeşitli sebeplerle sonraki bir tarihte öğrenilebileceği açıktır. Bu durumda, hak düşürücü sürenin hesabında davacının öğrenme tarihi olarak ileri sürdüğü tarihin esas alınması gerekir. Davalı tarafın bu tarihten daha önceki bir tarihte davacının hileyi öğrendiğini iddia etmesi durumunda bu iddiasını ispat zorunluluğunda olduğu da açıktır*”. Bkz. Y. 1. HD., 2.10.2014, E. 2014/605, K. 2014/15404; aynı yönde bkz. Y. 13. HD., 20.1.2016, E. 2015/915, K. 2016/1041 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); YHGK., 20.4.1983, E. 1983/1-1846, K. 1983/39 (“*Bilindiği gibi, anılan Yasa hükmünde öngörülen bir yıllık süre, hileye maruz kalan kimsenin, bunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar ve mağdurun öğrenme tarihi olarak ileri sürdüğü tarih esas olarak alınır. Ancak, diğer taraf, öğrenmenin (ittilain) bu tarihte değil de daha önce olduğunu iddia ederse, o takdirde, bu iddiasını ispat zorunluluğundadır*”). Bkz. Özkaya, **a.g.e.**, s. 448, 449).

¹⁶³¹ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 16.

¹⁶³² von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 333; Bucher, **AT**, s. 213; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 128; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 442.

sürenin *de lege ferenda* daha kısa belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu noktada, aynı hukuki gerekçelere dayanan Alman hukukundaki düzenlemeyi incelemek yararlı olacaktır. § 121/1 BGB (iptal süresi) uyarınca, iptal hakkının, iptal sebebinin öğrenilmesinden itibaren “kusurlu bir gecikme olmaksızın” (*ohne schuldhaftes Zögern, unverzüglich*) kullanılması gerekir¹⁶³³. Benzer bir süreye hukuk uyumlaştırması metinlerinde de rastlanmaktadır. Bu bağlamda, PECL m. 4:113/1’de iptal açıklamasının, iptal hakkı sahibinin ilgili olguları (yanılmayı, aldatmayı) bildiği ya da bilmesi gerektiği veya serbest davranabilme imkanı kazandığı (korkutmanın etkisinin geçtiği) andan itibaren ve durumun şartları da göz önünde bulundurularak, “makul bir süre içinde” (*within a reasonable time*) yapılması öngörülmektedir¹⁶³⁴.

Bu açıklamalara rağmen, kanun koyucunun açıkça bir yıllık süre öngörmüş olması dikkate alındığında, bu şekilde çözümler üretmenin *de lege lata* sonuçsuz kalacağını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla yürürlükteki hukuk açısından net konuşursak, yanılanın, sözleşmenin hukuki durumuna ilişkin karar verebileceği bir yılı bulunmaktadır. Ancak her şeye rağmen, İsviçre-Türk hukukunda da bu sertliğin yumuşatılması için çeşitli görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir.

Bunlardan ilki, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, TBK m. 34/1’in belirli hallerde devreye girerek, henüz bir yıllık hak düşürücü süre geçmemiş olsa dahi, yanılanın iptal hakkını sınırlandırabilecek olmasıdır. Söz gelimi, yanıldığını öğrendikten sonra haksız yere iptal hakkını kullanmayı geciktiren, spekülasyon yaparak durumu lehine çevirmeye çalışan ya da karşı tarafı gereksiz yere oyalayan yanılanın, bu süreyi kötüye kullandığı; diğer bir deyişle, yanıldığını dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürdüğü söylenebilecektir¹⁶³⁵. Hiç şüphesiz, hâkimin somut

¹⁶³³ Bu süre, İsviçre-Türk hukukundaki gibi, yanılanın yanıldığını ilişkin kesin bilgi sahibi olmasından itibaren başlar. Yine dikkat edilmesi gereken bir başka nokta, “gecikme olmaksızın” ibaresinin “hemen” olarak anlaşılmaması gerektiğidir. Zira bu süre somut durumun özelliklerine göre değişiklik gösterebilir. Sürenin belirlenmesinde, yanılanın makul çerçevede ihtiyacı olduğu belirli bir düşünme süresi veya hukuki açıdan bilgi edinme süresi gibi etkenler rol oynamaktadır (Medicus / Petersen, *a.g.e.*, N. 774; Staudinger / Singer, *a.g.e.*, § 121 N. 9; Wolf / Neuner, *a.g.e.*, § 41 N. 25, 26; Brox / Walker, *AT*, N. 435; Schwab / Löhnig, *a.g.e.*, N. 595). Diğer taraftan, § 124/1 ve 2 BGB’de, aldatma ve korkutma hallerinde sözleşmeyi iptal hakkının, aldatmanın öğrenilmesinden veya korkutmanın etkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde kullanılabileceği öngörülmektedir.

¹⁶³⁴ PICC m. 3.2.12/1 ve DCFR II. – 7:210’da da hemen hemen aynı hüküm vazedilmiştir. Öte yandan, İsviçre-Türk hukukundaki süreden daha uzun süre öngören hukuk sistemleri de mevcuttur (Örneğin İtalyan Medeni Kanunu m. 1442’de, öğrenmeden itibaren beş yıllık bir süre öngörülmüştür. Kramer, *Irrtum*, N. 116).

¹⁶³⁵ Bkz. yuk. 3. Bölüm, IV, A.

olaydaki şartlara göre olumlu ya da olumsuz bir sonuca varabilme ihtimali her zaman akılda tutulmalıdır.

Yine önemle belirtelim ki, bu sürenin dürüstlük kuralıyla sınırlanmadığı hallerde de, karşı taraf aslında o kadar da korumasız değildir. Burada TBK m. 35 her zaman arka planda hazırdır. Zira kusuruyla yanılmaya düşen kimse, iptal hakkını ne kadar geç kullanırsa, karşı tarafın bu ölçüde artabilecek zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır¹⁶³⁶.

Bu bağlamda düşünülebilecek başka bir sınırlama ise, yukarıda ele aldığımız, Federal Mahkeme'nin, sebepsiz zenginleşmedeki on yıllık zamanaşımı süresinin edimin ifasından itibaren başlayacağı yönündeki görüşüdür. Mahkeme'ye göre bu süre, gerek iptal teorisi gerek geçersizlik teorisi savunulsun, her zaman bu andan itibaren başlayacaktır. Kuşkusuz, burada iptal hakkının doğrudan sınırlanması söz konusu olmayıp, edimin ifasından itibaren on yıldan fazla bir süre geçtiği takdirde, iptal hakkının kullanılmasını gereksiz kılacak dolaylı bir sınırlamadan bahsedilebilir¹⁶³⁷. Ancak savunduğumuz iptal teorisi açısından Mahkeme'nin bu görüşüne katılmadığımızdan, bize göre böyle bir sınırlamanın uygulanma imkanı yoktur.

Bir yıllık hak düşürücü süre konusunda doktrinde tartışmalı olan bir diğer husus, karşı tarafın yanılmayı öğrenmesi halinde, yanılana süre vererek onu iptal konusunda karar vermeye zorlayıp zorlayamayacağıdır. Bir görüşe göre¹⁶³⁸, karşı tarafın kusurunun söz konusu olmadığı hallerde (yanılma veya üçüncü kişinin korkutması durumlarında), böyle bir imkanın tanınması gerekir. Zira menfaat durumları dikkate alındığında, karşı tarafın, askı durumunun belirsizliğini ortadan kaldırmak için yanılana makul bir süre vererek, sözleşmenin bu sürede onanmasını ya da iptal edilmesini sağlayabilmesi amaca uygundur. Buna karşın, bizce de haklı olan hâkim görüş ise¹⁶³⁹, karşı tarafın bu şekilde bir hareket tarzıyla kanuni süreyi pratik olarak

¹⁶³⁶ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 126; Bucher, **AT**, s. 217; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 79.

¹⁶³⁷ Bu konuda bkz. yuk.3. Bölüm, III, D, 1, b.

¹⁶³⁸ Becker, **BerKomm**, Art. 31 N. 7; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 455 (yazarlar, sadece yanılma ihtimallerinde böyle bir çözümü desteklemektedirler). *Huguenin* ise bu görüşü daha ileri götürmektedir. Yazara göre, güven ilkesi gereğince, kusursuz olan karşı tarafın da sözleşmeyi iptal etme imkanına sahip olması gerekir (*Huguenin*, **Vertragsmängel**, s. 23 dn. 11).

¹⁶³⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 126; Oser / Schöenberger, **ZürKomm**, Art. 31 N. 19; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 282; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 442; Eren, **BG**, s. 430; Kurşat, **a.g.e.**, s. 118, 119.

kısaltma imkanının bulunmadığına işaret etmektedir. Kanun koyucunun askı durumuna ilişkin tavrı açıktır; yanılanın sözleşmeyi iptal etme ya da onama konusunda bir yıllık düşünme süresi bulunmaktadır. Karşı tarafın uygun bir süre vererek yanılanı bu konuda karar vermeye zorlayabilmesi kanunun amacıyla bağdaşmaz. Ancak, muhatabın böyle bir bildirim karşısında yanılanın iptal hakkını kullanmama yönündeki davranışı, haklı bir gerekçeye dayanmıyorsa (söz gelimi spekülasyon amacına yönelikse), bu ihtimallerde yanılanın iptal hakkının TBK m. 34/1'deki dürüstlük kuralı (hakkın kötüye kullanılması) çerçevesinde engellenebileceği hatırd tutulmalıdır¹⁶⁴⁰.

D. İptal Hakkına İlişkin Üst Süre Sorunu

Acaba yanılanın, yanıldığını uzun yıllar sonra öğrendiği takdirde, sözleşmeyi iptal edebilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmakta mıdır? Başka bir ifadeyle, yanılanın esaslı yanılma nedeniyle sözleşmeyi sona erdirebilme menfaati ile alışveriş hayatının istikrarı ve karşı tarafın güveni karşılaştırıldığında, yanılanın iptal hakkının bir üst süre ile sınırlanması düşünülebilir mi? Bu soru, yanılanın yanıldığını öğrenmesinden itibaren devreye giren bir yıllık nispi hak düşürücü süre dışında, sözleşmenin kurulmasından itibaren işlemeye başlayan mutlak bir üst sürenin mevcut olup olmadığı tartışmasına işaret etmektedir. TBK m. 39'de (OR m. 31), kanun koyucunun üst süreye ilişkin herhangi bir düzenleme yapmadığı dikkate alındığında, buradaki suskunluğun iki anlamı olabilir; ya nitelikli (bilinçli) susma (diğer bir ifadeyle menfi çözüm) ya da kanun boşluğu söz konusudur¹⁶⁴¹.

¹⁶⁴⁰ Karşı tarafın yanılmayı yanılardan daha önce öğrenmesine karşın, bu durumu yanılana bildirmemesi, duruma göre sözleşmenin iptalinden dolayı talep edeceği tazminatın indirime uğraması sonucunu da doğurabilecektir. Çünkü yanılmayı öğrenmesine rağmen bekleyen ve bunun sonucunda kendi zararının artmasına ya da doğmasına katkıda bulunan karşı tarafın, zararı azaltma külfetini yerine getirmediği sonucuna varılacaktır (Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 1).

¹⁶⁴¹ Acemoğlu, **Üst Süre**, s. 919. Nitelikli susma ile kanun boşluğunun en önemli farklı, ilkinde hâkimin hukuk yaratma imkanının mevcut olmamasıdır; zira burada bir boşluk değil, hukuki meselenin menfi olarak çözümü söz konusudur (bu konuda ayrıca bkz. Dural / Sarı, **a.g.e.**, N. 849 vd.).

Alman hukukunda iptal hakkı, § 121/2 (yanılma için) ve § 124/3 (aldatma ve korkutma için) uyarınca, irade açıklamasının yapılmasından (sözleşmenin kurulmasından) itibaren on yıllık mutlak bir süreyle (hak düşürücü süreyle) sınırlandırılmaktadır ("*Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind*"). Bu konuda ayrıca bkz. Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 774; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 29; Brox / Walker, **AT**, N. 436; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 595. Öte yandan, Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 1487'de bu süre, sözleşmenin kurulmasından itibaren üç yıl olarak belirlenmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre¹⁶⁴², bu konuda kanun boşluğu bulunmaktadır ve yanılanın uzun yıllar sonra sözleşmenin geçerliliğini tartışma konusu yapmasının önüne geçilmesi gerekir. Burada hâkim, TMK m. 1/2'den hareketle hukuk yaratma yetkisi (*modo legislatoris*) çerçevesinde mutlak bir süre tayin ederek boşluğu dolduracaktır. Zira kanunun ruhu, iptal hakkının bir üst süreyle sınırlanmasını haklı kılar. Bu görüşteki yazarların, kanun boşluğunun hangi süre baz alınarak doldurulacağı konusunda çeşitli fikirleri olduğu görülmektedir. Bir kısım yazar¹⁶⁴³, burada TBK m. 146'daki (OR m. 127) genel zamanaşımı süresinden hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, yanılanın yanıldığını ne zaman öğrendiğine bakılmaksızın, sözleşmenin kurulması anından itibaren on yıl geçtiği takdirde, iptal hakkı düşecektir. Diğer bir grup yazar ise, TMK m. 152'deki (OR m. 108) evliliğin nispi butlanı davasına ve eski MK m. 501'deki¹⁶⁴⁴ (OR m. 521) ölüme bağlı tasarrufların iptali davasına ilişkin beş yıllık azami süreden kıyasen yararlanılması gerektiği düşüncesindedir¹⁶⁴⁵.

Wiegand'a göre (yazar burada "Picasso kararını" da eleştirmektedir), kanun koyucunun bu yöndeki suskunluğu karşısında ya hiçbir üst süre bulunmadığına kanaat getirilmeli ve tek sınırın TMK m. 2'deki (ZGB m. 2) dürüstlük kuralı olduğu kabul

Burada ayrıca belirtelim ki, 2005 tarihli TBK tasarısının 39. maddesinde, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren işleyecek on yıllık bir üst süre öngörülmüştü. Ancak daha sonra, özellikle korkutmanın etkisinin bu süre içinde ortadan kalkmadığı hallerde, korkutulanın artık sözleşmeyi sona erdiremeyecek olmasının hukuk düzenine aykırılık teşkil edeceği gibi itirazlar nedeniyle (örneğin bkz. Erden Kuntalp / Nami Barlas / Ahu Ayanoğlu Morali / Pelin Çavuşoğlu Işıntan / Mehtap İpek / Mert Yaşar / Sedat Koç, **Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2005, s. 34, 35) 2007 tarihli tasarıda bu süre çıkartılmıştır (aynı eleştiride bulunan diğer yazarlar için bkz. Gamze Turan Başara / İzzet Başara, "Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s. 349; Yıldırım, **Tasarı**, s. 940 vd.; Yıldırım, **Ayıp**, s. 974 dn. 20).

¹⁶⁴² Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 14; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 910, 911; Huguenin, **AT**, N. 580; Wiegand, **Picasso**, s. 108 vd.; Lütfü Dalamanlı, **Kanunlarımızda Müruruzaman – Sükutuhak ve Müddetler**, Ankara: Ünal Matbaası, 1976. s. 63; Tekinay / Akman / Burcu, **a.g.e.**, s. 454; Acemoğlu, **Üst Süre**, s. 915 vd.; karşı. Akyol, **BG**, s. 241, 242.

¹⁶⁴³ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 31 N. 14; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 910, 911; Huguenin, **AT**, N. 580; Dalamanlı, **a.g.e.**, s. 63; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 454 (yazarlar, on yıllık azami sürenin kanunun ruhuna uygun olduğuna işaret etmekle birlikte, bu yönde herhangi bir kanuni dayanak belirtmemektedirler). Diğer taraftan *Gauch*, bir makalesinde, üst sürenin miktarına ilişkin herhangi bir şey söylememekle birlikte, iptal hakkının azami bir hak düşürücü süreye bağlanması ihtiyacının "ifa edilmiş sözleşmeler" açısından söz konusu olacağını belirtmektedir (Gauch, **Picasso**, s. 156, 160).

¹⁶⁴⁴ TMK m. 559'da bu süre, vasiyetnamenin açılmasından ve diğer ölüme bağlı tasarruflarda mirasın geçmesinden itibaren, iyiniyetli davalılara karşı on yıl ve kötüniyetli davalılara karşı yirmi yıl olarak değiştirilmiştir.

¹⁶⁴⁵ Wiegand, **Picasso**, s. 108; Acemoğlu, **Üst Süre**, s. 919, 920.

edilmeli ya da daha doğru bir çözüm yolu olarak özel hukukun diğer alanlarındaki hükümlerle karşılaştırma yapılmalıdır¹⁶⁴⁶. Buradan hareketle varılacak sonuç ise, yanılanın sonsuza kadar sözleşmeyi iptal edebilme imkanının, tamamen hâkimin takdirine bağlı olan ve sadece belirli olaylarda uygulama alanı bulabilen TMK m. 2 vasıtasıyla tam ve olması gerektiği şekilde sınırlanamayacak olmasıdır. Özellikle evliliğin ve vasiyetnamelerin iptaline ilişkin hükümlerden de anlaşılmaktadır ki, kanun koyucu, irade bozukluğu bulunan sözleşmelerin çok uzun süre iptal edilebilir nitelikte olmalarını istememektedir. Nitekim bir irade bozukluğunun belirli bir süre içinde ortaya çıkmaması, aynı zamanda irade özgürlüğünü ciddi anlamda etkilemiş bir bozukluğun söz konusu olmadığını da göstermektedir. Bu bakımdan, tarafların menfaat durumları dikkate alındığında, beş yıllık azami bir hak düşürücü sürenin öngörülmesi yerinde olacaktır¹⁶⁴⁷. Acemoğlu da, bu yazarla hemen hemen aynı gerekçelerle beş yıllık bir sürenin bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Ancak yazar ayrıca, TBK m. 146 (genel zamanaşımı) ya da TBK m. 82’de (sebepsiz zenginleşme zamanaşımı) öngörülmüş sürelerin bu bağlamda kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığına; zira buradaki sürelerin zamanaşımı niteliğinde olması dolayısıyla, iptal hakkının mahiyetiyle bağdaşmadığına dikkat çekmektedir¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁶ Wiegand, **Picasso**, s. 107, 108.

¹⁶⁴⁷ Wiegand, **Picasso**, s. 108 (ancak yazar, bu görüşü kabul edilmese dahi, en azından her hâlükârda uygulanacak on yıllık bir sürenin mevcut olması gerektiğini de eklemektedir).

¹⁶⁴⁸ Acemoğlu, **Üst Süre**, s. 917-920. Belirtelim ki, *Oğuzman* da, TBK m. 146 ve TBK m. 87’deki sürelerin nitelikleri gereği alacak hakları için geçerli olduğuna ve bu nedenle, iptal hakkı açısından uygulanabilir olmadıklarına işaret etmektedir (Kemal Oğuzman, “Akden Hile Sebebiyle İptali Azami Bir Müddetle Tahdid Edilmiş Midir?”, **İBD**, C. XXII, S. 4, Nisan 1953, s. 177-189, s. 183). Keza Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1988 yılında verdiği bir kararda, eBK m. 125’deki (TBK m. 146) on yıllık zamanaşımının irade bozukluklarına uygulanamayacağı açıkça dile getirilmiştir: “Dava temelde hata ve hile iddiasına dayanmaktadır. Hile iddiasının gerçekleşmesi halinde temlikin geçerli bir hukuki sebebe dayandığından söz edilemez. Dava bu mahiyeti itibarıyla b.k.nun 125 maddesinde öngörülen 10 yıllık süreye de tabi tutulamaz. Ancak davanın hata ve hilenin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekir”. (Bkz. YHGK., 7.12.1988, E. 1988/1-767, K. 1988/987). Yargıtay’ın daha eski tarihli kararlarında da aynı görüşün kabul edildiği görülmektedir: “Bu durumda olayda öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, BK.nun 31. maddesindeki bir yıllık hak düşürücü sürenin, on yıllık zamanaşımı ile sınırlandırmanın mümkün olup olmadığı, diğer anlatımla BK.nun 31. maddesi hükmünün uygulanması gereken hallerde BK.nun 125 ve 60. maddelerinde yararlanılıp yararlanılamayacağıdır. Hemen belirtmek gerekirken 31. maddede yenilik doğuran bir hak söz konusudur. Bu itibarla hileli işlem sonunda, mülkiyetin karşı tarafa geçmesi düşünülemez. Özellikle hileli işlemi yapan kişinin kötü niyetli olması nedeniyle 125. maddede öngörülen zaman aşımından yararlanması mümkün olamayacağı gibi BK.nun 60. maddesinden de yararlanamayacağının kabulü gerekir”. Bkz. Y. 1. HD., 22.4.1982, E. 1982/4158, K. 1982/5151; Y. 1. HD., 19.1.1984, E. 1983/434, K. 1984/112 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde bkz. Y. 1. HD., 22.4.1982/ 1982/4158, K. 1982/5151 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 472, 473).

Üst süre sorununa ilişkin bizce de üstün tutulması gereken hâkim görüş ise¹⁶⁴⁹, kanunda bu yönde bir boşluk bulunmadığı ve yanılanın iptal hakkının herhangi bir üst süreyle sınırlanmadığı yönündedir. Bu nedenle, yanılan yanıldığını ne zaman öğrenirse öğrensin (söz gelimi sözleşmenin kuruluşundan itibaren on yıl geçse dahi), eğer öğrenmeden itibaren bir yıllık nispi süre geçmemişse, onun her zaman sözleşmeyi iptal etme imkanı bulunmaktadır. Şu halde kanunda bir boşluk değil, kanun koyucunun nitelikli susması söz konusudur; zira Aile Hukuku ve Miras Hukukundaki iptal davalarında azami süre öngörülmüşken, kanun koyucunun sözleşme hukukunda (Borçlar Hukukunda) bu yönde bir hüküm vazetmemiş olması bilinçlidir. Burada yanılanın iptal hakkının önündeki tek sınır, TBK m. 34/1 bağlamında hakkın kötüye kullanılması yasağıdır ki, böyle bir durumun var olup olmadığı da her bir somut olayın şartları çerçevesinde tespit edilecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi, önceki tarihlerde verdiği bir kararda üst süre sorununu açık bırakarak herhangi bir görüş¹⁶⁵⁰ bildirmemişken; 1988 tarihli *Picasso* kararında bu konuya temas ederek net bir tavır almıştır. Mahkeme'ye göre¹⁶⁵¹, irade bozukluğu hallerinde kanunda belirtilen bir yıllık hak düşürücü süre dışında herhangi bir hak düşürücü süre bulunmamaktadır. Zira kanun koyucunun buradaki nitelikli suskunluğu, TBK m. 39 (sadece bir yıllık nispi hak düşürücü sürenin öngörülmesi) ile TBK m. 72 ve TBK m. 82 (bir yıllık nispi zamanaşımı süresi yanında on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin öngörülmesi) hükümleri arasında yaptığı bilinçli ayırmadan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, alacak hakları için geçerli olan düzenlemelerin yenilik doğuran hakkın sınırlanması amacıyla kıyasen uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Bu itibarla, sözleşmenin kurulmasından itibaren on bir yıl geçmiş olsa dahi, alıcı, tablonun gerçekliğine ilişkin esaslı nitelik yanılması nedeniyle satıcıya (aslında satıcının eşine) karşı iptal hakkını kullanabilecektir. Ancak önemle belirtelim ki, Mahkeme'ye göre, her ne kadar TBK m. 39 anlamında iptal hakkını doğrudan engelleyebilecek bir hak düşürücü süre bulunmasa dahi, iptal sonrasındaki iade talebi,

¹⁶⁴⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 128, 395; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 333 dn. 22; Bucher, **AT**, s. 213; Koller, **AT**, § 14 N. 297; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 16 N. 27; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 465; Eren, **BG**, s. 430, 431; Oğuzman, **a.g.m.**, s. 177 vd.; Burcuoğlu, **Karar**, s. 100; Kurşat, **a.g.e.**, s. 117, 118; Yıldırım, **Hile**, s. 263; Turan Başara / Başara, **a.g.m.**, s. 349; Yıldırım, **Tasarı**, s. 943; Yıldırım, **Ayıp**, s. 974, 975; Arıkan / Deniz, **a.g.m.**, s. 159.

¹⁶⁵⁰ BGE 101 II 203 (bger.ch).

¹⁶⁵¹ BGE 114 II 131 (bger.ch). Bu kararla ilgili diğer açıklamalar için bkz. yuk. 2. Bölüm, III, B, 1, d, (2).

TBK m. 82'deki (sebepsiz zenginleşmeye ilişkin) on yıllık mutlak zamanaşımı süresiyle sınırlıdır. Dolayısıyla, irade bozukluğunda iptal hakkına ilişkin doğrudan bir üst süre bulunmasa da, sebepsiz zenginleşme zamanaşımı bağlamında dolaylı bir sınırlama mevcuttur. Mahkeme'ye göre, bu süre satış bedelinin ödendiği andan itibaren (*condictio indebiti*) işlemeye başladığı için, yanılan iptal hakkını kullansa dahi, ödediği bedeli geri talep edemeyecektir. Şu halde kararda görüleceği üzere, sözleşmenin kuruluşundan itibaren on yıl ve üzeri bir süre geçmesi halinde, iptal hakkı, edimin ne zaman ifa edildiğine bağlı olarak, hukuken olmasa dahi fiilen sınırlanacaktır. Bu noktada önemle belirtelim ki, bize göre bu dolaylı sınırlama, ancak düzelebilir hükümsüzlük görüşü kabul edildiği takdirde bir anlam ifade eder. Zira savunduğumuz iptal görüşü açısından, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin mutlak zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı tarih, yanılanın iptal hakkını kullandığı tarihtir¹⁶⁵².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1951 tarihli bir kararında, iptal hakkının, kural olarak irade bozukluğunun (kararda aldatma hali söz konusudur) öğrenilmesiyle başlayan bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olduğu belirtilmekle birlikte, eğer satış sözleşmenin kurulmasından itibaren on yıllık süre geçmişse, artık sözleşmenin iptal edilemeyeceğine karar verilmiştir¹⁶⁵³. Ne var ki, Mahkeme'nin bu tarihten sonraki birçok kararında iptal hakkının herhangi bir üst süreye tabi olmadığı açıkça belirtilmiştir¹⁶⁵⁴. Hatta daha sonraki tarihli bir kararda¹⁶⁵⁵, Yargıtay'ın 1951 yılındaki gerekçesiz kararından dönüldüğü vurgulanarak, iptal hakkının herhangi bir mutlak hak düşürücü süreye tabi olmadığı ifade edilmiştir.

VI. Tazminat Ödeme Yükümü

A. Genel Bakış

Daha önce de işaret edildiği üzere, esaslı yanılmaya rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulması, esas itibarıyla güven ilkesinin bir sonucu olmakla birlikte, yanılanın iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesinde ise, irade ilkesi etkindir. Ancak

¹⁶⁵² Bu konuda bkz. yuk. 3. Bölüm, III, D, 1, b.

¹⁶⁵³ YHGK., 3.5.1951, E. 1951/1-244, K. 1951/100 (Karahasan, **a.g.e.**, s. 359).

¹⁶⁵⁴ Y. 1. HD., 22.4.1982, E. 1982/4158, K. 1982/5151; Y. 1. HD., 19.1.1984, E. 1983/434, K. 1984/112; YHGK., 7.12.1988, E. 1988/1-767, K. 1988/987 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶⁵⁵ Y. 1. HD., 17.3.1989, E. 1989/333, K. 1989/3063 (YKD. 1990, S.1, s. 18, 19).

kanun koyucu, gerek alışveriş hayatının güvenliği gerekse karşı tarafın haklı güvenliğini dikkate alarak, bu durumu çeşitli açılardan güven ilkesi lehine törpülemeyi tercih etmiştir. Buna bağlı olarak, yanılanın kusuruyla düştüğü yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi sonucunda gündeme gelecek olan tazminat ödeme yükümü de, bu anlayışın bir yansıması olarak iptal hakkını dolaylı olarak sınırlamaktadır¹⁶⁵⁶.

