

MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN HATA KAVRAMI İLE İLGİLİ HATALI GÖRÜŞLER (*)

Yazan: Prof. Dr. Konrad ZWEIGERT

Çev.: Asistan Ahmet CEMAL

Bütün hukuk düzenlerinde, her hatanın hataya düşene bildirimini sonuçlarından sıyrılma yetkisini vermediği konusunda görüş birliği vardır. Buna karşılık belirli durumların varlığı halinde hataya düşenin, hatasının rizikosunu, karşı tarafın sırtına atabilmesi gerektiği gerçeği de, gene herkesçe her türlü kuşkudan uzak olarak kabul edilmiştir. Ancak hukuken önemli olan hatayı, önemli olmayandan ayıran sınırın nereden geçirilmesi gerektiği sorunu, hem uzun bir geçmişe dayanmakta, hem de zengin tartışmaların kaynağı olmaktadır.

Esasında bu tartışmaların büyük kısmı, bugün ancak hukuk tarihçilerinin ilgi alanında kalmış addolunmak gerekir. İşlemlerde hata,, bildirimde hata, nitelikte hata, özde hata, saik hatası, error in persona, in substantia, in negotio, in objecto gibi, bir zamanlar Pandekt Hukuku'nun kavramlar evreninde egemenliklerini sürdürmüş, ancak bugün renklerini gittikçe yitiren kavramlar — modern mukayeseli hukuk araştırmalarının da ortaya koyduğu sonuçlara uygun olarak — hata sorununda konumuz olan günlük somut olayların kavranması ve değerlendirilmesi söz konusu olduğu zaman rahatça bir yana bırakılabilir. Bütün bu kavramlar — von Schwind'in 1941 yılında alman ve avusturya Medeni Kanunlarının hataya ait hükümlerine ilişkin makalesinde ince bir tahlille belirttiği gibi —

(*) Bu yazı Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Universitaet Wien) 1966, Heft 1-2, s. 12'de yayımlanmıştır.

1) von Schwind, Der Irrtum im Verkehrsrecht des ABGB und BGB., Eine rechtsvergleichend-rechtspolitische Betrachtung. Jherings Jb. 89 (1941) 119.

hata hallerinin sınıflandırılmasında (ki böyle bir sınıflandırmanın amaca uygunluğu tartışma götürür) sorunu aşırı ölçüde hataya düşenin durumu açısından ele almakta, buna karşılık bildirim yöneltildiği şahsın durumunun da aynı önemle göz önünde tutulmasının gerekip gerekmediğini sormamaktadırlar. Daha açık bir deyişle, karşı tarafın, belirli nedenlerden ötürü, hata ile sakatlanmış dahi olsa, bildirim geçerliliğine olan güveninin korunmağa değer olup olmadığı sorununu bir çözüme bağlamamaları, adı geçen kavramların ortak zayıf noktasıdır.

Problemimizin güçlükleri, hata halleri hakkında bir yargıya varırken, kuvvetli gerekçelerinden ötürü göz önünde tutulabilecek görüşlerin adedinin kabarıklığından doğmaktadır. Örneğin bir satıcı, yöresel işçiliğin orta kalitede bir yapıtı olduğu kanısı ile, güzel bir vazoyu düşük bir bedele satmıştır. Ancak vazonun tesliminden sonra, satılan parçanın, Ming Devrinden kalma bir kaç bin Mark değerinde seçme bir sanat yapıtı olduğu anlaşılmıştır. Böyle bir durumda satıcı, yalnızca aradaki değer farkından ötürü sözleşmeden dönüp, hataya düştüğü vakıasına dayanarak vazonun geri verilmesini dava edebilecek midir? Satıcının, vazonun gerçek değerini takdir edebilecek ihtisasa sahip bulunması, ancak ağır veya hafif ihmal sonucu gerçeği anlıyamamış olması, durumda değişiklik yaratır mı? Alıcının, vazonun gerçek değerini anlamış olması, ya da gereken dikkati gösterse idi anlayabileceği vakıasına bir sonuç bağlanmalı mıdır? Her iki tarafın da tecrübeli birer Doğu Asya eksperleri olmaları halinde, bulunacak çözüm ne olmalıdır? Alıcının, satım sözleşmesinin geçerliliğine güvenerek bir başkasına karşı vazoyu devir borcu altına girmiş olması, ya da vazoyu bu şahsa, bir takım masraflar yaparak zaten götürmüş olması, durumu etkileyecek midir? Alıcı — tamamen iyi niyetle — vazonun orta değerinde bir parça olduğunu satıcıya temin etmiş ve satıcı da bu bildirimle dayanarak sözleşmeyi yapmış ise, durum nasıl değerlendirilmek gerekir? Alıcı, aradaki değer farkını gidermeyi derhal teklif etse dahi, satıcı vazonun geri verilmesinde ısrar edebilecek midir?

Salt irade ve bildirim teorisi ayırımları ile, irade özgürlüğü ve iş hayatında güvenin korunması kurallarına yollama yapmanın, sayılan bütün bu durumların birlikte getirdiği sorunları çözmeğe yeterli olamayacağında şüphe yoktur. Biz bu hallerin çözümünde yararlı olabilecek ölçü ve kriterleri geliştirebilmek için, önce değer ve önemi herkesçe bilinen mukayeseli hukuk metodu ile yabancı ülkelerin hataya ilişkin önemli kaidelerini incelemek, sonrada mukaye-

seli eleştiri yolu ile tüm bir değerlendirme yapmayı denemek istiyoruz.

I

Alman hukuk çevresinde Alman Medeni Kanunu, 119. paragrafında, işlemde hatayı esaslı, saik hatasını ise esaslı olmayan hata sayarak temel bir ayırım yapmaktadır. Her iki hata kategorisi arasında gözetilen ayrılık, ince bir psikolojik değerlendirmeden doğmaktadır. Bildirimi yapan, başlangıçta iradesini hataya düşmeksiz kurmuş, ancak bu iradeyi hatalı bir biçimde açığa vurmuş ise, esaslı bir işlem hatası vardır. Buna karşılık irade, düşülen hata sonucu, yanlış kurulmuş ise, bir saik hatası söz konusu olur.

Buna göre bir yaş günü toplantısı için 10 şişe Bismarckquelle (*) satın almak isteyen bir şahıs, yanlışlıkla 10 yerine 100 şişe ısmarlamış ise, bildirimini geçersiz kılabilecektir. Buna karşılık misafirlerinin alkol kullanmadıkları zannı ile 10 şişe Bismarckquelle ısmarlayan şahıs, bildiriminden dönmek yetkisine sahip değildir. Ancak bu ayırımın uygulanması — daha ilerde görüleceği gibi — her zaman bu kadar kolay değildir. Yürürlükten kalkmış bir hukukun kanuni mirasçılık sistemini gözönünde tutarak «kanuni mirasçılarını» mirasçı nasbeden bir mirasbırakan, BGB § 119/1'e göre işlem hatasına düşmüş sayılacaktır². Hataen alacağın aynı teminata bağlanmış olduğu zannına kapılan kefil bakımından da durum aynıdır³. Bir şahsın, içinde 100.000 ağaç bulunduğu kanısı ile ormanlık bir bölgeyi satın alması, gerçekte ise bölgede sadece 85.000 ağacın bulunması halinde, öğreti açısından bir işlem hatasının bulunduğu yargısına varmak gerekmektedir⁴. Sonuç olarak alıcı, bu durumda sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir. Sözleşme mantıki bir biçimde yorumlanmış olsa idi, yanlış sayımdan doğan rizikonun satıcı yerine alıcıya yükletilmesi gerekmez mi idi suali ise, bu sonuç açısından rol oynamamaktadır.

Alman uygulamalarında, bir işlem hatasının mı, yoksa saikte hatanın mı söz konusu olduğu sorunu, fazla önem taşımamaktadır. Zira BGB § 119/2'ye göre, bir şeyin veya şahsın «iş hayatında önem-

(*) Bismarckquelle : Bir maden suyu markası (Çevirenin notu).

2) RG. vom 11.3.1909, RGZ. 70, 391 (394).

3) RG. vom 16.11.1911, RGZ. 75, 271.

4) Karş. Staudinger - C o i n g, Bürgerliches Gesetzbuch (1957), § 119, Anm. 14.

li addolunan» niteliklerine ilişkin bir hata, saik hatası olsun ya da olmasın, bozma hakkı verir. Yargı organlarının kararlarına kısaca bakmak, bu genel kuralın ne biçimde somutlaştırıldığını gösterecektir.

Reichsgericht (*), yukarda sözü edilen çin vazosunun satımı olayında, önemli bir niteliğe ilişkin hatanın varlığı nedeniyle sözleşmenin bozulmasına izin vermiştir⁵. Aynı şekilde, bir taşınmazın imar durumuna ilişkin hata ile⁶, bir kredi işleminin varlığı halinde, karşı tarafın güvenilirliğine ilişkin hata da⁷ esaslı addolunmuştur. Alman Hukukunda «yargı organının onayı ile tamam olan bir sözleşme» biçiminde düzenlenmiş olan evlât edinme sözleşmesinin dahi, evlâtlığın sözleşme yapıldığı sırada anlaşılacak ve terbiyevi tedbirlerle ortadan kaldırılamayacak kötü niteliklere sahip bulunduğu sonradan ortaya çıkması halinde, önemli bir niteliğe ilişkin hata nedeniyle bozulması, mümkün görülmektedir⁸. Bununla birlikte «iş hayatı açısından önemli nitelik» kavramına, yalnızca doğrudan doğruya nesneyi belirleyen hukuki ve fiili ilişkiler girer; yoksa onun değerlendirilmesini sadece dolaylı olarak etkileyen durumlar, bu kavramın dışında kalır⁹. Bu nedenle, satılan taşınmazın satıcıya ait olmaması¹⁰ ya da alıcının sözleşmeyi yaparken tahmin ettiğiinden daha düşük bir değer taşıması, taşınmazın esaslı bir niteliği addedilmemek gerekir¹¹.

Bu düzenlemenin, hatanın kusurdan ileri gelip gelmediği, karşı tarafça anlaşılabilir anlaşılamayacağı, hatta, kötü niyetle olmasa dahi, hataya onun yol açmış olabileceği gibi sorunlara hiç bir şekilde bağlı kılınmamış olması, dikkati çeken bir noktadır.

Avusturya Medeni Kanunu, çok orijinal ve hukuk politikasına ilişkin eğilimi açısından bana çok sempatik gelen bir çözüm şekli ihtiva etmektedir. Gerçi bu kanunda da «saik hatası», esas olarak önemsiz sayılmakta (ABGB § 901/2) ve — Alman Medeni Kanunu gibi — ancak «birinci planda amaç tutulan ve bildirilen şeyin özü-

(*) Reichsgericht: Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (Çeviren)

5) RG. vom 22.2.1929, RGZ. 124, 115.

6) RG. vom 31.5.1905, RGZ. 61, 86.

7) RG. vom 18.10.1907, RGZ. 66, 385.

8) RG. vom 29.4.1935, RGZ. 147, 310. RG. vom 12.10.1936, 152, 228.

9) BGH. vom 18.12.1954, BGHZ. 16, 54 (57).

10) BGH. vom 14.12.1960, BGHZ. 34, 41.