İsviçre-Türk hukukunda, yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi; diğer bir deyişle, esaslı yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi, yanılanın kusurundan bağımsız şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, yanılan yanılmasında kusurlu da olsa sözleşmeyi iptal edebilecektir. Ancak bu durumda, yanılanın kendi kararına göre sözleşmeyi sona erdirmesini engelleyemeyecek olan karşı tarafın¹⁶⁵⁷, en azından sözleşmenin sona ermesinin malvarlığında yarattığı olumsuz sonuçlara ilişkin tazminat talep etme imkanı bulunmaktadır¹⁶⁵⁸. Zira sözleşmenin iptal edilmesiyle birlikte, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine olan güveni boşa çıkmakta ve bundan kaynaklanan zararların tazmini meselesi gündeme gelmektedir. Bu husus, TBK m. 35'de “yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür” şeklinde düzenlenmiştir. Karşı tarafın tazminat talep edebilmesi, ayrıca onun TBK m. 35/1 c. 2'ye göre yanılmayı bilmemesi ya da bilmesi gerekmemesine bağlıdır. Bununla birlikte, yanılanın ödeyeceği tazminat miktarı kural olarak olumsuz (menfi) zararlar sınırı olmakla birlikte, TBK m. 35/2 uyarınca hakkaniyetin gerektirdiği hallerde hâkimin bu miktarı aşan tazminata hükmetmesi de mümkündür.

¹⁶⁵⁶ Bucher, **AT**, s. 217; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 2; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 1. Öte yandan, yanılan tazminat sorumluluğunu risk paylaşımı açısından değerlendirdiğimizde, genel resim şu şekilde bir görünüm arz etmektedir: Yanılma, daima yanılanın risk alanında gerçekleşmekle beraber, eğer olayda esaslı bir yanılma söz konusuysa, risk taraflar arasında bir ölçüde paylaştırılmakta ve sözleşmenin iptal edilmesi riski karşı tarafa yansıtılmaktadır. Şayet yanılan yanılmasında kusurluysa, karşı tarafın uğradığı zararlara ilişkin tazminat riski de yanılana yüklenmektedir.

¹⁶⁵⁷ Karşı tarafın, sözleşmenin iptal edilmesini, TBK m. 34/2 çerçevesinde karşı yenilik doğuran bir hak ile önleyebilme imkanı bulunduğunu ve fakat bu takdirde, tazminat talep etme hakkından mahrum kalacağını bir kez daha hatırlatalım.

¹⁶⁵⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 11, 12; Y. 4. HD., 15.2.1974, E. 1974/228, K. 1974/673: “Davalı bir gün sonra idareye yazdığı mektupta, önerisindeki yanlış ileri sürerek ve ona “hataya” dayanarak sözleşmeyi tek yanlı bir iradeyle bozduğunu bildirmiştir. Böylece durumun gereğine göre teslim edilmesi söz konusu olan belli nitelik ve nicelikteki malın satışı sözleşmesi tek yanlı bozulunca, bozmanın haklılığı ispat edilmedikçe tazminat hakkı doğar... Davalı satışı tek taraflı bozduğunu bir gün sonra bildirdiğine göre Borçlar Yasasının 107. maddesi hükmüne göre alıcının herhangi bir ihtarına lüzum yoktur” (Özkaya, **a.g.e.**, s. 63).

B. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Şartları ve Modaliteleri

1. Hukuki Nitelik

Sözleşmenin iptal edilmesi halinde, yanılanın yanılmaya düşmekte kusurlu olmasına bağlı olarak gündeme gelen tazminat sorumluluğunun hukuki dayanağını tespit edebilmek için, öncelikle sözleşmenin kurulması aşamasında taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin incelenmesi gerekir.

Tarafların sözleşme görüşmeleri aşamasında özel bir bağlantı (*Sonderverbindung*) içine girerek birbirleriyle hukuki işlemsel temasa geçtikleri ve bu andan itibaren de, aralarında TMK m. 2 (dürüstlük kuralı) temelinde bir güven ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir. Burada, tesadüfen karşılaşan ve plansız olarak bir araya gelen kişiler arasında gündeme gelen soyut ve anonim nitelikte bir güvenden ziyade, tarafların birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerine etki edecek konuma gelmiş olmaları nedeniyle ortaya çıkan, daha yoğun ve somut bir güven söz konusudur¹⁶⁵⁹. Geleneksel sözleşme teorisindeki gibi öneri ve kabul ile gerçekleşmeyen bu ilişki, “edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi” olarak nitelendirilmekte ve bu bağlamda, sözleşme görüşmelerine katılan taraflar arasında TMK m. 2’den kaynaklanan kanuni bir borç ilişkisi doğmaktadır. Buna göre tarafların, birbirlerini gerektiği zaman aydınlatma, doğru bilgiler verme ve birbirlerinin kişi ve

¹⁶⁵⁹ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 64 vd.; Schwenzer, **AT**, N. 47.01 01 vd.; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 947, 948; Merz, **Vertrag**, s. 69, 70; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N. 1; Reiser, **a.g.e.**, N. 63; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 8 vd.; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 126, 182 vd.; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 142, 143; Kırca, **a.g.e.**, s. 172; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 8, 9; Gezder, **a.g.e.**, s. 134; Ergüne, **a.g.e.**, s. 27, 114, 115; Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 82, 83; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 121 vd.; Ulsan, **a.g.m.**, s. 287; Cem Baygın, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **AÜEHFD**, C. IV. S. 1-2, 2000, s. 345-377, s. 345. Yargıtay da, TMK m. 2 uyarınca taraflar arasında doğan güven ilişkisinin güven sorumluluğuna yol açabileceğini kabul etmektedir (“Taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözümünde, bir tarafta oluşturulan güvenin korunması ilkesi de önem taşır. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına dair hükümler yanında, tarafların sözlü veya yazılı davranışları bu güven ortamını sağlayabilir. Sağlanan güvenin, güven sorumluluğu kapsamında, hukuken korunması gerekir. Güven sorumluluğunda taraflar birbirlerinden bekledikleri güveni boşa çıkarmamalıdır. Bu bağlamda sözlü ifadeler, çeşitli vesika ve belgeler örtülü irade beyanının aynı kolaylığı taşıdığından söz edilemez. Ancak bu halde de ortada korunması gereken bir güven söz konusu ise hukuken de bir sonuç doğurması kaçınılmazdır. Güven sorumluluğuna yaklaşımda bir diğer yön dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerle aykırı davranışın söz konusu olmasıdır”. Bkz. Y. 9. HD., 27.9.2011, E. 2009/14479, K. 2011/33509; güven sorumluluğuna ilişkin diğer kararlar için bkz. Y.9. HD., 30.5.2017, E. 2017/4826, K. 2017/9393; Y. 7. HD., 18.5.2015, E. 2015/1858, K. 2015/9226, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

malvarlıklarını zarardan uzak tutmaya yönelik dikkat ve özen gösterme yükümleri bulunmakta; diğer bir ifadeyle, tarafların işlemsel temasa girmelerinden itibaren aralarında oluşan güven ilişkisi, hukuki değerleri korumaya yönelik çeşitli davranış yükümleri doğurmaktadır. Bu bağlamda, herhangi bir davranış yükümüne aykırı davranarak karşı tarafın haklı güvenini boşa çıkaran tarafın, bundan kaynaklanan zararlar için tazminat sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁶⁶⁰. Doktrinde, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğun, klasik anlamda ne sözleşme ne de sözleşme dışı sorumluluk kategorisine dahil olduğu, bunlardan farklı olarak güven sorumluluğu adı altında üçüncü bir sorumluluk tipi oluşturduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁶¹.

Şu halde, gerek sözleşme öncesinde, gerek sözleşme ilişkisi süresince ve gerekse de sözleşme sonrasında geçerli olan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin ve bu ilişkiden kaynaklanan güven sorumluluğunun, yanılma kurumuyla olan bağlantısı ilk aşamada gündeme gelmektedir¹⁶⁶². Buna göre, sözleşme görüşmelerinde saikte yanılarak ya da açıklamada yanılarak sözleşmenin sakat kurulmasına yol açan kimse, bu hareketiyle karşı tarafla arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan davranış yükümünü ihlal etmekte ve bunun sonucunda tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır. Yanılanın buradaki sorumluluğu, doktrindeki hâkim görüşe göre *culpa in contrahendo*

¹⁶⁶⁰ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 73, 74; Schwenzer, **AT**, N. 47.03 vd.; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 948 vd., 963; Merz, **Vertrag**, s. 71, 72; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N. 1; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 8, 9; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 128 vd.; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 214 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 158, 172; Gezder, **a.g.e.**, s. 113, 114; Ergüne, **a.g.e.**, s. 114 vd.; Yalman, **a.g.e.**, s. 82, 83; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 117 vd.; Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 38; Uluşan, **a.g.m.**, s. 288, 289; Mehmet Serkan Ergüne, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 909-926, s. 912; Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul: Yasa Yayınları, 1988, s. 124; Baygın, **a.g.m.**, s. 345, 346; YHGK., 13.2.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239: “Zira, sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan herbiri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir”. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶⁶¹ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 70, 71; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 982b vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 121, 137; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 161 vd. 171, 172; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 217; Gezder, **a.g.e.**, s. 98; Ergüne, **a.g.e.**, s. 116 vd.

¹⁶⁶² Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 60 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 137; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 147 vd; Ergüne, **a.g.e.**, s. 47, 48.

(sözleşme görüşmelerinde kusur) olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁶³, ¹⁶⁶⁴. Farklı bir ifadeyle, yanılanın, karşı tarafın iptalden kaynaklanan zararlarını tazmin etme borcu, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu sorumluluk, aynı zamanda güven sorumluluğunun sözleşme öncesindeki görünümünü ifade etmektedir¹⁶⁶⁵.

Bu noktada, yanılma kurumu açısından karşı tarafın güveninin iki ayrı şekilde korunduğuna dikkat çekmek gerekir: (i) İlk ihtimal, irade açıklamalarının uygun olmasına karşın gerçek iradelerin farklı olduğu; diğer bir ifadeyle, tarafların irade açıklamalarına farklı anlam yüklediği hallerde söz konusu olmaktadır. Güvenin olumlu şekilde korunduğu (*positiver Vertrauensschutz*) bu durumda, yanılanın irade bozukluğuna rağmen sözleşme, diğer tarafın (muhatapın) haklı güveni çerçevesinde ve onun açıklamaya atfettiği anlam üzerinden (normatif uygunluk şeklinde) kurulmaktadır. Şu halde, muhatapın haklı güveni, (iptal teorisi bağlamında) sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına yol açmış ve böylece ona edimin ifasını talep etme hakkı sağlamıştır. Görüleceği üzere güvenin olumlu korunmasında, söz konusu

¹⁶⁶³ Bucher, **AT**, s. 217; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 318; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 5; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 13; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 1; Schwenger, **AT**, N. 39.32; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 851; Koller, **AT**, § 14 N. 129, 148; Merz, **Vertrag**, s. 70; Huguenin, **AT**, N. 593; Reiser, **a.g.e.**, N. 61, 63; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N. 2; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, 452; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 439; Eren, **BG**, s. 413; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 107; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 348; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 215; Ergüne, **a.g.e.**, s. 121; Yalman, **a.g.e.**, s. 42; Gezder, **a.g.e.**, s. 151; Nomer, **BG**, N. 62; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, **a.g.e.**, N. 819; Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 38, 39; Ulsan, **a.g.m.**, s. 310; Mustafa Tiftik, “Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini”, **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, 2006, s. 397-417, s. 401; Müşerref Yakışık, “İrade Sakatlığına Bağlı Olarak Tazminat Talebi”, **TAAD**, Yıl: 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 277-298s. 286; Yavuz, **TBK Şerh**, m. 30 s. 355; Baygın, **a.g.m.**, s. 358.

¹⁶⁶⁴ *Culpa in contrahendo* kurumunu sorumluluk hukukuna kazandıran, ünlü Pandekt hukukçusu *Rudolf von Jhering*’tir. Yazar, bu konuyu işlediği ünlü makalesinde, sözleşme görüşmelerinde kusuruyla zararlı olan tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğüne sebep olması sonucunda, karşı tarafın uğradığı zararlardan kimin sorumlu olması gerektiğini incelemiştir. Yanılmanın, o zamanlar (geçerli olan irade ilkesine göre yorumun doğal bir sonucu olarak) irade uyumsuzluğuna (*Dissens*) yol açtığı bu hallerde, ortada bir sözleşme bulunmadığından yanılanın sözleşme hukukuna göre sorumlu tutulması mümkün olmamaktadır. Keza, kusuruyla yanılan tarafın, karşı tarafa bir haksız fiilde bulunduğu söylenemeyeceğinden, hakız fiil kurallarının uygulanması da düşünülemez. O halde, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan kaynaklanan zararların tazmini konusunda kanun boşluğu bulunmaktadır. Yazara göre bu boşluk, sözleşme görüşmelerine katılanlar arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alındığında, sözleşme kurallarına göre doldurulmalıdır. Bu bağlamda, sözleşmenin geçerliliğine güvenen tarafın bu yüzden uğradığı zararların, sözleşmesel sorumluluğa göre tazmin edilmesi gerekir. Zira sözleşme görüşmelerine katılan kimselerin, bu andan itibaren birbirlerine karşı özen gösterme yükümleri bulunmakta ve böylece sözleşmeyle bağlantılı bir ilişki ortaya çıkmaktadır (Zimmermann, **a.g.e.**, 613, 614; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 3 vd.; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 61; Ergüne, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Ulsan, **a.g.m.**, s. 285, 286; Esener, **a.g.m.**, s. 169).

¹⁶⁶⁵ Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 982b vd.; Koller, **AT**, § 28 N. 45; Kırca, **a.g.e.**, s. 137, 138; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 171 vd.; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 215, 216; Gezder, **a.g.e.**, s. 87, 88; Ergüne, **a.g.e.**, s. 114 vd.

hukuki ilişki, korunan kişinin haklı güvenine uygun şekilde hüküm ifade etmektedir¹⁶⁶⁶. İkinci ihtimalde ise (ii), güven koruması olumsuz şekilde (*negativer Vertrauensschutz*) ortaya çıkmaktadır. Buna göre, yanılanın iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi kesin şekilde hükümsüz hale getirmesi neticesinde, muhatabın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu haklı güven boşa çıkmakta ve TBK m. 35 uyarınca yanılanın (kusuruna bağlı olarak) tazminat ödeme yükümü gündeme gelmektedir¹⁶⁶⁷. İşte *culpa in contrahendo* sorumluluğu da bu noktada devreye girmektedir.

Bu bağlamda, yanılma kurumu açısından şu şekilde bir sonuca varılabilmesi mümkündür: Esaslı yanılmaya rağmen sözleşmenin kurulmasıyla, muhatabın güveni korunmakta ve yanılan iptal hakkını kullanmadığı takdirde, güven koruması, muhatabın ifa menfaatinin gözetilmesidir. Buna karşın, yanılanın sözleşmeyi iptal etmesi halinde ise, kanun koyucu, kural olarak güveni korunan tarafın artık ifa menfaatinin değil, güven menfaatinin korunacağını öngörmektedir.

Culpa in contrahendo'ya ilişkin kanunda genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, belirli hükümlerde bu sorumluluğun yansımaları görmek mümkündür (örneğin TBK m. 35, 44, 47, 217/2, 229/2, 294, 562/2, TMK m. 395/2 vb.)¹⁶⁶⁸. Doktrinde, bu sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda birçok farklı görüş ileri

¹⁶⁶⁶ Kırca, **a.g.e.**, s. 135; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 161 vd.; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 219, 220; Ergüne, **a.g.e.**, s. 47 dn. 149; Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasası**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 31 vd. Güven sorumluluğunun içeriği, yapısı, sonuçları ve nasıl ayrımlara tabi olacağı doktrinde hâlâ tartışılmaktadır. Tezin odak alanı dikkate alındığında, bu tartışmalara girmek amaca uygun olmayacağından, bu konuda dipnotta belirtilen eserlere bakılabilir. Ancak şu kadarını belirtelim ki, sözleşmenin güven ilkesine göre bir tarafın gerçek iradesine uygun şekilde kurulduğu hallerin, aslında güven sorumluluğu olarak görülmemesi gerektiğini savunarak, güven sorumluluğunun dar anlamda (negatif güven sorumluluğu şeklinde) anlaşılmasını öneren görüş olduğu gibi (Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 60, 261, 262; Kırca, **a.g.e.**, s. 136); güven sorumluluğunun, sadece üçüncü kişilerin sözleşmeyi dışarıdan etkileyerek zarara yol açtığı üçlü ilişkilerde uygulanacağını savunan görüş de bulunmaktadır (Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N. 3). Hayli tartışmalı ve kapsamı geniş olan bu konuya girmemeyi tercih ederek, sadece katıldığımız görüşü metinde aktarmayı uygun görüyoruz. Bu konudaki diğer görüşler hakkında bkz. Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 52 vd., 73 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 121 vd.; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 214 vd.; Gezder, **a.g.e.**, s. 83 vd.; Koller, **AT**, § 28 N. 47 vd.; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, § 27 N. 18 vd.

¹⁶⁶⁷ Kırca, **a.g.e.**, s. 135, 136; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 165, 166; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 58; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 219, 220; Ergüne, s. 47 dn. 149; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 60. Olumlu ve olumsuz güven sorumluluğu ayrımı, esas olarak *Canaris*'e ait olup, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 161 vd.; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 161, 162.

¹⁶⁶⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 192 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 8 vd.; Merz, **Vertrag**, s. 69, 70. Öte yandan, Alman hukukunda 2002 tarihli Borçlar Hukuku Reformuyla birlikte, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, § 241/2 ve § 311/2 BGB uyarınca sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi kılarak açık hükme bağlanmıştır (bu konuda ayrıca bkz. Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 948 vd.; Brox / Walker, **Schuldrecht**, § 5 N. 1 vd.)

sürüldüğü görülmektedir¹⁶⁶⁹. Söz konusu görüşlerin ele aldığı sorunsallar, esas itibariyle üç önemli noktada düğümlenmektedir; bunlar, yardımcı kişilerden sorumluluk, ispat yükü ve tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı şeklindeki sorumluluk modaliteleridir. Bu konu üzerinde aşağıda durulacaktır.

Bizim de dahil olduğumuz ve bugün için çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasında yer alan ve TMK m. 2 çerçevesinde kanuni borç ilişkisine (edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisine) dayanan özel bir sorumluluk tipidir. Burada, sözleşme görüşmelerine katılan taraflar arasındaki işlemsel temas ve güven ilişkisi göz önüne alındığında, taraflar arasındaki hukuki durumun sözleşme alanına daha yakın olduğu görülmektedir. Diğer bir deyişle, taraflar arasındaki ilişki, güven esasına dayanan sözleşme benzeri bir borç ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu ilişkiye haksız fiil hükümlerinin değil, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyasen uygulanmasının birçok açıdan daha isabetli olacağı kabul edilmektedir¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁹ Doktrindeki görüşler, esas itibariyle üç ana grupta toplanmaktadır; (i) haksız fiil sorumluluğu görüşü, (ii) sözleşme sorumluluğu görüşü ve (iii) kendine özgü sorumluluk görüşü. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 19 vd.; Schwenger, **AT**, N. 48.01; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. N. 976 vd.; Merz, **Vertrag**, s. 80 vd.; Reiser, **a.g.e.**, N. 62; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 77; Ergüne, **a.g.e.**, s. 88 vd.; Yalman, **a.g.e.**, s. 70 vd.; Gezder, **a.g.e.**, s. 61 vd.; Baygın, **a.g.m.**, s. 347 vd.

¹⁶⁷⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 5, 10; Bucher, **AT**, s. 286-288; Schwenger, **AT**, N. 48.07; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 978 vd.; Koller, **AT**, § 14 N. 147, 148; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 64 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N. 1, 2; Reiser, **a.g.e.**, N. 63; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 8, 9; Eren, **BG**, s. 1159; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 480; Kırca, **a.g.e.**, s. 172; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 173, 174; Gezder, **a.g.e.**, s. 97, 98; Ergüne, **a.g.e.**, s. 127 vd.; Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 39, 40; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 124; Ergüne, **a.g.m.**, s. 911; Tiftik, **Tazminat**, s. 402; Yakışık, **a.g.m.**, s. 287; Baygın, **a.g.m.**, s. 356 vd. Y. 19. HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959 (YKD. 2006, S. 5, s. 787); YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623; YHGK., 13.2.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239: “Çünkü sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun sözleşme veya haksız fiil hükümlerine dayandırılması, zamanaşımı, ispat yükünün dağılımı ve yardımcı kişilerin sorumluluğu açısından önem arz etmektedir... Belirtilen bu durumlarda bir sözleşme kurulmuş veya kurulmamış ya da hükümsüz veya geçerli olmasından bağımsız olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun söz konusu olması bugünkü hâkim düşünceye göre artık tartışmasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, borç doğurucu sorumluluk kaynakları yönünden somut olay değerlendirildiğinde; olaya “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte; sözleşme bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur... O halde, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluğun; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2. Şartlar

Sözleşme görüşmelerinde kusurlu şekilde yanılıp, daha sonra sözleşmeyi iptal ederek, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine olan güvenini boşa çıkaran yanılanın tazminat ödeme yükümü, genel sözleşme sorumluluğu şartlarına tabidir. Sözleşmenin iptal edilmesi neticesinde karşı tarafın TBK m. 35 uyarınca tazminat talep edebilmesi için; (i) Yanılanın sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açarak sözleşme öncesi davranış yükümünü ihlal etmiş olması, (ii) yanılmanın kusura dayanması, (iii) karşı tarafın sözleşmenin iptalinden dolayı zarara uğramış olması ve (iv) davranış yükümü ihlali ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması gerekir¹⁶⁷¹.

Yanılanın tazminat sorumluluğu için onun kusuruyla yanılmış olması gerektiğine daha önce işaret etmiştik. Bu husus, eBK m. 26'da "*ihmal yüzünden hata*" kenar başlığıyla belirtilmişken (yürürlükteki OR m. 26'da da aynı şekildedir; "*Fahrlässiger Irrtum*"), TBK m. 35'de, maddenin kenar başlığı "yanılmada kusur" olarak değiştirilmiştir. Ancak bu herhangi bir fark yaratmaz; zira işin niteliği gereği kasten yanılma olmayacağı için, yanılmada kusur her zaman ihmal düzeyinde kalacaktır¹⁶⁷². Ancak hemen belirtelim ki, ihmalin ağır ya da hafif olması, tazminat miktarının belirlenmesi açısından diğer olgularla birlikte belirleyici rol oynayabilecektir¹⁶⁷³. Daha önce de sıklıkla ifade ettiğimiz üzere, açıklamada

¹⁶⁷¹ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 83 vd.; Schwenzer, **AT**, N. 47.06; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 982e vd.; Reiser, **a.g.e.**, N. 64 vd.

¹⁶⁷² von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316; Bucher, **AT**, s. 217; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 3; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 26 N. 2; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 2; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 851; Koller, **AT**, § 14 N. 131; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 432; Reiser, **a.g.e.**, N. 72; Eren, **BG**, s. 412; Akyol, **BG**, s. 255. Bilindiği üzere, sorumluluk hukuku bağlamında kusur kavramı, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel bir tarifile, sözleşmeye aykırı sonuca bilerek ve isteyerek yol açmak "kast"; bu sonucu istenmemesine karşın, sözleşmeye aykırı sonuca kaçınmaktan kaçınmak için durumun gerektirdiği özen ve dikkatin gösterilmemesi ise "ihmal" olarak tanımlanmaktadır. İhmal ise, doktrindeki genel görüş çerçevesinde, yoğunluk derecelerine göre ağır ihmal ve hafif ihmal şeklinde tasnife tabi tutulmaktadır. Ağır ihmalde, aynı konum ve koşullar altında bulunan herkesten baklenezilecek asgari özen ve dikkatin gösterilmemesi söz konusuyken; hafif ihmal, dikkatli ve tedbirli kişilerin göstereceği özenin gösterilmemesi anlamına gelmektedir (Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 45 vd.; Eren, **BG**, s. 599 vd.; Oğuzman / Öz, **BG II**, s. 56 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 493 vd.; Reiser, **a.g.e.**, N. 78, 79).

¹⁶⁷³ Bu doğrultuda değerlendirme yapılırken, ayrıca tarafların meslekleri, bilgi düzeyleri ve sosyal pozisyonları da dikkate alınacaktır. İhmalin derecesinin dikkate alınacağı bir diğer konu ise, ileride ayrıca inceleyeceğimiz, TBK m. 35/2'deki hâkimin daha fazla tazminata hükmedebilme ihtimalidir.

Tacirlerin yanılması halinde menfaatlerin nasıl uzlaştırılacağı konusu, bu noktada çözülmesi gereken bir diğer sorundur. Öncelikle belirtelim ki, bir tacirin kendi mesleki faaliyetine ilişkin işlemlerde yanılmaya dayanma imkanı bazı hallerde söz konusu olmaz. Örneğin yanılma riskinin tamamen tacire atfedilmesi gereken sözleşmelerde durum böyledir. Bunun dışındaki hallerde ise,

yanılmalarda, neredeyse her zaman yanılanın kusurlu olduğu kabul edilecektir. Zira yanılanın gerçek iradesine uymayan bir açıklamada bulunması, onun açıklama sırasında gerekli özeni göstermediğinin bir göstergesi sayılabilecektir. Başka bir anlatımla, açıklama sahibi, açıklama sırasında gerekli özeni göstermeyerek, karşı tarafa gerçek iradesini anlaşılabilir kılmadıysa bunun sonuçlarına katlanacaktır¹⁶⁷⁴.

Diğer taraftan, saikte yanılmaların kusursuz olması pekâlâ mümkündür. Özellikle yanılan, karşı tarafın verdiği bilgilere güvenmekte haklıysa ve iradesini bu bilgilerin etkisiyle oluşturduysa, böyle bir durumla karşılaşılacaktır¹⁶⁷⁵. Örneğin teknolojik aletler konusunda pek bilgisi olmayan alıcı, belirli bir ihtiyacını karşılayacak bir alet almak istediğini ve bunu hangi amaçla kullanmayı düşündüğünü satıcıya anlatmasına karşın, bir an önce satış yaparak para kazanmak isteyen satıcının bu konuda verdiği özensiz ve doğru olmayan bilgilere güvenerek sözleşme yapmıştır. Daha sonra, söz konusu aletin tamamen farklı bir fonksiyon ifa ettiği anlaşıldığında, alıcı sözleşmeyi iptal etmiştir. Bu durumda, hataya düşmekte kusuru olmayan alıcı, sözleşmeyi iptal ettiği takdirde satıcıya tazminat ödemeyecektir¹⁶⁷⁶. Keza ayıplı ifa ile

kanaatimizce tacirlerin yanılma hükümlerine dayanabilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Ancak bu aşamada, TTK m. 18/2’de zikredilen “*her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi*” hükmü önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, “basiretli işadamı” gibi davranma yükümünün, tacir olmayan kimselere nazaran daha fazla dikkat ve özen gerektirmesi nedeniyle, bir tacirin yanılmasının hemen her zaman ağır ihmal düzeyinde olacağı rahatlıkla söylenebilir. Buna karşın *Schwenzer*’e göre ise, tacirlerin hataya düştüğü durumlarda, TBK m. 34/1’deki dürüstlük kuralı, çoğu zaman iptal hakkını sınırlayacaktır (*Schwenzer, BasKomm*, Art. 26 N. 3; *Schwenzer, AT*, N. 39.18). Öte yandan Yargıtay, bir kararında, tacirin basiretli davranma yükümü dolayısıyla ticari işletmesiyle ilgili konularda yanılmaya düşmeyeceğini belirtmiştir (Y. 15. HD., 16.6.2003, E. 2003/1184, K. 2003/3210, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bize göre, bu yönde genelgeçer bir sonuca varılmamalı, durumun koşullarından hareket edilmelidir. Öyle ki, yanılan, bir tacir olarak ticari işletmesiyle ilgili bir sözleşmede yanılma dahi, yerine göre onun yanılma hükümlerine dayanmasına izin vermek; ancak basiretli davranma yükümünü, tazminat sorumluluğunu artırıcı bir ölçüt (ağır ihmal) olarak dikkate almak daha isabetli olacaktır.