11) RG. HRR. 1932 Nr. 224, staendige Rechtsprechung.

ne, ya da önemli bir niteliğine ilişkin» yanılma, esaslı addolunmaktadır. Ancak esasa ilişkin bir yanılmada dahi, yanılanın bildirimini geçersiz kılabilmesi, onun üç durumdan birinin varlığını ispat edebilmesine bağlıdır. Yanılan, ya yanılmaya diğer tarafın yol açtığını, ya mevcut durum ve koşullara göre diğer tarafın hatayı açıkça anlaması gerektiğini, ya da bir hatanın varlığının «zamanında» karşı tarafa bildirildiğini ispat etmelidir.

Uygulamalara göre, yanılmaya yol açma halinin gerçekleşmiş sayılması için, kast veya ihmâl sonucu bir hataya düşürmenin varlığı gerekli olmayıp, yanılmaya yol açabilecek nitelikteki her davranış, bu konuda yeterli sayılır¹². Gene esasa ilişkin bir hata halinde, karşı tarafın hatayı bildiğini, ya da iş hayatında gösterilmesi gelenek olan dikkati harcasa idi, bilebilecek olduğunu ispat edebilen şahıs, bildirimini bozma yetkisine sahiptir. Hataya düşen, bunu yapacağı yerde, hatanın kendisi tarafından «zamanında» karşı tarafa bildirildiğini de ispat edebilir. «Zamanında bildirme» den güdülen amaç, sözü geçen bildirim, karşı tarafın henüz hataya düşenin bildirimine güvenerek harekete geçmediği bir anda, örneğin daha sözleşmenin ifasına ilişkin bir harcamada bulunmadığı bir sırada yapılmasıdır¹³. Avusturya Hukuku, Alman Medeni Kanunundan (§ 122 BGB) farklı olarak, hatanın ileri sürüldüğü şahsa, güvenden doğan zararın giderilmesine ilişkin bir istem tanımamaktadır ve bu tutum, mantıklı bir nedene dayanmaktadır. Zira bildirim hata nedeniyle geçersiz kılınması olanağının tanındığı ender hallerde bildirim yöneltildiği şahıs, sözü edilmeğe değer bir zarara uğramamış olması, hatanın kendisince anlaşılabilir bir nitelikte olması, ya da hataya kendisinin yol açması nedeniyle gösterdiği güvenin korunmağa değer bulunmaması yüzünden, Avusturya Hukukunun hata nedeniyle, bozmağa ilişkin kısıtlamaları, böyle bir istemi haksız kılacaktır.

İsviçre Hukuku da, OR 23'de sadece esaslı yanılmayı önemli, OR. 24/2'de ise saik hatasını önemsiz saymakla hareket noktası olarak saik hatası ve işlem hatası ayırımını almış bulunmaktadır. İlk bakışta İsviçre Hukuku, esaslı yanılma addedilmesi gereken dört durumu belirtmesi nedeni ile, «esashlık» niteliğinin somutlaştırılması açısından Alman Hukukuna oranla daha ileri gitmiş görünmektedir. Sayılan durumların çevresinde önce işlemin niteliğine,

12) OHG. vom 20.4.1955, SZ. 28 103.

13) OHG. vom 31.10.1951, SZ. 24 288.

tarafının kişiliğine ve sözleşme konusuna ilişkin hatalar yer almaktadır ki, burada Pandekt Hukukunun errores in negotio, in persona ve in objecto kavramlarının kalıntılarını görmek, güç değildir. Esaslı addolunan diğer yanılmalar, edimin miktarına ilişkin yanılma ile, «iş hayatında geçerli dürüstlük kurallarına gereğince, yanılınca sözleşmenin kaçınılmaz temeli olarak göz önünde tutulmuş» belirli bir noktaya ilişkin yanılmadır (OR. 24/I, Nr. 4).

Uygulama açısından önemli olan, yalnızca son olarak sözü edilen «temele ilişkin hata» dır. Hatanın bu nevi, kuraldışı esaslı addolunmuş bir saik hatası niteliği ile karşımıza çıkmaktadır. İsviçre Hukukunun, güç sorunları yargıcın takdir yetkisine yollama yaparak bir çözüme bağlamak şeklinde kendini gösteren özelliğine uygun olarak, kanunun geniş bir biçimde kaleme alınan ifadesi, temelde yanılma'nın şartlarının çevresini ortaya koyma açısından yargı organlarını, kararlarında özgür bırakmıştır. Bu konuda göze çarpan bir nokta da şudur ki, İsviçre'de tek taraflı yanılmaya ilişkin durumlarla, Alman Hukukundaki «işlem temelini ortadan kalkması» kurumu ile çözüme bağlanan durumlar arasında açık bir ayırma gidilmemiş, tersine sözü edilen her iki durum, tüm olarak OR. 24/1, Nr. 4'de ele alınmıştır. Baskın görüş, temelde yanılmanın varlığı için gerekli koşulu, şöyle ortaya koymaktadır: Yalnızca yanılmanın, gerçeğe uymayan kanısının ürünü olan hususu, sözleşmenin kaçınılmaz temeli sayması, yeterli değildir; onun bu kanısı, dürüst bir iş hayatının gerekleri açısından yapılacak objektif bir inceleme sonucunda, sözleşmenin yapılması açısından bir *condictio sine qua non* olarak nitelendirilebilmelidir¹⁴». Takdir yetkisine dayanan bu objektif ölçünün çevresi dahilinde yargı organları, fırsat düştükçe, olayın özelliklerine göre hangi tarafın doğru olmayan kanılara ilişkin rizikoyu taşıması gerektiğini ve hatanın karşı tarafça anlaşılabilir nitelikte olup olmadığını göz önünde tutmuşlardır¹⁵.

İsviçre Hukukunda karşı tarafın menfi zararının giderilmesi, ancak bildirimini geçersiz kılan tarafın hatasının kendi ihmâlinde ileri gelmesi durumunda söz konusudur; her ne kadar bu davranışla *culpa in contrahendo* öğretisinin bütün sonuçları ile uygulanması

14) BG. vom 11.4.1951, BGE. 53 II 153, aynı şekilde BG. 11.11.1930, BGE. 56 II 426 v.d.

15) karşı. BG. vom 9.7.1929, BGE. 55 II 189; 2.6.1953, BGE. 79 II 272; G u h l, Das Schweizerische Obligationenrecht (5) (1956), 115 v.d.; O s e r - S c h ö n e n b e r g e r, Das Obligationenrecht V 1 (1929), Art. 24 Anm. 45 v.d.

sağlanmak istenilmişse de, kusursuz bir yanılmanın da karşı tarafın zararına doğurabileceği özel rizikolar gözönünde tutulduğu takdirde, bu çözüm tarzının hiç bir kuşku saklı tutulmaksızın benimsenebileceği, belki de söylenemeyecektir.

II

Şimdi incelememizi romanist hukuk çevresine ve bu arada önce Fransız Hukukuna çevirirsek, Code Civil'in yargıca verdiği sağlam ölçü oranının, alman, avusturya ve isviçre hukuklarına oranla daha geride kaldığını görürüz. Kanunun metnine göre, yalnızca sözleşme konusunun özününe, «la substance même de la chose», ilişkin hata önemlidir; şahısta yanılma ise, sözleşme özellikle belli bir şahıs gözönünde tutularak yapılmış ise, önem taşımamaktadır (CCF. 1110).

Öğreti ve uygulama, bu ilkel kurallardan şu esasları geliştirmiştir: Ancak sözleşmenin yapılması açısından yön verici saik (motif principal ou déterminant) görevini ifa eden¹⁶ ve önemli niteliklere ilişkin bulunan (qualités substantielles) bir hata, önemli sayılır. Eğer hataya düşen, yanıldığı husus olmaksızın sözleşmeyi asla — değişik koşullarla dahi — yapmayacak idi ise, yön verici bir saikin varlığı söz konusudur. Tabii ki yanılan, objektif bir gözlem açısından gülünç nitelikte olan bir ayrıntının kendisi bakımından sözleşmenin yön verici saiki olduğunu ileri süremez. Örneğin Rubens'in bir tablosunu satın aldığı kanısında olan, gerçekte ise başka bir ressamın ait bir yapıtı elde etmiş bulunan şahsın hatası, önemlidir¹⁷; buna karşılık isteğine uygun olarak kendisine bir Delacroix gönderildiğini bildiren, ancak bu tablonun — satım sözleşmesinin yapıldığı sırada zannettiği gibi — gerçekte ressamın yatak odasında hiç bir zaman asılı durmadığını ileri süren şahsın hatası, böyle bir nitelikten yoksundur¹⁸.

Gene Fransız yargı organlarının kararlarında, yanılmanın bir «qualité substantielle» e ilişkin bulunması şart koşulmaktadır. Ancak genel nitelikteki bu koşulun çevresi, yargı organlarınca açık bir biçimde hemen hiç belirtilmiş değildir. Öğreti alanında ise her yazar, olaylar toplamını bir sisteme bağlamak amacıyla, kendine özgü

16) Cass. req., D. 1898. I. 301.

17) Paris, D. 1950, 269.

18) Trib. civ. Seine, D. 1951. 50; karşı. Nantes, D. 1947.I.220.

bir kişisel görüş geliştirmektedir. Örneğin saikte hatanın, ancak kuraldışı durumlarda önemli addedilebileceği söylenmektedir¹⁹.

Üzerinde görüş birliğine varılmış olan diğer bir nokta da — burada Code Civil'in lâfzından ne kadar uzaklaşıldığına dikkati çekmek isterim —, ancak hoşgörülebilir bir hatanın önemli addedilebileceğidir. Taraflardan birinin yazılı biçimde düzenlenmiş bir sözleşmeyi gereken dikkatle okumamış olması, gerçekte böyle durumlarda bir hatanın varlığından söz edilemeyeceği halde, bazı yazarlara göre hoşgörülebilir bir yanılma addedilmek gerekir²⁰. Buna karşılık eğer hataya düşen, sözleşme yapılmazdan önce, kişisel çabasıyla olaylar hakkında doğru bilgi edinmek olanağına sahip idiyse, ortada hoşgörülmez nitelikte ve bu nedenle önemli addedilemeyecek bir hata vardır. Örneğin, temel kazma yükümü altına giren bir şahıs, işe başlamazdan önce arazinin yapısını inceleyebilecek durumda iken, beklemediği kaya kesitleri ile karşılaştığını ileri süremez²¹. Aynı şekilde avlanmak amacıyla bir arazi kiralayan şahıs, eğer sözleşme yapılmazdan önce bölgeyi gezip av hayvanlarının mevcudunu inceleyebilecek durumda idiyse, sandığından daha az av hayvanı ile karşılaştığı zaman sözleşmeden dönmek yetkisine sahip değildir²².

Yeni İtalyan Medeni Kanunu (Codice Civile), 1427-1433. maddelerinde Fransız uygulamalarından ve özellikle Avusturya ve İsviçre hukuklarından esinlenen ileri bir düzenleme öngörmüştür. Ancak kanun, haklı olarak, saikte hata kavramını safdışı etmiştir. Önemli yanılmalar, 1429. maddedeki sayıma göre esaslı sayılan ve karşı tarafça anlaşılabilir nitelikteki hatalardır. Sözleşmenin nitelik ve konusu ile, sözleşmede karşı tarafın nitelik ve kimliğine ilişkin yanılmalar, eğer bu sayılan hususlar, somut olaya ya da iş hayatında baskın anlayışa göre sözleşmenin kurulması açısından yön verici görev ifa etmişlerse, esaslı sayılırlar. Hukuki bir yanılma da, eğer yanılmanın ilişkin bulunduğu husus, sözleşmenin yapılması açısından tek ya da ana neden olmuşsa, esaslıdır.