Öte yandan, TTK m. 18/3 hükmünün, tacirler arasındaki sözleşmelerde bir tarafın irade bozukluğu nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiği hallere kıyasen uygulanması mümkündür. Buna göre, yanılan iptal açıklamasını “*noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile*” karşı tarafa yöneltmelidir (aynı yönde bkz. Y. 19. HD., 28.11.2005, E. 2005/3643, K. 2005/11743, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶⁷⁴ von Tuhr / Peter, *a.g.e.*, s. 316; Schmidlin, *BerKomm*, Art. 26 N. 2, 15; *Schwenzer, BasKomm*, Art. 26 N. 2; *Schwenzer, AT*, N. 39.30; Oser / Schönerberger, *ZürKomm*, Art. 26 N. 4; Guhl / Koller, *a.g.e.*, § 16 N. 26; Henrici, *a.g.e.*, s. 149; Koller, *AT*, § 14 N. 132; Goltz, *a.g.e.*, s. 99; Koller, *Gute und Böse Glaube*, N. 436 dn. 536.

¹⁶⁷⁵ von Tuhr / Peter, *a.g.e.*, s. 316; *Schwenzer, BasKomm*, Art. 26 N. 2; *Schwenzer, AT*, N. 39.30; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 851; Koller, *AT*, § 14 N. 132.

¹⁶⁷⁶ Burada, satıcının alıcıyı aldatıp aldatmamasının önemi yoktur. Hatta satıcının kendisi dahi bu bilgilerin doğru olduğunu düşünüyor olabilir. Hiç şüphesiz, satıcının aldatarak sözleşmenin kurulmasına yol açtığı belliyse, alıcının aldatma hükümlerine başvurması da mümkündür. Aldatma ve yanılma arasındaki ilişki konusunda bkz. yuk. 2. Bölüm, III, A, 1.

yanılma hükümlerinin yarıştığı hallerde de çoğu zaman yanılanın kusurundan bahsedilme imkanı bulunmamaktadır. Başka bir örnek: Federal Mahkeme'nin kararına konu olan olayda, kiraya veren, bir gazete ilanında kira konusu dairenin büyüklüğüne ilişkin yanlış bilgi vermiş ve kiracı bu bilgiye güvenerek daireyi kiralamıştır. Mahkeme burada, kiracının verilen bilgilere güvenmekte haklı olduğuna ve saikte yanılmaya kusuruyla düşmediği için, sözleşmenin iptali halinde tazminat ödemekle yükümlü olmadığına karar vermiştir¹⁶⁷⁷.

Tazminat sorumluluğu çerçevesinde, yanılanın sadece yanılmaya düştüğü andaki kusuru değil, ayrıca sözleşmenin iptaline kadarki kusurlu davranışları da dikkate alınır. Bu bağlamda gündeme gelecek ihtimal, yanılanın yanıldığını öğrendikten sonraki bir yıllık kanuni süre içinde iptal hakkını kullanmayı kusurlu olarak geciktirmesidir. Zira taraflar arasında sözleşme görüşmeleri sırasında oluşan güven ilişkisi ve bundan kaynaklanan davranış yükümleri, sözleşmenin kurulmasından sonra da devam etmektedir. Dolayısıyla, iptal hakkını kullanmakta geciken ve bu gecikmesinde kusurlu olan yanılan, sözleşmenin iptalinden sonra, diğer zararlarla birlikte, ayrıca karşı tarafın bu gecikmeden dolayı uğradığı zararları ve masrafları da tazmin etmekle yükümlüdür¹⁶⁷⁸. Bu noktada hemen şu farka dikkat çekmek istiyoruz: Şayet yanılanın iptal hakkını kullanmakta gecikmesi, piyasadaki fiyat dalgalanmalarını veya bu süreçte meydana gelen gelişmeleri izleyerek spekülasyon yapmasından kaynaklanıyorsa, burada karşı tarafın menfaati, tazminata gerek kalmadan, bizzat hakkın kötüye kullanılması vasıtasıyla korunacaktır. Zira daha önce işaret edildiği üzere, iptal hakkının kötüye kullanıldığı (TBK m. 34/1) hallerde, yanılanın iptal hakkı, henüz bir yıllık iptal süresi geçmemiş olmasına rağmen sonuçsuz kalacaktır. Bu ihtimalde sözleşme hükümsüz olmadığından, karşı tarafın TBK m. 35 anlamında tazmin ettirebileceği bir zararı da ortaya çıkmayacaktır. Sonuç olarak, yanılanın kusuruyla iptal hakkını kullanmayı geciktirdiği hallerde gündeme gelecek

¹⁶⁷⁷ BGE 113 II 25 (bger.ch). Benzer bir durum Federal Mahkeme'nin *van Gogh* kararında karşımıza çıkmaktadır. Burada da alıcının düştüğü saikte yanılma (esaslı nitelik yanılması), onun herhangi bir kusuruna dayanmamaktadır. Olayda alıcı, gerçekten *van Gogh*'un portresi olduğu inancıyla tabloyu satın almış ancak daha sonra bunun başkası tarafından yapıldığı anlaşılmıştır. Mahkeme, söz konusu tablonun ilgili uzmanlık alanında dahi orijinal bir tablo olarak telakki edildiğine değinerek, alıcının güveninde haklı olduğunu ve saikte yanılmada kusurlu olmadığı (ona hiçbir ihmal atfedilemeyeceği) için tazminat ödemekle yükümlü olmadığını belirtmiştir (BGE 82 II 411, bger.ch).

¹⁶⁷⁸ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 21; Bucher, **AT**, s. 217; Reiser, **a.g.e.**, N. 80; Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 80.

tazminat ödeme yükümü, ancak iptal açıklamasının hükümlerini doğurduğu ihtimallerde devreye girecektir.

Bu noktada önem arz eden bir diğer husus, Federal Mahkeme'nin de işaret ettiği ve doktrinde de çoğunlukla kabul edildiği üzere, hâkimin, yanılanın kusurlu olup olmadığını sıkı bir şekilde ve belirli bir ağırlıkta değerlendirmesi gerektiğidir. Dolayısıyla, yanılanın kusurlu olmadığına ilişkin savunması kolay kolay dikkate alınmamalıdır¹⁶⁷⁹.

Öte yandan, Alman hukukunda (§ 122/1 BGB)¹⁶⁸⁰, yanılanın “sebebe olma ilkesi” (*Veranlassungsprinzip*) çerçevesinde kusursuz sorumluluğu öngörülmüştür. Buna göre, yanılan ister kusurlu olsun ister olmasın sözleşmeyi iptal ettiği takdirde, karşı tarafın olumsuz zararını tazmin edecektir¹⁶⁸¹. Her ne kadar İsviçre-Türk doktrininde de, kusur sorumluluğunun yanılanı gereğinden fazla koruduğu gerekçesiyle, *de lege ferenda* kusursuz sorumluluk prensibini öneren yazarlar bulunsa dahi¹⁶⁸², bugün için hâkim görüş kusur sorumluluğunun korunması yönündedir. Keza, yukarıdaki açıklamalara dikkat edilirse, mevcut sistemde kusur sorumluluğunun yanılanı öyle her zaman korumayacağı; kaldı ki TBK m. 35'in varlığının dahi, iptal hakkını kullanmayı düşünen yanılanı bir ölçüde frenleyeceği rahatlıkla söylenebilir.

Yanılanın tazminat sorumluluğu için bulunması gereken bir diğer şart da, karşı tarafın sözleşmenin iptalinden dolayı zarara uğramış olmasıdır. TBK m. 35/1'de zikredilen bu zararın, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan “olumsuz zarar” olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur¹⁶⁸³. Zarar ve tazminatın kapsamı

¹⁶⁷⁹ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 5; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 26 N. 2; Schwenzer, **AT**, N. 39.30; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 6; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 435; Reiser, **a.g.e.**, N. 80; Max Keller, **Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse**, Aarau: Sauerländer, 1948, s. 111; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 851; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 444; BGE 113 II 25; BGE 105 II 23 (bger.ch).

¹⁶⁸⁰ § 122/1 BGB; “Bir irade açıklaması § 118'e göre kesin hükümsüzse ya da §§ 119, 120'ye dayanılarak iptal edilmişse, açıklama sahibi, açıklamanın karşı tarafa yöneltilmiş olması halinde bu kişiye karşı, aksi takdirde üçüncü kişiye karşı bu kişilerin açıklamanın geçerliliğine duydukları güvenden dolayı uğradıkları zararları tazmin etmekle yükümlüdür, fakat tazminat miktarı, karşı tarafın ya da üçüncü kişinin açıklamanın geçerliliği halinde elde edecekleri menfaati aşamaz”.

¹⁶⁸¹ Flume, **AT**, s. 422, 423; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 8; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 122 N. 1, 2; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 783; Brox / Walker, **AT**, N. 444; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 591.

¹⁶⁸² Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, 116; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 192 vd.; Keller, **a.g.e.**, s. 111, 112.

¹⁶⁸³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 317; Bucher, **AT**, s. 218; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 22; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 26 N. 7; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 966; Schwenzer, **AT**, N. 39.34; Huguenin, **AT**, N. 593; Reiser, **a.g.e.**, N. 91; Keller, **a.g.e.**, s. 110; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 428; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 439;

konuları aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Ancak burada dikkat çekmek istediğimiz önemli husus şudur: Acaba karşı tarafı zarara uğratan olay, iptal hakkının kullanılması mıdır, yoksa yanılanın sözleşmenin kurulması sırasında ihmaliyle hataya düşmesi midir? Soruyu başka şekilde formüle edersek, yanılanın tazminat sorumluluğunun sebebi, sözleşme görüşmelerinde hatalı açıklamada bulunarak davranış yükümünü ihlal etmesi midir, yoksa iptal hakkını kullanması mıdır?

Birinci görüşe göre¹⁶⁸⁴, yanılanın tazminat sorumluluğu, onun ihmaliyle hataya düşmesine değil, kanun tarafından tanınan iptal hakkının kullanılmasına dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle, yanılanın sözleşmenin kuruluşu sırasında (sözleşme görüşmelerinde) yanılmaya düşmesi, karşı tarafı zarara uğratmamakta; bu sonucu asıl, iptal hakkını kullanması doğurmaktadır. Zira henüz iptal hakkının kullanılmadığı bir dönemde, karşı taraf için herhangi bir zarardan söz açılma imkanı yoktur. Keza yanılanın sözleşmeye icazet verdiği takdirde de zarardan bahsedilemez. Kısacası TBK m. 35 anlamında zararı doğuran olay, yanılanın yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etmesiyle ortaya çıkmaktadır. Şu halde hukuka uygun bir hareketten (iptal hakkının kullanılması) kanuni bir sorumluluk doğduğu kabul edilmelidir.

Bizce üstün tutulması gereken ikinci görüşe göre ise¹⁶⁸⁵, yanılanın tazminat sorumluluğunun asıl sebebi, onun sözleşmenin kurulması sırasında ihmaliyle hataya düşmesi ve böylelikle sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açmasıdır. Hiç şüphesiz, tazminat ödeme yükümü ancak iptal hakkının kullanılmasıyla gündeme gelmektedir. Ancak, bu sorumluluğa neden olan zarar verici olay, daha öncesine; yani yanılanın esaslı yanılmaya düştüğü ana denk düşmektedir. Birinci görüşün gözden kaçırdığı nokta da budur. Dolayısıyla şu şekilde bir çıkarım meseleyi daha doğru şekilde ortaya koyacaktır: Karşı tarafı zarara uğratan olay, yanılanın ihmaliyle yanılarak sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırı davranmasıdır. Fakat bu aşamada henüz karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine olan güveni ihlal edilmiş değildir. Bu durum sözleşmenin iptal edilmesiyle gerçekleşmekte; yani karşı tarafa uyandırılan güven ancak bu anda

Ergüne, **a.g.e.**, s. 156; Tiftik, **Tazminat**, s. 399; Yakışık, **a.g.m.**, s. 288; Y. 1. HD., 25.3.2003, E. 2003/1177, K. 2003/3470 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶⁸⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 8, 9, 32; Becker, **BerKomm**, Art. 26 N. 1; Bachmann, **a.g.e.**, s. 107.

¹⁶⁸⁵ Koller, **AT**, § 14 N. 147; Keller, **a.g.e.**, s. 6; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 437; Ergüne, **a.g.e.**, s. 162, 163; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 452.

boşa çıkarılmaktadır. Şu halde, iptal hakkının kullanılmasıyla aktif hale gelen ve fakat kaynağını esaslı yanılma anında bulan bir tazminat sorumluluğu söz konusudur¹⁶⁸⁶.

3. Modaliteler (Zamanaşımı, Yardımcı Kişilerden Sorumluluk ve İspat Yükü)

Yanılanın sözleşmenin iptali sonrasında gündeme gelen tazminat ödeme yükümünün *culpa in contrahendo sorumluluğuna* dayandığını ve bu sorumluluk tipine sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanmasının daha uygun olacağını belirtmiştik. Zira taraflar arasındaki işlemsel temasla doğan sözleşme benzeri güven ilişkinin karakteristik özellikleri dikkate alındığında, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının birçok açıdan elverişsiz ve yetersiz olduğu görülmektedir. Bu görüşün ister istemez götüreceği sonuç ise, tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk ve kusurun ispat yükü şeklindeki sorumluluk modalitelerinin sözleşme hukuku kurallarına tabi olmasıdır.

Bu bağlamda, sözleşmenin hükümsüzlüğü (sözleşmenin iptal edilmesi) nedeniyle uğranılan zararlardan sorumluluğa, TBK m. 146'daki (OR m. 127) on yıllık genel zamanaşımı uygulanır¹⁶⁸⁷. Zamanaşımının işlemeye başlayacağı an ise, iptal hakkının sonuçlarını doğurduğu andır¹⁶⁸⁸. Diğer bir ifadeyle, iptal açıklamasının karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte sözleşme geriye etkili olarak hükümsüz hale gelecek ve bu andan itibaren tazminat ödeme yükümüne ilişkin on yıllık zamanaşımı süresi başlayacaktır. Ancak bu noktada belirtelim ki, Federal Mahkeme'nin yerleşik görüşü, *culpa in contrahendo* çerçevesindeki tazminat

¹⁶⁸⁶ Nitekim TBK m. 35/1'deki "diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez" hükmü de, zararı doğuran olayın iptal hakkının kullanılması değil, yanılmaya düşülmesi olduğunu doğrular niteliktedir (Ergüne, **a.g.e.**, s. 163).

¹⁶⁸⁷ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 193; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 318; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 33; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 9; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 972; Reiser, **a.g.e.**, N. 98; Ergüne, **a.g.e.**, s. 142; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 277; Yalman, **a.g.e.**, s. 120, 121; Gezder, **a.g.e.**, s. 210; Baygın, **a.g.m.**, s. 357, 358; Schwenger, **AT**, N. 48.05 (ancak yazar, bütünlük menfaatinin ihlali hallerinde haksız fiil zamanaşımının; alışveriş menfaatinin ihlali hallerinde ise, sözleşmesel zamanaşımının uygulanması gerektiğini savunmaktadır).

¹⁶⁸⁸ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 34; Keller, **a.g.e.**, s. 107; Ergüne, **a.g.e.**, s. 145, 146; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 271, 272; Erdem, **a.g.e.**, s. 164 (gerçi yazar, görüşünü sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde gündeme gelen tazminat taleplerine ilişkin açıklamaktadır. Ancak aynı sonuç, başka bir yenilik doğuran hak olan iptal hakkı için de geçerli olacağından, yazarı bu görüş çerçevesinde anmanın hiçbir sakıncası yoktur).

taleplerinin OR m. 60 uyarınca (bir yıllık) haksız fiil zamanaşımına tabi olduğu (TBK m. 72’de bu süre iki yıldır) yönündedir¹⁶⁸⁹.

Yardımcı kişilerden sorumluluk konusunda ise, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi olmasının doğal sonucu olarak, TBK m. 66 (OR m. 55) değil, TBK m. 116 (OR m. 101) uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, yanılanın, sözleşme görüşmelerinde ve sözleşme kurulma aşamasında fiillerinden yararlandığı kişilerin davranışlarından kusursuz sorumluluğu gündeme gelecektir. Sözleşmenin ifası sürecinde yararlanılan kişiler “ifa yardımcıları” (*Erfüllungsgehilfen*) şeklinde nitelendirilmekteyken; sözleşmenin kurulması aşamasında yararlanılan kişiler “görüşme yardımcıları” (*Verhandlungsgehilfen*) olarak isimlendirilmektedir. Bu itibarla, yanılanın görüşme yardımcılarının davranışlarından sorumluluğu, örneğin sözleşmenin kurulması sırasında, iradenin açıklanması için aracı bir kimsenin görevlendirildiği ve bu kimsenin açıklamayı yanlış ilettiği (iletmede yanılma) hallerde söz konusu olabilir. Keza temsilcinin yanılması durumunda da, sözleşmeyi iptal eden yanılan, kendisi bu yanılmada kusurlu olmasa dahi, karşı tarafın uğradığı zararları TBK m. 116 (ve TBK m. 35) uyarınca tazmin etmek zorunda kalacaktır¹⁶⁹⁰.

Sözleşmenin iptal edilmesiyle ortaya çıkan tazminat sorumluluğuna ilişkin ispat yükü konusu da, diğer sorumluluk modalitelerine paralel şekilde, sözleşme hukuku kurallarına göre değerlendirilmelidir. Bu itibarla, tarafların ispat yükü dağılımı TBK m. 50’e (OR m. 42) göre değil, TBK m. 112 (OR m. 97) çerçevesinde belirlenecektir. Önemle belirtelim ki, ispat yüküne sözleşmeye aykırılık hükmünün uygulanacak olmasının pratik sonucu, kendisini kusur konusunda gösterecektir. Nitekim tazminat sorumluluğunun diğer şartlarının ispatı, genel ispat yükü kuralı olan TMK m. 6’ya (ve HMK m. 190’a) göre gerçekleştirilir¹⁶⁹¹. Öyleyse, bu açıklamalar ışığında ispat yükü

¹⁶⁸⁹ BGE 134 III 390 (bger.ch); ayrıca bkz. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 971’de anılan kararlar. Doktrinde, *culpa in contrahendo*’dan kaynaklanan tazminat taleplerine, hukuk güvenliği açısından daha yerinde olacağı gerekçesiyle, haksız fiil zamanaşımına ilişkin sürelerin uygulanmasını savunan yazarlar da bulunmaktadır (bkz. Schönenberger / Jäggi, **ZürKomm**, Art. 1 N. 595; Erdem, **a.g.e.**, s. 126, 127 ve orada dn. 473’de anılan yazarlar; Yalman, **a.g.e.**, s. 120 dn. 53’de anılan yazarlar).

¹⁶⁹⁰ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 158 vd.; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 318; Schwenzer, **BasKomm**, Art. 26 N. 3; Schwenzer, **AT**, N. 39.31, 48.04; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 973, 974; Reiser, **a.g.e.**, N. 81, 82; Ergüne, **a.g.e.**, s. 131, 132; karş. Merz, **Vertrag**, s. 74, 75.

¹⁶⁹¹ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 151; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 967; Schwenzer, **AT**, N. 48.06; Reiser, **a.g.e.**, N. 99; Ergüne, **a.g.e.**, s. 130; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 278, 279.

dağılımı şu şekilde ortaya çıkmaktadır: Sözleşmenin iptal edilmesi nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep eden taraf; yanılanın sözleşme görüşmeleri sırasında davranış yükümünü ihlal ettiğini; diğer bir ifadeyle sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açtığını, uğradığı zararı ve davranış yükümü ihlali ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispatlayacaktır. Bunların ispatlanması halinde, yanılanın kusurlu olarak yanıldığı; yani karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güvenin boşa çıkmasında kusurlu hareket ettiği yönünde kusur karinesi ortaya çıkar. Zaten *culpa in contrahendo* sorumluluğuna TBK m. 112'nin uygulanması, esas itibariyle bu noktada önem arz etmektedir. Şu halde, zarar gören tarafın (tazminat alacaklısının) yanılanın kusurlu olduğuna ilişkin herhangi bir ispat yükü bulunmamakta; burada ispat yükü, tamamen yanılanın üzerindedir¹⁶⁹². Bu nedenle, yanılan, yanılmaya düşmekte kusurlu olmadığını ya da TBK m. 35/1'e göre karşı tarafın yanılmayı bildiği ya da bilmesi gerektiğini ispatlamadıkça, karşı tarafın sözleşmenin iptalinden kaynaklanan zararlarını tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

C. Tazminatın Kapsamı

1. Kural: Olumsuz Zararın Tazmini

Yanılmaya kusuruyla düşen kimse, sözleşmeyi iptal etmesi halinde, karşı tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Bu husus, TBK m. 35/1'de (OR m. 26/1) “sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar” olarak ifade edilmekte ve daha önce de belirttiğimiz üzere, olumsuz zarara işaret etmektedir. Şu halde, yanılanın karşı tarafa ödeyeceği tazminatın kapsamı, kural olarak olumsuz zarar miktarından oluşmaktadır.

Olumsuz (menfi) zarar, sözleşmenin kurulacağına ya da geçerli olacağına güvenen kimsenin, sözleşmenin kurulmaması veya geçersiz olması nedeniyle uğradığı zarardır. Daha sade bir ifadeyle, sözleşmenin hükümlerini doğuracağına güvenen kimsenin malvarlığının, bu güvenin boşa çıkması nedeniyle azalmasıdır¹⁶⁹³. Bu bağlamda ortaya çıkan zarar miktarı, sözleşmenin iptali nedeniyle karşı tarafın

¹⁶⁹² Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 151, 152; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 35, 36; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 10; Reiser, **a.g.e.**, N. 99; Ergüne, **a.g.e.**, s. 130; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 279.

¹⁶⁹³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 86; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 154; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 122 N. 13; Keller, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 592; Eren, **BG**, s. 1083; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 386; Öz, **Dönme**, s. 284, 285; Buz, **Dönme**, s. 240; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40 vd.

(alacaklının) malvarlığının fiili durumu ile sözleşme kurulmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farka göre belirlenir¹⁶⁹⁴. Burada, sözleşmenin iptali sonucunda zarara uğramış karşı tarafın, sözleşmenin geçerliliğine (diğer bir ifadeyle, sözleşmenin yanılma nedeniyle sakatlanmamış olmasına) duyduğu güven menfaatinin karşılanması söz konusudur¹⁶⁹⁵.

Yanılanın *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde tazmin edeceği olumsuz zarar, yanılma kurumunun doğası gereği, karşı tarafın bütünlük menfaatine (kişi varlığına ve şey üzerindeki mutlak hakkına) değil, alışveriş menfaatine (malvarlığını artırma çıkarına) yönelik koruma sağlar. Diğer bir deyişle, sözleşmenin iptali nedeniyle karşı tarafın uğradığı zarar, onun sözleşme dışı hukuki değerlerinde (sözleşmeye yabancı haklarında) ortaya çıkmamakta, bu değerler dışındaki menfaatlerine isabet ederek “salt malvarlığı zararı” teşkil etmektedir¹⁶⁹⁶.

Karşı tarafın yanılardan talep edeceği tazminat, sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkması ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan zararları kapsamaktadır. Ancak önemle belirtelim ki, tazminatın kapsamı, hâkim tarafından, (TBK m. 114/2’nin atfıyla) TBK m. 51 ve 52’ye göre durumun gereği ve kusurun ağırlığı ile diğer indirim sebepleri dikkate alınarak belirlenecektir¹⁶⁹⁷. Tazmin edilecek olumsuz zarar, fiili zarardan ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır. Bu bağlamda, yanılanın tazminat sorumluluğuna dahil olan olumsuz zarar kalemleri, tüketici olmamakla birlikte şu şekilde sıralanabilir¹⁶⁹⁸: (i) İfa edilmiş edime ilişkin zarar¹⁶⁹⁹,

¹⁶⁹⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 84; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 154; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 592; Reiser, **a.g.e.**, N. 92; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 386; Eren, **BG**, 1083; Öz, **Dönme**, s. 284, 285; Ergüne, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁶⁹⁵ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 86; Koller, **AT**, § 14 N. 136; Keller, **a.g.e.**, s. 6; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 152; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 122 N. 13; Reiser, **a.g.e.**, N. 92; 153; Ergüne, **a.g.e.**, s. 47, 48.

¹⁶⁹⁶ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 86, 87; Koller, **AT**, § 14 N. 136; Ergüne, **a.g.e.**, s. 34, 35; Ergüne, **a.g.m.**, s. 914, 915; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 246, 247; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N. 1; Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 33 vd. Bütünlük menfaati ve salt malvarlığı zararları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 83 vd.; Schwenger, **AT**, N. 14.15 vd., 14.32; Kırca, **a.g.e.**, s. 9 vd.; Ergüne, **a.g.e.**, s. 32 vd.

¹⁶⁹⁷ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 25, 29; Koller, **AT**, § 14 N. 137; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 267.

¹⁶⁹⁸ Keller, **a.g.e.**, s. 260 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 217 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 445, 446; Reiser, **a.g.e.**, N. 92; Eren, **BG**, 1084; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 387 vd.; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288 vd.; Öz, **Dönme**, s. 287 vd.; Buz, **Dönme**, s. 243 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 146, 147.

¹⁶⁹⁹ Karşı tarafın sözleşmenin hükümlerini doğuracağına güvenerek ifa ettiği edimin, yanılanın yahut başka bir kişinin mülkiyetine geçmemesi halinde, söz konusu maddi edim hâlâ karşı tarafın malvarlığında bulunacağından (ve bu doğrultuda istihkak talebi söz konusu olacağından), buna ilişkin tazminat talebi de gündeme gelmez (bu konuda bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 293 dn. 20; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 415. Aksi görüşteki Gonzenbach’a göre ise, zarar gören karşı tarafın

(ii) sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar (diğer bir deyişle, sözleşmeye hazırlık masrafları; örneğin seyahat, telefon, yazışma masrafları, noter harçları, hukuki danışmanlık ücretleri vb.), (iii) sözleşmenin ifasına yönelik masraflar (örneğin sözleşme konusu şeyi taşıma, ambalajlama, sigortalama masrafları vb.), (iv) tasfiye ilişkisi çerçevesinde gündeme gelen masraflar ve zararlar, (v) sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerin ifa edilmemesi nedeniyle ödenen tazminat ve sözleşme cezaları, (vi) yoksun kalınan kâr (sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması).

Örneğin kendisine fiyat teklifi soran A'ya cevap olarak, satıcı B, X model makineyi 1.700 euro'ya sattığını söylemek isterken, yanlışlıkla 1.200 euro üzerinden öneride bulunmuş ve A da bunu kabul etmiştir. Bu sırada A'nın fiyat teklifi istediği başka bir satıcı da, aynı model makineyi 1.500 euro'ya satabileceğini belirtmiştir. Ancak A, bu öneriyi hâlihazırda B ile kurulmuş olan sözleşmeyi düşünerek geri çevirmiştir. Bu olaydan kısa bir süre sonra, B'nin açıklamada yapıldığını ve bu nedenle makineyi teslim etmeyeceğini bildirmesi üzerine A, ara dönemde piyasadaki fiyatların artması dolayısıyla aynı model makineye 1.800 euro ödemek zorunda kalmıştır. Bununla birlikte A'nın, makinenin taşınması için bir nakliye firmasıyla anlaşarak peşin 200 euro ödediği anlaşılmıştır. Ayrıca A'nın, makinenin yapacağı üretim artışını ve hızını dikkate alarak C ile satış sözleşmesi yaptığı ve sözleşmeye göre malları zamanında teslim etmediği takdirde 1.000 euro sözleşme cezası ödemeyi kabul ettiği ortaya çıkmıştır. Şu halde, A'nın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan olumsuz zararı (söz konusu zararların sözleşmenin iptali ile uygun nedensellik bağı içinde olduğu varsayılırsa) şu kalemlerden oluşmaktadır:

- Fiili zarar olarak, ifaya yönelik taşıma masrafının (200 euro) ve sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek üçüncü kişiyle yapılan sözleşmeden doğan ceza (1.000 euro) miktarının tazmin edilmesi gerekecektir.

-Yoksun kalınan kâr olarak da, sözleşmenin iptali sonucunda A'nın içinde bulunduğu maddi durum (makinenin 1.800'e alınması) ile sözleşmenin hiç

bu yönde bir seçim hakkı bulunmaktadır. O, dilerse istihkak talebi, dilerse bunun yerine tazminat talebi ileri sürebilir. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 217, 218). Diğer taraftan, şayet karşı tarafın istihkak talebi değil de, sebepsiz zenginleşme bağlamında iade talebi söz konusuysa, tazminat talebi ile sebepsiz zenginleşmeden doğan talebin yarışacağı kabul edilmektedir (Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 217, 218; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 71; Ergüne, **a.g.e.**, s. 293, 294).

kurulmadığı olasılığındaki maddi durum (makinenin 1.500'e alınması) arasındaki fark (300 euro) tazmin edilecektir. Şu halde toplam zarar miktarı 1.500 eurodur. Burada hemen işaret edelim ki, A'nın makineye ödediği 1.800 euro ile iptal edilen sözleşmede öngörülen edim miktarı (1.200 euro) arasındaki 600 euroluk farkın TBK m. 35/1 çerçevesinde tazmin edilmesi imkanı yoktur. Zira bu fark, sözleşmenin geçerliliğine olan güvenden dolayı ortaya çıkan zararı değil, sözleşmenin tam ve doğru şekilde ifa edilmemesi yüzünden uğranılan zararı oluşturmaktadır¹⁷⁰⁰. Ancak aşağıda görüleceği üzere, TBK m. 35/2 çerçevesinde hakkaniyet gerektirdiği takdirde, hâkimin bu miktara kadar ulaşabilen bir tazminata hükmetmesi de mümkündür.

2. İstisna: Olumsuz Zararı Aşan Zararların Tazmini

Yukarıda ifade edildiği üzere, TBK m. 35/1 uyarınca kusurlu yanılanın sözleşmenin iptali nedeniyle ödeyeceği tazminat, kural olarak karşı tarafın güven menfaatini (olumsuz zararını) karşılar. Ancak kanun koyucu, bu hükmü hakkaniyet ilkesi çerçevesinde tamamlayarak TBK m. 35/2 hükmünü öngörmüştür. Buna göre, hâkim, eğer somut olay adaleti gerektiriyorsa, karşı tarafın olumsuz zararını aşan miktarda tazminata (kanunun deyimiyle “*daha fazla tazminata*” ya da OR m. 26/2'deki ifadeyle “*daha fazla zararın tazmin edilmesine*”) hükmedebilecektir. Söz konusu tazminatın olumlu zarara (müspet zarara) ilişkin olduğu konusunda tartışma yoktur. Bu bağlamda, kanun koyucunun olumlu zararın daima olumsuz zarardan fazla olacağı şeklinde bir kabulden hareket ettiği söylenebilir¹⁷⁰¹. Oysaki aşağıda görüleceği üzere, bazı hallerde olumsuz zararın olumlu zarardan daha fazla olma ihtimali de söz konusudur.

Olumlu zarar, sözleşmenin borçlu tarafından hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden karşı tarafın (alacaklının) uğradığı zarar anlamına gelmektedir. Burada alacaklının zararının hesaplanması için, alacaklının malvarlığının sözleşmeye aykırılık

¹⁷⁰⁰ Benzer örnekler için bkz. Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 108; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 446.

¹⁷⁰¹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 317; Koller, **AT**, § 14 N. 140; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 8; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 15; Huguenin, **AT**, N. 593; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 440; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 450; Ergüne, **a.g.e.**, s. 63; Ergüne, **a.g.m.**, s. 917, 918. Söz konusu maddede, sözleşmenin iptal nedeniyle geçersiz olmasına rağmen, zarar görenin normalde geçerli bir sözleşmede gündeme gelebilecek ifa menfaatinin karşılanması öngörülerek, kural dışı bir hüküm getirildiği ileri sürülmektedir (bkz. Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 108 dn. 222). Zira iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte geriye etkili olarak kesin hükümsüz olan sözleşmeden herhangi bir hak ya da borç doğmayacağından, normalde ne edimin ifasından ne de sözleşmeye aykırılıktan doğan zarardan bahsetmek mümkündür (bkz. Huguenin, **Vertragsmängel**, s. 74).

sonucundaki fiili durumu ile sözleşmeye uygun davranılsaydı içinde bulunacağı farazi durum karşılaştırılmaktadır¹⁷⁰². Şu halde denilebilir ki, yanılanın karşı tarafın ifa menfaatini tazmin ettiği hallerde, aslında yanılan için sözleşmenin iptalinin pratikte hiçbir önemi kalmamaktadır. Zira bu durumda karşı taraf, sözleşme geçerli olsaydı ve ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma getirilmektedir¹⁷⁰³.

TBK m. 35/2 çerçevesinde gözden kaçırılmaması gereken nokta, hükmedilecek “daha fazla tazminatın” mutlaka olumlu zarar miktarında olma zorunluluğunun bulunmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, hâkimin olumlu zararın tamamından daha az miktarda tazminata hükmetmesi de mümkündür. Bu bakımdan, olumlu zarar miktarı, hâkimin takdir yetkisinin en üst sınırını teşkil etmektedir. Söz konusu hüküm çerçevesinde hâkimin yapması gereken, mutlaka olumlu zararın tamamının değil, bu zararın ancak hakkaniyetin gerektirdiği kadarki kısmının tazminine hükmetmektir¹⁷⁰⁴. Şu halde, hükümden anlaşılması gereken, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, yanılanın olumsuz zararı aşan ve olumlu zarar miktarına kadar yükseltilebilen miktarda tazminat ödemekle yükümlü olabileceğidir. Ancak hemen belirtelim ki, hâkimin hem olumlu zararın hem de olumsuz zararın bir kısmını dikkate alarak tazminat miktarını belirlemesi mümkün değildir. Zira bu zarar türleri farklı esaslara tabi olarak hesaplandığından, aynı tazminat sorumluluğu içinde birarada bulunma ihtimalleri yoktur. Buradan çıkan bir diğer sonuç, karşı tarafın hem olumsuz hem olumlu zararının birlikte tazmin edilme imkanının söz konusu olamayacağıdır¹⁷⁰⁵.

Hâkimin TBK m. 35/2 çerçevesinde gerçekleştireceği hakkaniyet değerlendirmesi, her somut olayın özelliklerine göre farklı sonuçlara yol açabilir. Bu bağlamda, özellikle yanılanın yanılmasında ağır ihmalli olması, karşı tarafın ekonomik bakımdan zor durumda bulunması ya da yanılanın mali yönden oldukça elverişli

¹⁷⁰² von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 86; Koller, **AT**, § 14 N. 142; Keller, **a.g.e.**, s. 4, 5; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 426; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 592; Eren, **BG**, 1082; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 386; Ergüne, **a.g.e.**, s. 55, 57.

¹⁷⁰³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 317; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 15; Brox / Walker, **AT**, N. 446; Reiser, **a.g.e.**, N. 93; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 440; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 193. Hatta denilebilir ki, kanun koyucu bu istisnai hükümde, kusurlu esaslı yanılma ile esaslı olmayan (adi) yanılmayı aynı kefeye koymaktadır (Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 15).

¹⁷⁰⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 317; Koller, **AT**, § 14 N. 140; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 15; Reiser, **a.g.e.**, N. 94; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 440; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 108; Ergüne, **a.g.m.**, s. 918; Tiftik, **Tazminat**, s. 400.

¹⁷⁰⁵ Koller, **AT**, § 14 N. 142; Ergüne, **a.g.e.**, s. 167; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 450; Ergüne, **a.g.m.**, s. 922, 223.

şartlarda yaşaması halleri, hâkimin olumsuz zarar miktarını aşan tazminata hükmetmesine dayanak teşkil edebilir¹⁷⁰⁶.

3. Tazmin Edilecek Olumsuz Zararın Olumlu Zarar Miktarıyla Sınırlandırılması Sorunu

Karşı tarafın sözleşmenin iptali nedeniyle uğradığı olumsuz zararın olumlu zarardan fazla olması halinde, hükmedilecek tazminatın her hâlükârda olumlu zarar miktarıyla sınırlı olup olmayacağı; daha sade bir söylemle, olumlu zararın her zaman için yanılanın ödeyeceği tazminat miktarı açısından üst limit teşkil edip etmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Öncelikle belirtelim ki, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan olumsuz zarar, pratikte çoğu zaman olumlu zarardan daha az olur. Hatta TBK m. 35/2’de dahi bu genel kabulün bir yansımasını görmek mümkündür. Ancak bazı hallerde, olumsuz zararın daha fazla olması ihtimal dahilindedir. Söz gelimi, duygusal veya manevi sebeplerle bir mal için piyasa değerinin çok üstünde bir bedel ödenmesi veya sözleşmenin kurulması ya da ifası için yapılan masrafların aşırı boyutlarda olması gibi olasılıklarda böyle bir durumla karşılaşılabilir¹⁷⁰⁷. Şu halde, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü bu konuda sorulacak soru şu olmalıdır: Acaba sözleşmeyi iptal eden yanılanın, şayet sözleşmeyi onasaydı ve buna rağmen edimini ifa etmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmesi kabul edilmeli midir?¹⁷⁰⁸ Buna izin verildiği takdirde, yanılanın sözleşmeyi iptal etmeyip, sözleşmede kalmayı ve fakat ifa etmemeyi tercih edeceği söylenemez mi?

Alman hukukunda, sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarara ilişkin tazminat miktarı olumlu zarar miktarı ile sınırlandırılmıştır. § 122/1 BGB’de (aynı şekilde yetkisiz temsil ihtimaline ilişkin § 179/2 BGB) bu husus, “*fakat tazminat miktarı, karşı tarafın ya da üçüncü kişinin açıklamanın geçerliliği halinde elde edecekleri menfaati aşamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükmün amacının, sözleşmenin geçerliliğine olan güveni boşa çıkmış tarafın, sözleşme geçerli olsaydı

¹⁷⁰⁶ Bucher, AT, s. 218; Koller, AT, § 14 N. 139, 141; Schwenger, BasKomm, Art. 26 N. 8; Koller, Gute und Böse Glaube, N. 443; Reiser, a.g.e., N. 94 vd.

¹⁷⁰⁷ Koller, AT, § 14 N. 144; Koller, Gute und Böse Glaube, N. 451, 452; Gonzenbach, a.g.e., s. 212 vd.; Ergüne, a.g.e., s. 353 vd.

¹⁷⁰⁸ Koller, AT, § 14 N. 145; Kocayusufpaşaoğlu, BG, s. 448; Ergüne, a.g.e., s. 353.

içinde bulunacağı konumdan daha iyi bir duruma sahip olmaması gerektiği düşüncesi olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁰⁹. Buna karşın, İsviçre hukukunda (OR m. 26) ve eBK m. 26'da ise, bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen, kanun koyucu, TBK m. 35/2'de Alman hukukundakine benzer bir ibareye yer vermiş ve hâkimin, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, “*ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*” daha fazla tazminata karar verebileceğini belirtmiştir¹⁷¹⁰. Bu noktada, söz konusu hükmün nasıl yorumlanacağı sorusu önem kazanmaktadır. Ancak bu yönde sağlıklı bir sonuca varabilmek için, öncesinde doktrinde bu konuda öne sürülen görüşleri ve bu görüşlerin dayandığı argümanları incelemek yararlı olacaktır.

Bu konudaki birinci görüş, Alman hukukundaki kuralın aynı şekilde İsviçre-Türk hukukunda da uygulanması gerektiğini ve dolayısıyla TBK m. 35 uyarınca hükmedilecek tazminat miktarının, her hâlükârda olumlu zarar miktarıyla sınırlı olacağını savunmaktadır¹⁷¹¹. Zira aksi halde, sözleşmenin iptal edilmesinin hiçbir anlamı olmadığı gibi, zarar gören tarafın, şayet sözleşme geçerli olsaydı sahip olacağı menfaatlerden daha fazlasına hak kazanabilmesi gibi hakkaniyete aykırı bir sonuç da ortaya çıkacaktır¹⁷¹².

Söz konusu tartışmaya ilişkin bizim de dahil olduğumuz hâkim görüş ise¹⁷¹³, böyle bir sınırlamanın söz konusu olamayacağını savunmaktadır. Zira olumlu ve

¹⁷⁰⁹ Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 784; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 156; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 122 N. 21; Brox / Walker, **AT**, N. 447; Schwab / Löhnig, **a.g.e.**, N. 591; Ergüne, **a.g.e.**, s. 353, 354; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 265.

¹⁷¹⁰ Eski Borçlar Kanunu m. 26/2 (OR m. 26): “Eğer hakkaniyet icabederse hâkim, mutazarrır olan tarafın lehinde daha fazla tazminata hükmedebilir”.

¹⁷¹¹ Olumsuz zarara ilişkin tazminat talebinin açıkça olumlu zarar miktarıyla sınırlandırıldığı bir düzenleme, ilan yoluyla ödül sözü vermeye ilişkin TBK m. 9/2'de karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, “*ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz*” (Bu konuda ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 257 vd.; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 204, 205). Diğer taraftan, Yargıtay'ın, (temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına ilişkin) bir kararında, tazminat miktarının her hâlükârda olumlu zararla sınırlı olacağına işaret ettiğini ayrıca belirtelim (Y. 15. HD., 28.9.1993, E. 1992/5474, K. 1993/3691, YKD. 1994, S. 8, s. 1298).

¹⁷¹² Keller, **a.g.e.**, s. 249 vd.; Becker, **BerKomm**, Art. 26 N. 5; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 213 dn. 64'de anılan yazar.

¹⁷¹³ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 23, 29; Bucher, **AT**, s. 379 dn. 200; Schwenzler, **BasKomm**, Art. 26 N. 7; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 14; Glasl, **a.g.e.**, s. 118 vd.; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 449 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 213; Reiser, **a.g.e.**, N. 92; Buz, **Dönme**, s. 278; Ergüne, **a.g.e.**, s. 360; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 265, 266; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 350; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 268; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 448; karşı. Koller, **AT** § 14 N. 145. Öte yandan, bu görüşe bir ölçüde yakın duran diğer bir görüşe göre, burada olumsuz zarar kalemlerine göre bir ayrıma gidilmelidir. Buna göre, yoksun kalınan kâra (kaçırılan elverişli sözleşme yapma fırsatlarına) ilişkin olumsuz tazminat talebinin, olumlu zarar

olumsuz zarar kavramları, doğaları gereği birbiriyle zıt iki farklı nedensellik bağı içermekte ve farklı ihlal olgularından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, daha önce de belirtildiği üzere, olumsuz zarar, prensip olarak sözleşmenin hükümlerinin doğuracağına ilişkin güven menfaatini korumayı amaçlarken; olumlu zarar, alacaklının geçerli bir sözleşmedeki ifa menfaatini esas almaktadır. İlkinde, sözleşme öncesi uyandırılan güvenin boşa çıkarılması söz konusu olup, ikincisinde hükümlerini doğuran bir sözleşmenin ifa edilmemesi gündeme gelmektedir. Şu halde, karakteristik yapıları farklı olan ve farklı yöntemlerle hesaplanan bu iki bağımsız tazminat türünün birbirini sınırlaması kabul edilemez¹⁷¹⁴. Ayrıca, böyle bir sınırlamanın kabul edilmesi hakkaniyete ve TBK m. 35 hükmünün amacına da aykırı olacaktır. Çünkü sözleşmenin iptaliyle birlikte ulaşılması gereken asıl amaç, tarafların malvarlığı durumlarının eski hale iadesidir ve bu da, tasfiye ilişkisiyle birlikte, zarar gören tarafın güveninin boşa çıkması sonucunda uğradığı olumsuz zararlarının tamamen tazmin edilmesiyle gerçekleşir¹⁷¹⁵. Sonuç itibarıyla, sözleşmenin iptal edilmesi halinde, karşı tarafın olumsuz zarara ilişkin tazminat talebinin olumlu zarar miktarıyla sınırlı olmadığı kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, olumlu zarar miktarı, karşı tarafın bu miktarı aşan olumsuz zararına ilişkin tazminat talebine sınır teşkil etmez. Ancak önemle belirtelim ki, bazı hallerde somut olayın şartları çerçevesinde, olumsuz zarara ilişkin tazminatın sınırlanması mümkündür. Bu noktada devreye girecek hükümler, tazminatın belirlenmesinde ve indirilmesinde hâkime takdir yetkisi tanıyan TBK m. 51 ve m. 52'dir. Buna göre, durumun gereğini dikkate alacak olan hâkim, zarar gören tarafın talep ettiği olumsuz zarara ilişkin tazminat miktarında indirime gidebilecektir¹⁷¹⁶.

Bu açıklamalardan sonra, TBK m. 35/2'nin nasıl anlamlandırılması gerektiği sorusuna tekrar dönersek, hükümdeki "*hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*" ibaresinin iki farklı şekilde yorumlanabileceği

miktarıyla sınırlanması gerekir. Buna karşın, sözleşmenin kurulması ya da ifaya hazırlık masrafları gibi fiili zarar kalemlerinde ise, böyle bir sınırlama söz konusu olmamakta; hâkimin olumlu zararı aşan tazminat miktarına hükmetme imkanı bulunmaktadır (Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 154, 155.)

¹⁷¹⁴ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 213 vd.; Glasl, **a.g.e.**, s. 118 vd.; Buz, **Dönme**, s. 278; Ergüne, **a.g.e.**, s. 360; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 265, 266; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 448.

¹⁷¹⁵ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 22, 23; Ergüne, **a.g.e.**, s. 360.

¹⁷¹⁶ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 317; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 31 N. 24; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 7; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 453; Kocayusufoğlu, **BG**, s. 448; Ergüne, **a.g.e.**, s. 364 vd.

söylenebilir¹⁷¹⁷. Bir yoruma göre, bu hüküm, karşı tarafın talep edeceği tazminat miktarının, her zaman olumlu zarar miktarıyla sınırlı olacağını öngörmektedir¹⁷¹⁸. Bu itibarla, gerek olumsuz zararın olumlu zarardan yüksek olduğu hallerde gerekse olumsuz zararın olumlu zarardan düşük olduğu ve fakat hakkaniyet gereği daha fazla tazminata hükmedilmesi gereken hallerde, ifa menfaati, tazminat miktarı açısından her hâlükârda üst sınır teşkil edecektir. Hatta burada, şu yönde bir akıl yürütme de yapılabilir: Tazminat, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda bile, ancak olumlu zarar miktarına kadar hükmedilebiliyorsa, böyle bir gerekliliğin ortaya çıkmadığı (TBK m. 35/1 kapsamındaki) tazminat taleplerinde, bu sınır evleviyetle uygulanmalıdır. Öte yandan, hükmün şu şekilde yorumlanması da mümkündür¹⁷¹⁹: Hükümde zikredilen olumlu zarar sınırı, sadece hakkaniyetin daha fazla tazminata hükmedilmesini zorunlu kıldığı hallerde uygulanır. Bu haller de, olumsuz zararın olumlu zarardan az olduğu ve somut olay adaletinin olumsuz zarardan daha fazla zararın tazminini gerektirdiği hallerdir. Dolayısıyla, karşı tarafın uğradığı olumsuz zararın olumlu zarar miktarını aştığı hallerde, TBK m. 35/2'nin işaret ettiği hakkaniyet şartı gerçekleşmez ve buna bağlı olarak, olumlu zarar miktarı, yanılanın ödeyeceği tazminat miktarına üst limit teşkil etmez. Sonuç olarak, bu hüküm çerçevesinde dikkat edilmesi gereken, burada olumsuz zarara ilişkin tazminatın, olumlu zarar miktarıyla sınırlanmasının değil, karşı taraf lehine hükmedilecek tazminatın en fazla olumlu zarar miktarına kadar artırılabilmesinin öngörüldüğüdür. Bu açıklamalar ışığında, dahil olduğumuz hakim görüşle örtüşen ve kanaatimizce menfaatler dengesini daha iyi gözetten ikinci yoruma üstünlük tanınmalıdır.

¹⁷¹⁷ TBK m. 35'in gerekçesinde, maddede yapılan değişikliğin sebebi, uygulamadaki duruma referans verilerek açıklanmaya çalışılmıştır; “*Maddenin ikinci fıkrasında ise, hâkimin, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, yanılanı diğer tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan olumsuz zararını aşabilmekle birlikte, onun ifadan beklenen yararını, yani olumlu zararını aşmaması kaydıyla, daha fazla tazminat ödemekle yükümlü kalacak bir tazminat kararı da verebileceği belirtilmiştir. Nitekim, uygulamada da durum bu yöndedir*”. Ayrıca belirtelim ki, TBK m. 35/2'deki durumun bir benzeri yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 47/2'de düzenlenmektedir; “*hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir*”. Ancak ilginç olan, kanun koyucunun, TBK m. 35/2'de zikrettiği “*ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*” ibaresine bu hükümde yer vermemiş olmasıdır.

¹⁷¹⁸ Örneğin bu yönde bkz. Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 108.

¹⁷¹⁹ Örneğin bu yönde bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 215 vd.; Ergüne, **a.g.e.**, s. 357 vd.

D. Tazminat Sorumluluğunun Ortadan Kalkması

1. Karşı Tarafın (Muhatabın) İyiniyetli Olmaması Durumunda Tazminat Sorumluluğunun Ortadan Kalkması (TBK m. 35/1 c. 2)

İsviçre-Türk kanun koyucusu, yanılanın sözleşmenin iptali nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararları tazmin etme yükümünü, kusur sorumluluğu esasına bağlamış; diğer bir deyişle, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine ilişkin güven menfaatinin, ancak yanılanın yanılmasında kusurlu olması halinde korunacağını kabul etmiştir. Bununla birlikte, karşı tarafın korunmaya değer bir güveninin bulunmadığı hallerde ise, yanılmaya kusurluyla düşmüş olsa dahi, yanılanın tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu husus, TBK m. 35/1 c. 2’de (OR m. 26/1) “*Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez*” şeklinde düzenlenmektedir.

Bu bağlamda, yanılanın tazminat sorumluluğunun ortadan kalkması için, karşı tarafın sözleşmenin kurulması sırasında yanılmayı bilmesi veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması gerekir. Bu durum aynı zamanda, yanılanın tazminat sorumluluğunun doğması için, karşı tarafın ayrıca iyiniyetli (TMK m. 3, ZGB, m. 3) olması gerektiği anlamına gelmektedir¹⁷²⁰. Dolayısıyla, karşı taraf, yanılanın sözleşmeyi gerçeğe uygun olmayan bir tasavvur sonucunda yaptığını; başka bir deyişle onun sözleşme kuruluşu sırasında (sözleşme görüşmelerinde) hataya düştüğünü biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, güven korumasından yararlanamayacaktır. Karşı tarafın yanılmayı bildiği ya da bilmesi gerektiğinin ispat yükü ise yanılana aittir¹⁷²¹. Zira kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı hallerde asıl olan iyiniyetin varlığı olup, iyiniyetin bulunmadığını, bunu iddia eden kimsenin ispatlaması gerekir.

¹⁷²⁰ Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 16; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 45, 427; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 148, 149; Reiser, **a.g.e.**, N. 84; Eren, **BG**, s. 412; Ergüne, **a.g.e.**, s. 158, 159; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 188; Uygur, **a.g.e.**, m. 35, s. 347. Söz konusu hükmün Alman hukukundaki paraleli § 122/2 BGB’dir. Burada da aynı şekilde, karşı tarafın yanılmayı (iptal sebebini) bilmesi veya ihmali sonucunda bilmemesi halinde, tazminat talebinde bulunamayacağı öngörülmektedir. Zira yanılmayı bilen ya da bilmesi gereken kimsenin “güven” zararından bahsedilme imkanı yoktur (Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 785; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 11, 153; Staudinger / Singer, **a.g.e.**, § 122 N. 17, 18). Öte yandan, TBK m. 35/1 c. 2 bağlamında iyiniyetin, karşı tarafın yanılmayı sadece bilmemesi (ve bilemeyecek durumda olması) olarak değil, yanılmanın bulunmadığına güvenmesi ve bu konuda herhangi bir şüphesinin söz konusu olmaması şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 438.

¹⁷²¹ Schwenzer, **BasKomm**, Art. 26 N. 10; Reiser, **a.g.e.**, N. 99, 104.

TBK m. 35/1 c. 2'deki bu hükmün pratik önemi, sadece saikte yanılmalarda (temel yanılmalarında ve esaslı nitelik yanılmalarında) söz konusu olacaktır. Zira irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumlanacak olması, bu hükmün açıklamada yanılmalara uygulanma ihtimalini en baştan bertaraf eder¹⁷²². Gerçekten, daha önce de sıklıkla işaret ettiğimiz üzere, şayet karşı taraf, açıklama sahibinin gerçek iradesinden sapan bir açıklamada bulunduğunu fiilen biliyor ya da dürüstlük kuralına göre bilmesi gerekiyorsa, artık yanılma hükümlerinin uygulanma şansı kalmamakta, sorun TBK m. 1 çerçevesinde halledilmektedir. Buna göre, eğer karşı taraf yanılmayı bilmesine ya da bilmesi gerekmesine rağmen açıklama sahibinin gerçek iradesini bilmiyor ve bilebilecek durumda değilse sözleşme kurulmamıştır. Buna karşın, eğer karşı taraf açıklamada yanılmanın dışında, ayrıca gerçek iradeyi de biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, sözleşme açıklama sahibinin gerçek iradesi üzerinden kurulacağından, yine yanılmanın varlığından söz açılmayacaktır¹⁷²³.

Bu çerçevede aydınlatılması gereken bir diğer konu da, karşı tarafın yanılmayı bildiği veya bilmesi gerektiği her durumda yanılmanın tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmak yerine, tazminat miktarında indirim gidilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, iki tarafın da birlikte kusurunun söz konusu olduğu durumlarda, kusur oranlarına göre tazminat miktarında indirim gidilip gidilmeyeceği, TBK m. 35 çerçevesinde önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre¹⁷²⁴, maddenin lafzı açıktır ve birlikte kusur ihtimalinde hâkimin indirim yapma yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla iki tarafın da ihmalinin olduğu bu gibi hallerde, sözleşmenin iptalinden doğan zarara, yanılmayı bilen ya da bilmesi gereken taraf katlanacak; yani TBK m. 52/1'e (OR m. 44/1) göre

¹⁷²² Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 17; Bucher, **AT**, s. 218 dn. 80; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 4, 5; Schwenger, **AT**, N. 39.32; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 851; Koller, **AT**, § 14 N. 133; Kramer, **BerKomm**, Art 1 N. 149; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 427; Reiser, **a.g.e.**, N. 85; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 130; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 451; Oğuzman / Öz, **BG I**, s. 109. *Eren*'in, burada herhangi bir ayrıma gitmeyerek, söz konusu hükmün pratik anlamının ve uygulama imkanının bulunmadığı yönündeki görüşüne katılma imkanı göremiyoruz (Eren, **BG**, s. 412).

¹⁷²³ Bu konuda bkz. yuk. 1. Bölüm, IV, B, 2.

¹⁷²⁴ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316 dn. 52; Flume, **AT**, s. 424; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 192; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 349; Schwarz, **BG**, s. 315, 316.

zararın paylaştırılması imkanı söz konusu olmayacaktır. Federal Mahkeme'nin 1943 tarihli eski bir kararında da aynı görüşü benimsediği görülmektedir¹⁷²⁵.

Hâkim görüşe göre¹⁷²⁶, birlikte kusurun söz konusu olduğu durumlarda TBK m. 35/1 c. 2'nin lafzına rağmen, tarafların kusur oranlarına göre tazminatta indirimle gidilmesi gerekir. Bu maddede yanılanın tazminat sorumluluğu düzenlenirken, karşı tarafın yanılmayı "fiilen bilmesi" ile "bilmesi gerekmesi" arasındaki ayrım gözden kaçırılmış olduğundan, söz konusu hüküm, tazminat hukukunun temel prensiplerine uygun olarak yorumlanmalıdır. Zira yanılanın ağır ihmalinin bulunduğu ve fakat karşı tarafın hafif ihmalinin söz konusu olduğu hallerde, yanılanın tazminat sorumluluğunun tamamen kalkmasına izin vermek hakkaniyet düşüncesiyle de bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, bu ihtimallerde hâkimin, TBK m. 114/2'nin (OR m. 99/2) atfı gereğince, TBK m. 52/1 (OR m. 44/1) çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak tazminat miktarını indirebilmesi mümkündür. Fikrimizce, hem hukuk tekniği hem de menfaatler dengesi açısından bu görüşün üstün tutulması daha yerinde olacaktır. Şu halde söz konusu hüküm, bu doğrultuda dar yorumlanmalı ya da son çare olarak, örtülü boşluk bulunduğu kabul edilerek amaca uygun sınırlandırma yoluna gidilmelidir.