Ancak her halde hata, iş hayatı açısından gerekli dikkatin gösterilmesi halinde karşı tarafça anlaşılabilir bir niteliğe sahip bu-

19) Cass. civ., D.P. 1891.I.352, Paris, Gaz. Pal. 1939.2.152 ve Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, (Paris 1963), s. 64 v.d. zikredilen kararlar.

20) Trib. civ. Vitry, Gaz. Pal. 1951.1.27.

21) Paris, D.P. 1874.2.182.

22) App. Milano, Foro Padano 1951.1.874.

lunmalıdır. Demek ki gerçek Picasso olduğu kanısı ile sahte bir tablo satın alan şahıs, ancak satıcı resmin sahte olduğunu anlayabilmek olanağına sahip idiyse sözleşmeyi geçersiz kılabilir; Mahkeme, satıcının ressam olduğu bir olayda, bu hususu gerçekleştirmiş addedererek dönme hakkını tanımıştır^{22a}.

III

Yanılma öğretisi açısından İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinin hukukları hakkında toplu bir fikir edinmek, güçtür²³. Burada ilk dikkati çeken nokta Common Law'un, Kara Avrupası sistematüğinden farklı olarak, hatanın, sözleşmenin karşı tarafının gerçeğe uygun olmayan (misrepresentation) bir bildiriminden ileri geldiği durumları içine aldığı özel bir kategori ortaya koymuş olmasıdır. Eğer karşı taraf, yanlış bildirimde bulunurken aldatma kasdı ile hareket etmişse, *fraudulent misrepresentation* söz konusudur. Bu durumda hataya düşen, hem sözleşmeden dönmek, hem de giderim istemek hakkına sahiptir. Süresi içinde sözleşmeden dönme olanağı, karşı tarafın yanlış bildirimde bulunurken, tamamen iyi niyetli olması halinde de vardır (*innocent representation*). Bu durumda yanılan, giderim isteyemez; ancak buna karşılık diğer tarafın, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek yapmış olduğu harcamaları ödeme yükümü de yoktur.

« *Representation* », sözleşmeden önce ya da sözleşmenin kurulması sırasında yapılan ve bildirimde bulunanın sözleşmeden doğan herhangi bir yükümüne temel olmamakla beraber, karşı tarafı sözleşmeyi yapmağa iten olaylara ilişkin bir bildirimdir. Bildirimin tek başına, ya da başka hususlarla birleşerek karşı tarafı sözleşmeye götürmüş olması arasında fark yoktur. Hukuki durumla ya da gelecekteki gelişmelerle ilgili gerçek olmayan açıklamalar, önemli değildir; aynı durum, kanaat açıklamaları ile, iş hayatında mantık gereği kimse tarafından ciddiye alınamıyacak nitelikte övgüler için de söz konusudur. Tabii ki bütün bu görüşler, çözümü güç sınırlandırma sorunlarının doğumuna yol açmaktadır. Örneğin bir açık arttırma memurunun, arttırmaya çıkarılan zirai taşınma-

22a) App. Milano, aynı yer.

23) Hata sorunu açısından zengin olan İngiliz literatüründe özellikle şu yeni eserleri karşı. Tylor, *General Theory of Mistake in the Formation of Contract*, Mod. L. Rev. 11 (1948) 257; Slade, *The Myth of Mistake in the English Law of Contract*, L. O. Rev. 70 (1954) 385; Atiyah - Bennion, *Mistake in the Construction of Contracts*, Mod. L. Rev. 24 (1961) 421.

zın «son derece verimli ve geliştirilmeğe elverişli olduğu» yolundaki gerçek olmayan bildirim, «a mere flourishing description by an auctioneer» olarak değerlendirilirken^{23a}, bir taşınmaz satıcısının hali hazırdaki kiracının «a most desirable tenant» olduğu yolundaki iddiası, kiracının daha sözleşmeye ilişkin müzakere safhasında kira bedelleri bakımından bir kaç aydır müte-merrit olduğu anlaşılınca, alıcıya sözleşmeden dönmek hakkı verilmiştir²⁴.

Common Law, sadece nedenini doğru olmayan bildirimlerde bulunmayan hatayı «mistake» olarak nitelendirmektedir. Bu arada İngiliz Hukukunun hataya ilişkin öğretisi, Common Law Court'ları ile Equity mahkemelerinin uygulamalarında hata hallerinin farklı işlem görmeleri ve aynı hususa ilişkin çeşitli çözüm tarzlarının bugün de uygulama ve literatürde baskın bulunması nedeniyle, çok karışık bir görünüm göstermektedir. Bu cümleden olmak üzere (dar anlamda) Common Law alanında geliştirilen bir kurala göre, konuları sözleşmenin kurulma safhasında artık var olmıyan sözleşmeler, «void ab initio» addolunmak gerekir. Satılan şeyin sözleşme kurulduğu sırada zayi olmuş bulunması ya da zaten alıcıya ait bulunması, birbirleri ile evli buldukları kanısı ile²⁵ bir ayrılık ve nafaka sözleşmesi yapan şahıslar, hayat sigortası sözleşmesinden doğan hakkın satılması ancak gerek satıcının, gerekse alıcının sigortalının artık hayatta bulunmadığını bilmemeleri²⁶ gibi durumlar, bu kuralın çevresine girmektedir. Edimin başlangıçtaki imkânsızlığının söz konusu olduğu bu durumların gerçekte yanılmanın bir görünüm şekli olduğunu, tabii hukuk ekolünün mensupları doğru bir şekilde görmüşlerdi.

Equity uygulamaları, hata hallerinin tanınması açısından Law Court'lara oranla daha ileri gitmiş ve hata nedeniyle sözleşmeye ex nunc etki doğuracak biçimde son verilmesine (rescission), ya da dikkatsizlik sonucu yanlış kaleme alınan yazılı sözleşmelerin düzeltilmesine (rectification veya reformation) izin vermişlerdir. Oysa Common Law kuralları, böyle durumları korumamaktaydı. Son zamanlarda «Equity» de geliştirilen hallerin belirli bir biçimde genişle-

23a) Dimmock v. Hallett (1866) L.R.2Ch.App.21.

24) Smith v. Land and House Property Corp. (1884) 28 Ch. D. 7.

25) Galloway v. Galloway (1914) 30 T.L.R.531

26) Scott v. Coulson (1903) 2 Ch. 249.

tilmesine ilişkin bir eğilim kendini göstermeğe başlamıştır. Özellikle Lord Denning'in yön verici raporunda (Solle v. Butcher, 1950, 1 K. B. 671, 693) yer alan genel izlenimlerde bu durumu görmek, mümkündür. Buna göre «a contract is also liable in equity to be set aside if the parties were under a common misapprehension either as to facts or as to their relative and respective rights, provided that the misapprehension was fundamental and that the party seeking to set it aside was not himself at fault.» Tabii ki bu genel izlenimler, tamamen tek yanlı — karşı tarafın yol açmadığı — yanılma durumunda Equity uygulamalarının da ancak ender hallerde sözleşmeden sıyrılma olanağı tanıdığı gerçeğini etkilememektedir.

Amerikan Hukukunda da, bu hukuk, İngiliz Hukukunun zaman zaman pek zorlanmış hissini veren ayırımlarından geniş ölçüde uzak kalmış olmasına rağmen, hata nedeni ile dönme hallerinin kısıtlanması yolundaki eğilim, hızlı bir gelişme göstermiştir. Bunun nedenini, belki de, örnek kararlara bağlılık kuralının Amerikan Hukukunda İngiliz Hukukuna oranla daha yumuşak bir biçimde geçerli olmasında ve bu nedenle başarılı bir çözüme varamamış bir kararın, hukuki gelişmeyi daha az ölçüde etkilemesi vakiasında aramak gerekir. Diğer taraftan hata öğretisi bakımından önem taşıyan kararların sayısı Amerika Birleşik Devletlerinde İngiltere'ye oranla çok daha kabarık olup, bunun sonucu olarak teknik kılı kırk yarmaların devam edebilme ve yaşayabilme şansı da düşüktür.

Eğer yanılmıyorsam, amerikan yargı organları, hata halleri hakkında bir karara varırken, bu konuda ileri sürülebilecek bütün mantıki düşünce tarzlarını gözönünde tutmaktadırlar. Yanılanın hatasının hoşgörülebilir neviden olması, hatanın karşı tarafça anlaşılabilir anlaşulamayacağı, karşı tarafın yanılanın bildirimine güvenerek yaptığı veya yapmakta haklı olduğu harcamaların kapsamı, hata nedeni ile sakatlanan işlem yapılmazdan önceki durumun kurulmasının mümkün bulunup bulunmadığı gibi hususlar, her olayın özelliğine göre değişebilen oranda, ağır basan bir rol oynamaktadırlar.

Amerikan yargı organlarının yukarda sözü edilen çeşitli hareket noktalarını uygulama alanına aktarış biçimlerini gösteren bir kaç örnek verelim : Grant Marble Co. v. Abbot, 124 N.W. 264 (1910) davasında davacı, altı katlı bir binanın yerlerini mermerle döşeme yükümü altına girmiş, ancak teklifini yaparken hesaplarını, binanın beş katlı olduğu gibi yanlış bir kanı üzerine kurmuştu. İşin bitiminden sonra bedelin uygun bir ölçüde arttırılması

için dava açan müteahhit, bir sonuç alamadı; zira mahkemeye göre, hatanın varlığına rağmen, sözleşmeden dönülmesi mümkün değildi ve sözleşme bağlayıcı bir biçimde kurulmuş sayılmak gerekiyordu : «Such mistake cannot be charged to defendant, but must rest upon the party whose negligence caused it. All the facts were within reach of (plaintiff) and he had but to open his eyes and see them. His own architect who had full knowledge of the facts was within call and could have been consulted upon the subject if (plaintiff) desired»²⁷. Karşı tarafın, teklifin yanlış bir kanı üzerine kurulduğunu anladığı ve buna rağmen kabul bildiriminde bulunduğu durumlarda, farklı sonuca varılmaktadır; böyle bir durumda icabı yapan, kendi ihmali bulunsa dahi, sözleşme ile bağlı sayılmamaktadır²⁸. Kararlar, özellikle bildirim kendisine yöneltilen şahsın, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek, durumunu status quo ante'nin yeniden kurulmasını güçleştirecek ya da imkânsız kılacak ölçüde değiştirmiş, bir «change of position» a yol açmış olduğu hallerde, yanılma nedeniyle sözleşmenin bozulmasına rıza göstermemek eğilimindedir²⁹.

IV

Yanılma sorununa ilişkin bu çeşitli düzenlemelerin eleştirisel bir incelemesi, şu sonuçları ortaya koymaktadır :

Özellikle romanist hukuklarda, fakat aynı zamanda alman hukuk çevresinde de geçerli olduğu görülen esaslı hata - esaslı olmayan hata ayırımı, kullanışsız bir kategoridir. Bu ayırım, yanılma problematiğinin ana sorunu olan hangi hatanın esaslı addolunması gerektiği sorusunu karşılıksız bırakmaktadır.

Ancak hoşgörülebilir neviden bir yanılmanın sözleşmenin iptaline hak kazandırabileceğini öngören, ya da ancak karşı tarafça anlaşılacak bir hatayı esaslı sayan ayırımlar, teori açısından başarılı ayırımlar olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık işlemde hata, şahıs-

27) Karş. Leonard v. Howard, 135 P. 549 (1913) ve Steinmeyer v. Schroepel, 80 N.E. 564 (1907). — Amerikan Hukukuna ilişkin yeni ve ilginç bir inceleme olarak: Palmer, Mistake and Unjust Enrichment (Columbus, Ohio 1962).