Örneğin alıcı, yüksek bir bedel karşılığında orijinal *van Gogh* portresi olduğuna düşünerek bir tablo satın almıştır. Ancak daha sonra bu tablonun başarılı bir imitasyon olduğu anlaşıldığında, alıcı haklı olarak esaslı nitelik yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal etmiştir. Bunun üzerine satıcı, alıcının söz konusu tablonun gerçekten *van Gogh*'a ait olmadığını anlaması gerektiğini iddia ederek, TBK m. 35 uyarınca olumsuz zararının tazmin edilmesini talep etmiştir. Buna karşın alıcı ise, tazminat sorumluluğunun doğmadığını; zira satıcının sözleşmenin kurulması sırasında bu

¹⁷²⁵ BGE 69 II 234 (servat.unibe.ch). Ancak Federal Mahkeme, daha yeni tarihli bir kararında bu konuyu açık bırakmıştır (BGE 113 II 25, bger.ch).

¹⁷²⁶ Bucher, **AT**, s. 218; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 25; Schwenger, **BasKomm**, Art. 26 N. 6; Schwenger, **AT**, N. 39.33; Koller, **AT**, § 14 N. 134; Guhl / Koller, **a.g.e.**, § 14 N. 26; Becker, **BerKomm**, Art. 26 N. 4; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 149; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 851; Medicus / Petersen, **a.g.e.**, N. 785; Reiser, **a.g.e.**, N. 89; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 451; Ergüne, **a.g.e.**, s. 160, 161; Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 41; karş. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 190. Yargıtay'ın rahatlıkla bu yönde değerlendirilebilecek bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalının hataya düşmesi olgusuna karşı dosyadaki bilgi ve belgeler ile deliller, en önemlisi somut olayın kendisine özgü oluşumu değerlendirildiğinde; davacının da örtülü kalan tutum ve davranışları gözden kaçırılmadığında, hata ile sözleşmenin hükümsüz kalmasından kaynaklanan davacının zararı hesaplanırken hakkaniyet ve nesafet kurallarınca yeterli ve akla uygun miktarda indirim yapılması gerekir" (YHGK., 20.9.2000, E. 2000/19-1121, K. 2000/1152, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tablonun orijinal olmadığını bildiğini ileri sürmüştür. İki tarafın iddialarının da doğru olması halinde, TBK m. 35 gereğince alıcı herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır. Ancak, alıcı yanılmaya ağır ihmaliyle düşmüşse ve satıcının yanılmayı bilmediği ve fakat gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğu (hafif ihmali bulunduğu) söylenebiliyorsa, varılacak sonucun farklı olması gerekir. Bu halde, satıcının yanılmayı “bilmesi gerekmesi”, yanılanın tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacak, tazminattan bu oranda indirimine gidilmesi gerekecektir¹⁷²⁷.

Buraya kadarki açıklamalardan şu şekilde sonuç çıkarılması mümkündür: Yanılan yanılmasında kusurlu olsa dahi, şayet karşı taraf bu yanılmayı sözleşmenin kurulması sırasında biliyorsa veya bizzat karşı taraf yanılmaya yol açmışsa¹⁷²⁸, yanılanın sözleşmenin iptalinden doğan herhangi bir tazminat borcu gündeme gelmeyecektir. Sorumluluğu ortadan kaldıracak bir diğer ihtimal de, iki tarafın da aynı kusurla aynı yanılmaya düşmesidir¹⁷²⁹. Öte yandan, yanılanın ağır ihmaline karşı diğer tarafın hafif ihmali söz konusuysa, yanılanın tazminat sorumluluğu söz konusu olacak ve fakat tazminatta indirimine gidilecektir.

Son olarak, yanılanın ödeyeceği tazminatın indirimine uğramasına neden olabilecek bir diğer ihtimal, karşı tarafın yanılmayı yanılardan daha önce öğrendiği, fakat bu durumu ona bildirmediği hallerde gündeme gelebilecektir. Şöyle ki, sözleşmenin kuruluşu sırasında yanılmayı bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen karşı tarafın, şayet sözleşmenin kurulmasından sonra bu yanılmayı öğrenmesi halinde, dürüstlük kuralı gereğince yanılanı bu konuda uyarması gerekir. Aksi halde, karşı tarafın, sözleşmenin iptali nedeniyle uğradığı zararın doğmasına ya da artmasına etkide bulunduğu sonucuna varılacak ve bu davranışı, “zararı azaltma külfetini” yerine getirmedeği yönünde değerlendirilecektir. Buna bağlı olarak, karşı tarafın, zararın ortaya çıkmasında yanılanla birlikte kusurlu olduğu sonucuna varılacak ve böylece

¹⁷²⁷ Koller, **AT** § 14 N. 135; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 436.

¹⁷²⁸ Hatta bu olasılıkta, sözleşmeyi iptal eden yanılanın, kendisini yanıltan kusurlu karşı taraftan tazminat talep edebilmesi dahi mümkündür. Bu konuda bkz. aş. 3. Bölüm, VI, D, 2.

¹⁷²⁹ von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, s. 316; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 26; karşı. BGE 113 II 25 (bger.ch).

yanılanın TBK m. 35'e göre ödeyeceği tazminat miktarı, karşı tarafın kusuru oranında (TBK m. 52/1 uyarınca) indirime uğrayacaktır¹⁷³⁰.

2. Özel Durum: Yanılanın Karşı Taraftan Tazminat Talep Etmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, yanılanın esaslı yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkı, onun yanılmada kusurlu olup olmamasına bağlı değildir. Ancak yanılanın bu görece elverişli durumu, alışveriş hayatının güvenliği ve karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu haklı güven dikkate alınarak, TBK m. 35 (OR m. 26) hükmü sayesinde dengelenmektedir. Böylece, yanılan yanılmaya kusuruyla düşmüşse, karşı tarafın sözleşmenin iptal edilmesinden doğan zararlarını tazmin etmek zorunda kalmaktadır. Yanılanın sorumluluktan kurtulması ise, yukarıda işaret edildiği üzere, TBK m. 35/1 c. 2 çerçevesinde karşı tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasında yanılmayı bilmesi ya da bilebilecek durumda olması halinde gündeme gelmektedir.

Ancak önemle belirtelim ki, yanılanın kendi kusuruyla yanılmaya düşmediği, yanılmaya bizzat karşı tarafın yol açtığı hallerde, yanılanın tazminat talep edip edemeyeceğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Denilebilir ki, kanun koyucu, meseleye sadece yanılanın tazminat sorumluluğu açısından bakmış ve karşı taraf “*yanılmayı biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez*” demekle yetinmiştir. Ayrıca, karşı tarafın yanılma hükümleri çerçevesinde tazminat ödemekle yükümlü olup olamayacağı hiç belirtilmemiş; onun tazminat sorumluluğu sadece TBK m. 36'daki aldatma ihtimaline indirgenmiştir. Hâlbuki karşı tarafın diğer tarafı (yanılanı) aldatmadan da kusuruyla yanılması mümkündür¹⁷³¹. Farklı şekilde ifade edersek, karşı tarafın yanılmaya yol açtığı her ihtimalde, onun diğer tarafı aldattığını söylemek doğru değildir. Zira aldatmanın varlığı için, yanılanın aldatma “kastıyla” yanılması gerekmektedir. Oysaki karşı tarafın, örneğin aydınlatma ve bilgi verme yükümünü “ihmalıyla” yerine getirmemesi sonucunda yanılmaya yol açması da mümkündür. İşte bu durumda, yanılan taraf sözleşmeyi iptal etmekle birlikte, karşı taraftan, sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güvenin boşa çıkması

¹⁷³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 129, 130; Koller, **Gute und Böse Glaube**, N. 441; Kocayusufpaşaoğlu, **BG**, s. 452; Ergüne, **a.g.e.**, s. 161; karşı. Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 21.

¹⁷³¹ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 228, 229; Kramer, **Irrtum**, N. 111, 112; Oser / Schönenberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 9; Zehnder, **a.g.e.**, s. 168; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 115 vd.; Ergüne, **a.g.e.**, s. 244, 245; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 216.

nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir¹⁷³². Tıpkı kusurlu yanılanın sorumluluğu gibi, kusuruyla yanılmaya sebebiyet veren karşı tarafın sorumluluğu da *culpa in contrahendo*'ya dayanmaktadır. Bu bağlamda, sözleşme görüşmelerindeki davranış yükümünü ihlalden kaynaklanan sorumluluk için her türlü kusur yeterli olmaktadır¹⁷³³. Yani, aldatmadaki durumun aksine, burada özel bir kusur türünün (kastın) varlığına gerek yoktur.

Konuyu daha önce verdiğimiz şu örnek üzerinden canlandırmak mümkündür: Teknolojik aletler konusunda yeterli bilgisi olmayan alıcı, belirli bir ihtiyacına yönelik bir alet almak istediğini ve bunu hangi amaçla kullanmayı arzu ettiğini satıcıya bildirmesine rağmen, bedeli oldukça fazla olan bu aleti bir an önce satarak para kazanmak isteyen satıcı, bu konuda özensizce yanlış bilgiler vermiştir. Alıcı da, satıcının açıklamalarına güvenerek söz konusu aleti satın almıştır. Daha sonra, söz konusu aletin tamamen farklı bir fonksiyon ifa ettiği ve alıcının hiç işine yaramadığı anlaşıldığında, alıcı, satıcıya sözleşmeyi iptal ettiğini ve daha önce verdiği bedelin iadesini istediğini bildirmiştir. Şu halde, hataya düşmekte kusuru olmayan alıcının,

¹⁷³² Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 62, 63, 228, 229; Schwenger, **AT**, N. 39.39; Kramer, **Irrtum**, N. 112; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 417; Oser / Schönerberger, **ZürKomm**, Art. 26 N. 9 (yazarlara göre bu imkan, kanunda açık hüküm olmadığından TBK m. 49 vd.'ndaki haksız fiil hükümlerine dayanmaktadır); Ergüne, **a.g.e.**, s. 244, 245; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 216; karşı. Schwenger, **BasKomm**, Art. 28 N. 11. Bazı uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu yönde düzenleme öngörüldüğü dikkat çekmektedir (bkz. PECL m. 4:117/1, PICC m. 3.2.16, DCFR II.-7:214/1). Yanılmanın karşı tarafın ihmali sonucunda ortaya çıktığı durumlara, karşılaştırmalı hukukta ne gibi sonuçlar bağlandığı konusunda ayrıca bkz. Dieter Henrich, "Die unbewußte Irreführung", **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1963/162, s. 88-104, s. 90 vd.

¹⁷³³ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 146; Keller, **a.g.e.**, s. 104. Burada şu noktanın altını çizmek gerekir: Sözleşme görüşmelerinde iki taraf da, güven ilişkisinin bir gereği olarak gerekli özeni göstermeli, birbirlerine doğru bilgi vermeli ve diğer tarafın yanıldığını fark ettiğinde bunu açıklamalıdır. Dolayısıyla özensiz davranan taraf, kendi özensizliğinin sonucuna da katlanır. Ancak hemen işaret edelim ki, sözleşme görüşmelerinde kimsenin diğer tarafın yanılmaya düşüp düşmediğini araştırma yükümü yoktur (Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 104; Schmidlin, **BerKomm**, Art. 26 N. 19; Merz, **Vertrag**, s. 80; Wolf / Neuner, **a.g.e.**, § 41 N. 11). Kim kendi kusuruyla hataya düşüyse, bunun sonuçlarından kendisi sorumludur; daha özlü bir şekilde ifade etmek gerekirse, "kendi düşen ağlamaz".

Alman hukukunda, bir tarafın diğer tarafı ihmali sonucunda hataya düşürmesi halinde, aldatma hükmünün (§ 123 BGB) uygulanamayacak olması ve bu sistemde açık bir temel yanılması hükmünün bulunmaması dolayısıyla, doktrinde bu durumlar için çeşitli çözüm yolları önerilmektedir. Henrich'e göre, burada uygulama alanı bulabilecek üç alternatif söz konusudur. İlk olarak, işlem temelinin çökmesi kurumuna dayanılabilir. İkinci olarak, § 242 BGB'deki dürüstlük kuralı hükmünden hareket edilebilir. Buna göre, kastı olmadan (ihmal ile) yanılmaya yol açan karşı tarafın, daha sonra aynı sözleşmeden kaynaklanan borcun ifasını talep etmesi çelişkili davranış yasağına takılır. Üçüncü bir yol ise, karşı tarafın bu hareketinin, taraflar arasında sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan güven ilişkisini ihlal ettiğine dayanılarak, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna başvurulmasıdır. Bu bağlamda, yanılan tarafın, davranış yükümünü yerine getirmeyen taraftan tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır (Henrich, **Irreführung**, s. 97 vd.).

sözleşmenin iptaliyle birlikte satıcıya herhangi bir tazminat ödemeyeceğinde kuşku yoktur. Ayrıca rahatlıkla görüleceği üzere, sözleşmedeki yanılmaya bizzat satıcının ihmali yol açmış; diğer bir ifadeyle, satıcı alıcıyı hataya düşürmüştür. Bu durumda, sözleşmeyi iptal eden alıcı, sözleşme görüşmelerindeki (dürüstlük kuralından kaynaklanan) davranış yükümüne aykırı davranan satıcıdan olumsuz zararının tazminini talep edebilecektir¹⁷³⁴. Şayet satıcının, aydınlatma yükümünü kasten yerine getirmediği söylenebiliyorsa, bu durumda aldatma hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Daha önce belirttiğimiz üzere, aldatmanın varlığı halinde, alıcının (yanılanın) seçimlik olarak yanılma hükümlerine (esaslı yanılmanın şartlarının mevcut olması kaydıyla) dayanabilme imkanı da bulunmaktadır. Bu bağlamda, aldatmanın varlığına rağmen yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal eden alıcının, satıcıdan *culpa in contrahendo* çerçevesinde tazminat talep etmesi evleviyetle (*a fortiori*) mümkündür. Aynı sonuç, aşırı yararlanma ile yanılmanın yarıştığı olasılıklarda da geçerlidir.

¹⁷³⁴ Hatta burada, TBK m. 35/2'nin kıyasen uygulanması da imkan dahilindedir. Buna göre, satıcı, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, alıcının olumlu zararını karşılamak zorunda dahi kalabilir (aynı görüşte bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 245).

SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız belli başlı sonuçları maddeler halinde şu şekilde belirtebiliriz:

1. İrade açıklamasının, muhatap tarafından açıklama sahibinin gerçek iradesine göre anlaşılması ve bu iradenin sağlıklı şekilde oluşması, doktrinde “doğal ilişki” olarak tanımlanır. Bu ilişkinin bozulduğu durumlarda, irade bozukluğunun varlığından söz açılmaktadır. İrade bozuklukları, irade açıklaması sürecindeki iki temel aşamaya göre sınıflandırılır ve buna bağlı olarak, iradenin oluşumu sırasında bozukluk ve iradenin açıklanması sırasında bozukluk şeklinde iki ana gruba ayrılır. İradenin oluşumu sırasındaki bozukluklar, saikte yanılma, aldatma ve korkutma hallerini; iradenin açıklanması sırasındaki bozukluk ise açıklamada yanılmayı bünyesinde barındırmaktadır.

Çalışmanın konusu olan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna göre sözleşmenin kurulmasında yanılma, TBK m. 30 vd.’nda (OR m. 23 vd.) “irade bozuklukları” başlığı altında düzenlenmektedir. Kanunda yanılmanın tanımı yapılmamıştır. Doktrindeki genel kabul gören görüş çerçevesinde, yanılmanın şu şekilde tanımlanması mümkündür: Yanılma, farkında olmadan belirli bir olguya ilişkin yanlış tasavvur veya bilgisizlik nedeniyle, sözleşmenin kuruluşu sırasında gerçeğe uygun tasavvurun bulunmamasıdır. Bu tanım, sözleşmenin kuruluşu aşamasında dikkate alınan gerçek durumun yanlış tasavvur edilmiş olması ve hiç tasavvur edilmemiş olması hallerini kapsamaktadır. Bununla birlikte, her zaman akılda tutulması gereken husus, bilinçli bir yanılmanın varlığından söz edilemeyecek olmasıdır. Aynı şekilde, yanılıp yanılmadığı konusunda şüphe içinde olan kimsenin de yanılmaya düştüğünden bahsedilemez. Şu halde, bilgisizliğin ya da yanlış tasavvurunun bilincinde olan veya bu durumdan şüphe eden kimsenin yanılma hükümlerine dayanma imkanı yoktur. Buradan çıkan bir diğer sonuç ise, yanılmaya kasten değil, ancak ihmal ile düşülebileceğidir.

2. Gerek yanılma kurumunun tarihi gelişimine gerekse modern hukuk sistemlerine bakıldığında, yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğini hangi şartlarda

etkileyeceği ve bunun sonuçlarının ne olacağı, Borçlar Hukukuna temel olan iki ilke arasındaki çatışmanın nasıl uzlaştırıldığına bağlıdır. Bunlar, yanılanın menfaatinin gözetilen “irade özerkliği” (irade ilkesi) ve karşı tarafın menfaatinin (ve genel ölçekte işlem hayatının güvenliğini) koruyan “güven ilkesidir”.

Bir kimsenin irade oluşumunu etkileyen belirli olguya ilişkin düşüncesinde yanılması ya da gerçek iradesinden sapan bir açıklamada bulunması durumunda, bu kimsenin sözleşmeyi tam bir irade özerkliğiyle yaptığı söylenemez. Dolayısıyla, salt irade ilkesi merkez alındığında, bu kimseye, kendi menfaatine uygun olmayan sözleşmeyi sırf yanılma nedeniyle sona erdirmeye imkanı verilmesi düşünülebilir. Ancak bu durum, sözleşme ilişkisinde en az yanılan kadar korunması gereken karşı tarafın menfaatlerini göz ardı etmek anlamına gelir. Zira yanılan, irade açıklamasını yönelttiği andan itibaren karşı tarafın güven alanına temas etmektedir. Bunun sonucunda karşı taraf, yanılanın irade açıklamasının sağlıklı olduğuna ve sözleşmenin geçerliliğine haklı olarak güvenmektedir. Yanılanın salt kendi risk alanında ortaya çıkan yanılma olgusunu ileri sürerek sözleşmenin bağlayıcılığını ortadan kaldırması (sözleşmeyi iptal etmesi), ayrıca işlem hayatının güvenliğini de olumsuz etkiler. Dolayısıyla, bu noktada irade ilkesinin aşırı sonuçlarının güven ilkesi çerçevesinde dengelenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak, her türlü yanılma değil, ancak hukuk düzeni tarafından önemli (esaslı) sayılan yanılmalar sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilecektir.

Bu noktada, iki ilkenin İsviçre-Türk hukukunda şu şekilde uzlaştırıldığı görülmektedir: Yanılmaya rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulmasında güven ilkesi ön plandayken; yanılanın iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesi ise esas itibarıyla irade ilkesinin bir sonucudur. Ancak kanun koyucu, gerek esaslılık şartlarıyla gerekse diğer mekanizmalarla (TBK m. 34, OR m. 25 çerçevesinde yanılmanın dürüstlük kuralıyla sınırlandırılması ve TBK m. 35, OR m. 26 uyarınca sözleşmenin iptali halinde karşı tarafın olumsuz zararının tazmin edilmesi) bu ilkeyi güven ilkesi lehine bir ölçüde yumuşatmıştır.

Yanılma kurumuyla sözleşmenin kurulması (irade açıklamalarının yorumu) arasında sıkı bağlantılar bulunmaktadır. Zira yanılma hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi, öncelikle sözleşmenin kurulmuş olmasına bağlıdır. Sözleşmenin kurulması için, TBK m. 1 (OR m. 1) uyarınca “irade açıklamalarının” birbirine uygun olması gerekir. Sözleşmenin kurulmasında bugün geçerli kabul edilen yorum prensibi,

güven ilkesidir (TMK m. 2). İşte bu noktada, güven ilkesinin yanılma kurumu açısından çok önemli bir işlevi ortaya çıkar. Bu da, tarafların mevcut irade açıklamasına farklı anlam yüklemeleri sonucunda birbirlerini yanlış anladıkları durumlarda, sözleşmenin kurulup kurulmadığının ve kurulduysa hangi içerikte kurulduğunun güven ilkesine göre belirlenecek olmasıdır. Zira bir tarafın açıklamada yanılması için, sözleşmenin güven ilkesi uyarınca diğer tarafın gerçek iradesi üzerinden kurulması gerekir. Diğer bir deyişle, açıklamada yanılmanın uygulama alanı bulabilmesi, ancak sözleşmenin normatif uygunluğa göre kurulduğu ihtimalde mümkündür. Dolayısıyla, somut bir uyuşmazlıkta açıklamada yanılmanın var olup olmadığının tespit edilmesi için, öncelikle irade açıklamalarının yorumlanması ve sözleşmenin hangi içerikte kurulduğunun ortaya çıkarılması gerekir. Doktrinde buna “yorumun iptalden önce gelmesi” (iki aşama) kuralı denilmektedir.

Bu kuralın uygulanmasıyla birlikte ortaya üç ihtimal çıkar: (i) Şayet sözleşme, güven ilkesi uyarınca açıklama sahibinin değil de, muhatapın irade açıklamasına verdiği anlam üzerinden kurulmuşsa, açıklama sahibinin açıklamada yanıldığı söylenecektir. İkinci ihtimalde (ii), açıklamanın açıklama sahibinin gerçek iradesine uymadığı, muhatap tarafından bilinmekte ya da dürüstlük kuralına göre bilinmesi gerekmektedir. Ayrıca muhatap, açıklama sahibinin gerçek iradesini de bilmektedir ya da bilebilecek durumdadır. Bu takdirde, sözleşme açıklama sahibinin gerçek iradesine göre kurulur ve yanılmadan söz açılma imkanı kalmaz. Üçüncü ihtimalde ise (iii), muhatap, açıklamanın açıklama sahibinin gerçek iradesine uymadığını anlamıştır ya da dürüstlük kuralına göre anlaması gerekmiştir. Ancak muhatap, açıklama sahibinin gerçek iradesinin ne olduğunu bilebilecek durumda değildir. Bu durumda, irade açıklamaları arasında uygunluk söz konusu olamayacağından sözleşme kurulmaz. Görüleceği üzere, açıklamada yanılma sadece ilk ihtimalde vurgulanan normatif uygunluk halinde ortaya çıkarken; son iki ihtimalde, sorun, yorum yoluyla (TBK m. 1 ışığında) çözülmekte ve yanılma hükümleri uygulama dışında kalmaktadır. Öte yandan, saikte yanılmaların ortaya çıkabilmesi için böyle bir şart söz konusu değildir; bu tür yanılmalar, hem fiili uygunlukta hem de normatif uygunlukta gündeme gelebilir.

3. İsviçre-Türk hukukunda yanılma halleri, Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki klasik ayrıma uygun şekilde, saikte yanılma ve açıklamada yanılma olarak ikiye ayrılır. Bu ayrımın temelinde, irade açıklamasının hukuki sonuca ulaşma sürecinde ortaya çıkan irade ve açıklama safhaları belirleyicidir. Buna göre, belirli olguya ilişkin gerçeğe uygun olmayan tasavvur, eğer irade oluşumu aşamasında ortaya çıkmaktaysa

saikte yanılma; iradenin açıklanması sırasında ortaya çıkmaktaysa açıklamada yanılma söz konusu olmaktadır.

Saikte yanılmada, bir kimsenin sözleşmeye yönelik iradesini oluştururken göz önünde bulundurduğu belirli olguya ilişkin tasavvuru gerçeğe uymamaktadır. Böylece bu kimse, kendisini sözleşme yapmak için güdüleyen düşünce veya tasavvurda yanılmaktadır. Burada gerçek irade ile açıklama arasında herhangi bir uygunsuzluk söz konusu değildir. Açıklamada yanılmada ise, yanılan, açıklama sırasında farkında olmadan gerçek iradesine uymayan bir açıklamada bulunmaktadır. Bu ihtimalde, yanılanın güven ilkesine göre yorumlanan açıklaması ile gerçek iradesi arasında bir uygunsuzluk ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, saikte yanılma ve açıklamada yanılma şeklindeki klasik ayrıma karşı çıkan çeşitli görüşlere rastlanmaktadır. Biz, çeşitli argümanlar ışığında hem *de lege lata* hem de *de lege ferenda* bu ayrımın korunması gerektiği düşüncesindeyiz. Özellikle, iki yanılma türü arasındaki karakteristik farklılıklar, taraflar arasındaki menfaatler durumu ve yanılma hükümlerinin *ratio legis* dikkate alındığında, bu ayrımın yerinde olduğu görülmektedir. Keza İsviçre-Türk kanun koyucusunun, açıklamada yanılmaların kural olarak dikkate alınacağı; saikte yanılmaların ise dikkate alınmayacağı kabulünden hareket etmiş olmasının, bu ayrımı ayrıca geçerli kıldığı rahatlıkla söylenebilir. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken, bu ayrımın yanılmanın esaslılığını doğrudan belirleyici bir işlevi bulunmamasıdır. Zira bir yanılmanın esaslı olup olmaması, onun hangi tür yanılma teşkil ettiği sorusundan bağımsız şekilde ve belirli şartlar çerçevesinde değerlendirilir.

4. Yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için, TBK m. 30'de (OR m. 23) belirtildiği üzere “esaslı” olması gerekir. Kanun koyucu, her türlü yanılmanın değil, ancak belirli bir önem seviyesindeki yanılmaların ileri sürülebilmesine ve böylece sözleşmenin bağlayıcılığının ortadan kaldırılabilmesine izin vermektedir. Buna göre, esaslı saikte yanılan ya da esaslı açıklamada yanılan taraf, kendisine tanınan iptal hakkını kullanarak, sözleşmeyi geriye etkili şekilde kesin hükümsüz hale getirebilir. Bunun dışındaki yanılmalar ise, adi saikte yanılma veya adi açıklamada yanılma teşkil ederler ve sözleşmenin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkileri yoktur.

Esaslı saikte yanılmalar, doktrinde çoğunlukla “temel yanılması” kavramı altında ele alınmaktaysa da, biz, bazı saikte yanılmaların ayrıksı özellikleri nedeniyle çalışmamızda farklı bir tasniften hareket etmeyi daha uygun gördük. Buna göre, “esaslı

saikte yanılmalar” başlığı altında iki ayrı yanılma türü yer almaktadır: (i) Sözleşme konusu şeyin ya da sözleşmeyle ilgili kişinin (sözleşme tarafının ya da sözleşmeyle ilgili üçüncü bir kişinin) niteliklerine ilişkin yanılmalar, “esaslı nitelik yanılması” olarak adlandırılmakta ve (ii) nitelik dışındaki hususlara (fili olgulara) ilişkin yanılmalar da “temel yanılması” kategorisini oluşturmaktadır. Bu sınıflandırmanın altında yatan mantık şudur: Kişiye, zamana ve yere göre değişiklik gösterebilen ve böylece sayısız görünüme bürünebilen saikler, karşı tarafça bilinmeleri halinde dahi kural olarak sözleşme içeriğine girmezler. Sözleşme içeriğine girmeyen saikte yanılmalar, kanundaki esaslılık şartlarını taşımaları durumunda, temel yanılması olarak adlandırılırlar. Ancak bazı hallerde saiklerin sözleşme içeriğine girebilmeleri mümkündür. Esaslı nitelik yanılmasında böyle bir durum söz konusudur. Burada, sözleşme konusu şeyin ya da sözleşmeyle ilgili kişinin niteliğine ilişkin saik, güven ilkesi uyarınca sözleşme içeriğine girmektedir. Bunun için, şeyin ya da kişinin niteliğine ilişkin saikin, yanılan açısından sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici önemde olduğu, sözleşmenin kuruluşu sırasında karşı tarafça bilinmeli ya da dürüstlük kuralına göre bilinebilecek durumda olmalıdır. Bu niteliğin söz konusu şeyde ya da kişide gerçekten bulunmaması, sözleşme içi nitelik yanılması teşkil etmekte ve esaslılık şartlarını taşıması halinde, esaslı nitelik yanılması statüsüne erişmektedir.

Saikte yanılmanın TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) uyarınca esaslı olabilmesi için, dört şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; (i) saikte yanılmanın belirli bir olguya ilişkin olması, (ii) yanılma konusu belirli olgunun, yanılan için sözleşmenin zorunlu temeli olması (sübjektif esaslılık), (iii) yanılanın sözleşmenin zorunlu temeline ilişkin saikin karşı tarafça bilinebilir olması, (iv) yanılma konusu belirli olgunun, alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre sözleşmenin zorunlu temeli sayılabilesidir (objektif esaslılık).

Doktrinde, TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) hükmü çerçevesinde esaslı saikte yanılmanın niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu bağlamda, bir görüş, hiçbir saikte yanılmanın esaslı olmayacağını savunurken; diğer bir görüş, söz konusu madde kaleme alınırken *Windscheid*’ın “varsayım (*Voraussetzung*)” kavramından yola çıkıldığını ve böylelikle, esaslı saikte yanılmaların bu kavram altında açıklanması gerektiğini ileri sürmektedir. Üçüncü bir görüşe göre, maddedeki “sözleşmenin temeli” kavramı, Alman hukuku kaynaklı “işlem temeli” kavramıyla örtüşmektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulmasından sonraki beklenmedik durum değişikliklerinde, işlem temelinin çökmüş sayılıp

sayılmayacağı tespit edilirken, TBK m. 32'deki şartlardan hareket edilebilmesi mümkündür. Zira söz konusu madde, iki kurum için de ortak bir payda olan, “işlem temeli” kavramına dayanmaktadır. Şu halde, eğer gerçeğe aykırı şekilde tasavvur edilmiş olgu, sözleşmenin kurulması sırasında mevcutsa, temel yanılması hükmü; eğer sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkıyorsa, işlem temelinin çökmesi teorisi uygulanmalıdır.

Gerek tarihi perspektifle bakıldığında gerekse pozitif hukuk açısından yaklaşıldığında, doktrinde de genel kabul gördüğü üzere, kanun koyucu, TBK m. 32'de sadece saikte yanılmaların ne zaman esaslı sayılacağına ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Ancak kanaatimizce, işlem temeli görüşünü savunan yazarların da belirttiği gibi, bu maddenin hem esaslı saikte yanılma (bize göre sadece temel yanılması türü) için, hem de işlem temelinin çökmesi teorisi için ortak bir “işlem (sözleşme) temeli” kavramını içerdiği kabul edilmelidir. Şu halde, sözleşmenin kurulması sırasında dikkate alınan gelecekteki bir olgunun işlem temeli olup olmadığı, bu maddeden hareketle tespit edilebilir. TBK m. 32'nin esaslı saikte yanılma hükmü olması, bu hükme aynı zamanda işlem temeli kavramı için başvurulmasına engel olmaz. Yalnız bu noktada iki önemli hususun altı çizilmelidir. İlk olarak, iki kurum arasında kavramsal bir paralellik bulunması, bu kurumların uygulama alanlarının aynı olduğu anlamına gelmemektedir. Zira çalışmada savunduğumuz görüşe göre, işlem temelinin çökmesi kurumu gelecekteki olguları ilgilendirmekteyken; yanılma hükümleri ancak sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan olgulara uygulanmaktadır. İkinci olarak, iki kurum arasında uygulanma şartları açısından da farklılıklar söz konusudur. İşlem temelinin çökmesi için, esaslı saikte yanılmanın şartları dışında başka şartların da gerçekleşmesi gerekir. Nitekim iki kurumun karakteristik özelliklerine, hukuki sonuçlarına ve taraflar arasındaki menfaatler durumuna bakıldığında, bu durum daha iyi anlaşılır.

5. TBK m. 32 çerçevesinde, saikte yanılmaların uygulama alanı oldukça geniş bir yelpazeyi kapsar. Zira maddede sadece esaslılık şartları belirtilmiş ve bu şartları taşıması halinde, herhangi bir olguya ilişkin saikin sözleşmenin geçerliliğini etkileyebileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, hem içtihatla hem de doktrinde, belirli ortak özelliklerinden hareketle bazı saikte yanılmaların özel olarak ele alındığı görülmektedir. Bunlar, hesap yanılması, değerde yanılma, hukuki yanılma, ödeme gücünde yanılma ve pratikte daha çok karşımıza çıkabilecek olan nitelik yanılmasıdır. Özellikle değerde yanılma, hukuki yanılma ve ödeme gücünde yanılma hallerinde,

çalışmada ortaya koyduğumuz çeşitli sebepler dolayısıyla, yanılan kimsenin sözleşmeyi sona erdirebilmesi çok sınırlı hallerde mümkün olur. Zira bu yanılmaların pratikte esaslı yanılma (temel yanılması) statüsüne erişebilmeleri çok zordur. Ancak genel kural burada da geçerlidir: Tüm esaslılık şartının gerçekleşmesi durumunda, her saikte yanılma gibi, bu tür yanılmalar da sözleşmeyi iptal hakkı verebilir.

Yanılanın sözleşme konusu şeyin veya sözleşmeyle ilgili kişinin (sözleşme tarafının ya da sözleşmeyle ilgili üçüncü bir kişinin) niteliğine ilişkin saikte yanıldığı hallerde, nitelik yanılmasından söz açılır. Bu hallerde, şeyin ya da kişinin gerçekte sahip olduğu nitelikler, yanılanı sözleşme yapmak için harekete geçiren tasavvur konusu niteliklere uymamaktadır. BGB § 119/2'de nitelik yanılmasına ilişkin açık hüküm bulunmasına karşın, İsviçre-Türk kanun koyucusu bu yanılma türünü maddede özel olarak zikretmemiştir. Ancak, gerek mehzaz kanunun tarihi arka planı gerekse doktrin ve içtihatları genel kabul dikkate alındığında, TBK m. 32'nin (OR m. 24/1 b. 4) nitelik yanılmalarına uygulanacağına bugün için herhangi bir tereddüt yoktur. Bununla birlikte, nitelik yanılmasının hukuki yapısına ilişkin, hem Alman hukukunda hem de İsviçre-Türk hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, nitelik yanılmasının esaslı olabilmesi için, yanılanın hatalı tasavvur ettiği niteliğin, gerçekte o şeyde ya da kişide bulunsaydı, o şeyi ya da kişiyi alışveriş hayatında başka bir kategoriye dahil etmesi şartını aramaktadır. Diğer bir görüş ise, nitelik yanılmasının sözleşme içeriğine girmeyen saikte yanılma olduğunu savunmaktadır. Bu görüş, parça borcu şeye ya da kişiye ilişkin niteliklerin hiçbir durumda sözleşme içeriğine dahil olmayacağı kabulüne dayanmaktadır. Üçüncü bir görüş ise, esaslı nitelik yanılmasının, ancak sözleşme içeriğine giren niteliklere ilişkin söz konusu olacağı düşüncesindedir. Bir başka görüş de, nitelik yanılmasının aslında açıklamada yanılma teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

Bize göre, ikinci ve üçüncü görüşlerin şu şekilde uzlaştırılması mümkündür. Öncelikle, nitelik yanılmasının esaslı nitelik yanılması olabilmesi için, yanılanın irade oluşumunu etkileyen sözleşme konusu şeyin ya da sözleşmeyle ilgili kişinin niteliğine ilişkin saikin sözleşme içeriğine girmesi gerekir. Bunun için, yanılanın söz konusu niteliğe ilişkin saiki, sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafça bilinmeli veya dürüstlük kuralına göre bilinebilir olmalıdır. Böylece, yanılanın işlem iradesinde bulunan nitelik, aynı zamanda açıklama içeriği haline gelerek sözleşmenin konusuna dahil olmaktadır. Söz konusu niteliğin o şeyde ya da kişide gerçekte mevcut olmaması halinde ise, sözleşme içi nitelik yanılması ortaya çıkmaktadır. Bu yanılma türü, doğası

gereği saikte yanılma teşkil etmektedir. Zira burada, açıklama içeriği ile gerçek irade arasında bir uygunsuzluk değil; o şeyin sözleşmenin kurulması anındaki gerçek niteliği ile sözleşmeye göre sahip olması gereken niteliği arasında bir uygunsuzluk söz konusudur. Yanılma hükümlerinin ayıplı ifa hükümleriyle yarışma ihtimali de bu noktada gündeme gelmektedir.

Niteliğe ilişkin saikin sözleşme içeriğine girmesi için, karar verdirici niteliğin güven ilkesine göre karşı tarafça bilinebilirliğinin aranması, aynı zamanda esaslılık şartlarından “sözleşmenin kurulmasında mutlak belirleyici olan saikin karşı tarafça bilinebilirliği” şartıyla örtüşmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, nitelik yanılmasının sözleşme içi yanılma olması, onun esaslı nitelik yanılması olması için tek başına yeterli değildir. Bunun için, diğer esaslılık şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. Şu halde, gerek nitelik yanılması gerekse nitelik dışındaki hususlara ilişkin yanılma olsun, yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi, her zaman TBK m. 32 (OR m. 24/1 b. 4) uyarınca esaslılık şartlarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Nitelik yanılmasının bazı hallerde açıklamada yanılmaya yol açması da mümkündür. Burada, yanılan, şeyin ya da kişinin niteliğinde yanılması sonucunda gerçek iradesine uymayan bir açıklamada bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, yanılanın güven ilkesine göre yorumlanan açıklamasındaki şeye ya da kişiye ilişkin nitelikler, gerçekten sözleşme yapmak istediği şeye ya da kişiye ilişkin niteliklerle örtüşmemektedir.

Nitelik yanılmasının sözleşme konusu şeyin parça borcu olduğu durumlarda ortaya çıkacağında herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak, şeyin çeşit borcu teşkil ettiği hallerde nitelik yanılmasının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır. Biz, hâkim görüşe katılarak, çeşit borçlarında nitelik yanılmasının söz konusu olmayacağı düşüncesindeyiz. Bu görüşün birkaç gerekçesi bulunmaktadır. Birincisi, taraflar arasında çeşide göre belirlenen şeyin, sözleşmenin kurulması aşamasında yanılma konusu olabilecek “belirli bir olgu” teşkil etme ihtimali yoktur. Zira bu aşamada, çeşit konusu şeyin sözleşmeye uygun ifa edilmesi kadar, ifa edilmemesi de aynı derecede mümkün olduğundan, saikte yanılmanın belirli olguya ilişkin olması yönündeki esaslılık şartı eksik kalacaktır. İkinci gerekçe ise, gelecekteki olgulara yanılma hükümlerinin uygulanmayacağı görüşünün kabul edilmesi halinde geçerlidir. Buna göre, çeşit konusu şey, sözleşmenin kurulması sırasında henüz bireyselleştirilerek belirli hale getirilmediğinden, bu şeyin niteliğine ilişkin hataya düşülüp düşülmediği

ancak ifa aşamasında ortaya çıkar. Dolayısıyla, sadece geçmişteki ve şimdiki olgularda yanılma hükümlerinin uygulanabileceğinin kabul edilmesi, bu durumda yanılmadan söz açılma imkanı vermez. Diğer taraftan, alıcının tasavvur ettiği niteliği haiz bir şeyin, sözleşmenin kuruluşu sırasında yeryüzünde mevcut olması da, bu an dikkate alındığında yanılmanın var olma ihtimalini engeller. Ancak, eğer alıcının hatalı saiki, sözleşmenin kurulması sırasında o çeşide ait şeylerin hepsinde mevcut olan bir niteliğe ilişkinse, durum değişir. Bu ihtimalde, diğer gerekçeler de devre dışı kalacağından, alıcının esaslı nitelik yanılmasına dayanabilmesi mümkündür.

6. Açıklamada yanılmalar, esaslı ve adi açıklamada yanılma şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilirler. Zira her ne kadar İsviçre-Türk hukukunda açıklamada yanılmaların prensip olarak esaslı, saikte yanılmaların ise esaslı olmayan yanılmalar olduğu yaklaşımı benimsenmiş olsa da, buradan genel bir esaslılık kriterine varılamaz. Dolayısıyla, somut bir olaydaki yanılmanın esaslı olup olmadığı konusunda mutlak belirleyici olan, bu yanılmanın hangi türe ait olduğu değil, yanılmanın esaslılık şartlarını taşıyıp taşıyamamasıdır.

Kanun koyucu, TBK m. 31/1 b. 1-5’de (OR m. 24/1 b. 1-3) bazı açıklamada yanılma türlerini örnekleyici olarak sıralamıştır. Dolayısıyla, maddede özel olarak belirtilmeyen (atipik) açıklamada yanılmaların da ortaya çıkması mümkündür. Öte yandan, herhangi bir açıklamada yanılma türü, çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Çalışmada “özel durumlar” başlığı altında işlediğimiz bu haller; beyaza imza, okunmadan imzalanan belge, iletmede yanılma ve muhatabın açıklamada yanılması şeklinde görünüm arz etmektedirler.

Bir açıklamada yanılmanın esaslı olup olmadığının nasıl tespit edileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Çalışmada ulaştığımız sonuç şu şekildedir: TBK m. 31’de belirtilen yanılma türleri, kanun gereğince sübjektif ve objektif açıdan esaslı sayılırlar. Burada yanılan lehine öngörülmüş bir karine söz konusudur. Dolayısıyla, yanılanın bu maddenin korumasından yararlanabilmesi için, öncelikle karine temelini ispatlaması gerekir. Bunun için, yanılanın açıklama sırasında farkında olmadan gerçek iradesinden sapan bir açıklamada bulunduğunu ispat etmesi lazımdır. Bununla birlikte, maddede ayrıca işaret edilen, edimin miktarında yanılma için, gerçekte istenilen miktar ile sözleşmedeki miktar arasındaki farkın “önemli” olması ve kişide yanılma için, sözleşmenin “yanılma konusu kişinin kimliği dikkate alınarak yapılmış olması” şartları da yanılanın ispat yükü kapsamına dahildir. Yanılanın bunları

ispatlaması halinde, söz konusu açıklamada yanılmanın esaslı olduğu yönünde bir karine ortaya çıkar. Buna bağlı olarak, karşı tarafın bu yanılmanın sübjektif ya da objektif yönden esaslı olmadığını ispatlayarak karineyi çürütebilmesi mümkündür. Diğer taraftan, hakkında özel hüküm bulunmayan bir açıklamada yanılmanın varlığı halinde ise, yanılmanın sözleşmeyi iptal edebilmesi için, iddia ettiği açıklamada yanılmanın ayrıca sübjektif ve objektif yönden esaslı olduğunu da kanıtlaması gerekir. Bu bağlamda, yanılan, öncelikle açıklamada yanıldığını (açıklaması ile gerçek iradesi arasındaki uygunsuzluğu); buna ek olarak, bu yanılma olmasaydı sözleşmeyi hiç ya da aynı şekilde yapmayacağını ve alışveriş hayatındaki hâkim görüşlere ve dürüstlük kuralına göre de, açıklaması ile gerçek iradesi arasındaki uygunsuzluğun bu ölçüde önemli sayılacağını ispatlamak zorundadır.

Açıklamada yanılma konusunda vardığımız bir diğer önemli sonuç, olası bir kanun değişikliğinde, açıklamada yanılma türlerinin TBK m. 31'deki gibi örnekleyici şekilde sayılması yönteminden vazgeçilmesi gerektiğidir. Zira bu yöntem, esas itibariyle Ortak Hukuk döneminden kalan kazuistik anlayışın bir görünümü olup, birçok modern ulusal kanunda ve hukuk uyumlaştırması metinlerinde artık bu anlayışın terkedildiği görülmektedir. Bu nedenle, olması gereken hukuk açısından baktığımızda, açıklamada yanılma türlerinin maddede açıkça sayımının yapılmaması, bunun yerine genel ve kapsayıcı bir tanım yapılması daha yerinde olacaktır. Buna paralel olarak, maddedeki *“özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esaslıdır”* ibaresine de ihtiyaç yoktur. Esaslı açıklamada yanılma için, yanılmanın sübjektif ve objektif yönden esaslı olması gerektiğinin belirtilmesi (saikte yanılma maddesi bu açıdan örnek alınabilir) maddenin içeriği açısından yeterli olacaktır.

7. Yanılmanın sözleşmeyi iptal edebilmesi, yanılmanın esaslı olmasına bağlıdır. Esaslılık kriterinin kapsamı ve fonksiyonu konusunda, doktrinde farklı yaklaşımların bulunduğu görülmektedir. Bir görüş, hem saikte yanılmaların hem de açıklamada yanılmaların TBK m. 32'deki (OR m. 24/1 b. 4) esaslılık şartlarına tabi olduğunu savunmaktadır. İkinci görüş ise, her türlü yanılmaya TBK m. 32'nin uygulanması görüşünü reddetmekte, iki yanılma türünün de ayrı kriterler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, saikte yanılmalar TBK m. 32 çerçevesinde; açıklamada yanılmalar ise, esas olarak TBK m. 31'deki temel prensibe ve dürüstlük kuralına dayanan, sübjektif ve objektif esaslılık şartlarına göre incelenmelidir. Üçüncü bir görüş, yanılmanın esaslı olabilmesi için, karşı tarafın söz konusu yanılmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerektiğini önermektedir.

Diğer bir görüş ise, sadece hoş görülebilir yanlışların; yani yanlışın ağır ihmalinin bulunmadığı yanlışların esaslı olabileceğini savunmaktadır.

Bize göre, ikinci görüş daha isabetlidir. Zira saikte yanlış ve açıklamada yanlış arasındaki karakteristik farklılıklar ve bu yanlış türleri arasında yapılan ayrımın yerindeliği, vardığımız bu sonucu haklı göstermektedir. Buna ek olarak, saikte yanlışın esaslı olması için gereken “binebilirlik” şartının açıklamada yanlışlara uygulanabilme imkanının bulunmaması da bu görüşü desteklemektedir. Bu itibarla, TBK m. 32’nin açıklamada yanlışlara doğrudan uygulanabilirliği söz konusu değildir. Şu halde, saikte yanlışın esaslı olup olmadığı TBK m. 32’ye göre belirlenecek; açıklamada yanlışın esaslı olup olmadığı ise, çalışmada içeriğini ayrıntılı olarak ortaya koyduğumuz ve 6 numaralı sonuçta da belirttiğimiz üzere, sübjektif ve objektif esaslılık şartları çerçevesinde tespit edilecektir.

8. Yanlış ile diğer irade bozuklukları (aldatma ve korkutma) ve aşırı yararlanma arasında belirli açılardan yakın ilişki bulunmaktadır. Her ne kadar aralarında karakteristik farklılıklar söz konusu olsa da, bazı durumlarda yanlış ile bu hukuki kurumların uygulama alanları kesişebilmektedir. Zira yoğunlukları ve ortaya çıkma şekilleri farklı olsa dahi, bu hallerin hepsinde irade oluşumunda bir bozukluk söz konusudur.

Aldatma ile yanlış arasındaki bağlantı noktası, sadece saikte yanlış olasılığında gündeme gelir. Zira her aldatma, aslında bir saikte yanlış; daha doğrusu saikte yanlışmadır. Bu ihtimalde, yanlışın iki hükümden dilediğine dayanabilmesinin önü açıktır. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken, yanlış nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için esaslı saikte yanlışın varlığı aranırken, aldatma hükümlerinin uygulanması için saikte yanlışın esaslı olmasına gerek bulunmamasıdır. Diğer taraftan, açıklamada yanlışın ise, aldatma yoluyla ortaya çıkması mümkün değildir. İrade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumu, bu ihtimali en başından devre dışı bırakır. Zira aldatma durumunda, bir taraf (aldatan), karşı tarafın gerçek iradesi ile açıklaması arasındaki uygunsuzluğu bildiğinden, onun bu açıklamaya attığı anlam korunmaz. Dolayısıyla, burada mesele, yanlışın söz konusu olup olmaması değil, sözleşmenin TBK m. 1 (OR m. 1) uyarınca kurulup kurulmamasıdır. Eğer aldatan taraf, karşı tarafın gerçek iradesini biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, sözleşme bu irade üzerinden kurulacak; bu iradeyi bilebilecek durumda değilse sözleşme kurulmayacaktır.

Korkutma durumunda, yanılmanın herhangi bir şekilde ortaya çıkma ihtimali yoktur. Öncelikle, bir tarafın diğerini korkutarak iradesi ile açıklaması arasında uygunsuzluğa yol açtığı durumlarda, sorunun tıpkı aldatmadaki gibi TBK m. 1 ekseninde çözülecek olması, açıklamada yanılmanın ortaya çıkmasına izin vermez. Ayrıca korkutma yoluyla saikte yanılmanın meydana gelmesi de mümkün değildir. Çünkü korkutulan taraf, irade oluşumuna hukuka aykırı bir etkiye bulunduğu farkındadır ve bu farkındalık yanılma ihtimalini en başından dışarıda bırakır.

Aşırı yararlanma hallerinde, aynı zamanda yanılma hükümlerinin de uygulama alanı bulabilmesi muhtemeldir. Ancak iki kurum arasındaki örtüşme, sadece saikte yanılma ihtimallerinde ortaya çıkabilir. Zira güven ilkesine göre yorum prensibi, aldatma ve korkutma ihtimallerinde belirttiğimiz üzere, açıklamada yanılma ile aşırı yararlanmanın aynı olayda bir arada bulunması ihtimalini TBK m. 1 vasıtasıyla bertaraf etmektedir. Öte yandan, saikte yanılma ile aşırı yararlanma arasındaki yarışma ilişkisi ise, ancak deneyimsizlik ve düşüncesizlik hallerinde gündeme gelmektedir. Zira zor durumda kalma halinde, sömürülen taraf, irade özerkliğine müdahale edildiğinin bilincinde olduğundan, yanılmadan söz açmak imkanı yoktur. İki kurumun da uygulanma şartları gerçekleşmişse, yanılan (sömürülen), iki kuruma ilişkin hükümlerden seçimlik yararlanabilir.

9. Ayıplı ifa (TBK m. 219 vd., OR m. 197 vd.) ile esaslı nitelik yanılmasının uygulanma şartlarının aynı olayda gerçekleşebilmesi mümkündür. Ayıplı ifa, genel bir ifadeyle, alıcının güven ilkesine göre sözleşme konusu şeyde olmasını beklediği niteliklerin, teslim edilen şeyde bulunmamasıdır. Bu durum, aynı zamanda, sözleşmenin kurulması sırasında alıcının parça borcu şeyde var olduğunu düşündüğü, karşı tarafça bilinebilir olan niteliğe ilişkin saikinin gerçeğe uygun olmaması şeklinde de okunabilir. Zira satıcının bildirdiği niteliklerin bulunmaması veya satılan şeyin özel kullanım amacına ya da olağan kullanım amacına göre taşınması gereken nitelikleri taşınamaması, alıcının sözleşme yapmasında belirleyici olan niteliklere ilişkin yanıldığını gösterir. Buna ek olarak, satıcının ayıplı ifa sorumluluğu için gerçekleşmesi gereken “ayıbın önemli olması” şartı da, yanılmanın objektif yönden esaslı olması şartına karşılar. Şu halde iki kurum arasında kavramsal bir paralellik bulunduğu görülmektedir. Ancak iki kurumun aynı anda uygulama alanı bulabilmesi için, kanunda ayıp için belirtilen diğer uygulanma şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, alıcı, satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna dayanabilmek için, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini (TBK m. 223) yerine getirmiş olmalıdır.

Ayıp hükümleri ile yanılma hükümlerinin aynı anda uygulanabilir olduğu hallerde, bu iki kurumun seçimlik olarak yarışıp yarışmayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, yarışma imkanını kabul etmemekte ve ayıp hükümlerinin öncelikli uygulanacağını savunmaktadır. Bu görüşteki yazarların çoğunun dayandığı temel argüman, özel hüküm niteliğindeki ayıp hükümlerinin, genel hüküm niteliğindeki yanılma hükümlerinin uygulanmasını engelleyeceği yönündedir. İsviçre-Türk doktrininde hâkim olan görüş ise, iki kurum arasında yarışma ilişkisi bulunduğunu ve dolayısıyla alıcının yanılma ya da ayıp hükümlerine seçimlik olarak dayanabileceğini kabul etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu görülmektedir. Gerçekten, özellikle ayıp hükümleriyle alıcıya bahsedilen ayrıcalıklı hukuki sonuçların (satıcının kusursuz sorumluluğu ve seçimlik haklar), ağır külfetler ve kısa zamanaşımı süresiyle dengelemiş olması; buna karşın alıcının, bu külfetlerin bulunmadığı yanılma hükümlerine dayanması halinde, bu derece elverişli imkanlara sahip olmaması dikkate alındığında, yarışmayı kabul eden görüşün üstün tutulması gerekir. Burada vardığımız sonuç, aynı şekilde zapt ve yanılma hükümleri arasındaki ilişki için de geçerlidir.

Diğer taraftan, seçimlik yarışmanın kabul edilmesine bağlı olarak doktrinde tartışılan bir diğer husus, ilk olarak ayıp hükümlerine başvuran alıcının, yanılma sonucunda kurulan sözleşmeye icazet vermiş sayılıp sayılmayacağıdır. Şayet alıcının icazet vermiş sayılacağı görüşü kabul edilirse, öncelikle ayıp hükümlerine dayanan ve fakat hukuki gerekleri yerine getirmediği ya da zamanaşımını kaçırdığı için başarısız olan alıcı, daha sonra yanılma hükümlerine başvuramayacaktır. Zira ayıp hükümlerinin uygulanması, her şeyden önce geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığını gerektirdiğinden, ilk olarak ayıp hükümlerine dayanan alıcının, yanıldığı sözleşmeyi örtülü şekilde onadığı kabul edilecektir. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü yanılanın sakat sözleşmeye icazet verip vermediği meselesi, iptal hakkının hukuki niteliğinden (yanılma bulunan sözleşmenin hukuki durumundan) bağımsız şekilde ele alınmalıdır. İlk önce ayıptan doğan hakları kullanan alıcının bu davranışı, onun mutlaka sözleşmeyi onadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada belirleyici husus, alıcının icazet iradesinin bulunup bulunmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, ayıp hükümlerine dayanan alıcının, aynı zamanda sakat sözleşmeyle bağlı kalmak isteyip istemediği, yani iptal hakkından feragat edip etmediği ayrıca tespit edilmelidir. Bu doğrultuda güven ilkesine göre yorum yapılacaktır.

10. Yanılma hükümlerinin, sözleşmenin kurulması sırasında gerçekleşmiş olan olgulara uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Buna karşın, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan (gelecekteki) olguların temel yanılmasının konusu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Gelecekteki olgularda temel yanılmasını kabul eden görüş içerisinde farklı yaklaşımlara rastlansa da, bugün için bu görüşe hâkim olan yaklaşım, yanılma hükümlerinin uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulması sırasında, yanılanın gelecekteki belirli olgunun gerçekleşeceğine veya gerçekleşmeyeceğine “kesin gözüyle bakmış olmasını” aramaktadır. Ayrıca olayda, TBK m. 32’deki (OR m. 24/1 b. 4) esaslılık şartları da gerçekleşmiş olmalıdır. Biz, çalışmada belirttiğimiz çeşitli argümanlar çerçevesinde, gelecekteki olgulara ilişkin hatalı saiklerin temel yanılmasının uygulama alanına girmeyeceği görüşündeyiz. Şu halde, gerek yanılma hükümlerinin yapısı ve taraflar arasındaki menfaatler durumu dikkate alındığında, gerekse pratik sonuçlar açısından değerlendirme yapıldığında, yanılma hükümlerinin uygulama alanının, sözleşmenin kurulması sırasındaki mevcut olgularla sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen olgulara ilişkin boşa çıkan saiklere ise, işlem temelinin çökmesi (TBK m. 138 ve TMK m. 2) veya şart kurumu (TBK m. 170 vd.) çerçevesinde çözüm aranmalıdır.