28) Karş. State of Connecticut v. McGraw Co. 41 F. Supp. 369 (1941).

29) Bu konuda Corbin, On Contracts, C. 3 (1951) § 606'da zikrolunan kararları karşı.

ta hata, konuda hata şeklindeki ayırımlar, kullanışsızdır. Bunlar, yalnızca en fazla görülen yanılma hallerinin sayılmasından ibaret olup, hukuken doğru bir ayırım niteliğine sahip bulunmamaktadırlar.

Kara Avrupası hukuklarında en yaygın sınıflandırma, önemli olmayan saik hatası ile önemli sayılan işlem hatası arasında yapılan ayırımdır. Buna göre saik hatası, sadece bildirimde bulunan şahsı ve onun art düşüncelerini ilgilendirdiğinden, önemli sayılamaz. İşlem hatası ise esaslı sayılmak gerekir; zira burada sağlam bir biçimde kurulan irade ile, daha sonra yapılan bildirim arasında uygunsuzluk vardır.

Psikolojik açıdan saik hatası ile işlem hatasını mantığa uygun bir biçimde birbirinden ayırmanın mümkün olup olmadığı sorununun bir yana bıraksak dahi, bu ayırım ile h u k u k i açıdan değer taşıyan bir sınıflandırmanın elde edildiği hususu, herhalde son derece şüphelidir. Bedelin 500 DM.— olarak belirtildiği bir icabı yanlışlıkla 300 DM.— olarak okuyan şahıs, bu icabı kabul ettiği takdirde, uygulama burada bir işlem yanılmasının varlığına hükmetmektedir. Bir kimse, «Rhi» adlı yarış atını sattığına dair bir telgraf çeker, karşı tarafta bu atın, aynı adı taşıyan Derby şampiyonu at olduğu inancı ile teklifi kabul ederse, gene uygulamaya göre, bu defa esaslı olmayan bir saik hatası vardır. Zira burada, sadece saik alanında kalan bir karıştırma olmuştur. Yanlış hesap sonucu çok düşük bir bedel bildirirsem, esaslı olmayan bir saik hatası doğmuştur; buna karşılık doğru hesap yapmış, fakat bedeli ifade ederken yanılmış isem, bir işlem hatasından söz etmek gerekmektedir.

Hukukçu olmayan zeki bir kimseyi, bu ayırımların maddeten doğru ve adil olduğuna inandırmak, pek güç olacaktır. Hukuk politikası açısından, her iki kategoriye dahil yanılma hallerinin, taşıdıkları önem bakımından, tamamen eşdeğerde olmaları kolaylıkla mümkündür. Yakından incelendiği takdirde görülecektir ki, hemen her işlem hatası, aynı zamanda bir saik hatasıdır ve bazı saik hataları, hukuk politikası açısından öylesine önemlidirler ki, bunların işlem hataları ile herhalde bir tutulmaları gerekir; tabii eğer işlem hatasının varlığı halinde bildirimini geçersiz kılmak hakkı tanınacak ise! Düğün hediyesi olarak gümüş bir ekmek tabağı satın alan kimse, eğer nişanın bozulmuş olduğunu bilmiyorsa, bu durumda da irade ile bildirim gerçekte birbirine uymadığını söylemek gerekecektir. Bu nedenle bu öğretinin geçerli olduğu ülkelerde baskın olan

görüŖe göre, bildirim anında var olan saikler ile (esaslı muhteva hatası), bildirim yapıldığı anda artık ortadan kalkmış olan saikler (esaslı olmayan saik hatası) arasında fark gözetmek gerekir. Bu görüş, en azından psikolojik açıdan yanlıştır. Zira önceki saikler, hiç bir zaman tamamen yok olmayıp, devam ederler ve bildirim özünde, bu öz açığa vurulduğu anda dahi, vardırılar. Oldukça yaygın bulunan «bildirim kararı» ve «bildirim işlemi» ayırımı, gerçekte sahtedir. Öz hatası-saik hatası ayırımı da, hukuki önemi açısından yapılacak eleştirisel bir denetim karşısında tutunamayacak bir görüştür.

Bu yanlış ayırma başvurmaksızın yanılanın hatasının öneminin nasıl anlaşılabilceği sorulacak olursa, kanımca izlenmesi gereken davranış, Ŗu olmalıdır: Hata problemi, ortaya Ŗu soruyu atmaktadır: mantıki bir riziko dağıtımı dahilinde, yanılmanın bedelini kimin ödemesi gerekir? Hatasına rağmen bildirimi ile bağı olduğunu kabul edeceğimiz bildirim sahibi mi, yoksa yanılmış olmamasına rağmen, dönmenin sonuçlarına katlanmasını isteyeceğimiz karşı taraf mı? Aslında hata sorununun, sözleşmeler hukukunda, hayatta düştüğümüz hatalara kaderin bağıladığı sonuçlardan farklı çözüme bağlanmasının nedenini anlamak, gerçekten güçtür. İşin kadere bağı kaldığı durumlarda, kural olarak her kişi, hayatını sürdürürken düştüğü hatalarının sonuçlarına gene yalnızca kendisi katlanır. Bu kural, dünyamızda geçerli olağan bir hareket noktası olarak alınır ve sözleşme, artık hiperendividüalist değil, fakat modern ve anonim kitle ilişkilerinin bir görünümü addolunursa, o zaman hata, hiç kuşkusuz yanılanın riziko alanına dahil sayılacak ve Kara Avrupası Hukuklarının hata sorununa ilişkin düzenlemelerinde bu gün de var olan irade teorisi kalıntılarının toplumsal açıdan yanlış oldukları görülecektir. Buna göre sıhhatli bir riziko dağıtımı dahilinde yanılma nedeni ile sözleşmeyi bozma yetkisi, ender başvuru olan bir kuraidışı olarak kalmak gerekir. Common Law ve Avusturya Hukuku bu gerçeği, diğer kontinental hukuk düzenlerinin çoğuna oranla daha iyi görebilmişlerdir.