Bu bağlamda çalışmada vardığımız sonuç, hem temel yanılma hem de işlem temelinin çökmesi açısından TBK m. 32’den hareketle ortak bir “işlem (sözleşme) temeli” kavramına varılabilecek olmasına karşın (bkz. yuk. 4 numaralı sonuç), iki kurumun uygulanma şartları ve uygulama alanlarının birbirinden farklı olduğudur. Buradan çıkan bir diğer sonuç da, işlem temelinin çökmesi ile yanılma hükümleri arasında yarışma imkanının bulunmamasıdır.

11. İsviçre-Türk hukukuna göre esaslı yanılmaya bağlanan hukuki sonuç, sözleşmenin iptal edilebilirliğidir. Bu bağlamda, kanun koyucunun geçerlilik şartıyla koruduğu yanılanın önünde iki seçenek bulunmaktadır. Buna göre, yanılan, ya yanıldığını öğrenmesinden itibaren işleyecek olan bir yıllık hak düşürücü süre içinde sözleşmeyi iptal edecek ya da sözleşmeyi onayacaktır. Yanılanın tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanacağı iptal hakkıyla birlikte, sözleşme geriye etkili olarak (*ex tunc*) kesin şekilde hükümsüz hale gelecektir.

İptal edilebilirliğin hukuki anlamı konusunda kanunda açık bir hüküm öngörülmemiş, bunun yerine esaslı yanılmaya düşen tarafın sözleşme ile bağlı

olmayacağını (“bağlamazlık”) belirtilmesiyle yetinilmiştir. Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Yanılanın henüz sözleşmeyi iptal etmediği ve sözleşmeyi onamadığı süreçte, sözleşmenin geçerlilik durumunun ne olduğu, hangi görüşün benimsendiğine göre değişir. Bu bağlamda, geçersizlik görüşü (düzelebilir hükümsüzlük), bölünmüş geçersizlik görüşü ve iptal görüşü olmak üzere üç ayrı görüş bulunmaktadır.

Çalışmada ortaya koyduğumuz argümanlar çerçevesinde, iptal görüşünün birçok açıdan en isabetli ve amaca en uygun görüş olduğu sonucuna varmaktayız. Buna göre, esaslı yanılmanın varlığı halinde, sözleşme iki taraf için de başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak, iki tarafın da sözleşmeyle bağlı olduğu bu durumda, kesin bir geçerlilik değil, yanılanın iptal hakkını kullanmasına bağlı olan bozulabilir bir geçerlilik söz konusudur. Yanılanın, yanıldığını öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde iptal hakkını kullanmasıyla birlikte, sözleşme geriye etkili olarak kesin hükümsüz hale gelmektedir. Yanılanın sözleşmeye icazet vermesi ya da süresi içinde iptal hakkını kullanmaması halinde, sözleşmenin geçerliliği kesinleşmektedir.

12. İptal hakkı, geçerli olarak kullanılması halinde doğurduğu sonuçlar bakımından, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasını ifade eder. Dolayısıyla, karşı tarafa yöneltilmesi gereken yenilik doğuran işlemlere ilişkin özellikler, iptal açıklaması için de geçerlidir. Bunun dışında, iptal açıklamasının kullanılması herhangi bir şekle bağlı değildir. Açık ya da örtülü yapılabilmesi mümkün olan iptal açıklamasının hükümlerini doğurabilmesi için, yanılanın sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin (iptal iradesinin), güven ilkesine göre karşı tarafça anlaşılabilmesi gerekir. Ancak, yanılanın, açıklamasında hangi sebeple sözleşmeyi iptal ettiğini belirtme mecburiyeti yoktur. Karşı tarafın sözleşmenin hangi gerekçeyle iptal edildiğini öğrenmek istemesine rağmen, bu konuda açıklama yapmayan yanılanın, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi (TMK m. 2) bağlamında, karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararları tazmin etme borcu gündeme gelir.

Yanılanın iptal hakkını henüz kullanmadığı süreçte, sözleşmenin iptal edilebilirliğinin bir itiraz olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, hâkim, bir tarafın esaslı yanıldığını dava dosyasından anlasa dahi, bu olguyu re’sen dikkate alamaz. Burada, yanılanın, sadece kendisine yöneltilen talebe karşı kullanabileceği bir def’i hakkı vardır. Ancak iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme kesin hükümsüz hale gelecek ve bu durum bir itiraz temeli teşkil edecektir.

13. İptal hakkının kullanılması sonucunda, sözleşme kural olarak “tamamen” hükümsüz hale gelir. Buna karşın, esaslı yanılmanın sözleşmenin sadece bir kısmını etkilediği durumlarda, TBK m. 27/2 (OR m. 20/2) hükmü kıyasen uygulanır. Böylece, kısmi hükümsüzlük şartlarının gerçekleşmesine bağlı olarak, yanılma sonucunda yapılan sözleşmenin sadece sakat kısmı iptal edilmekte ve bunun dışındaki kısımlar ayakta tutulmaktadır. Hem açıklamada yanılma hem de saikte yanılma hallerinde sözleşmenin kısmi iptali mümkündür. Kısmi iptal, esaslı yanılan tarafından ileri sürülebileceği gibi, karşı taraf da buna dayanabilir. Hatta sözleşmenin tamamen iptal edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağını fark eden hâkim de, şartları gerçekleştiği takdirde, sözleşmenin kısmi iptaline karar verebilir.

14. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin iptal edilmesinin hukuki sonuçları, bu tür sözleşmelerin karakteristik özellikleri gereği ayrı olarak ele alınmalıdır. Bu konuda iki ihtimal gündeme gelir. Birinci ihtimal, iptal hakkının henüz sürekli borç ilişkisinin ifasına başlanmadığı süreçte kullanılmasıdır. Bu ihtimalde, ani edimli sözleşmelerdekinden farklı bir sonuca varmaya gerek yoktur. Sözleşme, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte geriye etkili (*ex tunc*) olarak kesin hükümsüz hale gelir. İkinci ihtimalde, sürekli borç ilişkisinin ifasına başlanmıştır. Burada sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi, gerek tasfiye sürecindeki zorluklar gerekse menfaatler durumu dikkate alındığında uygun bir sonuç değildir. Dolayısıyla, bu tür borç ilişkilerinde, iptal hakkının kural olarak ileriye etkili (*ex nunc*) şekilde hükümlerini doğuracağı kabul edilmelidir. Böylece sözleşme, iptal açıklamasının yapıldığı ana kadar geçerli kalmakta ve ileriye etkili olarak sona ermektedir. Bu sonuca, TBK m. 34/1 (OR m. 25/1), TBK m. 394/3 (OR m. 320/3) ve TBK m. 126 gibi hükümlerden kıyasen yararlanılarak ulaşılması mümkündür. Ancak, her ne kadar kural, sözleşmenin *ex nunc* sona ermesi olsa dahi, somut olayın özelliklerinin ve dürüstlük kuralının *ex tunc* sona ermeyi haklı gösterdiği hallerde, hâkimin bu yönde karar verebilmesi mümkündür.

15. Sözleşmenin iptal edilmesi doğrudan iki sonuca yol açar. Bunlar, henüz ifa edilmemiş edimlerin sona ermesi ve ifa edilmiş edimlerin iadesidir. İfa edilmiş edimlerin iadesi, taraflar arasındaki tasfiye ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilir. Burada, sözleşmenin kurulmasından önceki durumun (*status quo ante*’nin) yeniden sağlanması amacına yönelik olarak, tarafların daha önce yerine getirdikleri edimlere ilişkin karşılıklı iade talepleri gündeme gelir. Bugün İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüş, haklı olarak, iade taleplerinin klasik tasfiye düzenine göre ileri sürüleceğini

kabul etmektedir. Buna göre, yerine getirilmiş edimlerin iadesine ve bu edime yönelik masraflardan ve yararlarından doğan sorumluluğa, duruma göre sebepsiz zenginleşme veya haksız zilyetlik hükümleri uygulanır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, TBK m. 97'ye (OR m. 82) kıyasen, tarafların iade borçlarını aynı anda ve karşılıklı olarak yerine getirmeleri gerekir.

Tasfiye ilişkisinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirileceği hallerde, iade talebine uygulanacak zamanaşımının ne zaman başlayacağı konusu tartışmalıdır. Kanaatimizce, iki yıllık nispi sürenin, yanılanın yanıldığını öğrendiği andan itibaren başlayacağını savunan görüş kabul edilmelidir. On yıllık mutlak zamanaşımı süresi açısından ise, geçersizlik görüşü (düzelebilir hükümsüzlük) ya da iptal görüşüne göre farklı sonuca varılması gerekir. Geçersizlik görüşünden hareket edilirse, burada “geçersiz sebebe dayanan bir zenginleşmeden” (*condictio indebiti*) söz edilecek ve on yıllık zamanaşımı, edimin ifa edildiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna karşın, tezde savunduğumuz iptal görüşü açısından duruma bakıldığında, sözleşmenin iptal edilmesi, “sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmeye” (*condictio ob causam finitam*) yol açacak ve iade talebine ilişkin on yıllık zamanaşımının başlangıcı da, iptal hakkının kullanılması anı olacaktır.

Doktrinde, klasik tasfiye düzeninin çeşitli açılardan tatmin edici sonuçlar doğurmadığı gerekçesiyle, tasfiye ilişkisinin sözleşme hukuku kurallarına göre gerçekleştirilmesi gerektiğini savunan bazı yazarlara rastlanmaktadır. Sözleşmenin başlangıçta ya da sonradan akamete uğradığı her durumda, taraflar arasındaki iade ilişkisine ortak tasfiye hükümlerinin uygulanması düşüncesi, olması gereken hukuk bağlamında savunulabilir olmasına karşın, yürürlükteki kanunun sistemiyle ve yanılma (ve diğer irade bozuklukları) hükümlerinin yapısıyla bağdaşmamaktadır.

16. Yanılanın sözleşmeyi iptal hakkı, TBK m. 34 (OR m. 25) uyarınca dürüstlük kuralı ile sınırlanmıştır. Buna göre, yanılanın sözleşmeyi iptal etmesi, somut olayın şartları ve taraflar arasındaki menfaatler durumu dikkate alındığında hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, iptal açıklaması hukuki sonuçlarını doğurmaz.

TBK m. 34/2'de (OR m. 25/2) ise, bu kuralın uygulanma hallerinden birisi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, iptal açıklamasının yöneltildiği karşı taraf, sözleşmeyi yanılanın gerçek iradesine uygun şekilde kabul ettiğini açıklaması halinde, sözleşme başlangıçtan itibaren bu şekilde kurulmuş sayılmaktadır. Karşı tarafa sözleşmenin iptal edilmesini engelleyebilme imkanı veren bu hak, “karşı yenilik doğuran hak” teşkil

etmektedir. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte, sözleşme, yanılanın gerçek iradesine uygun olarak içerik değiştirmekte ve yanılanın iptal açıklaması hükümsüz hale gelmektedir. Öte yandan, esas itibarıyla açıklamada yanılmalar için öngörülmüş olan bu hüküm, kıyasen saikte yanılmalara da uygulanır.

17. Yanılan, yanıldığını öğrendikten sonra, yine de sözleşme ile bağlı kalmayı tercih ederek sözleşmeyi onayabilir. Böylece sözleşmenin askı durumu sona erer ve bozulabilir geçerlilik hali, yerini kesin geçerliliğe bırakır. Bu andan itibaren aynı yanılmaya dayanılarak sözleşmenin iptal edilmesi mümkün olmaz. Sözleşmenin onanması (sözleşmeye icazet), aynı zamanda iptal hakkından feragat anlamına gelir. TBK m. 39 (OR m. 31) uyarınca sözleşmeye icazet iki şekilde gerçekleşebilir. Buna göre, yanıldığını öğrenen yanılan, ya bir yıllık hak düşürücü süre içinde açık veya örtülü olarak icazet iradesini açıklar ya da böyle bir iradesi olmamasına rağmen, bir yıllık hak düşürücü sürede iptal hakkını kullanmadığı için sözleşme kanun gereğince onanmış sayılır.

İptal hakkının kullanılması için öngörülmüş bir yıllık sürenin, menfaatler durumu ve işlem güvenliği dikkate alındığında gereğinden fazla uzun olduğu görülmektedir. Olması gereken hukuk açısından, bu sürenin “makul bir süre” ya da “kusurlu bir gecikme olmaksızın” şeklinde düzenlenmesi amaca uygun olur. Buna karşın, yürürlükteki hukuk bağlamında konuşursak, kanunun lafzı açıktır ve yanılanın sözleşmeyi iptal etmek ya da onamak yönünde karar vermesi için bir yıllık süresi bulunmaktadır. Ancak, burada gündeme gelebilecek bir sınırlama, iptal hakkını kullanmayı haksız yere geciktiren veya bu süreyi spekülasyon amacıyla kullanan yanılanın, iptal hakkını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyeceğine ilişkin TBK m. 34/1 hükmüdür.

Diğer taraftan, doktrinde, iptal hakkının kullanılmasına ilişkin bir yıllık süre haricinde, sözleşmenin kurulmasından itibaren işleyecek mutlak bir üst sürenin mevcut olması gerektiği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilme imkanı yoktur. Kanun koyucunun bu yönde hüküm öngörmemiş olması, kanun boşluğuna değil, nitelikli (bilinçli) susmaya işaret etmektedir. Dolayısıyla, yanılanın iptal hakkının düşmesini sağlayacak böyle bir üst sürenin bulunmadığı kabul edilmelidir.

18. İsviçre-Türk hukukunda esaslı yanılma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi, yanılanın kusurlu olup olmamasından bağımsız şekilde düzenlenmiştir.

Ancak yanılan, yanılmaya kusuruyla düşmüşse, TBK m. 35 (OR m. 26) uyarınca karşı tarafın sözleşmenin iptalinden doğan zararlarını tazmin etmekle yükümlü olur.

Yanılanın tazminat sorumluluğu, niteliği itibariyle *culpa in contrahendo* (sözleşme görüşmelerinde kusur) sorumluluğudur. Burada, taraflar arasında sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan ve kaynağını TMK m. 2’de bulan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi söz konusudur. Saikte yanılarak ya da açıklamada yanılarak sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açan yanılan, bu güven ilişkisinden kaynaklanan davranış yükümüne aykırılıkta bulunmaktadır. Daha sonra iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmesi sonucunda da, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güven boşa çıkmaktadır. Yanılanın tazminat sorumluluğu, aynı zamanda güven sorumluluğunun sözleşmenin kurulması sırasındaki görünümünü ifade etmektedir.

Yanılanın karşı tarafa ödeyeceği tazminatın kapsamı, kural olarak olumsuz zarardan oluşmaktadır. Ancak somut olayın özellikleri çerçevesinde ve hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, hâkimin, olumsuz zararı aşan ve hatta olumlu zarar miktarına kadar yükselebilen miktarda tazminata hükmedebilmesi mümkündür (TBK m. 35/2, OR m. 26/2).

Karşı tarafın sözleşmenin iptal edilmesinden doğan olumsuz zararının, olumlu zarardan fazla olması ihtimalinde, doktrindeki bir görüş, olumlu zarar miktarının, yanılanın ödeyeceği tazminat miktarı açısından her zaman üst sınır teşkil edeceğini savunmaktadır. Buna karşın, bizce de üstün tutulması gereken hakim görüşe göre, böyle bir sınırlama, menfaatler dengesini gözetmemesi ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek olması açısından TBK m. 35’in amacıyla örtüşmemektedir. Dolayısıyla, İsviçre-Türk hukuku bakımından bir sonuca varmak gerekirse, karşı tarafın talep ettiği olumsuz zarara ilişkin tazminat miktarının, olumlu zarar miktarıyla sınırlı olmadığı kabul edilmelidir. Öte yandan, hâkimin, olumsuz zarara ilişkin hükmedeceği tazminat miktarında (TBK m. 114’ün atfıyla) TBK m. 51 ve m. 52 hükümleri çerçevesinde indirimine gidebilmesi mümkündür.

TBK m. 35/1 c. 2’ye (OR m. 26/1) göre, eğer karşı taraf sözleşmenin kurulması sırasında yanılmayı biliyorsa ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumdaysa, yanılanın tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Bu hüküm, karşı tarafın yanılardan tazminat talep edebilmesi için iyiniyetli olması gerektiğine işaret eder. Karşı tarafın yanılmayı bildiğinin ya da bilmesi gerektiğinin ispat yükü yanılандadır.

Bu hükmün uygulama alanı, sadece saikte yanılmaları kapsamaktadır. Zira açıklamada yanılmalarda, karşı tarafın yanılmayı bilmesi ya da bilmesi gerekmesi halinde, güven ilkesine göre yorum neticesinde artık yanılmadan söz etme imkanı kalmamaktadır. Burada, TBK m. 1'in açıklamada yanılmayı bertaraf edici etkisi devreye girmektedir.

Yanılmada iki tarafın da kusurunun bulunduğu durumlarda, kusur oranlarına göre tazminat miktarında indirimde gidilip gidilemeyeceği tartışmalıdır. TBK m. 35/1 c. 2'nin lafzına bakıldığında, karşı tarafın yanılmayı "bilmesi" ile "bilmesi gerekmesi" arasında bir ayrım yapılmadığı görülmektedir. Ancak bizce de haklı olan görüşe göre, karşı tarafın yanılmayı bilmesi gerektiği hallerde, tarafların birlikte kusurunun tazminat miktarı hesaplanırken dikkate alınması gerekir. Buna göre, yanılanın yanılmada ağır ihmalinin bulunması, fakat karşı tarafın hafif ihmalinin söz konusu olması durumunda, tazminat sorumluluğu tamamen ortadan kalmayacak, bunun yerine tazminat miktarında indirimde gidilecektir.

Yanılanın yanılmada herhangi bir kusurunun bulunmadığı ve fakat yanılmaya bizzat karşı tarafın ihmalinin yol açtığı durumlarda, sözleşmeyi iptal eden yanılanın karşı taraftan tazminat talep edebilmesi mümkündür. Burada karşı taraf, ihmali nedeniyle aydınlatma veya bilgi verme yükümünü yerine getirmemekte ve bu yüzden yanılanın esaslı yanılmasına sebebiyet vermektedir. Diğer bir deyişle, karşı taraf sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açarak, sözleşme görüşmelerindeki davranış yükümünü ihlal etmektedir. Karşı tarafın tazminat ödeme borcu, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanmaktadır.

KAYNAKÇA

Acemoğlu Kevork, “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine”, **MHAD**, C. 6, S. 9, 1972, s. 19-29. (“Aliud”)

Acemoğlu Kevork, “İrade Bozuklukları Yüzünden Sözleşme ile Bağlı Kalmak İstemediğini Bildirme Bir Üst Süre ile Sınırlandırılmış Mıdır?”, **İÜHFM**, C. XXX, S. 3-4, 1964, s. 915-920. (“Üst Süre”)

Adams Michael, “Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1986/186, s. 453-489.

Akipek Jale G. / Akıntürk Turgut, **Eşya Hukuku**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2009.

Akipek Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, **AÜHFD**, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 269-292.

Akkanat Halil, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.

Akyol Şener, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995. (“BG”)

Akyol Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006. (“Dürüstlük Kuralı”)

Akyol Şener, **Medenî Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. (“Çelişki Yasağı”)

Akyol Şener, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010. (“Yorum”)

Akyol Şener, **Temsil Teorisinde Ulak (Nuntius), Temsilci Olmayan Aracının Faaliyeti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. (“Ulak”)

Akyol Şener, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009. (“Temsil”)

Altaş Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.

Altınok Ormancı Pınar, “İşlem Temelinin Çökmesi ve Temel Hatası Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Halûk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 95-117.

Altınok Ormancı Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeple Feshi**, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Altunkaya Mehmet, **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Antalya Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015.

Aral Fahrettin / Ayrancı Hasan, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 11 Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Aral Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011. (“Kötü İfa”)

Aral Vecdi, “Hukukta İrade Özgürlüğü”, **İÜHF**, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 249-282. (“İrade”)

Arat Ayşe, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Arıkan Mustafa / Deniz Mehmet, “6098 Sayılı TBK’da Sözleşme ile Bağlı Olmama Kavramı ve Üst Süre Sınırlandırılması Sorunu”, **TAAD**, Yıl: 4, S. 12, Ocak 2013, s. 151-160.

Arpacioğlu Işıl Tüzün, “Türk Borçlar Hukuku’nda Temel Hatası”, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 4, No. 1, 2015, s. 149-156. (<http://dergipark.gov.tr/hiad/issue/7651/100153>, çevrimiçi, 2.5.2018)

Arsebük Esat, **Borçlar Hukuku**, C. I-II, 3. Basım, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O., 1950.

Arsıanlı Halil, **Ticarî Bey**, 4. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955.

Aslan Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.

Atamer Yeşim M. / Baş Ece, “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, **İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, C. 88, 2014, s. 19-60.

Atamer Yeşim M., “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 217-260. (“İfa Engelleri”)

Atamer Yeşim M., “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler ve Teklifler”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, s. 8-37. (“Tasarı”)

Atamer Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Editör: Mehmet M. İncoğlu, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 187-221. (“Satım”).

Atamer Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2001.

Ayan Mehmet, **Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 13. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Aybay Aydın / Hatemi Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

Aydoğdu Murat, **Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016.

Ayrancı Hasan, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Bachmann Hans, **Der Irrtum nach Artikel 23 ff. Des schweizerischen Obligationenrechts**, Diss., Bern: Stämpfli & Cie., 1928.

von Bar Christian / Clive Eric M., **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**, Full Edition, Vol. I, München: Sellier European Law Publishers, 2009.

Barlas Nami, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, **İÜHFM**, C. LV, S. 3, 1997, s. 191-208.

Başoğlu Başak, “Borcun İfasında İmkânsızlık”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 307-347. (“İfa İmkansızlığı”)

Başoğlu Başak, “Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 489-517. (“Konuda İmkansızlık”).

Başpınar Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.

Baygın Cem, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **AÜEHFD**, C. IV. S. 1-2, 2000, s. 345-377.

Baysal Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 2. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2017. (“Uyarlanma”)

Becker Hermann, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, 2. Auflage, Bern: Stämpfli, 1945.

Becker Michael, “Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1988/188, s. 24-68.

Berger Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Transactions of the American Philosophical Society**, New Series Vol. 43, Part 2, Philadelphia: American philosophical Society, 1953.

Birsen Kemaleddin, **Borçlar Hukuku Dersleri: Borçların Genel Hükümleri**, 4. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967.

Bischoff Jacques, **Vertragsrisiko Und Clausula Rebus Sic Stantibus: Risikoordnung in Verträgen Bei Veränderten Verhältnissen**, Zürich: Schulthess, 1983.

Bork Reinhard, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch**, 4. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

Brox Hans / Walker Wolf-Dietrich, **Allgemeiner Teil des BGB**, 40. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2016. ("AT")

Brox Hans / Walker Wolf-Dietrich, **Allgemeines Schuldrecht**, 39. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2015. ("Schuldrecht")

Brox Hans, **Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung: ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung**, Karlsruhe: Müller, 1960.

BT-Drucks, 14/6040: **Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts**, (<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf>, çevrimiçi, 2.5.2018).

Bucher Eugen / Buz Vedat, "Mağdur Edilen Alıcı – Türk / İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art. 205/2 OR)'ye göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 145-179.

Bucher Eugen, "Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz, Zugleich Besprechung der Materialien-Edition zum schweiz. Handels- und Obligationenrecht von Urs Fasel", **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)**, Heft 2, 2003, s. 353-374. ("Entwicklung")

Bucher Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. ("AT")

Buckland William Warwick, **Elementary Principles of the Roman Private Law**, Buffalo, New York: W. S. Hein & Co., 2003.

Burcuoğlu Halûk, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", **MHAD**, C. 15, S. 18, 1989-1990, s. 89-103. ("Karar")

Burcuoğlu Hâluk, "Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme", **Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999, s. 79-100. ("Para")

Burdick, W. L., **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**, New York: Clark The Lawbook Exchange, 2004.

Buz Vedat, “Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 1, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 611-662. (“Akamet”)

Buz Vedat, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, **BATİDER**, C. XIX, S. 4, 1998, s. 53-81. (“Gabin”)

Buz Vedat, “İrade Sakatlığı İle Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, 1. Baskı, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006. (“İrade Sakatlığı”)

Buz Vedat, “Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 111/2015, s. 565-576. (“Rückabwicklung”)

Buz Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Tıpkı Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014. (“Dönme”)

Buz Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Buz Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005. (“Yenilik Doğuran Hak”)

von Büren Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich: Schulthess, 1964.

Büyükay Yusuf, “Roma Hukukunda Error in Materia ve Error in Substantia”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD)**, C. V, S. 1-4, 2001, s. 349-259.

Büyükay Yusuf, **Roma Borçlar Hukukunda Hata**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Bydlinski Franz, **Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes**, Wien: Springer-Verlag, 1967.

Canbolat Ferhat, **Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

Cansel Erol, “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı”, **Prof. Dr. İmran Öktem’e Armağan**, Ankara, 1970, s. 333-358.

Cashin-Ritane Eleanor, “Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, çeviren: Başak Baysal, **İÜHFM**, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 321-342.

von der Crone Hans Caspar / Hoffmann-Nowotny Urs H., “Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht”, **Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 104/2008, s. 53-61.

von der Crone Hans Caspar / Hunziker Silvia, “Irrtum beim Vergleich, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 130 III 49 vom 4. Dezember 2003”, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)**, 2004, s. 342-350.

von der Crone Hans Caspar / Monferrini Isabelle, “Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge”, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)**, 5/2001, s. 485-496.

Çağa Tahir, “Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malül Sözleşmelerde Fesih Beyanı ve Bunun Süresi”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1 (1981), S. 1, s. 39-49.

Çakırca Seda İrem, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015.

Çeliktaş Özdamar Demet, “Ayni Sözleşme ve Ayni Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 26, S. 3, Temmuz 2000, s. 399-418.

Dalamanlı Lütfü, **Kanunlarımızda Müruruzaman – Sükutuhak ve Müddetler**, Ankara: Ünal Matbaası, 1976.

Demirbaş Harun, **Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012. (“Korkutma”)

Demirbaş Harun, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. (“Yenilik Doğuran Hak”)

Demircioğlu Huriye, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Di Marzo Salvatore, **Roma Hukuku**, çeviren: Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Sulhi Garan Matbaası, 1959.

Dural Mustafa / Sarı Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

Dural Mustafa, “Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler”, **BATİDER**, C. VII, S. 4, 1974, s. 907-936.

Dural Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.

Dursun Aksoy Sanem, **Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008.

Edis Seyfullah / Zevkliler Aydın / Ertuş Şeref / Tezcan Durmuş / Petek Hasan, “Yenilik Doğurucu İşlemden Rücu Etmek Mümkün mü? (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri)”, **Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 29-44.

Edis Seyfullah, “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 367, 1975. (“Güven”)

Edis Seyfullah, **Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973. ("Hata")

Edis Seyfullah, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1963. ("Ayıp")

Eisenberg Melvin A., "Mistake in Contract Law", **California Law Review**, Vol. 91, No. 6, December 2003, s. 1573-1643.

Erbek Özge, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) – Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", **Journal of Yaşar University**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 937-985.

Erdem Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.

Erdönmez Güray, **Pekcanıtez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II**, Editörler: Pekcanıtez Hakan / Özekes Muhammet / Akkan Mine / Taş Korkmaz Hülya, 15. Bası, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2017.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017. ("BG")

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017. ("BÖ")

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 9. Bası, İstanbul: Beta, 2006.

Eren Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975. ("Uygun İlliyyet")

Ergüne Mehmet Serkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. 1, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 909-926.

Ergüne Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, 1. Basım, İstanbul: Beta, 2008.

Erman Hasan, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İÜHFİM**, C. XXXVIII, S. 1-4, 1973, s. 601-619.

Erman Hasan, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.

Ernst Wolfgang, **Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), Art. 919-941 ZGB**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Geiser Thomas, 3. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2007.

Ernst Wolfgang, **Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale**, Herausgeber: Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Zürich: Schultess Juristische Medien AG, 2013. ("OR 2020")

Ertay Şeref, **Eşya Hukuku**, 13. Baskı, İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2017.

Esener Turhan / Gündoğdu Fatih, **Borçlar Hukuku I: Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK. m. 1-48)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Esener Turhan / Güven Kudret, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

Esener Turhan, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnıkadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, **AÜHFD**, C. IX, S. 3-4, 1952, s. 166-197.

Esener Turhan, **Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1-40)**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

Fasel Urs, **Handels- und obligationsrechtliche Materialien**, Bern / Stuttgart / Wien: Peter Haupt, 2000.

Fettah Melek, “Roma ve Türk Hukukunda Hata”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 723-750.

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976. (“BG”)

Feyzioğlu Feyzi Necmettin, **Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü (Hususiyle “Ecrimisil” Meselesi)**, 2. Bası, İstanbul: Baha Matbaası, 1961. (“Zilyetlik”)

Fick Fritz, **Der wesentliche Irrtum im revidierten schweizerischen Obligationenrecht (Art. 23-27)**, Sonderabdruck aus der Festschrift für Georg Cohn, Zürich: Orell Füssli, 1915.

Fikentscher Wolfgang, **Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos**, München: C.H. Beck, 1971.

Flume Werner, “Irrtum und Rechtsgeschäft im Römischen Recht”, **Festschrift Fritz Schulz**, Band I, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1959, s. 209-252. (“Römisches Recht”)

Flume Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Band. II, Das Rechtsgeschäft, 4. unveränderte Auflage, Berlin: Springer-Verlag, 1992. (“AT”)

Flume Werner, **Eigenschaftsirrtum und Kauf**, Münster: Regensberg, 1948. (“Eigenschaftsirrtum”)

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Schmid Jörg / Emmenegger Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band. I, 10. Auflage, Zürich: Schultess, 2014.

Gauch Peter, “Vertrag und Parteiwille”, **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations**, Freiburg 1982, s. 343-368. (“Vertrag und Parteiwille”)

Gauch Peter, "Der Picasso-Entscheid – Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff.", **Schweizerische Aktiengesellschaft 3/89**, s. 152-160. ("Picasso")

Gauch Peter, "Grundlagenirrtum und Clausula rebus sic stantibus - Anmerkung zu BGE 107 II 343", **recht 1983/1**, s. 16-19. ("Clausula")

Gauch Peter, "Modifizierte Teilnichtigkeit, Anmerkungen zu BGE 107 II 216", **recht 1983/3**, s. 95-100. ("Teilnichtigkeit")

Gauch Peter, "Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages", **recht 2001**, s. 184-190. ("Sachgewährleistung")

Gauch Peter, "Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)", **recht 1989/4**, s. 122-128. ("Umwandlungstheorie")

Gauch Peter, **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Freiburg: Universitätsverlag, 1968. ("Dauerverträgen")

Gezder Ümit, **Türk / İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: Beta, 2009.

Giger Hans, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationen recht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215**, 2. Auflage, Bern: Stämpfli, 1980.

Glasl Daniel G., **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Ein Beitrag zum vertraglichen Sanktionensystem der Schweiz**, Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1992.

Goltz Hanno, **Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag**, Köln: Heymann, 1973.

Gonzenbach Rainer, **Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern: Stämpfli & Cie, 1987.

Gordley James, "Mistake in Contract Formation", **American Journal of Comparative Law**, Vol. 52, No. 2, Spring 2004, s. 433-468.

Gözübüyük Şeref, "Akdin İnikadında İtimat Nazariyesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1957, C. 12, S. 1, s. 125-135.

Grigoleit Hans Christoph, "Abstraktion und Willensmängel - Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts", **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1999/199, s. 379-420.

Guhl Theo / Koller Alfred / Schnyder Anton K. / Druey Jean Nicolas, **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich: Schultess, 2000.

Gülekli Yeşim, “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, **MHAD**, No. 18, 1990, s. 43-69.

Gümüş Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013. (“BÖ I”)

Gümüş Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014. (“BÖ II”)

Güenal A. Nadi, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, **AÜHFD**, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 425-442.

Günay Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

Güneş Ceylan Seldağ. “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, S. VIII, No. 1-2, s. 75-93.

Güral Jale, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi**, Ankara: İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, 1953.

Gürpınar Damla, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt Veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2006.

Gürsoy Kemal Tahir / Eren Fikret / Cansel Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

Gürsoy Kemal Tahir, **Husuî Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus-Emprevizyon Nazariyesi**, Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950.

Gürzumar Osman Berat, Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, **GSÜHFD**, S. 1, 2004, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I (Özel Hukuk), s. 105-161.

Hamamcıoğlu Gülşah Vardar, **Medenî Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014.

Harder Manfred, “Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1973/173, s. 209-226.

Harke Jan Dirk, **Irrtum Über Wesentliche Eigenschaften: Dogmatische und Dogmengeschichtliche Untersuchung**. Berlin: Duncker und Humblot, 2003.

Hatemi Hüseyin / Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Henrich Dieter, “Die unbewußte Irreführung”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1963/162, s. 88-104. (“Irreführung”)

Henrich Dieter, “Die Unterschrift Unter Einer Nichtgelesenen Urkunde: Eine rechtsvergleichende Betrachtung”, **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The RabelJournal of Comparative and International Private Law**, 35. Jahrg., H. 1 (1971), s. 55-71. (“Unterschrift”)

Henrici Ernst, **Über den Irrtum beim Vertragabschluss im schweizerischen Obligationenrecht**, Aarau: H.R. Sauerländer, 1916.

Honsell Heinrich, “Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung - Irrungen und Wirrungen”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 103/2007, s. 137-145. (“Konkurrenz”)

Honsell Heinrich, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 197-210 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.

Howald Martin, **Der dingliche Vertrag**, Zürich: Andelfingen 1946.

Huber Peter, **Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung: Eine Studie zur Konkurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrecht**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

Huguenin Claire / Meise Barbara, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 19-21 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.

Huguenin Claire, **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel: Eine Auseinandersetzung Mit Der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zu Art. 20 OR**, Bern: Stämpfli Verlag AG, 1984. (“Vertragsmängel”)

Huguenin Claire, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess, 2014. (“AT”)

Hürlimann Roland, **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR**, Freiburg: Universitätsverlag, 1984.

İşıқтаç Yasemin / Metin Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, 4. (Tıpkı) Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.

İşıқтаç Yasemin, “İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından Ben İnşası”, **İÜHFM**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 73-86.

İnal Emrehan, “Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 161-175.

İnan Ali Naim / Yücel Özge, **İnan-Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

İnan Ali Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.

İnceoğlu M. Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009.

İpek Eyüp, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

Jäggi Peter / Gauch Peter / Hartmann Stephan, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Art. 18 OR**, 4. Auflage, Zürich: Schulthess, 2015.

Jansen Nils / Zimmermann Reinhard, "Vertragsschluss und Irrtum in europäischen Vertragsrecht, Textstufen transnationaler Modellregelungen", **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 2010/210, s. 196-250.

Kalkan Burcu, **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

Kaneti Selim, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972. ("Tahvil")

Kaniti Salamon, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul: A. Said Matbaası, 1962. ("Defi")

Kapancı Berk, **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, 1. Bası, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012.

Kaplan İbrahim, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi: Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uydurulması**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Karadeniz Çelebican Özcan, **Roma Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Karahasan Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Birinci Cilt, 1. Baskı, İstanbul: Beta, 2003.

Karakocalı Ahmet, **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)**, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Karlı Özlem, **Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması: (Mücerret Borç İkrarı BK. mad. 17)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Kaser Max / Knütel Rolf, **Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch**, 19. Auflage, München: C.H. Beck, 2008.

Keller Max / Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht: Allgemeine Lehren Des Vertragsrechts**, 3. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1988.

Keller Max / Schmied-Syz Carole, **Analyse der Willensmängel: Eine praxisorientierte Studie**, Basel: Sch & Lichtenhahn, 1995.

Keller Max, **Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse**, Aarau: Sauerländer, 1948.

Kılıçoğlu Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017. ("BG")

Kılıçoğlu Ahmet, "Fiili Sözleşme İlişkileri", **Ankara Barosu Dergisi**, C. 42, S. 5-6, 1985, s. 738-752.

Kırca Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.

Kırkbeşoğlu Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Klausberger Kurt, **Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul: Garanti Matbaası, 1968. ("Hata")

Kocayusufpaşaoğlu Necip, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem – Sözleşme**, 6. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014. ("BG")

Kocayusufpaşaoğlu Necip, "Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler", **Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul: Aybay Yayıncılık, 1996. ("Kısmi Hükümsüzlük")

Kocayusufpaşaoğlu Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 503-514. ("İşlem Temeli")

Koller Alfred, "Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen", **Baurecht 1**, S. 4, 2006, s. 4-7. ("Rückabwicklung")

Koller Alfred, **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, Freiburg: Universitätsverlag, 1985. ("Gute und Böse Glaube")

Koller Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, 3. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2009. ("AT")

Kolly Gilbert, **Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts**, Diss., Zürich: Juris Druck und Verlag Zürich, 1978.

Koschaker Paul, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, çeviren: Kudret Ayiter, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.

Kramer Ernst A. / Schmidlin Bruno, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Allgemeine Bestimmungen: Die Entstehung durch Vertrag, Art. 1-18 OR**, Bern: Stämpfli, 1986.

Kramer Ernst A., "Besprechung von BGE 127 III 83 ff., 14.12.2000, Berufung: Unverjährbarkeit der Einrede der Täuschung (Art. 60 Abs. 3 OR) - Verhältnis zwischen Ansprüchen aus kaufrechtlicher Sachgewährleistung und Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln: Frist für die einredeweise Geltendmachung von Willensmängeln (Art. 31 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 3 OR): Genehmigung des Vertrages durch Geltendmachung von kaufrechtlichen Sachgewährleistungsrechten", **Aktuelle Juristische Praxis, Jg. 11**, 2001, s. 1454-1456. ("Besprechung")

Kramer Ernst A., “Neues zur clausula rebus sic stantibus”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 110/2014, s. 273-287. (“Clausula”)

Kramer Ernst A., **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 19-22 OR**, Bern: Stämpfli, 1991.

Kramer Ernst A., **Der Irrtum beim Vertragsschluss, Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme**, Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1998. (“Irrtum”)

Kuntalp Erden / Barlas Nami / Ayanoğlu Morali Ahu / Çavuşoğlu Işıntan Pelin / İpek Mehtap / Yaşar Mert / Koç Sedat, **Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2005.

Kuntalp Erden, **Karışık Muhtevah Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

Kurşat Zekeriya, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 2003.

Kurt Leyla Müjde, “Yenilik Doğuran Bir Hakkın Kullanıldıktan Sonra Geri Alınması, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 30.10.2011 Tarihli Kararı”, **BATİDER**, C. XXVII, S. 2, 2001, s. 247-252.

Kuru Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Ankara: Legal Yayınevi, 2016.

Kutlu Sungurbey Ayfer, **Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul: Yasa Yayınları, 1988.

Küçük Eşref, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve Yeniden Doğan Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, **AÜHFD**, C. 56, S. 4, 2007, s. 111-122.

Larenz Karl, **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: Die Bedeutung "veränderter Umstände" Im Zivilrecht**, 3. Auflage, München und Berlin: C.H. Beck, 1963.

Lichti Jean-Pierre, **Der Rechtsirrtum, besonders im Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich: Juris-Verlag, 1950.

Litvinoff Saul, “Vices and Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion”, **Louisiana Law Review**, Vol. 50, Number 1, September 1989, s. 1-115. (<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol50/iss1/4>, çevrimiçi, 2.5.2018)

Lubbe Gerhard, “Mistake”, **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, edited by Jan. M. Smits, 2. Edition, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, s. 455-467.

MacLeod John, “Before Bell: the Roots of Error in the Scots Law of Contract”, **Edinburgh Law Review**, Vol. 14 (3), 2010, s. 385-417.

MacMillan Catharine, **Mistakes in Contract Law**, Oxford: Hart Publishing, 2010.

Medicus Dieter / Petersen Jens, **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. Auflage, Heidelberg: Müller, 2016.

Meier-Hayoz Arthur, **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag**, Aarau: Sauerländer, 1948.

Merz Hans, “Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung”, **Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl**, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1950, s. 87-107.

Merz Hans, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB**, Bern: Stämpfli, 1962.

Merz Hans, **Vertrag und Vertragsschluss**, Freiburg: Universitätsverlag, 1988. (“Vertrag”)

Mousourakis George, **Fundamentals of Roman Private Law**, Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag, 2012.

Nomer Haluk Nami / Engin Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, C. I: Satış Sözleşmesi**, 1. Fasikül, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Nomer Halûk Nami / Ergüne Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları**, 3. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016.

Nomer Haluk Nami, “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest midir?”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 637-649. (“Aşırı Yararlanma”)

Nomer Haluk Nami, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. M. İlhan Ulsan’a Armağan**, C. III, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 523-533. (“Kısmi İptal”)

Nomer Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 14. Bası, İstanbul: Beta, 2015. (“BG”)

Oftinger Karl, “Die Ungelesen Unterzeichnete Urkunde und Verwandte Tatbestände”, **Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius**, Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955.

Oğuzman Kemal / Barlas Nami, **Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 21. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

Oğuzman Kemal / Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 8. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Oğuzman Kemal / Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 15. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (“BG I”)

Oğuzman Kemal / Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (“BG II”)

Oğuzman Kemal / Seliçi Ozer / Oktay-Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

Oğuzman Kemal, “Akdin Hile Sebebiyle İptali Azami Bir Müddetle Tahdid Edilmiş Midir?”, **İBD**, C. XXII, S. 4, Nisan 1953, s. 177-189.

Oğuztürk Burcu Kalkan, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Oktay Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHF**, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296. (“İsimsiz”)

Oktay Saibe, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İÜHF**, C. LV, S. 3, 1997, s. 209-234. (“Uzun Süreli Sözleşme”)

Okumuş Selmani, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Oser Hugo / Schönenberger Wilhelm, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess & Co., 1929.

Öğüz Tufan, “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 101-108.

Önen Turgut, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Yargı Yayınevi, 1999.

Öz Turgut, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **MHAD**, C. 13, S. 16, 1979, s. 131-172.

Öz Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1989. (“Dönme”)

Öz Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990. (“Sebepsiz Zenginleşme”)

Özen Burak, “Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 6, S. 62, Şubat 2008, s. 409-428.

Özen Burak, **Haksız Zilyedlikte İade**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 2003.

Özkaya Eraslan, **Yanılma-Aldatma-Korkutma Davaları**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Özsunar Erdal, **Roma ve Türk Hukukunda Hata**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

Pfeffermann Bruno, **Begriff des wesentlichen Irrtums bei Rechtsgeschäften**, Berlin: Druck von W. Pilz, 1903.

Pichonnaz Pascal, "Switzerland", **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, edited by Jan. M. Smits, 2. Edition, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, s. 852-861.

Piotet Paul, "Picasso" Kararı Hakkında: İrade Sakatlığı Nedeniyle İptal ve Borçlu Olunmayan Şeyin Geri Alınması Dâvasında Zamanaşımı", çeviren: Kemal Dayınlarlı, **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 1-2, Ocak-Nisan, 1990, s. 210-214.

Posner Richard A., **Economic Analysis of Law**, 6th. ed., New York: Aspen Publishers, 2003.

Postacıoğlu İlhan E., **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: Baha Matbaası, 1964.

Pulaşlı Hasan, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.

Rado Türkân, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

Reiser Nina, **Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR**, Zürich: Schultess, 2012.

Reisoğlu Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, İstanbul: Beta, 2014. ("BG")

Reisoğlu Seza, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961. ("Sebepsiz İktisap")

Rusch Arnold F., "Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken", **Die Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 2010, s. 553-560.

Ryu Paul K. / Silving Helen, "Error Juris: A Comparative Study", **University of Chicago Law Review**, Vol. 24, Issue 3, 1957, s. 421-471.

Sanlı Kerem Cem, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015.

Sarıgöllü Ersin, "İrade Sakatlıklarının Sonuçları", **Adalet Dergisi**, C. 1-3, S.1, Ocak-Şubat 1987, s. 23-41.

Saymen Ferit H. / Elbir Halid K., **Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, C. I, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1958.

Saymen Ferit H., "Matlablar Kanun Mudur?", **İÜHFM**, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 565-578.

Schermaier Martin Josef, "Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: the Civil Law Tradition", **Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law**, edited by Ruth Sefton-Green, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 39-64.

Schmidlin Bruno / Meyer-Pritzl Rudolf, "Interessenabwägung bei der Irrtumsanfechtung und Irrtum über künftige Sachverhalte", **recht 1997**, s. 256-260.

Schmidlin Bruno, “Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 1992, s. 1386-1393. (“Irrtum über zukünftige Sachverhalte”).

Schmidlin Bruno, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 23-31 OR**, Bern: Stämpfli, 2013.

Schmidt-Rimpler Walter, “Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum”, **Das Deutsche Privatrecht in Der Mitte Des 20. Jahrhunderts: Festschrift Für Heinrich Lehmann Zum 80. Geburtstag**, Band I, 1956, s. 213-233.

Schönenberger Wilhelm / Jäggi Peter, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1a, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR**, Zürich: Schulthess, 1973.

Schönle Herbert / Higi Peter, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V / 2a Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204**, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2005.

Schur Wolfgang, “Eigenschaftsirrtum und Neuregelung des Kaufrechts”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 2004/204, s. 883-906.

Schwab Dieter / Löhnig Martin, **Einführung in das Zivilrecht, Einschliesslich BGB – Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007.

Schwarz Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, çeviren: Bülent Davran, İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948. (“BG”)

Schwarz Andreas B., **Roma Hukuku Dersleri**, çeviren: Türkan Rado, İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık, 1963. (“Roma Hukuku”)

Schwenzer Ingeborg, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 23-31 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.

Schwenzer Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Bern: Stämpfli, 2016. (“AT”)

Sefton-Green Ruth, “General Introduction”, **Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law**, edited by Ruth Sefton-Green, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 1-38.

Seliçi Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.

Serozan Rona, “Culpa in Contrahendo, Akdın Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, Cilt 2, Sayı 3, 1968, s. 108-120. (“Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”)

Serozan Rona, (**Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016. (“İfa Engelleri”)

Serozan Rona, “Bir Daha: Yasacılık ve Hukukçuluk Üstüne”, **MHAD**, Yıl: 4, Sayı 6, 1970, s. 106-129. (“Yasacılık ve Hukukçuluk”)

Serozan Rona, “BKT’nın Eksikliklerinin ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukukundan Örneklerle Sergilenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006, s. 38-51. (“Tasarı”)

Serozan Rona, “Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, **MHAD**, Cilt 3, Sayı 4, 1969, s. 187-213. (“Geçersiz Satım Sözleşmesi”)

Serozan Rona, “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arasındaki Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi – Kronolojik Açıdan Ayrılmı Olguları Ortak Bir Rejime Bağlama Derecesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 1013-1030. (“Edimler Arasındaki Dengesizlik”)

Serozan Rona, “Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım”, **MHAD**, C. 3, S. 5, 1969, s. 211-238. (“Parça-Çeşit”)

Serozan Rona, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 195-207. (“Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi”)

Serozan Rona, “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 2029-2036. (“İmkansızlık”)

Serozan Rona, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, **Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 397-412. (“Tasarruf Sözleşmesi”)

Serozan Rona, “Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHF**, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 231-248. (“Alman İfa Engelleri”)

Serozan Rona, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”, **MHAD**, Cilt 15, Sayı 18, 1989-1990, s. 27-42. (“Culpa in Contrahendo”)

Serozan Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006. (“BÖ”)

Serozan Rona, **Eşya Hukuku I**, 3. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014. (“Eşya Hukuku”)

Serozan Rona, **Hukukta Yöntem - Mantık**, 2.Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (“Yöntem”)

Serozan Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015. (“Medeni”)

Serozan Rona, **Sözleşmeden Dönme**. Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. (“Dönme”)

Seviğ Vedat, “İrade İstiklali Esası Hakkında Muhtelif Temayüller”, **A. Samim Gönensay’a Armağan**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955, s. 353-416.

Sevindik Ersin, **İkrah**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Simonius August, “Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis”, **Aus Der Praxis Schweizerischer Gerichte Und Verwaltungsbehörden: Festgabe Zum Siebzigsten Geburtstage Von Fritz Goetzinger**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1935, s. 240-264. (“Wandlung der Irrtumslehre”)

Simonius August, “Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre”, **Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag**, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1942, s. 233-282. (“Vertrauensprinzip”)

Sirmen A. Lâle, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Sirmen A. Lâle, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017. (“Eşya Hukuku”)

Sirmen A. Lâle, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992. (“Şart”)

Stark Emil W. / Lindenmann Barbara, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB**, 4. Auflage, Bern: Stämpfli, 2016.

Staudinger J. von, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 90-124; 130-133 (Sachen und Tiere, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung)**, Neubearbeitung 2017, Berlin: Sellier – de Gruyter, 2017. (“Staudinger / İşleyen”)

Stein Peter, **Roman Law in European History**, Cambridge: University Press, 2004.

Sungurbey İsmet, **Medenî Hukuk Sorunları**, C. 5, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984. (“Medeni Hukuk Sorunları”)

Sungurbey İsmet, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1957. (“Borç İkrarı”)

Sürücü Melisa, “İrade Sakatlığı Hallerinde İyiniyetin Korunması”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 673-697.

Şenocak Zarife, “Borçlar Kanunu’nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından “Aliud”un (Başka Şeyin) Teslimi”, **BATİDER**, C. XV, S. 1, Haziran 1989, s. 113-135.

Şive Emre, **Sözleşmelerin Esaslı Saik Hatası Sebebi ile İptali**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2005.

Tahiroğlu Bülent / Erdoğan Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2005. ("Roma Hukuku")

Tahiroğlu Bülent / Erdoğan Belgin, **Roma Hukuku Pratik Çalışmaları - Meseleleri**, 1. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2014. ("Roma Hukuku Meseleleri")

Tandoğan Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C I/1**, 5. Basıdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008. ("BÖ")

Tandoğan Halûk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010. ("Mesuliyet")

Taylor T. H., "General Theory of Mistake", **The Modern Law Review**, Vol. 11, No. 3, July 1948, s. 257-268.

Tekil Fahiman, "Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s. 1091-1114.

Tekinay Selâhattin Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Hâluk / Altop Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Tekinay Selâhattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992. ("Medeni")

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal / Develioğlu Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016.

Tiftik Mustafa, "Borç Sözleşmelerinin İptali", **BATİDER**, C. XXIII, S. 3, Haziran 2006, s. 53-97. ("İptal")

Tiftik Mustafa, "Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini", **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, 2006, s. 397-417. ("Tazminat")

Titze Heinrich, **Vom sogenannten Motivirrtum**, Herausgegeben von der **Wissenschaftlichen Buchgemeinschaft**, Darmstadt in der Reihe "Libelli", Band XVI (erstmalig erschienen in der Festschrift zum 70. Geburtstag von Ernst Heymann, Verlag Hermann Böhlaus Nachf., Weimar, 1940, s. 72-111), Tübingen 1956.

Topuz Seçkin, **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

von Tuhr Andreas / Peter Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band. I, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 1974.

von Tuhr Andreas / Siegwart Alfred, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Auflage, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1944.

von Tuhr Andreas, “Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem OR”, **ZSR Neue Folge 15**, 1896, s. 278 vd.; **ZSR Neue Folge 16**, 1897, s. 1 vd.; **ZSR Neue Folge 17**, 1898, s. 1 vd. (“Mängel, NF sayı”)

von Tuhr Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Cilt 1-2)**, çeviren: Cevat Edege, İstanbul: Olgaç Matbaası, 1983. (“BG”)

Tunçomağ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, C. 1, Genel Hükümler, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.

Turan Başara Gamze / Başara İzzet, “Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.

Uluslan İlhan, “Culpa in Contrahendo Üzerine”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, C. I, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 275-316.

Uluslan İlhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu (BK md. 63/1)**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.

Ulusoy Yasin, “Beyaza İmza”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD)**, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 471-499.

Umar Bilge, “İsviçre - Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hâkimin Rolü”, **İÜHFM**, C. XXXIII, S. 3-4, s. 228-247.

Umur Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Tıpkı Basım, İstanbul: Beta, 2010.

Uygur Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt I, Madde 1-236, 3. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2013.

Ülgen Hüseyin, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, 1. Basıdan (Ankara 1975) 2. Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.

Üstündağ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000.

Watson Alan, **The Digest of Justinian**, Vol. 1, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009; Vol. 2, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011.

Wieacker Franz, “Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus”, **Festschrift für Walter Wilburg zum 65. Geburtstag**, Graz: Leykam Verlag, 1965, s. 229-255.

Wiegand Wolfgang, “Bemerkungen zum Picasso-Entscheid”, **recht 1989**, s. 101-112. (“Picasso”)

Wiegand Wolfgang, “Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, **Gauchs Welt: Festschrift zum 65. Geburtstag von Peter Gauch**, (Pierre Tercier / Marc Amstutz / Alfred Koller / Jörg Schmid / Herbert Stöckli (Hrsg.)), Zürich: Schulthess, 2004, s. 709-722. (“Rückabwicklung”)

Wiegand Wolfgang, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR), Art. 18 OR**, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015.

Windscheid Bernard, “Die Voraussetzung”, **AcP (Archiv für die civilistische Praxis)**, 1892/78, s. 161-202.

Wolf Manfred / Neuner Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Vollständig neu bearbeitete Auflage des von Karl Larenz begründeten Werkes, München: C.H. Beck, 2016.

Yakışık Müşerref, “İrade Sakatlığına Bağlı Olarak Tazminat Talebi”, **TAAD**, Yıl: 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 277-298.

Yalman Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Yavaş Murat, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları**, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

Yavuz Cevdet / Acar Faruk / Özen Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2014.

Yavuz Cevdet, **Satıcının Satılanın (Mahn) Ayıplarından Sorumluluğu**, 1. Bası, İstanbul: Beta, 1989. (“Ayıp”)

Yavuz Nihat, “Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s. 1061-1078.

Yavuz Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Madde 1-338, 2. Baskı, İstanbul: Adalet Yayınevi, 2015. (“TBK Şerh”)

Yeşiller Mehmet, “Roma Hukuku’nda Hükümsüzlük Halleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Sa. 3, 2011, s. 77-94.

Yıldırım Ahmet Cemil, **Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu**, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015. (“Yorum”)

Yıldırım Mustafa Fadıl, “Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı Halleri”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 931-944. (“Tasarı”)

Yıldırım Mustafa Fadıl, “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 965-988. (“Ayıp”)

Yıldırım Mustafa Fadıl, **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2002. (“Hile”)

Zehnder Andreas, **Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht**, Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1993.

Zevkliler Aydın / Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.

Zimmermann Reinhard, **The Law of Obligations – Roman Foundations of Civilian Tradition**, Oxford: Clarendon Press, 1996.

Zitelmann Ernst, **Irrtum Und Rechtsgeschäft: Eine Psychologisch-Juristische Untersuchung**, Leipzig: Duncker & Humblot, 1879.

Zweigert Konrad, “Mukayeseli Hukuk Açısından Hata Kavramı ile İlgili Hatalı Görüşler”, çeviren: Ahmet Cemal, **MHAD**, C. 3, S. 5, 1969, s. 403-418.



ÖZGEÇMİŞ

Erhan Kanışlı, 1986 yılında Gaziantep’te doğdu. 2004 yılında Gaziantep Anadolu Lisesi’nden mezun olduktan sonra, aynı yıl İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitime başladı ve 2009 yılında mezun oldu. 2009 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku yüksek lisans programına başlayan Kanışlı, 2012 yılında “CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Satıcının Hakları” başlıklı çalışmasıyla yüksek lisans eğitimini tamamladı. Halen Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk kürsüsünde araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. Yazarın yayınları şu şekildedir:

Kitaplar

CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Satıcının Hakları, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2013.

Makaleler

“Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 138, s. 85-111, 2014.

“Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, C. 2014/2, S. 80, s. 955-1007, 2015.

“CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Satıcının Hakları, Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)”, Editör: Sinan Okur, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 433-471.

“CISG’da ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt 2, İstanbul, Beta, 2016, s. 1385-1442.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : ERHAN KANIŞLI
Tez Başlığı : İSVİÇRE-TÜRK BORÇLAR HUKUKUNA GÖRE
SÖZLEŞMENİN KURULMASINDA YANILMA
Savunma Tarihi : 25/5/2018
Danışmanı : PROF. DR. MEHMET ERDEM

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Şükran Şıpka



Prof. Dr. Yeşim M. Atamer



Prof. Dr. M. Murat İnceoğlu



Prof. Dr. Mehmet Erdem



Prof. Dr. H. Murat Develioğlu



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Dr. Öğr. Üyesi A. Fahri NEGÜS

V.