Bu nedenle, karşı tarafın, hatanın anlaşılmasının hemen ardından sözleşmeyi, yanılanın kastettiği biçimde yapmağa hazır olduğunu açıkladığı durumlarda, hata nedeni ile dönme hakkının tanınmamasını, başarılı bir çözüm tarzi olarak karşılıyorum. Bu çözüme uygun kanun hükümleri, İsviçre Borçlar Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasında, İtalyan Codice Civile'sinin 1432. maddesinde ve Yunan, Türk ve Mısır Medeni Hukuk kodifikasyonlarında yer al-

maktadır. Avusturya yargı organları da bu düşünceyi, kanuni bir dayanak olmaksızın, uygulama alanına aktarmışlardır.

Hata probleminin karşılaştırmalı hukuk açısından eleştirisel incelenmesi, Heinrich Titze tarafından ileri sürülen³⁰, — fakat zamanında hakkettiği yankıyı uyandırmayan — çözümü haklı göstermektedir. Hukuki işleme ilişkin bildirimde hata, kural olarak, esaslı sayılmaz. Yanılma, eğer dürüst bir iş hayatının gereklerine göre ve olayın özellikleri saklı tutulmak kaydıyla, sözleşmenin kurulması bakımından önemli olmayan hususlara ilişkin ise, yukarıda sözü edilen kuralın anlamında tereddüt yoktur. Bunun dışında, bildirim yöneldiği şahsın korunmağa değer olmadığı ender bazı durumlarda, yanılmanın hukuki işlemi etkileyeceği kabul edilmelidir. Bu kuraldışı durumlar, şunlardır:

1 — Eğer yanılma, karşı tarafça anlaşılabilir cinsten idiyse. Bu durumda, Avusturya ve İtalyan Hukuklarında öngörüldüğü gibi, dönme hakkı tanınmak gerekir.

2 — Eğer yanılmaya, karşı tarafça, optima fide dahi olsa, yol açılmışsa. Burada da, Avusturya Hukukuna ve Common Law'ın innocent misrepresentation kurumuna uygun olarak, dönme hakkı vardır.

3 — Yanılma, ivazsız bir işlemin kurulması sırasında olmuşsa. Burada bildirim yöneldiği şahıs, korunmağa değer bir yararı bulunmadığından, dönmeye boyun eğmek zorundadır.

4 — Karşı tarafın, henüz bildirim güvenerek herhangi bir harcamaya girişmemiş olması ve bu nedenle sözleşmenin bozulmasının dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenebilmesi halinde de, Avusturya Hukukunda olduğu gibi, iptal hakkı vardır.

5 — Eğer karşı taraf, sözleşmeyi — gecikmeksizin — yanılmanın kastettiği biçimde ifaya hazır ise, yukarıda sözü edilen kuraldışı durumların varlığı halinde dahi sözleşmeyi bozma hakkı tanımamak gerekir.

30) T i t z e, Vom sogenannten Motivirrtum, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ernst Heymann (1940) 72, aynı zamanda Wissenschaftliche Buchgesellschaft'ın yeni baskısı (1954). — Karş. D r e x e l i u s, Irrtum und Risiko. Rechtsvergleichende Untersuchungen und Reformvorschläge zum Recht der Irrtumsanfechtung (1964).

Konumuz, yanılmaya ilişkin bazı yanıtıcı görüşlere değinmek ili. Tabiidir ki amacım, teori alanın yanlışlıklarını ortaya dökmek değildi. Burada yalnızca karşılaştırmalı hukuk metodundan yararlanarak büyük hukuk çevrelerinin getirdikleri milli çözüm tarzlarını eleştirici bir gözle incelemek ve hangi kriter ve sonuçların yanıtıcı, hangilerinin doğru bir şekilde sorunun özüne indiğini araştırmak istedim. Bu arada mutlaka kabulü gereken bir gerçek vardır; bugün, anonim kitle sözleşmelerinin geçerli olduğu devrimizde yanlış görünen görüşler, daha sâkin hayat koşullarının baskın bulunduğu zamanlar açısından, örneğin kendisinden önceki ilişkileri iyi düzenlemiş olan, ancak serinkanlı bir ileri görüşten yoksun bulunan Alman Medeni Kanununun yaratıldığı devir bakımından doğru, hiç olmazsa savunulması mümkün bir niteliğe sahiptirler. Komşu ile yapılan sözleşmede hatanın hoşgörülmesi ve, mert bir davranış addedilerek, komşuya bu sözleşmeyi bozma hakkının tanınması, çoğunlukla çiftçi ve zenaatkârlara dönük bir kanun sıfatıyla BGB'nin temel edindiği toplumsal gerçeklere uygun düşmüş olabilir. Ancak Avusturya Medeni Kanununun, nur çağının ileri görüşlülüğü, Common Law'ın da «merchant» in serinkanlı anlamlılığı ile gözönünde tuttukları, sert kurallara bağlı ticari toplum açısından durum artık farklıdır. Bugün, endüstriyel kitle toplumu içersinde, bizim durumumuz işte budur. Yahut da positif malzemenin üstüne çıkarak, eleştirisel yargıya varmak konusunda metodunun gerektirdiği özgürlüğü kullanan karşılaştırmalı hukuk araştırmacısı açısından durum, böyle düşünölmelidir. Bu araştırmacı, sözü edilen incelemeyi, her yargıcın veya avukatın kullandığı ölçülere başvurarak yapacak, her olaya göre çeşitli görüşlerden hangisinin hic et nunc daha adil olduğunu ciddiyetle düşünecektir.